חֵקר משפט

אוצר פסקי דין רבניים

א

אישות ויוחסין • קידושין
כתובות • גיטין • גירות
דיני ממונות • סדר הדין

יו"ל ע"י
חקר משפט - מכון אוצר הפוסקים
ירושלים תשפ"א

למשלוח פסקי דין לכרכים הבאים:
אימייל: cheiker.mishpot@gmail.com

©
כל הזכויות שמורות

חקר משפט מבית אוצר הפוסקים
רח' תורה מציון 3 ירושלים
רח' אביתר הכהן 8-10 ירושלים

עימוד: מאיר מימון 053-310-3832
עיצוב: נ. ויסקופף

שיר הכבוד

ננעים ונארוג בהדר ובהוד

לאיש סגולה רם המעלה נודע בשערים מרומם לתפארה

מקברניטי התורה שומריה ותומכיה

כביר המעש ורב הפעלים ראש וראשון לכל דבר שבקדושה

מלא מדע וחכמה מקים עולה של תורה

ה"ה הנגיד הרבני המפואר לשם ולתהילה

מוה"ר עזריאל דוד לאנגנר שליט"א

העומד לימיננו בכל עת במסירות נאמנה

ברכת התורה תעמוד לו להתברך בכל מילי דמיטב

יהי ה' עמו ויעל על במתי ההצלחה

אורך ימים בימינה ובשמאלה עושר וכבוד

ברך ה' חילו ופעל ידיו תרצה

עץ חיים היא למחזיקים בה ותומכיה מאושר

המברכים ומאחלים נאמנה

חברי ורבני "חקר משפט" **הנהלת אוצר הפוסקים**

זכרון עולם בהיכל ה'

לכבוד ולעילוי נשמת

איש מופת מורם מעם, תלמיד חכם מופלג ומרביץ תורה

הרה"ח ר' יהושע השיל רייזמן ז"ל

אוד מוצל מאש משרידי דור דעה ומחבר ספרים בהלכה במחשבה ובחסידות

אשר כל חייו מיזג ושילב תורה עם דרך ארץ

ועשה מלאכתו ארעי ותורתו קבע בהתעמקות ובריתחא דאורייתא

נלב"ע בעשרה בטבת תשס"ט

האשה החשובה עדינת הנפש ואצילת הרוח

מרת הלינה שוינדל רייזמן ע"ה

אשת חיל עטרת בעלה רודפת צדקה וחסד

נלב"ע ערב שבת ה' מנחם אב תשנ"ז

איש דגול מרבבה ואציל נפש, אוהב ספר ויודע ספר,

ראש וראשון לכל דבר שבקדושה

הרה"ח ר' אהרן יעקב קרונווסר ז"ל

רב פעלים לתורה ולצדקה, אוהב חסד ומרבה להיטיב

נלב"ע ז' תמוז תשס"ב

אשר היו כולם, הורים ומורים, מלמדים ויועצים, ודמותם מלווה אותנו תמיד

ת.נ.צ.ב.ה.

הונצח על ידי

צבי רייזמן, איש עסקים ומחבר ספרי רץ כצבי (ח"י חלקים)

ובני משפחתו, לוס אנג'לס

מבוא

ב"ה

אודה ה' בכל לבב בסוד ישרים ועדה, מה נכבד היום בו זיכנו ה' יתברך ברוב חסדיו, לצאת בסדרת הספרים החדשה "חקר משפט" מבית אוצר הפוסקים, שתאגד בעז"ה בתוכה מבחר פסקי דין רבניים מחשובי הדיינים בארץ הקודש.

זה עשרות רבות בשנים, שפסקי בתי הדין הרבניים מתבדרים בבתי מדרשות ובין יושבי על מדין בארץ ובעולם כולו, ומהווים כלי סיוע וספר יסוד בפסיקת ההלכה בכל אתר ואתר.

ברם, למרבה הצער, בשנים האחרונות פסקי הדין אינם באים עוד לבית הדפוס, וחסרונם מורגש היטב, שכן המציאות המתחדשת יוצרת ספקות ונדונים חדשים בהם נדרשת חוות דעתם של דייני ישראל ופסק דינם. יתן ה', שבסדרת ספרים זו נזכה להשיב עטרה ליושנה, ולהוות במה חשובה לפירסום פסקי דין ומחקרי הלכה בענינים יסודיים אלו.

מערכת אוצר הפוסקים הוקמה ונוסדה בתמיכתם ועידודם של גדולי ישראל מהדור שלפנינו מתוך מטרה להרים את קרן התורה, ולסייע לדייני ישראל בפסיקתם בהלכות החמורות שבמקדש, ראשיתה של המלאכה היה כידוע בהיתר עגונות ובירורי היוחסין לאחר המלחמה העולמית, ומכאן הסתעפה לשאר ענייני אבן העזר, שהם מההלכות החמורות שבמקדש שכל טהרת ישראל תלויה בהן. במסגרת זו עוסקת המערכת שנים רבות בעריכתם והוצאתם לאור של עשרות כרכי "אוצר הפוסקים" על שלחן ערוך אבן העזר, בהם מכונסים ומתומצתים על ידי חבר תלמידי חכמים כל ספרי הפוסקים ראשונים ואחרונים, השייכים לנושאים הנדונים בשולחן ערוך אבן העזר. זכינו ב"ה שספרי "אוצר הפוסקים" נעשו אבן יסוד בפסיקת ההלכה אצל כל יודעי דת ודין.

בנפש חפצה נענינו ליוזמתו ופרי חזונו של **נשיא אוצר הפוסקים, מורינו הגאון הגדול רבי מנחם הגר שליט"א אדמו"ר מסאווראן**, להטות כתף ולקרבה אל המלאכה, לקבץ מפסקי הדין הרבניים הבאים ומתחדשים על ידי חשובי הדיינים בארץ הקודש, לסדרם בסדר נאה ולהגישם בפני ציבור תלמידי החכמים - מאן מלכי רבנן, בסדרת הספרים החדשה "**חקר משפט**", שתהווה נדבך נוסף בחזון הגדול של מערכת אוצר הפוסקים שמימים ימימה.

על מלאכת העריכה וניהול פרויקט רחב היקף זה הופקד **הרה"ג ירוחם ארלנגר שליט"א** מראשי מערכת "אוצר הפוסקים", שתחת ידיו האמונות יצאו לאור בס"ד רבים מספרי המערכת, ברכותינו שחפץ ה' בידו יצליח להרמת קרן התורה.

יתן ה' שנזכה להוסיף ולהמשיך הלאה במלאכת הקודש בשאר המפעלים הגדולים שתחת ניהול מכון אוצר הפוסקים, הנמצאים בשלבי עריכה שונים, להגדיל תורה ולהאדירה.

הרב יהושע ריינמן

אוצר הפוסקים

בפתח השער

ב"ה

בשבח ובהודיה להשי"ת, אנו שמחים להגיש בפני ציבור גדולי התורה ויושבי על מדין, רבני ודייני ישראל די בכל אתר, שני כרכים ראשונים של סדרת הספרים "**חקר משפט**", קובץ פסקי דין ובירורים הלכתיים שנכתבו על ידי דייני בתי הדין בפסיקותיהם השונות.

פרויקט רחב היקף זה, פרי חזונו של **נשיא אוצר הפוסקים מורינו הגאון הגדול רבי מנחם הגר שליט"א אדמו"ר מסאוואראן**, יוצא לאור בשיתוף מערכת אוצר הפוסקים, שזה שנים רבות מטה כתף תומכת ומסייעת לדייני ישראל בסדרת הספרים "אוצר הפוסקים" על סדר שו"ע אבן העזר ל' כרכים, ובשלל ספרי הלכה נוספים, בעידודו של **יו"ר הנהלת אוצר הפוסקים הרה"ג יהושע ריינמן שליט"א** אשר עינו צופיה על מלאכת הקודש דבר יום ביומו זה רבות בשנים בשלל פרויקטים שבפעילות המכון. יתן ה' שיראו ברכה מרובה בכל מעשה ידיהם, לכבודה של תורה.

בשני הכרכים שלפנינו נדונים שונים ומגוונים, מקבץ רחב של מאמרים בדיני היוחסין, היחס לנישואין אזרחיים או אלו שנעשו בפני עדים פסולים, קביעת היחוס בהפרייה מלאכותית ובפונדקאות, והיחס הכללי לביציות מופרות מבחינה ממונית ואיסורית.

מקום מיוחד התבצר לדיון סביב הצמדת כתובה לפי ערכה בעת הגירושין, והיחס הכללי לכתובה שנקוב בה סכום גבוה במיוחד, פיצויי גירושין בעת קביעת דמי הכתובה, וחיובי כתובה בבעל המורד על אשתו, ובאשה המורדת על בעלה או עוברת על דת.

כמו כן יובאו כמה מאמרים רחבי היקף בדיני כתיבת הגט, צורת האותיות, אופן הזכרת תואר הכהונה בגט, כתיבת הגט בדיו של הבעל, דיני תנאים בגט וגדרי גט מוטעה.

הכרך הראשון חותם במדור יחודי אשר שמו יקבנו "יין ישן", בו יובאו כתבים מגדולי הדייינים מהדור הקודם, בהם עתה מכתבים מיוחדים מאת אב"ד ירושלים הגאון הגדול רבי ישכר דוב הגר זצוק"ל אדמו"ר מסאוואראן, ופסק דין מחבר בית הדין הגדול הגאון הגדול רבי חגי איזרר זצוק"ל.

הכרך השני חותם במדור מיוחד העוסק בדיני ממונות שבין בני הזוג ובכלל, דיני שכנים, אופן חלוקת החובות המשותפים בין הבעל לאשה, שמיטת כספים ונדונים נוספים.

יצויין, כי מאמרי ההלכה מתפרסמים בסדרת ספרים זו על פי סגנונם של כותביהם, ולא יצרנו בהם כל מעורבות, למעט שינויי עריכה נדרשים בעת הצורך.

בראש הכרך הוספנו קונטרס המכיל תקצירים וסיכומים מתוך המאמרים המתפרסמים בגוף הספר. למותר לציין, שאין לסמוך בפסיקת הלכה על המובא בתקצירים אלו, שמטבע הדברים נכתבו בקוצר מילין ממש, ללא המשא ומתן ההלכתי המאפשר דיוק מספק.

בטוחנו, שמסגרת זו תהווה הבמה המרכזית ליצירותיהם של דייני ישראל, ותתן אפשרות לכל היושבים על מדין להגיש בפני הציבור מפרי עמלם, להגדיל תורה ולהאדירה.

ירוחם ארלנגר - עורך ראשי

חקר משפט - אוצר הפוסקים

מכתב ברכה מנשיא אוצר הפוסקים

יום בשורה לעולם הדיינות.

מאז הוקמו בתי הדין הרבניים בישראל היוו דייני בתי הדין הרבניים מורי הדרך ועמוד האש ההולך לפני המחנה, לעולם הרבנות והדיינות בעולם כולו, בפסיקת ההלכה בעניני אבן העזר וחושן משפט, טהרת קדושת היחוס בישראל, גיטין ונישואין ועוד מההלכות החמורות שבמקדש.

פסקי בתי הרבניים היוו מאז ומעולם אבן פינה וספר יסוד בהלכות אלו, בהיותם בנויים ומיוסדים בעומק ורוחב הסוגיות ומדברי רבותינו קמאי ובתראי, ומתוך התייחסות נכונה למציאות החיים, על פי דת תורתנו הקדושה.

בשנים עברו, פסקי הדין נדפסו והופצו בכל רחבי תבל בסדרת הספרים "פסקי דין רבניים", ולאחר מכן בסדרת הספרים "שורת הדין" וזכו להד רחב מאוד, ומשמשים דבר יום ביומו ככלי עזר עצום ביד רבנים ודיינים בארץ ובעולם.

דא עקא שכבר זמן רב שפסקי דין אינם באים למכבש הדפוס, שאלות רבות חדשות מתעוררות בבתי הדין בכל עת, ועיני הכל נשואות לדייני בתי הדין הרבניים להם מסורה ההכרעה בענינים אלו, אך באין במה קבועה ומכובדת לפרסם בה את פסקי הדין בצורה נאה ומסודרת, התורה מונחת בקרן זוית, ובשנים האחרונות פסקי הדין נותרו נחלתם של כותביהם בלבד.

בחרדת קודש 'הגיתי בכל פעלך' להקים פרוייקט רחב היקף, סדרת ספרים חדשה "**חקר משפט**", שתהווה במה נכבדה לדייני ישראל, במסגרתה יפרסמו דייני בתי הדין הרבניים תמידין כסדרן מאמרים ופסקי דין בכל הנושאים הנוגעים הלכה למעשה, בעניני חו"מ ואבהע"ז הקדשות ושאר עניני הציבור ותקנותיו המסתעפים מכך. הפרוייקט כולו מעשה ידיו להתפאר ובניהולו של איש האשכולות ברוך הכשרונות ידידי הרב הגאון רבי **ירוחם ארלנגר** שליט"א, עורך ראשי במערכת אוצר הפוסקים וחקר משפט, אשר ידיו רב לו במלאכת הקודש, ישלם ה' שכרו, ויזכה להוסיף עוד להגדיל תורה ולהאדירה.

מערכת "אוצר הפוסקים" אשר זה למעלה משבעים וחמש שנים מטה כתף סומכת ומסייעת לדייני ובתי הדין בסדרת הספרים "אוצר הפוסקים" ל' חלקים על סדר השו"ע אבהע"ז ובשלל ספרי הלכה נוספים, והעומד בראשה, ידידי הרה"ג רבי **יהושע ריינמן** שליט"א, נטלו על עצמם משימה קדושה, להוות בית ומשכן למפעל הנשגב "**חקר משפט**" ולהיות לעזר ואחיסמך להגשמת מטרה נעלה זו. על כך תודת כל דייני ישראל.

יהי רצון שלא נכשל בדבר הלכה

ויהי נועם ה' אלקינו עלינו ומעשה ידינו כוננה עלינו ומעשה ידינו כוננהו

החותם בברכה לכבוד התורה ועוסקיה בטהרה

מנחם הגר

בן כ"ק מרן אדמו"ר זללה"ה

מסאוואראן

נשיא אוצר הפוסקים

בס"ד, ג' אלול תש"פ.

מכתב ברכה

שמחה וקורת רוח מרובה היתה לי כשנשיא אוצר הפוסקים, הגאון הגדול, הרב **מנחם הגר** שליט"א האדמו"ר מסאוראן, חבר ביה"ד הרבני בירושלים, אתא ומתניתא בידיה, סדרת הספרים **'חקר משפט'** מפעל חדש מבית היוצר של המוסד החשוב **'אוצר הפוסקים'**, להוציא לאור עולם פסקי דין נבחרים שכתבו דייני ישראל בבתי הדין האזוריים ובביה"ד העליון.

כב' הגאון הרב האגר שליט"א, ממלא מקום אביו אב ביה"ד ירושלים הגאון הגדול הרב יששכר דב הגר זצ"ל אדמו"ר מסאוראן, מחדש בזה מסורת עתיקת יומין של קיבוץ פסקי הדין החשובים שניתנו בבתי הדין הרבניים, והוצאתם לאור עולם. מסורת שהחלה עם הקמת בתי הדין הרבניים בתקופת המנדט, בהוצאה לאור של אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל, שבאותה עת הונהגה על ידי הרבנים הראשיים לישראל, הראשון לציון הגאון הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל והגאון הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג זכר צדיקים לברכה. ונמשכה על ידי הנהלת בתי הדין הרבניים שהוציאה מתחת ידיה את כ"ב הכרכים של פסקי דין של בתי הדין הרבניים, אוצר בלום של פסקי דין שנכתבו על ידי גדולי ישראל וחשובי הדיינים שכוננו וביססו את מערכת בתי הדין הרבניים במדינת ישראל בדבריהם ובמעשיהם, ועל כולם אאמו"ר מרן הראש"ל רבנו הגר"ע יוסף, הגרי"ש אלישיב, הגרא"י וולדינברג, הגר"ב ז'ולטי, והגר"א גולדשמידט, זכר צדיקים כולם לברכה, ועוד רבים וטובים. פסקי דין אלו הניחו את היסודות לפסיקת בתי הדין בזמנינו בסוגיות החמורות שבטור ושו"ע אבן העזר וחושן משפט.

בסדרת הספרים החדשה **'חקר משפט'** מבית **'אוצר הפוסקים'** יש אוסף של פסקי דין נבחרים שעוסקים בשלל סוגיות הלכתיות המונחות לפתחם של דייני ישראל כיום. המעיין בפסקי הדין שדוגמתם באים לפנינו דבר יום ביומו בבית הדין הרבני הגדול יראה שדייני ישראל נושאים ונותנים בדברי הפוסקים ובדברי גדולי ישראל וחשובי הדיינים בפסקי דין קודמים, ובפסקי דין חשובים שנתנו ע"י חבריהם הדיינים. 'בית מדרש' זה של דייני ישראל שנושאים ונותנים בהלכה זה עם זה וזה בדברי זה, מלבנים ומבררים את הסוגיות החמורות שבהן הם עוסקים דבר יום ביומו, יתכונן ויתבסס ע"י מפעל חשוב זה **'חקר משפט'** שבאמצעותו יוכלו כל דייני ישראל מורי ההוראה ותלמידי החכמים די בכל אתר ואתר לשאת ולתת בדברי דייני ישראל, ותרבה הדעת.

מפעל חשוב זה הוא חוליה נוספת במפעלים הגדולים של מוסד חשוב זה ששם לו למטרה לאגד תחת קורת גג אחת את תמצית דברי כל הפוסקים בכל עניין לפי סדר השו"ע, בהיקף נפלא ובסדר ברור ובהיר. למען יהיו לפני כל מאן דמורה ודאין כל דעות הפוסקים ראשונים ואחרונים, חדשים גם ישנים. הספרים שיצאו מתחת ידי המוסד, ובעיקר סדרת הספרים 'אוצר הפוסקים' על שו"ע אה"ע, לא משו מתחת ידם של גדולי ישראל. אף גדולי עולם כמרן אאמו"ר זצוק"ל שכל רז לא אניס ליה כנודע, עכ"ז עשה שימוש נרחב בספרי אוצר הפוסקים. וכך היתה דרכם של גדולי הדיינים שבכל דור ודור בחיבוריהם ובפסקי הדין שיצאו תחת ידם, להרחיב עוד ועוד את היריעה, ולדון בכל דברי הפוסקים, ולא הניחו קטן כגדול. ומי לנו גדול מבעל כנה"ג שכינס את כל מה שהיה לפניו על סדר הטור, ומבעל יד אהרן שליקט את מה שהיה לפניו על סדר השו"ע, ומבעל השדי חמד שדק ואשכח בדברי הפוסקים דעות שונות בעניינים רבים לאין מספר, וסידרם בכללים ופרטים דבר דבור על אופניו. וע' בהקדמת רב פעלים ח"א.

התודה וההוקרה לעומד בראש הנהלת המכון הרה"ג יהושע ריינמן שליט"א שפעל ופועל ללא ליאות להמשך הפרחת הפעילות של אוצר הפוסקים.

וכמעשהו בהוצאה לאור של פסקי הדין, כך מחדש ומחיה כבוד הגאון הרב האגר שליט"א מפעלים נוספים של 'אוצר הפוסקים' שבנשיאותו. לפני כחצי שנה אף נתבשרנו על ארבעה כרכים נוספים בסדרת אוצר הפוסקים על סדר שו"ע אה"ע סי' קכ"ט, שבו מתבררות ומתבהרות השאלות המעשיות בסוגיא החמורה של כתיבת שמות האיש והאשה בגט.

בברכת התורה,

יצחק יוסף

הראשון לציון

הרב הראשי לישראל

בס"ד, ה' אלול תש"פ

לכבוד
הגאון רבי **מנחם הגר** שליט"א
האדמו"ר מסאוואראן
נשיא אוצר הפוסקים
ירושלים

מכתב ברכה

שמחתי לשמוע כי מערכת "**אוצר הפוסקים**" בנשיאות כת"ר שליט"א קיבלה על עצמה להוציא לאור עולם את פסקי הדין של דייני ישראל המכהנים כדיינים בבתי הדין האיזוריים בישראל ובביה"ד הגדול בירושלים. פסקי הדין הרבניים שאוגדו עד כה בעשרות ספרים הם נכס צאן ברזל לרבים. לצערי, כוחו של הדין העברי במדינת ישראל מוגבל כעת לתחום אחד בלבד - חיי המשפחה והסוגיות הנלוות לכך, וגם בתחום זה רבים מזנבים במעמד בתי הדין.

פסקי הדין שיוצאים מידי יום מבית מדרשם של דייני ישראל מקיפים את חיי המשפחה ויש בהם עושר עצום לעולם משפט התורה. מי שעוקב אחר פסקיהם של דייני ישראל לדורותיהם רואה את הרגישות המיוחדת שלהם למי שפונה אליהם לבקשת סעד. למרות המגבלות הם מקיפים נושאים רבים.

תורת ישראל הביאה בכנפיה מושגים שכל העולם ינק מהם. חבל לי שלא ניתן ליישם את משפט התורה גם בתחומים אחרים. במקום לרעות שדות זרים ולינוק את הפסיקה מאחרים ראוי היה שהמקור לפסיקה בישראל יבוא ממקור מים חיים.

עד כה התפרסמו פסקי הדין של דייני ישראל ב-23 ספרי פסקי דין רבניים שיצאו לאור עולם ע"י הנהלת בתי הדין. בנוסף, סדרה של 17 ספרי פסקים, שלא נכללו בפד"ר שנקראים "**שורת הדין**" יצאו לאור עולם ע"י מכון "שער משפט" בראשות הרה"ג רבי משה רחלזון זצ"ל שנסתלק לב"ע בטרם עת ובחטף.

ועתה, מבחינת החוט המשולש שלא במהרה ינתק, כת"ר נטה על שכמו במסגרת המוסד המפואר עתיר הזכויות בהאדרת תורת ישראל "**אוצר הפוסקים**" להוציא לאור עולם את פסקי דייני ישראל ובשם "**חקר משפט**" יקרא. ציבור הדיינים והרבנים בישראל והתפוצות מצפים לפסקים אלו, וזה מבחינת דבר בעיתו מה טוב. כבר אימתחאי מכון זה בספריו הנפלאים "אוצר הפוסקים" על שו"ע אבן העזר. היה זה ביוזמתם של הרב הראשי לישראל ונשיא ביה"ד הגדול הגרי"א הלוי הרצוג זצ"ל, והגרא"ז מלצר נשיא מועצת גדולי התורה ר"מ דמתיבתא "עץ חיים", אשר יסדו את המפעל הנפלא הזה ועמדו בראש המערכת. וכן הוציא "אוצר הפוסקים" לאור עולם מאז יסודו עוד מאות ספרים חשובים.

הוצאת פסקי הדין מבית "**חקר משפט**" ע"י מערכת "**אוצר הפוסקים**" בנשיאות כת"ר, זו המסגרת הראויה ביותר להוציא לאור עולם את פסקי הדין הרבניים, ומתוך נסיונך האדיר תדע להעמיד את הדברים על דיוקם ולייקר את מעמדם של דייני ישראל, תורת ה' יבקשו מפי מערכת זו.

ברכה מיוחדת ליו"ר הנהלת אוצר הפוסקים הרה"ג **יהושע ריינמן** שליט"א על פעלו במפעל חשוב זה. יתן ה' ותשכילו להוסיף חיילים לתורה, להגדיל תורה ולהאדיר את פסקי דייני ישראל ולהנגישם לדיינים, לרבנים, ללומדי תורה ולכלל ישראל.

מברכך בכל לב
בברכת התורה

דוד לאו
הרב הראשי לישראל
נשיא בית הדין הרבני הגדול

תוכן מפורט

אישות ויוחסין

היתר כהן בגרושה שקידושיה היו בפסולי עדות

הרב יצחק יוסף, הראשון לציון, הרב הראשי לישראל..... א

א. קידושין בעד אחד ובשני עדים שאחד מהם רשע (ב) • ב. עד קידושין שהעיד על עצמו שהוא מחלל שבת בפרהסיא (יח) • ג. אם נפסל על פי עצמו וע"פ עד אחד (יט) • ד. עד רשע שלא ידע שבמעשיו הוא נפסל לעדות (כח) • ה. לחוש שמא העד הרשע הרהר תשובה בלבו (כט) • ו. חילוניים בזמננו לעניין עדות ולשאר דינים (כט) • ז. ספק מקודשת, אם מעמידים אותה בחזקת פנויה (מו) • ח. בקידושין שנתבטלו, האם חוששים לקדושי ביאה (נ) • ט. מעמדם של כהנים בני זמננו (נב) • י. גט לחומרא או לרווחא דמילתא, האם פוסלה לכהונה (נה) • יא. כאשר בני זוג חיים יחד, האם נחשב כדיעבד (סא)

בירור יוחסין של בן הנולד לאחר הגירושין

הרב דוד לאו, הרב הראשי לישראל, נשיא בית הדין הגדול..... סג

דיון (סג) • אין חוששים לבעילת גוי (סו) • נאמנות האב בלא הכרת בכורה (ע) • מסקנות (עד)

בקשת גרושה מנישואין אזרחיים להנשא לכהן

הרב אריאל ינאי, חבר בית הדין הרבני פתח תקוה..... עה

דיון (עה) • תשובות הרשב"א (תק"נ) ובמיוחסות (קל"ב), ותשובת הרא"ש (ל"ה, י"ד) (עה) • תשובת הרשב"א (ח"ד ד"ש), והסתירה לתשובה הקודמת בח"א תק"נ (עז) • מחלוקת גדולי אשכנז שבמרדכי (פרק האומר בקידושין) (עט) • קושיות האחרונים בסתירות פסקי הרמ"א (פ) • יישוב סתירת תשובות הרשב"א, וסתירת דברי הרמ"א (פא) • ביאור דברי הרמב"ם, ופולמוס גדולי האחרונים (מהר"א ששון, מהרש"ך והלחם רב) בביאור שיטתו (פה) • דעת המהר"א ששון (פה) • גזירת אתה מצריכה כרוז לכהונה - דין איסור לכהונה או פסול לכהונה (פו) • דעת המהרש"ך ומהר"א די בוטון (לחם רב) (פז) • ביאור חדש בדברי הרמב"ם הנ"ל (פח) • חידוש המהרש"ל בדעת הרמב"ם (פט) • סיכום שיטות הראשונים שהתבארו לפנינו עד כה, וההשלכה לגט בנישואין אזרחיים (צ) • גט בנישואין אזרחיים (צא) • דעת הגרי"ש אלישיב במעמדם של נישואין האזרחיים, והפולמוס בעניין חיוב מזונות מעוכבת (צב) • דעת ה"יביע אומר" (צה) • סיכומו של דבר (צה) • נישואי מינקת שהתעברה מתרומת זרע [הבחנה]

הרב אברהם צבי גאופטמן, חבר בית הדין הרבני באר שבע..... צז

בירור העובדות (צז) • בירור הדין (צז) • התחייב הנושאה לזון ולפרנס הולד (צח) • האם התקנה חלה על מי שהתעברה מתרומת זרע (ק) • שיטת ר"ש הזקן (ק) • אין להחשיבה כמינקת חבירו (קא) • חכמים לא גזרו באופן שאינו שכיח (קב) • סיכום ומסקנה (קו)

רחיצה אחר תה"מ

הרב משה לאנגער, ראש מערכת אוצר הפוסקים, רב ואב"ד קהילת תורה ותפילה Chestnut ridge n. y..... קז

א. מקורות שנראה מהם להתיר (קז) ◆ ב. מקורות שנראה מהם לאסור (קז) ◆ ג. חילוק המגן אברהם בין זמן שיכולה להתעבר לשאינה יכולה להתעבר (קט) ◆ ד. דעת הסוברים שאין חילוק בזמן שראוי לה להתעבר או לא (קי) ◆ ה. העולה לדינא (קיא)

השמדת ביציות מופרות

הרב יהודה יאיר בן מנחם, חבר בית הדין הרבני תל אביב.....קיב

פסיקת ההלכה (קיב) ◆ הפלת עובר לאחר ארבעים יום להריון (קיג) ◆ הפלת עובר קודם ארבעים יום (קכה) ◆ השחתת זרע גם כשאינו בגוף האיש (קלג) ◆ טובת העובר במקרה דנן (קמה) ◆ הבעלים על הביצית המופרית (קמט) ◆ סיכום תמציתי (קנה) ◆ סיכום (קנז) ◆ סוף דבר (קנח)

כתובות

הצמדת דמי הכתובה הנקובה בלירות, לשקלים חדשים ולמדד

הרב מנחם הגר, בית הדין הרבני ירושלים, אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים ..... קסא

א. מטבע שנפסל (קסא) ◆ תנודות המדד - שינוי ערך המטבע (קסג) ◆ הסוברים שגם כאשר השינוי בערך המטבע משלם בלא הצמדה (קסו) ◆ היחס לשטרות הכסף ומטבעות בני זמננו (קע) ◆ החילוק בין הצמדת הלוואה להצמדת כתובה (קעג) ◆ "מקולי כתובה שנו כאן" (קעו) ◆ היחס לשינוי המטבעות בארץ ישראל בזמננו מלירות לשקלים ישנים וחדשים (קעז) ◆ מנהג בתי הדין לפשר בדמי הכתובה (קעט) ◆ הצמדת דמי הכתובה כאשר גם לאחר הפיחות היא עולה לסך גבוה (קפא) ◆ אם יכולה לומר קים לי כהמהרשד"ם ולהמנע מחיוב גט (קפג) ◆ מסקנת הדברים (קפד)

חיוב כתובה כשהגירושין היו בגלל מקום המגורים

הרב מרדכי רלב"ג, ראב"ד ירושלים..... קפה

רקע ועובדות (קפה) ◆ טענות האישה (קפה) ◆ טענות האיש (קפו) ◆ דיון והכרעה (קפו) ◆ אישה רעה (קפו) ◆ נסתחפה שדהו (קפט) ◆ הפסד כתובה מפני שלא הלכה אחר בעלה למקומו (קצ) ◆ להוציא מכרך לכפר (קצא) ◆ רוע"ז (קצא) ◆ מרידה (קצד) ◆ מסקנות (קצה) ◆ כתובה שנקוב בה סכום גבוה

הרב אוריאל לביא, אב"ד ירושלים..... קצו

הכתובה מחייבת ככל שטר, אף שנקוב בה סכום גבוה (קצו) ◆ טענת אסמכתא בכתובה שנקוב בה סכום גבוה (קצט) ◆ חיוב הכתובה חל מעת הנישואין (קצט) ◆ שלילת הטענה להיעדר תוקף בהתחייבות מופרזת (רו)

כתובה ופיצוי גירושין

הרב צבי בן יעקב, אב"ד תל אביב ..... ריא

א. האם האשה רצתה בגרושין (ריא) ◆ ב. הסכם ממון עליו חתמו הצדדים (ריג) ◆ ג. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה (ריג) ◆ ד. בחיוב ברור (ריט) ◆ ה. ספק במחילה (רכח) ◆ ו. סילוק מכתובה (רלד) ◆ ז. כתובה בחזקתה (רמב) ◆ ח. חובות האשה לבעל - הודאה במכשיר הקלטה (רמה) ◆ ט. פשרה בחיוב מודה במקצת (רמח)

שינוי סכום המזונות לאור השינוי בהכנסת האב / מכירת נכסי האב לתשלום מזונות בניו

הרב יעקב זמיר, חבר בית הדין הרבני הגדול ..... רנד

פסק דין (רסח) ◆ החלטה (רסח)

חיובי הורים במזונות ילדים / דחיית בקשה לביטול משמורת

הרב אריאל אדרי, אב"ד באר שבע ..... רע

דיון ופסיקה: (רעב) ◆ א. חיוב האם במזונות קטני קטנים (רעג) ◆ דין פרנסת הבת לנדונייתה מנכסי האם (רעה) ◆ ב. תקנת אושא (רעח) ◆ ג. תקנת הרבנות הראשית (רפב) ◆ דעת הראש"ל הגר"ע יוסף זללה"ה (רפה) ◆ ד. גדרי חיוב מזונות מדין צדקה וחיוב האם (רצג) ◆ ה. דין משפחה בירושה (רצג) ◆ ו. מקור דין משפחת אב (רצד) ◆ ז. משפחת אב לענין יחוס (רצו) ◆ ח. משפחת אב בגאולת הנמכר לגוי (רצז) ◆ ט. משפחת אם כשאין משפחת אב (שא) ◆ י. משפחת אב בצדקה (שג) ◆ נמצאנו למדים: (שיא) ◆ יא. חיוב האם במזונות ילדים מדין צדקה (שיב) ◆ יב. גדר חיוב צדקה מדין הקרוב קרוב קודם (שכ) ◆ יג. היקף הגביה מהאב מדין צדקה (שכב) ◆ יד. מיהו הקרוב החייב לזון כשאין יכולת בידי האב (שכד) ◆ טז. אחרית דבר (שכז) ◆ יז. מן הכלל אל הפרט (שכח) ◆ חיוב מדור ומזונות הבנים

הרב יגאל לרר, אב"ד פתח תקוה ..... שכט

ביחס לחיוב האב במדור הילדים (שכט) ◆ מסקנות (שלב)

מדור ילדים באופן שיש לאשה דירה / כאשר היא שוכרת דירה

הרב מנחם הגר, בית הדין הרבני ירושלים, אדמו"ר מסאווראן נשיא אוצר הפוסקים ..... שלח

דיון והכרעה (שלח) ◆ חיוב מדין נהנה - זה נהנה וזה לא חסר (שלט) ◆ כשבעל הבית תובע שיצא מביתו (שמד)

תביעת גירושין - שלום בית השלמת מזונות ומדור

הרב יצחק רבינוביץ, חבר בית הדין הרבני ירושלים ..... שמט

עובדות והליכים (שמט) ◆ דיון והכרעה (שנד) ◆ המורם מכל האמור (שסח)

בעל ששרך דרכיו - חיובו בכתובה מופרזת

הרב דוד בירדוגו, חבר בית הדין הרבני ירושלים ..... שע

העובדות (שע) ◆ דיון (שע) ◆ המשנה והגמרא (שעא) ◆ עד היכן גובה התוספת ע"פ הש"ס והראשונים (שעא) ◆ הריב"ש (שעב) ◆ הריטב"א (שעד) ◆ הטעם שגם תוספת גבוהה מחייבת (שעה) ◆ טענת אומדנא (שעח) ◆ תקנות הראשונים והאחרונים להגביל הכתובה (שעט) ◆ ביאור דברי שו"ת הגאונים (שעט) ◆ דעת הסוברים שיש להגבות כתובה בסכום גבוה אך לא סכום דמיוני (שפב) ◆ התנצלות (שפג) ◆ הגר"צ אלגרבלי (שפג) ◆ הגר"י אלמליח (שפה) ◆ הגר"א איגרא (שפט) ◆ הגרח"ש שאנן (שצ) ◆ הגרח"ש שאנן בספרו עיונים במשפט (שצג) ◆ דברי שו"ת מהר"ח או"ז בסימן רלב (שצד) ◆ ביאור דברי מהר"ח או"ז (שצה) ◆ הגר"ד לבנון (ת) ◆ ספר משפט הכתובה (תה) ◆ הערות על ספר משפט הכתובה (תו) ◆ הגר"ע שחר (תז) ◆ דעת המתנגדים לכתובה גבוהה אף אם אינה מוגזמת (תח) ◆ מנהגי הדיוטות שהנהיגום מעצמם (תיא) ◆ שו"ת הלכה למשה (תיט) ◆ הגר"ש דיכובסקי (תכא) ◆ הגר"ש תם (תכו) ◆ הגר"ד מלכא (תכח) ◆ גדר מנהג (תלה) ◆ קנס הראוי לבעל שפשע (תלח) ◆ הצמדת הכתובה בנדון דנן (תלח) ◆ בסיכום העולה מכל המבואר לעיל (תלט) ◆ גביית תוספת כתובה במבקשת להתגרש ובמרדו זה בזה

הרב יצחק רפפורט, אב"ד נתניה

דין תשלום כתובה, תוספת כתובה ומתנות באישה המבקשת להתגרש בלא טענה לפשיעת הבעל, והבעל מתרצה לגרשה ..... תמב

ביאור דברי הנתיבות משפט (תמו) ◆ דין בעינא ליה מצערנא ליה (תנא) ◆ שיטת ר"ת בטוענת מאיס עלי (תנג) ◆ מורדת ממלאכה (תנו) ◆ ראיה ממאנת שיש לה תוספת כתובה (תנו) ◆ דין רואה מחמת תשמיש (תנט) ◆ שיטת הבית שמואל בטענת גבורת אנשים (תס) ◆ שיטת הריב"ש (תסא) ◆ דעת הרמב"ם בהפסד מתנות ותוספת במורדת (תסב) ◆ תוספת כתובה במגרש בתוך י"ב חודש (תסד) ◆ דברי ספר בת נעות המרדות בשם מהר"א ששון (תסו) ◆ דעת הרא"ש והטור בהפסד כתובה בתוך י"ב חודש (תסו) ◆ הפסד מתנות ותוספת במבקשת להתגרש (תסז) ◆ שיטת הרא"ש והטור בהפסד מתנות במורדת (תע) ◆ תוספות נכסי צאן ברזל (תעב)

גיטין

תביעת האשה להסדיר את עניני הממון קודם הגט

הרב דוד לאו, הרב הראשי לישראל, נשיא בית הדין הגדול ..... תעט

החלטה (תעט) ◆ דיון (תעט) ◆ א. חיוב לגרש (תפ) ◆ ב. תנאי בחיוב לגירושין (תפה) ◆ ג. הקדמת הגט או סיכום הענינים הרכושיים (תפח)

חק תוכות בכתיבת גט ובסת"ם

הרב מיכאל בלייכר, אב"ד חיפה ..... תצא

תוכן עניינים מקוצר (תצא) ◆ תיקון חלק מהתיבה (תצא) ◆ אופן תיקון מ' שנדבק פתיחתה ונסתמה (תצא) ◆

האם צריך לגרור את כל האות שנסתמה או שסגי לגרור רק את כל החרטום (תצב) ◆ החילוק בין נכתבה האות בכשרות או בפסלות (תצג) ◆ באות שנכתבה במשיכת קולמוס אחת (תצד) ◆ שיטת הבית יוסף (תצד) ◆ להסוברים שסגי לגרור רק את החרטום - מדוע לא סגי לגרור את חציו ולבטל ממנו שם אות (תצד) ◆ שיטות הפוסקים בשאלה האם אפשר לגרור חלק מהאות ולהשלימה (תצו) ◆ סתירת דברי הב"י בין הלכות סת"ם להלכות גיטין (תצו) ◆ תירוצי החת"ס ואבני נזר על סתירת דברי הב"י (תצז) ◆ מו"מ ע"ד החתם סופר הנ"ל (תצט) ◆ תירוץ בעל גידולי הקדש על סתירת דברי הב"י (תצט) ◆ תמיה על דברי הגידולי הקדש (תק) ◆ החילוק בין עיבוי האות לאחר שנכתבה למחיקת חלק ממנה (תק) ◆ מ' שנסתמה (תקא) ◆ הפיכת כמה אותיות לאות אחת גדולה ע"י העברת דיו (תקא) ◆ העברת דיו על מילה שנכתבה בטעות ולעשותה אות גדולה (תקב) ◆ העברת דיו על כמה אותיות (תקג) ◆ מסקנות (תקד)

כתיבת הכהן בגט

הרב מנחם הגר, בית הדין הרבני ירושלים, אדמו"ר מסאוואראן, נשיא אוצר הפוסקים ..... תקה

היכן כותבין הכהן כשיש גם שם טפל שנכתב בהמכונה או בדמתקרי (תקה) ◆ הטעם דבשם של 'דמתקרי' יש לכתוב בדוקא הכהן באחרונה (תקז) ◆ עולה לתורה בשם ראשון, ושם שני נכתב ב'דמתקרי', היכן יש לכתוב הכהן (תקח) ◆ באדם שאינו עולה לתורה (תקי) ◆ הלכה למעשה (תקיב) ◆ כהן שגם כינויו הכהן (תקטו) ◆ הדין בדיעבד כשכתב כהן לאחר הכינוי (תקטו) ◆ יש לבעל שם עיקרי וב' שמות טפלים אחד בדמתקרי והשני בהמכונה, היכן יכתבו 'הכהן' (תקיז)

אלו שכופין אותם להוציא - האם יכולים להתנות תנאי בגירושין

הרב יוסף גולדברג, אב"ד ירושלים.....תקכ

תוכן המאמר (תקכ) ◆ התנה לגרש שלא ע"י שליח (תקכ) ◆ דברי המהרשד"ם לגבי גט בתנאי ע"י אלו שכופין להוציא (תקכא) ◆ שיטות רבותינו האחרונים בדברי מהרשד"ם (תקכב) ◆ הביאור שכתבו דייני דורינו בדברי מהרשד"ם (תקכד) ◆ שלשה יסודות בדין כפיה לגט - הבסיס להבנת דברי מהרשד"ם (תקכו) ◆ הגדרת תנאי שקשה לקיימו לשיטת מהרשד"ם (תקכז) ◆ הגדרת תנאי "שנקל לקיים" לשיטת מהרשד"ם (תקכט) ◆ שיטת רבותינו הראשונים בנידון כדברי מהרשד"ם (תקלא) ◆ התנה הבעל שהאשה תחזיר לו חפצים או ממון שלו (תקלד) ◆ הכרעת הדין בענין בעל המתנה לגרש שלא ע"י שליח אף שהוא בר כפיה (תקלו) ◆ המסקנות להלכה (תקלז)

גדרי גט מוטעה

הרב מאיר פרימן, אב"ד ירושלים .....תקלט

הקדמה (תקלט) ◆ תוכן הנימוקים (תקלט) ◆ רקע (תקמ) ◆ מאפיינים להגדרת המקרה בנדון "גט מוטעה" (תקמ) ◆ הגדרת נידון דנן בהתאם לשאלות האמורות (תקמא) ◆ לכתחילה או דיעבד (תקמא) ◆ מקום עיגון (תקמא) ◆

דרישה צודקת (תקמב) ◆ זמן ההטעיה, לפני הגט או אחריו (תקמה) ◆ גילוי דעת הקודם לגט (תקמו) ◆ סיבת ההתרצות בגירושין (תקמו) ◆ תיקון ההטעיה (תקמח) ◆ ידיעת הבעל על אפשרות של הטעיה (תקמח) ◆ אופן סידור הגט (תקמט) ◆ משמעות הגדרת המקרה, הלכה למעשה (תקנ) ◆ לכתחילה או דיעבד (תקנ) ◆ מקום עיגון (תקנ) ◆ דרישה צודקת (תקנא) ◆ זמן ההטעיה, לפני הגט או אחריו (תקנו) ◆ גילוי דעת הקודם לגט (תקנט) ◆ סיבת ההתרצות בגירושין (תקסח) ◆ תיקון ההטעיה (תקסט) ◆ ידיעת הבעל על אפשרות של הטעיה (תקע) ◆ אופן סידור הגט (תקעב) ◆ הטעיה נוספת, היכולת לתבוע תביעת נזיקין (תקעה) ◆ בית דין בתר בית דין לא דייקי, תוקף השליחות (תקעז) ◆ השוואת נידון דנן לנידונים אחרים (תקעח) ◆ דעות הפוסקים שהחמירו בכנדון דנן (תקצא) ◆ דעות הפוסקים שהחמירו בנדונים אחרים (תקצו) ◆ התייחסות לחרם של רבינו תם (תר) ◆ התייחסות לתגובת הדיין שהכשיר את הגט (תרב) ◆ מסקנה (תרז)

א"א שזינתה ונתגרשו וברצונם להינשא שנית

הרב אברהם מאיר שלוש ראב"ד חיפה.....תרח

תיאור העובדות (תרח) ◆ דיון והכרעה (תרח) ◆ א. נאמנות האשה ובעלה בזמן הזה (תרט) ◆ ב. שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא (תרטז) ◆ ג. אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות (תריח) ◆ חזרת הבעל מנאמנות שהאמין לאשה (תרכ) ◆ מוציא את אשתו משום שם רע (תרכא)

גרות

על מי מוטלת הברכה בטבילת גר קטן ע"ד בית דין

הרב אייל יוסף, חבר בית הדין הרבני תל אביב.....תרכה

ברכה בטבילת גר גדול (תרכה) · על מי מוטלת הברכה בטבילת גר קטן (תרכו) · שיטות הפוסקים (תרכו) · מתי מברכים על טבילת גר קטן ואיזו נוסח ברכה יש לברך "על הטבילה" או "על טבילת גרים" (תרל) · מסקנת הדברים (תרל) · ברכת על הטבילה בתוך המקווה או מחוצה לו (תרל) · ברכה בטבילת קטן הנולד מהפריה (תרלא) · לסיכום (תרלב)

יין ישן

טענת היזק ראיה והפחתת אור ואויר בתוספות בניה

הרב יששכר דב הגר זצוק"ל, כ"ק אדמו"ר מסאוראן, אב"ד ירושלים.....תרמ

פסק דין בענין פירוט טענות הצדדים בכתב

הרב יששכר דב הגר זצוק"ל, כ"ק אדמו"ר מסאוראן, אב"ד ירושלים.....תרמ

מכתבים מהגאון רבי יששכר דב הגר זצוק"ל, כ"ק אדמו"ר מסאוואראן, אב"ד ירושלים

מכתב א' - נוסח גט שליחות ..... תרמא
מכתב ב' - שליח שני בגט ..... תרמב
מכתב ג' - כתיבת שם האב שנתגייר בגיור קונסרבטיבי ..... תרמג
מכתב ד' - כתיבת שם טפל בגט ושם בלא אותיות ניקוד ..... תרמד
מכתב ה' - בענין שמות גיטין ..... תרמה
מכתב ו' - מסירת גט בשם שנשתקע בשעת הדחק ..... תרמז
מכתב ז' - גט למי שנישא בנשואין רפורמים ..... תרמח

זכות ממון לנתבע בביה"ד לעבודה לדון בדין תורה

הרב חגי איזירר זצ"ל, חבר בית הדין הגדול ..... תרמט

תקציר פסקי הדין

אישות ויוחסין

היתר כהן בגרושה שקידושיה היו בפסולי עדות

הרב יצחק יוסף, הראשון לציון, הרב הראשי לישראל..... א

הנידון: בני זוג שהתגרשו, וחזרו לחיות יחד ללא נישואין, ועתה מבקשים הם לחזור ולהינשא אלא שהבעל כהן. הדיון הן לגבי תקפות הנישואין הראשונים - שאחד העדים היה מחלל שבת בפרהסיא, הן לגבי מנהג בתי הדין לחייב בני זוג גרושים שחזרו לחיות יחד בגט לחומרא.

א. תקפם של קידושין בע"א, ובשני עדים שאחד מהם רשע. נאמנות ע"א בקידושין לסוברים שהוא מן התורה, האם משום שע"א מחייב שבועה בממונות, או משום שהוקש לממון, והנפק"מ לדידן. הכרעת הפוסקים דהמקדש בע"א אין חוששין לקדושיו, ואף לשיטת הרמ"א שהחמיר בזה, מ"מ במקום ריעותא מודה דאין חוששין. בנידו"ד שהוא על איסור גרושה לכהן ולא איסור א"א, וכן העד הפסול הצטרף עם העד הכשר, ודעת רבינו ירוחם שבכה"ג עדות הכשר ג"כ בטלה להקל.

ב. עד שהעיד על עצמו שהוא מחלל שבת בפרהסיא הריהו בכלל הבזויים. ואף שאין אדם משים עצמו רשע, דעת הגרע"י שמ"מ משים עצמו בכלל הבזויים והרי הוא פסול לעדות. פסול אדם ע"פ עצמו וע"פ עד אחד, במוחזק בכשרות ובמוחזק לחלל שבת בפרהסיא, והחילוק בזה בין אומדן דעת הדיין לבין דבר מפורסם וידוע כעין אנן סהדי שפוסלים על פיו.

ג. עד רשע שלא ידע שבמעשיו הוא נפסל לעדות: מחלוקת הפוסקים אם נפסל לעדות משום כך, והדין בזה לגבי חילוני בזמנינו.

ד. שמא הרהר העד תשובה בלבו: אף שכתב הרמ"א בשם י"א שיש לחוש שמא הרהרו תשובה והעדות כשרה, דעת רוב מנין ובנין של הפוסקים אינה כן.

ה. חילונים בני זמנינו לענין עדות ושאר דינים: מחלוקת החזו"א ושאר פוסקי הדורות האחרונים אם דינם כתינוקות שנשבו או כמומרים, והדיון בזה לגבי קראים. עיקרי התנאים לדין תינוק שנשבה.

ו. אשה שהיא ספק מקודשת, האם מעמידים אותה בחזקת פנויה: דברי הראשונים שחזקת פנויה מתערערת באחד משלשה דברים: במעמד קידושין, בהכנות לקידושין כמו מיטות מוצעות וכו', ובמעשה קידושין שלא ברור אם הועיל, כמו בזרק לה קידושין. בנישואין בזמנינו, אף שיש הכנות לקידושין וכו' דעת הגרע"י שמדאורייתא חזקת פנויה מבררת את הספק גם במקום שיש ריעותות.

ז. בקידושין שבטלו, אם חוששים שקידש בביאה. לדעת החוששים לקידושי ביאה, קידש בע"א ובעל או חתן ע"ה שקידש בפני שני עדים שאחד מהם קרוב או פסול, אין חוששים לקידושי ביאה, דאינו יודע להבחין בין עד כשר לעד פסול, ועל דעת הקידושין הראשונים בעל.

ח. מעמדם של כהנים בני זמנינו, אם יש להם דין של כהני יחס או כהני חזקה.

ט. גט שסודר לחומרא, אם פוסל את האשה לכהונה: מחלוקת הראשונים בגט שניתן על קידושין פסולים, או קידושין בע"א, או משום שיצא עליה קול קידושין.

מסקנה: בית הדין הכריע כפשרה, שכיון שחזרו לחיות יחד לא נצריכם גט וגם לא נסדר להם חופו"ק, אלא יקבע שביה"ד מכיר במצבם כנשואים.

בירור יוחסין של בן הנולד לאחר הגירושין

הרב דוד לאו, הרב הראשי לישראל, נשיא בית הדין הגדול..... סג

הנידון: אשה ילדה ארבעה חודשים לאחר מתן הגט, ולטענת בעלה הוא נפרד ממנה שנה וחצי קודם לכן ואין הולד ממנו. לאחר מכן סתר דבריו, האם ניתן לקבל טענתו שאין הולד ממנו - מדין יכיר.

ביטול נאמנות האב לומר על המוחזק כבנו שאינו בנו ולהחזיקו כממזר, בצירוף ג' סברות: שיטת בה"ג שנאמן רק דרך הכרת בכורה. דעת התוס' רי"ד שנאמן רק כשאינה מכחישה דבריו. דעת ריא"ז שנאמן להעיד רק על מי שלטענתו הוא בנו מפסולי נישואין.

לא הכחישה דבריו תחילה, האם נאמנת לחזור בה ולהכחישו, לדעת התורי"ד הנ"ל. שיטת החתם סופר באופן שאין לפנינו את כל צירופי ההיתר הנ"ל, האם די בחלקם או צריך את צירוף כולם.

דברי האחרונים שיש לצרף בזה עוד ספק, שמא נתעברה מגוי שאין בנו מאשת איש נחשב ממזר, ולהתירה מדין ספק ספקא. השיטות השונות בין האחרונים האם תולים בביאת נכרי. הצד לתלות בנכרי מחמת שרוב הפרוצים נכרים הם, ובזמנינו. משא ומתן בדברי הגר"ע יוסף לגבי ספק ספקא כאשר הספקות אינם שקולים, או כשאחד מהם שקול והשני אינו שקול.

הוחזק כבנו ושתק, האם רשאי לערער לאחר זמן ולטעון שאינו בנו - שיטת התשב"ץ.

כאשר האב בא בטענתו זו לפטור עצמו מחיוב המזונות, האם נחשב נוגע בדבר ובטלה נאמנותו לומר שאינו בנו, דברי הבנין עולם והגר"ש משאש בענין זה. צירוף רעותא זו לספק ספקא הנ"ל.

מסקנה: האב אינו נאמן במקרה שלפנינו לפסול את בנו ולומר שהוא ממזר - מדין יכיר.

❖

בקשת גרושה מנישואין אזרחיים להנשא לכהן

הרב אריאל ינאי, חבר בית הדין הרבני פתח תקוה.....עה

הוחזק ככהן בבית הכנסת ועולה לדוכן, ומבקש להנשא לאשה שהיתה נשואה בנישואין אזרחיים ונתגרשה, האם יש לה דין גרושה שאסורה לכהן.

דיון אודות תוקפו של גט הניתן לחומרא לאסור את האשה להנשא לכהן [אופנים שונים של גט לחומרא]. דברי הראשונים לענין אשה שנתגרשה מחמת קול שיצא עליה שהיא אשת איש, והסתירות השונות שיש בענין זה בשיטת הרשב"א והרמ"א. החילוק שיש בענין זה בין אם האשה מודה שנתקדשה, אלא שאינה נאמנת בכך משום שאין דבר שבערוה פחות משנים, לבין אם היא מכחישה וטוענת שהיא פנויה.

סיכום דברי הראשונים לענין גט שליחות שניתן על ידי שכיב מרע, ויש ספק מתי נמסר לאשה, אם קודם מות הבעל או לאחריו, ונפקא מינה לענין יבום. העולה מכל המחלוקות הנ"ל לענין אשה שנתגרשה לאחר נישואין אזרחיים.

בירור רחב אודות מעמדם של נישואין אזרחיים והטעם שחייבו לאחריהם גט לחומרא. ההשלכה שיש לנדון זה לגבי חיוב מזונות מעוכבת, כאשר הבעל מאותן נישואין אזרחיים נמנע מלתת גט.

מסקנה: לדעתו של החזון איש זצ"ל, וכך פסק הגרי"ש אלישיב זצ"ל, יש לסדר גט בנישואין אזרחיים מעיקר הדין, משום חשש ספק קידושין, ולא רק לרווחא דמילתא ולחומרא בעלמא, ולכן הגט שניתן לאישה יאסור אותה לכהונה. ויש לציין במעשה בית הדין של סידור הגט "האישה מותרת להינשא לעלמא, לבר מכהן". בקשת המבקשים נדחית ואין להתיר להם להינשא.

❖

נישואי מינקת שהתעברה מתרומת זרע [הבחנה]

הרב אברהם צבי גאופטמן, חבר בית הדין הרבני באר שבע.....צז

רווקה בת ארבעים שילדה בת לפני שבעה חודשים מתרומת זרע ואינה מניקה מחמת מחסור בחלב, ומבקשת עתה להנשא תוך כ"ד חודש. הבעל המיועד מתחייב לזון את הולד משלו.

דין נישואי יולדת שפסק חלבה או שלכתחילה אינה מניקה, תוך כ"ד חודש - שיטת הרא"ש בכתובות [פ"ה סי' כ], והדיון האם קיים חילוק בין אשה שאינה מניקה בבחירתה או משום שצמקו דדיה.

התחייבות הבעל המיועד לפרנס את הולד, האופנים בהם נחשב הדבר כצירוף להיתר הנישואין, ובאופן שיש ערובה לכך שיקיים את התחייבותו - סוגית הגמרא בכתובות מ"ב ב', וחומרתו של הנודע ביהודה בענין זה.

האם איסור "מינקת חברו" קיים גם בתרומת זרע מתורם אנונימי, וההקבלה שיש בנדון זה למחלוקת הראשונים לגבי גרושה, אם נוהגת בה תקנה זו כמו באלמנה [הר"ש ורבינו תם].

שיטות הפוסקים באופן שהאב נכרי, אם נוהגת בולד תקנה זו, ובירור שורש הספק, האם חכמים קבעו איסור זה משום זכותו של האב או משום תקנת הבן שיהיו מזונותיו מצויים לו.

הנדון האם בנו מהזרעה מלאכותית מתייחס אחריו.

הסברא לומר שחכמים לא גזרו דין מינקת חברו באופן שאינו מצוי, כמו בהזרעה מלאכותית, משא ומתן בדברי הברכי יוסף והבית מאיר בענין זה, לגבי אשה שנתעברה באמבטי.

מסקנה: בשל העובדה שהאם לא הניקה מעולם את בתה, והבת ניזונת מתחליפי חלב, בצירוף הענין שמדובר במקרה של הזרעה מלאכותית, שלא היתה שכיחה בזמן גזירת חכמים, ויש לדמותה לגרושה מינקת שר"ש הזקן התירה להינשא מפני שאינה משועבדת להניק, ובהתחשב בכך שמדובר באיש ואשה רווקים בני ארבעים, שסוף סוף מצאו את זיווגם, כאשר האיש טרם קיים מצוות פריה ורביה, ולאחר שקיבל על עצמו בקנין לזון ולפרנס את הבת, ביה"ד מתיר למבקשים להינשא כדת משה וישראל.

❖

רחיצה אחר תה"מ

הרב משה לאנגער, ראש מערכת אוצר הפוסקים, רב ואב"ד קהילת תורה ותפילה Chestnut ridge n. y..... קז

הנידון: אם מותר לאשה לרחוץ או"מ אחר תה"מ או שיש בזה משום השחתת זרע.

מדברי המשנה מבואר שיש לקנח קודם טבילה של טהרה, וכן משאר דיני בדיקות לאשה העסוקה בטהרות מוכח שאין כל חשש לרחוץ אחר תה"מ.הקושיא מהסוגיא דכתובות שהמדיר את אשתו שתהא ממלאה

ונופצת יוציא ויתן כתובה, ופירש הראב"ד שהוא מטעם איסור השחתת זרע. אכן שאר ראשונים הביאו טעמים אחרים, ומהם נראה שאין כל איסור בזה מצד עצמו.

מחלוקת הראשונים אם האשה מצווה על השחתת זרע, ומחלוקתם תלויה באם האשה מצווה על פו"ר.

צ"ע לשיטות הראשונים שהאשה מצוות על פו"ר, מה יעשו עם הראיות המוכחות שאין איסור רחיצה אחר תה"מ. ביאור הענין עפי"ד האחיעזר שאין איסור השחתת זרע ככל שנעשה הדבר לצורך. וכנ"ל כשיש צורך ברחיצה לטהרות וכו' אין איסור בדבר.

מדברי המג"א מבואר שאיסור השחתת זרע על האשה הוא רק באשה היכולה להתעבר, ותמיהת החתם סופר מנין למג"א חילוק זה. ביאור דעת המג"א בג' אופנים: א. אף שאין חייבות בפו"ר מ"מ חייבות במצות שבת. ב. חייבת להזהר שלא תפלוט, משום מצות פו"ר ושבת של הבעל. ג. איסור השחתת זרע הוא רק בזרע הראוי להוליד.

דעת הכרתי ופלתי ורעק"א שאין לחוש משום השחתת זרע, משום שרוב הזרע נקלט מיד, ואין לחוש על השאר.

❖

השמדת ביציות מופרות

הרב יהודה יאיר בן מנחם, חבר בית הדין הרבני תל אביב.....קיב

בני זוג פתחו בהליכי גירושין, ועקב כך מבקש הבעל להשמיד ביציות של האשה שהופרו במעבדה בזרעו. סקירת תשובות רבנים שעסקו בענין זה בהיבט הממוני אודות הבעלות על הביצית.

הנדון האיסורי - האם מותר להשמיד פוטנציאל של חיים, קודם שנעשה עובר.

סקירה אודות איסור הפלת עוברים, אם הוא מטעם רציחה או משום השחתת זרע, ואם יש בו איסור תורה או מדרבנן בעלמא, סוגית הגמרא בסנהדרין [נז א] לגבי בן נח הנהרג על הריגת עוברים ולעומתו ישראל פטור, וחידוש התוס' בנדה שאין בכך איסור כלל וביאור דבריהם.

עובר במעי אמו האם דינו כחי או כנפל, לשון המשנה באהלות פרק ז', ודברי הראשונים לגבי עובר שיצא ראשו, והמשמעות של דיון זה לנושא הנ"ל. ראיות לנדון זה מדברי האחרונים: דברי הנודע ביהודה שמכך שהוצרכו להתיר את הריגת העובר משום רודף, מוכח שדינו כנפש, וראיות נוספות.

ביאור יסוד הדין שעובר המסכן את אמו מותר להצילה בנפשו, אם הוא מדין רודף, או משום שחיי האם בעלי ערך יותר מחיי העובר.

מעמדו של עובר קודם ארבעים יום - מיא בעלמא - והמשמעות לדינא מבחינת צדדי ההיתר לבצע הפלה תוך זמן זה, תוך הקבלת הדברים לביצית מופרית. שיטת המהרי"ט בענין זה והסתירה בין תשובותיו [ח"א סי' צז,צט], וביאורו של הגר"ע יוסף. סקירת דברי אחרוני זמנינו בענין זה.

הצלת עובר משום הכלל של "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה". חידושו של הגר"ש ישראלי שאף שאין חיוב להציל עובר מדין "וחי בהם", יש מצוה להצילו מדין "חלל עליו שבת אחת".

איסור השחתת זרע לאחר שכבר יצא מגוף האיש ועתה הוא בגוף האשה, או במבחנה ובביצית המופרית.

תשובת בעל שבט הלוי בענין זה, שאין להשחית את הזרע אף שעתה אינו בגופו של האיש, וראיות רבות לדבריו מדברי האחרונים, רעק"א שו"ת בנין ציון ועוד.

גרימת הפסד הזרע על ידי הנחתו בטמפרטורת החדר - ראיות להיתר בענין זה מגרם מחיקת השם וראיות נוספות.

בירור טובת העובר באופן זה שהוריו מתגרשים, ואם יש לכך משמעות בנדון שלפנינו.

בירור שאלת הבעלות על הביצית - סקירת דברי פוסקי הלכה שונים, אם זו שותפות בין הבעל לאשה או בבעלות האשה בלבד, או שמא אף אחד מהם אינו בעלים על 'חיים' של הולד. ביאור דברי הגרי"ש אלישיב שאין לאדם בעלות על גופו. ראיות רבות לסברא זו.

מסקנה: איסור הפלת עוברים הוא בעל חומרה רבה מאוד. לאחר ארבעים יום הדבר כרוך באיסור דאורייתא, קודם ארבעים יום נחלקו הפוסקים אם הוא מדאורייתא או מדרבנן. אין לבית הדין להמליץ בשום אופן על השמדת ביצית וביטול יכולת החיים משום סיבה שהיא, אחר שפוטנציאל החיים אינו רכוש קניני של ההורים אלא פקדון בלבד שקיבלו מבורא עולם. בית הדין הוביל להסכמה שהביציות לא יושמדו אך לא יעשה בהן כל שימוש שאינו מוסכם. כמו כן ניתן להשמידן בגרמא, על ידי הוצאתה לטמפרטורת החדר שתתקלקל מעצמה.

❖

כתובות

הצמדת דמי הכתובה הנקובה בלירות, לשקלים חדשים ולמדד

הרב מנחם הגר, בית הדין הרבני ירושלים, אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים ..... קסא

בני זוג באו להתגרש, כאשר סך הכתובה שבשטר שבידם נכתב בלירות או בשקלים ישנים שכבר אינם קיימים בשוק, והם חסרי ערך, האם חיוב הכתובה בטל, או שיש להצמיד את הסך הנזכר בכתובה למטבעות החדשים לפי שוויו בעת חתימת השטר. באם יקבע שיש להצמיד את סך החוב, יש לדון למה להצמידו, אם למדד המחירים לצרכן או לדבר יציב אחר. דיון דומה, כאשר ערך הכסף פחת אבל לא נפסדה המטבע לגמרי, האם להצמיד את סך החיוב לשווי הכתובה בשעת כתיבתה.

סוגית מטבע שנפסל - בבא קמא צ"ז א' ומשמעותה לנדון הנ"ל. החילוק לענין זה בין מטבע שנפסל לגמרי למטבע שפחת ערכו. שיטת הפוסקים במטבע שפחת, האם הפירות הם שנתייקרו או המטבע הוא שפחת, והחילוקים השונים לענין זה בין אם הפחת נובע מתנודות הערך בשוק, לבין אם נעשה הדבר בגזירת מלכות שרירותית. מחלוקת המהרשד"ם ומהרש"ך והנלוים עליהם בענין זה. הסברות העיקריות לדיון: א. אינו בדין שישלם פחות ממה שנטל. ב. אומדנא שעל דעת כן נעשה השטר.

סקירה מפורטת אודות התנהלות סדרי המטבע מזמן חז"ל ועד ימינו, והפקא מינה בזה לנ"ד. שכן כאשר שווי המטבע נגזר מערך המתכת ממנו נעשה, דין הוא להקבילו לשווי הפירות ולקובעו כיציב יותר מהן, אבל בזמנינו שערכו הוא רק מחמת כח הקנייה שבו, לעולם יהיה שוויו נקבע לפי ערך הפירות שהנקנים על ידו.

החילוק בין הצמדת כתובה להצמדת הלוואה: בהלוואה לא ניתן להפסיד את המלווה שנתן בתחילה

מעות. מאידך כתובה לעולם אסור שתפחת ממאתיים זוז. כמו כן, תקנת הכתובה היא כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, ואין טעם בכתובה מופחתת. לאידך בכתובה אין מקפידים זה על זה כל כך, אלא שמצד שני בשעת כתיבת הכתובה האשה בושה לתבוע שיכתבו חובת הצמדה ואין להוכיח משתיקתה שאינה מקפידה, וסברות נוספות.

שינוי המטבעות בארץ ישראל, אם דינו כמטבע שנפסל או מטבע שנפחת. מחד, נשתנה המטבע, ומאידך, המלכות הקפידה על הצמדה מלאה של הערך ושינוי השם בעלמא הוא. מנהג בתי הדין לפשר ולהצמיד לדולר או למדד. האם מצמידים את דמי הכתובה כאשר גם לאחר הפיחות דמיה יקרים.

מסקנה:

1. כאשר לא נעשו שינויים במטבע, וגם שינויי המדד לא היו חריגים אלא אחוז בודד בשנה כפי הרגילות, וסכום הכתובה אינו שונה באופן מהותי משעה שנכתבה, אין מקום להצמדת דמי הכתובה אלא אם כן הותנה הדבר בפירוש. וזאת מחמת כמה טעמים:

א. באופן זה לא קיימת סברת המהרשד"ם שמחמת היות מציאות זו דבר שאינו שכיח לא ראו להתנות על כך בפירוש. ב. באופן זה לא ניתן לקבוע שהשינוי נובע מירידת ערך המטבע, ובהחלט יתכן שזהו שינוי הנעשה בערך הפירות. ג. גם אם בהלוואה יש מקום וסברא יתירה להצמיד את ערך החוב כדי שלא יפסיד המלווה מן הקרן הראשונית, לגבי כתובה יש מקום לפקפק בסברא זו וכמבואר לעיל, ואף מנהג בתי הדין לפשר בדמי ההצמדה הוא רק כעין פשרה הנעשית על מנת שלא תצא האישה ריקנית בלא דמי כלכלה, וסברא זו אינה קיימת בשינויי מדד סבירים ומקובלים.

2. כאשר נעשה פיחות משמעותי ביותר בערך הכתובה, אינפלציה בלתי צפויה ששוחקת לגמרי את דמי החוב, יש לפשר ולהצמיד את דמי הכתובה או למדד המחירים לצרכן או לשווי הדולר, הכול כראות עיני הדיין ולפי המצב ושווי הכתובה. הנטייה בדרך כלל לגבי כתובות ישנות מעין זו שלפנינו להצמיד את ערכן לדולר, ומשום שכך היה מנהג הסוחרים בעסקאות גדולות וכאמור. לגבי כתובות חדשות יותר תהיה הנטייה להצמיד במקרי קיצון של ירידת ערך, דווקא למדד המחירים לצרכן, שכן נדמה שכיום אין מנהג להעריך מחירו של נכס וכדומה בדולרים, אלא בשקלים.

3. ביטול המטבע המקובל במדינה והחלפתו באחר, כמו שנעשה במדינת ישראל בהחלפת המטבעות מלירות לשקלים ולאחר מכן לשקלים חדשים, אין בו כדי לשנות מהאמור לעיל סעיף 2, ולא קיים לגבי זה הדין האמור בגמרא לגבי מטבע שנפסל לגמרי, שנותן לו מטבע היוצא באותה שעה תוך הצמדה גמורה לשווי החוב שנעשה בתחילה.

4. אין משמעות לגובה סך הכתובה בקביעה האם להצמיד את דמיה למדד או לדולר, ובכל אופן בו נקבע על פי כל האמור כי יש לחייב הצמדה כזו או אחרת, יעשה הדבר גם במקרה שדמיה גבוהים [אין במסקנה זו כדי לקבוע מה דינה של כתובה מופרזת, ובאלו אופנים אם בכלל, נבטל חיובה לגמרי, ענין זה יש לדון בו בנפרד ובהרחבה].

5. אין האישה או הבעל יכולים לעכב את מתן הגט [באופן שקבעו בית דין חיוב גט] בטענת קים לי לגבי הצמדת הכתובה, כיון שהכתובה הוא חיוב הבא כתוצאה למתן הגט ואינו יכול להוות לו תנאי מקדים.

חיוב כתובה כשהגירושין היו בגלל מקום המגורים

הרב מרדכי רלב"ג, ראב"ד ירושלים..... קפה

הנדון: האשה טוענת שהבעל נהג בפריצות במשך שנות הנישואין. כמו כן סוכם ביניהם שלא לגור בקיבוץ אליו השתייך הבעל, ולמעשה הוא עזב את הבית כדי לשוב לשם. לעומתה טוען האיש שהיא נהגה כלפיו באלימות קשה, ומכחיש את טענתה למנהגי פריצות בתוך ימי הנישואין. לטענתו עליה לבוא עמו לקיבוץ.

בית הדין התרשם שאכן אשה זו רעה במעשיה, אלא שיש סוגיות סותרות בענין זה האם אשה רעה זו עילה לגירושין והפסד כתובה, ונראה שישוב הסתירות הוא בכך שהדבר תלוי האם לאחר כל הדברים יכול הבעל ומסוגל לחיות עמה יחד או לא.

הטענה שהיה על האשה לבוא אחריו לקיבוץ אין בה ממש, כיון שהסכימו בפירוש בתחילה שלא ילך אחריה. בירור נוסף בענין זה על פי הכללים המבוארים בסי' ע"ה שלא יעבירנה מעיר לכפר, לפיו גם ללא סיכום מוקדם מראש אינו יכול לתבוע ממנה ללכת עמו לשם.

לגבי טענתה להנהגות פריצות שראתה בו, מלבד זאת שלא הוכיחה דבריה כראוי, גם עיקר הטעם לכך שהיא יכולה לתבוע גט באופן זה, הוא משום שעומד במירדו ולא יוכל לפרנסה, כאן שהוא מכחיש וכו', קשה לומר שמדובר באופן כזה שיש בו כדי לקבוע חיוב גט.

עזיבתו את הבית לקיבוץ נחשבת כמרידה באשתו, כיון שכאמור אינה חייבת ללכת עמו לשם.

מסקנה: הבעל חייב בכתובת אשתו זו.

❖

כתובה שנקוב בה סכום גבוה

הרב אוריאל לביא, אב"ד ירושלים..... קצו

בני זוג שבאו להתגרש וכתובתה של האשה נקבעה לסך גבוה ומופרז מאוד, האם הכתובה קיימת או אינה אלא אסמכתא בעלמא, והיאך יקצבו את חיובו של הבעל כלפיה.

המקורות בש"ס ובראשונים לכך שגם כתובה מופרזת מאוד יש לה תוקף - נדרים ס"ה א', תוס' כתובות נ"ד ב' ועוד.

התחייבות הכתובה אינה כחיוב עתידי - "אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא" ששייך בו אסמכתא, אלא הוא חיוב גמור מרגע הראשון של הנישואין, וכל התרצות האשה לנישואין כרוכה בו, ועל כן אין כאן אסמכתא. ראיות רבות לחידוש זה. דעת החולקים וסוברים שיש טענת אסמכתא בכתובה מופרזת וטעמיהם.

שלילת הנימוק שכתובה מופרזת נכתבת לכבוד בעלמא ואינה התחייבות של ממש, ודחיית הסברא שכך היה מנהג רב שנים להתייחס לכתובה זו כהבעת כבוד בלבד, סקירת תשובות האחרונים בענין זה.

מסקנה: שטר כתובה שנקוב בו סך מליון ש"ח שריר וקיים.

❖

כתובה ופיצוי גירושין

הרב צבי בן יעקב, אב"ד תל אביב.....ריא

הנדון: האם הבעל רשאי לעכב בידו את מעות הכתובה בטענה שהאשה חייבת לו כסף שנתן עבור פרעון חובה במס הכנסה.

בירור: האם האשה רצתה והסכימה לגירושין או שאלו נעשו ביוזמת הבעל בלבד, ונפקא מינה האם יש לה כתובה.

הסכם ממון קודם הנישואין המבטל כל תביעת ממון עתידית, האם הוא נחשב כמחילה מראש על הכתובה ותוספת כתובה.

סוגית יד בעל השובר על העליונה [בבא בתרא קסה ב], האם הוא מדין 'המוציא מחברו עליו הראיה' או שהוא משום כוחו של השובר בדיני הראיות. ביאור ענין הראיה שבשטר, אם הוא דין עדות או חזקה דלא חציף איניש.

האם בחיוב ברור ושובר מסופק אומרים יד בעל השטר על העליונה, ראיה לכך מדברי הפוסקים לגבי חיוב מצות צדקה ופדיון שבויים [מהרי"ק סי' ז ולעומת ריב"ש סי' תד ועוד], האם נכלל בהסכם שבין שותפים להתחלק בכל הוצאה שווה בשווה, ונפק"מ לדידן, כאשר חוב הכתובה ברור והמחילה מסופקת.

החילוק לענין זה בין שובר שבעצם מהותו מגרע את כח השטר והראיה שבו, ומשום שהוא מעיד על פרעון, לבין שובר העוסק במחילה צדדית.

ספק מחילה וגדריה, והחילוק בין אם יש ספק על עצם המחילה או על תקפותה. סילוק ותנאים מראש בחיוב הכתובה, ואופן קיומם, אם צריך שתאמר האשה הריני כאילו התקבלתי.

דין העמד כתובה על חזקתה [ריף ב"ב ס א, ורא"ש שם סי' לד], וגדרי חזקת חיוב, ומכאן בירור רחב לגבי השאלה מי הוא הנחשב מוחזק בדמי הכתובה, האם האשה המוחזקת בשטר החוב או הבעל שהמעות שלו, ונפק"מ לגבי גבייה מיתומים קטנים, אם דינה בזה כשאר בעל חוב.

תקפות עדות על פי סרטי הקלטה, לגבי הוכחת חובות האשה לבעל. דין הודאה שלא בפני עדים על פי סוגית הגמרא בסנהדרין כ"ט א'.

פשרה בחיוב מודה במקצת [תוס' סנהדרין ו ב], חיוב שליש חלף השבועה שאינה נהוגה בזמנינו - שו"ת דברי מלכיאל [ח"ב סי' קלג], ובאלו שבועות הנהיגו פשרה זו.

מסקנה: יש לחייב את הבעל בתשלום הכתובה, ולנכות ממנה שליש תביעתו ממנה בגין חובותיה שהודתה במקצתם, ועל פי הפשרה הנ"ל.

❖

שינוי סכום המזונות לאור השינוי בהכנסת האב / מכירת נכסי האב לתשלום מזונות בניו

הרב יעקב זמיר, חבר בית הדין הרבני הגדול.....רנד

אדם שנתחייב בסך גבוה למזונות בניו והורעה פרנסתו, וכעת הוא מתקשה לעמוד בחיוב זה, האם ניתן

לפחות לו ממה שנתחייב בתחילה. האם הפחתה זו היא אומדנא שכך היתה דעתו להתנות מתחילה, או דין המסור לבית הדין לקובעו. דיון נוסף, כאשר יש לו נכסים ברי מימוש, האם מוכרים מהם כדי לשלם את חוב המזונות הגבוה שנקבע לו מתחילה.

מנהג בתי הדין באופן זה לפחות מדמי המזונות, מחמת האומדנא שכך היתה דעתו מתחילה, והראיות לכך.

הדיון אם במקח וממכר בין שני בני אדם ניתן לומר אומדנא שמגרעת כוחו של אחד מהם בלי תנאי מפורש, שהרי כמו כן יש אומדנא להיפך, שהצד השני לא היה מתרצה בפחות מכך, הראיות השונות בדיון זה. החילוק שיש בענין זה בין מתנה והתחייבות חד צדדית לבין מקח וממכר.

כללי דין דברים שבלב אינם דברים, ודין אומדנא דמוכח, והחילוק לענין זה בין מתנה למכר. הגדרת דמי המזונות כמתנה ולא כמכר.

כללי דין מימוש נכסים, והחילוק לענין זה בין ביתו וכלי תשמישו לשאר נכסים.

מסקנה: אין להפחית לאב מדמי המזונות כיון שיש לו נכסים אותם ניתן למכור לצורך תשלום המזונות.

❖

חיובי הורים במזונות ילדים / דחיית בקשה לביטול משמורת

הרב אריאל אדרי, אב"ד באר שבע ..... רע

בני זוג שהסכימו למשמורת משותפת, ובשל כך טוען האב שאף דמי מזונות הילדים אמורים להתחלק בשווה בין שניהם, ואין הגיון להטיל עליו סכום יתר על זה המוטל על האם, כיון שהכנסותיהם שוות.

סקירת ארבע קבוצות הגיל שדינם שונה לענין חיוב המזונות: קטני קטנים, עד גיל שש שנים, בני שש ועד בני י"ב,י"ג. עד גיל ט"ו או י"ח. ילדים בוגרים.

חיוב האם במזונות קטני קטנים ומחלוקת הראשונים בענין זה כאשר האב אינו יכול לפרנס, על פי סוגית הגמרא בכתובות ס"ה ב'. חובת האשה להניק את בנה וגדרו. עצם גדר חיוב מזונות, אם הוא מדין צדקה או מעיקר הדין, וגדר חיובי האם בענין זה - מדין צדקה.

נדונית הבת מנכסי האם וירושתה - סוגית הגמרא בבבא בתרא קכ"ב ב'. האם האם נכללת בחיובו של האב להשיא לבנו אשה.

גדר תקנת אושא [כתובות מט ב], ואם נאמרה על קטני קטנים עד גיל שש, או גם למעלה מכך עד גיל מצוות. האם תקנה זו אמורה רק ביחס לאדם אמיד או גם ביחס למי שמחוסר אמצעים.

תקנת הרבנות הראשית [תש"ד] בענין מזונות ילדים, וטעמה - הצורך החיוני לפרנס את הילדים כל שנות חינוכם כדי שיוכלו להשאר בבתי הספר עד הגיעם לבגרות. הדיון הרחב בבתי הדין על אופיה של תקנה זו, אם הוא חיוב גמור כתקנת אושא או מדין צדקה בלבד, ונפקא מינה, כאשר האב מחוסר אמצעים. כאשר יש לילדים ממון משלהם. בילדים המסרבים להכיר באב ולראותו. סיבת תקפותה של התקנה על פי דין תורה.

חיובי קרובים במזונות בנים שאין האב יכול לזונם, ומה סדרי הקורבה לענין זה, גדרי הקורבה לענין ירושה. הקרוב קרוב קודם במצות צדקה. מקור דין משפחת האב על פי סוגית הגמרא בבבא בתרא ק"ט ב' ויבמות נ"ד ב' - לענין ירושה ולענין יחוס.

משפחת אב לענין גאולת הנמכר לגוי - לפי הסוגיא ביבמות שם.

דיני משפחת האם כאשר אין משפחת אב, לפי הסוגיא בבבא בתרא שם. ומשא ומתן אם דין קורבה לענין צדקה תלוי בגדרי הירושה או בגדרי הקורבה.

היקף ואופי הגבייה מנכסי האב שאינו זן את בניו, וגדר דין המבזבז אל יבזבז יותר מחומש בהקשר זה. גדרי חיוב מצות צדקה כאשר העני נמצא לפניו וכשאינו לפניו.

הפולמוס הרחב סביב גובה המזונות הנהוג בבתי הדין הרבניים לעומת בתי המשפט, והאמת בענין זה.

❖

חיוב מדור ומזונות הבנים

הרב יגאל לרר, אב"ד פתח תקוה..... שכט

דיון לגבי חיוב האב במדור הבנים, כאשר לפי חלוקת הרכוש שנעשתה בין בני הזוג, נותר די כסף ביד האשה המאפשר לה לרכוש דירה עבור מגוריה עמם ללא צורך במשכנתא, אך היא בחרה להשקיעו בעסק אחר ולקנות דירה במשכנתא. לטענת האם, האב חייב במדור עבור בניו גם כאשר הם גרים בדירתה של האם, כמו כן לטענתה, לולי שהם דרים בביתה לא היתה נזקקת לדירה גדולה כמו זו שרכשה, וממילא יש לחייבו בדמי המשכנתא.

סקירה על חיוב האב במזונות בניו, מתקנת חכמים - תקנת אושא, ועל פי תקנת הרבנות הראשית [תש"ד].

האם ניתן לפטור את האב מחיוב המדור מחמת שהם דרים חינם בבית האם שאין דירתה מיועדת להשכרה, סוגיית זה נהנה וזה לא חסר בגברא דלא עביד למיגר [בבא קמא כ א], ובפרט ששניהם נהנים, שהרי גם לאשה יש טובת הנאה בכך שיש להם מדור. באופן זה שיש לה הנאה ממגוריהם עמה, אין מקום גם לחייבם בשחרוריתא דאשייתא.

מסקנה: אין מקום לחייב את הבעל במדור, כאשר הבנים גרים בדירתה שאינה מיועדת להשכרה.

הערה: מנהג בתי משפט לחייב את הבעל על מדור ילדים כאשר האשה נוטלת כסף זה וממנת בו משכנתא על דירה שקנתה על שמה - הוא היפך דין תורה. רק כאשר היא שוכרת דירה למגוריהם חייב הבעל להשתתף עמה בכך.

❖

מדור ילדים באופן שיש לאשה דירה / כאשר היא שוכרת דירה

הרב מנחם הגר, בית הדין הרבני ירושלים, אדמו"ר מסאווראן נשיא אוצר הפוסקים ..... שלח

הנידון: חיוב האב בדמי מדור עבור הילדים במקרה שיש לאם דירה משלה.

חיוב מדור הוא מדין צדקה, ועל כן כאשר יש מדור לילדים אין האב חייב בכך.

האב חייב להשתתף בדמי שכירות הדירה עבור מדור הילדים. אולם באופן שיש לאם דירה משלה והילדים דרים איתה, אין האב חייב אלא מדין נהנה, ותשלומי קניית הדירה אינם בכלל חיובו של הבעל כיון שהאם קיבלה נכס תמורת כספה ולא הפסידה כלום..

גם משום דין נהנה לא ניתן לחייב את האב בדמי המדור, כיו שהאם שמחה במגוריהם עמה, ונחשב הדבר כזה נהנה וזה לא חסר. על כן אין לדון בנידו"ד אפילו משום שחרירותא דאשייתא, משום שרצון האם שילדיה ידורו אצלה, ויש לה רווח כנגד חסרונה.

כמו"כ אין לדון חיוב תשלומין על להבא ככל זה נהנה וזה לא חסר שהמהנה מוחה בו שיצא מביתו, משום שמבואר מדברי הראשונים והפוסקים שחיוב תשלומין זה הוא רק באופן שהמהנה אומר לנהנה צא מביתי, אך באופן שאומר לו שיכול לגור בביתו ובלבד שישלם - אין חיוב תשלומין. מלבד לדעת הרשב"ץ עפי"ד הגר"א שאף באופן זה חייב הנהנה. ומ"מ לא ניתן להוציא ממון על פי דברי הרשב"ץ משום שיכול הנהנה לומר קים לי כדעת החולקים.

❖

תביעת גירושין - שלום בית השלמת מזונות ומדור

הרב יצחק רבינוביץ, חבר בית הדין הרבני ירושלים ..... שמט

בית הדין דן בתביעה רבת שנים ורבת תהפוכות, בה תבעה האשה בתחילה גירושין עקב מעשיו הרעים של הבעל והתנהגותו האלימה כלפיה, ובמקביל תבעה מזונות זמניים וחלוקת רכוש, ולימים הבעל הוא זה שתבע את מתן הגט, הכחיש טענותיה וטען שנתנה עינו בממונו, והאשה לעומתו תבעה שלום בית. התרשמות בית הדין שנושא הגט - שלום בית אינו מגוף הענין, שכן כבר שנים הם חיים בנפרד ללא קשר לתביעות השונות.

יש לדון, באופן שההתרשמות היא שחיי הנישואין אינם קיימים כבר שנים רבות, האם יש עילה לתביעת "מדור" מצד האשה. סקירה אודות התרשמות בית הדין שאין כוונת אמת בטענת האשה לשלום בית, וכל דבריה אינם אלא מצג שוא, ומשום כך אין מקום לחייב את הבעל במזונותיה, ודינה ככל אשה המסרבת לחיות עם בעלה.

החילוק לענין חיוב המזונות בין אשה הטוענת מאיס עלי לאשה הטוענת בעינא ליה ומצערנא ליה, וביאור דברי הריטב"א [כתובות סב ב] בענין זה, שלכתחילה לא תיקנו חכמים מזונות לאשה אלא באופן שהיא סמוכה עמו על שולחנו. נפק"מ, שאף אם אינה נחשבת מורדת, מכל מקום אין לחייבו במזונותיה כל שאין הם ניתנים לה דרך אישות וקירבה.

ביאור שיטת הרא"ם שאף בזמן הזה שאינו רשאי לגרשה בעל כרחה, אם ישליש מזונותיה וכתובתה ביד בית דין אין לחייבו בהן, כיון שהיא זו המונעתו מלגרשה.

חיוב מדור לאשה כפוף לדין "עולה עמו ואינה יורדת", אך מכל מקום אינו חייב לה אלא כשיעור שמשמש אותה למגורים בלבד, אבל חלקים בדירה שהיא משתמשת בהם לאיחסון וכדומה, אינם בכלל מדורה.

דירה המשותפת לשני בני הזוג ובאים לחולקה, יקנה אחד מהם את חלקו של השני כדין "גוד או איגוד". כאשר אינם יכולים לקנות בעצמם, מחלוקת הפוסקים האם ניתן לתבוע למכור את הדירה לגורם שלישי - על פי שו"ע חו"מ סי' קע"א סעי' ו'.

כאשר האשה תבעה את מזונותיה בבית משפט, ועתה היא תובעתם בבית הדין, האם נזקקים לדבריה - על פי הרמ"א חו"מ סי' כ"ו סעי' א'.

מסקנה: בין הדין דוחה הן את תביעת הגירושין הן את תביעת השלום בית. בית הדין דוחה את תביעת המזונות על ידי בא כח האשה מחמת הטעמים הנ"ל, ומחמת שיש לה די הכנסות כדי שיוכל לומר צאי מעשה ידיך למזונותיך. חיוב מדור אינו מחייב דירה כה גדולה, ועליה לחלוק בה עם בעלה.

❖

בעל ששרך דרכיו - חיובו בכתובה מופרזת

הרב דוד בירדוגו, חבר בית הדין הרבני ירושלים.....שע

כתובה שנקצבה על סך מליון ש"ח, ולטענת האשה אף יש להצמידה למדד עד סך 2.7 מליון ש"ח, שהוא סכום מופרז ביותר, האם יש לה תוקף, או שמא אינה אלא אסמכתא בעלמא.

סוגית הגמרא בכתובות נ"ד ב' "מוסיף עד מאה מנה" ודברי הראשונים שם, שנראה שהכתובה אין לה גובה מירבי, וגם בסכום גדול יש לה תוקף. סברת הריב"ש [סי' קכז, קנג] ש"אין דמים לאשה" ולכן לא שייך לומר בזה שה"סכום מופרז".

כאשר יש הסכם בין שני צדדים, לא ניתן לומר אומדנא שלא היתה כוונתו להתחייב בסכום הנקוב, כיון שהצד השני מפסיד בביטול ההתחייבות, והיה לראשון לפרש בהדיא שלא נתכוון אלא לכבוד בעלמא [תוס' כתובות מז ב].

תקנת קהילות שונות להגביל את סך הכתובה לסכום סביר. שו"ת משפט וצדקה ביעקב [סי' כט-ל].

סיכום דברי דיינים רבים בסוגיא זו ומשא ומתן ופלפול בדבריהם:

1. דעת המחלקים בין "סכום דמיוני" שאין סיכוי שיוכל להשיגו, ל"סכום גבוה מאוד".

2. מקום שנהגו הכל לכתוב סכום גבוה לשם כבוד, כשהוא מגרשה על פי דין אין לחייבו בכך, כיון שהיה אנוס לכתוב סכום זה, ובהכרח לא העמידו תקנתם באופן זה שבדין הוא מגרשה, מחמת חולי או חסרון בנים.

3. כאשר הבעל טוען שנאמר לו על ידי רב או עו"ד שהיום אין משמעות למה שכותבים בכתובה, ובשל כך כתב סך גבוה.

4. כאשר דמי התוספת אין בהם ממש מחמת אסמכתא, האם גם דמי העיקר כתובה בטלים, ואין כאן שטר כתובה כלל.

גדרי סילוק אסמכתא, על ידי אמירת "מעכשיו", כתיבת "דלא כאסמכתא" ואופנים נוספים.

מה נחשב סכום מופרז, האם מליון ש"ח נחשבים כסכום מופרז, והאם בזמנינו נהוג לכתוב סכומים גבוהים לשם כבוד, סקירת המקובל היום על פי עדות רושמי הנישואין.

הצעת הגר"ש דיכובסקי לקצוב דמי כתובה מופרזת ל120,000 ש"ח פרנסת אשה לשנה, ומשא ומתן בהצעתו זו. האם טעם הכתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה או כדי שתהיה לאשה פרנסה אחרי הגירושין.

גם אם קיים מנהג בקהילות מסוימות לכתוב לשם כבוד, בא"י שהתלקטו אליה אנשים ממקומות רבים לא שייך לומר שיש מנהג קבוע כזה.

הצמדת דמי הכתובה כשלא נפסל המטבע, גדרי החיוב ואימתי יש בזה חששות של ריבית אסורה.

מסקנה: יש לחייב את הבעל במליון ש"ח ללא הצמדה.

❖

גביית תוספת כתובה במבקשת להתגרש ובמרדו זה בזה

הרב יצחק רפפורט, אב"ד נתניה ..... תמב

דעת הסוברים שכאשר הגירושין נעשים לבקשת האשה היא מפסידה את תוספת הכתובה, שניתנה לה לכתחילה על דעת שהם חיים יחד. דחיית שיטה זו, על פי החילוק שיש בענין זה בין מלבושי אלמנה למתנות בעלמא שאינם מלבושים [על פי כתובות נד א]. מחלוקת הראשונים בענין זה לענין תוספת הכתובה, והכרעת הרמב"ם ור"ח שיש לה תוספת.

שיטת הגרי"ש אלישיב שבמרדו זה בזה האשה מפסידה את תוספת הכתובה, ומשא ומתן בדבריו אלו, והחילוק שיש בענין זה בין אם מתגרשים מיד לבין אם נעשה עמהם כל הסדר האמור בגמרא לגבי מורדת, שהיית י"ב חודש וכו'.

שיטת החזון איש בכל הנ"ל שהפסד תוספת כתובה הוא רק במורדת, אבל באופן שמרדו זה בזה אין היא נחשבת מורדת כלל, ואינו מן הדין להפסידה תוספת כתובה.

הפסד תוספת הכתובה באשה שאומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. שיטת רבינו תם שבאומרת מאיס עלי אינה מפסידה תוספת כתובתה. שיטת הרמב"ם שמחלק לענין כל הנ"ל בין מאיס עלי שמפסדת מתנותיה לבעינא ליה ומצערנא ליה שאינה מפסדת אותן, אלא נכסי צאן ברזל בלבד.

מורדת ממלאכה לבד ולא מתשמיש, אם יש לה דין מורדת לענין הפסד תוספת כתובה.

הנושא אשה מחייבי לאוין ולא הכיר בה - חיובו בכתובתה ובתוספת הכתובה.

רואה מחמת תשמיש - יוציא ויתן כתובה, דנסתחפה שדהו [שו"ע סי' קיז סעי' א].

הטוענת שאין לבעלה גבורת אנשים, גדרי נאמנותה וחיובו בכתובתה [ע"פ שו"ע סי' קנד סעי' ז].

מורדת שמגרשה בתוך י"ב חודש, שעדיין לא באה לידי הכרזה - האם מפסידה כתובתה - שיטות הראשונים והאחרונים.

סיכום דיני הפסד מתנות במבקשת להתגרש ובמורדת.

תקנת טוליטולא ועוד קהילות בענין ניכוי חלק מדמי הכתובה במקרים הנ"ל.

מסקנה: בכל מקרה שאין חיוב גט, אין מקור ברור בדברי הראשונים להפסיד לאשה את תוספת הכתובה על סמך האומדנא שלא התחייב לה בה אלא על דעת שהיא תחתיו. תביעת גירושין לבד אין בה כדי להפסידה תוספת זו. במרדו זה בזה וחוייב הבעל לגרש, מפסידה את תוספת את הכתובה אבל לא את עיקרה.

❖

גיטין

תביעת האשה להסדיר את עניני הממון קודם הגט

הרב דוד לאו, הרב הראשי לישראל, נשיא בית הדין הגדול ..... תעט

האשה מסכימה להתגרש באופן עקרוני, אך תובעת להסדיר קודם לכן את חלוקת הרכוש ושאר עניני הממון שביניהם.

הכרעת בית הדין לקבל את תביעת האשה, ומשום שאינם מוצאים לנכון לחייב קבלת גט.

דברי רבינו ירוחם שלאחר י"ב חודש של מרידה יש כפיית גט, אמורים דוקא בטענת מאיסא עלי, ובנ"ד הבעל לא מאס בה אלא נתן עיניו באחרת. מקורות החילוק בין נתן עיניו באחרת למאיס עלי, בבעל ובאשה. גדר טענת מאיס עלי הוא שבאופן זה היא אנוסה בכך שאינה רוצה לחיות עמו, ועל בית הדין להשתכנע שאכן כך הם פני הדברים, אבל אם נראה שעיניה נתנה באחר - אינה נאמנת. סברא זו אמורה בין בבעל בין באשה. לסיכום, יש להסתפק בדברי רבינו ירוחם האם בכל מקרה ששני הצדדים מסכימים לגירושין ניתן לכפות קבלת גט, או דוקא באופן שסיבת הגירושין היא מחמת מאיסות הנחשבת כאונס.

משא ומתן באופן שאכן יש טעם לחיוב גט, כאשר המתחייב אינו מסרב לקיים את המצווה עליו, אלא שמתנה זאת בתנאי מסויים, אם ניתן לכופו לוותר על תנאו. הנפק"מ לענין זה בין תנאי בדבר שהוא זכאי לו מן הדין לדבר שאינו זכאי לו.

סברא נוספת לקיים טענת האשה, דברי הרמ"א בסדר הגט שלכתחילה הסדר הראוי הוא לסדר את כל עניני הממון ביניהם קודם נתינת הגט.

מסקנה: יש לקבל את טענת האשה, אך אם יוכלו להתפשר ביניהם את עיקר הכתובה יתן לה עתה ועל השאר ימשיכו לדון אחר כך, כך ראוי יותר.

❖

חק תוכות בכתיבת גט ובסת"ם

הרב מיכאל בלייכר, אב"ד חיפה..... תצא

הנידון: באופנים שיש טעות סופר בגט, מתי מועיל לתקן את האות, ומתי יש צורך במחיקת כולה.

דעת הרא"ש לענין כתיבת סת"ם, שאין מועיל לגרד מ"ם סתומה בכדי לעשותה פתוחה, משום חק תוכות, ויש למחוק את כל האות ולכותבה מחדש. מחלוקת האחרונים אם יש צורך למחוק את האות כולה או שמועיל לבטל ממנה צורת אות ולסיימה שוב כדין. יסוד מחלקותם הוא האם דין חק תוכות נאמר רק על סיום הכתיבה, או שיש צורך שכל כתיבת האות תעשה בלא חק תוכות. חילוק הב"י שאף לסוברים שמועיל לבטל ממנה צורת אות, זהו דוקא כאשר יש חלק מהאות שנכתבה בהכשר, כגון מ' שהנ' שבה נכתב בהכשר, והפסול נעשה רק בו' שבה, אולם באופן שכל כתיבת האות נעשתה בפסול, כגון ר' שכתבה ד', אין מועיל לבטל ממנה צורת אות, וכפסק בשו"ע לענין כתיבת סת"ם.

דעת הגט פשוט אליבא דהרא"ש שאין חילוק בין מ' לר', ובשניהם מועיל ביטול צורת אות. ודברי הב"י נאמרו רק בכדי לצאת ידי שיטת הרשב"א. וכן כתב החזו"א להלכה.

דעת אחרונים להחמיר כדעת הרד"ך שאין מועיל לבטל צורת האות ולהשלימה מדין חק תוכות, ויש למחוק את כולה ולכותבה מחדש.

סתירת דברי הב"י מכך שהביא להלכה לענין גיטין את דברי תרומת הדשן להכשיר עד ששמו שמעון בן משה, וכתב שמעון ומ' של משה ולא כתב תיבת 'בן', ולאחר שהזכירוהו תיקן המ' לב', והכשירו התרוה"ד.

ישוב החת"ס והאבנ"ז, שיש לחלק בין קדושת סת"ם לכתיבת גט, שאע"פ שלענין כתיבת סת"ם אין מועיל ביטול האות ותיקונו, לענין גט יועיל. וטעם החילוק, שאף שאין דין חק תוכות בתיקון האות, לענין סת"ם יש

להחמיר משום שצריך שתיכתב האות כולה בקדושה. או, שלענין גט עיקר הכתיבה היא בכדי שיוכל לקרוא את הכתוב בגט, ולכן מועיל גם בתיקון האות, אך לענין סת"ם הכתיבה עצמה היא החפצא של המצוה, כאשר לא נכתבה האות כולה בכשרות יש בזה חסרון במצות הכתיבה.

אופן נוסף בישוב הסתירה - ביאור הגידולי הקדש, שהחילוק הוא בין מקום שבו כתב הסופר את האות כולה אלא שנכתבה בפסול, שבזה אין מועיל ביטול האות ותיקונה, לבין אסחצי האות הראשונה שבה היה הפסול אין עליה שם כתב עדיין, והרי זה כטיפה שנפלה, ובזה מועיל לתקן את האות בכשרות. דין זה אמור באופן שבו בא למחוק את החלק שכתב ולתקנו, אך באופן שאין צורך למחוק אלא רק לעגל את האות ולהוסיף עליה - מועיל תיקון להכשירה.

לפי זה, מ' שנסתמה אינה נחשבת כתובה בפסול, ומועיל למחוק את הו' שבה ולהשאיר את הנ' ולתקנה.

דעות הפוסקים אם מועיל להעביר דיו על אות שנכתבה בטעות בכדי להופכה לאות אחרת: דעת המהרש"ם להקל, אע"פ שיש בזה שני חששות, א. כתב ע"ג כתב. ב. כתב שיכול להזדייף. אכן דעת הקנין תורה להחמיר בזה משום החששות הנ"ל ועוד חששות נוספים. אולם באבן ישראל דחה דברי הקנין תורה ודעתו להקל.

להלכה - מנהג בתי הדין להחמיר בזה בשמות האיש והאשה ולהקל בשאר נוסח הגט.

המנהג להקל גם בחציית אות לשנים והפיכתה לשתי אותיות. יש להחמיר בזה בתורף הגט.

❖

כתיבת הכהן בגט

הרב מנחם הגר, בית הדין הרבני ירושלים, אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים ..... תקה

כאשר יש שני שמות שכותבים על אחד מהם המכונה, שיטת סדר הגט לכתוב הכהן אחר השם הראשון. כשכותבים את השם השני בדמתקרי - יכתבו הכהן אחר השם השני. הטעמים השונים שנאמרו באחרונים לחלק בין המכונה לדמתקרי לענין זה.

כתיבת הכהן לכתחילה אחר כל השמות, משום שאינו חלק מן השם אלא לסימן בעלמא, אלא שכדי שלא יראה כחניכה בעלמא, יש להקדימו להמכונה.

דעת הסוברים שבדמתקרי אין קפידא, ואם ירצה יכתוב כן לאחר השם הראשון.

עולה לתורה בשמו הראשון [ובעלייה לתורה מזכירים כהונתו] והשם השני נכתב בדמתקרי - היכן יכתוב 'הכהן'. אדם שאינו עולה לתורה כלל - האם יש קפידא לגביו כיצד יכתבו.

עדויות שונות לגבי מנהג בתי הדין בירושלים, אם לכתוב הכהן אחר כל השמות גם באופן של דמתקרי, או לאו.

בירושלים שנהגו לכתוב דמתקרי גם על כינויים, האם באופן זה ניתן לכתוב הכהן אחר כל השמות.

נקרא בפי כל בשם לעז ואינו עולה לתורה, לנוהגים לכתוב שמו הלועזי תחילה, היאך יכתבו תיבת הכהן.

הסברא לחלק בין אם על ידי כתיבת הכהן אחר שמו הראשון הוא נכתב כפי שנקרא בעלייה לתורה [משה בן אברהם הכהן דמתקרי מושיקו], לבין אם מחמת הקדמת תיבת הכהן אינו נכתב כפי שעולה בו לתורה.

כהן שכינויו כולל תיבת הכהן.

בדיעבד כשכתב הכהן אחר הכינוי, האם הגט פסול, מחלוקת האחרונים בזה.

אדם שיש לו שם עיקר ושני שמות טפלים, שאחד מהם נכתב בדמתקרי והשני בהמכונה, היכן יכתבו תיבת הכהן.

מסקנה: הלכה כדעת גדולי הפוסקים הטיב גיטין [בית אפרים] והמהר"ם ר' יוזפש לכתוב הכהן לאחר השם הראשון, דלא כהאהלי שם והגט מסודר [שסמך על טי"ג, וז"א כמבואר] וכ"ד הקב נקי.

❖

אלו שכופין אותם להוציא - האם יכולים להתנות תנאי בגירושין

הרב יוסף גולדברג, אב"ד ירושלים.....תקכ

הנדון: התנה שאינו רוצה לגרשה על ידי שליח, אלא דוקא שתבוא למקומו ויגרשנה מידו לידה. שיטת מהרשד"ם שאף שחייב לגרש רשאי להטיל תנאי בגירושין אלו, והכרעת גדולי האחרונים כדבריו, ולעומתם שיטת מהריק"ש אליבא דהרשב"א שאינו רשאי להטיל תנאי בגירושין אלו.

משא ומתן של גדולי הדורות בשיטת מהרשד"ם, ומה הדין בתנאי מוגזם שקשה על האשה לקיימו [כגון שמתנה שלא תלך לבית אביה לעולם, או שתתן לו כל ממון שירשה מהוריה, או שתוותר על משמורת ילדים] ושיטות הראשונים בענין זה. דוגמאות לתנאי שנקל לקיים [התנה שתחזיר חפצים ששייכים לו והיא מחזיקה בהם].

ג' יסודות בכפיית גט: טעם הכפייה כדי להציל אשה מעגינותה. גם עיגון לזמן נחשב כ"מקום עיגון" [שיעור הזמן הנחשב עיגון לענין זה]. כאשר הבעל מתרצה לגרש אלא שמתנה התרצותו בתנאי - אין דין כפייה ודבריו קיימים.

הכרעת ההלכה בנדון הנ"ל, לגבי בעל שמתנה שאינו רוצה לגרשה על ידי שליח. מינוי שליח בכפייה - האם מועיל.

מסקנה: הבעל רשאי להתנות תנאי שנקל לקיימו, ולא תנאי שקשה לקיימו, שבאופן זה היא נחשב עגונה ובכלל דין הכפייה יש לכופו לוותר על תנאו.

נסיעה לארץ רחוקה כדי לקבל גט, נחשב תנאי שקשה לקיימו וצריך את התרצותה לכך.

גם אם לא נקבע לו דין כפייה ממש, אלא חיוב גט עם הרחקות דר"ת, כל הכללים הנ"ל תקפים לגביו.

❖

גדרי גט מוטעה

הרב מאיר פרימן, אב"ד ירושלים .....תקלט

הנדון: הבעל נמצא בחו"ל, ומסר גט ביד שליח והתנה את הסכמתו בכל שכל דיני הממון יוסדרו אחר כך בפני בית דין ולא בבית המשפט האזרחי. האשה הסכימה לכך, ולאחר קבלת הגט חזרה בה, והבעל טוען שהגט מוטעה מעיקרו ואין בו ממש.

המבחן לדיון על הכשר גט שיש בו טענה מעין זו: 1. אם מדובר כשכבר נישאה על פי גט זה או לא. 2. האם ניתן לסדר גט נוסף בנקל. 3. האם דרישת הבעל סבירה, או נראית כסחיטה. 4. האם ההטעייה היתה קיימת כבר בשעת נתינת הגט או רק לאחר מכן. 5. האם זו היתה דרישה עקרונית מפורשת או דבר הניתן לפרשנות. 6. האם זו דרישה צדדית, או משהו בבסיס התרצותו לגרש. 7. האם יש רצון מצד האשה לנסות לקיים את תנאו. 8. האם ידע שיתכן שלא תקיים תנאו. 9. האם אמרו בפירוש בשעת נתינת הגט שהוא נעשה "ללא תנאי".

סקירת פרטי המעשה שלפנינו על פי כללים אלו.

1. הראיות לכך שגט שניתן כל זמן של נישאה, אינו נחשב דיעבד לענין זה, וספקא לחומרא. 2. במקרה דנן ניתן לסדר גט בנקל. 3. דרישת הבעל במקרה זה צודקת, וממילא כל זמן שלא נתקבלה דרישתו חסר בהתרצותו לגרש, והראיות לכך. 4. במקרה דנן ההטעייה היתה כבר בשעת מתן הגט, שכן הכרעת בית המשפט היא שהמסמך שבידי הבעל בו עובר הדיון לבית הדין, הוא חסר תוקף. 5. הבעל גילה דעתו באופן מפורש ומבורר ועיקש לאורך כל הדרך, המקורות השונים האם גילוי דעת מוקדם מבטל גט מעיקרו. 6. הדרישה בבסיס ההתרצות, שכן לפי המתואר, אם הדיון יתנהל בבית משפט ימנע הדבר מהבעל לשקם את חייו עם אשה אחרת. 7. האשה לא עושה כל נסיון לתקן את ההטעייה. 8. הבעל בשבתו בחו"ל לא יכול היה להעלות על דעתו אפשרות הטעייה. 9. הגט סודר בסדר הרגיל ללא התנייה מפורשת שהוא נעשה ללא תנאי.

אחר שבית הדין בארה"ב החליט כי יש פקפוק רב בכשרות הגט - בי דינא בתר בי דינא לא דייקי, ואין סמכות לבית הדין בא"י להכשירו.

השוואת המקרה לנדונים מפורסמים של גט מוטעה:

א. תשובת מהר"ם לגבי הטעייה לאחר מתן הגט, ותנאי שאינו חד משמעי מצד הבעל. ב. תשובת הדברי חיים לגבי בעל שהובטח לו סכום כסף לאחר מתן הגט, ולא שולם - הטעייה לאחר מתן הגט. ג. גט שכיב מרע שנעשה על דעת שתנשא לו אם יבריא, ונעשה ללא תנאי מפורש. ד. הגט מוינא - גט שכיב מרע שנעשה בתנאי מפורש, והאשה מסרבת לקיימו. ה. תשובת הבית אפרים על הטעייה לאחר מתן גט. ו. שיטות הפוסקים בגילוי דעת וגדריו. ז. בגט מוינא - האם הטעייה אודות חומרת החולי נחשבת גט מוטעה. ח. אדם הוציא קול בשקר על אשה שנשאת לו, ומתרצה לגט רק תמורת ממון, הוראת מהרש"ל להטעותו ולמסור מודעה שההסכמה היתה באונס. ט. תשובת הנודע ביהודה לגבי אשה ששקרה לבעלה שנבעלה תחתיו, כדי לחייבו לגרשה. י. תשובת השואל ומשיב על זיוף מכתב לבעל כביכול בשם אביו שהוא מצווהו לגרש את אשתו.

נדון הפוסקים אם טעם פסול גט מוטעה הוא משום מקח טעות, וכעין מה שמצינו בדיני ממונות.

דינו של גט מוטעה, שלאחר מכן סברה האשה וקיבלה על עצמה לקיים את מה שהבטיחה. הגט מיאסי, וסברות הפוסקים שם להכשיר באופן זה. והחילוקים השונים בין המקרה שם לנדון שלפנינו לגבי זמן ההטעייה ואופיה.

כאשר הבעל דורש מהאשה למחול על כתובתה ומזונותיה, דרישה שאינה צודקת על פי דין במקרה שבפני בית הדין, האם מותר להטעותו.

סקירת דברי פוסקי זמנינו בנושאים שונים ומגוונים של גט מוטעה והסבר החילוקים השונים שביניהם.

חרם רבינו תם על כל המערער על כשרות גט, האם קיים גם באופן שיש בגט חשש של גט מוטעה.

מסקנה: מחמת מורכבות השאלה, עיכוב הנישואין נשאר בתוקף עד לסידור גט נוסף.

א"א שזינתה ונתגרשו וברצונם להינשא שנית

הרב אברהם מאיר שלוש ראב"ד חיפה.....תרח

הנידון: אשת איש שזינתה בעודה תחת בעלה, ובעלה האמין לה אך המשיכו בחיים משותפים. כעבור כמה שנים התגרשו, ולאחר תקופה קצרה בקשו לחזור ולהינשא.

א. נאמנות האשה שזינתה בזה"ז: ג' שיטות בפוסקים בזה"ז שקיבלנו חרם דר"ג, אם הבעל נאמן שמאמינה, או שחוששים שאומר כן רק בכדי שיוכל לגרשה בע"כ. דעת השו"ע שאף בזה"ז נאמן הבעל לומר שמאמינה, אף שקיבל עליו בתקיעת כף שלא יגרשנה בעל כרחה.

דברי הרמ"א שאם נתגרשו בכה"ג שוב אינם רשאים להינשא, ודעות הפוסקים בענין זה. והחילוק באופן שלא נתגרשו מחמת הזנות, אלא אחר כמה שנים, שבכה"ג יועיל אם תתן אמתלא לדבריה.

מחלוקת הראשונים אם מה שאין אשה נאמנת לומר נטמאתי הוא מה"ת או מדרבנן. ונפק"מ בזה באופן שעדיין הא מודה בכך, גם לאחר גירושין, שאם הוא מה"ת נאמנת ואם הוא מדרבנן אינה נאמנת [ע"פ דברי השיבת ציון].

אמנם בנידו"ד יש לאסור את האשה ממ"נ, שכיון שלא חזרה בה אחר הגירושין, הרי היא אסורה לדעת הסוברים שאינה נאמנת מה"ת. ומכיון שהבעל מאמינה גם כעת, הרי היא אסורה אף להסוברים שאין האשה נאמנת מדרבנן, משום שהבעל שויא אנפשיה חד"א.

ב. שויא אנפשיה חד"א: דעת החת"ס שאם אמר הבעל שהאמינה אך לא ידע שע"י כך תיאסר עליו, אין בזה דין שויא אנפשיה חד"א.

ג. אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות: דעת הפוסקים שאם אחר שאמרה נטמאתי המשיכו בחייהם המשותפים - נוהג בהם הדין שאם כנס לא יוציא. אמנם דעת הרדב"ז שאם אין הבעל חושש לאיסור נדה יש לתלות שאף עושה בעילתו בעילת זנות. הוכחה מדברי האבני מילואים והאור שמח שלא כדבריו.

דברי השלטי גבורים גבי בעל גרושתו אחר שנישאת לאחר, דאמרינן אדם עושה בעילתו בעילת זנות. והחילוק שבין נידו"ד לנידון הנ"ל.

ד. חזרת הבעל מכך שהאמין לאשתו: דעת הפוסקים שאם חזר בו ממה שהאמין לה אף ללא אמתלא אין כופין אותו להוציאה. וא"כ גם באופן שכבר גירשה אם יחזור לקחתה אין כופין להוציאה.

ה. המוציא את אשתו משום שם רע: אף שהמוציא את אשתו משום שם רע אינו רשאי להחזירה, היינו דוקא באופן שהוציא משום שם רע, ובנידו"ד שהמשיכו בחייהם המשותפים כמה שנים לאחר אותו מעשה לכו"ע אין מקום לדין זה.

גרות

על מי מוטלת הברכה בטבילת גר קטן ע"ד בית דין

הרב אייל יוסף, חבר בית הדין הרבני תל אביב ..... תרכה

תינוק שנולד מהפריה מלאכותית ברחמה של נכרית, כאשר האב שומר מסורת ורוצה לגייר את התינוק, והספק על מי מוטל לברך ברכת הטבילה. האם יש לברך לאחר הטבילה כדין כל ברכה על טבילה שאינה נעשית עובר לעשייתה, או שהואיל ובית דין הם המטבילים את הקטן יש לברך עובר לעשייתן כבשאר ברכות המצוות. האם נוסח הברכה הוא 'על הטבילה' כברכת הטבילה, או שכיון שבית הדין הם שמטבילים יש לברך 'על טבילת גרים'.

בשו"ת חת"ס מבואר שהספק על מי מוטל חיוב הברכה תלוי בנדון האם בטבילת גר קטן ביד בית דין הגר יכול למחות משיגדיל. ומכל מקום מסקנתו שבית הדין רשאים לברך על הטבילה מכמה טעמים. וכן מבואר מדברי כמה אחרונים, שאם יש דעת בקטן לברך מברך בעצמו ואם לא - יברכו בית דין. ולפי"ז אם הקטן מברך, יברך אחר הטבילה ויברך 'על הטבילה', ואם בית הדין מברכים, יברכו קודם הטבילה עובר לעשייתן, ונוסח הברכה יהיה 'על טבילת גרים'.

זמן הברכה: נחלקו השו"ע והרמ"א לענין טבילת נדה אם מברכת קודם הטבילה מעוטפת בחלוקה או שטובלת פעם אחת, מברכת וטובלת שנית. וה"ה לענין טבילת גר, שלדעת השו"ע יש לברך כשהוא מעוטף בחלוקו, ולדעת הרמ"א טובל פעם אחת ומברך בתוך המים וחוזר וטובל שנית. ובטבילת גרים קטנים שבית דין מברכים, לדעת השו"ע יש לברך חוץ למקוה ואח"כ להיכנס ולהטביל, ולדעת הרמ"א יש לברך קודם הטבילה ממש.

במקרה של הפריה של ביצית של אינה יהודייה או פונדקאית שאינה יהודייה יש לעשות גיור מספק ואין לברך על הטבילה.

❖

יין ישן

טענת היזק ראיה והפחתת אור ואויר בתוספות בניה

הרב ישששכר דב הגר זצוק"ל, כ"ק אדמו"ר מסאוואראן, אב"ד ירושלים ..... תרמ

הנידון: שכני בנין מבקשים להרחיב את דירתם, מלבד השכן בקומת הקרקע שאין לו צורך בכך, והוא אף מתנגד להרחבה בטענת חסימת האור והאויר, וכן כי בניית המרפסות תקטין את שטח סוכתו ויתווסף לו היזק ראיה לשטח הפתוח שברשותו.

שאר דיירי הבנין טוענים כי הפחתת האור היא מזערית (וכן התברר ע"י בדיקת אדריכל נייטרלי), ושטח סוכתו הוא על מקום השייך לכלל דיירי הבנין ואינו שלו, ואין הגיון למנוע את דיירי הבנין מלהשתמש בשטח השייך לכולם בטענת הקטנת הסוכה.

מדברי הפוסקים מבואר כי טענת מיעוט **האור אינה כלום, כל עוד אין שינוי משמעותי. וטענת מניעת אויר לא נתבארה בגמ' ובפוסקים, ובראשונים מבואר שאין טענה זו תקפה. זאת מלבד שעפ"י דברי האדריכל הנ"ל לא ימנע ממנו האויר כלל.**

לגבי טענת הקטנת הסוכה - ככל שהשטח אכן שייך לכלל דיירי הבנין, אין ביד הקבלן לתיתו לדייר אחד ולמנוע את זכות השימוש לכלל הדיירים בשטח הנ"ל. וטענת השכן כי כאשר גידר את השטח לא מחו השכנים בעדו, היא חזקה שאין עמה טענה ואינה חזקה.

ולהאמור, אין מקום גם לטענת היזק ראיה, משום שאין השטח בבעלותו ובחזקתו כלל.

בנידו"ד הושג הסכם פשרה שלפיו ישלמו שאר השכנים אף את התוספת שבקומת הקרקע מכיסם, אמנם אם ירצה השכן לבנות בשטח זה, או אם ימכור דירתו לאחר, זכאים השכנים לקבל את חלקם בדירה שהושבחה מכח התוספת.

השכן בקומת הקרקע אף חייב מכח הנ"ל לחתום על הסכמתו לביצוע ההרחבה, מטעם שעל מנת כן רכשו כל הדיירים את דירותיהם שיוכלו למצות את כל זכויותיהם הקנייניות, ואין ביד אחד הדיירים למנוע את שכניו מלמצות את זכויותיהם. ומלבד זאת יש בזה חיוב מדין השבת אבידה שלא לגרום לשכניו נזק ולחתום על ההסכמה.

❖

פסק דין בענין פירוט טענות הצדדים בכתב

הרב יששכר דב הגר זצוק"ל, כ"ק אדמו"ר מסאווראן, אב"ד ירושלים.....תרמ

יש צורך בפירוט התביעה, אבל א"צ בפרטי פרטים. אין חיוב לפרט אלא בפני בית דין.

❖

מכתבים מהגאון רבי יששכר דב הגר זצוק"ל, כ"ק אדמו"ר מסאווראן, אב"ד ירושלים

מכתב א' - נוסח גט שליחות.....תרמא

נכתב "וכל שום" כמנהג מקום הכתיבה. "פיטורין" בלא ה"א כמנהג מקום הנתינה. לגבי מקום עמידת האשה, נכתב "בכל מקום שאת עומדת".

מכתב ב' - שליח שני בגט.....תרמב

אופן כתיבת שם האשה בילא ושם אביה. שלא לכפול אותיות בכתיבת השמות. בשעת הדחק ניתן להעביר את הגט ליד האשה באמצעות שליח שני שמונה לשם כך.

מכתב ג' - כתיבת שם האב שנתגייר בגיור קונסרבטיבי.....תרמג

להשמיט שמו בגט. מנהג העולם שלא לכתוב את שם האם בגט במקום שם האב, ושלא כשיטת הדגול מרבבה בזה לענין בן הישראלית מן הנכרי. ובפרט בא"י שכותבים וכל שום דאית לי ולאבהתי, דאם כן נזדקק לשנות גם תיבות אלו. אין לכתוב שם האב המאמץ.

מכתב ד' - כתיבת שם טפל בגט ושם בלא אותיות ניקוד.....תרמד

כתיבת שם ילדות שאינה נקראת בו כלל. כתיבת השם 'הארי' לפי המבטא האמריקאי. רמיזת שם שספק נשתקע במדמתקרי דמהרי"ט.

מכתב ה' - בענין שמות גיטין ..... תרמה

שיטת הט"ז שלא לכתוב דמתקרי על שם חתימה והמנהג בזה כדבריו. כתיבת דמתקרי על שם שנזכר רק במסמכים. השמטת שם שיש לו ביטויים שונים ובכתיבתו יש חשש שיבואו לידי שינוי השם.

מכתב ו' - מסירת גט בשם שנשתקע בשעת הדחק ..... תרמז

שיטת האהלי שם להקל בענין הנ"ל. חילוקי מנהגים בכתיבת תיבות פיטורין עם י' או בלי י'.

מכתב ז' - גט למי שנישא בנשואין רפורמים..... .תרמח

יש להכריע, שנישואין אלו לא נחשבים לכלום. שלא להזדקק ולסייע לבני זוג שמבקשים להנשא בלא שמירת טהרת המשפחה.

❖

זכות ממון לנתבע בביה"ד לעבודה לדון בדין תורה

הרב חגי איזירר זצ"ל, חבר בית הדין הגדול..... תרמט

הנידון: עובד המועצה הדתית לשעבר, תבע את המועה"ד לבית משפט לענייני עבודה. כעת המועה"ד תובעת את העובד, כי יסיר את תביעתו לביהמ"ש ויפנה את תביעתו לבית דין הפוסק על פי דין תורה, בטענה כי פניה לבית המשפט הנ"ל כמוה כתביעה לערכאות, וכי על אדם דתי לתבוע אך ורק בדין תורה.

העובד מצידו טוען, ראשית, כי אין הדבר ברור שתביעה לביהמ"ש לענייני עבודה כמוה כתביעה בערכאות, ושרבנים הורו לו שאין מניעה בנידון זה מלדון בביהמ"ש. שנית, מכיון שכוחו של פסק בית דין הוא מכח שטר בוררות, וללא הסכמה של היועמ"ש או של ראש העיר אין תוקף לחתימת הבוררות של המועה"ד, על כן אין כל ערך להסכמת המועה"ד לתביעה בבית דין רבני. שלישית, בהיעדר תוקף חוקי לשטר בוררות אין ביד הבי"ד לאכוף את פסק הדין על המועה"ד, ואין העובד חייב לתבוע בפני בי"ד שאינו יכול לממש את פסקיו.

בנוגע לטענות האחרונות, טוענת המועה"ד שהם מוכנים לדון בדין תורה ממש גם ללא שטר בוררות, וכי נסיון העבר הוכיח שהמועה"ד ממלאת אחר פסקי דין רבניים, וכן יעשו גם במקרה דנן.

בשאלת איסור ערכאות בביהמ"ש לענייני עבודה, כבר הכריעו הדיינים בעבר כי בית משפט זה דן מכח דיני בוררות ולא מכח חוקי מדינה, ועל כן אין בו איסור ערכאות.

אולם, הזכות לדון בדין תורה אינה רק זכות איסורית אלא גם ממונית, ועל כן אף אם אין איסור ערכאות בביהמ"ש הנ"ל, עדיין זכותו של אדם לדון בבית הדין דוקא.

נידון האורים ותומים והכנסת הגדולה אם ניתן להכריע ע"פ עד אחד שהנתבע סרבן וע"פ זה להתיר לתובע לילך לערכאות - אינה נוגעת לענייננו. ובפרט שאף האורים ותומים עצמו פסק לנהוג כהכנה"ג, וכן פסק הנתיבות המשפט.

❖

אישות ויוחסין

הרב יצחק יוסף
הראשון לציון הרב הראשי לישראל

היתר כהן בגרושה שקידושיה היו בפסולי עדות - לכתחילה ובדיעבד

מקרה שהגיע אלינו לבית הדין הגדול לפני כמה שנים, של בני זוג שהיו נשואים כדמו״י, התגרשו, ואחר כך כל אחד מהם בנפרד חזר בתשובה, ו׳אחרי שובי נחמתי׳ על הגירושין, וחזרו לחיות יחד, ואז עוררו אותם שהיות והבעל כהן והאשה גרושה, אסור להם לחיות יחד. באו לבית הדין בת״א ובקשו שידונו בעניינם ויתירו להם לשוב ולהינשא כדמו״י. בית הדין קיים כמה דיונים, ובחודש אייר תשע״ה ניתן פסק דין, שלפי דעת רוב אין להתיר להם לחיות יחד ועליהם להיפרד זמ״ז, ולפי דעת המיעוט ניתן להתיר להם להמשיך לחיו, יחד. הוגש ערעור, והתקיים דיון בפנינו. השאלה הזו מורכבת מפני שגם אם נקבל את דעת הרוב, יש שאלה אם אפשר להתיר להם להיפרד ללא גט, לאחר שחזרו לחיות יחד. והנה בחילונים בני זמנינו שהתגרשו וחזרו לחיות יחד, ידועה דעתו של אאמו״ר הראש״ל זצוק״ל שהרבה פעמים ניתן להתירם בלי גט, כי הם רגילים לחיי הפקר ולא מעלים על דעתם שיש צורך בקידושין. אך במקרה זה, שהם יהודים שומרי תומ״צ שחזרו לחיות יחד כבראשונה, ומקפידים על טהרה, הגם שיש לפחות צד שעוברים על איסור כהן וגרושה, אין להתירם ללא גט נוסף לצאת ידי הספק. מכל מקום עיקר השאלה, האם ההלכה כדעת הרוב בבית הדין האזורי שעליהם להיפרד זמ״ז או כדעת המיעוט.

בבית הדין האזורי עשו עבודה יפה, חקרו ודרשו על הקידושין, מי היה הרב מסדר הקידושין ומי העדים, הזמינו אותם לבית הדין. הרב מסדר הקידושין הוא רב עיר, שאלו אותו איך בחר את העדים, והשיב שראה שכל הנוכחים חובשים כיפות, ושאל את בני המשפחה את מי לקחת בלי שבירר עליהם, וכשנבחרו עדים שאל אותם אם הם שומרי שבת, והשיבו הן, והסתפק בכך. יש לזה משמעות, שבדרך כלל אומרים חזקה על חבר וכו׳.. אך כשהחבר עצמו מודה שלא בדק את טיבם של העדים, אין לסמוך על חזקתו. גם זה אינו מספיק, בית הדין חקר את עדי הקידושין עצמם, אחד העיד על עצמו ששנתיים לאחר הקידושין חזר בתשובה והחל להקפיד על קידוש ולא להבעיר אש בשבת, ובכך מן הסתם יצא מכלל מחלל שבת בפרהסיא, אך שאר ההלכות בורר טוחן וכדומה לא ידע. מכל מקום בשעה שהיה עד בקידושין, היה חילוני גמור. העד השני העיד על עצמו שהיה ועודנו חילוני מחלל שבת בפרהסיא. בית הדין לא הסתפק בזה וקבע ישיבה נוספת, והזמין עדים שמכירים את העדים מתקופת הנישואין של האיש והאשה, והעידו על עד אחד שהוא היה מחלל שבת בפרהסיא באותה תקופה. על העד השני העיד עד אחד בלבד. ויש לדון האם קידושין כאלה כשרים, והאשה צריכה גט, ונאסרה על בעלה הכהן ועליהם להיפרד כדעת הרוב בבית הדין האזורי, או שהקידושין בטלים והגט אינו גט והאשה מותרת לבעלה כדעת המיעוט.

יש כאן כמה דברים שצריך לדון בהם. ראשי הפרקים בקצרה: א. תוקפם של קידושין בע"א, ובשני עדים ואחד רשע. ב. עד קידושין שהעיד על עצמו שהוא מחלל שבת בפרהסיא הוא בכלל הבזויים. ג. אם אדם נפסל על פי עצמו ועל פי עד אחד. ד. עד רשע שלא ידע שבמעשיו הוא נפסל לעדות. ה. האם חוששים שמא העד הרשע הרהר תשובה בלבו. ו. דינם של חילוניים בזמננו לעניין עדות ולשאר דינים. ז. אשה שהיא ספק מקודשת, אם מעמידים אותה בחזקת פנויה. ח. בקידושין שנתבטלו, האם חוששים לקדושי ביאה. ט. מעמדם של כהנים בני זמננו. י. גט שסודר לחומרא או לרווחא דמילתא, האם פוסל את האשה לכהונה. יא. מצב בו בני זוג חיים יחד, האם דנים אותו כדיעבד.

ובהרחבה:

א. תוקפם של קידושין בעד אחד ובשני עדים שאחד מהם רשע

איתא בגמ' בקידושין (ס"ה ע"א):

אמר רב יהודה: המקדש בעד אחד - אין חוששין לקידושיו. בעו מיניה מרב יהודה: שניהם מודים, מאי? אין ולא ורפיא בידיה. איתמר, אמר רב נחמן אמר שמואל: המקדש בעד אחד - אין חוששין לקידושיו, ואפי' שניהם מודים.

ובקידושין (שם ע"ב):

מתיב רב אחדבוי בר אמי: שנים שבאו ממדינת הים ואשה עמהם וחבילה עמהם, זה אומר זו אשתי וזה עבדי וזו חבילתי... היכי דמי?... אלא לאו בעד אחד! ותסברא? עד אחד בהכחשה מי מהימן? אלא למישרי לעלמא - דכ"ע לא פליגי דשרי.

ופרש"י (קידושין שם):

עד אחד בהכחשה - דאיכא חד סהדא דמכחיש ליה מי מהימן אפי' לא מכחשא ליה איהי ליכא למאן דאמר דאין האחד בא אלא לשבועה והכא שבועה לא שייכא.

עוד בקידושין שם:

"מאי הוי עלה? רב כהנא אמר: אין חוששין לקידושיו, רב פפא אמר: חוששין לקדושיו".

וכתב הרי"ף (קידושין כ"ח ע"א ו-ב' מדפיו):

איתמר אמר רב נחמן אמר שמואל המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו ואפילו שניהם מודים וכן הלכתא ואי קשיא לך הא דתנן האומר לאשה קדשתיך

והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה, התם כגון דאמר לה קדשתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למד״ה.

וכ״פ הרא״ש קידושין פ״ג סי׳ י״ג), והרמב״ם (הל׳ אישות פ״ד ה״ו), ועי׳ הגה״מ (הל׳ אישות שם), שכ״פ ר״ח ור״ת, וראבי״ה. ועי׳ ב״י (אה״ע סי׳ מ״ב) שכ״פ סמ״ק ורשב״א ומהרי״ק ועוד ראשונים. ועי׳ אוצה״פ (אה״ע שם ס״ק י״ח) דכן דעת הרבה ראשונים, וכ״מ בירושלמי.

וכ״פ מרן השו״ע (אה״ע שם סעי׳ ב׳) וז״ל:

המקדש שלא בעדים, ואפילו בעד אחד, אינם קדושין. ואפילו שניהם מודים בדבר ואפילו קדשה בפני עד אחד ואחר כך קידשה בפני עד אחר, זה שלא בפני זה, אינה מקודשת.

ובתשב״ץ (ח״א סי׳ ק״ל) כתב בשם הרשב״א, שכרב כהנא רהטא שמעתא בכל הש״ס שאין דבר שבערוה פחות משנים, וגם אליבא דר״פ, אפשר שהוא רק איסור מדרבנן. וע״ע להלן.

ועי׳ ט״ז (אה״ע שם ס״ק ד׳), דאפילו כששניהם מודים שהתכוונו לשם קידושין, לא חוששים לקידושין לדעת הפוסקים הנ״ל. ועי׳ אוצה״פ (שם ס״ק י״ט), עוד פוסקים שכ״כ.

ובס׳ היראים (סי׳ ז׳) כתב:

המקדש בעד אחד אמרינן בקדושין פ׳ האומר אמר רב כהנא אין חוששין לקדושיו, רב פפא אמר חוששין לקדושיו. וקימ״ל כרב פפא. אעפ״י שמתוך דברי רב יהודאי גאון יש ללמוד דפסק דאין חוששין, כרב פפא עבדינן דאמר חוששין, וכן שמעתי מפי אדם גדול. ואף יש ללמוד דמדאורייתא צריכ׳ לדברי רב פפא.

והסמ״ג (עשין מ״ח) כתב:

גרסינן בפרק האומר אמר רב נחמן אמר שמואל המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושין אפילו שניהם מודים, וכן אמרו משמיה דרב המקדש בעד אחד בי דינא רבה אמרו אין חוששין לקידושיו מאן בי דינא רבה רבינו הקדוש, מתוך כך פוסק בהלכות גדולות (דף פג, ד) ורב אלפס (שם) להקל. אמנם בסוף הסוגיא אומר מאי הוי עלה רב כהנא אמר אין חוששין רב פפא אמר חוששין ולא נפסק הלכה כמי, וראוי להחמיר. כך פסק הרב רבי אליעזר ממיץ.

מהרא״ם משמע שהלכה כדברי ר״פ, דחיישינן לקידושין, והוא חשש דאו׳, ומדברי הסמ״ג משמע שהרא״ם לא פסק להדיא כר״פ, אלא החמיר כר״פ, וצריך לומר שהסמ״ג מפרש שזה שכתב הרא״ם: כר״פ עבדינן דאמר חוששין, לאו היינו שפוסקים כדבריו, אלא שחוששים כדבריו, בגלל שלמסקנת הגמ׳ לא נפסקה ההלכה.

ובמרדכי (קידושין סי׳ תקל״ד) כתב:

המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושיו אפילו שניהם מודים וכן פירש בעל הלכות גדולות אמנם בסוף הסוגיין אמרי׳ מאי הוי עלה רב כהנא אמר אין חוששין ורב פפא אמר חוששין ולא נפיק הלכה כמאן וראוי להחמיר כן פירש הרא״ם.

ובמרדכי (שם סי׳ תקל״א) כתב:

בספר החכמה בסי׳ שפ״ד כתב הרא״ם בתשובה דהיכא דאחד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת אין לבטל בכך הקדושין חדא דחוששין לדברי רב פפא דאמר חוששין לקדושין ואף על גב דבסמ״ג *דבה״ג. מ״י] פוסק כמאן דאמר אין חוששין מ״מ ראיתי מעשה ולא היה כח ביד המתירין להוציאה בלא גט.

ובהגה״מ שם כתב: ״אבל רא״ם פסק דכרב פפא קי״ל וכתב ששמע גם מאדם גדול וכן בס״ה כתב שראוי להחמיר הואיל ולא נפסקה הלכה כמי״.

מהמרדכי משמע כסמ״ג בדעת הרא״ם, שלא פסק כר״פ, אלא חשש להחמיר כוותיה, ובהגה״מ משמע שהרא״ם פסק להדיא כר״פ.

ועי׳ אוצה״פ (שם ס״ק כ״א אות א׳) שהביא עוד ראשונים שסוברים כרא״ם.

ובטור (אה״ע שם) כתב שבסמ״ג כתב שחוששים לקידושין בע״א. ונראה שדעת הטור שיש לחשוש לדעת הסמ״ג שהביא באחרונה, ואף שזה נגד דעת אביו הרא״ש, אין כאן קושיא שמצאנו בכמה מקומות שהטור חולק על אביו. והנה בכנה״ג (אה״ע שם הגה״ט אות י״ז) כתב שיש סוברים שהסמ״ג הביא דברי הרא״ם וליה לא ס״ל, ודחה דבריו, ומסיק שהעיקר כטור בדעת הסמ״ג. ובאמת בדברי האחרונים מצאנו שאחרון מביא דברי פוסקים אף שלא ס״ל כוותיהו. כ״כ החיד״א באחד הקדמותיו שאין ללמוד מדברי פוסקים שהוא מעתיק בברכי יוסף ובמחזיק ברכה שהוא מסכים עמם להלכה. זה נכון כשמדובר בחיד״א, אבל הסמ״ק שמעתיק את ספר יראים כך הוא סובר, כמסקנת הכנה״ג.

ובתשב״ץ שם כתב:

ורב פפא נמי חוששין קאמר ונרא׳ דחוששין מדרבנן קאמר וכיון דרבנן הוא פסקי׳ לקולא ככל ספיקא דרבנן ואין חוששין לקדושיו וכ״ה היכא דאיכא למימר העמידנה על חזקתה ופנוי׳ היתה ופנוי׳ היא ואפי׳ תימא דחוששין מדאוריית׳ קאמר כיון דחוששין קאמר משמע דמספקא לי׳, וכיון דספוקי מספקא לי׳ ולרב כהנא דאמר אין חוששין מפשט פשיטא לי׳ לא שבקי׳ מאי דפשיטא לי׳ לרב כהנא משום מאי דמספקא לי׳ לרב פפא.

ויל״ע במש״כ התשב״ץ דאליבא דר״פ חיישינן מדר׳, האם הוא משום שגם אליבא דר״פ

אין דבר שבערוה פחות מב', וחכמים החמירו, או שמספק"ל לר"פ אם מדאו' חיישינן לע"א בקידושין, ובגלל הספק מוקמינן לאשה בחזקת פנויה, וחכמים החמירו שלא לסמוך על החזקה בספיקא דדינא, כמו שקיי"ל בעלמא דתו"ת ספיקא דר', ונקודת עיון זו תלויה בגרסא, דאם גרסי' וכ"ה, משמע שזו נתינת טעם, שכשם שבספיקא דתו"ת חיישינן מדר' כך בספק זה אזלינן בתר חזקת פנויה, ואם גרסי' וכ"ש, משמע שהוא טעם נוסף שחיישינן רק מדרבנן, דאיכא חזקת פנויה.

ונראה כביאור הראשון, דאם נאמר שר"פ אסר מדרבנן בגלל שיש לאשה חזקת פנויה, אם כן מאי קאמר התשב"ץ אחר כך: ואפי' תימא דחוששין מדאוריתא וכו', דאם איכא חזקת פנויה, תו ליכא ספק דאוריתא. אלא ע"כ שכוונת דבריו כך, דאליבא דר"פ חוששין מדרבנן, שמדאו' אין דבר שבערוה פחות מב', ולכן גם את"ל שלא נפסקה הלכה כר"פ או כר"כ, מספק יש להקל, דספיקא דר' לקולא. והוסיף טעם, דכ"ש במקום שיש חז"פ, שגם במקום שיש ספק דאוריתא, יש להקל מחמת החזקה.

שו"ר בשו"ת חת"ס (ח"א אה"ע סי' ק"ד) שכתב, שהתשב"ץ החליט בפשטות דלר"פ חיישינן רק מדרבנן. ולפי זה צ"ל שמש"כ התשב"ץ: ואפי' תימא וכו', הוא רק לטפויי, אבל לא שהסתפק בדבר אם לר"פ הוא איסור מדאו' או מדרבנן.

ועי' בשו"ת התשב"ץ הוצ' מכון ירושלים שבגירסא בכתב יד כתוב "וכל שכן", והוא כדברינו.

וע"ע בתשב"ץ שם שבהמשך דבריו, הביא מש"כ הסמ"ג בשם הרא"ם, וצ"ע מדוע בתחילת דבריו, כשדן בדברי ר"פ, לא ציין לדברי הרא"ם שכתב שאפשר שר"פ הסתפק מדאו'.

וע"ע להלן, דגם הנוב"י והמהרי"ט כתבו דאליבא דר"פ חיישינן לקידושין מדרבנן. ועי' אוצה"פ (שם ס"ק כ"א אות ב'), עוד אחרונים שכ"כ, ועי' להלן אם כתבו כן גם אליבא דהרא"ם והסמ"ג.

ובתוס' (כתובות כ"ג ע"א) כתבו: "תרוייהו בפנויה קמסהדי - לא הוה צריך להא דאפי' ליכא אלא ההוא דאמר נתקדשה לא תצא דאין דבר שבערוה פחות משנים".

ובשעה"מ (הל' אישות פ"ט הל"א) כתב:

> **דברייתי דהתם לפי אוקמת' זו ס"ל להתוס' ז"ל דע"כ מיירי כשהעד האומר שנתקדשה הוא היה אומר שנתקדשה בפניו בלבד דהו"ל מקדש בעד אחד ואתי' כמ"ד דהמקדש בעד אחד חוששין לקדושיו ומיירי נמי בשהאשה מודה לו דאי במכחישתו אפי' לכתחילה תנשא אלא דאפ"ה אם נשאת לא תצא משום דס"ל דהמקדש בעד אחד אפי' למ"ד דחוששין אינו אלא חומרא דרבנן בעלמא דהכי**

משמע לישנא דחוששין דקאמר ולא קאמר מקודשת, ומש"ה כתבו התוס' דלא הי' צריך לה דאפי' כו' אם נשאת לא תצא דאין דבר שבערוה פחות מב'.

הרי שגם השעה"מ מסכים למש"כ התשב"ץ דגם לר"פ חיישינן מדרבנן, ומוסיף שלפי זה, אפילו אם שניהם מודים שהיו קידושין בפני ע"א, אם נשאת לאחר בדיעבד, לא תצא.

ועי' להלן ביאורים נוספים בדברי התוס' בכתובות שם.

ומצאנו כמה ראשונים שחולקים על מש"כ התשב"ץ בדעת ר"פ והשעה"מ בדעת התוס', וס"ל שלר"פ ע"א בדבר שבערוה נאמן כמו ע"א באיסורין. דז"ל השטמ"ק (כתובות כ"ב ע"ב) בשם הרמב"ן:

וא"ת א"כ אמאי לא תנשא והרי אין עד אחד נאמן באיסורין אלא בששותק כדאיתא בקדושין בפרק האומר וכל שכן בדבר שבערוה י"ל לרב פפא הבעל חושש לעצמו דתנן [כריתות יא ב'] עד אחד אומר אכל חלב ועד א' אומר לא אכל מביא אשם תלוי.

וז"ל השטמ"ק (שם כ"ג ע"א) בשם הרא"ה:

דכי קי"ל דעד אחד נאמן בקדושין לומר שהוא כשאר איסורין דקי"ל בהו דעד א' נאמן וכל דאיכא אחרינא דמכחיש ליה לא מהימן כלל דעד א' בהכחשה לאו כלום הוא.

וז"ל הרשב"א (כתובות שם):

ותירץ הרמב"ן נ"ר דרב פפא דאמרה הכא ס"ל התם שהמקדש בעד אחד חוששין לקידושין ולית ליה בקידושין אין דבר שבערוה פחות משנים לפיכך צריך להכחשתו של שני.

ובאמת זה פלא שחשובי האחרונים לא ציינו לדברי השטמ"ק והרשב"א הללו. שו"ר באמרי בינה (שחיטה סי' ה') שמציין לדברי הרמב"ן והרא"ה דפליגי על הפוסקים שס"ל שלר"פ חיישינן מדרבנן.

ובשו"ת נוב"י (קמא סי' צ"ט) כתב:

ההיתר הראשון והוא היסוד. הוא שהרי מבואר בש"ע סי' מ"ב סעיף ב' המקדש שלא בעדים אפי' בע"א אינן קידושין ואפי' שניהם מודים וכו'. וזה דעת רוב הקדמונים רוב בנין ורוב מנין כל עמודי ההוראה רק הסמ"ג והמרדכי הביאו בשם הרא"ם שכתב שיש להחמיר וטעמו כיון דבקידושין דף ס"ה ע"ב קאמר בסוף הסוגיא מאי הוה עלה רב כהנא אמר אין חוששין לקידושין רב פפא אמר חוששין וכיון שלא הכריע בגמ' אחר כך יש להחמיר: ואני הצעיר נלענ"ד...יש ליישב דעת כל הגאונים והוא דממ"נ אם רב פפא דאמר חוששין טעמיה משום דלא יליף

דבר דבר... א״כ נדחין דברי רב פפא מכמה סוגיות בש״ס... דקאמר סתם גמרא אין דבר שבערוה פחות משנים... או שיש לנו לומר דרב פפא קאמר חוששין היינו מדרבנן שחכמים חששו הואיל ועד אחד מועיל עכ״פ לענין שבועה גזרו שיועיל בקידושין ואם הדבר כן דרב פפא גופיה לא קאמר חוששין אלא מדרבנן א״כ פלוגתא דר״פ ורב כהנא הוא דרבנן ושפיר פסקו כרב כהנא. שוב הראה לי הרב המופלא מוה׳ יודא אויש בחידושי מהרי״ט שפירש ג״כ חוששין מדרבנן.

ובנוב״י (שם סי׳ ס׳) כתב:

ואפילו הסמ״ג שמחמיר בקידושי ע״א ג״כ לכל היותר לא הוי רק קידושי ספק שהרי טעמו של הסמ״ג כיון דבמסקנא במס׳ קידושין... לא הכריעו... ואומר אני דגם לר״פ עצמו לא מצינו שיהיו קידושין ודאי דר״פ לא אמר קידושין ממש אלא חוששין לקידושין לחומרא ור״פ עצמו מסתפק בדבר.

מבואר בנוב״י, דאליבא דהגאונים שחולקים על הסמ״ג, ר״פ אסר מדרבנן, ולכן פסקו כר״כ לקולא, ואליבא דהסמ״ג והרא״ם, ר״פ מספק״ל אי חוששים לקידושין מדאו׳, ולכן חששו לדברי ר״פ. והנוב״י מכריח כדעת הגאונים שר״פ מחמיר מדרבנן, שאם נאמר שר״פ סובר שחוששים לעדות של עד אחד בקידושין מהתורה, מטעם זה או מטעם אחר, דבריו הם כנגד כמה סוגיות בש״ס.

ובהגהות חכ״צ על הט״ז (שם ס״ק ה׳), כתב וז״ל: ״דהא דעת המחמיר הוא דעת הסמ״ג משום דס״ל כיון דלא אפסיק הלכתא יש לחוש לדרב פפא דס״ל חוששין״.

גם מדבריו משמע, שהסמ״ג חשש לדברי ר״פ, משום שר״פ הסתפק שמא קידושין בע״א מועילים מדאו׳.

ועי׳ אוצה״פ (שם ס״ק כ״א אות א׳) בסופו, בשם עוד כמה אחרונים שנקטו בפשטות דר״פ מספק״ל אי חיישינן לקידושין בע״א. וע״ע (שם אות ב׳) מש״כ בשם האמרי אש והמהרש״ם, בדעת המהרי״ט דאליבא דהרא״ם וסיעתו דחוששין לדר״פ, ר״פ מספק״ל אי חוששין לקידושין בע״א מדאוריתא. והוא כמש״כ בדעת הנוב״י.

נמצינו למדים מדברי התשב״ץ הנוב״י והחכ״צ, שגם אליבא דהסוברים שר״פ הסתפק מדאו׳, יש כאן ס״ס להלכה, שמא הלכה כר״כ שאין חוששים לקידושין בע״א, ואת״ל שהלכה כר״פ, גם הוא מספק״ל אם חוששים לקידושין בע״א.

ואין להקשות על הסמ״ג, מדוע מחמיר בס״ס, דזה אינו חשוב ס״ס, כמו שכתבו תוס׳ (כתובות ט׳ ע״א ד״ה אב״א), בנמצא פ״פ, וספק שמא נבעלה באונס שמא ברצון, ואת״ל ברצון שמא קטנה שפיתויה אונס, דזה אינו חשוב ס״ס, דהוא ספק משום אחד. וכ״כ הפוסקים בשו״ע (יו״ד סי׳ ק״י), ועי׳ בספרי עין יצחק (כללי ס״ס אות י״ג) מש״כ שם.

ועי׳ להלן שבמקום שיש ספק נוסף משם אחר, כתבו הפוסקים דשפיר דמי להתיר.

ויש להרחיב בגדר נאמנות ע״א אליבא דר״פ, דהנה ז״ל התשב״ץ שם:

עוד שאלת מי שקדש אשה בפני נשים והיא מודה בדבר אלא שאומרת משטה הייתי בך כיון שהייתי יודעת שעדות נשים אינו כלום מהו לחוש לקדושיו: תשובה זו שאלתן של נשים היא שדבר ברור הוא שאין נשים בתורת עדות כלל../ ושמא נסתפקת בזה משום דקי״ל בכ״מ שהאש׳ נאמנת מאה נשים כעד אחד דמי... וכיון דאיכא מ״ד בפ׳ האומר בקדושין (ס״ה ע״ב) שהמקדש בעד אחד חוששי׳ לקדושיו ה״נ חוששין. והא ודאי לית׳ חדא דלא קי״ל הכי... שהרי שטה מפורשת היא בכל התלמוד דאין דבר שבערוה פחות משנים. ועוד שאפי׳ לדברי בעל ספר המצות שחוששין לעדות עד אחד לעדות נשים לא חיישינן כלל דעד אחד עדיף טפי מעדות נשי׳ דחזי לאצטרופי בהדי אחר וקם הוא לשבועה אבל נשים לא.

מבואר בדבריו, שגם אליבא דר״פ ע״א בקידושין אינו כע״א באיסורין בעלמא, דגם אשה נאמנת בו, אלא כע״א כשר, שנאמן בדיני ממונות לענין שבועה, וחזי לאצטרופי לאחר.

גם בנוב״י שם כתב:

וטעם ספיקו של ר״פ נראה דגם ר״פ ודאי דלא פליג על ג״ש דבר דבר אלא שמסתפק אם בענין מה דמהני לממון ממש ובענין שני עדים או מהני ע״א שהרי קם לשבועה.

גם בט״ז שם כתב:

״אם שניהם מודים - נראה דהיינו שמודים שלשם קידושין נתכוונו וקמ״ל דלא אמרינן בזה אין דבר שבערוה פחות משנים״.

כלומר שגם לר״פ ילפי׳ דבר דבר מממון, אלא שכאשר שניהם מודים, אינו בכלל הלימוד הזה.

ועי׳ בשו״ת חת״ס שם שכתב:

ועוד נ״ל דהכא לכ״ע א״ח לקדושין אפי׳ לרב פפא דרש״י פי׳ דלהכי חוששין דהא הימני׳ פי׳ הואיל והם קידשו לפניו הימנוהו כבי תרי והנה זה שייך היכא דליכא אלא עד א׳ באותו מקום אבל הכא שהיו כמה נערים מאן לימא דהימנוהו כתרי דילמא חשבו שישגיחו כולם.

נעתיק את לשון רש״י (קידושין שם ע״א):

שניהם מודים - לדברי העד. מהו - הא דתניא אין חוששין משום דלא מהימן הוא

והא הימנוה או דלמא משום דאין קדושין חלין בלא עדים ויליף דבר דבר מממון כתיב בעריות ערות דבר (דברים כד) ובממון כתיב על פי שני עדים יקום דבר.

מבואר שנאמנות העד אינה דבר שעומד בפני עצמו, אלא רק מכח זה שהאיש והאשה מאמינים לו כמו שני עדים, כשעושים קידושין לפניו, לכן לר״פ חוששים לקידושין. גם מבואר, ששניהם מודים לחוד, בלי ע״א, לא מהני, דבעינן עדי קיום, והספק בגמ׳ הוא אם הודאת האיש והאשה מהניא לחזק את דברי העד, שיהיה עד קיום. ולפיכך, כאשר העד מוכחש, תו לית ליה דין עד קיום.

ועי׳ אוצה״פ (שם ס״ק כ״א אות ז׳), בשם כמה אחרונים שכתבו כחת״ס. והאחרונים נחלקו בפירוש הסוגיא אם השו״ט בגמ׳ היא באופן ששניהם מודים, או באופן שאחד מכחיש. נכתוב כאן בקיצור, שלפנ״י השו״ט באופן שאחד מכחיש, ולפ״ד אין סתירה בדברי רש״י, שמש״כ שהאבעיא היא בשניהם מודים משום שהימנוהו, הוא כדי לבאר את האבעיא של ר׳ יהודה שפשיטא ליה שבמקום שאחד מכחיש, ל״ח לקידושין, ומש״כ רש״י שע״א נאמן בקידושין בגלל שמחייב שבועה, הוא בביאור השו״ט בגמ׳, דאליבא דהפנ״י היא באופן שאחד מהם מכחיש.

אבל לפי שאר האחרונים שפירשו שהשו״ט היא באופן ששניהם מודים, יש כאן לכאורה סתירה, שבתחילת הסוגיא כתב רש״י שע״א נאמן משום שהימנוהו, ובהמשך כתב שע״א נאמן משום שדמי לע״א בממון שקם לשבועה?

ואפשר לבאר שגם הטעם דע״א מחייב שבועה הוא טעם בנאמנות, דקיי״ל במי שנתחייב שבועה דאו׳, דאמרינן ליה השבע או תשלם, ומי שמסרב להישבע הרי הוא כמו שמאמין את העד. סמך לדברינו, ממש״כ באב״מ (סי׳ מ״ב ס״ק ד׳), בביאור דברי הב״ש שם, באופן שהאיש או האשה טוענים שלא התכוונו לקידושין אלא להשטאה, וכתב הב״ש שאינם נאמנים, דומיא דמאי דקיי״ל בנסכא דר״א באמר אין חטפי ודידי חטפי, והק׳ האב״מ, דבנסכא דר״א, טענה זו לא מתקבלת משום שהחוטף חייב שבועה, ומתוך שאיל״מ, משא״כ באיש ואישה שטוענים טענת השטאה בקידושין (ועי׳ בחת״ס שם שהוסיף והקשה, שגם בדיני ממונות בכה״ג אין מתוך שאיל״מ), ותירץ האב״מ וז״ל:

דבפ׳ חז״ה (דף ל״ד) הקשו תוס׳ בנסכא דר׳ אבא דליהמני׳ במגו דאומר לא חטיף ותי׳ ר״י דכיון דמחייב שבועה אינו חציף להעיז ולישבע בדבר שהעד מכחישו וריב״ם תי׳ דמגו הוי ואפ״ה חייב דכן הוא הדין או לישבע או לשלם וכן [כתב] הרמב״ן בחידושיו ז״ל ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינו לעד אחד כשנים ממש אך אם נשבע להכחישו אז אין בו ממש וכ״ז שלא נשבע הרי הוא כשנים והוא תי׳ ריב״ם. וה״נ במודה שקידש בפני ע״א אלא שטוען שכוונתו הי׳ לשחוק לתי׳ ר״י שפיר יש לו מגו דאין בו דין שבועה אבל לתירוץ ריב״ם דמגו הוי אלא כיון שהתורה האמינה לע״א כל זמן שלא נשבע לא מהני מגו דידי׳ א״כ

ה״ה בזה כיון שמקדש בפני ע״א הרי הוא כשנים לקידושין כ״ז שאינו מכחישו וזה שאין מכחיש העד הרי העד כשנים ונאמן ולא מהני מגו... ולכן דקדק הב״ש וכתב לתי׳ ריב״ם היינו דלדידי׳ לא מהני מגו אבל לתי׳ ר״י הי׳ מהני מגו ע״כ ויפה כיון.

מבואר שיסוד הנאמנות של ע״א בקידושין אליבא דר״פ הוא מתוקף כך שע״א מחייב שבועה בממונות, שחיוב השבועה מחדש לעד נאמנות עד שיוכחש, ולכן כאשר העד מוכחש, בטלה נאמנותו, שכן אין חיוב שבועה בדיני אישות, וכאשר האיש והאשה מודים לדברי העד, דבריו מתקבלים לגמרי, וכאשר האיש או האישה טוענים השטאה, נחלקו הראשונים אם מהני להו מיגו, או שעדות העד מתקבלת לגמרי ולא מהני מיגו כנגדה.

ומצאתי ביאור דומה באוצה״פ (שם ס״ק כ״א אות א׳) בשם הדב״ח (ח״ב סי׳ כ״ח).

ולפי זה צ״ב מדוע כתב רש״י שע״א נאמן בקידושין משום שהאיש והאשה הימנוה, ולא משום שמחייב שבועה ונאמן כל עוד לא הוכחש? ונראה לומר, שגם העדר הכחשה זה סוג של נאמנות שהאיש והאשה נותנים לעד, ואעפ״י שבמקום שאין אפילו עד אחד, הודאה של האיש והאשה לא מהניא לכו״ע, משום שבהודאתם הם חבים לאחריני, במקום שיש עד אחד, שנאמן מעצמו כל עוד אינו מוכחש, העדר ההכחשה שלהם מסייעת לעד, אעפ״י שעל ידי זה האיש והאשה חבים לאחריני.

שו״ר בנוב״י (תניינא סי׳ ע״ה), שפירש הסוגיא בפירוש מחודש, תוך דקדוק דברי רש״י הנ״ל, שר״ל שכאשר הימנוהו, מצאנו שעד אחד נאמן גם בדיני ממונות, בדינא דנאמן עלי אבא וכו׳, שנאמן גם אם יוכחש אח״כ ע״י הבע״ד שהאמינו.

וכתב לפי פירושו, שרק כאשר האיש והאשה יחדו לעד אחד שיהיה עד יחיד בקידושין, אז מספק״ל אם מקודשת, ורק בזה החמיר הסמ״ג ובעקבותיו הרמ״א שם.

עוד בתשובה שם:

א״ו האי מאי הוה עלה הוא משום דרב יהודה היה אין ולאו ורפיא בידו...וא״כ לכל היותר לא קאי האי מאי הוה עלה רק בשניהם מודין... אבל במכחיש או אפי׳ אינו יודע שלא נזכר מקודם לא קאי מאי הוה עלה מכיון דהך מאי הוה עלה במודים מירי ובהא הוא דפליגי רב פפא ור״כ, והסמ״ג שחשש להחמיר היינו במודין ולא באינו יודע. ובנדון שלנו שהבתולה אומרת שאינה זוכרת כלל אם אמר הבחור איזה דבר או אם נתן איזה דבר א״כ היא אינה מודית ממש ואפי׳ הסמ״ג לא חשש להחמיר.

מבואר מדבריו, שגם אלמלא החידוש שחידש, לסוברים שהשו״ט בגמ׳ הוא רק בשניהם מודים, בעינן שיודו בפועל, ולא סגי שיאמרו שאינם יודעים או שאינם זוכרים.

וזה דלא כמו מש״כ, דלפי מש״כ, הנאמנות שנתנת לע״א היא בעצם זה שדבריו לא מוכחשים. ולנוב״י צ״ל ששני הטעמים שכתב רש״י הם אמת, ובעינן תרתי כדי שנחשוש לע״א בקידושין, שעד הקידושין יהיה ראוי בעלמא לחייב שבועה, דבלא״ה אין לו חשיבות עד, ושאיש והאשה יאמינו לו.

טעם נוסף, מדוע ר״פ חושש לע״א בקידושין, בשו״ת מים עמוקים, בתשובות הרא״ם (סי׳ ל״א), שכתב שקידושין הוקשו לממון, ובממון הודאת בע״ד מהניא, ובקידושין הודאה לחוד לא מהניא משום שהאיש והאשה המודים, חבים לאחריני, ואין זה חוב גמור, משום שיכולים להודות ולאסור את עצמם לעלמא מדין שוויא אנפשיא, ולכן במקום שיש עד אחד שמעיד שהיו קידושין, והאיש והאשה מודים לדבריו, חוששים לעדותו, וכשמכחישים את העד, הוי חוב גמור, ולכן ל״ח לעד אחד לכו״ע.

ועי׳ אוצה״פ (שם ס״ק כ״א אות א׳) בשם שו״ת בית יצחק (סי׳ ק״ב) שכתב שר״פ שחושש לקידושין בע״א סובר כר״י בספרי, שלומד מהכתוב לא יקום ע״א באיש, אבל קם הוא באישה להשיאה. וזה דלא כרש״י שם.

ויש לציין לדברי התוס׳ (קידושין ס״ו ע״א):

> **אמר אביי היא היא - תימה והא אמרת המקדש בעד א׳ אין חוששין לקידושיו דאין דבר שבערוה פחות משנים וי״ל דהתם אפשר כיון דלא קדשה בפני עדים המעות מתנה אבל הכא הביאה אוסרת בין בעדים בין שלא בעדים.**

משמע מדברי תוספות, שעד כמה שאי אפשר לתלות בכך שהמעות מתנה, חיישינן לקידושין לכו״ע.

ועי׳ בשו״ת מהרי״ט (ח״א סי׳ ט״ו) שהביא דברי תוספות וכתב שכ״כ רק אליבא דאביי דלית ליה אין דבר שבערוה פחות מב׳, וס״ל לתוס׳ שאביי מודה מ״מ שהמקדש בפני ע״א, ל״ח לקידושין משום שתולים שנתן את המעות במתנה.

עד כאן שיטות הראשונים והאחרונים בביאור השיטות בגמ׳, והדעות להלכה. ולענין הכרעת הדין, נקטו האחרונים שהעיקר להלכה דלא כסמ״ג. עי׳ שו״ת מהרי״ט שם, ושו״ת דברי ריבות (סי׳ רצ״א). ועי׳ כנה״ג (שם הגב״י ס״ק י״א), חבל פוסקים שהכריעו דלא כסמ״ג, ושכך פשט המנהג בכל בתי דין שראינו וששמענו שמעם.

ובחת״ס (שם סי׳ צ״ט) כתב:

> **הנה המקדש בע״א דעת כל הפוסקי׳ ממש דאין חוששי׳ לקידושין אפי׳ שניהם מודים זולת הר״א ממי״ץ דחושש לדר״פ דאמר חוששין לקידושין והסמ״ג והגה׳ מיי׳ ומרדכי חוששי׳ לדברי׳ וכ״כ רמ״א בהגה׳ סי׳ מ״ב.**

והנוב"י (שם סי' ע"ה) כתב:

ההיתר הראשון והוא היסוד. הוא שהרי מבואר בש"ע סי' מ"ב סעיף ב' המקדש שלא בעדים אפי' בע"א אינן קידושין ואפי' שניהם מודים וכו'. וזה דעת רוב הקדמונים רוב בנין ורוב מנין כל עמודי ההוראה רק הסמ"ג והמרדכי הביאו בשם הרא"ם שכתב שיש להחמיר...

ובהמשך כתב:

וא"כ לכל הדעות חששא בעלמא הוא שחשש הסמ"ג וראוי לחפש סברות להקל... ואף שרמ"א שם בסי' מ"ב סעיף ב' בהג"ה כתב ויש מחמירין ... מ"מ הא תברא בצדה שמסיים רמ"א ובמקום עיגון ודחק יש לסמוך אדברי המקילין וכיון שהמקדש הלך מזה לבית אביו רחוק ארבעים פרסאות הרי זה נחשב לדחק ועיגון כי בודאי אם יבקשו ממנו גט לא יתרצה ואטו תרקבא דדינרי ינתן לו ועוד מי יביאהו לכאן או מי יכוף אותו לרדוף אחריו שם ואם יאמר האומר מה הפסד יש בדבר לנסות ולכתוב לשם שישלח גט ואולי יתרצה בנקל ואם לא יתרצה אז נקל מטעם עיגון ודחק ולמה לנו למהר להתירה. אומר אני כי לא נכון ע"פ התורה לעשות כן שאם אנחנו נכתוב שיגרש אין לך החזקת קול יותר מזה דהוה כמו קלא דאיתחזק בבי דינא ויהיה משפט הנערה אח"כ יותר חמור ממשפטה עתה שעתה יש לנו כל עמודי הוראה להקל ושום קול אין כאן כי לא נודע לשום אדם אבל אח"כ בודאי יתפרסם על ידי בקשת הגט שיבקשו ממנו ע"פ הוראת ב"ד... לכן נלע"ד דע"כ לא קאמר רמ"א להחמיר אלא כשהמקדש כאן לפנינו ויכולים לשאלו תיכף אם יגרש בנקל אבל כשהוא במקום רחוק לא החמיר רמ"א.

ובהמשך כתב:

הראש השני והוא נשען על הראש הראשון כי הוא היסוד שהוא נבנה על דעת רוב הקדמונים אלא שסמ"ג החמיר וגם זה רק חששא דהיינו רב פפא עצמו החמיר רק לחששא וסמ"ג שהחמיר הוא עוד חששא יותר רחוקה שהרי אפי' לדברי הסמ"ג שלא הכריעו בגמרא מ"מ אינו אלא ספק הלכה כמי אם כר"פ אם כרב כהנא וכיון שחומרא זו מחמת ספק רחוק הוא די אם נחמיר במקום דליכא שום קולא אחרת אבל אם יש עוד איזה צד להקל ודאי גם הסמ"ג יודה שיש להקל...

והנה הנוב"י שהיה גאון אשכנזי ובכל זאת נראה מדבריו שהעיקר להלכה דלא כרמ"א והסמ"ג כדעת רוב מנין ורוב בנין הפוסקים, ולכן בצירוף של איזה צד להקל אפילו ספק רחוק, יש להקל. וגם כשאין צירוף להקל, במקום עיגון ודחק, אפשר להקל.

ובשעה"מ שם הביא מש"כ בספר בתי כהונה, בגוונא ששני עדים מכחישים זא"ז, שא' אומר שהיו קידושין וא' אומר שלא היו קידושין, וז"ל:

דאפילו למ״ד מקדש בע״א חוששין קאמר מתורת חששא ולא להחזיקה בא״א גמורה אמטו להכי הואיל ואיכא ריעותא דמכחישין זה את זה הו״ל תרתי לריעותא וכל כי האי לא חיישינן דהבו דלא להוסיף עליו.

הרי שבכל מקום שיש עוד ריעותא, אין להחמיר בקידושי ע״א, אפילו אליבא דהסמ״ג, דהבו דלא להוסיף עליו.

וביש״ש (קידושין פ״ג סי׳ י״ח) כתב:

ואומר אני, מאחר ששניהם מודים בדבר, קשה בעיני ההמון להתיר בלא גט. אבל בהכחשה יש לסמוך על רוב המתירין, ולא להצריך גט ולפוסלה מן הכהונה.

יש לציין שהמהרש״ל כ״כ תוך כדי שהעתיק מתשובת תרוה״ד (סי׳ רי״ב) שתובא להלן בהרחבה, אעפ״י שבמקור הדברים בתרוה״ד, ליתא לכל זה. בהכרח שזה מדברי היש״ש שמכריע שהעיקר להלכה כמתירים, ורק משום מראית העין ״שקשה בעיני ההמון להתירה בלא גט״ כתב שחוששים לקידושין בע״א. וכ״מ ממש״כ בהמשך דבריו שם.

וראה באוצה״פ (שם ס״ק כ״א אות ג׳), הרבה פוסקים דס״ל דאין חוששין כלל לקידושין בע״א, והרבה פוסקים שסוברים שחוששים לקידושין בע״א. ועע״ש, דפליגי האחרונים, בארץ ישראל ואגפיה שקבלנו הוראות מרן, אם גם לקולא באיסור א״א, אין להחמיר נגד דעת מרן השו״ע. ובענין זה עי׳ בספרי עין יצחק (כללי קבלת הוראות מרן אות ל״ז - מ׳), שבאופן שהאשה התגרשה, והדיון אם מותרת להינשא לכהן, אין להחמיר נגד דעת מרן שקבלנו הוראותיו.

ובאוצה״פ (שם אות ד׳) הביא פוסקים שהקלו בקידושין בע״א בצירופים שונים, דיש שהקלו בצירוף ספק נוסף, ויש שכתבו שאף לסוברים שהסמ״ג חשש מדאוריתא, הוא מ״מ רק ספק דאוריתא, ובצירוף ספק נוסף הוי ס״ס לקולא, אלא שיש שכתבו שלסוברים שס״ס בפלוגתא דרבוותא לא מקרי ספק ספיקא - משום שסוף כל סוף הוא רק ספק אחד אם הדין כך או אחרת, ולפיכך בענין שהספק הנוסף יהיה ספק במציאות, דאז שפיר דמי להתיר, ובפרט בספק בקידושין, דליכא חזקת איסור, או שיהיו שלשה ספיקות בפלוגתא דרבוותא. ויש שכתבו שלסוברים שהסמ״ג חשש מדרבנן, שפיר להקל בכל ספק, דספק דר׳ לקולא.

ועי׳ בספרי (כללי ספק ספיקא אות ב׳ וכללי קבלת הוראות מרן אות ל״ח) שהעיקר להלכה שס״ס בפלוגתא דרבוותא, לקולא, ואפילו באיסור אשת איש החמור.

ויש שהקלו בצירוף ספק נוסף מטעם אחר, משום שפסק הרמ״א שבמקום עיגון יש להקל, ופסק הפמ״ג בהל׳ טרפות, שבכל מקום שמקילים מחמת הפסד מרובה, כשיש ספק נוסף מקילים גם בלי הפסד מרובה, וה״נ בקידושין בע״א שמקילים במקום עיגון, כשיש ספק נוסף מקילים גם בלי עיגון.

ויש שהקלו בצירוף צד קולא, בהם הנוב"י הנ"ל ועוד אחרונים, ומשמע מדבריהם שגם צד קולא שאינו עושה ספק שקול, מהני להקל, משום שגם אליבא דהרמ"א, במקום עגון לא חוששים לקידושין בע"א.

ובאוצה"פ (שם אות ז') כתב בשם כמה אחרונים, ובהם החת"ס והנוב"י הנ"ל ועוד, שחוששים לעדות של ע"א, רק במקום שהאיש והאשה יחדו הע"א לעד קידושין, ועי' באוצה"פ שם שרבים חולקים, והביאו ראיה מדברי הרמ"א (אה"ע שם סו"ס ב') שכתב שגם כשנמצא אחד העדים קא"פ, חוששים לעד הכשר. ומשמע שגם כשלא ידוע שאחד מהעדים פסול, וממילא לא יחדו את העד הכשר לעד, חוששים לקידושין. ומ"מ משמע שלרוה"פ אפשר לצרף דברי החת"ס והנוב"י לסניף נוסף להקל.

ובאוצה"פ (שם אות ח') כתב בשם כמה אחרונים, שבמקום שהאיש המקדש היה פסול לעדות, יש להקל לאחרונים שיובאו להלן, שמפרשים שטעמו דר"פ הוא משום שמצרפים את עדות האיש שאומר שקידשה, ופלגינן דיבוריה, דבאופן שהאיש פסול לעדות, א"א לעשות צירוף.

ויש שהקלו במקום שהקידושין תופסים רק מדרבנן.

ובנדון דידן, מלבד שיש להקל לפי החת"ס והנוב"י הנ"ל, ולפי האחרונים הנ"ל באוצה"פ (אות ח'), יש כמה טעמים נוספים להקל, שחלקם באו לכלל ספיקא דדינא וחלקם הם בגדר סניף להקל, כדלהלן בפרק זה ובפרקים הבאים, בפרט שבנדון דידן לא עסקינן באיסור אשת איש החמור, אלא באיסור גרושה לכהן.

בנדון דידן איכא צד נוסף לקולא, שהעד הפסול הצטרף עם העד הכשר והעיד, ובכה"ג דנו הפוסקים אם האם הכשר נפסל מדין נמצא א' מהם קא"פ, עדותן בטלה.

דהנה כתב רבינו ירוחם (או"ח נכ"ב ח"ב):

> **המקדש בפני שני עדי' והא' מהם קרוב מתירין אותה לינשא לכתחלה בלא גט ולא חיישי' לקול שיצא ממקודש' דמבטלין קלא דלקמן דקיימא לן כרב באיסורי כך כתב הרמ"ה בתשובה... המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין אפילו שניהם מודים כתב ריי"ף והרמב"ם והרמ"ה והתוספות כתבו דחוששין לקדושיו וראשון נראה עקר.**

ובב"י שם הביא דברי רבינו ירוחם. ומה שמביא בב"י ללא חולק הוא הלכה. ומה שלא הביא את דבריו בשו"ע, כך דרכו של הב"י לא כתב את הכל בשו"ע סמך על המעיין בבית יוסף.

וברמ"א שם פסק:

> **"וכן אם קידש לפני שנים, והאחד מהם קרוב, הוי כמקדש לפני עד אחד. וע' לקמן סימן מ"ז סעיף ג'".**

ולא ציין למקור, גם בבאה"ג ובגר"א שם לא ציינו למקור. הגר"א ציין לעיין בסעי' ה', ולא ברור למה כוונתו, ועי' שי למורה שם שציין למש"כ הב"י שם בשם שו"ת זכרון יהודה לר"י בן הרא"ש, שמשמע מדבריו שם שלא חשש לכך שהיה ע"א פסול תחת החופה. ויתכן שזה מקור דברי הרמ"א.

ובספר בית הילל (אה"ע שם) כתב שהמקור הוא מטעמו של הרי"ו, שפסק כרוב הראשונים של"ח לקידושין בע"א, ולא כתב שהטעם של"ח לקידושין הוא בגלל שנמצא אחד מהעדים קא"פ.

מכל מקום לדעת הרמ"א יש להחמיר גם במקום שנמצא אחד מהם קרוב או פסול. והאחרונים נחלקו בביאור דברי הרמ"א.

הח"מ (אה"ע שם ס"ק ו') כתב:

> **ולא נפסל השני בצירופו לקרוב (כמבואר בח"ה סי' ל"ו) דמיירי שלא נצטרף בשע' ראיה לדעת הרא"ש דבעי תרתי (כוון בשעת ראיה כדי להעיד ובא לב"ד והעי') או לדעת הרי"ף שנאמן לומר שלא הכיר בקורבתו ומשום חומר' דקידושין חיישינן לכתחל'.**

ומש"כ בסו"ד: ומשום חומרא דקידושין חיישינן לכתחילה, עי' בספר ראש פינה - חלקת השדה שם שפירש, שלכתחילה חוששים לדעת הרי"ף שבלא הכיר העד הכשר בקורבתו של העד הפסול, אין העד הפסול פוסלו. ולכאורה הפירוש הפשוט יותר, שבמקום שאין העד הפסול פוסל לכשר, משום חומרא דקידושין פסק הרמ"א לעיל דחיישינן לכתחילה שלא תינשא אא"כ הוא מקום עיגון. ואיני יודע מדוע הספר הנ"ל נטה מפירוש זה שהוא הפירוש הפשוט.

ובב"ש (אה"ע שם ס"ק ח') כתב:

> **והא דלא נפסל השני בצרופו כאשר מבואר בח"ה סי' ל"ז דשניהם נפסלים אפילו אם יבוא השני להעיד מחדש לא מהני וכ"כ הסמ"ע סי' ל"ז ובסי' מ"ה אלא דוק' כשחתומים העדים אז מהני כשהכשר מעיד מחדש אבל בע"פ לא מהני וכן מוכח בש"ס פ"ק דמכות בסוגי' מה יעשו שני אחים וכו' וצ"ל דמיירי כאן בגוונא דלא נתבטל העדות ושם פליגי הרי"ף והרא"ש אימת נתבטל העדות וכ"כ בח"ע / בח"מ/ גם י"ל דלא נתכוין לשם עדות ומ"מ מה שמעידים היום מהני אף על גב דלא נתכוונו לשם עדות, שוב ראיתי לשיטות הרא"ש א"צ לזה אלא אף על גב דנתכוונו לשם עדות והעידו כבר ס"ל דנתבטלו העדות היינו לענין דהב"ד א"י לפסוק על פיהם אבל כאן בעת הקדושין עדיין לא נתבטלו עדותן א"כ הקדושין היו קידושין כשירים א"כ אף על גב דהב"ד א"י לפסוק ע"פ עדותן מ"מ המקדש קידש לפני כשירים, וכן אם קידש רק לפני שנים וא' מהם קרוב והעידו כבר לפני**

הב״ד מ״מ בעת הקידושין היה הקדושין לפני ע״א ובספר ב״ה כתב היכ׳ דשניהם מודים מהני עדות של הכשר ולית׳ דהא ילפינן מקר׳ דעד קרוב מבטל העדות והוי כאלו היה מקדש לפני עדות פסולי׳ ולא מהני הודאה שלהם אלא נ״ל כמ״ש.

הב״ש בתחילת דבריו סובר כח״מ, שבמקום שבעלמא העד הפסול לא פוסל את העד הכשר, חוששים לקידושין, ומביא דוגמא נוספת, במקום שהעד הפסול לא התכוון להעיד, דאז גם אם העידו יחד לבסוף, העד הכשר לא נפסל. לאחר מכן כתב הב״ש, שלדעת הרא״ש גם אם התכוונו להעיד והעידו אחר כך יחד, חוששים לקידושין, משום שהעד הכשר היה כשר בשעת ראיית העדות, ורק אחר כך נפסל, ובקידושין, העדים הם עדי קיום.

ועי׳ באוצה״פ (שם ס״ק כה אות ב׳), שעוד אחרונים פירשו כח״מ וכפירוש הא׳ בב״ש, שהרמ״א מיירי במקום שלא נאמרה ההלכה דנמצא אחד מהם קא״פ.

ומש״כ הב״ש בדעת הרא״ש, שעדי קידושין הם עדי קיום, ולא יפסלו גם אם יעידו אחר כך יחד בבית דין. עי׳ אוצה״פ (שם אות ה׳) שבחת״ס ורעק״א ונוב״י ועוד אחרונים ביארו דברי הב״ש, והסכימו עמו. ושבאחיעזר ציין לדברי המהרשד״ם ולחם רב ודברי ריבות שכתבו שאם עדי הקידושין העידו יחד לאחר מכן, נפסלו למפרע. ובאופן שעדי הקידושין לא העידו יחד, כתב האחיעזר שלסברת הב״ש שעדי הקידושין הם עדי קיום, יש לומר איפכא שמיד כשראו הקידושין נגמרה עדותם גם ללא הגדת עדות, והקרוב פוסל את הפסול. ועי׳ באוצה״פ שם עוד אחרונים שדנו בדברי הב״ש.

ומש״כ בשם בית הילל, עי׳ בפנים שמחלק בין עד קרוב שפסול מגזיה״כ כדאיתא בשו״ע (חו״מ סי׳ ל״ג סעי׳ י׳), לשאר פסולים, שיש טעם בפסולם, שבקרוב שאינו חשוד על שקר, יש לפוסלו רק במקום שאחד מבע״ד מכחישו, ובשאר פסולים שחשודים על שקר, יש לפוסלם בכל אופן. ולכן במקום שהאיש והאשה מודים בקידושין, בעד קרוב אין לפוסלו.

ועי׳ אוצה״פ (שם אות ג׳) בשם אב״מ (אה״ע שם ס״ק ו׳), שהבית הילל סובר כתוס׳ והרא״ש, שהעד פסול פוסל את העד הכשר, באופן שהעידו יחד בבית דין, ובמקום ששניהם מודים, לא צריך לעדות בבית דין, ולפיכך גם אם יעידו הכשר והפסול בבית דין, העדות לא תתבטל למפרע, דעדות זו בבית הדין, היא כמו שאינה.

ועי׳ גם בספר ראש פינה - עקבי הבית שם מש״כ ליישב דברי הבית הלל, על פי מש״כ הב״ש לעיל מיניה בדעת הרא״ש.

ועי׳ באוצה״פ (שם אות ד׳) בשם כמה אחרונים שסוברים שהרמ״א אזיל לשיטת הסמ״ג שס״ל שהמקדש בע״א, חוששים לקידושיו, ומה״ט ליכא בקידושין בפני ע״א כשר וע״א פסול, הדין דנמצא אחד מהם קא״פ. והביא שם כמה נימוקים לכך.

ועי׳ להלן מש״כ בתשו׳ המהרש״ם בשם תשובת רעק״א, שגם לחוששים בקידושין בע״א, בקידושין בשני עדים ונמצא א׳ מהם קא״פ, יש להקל.

הנה הגאון המהרש״ם ורעק״א מגדולי הפוסקים, חלקו על דעת הרמ״א בעד אחד פסול והורו לקולא.

ובנדון דידן, שאחד מהעדים פסול מחמת רשעה, והעידו יחד בבית דין בדיון שהתקיים ביום כ״ג אלול תשע״ד, לכמה מן הפוסקים הנ״ל יש לפוסלם. ואף אם לא היו מעידים יחד נראה שיש לפוסלם, דלא מבעיא לדעת הרי״ף שסובר שעדי הקידושין לא צריכים להעיד יחד כדי שהכשר יפסל, ומרן השו״ע (חו״מ סי׳ ל״ו סעי׳ א׳) הביא את דעת הרי״ף והרמב״ם בסתם ואת דעת הרא״ש בשם ״ויש אומרים״, והש״ך (חו״מ שם ס״ק ח׳) פוסק כרי״ף והרמב״ם. ואעפ״י שלדעת הרי״ף צריך שהעד הכשר יכיר את העד הפסול, הן כתב הבאה״ט (אה״ע שם ס״ק ח׳) בשם הבית הילל, שבעד פסול מחמת רשעה, העד הכשר לא צריך להכיר את העד הפסול, וגם לדעת הש״ך (חו״מ שם ס״ק כ׳) שנקט בפשטות שגם כשהעד פסול מחמת רשעה, העד הכשר צריך להכיר ברשעו, בנדון דידן, שעדי הקידושין העידו בבית הדין שהם חברים של החתן, גם הרב מסדר הקידושין מסר שאלו הוצעו על ידי משפחת החתן, מן הסתם העד השני מכיר ברשעו, בפרט כשמדובר בעד שמחלל שבת בפרהסיא, דאוושא טובא. ולא דמי למחלוקת מהר״ם אלשאקר ומהר״י בירב שהביא הש״ך שם, אם תולים שבני עירו של העד הפסול יודעים שחטא, דשם מיירי בעד שמוחזק כיהודי כשר, ובאו עדים שחטא, משא״כ בנד״ד דמיירי בעד שהועד שהוא מחלל שבת בפרהסיא, דודאי חבר מרעיו יודעים מזה.

זאת ועוד, שלדעת הסמ״ע (חו״מ שם ס״ק י׳), אמרינן מסתמא שהעד הכשר יודע מפסולו של העד הפסול, ורק באומר שאינו יודע, העדות כשרה, אף שהש״ך השיג עליו ודחה דבריו, עי׳ שער משפט שם שיישב דברי הסמ״ע.

זאת ועוד, שמרן בשו״ע (חו״מ שם) הביא את דברי הרי״ף שכתב שהעד הכשר צריך להכיר את העד הפסול בשם יש אומרים, ואת דברי הרא״ש שחולק על הרי״ף וסובר שגם כשהעד הכשר אינו מכיר את העד הפסול, העד הכשר נפסל, בשם ויש אומרים, וכלל נקוט בידנו יש ויש, הלכה כ״ויש״. גם הש״ך שם כתב שכך העיקר בש״ס אלא שהרבה פוסקים סוברים כדעת הרי״ף, ובכל זאת לא הכריע כדעת הרי״ף ומשמע שלדינא מספק״ל כמי ההלכה.

כל זאת ועוד, שבנד״ד שני העדים חתמו על הכתובה, וחתימה זו, לדעת הש״ך (חו״מ סי׳ מ״ה ס״ק כ״ד), חשובה כהגדה בבית דין, דעדים שחתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בבית דין, ואעפ״י שבפת״ש (אה״ע שם ס״ק ט׳) כתב בשם הנוב״י שהעיקר להלכה כסמ״ע, מידי ספק לא יצאנו, דעי׳ נתיהמ״ש (סו״ס ל״ו), דמשמע שנוקט לעיקר כש״ך.

וגם לדעת הב״ש שסובר שבעדי קידושין שהם עדי קיום, אין העד הפסול פוסל את העד הכשר, אפילו העידו יחד, הן הב״ש כ״כ לדעת הרא״ש, ומרן בשו״ע שם סובר שהעיקר כדעת הרי״ף והרמב״ם, וכן הכריע הש״ך שם, כנ״ל.

ועי׳ אוצה״פ (שם אות ב׳) בשם העין יצחק שכתב גם כן, שיש להקל בעד כשר שראה

קידושין ולא העיד, ולסמוך על דעת הרי"ף והרמב"ם שהם עיקר, שמרן השו"ע שם הביאם בסתם, וכ"פ הש"ך, משום שגם לדעת הרמ"א, מדובר באיסור קל של קידושין בע"א שמבטלינן ליה במקום עיגון.

וגם לדעת הבית הילל שסובר שבמקום שהאיש והאשה מודים בקידושין, העד הפסול אינו פוסל את העד הכשר, הן כ"כ בעד פסול מחמת קורבה, ובנד"ד העד פסול מחמת רשעה, זאת ועוד, שכ"כ לדעת הרא"ש ותוס', ויש לכה"פ ספק אם הלכה כמותם, מן הטעם הנ"ל.

ואין לחוש לדעת הפוסקים הנ"ל שסוברים שאין דין נמצא א' מהם קא"פ בעדות בקידושין כלל, שדעת רוב הפוסקים שיש את הדין הזה בקידושין, וכן מוכח מדברי הראשונים בסוגיא במכות (ו' ע"א), וכמש"כ הח"מ והב"ש ועוד אחרונים.

וע"ע באוצה"פ (שם אות ח'), אם כשיחד עדים לקידושין ונמצא אחד מהם קרוב או פסול, מקילים טפי מאם לא יחד עדים.

מכלל הדברים עולה, שגם לפוסקים החוששים לדעת ר"פ בקידושין בע"א, בנדון דידן שנמצא אחד מהעדים פסול מחמת רשעה, יש להורות להקל מכל הני טעמי.

ב. עד קידושין שהעיד על עצמו שהוא מחלל שבת בפרהסיא הוא בכלל הבזויים

על זה יש להוסיף צירוף נוסף להקל, שגם העד השני שמוחזק לכאורה בכשרות, העיד על עצמו שבשעת הקידושין של האיש והאשה הוא היה מחלל שבת בפרהסיא רח"ל.

ועל אף שפסק מרן השו"ע (חו"מ סי' ל"ד סעי' כ"ה) שעד המעיד על עצמו שעשה מעשה רשע, אינו נאמן לפסול את עצמו, דאין אדם משים את עצמו רשע. ואמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל כתב בכמה מקומות (עי' יביע אומר ח"ד אה"ע סי' ה' אות ד'; ח"ט אה"ע סי' כ"א אות ה'; ח"ז אה"ע סי' י"ח אות ד') שאדם שאומר כן משים עצמו כאחד מהבזוים שפסולים לעדות מדרבנן. ועל אף שלדעת רוב הראשונים חוץ מהרי"ף, קידושין שנעשו בפני עדים שפסולים מדרבנן תקפים, וכ"פ מרן השו"ע (אה"ע סי' מ"ב סעי' ה'), כתב מרן זצוק"ל בשם תשו' הרמ"א והמהרש"ל לפי ביאור הב"מ, שבזויים שחכמים פסלום בגלל חשש עדות שקר, יש לומר שהם אינם נאמנים מן התורה.

ודו"ק שבכל המקרים שנדונו בתשובות של מרן בשו"ת יביע אומר, עדי הקידושין העידו על עצמם לאחר מעשה, שבשעת הקידושין שהיו מחללי שבת, ובכל זאת כתב מרן שהם בכלל ארחי פרחי ובזויים הפסולים לעדות בגלל חשש עדות שקר. ויש כאן כמה חידושים: שאדם שאומר על עצמו שהוא מחלל שבת בפרהסיא הוא בכלל הבזויים הפסולים לעדות, ושנפסל לעדות למפרע מיום שהצהיר על עצמו שהוא מחלל שבת, ושנפסל למפרע על אף שלא התרו בו, כדין עד שפסול מדרבנן. והטעם הוא כנ"ל, שהבזויים חשודים על שקר.

ג. אם אדם נפסל על פי עצמו ועל פי עד אחד

עדות שפוסלת אדם שעבר עבירה לעדות, היא עדות גמורה דבעינן בה שני עדים כשרים. כך למדו האחרונים ממה שכתב מרן השו"ע שם: "אין אדם נפסל בעבירה ע"פ עצמו, אלא על פי עדים שיעידו עליו, שאין אדם משים עצמו רשע".

וכתב הפת"ש (חו"מ שם ס"ק ל"ח) בשם הברכי יוסף (חו"מ שם סעי' ל"א):

"משמע דוקא על פי שני עדים אבל על פי עד אחד לא מיפסל כלל אפילו מדרבנן. וכ"כ מהר"ש הלוי באה"ע סי' י"ג ודבריו ברורים".

ועי' לאאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל בשו"ת יביע אומר (ח"ח אה"ע סי' ח'), שהביא מעוד פוסקים שכ"כ בפשטות.

ואולם, כאשר אדם מודה בפסלותו, כתבו האחרונים שאעפ"י שקיי"ל אין אדם משים עצמו רשע, בצירוף דברי העד המעיד עליו, נפסל. עי' פת"ש שם, ובאורך וברוחב בדברי אאמו"ר מרן הראש"ל ביביע אומר (שם סי' ה' אות ה' וח"ט אה"ע סי' ח' אות א' ו־ו').

כל זאת ועוד, שמסתבר שמש"כ הפוסקים שצריך שיעידו ב' על אדם שנפסל לעדות מחמת רשעה, הוא במי שמוחזק לכשר והעידו שעבר עבירה שנפסל בה, אבל מי שמעידים עליו שהוא רשע ומחלל שבת בפרהסיא יש טעם בדין לפוסלו אפילו בעד אחד.

דהנה ז"ל הגמ' ביבמות (ל"ט ע"א):

אשתמודעינהו - פליגי בה רב אחא ורבינא, חד אמר: בעדים, וחד אמר: אפילו קרוב, אפילו אשה. והלכתא: גלויי מילתא בעלמא הוא, ואפילו קרוב, ואפילו אשה.

וכתב הרי"ף (יבמות י"ב ע"ב ו־י"ג ע"א מדפיו):

וכיון דקיימא לן דאישתמודענוהי להדין פלניא גלויי מלתא בעלמא הוא ואפילו קרוב ואפילו אשה מהימנו דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי ולאו אממונא מסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלו דהדין ניהו גברא פלן והא ניהי איתתא פלניתא וכיון דמודעי ליה הכי הרי איתחזק גביה דההוא סהדא מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי איתתא דהאי ניהו פלניא והא ניהי פלניתא הלכך שרי ליה לסהדא למיסמך אפומייהו ולמיסהד עלויה דההוא גברא או עילוה דהך איתתא בין לענין איסורא בין לענין ממונא.

והרמב"ן (נידה מ"ח ע"ב) כתב:

הא דתניא כל הנבדקות נבדקות על פי נשים, היה נראה דלת"ק בין להקל בין להחמיר נשים נאמנות בין לפני הפרק בין תוכו בין לאחריו, וטעמא דמילתא משום דבמילתא דאיתא קמן ומצינן לגלוייה מהימנן, ודמיא הא מילתא להההיא דאמרינן בפרק החולץ (ל"ט ב') ואשתמודענוהו להדין פלניא דאחוה דמיתנא דמן אבוהי הוא וקי"ל אפילו קרוב ואפילו אשה דגלויי מילתא הוא, והוסיף רבינו הגדול ז"ל בפירושא דמילתא ואמר טעמא משום דלאו אמילתא דאיסורא קא מסהדי ולא אממונא קא מסהדי אלא מילתא הוא דמגלו דהדין הוא גבר פלן והא ניהי איתתיה וכו' כדכתיבא בהלכות, והא נמי להההיא דמיא ועדיפא מינה משום דמילתא קמן היא לגלוייה הילכך נשים מהימני בין להקל בין להחמיר.

והריטב"א (נדה שם) כתב:

ת"ר כל הנבדקות נבדקות על פי נשים. פירוש דאע"ג דהאי דבר שבערוה תלוי בו שאינו בפחות משנים, כיון דמילתא דאפשר לאיגלויי הוא ואינן מעידות על דבר שבערוה ממש אלא על גופן של שערות, עשאוהו כשאר איסורין שנאמנת בהן אשה.

והרמב"ם (הל' גירושין פי"ג הכ"ט) כתב:

אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה או עבד או שפחה או גוי המשיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה כמו שבארנו, שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בריו אלא מפי העדים ובעדותן כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוה את זה. אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני, לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר, לפיכך הקלו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות.

ובמקום אחר (הל' יבום וחליצה פ"ד הל"א) כתב:

ומעידין עליו שלשה או שנים מן השלשה או שנים שראו החליצה אף על פי שאינן הדיינין שחלצה בפניהן כמו שבארנו, ואפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנין לומר זה הוא פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהן מה שאין כן בשאר עדיות של תורה בין לעדות ממון בין לעדות איסור, שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כענין שבארנו בסוף הלכות גירושין.

ובתשב״ץ (ח״א סי׳ פ״ג) כתב:

שאין ספק בדעתו של הרמב״ם ז״ל שהוא סובר שע״א במילתא דעבידא לאגלויי כגון מת פ׳ או זהו פ׳ או אחי פ׳ שהוא נאמן דבר תורה וכיון שהתורה האמינתו ואין הפרש בין דבר שבערוה לדבר שבממון שהתורה לא חלקה בעדות בין ממון לערוה וזהו שכתוב בסוף הלכות גרושין... דכל היכא דהויא מלתא דעבידא לאגלויי אין אנו צריכין משפטי עדות שהדבר עד לעצמו וסמכי׳ אחזקה דלא משקרי אינשי בכה״ג... הוי יודע ששני דברים הם בענין זה הא׳ מלתא דעבידא לאגלויי והשני גלוי מלת׳ ויש קצת הפרש ביניהם אף אם נסכים לדברי הרמב״ם ז״ל שהשוה אותן בדיניהן וכמו שאפרש בע״ה. וההפרש שביניהם הוא דמלת׳ דעבידא לאגלויי הוא הדבר שאין לנו בו שום ידיעה וגלוי לא בעדות ולא באומדן דעת׳ אלא מה שהעיד בו זה העד אלא שאינו במדרגת שאר עדיות שיוכל לעמוד העד בדבריו כנגד המכחישין אבל הוא באופן שיכול להתברר בירור אמתי כי שקר העיד בלי שום השמטה בעולם. וגלוי מלת׳ הוא בהפך מזה שהדבר קרוב לנו להיות נודע כמו שהוא מעיד זה אלא שהוא מכוסה ונעלם קצת שאח׳ שגלה לנו זה העד אותו כיסוי הוחזק הדבר בדעתנו כאלו נודע לנו ע״פ ראייתינו מצד מה שהי׳ כבר דעתנו נוטה לזה. ואלו שני הענינים אף על פי שהם בידיעתנו בהפכי׳ במציאותם דבגלוי מלת׳ העדות מאוחר אל הדבר הנודע באומדן דעתנו ובמלת׳ דעבידא׳ לאגלויי העדות קודם אל הדבר המסמך אותו בדעתנו אבל הם אחדים ושוין בענינם להתקרב אל האמת והאמנה.

ובריב״ש (סי׳ קנ״ה) כתב:

כי מעיינת בהך מילתא שפיר, תמצא שאין כל מילתא דעבידא לאיגלויי בגדר אחד. יש דבר שאמרו בו: מילתא דעבידא׳ לאיגלויי, שהוא דבר מפורסם לכל ועתיד ליגלות בודאי בקרוב, כההיא דקדשו בית דין את החדש (ר״ה כב:); וכן שטרא פרסאה, דמקרינן ליה לשני עובדי כוכבים זה שלא בפני זה, ומגבינן ביה מבני חרי (גיטין יט: ע״ש). לפי שזה דבר שלא ישקרו בו, מפני שרבים יודעים הלשון ההוא, ובידינו לחקור עליו. וכן בבדיקת סימני נערה, שנבדקת ע״פ נשים, לפי שאפשר לבדוק על ידי נשים אחרות, וגם דלא אפשר על ידי אנשים שיסתכלו בערוה. וכן: זה אחיו של פלוני וזה יבמתו, שדבר זה כבר ידעו בו רבים, ונוכל לחקור הדבר מיד; כי אם אחיו הוא, כבר הוא מוחזק כן בעיר. ויש דבר שאמרו בו ג״כ: מלתא דעבידא לאיגלויי, ואינו בגדר זה, שאינו דבר מפורסם, ואין בידינו לגלותו, וגם אינו ודאי שיגלה, אלא שאפשר שיגלה באיזה זמן. כגון: מת פלוני; שהרי אף אם הוא חי, אפשר שלא יבא לעולם, כי ירחיק נדוד לקצה הארץ, ולא יודע אם הוא חי, אם לא; אלא שאם הוא חי ויבא, לא יהיה טענה למי שהעיד עליו שמת; וכמו זה, אינו נאמן מן הדין אלא מדרבנן, בצרוף טעם דיוק האשה. ולא אמר בזה הרמב״ם ז״ל שיהיה נאמן בעדות ממון.

התשב״ץ סובר שגילוי מילתא בעלמא ומלתא דעבידא לאגלויי הם שני אמצעי בירור שונים, ובמידה מסוימת הפוכים, שמובילים לתוצאה דומה, בירור האמת ללא עדות כשרה, על סמך חזקה שהעד לא ישקר בדבר כזה, או על סמך דבר שהוחזק בדעתנו על ידי העדות, כאילו הוא ידוע לנו. והריב״ש סובר שבדבר שאי אפשר לבררו כעת, העדות לא מועילה מהתורה אלא מדרבנן בצירוף טעם נוסף.

והנה הרי״ף כתב שעדות בגילוי מילתא בעלמא מועילה במילתא בעלמא שאינו דבר של ממון או של איסור. והריטב״א כתב שעדות בגילוי מילתא בעלמא מועילה בדבר שהאיסור תלוי בו, כל עוד זו אינה עדות על האיסור ממש. ואילו הרמב״ם כתב שעדות במילתא דעבידא לאיגלויי מועילה גם בעדות אשה שמת בעלה, שלכאורה היא עדות על איסור אשת איש ממש. ובאמת קשה להבין מה בין עדות על איסור ממש, שאינה מועילה, לכל המקרים בגמ׳, בעדות על קידוש החודש, ולשון השטר, ושתי שערות באשה, ואח המת, ואשה שיצאה בהינומא, ושותף שנטל חלקו, ומודעא על גט ומתנה, ופגם משפחה - שהעדות מועילה.

הנה ז״ל הריב״ש (סי׳ קפ״ב):

> **ואני אומר, שלפי לשון הריא״ף ז״ל נראה, שאין אשה וקרוב נאמנין לומר: זה אחיו של פלוני, כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה. ומשנה שלמה שנינו בפ׳ יש נוחלין (קלד): האומר: זה אחי, אינו נאמן, ונוטל עמו בחלקו; אלא שאם אמרו כן קודם מעשה, שאין מעידין לא על ממון ולא על אסור, הוחזק על פיהם. ויכולין העדים, או הדיינין, המעידים על החליצה, לומר בלשונם: ואשתמודענוהי וכו׳, כיון שכבר הוחזק ע״פ אילו קודם מעשה.**

מבאר הריב״ש, שההבדל בין עדות באיסור וממון ממש לעדות במילתא דעבידא לאיגלויי אינה בתוכן העדות אלא בזמן קבלת העדות, שעדות באיסור ובממון ממש היא עדות המתקבלת בשעת מעשה, ועדות במילתא דעבידא לאיגלויי היא עדות שמתקבלת לפני מעשה, ומחזיקה מצב שעל פיו בית הדין דן ופוסק בשעת מעשה.

ובב״י (אה״ע סי׳ קנ״ז) הביא את דברי הריב״ש, וכתב:

> **ואין נראה כן מדברי הפוסקים אלא אפילו לא אמרו כן אלא בשעת מעשה סומכים עליהם. וגם בהגהות מיימון (קושטנטינא) פרק ד׳ (ה״ל) כתוב דמשמע מדברי הרי״ף דלא סמכינן אהני אלא אם כן הם מסיחים לפי תומם וכתבו דאין נראה לראבי״ה אלא אפילו במתכוונים להעיד נאמנים וכ״כ במרדכי פרק מצות חליצה (סי׳ נח).**

ובנוב״י (קמא סי׳ צ״ג) כתב בשם המרדכי שם, שעדות פסולה מועילה במילתא דעבידא לאיגלויי, במקום שיש חזקה המסייעת לה, ובגמ׳ ביבמות שם, באשתמודענא דאחוה דמיתנא וכו׳, המבקש לחלוץ כבר הוחזק כאחי המת. והנוב״י כתב שמדברי רוב הפוסקים לא משמע כך, שגם ללא חזקה מוקדמת עדות פסולה מועילה במילתא דעבידא לאיגלויי.

ובנתיבות (ביאורים סי׳ כ״ח ס״ק ז׳) כתב:

> **והטעם לזה, דהא דלא מהני עדות חוץ לבית דין הוא רק בדבר ערוה או בממון בגמר הדבר, כגון לומר נתגרשה, שבאין להוציאה מחזקת אשת איש, אבל קודם גמר הדבר, כגון להעיד בהכשירא דגט או בהכשר האיש שראוי לגרש, לא דמי לדבר שבערוה, כמו שכתב הרי״ף ביבמות [י״ג ע״א מדפי הרי״ף] גבי ואשתמודענא דאחוה דמיתנא הוא, והרמב״ן [נדה מ״ח ע״ב ד״ה גמרא הא] גבי סימנין דנבדקות על פי נשים, עיין בתשב״ץ [ח״א] סימן פ״ג, כיון דבשעת הגדתן לא הגידו להתיר דבר שבערוה רק שאיש זה ראוי לגרש או לחלוץ, וכיון דנאמן והחזיק נאמנותו, אף שבא אחר כך לדבר שבערוה ולדיני נפשות, אין בכך כלום, כמו שכתב הרמב״ם [פ״ג משגגות ה״ב ופט״ז מסנהדרין ה״ו] באיסור שהוחזק בעד אחד דלוקין על ידו.**

כותב הנתיבות שעדות בגילוי מילתא בעלמא מועילה בשעת מעשה, ואינה מועילה לאחר מעשה, כלומר בעדות על מצב איסורי או ממוני, שאשה גרושה או שפלוני חייב לפלוני, צריך עדות גמורה, ובעדות על הכשר מעשה, שפלוני אח של פלוני או שגט של פלוני כשר, אין צורך בעדות גמורה. ואיך יישב את דברי הרמב״ם בעדות באשה שמת בעלה? וצ״ל שעדות אשה שמת בעלה שאני, או מהטעם שכתב הריב״ש או מטעם אחר.

אך אכתי קשה איך יישב את הסוגיא בכתובות (כ״ב ע״א) בעדות על אדם שהוא עבד ופסול לעדות (פגם משפחה)? ע״כ צ״ל שעדות על אדם שכשר או פסול לעדות מסוימת, מטעם דעביד לאיגלויי כמו פגם משפחה, היא כעדות על כשרות הגט או כשרות האיש שמבקש לחלוץ, דגם עדות זו אינה על גמר הדבר אלא על העד שהוא אמצעי לבירור הדבר.

ואכן, אאמו״ר מרן הראש״ל זצוק״ל כתב בשם כמה פוסקים שעדות על עד שמחלל שבת בפרהסיא היא בבחינת עדות במילתא דעבידא לאיגלויי, שכ״כ ביביע אומר (ח״ח אה״ע סי׳ ח׳ אות ג׳):

> **ועוד י״ל ע״פ מ״ש בשו״ת נאמן שמואל (סי׳ עה) בשם תשובת מהר״א די בוטון, שאם העידו העדים לפסול את העדים הראשונים מחמת עבירה שעברו על איסור מפורסם כגון חילול שבת, לכל הדעות מקבלים עדות לפוסלם אפי׳ שלא בפניהם, שאין זה אלא כגילוי מילתא בעלמא. ע״ש. גם בשו״ת תרומת כסף (חאה״ע סי׳ לה) כתב, ועינינו הרואות להגאון מהר״ר אהרן הכהן פרחיה (מחבר שו״ת פרח מטה אהרן) בספר זכרון דברים שכתב וז״ל: וכבר העלתי בתשובה, שבדבר שאיסורו מפורסם, כגון שהעידו העדים עליו שהוא מחלל שבת בפרהסיא וכיו״ב, שהוא בבחינת מילתא דעבידא לאגלויי, לכל הדעות אינם צריכים להעיד בפניו לפוסלו, דלא מקרי עדות כל כך בכה״ג, אלא גילוי מילתא בעלמא היא, ונאמנים לפוסלו אפי׳ שלא בפניו. והסכים לדבריו הרב הגדול מהר״ר דוד בן נחמיאס.**

עכ״ד. וכ״כ בשו״ת לבושי מרדכי וינקלר ח״ב (חאה״ע סי׳ מו). ע״ש. גם בשו״ת אבני נזר (חאה״ע סי׳ קכד) כ׳, שאפילו לדעת האומרים שאין פוסלים את העדים שלא בפניהם, שאני עדות קידושין, שאם אין עדים אין כאן קידושין כלל, לפיכך יכולים לפוסלם אפי׳ שלא בפניהם. ע״ש. ואמנם מדברי הבית יוסף אה״ע (ס״ס מב) הנ״ל מתבאר שגם בעדות קידושין הדין כן.

ובהמשך התשובה שם כתב, שמש״כ האחרונים הנ״ל שאפשר לקבל עדות על אדם שמחלל שבת בפרהסיא שלא בפניו, הוא ספיקא דדינא, וצ״ב מדוע, הא כתב בשם כמה פוסקים ללא חולק שזו עדות במילתא דעבידא לאיגלויי. וצ״ע.

כל זאת ועוד, שכאשר העד הוחזק לפנינו כאדם חילוני, לא צריך לקבל עדות שעבר על עבירה הפוסלת אותו לעדות, דחזקתו שהוא עובר על כל העבירות.

עי׳ להלן בנדון אם אנוסים כשרים לעדות, שדעת גדולי הפוסקים, מרן הב״י (שו״ת ב״י סי׳ ה׳), והמהרשד״ם (שו״ת סי׳ י׳ ו־ק״י) ועוד אחרונים, שהאנוסים פסולים לעדות. וכתבו הב״י והמהרשד״ם שם דלא בעינן שיעידו על האנוסים שהם פסולים, שחזקתם שהם רשעים ופסולים לעדות.

וכן הורה למעשה באגרו״מ (ח״ד סי׳ מ״א), בזה״ל:

ואף שאנשי מושב ההוא יכולין להעיד שדרה שם איזה זמן הא לא באו לפנינו להעיד ואם היו באין אפשר שגם יודעין שהיא לא נבעלה, אבל אין צורך לזה דהא כל אנשי המושב רשעים גמורים ומפורסמים למינים וכופרים ועוברים על כל איסורי התורה שאין צורך לפוסלן דוקא ע״י עדים בב״ד.

וביתר הרחבה באגרו״מ (אה״ע ח״א סי׳ פ״ב ענף י״א) בזה״ל:

דהנה ברמב״ם פי״א מעדות ה״י איתא המוסרין והאפיקורסין והמומרין לא הוצרכו חכמים למנותן בכלל פסולי עדות שלא מנו אלא רשעי ישראל אבל אלו המורידין הכופרין פחותין מן העכו״ם שהעכו״ם לא מעלין ולא מורידין ויש לחסידיהן חלק לעוה״ב ואלו מורידין ולא מעלין ואין להם חלק לעוה״ב וכן איתא בטור וש״ע חו״מ סימן ל״ד סעיף כ״ב שהמוסרים והאפיקורסין והמומרין פחותין מן העכו״ם ופסולין לעדות, חזינן מזה שפסול הכופרים הוא מחמת שהם גרועים מהעכו״ם שהם בדין מורידין ולא מעלין שלכן ודאי שאינם בכלל כשרי עדות שבתורה ולא הוצרכו למנותם כלל, וא״כ אמינא שברור שא״צ ע״ז דין עדים שיעידו עליהם בפני ב״ד ובפניהם שהם כופרים דאף בלא עדים אם הוחזק לכופר פסול לעדות דהא לענין מורידין ולא מעלין א״צ לדין עדים כדאיתא ברמב״ם פ״ג מממרים ה״ב שכתב מאחר שנתפרסם שהוא כופר בתורה שבע״פ מורידין אותו ולא מעלין והרי הוא כשאר כל האפיקורסין והאומרין אין תורה

מן השמים והמוסרין והמומרין שכל אלו אינם בכלל ישראל וא״צ לא עדים ולא התראה ולא דיינים אלא כל ההורג אחד מהן עשה מצוה גדולה והסיר המכשול... ואמינא עוד יותר דאף בניהם שכתב הרמב״ם שם בה״ג אבל בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם הרי הוא כתינוק שנשבה ביניהם וגדלוהו ואינו זריז לאחוז בדרכי המצות שה״ה כאנוס עיין שם שחזינן שאין להם דין מורידין ולא מעלין, מ״מ לענין פסול לעדות גם הם פסולין דנהי דלא גרע מעכו״ם אבל לא עדיף מעכו״ם לענין עדות דעכ״פ אינו בכלל ישראל לעדות דאנוס אינו כמאן דעבד ולכן כמו שעכו״ם פסול לעדות כ״כ פסולין בני הכופרים...

(על מש״כ האגרו״מ בדעת הרמב״ם שם שתינוק שנשבה פסול לעדות, עי׳ גם באגרו״מ (ח״ד סי׳ נ״ט), ולהלן פרק ו׳ שכ״כ בשו״ת המבי״ט, ושכמה אחרונים לא כ״כ).

וכן כתב בשו״ת מהרש״ם (ח״ב סי׳ קי״א):

וכבר כתב בתשו׳ מהר״ם שיק יו״ד סי׳ י״ט דגם בלא נתברר שום רשעות רק מה שעוברים בכל יום בכמה לאוין במלבושיהם ותהלוכותיהם נידונים כרשעים וגם כבר כתב לי ידידינו הגאון מאדעס שנתברר לו שהוא רשע גמור וכבר כתב בתשו׳ רע״א סי׳ צ״ד דלשי׳ רוב הפוסקים דהמקדש בע״א אין חוששין לקידושין יש להקל בנמצא א׳ קא״פ לבטל כל העדות... וכבר כתב בכנה״ג לא״ע סי׳ מ״ב הגב״י אות קע״ט בשם תשו׳ רמ״א ותשו׳ ר״מ אלבילי דבמוחזק לרשע א״צ לגב״ע כלל ופוסלים אותו מצד חזקתו.

ובשו״ת אחיעזר (ח״ג סי׳ כ״ה):

ואין לומר משום שלא הוגבה עדות על זה, ואינם נפסלים בלי בירור עדות, דבדבר שהוא בפרהסיא והכל יודעים מזה א״צ בזה קבלת עדות וכמש״כ היש״ש בב״ק פ״ג דין ז׳, דלענין גזילה קיימת שיצאה מתחת ידם והכל יודעים שאינה שלהם, כה״ג א״צ לקבלת עדות... וע״ע בשימק״ו בב״ק קי״ב בשם הראב״ד כיון דידוע לבי״ד א״צ בזה לעדות, דלא תהא שמיעה גדולה מראי׳, וכעין זה איתא בחת״ס אה״ע סוס״י ק׳ שכ׳ שכל עדות שהוא ע״י אנן סהדי א״צ לקבלת עדות, וע״כ אם מפורסם הדבר שמחלל שבת בפרהסיא במלאכה דאורייתא אינו צריך לקבלת עדות, ואף על פי שיש לצדד ולומר דדוקא היכא שהדבר מפורסם אצל כשרים א״צ לקבלת עדות, אבל במקום שרובם ככולם פסולים לעדות א״כ הא גם אנן סהדי פסולים, מ״מ אינו נראה כן מסברא בדבר הגלוי ומפורסם ומסתמא יש בהם גם כשרים...

ובפסק דין שניתן בבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאונים: הרב י.ש. אלישיב; הרב ב. זולטי; והרב א. גולדשמידט (פורסם בפד״ר ז׳ עמ׳ 175 ואילך) בזה״ל:

> אלא שהבעיא בעצם אחרת היא. הרי לפי דרכו של עולם בימינו אלה ואורח החיים של בני אדם בתקופה זו, אם בא אדם לפני בית דין ומספר שהוא מחלל שבת, אין לבית הדין כל סיבה שהיא שלא להאמינו על כך. ואף על פי שלפי כללי הדין אין לבית הדין לקבל דבריו, הרי בתוך לבם אין לדיינים כל ספק שאכן נכונים הם הדברים. ואם לדעת הדיינים נכונים הם דברי העדים שהם מחללי שבת, הרי לדעתם לא היו עדים כשרים בשעת הקידושין, והאיך יכול בית דין לאשר קידושין כשהוא משוכנע שהקידושין היו ללא עדים ואינם קידושין. ועיין בתשובות חוות - יאיר סימן מ״ב, בנידון שידוע היה לדיין כי פלוני הוא פסול לעדות או לשבועה ואין עדים על כך, ולפי הדין הרי אין לפוסלו אלא על פי שני עדים, והדיין הוא לפני ברירה ללא הכרעה, מחד אין לפסול את העד, ומאידך איך יפסוק כשיודע הוא שהעד פסול הוא, והשאלה היא האיך יעשה, ופוסק בעל חוות - יאיר שימנע מן הדין... ועיין בתשובות אחיעזר חלק ב׳ סימן כ״ה, לענין עדים שנאמר עליהם כי הם מחללי שבת ולא העידו עדים על כך, הכותב: ואין לומר משום שלא הוגבה עדות על זה, ואינם נפסלים בלי בירור עדות, דבדבר שהוא בפרהסיא והכל יודעים מזה אין צריך בזה קבלת עדות.

חשובי הדיינים מחלקים בין אומדנא וידיעה אישית של הדיין, שכתב החוות יאיר שאינו רשאי לפסול אדם לעדות על פיה, וראוי שימנע מלדון, לבין דבר מפורסם שידוע לכל שפלוני מחלל שבת, שכתב האחיעזר דשפיר דמי לפוסלו על פי זה. וטעמו מבואר, שדבר שידוע לכל שקול לאנן סהדי או עדות ראיה שדנים על פיהם.

דברי האחיעזר הובאו בפסק דין של בית הדין בת״א בהרכב הדיינים (לימים חברי בית הדין הגדול): הרב דיכובסקי, הרב שרמן, וגיסי הרב עזרא בר שלום (פורסם בפד״ר י״ג, עמ׳ 303 ואילך).

והנה בחזו״א (שחיטה סי׳ ב׳ אות ט״ז) כתב שחכמים תיקנו שממתים מומרים וכו׳ ללא עדים ובית דין, כדי למנוע פרצה, והוא בכלל דברי השו״ע (חו״מ סי׳ ב׳) שבית דין מכין והורגין שלא מן הדין. ומסקנתו להלכה:

> ונראה שאין דין מורידין אלא בזמן שהשגחתו ית׳ גלויה כמו בזמן שהיו ניסים גלויים ומשמש בת קול... והכופרים אז היו בנילוזות מיוחדת בהטיית היצר לתאוות והפקרות, ואז היה ביעור הרשעים גדרו של עולם... אבל בזמן ההעלם שנכרתה האמונה מדלת העם אין במעשה ההורדה גדר הפרצה אלא הוספת הפרצה...

את דברי החזו״א רואים היום בחוש בכל מקום בעולם שיש שם יהודים חופשים, שאינם יודעים דבר ביהדות [כשבקרתי במקסיקו בקשתי לדבר בבית ספר יהודי של אנשים חופשים, והנהלת בית הספר הסכימה. הושיבו שם 700 נערים ונערות בנפרד, במשך שעה וחצי ישבו והקשיבו לדברי בשקט ובכבוד. בסוף אמרתי למנהלת בית הספר שצריך לקבוע שיעור שבועי

בחומש, והסכימה, ומאז יש רב שמופיע שם כל שבוע. וראיתי איך התלמידים הללו לא יודעים מימנם לשמאלם ביהדות, כמו שכתב החזו״א שנכרתה האמונה מדלת העם. בפרט שרואים דוגמא מאנשים חופשים שתופסים משרות חשובות בממשלה ובמערכת המשפט במדינת ישראל, וחושבים שכך נוהגים יהודים 'רגילים' שאינם דתיים].

נחזור לענייננו, שלכאורה לפי דברי החזו״א אי אפשר ללמוד ממה שכתב הרמב״ם במי שהוחזק מומר, דמורידים ואין מעלים, למי שמוחזק שאינו שומר תורה ומצוות שפסול לעדות, שאפשר שכל זה בכלל תקנת חז״ל, שכשם שמכים ועונשים שלא מן הדין, כך מורידים ולא מעלים על פי חזקה שלא מן הדין, ואין לזה נגיעה להלכות עדות.

ונראה שאין לדחות את הראיה מדברי הרמב״ם על פי דברי החזו״א. שאפשר לומר שגם לפי דבריו, חז״ל לא היו מתירים לדון אדם שהוחזק למומר בעונש חמור כל כך שמורידים ולא מעלים, אלמלא היה ברור להם שהוא בודאי מומר על פי החזקה. והחידוש הוא שעל אף שאין עדות כשרה בפני בית הדין כשר, תיקנו חכמים שדנים דיני נפשות החמורים ומורידים ואין מעלים.

ועי׳ להלן בפרק ו׳, שדנו מרן הב״י והמבי״ט והרדב״ז ועוד רבים מחשובים האחרונים בדינם של קידושין בפני קראים ובפני אנוסים. ובכל המקרים שם לא העידו עדים על עדי הקידושין שהם פסולים, ונראה שאף לא ידעו כלל מי הם עדי הקידושין, ובכל זאת דנו לפוסלם משום רשעה, לאחר שידוע היה שהם היו אנוסים וקראים שחזקתם פסולים.

ואולם, צריך שהפרסום יהיה ברור ולא יותיר מקום לספק. דעי׳ בחי׳ רעק״א (יו״ד סי׳ רס״ד סעי׳ א׳) שדן במוהל מומחה שהתפרסם שהוא מחלל שבת בפרהסיא, אם הנימולים על ידו צריכים הטפת דם ברית. וכתב שם שיש לתלות שהתפרסם שמחלל שבת בגלל שפותח חנותו בשבת או שנוסע בעגלה בשבת, ואפשר שדברים אלו אינם מכריחים עשיית מלאכה דאוריתא.

והנה פשוט שבזמנינו מי שפותח עסק בשבת בודאי עושה מלאכות דאוריתא. ודברי רעק״א נאמרו בזמנם ובנדון דידיה שאדם שנהג ביהדות ואף היה מוהל מומחה, התיר לעצמו לעשות דברים האסורים בשבת משיקולי פרנסה וכדומה, דיש לומר שהוא נמנע לכל הפחות ממלאכות דאוריתא לפי הבנתו וידיעתו. שו״ר שכ״כ בשו״ת אחיעזר שם, בזה״ל:

> **אבל בודאי נראה דמחזיק חנות בפרהסיא ונושא ונותן לא ימלט שלא יעבור בעסקו גם על מלאכה דאורייתא, ואם כן הוא הדבר הלא פסולו מדאורייתא.**

מכל מקום מבואר ברעק״א, שאין לקבל פרסום על אדם כפי שהוא ויש לבחון אותו לגופו האם אכן יש הכרח לומר שאיש זה הוא עבריין שפסול לעדות.

והנה פשוט, שאדם שמוחזק לפנינו כחילוני גמור, ויש איזה טעם או סברא לומר שבעבר שמר מצוות, כגון כשלמד במוסדות דתיים וכדומה, אין חזקה דהשתא מועילה לפוסלו למפרע.

אך כשידוע שלמד במוסדות שאינם דתיים ובני משפחתו אינם שומרי תורה ומצוות, מהיכי תיתי שלא להאמינו שמצבו הדתי אז היה שונה ממצבו הדתי היום.

ד. עד רשע שלא ידע שבמעשיו הוא נפסל לעדות

עדי הקידושין העידו על עצמם שלמדו במוסדות שאינם דתיים, ובודאי לא קראו שם ולא שנו, ומנין יכירו וידעו הסוגיות החמורות בהל' עדות, ובדין פסול עד רשע, ויש לדון האם משום כך עדותם כשרה.

הנה כתב מרן השו"ע (חו"מ סי' ל"ד סעי' כ"ד):

> **כל מי שהעידו עליו שעבר עבירה פלונית, אף על פי שלא התרו בו, שהרי אינו לוקה, פסול; והוא שעבר על דברים שפשט בישראל שהם עבירה. אבל אם ראוהו עובר על דבר שקרוב העושה להיות שוגג, צריכים להזהירו ואחר כך יפסל. כיצד, ראוהו קושר או מתיר בשבת, צריכים להודיעו שזה חילול שבת, מפני שרוב העם אינם יודעים זה. וכן אם ראוהו עושה מלאכה בשבת או ביום טוב, צריכים להודיעו שהיום שבת, שמא שוכח הוא. וכן המשחק בקוביא תמיד, או מי שנעשה מוכס או גבאי שמוסיף לעצמו, צריכים העדים להודיעו שהעושה דבר זה פסול לעדות, שרוב העם אינם יודעים דברים אלו. וכן כל כיוצא בזה.**

וכתב הסמ"ע (חו"מ שם ס"ק נ"ז):

> **כיצד ראוהו קושר או מתיר בשבת כו'. נקט ג' מיני הודעות בכאן. הא', דאפילו אם אנו יודעין בו שהוא יודע שהוא שבת, מ"מ אם אין איסור המלאכה ידוע צריך להודיעו. השני, אף אם הוא מלאכה מפורסמת לאיסור בשבת, מ"מ כל שאין ידוע שיודע שהוא שבת, צריכין להודיעו. השלישי, אף שהוא ידוע שהוא יודע להמעשה שהוא עושה שעושהו באיסור, מ"מ אי איכא למימר שאינו יודע שיפסל על ידי זה, צריך להודיעו.**

ובנתיבות (חו"מ שם ביאורים ס"ק ט"ז) כתב:

> **ראוהו קושר. עיין סמ"ע ס"ק נ"ז. ומשמע מדבריו דאפילו באיסור דאורייתא שיש בו מלקות, בעינן גם כן שידע גם כן שנפסל על ידו, ע"ש. ולפענ"ד נראה דבזה ודאי פסול, דהא רשע נקרא והתורה אמרה [שמות כ"ג א'] אל תשת רשע עד, ולא חילק רחמנא. ועוד, דחשיד על עדות שקר, ובמידי דאינו נפסל רק מדרבנן שייך חילוק זה, דהם אמרו והם אמרו.**

ואאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל דן בדברי הסמ"ע והנתיבות ביביע אומר (ח"ח אה"ע סי' ה' אות ו' ו-ז') באורך. ומסקנת דבריו, שהרבה פוסקים סוברים כדעת הנתיבות, וגם הסמ"ע

וסיעתו מודים במחלל שבת בפרהסיא בכעין נדון דידן שפסול לעדות אעפ״י שלא ידע שכך הדין. ועי׳ עליו, שכמה אחרונים חשו להחמיר בזה, והשיב להם מילתא בטעמא.

ה. האם חוששים שמא העד הרשע הרהר תשובה בלבו

יש פוסקים שסוברים שחוששים לקידושין שנעשו בפני עדים שהם רשעים גמורים.

אלו דברי הרמ״א (אה״ע סי׳ מ״ב סעי׳ ה׳):

> **המקדש לפני פסולי עדות דאורייתא מכח רשעתן, כגון לפני אנוסים או שאר רשעים, י״א חיישינן לקדושין, דלמא חזרו בתשובה (ר״י מינץ סי׳ י״א, וכ״כ בא״ח בשם רש״י). ויש מקילין (ב״י ומהר״מ פאדוואה סי׳ ל״ז).**

ועל פי הדברים האלה, כתבו בכמה פסקי דין שיש לחוש לקידושין שנעשו בפני עדים שנפסלו לעדות מחמת רשעה. ואולם, דעת אאמו״ר מרן הראש״ל זצוק״ל ביביע אומר (ח״ג סי׳ ח׳) באורך שדעת רוב מנין ורוב בנין של הפוסקים דל״ח שמא הרהר תשובה בלבו. ובאלו שהם בחזקת רקים ופוחזים והוחזקו לחלל שבתות כתב שגם מיעוט הפוסקים החולקים יודו דל״ח לקידושין. ובתשובה שם (אות י״ט) דן בהיתר אשת איש בלא גט.

ו. דינם של חילוניים בזמננו לעניין עדות ולשאר דינים

בהחלטת בית הדין האזורי, כתב אב״ד הגר״י שחור שליט״א שגם אם היה מתברר בעדות של שני עדים כשרים שעדי הקידושין מחללים שבת רח״ל, אכתי יש לדונם כתינוקות שנשבו לבין הגויים, ולהכשירם, על פי מש״כ החזו״א (הל׳ שחיטה סי׳ ב׳ אות כ״ח).

סוגיא רבתא זו, צריכה נגר ובר נגר למיפרקא. נאריך בה. תחילה דברי מרנא החזו״א.

דהנה ז״ל החזו״א שם:

> **בח״א אבה״ע נשים סי׳ קיח כתבנו לדעת הגאונים דאין מומר זוקק ליבום כל אותו שדינו כמין לענין שחיטה אינו זוקק ליבום, וכתבנו שם דמומר לד״א להכעיס או כופר בתורה שבע״פ בכלל זה, אבל למה שנתבאר לעיל אין מומר להכעיס לד״א בכלל זה רק ברודף אחר האיסור לדעת הרא״ה וכן כופר בתורה שבע״פ דווקא בכופר גם בעיקר עול מצוות, ועוד יש בזה תנאי שלא יהיה אנוס וכמש״כ הרמב״ם פ״ג מהל׳ ממרים ה״ג דבניהם ותלמידיהם חשיבי כאנוסים וכתינוק שנשבה, ותינוק שנשבה מביא קרבן כדאמר ר״פ כלל גדול, ומצווין אנו להחיותו ואף לחלל עליו השבת בשביל הצלתו, ובהגה״מ פ״ו מהל׳ דעות כתב דאין רשאין לשנאתו אלא אחר שאינו מקבל תוכחה, ובסוף ספר אהבת חסד כתב**

בשם הגר״י מולין דמצוה לאהוב את הרשעים מה״ט והביא כן מתשובת מהר״ם לובלין כי אצלנו הוא קדם תוכחה שאין אנו יודעין להוכיח ודייניו לא כאנוסין לכן אי אפשר לנו לדון בזה לפטור מן היבום וכן לענין שאר הלכות.

הנה כתב החזו״א שאף במומר לענין שחיטה ויבום, שהוא מומר להכעיס ורודף אחר האיסור, וכופר בעיקר עול מצוות, אמרינן דאם הוא תינוק שנשבה, כשר.

ולעיל (סי׳ א׳ ס״ק ו׳) כתב החזו״א:

ותינוק שנשבה לבין העכו״ם דינו כישראל ושחיטתו מותרת שהוא בחזקת שאם יודיעוהו וישתדלו עמו כשיעור ההשתדלות שהוא ראוי לשוב לא יזיד לבלתי שב, אמנם אחר שהשתדלו עמו והוא מזיד וממאן לשוב דינו כמומר, ושיעור ההשתדלות תלוי לפי התבוננות הדיינים כאשר יופיעו ברוח קדש בהכרעת דינו, ומה שנחלקו אחרונים ז״ל בצדוקים בדורות האחרונים אי חשיבי כאנוסים היינו בהכרעת שיעור הידיעה שיודעים ממציאות ישראל ושאבותיהם פירשו מהם ונותנים כתף סוררת, אי דיינין להו כשיעור ידיעה כדי למחשב מזיד, או לא ואכתי אנוסים הם ובאמת צריך לדון על כל איש ואיש בפרט [ובמ״ב סי״ שפה ס״ק א ובשה״צ שם אות ב׳ כתב, דדעת כל הפוסקים דגם צדוקי מחלל שבת בפרהסיא דינו כעכו״ם לענין ביטול רשות, ותמה על הב״י והט״ז והמ״א שהקילו, ותמוה מאד דהרי ב״י בעצמו הביא דברי תו׳ ודן רק על הני צדוקים דשכיחי גבן דבהן שפט ב״י דמעשה אבותיהן בידיהן אבל הצדוקים שבזמן הש״ס ודאי מזידין היו, וכן הצדוקים שבסוף זמן הגאונים אפשר דמזידים היו, וכל דברי הפוסקים שהביא הוא על צדוקים שבזמן הש״ס, ומה שטען שסוף סוף שייך שלא ילמוד ממעשיהם אין זו טענה דלא אמרו חכמים אלא במי שדינו כעכו״ם ולא בכל מתנהג בדרך עיקש...] וכמו כן אותם שאבותיו פרשו מדרכי הציבור והוא נתגדל ללא תורה, דינו כישראל לכל דבר, ונמי צריך למוד שיעור ידיעתו אי לא חשיב מזיד, ואותו שדיינין ליה כאנוס זוכין עירוב עבורו.

החזו״א כותב שתינוק שנשבה הוא מי שעובר עברות מתוך חוסר ידיעה, שחזקתו שאם היו משתדלים עמו עד שהיה יודע, לא היה עובר שוב במזיד. ולפי מה שכתב בסי׳ ב׳ שם, בזמן הזה שאין אנו יודעים להוכיח, כל חוטא הוא בחזקת תינוק שנשבה, שאם היו משתדלים עמו כראוי ומוכיחים אותו, לא היה עובר במזיד. ואולם, ממה שכתב בהמשך בחוטא שחזקתו שיודע ממציאות ישראל שהוא מזיד גמור ואינו תינוק שנשבה, מבואר שלא צריך להוכיח כל חוטא אלא רק עם מי שחזקתו שתוכחה תועיל, והוא מי שאינו יודע ממציאות ישראל, שבמי שיודע ממציאות ישראל, אינו עובר מחוסר ידיעה אלא מרצון.

והנה הצדוקים שהיו בזמן הגאונים, היו רחוקים מאות שנים מאז שאבותיהם פרשו מדרכי ישראל בזמן התנאים ועד תקופת הגואנים, ובכל זאת כתב החזו״א דלא אמרינן בהו מנהג

אבותיהם בידיהם. והטעם, שיודעים שישראל עיקר ואבותיהם פרשו מדרכי ישראל, ומחזיקים בדרכי אבותיהם ולא שבים לדרך ישראל, הרי שלא חסרון ידיעה גורם להם לחטוא אלא רצונם ללכת בדרכי אבותיהם. ומתקופת הגאונים ואילך כבר שכחו לגמרי מכך וסברו שאבותיהם אוחזים בדרכם מאז ומעולם, כביכול יש יותר מדרך אחת בתורת ישראל חלילה, אלו הם האנוסים בדעתם שאינם מזידים, ולכן אלו מהם שחזקתם שלאחר שיודיעו להם, לא יזידו עוד, הם תינוקות שנשבו, שכל הנהגתם היא תוצאה של טעות ולא של פריקת עול.

החזו״א מציין לדברי הב״י (או״ח סי׳ שפ״ה) הללו:

והרמב״ם בפרק ב׳ (שם) כתב הברייתא כצורתה ולא הזכיר דין מחלל שבת במילי דרבנן מיהו אפילו אם תימצי לומר דסבירא ליה דהוי משומד נראה דהני צדוקים לדידיה לא חשיבי משומדים אף על פי שעוברין בפרהסיא אמילי דרבנן דלא הוי משומד עד שיעבור במזיד ובהני מזיד דידהו כאונס הוי דמעשה אבותיהן בידיהם והוה ליה כתינוק שנשבה בין הגויים וכמו שכתב הוא זכרונו לברכה בפירוש המשנה בפרק א׳ ממסכת חולין (משנה א).

עיקרי הדברים בט״ז (או״ח שם ס״ק א׳). ובמשנ״ב (או״ח שם ס״ק א׳) כתב:

צדוקי ..ואף על פי שבוודאי מחלל שבת בפרהסיא עכ״פ באיסור דרבנן... צדוקי שאני שמוחזק כך מימי אבותיו ומנהג אבותיו בידו כ״כ ב״י ודעת כמה פוסקים שאף צדוקי כשמחלל שבת בפרהסיא דינו כעכו״ם ונ״מ בכל זה לענין קראים שבזמנינו...

ובשעה״צ (שם ס״ק ב׳) כתב:

.. ובאמת בהרמב״ם גופא מבואר בדבריו בהדיא דהצדוקים שיכולים לבטל רשות הוא כשאינם מחללים בפרהסיא, ולפלא על הבית יוסף שכתב קולתו לדעת הרמב״ם שמבואר בו להפוך. ומסתברא עוד לומר, דאפילו אם נימא בעלמא דלא נשוה אותם כעכו״ם משום דמנהג אבותם בידם [עיין ביורה דעה סימן קנ״ט סעיף ג׳ ובש״ך שם], מכל מקום לענייננו לא שייך זה, דכל עיקר הטעם דגזרו בעכו״ם כדי שלא ילמד ממעשיו, אם כן גם בצדוקי שייך זה, כיון דעל כל פנים מתנהג כעכו״ם, ומאי עדיפא לן משום שמנהג אבותיו בידו...

המשנ״ב כותב שני טעמים להחמיר בצדוקים וקראים בזמננו, שמחללים שבת בפרהסיא ודינם כעכו״ם בכל ענין, ושאף אם אין דינם כעכו״ם לשאר ענייניים, לעניין ביטול רשות דינם כעכו״ם שלא ילמדו מהם. והחזו״א מק׳ על שני הטעמים, דמה שכתבו התוס׳ והרא״ש היינו דווקא בצדוקים שהיו בזמן הש״ס שהם ודאי מזידים או אפילו בסוף תקופת הגאונים ולא בצדוקים שהיו בזמן מאוחר יותר.

מבואר בחזו"א דגם מי שהוא מחלל שבת בפרהסיא אינו יוצא מכלל תינוק שנשבה. ואולם גדולי פוסקי הדור האחרון כתבו בפשטות שחילונים מחללי שבת בפרהסיא בזמנינו פסולים לעדות. ובשו"ת שבט הלוי (ח"ז סי' י"ט; ח"ט סי' ס"א) אף כתב שהם מומרים לכל התורה כולה, כמו שכתב במשנ"ב שם בפשטות.

דהנה זה מש"כ באגרו"מ (ח"א סי' פ"ב ענף י"א):

...אבל מסתבר שאין לומר כלל שהם נחשבים כנשבו בין העכו"ם כיון דהם במקומות שיהודים כשרים נמצאים וגם אבותיהם מאמינים בה' ובתורתו רק שהם נגררו בטעותם והיו יכולין לגרור אחרי הכשרים ואבותיהם ובן נגרר יותר אחר אביו וא"כ רק בבחירת עצמו בדעתו הרעה נתפתה להרשעים והוי תועה עצמו. וראיה מהרמב"ם שם שכתב בד"א באיש שהלך אחר דעתו הקלה ואחר שרירות לבו וכופר בתורה שבע"פ תחלה כצדוק ובייתוס וכן כל התועים אחריו עיין שם חזינן שאף התועים אחריו אף שמעצמם לא היו כופרין אבל מאחר שנתפתו לדברי צדוק ובייתוס והלכו אחריו ולא הלכו אחרי הכשרים נחשבים ככופרים תחלה. והטעם פשוט דהא הם ראו גם צדיקים וכשרים ויכלו לילך אחריהם והם נתפתו ללכת אחרי הרשעים נחשבו מזידין, וכן הוא בעובדא דידן שהרי רואין גם צדיקים וכשרים ונתפתו ללכת אחרי הרשעים הוו מזידין וככופרים תחלה וישנם בכלל מורידין ולא מעלין וגרועים מהעכו"ם ופסולין לעדות כדבארתי.

וכ"כ בעוד מקומות (עי' אגרו"מ או"ח ח"ה סי' י"ג; אה"ע ח"ד סי' נ"ט).

ואאמו"ר מרן הראש"ל ביביע אומר (ח"ח אה"ע סי' ה' אות ז') נשאל על איש שאמו נשאה כדמו"י בחו"ל ונפרדה באזרחי ואחר כך ילדתו, ודן בכשרות עדי הקידושין. ואלו דבריו שם:

והן אמת שעדיין י"ל שמכיון שבמדינת צרפת רבים מהם לא ידעו ולא יבינו חומר איסור חילול שבת בפרהסיא, הרי הם כתינוק שנשבה בין העכו"ם. וכיו"ב כתב בשו"ת מלמד להועיל (חאו"ח סי' כט, וחיו"ד סי' נב): "והגיד לי הרה"ג ר' משולם זלמן הכהן בשם הגאון בעל שואל ומשיב, שהאנשים הדרים באמריקה ומחללים שבת בפרהסיא אינם נחשבים כמומרים לכל התורה כולה, מפני שהם כתינוקות שנשבו בין העכו"ם. וכיו"ב כ' הגרע"א בהגהותיו ליו"ד סי' רסד". ע"כ. וע"ע בשו"ת משפטי עוזיאל (חאה"ע סי' נז)... אבל חילול שבת כולם יודעים שהוא אסור, ועוברים ביד רמה, ומ"מ עדיין אני אומר שבזמן הזה שבעוה"ר התפשט מאד חילול שבת בהמון ונעשה להם כהיתר, ובמקום שאין יד הרבנות תקיפה מקבלים אנשים כאלה גם לעדות קידושין, לפיכך א"א לבטל קידושין כאלה, שא"כ תצא תקלה רבה והפקרות גמורה לעושי רשע המבקשים תואנה להפטר מאשת חיקם בטענות כאלה. עכת"ד. ולדעתי אדרבה איפכא מסתברא, שאם נכשיר עדי קידושין כאלה לא הנחת בת לאברהם אבינו מתגרת ידי הרשעים

> שיתנו עיניהם בבנות ישראל, ויעשו להם קידושין במרמה, בעדים רשעים כאלה, כדי לבצוע בצע... ושו״ר בשו״ת בית יצחק ח״א (חאה״ע סי׳ פט אות ב) שכ׳, שלפ״ד הנמק״י שבמקום שאשה נאמנת כגון בעדות אשה אין לפסול עוברי עבירה מה״ת אלא רשע דחמס, לפ״ז יש סברא גדולה לומר שאע״פ שהאוכל נבלות לתיאבון חשוד להעיד שקר בשביל הנאתו, כשם שאוכל נבלות בשביל הנאתו, מ״מ אנשים אלה שנתגדלו בין העכו״ם ומחללים שבת ואוכלים נבלות הו״ל כתינוק שנשבה בין הגוים ונאמנים לעדות אשה, ולא חיישינן דמשקרי, דנהי דהוו רעים לשמים לא נחשדו להיות רעים לבריות. ומ״מ אין בידינו להתיר נגד סתימת הש״ע והפוסקים דס״ל להיפך. ומ״מ אם לא נודע שהם מחללי שבת ואוכלי נבלות אין לפוסלם מספק. ע״כ. וע״ע בשו״ת שדה יצחק חיות (סי׳ נח) ד״ה והנה, שכתב, שנראה שהעד הזה שהוא תינוק שנשבה בין העכו״ם, אינו מאמין בתורה ומחלל שבת, וא״כ הוא פסול לעדות, ואף על פי שהגאון מליסא בס׳ קהלת יעקב כתב, (והובא בפתחי תשובה אה״ע סי׳ יז ס״ק יח), שמלשון הפוסקים נראה שכל הפסולים לעדות מה״ת פסולים לעדות אשה, אבל הנמק״י בפ׳ זה בורר כתב בהדיא שכל שאינו רשע דחמס אינו פסול רק משום גזירת הכתוב דאל תשת רשע עד, ולכן בדבר שהאשה נאמנת, הוא הדין רשע שאינו של חמס נאמן. ע״ש. מ״מ הרי הקהלת יעקב עצמו העלה בסוף דבריו שראוי להחמיר. ועוד דבנ״ד שהוא מומר לחלל שבת שדינו כמומר לכל התורה כולה, ואינו מאמין בתורה, הרי הוא חשוד להעיד שקר מדינא ומסברא, ולא רק מחמת גזירת הכתוב, ופשיטא שאינו נאמן אפי׳ לעדות אשה, ומאי מהני שהוא תינוק שנשבה בין העכו״ם, הרי מי שאינו מאמין באנכי ה׳ אלהיך, וזכור את יום השבת לקדשו, בודאי שאינו מאמין בלא תענה ברעך עד שקר, וסלק עדותו לגמרי. עכת״ד. וע״ע בשו״ת תורת חסד מלובלין הנד״מ ח״ג (עמוד קפג). ע״ש. אתה הראת לדעת מכל האחרונים הנ״ל שאין מקום להכשיר עדות מחלל שבת בפרהסיא. ודלא כהמשפטי עוזיאל והזקן אהרן שכ׳ להכשירו לעדות בזה״ז, דליתא...

ולא הביא את דברי החזו״א שם. ובמקום אחר, ביביע אומר (ח״ח יו״ד סי׳ כ״א), נשאל אם בן בעל תשובה חייב בכבוד אביו, וכתב בין טעמיו:

> שבדורינו זה רבים מאלו הנקראים חילוניים הם כתינוק שנשבה בין הגוים, וכמו שכתב הגאון מופת הדור החזון איש יורה דעה (סימן ב׳ אות כח) לגבי דין מומר, שיש בזה תנאי שלא יהיה אנוס, וכמו שכתב הרמב״ם (בפרק ג׳ מהלכות ממרים הלכה ג׳), שבניהם ותלמידיהם של הצדוקים, שהדיחו אותם אבותיהם, ונולדו בין הצדוקים, הרי הם כתינוק שנשבה...

ולא הביא את מה שכתבו הפוסקים הנ״ל לענין עדות. ובספרי ילקוט יוסף (כיבוד אב ואם פ״ז סעי׳ ט׳, ובאורך בהערה אות ג׳ עמ׳ שנ״ח ואות ט׳) דנתי בדברי אאמו״ר והחזו״א

ושאר פוסקים, לגבי כבוד אב ואם והלכות יין נסך ומורידין ואין מעלין וצירוף למנין לדברים שבקדושה, ומסקנתי שם שבמחלל שבת בפרהסיא, במקום שמצויים יהודים שומרי תומ״צ, וידע וראה והחזיק ברשעו, נראה יותר דהוא כעכו״ם. ונראה מדברי האגרו״מ ואאמו״ר זצוק״ל, שהגדר בכל זה הוא, שהכל תלוי בבחירה, שתינוק שנשבה הוא מי שאינו בר בחירה מחמת דרך גידולו, אבל מי שהוא בר בחירה, ומכיר יהודים כשרים והולך אחרי הרשעים, אינו תינוק שנשבה.

ונעיין בהלכה זו מיסודה, שראשה ועיקרה בדברי הפוסקים שדנו ביחס לקראים בזמן הזה. ראש וראשון הוא רבינו הרמב״ם (הל׳ ממרים פ״ג ה״ג) שכתב:

> **במה דברים אמורים באיש שכפר בתורה שבעל פה במחשבתו ובדברים שנראו לו, והלך אחר דעתו הקלה ואחר שרירות לבו וכופר בתורה שבעל פה תחילה כצדוק ובייתוס וכן כל התועים אחריו, אבל בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם, הרי הוא כתינוק שנשבה ביניהם וגדלוהו ואינו זריז לאחוז בדרכי המצות שהרי הוא כאנוס ואף על פי ששמע אח״כ שהוא יהודי וראה היהודים ודתם הרי הוא כאנוס שהרי גדלוהו על טעותם כך אלו שאמרנו האוחזים בדרכי אבותם הקראים שטעו, לפיכך ראוי להחזירן בתשובה ולמשכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה.**

והאחרונים ביארו איש בדרכו את דברי הרמב״ם, וחילקו בין כמה כתות של קראים. דהנה ז״ל הרדב״ז (הל׳ ממרים שם):

> **.. נראה שכתב רבינו זה ללמד זכות על הקראין אבל הנמצאים בזמנינו זה אם היה אפשר בידינו להורידן היה מצוה להורידן שהרי בכל יום אנו מחזירין אותם למוטב ומושכין אותם להאמין תורה שבע״פ והם מחרפין ומגדפין את בעלי הקבלה ואין לדון את אלו בכלל אנוסים אלא כופרים בתורה שבע״פ.. וכבר הארכתי בתשובת שאלה על ענינם.**

ובתשובתו (ח״ב סי׳ תשצ״ו) כתב:

> **ומ״ש [הרב השואל שם]... שבני התועים הם כאנוסים שחיטתן מותרת וזה שכתב בהל׳ ממרים שאין ממהרין להורגן. תידוק מינה שאם התרו בהם כדי שיחזרו לאיתן התורה ולא אבו שמוע כאשר אנו עושין לאלו הקראין בכל יום ויום ואדרבה מפקרי טפי משמע שהורגין אותם...**

כותב הרדב״ז בפירושו ובתשובתו, שבני הקראים שגודלו וחונכו לכפירה, והתרו בהם וחזרו על אמונתם השקרית אינם אנוסים, ולא אמרינן שלא קבלו התראה מאונס חינוכם וגידולם לכפירה.

ובשו״ת מבי״ט (ח״א סי׳ ל״ז) כתב:

עו׳ דפשיט דהני צדוקין לאו שוגגין מיקרו אלא מזידים ופסולים מדאורייתא אפילו בני בניהם שהדיחו אותם אבותם דהא מותרין ועומדין הם דידעי דאתו מזרע ישראל ומכחישים בתורה שבעל פה ועוברים כמה עבירות בכל יום ומגלים פנים בתורה ומעיזי׳ פניהם נגד חכמי הדור ואין מזיד גדול מזה ואי קאמר הרב ז״ל דבתינוק שנשבה לבין הגוים שהוא אנוס וכו׳ היינו שלא להחשיב׳ בכלל המינים שמיתתם בידי כל אדם ולהרגם מיד אלא שימשכ׳ בדברי שלום ולא ימהר להרג׳ אולי יקבלו תוכחה וכשלא קבלו תוכחה ולא חזרו בתשובה הרי הם כאביהם ומיתתם ביד כל אדם מיד...

וכ״כ במשנה למלך (הל׳ מלוה ולוה פ״ה ה״ב) בשם האחרונים הנ״ל, שבני קראים הם כתינוקות שנשבו עד שיוכיחם, ואם לא קבלו תוכחה שפיר דמי להורגם.

שו״ר בשו״ת הרא״ם (סי׳ נ״ז) שכתב שלא סגי בהתראה כדי להוציאם מכלל תינוקות שנשבו, וז״ל:

> **ואין לדקדק ממאמר אל ימהר אדם להורגם מכלל שראוי להורגם אחרי שהשתדל להחזירם בתשובה ולא רצו לשמוע שהרי כבר דמה אותם לתנוק שנשבה לבין הגוים שאינו בן מות כלל ואף על פי שלא רצה לשוב בתשובה.**

ובתשובה שם דן אם מותר ללמד קראים מיני חכמות ודברי תורה, וכתב:

> **שאלו החכמות ... מותר ללמדם אפילו לקראים ולא בהחכמות בלבד אלא אפי׳ מדברי תורה אם אינם מזלזלים בכבוד חכמינו ואינם מחללים מועדי י״י בפרהסיא דאפשר שיחזרו למוטב דלא גרע ממילת בניהם בשבת דמחללינן שבת משום דאפשר שיחזרו למוטב...**

הרא״ם מחלק בין קראים דאפשר שיחזרו למוטב לקראים דא״א שיחזרו למוטב. וכ״כ עוד אחרונים.

דעה נוספת בראשונים, דעת הנימוק״י שתינוק שנשבה הוא מי שלא הכיר תורת ישראל מעולם. דהנה בטור (יו״ד סי׳ קנ״ט) פסק שמותר להלוות בריבית למומר שכפר בעיקר, שכוון שאין אנו מצווים להחיותו, אינו בכלל ״וחי אחיך עימך״ שנאמר בריבית. וכ״כ הנימוק״י (ב״מ מ״ב ע״ב מדפי הרי״ף). והוסיף הנימוק״י שם וכתב:

> **וא״ת תינח מומר עצמו שכיון שיודע רבונו ומתכוין למרוד בו כופר הוא אבל בן מומרת כיון שנתגדל על דתיהם של עובדי כוכבים שוגג הוא ואין מורידין לאו מילתא הוא דכי אמרינן הכי ה״מ בתינוק שנשבה לבין העובדי כוכבי׳ שלא הכיר תורת ישראל מעולם אבל זה שעומד בין ישראל והולך ומדבק בחוקותיהם של עובדי כוכבים מן המורידין הוא.**

ובב״י (יו״ד שם) דן אם מותר להלוות לקראים בריבית, וכתב:

ולענין הקראים נראה לי דלהרמב״ם בפירוש מתניתין קמייתא דחולין דחשיב להו כתינוק שנשבה בין הגוים אין להם דין משומדים ואסור להלוותם ברבית ואף על גב דלפי מה שכתב בעל נמוקי יוסף... דלא יהבינן דין תינוק שנשבה אלא למי שלא הכיר בתורת ישראל מעולם אבל מי שעומד בין ישראל והולך ומדבק בחוקותיהם של גוים מן המורידים הוא אפשר דהנך נמי דין משומדים יש להם ומותר להלוותן ברבית, לא שבקינן דברי הרמב״ם המפורשים בשביל דברי נמוקי יוסף.

והמל״מ שם והש״ך (יו״ד שם ס״ק ו) העירו שברמב״ם בפירוש המשניות בחולין שם כתב שהקראים הם אפיקורסים גמורים שמותר להורגן גם בזמן הזה, ובמל״מ כתב שנפלה טעות בספרי הב״י והמקור הנכון הוא דברי הרמב״ם בהל׳ ממרים הנ״ל בבני הקראים שהם כתינוקות שנשבו. כן נראה גם ממש״כ הש״ך שם בנקודות הכסף. וע״ע מה שאכתוב להלן משו״ת מהר״ם שיק.

והנה ברמב״ם בפירושו לחולין שם כתב: ״אבל אלו אשר נולדו בדעות אלה וחונכו על פיהן הרי הם כאנוסים ודינם דין תינוק שנשבה לבין הגוים שכל עברותיו שגגה״.

ומה בין זה לבין מה שכתב הרמב״ם בהל׳ ממרים, דמשם הוכיח הב״י שהרמב״ם פליג על הנימוק״י? שברמב״ם בפירוש המשנה כתב שתינוק שנשבה הוא מי שנולד וחונך לפי דעות אלה, ואפשר שרצונו לומר שחונך רק לפי דעות אלו ולא ידע תורת ישראל, וברמב״ם בהל׳ ממרים נכתב במפורש: ואף על פי ששמע אח״כ שהוא יהודי וראה היהודים ודתם הרי הוא כאנוס.

וכ״כ בד״מ (יו״ד שם אות ב׳), שהעיקר להלכה כדעת הרמב״ם. וכ״פ מרן השו״ע והרמ״א (יו״ד שם סעי׳ ו׳):

הקראים, אין להם דין מומרים ואסור להלוותם ברבית, ואין צריך לומר שאסור ללוות מהם ברבית. הגה:... תינוק שנשבה לבין העובד כוכבים ואין יודע מתורת ישראל כלל, דינו כקראים ואסור להלוות לו ברבית. (כך משמע מב״י לדעת הרמב״ם). ולכן מומרת לעבודת כוכבים שיש לה בן מן העובד כוכבים שהבן הרי הוא כמוה ונקרא מומר, אסור להלוות לו ברבית, (מרדכי פ׳ החולץ), דהוי כתינוק שנשבה לבין העובדי כוכבים.

דברי הרמ״א צ״ע, שפסק דלא כנימוק״י בבן המומרת, ובתינוק שנשבה כתב שהוא לא יודע מתורת ישראל כלל? וצריך לומר אחר דקדוק לשון הראשונים שהנימוק״י מחלק בין מי שלא שמע על קיומה של תורת ישראל כלל למי ששמע שליהודים דת משלהם אך אינו יודע את תוכנה, שהוא אינו כתינוק שנשבה. והרמב״ם לדעת הב״י והד״מ סובר שגם מי שיודע

מקיומה של תורת ישראל ואינו יודע את תוכנה הוא כתינוק שנשבה. והרמ״א פוסק כרמב״ם. וזה שכתב שאין יודע מתורת ישראל כלל, כלומר שאין יודע את תוכנה.

ובש״ך שם השיג ע״ד מרן השו״ע וכתב וז״ל:

> **ואני בעניותי עיינתי בדברי הרמב״ם שם ולא מצאתי שום משמעות. אדרבה כתב להיפך ובמומר למדו הפוסקים דמותר להלוותן ברבית וא״כ ה״ה הקראים וכ״כ מהרש״ל דקראים דינם כמומר ומותר להלוותן ברבית ומביאו הדרישה וכן משמע קצת בתשובת ר״א ן׳ חיים ר״ס קי״ג דקראים דינם כישראל מומר ועיין בתשובת רבינו שמשון שהביא המבי״ט ח״ב סי׳ ל״ח כו׳ וכן בתשובת רבי בצלאל סי׳ ג׳ וגם כתב שם שהקראים שבזמן הרמב״ם היו בהם כמה מעלות טובות משא״כ עכשיו.**

את תשובת רבי בצלאל אשכנזי הביא הש״ך במקום אחר (סי׳ רס״ו ס״ק י״ז). וכ״כ שם:

> **כתוב עוד בספר בדק הבית וז״ל כתוב בא״ח בשם הרמב״ם הקראים כל זמן שלא ידברו תועה על הרבנים ולא יתלוצצו בדברי רבותינו הקדושים חכמי המשנה והש״ס נכון לנו לכבדם ללכת לשאול בשלומם אפילו בבתיהם ולמול בניהם אפילו בשבת היכא דגזור להו גזירה דידן ועבוד להו מילה ופריעה דדלמא נפק מנייהו זרעא מעליא והדרי בתיובתא והכי אשכחן לרבינו האי זצ״ל דאמר הכי עכ״ל, ובתשובת רבינו בצלאל אשכנזי ס״ס ג׳ מביא דברי הרמב״ם ורבינו האי גאון וכתב נמצאת למד כי בקראים הדרים אצלינו בזמן הזה לא נמצא בהן אחד מכל המדות שהזכיר הגאון ז״ל כי בכל יום הם מוסיפין גירעון ואינם מלים בניהם שהרי אינם פורעים וקיימא לן מל ולא פרע כאלו לא מל ואינם מלים במוהל שלנו ואין מכניסים בבתיהם תלמידי חכמים אדרבה בורחים מהם כבורח מן הנחש ואין מתפללים במנהג שלנו כלל אין אומרים י״ח הרי שהם משונים בכל דבריהם ולפיכך אסור למול בניהם בשבת כיון שאינם מודים בפריעה ואם כן איך יעשה להם פריעה וכי תימא ימול בלא פריעה נמצא מחלל שבת ואינו עושה מצוה ע״כ.**

בעוד מקומות (שם סי׳ רס״ז ס״ק נ״ט; חו״מ סי׳ ע״ה ס״ק ל״ג) כתב הש״ך שדין הקראים כדין המומרים, על פי דברי הר״ב אשכנזי הנ״ל. ועי׳ גם בבאר היטב (יו״ד סי׳ קנ״ט ס״ק ו׳), שמסקנת הש״ך להלכה היא כחילוק הר״ב אשכנזי. ועי׳ בנקודות הכסף שם שהש״ך עמד בדעתו גם לאחר שראה את דברי הרמב״ם בהל׳ ממרים.

גם בשו״ת גנת וורדים (ח״א כלל ב׳ סי׳ ל״א) הביא את דברי הרמב״ם בכל המקומות הנ״ל ואת דברי הרא״ם והש״ך והר״ב אשכנזי שם, ומסיק כש״ך וז״ל:

> **ולע״ד החילוק מבואר ועומד וצווח ככרוכיא דלא לימד עליהם הרב זכות בתשובה והתי׳ למול בשבת אלא בשכבר ניסו שהן מתנהגי׳ עמנו בדברי יושר ובתמימו׳**

ויסירו מהם עקשות פה ולזות שפתי׳ דאז כשכבר באו לידי תבונה ומדה זו הלא הם קרובים לתשובה המזכה אותם שיעשו איזה מצוה אין כזורק אבן למרקוליס כי קרוב הוא שישוב לאיתן התורה.

בתשובה שם דן בעיקר במילת בני הקראים, ועיי״ש שה״ה לכל מילי, שאם נראה שהם קרובים לתשובה, אין דינם כדין המומרים.

ועי׳ בביאור הגר״א (יו״ד סי׳ קנ״ט ס״ק ה׳) שנראה שמסכים עם דברי הש״ך.

ועי׳ בשו״ת מהר״ם שיק (חיו״ד סי׳ קל״ב) שהק׳ על קושית הש״ך על הב״י, ממש״כ הרמב״ם בהל׳ ממרים. וצ״ב דהא הש״ך בנקודות הכסף שם ציין לדברי הרמב״ם בהל׳ ממרים, והניח את דברי הב״י בצ״ע. ובמהר״ם שיק יישב שעל אף שבני הקראים הם אנוסים ויש להשתדל להחזירם בתשובה, הואיל ויש לכה״פ ספק אם ישובו, ואדרבא חזקתם שימשיכו במעשיהם הראשונים, לכן אין מצווה להחיותם ולא קרינן ביה הכתוב שנאמר בפרשת רבית: וחי אחיך עמך.

ועי׳ בספר פתח הדביר (סי׳ קצ״ט אות ג׳) שדן בקראים בזמנו אם הם כישראל לכמה עניינים ובכלל זה מילת בניהם, צירופם לזימון, עירוב, ללמדם מקרא, והביא דברי הרמב״ם בהל׳ ממרים ובתשובה ואת תשובת הרא״ם הנ״ל ומסקנתו כנ״ל בש״ך ור״ב אשכנזי שהקראים שבזמן הרמב״ם היו בהם מעלות הנ״ל. ונראה מדבריו שהעיקר תלוי בכך שהקראים נכנעים בפני החכמים ומתביישים מהם, ועל אף שמחללים את המועדות בסתר, בפרהסיא נזהרים מפני יראת וכבוד חכמי ישראל. והאריך שם, והכלל העולה מדבריו שאלו שמחללים שבת בפרהסיא ואינם יראים מן החכמים בודאי שאין להקל עימם והם כעכו״ם לכל העניינים שהזכיר שם, ובכלל זה גם לענין הלכות עדות.

הארכנו בהעתקת דברי האחרונים, למען יראה הרואה, שדברי הרמב״ם בבני הקראים נאמרו בקראים בני דורו שהיו בהם כמה מעלות, דאז גם אם ידעו שמוצאם מהעם היהודי, וידעו על תורת ישראל אף שלא הכירו את תוכנה, כתב הרמב״ם דהם אנוסים כתינוקות שנשבו, אך בקראים בתקופות מאוחרות יותר לא כתב כן, דאין תינוק שנשבה אלא מי שהוא נכנע ומתבייש בפני החכמים, וקרוב הדבר שישובו לאיתן התורה אם יוכיחו אותם כראוי, אבל אלו שלועגים ומבזים את חכמים ומתרחקים מהם, חשובים מומרים.

ודברי מרנן הח״ח והחזו״א, שהדגישו את ענין התוכחה וקבלתה, הם על דרך הש״ך והפוסקים שעמו (עי׳ שעה״צ שם) בדעת הרמב״ם. ואולם, כל זה נאמר במי שאינו יודע מתוכנה של תורת ישראל, שבחילונים שהגיעו מבית דתי או מסורתי, שלמדו מאבותיהם את אורחות התורה, ובחרו באורח חיים חילוני, לא כתב הרמב״ם שהם תינוקות שנשבו, דמי שבאם, מלבד יצרם ! ופסולים הם לעדות.

וכך מדוקדק בדברי הרמ״א הנ״ל, שפסק כדעת הרמב״ם שבני הקראים שיודעים שהם יהודים ויודעים מתורת ישראל, הם בבחינת תינוקות שנשבו, ואף על פי כן כתב הרמ״א שרק מי שאינו יודע כלל מתורת ישראל נחשב לתינוק שנשבה, כלומר שאינו יודע את תוכנה של תורת ישראל, אך מי שגדל בבית מסורתי ויודע את תוכנה של תורת ישראל, לפחות את עיקרי הדת, והולך אחר תאות לבו, על הרשעים יחשב. וכן מה שכתב הרמ״א (שם סי׳ ש״מ סעי׳ ה׳) בילד שהמיר עם הוריו, דהוא תינוק שנשבה, דגם שם קיבל מגיל רך חינוך כפרני ואינו יודע מתורת ישראל, אבל אלו שמכירים ויודעים ובוחרים בחיים חילונים, בודאי שהם מומרים ופסולים לעדות.

שו״ר שהדברים מפורשים בשו״ת הרשב״ש (סי׳ פ״ט), שלאחר שהביא דברי הרמב״ם והנימוק״י הנ״ל – שמקורם ברמב״ן, כתב וז״ל:

> **אבל יש לומר שדברי הרמב״ם ז״ל הם כשהכיר היהודים וראה אותם ודתם, ולא היה שם מי שיבינהו אמתת הדת, והוא אינו מכיר בה שהיא אמת, אבל אם מכיר בה שהיא אמת ולא חזר אליה בלא ספק שמן המורידין הוא כיון שהכיר האמת [,,,] לביה אנסיה וחשב שאינה אמת, אבל אחר שהכירה ומודה בה שהיא אמת אין שם אונס כלל ומשומד גמור הוא אפילו לדעת הרמב״ם ז״ל. וכן מוכיח לשונו ז״ל שכתב שהדיחו אותם אבותם ונולדו במינות וגדלו אותם עליו, משמע שדוקא שהדיחום אבותיהם וגדלום על המינות, שזה אנוס הוא שאביו הדיחו וגדלו על כך, וכל אדם מאמין בדברי אביו יותר ממאה איש, מחמת שחושב שאין אביו רוצה שיאמין בשקר אלא באמת, וזה אנוס הוא על דרך זו. אבל מי שמכיר דת אבותיו ולא הדיחוהו אבותיו להאמין אותו טעות, אבל כלם יודעים שדת משה ע״ה היא אמתית ואינו שב אליה אינו אנוס כלל, וכל שכן לדעת הרמב״ן ז״ל שאינו מדמה אותו כלל לתינוק שנשבה לבין הגויים דהתם לא הכיר כלל, אבל זה כיון שהכיר ולא חזר אין לך משומד גדול מזה.**

שו״ר בערך לחם (יו״ד סי׳ קנ״ט שם) שכתב בשם יש אומרים שבן ישראלית מגוי אינו חשוב תינוק שנשבה, וכתב וז״ל: ואין נראה לי, דכיון שיש לו אם שתלמדנו ולא גריר בתרה דינו כנשתמד״.

ודעת היש אומרים, שמי שאין לו אב שילמדנו, אינו בן בחירה וחשוב תינוק שנשבה. מכל מקום מבואר, שמי שראוי לו שילמד מהוריו וילך בדרך ה׳, ובוחר בדרך אחרת, אינו חושב תינוק שנשבה.

ואף על פי שרבים מהחילונים בני זמננו, עושים את מעשיהם מכח ההרגל שנעשה להם טבע שני רח״ל, אין זה מוציאם מכלל מומרים. וכן כתבו הפוסקים לגבי עוזבי הדת מחמת אונס, שלא חזרו לדת כשיכלו, שהם פסולים, ולא אמרינן שהורגלו בכך.

עי' בשו"ת מהר"ם גלאנטי (סי' ד') שציין לו בספר אשל אברהם (יו"ד סי' קנט שם), שכתב בשם המהרי"ק וז"ל:

...אף על פי שתחלת יציאתו מהכלל לא היה להכעיס כגון שהעלילו עליו וכיוצא בו אפילו הכי מקרי מומר להכעיס מאחר שבידו לברוח ולהמלט על נפשו ואינו עושה היינו שביק היתירא ואכיל איסורא...

וכ"פ בשו"ת הריב"ש (סי' י"א), וז"ל:

ולכן באלו האנוסי' שעבר עליהם חרב השמד, ועמדו ימים רבים בין עובדי כוכבים, גוזרי השמד, ולא מלטו נפשם אל ארץ אחרת שיעבדו השם בלי פחד, ראוי לחקור הרבה בענינם. כי יש מהם שהי' יכולת בידם לצאת מן הארץ ההיא, ולמלט נפשם מן השמד; אלא מאחר שהמירו, אף אם תחלתן באונס, אחר כן פרקו עול שמים, נתקו מוסרות התורה מעליה', ומרצונם הולכי' בחקות עובדי ככבים, ועוברי' על כל מצות התור'... הנה אלה וכיוצא בהן, אין להן חלק באלקי ישראל, ואין צ"ל שהם פסולי' לעדות, אלא הם פחותי' מן העובדי ככבים, אף על פי שהי' תחלתן באונס.

דברי הריב"ש הובאו להלכה ברמ"א (אה"ע סי' מ"ב סעי' ה').

וכ"כ בשו"ת הרדב"ז (ח"ד סי' יב (אלף פו):

ומה שיש לדקדק אם בני המומרים הם כמומרים עצמם ובהגהה מיימונית כתב המחלוקת על בני המומרים משמע שאין חלוק ביניהם וכן בדין שכיון שהוא יכול לחזור ואינו חוזר הרי הוא בעצמו מומר...

וכ"כ בכנה"ג (אה"ע סי' מ"ב הגהב"י אות קס"ד) בשם כמה אחרונים, שאנוסים שלא שבו לחיי תורה מיד כשיכלו, פסולים לעדות.

ובשו"ת ב"י (קידושין סי' ה') כתב וז"ל:

כ"ש שלא קבלה אותם קידושין בפני עדים כשרים... ובין שתאמר שלא נמצאו שם עדים כלל או שתאמר שנמצאו שם מאנוסי פורטוגאל אין כאן קידושין כלל כי אין עדותן מעל' ומורי' שהרי הוחזקו לעובדי ע"ז ומחללי' שבת בפרהסי' שהם פסולי' לכל עדו' שבעולם.

וכתב שהסכימו עמו מהר"י סאניץ והמבי"ט.

ובשו"ת מהרשד"ם (סי' ה'), דן בארוכה בכשרות עדים אנוסים, ומסיק:

אחר ימים רבים ראיתי כת' חתום וז"ל יודע לכל רואה כתבנו זה כי הוסכם ע"פ

כל חכמי העיר הזא׳ שאלוניקי הן החכמי׳ הש׳ קדו׳ אשר בארץ המה זללה״ה הן אותם אשר בחיים חייתם יצ״ו שכל אשה שנשאת לשום איש מבני ישראל בעודם בגזרת השמד אעפ״י שקדש אותם בפני ישראל העומדים שם אשר צפו מי השמד על ראשם שאין לחוש לאותם קדו׳ כלל והרי היא מותרת לכל ישראל אשר ירצה לכנוס אותה הן שמה במקום השמד הן אחר הנצלם מחרב השמד וכן אנו נוהגין בעיר הזאת שאלו׳ שכל אשה אשר תבוא מפורטוגאל וקשטיליא אין חוששין כלל לקדו׳ שנתקדש׳ אחרי השמד כלל ואנו מתירים שתנשא לכל איש שתרצה כי אין שם עדים כשרים בשום צד וכיון שהעדים אינם כשרים הקדושין אינם קדו׳ כלל ואם תשאר גם כן זקוקה ליבם אין כאן זיקה כלל ואין צריכ׳ גט חליצה כלל ומותרת להנשא כנז׳ ולכל זה אין ספק כלל. ולהודיע הדברים והאמת האלה חתמנו שמותינו פה. יוסף בכמהר״ר שלמה טאיטאצאק זללה״ה.

וכן הורה למעשה בתשובה אחרת (שם סי׳ ק״י) כהסכמת חכמי עירו שקידושין בפני אנוסים אינם כלום. וכ״כ גם בשו״ת פני משה (סי׳ ס״א).

העולה מדברי האחרונים, שגם בני אנוסים ומומרים מכמה דורות כמו אנוסי פורטוגל וקשטיליא, שהתרגלו לחיות כעכו״ם, אם לא חזרו בהם מיד כשיכלו, פסולים לעדות מהתורה. והטעם כנ״ל, מפני שיודעים דרך האמת וממשיכים לנהוג כפי שהתרגלו, ואינם חשובים כתינוקות שנשבו שמנהג אבותיהם בידיהם וסבורים שנוהגים כדין.

ואף שבשו״ת אחיעזר שם לכאו׳ לא משמע כן, שכתב וז״ל:

אולם מה שיש לצדד בזה כיון דהורגלו בכך ורובם ככולם כן לא משמע להו איסור פתיחת חנויות בשבת והוי כקושר ומתיר, וכיוצא בזה כ׳ בשו״ת בנין ציון סי׳ כ״ג לפושעי ישראל שבזמננו לא ידענא מה אידון בהו אחרי שבעו״ה פשתה הבהרת לרוב עד שברובם חלול שבת נעשה כהיתר אם לא יש להם דין אומר מותר שרק קרוב למזיד הוא ויש בהם שמתפללים תפלת שבת ומקדשים קדוש היום ואח״כ מחללים שבת במלאכות דאורייתא ודרבנן וכו׳ ומה גם בבניהם אשר קמו תחתיהם אשר לא ידעו ולא שמעו דיני שבת שדומין ממש לצדוקין וכו׳ והם כתנוקות שנשבו לבין העכו״ם ע״כ...

נראה שאין כאן מחלוקת, ואדרבא מדבריו סיוע למש״כ, דכל ענין תינוק שנשבה הוא שאינו יודע מהאיסור כלל וטועה בדעתו לומר שמותר לנהוג כך, בין אם סבור כך מחמת שהוא בור וע״ה בדת ישראל, ובין אם סבור כך משום שחונך לאידיאולוגיה כפרנית ולא מעלה על דעתו לנהוג כדת ישראל, אבל כאשר יודע שלפי דת ישראל הדבר אסור ואינו משנה דרכיו בגלל שהתרגל בכך, הוא מומר גמור ופסול לעדות מהתורה.

ולהשלמת הענין, יש להביא תמצית הפולמוס בין האחרונים בכשרותם של הקראים לבא

בקהל, שהובא בשו"ת מהרש"ך (ח"ג סי' ט"ו). שם הביא את תשו' הרדב"ז (ח"א סי' ע"ג) שהביא דברי הרמב"ם בתשובה שקידושיהם קידושין, ודברי רבינו שמשון - הביאם הרמ"א (אה"ע סו"ס ד') שחוששים בהם לממזרות, וכתב דהני מילי בקראים שנשאו נשים בעדים כשרים, אבל קראים שנשאו נשים בעדי קראים, אין קידושיהם קידושין, ואין בהם ממזרות. ובמהרש"ך שם האריך לחלוק עליו, שקידושין שנעשו בפני עדים קראים, הוו קידושין. וכתב כמה טעמים, שעיקרם:

א. הקראים בזמנינו הם צאצאים של הקראים הקדמונים, ולפיכך אין הם מומרים אלא אנוסים.

ב. יש חשש שעדי הקידושין הקראים הם מאותם קראים שהם בבחינת קראי חבר לכמה עניינים שבהם לדעתם הם עושים בטוב, כלומר נוהגים נכון. ומביא כדוגמא את דברי הגמ' בנידה (ל"ג ע"ב) בצדוקי שחשוב חבר לענין נידה, אעפ"י שהוא טועה בהלכה, הוא סבור שהוא עושה בטוב. וכתב שה"ה לענין עדות, באותם קראים שמאמינים בהלכות עדות שבתורה, וסוברים שהם נוהגים נכון במעשיהם, שחשובים חברים לענין זה.

ג. יש חשש שעדי הקידושין הקראים הם מאותם קראים המקבלים ע"ע מרות דברי חז"ל, אלא שטועים וסוברים שהם רשאים לנהוג כמנהג אבותיהם, או שאינם יודעים את כל דברי חז"ל או שמא כבר קבלו על עצמם לנהוג כחברים אלא שעדיין לא התחילו לקיים.

וע"ע שם שגם את"ל שעדים קראים פסולים, חוששים שמא הרהרו תשובה בלבם (עי' לעיל פרק ה'), ושמא האיש חזר וקידש את האשה בביאה וכולי עלמא עדים על כך (עי' להלן פרק ט').

ובתשו' הרדב"ז (ח"ב סי' תשנ"ו) השיב לטעם הראשון, וז"ל:

> **ולדעת הרמב"ם ז"ל הטועים הראשונים בכלל מינין שמורידין ולא מעלין אבל בני הטועים אנוסים הם... דלא אמרה אלא בסתם צדוקי כיון שהוא חושב שהאמת אתו אינו מומר לכל התורה ונותן רשות וכו' דהיינו בני הטועים שכתב הרב ז"ל שהם כאנוסים אבל בטועים הראשונים או באותם שאנו מתרים בהם ואינם שומעין לא איירי ר"מ...**

והשיב לטעם השני, וז"ל:

> **וא"ת נהי נמי שהם בועלי נדות ובועלי כריתות, הן סבורין לעשות בטוב, ל"ק, דהני מילי בסתם צדוקי, אבל באלו שאנו מתירים בהם שאין עושים בטוב, וכיון שהוא עובר על איסור כרת, הרי הוא פסול לעדות ולשבועה...**

והמהרש"ך השיב לתשובתו:

> **ולי נראה שקודם ההתראה ואחר ההתראה הכל דבר אחד, לפי שאין מאמינים**

בנו, שאם היו מאמינים היתה התראתנו התראה, אבל מאחר שאין מאמינים אין התראתינו התראה..

ומסקנת דברי המהרש״ך:

כללא דמלתא שלפי דברי כל האוסרים להתחתן עם הקראים הוא לפי שהם כשרים להעיד, ומאחר שהם כשרים להעיד קדושיו קדושין וגיטן אינו גט, ולהכי בניהם ממזרים כמ״ש שלדעת כמה״ר שמואל הלוי זכרו לברכה ולדעת כמה״ר ישועה מסיני ז״ל ולדעת כמה״ר אליה המזרחי זכרו לברכה ולדעת כמה״ר שמשון ז״ל ולדעת בעלי התוספות ולדעת הריא״ף ז״ל ולדעת הרא״ש ז״ל ולדעת הר״ם ז״ל גם לדעת הראב״ד ז״ל והרמ״ה ז״ל כמ״ש. והטעם לפי שהם כמו אנוסים שהם בני הטועים ומעשה אבותיהם בידם, וחושבים שהם עושים בטוב ונקראים אנוסים ולא רשעים, ולפיכך הם כשרים להעיד.

והנה מההשוואה של הקראים לאנוסים משמע שהעיקר להלכה כדעת הרדב״ז וסיעתו שפוסלים עדים קראים, ולית להו הטעם דמעשה אבותיהם בידיהם, כמו שהורו הב״י והמהרשד״ם בשם רבו וכהסכמת כל חכמי דורם.

ועי׳ בשו״ת היכל יצחק (סי׳ י״ג אות ג׳ ו־ד׳), שהביא תמצית המו״מ בין האחרונים בעדים קראים, וכתב:

חזרו המתירים וחילקו עוד הנ״מ דנחשבים לשוגגים, בכותים, למ״ד גרי אמת הם, דאשכחן שאינם פסולי עדות מן התורה (וכמבואר בגיטין י׳ ובתוס׳ שם) אף שעוברים על דאורייתא דלא אחזוק דהם מעיקרא לא קיבלו עליהם תושבע״פ משא״כ בקראים שממעי יהודה יצאו ונתפקרו וכפרו בתושבע״פ הרי צאצאיהם אחריהם בכל דור ודור נידונים כמזידים... (מוכרחני לאמר שאין סברת המתירים זו מובנת לי כל צרכה, דסוף סוף מנהג אבותיהם בידיהם שאבות אבותיהם התעום ולמה יחשבו כמזידים? ולענין כותים הרי אי אפשר לאמר שמכיון שלא קיבלו לא חלה עליהם תושבע״פ, דכיון שנתגיירו וקיבלו עליהם להספח לבית יעקב חלה עליהם התורה כולה שבכתב ושבע״פ, אלא שנחשבים כשוגגים מפני שאלה שעל ידם נתגיירו התעום, וא״כ גם בקראים כך שהתעום אבות אבותיהם כמה וכמה דורות. סוף דבר לע״ד שניהם שווים, היינו אם הכותים היו נחשבים לשוגגים, או אנוסים, אף על הקראים עלינו לאמר כך).

והנה הגריא״ה תמה מה הבדל יש בין קראים לכותים? ומתרץ שכותים אינם יודעים שהם בני גרי אמת, וקראים יודעים שמקורם מישראל שמקיימים את התורה שבע״פ. ומקשה הגריא״ה, סוף סוף מה החילוק בין צאצא של כותי לצאצא של קראי, שניהם טועים לחשוב שהם נוהגים כשורה. ומתוך דבריו אנו למדים שלדעת הפוסקים שפוסלים עדים קראים, גם

אחרי הרבה דורות הם פסולים, לאחר שיודעים שמקורם מישראל שמקיימים תורה שבע״פ, ואבותיהם פרשו מדרכי ישראל.

ובקראים בדורנו, ידועה פסיקתו של אאמו״ר מרן הראש״ל זצוק״ל בענין הקראים במצרים, שאפשר להקל בהם. (ובמאמר המוסגר אספר מעשה שהייתי נוכח, כשהייתי בחור צעיר הלכתי עם מרן בבין הזמנים לבית הדין הגדול, שהיה אז בהיכל שלמה. באחד הימים, פגשנו ברב אלישיב שלא הראה פנים למרן. בסוף יום הדיונים מרן שאל אותו מדוע? הרב אלישיב השיב שהוא מרן מתיר את הקראים. באותו מקום היתה ספריה גדולה. מרן הציע לרב אלישיב בא נרד לספריה ונראה לך על מה אני מסתמך. בדרך במעלית הרב אלישיב שפך על מרן אש וגפרית, ואמר לו איך אתה לא חושש על החיים שלך, כתוב שהקראים לא יתאחו, והיה אחד שרצה להתיר ונתקצרו ימיו, ועוד. כשהגיעו לספריה, מרן קרא לספרן הרב קנצלבויגן ואמר לו שיביא לו את שו״ת הרדב״ז, המהריק״ש, נהר מצרים ועוד, והוכיח לו שיש הבדל בין הקראים בארצות אשכנז שמקדשים אשה כדמו״י ומוציאים בלי גט, ומתערבים בין הגויים, לקראים במצרים שמקפידים שלא להתערב בין הגוים. ובאמת כך הורו בבית הדין במצרים. וכך היה מעשה, כשמרן היה רב במצרים, בגיל 28, המלך פארוק כיבד את מרן מאד, והיה מזמין אותו פעמיים בשנה, מושיב אותו לצידו לפני שייחים ונזירים ובוחן אותו בתנ״ך ונהנה ממנו מאד, ובתור פרס התיר למרן להיכנס לספריה במצרים מתי שהוא רוצה, היו שם כתבי יד נדירים. יום אחד מרן ראה על הרצפה נייר כתוב בעברית, והרים אותו. התברר שזה דף של יומן בית הדין שבו נכתב ביום זה באו לפנינו קראי וקראית והתרנו להם להינשא. מרן בתשובתו אף מזכיר שראה במעשה בית דין שהתירו לקראים להינשא. כוונתו לדף הזה ולא לספר בשם זה).

ובחזרה לענייננו, ראיתי בפסק דין שניתן בבית הדין ת״א (הובא לעיל) בדעת הגר״א שרמן שליט״א (בעמ׳ 310), שהעתיק מש״כ באוסף פסקי דין של בית הדין הגדול:

> **והנה בנוגע לגופו של ענין פסולי עדות מחמת עברות שבין אדם למקום הנה יש להתחשב עם העובדה שבזמן ובמקום שרבתה והתפשטה בעוונותינו הרבים החופשיות לרגלי סיבות וגורמים כלל עולמיים אין עברות מסוג זה עלולות לחתור תחת נאמנותם של העדים במצב של הסתר פנים גדול כ״כ כמעט שהם מבחינת שוגגים.**

וציין למה שנכתב בפסק דין שניתן בבית הדין הגדול בהרכב בראשות הגרי״ש אלישיב (הובא לעיל), שדנו בכשרות עדים מחללי שבת בזמן הזה ולא התחשבו בטעם שכתב בשו״ת אחיעזר ובשו״ת בנין ציון, שעוברי עברות בזמן הזה הם בבחינת תינוקות שנשבו, ומסיק מדבריהם שאין לסמוך על סברות אלו לענין ביטול עדות במקום שיש נפקא מינה לדין דאוריתא, וכתב שכך שמע מהגרי״ש אלישיב זצ״ל.

ולענ״ד נראה שאין מקום להשוות בין פסק לפסק ובין תשובה לתשובה, ולדמות בין נדון

לנדון, דהעיקר הוא שתינוק שנשבה הוא מי שהתקיימו בו שני תנאים: שהוא אנוס בדעתו ואינו מעלה על דעתו לשמור תומ״צ, ושהוא עשוי לקבל תוכחה אמיתית ולחזור בתשובה. קיומו של התנאי הראשון תלוי בכמה גורמים שמשפיעים על כל אדם באופן אחר. נביא כדוגמא את הקראים והאנוסים שבמשך מאות שנים הם וצאצאיהם ידעו שאבותיהם פרשו מדרך ישראל, שעד תקופת הגאונים לא היו אנוסים בדעתם, שידעו שדרכם היא שינוי מהדרך המסורה. ועל אף שבמשך דורות רבים הם וצאצאיהם החזיקו בדרכם, אינם אנוסים בדעתם, כשידוע להם שדרכם היא שינוי מדרך ישראל. מאידך, ילדים שאבותיהם חינכו אותם לכפירה עד שסברו שאין כל טעם לשמור תומ״צ רח״ל, גם כשיודעים שהם יהודים ושמעו על תורת ישראל, נחשבים תינוקות שנשבו.

קיומו של התנאי השני הזה תלוי במצבו של העד וביכולתנו להשתדל ולהשיבו למוטב. ובזמן הזה כתב מרנא החזו״א שאיננו יודעים להוכיח, ולפיכך גם מי שלכאורה אינו עשוי לקבל תוכחה, עדיין לא יצא מחזקת מי שמקבל תוכחה.

ופשוט שכל הטעמים שכתבו האחרונים בקראים, אינם שייכים בחילונים בני זמנינו שמחללים שבת בפרהסיא, דאין לומר שהם אנוסים בדעתם, מפני שלרובם המכריע אין אידיאולוגיה בעד או נגד הדת, ואם אינם שומעים לתוכחתנו, אין זה בגלל שהטעום או בגלל שמאמינים בדרכם אלא בגלל כח ההרגל כנ״ל, ולעיתים בגלל שנתגעלו במאכלות אסורות וליבם אינו פתוח לקבל דברים שבקדושה.

והנה לפי ההלכה כל מי שעובר על איסור תורה שיש בו מלקות נפסל לעדות, ואולם לאור הדעות השונות בדין של תינוק שנשבה, אין להורות בפשטות לפסול עדים, אלא כעין מה שכתב אאמו״ר מרן הראש״ל זצוק״ל במי שהוא מחלל שבת בפרהסיא.

ולמעלה הובאו דברי רעק״א (יו״ד שם) שדן במוהל שפותח את חנותו בשבת, וכתב שאפשר שאינו עושה מלאכות דאוריתא, והוסיף שגם אם תמצא לומר שעושה מלאכות דאוריתא, אפשר שאינו עושה אותן בפני עשרה ישראלים כשרים, ואינו נחשב מומר לכל התורה כולה.

ומאותו הטעם אין למהר ולפסול אדם חילוני ששימש כעד בקידושין עד שיוודע שהוא מחלל שבת בפני עשרה יהודים כשרים.

אך זה אינו, שברור לכל מבין שמי שנוסע ברכב בשבת לא ימנע מלעשות זאת בפני עשרה יהודים כשרים, המצויים בכל עיר בישראל בפרט בזמנים שהציבור יוצא מביהכנ״ס. וכל המו״מ ברעק״א שם הוא במי שיתכן שאם יראה עשרה כשרים מישראל ימנע מלחלל שבת, כעין נדון דידיה באדם שנהג ביהדות ואף הוחזק כמוהל מומחה, ופתח חנות ונסע בעגלה בשבת, שיש לומר שאם היו רואים אותו עשרה יהודים כשרים מישראל היה נמנע מכך. ועי׳ מש״כ לעיל בשם האחיעזר.

גם אם תמצא לומר שעדי הקידושין בנדון דידן הם בבחינת תינוקות שנשבו, הן הבאנו לעיל את מש"כ בשו"ת אגרו"מ על פי הרמב"ם בהל' עדות, שתינוק שנשבה פסול לעדות. וכך כתב אחד מחשובי האחרונים, המבי"ט (ח"א סי' ל"ז):

אבל לענין עדות פשיטא דהם פסולין מן התורה כדאמר' ולא הוצרכו חכמים למנותם בכלל פסולי עדות כדקאמר הרב ז"ל דהא בכלל מינים הם ותלמידיהם ובני בניהם כמו שכתב ז"ל פ"י מהלכות עבודה זרה ופ"ג מהלכות עבדים קרי להו כופרים ומינים וכופרים ודאי פסולים מן התורה.

ואולם, מדברי המהרש"ך והרדב"ז שדנו בכשרות הקראים לעדות בין היתר מן הטעם שהם כתינוקות שנשבו, נראה דפליגי על המבי"ט.

ז. אשה שהיא ספק מקודשת, אם מעמידים אותה בחזקת פנויה

בדברינו עד עתה עוררנו כמה שאלות בכשרותם של עדי הקידושין. ויש לדון, במקום שיש ספק בקידושין, האם מעמידים את האשה בחזקת פנויה דמעיקרא. או דאיתרע חזקתה כשנתקדשה לבעל וחיה עמו כמה שנים עד לגירושין.

יסוד הענין, בסוגית הגמ' בכתובות (כ"ג ע"א):

תנו רבנן: שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה - הרי זו לא תנשא, ואם נשאת - לא תצא; שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה - הרי זו לא תנשא, ואם נשאת - תצא. מאי שנא רישא, ומאי שנא סיפא? אמר אביי: תרגמה - בעד אחד, עד אחד אומר נתקדשה ועד אחד אומר לא נתקדשה - תרוייהו בפנויה קמסהדי, והאי דקאמר נתקדשה הוה ליה חד, ואין דבריו של אחד במקום שנים; סיפא, עד אחד אומר נתגרשה ועד אחד אומר לא נתגרשה - תרוייהו באשת איש קמסהדי, והאי דקאמר נתגרשה הוה ליה חד, ואין דבריו של אחד במקום שנים.

והקשו תוס' (כתובות שם ד"ה תרוויהו):

תרוייהו בפנויה קמסהדי - ...אבל תימה אמאי לא תנשא לכתחלה דהוה לן לאוקמה אחזקה וי"ל כגון שאנו יודעים שזרק לה קדושין ומספקא לן אי קרוב לו או קרוב לה והני ב' סהדי חד אמר קרוב לו וחד אמר קרוב לה דכיון דודאי זרק לה הקדושין לית לן למימר אוקמה אחזקה להתירה לכתחילה אי נמי כגון שהיו נרות דולקות ומטות מוצעות שהיה עומד לקדש כדאמר בסוף המגרש (גיטין פט.) ועד אחד אומר נתקדשה ועד אחד אומר לא נתקדשה באותה שעה.

ובתרוה"ד (סי' רי"ב) כתב:

אמנם כי דייקי בתוספ' בפ"ב דכתובות... אהא דקאמרינן עד אחד אומר נתקדשה

ועד אחד אומר לא נתקדשה תרווייהו בפנויה קא מסהדי כו׳. ומקשה אמאי לא תנשא לכתחילה דנוקמי אחזקת פנויה, ומתרצי דאירי שאנו יודעים שזרק לה הקידושין אלא דלא ידעינן אי הוי קרוב לה, אי נמי אירי בנרות דולקות ומטות מוצעות כו׳, וכה״ג איתרע חזקה. ועובדא דידן ליתנהו הני צדדין ולכך מוקמינן אחזקת פנויה...

ובשו״ת מהרי״ט (ח״א סי׳ ט״ו) ובשעה״מ שם, האריכו בביאור דברי התוס׳ והתרוה״ד. וכתבו שבסוגיא שם מדובר בע״א שמעיד שהוא ועוד אנשים שהלכו למדנה״י ראו שאיש זרק לאשה קידושין שנפלו קרוב לה, וע״א אומר שהקידושין נפלו קרוב לו, ואלמלא העד השני, היו חוששים לדברי העד שאומר שראה שנתקדשה כדין בפני עדים, ואם נשאת תצא, ומחמת העד השני, לכתחילה לא תנשא, ואם נשאת לא תצא. והני מילי במקום שיש שני עדים שהאיש זרק לאשה קידושין, דאתרע חזקת פנויה, שבמקום שעד אחד אומר נתקדשה בפני שני עדים, ועד אחד אומר שלא נתקדשה כלל, לא אתרע חזקת פנויה ותנשא לכתחילה. ושני עדים שמעידים שאיש זרק לאשה קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה, אינם עדים כלל, שאף אחד מהם לא יודע בוודאות שהיו קידושין, וקידושין בלי עדים אינם כלום.

ויש ראשונים שחולקים וסוברים שחוששים לקידושין, גם כשהעדים לא ראו מעשה קידושין ודאי - עי׳ ב״י (אה״ע סי׳ מ״ב), ושו״ע (אה״ע שם סעי׳ ד׳ ברמ״א), ובב״ש שם.

זו דעת הריטב״א (בכתובות שם) שכתב:

ובתוספות פירשו עוד דאפילו למאן דאמר שאין חוששין לעד אחד בקדושין אתיא מתניתא להאי אוקימתא, דהכא כשזרק לה קדושיה בפני בני אדם ספק קרוב לו ספק קרוב לה ואילו מדינא כל היכי דלא אתו אידך סהדי היתה ספק מקודשת מדרבנן דחיישינן שמא קרוב לה היה וכדאיתא ביבמות פרק ארבעה אחין (ל״א א׳), אבל השתא דאתו הני סהדי שאומרים שדקדקו בדבר זה אומר קרוב לו וזה אומר קרוב לה אמרינן דהני תרווייהו בפנויה מסהדי לאפוקי מספיקא דרבנן דמעיקרא, וכיון דכן הוא האי דקאמר נתקדשה חשוב כאחד במקום שנים.

לדעת הריטב״א, בשני עדים שאומרים שהקידושין נפלו ספק קרוב לו ספק קרוב לה, יש להחמיר יותר מאשר בע״א אומר קרוב לו וע״א אומר קרוב לה, שכאשר שני העדים מסופקים, מדאוריתא האשה מותרת דהיא בחזקת פנויה, ומדרבנן אסורה, ואם נשאת תצא, וכאשר ע״א אומר קרוב לו וע״א אומר קרוב לה, שיש ע״א שאומר בודאי שלא נתקדשה, אם נשאת בדיעבד לא תצא.

והר״ן (בכתובות י ע״א מדפי הרי״ף) סובר כתוס׳, ומוסיף וז״ל:

לפיכך נ״ל דהכא במאי עסקינן כגון ששניהם מודים שזרק לה קדושין אלא שהם חלוקין אם קרוב לו אם קרוב לה וכיון שיש כאן שני עדים בזריקת הקדושין

ועבידי אינשי דטעו בקרוב לו ובקרוב לה אמרינן דמדרבנן לא תנשא דחיישינן שמא בשעת הקדושין שניהם ראו שקרובים לה היו וזה טועה עכשיו ובפרק ארבעה אחין [דף לא א] נמי אמרינן דבכת אחת שא' אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה דספיקא דרבנן הוא.

הר"ן מפרש שהסוגיא בכתובות והסוגיא ביבמות עוסקות באותו מקרה, בע"א אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה, ובזה החמירו רבנן ואסרו לכתחילה מפני שחששו לטעות המצויה במקרים אלו.

ובשטמ"ק (בכתובות שם) כתב בשם הרא"ה:

והאי תירוצא דהכא לא מהני לן מידי אי הכחשה גמורה אי לא כיון דהכחשה מיהא היא דבשלמא לעיל דקא מצטרך לן דלא מפסלי סהדי כי היכי דליהוי חזקה דהאי איתתא אתוקמא בחזקת אשת איש אפומייהו דאתו תרווייהו שוו אהדדי והוי חזקה מעלייתא מפרקא לן ודאי בהכי כיון דלאו הכחשה גמורה היא לאו מפסלי להו דעבידי אינשי דטעו בהכי וכדאמרינן בפסחים ומהימני במאי דקא שוו אהדדי, אבל השתא בהאי סהדותא גבי מאי דמכחשי אהדדי מה לי אי הויא הכחשה גמורה אי לא מכל מקום הוה ליה עד אחד בהכחשה ולאו כלום הוא.

הרא"ה חולק על תוס' וסובר שבע"א אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה, ל"ח לקידושין, והאשה מותרת להינשא לכתחילה, ודוחה הסברא שכתב הר"ן שחוששים שהעד שאומר קרוב לו טעה, דתולים בטעות כדי להכשיר העדים, שלא יהיו סותרים זל"ז, ולא כדי לקבל את העדות ולפסול את האשה.

והרמב"ם (הל' אישות פ"ט הל"א) כתב:

אמר עד אחד מקודשת היא והיא אומרת לא נתקדשתי הרי זו מותרת, אחד אומר מקודשת ואחד אומר אינה מקודשת לא תנשא ואם נישאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשתי.

ואכמ"ל בביאור דברי הרמב"ם, ונפנה את המעיין למגיד משנה ולח"מ ושעה"מ ומרכה"מ ובני אהובה (הל' אישות שם), ומחנ"א (עדות סי' ט'), ואוצה"פ (אה"ע סי' מ"ב אות א') בשם האחיעזר והמהרח"ש, וחי' חת"ס כתובות שם, ואמ"ב (שחיטה סי' ה'), ומקנה (קו"א סי' מ"ז ס"ג), וחזו"א שם, שלדברי כולם חזקת פנויה הוא כח היתר לדעת הרמב"ם, אלא אם כן יש ריעותא כנ"ל בתוס' וברי"ן, או שיש ע"א שמעיד שנתקדשה בפני שנים כנ"ל בתרוה"ד, או שהאשה עצמה חוששת שמא נתקדשה.

ומרן השו"ע (שם סי' מ"ז סעי' ג') כתב:

עד אחד אומר: נתקדשה, ועד אחד אומר: לא נתקדשה, אם אמר שמעולם לא

היו בה ספק קדושין, תנשא לכתחלה. ואם זרק לה קדושין, אחד אומר: קרוב לו, ואחד אומר: קרוב לה, לא תנשא, ואם נשאת, לא תצא.

והב"ש (שם ס"ק ו') כתב:

לא תנשא - כיון דידוע לנו דזרק לה קדושין איתרע חזקת פנויה שלה כ"כ תוס' משמע אם א"י לנו שזרק לה קדושין אף על גב אלו ב' עדים אומרים שזרק לה ומכחישים זא"ז אם היה קרוב לו או לה אוקמינן אותה בחזקת פנויה ולא כמשמעות פרישה ולהר"ן אף בכה"ג דאין ידוע לנו אם זרק לה קדושין לא תנשא משום דחיישינן שמא טעה זה שאמר שהיה קרוב לו והוא מפרש דרמב"ם פ"ט אירי בכה"ג...

ובח"מ (סי' מ"ב ס"ק ה') כתב:

ומשמע היכ' דאתרע חזקת פנויה דהיינו ששניהם מודים שנתאספו יחד לקדש וא' אומר נתקדשה בפני שנינו וא' אומר לא נתקדש' הרי זו לא תנשא לכתחיל'.

הרי שגם כשאין עדות על כך שהאיש זרק קידושין לאשה, אתרע חזקת פנויה, אם התברר על פי עדים, שנאספו אנשים למעמד הקידושין.

העולה מהאמור, שחזקת פנויה מתערערת באחד משלשה דברים: במעמד קידושין, בהכנות לקידושין כמו מיטות מוצעות וכו', ובמעשה קידושין שלא ברור אם הועיל, כמו בזרק לה קידושין, אלא שנחלקו הראשונים בדבר, יש סוברים שזריקת קידושין לחוד מערערת את חזקת פנויה, ויש סוברים שאינה מערערת חזקת פנויה, משום שהעדים צריכים לראות נתינה ממש, אלא רק כשע"א לפחות אומר שהקידושין נפלו קרוב לה, וגם בכה"ג יש סוברים דלא אתרע חזקת פנויה, ועיקר החשש הוא שמא העד שאומר שהקידושין נפלו קרוב לו טעה.

והנה בכל נישואין שנעשים בזמנינו, יש הכנות לקידושין ומעמד קידושין ומעשה קידושין, ולכאורה איתרע חזקת פנויה. ואולם, עי' למרן האמו"ר הראש"ל זצוק"ל ביביע אומר (ח"ח יו"ד סי' ז' אות ג'; אה"ע סי' ג' אות ט"ז; סי' ז' אות ב'), שמדאוריתא, חזקת פנויה מבררת את הספק גם במקום שיש ריעותות, ורבנן הם שגזרו ואסרו.

ואולם, באישה שיושבת תחת בעלה והוחזקת כאשת איש, יש לומר שחזקת אשת איש מערערת את חזקת פנויה דמעיקרא. שו"ר באוצה"פ (שם סי' מ"ז ס"ק ו' אות י"ג), באיש ואשה שהוחזקו נשואים, ובאו עדים, תרי אומרים שהיו קידושין ותרי אומרים שלא היו קידושין מעולם, שנחלקו האחרונים, יש סוברים שהאשה הוחזקה אשת איש, וחזקה זו מבררת את הספק, ויש אומרים שחזקת אשת איש לא מבררת למפרע ספק בקידושין.

ח. בקידושין שנתבטלו, האם חוששים לקדושי ביאה

בפרקים הקודמים עסקנו באריכות בתוקפם של הקידושין בנדון דידן. ולפי הצד שהקידושין בטלים, יש לעיין האם חוששים שמא האיש קידש את האשה בביאה, כדי שלא תהיה בעילתו בעילת זנות.

ובאוצה"פ (סי' מ"ב ס"ק יז אות ג') כתב שנחלקו בזה האחרונים, יש סוברים שלא חוששים שהאיש חזר וקידש בביאה, שלאו כו"ע ידעי שקידושין בע"א בטלים, ועל דעת הקידושין הראשונים בעל, ויש סוברים שחוששים שחזר וקידש בביאה. ונראה שגם לדעת הפוסקים שחוששים לקידושי ביאה בקידש בע"א ובעל, בחתן ע"ה שקידש בפני שני עדים שאחד מהם קרוב או פסול, אין חוששים לקידושי ביאה, דמסתמא החתן אינו יודע להבחין בין עד כשר לעד פסול, ועל דעת הקידושין הראשונים בעל.

ונרחיב בזה, דאיתא בגמ' בכתובות (ע"ד ע"א):

> **אמר רב עולא בר אבא אמר עולא אמר רבי אלעזר: המקדש במלוה ובעל, על תנאי ובעל, בפחות משוה פרוטה ובעל - דברי הכל צריכה הימנו גט. אמר רב יוסף בר אבא אמר רבי מנחם א"ר אמי: המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל - צריכה הימנו גט, בהא הוא דלא טעי, אבל בהנך טעי. אמר רב כהנא משמיה דעולא: המקדש על תנאי ובעל - צריכה הימנו גט, זה היה מעשה, ולא היה כח בחכמים להוציאה בלא גט. לאפוקי מהאי תנא, דאמר רב יהודה אמר שמואל משום רבי ישמעאל: והיא לא נתפשה אסורה, הא נתפשה מותרת, ויש לך אחרת שאף על פי שלא נתפשה מותרת, ואיזו? זו שקידושיה קידושי טעות, שאפילו בנה מורכב על כתיפה ממאנת והולכת לה.**

ופרש"י שם:

> **רבי אמי - פליג אדרבי אלעזר ואמר המקדש בפחות משוה פרוטה ובעל הוא דצריכה גט אבל המקדש במלוה או על תנאי ובעל אינה צריכה הימנו גט מאי טעמא בהא הוא דלא טעי להיות סבור שפחות משוה פרוטה יהיו קידושין הילכך גמר ובעל לשם קידושין.**
>
> **אבל בהנך טעי - כסבור יודעת היא שאין עליה נדרים לכך היא נשאת וכי בעיל אדעתא דקידושי קמאי בעיל ולא לשם קידושין במלוה לאו הכל בקיאין בהלכות קידושין.**

והרמב"ם (הל' אישות פ"ז הכ"ג) פסק:

> **לפיכך המקדש על תנאי וכנס סתם או בעל סתם הרי זו צריכה גט אף על פי שלא**

נתקיים התנאי שמא ביטל התנאי כשבעל או כשכנס. וכן המקדש בפחות משוה פרוטה או במלוה וחזר ובעל סתם בפני עדים צריכה גט שעל בעילה זו סמך ולא על אותן הקידושין הפסולין, חזקה היא שאין אדם מישראל הכשרים עושה בעילתו בעילת זנות והרי בידו עתה לעשותה בעילת מצוה.

וכתב המגיד משנה (הל׳ אישות שם):

חלק בין דין זה לדין המקדש על תנאי בג׳ דברים. הא׳ שלמעלה הזכיר וכנס או בעל וכאן כתב ובעל בלבד. השני שלמעלה לא הזכיר עדים וכאן כתב בפני עדים. והשלישי שלמעלה הגט הוא מספק כמ״ש שמא ביטל התנאי וכאן הוא על הודאי כמ״ש חזקה היא שאין וכו׳ וכל זה מבואר בלשונו למי שמעיין בו. והטעם לב׳ חילוקים הראשונים הוא מפני שבמקדש על תנאי כל שנתבטל התנאי א״צ קידושין אחרים לפיכך אפילו בכניסה בלבד יש לחוש שמא ביטל התנאי וכן אין צריך עדים מפני שהקידושין היו כבר בפני עדים ובביטול התנאי הן חלין ממילא אבל במקדש בפחות מש״פ או במלוה קידושיו אינם כלום וצריך קידושין אחרים ולפיכך צריכה ביאה בעדים... ויש מי שאומר שבפחות מש״פ צריכה גט ודאי ובמלוה ספק שמא היה סבור שקידושי מלוה קידושין. ויש מי שאומר שאפילו בפחות מפרוטה הוא ספק ואם בא אחר וקידשה צריכה גט משניהם ויש לחוש לדבריו.

ובשו״ע (שם סי׳ ל״א סעי׳ ט׳) כתב:

...אבל אם קדשה בפחות משוה פרוטה, ואח״כ בא עליה סתם בפני עדים, צריכה גט, שודאי בעל לשם קידושין. הגה: ה״ה קטן שקידש ונתגדל אצלה, צריכה גט, דודאי בעל כשהגדיל לשם קדושין (טור סי׳ מ״ג ותשובת הרא״ש כלל ל״ה). ודוקא בכהאי גוונא, שכל אדם יודע דאין קדושי קטן או בפחות מפרוטה כלום, ולכן בעל לשם קדושין. אבל במקום דאיכא למיטעי, צריך קידושין אחרים. (תשובת מיימוני סוף נשים כמו שנתבאר סי׳ זה סעיף ד׳).

ובב״ש (אה״ע שם ס״ק כ״ד) כתב:

שודאי בעיל לשם קדושין - הנה בש״ס פ׳ המדיר איתא ג׳ דינים קידש על תנאי קידש פחות משוה פרוטה קידש במלוה ומדייק המגיד מרמב״ם ספ״ז ה״א דס״ל פחות משוה פרוטה ומלוה מקדש אותה בביאה בודאי וי״א בשלשתם הוי קדושי ספק ויש לחוש לדבריהם כ״כ המגיד והר״ן ותימא על המחבר שפסק בפשיטות כרמב״ם ויותר קשה על הרב רמ״א מ״ש וה״ה קטן וכו׳ ודאי בעיל וכו׳ ש״מ דס״ל בפחות משוה פרוטה כהמחבר דודאי בעיל לשם קידושין ובסימן כ״ח סעיף ט״ז כתב ה״ה פחות משוה פרוטה הוי קידושין מספק אבל עיקר נראה בשלשתן צריכה גט לחומרא ...

ונראה מכלל הדברים, שהטעם שחוששים שהאיש חזר וקידש בביאה, הוא משום שיתכן שיודע שיש פגם בקידושין וגמר ובעל לשם קידושין, אבל במקום שברור שהחתן אינו יודע דבר, לדברי הכל אין חוששים שהאיש חזר וקידש בביאה.

וגדולה מזו מצאתי בתשובת אאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל ביביע אומר (ח"י אה"ע סי' ט"ו) שם דן באשה שנשאת בנישואין רפורמים והתגרשה, ומבקשת להינשא לכהן, וכתב:

> **ואף על פי שהמבקשת ... הודתה שאחר טקס הנישואין שנעשו ע"י הריפורמים, דרה יחד עם בעלה כמה שנים עד שנתגרשה ממנו, אין לחוש לחזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וגמר ובעל לשם קידושין, שמאחר שנישאו ע"י "הרב" הריפורמי, אף הביאה שהיתה אח"כ בדירתם, על דעת הנישואין בעל, וכמו שאמרו כיו"ב בכתובות (עג ב) המקדש בפחות משוה פרוטה, כי קא בעל אח"כ אדעתא דקידושין הראשונים בעל. וכ"כ באגרות משה אה"ע ח"ד (סי' עה) הנ"ל. וכן מבואר בשו"ת הריב"ש (סי' ו). והוסיף, ועוד שהמקדש בביאה צריך שיתייחדו בפני עדים, ושיאמר בפני עדי הייחוד, התקדשי לי בביאה, אבל בלא אמירה כלל, המתיחד עם האשה אין אומרים שבא עליה לשם קידושין. ע"ש. וע"ע בשו"ת מהר"י לבית הלוי (כלל א סי' ו, דף יז ע"ד), לגבי הקראים שקידושיהם נעשים בפני עדים פסולים, ונמצא שאין קידושיהן קידושין, ואף על פי שהם דרים יחד שנים רבות, כל בעילותיו שהוא בועל הוא סומך על קידושיו הראשונים. ואין לומר חזקה שבעל לשם קידושין. ע"ש.**

דברים אלו אמורים גם במי שהוא שומר מצוות ואינו רוצה להיכשל בביאת זנות, על אחת כמה וכמה בנדון דידן, שהאיש והאשה היו חילונים גמורים בזמן שנשאו, שבודאי לא אכפת להו מבעילת זנות, כמו שכתבו הפוסקים, עי' שו"ע שם סי' קמ"ט סעי' א', ובאה"ט שם, ומה שכתב אאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל ביביע אומר (ח"ו אה"ע סי' א'), ובעוד מקומות.

ט. מעמדם של כהנים בני זמננו

בענין זה נעתיק מפסק דין שניתן בבית הדין הגדול בהרכב שבראשותי ביום ז' אב תשע"ד (03/08/14) שבו העתק תשובת אאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל בכתב יד, שרואה אור לראשונה. וכך כתבנו שם:

> **והנה גם אם נחליט כדברי הרמב"ם והשו"ע שנאמרו בענין מי שאמר כהן אני שהאשה ספק חללה שייכים גם בנדון זה שיש לאשה דין ספק פסולה לכהונה, אעפי"כ הואיל ועפ"י דברי ריב"ש סי' ע"ד ומהרשד"ם ועוד פוסקים אין הכהנים כהני וודאי אלא כהני ספק, נמצא שיש כאן ס"ס להתיר, ספק שמא אותו בחור הוא בן לאם יהודיה וספק שמא הבחור שרוצה לישא את הבחורה המדוברת, אינו כהן.**

ובענין זה ראיתי להביא העתק תשובה כת"י של מרן רבי עובדיה יוסף זצוק"ל שכתב בענין חזקת הכהונה לחכם אחד.

הנה ראיתי מ"ש מעכ"ת, והעלה בכתא דהיתרא להתירם להנשא זל"ז, ובאחד הנימוקים שכתב, הסתמך על מ"ש החזון איש, שהכהנים שבזמנינו אינם נידונים אלא כספק כהנים, ולא כהני ודאי. והנה אמרתי להרחיב הדיבור בזה, מאשר כתבתי במקום אחר בנוגע לכהנים בזמן הזה שאין להם כתב היחס, האם יש להם דין כהני ודאי או ספק כהנים הם. הנה הריב"ש בתשובה (סי' צד) כתב, שהכהנים בזמן הזה שאין להם כתב היחס, ורק מפני חזקתם נהגו לשאת כפיהם ולקרות בתורה בראשונה, ומה שהמנהג שהכהן עולה ראשון לקרות בתורה, אינו אלא מנהג בעלמא, שהרי אין להם כתב היחס. והביאו בשו"ת מהרשד"ם (חאה"ע סי' רלה), וכתב לסמוך על זה להתיר שבויה לכהן, דהוי איסור דרבנן, וספיקא דרבנן לקולא, מפני שכהני זמנינו אינם כהני ודאי. ע"ש. גם הרמ"א בדרכי משה א"ח (סי' תנז אות ד) הביא דברי מהרי"ז (סי' קצג) שאין נותנים בזה"ז הלה לשום כהן קטן, משום דלא מחזקינן בזמן הזה לשום כהן ככהן ודאי. ע"כ. וכ"מ מהרש"ל בספר ים של שלמה (חולין פרק כל הבשר סוף סי' ד), והש"ך יורה דעה (סי' שכב סק"ט). ע"ש. ואף על פי שבשו"ת מהרימ"ט ח"א (סי' קמז),ובשו"ת חוט השני (סי' יז), כתבו לדחות דברי מהרשד"ם. וכ"כ בשו"ת כנסת יחזקאל (סוף סי' נו). מ"מ בשו"ת שבות יעקב ח"א (סי' צג) כתבו לדחות דברי מהרשד"ם וכ"כ בשו"ת כנסת יחזקאל (סוף סי' נו) מ"מ בשו"ת שבות יעקב ח"א (סי' צג) כתב להחזיק בסברא זו, וכתב להתיר חלוצה שנישאת לכהן, מפני שאין איסורה אלא מדרבנן (קידושין עח) וכהנים שבזמנינו אינם כהנים בודאי, אלא רק ספק כהנים, וספיקא דרבנן לקולא. וכן כתב בשאילת יעב"ץ ח"א (סי' קנה), שיש לפקפק בכהני זמנינו שאינם כהנים בודאי. וכ"כ בספרו מור וקציעה (סי' כח) ע"ש. וכן כתבו בשו"ת יד אליהו מלובלין (סימן סח) ובשו"ת בית אפרים (חלק או"ח סימן ו). וע"ע בשו"ת אגרות משה (חיו"ד סי' רל) ע"ש. ובשו"ת שבות יעקב ח"ג (סי' קכ) חזר וכתב, ובכהני דידן אין להחמיר, כיון דריעא חזקתייהו, מפני שאין להם כתב היחס לכהונה. וכמ"ש המהרשד"ם (חאה"ע סימן קלה) וסיים, ולא נעלם ממני שבתשובת מהרימ"ט (סי' קמז), וכן בשו"ת חוט השני (סי' יז) חלקו על דברי מהרשד"ם, מ"מ בספרי שבות יעקב ח"א (סי' צג) דחיתי כל דבריהם באורך ע"פ סוגיית הש"ס והפוסקים וכו'. ע"ש. ובשו"ת בני משה שלטון (סימן ל דף סה ע"ד), אחר שכתב להסתמך ע"ד הריב"ש ומהרשד"ם להקל, כתב, שאף שהמהר"י הלוי בתשובה (סי' ל) פליג על דברי מהרשד"ם, הנה מצאנו ראינו לכת מרבותא רבני גאוני ויניציא, אשר הובאו דבריהם בשו"ת מהרימ"ט (סי' קמה) דס"ל כדברי המהרשד"ם להקל בכהני זמנינו. וכן הובאו דבריו בשו"ת מים החיים (חאו"ח סי ח) ע"ש, ובשו"ת רב פעלים ח"ב (חאו"ח סי' לט) בד"ה ברם, הביא מ"ש החקרי לב (חאה"ע סי' ב דף ד ע"ד), שאף

שמהרימ"ט והרב חוט השני חלקו על מ"ש המהרשד"ם, שכהני זמנינו הם כהני ספק, מ"מ מהרשד"ם הכריע כן מדברי הריב"ש, שאין בידם לחלוק עליו. ושו"ר למהרח"ש ח"ג (סי' נד) שפירש דברי הריב"ש באופן אחר וכו'. ע"ש. וכתב ע"ז הרב פעלים, אך באמת קשה לפרש כן דברי הריב"ש כאשר יראה הרואה. עכ"ל. וע' בחזון איש (אה"ע סי' ג) שהביא מ"ש הש"ך יו"ד (סי' שכב) והמג"א (סי' תנז) בשם מהרי"ל, שהטעם למנהגינו שאין נותנים חלת חו"ל לכהן שטבל לקריו, או לכהן קטן, שמשום שאין לנו כהן ודאי. [וכן כתב בשו"ת מהרי"ו סי' קצג], והיינו משום שאין לנו בית דין המדקדקים שלא יעלה לנשיאות כפים ולתורה, ע"פ עדות עצמו. ומן הדין אין מעלים לכהונה אלא על פי עדים בפני בית דין, שכך תיקנו חכמים שתהיה עדות בפני בית דין, וצריך דקדוקא יתירה. אלא שאין בידינו להעמיד הדת על תלה, לכן ראוי שלא לתת להם חלה ע"פ עדות עצמם. וכיון שכבר חלפו דורות רבים שעלו הכהנים על פי עדות עצמם, וכן נוהגים עכשיו, אין ראוי לתת להם חלה, ע"ש. אולם האמת יורה דרכו, שיש סמך גדול למה שכתב המהרשד"ם מדברי ר"י החסיד בספר חסידים ומקיצי נרדמים סוף סימן תר"ל בענין המעשה ברב האי גאון שהיה מקיף כל שנה את הר הזיתים בעם רב של כהנים ואחריהם העם ונגלה אליו אליהו ואמר לו שמכל הכהנים שהיו שם אין שום אחד מהם כהן, רק אחד שהולך בבגדים קרועים והוא חיגר ברגלו אחת וחסר עין אחת זהו כהן אמת מזרע אהרן, ועי' עוד בס' בן יהוידע פסחים מט. ד"ה במתניתא תנא ובשו"ת חמדת שלמה סי' פ"ז, ע"כ מתשובה כת"י של מרן רבי עובדיה יוסף זצוק"ל.

ובענין זה עי' גם מש"כ אאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל ביביע אומר (ח"ז אה"ע סי' ט' אות ו'), שלא סמך על דברי המהרשד"ם ודעימיה רק כסניף להקל, ובתשובה שבכת"י המאוחרת יותר נראה שסמך יותר ע"ד המהרשד"ם, ואין בידנו להכריע איזו מתשובותיו עיקר. ושוחחתי בעניין זה עם גיסי חכם עזרא בר שלום. ידוע שמרן בשנים האחרונות היה עולה ראשון, שאלתי אותו מתי הוא התחיל בזה, כשהרב היה רב ראשי לא היה עושה כן, הוא אמר לי שהוא היה עושה כן רק בבית כנסת שלו, שהיה בבית שלו, בגלל שזה לא כהני יחס, רק כהני חזקה בעלמא, סמך על הריב"ש והמהרשד"ם. על אף שהמהרימ"ט חולק על המרשד"ם וכתב לסתור את כל דבריו, ועוד האריכו בזה האחרונים כמו שכתב מרן בתשובותיו. ובשו"ת בית אפרים לפני קרוב ל־200 שנה הוא מחלק בין כהני א"י לחו"ל, בחו"ל האשכנזים לא נושאים כפיים, הספרדים נושאים כפיים, כהנים של חו"ל הם זה רק חזקה בעלמא, כהני ארץ ישראל הם כהני וודאי. בזמנינו גם בכהני ארץ ישראל יש לדון. בפרט הפרסיים הרבה מהם לא כולם, לא כוהנים (נטען שאותם כהנים היו חולים וחשבו שאפשר לקנות כהונה כדי שיהיה להם כהונה כסגולה לבריאות). אמנם הראש"ל הרב בקשי דורון, חולק על מרן בעניין זה ומגן על הכהנים הפרסים, האמת יורה דרכה, שהרבה מהם לא כוהנים.

מכל מקום יש כאן סניף חשוב שאפשר לצרף לעוד ספיקות. ועל אף שבחכמת שלמה

(אה״ע סי׳ ו׳) כותב שאין לצרף סברא זו אפילו על ספק, וראיתי כמה אחרונים שהעתיקו את דבריו, אבל נעלם מהם בשו״ת אלף לך שלמה (סי י״ד) כתב שהוא חוזר בו ואפשר לצרף את זה לסניף. וכ״כ עוד אחרונים, במהרש״א (יו״ד סימן רע״ב) לגבי הלכות מילה, ובשו״ת אבני צדק, המהר״ם שיק, צמח צדק, מנחת יצחק ועוד.

ובמאמר המוסגר, באנציקלופדיה הלכתית רפואית כתוב שלכוהנים יש גנים מיוחדים, ונוכל לבדוק, אלא שהבדיקה הזו אינה מאה אחוז, כך כותב הראשל״צ בספרו שערי עוזיאל וכ״כ הציץ אליעזר. לאחרונה פנה אלי פרופסור מאוניברסיטה בבאר שבע וטען שהוא יכול להוכיח שהבדיקה היא מאה אחוז. כשיבא נראה. אפילו אם נאמר שהבדיקה הזו טובה, הוא כהן, אבל מי אמר שהוא לא התחלל, גם אם הוא כהן אולי הוא חלל, סבתא שלו אולי נישאה לנכרי.

ובאמת צריכים להיזהר מאד בקביעות כאלה שפלוני כהן או לוי שלא לפי הכללים המסורים לנו. הנה לאחרונה בא אלי גר צדק, שהתגייר במערך הגיור, הוא ביקש שם משפחה לוי, כשם משפחת אשתו, במערך הגיור לא נתנו לו רשות, הוא רצה לעקוף אותם בא אלי, שאתן לו אישור, אמרתי לו איך אפשר לקרא לך לוי, אתה גר, אחר כך יעלו אותך ללוי, לכן לא הסכמתי בשום אופן, שיכתבו לו לוי. עוד מקרה שאירע לאחרונה, אחד התגייר ביקש לכתוב בכתובה את שם המשפחה שלו ולא בן אברהם אבינו, זה מעכב או לא, כתובה זה שטר חוב, מצד שני לפעמים הדיינים משתמשים בכתובה לשמות הגט, לכן אי אפשר להקל. הוא אמר לי אני מתבייש, כולם צריכים לדעת בחתונה שאני גר צדק, כולם מכירים אותי שאני חרדי, למדתי בישיבה היה בין הבחורים כומר שהתגייר, היום הוא ת״ח חשוב מאוד, הוא אומר אני מתבייש יקראו עלי בכתובה בן אברהם אבינו, ביקש רשות לא הסכמתי, רק אמרתי לו שהרב הקורא של הכתובה לא חייב לקרוא את הקטע הזה, הקריאה הוא רק מנהג בעלמא, זה לא דבר שמעכב.

נחזור לנדון דידן. הכהן הוא פרסי, כהן חזקה ממש, שמרן נטה להקל בכהונתו, ובפירוש יש לצרף זאת לקולא לכלל הספיקות שהעלינו בתוקף הקידושין.

י. גט שסודר לחומרא או לרווחא דמילתא, האם פוסל את האשה לכהונה

לאור כל האמור ומפורט לעיל, קידושי הצדדים לא נעשו כדין ומעיקר הדין היה מקום לבטלם, והגט שסודר לצדדים, נעשה לרווחא דמילתא כדי לצאת ידי כל הדעות. ויש לדון אם גט כזה פוסל את האשה לכהונה. והנה פשוט שגט פסול מהתורה אינו פוסל את האשה לכהונה, כמו שפסק מרן השו״ע (שם סי׳ ק״נ סעי׳ ג׳). ובגט שניתן לאשה שהתקדשה שלא כדין, דנו הראשונים.

במרדכי (קידושין סי׳ תקל״א) כתב:

מעשה בנערה שהיתה משודכת לכהן ולא נתקדשה ובא פריץ אחד בבית הנערה

עם שני עדים ונכנס עמה בדברים ונתן לה טבעת ולא הזכיר שום קדושין עד לאחר שעה אז אמר הוו עלי עדים שקדשתיה ואחד מן העדים אומר אני ראיתי נתינת הטבעת והשני אומר אף נתינת הטבעת לא ראיתי כי גוף הפריץ הפסיק בינו לבינה ולא יכולתי לראות רק כשאמר הוו עלי עדים אמרתי לה השליכי כי לקידושין נתן לך והשליכה ואז קמו קרובי הנערה וכפו הפריץ שיתן לה גט והשוו כל הגדולים שהקדושין לא היו קדושין... ופסק ה"ר אליעזר מביה"ם דכיון שקבלה גט נאסרה לכהן הראשון ששדך וראיה מפרק האומר דתניא היא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו ואמר רב עלה כופין [ושמואל אמר] מבקשים אותו ליתן לה גט ופרכינן עלה בשלמא מבקשין לחיי אלא כופין אמאי לימא לא ניחא לי דאיתסר בקרובותיה מ"מ כיון שנתן גט ובנתינת הגט לא היה מעכב רק להתירה לשוק לפי דבריה.. ה"נ ל"ש. ולא דמי לסריס שחלץ ואילונית שחלצו לה דלא פסלה דהתם סימני אילונית וסריס מוכיחים עלה וליכא למיטעי. ועוד הביא ראיה מפ"ב דכתובות גבי מעלין משטרות ליוחסין דמסיק אלא דכתב ביה ואני פלוני כהן לויתי מפלוני מנה וחתימי סהדי ומשמע התם (*דמאן) [*דלמאן. מ"י] דאית ליה מעלין אכולה מלתא מסהדי וסומכין על כך אפילו להקל וביוחסין עשו מעלות הכא נמי בגט דכתיב אנת פלונית דהות אנתתי מן קדמת דנא (*משמע) דיש להחמיר בגרושה לכהן והאריך ואני קצרתי. ונחלקו עליו ר"י הלבן ורא"ם וכתב ר"י הלבן נראה לי דאשה שאמרה לא קדשתני... אם היא כפאתו לגט לאחר כן לא מיתסרא בקרוביו ואין זה כמודה לדבריו שאומר קדשתיך... דאיתסר בקרובותיה דהתם [שאני] הואיל וכתב בגט וכדו פטרית ותרוכית יתיכי ליכי אנת אנתתי כו' הרי הודה בקדושין להדיא הלכך מדרבנן אסור בקרובותיה שהרי (*לא) הודה מעצמו וכדי להתירה לשוק כתב כך אבל ברישא אם האשה כופתו על גט אינה מודה דאדרבה היא צווחת שלא קדשה מעולם אלא שקבלה מחמת חשש הנמנע לנושאה... והרא"ם כתב נראה לי כל גט שאינו מתיר לא לאיש ולא לאשה אינו פוסלה לכהונה והוי ככותב ונותן גט לפנויה ... ומה שדימהו הרב ר' אליעזר מביה"ם להיא דקדושין ... שאני התם דגט צריך הוא לה וכשכופין ב"ד יאמרו גרושה היא..

תמצית דברי הראשונים: דעת הר"א מביהם שאשה שקבלה גט כשלא היתה זקוקה לו לפי דין, פסולה לכהונה, כשם שאיש שנתן גט לאשה שאמרה קדשתני והוא מכחיש ואומר לא קדשתיך, נאסר בקרובותיה, בגלל שהגט מוכיח שהיתה אשתו, אלא אם כן יש הוכחה שניכרת לכל שמלכתחילה לא היו קידושין, כמו בקידושי סריס או אילונית. הר"י הלבן מסכים עם הטעם שכתב הר"א מביהם באשה שאמרה קדשתני וכו', אלא שמחלק בין האיש המגרש שנאסר בקרובות האשה על אף שאומר לא קדשתיך, מפני שהגט כתוב בלשונו, לבין אשה שמתגרשת בגט שאינו נחוץ לפי הדין, שאינה נאסרת לכהן מפני שהגט אינו כתוב בלשונה, ואף שקרוביה כפו על האיש לגרשה, אין כאן הודאה שקידשה, שעשו כן מפני שחששו

שימנעו מלנושאה. דעת הרא״ם, שבאשה שאומרת קדשתני והאיש מכחיש, הטעם שהאיש אסור בקרובותיה הוא משום שהגט היה נחוץ לאשה, והוא הדין כאשר הגט נחוץ לאיש, אבל כאשר הגט לא נחוץ כלל, כגון, כשנתן גט לפנויה, או כשקידש אשת איש ונתן לה גט, הוא אינו נאסר בקרובותיה, והיא אינה נאסרת לכהן.

במרדכי בהמשך שם דן בתוקפם של הקידושין בנדון דידיה, שעד אחד ראה את הקידושין ועד שני שמע לשון קידושין ואחר כך ראה את הטבעת ביד האשה, ומסקנתו שבצירוף כל הריעותות הנ״ל האשה לא מקודשת כלל כהכרעת כל הגדולים. ונראה מדבריו שאשה שהתקדשה בפני ע״א והתגרשה פסולה לכהונה, הואיל ולדעת הרא״ם שחשש לדעת ר״פ בקידושין בע״א, אלמלא הגט האשה לא היתה רשאית להינשא לדעת.

ובתשובות מיימוניות (נשים סי׳ ב׳) כתב:

> **והמקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו ולא בעיא גט מדקאמרינן (קידושין סה ב) אין חוששין. וכ״ת נצריכה גט לחומרא נמצא אתה פוסלה לכהונה. ואי משום קלא דקמי נישואין הוא קול ושוברו עמו הוא, אבל אי מעיקרא הוה נפיק עלה קלא דקידושין גמורין ואחר זמן נודע דלא קידשה אלא בעד אחד, אי לא מבטלינן קלא צריכה גט כרב ששת (גיטין פט א) דהילכתא כוותיה באיסורי. אמנם באבי העזרי פסק כרב, וכרבי יוחנן דירושלמי (גיטין פ״ט ה״י) דמבטלינן קלא. ושלום מאיר ב״ר ברוך שיחיה.**

המהר״ם פוסק שאין חוששים לקידושין בע״א, והאשה מותרת בלא גט. ואף שיצא עליה קול קידושין, קיי״ל שמבטלים קלא. ואין להחמיר ולסדר גט, שלא לפוסלה לכהונה. מבואר שלדעת הפוסקים שסוברים שקידושין בע״א אינם כלום, אם סודר גט לחומרא, האשה פסולה לכהונה.

ובב״י (אה״ע סי׳ י״ג) הביא כמה תשובות של הראשונים בנדון דומה של אשה שהתגרשה בגט שלא היה נחוץ לפי הדין, האם דינה כגרושה לכמה עניינים ונשאלה השאלה האם עליה להמתין ג״ח הבחנה. וכתב שם:

> **ובתשובה אחרת כתב והיא בתשובות להרמב״ן (במיוחסות) סימן קל״ב מסתברא אחר שיצאה בגט צריכה להמתין ג׳ חדשים... וכל שכן זו שיצא עליה קול והצרכת׳ אותה גט יאמרו קמו רבנן בקידושין וקידושי מעליא הוו... וכיוצא בזה בתשובה אחרת (ח״א) בסימן תק״ן. וכתב בתשובה אחרת על אלמנה שיצא עליה קול שנתקדשה לראובן והלכו אוהביה אצל ראובן וקבלו גט ממנו ואותו ראובן נשבע לאחר נתינת הגט שאותו קול היה שקר ושלא קדשה מעולם נראה לי פשוט שהיא אסורה בקרוביו והוא אסור בקרובותיה ואין השבועה עושה כלום דכל שנתן גט מעצמו כופין אותו אפילו ליתן כתובה כדאיתא פרק האומר (קידושין**

סה.) כל שכן שהיא אסורה לינשא תוך שלשה חדשים. ובתשובה אחרת כתב וז״ל כבר נשאלתי על דבר זה בלשון רחב ומבואר שכך היה המעשה... ומי שאמר שיגרש בגט שלא כראוי עשה שאין כאן בית מיחוש כלל וכל שלא היתה צריכה גט ממנו אפילו נתן לה גט אותו גט אינו פוסל לכהונה שזו לא נתגרשה מאישה אלא מאיש שאינו אישה... ואם נפשך לומר והרי שנינו בפרק האומר (סה.) קדשתני והוא אומר לא קדשתיך ואיתמר עלה בגמ׳ אמר רב כופין אמאי לימא לא ניחא דאיתסר בקרובותיה ... דשאני התם דכיון שהיא אומרת שנתקדשה לו ואיפשר שהוא כדבריה הרי הוא בספק גט אבל לאחר שנתברר שלא היה (כ)[ב] דברי ראובן זה כלום מאותם הטעמים הגלויים גט זה שנתן שגעון בעלמא היה ואין בו ממש ולא חיישינן ליה לכלום לא לאסרה לכהונה וכל שכן להצריכה ג׳ חדשים עכ״ל. עיין במרדכי דקידושין פרק האומר (סי׳ תקלא). כתב רבינו ירוחם (נכ״ג ח״ג קצז:) כל אשה המתגרשת מחמת קול שיצא עליה שנתקדשה מותרת לינשא מיד ואינה צריכה להמתין ג׳ חדשים פשוט בתוס׳ פרק המגרש (צ. ד״ה והלכתא) וכן מוכח שם.

וז״ל תשובת הרשב״א (ח״א סי׳ תק״נ) שבב״י מציין לה:

שאלת .. וראובן שדך בתו עם שמעון ואחר כך נתבטלו הקידושין. וכשנתבטלו לחשו את ראובן שיתן שמעון גט כדי שלא יוציא קול עליה שהיא מקודשת. וראובן הנזכר היה עם הארץ ושמע לקול המלחשים ההם ונתן שמעון גט לבתו. אבל לא יצא עליה שום קול הברה שהיתה מקודשת. ואפילו העדים מעידים שלא נעשה אלא מפני החשש ולא משום קול קדושין. אחר כך שדך ראובן הנזכר את בתו לאלעזר הכהן. אם יכול אלעזר לישאנה? ... תשובה גט זה פוסל לכהונה. חדא דמאן לימא לן דלא נתקדשה לו כהוגן אף על פי שיש תקנה בעיר ובקנס שלא לקדש אשה שם אלא בעשרה ובשליח צבור. דילמא עבר וקדש... ואפי׳ אם לא נתקדשה לו כמו שאמרת מכל מקום אין זה ידוע לכל ואיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא. וכדאמרינן ביבמות ... דילמא איכא דשמע בחליצה ולא שמע בהכרזה ואתי למימר קא שרו חלוצה לכהן... ועוד דאמרינן בקדושין (פ״ג דף ס״ה)... לא ניחא לי ליתסר בקרובותיה. והא הכא דהוא אומר לא קדשתיך וכל זמן שלא נתן גט מותר בקרובותיה... אפילו הכי כל שנתן גט הוא אסור בקרובותיה.

הב״י מביא את התשובות מבלי לציין שהן סותרות זו את זו. שבתשובה המיוחסת לרמב״ן, ובתשובה שבח״א סי׳ תקן כתב הרשב״א שחוששים לקול שיצא עם נתינת הגט שיאמרו קמו רבנן במילתא שהאשה זקוקה לגט, ולא תועיל הכרזה שהאשה לא היתה מקודשת, דאיכא דשמע בהא ולא בהא, ובתשובה אחרת כתב הרשב״א שכאשר ברור שהאשה לא התקדשה, אין הגט פוסלה לכהונה, דגט זה שגעון בעלמא הוא. ולא חשש לקול היוצא.

והרמ"א (אה"ע סי' ו' סעי' א') הביא את תשובת הרשב"א בח"א (סי' תק"נ) להלכה:

ואפילו לא נתגרשה רק משום קול קידושין בעלמא, אף על פי שהוא ברור שאין ממש באותן קידושין ואין נותנין גט רק מכח חומרא בעלמא, אפילו הכי פסולה לכהונה.

ובח"מ (אה"ע שם ס"ק ב') כתב:

אפ"ה פסולה לכהונה - בהג"ה מרדכי מביא כמה דעות דכשירה לכהונה וכן הביא ב"י תשובת הרשב"א בסי' י"ג ס"ק ג' שכשרה לכהונה בנתן גט שאינו צריך ע"פ הדין והוא ממש הפך תשובה זו שהביא הרב כאן בשם הרשב"א ויש לחלק.

ולא כתב מה החילוק. ובב"ש (אה"ע שם ס"ק ג') כתב:

וע' הג"מ פ' האומר ותשובת רמב"ן סי' קל"ב ותשובת הרא"ש בטור ס"ס מ"ו וב"י רס"ג ושם מבואר דוקא אם הב"ד הצריכו גט אף על גב שהיה מחמת קול בעלמ' חיישינן אבל אם הוא נתן גט מעצמו ולא היה נצרך ע"פ הדין לא הוי גט והביא ד"מ שם וכ"כ בית הלל אלא בתשובת רשב"א סי' תק"ן משמע לכאורה דסותר לזה דהא שם היה ג"כ שידוכים וגירש מעצמו בלא דעת הב"ד ומ"מ פוסק שם דהוי גט ואפשר בתשו' סי' תק"ן שאני דאע"ג ע"פ הדין לא היה צריך לגרש וגירש מעצמו אמרינן שמא אמת הדבר דקידש משא"כ בתשובות שהביא הב"י לא היה שם אלא ב' עדים וא' מת א"כ תו ליכא חשש כלל וא"צ גט כלל.

וקשה על הב"ש, שברשב"א בתשובה (ח"א סי' תק"נ) כתב להדיא: ואפי' אם לא נתקדשה לו כמו שאמרת מכל מקום אין זה ידוע לכל ואיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא? וצ"ע. ונראה שהב"ש נוקט שהעיקר להלכה כדעת הרא"ם במרדכי, שבמקום שהאיש או האשה זקוקים לגט לצורך היתר, האשה נפסלת לכהונה.

העולה מדברי הב"ש שבשלשה אופנים האשה פסולה לכהונה: א. במקום שהאיש או האשה זקוקים לגט לצורך היתר. ב. במקום שהאיש והאשה לא זקוקים לגט לצורך היתר מפני שאין ראיה מספיקה שהאשה התקדשה, אך אפשרות זו לא נשללה. ג. במקום שהאיש והאשה לא זקוקים לגט לצורך היתר, והגט סודר בבית דין, חוששים לקול שיאמרו שבית הדין בירר שהאשה זקוקה לגט.

ואולם, במקום שהאיש זקוק לגט לצורך היתר לשאת אשה אחרת במקום שנוהגים חדר"ג, והאשה לא קבלה את הגט מרצון, כתב החת"ס שהאשה לא נפסלת לכהונה. ז"ל בתשובה (ח"א אה"ע סי' ק"ד):

והנה לע"ד היא האשה לא תקבל גט ברצונה דבקבלת גיטה מגלי דעתה שהיא חוששת לדבריו ועי"ז תיפסל מכהונה ע"י הגט שתקבל... אבל כשהוא זורק לה

> **גט בע״כ להתיר עצמו מכבלי חדר״ג.. והיא לא מפסלה מכהונה לע״ד דהרי ספק אשת איש אנו מתירין ואף על גב דלפי דבריו נתקדשה ואפ״ה היא מותרת לעלמא דהיא נאמנת על עצמה ק״ו שנתירה לכהונה עפ״י דברי עצמה שהיא אומרת שנתגרשה מאיש שאינה אשה שאפי׳ ריח הגט אין בו.**

ויש לעיין, באופן שהגט סודר על ידי דיין יחיד לבקשת הצדדים, האם חוששים שמא יאמרו דק בית הדין בדבר וכו׳. הואיל ולפי המצב החוקי הנוהג בישראל, בית הדין הרבני הוא הגורם היחיד המוסמך להתיר נישואין של יהודים אזרחי ישראל הרשומים נשואים, ובדיון בבקשה לגירושין בית הדין אינו עוסק כלל בטיבם של הנישואין ובתוקפם של הקידושין. ואף כשהמבקשים נישאו בנישואין אזרחיים בלבד, ניתן פסק דין לגירושין והצדדים מתגרשים בגט כדמו״י.

והנה הראשונים והב״ש כתבו שקול יוצא כאשר בית הדין הצריכו את האשה בגט, משמע שבית הדין סבר שהאשה זקוקה לגט כדי להתיר את נישואיה. ובתי הדין בזמן הזה אינם עוסקים כלל בשאלה האם יש צורך בגט, אלא האם החלטת המבקשים להתגרש נכונה, והאם הגירושין מותרים במקרה של נישואין ראשונים לאשה.

ועי׳ באוצה״פ (אה״ע שם ס״ק ט״ו) מש״כ בשם האחרונים, ודו״ק שאין במש״כ שם סתירה למה שכתבתי. ועי׳ במש״כ (שם אות ג׳) בשם שו״ת שפתי כהנים, שדן במקרה שהרב מסדר גט לא דן בכשרות עדי הקידושין לבקשת אבי האשה שרצה שהאשה תהיה מותרת ללא כל פקפוק, ופסק שגט זה לא סודר על פי בית דין, לאחר שלא היתה הוראה של בית הדין שיש צורך בגט, והאשה מותרת לכהונה.

וה״ה והוא הטעם בבני זוג שמבקשים שינתן פסק דין לגירושין בדיין יחיד, שאינו רשאי לדון בתוקפם של הקידושין, שהגט אינו פוסל את האשה לכהונה.

וכן נראה מדברי אאמו״ר מרן הראש״ל זצוק״ל (יביע אומר ח״ד אה״ע סי׳ ו׳) שכתב:

> **ואין לומר דעכ״פ בנ״ד הואיל ונתקבל הגט ע״י אביה לא יצאה מאיסור גרושה לכהן, ... וכבר פסק הרשב״א שאפי׳ לא נתגרשה אלא משום קול קידושין בעלמא, ואף על פי שהוא ברור שאין ממש באותן קידושין, והגט ניתן רק לחומרא בעלמא, אפ״ה פסולה לכהונה. וכ״פ להלכה הרמ״א באה״ע (סי׳ ו ס״א). ע״ש. אולם הנה בתשו׳ הרשב״א שבב״י (ר״ס יג) מתבאר דכל כה״ג אינה נפסלת לכהונה. וראיתי בחלקת מחוקק ... והכנה״ג (שם הגב״י אות ה) ג״כ העיר בסתירת ד׳ הרשב״א. ושכ״כ הלחם רב סי׳ לג שד׳ הרשב״א סותרים זא״ז. והביא דברי מהרש״ל בתשובה (סי׳ כה) שהעלה לענין מעשה, שאע״פ שנראה שאין גט זה פוסל לכהונה מאחר שנתגרשה במקום הועד ע״פ גדול הדור פסולה לכהונה. ולא זכר הרש״ל תשו׳ הרשב״א שבב״י סי׳ יג. עכת״ד. ולפ״ז בנ״ד שנתגרשה ע״י**

אביה לפני חכם וסופר הכפר יש מקום להתיר, בפרט שידוע לנו מהות הגירושין על קידושי קטן שלרוה"פ אין בהם ממש כלל ואפי' ריח הגט אין בהם.

הרי דעת מרן הראש"ל, שסידור הגט לפני החכם וסופר הכפר, לאשה שאפשר להתירה בלאו הכי, אינם פוסלים את האשה לכהונה.

זאת ועוד, שכבר האריך אאמו"ר מרן הראש"ל זצוק"ל (יביע אומר ח"ו אה"ע סי' א') שדעת כמה אחרונים שדין זה שכתב הרמ"א בשם הרשב"א הוא פלוגתא דרבוותא, ודעת מרן השו"ע היא כדעת הרשב"א שהביא בב"י שמתיר. עיקרי הדברים בתשובת מרן שם:

עכ"פ מדברי מרן הש"ע שהשמיט תשובת הרשב"א (סי' תק"נ), ותשובת הרא"ש (כלל לה), מוכח דס"ל שהעיקר כתשובת הרשב"א שבב"י (סי' יג). וכמ"ש ג"כ בשו"ת לחם רב להלכה. (והרמ"א בהגה שהחמיר בסי' ו לפוסלה לכהונה, ובסי' י שאסורה לחזור לבעלה הראשון, החמיר גם בסי' יג ס"ט שאם נתגרשה מחמת קול קידושין בעלמא צריכה להמתין ג' חדשי הבחנה). ולכן בנ"ד שמעיקר הדין לרוב גדולי אחרונים אין צורך בגט לנישואין אזרחיים, וכ"ה דעת הרמב"ם ומרן הש"ע, ובפרט שבנ"ד לא היו נזהרים כלל באיסור נדה שהוא בכרת, ומכיון שיש צורך למבקשים לחזור ולהנשא זו לזה לתועלת ילדם המשותף שהוא חולה וזקוק להורים שיסעדוהו ויטפלו בו כראוי, יש מקום להתיר להם לחזור ולהנשא בחופה וקידושין כדמו"י, ואף המצריכים גט בנישואין אזרחיים משום חומר איסור אשת איש, כאן באיסור לאו בעלמא (שמחזיר גרושתו משנישאת לאחר) אין לחוש.

ובנדון דידן, הצדדים הגישו בקשה לאישור הסכם וסידור גט, וביום ב' באדר תש"ע (16/02/10) התקיים דיון בדיין יחיד, וההסכם אושר, וניתן פסק דין לגירושין שבו נכתב הנוסח הקבוע, שבית הדין מאשר את הסכמת הצדדים להתגרש זמ"ז, הא ותו לא.

לאור כל האמור לעיל, נראה לכאורה שאין לאסור את האשה לכהן בגלל גירושין אלו, לאור המבואר לעיל שהגט שהאשה קבלה מבעלה לא היה מחויב לפי הדין, ובצירוף כל הספיקות שהעלנו לעיל.

יא. מצב בו בני זוג חיים יחד, האם דנים אותו כדיעבד

המצב כיום הוא שהמבקשים כבר שבו לחיות יחד בין היתר מתוך דאגה לטובת ילדיהם, וקשה הפרידה, ובפרט לילדים שעלולים להיפגע שוב, ובהתחשב בכך שלפי עדות הרב המקומי, המבקשים במסלול של התחזקות בתורה וירא"ש, ופירוד מחודש עלול לעצור תהליך מבורך זה. ויש לעיין האם מצב זה חשוב כדיעבד.

ועי׳ לאאמו״ר מרן הראש״ל זצוק״ל בשו״ת יביע אומר (ח״ד שם) בנדון איש כהן ואשה בת נכרי שהיו אדוקים זב״ז וקשה להפרידם, ודן אותם כדיעבד, ואלו דבריו:

> **ומצאתי להגאון רבי אברהם ריוח בשו״ת ויען אברהם (חאה״ע סי׳ עט), שהאריך למעניתו בדין גוי הבא על בת ישראל וילדה בת ונישאת לכהן, אם תצא, ומסקנתו שלא אמרו שהיא פגומה לכהונה אלא לענין לכתחלה, אבל בדיעבד לא תצא, ובפרט לפי מ״ש הגאון רעק״א שכל האיסור אינו אלא מדרבנן וא״כ הו״ל ספיקא דרבנן ולקולא. וכ״כ החלקת מחוקק (סי׳ ז ס״ק כו) והבית מאיר (סי׳ ה) וכו׳. וסיים, וזכור אזכור מה שהוגד לי מרב אחאי גאון הראב״ד הרה״ג המשמ״ח אליקים נר״ו, מזה כמה שנים, דהוה עובדא בכהן שנשא בערכאות בתולה שנולדה מישראלית שנבעלה לגוי, והורה הרה״ג מרא דאתרא להתירה להנשא לכהן בחופה וקידושין כדמו״י, והסכים על ידו מורנו ורבנו עטרת ראשנו ראש הרבנים בארץ ישראל מופת הדור כמהר״ר רפאל מאיר פאניזיל, המרפ״א, זצוק״ל. וצ״ל שטעמם לפי שהנישואין שעל ידי הערכאות הצרפתים אי אפשר להפרידם זה מזה, ותמיד הם קשורים יחדיו זל״ז, ונחשב הדבר כדיעבד, ולכן התירו להם להנשא כדמו״י, ועוד חזון למועד לדעת על מה אדני ההיתר הטבעו, כיון שיצאו מפה קדשו של אדמו״ר עט״ר הנ״ל. ע״כ. ונראה שהדברים קל וחומר לנ״ד שכבר הרתה לו, והיא בחדש הרביעי להריונה וקשורים זה לזה בעבותות אהבה, וגם ספק גדול אם הוא באמת כהן, לפי מה שנודע לנו שהדבר מצוי בערי פרס להדביק תאר כהן לאנשים המכובדים בעיניהם, (ויש כאלה שנודרים בעת חולים שאם יקומו מחולים יהיו כהנים). הילכך בודאי שיש להקל בנ״ד לאפשר להם להנשא זל״ז כדמו״י.**

ועל כל זאת יש להוסיף טעם חשוב, דכאן עסקינן בבני זוג לשעבר שחזרו לחיות יחד, שאם היו מבקשים להיפרד, היו חייבים בגט לחשוש לדעת הפוסקים דאמרי׳ אין אדם עושה בב״ז גם במי שאינם מקפידים על טהרה, עי׳ באה״ט סי׳ קמט, וודאי חשיב טפי דיעבד בכה״ג, דאם נדחה את בקשתם להינשא כדמו״י, יחויבו להיפרד בג״פ.

על אף כל האמור, וכדי שלא יאמרו שבבית הדין הגדול מקלים בנישואין של כהן וגרושה, לא ניתן פסק דין המתיר להם להינשא, ובחרנו בדרך אחרת של פשרה, שהואיל והם היו נשואים וחזרו וצריכים גט נוסף, לא נפריד הדבקים, ולא נתיר להם להעמיד חופה ולהינשא, אלא נקבע שיכירו במצבם כנשואים לפי חוק וימשיכו לחיות יחד.

הרב דוד לאו
הרב הראשי לישראל, נשיא בית הדין הגדול

בירור יוחסין של בן הנולד לאחר הגירושין

לפנינו שאלת יוחסין של בנם של בני הזוג שהתגרשו בתאריך כ״ח שבט תשנ״ד [9.2.94].

לאחר הגירושין ילדה האשה בכ״ח סיון תשנ״ד [7.7.94], זאת אומרת ארבעה חודשים לאחר הגט.

בדיון שהתקיים בביה״ד האזורי בב״ש כשלש שנים לאחר הלידה, טען הבעל שנפרד מהאשה שנה וחצי לפני הגירושין, וכן חזר על טענתו זו בדיון בערעור שהתקיים בתאריך ו׳ תמוז תשנ״ט, אולם בערעור שהתקיים בתאריך י״ח כסלו תשנ״ט טען שנפרדו זמן רב לפני הגירושין, והוסיף שחושב שזה היה שמונה חדשים לפני הגירושין. ולאחר שהפנו את תשומת ליבו לדבריו בביה״ד האזורי טען שלא זכור לו בדיוק הזמן אבל ברור לו שנפרדו זמן רב לפני הגירושין.

בדיונים שהתקיימו בביה״ד האזורי הסכימה האשה לטענותיו של הבעל, אולם במהלך הדיונים שהתקיימו במסגרת הערעור טענה שנפרדו רק באזור החגים לפני הגירושין, זאת אומרת שתשעה חודשים לפני הלידה עדיין היתה בקשר עם הבעל ויש לתלות שהולד הוא ממנו.

תיק זה עבר דיונים בהרכבים שונים, כאשר דעת ההרכב בבית הדין הגדול הייתה חלוקה. אחד הדיינים התיר, אחד הדיינים אסר ודיין חשוב שלישי נטה לאסור אולם הסכים להעביר שאלה זו לעיונם והכרעתם של גדולי תורה. השאלה הועברה לעיונו של הגר״ש משאש זצ״ל ויבלחט״א הגר״ב בארי שליט״א שכתבו להתיר והרחיבו בנימוקיהם.

כעת, לאחר שנים, שאלה זו עומדת בפנינו.

דיון:

החשש לממזרות במקרה שלפנינו ובמקרים דומים נובע מטענתו של האב שילד זה אינו בנו, ומהנאמנות שנתנה התורה לאב על בנו מדין ״יכיר״ לומר שהוא ממזר, וכמו שפסק השו״ע אבהע״ז סי׳ ד סכ״ט: **אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה, אינה נאמנת לפוסלו. אבל האב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפוסלו, והוא ממזר ודאי. ואם היא אומרת: מעובד כוכבים או מעבד נתעברתי, הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בזה.**

אלא שכידוע כבר פתחו גדולי האחרונים פתח להתיר במקרים דומים למקרה שלפנינו.

מקור הדברים הוא משו״ת רעק״א ח״א סי׳ קכח: יש לפנינו שלשה צדדי היתר: א׳, דעת בה״ג דנאמן לומר אינו בני רק ע״י הכרת בכורה שאומר על הקטן שהוא בכורו, וממילא הגדול ממזר. ב׳, דעת תוס׳ רי״ד דנאמן לומר אינו בני רק היכא דהיא אינה מכחישתו, כגון שמתה ולא נבדקה, אבל במכחישתו אינו נאמן. ג׳, דעת הריא״ז הוא בש״ג וכ״ה בספר המכריע (סי׳ ס״ד), דנאמן רק באומר שהוא בנו והוא ממזר או בן גרושה, דעל בנו האמינתו התורה לפסלו, אבל לומר שאינו בנו והוא ממזר אינו נאמן.

אמנם בהמשך דבריו כתב הרעק״א: ואך עכ״ז קשה לנטות מפסקא דהרמב״ם והש״ע דמשמע דבכל ענין נאמן לומר אינו בני.

אולם בסוף דבריו כתב: אך עם כל זה כיון דיש לנו סעד גדול מהראנ״ח הנ״ל, והוסיף חתני הגאון נ״י[א], דעכ״פ ע״י ג׳ צדדי ההיתר משוי לן לספיקא דדינא, וא״כ הוי ספק ספיקא: ספק כהנך רבואתא ואינו נאמן כלל דאינו בנו, וספק שמא מנכרי[ב].

בנדון שלפנינו אמנם יש מקום לומר שאין לנו אלא שני צדדים לומר שאין לאב נאמנות משום דין יכיר: שיטת הבה״ג ושיטת הריא״ז, שהרי האשה בדיונים שהתקיימו בתחילה בבית הדין האזורי בבאר שבע הודתה לדברי הבעל שהולד אינו ממנו. ואף על פי שבדיונים מאוחרים יותר חזרה בה האשה וטענה שיתכן שהוא אביו של הולד, מכל מקום נראה שבמקום שמלכתחילה לא הכחישה האשה את דברי הבעל, וכבר ניתנה לו נאמנות בבית דין, גם לדעת התוס׳ רי״ד אין לה נאמנות לחזור ולהכחיש את דבריו, שהרי אין לאשה נאמנות מצד עצמה, וכל כח הנאמנות שלה אינו אלא לבטל את נאמנותו של האב, וממילא במקום שמלכתחילה לא הכחישה את דבריו, שוב אין לה נאמנות לחזור בה ולהכחישו. וכן כתב בשו״ת בנין עולם אבהע״ז סי׳ ו שאם בא הבעל תחילה לבי״ד ואמר שאינו בנו ואח״כ הכחישתו האשה, אינה נאמנת, וכעין הדין שכל מקום שהאמינה תורה לעד אחד הרי זה כאילו באו שני עדים ושוב אין עד אחד יכול להכחישו, וכל שכן שכך הדין במקרה שהודתה לו מלכתחילה.

אלא שמדברי החת״ס בתשובה (אבהע״ז סי׳ יג) שכתב לחמיו בענין זה, מבואר שדחה את דברי התוס׳ רי״ד, ועיקר סמיכתו לומר שיש כאן ספק ספיקא אינה אלא מכח דברי הבה״ג והריא״ז. וכך כתב שם: הנה מ״ש הריא״ז בשם זקנו בקונטרס הראיות שהוא ספר המכריע שבידינו, ממנו קצת שם מבואר בהיפוך לכאורה... האמת בתוס׳ רי״ד בקידושין מייתי בהחלט דבמכחשתו אינו נאמן, כמ״ש לעיל בפרקין, והיינו בארוס וארוסתו, ולא מייתי תי׳ אחר. אבל

א. הוא החתם סופר שיובאו דבריו להלן.

ב. יש לציין שכל ההיתר הזה מבוסס על ההנחה שספק ספיקא מועיל להתיר חשש ממזרות אפילו לכתחילה, וכידוע נחלקו בזה האחרונים, אולם למעשה הכרעת גדולי האחרונים כאן היא שיש לסמוך על ספק ספיקא להקל אפילו לכתחילה. ועי׳ שו״ת יביע אומר אבהע״ז ח״ז סי׳ ו שהאריך להביא דעת כל הפוסקים שפסקו להתיר איסור ממזרות בספק ספיקא.

הסברא תמוה, מנ״ל להמציא כך, התורה האמינתו לאב אפי׳ נגד חזקה דאורייתא, ולא מצינו בשום מקום נאמנות לאם מן התורה, איך ניקום ונימא מסברא דהכחשת האם יועיל, לולי ראי׳ מש״ס, וכיון דמארוס וארוסתו אין ראי׳ כנ״ל, א״כ אזדא לי׳ הך דינא. ואולי חזר בו בס׳ המכריע, ודברי ריא״ז תמוהים. והב״ש רמז עליהם בסי׳ ד׳ סקמ״א, ולפע״ד אין לסמוך על זה כלל.

אולם למרות זאת כתב בהמשך דבריו להסכים להיתר של הרעק״א: היוצא מהנ״ל דבאומר להדיא בלי הכרת בכורה אינו בני, כל אפין שוין בה״ג ור״ת ורש״י ותוס׳ רי״ד בס׳ המכריע ור״א מפרי״ש דלא מהימן, וכדמשמע מקרא לתת לו ולא ליטול ממנו, ולא פליג בהדיא אלא הרמב״ם, ויפה כח מו״ח הגאון נ״י דעל הפחות שקול ישקלו כל הני הגאונים עם דעת הרמב״ם בספק שקול, וה״ל ספק ספיקא, ספק הלכה כהגאונים הנ״ל, ואם ת״ל כרמב״ם דלמא [מגוי התעברה]. וספיקא מעליא הוא, דהרי האי גברא כל סמיכתא על שמצא אשתו שוכבת עם אחד, וזה מצא בביתו, הרי אזלי אינהו לגביהו ומרובא דעלמא גוים פרשי, ולכל הפחות מידי ספיקא לא נפקו והו״ל ספק ספיקא.

הרי שעיקר הצד לומר שהאב אינו נאמן היה משום שאמר אינו בני בלי הכרת בכורה, ודבר זה שייך גם בנדון שלפנינו.

כן כתב בפירוש בשו״ת אמרי יושר ח״ב סי׳ קיד, שמבואר מדברי החת״ס שדי בשני הצדדים הנ״ל להתיר. וגם הוא התיר למעשה במקרה שלו על סמך ספק ספיקא זה.

אמנם בחת״ס שם התיר למעשה בצירוף לזה שלדעתו באותו מקרה לא היתה כלל אמירה של הבעל שהולד אינו ממנו, אלא שאמר כן בדרך של השערה בעלמא. אולם משמע מדבריו שגם בלא זה הסכים לדברי הרעק״א.

גם בשו״ת עין יצחק אבהע״ז סי׳ ז הסכים להיתר זה של הרעק״א, והאריך לחזק את הדעה שאין האב נאמן לטעון על הולד שאינו בנו, ומביא שכן פסק המהרש״ל ביש״ש להלכה, ושלכל הפחות נחשב כספיקא דדינא, ולבסוף מסיק: נחזור לענינינו דיש לנו לסמוך על דברי הגאון ר״ע איגר זצ״ל, לדון בכה״ג דין ס״ס, ספק שמא מבעלה, וספק שני שמא מנכרי... וכמו כן בנ״ד יש לנו ס״ס הזה, ספק שמא מבעלה, וספק שני שמא מנכרי, וע״כ יש לנו להתירו לבא בהקהל.

כך הורה גם תלמיד הגר״א, הרי״א חבר בשו״ת בנין עולם אבהע״ז סי׳ ו להתיר שכתב: וכיון שיש לנו כמה פוסקים ובה״ג מכללם דעכ״פ אין הולד ממזר ודאי אלא ספק, וא״כ מן התורה הוא כשר גמור, יש לנו לצרף עכ״פ סברתם לסניף להתיר במקום שיש טעמים בלאו הכי.

הרי שאף הוא מצדד להתיר במקום שיש צדדים נוספים מלבד הצדדים שהעלה הרעק״א, אלא שכתב כן מטעם שונה במקצת, ולכאורה כוונתו שהואיל ויש כאן ספק, וספק ממזר מותר מהתורה, א״כ כל נדון שיהיה חוזר להיות ספק דרבנן שדנים לקולא[ג].

ג. על דרך שכתבו הפוסקים לבאר בכל ספק ספיקא על פי שיטת הרמב״ם שדין ספק דאורייתא לחומרא אינו אלא מדרבנן,

אין חוששים לבעילת גוי

אמנם על עיקר ההיתר של הרעק״א והחת״ס הנ״ל, העירו האחרונים שלכאורה הצד שמא נבעלה מגוי נסתר מדברי הב״ש בסי׳ ד ס״ק מג שכתב: כתב בד״מ בשם תשו׳ מהרי״ו סי׳ ע״ד אשה שנתגרשה וילדה מכשירים הולד משום ס״ס הוא, שמא אחר גרושין זנתה, ואת״ל קודם גרושין שמא זנתה עם עכו״ם... אלא עדיין קשה אם יש צד לתלות שזנתה עם כותי אם כן פרוצה ביותר נמי יש ס״ס שמא הולד מבעלה ושמא מכותי. וי״ל מהרי״ו לטעמו דס״ל פרוצה ביותר ליכא חשש ממזר כמ״ש לעיל, ובפסקי מהרא״י דס״ל פרוצה איכא חשש ממזר לא ס״ל דתלינן בכותי. ובסמוך כתבתי דפליגי בזה הרמב״ם והטור.

דבריו בסמוך הם בס״ק נב, לגבי הנדון של אב שאומר על בנו שאינו ממנו, וכך כתב שם: והוא ממזר ודאי - כ״כ הטור ש״מ דס״ל אם לא אמרה היא מכותי נתעברתי לא אמרינן אנן שמא מכותי נתעברה אבל הרמב״ם כתב דהוא בחזקת ממזר והיינו ספק ממזר די״ל שמא מכותי נתעברה כמ״ש בסמוך כ״כ המגיד היא נאמנת לומר מכותי העובר והולד כשר משום בלא דיבורה הולד ספק ממזר ושמא מכותי הולד לכן היא נאמנת ולשיטת הטור דס״ל הולד ממזר ודאי קשה למה היא נאמנת להכשיר.

כן כתב בב״ש שם ס״ק מד: כתוב בפרישה אם הוא בפנינו ואומר שאין הולד ממנו והיא אינה בכאן אז הולד ספק ממזר שמא מכותי נתעברה, ומה שכתב בסמוך אם הוא מכחיש אותה הולד ממזר ודאי היינו כשהיא כאן ואינה אומרת מכותי הולד. מיהו למ״ש בסמוך נראה דלא אמרינן מכותי נתעברה.

כלומר שלדעת הב״ש יש בדין זה מחלוקת בין הרמב״ם והטור וכן בין המהרי״ו ומהרא״י, ולדעת הפרישה הדין תלוי אם האשה נמצאת לפנינו ואינה טוענת שנבעלה לגוי, או שאינה נמצאת לפנינו. וכן היא דעת שער המלך פט״ו מאיסורי ביאה הי״ז.

גם לדעת הפרישה ושעה״מ במקרה שלפנינו, שהאשה אינה אומרת שהולד מגוי אין לתלות שהתעברה מגוי, ואין לצרף צד זה לספק ספיקא.

אלא שדברי רעק״א הנ״ל הם לשיטתו בתשובה אחרת שבה הביא את דברי הב״ש וחלק עליו, וכמובא בפ״ת שם: ועי׳ בתשו׳ רע״ק איגר סימן ק״ו שהאריך לחלוק על הב״ש בזה במ״ש דלא מספקינן בערבי, וכתב דמה דהוציא כן הב״ש לעשות מחלוקת בין הרמב״ם והטור מחמת דקדוק לשונם אינו מוכרח כלל וכלל ודברי הרמב״ם והטור באו בדיוק היטב כו׳ (ומבואר שם דאפי׳ בהיא לפנינו ואינה אומרת דמערבי אעפ״כ מספקינן בערבי ודלא כהפרישה שהובא בב״ש ס״ק מ״ד ע״ש ועמ״ש לעיל ס״ק ל״ו), וראיה מכרעת דמספקינן בערבי... וכן ממה דמבואר בס״ס ז׳ (צ״ל ו׳) דאם יש ערבי בתה פסולה לכהונה הרי דתלינן בערבי לחומרא לענין

שלכן יש להקל בספק ספיקא משום שהוא ספיקא דרבנן, וא״כ בספק ממזרות יש לומר כן לכו״ע.

יחוס כהונה ומה״ת לן להמציא דבר חדש דלענין ס״ס וכן להקל בא״א שזינתה לדונו כממזר ודאי שלא להסתפק בערבי. וגם בתשו׳ מהרי״ט סימן ט״ו מבואר דמספקינן בערבי (אלא שדבריו שם אינם מובנים) ע״ש באורך. גם בתשובת הקודמות שם בוויכוחים שעברו בינו ובין הגאון בעל בית מאיר והובא קצת לעיל ס״ק ט״ז מבואר דשניהם כאחד מסכימים לדינא דמספקינן בערבי ומצרפין זה לס״ס. ועמ״ש לקמן סימן י״ג סי״א ס״ק י״ח דנראה שכן הוא גם דעת הגאון בעל נו״ב ז״ל ועמ״ש לעיל ס״ק ל״ו.

מה שכתב הפ״ת שכן היא דעת הבית מאיר, לא היה צריך להביא מדבריו שהובאו בשו״ת רעק״א, שהרי הבית מאיר בחיבורו על השו״ע שם סכ״ז האריך לחלוק על הב״ש, וכעין דברי רעק״א הנ״ל. ובתחילת דבריו כתב שוודאי יש להסתפק שמא נבעלה לאינו יהודי, שהרי אינם יהודים פרוצים בעריות וישראל גדורים. ולכן מסיק שבין לדעת הרמב״ם ובין לדעת הטור דוקא בעיר שכולה יהודים הבן הוא ממזר ודאי אבל בעיר שיש גוים בתוכה הולד אינו אלא ספק ממזר.

כן כתב בשו״ת עין יצחק שם: אכן באמת עיקר סברתם שכתבו דהיכא דלא טענה דמנכרי נתעברה לא מספקינן כלל בנכרי מדלא טענה כן, יש לתמוה... א״כ כש״כ בנ״ד דאין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה דמנכרי נתעברה כו׳, דהא בודאי מתביישת להודות דמנכרי נתעברה, וע״כ טוענת דמבעלה נתעברה... ע״כ אין לנו שום הוכחה ממה דלא טענה כן. ובלא״ה אין סברא כלל לדון ההוכחה מדלא טענה כו׳. דהא אין האם נאמנת לפוסלו... וע״כ אין לנו שום ראי׳ כלל ממה דלא טענה כל דלא יהא עדיף ממה דאומרת האם דבנה ממזר דאינה נאמנת כלל... ומצאתי ראיתי בבית מאיר סי׳ ד׳ סעי׳ כ״ז שהשיג על הב״ש בזה ופירש דאין הכרח מן הטור והרמב״ם כלל, ולדינא מספקינן דשמא נתעברה מנכרי והנכון עמו וכמו שכתבתי.

שוב ראיתי כי רע״א זצ״ל בסי׳ ק״ו בד״ה וביותר לדעתי הקלושה כו׳ הביא לדברי הב״ש הזה והשיג עליו והביא כן בשם המהרי״ט סי׳ ט״ו. וע״כ שפיר יש לנו למנקט לדינא להתירו בקהל ע״פ הך ס״ס וכמש״כ רע״א בסי׳ קכ״ח. ואחר כותבי כל זה ראיתי בתשובת חתם סופר סי׳ י״ג שהביא ג״כ להך עובדא דבתשובת רע״א סי׳ קכ״ח והעלה ג״כ להיתירא ע״פ הך ס״ס... ולכן בנ״ד יש לנו לסמוך ולהתירו בקהל משום הך ס״ס.

אלא שעדיין יש לפנינו קושי גדול להסתמך על היתר זה של גדולי האחרונים, שהרי הם דיברו באופנים שבהם יש רוב גויים באותו מקום, וכמבואר מדברי החת״ס שהובאו לעיל: וספיקא מעליא הוא, דהרי האי גברא כל סמיכתא על שמצא אשתו שוכבת עם אחד, וזה מצא בביתו, הרי אזלי אינהו לגביהו ומרובא דעלמא גוים פרשי, ולכל הפחות מידי ספיקא לא נפקו והו״ל ספק ספיקא. ואם כן יתכן שבאופן שיש רוב ישראל בעיר אין להסתפק שמא נבעלה לגוי, וממילא אין כאן ספק ספיקא.

כן משמע בשו״ת אמרי יושר ח״ב סי׳ קיד אות ד שאין לסמוך על ספק ספיקא להתיר אלא במקום שיש רוב גוים.

בשו״ת בנין עולם אבהע״ז סי׳ ה אות ז, מצדד שיש לחשוש שמא נבעלה מגוי גם ברוב יהודים, אולם סייג את דבריו וכתב: ולפ״ז נראה דהכל לפי הענין דאם באותו מקום יש רוב אנשים הפרוצים בעריות ומיעוט גויים, בכה״ג גם הה״מ מודה דהוי ממזר ודאי.

כ״כ שם בסי׳ ו אות יא: כי נראה לומר דאפי׳ לשיטת השו״ע שפסק להלכה דהוי ממזר ודאי באומר אין זה בני, היינו דוקא בהיכא דלא שייך לתלות בנכרי ועבד, או היכא דרוב ישראל שבאותו מקום פרוצים בעריות ומיעוט נכרים.

לצערינו הרב נראה שבימינו בהחלט ניתן לומר שיש הרבה יהודים שפרוצים בעריות, וממילא לא בגלל זה ניתן לתלות בגוי.

אולם מדברי הרעק״א הנ״ל נראה שיש לחשוש שמא נבעלה מגוי גם במקום שאין לדבר סיוע מרוב, וכן משמע מדברי הבית מאיר שם שמפרש שדברי השו״ע אמורים דוקא בעיר שכולה יהודים. אם כי יש להסתפק שאולי עיקר טענתם מבוססת על ההנחה שישראל אינם מוחזקים בעריות, וא״כ אולי יודו לדברי הבנין עולם הנ״ל שבמקום שיש ישראל פרוצים והם הרוב אין לחשוש לגוי.

בשו״ת יביע אומר ח״ז אבהע״ז סי׳ ו נראה שנוקט להתיר בכל מקרה, והאריך בזה מאוד שכן דעת הרבה מהפוסקים שיש לתלות שמא נבעלה מגוי, וכן עיקר להלכה כדעה זו, ודבריו שם יכולים לשמש יסוד חשוב מאוד לכל הנידון שלפנינו, וזה תורף דבריו: **באור זרוע (סי׳ תרנז) שהביא תשובת רבינו חיים כהן, שרצה להתיר מטעם ספק ספיקא, שמא נתעברה בולד זה לאחר שנתגרשה, ושמא מעכו״ם נתעברה, אלא שכתב לדחות משום שרוב המצויים אצלה ישראל הם... ואולם המהר״י וייל הנ״ל צירף ספק דשמא מעכו״ם נתעברה לספק ספיקא, והרמ״א בדרכי משה מדשתיק ליה אודויי אודי ליה. ונראה שמחלוקתם היא אי בעינן ששני הספקות של הספק ספיקא יהיו שקולים, או די שספק אחד יהיה שקול, ואילו הספק השני אפילו הוא מיעוט יכול להצטרף לס״ס. שהאור זרוע בשם הר״ח כהן ס״ל שצריך שיהיו שני הספקות שקולים, וכשיטת התוס׳ כתובות (ט א) ד״ה ואיב״א... והפני יהושע שם כתב להקשות שהרי שיטת התוס׳ בכמה דוכתי דספקא דאורייתא לחומרא הוי מן התורה, וא״כ הא דקי״ל ספק ספיקא לקולא היינו כמ״ש הרשב״א דס״ס הוי כמו רוב, שספק אחד הוי פלגא ופלגא, והספק השני עושהו רוב, ואזלינן בתר רובא, וא״כ כשספק אחד שקול... ואידך ספקא... אף על גב דהוי מיעוטא אפ״ה מצטרף המיעוט למחצה והו״ל רוב להיתר. וכל שכן לשיטת הרמב״ם וסיעתו דספקא דאורייתא לחומרא רק מדרבנן, דאית לן למימר שלא החמירו אלא בספק אחד השקול, אבל כשיש עוד ספק כל שהוא דתו לא הוי פלגא ופלגא, י״ל שמותר לגמרי...**

ובקונטרס אחרון (סי׳ כח) הוסיף על זה, וכמדומה לי באמת שראיתי בכמה פוסקים ראשונים ואחרונים שכתבו דהיכא שהספק האחד שקול אף על פי שהשני אינו שקול חשיב שפיר ס״ס, ואפשר שהתוס׳ כאן ס״ל דמיעוטא כמאן דליתיה דמי, אבל לשיטת רבינו תם

בתוס׳ בכורות (כ ב) דקי״ל כרשב״ג דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והו״ל פלגא ופלגא, ה״נ י״ל שהמיעוט של הספק השני סמכינן ליה לפלגא של הספק הראשון והו״ל רובא. וצריך תלמוד. ע״כ. ומעתה י״ל שהאור זרוע בשם הר״ח כהן ס״ל כהתוס׳ כתובות (ט א) דמיעוטא כמאן דליתיה דמי. והמהרי״ו ס״ל כרבינו תם (בכורות כ ב) דחזי לאצטרופי לספק שקול והו״ל רובא, ומש״ה הספק דשמא נתעברה מגוי מצטרף לספק הראשון וחשיב שפיר ס״ס.

ולפ״ז צדקו דברי מהרי״ו שצירף הספק דשמא מגוי נתעברה לספק הראשון, שמא אחר גירושין נתעברה, ואף על פי שהספק דשמא מגוי נתעברה אינו ספק שקול, הואיל ולכ״ע קי״ל ספק ממזר מותר מן התורה, ואינו אסור אלא מדרבנן למעלת יוחסין, ודאי דשפיר דמי לצרף אף ספק שאינו שקול דשמא מגוי נתעברה לספק האחר שהוא שקול, דשמא נתעברה אחר גירושין, ובכה״ג לא גזרו רבנן, ומותר לכתחלה.

מכיוון שלדעתו עיקר הדיון הוא האם אפשר לצרף ספק שאינו שקול, מסתבר שגם ברוב יהודים עדיין יש כאן ספק כלשהו, ודוחק גדול לומר שברוב גויים יש ספק שאינו שקול, וכשיש רוב יהודים חוזר להיות שאין כלל צד לתלות שהתעברה מגוי.

עוד נראה לומר על פי מה שביאר בשו״ת חמדת שלמה סי׳ א בדעת הסוברים שאין לתלות שמא נבעלה לגוי וכתב: דעת הטור כמ״ש הב״ש ס״ק מ״ג ונ״ב דבישראלית לא חיישינן כלל לערבי. וצ״ל הטעם מחמת שינוי הדתות אינם מקורבים כ״כ.

יתכן להוסיף ביאור לדבריו שאף לסוברים שמועיל ספק ספיקא להתיר אפילו כשצד אחד אינו שקול, מ״מ צריך עכ״פ שיהיה ספק בדבר, מה שאין כן לתלות שמא נבעלה לגוי בגלל הריחוק ששרר בזמנם בין יהודים לגויים בגלל שינוי הדתות אינו נחשב ספק בכלל, שכן אין לנו לתלות מעצמינו במציאות שאינה סבירה, ולכן צד כזה אינו נחשב אפילו צד שאינו שקול, ועל כן אינו מצטרף לספק ספיקא. וגם החולקים יש מהם שמודים שבאופן שרוב המצויים אצלה הם יהודים אין לחשוש שמא נבעלה למישהו מהמיעוט שהוא מרוחק ממנה כל כך.

לפי זה יש לומר בהחלט שבזמנינו השתנתה המציאות בענין זה, ובמקומות רבים הריחוק שהיה בעקבות שינוי הדתות אינו קיים כלל בימינו. ובפרט שגם בין אזרחי מדינת ישראל ישנם רבים שנחשבים אזרחים רגילים לגמרי, ונראים כך בעיני הבריות, ובאמת אינם יהודים על פי ההלכה. וממילא יש לומר שבמציאות של ימינו לכו״ע יש לתלות שהולד הוא מגוי ואפילו במקום שישנם רוב ישראל שפרוצים בעריות.

גם יש לומר שבמקום שבו חיתה האשה, דהיינו בישוב נוה דקלים, שנמצא באזור שבו ישנו רוב שאינם יהודים, וחלק מהם נכנס לתוך הישוב בתור פועלים וכיו״ב, יתכן שיש מקום לדון כאל מקום שיש בו רוב גויים. אלא שאולי אינו נקרא רוב אלא ברוב המצויים אצלה, וממילא במציאות של ישוב מעין זה יתכן שיש לדונו כמקום שיש בו רוב יהודים.

אמנם גם אם נקבל את הנ״ל נראה שעדיין יש כאן בעיה קשה לסמוך על ההיתר הנ״ל, וזאת מכח דברי האמרי יושר שם: אך בפרט אחד נשתנה עובדא דידן לגריעותא, מחמת הקול שנחשדה עם ישראל, וגם הישראל הודה דרך וידוי, וא״כ איכא למיחוש טפי דמישראל זה שהודה נתעברה ולא מאחר[ד].

כן הוא בשו״ת בנין עולם שם: ומכ״ש בנד״ד שהודו הנואף והנואפת שזינתה עימו והולד הוא ממנו, דודאי נוטים הדברים יותר שהוא ממנו, משנאמר דזינתה עוד עם גוי.

יתכן שאפילו לדברי היביע אומר יש מקום להחמיר בזה, ואף על פי שהכריע שדי בספק אחד שקול וספק אחר שאינו שקול, מ״מ באופן כזה שידוע שזינתה עם אחד הצד לתלות בגוי אינו צד כלל, שהרי מהיכי תיתי להסתפק בזה, ואם כן אולי אין כאן סיבה להתיר.

מכל מקום אין זה דבר ברור, ויתכן שלפי דרכו של היביע אומר הנ״ל יש מקום לצדד להקל גם בכה״ג, ובפרט לאור דבריו שם בסוף התשובה: והרי מדאורייתא ספק ממזר משרא שרי, ומשום מעלת יוחסין הוא דבעינן ספק שני להתיר מטעם ס״ס, והבו דלא להוסיף עלה.

אכן בחלק י׳ מביא ביביע אומר להקל אפילו באופן כזה, ובאבהע״ז סי׳ ה כתב: וכ״כ הגאון רבי יעקב ששון בשו״ת בני יעקב (סי׳ י), להכשיר את הולד בנידונו, מכח ס״ס, שמא נתעברה מבעלה קודם הגירושין, ושמא מגוי ועבד. וכמ״ש מהרי״ו. וכתבו גאוני ירושלים בתשובה שהובאה בספר עיני כל חי (דף קנו ע״ב), דמוכח מדברי הרב בני יעקב, שאף שהיתה אשת איש כשנתעברה ולא דיימא אלא רק מאהובה הנואף, ושניהם מודים שהולד ממנו, אף על פי כן הכשיר הרב את הולד, דאמרינן שמא מגוי נתעברה. ולכן גם בנ״ד אנו מסכימים להכשיר את האיש ואת בניו מטעם ספק ספיקא הנ״ל. וחתמו על זה הגאונים חברי בית דין הצדק בירושלים, הרב יעקב שאול אלישר, הרב רחמים יוסף פראנקו, והרב שמ״ח גאגין. והסכים עמהם הגאון הראש״ל מהר״ר אברהם אשכנזי, זצ״ל.

נאמנות האב בלא הכרת בכורה

עוד יש לדון להתיר במקרה שלפנינו מכח דברי התשב״ץ ח״ב סי׳ צ ושו״ת בנין עולם אבהע״ז סי׳ ו אות יא, כמו שציין הגר״ש משאש.

התשב״ץ שם כתב: והעולה מכל זה הוא שהאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר אפילו בלא הכרת בכור ואפילו מוחזק בעדים שהוא כשר אלא שאם הוחזק מפי עצמו שהוא כשר שוב אינו יכול לפסלו שהתורה לא האמינתו אלא בדבור ראשון אבל לחזור מדבורו לא האמינתו ובנדון זה אם קודם שצעק הבעל על אשתו שהיא מזנה הוכר עוברה ונתפרסם הדבר שהיא מעוברת

ד. מה שכתב לדחות שם נראה שאינו שייך בנדון שלפנינו שהאשה חיה עם האיש בפרהסיא והדברים היו ידועים לכל.

נראה שאינו נאמן לומר אח״כ שאינה מעוברת (מפני) [ממנו] שכיון ששתק מתחלה הרי הוא כמו שהחזיקה הוא מעוברת ממנו וכיון שהוחזקה מעוברת ממנו אינו נאמן לומר לא באתי עליה כלל וממזר הוא.

דהיינו שהוא נוקט כדעת הסוברים שהאב נאמן לטעון על הולד שאינו בנו, ודלא כבה״ג והריא״ז, אולם למרות זאת סובר שבאופן ששתק במשך תקופה מסויימת שוב אינו נאמן לטעון שאינו בנו, מכיון שכבר הוחזק הולד כבנו על פי שתיקתו.

אולם צ״ע אם טעם זה שייך במקרה שלפנינו, שהרי לדברי הבעל הוא כלל לא ידע ששתו מעוברת, וגם אם לא נאמין לדבריו [וכן נראה לכאורה שבמקום שבו יש להסתפק האם יש לבעל נאמנות או לא, אין הוא נאמן לטעון שיש לו נאמנות כזו, ובפרט במקרה כזה שבזמן הגירושין היתה האשה בשלב שבדרך כלל ניכר עוברה], מכל מקום גם לפי דברי האשה ובעלה השני נראה שאדרבה הולד גדל אצל האשה והבעל השני, ולא היה לו שום קשר עם הבעל הראשון, וא״כ קשה מאוד לכאורה לייחס למקרה כזה את דברי התשב״ץ[ח].

הצד השני שהעלה הגר״ש משאש מבוסס על דברי הרי״א חבר בשו״ת בנין עולם שם וכתב: ועוד נלענ״ד לומר בנ״ד בלא״ה י״ל דאין הבעל נאמן לומר שאינו בנו כיון שיש כאן חשש שאומר כן בכדי שיפטור את עצמו ממזון שתבעתו אשתו לפרנסה ולזונה... דאף לשיטת הפוסקים דס״ל דנאמן לגמרי לומר שאינו בנו, מ״מ לא עדיף מעדות בכל התורה שנתנה להם התורה נאמנות מ״מ כל שיש להם חשש נגיעה בדבר אין להם נאמנות כלל, א״כ כ״ש לענין זה חידוש הוא שחידשה תורה שהאב נאמן לומר שאינו בנו לעשותו ממזר, אבל מנין לנו דגם ביש חשש נגיעה בדבר שהוא נאמן.

יש לדברים אלו מקור בשו״ת הרי״ד סי׳ צב שכתב: ולהך לישנא דמפרשי שהוא מעיד שאינו בנו אינו יכול לפוטרו מעונש קללתו והכאתו או לצרפו עמו לעדות כי הוא נוגע בעדותו שנראין הדברים שבעבור זה מעיד כך כדי לפוטרו ולצרפו עמו לעדות הוא מתכוין והילכך אינו נאמן.

כעין זה כתב גם בשו״ת ר״ש איגר אבהע״ז סי׳ ט, במקרה של פנויה שהרתה וטוענת שהולד הוא מפלוני, ואותו פלוני מכחישה, שאין לו נאמנות על הולד מדין ״יכיר״, מכיון שנוגע בדבר שאינו רוצה להיות מוחזק כרשע.

היתר זה שייך בהחלט גם בנידון שלפנינו, שנראה ברור שהבעל הראשון טוען שהולד אינו ממנו כדי שלא להתחייב במזונותיו וכדי שלא לסבך את מצבו המשפחתי.

ח. דברים אלו שייכים במקרים שהולד גדל עם אביו ואמו, או לכל הפחות גדל אצל האם לבדה, שאינו נראה ששייך למשפחה אחרת, וא״כ מאחר שידוע שהיא היתה נשואה לפלוני הרי יש כאן פשיטות מסויימת שהוא בנו של בעלה הקודם, וממילא אם לאחר זמן לפתע בא האב וטוען שאינו בנו, אין לו נאמנות.

אמנם מדברי כמה אחרונים נראה שאינם מסכימים להיתר זה. ולמשל בתשובת רעק״א הנ״ל הנדון היה באופן שהגרושה תבעה אותו בערכאות שיזון את בנו, ושם טען שהולד אינו בנו, ורעק״א לא הזכיר היתר זה כלל, וכן החת״ס שמתייחס לשאלה זו אינו מזכיר שאין לאב נאמנות בגלל שיש לו נגיעה בדבר[1].

אבל בפד״ר ח״א שציין אליו הגר״ש משאש, נראה שנקטו בפשיטות כדברי הבנין עולם, וצ״ע בזה.

מכל מקום לכל הפחות מכלל ספק אין הדברים יוצאים, ונמצא שיש לנו ספק נוסף אם האב נאמן, מלבד הספק שהעלו הרעק״א ושאר הפוסקים מצד דעת הבה״ג והריא״ז.

א״כ נראה לכאורה שדין זה תלוי במחלוקת הפוסקים אם לספק ספיקא במחלוקת הפוסקים יש דין של ספק ספיקא [הובאו בכנה״ג חו״מ סי׳ כה הגב״י אות פב ובאבהע״ז סי׳ סח הגה״ט אות כב], והכרעת הפוסקים היא שגם לספק ספיקא במחלוקת הפוסקים יש דין של ספק ספיקא, וכמו שכתב בתורת השלמים כללי ספק ספיקא המחודשים אות ו׳ [שהעתיק בבינת אדם שער הקבוע]: יש אומרים דאף על גב דמצרפין ספיקא דפלוגתא לספיקא דגוף המעשה והוי ספק ספיקא מכל מקום היכא דאיכא שני פלוגתא דרבוותא וכל פלוגתא הוא בענין אחר אף על גב דאיכא שני פלוגתא דרבוותא מכל מקום לא מיקרי רק חדא ספיקא דשם פלוגתא דרבוותא חד הוא אי הלכה כמאן דמתיר תבשיל זה או לא ודומיא בכללי ספק ספיקא דש״ך סימן י״א ורבים חולקים דהוי ספק ספיקא וכן נראה לי עיקר.

כן הביא בשו״ת יביע אומר ח״ו אבהע״ז סי׳ ו: ולדידן חשיב שפיר ס״ס אף בפלוגתא דרבוותא, וכמ״ש הכנה״ג בשו״ת בעי חיי (חיו״ד סי׳ רי״ו) בד״ה ועם כל זה, שכבר עלתה הסכמת רוב האחרונים דס״ס בפלוגתא דרבוותא חשיב שפיר ס״ס ואזלינן ביה לקולא אפי׳ בדאורייתא ואפי׳ באיסור ערוה ואיסור ע״ז. עכ״ל.

והביא לזה מקורות מעשרות פוסקים כדרכו בקודש, ולבסוף מסיים: וכן פשטה ההוראה אצל כל יודעי דת ודין. ויתד היא שלא תמוט.

אם כן יש לומר שגם בנידון שלפנינו יש כאן היתר מכח ספק ספיקא, ספק אם הלכה כבה״ג

---

1. אמנם בשו״ת חת״ס ח״ג סי׳ עו לענין מי שנשא אחות אביו וטען שאינו בנו כדי להתירו באחותו, כתב וז״ל: **ובר מן דין נ״ל דלאחר שכבר נעשה מעשה הערוה ונשא אחות אביו תו לא מהימן האב לכ״ע מכמה טעמי׳ חדא דה״ל נוגע בדבר מפני שנשא אחותו ונהי דהאמינו תורה נגד בניו שהם קרוביו היינו דוקא לענין זה ואין לך בו אלא חדושו אבל לענין שארי נגיעות לא עדיף מסהדי דעלמא.** ונראה שמסכים שבמקום שיש לאב נגיעה אינו נאמן, וא״כ צ״ע מדוע לא הזכיר צד זה בתשובה הנ״ל. אולם באמת משמע מלשונו שאין כוונתו לחלק בין מקרה שיש בו נגיעה למקרה שאין בו נגיעה, אלא בין הנאמנות כלפי הבן לומר שאינו בנו, שעל זה האמינה התורה את האב לכל דבר, הן כלפי דיניו של הבן והן כלפי זה שאינו חייב לזונו וכיו״ב, לבין נאמנות כלפי זה שאותו בן יהיה מותר בקרובותיו, שאינה תוצאה ישירה של זה שאינו בנו, אלא תוצאה עקיפה, ועל זה כותב החת״ס שאין לך בו אלא חידושו.

והריא״ז, וכמו שכתבו הרעק״א ושאר האחרונים[ז], וספק אם הלכה כרי״ד והבנין עולם שבאופן שהאב נוגע אין לו נאמנות על בנו.

גם לסוברים שספק ספיקא במחלוקת הפוסקים אינו נידון כספק ספיקא, מכל מקום יש לצדד ולהתיר על פי דברי הבנין עולם הנ״ל שגם בספק אחד אין צד של איסור מדאורייתא ואינו אלא איסור מדרבנן, וממילא במקום מחלוקת הדין הוא ספק דרבנן לקולא, ואינו דומה לכל ספק ספיקא.

עוד אפשר לצדד בזה על פי דברי שו״ת בית אפרים אבהע״ז סי׳ ב: ועפ״ז יש לתת טעם לדעת קצת פוסקים הסוברים דשני פלוגתא דרבוותא אין עושין מזה ס״ס, דלפי הטעם שכתבו הפוסקים בהיתר דס״ס לשיטת הרמב״ם דמחמת דספק הראשון מדאורייתא לקולא רק מדרבנן לחומרא, וא״כ הו״ל אידך ספיקא ספק דרבנן. וזה דוקא בשאר ס״ס אבל בספק דפלוגתא אף על גב דאי איכא חד ספק דפלוגתא וחד בגוף המעשה משווינן ליה ס״ס, היינו דמחמת ספיקא דגוף המעשה נעשה דרבנן ומחמת פלוגתא דרבוותא בשל סופרים הלך אחר המיקל. אבל היכא דתרווייהו ספיקא דפלוגתא נינהו אין כאן ספיקא דרבנן כלל אף לשיטת הרמב״ם, דבספק פלוגתא גם הוא מודה דמדאורייתא לחומרא.

אם כן יש לומר שכל זה אינו שייך אלא במחלוקת בכל דיני התורה, מה שאין כן בנידון של ממזרות שספק ממזר מותר מהתורה, א״כ אדרבה הרי גם לחולקים על הרמב״ם וסוברים שבכל דיני התורה ספיקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא, מ״מ בספק ממזר שאינו אלא מדרבנן, ודאי שמועיל גם ספק ספיקא במחלוקת הפוסקים.

בפרט שכאמור יתכן גם שיש כאן ספק ספיקא משום שיש לתלות שאולי הולד מגוי, ואף על פי שאינו פשוט להקל מצד ספק ספיקא כזה, מ״מ ראוי לצירוף לצדדים שלפנינו.

יש לציין עוד לדברי היביע אומר הנ״ל, שבהקשר הנידון אם להתיר ממזר במקום ספק ספיקא, הביא מדברי החת״ס: ומסתברא עוד דמשום מעלת יוחסין אין להחמיר כל כך היכא דאיכא למיחש לתקלה אחרת, ולוקח נפשות חכם, וכל הקולא דתקנת עגונות אף דאשה לא מיפקדא אפריה ורביה, הוא משום שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה ח״ו. ע״כ יש להקל. ע״ש.

ומסיק על דבריו: ואף אנו נאמר כן בנ״ד.

ז. ומה שהם לא נקטו שיש כאן ספק ספיקא מכח הבה״ג ומכח הריא״ז נראה שאינו אלא משום שבשו״ע פסק שלא כדבריהם וכמו שכתב הרעק״א שהובא לעיל, וראיה לזה שהרי הרעק״א עצמו הוא מכת הסוברים שספק ספיקא במחלוקת הפוסקים נידון כספק ספיקא, וכמו שמובא בשו״ת רעק״א החדשות סי׳ נה: **ובאמת כן נוטה הדין דהוי ס״ס פלוגתא דרבוואתא דהוי ס״ס מעליא, ואף דהוי חזקת איסור, מ״מ בס״ס דרבוואתא מהני אף בחזקת איסור דמשום החזקה לא ישתנה הדין,** כמ״ש בכנה״ג יו״ד, **ואף דלדעת המהריב״ל בשו״ת ח״ג סימן מ״א ס״ס דרבוואתא לא מקרי ס״ס דהוי משם אחד, מ״מ מצינו כמה אחרונים החולקים עליו, עיין בשו״ת שער אפרים סימן ע״ט. וגם בדברי המריב״ל עצמו סותר עצמו בכלל זה וכמו דהארכתי במקום אחר.**

אם כן גם בנדון שלפנינו נראה שיש לצדד כדעת המקילים.

מסקנות

א"כ יסוד ההיתר בנוי על:

1. שיטת הבה"ג לגבי יכיר.
2. שיטת התשב"ץ. כאן מדובר אחרי 3 שנים!
3. נוגע בדבר פסול לדין יכיר, וכאן הוא רצה להתחתן.
4. רוב נכרים בגוש קטיף, והרי ברור שנכרים נכנסו לנווה דקלים, וגם כששותקת.
5. רוב בעילות אחר הבעל ובפרוטוקול רואים שגם כשנפרדו והלך לגור אצל הוריו הוא בא לבקר והם דיברו וישבו ביחד, וזה הרבה יותר מעוף פורח.

בנוגע למה שכתבו הדיינים בהרכב הקודם אודות הטבעת שהייתה של אם האישה, והיא שנתנה אותה לאיש שיקדש בה, ודנו האם הייתה כאן הקנאה או שמא לא ידעה האם לאקנויי, נראה לי שקשה מאוד לבטל קידושין שנעשו על דעת קידושין גמורים, וקשה לתלות באגרות משה (אבהע"ז סי' צ) שמדבר על קידושי שחוק או על קידושין אצל רפורמים, שאין כוונה לעשות על דעת ההלכה, מה שאין כן זוג שנישא ברבנות בודאי עיקר כוונתו שהקידושין ייעשו כדין, ועל דעת זה הם עושים את מעשיהם. מה עוד שלהחליט שחסרה ידיעה להקנות עשויה לכאורה להיות אצל כל מי שלא עסק בסוגיות הש"ס בעניינים אלו. אוסיף גם שאני חושש "לשחק באש" לבטל קידושין בקלות כל כך במקרים כאלו, ולכן באופן שיש לנו ביסוס להיתר גם בלי זה, מסתמא עדיף לא להזדקק לזה.

עוד אציין שאכן אצטרף אף אני לתמיהתו של מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א שישב בהרכב זה ותמה על ב"כ היועץ המשפטי לממשלה שסירב לבדיקת רקמות במקרה זה. אכן כאשר בדיקת הרקמות עלולה לאסור דעת הפוסקים היא שלא לבצעה, אבל כאשר הבדיקה עשויה להתיר, וזו היא בקשת בית הדין איני מסכים לסירוב.

אשר על כן נראה לי שיש מקום להקל בדינו של הולד בנדון שלפנינו והוא מותר לבוא בקהל, לכשיסכימו עמי חברי.

הרב אריאל ינאי
חבר בית הדין הרבני פתח תקוה

בקשת גרושה מנישואין אזרחיים להינשא לכהן

לפנינו בקשת המבקשים להתיר להם להינשא זה לזה כדמו״י. לדברי המבקש הוא מוחזק ככהן בבית הכנסת שבו הוא מתפלל ובו הוא נושא את כפיו, ובלשונו: ״יש לי שורשים גם מטורקיה, אני כהן, מברך את העם, כהן לכל דבר, אבא שלי כהן, יודעים שהוא כהן, סבא כהן, גם הילדים שלי״.

המבקשת נישאה בנישואין אזרחיים באוזבקיסטאן ליהודי בשם מר [ב׳]. הם היו נשואים שבע־עשרה שנה עד שהם התגרשו בגט כדמו״י שסודר להם בבית הדין בפ״ת בשנת תשס״ו (25/6/2006). לאחר גירושיה היא הכירה את המבקש, מאז הם חיים ביחד שלוש־עשרה שנה, וכעת הם מעוניינים להתחתן כדמו״י. לפי דבריהם המבקש הוא ספרדי ששורשי משפחתו מטורקיה, והמבקשת היא אשכנזייה ששורשי משפחתה מאוקראינה. בקשת המבקשים היא לקבל היתר להינשא כדמו״י.

בדיון שנערך לפנינו הערנו לצדדים ולבא־כוחם שלכאורה לפי דברי הרמ״א בסימן ו׳ (שמקורו מתשובת הרשב״א תק״נ) אישה שהתגרשה לחומרה אסורה להינשא לכהן. בא־כוחם השיב כי לדעתו בפסקי דין שניתנו על ידי ביה״ד הגדול הותרו נישואין אלה (פרוטוקול שורות 28־30).

דיון

תשובות הרשב״א (תק״נ) ובמיוחסות (קל״ב), ותשובת הרא״ש (ל״ה, י״ד)

כתב הרמ״א בסימן ו׳ סעיף א׳:

> **״ואפילו לא נתגרשה רק משום קול קידושין בעלמא, אע״פ שהוא ברור שאין ממש באותן קידושין ואין נותנים גט רק מכוח חומרא בעלמא, אפילו הכי פסולה לכהונה״.**

מקור הדברים הוא בתשובת הרשב״א (תק״נ) שם נשאל הרשב״א על ראובן ששידך את בתו לשמעון ואחר כך התבטל השידוך ״ולחשו את ראובן שהיה עם הארץ שייתן שמעון גט כדי ששמעון לא יוציא עליה קול שהיא מקודשת לו״, ואכן לאחר ההשתדלות בדבר נתן שמעון גט לבתו, אך העדים העידו כי הגט ניתן בגלל חשש בעלמא ולא בגלל שיצא עליה קול קידושין. לאחר מכן השתדכה אותה בת לכהן, והשאלה שנשאלה הייתה אם הגט שקיבלה לחומרה משמעון, יאסור אותה להינשא לאותו כהן אתו היא השתדכה.

השיב הרשב"א:

"גט זה פוסל לכהונה, חדא, דמאן לימא דלא נתקדשה לו כהוגן אף על פי שיש תקנה בעיר ובקנס שלא לקדש אישה שם אלא בעשרה ובשליח ציבור, דילמא עבר וקידש, או לא ידע שקידש על ידי שלוחו או שלוחה חוץ מן העיר (=כלומר היו קידושי שליחות לא מידיעתו של האב־ראובן). ואפילו אם לא נתקדשה לו כמו שאמרת מכל מקום אין זה ידוע לכול ואיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא".

הרשב"א הוכיח את דבריו מהגמרא ביבמות דף ל"ו ודף קי"ט בדין המשנה במי שהלך בעלה וצרתה למדינת הים, שאותה אישה אסורה להינשא ולחלוץ שמא צרתה ילדה בן והיא פטורה מייבום. הקשתה שם הגמרא מדוע שלא שתחלוץ ותינשא ממה נפשך? – ותירצה שהיא אסורה להינשא משום גזירת חכמים שמא ייוודע לאחר החליצה שצרתה ילדה ולד בר קיימא ונמצא שהיא חלצה בטעות, ויאמר הרואה (שלא ידע מלידת הוולד) שחלוצה מותרת להינשא לכהן ויעיד שבית דין התיר חלוצה לכהן, ובלשון הגמרא: "נמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה (להתירה) ואיכא דהוה בחליצה ולא הווה בהכרזה". דין זה נפסק להלכה ברמב"ם פ"ג מייבום הלכה ט"ו, ושו"ע קנ"ו י"ג.

כלומר גזירת חכמים היא לאסור אישה להינשא משום גזירת 'אתה מצריכה כרוז לכהונה' למרות שהתברר למפרע שהחליצה הייתה בטעות. ולכן במקרה בו דן הרשב"א כשניתן גט משום חשש בעלמא – הדברים באים בקל וחומר: "ומה התם דאיכא ולד חיישינן, כל שכן הכא דליכא הוכחה כלל".

כלומר, מה אם במקרה שהטעות הוכחה למפרע (כשצרתה ילדה וולד קיימא ונפטרה מחליצה) – על אחת כמה וכמה במקרה שלא הוכח שלא היה קידושין שהגט שניתן יפסול אותה מלהינשא לכהן. (וראו בתשובת מהרש"ל כ"ה מה שכתב להשיב על הרשב"א, ובמה שהקשה עליו בעל הכנסת הגדולה סימן ו' הגב"י אות ה').

ראיה נוספת הביא הרשב"א מדברי הגמרא בקידושין דף ס"ה ע"א באישה שאומרת קידשתני והוא אומר לא קידשתיך – שהוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו, ולעניין הגט אמר רב בהוא אמינא שכופין אותו לתת לה גט. הקשתה הגמרא – "והא לא ניחא ליה שייאסר בקרובותיה" (=ואם כן מדוע נכופו לתת גט)? – הרי מוכח מקושיית הגמרא שגט שניתן לחומרה אוסר לכהונה, ובלשון הרשב"א:

"והא הכא דהוא אומר לא קידשתיך וכל זמן שלא נתן גט הוא מותר בקרובותיה אע"פ שהיא אומרת קידשתני ומבקשים ממנו ליתן גט, והכול יודעים שאינו אלא לספיקא ופטור מליתן כתובה, אפילו הכי כל שנתן גט הוא אסור בקרובותיה".

כלומר למרות שהגט ניתן לבקשת האישה בלבד, מכל מקום נתינת הגט אוסר אותו בקרובותיה.

וכן כתב הרשב"א בתשובה נוספת (בתשובות המיוחסות סימן קל"ב) בעניין אישה שיצא קול שהתקדשה לראובן ואחר כך השתדכה לאחר, וריננו בני אדם, וחקרו ומצאו שלא היה כלום, "אך משום חשש שמא יתגלה לאחר מכן יהיה מכשול לפיכך הצריכוה גט שלא לשום צורך בעלמא אלא לרווחא דמילתא".

השאלה הייתה אם היא צריכה להמתין שלושה חודשי הבחנה בגלל גט זה. השיב הרשב"א:

> **"מסתברא אחר שיצאה בגט צריכה להמתין שלושה חודשים ואין לך יוצאה בגט שאינה צריכה לכך... דכיוון שיצא עליה קול שהיא מקודשת והצרכתם אותה גט יאמרו קמו רבנן בקידושי וקידושי מעלו הוו, כעין ההיא דשלהי פרק המגרש (גיטין פ"ט)".**

גם הרא"ש (כלל ל"ה, י"ד) כתב כדברי הרשב"א, במקרה אחר שנשאל עליו, וזה לשונו:

> **"דינה שיצא עליה קול שהתקדשה ולא הוחזק הקול בבית דין אלא קול הברה־ שבלילה בצאתה מהמרחץ בא פלוני וקדשה שלא מדעת קרוביה ולא נשמע הדבר מפי עדים, ובאותה שעה כחשה היא בדבר ואמרה לא היו דברים מעולם, וקרובי דינה הכריחו למקדש ליתן גט, ושוב נתקדשה לאחר קידושין ודאין וגירשה האחר ורוצה להינשא לראשון שיצא עליו קול הקידושין, כיוון שלא היה בקידושיו הראשונים אלא קול בעלמא, או לא".**

לכאורה שאלה זו דומה לשאלה שנשאל כבר הרשב"א בתשובותיו הנ"ל – אם יש להחזיקה כגרושה בגלל גט זה שניתן לחומרה והיא תיאסר עליו כדין מחזיר גרושתו לאחר שנשאת לאחר.

השיב הרא"ש:

> **"מילתא דפשיטא שהיא אסורה דלית דין צריך בשש (=להתעכב עליו) כי היודע שנתגרשה מה יודע שהגירושין לא היו אלא לרווחא דמילתא. וכי תימא יכריזו שלא הייתה צריכה גט – איכא דשמע בגטה ולא שמע בהכרזה כדאמרין ביבמות (ל"ו) איכא דידע בחליצה ולא ידע בהכרזה".**

מבואר ברא"ש שגט שניתן לרווחא דמילתא יאסור אותה להינשא לבעלה הראשון מדין מחזיר גרושתו לאחר שנשאת לאחר, והוא הדין שיאסור לכהונה – כראיית הרא"ש מדין איסור כהונה.

תשובת הרא"ש הובאה בטור סוף סימן מ"ח, והרמ"א בסימן י' הביאה להלכה.

תשובת הרשב"א (ח"ד ד"ש), והסתירה לתשובה הקודמת בח"א תק"נ

האחרונים הקשו (ח"מ סימן ו' סק"ב, והב"ש שם וכנסת הגדולה סימן ו' הגב"י אות ה' וסימן י' הגב"י אות ב', ויד אהרן [מהר"א אלפנדרי] הגב"י סימן י"ג אות ט') מתשובת

הרשב״א (ח״ד תשובה ד״ש, והובאה בב״י בסימן י״ג) שכתב לכאורה להיפך ממה שכתב בתשובות שהובאו לעיל.

הרשב״א נשאל על ראובן שקידש את בתו של יהודה קידושין גמורים; ולאחר מכן בא שמעון וערער והוציא קול לעז שהוא כבר קידש אותה לפני כן עבור בנו (בקידושי שליחות) כשהוא נתן לאביה של האישה (שהייתה אז קטנה המתקדשת על ידי אביה) את הקידושין בפניה. לדבריו היו על כך אז עדים, אך הם הלכו למדינת הים. אבי האישה והאישה הכחישו את דבריו.

בנוסח השאלה כתב השואל שלאחר שהחכמים חקרו בדבר הם החליטו שאין לחשוש לקידושי שמעון המערער, (מנימוקים שהובאו שם בגוף השאלה) ״ואף על פי כן ״לרווחא דמילתא חששנו בדבר שמא מתוך שנאה ששונא שמעון לאבי הנערה, שמא יזייף עדים לקלקלה (=ישכור עדי שקר) והצרכנוה גט לרווחא דמילתא״.

נשאל הרשב״א אם היא צריכה להמתין לאחר הגט ג׳ חודשים כדין חודשי הבחנה, או לא. השיב הרשב״א:

> **״רואה אני כדברי המתירין שאינה צריכה להמתין... לפי שאישה זו ודאי אין חוששין לקידושיה כלל ולא הייתה צריכה גט כלל מחמת כל הטענות הקודמות (=דהיינו מהנימוקים שהזכירו החכמים בשאלתם בדבר ביטול טענת הקידושין של המערער)... ואין זה גט מאישה אלא מאיש אחר ומותרת לכהן ולקרוביו, וכדאמרינן ואישה גרושה מאישה ולא מאיש אחר, אע״פ שקיבלה גט ליכא משום הרואים. כלל זה עולה בידנו שכל גט שאינו גט כלל הרי הוא כמי שאינו״.**

בהמשך התשובה הקשה הרשב״א על כלל זה מדברי הגמרא בקידושין דף ס״ה באומרת קידשתני והוא אומר לא קידשתיך שאינו אסור בקרובותיה - הרי מבואר שלמרות שהאיש צווח שהוא לא קידש אותה, מכל מקום אם הוא עבר ונתן גט הוא ייאסר בקרובותיה (=ראיה שהביא הרשב״א בתשובתו הראשונה בח״א תק״נ, לעיל), וכתב ליישב:

> **״לא היא. דשאני התם כיוון שהיא אומרת שנתקדשה לו... ואפשר שהוא כדבריה שנתקדשה לו בפני עדים והלכו להם למדינת הים, כל שהגט ניתן לה ממנו הרי הוא בספק גט ולפיכך נאסר בקרובותיה ואפילו עומד וצווח, וכל שכן אם יהיו בית דין רואין לכוף אותו ליתן לה גט, וכל שכן שהיא צריכה להמתין שלושה חודשים דלפי דבריה ארוסה הייתה. אבל זו שאנו רואין ודנין קידושין אלו שאינם קידושין ומצד עצמם אנו מבטלים אותם אין זה גט של כלום״.**

הרי מבואר שכשברור הדבר שהגט ניתן ללא צורך - אין מתן הגט אוסר אותה לכהונה! והרשב״א לכאורה סותר בזה את משנתו ששנה בתשובה ח״א תק״נ.

הב״ש (סימן ו ס״ק ג) כתב ליישב:

״ואפשר שבתשובה תק״נ שאני, דאע״ג שע״פ הדין לא היה צריך לגרש וגירש מעצמו אמרינן שמא אמת הדבר דקידש, מה שאין כן בתשובה שהביא הב״י (בסימן י״ג והיא התשובה הנ״ל) לא היה שם אלא שני עדים ואחד מת אם כן תו ליכא חשש כלל וא״צ גט״.

והדברים סתומים וטעונים ביאור רב: הלוא בשני המקרים אין עדות על מעשה הקידושין, ויתרה מכך, בתשובה הראשונה (תק״נ) אין אפילו עד אחד שיעיד על מעשה קידושין והגט ניתן בשל חשש בעלמא של הוצאת קול משנאת המשודך, ומדוע היא תיאסר לכהן? וצריך עיון, ויתבאר לקמן.

מחלוקת גדולי אשכנז שבמרדכי (פרק האומר בקידושין)

עוד העירו הב״י בסימן ו׳ ובסימן י״ג, והח״מ והב״ש והכנסת הגדולה שם - שלכאורה תשובות הרשב״א והרא״ש האוסרים לכהונה, ותשובת הרשב״א השנייה המתירה לכהן - תלויה במחלוקת הראשונים שהובאו במרדכי בקידושין בפרק האומר (סימן תקל״א). המרדכי עסק שם בעניינה של אישה שהייתה משודכת לכהן ואחר כך בא פריץ אחד (=אדם בליעל) עם שני עדים ונכנס עמה בדברים ונתן לה טבעת ואמר לעדים: הוו עלי עדים שקידשתיה; ואחד העדים העיד שהוא לא ראה את מסירת הטבעת כי הפריץ הסתיר לו, אך לאחר שנאמר לו להיות עד הוא צעק לאישה: השליכי את הטבעת כי לקידושין הוא נתן לך. לאחר מכן כפו קרובי האישה את אותו אדם פריץ שייתן לה גט.

כתב המרדכי שאין במעשה הקידושין של הפריץ ולא כלום מכמה טעמים (שתיקה לאחר מתן מעות, והוכיח סופה על תחילתה, וגם הם לא דיברו מעיקרא על עסקי קידושין) - אולם נחלקו גדולי אשכנז אם גט זה יאסור אותה לכהן עמו היא השתדכה: רבי אליעזר מביה״ם פסק שהיא אסורה לו, והביא לכך ראיה מדברי הגמרא בקידושין דף ס״ה באומרת התקדשתי לך (והיא ראיית הרשב״א תק״נ, כאמור). לעומתו הר״י הלבן (תלמיד ר״ת) והר״א ממיץ (בעל היראים) חלקו עליו והתירוה לכהן.

בדחיית ראיה זו כתב ר״י הלבן:

״דהתם שאני, הואיל וכתב בגט ״וכדו פטרית ותרוכית ליכי אנת אנתתי״ וכו׳ - הרי הודה בקידושין להדיא - הלכך מדרבנן אסור בקרובותיה שהרי הודה מעצמו וכדי להתירה לשוק כתב כן, אבל ברישא (=של המשנה, במקרה הפוך - באומר קידשתיך והיא אומרת לא קידשתני) אם האישה כופתו על גט אינה מודה כלל, דאדרבה היא צווחת שלא קידשה מעולם, אלא שקבלה מחמת חשש הנמנע לנושאה״.

כלומר יש חילוק בין אם האישה מודה לקידושין, שאז יש לראות במעשה מתן הגט של האיש כהודאה שבדיעבד לדבריה הואיל ולשונו של הגט - (שהיא אמירת האיש) - יש בו אמירה ברורה כי הוא מגרש את אשתו ("אנת אנתתי"), למרות שקודם לכן הוא צווח ואמר שהוא מעולם לא קידש אותה. בשל הודאה זו של לשון הגט, מתן הגט שהוא נתן לה יאסור את קרובותיה עליו. לעומת זאת אם האישה היא זו שכפרה בקידושין, ורק לתועלת הסרת הלעז כפו את האיש לתת גט - אין לראות בקבלת הגט מצדה כהודאה בקידושין בהם היא כפרה.

הבית יוסף בסימן ו' ובסימן י"ג ציין לדברי המרדכי האלה - לאחר שהביא את תשובות הרשב"א - וכתב בעל הכנסת הגדולה שכוונת הבית יוסף להעיר כי שתי תשובות הרשב"א תלויות לכאורה במחלקות הראשונים שבמרדכי הנ"ל.

היד אהרון (הגב"י סימן י"ג אות ט') תמה על הכנסת הגדולה דלא מסתבר שהבית יוסף יביא את שתי תשובותיו של הרשב"א בסימן י"ג בסמיכות זו לזו ולא יעיר על הסתירה בהם!

עם זאת חשוב להעיר בדברי המרדכי שלמרות שלכאורה נראה כי דברי הר"י הלבן והר"א ממיץ הובאו כשיטה אחת החולקת על הר"א מביה"ם, יש חילוק ביניהם בטעם ההיתר: הר"י הלבן ביאר שהאיש נאסר בקרובותיה משום הודאה - הואיל ולשון הגט נחשבת כהודאה שבדיעבד להודאת האישה שהיא התקדשה לו, לכן כאשר האישה כפרה במעשה הקידושין כמו במקרה שם עם אותו פריץ - הגט שניתן לה לא יאסור אותה לכהונה.

אולם הר"א ממיץ כתב טעם אחר:

> **"נראה לי שכל גט שאינו מתיר לא לאיש ולא לאישה אינו פוסלה לכהונה והוי ככותב גט לפנויה... ומה שדימה הר"י מביה"ם להיא דקידושין דאמר אין כופין, שאני התם דגט צריך הוא לה וכשכופין בית דין יאמרו גרושה היא".**

כלומר רק כאשר יש מעשה בית דין של כפיה אוסרין אותה לכהן משום שיאמרו שהיא גרושה.

והנפקא מינה ביניהם לדינא היא אם האישה אומרת קידשתני והאיש מכחיש אך שידלו אותו לתת גט ונתן מעצמו, ללא כפיה. לפי דעת הר"י הלבן היא תיאסר לכהונה מכוח הודאתו בלשון הגט שנתן לה ("את אינתתי"); אך לדעת הר"א ממיץ היא מותרת לכהונה מפני שלא היה כאן מעשה בית דין של כפייה.

קושיות האחרונים בסתירות פסקי הרמ"א

מלבד הסתירה בתשובות הרשב"א, גם פסקי הרמ"א נראים כסותרים זה לזה, מיניה וביה: בסימן ו' סעיף א' הביא הרמ"א להלכה את דברי הרשב"א (ח"א תק"נ) בגט שניתן מחמת קול

בעלמא שאסורה לכהן. אם כן פסק הרמ"א כדעתו של הר"י מביה"ם שבמרדכי הסוברת שגט שניתן משום חומרה אוסר לכהונה; אך מנגד בסימן מ"ח סעיף ו' הביא הרמ"א להלכה את דעת המתירים שבמרדכי (הר"י הלבן והר"א ממיץ) וכתב שם:

"אבל אם הוא אומר קידשתיך והיא אומרת לא קידשתני וכפאו לגט משום חשש הנמנע לנושא אין האישה נאסרת בקרוביו מחמת הגט".

וכבר תמהו שם הח"מ והב"ש בסתירת הדבר, והניחו את דברי הרמ"א בקושיה.

יישוב סתירת תשובות הרשב"א, וסתירת דברי הרמ"א

לאחר העיון בעומק הדברים נראה כי אין כל סתירה בדברי הרשב"א והרמ"א, ואדרבה שתי תשובותיו של הרשב"א אף משלימות זו את זו.

הרשב"א עורך הבחנה ברורה בין מקרה שבו עניינו של מעשה הקידושין **לא הוכח ולא התברר** מבחינה עובדתית; לבין מקרה שבו עניינו של מעשה הקידושין **הוברר עובדתית ונקבע** בבירור שהקידושין לא חלו.

נבאר את הדברים: **מדאורייתא**, מעיקר דין תורה, אין כל הפרש בין שני המקרים האלה מפני שאין דבר שבערווה פחות משניים. לפיכך, לכן כל עוד ואין עדות ברורה של שני עדים על מעשה הקידושין - האישה נשארת בחזקת פנויה. אך כל זה מדאורייתא, אבל חכמים באו וגזרו לאסור אישה לכהונה בגלל ש'אתה מצריכה כרוז לכהונה' (יבמות ל"ו, קי"ט) כאשר ניתן לאישה גט או חליצה - "משום דאיכא דידע בהא ולא ידע בהא". **בדין גזירת חכמים** זו עורך הרשב"א הבחנה ברורה בין שני המקרים, כפי שיתבאר.

דין הגמרא ביבמות (ל"ו, קי"ט) עליו התבסס הרשב"א עוסק ביבמה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים והיא הייתה בחזקת זקוקה לייבום. כל עוד לא נודע לנו שצרתה ילדה וולד בן קיימא - מעשה החליצה שלה אסר אותה לכהונה. במציאות זו גזרו חכמים לאסור אותה לכהן גם אם יתברר לאחר מכן למפרע שצרתה ילדה, והחליצה הייתה בטעות. למרות החליצה שהתבררה אחר כך שנעשתה בטעות, היא תיאסר לכהונה משום גזירת אתה מצריכה כרוז לכהונה דאיכא דידע בחליצה ולא ידע בהכרזה.

על יסוד דין זה פסק הרשב"א בתשובה תק"נ שאם אותו משודך נתן גט למשודכת שלו - היא תיאסר לכהונה - משום שלא ניתן לפסול את האפשרות שאולי באמת היה כאן מעשה קידושין כדין בפני עדים, ואותה משודכת אכן קיבלה ממנו גט. הוסיף הרשב"א שהדברים באים כאן בקל וחומר: ומה אם במקרה שהחליצה הוכחה למפרע שהייתה זו חליצה בטעות **ומתברר למפרע** שהיא מעולם לא נפלה לייבום, בכל זאת היא תישאר אסורה לכהונה מכוחה של אותה חליצה - על אחת כמה וכמה כשאין כל הוכחה לפנינו שמעולם לא היו קידושין

שהיא תיאסר לכהונה מכוחו של אותו גט. לפיכך פסק הרשב״א שבמקרה שבו המשודך נתן את הגט לרווחא דמילתא – גם זה בכלל גזירת ׳אתה מצריכה כרוז לכהונה׳ שבגמרא, והיא תיאסר בגט זה לכהונה.

ואגב כך, יש ליישב את הערת מהר״א די בוטון בלחם רב סימן ל״ג על הרשב״א. בעל הלחם רב כתב לחדש שגזירת הכרזה מצטמצמת רק לחליצה ולא לגט, וזאת על פי המשנה במסכת ידיים שאין דנים דברי סופרים מדברי ספרים, וגזירות חכמים אין להקיש מזה על זה גם לא בדרך של קל וחומר. לכן לדעתו אין להקיש מגזירת חכמים לאסור בחליצה כדי לאסור גם בגט. בסיום התשובה הוא ציין לתשובות הרשב״א והרא״ש שאסרו גם בגט, שלא כדעתו.

ביישוב השגת הלחם רב ניתן לומר שאין כאן לימוד של איסור לכהונה בגט הניתן לחומרה שאותו אנו למדים בקל וחומר מדין חליצה בטעות. לא באיסור חדש עסקינן כאן אלא באותה גזירה גופא רק בהיכי תימצי אחרת. כלומר, עיקר הגזירה הייתה לאוסרה לכהונה – ואם כן מה לי אם היא נאסרת משום חליצה או משום מתן גט.

זהו ביאור דברי הרשב״א בתשובתו בחלק א׳ סימן תק״נ.

לעומת זאת דברי הרשב״א בתשובתו שבחלק ד׳ תשובה ד״ש עוסקים במקרה אחר לגמרי. שם מדובר **שעוד קודם מתן הגט ברור היה שאין במעשה הקידושין ולא כלום** – כנכתב בנוסח השאלה ש״הסכימו החכמים לאחר שדרשו״ שלפי ההלכה לא היה שם מעשה קידושין שחל בגלל הנימוקים שפורטו שם (־לא אמר מקודשת ״לי״ והוי ידים שאינן מוכיחות, ועוד). כלומר גם קודם מתן הגט העובדות היו ברורות, ולפי ההלכה לא היה צורך במתן גט מפני לא היה שם מעשה קידושין בר תוקף, ולכן דין הגט הוא כדין גט שניתן לפנויה שאינה נאסרת בגינו לכהונה.

ומדוקדקים מאוד דברי הרשב״א שם, שלאחר שהרשב״א הקשה מהסוגיה בקידושין מדין האומרת קידשתני (שהיא הראיה השנייה שהביא הרשב״א בתשובה תק״נ), הוא תירץ וכתב את הדברים הבאים:

> **״ושאני התם שאפשר שהוא כדבריה שנתקדשה לו בפני שנים והלכו להם למדינת הים, כל שגט ניתן לה ממנו הרי הוא בספק גט ולפיכך נאסר בקרובותיה ואפילו עומד וצווח, וכל שכן אם בית דין רואים לכוף אותו לגט. אבל זו שאנו רואים ודנים שקידושין אלה אינם קידושין ומצד עצמם אנו מבטלים אותם, אין זה גט של כלום״.**

כלומר, רק כאשר ישנה הודאה מצדה של האישה על קידושין ניתן לומר כי ״כל שהגט ניתן לה ממנו הרי הוא בספק גט ולפיכך נאסר בקרובותיה, וכל שכן אם יהיו בית דין רואין

לכוף אותו ליתן גט״. כלומר אנו מצרפים את הגט להודאתה של האישה, דהיינו מתן הגט נותן משנה תוקף לספק שמא היו קידושין ולכן היא תיאסר לכהונה.

אם כן דברי הרשב״א משלימים אלה את אלה, ובדקדוק רב: בתשובה הראשונה בח״א סימן תק״נ לא **הוזכר שם** שהאישה ואביה הכחישו ואמרו שלא היו מעולם קידושין. הדבר לא הוזכר כלל - לא בגוף השאלה ולא בגוף התשובה. לכן כשאין הכחשה מצד האישה או אביה יש לראות את שתיקתם הרועמת כהודאה, או למצער כרגלים לדבר לחשוש שהיה מעשה קידושין עם אותו משודך - משום ש״אפשר כדבריה שנתקדשה לו בפני שנים״. לעומת זאת כאשר ישנה הכחשה מצד האישה אין מקום לאסור אותה כפי שכתב הרשב״א (בתשובתו השנייה בחלק ד׳ סימן ד״ש).

כלומר, רק כאשר **ישנה הודאה בקידושין** מצדה של האישה, או לחילופין כאשר **אין הכחשה** מצד האישה למעשה של קידושין (**שיש להחשיבה כהודאה**-כתשובת הרשב״א ח״א תק״נ) - אז יש מקום להחשיב את נתינת הגט לספק קידושין שתיאסר לכהונה - מגזירת ׳אתה מצריכה כרוז לכהונה׳ כנ״ל. אולם כאשר האישה עצמה מכחישה את מעשה הקידושין - אין כל מקום לאסור אותה לכהונה משום גזירת חכמים של כרוז דכהונה.

אשר על כן נראה בבירור כי הרשב״א סובר כדעתו של הר״י הלבן, וחולק על דעתם של הר״י מביה״ם ועל הר״א ממיץ שהובאו במרדכי. במקרה שבמרדכי ברור היה מעיקרא שמעשה הקידושין של אותו פריץ לא היה ולא כלום - מהנימוקים שהוזכרו שם במרדכי (״הושוו כל הגדולים שאין כאן קידושין״, כלשון המרדכי). אם כן, לפי המבואר כעת בדברי הרשב״א אכן אין כל מקום לאסור אותה לכהן בגלל גזירת כרוז לכהונה.

גם מדקדוק לשונו של הרשב״א בחלק ד׳ שכתב - ״וכל שהגט ניתן לה ממנו הרי הוא בספק גט ולפיכך נאסר בקרובותיה, **וכל שכן** אם יהיו בית דין רואין לכוף אותו ליתן גט״ - מבואר שתספיק כאן הודאת האישה עם מתן הגט שלאחר מכן, ואין צורך דווקא במעשה בית דין של כפיה על הגט כפי שכתב הר״א ממיץ.

אשר על כן אין כל סתירה בפסקי הרמ״א. בסימן ו׳ הביא הרמ״א להלכה את תשובת הרשב״א (תק״נ) ובסימן מ״ח הביא הרמ״א הביא את לשונו של הר״י הלבן שפסק כדעת המתירים שבמרדכי באומרת קידשתני וכפו עליו לגרש שאין האישה נאסרת בקרובותיו, וכאמור אין כל סתירה בדברים. וכן ציין שם הגר״א בס״ק ו׳ שטעמו של הרמ״א כסברת הר״י הלבן.

ועדיין יש לעיין במה שכתב הרא״ש בתשובתו בכלל ל״ה, י״ד - והביאו הרמ״א להלכה בסימן י׳. בתשובת הרא״ש נכתב במפורש שאותה אישה **הכחישה** את דברי המקדש - ״יצא קול שנתקדשה שבצאתה מן המרחץ בא פלוני וקידשה שלא מדעת קרוביה ולא נשמע הדבר מזה מפי עדים ובאותה שעה **כיחשה היא בדבר** ואמרה לא היו דברים מעולם. - הרי לכאורה

מבואר ברא״ש שלמרות שישנה הכחשה מצדה של האישה והגט ניתן לרווחא דמילתא - היא אסורה לכהן. אם כן, לכאורה דברי הרא״ש הם כשיטת הר״י מביה״ם - ולא כשיטת הרשב״א והר״י הלבן.

אם כן חוזרת התמיהה: מאחר שהרמ״א הביא להלכה את דברי הרא״ש בסימן י סעיף א׳ - ״ואפילו לא נתקדשה אלא מחמת קול בעלמא״ - איך הדברים יעלו בקנה אחד עם שיטת הרשב״א והר״י הלבן הנ״ל שגם אותם פסק הרמ״א? - ותחזור לכאורה הקושיה בסתירת דברי הרמ״א, וכבר התקשה בזה הח״מ שם.

ומוכח מזה שהרמ״א סובר בדעת הרא״ש **שדינו של יציאת קול בעלמא** שבגללו ניתן הגט לרווחא דמילתא - למרות שהאישה מכחישה - כמוהו כדין **הודאה ללא קול**, ולכן הגט שניתן בעקבות אותו קול יאסור אותה לכהונה. כלומר הרא״ש סובר שדין יציאת קול של קידושין (למרות שהקול לא הוחזק בבית דין) שווה לדין הודאה של אישה האומרת קידשתני כפי שביאר הרשב״א בתשובה בחלק ד׳ בדברי הגמרא בקידושין.

ראיה לדבר מדברי הרמ״א בסימן י׳ סעיף א׳ שהביא להלכה את תשובת הרא״ש (כלל ל״ה, י״ד) שצוינה לעיל, בעניין איסור מחזיר גרושתו לאחר שנישאת לאחר, אך הוסיף וכתב:

> **״ואפילו לא נתגרשה מכוח קול בעלמא (הרא״ש כלל ל״ה), ועיין סימן ו׳ ועיין לקמן סימן מ״ו סעיף ה׳ וסעיף ו׳)״.**

כוונת הרמ״א לציין לסימן מ״ו סעיף ה׳ שם מבואר שאם יצא קול שהיא מקודשת לראשון ובא שני קידשה לפנינו קידושי ודאי שאם לא באו עדים בראיה ברורה שהיא מקודשת לראשון שיגרש ראשון ויכנוס השני, ולא יכנוס הראשון לאחר שגירשה השני. הרי שגם גט שניתן מחמת קול היא נאסרת משום מחזיר גרושתו. מדמיון ההלכות שערך הרמ״א מתבאר כי יסוד דינו של הרא״ש נובע מחמת הקול שיצא ולא רק בשל מתן הגט, ומיושבים דבריו על נכון.

נמצאנו למדים כי בשני מקרים אלה - יציאת קול למרות הכחשת האישה; או לחילופין הודאת האישה בקידושין למרות הכחשת הבעל - כאשר ניתן גט לרווחא דמילתא (״יש מקום להסתפק שמא היו קידושין״ - כפי שכתב הרשב״א) - הגט יאסור אותה לכהונה מגזירת חכמים דאתה מצריכה כרוז לכהונה, כמבואר ביבמות.

נמצאו אפוא דברי הרשב״א והרמ״א מאירים וברורים ב״ה, ואין בהם כל עיקש ופתלתול.

(**וראו** בתשובת המהרש״ל תשובה כ״ה שגם כן תפס כהבנת האחרונים לפיו הרשב״א חולק על המרדכי, וכתב שם לדחות את דברי הרשב״א מהלכה, ולהנ״ל הוא מיושב היטב).

ביאור דברי הרמב"ם פרק ו' מגירושין, ופולמוס גדולי האחרונים (מהר"א ששון, מהרש"ך והלחם רב) **בביאור שיטתו** (אם הוא מטעם גזירת 'כרוז לכהונה')

המהרש"ך (ח"ב תשובה ל"ט), המהר"א ששון (תורת אמת תשובה רל"א) והמהר"א די בוטון (לחם רב תשובה ל"ג) נשאלו בעניין ראובן שנתן גט לשליח שייתן אותו לאשתו בתנאי שאם לא יחזור בעוד שנתיים תהיה אשתו מגורשת. אותו שליח התרשל ולא נתן לאישה את הגט מיד, ובתוך השנתיים האלה הפליג אותו ראובן בספינה שטבעה, ולא נודע מה עלה בגורלו.

השאלה שנשאלה הייתה אם השליח יכול לתת כעת לאישה את הגט שתינשא ממה נפשך: אם ראובן מת - הרי היא אלמנה; ואם הוא לא מת - הרי תתגרש עתה בגט.

(שאלה דומה הופנתה בדור מאוחר יותר למהרי"ט אבה"ע תשובה ק"ג ותשובה ק"ד - ופולמוס דומה היה לו עם המהר"א מונסון, עיי"ש.)

דעת המהר"א ששון

המהר"א ששון פסק שלכתחילה השליח לא ייתן לה את הגט, גם שלא במקום יבם (היינו שאין לה זיקת ייבום) אבל בדיעבד אם הוא נתן לה את הגט היא מותרת להינשא. את דבריו הוא ייסד על דברי הרמב"ם בפרק ו' מהלכות גירושין הלכה כ"ח והלכה כ"ט (והוא מגמרא גיטין דף כ"ח) וזה לשון הרמב"ם:

הלכה כ"ח:

"וכן המביא גט והניח הבעל חולה או שהיה זקן - נותנו לה בחזקת שהוא קיים. אבל אם הניחו גוסס, רוב גוססין למיתה ואע"פ שנתנו לה הרי זה ספק גירושין שאין גט לאחר מיתה. וכן עיר שהקיפוה החיל והיא במצור וספינה המטרפת בים והיוצא לידון הרי אלו בחזקת חיים ואם היה גט אחד מהן ביד השליח נותנו לאשתו ותהיה בחזקת מגורשת".

וביאר הרב המגיד:

"הרי זה ספק מגורשת ונפקא מינה במקום יבם וחולצת ולא מתיבמת, וכן שלא במקום יבם אסורה לכהן, אבל לישראל שלא במקום יבם ודאי יכולה היא להינשא ממה נפשך, וזה פשוט".

הלכה כ"ט:

"אבל עיר שכבשה הגייס והובקעה, וספינה שאבדה בים והיוצא להיהרג מבית

דין של גויים ומי שגררתו חיה או שטפו נהר או נפלה עליו מפולת נותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים, ואם היה אחד מהן ביד השליח אינו נותנו לאשתו ואם נתנו הרי זו ספק מגורשת. ואם נודע שמת הבעל קודם שיגיע הגט לידה אינו גט".

וביאר הרב המגיד:

"מה שכתב רבנו אם נתנו לה הרי זו ספק מגורשת כבר ביארתי למעלה למאי נפ"מ. ומה שכתב "אינו נותנו לה" – נראה דאין לו להחזיקה בגרושה מספק".

כתב המהר"א ששון להסתפק בדברי הרב המגיד: מדוע אין להחזיקה בספק גרושה ולא לתת לה את הגט? – מצד אחד יש לומר שמדובר כאן רק כאשר יש **יבם** והטעם בדבר הוא מפני ביטול מצוות ייבום, כי אם הגט יינתן הרי ביטלנו מצוות ייבום אם ייודע אחר כך שהבעל מת; או משום שיש לחשוש שהיא תינשא בגט ללא קבלת חליצה מהיבם כי תסבור שגט התיר אותה.

מצד שני ניתן לומר שמדובר כאן גם **כשאין יבם** ולמרות זאת אין לתת לה גט לעשות אותה ספק גרושה וזאת משום גזירת 'אתה מצריכה כרוז לכהונה' כמבואר ביבמות. מסקנתו של המהר"א ששון היא כצד השני שגם **שלא במקום יבם** אין לתת את הגט לכתחילה לעשותה ספק גרושה גם לא שתינשא לישראל. וזה לשונו שם:

"וכוונתו היא שאפילו שלא במקום יבם אינו נותנו משום דאיכא למיחש שמא יודע שמת הבעל ואישה זו נצריכה כרוז לכהונה ואיכא דשמע בגיטא ולא שמע בהכרזה ויאמרו גרושה הותרה לכהונה דומיא דאמרינן בפרק האישה בתרא (יבמות קי"ט) ובפרק החולץ (שם ל"ו) גבי חליצת מעוברת... הכא נמי בנידון דידן – היינו דקאמר הרב המגיד דאין לנו להחזיקה בגרושה וכו' בין במקום יבם בין שלא במקום יבם יש לנו לחוש שלא ליתנו לה מן הטעמים שכתבנו".

האם גזירת אתה מצריכה כרוז לכהונה הוא דין איסור לכהונה או פסול לכהונה

ראיה לדבר הביא המהר"א ששון את תשובת הרשב"א (ח"א תק"נ) ואת תשובת הרא"ש (כלל ל"ה) ואת תשובות הרשב"א המיוחסות (קל"ב) [שהובאו לעיל] – בהם מבואר שמשום גזירת הכרזה אוסרים על האישה להינשא במקום שיש ספק. אך כאן העיר כאן המהר"א ששון הערה חשובה: למרות שהרמב"ם סובר כדעתם לאסור את מתן הגט **לכתחילה**, הוא חולק עליהם אם הגט ניתן **בדיעבד** והתברר לבסוף שהבעל מת ומתן הגט היה בטעות – שלדעתו איסור הכהונה יתבטל למפרע. הדבר מוכח מדברי הרמב"ם כאן שכתב – "ואם נודע שמת הבעל קודם שיגיע הגט לידה **אינו גט**" – והלוא כבר כתב הרמב"ם בפרק י' הלכה א' שבכל מקום שנאמר בחיבור זה שהגט בטל או **אינו גט** אם היה בעלה כהן לא נאסרה עליו". אם כן נמצא שהרמב"ם יחלוק על הרשב"א ולדעתו אם יתברר למפרע שלא היה גט – היא תותר לכהן.

גם הראב"ד שם בפרק י' חלק על הרמב"ם וכתב שם שהיא תיאסר לכהן משום שיאמרו גרושה הותרה לכהן - וביאר המהר"א ששון שאין ספק כי כוונת הראב"ד בהשגתו שם היא כדעת הרשב"א והרא"ש.

נמצא שלדעת הרשב"א והרא"ש והראב"ד גזירת אתה מצריכה כרוז לכהונה הוא דין של **פסול לכהונה**, ולעולם היא תישאר באיסורה גם אם יתברר שמתן הגט היה בטעות. הרמב"ם חולק וסובר שגזירת אתה מצריכה כרוז לכהונה הוא רק **איסור** לכתחילה שלא תינשא אך לא דין של **פסול**, וכאמור הנפקא מינה היא אם יתברר בסופו של דבר שהגט לא היה גט כי הבעל מת קודם מתן הגט - היא תהיה מותרת לכהונה לרמב"ם, ואילו לדעת הראב"ד הרשב"א והרא"ש היא תישאר באיסורה לכהונה.

אם כן הסיק המהר"א ששון שלכתחילה אין למסור לאישה זו את הגט גם לא להינשא בו לישראל, ואם הגט נמסר, כשנישאה לישראל לא תצא. ואם נישאת לכהן והתברר אחר כך שהגט בטל כי הבעל מת - תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד והרשב"א הנ"ל.

דעת המהרש"ך ומהר"א די בוטון (לחם רב)

המהרש"ך (ח"ב תשובה ל"ט) והלחם רב (תשובה ל"ג) חלקו על המהר"א ששון וכתבו כנימוק הראשון שכתב המהר"א ששון ולכן השליח לא ייתן את הגט הוא משום חשש ביטול מצוות ייבום, או מחשש שתינשא בגט זה ללא חליצה מן היבם. לפיכך, במקום שאין יבם יכול השליח לתת לה את הגט לכתחילה. את סברת המהר"א ששון שאסר מטעם אתה מצריכה כרוז לכהונה - דחה המהרש"ך וכתב לחדש סברה מחודשת, וזה לשונו:

> **"שאין זה דומה לגמרא ביבמות משום שמעת שהגט ניתן בשליחות, אותה אישה נכנסה בספק פסול לכהונה. אם כן נמצא כשבא הגט ליד השליח כבר נכנסה האישה בזאת המבוכה ויש לחוש לחששת איכא דשמע בהא ולא שמע בהא, ואם כן עתה שהגט ביד השליח למה נעגנה בשביל החששא הנזכר ולא נעזוב לשליח שיעשה שליחותו שכבר נתמנה עליו. אולם בההוא דהאישה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים שהאישה ההיא לא נכנסה מעיקרא בשום ספק לפוסלה לכהונה. אם כן עתה שמת בעלה ויש להסתפק שמא היא מותרת לכהן או לא, למה יקבעו בי"ד לעשות בפועל לבוא בספק, דנמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה. והחילוק הזה הוא אמתי ופשוט לדעתי".**

בדברים אלה של המהרש"ך יש חידוש גדול לקבוע שמסירת גט על תנאי לשליח (אם לא אחזור בתוך שנתיים) - מכניס את האישה למציאות של ספק גירושין - למרות שעדיין הגט מעולם לא הגיע לידה. לכן אין כאן מקום לגזירת חכמים של אתה מצריכה כרוז לכהונה היות ואנו לא מחדשים בה מצב של ספק כמו בדין הגמרא בחליצה במי שהלך בעלה וצרתה למדינת הים - כי כאן עם מתן הגט לשליח היא כבר נכנסה למבוכת הגירושין ולכן כאן לא גזרו חכמים.

תוספת הסבר לדברים אלה נמצאת בתשובת לחם רב - שגם הוא כיוון לסברה זו והוסיף וכתב שבנתינת גט על תנאי לשליח אין מקום לגזירת 'אתה מצריכה כרוז לכהונה' כי אין לחשוש שמא היה בגט ולא היה בהכרזה ויאמר שמתירין גרושה לכהן משום שמאחר שיצא כבר הקול שהתגרשה על תנאי ויש במה לתלות את ביטול הגט לכן אין מקום אפילו להכרזה, כמו שמצינו בכמה מקומות שלא גזרו בקידושין (אם עברה ונישאת לאחר בטעות) משום שיאמרו תנאי היה בקידושין, עיי"ש.

עם זאת דעתו של המהר"א די בוטון עצמו היא שבכלל אין מקום לגזירת הכרזה בגט אלא בחליצה - זאת על פי דברי המשנה במסכת ידיים שאין לדמות גזירות חכמים זו לזו גם לא בקל וחומר. בהמשך הדברים הוא כתב שם שמדברי הרשב"א והרא"ש מפורש שגזירה זו קיימת גם בגט, ולמרות זאת הוא נשאר בדעתו מאחר שהר"י הלבן והרא"מ במרדכי חלקו עליהם - אם כן לדעתם שאין גזירת הכרזה בגט אלא בחליצה. בהתאם לכך הסיק בעל הלחם רב שמאחר שזו מחלוקת במילתא דרבנן (גזירת כרוז לכהונה בגט) לכן אזלינן לקולא ולכתחילה יכול השליח למסור לידיה את הגט.

וכאן יש להעיר על דברי בעל הלחם רב: לפי מה שהוכח לפנינו לעיל, אין כל סתירה בתשובות הרשב"א, וגם הרשב"א סובר כדעת ר"י הלבן שבמרדכי - ולכן הרמ"א הביאם בסימן ו' ובסימן מ"ו, ואם כן יש להשיב על ראיית חידושו של בעל הלחם רב שתלה את חידושו (שאין גזירת כרוז לכהונה בגט אלא רק בחליצה) - בדעת הרי"י הלבן והר"א מממיץ, וצ"ע.

ביאור חדש בדברי הרמב"ם הנ"ל

מדברי האחרונים הנ"ל נראה שהם תפסו את דברי הרב המגיד כפשטותם שדין הגוסס - שבהלכה כ"ח, ודין נפלה עליו מפולת - שבהלכה כ"ט היא אותה הלכה, כפשטות דברי הרב המגיד ובשני המקרים דנים אותה כספק גרושה ספק אלמנה.

לאחר העיון נראה כי מדובר בשתי הלכות שונות, ולכן הרמב"ם הפריד אותן לשתי הלכות, וגם שינה את סגנון לשונו בשתי ההלכות - שבהלכה כ"ח כתב "**ספק גירושין**" ובהלכה כ"ט "**ספק גרושה**", ועוד שינויי לשון כמבואר בדבריו.

ביאור הדברים: בהלכה כ"ח בדין הגוסס מדובר שהבעל הגוסס בסוף של דבר נמצא **מת לפנינו**, וכל הנידון שהשליח לא ימסור את הגט ליד האישה הוא בגלל שאין גט לאחר מיתה כמבואר ברמב"ם-שמא הגוסס כבר מת מקודם, ולכן "אע"פ שנתנו לה הרי זה **ספק גירושין**". כלומר היא בוודאות אלמנה לפנינו בשל מות בעלה הגוסס, אלא שאם הגט ניתן לידה יש להסתפק אם היה כאן גירושין כי ייתכן שהגט ניתן לפני מותו ולכן יש לראות במתן הגט ספק גירושין.

לעומת זאת בהלכה כ״ט בנפלה עליו מפולת **כלל לא ידוע לנו אם הבעל מת או שהוא עדיין חי.** ואדרבה, הלכה פסוקה היא (פי״ג מגירושין ה״ד) שאישה האומרת מת בעלי תחת המפולת או שמת מהכשת נחש כשהיה שילוח נחשים ועקרבים אינה נאמנת שמא סמכה בדעתה על הרוב שמתים במצב זה. אם כן נראה כי בהלכה זו אין להחזיקה כאלמנה כי לא ידוע אם בעלה מת, ויש להחזיקו גם היום כספק חי ספק מת. לכן אם ניתן לה גט ״הרי זו **ספק מגורשת**״ כלשון הזהב של הרמב״ם, ובדקדוק רב - כי היא במציאות אישה זו היא אכן ספק אלמנה (שלא ידוע אם בעלה מת) ספק גרושה (בגלל הגט שניתן). שוב מצאתי כעין זה בבית אפרים חאהע״ז סימן ל׳ בתירוצו השני שהבין את דברי הרמב״ם בהלכה הכ״ט שלא ידוע אם הבעל מת (עיי״ש מה שיישב לפי״ז את הקושיה מתוס׳ פסחים צ״א במצאו מת אמרינן שכבר מת מזמן; וראה בשו״ת אחיעזר ח״ג סימן ט אות ד׳ מה שהאריך בזה).

ותתיישב לפי זה כמין חומר קושיית המהרש״ך שכתב לתמוה על לשון הרמב״ם בהלכה כ״ט שאם נתן לה גט הרי היא ״ספק מגורשת״ - שנראה כסותר את דברי הרמב״ם בפרק י׳ הלכה ג׳ ״שכל מקום שנאמר בחיבור זה ספק מגורשת או ספק גירושין הרי זו לא תינשא ואם נישאת תצא והוולד ספק ממזר״ - ואם כן איך נפרנס כאן את לשון הרמב״ם כאן שכתב שאם נתן לה את הגט הרי זו ספק מגורשת - הלוא ממה נפשך היא מותרת להינשא - או כאלמנה או כגרושה.

מכוח קושיה זו הכריח המהרש״ך את שיטתו שמדובר כאן במקום יבם, וכשיש יבם לא נאמר הכלל שכתב הרמב״ם בהגדרת ׳ספק מגורשת׳ משום שכשיש זיקת ייבום ישנה השלכה ישירה לדין הייבום שלה, והכלל שכלל הרמב״ם לעניין ספק ממזר אמור רק באישה רגילה להינשא לשוק ולא במקום שיש יבם. (וכתב שם כי קושיה זו תקשה לדעת המהר״א ששון שהעמיד את דברי הרמב״ם שלא במקום יבם, ולשיטתו לא יוצדק לשון ״ספק מגורשת״ כי אין ספק ממזרות אף לא ביבמה שנישאת לשוק ללא חליצה). ועדיין תירוצו של המהרש״ך צ״ע ונראה כסתום.

לפי המבואר לעיל קושייתו מיושבת היטב. לפי המתבאר כעת שבהלכה זו ברמב״ם (הכ״ט) הבעל לא מוחזק כמת אלא כספק חי, לכן יש לדון אותה רק כספק גרושה ספק אלמנה במציאות. אם כן, אם אותה אישה לאחר קבלת הגט היא תתיבם ותינשא ליבם אזי יש להחזיק את הולד כספק ממזר בגלל שהיא קיבלה גט ודינה כספק גרושה (שמא הבעל לא מת והיא גרושה והיבם נשא את אשת אחיו שלא במקום מצווה) ספק אלמנה (שמא מת קודם מתן הגט ונעשה ייבום כהלכה) ובשל ספק זה תצא ממנו והוולד ספק ממזר, ודו״ק. אולם המהרש״ך כשיטתו שהבין שגם בהלכה כ״ט הבעל מוחזק בחזקת מת - וזה לכאורה כפשטות דברי הרב המגיד שדימה את שתי ההלכות ברמב״ם.

חידוש המהרש״ל בדעת הרמב״ם

יש לציין עוד בהלכה זו של גזירת ׳אתה מצריכה כרוז לכהונה׳ - את דברי המהרש״ל

(בתשובה סימן כ״ה) בדעת הרמב״ם בפרק ט׳ מהלכות אישות הלכה ט״ז ״וכל מקום שתאמר האישה לאיש קדשתני והוא אומר לא קידשתיך מבקשים ממנו שיכתוב לה גט להתירה לשאר העם **שאין לו בזה הפסד**״. ותמה הרב המגיד שהם נגד דברי הגמרא שם שמבקשים ממנו לתת לה גט משום שבגט זה אתה אוסרו בקרובותיה והרי זה חובה לו, ומהו שכתב הרמב״ם ש״אין לו הפסד״? ונדחק ליישב שאולי הכוונה ש״אין לו הפסד ממון והרבה נשים הוא יכול לישא חוץ מקרובותיה״.

מכוח קושיה זו הכריח המהרש״ל שהרמב״ם סובר כדעת הר״א ממיץ במרדכי בקידושין, ולכן רק אם בית דין כפו את הבעל לתת גט הוא ייאסר בקרובותיה, ומשום מעשה בית דין נגעו ביה. בהתאם לכך הסיק המהרש״ל שגם הרמב״ם חולק על תשובת הרשב״א, עיי״ש.

סיכום שיטות הראשונים שהתבארו לפנינו עד כה, וההשלכה לגט בנישואין אזרחיים

מכל המבואר לעיל עולה כי בשיטת הרשב״א והרא״ש מבואר שרק אם הוכח שהקידושין מעיקרא לא חלו רק אז אמרינן שאין הגט אוסר לכהונה והרי זה כמגרש פנויה. אולם כאשר יש מקום של ספק כמו במקרה בו האישה מודה שהיא התקדשה לו (קידושין ס״ה) או שאין כל הכחשה מצדה, או במקרה שיצא עליה קול למרות שהאישה מכחישה את הקול (הרא״ש כלל ל״ה) - הגט שנמסר לאישה לחומרה פסל אותה לכהונה. הוכחנו מדברי הרמ״א שאין כל הכרח לומר שר״י הלבן שבמרדכי יחלוק על הרשב״א, ואדרבה מדובר באותה שיטה. אם נצרף לכך את דעת הר״י מביה״ם שאסר לכהונה גם כשברור היה שלא היו קידושין (והוא מחמיר יותר מהרשב״א), נמצא כי שיטת הר״מ ממיץ היא דעת יחיד נגד רוב הראשונים.

אשר לדעת הרמב״ם - את דעתו קשה לצרף לשיטתו של הר״א ממיץ הואיל והדבר לא בא במפורש בדבריו, רק שהמהרש״ל פירש כך את דבריו, שלא כדברי הרב המגיד. גם הר״ן בקידושין כתב שלא כהר״א ממיץ.

זאת ועוד, הבאנו לעיל את דברי המהר״א ששון שכתב בדעת הרמב״ם שדין גזירת כרוז לכהונה הוא רק דין איסור לכתחילה ולא דין פסול בדיעבד כפי שסובר הרשב״א, ודעת הראב״ד (פ״י מגירושין) כרשב״א. אם כן לדעתו של המהר״א ששון גם הרמב״ם סובר כרשב״א שעל כל פנים לכתחילה לא תינשא, שלא כמהרש״ל. גם הישועות יעקב (סימן מ״ח בפי׳ הקצר סק״ג) הוכיח מהירושלמי נגד שיטת הר״א ממיץ ופסק שאסור בקרובותיה גם אם נתן מעצמו גט ללא כפיה.

שוב מצאתי בספר ״יד אהרון״ (ח״ג לרבי אהרן אלפנדרי על הטור ב״י אות ט׳ באריכות) שעמד על סתירת דברי תשובות הרשב״א והביא אחרונים שתירצו ודחה שם את דבריהם והסיק לבסוף שאין להקל מאחר והב״י הביא את כל התשובות הנ״ל ואת תשובת הרא״ש.

גט בנישואין אזרחיים

אשר על כן כאשר אנו באים לדון על מי שנישאה נישואין אזרחיים והתגרשה מהם בגט כדמו״י – השאלה המרכזית וכנראה היחידה תהיה בירור מעמדם של נישואין אלה.

בהתאם לאמור לעיל בביאור דברי הרשב״א, הרא״ש והרמ״א, ייראה לכאורה כי דין נישואין אזרחיים כיום לא ייגרעו מדין מי שיצא עליה קול קידושין – כפי שדן הרא״ש בתשובתו. לכאורה נישואין אזרחיים גם לא ייגרעו מגט שניתן לרווחא דמילתא כפי שכתב הרשב״א ותיאסר לכהונה מגזירת חכמים ד׳אתה מצריכה כרוז לכהונה׳. אם בהוצאת קול או ברווחא דמילתא הדברים אמורים, קל וחומר שיש לאסור גט שניתן בנישואין אזרחיים מאחר שלדעת הרבה פוסקים יש לחוש לנישואין אלה משום קידושי ביאה או שטר – וכבר האריכו בזה הפוסקים ובפסקי הדין הרבניים לדורותיהם, ואין כאן מקום להאריך בסוגיה זו.

אולם מאידך גיסא אולי יש מקום לצדד לקולא ולחלק בין הדברים. המקרים שבהם החמירו הרשב״א והרא״ש היו כאלה שהיה מקום לחשוש בהם לקידושי תורה כאשר האישה הודתה שהיא התקדשה ומשום כך היא קיבלה גט. במקרים אלה כתב הרשב״א שהואיל ולא הוכח שלא היו קידושין לכן יש להסתפק ולאסור אותה לכהונה משום גזירת הכרזה מדרבנן. כך גם המקרה שבתשובת הרא״ש כשיצא קול שהיא התקדשה לו. שונה הדבר בנישואין אזרחיים – בפרט כשהם נעשו מאחורי מסך הברזל בברה״מ כשהיהודים היו מנותקים לגמרי מיהדותם – לכאורה אין מקום לחשוש שהיו שם גם קידושין ונישואין גמורים כדמו״י כמקובל. אם כן, בהתאם לאותן שיטות בפוסקים הסוברות שנישואין אזרחיים אינם צריכים גט מעיקר הדין כי אין בהם ולא כלום – הרי שיש מקום לדמות נישואין אלה לדברי הרשב״א בתשובתו בחלק ד׳ תשובה ד״ש שהתבארו לעיל, לפיהן במקום שהוברר מעיקרא שלא היה מעשה קידושין כשר, הגט לא יפסול אותה לכהונה, והרי זה כמי שמגרש פנויה שלא נאסרה לכהונה.

נמצא אפוא כי כן יסוד השאלה שלפינו תלויה ועומדת בנקודה זו: מהו מעמדם ההלכתיים של הנישואין האזרחיים? האם יש לראות בגט שניתן להם כגט שניתן לרווחא דמילתא כאשר ברור שלא היו קידושין (כתשובת הרשב״א ח״ד ד״ש) – או שיש לחשוש בהם לקידושין והרי זה כספקא דדינא או כספק קידושין שמעיקר הדין יש להצריך בהם גט, והגט שיינתן לאישה יאסור אותה לכהונה (כתשובת הרשב״א תק״נ והרא״ש בכלל ל״ה).

כיום מנהג בתי הדין לסדר גט בנישואין אזרחיים, ופעמים שאם אחד הצדדים מסרב מחייבים את הבעל לתת גט ומוציאים נגדו צווים שונים החל מצווי הבאה ועד צווי הגבלה, ובית הדין לא ממהר להתיר את נישואין אלה ללא גט, כשהבעל מצוי לפנינו. רק במקום עיגון במקרה שהבעל נמצא בחו״ל ולא ניתן להשיג ממנו גט, בית הדין מתיר נישואין אלה במתן פסק דין המסתמך על דעות הפוסקים המתירים ללא גט.

כבר הביאו בשם החזון איש שלדעתו נדרש סידור גט בנישואין אזרחיים מעיקר הדין ואמר בלשונו הזך כי "הלכה זו לא נסתיימה" – דהיינו שאין בה הכרע (הובאו דבריו בספר ברכת שלמה לגר"ש טנא זצ"ל, אב"ד ת"א, אבהע"ז סימן י"ב, וראה בספר 'אור הנר' לגרש"פ שטיינברג זצ"ל תלמידו המובהק של החזון איש שכתב זאת בשמו של החזון איש). אם כן מדי ספק לא יצאנו, ובפשטות נראה שנישואין אלה לא ייגרעו מהמקרים שבהם עסקו הרשב"א והרא"ש.

דעתו של הגרי"ש אלישיב זצ"ל במעמדם של נישואין האזרחיים, והפולמוס בעניין חיוב מזונות מעוכבת בנישואין אזרחיים

בפסק דין בערעור תשט"ז/114 (נדפס ב'משפט איש' – פסקי הגרי"ש אלישיב זצ"ל כרך שנת תשט"ז) ישב הגרי"ש אלישיב זצ"ל במותב בית הדין עם הראשל"צ הגר"י ניסים זצ"ל והגר"ב ז'ולטי זצ"ל ישנה התייחסות לנושא זה. בית הדין האזורי בת"א (תשי"ג/2327) דחה תביעת גירושין של בעל שנשא אישה בנישואין אזרחיים כשהאישה סירבה להתגרש. ביה"ד האזורי קבע "שמאחר והצדדים היו מוחזקים בעיני הכול כבעל ואישה ואי אפשר לנתק את הקשר ביניהם ללא סידור גט, ולכן כל עוד הבעל לא הוכיח עילת גירושין אין לחייב את האישה לקבל גט".

ביה"ד הגדול (ערעור/תשי"ד/81) פסק שהואיל ואפס כל סיכוי לשלום בית בשל המריבות והסכסוך העמוק לכן לטובת הצדדים עליהם להתגרש בגט עם מתן פיצויים לאישה. התיק חזר לביה"ד האזורי שקבע להם מועד לסידור גט וקבע את סכום הפיצוי לאישה. על כך הגישה האישה ערעור נוסף בשני הנושאים: בנושא הגירושין שלטענתה אין מקום לחייבה בגט ומדובר רק בהמלצה בלבד – אותה היא לא מקבלת; ובנושא הפיצויים שלטעמה נפסקו לה פיצויים נמוכים מדי.

בערעור הנוסף הנ"ל (תשט"ז /114) כתב הגרי"ש אלישיב זצ"ל שאין צורך להוכיח עילת גירושין בנישואין אזרחיים כדי לחייב בגט – וזאת על יסוד דברי תשובת המהר"ח אור זרוע סימן ק"ע שכתב שבספק קידושין יש לכפות את הבעל לתת גט ואת האישה לקבל גט משום שלא ניתן להשאיר אותם המציאות זו של עיגון (לא נשואים ולא גרושים), ובשו"ת אור גדול סימן ה' הביא את הדברים להלכה למעשה.

כתב שם הגרי"ש אלישיב זצ"ל את הדברים הבאים:

> **"ואם כן בנישואין אזרחיים מה שצריכים להיפרד בג"פ הוא רק משום חשש קידושין "שמא כיוון לשם קידושין" כמש"כ הרמ"א (סימן ל"ג ס"א ובב"ש סימן כ"ו ס"א – "כל שנשא וגלוי לכול כאילו היה עדים בשעת הביאה") ואם כן, אם אחד מהם דורש לחייב את הצד השני להתגרש יש לכוף אותו על כך,**

ובדבר זה טעה בית הדין האזורי בפסק דינו הראשון שבו הוא דחה את תביעת הבעל לגירושין "מחוסר יסוד משפטי לדרישה זו לפי הדין". לפי האמור יש יסוד משפטי לדרישה זו לפי הדין בין אם הדרישה באה מצד האישה, ובין אם הדרישה באה מצד הבעל, כי מאחר שרק ספק קידושין הוא ובעיא קידושין אחרינא אם ימשיכו לחיות חיים משותפים".

בהמשך הדברים הוסיף וכתב שהואיל ולכל היותר נישואין אזרחיים הם ספק קידושין לכן אין להוציא ממון מספק - לא במזונות אישה ומנגד לא לדרוש את מעשי ידיה.

בהמשך פסק הדין דן הגרי"ש אלישיב אם יש מקום לחייב בעל סרבן במזונות מעוכבת כמו במגורשת ואינה מגורשת (כתובות צ"ז) שהבעל חייב במזונותיה. כלומר כמו בספק מגורשת בו יש חיוב מזונות מעוכבת, גם בספק מקודשת כמו בנישואין אזרחיים יהיה מקום לחייב מזונות מעוכבת. וכתב שיש לחלק ביניהם: בספק מגורשת כבר חל חיוב מזונות מעיקרא ולכן בגלל שהיא מעוכבת מחמתו מעמידים את הדבר בחזקתו הקודמת, משאין כן בספק קידושין שהספק אם בכלל הוא התחייב לה במזונותיה כי אפשר שלא היו קידושין מעולם. בעניין זה הובאה מחלוקת הראשונים (רש"י והשטמ"ק בביאור דבריו שיש 'אגידא גביה' גם בספק קידושין למרות שלא חל חיוב מזונות מעיקרא, ומנגד ראשונים אחרים שחלקו על רש"י וביארו שמדובר בספק גירושין (וראה בזה גם בפד"ר ח"א עמוד 74).

וסיים שם:

"אולם במקרה אשר לפנינו שהבעל הוא הדורש לתת לה גט והאישה מסרבת לקבל את הגט, פשוט הדבר שאין לה מזונות, היא לא מעוכבת בשבילו להינשא וכמש"כ רש"י הנ"ל דבספק גירושין לאחר מיתה אין לה מזונות, כיוון שהיא לא מעוכבת בשבילו להינשא "ומספיקא לא מפקינן ממונא"".

יש לציין כי דעתו של הראשל"צ הגר"י ניסים זצ"ל הייתה דעת מיעוט. לדעתו, אין לנישואין אזרחיים כל תוקף לפי הדין (כדעת הפוסקים המקילים כמו הבנימין זאב (ק"י) ; הדרכי נועם (לו, מ"ו) ; ומהר"ם שיק (אבה"ע כ"א) ומה שהפוסקים הצריכו מתן גט זה רק לשם חומרה, ולכן כשיש קשיים בקבל הגט האישה יוצאת ללא גט.

נמצאנו למדים כי לדעתם של הגרי"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב ז'ולטי זצ"ל יש לראות בנישואין אזרחיים כחשש לספק קידושין, ולכן והנימוק לפיו לא תידרש הוכחת עילת גירושין הוא משום שגם בספק קידושין גמורים כופים את הבעל ואת האישה להתגרש כפי שכתב המהר"ח אור זרוע, ומציאות עיגון זו היא בעצמה מחייבת גט ללא צורך בהוכחת עילת גירושין, שלא כנימוק שהעלה הגר"י ניסים זצ"ל מטעם ביטול ערכם של הנישואין האזרחיים.

יש לציין כי שאלה זו של חיוב מזונות מעוכבת בנישואין אזרחיים עלה בפסק דין חשוב

נוסף שניתן שנה לאחר מכן - בערעור תשי״ז/89 וערעור תשי״ז/106 (נדפס בספר ״משפט איש״ כרך שנת תשי״ז הובא גם בקובץ תשובות חלק ה׳ סימן ק״ב, ולא נדפס בפד״ר).

בהרכב כבוד הדיינים הגר״י עדס זצ״ל הגרי״ש אלישיב זצ״ל והגר״ב ז׳ולטי זצ״ל ביטל ביה״ד הגדול את פסק הדין של ביה״ד האזורי בת״א (תיק תשט״ו/2819 ; ותיק תשט״ו/3735 שניתן על ידי כבוד הדיינים הגר״י בבליקי זצ״ל, הגר״י רוזנטל הגר״י מונדרי זצ״ל ; לא פורסם בפד״ר). בפסיקת ביה״ד האזורי נימק הגר״י מונדרי באורך את דעתו לפיה יש לחייב בעל במזונות אשתו מדין מעוכבת מחמתו, בדומה לאגידא גביה ב״מגורשת ואינה מגורשת״ כמבואר בכתובות צ״ז וכדברי שו״ת מהרי״ט (ח״א קי״ג). לדעתו, גם אם העיכוב נוצר ביוזמת בית הדין מצד החומרה להצריך גט בנישואין אזרחיים - יש לחייב את הבעל הסרבן במזונות מעוכבת, גם בנישואין אזרחיים.

הגרי״ש אלישיב זצ״ל בערעור הנ״ל ביטל את פסק דינו, וחלק על דעתו באריכות רבה, עיי״ש. גם הגר״ב ז׳ולטי כתב חוו״ד נוספת והסיק כדעתו של הגרי״ש אלישיב. הגר״י מונדרי יצא חוצץ על פסיקת הערעור ושלח להם מכתב ארוך שכלל הערות והשגות שונות על פסק דינם בערעור ובו הוכיח את דעתו שיש לחייב במזונות גם ללא קשר לחבות הבעל מצד הכתובה כדין מעוכבת מחמתו, וכי יש לראות בנישואין אלה לכל הפחות כשטר התחייבות למזונות אישה.

הגרי״ש אלישיב והגר״ב ז׳ולטי השיבו להשגותיו ודחו את דבריו, עיי״ש באריכות בפולמוס הדברים - ויישר כוחו של מהדיר פסקי הדין של הגרי״ש אלישיב זצ״ל - הרה״ג חיים הגר שליט״א שהביא את הדברים לדפוס בסדרת כרכי ׳משפט איש׳.

מכל האמור עולה כי לדעתו של הגרי״ש אלישיב זצ״ל אין להמעיט בערכם של הנישואין האזרחיים הרגילים. יש לחשוש בהם כספק קידושין וזו גם הסיבה שבגללה אין צורך להוכחת עילת גירושין כדרך שכתב המהר״ח או״ז, ולא משום ביטול ערכם של נישואין אלה.

המנהג הרווח כיום בבתי הדין הרבניים הוא לסדר גט כדמו״י בנישואין אזרחיים מצד חובת ההלכה ולא רק לרווחא דמילתא. חשוב להדגיש כי הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בנישואין אזרחיים שנערכו בברית המועצות שם הייתה מניעה אובייקטיבית מצד השלטונות ומצד הניכור והניתוק הדתי של היהודים שחיו שם, מלערוך נישואין כדמו״י בחופה וקידושין כמקובל. בני זוג שנישאו שם בנישואין אזרחיים עשו זאת לצורך הקמת משפחה, למסד בכך את קשר האישות שלהם. לא מדובר כאן בנישואי אזרחיים כמו בפסולי חיתון שיש בהם מוטיב של התרסה דתית, או לחילופין במעמדם של נישואין קונסולאריים (׳נישואי פראגוואי׳) שיש לצדד ולהקל בהם בתוקף ערכם ההלכתי.

כפי שהארכנו לעיל בבירור שיטות הראשונים בדין גט שניתן לחומרה - לדעת רוב הראשונים שצוינו לעיל וכפי שפסק הרמ״א יש לאסור אישה להינשא לכהן כאשר היא קיבלה

גט לחומרה. לפיכך יש לדחות את בקשת המבקשים להינשא, בפרט כשהאישה המבקשת היא מבנות אשכנז שקיבלו עליהם את הוראות הרמ"א.

וראו עוד בשורת הדין כרך י' מאמרו של הגר"מ נהרי שליט"א, ובכרך ז' במאמרו של הגר"ד כהן שליט"א שהאריכו בשאלה זו, והסיקו לאסור. וראו עוד בפד"ר חלק ד' עמודים רנ"ט ואילך).

דעת ה"יביע אומר" (חלק ו' אבה"ע סימן א')

כבוד הראשל"צ הגאון הגר"ע יוסף זצ"ל ב'יביע אומר' (חלק ו' אבן העזר סימן א') נשאל שאלה דומה בבני זוג שנישאו נישואין אזרחיים ברומניה, והתגרשו כדמו"י בישראל. לאחר מכן האישה נישאה כדמו"י לאדם אחר והתגרשה ממנו, וכעת היא רוצה לחזור להינשא לבעלה הראשון - לו הייתה נשואה אזרחית. השאלה שעלתה הייתה אם יש לאסור אותה משום איסור מחזיר גרושתו לאחר שנישאה לאחר. מדובר בפסק דין שניתן בערעור לפני בית הדין הגדול (בנשיאותו) על החלטת בית הדין האזורי שאסר להם להינשא שוב.

בעל ה'יביע אומר' בתשובתו האריך וסמך בכל כוחו על הפוסקים שלא מצריכים גט בנישואין אזרחיים. לאחר מכן הוא הביא את תשובות הרשב"א שהובאו לעיל; את תשובת הרא"ש והרשב"א במיוחסות; את שיטת המהרש"ל בדעת הרמב"ם והר"א ממיץ - וכתב שנראה שהם חולקים על הרשב"א והרא"ש, ולכן הוא הסיק שהואיל וזו מחלוקת ראשונים יש להקל בדרבנן כפי שכתב בעל הלחם רב בסימן ל"ב, בפרט שגם הבית יוסף לא קבע את דברי הרשב"א והרא"ש בשולחנו הטהור אם כן "משמע שהעיקר כתשובת הרשב"א שבבית יוסף סימן י"ג (ח"ד ד"ש) ". כלומר צירוף קולת הנישואין האזרחיים שאיננה מצריכה גט מעיקר הדין, עם ספקא דרבנן במחלוקת הראשונים הנ"ל בעניין גט שניתן לחומרה אם אוסר לכהונה - יש בו כדי להתיר לגרושה זו להינשא לכהן, וכן להתיר אותה לחזור לבעלה מנישואיה הראשונים, עיי"ש.

סיכומו של דבר

התבארה לפנינו שיטת הרשב"א והרא"ש והרמ"א. דבריהם מחוורים כשַׁלְמָה ללא כל סתירות בדבריהם, וקשה להתיר נגדם, כפרט כאשר דבריהם נקבעו להלכה בדברי הרמ"א, והם גם הובאו בבית יוסף מבלי שהוא העיר בסתירת דבריהם.

הרמ"א סובר שדעתם כדעת המרדכי בשם הר"י הלבן ולכן גם אין כל סתירה בדבריו. עוד התבאר לפנינו כי דעת רוב הראשונים (מלבד הר"א ממיץ והראב"ן) היא כשיטת הרשב"א והרא"ש. גם בדעת הרמב"ם סובר המהר"א ששון שהאישה לא תינשא לכתחילה (אם כי לדעת

המהרש״ל הרמב״ם סובר כדעת הר״א ממיץ, אך הדבר לא בא במפורש ברמב״ם).

מלבד זה כבר כתב היד אהרון שאין להקל נגד הרשב״א. בנוסף לכך, קשה להכריע כי אין ממש בנישואין אזרחיים ולקבוע כי הגט ניתן לרווחא דמילתא, הואיל ולדעת פוסקים רבים הגט ניתן מעיקר הדין מחשש לספק קידושין. יש לציין כי המבקשת היא מבנות אשכנז שקיבלו עליהם את פסיקת הרמ״א ולא ניתן להתיר לה כנגד הרמ״א.

לדעתו של החזון איש זצ״ל, והיא גם דעתו של הגרי״ש אלישיב זצ״ל, יש לסדר גט מעיקר הדין בנישואין אזרחיים מעיקר הדין משום חשש ספק קידושין ולא רק לרווחא דמילתא וחומרא בעלמא, ולכן הגט שניתן לאישה יאסור אותה לכהונה, **ויש לציין במעשה בית הדין של סידור הגט** כי האישה מותרת להינשא לעלמא, לבר מכהן.

בהתאם לאמור, בקשת המבקשים נדחית ואין להתיר להם להינשא.

❖

הרב אברהם צבי גאופטמן
חבר בית הדין הרבני באר שבע

נישואי מינקת שהתעברה מתרומת זרע

בירור העובדות

הופיעה המבקשת, רווקה כבת ארבעים, אשר ילדה בת לפני כשבעה חודשים מתרומת זרע. כיום היא מעוניינת להינשא לרווק כבן ארבעים. לדבריה, ניסתה להניק את התינוקת עם לידתה, אך לא הצליחה מפאת מחסור בחלב. הופיע הבעל המיועד והצהיר כי הוא משתכר בשכר גבוה, וקיבל על עצמו בקנין לזון ולפרנס את הבת ע״ס של 2,000 ש״ח לחודש עד הגיעה לגיל שנתיים.

בירור הדין

נישואי מינקת שפסק חלבה, וכלל לא הניקה

חכמים אסרו על מעוברות ומיניקות להינשא עד שימלאו לוולד כ״ד חודש, זאת כדי להבטיח תזונה מלאה לוולד באמצעות הנקה, דבר העלול להיפגע במקרה בו אמו תתעבר, כמובא בברייתא ביבמות (מב ע״א):

> **״תניא: לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו, ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית. גזרה שמא תעשה עוברה סנדל [...] אלא, משום דחסה [...] אלא, סתם מעוברת למניקה קיימא, דלמא איעברה ומעכר חלבה וקטלה ליה״. עיי״ש.**

בדברי הרא״ש (כתובות פרק ה סימן כ) מצינו התייחסות למי שנבצר ממנה להניק את בנה מסיבות פיזיולוגיות, וז״ל:

> **״והיכא שגמלתו בחיי בעלה נראה שמותרת לינשא דליכא למיגזר מידי ולא גזרינן אטו לא גמלתו בחייו... וכן משמע הלשון מינקת שמת בעלה שהיתה מניקתו כשמת בעלה, ומטעם זה נמי נראה להתיר אשה שדדיה צמקו ואינה רגילה להניק לעולם או שפסק חלבה בחיי בעלה ושכרו לו מינקת בחיי בעלה״.**

לדברי הרא״ש, כאשר התינוק נגמל או ששכרו לו מינקת טרם פטירת האב, אין האשה נכללת בהגדרת ״מינקת חבירו״, שהרי אינה מניקה בזמן הפטירה. לאור זאת כתב להתיר אשה שדדיה צמקו או שאינה רגילה להניק לעולם או שפסק חלבה בחיי הבעל (ועיין במ״ש **הריב״ש** סימן שס).

הדברים הובאו להלכה בשולחן ערוך (שם), וז״ל:

> ״אם גמלתו בחיי בעלה, או שאינה חולבת לעולם, שיש לה צימוק דדים, או שפסק חלבה בחיי בעלה ושכרו לו מינקת בחיי בעלה, או שנתנה בנה למניקה שלשה חדשים קודם מיתת בעלה והיא לא הניקה כלל תוך הג׳ חדשים, מותרת לינשא״.

בשו״ת יביע אומר (חי״א, אה״ע מא) כתב דאין לחלק בין מצב בו אין לה חלב כלל או שיש לה חלב מעט, דבאין לה חלב מספיק, דמי לצימוק דדים שלא גזרו חז״ל, וכמו שכתב ג״כ בשו״ת נטע שעשועים (סימן נה) שיש לסמוך בזה על הגאון שב יעקב (אה״ע סימן ט).

נעיר כי בנדונו של היבי״א מדובר באשה שהניקה בחודש הראשון ולא היה לה מספיק חלב, כך שהוצרכה להוסיף חלב תינוקות וכדומה, ואילו בנדו״ד לא הצליחה כלל להניק.

נציין, כי המצבים שנמנו לעיל, בהם מי שהניקה בזמן התאלמנותה - רשאית להינשא, הינם מקרים בהם החלב פסק מסיבה רפואית, כגון: צימוק דדים או אינה חולבת לעולם, ולא כאשר התינוק נגמל בשל החלטה של האשה להימנע מהנקה.

ועיין בפסק דיננו בתיק 1151229/1 בו עסקנו במי שלא הניקה את בנה מבחירה אישית ולא בשל אילוצים גופניים [ב״אוצר הפוסקים״ (ח״ב, סימן יג, עמ׳ צו) הובא חבל פוסקים שהקילו כאשר לא התחילה להניק בצירוף טעמים נוספים. עיין שם גם בדעת הפוסקים שהחמירו ואסרו]. למסקנה, בשל חומרת איסור חכמים בענין זה, כתבנו בפסק הדין הנ״ל להקל אך ורק בצירוף טעמים נוספים.

התחייב הנושאה לזון ולפרנס הולד

כאשר הרוצה לשאת את המינקת מתחייב לזון ולפרנס את הולד, ישנו סניף נוסף להיתר הנישואין, וכמובא בספר יהושע (פסקים וכתבים, אות פד) לגאון רבי יהושע העשיל באב״ד זצ״ל, וז״ל:

> ״נלענ״ד שאם הבעל השני הנושא את האשה יתחייב את עצמו בחיוב גמור ובשבועה על דעת רבים לפרנס ולזון ולכלכל את הילד היתום כל הני חודשים עד תשלום כ״ד חודש, בכל מה שיצטרך, הן מינקת הן ביעי וחלב הוא צד גדול להצטרף בהיתר, דהא מקשו בגמ׳ (יבמות מב) גבי מינקת דילמא איעברה ומיעכר וכו׳, ופריך אי הכי דידה נמי, ומשני לא יהיב לה בעל, ומשמע שם להדיא דאי יהיב לה בעל, היה להתיר בכהאי גוונא, ולא דמי ליורשים דצריכה לבוא לפני בי״ד וכו׳״

בדבריו מסתמך על דברי הגמרא ביבמות (מב, ע״ב), שלאחר שהסיקה שטעם איסור

הנישואין הוא שהמניקה תתעבר והחלב ייפסק, עמדה על כך שלכאורה לפי טעם זה, היה מקום להפריש כל אשה נשואה מבעלה מחשש שמא תתעבר ותחדל מלהניק את בנה, ותירצה הגמרא שאם אכן תתעבר בזמן ההנקה, תוכל האם בסיועו של הבעל להאכיל את התינוק בביצים וחלב, מה שאין כן כאשר בעלה אינו אביו הביולוגי של התינוק, שיש לחשוש מכך שיימנע מלספק לו צרכיו. עוד שאלה הגמרא, מדוע שלא נתיר את הנישואין, ובמקרה שהאשה תתעבר, תוכל לתבוע את יורשי הבעל הראשון שיפרנסו את בנה, ותירצה הגמרא שהאשה מתביישת לפנות לביה״ד כדי לתבוע את היורשים עבור בנה, והדבר עלול להביא למותו של הולד.

לכאורה עולה מדברי הגמרא שאם היתה ערובה לכך שהבעל החדש אכן היה דואג לכלכלת התינוק במקרה שהאם תתעבר, יש להתיר למינקת להינשא. ואין לדמות זאת לתביעה של האשה מהיורשים שיסייעו במזונות התינוק, משום ששם בכדי להביאם לתמוך בוולד, על האשה לפנות לביה״ד, והיא מתביישת לעשות כן, מה שאין כן כאשר המשודך מתחייב מעיקרא בחיוב גמור ואף נשבע על דעת רבים, דבכגון זה ודאי יסייע בכלכלת הבן, אף בלא תביעת האשה.

אמנם מצינו דיוק זה מהגמרא ביבמות, כבר בדברי הנודע **ביהודה** (מהדו״ת אבה״ע לה), אך לא סמך על כך להיתרא, וז״ל:

> **״וא״כ קשה יתירוה ע״י שישבע זה שישאנה למיהב לה אלא ודאי שאין שבועה מועלת אי מטעם חשש הריב״ש שיעבור על השבועה ע״י שום היתר שיורה לעצמו או משום גזירה שהשוו גזירתן ודבי ריש גלותא קלא אית להו״.**

לדבריו, לא ניתן להתיר נישואי מינקת על סמך שבועת המשודך, הן מצד החשש שיעבור על שבועתו, הן מפני שיש לומר שחכמים לא חילקו בגזירתם, ואסרו אף בכגון זה.

ועיין באוצר הפוסקים (שם, עמ׳ פד).

מכל מקום, ודאי שיש לצרף נתון זה להיתירא בנדו״ד, וכפי שהכריע בשו״ת מהר״ש **ענגל** (ח״ג, סימן קכב), וז״ל:

> **״אף אם נימא דהתחייבות שנותן הבעל מהני, יש לומר דכל זה בשלא התחילה להניק, דאז יש קצת פוסקים דאף באלמנה אם נתנה מיד למינקת מותר, ומצרפין לזה אם יש התחייבות מאיש בטוח, אבל בכבר הניקה איזה זמן וחל עליה איסור מינקת, שוב לא פקע, אף אם אחר כך הבעל השני מקבל עליו חיובים״.**

אם כן, בנדון דידן בו לא החלה האם להניק, יש לצרף כסניף להיתרא אף את עובדת התחייבותו של הבעל המיועד.

ועיין עוד במה שכתבנו בפס״ד הנ״ל אף בענין זה.

האם התקנה חלה על מי שהתעברה מתרומת זרע

סניף נוסף לקולא בנדו"ד הינו העובדה שהמבקשת התעברה באמצעות תרומת זרע שקיבלה מתורם אנונימי, ובהסתמך על כמה טעמים:

שיטת ר"ש הזקן

ידועה שיטתו של ר"ש הזקן, הסובר כי חכמים לא גזרו בגרושה מינקת, וז"ל **התוספות** (יבמות מב, ע"א, ד"ה סתם מעוברת), וז"ל:

"**רבינו** שמשון זקנו של רשב"א היה אומר דגרושה מינקת מותרת לינשא משום **דלא משעבדא להניק** כדאמרי' בפ' אף על פי (כתובות נט: ושם) נתגרשה אינו כופה. ואין נראה לר"ת, דהא למאי דהוה בעי למימר דטעמא משום סנדל או משום דיחסא לא היה חילוק בין אלמנה לגרושה, והוא הדין להאי טעמא דאינו חוזר בו אלא מהטעם בלבד, ועוד אלמנה גופה אי אמרה איני ניזונית ואיני עושה או תבעה כתובתה לא משעבדא, וכן פוסק בשאלתות דרב אחאי דלא שנא גרושה ולא שנא אלמנה".

לדברי ר"ש הזקן, גרושה מינקת מותרת להינשא, שלא כאלמנה, מפני שאינה משועבדת לבעלה לשעבר להניק את בנו, ואילו ר"ת חולק על כך, וסובר שאסורה להינשא.

ויעוין בחידושי הר"ן (כתובות ס ע"א) שביאר את מחלוקת הר"ש הזקן ור"ת באופן שונה:

"**וכתב** רת"ם ז"ל דמעשה בא לפני רבינו שמשון באשה שנתגרשה והיתירה לינשא לאחר שלשה חדשים, וטעמא משום **דכיון שהאב קיים ממסמס לה בביצים וחלב**. אבל רת"ם ז"ל כתב דאפילו נתגרשה אינה יכולה לינשא אלא לאחר עשרים וארבע חדש כדין אלמנה. וטעמא משום דכיון דאינה רגילה אצלו בושה לתבוע ממנו כדי צרכו".

לדבריו, טעמו של ר"ש הזקן הוא דבגרושה, הרי האב קיים, והוא ידאג למזונות בנו, לכן אין חשש מכך שהאם תינשא, תתעבר ותחדל מלהניק. אולם ר"ת סובר שלא תינשא, מפני שבושה מלתבוע האב.

נפקא מינה בין הטעמים השונים תהיה במקום בו אין ידוע מיהו האב, כגון בנדו"ד בו הופרתה מתרומת זרע מתורם אנונימי, דלטעמו של ר"ש הזקן המובא בתוספות, תוכל להינשא, שהרי אינה משועבדת להניק, מה שאין כן לטעם המוזכר בר"ן, לפיו האב יזון את בנו, דזה אינו שייך כמובן, כאשר זהות האב אינה ידועה.

להלכה, פסק השולחן ערוך (אבן העזר יג, יא):

"**גזרו חכמים שלא ישא אדם ולא יקדש מעוברת חבירו, ולא מניקת חבירו, עד**

> שיהיה לולד כ״ד חדשים [...] בין שהיא אלמנה בין שהיא גרושה בין שהיא מזנה. (ויש מקילין במזנה) (הגהות מרדכי פרק החולץ בשם י״א). ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה (תשובת ר״י מינץ סימן ה׳)״.

חזינן אפוא, שהשו״ע פסק כרבינו תם שלא חילק בין גרושה לאלמנה, ודלא כשיטת הר״ש הזקן, וכמשמעות הגמרא שלא חילקה בדבר, וכן מצינו בערוך השולחן (אה״ע יג, טז) שכתב כי רבים מרבותינו חלקו על שיטת הר״ש. מכל מקום, ודאי שניתן לצרף שיטתו כסניף נוסף להיתרא, ולדמות אשה שהתעברה מתרומת זרע לאשה גרושה, שעל שתיהן לא חל שעבוד להניק את הולד.

אין להחשיבה כמינקת חבירו

בפתחי תשובה (שם, סקי״ח) עסק באיסור נישואי מינקת, כאשר אבי הולד הוא נכרי. בדבריו הוא מביא סברה מחודשת של הנודע ביהודה (תניינא סי׳ ל״ח), לפיה המעוברת והמניקה ממי שאינו בכלל קדושין, מותרת להינשא, דדוקא במעוברת חבירו גזרו אבל לא מי שאינו בכלל חבירו, כגון כותי ועבד.

כעין זה ניתן לומר אף בנדו״ד, דאף שמסתבר שתורם הזרע הינו יהודי, יש לומר שכאשר מפקיר את זרעו לכל מאן דבעי, אינו בכלל ״חבירו״, דמשמעות ״חבירו״ הינה דוקא כאשר קיים אב מוגדר לולד, שאז אסרו חכמים על אדם אחר להיכנס לגבולו במה שנוגע לולד שלו, מה שאין כן במי שמסתלק מאבהותו ותורם זרע באופן בו זהותו תישאר חסויה לעולם.

חיזוק לסברה זו ניתן להביא על פי שיטות הפוסקים הסוברים שהבן אינו מיוחס אחר האב, בהזרעה מלאכותית (עיין חלקת מחוקק, אה״ע סימן א, סק״ח).

גם לסוברים שאף בהזרעה מלאכותית הבן מיוחס לאביו (עיין ב״ש שם, סק״י, משנה למלך פט״ו מאישות ד, הגהות הר צבי על הטור, סימן א, הגרש״ז אוירבך ב״נועם״ כרך א, עמ׳ קסה, ויבי״א ח״ב אה״ע א, וכן מקובל להורות), בנדון דידן גרע טפי, משום שבהזרעה רגילה ניתן לומר שהרופא המזריע הוא שלוחו של האב (עיין הגהות הר צבי, שם), משא״כ במי שתורם תרומת זרע, שאין לו כל חלק בהליך ההפריה, ואף אינו יודע לרחמה של מי יוכנס זרעו. בכגון זה, אפשר שלא ניתן להתייחס לולד כבן חבירו, וממילא אם הולד לא תוגדר כ״מינקת חבירו״.

והנה אף שלהלכה, הכריעו רוב הפוסקים כי גם בהפריה חוץ גופית, הבן הנושא את המטען הגנטי של בעל הזרע מיוחס אחריו, אפשר שכל זה נוגע אך ורק להגדרת יחוסו של הבן לאב, מה שאין כן בנדו״ד, וכפי שהתבאר.

לפיכך יש מקום לומר שבנדו״ד אין דין מינקת חבירו.

אמנם למעשה, כבר הביא הפתחי תשובה את דברי הפוסקים שמיאנו בסברה זו, וז״ל:

> ״ועיין בתשובת רבינו עקיבא איגר ז״ל ס״ס צ״ה כתב סברא הנ״ל דמעוברת ערבי בשם חכם אחד שרצה לומר כן... והוא ז״ל דחה דבריו, דמלשון מינקת חבירו ליכא דיוקא... גם בתשובת חמדת שלמה סימן ו׳ שנשאל על ענין זונה מופקרת שעשתה שידוך עם נער א׳ ואח״כ נמצא כריסה בין שיני׳ שזינתה עם ערבי תוך זמן הנ״ל כו׳ והאריך מאד אם יש להקל מחמת שהיא מופקרת ולא הזכיר כלל דברי הנו״ב הנ״ל שיש להקל מטעם אחר כיון שהיתה מעוברת מערבי. מבואר שדעתו ג״כ דאין זה היתר כלל״.

בביאור הענין הזכיר את דברי הבית מאיר (שו״ת סימן ה׳):

> ״דתקנה זו שלא ישא מינקת חבירו איננו איסורא בלחוד, אלא דינא הוא מעיקרא ומטעם פיסוק חיותי׳ של תינוק נגעו ביה, דלא גרע התינוק שזכה בשדי אמו ממי שזכה בפריסת מצודה, כדאיתא במס׳ ב״ב שאני דגים כו׳, דמשם נלמד בח״מ סימן קנ״ו דין מערופיא, והכא בהצטרף נמי סכנתא החמירו בתקנתם לגרש אם עבר ונשא, וכן הביאו התוס׳ (סוטה כ״ו ע״א בד״ה לא ישא כו׳) ירושלמי עליו הכתוב אומר אל תשיג גבול עולם ובשדה יתומים אל תבא ע״ש. ולפי זה פשיטא דאין לחלק בין מעוברת מערבי כיון דהולד הוא ישראל, כדלעיל סימן ד׳ סק״א ע״ש (ועיין בתשובת חתם סופר סימן ל״ג שקילס מאוד סברא זו של הגאון בית מאיר)״.

המורם מדבריו שדין איסור נישואי מינקת חבירו, אינו מצד זכותו של ״חבירו״, אלא מצד התינוק, שזכה בחלב אימו, ואין להשיג גבולו לקפח פרנסתו. ממילא אין הדבר משנה האופן בו נתעברה האם.

מכל מקום, לשיטת הנודע ביהודה, אפשר שיש צד נוסף להקל בנישואי מניקה שהתעברה מתרומת זרע.

חכמים לא גזרו באופן שאינו שכיח

ה״ברכי יוסף״ (אה״ע שם, סק״י) דן בשאלה דומה אם איסור נישואי מניקת חבירו חל אף על מי שהתעברה באמבטיה, ומטעם שהדבר אינו שכיח, ואפשר שחכמים לא גזרו בכך, וז״ל:

> ״יש להסתפק באשה שנתעברה באמבטי, אי שריא לינשא כשהיא מעוברת ומניקה, או אסירא, כדין מעוברת חבירו ומנקת חבירו. ונראה להביא ראיה מהא דאמרינן בחגיגה דף י״ד ע״ב, על שאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו לכהן גדול, מי חיישינן לשמואל דאמר יכולני וכו׳ או דילמא דשמואל לא שכיחא, אמר

ליה דשמואל לא שכיחא, וחיישינן שמא באמבטי עיברה. וכתב רש״י בתולה שעיברה מהו לכהן גדול, והיא אומרת שימצאו לה בתולים, אי נמי כהן גדול נשאה ולא ידע שהיא מעוברת ומצא לה בתולים, ואח״כ נמצאת מעוברת מהו לקיימה. עכ״ל... ולפי זה איפשיטא בעיין, דהרי פשיט בן זומא דשמואל לא שכיחא, וחיישינן באמבטי עיברה וכשרה לכהונה, ובתולה זו המעוברת באמבטי משיאין אותה לכ״ג ולא חיישינן למעוברת חבירו, דהא מוכרח דמשיאין אותה כי מעברה, דאי ילדה ודאי אזדו להו בתולים. וכן בדין, דכיון דגזרת חכמים היא, הא קי״ל דמלתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן... ודאי נתעברה באמבטי מילתא דלא שכיחא מיקרי, ועין רואה ואזן שומעת הרי הוא בבל ימצא. אלא מיהו יש לדחות ראיה זו, דכיון דגזרת חכמים היא שמא הא דבן זומא מקמי הך גזרה הוי, אבל בתר דגזור רבנן דלא ישא מעוברת חבירו, אף דהא מילתא דלא שכיחא, כיון דאיכא סכנת ולד, חמירא סכנתא, ולא פלוג ואף נתעברה באמבטי לא תנשא״.

הברכי יוסף מביא ראיה מהגמרא בחגיגה, לפיה כהן גדול יכול לשאת בתולה שנתעברה באמבטיה, ולא מצינו כל מניעה מצד איסור נישואי מעוברת חבירו. לדבריו, ההסבר לכך הוא שחכמים לא גזרו במציאות שאינה שכיחה. אמנם כותב שיש לדחות הראיה, שאפשר שבאותו זמן טרם גזרו חכמים איסור נישואי מעוברת ומינקת חבירו [ולענ״ד נראה שכלל אין להביא ראיה מכהן גדול, דאפשר שכלל לא גזרו בו, שהרי אין לחשוש שלא יפרנס הולד בביצים וחלב, עיין במ״ש לעיל סעיף ב, דמצינו שיש מצוה לגדל ולהעשיר את הכה״ג, ואין עניות במקום עשירות, ואכמ״ל].

לגופו של ענין כותב, שמאחר שהגזירה היא מחמת הסכנה לולד, וחמירא סכנתא מאיסורא, יש לומר שחכמים לא חילקו, ואסרו אף במילתא דלא שכיחא.

מכל מקום, מהמשך דבריו נראה שנוטה לומר שהגם שאין ראיה מהגמרא בחגיגה, מסתבר שלא גזרו במקום שאינו שכיח, אף שמדובר בסכנה, וז״ל:

״אמנם אני חוכך בזה, חדא, דהא דמעוברת חבירו ומנקת חבירו וגזרת הבחנה, נראה קצת דכחדא שריין, ובזמן אחד נגזרו. ומברייתא דספרי הנז״ל (אות ד ד״ה ובהכי), משמע דבימי ר׳ עקיבא ור׳ אליעזר כבר היתה כזאת גזרת הבחנה, וכ״ש בימי בן זומא, ומסתמא גם גזרת מעוברת ומנקת כבר נגזרה. אף כי יש לדחות. ותו דכיון דגזרה היא, סוף סוף גם דאיכא לתא דסכנת ולד, במילתא דלא שכיחא מסתברא דלא גזור. ומכל מקום אין ראיה לנדון דידן מהא דחגיגה, דיש מקום לדוחה לומר דהא דבן זומא מקמי הגזרה דמעוברת חבירו. אי נמי דהך בעיא לדין תורה הוא דבעו״.

גם ב״שדי חמד״ (ח״ג, מערכת המ״ם, קעג) הביא מה״ברכי יוסף״, שאף כשגזרת חכמים היא במקום חשש סכנה, לא גזרו במילתא דלא שכיחא.

אמנם עיין **בציץ אליעזר** (ח״ט, סימן נא, פרק ד), שהבין בדעת הברכ״י שנטה להכריע כי יש בזה דין מעוברת חבירו, וכ״כ בשם **הישועות יעקב** (שם, בפירוש הארוך סק״ח) **והדברי מלכיאל** (ח״ד, סימן קז).

ובאוצר הפוסקים (שם, עא, אות ב) הביא **דהתורת חסד** (סימן ג) כתב בפשיטות דמותרת, דבמילתא דלא שכיחא לא גזרו, ואילו **הכרם שלמה** לאה״ע, כתב דלא פלוג.

והנה לא אכחד כי יש להסתפק אם כלל שייך לומר ״לא גזרו רבנן במילתא דלא שכיחא״, בעניינים כמו מעוברת ומינקת חבירו, ושורש הספק הוא עפ״י המבואר **במשנה למלך** (פ״ד מהלכות מלוה ולוה הי״ד), שהביא מחלוקת בין **הרד״ך למהר״י טאיטאצאק**, האם אמרינן מילתא דלא שכיחא בכל תקנות חז״ל, או שמא רק בגזירות שיש בהן גדרים וסייגות, וז״ל:

> **״אך ראיתי בתשובות מהרדכ״ץ בית ל״ב ח״ד דהא דמחלקינן בין מילתא דשכיח למילתא דלא שכיח היינו דוקא בגדרים וסייגות, וטעמא דדי לנו במה שהחמירו וגזרו במילתא דשכיחא אבל במילתא דלא שכיחא לא גזרו דליכא למיטעי משום אקראי בעלמא, אבל כשאין הענין משום גדר אלא מילתא באנפי נפשה שרצו לזכות את ישראל פשיטא שעל כל צד זכייה ותועלת תקנו ע״כ... אך למהר״י טאיטאצאק הובא בספר שארית יהודה סי׳ כ״ה דס״ל דאף בתקנות איכא למימר מילתא דשכיח תקנו רבנן מילתא דלא שכיח לא תקנו״.**

לדברי הרד״ך (בית ל״ב חדר ד בסופו, ובתחילת חדר ה) חכמים לא גזרו במציאות שאינה שכיחה דווקא בגזירות שעניינן סייג לתורה, כמ״ש ״ושמרו את משמרתי״ – עשו משמרת למשמרתי, משום שאין צורך בגדר וסייג במציאות שאינה רווחת, אך בתקנה עצמית שעניינה לזכות את ישראל, אין לחלק בה בין שכיח ללא שכיח. לפי זה לכאורה, בתקנת מעוברת ומינקת חבירו שנועדה לזכות את ישראל ולהבטיח את כלכלת התינוקות, אין לחלק בין שכיחא ללא שכיחא, שהתקנה כללה כל צד זכות ותועלת לתינוקות ישראל. וצ״ע.

אמנם עיין בתשובת **המהר״י מינץ** (סימן ה), שהתיר נישואי מינקת שנתעברה בזנות, וכתב בסוף דבריו, שאין על האם המזנה חיוב הנקה בחנם, וז״ל:

> **״ולהניקו בחנם לא אמרי׳ דתקנו, בפרט בזנות כי האי דלא שכיחי להתעבר כיון דאפשר באפוכי מיפך או במוך ומילתא דלא שכיחי לא גזרו ביה רבנן משמע ממנו דשייך כאן הך כללא״.**

יוצא מדבריו שגם בענייני מינקת שייך לומר ״מילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן״ [וכן מצינו בתשובת שבות יעקב ח״ג קטז, שכתב לגבי מינקת שנתעברה בזנות, דבמילתא דלא שכיחא לא גזרו רבנן], ולכאורה דלא כשיטת הרד״ך, ועיין היטב בתשובת **ברכת אברהם** (אה״ע יז), שעמד על כך, ואכמ״ל.

אם כי יש לעיין מפני מה המהר״י מינץ לא כתב טעם זה בעיקר היתרו לנישואי מינקת מזנה, ובתשובות הבית מאיר (סוף אה״ע, סימן ה) העיר על כך, ואף חידש הגדרה יסודית ב״מילתא דלא שכיח לא גזרו רבנן״, וז״ל:

״אמנם אחרי עיוני במקצת מקומות דאירי ממילתא דלא שכיח לא גזרו או לא תיקנו, רואה אני די״ל דוקא כמו במקום שהביא וכו׳ [...] שלא התעוררו לעשות תקנה בלא שכיח [...] משא״כ בנדו״ד איך יש לומר אחרי שהוכרחו לעשות תקנה לולדות השכיחים, איך יפקיעו מתקנתם ולדות הבאים ע״י לא שכיח, אפשר אילו היה במציאות לתקן ביחוד ולדות דזנות לא היו מחדשים בעבורם תקנה, משא״כ כשהם בתוך הבאים בשכיח, דהא סוף סוף בנים הצריכים לזה בעולם שכיחי, ויוכל להיות נמי חרי דתקנה זו מכח לתא דסכנה נגעו בה והוי פיקוח נפש, אף להם לבד היו נזקקין לתקנה, ובפרט למה שהעליתי דעיקרה דינה הוא מדזכה התינוק משדי אמו ודאי דלא שייך בזה לחלק מדעתנו משום לא שכיחי״.

לדברי הבית מאיר, חכמים יימנעו מלתקן במיוחד תקנה הנוגעת למציאות שאינה שכיחה, אולם כאשר כבר תיקנו תקנה למציאות שכיחה, תקנתם כוללת אף מציאות שאינה שכיחה. עוד הוסיף כי תקנה מעין זו, שנועדה למנוע סכנה, אפשר שהיו מתקנים במיוחד אף במילתא דלא שכיחא, ובפרט לשיטתו שמהות התקנה היא העובדה שהתינוק כבר זכה בחלב אמו, והבא לישא את המינקת נחשב כמי שבא ליטול מהוולד את אשר זכה בו. ועיין ב״שדי חמד״ (ח״ג מערכת מ״ם, קעב).

זאת ועוד, כיום, הפרייה מלאכותית הינה דבר מצוי מאוד, ועל כן אף אם נאמר שלא גזרו במציאות שאינה שכיחה כמי שנתעברה באמבטיה, מכל מקום אין זה נוגע למעשים רבים שבכל יום בהם מתבצעת הפריה מלאכותית, וכ״כ הציץ אליעזר (שם), וז״ל:

״ונראה לענ״ד שגם הברכ״י לא מספקא ליה כי אם בנתעברה ע״י אמבטי שהוא מילתא דלא שכיחא כלל שיכנס זרע לתוך רחמה ברחיצתה באמבטי, וכמו שהר״ח בחגיגה שם קורא לזה מעשה נסים, וכמו שהברכ״י בעצמו כותב דעין רואה ואזן שומעת הרי הוא בבל ימצא (ויעוין גם בשו״ת שו״מ מהדו״ג ח״ג סי׳ ל״ד מ״ש בזה עיין שם). ולכן במילתא דל״ש כי האי מסתפק הברכ״י לומר דאולי בכי האי לא גזרו רבנן, ועל בכי האי הוא דמסתפק להוכיח מההיא דחגיגה שהמדובר ג״כ בכגון זאת, אבל בעיבור ע״י הפרייה - מלאכותית שהעיבור לא בא במקרה שנכנס הזרע מאליו לתוך גופה, אלא מתעברת היא ע״י פעולת רופא המכניס לתוך רחמה הש״ז באמצעות מכשיר המיוחד לכך, והוא מילתא דשכיחא שתתעבר מכך, ובדרך שהפעולה נעשית אין שום עיכוב לזה במה שהש״ז לא נכנס באופן ישר ע״י שכיבת איש אתה, בכל כגון האי יש לומר שגם הברכ״י יודה בפשיטות שיש בזה הגזירה של מעוברת ומינקת חבירו ואסורה להנשא עד כלות ימי העיבור וההנקה״.

[עיין שם שהוסיף כי אם נתעברה בנישואיה מתרומת זרע של אדם אחר, יש להפריש בעלה ממנה בימי העיבור וההנקה, ואם הדבר נעשה ברצונו ובידיעתו של הבעל, יתכן שדינו ככנס במזיד מעוברת ומינקת חבירו, שעליו להוציאה בגט. אמנם עיין **במנחת שלמה** (תניינא סימן קכד) הסובר שהבעל אינו צריך לפרוש מאשתו, עפ"י **האבני מלואים** (סי' י"ג סק"א) שכתב "דלא אסרו חז"ל מעוברת חברו ומינקת חברו אלא היכא שנשאה באיסור שהיתה מעוברת או מינקת אבל אם בשעה שנשאה הי' בהיתר דנמצאת מעוברת לית לן בה כיון דבהיתר נשאה ולא בעי הפרשה"].

למרות האמור, יש לומר שאף שהזרעה מלאכותית שכיחה בימינו, עלינו ללכת אחר זמן התקנה, ומאחר שבאותה התקופה הדבר לא היה שכיח, לא חלה על כך הגזירה. וכן משמע מ**התוס'** ד"ה משום (בבא בתרא יט, ע"א) שאף שחכמים אסרו הטמנה בדבר המוסיף הבל, אין גזרתם חלה על הטמנה בסלעים, כיון שאין דרך להטמין בהם, ולא גזרו רבנן במילתא דלא שכיחא. והוסיפו התוס' שמנהגם להטמין בסלעים.

יוצא אפוא, שלמרות שהדבר הפך להיות שכיח, מכל מקום הגזירה לא חלה על כך, דאזלינן בתר זמן התקנה (עיין בקונטרס אמרות משה סימן נט, המופיע בסוף הספר אגרות ורשימות קהלות יעקב ח"ב).

אחר כתבי זאת, מצאתי בשו"ת **יביע אומר** (חלק יא, אה"ע סימן לט) שנשאל בנדון דומה במעוברת מהזרעה מלאכותית, שכתב בדעת הברכי יוסף שהעלה להקל בנתעברה באמבטיה, והסיק דהוא הדין בנדון דידיה, בצירוף התחייבות בקנין מצד האיש שרוצה לישאנה.

אם כי עדין יש מקום לחלק ולומר שהברכי יוסף עוסק בדין "מעוברת חבירו", וכן הוא בתשובת היבי"א, שלגבי זה יש לדון לגבי **אופן התעברותה**, ואם הדבר נכלל בגזירת "**מעוברת** חבירו", אמנם כאשר מדובר לאחר הלידה, בדין "**מינקת** חבירו", איזו שייכות יש לאופן העיבור, הרי מדובר על תינוק שכבר נולד, ומה יש לחקור כעת על האופן בו בוצעה הפרייתו. וצ"ע.

סיכום ומסקנה

לפיכך, בשל העובדה שהאם לא הניקה מעולם את בתה, והבת ניזונת מתחליפי חלב, בצירוף הענין שמדובר במקרה של הזרעה מלאכותית, שלא היתה שכיחה בזמן גזירת חכמים, ויש לדמותה לגרושה מינקת שר"ש הזקן התירה להינשא מפני שאינה משועבדת להניק, ובהתחשב בכך שמדובר באיש ואשה רווקים בני ארבעים, שסוף סוף מצאו את זיווגם, כאשר האיש טרם קיים מצוות פריה ורביה, ולאחר שקיבל על עצמו בקנין לזון ולפרנס את הבת, ביה"ד מתיר למבקשים להינשא כדת משה וישראל.

הרב משה לאנגער
ראש מערכת אוצר הפוסקים
רב ואב"ד קהילת תורה ותפילה
Chestnut ridge n. y

רחיצה אחר תה"מ

שאלה: האם מותר לאשה לרחוץ תוך או"מ אחר תשמיש, או שאסור משום איסור השחתת זרע.

א. מקורות שנראה מהם להתיר

לכאורה אין שאלה זו צריכה לפנים, כי תנן במשנה (מקוואות פרק ח משנה ד), "האשה ששמשה ביתה וירדה וטבלה ולא כבדה את הבית כאילו לא טבלה", ופירש הרע"ב "לא קנחה את עצמה עד שלא ישאר בה לחלוחית של שכבת זרע". ובשו"ע (יו"ד ס' קצו סעיף יג) כתוב "האשה ששמשה מטתה וראתה אחר כך ופסקה, ורוצה לספור מיום מחרת ראייתה, תקנח יפה יפה אותו מקום במוך או בבגד להפליט כל הזרע או תרחוץ במים חמין והם יפליטו כל הזרע". ומקור דבריו הוא ברא"ש (נדה פרק ד סימן א), על פי משנה הנ"ל. הרי רואים להדיא לכאורה שאין איסור לאשה להשחית זרע הבעל. וכן מבואר לכאורה מהבדיקות הנצרכות לאשה העוסקת בטהרות המובאות בריש מסכת נדה. וכן לשיטת הרמב"ם המובא בשו"ע סימן קפו, שאף אשה שיש לה ווסת קבוע, צריכה לעשות בדיקה אחר תשמיש. ואין איסור בבדיקות אלו משום השחתת זרע.

ב. מקורות שנראה מהם לאסור

תנן בכתובות (דף עא ב) "המדיר את אשתו שתהא ממלאה ומערה לאשפה, יוציא ויתן כתובה". וביאר בגמרא (דף עב א), "היינו שתמלא ונופצת". ופירש רש"י, 'שתהא ממלאה ונופצת לאחר שתשמש וימלא רחמה שכבת זרע תרוץ ברגליה ותנפצנו שלא יקלוט ותתעבר'. וטעם האיסור פירש הראב"ד הובא ברשב"א, על פי הירושלמי שפירשו שהוא כמעשה ער ואונן, דהיינו שהוא איסור אל האשה להשחית זרע הבעל.

אמנם, הרשב"א הביא פירוש אחר מרש"י שיכולה לטעון בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה, ולא משום איסור השחתת זרע. וכן בריטב"א הובא ב' פירושים אלו. אלא שלפי פירוש זה צריך ביאור כוונת הירושלמי. ואפשר לומר שסבירא להו כיון שהבבלי לא אמרו טעם הדבר כמו הירושלמי, מבואר שלא הסכימו לאסור מטעם זה. אי נמי אפשר לומר כמו

שכתב הריב״ש (הובא בשטמ״ק שם) שהביא דברי הירושלמי וכתב ״כלומר דאיכא השחתת זרע כהתם ולאו כמעשה ער ואונן ממש, דהתם דש בפנים וזורה בחוץ״. ואחר כך הביא ב׳ פירושים הנ״ל. ואם כן הכוונה היא שהבעל דרש ממנה להשחית הזרע, אבל אין האיסור משום דין השחתת זרע בעצמו, אלא משום טענתה דבעינא חוטרא לידה ומרא לקבורה. עכ״פ לפי הראב״ד ורשב״א וריטב״א שהביאו דבריו, ופשטות לשון הירושלמי, יש איסור השחתת זרע גם על האשה. ואם כנים, צריך עיון האיך יפרשו המשנה במקוואות, וחיוב עשיית בדיקות אחר התשמיש, וכנ״ל.

ובאמת, מצינו שהראשונים נחלקו בכמה מקומות, אם יש איסור השחתת זרע על אשה. ותלוי השאלה, אם אמרינן כיון שאינן מצוות על פרו ורבו, הוא הדין שאין בהם איסור השחתת זרע. במכסת נדה (דף יג א) תנן, כל היד המרבה לבדוק בנשים משובחת ובאנשים תקצץ. עיין שם בגמרא ובתוס׳, שלפי רבינו תם אין איסור על אשה להשחית זרע הבעל כיון שאינן מצוות על פרו ורבו, וממילא גם אינן אסורות בהשחתת זרע דידהו[ח]. מאידך, הרמב״ן ורשב״א הקשו על רבינו תם, מה איכפת לן שאינן מצוות על פריה ורביה, מכל מקום אסורות הן בהשחתת זרע, והרי בין איש בין אשה, לקו על זה במבול. ועל כולם נאמר כי השחית כל בשר את דרכו על הארץ. ועוד הקשה הרמב״ן (בנדה שם), שאף אם אמרינן שאינן נאסרות בהשחתת זרע, מכל מקום למה היא משובחת בכך, הא יותר משובח להן ולעולם שלא ירבו לבדוק שלא לצורך, כי לא תהו בראה, לשבת יצרה, עיין שם. ועיין במנחת חינוך (סוף מצוה א) שרבינו תם סובר שנשים אינן מצוות אף על מצות שבת. ובאמת אף לרמב״ן משמע שהיא רק מעליותא. ועיין עוד בענין אם נשים מצות על שבת בתוס׳ בבא בתרא (דף יג א, ד״ה שנאמר), ובחלקת מחוקק (ס׳ א ס״ק א) ובית שמואל (ס״ק ב).

וכן נחלקו הראשונים בביאור הסוגיא של ג׳ נשים משמשות במוך (כתובות דף לט א, יבמות דף יב ב, ועוד), שרבינו תם אזל לשיטתו, שאין נשים מצוות על פרו ורבו, ממילא אין להם איסור השחתת זרע. ולכן הנידון להתיר תשמיש במוך היינו אחר תשמיש. ואילו הרמב״ן (כתובות דף לט א) סובר שאסורות להשחית זרע בעלן. וכן הוא בתוס׳ הרא״ש (כתובות שם) בדעת רש״י. וכן הוא בריטב״א (יבמות דף יב ב) והובא בשיטה מקובצת (כתובות שם). ולכן פירשו הגמרא באופן אחר ואכמ״ל.

וצריך עיון בדעת הרמב״ן ודעימיה שיש איסור השחתת זרע על האשה, היאך יפרשו הראיות הנ״ל באות א שמבואר להדיא שאין איסור לאשה להשחית הזרע אחר תשמיש. וגם תימה שלא ציינו למשנה במקוואות עכ״פ לבארו לפי שיטתם. שוב מצאתי ברמב״ן (נדה דף מב א, ד״ה אלא לרבא) שדן במשנה ההוא לנידון פולטת תוך ג׳ ימים מתשמיש, ולא דן בה

ח. ביאר החזון איש (הלכות אישות ס׳ לז אות ג) דנראה מדברי הראשונים דזרע דידה היינו דם נדה הבא לפעמים על ידי חימוד, עיין רמב״ם (איסורי ביאה, ה ד), ועוד ברמב״ן (ריש פרשת תזריע) שלדעת חז״ל הולד נוצר מדם הנקבה ומלובן האיש ולשניהם יקראו זרע.

משום איסור השחתת זרע. ועוד יותר כתב, שצריכה לכבד הזרע משום טהרות, כיון שהיא נוגעת בש״ז.

ואפשר לתרץ על פי מה שדן בשו״ת אחיעזר (חלק ג סימן כד אות ד) ועוד פוסקים, בענין בדיקת זרע הבעל לצורך פרו ורבו, והביא מהבית שמואל (ס׳ כד ס״ק ב), בענין אם מצאו דם אחר תשמיש, ודן להתיר שהבעל יוציא זרע כדי לבדוק אם הדם הוא ממנו או מאשתו, כי אין איסור השחתת הזרע כשהוא לצורך כמו שמצינו ביבמות דף עו, שהתירו להוציא זרע כדי לבדוק אם הוא פצוע דכא או לא. והביא שם עוד מגדולי אחרונים שדנו בדברי הבית שמואל, והסיק באחיעזר להתיר, ואכמ״ל.

לפי זה יש לומר לדעת הראשונים שחל על האשה איסור השחתת זרע של הבעל, מכל מקום מותר לה לבדוק אחר תשמיש מחמת שעוסקת בטהרות, או לבדוק אם ראתה מחמת תשמיש. כי אין כוונתה להשחית הזרע אלא הוא לצורך מצוה. ואף בדין השו״ע שמותר לאשה לכבד עת ביתה כדי להתחיל שבעה נקיים מיד, יש לומר שזה נחשב לצורך כדי שיכולה לטהר עצמה לבעלה מוקדם יותר. אך להלן יתבאר הדברים היטב בדרך אחר על פי גדולי האחרונים.

ג. חילוק המגן אברהם בין זמן שיכולה להתעבר לכשאינה יכולה להתעבר

הנה על דין הרמ״א (או״ח ס׳ תרו) שיש לטבול ערב יום כיפור משום קרי, כתב המגן אברהם (ס״ק ח) ״ולפי זה אשה ששמשה תוך ג׳ ימים צריכה לכבד ביתה בחמין שלא תפלוט ש״ז. ודוקא שלא היה סמוך לטבילתה או סמוך לוסתה דבאותן שעות רגילות להתעבר ויש לחוש שתשחית זרע ההריון״. גם הדרישה (יו״ד שם אות ה) כתב בשם מהרש״ל שלא תלך אשה למרחץ שלשה ימים אחר טבילתה, והובא דבריהם בסדרי טהרה (שם ס״ק מז), ואף הוסיף שלא תהלך הרבה אחר התשמיש. וגם התורת השלמים (שם ס״ק כג) ובאר הגולה הביאו דברי הדרישה. ובערוך השולחן (יו״ד שם סוף הסימן) כתב ״יש נשים שנהגו שלא לילך לבית המרחץ בג׳ ימים אחר הטבילה משום דרובן מתעברות אחר טבילתן ואלו תלך למרחץ יפליטו המים ממנה את הזרע ותשחית הזרע באבדן נפש ומטעם זה נכון שתזהר האשה שלא תתהפך אחר התשמיש גבה למעלה וכריסה למטה משום דבזה ג״כ תפליט הזרע וכן לא תרבה בהילוך בג׳ ימים אלו דגם זה מפלטת זרע וכל אשה הנזהרת מכל אלו תבא עליה ברכה״.

הרי נראה שעשה המגן אברהם ודעימיה פשרה, שאין איסור השחתת זרע על האשה אלא דוקא בזמן שיכולה להתעבר. והחתם סופר (יו״ד ס׳ קעב, וחידושיו לנדה דף יג א) הקשה על המגן אברהם שלא ידע מהו המקור לעשות פשרה כזה, בין לשיטת ר״ת שלא חל על אשה איסור השחתה, ובין לשיטת הרמב״ן שחל עליהן איסור השחתה. ורעק״א (סוף ס׳ עא) האריך להוכיח שרוב ראשונים סוברים שיש על האשה איסור השחתת זרע, וממילא הקשה האיך התיר המגן אברהם לכבד את ביתה אפילו כשאינה בימים שראויה להתעבר. ואף שמהמשנה

במקוואות מבואר שמותר לכבד את ביתה מהזרע, ביאר ששם מיירי באופן שכיבדה את ביתה באיסור. אלא שיש לתמוה, הרי השו״ע כתב שמותר לה לעשות כן לכתחלה, ומקור דבריו הוא ברא״ש על פי המשנה ההיא, כנ״ל[ט]. וגם הכרתי ופלתי (מובא באות הבא) הקשה על המגן אברהם מדברי השו״ע שמבואר שאין בזה איסור.

ואפשר לפרש שיטת המגן אברהם ודעימיה בג׳ אופנים. א) אזלו כשיטת ר״ת שאין איסור השחתת זרע על אשה, אפילו הכי אין להן לרחוץ הזרע אף שאינן מצוות על פרו ורבו, כי חששו לצד שנשים חייבות במצוות שבת כמו שהבאנו לעיל. ב) אף אם סוברים שאין הנשים מצוות שבת, מכל מקום עליהן להזהר ולשמור כמה שאפשר שלא תפלוט הזרע מחמת מצוות פרו ורבו או שבת של הבעל. ג) אף לשיטת הרמב״ן שחל עליהן איסור השחתת זרע, סבירא להו שלא חל איסור זו על אשה אלא בזרע הראוי להוליד׳. ולכן לא אסר המ״א אלא סמוך לטבילתה או לווסתה שראוי הזרע להוליד.

שוב ראיתי בשו״ת תורת חסד (ס׳ מג אות כא) שתמה על הכו״פ, רעק״א וחתם סופר שלא ראו שדברי המגן אברהם אינם חידוש עצמו אלא הם מפורש במהרי״ל הלכות ערב יום כיפור. וביאר הדברים כעין צד ראשון ושני הנ״ל, שאף שאין איסור השחתה על האשה, מכל מקום בימים הראוים להריון אין לה לעשות כן ללא צורך. והא שהשו״ע התיר בכל אופן, היינו שיש שם צורך כדי לטהר לבעלה, וכעין שכתבנו לעיל. ושמחתי לראות שכוונתי קצת לדברי הגדול, עיין שם שהרחיב העמיק וסידר דעות הראשונים והפוסקים בסוגיא זו.

ד. דעת הסוברים שאין חילוק בזמן שראוי לה להתעבר או לא.

הכרתי פלתי (סוף סימן קצו) הקשה על מה שאסר המגן אברהם בימים שראויה להתעבר, מדין השו״ע שמותר לאשה לכבד את ביתה להפליט הזרע. ולכן ביאר הכו״פ שמותר כיון שרוב הזרע נקלטת, מיד אין לחשוש על השחתת שאר הזרע. וכתב שדין זה היה בהעלם עין מהמגן אברהם[י]. וכבר מצינו כדבריו בר״ן (חידושים לדנה דף לח א), שעל פי רוב הזרע נקלט מיד. ועיין בדעת תורה למהרש״ם (יו״ד ס׳ טו ס״ק ח) שהביא שכן נראה דעת הנודע ביהודה (אה״ע סוף ס׳ סט). וכן בשו״ת מהרש״ם (חלק ד סימן קלב) שהעיקר הוא כהר״ן והפליתי, וכל שכן שיש להתיר בנידון שלו שהצריכה לזלף לצורך רפואה, ולא היה כוונתה להשחית הזרע.

ט. בתשובה סימן עב המשיך רעק״א לדון בזה, ובתוך דבריו כתב שהרא״ש אזל כשיטתו שאין איסור השחתת זרע על האשה, אך במסקנה פירש רעק״א שלכולי עלמא מותר לכתחלה כדלהלן.

י. שוב ראיתי בשו״ת דובב משירים (חלק א סימן כ) שפלפל לומר שאיסור השחתה של האשה הוא מצד הפסד ממון הבעל, דהיינו זרעו, ולכן דן לומר שברשותו יהא מותר לשמש במוך אחר תשמיש, אבל הסיק שאין לומר כן להלכה. והנה יש אחרונים הסוברים שבזרע שאינו ראוי להוליד כלל, אין איסור השחתה אף על האיש, עיין דבריהם מובאים באוצר הפוסקים (ס׳ כג סעיף א אות ג ואות י). אך אין זה ראיה לנידון דידן, שבעצם הזרע ראוי להוליד, אלא שאין האשה ראוי להיכנס להריון.

יא. ועיין מה שהקשה על דבריו בסדרי טהרה שם.

גם רעק״א (סימן עב) חזר ממה שהחמיר בסימן הקדום, וביאר שיש ב׳ אופנים של נקיון הזרע. אחד הוא רחיצה, והיינו מכבדת את ביתה שבמשנה, או בדיקה. שאלו אינם מגיעים לזרע הנמצא במקום הראוי לגרום הריון, [אפילו עד מקום שהשמש דש], ונמצא שאין כאן השחתת זרע. וגם לא חוששים שתפלוט הזרע הנשאר ותסתור שבעה נקיים, כי תולים שאם תפלוט הזרע משם, תרגיש אותו. משא״כ מוך אסור כי הוא מנקה אף הזרע הראוי לגרום הריון. וכך ביאר החזון איש (אבן העזר ס׳ לז אות ג) ״כיבוד הבית אינו ענין כלל למוך לאחר תשמיש, דידוע דהקליטה היא טיפה אחת והיא נקרמת בזרע האם, והיא במקור ממש. ודחיקת המוך אינו אלא כעין הכאה על המקור ולחיצה עליו עד שמתקלקל ופולט והוא כעין הכאה שתפיל, וכמו שכתב כל זה הגרע״א״.

ולפי דברי רעק״א מדוייק היטב שינוי הלשון בין המשנה במקוואות שהתירו ׳לכבד ביתה׳, ואילו הגמרא בכתובות שמבואר שאסור [לפירוש הראב״ד] אמרו ׳ממלאה ונופצת׳, ולמה לא אמרו בגמרא שהתנה עמה שצריכה ׳לכבד את ביתה׳ אחר תשמיש, וכלשון המשנה. אלא הטעם הוא מפני שממלאה ונופצת מורה שרצון בעלה היה שתוציא כל הזרע אף מה שהוא בעומק.

ה. העולה לדינא

אין לאשה לרחוץ הזרע מתוך גופה בימים שהיא ראויה להריון, כיון שכך היא דעת המגן אברהם מהרש״ל דרישה ועוד, וכבר נמצאו מקור הדברים במהרי״ל. ואף יש אומרים שאין לה ללכת הרבה בימים אלו למעט פליטת הזרע. ולשיטה זו מבואר שבימים שאינה ראויה להריון אין איסור, כיון אינה אשה מצוה על השחתת זרע.

מאידך, לדעת הכרתי ופלתי, אין איסור לרחוץ אפילו בימים שהיא רואיה להריון, כיון שרוב הזרע נקלטת מיד, וכבר נמצאו כדבריו בר״ן, וכן מבואר בנודע ביהודה. והקל המהרש״ם כשיטה זו לצורך רפואה. אמנם, עדיין יש נידון של מוך אחר תשמיש, שביאר רעק״א שהמוך סופג ומפליט אף מה שראויה להריון, וזה אסור בכל זמן לפי השיטות שאשה אסורה להשחית זרע הבעל.

הרב יהודה יאיר בן מנחם
חבר בית הדין הרבני תל אביב

השמדת ביציות מופרות באספקלריה הלכתית

איבוד 'נפש', הפלת 'עובר' או השחתת זרע; טובת העובר והבעלות על הביציות

הצדדים התגרשו זה מזה כדת משה וישראל בבית הדין הרבני בתל אביב בתאריך ב' בשבט התשע"ו (12.1.2016). לצדדים אין ילדים, אולם לצדדים שבע ביציות מופרות (עוברים מוקפאים, בעגה הרפואית) המוחזקות בהקפאה בבית החולים. עובר לסידור הגט ביקש הבעל כי הביציות המופרות יושמדו, ואילו האישה ביקשה כי הביציות יישמרו, ובין היתר העלתה ספקות לגבי עצם ההיתר להשמיד ביציות שכאלה.

הצדדים הסכימו להתגרש וביקשו כי לאחר סידור הגט תינתן על ידי, אני הקטן והדל באלפי, החלטה בנושא הביציות המופרות.

פסיקת ההלכה

סוגיה זו המונחת לפתחנו, וכמותה גם סוגיות דומות לה, הגם שתולדות הזמן הן - פרי חידושו של מדע הרפואה, קמו וניצבו זה מכבר (אם כי לא בשאלה ה'איסורית' הספציפית המונחת לפתחנו) הן בפני בתי הדין הרבניים והן בפני בתי המשפט בישראל. מפורסמת במיוחד הייתה פרשת נחמני שעסקה גם היא בבני זוג שהחזיקו בביציות מופרות ועמדו על סְפן של גירושין, הבעל ביקש להשמיד את הביציות המופרות והאישה ביקשה את הזכות להמשיך בתהליך הפרייתן - תהליך שבנדון שם הצריך אף הליך פונדקאות. בדיון "נוסף" שנערך בעניינם בבית המשפט העליון בהרכב מורחב של אחד - עשר שופטים (דנ"א 2401/95) סברה דעת הרוב דהתם כי 'הזכות להורות' ו'הזכות לחיים' כמו גם טיעונים נוספים מטים את הכף לטובת טענתה של האם, ובמהלך הדיונים אף חוקק בכנסת ישראל חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996. פרשה זו זכתה להתייחסויות מפי פוסקים מובהקים ואנשי הלכה, ביניהם מורי ורבי - מראשי ישיבת מרכז הרב וחבר בית הדין הרבני הגדול - הגר"ש ישראלי זצ"ל (חוות בנימין חלק ג סימן קח); חבר בית הדין הרבני צפת - טבריה הגר"י אריאל שליט"א (אסיא סז-סח); הרב איתמר ורהפטיג (תחומין טז עמוד 181) ועוד. נדון דומה עלה פעם נוספת בפני חברי בית הדין הרבני בירושלים, ונזקק לו מורי ורבי הגרא"י כלאב שליט"א - אב"ד ירושלים (שורת הדין כרך יג עמוד קצז), ולאחר מכן נדון הדבר גם בפני חברי בית הדין הגדול הרבנים הגאונים שרמן, דיכובסקי ובן שמעון.

בעיסוקם בסוגיה זו דנו מרנן הפוסקים בעיקר בהיבטיה הממוניים והמשפטיים - הלכתיים

של השאלה שבפנינו, הרחיבו והעמיקו בשאלת הבעלות על הביצית המופרית, בשאלת החיובים ההדדיים הנובעים מן הנישואין והשלכתם על החיוב או הפטור של צד לנישואין להשתתף בהליך של הפריה חוץ־גופית, ומהם – בשאלת יכולתו של צד אחד להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית חרף התנגדותו של הצד שכנגדו. באף לא אחת מן הפסיקות שנזכרו בסוגיה זו, ושמא היה זה אך מפני שהצדדים עצמם מעולם לא עוררו שאלה זו ולא בקשו את ההיתר או את דרכי ההיתר לדבר, לא עלתה לדיון שאלת ההיתר להשמיד את הביציות המופרות.

והנה אני הצעיר והדל באלפי עמדתי ואירא, שכן, הגם שאמת נכון הדבר שאדניה של הסוגיה שבפנינו מוטבעים **גם** על שאלת הבעלות ושאלת החיובים ההדדיים הנזכרים לעיל, אך בכך בלבד, לעניות דעתי אני הדל, וודאי לא די. שאלות אלה שהן במהותן שאלות הלכתיות־משפטיות הנעוצות במידה רבה במערכת היחסים שבין 'הורי' הביצית המופרית, תוכלנה לתפוס את מקומן אך לאחר שתחילה וראש נדון ונכריע במעמדה ההלכתי של הביצית המופרית עצמה, ובהשלכות של מעמד זה על האיסור או ההיתר להשמידה וכן גם על 'הזכות' (אם ישנה כזו) של 'הורה' (לכל הפחות הורה פוטנציאלי) להורות על הפסקת הליך שבסופו עתידים להיות לה חיים משל עצמה.

לשון אחר: שאלת קיפוח או פיקוח סיכויי החיים של הביציות המופרות, או בשמן האחר ה'עוברים המוקפאים', הנושאות בחובן סיכוי לחיים עתידיים היא שאלה הזוקקת תחילה וראש את בירור מעמדם של 'עוברים' אלה ואת ההיתר להשמידם. ורק לאחר שתדון השאלה ה'איסורית', ואך אם נגיע למסקנה שהדבר מותר, למי ובאיזה אופן – נוכל לדון גם בשאלה אם מצד דיני השותפות רשאי מי מהצדדים להפסיק את התהליך לאחר התחלתו ולהורות על השמדת הביציות, ואם – לאור מכלול המסקנות הנוגעות הן למעמדה של הביצית המופרית מצד עצמה והן לזכויותיהם של 'הוריה' בה – כך גם ראוי להורות.

לאור חדשנותה של שאלה זו, וכדי להגיע, בסייעתא דשמיא, למיצויה של ההלכה בנדון זה, אדון בדברים משורשם. על כן, תחילה וכדי להניח את היסודות לסוגיה זו, אדון בדברי רבותינו הפוסקים על מעמדו של עובר בשלבי התפתחותו המתקדמים (לאחר ארבעים יום), אשוב למעמדו של העובר בתחילת ההיריון (קודם מלאות לו ארבעים יום), ולבסוף אדון במעמדה של הביצית המופרית בעודה במבחנה וטרם השתרשותה ברחם.

איסור הפלת עובר לאחר ארבעים יום להריון – בשל הגדרתו כ'נפש'

נדון זה של פגיעה בחייהם של עוברים או הפלתם עלה פעמים רבות מספור על שולחנם של רבותינו הפוסקים, וכבר נודע בשערים שלדעת רבותינו הראשונים והאחרונים איסור גדול הוא להפיל עובר הנמצא ברחם אמו, והאריכו בזה רבותינו הן על פי הנגלה והן על פי הנסתר,

ואבואה בקצירת האומר לעמוד על יסודם של דברים, שמהם כאמור לעיל, נדלה בעזרת ה׳ יסודות לנדון שבפנינו.

דין זה מקורו טהור בגמרא (סנהדרין נז, א) שהביאה את דברי רבי ישמעאל ש׳בן נח׳ נהרג אף על הריגת עובר, ומקורו בפסוק ״שֹׁפֵךְ דם האדם באדם דמו יִשָּׁפֵךְ״ – ״איזהו אדם שהוא באדם הוי אומר זה עובר שבמעי אמו״. וכן פסק הרמב״ם (הלכות מלכים פרק ט הלכה ד): ״בן נח שהרג נפש – אפילו עובר במעי אמו – נהרג עליו, וכן אם הרג טריפה [...] מה שאין כן בישראל״. דברים מהם עולה כי עובר במעי אמו, לדעת רבנו הנשר הגדול, נחשב ל׳נפש׳, ודומה הוא בדין זה לדין הטרֵפה. ועל כן: כשם שאסור להרוג טרֵפה – אף שההורגו אין נהרג עליו (הלכות רוצח פרק ב הלכה ח) – כך אסור להרוג עובר. וכבר עמד התוספות רי״ד (שבת קלו ע״א) על טעם הדבר וכתב שהטרֵפה הוא כחי לכל דבריו אלא שכיוון שעתיד הוא למות כ׳גברא קטילא׳ הוא, ועל כן ההורגו פטור שכן אין הטרֵפה בכלל ״כל נפש״. ומדברי הרמב״ם עולה שגם עובר, השווה לעניין זה לטרפה, נחשב ל׳נפש׳ אך אינו בכלל ״כל נפש״, היינו אינו בכלל נפש גמורה ושלמה, ועל כן וודאי שאסור להורגו, אף שאין נהרגין עליו עד שיצא ממעי אמו, כדברי המשנה (נדה מד ע״א) כי רק ״תינוק בן יום אחד״ ״ההורגו חייב״, וכפי שפסק הרמב״ם (הלכות רוצח ושמירת נפש פרק ב הלכה ו ועיין בלחם משנה שם).

וכך אכן עולה גם מדברי הרמב״ם (שם פרק א הלכה ט) שעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך את העובר שבמעיה מפני שהוא רודף אחריה להורגה, ומשמע שרק מפני שהוא רודף מותר להורגו. ועיין גם בתשובת הגאון ר׳ משה פיינשטיין (אגרות משה חלק אבן העזר ד סימן סט, וכן גם בספר הזיכרון לגר״י אברמסקי עמוד תסא) שדייק מדברי הרמב״ם האלו שאיסור הריגת עובר הוא מטעם רציחה, שכן לו לא היה בנדון זה דין שפיכות דמים לא היה הרמב״ם נזקק לדין ׳רודף׳, שהרי לולא היה בזה דין רציחה היינו מתירים לחתוך את העובר מטעם פיקוח נפש של האם, ורק משום שבשביל פיקוח נפש זה אנו צריכים ליטול את נפשו של העובר אנו זקוקים לדין ׳רודף׳ כדי להתיר זאת. ואם כך הם פני הדברים הרי שיש לומר שזאת גם דעת מר״ן השולחן ערוך (חושן משפט סימן תכה סעיף ב) שהביא להלכה את דברי הרמב״ם.

ועיין גם בדברי התוספות (סנהדרין נט ע״א ד״ה ״ליכא מידעם״) שכתבו במפורש שלרבי ישמעאל דאמר בן נח נהרג על העוברים וישראל פטור – ״אף על גב דפטור מכל מקום לא שרי״. ופשט הדברים מורה שהאיסור נאמר בתורה לבני נח ואי אפשר לומר דלישראל שרי, יש לומר שגם לישראל אסור הדבר מן התורה. וכן עולה בבירור גם מדברי התוספות בחולין (לג ע״א) שהאיסור הוא מדאורייתא.

והגם שמצינו להרב אמונת שמואל (סימן יד) הסובר שאליבא דהתוספות אין כאן איסור דאורייתא אלא רק ״קצת איסור דרבנן״, וכן מצינו למהר״ח פלאג׳י (חיים ושלום חלק א סוף סימן מ) ולמהר״ש ענגיל (חלק ז סוף סימן קע) ששניהם העלו שאין כאן אלא איסור דרבנן,

מכל מקום השדי חמד (חלק ז פאת השדה מערכת האלף כלל נב) האריך לחלוק בכך על הרב חיים ושלום, והעלה, גם מלשון הרמב״ם ומר״ן השולחן ערוך, שיש בדבר איסור דאורייתא, והביא שכן היא דעתו של מהר״י עייאש בשו״ת בית יהודה (חלק אבן העזר סימן יד), וכפי שימצא כל המעיין בה דכתב **דטעם האיסור דהווי כהורג נפש**, ורק לגבי שתיית סם דהווי גרמא כתב דאסור ״מיהא מדרבנן״.

ולא נעלמו מעיני דברי התוספות בנידה (מד ע״א) שכתבו שמותר להרוג את העובר, אך כבר העיר היעב״ץ (בהגהות דפוס וילנא לתוספות דלקמן) שדברי התוספות אינם מדויקים, וכן כתב החוות יאיר (סימן לא). ועיין גם בשרידי אש (חלק ג סימן קכז) דכתב שאין זה אלא שיגרא דלישנא וכוונת התוספות לומר שפטור ולא שמותר, ועיין גם בדברי האגרות משה דלעיל שתלה את דברי התוספות בטעות של מעתיקם (ועיין במה שכתב על כך בציץ אליעזר חי״ד סי׳ ק), ועיין גם בדברי הרמב״ן והריטב״א (שם). ועיין גם בשו״ת בית אבי שכתב שדברי התוספות בנידה אינם אליבא דרבי ישמעאל, והלכה נפסקה כרבי ישמעאל. וכדברי הרב בית אבי מצאתי גם בשו״ת בית שלמה (חלק חושן משפט סימן קלב) ובאחיעזר (חלק ג סימן סה אות יד). ובאופן דומה העלה גם רבנו הציץ אליעזר (חלק ט סימן נא), והוסיף עוד (כאפשרות ראשונה) שאפשר שדברי התוספות אמורים אליבא דמי שאינו סובר כפי הכלל דליכא מידעם דלעכו״ם אסיר ולישראל שרי. ועיין גם בדברי הראשון לציון הג״ר בן ציון מאיר חי עוזיאל זצוק״ל (משפטי עוזיאל חלק ג סימן מו) שכתב שדברי התוספות אמורים דווקא במקום סכנת האם. וכל זה שלא כדברי הסוברים שאליבא דהתוספות מותר להרוג עובר, הלא המה המהר״ץ חיות (בהגהותיו לנידה), הגאון רבי שלמה כהן בספר מלאכת שלמה (חדושי נידה), שו״ת עטרת חכמים (אבן העזר סימן א) והרב יקהיל שלמה (אורח חיים סימן של).

והאמת תורה דרכה שכדברי הרמב״ם ומר״ן השולחן ערוך שמהם עולה שעובר ׳נפש׳ הוא ועל כן אסור להורגו ויש בכך אף צד של רציחה ושפיכות דמים, ניתן לדייק גם מדברי בעל הלכות גדולות (סימן יג - הלכות יום הכיפורים עמוד קפח) בדין פיקוח נפשו של עובר, וכך לשונו הזהב:

> **״והיכא דאיכא חולה דאי לא אכיל מסתכן, שפיר דמי לאוכולי ביומא דכיפורי, מאי טעמא - ׳אשר יעשה אותם האדם וחי בהם׳ -׳וחי בהם ולא שימות בהם׳ (יומא פה ע״ב) - כי קאמר רחמנא קיימו מצותא כי היכי דתחיו בהו, אבל נטורי מצותא ואסתכוני לא [...] אפילו אשה עוברה וידעינן דאי לא אכלה מתעקר ולדה אף על גב דאמרינן ספק בן קיימא הוא ספק נפל הוא - שפיר דמי למיתן לה [...] שאין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים (שם פ״ב ע״א)״.**

הא קמן שגם רבנו בה״ג התייחס אל העובר כנפש שיש לפקחה [שלכן הוצרך להעיר

שההיתר אף שספק נפל הוא, מה שאין כן אם היה ההיתר משום סכנת האם], ועל כן הותר לאם לאכול ביום הכיפורים אך מפני סכנת עוברה.

וכן נראה גם מדברי הרא״ם (שמות כא כג) שכתב שהוולדות שבמעי אישה כל זמן שלא יצאו לאוויר העולם בחזקת נפלים הם, שהרי עדיין לא כלו חודשיהם ויש לחוש שמא לא יהיו ראויים להיות ׳איש׳, ועל כן, אף על גב דרוב עוברים שבמעי אמם כלים חודשיהם, כיוון דעתה עדיין לא ודאי לנו שיכלו חודשיהם אי אפשר לחייב מיתה את ההורג עובר, שהרי זו התראת ספק שלא שמה התראה. הרי שגם לדעתו יש כאן דיני נפשות, וההורג עובר אינו נהרג עליו אך מפני שלא ניתן להתרות עליו התראת ודאי. ועיין גם בדברי המדרש לקח טוב (שמות כא) שהתייחס אל העובר כנפש שאינה ידועה. וכך נראה גם מהמושב זקנים לבעלי התוספות (שמות כא כב) שאיסור הפלת עובר שורשו באיסור הריגה. ועיין בגור אריה (שם) שהקשה על הרא״ם שאם אכן זהו הטעם לכך שאין נהרגין עליו מדוע לאחר שהוציא את ראשו אין הורגים אותו והרי עדיין אין לו חזקת חיים ויש לדחותו מפני אמו לה יש חזקה שכזו. ובנודע ביהודה שיובא לקמן בשאלת הגאון רבי ישעיהו פיק אכן רצה להעמיד את המשנה דווקא במי שכלו לו חודשיו, ועיין שם בדחיית הנודע ביהודה את הנחתו. אך עיין גם בדברי האמרי בינה (הלכות שבת סימן לא) שדחה את קושיית המהר״ל.

אלא שלכאורה הגדרה זו – של העובר כנפש – קשה ממשנה מפורשת במסכת אהלות (סוף פרק ז, ומשנה זו היא יסוד דברי הרמב״ם שהובאו לעיל מהלכות רוצח ושמירת נפש פרק א הלכה ט) דתנן:

״**האשה** שהיא מקשה לילד – מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים מפני שחייה קודמין לחייו, יצא רובו – אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש״.

הנה פשט המשנה מורה שרק משיצא רובו יש לו דין ׳נפש׳, ועל כן אין דוחים את נפשו מפני נפש אמו, אך קודם לכן אין לו דין נפש. וכן כתבו במפורש רש״י (סנהדרין עב ע״ב), המאירי (שם), היד רמ״ה (שם) והרמב״ן (נידה מד ע״ב), שכל זמן שהעובר לא יצא לאוויר העולם ״לאו נפש הוא״ (כלשונו הזהב של רש״י), וכן כתב האשכול (הלכות מילה סימן לו). וכן העלה המהרי״ט (סימן צט) שעובר ״אפילו נפש כל דהו״ לא הווי; וקצת יש לעיין בדבריו שלמד כן גם מהא דהאישה שיוצאה להיהרג שיובא לקמן, ולמד משם שאין כלל דין ׳נפש׳ לעובר, והוא עצמו בתשובה קודמת (סימן צז) דחה ראיה זו ודן באיסור הריגת עובר מצד דין חבלה, ולקמן נבאר דין זה. וכן העלה גם הסמ״ע (שם) שעובר לאו נפש הוא, אך ייתכן שאפשר לומר בדעתו שעובר אין עליו שם נפש גמורה אך מקצת נפש יש לו, ועיין גם בדבריו בדרישה (טור אבן העזר סימן יג אות ד). ועיין בפרי מגדים (אורח חיים משבצות זהב ריש סימן שכח) שהשאיר את דברי הסמ״ע בהסבר הרמב״ם בצריך עיון, ומלשונו עולה ברור שעובר נפש הוא, כדבריו:

״ויש לומר כל זמן שלא יצא לאויר העולם, בספק הוא אם הוא וולד קיימא, ואין

ספק דוחה וודאי, גם חייה קודמים לחייו, כדאיתא פרק ז׳ דאהלות משנה ו׳, דהיא נפש חשובה יותר, שההורגה חייב מיתה, מה שאין כן נפש העובר, ועדיין צ״ע.

ועיין עוד בדברי שו״ת גאוני בתראי (סימן מה) שכתב שגם אליבא דהרמב״ם עובר לאו נפש מקרי, ומה שהוצרכו לדין רודף אינו אלא כדי להתיר לך להורגו בכל מיתה, וכדין רודף שאין צריך לחוס עליו ולברור לו מיתה יפה. אך עיין בשו״ת משפטי עוזיאל (חושן משפט חלק ג סימן מז) שדחה את הדברים וכתב שברור הוא שההיתר לחתוך את העובר לאברים אינו אלא במקום שאין אפשרות להמיתו במיתה יפה יותר. ועיין גם בשו״ת זרע אמת (יורה דעה חלק ב סימן קטז) שכתב כדברי שו״ת גאוני בתראי שגם אליבא דהרמב״ם עובר לאו נפש הוא, ומה שהוצרך לדין רודף אינו אלא מפני שאף על פי שאינו נפש אסור להורגו. וכבר הקשה הרמב״ן (שם) מהגמרא בערכין (ז ע״א) דהאישה היושבת על המשבר ומתה בשבת מביאין סכין וקורעין אותה ומוציאין ממנה הוולד, ולכאורה אמאי מחללין שבת אם העובר לא הווי נפש, ותירץ שאף על פי שכעת אין העובר מוגדר כנפש מכל מקום אמרה תורה ״חלל עליו שבת אחת כדי שיקיים שבתות הרבה״, והיות שעתיד לחיות ולקיים מצוות, אנו מצווים לחלל עליו שבת.

וכשיטה זו שאין בהריגת עובר מעין שפיכות דמים נראה דסבירא ליה גם למהר״ש אנג׳יל (חלק ה סימן פט), וכן כתב גם בספר לבושי מרדכי (חלק חושן משפט סימן לט) כדרכו של הסמ״ע בהסבר הרמב״ם שאין כאן כלל חשש לשפיכות דמים, ולא הוצרך לטעמא דרודף אלא משום שאסור להציל עצמו בממון הבעל, ועובר ממון הבעל הוא (וע״פ מה שנבאר לקמן במח׳ רבה ורב חסדא נראה דצ״ל דכוונתו שהתורה זיכתה לבעל ממון בגין הפלת העובר). וכן כתב גם רבנו הרדב״ז (חלק ב סימן תרצה) שאין בדבר כל צד רציחה וכך לשונו הזהב:

״אבל אין בדבר לא משום רציחה ולא משום שבת שהרי אפילו נולד ממש כתב הרב ז״ל פרק ב׳ מהלכות רוצח ושמירת נפש שאם לא כלו לו חדשיו הרי הוא כנפל עד שיהיו לו שלשים יום ואין ההורגו נהרג עליו ע״כ [...] ויש לומר כיון שעדיין לא יצא לאויר העולם ולא היה לו חזקת חיות ההורגו לא פגע בספק נפשות ואף על גב שהוא מתנועע לאו חיות הוא מידי דהוה אזנב הלטאה ולא דמי לגוסס דאמרינן כל המעמץ עיניו עם יציאת נשמה הרי זה שופך דמים דהתם הוה ליה חזקת חיות. ותו דאף על גב דאמרינן רוב גוססין למיתה כיון דאכתי הוא חי לפנינו שמא הוא מן המעוט גוססים שחיים אבל הכא בנדון דידן אית ביה תרתי לריעותא חדא שלא היה לו חזקת חיות ותו כיון שאין קורעין את אמו ודאי ימות מיד ומשום הכי אין בו ספק רציחה. ומכל מקום מונעין אותו שלא יקרבו את מיתתו בידים״.

ועיין עוד בתשובותיו בכתב יד (חלק אורח חיים סימן כב), שנשאל אודות כהן שהכה את האשה והפילה את וולדה, והכשירו לשאת את כפיו וכתב:

״שאין [זה הכהן] חייב לבעל האשה או ליורשיו אלא דמי ולדות, ואמאי יפסל

לעבודה [ולברכת כהנים] בשביל ממון, ולא מצינו שהגזלן ובעלי זרוע יהיו פסולין לברכת כהנים, וזו אינה צריכה לפנים".

אלא שאחר המחילה רבה וביודעי מיעוט ערכי, קשה לומר כדברי הרב זרע אמת ודעימיה דאליבא דהרמב"ם עובר שטרם הוציא את ראשו אינו נידון כנפש, שהרי הרמב"ם כתב במפורש שהעובר נפש הוא, וכפי שהראנו לעיל. ולעניות דעתי, קלה כמות שהיא, הדברים מפורשים ברמב"ם (הלכות רוצח ושמירת נפש פרק א הלכה ט), והנה, עצם העובדה שההלכה מובאת בהלכות רוצח ושמירת נפש יש בה כדי ללמד על טעמה, ומה עוד שהרמב"ם האריך בביאורה של הלכה זו, והעלה:

"אף זו מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך הורו חכמים שהעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה. בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להורגה. ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם".

(ועיין גם בדברי הסמ"ג [הלכות רציחה לא תעשה קסד] ורבנו בחיי [דברים כב] שכתבו בסגנון זה).

הנה כל המעיין ישר יחזו פנימו שגם כאן חזר הרמב"ם על קביעתו שהעובר חשוב נפש, ועל כן הקדים ואמר "מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף", ועל כן העלה שמותר לחתוך את העובר בעודו במעי האישה, ופשט דבריו מורה שטעמו נעוץ בכך שדינו של העובר כרודף שמותר להצילו בנפשו. ורק לאחר מכן הוסיף שמשיצא ראשו אין נוגעין בו "שאין דוחין נפש מפני נפש", ומשמעות דבריו היא שמשיצא ראשו של העובר הרי שהוא ואמו שקולים, "וזהו טבעו של עולם" שבשעה זו פעמים שהוא מצר לאמו ואמו מצרה לו, ועל כן אין לחייב דווקא אותו בדין רודף, ואסור להורגו.

וכן ראיתי שהעלה הגריא"ז מלצר זצ"ל (אבן האזל על הלכה זו ברמב"ם) וכתב:

"וכמו שכתב הרמב"ם שזהו טבעו של עולם, אין הכונה דאינו רודף כלל, אלא דכיון דזהו טבעו של עולם הויין שניהם רודפים זה על זה, דהאשה במה שהיא סותמת בפני העובר מלצאת הוי מצמצם דהוי נמי רוצח והוי כמו גבי משא, ולכן כתב הרמב"ם טעמא דרודף דבלא זה לא היה דין להרוג גם עובר, אבל כיון דאיכא טעמא דרודף דוחין העובר בשביל האשה משום דאין דין להציל העובר בנפשה של האשה ויש דין להציל האשה בנפשו של העובר וכמו גבי משא, אבל אם יצא ראשו שהוא כילוד אין דוחין נפש מפני נפש כיון ששניהם רודפים זה על זה".

ועל פי דבריו צריך לומר שהעובר נחשב נפש בעודו במעי אמו, ומכל מקום בעודו במעי אמו מעמדו פחות ממעמדה של אמו, ועל כן אם הוא מסכן את חייה חשוב הוא כמשא הנמצא בספינה ומכביד עליה עד שהיא קרובה להישבר שעל זה כתב הרמב"ם (חובל ומזיק פרק ח

הלכה טו) "שהמשא שבה כמו רודף אחריהם להרגם ומצוה רבה עשה שהשליך והושיעם", מה שאין כן כאשר העובר הוציא ראשו שאז דינו כדין אמו ואינו חשוב עוד כמשא לגביה, ואסור להצילה בנפשו, שאין דוחין נפש מפני נפש, ועיין באופן דומה בדברי המהר"ם שיק (חלק יורה דעה סימן קנה) שכתב שמדאוריתא אסור להרוג עובר שכן הוא חשוב "כמקצת נפש וכחצי שיעור", ועיין שם עוד בדבריו.

ואחר כתבי כל זאת ראיתי שכן העלה בגודלו גם בשו"ת אגרות משה (יורה דעה חלק ב סימן ס), והוסיף שבעודו במעי אמו אין היא מצרה לו ועל כן רק הוא נחשב רודף, וכיפי תלה לה מן הירושלמי, וכך לשונו הזהב:

"ואחרי שכתבתי עיינתי בירושלמי ומצאתי מפורש כדברי [...] בשבת פרק שמונה שרצים סוף ההלכה דאיתא שם:

'רב חסדא בעי מה להציל נפשו של גדול בנפשו של קטן. התיב ר' ירמיה ולא מתני' היא יצא רובו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש. ר' יוסה בי ר' בון בשם רב חסדא שנייא היא תמן שאין את יודע מי הורג את מי.'

ופירשו בקרבן העדה ובפני משה: אין את יודע אם הקטן רודף את האשה או האשה רודפת את הקטן דכמו שהיא מסוכנת למות כך הולד מסוכן הוא למות ולפיכך מניחין הדבר כמות שהוא, וכי קא מיבעיא לן כשהקטן רודף אחרי הגדול והוא אינו נרדף מהגדול עיין שם, וכן הוא בירושלמי סנהדרין (פרק בן סורר הלכה ט) ובעבודה זרה (פרק אין מעמידין הלכה ב). וביפה עינים בסנהדרין שם הביא גירסא מפורשת 'שאין אתה יודע מי רודף את מי', ולכן ברור שזהו גם כוונת הגמרא דידן בהתירוץ 'שאני התם דמשמיא קא רדפי' לה, ואם כן לא שייך זה אלא בששניהם רודפים שוים [...] דהוא ממש כהא דעובר שיצא ראשו [...]

ומתורץ בזה דברי הרמב"ם דכתב (בפרק א מרוצח הלכה ט) שהעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה מפני שהוא כרודף אחריה להורגה שלכאורה תמוה כדהקשה בתוספות רבי עקיבא איגר באהלות שם (פרק ז משנה ו) דאם העובר הוא בדין רודף מאי טעמא אסור ביצא ראשו, אלא על כורחך צריך לומר שלא נחשב כרודף מטעם הא דאמר הגמרא בסנהדרין (דף עב) דמשמיא קא רדפי לה, וכדכתב הרמב"ם בעצמו בסוף הלכה זו ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם, דהוא פירוש התירוץ דמשמיא קא רדפי לה כדכתב הכסף משנה. אם כן גם כשהוא במעים אינו כרודף מטעם זה עצמו והיה לו לומר משום דעובר לא נקרא נפש כדפרש"י, והיא קושיא גדולה. ומה שכתבו בתוספות רבי עקיבא איגר שם בהג"ה ואפשר משום דאסור להרוג העוברים הוצרך לטעם שהעובר הוא רודף, לא מובן מה תיקן בזה דעל כל פנים איזה חילוק יש בטעם שהוא רודף בין יצא ראשו לעובר שבמעיה, ועיין בתפארת ירושלים מה שתירץ, ולא נכון כלל [...]

> דהא כתבתי שהא דאסור להרגו משום דמשמיא קא רדפי אינו מחמת שאינו בדין רודף כיון שהוא דרך טבעי שלא בכוונת רדיפה, אלא דכיון דמשמיא רדפי לה נחשבו שניהם כרודפים זה את זה מאחר שאי אפשר שיחיו שניהם שלכן אסור מטעם מאי חזית, ואם כן לא שייך זה אלא כשהם רודפים שוים כהא דיצא ראשו שהוא נפש גמור כמו האם, אבל בעובר שעדיין אינו נפש גמור כדחזינן שאין נהרגין עליו, ונמצא שעל היתרון של האם מהעובר שהיא נפש גמור והוא אינו עדיין נפש גמור, הוי רק העובר רודף והאם אינה רודפת, לכן יש להעובר דין רודף מחמת יתרון זה שיש להאם עליו.
>
> וניחא לפי זה גם מה שתנן ברישא (אהלות פרק ז משנה ו) בהא דמחתכין את הולד במעיה מפני שחייה קודמין לחייו, דלכאורה לשון זה אינו מדוקדק, דהא ההיתר הוא מחמת שעדיין אינו נפש ולא נחשב עדיין חי ולא שייך לומר שחייה קודמין לחייו, שמשמע שגם הוא חי אך חייה קודמין, ועיין בתפארת ישראל שעמד בזה ופירושו דחוק. אבל למה שבארתי ניחא דודאי גם העובר נחשב חי כדחזינן דיש גם עליו איסור 'לא תרצח' כמו לנולד, אך שמכל מקום מותר מטעם שחייה קודמין לחייו דהרי יש בה עדיפות לענין החיות שהיא נפש גמור שלכן נחשבת יותר חי מהעובר ועל יתרון זה הוי רק העובר רודף ולא האשה ולכן מותר לחותכו, וזהו מה שנראה נכון בדברי הרמב"ם ולשון המשנה".

ועיין גם בדברי הגר"ח מבריסק זצ"ל (בחידושיו על הרמב"ם שם) שגם הוא העלה שלדעת הרמב"ם עובר נפש הוא, ושעל כן נזקק הרמב"ם לדין רודף כדי להתיר להרוג את העובר המסכן את אמו בעודו במעיה, וכלשונו:

> "דסבירא ליה דבדין פקוח נפש של כל התורה באמת הוי דינא דגם עובר הוא בכלל נפש ואינו נדחה מפני נפש אחרים, ואם באנו להציל נפש בנפשו של העובר היכא דלא הוי רודף הוי דינא דאין מצילין [...] וזהו שכתב הרמב"ם טעמא דהרי הוא כרודף אחריה להורגה [...]
>
> [...] דעובר נדחה מפני נפש הגמור, ולהכי הוא שחותכין אותו בהצלת האם, ושאני מכל פקוח נפש דעלמא. וזהו שכתב טעמא שהרי הוא כרודף אחריה להורגה, וכש"נ".

וכן עולה גם מדברי הנודע ביהודה (תניינא סימן נט) שהקשה לו הגאון רבי ישעיהו פיק, מדוע הוזקק הרמב"ם לטעם רודף כדי להתיר את הריגת העובר המסכן את אמו בעודו במעיה והרי נפש העובר אינו עוד בכלל נפש לכן מותר להרגו להצלת אמו, והשיב לו הנודע ביהודה שכשם שאסור להרוג את הטרפה כך אסור להרוג את העובר. הא קמן דגם לדעתו דעת עליון יש לעובר דין נפש חיה אלא שאינו בגדרי נפש גמורה, וחשוב כטרפה, ולכן זקוקים אנו לדין רודף כדי להציל בו את אמו, וכפי שאני הקטן כתבתי לעיל. ועיין עוד בשו"ת בית אבי (חלק

ב חלק חושן משפט סימן קנד סוף אות ח) שכתב שגם מה דאיתא בגמרא סנהדרין (דף פד, ב) דמקרא ד'מכה נפש' ממעטינן נפלים דלאו נפש הוא, רק מחיוב מיתה ממעטינן לה אבל איסור רציחה יש בה. ועיין גם בדברי הגאון הרב תורת חסד (חלק ב סימן מב) שכתב שלדעת הרמב"ם עובר ירך אמו הוא ועל כן אישה היוצאת להיהרג אין ממתינים לה עד שתלד שכן העובר ירכה הוא והדין נגמר גם עליו. ולשיטתו מה שנזקק הרמב"ם לדין רודף כדי להמיתו ולהציל את אמו זה מפני שהרמב"ם איירי ביושבת על המשבר שאז העובר עקר ממקום חיותו ואז לא חשבינן ליה לירך אמו, ועיין שם שהמשיך לשיטתו וביאר מדוע נצרך הרמב"ם לדין 'רודף' וכתב לבאר שישנם שני מיני 'רודף': האחד - שיש להורגו הן כדי להציל את הנרדף והן משום שהוא פושע ברדיפתו, והשני - שיש להורגו אך כדי להציל את הנרדף אך אין לומר שהוא פושע ברדיפתו וכעין העובר שאינו פושע בדבר, ולשיטתו רק במקום שהרודף הוא גם פושע יש לדחות את נפשו מפני נפש הנרדף, ואילו במקום שהרודף אינו פושע אין לדחות את נפשו מפני נפש הנרדף ועל כן משיצא ראשו של העובר הרי הוא בכלל נפש והיות שאינו פושע בדבר אין דוחים את נפשו מפני נפש אמו, אך כל עוד לא הוציא את ראשו אינו בכלל נפש ודוחים את נפשו מפני נפש אמו. ולעניות דעתי קלה כמות שהיא על פי מה שהראנו לעיל דלדעת הרמב"ם גם עובר הוא נפש, יש לומר על פי דרכו של התורת חסד שכשם שאין מותר להרוג את הטרפה בשביל השלם כך לולא היה דין רודף היה אסור להרוג את העובר בשביל האם, אלא שקודם שהוציא ראשו נחשב העובר לנפש שאינה גמורה ועל כן נדחה הוא מפני נפש האם, מה שאין כן לאחר שהוציא ראשו שאז הוא נחשב לנפש כנפש האם ואין דוחים אותו מפניה.

(ועיין שם עוד שכתב שלדעת הר"ן בשם רבנו תם עובר לאו ירך אמו הוא ושכן סבירא להו לתוספות בסנהדרין [פ ע"ב] בשם רבנו תם ולראב"ד, ולשיטתם אין איסור מהתורה להרוג עובר [ועיין עוד במשנה הלכות חלק י סימן שיא דיבור המתחיל "ולפום ריהטא" שגם הוא תלה את המחלוקת בדין עובר ירך אמו אך עשה זאת בצורה הפוכה מהרב תורת חסד, ואין כאן מקום להאריך] אך אין להורגו בחינם קל וחומר מהא דמדברי סופרים אסור להיבטל מלהוליד שכל המוסיף נפש כאילו בנה עולם ואין לאבד עובר שעתיד להיות נפש בישראל, ועוד שהעובר ממון הבעל הוא (וצ"ל בהסברו כפי שכתבנו לעיל בדברי הלבושי מרדכי) ואין להפסידו בחינם. ועיין שם שהוסיף שלכולי עלמא מותר לאבד את העובר לצורך רפואת אמו, שאף אם נאמר שהוא ירך אמו ויש איסור בהריגתו, הרי מותר לחתוך את הירך לצורך רפואה. ומה שהוצרך הרמב"ם לדין רודף הוא רק במקום בו האישה ישבה על המשבר שאז העובר עקר לצאת וכגוף אחר הוא נחשב, וכנ"ל).

ובאופן דומה לכל רבותינו אלה כתב לתרץ את הרמב"ם גם המהר"ם שיק (בתשובה - יורה דעה סימן קנה) שכתב שהרמב"ם הזכיר בהלכה זו את דין הרודף שכן סבירא ליה כדברי התוספות שישראל אינו רשאי להרוג את העובר וצריך לומר שאיסור זה הוא מן התורה דהווי כמקצת נפש וכחצי שיעור, ואנן קיימא לן (ביורה דעה סימן קנז) דגם על אביזרא דשפיכות

דמים ייהרג ואל יעבור ואמאי מותר להרוג העובר להציל האם - הא הווי אביזרא דשפיכות דמים, ועל כן כתב הרמב״ם דנהי דלא הווי רודף משום דמשמיא קא רדפו לה מכל מקום כיוון דהעובר גורם למיתת האם הווי כמו אביזרא דרודף, וכיוון דלא מיקרי נפש ולא הווי שפיכות דמים ממש אלא אביזרא דשפיכות דמים, ומותר להורגו משום אביזרא דרודף.

ועיין עוד בהסבר דברי הרמב״ם בדברי הגאוני בתראי (סימן מה), פני לוי (סימן א), מטה אשר (עמוד קכח), בית יצחק (יורה דעה חלק ב סימן קסב), שו״ת כח שור (סימן כא), ידי משה הורוביץ (סימן צ), שו״ת דברי יששכר (סימן קסח), מנחת אברהם (סימן מב), אמרי שפר (סימן יא), לבושי מרדכי (חושן משפט סימן לט), אוצר המלך (דין טומאת אהל אות קכב) ועיין עוד בכל זה בהערות המהדיר על הריטב״א (מה, ב מהדורת מוהר״ק הערות 186-184).

והנה הגם שרבנו בעל הציץ אליעזר (חלק ט סימן נא - קונטרס רפואה במשפחה פרק ג) אחר שהאריך בעניין זה, והביא גם את דברי המהר״ם שיק, העלה שלא זו הדרך שבה הלכו רובא דרבוותא הפוסקים, מכל מקום נראה שאין כוונתו אלא על דברי המהר״ם שיק שיש כאן אביזרייהו דשפיכות דמים שיש בה גדר יהרג ואל יעבור, אך לא חלק על כך שעובר גם הוא נדון כנפש אם כי לא כנפש שלמה, וככל אשר הראינו לעיל.

ונראה דבדרך זו המשווה לעובר דין מקצת נפש דרך גם הרא״ש (שיטה מקובצת לערכין דף ז) במה שכתב שמחללים שבת להצלת עובר מפני שחשוב כספק פיקוח נפש, ואפילו הכי מותר להרגו כמתניתין דאהלות דדוחין ספק נפש מפני פיקוח נפש ודאי, ומצילין את אמו במיתתו, והכי אמרינן בגוסס לרבי יהודה בן בתירא בפרק בן סורר ומורה דבדיני אדם ההורגו פטור ומחללין עליו את השבת. ועיין גם בשרידי אש (חלק ג סימן קכז) שכתב שכוונת הרא״ש היא דהעובר הוא מקצת נפש. וכן כתב גם הגאון רבי צדוק הכהן (אוצר המלך דין טומאת מת אות קו) שאסור הפלת עובר הוא מן התורה ומשום שאף שאין עובר קרוי נפש לחייב מיתה את ההורגו מכל מקום קרוי נפש כדי לאסור הריגתו מן התורה. וכן העלה בספר עמק הבכא (עמוד עט), וכן כתב גם הצפנת פענח (סימן נט) שיש בהריגת עובר לאחר ארבעים יום להריון איסור דאורייתא.

והיות שכך עולה מדברי רבנו הרמב״ם וכל הני רבוותא שהבאנו את דבריהם לעיל דעובר לכל הפחות מקצת נפש יש בו ואסור להורגו מן התורה ורק במקום דהווי ׳רודף׳ או ׳כרודף׳ הותר להורגו, והיות שכלשונו הטהור של הרמב״ם העלה גם מר״ן השולחן ערוך להלכה, הרי דאנן אתכא דידהו סמכינן, וכל אשר יאמר לכם יוסף שמעו בקולו אמר רחמנא, וכדבריהם קיימא לן להלכה, וככל דברי רבותינו הפוסקים שהבאנו את דבריהם לעיל.

והנה בהשקפה ראשונה נראה שכך סבירא ליה גם למהרי״ט (חלק א סימן צז), שלאחר שדן בדבר מהמקורות בגמרא שהובאו לעיל, העלה: ״הרי דדבר זה אם יש לנפלים דין נפשות פלוגתא היא וספק נפשות להקל להחיותן כל שכן שלא לפגוע בהם״.

אלא שבתשובה שהובאה לאחר מכן (שם סימן צט) נראה רבנו המהרי״ט כסותר את משנתו הראשונה, ששם נשאל אם מותר ׳להתעסק׳ עם נוכרית המבקשת סיוע להפיל את עוברה, והעלה שעובר לאו נפש הוא ו״אפילו נפש כל דהו לא מקרי״, ואין בו כל חשש לאיבוד נפשות, וכבר נזקק לסתירה זו בספר פרי האדמה (חלק ב דף קמג עמוד ד) וכתב שנראה שיש חסרון בדברי המהרי״ט, ובאגרות משה כתב דוודאי התשובה המובאת בסימן צ״ט ״תשובה מזויפת היא מאיזה תלמיד טועה״. והגאון הרב ציץ אליעזר (חלק ט סימן נא - קונטרס רפואה במשפחה פרק ג) שם גם הוא את עינו הבדולח על הסתירה בדברי המהרי״ט וכתב שיש לחבר את שתי התשובות, באופן שמתחילה ״הציע המהרי״ט סוגיות הסותרות שישנן בזה וכתב לתרצן בשני אופנים מנוגדים״ - הכול כאמור בסימן צ״ז, אך אחר כך:

> **״חזר בו מספיקו בזה וכתב ומיהו תימא דלא חשיבי נפש ובגוים שרי לגמרי, והמשיך על כן להוכיח בהפיסקא שבסימן צ״ט הדבר הזה דלא נפש הוא ואין כאן איבוד נפשות דאפי׳ בישראל נפלים לאו נפש הוא, וממון הוא דחייב רחמנא וכו׳. ומכח הוכחותיו האחרונות הכריע כהצד דלאו נפש הוא כלל ואין נדנוד כלל מחמת איבוד נפש, ועל כן התיר גם בישראלית בכל לצורך אמו, וכאמור חזר והוסיף בפיסקא אחרונה (הנמצאת בסוף סימן צז) שאף על פי שמחמת איבוד נפשות ההיתר בגויה יותר ברור, מכל מקום בצד מה חמור בגויה יותר, והיינו בגלל שהמה הרי כן מצווין על העוברין ואיכא אפוא בההתעסקות עמהן להפיל משום ׳לפני עִוֵּר׳ כל שאין גם רופאים אחרים שיוכלו לבקשם שיטפלו בהן להפיל. ודברי המהרי״ט יוצאין על ידי כך כלולין בהדרן אין בהן נליזות, והיה העקוב למישור״.**

אולם לאידך גיסא ראיתי לגר״ע יוסף זצ״ל (יביע אומר חלק ד - אבן העזר סימן א) שגם הוא בגודלו נזקק לסתירה זו, והעלה ליישב שיש להרכיב את תשובתו של רבנו המהרי״ט בסימן צ״ז על ולאחר תשובתו בסימן צ״ט באופן שתשובתו בסימן צ״ז היא העיקר לדינא. ועיין שם בדבריו שהעלה להלכה כמסקנת דברינו לעיל שיש איסור דאורייתא בהריגת עובר לאחר ארבעים יום להריון, והביא שכן כתב גם בשו״ת חקרי לב (אורח חיים חלק אורח חיים סימן נח דף קב עמוד ד), ושכן כתבו הגאון מהר״ש מווילנא בספר ידי משה שבסוף ספר הפרנס (דף פו עמוד ג), הגאון אור שמח בספרו משך חכמה (ריש פרשת ויקהל), הגר״י שמעלקיס בשו״ת בית יצחק (יורה דעה חלק ב סימן קסב אות ה), הרב בנין דוד (סימן מז) שהוכיח במישור מדברי התוספות בחולין (דף לג ע״א דיבור המתחיל ״אחד״) בסוף הדיבור דלריש לקיש לית ליה האי כללא וכו׳, דהא דאמרינן ליכא מידי דלישראל שרי ולגוי אסור היינו מהתורה, ויש איסור תורה בהריגת עובר על ידי ישראל, וכן הביא גם משו״ת מקור חיים (חלק יורה דעה סימן טו), שו״ת אריה דבי עלאי (חלק יורה דעה סימן יט), ועוד פוסקים.

ועיין גם בדברי הזוהר הקדוש (שמות דף ג ע״ב) שהפליג בגודל העוון שיש בהפלה, ודימה דינו לדין ההורג את בנו רחמנא ליצלן, ושמא גם מדבריו הקדושים יש להסיק שהעובר נחשב לנפש שחייבים על הריגתו, וזו לשונו הקדושה:

"מאן דקטיל בנוי – ההוא עוברא דמתעברא אתתיה, וגרים לקטלא ליה במעהא, דסתיר בניינא דקודשא בריך הוא ואומנותא דיליה. אית מאן דקטיל בר נש, והאי קטיל בנוי, תלתא בישין עביד דכל עלמא לא יכיל למסבל, ועל דא עלמא מתמוגגא זעיר זעיר ולא ידיע, וקודשא בריך הוא אסתלק מעלמא, וחרבא וכפנא ומותנא אתיין על עלמא, ואלין אינון, קטיל בנוי, סתיר בניינא דמלכא, דחיא שכינתא דאזלא ומשטטא בעלמא ולא אשכחת נייחא, ועל אלין רוחא דקודשא בכיה, ועלמא אתדן בכל הני דינין, ווי להההוא בר נש ווי ליה, טב ליה דלא יתברי בעלמא".

ועיין גם בדברי הרב חוות יאיר (סימן לא) שכתב ששורשו של האיסור להפיל וולד נעוץ באיסור השחתת זרע, וכך לשונו הטהורה:

"דודאי אסור לכתחילה לגרום מיתה לעובר, דלא עדיף מ'הנחמים באלים שחטי הילדים' והפליגו באסור הוצאת שכבת זרע לבטלה שהרי ראוי הוא שמכל טיפה יהיה נוצר זרע קודש".

ועיין שם שהוסיף שגם רבינו תם (תוספות יבמות יב, ב) שסובר שאישה אינה מצווה על איסור השחתת זרע, יודה שאחר שנקלט הזרע אסור לה לקלקלו. ועיין עוד בדברי הרב זכותא דאברהם (הובאו דבריו בספר חמדת ישראל עמוד פח וכן במשפטי עוזיאל חושן משפט דף ריא עמוד ד), שהריגת העובר מחייבת את ההורגו במיתה בידי שמים, דלא גרע מהוצאת זרע לבטלה דחייב מיתה בידי שמים (נידה יג, א). וכן כתב גם בשו"ת דברי יששכר (חלק חושן משפט סימן קסח) שהריגת העובר הוויא איסורא דאורייתא, והווי כאילו שופך דמים, וכמו ששנינו בנידה (יג, א) שאף המוציא זרע לבטלה כאילו שופך דמים, עיין שם. ונראה שגם דעתם ז"ל עולה בקנה אחד עם דברי רובא דרבוותא הפוסקים שהסבירו את דברי הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך שעובר הווי נפש אם כי לא נפש גמורה, ומשום החיות שבו אסור להורגו, והם ז"ל הוסיפו ואמרו שאת החיות הזו מוצאים אנו גם בזרע עצמו, ושורש הכול אחד הוא, שלמן היותו זרע יש בו כוח חיים (שהוא מקצת נפש), ואסור להורגו.

ועיין לגאון מהר"י עמדין ז"ל בשו"ת יעב"ץ (חלק א סימן מג) שמתחילה דחה את דברי החוות יאיר וכתב שאיסור השחתת זרע הוא רק כשמשחית ארצה שאז מוסיף בכוחות הטומאה ומכחיש פמליא של מעלה (ובדרך זו כתב גם המשפטי עוזיאל), אבל כשבא ברחם האישה אין כאן איסור השחתה כל אימת שיש צורך בדבר, ומכוח זה הסתפק אם מותר להפיל עובר אפילו שלא משום פיקוח נפש אמו אלא להציל לה מרעתו שגורם לה כאב גדול. אך ראה שם שהוסיף וכתב:

"אמנם דעת לנבון נקל שעל כל פנים הוצאת שכבת זרע לבטלה יש איסור לכתחילה בהשחתתו מפשטא דתלמודא אף שאינו חייב על העוברין. וכן להשחית זרע שנקלט במעי אשה אף על פי שעדיין לא נתעברה ממנו ודאי אסור שלא לצורך. כדמוכח מדלא שרי לשמש במוך אלא לשלוש נשים דווקא. ואיברא

לצורך אף להוציא זרע לבטלה להשחיתו על הארץ שרי כדאשכחן לענין בדיקת הניקב בגובתא דשכבת זרע דמותבינן ליה אבי פוקרי. שמע מינה דאיסור חמור זה הותר מכללו אצל צורך מצוה״.

ועיין גם בדברי החמדת ישראל והשרידי אש (חלק ג סימן קכז אות יד) שהקשו על טעם זה של החוות יאיר.

ועיין עוד להגאון הצפנת פענח (חלק א סימן נט) אשר כל רז לא אניס ליה, שנשאל על אישה שהפילה עוברה ״מהו לענין הגט״, והביא מהתוספות סנהדרין (נט, ב) דהווי איסור תורה וגדר שפיכות דמים, וכתב דאליבא דהתוספות בנידה צריך לומר דהווי כמו חובל ואם הפילה עוברה הווי כמו חובל בעצמו, דקיימא לן דאסור. והביא מהרמב״ם שרק מדין רודף מותר להפיל את העובר, וציין גם דהווי ממון דבעל.

ועיין גם בדברי הבית שלמה (חושן משפט סימן קלב) שתלה את האיסור בכך שעצם ההפלה מסכנת את האשה, ובאהל משה (חלק ג עמוד מט) כתב שיש איסור להרוג עובר שלא לצורך מן הטעם שמונעים ממנו לקיים שבתות הרבה. וכן עיין בדברי רבנו הגדול הגאון רבי שלמה זלמן אויערבך זצ״ל (הובאו בנשמת אברהם חושן משפט סימן תכה) שלמד את האיסור מדין גזלה כמו שאסור לגזול ממונו של עובר כל שכן שאסור לגזול ממנו את חייו, ודעת התוספות (בבא בתרא קמב ע״א דיבור המתחיל ״בן״) דעובר זוכה גם בשהוא עובר אף אם סופו להיות נפל ולכן אם אסור לגזול ממנו את ממונו כל שכן שאסור לגזול ממנו את נפשו.

ומכל מקום ברור הוא, וכפי שהעלינו באורך לעיל, דאליבא דרובא דרבוותא - ראשונים כמלאכים ואחריהם גדולי רבותינו האחרונים - הפלת עובר לאחר ארבעים יום לעיבורו היא איסור דאורייתא, ולדעת הרמב״ם ומר״ן השולחן ערוך שאחריהם אנו הולכים, את מימיהם הטהורים אנו שותים ודבריהם הם לנו לעיניים, עובר אף בעודו ברחם אמו חשוב לנפש, אם כי לא לנפש גמורה, והאיסור להפילו נובע ונעוץ באיסור לפגוע בו ולהשבית את החיות הגנוזה בתוכו - חיות שיש בה כדי להביאו לחיי עולם, ושעל שמה הוא נדון כבר עתה.

איסור הפלת עובר קודם ארבעים יום

והנה כל דברינו לעיל מוסבים על עובר שמלאו לו לכל הפחות ארבעים יום, ובדרכנו לברר את מעמדה של הביצית המופרית בעודה במבחנה מוטל עלינו לקרבה עוד אל המלאכה ולעיין בדינו של עובר שטרם מלאו לו ארבעים ימים. דהנה מבואר בגמרא (יבמות סט ע״ב) שמעמדו של העובר טרם מלאות לו הימים הנ״ל שונה מהותית מעובר שכבר מלאו לו אותם ימים, שכן מבואר בגמרא דעובר עד ארבעים יום מיא בעלמא הוא. וכפי שפסק הרמב״ם (הלכות תרומות פרק ח הלכה ג) בדין בת כהן שהייתה נשואה לישראל ומת בעלה, שרשאית לאכול תרומה כל עוד אין לה זרע ממנו, ועל כן רשאית לאכול תרומה עד ארבעים יום ממיתתו (כל זמן שאין

לה ולד ממנו) "שכל הארבעים יום אינו עובר אלא מים בעולם הוא חשוב". וכפי שכתב גם בהלכות איסורי ביאה (פרק י הלכה א) ש"אין יצירת הולד נגמרת לפחות מארבעים יום".

והאמת תורה דרכה שכן עולה גם מהא דכתב הרמב"ן (תורת האדם שער המיחוש - ענין הסכנה בדין חילול שבת על עובר בן פחות מארבעים יום) דעובר בן פחות מארבעים יום 'אין לו חיות כלל'. אלא שלמרות זאת כתב הרמב"ן (שם) שנחלקו הפוסקים האם מותר לחלל שבת להצלתו של עובר שכזה, ושלדעת בעל הלכות גדולות יש לחלל שבת גם להצלתו של עובר בן פחות מארבעים יום, כלשונו:

".. אמרה תורה חלל עליו שבת אחת שמא ישמור שבתות הרבה. הלכך אפי' בהצלת עובר פחות מבן ארבעים יום שאין לו חיות כלל מחללין עליו כדעת בעל הלכות.

ואיכא דסבירא ליה שאין מחללין משום נפלים, אלא עוברה שהריחה חששא דמיתה דידה היא, שכל המפלת בחזקת סכנה. וטעמא דיושבת על המשבר שמתה טעמא אחרינא הוא דכיון שמתה הרי הוא כילוד, לאו ירך אמו הוא ולאו בדידה תלי אלא חי הוא ודלת ננעלה בפניו, ליכא אלא דלא הוי ליה חזקה דחיותא, וספק נפשות להקל".

וכ"כ בדעת הבה"ג גם האשכול (ח"ב הל' מילה סי' לו) הר"ן על הרי"ף (יומא דף ג עמוד ב, ועיין גם בשלט"ג שם), והקרבן נתנאל (יומא פ"ח אות י).

ועיין בדברי מו"ר, מראשי ישיבת מרכז הרב וחבר ביה"ד הגדול, הגר"ש ישראלי זצ"ל (עמוד הימיני סימן לב) שעמד על שורש דבריו של הרמב"ן בשם בה"ג, וכתב שלדעתו הגם שאין כל מצווה להחיות או להציל את העובר הנ"ל מדין וחי בהם, מכל מקום יש להצילו מדין 'ושמרו בנ"י' המצווה אותנו לדאוג להצלתו וחיותו של כל מי שיוכל לשמור את השבת בעתיד, ולחלל לשם כך את השבת, וכלשונו הזהב:

"הדגיש "שאי"ב חיות כלל", היינו שודאי א"א לומר שהוא כלול בכלל וחי בהם, שהרי אי"ב חיות וכן העלה, ומ"מ לדעת הבה"ג נתרבה, והיינו משום שנימוקו אינו מפני שכולל העובר בכלל וחי בהם אלא מפני הלימוד האחר שבגמרא מצד ושמרו וכו', שזה מרבה גם במי שאי"ב חיות כל עוד שעי"ז שיצילוהו יביא לשמירת שבתות הרבה".

והנה הגם שהרמב"ן לעיל הביא שיש החולקים על בה"ג ולא מתירים חילול שבת לשם הצלת עובר, מ"מ העלה שספק נפשות להקל וממילא יש לחלל שבת גם על עובר בן פחות מארבעים יום, ומדבריו עולה שלדעתו דע"ל גם לעובר בן פחות מארבעים יום יש דין נפש. וצ"ל שלדעתו גם עובר בן פחות מארבעים יום יש לו דין מקצת נפש, א"כ במדרגה שהיא פחותה ממדרגת הנפש של עובר בן למעלה מארבעים יום.

ובשו״ת ציץ אליעזר (חלק יא סימן מג) כתב שמהטור בסי׳ תרי״ז עולה שהוא פוסק כבה״ג (צ״ל כרמב״ן בדעת הבה״ג), ושכן סוברים גם הב״י והב״ח. וכן פסק המהרש״ם (דעת תורה סי׳ תריז ס״א), וכן העלו להלכה גם השבט הלוי (ח״ז סי׳ פ) וגם הרב שמירת שבת כהלכתה (פ׳ לו ס״ב), ושלא כדברי הנו״ב (לעיל). ובהמהרי״ט (ח״א סי׳ צז), ברדב״ז (ח״א סי׳ תרצה) ובשו״ע הרב (קונטרס אחרון סי׳ שו והלכות שבת סעי׳ כט) העלו שאפילו אם רק ספק אם יצליח להציל את העובר מחללין עליו את השבת. ובשו״ת להורות נתן (חלק ט - וחי בהם, פרק ב סימן ח) דייק כן מכך שהר״ן כתב ״שמא ישמור שבתות הרבה״, וכתב שיש לחלל שבת על עובר אף אם יש רק ספק שיחיה, ״דהא עובר פחות מבן מ׳ יום אין בו חיות כלל ואין לו חזקת חיים, ושמא יהא נפל ולא יבוא לידי שמירת שבת, ואעפ״כ מחללים מספק״. ונראה לענ״ד, קלה כמות שהיא, שמדיוקו בלשון הרמב״ן יש לדחות את דברי רבנו הנצי״ב בהעמק שאלה (סי׳ קסז אות יז) שכתב שאין לחלל את השבת אם יש ספק אם יצליח להציל את העובר.

ונראה שמדברי כל הפוסקים עליונים למעלה שכתבו שגם קודם שימלאו לעובר ארבעים יום, ולמרות שאין בו חיות כלל, מצווים אנו על הצלתו, ברור הוא שאיננו מותרים לפגוע בו ללא כל טעם (ועיין במה שהבאנו לעיל מהתוס׳ בנידה מד, ב), וכ״כ גם החוות יאיר (חלק א סימן לא, הובא לעיל) ״דודאי אם מותר להרגו א״א לומר לחלל עליו שבת״.

ולעיל הבאנו שלשיטתו של החוות יאיר איסור הפלת העובר נלמד מדין ״איסור הוצאת שכבת זרע לבטלה, והטעם משום שראוי להיות נוצר מכל טיפה זרע קודש״, וגם הוא כתב בראש תשובתו כי ניתן לחלק בין מקום שעברו על העובר ארבעים יום למקום בו טרם עברו עליו מנין ימים אלו, אך שוב כתב בלשונו הזהב:

> **״ואחשבה כי עיקר שאלתך כללית אם יש עוון איבוד נפש בזה אחר שנתעברה לקלקל העובר ולהמיתו ולהפילו, ובזה היה אפשר לחלק כמה חילוקים אם כבר עברו ארבעים יום דמקמי הכי מיא בעלמא נינהו כמבואר בפרק המפלת (נידה ל ע״א) ובפרק קמא דכריתות (ז ע״ב), או אם כבר עברו על הריונה שלושה חדשים שהוא זמן הכרת העובר וזמן הבחנה, או אם הרגישה בבטנה תנועת העובר המאוחר קצת אחר שלושה חדשים, ובפרט בנקבה, מכל מקום אין זה מבוקשינו לדון מדעת נוטה וסברת הכרס רק על פי דין תורה״.**

והעלה שאשת איש שהרתה לזנונים אין להתיר לה לפעול להפלת העובר ו״לגמוע דבר מאבקת רוכל לשלשל זרע המקולל אשר בקרבה״, ו״לא נעשה מעשה להתיר לאשה כ״ש אחר שנקלט הזרע וא״כ מי שמסייע לזה הוי מסייע ידי עוברי עבירה״. ועיין עוד בדברי רבנו הנצי״ב בהעמק שאלה (שאלה קסז ס״ק יז) שפשוט לו שגם לפני ארבעים יום יש להיזהר בעובר ולשומרו, וכן כתב הרב אבני נזר (אבן העזר סימן עט ס״ק יב) שאין להפסיד את העובר לאחר שנקלט הזרע.

וכן כתב במפורש גם הרב הראשי לישראל הגאון רבי איסר יהודה אונטרמן זצ״ל (נעם חלק ו) שלישראל אסור להפיל עובר אפילו טרם מלאו לו ארבעים יום ״מפני שעתיד להתהוות נפש ועלינו לדון על העתיד״, וכמקור לכך לקח את דברי בה״ג שמחללים שבת אפילו על עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום, ולשיטתו: אם מחללים את השבת כדי להצילו קל וחומר שאין כל היתר לפגוע בו. והוסיף לכך שאם על אבדת ממונו צוותה תורה ״לא תוכל להתעלם״ קל וחומר שעל אבדת גופו אנו מצווים ״וגם הצלת העובר בכלל״. ועיין שם שביאר שרק בישראל אנו דנים על שם סופו שעתיד לחיות, מה שאין כן בעכו״ם בהם אנו דנים על פי המצב העכשווי והיות שכעת אין בעובר ריקום אברים אין הוא בכלל האיסור של ״שפך דם האדם באדם״. והסכים עמו גם רבנו האגרות משה זצ״ל וכתב לאסור אף הפלת עובר טרם מלאות לו ארבעים יום. וכן כתב גם בספר אוהל משה (חלק ג סימן טו) שיש איסור להפיל עובר אפילו בתוך ארבעים יום.

וראה גם לגר״מ ברנדסדורפער (נעם שם) שהעלה:

> **״והנה נראה לעניות דעתי דבנידן דידן דאין מחמת העובר שום סכנה לאמו אם כן אפילו באופן דברור לן דהוא עדיין פחות מארבעים יום דלא נגמרה עדיין צורתו ועדיין אין בו חיות כלל, כמו שכתב בשם הרמב״ן הר״ן בפרק בתרא דיומא ומובא דבריהם שם בשו״ת בית שלמה, אפילו הכי אסור לאבדו אם אין מחמתו סכנה לאמו, שהרי כתב שם הר״ן בשם הרמב״ן דמחללים עליו את השבת כדי להצילו משום דאמרה תורה חלל עליו שבת אחת שמא ישמור שבתות הרבה, ומבואר מזה דאפילו לגרום לו היזק בשב ואל תעשה אסור, שהרי מצוה לחלל עליו את השבת אם כן כל שכן דאינו מותר לאבדו בידים וכמו שכתב הנודע ביהודה״.**

ומ״מ על פי כל האמור לעיל נראה פשוט שיש לקבוע שגדר האיסור לפגוע ולהפיל עובר קודם שעברו עליו ארבעים יום אינו דומה בחומרתו לאיסור להפיל עובר לאחר מלאת ארבעים יום להריונו, והגם שחכמים הורונו שאפילו קודם מלאות לעובר ארבעים יום יש בו דיני נפשות (אך לא דין וחי בהם הנאמר ב׳אדם׳ (אשר יעשה אותם האדם וחי בהם)) ואסרו איסר על הפגיעה בו, מ״מ אין איסור זה כאיסור הפגיעה בעובר שמלאו לו ארבעים יום. וכן עולה גם מדברי רבנו הגאון הצפנת פענח (חלק א סימן נט) שאחר שהעלה בתשובתו בקיצור נמרץ, כדרכו בקודש, את כל הסברות שהבאנו לעיל, וסיכם שאשה שהפילה את עוברה ״עשתה איסור גדול וכן הפסידה ממון לבעל״, הוסיף וציין שאם העובר לא היה בן ארבעים יום אינו אלא מיא בעלמא והאם שהפילה אותו לא עשתה ׳איסור גדול׳, וכלשונו הזהב: ״אך מכל מקום אם לא הוה עדיין בן ארבעים יום לא הוי איסור גדול כל כך לכמה שיטות״.

ולאור מה שהבאנו לעיל מהציץ אליעזר שדעת מר״ן השו״ע להלכה כדעת בה״ג יש לומר שגם מר״ן השו״ע, הסובר כדעת רבנו הרמב״ם שרק מטעם רודף מותר לקפח את נפשו של העובר, יסבור שקודם מלאות לעובר ארבעים יום, היות ועדיין אינו נחשב עובר אלא מיא בעלמא, קליש איסורא.

ועיין בדברי בעל התורת חסד (חלק אבן העזר סימן מב) שלאחר שסיכם את גדר האיסור בהפלת עובר, וכפי שהרחבנו והבאנו מדבריו לעיל, הוסיף ודן (ס"ק לג) בשורש האיסור להפיל עובר קודם מלאת לו ארבעים יום, וכתב:

"עוד נראה לומר דאפילו לפי דעת הסוברים דעובר אסור להמיתו מן התורה יש לומר דזה דוקא לאחר ארבעים יום לקליטתו, משום דהא דסבירא להו לאסור בישראל הוא משום 'מידי דבן נח נהרג ולישראל שרי?', ובתוך ארבעים יום לקליטתה נראה לומר דגם בן נח אין נהרג [...] דהנה המזרחי פרשת משפטים בשם המכילתא – זו לשונו:

'[...] ואי בוולדות לאו "נפש תחת נפש" הוא דהא "מכה איש ומת" כתוב עד שיהא בן קיימא הראוי להיות איש ולא הנפלים, והולדות כל זמן שלא יצאו לאויר העולם בחזקת נפלים הם, עכ"ל.

הרי דהמכילתא ממעט מ'מכה איש' דאין נהרגין על העוברין. אם כן, על כרחך הך דרשה דאדם באדם קאי על בן נח דוקא ולא על ישראל [...] והנה הרמב"ם (ריש פרק ב מהלכות טומאת מת) זו לשונו: 'הנפל אף על פי שעדיין לא נתקשרו איבריו בגידין מטמא [כו'] שנאמר "הנגע במת לכל נפש אדם".' וכתב המשנה למלך 'נראה דבבציר מן ארבעים יום [...] אינו מטמא והכי תנן בפרק בתרא דאהלות' [...] אם כן נשמע מזה דקודם ארבעים לקליטה אינו בכלל נפש אדם. אם כן הוא הדין לעניין הא דבן נח נהרג על עוברים משום דאמרינן דבבן נח גם עוברין בכלל נפש אדם כנ"ל. יש לומר דהוא דווקא לאחר ארבעים לקליטתו אבל קודם ארבעים גם לגבי בני נח אין בכלל נפש האדם. אם כן לפי זה אחר דהא דאסרינן לישראל בעובר הוא משום מי איכא מידי דבן נח נהרג ולישראל שרי הוא דוקא לאחר ארבעים ולא קודם. אם כן כל שכן דאין איסור דאורייתא לאשה להשחית זרע בעלה שבה אחר תשמיש.

[...] דאף דלהרבה גדולים הוי איסור דאורייתא להמית עובר ובהשחתת זרע ודאי דליכא לחוש רק לאיסור דרבנן [...]"

הרי שלדעתו ז"ל, בהריגת עובר טרם מלאות לו ארבעים יום גם לדעת הרמב"ם אין איסור דאורייתא, ויש לדון בו רק מטעם השחתת זרע שלדעתו אסורה מדרבנן. ובאותו אופן בדיוק, ומאותו מקור ברמב"ם, כתב גם הגאון האחיעזר (חלק ג סוף סימן סה) שבוולד קודם ארבעים יום אין איסור תורה, אלא שהוא ז"ל בענוותנותו כתב זאת כמסתפק, וכך לשונו הטהורה:

"ומה שכתב כבוד תורתו דלפני ארבעים יום לקליטתו, דהוי כמיא בעלמא לא איקרי נפש – יעוין ברמב"ם סוף פרק ב' מהלכות טומאת מת, דבנפל אף על פי שלא נתקשרו גידיו מטמא, שנאמר הנוגע במת לכל נפש אדם ובמשנה למלך שם דבציר מארבעים יום אינו מטמא דלא אקרי נפש, ונראה דבן נח אינו נהרג על זה וגם בישראל אפשר דאין איסור מן התורה".

ואפשר שכך ס״ל גם לרב פעלים (חלק ד יורה דעה סימן יד) שכתב שיש להתיר להפיל ״אחר העיבור בעשרים יום דהולד עדיין הוא חתיכת דם ולא נצטייר באבריו כראוי, וגרע מנפל דעלמא שיש חיתוך אברים והוא קרוב להא דמשחית הזרע, ואם כן יש לומר כל כהאי גוונא אין זה נפש כלל״, אך עיין שם שהתיר רק במקום שהרופאים אומרים שאם תתעבר תסתכן.

אך עיין גם בשו״ת תשובות והנהגות (חלק ג סימן שנט) שנשאל האם מותר להפיל ולד תוך ארבעים יום במקום שיש חשש שאמו תתחרש, והעלה דאף לפי שיטות האחיעזר והתורת חסד שהובאו דבריהם לעיל, הסוברים שאיסור הפלת עובר מתחת לארבעים יום הוא מדרבנן שהוא כמיא בעלמא, יש לומר שהאיסור דרבנן הוא רק איסור רציחה אבל על כל פנים אסור להפסיד העובר מן התורה משום השחתת זרע דלא גרע מהוצאת זרע לבטלה דאסור מן התורה, ואיסורו חמור מכל העבירות כמבואר, ועל כן העלה שרק אם ברור שתתחרש ויש חשש פקוח נפש יש מקום להתיר. ועיין גם בספר עטרת שלמה (חלק ח עמוד קעג) שהביא בשם מרן הגרי״ש אלישיב זצ״ל שעובר מתחת לארבעים יום האיסור להפילו הוא איסור מדאורייתא. ועיין שם עוד בדברי הגר״א וייס (עמוד קא) שכתב דלא גרע מהשחתת זרע דממה נפשך או דהווי עובר או דהווי זרע והרי יש איסור בהשחתת זרע גם אחרי שהוזרע כבר בגוף האישה, כמבואר ביבמות י״ב, אך לפי זה יש מקום לדון ולהתיר על ידי אישה שאינה מצווה באיסור השחתה. אך עיין שם שכתב שביציות מופרות כלל אין להן דין עובר ומותר להשתמש בהן לצרכי מחקר.

וכן כתב המשנה הלכות (חלק י סימן שיא נתיב ב) שהביא את המאירי (יבמות סט ע״ב) והסיק ממנו שאסור להפיל את העובר אפילו טרם מלאות לו ארבעים יום וטעמו וניומוקו עמו **״משום נטילת נשמה וחיות שלו״**. ועוד הביא שם מדברי הרב זכותא דאברהם שמהם עולה שאין לחלק בין לפני ארבעים יום לאחריהם שכן טעם האיסור הוא דלא גרע ממוציא זרע לבטלה ״ומשמע דכל שנזרע ושחת - עוֵבר, וכל שכן שנקלט״, ולדעתו הכי סבירא ליה גם לרבנו החוות יאיר שתלה את כל האיסור בדין השחתת זרע. ועיין שם עוד בדברי המשנה הלכות שהעלה שעל פי דברי התוספות (סנהדרין נט ע״ב ד״ה ״והא פריה ורביה״) דמי שמצווה על פרייה ורבייה מצווה שלא להשחית זרע יש לומר שרק עבור בני נח נדרש פסוק לאזהרת עוברים, שכן הם אינם מצווים על השחתת זרע, אך לישראל המצווים על כך אין כל צורך באזהרה מיוחדת על עוברים.

אך עיין שם בסוף התשובה שהעלה שלא להתיר לאישה להפיל אפילו תוך ארבעים יום למרות חששה שתסתכן, והביא קצת ראיה לכך מגמרא ערוכה, וכך לשונו הזהב:

> **״ובאמת קצת יש להביא סמוכין ממקרא מלא בראשית (ד י) קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה ודרשו ז״ל (סנהדרין לז) : ׳דם אחיך׳ לא נאמר אלא ׳דמי אחיך׳ - ׳דמו ודם זרעיותיו׳ - מכאן ׳שלא כדיני ממונות דיני נפשות, דיני ממונות אדם נותן דמים ממון ומתכפר לו אבל דיני נפשות דמו ודם זרעותיו תלויין בו עד סוף העולם.**

והנה נחשב לו אפילו דם זרעותיו עד סוף כל הדורות כאלו הרג אותם, ואפילו אכתי לא היו אפילו בכח וכל שכן בפועל, אבל הכא שכבר איכא נשמה ובכח ובפועל נשמה וחיות ודאי הרי הוא בכלל דמי אחיך צועקים ודם זרעיותיו שהתיר להשחית עובר זה, ובזה גרם גם לזרעותיו ולא דמי להשחתת זרע קודם העבור וכמ"ש לעיל".

ומדבריו אלו עולה שלדעתו אפילו קודם ארבעים יום יש לעובר "נשמה וחיות", ועיין שם שביסס זאת על רש"י (סנהדרין צא, ב) שפירש שמשעת פקידה ניתנת נשמה באדם היינו "משעה שהמלאך פוקד הטיפה ומביאה לפני המקום מה תהא עליה כדאמרינן בפרק כל היד במס' נדה (דף מ"ז) מיד נזרקה בו נשמה וחיות", ודייק מכך "דמיד משעת פקידה ניתנה הנשמה והחיות באדם ולא סיפק לומר נזרקה נשמה לבד אלא הוסיף נשמה וחיות נראה דס"ל דהולד יש לו חיות בפני עצמו ולא רק החיות מן האם וזה דלא כרמב"ן דהחיות שלו נמשך מנשמת האם אלא יש לו נשמה בפני עצמו וחיות שלו". ועיין גם בסימן שאחריו (סימן שיב) שכתב לחזק דבריו גם מהגמרא (נידה לא ע"א) שהתייחסה לעובר בשלושה חודשים הראשונים כאל ולד, ולא חילקה בין קודם ארבעים יום ולאחריהם –

"אלא שלושה חדשים ראשונים קראו ולד משעת זריעה [...] ובמגן אברהם (אורח חיים סימן רמ סק"ה) הביא בשם זוהר הקדוש ומבואר דהמפיל ולד הרי הוא בכלל שופך דמים ולא רק בכלל חובל וזה על כל פנים כדעת הפוסקים דבעובר המפילו יש בו משום שפיכת דמים, ועל כל פנים משלושה חדשים ולמעלה, ובאמת לפי מה שהביא המגן אברהם מזוהר הקדוש משמע דמעת פקידה ודוק".

ועיין שם שהעלה לחומרא שאין להקל בהפלת העובר בין לפני ארבעים יום ובין לאחריהם. ולענ"ד, קלה כמות שהיא, אך על פי דברי הזוהר וכל הפוסקים עליונים למעלה יש להסביר את תשובת אנטונינוס לרבי (סנהדרין צא, א) כי משעת פקידה ניתנת הנשמה באדם, והודה לו רבי ולמדה מפסוק "ופקודתך שמרה רוחי". וע"ש בחידושי אגדות למהר"ל שכתב כי:

"אף על גב שאי אפשר שיהיה בטפה נשמה שאין כאן הכלי שצריך אל הנשמה, מ"מ מה שהטפה בכח על הנשמה נקרא זה שהנשמה נתונה באדם והוא שומר הטפה שאינה מסרחת".

וכפי שהבאנו לעיל שדי בכך שיש בכוח העובר להתפתח לכדי ולד כדי לאסור את הפלתו ולצוות אותנו להחיותו. והגם שבגמרא מנחות (צט, ב) נמצא שנשמה נוצרה בארבעים יום, כבר כתב הרב משנה הלכות (חלק ט סימן שכח) דלא קשה מידי שכן רש"י פירש שם "נוצרה בארבעים - צורת הולד לארבעים יום במסכת נדה (דף ל)", משמע שרק הצורה נוצרת לארבעים אך הנשמה ניתנת כבר בשעת הפקידה, "והדין עמו דהרי הנשמה לאו יצירה היא אלא ניטלת מן הגוף שכל הנשמות שם וניתנת בשעת הזריעה ולא שייך יצירה בנשמה, ולכן פי' נוצרה אצורת הולד וכלומר שהנשמה שנתנה בטפה זו ונתעכבה שם בטפה זו עד מ' יום וביום מ'

נוצרה בצורת הולד, וכל אלו מ׳ יום נקראו יצירה ומשך מ׳ יום אלו הנשמה היתה שם קשורה בטפה בלא צורת הולד״. אך עיין שם עוד בדבריו שלמד מהגמ׳ הנ״ל ״דהנשמה נתונה מיד בשעת זריעה וכיון שניתנה הנשמה הו״ל כהורג את הטריפה ... ולאחר מ׳ יום חייב כהורג אדם באדם אלא דפטור ממיתת ב״ד כמ״ש לעיל״, ולענ״ד, ק״ק מניין למד לדמות עובר קודם מ׳ יום לטריפה.

אך עיין גם בתשובת השרידי אש (חלק ג סימן קכז) שאחר שהאריך בביאור האיסור להפיל ובטעמו, ונראה מדבריו שלהלכה סבירא ליה כדעת המהרי״ט שיסוד האיסור הוא משום חובל, העלה שכאשר הוולד עלול להיות מחוסר אבר או מחוסר דעת מותר להפילו קודם ארבעים יום, וציין: ״שקודם ארבעים יום הוא מיא בעלמא, כמפורש ביבמות ס״ט, ואינו חשוב עובר כלל. וכן תפסו כל גדולי האחרונים״. וכן כתב להקל גם הגאון היביע אומר זצ״ל (חלק ד – אבן העזר סימן א) ואחר שהעלה ״מפי סופרים ומפי ספרים שיש איסור תורה בהפלת עובר״ כתב שכאשר לא מלאו לעובר ג׳ חודשים אין איסור דאוריתא להפילו, ״שאין הכרת עובר בפחות מג׳ חודשים, וכמ״ש ביבמות (לז, א) ובנדה (ח, ב)״, והביא את הרב פרי השדה (חלק ד סימן נ) שכתב לחלק בין קודם שלושה חודשים לבין אחרי כן (ועיין שם שעוסק במקום שיש סכנה לאם), והעלה:

> **״ועוד דבנידון דידן עדיין לא מלאו לעובר שלושה חודשים, ונראה דבכי האי גוונא אין בן נח נהרג עליו, וגם לישראל אין איסור מן התורה בזה, שאין הכרת עובר בפחות משלושה חדשים, וכמ״ש ביבמות (לז ע״א) ובנדה (ח ע״ב). וכן בשו״ת חוות יאיר (ריש סימן לא) צידד בזה [...] ועוד שיש מקום לומר דבכי האי גוונא שלא מלאו לעובר שלושה חודשים שפיר סמכינן על דעת הפוסקים דסבירא להו דהמתת עובר אינו אלא מדרבנן, מכח ספק ספיקא – שמא הלכה כמאן דאמר שהמתת עובר מדרבנן, ואם תמצי לומר דהוי מן התורה, שמא בפחות משלושה חודשים אינו אלא מדרבנן, ואם כן יש להתיר גם במקום חולי שאין בו סכנה כלל. ולפחות נסמוך בזה על דברי הרופאים כשהם שניים זה שלא בפני זה״.**

ועל כן קשה עד מאוד לסמוך לעשות מעשה על דברי שו״ת בית שלמה דרימר (חלק חושן משפט סימן קלב) שכתב שכאשר ״העובר הוא פחות מארבעים יום ולא נגמרה צורתו עדיין כמבואר במשנה סוף פרק המפולת ואין בו חיות כלל עדיין כמבואר ברמב״ן ור״ן הנ״ל נראה לעניות דעתי דאין בו איסור ואף בן נח אין נהרג על זה ועיין בלשון הרמב״ן והר״ן הנ״ל״, ואפשר שגם הוא אינו חולק על כל רבותנו הפוסקים שהבאנו את דבריהם לעיל, ולא כתב את דבריו אלא במקום שיש סכנה לאם או לולד.

הא קמן דלדעת רובא דרבוותא הפוסקים אשר את מימיהם הטהורים אנו שותים יש איסור להפיל גם עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום, ואף שאין איסור זה נערך כאיסור להפיל את העובר אחר מלאות לו ימים אלו, מכל מקום לכולי עלמא איסורא איכא לקפח את סיכויי חייו

(יש אומרים דהוי איסורא דרבנן ויש אומרים שיש בכך גם איסור דאורייתא של השחתת זרע), ורק במקום סכנה או חולי דנו הפוסקים להתיר הפלה כעין זו, וכמובא לעיל.

איסור השחתת זרע גם כשאינו בגוף האיש

והנה אחר שהארכנו בבירור מעמדו של העובר אחר מלאת לו ארבעים יום, וממנו לבירור מעמדו של עובר שטרם מלאו לו ימים אלה והעלינו שעל דרך הכלל יש לאסור איסר לפגוע גם בעוברים אלו שטרם מלאו להם ארבעים יום, ובשניהם עלה לנו ששורש האיסור אחד הוא, והוא האיסור לפגוע ולהשבית, חלילה, את כוח החיים הגנוז בעובר; מוטל עלינו לעיין בדינם של העוברים המוקפאים הנמצאים במבחנה טרם הוכנסו לרחמה של האישה וטרם השתרשו בה.

והנה, כאמור לעיל, היות שאפשרות זאת של הפריית ביצית של אישה מזרע בעלה מחוץ לרחמה של האישה היא מתולדות הזמן - פרי ההתפתחות המדעית המואצת של הדור האחרון, הרי שלא מצאנו מקורות ברורים בדברים בהירים ומפורשים לדין אשר בא לפנינו, ובקעה הניחו לנו רבותינו אדירי הדעה להתגדר בה, וללמוד חיפוש מחיפוש לפרוש השמלה, עד אשר בחמלת ה׳ עלינו נזכה - בעזרתו יתברך ויתעלה - להוציא לאור תעלומה.

והנה, זאת ראשונה נבהיר כי כאמור לעיל מפי סופרים ומפי ספרים הרי שבמקום שטרם מלאו לעובר ארבעים יום הלך לו החשש הגדול לדיני נפשות, חשש אשר הזכרנוהו בדעת הפוסקים המבארים את דברי הרמב״ם ומר״ן השולחן ערוך, והסברה הפשוטה נותנת שהיות שביציות מופרות אלה אינן נמצאות בבית גידולן הטבעי - ברחם האם, ועדיין ׳דרות׳ הן במבחנה, באופן שמכלל זרע פשוט יצאו ולכלל עובר טרם הגיעו, וכלשונו של רבנו בעל שבט הלוי (חלק ה סימן מז) מעמדן ״אפילו אינו בגדר תחילת עיבור״ (ועיין שם שפסק שפשוט הוא שאין מחללים שבת על פיקוחן), על כן אין להחמיר בהן ואין לחשוש בהן באותה חומרה ובאותה דרגת זהירות שיש להיזהר ולחוש לחיות הטמונה בעובר שטרם מלאו לו ארבעים יום.

ומכל מקום אם אמת בפינו כי החשש והזהירות שיש לנהוג בעוברים נעוץ בחיות שגנוזה בהן, בהיותם נפש (משמלאו להם ארבעים יום) או בהיותם זרע לנפש (קודם שמלאו להם ארבעים יום), מוטל עלינו לדון אם שורש חיות זו, שוודאי קיים גם בביצית המופרית (שכן לו יושלם בה התהליך הרפואי ייתכן וייתכן שיצאו ממנה חיים וולדות בריאים ומעולים), מטיל עלינו חובת זהירות ושמירה גם על הביציות המופרות.

והנה האמת תורה דרכה שכבר הבאנו לעיל את דברי רבנו החוות יאיר שתלה את איסור הפלת עובר (גם לאחר מלאות לו ארבעים יום) באיסור השחתת זרע, ואת דברי הרב תשובות והנהגות שגם הוא, בדונו באיסור הפלת עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום, תלה את איסור ההפלה באיסור להשחית זרע, וכפי שכתב גם הגר״א וייס (הובא לעיל מספר עטרת שלמה חלק ח) שיש איסור השחתת זרע אף כאשר הזרע יצא מגופו של האיש והוזרע ברחם האישה.

אולם לא לבי הלך לחרוץ משפט ושמתי למול עיני את דברי רבותינו אנשי כנסת הגדולה "הוו מתונים בדין", ולא פטרתי את עצמי מהעיון בדברי רבותינו הראשונים והאחרונים עד מקום שידי יד כהה מגעת, ובפרט שבמושכל ראשון נראה שקביעתם של רבותינו אלה, הגם שאדירי דעה הם, וקוטנם עבה הרבה ממותני, עומדת בסתירה לדברי רבנו הרמב"ם ומר"ן השו"ע, ואבאר את שיחתי.

דהנה ביסוד קביעת חכמים זו, התולה את איסור הפלת העובר באיסור השחתת זרע, מקופלת ומונחת הקביעה כי איסור השחתת זרע אינו חל אך על הוצאת הזרע למקום שאינו ראוי להיקלט בו, אלא גם על איבודו לאחר שכבר יצא מגופו של האיש ובא בגופה של האישה ונקלט בו. וזה, לכאורה, שלא כעולה מלשון הרמב"ם (איסורי ביאה פרק כא הלכה יח) שהובאה גם בשולחן ערוך (אבן העזר סימן כג סעיפים א-ב), בה נכתב במפורש כי האסור הוא "להוציא שכבת זרע לבטלה", כלשונו הזהב:

> **"אסור להוציא שכבת זרע לבטלה, לפיכך לא יהיה אדם דש מבפנים וזורה מבחוץ ולא ישא קטנה שאינה ראויה לילד, אבל אלו שמנאפין ביד ומוציאין שכבת זרע לא די להם שאיסור גדול הוא אלא שהעושה זה בנדוי הוא יושב, ועליהם נאמר 'ידיכם דמים מלאו' וכאילו הרג הנפש".**

לשון ממנה משמע שהאיסור אינו אלא על ההוצאה בלבד, ומשעה שהוצא הזרע - בין אם הוצא בהיתר או חלילה באיסור - שוב אין לדון בשימור הזרע או בהכחדתו. וכך אכן העלה רבנו הרב פעלים (חלק ג - אבן העזר סימן ב) שכתב דמהא דמותר לשמש עם קטנה ועם זקנה אף על פי שלא יתעברו מכך מוכח שהיות שהוצאת הזרע נעשית בהיתר שוב איננו מצווים על שימורו ואי הכחדתו של הזרע, שהאיסור הוא אך על הטלת הזרע במקום שלא עליו ציווה הבורא, וכך לשונו הטהור:

> **"ולכן בעל כרחך צריך לומר דהשחתת הזרע אין איסורו משום דהזרע הזה היה יוצא ממנו ולד וזה מאבדו, אלא האיסור הוא דאינו משמש כאורחיה להטיל זרעו ברחם הנקבה במקום אשר נתקן ונתייסד מאת הבורא יתברך בטבעו ומנהגו של עולם, וכן מפורש בדברי רבינו האר"י ז"ל המוציא שכבת זרע לבטלה פוגם במחשבה ובדעת עליון כיון דמעשיו הם זכר בלי נקבה, שאינו משמש באשה אלא ברקנייא ובחוץ יעמוד. ע"כ".**

ועל כן אפשר היה להניח שאחר שהתירו הפוסקים את הוצאת הזרע לצורך הפריה חוץ גופית ואף אך לצורך בדיקתו (וראה בדברי הזקן אהרן [ואלקין] חלק א סימן סז, האחיעזר חלק ג סימן כד אות ד, האבני נזר אבן העזר סימן פג, המהרש"ג חלק ב סימן רמג, הרב שבט סופר אבן העזר סימן א, האגרות משה אבן העזר חלק א סימנים ע-עא וחלק ב סימן טז, מרן הגאון רבי שלמה אויערבאך במנחת שלמה חלק ג סימן קג אות טז, הרב מנחת יצחק חלק ג סימן קח, מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל - קובץ תשובות חלק ב סימן עח וחלק ג סימן קפט, הרב

שבט הלוי חלק ז סימן רה, ומרן מלכא הראשון לציון היביע אומר חלק ב אבן העזר סימן א, ועוד) שוב אין איסור בא על ידי זרע זה, שהיות שהוצאתו הייתה בהיתר - ועל ההוצאה עצמה קפדינן - שוב אין איסור באיבודו לאחר מכן.

אולם, כאמור לעיל, לא כך עולה מדברי הפוסקים אשר דנו באיסור הפלה מדין איסור השחתת זרע, ואכן בעיון מדוקדק בסוגיה, ואחרי בקשת המחילה מכבוד מורנו ורבנו הרב פעלים ונשיקת עפרות קודשו, לא כך עולה מן הפוסקים ובכללם הרמב"ם (כדברי הרדב"ז שיובא לקמן). ואכן נראה שמקור לכך שאיסור השחתת זרע אינו חל רק על הוצאת הזרע נמצא מפורש בדברי רבותינו הראשונים בסוגיית שלוש נשים משמשות במוך (יבמות יב ע"ב נידה מה ע"א), שכך למדנו שם:

> **"שלוש נשים משמשות במוך: קטנה, מעוברת ומניקה; קטנה - שמא תתעבר ותמות, מעוברת - שמא תעשה עוברה סנדל, מניקה - שמא תגמול את בנה וימות. ואיזוהי קטנה? - מבת י"א שנה ויום אחד ועד י"ב שנה ויום אחד; פחות מכאן או יתר על כן - משמשת והולכת - דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: אחת זו ואחת זו - משמשת כדרכה והולכת, ומן השמים ירחמו, שנאמר 'שומר פתאים ה'".**

ובעלי התוספות (כתובות דף לט ע"א דיבור המתחיל "שלוש נשים") נחלקו בקיום דברי רש"י בסוגיה זו:

> **"שלש נשים משמשות במוך - פירש בקונטרס מותרות לשמש במוך אף על גב דשאר נשים אסורות משום השחתת זרע, ואין נראה לרבינו תם דהא קטנה ואילונית מותר לשמש בהדייהו ולא הוי השחתת זרע כיון שהוא דרך תשמיש. ומפרש רבינו תם משמשות צריכות לשמש במוך אחר תשמיש ועצה טובה קא משמע לן. ולר"י נראה לקיים פירוש הקונטרס דבריש נדה (דף ג ע"א) משמע שהמוך הוא במעיה כל שעה והוי כמשמש על האבנים ועל העצים ולא דמי למשמש קטנה ואילונית, ועוד אפילו היתה נותנת מוך אחר תשמיש אסורה דאף על פי שאינה מצווה על פריה ורביה מכל מקום אסורה היא להשחית זרע".**

נמצא שלכל הפחות לשיטת ר"י יש איסור השחתת זרע גם לאחר הוצאתו, וצריך לומר שהיות שהזרע ניתן לתוך 'מעי' האישה - מקום אשר בו יכול הזרע לתת את פריו הרי שהוצאתו מאותו מקום מביאה להשחתת זרע שעד כה לא היה מושחת, ועל כן יש לאסור את הוצאתו שכן גם האישה אסורה להשחית זרע.

וכך אכן העלה רבנו הרדב"ז (חלק ג סימן אלף כב) שאין להתיר לאישה לתת מוך אחר תשמיש, דאף על פי שהאישה אינה מצווה על פרייה ורבייה מכל מקום אסורה היא להשחית זרע. ועיין שם שכתב שאפילו לרבנו תם אפשר ששאר נשים אסורות לשמש במוך אחר תשמיש, וכתב שגם לרמב"ם אסור לתת מוך אחר תשמיש שהרי הרמב"ם אסר לישא את הקטנה משום

השחתת זרע. וכן כתב בישרש יעקב (יבמות יב ע״ב) משם הדרישה (יורה דעה סוף סימן קצ״ו) שכתב בשם רבו המהרש״ל שאישה אסורה להפליט את זרע ההיריון בעת שדרכה להתעבר. והדברים מפורשים גם במגן אברהם (אורח חיים סימן תרו סק״ח) שכתב שאשה ששימשה תוך שלושה ימים בערב יום הכיפורים צריכה ״לכבד ביתה״ שלא תפלוט שכבת זרע, ובתנאי שאין זה סמוך לווסתה או לטבילתה - ״דבאותן שעות רגילות להתעבר ויש לחוש שתשחית זרע ההריון״. ועיין גם בשו״ת מהר״ש (חלק ז סימן פו דיבור המתחיל ״יצא״) דכתב בשם הפוסקים, דמצד האישה טפי יש מקום להתיר לתת מוך קודם תשמיש מאחר תשמיש, דאחר תשמיש תיכף בא האיסור בשעה שנותנת מוך ומפלטת הזרע, אבל קודם תשמיש לעת עתה היא אינה משחתת ואחר כך באה ההשחתה ממילא ואינה רק גורמת.

ועיין בשו״ת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן עא) שהעלה דהכי סבירא להו לרוב הפוסקים שאשה אסורה להשחית את זרע בעלה הנמצא במעיה. וכתב שלשיטת הנימוקי יוסף (יבמות ב ע״ב מדפי הרי״ף) בהסבר רש״י, האיסור לשמש במוך אינו על הבעל - שכן לגביו נחשב הדבר דרך תשמיש ועל כן הוא מותר, והאיסור הוא אך על האישה העושה מעשה המשחית את הזרע. ועל כן הקשה עליו הנימוקי יוסף: מדוע קטנה פחות מאחת־עשרה שנה משמשת כדרכה ואסורה לשמש במוך, והרי בכל מקום הקטנה אינה ראויה להתעבר והזרע כבר נשחת ואין כל מקום לאסור על הקטנה לשמש במוך. ועל כן פירש הנימוקי יוסף שקטנה בת אחת־עשרה חייבת לשמש במוך לשיטת רבי מאיר, וקטנה מכך רשאית לשמש במוך. ומכאן הסיק רבי עקיבא איגר:

> **״ולפי זה לשיטת רש״י דהיא מצווית על השחתת זרעו גם במוך אחר תשמיש אסורה, והנימוקי יוסף סתר רק היכא דאינה ראויה להתעבר לא שייך השחתת זרע, אבל בגדולה בראויה להתעבר סבירא ליה כרש״י דמצווית על השחתת זרעו, ובריטב״א יבמות בחידושיו כתב גם כן כדברי הנימוקי יוסף, ומסיים להדיא לפי זה מה דקתני פחות מכאן ויתר מכאן משמשת כדרכה, היינו הפחות מיכן מותרת לשמש כדרכה, וביתר מכן מחויבת לשמש כדרכה, והיינו משום דבגדולה דראויה להזריע אסורה להשחית זרעו.**

> **גם הרמב״ן ורא״ה ותלמיד הרשב״א והריטב״א, הובאו בשיטה מקובצת כתובות, כתבו תחילה בכוונת רש״י דאסורה ליתן מוך קודם תשמיש דהיא מצווית שלא להשחית זרעו, ועלה הקשו דאם כן מאי טעמא דרבנן דסבירא להו משמשת כדרכה הא על כל פנים אי אפשר לה להתעבר ולהוליד כדאיתא פרק קמא דיבמות, אלא דמן השמים ירחמו שלא תתעבר, ואם כן דאין ראוי להזריע אין כאן השחתת זרע והיינו גם כן כעין קושיית הנימוקי יוסף הנ״ל, אלא דהנימוקי יוסף נקט על פחות מיכן והם נקטו הקושיא על חכמים והכל מטעם אחד, דבאינה ראויה להזריע ליכא משום השחתת זרע, ולזה העלו דמשמשת כדרכה בפחות מכן, וכן לרבנן בשנת י״ב מותרות.**

הרי דכולהו סבירא להו דבראויה להזריע אסורה לשמש במוך ומטעם דהיא משחתת זרעו, אם כן מהאי טעמא מכל שכן דאסורה במוך אחר תשמיש, וכיון דהרמב"ן והרא"ה והריטב"א והרשב"א והנימוקי יוסף כולהו סבירא להו כן, וכן בשטה מקובצת בכתובות (דף עב ע"א) בההיא שתהא ממלאה ונופצת בשם הריב"ש דאיכא אסורא בדבר דאף על פי דלא מפקדא אפריה ורביה אסורה להשחית זרע בעלה, ומי ירום ראש להקל".

ועיין שם עוד שהביא ראיה לשיטתו מהסוגיה דנידה (דף מב), אך השאיר את המגן אברהם (סימן תרו) בצריך עיון שכן הוא כתב בפשיטות שאשה ששימשה תוך שלושה ימים ליום הכיפורים "תכבד את ביתה בחמין" ו"לדעת רובא דרבוואתא הנ"ל אסורה לעשות כן משום השחתת זרעו".

וכן העלה בדרכו הוא גם הבית מאיר (אבן העזר סוף סימן כג) שלרש"י אסור לקנח במוך לאחר תשמיש, ושכן ראוי להורות, וכך לשונו הזהב:

"נשמע מזה דלשמש במוך בשעת תשמיש לכולי עלמא אסור בכל הנשים, ולאחר תשמיש תלוי בפלוגתא דרש"י ורבנו תם, וראוי להחמיר כרש"י ז"ל. ובעניותי איני יודע מדוע השמיטו הפוסקים ברייתא זו".

וכן כתב גם הרב בנין ציון (סימן קלז):

"אכן גם ליתן לאחר תשמיש ולשאוב הזרע לא ראיתי היתר שאף שלרבנו תם הותר זה, מכל מקום התוספות והרמב"ן (ריש פרק כל היד) חולקין עליו, וכפי הנראה גם הרשב"א והר"ן שם הסכימו עמהם, ואפילו רש"י - אף שהרא"ש מסופק בשיטתו בזה - מכל מקום הריטב"א ביבמות כתב בפירוש דגם אחר תשמיש אסור לרש"י, וכנראה גם מדבריו בשיטה מקובצת שהבאתי לעיל, עד שכמעט דעת רבנו תם היא דעת יחידית בזה, ומי יקל ראשו להכריע כמוהו נגד כל שאר הראשונים".

וכן העלה גם רבנו המחנה חיים (חלק א סימן נג) וזו לשונו הטהורה:

"אם אדם יבעל אשה ויתערב כחו בכוחה ונתאחדו זרעם ונקשרו בקשר הטבע להיות ולד נוצר, ונפעל כבר כל הפעולה מבני אדם ליצירת ולד ולא חסר רק הגמר על ידי הקדוש־ברוך־הוא אשר פקודתו ישמור אותו הכח להיות אדם בצלם א־להים [...] אז אם האישה מקנחת במוך את הזרע אשר כבר הוכן בטבע להיות נוצר ממנו אדם או אם תרחוץ במים לשחת אותו הזרע או שתקפוץ עד שיפול ממנה הזרע או תתהפך להשחית אותו זרע אשר הוא הכח והכנה לבריאת אדם הוא גם כן נקרא השחתת זרע כמובן".

ולמעלה מכך ראה בדברי המרחשת (חלק ב סימן ט) שהעלה שגם לסוברים כרבנו תם

שאישה אינה מצווה על השחתת זרעה מכל מקום לבעל אסור יהיה להשחית את זרעו המצוי במעי האשה, וכן לשונו הזהב (שם ס"ק ד):

"ונחזי אנן דאף אם נאמר דאין האישה מצווה על השחתת הזרע שלה או של הבעל אבל האיש ודאי מצווה על השחתת זרעו אף שבא הוצאת זרעו מן הגוף באופן המותר, ואחרי שהוציא זרעו ברחם האישה אף אם האישה מותרת לתת מוך לשאוב הזרע משום שאינה מצווה על זה, אבל האיש ודאי אסור לתת מוך ברחם האישה ולשאוב את הזרע שהוציא ברחם האשה, כיון שהוא מצווה על פריה ורביה אסור לו להשחית זרעו אף בענין שבא הוצאתו מן הגוף כדרכו דרך תשמיש, אסור לו אחר כך להוציא זרעו מרחמה, וזה ברור".

וכן העלה גם רבנו האגרות משה (אבן העזר חלק א סימן סג אות ד) בביאור דעת רש"י על פי הרע"ק שאחר "תשמיש אסורה משום שגם היא אסורה להשחית זרע הבעל".

והם הם דברי הגר"א וייס שליט"א (עטרת שלמה חלק ח עמוד קא), שהובאו לעיל בדין הפלת עובר טרם מלאות לו ארבעים יום :

"אך אף אם יהיבנא דהוי כמיא ממש ואין איסור לאבדו מצד איבוד הנפש, ויש לזה מקום לשיטת הנודע ביהודה שם דכל המקור לאיסור הריגת עובר לישראל הוא משום מי איכא מידי, וכיון דבגוי ילפינן איסור הריגת העובר במה דכתיב שופך דם האדם באדם דמו ישפך, יש מקום לטעון דבעינן על כל פנים שיהי' אדם ולפני ארבעים יום הוי מיא בעלמא, מכל מקום לא גרע מהשחתת זרע דממה נפשך או דהוי עובר או דהוי זרע והרי יש איסור בהשחתת זרע גם אחרי שהזרע כבר בגוף האישה כמבואר ביבמות י"ב".

אך הנה לא נעלם ממני כי שלא כדברי כל הני פוסקים הסוברים שיש איסור בהשחתת זרע אף לאחר שהוצא בדרך היתר, מצאנו בדברי התוספות רא"ש שכתב דלא מקרי השחתת זרע אלא במי שגורם על ידי חימום שמוציא זרע לבטלה בין איש בין אישה אבל לאחר שיעקר הזרע מן הגוף לא שייך ביה השחתה (וככל אשר סברנו מתחילה). ועיין באבני נזר (שו"ת סימן פא) שכתב דלדינא יש לפסוק "כהרא"ש שהכריע כרבנו תם שאנחנו בני אשכנז נגררים אחריו, וכן פסק הים של שלמה פרק קמא דיבמות [...] שאם תשים אחר תשמיש לא יהיה איסור כלל". אך עיין גם בדבריו (סימן עט) שמהם עולה שכל היתרו אינו אלא במקום שלא יתקלקל העובר אחר קליטתו, ועל כן הסתפק אם אפשר להשוות שטיפה ב'מזרקה' למוך, דאפשר שהשטיפות מפסידות את העובר אף לאחר שנקלט הזרע. אך עיין בלבושי מרדכי (חלק יורה דעה מהדורא תניינא סימן קנו) שדן בנשים שהרופאים ציוו להם לבטל היריונן על ידי שטיפה ב'מזרקה' וכתב שהגם שעל ידי ה'מזרקה' נכנסים המים גם בפנימיות הרחם ומקלקלים את הזרע, היות שהדבר נעשה לאחר תשמיש יש להתירו.

והן אמת כי לכאורה היתר שימוש במוך אחר תשמיש עולה גם מפסק מר״ן השולחן ערוך בהלכות נידה (יורה דעה סימן קצו סעיף יג) שנראה מדבריו שמתיר לתת מוך אחר תשמיש, וכך לשונו הטהורה: ״האישה ששמשה מטתה וראתה אחר כך ופסקה, ורוצה לספור מיום מחרת ראייתה, תקנח יפה יפה אותו מקום במוך או בבגד להפליט כל הזרע [...]״ - דברים אשר מקורם בדברי הרא״ש (נידה ריש פרק ד) ועולים בקנה אחד עם שיטתו המובאת לעיל שאין איסור השחתה לאחר שנעקר הזרע מהגוף. ועיין גם בסתרי ומגני (סימן מד) שנסמך על דברים אלה ופסק דליכא שום איסור לאישה להפליט השכבת זרע לאחר התשמיש על ידי מוך או על ידי קילוח מים. וכן כתב גם ההפלאה (כתובות עב ע״א) שמדברי מר״ן השולחן ערוך מוכח שאף לכתחילה מותרת אשה להפליט ממנה כל שכבת זרע (ועיין שם שדן בכך מצד דברי הגמרא שם ״שתהא ממלאה ונופצת״). וכן כתב גם הרב תורת חסד (חלק ב אבן העזר סימן מג) והאריך להוכיח מהגמרא שבת (פו ע״ב) שאישה מותרת לשמש במוך אחר תשמיש, ושהכי סבירא להו להרב ספר התרומה (הלכות נידה סוף סימן צה), לרשב״א, לרא״ש ולשולחן ערוך (יורה דעה קצו סעיף יג). וכתב שעל פי התוספות (סנהדרין נט ע״ב) שאיסור השחתת זרע הוא מדאורייתא, אך איסור זה הוא אך על הבעל דמי שהוא מצווה על פריה ורביה הוא מוזהר שלא להשחית זרעו. ולדעתו האישה אסורה בכך רק מדרבנן. ולדעתו, הרמב״ן סובר שאיסור זה הוא מדרבנן בין לאיש ובין לאישה (וכן כתב גם הרב משיבת נפש (סימן יח)), אך עיין שם שכתב שהגם שהאישה אינה אסורה להשחית זרע שקיבלה מבעלה, מכל מקום ״להשחית זרע דגופה מודה (הרמב״ן) דאסור״. ועיין שם שסיכם:

> **״ואחר דתיתי לי בררנו דרבים הפוסקים המתירים להדיא ובפרט כאשר בארתי לעיל (סוף אות ב) דעל כל פנים לכל הדיעות ליכא על הנשים איסור דאורייתא בהשחתת זרע בעליהן אם כן לעניות דעתי יש מקום בפשיטות להקל במקום צורך קצת״.**

אולם כבר נזקק לפירוש דברי מר״ן השו״ע בדין זה הרב כרתי ופלתי (תפארת ישראל סימן קצו סעיף ח) וכתב שגם לפי מר״ן השולחן ערוך אין להשחית זרע אפילו לאחר הוצאתו, אלא שרוב זרע הראוי להריון נקלט תכף ומה שלא נקלט תכף על הרוב לא יהיה נקלט עוד, ורק משום כך התיר מר״ן השולחן ערוך לתת מוך אחר תשמיש, שכן אין כאן השחתת זרע. וכן כתב גם בשו״ת אמרי אש (חלק יורה דעה סימן סח) דהא דתנן (נידה יד ע״א) דדרך בנות ישראל שמשמשות בשני עֵדים, והעוסקת בטהרות צריכה לבדוק גם אחר תשמיש, ולא חששו להשחתת זרע משום שרוב נשים המתעברות קולטות לשעתן כשהוא ׳יורה כחץ׳. ועיין למרן הראשון לציון הגר״ע יוסף זצ״ל (טהרת הבית סימן יג עמוד תלז) שהביא שכן כתב גם בשו״ת בית שערים (חלק יורה דעה סימן רעג), ושכן כתבו גם המהרש״ם (דעת תורה יורה דעה סימן טו ס״ק ח) והנודע ביהודה (קמא חלק אבן העזר סוף סימן סט).

ועיין עוד לרבי עקיבא איגר בתשובתו דלעיל שכתב שהדרך שציין מר״ן השולחן ערוך

מועילה אך לזרע שב׳בית החיצון׳, ועל כן לא מקרי השחתה בבדיקת המוך, ואף שלפעמים אם תדחק הרבה במוך ייפלט גם הזרע שבפנים מכל מקום כיוון שאין כוונתה אלא להוציא את הזרע שבחוץ ובזה אין כל איסור, ממילא לגבי הזרע שבעומק הווי אינו מתכוון והיות דלא הווי ׳פסיק רישיה׳ הרי שיש להתיר, אך עיין שם שהעלה דבדיקת מוך הרבה יש לומר דבאמת אסור. **ועיין גם ברב פעלים (חלק ד חלק יורה דעה סימן יז)** שבעניין זה כתב שאפשר שמר״ן השולחן ערוך לא התיר אלא בדרך מקרה ולא בתמידות כל הימים, אך ציין שמצאנו הרבה אחרונים שהתירו בכך, וסיים שאשה שאם תתעבר תכנס לסכנת נפשות יש על מי לסמוך להתיר לה לקנח במוך אחר תשמיש.

ועיין עוד להרב עני בן פחמא (סימן כה) שאחר שהעלה שבמקום סכנה יש להתיר לאישה לקנח במוך אחר תשמיש, וכתב שיש להורות לאישה להסתיר זאת מבעלה, שכן הבעל וודאי מצווה על השחתת זרעו, **וציין שאין להתיר לבעל לצוות על כך מטעם דאין שליח לדבר עברה, חדא דבידי שמים חייב**, ועוד שאם אין האישה בת חיוב בזה הרי שלפי רבינא (בבא מציעא ו ע״ב) הבעל המשלח חייב. ועיין גם בצפנת פענח (חלק א סימן יח) שהעלה שהבעל וודאי אסור מן התורה להשחית את זרעו גם אחר תשמיש. אך ראה לרבנו החתם סופר (חלק יורה דעה סימן קעב) שכתב שבמקום שיש סכנת נפשות ועל כן מותרת האישה לקנח במוך לאחר תשמיש - צריך שהדבר יעשה ברשות הבעל ורצונו, שכן אין רשות לאשה להשחית את זרע בעלה ללא רצונו שכן הבעל אינו יכול לשאת אישה עליה או לגרשה אם יהיה תאב לבנים. וצריך לומר שלדעתו אחר שמדובר במקום סכנה הרי שגם לבעל אין כל איסור להשחית את זרעו.

סוף דבר ברור הוא שלהרבה פוסקים איסור השחתת זרע קיים גם לאחר הוצאתו, ואפשר גם אפשר שזו כוונת דברי הרמב״ם ומר״ן השולחן ערוך - הכול כפי שהבאנו לעיל. והגם שהזרע הוצא בהיתר ועדיין לא נקלט אסור לאבדו ולהוציאו במוך מן האישה ובכך למעשה למנוע את קליטתו והמשך התפתחותו. ואם כן אפשר שגם בנידון דידן יש להחמיר, שכן בנידון דידן אין לומר שמה שלא נקלט לא ייקלט, שהרי זה גוף הנדון בזרע שעדיין לא נקלט ושיכול וראוי להיקלט ברחם האישה וזו תכליתו וייעודו, ונראה שהגם שנוכל לחלק ולומר שגם בביציות מופרות שכאלה עדיין אין הצלחה רבה בהשרשתן ברחם, ועוד שביציות אלה עדיין אינן נמצאות בתוככי גוף האישה ויש לעשות מעשה כדי להחדירן ולאפשר להן לתת את פריין ולגדול ולהתפתח לכדי עובר ועל כן אין לדמות נדון זה לאיסור קינוח במוך שכן שם חל האיסור היות שלולא הקינוח במוך ייתכן שבאופן טבעי ייקלט הזרע ותתבצע ההפריה ואין נדרש כל מעשה נוסף לשם כך, מכל מקום היות שיש צדדים לכאן ולכאן חזקו עלינו דברי רבנו החוות יאיר שבאיסור חמור שכזה קשה להקל, ומאחר שאנו מדמין לא נעשה מעשה.

ועוד, וגם הוא עיקר, שנראה שממקום שבאנו להקל נדרשים אנו להחמיר, שכן כל סמיכתם של רבותינו הפוסקים שהתירו את הליך ההפריה החוץ גופית ולא חששו להוצאת זרע לבטלה היה על כך שמזרע זה תתעבר האישה, ועל כן אין כאן זרע לבטלה, וממילא אם עתה יורה

הבעל על השמדת הביציות המופרות שוב יצא לנו שהוצאת הזרע על ידו הייתה לבטלה, וזאת מי התיר לו?

(ואין לדמות זאת לדברי הריטב"א [חולין קו ע"ב] שמי שנטל ידיו בברכה ונמלך ואינו רוצה לאכול כביצה פת אין מחייבים אותו לאכול כדי שלא תהא ברכתו לבטלה, שכן שם הסבירו [ועיין בכך גם בדברי מרן הראשון לציון הגר"ע יוסף זצוק"ל יביע אומר חלק א חלק יורה דעה סימן כא] שמכל מקום את מצוות הנטילה עשה ויש לברכתו על מה לחול).

ונראה שהדרך להקל בנידון זה הינה בגרמא וכפי שכבר העיר מר"ן הגראי"ה קוק זצ"ל בשו"ת עזרת כהן (סימן לז) שלענין השחתת זרע יש להבדיל בין השחתה בידיים להשחתה בגרמא, כלשונו הטהור:

> **"וכאן בענין השחתת זרע מצינו שבמקום דחק גדול התירו גרמא דהשחתה, ולא התירו מעשה ממש, כדאמרי' ביבמות (ע"ו א') גבי בדיקה להכשיר בקהל, בניקב בעטרה עצמה ונסתם, שכל שאילו ניקרי ונקרע פסול וא"ל כשר, דבדקינן ע"י גרם דנהמא חמימא כו', אף על פי שהוא לצורך גדול להתירו בקהל מ"מ לא התירו כ"א גרמא ולא ממש, ש"מ דגרמא קיל מממש בהא".**

וכ"כ עוד שם בתשובה אחרת (סי' לב), וכן עולה גם מדברי היש"ש (יבמות שם פ"ח סי' טו), וכן העלה להלכה גם הגאון האחיעזר (ח"ג סי' כד אות ד) שגם במקומות בהם התירו להוציא זרע לשם בדיקתו יש להשתדל לעשות זאת בגרמא, וכ"כ במצפה אריה (תנינא סי' ו), וכן העלה להלכה גם מו"ר זקני הגר"י מאמאן זצ"ל (עמק יהושע ח"ב סי' י) והאריך שם להביא ראיות לדבריו מפי סופרים ומפי ספרים. וזה שלא כדברי הראשל"צ המשפטי עוזיאל (ח"ב סי' מב) שלצורך בדיקה התיר להוציא זרע בידיים בלי גרמא, וכבר השיג עליו בנדון זה מו"ר זקני (שם סי' יא, ועיין שם בסי' יב-טו במו"מ שהיה לו בנדון עם הראשל"צ עוזיאל).

וכ"כ בשו"ת בנין ציון (חלק א סימן קלז) שלאבד את הזרע אחר תשמיש כאשר הדבר נעשה בגרמא נראה שלכולי עלמא מותר, וכך לשונו הטהורה:

> **"דאפשר דאף על גב דהשחתת זרע הבעל אסור מכל מקום זה דוקא כששואבת במוך שמאבדת בידים, אבל כשתרוץ ברגליה עד שתנפץ הזרע כמו שפירש רש"י על שתמלא ונופצת שהזרע מעצמו נופל ממנה אפשר שזה לכולי עלמא שרי".**

ומכל מקום עיין שם שציין שלדעת הריב"ש בחד טעמא גם שתהיה מתהפכת ומנפצת אסור.

וכך אכן העלה בשו"ת ושב ורפא (ח"ב סי' עז) שבהשמדת ביציות מופרות הנעשית בדרך גרמא יש להקל.

ובנדוננו נראה שגם הוצאת המבחנה מתנאי ההקפאה בהם היא נשמרה והנחתה עד

שתתקלקל מאליה הרי היא בכלל גרמא, כל זמן שאינו משחית את תכולת המבחנה בידיים, כפי שביאר בנדון הגמ׳ (שם) בים של שלמה (מסכת יבמות פרק ח סימן טו):

״שלח רבא בריה דרב׳ לרב יוסף (ע״ו ע״א) ילמדנו רבינו, היכא עבדינן, דמייתי ליה לידי (בדיקה) [קרי], למבדקי׳ לכתחילה, פשיט׳ שהוא אסור לו להוציא ש״ז ביד, שחייב מיתה, כדאיתא בפ׳ כל היד (נדה י״ג ע״א) א״ל, מייתינן לחם של שעורים, שהוא בחמימתו, ומניחין ליה סמוך לביצים, אנקב בית הרעי, שממנו יתחמם, והוא יראה קרי, או בכל הדומה לו, וכו׳״

וכן מצאנו בגמרא שבת (קכ ע״ב) בדין מחיקת השם דשרי גרם מחיקת שם השם ע״י שיורד וטובל, דאמר קרא ״ואיבדתם את שמם מן המקום ההוא לא תעשון כן לה׳ אלוקיכם״, עשיה הוא דאסור גרמא שרי, וכעין המפורש שם גם לעניין שבת דעשיה הוא דאסור. ומשמע שדווקא עשייה בידיים אסורה אך אם הדבר נעשה מאליו שרי. וכפי שכתב הרב זרע אמת (חאו״ח סי׳ מד) דהיכא דלא עביד מעשה איסור בשעת המלאכה רק שעשה איזה מעשה ולאחר זמן ע״י אותו מעשה גרם שתעשה מלאכה מאליה זוהי גרמא המותרת, וכ״כ גם החזון איש (או״ח סי׳ לח סק״ב) בהלכות שבת, וכן העלה גם הגאון הראשל״צ הגר״ע יוסף זצ״ל (יביע אומר ח״י או״ח סי׳ כו) מפי סופרים ומפי ספרים כדרכו בקודש. והגם שראיתי לדברי הגרצ״פ פרנק (הר צבי אורח חיים א סימן קלו) שהעלה ״שמעמיד קדרה בשבת במקום שסוף אש לבוא דיהא בו איסור של תורה עפ״י מה שכתבו התוס׳ סנהדרין (דף עז, ד״ה סוף חמה) לענין נזקין וחיוב מיתה, שאם כפתו בפנים והביאו במקום שסוף חמה לבוא דחייב למ״ד אשו משום חציו״, ולדבריו על פי התוס׳ אפשר שגם בנד״ד עצם הוצאת המבחנה מתנאי הקירור בו הוחזקה כמוה כקרובה אל החום שבסופו של דבר יקלקל את תכולתה, ״ואין חילוק בין מקרב האש אצל הדבר למקרב הדבר אצל האש״, כלשון התוס׳ שם, מ״מ הרי כל זה אינו אלא לפי דרכו הראשונה של התוס׳ שם אך לפי דרכו השניה (שם) ״אפילו כפתו והביאו שם פטור דדמי לכח כוחו״, והיינו שלשיטה זו החמה הבאה לבסוף אינה נובעת מכוחו של האדם אלא מכוח נפרד, ועל פעולת אותו כוח אין לחייב את האדם. ונראה שכך פוסק להלכה הרמב״ם (רוצח ושמירת הנפש פרק ג הלכה י) ״ ... או שכפתו והניחו במקום שסוף הצנה או החמה לבוא לשם ובאה והמיתתו, ... בכל אלו אין בית דין ממיתין אותו וכו׳״, ומלשונו עולה שאף אם כפתו במקום אחר והביאו למקום שסוף צינה לבוא והניחו שם חשוב גרמא. ועוד נראה לי, וגם הוא עיקר, שבנד״ד כלל אין לדון מצד מקרב הדבר אל החום והאש שכן בנד״ד תכולת המבחנה לא תתקלקל עקב החום של החדר אלא עקב הוצאתה מתנאי ההקפאה שמנעו את קלקולה עד עתה, ובדרך הטבע הייתה הביצית המופרית אמורה להתקלקל זה מכבר אלא שתנאי החזקתה בקירור מנעו את קלקולה, ובכה״ג הרי אין כאן אלא הסרת המונע, וכבר פסק רבנו הרמ״א (יו״ד שלט, א) שאפילו אדם גוסס שיש דבר שמעכב את יציאת נשמתו מותר להסיר את אותו דבר ואין בכך כל איסור, כלשונו הטהור:

״אם יש שם דבר שגורם עכוב יציאת הנפש כגון שיש סמוך לאותו בית קול דופק כגון חוטב עצים או שיש מלח על לשונו ואלו מעכבים יציאת הנפש מותר להסירו משם, דאין בזה מעשה כלל אלא שמסיר המונע וכו׳״

ועיין עוד בשו״ת ציץ אליעזר (חלק יג סימן פט) שדן בהשלכות דבריו של הרמ״א לניתוק ממכשירי הנשמה, ושנה דבריו בקיצור בתשובה נוספת (חלק יד סימן פא) :

״ופשט כוונת דברי הרמ״א היא, דמכיון שרק המלח שעל לשונו או קול הדופק מעכב את יציאת הנשמה ... אזי אין כבר חיים עצמיים, והחיות הוא חיות הבא מן החוץ, ולכן מתיר להסיר את המונע, וכו׳״

וממילא ברור הוא שגם בנד״ד כוח החיים השתמר בביצית המופרית אך מפני התנאים בהן הוחזקה, תנאים שמנעו את קלקולה בדרך הטבע, וא״כ אין בהוצאת אלא הסרת המונע, ודבר זה, כמובן, מותר.

ומהיות טוב, היכא דאפשר, מצאנו דרך נוספת בדברי רבנו האבני נזר (אבן העזר סימן עט ס״ק י׳, וכן העלה גם הגר״א וייס במקור המובא לעיל) שכתב שגם למחמירים יש להתיר איסור כעין זה על ידי אישה רווקה שאין בה כל מצווה של פרייה ורבייה וממילא, לשיטתו, גם אין בה כל איסור של השחתת זרע, כלשונו הזהב:

״ולפי זה שפיר מוזהרת שלא להשחית זרע כיון שיש לה בעל היא מצווה על פריה ורביה של בעלה ואסור לה להשחית זרע הבעל, כן נראה לי לפרש שיטת רש״י. וכל זה אם בעצמה משימת המוך אבל אם אשה אחרת שאין לה בעל שאינה מצווה על פריה ורביה ואינה בערבות על פריה ורביה אין איסור אם תפליט זרע שלה, ומה שהזרע יוצא ממנה אין איסור עליה כמו שאין איסור על הבעל לשיטת רבינו תם במה שזרעו נשחת כיון שאין עושה מעשה הכי נמי אינה עושה מעשה.

אך אף אם היא בעצמה תפליט לפי עניות דעתי אין איסור וכדעת תוספות ורא״ש ובים של שלמה מתיר אפילו לפני תשמיש ואיך לא נקל לאחר תשמיש והטעם כמ״ש בתוספי הרא״ש כי אין איסור רק בשעת חימום שלא יהי לבטלה, וטעם ההוא קלורין לעיניים למבינים״.

ועיין בחתם סופר (אבן העזר חלק א סימן כ, הובא לעיל) ובדובב מישרים (חלק א סימן כ) שכתבו דהיינו דווקא בהסכמת הבעל, שכן האישה אינה יכולה להשחית את זרע הבעל ללא רשותו.

וראה גם בשו״ת מעשה חושב (חלק ג סימן ב) שכתב שהעצה היעוצה הנכונה והמתאימה ביותר היא להשתמש בביציות המופרות לצורך הצלת נפשות, וכגון לצורך מערכות עצבים שנפגעו וכד׳, וייתכן שאפשר לשלב את שלושת הדברים או לפחות שניים מהם באופן שהוצאת הביצית המוקפאת מן ההקפאה תעשה על ידי אישה וגם ישתדלו להקפיד שאיבודן יעשה בגרמא, היינו שלא ישמידן בידיים בזריקה למקום שמיד יאבדן אלא יוציאן ויניחן במקום שבו יתקלקלו מאליהן, ובמידת האפשר הביציות המופרות ינוצלו לצורך הצלת נפשות.

וממוצא דבר נראה לי אני הקטן והדל שיש להוציא הלכה גם לנידון דידן, ולו נגעה יראת ה׳ בלבו של הבעל ובלבה של האישה יימנעו גם הם מכול וכול מלהורות על השמדה בידיים של הביציות המופרות, וגם אנו כמורי הוראה וודאי לא נצווה על כך, שהרי מכל האמור לעיל נראה עד כמה חשו רבותינו הקדושים והטהורים לכל חשש של איבוד או השחתת זרע שיש בו סיכוי לחיים, וכבר כתב רבנו המהר״ל מפראג (באר הגולה דף טו עמוד ג) שיש צד שהשחתת זרע חמורה מהריגה שכן ההורג אדם אינו גובר על התחלת ההוויה אלא על ההמשך, אבל המשחית זרעו שהוא התחלת הוויה חמור יותר והוא כמביא מבול לעולם שבא לעקור ההוויה משורשה.

והנה ידעתי כי דברים אלה שהעליתי הם שלא כדברי כבוד הגרח״ד הלוי זצ״ל (אסיא תש״ן 14) שהסיק שביציות מופרות ״אין להן כלל ועיקר דין עובר, ...״, ומותר לזורקן אם לא נבחרו להשתלה משום שאין דין הפלה אלא מרחם אישה דווקא״. ואחר המחילה רבה, והכריעה וההשתחוויה לפני מי שגדול, הרי אף שאיסור הפלה אין בביציות אלה מכל מקום איסור השחתת זרע שבהן להיכן הלך? ולמה יהיה מעמדן פחות ממעמדו של הזרע טרם הפרייתו וטרם השרשתו ברחם האם? ועל כן נראה לי, אני הזעיר והדל, שלכל הפחות ראוי שלא להתיר ״לזורקן״, ואפשר שגם הוא בגודלו לא כיוון אלא שיעשו זאת בדרך גרמא או על ידי האישה רווקה, וכנ״ל.

ואפשר שכך יש להסביר גם את תשובת הראשון לציון הגר״מ אליהו זצ״ל אשר במענה לאותו שואל אשר שאל את הגרח״ד הלוי, הוא ניהו פרופסור ריצ׳רד חיים גראזי, מנהל המחלקה לפוריות האישה בבית החולים מיימונידס בניו יורק, השיב כי:

> **״כל הביציות המופרות, האמורות להיות מושתלות ברחם האם - אין להשמידן, כיוון שעתיד לצאת מהן עובר חי. אבל הביציות שלא נבחרו להשתלה, מותר לזורקן ואין בזה נפקא מינה בין יהודים לגויים״.**

וכן אפשר שכך יש להעמיד גם את דברי הרב זילברשטיין (אסיא נא - נב עמוד 56) שכתב כי:

> **״אותן ביציות הפגיעות למחלה, מותר שלא להשתילן ומותר אף להשמידן ואין בכך איסור, ואין לביציות מופרות אלו הנמצאות מחוץ לרחם דין נפש, והמשמידן אינו בגדר מאבד נפש כי התורה אסרה לשפוך דם אדם הנמצא באדם כמבואר בספר בראשית ׳שֹׁפֵךְ דם האדם באדם דמו יִשָּׁפֵךְ׳ הכוונה לחיי עובר הנמצא באדם כלומר ברחם אמו אבל לא בהיותו עדיין במבחנה״.**

ובוודאי מהיות טוב ולמען נלך בדרך טובים ראוי שנסיר מכשול זה מן הנאמנים, ולאורם של דברי חכמים - שחשו מאוד לכל סיכוי של חיים ואסרו את קיפוחו, ובכלל זאת את השחתת הזרע - נלך, ולא נתיר אלא את אשר התירו הם בדברי קודשם בדונם באיסור השחתת זרע אחר

תשמיש וקודם קליטתו ברחמה של האישה, ועל כן יש להימנע מכול וכול מהשמדה בידיים של הביציות המופרות, וייעשה הדבר בגרמא, כגון שיוציאו את המבחנות מהמקפיא שבו הן מוחזקות ויניחום עד שמאליו יאבד הזרע, ומהיות טוב אף יעשו זאת אך על ידי מי שאינו מצווה כלל על פרייה ורבייה.

מהי טובת העובר במקרה דנן?

והנה אחר שהרחבנו בדברי הפוסקים בסוגיית מעמדן של הביציות המופרות, והעלנו כי יש להימנע מקיפוחן בידיים, עוד רגע אחד אדבר במה שמסתעף מכך וירווח לי. כאמור לעיל שאלה דומה לנידון דידן כבר עלתה ובאה לפני מורי ורבי הגראי״ה כלאב – אב״ד ירושלים, ובפסק דינו שהתפרסם בשורת הדין (כרך יג עמוד קצז אות ט), אחר שהעלה שאין לחייב את הבעל להיות אב בעל כורחו, ושהאב רשאי להתנגד להמשך הליך ההפריה החוץ גופית, העלה מורי ורבי כדלקמן:

> **״אולם ברור שיש מצווה לאפשר לאישה להיות אם, ובעיקר שעברה טיפולים קשים ומכאיבים על סמך הסכמת בעלה לכך, ואין לך ׳די מחסורו אשר יחסר׳ לגביה יותר מזה. ואין לומר לה שתמצא איש אחר שיאות לה לכך, כי הדבר לא מצוי [...] ואם תתחיל כל התהליך מחדש כמה צער ועגמת נפש יהיו מנת חלקה עד שיצליח התהליך. ואם תתחייב לכלכל הוולד שייוולד במקום אביו, נראה שיש ללחוץ האיש בדברים, שיסכים למלא רצון האישה ולא יתנגד. אך לא נראה לכופו שאין כופין על מצוות עשה שמתן שכרה בצדה וכל שכן כאשר הילד יגדל עם אמו, או יהיה אצל אביו ולא יזכה לאב ולאם שחיים אתו כל הזמן״.**

כנזכר לעיל פסק דינו של מורי ורבי הגראי״ה כלאב שליט״א נדון בערעור בפני בית הדין הרבני הגדול, ושם התגלעה מחלוקת בין חברי בית הדין – בין השאר גם בנקודה זו. הרבנים הגר״א שרמן והגר״ש בן שמעון הסתייגו מהמלצה זו, ואילו הגר״ש דיכובסקי אימצה. לדעת הגר״א שרמן (תחומין כב עמוד 402) המשך קיומו של התהליך עלול ״להיות פגיעה קשה בילוד״. לדעתו, היות שקרוב לוודאי שהילד יולד למשפחה חד־הורית, כשאביו הטבעי איננו עמו, הרי שילד זה ״לא היה חפץ כלל בלידתו. אף אם אמו תינשא בעתיד לאדם אחר – אין כל ערובה שאביו החורג ינהג כלפיו כאב במסירות הראויה. אדרבה יש חשש שהוא יתנהג כלפיו באופן לא ראוי, מצב שהוא גרוע מלגדול רק אצל אמו כמשפחה חד־הורית. נראה שלגבי יצור פוטנציאלי זה הגנוז בביצית המופרית היו חכמי ישראל נמנים וגומרים ׳נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא׳, כפי שנמנו וגמרו לגבי כל אדם (ערובין יג ע״ב)״.

הגר״ש דיכובסקי שליט״א התנגד נחרצות לדברים אלה, וכתב שכשם שאיש לא יצדיק הפלה בגין נסיבות כאלה – כך אין למנוע, בנסיבות שכאלה, את המשך התפתחותה של הביצית המופרית. לדבריו יש לביצית זכות עצמאית לקיום, וגם מהבחינה המוסרית אין בידנו הזכות לגזור כליה על גרעין של חיים, מכל סיבה שהיא.

והנה הגם שכאמור לעיל באורך, קשה להביא ראיה מדין הפלה לדין ביצית מופרית שעדיין לא הושתלה ברחם האם, שכן כאמור לעיל לדעת רובא דרבוותא רבותינו הפוסקים אדירי הדעה, בהפלה לאחר ארבעים יום להריון נוגעים אנו בדיני נפשות, וגם קודם לכן מכל מקום כבר השתרש העובר ברחם אמו ואין לדמותו לביצית מופרית שהגם שהופרתה עדיין דרה היא במבחנה ונדרש מעשה משמעותי וגדול כדי להשרישה ברחם האישה, מכל מקום נראה שדברי הגר״ש דיכובסקי שליט״א כי אין בידנו הזכות המוסרית לגזור כליה על גרעין של חיים, מתיישבים היטב עם דברי הפוסקים שהבאנו לעיל ושאסרו להשחית זרע גם לאחר שהוטל לגופה של האישה ואף עוד קודם שנקלט ברחמה, וודאי יש לדון מדבריהם בקל וחומר למקום שהזרע כבר הופרה שאין להשחיתו, וודאי לא בידיים.

ועוד אומר, אחר הקידה וההשתחוויה לפני מי שגדול, שלענ״ד אני הזעיר שבתלמידים, קשה עד מאוד לקבל את דברי כבוד הגר״א שרמן שליט״א ולהכריע בשאלה החמורה שבפנינו על פי אומד דעתנו בשאלת טובתו של הולד שייוולד, ולגזור אומר כי בשל קשיים שעלולים להיווצר בתאו המשפחתי של הילוד יש למנוע את לידתו. והגם שאין בידינו לדעת מהי איכות החיים שתיגזר לוולד שעתיד להיוולד מזרע זה, ואם המציאות שאליה הוא ייוולד תקל עמו או חלילה תקשה עליו, מכל מקום בהדי כבשי דרחמנא למה לן, ועדיין מנסר בעולם קולה של מרים אחות אהרון - רכת השנים - התמהה באוזני אביה, עמרם זקן חכמי ישראל וראש הסנהדרין: האם בשל קושי השיעבוד ומרירות החיים נמנע מלהעמיד ילדים, וזאת אך כדי למנוע מהם את קשיי החיים? הרי מי שמונע מהם את קשיי העולם הזה מונע מהם, בו ברגע ובאותה החלטה, גם את טוב העולם הבא. ושלמה המלך מעיד בחכמתו על אמונתן העזה של אימהותנו המסורות שחרף קשיי הזמן מסרו נפשן להעמדת וולדות, וקיימו בעצמן ״תחת התפוח עוררתיך, שמה חבלתך אמך, שמה חבלה ילדתך״.

וזאת ועוד, וגם הוא עיקר, כי גם עצם דבריו של כבוד הגר״א שרמן כי חייו של הילוד יהיו קשים ומרים עד כי עדיף לו שלא נברא, הם עצמם עדיין זוקקים בירור רב. אחר בקשת המחילה רבה מכבוד הגאון הרב אברהם שרמן שליט״א נראה כי מציאות חיינו מוכיחה שלא כדבריו: משפחות חד־הוריות הן היום חזון נפרץ, אם מנסיבות קשות שנכפו עלינו מפאת חרב האויב, אשר בנסיבות חיינו תוך קימומה ובניינה של מדינתנו - מדינת ישראל, שיכלה אבות ואימהות צעירים וכפתה על ילדיהם מציאות של חיי יתמות, ואם מנסיבות מצערות של פטירות פתאומיות או גירושים כואבים. ובכל זאת ברוך ה׳ פעמים רבות מאוד, ואולי ברוב ככל המקרים, לא תיתכן כלל וכלל האמירה כי מוטב היה שילדים אלה כלל לא היו באים לעולם, חס ושלום. אדרבה, פעמים רבות ילדים אלה שהם משוש לבם של הורם - תקוות חייהם ומשמעותם זוכים לכל הנדרש להם לשם גדילתם, הן בצורכיהם הרוחניים נפשיים והן בצורכיהם הגופניים.

ולא עוד אלא שממקום שבא כבוד הגר״א שרמן משם ראיה גם לצד השני, שהרי אף שבית

שמאי ובית הלל יחדיו נמנו וגמרו שמוטב לאדם שלא נברא יותר משנברא, בכל זאת א-ל תמים דעות בראו לאדם, והוא היודע ועד מה טוב לו, להיכן עליו להיוולד ומה מוטל עליו לתקן. וכשם ש"אמונות זה סדר זרעים, שמאמין בחי העולמים וזורע" (תוספות, שבת לא ע"א), כך אנו מאמינים בני מאמינים יודעים כי הכול בהשגחתו יתברך ויתעלה - ובכלל זאת גם ההתקדמות המדעית האדירה שמאפשרת לנו להתגבר על קשיים חמורים ולאפשר לזוגות שבעבר הייתה נגזרת עליהם גזירת מיתה ללא בנים להתברך גם הם בפרי בטן - ואחר שכאמור לעיל הדבר מותר על פי ההלכה, אין לנו להורות על קיפוחו של הליך שכבר החל אך בשל הקשיים שעלולים להיות מנת חלקו של היילוד שייוולד.

וחשובים ונאים הם לענייננו דבריו של הגר"מ שטרנבוך שליט"א (תשובות והנהגות חלק ו סימן רמא) שכתב שההיעזרות בחידושים המדעיים לשם הבאת פרי בטן היא בכלל חובה (ויש, לעניות דעתי אני הדל באלפי, עוד לעיין במקור חיובו זה של הגר"מ שטרנבוך), כלשונו:

> **"בענין ילד מבחנה כבר כתבתי כמה פעמים שלעצמי אני מסופק [...] אמנם אחרי ראותי שהדבר התפשט, ואלפים ואולי אפילו רבבות בכל העולם כולו הולידו על ידי שעשו תחילה העיבור במבחנה, שיניתי דעתי ושוב אני מורה שזהו חיוב גמור לעשות כן למי שאינו יכול להוליד בדרך אחרת [...] ויש לומר שמה שרבנו הקהלות יעקב צעק נגד הרוצים לעשות כן ואמר שזהו איסור גמור, היינו שעיבור על ידי המבחנה היה דבר נדיר והיה זה כבדרך נס, ולכן סבר שזהו בגדר פריצות לעשות כן, ולכן אסר לעשות כן. אבל בזמננו נתפשט בכל העולם, ובכל קהילה נמצא בעוונותינו הרבים אברכים שאינם יכולים להוליד בצורה טבעית, ורק על ידי מבחנה - בעזרת ה' - הצליחו להוליד בנים ובנות - אין זה פריצות, ולכן זהו חיוב גמור למי שאינו יכול להוליד בצורה טבעית שישתדל להוליד על ידי מבחנה [...] וכשם שאדם חייב לעשות השתדלות לקיים מצוות פרו רבו, כך חייב לעשות השתדלות להוליד על ידי מבחנה, ודינו ככבנו גמור לכל דבר".**

והיות שכאמור לעיל ההלכה מייחסת משקל רב לקיומו של הזרע ואי השחתתו, ובשום מקום בהלכה לא נפסק כי אישה שהתגרשה, המצווה ומוזהרת על חודשי הבחנה, צריכה גם לקנח עצמה היטב במוך מיד אחר גירושיה כדי למנוע, עד כמה שבידה למנוע, אפשרות לעיבור אחר הגט, ואדרבה מדברי כל הפוסקים דלעיל עולה שאין לה כל היתר לנסות ולהשחית את הזרע אך מפאת הגירושין, הרי שוודאי אין להורות שלאחר גירושין יש למנוע באופן גורף את השתלת 'הביצית המופרית' ברחם האם.

ומכאן תשובה מוצאת גם למה שכתב כבוד הגר"ש בן שמעון (שם) שאין להמליץ לצדדים להמשיך בתהליך ההפריה החוץ גופית לאחר הגירושין היות שהדבר בהכרח יביא את הצדדים לידי קירוב, שכן האב יחפוץ לראות את בנו, וקשר זה עלול להביא את הצדדים לידי תקלה. ואחר בקשת המחילה רבה, וביודעי מיעוט ערכי, בפרט לפני מי שגדול ושקוטנו עבה ממותני,

הרי לא מצינו בהלכה כל מקור המורה כי על צדדים העומדים בפני סכנת גירושין להימנע מקיום חיי אישות (כל עוד אין בדבר משום 'בני תשע מדות') העלולים להביא לכך שהאישה תתעבר סמוך לגירושין או מיד לאחריהם, ואף אם קיימו הם יחסים שכאלה סמוך לסידור הגט, אין על האישה כל מצווה לפעול - מה שבידה - כדי למנוע את עיבורה, ואין לנו לחדש סברה שכזו מדעתנו, בפרט לאור האמור לעיל כי הדרכת התורה ורבותינו הפוסקים היא להימנע מכל השחתת זרע.

ויפים ונכוחים לענייננו דבריו של כבוד הגאון הגדול הרז"נ גולדברג שליט"א (אסיא סה-סו) שבהתייחס לשאלה כעין זו שלפנינו ענה על פי משלו של המגיד מדובנא למשנה במסכת אבות - "על כרחך אתה חי ועל כרחך אתה מת ועל כרחך אתה עתיד ליתן דין וחשבון לפני מלך מלכי המלכים". המגיד מדובנא המשיל זאת לשני אחים, האחד עיוור והשני חירש, אשר נשאו להם שתי נשים. העיוור נשא אשה טובה במידותיה אך לא במראה, והחירש נשא אישה טובת מראה אך צעקנית. לימים נזדמן רופא מומחה למקום מגוריהם, ותמורת הבטחת תשלום הצליח הוא לרפא את שניהם. העיוור והחירש שניהם התפקחו - העיוור קיבל את מאור עיניו והחירש את יכולת השמיעה באוזניו. אלא שאז נחשף כל אחד מהם לצדדים השלילים של רעייתו, חיי כל אחד מהם הפכו גיהינום, ושניהם סירבו לשלם את שכר טרחתו של הרופא בטענה שהוא לא הועיל להם כלל אלא אדרבה הזיק להם. הרופא שהיה חכם ופיקח הציע להם להחזיר את המצב לקדמותו - העיוור שהתפקח ישוב לעיוורונו והחירש גם הוא ישוב לחירשותו - הצעה שלה התנגדו שניהם, ובית הדין פסק שמדבריהם עולה שאכן הרופא הביא יותר תועלת מנזק ועליהם לשלם את שכר טרחתו. מכאן הסיק המגיד מדובנא, כפי שהביא הגרז"נ:

> **"אם האדם נולד על כורחו הרי הוא יכול להיפטר, לכאורה, מן הדין בטענה שהולדתו הייתה בעל כורחו ומאחר שהוא מעדיף שלא היה נולד, לכן אין להענישו על מעשיו בעולם קשה אליו נקלע שלא מרצונו. התשובה על כך היא: "על כורחך אתה מת"; כלומר לאחר שנולדת לא רצית למות שהרי על כורחך אתה מת; הרי שלמרות הלידה בעל כורחך רצית את החיים והעדפתם על החידלון".**

ומכאן הסיק הגרז"נ:

> **"לענייננו עיקרון זה קובע כי בשאלה אם להעדיף לידת ילד עם סיכון להתייתם בגיל צעיר או למנוע את לידתו - הילד יעדיף תמיד את המשך חייו, על כל המשתמע מכך"**

דברים ברורים ומוצדקים העולים בקנה אחד עם כל אשר הבאנו לעיל, ולפיהם אין לבית הדין להורות או להמליץ על הפסקת תהליך הפריה חוץ-גופית אך בשל העובדה כי ייתכן שהוולד שייוולד ייאלץ להתחיל את חייו במשפחה חד-הורית וללא נוכחותו הקבועה של אביו הביולוגי.

מי הבעלים של הביצית המופרית?

והנה הגם שכאמור לעיל על אשר נשאלנו כבר השבנו, ועל כן יכולתי גם יכולתי לכבוש כבר עתה את עטי, מכל מקום לחומר הנושא אמרתי להרחיב עוד מעט את היריעה, ולהעלות מן הדברים אשר בררנו מסקנה נוספת לנדון אשר התחבטו בו רבות בסוגיה זו.

כמצוין לעיל הדיון בסוגיה שלפנינו עלה זה מכבר הן בבתי הדין הרבניים והן בערכאות האזרחיות, ורבות נדון ונכתב בו סביב שאלת הבעלות על אותן ביציות. יש שקבעו כי האישה היא בעלת הביצית המופרית, והיא בבחינת בעלת 'שדה' שזרעו של הגבר השביחה, ועל כן ה'שדה' (הביצית) וה'שבח' לאישה (דעת מורי ורבי הגרא"י כלאב שליט"א), יש שכתבו שהבעל והאישה נחשבים כשותפים בביצית המופרית (הגר"א שרמן שליט"א), ויש שכתבו שלביצית המופרית יש מעמד עצמאי והיא אינה ממונו של איש (הגר"ש דיכובסקי שליט"א ועיין גם בדעתו של הגר"ש בן שמעון שליט"א).

נראה כי מכל אשר ביררנו בסוגיה זו לעיל ניתן להעלות מסקנה ומענה גם לשאלת הבעלות על הביצית המופרית. מכל אשר העלינו לעיל ולפיו אסור להשחית זרע אשר ראוי לתת את פריו, וזאת גם לאחר שהזרע יצא מגוף האיש וכבר בא במעי האישה אף שטרם נקלט והשתרש ברחמה, ועל כן נראה שיש להחמיר ולהימנע מהשמדה - על כל פנים השמדה בידיים - של הביציות המופרות, נראה ברור כי חכמים אינם מתייחסים אל הזרע כאל ממונו של הבעל, ואל הביצית המופרית כאל ממונם של הבעל והאישה. זרעו של האדם אינו ככל דבר אחר הפורש מגופו, כשערו, ציפורניו ודומיהם, ובעוד לאדם בעלות מוחלטת על כל היוצא מגופו, הוא רשאי למכור את שערו (משנה נדרים פרק ט משנה ה), ואם יחפוץ בכך גם להשחיתו ולהשמידו, הרי שכאמור לעיל לא כך הם פני הדברים בכל הנוגע לזרעו.

כאמור לעיל, על פי תורת ישראל, האדם כלל אינו רשאי לעשות בזרעו ככל העולה על רוחו, והוא מצווה להימנע מהשחתתו ומפגיעה מיותרת בכוח החיים שבו. מבחינה זו נראה לעניות דעתי, קלה כמות שהיא, כי יש לדמות את זרעו של האדם לגופו. על פי התורה המסורה לנו מדור לדור גופו של האדם אינו קניינו של האדם אלא הוא קניינו של הקב"ה כלשונו של הרמב"ם (הלכות רוצח פרק א הלכה ד), ועל כן האדם מצווה לשמור את גופו ולא להשחיתו, כלשונו המפורסמת של רבנו הקדוש בעל השולחן ערוך הרב (חושן משפט הלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד): "אסור להכות את חבירו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו כי אין לאדם רשות על גופו כלל להכותו, ולא לביישו ולא לצערו בשום צער".

וממה שעלה לנו לעיל הרי כך הוא הדין גם בזרעו של האדם, שגם עליו יש איסור השחתה, ובאופנים מסוימים איסור השחתת זרע חמור יותר מאיסור חבלה והשחתה בגופו של האדם, וכפי שמצאנו בגמרא (נידה יג ע"א):

"אמר רבי יוחנן: כל המוציא שכבת זרע לבטלה חייב מיתה, שנאמר: 'וירע בעיני ה' אשר עשה וימת גם אותו.' רבי יצחק ורבי אמי אמרי: כאילו שופך דמים, שנאמר: 'הנחמים באלים תחת כל עץ רענן שוחטי הילדים בנחלים תחת סעִפי הסלעים' – אל תקרי שוחטי אלא סוחטי" –

לשון שלא מצאנו דוגמתה בהשחתת כל אבר, חלק או הפרשה אחרת הפורשים מגופו של האדם. ועיין גם בקרית ספר לרבנו המבי"ט (איסורי ביאה פרק כא) שכתב שאיסור השחתת זרע הווי איסור דאורייתא, וכן כתבו הפרי מגדים (אשל אברהם אורח חיים סימן ג), התוכחת חיים (סדר שמות פרק יב דף טו עמוד ב), המנחת יחיאל (חלק ב סימן כב), המהר"ש ענגיל (חלק ו סימן יח), ועיין עוד להרב תורת חסד (חלק ב סימן מג, הובא לעיל) שהרחיב בכך ותלה זאת במחלוקת רבותינו הראשונים.

ואם כן הרי שיש לקבוע כי כשם שגופו של האדם אינו כממונו כך זרעו אינו כממונו, וכבר הרחיב הגר"י זווין זצ"ל (לאור ההלכה עמודים שי-שלט) בנועם שפתיו על אודות אי־בעלותו של האדם על כוח החיים שבגופו:

"כוח החיים של גוף האדם איננו שלו, של האדם – זוהי הנקודה. לא זו בלבד שהאדם אסור לאבד את חייו – כולם או מקצתם, אלא שאין החיים הללו שלו כלל. אם הוא מוכר או ממשכן את בשר גופו לחתיכה ולקציצה למי שהוא, הרי זה כאילו מקנה דבר שאינו שלו, שאין הקניין נתפס כלל.

'ה' נתן וה' לקח' איננה מליצה של תנחומין גרידא, אלא שזו הגדרת המציאות [...] אנו רואים אפוא כי אבריו של האדם אינם ברשותו כלל – הוא אינו בעלים עליהם והם אינם שלו, ולא יוכל לעשות בהם שום משא ומתן (מלבד שעבודים של מלאכה ועבודה)".

ובדרכו המשיך ואחז גם מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל (הובא בספר חשוקי חמד בבא קמא ק ע"א), שהסיק גם הוא שאין קניין חל על גופו של האדם, וכך לשונו הזהב:

"גוף האדם אינו חפץ כספי ולא נחשב לממון בכדי שיהיה אפשר למכרו, ואם ישלם אדם לחברו ממון לרכוש ממנו את כלייתו הנמצאת בגופו אין המקח חל כי גוף האדם אינו בר מכירה כי בצלם אלוקים ברא אותו (בראשית א כז), והאדם הוא בריה אלוקית ולא בר מכר הוא ולא חלים עליו משפטי קניינים ממוניים, ושור הרוצח אדם אינו משלם דמיו ליורשיו ולא דומה להורג בהמה שמשלם דמיה לבעליה כי אין דמים לבן חורין, והתורה קבעה כופר ולא דמים, כמבואר בבבא קמא דף מ"ג ע"א. ויעוין בבא קמא דף מ"ט ע"א – 'אמר רב חסדא: אטו ולדות צררי נינהו וזכיא בהו?!'"

ומן הראוי להרחיב מעט בדברים ברורים ונכוחים אלה, הנשענים גם על דברי רב חסדא

המוסבים על המשנה (בבא קמא מח ע״ב), כדי לעמוד על משמעותם ועל השלכתם הישירה לנדון שבפנינו, דהנה שנינו במשנה:

״אדם שהיה מתכוון לחברו והכה את האישה ויצאו ילדיה – משלם דמי וולדות [...] ונותן לבעל, ואם אין לה בעל – נותן ליורשיו; היתה שפחה ונשתחררה או גיורת – פטור״.

לדעת רבה, המשנה פוטרת מדמי הוולדות את החובל באישה הנשואה לגר, משום שהוולדות הם כנכס ממוני השייך לבעל, והיות שהגיורת נשואה לגר וחבלו בה בחייו: ״זכה בהו גר, וכיון דמת הגר – זכה בהו מן הגר. אבל חבל בה לאחר מיתת הגר – זכיא לה איהי בגווייהו, ומיחייב לשלומי לה לדידה״.

אולם על אתר חלק עליו רב חסדא והעלה כי העובר אינו בבעלותו של הבעל אלא התורה היא שזיכתה לבעל את דמיו ועל כן אם חבלו בה בחיי הגר זכה הגר בדמי הוולדות ואם חבלו בה לאחר מיתת הגר לא זכה בהם איש, וכלשונו בגמרא: ״אטו וולדות צררי נינהו, וזכיא בהו? ! אלא: איתיה לבעל – זכה ליה רחמנא. ליתיה לבעל – לא״.

להלכה פסק הרא״ש (בבא קמא פרק ה סימן ה) באלמנת הגר כדעת רב חסדא, שהחובל באשת הגר לאחר מות הגר פטור מתשלום דמי הוולדות והאישה אינה זוכה בהם, וכן פסק הרמ״א (חו״מ תכג, ב). אך הרמב״ם (חובל ומזיק ד, ג) פסק כרבה שאלמנת הגר שחבלו בה אחרי מיתתו – זכתה בדמי הוולדות, וכן פסק מר״ן השו״ע (שם) (אך עיין עוד בדברי הראב״ד על הרמב״ם שם והתוס׳ על הגמ׳ שם שסברו דאליבא דרבה (והראב״ד גרס רבא) דווקא אשת גר זוכה בדמי הוולדות לאחר מות הגר אך באשת ישראל דמי הוולדות ליורשי האב, ואכמל״ב). מדברים אלה העלה הגר״ש ישראלי זצ״ל (חוות בנימין חלק ג סימן קח) ששאלת הבעלות על העוברים תלויה במחלוקת הרמב״ם והרא״ש: לדעת הרמב״ם הלכה כרבה והוולדות הם בבעלותו של הבעל, ולדעת הרא״ש אין בעלים לוולדות, ורק זכות זיכתה בהם התורה לבעל וממנו (כאשר הנגיפה הייתה בחייו) ליורשיו.

אלא שלענ׳ דעתי, קלה כמות שהיא, אחר כל שהעלינו לעיל (באות א של פסק דין זה) בהסבר הרמב״ם שעובר הוא בבחינת ׳נפש׳, ואחר מה שהבאנו ממנו שנפשו וגופו של האדם קניינו של הקב״ה הם – קשה עד מאוד להלום את הגישה הסוברת כי אליבא דהרמב״ם העובר הוא בבחינת ממונו של הבעל.

וכבר עמד על דברי רבה רבנו הברכת שמואל (ב״ק סי׳ כט) וכתב דגם לדעת רבה אין הוולדות צררי אלא שהתורה חידשה שיש תשלום על הפלת עובר ולדעת רבה החידוש הוא שלעניין זה הם נעשו כממונו של הבעל:

״נראה דאפילו לרבה נמי דמי ולדות אין דין חבלה בגוף כמו נזק משום דאין זה

פחת הגוף כלל, ורק גבי שפחה הדין ולדות הוא משום נזקין כמו שכתבנו בסימן דלעיל, אבל גבי בן חורין אין שם נזקין כי אם בהיתה חבלת הגוף, אבל ולדות אין זה חבלת הגוף וראשי אברים, ואי לאו הפרשה דכאשר ישית עליו בעל האשה לא היה כלל דין דדמי ולדות, אלא דדמי ולדות הוא תשלום מחודש מגזירת הכתוב מן הפרשה דכאשר ישית.

אלא דסברת פלוגתתן דרבה ורב חסדא הוא, דרבה סובר דהתורה נתנה הדין בגוף הולדות דיש בהם חיוב נזקין, ולא על ידי מה שהבעל עושה דין הזכייה, אלא הדין הוא כמו בחבלת הגוף, דיש לו בהגוף עצמו דין בעלים וחשיב ממונו לענין ירושה כמו שארי ממון, ולו יצויר מכירה בגוף בן חורין היה שייך גם מכירה לענין נזקין כמו שמצינו דמהני מכירה בעבד לקנס ולנזקין, והכא נמי ולדות אף שאינן נזקין, מכל מקום התורה עשתה אותן כמו נזקין לענין שיש בהם דין בעלים להוריש גופן ליורשין, והכי נמי אם לו יצויר מכירה בגוף בן חורין והיה שייך גם מכירה לענין נזקין, כדחזינן דמהני מכירה בעבד לקנס ולנזקין היה יכול למכור גם החבלה דדמי ולדות, ועל כן סובר רבה דאפילו מת הגר קודם חבלה נמי זכתה האשה בגוף הולדות משום דהא כבר זכה הגר בגוף הולדות בחייו ונעשה ממונו לכל דבר, ועל כן גם שייך בהם זכייה נמי להאשה על ידי דהמה בגופה שהיא תתבע אותן".

ולמעלה מכך כבר האירו מדברי הרמב"ם שפסק שגם אם הנגיפה הייתה באשת ישראל והתקיימה אחרי מיתת הבעל - "נותנין אף דמי ולדות לאשה" - דברים המורים שאף אלמנת ישראל זוכה בדמי העובר, מה שמוכיח שאין כל זכייה בעובר מדין בעלות ממונית, שאם כך הם פני הדברים הרי שבמות הבעל יזכו בדמים יורשיו (ועיין שם בראב"ד שתמה על הרמב"ם), אלא דמי הוולדות שנפלו הם זכות שזיכתה לו התורה, ולאחר מותו זיכתה זאת התורה לאשתו.

וכן נראה לענ"ד, קלה כמות שהיא, שיש להבין בדברי מר"ן הכסף משנה (שם) שכתב להסביר את דברי הרמב"ם כדלהלן:

"ומשמע דטעמיה דרבה משום דכי היכי דאשכחן דקרא זכי לבעל דמי ולדות מדכתיב בעל האישה, הכי אשכחן דזכי לה מדכתיב ויצאו ילדיה ולא כתיב ויצאו הילדים, ועל כורחך אית לן לאוקמי בשחבל בה אחר מיתת בעלה, וטעמא דמסתבר הוא, דבשלמא כשחבל בה בחיי הבעל זכה הבעל מיד בדמי ולדות אף על פי שלא גבה, וכשמת, מוריש ליורשיו, אבל כשחבל בה אחר מיתת הבעל, בעל זה מוריש ליורשיו דבר שלא זכה בו, הילכך על כורחך של אישה הם דקרינהו רחמנא ילדיה, ולישנא דברייתא הכי דייק דקתני, אין הבעל - נותן ליורשיו, אין האישה - נותנת ליורשיה, מאי "אין האישה נותנת ליורשיה"? - לא משכחת לה אלא כשחבל בה בחייה, אף אין הבעל נותן ליורשיו ליתיה אלא כשחבל בה בחיי הבעל".

דברים המורים שגם לרבה הולדות אינם ממונו של הבעל אלא שלדעתו התורה זיכתה את דמיהן לבעל, ובתנאי שהוא היה בעולם בשעת החבלה, או לאשה כאשר הבעל לא היה בעולם בשעת החבלה. אך בכל מקרה אין גוף הולדות ממונו של הבעל שא״כ ברגע פטירתו היו הם נעשים ממונם של יורשיו.

וכן עולה גם מדברי האור שמח (חובל ומזיק ד, ב), כלשונו :

״רבינו מפרש הך דאמרו ערכין דף ז׳ ע״א באישה שיצאה ליהרג דאין ממתינין לה עד שתלד, פשיטא, גופה היא? סלקא דעתך אמינא כו׳ ממונא דבעל הוא ולא נפסיד מיניה קמ״ל. פירוש דקמ״ל דלאו ממונא דבעל הוי, אלא גופה, וכי חובל את גופה הרי משלם להאישה, אלא כי איתא בעל בשעת החבלה זכי ליה רחמנא לבעל ההיריון, וזכות הבעל בהולדות בא בעת הנגיפה, אבל כי מת בעל בעת הנגיפה אז אין הולדות שייכים להבעל, שיהא שלו להוריישן, והחובל משלם להאישה דמי הולדות, כחובל בגופה שמשלם לה ״.

וכעין דברינו כתב גם הגרז״נ גולדברג שליט״א (תחומין ט עמ׳ 55), וע״ש שהוסיף שייתכן שאם העובר בן פחות מארבעים יום, ואינו נחשב אלא למיא בעלמא, גם הרמב״ם יודה שאין כל חיוב בדמי וולדות.

וכעיקר הסברנו בדעת הרמב״ם העלה גם הגר״ש דיכובסקי בפסק דינו דלעיל, והביא לכך סייעתא מדברי הרמב״ן על התורה (שמות כא כב) שכתב שהתשלום המוטל על הנוגף אינו מדין ממון אלא ״כמו קנס״. ובדרך זו דרך גם הגר״א נבנצאל שליט״א (תחומין יז עמוד 348) והעלה ״דזרע חשיב כוולד״ ואין לדון בו מצד ממון ואין לו בעלים, אך עיין שם בסוף דבריו שהוסיף ש״אולי״ תלוי דין זה במחלוקת הרמב״ם והראב״ד בנוגף אשה הרה.

ועיין גם בדבריו של הגר״ש בן שמעון (תחומין כב עמוד 408) שהעלה מנימוקו הוא שאין להחיל על הביצית המופרית דין שותפות בין בעל לאישה. והדברים מתיישבים היטב עם דברינו לעיל. ואם דברים אלה נראה שהסכים גם מרן הגרי״ש אלישיב אשר נקט בפשיטות שהוולדות אינם ״צררי״ ואינם ממונו של הבעל.

והן אמת חזות קשה הוגד לי בדברי הרב דובב מישרים (חלק א סימן כ) שכתב שהאישה אסורה להשחית את זרע בעלה שכן היא ״אסורה להשחית ממון אחרים, וזרע ממון דבעל הוא״. אך עיין בספר אמרי כהן לגר״י הולנדר (סימן מ) שחלק על הדובב מישרים וכתב שאין כל בעלות ממונית על הזרע. והאמת תורה דרכה שהמעיין בדברי רבנו הדובב מישרים יראה כי הוא ז״ל נסמך בדבריו אלו על הגמרא בערכין (ז ע״א) שכתבה שאישה הרה שהתחייבה מיתת בית דין אין ממתינים לה שתלד, ואף על גב דסלקא דעתך שהעובר ״ממונא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה – קא משמע לן וכו׳״. ולשיטתו מסקנת הגמרא היא שהעובר אכן ממונא דבעל הוא אלא שמריבוי הפסוק למדנו שלא ממתינים לה. אך ראה באור שמח (הערות

(במילואים) להלכות חובל ומזיק ד, ב) שאזיל כל בתר איפכא והסביר שמסקנת הגמרא היא כי העובר אינו ממון האב אלא גופה של האם, וכך לשונו הזהב: "דקא משמע לן דלאו ממונא הוי אלא גופה וכי חובל את גופה הרי משלם לאשה". הרי שגם לשיטתו, וכך יש להסביר את הגמרא אליבא דהרמב"ם וככל אשר הראינו לעיל באורוכה, העובר אינו ממון של איש אלא הוא גוף האישה וכעין 'עובר ירך אמו' הוא, וכפי שהארכנו לעיל להראות שאליבא דהרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך - עובר 'נפש' הוא אך אינו בגדר נפש גמור, ובעודו במעי אמו נדחה הוא מפניה כאחד מאבריה.

והנה לקביעה זו שהוולדות בשלבי התפתחותם השונים, למן היותם גנוזים בזרע, עבור דרך הפריית הביצית וכלה בהתפתחותם לעובר חי, אינם ממונו של הבעל, וכלל לא שייכת בהם בעלות, ישנה השלכה גם על שאלת זכאותו או אי זכאותו של אחד מ'הורי' הביצית המופרית להורות על הפסקת תהליך ההפריה החוץ גופית.

מורי ורבי הגרא"י כלאב שליט"א אחר שהעלה שהאישה היא הבעלים של הביצית המופרית, כתב שאין לומר שיש כאן שותפות של הבעל והאישה, שכן השותפות "היא בעובר ואין בעלות עליו, ולכן גם לא שייך בו קניין שאינו חפץ הנקנה. וממילא אין זו שותפות שאין אחד מהשותפים מנוע מלחזור בו". למסקנה זו הגיע גם הגר"א שרמן שליט"א, אך לא מטעמו של הגרא"י כלאב. הגר"א שרמן הקשה על הגרא"י כלאב, וכתב שהיות שהשותפות אינה מתחילה בעובר אלא במיזוג שבין הביצית והזרע, הרי שיש כאן שותפות, אך כתב שהיות שנסיבות השותפות השתנו הרי שכל צד רשאי לחזור בו מתהליך ההפריה. ועיין גם בדעת הגר"ש בן שמעון שהסיק כך. נגד דעה זו עמד הגר"ש דיכובסקי, שבתחילה כתב שקודם החלטת בית הדין על פירוק השיתוף שני בני הזוג מחויבים להמשך קיום השותפות גם בביציות המופרות ובתהליך הפרייתן, ולאחר מכן הוסיף שייתכן -

"שיש לביצית המופרית מעמד משפטי עצמאי, שאיננו מזכה לא את האב ולא את האם בהחלטה לגבי הפסקת תהליך התפתחותה.

אולי בהסכמת שניהם היה מקום להפסקת תהליך זה, אבל אם רצונה של האם הוא להמשיך בתהליך, ותביעתה לשלום בית טרם נדחתה, אין לקבל את תביעת האב להשמדת הביצית".

ומתוך דבריו למדנו שעיקר מחלוקתו עם עמיתיו לדין הייתה בשל העובדה שטרם ניתן פסק דין לגירושין, אך לו היה ניתן פסק דין כזה, וודאי אם הצדדים כבר התגרשו זה מזה, היה מקום לקבל את תביעת הבעל להשמדת הביצית, וכדעת עמיתיו.

והנה לעניות דעתי, קלה כמות שהיא, מכל אשר הראינו לעיל עולה ברור כי אף אם נאמר כדברי הגר"א שרמן שהשותפות בין הצדדים מתחילה בביציות המופרות, עדיין נקבע שאין כאן שם שותפות, וכמסקנת הגרא"י כלאב שליט"א, דהנה אחר שהעלינו שהביצית המופרית אינה נדונה כחפץ עובר לסוחר אלא ככוח חיים, וכשם שאין בעלות ואין שותפות בעובר החי

ופועם במעי אמו כך אין בעלות ולא שייך שתהיה שותפות בביצית המופרית, שוב אין אנו רואים את 'הורי' הביצית המופרית כבעליה הממוניים אלא כבעלי זכויות בה: לבעל זכות בזרעו שיצא מגופו, ולאשה זכות בביצית שיצאה ממעיה; וכפי שברור הוא שאין ליטול את זרעו של אדם ללא רשותו או את ביציתה של האישה ללא רשותה - כך אין האישה רשאית להשתמש בביצית המופרית ללא רשותו של בעל הזרע שהפרה את הביצית, ואין הגבר שהוא בעל הזרע רשאי להשתמש בביצית המופרית ללא הסכמת בעלת הביצית.

אבאר את שיחתי:

מרגע שבאנו לכלל הקביעה שאין ולא תיתכן כל בעלות ממונית על הביצית המופרית, באנו גם לכלל הקביעה שאין לראות ב'הורי' הביצית המופרית כשותפים בה. אולם כשם שברור הוא שזרעו של האדם וביציותיה של האישה אינם הפקר, והגם שהם אינם ממונו של האדם, מכל מקום לאדם יש זכויות בהם ואי אפשר ליטול אותם ממנו ללא רשותו, ברור הוא שהביצית המופרית אינה הפקר ואין לעשות בה כל 'שימוש' ללא רשותם של שני בעלי הזכויות בה.

'גנבת זרע' ו'גנבת ביצית' אסורות גם ללא שנגדיר אותם כממון בעליהם. כך כבר הורה זקן - רבנו החתם סופר (חלק ב יורה דעה סימן קעב) שאין לאשה "רשות להשחית זרעו (=של בעלה) בלי רצונו אפילו כבר קיים פריה ורביה". ומדבריו למדנו שהגם שכאמור לעיל הזרע אינו ממונו של הבעל ואינו אלא פיקדון שהפקיד בידיו ריבונו של עולם, ניתנה לו - לבעל - הזכות לקבוע היכן יינתן הפיקדון, ואף אם ישנו היתר הלכתי להשחית במצבים מסוימים את הזרע - אין לעשות זאת ללא הסכמת הבעל. על כן כשם שאיש לא יהין להשתמש בזרע או בביצית ללא רשות האדם שממנו הם נלקחו, כך לא ייתכן להתיר לעשות 'שימוש' כלשהו בביצית המופרית ללא הסכמת האיש והאישה אשר נתנו בה את חילם. כאמור לעיל, זאת היא מסקנתם של הגרא"י כלאב, הגר"א שרמן והגר"ש בן שמעון. ולשיטתם, וכפי שהעליתי גם אני הקטן, גם קודם הגירושין לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית כל זמן שהדבר אנו מוסכם על שני הצדדים.

עוד כאמור לעיל, גם מדברי הגר"ש דיכובסקי נראה שלכל הפחות משניתן פסק דין לגירושין וודאי משהצדדים התגרשו בפועל לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית כל זמן שהדבר אנו מוסכם על שני הצדדים.

סיכום תמציתי

השאלה שבאה לפנינו היא שאלה מחודשת, מתולדות ההתפתחות המדעית המבורכת לה אנו עדים. ומשום כך, באופן טבעי ומובן, לא זכתה השאלה שבפנינו למענה מפורש בספרות הפוסקים, ובקעה הניחו לנו רבותינו אדירי הדעה להתגדר בה, וללמוד חיפוש מחיפוש לפרוש השמלה.

על כן, ולשם מיצויה של הלכה זו וליבונה די הצורך, דנו בדברים משורשם.

תחילה, וכדי להניח את היסודות לסוגיה זו, דנו בדברי רבותינו הפוסקים על מעמדו של עובר בשלבי התפתחותו המתקדמים (לאחר ארבעים יום), משם עברנו לברור מעמדו של העובר בתחילת ההיריון (קודם מלאת לו ארבעים יום), ולבסוף נגשנו לדיון במעמדה של הביצית המופרית בעודה במבחנה וטרם השתרשותה ברחם.

מן המקובץ מדברי הפוסקים נוכחנו לדעת כי רעיון אחד שוזר כחוט השני את דבריהם של חכמים באיסור החמור של הפלת וולדות - קו שחורז את כל שלבי התפתחותו של העובר למן היותו גנוז בזרעו של הבעל, דרך הפרייתו בביצית של האם, ובמשך כל שלבי התפתחותו ברחמה למן ארבעים היום הראשונים ועד לעת צאתו לאוויר העולם. בכל השלבים האלה הביטה תורתנו הקדושה והביטו רבותינו הנאדרים בקודש אל הזרע המתפתח לא כאל חומר ככל החומרים, חומר שאפשר לעשות בו ככל העולה על רוחו של האדם שממנו הוא הופרש, חומר שניתן אף להכחידו לו רק ירצה בכך בעליו, אלא ככוח חיים. וולדות לאו 'צררי' נינהו - עוברים אינם בבחינת צרור מעות או כל חפץ אחר היכול להיות עובר לסוחר.

איסור הפלת עובר לאחר שמלאו לו ארבעים יום הוא איסור דאורייתא הנעוץ בהגדרתו של העובר כ'נפש' ונובע מהאיסור לפגוע בחיות הגנוזה בו והעתידה לצאת ממנו. כך עולה מדברי הרמב"ם ומר"ן השולחן ערוך, וכך סבירא להו לרוב רבותינו הפוסקים, הכול כפי שהבאנו לעיל באורך. כך גם לגבי עובר שטרם מלאו לו ארבעים יום ישנו איסור לקפח את סיכויי חייו (יש אומרים שהאיסור הוא מדרבנן ויש אומרים שיש בכך גם איסור דאורייתא), ואף שאין איסור זה נערך כאיסור להפיל את העובר אחר מלאות לו ימים אלו מכל מקום האיסור ישנו, ולדעת הרמב"ן אנו אף מחללים את השבת לצורך פיקוח סיכויים אלו.

ולבסוף כך הוא הדבר גם לגבי זרעו של האדם הגונז בקרבו את כוח החיים שבאדם, ובשונה מכל דבר אחר המופרש מגופו של האדם הרי שכוח חיים זה ממשיך ומפעם בזרע גם אחר צאתו מגופו של האדם.

לאור ההבנה כי החשש והזהירות שיש לנהוג בעוברים נעוץ בחיות שגנוזה בהם, בהיותם נפש (משמלאו להם ארבעים יום) או בהיותם זרע לנפש (קודם שמלאו להם ארבעים יום), באנו לקביעה כי יש להחמיר ולהימנע מהשמדה - על כל פנים השמדה בידיים - של הביציות המופרות. והגם שבביציות המופרות אין עדיין גדר 'נפש' ואיסור הפלה, מכל מקום מדין השחתת זרע יש איסור להשחיתן בידיים, ובמידת הצורך ייעשה הדבר בגרמא, ותכולת המבחנות לא תושמד בידיים אלא אך תוצא מתנאי ההקפאה בהן הוחזקה עד שבדרך הטבע תתקלקל, או שיעשו זאת על ידי מי שאינו מצווה כלל על פרייה ורבייה.

מדברים אלו ברור הוא כי במורשת ובמסורת ישראל כל גרעין של חיים חשוב הוא, וגם אם מצוי הוא בראשית התפתחותו, וגם אם טרם הושרש ברחם אמו, אין להקל ולהזדרז לקפחו. ועל

כן נראה כי אין לבית הדין להורות או להמליץ על הפסקת תהליך הפריה חוץ גופית אך בשל העובדה כי ייתכן שהוולד שייוולד יאלץ להתחיל את חייו במשפחה חד־הורית וללא נוכחותו הקבועה של אביו הביולוגי. ואין לסמוך בדברים חמורים אלה על אומדן דעתנו שהוולד עצמו היה מעדיף שלא להיוולד למציאות שכזו, שכן מי לידנו יתקע שאכן חייו של הוולד עתידים להיות כה קשים ומרים; ואף אם כך יהיו, חלילה, פני הדברים מאין נוכל להחליט כי היה מעדיף הוא כלל לא לבוא לעולם החיים.

ולבסוף הראינו כי לקביעה זו כי הזרע אינו קניינו של הבעל, וכי לזרע אין דין של חפץ ממוני שאפשר להקנות אותו קובעת לה הגדרה נוספת והיא כי הזרע - וממילא גם הביצית שהיא כוח החיים שנותנת בעובר אמו - אי אפשר להשתתף בו. הזרע קניינו של הבורא הוא, כתמצית חייו של האדם, כנפשו שאינה קניינו - כך זרעו, תמצית החיים המועברת ממנו הלאה לבניית הדורות הבאים- אינו קניינו, והוא לכל היותר פיקדון שהקב״ה הפקיד בידו. אולם כשם שברור הוא שזרעו של האדם וביציותיה של האישה אינם הפקר, והגם שהם אינם ממונו של האדם מכל מקום לאדם יש זכויות בהם, ואי אפשר ליטול אותם ממנו ללא רשותו, ברור הוא שהביצית המופרית אינה הפקר ואין לעשות בה כל ׳שימוש׳ ללא רשותם של שני בעלי הזכויות בה. על כן כשם שאיש לא יהין להשתמש בזרע או בביצית ללא רשות האדם שממנו הם נלקחו, כך לא ייתכן להתיר לעשות ׳שימוש׳ כלשהו בביצית המופרית ללא הסכמת האיש והאישה אשר נתנו בה את חילם. כאמור לעיל, זאת היא מסקנתם של הגרא״י כלאב, הגר״א שרמן והגר״ש בן שמעון, ולשיטתם, וכפי שהעליתי גם אני הקטן, גם קודם הגירושין לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ־גופית כל זמן שהדבר אנו מוסכם על שני הצדדים.

עוד כאמור לעיל, גם מדברי הגר״ש דיכובסקי נראה שלכל הפחות משניתן פסק דין לגירושין, וודאי משהצדדים התגרשו בפועל, לא יוכל אחד הצדדים להתמיד בהליך ההפריה החוץ גופית כל זמן שהדבר אינו מוסכם על שני הצדדים.

סיכום

לדעת הרמב״ם מר״ן השו״ע ורוב רבותינו הפוסקים איסור הפלת עובר לאחר שמלאו לו ארבעים יום הינו מדאוריתא, והוא נעוץ בהגדרתו כנפש ונובע מהאיסור לפגוע בחיות הגנוזה בו והעתידה לצאת ממנו.

אסור להפיל עובר אף טרם מלאות לו ארבעים יום, וגם איסור זה נובע מהאיסור לפגוע בכוח החיים הגנוז בו.

אסור להשחית זרע אשר ראוי לתת את פריו, וזאת גם לאחר שהזרע יצא מגוף האיש וכבר בא במעי האישה אף שטרם נקלט והשתרש ברחמה, ועל כן נראה שיש להחמיר ולהימנע מהשמדה - על כל פנים השמדה בידיים - של הביציות המופרות.

אין לבית הדין להורות או להמליץ על הפסקת תהליך הפריה חוץ־גופית אך בשל העובדה כי ייתכן שהוולד שייוולד ייאלץ להתחיל את חייו במשפחה חד־הורית וללא נוכחותו הקבועה של אביו הביולוגי.

עובר המצוי במעי אמו אינו קניינם של הוריו או של אחד מהם, וכך גם אין ולא תיתכן כל בעלות ממונית על הביציות המופרות, ואין אנו רואים את 'הורי' הביצית המופרית אלא כבעלי זכויות בה: לבעל זכות בזרעו שיצא מגופו, ולאשה זכות בביצית שיצאה ממעיה; וכפי שברור הוא שאין ליטול את זרעו של אדם ללא רשותו או את ביציתה של האישה ללא רשותה – כך אין האישה רשאית להשתמש בביצית המופרית ללא רשותו של בעל הזרע שהפרה את הביצית, ואין הגבר שהוא בעל הזרע רשאי להשתמש בביצית המופרית ללא הסכמת בעלת הביצית.

סוף דבר

בנדון שהובא לפני הסכימו שני הצדדים כי אחר הגירושין לא יעשה כל שימוש בביציות המופרות. הבעל תבע זאת והאישה הסכימה, וכפי שהבאנו לעיל, כך סברו שראוי לעשות חברי בית הדין הגדול שנזקקו לשאלה זאת.

והגם שאני הקטן והדל באלפי איני כה נחרץ בקביעה זו, ואדרבה, סבורני כעין דברי מורי ורבי הגרא"י כלאב כי טוב יהיה לו הצד המתנגד ירכך את עצמו ויתגבר על התנגדותו במקום שבו ביציות מופרות אלה הן תקוותה האחרונה של האישה (וראה גם בספר חבל נחלתו [חלק ג עמוד 313] שהעיר הרב יעקב אריאל שהיות שאין בעלים לביצית המופרית הרי שכאשר האישה מוותרת על כל תביעה ממונית מהבעל יש לדונם כ'זה נהנה וזה לא חסר', ולהיענות לבקשת האישה להפרות), אך לאלצו להיות הורה (והורה לטעמי – ואקווה כי הכול יסכימו עמי – הוא הורה גם כאשר פוטרים אותו מכל חבות ממונית בגין הוולד) לא אוכל.

מכל מקום טוב יעשו הצדדים אם ימנעו מ'השמדה' ישירה של הביציות המופרות ויעשו זאת רק בגרמא, כגון הוצאת המבחנה והנחתה עד שתתקלקל מאליה, או שהדבר יעשה על ידי מי שוודאי אינו מצווה על שמירת הזרע, באופן שהבעל (או הבעל לשעבר) המופקד על שמירת זרעו, כלל לא יהיה מעורב בדבר.

ולוואי ולא נזדקק עוד לשאלות שכאלה, ולא יקוים באיש מישראל "וזרעתם לריק זרעכם [...] ותם לריק כחכם". ותחת זאת יקוימו בנו דברי נבואתו – נחמתו של ישעיהו:

"**ובנו** בתים וישבו ונטעו כרמים ואכלו פרְיָם [...] כי כימי העץ ימי עמי ומעשה ידיהם יְבַלו בחירָי. לא ייגעו לריק ולא ילדו לבהלה כי זרע ברוכי ה' המה וצאצאיהם אִתם" – במהרה בימינו, אמן.

כתובות

הרב מנחם הגר
בית הדין הרבני ירושלים
אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים

הצמדת דמי כתובה הנקובה בלירות לשקלים החדשים ולמדד

שאלה זו העומדת לפנינו, מצויה ומזדמנת רבות בפני בתי הדין, כאשר בני זוג באים להתגרש, וסך הכתובה שבשטר שבידם נכתב בלירות או בשקלים ישנים שכבר אינם קיימים בשוק, והם חסרי ערך לחלוטין, ועל בית הדין להכריע, האם חיוב הכתובה בטל באופן זה לגמרי, או שמא יש להצמיד את הסך הנזכר בכתובה ולחייב את הבעל ליתנו עתה במטבעות החדשים לפי שוויו בעת חתימת השטר. ובאם יקבע שיש להצמיד את סך החוב כדי לשמור על ערכו, יש לדון למה להצמידו, אם למדד המחירים לצרכן או לדבר יציב אחר.

כמו כן יש לדון בכל שטר כתובה הבא לפנינו, לאחר שנים רבות מהנישואין, כאשר מחמת מדד המחירים לצרכן וכדומה ערך הכסף פחת מאוד, ועתה אינו אלא מועט, האם יש לחייב את הבעל בסך המקביל לערכו בעת חתימת הכתובה, ועל פי הצמדתו למדד. כמו כן יש לדון כאשר הפחת היה מועט יותר, ויש ערך לדמי הכתובה גם היום, אלא שאינם כפי שוויים שבתחילה.

א. מטבע שנפסל

נדון זה שורשו בסוגית הגמרא בב"ק (צז א):

> **"המלווה את חברו על המטבע ונפסלה המטבע, רב אמר נותן לו מטבע היוצא באותה שעה, ושמואל אמר יכול לומר לו לך הוציאו במישן. אמר רב נחמן, מסתברא מילתיה דשמואל דאית ליה אורחא למיזל למישן, אבל לית ליה אורחא, לא".**

ומבואר בגמרא שם לדעת שמואל, שכל שיוכל להוציא מטבע זו על ידי הדחק, אם על ידי שיוליכנה למקום שעדיין משתמשים בה, או ע"י שיתננה לסוחרים הבאים למקומו מאותם מקומות שמשתמשים במטבעות אלו, יכול לומר לו הרי שלך לפניך, אבל אם אינו יכולה להוציאה אפילו ע"י הדחק - חייב ליתן לו מטבע היוצאת באותה שעה. דין זה הובא להלכה בשו"ע (חו"מ סי' עד סעי' ז), "המלווה את תבירו על המטבע ונפסל וכו', ואם אין לו דרך לשם נותן לו מטבע היוצא באותה שעה", ובשו"ע שם הוסיף: "וכן בכתובה".

וכתב הרמ"א, "וכל זה שהתנה ליתן לו מעות, אבל אם לא התנה כלום, נותן לו מטבע שהלווהו בכל עניין". מבואר בדברי הרמ"א, דרק אם התנה לתת מעות צריך לשלם במטבע היוצאת באותה שעה, ויש לעיין, איך הדין במקום שכתבו שם של מטבע אך לא כתבו תנאי,

האם נחשב כהתנה לתת מעות או שמא לא חשיב תנאי, ונותן לו מטבע שהלווהו. ספק זה נוגע גם לנדון דידן, וכפי שכתב בסמ״ע שם (ס״ק טז), שאף בכתובה בעינן תנאי מפורש, וממילא, כל שלא התנו שיתן לה דווקא מעות, אף שנקב בשטר הכתובה סך מעות, נותן לה מהמטבע שנפסל.

אך בוודאי זה אינו, ולפי שוודאי דברי הרמ״א אמורים היו לגבי מטבעות שבזמנם שהיה ערך לעצם המטבע מחמת המתכת שבו, שהייתה של כסף או זהב, ובזה הוא שדנו אם נותן לה לפי ערך המטבע שנפסל או לפי המטבע היוצא עתה, אבל בשטרות ומטבעות שלנו שכל עניינם הוא הערך הנקוב בהם, בהיותם משמשים כאמצעי תשלום, ודאי הוא כעין תנאי מפורש, ואין צד שיוכל לתת לה מטבע שאינו יוצא בשוק. וראה בעניין זה שו״ת חתם סופר (יו״ד סי׳ קלד), הגה׳ חכמת שלמה להגרש״ק (חו״מ סי׳ עד סעי׳ ז), שו״ת הר המור (סי׳ לז) ושו״ת אמרי יושר (ח״ב סי׳ קנא), ועוד נדון בסברא זו והשלכותיה להלן.

וכ״כ בערוך השלחן (חו״מ סי׳ עד סעי׳ ח), ולאחר שהביא דברי השו״ע הנ״ל:

> **״אין הכוונה מה שכתבו ׳ונפסל׳ שאין המטבע שוה עתה כלום, דא״כ אפילו לא התנה למה ישלם בחספא בעלמא, אלא העניין כן הוא, דמיירי במטבע של כסף או זהב שגם עתה יש לה אותו שיווי כמקדם, רק המלך העביר אותה מפני ששינה צורת המטבע, וגזר שבמדינה זו לא תלך כמטבע אלא כחתיכת כסף או זהב, וממילא דנפחת מעט מהמקח, ולכן אם הלווהו מעות ולא דיבר עמו במה ישלם, יוכל לשלם לו אף במטבע שנפסלה, וכשהתנה שישלם לו מטבע או מעות וכו׳. ולכן, בזמננו כשלוה מעות סי״ג והוא שטר חוב של המדינה, אם פסלה המלכות הוה כחספא בעלמא, וצריך לשלם תמיד ממעות סי״ג החדשים. ואפילו במטבעות כסף אם אינן שוות המעות, רק שהמושל צוה שתלך בכך וכך ואח״כ פסלה, צריך ליתן לו תמיד מהחדשות. אבל כשהמטבע שוה מעותיה רק המושל פסלה מפני שינוי הצורה אז הדין כמ״ש בש״ע״.**

על כן ודאי אין מקום לדון שישלם לו במטבעות הישנות, אלא שמכל מקום יש לנו לדון לעניין סך הדמים שצריך לשלם לה, וזאת לפי המצוי בזמננו בשטר חוב או כתובה, שהסכום הנקוב בהן הוא בלירות או בשקלים ישנים ששוויים מועט עתה מאוד, ועתה בא לפרוע חובו, האם מחייבים אותו להצמיד את ערך החוב לפי ערכו בשעת החיוב, או שייתן לו דמיו לפי תרגום הסך הכתוב בשטר לערכו בשקלים חדשים.

ולצורך הבהרת העניין, 1,000 ש״ח ישנים הוחלפו ב-1 ש״ח חדש, וכמו כן שקל אחד ישן החליף בשעתו 10 לירות שקדמו לו, כך ש-10,000 לירות שוות ערך ל-1 ש״ח חדש. ממילא חוב או שטר כתובה שנקוב בו סך של כמה עשרות אלפי לירות שהיה בזמנו סכום נכבד, מסתכם כיום בשקלים בודדים בלבד[יב].

יב. שאלה זו אמורה לעניין כתובה ספרדית, שנהוג לכתוב בה את סך חיוב הכתובה והתוספת במטבע היוצא באותה שעה,

תנודות המדד - שינוי ערך המטבע

בראשית הדיון לגבי הצמדת ערך הכתובה למדד המחירים לצרכן, או לשוויה בעת נתינתה, יש לנו לדון כיצד הוא היחס הנכון לשינוי ותנודת המדד [גם באופן שלא נפסל המטבע לגמרי ונשתנה, אלא רק הוזל והוקר], האם הכסף הוא שהוזל והוקר, או הפירות הם שמוזלים, בעוד ערך הכסף במקומו עומד.

בגמרא (ב"מ מד ב) אמרו:

> **"אמר רבא, האי תנא סבר דהבא טבעא הוי, דתניא פרוטה שאמרו אחד משמונה באיסר האיטלקי, למאי נפקא מינה, לקדושי אישה. איסר אחד מעשרים וארבעה בדינר של כסף, למאי נפקא מינה, למקח וממכר וכו', אי אמרת בשלמא טבעא הוי, משער תנא במידי דקיץ, אלא אי אמרת פירא הוי, משער תנא במידי דאוקיר וזיל, זימנין דמהדר ליה כהנא וזימנין דמוסיף ליה איהו לכהנא, אלא שמע מינה טבעא הוי".**

ובחזון איש (יו"ד סי' עד ס"ק ה) הוסיף בביאור דברי הגמרא:

> **"המלווה את חברו מטבע והוזלה ואייקור פירי, אע"ג דהסיבה היא במטבע, שהושפע שפע של כסף, מ"מ אינו מוסיף לו, דזהו כוחו של מטבע שאמרה תורה גזלן ומזיק דמשלם כשעת הגזילה, וכדאמרו ריש פ' הזהב דיוקרא וזולא מתייחס אל הפירי לעולם ולא אל המטבע". וע"ע להלן שם (ס"ק ח).**

ומבואר, שכאשר נעשה שינוי ותנודה במדד המחירים לצרכן וכדומה, אין הכוונה שערך הכסף פוחת או מתווסף, אלא הפירות הם שנעשים זולים או יקרים יותר. דין זה היה נכון גם בזמנם, כאשר שווי המטבע נמדד על פי ערך המתכת ממנה הייתה עשויה, כסף או זהב, שאף שעליית ערך המטבע עשויה להיות מושפעת מריבוי תפוצת המתכת, מכל מקום הקביעה ההלכתית היא תמיד שלא המטבע משתנה אלא ערך הפירות הנקנים בו, וכל שכן בזמננו שהכסף אין לו ערך עצמי וכולו אינו אלא שיווי הסכמי, כך שבוודאי אין לתלות את השינוי בערכו שלו עצמו, אלא בשינוי מחירם של הפירות הנקנים בו.

ואכן, מציאות הדברים כך היא, שמדד המחירים לצרכן מושפע מהמצב הכללי במשק, גידול הפירות והירקות ושאר מיני המזון, מצב היצוא והיבוא וערך המטבעות בעולם ועוד, ולא בגלל שינוי כל שהוא הקשור עם המטבע עצמו. ומשכך, מן הדין ליתן מה שהתחייב או לווה ללא הצמדה.

למנהג האשכנזים לכתוב זקוקים כסף, אין משמעות כל כך למדד ולערך המטבע הפוחת, כיון שהחיוב מוצמד בעיקרו לערך מתכת הכסף בשוק.

אמנם, באופן שהשינוי מחמת ערך המטבע עצמו, וכגון שהמלכות גזרה ליצור בו פיחות או הוספה, סבר החזון איש שם שוודאי נותן לו כפי ערכו בשעת ההלוואה או כתיבת שטר ההתחייבות, דהיינו בהצמדה וכאמור, ראה להלן שם (ס"ק ח) שכתב:

"נראה דגזלן שגזל מאה דינרים וכל דינר ו' מעה, וציוה המלך לחשוב את הדין ה' מעין, והוקרו הפירות נגד הדינר - שאינו נחשב אלא ה' מעין, הוי כמו שפסל את הדינר הראשון ועשה דינר חדש ופיחתו. דמה לי עושה חדש ומה לי פיחתו את זה, כיון שהפחת על פי ציווי המלך, הוי כשינה צורתו. ואם בא בגזלן לשלם, חשיב ראשון מטבע שנפסל שתות, וחושב את הדינר ה' מעין, ולא חשיב כהוזל. ולא עוד, אלא אפילו גזל דינר והוא בעין, חשיב כנסדק לרב יהודה (ב"ק צז א) דחשיב פסלתו מלכות כמינכרא היזקא, ואינו אומר לו הרי שלך לפניך, אלא מוסיף לו מעה. ולפיכך גם מלווה על המטבע צריך להוסיף את החלק שפסלתו מלכות".

וע"ש שעפ"ז דחה את דברי החוות דעת המובא להלן דס"ל שגם כאשר גזרה המלכות ליצור פיחות במטבע נותן לו אותו סך מטבעות, אף שעתה שווין פחות.

בדומה לכך היא שיטתו הידועה של המהרשד"ם (חו"מ סי' עה), שכל שניכר ששינוי הערך נובע מהמטבע ולא מהפירות, בין אם הדבר נובע מגזירת המלך, בין אם מחמת שהמתכת ממנה נעשה המטבע נשתנה ערכה בעולם, יש להצמיד את התשלום לשוויה של המטבע בעת חלות החיוב. ורק כאשר לא ניתן לקבוע את הגורם לתנודת המדד, תולים את השוני בערך הפירות ולא במטבע שהוא "טבעא".

וכך כתב בנדונו, כשגזרה המלכות להפחית את ערך הגרושוש והזהובים, והדבר גרם למחלוקות רבות בין הסוחרים, כיצד לפרוע חובות קודמים שהיו קצובים במטבעות אלו, ולאחר שהביא דברי הגמ' בב"ק הנ"ל ודברי הראשונים:

"לפי האמת, אין הדעת סובלת שימכור אדם סחורה ומרוויח בה כפי התנאי שעושין י' לק', ובשעת הפירעון נהפוך הוא, שמפסיד מן הקרן, וכן שהלווה אדם לחברו ק' זהובים או ק' גרושוש, ובשעת הפירעון יתן לו פ' ויצא פטור. לזה אני אומר, שאחר העיון במה שבא בגמ' אחר מחלוקת רב ושמואל, בעא מיניה רבא מרב חסדא המלווה את חברו על המטבע והוסיפו עליו מהו, א"ל נותן לו מטבע היוצא באותה שעה, א"ל ואפי' כנפיא, אמר ליה אין וכו', והא קא זילי פירי, חזינן אי מחמת טבעא זיל מנכי לו, ואי מחמת תרעא זיל לא מנכינן ליה וכו', למדנו מכאן, שאם אנו רואים שבשביל מטבע חדש נותנים לאיש פירות יותר ממה שנותנים בשביל הישן, לא יפרע אלא לפי חשבון הישן. וכ"כ רב אלפס והרמב"ם, והסכימו שכן הדין אם פחתו ממנו, וכ"ד הרשב"א וכן דעת בעה"ת וכ"ד הרא"ש ובנו הריב"ה [הטור]. א"כ כשם שאם הוסיפו על משקל המטבע, אם הוזלו

הפירות בשביל אותו התוספות לא יתן לו מן המטבע החדש דהוי רבית, כן להפך, אם פחתו משקל המטבע עד שנראה שאין נותנים כ״כ פירות עתה במטבע החדש כמו שנותנים במטבע הראשון, צריך שיתן לו שווי מטבע הראשון, כדי שלא יפסיד מלווה. ואחר שאנו רואים שתלוי עניין זה בזילי פירי או ביקירי פירי, מה לי שיהיה הפחת או העילוי מצד המשקל או מחמת גזירת ומאמר המלך יר״ה, הכל אחד, דדינא דמלכותא דינא, וא״כ אחר שאנו רואים שבשעת עליית הגרוש או הזהוב היו נותנים סאה בשקל אחד ועתה שירד עפ״י גזרת המלך יר״ה באותו שקל אין נותנין אלא ג׳ קבין, נמצא שאם היה פורע הגרושש באותו שווי שהיה בשעת מלווה אין כאן פירעון, אלא ודאי שחייב הפורע ליתן לפי שיווי דהשתא, עד שיהיו עולים המניין מן הגרושוש כפי שהיו עולים בשעת העלוי, אלא שאם ימצא מקום שעוברים המטבעות כשיווי הראשון, איכא למימר הדין של רב נחמן הנ״ל״. וכן נתבארו דברי מהרשד״ם בס׳ נתיבות שלום (גלבר, סי׳ קסה אות ז).

עוד הוסיף המהרשד״ם שם טעם בדין זה:

״גם קים לן בלי ספק, שאם היה יודע המלווה שיהיו מוסיפין על המטבעות, שהיה מתנה עם הלווה שלא יתן לו אלא במשקל המטבע הישן, ובפרט אם היו הפירות זלים בשביל התוספות. וכי תימא למה לא התנו דבר זה, כמו שהתנו שיפרע לו בגרושי״ש או בזהובים כנהוג, ככה היה להם להתנות שאם ירד הגרושי״ש שיפרע לו שיעור שוויו כשעה הראשונה וכו׳, מי שיאמר כן לא בדעת ידבר, שכבר אמרו שדבר דלא שכיח ואינו מצוי לא שייך ביה תנאי״.

ראיה לדבריו הביא המהרשד״ם שם מדברי התוספות (ב״מ מד ב, ד״ה למקח וממכר) שכתבו: ״פרש״י שאם מכר לו דינר ביותר מכ״ד איסרין נתאנה לוקח, ואם יש שתות יחזיר. וקשה, דהא זימנין דזול איסרי כדאמרי׳ בקדושין (יב א). לכן נראה לפרש, שאם מכר לו חפץ בכ״ד איסרין כשהיו כ״ד בדינר ואח״כ זול והיה ל״ב בדינר, אינו יכול לפטור עצמו בכ״ד איסרין ולומר הדינר הוא דאייקר ואיסרין עמדו במקומן, אלא יתן לו דינר כסף או ל״ב איסרין״. הרי שכאשר הוזלו האיסרים אינו יכול לפטור עצמו במניין שהיה נותן לכתחילה, אלא מוסיף עליהם עד שיגיעו לכדי דינר כדמעיקרא.

בהמשך דבריו מביא מהרשד״ם ראיה נוספת לשיטתו מתשובת הרא״ש (כלל צד סי׳ ז) שכתב: ״מי ששלח יד בפקדון דינרי זהב והוציא, שוב חייב לשלם דמים כפי מה ששוים בשעת שליחות יד, דכל מידי דשייך ביה יוקרא וזולא, מיד כששלח בה יד נעשה עליו גזלן״.

הרי לן שני טעמים בדינו של מהרשד״ם:

א. אינו בדין שישלם פחות ממה שנטל או שנתחייב בשעת החיוב.

ב. אומדנא ברורה היא, שאילו היה יודע שתפחת המטבע, היה מתנה על כך בפירוש.

נפקא מינה בין שני טעמיו אלו של המהרשד"ם, לעניין פיחות מצוי - שינויי מדד קלים, אחוזים בודדים בכל שנה, שכיון שהוא דבר המצוי, אם הוא מקפיד על כך שיקבל את הערך המדויק שהיו מעותיו שוות בשעת ההלוואה או בעת כתיבת הכתובה, היה לו להתנות על כך בפירוש, שהרי בדבר המצוי אמרינן דהוי ליה להתנות. אולם לפי הטעם הראשון, שמן הדין הוא שערך הכסף המושב יהיה שווה למה שניתן, אין הבדל לכאורה בין פיחות מצוי לשאינו מצוי. ומכל מקום לדינא נראה מדברי מהרשד"ם, שהנתבע יכול לטעון בדבר המצוי והרגיל כל כך, שמכך שלא התנה המלווה בפירוש שעל החוב להיות מוצמד למדד, ניכר שאינו מקפיד על אותו פיחות המצוי. וכן האריך לבאר בספר ברית יהודה (לרבי יעקב בלויא, פרק כ הערה ד, פרק כא סעי' א) שבשינויי מדד סטנדרטיים קיימים, אין להצמיד את חוב ההלוואה למדד, לדעתו שם בחוב של הלוואה, גם אם סיכמו על כך יש בזה איסור ריבית [כיון ששינוי כזה כלל אינו מתייחס למטבע].

נפקא מינה נוספת בין שני טעמיו אלו של המהרשד"ם, לגבי חיובים שלא נעשו מדעת שניהם, כגון תשלומי גזלה, שבהם לא קיימת הסברא שעל דעת כן נעשה הדבר שיהיה הסכום צמוד לשוויו הראשון, וכל הנדון הוא רק ביחס לערך האמיתי של הכסף, אם חייב לפורעו כפי שהיה שווה בעת החסרון. וראה כנה"ג (יו"ד סי' קסה הגה"ט ס"ק ג, ובחו"מ סי' עד ס"ק טו) שמהר"י באסן ומהר"ם גלאנטי סברו כדעת מהרשד"ם, אלא שציין לכמה מהאחרונים שחלקו על דבריו.

אלא שיש להעיר בדברי מהרשד"ם מסוגית הגמרא בב"ק בה פתחנו, שם נתבאר שאף שנפסל המטבע, שבוודאי השינוי שנעשה הוא מחמת המטבע עצמו ולא מחמת שער הפירות, מכל מקום נותן לו מטבע הראשון [אא"כ אינו יוצא בשום מקום, ונפסד ונפסל לגמרי].

ובישוב שיטתו נראה לומר, שבסוגית הגמ' בב"ק כלל לא מדובר שיש שינוי בערך המטבעות, אלא שבא לפורעו במטבעות ישנים שאינם עוברות לסוחר ויקשה על התובע להשתמש בהן, ובזה אמרו שאין זו טענה ונותן לו מטבעות אלו, כל שניתן להשתמש בהן על ידי הדחק. ויתכן עוד, דאה"נ דצריך לפורעו כפי שיוויו מתחילה בהצמדה, אלא שיכול לפרוע חובו במטבעות ישנים אלו שנתחייב לו מעיקרא.

הסוברים שגם כאשר השינוי בערך המטבע משלם בלא הצמדה

אמנם בשו"ת מהרש"ך (ח"א סי' סב) דן בנדונו של המהרשד"ם הנ"ל, ולאחר שהביא מסוגית הגמרא בב"ק (צז א) ודברי רש"י ותוס' שם, דמשמע שכל שהתנה שישלם לו במעות נותן לו כמטבע של עכשיו, כתב לחלק:

> **"אפילו התנה בפירוש על מנת שתתן לו גרושוש והוזלו אח"כ, דדמו לנפסלו וכדכתיבנא, אפ"ה אין כונת התנאי מספיק לחייב ללווה בהפסד הגרושוש, כי**

> **דינא דגמרא כפי מה שנראה לענ״ד, ריהטא דמילתא מירי בגוונא דלא היה רק מין מטבע אחד, שהיו נושאים ונותנים עליו, ולכן המתנה שישלם לו מעות [שהוא תנאי מיותר לכאורה], כוונתו הוא על מעות שיצאו בהוצאה ולא על מעות שנפסלו או הוזלו. אבל בזמננו זה שיש כמה מיני מטבעות שנושאים ונותנים בהם, יש לנו לומר שכוונת התנאי שהוצרך להתנות על מנת שיתן לו גרושוש, לא היה רק לאפוקי שלא יתן לו מטבע הנקרא אישה, או שאר מטבעות שנושאים ונותנים, ולא לחייב לשלם לו גרושוש לערך היוצא בשעת הפירעון, דודאי לא אסיקו אדעתייהו שיוזלו כ״כ דנימא דמשום הכי התנו, באופן שאפילו שהתנה לשלם לו גרושוש הפסד הנמשך מחמת הגזרה חוזר על המלווה. וזה החילוק יראה לענ״ד אמיתי ונכון, ומספיק אפילו להוציא כל שכן להחזיק ולהעמיד הממון בחזקת מריה״.**

כלומר, לא מיבעיא שבלא התנו דפשיטא דהמלווה מפסיד, ואינו נוטל אלא לפי השווי הפחות של עכשיו [ושלא כדברי מהרשד״ם], אלא אפילו התנו ביניהם שייתן לו מעות אלו, אין לפרש כוונתו בתנאי זה להצמיד את ערך החוב לשוויו שבתחילה, ומפסיד מלווה.

והוסיף עוד בטעם הדבר:

> **״טעם גדול יש לומר שכל ההפסד חוזר על המלווה, והוא כי בלי ספק אלו הב׳ מטבעות דהיינו גרושוש וזהובים מיקרו פירא, דחזינן דזולא ויוקרא תליא בדידהו ולא תלו ביוקרא וזולא דפירא, אלא אדרבה יוקרא וזולא דפירי תליא בדידהו, וא״כ דמי להלואת סאה בסאה, והלואת גרושוש בעבור גרושוש דמי להלואת חטים בחטים שעורים בשעורים וכו׳, דדבר ידוע דמותר ללוות סאה בסאה אם יש לו אפילו סאה אחת לוה עליה כמה סאין וכו׳, ומילתא דפשיטא היא דבהנך גווני דשרינן ללות סאה בסאה אם הוקרה או הוזלה הכל הוא ברשות המלווה, וא״כ בנדון דידן בין הלואת גרושוש בגרושוש או גרושוש בזהובים משעה שנעשה העסק ונגמר בין הלווה והמלווה קמו ברשות המלווה לעניין יוקרא וזולא״.**

כמו כן, במחנה אפרים (מלווה דיני ריבית סי׳ כה) הביא את דברי מהרשד״ם הנ״ל, ודחה מכמה טעמים:

א. ראשית, סוגיא מפורשת היא לכאורה שאינו צריך לשלם לו כפי שווי המעות עתה, שכן בגמרא (ב״מ ס ב) נתבאר שאם יתן לו כפי שווי המעות עתה עובר משום ריבית, הרי שלא נכלל הדבר בעצם חיובו באופן טבעי. שכך שנינו שם: ״אי דאוזפיה מאה במאה ועשרים, מעיקרא קיימי מאה בדנקא ולבסוף קיימי מאה ועשרים בדנקא, נשך איכא, דקא נכית ליה, דקא שקיל מיניה מידי דלא יהיב, ותרבית ליכא דלית ליה רווחא, דדנקא אוזפיה ודנקא קא שקיל מיניה. סוף סוף, אי בתר מעיקרא אזלת, הרי נשך והרי תרבית. אי בתר בסוף אזלת, לא נשך איכא ולא תרבית איכא. ותו, תרבית בלא נשך היכי דמי, אי דאוזיף מאה במאה, מעיקרא קיימי מאה בדנקא ולבסוף מאה בחומשא, אי בתר מעיקרא אזלת לא נשך איכא ולא תרבית איכא, אי בתר

סוף אזלת - הרי נשך והרי תרבית". ועיי"ש שהאריך מדברי הראשונים שם דנקטו שהיא ריבית דאורייתא, ובהכרח אינו חיובו דמדינא.

ב. ולעניין מה שהוכיח המהרשד"ם מדברי התוס' בב"מ לגבי איסרים שהוזלו שנותן כדהשתא, דחה שם: "ההיא איירי במוכר חפץ בכ"ד איסרין, דסתמא כל המוכר בכ"ד איסרין כאומר בדינר אני מוכר לך, דכ"ד איסרין הוי דינר, ולפיכך צריך ליתן לו דינר". כלומר, אה"נ דאם היה חובו קצוב עליו באיסרים, היה משלם כדמעיקרא אף דזיילי ואינם שווים בעת הפירעון דינא כבתחילה. אלא דאומדנא היא שאף שנקב שכרו באיסרים כוונתו הייתה להתחייב לו דינר, ולכן, עתה שהדינר שווה ל"ב איסרים, צריך ליתן לו כדהשתא. דדינר התחייב לו ודינר חייב להשיבו.

ג. באופן אחר כתב: "מה שכתבו התוספות בפרק הגוזל במוכר פרגמטייא כל שלא פירש שייתן לו מטבע נותן לו מטבע שנפסל, איירי במוכר לו לזמן בהקפה והמעות נעשו עליו מלווה, אבל במוכר שלא בהקפה אלא עד שיבא בני או עד שאמצא המפתח, לא מצי ליתן לו מטבע שנפסל, דאם כן נמצא זה נתאנה". כלומר, מה שנותן לו כדהשתא אינו אמור במלווה או באופן שדמי מקח נעשו עליו כחוב, אלא באופן שעדיין לא קצב עליו את דמי המקח, וכיון שנשתנו דמיו עד עתה, אם ישלם לו כדמעיקרא הוי אונאה. אבל בכל אופן בו התחייב לו סך מסוים, אין משמעות לשינוי שווי המעות, ולעולם משלם כדמעיקרא. עכ"ד המחנה אפרים.

אמנם יש להעיר על דברי המחנה אפרים, דאף שדחה את ראיית המהרשד"ם מדברי התוס' בבא מציעא שם, מ"מ עדיין עיקר ראייתו של המהרשד"ם מסוגית הגמרא בב"ק (צז ב) במקומה עומדת, שם נתבאר להדיא בגמרא שאין מפסידים את המלווה, ואם החסירו את המטבע נותן לו לפי השער הישן, ורק אם מחמת תרעא הוא דזיל נותן כדהשתא.

כדבריהם נראה כבר בשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' תקס), שנשאל, לגבי שטר כתובה שנכתב בו סך מטבעות ממטבע 'מיידי', כאשר בזמן כתיבת הכתובה היו מטבעות אלו שווים יותר, מחמת שנעשו מכסף מזוקק יותר ובעל משקל רב יותר, האם חייב הבעל לתת מעות לפי ערכם בשעת כתיבת הכתובה או לפי ערכם כיום.

והשיב:

> **"הדבר ברור אצלי שאינם חייבין לשלם אלא מיידים של זמן זה, כפי סכום מנין הכתוב בכתובה ותו לא, דקולי כתובה שנו, דתנן הנושא אישה בארץ ישראל ובא לגרשה בקפוטקיא נותן לה ממעות קפוטקיא אעפ"י שהם קלים ופחותים ממעות א"י, דמקולי כתובה שנו כאן. והכי פסקו רוב הפוסקים אשר אנו רגילים לסמוך עליהם. וק"ו הדברים, השתא ומה התם דאיכא שינוי במקומות וגם המטבע משונה, משום דכתב לה מעות סתם מגבינן לה הפחות שבהם, כ"ש בנ"ד ששם המטבע אחד הוא, ובמקום אחד וממלך אחד, שאין מגבין לה אלא מה שיוצא בזמן**

גביית הכתובה, וכן המנהג ולא ראינו מי שפקפק בזה. אבל מה שיש להסתפק, אם היו שם נכסי צאן ברזל שנאבדו ובלו, שהרי היא כבעלת חוב ולא אמרינן בהו מקולי כתובה, גובה אותם כפי זמן כתיבת הכתובה או כפי הזמן היוצא, וכן לעניין המלווה את חבירו מיידים ממטבע אותו זמן ובא לפורעו עתה שהוא פחות ממה שהלווהו. וגם אני אומר שאינו פורע לו אלא מיידים היוצאים בזמן הזה, כיון שהשם אחד והמקום אחד. דבשלמא אם הלווה במקום אחד ובא לפורעו במקום אחר, צריך לפרוע מעות המקום שהלווהו, דדווקא בכתובה דהיינו מנה מאתים ותוספת אמרינן מקולי כתובה שנו כאן, אבל בנכסי צאן ברזל או בשאר בעלי חובות, לא אמרינן הקלו. אבל כיון שמעות זה המקום הלווהו ומעות זה המקום פורע לו שפיר דמי".

וכ"ה בשו"ת מהרי"ט (אהע"ז סי' ב), שו"ת חתם סופר (חו"מ סי' סב וסה, ואהע"ז סי' קכו), ובנתיבות המשפט (סי' עד ס"ק ה), דדווקא שהתנה לתת לו מטבע ונפסלה לגמרי וכו', אבל אם רק פיחתו המלך ודאי דאינו משלם רק המטבע שהלווה, דעדיין שם מטבע עליה, רק שהוזל כמו סאה בסאה והוזל שאינו נותן רק סאה שהלווהו.

וכן כתב בספרו חוות דעת (סי' קסה ביאורים ס"ק א): "עיין ש"ך ס"ק א' דמיירי בעניין שחייב ליתן לו מטבע היוצא וכו'. והיינו דווקא שהתנה לתת לו מטבע, והמטבע הראשונה נפסלה לגמרי, שאז אין שם מטבע עליו כלל, והוא התנה לתת לו מטבע. אבל אם רק פיחתו המלך מכמות שהייתה, כגון שהיה הדינר זהב עשרים וחמישה דינרים והעמידו המלך על עשרים, ודאי דאין משלם לו רק המטבע שהלווה לו, דהא עדיין שם מטבע עליו רק שהוזל, כמו בסאה בסאה והוזל שאינו נותן לו רק סאה שהלווהו אף שהוזל, וכן הוא בתשובת לחם רב סימן י' ע"ש. וכן אם הוקר המטבע ע"י שהעלהו המלך להמטבע, מחויב לשלם לו המטבע שהלווה אף שהוקר מחמת שהעלהו המלך, דאין במטבע משום הלוואת סאה בסאה, דהא לוין על שער שבשוק ואין לך יצא השער גדול משער של המטבע קודם שהעלהו המלך". הרי שלא מתחשבים בשינויי השער ושווי המטבע, אף כאשר השוני הוא במטבע עצמו ולא ניתן לתלותו בפירות, אלא נותן כפי הסכום שהלווה בין אם מעות אלו שוות עתה יותר, בין אם פחות.

אמנם כאמור, החזון איש תמה על דברי החוות דעת אלו, כיצד יתיישבו עם פשטות דברי הגמרא הנ"ל, שם נתבאר שכל שהשינוי הוא מחמת המטבע ולא מחמת שער מחירי הפירות, נותן לו כפי ערך המטבעות שנתחייב לו בתחילה.

נמצאנו למדים עד עתה:

א. לדעת מהרשד"ם, בין אם השינוי נעשה מחמת גזירת המלכות בין אם נעשה הדבר מחמת שינוי בגוף המטבע, כיון שעתה המטבעות בסך זה שנקבו מתחילה שווה פחות ממה שהיה בעת ההלוואה, וניכר שהשוני נובע מערך המטבע עצמו, אין להפסיד את המלווה ונותן לו כפי שווין בתחילה - בהצמדה.

ב. לדעת הרדב״ז, המחנה אפרים והחוות דעת, אף אם המלכות היא זו שגזרה להפחית את ערך המטבע, כך שבאופן מובהק וברור לא ניתן לתלות את השינוי בשער הפירות, נותן לו אותו סך שנתחייב לו, בלא להתחשב בשווי המטבעות שפחת, וללא הצמדה.

היחס לשטרות הכסף ומטבעות בני זמננו

עד עתה עסקנו, במטבעות הכסף שהיו נהוגות בזמן חז״ל ועוד מאות שנים לאחר מכן, כאשר עצם המטבע הייתה בעלת ערך, וערכה הושפע לא במעט, על פי המתכת ממנה נעשתה [אף כי שוויה כשהיא עם צורת מטבע הייתה יתירה על גוש גולמי של מתכת זו, אך לא גרע עניין זה מכל כלי מעוצב אחר ששווה יותר ממתכתו הגולמית]. ממילא התעוררה השאלה, כאשר נוצר פער ביחס שבין המטבע ליכולת הקנייה שבו מזמן חלות החוב לזמן הפירעון, במה לתלות את השינוי, אם בשווי המטבע או בשווי הפירות.

לגבי מטבעות בנות זמננו לכאורה היחס שונה, ונקדים מעט לבאר את השוני באופי המסחר מימי חז״ל ועד השנים האחרונות ממש, שכן במרוצת הדורות חלו בעניין זה כמה תמורות.

בימי חז״ל המרכיב העיקרי בשווי המטבע הייתה המתכת ממנה נוצרה. הצורה שנטבעה בו, הייתה מורה בעיקר את משקלו המדויק, וסייעה בשימוש בו כמטבע העובר לסוחר ומשמש תמורה נוחה בקניית פירות, שכן לא כל אדם יודע ויכול לשקול מתכות ולבדוק את מהימנותן וניקיונן, שלא מעורב בהן מתכת זולה יותר וכדומה, אך לא היה ערך עצמי לצורה מלבד היותה סימן לשווי המתכת. גזירת המלכות בפסילת מטבע הייתה אחת מן השתיים: או לשנות את כמות המתכת באותה מטבע, או לפסול צורה מסוימת, ששוב לא תהווה ראיה למשקלו של מטבע, ולא תשמש יותר ככלי עובר לסוחר.

בימי הביניים שכבר נעשה מסחר עולמי רחב יותר, בין מדינות שונות, כבר הייתה משמעות רבה יותר לצורת המטבע והמקום בו נוצרה, אך עדיין היה למשקלה משמעות רבה.

בעת החדשה - סביב תחילת המאה ה-19 ביטלו המלכויות השונות את הצורך במסחר במטבעות יקרות שוות ערך מצד עצמן, מחמת החשש לגניבות והסרבול הרב קיים בהחזקת מטבעות שכאלו, והחלו לספק תחליפים זולים יותר, מטבעות ממתכת זולה ואף שטרות נייר, כאשר הנפקת השטרות והמטבעות הייתה לפי שווי המתכות היקרות שגנוזות באוצרות המלוכה או מרתפי הבנקים, וכל אדם זכאי היה לבוא עם מטבעותיו ולקבל תמורתן מתכות אלו לפי ערכן הנקוב.

באמצע המאה ה-20 בוטלה גם חובה זו של המדינות לתת לאזרחים מתכות יקרות לפי שווי המטבעות והשטרות שברשותם, אלא שכל מדינה הייתה חייבת להחזיק רזרבות של מטילי זהב לפי ערך המטבעות והשטרות שהיא מנפיקה, ובכך בעצם הוגדר השווי האמיתי של השטרות הללו.

בשנים האחרונות בוטלה גם חובה זו [ונקודה זו משמעותית לכאורה לנדון דידן], ואין כל הגבלה על מספר השטרות והמטבעות השמדינה רשאית להדפיס, ועתה שווי הכסף נקבע על פי ערכו בשווקי המטבעות בעולם. שווי המטבע מורכב מאוד ויש לו גורמים רבים ומשתנים, סחר בין לאומי, תוצר גולמי ורמת האבטלה במדינה, אוצרות טבע, ביטחון לאומי ועוד. וככל שהכלכלה נחלשת ערך המטבע יורד. לעיתים קיימים שינויים זמניים מהירים וחדים כתוצאה ממלחמה וחוסר יציבות וכדומה, אף שמבחינת השוק עדיין לא אירע דבר. די בחשש של סוחרים שיארע דבר מה במדינה כדי שערך המטבע יפחת. כמו כן, לעיתים רשויות המדינה נאלצים להתערב בקביעת ערך המטבע על ידי רכישת מטבע חוץ או אופנים אחרים, כדי לשמור על יציבותו, או על היחס בינו לבין מטבעות חוץ נפוצים, וזאת כדי שלא לפגוע ביכולת היצואנים והיבואנים לסחור עם גורמי חוץ. נקודה זו גם משמעותית לדיון שלנו, לגבי דין "פסלתו מלכות" במטבעות בני זמננו.

מכאן יש לדון ולומר, שלכאורה בזמננו לא קיים כלל המושג "ערך המטבע", שכן כל ערכו נגזר אך ורק מאותם גורמים חיצוניים של "שער הפירות" - הכדאיות לסחור עם בני אותם מדינה ביבוא ויצוא של פירות או כל תוצר אחר. ולפי זה מן הדין לכאורה שהכול יודו לדברי מהרשד"ם הנ"ל, שבזמננו חייב הלווה לתת למלווה את אותו ערך שוק שהלווה לו וקצצו ביניהם בשעת חלות החיוב.

ומפורשים הדברים בחזון איש (יו"ד סי' עד ס"ק ה), שכתב: "עניין המטבעות בזמננו נשתנה, שיש מטבעות שאין להן שיווי בחומרם כלום, רק שהם כשטר על אוצר הממשלה ובזה הם מקיימים את ערכם, וכשנפסלו אינם שווים כלום. ונראה דבזה אפילו לווה סתם - אם נפסלו ואינם מטבע כלל, חייב ליתן לו מטבע היוצא, דלא חשיב כהוזל, דלא היה לו רק הצורה והצורה אבדה. ואם מטבע החדש נפחת, מפני שאין אנשים נותנים בו אמון בערך שהיה להם אמון למטבע הראשון, חשיב כנפחת. ואם הוקרו פירי בשביל זה, יש לחשוב את המטבע החדש כמטבע שנפחת, וצריך להוסיף למלווה את הפחת".

כלומר, בזמננו שערך המטבע לעולם נגזר מכח הקנייה שבו, לא מיבעיא שאם נפסל אינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך כיון שאין לו כל ערך עצמי, אלא גם אם רק נפחת ביחס למחירי הפירות בשוק, ועתה הוא מוערך בפחות, צריך להוסיף למלווה את הפחת, וכאילו נשתנה המטבע לגמרי.

וכ"כ בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סי' קיד), בנדונו לעניין חיוב מעשר כספים, במי שקנה בית ב-1000 דולר בשעה שהיו שווים טובא, ומכרו ב-2000 דולר השווים עתה רק כ-1200 דולר של זמן היוקר, כמה מעשר כספים עליו לתת, ולאחר שהביא דברי הראשונים דס"ל דטיבעא במקומו עומד ופירי הוא דזיילי וכדלעיל, כתב:

"אבל במטבעות דהניירות - שרק מטבעות אלו איכא במדינותינו, שאין בעצמן

שום שיווי, ואף שיווי דשטרי מלוכה שהיו להם שצריכים למי שרוצה להחליפם על מטבעות כסף וזהב שהיו מחליפין להם, ג״כ אין להם, דלבד שלמעשה חזינן שאין מחליפין אותם במטבעות כסף וזהב, פירשו זה ממש שאין המלכות מחויב לשלם להם בשום דבר, רק שמ״מ קונים במטבעות אלו של נייר שאיכא חותם המדינה כל דבר, אולי משום שהמלכות ג״כ מקבלתן בחשיבות מעות בעד המסים, ובעד דברים שקונים מהם, הרי ודאי אין מקום להחשיב זה לדבר שיהיה קייץ ולא יהיה ביוקר וזול. דכיון דכל חשיבותם הוא מצד שהמלכות מקבלתן בחשיבות מעות, הרי זה שייך להוקיר ולהוזיל עניין זה, דתלוי לפי אופן הצורך להמטבע לדברים שבני המדינה משלמין להמלכות, וכן אף כשיש סבות אחרות לזה שקונים בעד ניירות אלו, נמי שייך שיוקרו ויוזלו, ולא שייך שיהיה דבר קבוע וקייץ בשויו, מאחר דאין לו שום שיוי בעצם. ואפשר שמה שקונים בעצם כל דבר, אולי הוא משום דסוברים דהמלכות ודאי במשך הזמן ישלמו בעדם איזה סך, שלכן כשעובר עוד שנה ועוד שנה ואין משלמין כלום, נתקטן אצל העם עצם המחשבה שישלמו איזה סך, וגם אם ישלמו, הוא רק לסך קטן מכפי שחשבו תחלה, ולכן ניזולין מיום ליום״.

הרי שגם לדברי האגרות משה שווי המטבע היום הוא לפי ערך הקנייה בו, וממילא שייך בו זול ויוקר, ושלא כבימי חז״ל שניתן היה לו ששווי המטבע במקומו עומד והפירות הם אלו שמשתנה שוויים.

וכ״כ בס׳ נתיבות שלום (הנ״ל), ולאחר שדן בשיטות הנ״ל: ״נראה שיש סברא גדולה לומר דגם לעליית המדד - האינפלציה בימינו, יהא דין של פיחות שפיחתו המלך וכו׳, שהרי המציאות היא שהמלכות עצמה מתנהגת בהתאם לירידת ערך המטבע, והיינו שהיא מצמידה את החובות למדד יוקר המחייה, וגם מעלה את משכורות העובדים ומפחיתה את שער המטבע ביחס למטבעות זרים. כל זה מוכיח שהמלכות נותנת גושפנקא לאותה ירידה בערך המטבע, והוא כפיחות המוכרז בדיעבד על ידי המלך וכו׳, והמלך עצמו מתייחס למטבע כשווה פחות מערכו הקודם לעניין חובות ומשכורות ולעניין מטבע זר. ואם כנים הדברים דעליית המדד תחשב לפעמים כפיחות שפיחתו המלך, עכ״פ כאשר נראים הדברים שאין זו עליית מחירים גרידא אלא ירידה כללית בערך המטבע, אזי אפשר שלא תהיה בזה מחלוקת בין הפוסקים, וכו״ע יודו בזה דיש להצמיד חובות למדד״.

כלומר בנתיבות שלום שם נוגע בבעייתיות שבהוראת החזון איש והאגרות משה הנ״ל, כאשר מחד גיסא האמת כדבריהם שבזמננו אין למטבע ערך עצמי, וכל ערכו נגזר מיכולת הקנייה בו, ומאידך, לעיתים מצוי שאכן יש עליית מחירים שנוגעת במישרים לערך הפירות ולא לערכו של המטבע, וכגון שמחירי הפירות והירקות עולים בעקבות מצב חריג במזג האוויר שגרם נזק וכדומה, במקרים אלו ודאי לא יתייחס השינוי למטבע גם בזמננו. אלא כאשר יש ירידה כלל במדד המחירים, יחשב הדבר כפיחות בערך המטבע, ולדעת הכל יש לתת לו כפי

שוויו מתחילה בשעת החיוב. וראה עוד שם שמחמת קושי זה מתקשה בנתיבות שלום שם לתת הגדרה ברורה אימתי אכן יחשב הדבר כשינוי בשווי המטבע ובאלו המקרים יהווה המדד סימן לשינוי שווי הפירות בלבד, והדבר הזה דין הוא שיתברר על פי מומחים, ובדרך כלל שני הדברים אמת ויש סיבות שונות ומשלבות לירידה במדד המחירים לצרכן, חלקן נובעות מעליית מחירי הסחורות וחלקן מחמת ירידת ערכו של המטבע המקומי [נקודה זו היא סברא יסודית במנהג הרווח בעשרות השנים האחרונות לפשר בדמי הכתובה וכפי שיבואר להלן, שכן יש קושי של ממש לקבוע האם אכן נעשה שינוי בערך המטבע מזמן כתיבת השטר ועד חלות חיובו ביום הגירושין].

אמנם, במקרה שיש חוק מהמלכות באיזה אופן יפרעו חובות הנקובים במטבעות הישנים, סבר החתם סופר (יו״ד סי׳ קלד) דאמרינן דינא דמלכותא דינא, ויש לפרוע על פי תיקון המלך, ואם יקבע שאין לפרוע אלא כפי ערכן בשטרות הישנים, אין לחייב את הלווה ביותר מכך [וע״ע כעין זה בס׳ נחל יצחק סי׳ סו].

אכן, מלבד הנדון אם יש דינא דמלכותא דינא בארץ ישראל, גם אין ידוע בזמננו חוק מסוים מהמלכות וגורמי השלטון בעניין זה[יג], ודאי שלא לגבי חיובי הכתובה.

[בחתם סופר שם האריך לבאר עוד, שגם מטבעות בני זמננו יש להם דין טבעא וערך עצמי בהיותם עוברים לסוחר, ונפקא מינה לעניין פדיון הקדשות וכדומה, שאינם נחשבים כנייר בעלמא וכשטר ראיה לבנק, אלא גופם ממון, אולם לא כתב שם שמחמת כן יהיה ערכם העצמי משתמר והשינוי יתייחס לפירות, ונראה שבזה אף הוא מודה שיתכן בהם שינוי ערך, אלא שכאמור סבר שחיובי הלווה בזה יהיו כפי דינא דמלכותא. ובעיקר נדונו של החת״ס אם הכסף בזמננו נחשב גופו ממון לעניין פדיון וכדומה, ראה שו״ת אמרי יושר (ח״ב סי׳ קנא) שלמד בדברי החת״ס לחלק בעניין זה בין שטר כסף שאינו אלא נייר בעלמא, לבין מטבעות שיש להן ערך כל שהוא מחמת המתכת שבהן, אף ששוויה פחותה בהרבה מערכם הנקוב].

החילוק בין הצמדת הלוואה להצמדת כתובה

אמנם, גם להצד שכאמור לעיל במטבעות שלנו לא שייכת הסברא דפירי הוא דזיילי, והפיחות מתייחס לערך המטבע עצמו, הנה בשו״ת מהרשד״ם הנ״ל נימק הוראתו בשני טעמים, האחד, שלא יתכן להפסיד את המלווה להשיב לו סכום הפחות מאותו שהלווה בתחילה. והשני, דאומדנא היא שוודאי הייתה כוונת המלווה להתנות מתחילה שאם יחול שינוי בשווי המטבע יקבל אותו שווי שהלווה לו בתחילה.

יג. בסעיף 2(ג) לחוק השקל, נקבע כך: ״כל מקום שבו נאמר בכתב או בדרך אחרת בעבר או בעתיד לצורך כל מטרה סכום כלשהו בלירות וכו׳, יראה כאילו נאמר בו סכום שוה ערך בשקלים״. אבל אין התייחסות בעניין זה לנושא ההצמדה, אלא רק לכך שקיימת חובה לשלם במטבעות החדשים ולא לתת שטרות ישנים של לירה.

שני טעמים אלו לכאורה שייכים דווקא בהלוואה ולא בכתובה. שכן לעניין כתובה לא נתנה האישה לבעל סך מסוים בתחילה שאותו הוא משיב לה עתה, אלא זו התחייבות של מתנה ופיצוי למקרה שיגרשנה או ימות בחייה, וסך זה יכול להיות כך או כך, ולא ניתן לומר שאם פחת ערכו במשך השנים היא נפסדת דבר שהיה בחזקתה [וראה ברכת שלמה (טנא, אבהע״ז סו״ס כה) שהעלה כעין סברא זו בנדונו שם. כמו כן דבר רחוק הוא קצת לומר שיש אומדנא ברורה כעין תנאי שיהיה סך הכתוב מוצמד לערכו הראשון, שכן גם אומדנא זו נגזרת מכך שהיו המעות הללו של המלווה בתחילה, אבל לעניין מתנה כעין דמי הכתובה, אפשר שלא מקפידים על כך ביותר. בפרט שלא הייתה דעתה באותה שעה לממש התחייבות זו, ובעת הנישואין ודאי לא קפדי אהדדי.

ודברים שבכל יום הן, שאדם רוכש חפץ בתשלומין, ולא נשמע מעולם שיהיה סך זה צמוד מדד, למעט עסקאות גדולות וממושכות במיוחד כמו רכישת דירה, ולא נהגו להצמיד למדד אלא במקרה שאינו משלם במועד, שאז מצמידים את חובו למדד ולעיתים אף משיתים עליו ריבית פיגורים אסורה [וראה כעין סברא זו בדבריו של הגר״מ אוחנונה בספרו מאורות משה עמ׳ רכא][יד].

אמנם לאידך גיסא יש חומרא בכתובה מבחוב, ראה בשו״ת חתם סופר (ח״א סי׳ קכו), שלאחר שהאריך לבאר שכאשר המלכות קובעת להפחית את המטבע ולשלם את החוב כפי ההפחתה בלא הצמדה דינם דין, דדינא דמלכותא דינא כאשר הדבר נעשה לטובת העם שיוכלו לעמוד בנטל החובות בלא שהכלכלה תקרוס וכו׳, סיים וכתב, דדין זה אינו אמור אלא לגבי חובות של הלוואה וכדומה, אבל לעניין דמי הכתובה יש לדקדק שלא יפחת הסכום משווי מאתיים זוז שחייב לה הבעל מדינא. ועיי״ש שטרח בחשבון הסכום שיבוא לידי כך לפי המטבעות שהיו נהוגים בזמנו ובמקומו.

בטעם הדבר שם נראה מדבריו, דחיוב מאתיים זוז אינו מותנה בכתיבתו בשטר הכתובה, והוא חיוב מתקנת חכמים כתנאי בית דין לכל אישה הנישאת לאיש, ולכך לא יוכל הבעל לפחות מסך זה אף אם נשתנה ערך המטבע. כמו כן יש להוסיף בזה, דכיוון שעיקר תקנת הכתובה היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, אינו רשאי לפחות מסך זה, שאם כן בטלה תקנתם. אולם יש לזכור, שעיקר התביעה היא ביחס לתוספת הכתובה, כי לכל הדעות ר׳ זהובים הינו סכום זעום.

כמו כן, מה שסברנו שהאומדנא המקובלת להצמיד את דמי החוב לערכו הראשון שייכת

יד. ראה שורת הדין ח״ט עמ׳ תפב מאמרו של הרב יועזר אריאל, שנקט שאף לגבי פיחות שכיח אומדנא ברורה היא שדעת בני הזוג להצמיד את החוב למדד, וכיון שהוא בגדר ״דברים שבליבו ובלב כל אדם״, גם אם לא התנו על כך בפירוש והיא מציאות שכיחה, נחשב הדבר כתנאי גמור ויש לבצע הצמדה מלאה. וכדברי התוס׳ בקידושין (מט ב) ושו״ת חתם סופר (יו״ד סי׳ רכח). ואין נראה כדבריו, שהרי פשוט לכאורה כי לגבי פיחות מצוי עליו מדובר כאן, אין אומדן דעת ברור שרצונם בהצ־מדה, כיון שמדובר במתנה, ורק בפיחות מופרז שאינו מצוי ולא צפוי קיימת סברא זו, ושם בלאו הכי אין תביעה עליהם מפני מה לא התנו על כך בפירוש, דלא אסקי אדעתייהו, וכאמור.

רק בהלוואה ולא בכתובה, אינה אלא באופן שגם עתה לאחר שינויי המדד עולה הכתובה לסכום מכובד לפי ערכם של בני הזוג, אבל מה שמצוי בזמננו, שכתובה שנכתבה בסך עצום של לירות שווה היום שקלים בודדים וכפי שיבואר, בוודאי לעניין זה קיימת אומדנא ברורה שלו היינו שואלים את הבעל בשעת מעשה האם הוא סבור לשלם את הכתובה לפי שער היוקר או שער הזול, היה רוצה לשלמה כשער היוקר.

ועוד יש לצרף לזה את סברתו של החזון איש (סי׳ עט ס״ק טז) לעניין אומדנות כעין אלו, שכך כתב: ״אע״ג דבאמת כל האומדנות אינן מחשבת הקונה והמקנה בשעת הקניין והמעשה, מ״מ מידת סתמא שתלוי במשפט החכמים מה חשיב תנאי ומה לא חשיב תנאי, תלוי בחוזק החשק של העניין שעושה, ובחוזק ההפסד של חשש העתיד המסופק״. ממילא ודאי אומדנא היא, שבשעת הנישואין שהבעל שואף לכבד את אשתו ככל שיוכל, והחשק גדול, ולעומתו ההפסד שנוצר הוא עצום, אומדנא ברורה היא בכהאי גוונא שדעתו לשלם כשער היוקר.

אמנם, בשונה מן האומדנא האמורה לגבי הלוואה, שם ודאי יש הקפדה על הסכום המדויק שניתן ללוה, ואינו מן הדין שיפסיד המלווה אפילו סכום מועט כפי שהאריך המהרשד״ם הנ״ל, לעניין חיוב הכתובה האומדנא אינה אלא שתנתן לאישה מתנה חשובה, אך אין הכרח שבדעת הבעל להקפיד לתת לה דווקא את הערך הנקוב בשטר הכתובה לפי שוויו בעת הנישואין. ובוודאי הוא כך לסברתו של החתם סופר הנ״ל, שיש להקפיד שלא יפחת סכום הכתובה ממאתיים זוז, שעדיין אין בכך כדי להצמיד את דמי הכתובה לשווים המקורי. ולהלן יובא ממנהג בתי דין רבים לפשר בעניין זה סך מסוים ממוצע של דמי כתובה, לאו דווקא בהצמדה מלאה לסכום המקורי ושוויו.

כמו כן יש לפקפק מעט באומדנא זו, וכפי שהעיר הגאון רבי בנימין בארי שליט״א בשיעורו בכנס הדיינים תשע״א, דהא ניחא לעניין הלוואה שזמנה קצוב, יש לומר שאכן אדם מקבל עליו להצמיד את ערך הסך הנקוב לערכו בשעת הפירעון, אבל לעניין כתובה שזמנה אינו ידוע, ועשוי להיות כעבור עשרות שנים בערך בלתי ידוע ובלתי משוער, קשה לומר שאומדנא דמוכח היא שדעתו להתחייב בכך בלא כל הגבלה [כמו כן, עיקר טעמו של המהרשד״ם, הוא ששינויים שאינם מצויים לא עלה בדעתו של התובע להתנות בפירוש, וזאת קשה לומר לגבי התחייבות ארוכת טווח כל כך, שדבר מצוי הוא שיחולו בה שינויים משמעותיים מאוד].

בפרט, שהרי כל זוג שנישא יודע, שבסופו של דבר בדרך כלל אין גובים את הכתובה בשעת הגט, ולרוב מפשרים ביניהם וכוללים את חיובה בכלל הפרדת הממון והפשרות הנעשות באותה שעה, לכן אפשר שלא מייחסים להתחייבות זו משמעות רבה עד כדי שיקבלו עליהם את הצמדתה [ויש לציין את ההלכה בשו״ע בסדר הגט סעי׳ פ״א ובסדר מהר״ם ר״י סעיף רי״ט, שהרב יבקש את הכתובה מן האישה או יבקש ממנה למחול עליה]. זאת ועוד, עובדה היא, שרבים מהבאים להתגרש, שנישאו בצעירותם ולא היו מודעים לכל פרטי הכתובה, או מהציבור שאינם שומרי מצוות, שניכר עליהם שכלל לא הבינו לכתחילה שיש לכתובה

משמעות מחייבת ככל שטרי הממון, לפי הבנתם לא הייתה זו אלא כעין הצהרת כוונות וסוג של כבוד הדדי בין בני הזוג, וכיון שזו התייחסותם הבסיסית, קשה לומר שקיבל עליו הבעל את הצמדת הכתובה, או שהאישה מקפידה על כך בעת הנישואין.

והוסיף עוד, כי אף אם קיימת אומדנא כזו אצל אנשים מסוימים, הרי כלל יש בידינו שאומדנא שאינה חזקה בגדר של "בליבו ובלב כל אדם", הרי בגדר דברים שבלב שאין בהם ממש [ראה קידושין מט ב, וע"ע בזה בשו"ת מהרי"ט ח"ב סי' מה, ומה שביאר בזה בשו"ת באר יצחק אבהע"ז סי' י ענף ד-ו], ואם כן לאחר שיש כמה פקפוקים באומדנא זו, הרי היא בטלה מאליה ואין בה ממש.

מאידך גיסא, בכתובה בשונה מהלוואה, לא קיימת הטענה מדוע לא נעשה תנאי מפורש של הצמדה בשטר הכתובה, שכן מטבע הדברים האישה בושה לתבוע זכויות בעת נתינת הכתובה, שהוא רגע עדין בו בני הזוג אינם רגילים ורוצים להתמקח כמו בעת משא ומתן כספי, הדבר אינו מתאים ועשוי להעכיר את האווירה החגיגית. עצם הזכרת אפשרות של גט אינה מתאימה לחגיגת הנישואין.

גם מה שציינו לגבי סברתו הראשונה של המהרשד"ם, שבכתובה שלא ניתן ממון מיד האישה לבעל בעת הנישואין לא ניתן לומר שדין הוא שלא תפסיד את הסכום הקצוב לה, אינה סברא ברורה, שכן אף שעיקר טעם הכתובה הוא תקנה לבעל וכדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, מכל מקום לאחר שנתייסד הדבר והונהג, ההתחייבות שבכתובה נתהוותה לחלק מכלל התרצותה של האישה לקבל קידושין מיד הבעל, וכחלק מהכבוד שנדרש מהבעל כלפיה. תכליתו של שטר זה בזמננו מתפרש גם כדי להבטיח את קיומה של האישה במקרה שינטשנה הבעל, ואם כן קבלת הקידושין היא כעין תמורה והתחייבות מצידה של האישה חלף שטר הכתובה, ואינו דין שתפסיד דמיה ותצא בלא כלום.

"מקולי כתובה שנו כאן"

בסוגיא דכתובות (קי ב) נחלקו תנאים, במי שנושא אישה בארץ ישראל ומגרשה בקפוטקיא, אם נותן לה כמטבעות של קפוטקיא שהם חריפים יותר, או כמטבעות ארץ ישראל שנתחייב לה מתחילה, ואמרו בגמרא, דלמ"ד כתובה דרבנן "מקולי כתובה שנו כאן" שלעולם יד האישה על התחתונה, ובין אם נשאה בא"י וגירשה בקפוטקיא בין אם נשאה בקפטקיא וגירשה בא"י, נותן לה כמעות ארץ ישראל. והיינו, דאף שלעניין חוב אזלינן בתר מקום השעבוד, לעניין כתובה ידה על התחתונה, ואם גירשה בא"י מקבלת כמקום הגירושין. ובפוסקים דנו לפ"ז, באופן שנפסלה המטבע, שכאמור לעיל לעניין חוב נותן מטבע חדשה, אם גם בזה אמרו דמקולי כתוב שנו כאן ליתן לה מן המטבע הפחותה, וכמה שיטות יש בדבר.

דעת הט"ז בתשובתו המובאת בסו"ס ס"ו, דאדרבה, בכתובה יש ליפות כוחה של האישה

יותר, ואף אם לגבי חוב, ונכסי הנדוניה המתפרשים כחוב, נותן לה מהמטבע הפחותה [ותליא בגדרי הסוגיא הנ"ל בריש דברינו], לגבי כתובה יש לתת לה מהמטבע היפה, כיון שלעניין כתובה שהיא כמתנה אין חשש ריבית, ויותר בנקל יש לייפות את כוחה.

באופן שונה מעט כתב בשו"ת מהרי"ט (ח"ב אבהע"ז סי' ב), דלא אמרו "מקולי כתובה" אלא באופן שמשקל המטבעות שווה, אבל אם נשתנה המשקל אינו נותן לה מן הפחותה.

בשו"ת חתם סופר (חו"מ סי' עד, ואבהע"ז סי' קכו) נקט בפשיטות שכלל לא נאמר דין זה באופן שנפסלה המטבע, אלא רק בחילוקי המקומות כגוונא דגמרא.

אולם בדרישה (סי' ק) כתב דאף בכה"ג י"ל מקולי כתובה שנו כאן, ואף אם נפסל המטבע נותן לה לפי המטבע הפחותה, ולא דמי לחוב. ומ"מ נדון דידן תליא גם בזה, דלדעת הדרישה יש כאן סברא נוספת שלא להצמיד את דמי הכתובה למדד. וכ"ה לשיטת המהרי"ט. ולדעת הט"ז יש צד לפ"ז לחלק לעניין זה בין דמי הכתובה עצמה לדמי הנדוניה. אמנם לדעת החת"ס דין הכתובה בזה שווה לשאר חוב.

היחס לשינוי המטבעות בארץ ישראל בזמננו מלירות לשקלים ישנים וחדשים

קודם שנסכם את הדיון ביחס לשאלה הנדונה בתחילה, נראה לבאר נקודה נוספת הנוגעת לעניין:

עד עתה עסקנו בשינויי מדד באותה המטבע עצמה, כאשר כח הקנייה שבה משתנה עם הזמן מחמת גורמים שונים, ובזה הראנו פנים לכאן ולכאן, מחד גיסא נקטו הפוסקים בפשיטות שיש להצמיד את ערך החוב כיון שאין למטבעות ערך עצמי מלבד כח הקנייה שבהן, ומאידך ציינו מדברי הנתיבות שלום שהתחבט גם בזמננו אלו שינויים ניתן לייחס למטבע ואלו אכן הם שינויים בשווי הפירות.

אמנם בנוגע לכתובה שנכתבה בלירות או בשקלים ישנים יש לדון עוד, שלכאורה היא נחשבת כמטבע שפסלתו מלכות, ויש לדון האם יש בעובדה זו כדי לחייב יותר בשופי את הצמדת ערכה לזמן כתיבתה [בריש הדברים לעיל אות א', ציינו שאין מקום מחמת מציאות זו לשלם מטבעות ישנים, ועתה הנדון האם יש בכך כדי לחייב את הצמדתה של הכתובה, ולפי סוגית הגמרא בבא קמא שם, אף להצד שבפיחות בעלמא שאין בו שינוי צורת המטבע אין חיוב הצמדה].

למעשה נראה שאין בסברא זו כדי ליתן טעם נוסף להצמדת דמי הכתובה, משני טעמים:

א. מטבע שפסלתו מלכות האמור בגמרא, הוא באופן שאכן המלכות מבטלת מטבע מסוים, מורידה את ערכו על ידי שינוי המתכת, מבטלת צורתו וכדומה באופן שרירותי על פי חוק

המלך ללא קשר לפיחות בשוויו. באופן זה אכן יש להעתיק את סך החוב לפי שוויו הראשוני, בלא להתחשב לשינויים אלו שנעשו במטבע, כדי שלא להפסיד את התובע.

אולם, לעניין שינוי הלירות לשקלים ולאחר מכן לשקלים חדשים, לא נעשה כל שינוי בערך המטבע, וגם לא הייתה מטרה לפסול את צורתו - וכדי לגרע את שוויו כפי המקרה שבגמרא. אלא שכדי להקל על התנהלותו של הציבור בזמן האינפלציה הגדולה, החליטו לשנות את שמו של המטבע ולהפחית בו מספר אפסים. הסך הכתוב על השטר 1,000 ש"ח הועתק ונעשה 1 ש"ח בלבד. השינוי נעשה ביחס ישיר לערכו הראשוני, ואין כאן אלא שינוי השם בלבד ובהתאמה מלאה לערך הנקוב, וזאת מטעמים פסיכולוגיים וטכניים בלבד. והואיל ולא נעשה כל שינוי מהותי בערכו של הכסף או בצורתו בהחלפה זו, מה לי אם ישאר הסך הנקוב בו כצורתו הראשונה או השניה, הרי ערכו האמיתי לא השתנה והכל נעשה בהתאמה מלאה כדי שלא יגרם כל שינוי! בפרט יש תוקף לסברא זו בזמננו, שבלאו הכי אין כל ערך ממשי בשטר עצמו או במטבע, וכל הערך הוא רק ערך הקנייה שבלאו הכי נותר כבתחילה.

ב. עוד נקודה עיקרית ויסודית יש בזה שחובה ליתן עליה את הדעת:

הנושא של שינוי המטבע בגמרא, נעשה באופן שאין כל ירידת ערך משווי המטבע בתחילה לשוויו של עכשיו, וכל ירידת הערך נוצרת רק בגלל השינוי בצורת המטבע, ששוב אינו עובר לסוחר.

מה שאין כן במקרה שלנו, שלא שינוי צורת המטבע גרם לפיחות בערכו, אלא להיפך! שינוי המטבע ופסילתו, נעשתה כתוצאה מאינפלציה אדירה שהתרחשה באותם שנים, כך שבעצם עוד לפני שנפסל המטבע נשחק ערך החוב עד עפר! ממילא, גם אם נקבע שמחמת פסילת המטבע יש ליצור הצמדה של החוב, בוודאי אינו מן המידה להצמיד את ערכו לשעת החיוב שאז היה זה סך רב, אלא לערכו שהיה רגע לפני פסילת המטבע. שהרי לא יתכן שאדם שחובו נשחק מחמת ירידת ערך המטבע קודם לפסילתו, והיה מקבל סכום מועט, יזכה מחמת פסילתו של המטבע לסכום גבוה הרבה יותר. למשל: אם היה סך הכתובה 50,000 לירות, סך עצום בעת הנישואין שהיה די בו לעיתים אף לרכישת דירה, רגע לפני החלפת המטבע לשקלים כבר היה שוויו נמוך מאוד, ולאחר שנים מספר שנעשה שקלים חדשים הוא אינו אלא 5 ש"ח בלבד... וזאת לא בגלל השינוי במטבע, אלא בגלל אותה אינפלציה חסרת תקדים שהתרחשה באותם ימים, כאשר שינוי מהטבע הוא רק תוצאה שלה, ולא להיפך.

וראה בנתיבות שלום שם שכתב בדומה לכך, ואכן נקט על פי זה, שמי שלוה מחברו 1,000 לירות ועתה הם שקלים חדשים, אינו חייב לפורעו אלא 10 אג' בלבד... וכתב: "לא אמרינן דכיון שהלירות נפסלו עליו ליתן שקלים חדשים לפי כח הקנייה של אלף לירות בשעת ההלוואה, דמשערין את שערי החליפין בין המטבעות לפי זמן ההחלפה, וכשם שהיה יכול לפרוע באלף לירות קודם שנפסלו הלירות, אף שירד ערכן הרבה, כן היה יכול ליתן מאה

שקלים לאחר שהוחלפו עשר לירות בשקל. וכן כשהוחלף השקל לשקל חדש, וכל מאה שקלים שווים לעשר אג׳ מהשקל החדש, פורע את חובו בעשר אג׳׳. כלומר, פסילת המטבע לעולם לא תזכה את המלווה בסך שלא היה זכאי לו קודם פסילתו.

ג. תהליך פסילתו של המטבע הישן כלל לא נעשה בכפוף להחלת המטבע החדש, הם היו חופפים זה לזה זמן רב. תפוגת תוקפו של המטבע הישן נעשתה רק לאחר שעבר זמן סביר שבו ניתן היה להניח שכבר אין שימוש במטבע הישן, והציבור כולו כבר פדה את המטבעות הישנים בחדשים. בשינוי כזה לא שייכות סברותיו של המהרשד״ם הנ״ל האמורות לגבי מטבע שנפסל בן לילה, שם כל אותם שהחזיקו בו יצאו נקיים מנכסיהם, וממילא קיימות כל אותן אומדנות האמורות לעיל.

מנהג בתי הדין לפשר בדמי הכתובה

כאמור לעיל, מלבד דעת הסוברים שבכל חוב, אף בימי חז״ל, יש להצמיד את סך החיוב לערכו בשעת חלותו, עוד הראנו פנים לומר שבזמננו שאין ערך עצמי למטבעות אפשר שהכול מודים בדין זה. וכן ציינו כמה סברות לכך שלא ניתן לשחוק את שווי הכתובה יתר על המידה, אם משום סברת החת״ס הנ״ל וכדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, אם מחמת אומדן דעת הבעל.

ואכן, מנהג בתי הדין במקומות רבים היה לפשר באופנים אלו בקביעת סך הכתובה, וכבר הובא הדברים בשו״ת מהרי״ט (אבהע״ז סי׳ ב) שכתב: ״יש מקומות שנוהגים לפרוע הכתובות והחובות הישנים בדרך ממוצע, וכן נוהגים ובאים בארץ ישראל מזמן הרבנים גדולי הדור שלפנים עד עתה״. וראה כעין זה בכנה״ג (יו״ד סי׳ קסה הגה״ט ס״ק ג) בשם מהר״ש הלוי, דבנדון זה נהגו לפשר בין הסוחרים. וראה בברכת שלמה (טנא, סו״ס כה), שלאחר שהביא מדברי הסוברים שאין להצמיד את דמי הכתובה אלא באופן שנפסלה המטבע לגמרי [בנדונו שם הייתה הכתובה בלירות ובא לגרשה עוד בזמן שהלירות היו בתוקף, אלא שחל פיחות גדול מאוד בשווין], הביא מדברי הכנה״ג אלו שנהגו לפשר בדמי הכתובה.

בס׳ מעשה בית דין (לרה״ג מרדכי טולידאנו, ח״א חו״מ סי׳ ו) הביא ששאל את חותנו הראשל״צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ״ל, והשיב לו שמנהגם בבית הדין הרבני הגדול היה מאז ומתמיד להצמיד את דמי הכתובה למדד, כיון שהייתה אינפלציה גבוהה מאוד באותם שנים, ואילולי ההצמדה לא הייתה האישה מקבלת אלא סכום מינימלי ביותר.

וכן מביאים בשם מרן הגרי״ש אלישיב זצ״ל שיש להצמיד את דמי הכתובה לאיזה שהוא גורם מאזן, וזאת מחמת האינפלציה העצומה שהביאה לשינוי המטבע, אלא שלא פירט למה להצמידו, אם למדד המחירים לצרכן או לשווי הדולר שנשאר יציב הרבה יותר גם באותם שנים, ונראה שלא חשש לשיטת מהרשד״ם שהצריך הצמדה מדויקת כך שלא יבוא כל הפסד

לתובעת מזמן החיוב ועד עתה, אלא עיקרו לבצע סוג של איזון מסוים שיאפשר שדמי הכתובה יישארו סבירים בלא שינוי משמעותי וגבוה במיוחד.

בס׳ עיונים למשפט (לרה״ג חיים שלמה שאנן זצ״ל, אבהע״ז סי׳ כז) הפליג בעניין זה, וכתב, שכשם שאמרו חכמים ״אחריות טעות סופר״, כך מה שלא נכתבה ההצמדה בכתובה אין זה אלא כטעות סופר, ויש לדון כאילו נכתב הדבר בפירוש בשטר הכתובה כתנאי מחייב בין הצדדים.

בס׳ פתחי חושן (לגרי״י בלויא, פ״ז הערה יב) הביא בשם הגרא״ח נאה, שמנהג ירושלים היה לתת את דמי הכתובה כפי המטבע היוצא באותה שעה, והיינו שיש להצמידו למדד. והוסיף, שעל כן רווח המנהג בזמננו לכתוב את סך הכתובה בעת הנישואין נקוב בדולרים, שהוא מטבע יציב יותר וערכו משתמר לאורך שנים. ועל כן סיים שעל בית הדין להצמיד את דמי הכתובה או למדד או לדולר - כראות עיניהם, אך לא יפטרוה בסכום פעוט כפי הסכום הנקוב בשטר הכתובה שכבר אינו שווה בעת הגירושין כמעט לכלום.

בדומה לכך כתב החזון איש (סי׳ עד ס״ק ה) ובהקשר שונה מעט, לעניין אדם שלווה מאה רובל ברוסיה, ועתה שניהם מצויים כאן בארץ ישראל, ולא ניתן לחשב את שווי הרובל כנגד שווי הלירה, כיון שהלירה אינה משמשת בחו״ל ואף הרובל אינו משמש בא״י, ומחמת הפרשי מחירי הפירות בשני המקומות ובזמנים המשתנים מזמן ההלוואה ועד זמן הפירעון, וכתב שם, שהעצה לכך היא לשום את הרובל והלירה שניהם כנגד הדולר שהוא קיים בכל מקום ומעמדו יציב יחסית, ובאופן זה יפרענו אף שעדיין יתכנו שינויי מדד מסוימים.

יתר על כן כתב בשו״ת אגרות משה (או״ח ח״ה סי׳ מג): ״הנה ודאי שהלירות דבא״י שברור וידוע לכל שהולכין וניזולין מיום ליום, אין שום חשיבות מטבע להם, אלא אף בא״י חשיבות המטבע הוא בדאלארן. אך מ״מ אם אחד לווה מחברו רק לאיזה שעות מהיום, שלא שכיח כלל שיהיה איזה שינוי, לא מסתבר כלל לומר שיוכל לתבוע ממנו דאלארן בסתמא, ויכול לשלם לו גם בלירות באותו יום, כשלא התנו כלום״. כלומר, בימים אלו שהאינפלציה גאתה באופן כה משמעותי, כל חוב מתפרש מאליו כחוב דולרי, ויש לפורעו לפי הצמדתו לדולר, עד כדי כך שהוצרך לבאר שבחוב לזמן קצר מאוד ״מותר״ לפורעו במטבע ישראלי.

וכ״ה בשו״ת שבט הלוי (ח״ו סי׳ רלב): ״אעפ״י שבמקרה דידן לא דברו בפירוש על דולר, מכ״מ בשעת הירידה הגדולה היה כמעט סתמא כמפורש שאינו רוצה במספר המטבעות אלא מחירו האמיתי כפי הדולר וכיו״ב״.

כמו כן, בפסקי דין רבניים (חי״ח עמ׳ 48) דנו בשאלת המטבעות בני זמננו וכנ״ל, ומסקנתם: ״יש להסתפק מאחר ומטבע הקודמת יהיה פער בתשלום, בין אם נצמיד ההצמדה למדד יוקר המחיה או לתוספת יוקר או לדולאר, מ״מ בכתובה דקי״ל נותן לה בפחות שבמטבעות, לכן

יש להצמיד לדולאר באופן דידן, דבזה הוי פחות שבמטבעות, ומקולי כתובה שנינו". כלומר כיון שההצמדה לדולר פחותה מההצמדה למדד המחירים לצרכן שעולה לסך מרובה מאוד, יש להקל על הבעל לעניין כתובה ולהצמידה לדולר, שבכך מחד גיסא לא תבטל הכתובה לגמרי ומאידך לא יפסיד הבעל יותר מידי, והוא כעין פשרה לכאורה בעניין זה, שהרי ודאי ערך הדולר אינו מוצמד באופן מדויק לחוב הראשוני, ואין כוונת הדברים שטעם הצמדה זו היא כדי לפורעו במדויק את שהוא חייב לשלם. וע"ע להלן שם עמ' 50.

מכל מקום יש לציין, כי לפי המתבאר באגרות משה ובשבט הלוי הנ"ל, עיקר טעם ההצמדה לדולר הייתה משום שכך היה בדעתם מתחילה, וכפי שהיה נהוג בשנים עברו שכל עסקה משמעותית הייתה נערכת גם כפי ערכה בדולרים, בפרט בקניית דירות וכדומה, ונמצא שיסודה של הצמדה זו לדולר הוא משום אומדן דעתם שכך סברו בתחילה. כך גם מוצגים הדברים בדברי הרב שאנן הנ"ל.

אמנם מנהג ירושלים הנ"ל וכן הוראות הגרי"ש אלישיב והגר"ע יוסף זצ"ל מכוונות יותר לסגנון של פשרה, וכעין המבואר בכנסת הגדולה הנ"ל. ונפקא מינה בזה, במקרה שנישאו בשעה שהמטבע היה יציב, אף שלאחר מכן נשחק ערך המטבע לגמרי, שבאופן זה יש לדון אם ניתן לחייב את הבעל בהצמדת דמי הכתובה לדולר או למדד, אחר שלא ניתן לומר בוודאות שכך הייתה דעתם מתחילה. אמנם נראה שמנהג בתי הדין היה שלא לדקדק בזה, מחמת כל אותן סברות שהזכרנו לעיל, לעניין עצם היחס למטבעות בני זמננו ועוד. וכן משום שכך היה המנהג מאז ומעולם, גם קודם שנות האינפלציה, שעסקאות גדולות נערכות ביחס לדולר וכאמור. על כן נראה שההנהגה הראויה היא כך לעשות, לברר את שווי הכתובה בעת נתינתה ביחס לדולר באותה שעה, וסך זה לחייבו עתה בזמן הגירושין.

הצמדת דמי הכתובה כאשר גם לאחר הפיחות היא עולה לסך גבוה

שאלה מצויה נוספת, נדונה בפנינו בבית הדין בפתח תקוה [ט"ז באייר תשע"ו], בראשות האב"ד הגאון רבי יגאל לרר שליט"א, כאשר סך דמי הכתובה גם לאחר השחיקה של המדד המשמעותי, הגיע לסך רב של 360,000 ש"ח, אם יש מקום מלבד זאת גם להצמיד את דמי הכתובה לשוויה בעת כתיבתה. האב"ד רבי יגאל לרר כתב אז את עמדתו בפסק הדין, שאין להצמיד את דמי הכתובה במקרה כזה למדד המשתנה, אף שיש לחייבו בסך הנקוב הנ"ל, וטעמו, על פי פסק דינו הידוע של רבי שלמה דיכובסקי שליט"א ביושבו על מדין בבה"ד הרבני הגדול [תיק 1687-24-1], הניתן לגבי כתובה שנכתב בה סכום מופרז ביותר, שדנו בו גדולי הדיינים האם ניתן לומר שאומדנא ברורה היא שלא נכתב סכום זה אלא לכבוד בלבד, ואין לכך תוקף מחייב, ויש שבהוראתו זו עניין גם לנדון דידן לגבי הצמדת הכתובה למדד המחירים לצרכן.

וזו לשון פסק הדין:

בתי הדין נהגו לקבוע שסכום מוגזם הכתוב בכתובה אינו סכום של חיוב אלא סכום של כבוד, והוא בגדר אסמכתא בלבד, ולא ניתן לחייבו למרות החיוב שבשטר. השאלה הגדולה היא מה נקרא סכום מוגזם. בזמנו נחלקתי עם חברי בנושא זה. דעתי הייתה, שסכום הגבוה ממאה ועשרים אלף ש"ח נחשב לסכום מוגזם. דעתי זו התבססה על האמור בפירוש הר"ש בסוף מסכת פאה, לגבי הדין שמי שיש לו מאתיים זוז לא יטול מן הצדקה, כי הסכום של מאתיים זוז מייצג פרנסת אדם לשנה שלמה, לכן יש לרדת לדעת של חז"ל בנושא זה, ולקבוע את הסכום הראוי לפרנסת אדם במשך שנה. חז"ל רצו שהאישה לא תחזר על הפתחים לאחר הגירושין, ונתנו לה אפשרות לפרנסת שנה באמצעות קבלת דמי הכתובה. סכום חודשי של עשרת אלפים ש"ח למשך שנה מהווה פרנסה ראויה לכל הדעות. גם סכום נמוך יותר המייצג פרנסה של שלושת אלפים ש"ח עד ששת אלפים ש"ח לחודש נחשב סכום התואם את כוונת חז"ל.

בהתאם לכך, הואיל והרף התחתון שקבע הר"ש דיכובסקי בפסק דינו הנ"ל הוא 36,000 ש"ח, ובתיק שלפנינו התחייב הבעל פי עשרה מסכום זה, סבר הרב האב"ד שליט"א שאין מקום להצמיד את דמי הכתובה ולחייבו ביותר מכך.

על כך השבתי בדבריי בפסק הדין הנ"ל, כי גופה של קביעה מחודשת זו, המוצגת בדברי הר"ש דיכובסקי שליט"א אמנם יכולה הייתה להתיישב על הלב מבחינת עיקר טעם תקנת הכתובה, ולעניין עיקר הכתובה שהוא מאתיים זוז, אולם תמוהה היא הרחבת קביעה זו גם לסכום הנקבע כתוספת כתובה, עד שנקבע שכל סכום היתר על פרנסת אדם לשנה נחשב כתוספת מוגזמת שאין בה ממש, ואינו אלא סכום של כבוד וכאסמכתא בעלמא.

זאת ועוד, אם נקבע שהתחייבותו של הבעל אינה אלא אסמכתא בעלמא ואין בה כדי לחייבו את הסכום הקצוב, אם כן לכאורה בטל חיובו לגמרי, ואין לה תוספת כתובה כלל! והיאך נוכל לקבוע סכום חדש מדעתנו שלא התחייב בו הבעל?!

אמנם הבית יוסף (חו"מ סי' רז) הביא את דעת הרי"ף (ב"מ סא ב מדפי הרי"ף) כי אף שהתחייבות בסך מופרז בטלה, מ"מ נותר בעינו החיוב בסכום הסביר, וזן לשונו שם: "בהמקבל גבי ההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי (קד א), כתב הרי"ף דמכל מקום משלם מה דאפסדיה. ונראה דמשום תנאה חייב, דאע"ג דלא אהני תנאה לאלפא זוזי, משום דגוזמא הוא, מ"מ אהני למאי דאפסדיה".

אולם בהמשך דבריו הביא דעת הרא"ש (ב"מ פ"ט סי' ז) דאם נתחייב סכום מופרז בטלה התחייבותו לגמרי, ולא ניתן לחייבו אפילו סכום מועט, וזו לשונו:

"הרא"ש כתב דהלכתא כוותיה ולא מטעמיה, אלא משום דכיון דנהגו לכתוב אם

אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, אף אם לא נכתב כנכתב דמי, הלכך, כשתסלק תנאו כמאן דליתיה, העמידהו על דינו וישלם מאי דאפסיד. ונפק״מ, להיכא דלא רגילי למכתב אשלם במיטבא וכתב אשלם אלפא זוזי, דלמאי דמשמע מהרי״ף, משלם מיהא במיטבא, ולהרא״ש אינו משלם כלל״.

כמו כן, קשה מאוד לקבוע שסכום מסוים מופרז עד כדי כך ש״דברים שבליבו ובלב כל אדם״ הוא שאין כאן אלא אסמכתא בעלמא, שכן בהתחשב, למשל, בעגמת הנפש - הצער וההוצאות המרובות הנגרמות לאישה על ידי הגירושין, כאשר הבעל מבוסס כלכלית - סכום של כמה מאות אלפי שקלים עשוי להיות סביר בהחלט.

גם אם נסכים לסברת הרב דיכובסקי, אם נדחה את תביעת הצמדת הכתובה רק בגלל הסיבה הזו שסכום הכתובה בו חויב הבעל גבוה מידי, עלינו לנמק מדוע אם כן חייבנו את כל סכום הכתובה, ולא קבענו כי אינה אלא סכום של כבוד. על כן, אין מקום לדחות את הצמדת הכתובה מחמת שעדיין שוויה גבוה, ויש לדון רק לגופם של דברים האם יש דין הצמדה למדד בחוב הכתובה, וככל האמור לעיל.

אם יכולה לומר קים לי כהמהרשד״ם ולהמנע מחיוב גט

כאמור לעיל, יש סוברים שאין להצמיד את דמי הכתובה לשוויה הראשון, אף כאשר נפחתה הרבה. כמו כן, מנהג בתי הדין לפשר בדמי ההצמדה ולא לתת לאישה את כל דמי שוויה כבתחילה. ויש לדון, באופן שבית הדין קבעו חיוב גט, והאישה טוענת קים לי כדעת הסוברים שיש לחייב הצמדה מלאה של דמי הכתובה, והיא מבקשת להמנע על פי טענה זו מלקבל את הגט, האם יש ממש בדבריה.

דן בשאלה זו הגר״ש טנא בברכת שלמה (סו״ס כה), וכך כתב: ״אכן מתעוררת שאלה בנדוננו, אם האישה טוענת קים לי שעל הבעל לשלם במטבע דהשתא, ואם לא ישלם כל הסכום היא מסרבת לקבל גט, האם היא יכולה לאמר קים לי, או להיפך, הבעל יאמר קים לי. נראה כדבר פשוט, כיון שהיא חייבת לקבל גט מטעם ההלכה של עשר שנים ולא ילדה, ותשלום הכתובה הוא כתוצאה מהגירושין, הרי הספק בתשלום הכתובה אינו יכול לגרום עיכוב בגירושין. כי אנו דנים כעת על עצם הגירושין, ולאחר מכן יש לדון על תשלום הכתובה וכו׳. ועי׳ בראנ״ח סי׳ ק״ה הדן בעניין סכסוך של שותפין, וכתב במסקנתו, כיון דעל נתינת הסחורות אין ביניהם מחלוקת, דבין כך ובין כך להנתן קיימי וכו׳, ואין לראובן טענה על גוף הסחורות ועל חיובו לתתם לערל, אלא שהוא טוען ששמעון יקיים לו התנאי ויתנם, אומרים לו לראובן תן הסחורות ואח״כ הבא ראיה על התנאי וכו׳. כמו כן בנדוננו, מאחר שחיוב הגירושין אינו מוטל בספק, אלא הספק הוא מה הסכום שחייב בתשלום הכתובה, הרי היא חייבת לקבל גט ואח״כ להתדיין על הכתובה״.

מסקנת הדברים

1. כאשר לא נעשו שינויים במטבע, וגם שינויי המדד לא היו חריגים אלא אחוז בודד בשנה כפי הרגילות, וסכום הכתובה אינו שונה באופן מהותי משעה שנכתבה, אין מקום להצמדת דמי הכתובה אלא אם כן הותנה הדבר בפירוש. וזאת מחמת כמה טעמים:

א. באופן זה לא קיימת סברת המהרשד"ם שמחמת היות מציאות זו דבר שאינו שכיח לא ראו להתנות על כך בפירוש. **ב.** באופן זה לא ניתן לקבוע שהשינוי נובע מירידת ערך המטבע, ובהחלט יתכן שזהו שינוי הנעשה בערך הפירות. **ג.** גם אם בהלוואה יש מקום וסברא יתירה להצמיד את ערך החוב כדי שלא יפסיד המלווה מן הקרן הראשונית, לגבי כתובה יש מקום לפקפק בסברא זו וכמבואר לעיל, ואף מנהג בתי הדין לפשר בדמי ההצמדה הוא רק כעין פשרה הנעשית על מנת שלא תצא האישה ריקנית בלא דמי כלכלה, וסברא זו אינה קיימת בשינויי מדד סבירים ומקובלים.

2. כאשר נעשה פיחות משמעותי ביותר בערך הכתובה, אינפלציה בלתי צפויה ששוחקת לגמרי את דמי החוב, יש לפשר ולהצמיד את דמי הכתובה או למדד המחירים לצרכן או לשווי הדולר, הכול כראות עיני הדיין ולפי המצב ושווי הכתובה. הנטייה בדרך כלל לגבי כתובות ישנות מעין זו שלפנינו להצמיד את ערכן לדולר, ומשום שכך היה מנהג הסוחרים בעסקאות גדולות וכאמור. לגבי כתובות חדשות יותר תהיה הנטייה להצמיד במקרי קיצון של ירידת ערך, דווקא למדד המחירים לצרכן, שכן נדמה שכיום אין מנהג להעריך מחירו של נכס וכדומה בדולרים, אלא בשקלים.

3. ביטול המטבע המקובל במדינה והחלפתו באחר, כמו שנעשה במדינת ישראל בהחלפת המטבעות מלירות לשקלים ולאחר מכן לשקלים חדשים, אין בו כדי לשנות מהאמור לעיל סעיף 2, ולא קיים לגבי זה הדין האמור בגמרא לגבי מטבע שנפסל לגמרי, שנותן לו מטבע היוצא באותה שעה תוך הצמדה גמורה לשווי החוב שנעשה בתחילה.

4. אין משמעות לגובה סך הכתובה בקביעה האם להצמיד את דמיה למדד או לדולר, ובכל אופן בו נקבע על פי כל האמור כי יש לחייב הצמדה כזו או אחרת, יעשה הדבר גם במקרה שדמיה גבוהים [אין במסקנה זו כדי לקבוע מה דינה של כתובה מופרזת, ובאלו אופנים אם בכלל, נבטל חיובה לגמרי, עניין זה יש לדון בו בנפרד ובהרחבה].

5. אין האישה או הבעל יכולים לעכב את מתן הגט [באופן שקבעו בית דין חיוב גט] בטענת קים לי לגבי הצמדת הכתובה, כיון שהכתובה הוא חיוב הבא כתוצאה למתן הגט ואינו יכול להוות לו תנאי מקדים.

הרב מרדכי רלב"ג
ראב"ד ירושלים

חיוב כתובה כשהגירושין היו בגלל מקום המגורים

פסק דין

רקע ועובדות

לפנינו תביעת כתובה של האישה. הצדדים נישאו בשנת תשע"ג. האיש התחייב לאישה כתובה בסך של 360,000 ש"ח. מנישואין אלו נולדה להם ילדה אחת.

בטבת תשע"ו (ינואר 2016) עזב האיש את הבית. באדר א' תשע"ו (פברואר 2016) פתחה האישה תיק גירושין ושלום בית, וכרכה אליו תביעות נוספות, בהן הכתובה. בחשוון תשע"ז (נובמבר 2016) – התגרשו.

ביה"ד קיים כמה דיונים בעניין הכתובה, ולאחר הדיון האחרון שהתקיים ביום כ"ה באדר תשע"ח (12/3/2018) ביקש ביה"ד הצדדים להגיש סיכומים, ולאחר מכן יינתן פסק דין בעניין.

סיכומי הצדדים הגיעו. נסכם בקצרה את טענות הצדדים כפי שעולה מהדיונים ומהסיכומים.

טענות האישה

א. האיש, מתחילת הנישואין, נהג בפריצות וישנם ראיות שהיה לו קשר אסור. ההתכתבויות שלו איתה מוכיחות שלא מדובר בידידות בלבד כפי שטען, אלא הרבה מעבר לכך.

ב. האיש עזב את הבית כי רצה לחזור לקיבוץ ולא להפסיד זכויות ממוניות שמגיעות לו מהקיבוץ. הוא עזב את הבית בדיוק כשהסתיימה החופשה שלקח מהקיבוץ. יצוין שקודם הנישואין הסכימו שלא יגורו בקיבוץ. לאישה היו נימוקים כבדי משקל שלא לגור בקיבוץ, כגון מוסר ירוד וכו'. נמצא שהוא מרד באישה.

ג. האישה רצתה בשלום בית למרות מעשיו של האיש, אך הוא התעקש על גירושין, ולכן התגרשו בסופו של דבר.

טענות האיש

א. האיש עזב את הבית המשותף לאחר התנהגות קשה של האישה כלפיו, אלימות מילולית ופיזית. יצוין שמדובר בנישואין שניים של האישה, והראשונים הסתיימו כעבור חצי שנה. האישה גם כלאה פעם את האיש בדירה כשרצתה למנוע ממנו להראות את ביתם להוריו, והיה צורך לערב משטרה.

ב. מדובר באישה קשה מאוד, כל מי שאמר דבר שנראה לה שהוא נגדה - הייתה מתלוננת עליו ומכפישה אותו.

ג. האיש גלש באתרים לא צנועים לפני הנישואין ולא במהלכם. הקשר האסור התחיל רק לאחר שכבר עזב את הבית.

ד. מן הראוי היה שהאישה תלך אחר האיש לקיבוץ, שכן האישה הולכת אחר הבעל. טענותיה נגד הקיבוץ אינן נכונות וחסרות שחר.

ה. האישה התנתה ניסיון של שלום בית בתנאי שיבטל את חברותו בקיבוץ. מכיוון שיחסיהם היו מעורערים לא היה האיש מוכן לסכן את עצמו ולא הסכים לתנאי זה. דרישה זו אינה הגיונית, ונמצא שהאישה הכשילה את שלום הבית.

דיון והכרעה

לאחר העיון בחומר שבתיק מחליט ביה"ד כי לאישה מגיעה כתובתה, וכפי שנבאר להלן.

טענות האיש שהאישה קשה נראות מוצדקות בין מצד אופיה ועצם התנהלותה והליכותיה כפי שביה"ד ראה זאת במו עיניו במהלך הדיונים, הוא ראה את ההתנהלות שלה מול גורמים שונים שלא הייתה דעתה נוחה עם החלטותיהם ודבריהם, כגון פקידי הסעד, מנהל מחלקת המיון בבית החולים, ובין מצד גישתה לבעלה כפי שביה"ד ראה את התנהלותה בעניין הסדרי הראייה, הקשיים שהערימה על האיש בעניין זה, סירובה לתת לאב לקחת את הילדה לקיבוץ, ובייחוד נעילת הדלת בפני בעלה, כלומר כליאתו כדי שלא יצא לקחת עימו את הבת לביקור אצל הוריו. בכך, בנוסף לעילת הגירושין של אישה קשה שמצערתו יש עילה נוספת של מאיסה עליי באמתלא מבוררת. ונדון בעילות אלו אחת לאחת לגבי דיני הכתובה. מאידך גיסא, טענותיו שזרקה אותו מהמיטה, שהכתה אותו פיזית או שקיללה את הוריו לא הוכחו.

אישה רעה

אך למרות כל זאת אישה קשה אינה מפסידה את כתובתה ! לא מצאנו זאת בין עילות הפסד

הכתובה כמו שמצאנו במורדת, עוברת על דת, זינתה וכיו"ב, ואדרבה, הגמרא ביבמות סג ע"ב מגדירה אישה קשה כרעה ואומרת שאישה רעה זכאית למלוא כתובתה אף על פי שמצווה לגרשה, וזה לשון הגמרא שם:

הנני מביא רעה אשר לא יוכלו לצאת ממנה - אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: זו אשה רעה וכתובתה מרובה. נתנני ה' בידי לא אוכל קום - אמר רב חסדא אמר מר עוקבא בר חייא: זו אשה רעה וכתובתה מרובה [...] בגוי נבל אכעיסם - אמר רב חנן בר רבא אמר רב: זו אשה רעה וכתובתה מרובה.

האם בכל דרגות "האישה קשה-רעה", אפילו שחייו גיהינום עימה, צריך לשלם כתובתה? מהשוואת שאר דברי הגמ' נראה שאכן גם בדרגה הגבוהה חייב בכתובתה, ונצטט:

ואמר רבא: קשה אשה רעה כיום סגריר, שנאמר: דלף טורד ביום סגריר ואשת מדינים נשתוה. ואמר רבא: בא וראה כמה טובה אשה טובה וכמה רעה אשה רעה, כמה טובה אשה טובה - דכתיב: מצא אשה מצא טוב, אי בגוה משתעי קרא, כמה טובה אשה טובה שהכתוב משבחה, אי בתורה משתעי קרא, כמה טובה אשה טובה שהתורה נמשלה בה; כמה רעה אשה רעה - דכתיב: ומוצא אני מר ממות את האשה, אי בגוה משתעי קרא, כמה רעה אשה רעה שהכתוב מגנה, אי בגיהנם משתעי קרא, כמה רעה אשה רעה שגיהנם נמשלה בה.

קטע זה הובא כחבילה אחת בנידון של הגדרת האישה הקשה הרעה, והבאתו בין בתרי נושאי חיוב תשלום כתובה מורה שבכל דרגות האישה הרעה חייב הבעל בכתובתה.

כלומר, מחד גיסא הגמרא מתארת אישה רעה כגיהינום, כמר ממוות, כיום סגריר, אך מאידך גיסא מדגישה שגם אם כתובתה מרובה הוא חייב לשלם לה אותה במלואה אם מגרשה. בוודאי שלא מדובר בעיקר כתובה, כי אם כן אי אפשר לדבר על כתובה מרובה, שהרי עיקר הכתובה הוא אחיד לכל הנשים, אלא וודאי שכוונת הגמרא לתוספת הכתובה, ומוכח שאינה מפסידה את כתובתה ותוספתה מחמת היותה קשה ורעה.

ביה"ד מדגיש שאינו מתכוון לפגוע בכבוד האישה דנן, ואינו קורא לה אישה רעה, אלא מבהיר שאפילו אישה רעה אינה מפסידה את כתובתה.

כך עמדות בתי הדין בשנים האחרונות, שחייבו כתובה לאישה רעה אף שמצד שני חייבו אותה להתגרש, ראה פסק דין בתיק 884082/1 של ביה"ד בחיפה (הדיינים גמזו, אושינסקי ורוזנטל), פסק דין בתיק 289799/1 של ביה"ד בנתניה (הדיינים זמיר ושינדלר), פסק דין בתיק 1004627/1 של ביה"ד בתל אביב, פסק דין בתיק 1075070/1 בביה"ד הגדול (הדיינים זמיר, נהרי ולוז), פסק דין בתיק 1046097 של ביה"ד בתל אביב (הדיינים רפפורט, קהאן ופרימן).

ההלכה של אישה רעה נמצאת בשו"ע אה"ע סימן קיט סעיף ד, ובהרחבה על כל נושא

אישה רעה עיין בספר משפט השלום שיצא ע״י הנהלת בתי הדין הרבניים ירושלים תשס״ב, ומסקנת ההלכה בפס״ד זה הוא שם בעמ׳ קיא.

אומנם נתייחס בקצרה לעניין זה, למה אישה רעה אינה מפסידה את כתובתה, בעוד שמאידך גיסא מצאנו שאיש שמצער את אשתו חייב לגרשה ולתת לה את כתובתה כמבואר בבבלי כתובות עא ע״ב - עב ע״א גבי המדיר את אשתו שתעשה דברים מבישים או מצערים. איך ייתכן שיהיה כוחה עדיף מכוחו, והרי ידוע שאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת (כתובות עב ע״א)!

ואכן, מצאנו בבבלי מסכת כתובות דף עב עמוד א השוו את כוח האיש לכוח האישה, שכשם שכשמבייש אותה יוציא וייתן כתובה, כך כשהיא מביישת אותו תצא שלא בכתובה:

> **תניא נמי הכי: המדיר את אשתו שלא תשאל ושלא תשאיל נפה וכברה ריחים ותנור - יוציא ויתן כתובה, מפני שמשיאה שם רע בשכינותיה; וכן היא שנדרה שלא תשאל ושלא תשאיל נפה וכברה וריחים ותנור, ושלא תארוג בגדים נאים לבניו - תצא שלא בכתובה, מפני שמשיאתו שם רע בשכיניו.**

וכן פסק השו״ע אה״ע סימן עד סעיף ג.

גם מצאנו במרדכי בכתובות רמז רעג שכתב בשם אחד מהגאונים

> **בתשובת רב פלטוי גאון וז״ל והיכא דארגילו קטטה אם היא מרגלת כמורדת הויא ואין לה כלום ואם הוא דארגיל יש לה כל כתובתה**

כלומר, אם האישה מרגילה קטטה עם בעלה דינה כמורדת ואין לה כתובה. איך אם כן יתיישבו דברי הגמרא והמרדכי הללו עם הראיות שהבאנו לעיל שיש לאישה רעה כתובה?

נראה שהחילוק הוא בין היכא שהאיש מסוגל להמשיך ולחיות עימה, ויכול לחיות עימה חיי אישות, אלא שהיא מצערת אותו, ומחמת כן אין להפסידה כתובתה, שהרי יכולים להמשיך ולחיות כבעל ואישה, כמו שמצאנו אצל גדולי ישראל, רבי חייא ורב, שאע״פ שנשותיהן היו מצערות אותן, ומה שהיו מבקשים מהן היו עושות בדיוק להיפך, מכל מקום קיבלו זאת עליהם ואמרו דיינו שמצילות אותנו מן החטא ומגדלות את בנינו, עיין בבלי יבמות סג:

> **רב הוה קא מצערא ליה דביתהו, כי אמר לה עבידי לי טלופחי - עבדא ליה חימצי, חימצי - עבדא ליה טלופחי. כי גדל חייא בריה, אפיך לה. אמר ליה: איעליא לך אמך! אמר ליה: אנא הוא דקא אפיכנא לה. אמר ליה, היינו דקא אמרי אינשי: דנפיק מינך טעמא מלפך, את לא תעביד הכי, שנאמר: למדו לשונם דבר שקר העוה וגו׳. רבי חייא הוה קא מצערא ליה דביתהו, כי הוה משכח מידי, צייר ליה בסודריה ומייתי ניהלה. אמר ליה רב: והא קא מצערא ליה למר! א״ל: דיינו**

שמגדלות בנינו, ומצילות אותנו מן החטא. מקרי ליה רב יהודה לרב יצחק בריה: ומוצא אני מר ממות את האשה, א"ל: כגון מאן? כגון אמך. והא מתני ליה רב יהודה לרב יצחק בריה: אין אדם מוצא קורת רוח אלא מאשתו ראשונה, שנאמר: יהי מקורך ברוך ושמח מאשת נעוריך, וא"ל: כגון מאן? כגון אמך! מתקיף תקיפא, ועבורי מיעברא במלה.

אומנם במקום שהדבר בלתי נסבל ואינו יכול לחיות עימה חיי אישות עד שנאלץ לעזוב את הבית ואינו מסוגל לחיות עימה חיי אישות בשל סיבה זו – בזה בוודאי מפסידה כתובתה ודינה כמורדת, כמו שכתב רב פלטוי גאון.

יסוד זה שדווקא פגיעה בחיי האישות נוגע לחיוב הכתובה בא לידי ביטוי בכמה מקומות, עיין למשל שו"ת רעק"א חדשות סימן נא שמחלק בין באה מחמת טענה של בעינן חוטרא לידה שמפסידה תוספת ובין טוענת שאין לו גבורת אנשים שמקבלת את כל כתובתה:

מתוס' יבמות ס"פ הבע"י דאין לפטרו מדין תוספת כתובה באומדנא דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה לידה דנשאת לו רק אדעתא דאישות. לענ"ד כוונת תוס' כיון דידוע לו דנישאת רק ע"ד אישות הוי כנתחייב לנהוג לה אישות ובאם לאו ראוי' לה להיות נפקעת ממנו, א"כ משום הכי לא מקרי מפקעת עצמה לומר לגביה אדעתא למשקל ולמיפק, דכל שא"א לו לנהוג לה אישות כראוי ראוי לה להפקיע עצמה ממנו.

כלומר, במקום שתנאי יסודי של הנישואין אינו מתקיים נחשבים הם כפקעו, ולכן לא היא זו שמפקיעה את הנישואין במקרה כזה ואינה מפסידה את כתובתה מחמת שתובעת גירושין. עיין גם בשו"ת משפטיך ליעקב חלק ז סימן ה אות ג שהאריך בביאור הדברים.

לפיכך במקרה שלפנינו אישה רעה או קשה יש לברר האם המצב הגיע לידי כך שבעלה לא יכול היה לחיות עימה, ואם התשובה חיובית – תפסיד את כתובתה.

בנדון דנן ברור לנו שהאיש עזב את אשתו שלא מחמת שהייתה מצערת אותו, אלא מפני שחשש להפסיד את חברותו בקיבוץ. לולא זאת – לא היה עוזב אותה והיה ממשיך לחיות עימה. וראיה לכך, שלטענתו הוא הציע לאשה לבוא להתגורר עימו בקיבוץ, אלא שהאישה סירבה. לפיכך ברור לנו שאע"פ שהיא אישה קשה אין לה להפסיד את כתובתה מחמת כן.

נסתחפה שדהו

על הנ"ל, בעניין התנהגות האישה ואופייה, יש להוסיף שהאיש טען בדיון שהתקיים ביום כ"ז באלול התשע"ז (18/09/2017) שהאישה סובלת מדיכאון לאחר לידה, וההתנהגות הרעה

שלה התחילה לאחר הלידה, ואם כן נסתחפה שדהו ואין להפסידה כתובתה מחמת כן. אולם צריך עיון אם אפשר להחיל זאת על התנהלותה לאחר זמן ארוך מהלידה.

הפסד כתובה מפני שלא הלכה אחר בעלה למקומו

גם אין להפסידה כתובתה מחמת שלא רצתה לעבור עימו לקיבוץ, היות שהסכים להתנאת האישה לפני הנישואין שלא לגור בקיבוץ, וכך הוכיח גם במגוריו בעיר לאורך זמן עימה, ולא מועילה מחשבתו שתנאי זה יהיה קיים רק אם תתנהג כהוגן לבטל את הדברים המפורשים שנאמרו.

סימוכין, ראה בדיון מיום כה באדר תשע"ח (12/3/2018), דברי העדה, מנהלת הקהילה בקיבוץ, בשורות 50-52:

> **באמצע נובמבר הוא הגיע עם ד' ואז הכרנו פעם ראשונה, הוא הודיע לי שהוא מתכוון לעזוב את הקיבוץ, סיכמנו שזה יהיה בסוף דצמבר 2015 הנחתי אותו ליצור קשר עם מנהל הכספים לקבל פרטים ומדע על עזיבה של קיבוץ.**

דברים דומים אמרה העדה גם בהמשך, בשורה 186. זה מאשש את דברי האישה בדיון מיום ד' באדר תשע"ח (19/2/2018) שורות 45-48:

> **לפני שהתחתנו יש לי הודעה טקסט שאמרתי לו שאני לא רוצה לגור בקיבוץ גם אם ישלמו לי כסף. כל ימי גרתי בעיר, באתי מבית מסורתי שמרתי טהרת המשפחה הלכתי כל חודש למקווה, הוא סיפר לי על הקיבוץ, על אחיו על חילופי זוגות בבריכת הקיבוץ, על סמים. לא רציתי לגדל את הילדים שם. הוא עבר לגור איתי בארנונה לפני הנישואין. הבאנו ילדה. הוא הפר את ההסכם הזה. חודש קודם שעזב את הבית הלכנו ביחד והודענו שהוא עוזב את הקיבוץ**

דברים דומים אמרה האישה בדיון מיום כ"ז באלול תשע"ז (18/9/2017) שורות 60-64 ובשורות 120-124.

יש לציין כי האיש בחקירתו ביום כ"ז באלול תשע"ז הודה בצורה מסויגת על הסכמתו מלכתחילה למגוריהם המשותפים מחוץ לקיבוץ, אולם תוך כדי חקירה הוא הודה הודאה גמורה. וכך נאמר שם (שורות 138-146):

ביה"ד: גרתם ביחד לפני החתונה?

האיש: כשנה, גרנו בירושלים.

ביה"ד: דיבתם על כך שתגורו בירושלים?

האיש: היא העלתה את הנושא הזה, אמרתי לה שאני מסכים בתנאי שהכל יהיה בסדר בינינו.

ביה"ד: על דעת זה נישאתם? גרתם ביחד בירושלים, דיברתם איפה תגורו האם סוכם שתגורו בירושלים ולא בקיבוץ?

האיש: אמרתי לה שאם הכל יהיה בסדר אנחנו נגור בירושלים.

ביה"ד: האם אדם מתחתן עם מישהו ואומר לו שלא יסתדר אתו?

האיש: אני חשבתי על האופציה של הקיבוץ, לדעתי זה היה רק ענין לשכנע אותה.

עולה שבשאלה נבונה של ביה"ד על עמדותיו הקודמות התמוהות, שהרי כל מה שקשור להסכמה על הנישואין הוא על מה שכן מסתדרים, ואיך עושים תנאי על מה שלא מסתדרים? הוא נדחק לפינה ושייר לעצמו את מה שחשב במחשבתו בלבד שהוא ישכנע אותה במהלך חיי הנישואין לאופציה של הקיבוץ. בכך הסתכמה כבר הודאתו שהוא הסכים מלכתחילה לתנאי שלה שיגורו בירושלים ולא בקיבוץ, אלא שחשב לתומו שבעתיד ישכנעה לעבור לקיבוץ. לפיכך קובע ביה"ד כי התנאת האישה מלכתחילה על אופן מגוריהם בנישואיהם בעיר ירושלים תופסת, ואילו תקוותו במחשבתו אינה אלא דברים שבלב ואין בה כוח לבטל את ההסכמות המפורשות.

להוציא מכרך לכפר

מלבד זאת, גם אם לא היה הסכם או תנאי כזה מלכתחילה לא יוכל האיש לכפות את אשתו לעזוב את ירושלים ולעבור לגור בקיבוץ, מפני שאין הבעל רשאי להעביר את אשתו מכרך לכפר, שכן השו"ע אה"ע סימן עה כותב "ואינו יכול להוציאה ממדינה לכפר ומכפר למדינה".

רוע"ז

היה מקום להסתפק האם במקרה דנן הבעל רעה בשדות זרים ומעל באשתו בזמן שהיו נשואים. אומנם הראיות המחשידות לכך הן רק מתקופת הפירוד: הוא טען בבית הדין וחזר על כך בסיכומים שהיו לו עם גב' י' רק קשרי ידידות, אך הוצגו מסרונים שהם מעבר לכך, והוא לא טרח אפילו להכחיש אותם. יצוין שבאותה תקופה עדיין ביקשה האישה שלום בית, ואם כן עדיין לא נפרדו דרכיהם באופן סופי, ונמצא שבבגידתו, מלבד עזיבתו את הבית, סתם את הגולל על אפשרות שלום הבית, ומאותו זמן ואילך יכולה הייתה לדרוש גירושין ולקבל את כתובתה, כמו שפסק האגודה יבמות סה ע"א

פעם אחת בא מעשה לידי לאה טוענת על ראובן (שהיה) [שהוא] רועה זונות והוא כופר. ופסקתי שאם תביא עדים שהוא כן יוציא ויתן כתובה. איבעית אימא קרא. איבעית אימא גמרא. איבעית אימא סברא. קרא דכתיב [בראשית ל"א] אם תקח נשים על בנותי. איבעית גמרא דאמרינן הכא והוא דאפשר בסיפוקייהו ובנדון זה כתיב [משלי כ"ט] ורועה זונות יאבד הון. ואיבעית אימא סברא דגרע מכל הנהו דפרק המדיר [ע"ב ע"א].

הרמ"א פסק אותו בשו"ע אה"ע קנד סעיף א. אומנם הרמ"א הביא את דבריו לעניין חיוב גט ולא הזכיר את עניין הכתובה, אך אין סיבה לומר שלא יפסוק כמותו גם בעניין הכתובה. אומנם מדברי הבית שמואל שם בסק"א נראה שאין לה תוספת כתובה אם תובעת גירושין, אך כבר חלקו עליו, גם עיין חזון איש כתובות סט אות כב. מלבד זאת בנדון דנן נראה שגם הבית שמואל יודה, שהרי האיש ביקש להתגרש תחילה ולא האישה.

קשר זה מצטרף לעובדת היות האיש נוהג להתכתב .. באינטרנט, עד כדי כך שהאישה ביקשה שיוציאו את האינטרנט מהבית! יצוין שמדובר באנשים חילוניים שאצלם האינטרנט אינו בבחינת מוקצה. האיש טען שההתכתבויות נעשו קודם הנישואין, אך קשה מאוד לקבל זאת לאור העובדה שהיו צריכים מחמת כן להוציא את האינטרנט מהבית. אולם במקרה שלפנינו, שדרך האישה להוביל שדעתה תהיה הקובעת, הרי בחשדותיה בו יש לומר שהובילה למעשה לפעול כדעתה, ולכן ראיה זו מוטלת בספק.

עוד צריך לדעת שיש לנו מגבלה בהגדרה של רוע"ז, כפי שנפרט להלן.

האגודה שם, מובא בדרכי משה הארוך באבן העזר סימן קנד אות כא, כותב "ודווקא שהעידו העדים שראו אותו עם מנאפים או הודה מעצמו. ועיין שם עוד שבפחות מזה לא ייקבע כרוע"ז משום שראינו שכמה נספים בעלילות שקרים. וכן כתב הרמ"א שם, אבן העזר קנד סעיף א:

מי שהוא רוע"ז ואשתו קובלת עליו, אם יש עדות בדבר, שראו אותו עם מנאפים או שהודה, יש אומרים שכופין אותו להוציא, אבל משום שמביאין לו ילדים נכריים אין לחוש, דילמא משקרים עליו [...] ודווקא שיש לאשה עדים שיעידו על כך, ואין להחרים אחר עדות זו, דכל ישראל בחזקת כשרות, וכן הוא בתשובת מהר"ם (מרוטנבורג)

לפיכך, בענייננו כל הראיות שהביאה האישה אין בהם עדות המוכיחה לגמרי על קיום קשר אסור, אלא כמו שהוגדר בסיכומי התשובה מטעם האישה בסעיף 7 – "הבעל יצר קשר רומנטי עם". לפיכך אין בראיות האישה אלא הוכחות לקשר של גילויי אהבה בלבד, והאיש נשאר בחזקת כשרותו.

לאחר שבררנו, שאין בנידוננו נימוק נוסף של חיוב בכתובה מצד היות האיש "רועה זונות" (אלא שחייבנוהו בכתובה מסיבות אחרות), ברצוננו לדון האם יש נימוק נוסף שאין לחייבו מצד רוע"ז, כדלהלן. כידוע עד היום, בפסקי הדין מזכירים בהקשר של רוע"ז את הנימוק שהעלה האגודה בסימן עז מצד הפסוק במשלי "רועה זונות יאבד הון". אולם צריך לדעת שלזאת יש הגבלה אם הדבר יגרום או לא יגרום שלא יהיה בידו לספק את מזונותיה אפילו כעני שבישראל, כי דיו לבא מן הדין להיות כנדון, שרק בשיעור כזה יהיה חייב לגרש, ובא ומחדש האגודה שאם הוא מוחזק בשיטתיות כזו הרי ודאי שבסופו יגיע לידי כך, ודנין אותו כבר עכשיו על שם סופו, שהסתמכות דבריו על הגמרא ביבמות סה ע"א האומרת "והוא דאפשר למיקם בסיפוקייהו", ובנידון זה כתוב "ורועה זונות יאבד הון". כלומר, האגודה הגביל שהוא עד כדי שיעבור את האפשרות של סיפוק הצרכים המינימליים שזקוקה להם האישה.

לפיכך בנדוננו, מכל הראיות שהביאה האישה לא קיבלנו תמונה של מצב עכשווי או עתידי שפזילתו לאישה אחרת באותן הנתונים יגרמו לו בוודאות לאבד את הונו. לפיכך נפל לנו כל הבניין של נימוק זה.

וכך דן החכם צבי בתשובה סימן קלג, הובאו דבריו בבאר היטב אה"ע קנד סעיף א ס"ק ו, "ראובן שבא על אשת איש וחוזר בתשובה, ואשתו תובעת ממנו גט וליתן לה כתובה", ופסק שם שאין כופין אותו להוציא, שאינו דומה לרוע"ז שמוחזק לכך ועומד במרדו, ורועה זונות יאבד הון וסופו לא יהיה בידו לפרנסה, ושונה כאן ששב בתשובה.

הרי לנו שיש תמיד למדוד האם הוא מוחזק לכך וסופו שלא יהיה בידו לפרנסה, ורק אם כן נדון אותו כרוע"ז.

עם זאת, יש לציין שהאגודה הסתמך בדינו לכפות רוע"ז לגרש ולתת כתובה על שני נימוקים נוספים.

הנימוק הראשון הוא מכוח הפסוק בבראשית לא "אם תקח נשים על בנותי". האגודה דימה מוחזק רוע"ז לנושא נשים נוספות על אשתו. והנה, מסקנתו ההלכתית טעונה עוד בירור רב, שהרי בשו"ע אה"ע א סעיפים ט-י כתב:

> **נושא אדם כמה נשים, והוא דאפשר למיקם בסיפוקייהו. ומ"מ נתנו חכמים עצה טובה שלא ישא אדם יותר מד' נשים, כדי שיגיע לכל אחת עונה בחודש. ובמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אינו רשאי לישא אשה אחרת על אשתו.**
>
> **רבינו גרשום החרים על הנושא על אשתו, אבל ביבמה לא החרים, וכן בארוסה. ולא פשטה תקנתו בכל הארצות. ולא החרים אלא עד סוף האלף החמישי**
>
> **טוב לעשות תקנה בחרמות ונידויים על מי שישא אשה על אשתו.**

מבואר שמדאורייתא אין מניעה מלישא עוד נשים על אשתו, למרות הפסוק בבראשית הנ"ל "אם תיקח נשים על בנותי". ראה גם דברי רש"י בבבלי יומא עז ע"ב ד"ה ואם: "השביעו ליעקב שלא יוסיף להן נשים צרות". משמע שרק מכוח השבועה יכול היה למונעו, וכדמוכח שם מרש"י בד"ה הקודם, שעל אזהרתו שלא ימנע אותן מתשמיש נמנע רש"י מלומר השבעה, כיוון שזהו מעצם חיוב הנישואין, להבדיל מלשאת צרות, שהיא רק התחייבות צדדית בדרך השבעה. זאת כמנהג בני ספרד שמשביעים שלא יישא אישה אחרת עליה, משום שאין עליהם חרם דרבנו גרשום.

לכן דברי האגודה בזה טעונים בירור, ואי אפשר להסתמך למעשה על נימוק זה בטרם מיצוי הבירור.

הנימוק השני הנוסף שהביא האגודה הוא "ואי בעית אימא סברא, דגרע מכל הנהו דפרק המדיר". נראה שכיוון לאמור בבבלי כתובות עב ע"א: "המדיר את אשתו שלא תשאל ושלא תשאיל נפה וכרה רחיים ותנור יוציא וייתן כתובה מפני שמשיאה שם רע בשכנותיה". היינו שמספיק גרימת צער כזאת כדי לקבוע שיוציא וייתן כתובה. עיין שם דוגמאות נוספות. לכן מסיק האגודה שכל שכן שגרימת צער כזו, שלשכניה נודע שבעלה בגד בה, וכן צערה העצמי על הפרת האמון האישי, די בה כדי לחייב גירושין ולתת כתובה.

מודד זה למד גם הרשב"א בשו"ת חלק ז סימן תעז מאותו מקור בכתובות, וזה לשונו שם:

> **ומכל מקום אם הדבר מסופק לב"ד מי הגורם או אפי' הגיעו לדבר ברור איני רואה שיהיו ב"ד יכולין להשביעו שלא לעשות כן אלא גוערין בו ומיסרין אותו ומודיעין אותו שאם יכה שלא כדין שהוא חייב להוציא וליתן כתובה שאפי' על שאר הדברים שאין לה כל כך צער כגון שמדירה שלא תלך לבית אביה או לבית האבל ולבית המשתה או אפי' שלא תשאיל נפה וכברה לחברותיה או שלא תשאל מהם הוא מוציא ויתן כתובה כל שכן במכה ופוצע ומצערה בגופה.**

בנידוננו יש להסתפק האם הגיעו לדרגה האמורה במקורות הנ"ל, וקשה להוציא מהם מסקנה של חיוב גירושין וכתובה.

זאת ועוד, לטענת הבעל, הקשר שיצר הבעל היה רק לאחר שהפרידה ביניהם הייתה עובדה מוגמרת. ואין להחשיבו כרוע"ז עם נשים אחרות בעודו חי בזוגיות עם אשתו.

מרידה

האיש עזב את הבית המשותף, ועבר לגור בקיבוץ. בתחילה אמר לאישה שהוא נוסע לחופשה, אך אח"כ החופשה הפכה לעובדה מוגמרת. נמצא שהוא מרד באשתו, ודינו מפורש בשולחן ערוך אבן העזר עז סעיף א

המורד על אשתו ואמר: הריני זן ומפרנס, אבל איני בא עליה מפני ששנאתיה, מוסיפין לה על כתובתה משקל ל״ו שעורים של כסף בכל שבוע, וישב ולא ישמש, כל זמן שתרצה היא לישב; ואף על פי שכתובתה הולכת ונוספת, הרי הוא עובר בל״ת, שנא׳: לא יגרע (שמות כא, י); ואם היא רוצה, כופין אותו מיד להוציא וליתן כתובה.

כלומר, הדין הוא שחייב לשלם לה את מלוא כתובתה, וכל שכן אם לא רק שאינו בא עליה אלא גם אינו גר עימה.

אלא שהאיש בנדון דנן טען שאומנם הוא עזב את הבית, אך הייתה לכך סיבה: האישה יזמה את הגירושין והביאה לכך במו ידיה. אומנם היא טענה בדיון הראשון בביה״ד שהתקיים בסוף אדר ב תשע״ו שרצונה בשלום בית, אך היא הכשילה את שלום הבית, היא התנתה את השתתפותה בטיפול זוגי בעזיבת האיש את הקיבוץ, היא אמרה לאיש שרצונה בגירושין, שרוצה לחיות עם אחרים, וכהוכחה לכך הביא הקלטה שהקליט אותה קודם עזיבתו את הבית, והביא גם תמליל של ההקלטה.

יצוין שבלא ספק הקלטת האישה למעלה מחודש בטרם הגיש מי מהצדדים תביעת גירושין מעוררת תהיות. מלבד זאת, מהתמליל עולה שהאיש הסתיר מהאישה שבכוונתו לשוב לקיבוץ. כאשר האישה גילתה זאת היא כעסה מאוד, ותוך כדי השיחה היו חילופי דברים ואמירות בעניין הגירושין, אך ברור שמאמירות שנאמרות בשעת כעס אין למהר ולהסיק מסקנות, אמירות כגון שתלך עם מישהו אחר וכו׳. בעניין הכשלת הטיפול הזוגי, כבר ביררנו לעיל שהאישה לא הייתה אמורה ללכת אחר הבעל לקיבוץ, ולפיכך התנאי של עזיבת הקיבוץ בתמורה לשלום בית הוא צודק לחלוטין. נמצא שלא האישה הכשילה את שלום הבית אלא האיש.

לפיכך האיש מרד באישה ולא להיפך, והוא הכשיל את שלום הבית.

מסקנות

ביה״ד פוסק שהאישה זכאית למלוא כתובתה בסך של 360,000 ש״ח. עם זאת, במידה ואין באפשרותו לשלם זאת בתשלום אחד, ישלם הבעל לאשה את הסדר הנ״ל בהסדר תשלומים שיגיעו עליו הצדדים.

הרב אוריאל לביא
אב"ד ירושלים

כתובה שנקוב בה סכום גבוה מאוד

לעיתים עולה לדיון תביעת האשה לתשלום הכתובה, לאחר שנקבעה זכאותה לכתובה ותוספת הכתובה, ומתעוררת השאלה האם כשבשטר הכתובה נקוב סך חצי מיליון או מיליון שקל, שאלו סכומי כסף גבוהים מאוד, האם לחייב את הבעל בתשלום כתובה בסכום כה גבוה.

הכתובה מחייבת ככל שטר, אף שנקוב בה סכום גבוה ולבעל אין יכולת כלכלית

נקדים ונקבע כי מבחינה עקרונית, שטר הכתובה הוא מסמך בר תוקף ומחייב, גם אם הסכום הנקוב שווה ערך לכל רכושו של הבעל, עיין במשנה במסכת נדרים דף סה ע"א:

> **"מעשה באחד ... והיתה כתובתה ארבע מאות דינרים, ובא לפני רבי עקיבא, וחייבו ליתן לה כתובתה. אמר לו: רבי, שמונה מאות דינרין הניח אבא, נטל אחי ארבע מאות ואני ארבע מאות, לא דיה שתיטול היא מאתים ואני מאתים? אמר לו רבי עקיבא אפילו אתה מוכר שער ראשך, אתה נותן לה כתובתה."**

הרי שאותו בעל חויב בתשלום מלוא סכום הכתובה, למרות שזהו כל רכושו, ולא עלה על דעת רבי עקיבא לקבוע אומדנא שעל דעת כן לא התחייב, שיאלץ להעביר את כל רכושו, או אף את שער ראשו, כתשלום עבור הכתובה.

וכן נציין למשנה בתחילת פרק אף על פי (כתובות נד ע"ב): "אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף".

ושם בגמ' על משנה זו שואלת הגמרא: "פשיטא", הרי שחיוב זה של מאה מנה הרשומים בשטר הכתובה הוא מחייב והדבר פשוט לגמרא, ולא עלה על דעת הגמ' או הראשונים לבאר שיש לדבר קצבה, וכי אם בשטר הכתובה נקוב סכום הגבוה מאותה קצבה, אינו חייב מפני ריעותא של אסמכתא או ריעותא אחרת.

ומצאתי שכך מפורש בתשובת מהרי"ק שרש פא, שכתב וז"ל:

> **"דההיא תוספת הנזכרת בתלמוד ובפוסקים, היינו שמוסיף לה לפי דעתו וחיבתו עמה ואין לדבר קצב אלא כל איש אשר ידבנו לבו, והיא התוספת הנזכרת בכל מקום בתלמוד כההיא דריש פרק אעפ"י (דף נו) דאם רוצה להוסיף אפילו מאה מנה מוסיף".**

ובפירוש מלאכת שלמה על המשניות במסכת כתובות ריש פרק אע״פ, הביא את דברי מהרי״ק.

כידוע ״מאה מנה״ שווה ערך למאתיים זוז כפול חמישים. וכתב הר״ש (פאה פרק ח משנה ח): ״מאתים זוז – שיערו חכמים שזהו שיעור הוצאתו במזונות ובמלבושיו לשנה״.

וכן בפירוש הרא״ש (פאה שם): ״מאתים זוז – שיערו חכמים שזהו הוצאת אדם לשנה למזון ולפרנסה״.

וכן בפירוש רבי עובדיה מברטנורה (שם): ״מאתים זוז – קים להו לרבנן שאלו מספיקים לשנה אחת לכסות ולמזונות״.

ובפירוש תפארת ישראל (שם) כתב:

> **״בזמן הש״ס הוה סגי בהכי לפרנס את עצמו בהן ובכך סגי ליה לשנה לכסות ומזונות, ומצאתי כתוב דלהכי תקנו מאתיים זוז לבתולה, שלא תצטרך לצדקה שנה תמימה״.**

וכן בשו״ת הרשב״ש (סימן שסא) כתב:

> **״ופרשו המפרשים דמאתיים זוז ששנינו שערום חכמים כדי מזונות ומלבושין לשנה״.**

לפי זה, בזמן חז״ל, כשהחתן התחייב לכלה מאה מנה, זו היתה התחייבות של פרנסת אדם למשך חמישים שנה, ואף על פי כן שנינו במשנה שזו התחייבות ברת תוקף, ולא פקפק בכך אדם מעולם לטעון שההתחייבות של מאה מנה אינה מחייבת בהיותה מופרזת, מאחר שנעשתה לכבוד בלבד, או שהיא בגדר ״אסמכתא״ וכיוצא בזה, טענות שעלו כעת לדיון על כמה דיינים.

והנה הרמב״ם בהלכות אישות פרק י׳ הלכה ז׳ הביא את דין המשנה, ובמקום ״מאה מנה״ כתב ״ואם רצה להוסיף לה אפילו ככר זהב, מוסיף״. והנה משקל ככר זהב המוזכר בתורה הוא 42.5 ק״ג וכן עולה מדברי רבי אברהם בין הרמב״ם על שמות פרק לח פסוק כו שהככר הוא משקל 3000 סלעים שכל אחד משקלו חמשה דרהם, והדרהם של הרמב״ם משקלו 83.2 גרם, הרי שמשקל הככר עומד על 42.5 ק״ג.

ועיין בספר מדות ושיעורי תורה עמ׳ תמד שככר של חול הוא בין 21 ק״ג ל25 ק״ג. ובמחיר הזהב כיום ערכה של ככר זהב של 25 ק״ג עומד על סך 4 מיליון שקל בקירוב. וגם ביחס לככר המצרי הנזכר בפירוש ר״א בן הרמב״ם, שיתכן שאליו כיוון הרמב״ם, הרי שביחס אליו כתב הר״א בן הרמב״ם שם: ״שהככר המצרי מאה רטל מצריי והרטל מאה וארבעים וארבעה דרהם ובכן יתרון הככר של התורה על הככר המצרי ארבעה רטלים ושתי אונקיות של מצרים״.

לפי החשבון עולה שהככר המצרי הוא 11.952 ק״ג זהב, שגם הוא עומד כיום על כשני מיליון שקל, ופשיטא שגם בזמן הרמב״ם היה סכום עצום ביותר, והמתחייב בו בכתובה, חייב ללא בחינת מעמדו הכלכלי, בחינה שאינה מוזכרת במשנה ובגמ׳ ובכל הפוסקים. אלא אדרבה, בתוספות (כתובות נד ע״ב ד״ה אף על פי) כתבו:

> **״תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אף על פי שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב והואיל ונתחייב אפילו נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים הם משתעבדים אף על פי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום אדם משעבד דבר שלא בא לעולם כיון דכתב ודעתיד אנא למיקני כדאמרינן במי שמת (בבא בתרא קנז ע״א ושם), אבל אותו שאין לו היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן, כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם. ושאל ר״י לרבי אליהו והשיב לו דמצינו כענין זה בפרק השוכר את הפועלים (בבא מציעא דף צד ע״א) דתניא מתנה שומר חנם להיות כשואל ופריך במאי בדברים ומשני בשקנו מידו משמע בכל ענין אף על פי שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה״.**

וכן כתב בספר שיטה מקובצת (על המשנה שם): ״ומיהו נהגו שכותב החתן לכלה מאה ליטרין אף על גב שאין לו שוה פרוטה וכו׳, עיין בתוספות ובפסקי הרא״ש ז״ל״.

ובמסקנתו זו דחה השטמ״ק את ההו״א שהעלה קודם לכן במה שכתב:

״מכל מקום יש לדחוק לישנא דמתני׳ ולמימר דלא איירי מתני׳ אלא דוקא ביש לו והא דקתני אפילו מאה מנה לאשמועינן אף על גב דאיכא כיסופא טובא דזה כתובתו מרובה וזה מועטת״.

וכידוע מעשים שבכל יום שאין נוהגים לחייב בכתובה רק את הסכום שכבר היה לחתן בעת עומדו תחת החופה, אלא כמסקנת השיטה מקובצת עפ״י התוס׳ והרא״ש.

העולה מהאמור: אותו חתן המוזכר בדברי התוספות היה גברא ערטילאי, שאפילו שווה פרוטה אין לו, ואף על פי כן: אם יכתוב לכלה סך מאה ליטרין, שהוא ודאי סכום מאד מופרז עבור חתן חסר-כל, הכתובה בתוקף, ולא עלה על דעת אדם מעולם לבטל כתובה כזו בטענה שעבור חתן זה הכתובה היא מופרזת, וכי הסכום נכתב לכבוד בעלמא או שזו אסמכתא. ועיין בשיטה מקובצת (שם) שדברי התוספות עולים מלשון המשנה, בה נכתב שאפילו ״מאה מנה״ יכול להתחייב בכתובה, ומשמע שהחיוב בתוקף גם אם אין לו סכום כזה והוא עבורו גבוה מאד, ולא מצינו שהראשונים התנו את תוקף החיוב בכפוף למנהג שנהגו להתחייב בכך.

אילו סברו הראשונים והפוסקים שיש לבטל תוקף כתובה מופרזת לא היו סותמים הדברים, והיו מגלים אוזנינו שעל כל פנים צריך לעיין בכל מקרה לגופו, אם זהו סכום מופרז. מסתימת

דבריהם מוכח ללא ספק שאין גבול לגובה סכום הכתובה. והדין כן מאחר שלא מצינו אף פסיקה אחת בפסקי הראשונים והשולחן ערוך ונושאי כליהם לביטול התחייבות עקב הפרזה.

כן נציין את מאמרו של הגאון הרב דוד לבנון שליט"א אב"ד בית הדין באשקלון (שורת הדין ח עמודים ער-רצג) שהאריך בנושא זה, והעלה שיש תוקף לכתובה שבה נקוב סכום מופרז, וכן פסקו בבית דינו לאחר התייעצות עם הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל.

טענת אסמכתא אינה רלבנטית בכתובה שנקוב בה סכום גבוה

ההתחייבות לתוספת כתובה בתוקף גם אם התחייב בסכום גבוה מאוד, והלכה זו אינה דומה לסוגיית "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי" (בבא מציעא קד).

אין ללמוד מהא ד"אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי", מפני שבאותו נידון ייחשב אסמכתא, וקיימא לן "כל דאי הוי אסמכתא". אבל בכתובה, ההתחייבות אינה התחייבות של "דאי" - דהיינו התחייבות שתבוא לעולם רק אם ולאחר שיארע מאורע כזה או אחר - אלא זו התחייבות מוחלטת להשתעבד ולהתחייב כבר במעמד הנישואין, כנגד התמורה המתקבלת בעת הנישואין. להלן נבסס קביעה זו.

חיוב הכתובה חל מעת הנישואין

הרמב"ם (פרק טז מאישות הלכה ג) כתב:

> **"כבר הודענו שחכמים תקנו כתובה לאישה ודין התוספת כדין העיקר, ולא תקנוה לגבותה כל זמן שתרצה אלא הרי היא כחוב שיש לו זמן, ואין הכתובה נגבית אלא לאחר מיתת הבעל או אם גירשה".**

וכן היא לשון שולחן ערוך (אבן העזר סימן צג סעיף א) - "הכתובה הרי היא כחוב שיש לו זמן" וכן משמעות מהלשון בגמרא (כתובות דף פא ע"א) - "לא ניתנה כתובה ליגבות מחיים", ומשמע שרק הגבייה לא ניתנה להיגבות מחיים, אבל החיוב עצמו הוא מחיים, והדין נותן כך שהרי בכל שטר כתובה הנוסח הוא "ויהיבנא ליכי" וכו' וכן שאר הנוסח מוכיח שכעת ומעכשיו החתן נותן, ולכן הדברים מנוסחים בלשון הוה ולא בלשון עתיד. ועל פי זה מתבארים דברי הבית שמואל (סימן קטו ס"ק ח) שבספק אם אירע אירוע שיש בו לשלול את זכותה לכתובה, דינו של הבעל כטוען "איני יודע אם פרעתיך", מפני שהחוב וודאי והפירעון ספק.

וכן עולה מדברי הרי"ד שהביא השיטה מקובצת במסכת כתובות דף עב ע"א, בסוגיית עוברת על דת, שכתב וז"ל:

"קשיא לי בעל נמי אם נודר ואינו מקיים יוציא ויתן כתובה שקובר את בניו. ועוד שקובר את אשתו דכתיב אם אין לך לשלם למה יקח משכבך מתחתיך. ונראה לי דכ"ש הוא האשה שהיא מפסדת דינה ומה שראוי להנתן לה המשועבד לה בעת שנשאה, קנסינן לה שתצא בלא כתובה, כ"ש בעל דלא מפסיד מידי, אלא מה שנשתעבד לה דיוציא ויתן כתובה".

הרי שהיה פשוט להרי"ד שחיוב כתובה לאשה מעת הנישואין הוא כבר משועבד לה וזהו הפסד ממשי של דבר השייך לה, כשמפסידה אותו בהיותה עוברת על דת, לעומת בעל עובד על דת המחויב בכתובה, אינו "מפסיד מידי" בעת קביעת חיובו, כי הסכום הנקוב בשטר הכתובה כבר משועבד לאשה. וכן הוא בדבריו בתוספות רי"ד (בסוגיא שם).

וכן בספר פני יהושע (כתובות פא ע"א) קבע שמועד חיובו של הבעל הוא מועד כתיבת שטר הכתובה בעת הנישואין, וזו לשונו:

"על כרחך דאפילו למאן דדריש מדרש כתובה, לאו משום דאין החיוב חל אלא בסוף. דודאי עיקר החיוב חל מעיקרא משכנסה, אלא שקבעו זמן הפרעון לכשתתאלמן או תתגרש. ואם כן, הוא הדין לבית הלל נהי דלאו כגבוי דמי, אפילו הכי מודה בהאי סברא דהחיוב חל מעיקרא".

וכן בחידושי מהרי"ט (כתובות דף ט ע"ב) קבע שהחיוב והשעבוד הם בעת האירוסין או הנישואין, וזו לשונו:

"כל שכן שכבר נתחייב בשעת אירוסין ובא עכשיו להיפטר בטענה שלא מצאה בתולה, לא כל הימנו להפקיע חיובו דהך, כי היכי דלא מצי למטען טענת פירעון או מחילה".

וכן בספר הפלאה (כתובות פא ע"א) כתב:

"לכאורה היה נראה דכיון דדרשינן מדרש כתובה דאין החיוב אלא לכשתנשאי, ואם כן בחיי הבעל אין התחלת החיוב [...], מיהו אינו נראה לפרש כן, דודאי משמע בדוכתא טובא דחיוב הכתובה מתחיל משעת נישואין, היא כמו שאר חובות, אלא דלא הגיע זמנה לפרוע, ובאינו יודע אם פרעתי חייב".

ובהפלאה בריש פרק אף על פי (כתובות נד ע"ב) כתב:

"באמת השעבוד מיד הוא, דגובה משעת הנישואין כדאיתא לעיל דף מ"ד ובכמה דוכתי, ומה נפקא מינה שהתשלומין אינו אלא לכשתתאלמן או תתגרש".

ובספר בית מאיר (אבן העזר סימן קעח סעיף טו) כתב:

"לגבי הבעל עצמו, מה בכך שהיה קינוי וסתירה והיא אינה בת שתייה, אכתי

היא טוענת ברי ואיהו שמא, דהוי נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי דלכולי עלמא חייב".

וכן בבית יעקב (כתובות ט ע"ב על תוספות ד"ה אי למיתב).

וכן בספר בני יעקב (להג"ר יעקב ששון ז"ל, דף צג ע"א) כתב ביחס לטיבה של ההתחייבות בשטר הכתובה:

"מעכשיו הוא מחויב, אלא דאין זמן הפירעון עד שתתאלמן או תתגרש. ואם מתה בחייו יורשה, שהרי ברשותה היא, שהרי הוא חייב לה, אלא שאם תמות בחייו נפטר מן החיוב. ואם כן מוכרת דבר שהוא שלה היא. דאטו מי שהלוה לחבירו מנה על מנת שאם ימות הלווה בחיי מלוה [נראה שצ"ל: המלווה בחיי הלווה] יפטר מן החיוב, מי נימא דאין יכול מוכרו לאחר את שטר החוב, הא ודאי ליתא, אלא דאם ימות מלוה בחיי לוה שוב אין עליו חיוב לפרוע, והכי נמי דכוותה, שהרי מחוייב הוא מעכשיו כמבואר, והכריח כן בראיות הרב מהר"י קולון ז"ל שורש פ"ט, אלא דזמן הפירעון אינו אלא לאחר שיגרשנה או ימות".

ובספר ברכת אליהו (להג"ר ברוך רקובר ז"ל, חושן משפט סימן קלא הערה 8) כתב לבסס קביעה זו וכדלהלן:

"ויש להביא ראיה ... מהא דאיתא בבבא קמא (פט ע"א) ועוד מקומות שהאישה יכולה למכור כתובתה, ואם נאמר שחיוב הכתובה נוצר רק לאחר מיתת הבעל או לאחר גירושין, אם כן הוי דבר שלא בא לעולם ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ומוכח שהחיוב הוא מיד. וכן יש להוכיח מהדין שמועילה מחילת הכתובה בחיי הבעל, ואם נאמר שחיוב הכתובה לא חל מחיים, אם כן הוי דבר שלא בא לעולם וכנ"ל, והרי פסק הרמ"א (בסימן רמ סעיף ד) "וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם", ואם כן איך מועיל מחילת הכתובה בחיי הבעל. ומוכח שחיוב הכתובה הוא גם בחיי הכעל, ורק זמן הגבייה הוא אחרי שמת או אחרי שגירש את אשתו וכנ"ל. וזה דומה לחוב שלא הגיע זמן פרעונו ואפילו הכי יכול למחול, ולא נקרא דבר שלא בא לעולם. וגם התוספות בגיטין (לד ע"ב ד"ה אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומין אלא בשבועה) ובבבא בתרא (ה ע"ב ד"ה ואפילו מיתמי) כתבו שבחיי הבעל הכתובה נקראת "תוך זמנו".

אחר כך ראיתי מעין דברינו הנ"ל איתא במהרי"ק (שורש פט) ששם כתב לענין הלואה וזו לשונו:

"דפשיטא דלא חשיב חוב שלא הגיע זמנו לגבות בדבר שלא בא לעולם שלא

תועיל בו המחילה בתוך זמנו, אלא פשיטא דחשיב דבר שבא לעולם מאחר שכבר נעשה השעבוד ונתחייב הלוה ושיעבד נכסיו משעת עשיית השטר וכו״

והביא ראיה לדבריו מכתובה וזו לשונו:

״שהרי בכמה מקומות בתלמוד מוכח שהאישה יכולה למכור כתובתה בחיי בעלה וכו׳ ואף על גב דלא ניתנה כתובתה לגבות מחיים אלא על ידי מיתה או על ידי גירושין, אלמא דאף על גב דעדיין לא ניתנה לגבות אפילו הכי יכולה למכור וכל שכן למחול, והכא נמי לא שנא.׳״

וכן העלה בספר מנחת שלמה (תניינא סימן קלז).

ובחזון איש (אבן העזר סימן נו ס״ק טז) כתב:

״יש לעיין אי חיוב כתובה הוא מחיים, והאם שאם מתה בחייו אינה נוטלת כתובה, הוא משום שבתנאי זה הפקיעו חכמים עכשיו כתובתה, או דלמא שאין חיוב כתובה כלל מחייב אם מתה בחייו ועל מנת זה לא נתחייב [...] ומהא דכתובות (נו ע״א) דמהני התקבלתי ופירשו הראשונים ז״ל דהתקבלתי חשיב מחילה ולא תנאי, משמע דכבר נתחייב מהשתא. ומהא דאמר בבא קמא (פט ע״א) דגובין מכתובתה דמילי דמזדבני בדינרי נינהו, משמע קצת דהוא חיוב מוחלט עכשיו, אלא שאם תמות בחייו נפקעת כתובתה, דאי לא נתחייב כלל, נמצאת שלא מכרה ללוקח כלום אלא שנתן לה מתנה, וצריך עיון״.

אמנם החזון איש סיים ב״צריך עיון״ אך כאמור, הפוסקים בספריהם – מהרי״ט, פני יהושע, בני יעקב, הפלאה, בית מאיר, בית יעקב, ומנחת שלמה – כתבו בפשיטות שההתחייבות והשעבוד הם כבר בעת הנישואין.

ועיין בדברי הרא״ש במסכת כתובות (בתחילת פרק אף על פי) במה שכתב ״אין משעבד עצמו לחוב זה שיתחייב מיד אלא לכשתתאלמן או תתגרש״, ולכאורה משמע שחולק על כל האמור לעיל. אך נראה שיש מקום להידחק ולפרש בדברי הרא״ש שאינו מתחייב מיד, היינו בתשלום, אך לא ביחס לגוף השעבוד וההתחייבות, דאם לא כן הרא״ש חולק על הרמב״ם, וגם קשה מאד שהטור באבן העזר (ריש סימן צג) סתם דבריו כהרמב״ם ולא הזכיר שאביו חולק, ובהכרח שהיה פשוט להטור שאין כאן כל מחלוקת.

כמו כן ניתן לפרש בדברי הרא״ש על פי מה שכתב הגאון רבי חיים סולובייצ׳יק (בחידושי הגר״ח סטנסיל סימן קכו) שכתב כדלהלן:

״האחרונים מקשים דיש סתירות בחיובי כתובה, דמכמה דוכתי מוכח דלא ניתנה כתובה להיגבות מחייו, היינו רק דלא ניתנה לגבות אבל החיוב חל מיד עם הנישואין, ומכמה דוכתי מוכח דגם החיוב אינו חל אלא אחרי הגירושין או מיתה

ולא מחיים. ואמר הגר"ח זצ"ל דחיוב כתובה הוא בגדר חוב של חוב, דבאמת נתחייב מיד עם הנישואין, אבל אינו חיוב ממון אלא חיוב של חוב, והחיוב ממון ממש אינו מחיים, ודו"ק".

מסקנת הדברים היא, הלכה למעשה נקטינן כמבואר ברמב"ם בטור ובשולחן ערוך, שחיוב הכתובה הוא חיוב שהחתן מתחייב בעת הנישואין והשעבוד חל כבר מאותה עת.

ביאור הלכה זו הוא - הבעל משתעבד בעת הנישואין כנגד תמורה המתקבלת אצלו כבר באותה עת. והנה בירושלמי (כתובות בתחילת פרק ה) דנו בשאלה מה היא התמורה המתקבלת.

ביחס לחיוב תוספת כתובה המבואר במשנה (ריש פרק אף על פי) שאלו בירושלמי:

"במה הוא מתחייב לה, לא כן רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש תריהון אמרין הכותב שטר חוב על חבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב אינו חייב ליתן לו".

דהיינו שהשואל הניח שההתחייבות לשלם תוספת כתובה היא כמתנה הניתנת ללא תמורה, ועל כן שאלו ביחס לתוקף השטר. והשיב הירושלמי:

"רוצה הוא ליתן כמה, וליקרות חתנו של פלוני. עד כדון בשפסק מן האירוסין, פסק מן הנשואין. רוצה הוא ליתן כמה בתשמישה שהוא ערב. עד כדון כשבעל, לא בעל, רוצה הוא ליתן כמה על קניינו שהוסיף. פסק מן האירוסין, פסק מן הנישואין, ולקרות חתנו של פלוני כבר הוא, בראוי תשמיש אין בו קניין לא הוסיף מיכן, רוצה הוא ליתן כמה ולא תחזור בה. ויכולה היא, לא כן תני האיש אינו מוציא אלא לרצונו, אמר רבי אבין מעיקא היא ליה הוא משבק לה".

הרי מבואר בירושלמי שהחיוב של תוספת הכתובה הוא כנגד תמורה המתקבלת כבר בעת החתימה על שטר הכתובה - שיקרא חתנו של פלוני או משום חיבת ביאה או כדי להבטיח שהאישה תישאר עמו ולא תכביד עליו כדי שיסכים לתת גט.

עוד ראוי להוסיף, מספר כתובה נלמד, מנוסח שטר הכתובה מבטא שכעת החתן מקנה לכלה את כתובה ותוספת הכתובה, ולכן אינו מנוסח בלשון עתיד כמו: "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי", אלא כגון הנוסח שהביא הרמב"ם (הלכות יבום וחליצה פרק ד) ומקובל עד היום:

"**ויהיבנא** ליכי מוהר בתוליכי כסף זוזי מאתן... ורצה והוסיף לה תוספת על עיקר כתובתה עד משלם כך וכך", הרי שהכל בלשון הוה ולא בלשון עתיד, כי כעת החתן נותן לכלה את שעבוד הכתובה ותוספת הכתובה.

וכן מנוסח שטר הכתובה אנו למדים ששעבוד הכתובה היא שעבוד נכסים כעת הניתן כנגד הסכמת האשה לנישואין:

"ויהיבנא ליכי מוהר בתוליכי כסף זוזי מאתן דאינון מזוזי כספא עשרין וחמשה דחזו ליכי ומזונייכי וכסותייכי וסיפוקייכי ומיעל עליכי כאורח כל ארעא, וצביאת פלונית דא והות ליה לאנתו לפלוני דנא, ורצה והוסיף לה תוספת על עיקר כתובתה עד משלם כך וכך".

דהיינו רצונה של האשה להינשא משולב בנוסח בעקבות שעבוד עיקר הכתובה, ומיד לאחר שהסכימה להינשא כנגד זה הוא משתעבד כבר כעת בתוספת הכתובה.

על כן אינו עניין לסוגיית "אם אוביר ולא אעביד אשלם" וכו', שם כעת קיימת רק התחייבות מעכשיו, אבל לא שעבוד נכסיו כעת, כמו בהתחייבות בכתובה שנכסיו משועבדים לכתובה כנגד תמורה, שכבר כעת קיבל את התמורה המבוארת בירושלמי, והם כבר כעת עומדים לגביית חוב הכתובה, בכפוף למיתת הבעל או גירושין, כמו שעבוד נכסי לווה למלוה כנגד ההלוואה שקיבל. ואינו דומה לאם אוביר שקיימת התחייבות מעכשיו, התחייבות שאינה כנגד דבר שהתקבל כעת, אלא תחל לבוא לעולם רק במועד עתידי עם התקיימות התנאי, כשיתברר שגרם נזק לנכסי בעל השדה.

עוד יצוין לתשובת הרמב"ם (מהדורת בלאו) סימן שסה שדחה טענה לשלול כתובה עקב סירוב האשה לעלות לארץ ישראל כשהבעל מבקש לעלות לארץ ישראל אך בדרך עלילה להיפטר מכתובה, וז"ל:

"כי כל מי שמבקש עלילות להפטר מחיובו אשר נתחייב בו כמו כובש שכר שכיר והוא העושק כמו הגזלן. ואין הבדל אצלי בין מי שמשתעבד בשכיר לאחרית היום ואח"כ יבקש עליו עלילות דברים להפסידו שכירותו ובין מי שעושה עם אשתו ככה לשתניח לו המאוחר שלה. ולכן מה שלמדתנו התורה בענין יהודה עם הקדשה באומרו הנה שלחתי הגדי הזה וגו' וזה המעשה היה מותר אצלם קודם נתינת התורה כי שכר הקדשה באותו זמן היה אצלם כדין המאוחר של האשה בזמננו זה. ואמנם הוקל על רוב בני אדם לצער נשותיהם לפוטרם מכתובתם, וראוי להשמר מזה העון ולמנוע הפועלים אותו שבור זרוע רשע ורע והצילו עשוק מיד עושקו".

הרי שהיה פשוט לרמב"ם שהכתובה היא בתמורה להנאה שהבעל מקבל, וחיובו הוא כשכר שכיר המשולם בגין עבודת השכיר. ופשיטא שהרמב"ם לא היה כותב זאת ביחס להתחייבות לתשלום קנס עתידי שהבעל קונס עצמו בתשלום שיחויב אם ימות או יגרשה.

לכן אין יסוד לטענת "אסמכתא", מאחר שההתחייבות בשטר הכתובה היא התחייבות כנגד תמורה המתקבלת לאלתר, ואינה התחייבות בתנאי שיארע כך וכך.

לא מצינו שיש מקום לריעותא של אסמכתא לשלול תוקף מקח ששולם עבורו סכום גבוה ביותר, אלא במקח כזה דנים ביחס לאונאה בלבד (נידון שאינו רלוונטי כאן), על כן אין יסוד לבטל כתובה שנקוב בה סכום מופרז בטענה של אסמכתא.

אמנם בספר בית מאיר (אבן העזר סימן נ סעיף ו) כתב שאם בשטר התנאים נקבע ביחס לצד המבטל את השידוך קנס גבוה הרבה יותר מדמי בושת, ייחשב אסמכתא כמו "אם אוביר אשלם אלפא זוזי". אך היינו דווקא בשטר תנאים שבהם אכן כל עניינה של ההתחייבות לתשלום הקנס היא התחייבות מותנית שנועדה לחול רק במועד עתידי של הפרת ההסכם, וכך אמנם מפורש בשטר התנאים. מה שאין כן בשטר הכתובה, אין זו התחייבות מותנית אלא מפורש בשטר הכתובה שהשעבוד הוא בקניין מעכשיו, וכמבואר לעיל שזהו שעבוד כעת כנגד התמורה המתקבלת כבר בעת הנישואין, ואין בשטר כל רמז לתנאי.

ועיין בהגהות מרדכי (בבא מציעא פרק א דף טז ע"א, סימן תכג) שכתב:

"ותימא מאי שנא מטובת הנאה דכתובה שיכולה אישה למכור שאם תתגרש [...] וי"ל [...] אבל התם גבי כתובה לאו אסמכתא היא, דמיד היא שלה הכתובה, אלא שהוא יורש ממנה".

הרי להדיא שהגהות מרדכי כתב בפשיטות שבכתובה אין לדון דיני אסמכתא, מכיוון שהשעבוד חל מיד ואינו שעבוד מותנה. אמנם דברי הגהות מרדכי מצד עצמם טעונים ביאור, ולהלן מה שכתב על דבריו בספר פרי האדמה (הלכות מכירה פרק כב הלכה ה):

"תמיהה לי בדברי המרדכי במה שתירץ דבמה שאירש וכו' היינו מטעם אסמכתא דשמא לא יירש, אבל בכתובה מיד הוא שלה הכתובה והוא יורש ממנה. שהרי תינח כשהיא עצמה מוכרת, כיון דמשעבדא לה, מיד הוא שלה. אבל כשהבן מוכר מכח ירושת אמו, הלא שייך נמי לומר התם שלא יירש, שתמכרנו אמו או תתננו או תמות בחיי בעלה, נמצא דהוי אסמכתא יותר מהא דמה שאירש מאבא".

על כל פנים גם הפרי האדמה הסכים עם הגהות מרדכי ביחס לאישה עצמה: "כשהיא עצמה מוכרת, כיון דמשעבדא לה, מיד הוא שלה". ואינו בגדרי אסמכתא.

וכן עולה להדיא מתשובת הרב לחם משנה בתשובת לחם רב סי' נח שדן בשאלה כדלהלן:

"לאה אלמנה נשאת לשמעון, ובכלל תנאי הכתובה נתחייב שמעון שלא יוכל לגרשה בגט כריתות, ואם יגרשנה בגט שיחוייב לתת ולפרוע לה נוסף על סכי כתובתה שלשת אלפים לבנים ללאה הנזכרת, ושלשת אלפים לבנים ליתומיה".

ולאחר שהעלה להלכה למעשה שהאשה זכאית לכתובה ותוספת, כתב ביחס להתחייבות בשלושת אלפים לבנים לה וכן לבניה אם יגרשה:

"אבל מצד אחר יש לזכותו, דתנאי זה הוי אסמכתא, ואם אין שם כלל התנאים המסלקים האסמכתא לדעת כל הפוסקים, וכמו שנתבאר באורך בדברי הרב ב"י [חו"מ] סי' ר"ז, יכול שמעון לפטור עצמו מטעם זה, ומפני שלא הוזכר בשאלה טעם זה איני נושא ונותן בו, ועוד כי הדברים ברורים מפי סופרים ומפי ספרים,

ובסימן הנזכר נתבארו כל הדברים בפרטות יע״ש. ואין לומר דמשום דהוי בשעת כניסה לחופה אין כאן אסמכתא, ודמי למאי דכתב הרמב״ם ז״ל בפי״א מהל׳ מכירה [הט״ז] דאע״ג דאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, מ״מ פוסק עם אשתו לזון את בתה מפני שפסק בשעת נשואין, והדבר דומה להדברים הנקנים באמירה, וכבר ראיתי מי שרצה לומר כן ואינו נראה בעיני. וכן ראיתי להרב מהר״ר אליה מזרחי ז״ל בפסקיו סי׳ כ״ז גבי ראובן שקדש את בת שמעון ובשעת הקדושין עשו תנאים ביניהם, וכתב שם דיש שם אסמכתא אם לא קנו בב״ד חשוב ומעכשו יע״ש. לכן אני אומר דאם אין שם תנאים מסלקים האסמכתא מדין אסמכתא זכה שמעון, אבל מהטעם הנז׳ בשאלה לא זכה כלל״.

הרי שביחס לתוספת הכתובה לית דין ולית דיין שחייב, ואינו כאסמכתא, ורק ביחס להתחייבות הנוספת שאינה חלק משעבוד הכתובה, ותגיע לידי מימוש עם הגירושין, העלה שהיא אסמכתא בהיותה התחייבות המותנית בגירושין. והחילוק ביניהם מבואר בדברינו.

שלילת הטענה להיעדר תוקף בהתחייבות מופרזת וששההתחייבות לכבוד בעלמא

מלבד זאת, ביחס לשאלה מהו ״סכום מופרז״ בנסיבות אלו, ידועים דברי הריב״ש (סימן קכז) שכתב: ״אבל לכוף האיש לגרש אשתו בקבלת מעות, לא נאמר אגב אונסא וזוזי גמר ומגרש, ואפילו בכל ממון שבעולם, דאין דמים לאישה״.

לפי זה בכל ממון שבעולם שהבעל יתחייב כדי שאשתו תישאר עמו, אין זה סכום מופרז יחסית לתמורה המתקבלת. ו״אִם יִתֵּן אִישׁ אֶת כָּל הוֹן בֵּיתוֹ בָּאַהֲבָה, בּוֹז יָבוּזוּ לוֹ״ (שיר השירים ח ז).

ובשו״ת רבי בצלאל אשכנזי סימן טו הביא מדברי הריב״ש וכתב: ״והיא סברא נכונה״. ובשו״ת תורת חיים למהרח״ש חלק ב׳, בקונטרס מודעא ואונס, הוסיף: ״דהא אין דמים לאשה ולא נתן לה כל שיוויה״.

ובשו״ת אגודת אזוב חלק אבן העזר סי׳ יט, הוסיף:

״טעמו של הריב״ש בזה דלא מהני קבלת מעות בגט משום דגם בתלוה וזבין נמי בעינן שיקבל מעות כל דמי שיווי השדה וא״כ באשה לא יועיל כל ממון שבעולם דאין דמים לאשה דמי יודע עד כמה היא שוה בעיניו, וכיון שאין כאן דמי שיווי לא גמר ומגרש״.

ביטוי זה ש״אין דמים לאשה״, מצוי גם במאירי בבא בתרא דף קמה ע״א.

עוד יצוין להנחיית הרבנות הראשית לרבנים שניתנה למסדרי קידושין שלא יכתבו בכתובה יותר ממיליון שקל, הרי שגם הרבנות הראשית לישראל לא סברה שסכום זה בטל בהיותו גוזמא בעלמא, וזהו מהטעם הנזכר בריב״ש.

ביחס לטענה שסכום זה נכתב לכבוד בעלמא - אין מקום לטענה זו. ראשית, עלינו לשמוע את הבעל שיטען כך להדיא, אך גם אם יטען כן, אלו דברים שבלב שאינם דברים. ופשיטא שאין אלו דברים שבלבו ובלב כל אדם, ושאין מקום לקבוע שאין ספק כלל באומדנא זו. ועיין קצות החושן (סימן רנ ס"ק ה) שכתב שאם קיים ספק באומדנא, הרי שאין בה ממש:

"ובאשר"י הטעם משום דלא אמרינן אומדנא לבטל המתנה אלא אומדנא הברור, אבל בספיקא לא אמרינן אומדנא. ומהאי טעמא בשכיב מרע שכתב כל נכסיו ועמד אינו חוזר דשמא יש לו נכסים במדינה אחרת (בבא בתרא קמח ע"ב), והוא הדין הכא בהנך בעיות דהקדש וחילק לעניים כיון דשכיב מרע שחוזר אינו אלא משום אומדנא ובהנך דלא ברירי אומדנא אינו חוזר ע"ש. ונראה ביאור דברים משום דקיימא לן (נדרים כח ע"א) דברים שבלב אינן דברים, והא דמהני אומדן דעתיה שהיה לזה התנאי אף על גב דלא פירש, היינו משום דכיון דאומדנא כך הוה ליה דברים שבלב כל אדם דמהני, וכמו שכתב במרדכי (כתובות סימן רנד) גבי נדרי אונסין באומר בלבו היום, ועיין ממה שכתבתי בסימן י"ב סק"א ע"ש, ואם כן היינו דוקא אומדנא דברירי הוה ליה דברים שבלב כל אדם, אבל באומדנא דמספקא, אף על גב דהנותן מחשבתו היה לתנאי, הוה ליה דברים שבלב, כיון דאינו בלב כל אדם".

וכן יצוין לתשובת מהרשד"ם חלק חושן משפט סי' רצט שכתב:

"נראה ודאי שלא כל האומדנות שוות אלא דוקא אומדנא גדולה כההיא דש"מ מספיק לבטל המתנה, אבל מתנת בריא אעפ"י שהיה נראה שהיה נותן מפני חוביו כו' ואח"כ עשה פשרה, עכ"ז לא נתבטלה המתנה אלא אם נתברר בפי' שלא נתן אלא מטעם זה. אך אם יש בו ספק ואפשר לתלות שהמתנה לא היה בסיבה זו מתנתו קיימת".

ופשיטא שגם בנידון דנן קיימת אפשרות שכוונתו להתחייב, בכך אין זו אומדנא כלל.

וכן בשו"ת הרי בשמים מהדורא רביעאה סי' קמ, הסכים עם דברי קצות החשן וכתב:

"אמנם אנכי אינני רואה שיהי' זה שבנ"ד אומדנא דמוכח והוא מוטל בספק האיך הי' דעתו ובענין מסופק הא לא אמרי' אומדנא כלל כמ"ש הרא"ש הובא בח"מ סי' ר"נ ס"ג ובקצה"ח שם סק"ה הסביר הדבר משום דאנן קיי"ל דברים שבלב ל"ה דברים ורק באומדנא ברורה הו"ל דברים שבלב כל אדם דמהני להכי בעינן דוקא אומדנא גלוי' וברורה, אבל אומדנא דמספק אף על גב דהנותן מחשבתו הי' לתנאי, הו"ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם ע"ש".

וכן בספר באר יצחק (להגאון רי"א מקאוונא זצ"ל) חלק אה"ע סי' י' ענפים ד'-ו' העלה שבספק במציאות כו"ע מודו דהוי דברים שבלב.

והוא הדין בנידון דנן: אין בפנינו אומדנא ודאית שאין בה ספק כלל שכוונתו הייתה לכבוד בלבד. שהרי ייתכן מאד שבאמת כוונתו להתחייב לכבוד, דהיינו לכבד את אשתו בהתחייבות בסכום גבוה ומופרז, אך ברת תוקף, וזאת כדי להראות לה את חיבתו, אלא שהיה בטוח בלבו שלא יגיע לידי גבייה. ובשל כך: לידי דברים שבלבו ובלב כל אדם - שמלכתחילה לא הייתה כוונת התחייבות - לא הגענו. ועוד שהרי אם תבוטל הכתובה מכל וכל, בכך התברר שנשא את אשתו ללא כל תוספת כתובה, ושכל מעמד קריאת הכתובה היה אחיזת עיניים בעלמא, ובאלו הנוהגים להשביע את החתן תחת חופתו ביחס לכתובה, הרי שהיתה זו שבועת שקר, ומנלן שזה היה רצונו לבטל מעיקרא כל ההתחייבות ולהיהפך למֵאחז עיני קרוביו ואוהביו בשעת חתונתו ושמחת לבו, ולהשאירה בביזיון ללא כל תוספת כתובה. גם זו סברה המערערת את הטענה שזו אומדנא מוחלטת שאין בה ספק. על כן בהעדר אומדנא דמוכח ושאין בה ספק, אין אלו דברים שבלבו ובלב כל אדם ואין לבטל את ההתחייבות בשטר וקניין.

בנוסף, מאחר ומבואר בירושלמי הנזכר לעיל שהתחייבות הבעל אינו מתנה חד צדדית, אלא ניתנת כנגד תמורה המתקבלת מהאישה, בנסיבות אלו לא ניתן לטעון לבטל חיוב זה על יסוד טענת אומדנא בעלמא. שהרי מבואר בתוספות (כתובות דף מז ע"ב ד"ה שלא) שבמקח שבו קיימות התחייבויות הדדיות והתחייבותו של צד אחד נובעת מהתחייבות נגדית של הצד השני, אין דנים אומדנא, עיין במשנה למלך (פרק ו מהלכות זכייה הלכה א) שהאריך בזה, וזאת מפני שאומדן דעת של צד אחד אינו בהכרח האומדן דעת של השני שגם הוא חלק מהעסקה, ואינו דומה למתנה, שבה רק צד אחד מבצע את ההקנאה.

אמנם במשנה למלך הביא משו"ת פני משה שגם בדבר התלוי בדעת שניהם, אם האומדנא היא "גדולה עד מאוד" אזלינן בתר אומדנא של צד אחד. ועיין עוד בנודע ביהודה (קמא חלק יורה דעה סימן סט ד"ה נמצא) שכתב כסברה זו, ובשו"ת דברי חיים (חלק א אבן העזר סימן ג) כתב בלשון זו: "רבים ושלמים סבירא להו דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא", וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם (חלק חושן משפט סימן כט ס"ק י). אך בנידון שבפנינו, כפי המבואר לעיל, אין אומדנא "גדולה עד מאוד", מאחר שיתכן מאד שהחתן רצה להיות מחויב בסכום גבוה מאד, ותלה תקוותו שלא ייאלץ לממש התחייבות זו.

עוד יצוין כי בנסיבות של כתובה שבה נקוב סכום מופרז, עולה לעתים הטענה שהחתן התחייב בסכום זה עקב אילוץ כזה או אחר, כגון המנהג שנהגו לכתוב כתובה מופרזת, אך ללא כוונה רצינית להתחייבות זו. אך עיין בגמרא מסכת בבא קמא (דף קד ע"ב) "מקום שנהגו [...] לכפול - גובה מחצה" וברש"י: "מקום שנהגו לכפול - לשום את מה שמכנסת לו כפליים בדמיו בשביל כבוד". הרי דווקא כשזהו מנהג ברור וידוע שבעת השמאות של הנדוניא כופלים הסכום שמכניסה לו מפני הכבוד. אבל בלא שיש מנהג ידוע ביחס לתוספת הכתובה, אין יסוד להעלות טענה שהדברים נכתבו מפני הכבוד.

סביר יותר לקבוע שהחתן משעבד עצמו להתחייבות שבשטר הכתובה, ומתכבד בהתחייבות

זו השרירה וקיימת, ולא שבלבו ובלב כל אדם שזו התחייבות חלולה ריקה מתוכן, שאם כן איזה כבוד יש שבמעמד כה חשוב ומכובד החתן מהתל בכלתו ובנוכחים ומתחייב בסכום גבוה שאין בו ממש, וכי דבר כזה מוסיף כבוד לחתן ולכלה או למי מהנוכחים.

וביחס לטענה שקיים מנהג כזה שקביעת הסכום הגבוה בכתובה חסר תוקף וכי הכל נעשה לכבוד בעלמא, אמנם זו היתה דעתו של הרה"ג הרב יקותיאל כהן שליט"א, בדעת מיעוט, כשדן בבית הדין הגדול בתיק 842107/1 בערעור אישה על שפסק לה בית הדין האזורי 120,000 ש"ח כדמי כתובתה, בעוד שהיה כתוב בה סך 1,000,000 ש"ח, וכתב בפסק דין מיום כ"ד סיון תשע"א (26/06/2011):

"כיום נפוץ וידוע לרבים המנהג שבו רגילים רבים לכתוב ב"תוספת הכתובה" סכומים מופרזים, אשר מסכומם הגבוה ברור לכולם שאין החתנים מתכוונים בהם אלא לכבוד וליקר בלבד".

אך באותו פסק דין נותרה דעתו כדעת מיעוט, ואת דעת הרוב כתב הרה"ג הרב ח.ש. שאנן זצ"ל שניסח את דעת הרוב שלו ושל הרה"ג הרב ציון בוארון שליט"א שקיבלה את ערעור האישה וחייבה את בעלה לשלם את כל דמי כתובתה בסך מיליון שקל, ובדבריו תוקף בחריפות את דעת המיעוט, וזה לשונו:

"עברתי על דברי חברי, הרה"ג ר' יקותיאל כהן שליט"א, והם עוררו בי התנגדות חריפה. חידוש המנהג שהומצא [ההדגשה במקור] בפסק הדין הארוך אין לו כל מקום ויסוד בפסיקה - בחז"ל, בראשונים, באחרונים ואף לא בפוסקי זמננו. וכל בתי הדין מתייחסים לתוספת כתובה כהתחייבות של ממש, לבד אם הצדדים התפשרו, בגלל מכלול שיקולים רחב של הצדדים, וזה מה שקורה בדרך כלל. המצאת מנהגים חדשים היא דבר חמור העלולה לקעקע את יסוד ההלכה הכתובה והמסורה והנוהגת".

ואציין לדברי הרמב"ם הלכות אישות פרק כג הי"ב:

"הנושא סתם כותב ונותן כמנהג המדינה, וכן היא שפסקה להכניס נותנת כמנהג המדינה וכשתבא לגבות כתובתה מגבין לה מה שבכתובתה כמנהג המדינה, ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה".

מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן קלא הביא מדברי הרמב"ם, וכתב שדבריו מוסכמים, וז"ל:

"וכמ"ש הרמב"ם הלכות אישות פרק כ"ג וז"ל הנושא סתם כותב ונוהג כמנהג המדינה כו' עד ובכל הדברים כיוצא בהם מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה עכ"ל ומוסכם זה מכל הפוסקים".

והכסף משנה הלכות אישות פרק כב הלכה לה כתב:

"וכבר כתב הוא ז"ל בפרק שאחר זה שיש מנהגות רבות בנדוניא חלוקים זה מזה וכל הכונס סתם כונס כמנהג המדינה וכו' עד והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה, הרי ביאר שאם אין המנהג פשוט בכל המדינה, אין הולכים אחריו כנגד דין הגמ'".

וכן בריב"ש סי' כא.

ביחס לדעתו הנזכרת של הרה"ג יקותיאל כהן שליט"א, יש לציין למהרשד"ם חלק אבן העזר סי' קלד, שכתב:

"אמנם כבר סיים בלשונו והוא שיהיה אותו המנהג פשוט בכל המדינה, ביאר שאם אין המנהג פשוט בכל המדינה, אין הולכים אחריו אלא יקוב הדין את ההר. ולא מפני שיאמר חכם אחד או שנים כך נהגתי אני, יתן או יוסיף".

על כן אין כל ערך לכך, שדיין מעיד על עצמו שכך נהג, אין זה הופך למנהג פשוט בכל המדינה. וכיוון שכן, אין זה מנהג היכול להפקיע תוקף שטר חתום וקניין בעדים, וכן את השבועה בקהילות שנהגו להשביע על ההתחייבויות שבשטר הכתובה.

העולה מדברינו: שטר הכתובה שנקוב בו מיליון שקל שריר וקיים.

הרב צבי בן יעקב
אב"ד תל אביב

הנדון: כתובה/פיצוי גירושין

הצדדים נשאו זל"ז כדמו"י בתאריך ד' אלול התשע"ה, ומנישואין אלה לא נולדו לצדדים ילדים. נשואין אלה הם נשואין שלישיים לאשה, ושניים לבעל. הצדדים התגרשו זמ"ז כדמו"י בתאריך יג' כסלו התש"פ, כאשר נותר להכרעה תביעת האשה לתשלום כתובתה (בסך 26,000 דולר), ותביעת הבעל לתשלום חובות שחייבת לו האשה.

כאמור, האשה תובעת את כתובתה בסך 26,000 דולר. הבעל תובע מנגד את האשה על חוב בסך 16,322 ש"ח. המורכבים מהלואה שנתן לאשה לסילוק חובה במס הכנסה (הלואה מיום 29.8.18, בסך 4,167 ש"ח). הלואות במועדים שונים ובסכום מצטבר בסך 10,155 ש"ח, ובנוסף סילוק יתרת חובה בחשבון המשותף בפברואר 2019, בסך 4000 ש"ח, שחלק האשה הוא 2000 ש"ח. הבעל טוען שיש לו הקלטה בה תובע הבעל מהאשה סכום של 16,000 ש"ח. האשה טוענת שהבעל "עבד עליה" (ראה פרוטוקול הדיון מיום 26.2.20, שורה 235 ולהלן). ויש ביד הבעל הקלטה גם שהאשה מודה בסכום של 16,000 ש"ח שחייבת לבעל (ראה שורה 183 לפרוטוקול). האשה מודה בחוב בסכום של 6,000 ש"ח (ראה שורה 238 לפרוטוקול).

בענינם של הצדדים התקיים דיון הוכחות ארוך בתאריך 26.2.20. בדיון זה נחקרו הצדדים בחקירה נגדית. כמו כן הוגשו סיכומים ותגובות.

א. האם האשה רצתה בגרושין

הבעל מבסס את טענותיו לכך שהאשה אינה זכאית לכתובה, בשתי טענות עיקריות. האחת – האשה למעשה רצתה בגרושין, אף שבפועל הבעל הוא זה שתבע את הגרושין. הטענה השניה – הסכם ממון לפני הנישואין, אליו נתיחס בהמשך.

הבעל טוען שהאשה היא זו שחתמה יחד עמו על בקשה משותפת לגרושין, ואח"כ חזרה בה. הסכימה למעשה להתגרש תוך ויתור על הכתובה. ביום שנקבע לצדדים לאשור הסכם וסדור גט, עזבה האשה את בית הצדדים, ומאז לא חזרה. ענין זה עלה בהרחבה בדיון שהתקיים בפנינו, וביה"ד מפנה לפרוטוקול הדיון הנ"ל, שורה 55 ולהלן, שאלות ב"כ הבעל ותשובות האשה.

ביה"ד התרשם גם במהלך הדיונים שהאשה היתה מוכנה לשלום בית, אך הבהירה כי שלום הבית לא יוכל להיות כל עוד מתגוררים הצדדים בקרבת גרושת הבעל (אשתו מנשואין

ראשונים, אם ילדיו). במהלך הדיונים ביה״ד התרשם שהאשה מעונינת בשלום בית, אך הבעל נחרץ ברצונו לגרושין. הסברי האשה כפי שנאמרו בדיון, נראים נכונים.

בזמנו, עוד בטרם הגרושין, ביה״ד הפנה את הצדדים ליועצת נישואין. הפניה זו נועדה לשתי מטרות: ראשית, נסיון כן להביא את הצדדים להסכמות, לשלום או לגרושין, ובכך להשקיט מריבות. כמו כן ביה״ד מעונין לעיתים להגיע לחקר האמת, מתוך הנחה שעם גורם מקצועי ניתן להגיע להבנה מה רוצה כ״א מהצדדים. מקור לדברים מצאנו בדברי הרמב״ם (אישות כא,י), וז״ל: ״כל אשה שתמנע מלעשות מלאכה מן המלאכות שהיא חייבת לעשותן ... טען הוא שאינה עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשות, מושיבין אשה ביניהן או שכנים, ודבר זה כפי מה שיראה הדיין שאפשר בדבר״. וכך פסק בשו״ע אהע״ז פ, טז. ועיי״ש בח״מ ס״ק כח, דלא תקנו שהאשה תשבע היסת על טענתו, דא״כ בכל עת ובכל שעה יהיה עסק שבועה ואין שלום בבית, וע״כ האמינו לאשה היושבת ביניהם״.

כאמור, ביה״ד הפנה את הצדדים ליועצת הנישואין יעל לוין מב״ב. הנ״ל נפגשה עם הצדדים, עם האשה בנפרד (הבעל סרב להפגש בנפרד), ועם שני הצדדים יחדיו. וכך כותבת לנו גב׳ לוין בהודעתה המקוצרת על תוצאות הטיפול:

> **״.. שמעתי אשה כאובה ומאוימת, המתקשה להשלים עם גרושיה הצפויים. היא תארה לי את הבלתי נסבלות של מצבה ואת מצוקתה למצוא את עצמה גרושה בשלישית, ומבחינתה - ללא עוול בכפיה. לדבריה, היא מוכנה להשקיע בשיקום הקשר, לו רק אוריאל היה מבין את הצורך להתרחק קצת ממקום מגוריה של גרושתו, ולעלות אליה רק בליווי כפי שקבע רב ...**
>
> **בפגישה המשותפת סיפר לי אוריאל את השתלשלות הענינים ... ניסיתי לברר איתו האם היה מוכן עכשיו להשקיע בטפול בו יילמדו דרכי תקשורת נכונים שיכולים לשנות את כל ההרגשות והאוירה ביניהם. חד משמעית התנגד לכך אוריאל. לא מוכן לחשוב על שום אפשרות של חיים משותפים עם אורלי, הואיל ופגוע ממנה ואיבד את האמון בה ...**
>
> **את שתי הפגישות הנוספות והאחרונות קיימתי עם אורלי לבד. היו אלו פגישות שנועדו לעזור לה לעבד את נקודת השבר הנוכחית ...**
>
> **לסיכום: מדובר בשני בני זוג שחוו ביניהם תחילת חיים משותפים יפה ונעימה. מתיחות, מחלוקת וריחוק החלו עם העומס שחשה אורלי בטיפול הרצוף בילדי אוריאל, כמו גם טשטוש הגבולות בריחוק מגרושתו של אוריאל. או אז החל אוריאל להתבצר בעמדותיו ובגבולותיו הלגיטימיים לכשעצמם, אך תוך גילוי אופיו הנוקשה ללא יכולת למפגש ושיח משותף. מצוקתה של אורלי וחוסר יכולתה לתקשר עמו, גרמו לה לאביוולנטיות ולחוסר אונים בקשר מה שהביא אותה לעזיבת הבית, ולמופעים לא מרשימים לעיתים מצידה״.**

דברים אלה עולים בקנה אחד עם התרשמותו של ביה״ד, שהאשה רצתה בכל מאודה בהמשך הקשר ולא רצתה בגרושין, אך רצתה לשפר את הקשר מזוית ראייתה, מקום המגורים והקשר של הבעל עם גרושתו.

אשה אינה מפסידה את כתובתה, אלא במקרים חריגים המובאים בשו״ע, לעיתים רק אחרי התראה. אין כך פני הדברים בנדו״ד. גם אין לראות את האשה כמי שתבעה גרושין. לכן האשה זכאית לכתובתה.

ב. הסכם ממון עליו חתמו הצדדים

אלא שבנדו״ד הצדדים חתמו על הסכם ממון כחודש לפני הנישואין (ההסכם נחתם בתאריך 20.7.15, בעוד הנישואין היו בתאריך 18.8.15). הסכם הממון נערך ע״י אחות האשה, שהיא עו״ד במקצועה. מספר חדשים לאחר הנישואין, בתאריך 27.1.16, אושר ההסכם ע״י ביהמ״ש לע״מ.

בסעיף 11 להסכם הממון שלפני הנישואין נאמר:

> **״בכפוף לאמור בהסכם זה ולביצועו, מצהירים הצדדים כי אין, ולא תהיה למי מהם בעתיד, כל טענה ו/או תביעה, כספית ו/או קנינית ו/או אחרת, האחד כנגד משנהו, הן במישרין והן בעקיפין, וכן הם מוותרים בזאת ויתור סופי ומוחלט על כל טענת אי גילוי, ועל כל טענה מכל מין וסוג שהוא הנובעת מנישואיהם והקשורה בהסכם זה״.**

הבעל טוען כי בסעיף זה על העדר תביעות, ויתרה האשה גם על כתובתה ותוספת הכתובה. הגם שענין הכתובה לא נכתב באופן מפורט, הרי הכלליות של ההסכם מהוה הסכמה לכל התביעות מכל מין וסוג, כולל הכתובה. מאידך - יש לתמוה, מדוע הבעל שהוא שומר תו״מ ומבין בהלכה, לא דאג שיכתב מפורש ענין הכתובה. בפרט, כאשר באו לאשר את ההסכם לאחר החתונה, מדוע לא הוסיפו הסבר שהעדר התביעות כולל גם את הכתובה ותוספת הכתובה.

משכך עלינו לדון האם בכגון זה, שיש ויותר כללי ולא נזכר בו ענין הכתובה, אם האשה יכולה לגבות את כתובתה. מחד האשה אוחזת בשטר כתובה ברור, ומאידך, אוחז הבעל בשובר ספקי.

ג. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה

דין יד בעל השטר על התחתונה, מופיע בכ״מ בש״ס, ובהם בפרק ג״פ לענין סלעים דינרים (קסה,ב - קסו,א) ובהמשך, ור״פ האשה שנפלו, ועוד. ובמשנה ב״ב קסה,ב תנן: כתוב בו זוזין

מאה דאינון סלעין עשרין, אין לו אלא עשרין. זוזין מאה דאינון תלתין סלעין אין לו אלא מנה. ובגמ׳ שם קסו,א בדברי אביי דיד בעל השטר על התחתונה. והרשב״ם במשנה, פירש וז״ל:

״כתוב בו בשטר מלוה זוזים מאה דאינון עשרים סלעים לוה פלוני מפלוני, ואע״פ שמאה זוזי הרי הן (בכלל) כה׳ סלעים, אין למלוה אלא (מנה) כ׳ זוזים, דיד בעל השטר על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה, ושמא כך פירש מאה זוזים גרועים וחסירים שאינן שוין אלא כ׳ סלעים. אין לו אלא מנה - מאה זוזים, שיש לפרש כך זוזים מאה דאינון תלתין, סלעים קלים שאינן שוין אלא כה׳ סלעים, דיד בעל השטר על התחתונה. הסלע ארבעה דינרין המנה כה׳ סלעים״.

מדברי הרשב״ם עולה שיש כאן שני דינים שהם קשורים זב״ז: יד בעל השטר על התחתונה, והמוציא מחבירו עליו הראיה. ולכאורה צ״ב הכפילות, נימא המוציא מחבירו עליו הראיה, ולמה לנו לדין נוסף של יד בעל השטר על התחתונה, כיון שהוא הוא הדין של מוחזקות בממון. והקשר בין דין זה של יד בעל השטר על התחתונה למוחזקות ממון, נמצא בעוד מקומות בראשונים. כן הוא ברשב״א בסוגיא בדברי אביי (קסו,א): ״יד בעל השטר על התחתונה, וכל המוציא מחבירו עליו להביא הראיה״. וכן הוא ברשב״ם עצמו בהמשך הפרק לענין שדה שיש לי מכורה לך (ב״ב קעג,א), דאין כל שדותיו מכורים, דיד בעל השטר - הלוקח - על התחתונה; ״דהמוציא מחבירו עליו הראיה, דהיינו לוקח״. וכן הוא בריטב״א שם לענין החילוק בין שטר בין שטרותי פרוע ללוקח שדה משדותיו: ״כי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל הכא בע״ח הוא מוציא מחבירו, ולפיכך יד בעל השובר על העליונה״. וכך מצאנו בדברי רש״י במנחות קט,א לענין המוכר בית מבתיו, ונפל אחד הבתים, דמראהו נפול, דיד בעל השטר על התחתונה. ופירש רש״י; ״כגון האי לוקח שבא בשטר מכירה, ידו על התחתונה דהוי מוציא מחבירו עליו הראיה, שהמוכר מוחזק בבתים, הלכך ראיה על הלוקח״. וכן הוא ברב המגיד בהל׳ מכירה כח,יא, ובהל׳ מלוה ולוה טז,יב. עצם ההקשר בין שני הדינים לכאורה מובן, אך מדוע יש צורך בדין נוסף, דכיון דקיי״ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה דאזלינן בתר מוחזקות הממון, א״כ למה לנו לדין נוסף של יד בעל השטר על התחתונה. גם לפ״ז דין יד בעל השטר על התחתונה הוא כשהשטר בא להוציא, אבל בשובר, ידו על העליונה.

ובפשטות ומקופיא היה נראה דאין דין המוציא מחבירו האמור ביד בעל השטר על התחתונה, נובע ממוחזקות הממון, אלא הוא דין בדיני השטרות, שמי שמביא ראיה בשטר, הראיה צריכה להיות ברורה, וכשאין הראיה שבשטר ברורה, יד המוציא שטר שהביאו כראיה על התחתונה, דהמוציא ראיה על חבירו, עליו הראיה לברורה. דהנה שטר לכשעצמו הוא חידוש שבאמצעותו אפשר להוציא ממון, שהרי ע״פ שנים עדים יקום דבר, אלא דעדים החתומים על השטר, מהתורה נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי״ד, כמבואר בגיטין ג,א, וכן בכתובות יח,ב. וברש״י בגיטין מבואר שהוא מכח החזקה של לא חציף איניש לזיופיה. (ועיין רשב״ם קע,א ד״ה אין צריך, דלא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים, והיינו חזקת כשרות של ישראל). דענין השטר בנוי על חזקה, ומכח החזקה יכול להוציא ממון. ועיין בפני יהושע על דברי רש״י בגיטין שם, דאף

שלכאורה חזקה מכח רוב ואין מוציאים ממון ברוב, דרק רוב אינשי לא חציפי לזיופי, מ״מ מטעם מילתא דעבידא לאגלויי, והוי כמו בירור הראיה. וכן הוא בנתיבות מו,ה, דעיקר הטעם דאין צריך קיום מדאורייתא הוא משום דהוא מילתא דעבידא לגלויי ומירתת לזייף.

והגרא״ו בקובץ שעורים (ב״ב תקצ) כתב, דאין לומר דכל השטר הוא כאנן סהדי ולא כעדות, דכך הוא דין השטר שלא נחוש שמא מזויף הוא אלא נסמוך על החזקה של חציף איניש, וממילא כח השטר הוא כעדים ממש. ולכאורה זו גזה״כ. (וע״ע בקונטרס שעורים לגר״י גוסטמן ב״ב ז,ו שכתב לבאר במחלוקת הריב״ם ור״י בתוס׳ ב״ב ה,ב ד״ה מי, דדעת הריב״ם דלעדים החתומים על השטר יש כח כמו עדים, ור״י ס״ל דכח עדים לחוד וכח שטר לחוד). ויש עוד להאריך בחידוש ענין השטר. ומ״מ כשמוציא אדם שטר על חבירו, בין אם השטר בא להוציא ממון, ובין אם השטר בא לסתור שטר הלואה, כגון שמוציא שובר, הרי שמדין הלכות שטרות, השטר יחשב כעדות בהיותו ברור, וכאשר מוציא על חבירו שטר מסופק, ידו על התחתונה, כיון שמוציא השטר רוצה להוציא מחבירו, בין אם רוצה להוציא ממון ובין אם רוצה לסתור ולהוציא שטר אחר מחזקתו (להוציא שטר הלואה מחזקתו), ולכן המוציא מחבירו עליו הראיה וידו על התחתונה, שאנו דנים על השטר הלא ברור לענין זה כמאן דליתא, וכביכול אין כאן שטר. ואינו מדין חזקת ממון אלא דין בהלכות עדות ושטרות. כך לכאורה היה נראה לבאר את הקשר בין דין יד בעל השטר לדין המוציא מחבירו, שאינו כדין המוציא מחבירו שבחזקת ממון.

ולכאורה י״ל, שאף דברי הרמב״ם מטין לכך, וז״ל הרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה כז, טז:

> **״שטר שכתוב בו אסתירא מאה מעי, או שכתוב בו מאה מעי אסתירא, הלך אחר פחות שבלשונות ואינו נוטל אלא אסתירא אחת, שיד בעל השטר על התחתונה, מפני שהוא המוציא מחבירו ואינו מוציא אלא בדבר שאין בו ספק, לפיכך כל שטר שיש בו משמע שתי לשונות שמא כך או שמא כך אינו נוטל אלא הפחות שבשתיהן, ואם תפס בעליונה, אין מוציאין מידו אלא בראיה ברורה״.**

ובפשטות דברי הרמב״ם נראה היה לומר שדין המוציא מחבירו הנזכר, הוא דין בדיני הראיות, שהראיה המובאת צריכה להיות ברורה, ורק בהיותה ברורה תחשב כראיה, ואין נפק״מ אם להוציא ממון או להחזיק, אלא כל שבא להוציא בשטר, הראיה שמביא בשטר צריכה להיות ברורה. ומש״כ הרמב״ם דאם תפס אין מוציאים ממנו אלא בראיה ברורה (ועיין ברב המגיד אם מיירי בתפס בעדים), היינו שאחרי שתפס כבר אין דנים על השטר, רק כשבאים להוציא מהתופס, הם אלה המביאים את השטר כראיה להוציא מהתופס, ועליהם חובת בירור הראיה.

והרמב״ם בהל׳ מלוה ולוה טז,יב, כתב וז״ל:

> **״האומר לבניו שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע איזה הוא שטרותיו כולן פרועין, נמצא לאחד שם שני שטרות, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. אמר לחבירו שטר**

לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, חוב לך בידי פרוע כל שטרות שיש לו עליו כולן פרועין".

וברב המגיד למד מדברי הרמב"ם וטעמם, דיד בעל השובר על העליונה; "ומכאן שיד בעל שובר על העליונה ושל בעל השטר על התחתונה, והטעם לפי שהשטר בא להוציא והמוציא עליו הראיה והשובר בא להפטר". ואפשר שאין כוונת המגיד דיד בעל השובר על העליונה מכח החזקת ממון. אלא כיון שבעל השטר בא להוציא בשטרו, והוא עצמו פגם שטרו באמרו שיש פרעון באחד השטרות, הרי שפגם בעצם הראיה שמכחה רוצה להוציא את החוב, ולכן יד בעל השטר על התחתונה, דהוא זה שבא כעת עם שטר מסופק כראיה, וידו על התחתונה. ולכן אפשר דלא ס"ל לרמב"ם שבכל ענין יד בעל השובר על העליונה, ורק באופן שבעל השטר עצמו פגם בהודאתו בשטר ההלואה, בזה ידו על התחתונה מכח הודאתו. ועדיין אינו מתורת המוחזק אלא בדיני ברור הראיה. (ועין להלן מה שהבאתי מהשואל ומשיב מהדור"ד ח"ב סי' רכ).

והראשונים נחלקו בדין שובר אם אמרינן יד בעל השובר על העליונה, או לא. הריטב"א ב"ב קסה,ב הביא דעת הר"מ דיד בעל השובר על העליונה, וחלק עליו, וז"ל הריטב"א:

"ושובר שיצא והיה כתוב בו שנתפרע ממנו דינרין, יש אומרים דגבי שובר נידון הלשון על העליונה בכל ספקותיו והמע"ה, ודייניגן הכא דטובא קאמר, ולזה היה [נוטה] דעת הר"ם. אבל לא נתחוור לי, אלא אף בשובר שבא לבטל השטר הברור ידו על התחתונה, ומיעוט רבים שנים וכדדייניגן למיעוט סלעים. ומיהו בשאר ספיקות שיש בלשון שובר לא נתחוור לי אם דנין אותם ויד בעל השובר על התחתונה, או אם נאמר המע"ה, ולכאורה היה נראה שהמע"ה כדברי הר"ם".

(ועיין גם בנימוק"י ב"ב עו,ב בעמוה"ר שהביא דעת הרא"ה שבשובר ידו על העליונה; "אע"פ שאינו נראה בעיני הריטב"א ז"ל תלמידו"). ומה שחלק הריטב"א על הר"מ, דכיון שבא לבטל השטר הברור, ידו על התחתונה, י"ל דיד בעל מוציא השטר על התחתונה, הכוונה שמי שבא לזכות מכח השטר, הן לזכות בממון או לבטל כח השטר שיש לשכנגדו, עליו להביא ראיה ברורה שבשטר, ואם הראיה שבשטר אינה ברורה, אין בידו ראיה. ובהמשך בדף קעג,א הביא הריטב"א את הר"מ ולא חלק עליו, וז"ל:

"שאני התם דיד בעל השטר על התחתונה. פי', כי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל הכא בע"ח הוא מוציא מחבירו ולפיכך יד בעל השובר על העליונה. ומכאן היה אומר הר"ם דהוא הדין לכל לשון מסופק שיש בו בשובר דיד בעל החוב על התחתונה ולא בעל השובר. ומיהו באומר שטרות שיש לך עלי פרועין, י"ל שזה אינו לשון מסופק, דמיעוט שטרות שנים וכדאמרינן (ב"מ ד,ב) גבי סלעים דינרים. ומורי היה אומר שאף בזה לשון בני אדם לומר לשון זה על שטרות הרבה, וכיון דכן כולן פרועין כי יד בעל החוב על התחתונה".

ומ״מ בסברת הריטב״א שבשובר אמרינן דידו על התחתונה כבשטר, י״ל כמש״כ, דכיון שהוא בא מכח השובר להביא ראיה לסתור כח יד בעל השטר הברור, על בעל השובר לברר ראיתו. ולכאורה כן היא הסברא, דכיון שהשובר הוא פרעון החוב, ומול החוב הברור, הו״ל פרעון בספק, והו״ל איני יודע אם פרעתיך וחייב, ומהיכי תיתי יוכל להסתלק מחיובו לחוב ע״י פרעון מסופק.

וכדברים אלה נמצא גם בדברי רש״י והריטב״א בכתובות ר״פ האשה שנפלו (פג,ב). דהנה על הא דתנן שם פג,א: הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך, הרי זה אוכל פירות בחייה ואם מתה יורשה. אם כן למה כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך, שאם מכרה ונתנה קיים. הקשתה הגמ׳, תימא ליה מכל מילי סליקת נפשך. ותירצה הגמ׳. אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה. ורב אשי תירץ, בנכסיך ולא בפירותיהן, בנכסייך ולא לאחר מיתה. ורש״י פירש בדברי אביי שיד בעל השטר על התחתונה, וז״ל:

> **״כל המוציא שטר על המוחזק בדבר מה שמפורש בשטר, יכול לתבוע עליו, ואם השטר סתום, מורידים אותו לפחות שבמשמעות השטר. וכאן הבעל בא בתקנת חכמים על נכסי אשתו בשלשה דברים; לאכול פירות, ולירש, ואם תמכור מכרה בטל. וזו מוציאה עליו שטר שכתבת לי דין ודברים אין לי בנכסייך ולשון סילוק הוא זה, והוא יכול לטעון ודאי לשון סילוק הוא אבל לא נסתלקתי אלא מפחות שבדברים וזו היא המכירה, אבל כל זמן שלא תמכור אוכל פירות״.**

מפירוש רש״י מבואר ששטר הסילוק שביד האשה הוא כעין שובר על החיובים שחייבת לו מכח הנישואין, וכשיש חיוב ברור וכנגדו שובר מסופק, יד בעל השובר על התחתונה. כן נראה לברר ולבאר דברי רש״י באריכות דבריו. דרש״י יכל להפנות לגמ׳ בפרק ג״פ, שבכל ענינים יד בעל השטר על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה, והאריכות לכאורה למותר. אלא שרש״י בא לבאר שכאן יד בעל השובר על התחתונה, דהוא בא לסלק חיוב ברור עם שטר מסופק, וידו על התחתונה, דבא להוציא מחיוב ברור.

וכך נמצא בדברי הט״ז אהע״ז צב,א שכתב בבאור דברי רש״י, וז״ל:

> **״דטעמא דאמרינן בכל מקום יד בעל השטר על התחתונה, הוא מטעם כיון דהוא בא להוציא בשטר שבידו, ע״כ ידו על התחתונה. משא״כ כאן הבעל בא להוציא מהאשה, הוא רוצה להחזיק בשלה, ודאי יד הבעל המוציא על התחתונה. וזה ודאי סברת רב אשי דלא מתרץ כאביי. וע״כ תיקן רש״י לאביי דהבעל לא נקרא כאן מוציא, כיון שיש לו הכל בתקנת חכמים מקרי הוא מוחזק, והאשה שבאה להוציא מתקנת חכמים בכח השטר סילוק שבידה, אמרינן ידה על התחתונה״.**

דכשהחיוב בתקנת חכמים, הרי יש כאן חיוב ברור, והבא לפטור מכח השטר עליו הראיה (ועיין להלן מש״כ הישועות יעקב אהע״ז צב,א). ושם בתוס׳ (ד״ה רב אשי) כתב דרב אשי לא

ס״ל דיד בעל השטר על התחתונה (ועיין בהגהות הב״ח מש״כ בזה). והריטב״א כתב דגם רב אשי ס״ל דיד בעל השטר על התחתונה, אלא שאין צריך לומר שיש כאן לשון מסופק ולכן יד בעל השטר על התחתונה, אלא דקדוק הלשון מורה דלא מכל מילי סילק עצמו. ואף שאפשר לדקדק גם באופן המורחב, בזה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, דאין לך אלא לדקדק בלשון כל מה שתוכל להרע כחו, ומשום דיד בעל השטר על התחתונה. ״ובין אביי ובין רב אשי תרוייהו סבירא להו דאמרינן בהא יד בעל השטר על התחתונה אלא דמר אתי עלה מחד טעמא ומר מטעמא אחרינא״. והביא הריטב״א את דעת הסוברים דרב אשי אינו סובר דיד בעל השטר על התחתונה; ״דבכל דבר שהוא של שובר או של מחילה לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא יד בעל החוב שבא להוציא ממון מחבירו עליו הראיה, וכדאמרינן בפרק גט פשוט (קעג,א) אמר רבא שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע״.

עוד ראיה דיד בעל השובר על העליונה, מב״ב קעא,ב בהא דאמר להו רב ספרא לספרי שאינם יודעים זמן השטר, שיכתבו סתמא, כלומר שנתפרע מחוב שהוא מסך פלוני, דכל אימת דנפיק מרע ליה, וא״כ כשמוציא שובר זה מסך ידוע ובעל שטר החוב אומר סטראי נינהו, אין אומרים יד בעל השובר על התחתונה אלא אומרים יד בעל החוב על התחתונה לפי שבא להוציא מחבירו. ודחה הריטב״א הראיות הנזכרות, וז״ל:

> **״ומסתברא דמכל הני ליכא ראיה ברורה, דשאני התם שאין בלשון השובר שום ספק אלא לשונו ברור כפי הסך שתובעין ממנו, וכשאומר הלה סטראי נינהו עליו להביא ראיה שהרי סך השובר מתכוין יפה לסך שטר החוב שהוא מוציא. וכן בההיא דשטר לך בידי פרוע, שובר ברור הוא בלא שום ספק שאף שטר חוב של סך גדול שטר נקרא. וכן כשאומר חוב לך בידי פרוע, על כל שטר שמוציא עליו נכללין בלשון ההוא. הלכך הבא לדחוק הלשון ולהעמידו בפרט מסויים עליו להביא ראיה. אבל כשיש בלשון השובר לשון סתום שסובל שתי משמעויות והרי הוא מסופק אם נמחל החוב בלשון ההוא, דכולי עלמא יד בעל השטר הוא על התחתונה ויד בעל החוב ההוא על העליונה כיון שחיובו ברור הוא, וכדאמר אביי הכא ורב אשי נמי מודה ליה, דלא מוקמינן פלוגתא בכדי בינייהו״.**

מבואר בריטב״א דבשטר בין שטרותי פרוע, אין כאן ספק, דהלשון כולל הכל. אבל בכל מקום שיש לשון מסופקת בשובר, כיון שכנגדה יש חוב ברור, ורוצה מוציא השובר להוציא את כח השטר חוב באמצעות השובר, על בעל השובר ראיה, אם ברצונו לבטל את החיוב הברור עם שטר/ שובר מסופק. [ובדעת התוס׳, עיין בפני יהושע כתובות פג,ב שכתב דכיון שהעמדנו למשנה בכותב לה ועודה ארוסה, שעדיין בשעת כתיבת השטר לא היה מוחזק בשום דבר אלא דעכשיו לאחר הנשואין רוצה לערער ולעכב על ידה והיא מוציאה השטר, איכא למימר דזה השטר הוא כמו שובר דאמרינן יד בעל השובר על העליונה. ויש בדברי הפני יהושע חידוש, דאזלינן בתר שעת כתיבת השובר, לבדוק מי מוחזק בשעת כתיבת השובר, ולא לפי המוחזקות כעת.]

ובישועות יעקב כתב בהסבר דברי רב אשי שתירץ בנכסייך ולא בפירותיהן וכו׳, ולא תירץ כאביי דיד בעל השטר על התחתונה, דיש לחלק אם החיוב כבר חל ונולד ספק על המחילה או פרעון, ויש ספק פרשנות בשובר, שבזה יד בעל השובר על התחתונה, כיון שיש חיוב ברור, ומנגדו שובר מסופק. אבל כשהספק בפרעון או במחילה נוצרו עוד קודם שעת החיוב, והשאלה אם בכלל נוצר החיוב, בזה יד בעל השובר על העליונה ויד בעל השטר על התחתונה, כיון שחיובו נולד מלכתחילה בספק. ולכן לענין שלא תמכור בנכסים, כיון דקיי״ל דאף ארוסה לא תמכור לכתחילה, א״כ זכות הבעל באי מכירת האשה נולד עוד בשעת הארוסין, קודם לידת השובר המסופק של דין ודברים אין לי בנכסייך וכו׳, ולכן לענין זה יד בעל השובר על התחתונה ויד הבעל - בעל השטר, על העליונה.

ולפ״ז בנדו״ד שעשו הסכם ממון לפני הנישואין, לכאורה זכות האשה בכתובה נולדה עם השובר המסופק, ובזה אמרינן לכאורה דיד בעל השובר על העליונה, דהיינו הבעל, וידה על התחתונה, ופטור מלשלם.

ד. בחיוב ברור

ומכח דין הנ״ל ומהסוגיא, דן מהרי״ק בשורש ז בענין שותפים שחייב כ״א מהם ע״פ דין לתת סכום מסוים לפדיון שבויים, והוציא אחד השותפים (שהיה צריך ע״פ דין לשלם סכום רב, יותר משאר השותפים) שטר שבו הסכימו השותפים שכספי צדקה ישולמו ע״י השותפים בשוה, והשאלה אם פדיון שבויים הוא בכלל צדקה שעליה הסכימו השותפים שיתחלק שוה בשוה. והביא מהרי״ק ראיה מהסוגיא הנ״ל, דכל שמחויב מכח הדין ובא לפטור מכח השטר, חייב לשלם ויד בעל השובר על התחתונה, כיון שחייב מכח הדין. ובריב״ש סי׳ תד, ובלח״מ מלוה ולוה טו,ג הקשו על מהרי״ק מהא דשובר שנכתב סתם פלוני פרע לפלוני, דמבטל כל שטר שיש לו עליו. וכן אם כתוב דינרים, מבטל כל שטר שיש לו עליו. ואף שבכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך, שהוא כמו מחילה מזכות שיש לו בנכסים, אמרינן על האשה, שהיא הרוצה להוציא שטר המחילה, שהיא בעל השטר וידה על התחתונה, מפני שהבעל נקרא מוחזק בתקנת חכמים והיא שבאה להפקיע זכותו בשטר ידה על התחתונה, אבל בעל חוב אינו מוחזק, דלא קיימא לן כב״ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי, עיי״ש.

ועיין בש״ך מב,יח שכתב לחלק בין נדון מהרי״ק לנדון ספק בשובר כשהחוב ברור, דבנדון מהרי״ק כיון דבלא השטר הוא חייב לשלם עבור פדיון השבויים לפי ממונו, ובא לפטור עצמו מכח השובר, ההסכם שעשו לפרוע צדקה שוה בשוה, אם כן מה יועיל לו תפיסתו הרי הוא חייב בודאי בלא שטר, ואיך יפקיע את עצמו מכח ספק שבשטר, אין ספק מוציא מידי ודאי. אבל כשהמלוה אומר שחייב לו בודאי, אם כן גם בלא שטר חייב לו לדברי המלוה, אפילו תפס בעדים לא מפקינן מיניה כיון שטוען ברי. וכן בשובר שהלוה אומר אפילו בלא שובר אינו חייב לו, אמרינן יד בעל השובר על העליונה כיון שהוא מוחזק. כלומר השאלה אם זה שבא לפטור

עצמו עם השובר המסופק, מודה שללא השובר יש חוב, או שטוען שאין חוב, והשובר הוא המסייע לטענה או גוף הטענה. אם הוא המסייע, א״כ גם בלא השובר אין חוב, משא״כ כנידון פדיון שבויים שהשובר הוא גוף הטענה, ידו על התחתונה כשבא לטעון בכח שובר מסופק.

ועיין בתומים מב,יא שהסכים לדינא למהרי״ק, אף דקיי״ל דיד בעל השובר על העליונה, דכיון שהקהל נקראים מוחזקים נגד הנתבע לשלם פדיון שבויים, דינו כדין הבעל עם האשה בזכויותיו, דפדיון שבויים הוא חוק מלכו של עולם, ולא יהיה חוק ומס מלך מלכי המלכים, קל ממס בשר ודם. וכיון שהקהל מוחזקים, אין הוא יכול לפטור עצמו בשובר המסופק. ובנתיבות מב,ח כתב ג״כ דאין ראיה ממהרי״ק, לפי מה שכתב הנתיבות בכללי תפיסה (כלל יא), דכל שבא לזכות מכח הלשון ויש ספק בהלשון, אינו זוכה כלל, מה שאין כן בסי׳ מג שיש ספק במעשה אם השטר קודם או השובר קודם, מהני מטעם מוחזק.

והרמ״א בשו״ע חו״מ מב,ח הכריע דבשובר יד בעל השטר על העליונה, הואיל והוא מוחזק, ״דלא כיש חולקין ואומרים דאפילו בשובר אמרינן ידו על התחתונה״. והסמ״ע ס״ק כג הקשה על הכרעת הרמ״א מהשו״ע חו״מ עא,כא במלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השטר לומר שהוא פרוע, דנאמן לומר שהוא פרוע, אבל צריך לישבע שהוא פרוע, אפילו בחיי המלוה. והא דלא אמרינן שהימניה גם לענין שבועה, מפני שיד בעל השטר על התחתונה, ואמרינן דלא הימניה אלא לבטל השטר דמלוה ולעשותו כמלוה על פה, והיינו מטעם שהחוב שבשטר שביד המלוה ברור והשובר ספק. וא״כ קשה על הכרעת הרמ״א דמהני שובר מסופק נגד שטר ברור. והש״ך בס״ק יז כתב לישב את קושית הסמ״ע, וז״ל:

> **״דלעולם אמרינן יד בעל השובר על העליונה לבטל שטר, שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר, ואם כן יד בעל השטר על התחתונה נגד השובר וממילא יד בעל השובר על העליונה נגד השטר, אבל אחר שנתבטל השטר אם כן הוה ליה בעל השובר לענין תביעת בעל פה, בעל השטר, ושפיר אמרינן גביה יד בעל השטר על התחתונה לענין דצריך לישבע. תדע דעל כרחך לקמן סימן ע״א אין הטעם כמו שכתב בסמ״ע כיון שהחוב ברור בשטר שביד המלוה, דהא מועיל השובר לבטל השטר ופשיטא דקרעינן ליה לשטרא מיד שאומר פרוע, אלא הטעם כמו שכתבתי״.**

ומבואר מדברי הש״ך, דהשובר שכתוב בו פלוני פרע לפלוני חוב שבשטר בתאריך כו״כ, יוצר ריעותא בשטר, דמהותו של השובר הוא פגימת השטר ועקירת יכולת הגביה מכח השטר, וכשבאים לדון עד כמה בטל השטר, בעל השטר הוא המוציא וידו על התחתונה. ויכולת השובר לבטל את השטר: ״שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר״, אולם השובר שנכתב על חוב שבשטר אינו יוצר ריעותא בעצם החוב אלא רק בשטר, וע״כ יד המלוה על העליונה נגד בעל השובר.

והנראה דמחלוקת התנאים אם כותבים שובר בב״ב קעא,ב, דלמ״ד כותבים שובר זה

ריעותא בעצם השטר, והחידוש הוא דאינו כתרי ותרי, שנים אומרים חייב ושנים אומרים פטור, אלא השובר מבטל את השטר. והטעם הוא כמש״כ הש״ך, דכן הוא הדרך לבטל שטר ע״י שובר, וע״כ אינו כשתי שטרות אחד מול השני. דשובר ושטר אינם שני דברים אלא אחד, דהשובר במציאותו ״שובר״ את השטר, ואין כאן שטר, ולא שיש שטר ויש עוד שטר ששמו שובר.

ומעין סברא זו נמצא בשואל ומשיב מהדר״ד ח״ב סי׳ רכ, שהקשה מדוע בשובר מסופק יכול להפקיע חיוב ברור, וכשהספק הוא בפרעון, הו״ל לאוקמי בחזקת חיוב וכדין איני יודע אם פרעתיך. וכתב בדרך הכרעה לחלק בין שובר מסופק שעוסק בפרעון החוב, לבין שובר שענינו הפקעת החיוב מעיקרו, וז״ל:

> **״דכיון דמיירי בענין שהשובר מגרע כח השטר, כגון שכתב דינרין סתם, דבאופן הלזה מיירי הנימוק״י בשם הרא״ה שהוא מקור הדין, וא״כ כיון שעכ״פ י״ל שהשובר מורה שנפרע הרבה דינרין, עכ״פ נגרע חזקת חיוב שבשטר, וגם עכ״פ במקצת ודאי איתרע, וא״כ לא שייך חזקת חיוב, ושוב הו״ל בעל השובר מוחזק. ובזה נראה לפענ״ד לומר דאין פלוגתא בין הדעות, דמהרי״ק שכתב דאמרינן יד בעל השובר על התחתונה, מיירי באופן דהחיוב ברור, ורק כשהוא בא מכח השטר להפקיע חיובו, וכיון שהוא לשון מסופק, ואולי אין הכוונה על מצות פדיון שבויים, א״כ שוב עכ״פ הו״ל חזקת חיוב ברור, ולא אתי ספק פרעון, דהיינו מה שנתפשר עמהם בשטר, ויפקיע מחזקת חיוב״.**

כאשר הספק הוא בפרעון, הרי עצם הפרעון מגרע כח השטר וכמש״כ, דהשטר עומד לפרעון, ושובר של פרעון הוא חלק מהשטר, שהרי השטר עומד לפרעון, וממילא יש לנו דבר אחד, שטר ושובר לפרעון, ואף שהשובר מסופק, כיון שהוא אחד עם השטר, מגרע כוחו. אבל כאשר בא לטעון שחיוב מעיקרא ליתא, כמו בנידון המהרי״ק, שטוען שמעיקרו לא נתחייב על מצות פדיון שבויים, אין כאן שטר אחד אלא שטר חיוב ברור, ושובר - שהוא שטר בפני עצמו המסופק, ואין בכח השובר המסופק להפקיע חיוב ברור.

[אמנם לעצם הראיה מנאמנות שהאמין לוה למלוה, שמ״מ חייב להשבע, י״ל דאינו ענין ליד בעל השובר על העליונה או לא, דכך אנו מפרשים את הנאמנות, דלא הימניה אלא לענין סתירת השטר אך לא לענין עצם החוב, וכן כתב להדיא הש״ך עא,מה; ״ דהכא כיון שהנאמנות כתוב בשטר של המלוה והמלוה הוא שמוציא השטר, מסתמא לא הימניה אלא לבטולי שטר ולא לענין תביעת בעל פה״. וא״כ כיון שכך הוא פרוש השטר, אינו שייך לדין יד בעל השטר או השובר על התחתונה או על העליונה, דדין זה שייך רק במצב של ספק, אך כשאנו מפרשים כך את השובר, אין כאן ספק אלא זהו הפרוש בשובר.]

ובישועות ישראל (סי׳ מב עי״מ ס״ק ח) הקשה על הש״ך, דהא בשובר על חוב שיש ספק אם חוב פלוני בכלל המחילה, הו״ל החייב כתפס קודם שנולד הספק, ומדוע אין ידו

על העליונה, וכן לכאורה בנדון השותפים והשאלה אם פדיון שבויים בכלל אופן חלוקת הצדקה, הוי השותף החייב בפדיון שבויים כתפס קודם שנולד הספק, ומדוע מהרי״ק פסק שמוציאים מידו.

והביא הישועות ישראל את דברי התשב״ץ ח״ב סי׳ קיח שדן בדו״ד בין אלמנה ליורשים לענין נכסי צאן ברזל שאבדו, שהאשה טוענת שהיא כבע״ח ויכולה לגבות מנכסי בעלה, והיורשים באים מכח תקנת הקהל וטוענים שאין לה שעבוד ממה שאבד רק על מחצית מהנכסים, והאשה טוענת שאין תקנת הקהל מתיחסת לנדון כזה, עיי״ש. ודן התשב״ץ בדין מי שבא מכח תקנת הקהל לפטור עצמו, וכתב שאם יש ספק בלשון מחילה אם היא כולל חוב כזה או אחר, הרי יד בעל השובר על העליונה, כדין האומר לחבירו שטר לך בידי פרוע (כנ״ל). אבל אין הדין כן כשהספק בלשון התקנה, וז״ל התשב״ץ:

> **״אבל מלש׳ התקנה נראה שלא תקנו כן אלא בתוספת, כיון שהזכירוהו בפירוש במיתת האשה ולא הזכירוהו במיתת הבעל, הרי גלו דעתם שעל התוספת נעשית תקנה זו. ואפי׳ הי׳ ספק בלש׳ התקנה כך הי׳ הדין. ולא דמי ספק הנופל בלשון שטר שאדם כותב על עצמו, לספק הנופל בלש׳ התקנה, שבספק הנופל בלש׳ שטר שאדם עושה על עצמו, אנו אומרים שידו על התחתונה שהי׳ לו לפרש, אבל בספק הנופל בלש׳ התקנה, הרי הוא כאלו אינו כתוב ונדון אותו על דין תורה״.**

ונראה בדברי התשב״ץ, דחילוק הדינים בין שטר לך בידי פרוע לספק בתקנה, אינו מכח מוחזקות אלא דין בפרשנות הסכמים. כאשר שני אנשים עושים הסכם בלשון כוללת ולא מפורטת, הרי הפרשנות היא מורחבת, שמכך שלא פרטתם, אנו מפרשים השטר שכולל כל מה שניתן להכליל בו. כך אנו מפרשים את כוונתם, והבא לצמצם, ידו על התחתונה, לא מדין מוחזקות ממון אלא בפרשנות ההסכם הכולל ידו על התחתונה לצמצם את הפרוש הכולל. דכך ודאי התכוונו המתנים כשלא צמצמו ופרטו. אולם בתקנה, אין השאלה מה הכוונה, כיון שאין כאן שני אנשים המתנים אלא קהל שתקנו לשנות דבר מה ממה שצריך להיות ע״פ דין, כל מה שלא ברור ומפורש, יוצא מכלל התקנה ועומד בדין תורה.

והישועות ישראל למד מדברי התשב״ץ דבשובר יד בעל השובר על העליונה, כיון שעשו זאת בהסכם שני אנשים, וכדין שטר לך בידי פרוע. והביא מתש׳ בית יוסף (דיני כתובות סי׳ א) באחד שהתנה קודם נישואין שאם ימות ולא יניח בנים, שלא תטול כתובה, ומת והניח בת, אם גובה כתובתה. וכתב הב״י להוכיח דבת בכלל בנים, וסתר ממקומות שהיה אפשר להקשות. והוסיף דאף אם היה ספק אם בת בכלל, יד האשה על העליונה, וז״ל:

> **״שאפי׳ אי הוה מספקא לן אי הוה בת בכלל בנים או לא היתה גובה כתובתה משלם ולא אמרינן בהא יד בעל השטר על התחתונה, משום דכל תנאי או תקנה שבאים להוציא מכח דין תורה, יד בעל התנאי או בעל התקנה על התחתונה וכמ״ש הרא״ש בתשובה כלל נה,ח ובכלל סד,יא ובהגהת מרדכי דקדושין. והכא**

כיון דמדינא היא גובה כל כתובתה משלם התנאי שבא לגרוע כחה יד התנאי על התחתונה וגובה כל כתובתה משלם".

ובתחילה היה נראה לכאורה דדברי הב"י הינם בכל חוב ולא דוקא חוב כדוגמת כתובה, דגם חוב שחייב לחבירו, חייב מדינא לשלם. ובזה ס"ל לב"י שבתנאי שהתנו הצדדים ביניהם למחול וכד', ולא רק בתקנת הקהל כתשב"ץ, יד הנמחל על התחתונה כיון שבא להוציא מכח דין תורה. וכל מקום שהחיוב מכח הדין הוא ברור, אין ביד בעל השובר לפטור עצמו מספק. אולם י"ל בדברי הב"י, שסברא זו באה דוקא בחוב שחייבה התורה או חייבוהו חכמים כדוגמת הכתובה, שבזה אין לו לפטור אלא בחוב ברור. אבל בחוב שבא כתוצאה מהלואה וכד', הרי יכול לפטור עצמו במחילה. והטעם לחלק, דבחוב כמו כתובה, אף שניתן למחילה בתנאים מסוימים, הרי התורה או חכמים רצו שיתן לה כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ועשו גם תקנות ותנאי כתובה, כל זה בטעמם של חכמים. לכן כשבא להפקיע מכוונת התורה או חכמים, ידו על התחתונה. אבל בחוב שהתחייב, מבחינת חכמים והתורה יכול למחול ולא ישלם.

לפ"ז לכאורה בנדו"ד, יהיה הדבר נתון במחלוקת התשב"ץ והב"י. דלתשב"ץ כיון שאינו ספק בתקנה אלא בתנאי, אמרינן יד בעל השובר על העליונה, דמפרשים ההסכם בצורה מורחבת והבעל פטור מתשלום הכתובה. משא"כ לב"י כיון שהחיוב בכתובה הוא מכח חיוב התורה או חכמים, ובא לפטור עצמו מכח התנאי, חייב לשלם ומפרשים בדרך מצמצמת.

ומ"מ מבואר שנחלקו התשב"ץ והב"י בדין זה, אם מחל על הכתובה באופן לא ברור אם כולל דברים מסוימים, דלב"י חייב ולתשב"ץ פטור. וכתב בישועות ישראל לבאר בדין זה, ע"פ מה דאיתא בב"ב בפרק המוכר את הבית, לענין ספק מה כלול בכלל המכירה, תנן במשנה ב"ב עא,א דדוקא במוכר נאמרו דיני המשנה, שיש דברים היוצאים מכלל המכירה, אבל בנותן, אמרינן שנתן את הכל. והרשב"ם שם על הגמ' הביא את פירושו ואת פירוש רבינו חננאל בחילוק בין מוכר ללוקח, וז"ל:

"נותן מתנה כיון דרגיל ליתן בעין יפה, אם איתא דהאי לאו בעין יפה יהיב היה לו לפרש ולשייר בור וגת ושובך וכל הנך דמתני', ומדלא שייר הפסיד. אבל מוכר זוזי אנסוהו, ולא מכר אלא מה שפירש. ואפילו אם יש שרגיל למכור בעין יפה, מסתמא אין לומר כן דיד לוקח על התחתונה, דלא היה לו לפרש. ורבינו חננאל פירש הקונה היה לו לפרש, דכיון שנותן דמים אינו מתבייש מן המוכר, ומדלא הזקיק למוכר לפרש לו הכל - הפסיד. אבל מקבל מתנה, בושת יש לו מן הנותן ואין לו לפרש ולשאול לו בור וגת ושובך, הלכך עליה דנותן רמיא לגלויי, ואם לא פירש קנה הכל".

לכאורה נראה דהחילוק בין הרשב"ם לר"ח, דלרשב"ם אנו בודקים את כוונת הנותן והמוכר, ולר"ח השאלה מי היה צריך להתנות ולפרט. לרשב"ם ודאי מוכר כוונתו למכור מה

שפחות, כיון שזוזי אנסוהו למכור, משא״כ נותן - בעין יפה נותן, אא״כ צימצם את מתנתו להדיא. ר״ח מפרש שהחילוק מי היה צריך להתנות. במתנה אי אפשר להטיל חובת התנאה על המקבל, כיון שהוא מקבל מתנה, בוש הוא לתבוע ולהרחיב מתנתו. משא״כ קונה, היה לו להתנות ולהרחיב מתנתו. דכשיש פרוש סתום, יד המוציא על התחתונה, כיון דהיה למוציא להתנות (עיין בדברי הרא״ש ב״מ ו,ג, ועיין במשפטיך ליעקב ח״א יא,א), מדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה. משא״כ כשיש טעם מדוע לא היה צריך להתנות, וכגון במתנה.

ומכח דברי רבינו חננאל לומד בישועות ישראל לחלק בין מחילה לפשרה, דבמחילה כיון שאין על הנמחל מעמד לצוות להתנות וכד׳, אין כלפיו טענת התנאה, מדוע לא התנית, ולכן ידו על העליונה, ודברי המוחל הסתומים מתפרשים בדרך הרחבה. משא״כ פשרה, יש לפרש בדרך מצומצמת, דיד המוציא על התחתונה, שהיה לו מעמד להתנות, ומדלא התנה, הוא הפסיד לעצמו. ולכן בנדון מהרי״ק דמיירי בפשרה, היה על החייב לדאוג להתנות ולפרט, וכן בנידון הב״י שעשו התנאים קודם הנישואין, הרי זה כמכר, והיה על החייב הטוען למחילה, היינו הבעל - להתנות.

ועיי״ש מה שחילק בישועות ישראל בין לשון מסופקת, כלומר שיש ספק עד כמה היא כוללת, האם לפרשה בפרשנות רחבה או מצומצמת, שהשאלה אם חל גם על אחר או רק על זה. אבל כשאומר לשון סתומה כמו שטר מחול לך, או בית נתון לך, שזה ודאי חל על בית ושטר, והשאלה על איזה בית או על איזה שטר, על זה או על זה, כל שהנותן והמוחל טוען ברי שחל על דבר מסוים ולא על אחר, ידו על העליונה לטעון ברי. ונראה בחילוק, דברישא שהשאלה אם הלשון כוללת יותר או פחות, זו שאלה בפרשנות. כשהשאלה אם מתיחס לזה או לזה, לנותן והמוחל עומדת חזקת ממון וכדין כל המוציא מחבירו. דאין כאן שאלה של פרשנות, דמה שייך לפרש בשטר בית גדול או קטן, זו שאלה בהלכות מוחזקות ממון, שהמוציא צריך להביא ראיה.

לפ״ז בנדו״ד שהוא הסכם בין הבעל והאשה לפני נשואין, ודאי דמי למכר, ויש לפרש ההסכם בדרך המצמצמת. ואינו דומה לשטר מחילה אלא לשטר מכר. ולמסקנת הישועות ישראל יש לחייב בכתובה את הבעל בכה״ג.

ובשו״ע חו״מ מט,ח הביא דעת הרמ״ה דאם יש שני יוסף בן שמעון בעיר אחת, ומשולשים בשטר ולא בשובר, על בעל השובר להביא ראיה. והקשה הט״ז חו״מ מב (על סע׳ ח), דהא למה שפסק הרמ״א מב,ח יד בעל השובר על העליונה, ומדוע ידו על התחתונה במשולשים בשטר ולא בשובר. וכתב הט״ז דדעת הטור בסי׳ מט לחלוק על הרמ״ה, ויד בעל השובר על העליונה גם באינו משולש בשובר; ״ונ״ל דסבירא ליה כמו דעה זו כאן שהוא נמוק״י יוסף, והרמ״ה שם סבירא ליה כיש חולקין כאן. ולפי זה היה לו להרב רמ״א בסי׳ מט לקבוע הלכה שלא כדברי המחבר שם שהם כהרמ״ה. ולבד זה נראה לי לפסוק שם כדעת הטור, דהא קיימא לן המוציא מחבירו עליו הראיה כמ״ש כאן, כן עיקר וכנלע״ד ברור״.

ובפשטות אפ״ל בדעת הרמ״ה, דבמשולשים בשטר ולא בשובר, א״כ אין כאן שובר על שטר זה, דיתכן שמיירי במלוה או לוה אחר, וכל מה ששייך לדון שידו על העליונה הוא בדוקא שודאי יש לנו שובר, והשאלה כמה פרע, אבל כשגוף הספק אם יש כאן בכלל שובר, דאם משולש בשטר ולא בשובר, י״ל שאין זה שובר על שטר זה, לא שייך להיות בעל השובר על העליונה. ומזה הטעם הש״ך מט,יז שצידד בדעת הטור, כתב דודאי מה שהעדים לא שילשו בשובר, לא מפני שלא ידעו שיש עוד יוסף בן שמעון, אלא ודאי ידעו, וגם ידעו שפרע לשניהם וע״כ לא שילשו בשובר. ולא בא הש״ך מטעם ידו על העליונה, דידו על העליונה לא שייך בכה״ג, אא״כ נאמר שהשובר עצמו מוכיח שפרע לשניהם, וא״כ יש לנו כאן שובר ודאי. ורק אחרי שיש שובר ודאי ללא ריעותא, ממילא אין כאן כלל ספק שיהיה ידו על העליונה או על התחתונה, דדינו ככל שובר ששובר השטר.

ועיין בנתיבות מט,יז שהסכים לדעת הרמ״ה והמחבר, ונראה מדבריו כנ״ל, דמציאות השובר ששובר את השטר הוא באופן שהוא מיוחד לשטר זה, וכשיש חילוק והשטר משולש והשובר אינו משולש, הרי שהשובר אינו מכוון ושובר שטר זה, וזה חסרון בעצם השובר, שאולי אינו על שטר זה, ע״כ השטר בתוקפו. ולא דמי לנידון דסי׳ מב, דשם יש ודאי שובר על שטר זה, והשאלה היא עד כמה הוא שובר השטר. ובשואל ומשיב הנ״ל כתב דכיון דהשובר אינו ברור, ואפשר שאינו על שטר זה; ״א״כ לא התחיל לגרע כח השטר כלל, ופשיטא דמוקמינן אחזקת חיוב בזה״.

ולפ״ז יש להבין הא דת״ר בב״מ יט,ב: מצא שובר, בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל, אין האשה מודה, לא יחזיר לא לזה ולא לזה. וכך נפסק בשו״ע אהע״ז קי,ב: ״ המוצא שובר על שם האשה שנפרעה מכתובתה, בזמן שהאשה מודה שנתנתו לבעל, יחזירנו לו. ואם אינה מודה, אלא אומרת ממנו נפל, לא יתננו לא לאיש ולא לאשה״. ובח״מ שם בס״ק ו כתב דמ״מ יכולה לגבות כתובתה, דהכתובה בחזקתה וטורפת גם מלקוחות כיון דאיתרע השובר בנפילה. ומ״מ לא קרעינן השובר, שמא יבואו עדים ויעידו שהשובר טוב ומרע לכתובה. וכן כתב הב״ש שם ס״ק ו. וצ״ל דכיון דנפל, כשהאשה אינה מודה, הספק אם יש בכלל שובר, בניגוד לספק עד כמה מקיף השובר ועד כמה כוחו, כאן בנפילה איתרע השובר לעצם השאלה אם יש כאן בכלל שובר, וע״כ הכתובה בחזקתה וגובה אפי׳ מלקוחות, דכשיש ספק אם בכלל יש שובר, אין השובר מעורר ריעותא בשט״ח שנאמר דידו על התחתונה.

ובתש׳ משכנות יעקב חחו״מ סי׳ לד (הזכירו גם בפ״ת חו״מ סה,ט) כתב דדעת הסמ״ע בפרישה בטור אהע״ז סי׳ קי דלא קרעינן לשטר או לכתובה שנמצא עליהם שובר שנפל, וגם לא מגבינן. ושכן דעת הט״ז בחו״מ סי׳ סה דגם בע״ח של המלוה אינו יכול לגבות מדינא דר״נ, וגם המלוה עצמו אינו יכול לגבות. והביא שכן דעת עוד אחרונים (וע״ע בנתיבות סה,כז). וצ״ל דס״ל דשובר עצמו שובר את השט״ח בכל ענין, ורק כשנמצא אנו מסופקים בכוחו של השובר ולא במהותו, דבמהותו השובר הזה שייך לכתובה, וא״כ הספק אינו במהותו ובעצמו

של השובר אלא ביכולתו לצאת מהכח אל הפועל, וכיון שיש כאן שובר על הכתובה, אינו יכול לגבות את הכתובה, ומה דלא קרעינן לכתובה, כיון שאנו מסופקים בכוחו של השובר, אך גם לא מגבינן בכתובה, כיון שהיא כתובה שיש עליה שובר שמסופקים בכוחו.

ובעה"ת (שער נג ח"ד אות ב) דן בשובר שנכתב בסך סתום, דהיינו שפרע לו דינרים ולא הוזכר בו סכום הממון, וכן שאין מוזכר בו זמן ההלואה, ונמצא שאינו מבורר אם נכתב על שטר זה או אחר, שהיה לו על הלוה שטר קודם שכבר נפרע בשובר זה, אך שטר זה שלפנינו לא נפרע, האם יכול המלוה לגבות בשטרו שיש עליו שובר זה, מי מהם יקרא מוציא, בעל השטר או בעל השובר. והשיב בעה"ת, וז"ל:

> **"זה הדין נראה בעיני שהשובר מבטל שטר החוב, כדרבא דאמר שטר לך בידי פרוע גדול פרוע, אלמא אע"פ שאין ספק בשטר ונודע לנו עד עתה שהיה קיים, לשון זה המסופק שוברו ומבטלו. ועוד ראיה מהא דתנן נמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע, שטרות שניהם פרועין. נראה מכאן שכל שובר אע"פ שהוא בלשון מסופק, מבטל שטר החוב, שהוא ודאי אצלנו [שחד] מיניהו אינו פרוע. ועוד ראיה מההיא דאמרינן הא תקון רבנן דכי כתבינן תברא אי לא ידעינן זמנא דשטרא דהלואה כתבינן תברא בסתם. פירוש, בלא זמן. והאי תברא ספק הוא אצלנו אם נכתב על זה שיוצא לפנינו, או על שטר אחר שהיה לו עליו שנכתב קודם לזה שמוציא עכשיו, ואעפ"כ מבטל שטרא שהיה עד עתה בחזקת ודאי. ועוד ראיה מההוא דמשנינן במשולשין בשטר ואין משולשין בשובר אעפ"כ אתא תברא ומרע לתרי שטרי. מכל זה למדנו שובר מסופק מרע לשטרא ודאי מפני שהשטר בא להוציא מבעליו ועליו להביא ראיה, זה נ"ל".**

בעה"ת מביא ראיות שאף שובר שיש ספק אם הוא מתיחס על שטר זה מחמת כלליותו, מבטל את השט"ח שאליו קיימת אפשרות שהוא מתיחס ג"כ לשטר זה. ולסברא שכת' לעיל י"ל לכאורה שאין כאן ספק אם יש כאן שובר ביחס לשטר זה, אלא אנו מתיחסים שהשובר באופן ודאי מתיחס גם לשטר זה. והטעם כמש"כ בעה"ת ראיתו מסברא כשלא ידעינן זמן השטר, וכמש"כ הרמב"ן המובא בהמשך התרומות; "בשובר אדרבא אמרינן דילמא לא ידעו סכום ממון השטר, וכתבו סתם כל מאן דמפיק לורעיה". וזה הטעם שכותבים שטר כללי וסתום כשלא יודעים הסכום או הזמן, מביא לכך שיש לנו שובר ודאי ביחס לכל השטרות היכולים להכלל בכלל. מפני שכך נוהגים וזו דרך כתיבת השובר. משא"כ שובר שהיה כתוב בו כך וכך דינרין, ונמחק הסכום ונשאר דינרין, או שכתוב במקום הסכום תיבה שלא נתקיימה למטה, דבזה השובר בטל ולא השטר; "שאם לא תאמר כן, הרי שהיה חייב לחברו מאתים וכתב לו נפרעתי ממך מאה דינרין, ימחוק מאה וטוענין עליו שפרעו מאתיים דינרין, אלא אין דנין נמחק אלא להורע כחו של מוציא". והיינו שאין זו דרכו של שובר, ממילא יש לנו שאלה מה דינו של המחק, האם המחק הוא שובר על השטר או לא, וכיון שבזה יצא ריעותא שיכול למחוק מה שפרעו ולמחוק סכום קטן יותר, אנו דנים על המחק שאין כאן שובר, דהוא ריעותא בגוף השובר.

אמנם דעת הרשב״א שלא כדעת בעה״ת והרמב״ן. הרשב״א בתש׳ ח״ב סי׳ שנה (הובא גם בב״י חו״מ סי׳ נד וכן בגדו״ת נג,ד,ב), במי שהוציא שט״ח על חבירו, והלוה הוציא שובר שהודה המלוה שפרעו דינרין, והמלוה טוען שלא פרעו אלא שנים. והשיב הרשב״א דדעתו עם המלוה, ולגמרי מסייע ליה שטרא אפי׳ לפטרו מהיסת, ומ״מ אין בנו כח להוציא ממון בכך, משום דקיימא לן יד בעל השטר על התחתונה; ״ולפיכך יש לב״ד לחקור הדבר הרבה. ואם לא יוכלו להעמיד דבר על בוריו, ליקום שטרא ביד מלוה, ומעות היכא דקיימי לוקמי, עד שיתגלה הדבר. אי תפס, לא מפקינן מיניה״. ומזה מוכח שאין השטר בטל לגמרי.

ובגדו״ת כתב דאולי באותו הנדון היו צדדים מזקיקין לחקירת ב״ד ומורים על הספק, ולא הביא הרשב״א אלא המסקנא. וכתב שלא היה לרשב״א לקצר במה שהוא יסוד ועקר הדבר, כי היכי דלא ליהוי פליג הרשב״א ז״ל אשאר רבוותא. והיינו אם בכה״ג יש כאן שובר והספק הוא בכמות, או שבכלל אין כאן שובר. דלדעת בעה״ת והרמב״ן יש כאן שובר, וגם אין ספק בעצם הכמות, לכן השטר חוב בטל כולו, דכך היא דרכו של השובר, משא״כ לרשב״א, אם לא נאמר כסברת הגדו״ת, הרי שאף שיש כאן שובר ודאי על השטר והמלוה מודה שהשובר הוא על שטר זה אבל רק על חלקו, השובר הוא רק על החלק שמודה המלוה, ומה שאינו מודה, אין כאן שובר. דלמש״כ כל היכא שיש שובר, הוי פגם וריעותא בעצם השטר, ושובר הוא את השטר עצמו שלא יגבה בו, דזה נתחדש בכתיבת השובר, שאין כאן שתי שטרות, אלא שטר אחד ושוברו עימו, וכמש״כ לעיל.

ולכאורה י״ל דגם דעת הרא״ש כדעת הרשב״א, ולכל הפחות אינו יכול לגבות בשטרו דוקא בכתוב בו סכום המעות, אבל באין כתוב בו סכום המעות, הדין עם המלוה. הרא״ש בתש׳ עו,א נשאל בענין שובר שאין כתוב בו זמן השטר ועדיו, וטוען המלוה דהשובר אינו עשוי כהוגן ויכול לגבות בשטרו. והשיב הרא״ש, וז״ל:

> **״השובר כשר, אע״פ שלא הוזכר בו לא עדי השטר ולא זמנו, כיון שסכום המעות של השטר והשובר שוין, ממילא אמרינן שהשובר נכתב על אותו השטר, דיד בעל השטר על התחתונה, כיון שהוא בא להוציא ממון. והכי תנן בב״ב (קעב), על שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת, דאם נמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע, שטרות שניהם פרועין, משום דיד בעל השטר על התחתונה, כל חד וחד מינייהו אמרינן ליה: דילמא דידך פרוע. ואם אין השובר כשר אלא אם כן הזכיר בו זמן השטר ועדיו, לא היה להם לומר בסתמא ששני השטרות פרועין, כיון שיכול להתברר על איזה שטר שנכתב השובר, על ידי שכתוב בשובר זמן השטר והעדים החתומים עליו. אלמא, שאין להזכיר בשובר עידי השטר וזמנו, ממילא כל שטר שיוציא עליו בסכום מעות אלו, הוא פרוע״.**

מבואר ברא״ש שאין באי הזכרת עדי השט״ח וזמנו בשובר, חסרון בשובר, והשובר כשר בלא״ה. אך משמעות הדברים דאם היה הסכום כולל ואינו מפורט, הרי זה חסרון בעצם

השובר. אמנם י״ל בדעת הרא״ש, דעובדא דידיה כך הוה, אבל אה״נ גם בחסרון הסכום, עד כמה שיש בזה רגילות לכתוב כך את השובר, השובר מבטל את השטר גם בהעדר סכום מפורט.

לאמור לעיל, נדו״ד תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים אם יד בעל השובר על העליונה, או דינו כיד בעל השטר ועל התחתונה. ומדברי הש״ך הנ״ל, כיון שהחיוב ברור, ובא להפטר מכח סעיף העדר תביעות שבשטר, הרי שידו על התחתונה, ודמי לכאורה לדין פדיון שבויים שהביא מהרי״ק, דאף בלא השטר הוא חייב, ובא להפטר מכח השטר. וכן למש״כ הב״י בתש׳ שחיוב הכתובה הוא חיוב מתקנת חכמים, והבא להפטר מחיובו עליו הראיה. אמנם לתשב״ץ כיון שהוא תנאי שהתנו ביניהם, יד המוציא על התחתונה, ומפרשים שהסילוק כולל ביותר. ולמש״כ הישועות ישראל, כיון שמדובר בהסכם דמי למכר, ומפרשים באופן מצומצם, ויד הבעל על התחתונה. אמנם למש״כ הישועות יעקב, כיון שחיוב הכתובה נולד אחרי שכבר סילקה עצמה באופן המסופק, אין כאן חיוב ברור, וע״כ יד הבעל בכה״ג על העליונה (וכאמור, בנדו״ד חתמה לפני הנישואין, אך ההסכם אושר וקיבל תוקף בביהמ״ש רק לאחר הנישואין). וא״כ הדבר נתן במחלוקת ראשונים ואחרונים בנדו״ד על מי חובת הראיה.

ה. ספק במחילה

הזכרנו לעיל דברי הגמ׳ ב״ב קעג,א לענין שטר בין שטרותי, דתנן התם, האומר לבנו שטר בין שטרותי פרוע ואיני יודע אי זהו, שטרות כולן פרועין. נמצא לאחד שם שנים, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע . ובגמ׳ שם, אמר רבא שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, חוב לך בידי פרוע, שטרות כולן פרועין.

והרשב״א בתש׳ ח״ו סי׳ ה (הובא גם בב״י אהע״ז סי׳ צג) כתב דאשה שמחלה עיקר כתובה, כל עוד לא מחלה להדיא כל מה שכתוב בכתובה, אף שמחלה עיקר כתובה, והמוחלת כתובתה איבדה מזונותיה, היינו דוקא במוחלת כל מה שכתוב בכתובתה. והטוען שם רצה לטעון שהאשה היא בעלת השטר, וידה על התחתונה, ע״ז השיב הרשב״א, וז״ל:

> **״מסתברא דבמקום זה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה, לפי שהבעל לא פרע לה כלום והיא משלה היא מוחלת, וכל מקבל מתנה או לוקח קרוי בעל השטר להיות ידו על התחתונה. ואינו דומה למה שאמרו בפ׳ גט פשוט אמר רבא שטר לי בידך פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר א׳, אם טען שלא פרע אלא הקטן, עליו להביא ראיה, אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן, י״ל דראובן מקבל מתנה הוא ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו. ותדע מדאמ׳ לי׳ התם רבינא לרבא אלא מעתה שדי מכורה לך שדה גדולה מכורה לו בתמיהא. וא״ל שאני התם דיד בעל השטר על התחתונה, אלמא יש הפרש בין אומר שטר יש לך בידי פרוע לנותן שטרו, וכן י״ל שהוא הדין במוחל״.**

מבואר ברשב״א שיש הבדל בין שטר בידי פרוע לשטר מחול, דשטר פרוע, הפרעון מצד הלוה המוחזק, ולכן חובת הראיה על המלוה המוציא. משא״כ במחול לך, הרי זה כנותן מתנה לחבירו, דמקבל המתנה צריך להביא ראיה, וכמו הדין במוכר שדהו, דחובת הראיה על הקונה. ודברי הרשב״א הביא הרמ״א להלכה בחו״מ סה,כג (ועיין ברע״א שהראה מקורו לתש׳ הרשב״א הנז׳). ודברי הרשב״א הביאם גם הרד״ך ב,ז (ולא כמצוין בדפוסים שלנו. וכיון שדברי הרד״ך אינם מקור הדברים אלא הרשב״א, הגיה הגרע״א וציין המקור לתש׳ הרשב״א).

ובהסבר החילוק בין פרעון השטר, דיד המוחזק הלוה על העליונה, לבין טענת מחילה, דעל הלוה להביא ראיה, נראה לכאורה להסביר דפרעון כיון שהשטר עומד לכך, הרי טענת הפרעון פוגמת בעצם השטר והראיה שביד המלוה, וע״כ כשהשטר שבידו שנועד לפרעון איתרע, אין בידו להוציא מיד הלוה. משא״כ טענת מחילה, כיון שאין השטר עומד למחילה, השטר בתוקפו ולא נפגע מהמחילה, אלא הם שני דברים, שטר שביד המלוה, והמחילה שהיא נתינה למלוה. ונראה להביא בענין זה מה שנחלקו הראשונים בדין מלוה שהוציא שטר חוב, וטוען הלוה מחלת לי על החוב. דכאשר טוען הלוה פרעתי לך ואשתבע לי דלא פרעתיך, קיי״ל בגמ׳ שבועות מא,א ובשו״ע חו״מ פב,ב דמשביעו. אך לענין טענת מחילה נחלקו הראשונים.

דעת הרמב״ן דכיון דמחילה אינה באה לעקור את השטר, הוי טענת מחילה כטענת פרעון, ומשביעו שלא מחל, וכמש״כ בעה״ת (שער כא, ב,ב); ״דכי היכי דשטרא קאי לפרעון קאי למחילה״. ומפני שהסתפק בכך בעה״ת, שאל את פי הרמב״ן:

> **״והשיב לי ... שלא אמרו אלא בטוען בעיקרי השטר לפוסלו, כגון אמנה או ריבית דלא ניתנו ליכתב, אבל כל דלא עקר שטרא, כגון מחילה או פרעון, אי אמר אשתבע לי, משבעינן ליה״.**

אלא שבעה״ת הביא את בעל העיטור (ריש עיסקא וחוב) הסובר דטענת מחילה הרי היא כשאר טענות ואינו יכול להשביע עליה. ועיין בגידולי תרומה שם דדעת הרשב״א בתש׳ הינה כדעת בעל העיטור, וסברתם דאין סתם שטר עומד למחילה. והיא היא סברת הרשב״א שכת׳ בדין ספק במחילה. דכיון דכל שטר אינו עומד למחילה, בוחנים אנו את המחילה כנידון בפני עצמו, וע״כ כשיש ספק במחילה, אין הנמחל יכול להשתמש במחילה הספקית כאמצעי להפקעת חובו. משא״כ טענת פרעון, כיון דהשטר עומד לפרעון, הפרעון והחוב הינו גוף אחד, וכאשר נולד ספק בפרעון מכח הודאת המלוה (״שטר בין שטרותי פרוע״) נוצר כאן ריעותא בחוב, וע״כ יד הלוה על העליונה ולא מפקינן מיניה ממון בספק זה.

והש״ך סה,עח הקשה על פסק הרשב״א, דאינו דומה למוכר שדהו, דבמוכר שדהו המוכר מוחזק ועל המקבל להביא ראיה, משא״כ בזה הלוה מוחזק, והרי זה דומה לשטר בין שטרותי פרוע, שהרי מזה הטעם יד בעל השובר על העליונה, ונשאר בצ״ע. ומ״מ כתב דכל דברי הרד״ך (הרשב״א) הינם באופן שברור שמחל לו בחינם, שבזה דומה למתנה, משא״כ אם היה מוכרח למחול:

"ומ"מ נראה דאף מהרד"ך לא קאמר אלא כשידוע בבירור או שהלוה מודה שמחלו לו בחנם, ומטעם שכתב שם שהקונה או המקבל מתנה ידו על התחתונה, והיינו דכתב מהרד"ך שם באומר שטר לך בידי מחול שמחלתיו לך כו', אבל באומר סתם מחול לך והלוה טוען ברי ואומר שמחל לו מחמת שהיה מחויב למחול לו, דמי לפרעון והגדול מחול, והר"ב קיצר בדבר".

לפ"ז בנדו"ד שהמחילה היתה מותנית במסגרת הסכם הדדי, אין זה כמתנה, ולדעת הש"ך אף לרשב"א והרד"ך והרמ"א שפסק כמותם, יד המוציא, היינו האשה, על התחתונה.

איתא בגמ' ב"ב ו,ב: אמר רבינא, האי כשורא דמטללתא, עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בתר תלתין יומין הוי חזקה וכו' (אם סמכה על כותל חבירו ולא מיחה בתוך שלשים יום, לא הויא חזקה לטעון ולומר פייסתיך במעות עד עולם, דכל תלתין יומין לא קפיד איניש ולא מחי סבור חברי זה צריך לצל, ולימים מועטים יטלנו משם - רש"י). והנימוק"י ב"ב (ג,ב - ד,א בעמוה"ר) הביא מחלוקת הראשונים אם בחזקת נזיקין צריך חזקה של ג שנים וטענה, כדעת ר"ת והרשב"א, ומה שסגי כאן בל' יום, היינו לענין טענה ששילם לבעל הכותל, אבל לא לענין חזקה לסמוך בטענה ששתק ולא מיחה. ודעת הרמב"ן והר"י מיגש, דכל שנגלה ההיזק ולא מיחה הוי חזקה, וכענין זה שאין בו הפסד קרקע לאידך אלא נזק, וכיון שנתגלה ההיזק ולא מיחה מחל, דאלו מטעם מכירה כר"ת, יאמר לו אחוי שטרך, דעד תלתין יומין ודאי נזהר בשטרו, דהרי עד ג שנים נזהר, כל שכן שלשים יום. וכתב ע"ז הנימוק"י, וז"ל:

"נראה לי לומר שזה החזיק בכשורא או בנזק כי האי החזיק, וכי שתקינן ושבקינן ליה בחזקתיה לא עבדינן ולא מידי. אבל אי הוה מפקינן ליה מחזקתיה הוינן כמוציא מחבירו, ואיך עבדינן הכי והלא הדבר הזה עלינו בספק".

מדברי הנימוק"י עולה שכשיש לנו ספק אם היתה כאן מחילה, ומחמת מחלוקת הראשונים אם יש מחילה על הנזק בכה"ג לאחר ל יום על הנזק, יכול המזיק בנזק כזה ששייך ביה מחילה לעמוד בחזקתו, והניזק הוא המוציא ועליו הראיה. אולם לכאורה יש לחלק בין נידון הנימוק"י לנדון ספק מחילה בחוב. בנדון הנימוק"י יש ספק אם מחל לו הניזק על הנזק, אין כאן שום שאלה מקדמית ושום חיוב מקדמי. לאמור - לא היה מצב קודם הספק מחילה שהגדרנו את המזיק כודאי חייב לסלק נזקו. אין כאן חיוב אובייקטיבי. לבעל הכותל יש זכות מחאה. משא"כ בספק מחילת חוב, יש לפנינו חיוב ודאי, לאחריו נולד ספק בעצם המחילה, בכגון זה דמי לאיני יודע אם פרעתיך או מחלת לי, דקיי"ל בחו"מ עה,ט דחייב, כיון דהחיוב ודאי. ולכן טעמו של הנימוק"י שמעמידים אותו על חזקתו ולא עבדינן ולא מידי, הוא דוקא בסוג נזק שקיימת שאלה אם איבד הניזק את זכות המחאה, ולא היה חיוב ודאי לסלק הנזק, משא"כ בחוב.

לפ"ז י"ל דגם בפשטות דברי הרשב"א, ללא הסבר הש"ך, דכל שמוחל חשיב מתנה ועל נותן המתנה להביא ראיה, והיינו הנמחל, בנדון חזקת תשמישין י"ל שאינה כמתנה, דבמחילתו

לא נתן לו אלא שויתר על זכות המחאה, ולכן המזיק מוחזק, וחובת הראיה על הניזק שלא ויתר על זכות המחאה. והוא הדין להסבר הש"ך, דהרי כאן מירי במתנה בחינם.

והגרע"א בהגהותיו על השו"ע, חו"מ סו"ס סה, על דברי הרמ"א בסע' כג שאם אמר מלוה ללוה שטר אחד מחול לך, הקטן מחול ולא הגדול, כתב וז"ל:

> **"היינו כיון דהספק כמה מחל, אבל אם ידוע כמה מחל ויש ספק בדין אם מהני המחילה, לכאורה פטור מספק. ואולם מדברי הב"ש סי' סו ס"ק ט מבואר דלא ס"ל כן, ולענ"ד צ"ע. ועיין בנימוק"י פרק קמא דבתרא גבי אחזיק להורדי, דנראה דאפילו בספק במחילה גופא אם מחל והוא ספיקא דדינא זכה המוחזק, וכן בשו"ע אה"ע סי' ק"ו דגם בבריא דהוא איבעיא דלא איפשטא אם מחלה הכתובה זכו היורשים, ודעת הרי"ף שם באמת דמספק לא הפסידה כתובתה".**

מבואר מדברי הגרע"א, דבתחילה ר"ל דכל הדין שבספק יד הנמחל על התחתונה ועליו חובת הראיה, דוקא שידוע ודאי שמחל והספק הוא בכמות ולא בעצם המחילה, שבזה חובת הראיה על הנמחל. אבל בספק אם יש כאן בכלל מחילה כמו בספיקא דדינא וכנדון המחלוקת שהביא הנימוק"י, יד הנמחל המוחזק על העליונה. ובזה כתב דדעת הב"ש סו,ט שאף בספק מחלוקת בגמ' אי מהני מחילה בע"פ בכתובה בסוף ביאה, יד הנמחל על התחתונה, וכדין שטר בין שטרותי פרוע, וז"ל הב"ש:

> **"והמרדכי דס"ל מחילה בע"פ לא מהני, נראה דלמד מסוגיא פרק אע"פ דס"ל לרבי יוסי בסוף ביאה לא מהני מחילה, ופרש"י, שכבר זכתה, ואמירתה לא מהני אא"כ כתבה התקבלתי, אע"ג ללישנא אחרינא שם פליג רבי יוסי וס"ל אפילו בסוף ביאה מהני מחילה, מ"מ אי אפשר להפסיד אותה כשמחלה בע"פ, דיד הנמחל על התחתונה כמש"כ בחו"מ סי' סה".**

הב"ש סובר דלדעת המרדכי אף דהוי פלוגתא בגמ' אי מהני מחילתה בע"פ, ולא נפסק להדיא כלישנא קמא שם דלא מהני, מ"מ יד הנמחל על התחתונה. ואילו למש"כ רע"א יש לחלק בין מש"כ בחו"מ דיד הנמחל על התחתונה לנידון המרדכי, דבחו"מ הספק הוא בכמות המחילה והספק הוא בפרשנות דבריו, וע"כ מוקמינן לחוב בחזקתו. משא"כ בנידון המרדכי דהוי ספיקא דגמ' דלא איפשיטא בתלמוד, יכול המוחזק לומר קים לי כדעה הסוברת לטובתו. ומדכתב הב"ש דאף בכגון זה יד הנמחל על התחתונה, מבואר דלא ס"ל כדעת הרע"א.

והגרע"א כתב דמדברי הנימוק"י מבואר דבכל ספק אם היתה כאן מחילה, יד הנמחל המוחזק על העליונה, כמש"כ הגרע"א לעיל, ולא כדעת הב"ש. אולם עדיין י"ל דהנימוק"י אפשר דמיירי בכגון שהחזיק בקורה קלה, דהוי פלוגתא אי החזיק לקורה כבידה, ובזה י"ל שהוא ספק בכמות המחילה ולא בעצם אם מהני מחילה, וע"כ דברי הנימוק"י אינם סותרים לדברי הב"ש. אבל הגרע"א למד דמיירי דוקא לענין מחלוקת הראשונים אם בפחות מג'

שנים יש חזקה לנזיקין, ועל זה קאי הנימוק"י, והיינו מחלוקת הראשונים אם יש מחילה בזמן שידע מהנזק אבל פחות מג' שנים, ולכן הביא הגרע"א ראיה לדבריו דדברי הב"ש מוקשים מהנימוק"י. והב"ש י"ל שיפרש כמש"כ, דהנימוק"י מירי בספק מחילה באופן של החזיק להורדי אי אחזיק לכשורי, שהוא ספק בכמות המחילה, ולא מירי הנימוק"י בספיקא דדינא או במחלוקת הפוסקים.

והגרע"א בהמשך דבריו הביא ראיה דיד הנמחל על העליונה, מספיקא דדינא שעלתה בתיקו בגמ' ב"ב קלב,ב בכותב כל נכסיו במתנת בריא וכתב לאשתו קרקע כל שהוא, שהספק הוא אם מחלה כתובתה דומיא דמתנת שכיב מרע, או שסוברת שאח"כ יקנה קרקע אחרת ותוכל לטרוף כתובתה מהקרקע שיקנה. והנה דעת הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה (ו,ט) דאיבדה כתובתה, וכ"פ המחבר בשו"ע אהע"ז קו,א. הרי דאף דהוי ספיקא דדינא, מוקמינן לממונא בחזקת המוחזק. אך דעת הרי"ף שם (נח,ב בעמוה"ר); "הלכך לא עבדינן בה עובדא בבריא", והיינו כסברא דלעיל, דכיון דהחיוב ודאי והמחילה מוטלת בספיקא דגמ' שעלתה בתיקו, החיוב נשאר על כנו ולא אמרינן דאיבדה כתובתה. ולפ"ז באנו למחלוקת ראשונים אם בספיקא דדינא אם מהני מחילה, אם יד הנמחל על העליונה או על התחתונה.

ואפשר לבאר מחלוקת הראשונים הנ"ל ע"פ מש"כ הש"ך לחלק בין מחילה בחינם למחילה בתמורה, דדעת הרמב"ם ודעימיה דכיון שכתב לה קרקע כלשהו, הרי יש כאן מחילה בתמורה, ובמחילה בתמורה כתב הש"ך הנ"ל דכ"ע מודו דיד הנמחל על העליונה בהיתו מוחזק, וידו על התחתונה לדעת הרשב"א והרד"ך דוקא במחילה בחינם, וכשכתב לה קרקע כלשהו הוי מחילה בתמורה. ודעת הרי"ף דכיון שכתב לה רק קרקע כלשהו חשיב כמחילה בחינם.

עוד י"ל לדעת הרי"ף, דכיון דבכתובה לא מהני מחילה בכל אופן וכמו שיתבאר להלן, דבכתובה היתה התקנה שלא תוכל למחול אלא באופנים מסוימים ומיוחדים, דאל"כ נעקרת תקנת חכמים (או התורה למ"ד דאורייתא) של כתובה. ולכן בכל אופן של ספק במחילת הכתובה, אינה מפסידה מספק.

והנה האור שמח (אישות טז,כא) כתב, דכאשר יש ספק אם האשה מחלה כתובתה, אינה מפסידה מספק, וז"ל:

> **"ועוד, דכיון דספק לן אי מחלה לכתובתה או לא, אינו מפסדא לכתובה מספיקא, וכמו שפסק רבינו לקמן פכ"ג ה"ח באכל הבעל דינר שלא כדרך כבוד, אע"ג דאיכא תרי לישני דחד אמר בכאיסר, בכל זאת כיון דרק מתורת מחילה אתי עלה, שמחל על הוצאותיו, לא מפסיד מספיקא, כן הכא, כיון דהא דמפסדת כתובה היינו רק מתורת מחילה, תו לא הפסידה מספק".**

ולכאורה דברי האור שמח תלוים במחלוקת הראשונים הנ"ל לענין הכותב כל נכסיו בהיותו בריא וכתב לאשתו קרקע כלשהו וכנ"ל. ובהו"א סברתי דהאור שמח ס"ל דדוקא בנדון הכתוב

קרקע כלשהו לאשתו, שהוא מחילה בתמורה, ס״ל לרמב״ם דמוקמינן בחזקת הבעל המוחזק, אבל בנדון האור שמח שמחלה ללא תמורה, בזה גם הרמב״ם ודעימיה יודו שמוקמינן לכתובה בחזקתה, ועל הבעל הטוען למחילה להביא ראיה. אולם מהראיה שהביא האור שמח באכל הבעל שלא כדרך כבוד, הרי גם שם הוי מחילה על ההוצאות שהוציא ע״י תמורה, ואף שאינה דרך כבוד, דמי לקרקע כלשהו שכתב לאשתו, ואם כחילוק שכת׳, מה הראיה מאכל שלא כדרך כבוד. וא״כ הדרא קושיא לדוכתא, דדברי האור שמח תלויים במחלוקת הראשונים הנ״ל.

ועדיין יש לחלק ולומר, דבנדון אכילה שלא כדרך כבוד, אף שהוא ספיקא דדינא (כתובות עט,ב - פ,א), השאלה היא מציאותית, מה הכמות של אכילה שבעטיה ימחול הבעל על ההוצאות, דבדרך כבוד מוחל ודאי, ובשאינה דרך כבוד, נחלקו בגמ׳ אם מוחל. וע״כ הספק הוא במציאות. בנדון כותב כל נכסיו וכתב לאשתו קרקע כלשהו, אין כאן שתי מציאויות שנאמר בכמות כזו מוחלת ובכמות כזו לא, השאלה היא על המציאות הזו, בריא שכתב קרקע כל נכסיו וכתב לאשתו קרקע כלשהו, אם היא מוחלת או לא, וכיון שנחלקו הראשונים להלכה, הוי ספיקא דדינא. וכן בנדון האור שמח, שנשבעה האשה ואח״כ שתקה אפי׳ יותר מכה׳ שנים, שלא מחלה (ואח״כ חזר בזה), שהוא ספק במציאות אם מחלה או לא. ודוקא בספיקא דדינא י״ל שיד המוחזק על העליונה, משא״כ בספק אם בכלל היתה מחילה, בזה על הטוען שהיתה מחילה להביא ראיה.

אולם בהל׳ זכיה ומתנה ו,ט, בענין בריא שכתב כל נכסיו ולאשתו קרקע כלשהו, הביא את דברי המגיד שמש״כ הרמב״ם שאבדה כתובתה, הם היפך דבריו בפירוש המשנה (פאה ג,ז), דהעמד שטר על חזקתו, ואינו נפסל אלא בראיה ברורה, ״וכאן הסכים לאמת, דאדרבא היא המוציאה״. וכתב האור שמח להצדיק דברי הרי״ף, דבשכ״מ דידעה דהוא שכ״מ, ולא יקנה עוד נכסים, ולכך מדלא מיחתה מחלה לגמרי חוב כתובתה אף אם יקנה עוד נכסים. אבל בבריא שסברה דיקנה עוד נכסים ותגבה, תו לא מחלה כתובתה לגמרי רק מנכסים אלו שנתן לבניו, וע״ז מבעי ליה, וא״כ הכתובה שפיר בחזקתה וגובה מנכסים שיקנה הבעל אח״כ, דכיון דהכתובה בידה, רק הבעל אומר דמספיקא דילמא מחלה, משום זה לא מפסיד לה כתובה, ואינו פוטר עצמו מחיובו הודאי, כיון שהיא אומרת שלא מחלה. ומבואר שם שהצדיק דברי הרי״ף, וא״כ גם מש״כ בהל׳ אישות הוא בשיטת הרי״ף דקאי כוותיה. ולשיטת הרמב״ם כתב דאבדה כתובתה דוקא בספיקא דדינא אם הוי מחילה, משא״כ בספק כמו בשובר כמה מחל, שהוא ספק במציאות, אמרינן דפחות שבלשונות מחל לו, ומוקמינן החיוב על חזקתו.

ועל דברי הרמ״א חו״מ רכז,ז, ומקורו מהמרדכי, דאם היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק, ומיד אחר הלקיחה, קודם שיראה לתגר או לקרובו, תובע אונאתו, לא אמרינן דמחל, הואיל וידע, כתב הנתיבות בטעמו, וז״ל:

> **״דאף בלא גילוי דעת יכול לומר שהיה דעתו לכך, וכיון דהוי ספק מחילה, אינו יכול הלה להחזיק המעות דמי אונאה, שחייב להחזיר מספק דדמי לאיני יודע אם פרעתיך״.**

הרי שסובר הנתיבות דכל שהחיוב הוא ודאי, אין בכח המחילה הספקית להפקיע מחיוב ודאי, ובנדון הרמ״א, לא היה חיוב קודם וכעת יש ספק אם מחל, אלא הספק עצמו הוא על שעת המקח שהוא שעת החיוב, אם בכלל היה חיוב של אונאה כיון שמיד מחל, ועל הצד שמחל, לא נוצר כלל חיוב על המוכר להחזיר אונאה, ואינו דומה לחוב, שיש חיוב ודאי וספק במחילה, כאן הספק הוא בכלל אם יש חיוב. ובכל זאת ס״ל לנתיבות, דכיון שחייבה התורה להחזיר האונאה, אין בספק מחילה כדי להפקיע חיוב זה, ואף בכה״ג דמי לאיני יודע אם פרעתיך.

לאמור לעיל לנדו״ד, לפשטות דברי הרשב״א והרד״ך, כיון שהספק הוא במחילה ולא בפרעון, החיוב לא נפקע מספק. אמנם לש״ך כיון שהחיוב הוא בתמורה, דמי לפרעון ולא למתנה אף לרשב״א. וכן באו למחלוקת הראשונים והאחרונים הנ״ל בספק מחילה, אם מעמידים ממון על חזקתו או חיוב על חזקתו.

ו. סילוק מכתובה

איתא בכתובות נו,ב: ר׳ מאיר אומר כל הפוחת וכו׳, כל הפוחת אפי׳ בתנאה (מדלא תנא כל בתולה שאין לה מאתים ואלמנה שאין לה מנה הרי זו בעילת זנות, ש״מ דהכי אשמועינן שאע״פ שהיא גובה לבסוף דאין תנאו קיים, אפילו הכי כיון דמעיקרא אתני, קרי לה בעילת זנות, משום דמשעת ביאה לא הוה סמכא דעתה אכתובה. - רש״י), אלמא קסבר תנאו בטל ואית לה, וכיון דאמר לה לית ליך אלא מנה לא סמכא דעתה והויא לה בעילתו בעילת זנות. והא שמעינן ליה לרבי מאיר דאמר כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, הא בדרבנן תנאו קיים. קסבר ר׳ מאיר כתובה דאורייתא. תניא רבי מאיר אומר כל הפוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה ממנה הרי זו בעילת זנות. רבי יוסי אומר רשאי (ואפילו על פה נמי תנאו קיים, ואתא ר׳ יהודה למימר נמי רשאי כר׳ יוסי, מיהו על פה תנאו בטל כדאמרינן לעיל חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, אבל באת למחול, תכתוב שובר). רבי יהודה אומר רצה כותב לבתולה שטר של מאתים והיא כותבת לו התקבלתי ממך מנה, ולאלמנה מנה והיא כותבת לו התקבלתי ממך חמשים זוז. ושם בגמ׳ נז,א באחותו של רבי בר חמא שנשאה לרב אויא, אבדה כתובתה, אתא לקמיה דרב יוסף, אמר שאין צריך לכתוב כתובה חדשה, כיון שחכמים חולקים על רבי מאיר וסוברים שמשהה אדם את אשתו שתים ושלש שנים ללא כתובה, דאין לנו לחוש מה שאינה סומכת דעתה. ושאלו אביי, הא קיי״ל כרבי מאיר בגזירותיו, במקום שהוא מחמיר על דבר תורה. והשיב לו רב יוסף שיכתוב לה כתובה חדשה.

ונחלקו שם רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא ורבי יוחנן, באיזה אופן נחלקו רבי יוסי ורבי יהודה; אמר רבי שמעון בן פזי אמר רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא, מחלוקת בתחלה, אבל בסוף לדברי הכל אינה מוחלת. ורבי יוחנן אמר בין בזו ובין בזו מחלוקת. ושם בגמ׳ פרשו שלא חולקים, דרבי יהושע בן לוי מיירי בתחילת חופה שמוחלת, וסוף ביאה, כיון שכבר

זכתה אינה מוחלת ע״פ רק בכתב. ורבי יוחנן מיירי בתחילת חופה וסוף חופה שמוחלת גם ע״פ. ורבין ס״ל דמחלוקת לבסוף וכו׳. והרי״ף בהלכותיו (כתובות כב,ב - כג,א מעמוה״ר) לא הביא את השקלא וטריא בדברי רבי יוסי ורבי יהודה אלא רק את דברי רבי מאיר שהלכה כמותו, ומשמע שלא יכולה למחול כתובתה. ובר״ן שם כתב דזה אליבא דר״מ דס״ל כתובה דאורייתא, אבל לדידן דכתובה דרבנן, תנאו קיים, רק אינו רשאי לקיימה בלא כתובה. ואף שרבי יהודה ס״ל דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, רבי יוסי חולק עליו וקיי״ל כרבי יוסי.

והרמב״ם בהל׳ אישות יב,ו-ט פסק לגמרי כרבי מאיר שתנאו בטל, וז״ל:

״התנה הבעל שלא יתחייב באחד מן הדברים שהוא חייב בהן, או שהתנת האשה שלא יזכה הבעל באחד מן הדברים שהוא זוכה בהם התנאי קיים, חוץ משלשה דברים שאין התנאי מועיל בהן, וכל המתנה עליהן תנאו בטל. ואלו הן עונתה ועיקר כתובתה וירושתה. כיצד התנה עם האשה שאין לה עליו עונה, תנאו בטל וחייב בעונתה, שהרי התנה על מה שכתוב בתורה ואינו תנאי ממון. התנה עמה לפחות מעיקר כתובה או שכתב לה מאתים או מאה עיקר כתובה וכתבה לו שנתקבלה מהן כך וכך והיא לא נתקבלה, תנאו בטל, שכל הפוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה ממנה הרי זו בעילת זנות. התנת עמו אחר שנשאה שלא יירשנה, תנאה בטל, ואע״פ שירושת הבעל מדברי סופרים, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, וכל תנאי שבירושה בטל אע״פ שהוא ממון, שנאמר בה לחקת משפט, ובשאר הדברים תנאו קיים ״.

ובר״ן כתובות הנ״ל כתב שהרמב״ם פסק כר״מ, כוותיה ולא מטעמיה, אלא משום דכתובה דרבנן וחכמים עשו חזוק לדבריהם יותר משל תורה, הלכך כל שהוא רוצה לקיימה תנאו בטל ואפ״ה הויא בעילתו בעילת זנות משום דלא סמכה דעתה. וכן כתב הרב המגיד שם. והוסיפו (הר״ן והמגיד) שאם לא רצה לקיימה, תנאו קיים, כמו שיתבאר בכמה מקומות שמהני מחילתה, והיינו באינו רוצה לקיימה. [ובזה כתב הב״ש סו,ט שלא יסתרו דברי הרמב״ם הנ״ל את מש״כ בהל׳ אישות יז,יט; ״.. אבל המוחלת כתובתה לבעלה איבדה כל תנאי כתובתה ואפילו מזונות אין לה עליו, ומוחלת כתובתה אינה צריכה קנין ולא עדים, כשאר המוחלים שאינן צריכין לא עדים ולא קנין אלא בדברים בלבד ״., והרי דעת הרמב״ם דלא מהני מחילה וכתיבת התקבלתי. אלא דהרמב״ם מיירי באינו רוצה לקיימה, ובזה מהני המחילה. ועיין ב״ש שם דבמגרשה ואינו מקיימה, מהני גם מחילה בע״פ]. והביא המגיד ראשונים אחרים החולקים דלא קיי״ל כרבי מאיר אלא תנאו קיים ובעילתו בעילת זנות.

ולכאורה יש לבאר ברמב״ם מה שעשו חיזוק לדבריהם, דהנה גם לרבי יהודה דוקא כותבת לו שובר בלשון התקבלתי מהני, אבל אם כותבת לו שהיא מוחלת, גם לרבי יהודה לא מהני. דכך מדויק לכאורה בדברי רבי יהודה (ועיין להלן דהפני יהושע והחדושי הרי״מ הסתפקו בזה, ומסקנתם דאין חילוק). וכן נמצא בשטמ״ק כתובות נו,ב שהביא מהריטב״א שהקשה איך

מועיל אם כתבה דין ודברים אין לי בנכסיך וכו׳, הרי לשון סילוק לא מועיל אלא דוקא לשון התקבלתי, ועיי״ש מה שתירץ. ומוכח דס״ל לריטב״א דדוקא לשון התקבלתי מהני ולא לשון סילוק או מחילה. וכן לכאורה במרדכי ב״ק (אות צג); ״כל לגבי בעלה ודאי מחלה, ודוקא ע״י שכותבת התקבלתי, אבל במחילה בעלמא לא הויא מחילה כשכבר נשואה״. (וי״ל דהכוונה למחילה בע״פ, אבל בכתב בכ״ע חשיב כהתקבלתי).

ועיין בח״מ סו,יג דבלא כתיבת התקבלתי, יכולה לטעון טענת השטאה ומשחקת אני בך. דאף רבי יהודה ס״ל דאם יכולה למחול ולסלק עצמה מחיוב כתובה, מה הועילו חכמים בתקנתם (עיין להלן בדברי החזו״א). אלא ס״ל לרבי יהודה שכשם שיכולה להפרע כתובתה, ואם נפרעה כותבת לו התקבלתי, הוא הדין שיכולה לכתוב ולהודות שהתקבלה, אף שבאמת לא התקבלה, ובזה חכמים לא יכולים למנוע ממנה להסתלק בדרך זו, דכמו שאם רוצה לקבל ולהחזיר לו יכולה, כן יכולה להודות שקיבלה. ובשלמא למחול אינה יכולה, כיון שזה עצם התקנה, אך כשם שיכולה לקבל בפועל, ס״ל לרבי יהודה שיכולה להודות שקיבלה ואינו חייב לה עוד (וכמו שמצאנו לענין קנין אודיתא, עיין בזה בחדושי הרי״מ סו,יא). וס״ל לרמב״ם דבזה חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, דבכל חוב אם כותבת התקבלתי מהני, אבל בזה שאם פוחת לאשה בכתובתה הוי בעילת זנות, הוא הדין בכותבת התקבלתי ולא נתקבלה, שזה רצון חכמים שיהיה לה כתובה, ואין שלותה אלא בכתובה, ולכן גם בכה״ג תנאו בטל. (ומעין זה מצאנו גם לענין חרם דר״ג, דלא מהני מחילתה שיוכל לקחת ב נשים, וכמש״כ הר״ן בתש׳ (סי׳ מח, הובאו דבריו בב״ש א,כ, דאף אם נאמר שחרם דר״ג נעשה לתקנת הנשים, אם תועיל מחילתה, יש לחוש שילחצנה בעלה עד שתתרצה, ובטלתה טעם החרם).

ובלחם משנה הקשה על הרמב״ם, דאפי׳ סובר דחכמים עשו חיזוק יותר משל תורה, הרי רבי יהודה ס״ל דהיינו דוקא ע״פ, אבל בשטר כשכותבת לו התקבלתי מהני. וכתב הלח״מ בבאור דברי הרמב״ם, וז״ל:

> **״דרבינו סובר דכיון דכל הפוחת לבתולה בעילתו בעילת זנות, מדרבנן חשבינן ליה להך בעילה בעילת זנות כאילו הוי דאורייתא, שהם עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, והשתא הוי מילתא דאיסורא ולא הוי דבר שבממון, ולכך לא מהני תנאה. וזהו שכתב שכל הפוחת, כלומר הטעם דהתנאי בעל משום דהוי מילתא דאיסורא, אבל הפוחת בעילתו בעילת זנות. ואע״ג דהוי איסורא דרבנן, חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה״.**

כיון שעשו חכמים בעילתו בעילת זנות, הוי מילתא דאיסורא דרבנן, וע״כ אינו תנאי שבממון אלא באיסור וע״כ בטל. וכן כתב בבית יעקב סט,ו בחילוק בין מזונות לכתובה, דכיון דעשו בעילתו בעילת זנות, ״דמי למתנה עליה שלא יהיה לה חיוב עונה, דהרי העונה אסורה בלא כתובה״. וכן כתב באבני נזר חאהע״ז סי׳ שכא, דכיון דקי״ל כר״מ בגזירותיו דהוי בעילת זנות, א״כ מתנה בדבר איסור ותנאו בטל. אך כתב דלולי דברי הרמב״ם נראה דבכה״ג לא

חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, כיון שכל התנאי עוקר רק אם שוהה עימה, וכיון שיתכן ויכול שלא לשהות עימה, התנאי אינו עוקר, ועדיף מע״מ שתאכל בשר חזיר (גיטין פד,ב) דלא חשוב מתנה על מה שכתוב בתורה, דאפשר דלא אכלה.

גם בחזו״א (כתובות סה,ה) התקשה בדברי הרמב״ם דלא מהני התקבלתי בכתב, דזה דלא כברי יוסי ולא כרבי יהודה. וכתב לישב, וז״ל:

> **״ונראה דעיקר טעם דבדבר שבממון תנאי קיים, דאמרינן מתחילה לא אמרה תורה אלא לזכות הזוכה ועל דעתו, שאם ירצה למחול זכותו, זכותו מחול. אבל בכתובה כיון דקיי״ל כר״מ דבעילתו בעילת זנות, הרי דמצאו חכמים מן הטוב וההגון באישות שיהיה לה כתובה, ואין שלותן שלמה בלא כתובה, ולפיכך תקנוה, ודאי לא מהני מחילה דידה״.**

הרי שזה דין מיוחד בכתובה, שכך תיקנו, שאם יכולה למחול, הרי בטלת את ענין וטעם תקנת הכתובה, ולכן תקנו כתובה שאינה יכולה למחול, ולכן בעצם מהות התקנה מונחת גם אי יכולת המחילה. אלא שהחזו״א הקשה, דבדברי רבי מאיר מדויק שאם כתובה דרבנן מהני מחילה, ורק מפני דס״ל דכתובה דאורייתא לא מהני מחילה. וכתב דאף למה שפירש אין הכרח דלא מהני התקבלתי, דכמו שיכולה למכור לבעלה, כן יכולה למחול. ולא תקנו חכמים אלא שיתחייב כתובה ולא יועיל תנאי שלא יתחייב, אבל אחרי שהתחיב, מהני מחילה. וע״כ ס״ל דלרמב״ם לר״מ לא מהני התקבלתי, דכן משמע ליה מדבריו דקאי על דברי רבי יהודה. ונראה כמש״כ לעיל, דאף לרבי יהודה דוקא כתיבת התקבלתי מהני ומחילה לא, מטעם שכתב החזו״א שזה בעיקר ובמהות תקנת הכתובה, וע״כ לר״מ אף כתיבת התקבלתי כשלא התקבלה, הוא ממש כמחילה ובכלל, וע״כ לא מהני.

[ועיין בחזו״א בס״ק ד שבהו״א כתב דחיוב כתובה הוא חיוב מתחדש בכל שעה ושעה שהיא אשתו, וזו סברת ר״מ דלא מהני מחילה. וכתב דלא מסתבר דבזה נחלקו ר״מ ור״י אם חיוב כתובה הוא חיוב מתחדש או רק בשעת כניסה. וכתב דבאמת החיוב הוא רק בשעת הכניסה, אולם כיון שזכות הכתובה תלויה ונמשכת עד זמן הגביה, אם מוחלת קודם הרי זה מתנה על מה שכתוב בתורה. דהתורה (או חכמים) אמרה שחיוב הכתובה תהיה תלויה ועומדת עד שעת הגביה, וכשמנתק את חבל החיוב, הרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, עיי״ש.]

ובגמ׳ ב״ק פט,א איתא לענין אשה שחבלה, שאין מצריכים אותה למכור כתובתה בטובת הנאה, דכל לגבי בעל ודאי מחלה ליה ואפסדיניה להוא זבינא בידים לא אפסדינהו. ובתוס׳ שם (ד״ה כל) הקשו, דהא לר״מ אינה יכולה למחול. ותירצו, דלמסקנת הסוגיא דמפליג רבי יהודה בין כתבה התקבלתי ללא כתבה התקבלתי, הוא הדין לר״מ, ומהני כתיבת התקבלתי. ולפ״ז קשה על הרמב״ם דס״ל דלא מהני לר״מ כתיבת התקבלתי, איך תמחול לבעלה.

קושיא זו הקשו האחרונים על הרמב״ם, עיין בב״ש סו,ט שכתב דדוחק לומר שתמחול

ויגרש אותה מיד ויחזירנה, דזה מהני אף לר״מ (וכך תרצו התוס׳ בתרוץ השני). והב״ש כתב לישב שלא ע״פ דרך הר״ן והמגיד, דיש שני ענינים שבהם לא מועילה מחילת הכתובה: אם התנאי היה בשעת הקידושין או הנישואין שהיא מוחלת על הכתובה, שאז הוא מתנה על מה שכתוב בתורה. והשני - אם אחר הנישואין התנה עימה שהיא תמחול לו או תכתוב שובר, לא שמחלה בפועל אלא כך היה תנאי ביניהם שהיא תכתוב לו התקבלתי, בזה התנאי בטל, אבל אם מחלה בפועל אחר הנישואין, גם הרמב״ם מודה בזה (ולכאורה הוא הדין בשעת הקידושין, אך לא היה באופן של תנאי). אלא שהב״ש כתב דהר״ן והמגיד לא חילקו כך, וס״ל דרק אם מגרשה מיד מהני, ועיין להלן.

ובהפלאה בקו״א סו,ז כתב לישב, דלר״מ דלא מהני מחילה, היינו שכתובתה קיימת, אך היא קיימת רק מעכשיו, והשעבוד של הזמן הראשון, נמחל שעבודו, דאשה אינה יכולה למחול את הכתובה מכאן ולהבא, כדי שלא תהיה בעילתו בעילת זנות, אבל עד כאן ועד עכשיו, יכולה למחול, וצריך לכתוב לה כתובה חדשה מעתה. ולכן גם אם תמכור כתובתה בטובת הנאה לנחבל, הרי יכולה למחול שעבוד הראשון, ולא יועיל כלום לנחבל. ולדבריו גם אתי שפיר מדוע אם מגרשה כעת מהני המחילה, דמחילת הזמן הראשון מהני, ורק אם ממשיך לחיות עימה יש לה כתובה, ואם מגרשה, אין לה כתובה לא מה שהיה עד עתה ולא מכאן ולהבא.

[ובאגב אזכיר כאן מה שנחלקו ההפלאה והבית יעקב אם יכולה האשה למחול שעבוד נכסים משועבדים לר״מ, דדעת הבית יעקב סו,א דכיון שאף אם לא היתה גובה ממשעבדי, אין בעילתו בעלת זנות, כדמוכח בכתובות נא,א, דאף בלא כתב לה גובה ממשעבדי מפני שאחריות טעות סופר, ואם לא היה אחריות טעות, לא היתה גובה ממשעבדי, וא״כ אין הגביה ממשעבדי מעיקר תקנת הכתובה, ואין בעילתו בעילת זנות גם באינה גובה ממשעבדי. ולכן ס״ל לבית יעקב שיכולה למחול, כיון שאין עיקר הכתובה תלוי בגביה ממשעבדי. אבל ההפלאה (כתובות נא,ב) הוכיח מהתוס׳ (ד״ה גט) דלא מהני גם מחילת שעבוד אלא באופן של התקבלתי, עיי״ש].

גם הישועות יעקב סו,ד כתב כדברים אלו, אך הקשה דבפשטות דברי הרמב״ם כל הכתיבה בטלה, גם מה שעד כאן לא מהני. והביא הישוע״י מדברי הגמ׳ ב״מ נא,א-ב במחלוקת רב ושמואל בעל מנת שאין לך עלי אונאה, דרב סבר אף לר״י, דעד כאן לא אמר רבי יהודה אלא בכתובה דידעה שיש לה כתובה ומחלה, אבל הכא מי ידע אם יש אונאה למחול. ובתוס׳ שם (ד״ה מי) הקשו דבכתובה ג״כ לא ידעה, דמי יודע מי ימות קודם. ודעת הרמב״ם דלא מהני ע״מ שאין לך עלי אונאה, דיש לו עליו אונאה, דלא ידע שיש בזה אונאה למחול, ולכן ס״ל גם בכתובה כיון דלא ידעה מי ימות קודם, חשיב כלא ידעה ולא מהני מחילה, עיי״ש.

והרא״ש כתובות ה,ז ס״ל דבכתבה לו התקבלתי אין לה כתובה ומהני מחילתה, ורק בתנאי בשעת קדושין, שמקדשה ע״מ שאין לה כתובה דתנאה בטל, לא מהני התנאי ויש לה כתובה, ומ״מ צריך לכתוב כתובה אחרת, וז״ל:

"והכי קאמר רבי מאיר לרבי יהודה, לא מיבעיא אם כתבה לו התקבלתי דאז אין לה כתובה כיון דמחלה דהוי בעילת זנות, אלא אפילו הפוחת בתנאה בשעת הקדושין דתנאו בטל הוי בעילת זנות, דכיון דאמר לה לית ליך אלא מנה, לא סמכה דעתה והויא לה בעילת זנות".

וכן היא דעת הטור אהע"ז סי' סו. גם דעת הרשב"א (כתובות נז,א) דלא כרמב"ם, אלא אם כתבה התקבלתי, אף דקיי"ל כר"מ, דוקא בגזרותיו, שבעילתו בעילת זנות, אבל לעצם המחילה, מהני המחילה, וז"ל הרשב"א:

"מיהו דוקא בגזרותיו הוא דקי"ל כותיה ולומר שבעילתו בעילת זנות, ואלו רצה לקיימה כותב לה שטר כתובה של מאתים כדי שתהא דעתה סומכת. אלא מיהו אילו לא רצה לקיימה, א"נ כשלא הספיק לכתוב לה כתובה אחרת, תנאו קיים ... והרמב"ם ז"ל כתב דכל זמן שהוא רוצה לקיימה תנאו בטל, לומר דחכמים עשו חזוק לדבריהם יתר משל תורה ... ולפי הדרך הראשון הכל מחול ומכור אלא שאלו רצה לקיימה כותב לה כתובה אחרת מעיקר כתובתה לבתולה מאתים ולאלמנה מנה".

מבואר בדעת הרשב"א דס"ל כרא"ש שבכותבת התקבלתי מהני. והרמב"ן שם הביא ב הדעות, בתחילה הביא דעת הפוסקים דמהני המחילה, אך כיון דלא סמכא דעתא, בעילתו בעילת זנות, והביא דעת הרמב"ם דלא מהני המחילה ותנאו בטל. והוסיף הרמב"ן לשיטת הרמב"ם, שלא אמרו תנאו בטל וקיים בין במוחלת כגון התקבלתי בין במתנה עליה בעל פה לפחות, אלא כשממשיכים לחיות יחד וכן דעתם, אולם כשרוצה להוציאה, תנאו קיים, וזה המוחלת כתובתה האמור בגמ' בכ"מ, ול"ק קושית התוס'.

גם מדברי המרדכי ב"ק סי' צג מבואר דכתיבת התקבלתי מהני, דלא כרמב"ם. והרמ"א אהע"ז סו,ג נראה דס"ל כוותיה. אבל דעת המחבר בשו"ע אהע"ז סו,ט דבכתבה לו התקבלתי, אין לה כתובה "לדעת קצת פוסקים", ולכאורה משמע דס"ל דדעת רוב פוסקים כרמב"ם דאף בזה אין לה כתובה. וכן דייק הב"ש סו,ט בדבריהם.

והובאו לעיל דברי בב"ש סו,ט שחילק לשיטת הרמב"ם דלא כר"ן והמגיד, דלרמב"ם לא מהני מחילה אף לא בכתיבת התקבלתי, דוקא כשהיה תנאי לפחות או שתכתוב לו התקבלתי, אבל אם מחלה האשה אח"כ מעצמה ללא תנאי, בזה גם הרמב"ם סובר כדעת הראשונים הנ"ל דמהני מחילתה. וע"כ כתב דאין סתירה בין פסקי הרמב"ם הנ"ל. דבפי"ב פסק הרמב"ם דלא מהני מחילתה, היינו כשהיה תנאי מצד הבעל בשעת הקדושין או הנשואין, ובפי"ז פסק הרמב"ם דמהני המחילה, ומירי שהיתה מחילה שלא קדם לה תנאי, וז"ל הב"ש:

"ולולי דברי הר"ן והמגיד הייתי אומר דס"ל להרמב"ם דוקא תנאי שהתנה עמה בעת הקדושין או בעת הנישואין, אותו תנאי בטל משום דהוי כמתנה על מש"כ

בתורה, ומש״כ בפי״ב התנה עמה לפחות מכתובה או שכתב לה מאתים והיא כתבה התקבלתי מאה התנאי בטל, היינו התנאי היה לפחות או שתכתוב לו שובר, אבל אם לא היה תנאי אלא היא מחלה אחר כך, מהני אפי׳ בע״פ. והיינו מש״כ פי״ז המחילה אין צריכה קנין. אלא הר״ן והמגיד בסוגיא זו מחלקים כמש״כ לעיל דאין קיים המחילה אלא כשמגרש אותה. ובסעיף ט פסק המחבר התנאי בטל. ולמש״כ ניחא דלא הגיה שם כלום הרב רמ״א, משום תנאי שאני, אבל מחילה ס״ל דמהני והיינו כשכתבה לו התקבלתי, אבל בע״פ לא מהני. אבל המחבר ס״ל אפילו מחילה לא מהני והיינו מש״כ בסעיף ט אין לה כתובה לקצת פוסקים, כוונתו לשיטת הרמב״ם יש לה כתובה, ושאר פוסקים כתבו בלשון קצת פוסקים, ש״מ דס״ל עיקר כשיטת הרמב״ם דיש לה כתובה אפילו אם מחלה וכתבה לו התקבלתי״.

הרי שדעת הר״ן, המגיד והמחבר דלא כחילוקו בדעת הרמב״ם, ובכל ענין לא מהני כתיבת התקבלתי, אף באופן שלא היה תנאי שתמחול או תכתוב לו התקבלתי. וכתב הב״ש דדעת הטור דבתנאי לא מהני מחילה, וללא תנאי מהני בכתיבה ולא בע״פ. ודעת המרדכי דאפי׳ בתנאי מהני בכתיבת התקבלתי. (ונדו״ד לא חשיב כתנאי, לא בעצם הקדושין והנישואין ולא שתכתוב לו התקבלתי, אלא יש הסכם שיש לו תוקף בפני עצמו, ואין בביטולו משום ביטול הקדושין או הנישואין).

ודעת הנתיבות בבית יעקב סו,ג (ד״ה עוד כתב הב״ש) לפסוק לדינא, דעד תחילת ביאה, דכתנאי דמי, אפי׳ בכתב לא מהני, כדעת הרמב״ם והטור, ושבזה הסכימו גם המחבר והרמ״א. אבל לאחר ביאה מהני מחילה בכתב ולא בע״פ, דבע״פ אנן סהדי שלא מחלה בלב שלם.

ובחזון איש כתובות סה,ז כתב דדעת הרא״ה הריטב״א והר״ן דהלכה כרבי יוסי ואפי׳ בתנאי ע״פ הוי מחילה. ודעת הטור דדוקא התקבלתי מהני ולא בע״פ. ודעת הגר״א בדעת המרדכי לחלק בין קודם חופה, דמהני בע״פ, ללאחר חופה, דבעינן כתיבת התקבלתי כרב דימי, ולגר״א לאחר חופה הן לטור והן למרדכי מהני כתיבת התקבלתי. ולהלכה כתב החזו״א דאין להוציא מהבעל כתובה בכתבה לו התקבלתי, שדעת הרמב״ן, הרא״ה, הרשב״א, הריטב״א, הר״ן, הרא״ש והטור דמהני כתיבת התקבלתי; ״והרמב״ם יחיד בדבר זה. ואפי׳ במחלה ע״פ, אפשר דהבעל יכול לומר קים לי כהני פוסקים דפסקו כרבי יוסי״. גם בחדושי הרי״מ סו סוס״ק יא כתב דיכול לומר הבעל קים לי דמהני מחילה בע״פ בכ״ע.

ואם באנו לנדו״ד, לו יצויר שהיתה כותבת להדיא התקבלתי כתובתי, באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם מהני המחילה. דבנדו״ד הוי קודם ביאה, ודעת הרמב״ם והטור דלא מהני אפי׳ בכתב. אמנם יש סוברים דמהני מחילה בכתב, ואף בע״פ יכול לומר קים לי כפוסקים כרבי יוסי, ואפי׳ בתנאי בע״פ בין בתחילה ובין בסוף.

אך בנדו״ד יש ספיקות נוספים. ראשית, לא כתבה להדיא שמוחלת על כתובתה, וא״כ גם

אם נפרש שהסילוק הוא גם מכתובה והוא כולל הכל, צ״ע אם הדבר נחשב ככתוב או כפרשנות שכך אנו אומדים דעתה, שדעתה למחול גם על הכתובה, שאם יש לראות בפרשנות אומדן דעת ותוספת לכתוב, והיינו שאינו כתוב להדיא אלא שמן הסתם זו היתה גם כוונתה להרחיב סילוקה גם מכתובה אלא שמשום מה לא פורש להדיא, אפשר שדינה כמחילה בע״פ ולא כמחילה בשטר, ונפק״מ לאמור לעיל. ואף אם נחשיבה כמחילה בשטר, הרי לא כתבה להדיא התקבלתי. גם צ״ע מדוע לא כתבה לכל הפחות לאחר הנישואין, קודם האישור בביהמ״ש, שסילוק זה והעדר תביעות, מתיחס גם לכתובה.

אמנם בענין הספק השני, עיין בתש׳ פני יהושע ח״ב סי׳ סט שהסתפק אם בעינן דוקא כתיבת התקבלתי, או כל מחילה בשטר מהני. ובתחילה רצה לדייק מדברי התוס׳ ב״ק פט,א (הנ״ל) דדוקא כתיבת התקבלתי מהני, אך דחה ראיתו זו. ומלשון רש״י כתובות נא,א (ד״ה והיא כותבת) דהתקבלתי לשון שובר (״לשון שובר ואפי׳ לא נתקבלה״). ועיי״ש שהאריך בענין זה, ומסקנת דבריו דלא מצאנו אלא חילוק בין כתב לע״פ, אבל בכתיבה אין חילוק אם כתבה בלשון התקבלתי או לשון מחילה. דבכתיבה הרי זה כהתחייבות ולא כתנאי, עיי״ש.

גם בחדושי הרי״מ סו,יא הסיק דאין חילוק בין כתבה התקבלתי או מחלה בכתב, דכן משמע מהרא״ה, ורק בע״פ לא מהני, שעשו חיזוק לדבריהם עיי״ש. ומ״מ ספק הראשון במקומו עומד, שמא לא חשיב אלא כמחילה ע״פ, דאין מפורש להדיא שמוחלת על הכתובה רק אמדינן לדעתא שזו כוונתה, דלענין כתיבת התקבלתי בענין שיהיה כתוב להדיא שמוחלת הכתובה, ואם לא כתוב להדיא, יכולה לטעון טענת השטאה ומשחקת בך. או י״ל שזה הפרוש בכתיבה שמסלקת עצמה מכל תביעות, והרי זה ככתוב מפורש. ודעתי נוטה שכן היתה כוונתה לסלק עצמה מכל סוג של תביעות, וגם כתובה בלשון בני אדם נכללת בלשון כל תביעות, וזה מורה לכאורה שהיתה כוונה גם לסוג כזה של תביעה – תביעת כתובה (עיין חו״מ סו״ס סא). רק עדיין צ״ע להחשיבה ככתיבה של שובר, דאפשר כמש״כ שאומדן דעת אינו אלא כמו סילוק ע״פ כיון שלא כתבה להדיא. וגם אם הוי ככתיבה ממש, יש הסוברים דלא מהני כתיבה ברוצה לקיימה. ובספק מחילה, עיין לעיל אות ג דבאנו גם בזה למחלוקת הפוסקים, והיא גופה הספק אם יד הבעל המוחזק על העליונה, או החיוב במקומו עומד.

ולאחר מכן מצאנו תשובה מפורשת, שגם אם לא נכתב בהסכם או בפסק הדין שהאשה ויתרה על כתובתה, שהרי מן הסתם ויתרה, כיון שבסדר הגט שואלים את האשה אם מוחלת על כתובתה, וכיון שזה מסדר הגט, י״ל דחזקה על הבי״ד ששאלו והאשה השיבה שמחלה, ומה שלא כתבו כן להדיא, מפני שהבעל לא בקש שובר. כן כתב בתש׳ אגרות משה לגר״מ פיינשטיין זצ״ל, חאהע״ז ח״ד סי׳ קטו, ולפד״ר כרך יא, עמ׳ 384-383. אמנם כל זה אינו שייך לנדו״ד, כיון שלהדיא אמרה לפני הגט שאינה מוחלת על כתובתה, ורצונה לתבוע כתובה.

מקור הדין הוא בסדר הגט סע׳ פא ברמ״א, מסדר הגט למהר״י מינץ: ״וישאל הרב אחר הכתובה, ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו, כדי שלא יבאו אח״כ לידי קטטה מחמת

הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה". והגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה ח"ד סי' קטו נשאל ג"כ אם יכולה האשה לתבוע את הבעל לאחר הגט, והשיב, דאף שיש שאינם דורשים מהאשה להחזיר הכתובה, דכיון דבזמננו המנהג פשוט שקודם הנתינה היא מוחלת לו הכתובה בפני הרב והעדים, בית הדין לא ידון כלל בתביעותיה לאחר הגט, ואף אם יהיו הרב והעדים מסדרי הגט בחיים, לא ידרשו לתת עדות, כי יסמכו הב"ד על המנהג. והובא בספר קב ונקי סימן רמה.

> **"ומהאי טעמא כל תביעות ממון שאיתא בסימן ר"כ שאם יש איזה חלוקים ביניהם יתפשרו על ככה, הוא עוד מכ"ש מהכתובה ששייך בזה הטעם דהרמ"א בשם מהר"מ מינץ שלא יבואו לידי קקט ויאמר הבעל ע"מ כן לא גירשה, שלכן לא הוצרך הרמ"א להזכיר גם זה, ורק מהר"מ ר' יוזפש שהאריך ביותר הזכיר גם זה שלא יבואו אינשי לטעות. וממילא איכא החזקה שעשו כן הב"ד, וכל ב"ד שבעולם לא ישמעו אף שיש בידה שטרות החיובים מצד שידוע לכל ב"ד בעולם, שכיון שנתגרשה כבר אין שום תביעות. ומהאי טעמא אמרתי להבעל שהגט עצמו הוא כמזהיר להאשה שאין הבעל חייב לה כלום, ובב"ד של ישראל לא תוכל לתבוע כלום אף אם תרצה".**

נראה דכל זה באופן הנהוג או היה נהוג, במקומות מסוימים שבאים להתגרש, שאז שואלים כנ"ל מסדרי הגט. באר"י תקנות הדיון מחייבים שקודם בואם לסדור גט, ובטרם פתיחת תיק לסדור גט, עליהם לבוא לבית הדין ולדון או להסכים בענינים הכרוכים בגרושין, ובכללם עניני הממון. כך ששאלות אלה נשאלות עוד בטרם בואם לפני רבנים מסדרי הגט. וענין הכתובה הוא אחד מעניני הממון עליהם הסכימו הבעל והאשה, וביה"ד נותן תוקף של פס"ד להסכמתם. ואף ששואלים שוב טרם סדור הגט אם הכל מסודר ביניהם, אין שואלים דוקא על הכתובה אלא באופן כללי, ועיתים ויתרה על הכתובה, ולעיתים יש הסכם או פס"ד שמשלם, או שידונו אח"כ.

וכאמור, בנקודה זו אין לצרף לפטור מכתובה, כיון שבמפורש אמרה האשה קודם סדור הגט שבדעתה לתבוע כתובה.

ז. כתובה בחזקתה

עוד יש לדון אם בספק אמרינן דכתובה בחזקתה, או שהוא ככל דין המוציא מחבירו ועליו הראיה, וככל שהבעל מוחזק, לא יכולה לגבות בספק.

איתא בב"ב קלב,ב בבריא שכתב כל נכסיו לבניו, ושייר לאשה קרקע כלשהו, אם מחלה האשה על כתובתה, נשארה הגמ' בתיקו, והספק אם בשתיקתה מחלה האשה על כתובתה. הרי"ף (ב"ב ס,א מעמוה"ר) פסק: "הלכך מוקמינן כתובה אחזקה, ועל הבעל להביא ראיה

דמחלה". אולם הרמב"ם (זכיה ומתנה ו,ט) פסק שהאשה היא המוציאה מהבעל המוחזק, ועליה הראיה, וז"ל: "וכן הכותב נכסיו לבניו בין זכרים בין נקבות, בין בריא בין שכיב מרע, וכתב לאשתו עמהן קרקע כל שהוא, הואיל ועשה אותה שותף בין הבנים ולא מחתה, אבדה כתובתה ואינה טורפת מנכסים אלו כלום, אבל מנכסיו שיבואו לו אחר אלו נוטלת מהן כתובתה. כתב לה עמהן מטלטלין בלבד או ששייר לעצמו קרקע כל שהוא, כתובתה קיימת, ותקנת הגאונים היא שאפילו שייר מטלטלים כל שהוא, שהרי היא אומרת ממה ששייר אני גובה, ומתוך שתרד למה ששייר, תרד לשאר נכסים ותטרוף". וכן פסק בשו"ע אהע"ז קו,א, דאבדה כתובתה ותוספת כתובה.

גם הרא"ש (ב"ב ח,לד) פסק שאין מוציאים מהיתומים. וברב המגיד שם (זו"מ ו,ט) כתב, דהאשה היא המוציאה, דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי לדעת בית הלל: "וכן כתב ר"ש ז"ל, וז"ל, ובבריא אוקימנא בתיקו, וכיון דמספקא לן, המוציא מחבירו, דהיינו אשה, עליה להביא ראיה, דבכל דין אמרינן מאן דתפיס תפיס". הרי שמצד היות הבעל מוחזק והאשה מוציאה, עליה להביא ראיה שאין בשתיקתה משום מחילה. ומוכח דלשיטתם, היותה מוחזקת בכתובה, אינה יכולה להוציא בספיקא דדינא, דאין כאן חזקת חיוב וספק בפטור, משא"כ לרי"ף ודעימיה, כתובה בחזקתה ויש חזקת חיוב, ומוציאה עם הכתובה בספיקא דדינא.

ובנימוק"י (ב"ב ס,א) כתב לבאר: "הלכך אבדה כתובתה משום דהיא המוציאה מיד היורשים ועליה להביא ראיה, דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הכושר, מיקרי בעל השטר מוציא". ומש"כ דלית לה לכתובה שעת הכושר, אפשר דכוונתו דאין לכתובה חזקת חיוב אלא לאחר מיתה או גרושין, עיין בחדושי הגרנ"ט (כתובות סי' מד ד"ה אך).

ועיין עוד באמרי בינה (חו"מ דיינים סי' מו) שכתב בבאור דברי הנימוק"י הנ"ל, דדין זה הוא מיוחד דוקא בכתובה, דהואיל ולא נתנה כתובה לגבות מחיים וחיובה אינו ברור עד לגרושין או מיתת הבעל, אין כאן חזקת חיוב עד זמן הגביה, כיון שכל הכתובה הינה חיוב מותנה, וכשנפל הספק קודם שעת החיוב - שעת הגביה, אין חזקת חיוב שנאמר שתגבה בכתובתה בספיקא דדינא, (וזאת בניגוד לשטר חוב של הלואה, שאינו שטר מותנה, ויש בו חזקת חיוב, כנלענ"ד). וכך ביאר התומים (עה,כב) בבאור דברי תוס'. ולדעת הרי"ף ודעימיה, י"ל דגם בכתובה יש חזקת חיוב, והספק הינו רק בסילוק השעבוד, ובספק בסילוק השעבוד העמד על חזקתו, עיי"ש.

וכדעת הרי"ף נמצא גם לר"י מיגאש (ב"ב קלב,ב): "וכיון דליכא ראיה דמחלה, מוקמינן לה לכתובתה אחזקה, ואי קנה נכסי בתר הכי, גביא מינייהו". דהר"י מיגאש מפרש דכל האיבעיא הינה על נכסים שיבואו אח"כ, דנכסים שכבר כתב לבניו ס"ל דמחלה שעבודה, דכך פירש האיבעיא בגמ': "אבל בבריא מציא אמרה כי אחילת שעבודא מהני נכסי דכתבינהו לבניה, אבל אחולי לגמרי לא אחילנא, דאמינא השתא קני וגבינא מינייהו, הילכך אי קני בתר הכי גביא מינייהו, דהא לא אחילתא לכתובתה לגמרי, או דילמא כיון דהשתא מיהא לית ליה

מידי וקא שתקא, ודאי אחילתא, ואפי׳ קנה נכסים בתר הכי לא גביא מידי״. ולפ״ז אפשר דאף הרמב״ם מפרש כן ולא כמגיד, דכל האיבעיא היתה לענין מה שיקנה אח״כ, ובזה הרמב״ם ס״ל דכתובה בחזקתה, דלענין מה שכתב לבניו, ס״ל לרמב״ם כר״י מיגאש שלא היתה זו האיבעיא בגמ׳, דאף בבריא מחלה מה שכתב לבניו.

וכך נמצא אח״כ באור שמח (זכיה ומתנה ו,ט) שביאר את דברי הרי״ף על דרך הר״י מיגאש, שכל הספק היה על נכסים שיקנה אח״כ, דיש כאן חזקת חיוב מחמת שטר הכתובה, וספק מחילה הוי כאיני יודע אם פרעתיך, ע״כ הכתובה בחזקתה וגובה הכתובה: ״וכיון דהכתובה בידה, רק הבעל אומר דמספיקא דילמא מחלה, משום זה לא מפסיד לה כתובה, ואינו פוטר עצמו מחיובו הודאי, כיון שהיא אומרת שלא מחלה. ודוקא במתו בעליהן עד שלא שתו (סוטה כד,א), דספק שמא זינתה והוי כספק פרעון, ובזה לא גביא כתובה, וגם שם הקשו בתוספות (כה,ב ד״ה בית הלל) הא הוי איני יודע אם פרעתיך, ותירצו כיון שהתורה עשאה ספק אינה יכולה לטעון ברי, וכאן לא שייך לא זה ולא זה, דהוי ספיקא אם מחלה אשה בכה״ג, ותו לא משגיחין על דעתה, דאפילו אם לא מחלה בשתיקתה, דברים שבלב אינן דברים, וכמש״כ המהרי״ט בשניות סימן כ, ולא שייך כאן ברי, דהוי כמו ספיקא דדינא״. ולפ״ז אף הרמב״ם ס״ל דלענין נכסים שנתן לבניו ודאי מחלה, וכל הספק הוא רק לנכסים שיקנה אח״כ, ובזה הכתובה בחזקתה, ויש חזקת חיוב אף בכתובה, והספק הוא בפטור, ומוציאה בשטר כתובתה אף בספיקא דדינא, אף לשיטת הרמב״ם ודעימיה.

אולם ברשב״ם (קלב,ב ד״ה או דלמא) פירש דהאיבעיא היתה אם מחלה שעבודה על הנכסים שכתב לבניו: ״או דלמא השתא מיהא הא לית ליה, ולא מסקא אדעתה דלמא הדר קני, וכיון דלא מסקא אדעתה היה לה למחות, אלא ודאי מדאישתיקא אודויי אודיא ליה ונתרצית וגמרה ומחלה להו שעבודה. ומיהו אם יבואו לו נכסים היום ולמחר תגבה מהן כדלקמן, שהרי חוב כתובתה לא מחלה אלא שעבוד כל הני נכסים שנתן לבניו מחלה, ואהני מחילה דידה דלא תטרוף עוד מהן, כן נראה בעיני״. ודחה את המסבירים שהאיבעיא היתה לענין נכסים שיקנה אח״כ.

ורמ״ה בסוגיא (אות קנ), פירש הסוגיא לענין אם מחלה על שעבודה מהנכסים שכתב לבניו (כפירוש הרשב״ם, ולא כר״י מיגאש), ולא לענין שעבוד על נכסים שיקנה לאחר מכן, ולהלכה פסק דלא אבדה שעבודה ולא מחלה, דכיון דהוי ספק, העמד שטר הכתובה על חזקתו: ״ועלתה בתיקו. וכל תיקו דממונא, חומרא לתובע וקולא לנתבע, הילכך לא הויא מחילה, מאי טעמא, אוקי שטר כתובה אחזקתיה, דכל ספיקא דממונא כדמעיקרא מוקמינן לה. ואיכא מ״ד חומרא לתובע וקולא לנתבע, ולית לה״. הביא גם דעת החולקים שאין לה כתובה מנכסים שכתב הבריא לבניו, אולם נראה דעתו של הרמ״ה דשטר הכתובה בחזקת חיוב, ואין ספק מחילה מפקיע חזקת החיוב של הכתובה, וגובה כתובתה. ועיין הג״א (ב״ב ח,לד), שהביא דעת רבינו ברוך מארץ יון, דמספיקא אינה מפסידא כתובתה, והיינו כרי״ף ודעימיה.

ועיין גם בספר נתיבות משפט (על רבינו ירוחם, מישרים נכ״ג), דבכל מקום שיש מחלוקת אם יכול הבעל לכוף את אשתו לדור עמו, אם הבעל המוחזק יכול לטעון טענת קים לי ולא לפרוע כתובתה, שאפי׳ האשה לא תפסה, יהיה חייב לפרוע כתובתה, דכיון שהכתובה הינה חיוב ודאי והפסד הכתובה הוא ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי; ״וזה מקצוע גדול הוא וצריך לפנים״. וכן נראה דעת הב״ש קנד,ב לענין מחלוקת הפוסקים במומים גדולים אם יכולה לטעון כסבורה הייתי שאני יכולה לקבל, דיכולה לטעון טענת קים לי כפוסקים שיכולה לטעון כן. וכוונת הב״ש, שלא יהיה דינה כמורדת להפסידה כתובתה. ובבית מאיר (קנד,א לפני ד״ה הגהה) הקשה עליו, דהא דינה לפחות מכתובתה, והבעל הוא המוחזק בכתובה. וע״כ י״ל דס״ל לב״ש דיש חזקת חיוב, והואיל והספק הוא בפטור, חייב הבעל לפרוע לה כתובתה.

וכן נמצא בפד״ר (ח״ג עמ׳ 161 ולהלן, הגר״י בן מנחם, הגר״י עדס, הגר״ב זולטי) בבאור דברי הב״ש, וכתבו לחלק בין ספק עובדתי למחלוקת הפוסקים, דבספק עובדתי גם הבית מאיר יודה שכתובה בחזקתה, ורק נחלק לענין מחלוקת הפוסקים: ״וגם לדעת הבית מאיר יתכן לומר שרק בספיקא דדינא אין להוציא מהבעל הכתובה שהוא המוחזק, כיון שהוא טוען טענת ודאי קים לי כדעת הפוסקים שדינה כמורדת והפסידה כתובה, אבל בספק בקביעת העובדא אם היא מורדת או לא, בזה גם הבית מאיר מודה שמספק היא לא הפסידה כתובתה, שהרי אין בפנינו טענת ודאי שהיא מורדת, והרי זה כאומר הלויתני ואיני יודע שפרעתיך שחייב לשלם, ועיין בשו״ת המהרי״ט ח״א סי׳ קיט, עיי״ש״. מבואר דככל שאין מדובר במחלוקת הפוסקים אלא בספק עובדתי, לכ״ע כתובה בחזקתה וחייב הבעל לשלם כתובתה.

לאור האמור, כיון שנדו״ד נתון בספיקות רבים יש לפשר. וכל פשרה היא לפי הענין גופו. וכאן שמדובר בבעל שיודע ומבין משמעות הכתובה, היה עליו לדאוג שהדברים יהיו כתובים במפורש, למען הסר ספק. שאין דומה בעל שאינו שומר תו״מ, ואינו מבין את משמעות הכתובה, לבעל שמבין ויודע את משמעות הכתובה. ובפרט לאחר הנישואין, לפני האישור בביהמ״ש לע״מ, היה עליו לדאוג להוסיף את המשפט, שהנ״ל כולל גם את הכתובה ותוספת כתובה. לכן לאור כל הספקות ובהתחשב בנתוני הענין, יש לחייב את הבעל בשליש מסכום הכתובה, כלומר סכום של 8,666 דולאר. ובשקלים – 30,300 ש״ח.

ח. חובות האשה לבעל - הודאה במכשיר הקלטה

הבעל טוען כי האשה חייבת לו סכום של 16,322 ש״ח, כך נכתב בכתב התביעה, בעוד האשה מודה בסכום של 6,000 ש״ח. הבעל גם טען שיש לו הקלטה שהאשה מודה במלא החוב. האשה נותנת אמתלא לדבריה, ומסבירה שהבעל ״עבד עליה״.

הבעל עוד הוסיף סכום של כ 3000 ש״ח. חיובים אלה נוספו ממועד הגשת הקרע ועד לעזיבת האשה את הבית. ביה״ד דוחה וקובע שאין מקום לדון בחיובים שלא נכתבו בכתב

התביעה. וע״כ אנו נצמדים לאמור בכתב התביעה, ולסיכום התביעה כאמור בסע׳ ה לסיכום כתב התביעה מ 10.4.19, וכן בהתאם למה שנחקרה האשה בדיון. ובכל אופן דעתינו שהפשרה שנפסקה כוללת בתוכה גם את תוספת התביעה.

ביה״ד מציין כי בהתאם לחומר שלפניו אין בידינו לחייב את האשה על החובות שנטען שהיא חייבת לבעל, למעט מה שהודתה. כל ההוכחות שטוען הבעל שהפקיד בחשבונה ושהיא חייבת בתשלום, הואיל והאשה מכחישה, אין להוכיח מהחומר שלפנינו שניתנו בתורת הלואה. יכול הבעל רק להשביע את האשה בשבועת מודה במקצת, ועל כך בהמשך. אולם אין בידינו הוכחה לחייב את האשה בחוב זה.

ביה״ד מפנה לפרוטוקול הדיון (שורה 235 ולהלן):

ב״כ הבעל: יש הקלטה שהוא מבקש ממך החזר חוב של 16 אל״ש. נכון או לא?

האישה: יש. אבל הוא עבד עלי.

ב״כ הבעל: אמרת סכומים? כמה יכול להיות היה גובה החוב?

האישה: אולי 6 אל״ש.

ב״כ הבעל: האם סמוך לנישואין הייתה החלטה לפתוח חשבון בנק משותף? האם הייתה החלטה להוריד בהו״ק בסך 2500 ש״ח לחודש? האם ידעת על סכום החוזה של השכירות?

האישה: כן.

ב״כ הבעל: העברת לו מחצית מהסכום?

האישה: נכון,

ב״כ הבעל: ואחרי שהחלטתם להתגרש את לא העברת לו את המחציות? למרות שאת גרה שם עם הילדים שלך?

האישה: אני היה לי הוצאות מאוד גדולה.

ב״כ הבעל: האם היו רשימות שאוריאל ניהל והוא אמר לך עליהם ואת אמרת לו תרשום 2500 ש״ח חוב שלי..?

האישה: יכול להיות. אני הסברתי לו שאני במצוקה כספית.

בנדו״ד יש לדון מה דינה של הודאה שנאמרה ללא נוכחות עדים והאשה הוקלטה שהיא מודה בחוב. על הצד שאין להתחשב בהודאה זו, הרי האשה חייבת בשבועת מודה במקצת, ויש לדון בגובה החיוב שיש לחייב את האשה.

בענין תוקף הודאה מוקלטת, עיין במשפטיך ליעקב ח״ג סי׳ לב, שאין להוציא ממון ע״ס הודאה מוקלטת, בפרט בנדו״ד שהאשה נותנת אמתלא לדבריה וטוענת שטעתה בהודאתה.

איתא בסנהדרין כט,א: מסייע ליה לרבי יהודה, דאמר רב יהודה אמר רב, צריך שיאמר אתם עדי. תניא נמי הכי, מנה לי בידך, אמר לו הן. למחר אמר תנהו לי, אמר לו משטה אני בך, פטור. ולא עוד אפילו הכמין לו עדים אחורי גדר ואמר לו מנה לי בידך, אמר לו הן. רצונך שתודה בפני פלוני ופלוני. אמר לו, מתירא אני שמא תכפיני לדין. למחר אמר לו, תנהו לי. אמר לו, משטה אני בך - פטור. ומבואר שם בגמרא דאם לא טען, אין טוענים לו. והא דיכול לטעון טענת משטה היינו דוקא במקום שלא אמר התובע אתם עדי, וכדמשמע בסוגיא, ועיי״ש ברש״י ד״ה פטור. ובהמשך מביאה הגמרא מחלוקת מה הדין אם טען להד״ם. אביי ס״ל דהוחזק כפרן. ורב פפא בריה דרב אחא בר אדא ס״ל דכל מילי דכדי לא דכירי אינשי.

ועיין ברא״ש שם (הכ״ה) שפסק כדעת רב פפא דאין הנתבע צריך לטעון טענת משטה, אלא אפילו טען להד״ם, נמי פטור. וכן היא דעת הרמב״ם בהל׳ טוען ונטען ו,ו, וכן פסק המחבר בשו״ע חו״מ פא,א. ומה שפסק המחבר בסע׳ ג דבבריא לא טענינן טענת משטה, היינו במקום שלא טען להד״ם, וכמש״כ הסמ״ע בס״ק ג ובש״ך ס״ק ג וס״ק י.

ומשמע דאפילו במקום שטען התובע חייב אתה לי מנה, וטען הנתבע להד״ם, והוסיף התובע וטען הרי הודית לי בפני עדים, ושתק הנתבע ולא טען משטה הייתי בך, מ״מ טענינן ליה. כן מבואר מדברי הש״ך בס״ק י, דלכך אינו זוכר שהודה לו מפני דהוי מילי דכדי. ובקצוה״ח פא,ב הביא מהרמב״ן בחידושיו לסנהדרין, דאם אחר שטען התובע ואמר לו אמש הודית לי, שתק הנתבע ולא טען משטה אני בך, ״בכהאי גוונא אמרינן ליה זיל שלים״. ובעל התרומות (שער מב א,ד), הביא את דברי רב פפא הנ״ל דהיכא דטען להד״ם, לא שטוענים אנו לו, אלא שיכול לטעון טענת השטאה אחרי שטען להד״ם, וז״ל: ״.. אמר רב פפא, הכי אמרינן משמיה דרב, כל מילי דכדי לא דכירי אינשי ונאמן בטענתו שהשטאה היה, ולפיכך טען כך שלא נזכר בעדים מאחר שלא אמר להם אתם עדי״.

מבואר מדבריו דלדברי רב פפא לא טענינן ליה אלא שלא הוחזק כפרן ויכול לטעון שוב טענת השטאה. ועיין בגידולי תרומה שם שהסביר את שיטתו, דאם עומד בטענת להד״ם הרי מכחיש את העדים והוחזק כפרן, משא״כ אם חוזר וטוען משטה הייתי בך, כיון דהוי מילי דכדי, אין כאן הכחשה לדברי העדים, עיי״ש. והש״ך בס״ק ג דחה דבריו, והביא מהעיטור דטענינן ליה טענת השטאה, וכמבואר מדברי המחבר פא,א. וכנ״ל, דהקצוה״ח בס״ק ב הביא את הרמב״ן שדעתו כדעת בעל התרומות.

וכן מבואר בחידושי הר״ן לסנהדרין (כט,ב ד״ה כל), וז״ל: ״.. ולפיכך אינה טענה שתהא כדאי שיהיה מוחזק כפרן עליה, ויכול לחזור ולומר משטה הייתי בך״. וכן מבואר ביד רמ״ה בחידושיו לסנהדרין (כט,ב). וכן מבואר לכאורה מדברי הריטב״א בחידושיו לב״מ (דפוסים ישנים, יז,א ד״ה וחזר, ובהגהות כור לזהב):

"וכתב הראבי"ה ז"ל, דצריך לפרש דהתם דאמר להד"ם נאמן משום מילי דכדי וכו', ואע"ג דאמר לעיל מינה דאי לא טעין, לא טענינן ליה, אפ"ל זה ר"ל להד"ם, וכשהעידו עליו אמר אין הודתי, ומפני שהיו מילי דכדי, אמרתי להד"ם ושכחתי, אבל משטה הייתי כשהודתי לו וע"כ לא הוחזק כפרן לפי שלא אמר אתם עדי".

ועיי"ש בהמשך דבריו. ומ"מ עולה דס"ל דיכול לטעון כעת משטה ולא הוחזק כפרן, אך אנן לא טענינן ליה. ועיין בנימוק"י לסנהדרין (ח,א בעמוה"ר) שהביא בדעת הרי"ף והרמב"ם דאנן לא טענינן ליה היכא שהוא מודה שהודה לו אלא שאינו נותן טעם להודאתו, אבל היכא שמכחיש את ההודאה וטוען להד"ם גם לעצם ההלואה, טענינן ליה טענת השטאה. (וכוונתו לדעת הרמב"ם בהל' טוען ונטען ו,ו וכן ו,ח, עיי"ש). ובנימוק"י משמע לכאורה שרש"י ור"ח חולקים על הרי"ף והרמב"ם. ועיין בב"י חו"מ לב,א דגם רש"י והר"ח מודו דאם מכחיש את ההודאה, כיון דהוי מילתא דכדי, טענינן ליה טענת השטאה, משא"כ אם מודה שהודה, לא טענינן ליה. ועיי"ש בב"ח (ס"ק ב) שהסביר את שיטת הנימוק"י. ובתומים פא,ד כתב ג"כ לישב שיטת הנימוק"י בהסבר דעת רש"י, ומ"מ כתב דלהלכה רוב הפוסקים ס"ל כדעת הש"ך. וכדעת הרי"ף והרמב"ם פסק גם במהר"ם אלשיך סי' קלד (בסופו, ד"ה ואי), עיי"ש.

ובאמרי בינה (טוען ונטען סי' חי ד"ה והיכא) הביא את המהרי"ט שהביא את הראשונים הנ"ל, הרמב"ן והר"ן, הסוברים דלא מהני אם לא טוען טענת השטאה, ושכן היא דעת רש"י, היד רמ"ה ובעל התרומות. וכתב האמרי בינה דיכול המוחזק לומר קים-לי כדעת בעל העיטור, הש"ך והתומים, דטענינן ליה, אך אם תפס התובע, "נראה דלא מפקינן מיניה". ותמה על המהרי"ט שלא הביא דעת אביו המבי"ט דדעתו כדעת הרמב"ם, עיי"ש.

ומחלוקת ראשונים זו יש בה נפקות לנדו"ד. דאף אם יש לקלטת דין הודאה בפני עדים מוכמנים לאחר שמזהים את קולו, לדעת הרי"ף, הרמב"ם, המחבר ודעימיה, דטענינן ליה טענת משטה כיון שטוען להד"ם לעצם ההלואה, ולדעת הרמב"ן הר"ן ודעימיה, לא טענינן ליה היכא שלא טען מעצמו. וכבר כתב האמרי בינה דיכול המוחזק לטעון טענת קים לי כדעת המחבר ודעימיה. ועיין עוד בש"ך פא,א שיכול לטעון אח"כ טעיתי בהודאתי, ועיין בקצוה"ח ס"ק א שיכול לטעון פרעתי.

לאמור לעיל בנדו"ד גם אין להוציא ממון בהודאה מוקלטת, וגם יכולה לטעון טעיתי בהודאתי.

ט. פשרה בחיוב מודה במקצת

וכאמור בנדו"ד האשה מודה במקצת החוב, וממילא חייבת בשבועת מודה במקצת. ובמקום שבועה נהגו בתי הדין לפשר. התוס' בסנהדרין ו,ב (סד"ה נגמר) כתבו; "ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה, שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה". וכן הוא בתוס'

הרא״ש שם, וכ״פ המחבר בחו״מ יב,ב. השאלה היא כיצד מפשרים בחיוב שבועה. השבות יעקב בתש׳ (ח״ב סי׳ קמה) כתב דפשר הקרוב לדין, הכוונה שלא לחלוק את הדין לחלקים שוים: ״אך אכתי אין שעור לדבר, אפילו זהוב אחד שעושין יותר ממה שמתחייב בדין, ג״כ מקרי קרוב לדין ... אך ורק ליבי אומר לי דעכ״פ לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלוש מאות, לא יפטור אותו יותר משליש ... ויתחייב עכ״פ בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין״. מבואר מדברי השבות יעקב, דקרוב לדין היינו, שאם הדין נותן שפלוני יתחייב סכום מסוים, הפשרה הינה שישלם שני שליש.

ובדברי מלכיאל בתש׳ (ח״ב סי׳ קלג) כתב שמנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שליש מכפי הטענה. אך הדברי מלכיאל סובר שאין לדמות מש״כ השבות יעקב לנדון השבועה, דהא השבות יעקב מיירי בפשרה שאינה מכח שבועה:

> **״והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה, אני נוהג באופן כזה, דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים, הדרך האחד - לשום כמה שוה השבועה לאיש זה, היינו כמה היה נותן להפטר ממנה, וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה ובערך השבועה, אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול לישבע או לא. והדרך השני - לפי הענין, כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש, או להיפוך, שהנתבע כופר בשקר״.**

ובהמשך דבריו משלב הדברי מלכיאל בין הדרך הראשונה לדרך השניה, דכאשר מרגיש הדיין שהאמת עם התובע, א״כ הנתבע אינו יכול להשבע את השבועה המוטלת עליו, ובודאי מניעת שבועת שקר שוה הרבה. לפ״ז על הדיין לשקול ולאמוד בדעתו את מהות התביעה והטענות של הצדדים. נטיית דעתו תקבע את הנקודה שבה תעצר הפשרה לאורך התביעה. ואם נראה לו שהצד שצריך להשבע אינו צודק, ואם היה מחייב שבועה היה נשבע לשקר, עליו לשקול את מהות האדם, כמה שוה לו להנצל משבועה שכו״כ סיכוייה שתהא שיקרית. ובהמשך הביא דרך שלישית לפשר ע״פ מה שנראה לדיין כישר והגון.

ומש״כ הדברי מלכיאל לדחות את מנהג הדיינים הזקנים לתת ניכוי שליש בעד השבועה, נראה דמנהג הדיינים הזקנים התיחס לשבועת הנוטלין, אולם בשבועת הנפטרין ישלם שליש מהתביעה, שהרי אם היה נשבע היה נפטר לחלוטין, וא״כ ישלם שליש, משא״כ כשהיה נוטל בשבועה הכל, כשנוטל בלא שבועה, ינכו שליש.

גם הגר״מ פיינשטיין זצ״ל (אגרות משה, חחו״מ, ח״א סי׳ לב) כתב דהמנהג הוא לנכות שליש בעד השבועה, אך בסוף דבריו כתב דאין בידו ספרי האחרונים לדעת בברור מנהג דיינים, אם יש חילוק בין שבועת הנפטרין לשבועת הנוטלין:

> **״אבל כמדומני שנוהגין לפשר בניכוי שליש בעד שבועה בין נפטר בין נוטל, אבל כיון שאין לזה מקור גדול מגמ׳ ופוסקים הראשונים, אין זה ענין מוחלט והכל לפי עיני הדיין, כי לפעמים ניכר שאינו רוצה לישבע משום שהוא שקר, ובזה**

צריך לפשר ליתן יותר, ולפעמים ניכר שהתובע מאמין לנתבע רק רוצה להטיל עליו שבועה משום שיודע שלא ישבע ויתרצה להתפשר, בזה יש לפשר ליתן פחות, לכן תלוי בעיני הדיין, אבל אם לא ניכר כלום, כמדומני שנוהגין בניכוי שליש בעד שבועה, בין נפטר בין נוטל".

מדברי הגר"מ פיינשטיין מפורש יוצא שיש מודד כללי לפשרה במקרה של שבועה, והיא ניכוי של שליש, אך לדבריו ניכוי השליש יהיה בין בשבועת הנוטלין ובין בשבועת הנפטרין. לפ"ז כשיתבעו אותו סכום מסוים, בין אם התובע היה נוטל בשבועה ובין אם הנתבע היה נפטר בשבועה, ישלם הנתבע שני שליש. והדבר צ"ע, דהרי אין זה מן הדין שישלם הנתבע אותו סכום במקרה שהיה נפטר בשבועה למקרה שהיה התובע נוטל בשבועה. ונראה דכוונת הגר"מ פיינשטיין, דבין בשבועת הנוטלין ובין בשבועת הנפטרין, הניכוי הוא שליש, ואין חילוק לענין שעור שליש בין שבועת הנוטלין לשבועת הנפטרין. והדבר אמור רק לענין גובה הניכוי, אך לענין המקום שממנו נמדד, נראה דאף לשיטת הגר"מ פיינשטיין יש חילוק, דבשבועת הנוטלין השליש נמדד מהמקום שהיה נוטל עם שבועה, ובשבועת הנפטרין השליש נמדד מהמקום שממנו היה הנתבע נפטר בשבועתו.

אלא שאף לדברי הגר"מ פיינשטיין יש מקום לשיקול דעתו של הדיין ולאופן שבו הוא רואה את המקרה הנדון לפניו, האם מדובר בטענה שיקרית של החייב שבועה, או שניכרים דברי אמת ויש לחץ לחייב שבועה על מנת להשיג פשרה. ולמעשה מש"כ הגר"מ פיינשטיין הינו אחד מהשיקולים עליהם דיבר הדברי מלכיאל, ובודאי גם לדבריו יש לשקול כל מקרה ומקרה לגופו, ע"פ מכלול הנתונים שבאו לפני הדיין, ואין בכך הלכה קבועה, אלא שלדברי הגר"מ פיינשטיין יש נקודת מוצא אחידה לפשרה, והיא ניכוי שליש, ואילו לדברי מלכיאל אין נקודת מוצא אחידה.

ומנהג בתי דין לפשר במקום שבועה, אך נראה שנקטו לפי הדרך של שיקול דעת כל מקרה על מכלול נתוניו ונסיבותיו, ולא קבעו הלכה פסוקה שאם יש כאן שבועה, שיש לפשר כו"כ, אלא עשו פשרה לפי ראות עיני הדיין. ובפרט כששני הצדדים ידועים כאנשים ישרים, וודאי נפלה טעות ביד אחד מהם, ודוקא טענת שמעון רחוקה יותר מהטעות, ואם נחייבו בהיסת ונפשר לחייבו בשליש, לקתה אולי מידת הצדק לפי מה שנראה בעיני הדיינים. דהנה הרמב"ם בהל' מלוה ולוה ב,ד, כתב לענין שבועת הגאונים, וז"ל:

"מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום, והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו להצר לו ולביישו ברבים כדי להנקם ממנו או כדי שילך וילוה מן העכו"ם או יקח נכסי אשתו ויתן לזה עד שינצל משבועה זו. יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו ואם השביעו ביטל לא תעשה של תורה; לא תהיה לו כנושה, ולא עוד אלא ראוי לדיין לגעור בתובע ולטרדו מפני

שהוא נוטר והולך בשרירות לבו, שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאין, והרי נאמר עד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ומאחר שהוחזק זה שהוא עני ושאינו רמאי אסור להשביעו. וכן אני אומר, שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע בתקנה זו, שאין ראוי להשביעו, אלא אם יש כח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן - יעשה, מאחר שהוא אמוד, שפריעת בעל חוב מצוה. כללו של דבר, כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים".

הרמב"ם מיירי משבועות הגאונים, כמבואר ברמב"ם גופיה וכן מענין הפרק. אולם מדברי הרמב"ם רואים כמה דברים שאינם נוגעים דוקא לשבועת הגאונים אלא לכל שבועה. הרמב"ם כותב שאם ידוע לרוב העם שהנתבע אדם כשר, וכל מה שרוצה התובע להשביעו כדי לצערו או אינטרס ממוני אחר שיעשה כדי להנצל מהשבועה, שאין לדיין להשביעו; "שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאין, והרי נאמר עד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ומאחר שהוחזק זה שהוא עני ושאינו רמאי אסור להשביעו". והדברים נאמרו ביחס לשבועת הגאונים, אך ראיתם כחה יפה לכל השבועות, דעד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ודאי אינו ענין לשבועת הגאונים, שהרי לענין השבת אבידה נאמרה, וכך דרשוה בגמ' ב"מ כז,ב - כח,א, ומינה יש ללמוד לכאורה לכל השבועות.

בפרט מה שהמשיך הרמב"ם וסיים: "כללו של דבר כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין, ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים". והוא דין אומדנא, הוא לכאורה דין לכל הענינים הנוגעים לחיוב שבועה, שאם בכל השבועות יראה לדיין שהנתבע כשר וכו', לא ישביעהו, שכלל זה הוא בכל הענינים, ובודאי לא התיחד לשבועת הגאונים. ובזה אתי שפיר מה שהביא הדברי מלכיאל הנ"ל בדרך השלישית, לפשר לפי מה שנראה לדיין כישר והגון.

אמנם על סיפא דברי הרמב"ם, העירו הנו"כ. המגיד שם כתב דמש"כ הרמב"ם זהו לדין הגמ', שהדיין יש לו לחתוך הדין לפי האמת אפילו חוץ מן הדין, אולם אין בכל בי"ד כח בזה אלא א"כ הוא ב"ד חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות, ומשרבו הדיינין שאינן הגונים, יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו. גם בלח"מ כתב כן, ותמה על המגיד של הביא דהרמב"ם עצמו כתב כן להדיא בפכ"ד מהל' סנהדרין, דמשרבו בתי דינין שאינם הגונים וכו' ולא ידון בסמיכת דעתו וכו', דמוכח משם דאין לדיין לדון באומד הדעת בזמן הזה. (ובענין פסיקת דין ע"פ אומדנא דמוכח טובא, ולענין פסיקת דין ע"פ אומדנא והנוהג המעשי, עיין משפטיך ליעקב ח"ג סי' לד).

והגרא"ז (אבן האזל מלוה ולוה ב,ד) כתב לישב קושית הנו"כ, דיש לחלק בין האמור

כאן למה שכתב בהל׳ סנהדרין, דבהל׳ סנהדרין מיירי באופן שע״פ אומד דעת הדיין יעשה הדיין שינוי בדין, כגון מי שחייב שבועה לפטור ואמר לדיין אחד שהוא נאמן אצלו שהוא חשוד על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על התובע ויטול. וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם אחד שסמך עליו, אפי׳ אשה או קרוב, פרוע הוא, יש לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה. וכן להוציא פקדון מיתומים ע״פ סימנים. שכל אלו הדינים אנו משנים עיקר הדין ע״פ אומד דעת הדיין. אבל כאן אין אנו משנים את הדין. והדין הוא בדין כפיה, שכופים הלוה בכל מה דאפשר.

ולכן יש נפק״מ לגבי אומד דעתו של הדיין, דכשצריך לשנות את הדין ע״פ אומד דעתו, בזה סובר גם הרמב״ם שעכשיו אין לדיין לדון לפי אומד דעתו, אבל בדין שמחוייבים לכוף למי שעובר על הדין, וכיון שגם עכשיו הם עכ״פ ב״ד ולהם ברור ע״פ אומד דעתם שהלוה יש לו לשלם, זה מסור להדיין בעצמו ולא בטלו ממנו חובתו לכוף למי שעובר על התורה. ולכן כיון שלב״ד ברור באומד דעתם שיש לו לשלם, יש להם רשות לכופו ולנדותו אף שיוכל לצאת מזה שיקח נכסי אשתו וישלם, כיון שלב״ד ברור באומד דעתם שאינו כן ויש לו בעצמו לשלם, ומכל שכן ברישא של דברי הרמב״ם, כשגלוי וידוע לדיין שאין ללוה, שאין להשביע מתקנת הגאונים גם עכשיו, דזהו פשוט.

ומש״כ הגרא״ז זה לכאורה לענין שבועת הגאונים, אך בסיפא כתב דלענין לפטור משבועה ודאי פשוט שיכולים ע״פ אומדנא. ועיין גם בדברי מלכיאל (ח״ג סי׳ קנג ד״ה והנה המ״מ), שכתב דלענין שבועת הגאונים ס״ל לרמב״ם דאף האידנא יכול לדון לפי אומד דעתו. ויותר נראה, דאף אם הרמב״ם ס״ל דבשאר שבועות אינו יכול לפטור מאומדנא, מ״מ למש״כ התוס׳ והרא״ש והשו״ע, דנהגו לפשר במקום שבועה, הרי שמידת הפשרה כבר נתונה לשיקול דעת הדיין, ואף שאסור לו לנטות בפשרה, מ״מ בזה כבר אינו עושה נגד הדין שקובע גובה הפשרה או פוטר בכלל. ולכן יש לדיין כח לפטור מחיוב במקום השבועה, ולא לחייבו בממון מכח מה שהתחייב שבועה, שזה כבר כח שניתן לדיין בפשרה לעשות לפי אומדן דעתו. וכן נראה מהדברי מלכיאל (ח״ב סי׳ קלג הנ״ל), דבדרך של פשרה יכול הדיין לפעול ולפסוק לפי אומדן דעתו.

וכן נראה לפי מה שישב הגדו״ת (שער ב א,ד) את קושית המגיד והלח״מ, מדוע לא כתב הרמב״ם דהאידנא אינו יכול לפסוק ע״פ אומדן דעת, וכמש״כ בפכ״ד מסנהדרין:

> **״ואמנם הטעם שהחליט הענין כן בזה ולא פירש דמשרבו בתי דינין שאינם הגונים אין עושים כן, כדכתב בסנהדרין, נראה שהוא מפני שאין כאן שום חשש עוות הדין כי התם, דאי בחלוקה הראשונה שאין משביעין כשהמלוה מבקש לביישו, אין בכך כלום, דלפטרו משבועה לעולם הוא דרך בטוח כי הוא שב ואל תעשה, וכמעט הוא הסתלקות מן הדין, כדמסיק הרמב״ם בסנהדרין. ואי בחלוקה השנית לעשות מי שהוא אמיד שיש לו עד שיפרע, גם בזה אין חששא, דהא השתא אין**

מוציאין מידו כלום אלא מעשים כדי שיתן, ואם מחמת הכפיה יתן נמצא שיש לו, ושפיר עבדי להוציא בלעו מפיו״.

הרי דלפטור משבועה שהוא בשב ואל תעשה, אין מניעה שיפסוק גם האידנא לפי אומדן דעתו. ומשמעות הדברים שאין בזה חילוק בין סוגי השבועות, ואף שבועת היסת יכול לנהוג כן. ונדו״ד לכאורה הוא שבועת מודה במקצת, שהיא שבועת הנפטרים, וגם בגינה התשלום הוא שליש מההכחשה. ומ״מ נתון לשקול דעת ביה״ד גובה הפשרה, כל מקרה לפי נתוניו והבנת ביה״ד.

לאור האמור יש לחייב האשה בשליש ממה שהיתה נשבעת ונפטרת בשבועת מודה במקצת, דהיינו חייבת לשלם מה שמודה, ועוד כשליש במה שמכחישה. ושליש זה כולל בתוכו גם מסגרת פשרה על תוספת התביעה בסך של כ 3000 ש״ח שתבע, מעבר לאמור בכתב התביעה.

לאור האמור מחליט ביה״ד:

התובע חייב לנתבעת בגין כתובתה סכום של 30,300 ש״ח.

מסכום זה יש לנכות סכום של 6000 ש״ח, וכן סכום של 3,300 ש״ח, סכ״ה סכום של 9,300 ש״ח בגין חובות שחייבת לבעל ע״פ הודאתה ובהתאם לפשרה.

לאמור, התובע ישלם לנתבעת סכום של 21,000 ש״ח.

סכום זה האמור בסע׳ ג, ישולם 60 יום מיום מתן פסק הדין.

הרב יעקב זמיר
חבר בית הדין הרבני הגדול

שינוי סכום מזונות ילדים לאור שינוי בהכנסות האב
מכירת נכסי האב לתשלום מזונות ילדיו

הנה, בנדון דידן ישנן שתי שאלות הלכתיות לבירור. השאלה הראשונה היא, התחייבותו של אב בעת הגירושין, למזונות בניו בסך מסויים, כאשר אחר זמן חל שינוי משמעותי לרעה בהכנסתו הכספית השוטפת, וגם אין לו נכסים, מלבד בית מגוריו וכלי תשמישיו. האם יש לפסוק הפחתה מסכום המזונות בעקבות השינוי שחל בהכנסתו.

ככל שבמקרה זה יש לפסוק הפחתה במזונות, מצד הדין או מצד מנהג בתי הדין שכל שיש הפחתה או העלאה בשכרו של האב, מעדכנים ומשנים את חיוב המזונות, נחשב הדבר גם כאילו התנה בפירוש שהוא מקבל על עצמו התחייבות זו על דעת המנהג, ואע"פ שלא פירש הוי כפירש, וכמבואר במשנה ב"מ (פג ע"א) "הכל כמנהג המדינה". וכ"פ השו"ע (חו"מ סי' שלא וכן בסי' רלב ס"ו). ועי' בשו"ת הרשב"א (ח"ב סי' רסח) שכתב וז"ל: "שמאחר שפשט הענין כן ביניהם, כל העושה שם סתם על דרך המנהג הפשוט הוא עושה, ואף על פי שלא כתב ולא התנה, הרי הוא כמתנה וכותב".

א"כ, נשאלת שאלה שניה, במקרה כנ"ל אלא שיש לו נכסים נוספים, מלבד ביתו וכלי תשמישיו, האם גם באופן זה צריך לפסוק לו הפחתה מהמזונות, או שבזה יש לחייבו למכור נכסיו כדי לשלם את המזונות, או לחילופין חוב המזונות ימשיך להצטבר עד אשר ימכור נכסיו ואז יש לגבות את החוב.

והנה, לדעת עמיתי הגרמ"מ פרבשטיין [מובא להלן בסוף פסה"ד], כאשר מפחיתים מזונות משום "שינוי נסיבות" ההפחתה בנויה על האומדנא הברורה שההתחייבות היתה בהנחה שתהיה אפשרות לשלם, אבל לצד שחיוב המזונות יפגע באופן משמעותי באפשרות ההשתכרות, לא היתה ההתחייבות. וא"כ, יש לדון האם אפשרות התשלום מהרכוש נכללת באומדנא זו. לדעתו, אין ספק שאדם מתחייב לשלם מזונות מהכנסותיו ולא על סמך שימכור מרכושו. לכן, האומדנא הבסיסית קיימת, ויש להפחית את המזונות בלא להתחשב באפשרות הגביה מן הדירה.

גם האב"ד הגרח"ש רוזנטל [מובא שם], נראה שמסכים באופן עקרוני לדברי הגרמ"פ בשתי השאלות הנ"ל, אלא שדעת הגרח"ש רוזנטל, שבנדון דידן אין לפסוק כן, כיון שנושא המזונות לא היה נושא בפני עצמו אלא סעיף מכלל ההסכם הכללי וכו'. ע"ש.

הנה, בענין השאלה הראשונה. אמנם, כך נוהגים בבתי הדין בארץ לפסוק הפחתת מזונות

כאשר נוכח ביה״ד לדעת שיש שינוי נסיבות דרסטיות ביכולתו של האב להמשיך לשלם כפי הסכום שהתחייב [וה״ה להיפך, כאשר נוכח ביה״ד שיש שינוי משמעותי לטובה בהכנסתו של האב, פוסק ביה״ד העלאה במזונות לילדים]. ומסתבר, שנוהג הפסיקה הנ״ל בנוי על האומדנא הנ״ל כפי שכתב הגרמ״מ פרבשטיין שההתחייבות היתה בהנחה שתהיה אפשרות לשלם.

ולכאורה, נוהג זה צריך עיון מדברי התוס׳ בב״ק (קי ע״ב ד״ה דאדעתא), על מה ששאלה הגמ׳ שם: ״אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין, תיפוק שלא בחליצה דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה״.

והקשו בתוס׳: ״וא״ת, אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח, דאדעתא דהכי לא קנה. וי״ל, דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא, אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר אקנה ליה אדעתא דהכי, אבל הכא, דקדושין בדידה קיימא, והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש וכו׳ ע״ש. [כלומר, אינו חושש אם דעתה שלא תתקדש במקרה ותיפול ליבום לפני מוכה שחין].

אלא שלכאורה צ״ע, כי אם חשש שאם לא יהיו קידושין, נמצא שכל בעילותיו היו עם אשה פנויה.

גם במסכת כתובות (מז ע״ב ד״ה שלא), כתבו כן התוספות. אלא ששם כתבו בלשון: ״דהא איכא נמי דעת מקני שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש״.

וכ״כ בשיטה מקובצת שם בשם הרא״ש, כאותו לשון שכתבו התוס׳ בכתובות. אולם, בשיטה מקובצת בב״ק (שם סוף קי ע״ב) כתוב בשם הרא״ש כך: ״כל מקח שאדם קונה אם היה הלוקח בא להתנות שאם יתקלקל מקחו שיחזור המקח. לא היה המוכר שומע לו. הילכך לא הוה ליה כאילו התנה״. ע״ש.

נמצינו למדים, דלא אזלינן בתר אומדנא, אלא כשהדבר תלוי רק בדעת האחד והשני אינו מקפיד אם יבטל המעשה, אבל כשהדבר תלוי גם בדעת השני, שיש לו הפסד בביטול המעשה, לא אזלינן בתר אומדנא.

וא״כ, לכאורה גם בנדון דידן, מה בכך שיש אומדנא, שהאב לא התחייב על דעת שיורע מצבו הכלכלי. מ״מ, הרי יש כאן את בניו, שיגרם להם הפסד בביטול התחייבות האב או בהפחתת המזונות. ובמקרה כזה אין לנו ללכת אחר האומדנא של האב לפי התוס׳ והרא״ש הנ״ל.

ד. אולם, באמת לא קשה מידי, דפירוש דברי התוס׳ הוא, דלא אזלינן בתר אומדנא אלא כשיש רק לצד אחד אומדנא, ולצד השני אין אומדנא הנוגדת את האומדנא של הראשון, בזה אזלינן בתר האומדנא. כגון ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין, שרק ליבמה יש אומדנא, דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה, אבל למקדש אין אומדנא נגדית, כי הוא אינו חושש היאך

דעתה להתקדש. מה שאין כן, במקרה שיש גם לצד השני אומדנא הנוגדת את האומדנא של הראשון, כגון בקונה חפץ ונתקלקל, שאף שיש אומדנא של הקונה, דאדעתא דהכי לא קנה, הרי יש נגד זה אומדנא של המוכר, דאקני ליה אדעתא דהכי. בזה כתבו התוס׳ דלא אזלינן בתר אומדנא של הקונה כיון שיש נגדה אומדנא של המוכר, ומאי חזית.

נמצינו למדים מדברי התוס׳, שרק כשיש התחייבות משני הצדדים אחד כלפי השני כגון הקונה והמוכר, שהקונה נותן כסף והמוכר נותן חפץ. בזה לא אזלינן בתר אומדנא של הקונה כיון שגם למוכר יש אומדנא כנגדו, ומאי חזית, אבל בנותן מתנה לחברו או במתחייב מעצמו לחברו כך וכך, ודאי שבזה אזלינן בתר אומדנא של המתחייב אף שהשני נפסד על ידי זה. כי אין לשני אומדנא, דמה יש לו לומר, על מנת כן לא הייתי מקבל.

ה. ועי׳ בנתיבות המשפט (סימן רל ביאורים סק״א) שכתב וז״ל: ״..התוספות בכתובות (מז ע״ב ד״ה שלא כתב לה אלא לכונסה) הקשו, דאם כן כל הלוקח בהמה ונטרפה או מתה נימא דאדעתא דהכי לא קנה, וע״ש שתירצו כשהדבר תלוי בשניהם לא אמרינן כך. ע״ש. עיין במשנה למלך (פ״ו מהלכות זכייה ה״א ד״ה אבל) שהקשה, דהא גבי לא כתב לה אלא על מנת לכונסה גם כן יש דעת שניהם, שלא רצתה להתקדש לו רק באופן זה שיתן לה התוספות כתובה. וכן בזבין ולא איצטרכו ליה זוזי יש דעת ללוקח גם כן. ומפרש הוא, דדוקא כשאין הפסד לשכנגדו בתנאי ההוא, כגון בכתובה שכשימות תחזור היא ותעשה פנויה כבראשונה, וכן בזבין ולא איצטרכו ליה זוזי דזוזי יהיב וזוזי שקיל, ודמי להא שכתבו תוספות (ב״ק קי ע״ב ד״ה דאדעתא) גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין, דאמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה משום דאין קפידא לבעל במה שנעשה אחר מותו, והכא נמי אין קפידא למוכר ולארוסה בתנאי זה, משא״כ בלוקח פרה ונטרפה או מתה שאין מחזיר לו מאומה, ודאי דאיכא קפידא למוכר, לא אמרינן אומדנא, דודאי המוכר לא יתרצה בזה, ע״ש במשנה למלך בהתשובה שכתב שם.

אמנם עדיין צריך אני למודעא, דלכאורה קשה על דבריו, דא״כ בלוקח בית ואח״כ גזר המלך שלא ידור הלוקח בעיר זה, נימא דאדעתא דהכי לא קנה כיון דבית יהיב ובית שקיל.

ו. נראה לפענ״ד, דהתוס׳ לא הקשו כלל במוכר פרה ונטרפה או מתה שיהיה המקח חוזר אפילו אחר שנשתמש וחרש בהפרה, דהא ודאי ליתא, דכי קנה הפרה שתחיה לעולם, וכיון דתוס׳ מדמי זה להא דב״ק דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, ושם כתבו התוספות בעצמו בב״ק דף ק״י לאחר נישואין לא אמרינן אומדנא, רק בקידושין שלא היתה לו שום טובה ע״ש. וא״כ פרה או בית, אחר שנשתמש בהם, שהיתה לו טובה כבר מהם, דמי לאחר נישואין.

[בביאור דברי התוס׳ והנתיבות שכתבו שאם כבר נהנה לא אמרינן אומדנא, אפשר לומר שכיון שאין לאדם דרך לדעת עתידות אם החפץ בעתיד יתקלקל או אם האשה תיפול לפני מוכה שחין, לכן בוודאי כל שירד על דעת הספק ירד וכבר נהנה והשתמש, או באשה שכבר נישאה ואח״כ התאלמנה, לא אמרינן אומדנא שאם היה יודע שיקרה כך וכך לא היה עושה.

משא״כ במצב שעדיין לא התחיל להשתמש בחפץ, וכן באשה שעדיין לא נישאה, בזה יש אומדנא חזקה שלא היה יורד על דעת שלא יוכל ליהנות כלל. ודו״ק.]

[המשך דברי הנתיבות] ולא עוד, דנראה לפענ״ד דאף אחר שהיה ראוי ליהנות בהן ההנאה זו שקנה עבורו, ג״כ לא אמרינן אומדנא, כמו בנכנסה לחופה ולא נבעלה דמחייב בתוספות כתובה כשמת, כיון שהיתה חזיא לביאה אחר כניסה לא אמרינן אומדנא, וכן בבית או פרה, כיון שקנה אותן להיות ראויין להדבר ההוא שקנה עבורו, כלתה הנאת הקנין כמו בכניסת החופה, וכעין שכתבו התוספות בב״מ דף ע״ט [ע״ב ד״ה אי] גבי ספינה זו, דכשנתן לו מעות נתרצה שיהיו שלו לאלתר, והכא נמי דכוותיה כיון דמעות להוצאה ניתנו ובמחילה סגי ואמרינן דנתרצה שיהיה שלו לאלתר.

ועל כרחך קושית התוס׳ לא היתה רק במי שקנה פרה ואח״כ מתה או נטרפה תיכף בעוד שלא היה ראוי להשתמש בה תשמיש זה שקנה עבורו, כגון שהיתה הפרה אמורה להיות ג״כ ברשות מוכר יום או יומיים אחר הקנין ע״פ תנאי שהיה ביניהם או כיוצא בזה, שלא היתה הפרה ראוייה להשתמש בה כלל, דאז דמי לאירוסין דאמרינן אומדנא.

וכעין זה כתבו התוס׳ גבי ויצא עליו עסיקין, דתלי בדש אמצרא, בב״ק (ט ע״א ד״ה משהחזיק), דתליא אי נהנה בו או לא.

ובזה הוכרחו התוספות להחילוק שלהם, דהיינו כיון שיש דעת שניהם ויש פסידא למוכר לא אמרינן האומדנא כמ״ש המשנה למלך הנ״ל.

ובאמת בבית שקנה ולא היה ראוי ליהנות ממנו, ואח״כ בעוד שאין ראוי ליהנות אירע דבר שהיה בו אומדנא, המכירה בטילה לדעת התוספות הנ״ל, כיון דבית יהיב ובית שקיל...

ז. אמנם לפע״ד נראה לתרץ קושית התוספות בכתובות הנ״ל באופן אחר, דבלוקח פרה לא שייך כלל לומר האומדנא, דבלוקח י״ל נסתחפה שדך ומזלך גרם, וא״כ מה שייך לומר אדעתא דהכי לא קנה, כיון דבמזלו וגרמתו נהרגה או נטרפה ודאי דההיזק חל עליו. ודוקא גבי שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה, וכן ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין שהבעל מת, שאין הבעל שדה של אשה ולא שייך לומר נסתחפה שדך, אמרינן אומדנא, משא״כ בזה. ולפ״ז בהוזל בכל המקומות, דהוי כמכת מדינה שאין שייך לומר נסתחפה שדך, אמרינן אומדנא אפילו בלוקח.

ונראה דהנך פוסקים דס״ל דאפילו במכירה הדין כן, סבירא ליה דאף דבאשה אחר החופה לא אמרינן אומדנא, שאני התם דיש גם כן חיבת חופה, מה שאין כן בקנין סחורה כל שלא היה ראוי למוכרה ולהרויח בה לא נגמרה הנאה, וכאן מירי שלא היה ראוי להרויח במכירה זו לפי האומד, לפי שהוזל בכל המקומות ולא שייך לומר מזלך גרם, אפילו במכירה הדין כן״. עכ״ל הנתיבות.

ח. מבואר מדברי הנתיבות והמשנה למלך שאף במקום שיש שני צדדים לעסקה, מ״מ כל

שהצד השני אין לו הפסד אמרינן אומדנא. ולפי זה בנדון דידן אף שיש אומדנא לאשה שלא היתה מסכימה להפחתה, מ״מ כיון שהבעל כעת הורע מצבו הכלכלי נמצא שהתחייב יותר ממה שהיה חייב כעת על פי הדין והוי כמתנה, ליכא פסידא לאשה, ולכן שפיר אמרינן אומדנא שלא התחייב על דעת שירדו הכנסותיו.

והרי זה כמו כל האומדנות בש״ס דאזלינן בתרייהו אף להוציא ממון. כגון הא דתנן בב״ב (קמו ע״ב) ״שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר קרקע כל שהוא, אין מתנתו קיימת״. ובגמ׳ שם: ״מאן תנא דאזלינן בתר אומדנא ? אמר רב נחמן, רבי שמעון בן מנסיא היא דתניא, הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואח״כ בא בנו. מתנתו מתנה. רבי שמעון בן מנסיא אומר, אין מתנתו מתנה. שאלמלי היה יודע שבנו קיים לא היה כותבן״. וע״ש ברשב״ם.

וע״ע ברמב״ם בהלכות זכייה ומתנה (פ״ו ה״א). ובטור ושו״ע חו״מ (ריש סי׳ רמו וסי׳ רנ). וע״ע במשנה למלך שם בתחילת תשובת מהר״ש הלוי, ד״ה אבל אני הצעיר וכו׳ ופירוש דבריהם שם לע״ד וכו׳ ע״ש.

וע״ע בשו״ת הב״ח (סי׳ ח) שהביא את דברי התוס׳ הנ״ל וכתב, דשאני מתנה דבדעת הנותן לבד תליא מילתא ואמדינן דעתו שנתכוון לכך, אבל שניים שנשתעבדו זה לזה כל אחד נשתעבד לדעת חבירו, ע״ש.

אמנם, בספר ערך השלחן (הוצאת ישיבת כסא רחמים, תשמ״ח, חו״מ סי׳ רז אות יב) כתב בשם תשובת מהר״ם שבמתנה ג״כ תלינן בדעת תרוייהו, דאי לא דעבד נייחא לנפשיה לא יהיב ליה. ע״ש.

ט. ובעיקר דברי התוס׳ הנ״ל שבמכירה לא אזלינן בתר אומדנא של הקונה. עי׳ בפני יהושע (ב״ק מהדו״ב בתוס׳ ד״ה אדעתא דהכי) שהביא קושיית התוס׳ הנ״ל, אדם שקנה מחבירו וכו׳ יבטל המקח, וכתב על זה: ״ויש לדקדק דמאי קושיא, דאימא הכי נמי כל היכא דאיכא אומדנא דמוכח לגמרי דאדעתיה דהכי לא זבין, דבטל המקח...כיון שעיקר הענין לא נעשה מסתמא אלא בשביל זה, הווה ליה כאילו התנה... ונראה דבאמת לא מקשה התוס׳ מ-״כסף הכהנים״ אלא מדפריך בגמרא מ״יבמה שנפלה לפני מוכה שחין״.. דהמקשה סובר שאין לחלק דאפילו בכהאי גוונא הוי דומיא ד״כסף הכהנים״. וא״כ, מקשה התוס׳ שפיר דא״כ, תקשה מכל מקח שנתקלקל אח״כ במילתא דלא אסיק אדעתיה, אפ״ה יבטל לפי סברת המקשה... ע״כ.

נמצא שלפי הפני יהושע אם יש אומדנא מוכחת שעל דעת כן לא קנה הלוקח, יכול לבטל המקח.

וכ״כ המשנה למלך (הל׳ זכיה ומתנה פ״ו ה״א ד״ה שוב ראיתי) בשם שו״ת פני משה (ח״א סי׳ סב דף קמג ע״ד) וז״ל: ״דהיכא דהאומדנא היא גדולה עד מאד אנן סהדי לא יבטלנה

המתחייב ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך מ״מ אנן סהדי דלא יחוש לדעת שכנגדו ולא נתחייב אלא לדעתו״. ע״כ.

וכ״כ בשו״ת נודע ביהודה (יו״ד מהדו״ק סי׳ סט ד״ה ומעתה עוד בה) וז״ל: ״שמבואר בדבריהם [של התוס׳] שאומדנא גדולה מהני אפילו בתליא בדעת שניהם. ולוקח פרה שאני, ששם אין כאן אומדנא גדולה, אדרבה אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה לכנוס... עכ״ל.

י. וע״ע בשו״ת חכם צבי (סי׳ מא ד״ה ועדיין קשה) שכתב וז״ל: ״עוד יש לפקפק דלא ליהני, אדעתא דהכי לא אשתבע כלל, כיון דלאו בדידיה לחודיה תליא מילתא אלא אף בדידה נמי, מהא דכתבו התוס׳ [הנ״ל]...וזה ודאי תשובה ניצחת למה שכתב הרא״ש בתשובה (כלל לד) ואחריו החזיק הר״י קולון, דבנשבע למשודכת, ובנדר לחתנו ממון ואח״כ הרגיל קטטה עם בתו...ודימה נדון שלו להנך דברים דאמרינן בהו אומדנא. ובאמת שכל הדברים שהביא...לא דמו לנדון הרב ז״ל, דהנהו בנותן לחוד תליא מילתא לאפוקי בשידוכין שהוא נדון הרא״ש שהדבר תלוי בדעת שניהם. **ומאן חכים כהרא״ש ז״ל, וכיון שבעיני חכמתו נראה לדון כך, אף שאין ראיותיו מכריעות, אליו נשמע.** הא מיהא הבו דלא לוסיף עלה אומדנות אחרות״ עכ״ל.

יא. אולם, בנודע ביהודה שם (ד״ה ובזה) הביא את קושיית החכם צבי על הרא״ש. וכתב עליו: ״ולדידי שלש תשובות בדבר ליישב דברי הרא״ש על מכונם ולדחות תמיהתו של חכם צבי. חדא, שעד כאן לא כתבו התוס׳ דבמוכר כיון שתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר אומדנא דלוקח, היינו משום דמסתמא אין המוכר מתרצה לזה שאם יתקלקל החפץ יבוטל המקח, דאטו בשופטני עסקינן שיתרצה לזה שהוא רק טובת חבירו לבד, דלהיפוך שאם יקלקל המעות שיבוטל המקח, הוא דבר שלא שכיח שיתקלקל מעות מזומנים. וא״כ, כיון שמסתמא דבר זה הוא רק טובת אחד מהם, והדבר תלוי בשניהם, מה אנן משגיחין בתר אומדנא דחד מינייהו. אבל בשידוכין בעובדא דהרא״ש שקלקלה אחות המשודכת, דאמרינן אומדנא דמוכח דבשעת השידוך לא נתקשרו אדעתא שיפגמו משפחתם וישחיתו נחלתם. אומדנא זו היא טובת שני הצדדים בשעת השידוך, שהרי היה יכול להיות להיפך שיזדמן פגם במשפחת המשודך, ואמרינן אדעתא דהכי לא נתקשרו שני הצדדים... בחליפין, אדרבה בלאו הכי ניחא, דאין לומר שאם ידע שהסחורה יהיה בה הפסד לא היה מקבלה. שהרי כשם שיכול להיות הפסד בסחורה זו, כך יכול להיות הפסד אצלו ממש בסחורה שלו...

עוד תשובה... דהא דחילקו התוס׳ בין תליא בדעתו לחוד או לא. היינו לבטל המעשה שנעשה כבר ולעקור המעשה ע״י אומדנא...

[כגון יבמה שנפלה לפני יבם מוכה שחין שמה שאנו רוצים לפוטרה באומדנא זו מחליצה משום דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, אתה רוצה לעקור הקידושין למפרע והקידושין כבר נעשו ונגמרו... אבל בנשבע לעשות דבר פלוני אף שנשבע בלא זמן וחלה השבועה מ״מ נשבע

לעשות וכיון שעדיין לא נעשה ואנו רוצים לחייבו לעשות ע״י השבועה שפיר אמרינן אפילו במה דתליא בדעת שניהם אדעתא דהכי לא נשבע ואינו מחויב לעשות].

ובשו״ת מנחת שלמה (תניינא ב-ג סי׳ קלד) ביאר שם דרך אחרת בדברי התוס׳ כשיטת הנו״ב הנזכר ודלא כהנתיבות והמשנה למלך, שכוונת התוספות דבכהאי גוונא שהאומדנא היא גדולה ואנן סהדי שלא היה נכנס על ספק זה, לא תלוי כלל בדעתו של צד השני.

נמצא שיש שלשה חילוקים בדבר:

דבר שהוא אומדנא שאינו רוצה לכנוס באותו ספק כלל, אפילו תליא בדעת שניהם אזלינן בתר אומדנא דחד לבטל אפילו מעשה שכבר נעשה...

ובדבר שיש סברא לומר שהיה מכניס עצמו בספק, אף שיש ג״כ אומדנא שאם היה יודע בודאי שיארע דבר זה לא היה עושה. אם היה הדבר תלוי בדעת שניהם אי אפשר לבטל הדבר, והיינו המוכר פרה וכדומה.

ואם הדבר תלוי בדעת חד, שפיר גם בזה אזלינן בתר אומדנא...עכ״ל.

יב. ולפי סברת התוס׳ הנ״ל שלא אזלינן בתר אומדנא של הלוקח כיון שיש גם אומדנא של המוכר. לפי זה יש שכתבו ליישב מה שהיה מקום להקשות מהמשנה (כתובות קא ע״ב): ״הנושא את האשה ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים. חייב לזונה חמש שנים. ניסת לאחר [נישאת האם לאחר שגירשה הראשון. רש״י]... מוליך לה מזונותיה למקום שאמה״. וקשה, למה לא נאמר גם כאן שיש אומדנא שקיבל על עצמו לזון אותה רק כל זמן שהיא בת אשתו, אבל לאחר שכבר היא אינה אשתו כגון שגירשה או שמתה, על דעת כן לא קיבל עליו לזון אותה.

ולפי התוס׳ הנ״ל מובן, כי במשנה שם זה תלוי גם בדעת אשתו, שהרי על דעת כן הסכימה אשתו להינשא לו, וכיון שזה תלוי בדעת אחרים לא אומרים את האומדנא הזאת שעל דעת כן קיבל על עצמו לזונה. ודו״ק.

יג. והנה, הרמב״ם (הל׳ סנהדרין פ״ז ה״י) כתב וז״ל: ״מי שקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני וישבע. יהיה חבירו נאמן בטענותיו ויטול כל מה שטען בלא שבועה. או שאם לא יבא ביום פלוני וישבע ויטול. אבד את זכותו ואין לו כלום ויפטר חבירו. ועבר היום ולא בא נתקיימו התנאין ואבדה זכותו. ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום הרי פטור מקנין זה. וישבע כשיתבענו חבירו כשהיה מקודם״. ע״כ. וכ״כ עוד הרמב״ם (הל׳ מכירה פי״א הי״ד). ועי׳ בתומים (סי׳ כא סק״א). ובשו״ת חת״ס (חו״מ סי׳ א) הסבר למה הרמב״ם כפל דין זה בשתי המקומות.

ובספר אהל אברהם (עמוד תצה) כתב שהגאון רבי איסר זלמן מלצר זצ״ל הביא דברי

הרמב״ם הנ״ל והקשה שלפי דברי התוס׳ הנ״ל א״כ, גם בדינו של הרמב״ם לא יתבטל התנאי גם אם היה אונס שהרי ביטול התנאי מחמת אונס הוא משום אומדנא שעל דעת כן לא התנה וא״כ כאן שיש שני צדדים לא אמרינן אומדנא.

וכתב לחדש, שיש חילוק בין אם העסק נגמר בלא תנאים, ורק אנו רוצים לבטלו מחמת מקרה שהתחדש, בזה כתבו התוס׳ שאין זו טענה לבטל את המקח, לבין אם האונס והטעות הוא בקיום התנאי של העסק, שגם בטעות עתידית מתבטל העסק. ע״ש.

[לכאורה נראה שכוונתו כמו שכתב הנודע ביהודה הנזכר, דהא דחילקו התוס׳ בין תליא בדעתו לחוד או לא, היינו לבטל המעשה שנעשה כבר ולעקור המעשה ע״י אומדנא וכו׳].

יד. וע״ע בספרו אבן האזל (הל׳ סנהדרין שם ד״ה ולכן) שכתב: ״דאפשר לומר דלא כתבו התוס׳ אלא דבקנין בדיני ממונות לא שייך לומר שיחשוב מה שיהיה אחר כך דהוא רק חליפין שמחליף המעות בבהמה, ומה שייך לומר שאילו ידע שתמות הבהמה לא היה קונה אותה, דהא כמו שיכולה הבהמה למות כן אפשר לכסף שיאבד. ועל מקח וממכר אין לחשוב אלא על מה שבאותה שעה, ובאותה שעה קנה הבהמה עבור כסף ותחת כספו יש לו בהמה עכשיו... ע״ש.

והנה, מה שכתב ״כן אפשר לכסף שיאבד״. יש להעיר, כי לעיל (אות יא) הבאנו שהנודע ביהודה כתב שלא שכיח ״שיתקלקל מעות מזומנים״. ורק בקנין חליפין כגון מחליף סחורה בסחורה או פרה בחמור שייך אצל שניהם אומדנא אילו הייתי יודע שהסחורה תתקלקל או שהבהמה תמות לא הייתי מחליף. ע״ש.

ועוד, שלפי דברי הנודע ביהודה שהובא לעיל מתבאר, שאדרבה, אם היה שכיח שכסף יאבד או יתקלקל, זו היתה סיבה שנאמר אומדנא אף שיש שני צדדים, משום שכל שיש לומר את האומדנא לשני הצדדים כמו בנידון הרא״ש שיצא שם רע על אבי הבת, שבאותה מידה היה יכול להיות גם על הצד השני, אמרינן אומדנא אף שיש שני צדדים, ומשום שבשעת המעשה האומדנא היתה לטובת שתי הצדדים.

טו. ואמנם, מצינו בש״ס גם כמה אומדנות דלא אזלינן בתרייהו, אלא אמרינן בהו ״דברים שבלב אינם דברים״. כמ״ש בקידושין (מט ע״ב) ״ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין, לא אמר ולא מידי. אמר רבא, הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים.

וכתבו התוס׳ שם (ד״ה דברים שבלב): משמע דוקא משום שלא פירש דבריו, אבל אם פירש דבריו להדיא, ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה ללכת לארץ ישראל, הוה המכר בטל. וקשה, אמאי הא בעינן תנאי כפול, והרי לא התנה שאם לא ילך לא יתקיים המקח ... ואומר ר״י, דצריך לחלק ולומר, דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גילוי מילתא, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד. וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי. כגון

ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן, שהמתנה בטלה. וכן הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא. לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו. וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל.

טז. וע״ע בתוס׳ בכתובות (צז ע״א ד״ה זבין) על דברי הגמ׳ שם: ״והלכתא, זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני״. שכתבו: ״וכגון שגילה דעתו בשעת המכר דאמר דליזבן תורי קא זבין להו. דאי שתק הוו להו דברים שבלב. ע״ש. וכ״כ הרא״ש שם.

וכן פסקו בטור ושו״ע חו״מ (סי׳ רז ס״ג).

וע״ע בגמרא שם (צט ע״א): ״דאמר ליה, זיל זבין לי כורא. ואזיל וזבין ליה ליתכא [מחצית]. מאי, מי אמרינן, אמר ליה, דטבא לך עבדי לך, דאי לא מצטרכי לך זוזי לא מצית הדרת ביה״ [דאי לא מצטרכי לך זוזי. ותתחרט במכירתך, לא היית יכול לחזור אם מכרתיה. רש״י]. משמע לכאורה מדברי רש״י כשיטת התוס׳ שכל שלא גילה דעתו בשעת המכר שמוכר על דעת כן, אינו יכול לחזור בו.

ואמנם הב״ח (על הטור שם סק״ז ד״ה וכן הדין), כתב לפרש בדעת רש״י [דלעיל צז ע״א ד״ה זבין] שחולק על התוס׳ והרא״ש, וס״ל שבזה יש אומדנא אפילו לא גילה דעתו בשעת המכר אלא קודם לכן, וז״ל: ״הקשה בית יוסף, דהרא״ש בתשובות כלל פ״א דין א׳ כתב דיש מקומות דאפילו גילוי דעת לא בעינן, אלא אזלינן בתר אומדנא ודברים שבלב, כיון דאיכא אומדנא דמוכח, כגון שטר מברחת ובידוע שאם בנו קיים ומתנת שכיב מרע בכולו וזבין ולא איצטריכו ליה זוזי וכיוצא בהם, וזה סותר למ״ש התוספות והרא״ש בריש פרק אלמנה דבזבין ולא איצטריכו ליה זוזי לא הדרי זביני אלא דוקא היכא שגילה דעתו בשעת המכר דלצורך כך וכך הוא מוכר, וצ״ע עכ״ל. ואין ספק דדברי הרא״ש בתשובה אינם אלא על פי פרש״י, שכתב וז״ל, זבין ולא איצטריכו ליה זוזי מכר שדהו ואנו יודעין שהיה חפץ לקנות שדה פלונית או פרקמטיא פלונית באותם מעות ולא איצטריכו ליה זוזי שחזרו בהן המוכרין עכ״ל. משמע להדיא דסבירא ליה, דכיון שאנו יודעים שלצורך כך וכך הוא מוכר, כגון שגילה דעתו מעיקרא קודם המכר, אף על גב דבשעת המכר לא גילה דעתו דלצורך כך וכך הוא מוכר אלא מכר בסתם, אפילו הכי מאחר שאנו יודעין וכו׳ הדרי זביני, דלא דמי להולך מן העיר לילך לארץ ישראל דאי לא גלי דעתיה בשעת המכר לא הדרי זביני אף על גב דגלי דעתיה מעיקרא ואנו יודעים וכו׳ כדאיתא פרק ב׳ דקדושין, דהתם שאני כיון דלא נשאר בעיר אמרינן מסתמא דהיה דעתו בשעת מכירה למכרה לגמרי, והילכך אפילו לא עלה המקח קיים, אבל היכא דנשאר בעיר ולא מכר אלא מפני שהיה צריך לדבר ידוע לקנות בדמיו, אפילו לא גלי דעתיה בשעת מכר אלא שאנו יודעים וכו׳ אי לא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני דאומדנא דמוכח הוא דאין אדם מוכר נכסיו אם נשאר בעיר אם לא לצורך גדול וכיון שאין צריך למכור אין המכר קיים, ודמי לשטר מברחת וכו׳ זאת היא דעת רש״י. גם המרדכי פרק אלמנה ניזונית (סי׳ רנד) כתב כך ע״ש הרא״ם בספר יראים (סי׳ ז) מטעם אחר, שיש דברים סתומים שאנו דנין אותם כמפורשים, ואזלינן בתר

מחשבה דהתם, ולא מטעם מחשבתו דדברים שבלב אינן דברים, אלא מטעם דדבר סתום נדון כמפורש שבאותו דבר לשון העולם מדבר בסתם כדאמר זבין ולא איצטריכו ליה זוזי הדרי זביני וכו', והכי פירושו, שסתם המוכרים משום צריכות זוזי מוכרים סתם, ואין דרכם לפרש אם לא יצטרך למעות יבטל המקח והוי סתמו כפירושו וכו', עכ"ל. וכתב כך לפי שהיה תופס פרש"י עיקר, וכך היתה דעת הרא"ש בתשובה שפרש"י עיקר, ועל פי פירושו כתב כך בתשובה. אבל בפסקיו חזר בו וכתב על פי דברי התוספות שהסכימו דאע"פ דבהך דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי אמרינן בגמרא בסתם דהדרי זביני, אפילו הכי צריך לפרש דאין זה אלא כשגילה דעתו בשעת מעשה המכירה שלצורך כך וכך הוא מוכר, אבל לא גילה דעתו אלא מכר בסתם, לא הדרי זביני, וכדאיתא להדיא בפ"ב דקדושין גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל, ולא מפליגינן בין הך דהתם לדהכא כלל וכפסקיו שהם האחרונים נקטינן נ"ל". עכ"ל הב"ח.

ולכאורה יש להוכיח כן גם מהרי"ף שם (נו ע"א מדפי הרי"ף), שכתב וז"ל: "והלכתא, זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני. **והוא דגלי אדעתיה דמשום דצריך לזוזי למעבד בהו כך וכך הוא דמזבין...** עכ"ל. ולא כתב דוקא שגילה דעתו בשעת המכר אלא כתב בסתם גילה דעתו, משמע אפילו קודם לכן.

אלא שמאידך, בהמשך דבריו גבי ההוא דזבין אדעתא למיסק לארץ ישראל כתב: "ובעידן דזבין לא אמר ולא מידי". ע"כ. משמע שרק אם היה מפרש בשעת המכר היה יכול לחזור בו. ואמנם הב"ח שם כאמור, חילק בין המקרים. אבל אין ראיה שהרי"ף ג"כ סובר כך.

וע"ע בכתובות (עח ע"ב): "ההיא איתתא דבעיא דתברחינהו לנכסה מגברה. כתבתינהו לברתה. אינסיבה ואיגרשה. אתאי לקמיה דרב נחמן. קרעיה ר"נ לשטרא וכו' אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו", ע"כ.

וכתבו התוס' שם (ד"ה כתבתינהו): "פירש בקונטרס, והודיעה לעדים שלהבריח מתכוונת. ואין נראה לרבינו יצחק, שא"כ אמאי פליגי רב ענן ורבא אדרב נחמן, פשיטא דלא קנתה. ונראה לרבינו יצחק, דלא אמרה מידי, אלא גילוי מילתא בעלמא איכא. ולא הוי דברים שבלב שאינם דברים, דהכא ודאי הדבר ניכר שלא נתכוונה [הבת] אלא להבריח, דנפשה עדיפא לה כדאמרינן בסמוך" ע"כ.

נמצינו למדים מהתוס' ומהרא"ש, שיש שני סוגי אומדנא. יש אומדנא דמוכח. דאזלינן בתרה אפילו שאין שום גילוי דעת, לא בשעת מעשה ולא קודם לכן, ויש אומדנא דלא מוכח. דלא אזלינן בתרה אפילו כשהיה גילוי דעת קודם המעשה, ואמרינן בזה דברים שבלב אינם דברים, אא"כ היה גילוי דעת בשעת המעשה. ועל פי זה כתבו התוס' והרא"ש הנ"ל, ליישב כל הסוגיות של אומדנא, שלא יסתרו זה את זה.

יז. אולם, בשלטי גיבורים שעל הרי"ף (בכתובות צז ע"א אות ח) הביא לשון ריא"ז, שכתב: "ולא אמרו דברים שבלב אינם דברים אלא במכר, הואיל ומכר לו לזה במעותיו, אין לנו לילך

אחר דברים שבלב. אבל במתנה, אנו הולכים אחר דברים שבלב. שאם אנו מכירים דעתו שאינו גומר ומקנה בלבו, אין מתנתו מתנה. שהרי שכיב מרע, אע״פ שנתן נכסיו במתנה סתם, הואיל ואנו מכירין שאינו נותן אלא על דעת שימות, אם עמד מחוליו חוזר ממתנתו כמו שביאר מז״ה בפסקיו״, עכ״ל,

וכן פסק הרמ״א (חו״מ סי׳ רז ס״ד). וכתב הסמ״ע שם לבאר יותר הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות, מסתמא גמר ומקני, אם לא דפירש. משא״כ במתנה דהיא בחנם, אומדן דעת כל דהוא מבטל המעשה, ואמרינן דלא גמר בדעתו ליתן לו בחנם, ע״ש.

ונראה, דכוונת הריא״ז היא, ליישב באופן אחר את הסוגיות של אומדנא, לא כמו שחילקו התוס׳ והרא״ש הנ״ל בין אומדנא דמוכח לבין אומדנא דלא מוכח. אלא החילוק הוא, בין מכר לבין מתנה. וכ״כ בתוס׳ רי״ד בקידושין מט ע״ב ע״ש. וכ״כ בביאור הגר״א שם (סקי״ד בליקוט).

ולפי האמור לעיל (אות ד), נראה שהתוס׳ בב״ק (קי) ובכתובות (מז) הנ״ל כיוונו לחלק בין מכר למתנה וכדברי הריא״ז. כי שם הם חילקו בין מוכר בהמה ונטרפה שיש אומדנא נגדית של המוכר ולכן בזה לא הולכים אחר אומדנא של הקונה, לבין מקדיש וקידושין שבהם הולכים אחר אומדנא, כוונתם לחלק כדברי הריא״ז בין מכר שיש אומדנא נגדית לבין מקדיש וקידושין שבהם הולכים אחר אומדנא שאין אומדנא נגדית כמו במתנה.

וכן משמע בביאור הגר״א שם.

וזה דלא כמו שכתבו התוס׳ עצמם בקידושין (מט ע״ב) ובכתובות (צז ע״א), לחלק בין אומדנא דמוכח לאומדנא דלא מוכח. ולכן כתבו שבדינא דמברחת ובדינא דהכותב לבנו הא דמהני האומדנא משום שיש שם אומדנא דמוכח, ולא משום שהוי מתנה, מוכח מדבריהם שלא ס״ל לחלק בהכי״.

ועי׳ בספר ערך השלחן (חו״מ אות יא) שכתב שמדברי הריב״ש (סי׳ קצה) מוכח בהדיא דמתנה כמכר ואמרינן דברים שבלב אינם דברים. ע״ש.

וע״ע ביביע אומר (ח״ו אבה״ע סי׳ ו אות ו) הטעם של דברים שבלב אינם דברים משום שלא נאמן לנו. שכיון שאין אנו יודעים מה היה בלבו לאו כל כמיניה לפרש שכך היתה בלבו, ולא מפיו אנו חיים. ע״ש.

יח. על כל פנים בנדון דידן, באב שהתחייב לזון בניו בסך מסויים, ואח״כ חל שינוי משמעותי לרעה בהכנסותיו, שפיר נהגי בבתי הדין לפסוק הפחתה מהמזונות, משום דאיכא אומדנא דעל דעת כן לא היה מתחייב בשיעור גבוה יותר מהחיוב המינימלי שהאב חייב במזונות ילדיו.

ובנדון דידן, אזלינן בתר האומדנא:

או משום דהוי כמתנה ולא כמכר וכמו שכתבו הריא״ז והתוס׳ בב״ק ואע״פ שכאן האב חייב לזון את בניו ולא רק בתור מתנה אולם, האב התחייב לשלם סכום מזונות גדול יותר ממה שהוא חייב לשלם על פי הדין וזה ודאי מתנה.

או משום דהוי כאומדנא דמוכח וכמו שכתבו התוס׳ בקידושין.

או משום דאפילו נאמר דלא הוי אומדנא דמוכח, על כל פנים חשבינן ליה כאומדנא שיש בה גילוי דעת. כי מסתמא בזמן שעורכים הסכם גירושין, מפרט האב את יכולתו הכספית ועל פי זה הוא קובע את גובה הסכום של התחייבותו. ולכן כאשר יש שינוי בנסיבות הכנסותיו, אמדינן דעתיה דעל דעת כן לא התחייב.

אמנם, האב״ד הגר״ש רוזנטל שליט״א כתב שבנדון דידן התחייבות האב לא היתה בפני עצמה, אלא כחלק מהסכם כולל, ולכן יש לבחון אם תמורת ההתחייבות שלו התחייבה גם האשה בדברים אחרים, ולכן גם אם אין לו נכסים אין לדון אומדנא משום שיש כאן אומדנא נגדית של האשה.

אולם, יש לומר שכיון שאם היתה חלה עלייה בהכנסותיו של האב היתה האשה באה לבקש העלאה, א״כ יש כאן אומדנא משותפת, וכמו שכתב הפני יהושע [לעיל אות ט] שבכה״ג אף שיש עכשיו אומדנא נגדית, כיוון שבשעת ההתחייבות היתה אומדנא לשני הצדדים, שפיר אמרינן אומדנא. ועוד י״ל שכיוון שכך מנהג בתי הדין שכל שיש העלאה או הפחתה מעדכנים את ההתחייבות א״כ יש לומר שאנן סהדי שההתחייבות היתה על דעת זה.

יט. ועתה, אבוא נבוא לשאלה השניה שיש בנדון דידן והיא כאמור, כאשר יש לאב נכסים, מלבד ביתו וכלי תשמישיו. האם גם בזה, יש לפסוק הפחתה מהמזונות כאשר הורעה הכנסתו. או שבזה יש לחייבו למכור נכסיו כדי לשלם את המזונות.

הנה, בשו״ת הרא״ש (כלל ח סי׳ ד) כתב: ״וששאלת, ראובן ששדך בתו לשמעון, ונשבע לו על דעת רבים, שיתן לו עמה חמשת אלפים זהובים לסוף ששה חודשים. והיה לו לראובן ממון רב בחובות, ועל סמך שיגבה מחובותיו נדר, ועתה נתקלקלו החובות. אם נקרא עובר על שבועתו וחייב מלקות, או אם הוא אנוס, כדאמרינן (שבועות כו ע״א), האדם בשבועה, פרט לאנוס. תשובה, אם אין לראובן ממה לפרוע, לא מחובותיו ולא מקרקעות וחפצים, חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו, אז הוא פטור משבועתו, ואינו עובר עליה כל זמן שאין לו ממה לפרוע, דאין לך אונס גדול מזה, כי היה לו ממון רב בשעה שנשבע, ועתה הפסידו ואנוס גמור הוא. ואין לומר, אם הפסיד חובותיו, אף אם יש לו קרקעות וחפצים, אדעתא דהכי לא נשבע למכור קרקעותיו וחפציו, אלא כסבור היה לו לפרוע מחובותיו. כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא את בתו. אבל ביתו וכלי תשמישו, אפילו עני המתפרנס מן הצדקה,

אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו, הלכך אינו מחוייב למוכרו לקיים שבועתו, דאדעתא דהכי לא נשבע ללין ברחוב ולמות ברעב". עכ"ל.

יוצא איפוא מתשובת הרא"ש שני דברים. דבר ראשון, המתחייב בשבועה לשלם סך מסויים, על דעת שיש לו מקורות לתשלום, ואח"כ התקלקלו מקורותיו הכספיים, פטור מהתחייבותו. דאמדינן דעתיה, דעל דעת כן לא היה מתחייב.

כ. ועי' במשנה למלך (פ"ו מהל' זכיה ומתנה ה"א, ד"ה ונראה דתרתי קשיא וכו') שהקשה, לכאורה תשובה זו של הרא"ש, סותרת דברי התוס' בכתובות (מז ע"ב) הנ"ל שכתבו, שבלוקח פרה מחבירו ואח"כ נטרפה, לא אזלינן בתר אומדנא של הלוקח שעל דעת כן לא לקחה, כיון דאיכא נמי דעת מוכר, שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש. ואילו הרא"ש פסק דאזלינן בכהאי גוונא בתר אומדנא של המתחייב שאח"כ התקלקלו הכנסותיו, אף דאיכא נמי דעת השני שלא היה משתדך עמו לדעתו אם לא יפרש ?

ולכאורה יש להעיר על המשנה למלך, לפי מה שהבאנו לעיל (אות ג) שבשיטה מקובצת בכתובות שם, כתב שם הרא"ש כדברי התוס' הנ"ל, א"כ, הווה ליה, למשנה למלך להקשות שיש סתירה בדברי הרא"ש עצמו ממה שהוא כתב בגמ' למה שהוא כתב בתשובה ?

על כל פנים, כתב המשנה למלך לתרץ, שיש לחלק בין נידון הרא"ש בתשובה, שחיובו מחמת שבועה, והוי בינו לבין קונו, בזה כתב הרא"ש דאזלינן בתר אומדנא של המתחייב. מה שאין כן בחיוב בלי שבועה, יודה הרא"ש לתוס' שחייב ולא אזלינן בתר אומדנא שכיון שיש דעת אחרת, לא אזלינן בתר אומדנא. (וכאמור, גם הרא"ש בשיטמ"ק כתב כתוס').

ועי' בפתחי תשובה (יו"ד סי' רלב סקי"ד הראשון) בשם תשובת חתם סופר (יו"ד סי' רכח) דמבואר במהרשד"ם, דהרא"ש לא מטעם נדרי שגגות פטר ליה, מאחר שלא היה השגגה בגוף הנדר, וגם לא מטעם נדרי אונסין, מאחר דהעניות שכיח, ולא התנה. רק פטר ליה מטעם אנן סהדי. והוי כאילו התנה בפירוש שאם יארע לו כך, פטור משבועתו. ובזה לא הוי דברים שבלב, שהרי זה מבואר לכל, ולא התנה. ע"ש.

כא. דבר שני שנלמד מתשובת הרא"ש הנ"ל הוא, שאם יש לאב המתחייב נכסים, מלבד ביתו וכלי תשמישיו, חייב למכור נכסיו כדי לפרוע התחייבותו, ולא אמרינן שיש אומדנא דעל דעת שימכור נכסיו לא התחייב, "כי דבר הווה הוא, אדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו".

ותשובה זו של הרא"ש הביאה הב"י (יו"ד סי' רלב), ופסקה להלכה בשו"ע שם סט"ז, וז"ל: "מי ששידך בתו ונדר לתת עמה סך מעות (ונשבע) ואח"כ נתקלקלו החובות שהיו חייבים לו, אם אין לו ממה לפרוע, לא חובות ולא קרקעות וחפצים, חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו, פטור, דאין לך אונס גדול מזה". ע"כ.

ולפי זה, ה"ה בנדון דידן, בשאלה השניה, באב שהתחייב לזון בניו, אף שאח"כ ירדה

הכנסתו הכספית, אין לפסוק לו הפחתה מסכום חיוב המזונות, אם יש לו נכסים, מלבד ביתו וכלי תשמישיו, ממה שיפרע חיובו. ואין לומר שעל דעת שימכור נכסיו לא היה מתחייב, כי דבר הווה הוא, אדם מוכר מנכסיו כדי לזון בניו כמו להשיא בתו כי מסתבר שמזונות ילדיו שהם חיוניים הוי לפחות כמו להשיא בתו אם לא יותר מכך.

וע״ע בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג (סי׳ תתקמב ?), שכתב ״מילתא דשכיחא שבני אדם מתמוטטין שגלגל החוזר בעולם הוא. וכיון דשכיחא שבני אדם מתמוטטין וגלגל החוזר בעולם הוא, איבעי ליה לאתנויי, ואי לא אתני איהו דאפסיד אנפשיה״. ע״ש. וכן מוכח משו״ת החת״ס הנ״ל.

ועוד מוכח משם, שאפילו אין לו נכסים כלל למכור, לא נפטר מחיובו ונשאר חייב עד שיהיה לו. א״כ, כ״ש בנ״ד שיש לאב נכסים למכור, שחייב למכור נכסיו, ולא נפטר מחיובו. וע״ע בספר ערך השלחן להגר״י טייב (חו״מ סי׳ רז סקי״ב ד״ה איברא) מ״ש בדעת המהר״ם.

אלא שלכאורה מדברי המהר״ם מוכח נגד מנהג בתי הדין בזמן הזה להפחית מסכום המזונות בגלל שינוי בהכנסות האב כי לפי מהר״ם גלגל החוזר הוא והוי ליה להתנות.

אלא שבנדון דידן לא יהי אלא ספק, אם אזלינן בתר אומדנא או לא. הרי כתב הישועות יעקב (אהע״ז סי׳ נג), ״דבספק אומדנא, אין באומדנא זו ממש. וטעמא דמילתא, דבאמת דברים שבלב אינן דברים. אלא דהיכי דהדבר נודע לכל, יצא מכלל דברים שבלב וכמו שכתב הרב מהרי״ט. אבל היכא שאנו מסופקין א״כ, אף אם האמת שכן דעתו, מ״מ לא יצא מכלל דברים שבלב כיון שהדבר ספק אצלינו איך היה כוונתו״ ע״ש.

אלא א״כ נאמר שאין נדון דידן דומה, משום שהישועות יעקב מדבר בספק **באומדנא עצמה**, ואילו כאן הספק הוא **בהלכה** האם דנים כאן אומדנא או לא.

וגם יש לומר שבנידון דידן שיש לו נכסים אחרים בין לשיטת הרא״ש ובין לשיטת המהר״ם לא אמרינן אומדנא״.

וכדברי הישועות יעקב כתב ג״כ קצות החושן (חו״מ סי׳ רנ סק״ה).

וע״ע בספר באר יצחק (אה״ע סי׳ י׳ ענף ה) שהאריך הרבה בדין ספק אומדנא. וע״ע בפסקי דין רבניים כרך ד עמוד 3, וכרך י עמוד 155 והלאה, וכרך יא עמוד 209. ע״ש.

וע״ע בענין אומדנא מה שכתב מו״ר מרן (שליט״א) זצ״ל בשו״ת יביע אומר ח״ד (אה״ע סי׳ ה אות ז) וח״ה (חו״מ סי׳ ה אותיות ה-ו) וח״ז (חו״מ סי׳ ח אותיות ב-ג) וח״ח (אה״ע סי׳ ה אות ה) וח״י (יו״ד סי׳ י נח ד״ה ח״א ד) ועוד שם (חו״מ סי׳ ה אות ג). ע״ש.

כב. לסיכום הדברים: בנדון דידן, שהאב התחייב בהסכם הגירושין לשלם עבור מזונות בניו סך מסויים כל חודש. אף שעתה, הכל מודים שהורע מצבו הכלכלי, ואין לו אפשרות לעמוד בהתחייבותו. מ״מ, כיון שיש לו חלק בדירה המשותפת, שלפי ההסכם תימכר ותחולק התמורה בין הצדדים בהגיע הבן הקטן לגיל 18. א״כ, אין לענ״ד על פי דין, לפסוק לאב

הפחתה מסכום חיוב המזונות. ואם אין באפשרותו לעמוד בתשלום המזונות, ישאר החוב עליו עד אשר תימכר הדירה ויקוזז מחלקו בדירה כל הסכום שיצטבר עד אז.

אולם, הואיל וב״כ האשה אמר בביה״ד, שהאשה תהיה מוכנה להפחית חלק מהמזונות כדי להשיג ״שקט תעשייתי״ ולסיים את כל הדיונים הממושכים ביניהם, לכן יש לפסוק הפחתה מהמזונות מסך 1800 ש״ח לחודש לשני הילדים לסך 1500 ש״ח לשני הילדים.

פסק דין

לאחר העיון והדיון, ולאור החומר שבתיק, ביה״ד מפחית את סכום המזונות שעל האב לשלם למזונות הילדים, ובמקום סכום התחלתי של 1800 ש״ח לשני הילדים, יהיה הסכום ההתחלתי 1500 ש״ח לשני הילדים (דהיינו 750 ש״ח לכל ילד), צמוד ליום מתן פסק הדין המקורי.

פס״ד זה ניתן לדעת הרוב. לדעת המיעוט, יש להעמיד את סכום המזונות על - 1000 ש״ח לשני הילדים, צמוד להיום, כ׳ אייר תשנ״ו.

והלכה כדעת הרוב.

על פסק הדין הנ״ל, הוגש ערעור על ידי האב לבית הדין הגדול לערעורים בירושלים.

ביה״ד הגדול אישר את פסק הדין ונתן החלטה כדלהלן:

החלטה

זהו ערעור על פס״ד שניתן ע״י ביה״ד האזורי נתניה ואשר בו הפחית ביה״ד את סכום המזונות שעל האב לשלם למזונות הילדים, ובמקום סכום התחלתי של 1800 ש״ח לשני הילדים יהיה הסכום ההתחלתי 1500 ש״ח לשני הילדים לחודש, צמוד ליום מתן פסה״ד המקורי. פס״ד זה ניתן ברוב דעות בתאריך כ׳ אייר תשנ״ו.

תוספת לפסה״ד נאמר: תוקף פסה״ד הוא מיום הדיון כח בשבט תשנ״ו.

מנימוקי פסה״ד, בין של דעת הרוב ובין של דעת המיעוט משתמע שבהתחייבות ממונית קיימת אומדנא ברורה שההתחייבות הינה קיימת ומלווה עם יכולת ההשתכרות שלו, וכשיכולת ההשתכרות נפגעה משמעותית מכל סיבה שהיא יש לזה השפעה על ההתחייבות.

בדבר זה יש מחלוקת הפוסקים.

איתא באהע״ז קיד א הנושא אשה ופסקו עמו לזון את בתה חמש שנים חייב לזונה במאכל ומשקה ה׳ שנים הראשונים שאחר הנשואים בין המזונות ביוקר או בזול. . .

ובט״ז שם ס״ק ב: ״המזונות ביוקר, נראה שהיינו עכ״פ ביוקר דשכיח אבל אם היוקר דלא

שכיח לא קיבל עליו, דזהו כמו באונס דלא שכיח דאיתא בח״מ סי׳ רכה דלא מהני אפילו קיבל עליו אחריות בפירוש״.

ובב״ש שם ס״ק ג הובאו דברי הט״ז.

אולם, בשער המשפט חו״מ (סי׳ ס׳ ס״ק ד׳) חולק על הט״ז וז״ל שם ס״ק ד, באהע״ז קיד מבואר דחייב לזון בין אם המזונות ביוקר או בזול וכתב הט״ז שם דוקא ביוקר דשכיח אבל יוקר דלא שכיח לא קיבל עליו דהוה כמו באונס דלא שכיח דלא מהני אפילו קיבל עליו אחריות בפירוש.

ולפענ״ד יש לדון בזה טובא דנראה דלא דמי להוא דסי׳ רכה דהתם מיירי במכר שדה לחבירו וקיבל עליו כל אונסין שיולד בשדה זו ואח״כ אירע אונס דלא שכיח כלל כגון שחזר נהר לעבור בתוכו לכן אמרינן שפיר דאונס דלא שכיח כלל לא אסיק אדעתיה ולא נתחייב כלל באונס כזה שלא היה כונתו לאונס כזה כלל משא״כ הכא בקיבל על עצמו לזון את חבירו הרי נתחייב במזונות מיד עד זמן ידוע ואף שיתייקרו אח״כ ולא אסיק אדעתיה יוקר כזה מ״מ מה בכך כי אייקר ברשות המקבל נתייקרו. . . משמע דהיכא דנתחייב לבתו בשטר ובקנין באופן המועיל או שנתחייב לאיש אחר חייב למכור אף בית דירתו וכלי תשמישו. . .ולא אמרינן דאדעתא דהכי לא חייב א״ע. וכ״כ זקיני הגאון בבית הלל (אה״ע סי׳ נ ס״ק ו) .והעיד שכן נוהגים בכל בי״ד שבישראל, ובאמת כן משמע מסתימת כל הפוסקים בסי׳ צז דאין חילוק בין מחייב א״ע למי שלוה מעות דבכל ענין אין משיירין לו אלא כפי דין הסידור, ולפי הט״ז והב״ש דהיכא שנתחייב לזון אינו חייב ביוקר דלא שכיח דאדעתא דהכי לא נתחייב א״כ ה״ה בירד מנכסיו נמי לא יתחייב למכור ביתו״. עכ״ל שער המשפט.

כן עי׳ בבית מאיר שם על דברי הט״ז הובא בפד״ר כרך ד עמוד 5.

עכ״פ לפי האמור בבית הלל שכן נוהגים בכל ב״ד שבישראל, וכמו״כ משמע מסתימת כל הפוסקים בח״מ סי׳ צז דאין חילוק בין מחייב את עצמו למי שלוה מעות דבכל ענין אין משיירין לו אלא כפי דין הסידור, עדיין היא מחלוקת, ולכן אין לקבל את הערעור.

[לכאורה, אינו מובן מה הראיה מדברי שער המשפט, משום שהוא מיירי דווקא בנתייקרו המזונות וס״ל שבזה כבר חלה ההתחייבות וזכתה הבת בכל המזונות ונמצא שהתייקרו ברשותה, אבל בוודאי גם הוא מודה שאם יש אומדנא דמוכח שלא על דעת כן התחייב אמרינן שפיר אומדנא, וא״כ לפ״ז אין כאן מחלוקת כלל בדין התחייבות, שכל שיש אומדנא שלא על דעת זה התחייב, וכמו שמבואר לעיל בתשו׳ הרא״ש גבי נשבע לחתנו. יעקב זמיר]

לאור האמור דוחים את הערעור.
אריה הורביץ
קראנו הכתוב לעיל ואנו מסכימים. מרדכי אליהו. שלמה בן שמעון.

הרב אריאל אדרי
אב"ד באר שבע

חיובי הורים במזונות ילדים
דחיית בקשה לביטול חיוב בשל משמורת משותפת

תוכן:

א. חיוב האם במזונות קטני קטנים

ב. תקנת אושא

ג. תקנת הרבנות הראשית

ד. גדרי חיוב מזונות מדין צדקה וחיוב האם

ה. דין משפחת אם בירושה

ו. מקור דין משפחת אב

ז. משפחת אב לענין יחוס

ח. משפחת אב בגאולת הנמכר לגוי

ט. משפחת אם כשאין משפחת אב

י. משפחת אב בצדקה

יא. חיוב האם במזונות ילדים מדין צדקה

יב. גדר חיוב צדקה מדין הקרוב קרוב קודם

יג. היקף הגביה מהאב מדין צדקה

יד. מיהו הקרוב החייב לזון כשאין יכולת בידי האב

טו. סיכומם של דברים

טז. אחרית דבר

יז. מן הכלל אל הפרט

בפני בית הדין עומדת תביעת האב לביטול מזונות:

במהלך נישואיהם של בני הזוג שבפנינו נולדו להם שני ילדים, שכיום הינם בני אחת עשרה ושמונה.

ההורים התגרשו בתאריך ט׳ באדר ב׳ תשע״ד. בהסכם הגירושין שקיבל תוקף של פסק דין נקבע בהסכמה כי מזונות הילדים יעמדו על סך של אלף ותשע מאות שקלים לכל ילד, וסכום זה כולל מדור. כמו כן הוסכם כי משמורת הילדים תהיה בידי אימם ונקבעו זמני שהות. עוד הוסכם כי התדיינות עתידית בענין המשמורת תהיה בבית המשפט. ענין מזונות הילדים נותר בסמכות בית הדין.

לאחרונה נדון ענין המשמורת בבית המשפט, שם הגיעו ההורים להסכמה כי האחריות ההורית תהיה משותפת. להסכמה זו ניתן תוקף של פסק דין. בהמשך לפסק דין זה פנה האב לבית דיננו בבקשתו הנוכחית להפחתת מזונות.

האב טען בתחילה לשינוי נסיבות. לדבריו, עם פסק הדין לאחריות הורית משותפת קטנו זמני השהות של הילדים אצל אימם, ויש להפחית את חיוב המזונות בהתאם. בית הדין ביקש לברר מהו השינוי שנעשה בפועל, והתברר כי כל שנוסף היא לינת לילה אצל האב. בבוקר, למחרת אותה לינה, הילדים מובאים על ידי אביהם למסגרת הלימודים. כמובן, בנסיבות אלו השינוי בהוצאות האב הוא נמוך מאד, ולמעשה נוספה לו ארוחת בוקר שבועית בלבד.

לאחר שהתבררה משמעות הדברים, הבהיר האב כי לא זו טענתו העיקרית, ואם זו בלבד היתה המציאות העומדת לדיון היה נכון שלא להידרש לתביעתו. אולם טענה אחרת בפיו במישור המשפטי-מהותי. לדבריו, משנפסק כי האחריות ההורית משותפת, אין להפלות בין האב לאם. לילדים אב ואם בעלי אחריות הורית שוה, הכוללת זכויות שוות וחובות שוות. הם מתגוררים בשני בתים, בית אביהם ובית אימם, ואין לאפשר מצב בו בית אחד יהיה עשיר ובית שני יהיה בית עני. לדבריו, זו גם משמעות החלטת מועצת הרבנות הראשית שניתנה לאחרונה הכוללת התייחסות להכנסות האם.

האב הציג תלושי שכר שמהם עולה שהכנסותיו נעות בטווח שבין עשרת אלפים לשנים-עשר אלף שקלים ברוטו. האם הצהירה שהכנסותיה נעות סביב אחד-עשר אלף שקלים.

לדברי האב, כיון שגם האחריות ההורית משותפת וגם השתכרות ההורים שוה, יש להגדיר את צרכי הילדים ולחלקם בשוה בין ההורים. האב ישא בהוצאות הילדים כאשר הם אצלו, והאם תישא בהוצאותיהם כאשר הם אצלה. כיון שכך משהוסכם שהמשמורת משותפת יש לפטרו כליל מתשלום מזונות כל-שהוא ולבטל את חיוב המזונות שנקבע בהסכם הגירושין.

האם טוענת שעל אף האחריות ההורית המשותפת, היא הנושאת בעול הכלכלי. היא הסכימה לכך שהאחריות ההורית תהיה משותפת במטרה לעשות את האב מעורב יותר בגידול

הילדים, אולם לא יתכן שתוספת של לינה שבועית תהפוך את הקערה על פיה ותדון אותה לחיי עניות. בפועל כל פניה בענין כל-שהוא של הילדים מופנית אליה והיא הנושאת העיקרית בעול.

האב הודה כי אינו משלם את המזונות במלואם, ולדבריו הוא משלם כשבעים אחוזים מסכום המזונות.

עד כאן תמצית טענות הצדדים.

דיון ופסיקה:

קודם פסיקה במקרה פרטי זה שלפנינו, נבהיר כי לפי דין תורה האחריות על צרכי הילדים - ובכלל זאת מזונותיהם - מוטלת על האב בלבד, כל עוד אמצעיו הכלכליים מספיקים למזונות ילדיו. יש לדבר משמעויות רבות, ודומה שהמקרה שלפנינו מבהיר מדוע יש צורך שלא לפגוע באימהות האם וביכולתה להתפנות לצרכי הילדים.

נוסיף עוד שטענת האב לא באה בחלל ריק אלא היא המשך למגמות שונות המנסרות בחלל האויר שהן הפוכות מדין התורה, ואם הן תתממשנה חלילה הן תגרומנה חרפת רעב לילדים רבים. להלן יובאו מקורות נרחבים בענין זה.

בסוף דברינו נבאר שאם עמדת משפט התורה היתה נשמרת מעיקרא, כפי שפסקו בבתי הדין מאז ומתמיד בלא פרשנות שגויה, לא היינו מגיעים למציאות אליה הגענו כיום, שבגלל עול המזונות מבקשים אבות להשתמט מאחריותם המלאה.

בבואנו לדון בשאלה אם ניתן לחייב את האֵם במזונות ילדיה, בין באופן מלא ובין באופן חלקי, יש להתייחס לארבע קבוצות גיל:

א. קטני קטנים עד גיל שש, שלגביהם קיים חיוב מזונות מעיקר הדין.

ב. קטנים מגיל שש ועד שתים עשרה או שלוש עשרה, שביחס אליהם יש לדון על תקנת אושא.

ג. ילדים מגיל שש עד גיל חמש עשרה או שמונה עשרה, שבענינם יש לדון מכח תקנת הרבנות הראשית.

ד. ילדים מעל גיל חמש עשרה או שמונה עשרה, שביחס אליהם יש לדון מצד חיוב צדקה.

חיוב צדקה קיים במצבים שונים גם בילדים בכל הגילאים, בנוסף לחיוב המזונות החל לגביהם.

כל הענינים הללו יבוארו לפנינו.

א. חיוב האם במזונות קטני קטנים

האב חייב במזונות בניו קטני קטנים עד גיל שש, כמבואר בגמרא כתובות (סה, ב). עוד מבואר בגמרא (שם נט, ב) שאשה שהתגרשה אינה חייבת להניק את בנה אפילו בשכר, ומכאן יש להוכיח לכל הפחות שחיוב האב קודם לחיוב האם.

מדברי הרמב"ם עולה אף יותר מכך - שחיוב מזונות קטני קטנים אינו מוטל כלל על האם.

כתב הרמב"ם (הלכות אישות כא, טז-יז) וז"ל: "האשה שנתגרשה אין כופין אותה להניק, אלא אם רצתה נותן לה שכרה ומניקתו ואם לא רצתה נותנת לו את בנו והוא מטפל בו. במה דברים אמורים שלא הניקה אותו עד שהכירה, אבל אם הכירה ואפילו הוא סומא אין מפרישין אותו מאמו מפני סכנת הולד אלא כופין אותה ומניקה אותו בשכר עד עשרים וארבעה חדש. הגרושה אין לה מזונות אף על פי שהיא מניקה את בנה, אבל נותן לה יותר על שכרה דברים שהקטן צריך להן מכסות ומאכל ומשקה וסיכה וכיוצא בזה, אבל המעוברת אין לה כלום". הדין הנזכר כאן הוא דין התלמוד שהאב הוא המחויב במזונות ואין כופין את האם להניק.

בהמשך לדין זה דן הרמב"ם בחיוב המזונות אם הילדים אצל אביהם או אצל אימם, וז"ל (שם, יז-יח): "שלמו חדשיו וגמלתו, אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו, ואחר שש שנים יש לאב לומר אם הוא אצלי אתן לו מזונות ואם הוא אצל אמו לא אתן לו כלום. והבת אצל אמה לעולם ואפילו לאחר שש. כיצד, היה האב ראוי לצדקה מוציאין ממנו הראוי לו בעל כרחו וזנין אותה והיא אצל אמה, ואפילו נשאת האם לאַחֵר - בתה אצלה ואביה זן אותה משום צדקה עד שימות האב ותזון מנכסיו אחר מותו בתנאי כתובה והיא אצל אמה. ואם לא רצתה האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן, אחד זכרים ואחד נקבות, הרשות בידה ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב והן מטפלין בהן". הנה חידש הרמב"ם שגם אם אין לבנים ולבנות אב, אין האם מחויבת לזונם ויכולה היא להטיל אותם על הקהל.

על דברי הרמב"ם תמה הרמ"ך (שם) בהשגותיו: "תמה הוא זה, אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה כיון שהם קטני קטנים, ומה הפרש יש בין אב לאם, ואמאי לא תזונם עד שיהיו בני שש ואמאי יכולה להשליכם על הקהל". דו"ק שקושיית הרמ"ך מתייחסת רק למה שכתב הרמב"ם שמשלכת אותם לקהל, ולא על מה שכתב הרמב"ם "ונותנת אותן לאביהן".

מצינו אם כן מחלוקת ראשונים אם האם חייבת במזונות בניה קטני קטנים כשאין האב יכול לזונם. לדעת הרמב"ם חיוב המזונות לא הוטל מעיקרו על האם אלא על האב בלבד, ולדעת הרמ"ך לאחר האב מחויבת האם בחיוב זה. כדעת הרמב"ם פסקו מהר"י וייל (ליקוטי דינים סימן יא), הטור והשלחן ערוך (אבן העזר סימן פב סעיף ח) והחלקת מחוקק (ס"ק יב), והביאו

דבריהם הבאר היטב (סימן עא ס״ק א) והראנ״ח בתשובה (סו״ס צה). ע״ע מקורות נוספים באוצר הפוסקים. והגר״א (סימן פב ס״ק יד) הביא ראיה לדין הרמב״ם משתי סוגיות, עיי״ש.

אולם עדיין יש לעיין האם יש טעם לכך שהאם פטורה מכל וכל, וכיצד תתיישב קושיית הרמ״ך: ״ומה הפרש יש בין אב לאם״.

המגיד משנה (שם) ביאר שאין כאן ענין פרטי לתקנת המזונות אלא תפיסה כללית בעניינה של האם-האשה, וז״ל: ״זה ברור שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה ומהיכן נתחייבה בהם״. כעין זה כתב בשו״ת הראנ״ח (סו״ס צה): ״עם היות שאין הסברא נותנת כן כלל שלֶמה יהיה עליה חיוב כלל יותר מהב״ד ולא מצינו בשום מקום שום חיוב לאם על הבנים, ואם אמרו במַכִּירה כופה ומניקתו בשכר אעפ״י שאין עליה שעבוד כלל אלא מצד סכנת הולד מכל מקום לענין השכר למה לא יטפלו בו ב״ד אם אין לו אב מעפר דל״.

אמנם המעשה רקח על הרמב״ם הקשה, וז״ל: ״ויותר תמהתי על הרב המגיד ז״ל שכתב על דברי רבינו אלה וז״ל זה ברור שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה ומהיכן נתחייבה בהם עכ״ל, ואם מצינו חיוב לאב יותר מהאם אינו אלא בלימוד התורה דהאשה פטורה מדכתיב ׳ולמדתם אותם את בניכם׳ ולא בנותיכם וכיוצא בו, אבל לענין הצדקה ולפרנס את קרוביה ובניה היכא דליכא אב מהיכא תיפוק לן למפטרה. גם הרב דינא דחיי קיים דברי רבינו והסמ״ג שכתבו כן וכתב שאין שום חולק על זה, ופשיטא שלא ראה דברי הרמ״ך האלה בכ״י״. אך נראה שכל קושייתו היא על דין צדקה, אך ביחס להטלת חיוב מזונות על האם מודה למה שכתבו המ״מ והראנ״ח. וכן מבואר בגוף דברי המעשה רקח, שאינם מוסבים אלא על חיוב האם מדין צדקה.

נמצאנו למדים שהברייתא ״האב חייב בבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה וללמדו אומנות וי״א אף להשיטו במים״ (קידושין כט, א), היא בית האב לדין זה. מתוך כך נראה שעיקר הדבר אינה מפני היותה ״אם״ אלא מפני היות האם ״אשה״, וכמ״ש המגיד משנה, שלא הטילו חכמים על אשה חיוב בשום מקום, ויש לאפשר לה כאשה להיות פנויה לאימהותה ולא להטיל עליה חיובים שונים.

עיון בסוגיה בקידושין (כט, א) מבהיר את הדברים. בברייתא (שם) נשנו ששה דינים: שלושה מהם מהתורה, ואם כן אינם ענין לכאן, ושלושה נוספים - להשיאו אשה, ללמדו אומנות ולהשיטו במים. נראה שבדינים אלו האחרונים היה נכון לחייב גם את האם, ומשלא קבעום חכמים עליה כחובה נמצא שבשום מקום לא הטילו חכמים חובה על האם. חכמים בתקנותיהם, הכוללות מחויבות הורית, חייבו את האב ולא את האם. ואף שאין ספק שהאב והאם שווים במחויבותם האישית, לא רצו חכמים להטיל חיובים בפועל על נשים.

דין פרנסת הבת לנדונייתה מנכסי האם

אמנם יש להעיר על יסודם של המגיד משנה והראנ"ח מדין פרנסת הבנות מנכסי האם. שכן במשנה (בבא בתרא קכב, ב) שנינו: "אחד הבן ואחד הבת בנחלה אלא שהבן נוטל פי שנים בנכסי האב ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם. והבנות ניזונות מנכסי האב ואינן ניזונות מנכסי האם". הרישא דמתניתין - "אחד הבן ואחד הבת בנחלה" - נתבארה בגמרא: "אחד הבן ואחד הבת שוין בנכסי האם ובנכסי האב". ופירוש הדבר שאין חילוק בין נכסי האם לנכסי האב ובשניהם הבנים והבנות יורשים והבנים קודמים לבנות לענין ירושה, כ"כ הרשב"ם (ד"ה 'ובנכסי האב') וש"ר. עוד פירשה הגמרא שסיפא דמתניתין - "שהבן נוטל פי שנים בנכסי האב ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם" - באה להוציא מכלל זה ולומר שבדין זה יש חילוק בין נכסי האב, שבהם יורש הבכור פי שנים, לבין נכסי האם שלא חודש בהם דין בכורה, כמבואר בגמרא (שם קיא, ב).

על דרך זו יש לפרש את הדין השני שנשנה בסוף המשנה: "והבנות ניזונות מנכסי האב ואינן ניזונות מנכסי האם". גם בדין זה יש חילוק בין נכסי האב, שהבנות ניזונות מהם מתנאי כתובה כמבואר בגמרא (כתובות נב, ב), לבין נכסי האם שאינה מחויבת במזונות בנותיה. וכ"כ הרשב"ם (ד"ה 'ובנכסי האב') וש"ר. דין זה אינו נובע מחיובי האב כלפי בתו, אלא הוא תנאי כתובה שמחויב אדם כלפי אשתו.

הראשונים דנו בדין נוסף, שיש לדקדק אם הוא כלול במשנה זו, והוא פרנסת הבנות לנדונייתן מנכסי האם. כתב בספר יד רמה (בבא בתרא קכב, ב ד"ה 'אחד הבן'):

> **"ש"מ דלענין פרנסה שקלי מנכסי האם כנכסי האב... לפי שהפרנסה אינה מתנאי כתובה ותקנתא דרבנן היא דכתיב 'ואת בנותיכם תנו לאנשים' וכי היכי דמפקד גברא הכי נמי מפקדא איתתא".**

דבריו הללו הובאו גם על ידי הריטב"א (ד"ה 'הא דתנן') והנמוקי יוסף (ד"ה 'הבנות ניזונות'). הריטב"א הביא את דברי רבו הרא"ה שחלק, וביאר שלשון המשנה כוללת הן פרנסת גופן והן פרנסת נישואיהן: "וגם פרנסת הבת שחייבו חכמים לנישואין ועישור נכסים אינו אלא מנכסי האב דבדידיה כתיב קרא 'ואת בנותיכם תנו לאנשים' שסמכו משם חכמים לפרנסת הבת כדאיתא בכתובות". וכ"כ בשו"ת מהרי"ל (סימן עה), והביא ראיה מהסוגיה במסכת כתובות (סח, ב), עיין בית שמואל (סימן קיג ס"ק ד) שיישב ראייתו. שתי הדעות הובאו להלכה ברמ"א (אבן העזר סימן קיג סעיף א): "וכשם שנותנים לבת פרנסה לנדוניא מנכסי האב כך נותנים לה פרנסה מנכסי האם, ויש חולקין".

הנה מצינו שלדעת הרמ"ה וסיעתו חיוב פרנסת הבת לנדונייתה מוטל גם על נכסי האם, ויש לנו מקור שבחיובי אב כלפי בתו מחויבת גם אם כלפי בתה.

אפשר שגם לדעת הרא״ה שחיוב פרנסה אינו על נכסי האם, טעם הדבר הוא משום שהחיוב להשיא אשה מוטל על האב ולא על האם, וכפי שכתב הרא״ה: ״דבדידיה כתיב קרא ׳ואת בנותיכם תנו לאנשים׳״, וכ״כ בשו״ת חתם סופר (אבן העזר סימן קמה) שטעם הפוטרים פרנסה בנכסי האם הוא שלשון הכתוב מורה שהחובה להשיא אשה מוטלת על האב דווקא, וכ״כ תוספות יום טוב (קידושין פרק א משנה ז).

הגר״א (סימן קיג ס״ק ה) הוסיף וכתב שהטעם הוא משום שדווקא האב מחויב להשיא אשה לבנו, וז״ל:

> **״וכן עיקר וכמ״ש בכתובות נ״ב ב׳ דכתיב ׳קחו נשים׳ כו׳ הקמ״ל כו׳ ועד כמה כו׳ ובקדושין ל׳ ב׳ להשיאו כו׳ ולבנו דוקא באב וה״ה לבתו דמחד קרא נפיק״.**

וכ״כ אבני מילואים (סימן קיג ס״ק א):

> **״ובפ״ק דקדושין (דף כ״ט) גרסי׳ כל מצות הבן על אב אנשים חייבים ונשים פטורות, ומפרשים בגמ׳ כל מצות הבן המוטלות על האב לעשות לבנו אנשים חייבין ונשים פטורות, תנינא להא דתנו רבנן האב חייב בבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה ע״ש, (ובדף ל׳) שם להשיאו אשה מנ״ל דכתיב ׳קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תתנו לאנשים׳, בשלמא בנו בידו הוא אלא בתו בידו הוא, הכי קאמר ניתן לה מידי ולבשויי׳ ולכסויי׳ כי היכי דקפצי עלייהו אינשי ע״ש, מוכח מזה דאשה אינה חייבת להשיא את בנה או בתה ועיקר תקנת פרנסה אינו אלא עישור נכסים במה שהעמידו על דברי תורה להשיא את בנותיו והאשה אינה חייבת בכך״.**

ואם כן אפשר שגם הם מודו שיכולה להיות מחויבות של האם לפרנס את הבת.

אולם כד דייקינן בטעמים אלו יש זהות בין הסוגיה בכתובות (נב, ב) לסוגיה בקידושין (ל, ב). הסוגיה בכתובות דנה בפרנסה, והסוגיה בקידושין דנה בחיוב האב להשיא בנו. על כן נראה שכוונת הרא״ה, המהרי״ל וסיעתם היא ממש כדברי המגיד משנה והראנ״ח, שהחיוב להשיא לבן אשה אינו מוטל על האם וממילא כך הדין ביחס לפרנסה. ואם כן הסוגיה בקידושין היא בית אב לחיובי האב כלפי בניו.

אולם לדעת הרמ״ה מצאנו כאן חיוב בו מחויבת האם כלפי בתה, והוא חיוב פרנסה. ויש לעיין כיצד יתיישבו דברי הרמ״ה עם מ״ש המגיד משנה והראנ״ח, שלא מצאנו בשום מקום חיוב שהטילו חכמים על אם כלפי בנה.

אמנם הבית מאיר (סימן קיג סעיף א) הקשה: ״ולעניות דעתי כולי עלמא מוכרחים להודות בזה שמצוה זו אינה כלל על האם בחייה מנכסיה שהרי אפילו ממזונות פחות מבן שש פטורה״. וקושייתו ברורה, אם פטרו את האם מהחיוב לזון את בניה ובנותיה שהם קטני קטנים, מהיכי

תיתי לחייבה להשיא את בנותיה שיצאו מכלל קטני קטנים. ויש להוסיף עוד שהחיוב להשיא את בנו אשה מוטל על האב מחיים מה שאין כן האם שאין מחויבת אף מחיים, וכן הקשה הישועות יעקב (ס"ק א).

על כן ביאר הבית מאיר: "שיטת הרמ"ה ע"כ אינה אפשרית אלא מנכסיה אחר מותה, ולמה דאסקינן בעלת חוב דאחי". וזה ביאור דבריו: הגמרא (כתובות סט, א) דנה בשאלה האם מעמדה של הבת בנכסי האב העומדים לפרנסתה הוא כיורשת או כבעלת חוב, ומסקנת הגמרא שהבת בעלת חוב היא. עוד שאלה הגמרא שם: "והשתא דאמרת בעלת חוב הויא, דאבא או דאחי, למאי נפקא מינה למיגבא לבינונית שלא בשבועה וזיבורית בשבועה, מאי, תא שמע דרבינא אגביה לברתיה דרב אשי ממר בריה דרב אשי בינונית ושלא בשבועה". למסקנת הגמרא הבת בעלת חוב דאחי, ואם כן החיוב לפרנסה הוא על האחים מנכסי האב, ולכן יש לומר שחיוב זה יוטל על האחים גם מנכסי האם, וזו דעת הרמ"ה. על דרך זו כתב הישועות יעקב (סימן קיג ס"ק א). אך הקשה על כך הבית מאיר מדוע לא אמרה הגמרא שזו הנפקא מינה אם הבת היא בעלת חוב דאבא או דאחי, והעלה דמשלא נאמרה נפקא מינה זו משמע שלכולי עלמא אין חיוב זה על נכסי האם, ולכן הסיק הבית מאיר כדעת המהרי"ל ולא כמ"ש הבית שמואל (סימן קיג ס"ק ד).

עלה בידינו, לדעת הבית מאיר, שכל הדיון בסוגיה זו הוא רק לאחר מיתת האם ומיוחס הוא לאחים, שהם המחויבים בדבר ולא האם.

יש לישב באופן נוסף, שכיון שהדין הוא שהאומר "אל יזונו בנותי מנכסי" שומעין לו כמבואר בגמרא (כתובות סח, ב), אומדין את דעת האם שנוח לה שלאחר מותה יגבו מנכסיה, וראיה לדבר שלא מחתה. ובאופן זה שהגביה אינה ממנה אלא מנכסיה לאחר מותה ומשום אומדן דעתה, לכ"ע ניתן לחייבה אף אם הבת בעלת חוב דאב היא. וכ"כ הישועות יעקב הנ"ל, אלא שכתב זאת רק למ"ד שהבת היא בעלת חוב דאחי.

עוד יש לומר שכיון שבלאו הכי חיוב זה אינו אלא לאחר מותה, לצורך זאת ניתן לשעבד את האם מחיים. חיוב כזה שהנפק"מ היחידה שלו לאם עצמה היא רק שעבודה, ולעולם לא יבוא לידי גביה ממנה עצמה, כלומר שבפועל הוא אינו מוטל על האם אלא על נכסיה לאחר מותה, ניתן לחייב אף את האם.

והנה לדרכו של הבית מאיר שהחיוב הוא על נכסי האם (וכפי כל הביאורים שנתבארו) כולי עלמא מודים שבחיובי האב על בנו אין האם מחויבת, וכמ"ש המגיד משנה שלא מצינו בשום מקום שהטילו חכמים חיוב על האם, ובכלל זאת גם החיוב להשיאו אשה וללמדו אומנות מוטל על האב בלבד. לפי דעת הבית מאיר דברי המגיד משנה והראנ"ח מדוקדקים, וחיוב הפרנסה מוטל על האחים בלבד ולא על האם, משום שהאם אינה חייבת להשיא אשה לבנה.

אולם לשון הרמ"ה עצמו מורה אחרת שכתב: "ותקנתא דרבנן היא דכתיב 'ואת בנותיכם

תנו לאנשים׳ וכי היכי דמפקד גברא הכי נמי מפקדא איתתא״, והרי לנו שהרמ״ה דן בחיוב האם. יתר על כן, בגמרא כתובות (נב, ב) הובא שחיוב פרנסה נלמד מהפסוק בירמיהו: ״וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים״, ובגמרא קידושין (ל, ב) נאמר: ״להשיאו אשה – מנלן, דכתיב ׳קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים׳״, נמצא שהפסוק שהובא כמקור לחיוב להשיא אשה לבנו הוא גם המקור לחיוב פרנסה, ונראה אם כן שכוונת הרמ״ה היא ללמדנו שהאם חייבת להשיא לבנה אשה והדרא קושיא לדוכתא. ונראה שהבית מאיר ראה את דברי הרמ״ה כפי שהובאו בנמוקי יוסף (שם), שלא כתב שהאם חייבת להשיא את בנה, אולם במקור הדברים מבואר שהחיוב מוטל עליה.

אולם נראה לבאר דברי הרמ״ה באופן אחר. האב חייב להשיא לבנו אשה, וחיוב זה התבאר בגמרא קידושין וכתובות הנ״ל. לגבי בנים הדבר מתפרש כפשטו, שיטרח להשיא את בנו, אך לגבי בתו התפרש החיוב ש״ניתן לה מידי... כי היכי דקפצו עלה אינשי״. מחיים אין זה חיוב ממוני גמור אלא דרך נכונה, ולאחר מיתה זהו חיוב ממוני גמור מנכסי האב המת. י״ל שסברת הרמ״ה היא שכן הדין גם לגבי האם, שמחויבת היא מחיים לדאוג להשיא בתה, וממילא לאחר מותה חל חיוב הנדוניא על נכסיה. אך אם החיוב מחיים היה חיוב ממוני גמור, מודה גם הרמ״ה שלא היו מטילים אותו על האם. ובזה יושבה קושיית הבית מאיר שממזונות קטני קטנים האֵם פטורה כיון שהם חיוב ממוני גמור, שלא כחיוב להשיאם אשה.

אמת נכון שהכלל השנוי בדברי המגיד משנה שבשום מקום לא הטילו חכמים חיוב על האם אינו מתיישב עם דברי הרמ״ה, אך ביסוד דינו וסברתו של המגיד משנה שאין להטיל חיוב קבוע על האם מודה הרמ״ה.

ומכל מקום הרא״ה, המהרי״ל וסיעתם שכתבו שהחיוב להשיא אשה אינו על האם סוברים ממש כדברי המגיד משנה, שלא הטילו חכמים כל חיוב על האם – לא את החיוב להשיא לבנה אשה ולהשיא את בתה, לא את חיוב הפרנסה הנגזר מדין זה, ולא את חיוב מזונות קטני קטנים. הדין הפסוק שחיוב מזונות קטני קטנים הוטל על האב ולא על האם אינו מילתא בלא טעמא אלא מבטא עיקרון, שלא חייבו חכמים את האם בחיובים ממוניים או מעשיים כלפי בניה ובנותיה.

בכל דברינו הלכנו לפי הדעה הרווחת שחיוב האב במזונות קטני קטנים הוא תקנת חכמים, ויש לכוון את הדברים השנויים כאן גם אם נאמר שחיוב זה הוא מהתורה, ואכמ״ל.

ב. תקנת אושא

הלכה נוספת שנשנתה בענין חיוב האב במזונות ילדיו היא תקנת אושא. הדברים עתיקים, אולם נראה שדעת מר״ן השלחן ערוך ורבים עמו היא שחיוב מזונות בניו ובנותיו עד שיגדלו מוטל על האב בלבד, ויש בזה נפק״מ לענייננו.

בגמרא כתובות (מט, ב) נאמר:

> **"אמר רבי אילעא אמר ריש לקיש משום רבי יהודה בר חנינא באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים. איבעיא להו הלכתא כוותיה או אין הלכתא כוותיה, תא שמע כי הוה אתו לקמיה דרב יהודה אמר להו יארוד ילדה ואבני מתא שדיא. כי הוה אתו לקמיה דרב חסדא אמר כפו ליה אסיתא בציבורא וליקום ולימא עורבא בעי בניה וההוא גברא לא בעי בניה".**

ופירש רש"י: "תא שמע – דלית הלכתא כוותיה, אלא מימר אמרינן ליה ואולי יכלכלם ויזון, אבל מיכף לא כייפינן". ביאר רש"י שמכך שלא כפו האמוראים מן הדין לזון בניו ובנותיו נלמד שליתא לתקנת אושא, שלא תיתכן תקנה שאין כופין עליה. בדרכו של רש"י הלכו תוס' רי"ד (ד"ה 'ת"ש'), הר"ן (ד"ה 'ת"ש'), וכן משמעות הראשונים שדנו בחיוב מזונות בנים ובנות שאינם קטני קטנים מדין צדקה בלבד.

אולם הרמב"ם (הלכות אישות פרק יב הלכה יד) כתב:

> **"כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד שיהיו בני שש שנים, מכאן ואילך מאכילן עד שיגדלו כתקנת חכמים".**

ובהגהות מיימוניות (אות ט) על דברי הרמב"ם הללו כתב: "באושא התקינו שיהא אדם זן בנים ובנות כשהן קטנים וכו' עיי"ש ופרש"י עד שיביאו שתי שערות". בספר אבני מילואים (סימן עא ס"ק ג) התקשה על דברי הגהות מיימוניות הללו, למאי הביא את תקנת אושא כיון דמסקינן בגמרא דלית הלכתא כוותיה. ונראה שדברי הגהות מיימוניות מוסבים על מה שכתב הרמב"ם: "מכאן ואילך מאכילן עד שיגדלו כתקנת חכמים", ולבאר בא שתקנה זו תקנת אושא היא.

הדברים מבוארים גם בבית יוסף (סימן עא סעיף א) שכתב על דברי הטור:

> **"ומה שכתב ומשש ואילך מצוה לזונם עד שיהיו גדולים – בפרק נערה שנתפתתה, באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ובנותיו כשהם קטנים, ופירש רש"י כשהם קטנים עד שיביאו שתי שערות".**

דברי הבית יוסף הם ממש דברי הגהות מיימוניות, ולפרש בא שתקנת אושא נפסקה להלכה מגיל שש ועד שיביאו שתי שערות. ובשלחן ערוך (אבן העזר סימן עא סעיף א) העתיק את לשון הרמב"ם, וכך מתפרשים דבריו שהאי תקנת חכמים תקנת אושא היא.

הגר"א (ס"ק ב) כתב שדברי השלחן ערוך צ"ע. קושיית הגר"א ברורה לדברי רש"י וסיעתו הנ"ל שלדינא ליתא לתקנת אושא. אמנם כאמור, הרמב"ם, הגהות מיימוניות ומר"ן השלחן ערוך נקטו לדינא שיש לפסוק כתקנת אושא מגיל שש ועד שיביאו שתי שערות.

כן ביאר בשו״ת עזרת כהן (סימן נז) וז״ל:

״לא רק בתורת צדקה חייב הוא לזון את בניו הקטנים, גם כשהם מבני שש ומעלה, אלא מתקנת אושא כדאמרי׳ בגמ׳ כתובות (מט, ב), ולשון השלחן ערוך הוא בסימן ע״א ס״א שזנן בתקנת חכמים גם כשהם למעלה מבני שש, ואע״פ שהגר״א בביאוריו תמה על הלשון של השלחן ערוך, שכתב ע״ז שהוא מתקנת חכמים וסיים בצ״ע שם בסק״ב וכונתו ז״ל היא משום דבמסקנא שם מסקינן דכפו ליה אסיתא בציבורא ואין כופין אותו, נראה דאין זה מתקנת חכמים אלא מצוה בעלמא, אבל לא רק מחובת צדקה כי אם יותר מזה, שהרי סוף סוף מכלימין אותו על זה״.

וע״ע באוצר הפוסקים (סימן עא ס״ק ה) שהביאו דברי אחרונים נוספים שדרכו בדרך זו.

ועיין בשו״ת נבחר מכסף (אבן העזר סימן עו) שכתב שמתקנת אושא: ״מי שהוא אמוד זן בניו קטנים עד שיגדלו הוא אפילו כשיש לבנים ההם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם או ממקום אחר ואינם עניים מכל מקום אביהם זן אותם עד שיגדלו״.

יש לעיין כיצד יתבאר ענין זה עם הא דקי״ל שאין כופין אדם לזון בניו מגיל שש, אא״כ אמיד שאז כופין אותו מדין צדקה. הפרישה (ס״ק א) כתב שתקנת אושא היתה להכלימו אם לא ירצה לזון בניו שלמעלה מגיל שש, וכ״כ בעזרת כהן שם. אך בשו״ת מהרשד״ם (יורה דעה סימן קסו) ביאר את שיטת הרמב״ם שתקנת אושא נתקנה מגיל שש ואילך ועד י״ג, ועניינה להכלימו בלא אמיד ולכופו בשוטים אם הוא אמיד. וכתב שם שאף שגם מגיל י״ג חייב האב בצדקה כלפי בניו, חיוב זה הוא כחיובו כלפי כל אדם, ויכול לומר להם שיפרנסו את עצמם כל שאפשר להם לעשות כן, אך מגיל שש עד י״ג תקנו חכמים באושא שכופין את אביהם מדין צדקה ואינו יכול לומר להם שיפרנסו עצמם, אף שגם לתקנת אושא אם יש לבנים נכסים פטור האב לזונם מדין צדקה.

נמצא אם כן שמתקנת אושא אלים חיוב צדקה באמיד, וזהו ביאור דברי הרמב״ם ומר״ן. וכן פסק לדינא בשו״ת הגם שאול (ח״א סימן כ) ובדרך זו דרך בשו״ת משפטי שמואל (סימן י), ועיין מה שנו״נ בזה בשו״ת משפטי שלמה (סימן לד).

לדינא נראה שמידי מחלוקת לא יצאנו, אך דעת מר״ן היא שחיוב האב עדיף טפי מדין צדקה הרגיל וכמשנ״ת, ויש לפסוק כדברי מר״ן המפורשים [לכל הפחות להולכים אחר דעת מר״ן], והראינו לדעת כי מרן הרב זצ״ל גם הוא פסק כדעת מר״ן.

לדרך זו אין להטיל חיוב זה על האם אף ביש לה. ועוד נראה שכשם שלדעת הרמב״ם וכפי שנפסק בשלחן ערוך (סימן פב סעיף ח) חיוב מזונות מוטל על האב בלבד, כך תקנת אושא מוטלת על האב בלבד ולא חויבה בה האם כלל.

יתר על כן, החיוב מוטל על האב אף כשהוא אינו אמיד ואילו האם אמידה. ז"ל השלחן ערוך (אבן העזר סימן עא סעיף א):

> **"חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם. ומשם ואילך, זנן כתקנת חכמים עד שיגדלו. ואם לא רצה, גוערין בו ומכלימין אותו ופוצרין בו. ואם לא רצה, מכריזין עליו בצבור ואומרים: פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו והרי הוא פחות מעוף טמא שהוא זן אפרוחיו. ואין כופין אותו לזונן. במה דברים אמורים, בשאינו אמוד, אבל אם היה אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם, מוציאים ממנו בעל כרחו משום צדקה וזנין אותם עד שיגדלו".**

עולה אם כן, שתקנת אושא נתקנה למי שאינו אמיד, ואינה כצדקה שחייב בה האמיד בלבד. בתקנה זו חייב האב בלבד אף שאינו אמיד כשם שחיוב המזונות מוטל עליו בלבד, ויש למצות את אפשרויות הגביה ממנו קודם הפניה לדיני צדקה.

אמנם לעיל הובאו דברי ראשונים שסברו שמסקנת הסוגיה (כתובות מט, ב) היא שליתא לתקנת אושא. נראה שלדעת הרמב"ם ומר"ן שפסקו את תקנת אושא לדינא דין הגמרא (שם סה, ב) שחייב אדם לזון קטני קטנים היה פשוט מעיקרא, ולכן הדיון בגמרא (שם מט, ב) אינו במזונות קטני קטנים אלא במזונות קטנים. לענין זה הביאה הגמרא את תקנת אושא: "שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים", דהיינו מגיל שש ועד י"ג, ואיבעיא להו אם הלכתא כוותה ופשטו שהלכתא כוותה משני הדינים הנ"ל, שמכלימים אותו אף באינו אמיד, ובאמיד אף כפינן ליה מדין צדקה, וכל זה מכח תקנת אושא.

כך גם פשטות הבנת דברי הירושלמי כתובות (פרק ד הלכה ח): "רבי שמעון בן לקיש בשם רבי יהודה בן חנניה, נמנו באושא שיהא אדם זן את בניו קטנים. אמר ר' יוחנן יודעין היו מי היה במנין". ואמנם בקרבן העדה (ד"ה 'יודעין אנו') ובפני משה (ד"ה 'יודעין אנו') כתבו שדרך תימה נאמרו הדברים ולומר שאין הלכה כך, אך הרמב"ם מפרש דברי הירושלמי כפשטם שבניחותא נאמרו והלכה כוותיה. ור' יוחנן שאמר "יודעין אנו מי היה במנין" הוא זה שאמר בהמשך דברי הירושלמי "עוקבא זון בניך", ומכח תקנת אושא בא. והנה בהמשך הדברים שם הסמיך רבי עולא את תקנת אושא למזונות קטני קטנים, עיין שיירי קרבן, מראה הפנים ועמודי ירושלים שם.

אפשר שיש להביא לתקנת אושא מקור נוסף ממקורות קדומים.

כתב רבנו בחיי (שמות טז, טז), וז"ל:

> **"ומה שאמר 'מספר נפשותיכם איש לאשר באהלו תקחו', 'לאשר באהלו' זו אשתו שהיא ראויה להיות נמצאת באהל, כענין שכתוב (בראשית יח, ט) 'הנה**

באהל' וכתיב (תהלים מה, יד) 'כל כבודה בת מלך פנימה' וגו', ולמד הכתוב בדרך אסמכתא שחייב אדם במזונות אשתו ובניו הקטנים, וזהו שאמר: 'מספר נפשותיכם', כן פירש רבינו חננאל ז"ל".

וכ"כ בתרגום רס"ג ובמדרש הגדול על הפסוק, הובאו דבריהם בתורה שלמה (שמות פרק טז אות צה). סתימת הכתוב "לאשר באהלו תקחו" מורה שאין מדובר דווקא בקטני קטנים אלא בדרי ביתו של האדם, ו"בניו הקטנים" שהזכיר רבנו בחיי הוא כמשמעו שלא גדלו.

ג. תקנת הרבנות הראשית

ענין נוסף שיש לענות בו הוא תקנת הרבנות הראשית.

מדין התלמוד חייב אדם במזונות קטני קטנים עד גיל שש, ובשיעור החיוב נחלקו קמאי. הרמב"ם בהלכות אישות (פרק יב הלכה י) סבירא ליה שהוא שיעור מזונות אדם בינוני, וכן כתבו תלמידי רבנו יונה, הובאו דבריהם בשיטה מקובצת כתובות (סד, ב ד"ה 'לא יפחות'). כן פסקו הטור (סימן ע סעיף ג) והשלחן ערוך (שם), הגר"א (חושן משפט סימן צז ס"ק עא) ושאר פוסקים. הדברים אמורים הן לגבי מזונות והן לגבי כסות ומדור, אלא ששיעור המזונות אחד הוא בכל האנשים הבינוניים, ואילו שיעור הכסות משתנה ומחויב בו האב לפי הפחות שבבינוניים כמו שכתבנו בשו"ת שחר אורך (ח"א סימן יא), וכן נראה ביחס למדור.

משמעות הדבר היא שגם עני שבישראל מחויב לזון את בניו כפי השיעור שמחויב בו אדם בינוני, כי בפחות מזה הרי הם "מקולקלים במעיהם" כמו שכתבה הגמרא (עירובין פג, ב). אם כן את השיעור של "כפי צרכם" ניתן לפרש כשיעור מינימלי, ובלבד שיתבאר ששיעור מינימלי זה הינו כפי שניזון ומתכסה אדם בינוני. שיעור זה של אדם בינוני משתנה לפי התקופות והמקומות ויש לשומו לפי המקובל באותה העיר, כמו שכתבו הרמב"ם בהלכות אישות (פרק יב הלכה י), הסמ"ג (ל"ת פא), השלחן ערוך (סימן עג סעיף א), באר הגולה (שם אות א), והגר"א (שם ס"ק ג וסימן ע ס"ק ד) ושאר פוסקים. הארכנו בענין זה בשו"ת שחר אורך (ח"א סימן יא), עיי"ש.

לדין התלמוד חיובו של האב במצות צדקה בא לידי ביטוי בשני מצבים: בחיובו כלפי ילדיו שמעל גיל תקנת המזונות, ובחיובו כלפי ילדיו קטני קטנים בשיעור שהוא מעבר לבינוני במידה וזהו "די מחסורם". אין נפק"מ בין חיוב מדין צדקה לחיוב מדין תקנה לדין הקדימה של האב. כפי שיבואר, האב חייב גם בצדקה קודם האם ושאר קרובים, ורק לאחר שתמוצה הגביה מהאב יש לחייב את שאר הקרובים. אולם יש נפק"מ באב שאינו אמיד, שאם מדין צדקה באנו לא ניתן לרדת לנכסיו ואם מכח תקנת חכמים באנו יש לרדת לנכסיו. המקורות לכך רבים הם, וכאן נציין לשלחן ערוך אבן העזר (סימן עא סעיף א) שכתב: "חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם. ומשם ואילך זנן

בתקנת חכמים עד שיגדלו, ואם לא רצה גוערין בו ומכלימין אותו ופוצרין בו. ואם לא רצה, מכריזין עליו בצבור ואומרים: פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו, והרי הוא פחות מעוף טמא שהוא זן אפרוחיו. ואין כופין אותו לזונן. במה דברים אמורים, בשאינו אמוד, אבל אם היה אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם, מוציאים ממנו בעל כרחו משום צדקה, וזנין אותם עד שיגדלו". וע"ע מש"כ השלחן ערוך ביורה דעה (סימן רנז סעיף ח).

נפקא מינא נוספת – אם באנו מכח התקנה יורדים לנכסיו גם שלא בפניו, מה שאין כן מדין צדקה. הדברים עתיקים, ונציין לשלחן ערוך אבן העזר (סימן עא סעיף ב): "מי שהלך למדינת הים והניח בניו כאן, מוכרים מנכסיו לפרנסה עד שיהיו בני שש, אבל מבני שש ומעלה אין זנין אותם מנכסיו. הגה: וי"א היינו דוקא שלא התחיל לזונן לאחר שש, אבל התחיל לזונן ניזונין מנכסיו, דודאי ניחא ליה בהכי (מרדכי פ' נערה בשם ר"י). וי"א אם אמוד זנין אותן בכל ענין משום צדקה (כך משמע בטור)". ועיין בית שמואל (ס"ק ו), ואכמ"ל.

לאחרונה היה מי שרצה לטעון כי תקנת הרבנות הראשית שלשונה תובא לקמן אינה תקנה משפטית אלא היא מדין צדקה. הראינו לדעת לעיל, והדבר יתבאר עוד לקמן, שגם אם חיוב מזונות הילדים מדין צדקה הרי שהוא מוטל על האב, לא רק בשיעור הבינוני אלא די מחסורם של ילדיו, ורק אם אינו אמיד יש לגבות משאר קרובים. אולם האמת תורה דרכה שתקנת הרבנות הראשית נועדה להעלות את גיל הילדים שאותם חייב האב לזון, והיא תקנה ממונית ולא מהלכות צדקה. לתקנה זו סייגים במקרים מסוימים, אולם סייגים אלו אינם גורעים מתוקפה ועדיין היא תקנה ממונית משפטית.

זו לשון התקנה:

> **"לפנים בישראל אע"פ שמעצם הדין לא היו כופין את האב בממונו לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, היו מכלימים אותו ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמנינו לא איכשר דרא לצערנו וכפייה מוסרית אין כוחה יפה כלל וכלל. החוק הממשלתי אינו נותן סמכות לרבנות בענין מזונות הילדים אפילו למטה משש, אלא שבתי המשפט הממשלתיים זקוקים בנדון לפסוק על פי דיני ישראל. ואירעו מקרים שהאב התאכזר מרוע לב בכדי להכריח את אשתו לקבל ממנו גט ובתי משפט הממשלתיים פטרו אותם על יסוד שהילדים היו למעלה משש. כשטענו מצד הילדים שבדיני ישראל כופין את האב מתורת צדקה אם הוא אמיד, באה התשובה שהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם טענה זו... כל המתבונן בצדק ישפוט שהמצב דורש תיקון מתאים. בימינו אלה אפילו ילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש עשרה, סכנות מוסריות גדולות צפויות להם (לבנות וגם לבנים) אם פרנסתם לא תהיה מובטחת על יסוד משפטי. אין צריך להאריך בדבר המובן לכל מי שעיניו פקוחות על מצב ההווי... לאחר שנקבעה תקנה זו על פי הרבנות הראשית לארץ ישראל ומועצתה המורחבת**

ועל פי בתי הדין הרבניים... יהא לתקנה זו כל תוקף ועוז כתקנות שו"ם... ויהא זה דין ממש, ועל פיה יפסקו בתי הדין של ישראל בכל ארצנו הקדושה, וממילא... יפסקו כך בתי המשפט של הממשלה... אי לזאת קבענו את התקנה... כשם שמאז ומעולם עד היום הזה היה כח בית דין... לחייב את האב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של שש שנים - כך יהא מעתה ואילך כוחם יפה לחייב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו ובכל הכפיות האפשריות החוקיות לפרנס את בניו ואת בנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה".

תקנה זו הובאה על ידי הרבנים הראשיים לישראל (הגרי"א הרצוג והגרבצמ"ח עוזיאל זללה"ה) לאישור המועצה המורחבת של הרבנות הראשית לארץ ישראל, ובמעמדה הוסכם להעניק לתקנה זו "תוקף משפטי בכח תורתנו הקדושה, ככל תקנות שנעשו בישראל והן חובה להתנהג ולדון על פיהן, החל מראש חודש אדר תש"ד".

הדברים ברורים שהתקנה היא משפטית ולא מדיני צדקה. כך הבהירו גם הרבנים הראשיים הגרי"א הרצוג והגרבצמ"ח עוזיאל ואיתם הגרא"מ ולקובסקי זללה"ה, הובאו דבריהם באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (ח"א עמוד קנ):

"מוטעת היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת, אפוא, ע"י ההקף המצומצם של דיני צדקה. תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים, שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים, אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו, שכל המונע עצמו או משתמט מזה הרי הוא חוטא לגבי ילדיו והורס חיי המשפחה בישראל, ואסור לו לאב לנער את חצנו מחובה אבהית זאת ולהטילה על הצבור או על האם".

וכ"כ הגר"ע הדאיה ובית דינו (פד"ר ח"ג עמוד 307): "לפי תקנות ביה"ד שדנין לפיהם בבתי הדין בא"י - גם פס"ד זה באשר לבת ניתן לפי הנחה זו - הכח ביד ביה"ד לדון ולחייב את האב במזונות בניו הקטנים אף בעברם גיל השש, בהתאם לגדרי דין החיוב של החוב עבור פחותים משש לפי הגמ' והשלחן ערוך".

אמנם דנו אם תוקנה תקנת הרבנות גם כשיש לילדים ממון משלהם. בפד"ר (ח"ב עמוד 92) מפי כתבם של הגר"א גולדשמידט ובית דינו כתבו:

"אשר לתקנת הרבנות הראשית לארץ ישראל משנת תש"ד במזונות ילדים מאחרי שש עד חמש עשרה, לא מוזכר בה חיוב במקרה שיש לילד להתפרנס משלו - ואין לדון על פי תקנה יותר מהמפורש בה. בהקדמתם מסבירים כבוד הרבנים

הראשיים לארץ ישראל את הצורך בתקנה, נוסף לדין צדקה, כי סכנות גדולות צפויות להם... אם פרנסתם לא תהיה מובטחת - וזה שייך רק באין לילד משלו, ולפי זה משמעותה של תקנה זו אינה מעין חיוב שלפני שש, אלא כפיה על החיוב הקיים מתקנת חכמים אחרי שש". ועד"ז בפד"ר (ח"ג עמ' 172).

יש שרצו ללמוד ממקורות אלו שלדעתם התקנה מדין צדקה. לענ"ד לא עלה כך על ליבם, שכן בפסה"ד הנ"ל הזכירו את הלשון הברורה של התקנה. ונראה ביאור דבריהם שביש להם משלהם לא תוקנה התקנה, וכידוע זו דעת הרשב"א בתשובה (ח"ב סימן שצא), וז"ל: "עוד אמרתם שאותו בן הקטן יש לו נכסים ממקום אחר והאב אינו רוצה לזונו אף על פי שהוא קטן... הודיענו הדין עם מי. תשובה: גם בזה הדין עם האב שלא אמרו אלא מפני שאין לו. ושלשה זמנים יש כשהבן גדול ויכול להשתדל אין האב חייב לזונו כלל ואין כופין אותו אפילו בכפיית אסיתא. וכל שהוא קטן כבר שבע כבר תמני ועד שיגדיל כופין אותו בכפיית אסיתא ומכריזין עליו עורבא בעי בני והאי גברא לא בעי בני, לפי שאין הבן עדיין יודע להשתדל. וכשהוא קטן קטנים כופין אותו בבית דין לפי שאין לו ואינו יכול להשתדל כלל. אבל כל שיש לו למה יתחייב האב לזונו". ואף שלא כן פסק מר"ן בשלחן ערוך אבן העזר (סימן עא סעיף א) לא רצו הרבנים הראשיים דאז לתקן דבר השנוי במחלוקת ראשונים.

עוד יש לבאר דבריהם כדלקמן, שאין להוסיף על התקנה מעבר למפורש בה, וביאור זה נראה מכוון יותר בדבריהם שכתבו "ואין לדון על פי התקנה יותר מהמפורש בה". ע"ע פד"ר (ח"ז עמ' 136-151) ושם כלל לא הזכירו את תקנת הרבנות.

דעת הראש"ל הגר"ע יוסף זללה"ה

עוד רגע אדבר לבאר דברי הראש"ל הגר"ע יוסף זללה"ה. בשו"ת יביע אומר (ח"ח אבן העזר סימן כב אות א) דן בקטנה המסרבת להתראות עם אביה, והביא דברי החלקת מחוקק (סימן פב ס"ק ט) שכתב: "הא דאמרינן שיכול האב לומר כשהבן יותר מבן שש, שאם אין הבן אצלי איני נותן לו כלום, מיירי שהבן אינו רוצה להפרד מאמו, ולכן יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאינו שומע לקולי להיות אצלי ללמדו תורה ושאר דברים שעלי לחנכו בהם". משמע לכאורה שטעמו של הראש"ל הוא מפני שאינו מחויב במזונות הבן לאחר שש אלא מתורת צדקה. וכן ביארו דבריו בפס"ד בית דין אשדוד מפי כתבם של הרה"ג א' שמן, הרה"ג מ' צדוק והרה"ג א"מ שלוש, וז"ל:

"אמנם מרן הראש"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ח סימן כב) כתב להוכיח כי התקנה לא באה להפקיע דין צדקה מהאבות המשלמים מזונות לילדיהם, כרחם אב על בנים, אלא רק לכוף על המתאכזרים, וכן מוכח גם בפסקי דין רבניים (חלק ב עמוד 92 ועמוד 298 וחלק ג עמוד 172 וחלק ד עמוד 7 וחלק ה עמוד 336) ולפיכך מזונות הילדים שמעל גיל שש הם בכלל צדקה ואינם חובה מדינא עש"ב".

ומכח זאת הסיקו, וז״ל:

״אכן לפי הסכמת הפוסקים שכל חוב המזונות שמעבר לגיל שש הוא בגדר צדקה, ואף לאחר תקנת הרבנות הראשית לא בטלה תורת צדקה זו, ומעתה יש לומר כי החל מגיל שש ואילך כל צרכי הילדים בין ההכרחיים ובין שאינם הכרחיים הם בגדר צדקה זו, ומשכך כאשר אין לאב אפשרות לקיים חובה זו לבדו חייבת האם בצדקה זו לדאוג למזונות הילדים״.

לאחרונה נפסק כך על ידי בית הדין חיפה בהרכב הרה״ג דניאל אדרי, הרה״ג בן ציון הכהן רבין והרה״ג אלעד עלי. וז״ל פסק הדין הנ״ל: ״הנה הביא מרן זצ״ל מחלוקת בין גדולי הדור כיצד הבינו את התקנה, שלדעת הגרב״צ עוזיאל בשו״ת משפטי עוזיאל (ח״ב אבן העזר סי׳ צב עמ׳ שס) והגאון מהרי״א הרצוג הרב הראשי לארץ ישראל, שלפי תקנת הרבנות הראשית חייב האב במזונות הילדים עד גיל חמש עשרה ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, ואין זה מדין צדקה בלבד אלא מדין חובת האב במזונות בניו ובנותיו, שאף אם יש לילדים מעל גיל שש נכסים וממון בכל זאת חייב האב במזונותיהם. לעומתם דעת חברי בית הדין הגדול, הרה״ג רבי עובדיה הדאיה זצ״ל והרה״ג רבי יעקב עדס זצ״ל והרה״ג רבי יוסף שלום אלישיב זצ״ל, וכן דעת מורינו מרן זצ״ל שלפי תקנת הרבנות הראשית חייב האב במזונות הילדים עד גיל חמש עשרה ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש מדין צדקה בלבד, ולכן במקום שיש לילדים אשר הם מעל גיל שש ממון או נכסים שיכולים להתפרנס מהם ואינם זקוקים לצדקה, פטור האב ממזונותיהם״.

ואני תמה על ביאור זה בדברי הראש״ל זלה״ה, הלא מגוף דברי הרב מבואר שגם אב שאינו אמיד מחויב מכח התקנה, שכן כתב: ״ולפ״ז בזמנינו שיש תקנה מהרבנות הראשית משנת התש״ד ׳שחייב האב לפרנס את ילדיו עד הגיל של חמש עשרה שנה׳, לא יוכל האב לפטור את עצמו בטענה זו. וע׳ להרה״ג ר׳ עובדיה הדאיה בשו״ת ישכיל עבדי ח״ד (אבן העזר סי׳ טו) שהאריך לבסס תוקף תקנה זו להלכה ולמעשה. וראה עוד בתשובת הגרי״א הרצוג שם. וע״פ תקנה זו דנים ופוסקים מזונות כל בתי הדין בישראל״. וכ״כ בשו״ת יחוה דעת (ח״ג סימן עו), וז״ל: ״הרבנות הראשית לארץ ישראל התקינה לפי צורך השעה, שבזמנינו יש לחייב את האב במזונות בניו גם היתרים על שש שנים, עד גיל חמש עשרה שנה, וכמו שהאריך בתוקף תקנה זו הרב הגאון רבי עובדיה הדאיה בשו״ת ישכיל עבדי חלק ד׳ (אבן העזר סי׳ טו). וראה עוד בתשובת הגאון ר׳ יצחק אייזיק הלוי הרצוג שם. וע״ע בשו״ת ישכיל עבדי חלק ו׳ (אבן העזר ס״ס לה). ועל פי תקנה זו דנים ופוסקים בבתי הדין הרבניים כאן, וההוצאה לפועל כופה את האב לבצע את פסק הדין״.

בשני המקורות הנ״ל מבואר שעניינה של התקנה הוא העלאת גיל החיוב. אם כן, כשם שעד גיל שש חייב גם אב שאינו אמיד לזון את בניו, כך הדין מגיל שש ועד חמש עשרה. מדין צדקה אין חייב אב שאינו אמיד כמבואר בגמרא בכתובות (מט, ב). ואם כן כיצד ניתן לבאר שהיא אינה תקנה עצמית, והרי חייב בה אב שאינו אמיד אף שלא ניתן לחייבו מדין צדקה.

עוד הביא בשו״ת יביע אומר (שם) את לשון התקנה:

״הנה נוסח תקנה הנ״ל הוא בזה״ל: לפנים בישראל, אף על פי שמעיקר הדין אין לכוף את האב לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, מ״מ היו מכלימים אותו ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמנינו לא איכשר דרא לצעריונו, וכפיה מוסרית אין כחה יפה כלל וכלל. ואירעו מקרים רבים שהאב התאכזר מרוע לב, ובתי המשפט הממשלתיים פטרו אותו על יסוד שהילדים היו למעלה מגיל שש שנים. ושהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם הטענה שאם האב אמיד יש לחייבו מתורת צדקה. והרי בימינו אלה אפי׳ לילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש עשרה, צפויה להם סכנות גדולות מוסריות, אם לא תהיה פרנסתם מובטחת על פי יסוד משפטי וכו׳״.

דבריו ברור מללו שיסוד התקנה הוא משפטי. יתר על כן, התקנה באה גם למציאות בה האב אינו אמיד והילדים מעל גיל שש, ובאופן זה פשוט שאין לחייבו מדין צדקה.

אמת נכון הדבר כי הרב זללה״ה דן בשלוש הלכות שבהן לא יהא שוה דינו של האב במזונות בניו היתרים על גיל שש למזונות קטני קטנים, ואף על פי כן אין בכך כל סתירה.

בשו״ת יחוה דעת (ח״ג סימן עו) דן בשאלה אם יכול אב לנכות מדמי מעשר כספים את ההוצאות שמוציא לפרנסת בניו ובנותיו הגדולים. בתוך דבריו דן אם תקנת הרבנות הראשית תגרום שיופקע חיוב צדקה מן האב משום שהתקנה יצרה חיוב ממוני, וביאר שלא כך הוא אלא נותר דין צדקה בעינו:

יכול האב לנכות דמי פרנסת בניו ובנותיו היתרים על שש שנים ממעות המעשר. לפי שלא באה התקנה הנ״ל להפקיע מצות הצדקה מהאבות המפרנסים את בניהם ובנותיהם, אלא רק לכוף על הנוהגים באכזריות על בניהם ובנותיהם ונוטשים אותם בעירום ובחוסר כל, להכריחם ולכופם לזון ולפרנס את בניהם שלומדים עדיין בבתי הספר ואומנות עד שיהיו בגדר חי נושא את עצמו ולמצוא טרף לנפשם. וההכלמה שהוזכרה בגמרא (כתובות מט, ב) עורבא בעי בני וההוא גברא לא בעי בני לא תועיל לאנשים אלה כלל, כי בדברים לא יוסר עבד, גם בוש לא יבושו והכלם לא ידעו. והכי דיינינן להו ולכל אלימי דחברייהו (ב״מ לט, ב), אבל לא כאלה חלק יעקב הישרים בלבותם צדקתם עומדת לעד״. גם כאן דבריו ברור מללו שהתקנה באה לכוף את מי שאינו אמיד שעליו נאמר בגמרא כתובות (מט, ב) ״עורבא בעי בני וההוא גברא לא בעי בני״, ומדין צדקה אין כופין אלא באמיד בלבד כמבואר בגמרא שם, הרי לנו שהתקנה אינה מדין צדקה.

בדבריו יש לכאורה כפילות, שמחד כתב שהתקנה תקנה גמורה היא ומאידך כתב שדין צדקה נותר בעינו. נראה ביאור דברי הרב שאף שהתקנה היא תקנה משפטית גמורה, מכל

מקום לא באה לבטל את דין צדקה, וכל מה שנותן האב לבניו ובנותיו שאינם קטני קטנים דין צדקה לו, אלא שכופין אותו גם באינו אמיד ויורדים לנכסיו גם שלא בפניו. אולם כל עוד שהאב זן את בנו לא באה תקנה זאת לידי ביטוי בפועל, והחיוב הוא מדין צדקה. רק כאשר יש צורך לכוף, כגון שאין האב זן את בנו, תוקנה התקנה.

יסוד הדברים הוא שהתקנה תוקנה לצרכים מסוימים ואין להרחיבה מעבר לצורך. כיון שכך אף שפשוט שהתקנה באה לחייב את האב חיוב ממוני גמור, לא באה התקנה לבטל ממנו מצות צדקה. זה מה שכתב בשו"ת יביע אומר (ח"ח אבן העזר סימן כב): "נמצא שהתקנה הנ"ל לא באה להפקיע תורת צדקה מהמשלמים מזונות לבניהם ובנותיהם כהלכת גוברין יהודאין, שעושים זאת ברצון טוב, וכרחם אב על בנים, אלא כוונת התקנה לכוף על אלה המתאכזרים על בניהם ומשאירים אותם בעירום ובחוסר כל, ולחייבם לזון ולפרנס אותם כהלכה". דו"ק שלא כתב שאין התקנה ממונית, שזה ודאי אינו, אלא שתקנה זו על אף היותה תקנה גמורה לא באה להפקיע דין צדקה מהאב. וזו כוונתו במה שכתב בשו"ת יביע אומר (שם) בסוף דבריו: "ואפי' אם תמצא לומר שלא יצאנו מידי ספק בכוונת התקנה הנ"ל, כבר כתב מרן בש"ע אבן העזר (סי' קיח ס"ו) כל דבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה. וכ' ע"ז הרמ"א בהגה, וכן כל ספק שיש בתקנה על יורשי האשה להביא ראיה, שאין מוציאים ירושת הבעל מספק. ב"י בשם תשובת הר"ן. ע"כ. וע"ע בביאורי הגר"א (שם סק"ז). ובספר נחל יצחק (חושן משפט סי' כה, בקונטרס ספק תקנה ענף י', דכ"ח סע"ד והלאה)". דבריו מבוארים שהתקנה תקנה גמורה היא אך אין להוסיף עליה, וכל שיש ספק בדבר יש להעמיד הדבר כעיקר הדין. ויסוד הדבר נלמד ממה שכתב הרא"ש בתשובה (כלל נה סימן ז) לגבי תקנת טוליטולה שכל שיש ספק בתקנה יש לחזור לעיקר הדין, וכן נפסק בשלחן ערוך (אבן העזר סימן קיח סעיף ו). וכשם שהדברים נכונים לגבי תקנת טוליטולה כך הם נכונים ביחס לכל תקנה.

לפי יסודו זה שאין להוסיף על המפורש בתקנה, מובן מדוע נקט שלא תוקנה התקנה בכל גווני אלא רק כשאין לבן נכסים, כמ"ש בשו"ת יביע אומר הנ"ל: "ולכן אף בזמנינו אם יש לבן נכסים שאפשר לו להתפרנס מהם אין מחייבים את האב לפרנסם. וכמ"ש בטוש"ע (סי' עא). וכן פסקו חברי בית הדין הגדול, הרה"ג רבי עובדיה הדאיה, והרה"ג רבי יעקב עדס, והרה"ג רבי יוסף שלום אלישיב. והובאה תשובתם בקובץ פסקי דין של בתי הדין הרבניים, ח"ד (עמ' ז). ע"ש. וראה עוד בקובץ פסקי דין הנ"ל ח"ב (עמ' צב) וח"ג (עמ' קעב). ע"ש". דו"ק שעל פי המבואר כאן, גם חברי ביה"ד הגדול הנזכרים לא חלקו על עצם תוקפה של תקנת הרבנות הראשית אלא דנו על אופן יישומה, וכדלא כפי שנכתב בפסק ביה"ד חיפה הנ"ל. ומה שציין הרב לפד"ר ח"ב (עמ' צב) הוא מה שהובא לעיל מפי כתבם של הגר"א גולדשמידט ובית דינו שכתבו: "אשר לתקנת הרבנות הראשית לארץ ישראל משנת תש"ד במזונות ילדים מאחרי שש עד חמש עשרה, לא מוזכר בה חיוב במקרה שיש לילד להתפרנס משלו, - ואין לדון על פי תקנה יותר מהמפורש בה". כאמור לעיל אין כוונתו לומר שהתקנה מדין צדקה אלא שיש להגדיר את התקנה לפי המפורש בה ולא להוסיף עליה.

ע״ע פד״ר (ח״ד עמ׳ ז), וז״ל:

״גם לפי תקנת הרה״ר משנת תש״ד: ׳לחייב את האב לפרנס את ילדיו עד הגיל של חמש עשרה שנה׳ - נראה שבמקרה ויש רכוש להילדים אין חיוב על האב לפרנס אותם. עיין בסעי׳ ג׳ בתקנות הנ״ל: ׳לפנים בישראל אף על פי שמעצם הדין לא היו כופין את האב בממונו לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, היו מכלימים אותו ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמנינו לא איכשר דרא לצערנו וכפיה מוסרית אין כוחה יפה כלל וכלל... ואירעו מקרים שהאב התאכזר מרוע לב... ובתי משפט הממשלתיים פטרו אותם על יסוד שהילדים היו למעלה משש. כשטענו מצד הילדים שבדיני ישראל כופין את האב מתורת צדקה אם הוא אמיד, באה התשובה שהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם טענה זו... כל המתבונן בצדק ישפוט שהמצב דורש תיקון מתאים. בימינו אלה אפילו ילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש עשרה, סכנות מוסריות גדולות צפויות להם אם פרנסתם לא תהי׳ מובטחת על יסוד משפטי...׳ מתוך הדברים האמורים לעיל יש להניח כי התקנה: ׳לחייב את האב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו לפרנס את בניו ובנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה׳ - היא לילדים כאלה דלית להו מגרמייהו כלום והם תלויים בחסדי אביהם ולא בילדים שפרנסתם מובטחת״.

דו״ק בדבריהם שהתקנה גמורה היא אך תוקנה רק למה שמפורש בה.

ומה שכתב ביביע אומר (שם): ״והגם שראיתי להגרב״צ עוזיאל בשו״ת משפטי עוזיאל (ח״ב אבן העזר סימן צב עמ׳ שס) שכתב, ולענין מזונות הבת הצעירה מרים שהיא כיום בגיל י״ד שנה, יפה ונכון מאד כתב חברי הגאון מהרי״א הרצוג הרב הראשי לא״י, שלפי תקנת הרבנות הראשית חייב האב במזונותיה ככל מה שהוא חייב במזונות בניו ובנותיו עד גיל שש, ואין זה מדין צדקה בלבד, אלא מדין חובת האב במזונות בניו ובנותיו שאסור לו לאב לנער את חצניו מחובה אבהית זו ולהטילה על האם וכו׳. ע״ש. ומשמע שהחיוב במזונות עד גיל ט״ו היא כחיוב האב ממש במזונות בניו עד גיל שש, ולפ״ז אפי׳ יש לבנים נכסים חייב לזונם ולפרנסם. מ״מ נ״ל העיקר כהוראת בית הדין הגדול הנ״ל״. אין כוונתו לומר שדעתו היא שאין התקנה חיוב גמור, אלא שהבנת הרבנים הראשיים דאז זללה״ה היתה שהתקנה באה להרחיב באופן מוחלט את חיוב המזונות של קטני קטנים עד גיל חמש עשרה, וכל ההלכות הנוהגות בקטני קטנים ינהגו עד גיל חמש עשרה. על כך חלק הרב זללה״ה וסבר שאף שהתקנה היא משפטית ומוחלטת, לא נתקנה אלא לענינים שלשמם באה, ולכן אם יש לילדים נכסים האב פטור מלזונם מעיקר הדין ועל אופן כזה לא נאמרה התקנה, וכמו שכתבו חברי בית הדין הגדול בפד״ר ח״ד הנ״ל.

עוד דן בשו״ת יביע אומר (ח״ח אבן העזר סימן כב) בקטנה המסרבת להתראות עם אביה. לענין צדקה הדין הפסוק בשלחן ערוך (סימן פב סעיף ז) הוא שיכול האב לומר אם אינו

אצלי איני מעלה לו מזונות. אמנם כיון שתקנת הרבנות באה לקבוע חיוב משפטי גמור, עולה לכאורה חידוש גדול שגם אם יסרבו הילדים להיות בקשר עם אביהם יהא האב חייב במזונות ילדיו. גם על כך השיב הרב שאין להוסיף על התקנה מעבר למפורש בה, ונותר הדין בעינו. אלא שיש להקשות שכאן לא ניתן לבאר כמו שכתבנו לעיל שכל שלא נזקק בית הדין לדבר נותר חיוב האב מדין צדקה, שכן מדובר באופן שהבת בפועל אינה ניזונת ותבעה מזונות מאביה ואפילו הכי נפטר האב.

על דרך הרב נראה לבאר דבריו שאין להוסיף על התקנה מעבר למפורש בה, ומכיון שכך אם דין צדקה "מונע" מלחייב את האב, כגון שהבן מסרב לראותו, לא ניתן לכוף את האב על כך, שאין לחייבו יתר על דין צדקה אלא לפי המפורש בתקנה והוא באינו אמיד, אך לחייבו יתר על דין צדקה במה שלא מפורש לא ניתן. באופן אחר יש לבאר דבריו, שכיון שהאב אינו מסרב לזון את בתו, אין סיבה לומר שתקנת הרבנות הראשית חלה באופן שאינו מסרב לזונה, ומה שהבת מסרבת לפגוש את אביה ולכן מסרב הוא לזונה אינו סיבה לביטול דיני צדקה, ונותר הדין בעינו שיכול האב לומר אם אינה אצלי איני נותן לה מזונות (הערת בני הרב יעקב נר"ו).

ע"ע פד"ר (חי"ג עמוד 8) מפי כתבו של הרה"ג ברוך רקובר זצ"ל ובית דינו שכתבו וז"ל:

> **"כן יש לעיין, בזמננו, כאשר בתי הדין הרבניים בישראל מחייבים מזונות לאב עבור ילדיו עד גיל חמש עשרה שנה מכח תקנות הרבנות הראשית לארץ ישראל משנת תש"ד, האם התקנה היא מגדרי צדקה או לא. בפסקי דין שפורסמו בקבצי הפד"ר יש דעות שונות בזה. לא נכריע כעת בבירור שהתקנה היא בגדר צדקה, אבל עכ"פ יש ספק בזה, וכאשר יש ספק בתקנה, הדין הוא שמעמידים על דין תורה. וכמ"ש בשלחן ערוך (אבן העזר סימן קיח סעיף ה): 'דבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על דין תורה'. וראה מ"ש בזה בשדי חמד כללים מערכת התי"ו כלל ס"א". דו"ק שפירוש דבריהם כנ"ל שהתקנה המשפטית הגמורה היא ב"גדרי צדקה", ולא עלה על הדעת לומר שהתקנה אינה ממונית. וכ"כ להדיא גם בשו"ת ציץ אליעזר (חט"ז סימן מד אות ה), וז"ל: "כשם שמעיקרא דדינא בחיוב האב לזון את בנו או את בתו דינא הוא דאם מרחיקים את הבן הקטן או את הבת הקטנה מאביהם שלא יוכל לראותם ולחנכם אין האב מחויב בהולכת מזונותיהם אצל אמם, כך כשחייבו מתורת צדקה, או תיקנו לאחר מכן שיפרנסום, ואפילו כשהם אצל אמם, לא חייבו ולא תיקנו יותר ממה שהיה מחויב לפני כן מעיקרא דדינא בגיל קטנותם".**

אם כן, מאחר שלא פורש בתקנה שהחיוב הוא יותר מגדרי צדקה, נעמיד את הדין של חיוב מזונות לילדים שלמעלה מגיל שש על דין תורה דצדקה, ואין בכהאי גוונא לפסוק ולהוציא מזונות מהאב. ובר מן דין סביר להניח, שהתקנה לא היתה לחייב מזונות לילדים שמתנכרים לאביהם.

והנה מצאתי שגם בתקנת טוליטולה עצמה דנו כעין מה שדנו בדורותינו בתקנת הרבנות הראשית. הטור אבן העזר (ראש סימן קיח) הביא את תקנות טוליטולה, שהראשונה שבהן עוסקת בענין הפקעת ירושת הבעל, וז״ל: ״כשתמות האשה תחת בעלה והניחה ממנו זרע של קיימא, בין שיהיה בן או בת, שכוונתנו בזרע של קיימא שיהיה אותו הזרע בחיי האם ואחר פטירתה ל׳ יום שלמים או יותר, מכל מה שימצא מעזבונה שהוא מבגדים שלה או קרקע נדוניתה או קרקע קנוי בשמה, יחלוק אותו הבעל עם אותו הזרע לחצאין בשוה״. תקנה זו הוזכרה גם ברמ״א (אבן העזר סימן קיח סעיף ח), וז״ל: ״במקום שיש תקנה שיורשי האשה יחלוקו עם הבעל כשמתה האשה תחלה, יפרעו תחלה כל החובות שהבעל חייב״, וכן הובאה בספר התקנות כרם חמר (ח״ב תקנה ג).

בשו״ת תשב״ץ (ח״ב סימן רצב) הביא תקנה כעין זו, ודן שם האִם האב חייב לזון את הילדים גם כשלקחו מכח התקנה חלק המגיע לו מעיקר הדין. הוא הביא את מחלוקת הראשונים האם האב חייב לזון את בניו קטני קטנים כשיש להם משלהם, וכתב: ״אבל בכיוצא בזה אני אומר שהכל מודים שאין האב חייב לזונו כיון שהוא יורש מכח התקנה מה שהוא יורש האב מד״ת. וזהו כשהן קטני קטנים שחייב לזונם מן התקנה, וכ״ש שאם הם מבני ו׳ ולמעלה שאינו חייב לזונם אלא בתורת צדקה שהוא פטור כיון שיש נכסים ואפילו כלי קרנא, ואם ברצון נפשו רוצה לזונם תבא עליו ברכה״. וע״ע מה שהאריך בזה מהר״א בן טוואה (נדפס בשו״ת התשב״ץ ח״ד לאחר הטור הרביעי סימן קל), וביאר קרוב למה שכתבנו לעיל בענין זה. וע״ע בשו״ת דברי יקותיאל (ליקוטי חשן משפט אות מ) שהביא ענין זה בשם מנהגי ארג׳יל (דף קיג).

והנה, בגוף תקנת טוליטולה לא נזכר כלל ענין זה של חיוב האב במזונות קטני קטנים כאשר נטלו מכח התקנה חלק בירושת אימם, ואף על פי כן היה פשוט שבאופן זה לא יתחייב האב במזונות. וטעם הדבר הוא שיש לצמצם התקנה ולא להרחיבה, ואם יש ספק אם כלול הדבר בתקנה הדרן לדברי השלחן ערוך (אבן העזר סימן קיח סעיף ה) הנ״ל, שכל דבר שאינו מפורש בתקנה יש להעמידו על דין תורה.

הדרן לנדון דידן. נתבארו דברי הראש״ל הגר״ע יוסף זצ״ל שהתקנה היא תקנה משפטית גמורה, אך אין להרחיבה מעבר למפורש בה. לכן אם יש לבנים נכסים פטור האב מלזון אותם, וכן אם הבן סרבן קשר האב אינו מחויב לזונו, וכל שזנם ולא הזדקקו בית דין לדבר מקיים הוא מצות צדקה.

ומכל מקום, לענין חיוב האֵם מאן דכר שמיה, הלא זו גופה התקנה לחייבו גם באינו אמיד. ואם לא גבינו מהאב כי אין לו, בזה פשיטא שהדרינן לדיני צדקה.

אחר כתבי דברים אלו נדפס שו״ת יביע אומר חי״א (אבן העזר סימן סז) שם נשאל בענין זה וכתב: ״בענין חיוב המזונות עבור הילד עד שש שנים חובה מוחלטת היא המוטלת על האב (ולא על האם) ואפילו יש לילד נכסים רבים והון עתק. ואחרי שש שנים... ואפילו לאחר תקנת

הרבנות הראשית לישראל בשנת תש״י שעל האב לזון את בניו ואת בנותיו עד גיל חמש עשרה שנה, מכל מקום אם יש לבן נכסים, הואיל ופרנסתו מובטחת, לא תיקנו בזה כלל״. עין רואה שכתב כאן מה שכתב בתשובותיו הנזכרות לעיל, שהטעם שאין מחייבים את האב אם יש לבן נכסים אינו משום שתקנה זו מדין צדקה, אלא משום שבאופן זה לא תיקנו. יתר על כן, מדבריו עולה שגם אם אינו אמיד מחויב במזונות ילדיו עד גיל חמש עשרה כשם שמחויב עד גיל שש, וכל הנפקא מינה היא רק אם יש להם נכסים משלהם. כאמור לעיל, לא ניתן לחייב מדין צדקה מי שאינו אמיד.

בהמשך דבריו כתב: ״ואם האב איננו אמיד ופרנסתו מצומצמת ואילו האם אמידה שתוכל לפרנס את הבן או את הבת שהם למעלה מגיל שש שנים, יש לחייב את האם במזונות מדין צדקה״. הרי לנו שבמקרה שהאֵם אינה אמידה וגם האב אינו אמיד יש לנו לחייב את האב, ועל כרחך שתקנת הרבנות הראשית היא תקנה ממונית גמורה מעבר לדיני צדקה. ומה שכתב שאם האֵם אמידה יש לחייבה, הרי דקדק בלשונו: ״יש לחייב את האם במזונות מדין צדקה״, ודבריו מתפרשים כדלעיל, שאם ניתן לדון במזונות מדין צדקה, באופן זה לא תיקנו ואין להוסיף על התקנה יתר על המפורש בה.

נמצאנו למדים שהתקנה היא תקנה משפטית גמורה אך אין להרחיבה מעבר למפורש בה, ולכן – אם לילדים יש נכסים לא תיקנו, אם האב זנם מרצונו לא תיקנו והריהו מדין צדקה, אם האב מוכן לזון את ילדיו והם מסרבים נותר הדבר בדין צדקה כעיקר הדין, ואם האֵם אמידה וניתן לגבות ממנה מדין צדקה אין להזדקק לתקנת הרבנות הראשית שבאופן זה לא תיקנו.

התשובה בשו״ת יביע אומר חי״א היא מתאריך י׳ כסלו תשמ״א, מוקדמת לתשובה שנדפסה בשו״ת יביע אומר ח״ח שהיא מתאריך כ״ט אדר תשמ״ג ומאוחרת לתשובה שנדפסה בשו״ת יחוה דעת ח״ג שנדפס בשנת תש״מ.

אף שדי במה שכתבנו לעיל יש גם להטעים הדברים באופן נוסף.

בשו״ת חתם סופר (אבן העזר ח״א סימן קלג) דן בפנויה שטענה שנתעברה מאדם מסוים והוא כופר או טוען איני יודע, וכתב: ״אם איננה משודכת שלו ולא באה אלא לתובעו בעד מזונות הולד לא תוכל להשביעו אפי׳ היסת שאינו יודע וזה מכמה טעמים... ועוד בה שלישי׳ כיון שכל חיוב המזונות לבנו הוא בתורת צדקה לא תוכל להשביעו ע״ז״. וכ״כ עוד שם (אבן העזר ח״ב סימן קס). בשו״ת מנחת הקומץ (סימן קא אות ד) הקשה על דבריו שעד גיל שש החיוב הוא ממוני ולא מתורת צדקה, עיי״ש. ויש לישב שאף שהחיוב הוא ממוני שורשו נעוץ בדין צדקה, ולכן אין האם בעלת דין ואינה יכולה להשביע את האב בטענתה. כיון שכך, מסתבר הדבר שכשהורחב חיוב זה בתקנת הרבנות הראשית, אין הכרח להרחיבו מעבר לדיני צדקה.

תקנת הרבנות הראשית נתקנה בשנת תש״ד ובה חויב האב במזונות ילדיו עד גיל חמש

עשרה, והובאה לשונה לעיל. כידוע, בעת כהונתם של הרבנים הראשיים לישראל הגר״א שפירא והגר״מ אליהו זללה״ה הורחבה עד גיל שמונה עשרה, הדברים עתיקים ואכמ״ל.

ד. גדרי חיוב מזונות מדין צדקה וחיוב האם

הראינו לדעת שחיוב המזונות מוטל על האב בלבד לכל הפחות עד גיל חמש עשרה. יש לדון בנוסף בחיוב צדקה. מעיקר הדין חיובו של האב במצות צדקה בא לידי ביטוי בשני מצבים: בחיובו כלפי ילדיו שמעל גיל תקנת המזונות, ובחיובו כלפי ילדיו קטני קטנים בשיעור שהוא מעבר לבינוני במידה וזהו ״די מחסורם״. בדין צדקה זה יש לדון האם הוא מוטל על האב בלבד או שיש לחייב בו גם את האם. יש לדבר משמעות גם למי שמשום מה אינו מקבל את תקנת הרבנות הראשית או למי שיפסוק שלא כדעת מר״ן וידחה את תקנת אושא מהלכה.

ענין זה רבו ענפיו וללבנו יש צורך בכמה הקדמות כפי שיבואר בפרקים הבאים.

ה. דין משפחה בירושה

בגמרא בבא בתרא (קח, ב-קט, א) הובאו שתי שיטות כמקור לכך שהאב יורש את בנו.

דרך ראשונה: ״׳שארו׳ זה האב מלמד שהאב קודם לאחין״. על כך הקשתה הגמרא שם (קט, ב): ״וממאי ד׳שארו׳ זה האב דכתיב ׳שאר אביך הוא׳, אימא ׳שארו׳ זו האם דכתיב ׳שאר אמך היא׳״. נראה שלמדו חכמים שפירוש הפסוק (ויקרא יח, יב) ״ערות אחות אביך לא תגלה שאר אביך היא״ אינו שהאחות קרובת האב, אלא שיש בה קורבת האב והאב הוא הנקרא שאר. ומתרצת הגמרא (שם): ״אמר רבא ׳ממשפחתו וירש אותה׳, משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה דכתיב ׳למשפחותם לבית אבותם׳״ - לא חזרה בה הגמרא מכך שאמו נקראת ׳שאר׳ אלא שלשון הפסוק בירושה היא: ״ואם אין אחים לאביו ונתתם את נחלתו לשארו הקרֹב אליו ממשפחתו וירש אֹתה״ (במדבר כז, יא), ואם כן על מנת ליורשו אין די בכך שיהא ״שארו״ אלא צריך שיהא ״שארו ממשפחתו״, עיין בתרגום אונקלוס (ויקרא פרק יח ופרק כ) שבכל מקום שנכתב ״שאר״ תירגם ״קריביה״. אם כן אמו של אדם היא קרובתו, אך לא ממשפחתו, ולכן אינה יורשת אותו.

היה מקום לומר שאין כאן הגדרה כללית בדין ירושה אלא בדין ירושת ״שאר״ בלבד, שאין יורש אלא ״שארו ממשפחתו״ והוא האב ולא האם. אמנם בגמרא שם (קי, ב): ״אחין מן האב נוחלין ומנחילין... ׳ממשפחתו וירש אותה׳ כתיב, משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה״. כאן הוגדרה הגדרה רחבה יותר בכל קורבות הירושה, שנלמדה מהפסוק שדיבר באב: ״לשארו הקרֹב אליו ממשפחתו וירש אֹתה״ (במדבר כז, יא). חכמים למדו שאין כאן הגדרה פרטית בירושת אב, אלא הגדרה כללית שהירושה אינה תלויה בקורבה

בלבד אלא בקורבת "משפחה", ומשפחת אם אינה קרויה משפחה. יתר על כן, הדין הוא שהבן יורש את אמו כמבואר במשנה בבא בתרא (קח, א) ובגמרא שם (קיא, א), ופירש הרשב"ם (שם קח, א): "האיש נוחל את אמו - אבל לא מנחיל שהרי קרובי האב יורשים אותו דמשפחת אם אינה קרויה משפחה", ואם כן אף האם עצמה אינה קרויה משפחה.

יש לדון מהו טעם הדבר שתלויה הירושה במושג "משפחה".

לכאורה ניתן היה לומר שכיון שגם האב וגם האם הינם קרובים, שכן שניהם נקראים 'שאר', אין עדיפות למשפחת האב על משפחת האם מצד הקורבה, אלא יש כאן גזרת הכתוב לענין ירושה שרק קרובים מן האב יורשים. הדרך ללמד זאת היא על ידי המינוח 'משפחה', שעניינו משפחת אב. למושג "משפחה" אין חשיבות כשלעצמו, והוא רק מראה מקום לדין ירושה שהוא בקרובי האב. לדרך זו סיבת הירושה היא הקורבה בלבד, ולשון הכתוב "ממשפחתו" היא גזירת הכתוב שרק קרובים מן האב הם בכלל הירושה.

אך יש להוכיח שאין הדבר כך, שכן לדרך זו גם הביטוי 'משפחה' אין בו תוכן עצמי המתייחס למשפחת האב אלא הוא מעין מראה מקום לפסוק "למשפחתם לבית אבותם", והנה הגמרא בבא בתרא (קט, ב) הקשתה מהפסוק (שופטים יז, ז): "ויהי נער מבית לחם יהודה ממשפחת יהודה והוא לוי", וסברה הגמרא שפירוש הפסוק הוא שאביו מלוי ואמו מיהודה ואעפ"כ קראוהו 'משפחה', והוכיחו מכאן שגם משפחת אם קרויה משפחה. ולכאורה אין זה קשה, שהרי לא מצאנו טעם שלא תקרא משפחת האם משפחה, אלא זהו מינוח לשוני בלבד ללמדנו דיני ירושה שתלויים בקורבת האב, ומה בכך שנקט הכתוב בשופטים שגם משפחת האם קרויה משפחה. אלא נראה משאלת הגמרא שענין מהותי יש כאן ושני מושגים הם: המושג 'קורבה' והמושג 'משפחה'. 'קורבה' יכולה להיות בין מן האב ובין מן האם, ואילו 'משפחה' היא מן האב בלבד.

לענין ירושה נאמרו שתי הגדרות "שארו" - קורבה, "ממשפחתו" - משפחת אב, ובשני הענינים תלויה הירושה - בקורבה ובמשפחה. משפחת אם אינה קרויה משפחה ולא ינקוט הכתוב על משפחת האם שם 'משפחה', ומכאן ביאור הקושיה מהפסוק בשופטים.

בזה יתבאר שמצינו קורבת אם לענין עריות, פסול עדות, אבלות וטומאת כהן, שכן אמו של אדם קרובתו - שארו היא, אך ירושה אינה תלויה בקורבה בלבד אלא גם במשפחה.

אם כן יש לעיין בגדר המושג משפחה.

ו. מקור דין משפחת אב

בגמרא (בבא בתרא קט, ב) נאמר: "משפחת אם אינה קרויה משפחה דכתיב 'למשפחותם לבית אבותם'". הדברים מכוונים לכתוב בראש חומש במדבר (א, ב): "שאו את ראש כל

עדת בני ישראל למשפחתם לבית אבתם". הבנת חכמים היא שלא במקרה נמנו יוצאי הצבא "למשפחתם לבית אבתם" דוקא, אלא כך ראוי - שיהא המנין תלוי במשפחת האב.

אולם רבנו גרשום גרס אחרת: "ומשפחת אב קרויה משפחה דכתיב 'ויתילדו על משפחתם לבית אבתם'" ואם כן הכוונה היא לפסוק אחר: "ואת כל העדה הקהילו באחד לחדש השני ויתילדו על משפחתם לבית אבתם" (שם א, יח). פסוק זה הובא גם בירושלמי יבמות (פרק ב הלכה ו), וכן ברש"י (יבמות נד, ב ד"ה 'יש לה חייס').

היה מקום לומר שהמושג "משפחה" נוגע לירושה בלבד, שכן הירושה תלויה במה שהיורש "קם תחת" מורישו, עיי"ש בגמרא בבא בתרא (קח, ב): "מרבה אני את הבן שכן קם תחת אביו... אדרבה מרבה אני את האח שכן קם תחת אחיו", והגדירה התורה שרק מי שהוא ממשפחת אב קם תחת המוריש, ומה שנזכר הדבר במנין שבספר במדבר הוא משום שיוצאי הצבא בישראל הם נוחלי הארץ ויורשיה ולהם ניתנה הארץ לכשיכבשוה, ובירושת הארץ עסקינן שגם היא תלויה בדין משפחת אב כדין כל ירושה. אולם אם יכול היה הדבר להתפרש בלשון הכתוב (במדבר א, ב) "למשפחתם לבית אבתם", הוא דחוק בלשון הכתוב (שם א, יח) "ויתילדו על משפחתם לבית אבתם", ותירגם אונקלוס: "ואיתיחסו על זרעיתהון לבית אבהתהון", וכן בתרגום יונתן בן עוזיאל. מכאן מקור לפירוש רש"י (במדבר א, יח): "ויתילדו על משפחותם - הביאו ספרי יחוסיהם ועידי חזקת לידתם כל אחד ואחד להתייחס על השבט".

נראה שהמושג "משפחת אב" עניינו שיחוסו של אדם נקבע לפי אביו. זהו הביאור הפשוט לפסוקים בספר במדבר העוסקים במנין שהוא "למשפחתם לבית אבתם", ומנין זה בא לקבוע את יחוס הבנים אחר אבותיהם. הלשון "ויתילדו על משפחתם" מבארת מושג זה, ולכן נקטוה הירושלמי ורבנו גרשום.

נראה שאין כאן מחלוקת בבלי ירושלמי, שכן רש"י ביבמות (נד, ב) הביא את הפסוק "ויתילדו על משפחתם לבית אבתם", ואילו במסכת קידושין (סו, ב ד"ה 'כהנת') הביא את הפסוק "למשפחתם לבית אבתם". שני הדברים אחד הם, וביאורם שהיחס תלוי במשפחת האב. גם את דין הירושה תלתה תורה במשפחת האב - אין די להיות קרוב לנפטר אלא יש צורך להתייחס אחריו.

לדרך זו יוסבר מדוע מצאנו דין זה של משפחת אב לא רק לענין מנין יוצאי צבא וירושה אלא בענינים נוספים, שגם הם נובעים ממושג היחוס כפי שיתבאר לקמן עוד, ויוכח משם גם ענין זה.

והנה ביחס למנין ולירושה, משפחת האב קרויה משפחה ואין היורשים מן האם יורשים. ואפילו אם יש קרוב שהוא רחוק מאוד מן האב יש להקדימו (ודנו רק אם אין קרובים מן האב בלבד), משום שאף שהקרוב מן האם הוא קרוב יותר, מכל מקום הוא אינו "ממשפחתו", ויורש הקרוב הרחוק מן האב שהוא גם "ממשפחתו".

לפי מה שיתבאר באות הבאה, נראה שהמנין בתחילת פרשת במדבר וכן בפרשת פנחס בא ליחס את בני ישראל איש איש לשבטו. את יחוס השבט מקבל האדם מאביו, ועל זה נאמר "למשפחתם לבית אבתם" ו"ויתילדו על משפחתם לבית אבתם", לכן הקשר הפרשה נוגע לדגלי מדבר שענינם יחוס השבט.

ז. משפחת אב לענין יחוס

איכא בגמרא (יבמות נד, ב): "'ערות אחות אביך לא תגלה' בין מן האב בין מן האם... 'ערות אחות אמך לא תגלה' בין מן האב בין מן האם. למה לי למכתבא באחות אב למה לי למכתבא באחות אם, אמר רבי אבהו צריכי דאי כתב רחמנא באחות אב שכן יש לה חייס אבל אחות אם אימא לא, ואי כתב רחמנא באחות אם שכן ודאית אבל אחות אב אימא לא, צריכא". מבואר בגמרא שלאחות האב עדיפות על אחות האם במה שיש לה "חייס".

את עניינו של "חייס" זה פירש רש"י: "יש לה חייס - דמשפחת אב קרויה משפחה דכתיב 'ויתילדו על משפחותם לבית אבותם'". הנה מבואר שגם לגבי עריות יש משמעות לדין משפחת אב. יש ערוה שאין לה חייס, ויש ערוה שיש לה חייס והיה מקום לומר שחמורה היא.

אחות האב מתייחסת היא לבן אחיה וחמורה היא בזה מאחות האם. אמנם בגמרא שם מבואר שאחות האב נאסרה בין שהיא אחות אב מן האב ובין שהיא אחות אב מן האם, אף שאחות האב מן האם אין לה חייס, ויש להקשות מה בין אחות האב מן האם לאחות האם בין מן האב בין מן האם. ונראה שאיסור אחות האב הוא "שאר אביך היא" (ויקרא יח, יב) וכיון שהבן מתייחס אחר אביו כל אחות אביו, בין מן האב בין מן האם, היא בכלל "שאר אביך". המושג "חייס" מתייחס לא לחייס של האחות לאח אלא לחייס של הבן לאביו, שאחותו של האב אסורה לו משום שהיא "שאר אביו".

מכל מקום מצאנו שהאדם מתייחס לאביו ולא לאמו, וזהו ביאור פסוקי התורה בתחילת ספר במדבר שהובאו לעיל.

בסוגיה ביבמות יש לדבר השלכה על פרשת עריות, אף שהיחוס של הבן לאביו אינו נוגע לעצם המושג ערוה אלא לעובדה שהבן מתייחס אחר אביו. כאן מוכח שהמקור שהובא מהפסוק "למשפחתם לבית אבתם" אינו לשוני בלבד וגם אינו לענין ירושה בלבד, אלא קובע את יחוסו של האדם למשפחת אביו בלבד. על דרך זו מצאנו בגמרא (נזיר מט, א) בענין טומאת כהן גדול לקרוביו, שאם נאמר שאינו מטמא לאמו "הוה אמינא אמו לא ליטמא לה דלאו אזיל זרעא בתרה, אבל אביו כיון דאמר מר 'למשפחתם לבית אבתם' אימא ליטמא ליה, קא משמע לן", וגם כאן נקבע יחוסו של האדם לאביו. יתר על כן מצאנו בסוגיה (קידושין סט, א) בישראל שנשא ממזרת: "סלקא דעתך אמינא 'למשפחתם לבית אבתם' כתיב, אתא לו אפקיה". כאן מבואר שיחוס המשפחה של האדם נקבע אחר אביו, ואלמלא שנאמר "לו - הלוך

אחר פסולו" היה בנם של ישראל וממזרת ישראל כאביו ולא ממזר כאמו. מבוארת כאן מדרגה נוספת – לא זו בלבד שהאדם מתייחס אחר אביו אלא הוא גם מקבל ממנו מעמדו – ישראל, כהן, ממזר וכו'. כן כתב גם רש"י קידושין (סו, ב ד"ה 'כהנת') בענין בן כהן שהוא כהן וכיו"ב, כי "למשפחותם לבית אבותם' כתיב". וכ"כ הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה פרק יט הלכה טו): "כהנים ולוים וישראלים מותרין לבוא זה בזה והולד הולך אחר הזכר שנאמר 'ויתילדו על משפחתם לבית אבתם', בית אביו היא משפחתו ואין בית אמו משפחתו". כך מבואר גם בגמרא בכורות (מז, א), עיי"ש.

וע"ע קהלות יעקב (קידושין סימן מט) וז"ל: "היסוד דל'משפחותם לבית אבותם' היינו בדיני יוחסין שעניינו הוא שהבן משיג דיני מולידיו וכעצם מעצמיו וכענין ברא כרעיה דאבוה, ה"נ תיכף בשעת יצירתו נמשכים עליו דיני האב ונחשב כמותו".

ח. משפחת אב בגאולת הנמכר לגוי

איכא בגמרא (יבמות נד, ב): "ודודתו דפשיטא ליה לתנא דמן האב ולא מן האם מנא ליה. אמר רבא אתיא דודו דודו, כתיב הכא 'ערות דודו גלה' וכתיב התם 'או דודו או בן דודו יגאלנו', מה להלן מן האב ולא מן האם אף כאן מן האב ולא מן האם. והתם מנלן, אמר קרא 'ממשפחתו יגאלנו', משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה". ושני דינים נלמדו כאן: הדין האחד הוא שאיסור דודתו (כלומר אשת אחי אביו) הוא דוקא באשת אחי אביו מן האב. דין זה מובן, כמבואר בגמרא שם, שמשפחת אב יש לה חייס ודין עריות יכול להיות תלוי ביחוס האב דוקא. הדין השני הוא שדין גאולת קרובו הנמכר לגוי הוא דוקא בקרובו מן האב. דין זה לכאורה אינו נובע מיחוס אלא הוא חיוב של בין אדם לחברו. ניתן להבין שקרוביו של אדם מחויבים לפדותו יותר משאר אדם, אולם כפי שהתבאר לעיל גם קרובים מן האם קרובים הם, ומעלת משפחת אב אינה משום שקרובי האב הם יותר קרובים אלא משום שאדם מתייחס אחר אביו, ואם כן לא מבואר מדוע חיוב הגאולה יהיה במשפחת האב ולא במשפחת האם.

המאירי (יבמות נד, ב) כתב:

> **"לפי דרכנו למדנו בנמכר לגוי שקרובי האם אינם בכלל מצות גאולה... ואם לא פדוהו קרובים או שאין ידם משגת מצוה ביד כל ישראל לפדותו. ויראה שאף קרובי האם אין כופין אותם".**

מדברי המאירי עולה שיש התאמה בין משפחת אב בירושה ובגאולת קרובים, ובשניהם משפחת אם אינה קרויה משפחה ואין חיוב הגאולה מוטל על קרוביו מן האם כלל. עוד מבואר בדברי המאירי שחיוב הגאולה אינו מוטל על "משפחת האב" גרידא, אלא על "קרובים מן האב", וגם בגאולת קרובים יש שני תנאים לחיוב הגואל: שיהיה ממשפחתו ושיהיה קרובו.

גם כאן עולה שיתכן שיהיה קרוב מן האם שהוא קרוב יותר מהקרוב מן האב אך לא יהא חייב לגאול את קרובו כיון שאינו ממשפחתו.

אפשר שטעם הדבר הוא משום שגזירת הכתוב היא, שכך כתוב בתורה (ויקרא כה, מט): "או דדו או בן דדו יגאלנו או משאר בשרו ממשפחתו יגאלנו". ועוד אפשר שטעם הדבר הוא שלגאולה גם יש משמעות לייחוס, שאדם מחויב להשיב את קרובו המתייחס לו למעמדו הראשון ויש בזה ענין דומה לירושה.

כדברי המאירי כתב בשו"ת מהרשד"ם (אבן העזר סוף סימן קפא):

> **"גם אני אומר שמה שטוען למך שתתן אם הבנות כיון שהיא אמודה בנכסים, גם בזה אני אומר שהבל יפצה פיו למך, כי לא מצינו חיוב להן בענין זה כלל אפי' בתורת צדקה כל זמן שיש לבת קרובים מן האב וכמ"ש פעם אחרת, דאם אין לבת קרוב אמוד בנכסים לעשות עמהן חסד, אמה אף על פי שהיא כנכרית בעלמא לפי שהתורה אמרה 'דודו או בן דודו יגאלנו' כו' מ"מ קרא כתיב 'התשכח אשה עולה'".**

למד המהרשד"ם שמפסוק זה למדנו חיוב על משפחת אב בלבד, והוסיף ללמוד ממנו לענין צדקה וכפי שיתבאר לקמן. וע"ע בשו"ת מהרשד"ם אבן העזר סימן קצג.

אולם רש"י (יבמות נד, ב ד"ה 'מה') כתב: "מה להלן מן האב - אם אחי אביו מן האב הוא, הוי קרוב לענין גאולה יותר ומצות גאולה מוטל עליו יותר מקרובי האם, אף כאן מן האב ולא מן האם". חידש רש"י שלענין גאולת קרובים קודמים קרובי האב ומצות גאולה מוטלת עליהם "יותר", אך המצוה מוטלת גם על הקרובים מן האם, ושונה הדבר מיחוסו של אדם ומדין ירושה שבהם מתייחס האדם אחר אביו ולא אחר אמו (לכל הפחות כשיש לו אב וכפי שיתבאר לקמן).

והעיר המאירי שם:

> **"לפי דרכנו למדנו בנמכר לגוי שקרובי האם אינם בכלל מצות גאולה. וכבר ביארנו במקומו קדושין ט"ז ב' שבית דין כופין את קרוביו לפדותו שלא יטמע בגוים, ואם לא פדוהו קרובים או שאין ידם משגת מצוה ביד כל ישראל לפדותו, ויראה שאף קרובי האם אין כופין אותם. ומכל מקום גדולי הרבנים פירשו כאן שקרובי האב קרובים יותר מקרובי האם והקרוב קרוב קודם, ונראה מדבריהם שאם אין קרובי האב או שאין ידם משגת כופין את קרובי האם, ולא נתברר לי".**

וכ"כ הקרן אורה שם על דברי רש"י (ד"ה 'רש"י בד"ה מה להלן מן האב'): "מדבריו ז"ל נראה דגם על קרובי האם איכא מצוה, אלא דקרובי האב קודמים, וכמו כל הקרוב קרוב קודם. ואין לזה הכרח, כיון דקרא מיירי במשפחת אב י"ל דמשפחת אם הרי הם כשאר כל אדם ואין כופין אותן, וצ"ע". וכן העיר הרש"ש על דברי רש"י, שלא ידוע מנין לו לרש"י חידוש זה.

עוד יש להקשות שבגמרא (יבמות נד, ב) למדו את דין דודתו מגאולת קרובים, שדודתו דווקא מן אחי אביו מן האב נאסרה ולא מן האם. ולדברי רש״י יש להקשות, מה בין דודו לענין ערוה, שהוא מן האב דווקא ולא מן האם, לדודו לענין גאולה, שהוא בין אחי אביו מן האב בין מן האם אלא שקרובי האב קודמין לקרובי האם.

הנצי״ב בהעמק דבר (במדבר ה, ח) כתב שאפשר שדברי רש״י לענין מצוה בלבד נאמרו ולא לענין חובה, וז״ל: ״ואם אין לאיש גואל - יותר היה ראוי לכתוב קרוב או יורש, אלא בא ללמדנו דדין גאולה תלוי בירושה, דאף על גב דבשניהם מבואר לשון משפחה, וידענו דדוקא משפחת אב קרויה משפחה ולא משפחת אם, מכל מקום עדיין לא ידענו אלא להקדים משפחת אב למשפחת אם, אבל לעקור משפחת אם לגמרי פליגי בב״ב דף קי״ד ב׳, ומבואר שם קראי למר ולמר, והכל בירושה, ולמדנו מהאי קרא דגאולה שוה לירושה למר ולמר [ואף על גב שבספר ויקרא כ״ה מ״ט הבאתי פירוש רש״י ביבמות שמצוה בגאולה גם קרובי האם אם אין לו קרובי האב, ובירושה אינו כן, אפשר לומר שאין זה אלא מצוה ולא חובה, וכן בירושה איתא בירושלמי שביעית סוף פרק י׳ והובא בר״ש שם, מי שמת ואין לו יורש אלא אמו לא יחזיר ואם החזיר רוח חכמים נוחה הימנו]״. אולם לא כך פירש המאירי את דברי רש״י.

בקובץ הערות (יבמות סימן כ אות ג) למד מדברי רש״י הללו שאין הכוונה שמשפחת אם אינה קרויה משפחה כלל, אלא שמשפחת האב קרובה ממשפחת האם, ״ועל כן משפחת אב קודמת משום דבגאולה הדין דהקרוב קרוב קודם״. לדבריו אין מושג חדש של ״משפחת אב״ אלא זהו דין קורבה בלבד, קרובי האב קרובים הם יותר מקרובי האם. מדבריו נראה שקרובי האב קודמים לקרובי האם, ורק אם לא נמצא קרובי האב חזר החיוב על קרובי האם, וכ״נ מדברי הרש״ש שם.

מציאות זו דחוקה היא, הכיצד לא ימצאו קרובי האב, אם לא בגר וכיו״ב. ועוד קשה שעולה מכאן שבן דוד מן האב בדרגה עשירית הוא יותר ״קרוב״ מאחיו מן האם, דבר שאינו מסתבר. וצ״ל שלדידו תלוי כל דין זה בשם ״משפחה״ בלבד ולא בשם ״קורבה״. עוד קשה מסוגיית הגמ׳ (בבא בתרא קט, ב) שלא יתכן לקרוא לאדם על שם משפחת אמו אפילו באופן לשוני, ולביאור הקובץ הערות אין בזה קושי שכן משפחה וקורבה חד הן. וכן קשה מלשון הגמרא (יבמות נד, ב) שאחות אם אין לה חייס, וביאר רש״י שמשפחת אם אינה קרויה משפחה. הרי שדין משפחת אֵם אומר שחייס האם לא קיים (לכה״פ כשיש אב), ודלא כקובץ הערות.

מתוך כך נראה לבאר דברי רש״י באופן אחר. לעיל התבאר שהסברא להטיל את חיוב הגאולה על הקרובים ממשפחת האב אינה ברורה, שכן האחריות על קרוביו של האדם אינה תלויה בייחוסו ופירשנו את דעת המאירי בשני אופנים. נראה שהסתבר לרש״י שמה שהוטל חיוב הגאולה על ״שאר בשרו ממשפחתו״ אינו משום שדין גאולה תלוי בייחוס, אלא משום שהייחוס קובע גם עדיפות לענין קורבה. דרך משל, אחים מן האב ומן האם קרובים הם מצד

האחוה באותה מדה, אך כיון שלאחים מן האב יש יחוס "משפחה" לכן הם "קרובים" יותר מאחים מן האם.

דין גאולה תלוי בקורבה בלבד, ומה שהוזכר בכתוב "משפחה" הוא ללמדנו שקרובים מן האב הם קרובים יותר. אך לו ימצא קרוב מן האם שהוא קרוב יותר, יהא חיובו קודם לקרוב מן האב. הסדר יהיה שאחים מן האב קודמים לאחים מן האם, אך אחים מן האם קודמים לבני אחים מן האב וכן על זה הדרך. כל שקרבתם שוה תהא עדיפות למשפחת אב, שהם קרובים יותר מכח זאת, אך כל שהקרוב מן האם מצד עצמו קרוב יותר, לא יועיל דין משפחת אב להקדימו.

אולם לענין ירושה הדין שבירושה "קם תחתיו" אינו סברא אנושית פשוטה, שאִם לא חודשה ירושה היא לא היתה קיימת מסברא, ולכן גם בגוי צריך לכך פסוק (עיין קידושין יז, ב). חידוש זה של ירושה תלוי הוא במה שהיורש קם תחת מורישו, וזה נכון רק בקרוב "ממשפחתו", כמבואר בפסוקי התורה, וכל שאינו בפרשת ירושה כלל אינו יורש, ומשפחת אם אינה קרויה משפחה.

לענין יוחסין ודאי שיש משמעות ליחוס האב, וזהו חידוש התורה "למשפחֹתם לבית אבֹתם", אם כי עדיין יש לדון אם מסברא יש משמעות גם ליחוס אם וכדלקמן.

כתב הרמב"ם (הלכות עבדים פרק ב הלכה ז): "קרוביו פודין אותו וקרוב קרוב קודם שנאמר 'או דודו או בן דודו יגאלנו'", ולא הזכיר את החילוק בין משפחת אב למשפחת אם. בקובץ הערות למד מדבריו שכלל אין דין של משפחת אם, אלא דין הקרוב קרוב קודם בלבד. הדברים נראים קשים להיאמר, שכן מדברי הקובץ הערות עולה שמדברי הרמב"ם נלמד מסברא שאחר שייתמו קרובי האב הידועים לנו נפנה לקרובי האם. לכן יותר נראה לומר שיש עדיפות לקרובי האב באותה דרגה על קרובי האם, וכך יש לדקדק מדברי השלחן ערוך (יורה דעה סימן רנא סעיף ג) וכפי שיתבאר באות י. מכל מקום אין מכאן ראיה לומר שאין דין משפחת אם, אלא שדין משפחת אב נותן עדיפות לקורבה השוה.

בתורת כהנים בהר (פרשה ו פרק ח) נדרש:

> **"מנין שאחיו מאביו קודם לאחיו מאמו, ת"ל 'אחד מאחיו יגאלנו'. דודו זה אחי אביו, בן דודו, זה בן אחי אביו, או משאר בשרו ממשפחתו, מלמד שהקרוב קרוב קודם".**

ההבנה הפשוטה היא שהכתוב "אחד מאחיו יגאלנו" מתייחס לאחים מן האב ומן האם כאחד משום ששניהם קרויים אחים, ולמדנו "אחד מאחיו" - המיוחד באחיו, שהוא אח מן אב. אמנם בהמשך הדברים בספרא: "ממשפחתו - מלמד שהקרוב קרוב קודם", והקשה הערוך לנר (יבמות נד, ב ד"ה 'אמר') מדוע יש צורך בכפילות זו - בשני מקורות בענין הקדמת משפחת

האב, וכתב ש"ממשפחתו" בא לחדש שלאחר בן דודו קרובי האב קודמים, וסדר חיוב הגאולה הוא – אחים מן האב קודמים לאחים מן האם, לאחריהם דודו ובן דודו שווים בין מן האב ובין מן האם, ולאחריהם שוב קודמים קרובי האב. אולם פירוש זה נסתר מדברי הגמרא ביבמות (שם), העיר זאת הערוך לנר על דברי עצמו ונותר בקושיה.

לענ"ד נראה שאם היה לפנינו הפסוק "ממשפחתו" בלבד היינו אומרים שיש לפטור לחלוטין את קרובי האם מגאולה, כשם שהוא בירושה, משום שמשפחת אם אינה קרויה משפחה, וכמו שכתב המאירי. אולם הפסוק "אחד מאחיו", שלימד שאחים מן האב קודמים, מגלה גם על קרא ד"משפחתו" שלא בא להוציא לחלוטין את קרובי האם. לענין ערות דודו תלוי הדבר ביחוס מן האב בלבד, ומשפחת אם אינה קרויה משפחה כשם שהוא בירושה, אך לענין חיוב גאולה שאינו תלוי ביחוס, הפסוק "ממשפחתו" בא ללמד שקרובי האב השווים בקורבתם לקרובי האם הם קרובים יותר, כיון שבנוסף לקורבתם הם גם "ממשפחתו". והוא ממש על הדרך שהתבאר לעיל אלא שלמדנו מן הכתובים.

מכל מקום, נמצינו למדים מדברי התורת כהנים דלא כרש"ש והקובץ הערות. וכן צ"ע לבאר דברי המאירי.

בהמשך למפורש בתורת כהנים שאחים מן האב קודמים לאחים מן האם, יש להוסיף ולסדר את סדר הקורבה כנ"ל: דודו מן האב קודם לדודו מן האם, בן דודו מן האב קודם לבן דודו מן האם, וכן על זה הדרך. ואף על פי כן לענין דודתו למדנו שהיא דוקא מן האב שהוא המפורש בפסוק בגאולת קרובים. ושוב ראיתי בפירוש ויקרא אברהם על התורת כהנים (לר' אברהם פלאג'י, דף קנה, ב) שכתב כן, שכוונת התורת כהנים שבאותה רמת קורבה קודמים קרובי האב לקרובי האם.

ביאור הדבר כפי שהובא לעיל. לגבי ירושה ויחוס משפחת אֵם אינה קרויה משפחה, ואין כאן דין קדימה בלבד. לעומת זאת, בדין גאולה שאינו נוגע ליחוס המשפחה, נלמד דין משפחת אב כדין קדימה בלבד, ולכן הועיל רק להעדפת הקרובים באותה מדרגה.

ט. משפחת אם כשאין משפחת אב

כתב הרשב"ם (בבא בתרא קח, א): "האיש נוחל את אמו – אבל לא מנחיל שהרי קרובי האב יורשין אותו, דמשפחת אם אינה קרויה משפחה". מלשון הרשב"ם שהקדים שקרובי האב יורשין אותו לכך שמשפחת אם אינה קרויה משפחה, נראה שאם אין לאדם משפחת אב משפחת האם קרויה משפחה, נפקא מינה למי שיש לו משפחת אם ולא משפחת אב, כגון אדם שאמו התגיירה כשהיא מעוברת ולידתו היתה בקדושה, ויורשים אותו בני משפחת אמו.

אמנם תוס' (בבא בתרא קיד, ב ד"ה 'אף') דנו בדעת ר' יהודה בר' שמעון הסובר שהאם

יורשת את בנה, והעמידו "בגיורת קאמר דיורשת את בנה ונפקא מינה שלא יהיו נכסיו הפקר", הרי שלמ"ד שהאם אינה יורשת את בנה, נכסי גר הפקר אף כשיש לו משפחת אם. וכ"כ תוספות (כתובות יא, א ד"ה 'מטבילין') שמעוברת שנתגיירה וילדה, הולד הוא בנה ויש לו אחין מן האם ולא מן האב ואינם יורשים אותו, וכן למד מדבריהם בתוספות רעק"א (בבא בתרא אות לז), וכ"פ הרמ"א (חושן משפט סימן רעו סעיף ד) בשם תרומת הדשן (סימן שנב) שאפילו מי שאין לו יורשי אב אין יורשים מן האם יורשים אותו.

כך גם עולה מדברי חז"ל בענין המקלל, שאביו היה מצרי ואמו משבט דן, ולא נתנוהו ליטע אהלו בתוך מחנה דן. עיין רש"י (ויקרא כד, י), ומקורו מויקרא רבה (לב, ה), תנחומא (אמור כד), ועוד מדרשים רבים על דרך זו. הרי שאף שלא היה לו אב לא היה משבט דן, כי משפחת אם אינה קרויה משפחה. וכ"כ הרמב"ן (ויקרא כד, י): "וטעם בן הישראלית ואיש הישראלי להורות כי העו"ג הבא על בת ישראל הולד אינו ישראלי, ואע"פ שפסקנו בגמרא דעו"ג הבא על בת ישראל הולד כשר בין בפנויה בין באשת איש, הרי אמרו מזהמין את הולד שהוא פגום לכהונה, וכל שכן שאינו ישראל בשמו לענין היחס בדגלים ובנחלת הארץ כי 'לשמות מטות אבֹתם' כתוב בהן". עיי"ש מה שהביא מהצרפתים. ועיין קובץ הערות (יבמות סימן כ אות ג) שהביא ראיה מדברי הרמב"ן הללו שמשפחת אם אינה קרויה משפחה גם כשאין משפחת אב.

הקובץ הערות שם הקשה על כך מרש"י (יבמות נד, ב ד"ה 'מה להלן'). קושיה זו היא לביאורו ברש"י שכוונתו שלאחר קרובי האב מחויבים קרובי האם, ולעיל ביארנו דברי רש"י באופן אחר וא"ש.

עוד הקשה הקובץ הערות שם מסוגיה דבכורות (מז, א): "אמר רב אדא בר אהבה לויה שילדה בנה פטור מה' סלעים... דאיעבר מעובד כוכבים ולא תימא אליבא דמאן דאמר אין מזהמין את הולד אלא אפילו למאן דאמר מזהמין את הולד לוי פסול מקרי". הרי לנו שהולד מתייחס אחר אמו, ואף ש"למשפחותם לבית אבֹתם" כתיב, כאשר אין משפחת אב אזלינן בתר משפחת אם.

לדידי לא קשה מידי, ושלושה ענינים הם:

א. גאולת קרובים וצדקה - תלויות בדין קורבה. באופן זה ודאי שלמשפחת אם יש ערך לענין הקורבה, אלא שעדיפה משפחת האב בשוים כמבואר לעיל.

ב. ירושה - חידוש הוא שחדשה תורה, וכל שאינו בפרשת ירושה אינו יורש כלל ומשפחת אם אינה קרויה משפחה.

ג. יוחסין - מסברא היינו הולכים אחר האם שיחסה לבן הוא טבעי, ואתא 'למשפחותם' להעדיף את האב על האם.

ולענין מגדף צ"ל שכיון שבמפקד לצורך נחלת הארץ איירי, בייחוס השבט נדון לפי דיני ירושה.

כל זה להבנת הקובץ הערות בגמ׳ בכורות, אך באמת יש שהבינו אחרת ולדבריהם אין הולד לוי. עיין חזון איש (אבן העזר סימן טו ס״ק יז), שו״ת שבט הלוי (ח״י סימן רכד), חוות יאיר (סימן רל), חידושי הגר״ח הלוי (איסורי ביאה פרק טו הלכה ט), אור לציון (ח״א יורה דעה סימן יט), קהילות יעקב (קידושין סימן מט), ועוד. לדרכם גם לענין יחוס כתיב ״למשפחותם לבית אבֹתם״, ואין אדם מתייחס אחר אמו כלל.

בקובץ הערות הביא מהגהות מיימוניות (הלכות עבדים פרק א אות א) שאף שגר אינו נקנה בעבד עברי משום דבעינן ״ושב אל משפחתו״, אם יש לו משפחת אם קרינן ביה ״ושב אל משפחתו״. אולם למה שהתבאר לעיל יש לומר שיחוס שאני, שבו אם אין משפחת אב אזלינן אחר משפחת אם. ולדרך הגר״ח יש לישב כמו שכתב האור שמח (הלכות עבדים שם), שדין זה נכון לשיטת ר׳ יהודה בר׳ שמעון הסובר שהאם יורשת את בנה, אך לדינא לא קי״ל כן.

כל האמור לעיל הוא לענין ירושה ויחוס התלויים בדין משפחה, אך לענין גאולת קרובים אין הדבר כך שדין זה תלוי בקורבה, ומה שנאמר בו ״ממשפחתו״ עניינו הוא שקרובו ממשפחתו קרוב יותר מקרובו גרידא, אך גם קרוב שאינו ממשפחתו הוא בכלל קרוביו של אדם.

י. משפחת אב בצדקה

כתב הבית יוסף (יורה דעה סימן רנא סעיף ג): ״תניא בספרי (פרשת ראה פיסקא סג) ׳אחיך׳ זה אחיך מאביך, ׳מאחד אחיך׳ זה אחיך מאמך, מלמד שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך״. ועיין בהגהות לטור השלם שם שבדפו״ר של הבית יוסף ליתא למילים ״זה אחיך מאמך״, וגירסת הגר״א בביאורו לספרי היא: ״׳אחיך׳ זה אחיך מאמך, כשהוא אומר ׳מאחד׳ זה אחיך מאביך, מלמד שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך״. גירסה זו מכוונת לדברי התורת כהנים שהובאו לעיל אות ח׳ בענין הקדמת אח מאב לאח מאם לגאולה.

כך נפסק להלכה בשלחן ערוך (שם סימן רנא סעיף ג): ״ואפילו אינו בנו ולא אביו אלא קרובו, צריך להקדימו לכל אדם. ואחיו מאביו קודם לאחיו מאמו״. וכ״פ הט״ז (ס״ק ב): ״בספרי איתא דאחיו מאב קודמין לאחיו מאם״, וכ״פ הש״ך (ס״ק ז) ועוד. והנה למה שהתבאר לעיל מדברי התורת כהנים בענין גאולת הנמכר לגוי, נראה שהסדר יהיה – אח מן האב קודם לאח מן האם, אח מן האם קודם לדוד מן האב וכו׳. ואכן כך פשטות דברי השלחן ערוך הנ״ל: ״ואפילו אינו בנו ולא אביו אלא קרובו צריך להקדימו לכל אדם, ואחיו מאביו קודם לאחיו מאמו״. נראה כמבואר שבדין צדקה אמרינן הקרוב קרוב קודם, ואין זה דין רק בקדימת אח מאב לאח מאם אלא בכל הקרובים באותה דרגה הקרוב מאב קודם לקרוב מאם, ודוחק לומר שקרובו היינו אחיו, שאם כך לא היה השלחן ערוך משנה בלשונו.

כך גם משמעות דברי הרמ״א, שעל דברי השלחן ערוך ״ואחיו מאביו קודם לאחיו מאמו, ועניי ביתו קודמין לעניי עירו, ועניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת״ הוסיף וכתב: ״פרנסת עצמו

קודמת לכל אדם, ואינו חייב לתת צדקה עד שיהיה לו פרנסתו, ואח״כ יקדים פרנסת אביו ואמו אם הם עניים, והם קודמים לפרנסת בניו. ואחר כך בניו, והם קודמים לאחיו, והם קודמין לשאר קרובים, והקרובים קודמים לשכיניו, ושכיניו לאנשי עירו, ואנשי עירו לעיר אחרת. והוא הדין אם היו שבוים וצריך לפדותן״. וכן כתב להדיא הלבוש (שם סעיף ג): ״שכן למדו רבותינו ז״ל (ספרי ראה סג) מקרא דכתיב (שמות כב, כד) ׳אם כסף תלוה את עמי את העני עמך׳, מאי ׳עמך׳, אלא העני שעמך הוא קודם, כלומר קרוב קרוב קודם. ועוד דרשו (ספרי שם) כתיב (דברים טו, ז) ׳לא תאמץ את לבבך מאחיך האביון׳, ׳אחיך׳ זה אחיך מאביך, ׳מאחיך׳ מלמד שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך. וכתיב ברישא דקרא ׳באחד שעריך׳, אנשי עירך קודם לאנשי עיר אחרת. ׳בארצך׳, יושבי ארץ ישראל קודמין ליושבי חו״ל. ויושבי חו״ל מניין, תלמוד לומר (שם) אשר ה׳ אלקיך נותן לך, לרבות כל מקום. לפיכך אמרו ז״ל סדר הצדקה הכי הוא, פרנסת עצמו קודמת לכל אדם ואינו חייב לתת צדקה עד שיהיו לו פרנסתו דכתיב (ויקרא כה, לו) ׳וחי אחיך עמך׳, מאי ׳עמך׳, חייך קודמין לחיי אחיך, אתה קודם לכל אדם. ואחר כך יקדים פרנסת אביו ואמו אם הם עניים והם קודמים לפרנסת בניו, ואחר כך בניו, והם קודמים לאחיו, ואחיו מאביו קודמים לאחיו מאמו, ואחיו מאמו קודמים לשאר קרובים״. ומבואר אם כן שאחיו מאמו קודמים לשאר קרובים מן האב.

אמנם יש להקשות שבתורת כהנים בענין גאולת קרובים נצרכו לשני פסוקים, אחד באחין מן האב והשני ממשפחתו שהיא משפחת אב, ולספרי יש פסוק אחד בלבד ומנא ליה שמוטל חיוב צדקה כלפי שאר קרובים. אך ישוב הדבר פשוט, דין צדקה הוא חיוב כלפי כל עניי ישראל (עיין רמב״ם הלכות מתנות עניים פרק ז הלכה א ושלחן ערוך יורה דעה סימן רמט סעיף א), ולכן משנלמד שאח מן האב קודם לאח מן האם, מסברא יש להמשיך דין קדימה זה לשאר קרוביו ולהקדימם לכל ישראל, לפי סדר הקרוב קרוב קודם. לעומת זאת, דין גאולה בקרובים אינו מדיני צדקה, אלא חיוב על הקרוב מצד עצמו. דין זה אינו פשוט מסברא, ואם היה כתוב רק באח היינו אומרים שאין הדוד חייב. ועיין עוד בשלחן ערוך (שם סימן רנב סעיף יב וברמ״א) לענין פדיון שבויים, גם שם נאמר ״קרוב קרוב קודם״, ונראה שהוא כצדקה.

אם כן, בדין צדקה סדר הקדימה הוא הקרוב קרוב קודם, ומסתבר שהסדר יהיה – אח מאב קודם לאח מאם, אח מאם קודם לדודו מאב, וכן על זה הדרך כפי שהתבאר בדעת רש״י בגאולת קרובים, וכמו שכתב בספר ויקרא אברהם על התורת כהנים (לר׳ אברהם פלאג׳י), הוב״ד לעיל.

הדין המוזכר בשלחן ערוך הוא לגבי מקבלי הצדקה, שחיובו של האדם הוא לתת צדקה לקרוביו לפי סדר קורבתם, אך כך יהיה גם כשמדובר בנותני הצדקה, שנכוף את הקרוב יותר לתת צדקה לעני שהוא קרובו קודם שנכוף את הקרוב פחות, וכך נכוף את האח מאב לתת קודם שנכוף את האח מאם, וכן נכוף את האדם לתת לאחיו מאביו קודם שנכופהו לתת לאחיו מאמו. כך מפורש בשלחן ערוך (שם סימן רנא סעיף ד) שכתב: ״כופין האב לזון בנו עני ואפילו

הוא גדול כופין אותו יותר משאר עשירים שבעיר". כאן נאמר הדין לגבי כפיית הקרוב יותר לזון ולא לגבי החיוב לזון את הקרוב יותר. על דברי השלחן ערוך הוסיף הרמ"א: "וכן שאר קרובים", ומבואר כנ"ל.

כ"כ עוד השלחן ערוך (שם סימן רנב סעיף יב):

"האב חייב לפדות את הבן אי איתי ליה לאב ולית ליה לבן", ועל דבריו הוסיף הרמ"א: "וה"ה קרוב אחר, קרוב קרוב קודם, דלא כל הימנו שיעשירו עצמם ויטילו קרוביהם על הצבור".

והנה הרמב"ם בהלכות מתנות עניים (פרק י הלכה טז) כתב:

"הנותן מזונות לבניו ולבנותיו הגדולים שאינו חייב במזונותיהן כדי ללמד הזכרים תורה ולהנהיג הבנות בדרך ישרה ולא יהיו מבוזות, וכן הנותן מזונות לאביו ולאמו הרי זה בכלל הצדקה, וצדקה גדולה היא שהקרוב קודם, וכל המאכיל ומשקה עניים ויתומים על שלחנו הרי זה קורא אל ה' ויענהו ומתענג שנאמר 'אז תקרא וה' יענה'"

הזכיר בסתמא שהקרוב קרוב קודם ולא הזכיר קרובים מן האם.

לדרכו של הקובץ הערות (יבמות סימן כ אות ג) מתפרש הרמב"ם שלאחר כל קרובי האב חל החיוב על קרובי האם, אך דו"ק שלשון השלחן ערוך (סימן רנא סעיף ג) היא לשון הרמב"ם כמעט מילה במילה, ועל דברי הרמב"ם הוסיף השלחן ערוך את דין הספרי: "ואחיו מאביו קודם לאחיו מאמו", וכן ציינו הט"ז (ס"ק ב) והש"ך (ס"ק ז) לדין הספרי. אם כן פשיטא להו למר"ן והחונים עליו שמודה הרמב"ם לסברא זו שאח מאב קודם לאח מאם וכן הלאה. וכ"כ בדרך אמונה (הלכות מתנות עניים פרק ז ס"ק צז): "וכל הקרוב יותר קודם ולכן אביו ואמו קודמין לכל [וע"ל פ"י הט"ז מתי מותר ליתן לאביו ואמו ממעות צדקה] ואח"כ בניו ובנותיו, והם קודמין לאחיו ואחותו מאביו, ואחיו מאביו קודם לאחיו מאמו, וכל הקודם בירושה קודם בצדקה". משהתברר שכך הדבר, נראה שזהו גם פירוש דברי הרמב"ם בהלכות עבדים (פרק ב הלכה ז) לענין גאולת קרובים, ודלא כקובץ הערות, עיין לעיל אות ח'.

והנה לגירסת הגר"א בספרי כל קורבה מתפרשת בין מן האב ובין מן האם, ולכן "'אחיך' זה אחיך מאמך", ואת הקדמת אח מאב לאח מאם למדנו מייתור. וכן לענין גאולת קרובים בתורת כהנים (בהר פ"ח): "מנין שאחיו מאביו קודם לאחיו מאמו ת"ל 'אחד מאחיו יגאלנו'", וגם כאן מתפרש אחיו - אפילו מן האם, מאחיו - מן האב. אמנם גירסת הספרי שלפנינו היא: "'אחיך' זה אחיך מאביך, כשהוא אומר 'מאחד אחיך' מלמד שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך", ולגירסה זו יש צורך לרבות שאח מאם הוא בכלל אח, אולם עיין מלבי"ם (דברים טו, ז) שהגיה בדברי הספרי כגירסת הגר"א.

והנה לגבי אבלות נראה בגמ׳ (מועד קטן כ, ב) שאבלות על אחיו מאמו היא מדברי סופרים, עיין רש״י (ד״ה ׳אחיו מאמו׳) שכתב: ״דקרא משמע מאביו שלא מאמו״, וכך פסק הרמב״ם (הלכות אבל פרק ב הלכה א). אך עיין תורת כהנים (אמור פרשתא א): ״יאמר ׳לאחיו ולאחותו׳, מה ת״ל ׳לבנו ולבתו׳, באחיו ובאחותו שאינו חייב בהם מצות הרי הוא מטמא להם בנו ובתו שהוא חייב בהם מצות אינו דין שיהא מטמא להם, אילו כן הייתי אומר ׳לאחיו לאחותו׳ יכול לאחיו ולאחותו מאמו, ת״ל ׳לבנו ולבתו׳ מה בנו ובתו שהוא יורשו אף אחיו ואחותו שהוא יורשו, יצאו אחיו ואחותו מאמו שאינו יורשו״, והרי לנו שסתם אחווה היא בין מן האב ובין מן האם, ורק משום ההשוואה לירושה נשתנה הדין. וכך הוא גם ביבום (יבמות יז, ב): ״׳יחדו׳ – מיוחדים בנחלה, פרט לאחיו מן האם״.

ולענין עדות, עיין בגמרא סנהדרין (כז, ב) למשנה ראשונה שדין פסול עדות תלוי בירושה, ועי׳ בפיה״מ לרמב״ם (שם) שהוא כך גם להלכה. גם שם הוצאנו את האח מן האם רק משום התלות בירושה, וצ״ל שהוא משום שבקרא נאמר ״אבות ובנים״ ולא אחים, וידועים הדברים בשיטת הרמב״ם ואכמ״ל.

בשו״ת גבעת פנחס (לבעל ההפלאה, סימן סד) נשאל על ידי הדיין מה״ו געטשליק כהן:

> **״אם אחיו קודם לאחותו כיון דלענין ירושה אין לאחותו במקום אח כלום״. השאלה עוסקת בדין קדימה שלא נזכר בפוסקים להדיא, והוא קדימת האח לאחות. האם נאמר שכשם שאח קודם לאחות לענין ירושה ה״ה לענין צדקה. והשיב שם: ״נראה פשוט דלא דמי לירושה כלל, דהתם כתיב ׳הקרוב אליו ממשפחתו׳, ומשפחת האב קרוי משפחה להוריש לבניו, אבל לענין צדקה בשאר בשר תלה הכתוב״.**

החילוק העולה מדבריו הוא שלענין ירושה משפחת אב קרויה משפחה ויסוד הדין אינו הקורבה, ולכן במקום אח אין לאחות כלום. יש להעיר על דבריו שקדימת האח לאחות אינה משום שאחות אינה בכלל משפחת אב, אלא בגלל סדר הקורבה, כמבואר בגמ׳ בבא בתרא (קי, ב), וכן מבואר בתוס׳ (שם ד״ה ׳האיש׳), וצ״ב. אך מ״מ עיקר דבריו הם שאין ללמוד מירושה לצדקה, משום שצדקה ״בשאר בשר תלה הכתוב דכתיב ׳ומבשרך אל תתעלם׳, ובדבר זה אין חילוק בין אח לאחותו כדמצינו בקרא ׳ויאכל חצי בשרו׳״. וביאור דבריו, קורבת האח והאחות שוה, ולכן לענין צדקה אין להקדים את האח לאחות. וגם בדברים אלו יש לדון, וכאן רק נציין לדברי רבנו יונה (בבא בתרא קט, א ד״ה ׳ומהדרינן׳) והמאירי (בבא בתרא קח, ב ד״ה ׳יש דברים׳), שם נראה כדברי הגבעת פנחס שקורבת הבן והבת שוה היא ואין כאן אלא דין קדימה לירושה.

הדרן לענייננו, נראה שאין כוונת הגבעת פנחס לומר שאין דיני קדימה בצדקה, שוודאי מודה לדברי הפוסקים דלעיל, אלא שבא לחדש שקורבת אח ואחות שוה היא. אך בהמשך

דבריו כתב: "תדע דהא ביורה דעה (סימן רנא) והיא מספרי דאחיו מאביו קודם לאחיו מאמו, משמע דוקא אחיו ולא בן אחיו עד סוף כל הדורות אע"ג דהם בני ירושה", ומפשטות לשונו נראה שכונתו לומר שדווקא אחיו מאב קודם לאח מאם ואין קדימה זו של קרובי האב בשאר קרובים, ואם כן אין הדבר חוזר למה שרצה להביא ראיה לדבריו. לכן נראה שכוונת הגבעת פנחס להוכיח שאח מאם קודם לבן אח מאב וכן על זה הדרך, ולמד מכאן שלא אמרינן לענין צדקה משפחת אם אינה קרויה משפחה ואין לדמותו לירושה. וכך הבין בדבריו גם בספר מנחת אברהם (ח"ג סימן ה אות א).

אם כן, אף על פי שמשפחת האם קרויה משפחה, קרובים מן האב קודמים לקרובים מן האם באותה דרגה, ולכן אחים מן האב קודמים לאחים מן האם, וזה כמו שבארנו לעיל שלענין צדקה תלוי החיוב בקורבה בלבד, ובקורבה אין לחלק בין קרובים מן האב לקרובים מן האם. על אף זאת בקרובים מדרגה שוה יהא הקרוב מן האב שמתייחס לקרובו קרוב טפי, בגלל הייחוס השוה. כ"כ בשו"ת חתם סופר (חושן משפט סימן קיב): "דהרי איתא בספרי פ' ראה 'מאחד אחיך' זה אחיך מאביך 'מאחד' לרבות אחיך מאמך, ומייתי ליה סמ"ק ומרדכי ריש ב"ב והרב"י בי"ד ס' רנ"א, ומכאן פסק שם בש"ע סע' ג' דאחיו מאביו קודמים לאחיו מאם, דאחיו מאמו אתיין רק מיתורא, אבל מ"מ חייב לפרנס שניהם אלא שמקדימין לקרובי אב". הנה למד החתם סופר שכשם שאחיו מאביו קודם לאחיו מאמו ה"ה בשאר קרובי האב שקודמים לקרובי האם מאותה דרגה.

בשו"ת חוט השני (סימן ח) דן בשאלה שנשאל ממוהר"ר גויטשלק מי מחויב לזון את בניו של מומר, אבי אמם או אחי אביהם. שאלה זו אינה כנדון הפוסקים לעיל שדנו בחיוב אדם לזון קרוביו מאב קודם לקרוביו מאם ומכל מקום היסוד דומה. ושם הביא דברי מוהר"ר גויטשלק שפסק שהחיוב מוטל על אחי אביהם והסכים אתו, וכתב שטעם הדבר הוא משום שחיוב המזונות תלוי בירושה. אולם גם הוסיף שם: "ומ"מ גם אבי האשה לא ינקה לגמרי, שאעפ"י שהחיוב מוטל יותר על היורשים, מ"מ אינו חיוב גמור כמו חיוב האב לזון את בניו כשהן קטנים שהוא מחויב לזונם בכל מאמצי כוחו והקרובים אחרים כולם פטורים, ואפילו בחיוב מזונות בנים הקטנים אינו, דהתם גוערין בו ומכלימין אותו אפילו אם אינו אמוד וכדאיתא בגמ', אבל אחר שאינו רוצה לזון קרוביו אף על פי שהוא קרוב יותר מזולתו וכו' אין מכלימין אותו אם אינו אמוד, ולכן אין החיוב מוטל אלא מדין שהוא נחשב קרוב יותר וראוי להוציא ממנו צדקה יותר מזולתו, והדבר תלוי ברשות הדיין להעריך עושר שניהם, גם טיפול שניהם וכו', גם ראוי להעריך קורבת הדוד יותר מקורבת אבי האם מאחר שהוא יורש וכדכתיבנא, והדברים ברורים בעיני".

דברי חוט השני הובאו גם בגיליון מהרש"א (יורה דעה סימן רנא סעיף ג) ובפתחי תשובה (אבן העזר סימן עא ס"ק א), והם צ"ב. מחד כתב שחיוב הצדקה מוטל על היורש, ומאידך כתב שגם מי שאינו יורש מחויב. והרי אם החיוב מוטל על היורשים בלבד אין להטיל חיוב זה כלל

על אבי האם, ואם גם מי שאינו יורש מחויב החיוב מוטל על הקרובים וגם קרובים מן האם בכלל, ואם כן מסתבר שאבי האם קרוב יותר.

ביאור דברי שו"ת חוט השני נראה כך. את יסודו למד מסוגיית הגמרא (יבמות מב, א-ב) לענין מינקת, שם מבואר שאין לאדם איסור לשאת מינקת עצמו אף על פי שאם תתעבר יפסק חלבה משום שאם תתעבר "ממסמסא ליה בבצים וחלב". על כך הקשתה הגמרא שאם כך גם אם תתאלמן ותנשא לאחר ויפסק חלבה יהיו לולד ביצים וחלב, משום שהאם "תתבעיניה ליורשים".

על דברי הגמרא הללו התקשה בחוט השני יורשים מאן דכר שמייהו, וכי יורשי האב יורשים גם את בנו הקטן, ואם כוונת הגמרא ליתבעינהו מיורשים ויזונו את הקטן בחלק ירושתו שלו, מה להם ולירושתו. לכן פירש בשו"ת חוט השני: "ענין המזונות תולי' יותר בירושה, ויש לי ראיה ברורה על זה מדאמרינן בפ' החולץ דקאמר דידה נמי ממסמסא בביצים וחלב, לא יהיב לה בעל, וליתבעיניה ליורשי', אמר אביי אשה בושה לבא לב"ד והורגת את בנה. ומדפריך וליתבעיני' ליורשי' ולא קאמר לקרובי' ש"מ דהיורשי' הם מחויבים לזונו והיינו יורשי אבי התינוק שהם יורשי' גם את התינוק".

וצ"ב האם כוונת חוט השני היא שיש חיוב מזונות חדש המוטל על היורשים, ואין חיוב זה מדין צדקה.

בהמשך דבריו נראה שלא כך, שכן כתב להדיא שחיוב זה מדין צדקה הוא, וז"ל: "אחר שאינו רוצה לזון קרוביו אף על פי שהוא קרוב יותר מזולתו וגם הוא יורש ודאי אין מכלימין אותו אם אינו אמיד, ולכן אין החיוב מוטל אלא מדין שהוא נחשב קרוב יותר וראוי להוציא ממנו צדקה יותר מזולתו". יתר על כן, כתב החוט שני שחיוב המזונות מוטל גם על הקרובים מן האם, וז"ל: "ומ"מ גם אבי האשה לא ינקה לגמרי, שאע"פ שהחיוב מוטל יותר על היורשים מ"מ אינו חיוב גמור כמו חיוב האב לזון את בניו כשהם קטנים שהוא מחויב לזונם בכל מאמצי כוחו והקרובים אחרים כולם פטורים". ואם כן יש לשאול כיצד נפרנס את שלוש ההנחות של חוט השני - שהיורשים חייבים, שחיוב זה הוא מדין צדקה, ושבחיוב זה אחי האב קודם לאבי האם.

נראה לבאר כך, בנדון דחוט השני מדובר שהמיר אביהם והריהו כגוי שאינו יורש [כך נראה מגוף דברי החוט השני, ע"ע שלחן ערוך חושן משפט סימן רפג סעיף ב בענין זה ואכ"מ]. היתומים הללו יורשים אלו את אלו, אך אם ימותו כולם היורש הראשון הוא אחי אביהם, ולכן יש להטיל עליו את חיוב הצדקה ראשון ורק לאחר מכן להמשיך בסדר הקורבה. בזה א"ש מה שלא דיבר החוט השני על כלל יורשיו של העני אלא על היורש הראשון, וכללו הוא שאין להטיל את חיוב הצדקה על הקרוב יותר כאשר יש יורש ראשון שעתיד לירש אם ימותו אלו.

נראה שזהו דיוקו של החוט השני מהסוגיה (יבמות מב, ב) שם תלו את חיוב המזונות ביורשים והכוונה שמי שיורש את אביהם הוא המחויב ראשון, וכמו שכתב: "היורשים הם

מחוייבים לזונו והיינו יורשי אבי התינוק שהם יורשים גם את התינוק". 'יורשי התינוק' הם המחויבים ראשונה, ולאחריהם הקרובים לפי הסדר לקרובים מן האם בכלל. נפקא מינה לענין קדימת האם לאבי האב, וכפי שיתבאר לקמן.

מכל מקום נראה כמבואר מדברי חוט השני שאם היה הנדון אם אבי האב או אבי האם קודם פשיטא שהיה מחייב את אבי האב תחילה, ולאחריו את אבי האם אף אם יש אחים לאב כי באופן זה אחי האב אינם יורשים. ועיין בדרך אמונה (הלכות מתנות עניים פרק ז ציון הלכה ס"ק ריח) שהביא דברי חוט השני וכתב עליו: "ונראה דהוא בקרובים שוין דאל"כ בן בן אחי אבי אביו קודם לאחיו מאמו". קושייתו נאמנה מאד וכפי שהתבאר לעיל, אך לא ביאר את דברי חוט השני עצמם שכתב שאחי האב קודם לאבי האם אף שאבי האם קרוב יותר. לענין דינא מבואר מדברי הדרך אמונה שהבין דברי חוט השני כהבנתנו לעיל, שעדיפות משפחת אב היא רק בקרובים שוים, וכפי שעולה מדברי השלחן ערוך וש"פ.

אם כן, מחלוקת יש בין הגבעת פנחס לחוט השני. לדעת הגבעת פנחס חיוב צדקה אינו תלוי כלל בירושה אלא בקורבה, ולדעת חוט השני החיוב מוטל יותר על היורשים.

והנה ראיתי עוד בשו"ת כרם חמר (ח"א יורה דעה סימן לב) שדן בשאלה זו אם יש להקדים לחייב בצדקה את אבי האם או את אחי האב, וכתב שדודם אחי אביהם קודם, אולם בסוף דבריו סיים: "ועל כן הדעת נותנת להקדים קרובים מן האב הראויים לירש קודם זקנם אבי אמם אם יש עדים דיכיל למיקם בסיפוקייהו, אבל אי לא יכיל וכו' אזי יחזור הדבר אל זקנם אבי אמם ואומרים עליך מצוה זו כיון דגם אתה קרוב מיקרי". פשטות לשונו נראית שיש להקדים את כל הקרובים מן האב לזקנם אבי אמם, וצ"ב שאין לך אדם מישראל שאין לו יורשים מן האב עד יעקב אבינו, כל שלא התגייר מי מאבותיו. וצ"ל שהחיוב מוטל על הקרובים שלפנינו, ולאחר הגביה מקרובים מן האב שלפנינו גובים מהקרובים מן האם שלפנינו.

בהמשך דבריו הביא את דברי המהריק"ש בערך לחם (יורה דעה סימן רנא): "דלאו דוקא אב לבן עני חייב לפרנסו אלא תחילה האב קודם ואי לא יכיל למיקם הקרוב מצד אביו הראוי לירש קודם ואם לא יכול אזי הולכים אל קרובי האם". ושמא יש לדחוק בדבריו כמ"ש בדעת חוט השני, שיש להקדים את הקרוב היורש, אך כד דייקינן זה אינו שדבריו הם כשהאב חי, ועל זה כתב שהולכים אל האב, ואם לא יכול למיקם בסיפוקייהו הקרוב מצד אביו קודם, ואם לא יכול הולכים אל קרובי האם. ושמא לדידו כיון שחיוב הצדקה ביסודו מוטל על האב אם נפטר האב הולכים ראשונה לקרובו הראוי לירש ואחרי כן לאבי האם, וזה על דרך חוט השני אך לא כדבריו. ואולי דברי הכרם חמר הם הם דברי החוט השני, ולכן כתב שאחי האב קודמים לאבי האם, וצ"ב.

והנה המהריק"ש (יורה דעה סימן רנא) שדבריו הובאו בכרם חמר לא כתב אלא "דה"ה לשאר קרובים הקרוב קרוב קודם", וניתן לפרשו כמ"ש החתם סופר והגבעת פנחס שהובאו לעיל, והכרם חמר מסברא דנפשיה ביאר בדבריו כנ"ל.

ובשו״ת מהרשד״ם (אבן העזר סוף סימן קפא) כתב: ״גם אני אומר שמה שטוען למך שתתן אם הבנות כיון שהיא אמודה בנכסים, גם בזה אני אומר שהבל יפצה פיו למך, כי לא מצינו חיוב להן בענין זה כלל אפי׳ בתורת צדקה כל זמן שיש לבת קרובים מן האב וכמ״ש פעם אחרת דאם אין לבת קרוב אמוד בנכסים לעשות עמהן חסד, אמה אף על פי שהיא כנכרית בעלמא לפי שהתורה אמרה ׳דודו או בן דודו יגאלנו׳ כו׳״. ומבואר בדבריו שאין חיוב צדקה מוטל כלל על משפחת האם, וזה כמ״ש המאירי יבמות בענין חיוב גאולת קרובים. וצ״ב כיצד יפרנס את דברי הספרי שהובאו לעיל ופסקם מר״ן השלחן ערוך ושאר פוסקים.

ועי׳ בשו״ת מהרשד״ם (אבן העזר סימן קצג) שם הביא דברי הספרי הללו, וז״ל: ״שאלה: ראובן שנפטר אחיו שמעון ועזב את אשתו הרה ללדת ואחר כמה ימים ילדה בן וטוענת נגד ראובן שיקח הילד ויתנהו להניקו להוצאותיו ושואל ראובן אם הוא חייב לפרוע שכר הנקת הילד או לא ואם לפי הדין עליו מוטל לשלם שכר ההנקה אם הוא מחוייב ליתנו לאמו להניקו ולא לזולת עם השכר שיתן למניקה אחרת, יורנו רבינו הדין דין אמת. תשובה: אין ספק שהאלמנה אינה חייבת להניק בנה בחנם, וכבר נפל קצת מחלוקת פה שאלוניקי בדין זה ועלתה ההסכמה שאינה חייבת להניק אלא בשכר, אך נר׳ שבנדון זה אין ליתום נכסים כדי שיפרעו לה מהם ואם כן היה נר׳ שגבאי הצדקה יש להם לשלם ההנקה כיון שאין לו אב ולא נכסים, אך אמנם כיון שיש לתנוק אח אביו וקרא אמר ׳או דודו או בן דודו יגאלנו׳ הקרוב יותר חייב להשגיח, כמו שאם היו ליתום נכסים הקרוב קרוב קודם לירושה כך הקרוב קרוב קודם לפדותו, וכתב הרשב״א בתשובה דכופין את האב לזון בנו עני ואפי׳ הוא גדול כופין אותו יותר משאר עשירים כו׳ עי״ש, ואין לומר דוקא אב לא שאר קרובים דודאי ה״ה נמי לשאר קרובים הקרוב קרוב קודם יותר, דתניא בספרי ׳אחיך׳ זה אחיך מאביך שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך אם כן אח מאב קודם וכן בשאר, וכן במרדכי ז״ל על ההיא דקאמר בגמרא שאני אומר כל הנופל אינו נופל על הגבאי תחלה ופי׳ אינו מוטל על הגבאי לפרנסו אלא הקרובים מחוייבים לפרנסו ועליהם מוטל עשה ד׳וחי אחיך עמך׳ כו׳ ע״כ. שמעינן דעני שיש לו קרובים עשירים שיכולים לפרנסו אין גבאי העיר חייבים לפרנסו אף על גב דקרוביו נותנים בכיס״.

וצ״ל שס״ל שחידוש הספרי הוא שלאחר קרובי האב מחויבים קרובי האם, וכפי שנראה מלשונו בסימן קפא, וכמו שכתב המאירי (יבמות נד, ב) בדעת רש״י, וז״ל: ״ומכל מקום גדולי הרבנים פירשו כאן שקרובי האב קרובים יותר מקרובי האם והקרוב קרוב קודם. ונראה מדבריהם שאם אין קרובי האב או שאין ידם משגת כופין את קרובי האם, ולא נתברר לי״.

כאמור לעיל, בשלחן ערוך והחונים עליו מבואר שאח מאם קודם לשאר קרובי האב, ונראים דבריהם שלא כמהרשד״ם. וע״ע בשו״ת חיים ושלום (ח״ב אבן העזר סימן יד) שנקט בפשטות כמהרשד״ם, וצ״ב.

בשו״ת ויקרא אברהם (למהר״א אדאדי, אבן העזר סימן יז) כתב: ״אבל בענין הפרנסה, הקרוב בירושה יותר מוטל עליו לפרנסו, כמ״ש מהרשד״ם א״ה סי׳ קצ״ג ומייתי מהספרי

'אחיך' זה אחיך מאביך שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך יעו"ש, וכ"כ מהרי"א סימן שע"ב, רמזם כנה"ג י"ד סי' רנ"א הגה"ט, וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' קמ"ז, אם לא שהוא גברא אלמא ואין בידינו לכופו שאז מחוייבים הקהל לפרנסו, וכ"כ בח"ב סימן קכ"ט, וכ"כ הרב ערה"ש א"ה ממהרי"ו, וכ"כ בס' חוט השני סי' ח' הביאו הרב חינוך ב"י סי' ק"ט מש"ס ערוך בפרק החולץ ותתבעינהו ליורשים וכו', וה"נ באביו". מה שציין לדברי מהרשד"ם הדברים אמת, אך אין גילוי בדברי הכנה"ג דס"ל כוותיה. ומה שציין לדברי מהרי"א כוונתו לשו"ת דברי ריבות (סימן שעב), אולם אפשר ששם פטר האם דווקא משום שאין לה. ומה שהביא משו"ת הרדב"ז (ח"ד סימן קמז) לא כתב שם שתלוי בירושה, ומה שציין לח"ב סימן קכט לא מצאתי לע"ע. גם מה שציין לחוט השני, נראה שבדברי חוט השני מבואר לא כך, כמו שכתבנו לעיל. ומה שציין לערך השלחן הוא באבן העזר סימן עא (אות ב), עיי"ש שיש לפרשו על דרך מה שכתב בשו"ת חוט השני.

והנה מה שהביא משו"ת חינוך בית יהודה (סימן קט) אינו מוכרח לענ"ד, וז"ל החינוך בית יהודה: "על דבר היתומים גדולים וקטנים שהניח ראובן, ונתאמצו לפני בדין, אחי המת טוענים שיבאו חתני המת לעזרתם לסייע בפרנסת ומזונות היתומים וצרכיהם, והעריכו טענותיהם איך שהחיוב לגדל היתומים מוטל עליהם שהם יורשים מזכות שטר חצי חלק זכר שבידם, וגם אם לא הי' מניח המת בנים זכרים היו הם קודמים לירש. ועוד טענות כיוצא באלו. וחתני המת טענו שאינם חייבים כלום אלא הדבר מוטל על אחי המת לבד, ואמרו דונו דיני אם אנו מחוייבים לפי הדין ואין אנחנו חפצים בפשר כלל. תשובה: הנה מצאתי שתי תשובות בדבר, חדא אל הגאון מהר"ר געטשלק ז"ל שהיה אב"ד במדינות שוואבן היה מרא דאתרין בכתב, ועוד אחת בדפוס בחוט השני סי' ח' אל הגאון מהר"ר ישעיה בעל של"ה. ומדברי שניהם למדנו שבנדון כזה הולכין אחר מי שראוי לירש, וכל א' מהגאונים הנ"ל האריך בראיות ברורות וסברות ישרות נכונות למבין. והנה בנדון דידן הבנות קודמות לאחי האב לירש, ואפי' במקום בנים זכרים כנ"ד הא כבר יש לכל א' שטר חצי חלק זכר. האמנם אם הבנות רוצים לעשות סיוע לשאר יתומים אחיהם הנ"ל, והוא הדבר המצטרך לטובות היתומים, מה טוב ומה נעים שאלו יזכו לגדל היתומים ואלו יתעסקו לגדל יתומים אחרים, ומבין כולם יתגדלו היתומים, והוא הדרך הישר והטוב בעיני אלקים ואדם, אם לא שנגמר תנאי מה מזה בשעת הפשר הנ"ל והוא נעלם ממני יעשו כפירושם". בנדון זה מדובר ביורש הראשון וכנ"ל.

נמצאנו למדים:

לדעת הלבוש (יורה דעה סימן רנא סעיף ג), הגבעת פנחס (סימן סד) והחתם סופר (חושן משפט סימן קב) - חיוב צדקה אינו תלוי בדין משפחת אב אלא בדין קורבה. כאשר הקורבה שוה, הקרוב מן האב קרוב יותר ויש להקדימו לקרוב מן האם. לדרך זו בפשטות כופין את אבי האם לזון את נכדיו קודם שכופין את אחי האב. ובפשטות האם עצמה קודמת לאבי האב.

לדעת החוט השני – חיוב צדקה מוטל יותר על היורשים, אך גם קרובים מן האם מחויבים בו. לכן קודם אחי האב לאבי האם וכופין אותו לזון את יתומי אחיו קודם שכופין את אבי האם. לא התבאר להדיא בדעת חוט השני מה הוא הסדר לאחר מכן.

פשטות השלחן ערוך (יורה דעה סימן רנא סעיפים ג-ד) היא שאח מן האם קודם לדוד מן האב, לכן יש לפרש דברי חוט השני שסובר שהראשון שיכופו לזון צריך להיות הקרוב מן האב ואחר כך יכופו שאר קרובים לפי הסדר, או שדבריו דוקא ביתומים שחייב לזונם מי שיורשם ואחריו שאר קרובים לפי הסדר. ומכל מקום בדרך אמונה הבין בדבריו שרק בקרובים שווים יש להקדים קרובים מן האב לקרובים מן האם. אפשר שזו גם שיטת הכרם חמר. וקרובים הדברים לדברי הגבעת פנחס.

לדעת המהרשד"ם – כל קרובים מן האב קודמים לקרובים מן האם, ופשטות השלחן ערוך אינה נראית כך. אולם בשו"ת חיים ושלום (ח"ב אבן העזר סימן יד) נקט כדעת מהרשד"ם, וכ"כ בשו"ת ויקרא אברהם (אבן העזר סימן יז) וכן נראית פשטות דברי הכרם חמר (ח"א יורה דעה סימן לב), וצ"ב.

יא. חיוב האם במזונות ילדים מדין צדקה

כתב הרמב"ם (הלכות מתנות עניים פרק ז הלכה א):

> **"מצות עשה ליתן צדקה לעניים כפי מה שראוי לעני אם היתה יד הנותן משגת, שנאמר 'פתוח תפתח את ידך לו' ונאמר 'והחזקת בו גר ותושב וחי עמך' ונאמר 'וחי אחיך עמך'".**

מצות הצדקה אינה מצות עשה שהזמן גרמא וכן יש איתה שני לאוין ולכן אשה חייבת בה. כ"כ בספר החינוך (מצוה תעט) שמצות הצדקה "נוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים ונקבות", וכך עולה גם מדברי הטור יורה דעה שפתח דבריו (סימן רמח): "כל אדם חייב ליתן צדקה, אפי' עני המתפרנס מן הצדקה חייב ליתן ממה שיתנו לו, ומי שאינו רוצה ליתן או נותן פחות משראוי לו ליתן היו ב"ד כופין אותו עד שיתן מה שאמדוהו ליתן ויורדין לנכסיו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן וממשכנין עליה". הלשון "כל אדם" הועתקה גם בשלחן ערוך (שם), ונראה שלשון זו כוללת אשה שכל דיני צדקה נוהגין בה.

כ"כ בשו"ת מהר"ם מינץ (סימן ז):

> **"וגם נ"ל אם היתה אחותה בעלת צדקה, ורצתה ליתן לקרוביה דבר נכון לפי עושרה כדרך נשים עשירות, שלא היה בעלה מצי למחות בידה. כדתני פ' המדיר את אשתו שלא תלך לבית האבל או לבית המשתה, יוציא ויתן כתובה, מפני שנעל בפניה. ואמרי' בגמרא, אמר רב הונא המדיר את אשתו שלא תשאל ולא תשאיל**

נפה וכברה, יוציא ויתן כתובה כו', מפני שמשיאה שם רע כו'. א"כ ש"מ כל מה שדרך נשים לעשות, אפילו מידי דאית ביה חסרון כיס, לא מצי הבעל למחות בידה, ה"נ ל"ש. וכ"ש, מה לדבר הרשות אינו יכול למחות בידה, מכ"ש ליתן צדקה דהוא מצוה רבה".

ופשוט היה לו שאשה חייבת בצדקה.

במעשה רקח על הרמב"ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יח) הביא ראיה מגמרא (קידושין ח, ב): "התקדשי לי בככר תנהו לעני אינה מקודשת אפילו עני הסמוך עלה, מאי טעמא אמרה ליה כי היכי דמחייבנא ביה אנא הכי מחייבת ביה את", והרי לנו שאשה חייבת במצות צדקה.

יתר על כן כתב המאירי שם: "אפילו היה עני סמוך עליה או רץ אחריה לבקש ממנה שאף היא אומרת אף אתה חייב במזונותיו כמוני אף על פי שאני קודמת בחיובו מצד ענייך קודמין". ואם כן לא זו בלבד שאשה חייבת בצדקה אלא שיש בה דין עניי עירך קודמים. מדברי המאירי הללו למד מו"ר הגר"א שפירא זצ"ל בספר מנחת אברהם (ח"א סימן ה) שיש דין הקרוב קרוב קודם גם לגבי אשה. לדין זה יש להביא ראיה מלשון הגמרא: "עני סמוך עליה", ופירש הטור (אבן העזר סימן ל סעיף י) "התקדשי לי בככר זה תנהו לפלוני עני אינה מקודשת אפילו בעני המוטל עליה לפרנסו". הנה מבואר שיש עני המוטל על אשה לפרנסו, ובפשטות הכוונה לעני קרוב וכמ"ש בספר מנחת אברהם הנ"ל.

אולם אם כך קשה כיצד יכולה האשה להשתמט מחיובה ולומר "כי היכי דמחייבנא ביה אנא הכי מחייבת ביה את", והעיר על זה בספר מחנה אפרים (הלכות צדקה סימן א), וז"ל: "וראיתי להטור בא"ה סי' כ"ט שפירש דעני הסמוך לה דקאמר ר"ל שמוטל עלי' לפרנסו ע"כ, משמע דמיירי כשהעני היה קרוב לה דעליה רמי לפרנסו משום דהוא קודם לכל אדם ואפילו הכי מצית אמ"ל כי היכי דמחייבנא אנא את נמי מחוייב לפרנסו. וזה שלא כדעת המרדכי שכתב בפ"ק דב"ב דעני שיש לו קרוב עשיר אין אחרים מחוייבים לפרנסו ואפי' נותן אותו קרוב בכיס של צדקה יע"ש". ועיין באוצר הפוסקים (סימן ל ס"ק כח אות א) שהביאו מהיד שאול שלא מדובר בקרוב אלא בעני שבפועל היה סמוך עליה. וכעין קושיית המחנה אפרים יש להקשות ע"ד המאירי וי"ל.

פשטות דברי הטור, השלחן ערוך והפוסקים הנ"ל היא שכל דיני צדקה נוהגים באשה, ובכלל זאת לזון את העניים די מחסורם. ע"ע במעשה רקח (שם) שהביא מקורות לחיוב אשה בצדקה מסוגיות נוספות.

אולם כפי שבארנו לעיל, חיוב הצדקה בפועל מוטל על הקרוב יותר, ואח מן האב קודם לאח מן האם, כמ"ש בשלחן ערוך (יורה דעה סימן רנא סעיף ג): "ואפילו אינו בנו ולא אביו אלא קרובו צריך להקדימו לכל אדם, ואחיו מאביו קודם לאחיו מאמו". הרי לנו שכופין אדם לתת צדקה לאחיו מאביו קודם לאחיו מאמו, וכן אם יש לאדם שני אחים אחד מאב ואחד מאם כופין את האח מאב קודם. ולעיל הבאנו מקורות נוספים בענין זה.

נראה שכשם שהדבר נכון לגבי אחים כך הוא באב ואם, ואף שקורבתם מצד עצמה שוה יש לאב מעלת "משפחת אב" משום שייחוס הבן נקבע לפי אביו, ולכן יש להגדירו כקרוב יותר וכפי שהתבאר לעיל.

הדברים מפורשים בגמרא (בבא בתרא קט, ב) לענין ירושה: "וממאי ד'שארו' זה האב דכתיב 'שאר אביך הוא', אימא שארו זו האם דכתיב 'שאר אמך היא', אמר רבא אמר קרא 'ממשפחתו וירש אותה', משפחת אב קרויה משפחה אם אינה קרויה משפחה דכתיב 'למשפחותם לבית אבותם'". הטעם המוזכר בגמרא נפסק להלכה בטור חושן משפט (סימן רעו סעיף ד), וכ"פ בשלחן ערוך (חושן משפט סימן רעו סעיף ד): "משפחת האם אינה קרויה משפחה, שאין האם יורשת את בנה ולא את בתה. ואחין מאם ולא מאב אין יורשים זה את זה, אלא כל אחד משפחת אביו יורש אותו". ואם כן דין משפחת אם שוה באחים מן האם ובאם עצמה.

אולם הרמב"ם כתב ביחס לאחים מן האם (הלכות נחלות פרק א הלכה ו): "משפחת האם אינה קרויה משפחה ואין ירושה אלא למשפחת האב, לפיכך האחים מן האם אין יורשין זה את זה ואחין מן האב יורשין זה את זה, ואחד אחיו שהוא מאביו בלבד או אחיו מאביו ומאמו", וביחס לאם עצמה כתב (שם הלכה ב): "בכל מקום אין לנקבה עם הזכר ירושה, אם אין לו בנים יירשנו אביו, ואין האם יורשת את בניה ודבר זה מפי הקבלה".

הרמב"ם לא הזכיר ביחס לאם את הטעם של משפחת אם, והעיר על כך הלחם משנה (שם), וז"ל: "ודבר זה מפי הקבלה. נראה דקאי אמאי דקאמר דאין האם יורשת את בניה, וקשה קצת דהא מקרא נפקא לן בפ' יש נוחלין (קטו, א) שהקשו שם ותנא דידן אי דריש מטה אשה נמי תירש את בנה אי לא דריש וכו' לעולם דריש וכו' ושאני הכא דאמר קרא 'בת יורשת' ואינה מורשת, וכן לעיל (קט, ב) הקשו למ"ד שארו זו האב ואימא שארו זו האם ותירצו 'ממשפחתו וירש אותה' משפחת אב קרויה משפחה משפחת אם אינה קרויה משפחה, וא"כ מקרא נפקא ליה בגמ' בכל אידך דרשות ומאי שנא בהא דדייק רבינו ז"ל דדוקא ואמר הדבר זה הוא מפי הקבלה, ואם נאמר דמשמע ליה דהך דרשה לאו דרשה גמורה ולהכי כתב כן הא יש דברים אחרים בגמ' דנפקי ליה בגמ' מדרשה כי הך וא"כ למה כתב רבינו ז"ל דוקא הך דהוי מפי הקבלה. ודוחק קצת לומר דרבינו ז"ל קאי לכל סדר נחלות דהוא מפי הקבלה שא"כ היה לו לסיים כל הסדר ולכתוב וכל הקודם בנחלה וכו' ואח"כ היה לו לומר דדבר זה מפי הקבלה, אלא ודאי דנראה דרבינו ז"ל לא קאי אלא אהך דאין האם יורשת את בניה בלבד. ואולי שאני בין הך דרשה לשאר דרשות". לדרך זו ניתן לומר שקורבת האב והאם שוה, וביחס לאם עצמה לא נאמר דין משפחת אם, ולכן הוצרך ללמוד שאם אינה יורשת "מפי הקבלה", ולענין צדקה יהיו שוים בחיובם. אך כאמור הדבר נסתר להדיא מדברי מר"ן (חושן משפט סימן רעו סעיף ד), ולא מפני שאנו מדמים לסבור סברות בדעת הרמב"ם נשנה מדברי הטור והשלחן ערוך המפורשים.

נמצינו למדים לפי היסודות שהונחו לעיל, שאף שאשה חייבת בצדקה מ״מ האב קודם בחיובו לאם, ורק לאחר שימוצה דין צדקה עם האב יהיה מקום לדון בחיוב האם במזונות בניה ובנותיה מדין צדקה. לפנינו יובאו מקורות נוספים לקדימת האב לאם.

כתב הרמב״ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יח):

> **״כיצד, היה האב ראוי לצדקה מוציאין ממנו הראוי לו בעל כרחו וזנין אותה והיא אצל אמה, ואפילו נשאת האם לאחֵר - בתה אצלה ואביה זן אותה משום צדקה עד שימות האב ותזון מנכסיו אחר מותו בתנאי כתובה והיא אצל אמה, ואם לא רצתה האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן, אחד זכרים ואחד נקבות, הרשות בידה ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב והן מטפלין בהן״.**

על דברי הרמב״ם השיג הרמ״ך, וז״ל: ״ואם היא עשירה אמאי לא יכופו אותה אפילו היו יותר מבני שש וצ״ע״, ומפורש בדברי הרמ״ך שהאם חייבת בצדקה וכופים אותה משום כך לזון את ילדיה. אולם עדיין אין ללמוד מדברי הרמ״ך שאין דין קדימה לאב, שכן דברי הרמ״ך מוסבים על מה שכתב הרמב״ם: ״ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב והן מטפלין בהן״. על דבריו אלו הקשה הרמ״ך: ״ואמאי יכולה להשליכם על הקהל״, וקושייתו אינה אלא מדוע כשמת האב תשליכם האם על הקהל, והלא חייבת היא בצדקה. אולם כשהאב קיים אין כל קושיה, שאף שעשירה היא הדין הוא ״הקרוב קרוב קודם״ והאב קודם לאם. ואדרבא יש לדקדק מדבריו שגם אם האם עשירה היא אינה חייבת לטפל בילדים כשהאב קיים, אלא נותנת אותם לאביהם. דו״ק שהרמ״ך ס״ל שהאם חייבת גם במזונות קטני קטנים, שלא כדעת הרמב״ם שפסקה מר״ן בשו״ע, הובאו דבריהם לעיל אות א.

עם זאת, לענ״ד אין הכרח לדקדק מדברי הרמ״ך שהאם קודמת בחיובה לאבי האב ולשאר קרובים מן האב, שיתכן שעיקר קושייתו היא על העובדה המוזכרת בדברי הרמב״ם שהאם ״משלכת אותן לקהל אם אין להן אב״, ועל כך תמה הרמ״ך מדוע משלכת אותם לקהל, הרי יש לחייבה אם עשירה היא, ואם כן יש מקום לבאר דברי הרמ״ך אפילו כשיטת מהרשד״ם. אולם פשטות הדברים אכן נוטה יותר שאם אין להם אב חזר חיובם לאם, וכפי שיתבאר לקמן.

בספר מעשה רקח על הרמב״ם הלכות אישות (פרק כא הלכה יח) כתב: ״וכיון דפרנסת הקרובים נפקא לן מ׳וחי אחיך עמך׳ ודרשינן בספרי ׳אחיך׳ זה אחיך מאביך שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך וכו׳ וכל הפוסקים הזכירו חיוב הקרובים שקודמים לכל אדם, א״כ נראה שהאשה חייבת בקרוביה ודאי והיא קודמת להרחוקים וכ״ש לבנה או לבתה וכ״ש כשהן קטני קטנים שאין ראויים אפי׳ לחזר על הפתחים, ואין להוכיח משכר ההנקה דאין לה להניקו בחנם דהתם הא איכא אב דקרוב טפי״. גם כאן מבואר שהאב קודם בחיובו לאם, ורק אם אין אב קודמת האם לשאר קרובים. אולם דו״ק שמדברי המעשה רקח אין להביא ראיה, כי אפשר שמה שפשוט לו שהאב קודם הוא משום שחייב במזונות מעיקר הדין ולא רק מדין צדקה.

כתב הבית יוסף (אבן העזר סימן פב סעיף ה): "כתב רבינו ירוחם (מישרים נכ"ג ח"ה נח ע"א) הא דנתגרשה אינו כופה דוקא כשמוצא מניקה אבל אינו מוצא או שאין לו שכר המניקה כופה ומניקתו אפילו אינו מכירה", ולא הזכיר הבית יוסף דעה חולקת, ונראה שנקט כדברי רבנו ירוחם.

והנה על אף זאת השמיט דבריו מהשלחן ערוך, ובשו"ת יוסף אומץ (סימן כט) כתב הרחיד"א, וז"ל:

> **"שמענה ואתה דע לך דכמה דינין מוסכמים השמיטם בש"ע, וכ"כ הרב הגדול מהר"ר גבריאל איספרנסה זלה"ה בתשובה כ"י דאין הכרע מהש"ע שהשמיט דין אחד, דכמה דינים מוסכמים אין הרב כותבם וסמיך ליה במה שכתבם בבית יוסף עכ"ל. ואני הדל כתבתי עליו בס' הקטן ברכי יוסף א"ח סימן ש"ב מה זו סמיכה בדינים ההם על הב"י יותר מכל הדינים שכתבם בש"ע ע"ש, ועתה נראה דודאי כונת הרב הנז' הוא שדיני הגמרא והרמב"ם וכיוצא מביאם בש"ע, אמנם הדינים המחודשים זמנין דהוא ז"ל משמיט מהם, ונראה דזה דבר השמיטה תחת שלש, או שהדין ההוא אף שהוא מוסכם הוא מציאות רחוק, או שהוא פשוט, או שהוא כלול ונלמד מעיקר הדין שכתב בש"ע".**

ולכאורה שלוש הסיבות המנויות אינן מבארות את פשר השמטת הבית יוסף. וע"ע בשו"ת יביע אומר (ח"ח אבן העזר סימן יב אות ו) שכתב, וז"ל: "ובברכי יוסף א"ח (סי' שב סק"ד) הביא מ"ש בס' יד אהרן שם, שיש כמה דינים שהביאם מרן בב"י ולא הביאם בש"ע לפסק הלכה, וכתב ע"ז ואנכי הרואה דמרגלא בפומייהו דרבנן בתראי דמדלא הביאו מרן בש"ע שמע מינה דלא ס"ל הכי להלכה, ובכמה ענינים הדברים מוכיחים שהשמיטם בכוונה משום דלא ברירא ליה לפסוק כן הלכה למעשה. וכן ראיתי להרב מהר"ש הלוי, אב"ד איזמיר, בתשובה כתיבת יד, שרצה להוכיח בדין אחד שממה שהשמיטו מרן בש"ע מוכח שאין דעתו לפסוק כן. אבל הרב הגדול רבי גבריאל איספראנסה כתב שאין הכרע בזה, שיש כמה דינים מוסכמים שאין הרב מביאם בש"ע וסמך על מה שכתבם בבית יוסף. אולם חידוש גדול הוא, והלב מהסס מאד לומר שסמך על מ"ש בב"י, ומה זו סמיכה בדינים ההם יותר מכל הדינים שהובאו בש"ע. ומכל מקום לא מצאתי כלל ברור בזה בדעת מרן הש"ע בהשמטת דינים המוסכמים. ע"כ. ומשמע שבדין שיש בו מחלוקת שפיר י"ל שהשמיטו מהש"ע מפני שאין דעתו לפסוק כמ"ש בב"י. וכן ראיתי להגאון רבי משה פארדו בתשובה שהובאה בשו"ת שערי רחמים ח"א (אבן העזר סי' יג, דף כב ע"ד) שכתב שכל זה בדבר שאין בו מחלוקת, אבל בדבר שנחלקו בו פוסקים, שפיר יש לנו לומר בפשיטות שחזר בו מרן ממ"ש בב"י, ולכן השמיט הדין ההוא מהש"ע. ע"ש", ועוד הביא הראש"ל כללים אלו במקומות רבים בספריו. ואם כן לדינא נראה שאם הדבר פשוט יש לבאר שכן דעת מר"ן.

ז"ל השלחן ערוך (אבן העזר סימן פב ה): "האשה שנתגרשה, אין כופין אותה להניק את

בנה, אלא אם רצתה נותן לה שכרה ומניקתו, ואם לא רצתה נותנת לו את בנו והוא מיטפל בו״. על דברי מר״ן הגיה הרמ״א: ״וי״א הא דגרושה אינה מחוייבת להניק אם אינו מכירה היינו כשמוצא מינקת אחרת ויש לו להשכיר, אבל אם אין לו כופה אותה ומניקתו״, ואי בדידי תליא הוה אמינא שדין זה פשוט ומוסכם ולא הביא הרמ״א כל חולק עליו.

והנה החלקת מחוקק (ס״ק ו) והבית שמואל (ס״ק ה) כתבו שלא מצאו טעם לדברי רבנו ירוחם ובמה נתחייבה האם יותר משאר נשים. בעזר מקודש שם יישב קושייתם, וז״ל: ״מה שכתבו החמ״ח והב״ש ז״ל בסי׳ פ״ב לתמוה מדוע יהי׳ מוטל על האם להניק כשאין שם מינקת אחרת לשכור. וכן מדוע לא ישולם לה מהקהל. צל״ע על תמיהתם בזה שהרי כשאין לה שם תינוק אחר להניק בשכר, מדוע לא נכוף אותה בזה כיון שהוא גדר זה נהנה וזה לא חסר, וגם אם נימא שיהי׳ לה מנוח יותר על ידי שלא תניק, על כל פנים היא חייבת בזה משום צדקה דאטו נשי לא בעי חיי מה שצדקה תציל כו׳ וצדקה היא מצות עשה שלא הזמן גרמא ויש בה ג״כ סדר ההדרגה להקדים הקרוב לה, וצלע״ע בזה ועל כל פנים בצד מה יש בזה יישוב טוב״. אך דו״ק שלבאר את דברי רבנו ירוחם והרמ״א בא, והם כתבו שיש לחייב את האם ״אם אין לו״ (לאב), ויישב העזר מקודש שכיון שלענין צדקה הקרוב קרוב קודם, אם אין לאב יש לחייב את האם. על דרך זו יישב גם הבית מאיר וכתב שיש לחייב מדין צדקה את האם, ״ומיירי שגם קרובי האב עניים״, הבי״ד גם בפתחי תשובה (ס״ק ג).

מדברי הבית מאיר עולה ברור שהאב קודם לאם בדין צדקה, ויתר על כן אפילו קרובי האב קודמים. וכן ביאר בשו״ת ויקרא אברהם (אבן העזר סימן יז), וז״ל:

> **״הרמב״ם איירי במ״ש ומשלחת אותם להקהל כמי שאין לו קרוב הראוי ליורשו דאמיד, וא״כ אפוא היא חייבת בו דומיא לאחיך מאמך אף על גב דאינו ראוי ליורשו כיון דליכא אח מאב הוא חייב בו, כמובן מלשון ספרי אחיך מאביך קודם לאחיך מאמך דוקא לענין קדימה, דהרמב״ם לדינא קאמר כיון דאין האם יורשת אותו אינה חייבת בו מן הדין רק מתורת צדקה, וסתם הדברים משום דסתם אשה אין לה ממון ובפרט אם נישאת שרשות אחרים עליה, וכן מצאתי למז״ה בספרו מעשה רקח ח״ב הנד״מ שהשיב כן״.**

וכן ביאר בדעת המעשה רקח, והוא על פי שיטת מהרשד״ם דס״ל כוותיה.

כ״כ גם הבני אהובה (הלכות אישות פרק כא הלכה טז), וז״ל:

> **״הרמ״א הביא סימן פ״ב סעיף ה׳ דאם אין לו להשכיר כופין אותה להניק, ותמה החלקת מחוקק ס״ק ו׳ דלמה לא יהיה מוטל על הבי״ד לשכור מינקת כמו פרנסה דלאחר כ״ד חודש, ונראה דודאי אם האשה עשירה אף לאחר כ״ד חדשים כופין את האם לזון בניה, דהא כופין על הצדקה ואין לך צדקה יותר מזה, ואם כן היא שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק הרי היא עשירה לדבר הזה וכופין אותה כמו שכופין על כל הצדקה״.**

דו״ק שכל דבריו הם באופן שאין לאב להשכיר, ולא כפי שראיתי שהביאו מדברי הבני אהובה מקור לכך שהאב והאם חייבים מדין צדקה בשוה ויש לחלוק ביניהם את מזונות הילדים, וגם לדידו יש לישב כמו שכתבנו לדעת המעשה רקח.

אחר כתבי דברים אלו נדפס שו״ת יביע אומר חי״א ושם (אבן העזר סימן סז) כתב ככל הדברים שהתבארו לעיל, וז״ל: ״אם האב והאם שניהם אמידים חובת המזונות על האב בלבד״. הרי לנו שפשיטא ליה שחיוב הצדקה מוטל על האב ורק לאחריו על האם. בהמשך דבריו כתב בסוגריים: ״וראה בספר בני אהובה פכ״א מהלכות אישות הט״ז ובמעשה רקח שם הי״ח הנ״ל, ובספר בית מאיר סי׳ פ״ב ס״ה, ובשו״ת ידי דוד (קראסו) סימן ס״ה, ובשו״ת ישכיל עבדי חאה״ע סימן ל״ח אות ו׳-ז׳, ובשו״ת משפטי שמואל (ורנר) ח״א סימן ט״ז, ע״ש״. ונראה שמקורות דין זה הם מהבני אהובה ומעשה רקח, וכפי שהתבאר לעיל.

בשו״ת ישכיל עבדי (ח״ו אבן העזר סימן לח) גם כתב שבאין לאב יש לחייב האם מדין צדקה, וז״ל: ״והנה יש לדון אם אין לאב והאם עשירה אם יש לכוף אותה מתורת צדקה, הנה ביורה דעה ס׳ רנ״א ס״ד פסק מר״ן ז״ל וז״ל מחייבים האב לזון בנו עני ואפילו אם הוא גדול מחייבים אותו יותר משאר עשירים שבעיר (וכן שאר קרובים וע״ל ס׳ רנ״ז ס״ח), שם בסי׳ רנ״ז פסק עני שיש לו קרובים עשירים שיכולים לפרנסו אין גבאי העיר חייבים לפרנסו וכו׳ ע״ש, נימ״ל דאם באמת האשה היא עשירה ויש לה האפשרות לטפל בילדה לפרנסו והאב אין לו היכולת אז יש לכפות על האשה לפרנסו, דאין לך קרוב יותר מהאם לבנה, ואין מקום לחלק בין טיפול לפרנסה, דאם היא עשירה הרי יכולה לשלם לאחרת שתטפל בו, וטיפול לא נפיק מכלל פרנסה״.

והנה יש לומר שלא נחלקו הבית שמואל והחלקת מחוקק אלא במה שכתבו רבנו ירוחם והרמ״א שכופין אותה להניק, אך לא בעשירה ומזונות (וע״ע חלקת מחוקק סימן פב ס״ק ו שם ניתן לבאר כך, אך בס״ק יב כתב: ״כאן משמע שאין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתן וכבר כתבתי שגם קודם שגמלתן אין עליה חיוב להניק בחנם ודלא כמ״ש לעיל בסעיף ה׳ בשם ר׳ ירוחם שאם אין לאב כופין אותה״. ויל״ע אם ניתן לבארו כך). וטעמא רבה איכא, בשלמא עשירה יש לכופה מממונה, אך כיצד נכוף עניה להניק ולהכחיש עצמה. וכן ראיתי שכתב בשו״ת הרא״ש (כלל יז סימן ז): ״ואינה מצווה להניק את בנה ואפילו היתה נשואה כיון שאבי הבן אינו מעלה לה מזונות [אי] אפשר לה למות ברעב״, והביא דבריו גם בשו״ת דברי ריבות (סימן שעב), ועל דרך זאת העיר בשו״ת עין יצחק (ח״א אבן העזר סימן יז): ״באמת על דין הנקתה בתורת צדקה יש לעיין מן הש״ך ח״מ סי׳ רמ״ב ס״ק א׳ מה שהביא בשם המהרי״ק סי׳ קל״ג דבטרחא דגופא לא שייך כן ע״ש. והדברים ארוכין ואכמ״ל״.

טעם נוסף כתב מעשה רקח על הרמב״ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יח):

"שוב עלה בדעתי לומר דאולי שאני אשה דרוצה להנשא דיותר משהאיש רוצה וכו', וגם רבינו כתב בפט"ו דין ט"ז דלא תשב אשה בלא איש וכו', ואם תפרנס הבן ימנעו האנשים להנשא עמה מכח משאת הבן, וגם אם היא עשירה אין חפץ לאדם לסבול גידול בנים אחרים, וזהו דרך טבע ופשוט, ואין הכי נמי דאם היא עשירה תתן לו לפי עושרה באותה העת לבד ושוב משלכת אותו לקהל, ואפשר שזה רמזו רבינו במ"ש ואם לא רצתה האם שיהיו בניה אצלה כלומר אצלה לא יהיו אלא משלכת אותם לקהל, אבל אין הכי נמי שהיא חייבת ליתן להם כפי ממונה בעת ההיא ודו"ק כי נראה לענ"ד נכון מאד".

לדרכו אין אשה נשואה חייבת לזון את בניה מאדם אחר, וצריך לומר שיש כאן חיוב צדקה למעלה מיכולתה ולכן אין בה חיוב משום הקרוב קרוב קודם.

בשו"ת אמרי משפט (ח"ב סימן ח) ביאר דברי החלקת מחוקק וסיעתו שסוברים הם כי חיוב צדקה תלוי בירושה, ומשפחת אם אינה קרויה משפחה. אולם לענ"ד אין חולק על דברי הספרי שאח מאם חייב בצדקה, וכמו שפסק השלחן ערוך (יורה דעה סימן רנא סעיף ג), ולא נחלקו אלא בסדרם של הקרובים. כך עולה מדברי חוט השני עצמו, ואלו גם דברי הגרי"א הרצוג בפסקים וכתבים (ח"ז סימן צ) שהביא שם באמרי משפט.

הדרן לנדון דידן. הדין מוסכם שחיוב הצדקה מוטל על האב קודם האם, ונחלקו בענין קדימת האם לשאר קרובים וכפי שעוד יבואר לקמן.

חזות קשה מצאתי בדברי כמו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל בספר חוות בנימין (ח"ב סימן מב), וז"ל: "כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד". בסוף דבריו (שם) כתב: "אולם יש מקום לתביעה מדין צדקה לפי הרגלו של הילד, ואם יתברר שזה למעלה מסכום הנ"ל, יהא צורך לאמוד את אפשרויות האב והאם, ובהתאם לזה להטיל על כל אחד מהם את הסכום העולה על סך הנ"ל, כל אחד לפי חלקו". וצ"ב שנראה שהדין פשוט שאב קודם לאם, כמבואר במקורות שהובאו לעיל. ונראה דוחק לפרש את הגר"ש ישראלי זצ"ל כדעת הגר"א שפירא זצ"ל שתובא באות הבאה. כ"כ גם בשו"ת משפטי שמואל (לגרש"ב ורנר,סימן יא) שבחיוב צדקה האב והאם שווי זכויות וחובות, ושם הביא דברי הבית מאיר. וצ"ע שהבית מאיר כתב להדיא: "ומיירי שגם קרובי האב עניים".

להלכה יש לפסוק כפי שהובא לעיל מכמה מקורות, שדין הקרוב קרוב קודם משמעותו היא שיש להקדים לענין צדקה את האב לאם.

יב. גדר חיוב צדקה מדין הקרוב קרוב קודם

בספר מנחת אברהם (ח"ג סימן ה) כתב הגר"א שפירא זצ"ל שדין הקרוב קרוב קודם משמעותו שקרובי האב קודמים לקרובי האם, וזה כפי שהתבאר לעיל, אך סייג דבריו: "ולא שיפטרו העשירים שמצד האם אלא שמטילים סכום יותר גדול על קרובים מצד האב". יסוד דבריו שדין הקרוב קרוב קודם אינו מטיל את חיוב צדקה על הקרוב יותר בלבד, אלא מחייבו בסכום גבוה יותר מהקרובים האחרים.

ונראה שיש להקשות על דבריו מכמה מקורות שהוזכרו לעיל.

כתב בשו"ת מהרשד"ם (אבן העזר סוף סימן קפא):

> **"גם אני אומר שמה שטוען למך שתתן אם הבנות כיון שהיא אמודה בנכסים, גם בזה אני אומר שהבל יפצה פיו למך, כי לא מצינו חיוב להן בענין זה כלל אפי' בתורת צדקה כל זמן שיש לבת קרובים מן האב, וכמ"ש פעם אחרת דאם אין לבת קרוב אמוד בנכסים לעשות עמהן חסד, אמה אף על פי שהיא כנכרית בעלמא לפי שהתורה אמרה 'דודו או בן דודו יגאלנו' כו', מ"מ קרא כתיב 'התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה'".**

ומדבריו נראה שאף שהאם חייבת לזון ילדיה מדין צדקה, אין לחייבה בפועל כל עוד יש להם קרובים מן האב שניתן לגבות מהם. ויש לדחוק.

ויש ליישב שכנראה שדברי הגר"א שפירא זצ"ל בדברי חוט השני נאמרו, עיין היטב בלשונו. בשו"ת חוט השני (סימן ח) שהובא לעיל כתב: "ולכן אין החיוב מוטל אלא מדין שהוא נחשב קרוב יותר וראוי להוציא ממנו צדקה יותר מזולתו, והדבר תלוי ברשות הדיין להעריך עושר שניהם, גם טיפול שניהם וכו' גם ראוי להעריך קורבת הדוד יותר מקורבת אבי האם מפני שהוא יורש וכדכתיבנא". לענ"ד דבריו כפשטם, שמהקרוב יותר "ראוי להוציא צדקה יותר מזולתו".

עוד הובאו לעיל דברי הכרם חמר (ח"א יורה דעה סימן לב) שדן בשאלה זו אם יש להקדים לחייב בצדקה את אבי האם או את אחי האב, וכתב שדודם אחי אביהם קודם, ובסוף דבריו סיים: "ועל כן הדעת נותנת להקדים קרובים מן האב הראויים לירש קודם זקנם אבי אמם אם יש עדים דיכיל למיקם בסיפוקייהו, אבל אי לא יכיל וכו' אזי יחזור הדבר אל זקנם אבי אמם ואומרים עליך מצוה זו כיון דגם אתה קרוב מיקרי". וגם מדבריו מבואר שרק לאחר שמהקרוב יותר לא ניתן לגבות גובים מהקרוב פחות. אמנם סבירא ליה שכל קרובי האב קודמים לקרובי האם, אולם לענייננו אין בזה נפקא מינה.

בשו"ת חינוך בית יהודה (סימן קט) כתב:

"על דבר היתומים גדולים וקטנים שהניח ראובן, ונתאמצו לפני בדין, אחי המת טוענים שיבאו חתני המת לעזרתם לסייע בפרנסת ומזונות היתומים וצרכיהם, והעריכו טענותיהם איך שהחיוב לגדל היתומים מוטל עליהם שהם יורשים מזכות שטר חצי חלק זכר שבידם, וגם אם לא הי' מניח המת בנים זכרים היו הם קודמים לירש. ועוד טענות כיוצא באלו. וחתני המת טענו שאינם חייבים כלום אלא הדבר מוטל על אחי המת לבד, ואמרו דונו דיני אם אנו מחוייבים לפי הדין ואין אנחנו חפצים בפשר כלל. תשובה: הנה מצאתי שתי תשובות בדבר, חדא אל הגאון מהר"ר געטשלק ז"ל שהיה אב"ד במדינות שוואבן היה מרא דאתרין בכתב, ועוד אחת בדפוס בחוט השני סי' ח' אל הגאון מהר"ר ישעיה בעל של"ה, ומדברי שניהם למדנו שבנדון כזה הולכין אחר מי שראוי לירש, וכל א' מהגאונים הנ"ל האריך בראיות ברורות וסברות ישרות נכונות למבין. והנה בנדון דידן הבנות קודמות לאחי האב לירש, ואפי' במקום בנים זכרים כנ"ד הא כבר יש לכל א' שטר חצי חלק זכר".

מדבריו נראה שהקרובים שאינם מחויבים ראשונה "אינם חייבים כלום".

ובספר מעשה רקח הנ"ל כתב:

"וכיון דפרנסת הקרובים נפקא לן מ'וחי אחיך עמך' ודרשינן בספרי 'אחיך' זה אחיך מאביך שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך וכו', וכל הפוסקים הזכירו חיוב הקרובים שקודמים לכל אדם, א"כ נראה שהאשה חייבת בקרוביה ודאי והיא קודמת להרחוקים, וכ"ש לבנה או לבתה וכ"ש כשהן קטני קטנים שאין ראויים אפי' לחזר על הפתחים, ואין להוכיח משכר ההנקה דאין לה להניקו בחנם דהתם הא איכא אב דקרוב טפי".

למד שהאשה חייבת להניק, וזו משמעות היותה קודמת לרחוקים יותר, ולא עלה על דעתו שתוכל לבקש שכר הנקה.

הבית מאיר (סימן פב סעיף ה) כתב שיש לחייב את האם מדין צדקה, "ומיירי שגם קרובי האב עניים" ורק באופן זה חייב את האם להניק. ועל דרך זו כתב בספר עזר מקודש, הובאו גם דבריו לעיל.

עוד יש להוכיח מדברי הפוסקים שדין הקרוב קרוב קודם משמעותו שהחיוב מוטל על הקרוב יותר, ורק אם אין לו מחייבים את הקרוב הבא.

כתב המרדכי (בבא מציעא סימן שסז): "על האב ששלח את בנו בשליחות ונתפש ואין לו ממון לבן דהאב חייב לפדותו אי אית ליה לאב, דלאו כל הימנו שיעשיר את עצמו ויפיל את בנו על הציבור, ולא יהא אלא אחד קרוב דקרוב קרוב קודם", ופשוט הדבר שהאב פודה את בנו בעצמו בלא שישתתפו איתו קרוביו, ובדברי המרדכי מבואר שדין זה אינו ייחודי לאב אלא

הוא נכון בכל הקרובים, ואדרבא, הזכיר המרדכי בדבריו שלא יהא האב "אלא אחד קרוב". עולה אם כן, שכשם שעל האב מוטלת חובת הפדיון לבדו, ה"ה על הקרוב הקרוב קודם. דברי המרדכי נפסקו בשלחן ערוך (יורה דעה סימן רנב סעיף יב), וז"ל: "האב חייב לפדות את הבן, אי אית ליה לאב ולית ליה לבן", והרמ"א הגיה: "וה"ה קרוב אחר, קרוב קרוב קודם, דלא כל הימנו שיעשירו עצמם ויטילו קרוביהם על הצבור". דין זה אינו לענין פדיון שבויים בלבד אלא גם לענין צדקה, עיין ש"ך (יורה דעה סימן רנז ס"ק יח). וע"ע בשו"ת הרדב"ז (ח"ד סימן קמז) ומחנה אפרים (הלכות צדקה סימן א). אחרון הגביר, בשו"ת יביע אומר (חי"א אבן העזר סימן סז), הובאו דבריו לעיל, כתב שכשהאב והאם שניהם אמידים חובת המזונות על האב בלבד.

נוסיף עוד שאף דברי הגר"א שפירא זצ"ל לא נאמרו אלא בחיוב מדין צדקה, ואיהו גופיה סבירא ליה כמפורסם שתקנת הרבנות הראשית היא מוחלטת ועד גיל שמונה עשרה. אם כן גם לדידו יש לחייב את האב בלבד בשיעור מזונות כדי צרכם, ואת העודף על שיעור זה יש להטיל על האב יותר מעל שאר קרובים.

על פי מה שכתבנו לעיל נראה שאף אם באנו מדין צדקה בלבד האב חייב לזון את בניו ובנותיו, ורק אם אין אפשרות לחייבו יש לדון בחיוב שאר קרוביו. חיובו של האב יהיה לא רק כדי צרכם של בניו, אלא גם "די מחסורם" שגם הוא מדיני צדקה.

יג. היקף הגביה מהאב מדין צדקה

התבאר לעיל שהאב קודם לכל אדם, והוא המחויב לזון את בניו ובנותיו מדין צדקה, ורק לאחר שנגבה מהאב את הראוי לחייבו יש לחייב שאר קרובים.

עתה יש לדון מהו שיעור החיוב. לכאורה הדין הפסוק הוא: "המבזבז אל יבזבז יותר מחומש" (כתובות נ, א), ואם כן שמא יש לומר שגם מהאב אין לגבות אלא חומש ואת היתר נגבה משאר קרובים.

בענין זה דן בשו"ת הגם שאול (ח"א סימן כ). לשון מר"ן (אבן העזר סימן עא סעיף א) היא: "ומשש ואילך זנן בתקנת חכמים עד שיגדלו... אם היה אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן להם צדקה המספקת להם מוציאים ממנו בעל כרחו משום צדקה וזנין אותן עד שיגדלו". וביאר בשו"ת הגם שאול שם שלשון השלחן ערוך "צדקה המספקת להם" באה לרבות שחייב האב לתת להם כדי סיפוקם, ואף שחיוב צדקה בעלמא הוא "אחד מעשרה בינוני וחומש מצוה מן המובחר" כמו שכתב הרמב"ם (הלכות מתנות עניים פרק ז הלכה ה), היינו באדם דעלמא, מה שאין כן האב שחובתו לספק צרכיהם אף ביתר מחומש, עכת"ד. דבריו ברור מללו שחיוב צדקה של אב אלים טפי משל כל אדם, אולם כל זה לשיטתו שביאר שתקנת אושא עניינה הוא שהוטל על האב חיוב צדקה מסוים כלפי ילדיו, ובזה ביאר את לשון מר"ן שלמעלה מגיל שש זנן בתקנת חכמים עד שיגדלו, והביא שכ"כ המהרשד"ם (יורה דעה סימן קסו) ויובאו המקורות בענין זה לקמן.

הנה הוסיף כאן חילוק שלישי שיש בין צדקה מתקנת אושא לבין דין צדקה בעלמא, והוא שתקנת אושא נתקנה גם ביותר מחומש. ויש להוסיף שהדין של "המבזבז אל יבזבז יותר מחומש" גם הוא מתקנת אושא כמבואר בגמ' (כתובות נ, א), ואם כן באושא התקינו המבזבז אל יבזבז יותר מחומש ובאושא התקינו שלמזונות ילדיו מגיל שש ועד שיביאו ב' שערות יבזבז גם יותר מחומש.

הדברים נראים מחודשים מאד, אולם חזו מאי דקמן ומי אמרם, רבן של כל בני המערב.

יש להביא עוד ראיות לענין זה שעליו להוציא יותר מחומש.

כתב הרמב"ם (הלכות מתנות עניים פרק ז הלכה ה): "בא העני ושאל די מחסורו ואין יד הנותן משגת, נותן לו כפי השגת ידו, וכמה עד חמישית נכסיו מצוה מן המובחר". ועל דרך זו כתב הטור (יורה דעה סימן רמט סעיף א): "שיעור נתינתה אם ידו משגת יתן כפי צורך העניים, ואם אין ידו משגת לכל צורך העניים יתן כפי השגת ידו, וכמה הוא יתן עד חומש נכסיו מצוה מן המובחר". וכן פסק השלחן ערוך (יורה דעה סימן רמט סעיף א): "שיעור נתינתה אם ידו משגת יתן כפי צורך העניים ואם אין ידו משגת כל כך יתן עד חומש נכסיו מצוה מן המובחר". מלשונות הפוסקים הללו עולה שאם ידו משגת יתן יותר מחומש נכסיו, ויש לעיין כיצד יתיישב הדבר עם האמור בגמרא כתובות (נ, א) "המבזבז אל יבזבז יותר מחומש".

בחכמת אדם (כלל קמד סעיף י) למד מכאן שעשיר מופלג מותר לבזבז אף יותר מחומש נכסיו, וכ"כ בספר אהבת חסד (ח"ב פרק כ), ואם כי אין המקרים שווים לגמרי הסברא שוה, שכל שאין חשש שירד מנכסיו לא נאמרו דברי הגמרא במבזבז אל יבזבז יותר מחומש. ולענ"ד זו פשטות ביאור דברי הרמב"ם "אם ידו משגת יתן כפי צורך העניים", שכל שברור שידו משגת לא נאמר בו הדין שהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש. באופן זה לא זו בלבד שמותר לתת יותר מחומש אלא חייב לתת יותר מחומש, כלשון הטור והשלחן ערוך: "יתן כפי צורך העניים". אם הדבר מותר, הרי שמחויב הוא בו מדין צדקה.

דרך נוספת כתב באהבת חסד (ח"ב פרק יט בהגה) שכל שקיימו עניים לפניו חייב ליתן להם אפילו יותר מחומש ונותר בצ"ע עיי"ש, וכ"כ בספר דרך אמונה (הלכות מתנות עניים פרק ז ס"ק כד), ועיין במקורות שהביא בענין זה בספר משפטי שמואל (סימן י אות ה) ובמה שהקשה עליהם. ובסוף דבריו כתב סברא חדשה, שכשידוע שהעני לא יתפרנס מאחרים מוטל עליו לפרנסו גם ביותר מחומש נכסיו.

עוד ראיתי בברכי יוסף (יורה דעה סימן רמט אות ג) שכתב בתוך דבריו: "משום שאמרו ז"ל הזן בניו ובנותיו צדקה וכיוצא, וא"כ הרוב חצי הוצאת האדם ויותר עם בניו, גידולן ולימודן וטיפולן ועם עניים קרוביו... לא נאמרו השיעורין הללו, דודאי עם בניו וקרוביו וכיוצא מוציא יותר ויותר ממעשר".

נמצאנו למדים, שארבע סברות נאמרו שמכוחן יש לחייב בנדון דידן את האב במזונות ילדיו אף יתר על חומש נכסיו:

א. חיוב צדקה מכח תקנת אושא הוא לתת להם כדי סיפוקם, אף כשיתר על חומש מנכסיו, עד שיגיעו לגיל י"ג - כ"כ בשו"ת הגם שאול (ח"א סימן כ).

ב. בקיימו עניים לפניו לא נאמר דין המבזבז - אהבת חסד, ונותר בצ"ע.

ג. כשלא יפרנסום אחרים לא נאמר דין המבזבז - כ"כ בשו"ת משפטי שמואל מסברת עצמו.

ד. בבניו ובנותיו וקרוביו לא נאמר דין זה - כ"כ הרחיד"א בברכי יוסף.

יש לציין כאן עוד לדברי הגרי"א הרצוג זצ"ל (אוסף פסקי דין עמ' יז), וז"ל: "אפילו לפי הדין שחיוב האב במזונות ילדיו בגיל למעלה משש הוא מדין צדקה, הרי כל בתי הדין בארץ נוהגים לדון סתם אדם בדין אמיד לגבי מזונות ילדים, ומחייבים וכופים אותו לדאוג לכל צרכיהם". וכ"כ הגרי"ש אלישיב זצ"ל (פד"ר ה עמ' 302): "ובנתיבות משפט להגר"ח אלגאזי דף קנ"ב כתוב: 'והעולה על דעתי לומר דאמיד דגבי בניו לא הוי כאמיד דאינשי אחריני, דגבי צדקה לאחריני בעינן אמיד גמור אבל לגבי בניו כל שאינו עני מקרי אמיד לגבי בניו וז"ש רבנו (ירוחם) אבל אם הוא אמיד שייר לו כפי הראוי לתת להם וכו'... ואפשר שזהו דעת הרמב"ם והטור גם כן'".

אם כן נראה שיש לגבות מהאב לפי יכולתו, ואפילו יותר מחומש, כפי השיעור שאב רגיל זן את בניו ואת בנותיו, וכמובן שאם מדין צדקה באנו יש לדאוג גם למחייתו של האב עצמו.

יד. מיהו הקרוב החייב לזון כשאין יכולת בידי האב

יש לדון בסדר קדימת הקרובים כשאין אב או כשאין האב אמיד, מי יהיה הקרוב הראשון שיש לחייבו אחר האב.

בשו"ת ישכיל עבדי (ח"ו אבן העזר סימן לח) כתב: "אם באמת האשה היא עשירה ויש לה האפשרות לטפל בילדה לפרנסו והאב אין לו היכולת, אז יש לכפות על האשה לפרנסו, דאין לך קרוב יותר מהאם לבנה, ואין מקום לחלק בין טיפול לפרנסה, דאם היא עשירה הרי יכולה לשלם לאחרת שתטפל בו, וטיפול לא נפיק מכלל פרנסה". וכ"כ בספר מנחת אברהם (ח"ג סימן ה) שהאם היא הקרובה ביותר לאחר האב, אף שהביא שם דברי הבית מאיר שיובאו לקמן. וכ"כ בשו"ת יביע אומר (חי"א אבן העזר סימן סז) עיי"ש.

יתר על כן כתב מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל בספר חוות בנימין (ח"ב סימן מב), וז"ל: "כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין

צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד", וכ"כ בשו"ת משפטי שמואל (לגרש"ב ורנר, סימן יא). לסברתם קורבת האב והאם שוה, ולעיל הערנו על דבריהם.

אולם הבית מאיר (סימן פב סעיף ה) כתב שדברי רבנו ירוחם שמחייבים את האם להניק מדין צדקה את האם, "מיירי שגם קרובי האב עניים", הובאו דבריו גם בפתחי תשובה (סימן פב ס"ק ג).

וכן כתב בשו"ת ויקרא אברהם (אבן העזר סימן יז), וז"ל:

> **"הרמב"ם איירי במ"ש ומשלחת אותם להקהל במי שאין לו קרוב הראוי ליורשו דאמיד, וא"כ אפוא היא חייבת בו דומיא לאחיך מאמך, אף על גב דאינו ראוי ליורשו כיון דליכא אח מאב הוא חייב בו, כמובן מלשון ספרי אחיך מאביך קודם לאחיך מאמך דוקא לענין קדימה, דהרמב"ם לדינא קאמר כיון דאין האם יורשת אותו אינה חייבת בו מן הדין רק מתורת צדקה וסתם הדברים משום דסתם אשה אין לה ממון ובפרט אם נישאת שרשות אחרים עליה, וכן מצאתי למז"ה בספרו מעשה רקח ח"ב הנד"מ שהשיב כן".**

וכדברי הבית מאיר כתב גם בשו"ת שאלו לברוך (אבן העזר סימן טו).

לשיטתם האֵם חייבת מדין צדקה רק אם אין ממון לקרובי האב הראויים ליורשו.

נראה שמחלוקת זו תלויה במה שהתבאר לעיל (אות י), שדעת המהרשד"ם היא שקרובי האב קודמים לקרובי האם, ופסקו כמותו כמה אחרונים. אולם מפשטות דברי השלחן ערוך נראה שרק כשהקורבה שוה קודמים קרובי האב, וכ"כ הגבעת פנחס ועוד, וזה כמ"ש הישכיל עבדי וסיעתו. וכן יש לדון בענין זה בביאור דברי חוט השני שהובאו לעיל.

טו. סיכומם של דברים

הלכות רבות נשנו כאן.

א. מזונות קטני קטנים: החיוב מוטל על האב ולא על האם. דין זה אינו מילתא בלא טעמא, אלא מבטא עיקרון שלא חייבו חכמים את האם בחיובים ממוניים או מעשיים כלפי בניה ובנותיה. (אות א)

ב. תקנת אושא: לדעת מר"ן ורבים עמו מתקנת אושא חייב האב בלבד במזונות בניו עד גיל י"ג. חיוב זה מוטל על האב גם כשאינו אמיד. (אות ב)

ג. תקנת הרבנות הראשית עניינה הוא להעלות את גיל החיוב למעלה מגיל שש פרט למקרים מסוימים שאפשר שאינם כלולים בתקנה. מכח תקנה זו מחויב האב בלבד גם באינו אמיד. (אות ג)

ד. שייכות לשבט מקבל האדם מאביו, ועל זה נאמר "למשפחותם לבית אבותם", ו"ויתילדו על משפחתם לבית אבותם". (התבארו הדברים באות ו). כן הוא גם לענין יוחסין. (אות ז)

ה. ירושה: משפחת אב קרויה משפחה ואין קרובים מן האם יורשים, ואפילו כשיש קרוב מן האב שהוא רחוק מאוד יש להקדימו (ודנו רק אם אין קרובים מן האב בלבד). אף שהקרוב מן האם הוא "קרוב יותר" מכל מקום אינו "ממשפחתו", ויורש "קרוב רחוק" מן האב שהוא גם "ממשפחתו". (אותיות ה-ו)

ו. גאולת הנמכר לגוי: לדעת המאירי קרובי האם אינם בכלל מצוה זו. לרש"י המצוה מוטלת על קרובי האב יותר מקרובי האם, וכך מבואר בתורת כהנים. פשטות הדברים היא שכל שהקורבה שוה יש להקדים את קרובי האב, לכן אחים מן האב קודמים לאחים מן האם, דוד מן האב קודם לדוד מן האם, בן דוד מן האב קודם לבן דוד מן האם, וכן על זה הדרך. טעם הדבר הוא שבדין גאולה שאינו נוגע ליחוס המשפחה נלמד דין משפחת אב כדין קדימה בלבד, ולכן הועיל רק להעדפת הקרובים באותה מדרגה. כ"כ בפירוש ויקרא אברהם על התורת כהנים (לר' אברהם פלאג'י). ויש חולקים וסוברים שכל הקרובים מן האב קודמים לקרובים מן האם. (אות ח)

ז. מצות צדקה: החיוב מוטל על כל הקרובים, וקרובים מן האב קודמים לקרובים מן האם.

ביחס לסדר חיובם של הקרובים נחלקו:

פשטות השלחן ערוך יורה דעה (סימן רנא סעיפים ג-ד) היא שאח מן האם קודם לדוד מן האב.

לדעת הגבעת פנחס - חיוב צדקה אינו תלוי בדין משפחת אב כלל אלא בדין קורבה. כאשר הקורבה שוה, הקרוב מן האב קרוב יותר ויש להקדימו לקרוב מן האם. לדרך זו בפשטות כופין את אבי האם לזון את נכדיו קודם שכופין את אחי האב.

לדעת החוט השני - חיוב צדקה מוטל יותר על היורשים, אך גם קרובים מן האם מחויבים בו. לכן קודם אחי האב לאבי האם, וכופין אותו לזון את יתומי אחיו קודם שכופין את אבי האם. לא התבאר להדיא בדעת חוט השני מהו הסדר לאחר מכן. אם נבוא לכוון את דבריו עם פשט השלחן ערוך יש לפרש שסובר שהראשון שיכופו לזון צריך להיות הקרוב מן האב ואח"כ יכופו שאר קרובים לפי הסדר, או שדבריו דוקא ביתומים שחייב לזונם מי שיורשם ואחריו שאר קרובים לפי הסדר. מכל מקום, בדרך אמונה הבין בדבריו שרק בקרובים שווים יש להקדים קרובים מן האב לקרובים מן האם. אפשר שזו גם שיטת הכרם חמר, וכך פשטות דברי החתם סופר (חושן משפט סימן קיב).

לדעת המהרשד"ם - כל קרובי האב קודמים לקרובים מן האם, ופשטות השלחן ערוך אינה נראית כך. אולם בשו"ת חיים ושלום (ח"ב אבן העזר סימן יד) נקט כדעת מהרשד"ם, וכ"כ

בשו״ת ויקרא אברהם (אבן העזר סימן יז) וכן נראית פשטות דברי הכרם חמר (ח״א יורה דעה סימן לב) וצ״ב. (אות י)

ח. חיוב אשה במצות צדקה: כל דיני צדקה נוהגים באשה ובכלל זאת דין די מחסורו. (אות יא)

ט. חיוב האב בצדקה: האב חייב לזון את בניו ובנותיו מדין צדקה לא רק כדי צרכם אלא גם ״די מחסורם״, ורק אם אין אפשרות לחייבו יש לדון בחיוב שאר קרוביו. הדבר נכון גם ביחס לאם ויש לחייבו לזון את ילדיו קודם שיוטל חיוב זה על האם. (אותיות יא-יב)

י. היקף הגביה מהאב קודם שיזדקקו בית דין לגבות משאר קרובים: האב חייב לזון את ילדיו די מחסורם אף ביתר על חומש מנכסיו. (אות יג)

יא. סתם אדם אמיד הוא ועליו מוטל החיוב לזון ילדיו. אם אינו אמיד יחוייבו שאר קרוביו. (אות יג)

יב. כשאין האב אמיד, נחלקו אם הקרוב יותר היא האם או שאר קרובי האב. (אות יב)

טז. אחרית דבר

עם חתימה לא אוכל להימנע מלהשיח את אשר על לבי.

שנים רבות היו בתי הדין ללעג ולקלס, ונטענו כלפיהם טענות קשות על גובה המזונות הנמוך שנטען כי נוהגים הם לפסוק. בתי הדין נתפסו כערכאה בה לא תשיג האֵם את מבוקשה, ואִם חפצה היא במזונות גבוהים יותר עליה לפנות לבית המשפט.

יש הטוענים שענין זה הוא שגרם לצמצום סמכות בית הדין במזונות ילדים. נציין כאן לדברי הרה״ג שלמה שטסמן שליט״א אב״ד תל אביב בפסק דינו: ״מכוח הלכה שיפוטית, מזה עשרות שנים בוטלה סמכותו הייחודית של בית הדין לדון בתביעת מזונות ילדים כרוכה, וזאת על אף לשונו הברורה של סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי״ג, אשר קובע כי לבית הדין הרבני מוקנית סמכות שיפוט ׳בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג׳... תביעת מזונות של הילד, בין אם הוא מיוצג על-ידי האם ובין על-ידי אפוטרופוס אחר, לעולם לא תהא בגדר סמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני ואף אינה יכולה להיות ׳כרוכה׳ בתביעת גירושין. הלכה שיפוטית זו קנתה לה שביתה בפסיקות בית המשפט העליון שבאו לאחריה. כפי שטוענים רבים בעולם המשפט, מגמה זו של צמצום סמכויות בתי הדין הרבניים לדון בעניין מזונות הילדים מכוח הכריכה שבסעיף 3 לחוק, נבעה מתוך חשש נסתר ואולי אף נגלה של בית המשפט העליון שמא ענינם של הקטינים בפסיקת מזונותיהם יקופח בבתי הדין הרבניים. משום כך, כנראה, הלכה והתפתחה לה בפסיקות בית

המשפט דוקטרינת 'מעמדו העצמאי של הקטין' בתביעת המזונות, על חשבון סמכויות הדיון של בית הדין הרבני".

חלפו שנים והתברר כי עול המזונות המוטל על האבות הוא כבד מנשוא, וכעת התחלפה המגמה. האשה שאך אמש נתפסה כחלשה הזקוקה להגנה, נדרשת כיום לשאת יחד עם האב בעול המזונות ועתה הנטיה היא לפסוק מזונות נמוכים מדי.

והנה, העיוות שנוצר על ידי בתי המשפט ולפיו חויב האב במזונות גבוהים, "מתוקן" על ידי עיוות אחר בו חיוב המזונות הולך והופך לשוויוני. גם שיטה זו כקודמתה תוביל למשבר בו יידונו אימהות וילדים לחרפת רעב בשם השותפות בנשיאה בעול.

הדרך הנכונה והמושכלת היא דרכם של בתי הדין מאז ומעולם. חיוב מזונות הילדים מוטל על האב בלבד, אולם בית הדין לא יחייב את האב יותר מכפי יכולתו, ידאג להותיר לו למחייתו, יימנע משימוש גורף במושג "יכולת השתכרות" ויימנע מלחייבו במקרים של ספק.

במקום תנועת המטוטלת הנעשית כיום ובמסגרתה חיובו הבלעדי של האב עובר גם לכתפי האם, שמא היה ראוי לתוקפי בתי הדין להודות בטעותם ולשוב לשיטת ההלכה מאז ומעולם.

ושמא זהו גורלו של המשפט העברי כאשר הוא מתפרש על ידי מי שאין התורה בלבד נר לרגליו.

יז. מן הכלל אל הפרט

מזונות הילדים שנקבעו בהסכמה בסך אלף ותשע מאות שקלים לכל ילד כולל מדור הינם מזונות שאינם גבוהים. לאב נותר למחייתו לפי דבריו סך הנע בין ארבעת אלפים לששת אלפים שקלים. הטענה ולפיה אחריות הורית משמעותה שאין האב אחראי על צרכי הילדים בזמן שהם אצל אימם משוללת כל יסוד ואין לה על מה לסמוך.

התביעה לביטול מזונות נדחית. האב רשאי לעדכן את כתב תביעתו כך שבמקום תביעה לביטול מזונות תהא התביעה להפחתת מזונות נוכח שינוי נסיבות שחל לדבריו.

הרב יגאל לרר
אב"ד פתח תקוה

חיוב האב במדור הילדים

ביחס לחיוב האב במדור הילדים

בתיק המונח בפנינו מדובר בצדדים שהתגרשו מכבר. הצדדים חילקו את רכושם בהתאם לחוק יחסי ממון לאחר שהסכימו בפני ביה"ד והקנו בקנין המועיל על כך בפני ביה"ד.

לצדדים היתה דירה משותפת. הדירה נמכרה לצד ג' והתמורה הכספית חולקה בין הצדדים, כאשר האישה קיבלה את החלק הארי של התמורה בעקבות חוב מזונות של האב לאם שנגבה על ידי האם מחלקו של האב בתמורת הדירה.

בהתאם לאמור, היה ביד האם לרכוש דירה, והאב שנשאר עם סכום קטן ממשיך לגור אצל אמו משום שבהתאם למצבו הכספי אין בידו לרכוש דירה.

במעמד הדיון התברר, כי האם הפקידה מכספי תמורת הדירה, בבנק, ולשם קניית הדירה העדיפה לקחת משכנתא, אף שהיה בידה לשלם את רכישת הדירה מחלקה בכספי תמורת הדירה שנמכרה וחולקה בין הצדדים.

האם תובעת את האב לתשלום מדור שלושת הקטינים אף שאינה שוכרת דירה לצורך מגורי הקטינים וגרה בדירה משלה עם ילדי הצדדים.

האם טוענת כי חיוב המדור חל על האב ובפועל הוא נהנה מכך שיש לילדיו קורת גג ועליו לשלם לה על כך, ואין זה קשור כלל לעובדה שהם גרים בדירת האם.

האם גם טוענת כי רכשה דירה גדולה יותר לצורך כך ומשלמת משכנתא שהינה מקבילה לתשלום דמי שכירות, ולכן על האב לשלם לה על מדור הילדים בדירתה.

יש לציין כי במידה והאם היתה שוכרת דירה לצורכה ולצורך מגורי הילדים, בוודאי שיש לחייב את האב על מדור הילדים בחלק היחסי של מגורי הילדים בדירה.

הדיון העומד בפנינו בנידון תיק זה, הוא, כאשר בפועל אין לאם הוצאות חודשיות על עצם המגורים של הילדים בדירתה, האם בכל זאת יש לחייב את האב על מגורי הילדים בדירת האם שהרי מוטל עליו חוב מדור הילדים, ומה לי אם האם שוכרת דירה מצד ג' ומוציאה על כך ממון מידי חודש בחודשו ומה לי אם האם מעמידה לרשות הילדים דירה משלה, או שמא במציאות זו שאין לאם הוצאה בפועל על מגורי הילדים אין מקום לחייב את האב לשלם לאם על מדור הילדים בדירתה.

יש לציין כבר עכשיו, שביה"ד דוחה את טענת האם שיש לה הוצאה חודשית על הדירה בתשלום המשכנתא על הדירה. ראשית, משום שתשלום המשכנתא הוא כעין חיסכון כאשר בתמורה לתשלומים מוקנית לה בעלות על הדירה ולפיכך אין תשלום המשכנתא נחשב להוצאה אלא להשקעה. ושנית, בנידון תיק זה בחרה האישה מרצונה להשקיע מכספי חלקה בתמורת מכירת הדירה המשותפת במסגרת חלוקת הרכוש אגב הגירושין, בבנק, ולצורך השלמת תשלום הדירה שקנתה, העדיפה לקחת משכנתא, כאשר בפועל יכלה לחסוך את לקיחת המשכנתא. ודומה הדבר למשל ה"קוזאק הנגזל" כאשר האישה יוצרת חוב בבנק על אף שלא היה לה צורך בכך, ועכשיו זועקת כי יש לה הוצאת תשלום משכנתא בעוד כספי תמורת חלקה במכירת דירת הצדדים מופקדים על שמה בבנק.

נמצא כי המציאות בתיק זה היא, כי האישה חיה עם ילדיה בדירתה ללא הוצאות על עצם המדור, ובכל זאת דורשת מהאב תשלום עבור מדור הקטינים כאמור לעיל.

כמו"כ יש לציין כי המדובר כאן בשלושה ילדים, בגילאים 10, 14 ו-17.

חוב מזונות הילדים המוטל על האב יסודו מהגמ', כתובות סה ע"ב, וז"ל:

".. אע"פ שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים אבל זן כשהן קטני קטנים, עד כמה, עד בן שש"

ובתוס' שם ד"ה אבל, כתב וז"ל: " וכייפינן ליה".

ומהגמ', כתובות מט ע"ב, וז"ל:

" באושא התקינו שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים".

וברש"י שם וז"ל: "עד שיביאו שערות"

ובהמשך הגמ' שם, וז"ל: ".. אבל אמיד כייפינן ליה על כורחו"

וברש"י שם, וז"ל: "בעל כורחו: לא יהא אלא צדקה בעלמא ואפילו אינן בניו" דהיינו מדין צדקה.

וכך פסק בשו"ע, אהע"ז סי' עא סעי' א, שבקטנים מגיל שש ועד שיגדלו (גיל 13 לבנים ו-12 לבנות) מוציאים ממנו בעל כורחו משום צדקה, והוא במידה והאב אמיד.

מגיל הנ"ל, תקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד הרחיבה את חיוב המזונות עד גיל 15.

ומגיל 15-18 ראה החלטת מועצת הרבנות הראשית מיום ט' תמוז תשל"ו המרחיבה את חיוב המזונות עד לגיל 18.

יש מהפוסקים אשר החשיבו את חיוב המזונות מדין צדקה,כדין צדקה לכל דבר הנקבע בהתאם להלכות צדקה.

וכך מובא בפס"ד ביה"ד האזורי חיפה מתאריך כח טבת תשל"ד (תיק 4442/שלג), המובא בהחלטת בית הדין הגדול בערעור תשל"ג/217 תשל"ד/ 61 מכב' הדיינים הגאונים קאפח, אליהו ומזרחי זצ"ל, פד"ר כרך ט עמ' 354, וז"ל:

"..הואיל והבת הגדולה חיובו במזונותיה הוא מדין צדקה, ובמקרה זה האם עולה בהרבה בהכנסתה על האב, יש לחייבה מדין צדקה כדין קרוב קרוב קודם"

ובהחלטת בית הדין הגדול, תיק ערעור ער/תשי"ז/6, פד"ר כרך ב עמ' 8, מכב' הדיינים הגאונים הרצוג, הדאייא ואלישיב זצ"ל, וז"ל:

"אולם כל זה הוא כשאנו באים לדון על חיובו של האב במה שהוא מחוייב מצד הדין, אבל יש חיוב נוסף על האב וזה במקרה שהוא אמיד, הלכה פסוקה היא באה"ז סי' פב סעי"ז "מוציאין ממנו הראוי לה בעל כורחו וזנין אותה והיא אצל אימה, וזה מדין צדקה... כי קנה המידה של חיוב צדקה היא די מחסורו אשר יחסר לו".(עיין יור"ד...)"

דהיינו באמות מידה של חיוב צדקה מדין קרוב קרוב קודם, ובאם עולה האם בהרבה בהכנסתה על האב, יש לחייבה מדין צדקה כדין קרוב קרוב קודם, כאמור לעיל.

אם כן, בתיק המונח בפנינו שחיוב האב במזונות ומדור הילדים בגילם 10,14 ו-17, הוא מדין צדקה, אם כן גם לאם יש דין חיוב צדקה מדין קרוב, ובתביעה על העבר שכבר גרו הילדים בביתה כתוצאה מתביעתה למשמורת על הילדים, הרי הוא כנתינת צדקה ע"י האם במקום האב. ויותר מכך שגם על העבר וגם על להבא, בתיק המונח בפנינו, לאם יש דירה ללא הוצאות ואילו האב גר אצל אמו ואין בידו לקנות לעצמו דירה, הרי הוא כגדר שהכנסת האם עולה בהרבה על הכנסת האב, שיש לחייבה מדין צדקה כדין קרוב קרוב קודם, כאמור לעיל, ואין מקום לחייב את האב במדור ילדיו.

יש לציין כי פס"ד זה מתייחס למדור הניתן מהאם לילדיה כאשר גם אם יש בו בכדי לחייב את האם במדור אין בו בכדי להוציא ממון בפועל מהאם אלא לפטור את האב, לעומת פס"ד למזונות שבמידה ומחייב את האם במזונות יש בו בכדי להוציא ממון מהאם בפועל על הוצאות יום יומיות למזונות הילדים.

אלא שלעומת ההבנה הנ"ל כי חיוב האב במזונות ילדיו מדין צדקה, הוא מדין צדקה בלבד, יש מהפוסקים אשר החשיבו את חיוב המזונות מדין צדקה, כדין חיוב מדין תקנה, כהמשך לתקנת חז"ל המחייב את האב במזונות ילדיו בקטני קטנים עד גיל 6, וממילא אמת המידה לחיוב זה תהיה מדין חוב.

וראה באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לא"י, עמ' קנ, הבהרת הרבנים הראשיים לישראל הרבנים הגאונים עוזיאל והרצוג, וז"ל:

> **"מוטעית היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת אפוא על ידי ההיקף המצומצם של דיני צדקה. תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו".**

לפי זה יש לדון על חיוב האב במדור ילדיו מדין חוב, כדין התחייבות לזון ויותר מכך, ולא באמות מידה של דיני צדקה.

וראה עוד בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו סי' כח אות ב, שדן על יסוד השו"ע יו"ד סי' רנא סעיף ד שמחייבין את האב לזון בנו עני ואפילו הוא גדול, וכתב שם, וז"ל: ".. **ויש לחייב אביה לזונה יותר מהאם גם אם היא עשירה יותר מהאב, דהאב ישנו בחיובא לגבי בניו לזונם ולכלכלם, לא כן באם** ... וכל שיש יכולת בידי האב לפרנס מחייבין אותו מצד הדין דכופין על הצדקה".

דהיינו על אף שיסודו מדין צדקה, מכל מקום יש גם חיוב על האב לזון ואף יותר מהאם.

מסקנות

בהתאם לאמור, יש מקום לדון בחיוב האב במדור ילדיו בבית האם, מדברי הגמ', בבא קמא כ ע"א, וז"ל:

> **"הדר בחצר חברו שלא מדעתו ... לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר... האי זה נהנה וזה לא חסר" (ופטור).**

ובהמשך הגמ' שם כ ע"ב, וז"ל: "הדר בחצר חברו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר... שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא"

> **וברש"י שם,** וז"ל: "שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא, **אבל בית ישן לא".**

ובשו"ע, חו"מ סי' שסג סעי' ו, פוסק וז"ל:

> **"הדר בחצר חברו שלא מדעתו... ואם לא אמר לו צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אע"פ שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה אינו חסר".**

וברמ"א שם:

" ואפילו היה רגיל להשכירו, רק שעכשיו לא עביד למיגר, בתר האי שעתא אזלינן".

אם כן בנידון שלנו, כאשר האם גרה בדירתה שאינה עומדת לשכירות, אף שהאב היה חייב לשכור מדור לילדיו במידה ולא היו גרים אצל האם, הרי האב פטור מדין זה נהנה (האב אשר חייב מדור לילדיו) וזה לא חסר (האם).

אלא שבשו"ע שם בסעיף ז, פוסק, וז"ל: "י"א דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, על ידו מגלגלין עליו כל השכר מה שנהנה".

ובסמ"ע שם סעי"ק יח, וז"ל: "פירוש, כיון דעל כל פנים צריך לשלם מה שחסרו, מגלגליו גם כן על ידי אותו המועט כל מה שנהנה וצריך לשלם הכל".

אם כן, בתיק שלנו שדירת האישה אינה דירה חדשה, אין לחייב את האב בחסרון מדין שחרוריתא דאשיתא וממילא אין לגלגל על האב את תשלום הנאתו במה שילדיו גרים בדירת האם.

ואם תאמר שדירה חדשה לאו דווקא, אלא כל היזק וחסרון שעושה הדר בדירה נחשב לשחרוריתא דאשיתא, ביחס לאימא הפותחת את דלתות ביתה בפני ילדיה יש לחלק, שהרי האם היא זו שבקשה משמורת על הילדים ובעצם ביקשה שהילדים ידורו עמה ותביעתה אינה מתייחסת כלל לבלאי הדירה כתוצאה ממגורי הילדים בדירתה, נמצא כי אין כלל חיוב על מה שחסרו הילדים בדירה גם אם חסרו, וממילא גם אין על מה לגלגל את מה שנהנה האב.

ועוד י"ל, שכתוצאה מהאמור לעיל ביחס לאימא הפותחת את דלתות ביתה בפני ילדיה לבקשתה, אין נידון זה בכלל זה נהנה (הילדים והאב) וזה לא חסר (האם), אלא בכלל זה נהנה וזה נהנה (האם) שהילדים גרים אתה לבקשתה.

וכן כתב הנ"י, ב"ק דף ט. מדפי הרי"ף, וז"ל:

"..ואי משום דמשחיר כותלי הבית בתשמישו, כנגד אותו ההפסד המועט עביד ביה תועלת שדר בה שהישוב מועיל לבית".

דהיינו, חיוב הדר הנהנה אף שהבעלים לא חסר, כאשר הדר גורם לבית חסרון בשחרוריתא דאשיתא, זהו דווקא כאשר הדר אינו גורם להנאת הבעלים במגוריו בבית, אבל במהנה את הבעלים, כגון שהדירה עמדה ריקה אלמלא גר זה בבית והיה מעלה עש המרקיב את העצים והקורות, אין מקום לחייב את הדר, שאף שגורם היזק בבית מכל מקום גם מהנה את הבעל הבית במגוריו בדירה.

ואף שכתב ה"שלטי הגיבורים" שם סעי' א, שהאמור הוא לשיטת הרמ"ה בלבד, אבל לדעת שאר הפוסקים לעולם כשיש חסרון צריך לשלם לו את הכול אף שגורם לבעל הבית הנאה במגוריו בדירה, מכל מקום עיין שם שסיים הש"ג את דבריו, וז"ל: "דתועלת דירתו אינה חשובה כלום" דהיינו עצם מגוריו בדירה למניעת עש (שאיה) אינה חשובה הנאה, משמע שגם שאר הפוסקים יודו שבגורם הנאה במגוריו פטור הדר אף שגם גורם נזק במגוריו, ולא חלקו אלא ב"שאיה" שאינה חשובה הנאה לדעתם.

וכתב הלחם משנה, הל' גזילה ואבידה פרק ג' הלכה ט, וז"ל:

> **"הדר בחצר חבירו וכו' שזה נהנה וזה אינו חסר. וא"ת והא בגמרא פירש טעמא משום ושאיה יוכת שער או משום ביתא מתבא יתבא משמע דלא סגי הך טעמא דזה נהנה וזה אינו חסר. וי"ל דנמוקי יוסף ז"ל פירש בגמרא דהא דצרכינן להך טעמא אף על גב דזה נהנה וזה אינו חסר פטור, משום דהא איכא חסר דאיכא שחרות הכותלים, וכנגד זה התועלת צריך תועלת אחר כנגדו והוא דשאיה יוכת שער כו' וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר. אך קשה דא"כ איך כתב ה"ה ז"ל בשם המפרשים שאם חסר הבית בכל שהוא כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים כו' שמגלגלין עליו את הכל, כנגד שחרות הכותלים הוי הך הנאה דשאיה יוכת שער. ותו קשיא דהא בגמרא הקשו למ"ד פטור מהא דר' יהודה דאמר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר, ותירצו שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא, כלומר דהתם איירי בבית חדש אבל הכא בבית ישן דליכא שחרות הכותלים פטור, ולפי מ"ש הרב נמוקי יוסף אין כאן תירוץ דהנאה דשאיה יוכת שער וכו' או ביתא מתבא יתיב מהני כנגד זה. וי"ל דכשהוא בית חדש התם איכא הפסד טובא ולא מהני טעמא דשאיה ודביתא מתבא כו' כנגד ההפסד של שחרות הכותלים. ובהכי מיירי הא דר' יהודה וכן הא דכתבו המפרשים כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים, אבל כשהוא בית ישן אף על גב דאיכא שחרות כותלים מעט מהני כנגד זה טעמא של שאיה וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר".**

דהיינו, קיזוז הנזק הנגרם כתוצאה ממגורי הדייר בבית בעל הבית, בהנאה שגורם הדייר לבע"ב בעצם מגוריו בביתו.

נמצא כי בנידון שלנו כאשר מגורי הקטנים גורמים הנאה לאם שהרי גרים עמה לבקשתה, אם נגדיר זאת כהנאה, גם שאר הפוסקים יודו שהדר פטור (במקרה זה הכוונה לאב המחויב במדור הילדים) אף אם הילדים גורמים נזק במגוריהם.

אלא שיש לחלק בין הנאת "שאיה" דהיינו הנאה הנגרמת על ידי הדר בדירה ומונעת בכך עש ומזיקים בדירה שבעל הבית לא גר בה, שהיא הנאה בגוף הדירה, לבין הנאת מגורי הילדים בדירת האם שהיא הנאה חיצונית ואינה הנאה בגוף הדירה עצמה.

ואם כן יש לכאורה לדחות ולומר, מה להנאת "שאיה" שהיא הנאה הנגרמת ע"י הדר בגוף הדירה לכן מתקזזת עם החיסרון והנזק בגוף הדירה של "שחרוריתא דאשיתא" דהיינו בלאי הדירה, תאמר בהנאת מגורי הילדים בדירת האם שהיא הנאה חיצונית ואינה הנאה בגוף הדירה ומי יאמר שגורמת למחילת האם לנזק בלאי הדירה הנגרם ע"י הילדים שהוא נזק בגוף הדירה.

אלא שיש לומר, שעל אף החילוק ביניהם, לענייננו שווים הם. שהרי ההנאה באה לבטל את קפידת בעל הבית לנזק ובא להעמידו על הדין של זה נהנה וזה לא חסר שהוא בסיס הפטור כאן, ואולי אף בגדר של זה נהנה וזה נהנה.

לפיכך יש לומר, דמה לי הנאה בגוף הדירה המבטלת את קפידת בעל הבית לנזק שנגרם בדירה עצמה על ידי הדר בה, ומעמידו על המציאות של זה נהנה וזה לא חסר וממילא פטור, ומה לי הנאה חיצונית הנגרמת על ידי הדר בעצם מגוריו בדירה, שגם בידה של הנאה זו לבטל את קפידת בעל הבית לנזק הנגרם בדירה עצמה על ידי הדר בה, ונמצא גם כאן זה נהנה (הדר) וזה (בעל הבית) לא חסר, שהרי כנגד נזק בלאי הדירה יש לבעל הבית הנאה בעצם המגורים המבטלת את חסרון הנזק.

ויותר מכך, שאמנם בנידון שלנו ההנאה היא לא בגוף הדירה כפי שהיא ב"שאיה", אך גם אינה חיצונית לגמרי כאשר הנאת האם ממגורי הילדים בביתה היא הנאה מעצם הדיור של הילדים בבית אמם, ועדיין יש לומר שדינו ייחשב כהנאה בגוף המדור.

דהיינו שהגורם המכריע כאן הוא עצם המגורים של אדם אחר בבית בעל הבית, האם יש בעצם המגורים נזק בלבד כגון שחרוריתא דאשיתא וממילא מבטל בכך את המציאות של זה נהנה וזה לא חסר שהרי חסר הוא בעל הבית, או שעל אף שחסר, הרי שעצם מגורי הדר גם גורמים לו הנאה המקזזת את הנזק והחיסרון, ונמצא כאן שוב זה נהנה וזה לא חסר ואולי אף זה נהנה וזה נהנה.

נמצא כאמור לעיל, כי בנידון שלנו כאשר מגורי הקטנים גורמים הנאה לאם שהרי גרים עמה לבקשתה, הדר פטור (במקרה זה, הכוונה לאב המחויב במדור הילדים) אף אם הילדים גורמים נזק במגוריהם, שהרי גם גורמים בעצם מגוריהם הנאה לאם המקזזת את הנזק.

בנוסף לאמור, פוסק הרמ"א, חו"מ סי' רסג סעי' י', וז"ל: "האומר לחבירו דור בחצרי אינו צריך ליתן לו שכר".

ואף שבת"ה סי' שיז חלק על כך, כבר כתב הש"ך, חו"מ סי' שסג סעי"ק יג דדבריו צריך עיון וכ"כ בסי' רמו סעי"ק ט, ובסמ"ע סי' רמו סעי' כד כתב שאף שהרמ"א סימן רמו סעי' יז פסק כהת"ה זה דוקא באומר לחברו אכול עמי שצריך לשלם לו דהו"ל זה נהנה וזה חסר, אבל האומר לחברו דור עמי פטור דהו"ל זה נהנה וזה לא חסר.

ובערוך השלחן סי׳ שסג סעי׳ כו, וז״ל:

״האומר לחברו דור בחצרי...ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור (אף שהדר דרכו לשכור עי״ש בהתאם לראשית דבריו) דהא אפילו כשלא אמר לו דור פטור, ולא אמרינן דכשאמר לו דור גרע טפי דכוונתו היתה בשכירות (הגר״א)״.

ויש עוד לדייק בדברי הטור, חו״מ סי׳ שסג, וז״ל:

״הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שרואהו דר בו ולא אמר כלום, שאם אמר לו צא ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו, אלא לא אמר לו דבר וזה דר בו״.

ובב״ח כתב שם, וז״ל:

״..ולכן ביאר רבינו ...דבדאמר לו צא ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, אלא הכא מיירי ברואהו דר בו ולא אמר לו כלום ולפיכך אינו פטור אלא בחצר דלא קיימא לאגרא״.

וכך פוסק השו״ע, חו״מ סי׳ שסג סעי׳ ו.

מכאן, שאם אמר במפורש דור אצלי, אף שדורש על כך כסף, וכפי שהוא בתיק המונח בפנינו שהאם דורשת

שהילדים יגורו אצלה, אף שתובעת על כך שכירות, יחולו הפטורים לפחות כמו בנידון שרואהו שדר בו ולא אמר לו כלום.

ואף שהרמ״א, חו״מ סי׳ שסג סעי׳ ו, פוסק, וז״ל:

״ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יכול לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אע״פ שכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות ולא יוכל ליהנות, אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרוויח, להשכיר חצרו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות חנם״

ומקור הרמ״א הוא בדברי המרדכי והנ״י, וכן הוא בתוס׳ ד״ה הא, וז״ל: ״שאני הכא שהוא יכול למונעו מתחילה מלדור בו״. וכן הוא גם בביאור הגר״א שם חו״מ סי׳ שסג סעי״ק יז.

דהיינו שפטור הדר על לשעבר מדין זה נהנה וזה לא חסר, אבל לא על העתיד כיון שביד בע״ב להשכיר את הבית אף שבפועל אין בע״ב רוצה בהשכרת הבית, אינו יכול לאכוף אותו לדור בו ולא אומרים על להבא זה נהנה וזה לא חסר .

מכל מקום, באימא הדורשת משמורת על ילדיה ומחייבת את מדור ילדיה בדירתה, אף שעקרונית היה מקום לכאורה לומר שמלכתחילה היתה יכולה למנוע מילדיה לדור אצלה והיה

גם בידה להרוויח ולהשכיר את דירתה, אלא שבפועל ברור הוא כי האם לא היתה מוותרת על משמורת ילדיה כאשר מחייבת בעצם את מדור הילדים בדירתה.

אם כן, יש לומר, שבכהאי גוונא באימא, אין הבדל בין העתיד לבין העבר, ואף על העתיד הרי הוא כעל העבר שכבר דר בו, משום שלא שייך לומר כאן "אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו", שמי הוא זה אשר כופה את בעלת הדירה (האם) על כך כאן במדור הילדים אצל אימם, והרי האם עצמה היא הדורשת זאת, ואף שדורשת גם תמורה כספית על כך, מכל מקום לא שמענו מהאם טענה כי במידה ולא תקבל תמורה הרי היא מוותרת על משמורת הילדים ולא רוצה שיגורו בדירתה.

לפיכך, במציאות המונחת בפנינו, יש לדון בין על העבר ובין על העתיד כמי שכבר דר ובאמות מידה האמורות לעיל בדין זה נהנה וזה לא חסר.

נמצא כי בין אם חיוב האב למזונות ילדיו בגילאים 17-10 הוא מדין צדקה ובין אם הוא מדין חוב מדין התקנה, בתיק המונח בפנינו דוחה ביה"ד את תביעת האם לדמי מדור.

כל האמור הוא ביחס לדמי מדור הילדים, ואינו מתייחס להוצאות הבית כגון ארנונה חשמל מים וכו' הכלולים בדמי המזונות כאשר נר לאחד נר למאה.

הרב מנחם הגר
בית הדין הרבני ירושלים
אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים

מדור ילדים - באופן שיש לאשה דירה / כאשר היא שוכרת דירה

הנדון שלפנינו באשה רכשה דירת מגורים והיא חיה שם עם הילדים המשותפים, ותביעתה שהבעל ישתתף בדמי המשכנתא, כחלק מחיובו לספק מדור ראוי לילדיו.

דיון והכרעה

בתחילה יש להקדים הנחת יסוד והיא כי חיוב האב במדור ילדיו הינו מדין צדקה, ולכן רק אם אין לילדים מדור, על האב לשלם בעבורם את הוצאות המדור אולם אם יש להם מדור אין על האב כל חיוב לשלם להם הוצאות מדור.

במקרה שהאשה שוכרת דירה בשבילה ובשביל הילדים, חיוב האב אינו רק לשלם את הוצאות המדור לאישה אלא האב נעשה שותף עמה בשכירות הדירה עבור הילדים. שכירות הדירה הינה שכירות של שני שותפין, כדי לדור בדירה אחת. מלבד האם הגרה בדירה, ישנו שותף נוסף והוא האב, השוכר חלק מהדירה עבור הילדים מאחר שהוא חייב במדורם. לפיכך, גם אם האם היא זאת שדואגת לתשלום הכולל של שכירות הדירה, הרי עשתה זאת בשליחות האב שהוא השותף השני, ומשכך, על האב להעביר לה את החלק מדמי השכירות שהיא שילמה בעבורו.

אולם אם לאישה דירה משלה והילדים דרים עמה בדירתה ואין לאשה הוצאות על דמי שכירות המדור, אין מקום לדון בחיוב האב בתשלום לאשה על מדור הילדים אלא מדין נהנה. כלומר, מאחר שחובת האב לדאוג לילדיו למדור ראוי גם אם זה כרוך בהוצאת ממון, הרי העובדה שהילדים דרים בבית אימם, גורמת שהאב נהנה מהדירה הנאה שיש לה ערך ממוני שהרי אלמלא דירת האם, היה עליו לשכור דירה בעבור הילדים, וההגדרה ההלכתית למציאות זו היא שהאב הוא 'גברא דעביד למיגר'.

במקרה שלפנינו, אמנם האב 'נהנה' משימוש הילדים בדירת האם, אולם, על פניו, האם 'לא חסרה' כלומר, אין לאם הפסד הנובע משימוש הילדים בדירה. גם אם האם לקחה משכנתא וקנתה את הדירה לצורך שימוש הילדים, הרי שלא הוציאה 'הוצאות' בעבורם. תשלומי הקניה אינם הוצאות כאשר תמורתם היא קיבלה נכס, וממילא לא הפסידה ממון.

אין גם לומר שהיו לה הפסדים והוצאות מאחר שאלמלא הילדים לא היתה קונה דירה

והיתה משתמשת באותו כסף להשקעה ריווחית כלשהי. האם שלפנינו אינה אשת עסקים. מלבד זאת, סביר להניח כי גם אם הילדים לא היו במשמורתה היתה קונה דירה זו גם כדי לארח אותם לפרקים, ובנוסף, לילדים מספיקה גם דירה קטנה יותר.

כלל ידוע הוא בהלכה "זה נהנה וזה לא חסר פטור". כלומר, אין 'נהנה' חייב בתשלום אלא אם כן ההנאה גרמה לחסרון ממון אצל המהנה. כך נפסק בשו"ע חו"מ סימן שס"ג סעיף ו ומקורו מהגמ' בבא קמא דף כ"א ע"א ורמב"ם הלכות גזילה ואבידה פ"ג הלכה ט'.

טעם הדין הוא משום שכופין על מידת סדום. כן כתב רש"י ב"ב דף י"ב ע"ב: "על מדת סדום, זה נהנה וזה לא חסר". וכ"כ התוספות שם. וכ"כ רש"י בעירובין מ"ט א' ובכתובות ק"ג א', הרמב"ן במלחמות ה' בב"מ דף לה ב', ר"י מלוניל כתובות ס"א ב', ר"ן על הרי"ף שם. ועוד רבים מהראשונים. ועיין בר"ע מברטנורא בפירושו למסכת אבות פ"ה. ועיין במנחת פתים סימן קע"ד שכתב שמדברי הסמ"ע שם משמע שכופין על מידת סדום מן התורה.

הערת אגב: ראוי לציין, כי קיימות פסיקות של בתי משפט כי על האב לשלם לאם על מדור הילדים גם אם האשה מממנת בכספו קניית דירה על שמה. הם מנמקים זאת מאותה סיבה של 'כופין על מידת סדום' באופן ש'זה נהנה וזה לא חסר'. לדעתם, הרי אם לא היה לאם דירה, היה מוטל על האב להוציא ממון עבור מדור הילדים, אם כן במקרה שיש לה דירה, מה איכפת לו לאב מהו השימוש שהאם עושה בכספו. זוהי מידת סדום, לדעתם, למנוע בעדה השתמשות בכסף האב למדור לקניית דירה.

דעה זו היא היפך דעת תורה. חכמינו ז"ל קבעו כי מידת סדום היא להוציא ממון מאדם שאינו חייב אותו על פי דין. מידת סדום היא "שלי שלי שלך שלך" (אבות ה' י') כלומר, לא לתת מאומה לאחר אלא בתשלום. על כך כופין. אי תשלום עבור הנאה או שימוש שעל פי דין אינם שווים ממון, אינו מידת סדום. עד כאן ההערה.

חיוב מדין נהנה - זה נהנה וזה לא חסר

אמנם ישנם מקרים עליהם נפסק בשו"ע שעל הנהנה לשלם למרות שלא חיסר למהנה. אולם לכל מקרה קיימת סיבה מיוחדת לחיוב התשלום. למשל, דין משתרשי, או עושה סחורה בפרתו של חבירו, דהיינו, שהריווח של הנהנה אינו רק מכך שבגלל שימושו בממון חבירו, הוא פטור מלהוציא הוצאות מסוימות, אלא שאף מרויח ממש בעקבות שימושו בממון חבירו. או סוגיית מקיף וניקף שאם גדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, למרות שזה נהנה וזה לא חסר הוא וכקושיית התוס' שם. ועוד סוגיות נוספות. אך בלי להיכנס להגדרת ההבדלים בין הסוגיות השונות, על הנדון שלפנינו מפורש הדין בשו"ע סימן שס"ג הנ"ל שבגברא דעביד למיגר וחצר דלא קיימא לאגרא אינו צריך להעלות שכר.

אולם יש לדון האם לחייב את האב בתשלום על השכירות, והוא מהטעם ששימוש הילדים בדירה גורם חיסור ממון לאם לכל הפחות כ'שחרוריתא דאשייתא' המפורש בגמ' שם [ב"ק כ' ע"ב]: "ת"ש, רבי יהודה אומר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר. ש"מ זה נהנה וזה לא חסר חייב. שאני התם, משום שחרוריתא דאשייתא". ופירש"י: "שחרוריתא דאשייתא, שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא אבל בית ישן לא". ובשו"ע שם (סימן שס"ג ז') כתב: "יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו, אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט, ע"י מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה. הגה, ואם כן אם אין דרך זה לשכור, פטור, דהא לא נהנה ויש חולקים) (ר' ירוחם ני"ב שתי הדעות)".

אך מלבד שהלכה זו נפסקה בשו"ע בשם י"א בלבד, הרי במקרה שלפנינו, האם רוצה ומבקשת שהילדים ישהו אצלה בקביעות, וגם אם יקבע שהילדים אצל האב, הרי רצונה הוא שלכל הפחות יתקיימו הסדרי ראיה בזמנים קצובים, והדעת נותנת כי האם שמחה על כך ושווה לה חיסור הדירה הנובעת משימוש רגיל ויומיומי של הילדים והוא מתקזז מול הנאת האישה בשהות הילדים אצלה, וממילא אינו מוגדר כחיסור ממון שנגרם על ידי שימוש האב.

חיסור ממון המחייב את הנהנה לשלם במקרה של "זה נהנה וזה לא חסר", נמדד כחיסור ממון רק אם אין מולו ריווח לאדם שממונו נחסר, ואשר הריווח עומד לכה"פ באותו שווי של החיסור. אם מול החיסור הנגרם מהשימוש בדירה, קיים ריווח לבעל הדירה, אין החיסור מהווה עילה לחייב את הנהנה.

הלכה זו נלמדת מסוגיא אחרת מסעיף קודם באותו סימן בשו"ע, והוא סעיף ד': "התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת, פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה". ומקורו ברמב"ם הלכות גזילה ואבידה פרק ג' הלכה ז: "התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה ולא בטלו ממלאכה אחרת פטור שנוח לו לאדם שלא יבטל עבדו".

מקור ההלכה מתוך דברי הגמ' ב"ק (צ"ז א):

> **"..אמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב, התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור... כי הא דשלח ליה רבי אבא למרי בר מר, בעי מיניה מרב הונא: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך להעלות לו שכר? ושלחו ליה: אינו צריך להעלות לו שכר. הכי השתא, בשלמא התם, בין למ"ד ביתא מיתבא יתיב ניחא ליה, בין למ"ד ושאיה יוכת שער, ניחא ליה, אלא הכא מי ניחא ליה דנכחוש עבדיה? אמרי: ה"נ ניחא ליה, דלא ליסתרי עבדיה".**

ובגמ׳ שם (כ״א ע״א):

״אמר רב סחורה אמר רב הונא אמר רב, הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אין צריך להעלות לו שכר, משום שנאמר, ושאיה יוכת שער. אמר מר בר רב אשי, לדידי חזי ליה, ומנגח כי תורא. רב יוסף אמר, ביתא מיתבא יתיב. מאי בינייהו, איכא בינייהו, דקא משתמש ביה בציבי ותיבנא״.

מסוגיות אלו עולה כי כדי לפטור ׳נהנה׳ מממון חבירו לא מספיק שבעל הממון ׳לא חסר׳ אלא צריך גם שבעל הממון ׳נהנה׳ מהשימוש של הנהנה. בבית, משום ׳ושאיה יוכת שער׳ כלומר, שבעקבות המגורים של הנהנה מסתלקים שדים מהבית, או משום ׳ביתא מיתבא יתיב׳ כלומר, בית מיושב מתוחזק ומתוקן יותר מבית שומם. בשימוש בעבדו של חבירו, הנאת בעל העבד היא, מכך שהעבד לא ילמד את דרכי הבטלה כפירוש רש״י על דברי הגמ׳ ׳דלא ליסתרי עבדיה׳.

אך לפנינו שתי סוגיות סותרות שבדין המקורי של ׳זה נהנה וזה לא חסר׳ התנאי היחיד לפטור את ה׳נהנה׳ הוא שבעל הבית ׳לא חסר׳ בעקבות שימוש הנהנה. ואילו בסוגיות הללו מבואר כי כדי לפטור את ה׳נהנה׳ לא מספיק שמהנה ׳לא חסר׳ אלא צריך גם שתיגרם לו הנאה כלשהי בעקבות שימוש ה׳נהנה׳.

הרא״ש שם בסימן ו כתב:

״אמר רב סחורה אמר רב הונא הדר בחצר חברו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר שנאמר ושאיה יוכת שער. מייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו לא מיבעיא שהוא פטור משום דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר אלא אפילו טובה נמי עושה עמו שמנע ביתו מליסתר״.

הרא״ש פוסק כפשוטה של סוגיא שאם ׳זה נהנה וזה לא חסר׳ פטור ה׳נהנה׳. לדעת הרא״ש ה׳נהנה׳ פטור מתשלום על שימוש בנכס של אחר, גם אם האחר ה׳מהנה׳ רק ׳לא חסר׳ בעקבות שימושו של ה׳נהנה׳ בנכסיו, ולמרות שלא נהנה כל הנאה משימוש ה׳נהנה׳ בנכסיו.

הרא״ש מפרש את הנאמר בסוגיות הנוספות כי ה׳נהנה׳ גרם טובה לבעל הבית בשימושו בנכסיו, לא כתנאי הלכתי לפטור את הנהנה אלא כתוספת לעיקר ההלכה וכלשונו: ״מייתי מהך קרא אסמכתא וסעד לדבריו לא מיבעיא שהוא פטור משום דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר אלא אפילו טובה נמי עושה עמו שמנע ביתו מליסתר״.

אולם הרשב״א חולק וזה לשונו:

״אני תמיה דמשמע הכא דדוקא משום דבעל החצר נהנה במקצת כרב הונא או כרב יוסף הא לאו הכי לא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור, וכולה שמעתין

משמע דכל שאינו חסר וזה נהנה פטור כההיא דהמקיף את חברו וכההיא דנטל אבן או קורה דהוה דייקינן מינה לעלמא דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו חייב הא למ"ד פטור אף זה הי' פטור, ור' יוחנן נמי לא אשגח ביה בר' אבהו דאמרה משמיה דשמואל ואמרינן טעמא משום דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת הוה הא דהדיוט דכותה אף על פי שנהנה בשוה פרוטה פטור אף על גב דבעל אבן וקורה לא מתהנו בכלום ע"י כן".

ותירץ הרשב"א:

"ושמא נאמר כי על כל פנים יש הפסד קצת בבתים מחמת דריסת רגל הדיורין אלא שהריוח שמצילין אותה משאיה עולה כנגד הפסד זה, וממנה שאם היו כבר אנשי ביתו או אנשים אחרים דרים בה מחמת בעל הדירה ובא אחר ודר בה מעלה לו שכר, והיינו דקאמר איכא בינייהו דקא משתמש ביה בתיבני ובציבי".

כלומר, אם המהנה 'לא חסר' בלבד, פטור ה'נהנה', ואם הוא 'חסר' אפילו חסרון מועט, חייב. אבל אם לעומת אותו חסרון מועט יש לו למהנה הנאה כלשהי משימוש ה'נהנה', ואותה הנאה עומדת ביחס הערך של החיסרון, פטור הנהנה.

וכן כתב בנימוקי יוסף (דף ט ע"א):

"בחצר חבירו. דלא קיימא לאגרא מירי ולפיכך אינו חייב להעלות לו שכר דכיון דלא עביד ביה שום הפסד אלא שנהנה בדירתו מאי איכפת ליה לבעל החצר האי זה נהנה וזה אינו חסר הוא ואי משום דמשחיר כותלי הבית בתשמישו כנגד אותו ההפסד המועט עביד ביה תועלת שדר בה שהישוב מועיל לבית כדמפרש ואזיל".

הרמב"ם והשו"ע הנ"ל פוסקים מחד כסוגיא אחת וכמובא לעיל משו"ע סעיף ד: "התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת, פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה". ומאידך בסעיף ז כתב השו"ע בסתמא שזה נהנה וזה לא חסר פטור וכ"כ הרמב"ם שם.

על שאלה זו עמד הלחם משנה שם, זה לשונו:

"הדר בחצר חבירו וכו' שזה נהנה וזה אינו חסר. וא"ת והא בגמרא פירש טעמא משום ושאיה יוכת שער או משום ביתא מתבא יתבא משמע דלא סגי הך טעמא דזה נהנה וזה אינו חסר.

וי"ל דנמוקי יוסף ז"ל פירש בגמרא דהא דצרכינן להך טעמא אף על גב דזה נהנה וזה אינו חסר פטור משום דהא איכא חסר דאיכא שחרות הכותלים וכנגד זה התועלת צריך תועלת אחר כנגדו והוא דשאיה יוכת שער כו' וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר.

אך קשה דא"כ איך כתב ה"ה ז"ל בשם המפרשים שאם חסר הבית בכל שהוא כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים כו' שמגלגלין עליו את הכל כנגד שחרות הכותלים הוי הך הנאה דשאיה יוכת שער. ותו קשיא דהא בגמרא הקשו למ"ד פטור מהא דר' יהודה דאמר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ותירצו שאני התם משום שחרוריתא דאשותא כלומר דהתם איירי בבית חדש אבל הכא בבית ישן דליכא שחרות הכותלים פטור. ולפי מ"ש הרב נמוקי יוסף אין כאן תירוץ דהנאה דשאיה יוכת שער וכו' או ביתא מתבא יתיב מהני כנגד זה.

וי"ל דכשהוא בית חדש התם איכא הפסד טובא ולא מהני טעמא דשאיה ודביתא מתבא כו' כנגד ההפסד של שחרות הכותלים. ובהכי מיירי הא דר' יהודה וכן הא דכתבו המפרשים כגון שהיה חדש והשחיר הכותלים אבל כשהוא בית ישן אף על גב דאיכא שחרות כותלים מעט מהני כנגד זה טעמא של שאיה וחזר הדבר לזה נהנה וזה אינו חסר".

וכדבריו כתב הפרישה שם (חו"מ סימן שסג):

"ואם אין החצר עומד להשכיר כו' כיון שלא חסרו כו'. אבל גבי תוקף עבדו של חבירו שלא בשעת מלאכה אי לאו טעמא דלא ילמוד עבדו דרכי הבטלה לא היה פטור מפני כך דיכול לומר לא ניחא לי דליעבד עבדי בחנם ולא דמי לבית שהנהו זה לבית דאמרי אינשי ביתא מיתבא יתיב או שאיה יוכת שער וכדאיתא שם בגמרא בהדיא פרק הגוזל דף צ"ז הני טעמא בעבד ובבית עיין שם".

וכ"ה בנתיבות המשפט שם (ביאורים ט'):

"ואם לא היה לו רשות להשכיר.. ויש לספק בנתן השוכר רשות לאחד שידור בו בחנם עם השוכר ביחד אי צריך האי אחר לשלם להמשכיר, אי נימא כיון שמשכיר לא היה יכול להשכירו לאחר כיון שכבר הוא מושכר להשוכר והוי כחצר דלא קיימא לאגרא דפטור הדר בו. ונראה דחייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול במה שדרין בבית, והפטור במה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב, וכאן כיון שדרין בו בבית דליכא משום ושאיה יוכת שער ממילא חייב לשלם, דהא ודאי דאיכא קילקול קצת דהא מה"ט אסור להשכיר למי שבני ביתו מרובין [סימן שט"ז סעיף א'] רק דהשבח דשאיה יוכת שער עדיף מהקילקול, [והכא] דלא שייך זה, חייב לשלם כל הנאה בדין זה. וטעם, דהוי זה נהנה וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה".

המסקנה העולה היא כי חיסור ממון המחייב את הנהנה לשלם במקרה של "זה נהנה וזה לא חסר", נמדד כחיסור ממון רק אם אין מולו ריווח לאדם שממונו נחסר, ואשר הריווח עומד לכה"פ באותו שווי של החיסור. אם מול החיסור הנגרם מהשימוש בדירה, קיים ריווח לבעל הדירה, אין החיסור מהווה עילה לחייב את הנהנה.

כאמור, במקרה שלפנינו, האם רוצה ומבקשת שהילדים ישהו אצלה בקביעות, וגם אם יקבע שהילדים אצל האב, הרי רצונה הוא שלכל הפחות יתקיימו הסדרי ראיה בזמנים קצובים, והדעת נותנת כי האם שמחה על כך ושווה לה חיסור הדירה הנובעת משימוש רגיל ויומיומי של הילדים והוא מתקזז מול הנאת האישה בשהות הילדים אצלה, וממילא אינו מוגדר כחיסור ממון שנגרם על ידי שימוש האב.

***

כשבעל הבית תובע שיצא מביתו

עדיין נותר לנו לדון האם עלינו לחייב את האב בתשלום לאם מאחר שכל הדין שכופין על מידת סדום וכאשר 'זה נהנה וזה לא חסר' פטור, מדובר רק אם נהנה לשעבר, אולם נפסקה הלכה שביד בעל הבית למחות ביד כל אחד שלא ידור בביתו, ואם ידור למרות מחאת בעה"ב, יהיה חייב לשלם, ועל כן כל הפטור אינו אלא למפרע שאם דר שלא מדעתו פטור אבל אם דר לאחר שבעה"ב מיחה הרי הוא חייב, וא"כ לכאורה במקרה שלפנינו שהאם מודיעה מלכתחילה שאינה מוותרת על התשלום, אולי יתחייב האב לשלם.

ונראה, כי רק היכן שבעל הבית אומר לאדם 'צא' ואינו מרשהו לדור בביתו, בזה אנו אומרים שאם דר למרות מחאת בעה"ב, עליו לשלם לו דמי שכירות הדירה מאחר שזכות האדם למחות ולסרב להכניס אדם לביתו. אבל אם בעל הבית אינו אומר 'צא' אלא הוא אומר 'תגור אבל תשלם', אם הגדרת המגורים היא ש"זה נהנה וזה לא חסר" הרי הוא פטור.

כל הדין של 'כופין על מידת סדום' מדובר בשכבר דר ולא החסיר מאומה לבעה"ב, שלמרות שדר שם שלא מדעת בעה"ב, אין לנו סיבה לומר שעצם הדיור שלא בהסכמה הינו מהווה 'חֶסֶר' כלשהו לבעה"ב, כי מדרכם של בני אדם שלא להקפיד על דיור אנשים ברשותם אלא שרצונם להרויח על כך, אולם אם האדם מוחה ואומר במפורש 'צא' ואינו מתנה זאת בסיבת אי תשלום, על כך אין משום 'כופין על מידת סדום', וזוהי זכותו של אדם לסרב שלא יגורו זרים בביתו. ובזה נפסקה הלכה שאם אמר לו 'צא' ולא יצא, עליו לשלם. ומכאן, שאם אינו אומר 'צא' והוא מסכים שידור בביתו אלא שהוא מתנה זאת בתשלום, וכמו במקרה שעליו אנו דנים, שהרי האם רוצה שהילדים יגורו עמה וכנ"ל, א"כ פטור האב מתשלום כמו כל 'זה נהנה וזה לא חסר' שהוא פטור.

הבדל זה נלמד, לכאורה, מלשון הראשונים וכל הפוסקים שדנו בענין זה.

השו"ע סימן שס"ג סעיף ו' כתב:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו, צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו.

ואם לא אמר לו צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר״.

לשון השו״ע היא לשון הטור שכתב שם:

״אבל אם אמר לו צא ולא יצא ודאי חייב ליתן לו כל שכרו״.

ברור שהלכה זו נאמרה רק ב׳אמר לו צא׳ ומיחה בו שלא ידור בביתו, ולא מדובר באמר לו ׳דור ותשלם׳.

וכן הוא במקור הדין בתוספות (בבא בתרא י״ב ב׳ בד״ה כגון) שכתבו:

״ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה לו שכר אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו״.

ובתוספות בבא קמא (כ׳ ע״ב) ד״ה הא איתהנית:

״הא איתהנית, אפילו למ״ד בפ״ק דב״ב (דף יב:) כופין אותו על מדת סדום ויהבינן ליה אחד מצרא שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו ולמ״ד התם מעלינן ליה כנכסי דבר מוריון משום דדמי למונע חבירו מתחילה לדור בביתו אבל הכא כבר דר״.

וכן כתב רבינו ירוחם (מישרים נתיב יב ח״א דמ״ב) זה לשונו:

״וכתב ה״ר יונה כי בכל מקום שאמרנו שפטור להעלות לו שכר אם מיחה בו בעל הבית שלא ידור בו ודר בו אחר מחאתו נותן לו שכרו משלם ואפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר קמא״.

וכ״כ מהרש״ל בים של שלמה (ב״ק פ״ב סימן ט״ז):

״דין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר, ומבואר בכל גוני. ואם דר בו בע״כ על כל פנים צריך ליתן לו שכר. ואין כופין הבעל הבית להניח אדם לדור בביתו משום מידת סדום״.

גם הסמ״ע שם ס״ק יד ביאר טעם הדין שאם אמר לו צא ולא יצא חייב, זה לשונו:

״שאמר לו צא כו׳. בכה״ג בכל ענין אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר צריך לשלם לו כל שכרו כיון דגילה דעתו דלא ניחא ליה ביה, ואין אומרים בכה״ג כופין על מדת סדום וכמ״ש בסמוך בהג״ה״.

כלומר, שעיקר המחייב הוא משום שלא נוח לבעה״ב שידורו בביתו, ולא כתב שחייב בגלל שרצון בעה״ב בתשלום.

דבריו אלו גם הם מחודשים משום שלכאורה סברא זו סותרת את הדין המוזכר באותו סעיף בהג"ה בשם המרדכי:

> **"ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל)".**

ולכאורה אם הוציא את בעה"ב בעל כרחו ודאי שהאומדנא היא שלא ניחא ליה במגורי אותו אדם שהוציא אותו בכח מביתו שלו, ומכל מקום הוא פטור מתשלום.

ובאמת המהרש"ל בספר ים של שלמה (ב"ק פ"ב סימן ט"ז) הבין ששתי ההלכות הללו סותרות, שכתב:

> **"וכתב עוד [הטור], שאם אמר לו צא ולא יצא חייב בכל עניין... ולא כהגהת מהרי"ח (הג"א סימן ו' אות ב') שכתב אפילו דר בו בעל כרחו אין צריך להעלות לו שכר, כיון שזה הבית לא עביד למיגר. דהא כשמוחה בו הוי לגביה כבית דעביד למיגר. לכן דברי הטור עיקר. וכן כותבים התו' להדיא סוף פ"ק דב"ב (דף י"ב ע"ב ד"ה כגון) גבי כופין על מדת סדום כו'".**

אולם הרמ"א כתב את שתי ההלכות כאינן סותרות, וכדעה אחת. שהמחבר בתחילת הסעיף הביא את ההלכה שאם אמר לו צא ולא יצא חייב, והרמ"א הוסיף את ההלכה השניה שפטור אף אם הוציא את בעה"ב בעל כרחו מביתו והוא דר בו.

לפיכך, עולה להלכה שרק אם אמר לו 'צא' ומחה בו שלא ידור בביתו, חייב לשלם, אולם גם אם ברור לנו שאינו רוצה שידור בביתו שהרי הוציאו בעל כרחו מביתו, אם רק לא אמר לו ברורות 'צא', הרי הוא פטור מלשלם. וכל שכן שאם אמר לו 'דור רק תשלם' פטור כשזה נהנה וזה לא חסר.

ויעויין עוד בענין זה בשו"ת ישועות מלכו חו"מ סימן כ"ב, ובספר דברי חיים (אויערבאך) חלק חו"מ דיני גניבה וגזילה סימן כ"ט. ובדברי חיים הנ"ל הוסיף ודייק מדברי המרדכי (ב"ק פרק כיצד הרגל רמז ט"ז) שכתב: "..כך פירש ר"י דאין כופין להבא אך אם עבר ונהנה א"צ להעלות לו שכר". "משמע מדבריו דהר"י בעל התוספות סובר דאף במוחה בו והוא לא השגיח ודר בו אין צריך לשלם בדיעבד רק דלכתחילה יכול למחות שלא לדור בו, וכ"כ בדרכי משה בשם הנימוק"י שהביא הסמ"ע ס"ק ט"ז". עיין שם.

אמנם בשו"ת תשב"ץ חלק א סימן קע"ד [והובא בב"י שס"ג] כתב בפירוש שגם אם לא אמר 'צא' אלא אם אמר לו 'תדור בשכר' חייב, וזה לשונו:

> **"ואחר שנתברר זה נאמר לענין הנדון שלפנינו שראובן הדר בחצר שמעון שלא השכירו לו בפירוש אלא אמר לו דור בחצרי סתם שהוא פטור, שאפילו נכנס הוא**

מעצמו בחצר זו בלא רשות בעל החצר, פירוש, דר בחצר חבירו שלא מדעתו, היה פטור דזה נהנה וזה לא חסר הוא, ששמעון לא חסר בשביל דירתו שכירות שהיה נוטל מאחרים שהוא היה דר בה, וזה פירוש 'דלא קימא לאגרא' והוא הלשון שכתב הרמב"ם ז"ל שאינה עשויה לשכר שנשתבשו בהבנתו גסי ההבנה.

וכשפירש שמעון בים לצרכיו אמר לזה דור בחצרי דודאי פטור, ויש לנו לומר בזה מ"ש בגמ' על זה וכי מה חסרו ומה הזיקו ואי זה שכירות היה נוטל מחצר זו שנאמר שחסר אותו בשביל הנאתו של זה וזה פשוט הוא למי שראה אור התלמוד.

ולא עוד אלא אפילו פירש בים ולא אמר לו דור בחצרי אלא מעצמו דר בו שזהו פירוש דר בחצר חבירו שלא מדעתו היה פטור כ"ש כשהוא בעצמו א"ל דור בחצרי דודאי פטור אפילו נאמר דזה נהנה וזה חסר הוא דחייב כדעת הרב בעל העטור ז"ל לפי שזה מדעתו דר בו וכ"ש שזה היה דר בו בחנם בפירוש שא"ל דור בחצרי חנם ואח"כ לא חדש לו דברים בענין הדירה ההיא אלא עמד סתם בה.

דודאי אפילו למאי דהוה מספקא לן מעיקר' בגמ' הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אם מעלה לו שכר אם לא בהא הוה פשיטא לן דאינו מעלה לו ואפילו דר בה הרבה שנים עד שיפרש ויאמר לו מכאן ולהבא תדור בשכר וזה לא ניתן ליכתב לרוב פשיטתו זהו עקר הדין בזה. ומי שירצה להשיב יבא וישיב ולא יקשה בעיני כלל כי מחמת הקושיות וההויות תרבה הדעת ורווחת שמעתתא כדאית' בפ' הפועלים (פ"ד ע"א)".

אלא שהב"ח כתב שהרשב"ץ מיירי בגברא דעביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא, וכ"כ הש"ך בס"ק י"ג שעל מה שכתב הרמ"א בשם הרשב"ץ בסעיף י': "האומר לחבירו דור בחצרי אינו צריך ליתן לו שכר", כתב הש"ך: "והיינו דוקא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר". וכ"כ בקצוה"ח שם ס"ק ט'.

אמנם בביאור הגר"א ס"ק ל"א חלק על הב"ח וכתב: "עיין באה"ג בשם ב"ח ודבריו צ"ע דהא כאן מיירי דלא עבידא לאגרא כמ"ש התשובה שם". אולם גם לשיטתו, מעיון בדברי התשב"ץ נראה שכוונתו שכשאומר 'תדור עמי בשכר', באופן שלא פירש לים, כוונת בעה"ב מעתה ואילך להשכיר את הבית בכל מקרה, גם אם אותו אדם שגר בו לא ידור בו, ישכירהו בעה"ב לאחרים, וא"כ נעשה הבית 'חצר דקיימא לאגרא'.

לסיכום, לשון הראשונים ולשון כל הפוסקים הוא כמבואר, שרק אם אמר 'צא' ולא יצא חייב לשלם, ואפילו אם נאמר כהגר"א שהרשב"ץ חולק על כך, יכול האב לומר קים לי ככל הפוסקים שלא כתבו כן וכשיטת הב"ח והש"ך שפירשו כן גם את דברי הרשב"ץ.

ובעזהשי"ת מצאתי דברים מפורשים בענין זה בשו"ת דברי חיים להגה"ק מצאנז זיע"א [חו"מ ח"א סימן ל"ט] שכתב בתוך דבריו בזה הלשון:

"ואין לומר בנידון דידן הוי כמו שמיחה בו שלא ידור בביתו שחייב [שם ריש סעיף ו'] דזה ליתא שהרי אדרבא ידע מזה ורק שרצה שיפצה אותו שפיר הוי זה נהנה וזה לא חסר".

במקרה שלפנינו, האם רוצה ומבקשת שהילדים ישהו אצלה בקביעות, ואינה אומרת בשום אופן 'צא' לילדיה, ובקשתה לכל היותר 'דור ותשלם' ועל כן נותר הדין 'זה נהנה וזה לא חסר פטור'.

לפיכך, יש לדחות את תביעת האם מהאב לתשלום דמי מדור הילדים.

תוספת בעקבות הערות חבר בית הדין הגאון הרב דוד בר שלטון שליט"א:

ביחס לראייתו מלשון הרמ"א שכתב: "ודוקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר, הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות. אבל בכי האי גוונא דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול, אלא שאינו רוצה, **אין כופין אותו לעשות בחנם** (מרדכי ונ"י פרק הנ"ל)". דברים אלו אינם כתובים במקור דבריו במרדכי ובנימוק"י וכפי שכתב הרב בר שלטון שליט"א, והם נסובים על תחילת דבריו **"אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו"**, ונראה לי שרק במקרה שלא הניחו לדור ודר שלא ברשות, אומר הרמ"א ש**"אין כופין לעשות בחינם"**, כלומר, אין כופין את בעה"ב שיניחנו לדור בביתו אם אינו רוצה לשלם, אבל אם תבע תשלום אולם הניחו לדור בכל מקרה, גם אם לא ישלם, הרי הרשהו לדור, ואם הוא עדיין בהגדרה של 'זה נהנה וזה לא חסר', וגם הדר לא גילה בדעתו שהוא רוצה לשלם, הריהו פטור, ולא משנה אם הוא תובע תשלום כשהחצר אינה קיימא לאגרא.

ביחס לראייתו מחידושי הרשב"א (ב"ק כ"א א') שכתב: **"כהדיוט מדעת דמי. פירש"י ז"ל שהרי יש דעת שכינה, ואינו מחוור דשלא מדעת דהדיוט אינו דוקא כשלא ידע שזה דר בביתו אלא אפילו ידע נמי דינא הכי דהא לא חסרו, ושלא מדעת אורחא דמלתא נקט, אלא ה"ק כהדיוט מדעת ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא שכן אמרה תורה שלא יהנה אדם בלא מעילה". נראה לי שכוונתו כלשונו בקטע הבא ברשב"א הובא בב"י "כיון שירד בתורת שכירות", כלומר שהשוכר ירד ברשות על דעת שכירות, שאם לא כן לא מיקרי "מדעתו". וכן אפשר לדייק מלשון המהר"מ מלובלין שפירש את דברי התוס': "..כדעת הדיוט שהתנה עמו הדר בו ע"מ שיתן לו שכר".**

לפיכך, כאמור יש לדחות את תביעת האם מהאב, לתשלום דמי מדור הילדים.

הרב יצחק רבינוביץ
חבר בית הדין הרבני ירושלים

תביעת גירושין - שלום בית / השלמת מזונות ומדור

בפנינו תביעות הדדיות של האשה והבעל, האחד כנגד משנהו.

תביעות האשה לשלום בית, להשלמת מזונות אשה ולהשארת הצו למדורה הספציפי בדירת הצדדים על כנו - מחד גיסא, ותביעות הבעל לגירושין ולהסרת הצו למדור ספציפי - מאידך גיסא.

נקדים ונציין כי זה שנים רבות שהצדדים מתדיינים הן בביהמ"ש לענייני משפחה (החל מ-9/04) והן בביה"ד הרבני (החל מ- 19.12.07). ביה"ד דנן קיים דיונים ארוכים וממצים בעניינם של הצדדים ופעל לגיבוש הסכמות בין הצדדים, אך ללא הצלחה.

עובדות והליכים

להלן נסקור את השתלשלות העניינים בתיק הצדדים.

הצדדים נשואים זל"ז משנת 71 ומנישואיהם נולדה להם בת יחידה. הבעל כיום כבן 72 והאשה כבת 63.

ב-19.9.04 הגישה האשה בקשה לצו הגנה במעמד צד אחד בבית המשפט לענייני משפחה באשדוד (תמ"ש 12040/04), בטענה שלאחר שטענה כנגדו שבגד בה נהג כלפיה באלימות. לטענתה, שנים רבות סבלה מאלימות קשה מצד הבעל. טענותיה התקבלו בית המשפט וניתן צו להפרדה בין בני הזוג כחלק מצו הגנה שניתן על ידם.

ביום 26.9.04 הגישה האשה תביעה למזונות כנגד הבעל בתמ"ש 12014/04. ביום זה הגישה האשה תביעה נוספת ובה עתרה לקבלת פסק דין הצהרתי לפיו הינה הבעלים של מחצית הזכויות והרכוש הרשום ע"ש הנתבע ו/או המוחזק על ידו לרבות בזכויות הפנסיה, זכויות לפיצויים וכספים" (תובענה בתמ"ש 12042/04).

בית המשפט קיים דיונים רבים, לרבות דיוני הוכחות, חקירות הצדדים ושמיעת עדים בנושאים הנ"ל.

בהחלטת בית המשפט מיום 25.12.05 נקבע כי "החל מהיום נדחית תביעת המזונות של האשה. ... בכל הנוגע לתמ"ש 12042/04 שעניינה תביעה רכושית מוסכם כי החל מה- 1.1.06 יעביר מר פלוני לגב' פלונית מחצית מתשלומי הפנסיה אשר הוא מקבל לידיו". עוד נפסק

בהחלטה הנ"ל "מובהר לצדדים כי לאור העובדה שאין עוד חיובים בעניין מזונות האשה משמקבלת זו מחצית מהפנסיה שמקבל הבעל הרי שעל הצדדים להסדיר את נושא הוצאות הבית ותשלומי המשכנתא במסגרת ההליכים הרכושיים ביניהם ולא במסגרת תביעת המזונות".

ביום 22.5.2006 הגישו הצדדים לביהמ"ש רשימת מוסכמות ופלוגתאות כשבין היתר הוסכם כי "מועד הפירוד בין בני הזוג – תחילת הסכסוך – בשנת 2004". בין יתר הפלוגתאות שצויינו בהודעתם המוסכמת של ב"כ הצדדים ביום הנ"ל נכתב (בסעיף 14) "ההכרח במכירת הנכס ופירוק השיתוף בדירה". ועל כך הוסיפו כי "לעניין פלוגתא זו מבוקש להבהיר כדלקמן: "התובעת סבורה כי אין מקום לפלוגתא זו מאחר ואין תביעה לפירוק השיתוף בדירה בין הצדדים. הנתבע סבור כי במסגרת המחלוקות הרכושיות בין הצדדים יש לדון ולהחליט גם בעניין זה".

בתצהיר שהוגש לביהמ"ש ביום 15.10.2006 מסר הבעל כי האשה מנהלת מספר שנים עסקי קוסמטיקה ומעלימה במופגן את הכנסותיה. עוד הצהיר כי התובעת סירבה לעזור לו כלכלית ולא שיתפה אותו בהכנסותיה עד שכרע תחת הנטל הכלכלי. לדבריו "רק כשהגיעה משאית לפנות את חפצינו מהבית נעתרה ... ושיחררנו כספים שעיקלה לצורך תשלומי המשכנתא".

עוד הוסיף כי הודעת הפיטורין שהציגה האשה מיום 15.8.04 מפוברקת ונועדה להסתיר את הכנסותיה הגבוהות.

ב-7.2.07 הסכימו ב"כ הצדדים (לפרוטוקול בית המשפט מיום זה) כי לאור המחלוקת בין הצדדים ביחס לשווי ביתם של הצדדים "אנו מסכימים לפנות לשמאי ... שיתן לנו הערכת שווי הבית למימוש מהיר ומימוש רגיל... עלות השמאי תכוסה בחלקים שווים ע"י הצדדים". ואכן בהחלטת בית המשפט מיום זה מונה השמאי יוסי אגסי לעריכת השמאות לבית הצדדים.

ביום 22.10.07 הגיש הבעל את תביעתו לבית המשפט (בתמ"ש 12043/4) במסגרתה תבע לפרק את השיתוף בבית מגורי הצדדים שברחוב מצדה 24 באשדוד.

מנגד, בתאריך 19.12.07 הגישה האשה לביה"ד באמצעות ב"כ עו"ד גיל שחף כתב תביעה לשלום בית. בתביעתה כתבה כי ידעה חיים קשים לצידו של הנתבע מבחינה כלכלית ומשאר בחינות, וכי הנתבע הנהיג בבית משטר צבאי, היה מתרגז כשהדברים לא התנהלו לרוחו ואף נהג כלפיה באלימות אלא שעל אף האמור, מעולם לא פסקה לאהוב את בעלה.

עוד עתרה האשה לקבל מהבעל "מזונות אשה", וזאת מכיוון שהסכום שנקבע במסגרת ההליכים בביהמ"ש על פיהם תקבל האשה סך של 4000 ש"ח – מחצית מהפנסיה שהבעל מקבל ממקום עבודתו – אינו מספיק לצרכיה וזאת לאור העובדה שאינה עובדת ולאור העובדה שמתוך הסכום הנ"ל היא משלמת 3000 ש"ח דמי משכנתא. לדבריה הם חיו ברמה גבוהה ועל כן הינה זכאית על פי דין להשלמת מזונותיה על פי רמת החיים לה הורגלה.

בתאריך י״ד בטבת תשס״ח – 23.12.07 נעתר ביה״ד לבקשת האשה לקבלת ״צו למדור ספציפי״ על דירת בני הזוג, ועיקל את הדירה כדי למנוע את מכירתה עד לבירור התביעה.

ביום י״ב אדר א׳ תשס״ח- 18.2.08 התקיים דיון בו העלו הצדדים את טענותיהם בביה״ד. הבעל טען כי אין בין הצדדים חיי אישות כבר משנת 2000 וזאת למעט מקרים בודדים, כשלדבריו מאז ומעולם הם לא חיו טוב יחדיו.

האשה מאידך טענה להיפך, וכדבריה הנ״ל.

ביה״ד הפנה את הצדדים לייעוץ אצל עו״ס ביה״ד, והורה לאשה להשתדל לשכנע את בעלה לשוב לביתם, לחיק המשפחה. אותה עו״ס הגיעה למסקנה שאין סיכוי לשלום בית.

בהמשך התקיימו עוד דיונים בהם המליץ ביה״ד לצדדים לגבש הסכם ואף הוצע לצדדים ביום כ׳ חשון תשס״ט – 18.11.08 ״הסכם גירושין״ אולם בני הזוג לא הגיעו לכלל הסכמה בעניין.

במחצית שנת 2009 הגיש הבעל תביעת ״גירושין״ כנגד האשה.

לטענת הבעל באמצעות ב״כ יש לחייב את האשה בגט בגלל הטעמים דלהלן:

א. בחודש ספטמבר 2004 הוציאה האשה את הבעל מבית הצדדים באמצעות ״צו הגנה״ מטעם ביהמ״ש לענייני משפחה תוך הצגת טיעוני שווא על אלימות שכביכול נקט הבעל כנגדה. ה״צו״ הוסר בהסכמת הצדדים לאחר כחודש ימים. בכתב התביעה הנ״ל לביהמ״ש הצהירה האשה כי רצונה בגירושין.

בדיון שהתקיים בביהמ״ש ביום 4.10.04 (כפי שמובא בפרוטוקול בית המשפט מיום זה) סיפרה האשה על מהלך חייה עם הבעל, על בגידתו של הבעל ועל נסיעתו לחו״ל ללא ידיעתה, כשעל רקע ויכוח בעניין זה התנהג הבעל כלפיה באלימות אשר בעטיה נאלצה להגיש כנגדו תביעה ל״צו הגנה״ בביהמ״ש. במהלך הדיון אמרה האשה כי ״המשיב הינו אדם אלים״, ״אני תמיד רציתי להתגרש אבל פחדתי ממנו״,״ביקשתי מספר פעמים שנסיים את זה בינינו״.

ימים ספורים לאחר הדיון הנ״ל תבעה האשה בביהמ״ש את מזונותיה ובמסגרת **תביעת רכוש** תבעה גם את מחצית הפנסיה לה זכאי הבעל ממקום עבודתו בחב׳ ״[...]״. האשה קבלה בפס״ד של ביהמ״ש **50 מסך הפנסיה של הבעל בתמורה ל״ויתור״ על תביעת המזונות (לאחר 6 שנים ממתן פס״ד הראשון תיקן ביהמ״ש את הכרעתו וקבע כי האשה תקבל רק 42 מהפנסיה** בהתאם לשנות הנישואין והזכויות המוקנות לאשה ע״פ החוק).

בדיונים שהתקיימו בביהמ״ש בנושא זה הצהירה האשה כי רצונה בגירושין וכתוצאה מכך יזם ביהמ״ש את ״פירוק השיתוף בדירה״ ואף מינה לצורך כך שמאי מקרקעין שישום את דירת הצדדים.

לדברי ב"כ הבעל מכל הנ"ל מוכח כי תביעת שלום הבית של האשה אינה אלא מן הפה לחוץ, וכל מגמתה היא אך ורק לשמור על שלימות הבית המשותף והשארתו לשימושה הבלעדי. ב"כ הבעל מציין את חוות הדעת של ביהמ"ש בנוגע לאי אמינותה של האשה, ומציין, כי גם התנהלותה של האשה בדיוני ביה"ד והסתרת המידע מביה"ד בדבר תביעת המזונות שהוגשה לביהמ"ש מוכיחים את חוסר אמינותה של האשה.

ב. ב"כ הבעל הביא מכתבים ושאר מסמכים מהם עולה כי הצדדים מאז ומעולם לא חיו יחד בשלום. יעויין בפרוטוקול הדיון מיום ד' שבט – 19.01.2010 בו סיפר הבעל על מהלך חייהם המשותף כשלטענתו הוא זה שכיבס ובישל לבד. גם חיי האישות בין הצדדים היו מתקיימים לטענת הבעל רק כתגמול שניתן לו ואך ורק לאחר שהיה מבצע את הוראותיה ודרישותיה של האשה במדויק.

ג. בני הזוג אינם חיים יחד כ"בעל ואשה" על כל המשתמע מכך זמן רב.

ב"כ הבעל מפנה לפרוטוקול הדיון מביהמ"ש מיום 04.10.04 בו מודה האשה כי משנת 2001 הם חיים בחדרים נפרדים. ולפיכך עליהם להתגרש במהירות.

ד. הבעל "מואס" באשתו בגלל המריבות והמרורים שהאכילתו, לטענתו, ובגלל הסירחונות של החתולים שהביאה לביתם המשותף, כמו גם עקב התעקשותה של האשה לעשן בחדר השינה.

לאור הנימוקים הנ"ל מבקש הבעל שביה"ד יחייב את האשה לקבל את גיטה וידחה את תביעתה ל"שלום בית".

עוד דורש הבעל לדחות את תביעת המזונות בגלל הנימוקים הנ"ל ולאור מצבו הכלכלי הקשה מפאת חובותיו והוצאותיו ולאור העובדה שהאשה מרויחה כסף ומעשה ידיה לבעלה. עוד הוא מציין, שהאשה מקבלת מחצית מדמי הפנסיה שלו, וכבר אמר על כך ביהמ"ש כי האשה אינה יכולה לקבל גם מזונות מהבעל וגם את מחצית דמי הפנסיה שלו ובפרט שכבר הוכרע ע"פ בחירתה של האשה שהיא תקבל את המחצית מדמי הפנסיה של בעלה. עוד **הוסיף כי** האשה תבעה מזונות בביהמ"ש ואינה יכולה לתבוע זאת מביה"ד לאחר מה שנפסק לה בביהמ"ש.

עוד עתר הבעל לבטל מיידית את הצו למדור ספציפי שניתן לאשה ע"י ביה"ד וזאת לאור הנימוקים הנ"ל.

לעומתו הפנתה האשה בביה"ד את קריאתה לבעלה, "שוב הביתה!". בדיוני ביה"ד היא שבה והבהירה כי קריאתה אליו הינה מ"עומק הלב", וכי הינה חפצה באמת ובתמים ב"שלום בית". לאור זאת טענה האשה שהיא זכאית לסעדים מבית הדין אשר יסייעו לה לקדם את שלום הבית, ולשמר את מלא זכויותיה הנובעים מקשר הנישואין.

לטענתה, וע"פ הודאת הבעל והעדויות שהושמעו בביה"ד (לרבות עדותה של הגב' [...] עצמה) הבעל מנהל קשרים רומנטיים עם מאהבת בשם גב' א', וכל עוד הוא מנהל קשרים עם אשה זרה אין הוא יכול לתבוע גירושין ובפרט שבמצב דברים זה אין אפשרות לבחון את עניין שלום הבית באופן כן ואמיתי. ב"כ האשה מצטט מפס"ד של בית הדין הרבני הגדול בתיק מס' 21-1 – 0960 בהרכב הרבנים: הרב שלמה בן שמעון, הרב זלמן נחמיה גולדברג, והרב עזרא בר שלום שליט"א, בו פסק ביה"ד כי באופן זה גם אם האשה יודעת שהבעל לא יחזור אליה אין לחייב אותה בגט "ולא משום שהלך הבעל לרעות בשדות זרים יגיע לו זכות לחייב את האשה בגט".

לטענת האשה, לבעל אין כל עילה לגירושין וכל הסיבה לרצונו בגירושין הוא קשריו עם אחרת.

האשה מבקשת כי ביה"ד יעמוד בהחלטתו הקודמת ויותיר את הצו למדור ספציפי על כנו. עוד מוסיפה האשה ותובעת תוספת לדמי "מזונות", היות שכיום אין לה כל הכנסה ואין באפשרותה לממן את מדורה כאשר היא זו שמשלמת את כל דמי המשכנתא על בית המגורים.

בהודעת הבעל לביה"ד מיום 10.1.10 כותב הבעל – "הסחבת בדיונים מ- 11/07 מקורם בעו"ד שחף אשר מנסה בכל דרך אפשרית לדחות דיונים עוד ועוד... התרעתי בהרבה מהדיונים כי זו משימתו ומשאלת ליבה של אשתי ש"אעלם" מהעולם בטרם יהיו פסקי דין. סיבה נוספת לסחבת – הצהרותיו של עו"ד שחף אשר פותח בכל דיון בסיסמאות חסרות שחר כאילו יש הידברויות על שלום בית. "יש התחלה חדשה", "הוא אוהב אותה" ... הדברים נאמרים על דעתו האישית בלבד כטקטיקה להשגת דיונים נוספים ... . ההיפך הגמור הוא הנכון. יש בינינו טינה תהומית שאינה ניתנת לאיחוי ואין דרך חזרה ממנה וכל רצונה לשלום בית אינו נכון אלא שקרי ומכוון".

עוד צירף הבעל בהודעתו הנ"ל מכתב שנתן לאשתו ביום 6.12.98 ממנו עולה תיאור של מערכת יחסים עכורה בין הצדדים. בין היתר כתב הבעל "כידוע לך שלמעלה משנתיים מערכת היחסים בינינו ובבית אינם תקינים ובלתי נסבלים. הדברים אמורים לגבי תפקודך והיעדרותך מהבית ...בכל פעם שמתעורר איזה ויכוח זה נגמר עם איזה קללה... הגיעו מים עד נפש והגעתי למסקנה שאני לא יכול יותר... זה החודש השני שהבנק שלי מחזיר תשלומים של המשכנתא... העובדה שלמעלה משנתיים אינך מבשלת, אינך מגהצת, אינך מנקה ואת הבית".

הבעל צירף מכתב נוסף (בחקירתו בביה"ד ביום 19.1.10) וזאת משנת 1991 בו מודה האשה כי שיקרה שכביכול מצאה ראיות שבגד בה וז"ל "כל ההוכחות שהיו לי היו שקרים מתחילת הפרשה... וזו המצאה שלי לאחוז באיזה שהיא סיבה לאיים עליך בגירושין ולהוציא ממך מה שיותר רכוש בעת חלוקת הרכוש המשותף". יצויין כי הבעל וב"כ דחו את טענת האשה שכאילו הבעל איים עליה לכתוב את המכתב הנ"ל.

נציין עוד כי הבעל ע"פ הודאתו חזר פעמיים אל ביתו בשנים 2005 ו-2006 לתקופות קצרות בהם קיים יחסי אישות עם האשה.

כמו כן, חזר הבעל לגור בבית הצדדים מחודש 3/2008 ועד חודש 7/2009.

מיום 15.7.2009 עזב הבעל את בית הצדדים ועבר להתגורר עם הגב' א'.

דיון והכרעה

לאחר שמיעת דברי הצדדים וב"כ ולאחר העיון בבקשות של ב"כ הצדדים ובכל החומר הרב שבתיק (כולל הפרוטוקולים וההחלטות של בית המשפט) לרבות סיכומי ב"כ הצדדים מחליט ביה"ד בזאת כדלהלן:

בריש מילין נקדים ונאמר כי אחר עיון רב ושיקול דעת מעמיק מתרשם ביה"ד פה אחד כי על אף טענות הצדדים וב"כ לגירושין מחד גיסא ולשלום בית מאידך גיסא, הרי שאבן המחלוקת בין הצדדים הוא הבית של הצדדים, ולא תביעת הגירושין של הבעל (אשר חי את חייו עם אשה אחרת גם ללא הגט אותו הוא תובע) ותביעת שלום הבית של האשה (אשר חיה בגפה ובנפרד מבעלה שנים רבות קודם להגשת תביעתה לשלום בית).

בנידון דידן עלינו להכריע אם תביעת שלום הבית של האשה כנה ואם אין בה משום הערמה אשר מגמתה לזכותה בבית שלם ולהנציח את חיי הפירוד והעויינות בין הצדדים (יעויין מאמרו של הרב אטלס זצ"ל בשורת הדין כרך ה' מחד גיסא, ובמאמרו של הגר"א לביא סי' מ"א מאידך גיסא).

עוד נקדים כי ביה"ד דנן ער לגישות השונות בפסיקה ביחס לשאלת המדור הספציפי במקרה בו נראה לביה"ד כי הנישואין "מתו", ובפרט כאשר הבעל הוא זה שהלך לרעות בשדות זרים, ובגד באשת נעוריו.

זאת ועוד, נציין עוד כי בנ"ד בחרה האשה להגיש את תביעותיה הרכושיות והממוניות בבית המשפט ורק לבסוף נאחזה בקרנות המזבח של המדור הספציפי בביה"ד.

ביה"ד מתרשם כי בנידון דידן גבה טורא בין הצדדים וכי אין כל סיכוי להשבת שלום ביתם של הצדדים על כנו. נחרצותו של הבעל בהתנגדותו החד-משמעית לכל ניסיון של שלום בית והצהרתו הברורה בפני ביה"ד כי אין לו שום זיק כלפי רעייתו מחד, והודאתו בדבר מערכת יחסים עם הגב' א' מאידך, מחזקים את התרשמות ביה"ד כי על הצדדים לגבש הסכם גירושין בהקדם האפשרי.

כנזכר לעיל גם עו"ס ביה"ד כתבה לביה"ד "לא התרשמתי שיש סיכוי ממשי לשלום בית".

אמנם האשה הצהירה בפני ביה״ד כי הינה חפצה בשלום בית, אולם מהעיון בחומר שבתיק עולה כי יש מקום לומר כדברי הבעל שהאשה אינה רוצה באמת ובתמים בשלום בית כי אם בבית שלם. בבקשת האשה לצו ההרחקה שהוצא נגד הבעל עוד בספטמבר 2004 כתבה האשה ״המשיב חמום מוח ואינו שולט במעשיו ברגע של כעס״, ״המשיב נהג באלימות... במשך כל שנות הנישואין ״מאחר שבקשתי להתגרש לאחר שנים קשות של סבל אלימות ודיקטטורה״. ועל אף שביה״ד שוכנע כי הרקע לאירוע הספציפי סביב צו ההרחקה הינו מעשה הבגידה של הבעל, אולם מהנ״ל עולה החשש כי האשה אינה רוצה באמת ובתמים שלום בית, ועובדת בגידתו של הבעל רק מחזקת את הקביעה הזו ואת הצורך לרחק בין הצדדים בהקדם האפשרי.

כתב התביעה שהגישה האשה מתאר מערכת יחסים עכורה, שתלטנות כספית של הבעל, כעס, רוגז ואלימות מצד הבעל.

במצב דברים זה אמירות האשה על כך שלא חדלה לאהוב את בעלה אומרות דרשני.

אין ספק כי קשה מאוד להאמין לאשה לאור הניכור הקשה העולה מכתבי ביה״ד ובית המשפט אודות מערכת היחסים הזוגית. לכך יש להוסיף גם את ״הסכם ההפרדה״ שערכו הצדדים, את שנות הפירוד הרבות ואת חוו״ד של עו״ס ביה״ד.

זאת ועוד, חוסר שיתוף הפעולה הנדרש של האשה עם רו״ח א. אוליאל אשר מונה על ידי ביה״ד לסייע לייצב את מצבו הכלכלי של הבעל מחזק את החשש הכבד אודות כנות תביעתה של האשה לשלו״ב.

לעניין זה נציין כי על אף הפצרות חוזרות ונשנות במספר החלטות של ביה״ד בהתאם להסכמתה של האשה לפעול לפתרון הבעיות הכלכליות של המשפחה ולהכנת תכנית הבראה והסדר פרעון החובות של המשפחה לרבות הסכמה למימון ההליכים הנ״ל הרי שבפועל לא היה כל שיתוף פעולה מצד האשה וכלשונו של רואה החשבון במכתבו לביה״ד מיום 3.6.2009 ״אבקש להודיע לכבוד ביה״ד שאני מפסיק את עבודתי בתיק היות ולא היה שיתוף פעולה מצד האשה״ (יעויין בזה החלטות ביה״ד מיום 14.1.09 ומיום 19.4.09 ומיום 8.6.09 ומיום 31.12.09 ועוד).

אשה שחפצה כל כך בשלו״ב תעשה כל אשר לאל ידה לתת כתף תומכת לבעל המתמודד עם חובות כבדים (גם אם נעשו לטענתה כתוצאה מהתנהלות רשלנית של הבעל).

והנה – תחת זאת פעלה האשה בערכאות השונות לתבוע מזונות מופרזים מהבעל תוך שהיא מעלימה מביה״ד, משמיטה ומסתירה נתונים רלוונטיים אודות עבודתה, השתכרותה, הכרעת בית המשפט בעניינה וכו׳.

למותר לציין כי גם בית המשפט העיר על דבר אמינותה של האשה ועל התנהלותה המשפטית.

לעניין זה נצטט מפסק דינה המקיף של השופטת גולן בעניינם של הצדדים מיום 4.1.2010 בתביעה הרכושית בתמ"ש 012042/04, וזה לשונה: "ביחס לעבודת האשה בעסק ..., אופן ומשך העסקתה וכו' השיבה התובעת תשובות מתחמקות וכלליות. השימוש במילים "לא חושבת", "יכול להיות", "אני לא יודעת", "אין לי מושג", "לא זוכרת", "הכל יתכן לא זוכרת", "לא ראיתי", "לא שמתי לב" "אני לא מבינה בזה כלום" לאורך עדותה של התובעת ובמענה למרבית השאלות שהופנו אליה מעלה כי גרסתה אינה עקבית ואינה אמינה וכי התובעת בחרה להתחמק ממתן תשובות והסברים במסגרת חקירתה הנגדית" (עמוד 26 לפסה"ד).

כמו-כן, בפרוטוקול הדיון שנערך בבית המשפט ב-19.11.07 אומרת האשה מפורשות כתשובה לשאלה על רמת הכנסתו של בעלה כי זו "שאלה מצויינת, אני לא יודעת. בגלל זה כנראה אני מתגרשת".

מעבר לכך גם עצם עניין פירוק השיתוף, אשר נידון עוד בשנת 2007 בבית המשפט לענייני משפחה ובו כבר הסכימו ב"כ הצדדים בשם הצדדים בתאריך 07.02.07 על מינוי שמאי שיבדוק את הערכת שווי הבית לצורך חלוקת הנכס - מוכיח כי פני הצדדים היו לגירושין.

בנסיבות האמורות הרי שביה"ד דוחה את מצג השווא ואת הרושם שניסו האשה וב"כ להציג בפני ביה"ד כאילו מדובר במשפחה למופת ובמערכת יחסים זוגית בריאה ותקינה. אמירותיו של ב"כ האשה כגון: "הבעל חזר לחיקה של אשתו", "התחלה יפה של שלום בית", "השניים מנהלים חיי זוגיות נהדרת", "האשה עושה הכל למען שלום בית" ועוד אינן נתמכות כלל וכלל במציאות אשר נבחנה על ידי ביה"ד.

אם כן, לתביעת הגירושין של הבעל יש לכאורה בסיס עפ"י דברי רבינו ירוחם ב"מישרים" נתיב כ"ג ח"ח שכאשר שני הצדדים אינם מעוניינים זב"ז על ביה"ד לכפות על גירושין. ואף שבתי הדין לא נהגו בכגון דא על כפיה (עיין בפד"ר י"ג עמ' 266 ואילך שנידון זה תלוי במחלוקת ראשונים) אולם מנהג בתי הדין לפסוק כרבינו ירוחם לעניין חיוב גט (עיין פד"ר ז' עמ' 112, פד"ר י"א עמ' 95, ובפד"ר י"ג שם). וכאשר ניכר ששני הצדדים אינם מעוניינים בשלום בית יש לחייב את הצד המעכב את הגט בגירושין.

אלא שעל אף האמור יתכן שדברי האשה כיום לפיהם הינה חפצה בשלום בית הינם כנים, ובפרט שבגילה המבוגר אכן יתכן שלאחר חשבון נפש שערכה האשה עם עצמה הגיעה למסקנה באמת ובתמים כי על אף משקעי העבר עדיפים לה חיי שלום בית מאשר לחיות את שארית חייה בגפה.

מכל מקום מה שברור הוא, כי מהחומר הרב שנצבר בתיק בנוגע ליחסי הצדדים בעבר עולה, כי בני הזוג לא חיו טוב במשך כל השנים, ויש ספק רב אם אכן בני הזוג יכולים ומסוגלים לחיות יחדיו בהרמוניה זוגית ככל בני זוג. בדרך כלל, במקרים כגון אלו יש לעשות ניסיון של שלום בית בלווי מקצועי ולבחון את אופן התנהלותם של בני הזוג (כפי שציינה עו"ס ביה"ד

בחוות דעתה), אולם בנידוננו הבעל קבע עובדות בשטח באשר הינו חי כבר עם אשה זרה, ואשר על כן לא ניתן לעשות ניסיון כן ואמיתי לבחינת שלום הבית בין הצדדים ולא ניתן לבדוק את אופן התנהלותם של בני הזוג. ויש מקום לומר כי לולי בגידת הבעל - יתכן כי על אף משקעי העבר היה מקום לבחינת האפשרות להשבת שלום הבית.

ביה"ד דוחה את עמדת ב"כ הבעל כאילו הקשר הזוגי בין הבעל לגב' א' החל רק לאחר שהבעל "נזרק" מהבית כטענתו. הבעל הודה בעדותו לביה"ד שהקשר החל עוד קודם לכך. ביה"ד רואה בחומרה רבה יציאה של גבר נשוי לטיול משותף עם אשה זרה. גם אם נקבל את עמדת הבעל וב"כ כי מערכת היחסים בין הצדדים הייתה גרועה לאורך השנים, הרי שאין בכך כל היתר, הכשר או מתן לגיטימציה לנהל מערכת יחסים זוגית עם אשה זרה בטרם הסדיר את סיום מערכת הנישואין עם אשת חיקו כדמו"י. עמדת הבעל לפיה אין עוד תוחלת לנישואין אינה מכשירה את הדרך לבגידה, ודי למבין.

ונראה, כי בנידון מורכב זה, אזי מצד אחד יש לקבל את טענתה של האשה על רצונה בשלום בית כיון שיש מקום לבדיקה מקצועית נוספת של ענין זה, ועל אף שיש אומדנא שאין האשה רוצה באמת שלום בית, יש לומר שאין זו אומדנא ברורה כעדים, ועל כן אין לחייבה בגט. [ועוד נראה, שבנידוננו העילה המרכזית לגירושין היא בגידתו של הבעל שגרמה לה לחשוב על גירושין כפי שהצהירה בביהמ"ש לענייני משפחה באשדוד בתאריך 12.9.04 על תקיפת בעלה "לאחר שהודעתי לו על רצוני להתגרש ממנו וכו' והתנהג כלפי באלימות וכו'". ובזה יש לומר שאין לחייב את האשה לקבל גט כשהבעל גרם לכך שתשנא אותו. עיין פד"ר י"ג, שם; שורת הדין ה', עמ' קנ"א. ואולם אם מפני טעם זה לחוד היה מן הראוי לדון על כך בכובד ראש כיון שיש לדחות את הראיה עליה מתבססים בפד"ר שם. מכל מקום בנידוננו א"צ לדון בכך כיון שאין לחייבה בגט מחמת הטעם הראשון].

ואולם - על אף האמור כי לא ניתן לחייב את האשה בגט לאור בגידתו של הבעל ולאור דרישתה להשיב את שלום ביתה על כנו - הרי שביחס לצו למדור ספציפי שהוצא יש לומר כי לביה"ד קיים ספק רב בדבר כנות תביעת שלום הבית של האשה לאור הצהרותיה בעבר, כמו גם ספק רב באפשרות הריאלית ובסיכוי להשיב את "שלום הבית" של הצדדים וזאת לאור מערכת היחסים העכורה והטעונה בעבר ובהווה. נוסיף כי גם בדיון שהתקיים ביום ג' תמוז תש"ע - 15.06.10 נחקרה האשה וניתן היה להבין מדבריה כי עיקר חפצה ורצונה הינו הבית והמדור ולאו דוקא שלום בית עם בעלה.

יעויין בפרוטוקול הדיון הנ"ל שורה 91 שם שואל ביה"ד את האשה - אפשר להציע שהוא יתן לך מזונות. ותיפרדו. על כך עונה האשה : "אם אחיה בבית ואקבל מזונות אני מוכנה ואני בטוחה שהוא יחזור לבית".

ועל כן נראה כי מספק אין להמשיך לתת לאשה צו ל"מדור ספציפי" ויש לדחות

את תביעתה ל"מזונות" כיון שהבעל נחשב ל"מוחזק" והמוציא מחבירו עליו הראייה, וכדלהלן.

כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א בפסקי דין רבניים חלק ו' עמ' 15 בזה"ל:

"מכל זה נראה דאי אפשר לחייב את הבעל ולהוציא ממנו מזונות כשאשתו מסרבת להשלים עמו, וכן מורין בבי"ד לא לפסוק מזונות לכל אשה המסרבת לחיות עם בעלה חיי אישות גם בטרם הכריזו עליה ובטרם הפסידה כתובתה". ועיין עוד בפד"ר ח', עמ' 201, 325. ונראה בפשיטות, שהוא הדין כשהאשה מסכימה לחיות עמו חיי אישות ואינה רוצה לחיות עמו כאשה לכל דבר. שהרי בחידושי הריטב"א כתובות דף ק"ג ע"א כתב וז"ל:

"והוא הדין לאשה בחיי בעלה שיצאתה מביתו והלכה לה,שאם נתנה טעם לדבריה חייב לתת לה מזונות שלמים במקום שהיא, אבל אם לא נתנה טעם לדבריה אינו חייב לה מזונות, שאין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שלחנו, וכן הוא באלה הדברים רבה על פסוק למען ירבו ימיכם, ואפילו לדברי הרמב"ם ז"ל (פי"ב מהלכות אישות הי"ב) שאומר שיכול להשרותה ע"י שליש הוא עדיף מינה בזה. ואפילו לפי ברכת הבית אפשר דלא יהיב לה דלא תקון לה רבנן מזונות אלא ביושבת תחתיו ומשמשתו, ואפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה, התם יושבת עמו בבית אלא שמצערתו מתשמיש והא קנסינן לה להחיא מורדת, אבל כשאינה יושבת עמו ואינה באה בטענה אין לה מזונות, וכן דעת רבותי".

ובשו"ע אהע"ז סי' ע' סי"ב וברמ"א שם נפסק כדברי הריטב"א. ובפד"ר חלק י"ז עמ' 44 כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א וז"ל:

"שהרמ"א פסק ... כהריטב"א שאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו, אולם נראה שזה מדין אחר וכמ"ש הריטב"א "אין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שולחנו" וכ"כ הח"מ והב"ש "כי היא משועבדת לעמוד תמיד לפניו ולשמש אותו ולאכול עמו על שולחנו" משמע, שזה מדין חיבה וקריבת הדעת והלב נגעו בזה". [ובאמת נראה שכן הבין ה"בית יעקב" בסימן ע"ז ס"ב את דברי הריטב"א. יע"ש] ועפ"ז פסק שם הגריש"א שבמקרה שאין לבעל גבו"א ואין בין בני הזוג שום קשר של חיי אישות והאשה עומדת על דרישתה לגט מובן שאי אפשר לדרוש מן האשה שתעמוד לפניו לסעוד יחד על שולחן אחד בכדי שיתקרבו הלבבות".

ויש לשאול, אם סיבת ההפסד למזונות הוא מצד חסרון החיבה וקירוב הדעת והלב שבין הבעל לאשה, היאך כתב הריטב"א את דבריו "אפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה", והרי אין לך חסרון של חיבה וקירוב הדעת יותר גדול מאשר במורדת גמורה מחיי אישות.

והתשובה על כך פשוטה, דלדעת הריטב״א לעניין ״מזונות״ יש חילוק בין מורדת האומרת ״מאיס עלי״ לבין מורדת האומרת ״בעינא ליה ומצערנא ליה״, שלגבי מורדת האומרת בעינא ומצערנא ליה כתב הריטב״א בכתובות דף ס״ג ע״ב שבתוך ד׳ שבועות שלא הפסידה את כתובתה לא הפסידה האשה את מזונותיה, אבל לגבי מורדת האומרת ״מאיס עלי״ כתב הריטב״א שם בדף ס״ד ע״א שאין לאשה מזונות מיד כשמרדה בו. וטעם החילוק בזה הוא, מורדת דבעינא ומצערנא ליה אינה מעוניינת בניתוק חיי האישות מבעלה, אולם אשה מורדת המואסת בבעלה מעוניינת בניתוק חיי האישות מבעלה ובכך מפסדת מיד את מזונותיה. ובזה חידש הריטב״א שגם כאשר האשה מעוניינת בניתוק חלקי של חיי האישות מבעלה, היינו, כשמורדת בו ממלאכות של חיבה המקרבות את הדעת והלב בינה לבין בעלה, אין לה מזונות, אפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה, היינו, מורדת האומרת ״בעינא ליה ומצערנא ליה״ שכאמור אינה מעוניינת בניתוק חיי האישות מבעלה.

וכן מדוייק בדברי הריטב״א שכתב ״ואפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה, התם יושבת בבית שמצערתו מתשמיש, והא קנסינן לה להההיא מורדת״. והיינו שרוצה לצער את בעלה אולם אינה מעוניינת בניתוק יחסיה עמו, ובזה אינה מפסדת את מזונותיה מן הדין אלא שיש ״לקנסה״ מחמת מרידתה לאחר ד׳ שבועות של הכרזה שמפסדת את כתובתה.

[הערה: לכאורה ניתן היה לפרש את דברי הריטב״א באופן אחר, דהנה הריטב״א שם בתחילת דבריו כתב לפטור את הבעל מלשלם מזונות לאשתו מפני ״שאין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שולחנו״ ובהמשך כתב ״ואפילו לפי ברכת הבית אפשר דלא יהיב לה, דלא תקון לה רבנן מזונות אלא ביושבת תחתיו ומשמשתו״. משמע שהריטב״א בתחילת דבריו התכוין לפטור את הבעל מלשלם דמי מזונות מלאים אולם הצריך לשלם לאשה דמי מזונות כפי ברכת הבית. ועל כרחך כוונת דברי הריטב״א במה שכתב לפטור את הבעל מדמי מזונות מלאים מפני ״שאין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שולחנו״ היא, שאופן וצורת תשלום המזונות של הבעל כלפי אשתו הינה בדרך של אכילת האשה עם בעלה בשולחן אחד, ועל כן כשהולכת מן הבית מפסדת את דמי המזונות כפי ברכת הבית. ואין כוונת הריטב״א לפטור את הבעל מחובת המזונות שלו כלפי אשתו בגלל שהיא לא נמצאת עמו על שולחנו, וכן פסק לדינא בשו״ת הרשב״א ח״ד סי׳ ע״ב. על פי זה לכאורה ניתן היה לפרש את המשך דברי הריטב״א כהוספת נדבך על מה שכתב לעיל, שלא רק שאופן וצורת תשלום המזונות הינה בדרך של אכילת האשה עם בעלה בשולחן אחד יחדיו, אלא גם שמהות ועצם חוב מזונות של הבעל כלפי אשתו הינה בדרך של אכילת האשה עם בעלה בשולחן אחד יחדיו מפני שחוב מזונות אינו כשאר חוב ממון אלא חיוב של אישות כמ״ש הפרישה בחו״מ סי׳ צ״ז ס״ק מ״א ״חייבו התורה או חכמים להיות אשתו כגופו, דהיינו ליתן לה שארה וכסותה כמו שמאכיל ומלביש נפשו״, ובסמ״ע שם ס״ק נ״ז כתב ״מפני שהתורה לא חייבתו ליתן לה מזונות אלא כשיש לו, ואז תאכל היא עמו ותהא כגופו״, דהיינו, שתהא האשה אוכלת ושותה עם בעלה כפי שהוא אוכל ושותה. ואם אינה רוצה להיות עמו יחדיו (בלי טענה מוצדקת) חסר

במהות חיוב המזונות . ועיין שורת הדין ו', עמ' ש"כ. ולפי זה דינו של הריטב"א אינו אלא כאשר האשה אינה אוכלת עם בעלה בשולחן אחד ולא כשאינה עושה לבעלה דברים של חיבה וקירוב הדעת והלב.

אולם מדברי הח"מ והב"ש הנ"ל שכתבו הטעם שאין לחייבו במזונות כיון שהיא משועבדת לעמוד תמיד לפניו ולשמש אותו ולאכול עמו על שולחנו נראה, שאין כאן גדר בחיוב המזונות כי אם פטור של הבעל בחוב של מזונות אשתו כאשר אינה מקיימת את שעבודה לעמוד לפניו ולשמשו ולאכול עמו על שולחנו, וכפי שכתב הגרי"ש אלישיב דמדין חיבה וקריבת הדעת והלב נגעו בזה]

וכיון שדברי הריטב"א שהבעל יכול לדרוש מאשתו שתהיה עמו לעמוד לפניו ולשמשו במלאכות הם מדין "חיבה וקריבת הדעת והלב", נראה בפשיטות שיכול לתבוע אותה שתהיה עמו ותישן עמו בחדר אחד [עיין שו"ע הרב הל' סוכה סי' תרל"ט ס"ט שכתב וז"ל: "ואפילו אם אשתו אינה טהורה מכל מקום שייך שמחה כשבעלה מתייחד עמה בחדר אחד" ומקורו מהדרכי משה והט"ז שם] ושאר דברים המקרבים את הלב בהן הינה משועבדת לו.

ויצויין, כי מדברי ה"כתב סופר" בתשו' אבהע"ז סי' ק"ב נראה קצת שיש דין "מורדת" אף כשאינה מונעת את בעלה מתשמיש כי אם מחיבוק ונישוק וכדו', עיי"ש היטב ובעזר משפט סי' ט'.

ובאוצר הפוסקים סי' ע"ז סעיף ב' ס"ק י"ב אות ד' הובאו דברי הראבי"ה בתשובות וביאורי סוגיות סי' תתקצ"ד, אשר מדבריו נראה, שמשום מניעת "יחוד" גם כן נחשבת האשה כ"מורדת".

על פי זה לכאורה נראה, שכאשר האשה אינה דרה עם בעלה בחדר אחד נחשב הדבר כ"מרידה" עכ"פ לפוטרו ממזונות שבזה מפסדת גם כשאין מרידה גמורה כי אם מרידה חלקית הגורמת לחוסר חיבה וקירוב הדעת כפי שנתבאר. וגם אם נאמר שבגלל אי רצונה של האשה להיות בחדר אחד עם בעלה אינה מפסדת את מזונותיה, מ"מ ברור הדבר שמגורי הצדדים בחדרים נפרדים במשך שנים מהווים הוכחה לכלל מערכת היחסים הקלוקלת בין בני הזוג ואשר מעידים ללא ספק כי גם יחסי האישות ביניהם לא היו תקינים כלל וכלל וכפי שטען הבעל שהאשה הייתה מציבה לו תנאים לפני יחסי אישות וכשלא עשה את רצונה היא סרבה לקיים עמו יחסי אישות.

ולפי הנראה מדברי הראשונים אין האשה מפסדת בזה מזונות מדין "מורדת", דבזה אינה מפסידה מזונותיה רק כאשר הבעל תובע אותה שתחיה עמו בחיבה וקירוב הדעת והיא אינה מסכימה לכך, אלא חיובו של הבעל במזונות אשתו יסודו בקשר הכללי של האישות עמה שלכן היא גם אוכלת עמו, וממילא החיוב מותנה ברצונה של האשה לחיות עמו בחיבה וקירוב הדעת, ולא כשאינה רוצה לחיות עמו בצורה של חיבה וקירוב דעת. עיין פד"ר ו', 53. עזר משפט סי'

ז׳ עמ׳ ס״ג טור ג׳. [יש לפלפל בזה בדעת הרא״ש בכתובות בסוגיא דמורדת שכתב שיש לפטור את הבעל ממזונות אשתו המורדת מדין קנס, ועיין בשו״ת רבי עקיבא איגר החדשות סימן נ״א שכתב וז״ל: ״ומ״ש ידידי נ״י בסוף דבריו די״ל דאף אם שקר בפיה ומפקעת עצמה שלא כדין מ״מ מדינא יש לה מזונות עד הגרושין, אלא דבמורדת קנסוה רבנן, ומש״ה עכ״פ אלים להב״ד טענתה ע״י חזקה דהעזה דאינה מעיזה לאמתלא טובה שלא לשווייה כמורדת ושלא לקנסה, וממילא יש לה מזונות, מסתברים דבריו״. ונראה לכאורה שלא כדברינו. אולם הרבה אחרונים הבינו שאין דין זה דוקא במורדת].

על פי זה בנידוננו בו בני הזוג אינם חיים באהבה וחיבה יחד ואף ישנים בחדרים נפרדים כבר משנת 2001 ומזה שהאשה לא באה לביה״ד על אף שנים רבות של פירוד לבקש לשפר את יחסיה עם בעלה ולחיות עמו בחדר אחד כדרך כל הארץ, נראה, שגם האשה היתה חפצה להתנתק מבעלה עכ״פ בעניין זה ולא היתה מעוניינת לחיות עמו חיים משותפים ותקינים של בעל ואשה ומזה גם מוכח כי יחסי האישות בין בני הזוג לא היו תקינים. ואין ספק שאם הצדדים היו מגיעים יחדיו לביה״ד בשנים שעברו הבעל היה נפטר ממזונות באופן זה.

אלא שהאשה טוענת כי הינה רוצה כיום בשלום בית. ונראה בזה, כי לאור היחסים הלא תקינים ביניהם בעבר ולאור התנהלות האשה בתביעתה כאשר בביהמ״ש היא דיברה על גירושין ומיד בסמוך לכך בתביעתה בביה״ד דיברה על שלום בית והסתירה בערמומיות את דבר התנהלות הדיונים בביהמ״ש, ואף בביהמ״ש קבלו על כך, נראה כי יש להתייחס בספקנות גדולה לדברי האשה על **רצונה** של האשה לחזור לבעלה ויתכן מאוד כי היא אינה רוצה בבעלה באמת ואין להאמינה על כך.

והנה, בעיקרון כאשר היתה מרידה מצד האשה וכתוצאה מכך הבעל הלך לאשה אחרת, ולאחר זמן באה האשה ואומרת כי היא מעוניינת לחזור לבעלה, ניתן לדמותו לאשה שמרדה מחיי אישות וחזרה בה בזמן שאין אפשרות לחיי אישות מפאת מחלתה או מחלתו של הבעל, שהרי גם האשה מבינה שהבעל לא יחזור אליה בגלל שחי עם אשה אחרת, ובספר נתיבות המשפט נתיב כ״ג ח״ח דף רי״ב כתב וז״ל:

> **״ובמרדכי ובהגהות אשר״י כתוב, שפסק ראבי״ה דאשה המורדת על בעלה ושוב חלתה, אף על פי שמחמת אונס החולי אינה שבה לבעלה, אפילו הכי אבדה מזונותיה ... ודבריו סתומים וצריכין בירור ... מהי כוונתו לומר, שאף על פי שחזרה בה אלא שמחמת אונס החולי ... אינה יכולה לסבול תשמיש, מכל מקום איבדה מזונותיה, זה דבר תימה שאין הדעת סובלתו, דכיון שחזרה בה אמאי אין לה מזונות, והוה לה כשאר נשים חולות שאינן ראויות לתשמיש דהבעל חייב במזונותיהן ״.**

ובעזר משפט סי׳ ט׳ ע״מ ע״ז כתב על כך וז״ל:

"ואם כי כנראה, הראבי"ה אינו סובר כך, משום שדעתו היא שיש מקום לחשוד בה שהחזרה אינה כנה, הואיל וקודם לכן היתה המרידה למעשה, ועכשיו רק דבורים בעלמא היא מדברת, ויש מקום להניח שהיא מדברת כך מפני שבין כך אין אפשרות לחיי אישות אולם פשוט הדבר שזהו רק במורדת גמורה מתוך זדון, בלי כל טענה, אבל בנידון דידן, שגם בתקופה טרם שנודעה הסכנה, היתה המרידה, כאמור, בטענה טובה ואם כן, עכשיו למה נחשוד בה שהיא רק מערמת ואינה כנה בדבריה. ועיין בספר תורת אמת למהר"א ששון שאלה קפ"ו".

והוא הדין כשהבעל הלך לאשה אחרת ניתן לומר כי האשה אינה כנה ורק דבורים בעלמא היא מדברת. [אין אנו באים לקבוע בזה מסמרות דהדבר פשוט הוא שעל ביה"ד לבדוק היטב את דברי האשה ואין בזה לדיין אלא מה שעיניו רואות.]

והנה ניתן היה לומר כי הפירוש בדברי הראבי"ה הוא, שכיון שהאשה מרדה בפועל בבעלה, אזי עד שלא חזרה בפועל אליו אין רצון האשה לשוב לבעלה נחשב כחזרה. וממילא אין זה שייך לענייננו שהאשה אומרת כי היא רוצה לחזור בפועל והבעל אינו מסכים בגלל שהינו חי עם אשה אחרת.

אולם עיין באבני מילואים סי' ע"ז ס"ק י"ב שהביא את דברי הראבי"ה, ובהגהות הריא"ז ענזיל על האבני מילואים כתב בדעתו, דאין פוחתין לה את כתובתה אבל מזונות אין לה עד שתשוב אליו בפועל, וכ"כ בפד"ר כרך ח' עמ' 60, עיין באוצר הפוסקים אעה"ז סי' ע"ז סי"ב ס"ק נ"ו אות ט'. וצריך ביאור מה החילוק בזה.

ולפי המבואר בעזר משפט כי סברת הראבי"ה היא, שיש לחשוד באשה שחזרתה אינה כנה וכי הינה מדברת אך דיבורים בעלמא, אזי לענין כתובה שהאשה מפסדת מצד קנס על מרידתה אין לקונסה מספק אבל לענין מזונות שהאשה מפסדת מן הדין מחמת שאינה רוצה בבעלה כפי שנתבאר לעיל, אזי כאשר יש לחוש שחזרתה אינה כנה מפסידה האשה את מזונותיה עכ"פ מספק על פי הכלל ש"המוציא מחבירו עליו הראיה".

אלא שבנידוננו הבעל חזר לבית כמה פעמים בגלל סכסוך עם האשה האחרת, והאשה אמרה לו שיחזור אליה. אם כן דברי האשה לבעל לא היו רק בגדר "דיבורים בעלמא". אולם כפי האמור לעיל לאור הזמן הארוך שבני הזוג חיו בחדרים נפרדים זמן רב עוד לפני שהתנהלו הדיונים בביה"ד הרי שכפי הנראה מרידה זו נעשתה **ברצון** במשך שנים רבות, ואין נפ"מ אם מרידה זו נעשתה ברצון שני הצדדים, ולאור הנסיבות בהן האשה לא הודתה כי גם התנהגותה כלפי בעלה לא היתה נכונה ובכך יתכן כי היתה מפייסת את בעלה, ולאור התנהלותה המשפטית של האשה, נראה כי יש מקום רב להסתפק בכוונתה ובכנות רצונה של האשה לחזור לבעלה. ואכן יש לבעל סיבות מוצדקות לא להאמין לאשה שיחולו שינויים בבית אם יחזור אליה. [עיין ישכיל עבדי ח"ה סי' ס"ה. אוצר הפוסקים אבהע"ז סי' ע"ז ס"ק י"ב אות ט"ו.]

ובנוסף נראה, כי גם אם האשה מתכוונת ברצינות, ובתום לב לפעול להשבת שלום ביתה – הרי שלאור היחסים הלא תקינים ביניהם בעבר (במשך שנים רבות) קיים ספק רב אם ניתן לתקן זאת מכאן ולהבא. עיין פד"ר חלק ט' עמ' 68.

כמו כן, יש קצת אומדנא שהאשה אינה חפצה בשלום בית אלא בבית ומזונות, כאשר יש לבעל אשה אחרת, דבר הגורם לחוסר רצון בשלום בית, ובצדק. מפני שבן זוג אשר רעהו בגד בו בדרך כלל מואס בו, עיין רמ"א אהע"ז סי' קי"ז ס"א. ועיין שורת הדין כרך ה'.

וכיון שכן, הרי קי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה והלא הבעל נחשב כמוחזק במזונות שהרי האשה באה להוציא ממון מבעלה [עיין כתובות צ"ז ע"ב].

ואף לענין הדירה לכל היותר האשה אינה נחשבת כי אם לשוכרת על הדירה (בחלקו של הבעל) [עיין בספר בית יעקב אהע"ז סי' צ' סט"ו] וכשיש לנו ספק בחיוב מדור בדרך כלל הבעל הינו המוחזק על המדור כיון שהינו הבעלים על הדירה כמו שנפסק בשו"ע חו"מ סי' שי"ב סט"ו-סט"ז. והאשה נחשבת כ"מוציאה", ועליה מוטלת חובת הראיה.

עוד נראה בזה, דהנה ידועה שיטת הרא"ם שבזמן הזה שהבעל אינו יכול לגרש את אשתו בעל כרחה בגלל חרם דרבינו גרשום, אם אינה מסכימה להתגרש רשאי להשליש בביה"ד גט ודמי כתובה ובכך הרי הוא נפטר ממזונות וכן הורה בנחל יצחק סוף ח"א, דמספק אין להוציא מהבעל מזונות. ורוב הפוסקים חולקים על הרא"ם, וכן קי"ל לדינא. ובאוסף פסקי דין של הרבנות הראשית עמ' נ"ד, נ"ה פסקו הרבנים הראשיים לישראל הגרי"א הרצוג, הראשל"צ הגרב"צ עוזיאל, והגר"י קלמס וז"ל:

> **"ידועה היא שיטת הרב אליהו מזרחי ז"ל שאף בזה"ז אם הבעל משליש גט וכתובה הוא נפטר ממזונות, והגאון האמתי ר' יצחק אלחנן בסוף ספרו נחל יצחק, ח"א, מכריע שאם הבעל השליש גט וכתובה אין להוציא מזונות ממנו, דקשה להוציא מן המוחזק, אע"פ שרוב הפוסקים חולקים על הרא"מ יעוי"ש, ואמנם אין אנחנו עושים כהרא"ם ז"ל וחלילה לנו לעשות כן, ואם כך נפסוק נחריב ח"ו את חיי המשפחה בישראל, ומנהגנו עושה תקנת ב"ד והקהלות ואין לזוז ממנו, אעפ"כ במקרה שהב"ד ברור לו שהיא אשמה בהפרעת חיים של שלום, (אף שאין הדין מחייבה לקבלת גט), ושאין תקוה עוד להחזרת שלום הבית על מכונו, כגון דא אפשר להסתמך על שיטה זו בצירוף פצויים שלא להוציא אותה בלי משען ומשענה, אך מובן שהדבר צריך מתינות וזהירות ועיון גדול בכל מקרה ומקרה לפי המצב והמסיבות. וראה במקרה זה שלפנינו, אעפ"י שאין יסוד לאסור אשה זו על בעלה מן הדין, מכ"מ דעתו של ביה"ד מתישבת עליו שהבעל צודק בזה שלבו נוקפו ושהיא גרמה לכך, ומכיון שכך, כדאיים הם הפוסקים כהרא"מ להכריע לטובת הבעל שהוא המוחזק בממונו, ובפרט שנותנים לה פצויים, והיינו לפסוק שכיון שמשליש גט וכתובה והפצויים שקבעו בי"ד נפטר ממזונותיה".**

ונראה כי גם בנידוננו, היות וכפי הנראה גם הבעל וגם האשה אשמים בהפרעת שלום הבית ביניהם ולשני הצדדים יש חלק בלתי מבוטל במצבם הזוגי הגרוע, אזי יש לסמוך על דברי הרא״ם בזה לפטור את הבעל ממזונות אשתו על ידי שישליש את גיטה. ובנידוננו אין צורך בהשלשת כתובה היות והאשה קיבלה ממון על פי חוק יחסי ממון שלא על פי דין תורה ועל כן אין לחייבו גם את דמי הכתובה. ואמנם ישנם דעות שדברי הרא״ם נאמרו רק לאחר השלשת גט עיין בנחל יצחק סוף ח״א ובפד״ר ח״א עמ׳ 197 ח״ב עמ׳ 297, אולם לפי דעת רוב הפוסקים דבריו של הרא״ם נאמרו גם ללא השלשת גט. עיין לב אריה סי׳ כ״א ואכמ״ל.

למעלה מן הצורך מציין ביה״ד בזאת כי גם אם לאשה היה מגיע מזונות בנידוננו נראה כי הבעל פטור מלשלם תוספת מזונות מהטעמים דלהלן:

בתאריך 19.11.07, נחקרה האשה בביהמ״ש וסיפרה שקיבלה משכורת של 3,500 ש״ח בחודשים ספטמבר 2006 עד אוקטובר 2007, [היא סיפרה זאת רק לאחר שנחקרה על כך בבית המשפט]. בחקירה הנ״ל סיפרה גם על כך שהיא שוכרת רכב בתשלום חודשי של מעל 2,000 ש״ח לחודש. [בשנת 2004 שילמה כ-5500 ש״ח לחודש] ומכאן נראה שמרויחה הרבה כסף לחודש ומעלימה מעיני הבעל ולכן מרשה לעצמה לשכור רכב בסכום הנזכר.

כמו-כן, הוצג לפנינו חומר הראיות אשר הוצג בחקירת האשה בביהמ״ש ממנו עולה שהאשה הרוויחה הרבה כסף והעלימה זאת מפני הבעל, ונציין בזאת את דברי ביהמ״ש בפסק הדין שניתן בעניינם של בני הזוג ביום 04.01.2010 בו נכתב בזה״ל: ״למעלה מן הצורך יצויין, כי בכל הנוגע למעמדה של התובעת בעסק ולמערכת היחסים שבין התובעת לאחותה בעלת העסק הרי שרב הנסתר על הגלוי, במהלך עדותה של התובעת הועלו תמיהות והתגלו סתירות״.

כעין זה הביע ביהמ״ש את מורת רוחו ביחס להתנהלותה של האשה במקומות נוספים בפסקי הדין בעניינם של בני הזוג. על כן נראה כי הבעל יכול לומר במקרה דנן ״צאי מעשה ידיך למזונותיך״.

זאת ועוד, לדברי ב״כ האשה, הבעל מרוויח כיום 4,000 ש״ח - מחצית מהפנסיה ו-2,400 ש״ח קצבת זקנה כשמוטל עליו לשלם 200,000 ש״ח חובות, [יעויין פרוטוקול ל׳ ניסן סח׳ שורות 8 ו-16], ולדברי ב״כ הבעל בכתב התביעה החובות מסתכמים בסכום גדול ממה שהוזכר, על כן נראה, שאין לחייב את הבעל במזונות בסכום יותר גדול ממה שמשלם היום כשעיקר נטל החובות מוטל עליו, [יעויין להלן בנושא ״המדור הספציפי״].

ובנוגע למדור, אילו היתה הדירה רק בבעלותו של הבעל, אזי גם אם היה מגיע לאשה מדור, בנידוננו יכול הבעל למכור את הדירה בגלל הטעמים דלהלן:

הדירה משתרעת על שטח של כ-240 מ״ר, שכפי הנראה אין האשה זקוקה להם, (ואשר לטענת הבעל האשה כלל אינה מתגוררת בה אלא לעיתים רחוקות ע״פ העולה מחיובי החשמל

והמים האחרונים) ועל כן אף שמבחינת ההלכה חייב הבעל במדור אשתו וקי״ל ש״עולה עמו ואינו יורדת עמו״. ואין הבעל יכול להוציא את אשתו מדירה יפה לרעה, ולכאורה זה כולל אף דירה קטנה יותר. עיין פד״ר ח׳ עמ׳ 202 ואילך. אולם, כפי שנראה מהחומר שהוגש לביה״ד כיוון שהדירה הגדולה אינה משמשת רק למדורה של האשה אלא חלק מהדירה משמש כמחסן לחפצים שונים ומדור לבעלי חיים יש לומר שאין זה נחשב ל״יורדת עמו״. ובפרט במצב בו שרוי הבעל בו רובץ עליו חוב של משכנתא בסך גבוה ועוד חובות לבנקים, נראה כי אין מקום לחייב את הבעל להשאיר את הדירה לגמרי בידי האשה ולשלם חובות בזמן שיכולים לגור בדירה גדולה ויפה ללא חובות. שהרי לאחר מכירת הדירה תוכל האשה לקנות דירה, ולהתפרנס לגמרי מסכום הפנסיה שבידה ולא לשלם יותר עבור המשכנתא.

[יש לעיין בסברא זו אם יוכל בעל להוריד את אשתו מרמת דיור שהורגלה עד כה בגלל חובות. שאף אם עד היום הסכים לגור בדירה גדולה עם חובות יכול לטעון שאינו רוצה יותר בכך. וצ״ע].

זאת ועוד, חובת המדור מחייבת את הבעל במדור הראוי לה לפי כבודה, אך כשבעלה אינו עימה [מאיזו סיבה שהיא], המדור יכול להיות קטן יותר, כמ״ש הרשב״א בתשובה ח״א סי׳ תתקכ״ג, הביאו הרמ״א אהע״ז סי׳ צ״ד ס״א, ועיי״ש בחלקת מחוקק סק״ה ובט״ז סק״א ומקורו בירושלמי כתובות פרק י״ב ה״ג, שכאשר בעלה נמצא במדינת הים אינו מחויב לתת את המדור שנתן כשנמצא עימה.

לאור הטעמים הנ״ל, אילו היתה הדירה רק בבעלותו של הבעל, אזי גם אם היה מגיע לאשה מדור, הבעל אינו מחויב ליתן לה את המדור שגרה בו כיום, ויכול לתת לה מדור יותר קטן. אלא שעכ״פ מחוייב היה לדאוג לה למדור באותה העיר בה גרה עד היום. [ויש לדון לגבי העברת דירה לעיר אחרת].

אולם, כיוון שהדירה רשומה ע״ש שני הצדדים, הרי שאילו היה ביה״ד מקבל את דברי האשה אודות רצונה ב״שלום בית״ ומשוכנע בכנותם, ורואה שיש אכן סיכוי להשבת שלום הבית אזי כיוון שהדירה רשומה ע״ש שני הצדדים הם נחשבים לשותפים, ובשו״ע חו״מ סי׳ קע״ו סט״ו נפסק ״השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב כל אחד מהם מעכב על חבירו ואינו יכול לחלוק אם הגיע הזמן״ והוא הדין כשלא התנו אבל ידוע זמן השותפות. עיין שורת הדין ה׳ עמ׳ קע״ה ואילך. וכשביה״ד רואה סיכוי מסוים לשלום בית אין לפנות את הצדדים מהדירה כיון שעל דעת כן נשתתפו ביניהם, [אא״כ יש חובות רבים שרובצים על בני הזוג שמקשים באופן משמעותי על זרם החיים שבאופן זה נראה שיש אומדנא ברורה שעל דעת זה לא נשתתפו].

אולם לאור כך שבני הזוג לא חיו טוב במשך כל השנים, ויש ספק רב אם אכן בני הזוג יכולים ומסוגלים לחיות יחד בהרמוניה ומכיון שביה״ד סבור כי אין סיכוי לשלום-בית בין

הצדדים, הרי שעל אף שהאשה חוזרת על רצונה בשלום בית, אזי יש אומדנא שעל דעת זה לא נשתתפו. ואף אם אומדנא זו אינה אלא ספק, כיוון שאין הדבר ברור שנשתתפו עד סוף זמן הנישואין בפועל או עד ששני הצדדים לא ירצו בשלום בית, הרי זה בודאות לא נחשב כידוע זמן השותפות. עיין פד"ר ט"ז עמ' 307 . שורת הדין י"ג, עמ' קי"א.

לסיכום, כיוון שאין סיכוי לשלום בית, ויש ספק בדבר כנותה של האשה שיתכן כי היא אינה רוצה בשלום בית וכפי שהצהירה בבית המשפט, וגם אם היא רוצה בשלום בית לאור יחסי בני הזוג בעבר נראה שגם אם יחזרו לחיות תחת קורת גג אחת אין סיכוי שיחיו ביחד כפי שבני זוג צריכים לחיות, נראה שאין לחייב את הבעל במדור ובמזונות ומתקבלת בקשת הבעל להוריד את הצו שניתן לאשה ל"מדור ספציפי" כדי שהצדדים יוכלו למכור את הדירה ולחלוק את תמורתה בחלקים שווים כמקובל.

למעלה מן הצורך נציין לסעיף 25 בסיכומי ב"כ הבעל אשר צירף מסמכים אודות צריכת המים והחשמל בתקופה האחרונה מהם עולה האפשרות שהאשה אינה מתגוררת בקביעות בבית המדובר.

בנוגע לרצון הבעל למכור את הדירה לגורם שלישי, ביה"ד מציין שזכותו של הבעל לטעון כך, כפי שפסק השו"ע בחו"מ סי' קע"א ס"א וס"ט, ובסי' ס"ו סמ"א, שגם בשותפות שנוצרה ע"י קניה אפשר לומר גוד או אגוד, ובנידוננו גם לפי"ד הר"י מיגאש הסובר שבשותפות שנוצרה ע"י קניה לא אמרינן גוד או אגוד, כיון שהשותפות נוצרה לצורך הנשואין והחיים המשותפים, כשנתבטלה הסיבה לשותפות, נתבטלה ג"כ השותפות. [ישנן עוד סיבות לכך ואין כאן המקום להאריך].

ונחלקו השו"ע והרמ"א אם יכול לומר גוד או אגוד כשאין לו מעות ורוצה למכור לאחר, השו"ע בסי' קע"א ס"ו פסק כדברי הרמב"ם שיכול לומר בכגון דא גוד או אגוד. [לדעת הב"י גם הרא"ש לא פליג בזה] והרמ"א פסק כהרא"ש. ובזוג בני עדות המזרח פסקינן כהב"י, אא"כ הבעל עשיר שיכול לקנות את הדירה בעצמו שאז גם לפי הרמב"ם והשו"ע אינו יכול לומר גוד או אגוד כמ"ש הנתיבות סי' קע"א סק"ט אולם אם האשה תרצה לקנות את הדירה עפ"י הערכת שמאי תתקבל טענתה [כמ"ש הב"י בדעת הרא"ש].

מעבר לאמור, ביה"ד רואה לנכון לציין כי עולה הרושם שהיה כאן ניסיון מצד האשה וב"כ לעמעם את העובדה כי במסגרת ההליכים שנקטה נגד הנתבע בביהמ"ש היא הגישה גם תביעת מזונות נגדו . בהליך זה קבעה השופטת גולן בהחלטתה מיום ט"ו אדר א' תשס"ה "לא מצאתי מקום ... להורות על חיוב הנתבע במזונות זמניים של התובעת" ובהמשך "לא התרשמתי מהחומר המצוי בתיק ביהמ"ש כי האשה מצויה בפני שוקת שבורה".

ובהחלטתה מיום 25.12.05, מוסיפה השופטת גולן וקובעת כי – "מובהר לצדדים כי לאור העובדה שאין עוד חיובים בעניין מזונות האשה משמקבלת זו מחצית מהפנסיה שמקבל הבעל

הרי שעל הצדדים להסדיר את נושא הוצאות הבית ותשלומי המשכנתא במסגרת ההליכים הרכושיים ביניהם ולא במסגרת תביעת המזונות".

ואמנם, ב"כ האשה בכתב התביעה שהגיש בתאריך 19.12.07 כתב בסעיף 5 בזה"ל "לפני כשנתיים לערך הבעל חדל לשלם את כל הוצאות אחזקת הבית, ובעצם זנח את האשה, בדלית ברירה האשה נאלצה לפנות בהליכים משפטיים כנגד בעלה בבית המשפט לענייני משפחה", ואולם למצער לא הזכיר ב"כ האשה דבר הגשת תביעת מזונות האשה כנגד הבעל. גם בדיונים שהתקיימו בביה"ד ניסו האשה וב"כ להעלים זאת, דבר שעורר את ב"כ הבעל כנגדם והטיל ספק בכנות טענותיה בכלל, ובדבר כנות רצונה של האשה בשלום בית, בפרט.

וכבר פסק הרמ"א בחו"מ סי' כ"ו ס"א שהתובע בערכאות והפסיד בתביעתו וחזר לתבוע לפני דייני ישראל אין נזקקין לו. וא"כ יש מקום לומר כי אין לביה"ד להזדקק לתביעתה של האשה בדבר המזונות.

ואף שהתובעת משכה את תביעתה למזונות, אולם זאת לאחר שביהמ"ש הבהיר לה שתביעת מזונות אינה יכולה לעמוד במקביל לתשלום מחצית מהפנסיה החודשית כאלמנט רכושי, ולכן בחרה התובעת להתמקד בתביעתה לתשלום מחצית הפנסיה, כיון שחשבה שבתביעתה זו ירווח לה. ובהחלטה שם כותבת השופטת גולן שעל הצדדים להסדיר את נושא הוצאות הבית ותשלומי המשכנתא במסגרת ההליכים הרכושיים ביניהם ולא במסגרת תביעת המזונות. ועל כן לכאורה אין לביה"ד לעסוק בתביעה זו לאחר שהוגשה התביעה בביהמ"ש בו הושגו ההסכמות הנ"ל. ועיין בפד"ר י"ג עמ' 278 ואילך.

אולם כל זה לעניין תביעת המזונות, אבל לעניין תביעת המדור שלא תבעה האשה מעולם בביהמ"ש, על ביה"ד מוטל לדון בעניין, עיין שורת הדין ח' עמ' קט"ז.

אולם גם לעניין תביעת המזונות, אין הדבר ברור שביה"ד לא יטפל בתביעה כיון שכבר נפסקה בביהמ"ש, שהרי להלכה הנזכרת שמי שהלך לערכאות אין ביה"ד נזקק לו, יש שני טעמים: א. משום שהוי כקיבל עליו קרוב או פסול, ואף שקיבל עליו דין ערכאות, פסק הרמ"א בחו"מ סי' כ"ב ס"ב שאם כבר דנו לפניו אין יכול התובע לחזור בו. ב. משום קנס, והנתיבות המשפט בסי' כ"ו [סק"ב] הכריע שעיקר הטעם הוא משום קנס. ובפד"ר י"ג עמ' 277 מציין הגרא"י וולדינברג זצ"ל שבפוסקים נראה שהעיקר כטעם הראשון. אולם לפי הש"ך סי' כ"ב ס"ק ט"ו הטעם הראשון אינו נכון לדינא.

ונפ"מ בנידוננו, שאם טעם ההלכה הנ"ל הוא כהטעם הראשון, הרי ודאי שהאשה בתביעתה למזונות קיבלה עליה את פסקי ביהמ"ש. אולם לפי הטעם השני שהוא משום קנס, יש לומר שבנידוננו שהאשה תבעה בביהמ"ש באמצעות בא כוחה ובעצתו מחמת שהדבר אצלה כהיתר ולא מפני רצונה להרים יד בתורת משה במזיד, אין מקום לקנסה, וכסברא זו כתב מרן הגר"ע יוסף בפד"ר י"ג ע"מ 276, ועיין עוד באריכות בשורת הדין ח' ע"מ ק"ב-ק"כ, וכן י"ל שהקנס

הוא שאין בי״ד נזקקין לדון בתביעה, אולם לאחר שדנו ויודעים להיכן הדין נוטה צריכים לפסוק כדין, עיין פד״ר י״ג עמ׳ 280. על כן נדרשנו לדון בעניין תביעת המזונות והמדור.

המורם מכל האמור

א. ביה״ד דוחה את תביעתו של הבעל לגירושין, וזאת לאור דרישתה של האשה לפעול להשבת שלום ביתה ולאור העובדה שבמצב הדברים הנוכחי בו הבעל חי עם אשה אחרת - לא ניתן לבחון כדבעי את הסיכוי להשבת שלום ביתם של הצדדים על כנו, והוא הוא אשר נתן אצבע בין שיניו, בכך שהלך לרעות בשדות זרים תוך בגידה באשת נעוריו.

ב. תביעת האשה לשלום בית נדחית לאור הספק בכנות תביעתה של האשה, ולאור העובדה שגם אם נניח כי כנים דבריה - ביה״ד מתרשם כי ספק רב אם ניתן לאחות את הקרעים בין בני הזוג לאחר מערכת יחסים עכורה ומשברית המשתרעת על פני שנים רבות של תביעות משפטיות ופירוד רגשי, ובפרט לאור העובדה כי גם כשבני הזוג חיו תחת קורת גג אחת הם חיו ביחד ולחוד בחדרים נפרדים בעויינות מופגנת עד אחרון הגדיל בדמות בגידתו של הבעל באשת נעוריו.

ג. לאור האמור, ביה״ד ממליץ לצדדים לגבש הסכם גירושין הוגן וכולל כדי לפתוח פתח תקווה לחיים טובים יותר לשני הצדדים.

ד. תביעת השלמת המזונות של האשה נדחית היות ולאור מערכת היחסים המתוארת בגוף פסק הדין ולאור הספק בכנות תביעתה של האשה הרי שבכה״ג פטור הבעל ממזונותיה.

לכך יש להוסיף את שיטת הרא״ם המבוארת באבהע״ז סי׳ ע״ז ובנו״כ שבנסיבות הנ״ל שהבעל רוצה להתגרש - ניתן לפטור את הבעל ממזונות האשה וקי״ל שבכה״ג שלאשה יש חלק לא מבוטל בביטול שלום הבית ניתן לסמוך על שיטה זו.

מעבר לאמור, ביה״ד התרשם כי לאשה יש די כסף לפרנסתה וכי היא מעלימה את הכנסותיה האמיתיים מבעלה. וכגון דא יכול הבעל לומר לאשה ״צאי מעשה ידייך במזונותייך״.

נשוב ונציין כי גם בית המשפט אמר את דברו בכל הנוגע ליושרה ולהתנהלותה של האשה, בענין.

נוסיף ונציין כי ע״פ החומר בתיק ביה״ד, לבעל יש חובות רבים ואשר על כן לא ניתן לחייבו מעבר לקביעת בית המשפט ולחיובים הקיימים כיום, לפיהם זוכה האשה מידי חודש ב-42 מדמי הפנסיה של הבעל.

זאת ועוד, בית המשפט דחה כבר את תביעת המזונות של האשה וביה״ד רואה בתביעה הממוחזרת ניצול לרעה של הליכי משפט שלא בתום לב ויעויין בזה בשו״ע חו״מ ריש סי׳ כו׳, ואכמ״ל.

ו. ביה״ד מורה בזאת על ביטול הצו למדור ספציפי אשר ניתן בתיק זה, ואולם - לשם מיצוי ההליכים לגיבושו של הסכם גירושין הוגן וכולל בין הצדדים מחליט ביה״ד כי החלטה זו תיכנס לתוקף רק בתום חודש ממועד פס״ד זה.

הנימוקים לסעיף זה הינם - הספק בכנות תביעתה של האשה כמו גם בסיכויים להשבת שלום ביתם דבכה״ג אין לחייב את הבעל במדור.

זאת ועוד, הדירה שבנדון גדולה ביותר ולאור חובותיו הגדולים של הבעל ולאור העובדה שאינו דר עמה - הרי ודאי שאין לחייבו במדור ספציפי זה.

גם מדיני השותפות י״ל שבנ״ד קיימת אומדנא ברורה שלא השתתפו אדעתא דהכי שהאשה תגור בגפה בדירה בעוד הבעל ייאנק תחת עול חובותיו, (יעויין בגוף פסק הדין מ״ש בזה) ואפילו את״ל דמידי ספקא לא נפקא הרי עכ״פ לא חשיב כידוע זמן השותפות.

הרב דוד בירדוגו
חבר בית הדין הרבני ירושלים

בעל ששרך דרכיו - חיובו בכתובה מופרזת

בנדון דנן פסק ביה״ד כי האישה זכאית לכתובה. אומנם מדובר בכתובה בסך של מיליון ש״ח, והתעוררה שאלה שכבר נידונה הרבה בעבר האם אפשר לפסוק כתובה מוגזמת לאישה או לא.

ביה״ד פסק ברוב דעות שיש לפסוק לאישה את מלוא כתובתה, אך דעת המיעוט (הג״ר גדעון שריון) היא שיש להעמיד את הכתובה במקרה דנן על סך של 300,000 ש״ח בלבד. הנימוק לכך, שמלבד האמור בפרוט׳ הדיון שלדברי הבעל הגירושין נגרמו מתחילתם עקב התנהגות האשה ובנוסף האשה הצהירה בדיון הראשון שמסכימה לגירושין, כן יש לצרף את העובדה שבזמננו אין בירור במודעות של זוג חילוני להתחייבות הכתובה בכתובה.

להלן הנימוקים בהרחבה לפסיקה הנ״ל.

העובדות

בנדון דנן התברר כי הבעל עזב את אשתו והלך לגור עם גויה בגרמניה, בטענה שלא הוכחה, כי אשתו זלזלה בו, מרדה בו והכניסה כלב לחדר השינה בניגוד לרצונו. האשה הכחישה. מלבד הכחשתה, הרי היה בידי הבעל להגיש תביעות על מרידה כו׳ ולא עשה כן, אלא נקט במהלך חד-צדדי כשהלך לקיים קשר עם הגויה הנ״ל.

כתובת האשה הינה ע״ס מיליון ש״ח. האשה תובעת את כתובתה כשהיא צמודה דהיינו 2.7 מיליון ש״ח. הבעל מתנגד לשלם סכום כזה בטענה שהיא ׳כתובה מוגזמת׳, שהפסיקה הרווחת היא שאין משלמים אותה, כי לא הייתה גמירות דעת להתחייב על סכום כזה, אלא נכתב סכום זה מחמת הלחץ החברתי ולשם כבוד בלבד.

דיון

והנה נכתבו כמה פסקי דין בנושא זה בשנים האחרונות, שדנו בכל היבטי ההלכה שבכתובה מוגזמת: אלו סוברים שיש להגבות גם כתובה גבוהה במיוחד, ובלבד שלא תהיה בסכום דמיוני או אגדי של מיליונים שרק מעטים מאוד בעולם משיגים אותו. ואלו סוברים שאין להגבות כתובה גבוהה אף אם לא נקובה בסכום דמיוני, אם מטעמי אסמכתא כו׳, ואם מטעם שלא נכתב סכום כזה אלא לכבוד ולתפארת ולא התכוונו מעולם להתחייב עליהם באמת.

ואכן ההתלבטות קשה ונוקבת, לפי שכל צד מביא טיעונים הלכתיים וסברתיים חזקים לדעתו. ותחילה נציע את סוגיות הש"ס ודברי הראשונים ז"ל אשר מפיהם אנו חיים, ואח"כ את דעות הדיינים שנאמרו בזה עם נימוקיהם העיקריים, ואת הנלע"ד בזה להכריע עפ"ז בנדון דנן בס"ד. ויה"ר שלא נכשל בדבר הלכה ח"ו.

המשנה והגמרא

תנינן בכתובות (נד:) אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפי' מאה מנה - יוסיף. נתארמלה או נתגרשה, בין מן הארוסין בין מן הנשואין - גובה את הכל; רבי אלעזר בן עזריה אומר: מן הנשואין - גובה את הכל, מן האירוסין - בתולה גובה מאתים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה. עכ"ל המשנה.

ובגמ'. פשיטא [שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף]! מהו דתימא קיצותא עבדו רבנן, שלא לבייש את מי שאין לו, קמ"ל. [אם רצה להוסיף כו']. רצה לכתוב לה לא קתני אלא רצה להוסיף, מסייע ליה לר' איבו אמר רבי ינאי, דאמר ר' איבו אמר רבי ינאי: תנאי כתובה ככתובה דמי. נפקא מינה? למוכרת, ולמוחלת, למורדת, ולפוגמת וכו'. עכ"ל הגמ'.

עד היכן גובה התוספת ע"פ הש"ס והראשונים

הר"ן ורבנו יונה

ואף שמובן מאליו שמה שהמשנה נקטה **אפילו מאה מנה** הוא לאו דוקא, דהוא הדין יותר מזה, שהרי לא הגבילו, מכל מקום נציין לדברי רבותינו הראשונים ז"ל שכך משמעות דבריהם, שהנה ז"ל הר"ן:

> **ומיהא שמעינן, דאם רצה להוסיף בכתובה ולכתוב ויהיבנא ליכי מוהר בתוליכי כסף זוזי אלף מוסיף. דאילו כותב תוספת בפני עצמו ומאתים בפני עצמן, מאי מבייש את מי שאין לו איכא, הא למה זה דומה למי שהכניסה לו שום גדול שאין נמנעין מלכתוב לה משום שלא לבייש את מי שאין לו. וכן כתוב בתשובת הגאונים ז"ל. והילכך מי שבא לרבות ולכלול בעיקר הכתובה כותב ומוסיף ואינו נמנע.** עכ"ל.

וכ"כ תלמידי רבנו יונה הוב"ד בשטה מקובצת שם וז"ל:

> **אם רצה להוסיף וכו' ובגמרא פריך פשיטא שתנאו קיים ומתרץ מהו דתימא קיצותא עבדו רבנן שלא לבייש את מי שאין לו קמ"ל כלומר מתניתין אתא לאשמועינן דאפילו אם בעיקר הכתובה עצמה רצה להוסיף לכתוב במקום זוזי מאתן - אלף זוז או יותר, מוסיף, ולא אמרינן כיון דחכמים תקנו לבתולה מאתים ולאלמנה מנה עליו אין להוסיף וממנו אין לגרוע, אלא אם רצה מוסיף.** עכ"ל.

ובהמשך כתבו תר״י וז״ל:

והנראה נכון למורי הרב נ״ר דהכא כיון שמקנה לה בסודר הוה ליה כלוקח, שאע״פ שהסודר אינו שוה אלא פשוט, הוא קונה אותו הסודר שנוטל בו הקנין באלף זוז או אלפים, וגבי לוקח לא דיינינן ליה מַקנה דבר שלא בא לעולם, אלא שמשעבד מה שעתיד להרויח בעבור מה שלקח. ובתוספות מתרצי׳ דכיון שמודה לה, הודאת פיו כמאה עדים דמי.

הרי שלא הגבילו סכום למעלה אלא סתמו וכתבו ״או יותר״, ומ״ש אלף או אלפיים זוז שהם י׳ או כ׳ מנה, על כרחך לא באו לחדש גבול יותר מהמשנה שאמרה ״אפילו מאה מנה יוסיף״, אלא לפי שמנהגם היה לכתוב ב״זוזים״ נקטו ״אלף או אלפיים״ המבטא את הגובה המירבי שהיה נהוג ביניהם, אך משמעות דבריהם שאין גבול למעלה.

והמדובר הוא אפילו לעני שבישראל, כמו שכתבו התוס׳ בד״ה מוסיף [שדבריהם חוזרים על מה שנאמר במשנה אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה ׳יוסיף׳, והם גרסו ׳מוסיף׳, והיינו הך] וז״ל:

תימה דעכשיו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אף על פי שאין לו שוה פרוטה.

הרי שמדובר בעני ממש, ואעפ״כ מתחייב כמו שתירצו התוס׳ בהמשך את הטעם שאעפ״כ חלה ההתחייבות גם במאה ליטרין שהוא סך עצום למי שאין לו שוה פרוטה, עיי״ש. והוא הדין שחלה ההתחייבות גם במאה מנה שעל זה חוזרים דברי התוס׳ כאמור, וא״כ להר״ן ותר״י הוא הדין באלף או אלפיים זוז ההתחייבות שרירה וקיימת. ומשמעות הדבר שיצטרך לשלם את הכתובה וכל אשר לו צריך ליתן, וכמ״ש הר״ן עוד שם וז״ל:

אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, פירוש, אף על פי שתקנו חכמים לבתולה מאתים ולאלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפי׳ מאה מנה מוסיף. ואמרי׳ בגמ׳ פשיטא דאם רצה ליתן לה כל מה שיש לו דרשאי, ועבדי צריכותא.

הרי שהכוונה ליתן בפועל ממש את כל מה שיש לו, ולא להבטחה בעלמא ולא לגוזמא בעלמא.

הריב״ש

וכן כתב בשו״ת הריב״ש (סי׳ קנג) וז״ל:

והוקשה לך, איך תקנו חז״ל דבר מועט כזה לכתובת אשה, והם אמרו: כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה; והלא אפי׳ עני שבישראל, כשיהיה לו קטטה עם אשתו, תהא קלה בעיניו להוציאה בדבר מועט כזה! תשובתך: אתה שערת באנשי

מיורקה, שעשיריה היו להם בתים מלאים כל טוב, אוצרות כסף וסחורה ומטמוני מסתרים, מרגליות ורוב פנינים, ומערות מלאות דינרי זהב. ואשר אין לו כל אלה, אף אם יהיו לו חפצים ותכשיטים ואלפי זהב, ואומנות נקייה להרויח בה פרנסתו והותר, נקרא עני. אבל תשער בתושבי הארץ הזאת [כוונתו לאלג׳יר], שאינם מספיקים ללחם צר ומים במשורה, ועל הארץ ישנים, או על שטיח עור, ובכסות יום מתכסים בלילה, ומלבושיהם טלאי על גב טלאי, ורובם הולכים יחפים. ובימי חז״ל כך היו, כמו ששערו במזונות האשה למשרה אשתו על ידי שליש (כתובות ס״ד:). וגם מגדולי חכמים היו בעלי אומנות; כמו שאמרו על רבי יהושע שהיה פחמי. והלל, שהיה מזרע דוד, היה משתכר בזוז אחד להביא מן היער חבילת עצים. ורב כהנא היה מוכר סלים לנשי׳ מחמת עניו, כדאיתא בפ״ק דקדושין (מ). ובדורו של רבי יהודה בר אלעאי היו חמשה מתכסים בטלית אחת ועוסקים בתורה. ואנשי כנסת הגדולה, המתקנים התקנות בישראל, כשעלו מן הגולה כבר היו עניים עד מאד; כמו שמוזכר בספר עזרא, שבימי נחמיה היו נושים איש באיש, וכובשים בניהם ובנותיהם לעבדים, מהם לוו כסף למדת המלך ומהם לקחת דגן ברעב. וגם מנורת בית המקדש, אשר עשה משה רבינו ע״ה ככר זהב טהור, יש מן החכמים ז״ל אומרים, שמלכי בית חשמונאי עשאוה מעץ; ויש מן החכמים אומרי׳, ששפודין של ברזל היו וחפום בבעץ; העשירו, עשאום של כסף, חזרו והעשירו, עשאום של זהב; כמוזכר במסכת ר״ה ובמנחות (כח:). וגם ההבדלה במוצאי שבת, קבעוה בתפלה, עד שהעשירו קבעוה על הכוס; כדאיתא בפ׳ אין עומדין (לג). ושנינו במסכת פאה (פ״ח): מי שיש לו נ׳ זוז והוא נושא ונותן בהן, הרי זה לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני, לפי שאינו בגדר עני; וחמשים זוז הם חצי כתובת אלמנה. ותמה על עצמך: איך אשה מתקדשת בפרוטה, שיש בדינר קצ״ב פרוטות, והוא דבר מועט עד מאד? וגם ב״ד נזקקין לתביעת פרוטה, לפי שלא נתנה לימחל מן הסתם. וחכמים ז״ל קתנו כתובה לאשה לכלן בשוה, שלא לבייש את מי שאין לו, ושערו בעני, ואמרו, שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף; והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את כל אשר לו צריך ליתן.

הרי שבימי חז״ל רוב העולם היו עניים מרודים, וא״כ המשנה נכתבה ע״ד רוב העולם, שאם כתב אפילו מאה מנה, הוא מתחייב בהם לשלמם הלכה למעשה.

שמא תאמר שבזמן חז״ל לא היו כותבים לשם כבוד, ולא היו אנשים כותבים גוזמאות להתפאר בהם או רק לחזק את הקשר מבלי להתכוון להתחייב באמת, זה אינו, שהרי במסכת ב״מ (קד:) איתא להדיא שהיו מגדילים את סכום הנדוניא בשליש [או בחומש כמ״ש בכתובות (סו)] לשם כבוד כמ״ש ברש״י שם, והיו מפחיתים את התוספת בזמן גביית הכתובה מאחר והיה ידוע הדבר שלא נוספה אלא לשם כבוד. הרי שאין חדש תחת השמש, ולא רק בדורות האחרונים ׳נזכרו׳ להוסיף לשם כבוד, אלא הדבר היה נהוג גם בזמן חז״ל, וא״כ אם איתא שגם התחייבות מופרזת בתוספת הכתובה הייתה נעשית לכבוד בעלמא, היו חז״ל מסדירים

את אופן התשלום בהתאם כמו שעשו כן לענין הנדוניא במס׳ ב״מ, והיו אומרים בד״א במקום שלא נהגו להוסיף לשם כבוד בעלמא כו׳, או שהיו דנים לומר שזו אסמכתא או גוזמא כו׳, או שהיו אומרים, במה דברים אמורים שאם רצה להוסיף אפי׳ מאה מנה מוסיף, במי שאמוד להיות לו סכום זה בשעת ההתחייבות או במשך ימי חייו, ולא היו מחליטים באופן גורף שההתחייבות חלה ללא כל סייג, וכמו שהבינו כן כל הראשונים ז״ל כמ״ש לעיל שכ״כ התוס׳ ושאר הראשונים שאפילו עני שהתחייב מאה מנה ההתחייבות חלה. [ולקמן (בהערותנו על נימוקי הגר״ש תם) נביא את דברי הריטב״א שהוא פירש אותו כך שהתכוון לומר שדווקא כשהיה לו סכום מאה מנה הוא שמתחייב, ונעיר על דבריו בע״ה].

הריטב״א

וכן יש ללמוד מדברי הריטב״א שהובאו בשטמ״ק בכתובות (נד:) שכתב וז״ל:

> **מן הנשואין גובה את הכל פי׳ ואף על פי שלא קנו מידו, דכיון דבשעת נשואין קבל על עצמו, מתחייב הוא באמירה כההיא דאמרינן בשטת פסיקתא שהן דברים הנקנין באמירה, בההיא הנאה דמתחתנין אהדדי, ואף על פי שלא היה לו כלום באותה שעה מתחייב הוא וכדאמרינן לקמן חייב אני לך מנה בשטר - חייב, דאע״ג שאין אדם מקנה דשלב״ל, מתחייב הוא בדשלב״ל כיון ששעבד עצמו לכך בלשון חיוב ושעבוד, וכן מתחייב כאן באמירה, וכאותה שאמרו מתנה ש״ח להיות כשואל. ובירושלמי הוסיפו עוד לומר שאפילו אחר נשואין הוא מתחייב וכו׳, ודעת רבותי דכיון דלא פירשו הכי בגמרא דילן לא עבדינן בהא עובדא. וכן הסכימו רבותי דמתנה לחוד שאדם כותב לאשתו בשעת נשואין, הרי היא זוכה בה לגמרי כפי מה שפירשו, ומוכרת ונותנת למי שתרצה אם התנה כן, ולא אמרינן שלא כתב לה אלא לפנחייא בעלמא כדברי הרב אלברצלוני ז״ל. וכן כתב רבינו הגדול ז״ל בתשובת שאלה (ככה״נ הרשב״א) שהכל לפי תנאי, וכאילו נתן לה לאחר נישואיו. ומיהו מתנת מעות שנוהגין לכתוב אינה כלום אם לא נתחייב לה בלשון חיוב, ואפילו היו ברשותו באותה שעה, שאין מתנה אלא על דבר מסויים, שיזכה בו המקבל לשעתו ויטלנו לעצמו, ואם נאנס נאנס לו, וזה ברור.**

ופנחייא, פירש הערוך (ערך פנח) שהוא לשון שמירה. ורש״י (יבמות קטו:) פירש שהוא ״לשון שימור, כאדם שתולה ממונו באדם חשוב כדי שלא יגזלוהו הימנו, ודומה לו בהגוזל עצים (ב״ק קג.) הלוקח שדה בשם ריש גלותא כו׳ ופנחיא בעלמא קבעינן. ובבב״ק (קג.) פירש״י: פנחיא בעלמא הוא דבעינא - כלומר להצלה נתכוונתי, פנחיא לשון חוזק, וחבירו בהאשה [שלום] ביבמות (דף קטו:) לפנחיא שבקיה, גבי מצא כלי וכתוב עליו קו״ף קרבן מ״ם מעשר תי״ו תרומה. עכ״ל. ולפ״ז כוונת הריטב״א כאן, שלא נאמר שרק לחיזוק ושימור הקשר ביניהם כתב סכום גדול זה, ולא באמת גמר בדעתו להתחייב בו, והיינו שלא נאמר שרק לכבוד

בעלמא שתתפייס ותרצה להינשא לו כתב סכום גדול כזה שאין בכוחו להשיגו לעולם, בהיותו עני מרוד, וכמ״ש הריטב״א: **ואף על פי שלא היה לו כלום באותה שעה, מתחייב הוא.**

וש״מ דאף במקום שיש צד לומר דלפנחיא בעלמא נתן לה, כגון שיש הנותנים לפנחייא בעלמא באמת, מ״מ אנן בדידן לא חיישינן לזה בסתמא אא״כ יוכיח שהייתה כוונתו לכך או שמסר מודעה או שיש ׳אנן סהדי׳ מחמת מנהג וכו׳. ועוד ש״מ שהוא כאילו ׳נתן לה׳ בפועל לאחר נישואיו, שהוא כבר שלה ואין מזה חזרה, ואפילו מדובר בסכום מוגזם [וכמ״ש כעין זה בגמ׳ ב״מ (ס״ו ריש עמוד ב) דבזה לא מקרי אסמכתא כיון שכבר הקנה מעתה. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י].

הרי שחז״ל קבעו שההתחייבות לתוספת כתובה היא מוחלטת ומחייבת, ולא חלים עליה כללי האסמכתא, לא מסוג ׳דאי׳ ולא מסוג ׳גזים׳, שהרי גם באלף או אלפיים מנה מתחייב גם העני המרוד ביותר, וצריך למכור כל אשר לו ולשלם כמ״ש הריב״ש, ואצ״ל מי שבאמת יש לו לשלם אלא שקשה לו, וסכום מאה מנה שווה ל50 שנות פרנסה לעני, [ומאה ליטרין שכתבו התוס׳, ראה לקמן (בסיכום נימוקי הגר״ד לבנון שכתב) שהם דמי פרנסה ל300 שנה]. וגם אם נאמר שהם 30 שנות פרנסה לבינוני שיאכל גם בשר ודגים וישתה יין כו׳, הרי שהוא סכום עצום לכל הדעות, שבוודאי רוב העולם לא ראו אותו אפילו בחלום, ואעפ״כ מתחייב. זו ההלכה היוצאת באופן ברור מהש״ס ומהראשונים שמפיהם אנו חיים. ולאחר שברור הדבר שזו דעת חז״ל, נותר רק לנסות ולהסבירה עד כמה שידינו מגעת, אך גם אם לא היה לנו הסבר, היה עלינו לקבלה כפי שהיא.

הטעם שגם תוספת גבוהה מחייבת

וכבר נתן בשו״ת **הריב״ש** (סי׳ קכז) הסבר לדבר במה שכתב ש״אין דמים לאשה״, בבואו להסביר מדוע הנותן גט לאחר שנתנו לו ממון דומה הדבר לתליוהו וזבין, וכתב שאין לומר שהמעות הם תמורת האונס לגרש, שהרי לא שייך לומר שכפיית גט תמורת מתן כסף לא תחשב לכפיה מן הדין, ועוד שגם במכר, אין המעות מועילות אלא אם משלמים למוכר את **כל** ערך הנכס שכפוהו למכור, ואילו לאשה אין מחיר ואפילו כל ממון שבעולם לא יספיק לשלם לאיש תמורת אשתו ולכופו לגרשה תמורתו. וזה לשון הריב״ש: ״אבל לכוף האיש לגרש אשתו בקבלת מעות, לא נאמר: אגב אונסא וזוזי גמר ומגרש, ואפי׳ בכל ממון שבעולם, דאין דמים לאשה״.

ולכן הסביר הריב״ש שהמעות מועילות רק לענין ששוב אין די רק בגילוי דעת שאינו חפץ בגט, אלא צריך שימסור מודעה ושיהיו העדים מכירים באונסו, ושאם אין עדים כאלו המכירים באונסו שהוא אונס אמתי, שוב אין המודעא מודעא, וכאילו איננה, והגט כשר.

לפי זה, כאשר אדם רוצה לישא אשה ומתחייב לה כל ממון שבעולם, אין לראות בזה גוזמא אפילו בכל ממון שבעולם, שהרי באמת אין דמים לאשה, ואם הרגיש באשה זו שהיא

׳אבידתו׳ שחיזר אחריה ושנקבעה לו מ׳ יום לפני כו׳ כמ״ש במס׳ סוטה (ב.) והיא מתאימה לו מכל הבחינות, ואיתה יראה זרע יאריך ימים (ישעיה נג י), ויתקיים בו מ״ש (קהלת ט ט) ראה חיים עם אשה אשר אהבת, והרי אשתו כגופו (ברכות כד. בכורות לה:), וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו (איוב ב ד), ורצה הוא מרצונו הטוב והפשוט לשעבד את עצמו לנצח שלא יוכל לגרשה כל ימיו באהבתו אותה, ובפרט אם מתוך שמכיר בעצמו שפזיז הוא ועלול לגרשה ברגע של כעס ושוב להתחרט ולא תסכים לחזור אליו וכבר היו דברים מעולם, או שמכיר בעצמו ובמידותיו שעלול הוא להקניטה ולצערה עד תדרוש היא את הגירושין, לפיכך עכשיו בשעת הנישואין, [ולהירושלמי שהביא הריטב״א הנ״ל, גם לאחר שעת הנישואין], כשהוא רואה בה, בלי לחצים ובלי נגיעות, את כל הטוב שבה, ומתוך ראיית הנולד, רוצה הוא לכבול את עצמו בסכום אגדי כזה כדי שלא יעלה על דעתו לרצות לגרשה או לצערה עד שתדרוש היא גירושין ויחייבוהו בית דין לגרשה ולשלם כתובתה משלם, על זה אמרו חז״ל אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף, ומי יאמר לו מה תעשה, אם זהו רצונו הפשוט והחופשי, ואפילו הוא עני שבישראל, לפיכך לא יכולים לחול על זה דיני אסמכתא.

בסיכום: ע״פ הריב״ש, י״ל שאין בנ״ד אסמכתא כי אין דמים לאשה כי היא יקרה לו כ״כ. ועוד שרוצה הבעל לכבול את עצמו ע״י סך גבוה שלא יוכל לגרשה בבלי דעת אם כעסו יתגבר עליו וכדומה.

ובר מן דין, יתכן שגם לולא דברי הריב״ש ש׳אין דמים לאשה׳, היה מקום להסביר שגם המתחייב בסכום מופרז יש לחייבו ולא לדון ע״פ אומדנא שלא גמר בדעתו להתחייב באמת, שהרי כבר מצאנו בש״ס ובראשונים ובשולחן ערוך שהאדם שמחשיב ומקבל **על עצמו קרקע או חפץ ביותר משוויו**, נחשב לו הדבר כאילו אכן זהו מחיר החפץ. כך מצאנו בקידושין (ח.) בענין סודר שקיבל רב כהנא לפדיון הבן, ונפסק בשו״ע יו״ד (סי׳ שה ס״ה) וז״ל: נתן לו כלי שאינו שוה בשוק חמשה סלעים, **וקבלו הכהן בחמשה סלעים, הרי בנו פדוי**, והוא שישוה חמשה סלעים לשום אדם. ובב״מ (סה.) אמר רבא: האי מאן דמסיק תריסר זוזי דריביתא בחבריה, ואגר ליה חצר דמתגרא בעשרה ואוגריה נהליה בתריסר. כי מפקינן מיניה - תריסר מפקינן מיניה. אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא: ולימא ליה: כי אגרא הכי - דהוה קא משתרשי לי, השתא דלא משתרשי לי - כדאגרי כולי עלמא הוא דאגרנא! - משום דאמר ליה: **סברת וקבלת**. ונפסק בשולחן ערוך יו״ד (סי׳ קסא ס״י) וז״ל: אם המלוה שכר מהלוה חפץ באותו דינר של רבית ולא היה ראוי לשכרו אלא בחצי דינר, מוציאין ממנו כל הדינר. ופירש **המאירי** וז״ל: השכיר לו בסלע זה החצר שאין דמי שכירותה אלא שלשה דינרין וקבלה זה עליו בשכירות סלע מוציאין ממנו סלע, שהרי מכל מקום **הוא בעצמו קבל שכירותו בסלע**.

ובכתובות (צא:) ההוא גברא דהוו מסקי ביה אלפא זוזי, הוו ליה תרי אפדני, זבינהו חדא בחמש מאה וחדא בחמש מאה, אתא בעל חוב טרפא לחדא מינייהו, הדר קטריף לאידך, שקל אלפא זוזי וקא אזיל לגביה, א״ל: **אי שויא לך אלפא זוזי - לחיי**, ואי לא - שקיל אלפא זוזי

ואיסתלק; סבר רמי בר חמא למימר, היינו מתני׳: אם אמרו יתומים הרי אנו מעלין על נכסי אבינו יפה דינר, א״ל רבא: מי דמי? התם אית להו פסידא ליתמי, הכא מי אית ליה פסידא? אלפא יהיב ואלפא שקיל. והר״ן שם (דף נ. מדפי הרי״ף סוד״ה והלכתא בחמש מאה שכתב ״ודוקא בבא בטענת עילוי״ עיי״ש), ונפסק בחו״מ (סי׳ קיד ס״ג). וז״ל **הטור** (שם ס״ח): ואם רצה המלוה לעמוד בה בכל המאתים אין הלוקח חוזר על המוכר שמכרה לו באחריות אלא במנה כמו שהיה שוה **ואף על פי שהמלוה קבלה במאתים ואינו שוה אלא מנה אלא שהמלוה קבלה במאתים מפני שחביבה היא עליו**. עכ״ל.

והדברים קל וחומר מדין ערב שבההיא הנאה שהאמין אותו המלווה להלוות על פי דיבורו, הרי הוא מתחייב גם אם ערב לסכום עצום שאין בידו לשלמו, ואם בהנאה של דמיונות של כבוד מדומה שהוא מרגיש לרגע מכובד שהאמינו לו, הוא מתחייב[טז], אף שסופו רע ומר אם לא ישלם הלווה את חובו, וכמו שכתב שלמה המלך בספר משלי (כב, פס׳ כו כז) ״אַל־תְּהִי בְתֹקְעֵי־כָף בַּעֹרְבִים מַשָּׁאוֹת. אִם־אֵין־לְךָ לְשַׁלֵּם לָמָּה יִקַּח מִשְׁכָּבְךָ מִתַּחְתֶּיךָ״, ופירש הגר״י רוזאניס בעל המשנה למלך בספרו **פרשת דרכים** (דרך האתרים דרוש ג) וז״ל:

לפי שחוב של ערבות אינו כשאר חובות שמרחמים עליהם שאינו נכנס לביתו של לוה ומסדרין לו שמניחין לו במה שישכב, אבל כאן בערבות אם אין לך לשלם למה יקח משכבך מתחתיך, כלומר יקח משכבך דבעלמא אינו לוקחה[יז], ועוד שיקח אותה בעודה תחתיך, דהיינו שנכנס לביתך ולוקחה, באופן ששתים רעות יקרה לך בערבות.

קל וחומר להנאה תמידית הנוגעת להצלחה האמתית בחיים, שזכה באשה טובה שהיא ׳מתנה לבעלה׳ (כמ״ש בספר בן סירה, הובא במס׳ יבמות סג:), גמלתהו טוב ולא רע כל ימי חייה כו׳, שבודאי מתחייב באמת בכל הון שבעולם.

ובאמת שכך היה צריך להיות אפילו לכתחילה שהאדם יחייב את עצמו בסכום כזה שלא ימהר לגרשה אם בכלל, ועי״ז יבטיח את עצמו להתנהג בטוב ובנעימים עם אשתו מפחד הכתובה העצומה שאין בידו לגרשה, וכבר אמרו חז״ל (מכות ז.) שסנהדרין שהייתה מחייבת מיתה פעם בשבעים שנה הייתה נקראת חובלנית, ואם תאמר אם כן מדוע איימה התורה בעונשים כבדים של ארבע מיתות בית דין, יש לומר שעיקר כוונת התורה הייתה לשם הרתעה, אבל בפועל הייתה הסנהדרין חייבת להשתדל להציל את החייב בכל טצדקי שניתן על פי הדין, [ועוד אמרו שבן סורר ומורה לא היה מעולם, וטעם ציווי התורה הוא ג״כ עזה״ד. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י], וגם כאן עיקר מטרת הכתובה היא להרתיע ולסייע בהשגת חיים טובים

טז. ואף אם נאמר שערב בשעת מתן מעות שאני שהוציא ממון על פיו והוא גזה״כ, מ״מ מה נאמר לערב שלא בשעת מתן מעות. ועוד שגם בשעת מתן מעות אם איתא לסברת הטוענים שבסכום גבוה הוי כע״מ שתעלה לרקיע ויאמר לו הרי בלבי ובלב כל אדם שלא התכוונתי באמת להתחייב ומדוע הלוות לו על פי דבורי, ובפרט אם הערב עני ואביון, ואעפ״כ מתחייב ונפ״מ שאם העשיר הערב ישלם עספ״א ואפי׳ ממשכבו שתחתיו, וא״כ ה״ה הכא.

יז. כמ״ש בב״מ (קטו.) לא תבא אל ביתו כו׳, לביתו אי אתה נכנס, אבל אתה נכנס לביתו של ערב, וכן הוא אומר כו׳. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י.

ונעימים שבזכותה לא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא תהיה ברירה בידו אלא לתקן מידותיו ולהכיל את אשתו ולכבדה כדי שלא יבא לידי גירושין ולמימוש תשלום הכתובה לעולם. אבל אם לא נותרה ברירה וחויב הבעל ע״פ הדין לשלמה, ברור שחוזרים לעיקר הדין שהוא חייב בה אפילו יצטרך לתת כל אשר לו, אלא שעל משקל ׳סנהדרין חובלנית׳ יש לביה״ד ביתר שאת להשתדל לפשר מקל וחומר מכל הדינים הבאים לפניהם שמצוה לבצוע דהיינו לפשר כמ״ש בחו״מ (סי׳ יב), אבל אם אין המקום לפשר כגון בנדוננו שאדרבה יש להחמיר עם בעל שעזב את אשתו וילדיו בשברון לב ללכת אחרי נכריה כו׳, חוזרים לעיקר הדין שחייב בכולה ממש, ואין מקום לזלזל בכתובה ולומר שכביכול זו נכתבת רק לשם כבוד וכו׳, ולהורות לשלם רק סכום נמוך שבמקרים רבים הוא בבחינת לעג לרש ומבזה את תקנת חז״ל ואת האשה, ובפרט כאשר לבעל יש ממון לשלם, והאשה סבלה מאוד, והוא בעבור תאוותיו עזב אותה תוך הפרת כל הכללים ברגל גסה, שיש להעמיד את ההלכה על תילה, ולא להיתלות בסברות רפות של ׳התכוון להרשים׳ או שאילו ידע שיצטרך לשלם לא היה מתחייב וכו׳ אשר יתבאר לקמן שמדינא דמשנה ודגמרא אין מקום לסברות אלו, ושהפוסקים הקדמונים שהזכירו אותן, דיברו במציאות שונה מהמציאות של זמננו כמשי״ת לקמן בע״ה.

בסיכום: אדם יכול לקבל על עצמו דבר ששויו בעלמא הוא פחות ממה שקיבלו לעצמו, ושיש טעם לזה, שרוצה לכבול עצמו לכך כנ״ל.

טענת אומדנא

ואין לומר שסוף סוף קיימת אומדנא שלא התכוון להתחייב ואיך נסתיר את השמש בכברה, דהנה מלבד שאין האומדנא מוכחת כלל, וכמו שכתבנו שיתכן שבשעת החופה יקרה האשה בעיניו באמת עד שהסכים ברצון אמתי ובגמירות דעת מוחלטת להתחייב בסכום גבוה, ורק עכשיו חוזר בו וטוען שלא התחייב באמת, זאת ועוד שהרי כבר כתבו התוס׳ בכתובות (מז:) והשטמ״ק שם בשם הרא״ש **שאין אומדנא מועילה אלא כשהדבר תלוי בדעת האחד**, וחברו אינו מקפיד בדבר, מפני שאין לו הפסד אם יתבטל המעשה, כגון במוכר לעלות לארץ ישראל או לצורך הדמים, שהלוקח אינו מפסיד כשהמקח יתבטל, שהרי יקבל מעותיו בחזרה, וכיוצא בזה. **אבל כשהשני מפסיד בביטול המעשה, אין אומדים דעת האחד אף באומדנא המוכחת**. ולפיכך הלוקח פרה מחברו ונטרפה, אין אומרים שבודאי על מנת כן לא קנה, שהמוכר מקפיד בדבר שהרי מפסידו, והיה לו להלוקח להתנות בפירוש בשעת המכירה, כדי שידע המוכר ויחליט אם להסכים לתנאי זה. ועי׳ מל״מ (פ״ו מהל׳ זכיה ה״א).[יז] עכת״ד.

בסיכום: לא שייך אומדנא כשהצד השני מפסיד מכיון שבכהאי גוונא היה לו לפרש.

יז. נוסח זה מהאנצקל״ת.

תקנות הראשונים והאחרונים להגביל הכתובה

וכאמור, מדינא דמשנה וגמרא וע״פ כל הראשונים ז״ל, הבעל חייב לשלם את כל הכתובה תהיה מוגזמת ככל שתהיה, אלא שמכיון שנשתנו העתים ונתחלפו הזמנים, וירדו הדורות במוסר ובערכים, והתרבו הגירושין, וראו בתי הדין וגדולי החכמים במשך הדורות כי התרבו המכשולות בעטיין של כתובות בסכומים גבוהים, עמדו ותיקנו לפי צורך המקום והשעה להגביל את סכומי הכתובה, ולפעמים להיפך, כשראו שהסכומים נעשו נמוכים מדי לפי מצב הדור וערך המחיה עד שנעשו הנשים קלות בעיני בעליהן לגרשן, עמדו והתקינו להגדיל את הסכום, ונעשה מנהג פשוט **שכל** הנושא אשה, על דעת התקנה והמנהג הפשוט הוא נושאה. ולכן במידה והתקנה חייבה כל בעל לכתוב סכום גבוה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, וקרה מקרהו של בעל שלא פשע באשתו אך נאלץ לגרשה על פי ההלכה, דנוהו כ׳אנוס על פי התקנה׳ להתחייב בסכום גבוה, ופטרוהו ממנו, עי׳ בזה בשו״ת **שופריה דיעקב** (בירדוגו, בסי׳ סז ובסי׳ עב, ויובאו דבריו לקמן). ואם התקנה הייתה להגביל את הכתובה לסכום נמוך יחסית, כדי שלא יירתעו האנשים מלשאת נשים, הרי **שכל** הנושא אשה, נשא על דעת התקנה, ולכן אם קרה מקרה שחתן כתב סכום מוגזם, או אפילו שכל בני העיר התרגלו לכתוב סכומים מוגזמים, דנו פוסקי ודייני המקום שאין התחייבותם חלה מאחר והתקנה קבועה שאין להתחייב על יותר מהסכום שנקבע, עד שנמצא שהכותב יותר, דנו בו מדין ׳אנן סהדי׳ שהתכוון רק לכבוד בעלמא או מחמת הלחץ שלחצוהו או הטעוהו להוסיף לכבוד ולתפארת בעלמא, ועם כל זה לא בנקל פטרוהו, אלא פעמים שתיקנו לכתוב בפירוש לאחר תוספת הכתובה הרגילה, ״ועוד הוסיף לה ׳לכבוד ולתפארת׳ סך כו״כ״ (עי׳ בזה בשו״ת **משפט וצדקה ביעקב** סי׳ כ״ט וסי׳ ל׳, ונביא דבריו לקמן בע״ה).

ביאור דברי שו"ת הגאונים

והנה בשו״ת הגאונים (שערי צדק ח״ד שער ד סי׳ טז, תשובה לרב חנינה גאון ז״ל) כתבו וז״ל:

> **והתוספת המפורשת בכתובה שכותבין לאחר מהר ומתן וצבי והוסיף לה על כתובתה כך וכך, נהגו בישיבתנו: אם יש לבעל קרקע משתלמת חצי התוספת, ואם אין לו קרקע אין נותנין לה מתוספת הזאת, תוספת התוספה היא, ואין כותבין אותה אלא להשביח את הכתובה. וכך משפטה.**

וראיתי בספר **משפט הכתובה** להגר״א בר שלום שליט״א רבה של בת-ים ובפסק דין של הגרח״ש שאנן זלה״ה בספרו **עיונים במשפט** אהע״ז (סי׳ כד) ויבלח״ט הגר״י אלמליח והגר״י כהן שליט״א ועוד, שהביאו מכאן ראיה שאין מגבין תוספת מוגזמת, בטענה שלא נכתבה אלא לכבוד בעלמא, שהרי בתש׳ הגאונים הנ״ל נאמר שאין כותבין אותה אלא להשביח את הכתובה.

ואחר המחילה מכת״ר, לפע״ד אין מזה ראיה כמשי״ת. ותחילה נבאר את תש׳ הגאונים, ונבהיר שלש הנחות יסוד שעליהן מושתתת תש׳ זו:

א. שעל כרחך שלאו דוקא בכתובה מוגזמת כתבו כן, אלא גם בהוסיף לה מדיליה כאותו הסכום שנכתב בנדוניא בלבד [כפי שהיה תמיד נהוג עד הזמן האחרון וכפי שכותבים עד היום בחלק מהכתובות, שסך התוספת כסך הנדוניא ממש], ואף אם הוא סכום נמוך ובר-השגה בנקל, ואעפ״כ כתבו שאין נותנים לה את התוספת אם אין לבעלה קרקע.

ב. שההפרש שכתבו בתש׳ הגאונים בין אם יש לו קרקע או אין לו, שזו נוטלת חצי תוספת וזו אינה נוטלת כלום ממנה, אינו מעיקר הדין, שהרי אין לכך כל מקור בתלמוד, ואדרבה כל הראשונים כתבו שמדינא דגמרא הוא מתחייב בכל התוספת גם כשאין לו קרקע, ועל כן התחבטו בשאלה כיצד מתחייב עני מרוד בכתובה, ועני היינו שאין לו קרקע, שעל כן נחשב כדבר שלא בא לעולם כמ״ש בתוס׳ ר״פ אע״פ, ותירצו שמשעבד את גופו, או באודיתא, או בהן הן דברים הנקנין באמירה כו׳.

ג. יש לשאול: מה הסברא של תש׳ הגאונים לתת לה חצי תוספת דווקא כשיש לו קרקע, לא פחות ולא יותר, הרי ממה נפשך, אם התוספת נכתבה רק כדי ׳להשביח את הכתובה׳, גם כשיש לו קרקע לא תיטול, ואם תיטול, צריכים לנכות לה כסכום ההשבחה בלבד, יחסית לנדוניא, ואת״ל שכל התוספת כולה אינה אלא השבחה וכמ״ש ״תוספת התוספה היא״, א״כ מדוע תטלנה בכלל, ואפילו רק חציה, וגם אם יש לו קרקע?

ועל כרחך לומר שתשובת הגאונים מתבססת על מנהג[יח] שנקבע על פי חכמי הדור לפי הנתונים שהיו בזמנם, וראו שכך יפה לתקן ולהנהיג, באופן שכל מי שהתחתן והתחייב בתוספת כתובה, מעיקרא על דעת כן התחתן והתחייב, שהוא רק לכבוד ולהשבחת הכתובה בעלמא, ויש לשער בשופי ששורש התקנה הוא מחמת כי רובם היו עניים, ואם יגבו התוספת מהם כשאין להם קרקע, ממנעי ולא נסבי, ומאידך גיסא כדי שיהיה חן לנשים, תיקנו להוסיף להשבחה, וכדי שיהיה חן לאנשים ולא יירתעו מלשאת נשים, מפחד שלא תשיג ידם לשלם התוספת, תיקנו שמי שאין לו קרקע שהוא היה הסימן המובהק לעוני בזמנם, לא ישלם כלל את התוספת. וגם ראתה חכמתם שגם מי שיש לו קרקע, אינו נכון לחייבו בכל התוספת, אף שמעיקר הדין פשוט שחייב בכל התוספת, כפי שכתבו הגאונים עצמם בתשובה זו בהמשך, וזה לשונם:

> **ועתה ראו: אם יש לכם מנהג שהייתם נוהגים בו, אחזו מנהגכם ואל תשנו מנהג אבותיכם, לפי ששנינו לענין כתובה הכל כמנהג המדינה; ואם לאו, כבר**

יח. שו״ר ברשב״ם (ב״ב קלו. ד״ה מוכיח עליו) שכתב: ראינו בדברי הגאונים ז״ל שכתבו הכי נהיגי במתיבתא כר׳ יודא אפי׳ בממון כו׳ ואילו היתה קבלה בידם כי הלכה כר׳ יודא לא היו מניחים הלכה ומפרשים מנהג כו׳ ע״ש. והוא תנא תונא. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י.

צוינו ופרשנו לכם מנהג הישיבה [כלומר, שאם תרצו גם אתם להנהיג עצמכם בו, תנהיגו מכאן ולהבא]. [והובא מנהג הגאונים באהע״ז (סי׳ סו ס״ג בהגה), והכוונה לענין כתובות שאבדו כשנכבשה העיר]. ושכתבתם: פעמים שמביאה דבר מועט וכותבין לה בכתובתה כפליים וכפלי כפליים לפי מה שיפסקו ביניהם – שורת הדין שכל מה שיכתבו בכתובה בין משלה בין משלו כיון שקנו מידו ויקבל אחריותו, נתחייב בו וחייב לשלמו, לפי שצוינו ופרשנו בתחילה.

הרי שמעיקר הדין, כתבו הגאונים עצמם שהוא מתחייב **בכל** אשר הסכימו עליו אפילו בכפלי כפליים מהשווי האמתי, והטעם: ״לפי שצוינו ופרשנו בתחילה״, כלומר, שהרי כך הוסכם מעיקרא. ורק ע״פ **התקנה ומנהג הישיבה**, בראותם שגם למי שיש קרקע, לפי תנאי זמנם, עדיין קשה לחייבו בכל התוספת שהייתה נהוגה ביניהם, ואילו בחצייה יוכל עמוד, דהיינו ששיערו חכמי וגאוני הדור שבחצי התוספת רוב בעלי הקרקע יכולים לעמוד ולא יירתעו מלשאת נשים בגלל פחד מחצי תוספת, לכן חייבוהו בכך, לא פחות ולא יותר, כי כאלו היו תנאי החיים בזמנם.

בסיכום: שלשה הכרחים יש שמש״כ בשו״ת הגאונים הוא רק מטעם שכך נהגו בזמנם, והראיה מדבריהם עצמם להדיא בהמשך אותה התשובה שכאשר אין מנהג, עליו לשלם כל הסכום הרשום בכתובה.

מעתה, בזמנינו שאין תקנה ידועה וקבועה או מנהג פשוט שכזה, או כיוצא בזה שהיה בזמן הגאונים, אלא איש הישר בעיניו יעשה, הדרינן לעיקר הדין שאם אין מנהג, שורת הדין שחייב בכל.

ואין הכי נמי, יתכן שיש לכונן אסיפת גדולי הדור והדיינים שבכל העולם, או שבכל מקום יתאספו הרבנים והדיינים שבו עם ז׳ טובי העיר כו׳, שישקלו את כל הנתונים שהתחדשו בדור והמשפיעים על גובה הכתובה שראוי לתקן, ולתקן תקנות מחייבות לכל תושבי אותו המקום, לפי העת והזמן והיכולות הכספיות וכו׳, ומעתה כל הנושא אשה, ישאנה על דעת התקנות הידועות וברורות לחתן ולכל העולם, וכהצעת רב חנינה גאון לשואל לאמץ את מנהג הישיבה, וכפי שהיה מנהגים קבועים בזמן הראשונים וחכמי מרוקו שדבריהם יובאו לקמן. ועכ״פ כבר לא יהיה ׳שטח הפקר׳ בנושא זה, ולא יהיו ספקות אם המנהג כך או אחרת.

ובהיותי בזה עברתי על תשובות ופסקי דין אחדים מדייני בתי הדין שדנו בכתובה גבוהה או מוגזמת, ותמהתי על המראה שכמעט לא אחד בהם הביא את דברי הראשונים על מסכת כתובות (נד:) שהזכרנו, אשר מהם עולה כי גם סכום ׳מופרז׳ ׳אגדי׳ או ׳דמיוני׳ או ׳אסטרונומי׳ וכל שום וחניכא דאית ליה, שנכתב בכתובה, הרי הוא מחייב את כותבו לשלמו, ואילו בפסקי הדין הנ״ל, לרובם ככולם פשיטא להו שבסכום עצום ואגדי כו׳ אינו מתחייב, ודנו כתובה שכזו בכל דיני אסמכתא מסוג ׳גזים׳ כו׳, ורק נחלקו בכתובה גבוהה שאינה בסכום ׳אגדי׳, אם

יש בה אסמכתא או לאו, ורובם הסכימו שאין אסמכתא בכתובה מכמה טעמים, אלא שחלקם סברו שכיון שהסכום גבוה ובפרט אם יש בו רמז לסגולות נגד עין הרע וכדומה, אין לחייב את הבעל לשלמו כי בכל סכום גבוה יש אומדנא שלא התכוון אלא לכבוד בעלמא ולא גמר בדעתו להתחייב, ורבים אימצו את ה׳השקפה׳ [כפי שהוגדרה בפסק הגר״ש דיכובסקי שיובא לקמן] שסכום שמעל לסך 120,000 ש״ח אין לגבותו, כי בזמן חז״ל מאתים זוז של עיקר כתובה היו דמי פרנסה לשנה כמ״ש במשנה במסכת פאה, וא״כ בעצם בכך מחקו כליל את התוספת שהתחייב בה, ולא נתנו לה ממנה כלום. וכבר הוכחתי הנלע״ד שמדברי חז״ל בסוגיה בדוכתה עולה כל בתר איפכא, ובהמשך נפרט יותר בע״ה בהערות על סדר פסה״ד הנ״ל, ומידי עוברי על דבריהם סיכמתי את עיקר נימוקיהם למשמרת להתלמד למקום אחר, וקיבצתים לפונדק אחד בתמצות דבריהם למען ימצאם המעיין בנקל, והערתי באיזהו מקומן על סדר דבריהם את הנלע״ד, כדלקמן.

דעת הסוברים שיש להגבות כתובה בסכום גבוה אך לא סכום דמיוני

הנה כבר נכתב בזה באריכות בפסקי דין רבניים כרך ט״ו עמ׳ 211 והלאה, ובקובץ שורת הדין כרך ח׳ (עמ׳ רמ״ג ועמ׳ ע״ר). וראיתי פסקי דין להרה״ג ר׳ חיים שלמה שאנן זלה״ה ויבלח״ט הגר״צ אלגרבלי והגר״ד לבנון, הגר״א לביא והגר״ע שחר שליט״א ועוד, שהעלו שכתובה ע״ס מיליון ש״ח וכיוצא, ניתנת להיגבות ואין בה משום אסמכתא כו׳, והגר״ד לבנון מטי בה משם מרן הגרי״ש אלישיב זצ״ל שהורה כן [ועוד שמעתי בשמו שהגרי״ש אלישיב השיב לו בזה הלשון: גם אם התחייב בכל הכסף שיש בבנק ישראל, ה״ז חייב. ואם כך יש לתמוה על הגר״ד לבנון עצמו שנסוג בכתובה מוגזמת מלחייב ועשה פלגינן דיבורא בדברי הגריש״א], וכן שמעתי מכב׳ אב״ד הגר״י זר שליט״א ששמע מפי מרן הגר״ע יוסף זצ״ל שהורה כן [ושני נביאים התנבאו בסגנון אחד: ״התחייב? שישלם!״], וכן ראיתי מ״ש הגר״א בר שלום שליט״א בספר משפט הכתובה ח״ח שהביא את כל סוגי הטענות של בעלים המבקשים להיפטר מתשלום כתובה גבוהה, וכתב לדחותם מהטעמים שהעלה שם, שיובאו לקמן בתמצית בס״ד.

בסיכום: יש עדות על דעת גדולי פוסקי דורנו שפסקו הלכה למעשה [מעשה רב] שמה שהתחייב צריך לשלם ואפילו סכום מופרז שאין בידו להשיגו, והיינו שהם סוברים שאין בזמננו מנהג או תקנה כמו שהיה בזמנים קודמים.

לעומתם ראיתי פסקי דין להגר״י אלמליח והגר״י כהן והגר״ש דיכובסקי והגר״ד מלכה והגר״ש תם, ועוד[יט], אשר נימקו את התנגדותם להגבות כתובה גבוהה, אם מטעם דהוי אסמכתא כו׳, ואם מטעם שמעיקרא לא הייתה כוונה להתחייב באמת, אלא לשם כבוד בלבד,

יט. והגר״צ בוארון לא השווה מדותיו, כי פעם הצטרף למחייבים ופעם לפוטרים, ושניהם דנו על כתובה בסך מיליון ש״ח, ועכ״פ משנתו האחרונה שמתחייב לשלם.

וחלקם הסתייעו בתשובות מגאוני מרוקו בדורות הקודמים שלא הגבו את מלוא סכום הכתובה הגבוהה, שנכתבו בגלל הלחץ החברתי וכיוצא.

התנצלות

מאחר וכעת בתיק זה בא מעשה לידינו, שלא יכולנו לפשר בו, ומכיון שלא עסקתי בענין זה עד כה, הוצרכתי לסקור רוב ככל הנכתב בנושא זה ע״י גדולי הדיינים שקדמוני שעסקו בכך, כדי להתלמד מהם ולראות להיכן הדין נוטה כי רבה המבוכה, ומטבע הדברים התעוררו הערות בדבריהם לפי הנלע״ד, ואף כי קטונתי מהם ומה ידעתי שלא ידעו, מכל מקום תורה היא וללמוד אני צריך, ומני ומנייהו יתקלס עילאה (ע׳ סוטה מ.), לברר הלכה זו לאמתה של תורה, ויה״ר שלא נכשל בדבר הלכה.

את הערותינו על דברי הדיינים שליט״א כתבנו בתוך סוגריים מרובעות אחרי ציטוט או סיכום דבריהם לפי הסדר.

ותחילה נסכם את עיקרי נימוקי השוללים כתובה גבוהה בסכום דמיוני, אך מחייבים בסכום שבכוחו להשיגו במשך השנים אף אם הוא גבוה:

הגר״צ אלגרבלי

בפס״ד של ביה״ד הגדול (הרה״ג ציון אלגרבלי, הרה״ג יצחק אלמליח והרה״ג אליעזר איגרא) בתיק 887669/1 מיום י״ט באב התשע״ב (07/08/2012) כתב הגר״צ אלגרבלי:

טענת אסמכתא:

> בסכום דמיוני [כנדונו 18 מיליון ש״ח] יש טענת אסמכתא, וזאת ע״פ מ״ש בחו״מ (סי׳ רז סע׳ יג) שאם התנה אם אוביר אשלם אלף זוז ה״ז אסמכתא משום דהוי גוזמא, ואינו משלם אלא כפי מה שהפסידו. ומקורו בגמ׳ ב״מ (קד:). עוד טעם לפטור מכתובה מוגזמת, משום אומדנא דמוכח שכתב כן לכבוד בעלמא. ואף אם נשבע על סכום דמיוני, ה״ז כנודר מכל פירות שבעולם שלא חל הנדר כיון שאינו יכול לעמוד בזה. בזמנינו יש להוסיף שמחמת חדר״ג אינה קלה להוציאה וממילא אין צורך לחייב במלוא הסכום, ובפרט אם מקבלת ע״פ חוק יותר מהמגיע לה ע״פ ההלכה.

ולענין סכום גבוה שאינו דמיוני:

> אמנם מהתוס׳ בכתובות (נד:) עולה כי יכול אדם להתחייב גם סכום שאין בידו להשיגו באותו זמן שהתחייב, משום שהוא ״משעבד גופו לזה החוב מעתה,

ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו״, אך אין מזה סתירה להא דסי׳ ר״ז, משום שהסכום שמתחייב בכתובה שעליה דברו התוס׳ איננו מוגזם, ״שיש בכוחו של החתן במשך ימי חייו לאגור״, משא״כ סך כגון 18 מיליון ש״ח שבדרכו של עולם לא יוכל להשיגו, לכ״ע הוי אסמכתא.

[ויש להעיר על דבריו ממ״ש לקמן בשם הגר״ד לבנון שחישב ומצא שכתובה ע״ס מאה ליטרין שנזכרה בתוס׳ הינה שוות ערך לפרנסה של 300 שנה, וא״כ בודאי שאין בכוח החתן לאגור אותה במשך ימי חייו בדרך הטבע, ובלאה״כ אף לא אחד מהראשונים ז״ל לא כתב הגדרה שכזו, ואדרבה משמעות דבריהם כמשנ״ת שגם מאה מנה ויותר שבודאי לכל הדעות אינו יכול להשיגם בימי חייו אעפ״כ מתחייב בהם ול״א דלהוי אסמכתא].

והטעם שבסכום סביר שיכול בנקל להשיגו בימי חייו לא הוי אסמכתא [אף שאינו חייב בו מן הדין, כגון שהוא בגדר גרמא, או בביטול שידוך שלא עשה ׳מעשה׳ שבייש, והרי אין חיוב בושת אלא בעושה מעשה כו׳] כשהוא בגדר ׳אשלם במיטבא׳ [לאפוקי גוזמא דאלפא זוזי], הוא ע״פ מ״ש בקצוה״ח (סי׳ ר״ז ס״ק ז) שכל אימת שקנו מידו וגם יש טעם מספיק לסלק האסמכתא שעי״ז גמר ומקני, כגון הטעם שגרם לו הפסד באם אוביר אשלם במיטבא, או הטעם שגרם לה בושת וצער כשמגרשה שלא באשמתה או כשמבטל שידוך, או הטעם שהזיקו כשאיבד את הקתא (שבועות מג:), שבזה מועיל הקנין שקיבל ושלא היה חייב בו, שהרי התחייבות כזו או מחילה א״צ קנין, בנוסף לכך שיש ׳טעם כלשהו׳ כדי להתחייב.

[והא דשבועות דמחל אלף זוז תמורת קתא דמגלא דלא הוי גוזמא, היינו משום שכבר נתן בידו את ההלוואה בסכום זה והסכים למחול עליה אם לא יחזיר את הקתא, משא״כ במתחייב אם אוביר אשלם אלפא זוזי שמתחייב על העתיד סכום שהוא מוגזם ואינו בעין בשעה שמתחייב. כן פירש בני ידידי הרב שמעון נר״ו. וכן נראה מהתוס׳ ב״מ (פב. ד״ה לא) ע״ש. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י].

עוד טעם לשלול האסמכתא בכתובה, והוא: שהנאת חיבת ביאה או חיבת חופה ונישואין מסלקין האסמכתא, ולכן אף שהתוספת היא ׳בטעות׳ שהרי כשהתחייב היה סבור שלא יגרשנה, מ״מ מתחייב מטעם הנאת ביאה ראשונה כמ״ש בירוש׳ ר״פ אע״פ.

[ולפ״ז אפשר שבזמננו שבחוגים מסוימים לא באים לחופה במצב ׳ביאה ראשונה׳, טעם זה אינו מספיק לבטל האסמכתא].

גם בבבלי (ב״ב קעג:) מצאנו שהנאה מבטלת אסמכתא שהרי הערב משתעבד אף שיש אסמכתא, והיינו מחמת ההנאה שהמלוה מאמין לו ומלוה על פי דבורו. [ונחלקו הפוס׳ אם הנאה מבטלת אסמכתא גם כשההתחייבות היא ביותר מערך

ההנאה (עי׳ חו״מ סי׳ קלא סי״ג וסמ״ע שם ס״ק כה, וחו״מ סי׳ קכט סע׳ ח בהגה ותומים שם ס״ק ז וש״ך ס״ק כ). ונחלקו הרי״ף והרא״ש בב״מ (קד:) אם האומר ״אם אוביר אשלם אלף זוז״ חייב עכ״פ לשלם כשווי מה שהוביר, ונפסק בחו״מ (סי׳ שכח ס״ב) כהרי״ף].

טעם נוסף שאין אסמכתא בכתובה, שהרי החיוב חל ׳מעכשיו׳ בשעת החופה ולא כקנס בזמן הגירושין, והרי התחייבות מעכשיו בקנין אין בה משום אסמכתא כמ״ש בחו״מ סי׳ ר״ז.

טעם נוסף ע״פ מ״ש בשו״ת מהר״י באסאן [...] שבכתובה חל העיקרון של ׳הן הן **דברים הנקנים באמירה**[כ], וה״ה שעקרון זה מבטל אסמכתא.

למסקנה: 18 מיליון הוא סך דמיוני, אבל יש לחייבו במיטבא [ע״פ הרי״ף שהאומר אשלם אלפא זוזי משלם עכ״פ את הסכום שהזיקו]. ובהעדר גילוי דעת מהבעל כמה הוא ׳במיטבא׳ בערכו, מחייבים 120,000 ש״ח שהוא דמי מחיה לשנה.

[ולכאורה היה לו לדמות זה לנדון כתובות שאבדו שנפסק באהע״ז (סי׳ סו סי״ג) בהגה וז״ל: עיר שכבשוהו כרכום, או שגלו מן העיר, ואבדו הנשים הכתובות שלהם, צריכים לחדש נשותיהם כתובותיהם, אף על פי שיש לומר שמא ימצאו אחר כך כתובותיהם או יחזרו להם, מכל מקום מאחר שהכתובות בחזקת אבודות צריכים כתובות אחרות. **ואם אינו ידוע סך הכתובות**, אם ישארו קצתן, אזלינן בתרייהו. ואם לאו, דנין על פי זקני העיר ולפי המנהג, **העשיר לפי עשרו והעני לפי עניו**״, ולא לקבוע סכום אחיד לכולם.

ובעצם, נראה כי מסכים הוא לחייב כתובה בסך מיליון ש״ח שהרי יכול להשיגו במשך חייו, ולא הוציא מהכלל אלא סכום דמיוני של 18 מש״ח. ומה שקבע 120,000 ש״ח הוא משום חסרון אומדן מיטבא כשמתחייב סכום דמיוני, אבל כשמתחייב מיליון, הרי גילה מהו ׳מיטבא׳ שלו. ולא מובן מדוע החליט שה׳מיטבא׳ שלו מן הסתם הוא דמי מחיה לשנה, ולא ערך ׳שמאות׳ של ממש שתבחן את מעמדו ויכולותיו ורמת כלכלתם בחייהם המשותפים וכו׳. ועל עיקר מסקנתו שלא לחייב בסכום של 18 מיליון ש״ח, כבר כתבנו שהוא נגד דינא דגמרא].

זו תמצית דברי הגר״צ אלגרבלי שליט״א.

הגר״י אלמליח

הגר״י אלמליח שליט״א בפסה״ד הנ״ל הוסיף על דברי הגר״צ אלגרבלי באותו הנדון

כ. לא הבנתי הטעם [׳הנוסף׳ בזה], דהא [הא] דמהני הקנין בהכי, הוא כדפירש״י בקידושין (ט:) בההיא הנאה דקא מתחתני אהדדי. והנאה זו אינה יתירה על ההנאות שנזכרו בטעמים הקודמים, וא״כ אין בזה ראיה נוספת לכאורה. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י.

שבסכום דמיוני א״צ בנימוק אסמכתא שמשמעותו היא, שהוא לא גמר בדעתו להתחייב כי חשב שלא יצטרך לשלם משום שסבר שלא יבא לידי גירושין, אלא אעיקרא כאן יש אומדנא דמוכח שלא רצה להתחייב כלל אלא כתבו לכבוד בעלמא להראות לכלה ולמשפחתה כמה יקרה בעיניו. ואף שכ׳ הרמב״ם (פ״ח מהל׳ נזקי ממון הל׳ י״ד) בענין גמל האוחר, שאין הולכים אחר האומדן לפטור, ואין אומרים בידוע שזה הרגו עד שיראוהו עדים כשרים, ונפסק בשולחן ערוך חו״מ (סי׳ תח ס״ב), ועי׳ מהרי״ק (ש׳ קכט) ואבקת רוכל (פז) ורדב״ז ח״ב (תרעח) שאפי׳ באומדנא דמוכח טובא לא אזלינן בתרה, מ״מ אומדן דעת של כל העולם כהאי גוונא, הויא כעדות, כמ״ש בנתיהמ״ש (סי׳ טו סק״ב). ועוד שמצאנו שיש אומדנות שהולכים אחריהם, כמ״ש הרמב״ם (פ״ו מהל׳ זכיה ומתנה ה״א) והשולחן ערוך (חו״מ סי׳ רמו ס״א) כגון שטר מברחת כו׳, וביאר מהרי״ק הנ״ל דכשהמעשה ברור והספק הוא באומדן דעת האדם, אזלינן בתר אומדנא, ורק כשאין המעשה ברור כגון גמל האוחר כו׳, אין הולכים אחר אומדן שכך היה המעשה. וגם לברר איך היה המעשה, שפיר מבררינן ע״פ אומדנא אם הוא לאוקמי ממונא בחזקתו, ורק להוציא ממון לא מוציאין ע״פ אומדנא כיצד היה מעשה, וכמ״ש הנמו״י ב״ב ריש פ״ו דף מו בדפי הרי״ף. לפיכך אין לחייבו בסכום המופרז שנכתב בכתובה, ומסכים לד׳ הגרצ״א להעמידו על 120,000 ש״ח.

[גם כאן נראה שאילו היה מדובר במיליון ש״ח כבנדון דנן היה מסכים לחייבו שהרי אין כאן כל אומדנא דמוכח בסך זה].

אולם בפס״ד אחר כתב הגר״י אלמליח:

> **העולה להלכה: כתובה שכתוב בה סכום גבוה מאד, נראה דאף שמצד השטר כתובה איכא כאן חיוב גמור, ולא שייך לדון כאן דין אסמכתא, מ״מ יש לראות אם הסכום הנקוב בה לא נכתב כתוצאה ממנהג אותו מקום או אותה עדה, או שהחתן כתב כן רק כדי לשבח ולפאר את צד הכלה ומשפחתה, ובכל מקום שנראה לביה״ד נכתב הסכום לכבוד ולתפארת, אין לחייבו בסכום הגבוה הכתוב בכתובה, ויחייבוהו כפי ראות עיניהם כפי הראוי לחייבו לפי המקום והזמן, וכפי הראוי משאר הנסיבות שהביאו אותו לגירושין״. עכ״ל. וטעמא שאין אסמכתא: א. כי זמן החיוב חל מיד ולא על תנאי, אלא שזמן הגבייה חל עם פקיעת הנישואין כמ״ש בכתובות (פא.) שלא ניתנה ליגבות מחיים, גביה הוא דלא, הא חיובא איכא. ונפ״מ שהטוען איני יודע אם חייב אני כתובה נחשב כטוען התחייבתי ואיני יודע אם פרעתי, וכ״ד רוה״פ (עי׳ עין יצחק אלחנן ח״א סי׳ עח). וגם למ״ד שהוא כאיני יודע אם התחייבתי (תומים סי׳ עה סקכ״ב) הרי עכ״פ כתב שהשעבוד חל מיד. ב. גם למ״ד שגם החיוב בכתובה לא חל אלא עם פקיעת הנישואין (ע׳ חזו״א סי׳ נו ס״ק טז) מ״מ בכתובה יש הודאת החתן שקיבל נדוניא והתחייב בתוספת תמורתה והוי חיוב מוחלט ולא על תנאי. והביא ראיה ממ״ש בחו״מ (סי׳ רז סט״ז) כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כו׳, דחזינן מהתם שכיון**

שהתחייב תחילה ללא תנאי, אף שאח״כ התנו עמו שאם יעשה כו״כ ימחל לו החוב מעכשיו, אין הדבר נחשב לאסמכתא שסמכא דעתו שיצליח לעשות כו״כ ולכן התחייב תחילה, לפי שכיון שתחילת ההתחייבות הייתה ללא כל תנאי, הרי התנאי שאח״כ אינו מבטלה, ואינו נחשב אסמכתא, וא״כ ה״ה לכתובה שכבר התחייב בה ללא תנאי, אף שגבייתה היא ׳אם׳ יגרש, לא חשיבא אסמכתא.

[ובלאה״כ הרי באמת לא כתוב תנאי בכתובה וגם לא מסר את הכתובה על תנאי בע״פ ׳שאם אגרשך או אמות תגבי כתובתך זו׳ כמו שנאמר בהלכות גיטין לגבי גט על תנאי, אלא התחייב חיוב גמור ללא כל תנאי, ואם כן מהיכא תיתי שיחולו על כך דיני אסמכתא. ולכן בכל הראשונים על הסוגיא בכתובות (נד:) לא נזכר ולו ברמז חשש אסמכתא, אלא דנו רק כיצד משתעבד כשאין לו כלום. גם גדולי האחרונים לא דברו בזה למעט ההפלאה שהזכיר בהוא אמינא איזה דמיון לאסמכתא ותכף חזר בו יע״ש. ואם כן יותר יש ללמוד מסתימת הראשונים כו׳ וכמ״ש הגאון בית מאיר בתשובה שהובאה בספר חכמת אדם (בבינת אדם שער הקבוע סימן ז) וז״ל: ודע אהובי שכבר כתבתי בספרי כמה פעמים שנוח ללמוד יותר מסתימת הראשונים יותר מפירושם של אחרונים. ע״כ. וע״ע בספרו בית מאיר או״ח (סימן תמג סק״ב) ד״ה ואולם. ע״ש].

ובאות ד. שם כתב שעדיין יש לומר שבסכום גבוה ׳שייתכן מצב שלא יתקיים חיובו הוי אסמכתא ולא סמכא דעתיה לשלם סכום זה׳ ולא דמי לתקנת חכמי ספרד הנ״ל דשאני כתובה שסוף סוף ייתכן שייפטר מהכתובה אם תמות לפניו, ושוב הו״ל כאסמכתא רגילה שלא סמכא דעתיה. עכת״ד.

[וגם על זה יש לקרא את דברי הבית מאיר שיותר יש ללמוד מסתימת הראשונים מאשר מפי׳ של האחרונים, ולא רק שסתמו ולא חששו לאסמכתא גם במאה מנה לעני שבישראל, אלא אף כתבו להדיא שעני מתחייב במאה מנה ומה צריך עוד. והסברא לחלק כבר כתבנוה ע״פ הריב״ש וגם אילו לא היינו יודעים לזה סברא היה עלינו לקבל דברי חז״ל ללא ערעור, ולא להרהר אחר דבריהם. וכבר כתבנו שאין חדש תחת השמש, ואין לחשוב שבזמן חז״ל כל העולם היו תנאים ואמוראים, אלא היו גם היו עמי הארץ ובכללם גם הגרועים מאלו שבדורות האחרונים, שאפילו ינאי המלך לא ידע לזמן ולברך ברכהמ״ז עד שנזקק לגיסו שמעון בן שטח (ירוש׳ ברכות פ״ז ה״ב), וגזרו חז״ל גזרות רבות מחמת עמי הארץ, ורב איקלע לטטלפוש כו׳ ומצא שאינם יודעים שאסור לבשל בשר בחלב (חולין קא.), וענין מים שלנו דאנשי פפוניא (פסחים מב.) ושם (נ:) שבמקומות שאינם בני תורה יש לאסור להם את המותר. ועי׳ מ״ש בזה אמ״ז המלאך ר״ב זיע״א בסה״ב מי מנוחות עה״ת פ׳ ויחי (עמ׳ רפג), ואם כן מדוע לא נחשוב שהיו גם עמי הארץ שחשבו שאין הכתובה מחייבת וכתבו סכומים גבוהים כדי להרשים ולכבוד או שאיימו עליהם או שסתם לא סמכה דעתם וכיוצא, ואעפ״כ לא חילקו בדבר וקבעו גם לעני שבישראל שאם רצה להוסיף מאה מנה יוסיף וזה מחייב אותו].

ושוב (באות ה-ז) דחה חשש אסמכתא מטעם שהרי נהנה והביא דברי הירוש׳ ר״פ אע״פ הנ״ל ועוד ע״ע. ואפילו הביא דברי הריב״ש הנ״ל שאין דמים לאשה ולכן כתב שא״א להעריך מהו סכום מוגזם, ובאות ח׳ ציין לרמב״ן על נדרים (כז:) בדף ט סע״ב מדפי הרי״ף ושכ״כ בחי׳ לב״ב (קסח.) והבי״ד בב״י (סי׳ רז בד״ה ויש לדקדק), שרק בדיני ממונות שייך דין אסמכתא אבל לא בגיטין וקידושין. והטעם כתב הריטב״א בנדרים שם בשם הרשב״א שאין אסמכתא אלא בתנאי שנעשה מתוך הדחק, למעט גיטין וקידושין ומתנות שהם מרצונו. סוף דבר הביא ראיה שאין אסמכתא בכתובה מהא דנדרים (סה:) אפי׳ אתה מוכר שער כו׳. אלא ששוב דן (באות יא) שמה שכותב החתן סכום גבוה ׳אינו מתורת התחייבות אלא מתורת כבוד׳ והביא מסוגיא דב״מ (קד:) והרמב״ם שמנהגות רבות יש בנדוניא וציין למהר״ח סתהון בארץ חיים (אה״ע סי׳ פח ס״ב) ותש׳ הגאונים הנ״ל שמהם דייק ש״לא דנו כלל לחייבו את התוספת מכח מה שנתחייב אלא דין התוספת תלוי בנכסים שיש לו והתוספת אין כותבין אלא להשביח הכתובה״ ולכן (באות יג) כתב שיש לדון בכל כתובה הבאה לפנינו אם התחייב באמת או שמנהג אותם עדות לכתוב להשבחת הכתובה ולכבוד בעלמא וציין לתש׳ גאוני מרוקו מוצב״י כו׳ הנ״ל ושו״ת הלכה למשה (אלבאז אה״ע סי׳ ה) שציין גם למוצב״י ח״ב (ס״ס קלב), ובהמשך (באות יד) ציין למ״ש בעיונים במשפט הנ״ל שהיום סומכים על הסכם הגירושין כו׳ וכן לשו״ת יחוה דעת חזן ח״א (חאה״ע סי׳ כח) וממ״ש לו הגר״מ אוחנונא כו׳. עכת״ד.

[ויש להעיר על מ״ש שמה שכותב החתן סכום גבוה ׳אינו מתורת התחייבות אלא מתורת כבוד׳, שכבר כתבנו שלא יתכן שנחזיק את החתן והרב והעדים כו׳ שעשו דבר כזה שכל התחייבותו ׳אינו מתורת התחייבות׳ שהוא לא רק מחזי כשיקרא אלא שקר גמור ואונאה לכלה וכמה חששו חז״ל למחזי כשיקרא ואמרו אל תשכן באהלך עולה ואיך יתכן שנעשה בפרהסיא כדבר הזה לעשות חוכא ואטלולא מדבר חשוב וחמור כזה ונזלזל כך בתקנת חז״ל שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ונמצאת בגלל הגוזמא יוצאת בלי כלום רק בעיקר כתובה [וי״א שגם זה לא, כיון שעירב את הסכומים יחד, עי׳ בס׳ משפט הכתובה שדן בזה], ואין לך מייקר פליליהם יותר מזה שהרי ההמון למדים שהתחייבויות דתיות בפני רבנים הם משחק בעלמא, ורק התחייבויות אזרחיות העולות בעש״ג הן ברות תוקף, לא תהא כזאת בישראל. ובפרט בזמנים אלו שקטגוריא בת״ח שכביכול ח״ו ׳מדירים נשים׳, וכשבמקורותינו מתברר שההיפך הוא הנכון, שהתורה הק׳ וחז״ל הק׳ ייקרו את כבוד האשה הדומה לשכינה הק׳ כו׳ ודאגו לזכויותיה על הצד היותר טוב, מהראוי והנכון היה להפגין זאת ע״י עמידה על מלוא זכותה של האשה לקבל את מלוא כתובתה כשהדין נותן כן ע״פ התורה, ולא למסמס זאת ע״י סברות שאינן מבוססות על המקורות ההלכתיים ולעתים אף מנוגדות להם.

ומה שהביא מב״מ (קד:) אינו דומה כלל כמ״ש לעיל באורך, שהרי שם מדובר בפירוש במקום שנהגו, וכ״כ המאירי (שם) וז״ל: ומכל מקום דברים אלו אינם תלויים אלא במנהגות הידועים בכל מקום. וגם המדובר בנדוניא והתוספת הצמודה לה בלבד, שהיא רק הוספה קטנה על העיקר שזה ניכר שהוא לשם כבוד ואין ניכר הדבר למי שלא בקי בשומא, ולכן אין

בזה זלזול כשרושמים מראש את הסכום האמיתי ורושמים שהוסיפו עליו שליש כי המנהג פשוט וקבוע ואין מזה לעז או חשש שקר או אונאה או חוכא ואטלולא כמו בסכומים מוגזמים בכתובה אם יבטלו אותם. ומה שהביא ראיה מתש׳ הגאונים שהדבר לא תלוי בהתחייבות אלא בממון שיש לו, כבר הוכחנו לעיל שעל כרחך תקנה הייתה ולא משורת הדין וכפי שכתבו באותה תשובה עצמה, כי עיקר הדין הלא הוא כתוב במשנה שהכל לפי ההתחייבות, ולא לפי הנכסים שיש לו וכמ״ש התוס׳ ר״פ אע״פ וכל הראשונים שם, וכל תקנה אין לך בה אלא מקומה ושעתה, כפי שראתה עיני המתקנים אותה שהיא מתאימה לאנשי המקום ולזמן שהיא תוקנה בו, ואין להעתיק תקנות מדור לדור אחר בלי לברר אם התקנה נכונה ומתאימה למקום ולזמן ולנפשות הפועלות בדור החדש. וכאמור, בזמננו שאין רושמים את הנדוניא לפרטיה עם הוספת השליש כבעבר וגם אין התוספת מכוונת ממש לנדוניא כבעבר, אלא היא סכום בפני עצמו שהוא מתחייב ללא קשר, ואין תקנות רשומות וקבועות ולא מנהג שפשט בכל העם, אין לנו אלא דברי המשנה, והמבטל את החיוב בניגוד למשנה ובהעדר תקנה קבועה לכל, גורם לזלזול באושיות ההלכה.

ובר מן דן אין ראיה מהא דב״מ שהרי בזמננו מקבלים בקנין, ובגמ׳ הנ״ל איתא **דכשיש קנין אפילו לא כתב לה לשון מלוה גובה כולה**, וכ״כ כל הראשונים ז״ל שם עי׳ בשטמ״ק. וכבר כתבנו לעיל על דברי הגרי״כ שאף שנמצא בפוס׳ שיש שנהגו שאף אם נכתב קנין אין דנין אותו כמלוה, מכל מקום היום לא נהגו בכך וא״כ הדרינן לעיקר הדין בב״מ קד:].

הגר״א איגרא

הגר״א איגרא שליט״א הוסיף בפסה״ד הנ״ל על הנ״ל שמכיוון שכל מה שכתבו התוס׳ בר״פ אע״פ מדבר על מה **שנהגו** במאה ליטרין, ועל מה שנהגו אין חשש אסמכתא גם אם הוא סכום גדול, שהרי ודאי לא נהגו בסכום מופרז, הרי שעל סך מופרז של ח״י מיליון שלא נהגו בו אין ראיה מהתוס׳ הנ״ל שלא יהיה בו אסמכתא. ודעתו, שעליו לשלם 180 אלף ש״ח שהוא אחוז אחד מהתחייבותו, שיש בו גם ביטוי להתחייבותו לשלם ׳ממיטבא׳ שהוא יותר מההתחייבות המקובלת של פרנסה לשנה שהיא בסך 120,000 ש״ח.

[ולפלא הדבר מה שכתב שסך מאה ליטרין אין בו אסמכתא כי בוודאי לא נהגו בסכום מופרז, חדא כי זאת מנין לו שלא ינהגו בסכום מופרז, ומדוע לא ינהגו כמ״ש בגמ׳ שאפי׳ מאה מנה יוסיף, וכתבנו שפשוט שהוא הדין ליותר מכך, שהם סכום מופרז לכו״ע, ועוד שהגר״ד לבנון חישב ומצא שמאה ליטרין היא פרנסת 300 שנה (כ-15 דורות !) שהוא בודאי סכום מופרז. ועכ״פ נראה לפע״ד שכתובות האשכנזים שיש בהם סכום קבוע עד היום בסך מאה ליטרין, ללא הבדל בין עשיר לעני, יש לדון בהם שדינם כ׳מנהג קבוע׳, שאם נאלץ הבעל לגרש שלא באשמתו, והוא עני שאין ידו משגת, יש לפטור אותו מרוב התוספת אם אכן היא מוגזמת שיש בה פרנסת 300 שנה, משום שכיון שהיא מנהג קבוע, אין ראיה שרצה להוסיף לה מעצמו

סך זה, אלא אנוס היה מחמת המנהג שלא להיות שונה מכולם, וגם לא היו מרשים לו לשנות מהמנהג, וכמו שכתב כיו״ב בשו״ת שופריה דיעקב שיובא לקמן].

הגרח״ש שאנן

ולהלן תמצית דברי הגרח״ש שאנן זלה״ה [בנדונו, המדובר היה בכתובה ע״ס מיליון ש״ח]:

כבר נכתב כי כתובה מוגזמת אינה מחייבת (פד״ר טו עמ׳ 218 - 223). המדובר בבעל שיש כעת בידו לשלם כי הוא רופא שניים המשתכר יפה, אך בזמן ההתחייבות בחופה לא היה בידו לשלם סך זה. טעמי אסמכתא דלא קניא: או משום שלא גמר בדעתו כי לא חשב שיבא לידי חיוב (רש״י סנהד׳ כד:), או משום שלא התכוון כלל להתחייב אלא לגוזמא בעלמא, כדאיתא בב״מ (קד:) ורש״י בב״ב (מח:). הצד השווה, שלא גמר בלבו להקנות כמ״ש הרמב״ם (פי״א מהל׳ מכירה ה״ב).

בהתחייבות לכתובה בסכום שאינו דמיוני, אין מקום לטענת אסמכתא מטעם שלא חשב שיבא לידי חיוב, שהרי במשנה נדרים (פ״ט מ״ה) נאמר: אפילו אתה מוכר שער ראשך אתה נותן לה כתובתה. ועי׳ שם בגמ׳ (סה:) ובתוס׳ ור״ן ומאירי שם. וכן בגיטין (נח.) אם אתה שומע לעצתי גרשה, א״ל כתובתה מרובה. וכן מתוס׳ ר״פ אע״פ (הנ״ל). מכל זה חזינן שאף אם טוען לא חשבתי שאבא לידי חיוב אינו נפטר מטעם אסמכתא.

[**ויותר** היה לו להביא ראיה מדברי חז״ל ביבמות (סג:) נתנני ה׳ בידי וגו׳ זו אשה רעה וכתובתה מרובה, ומעירובין (מא:) דאיתא התם: ״שלושה אין רואין פני גיהנם, אלו הן: דקדוקי עניות, וחולי מעיין, והרשות. ויש אומרים: אף מי שיש לו אשה רעה. ואידך - אשה רעה מצוה לגרשה. ואידך - זימנין דכתובתה מרובה. אי נמי: אית ליה בנים מינה, ולא מצי מגרש לה. למאי נפקא מינה? - לקבולי מאהבה״. עכ״ל. דאילו מגיטין, אינם אלא דברי אדם פשוט ואולי היה טועה בדין].

והטעמים שאין אסמכתא בכתובה: א. משום חיבת ביאה (ירוש׳ ר״פ אע״פ). ב. משום שמבייש אותה כשהוא יוזם הגירושין ולכן חיוב תו״כ חל לרוב כשהוא היוזם, משא״כ כשהיא היוזמת אפי׳ בטענה צודקת כגון חוטרא לידא, שהרי אדעתא למשקל ולמפק לא יהיב לה (עי׳ תוס׳ יבמות סה: ד״ה כי, וב״ש סי׳ קנ״ד ס״ק א). ג. י״ל שהתחייבות בסכום גבוה (שאינו דמיוני) היא כהצהרה שלעולם לא יגרשנה שלא מרצונה כשמצא אחרת נאה הימנה, ולכן מחייב עצמו בסכום כובל שכזה. ד. הרי בכתובה הוא מתחייב בקנין וכותב שהוא דלא כאסמכתא. אלא שיש להבחין בין ג׳ סוגי סכומים:

סוג א׳: מופרזת או מוגזמת [דהיינו התחייבות שאיננה בת ביצוע מחמת שהסכום מופרז שלא יהיה לעולם בכוחו לקיימו דאנן סהדי שגם הוא וגם היא מבינים שהיה גוזמא בעלמא ולא התכוון להתחייב בו מעולם אלא רק לכבוד בעלמא]: ה״ז פטור, דקיי״ל אסמכתא לא קניא. וגדר סכום מופרז, הוא: סכום שלא צפוי בדרך הטבע להיות לו בעתיד (כשאומדים את רמת השכלתו וכוחותיו וכו׳). ואם יש ספק אם יכול להיות לו: על הבעל להוכיח שלא יכול להיות לו, דדמי לטוען ״שטר אמנה״ או ״שטר פסים״ שעליו הראיה, ובפרט שקיום שטרות מדרבנן, ומה״ת השטר כשר גם בלי קיום. ולכן אם יש בידיו לרכוש דירה בסך מיליון ש״ח, הרי בודאי שאין סך זה בגדר מוגזם. ועי׳ בשו״ת הריב״ש (סי׳ קנג) שכתב וז״ל: וחכמים ז״ל תקנו כתובה לאשה לכולן בשוה, שלא לבייש את מי שאין לו, ושיערו בעני, ואמרו, שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף; והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את כל אשר לו צריך ליתן. עכ״ל.

[**וכבר** כתבנו שמהמשנה בר״פ אע״פ עולה שגם ק׳ מנה, שהם 6 מיליון ש״ח, שהרי מאתים זוז הם פרנסה לשנה בסך 120,000 ש״ח, ועיין בפס״ד בית הדין הגדול מהרה״ג איגרא כץ ושפירא שסכום זה אינו ׳קדוש׳ כי ״מחירו של דבר אינו קופא על שמריו״ כלשונם, אם רצה להוסיף, מוסיף, ואינו נפטר משום שהוא סכום מוגזם].

סוג ב׳: במקום שקיים מנהג לכתוב סכום גבוה וקבוע בכל כתובות אותו המקום מפני הכבוד: יש להפחית מהכתובה בזמן הפרעון את מה שהוסף בה לשם כבוד, דומיא דשומת הנדוניא שמפחיתים את השליש שהוסיפו בזמן השומא לשם כבוד (רש״י ב״מ קד: ורש״י כתובות סו.) וכ״כ בתש׳ הגאונים שערי צדק (ח״ד שער ד סי׳ טז) ושו״ת מהר״ח או״ז (סי׳ רלב). ובשו״ת שופריה דיעקב ח״א (סי׳ סז וסי׳ עב) הביא ׳פסק כעין תקנה׳ שחידש דודו [הוא אמ״ז הר״ב זלה״ה] וזה תור״ד: שאם מגרש מחמת שלא נפקד בזש״ק או שחלתה האשה חולי מתמיד או שנחשדה בעבירה ויש רגל״ד, וניכר לביה״ד שאינו מגרש משום שנתן עיניו באחרת, יש לפטור אותו מהתוספת שהנהיגו חכמי הדור בסכום גבוה ואחיד במקומם [וכלשונו: ״כתובה מסך עצום מוכרח כל אדם להתחייב כפי המנהג״], לפי שלא תיקנו זאת אלא לגדר שלא יתן עיניו באחרות ותהיה קלה בעיניו להוציאה, כי בראותם שהתוספת שתיקנו חז״ל אין בה די להרתיע לפי מצב דורם, הוסיפו עליה עוד, וכיון שמן הדין אינו חייב אלא בעיקר כתובה מנה או מאתיים, ונמצא שהוא אנוס מחמת תקנת חכמי הדור להוסיף סך עצום, שאם לא יתחייב בו בכתובה, לא יוכל לישא אשה, לכן ברור שלא הייתה כוונתם למנוע הנישואין ממי שאין לו אפשרות להתחייב, אלא כוונתם הייתה רק לחייב בקנס את המגרש משום שנתן עיניו באחרת וכדומה, ולכן מי שהוא אנוס לגרש מחמת אחת הסיבות הנ״ל, אין בנו כח לחייבו בתוספת שלא חייב את עצמו בה מרצונו החופשי אלא רק מכח המנהג והתקנה שתיקנו חכמי הדור, שהרי קיי״ל בהלכות מתנה, שאונס לחוד

מבטל את המתנה. אבל אם היה מחייב את עצמו מרצונו, ודאי חייב בתוספת ההיא, וז״ל השופדי״ע ״ואם רצה הבעל להוסיף מעצמו הרשות בידו להוסיף, [כמ״ש] אעפ״י שאמרו בתולה כתובתה מאתיים, אם רצה להוסיף אפי׳ ק׳ מנה יוסיף״.

[ובאמת נראה שכבר קדמו בתקנה זו בשו״ת **תשב״ץ** חלק ב (סימן רצב) שכתב וז״ל: תקון ב׳ תקננו שאם יגרש הבעל ברצונו ושלא ברצונה שיפרע לה כל הכתוב בשטר כתובה עיקר כתובה שהוא מאתים לבתולה ומנה לאלמנה. ומה שנמצא בשטר כתובתה שהכניס׳ לו נדוניא והתוספת אשר הוסיף לה משלו הכל כפי דין התלמוד. אך אם לא יהי׳ הגירושין ברצונו ושלא ברצונה אין לה תוספת כלל. ע״כ לשון תקנה זו. עכ״ל. וכ״כ עוד בהמשך ונתן טעם לדבר ״לפי שלא תקנו התוס׳ בתקנ׳ זו אלא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציא׳. שאינו מן הדין שישאנ׳ בתול׳ ויגרשנ׳ אח״כ וזה אינו אלא כשהוא מגרש׳ ברצונו ושלא ברצונ׳ כמו שכ׳ הרי״ף ז״ל בפרק הבא על יבמתו. וכן הרשב״א ז״ל כ׳ בתשוב׳ שהתובעת גט מתוך מרד אין לה תוס׳. דאדעתא דלמישקל ולמיפק לא כתב לה. ואף על פי שלולי התקנה אם כ׳ תוספ׳ מעצמו והיו הגירושין ברשו׳ שניהן גובה הכל. כיון שתקנו כן הוי כתנאי שבממון וקיים. ולא כתבו אלא ע״מ כן. כי גם התוספ׳ שליש המוזכר בתלמוד אינו אלא כשהכניס׳ לו כספים ולפחו׳ חומש אם הכניס׳ לו שום בגדים בין בתולה בין בעולה כדאי׳ בפ׳ מציא׳ האש׳ (ס״ו ע״א) ולפי התקנה הוא מוסיף שליש לבתול׳ אפי׳ בבגדים על כן נתקנ׳ זו התקנ׳ כן והתקנ׳ הגונ׳ היא ואם כתב לה יותר ממה שהכניסה לו. לפי לשון התקנ׳ אותה תוספ׳ יש לה דין נדוניא לא דין תוספ׳ אחר שכלל אותו בכלל נדוניא ואפי׳ לא הכניס׳ לו כלום וכתוב בלשון נדוניא דין נדוניא יש לו דין תוספ׳״. עכ״ד.

בסיכום: כשיש מנהג לכתוב סכום גבוה, אין מחייבים בו את המגרש שלא מחמת שנתן עיניו באחרות וכדומה, כ״כ בשופריה דיעקב, ונראה שכבר קדמו הרשב״ץ.

נמצא שבאמת השופדי״ע לא פטר אלא את מי שמגרש מחמת אונס וגם לא חייב את עצמו מרצונו אלא היה אנוס להתחייב מחמת התקנה ומנהג המקום, אבל אם מחייב את עצמו בסך גבוה ועצום מטעם עצמו ומרצונו הטוב במקום שאין כל תקנה המחייבת אותו בסכום עצום, החיוב חל עליו גם אם מגרש מחמת אונס, קל וחומר אם מגרש מחמת שנתן עיניו באחרת כבנדון דנן, והביא ראיה מהמשנה אם ״רצה״ להוסיף אפילו ק׳ מנה יוסיף. והרי ״מאה מנה״ הוא סכום פרנסה לחמישים שנה, שהרי ״מאתים זוז״ הוא פרנסת שנה (עי׳ ר״ש ורא״ש ורע״ב ותפא״י על המשנה פאה פ״ח מ״ח), ולפי מה שקבעו בפס״ד הנ״ל היינו 120,000 כפול 50 שהם 6,000,000 ש״ח, והוא ודאי סכום עצום לכל הדעות, ואעפ״כ כיון שהוסיף אותו מרצונו, התחייבותו שרירה וקיימת. נמצא שבנדון דנן בזמננו בא״י שאין שום תקנה המחייבת לכתוב בכתובה סכום גבוה, ואדרבה קיימת הנחיה ממועצת הרה״ר למחלקות הנישואין להגביל שלא יעלה ע״ס מיליון ש״ח, הרי כל הכותב בכתובה סכום גבוה, נחשב שכתבו מרצונו החפשי וחיובו חל].

סוג ג': אם יביא החתן עדים שהוטעה בזמן הכתובה לחשוב שאין התחייבותו אלא לכבוד בעלמא ולא לשם גבייה: ייפטר מתשלום התוספת הגבוהה שהוטעה בה.

לאור הנ"ל, פסק הגרח"ש שאנן: הבעל חייב מעיקר הדין במלוא הכתובה, שהרי בזמן ההתחייבות היה בידו יותר מסכום זה והיה צפוי שיוכל לעמוד בה, והוא לא התחייב בסך זה כאנוס על פי המנהג [וגם לא הביא עדים שהוטעה לחשוב שאינו אלא לכבוד בעלמא]. והסכים לדבריו הגר"צ בוארון שליט"א.

הגרח"ש שאנן בספרו עיונים במשפט

ובספרו עיונים במשפט חאהע"ז (סי' כד) דן הגרח"ש שאנן בכתובה ע"ס 240 מיליון שקל ישן, וכתב שאף שאין חשש אסמכתא בכתובה [מהטעמים דלעיל: שיש קנין, וכתוב בה דלא כאסמכתא, ויש חיבת נישואין וחיבת ביאה, ופעמים שיש ביוש כשמגרשה, וגם שהנישואין הם העיקר ולא התנאי, ובכה"ג כ' הסמ"ע (סי' רז ס"ק ו') שאין אסמכתא, ואדרבה אם יש חשש ערמה שכל הנישואין הם לקבלת הכתובה, אין לה כתובה כמ"ש הב"ש (סי' קנד ס"ק ג')], מ"מ בסכום כזה שא"א להשיגו וא"א לקיים ההתחייבות, הוי אסמכתא כדמצינו בקנס על ביטול שידוכין (חו"מ סי' רז סט"ז) שדנו הפוס' שאם חייב את עצמו בקנס מוגזם, הויא אסמכתא.

[ולענ"ד רב המרחק בין שידוך לנישואין, לפי שבקנס שידוכין עדיין אין חיבת ביאה וכו' ואין הדברים נקנין באמירה כו' משא"כ בכתובה שעליה אמרו אם רצה להוסיף אפי' ק' מנה יוסיף שהוא סכום שא"א אפי' לאדם רגיל לקיימו וק"ו לעני, וחז"ל לא חילקו בזה. ולכן גם מה שהביא מהבית מאיר שהובא בפ"ת אהע"ז (סי' נ' סק"ט) שבחייב את עצמו בקנס קצת יותר מדמי בושת הוי כ'מיטבא' וחייב, אבל ביותר מזה הוי כאלפא זוזי ופטור, ושבאוצה"פ כרך טו (דף קט עמ' ד) הביאו יותר מעשרה פוס' בדעה זו, אכתי אינו ענין לכתובה כאמור].

עוד כתב, וזה תורף דבריו: וכן מצינו בערב (ב"ב קעג:) שאין בו אסמכתא, דבההיא הנאה דמהימן ליה כו' או מטעם דכיון שהלוה על פיו הוי כאילו הוא עצמו לוה כמ"ש בקצוה"ח (סי' קכט סק"א) ע"פ הרשב"ם, אעפ"כ אם נעשה ערב על חוב שיש בו אסמכתא כגון 'אם לא אפרע החוב עד תאריך פ' אשלם כו"כ" הוי פלוגתא, דלרשב"א (תש' אלף נ') הערב חייב, ולש"ך (סק"כ) ע"פ הב"ח, פטור. ועי' חו"מ (סי' קלא ס"י). וכשם שבערב אין לך אלא חידושו כשאין בו אסמכתא נוספת, כך בכתובה שאין בה אסמכתא, הני מילי כשאין שם גוזמא שא"י לקיים.

[ולענ"ד גם מדין ערב אין ראיה לכתובה, שכתבו בה להדיא במשנה "אפי' מאה מנה יוסיף"].

וכן מה שדימה הגרח"ש דין כתובה להא דטול דינר והעבירני את הנהר שאין לו אלא שכרו משום שהתחייב בשעת לחץ (חו"מ סי' רסד ס"ו וס"ז)

[אחה״מ לפע״ד לא דמי לכתובה: חדא דהתם נמי כ׳ הרמ״א שדבר שדרך לשלם עליו הרבה חייב לשלם מה שהבטיח, והרי אין דמים לאשה כמ״ש הריב״ש, ועוד, שהטעם שאין לו אלא שכרו הוא משום שלא הפסידו כלום, וכאן הרי הפסידה שהייתה נישאת לאחר שיתן לה מוהר גדול באמת[כא]].

בסיכום: אין ראיה מקנס מוגזם על הפרת שידוך לענין כתובה מוגזמת, כי בשידוך אין חיבת ביאה ואין הדברים נקנים באמירה, משא״כ בכתובה אפי׳ עני שבישראל אם רצה להוסיף אפי׳ ק׳ מנה יוסיף כמ״ש במשנה. גם אין ראיה מדין טול מנה והעבירני, דבנישואין אין דמים לאשה והוי כרופא ובפרט שמפסידה.

ומה שכתב עוד הגרח״ש שבגוזמא שא״א לקיימו אמרי׳ שנכתב רק לכבוד וכמ״ש בב״מ (קד:) לענין נדוניא ובשו׳ת הגאונים ובמהר״ח או״ז (סי׳ רלב),

[הנה הראיה משו״ת הגאונים, כבר הוכחנו שאינה ראיה. והראיה משו״ת מהר״ח או״ז ג״כ אינה ראיה לנדון דידן, שהמעיין שם יראה שלא דיבר בכל כתובה, אלא רק בכזו שיש לאמוד דעתו בבירור את אותו ׳אומדן דמוכח׳ שאמרו חז״ל בב״ב (קלא: קמד.) על הכותב **כל** נכסיו לאשתו שלא עשאה אלא אפוטרופא, שעל כן דקדק המהר״ח או״ז לצמצם את נדונו באלמן עשיר, שהרי ז״ל שם [בשילוב מלות קישור מהכותב בסוגריים מרובעות להבהרת הענין אחר שמהר״ח או״ז כתב בלשון קצרה כדרך הראשונים ז״ל]:

דברי שו״ת מהר״ח או״ז בסימן רלב

ונראה בעיני, שזאת האשה לא זכתה בתוספת כיון שלא היה לו סך הרבה כמו שהוסיף לה, ואני דן אותו כמו הכותב כל נכסיו לאשתו דלא עשאה אלא אפטרופא... ומה שכת׳ התוס׳ בתחילת פרק אעפ״י שהחתן מוסיף מאה מנה ואין בידו שוה פרוטה? נ״ל דמיירי בבחור, דאין שייך לומר דכדי שיהיו בניו או אחיו מחלקים לה כבוד. ואפילו באלמון ויש לו בנים, אם אין [לו עכשיו] כדי כתובה והוסיף (לו) [נראה דצ״ל ׳לה׳] הרבה, אין שייך לומר שכשיהיו לה יותר ממה שיש לו עכשיו [כתב לה כל כך הרבה כבר עכשיו על חשבון הממון שישיג בעתיד

כא. אך דבר זה לכאורה צריך אומדנא, דבמקרה שהתחייב 240 מליון, מי היה מתחייב לה כמו כן. הערת בני ידידי ה״ר בן ציון נ״י. **ויש להשיב:** שכלפי טענת הגר״ש שאנן שהוא פטור משום שהתחייב בשעת לחץ, כתבנו שאין לפוטרו כשהפסיד אותה, והרי היא כעת נקיטא שטרא בידה ותוכל לטעון כטענה שאמרו בב״מ (קו.) ״אמר ליה זרעה חיטי, ואזל הוא וזרעה שערי ואשתדוף רובא דבאגא, ואשתדוף נמי הנך שערי דיליה, מאי? מי אמרינן, דאמר ליה: אילו זרעתה חיטי הוה נמי משתדפא, או דלמא מצי אמר ליה: אילו זרעתה חיטי הוה מקיים בי ותגזר אומר ויקם לך! - **מסתברא דאמר ליה: אי זרעתה חיטי - הוה מקיים בי ותגזר אמר ויקם לך ועל דרכיך נגה אור.** עכ״ל. ופירש״י: ותגזר אומר - מה שתבקש מן היוצר יעשה, ואני לא בקשתי מן השמים בתחילת השנה שיצליחני בשעורים אלא בחטין. עכ״ל. והכא נמי תטען שהתפללה שה׳ יזמין לה בעל שיתחייב לה על סכום גבוה כזה, והיה מתקיים בה ותגזר כו׳. ועכ״פ פשוט שאין לפטור אותו מכל וכל כשרוב הסיכויים שהיתה מוצאת בעל שיתן לה עכ״פ כתובה ראויה לפי כבודה, וא״כ כיצד פטר אותו מכל וכל על פי ההיא דטול דינר והעבירני כו׳.

רק כדי לעשותה אפוטרופא ויהיו בניו מחלקין לה כבוד, ולא לשם מתנה ממש], כיון דהשתא אין בידו. אבל אלמון עשיר שיש לו בנים וכתב לה כל נכסיו, נראה בעיני דלא קנתה, [מטעם אומדנא שלא עשאה אלא אפוטרופא]. וכן אם אין לו בנים ויש לו אחין לרב עוירא לא קנה [נראה שצ"ל 'לא קנתה'], אם לא נחלק מחמת חיבת לילה הראשונה [נראה שכוונתו: אם לא שנחלק בין הכותב כל נכסיו לאשתו דעלמא, שלא כתב לה כל נכסיו בשעת החופה, אלא כתבם לה לאחר הנישואין כשערך את צוואתו, משא"כ בנדונו של מהר"ח או"ז שכתב לה תוספת בזמן החופה משום חיבת ביאה, אין אומדן זה קיים, שהרי עד שתתלה שהתכוון לעשותה אפוטרופא, תתלה שמחמת חיבת ביאה כתב לה כל נכסיו]. ואין נ"ל לומר דדוקא בכותב כל נכסיו ולא יותר, אבל כתב יותר ממה שיש לו, מוכח מילתא דלאו לאפטרופא נתכוון, שאם כך, היה לשמואל לומר הכותב כל נכסיו [כוונתו: כדי שנדקדק 'כל' ולא 'יותר מכל'. אך באמת שזו הגירסא לפנינו בדברי שמואל הכותב 'כל' נכסיו]. ועוד, שכאן שהודה בשטר שיש לו יותר, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ביאור דברי מהר"ח או"ז

הרי שכפי שכתבנו, מהר"ח או"ז כתב כן רק לאלמון עשיר מטעם אומדנא שלא התכוון אלא לעשותה אפוטרופא ולא לשלם לה את כל התוספת, וגם בזה הוא פקפק מטעם שיתכן שבשעת חופה שיש חיבת ביאה אין לומר אומדנא דלא עשאה אלא אפוטרופא, ועוד שגם באומדנא זו הוא יחידאה, שלא ראינו לאף אחד מהראשונים שיאמר טענה זו, ובפרט שגם מהר"ח או"ז עצמו לא ביאר מדוע לא חילק בפועל את החילוק שכתב שתוספת כתובה שאני שנכתבת מחמת חיבת ביאה, אלא כתב רק 'אם לא נחלק מחמת ביאה ראשונה'.

ולכן נראה מבין השיטין שבנדון שהיה לפניו היה ברור לו שהייתה אומדנא זו שהתכוון לעשותה אפוטרופא כעין מ"ש בש"ס, כיון שהיה אלמון עשיר כו', ולכן כתב 'אם לא נחלק מחמת חיבת ביאה', והטעם שבפועל הוא לא חילק כך, אף שהוא חילוק ברור ומתבקש, היינו משום שידע שבנדונו הייתה אכן אומדנא שהתכוון לעשותה אפוטרופא, ולכן כתב בפתח תשובתו 'נראה בעיני שזאת האשה לא זכתה בתוספת', 'זאת' דייקא. ויש לומר שדן כן בהיות שהבעל היה אלמן, דהיינו שבזיווג שני היה מעשה, שאין שם חיבת ביאה כ"כ, שזה שייך יותר בבחור, ועוד שבזיווג שני אין דרך לכתוב כתובות גדולות כי שכיח הדבר שיפרדו וכמ"ש ביבמות (סג:) שאין אדם מוצא קורת רוח אלא מאשתו הראשונה, ולכן החליט המהר"ח או"ז שלא כתב לה כן אלא כדי לעשותה אפוטרופא. ודו"ק.

בסיכום: דחיית הראיה ממהר"ח או"ז, שלא כתב כן אלא בנדונו שהיה אלמון עשיר שרצה לעשותה אפוטרופא, ועוד שבאלמון אין חיבת ביאה.

ואם כן ממוצא דבר אתה למד, ומכלל לאו אתה שומע הן, שחוץ מהנדון ההוא שהייתה בו האומדנא הנ״ל, היה גוזר עליו לשלם את **כל התוספת כולה** כפי מה שכתבו התוספות, ונמצא שאדרבה מן המהר״ח או״ז יש ראיה שהכתובה מחייבת גם אם כתב בה **כל נכסיו ואף יותר**, ושווה הוא לכל הראשונים, וכעולה מעצם המשנה ממש דר״פ אע״פ].

ומ״ש **בעיונים במשפט** (שם אות ז) להביא ראיה **שכתובה ע״ס מוגזם שאי אפשר להשיגו אינה מחייבת** ולא ניתנת לגביה, מהא דב״מ (צד.) שהנותן גט בתנאי שתעלה לרקיע אינו אלא כמפליגה בדברים והגט כשר לפי שאין בכוונת עושה התנאי שיתקיים התנאי שא״כ היה מתנה בדבר שניתן לקיימו, ושכיו״ב נפסק בשולחן ערוך חו״מ (סי׳ רד ס״ח) שהאומר לחברו שיתן לו מתנה מרובה אין בזה משום משום ׳מחוסרי אמנה׳ אם לא יתן אותה, שהרי לא האמינו שיתן לו מתנה גדולה כ״כ, עכ״ד.

[**הנה** לפע״ד מלבד שכבר הבאנו את המשנה והראשונים בכתובות (נד:) שגם בסכום דמיוני הוא מתחייב, ולא חילקו כחילוקו של העיונים במשפט, וכבר כתב הבית מאיר שיותר יש ללמוד מסתימת הראשונים מאשר מפירושם של האחרונים, הנה גם לגופו של ענין אין הנדונים דומים מעיקרא, כי בהא דב״מ (צד.) יש מעשה, ויש תנאי שאי אפשר לקיימו, ולכן אמרינן שמוותר על התנאי ורוצה בקיום המעשה דהיינו הגט בלי התנאי, אבל בכתובה אין כל תנאי, אלא רק התחייבות בלבד, אלא שזמן גבייתה הוא בפקיעת הקידושין, והמשנה קובעת שהיא תקפה גם בסכום דמיוני כאמור. וגם לא דמי למבטיח מתנה מרובה שאין בו משום מחוסרי אמנה, חדא שהרי במפורש חייבתו המשנה, ולאו כל כמיניה לחזור בו, ואף אם האשה לא האמינה שיתן, מכל מקום אם תובעת בפועל ה״ז חייב, ועוד דהתם הוא נותן מתנה ללא כל תמורה, וכאן הוא נותן ומתחייב תמורת חיבת נישואין וחיבת ביאה כמ״ש בירושלמי ר״פ אע״פ].

ומ״ש עוד (שם אות ח) שאם **יטען הבעל שאמר לו הרב או העו״ד או חברים שהיום אין כל משמעות לכתובה, זו טענה חשובה**, והביא ראיה ממסכת נזיר (יא) שמשם עולה כי בטענת ׳סבור הייתי׳, הוא נחשב כאנוס, וגרע מטענת ׳לא ידעתי׳ או ׳לא הבנתי׳ שנפסק בה (אה״ע סי׳ סו סי״ג וחו״מ סי׳ סא סי״ג) שאינה טענה, וציין גם לתוס׳ בקידושין (כט.), ולספרו עיונים במשפט חלק חו״מ (סי׳ יא, ובעמ׳ קכ), ועוד כתב שבזמננו שא״א לגרש רק ברצון הבעל בלבד מחמת חדר״ג כו׳, א״כ א״צ בכתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, וממילא כל הנכתב בה הוא רק לצורך כבוד בעלמא. וסיים שטענה זו חלשה כי היה לו לשאול רבנים ונחשב שהוא הטעה את עצמו. עכ״ד.

[**הנה** אחר שהוא עצמו כתב שטענה זו חלשה כי הוא הטעה את עצמו, [ולא ברור א״כ כיצד דחה את הראיה שהביא הוא עצמו מנזיר שבטענת ׳סבור הייתי׳ נחשב אנוס, והרי גם שם הוא הטעה את עצמו], לא נאריך בדחייתה, רק זאת נאמר שבנדרים חלים כללים אחרים לגמרי הנגזרים מלשון הכתובים, עי׳ רמב״ם (נדרים פ״ב ה״ב, שבועות פ״ב הי״ב, נזירות פ״א הט״ו),

שהשוגג או האנוס אין נדריהם ושבועותיהם חלים והמקור מהפסוק 'האדם בשבועה' כו'. ועוד יש לומר דשאני נדרים שהוא ענין שבין אדם למקום, משא"כ בחיוב כתובה שנוגע לאשתו, אין די בטענה בעלמא שהיה אנוס, אלא עליו נטל ההוכחה שהיה אנוס, וזה דבר שלא ניתן להוכיח, כי גם אם יבא רב פלוני ויעיד שבאמת אמר לו שהכתובה אינה מחייבת, יתכן שרב אחר גדול יותר אמר לו שהכתובה מחייבת, או שלמד בעצמו את המשנה וידע שהיא מחייבת, אלא שבחר בכל זאת להתחייב בכתובה גדולה ועכשיו הוא חוזר בו.

ובר מן דן עיין במחנה אפרים (הלכות נדרים סימן ג) שכתב וז"ל:

> **ומצאתי למהרי"ט בח"א סי' ס"ח שפירש דטעמא דסבור הייתי שחכמים מתירין לו, אין אנו מתירין לו לפי שהוא אומר סבור הייתי, אלא לפי שעדיו עמו, שאנו רואים שאינו יכול לחיות בלא יין, אבל ברישא דלא הייתי סבור שהנזיר אסור ביין, אסור בכולן משום דהוי דברים שבלב ואינם דברים. עכ"ל. וזה נוטה לסברתנו.**

ומדבריו למדנו דאדרבה טענת סבור הייתי היא ג"כ בגדר דברים שבלב, שהרי באומר סבור הייתי שאין הנזיר אסור ביין הוא אסור משום דהוי דבשב"ל, ורק בטענה מוכחת שאינו יכול לחיות בלא יין, שיש עדים שאינו יכול בלי יין, לכן נחשב אנוס באמת, וא"כ ה"ה לכתובה שעליו מוטל להוכיח שהיה אנוס, וזאת לא ניתן להוכיח מה ידע ומה לא ידע בזמן שהתחייב.

ובלאה"כ נראה כי טענת עם הארץ [שברור לנו שהוא עם הארץ וא"כ ברור לנו שהיה אנוס] שלא ידע על מה חתם שאעפ"כ מתחייב מהטעם **שאל"כ לא הנחת חיוב לעמי הארץ** כמ"ש בשולחן ערוך (חו"מ סא יג ואה"ע סו יג) ע"פ תש' הרשב"א (סי' תרכט) שכתב וז"ל: "ואם אין אתה אומר כן, לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן".

הרי מאותו הטעם עצמו יש לחייב את הטוען סבור הייתי, כי אין לדבר סוף וכל אחד יטען כן, ונמצא שלא הנחת חיוב כו'. ועל טענתו השניה של הגרח"ש שהיום שא"א לגרש ברצונו כו' מסתבר יותר וכו', לא הבנתי כיצד עם 'הסתברות' בעלמא הוא רצה לבטל שטר כתוב וחתום בקנין ובעדים].

בסיכום: אין מקום לטענת סבור הייתי לענין כתובה, שאין לדמות כתובה לנדרים ונזירות שבהם יש גדרים אחרים ע"פ הכתוב 'האדם בשבועה' להוציא שוגג ואנוס. ועוד שכתובה הוא ענין של בין אדם לחברו ועליו הראיה להיפטר, ומהמחנ"א מוכח שגם לענין נדרים אין פוטרים בטענת סבור הייתי משום דהוי דברים שבלב אא"כ היא טענה מוכחת לעינינו. ועוד שטענת סבור הייתי נדחתה ע"י הרשב"א בענין כתובה כו' שאל"כ לא הנחת חיוב לע"ה כו'.

ומ"ש עוד הגרח"ש שאנן (שם באות ט) שאם **נכתב בכתובה שהכניסה לו נדוניא בסכום גבוה שאנו יודעים שאינו אמת**, אין ה'אודיתא' מחייבת בזה וכמ"ש בספרו עיונים במשפט (סי' ט) וכו'.

[**הנה** אכמ״ל כעת לגופה של טענה מבחי׳ **הלכתית**, {רק זאת נציין לדברי הטור אהע״ז (סי׳ קיח) שכתב על מנהג טוליטולא ש״אין תובעין מהבעל לפרוע מה שיכתוב על עצמו לאשתו מנכסי נדוניא, לפי שרוב בני אדם כותבין עליהן יותר ממה שהם נוטלים, וכוונתם דרך כבוד״, וכתב ע״ז הטור ״ואין לו עיקר״ ובהמשך כתב את דעת עצמו ז״ל בזה״ל: ״ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה **כל** סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת ומתנת כתובתה, בין שתהא הנדוניא אמיתית או לא״. עכ״ל. הרי שדעת הטור שגם בכתובה מוגזמת שנטען שנכתבה לשם כבוד הוא כתב שעליו לפרוע את כל הסכום, ואף אם אין הנדוניא אמתית}. אלא רק מבחינה **עובדתית** נציין כי בזמננו שכלל לא נרשמים ונאמדים חפצי נדוניא כבעבר, ורק כותבים בערך בזה הלשון: ״והכניסה לו נדוניא בסך מסוים והוסיף לה הוא משלו סך מסוים עד שעלה סך הכל כו״כ״, נמצא שחשש זה אינו קיים כי לא הייתה אודיתא בשקר אלא רק התחייבות כוללת באמת, והרי היא מחייבת].

[**רק** נעיר כי הראיה שהביא משו״ת הרשב״א ח״ד (סי׳ נ) אינה ראיה, שהרי נתן טעם לדבר מפני ״שאין **המטלטלין** נקנין בהודאה גרידה״, ומשמע **דחוב** הנקנה בהודאה, (עי׳ חו״מ סי׳ מ), גם אם ״שניהם מודים שלא היו של שמעון אלא שראובן בא להקנותו בהודאה זו״, קנה. וא״כ אדרבה הרשב״א הוא ראיה נגד מ״ש הגרח״ש. גם ראיתו משו״ת הראב״ד בתמים דעים (סי׳ נו) אינה מוכיחה לנדון דידן, שהרי ודאי הוא שתפקידו של ביה״ד הוא לברר האמת העובדתית ולפסוק על פיה, אבל בהתחייבות, הלא נפסק בשולחן ערוך (שם) כי גם אם ידענו שמעולם לא התחייב ואמר ״חייב אני לך מנה״ באופן שאין שם טענת השטאה וכמו בכתובה, ה״ז חייב, כי רצה ליזוק בנכסיו ולתת מתנה (ק״ו מנושא חרשת ביבמות (קיג.) שכתבו שם שחייב כי רצה ליזוק בנכסיו ע״ש). ואכמ״ל. ומעתה אין מקום למה שדן (שם אות י) אם שאר התחייבויות שבכתובה המוגזמת בטלות מדין ׳קני את וחמור׳, שהרי התברר שאין כאן ׳חמור׳ כל עיקר, אלא ההתחייבות חלה, ושרירה וקיימת, מדין המשנה ממש, והכל שריר ובריר וקיים].

בסיכום: הטור כתב בפירוש שאין הכתובה מתבטלת גם כשאין הנדוניא אמתית, וק״ו בזמננו שכלל אין מפרטים את הנדוניא אלא כותבים ״סך מסוים״ ובפרט **חוב** הנקנה באודיתא ככתובה שאינו מתבטל, מדין חייב אני לך מנה.

ומ״ש (שם באות יב) שגם **אם נשבע החתן הו״ל כנדרי זירוזין שאינם חלים** (כמ״ש בנדרים כ:) עכ״ד.

[יש להעיר שאינו דומה, שהרי שם מבקש לזרז את חבירו שלא יעמוד בדעתו, ואילו כאן את מי הוא בא לזרז כאשר הוא עצמו רצה והוסיף לה ק׳ מנה בלי שאף אחד עמד בדעתו כנגדו. ועוד שהריטב״א מכחישו, שכתב ״ולא אמרינן לפנחייא הוא דכתב״, והיינו שאין אנו אומרים שלחיזוק ולזירוז כתב כן].

גם מה שכתב בעיונים במשפט הנ״ל בהמשך ע״פ הש״ך בחו״מ (סי׳ עג ס״ק כג) שהכריע שאם נשבע לחיזוק באופן שיש מח׳ הפוס׳ אם השבועה חלה, השבועה אכן חלה, וכו׳.

[הנה הש״ך כתב כן בשם מהר״י ן׳ לב [וזה לשונו: ״דהיכא דהוי פלוגתא דרבוותא, מצי הנשבע לומר קים לי כמאן דפוטר, וכשנשבעתי הייתי סבור שאני חייב מן הדין אליבא דכו״ע, אבל אם הוא דבר דלית ביה פלוגתא והוא פטור לכו״ע, חייב כשנשבע, דכיון דדבר ברור הוא שפטור, ודאי נשבע לחייב עצמו מכח השבועה״] וכתב עליהם שאינם מוכרחים. ומ״מ אין מזה ראיה לנדון דידן, שהרי בכתובה מוגזמת, ממאי נפשך: אם לדברי הכל ההתחייבות לא חלה מחמת שהיא מוגזמת, א״כ השבועה חלה, שהרי לכן נשבע כדי לחייב את עצמו אף שמן הדין הוא פטור. ואם יש מחלוקת אם חלה ההתחייבות למרות שהיא מוגזמת, ובמח׳ הפוס׳ הרי יכול לטעון קי״ל כמי שפוטר וסבור הייתי שאני חייב לכ״ע כמ״ש מהריב״ל, א״כ תיפוק ליה שבמח׳ הפוסקים הוא חייב מן הדין לשלם אף אם אין כאן שבועה, שהרי האשה נקיטא שטרא, והיא מוחזקת[כב], והוא נקרא מוציא מחבירו, ועליו הראיה. ובלאה״כ הרי לשיטת הגרח״ש כתובה מוגזמת ברור לו שפטור לכו״ע כי רצה רק להפליגה בדברים, וא״כ בזה הרי חלה שבועה למהריב״ל שהביא הש״ך.

ומ״ש עוד שם ע״פ הש״ך בחו״מ (סי׳ רז ס״ק כז) ע״פ שו״ת מהרי״ו (סי׳ קלז) שבכתובה אין לתקיעת כף חומר שבועה מכיון שלא נעשתה ישירות בין החתן והכלה אלא בין החתן לרב המסדר קידושין, הנה יש לדחות שדברי מהרי״ו אמורים רק כשאין הצד השני נוכח, וגם כשהנוטל שבועה אינו שלוחו ממש, ואינו במעמד שלשתם, משא״כ מסדר הקידושין הוא שליח החתן והכלה ובמעמד שלשתם, מהני, שהרי טעמו הוא משום שהוא כריתת ברית בין שניהם, והרי בכה״ג נמי הוי כריתת ברית מעליא. ועוחל״מ].

ומ״ש (שם באות יג) **להגדיר ׳כתובה מוגזמת׳ שהיא ׳כל סכום שאין אדם צופה שיהיה לו** בעתיד ומסתבר גם שלא יהיה לו׳. עכ״ד.

הנה הגדרה זו נסתרת מהמשנה המפורשת שאפי׳ מאה מנה יוסיף ואפי׳ עני מרוד כמ״ש התוס׳ והראשונים על הסוגיא והריב״ש (סי׳ קנג) שהוכיח מכמה דוכתי בש״ס שהעניות הייתה מצויה מאוד כנזכר לעיל, ויש להוסיף עוד מ״ש בחגיגה (ט:) יאה עניותא ליהודאי מלמד שחזר הקב״ה כו׳ וכן הוא בתנדב״א זוטא (פ״ה), ובגיטין (ז:) עשירות לא שכיחא, ובפרט בבבל שעשרה קבין עוני ירדו לעולם וט׳ נטלה בבל (קידושין מט:), ונקראת שנער ע״ש שמנערת עשיריה (זבחים קיג:) ובמדרש שוח״ט (תהלים ט) שאין עניות זזה מישראל מיום שחרב בהמ״ק. ואפשר שעל כן סתם משנה מדברת בעני שבישראל כמ״ש בכתובות (סד:) בד״א בעני שבישראל.

בסיכום: נדחו ראיות ס׳ עיונים במשפט אחה״מ.

כב. ואמנם למעשה נקטינן שהבעל מוחזק בכתובה וכמ״ש ביביע אומר ח״ג חאה״ע (סי׳ כא אות א) וכך נקטתי בכמה מקומות בסה״ק בדבר משפט, אבל הממאי נפשך הוא לשיטת הגרח״ש שאנן עצמו שהעלה בספרו עיונים במשפט חאה״ע (עי׳ שם סי׳ מג במסקנותיו בעמ׳ תנב סע׳ ז) שהאשה נחשבת מוחזקת בכתובה יעו״ש.

הגר״ד לבנון

מסקנתו במאמר ״כתובה בסכום גבוה״ שפורסם בשורת הדין ח׳ לחייב כתובה גבוהה שאינה מוגזמת. וזה תורף דבריו:

מהתוס׳ ר״פ אע״פ חזינן שגם סך מאה ליטרין שנהגו בו הוא סך עצום ושוה ערך [יחסית למנה שהוא כדי פרנסת שנה] לפרנסת 300 שנה שהיא התחייבות מוגזמת בפרט לעני שאין לו אפי׳ שוה פרוטה כלשון התוס׳ ואעפ״כ מתחייב. וביבמות (קיג.) ע״פ התוספתא: פקח שנשא חרשת או שוטה אפילו כתב לה מאה מנה בכתובה קיימת מפני שרצה ליזוק בנכסיו. והלא דברים ק״ו שאם לחרשת שלא תיקנו לה כתובה שאל״כ ימנעו מלשאת אותה לאשה, הדין כן, ק״ו לפקחת, שאם רצה ליזוק רשאי, ומאה מנה הם פי 50 מכתובה רגילה. וכן משמע מדברי הרמ״א בחו״מ (סי׳ רמ״ה ס״ב) שכתב: דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה, לא זכתה כל זמן שלא כתב לה, ולכן נהגו לכתוב תנאים חדשים בשעת החופה״. הרי שאם התחייב לה בשעת החופה ״בכתובה גדולה״, דהיינו גדולה מהרגיל, זכתה בה.

ואין לפטור אותו מחמת הטענה שהתחייב לשם כבוד בעלמא אלא כשמוכיח זאת ברמה של ׳אנן סהדי, בפרט שיש סברה לומר שהעדות שנהגו לכתוב סכומים גבוהים הן אותן העדות שלא קיבלו חדר״ג שלא לגרש בע״כ, ולכן עשו חיזוק שלא יוכל לגרשה בע״כ ע״י שיכתוב לה כתובה גבוהה בכוונה תחילה למטרה זו. וכעין ראיה לזה, מ״ש הרמ״א באה״ע (סי׳ סו ס״ג) וז״ל: עיין לקמן (סי׳ קע״ז), דבמקום שאין מגרשין רק מרצון האשה, אין צריך לכתוב כתובה. אם כן בזמן הזה במדינות אלו, שאין מגרשין בעל כרחה של אשה משום חרם רבינו גרשום, וכמו שיתבאר לקמן (סימן קי״ט), היה אפשר להקל בכתיבת הכתובה, אבל אין המנהג כן ואין לשנות.

[והמקור לזה כמ״ש החלקת מחוקק (שם ס״ק יז) דבמקום שאין מגרשין רק מרצון האשה, כגון המאנס את הבתולה דכתיב לא יוכל לשלחה כל ימיו, א״צ לכתוב כתובה וכמבואר לקמן סי׳ קע״ז סעיף ג׳].

ורק במקומות שנהגו לכפול הכתובה לכבוד בעלמא כמ״ש בב״מ (קד:) יש לפטור אותו מהתוספת שנכתבה לשם כבוד כמנהג, דהוי כדברים שבלבו ובלב כל אדם שלכך נתכוון, אבל כשאין מנהג ברור, הסכום שכתב מחייב אותו גם אם הוא גבוה מהמקובל. ורק אם כתב סכום אגדי שהוא בבחינת ״על מנת שאעלה לרקיע״ להביא אותו, שבזה באמת אנן סהדי שכתב רק לגוזמא בעלמא ולא התכוון להתחייב בו אם יחויב בכתובה כשירצה לגרשה, או אם הדיר אותה ואולץ לגרשה, או שעבר על דת, וק״ו בנולדו בו מומין לשיטת ר״ת שחייב לשלם תו״כ גם בזה, שלא התכוון להתחייב בסכום דמיוני.

ובאות ד. דן לתת **טעם שאין בכל כתובה, אפילו רגילה, אסמכתא**, בניגוד למ״ש בב״מ (סו:) ״כל דאי, לא קני״, דהיינו שכל התחייבות על תנאי אינה תופסת, ובכתובה גבוהה דהוי דומיא דאם אוביר אשלם אלפא זוזי יש עוד טעם שזה אסמכתא שהרי כיון שבידו שלא לגרש לא אסיק אדעתי׳ לשלם סכום שהוא גבוה מהנזק שגרם, כשם שהשדה שבידו לעבדה לא אסיק אדעתי׳ לשלם אלפא זוזי שהם גוזמא.

והביא ד׳ הרמב״ם (פי״א מהל׳ מכירה ה״א וה״ב) וז״ל: ״המקנה בין קרקע בין מטלטלין **... אם לא קנה עתה** והתנה עמו שאם יתקיים תנאי זה יקנה ואם לא יתקיים לא יקנה, אע״פ שנתקיים התנאי לא קנה שזו אסמכתא היא, שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך, וכל אסמכתא אינה קונה, שהרי לא גמר בלבו להקנותו, (עיין שם הלכה ג׳). ובהלכה ו׳: ״וכן כל התנאים... שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה, לא גמר והקנה, שהרי דעתו סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה״. עכ״ל. וג׳ פירושים נאמרו בדבריו: א. **להמגיד משנה** (שם) **והב״י** (סי׳ רז), עיקר בעיית האסמכתא היא: שאין הקונה מחזיק בידיו את החפץ שהתחייב לו המקנה על תנאי, בשעת התנאי. **ולפ״ז** התחייבות בכתובה הייתה צריכה להיחשב כאסמכתא שהרי אין האשה מחזיקה בדמי הכתובה בזמן ההתחייבות. ב. **להסמ״ע** (סי׳ רז ס״ק ו), כשעיקר כוונת המקנה להתחייב, אלא שמתנה תנאי, אין כאן אסמכתא, ולכן לשון **על מנת** אין בו אסמכתא, שהרי ל׳ זה משמע שעיקר רצונו הוא להקנות לו. אבל כשעיקר כוונתו ורצונו הוא שיתקיים התנאי, ואם יתקיים יקנה לו את הדבר, הויא אסמכתא, ולכן לשון **אם** הוי אסמכתא שמשמעותו שקיום התנאי הוא עיקר רצונו. **ולפ״ז** מנוסח הכתובות שנוהג בינינו אין לנו גילוי בדבר שהרי לא כתוב לא ע״מ ולא אם יגרשנה. ואעפ״כ נראה כי לסברת הסמ״ע אין חשש אסמכתא בכתובה כי עיקר רצונו הוא להתחייב גם בתו״כ ולא מבעיא בעיקר כתובה שהיא יסוד בנישואין שהרי אסור לשהות עם אשתו בלי כתובה אלא רצונו להתחייב גם בתוס׳ כדי שלא תהא קלה להוציאה וכתמורה להסכמתה להינשא לו [או לחיבת ביאה], אלא שתנאי לגבייתה הוא: פקיעת הנישואין. ג. **להגר״א** (על רמב״ם בהשמטות): מקור להרמב״ם הוא מ״ש בגמ׳ ׳כל דאי, הוי אסמכתא, אא״כ אמר מעכשיו׳. **ולפ״ז** צ״ב מדוע בכתובה אין אסמכתא.

[ולכאורה לק״מ שהרי באמת בנוסח הכתובה כ׳ ״וקנינא.. מעכשיו״].

והרמ״א (סי׳ רז סי״ג) כ׳ [ע״פ התוס׳ בב״מ (סו:) ושם (עד.)] שיש ג׳ חילוקים באסמכתא: א. מה שאינו בידו אלא תלוי בדעת אחרים: הוי אסמכתא. ב. בידו, אבל גזים: הוי אסמכתא. ג. לא בידו ולא ביד אחרים: גמר ומקני. **ולפ״ז** הרי הגירושין נחשבים לפעמים כ׳אינו בידו׳ שהרי כופין אותו במומין או ששהה י׳ שנים ולא הוליד, שיש המחייבים אותו תו״כ גם בזה ולא ס״ל דאדעתא למיפק לא כתב לה (ר״ח דלא כר״ת) וכן אשה רעה שכתובתה בצידה (יבמ׳ סג:) חשיב כאינו בידו ואעפ״כ חייב בכתובתה, וכן אלמנה הגובה כתובתה חשיב כאינו בידו למנוע את מיתתו. וא״כ מדוע מתחייב כשלא גזים. וכשגזים וכ׳ כתובה גבוהה, גם אם ׳בידו׳ לא לגרש, מדוע חייב, הרי בגזים אף שבידו הוי אסמכתא.

ובאות ה. דן מתי חל חיוב הכתובה. דממ״ש רש״י בכתובות (נג סע״א) בענין ארוסה שמתה ״כל זמן שלא מת ולא נתגרשה לא נשתעבד לה״ חזינן שהשעבוד חל בשעת הגביה. וכיון דקיי״ל שהנכסים משתעבדים משעת נישואין שעל כן כתובה מוקדמת פסולה, ע״כ שכוונת רש״י היא שהשעבוד חל למפרע בשעת מיתה או גירושין.

[והביא את דברי הגרנ״ט המחודשים בחי׳ לכתובות (מד.) שחיוב הכתובה חל בפקיעת הנישואין ושלכאורה הרא״ש (ר״פ אע״פ) שכתב ״וגם אין משעבד עצמו... אלא לכשתאלמן או תתגרש״ מסייעו, אלא שהמנחת שלמה על כתובות שם פי׳ כוונת הרא״ש שחיוב ׳פרעון׳ הכתובה חל כשתאלמן או תתגרש, אבל עצם החיוב ודאי חל בזמן ההתחייבות בכתובה (שעל כן כתובה מוקדמת פסולה כאמור) ואכמ״ל].

ובאות ו. דן מתי צריכים ל׳מעכשיו׳ כדי לסלק האסמכתא, כי מהרמב״ם (פי״א מהל׳ מכירה ה״ז) ומהשולחן ערוך (סי׳ רז סי״ד) משמע ש׳מעכשיו׳ מסלק גם אסמכתא דמחמת גוזמא ואצ״ל דמחמת ׳דאי׳, וכ׳ הסמ״ע (שם ס״ק לח) שצריך לומר בפירוש ׳מעכשיו׳ ולא די בקנין סודר אע״פ שמשמעותו מעכשיו. עכ״ד. ואעפ״כ נראה שגם בכתובות שלא כתוב בהן מעכשיו נחשב כאילו כתוב, כיון שבהכרח הקרקעות משתעבדות לכתובה, הוי כאילו נכתב בפי׳ מעכשיו, ודברי הסמ״ע נאמרו רק במקום שאין הכרח שהקנין יחול מעכשיו, ולכן צריך שיכתב להדיא.

[ולענ״ד אינו מוכרח].

ולתוספות (ב״מ סו: ד״ה ומניומי) מעכשיו מועיל לסלק אסמכתא רק בהתחייבות שנקל יותר לגמור דעת בה כגון כשהוא דרך מקח וממכר ושעשה לו טובה כו׳. וכ״פ הרמ״א (שם) [שמעכשיו לבד לא מהני אלא בעינן בנוסף שיקנו מידו בב״ד חשוב]. ולפ״ז בכתובה שאינה בדרך מו״מ ואין לומר שעשתה לו טובה[כג] א״כ גם אם נכתב בה מעכשיו, שמא הוי כקנס, בפרט כשמגרש במצב ש׳אין בידו׳, שעיקר התחייבותו היא בגדר גזים. וצ״ל שכיון שכתובה שאני שהיא מוכרחת לקיום הנישואין, שבלעדה ביאתו ביאת זנות (כתו׳ נד:) והוי כמתנה עמש״כ בתורה (שם נו.) והתוס׳ שם הקשו מדוע אינו כמתנה קרע כסותי והפטר דמהני ותירצו דהתם הוא מוחל חוב אבל במתנה לקדשה בלא מזונות הוי כקידושין לחצאין, ע״כ. וא״כ כיון שגם כתובה אינו יכול להתנות להפטר ממנה, ע״כ שגם כתובה נחשבת לחצי קידושין שאינו יכול להתנות עליהם. והטעם, שלא תהא קלה בעיניו להוציאה (יבמ׳ פט). ועי׳ תוס׳ כתובות (י) שגם למ״ד כתובה דאו׳ הוא מטעם זה שע״ז סמכו מדין מפותה כסף ישקול כמוהר הבתולות, ושאשה שאינו יכול לשלחה כל ימיו אינו חייב בכתובתה. ומה״ט פילגש היא זו שאין לה כתובה אף שיש לה קידושין (סנהד׳ כא) כיון שקלה להוציאה. ומכל זה אנו רואים שחיוב כתובה אינו חיוב מותנה שנאמר שיש בו אסמכתא אלא הוא חיוב מוחלט שנובע מעצם

כג. נראה שכוונתו דאמנם הירוש׳ כתב שהוא מחמת חיבת נישואין וביאה, אך מ״מ הא אמרי׳ דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא כו׳.

הנישואין ושבלעדיו הוי כנישואין לחצאין, ועל כן לא שייך בו אסמכתא שאיננה אלא כשיש תנאי, וכאן אין 'תנאי' שלא ישלם אא"כ יגרש או ימות, אלא החיוב חל מיד בכל גוונא, אלא שאם מתה ולא התקיים בה לשון הכתובה 'לכשתנשאי לאחר' [או שפשעה] פוקע החיוב. **וגם תוס' כתובה ככתובה גם לענין זה** כמ"ש כהאי גוונא בריש פ' אע"פ, שלא כתב לה תוס' אלא כדי להקשות על עצמו עוד יותר לגרשה, ולכן כ' הר"ן (כז: מדפי הרי"ף) שאף שמורדת מפסידה מתנות משום דאדעתא למיפק כו', אבל תו"כ אינה מפסידה אלא אם מרדה ד' שבתות כו', כי עד אז חששו חז"ל שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. ולכן אין חשש אסמכתא בדבר שהחיוב בו מוחלט מהטעם הנ"ל. ועוד טעם, שהרי קיבל תמורה להתחייבותו שהסכימה לינשא לו, ולפי התוס' בכה"ג כלל אינה אסמכתא[כד] ואינו דומה לקנס. ובזה ביאר החזו"א את שיטת ר"ת שגם מי שכופין אותו להוציא חייב בתו"כ, ול"א אדעתא למיפק כו', והיינו משום שכבר קיבל תמורתה חיבת ביאה.

ובאות ח. הביא מ"ש בשולחן ערוך חו"מ (סי' שכח ס"ב) **שהאומר אם אוביר אשלם אלפא זוזי שעכ"פ חייב לשלם במיטבא כשיטת הרי"ף.** והטעם, שאנו אומדים שודאי רצה להתחייב אלא שהפריז, לכן די לפוטרו מההפרזה. וכשכתב מיליון ש"ח ואנו אומדים שאילו נכתב $140,000 היינו מחייבים אותו שזה שיעור מיטבא שלו, ואינו בגדר גזים, יש לומר שאף שלא נכתב שיעור מיטבא שלו ואין אנו יודעים כמה הוא, יש להחשיב מיטבא כל מה שאנחנו משערים שאינו סכום מוגזם לפי נסיבות הענין, כגון הבושת והצער והזמן שעיגן אותה, וכמ"ש באוצה"פ (סי' נ ס"ק מב) לענין ביטול שידוכין שגם אם לא כתב סכום קנס על ביטול השידוכין יש לחייבו ע"פ המנהג. ואף שבפד"ר כרך ה (עמ' 326) כתבו שאין מוציאין מידו בגלל שיש חולקים, מ"מ בנדון דנן שכתב להדיא מיליון ש"ח, ודאי שביה"ד יכולים להעריך את המיטבא באופן אובייקטיבי לפי הנסיבות ולחייבו בפיצוי שיכלל במיטבא לפי ראות עיני ביה"ד, לאור מה שתיקנו הרה"ר הרצוג ועוזיאל זצ"ל (אוסף ורהפטיג עמ' קנז) לפסוק פיצוי בנוסף לכתובה כשאין האשה אשמה בגירושין.

[**אלא** שבספר **משפט הכתובה** כרך ח (סי' עד פרק ו), הביא כל קבל דנא שדעת הגרי"ש אלישיב היא שאין מקום לפסוק פיצויים שלא כדין תורה עיי"ש. אמנם יש לומר שזהו רק כשפוסק לה פיצויים במקום כתובה וכו' כמ"ש שם, אבל אם הוא כחלק משקו"ד על ה'מיטבא' שיש לתת לה כשכתב לה כתובה גבוהה מוגזמת, אפשר דבזה לא חלק].

ובאות ט. כתב עוד טעמים דכתובה גבוהה אין בה אסמכתא: 1. שכותב בה 'דלא כאסמכתא'. ואף שבחו"מ (סי' רז סי"ח) נפסק שאם באמת יש בו אסמכתא אין כתיבת 'דלא כאסמכתא'

כד. והוא שכתב 'מעכשיו' שעל זה כ' התוס' דמהני מעכשיו. ולפ"ז אם לא הייתה מודעת לסכום שכתב לה אין לומר שזו תמורה, וכטענת הרב דיכובסקי. אך באמת מלבד שיש טעם אחר שהוא חיוב החלטי שלא תהא קלה כו', זאת ועוד שגם טעם שקיבל תמורה אינו קשור למה שהייתה או לא הייתה מודעת לסכום, אלא העיקר הוא שאנן סהדי שגמר בדעתו להתחייב בסכום זה כי הערך את התמורה שקיבל שהסכימה לינשא לו וחיבת נישואין וביאה כו' בסכום שבו התחייב וגמר ומקנה אף שהיא לא ידעה בכמה התחייב. כנלע"ד.

מועילה, היינו דוקא כשבאמת יש אסמכתא, אבל בנדון דנן שבאמת גמר ומתחייב משום שרצה לחייב עצמו שלא תהא קלה להוציאה ושנהנה, מהני 'דלא כאסמכת' לחיזוק השטר, שלא נאמר דסוף סוף יש כאן גוזמא כו', קמ"ל שרוצה בזה וגמר להתחייב. וי"ל עפ"ז שגם מ"ש בשטר 'דלא כטופסי דשטרי', הוא לחזק השטר דלא נימא שיד בעל השטר על התחתונה מספק שמא הוא גוזמא ואסמכתא, כשאר טופסי דשטרי שנדונים כך, קמ"ל דלא כטו"ד, ויד בעל השטר על העליונה וכמ"ש הרמב"ן בשם רס"ג והביאוהו הרשב"א והר"ן בב"ב (מד.) שזו כוונת דלא כטו"ד וכ"פ בשולחן ערוך חו"מ (סי' מב ס"י). 2. מ"ש שנשבע ונתן תק"כ, להשולחן ערוך (סי' רז סי"ט) מבטל אסמכתא שמחומר השבועה גמר ומקנה. ולרמ"א (סי' רט ס"ד) לא מסלק אסמכתא בכך, וכ' הריב"ש הטעם משום שיכול להשאל על שבועתו. ואם בנוסף לשבועה גם קיבל בקנין, מח' הש"ך עם הסמ"ע אם מהני. וד' הב"ח והט"ז כהש"ך דלא מהני דס"ס יכול להשאל על שבועתו. ומ"מ כיון שהשבועה חוזרת לא רק על הסכום שמתחייב לשלם אלא גם על שאר דברים כגון שלא יגרשנה בע"כ ועל זה אינו יכול להשאל א"כ גם לענין הסכום לא יוכל להשאל. [אלא שנימוק זה סותר נימוק קודם שכתב שאין אסמכתא בממון שהתחייב כי רצה לחזק עצמו שלא יקל בעיניו לגרשה, והרי תיפוק ליה שנשבע וא"י לבטלה כי חוזרת גם על שלא יגרשנה בע"כ].

ובאות י. כשכורך סך הכתובה והנדוניא יחד, יש מקום לומר דכשם שבנדוניא לא שייך אסמכתא שהרי חייב בה מיד עם תחילת הנישואין כך התוס' אין בה אסמכתא שהרי דין התוס' כדין הנדוניא, שהרי התחייב בה מיד, ואין בה אסמכתא.

[נ.ב: ואינו מוכרח, ואם איתא לחידוש זה, היו מתקנים לכתוב כך בכל מקום, והיינו פותרים בזה את כל הבעיות].

ובאות יא. סכום מיליון אינו מוגזם שהרי ברה"ר תיקנו שלא יכתבו יותר ממיליון.

ובאות יב. בחו"מ (סי' יב ס"ה) פסק שדין שאינו יכול להתברר צריכים הדיינים להטיל פשרה כדי שלא יצא הדין חלוק. והוא מתש' הרא"ש (כלל קז). וא"כ גם אם מידי ספק לא יצאנו מהו סך מוגזם כו', הרי ביה"ד צריך להכריע לטובת הצד שלא פשע כמ"ש הרא"ש שם. ולכן בנדון דנן שהבעל עזב אשתו שלא כדין יש לחייבו בסכום גבוה ועכ"פ כזה שהאשה הסכימה להתפשר בו.

והגרי"ש אלישיב נשאל על זה והשיב שסכום גבוה מחייב, ואין בזה חשש אסמכתא, ולא טענה שנכתב רק לשם כבוד.

ע"כ תורף דברי הגר"ד לבנון.

ספר משפט הכתובה

והלום ראיתי בספר משפט הכתובה ח"ח (סי' עד פרק ח ופרק ט עמ' עא עב) לידי"נ הגר"א בר שלום שליט"א הרה"ר לבת ים, שדן בכל הטענות הנטענות ע"י הבעלים כדי להפטר מתשלום כתובה גבוהה שאינה מופרזת, ודחה אותן יע"ש. וזה תמצית דבריו:

על הטוענים להיפטר ממנה משום שנכתבה רק לכבוד "ולהרשים" כו', כתב שלכאורה יש משמעויות בקדמונים שלפעמים תוס' הכתובה אינה לגביה ממש כי נכתבה רק להרשים, וציין לתש' הגאונים הנ"ל ולתש' מהר"ח או"ז (סי' רלב) ועוד, עיי"ש, ודחה את טענתם בזה הלשון:

> **"אולם אין ספק שכל הנ"ל הוא דווקא במקומות ידועים שבהם היו גובים כתובתה תמידים כסדרם, והיה המנהג מפורסם איך מחשבים את סכומי הכתובה, והנדוניא הייתה מפורטת בתוך שטר הכתובה באופן שהכל יכולים לראות כמה היא שווה באמת, בזה שייך לומר שבשעת הכתיבה הייתה דעתם שהגביה תהיה כפי המנהג המפורסם שיש להם, אם יגבו כשווי האמת או כשווי שהם כותבים, ולפי זה החליטו איזה סכום לכתוב. ודבר זה עצמו היה תלוי במקומות, עיין שו"ת הרשב"א (מכת"י, והביאו הב"י לקראת סוס"י סו) שכתב, "האשה גובה כל מה שכתב לה בעלה. ויש מקומות שכותבין לכבוד בעלמא ואין נגבין אלא לפי המנהג". הרי להדיא שהדין כן רק במקומות שנהגו כך. אבל בזמנינו שלא נהגו לפרט כלל את הנדוניא באופן שנדע כמה היא הכניסה וכמה הבעל שם את הנדוניא ביותר מערכה, וגם לא מפרטים כמה הוא מוסיף על עיקר הכתובה, אלא רק כוללים וכותבים בכתובה שסכום הכל יחד עם הנדוניא והתוספות הוא ס"ה כך וכך, והסכום אינו קשור דווקא למה שהכניסה, וגם באמת לא נגבה כמעט אף פעם באופן שנדע על "מנהג" כמה אחוזים גובים מהכתובה, אי אפשר כלל לדבר על מנהג בזה, אלא אם בי"ד פוסקים שצריך לשלם את הכתובה יש להם לילך אחר הסכום הרשום, ככל שטר חוב, בין באלמנות בין בגירושין, בין עשיר בין עני, בלי שום הגבלות וחילוקים, אלא כפשטות ספרי ההלכה בכל מקום שמשלם "את הכתובה". עד כאן הדברים בקשר לטענה שהסכומים נרשמים רק לכבוד, ולא לתשלום. עכ"ל.**

ועל הטוענים שיש אומדנא שלא הסכים באמת להתחייב על סכום גבוה כ"כ כ' שאינה טענה ע"פ התוס' כתובות (מז:) שכתבו "התם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה להכנס" וה"נ דכוותה שבזמן החופה אנן סהדי שהיה מסכים להכנס לספק שתתגרש ואעפ"כ התחייב. ועל הטוענים אסמכתא כ' שאין כאן אסמכתא לפי שמשעבד גופו בקנין מעכשיו כמ"ש התוס' ואדרבה כתבו שרצה ליזוק בנכסיו. ועל הטוענים 'אנסוני לכתוב סכום גבוה' דחה את טענתם בספר משפט הכתובה (פרק סט אות ה) מטעם שהיה לו למסור מודעה ושהוא אונס שהביאו על עצמו כמ"ש בשו"ת פורת יוסף (סי' ל) דהוי תליוה וזבין שהרי קיבל אשה בתמורה וציין

לחזקוני שקידושי יעקב ללאה לא נחשבו אונס שמא לא יתנו לו את רחל משום שכיון שעכ״פ קיבל את לאה שוב אינו אונס וגם שהוא הביאו על עצמו. עכת״ד.

הערות על ספר משפט הכתובה

אלא שיש לתמוה על מ״ש בסוף הפרק הנ״ל, לאחר שראה את דברי הדיין הגר״ד לבנון שליט״א שסכום אגדי אין לחייב בו את הבעל ונתבטלה כל התוספת, וכתב עליו ״ודבריו אלו אכן מסתברים״. ונתן טעם לדבר משום ש״הכותב סכום עצום של מיליונים שהוא כאומר ״אעבור את הים ברגלי״, אינו אלא מפליג אותה בדברים, ואין בהתחייבותו כלום״. והוסיף בהמשך: ״ואפילו אם המדובר בכתובה ספרדית שיש בה שבועה. ונראה גם שבסכום של מיליונים רבים יוכל הבעל לומר לאשתו ׳משטה הייתי בך׳ כמבואר כעין זה בחו״מ (סי׳ רסד סע׳ ו, ז)״.

והנה כבר התבאר שלאור דברי המשנה והגמרא והראשונים ז״ל בכתובות (נד:) פשוט הדבר שגם בסכומים של מיליונים רבים, כל שאין מנהג קבוע שעל דעתו הוא נשא ולפיו אין כותבים אלא להשבחה בעלמא, הרי הוא מתחייב, ואם עובר על השבועה, גדול עוונו מנשוא, ואין כל ראיה מהא דחו״מ סי׳ רסד, שכבר נתבאר שכיון שחז״ל לא הגבילו את הכתובה בשום טענה, לא מטעם אסמכתא ולא מטעם אומדנא ולא מטעם טענת השטאה, הרי לך סימנא שהכתובה דינה שונה מכל התחייבות אחרת, ולא חלים עליה כל הדינים הנ״ל, מלבד שגם לגופה של ראיה מסי׳ רסד, יש לומר שאין הנדון דומה לראיה, כי באמת כשם שברפואה ה״ז מתחייב ככל אשר יושת עליו, כך לענין האשה שאין לה דמים, והיא רפואתו לכל ימי חייו. [ומ״ש במשפה״כ ״זה משום שהסכום כעת סביר״ כו׳, לא ברירא לי לפי שעה שזהו הנימוק וילע״ע במקורות בחו״מ שם]. ולפ״ז אם התחייב בסכום של מיליונים, עליו לשלמם גם אם יצטרך לעבוד כל ימי חייו, ומה שלא תשיג ידו, אפשר שידון כאנוס, ואפשר שיחזור להתגלגל עד שישלם חובו, או שיתפשר עמה.

וביותר יש לתמוה על דבריו לאחר המעשה המאלף שסיפר שם (בעמ׳ עח עט) שהוא היה עד לו, ובו התחייב הבעל שהיה עני מרוד בכתובה בסך חצי מיליון ש״ח, וגדולי הדור לא מצאו דרך לפטור אותו ממנה. וכתב ב׳משפט הכתובה׳ בזה״ל:

> **והאמת כך היא, שגם אם ימכור כל אשר לו עלי אדמות לא יגיע לאחד ממאה מסכום הכתובה. ונשאר הענין כך, הוא חי לבדו וברח מאשתו השניה, והיא מצידה אינה מוותרת בשו״א על הכתובה וחיה לבדה, ואשתו הראשונה ג״כ חיה לבדה ומתחננת לחזור אליו שאינה יכולה להמשיך כך, אבל הם אינם יכולים לחזור לפי שהוא נשוי לאחרת. ואנא זעירא, סבבתי אצל כמה גדולי הדור למצוא להם מוצא מהסבך, ולשאול אם יש ממש בטענתו שלא כתב על מנת לשלם; כי במציאות בוודאי ידוע לכל שהאמת כדבריו, וכל הנוגעים בענין, לרבות משפחת האשה**

השניה, יודעים שאיש זה לא יוכל לשלם בשו״א חצי מליון שקל, ואפילו ׳אלף שקלים׳ קשים עליו כקריעת ים סוף אם לא במענקים ותרומות שיקבל. ועכ״פ השיבו גדולי הדור נחרצות דאין הכתובה משחק, ואם אין היא מוותרת הוא חייב הכל עד סוף פרוטה אחרונה. ואין כופין עליה גט אפילו אם ישארו שלשתם לבדם עד סוף חייהם. ולא מצאנו לבעל זה שום צד פטור.

ויש מקום להניח שבכללם היו הגאונים מרנן הגרי״ש אלישיב והגר״ע יוסף והגר״ש וואזנר זצ״ל. א״כ כיצד בסכום של ׳כמה מיליונים׳ נרתע לאחוריו וגזר אומר שלא תיטול כלום כי משטה הוא בה ומפליגה בדברים, והרי על סך חצי מיליון לעני מרוד שכמותו ״שגם אם ימכור כל אשר לו עלי אדמות לא יגיע לאחד ממאה (!) מסכום הכתובה״, ודאי יכול היה לטעון מחמת עוניו שהוא רק הפליגה בדברים ומשטה היה בה, ואם הוא לא טען, היו צריכים לקיים בו מצות פתח פיך לאילם ולטעון לו טענה זו, בפרט שהיא נכונה שלכך נתכוון כפי שכתב הגר״א בר שלום עצמו, ואעפ״כ לא התקבלה טענתו אצל גדולי הדור ולא עלתה על דעתם לטעון עבורו כזאת, ואם כן מה לי חצי מיליון מה לי מיליונים רבים, אם נימוקי הפטור במיליונים רבים הם אותם הנימוקים: הפלגה בדברים וטענת השטאה. וכבר אמרו רז״ל (ברכות לג:) אטו יראת שמים מילתא זוטרתא היא? והאמר רבי חנינא משום רבי שמעון בן יוחי: אין לו להקדוש ברוך הוא בבית גנזיו אלא אוצר של יראת שמים, שנאמר: יראת ה׳ היא אוצרו! - אין, לגבי משה מילתא זוטרתא היא. דאמר רבי חנינא: משל, **לאדם שמבקשים ממנו כלי גדול ויש לו - דומה עליו ככלי קטן - קטן ואין לו - דומה עליו ככלי גדול.** עכ״ל. הרי שקטון וגדול שם הוא, כקטון כגדול תשמעון, כי הכל יחסי ליכולתו של האדם, ואם ממילא גם חצי מיליון אין לו הרי הוא דומה עליו כגדול כמיליונים רבים.

ובלאו הכי כבר התבאר שהמשנה בכתובות אכן מדברת על מיליונים רבים ובכל זאת הוא חייב לשלמם משורת הדין וכמ״ש לעיל בתש׳ הגאונים, אא״כ קיים מנהג, והרי לנו עדות גברא רבה של בעל ספר משפט הכתובה שהעיד מכלי ראשון במעשה שהוא בעצמו שאל לגדולי הדור שלפנינו ענקי ההלכה, וכתב שגדולי דורנו לא מצאו דרך לפטור אותו, שמע מינה שהם דנו שאין לנו מנהג שיפטור אותו כמו שהיה בזמן הגאונים והראשונים והאחרונים, פוסקי מרוקו שהזכרנו אותם לעיל (מוצב״י ושופדי״ע).

הגר״ע שחר

כמו כן ראיתי מאמר ארוך ומושקע בטוב טעם ודעת שפורסם לאחרונה באתר של בתי הדין הרבניים לידידי הדיין המצויין הרה״ג **עידו שחר** שליט״א שעמד וימודד אר״ש בענין האומדנות ולשונות השטרות וכתובה מוגזמת ואם הולכים בשטרות אחר הלשון הכתוב בו או אחר הכוונה, ע״פ דברי הראשונים וגדולי האחרונים ז״ל, וגם הוא העלה שההתחייבות תקפה כל שאינה מוגזמת ביותר, אלא שתלה זאת בבדיקת הנתונים כו׳ עיין עליו. אלא

שעם כל ההערכה להשקעתו הגדולה, לא יכולתי להסכים לחלק ממסקנותיו, שהעלה אותן כתוצאה מההנחה שבכתובות ג״כ יש מקום לאומדנות כו׳ כשהסכום גבוה, ואף קבע בסעיף ד. למסקנותיו כי: ״כשהסכום לכשעצמו מוגזם, הבעל יכול לטעון קים לי כדעת הרא״ש שאין להוציא ממנו אף את הסכום שסביר שיתחייב בכתובה״. וכבר התבאר בהרחבה, שמחלוקת הרי״ף והרא״ש בדינא ד׳אם אוביר׳ כו׳ אינה שייכת לכתובה, שבה חלים כללים אחרים. ועכ״פ נקוט מיהא שלאחר הבירור המושקע, הגיע למסקנות אלו:

בעל שהתחייב בסכום גבוה בתוספת כתובה, הוא ככל נתבע בשטר שעליו נטל ההוכחה שהשטר אינו בר גוביינא. ואף כשהבעל טוען שלא ידע כלל במה מדובר, או שלא הבין את תוכן הכתובה, או שכתב סכום זה מפני שמי שסבר שהוא בר סמכא הטעה אותו וגרם לו לחשוב שהכתובה אינה עומדת לגביה, עליו נטל ההוכחה.

בעל שטוען שהתכוון להתחייב בכתובה אלא שהסכום שנכתב בה מופרז, יש לבחון האם בנסיבות מקרה זה הסכום נחשב ראוי בעיני בני אדם, אף אינו מחויב לפי דין. ובכלל זה יש לשקול את המשמעות האישית והרגשית של הגירושין עבור האשה. ואם לאחר הבחינה יש לביה״ד ספק אם הסכום ראוי או לא, יש להניח שהוא ראוי.

ככלל יש להניח שהבעל מעוניין בקיום החיוב, ולשם כך הוא מוכן להתחייב אף בסכום גבוה יותר ממה שראוי להתחייב בנסיבות המקרה, אם ידע שקיום החיוב תלוי בכך. עכ״ל.

דעת המתנגדים לכתובה גבוהה אף אם אינה מוגזמת משום שאינה אלא לכבוד

הרה״ג ר׳ יקותיאל כהן

דעת הג״ר יקותיאל כהן שליט״א נגד חיוב בכתובה גבוהה אף אם איננה מופרזת. להלן נימוקיו והערותנו עליהם. וזה תורף דבריו:

כיום נפוץ וידוע לרבים המנהג שרגילים רבים לכתוב ב׳תוספת הכתובה׳ סכומים מופרזים **שברור לכולם שאין החתנים מתכוונים בהם אלא לכבוד ולייקר בלבד...** החתן שם יהבו בבית הדין שיקבע את ההתחייבות לסכום הגיוני[כה]... כל המקורות ששימשו בעבר על מנת לפטור מן הדין את הנוהגים בדומה לגבי הנדוניא, הם אשר ישמשו עבורנו מקור הלכתי לפטור באותו אופן גם את כלל ״תוספות הכתובה״. דהיינו, משום שלמנהגי **הכתובה יש כללים משלהם, ולכן כשסכום הכתובה מופרז אין צורך להגיע לדיני אסמכתא ודי לנו אם נצביע שהמנהג הוא לכבוד בעלמא...** האשה אמרה בדיון: ״ואחר כך התברר לי סכום הכתובה והיה לי הפתעה גמורה״.

כה. ולכאורה טענה זו היא כתרתי דסתרי למ״ש מקודם: שאם חשב שאין הכתובה מחייבת, איך נאמר ששם יהבו על בית הדין, שהרי ״מי יודע בפני איזה דיין הוא יופיע? ואיך לקח סיכון וכבר מתמצה ו׳סומך׳ על הדיינים, ומי גילה לו רז זה שהת־ חייבות בכתובה בקנין בפני ב׳ עדים היא ענין של מה בכך שניתן לבטלו אצל הדיינים? ואכמ״ל.

והסתייע הגרי״כ מחוו״ד של הדיינים הגר״מ אוחנונה והגר״א עטייה שעשו כל אחד מעין ׳סקר׳ עם אנשים ות״ח רבים שאמרו כי ״מעולם לא התכוונו להתחייב בסכומים שכתובים בכתובה כי מאין יבא להם הכסף״.

[**אלא** שמדברי הגר״מ אוחנונה נראה שרק בסכום **מופרז** לא התכוונו להתחייב ואילו מדברי הגר״א עטייה נראה כי אותם אברכים לא התכוונו להתחייב גם על סכום נורמלי רק משום שלא היה בידם הכסף ״ומאין יבא להם הכסף״, וזה ודאי אינו כלום כמ״ש התוס׳ בר״פ אע״פ והריב״ש (בסי׳ קנג) הנ״ל].

והביא ראיה לכך שלכתובה יש כללים משלה כו׳ מהגמ׳ ב״מ (קד:) ר׳ יוסי היה דורש לשון הדיוט כו׳ ושעפ״ז פסק **הרמב״ם** (פכ״ג מהל׳ אישות הי״א) מנהגות רבות יש **בנדוניא**, שיש מקומות שנהגו שכאשר תבא לגבות לא תגבה אלא המאה. וכ׳ ה״ה שמקורו מרשב״ג במשנה כתובות (סו:) [שאמר: הכל כמנהג המדינה]. עכ״ד.

[**ויש** להעיר שהרמב״ם לא דיבר אלא **בנדוניא** כמ״ש באמת בגמ׳ כתובות וב״מ. ובאמת שיש טעם לחלק בין הנדוניא לבין התוספת, שבשלמא בנדוניא הרי היה מנהגם עד הדורות האחרונים (כפי שראיתי בעיני בימי חרפי בחו״ל) לשום את הבגדים וכלי הבית שהכניסה בנדוניא ע״י סופרי ביה״ד שהיו בקיאים בשומא, ועליהם נהגו להוסיף שליש לכבוד בעלמא, וא״כ הרי ידעו את ערכם האמתי של הבגדים, וא״כ ההוספה היא רק לכבוד ואם תגבה אותה במקום שנהגו לכותבה רק לכבוד ה״ז גזל, אא״כ התחייב עליה כמִלוה כמ״ש בגמ׳ שם, משא״כ התוספת, כיון שאינה קשורה במציאות ידועה של בגדים השווים סכום ידוע, אלא תלויה אך ורק ברצונו שרצה להתחייב בסכום גבוה, הרי משנה ערוכה היא בר״פ אע״פ שאם רצה להוסיף אפי׳ מאה מנה מוסיף, ולא יוכל לטעון שהתכוון לכבוד בעלמא, אא״כ במקום שאנסתו תקנת חכמי המקום או מנהג שפשט במקום הקבוע וידוע לכל, שהיה מחויב על פיו להוסיף שלא לרצונו כמ״ש בשו״ת שופדי״ע].

עוד הביא שכ״כ בשו״ת **הרשב״א** ח״א (סי׳ אלף רמח) בענין תוספת כתובה, שתלוי הדבר במנהג המקומות, שיש שאין כותבים אלא לכבוד בעלמא, ״וכדתניא בב״מ (קד:) ר׳ יוסי אומר: מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה - גובה מלוה, לכפול - גובה מחצה. ואמרינן התם: נהרבלאי מגבו תלתא. מרימר מגבי שבחא״. וכ״כ עוד כנ״ל בח״ב (סי׳ של) ״ואם כן אם יש מנהג ביניכם לגבות את הכל - גובה, ואע״פ שהוסיף וכתב לה יתר כמה על מה שהכניסה לו בנדוניתה. ואם אין כותבין אלא לכבוד בעלמא: אינה גובה אלא כדי מה שהכניסה לו, מלבד עיקר הכתובה שהוא מאתים לבתולה ומנה לאלמנה. וסוף דבר הכל כפי המנהג״. ולמד הגרי״כ מדבריו ״שבמקומות שבהם ׳המנהג להתייחס אל הכתובה כהתחייבות רגילה׳ כו׳ **... אולם אם לפי המנהג כל ההתחייבות נועדה לכבוד** לא יגבה כלום״. עכ״ד.

[**ויש** להעיר שמהרשב״א לא משמע שהוא ענין של ״מנהג להתייחס לכתובה״, התייחסות

עלומה וערטילאית שאין ידוע למי ההתייחסות מיוחסת, אלא מדובר במנהג ידוע כמ״ש הרשב״א להדיא ״אם יש **מנהג ביניכם**״. מלבד זאת, נראה שהרשב״א לא מיירי בשקנו מידו, שא״כ לכו״ע גובה כמלוה, והרי בזמנינו כותבים ״וקנינא מיד החתן״ ומקבלים בקנין באמת, ולפ״ז תו לא תליא במנהגא, אא״כ נדון מצד מה שהחתן מוטעה, ועליו ההוכחה כמ״ש הגר״ש שאנן, וכבר כתבנו שדבר זה לא ניתן להוכיח].

שוב הביא הגרי״כ מדברי **הריטב״א** בשו״ת (סי׳ נג) שכ׳ וז״ל: הלכך אם באותה העיר ששם נכתבה הכתובה **נהגו לכתוב זהוב בעד עשרה דינרים מברצלונא ושלא לגבות בעד הזהוב אלא עשרה דינרים מברצלוניאש**, אין ליורשין [חיוב] לפרוע יותר, כי המתחייב שם סתם (בכתובה), על דעת המנהג מתחייב, וסתמו כפירושו, וכדאמרינן בפרק המקבל (ב״מ קד:) רבי יוסי היה דורש לשון הדיוט, דתניא מקום שנהגו לעשות כתובה מלוה, גובה מלוה. לכפול, גובה מחצה. ואמרינן שם נהרבלאי מגבין תילתא (שליש). **ומאי דמפלגינן התם בין קנו מיניה ללא קנו מיניה, מפני המנהג ההוא, כי כשקנו ממנו היה דעתו להתחייב בכל.** ומכל מקום למדו מזה שדברים אלו הם כפי המנהג״. ושכ״כ עוד הריטב״א בשו״ת בח״ג (סי׳ תלג).

גם הביא מדברי **התשב״ץ** ח״ב (סי׳ רצב) כתב וז״ל: ״תיקון ו׳ ... ויש מקומות שאין גובין אותה לעולם. **שאין כותבין אותה אלא לכבוד בעלמא כמו שנהגו בהרבה מקומות שאם הוציאה לו מאה כותבין מאתיים.** [אלמא דוקא משום שהתברר הסכום המדויק ביחס למה שהכניסה וא״כ גם מה שהוסיף לה במקביל הוא מנופח בהתאם לנדוניא, משא״כ בזמנינו. הכותב הח״מ] וכשהיא באה לגבות אינה גובה אלא מאה וזה היה נהוג בימי חכמי התלמוד וכמו שאמרו בפ׳ המקבל (קד:) מקום שנהגו לכפול גובה מחצה. ועל כיוצא בזה תיקנו תקנה זו שאם דרך כבוד בעלמא כ׳ לה שנתן לה כך וכך שלא תגבה אותה לעולם **בין קנו מניה בין לא קנו מניה** לא במיתה ולא בגרושין. עכ״ל.

[וכתב הגרי״כ לדקדק שבמקום שיש מנהג, לא יועיל קנין. והוא תמוה, שהרי בב״מ (קד:) דנו על זה בדיוק, שאף אם יש מנהג - הקנין מבטלו והופך את הכל להלוואה. וא״כ על כרחך שכוונת הרשב״ץ לומר שמחמת שיש **תקנה קבועה**, לכן אין הקנין גובר עליה, משא״כ כשאין תקנה קבועה כמו בזמננו באר״י, שאין לא תקנה זמנית ולא קבועה, שוודאי הוא שיש להתחשב בקניין כדינא דגמרא].

עוד כתב בשו״ת **תשב״ץ** ח״ג (סימן ריט) וז״ל: תלמסן. שאלת האשה שנתאלמנה בתנס והיא תובעת תוספת אף על פי שנכתבה בכתובתה ע״פ תקנות קהל אלג״זאיר שאין לאלמנה תוספת וטוענת בזה כי הייתה קטנה כשנשאת ולא הייתה יודעת בתקנה זו: תשובה: אין בדבריה כלום שהתוספת אינו תנאי ב״ד כמו עיקר הכתובה שאע״פ שלא נכתב הרי הוא כאלו נכתב, ואינו אלא מנהג. וכבר אמרו בגמרא בפ׳ מציאת האשה (ס״ו ע״ב) דרשב״ג אמר הכל כמנהג

המדינה, ואם מנהג המדינה ותקנה קבועה[כו] שאין לאלמנה תוספת בין לגדולה בין לקטנה אין לה תוספת שהכל תלוי ברצון הבעל ולא שעבד עצמו אלא על פי זאת הידיעה, ידעה היא או לא ידעה. ומה שהבן היורש שהגדיל אחר מיתת אביו העיד שאביו צוהו שיתן לאמו תוספת, אם הוא רוצה ליזוק בנכסיו רשאי הוא בכך. אבל בחלק אחיו הקטן אינו רשאי לחוב לו. עכ״ל. וכ״כ עוד בח״ב (סי׳ רפז) וח״ג (סי׳ שג). עוד הביא מדברי הטור והפרישה (סי׳ סו סק״כ וכ״ד) והשולחן ערוך (שם סע׳ יא) על הדרך הנ״ל.

[אך באמת אין ראיה מכל מה שהביא מהטעם הנ״ל בעצמו, משום דמיירי במנהג ידוע וקבוע, משא״כ בזמנינו. ובהמשך בס״ד נדון בגדר מנהג מהו].

עוד הביא הגרי״כ מהרמב״ם (פ״ו מהל׳ זכיה ומתנה) לענין סבלונות, שהכל כמנהג המדינה.

[וג״ז אינו ענין לנדון דידן, דהתם ״הדבר ידוע״ כלשון הרמב״ם ששלחם רק דרך נוי בלבד ולכן יחזרו, משא״כ בנדון דנן שאין הדבר ידוע ועל זה אנחנו דנים, שהרי אין מנהג ותקנה קבועים בענין זה, וא״כ מהיכא תיתי שהמתחייב באופן ברור בשטר וקנין בפני עדים ישתמט מחובו בטענות קש לא מוכחות. ומפליא שהגרי״כ עצמו כתב בהמשך ״דהיינו כל שהמנהג ידוע ששלחם דרך נוי הרי עצם הנוהג קובע את הדין״, וא״כ בנדון דנן שאין המנהג ידוע אלא זה אומר בכה וזה בכה, ורבו המחייבים לשלם כל הכתובה על הפוטרים, וגם שעינינו הרואות שרוב הכתובות נכתבות על סכום סביר של כ־26,000 ש״ח או $ וכיוצא, אין לזה דמיון לכל מה שנאמר בפוס׳ הנ״ל שדיברו במנהג קבוע וידוע, דקמ״ל שאע״פ שהמנהג דלא כדינא דגמרא אזלינן בתריה].

מנהגי הדיוטות שהנהיגום מעצמם

ושוב הביא את תשובות הרשב״א בח״א (סי׳ תרס״ב) ובח״ג (סי׳ לז וסי׳ תלג) ובמיוחסות (סי׳ יד) שמהם עולה שגם מנהגי הדיוטות שהנהיגום מעצמם נחשבים כתקנות קבועות שתיקנו חכמים, שזו כוונת החכמים הנז׳ בב״מ (קד) שהיו דורשים לשון הדיוט. עכ״ד.

[אך במחכ״ת אין משם ראיה לנדון דידן, שהרי גם הרשב״א לא דיבר אלא כשפשט מנהג ההדיוטות בכל המדינה וכמ״ש להדיא הריב״ש (סי׳ קה) על דברי הרשב״א הנ״ל, [והביאם הגרי״כ עצמו] ״מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו המנהג פשוט בכל המדינה״. משא״כ בזמננו שרוב העולם כותבים כתובות בסכומים סבירים ביותר, ובודדים כותבים סכומים גבוהים כבנדון דנן, ודאי אין לומר שיש מנהג פשוט בכל המדינה לכתוב כתובות גבוהות של מאות אלפים לשם כבוד בלבד.

כו. ודוק שמה שכתבו הראשונים הוא לא כמו שהמצב בזמנינו שאין כל תקנה קבועה.

וכן מוכח ממ״ש בתש׳ הר״י מיגאש (סי׳ קיז), שהביאה הגרי״כ עצמו, ולפלא שלא הרגיש בכך, שהרי כתב וז״ל:

אלא שמנהגם לכתוב בכתובות עשרה אלפים זוזים מדודים והם קצובים באלף דינרין הכתובים למעלה כסף והמנהג שאין אדם כותב לאשתו פחות מעשרה אלפים זוזים מדודים כסף ולא תהיינה כתובותיהן פחות מזה, וכזה העידו הזקנים שהוא ידוע אצלם ושכן הוא מנהג ארצם.

הרי שכזה הוא הראוי להיקרא מנהג, אם הוא באופן של ״ולא תהיינה כתובותיהן פחות מזה״, משא״כ בזמנינו שרוב הכתובות הם בסכומים רגילים, ורק בודדות בסכומים גבוהים, ודאי לא מקרי ׳מנהג׳ המבטל הלכה, שהרי אינו מנהג פשוט בכל המדינה.

ומפליא הדבר שהגרי״כ כותב בהמשך:

נראה כפי שהבאתי לעיל, כיון שמעידים לנו דיינים, שבדקו אצל רבים וכך השיבו להם הנשאלים, הרי די בכך כדי לקרוא למנהג זה כמנהג שפשט במדינה.

והוא תמוה מאוד, וכי כך נקבעים מנהגים, על סמך שני דיינים ששאלו כמה אנשים וכמה אברכים? [ועוד שהאברכים השיבו שלא לעניין כלל כשאמרו שגם על כתובות סבירות של אברכים לא התכוונו להתחייב באמת מהטעם התמוה של ״כי מניין לנו כסף לשלם״ שהיא טענת התוס׳ ותשובתו בצידה שגופם משתעבד וכיצד יעלה על הדעת להביא מהם ראיה], והלא עינינו הרואות ואזנינו השומעות ברוב ככל החופות, שסכומי הכתובה הינם סבירים וברי-השגה, כגון 26,000 ש״ח או $ או 52,000 ש״ח או $ בממוצע, ומעטים הם הכותבים סכומים במאות אלפי ש״ח או $. והדבר ניתן לבדיקה סטטיסטית בנקל ע״י שאלה למחלקות הנישואין בא״י ובטוחני שהמפריזים הם מיעוט ברור.

והנה באמת בירורתי זאת היום אור לה׳ כסלו תש״פ עם כב׳ הרה״ג רבי יצחק רלב״ג שליט״א ראש מח׳ הנישואין במועצה״ד בירושלים, והשיב לי כי רוב ככל הכתובות הם על הסכומים שהזכרתי, דהיינו בין 26,000 ל 52,000 ש״ח או $, ורק מיעוט קטן כותבים סכומים גבוהים של מאות אלפי ש״ח, ולאחרונה זה פחת מאוד כי רבני מח׳ הנישואין לא מאפשרים זאת [וסיפר כי בשעתו פנה אליו כב׳ הגרח״י רבינוביץ אב״ד ירושלים שיפעל להורדת סכומי הכתובה מחמת שסכומים גבוהים גורמים ל׳תקיעת׳ תיקים בזמן הגירושין, עוד אמר שהרה״ר קבעה סכום מקסימום למיליון ש״ח ומינימום לח״י אלף ש״ח].

ושמע מינה תלת: **חדא**, שאין כזה ׳מנהג׳ לכתוב כתובות גבוהות [לשם כבוד], ובודאי שאינו ׳מנהג פשוט׳, ושמע מינה עוד, שהכותב סכום גבוה, מצוי הדבר שיעירו לו הרבנים שלא להתחייב בו כי הוא סכום מחייב וגורר תוצאות של ׳תקיעת תיקים׳ כו׳, וא״כ עד שנאמין לו שהטעוהו לכתוב כך בטענה שאין זה מחייב כו׳ או שכתב כן מחמת לחץ חברתי, יש לחוש

לאידך גיסא שהסבירו לו הרבנים את המשמעות, ואעפ״כ כתב סכום גבוה, וש״מ עוד שסכום של מיליון ש״ח הוא בטווח הנורמה שהרי נקבע גם ע״י מועצת הרה״ר לישראל וגם ע״י הרה״ר בירושלים כסכום שניתן לכותבו, וממילא הכותבו מודע לכך שיחויב בו.

ויש להוסיף כי כיום הנוהג הוא שהחתן ממלא את העתק הכתובה במחלקת הנישואין עובר לכניסתו לחופה לרבות סכום הכתובה, ויש להניח שהוא מקבל הסבר רשמי על הליך החופה והנישואין והכתובה, מפי רב רשמי המזהירו מלרשום סכום מופרז, ואם בכל זאת כתבו, הרי התכוון להתחייב בו באמת. ואם טוען שרק בזמן החופה נכתב הסכום בהשפעת לחץ קרובי משפחה כו׳, עליו הראיה, כי רובא דרובא ממלאים גם את הסכום על טופס העתק הכתובה בביקורם במחלקת הנישואין לפני החתונה כידוע, ואח״כ בזמן הסמוך לחופה ממלא מסדר הקידושין את הכתובה הרשמית הנקראת תחת החופה על פי הרשום במסמך ׳העתק הכתובה׳ שמולאה מקודם במחלקת הנישואין. ומלבד זאת, היה מקום להצריכו עדי אונס ומודעא].

נימוק נוסף כותב הגרי״כ, שדורות אלו שונים מתקופת התלמוד, וברור שבזמנינו אף אחד לא מתכוון להתחייב באמת לסכום שכתב בכתובה, ואין לנו ״לטמון ראשנו בחול״ כלשונו, ולכן אין ראיה מהגמ׳ הנ״ל (כגון המשנה ששנינו ״אפי׳ אם אתה מוכר שער ראשך אתה נותן לה כתובתה״), ולדעתו הטעם הוא שמחמת התדרדרות חיי הנישואין בדורנו, פחתה גמירות הדעת להתחייב בסכומים גבוהים, ולכן צריך לקבוע רק סכום של אשלם במיטבא דהיינו רק כדי לכסות ההפסד והנזק שגרם לה בנישואין, כי אין זה הגיוני שיתן 2/3 מכל רכושו לתשלום הכתובה וישאר הוא בחוסר כל.

[וגם על זה יש לתמוה (מלבד שכבר תמה עליו הגרח״ש שאנן זלה״ה), שלדבריו לכל הפחות היה לו לחלק בין שומ״צ לשאינם כאלו, כי שומ״צ גם בדור הזה לא התדרדרו בחיי הנישואין עד כדי כך, והרי בדר״כ למדו בישיבות ולמדו מוסר ויודעים ערך המשפחה אלא שמיעוטא דמיעוטא שבהם נקלעו למצב גירושין, ולא גרעי מהדורות הקודמים שגם בהם היו גירושין וכדאמרי אינשי למה קדמה מסכת גיטין למסכת קידושין כדי להקדים תרופה למכה. ופשוט שהם עכ״פ התכוונו באמת להתחייב על הסכום שאותו כתבו בכתובה גם אם הוא גבוה כל שכתבוהו מרצונם ולא באילוצה של תקנה או של מנהג שפשט בכל המדינה, וא״כ מדוע לא יקיים התחייבותו כמו בזמן חכמי התלמוד. **ומדוע לא תהא כהנת כפונדקית, שהרי אותו חתן המתחייב על הכתובה חתם גם על התחייבויות ממוניות אחרות בחוזים מחייבים גם כן בסכומים גבוהים, כגון רכישת דירה בכמה מאות אלפי או מיליוני ש״ח, עם קנסות גבוהים ביותר באם לא יעמוד בהתחייבויותיו, ובזה הוא מבין שאם מפר חוזה הוא צריך לשלם את הקנסות הגבוהים, ולמה לא יבין שגם אם מפר כלפי אשתו עליו לשאת בעול הקנס שחייב בו את עצמו?** לצוד עופות ודגים ניתנה לו בינה מן השמים, וללמוד תורה לא ניתנה לו? (עי׳ תנחומא פ׳ וילך ב, ב, עה״פ כי קרוב אליך הדבר מאוד). וברור הדבר שלא עלתה על דעת שום פוסק סברה כזאת לבטל הלכות ברורות שבמשנה (אפי׳ אתה מוכר שער ראשך כו׳) רק משום שיש כיום שינוי

מנטליות. ואין לדבר סוף. **ואדרבה, עלינו לחוש לכבודה של תורה, שהחלקה הקטנה שנותרה בגלות החל הזה בשליטת התורה, לא נעשה בעצמנו ממנה חוכא ואיטלולא כאילו הכתובה היא רק כמין זמר בעלמא**].

בסיכום: התבאר שיש אומדנות והוכחות שגם בזמנינו מתחייב החתן באמת גם על סכום מופרז שכתב בכתובה.

ולאחר שדן במח׳ הרא״ש והרי״ף אם עכ״פ ישלם מה שאינו גוזמא והביא שדעת הגר״א שישלם, חזר להביא **מדברי חכמי מרוקו להוכיח שאין מגבים כתובה גבוהה**, זה יצא ראשונה:

ספר הגם שאול ח״ב (סי׳ טו) שקִבֵּל על המספחת שפשתה של הכתובות הגבוהות שהפריזו איזה אנשים - מעצמם בלי תקנת ז׳ טובי העיר - על המידה שגבלו ראשונים, לכתוב כתובות הגבוהות פי עשרה, וחלקם פי מאה ממה שהיה נהוג עד שהגיעו למאות אלפים או מיליונים, ונעשה כל הענין לשחוק ולעג, כי מי יוכל לעמוד בסכומים כאלו, ששתיים רעות יש בזה וכו׳. והביא מדברי הגר״י אבן צור בשו״ת **משפט וצדקה ביעקב** (סי׳ כט וסי׳ ל׳) שהדבר מסור בידי ביה״ד לִפחוֹת מה שנראה להם שנוסף דרך כבוד בעלמא כאשר **אנן סהדי** שלא התכוון להתחייב בסכום עצום כזה, בפרט במקום שפיתוהו והטעוהו לחשוב שאין הכתובה נגבית באמת. עכת״ד.

[**ואחה״מ**, גם מזה לא מצאנו ראיה שלא לחייב בכתובה גבוהה, לפי שכבר כתבנו כי **מדברי שו״ת הראשונים, הרשב״א והריטב״א והריב״ש והתשב״ץ וכו׳ שהביא, אין ראיה לנדון דידן**, כי הם דנו שאם המנהג פשוט יש ללכת אחריו ולִפחוֹת מסך הכתובה כפי מנהגם אף שעי״ז לא יעשו כדין הש״ס, ולא דיברו כלל בכתובות מוגזמות, משא״כ בנדון דנן שלא פשט המנהג ואינו ראוי להיקרא מנהג, יש לחייבו גם בכתובה גבוהה ואף אם היא בגדר גוזמא כמ״ש לעיל. **וגם משו״ת חכמי מרוקו ג״כ אין ראיה לנדון דידן**, לפי שהם דנו בזמן שהייתה שם תקנה קבועה ומחייבת ומנהג שפשט בכל העם ע״פ חכמי הדור שהיו גדולים בתורה באמת, ולכן כשכתב בכתובה יותר ממה שתוקן בתקנה, ידעו בוודאות בגדר ״**אנן סהדי**״ שלא התכוון אלא לכבוד בעלמא, לפי שכדברי התשב״ץ ח״ג (סי׳ ריט) שהובא לעיל בסמוך ״**לא שעבד עצמו אלא על פי זאת הידיעה**״ והיינו לפי המציאות שבזמנם וטביעת עינם והעוני כו׳ היה בגדר אנן סהדי שאין לו לשלם ושלא התכוון להתחייב בסכומים עצומים שהם בגדר ״דברים שבלבו ובלב כל אדם״ שלא גמר בדעתו להתחייב בהם, כ׳על מנת שתעלה לרקיע׳ שפשוט שלא הייתה גמירות דעת משום צד, לא מהבעל ולא מהאשה, ובפרט בסכום ׳שלא ראהו אפילו בחלום׳ כלשון המוצב״י, כאשר התקנה פוטרת אותו כאמור ועל דעתה נשא את אשתו, ונמצא שכל מה שכתה לה יותר הוא רק לכבוד בעלמא, משא״כ כשאין תקנה ולא מנהג הראוי להקרא מנהג, וכתב מרצונו כתובה גבוהה, שאין כאן אנן סהדי.

ובאמת שגם הרב ׳**הגם שאול**׳, נראה שכל מטרתו וכוונתו בדבריו הנ״ל הייתה: לקבול על

ב׳ רעות שעלולות להיגרם כתוצאה ממנהג נפסד זה של סכומים מוגזמים בכתובה שהנהיגו בודדים על דעת עצמם: א׳. שהאשה מתייאשת מראש מלדרוש כתובתה מחמת הסכום הדמיוני שנכתב בה, ומוותרת ויוצאת בלי כלום מחמת שהסכום בלתי ניתן להשגה, ואילו כתב לה סכום ריאלי הייתה לכל הפחות גובה אותו. ב׳. שפעמים שהבעל הוא המפסיד שלא בצדק אם יאלץ לגרשה בעל כרחו לצורך קיום מצות פו״ר אם לא נפקדו וכדומה, שלא יצא הוא עירום ועריה אם יצטרך להשתעבד כל כך. ולכן מטרתם הייתה לתקן שלא יכתבו כאלו כתובות שתוצאותיהן גרועות כנ״ל. אבל אם באמת התחייב, ולא פשט המנהג להפחית מהסכום שנכתב בנדוניא, הן הם יודו שחייב לשלם.

והרי גם הגרי״כ חזר בו מראייתו מספר שו״ת הגם שאול ושו״ת מוצב״י, שהרי כתב וז״ל:

> **עם זאת יש לציין ששם היה המנהג ברור, כמו שכתב (שם באות טז), שבזמן הזה כעני כעשיר כותבין סך גדול אפילו לא הוציאה כלום, משום כבוד בעלמא. וכבר כתב הרמב״ם ז״ל, שמנהגות רבות יש בכתובה ונהרא נהרא ופשטיה. והחתום על זה הוא הדיין האמצעי בבי״ד הנ״ל רבי משה בירדוגו.**

נמצא שהגרי״כ עצמו הדר תבריה לגזיזיה מכל הראיות שהביא מרבני מרוקו, אך חזרתו מדבריו כמעט אינה מורגשת לעומת השמלה הארוכה שפרש מקודם ובה הביא כביכול ראיה לדבריו מרבני מרוקו.

ובאמת שלפום ריהטא נראה שבשו״ת מוצב״י נקט שכל שיש אומדנא שלכבוד בעלמא נכתב הסכום הגבוה, יש לנו להפחיתו רק משום הטעם הזה של האומדנא שלא התכוון לשלם כ״כ וע״כ שכתב רק לשם כבוד. אך כד דייקינן נראה שבאמת אלמלא התקנה שהייתה רווחת בזמנם, לא היה פוטרו מהתוספת רק מהטעם האומדנא שכתבה לשם כבוד.

דהנה זה לשון המוצב״י (סי׳ ל בד״ה וממילא):

> **והן אמת שבלשון הרמב״ם שייך לומר כן כפי מנהגם שהתוספת והמתנה אין להם שיעור אלא כל אחד מוסיף ונותן כפי כחו, אבל לדידן, רצוני לומר למנהג פאס שקבענו שהתוספת והמתנה יהיו לערך הנדוניא וכשם שמוסיפין בשומת הנדוניא כך מוסיפין בחשבון התוספת והמתנה להשוות המדות, א״כ גם בשעת הפרעון פוחתין מזה ומזה, וכן עמא דבר, וכן הוא מבואר בלשון התקנה בפירוש, שהפחת יהיה מכל הכתובה בכללה, יע״ש באותה תקנה של שנת ש״י הכתובה בלשון ערבי.**

ואמנם בהמשך (שם דף יט ע״ב בד״ה וכבר) כתב המוצב״י וז״ל:

> **וכבר כתבנו שכל זה הוא בכתובות הנעשות על פי השומה על הדרך הנזכרת, אמנם מעת שהתחילו קצת אנשים בפאס, לפייס את החתן או להכריחו, להוסיף**

יתר על המנהג ולכתוב חמשת אלפים וכדומה, נהגתי אני לכתוב בהדיא מה שהוא כפי המנהג בעיקר ותוספת. דרך משל אלף אוקיות, ומתנה אלף אוקיות, ונדוניא אלפים אוקיות, דהיינו כפי המנהג (להשוות תוספת ומתנה לנדוניא שבקטע הקודם), ואחר כך הייתי כותב: "ועוד הוסיף החתן לכבוד ולתפארת כך וכך", לישמר מן הטעות אם יבואון לידי גירושין [כלומר שלא יטעו לחייבו את כל הסכום. ומזה נלמד שאכן היה חשש כזה שיבואו דיינים לחייבו כפי שכתוב]. אמנם כשעושין כתובות מסך גדול, כגון ב[עיר] סלא שכותבין ט"ו אלף וכדומה, או בתיטוואן שכותבין ח"י אלפים וכדומה, מי פתי יסור הנה לומר שעלה על דעתו [של] החתן שיפרע הסך הנזכר והוא מעולם לא ראהו אפילו בחלום, ואנן סהדי שלא נתכוון אלא לכבוד בעלמא ולהראות חיבת הכלה וקרוביה וכדומה. ולא עוד אלא שלפעמים מייעצים אותו העומדים שם לאמר: שים נא כבוד והרבה לה מוהר ומתן, והוא ממאן קצת אומרים לו למה תמאן, מאס"י תעדהו"ם פ"י אלחו"ך דלע"אלג'. הרי בהדיא אומרים לו דלאו לפרעון קיימי ולא מיכווני להכי. ועל פי הדברים האלה מתרצה להם ועושה רצונם. והיא הביאה לו דרך משל אלף אוקיות וכותב לה ט"ו אלף או ח"י אלף, ויקר מקרה לגרש, האם נאמר שיפרע ט"ו אלף או ח"י אלף שיעור שאינו מצוי בעולם אלא לחד בדרא או תרי בדרא וישאר מאן דהוא שבוי כל ימיו, "כי ביד אשה ימכור ה' את סיסרא"? חס ושלום להעלות כן על הדעת. אלא הדבר מסור ביד בי"ד שיש בהם מדעת קונם, ויבחינו הם מה הוא השיעור הראוי כפי הנדון, דהיינו רק כפי ערך הנדוניא, על דרך שנתבאר, והשאר אינו אלא "לכבוד ולתפארת", וכשתתגרש, מנעה ה' מכבוד, דאדעתא למישקל ולמיפק לא כתב לה.

ואם כן מדברים אלו נראה לכאורה שכל שכתב סכום גבוה שלא ראהו אפילו בחלום, מן הדין אינו מתחייב בו מטעם ד'אנן סהדי' שלא נתכוון אלא לכבוד בעלמא כו', ואם כן יקשה עליו ממשנה מפורשת שאפילו עני שהתחייב מאה מנה ה"ז חייב.

אבל האמת יורה דרכו, שבהמשך פירש המוצב"י את דבריו שכל הנאמר לעיל ש'אנן סהדי' שאינו מתכוון אלא לכבוד ולתפארת הוא דוקא מחמת שהוא נסמך על המנהג הקיים, ושהוא הנותן ש'מי פתי כו', שכיון שיש מנהג, ודאי עליו נסמך וכל מה שכתב הוא לכבוד, שהרי זה לשונו בהמשך בסמוך (בד"ה אמנם):

אמנם אם לדין, יש תשובה, שהרי כתבנו שהסך הנכתב לכבוד לא קרינן ביה שהחזיקו על עצמו כלל, ולא החזיקו אלא על האויר, כי כל הנוטל קנין, על דעת ב"ד וע"ד המנהג הוא נוטלו.

וכן מתבאר ביתר שאת ממה שכתב המוצב"י בסוף הסימן הנ"ל וז"ל:

אבל אם באו הגירושין ממנו, יתן גם העילוי. וזה באתרא דליכא מנהגא, ברם

אנן דנהיגנא מעיקרא לעשות העילוי על מנת כן שלא יבא לידי גביה בשום אופן, בזה לא דבר הרא״ש, דהוה ליה כאילו נתחייב בו מעולם, ו[כאילו] לא נכתב כלל העילוי ההוא בשטר הכתובה.

הרי שבאתרא דליכא מנהגא, החליט הרב מוצב״י שהבעל יתן גם את ה׳עילוי׳, דהיינו כל התוספת שהעלה (עילוי) על עצמו והוסיף לה מדיליה, והיינו אפילו אותם י״ח אלף שדיבר עליהם מקודם שלא ראם אפילו בחלום, ואם איתא שהאומדנא והאנן סהדי קיימים בפני עצמם גם לולא התקנה והמנהג, מטעם ״מי פתי״ כו׳, א״כ מדוע לא נאמר כן גם באתרא דליכא מנהגא. אלא ודאי האמת כמו שכתבנו, שכל האנן סהדי הנ״ל כפוף לכך שיש תקנה, וכשיש תקנה יש להתחשב בכך שהוא לא התכוון להוציא את עצמו מן הכלל הנוהגים ע״פ התקנה, ובפרט כאשר מייעצים אותו ומטעים אותו שזה רק לכבוד כו׳, אבל מעולם לא התכוון המוצב״י לומר שהאומדנא הזאת לבדה מועילה לפטור אותו, שהרי המשנה וכל הראשונים ברור מללו שמתחייב גם עני מרוד בתוספת מאה מנה שכתבה מרצונו, ואם היה אנוס עלינו להכיר באונסו כו׳.

ובזה יישבנו דבריו של המוצב״י שלא נשווהו כטועה בדבר משנה ח״ו.

וכן מתבאר עוד בהמשך דברי המוצב״י בסיום הסימן (שם בד״ה כללא) וז״ל:

כללא דמילתא, שכשם שכשמוסיפין שליש בשומת הנדוניא, פוחתין שליש מכל הכתובה, כך נלמוד שכשמוסיפין שני שלישים נפחות שני שלישים, וכן אם הוסיף עשרה חלקים, ״דלעולם אין לנו אלא המנהג, שאם הביאה מאה בפועל, תגבה מאתים בפועל״, באופן דבהאי כתובה דנ״ד אם אפשר שתביא ראיה האשה הזאת שהביאה בנדוניתה מאתים תגבה ארבע מאות, ואם תביא ראיה שהביאה ת׳, תגבה ת״ת, ואם הביאה ת״ק תגבה אלף, ואם אין שם ראיה, ישערו ב״ד באומד יפה מעלה מטה [כלומר ממוצע] כמה הוציאה ותגבנו כפול.

הרי לנו להדיא דיסוד ושורש הענין הוא התקנה שאינה גובה אלא כפול ממה שהביאה, ועל כן במקום שיש תקנה ומנהג פשוט כזה, מובן מאליו שכל הנושא אשה, על דעת כן נושא, ואם כתב יותר, אנן סהדי שהוא רק לכבוד בעלמא, דלמה נוציאנו מן הכלל הברור, משא״כ כשאין ׳כלל׳ הממושמע לתקנה, אלא איש הישר בעיניו יעשה ואין עליו כל הגבלה מצד התקנה או המנהג, כמו בזמננו אנו, שפיר מתחייב, ולא אמרינן דלפנחיא בעלמא כתב כמ״ש הריטב״א שהבאנו דבריו לעיל.

ולפ״ז גילה סופו על תחילתו שגם מה שכתב במוצב״י (בסימן כט סוף אות י) וז״ל:

״ומה שזכרנו שפוחתים מן הכתובה שליש כפי המנהג מלבד פחת השתות שבין מטבע למטבע, היינו כשכותבין הכתובה לערך מה שהוציא בנדוניא ובשומה כפי מנהג פאס יע״א, אבל כשמפליגין לכתוב סך גדול בכתובה יותר מדאי, אז צריך

לפחות כפי ערך התוספת ההיא, כי פחת השליש הוא כפי מה שנוהגין להוסיף שליש בשומת הנדוניא, וכמו שמבואר בלשון הרמב״ם ז״ל והובא בס׳ התקנות. אבל כשהתוספת מרובה על העיקר, אנן סהדי דאינו מוסיף כ״כ אלא לכבוד ולתפארת, ואדעתא למישקל ולמיפק לא כתב לה. ולפיכך הדבר תלוי בדעת ב״ד לפחות יותר מהשליש לערך מה שנראה לב״ד שנוסף דרך כבוד בעלמא וכנז״ל. זהו מה שיש להשיב בנד״ד בענין דינא בחיוב פרעון הכתובה כשתובעת האשה הגירושין מחמת טענה עה״ד שנתבאר. נאם החותמים בשבט התפ״ו ליצירה. וחתומים ה״ה ה״ה כמוהר״ר יעקב אבן צור נר״ו, וכמה״ר משה בירדוגו נר״ו, וכמה״ר משה בן אדהאן נר״ו״.

הוא ג״כ רק מחמת שכך היה המנהג [**וכפי שהדגשנו זאת במובאה זו**] עד שהיה בכוחם לומר בודאות ״אנן סהדי שרק לכבוד כתב כן״, כי באמת הדברים ידועים ומפורסמים שקהילות מרוקו היו מסודרות להפליא תחת תקנות חכמי הדור, דור דור ודורשיו ומתקני תקנותיו, אין פרץ ואין יוצאת, עד הדורות האחרונים ממש וכמו שתמצא בספר **בית דינו של יהושע** לאמ״ז זלה״ה, שרוב ככל פסקי הדין הוכרעו על פי התקנות, וכן הוא בכל ספרי דייני ורבני מרוקו לדורותיהם מאז גירוש ספרד, וכבר התחברו ספרים שלמים על התקנות, מלבד מ״ש בספר תורות אמת לאמ״ז, וכרם חמר ועוד, הנה לאחרונה יצאו הספרים ״תקנות חכמי מכנאס״ ו״תקנות חכמי פאס״ המלמדים כי כל הנהגה בכל תחום מהחיים נקבעה ע״פ גדולי הדור ודייני העיר, וכל הדיינים בעמם היו יושבים ודעתם מעורבת עם הבריות, כך שכאשר אמרו ״אנן סהדי״, ידעו בדיוק על מה הם מדברים, והיה זה בגדר ״בלבו ובלב כל אדם״ באמת, ולא נאמרו הדברים כאומדנא והשערה בעלמא, משא״כ בזמנינו שהדברים רחוקים מאוד ממה שהיה שם, ואין כאן כאן לא תקנה ולא מנהג, ולא עדות מגובשות עם רבני עדה המעורבים בכל הנעשה בה ושעל פיהם יישק כל דבר כמו בזמנם, ואין כאן אלא השערות ו׳סקרים׳ ערטילאיים, ודאי הוא שאין להשערה בעלמא כל תוקף מול שטר חתום בקנין ועדים ובפרט כשנוסף לכך גם שבועה.

והדברים מבוארים ביתר שאת עוד בהמשך (שם אות טז) וז״ל:

עוד נמצא כתוב אחר החתימות וזה נוסחו: והגם שנמצא בתקנה אחת שמנהג ה״תושבים״ [הם יהודי מרוקו שהיו תושביה עוד לפני גרוש ספרד, ולהבדיל מ״המגורשים״ שהיו להם מנהגים ותקנות אחרות] בפאס יע״א שיפרע לה תוספת ומתנה במושלם, ובנדוניא מנכין שליש, זה המנהג היה ל׳תושבים׳ שהיו כותבין הכתובה לפי ערך הנדוניא, וממילא חייב עצמו לפרעו במושלם, אבל בזמן הזה, כעני כעשיר כותבין סך גדול אפילו לא הוציאה כלום, משום כבוד בעלמא, וכבר כתב הרמב״ם ז״ל מנהגות רבות יש בכתובה ונהרא נהרא ופשטיה, וכן אנו נוהגים בניכוי השליש. והחתום ע״ז כמה״ר משה בירדוגו נר״ו.

הרי שבמקום שנהגו [התושבים] לכתוב תוספת כנגד נדוניא בדקדוק, והיו מגבים את כל התוספת, לא טענו שום טענה על גובה הכתובה גם אם היה מוגזם, וחוייב לשלם 'במושלם', ורק במקום שנהגו [המגורשים] שכעני כעשיר כותבים כו', הרי ידעו שזהו לכבוד בעלמא, כי כזו הייתה המציאות הידועה והפשוטה והברורה לכל.

וכן כתב עוד בהמשך (אות יז) וז"ל:

וראיתי שכל דבריו האמת והצדק. גם מלשון התקנה דייק הכי, דאמר בענין ניכוי השליש וז"ל: שכך נהגו אבותינו, משמע דדבר זה תלוי במנהג כל מקום לפי מה שנהגו להוסיף כן פוחתין ובהדיא קתני לה הרמב"ם ז"ל בלשונו הובא בתקנה הנז' וז"ל יש מקומות שנהגו לכתוב בכתובה הנדוניא יותר על כדי דמיו בשליש... הרי בהדיא דכפי וסת ההפלגות יש לנכות. ובאמת דלא מיקרי שהחזיק לה על עצמו אלא מה שראוי לבא לידי גוביינא, דאדעתא דמנהגא נתחייב, ואדעתא דהכי קנינא מניה ... וחתום על זה כמה"ר חנניה בן זכריה נר"ו.

וכן חיזקו דברים אלו בהמשך (אות יח ואות יט) כמה"ר ר' יצחק אצבאן וכמה"ר ר' אברהם בן חסין זלה"ה.

שו"ת הלכה למשה

והלום ראיתי להגאון רבי משה אלבאז בספרו הלכה למשה (חאה"ז סוף סי' ה) שדן באשה שפרחה בה צרעת והעלה שחייב בכתובתה כי נסתחפה שדהו, ולענין כתובה העלה שמעיקר הדין חייב בכל, "אלא שמצד אחר אתינא לזכות הבעל ולפוטרו מקצת ועל מי יש לנו להשען על אילן גדול הרב כמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה והוא שבזמן הזה שמוסיפין בשומת הנדוניא יותר מחציה כאשר עינינו הרואות שנתפשט מנהג זה בעירנו זאת ועושין כתובות גדולות מה שאין הבעל יכול לסבול, בזה לא דברו חכמים שימכור אפילו שער ראשו ויהיה עני כו'... רק יתן נדונייתה ויוסיף מעט כפי כחו והשאר מבטלו בלבו ודיו" עכ"ל.

ובסוף הסימן הנ"ל בתשובה להגאון ר' שלמה אליהו אבן צור כתב וז"ל:

ומצאתי בתשובה להרב הגדול כמוהרר"פ בירדוגו ז"ל [בשו"ת משפטים ישרים] בסי' רס"ב שכתב וז"ל: אשה אחת שהיה בה חולי הצרעת... ומ"מ צ"ע אם יש לה תוספת ונראה דיש לה כיון שנסתחפה שדהו וכמ"ש מרן סי' קיז ברואה דם מחמ"ת, ויתן הכתובה כולה אלא די"ל שלא חייבוהו אלא בתוספת שמוסיף מדעתו ורצונו אבל תוס' שהוא מנהג ובעל כרחו עושה אותו נראה דלא נהגו כן אלא שלא יגרש חינם אבל אם מוכרח לגרש מחמת שאומרים לו שיש לו סכנה וחמירא סכנתא מאיסורא, נראה דאדעתא דהכי לא הנהיגו. וכעין זה חילקו הרבנים מהריב"ץ זלה"ה והרב א"ז המשבי"ר זלה"ה דאף דקיי"ל בממאנת יש

לה תוס׳ הנ״מ בתוס׳ שמוסיף מרצונו אבל התוס׳ שבע״כ מצד המנהג אין לה ואפשר דה״ה הכא כיון שמוכרח להוציאה אין לה תוספת וצ״ע וראוי לפשר. עכ״ל הרב ז״ל. וככל הנראה זהו ה׳פסק כעין תקנה׳ שהזכיר השופדי״ע.

והוסיף בהלכה למשה וז״ל:

ועיין בס׳ פני משה ח״א סי׳ כ״ד שכתב בשם מהרש״ך ז״ל ח״א סי׳ מ״ה גבי אילונית דס״ל להרמב״ם יש לה תוספת היינו דוקא בתוספת שבזמן התלמוד שהבעל היה מוסיף מרצונו ודעתו ורצה ליזוק בנכסיו דדין הוא דלא תפסיד האשה כיון שהיא רוצה לעמוד תחתיו. אמנם בתוספת זה שבזמנינו שנתפשט המנהג שכל הנושא אשה חייב להוסיף על הנדונייא שליש מלבר וחוב הוא על הבעל, תוספת דכה״ג שוה לדין מנה מאתים, וכי היכי דאילונית מפסדת מנה מאתים, מפסדת תוספת, שהרי לא מדעתו מוסיף לה כלום. עכ״ל. והוא ממש כדברי הרבנים א״ז מהריב״ץ והרב משבי״ר ז״ל גבי ממאנת, וכ״ש בתוספת זה שבזמנינו שהוא מרובה בכפלי כפלים על התוספת דמהרש״ך, שהוא שליש מלבר, פשוט הוא שאין לעשות בזה אלא פשרה כפי ראות עיני ב״ד אלופי עירם ישצ״ו.

והרי הדברים ברורים מפי אחד מגדולי האחרונים, מהרש״ך, שדבריו מובאים תמידים כסדרם בש״ך ועוד, שמבהיר באר היטב שיש הבדל יסודי בין תוספת שכותב האדם מרצונו שרצה ליזוק בנכסיו שאפילו איילונית נוטלת, לבין תוספת שחייב הוא לכתוב אותה על פי המנהג, ״וחוב הוא על הבעל״ כלשונו, שבזה אין לחייבו אם נאנס לגרש. מעתה גם מ״ש הרב הלכה למשה בתחילת התשובה ״ועל מי יש לנו להשען״ כו׳, על היעב״ץ שהוא בעל מוצב״י הנ״ל, ברור שכוונתו שפטר מכתובה גבוהה דוקא כשחוייב לכותבה מחמת המנהג.

מעתה, בזמננו אין כל דמיון למה שהיה נהוג שכולם מחוייבים על פי התקנה לכתוב סכום גדול, שהרי בזמננו איש אינו מחייבו ואין שום תקנה המחייבת, ואם לוחצים עליו או מפתים אותו, עדיין אין זה תקנה המחייבת, ודינו ככותב מרצונו שרצה ליזוק בנכסיו. וזה ברור. ודלא כמ״ש הגר״י אלמליח שליט״א להביא ראיה מהרישא של ספר הלכה למשה הנ״ל, דליתא, דשפיל לסיפיה דקרא כאמור, שהוכיח סופו על תחילתו שרק במקום מנהג קבוע דיבר ולא במציאות זמננו.

ועיין **במשפט הכתובה** שכתב שכל מה שמצאנו בפוס׳ שלא הגבו כתובה גבוהה הוא רק במקום שהיה שם מנהג.

בסיכום: התבאר בהרחבה ובאריכות שכל מ״ש בשו״ת גאוני מרוקו שלא חייבו את התוספת הגבוהה בכתובה הוא רק מחמת שנהגו בתקנות ידועות ע״פ בתי הדין, משא״כ בזמננו שאין לנו כל תקנה ולא מנהג ידוע ע״פ בית דין, וכבר הוכחנו זאת ממעשה רב של גדולי דורנו שהובא בס׳ משפט הכתובה שאין לנו היום תקנות ולא מנהג.

הגר"ש דיכובסקי

ולהלן תמצית נימוקי הרב דיכובסקי העומד בשיטת הרב יקותיאל כהן ושולל אף הוא להגבות כתובה גבוהה אף אם לא דמיונית:

וזה תורף דבריו: אמנם מבחינת ההלכה יש כאן הודאה וקנין אודיתא, ואפשר לחייבו בכך, אבל לא פעם עמד החתן בבית דיננו וזעק שהחתימוהו כמעט בכפיה על התחייבות מוגזמת לכבוד הכלה.

[ויש לתמוה כיצד התפעל מטענה בעלמא ללא הוכחות, נגד שטר מפורש החתום בעדים ובקנין? ואם משום שזה קרה "לא פעם" וכוונתו שבכך נעשה הדבר כמנהג שמחתימים כמעט בכפיה, ראה מ"ש לעיל ע"פ הריב"ש, ולא זו הדרך שנקבע מנהג].

עוד כתב: בתי הדין נהגו לקבוע שסכום מוגזם הכתוב בכתובה, אינו סכום של חיוב אלא של כבוד, והוא בגדר אסמכתא בלבד, ולא ניתן לחייבו, למרות החיוב שבשטר. השאלה הגדולה היא: **מה נקרא סכום מוגזם?** בזמנו נחלקתי עם חברי בנושא זה. דעתי הייתה שסכום הגבוה מ 120,000 שקל חדש המייצג סכום חודשי של 10,000 שקל חדש לחודש - נחשב לסכום מוגזם. דעה זו התבססה על האמור בפירוש הר"ש **בסוף מסכת פאה** לגבי הדין שמי שיש לו מאתים זוז לא יטול מן הצדקה, כי סכום של מאתים זוז מייצג פרנסת אדם לשנה שלימה... **חז"ל רצו שהאשה לא תאלץ לחזר על הפתחים לאחר הגירושין, ונתנו לה אפשרות לפרנסת שנה באמצעות קבלת דמי הכתובה... הכתובה לא נועדה להעשיר את האשה הגרושה, ולדלדל עד עפר את הבעל. מטרת הכתובה היא לאפשר לאשה קיום בכבוד למשך תקופת מינימום של שנה, עד אשר תמצא בעל אחר.**

[ויש להעיר על מה שכתב הגרש"ד שבתי הדין נהגו לקבוע **שסכום מוגזם הכתוב בכתובה, אינו סכום של חיוב אלא של כבוד** כו', כי נראה שאין הדבר כן, משום שבבדיקה בפד"ר לא מצאנו שדנו בכתובה מוגזמת רק החל מכרך ט"ו, וגם שם לא פטרוהו אלא בסכום דמיוני שלא בהישג יד. באותו הפסק הגר"ש שאנן אמנם היה בדעת מיעוט בכתובה גבוהה נגד הגרש"י כהן והגר"מ אוריה שפטרו עיי"ש, אבל מ"מ הלזה ייקרא מנהג? עכ"פ היום רוב הדיינים שדנו בעומק הסוגיא עם מקורות מש"ס ופוסקים [הגר"צ אלגרבלי והגר"ש שאנן והגר"ד לבנון והגר"ע שחר ועוד] כתבו שרק במוגזמת ממש פטור, ואם רק גבוהה - חייב, ואין בה משום אסמכתא, והגר"א לביא כתב שחייב גם במוגזמת ממש. וגם הפוטרים רובם הסכימו שאין בה אסמכתא, אלא שכתבו שמחמת מנהגי הכתובה יש להפחית מה שנוסף מטעמי כבוד, אבל לא מטעם אסמכתא [הרה"ג יקותיאל כהן והגר"ד מלכה ועוד] ודלא כמ"ש הרב דיכובסקי שמנהג בתי הדין לפטור].

ובספר משפט הכתובה כרך ח (עמ' ע"ז-ע"ח) מנה פסקי דין רבים שחייבו בכתובה גבוהה, ואחד מהם שהוגש לערעור ונדחה, וז"ל:

14ולמעשה כמה פעמים גבו בבתי הדין כתובה אף שהסכום בשטר היה גבוה. עיין תיק ביה״ד איזורי חיפה 24-2720, ותיק 64-058417940, ותיק ביה״ד איזורי נתניה 21-75980938, ותיק ביה״ד הגדול 64-3222, ועוד. ובתיק ביה״ד האזורי ת״א 21-11865144 חויב הבעל בתשלום מליון שקל שכתב בכתובה, וערער על זה לבי״ד הגדול בטענה שסכום כזה הוא לא לתשלום וגם שהרב מסדר הקידושין אמר לו שבלא״ה זה סמלי ולא משנה, ודחו דבריו שאין סכום הכתובה סמלי (והרב לא אמר לו כן), ומה שמתחייבים - הרי זה לתשלום.

הרי לנו רשימה ארוכה של פס״ד שחייבו את מלוא הכתובה אף על סכום גבוה. ושמעתי שלפני כמה עשורים חייב ביה״ד בתל אביב את אחד מגדולי עוה״ד ששימש אף כשר בממשלה, בכתובה בסך של כמה עשרות מיליוני שקלים ולא הועילה טענתו שלא התכוון כו׳.

ומ״ש עוד הגרש״ד שנחלק עם חבריו ודעתו הייתה [ומשמע שהיה בדעת מיעוט נגד חבריו לשון רבים] לפטור מתשלום על כל סכום שמעל 120,000 ש״ח שהוא פרנסת שנה מטעם שכל שהוא יותר מזה הוי אסמכתא ומטעמי כבוד, ושחז״ל לא התכוונו להעשיר את האשה כו׳ ושכל מטרת הכתובה היא לתת לה אפשרות להתפרנס במשך שנה עד שתמצא לה בעל אחר. ע״כ.

במח״כ הרי לא מצאנו בשום מקום בדברי חז״ל והפוסקים שזו הייתה מטרת הכתובה, שתוכל להתפרנס משך שנה עד שתמצא בעל אחר, אלא הטעם פשוט וברור ומפורסם לכל במסכת כתובות (טל:) רבנן סברי: טעמא מאי תקינו רבנן כתובה? כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה.

וכ״פ הרמב״ם (הלכות נערה בתולה פ״א ה״ד) על האנוסה שאין לה כתובה מטעם ״שלא תקנו חכמים כתובה לאשה אלא כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, וזה אינו יכול להוציא״. הרי שאין בנמצא טעם אחר לכתובה אלא זה, ולא שום טעם ומטרה אחרת.

והמשנה בפאה (פ״ח מ״ח) שאמרה ״מי שיש לו מאתים זוז לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני״ לא דיברה כלל לענין כתובה אלא לענין הלכות צדקה, לאסור על מי שיש בידו פרנסת שנה לקחת ממון שהתורה ייעדה אותו למי שמוגדר כעני, ומי שיש לו מאתיים זוז אינו מוגדר כעני, וזהו שפירשו מפרשי המשנה שהטעם הוא כי השיעור הנ״ל הוא כדי פרנסה לשנה, ששיערו חז״ל שמי שיש לו כדי פרנסת שנה אינו זקוק לקבל צדקה. ואם במקרה יצא שגם שיעור עיקר הכתובה הוא בשיעור זה, לא מפני כך נבנה תלי תלים של הלכות ללא כל בסיס ונגרום לנשים שהתענו תחת בעליהן לצאת בקלות לחיי גירושין במחיר של לעג לרש מתחת בעליהן האמידים שפשעו בהן. והרי המונח ״מאתיים זוז״ מופיע לעשרות במשנה ובתוספתא ובתלמודים בנושאים מגוונים, היעלה על הדעת לטעון שהמטרה שהוזכרו שם מאתים זוז היא משום היותם כדי פרנסה לשנה, ולהוציא מזה הלכות לכל הנושאים ההם? אלא ודאי הא כדאיתיה והא כדאיתיה.

ועוד דאם איתא מדוע חילקו בין נישאת אליו כשהיא גרושה ואלמנה לבין נישאת אליו כשהיא בתולה, וכי גרושה ואלמנה לא צריכות פרנסה לשנה עד שימצאו להן בעל אחר, ואדרבה לבתולה קל יותר למצוא בעל שני אם תתגרש, והיו צריכים לתת כתובה לאלמנה וגרושה יותר מלבתולה, כי אח״כ כבר יהיה עבורה זיווג שלישי שעוד יותר קשה למצוא בעל, אלא ודאי ליתא לטעמו של הגרש״ד.

ועוד דאעיקרא מאתיים זוז שהוא כדי פרנסת שנה הוא רק עיקר הכתובה לבתולה מלבד התוספת, ואם נאמר שכל כוונת חז״ל היא לתת בידי האשה פרנסה לשנה, אם כן מדוע אמרו אם רצה להוסיף מאה מנה יוסיף, והלא די לה במאתיים זוז לפרנסת שנה.

ועוד שהרמב״ם (פכ״א מהל׳ אישות הי״ז) והשולחן ערוך (סי׳ פב ס״ו) פסקו שגרושה אין לה מזונות, ואם איתא לדברי הגרש״ד, ייצא שכל בעל המגרש את אשתו חייב במזונותיה למשך שנה עד שתסתדר, ונפ״מ לבעל שכתב כתובה הנמוכה מ120,000 ש״ח שהיו צריכים לחייב אותו להשלים לסכום הנ״ל כדי שיהיה לה פרנסת שנה [ונמצא שאדרבה 120,000 ש״ח היה צריך להיות הרף התחתון ולא העליון כפי שהוא כתב], ולא מצאנו בפוס׳ שיפסקו כך אפילו בבעל שפשע והיה אשם בגירושין.

ועוד ראיה ברורה שלא זו הייתה כוונת חז״ל, שהרי שנינו (כתובות קד.) ונפסק בשולחן ערוך (אה״ע סי׳ קא ס״א) וז״ל:

> **אלמנה, כל זמן ששטר כתובה בידה, גובה לעולם, בין אם נותנים לה מזונות בבית אביה או בבית בעלה... אפילו עברה עליה שמיטה, אינה נשמטת אא״כ פגמה אותה... ואם אין כתובתה בידה ובאה לגבות בתנאי ב״ד במקום שאין כותבים, אם נותנים לה מזונות בבית אביה או שנשאת לאחר, אינה גובאת אלא עד סוף כ״ה שנים. אבל שתקה כ״ה שנה ולא תבעה, מחלה. ואם תבעה תוך כ״ה שנים, מונים לה כ״ה שנים מיום שתבעה. וכן יורשיה צריכים לתבוע תוך כ״ה שנים למיתתה, ואם שתקו יותר מכ״ה שנים, מחלו. וכל שזכרה ואמרה שמה ששותקת לאו משום מחילה, הוי כתבעה.**

ואם איתא, הרי מעיקר הדין היו היתומים יכולים לסלק אותה מיד אחרי שנה שקיבלה מזונות, שהרי היא כבר יכולה להסתדר ולמצוא לה בעל אחר. וכיצד אוכלת כל ימי חייה על חשבון נכסי בעלה להמעיט מנכסי היתומים כשיש בידה שטר כתובה, וגם כשאין בידה שטר כתובה, התירו לה להיות ניזונית בתנאי בית דין מנכסי בעלה עד 25 שנה אפילו היא בבית אביה. ואפילו כבר נשאת לאחר, דהיינו ש׳כבר מצאה בעל אחר׳ באמת, ויש לה מי שיזון אותה, וכבר אינה ניזונית מנכסי בעלה מהרגע שנשאת, עדיין יש לה זכות לגבות כתובתה עד סוף 25 שנה ממיתת בעלה כמ״ש הב״ש (סי׳ קא סק״ו) וז״ל: ״או שנשאת לאחר - אף על גב דאז אין לה מזונות כלל, מ״מ לכ״ע תוך כ״ה שנים לא הפסידה״.

ואם איתא, כיון שיש מי שיזון אותה, שכבר נשאת, מדוע תיטול את כתובתה עד 25 שנה, הרי כל כוונת ומטרת הכתובה הייתה כדי שיהיו לה מזונות לשנה, והרי יש לה להרבה יותר מכך, שהרי יש לבעלה החדש חזקת חיים כמ״ש בגיטין (כח.), אלא ודאי לא הייתה זו כוונת חז״ל כלל ועיקר.

בסיכום: הטעם היחיד שתיקנו חז״ל כתובה הוא: שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ואילו הטעם שחידש הרב דיכובסקי שהוא כדי שתהיה לה פרנסה לשנה אחרי הגירושין, מלבד שאין לו כל מקור בדברי חז״ל, הרי הוא גם נסתר להדיא ממקורות רבים בש״ס ופוס׳.

ולא עוד אלא שכל דבריו של הגרש״ד בפסק זה שלא הובא להם כל מקור בדברי הש״ס והפוס׳ הם נגד דעת רז״ל המפורשים במשניות ובגמ׳, [ושוב ראיתי שכבר השיג עליו הגרח״ש שאנן בקצרה בספרו הנ״ל עיי״ש], שהרי מ״ש במשנה ׳אם רצה להוסיף אפי׳ מאה מנה יוסיף׳ יש לשער ג״כ שגם אז הייתה תופעה של **לחץ חברתי ורצון להרשים**, שהרי אין חדש תחת השמש, ומה שהיה הוא שיהיה, שהרי זה נטוע בשורש מדות חלק מבנ״א שיסוד הרוח גובר בהם (כמ״ש מהרח״ו בספר שערי קדושה) לרצות להרשים, וגם אז מן הסתם היו לחצים ויש שזעקו שכמעט החתימו אותם בכפיה, שהרי העידו חז״ל (שבת קל.) דליכא כתובה דלא רמו בה תיגרא, ועל מה יש לריב בכתובה אם לא על הסכום שיש לרשום בה, והרי לא אמרו דליכא חופה או דליכא קידושין דלא רמו בה תיגרא, אלא דליכא ׳כתובה׳ דייקא, וא״כ יש להניח שגם אז כעתה היו גם היו בעלים ש״רצו״ להוסיף מאה מנה [6 מיליון ש״ח דהיום] מחמת הלחץ החברתי כו׳, ואעפ״כ כתב הריטב״א דלא אמרינן לפנחייא בעלמא כתב מאה מנה כנ״ל, ולא מצאנו כל החרגה בדין הכתובות מדיני מתנה או מכר באונס בשולחן ערוך חו״מ (סי׳ רמב וסי׳ רה), שם נפסק שכדי לבטל מתנה בטענת אונס יש להוכיח את האונס או גילוי דעת, ואם נידונית כמכר עליו אף להביא עדי מודעא, ובדין הוא שכל שלא היה בגדר ׳אנן סהדי׳ ממש שהיה אנוס כבנדון חכמי מרוקו הנ״ל, דיני חושן משפט לא בטלו ממנו. ולא שת לבו למשנה מפורשת בנדרים (סה:) ״אפי׳ אתה מוכר שער ראשך אתה פורע כתובתה״].

ושוב כותב הגרש״ד שגם סכום אסטרונומי לגיטימי אם נעשה עם הקניינים כו׳ אבל צריך לקחת בחשבון את הלחץ של החתן בחופה ורצונו להרשים ולחץ משפ׳ הכלה שאומרים לו: מה מפריע לך להתחייב, הרי זה רק לשם כבוד. עכ״ד.

[והנה נקוט מיהא חדא, שמודה שגם סכום אסטרונומי מחייב מעיקר הדין גם לשיטתו אם נעשה עם הקניינים, אלא שטוען מחמת הלחץ החברתי כו׳. ושוב, טענה זו כבר אמרה, אלא שלא מפי השערות אנו חיים, אלא כל מקרה לגופו, והרי יש לנו הלכות קניינים ומכר ומתנה, ומה נקרא אונס שמבטל מכר או התחייבות או מתנה, ועליו ההוכחה שהיה אנוס ומסר מודעה וכו׳, ורק אם המציאות היא בגדר **אנן סהדי** ממש שכך היה מעשה, יש מקום לפוטרו וכמ״ש לעיל בשם המוצב״י, ושם במוצב״י - לפי המציאות הידועה לו הוא דן, שהמציאות הייתה באמת בגדר אנן סהדי, וכן מ״ש השופדי״ע שהעני אנוס ע״פ **התקנה** לכתוב כתובה גבוהה

- הוא ג״כ באמת ברמה של אנן סהדי, משא״כ במציאות זמננו, גם אם נסכים שיש חתנים שכותבים מחמת לחץ או רצון להרשים, מכל מקום אין מה שיכריח אותנו להאמין שבנדון העומד לפנינו הייתה המציאות כזו, ועליו נטל ההוכחה שהטעוהו ואנסוהו וכמ״ש הגר״ש שאנן, וצריך שיתברר האונס, ואפשר גם כן שצריך שימסור מודעה [שהרי לא ברור שהוא כמתנה ממש שאונס לחוד מבטלה כמ״ש השופדי״ע, שהרי כאן מתחייב בתמורה לחיבת ביאה וכו׳, ואולי כתב כן למנהג מרוקו שבכתובה היה מרכיב של ׳מתנה׳ מלבד התוספת והנדוניא ועיקר כתובה], וא״כ אפשר דהוי כמכר ולא כסתם מתנה שנותן ללא כל תמורה, והרי לא מסר מודעה כדת, וא״כ כיצד נבטל כל דיני מתנה ומכר בהשערות בלבד. ועכ״פ גם אם היינו מסכימים לסברות אלו מחמת הספק, הרי לאו כל אפייא שווים, אלא במקום שיש למיגדר מילתא כשהבעל פשע ועזב את אשתו ללא סיבה הנראית לעין הדיינים כמוצדקת והלך לחבוק נכרייה תרתי משמע, יש להעמידו על קו הדין שעליו ההוכחה שהיה באמת אנוס ע״פ גדרי אונס בהלכה, ושיביא עדים שמסר מודעה וכו׳].

בסיכום: גם הטענה לפטור מחמת שחתם בלחץ חברתי אין לה על מה שתסמוך ואדרבה נסתרת היא מדברי חז״ל המפורשים. ועוד שאין לבטל קנינים שנעשו כדת וכדין ע״פ השערות עמומות ובלתי מוכחות.

ומה שכתב הר״ש דיכובסקי שצריך להביא בחשבון שבזמנינו האשה מקבלת ע״פ חוק יחסי ממון וכו׳ מה שלא מגיע לה ע״פ ד״ת כו׳.

[**הנה** עכ״פ אם זהו הטעם, לא היה לו לפסוק בסכינא חריפא שכל הכתובות שבעולם תוגבלנה לסך 120 אש״ח אלא הכל לפי מה שמקבלת או לא מקבלת בבהמ״ש, שאם לא קיבלה כגובה כתובתה, ישלימו לה כדי כתובתה ואפי׳ היא גבוהה מסך 120 אש״ח, ואם קיבלה יותר מכתובתה לא תקבל כלל כתובה ואפי׳ לא הסך הנ״ל, ואכן כך נהוג כיום בבה״ד מבלי קשר לכתובה מוגזמת, וא״כ טענה זו אינה מעלה ולא מורידה לענייננו, וכדי נסבה].

ומ״ש בהמשך ״גם אם נקבל השקפה זו, לא בכל מקרה אראה סכום חריג ככתובה מוגזמת. לדוגמא: אם משפחת הכלה מתחייבת לתת דירה... ראוי לפחות לכתוב כתובה המייצגת ערך של דירה או מחציתה... בחוגים אלו, יש לדרוש בתוקף רישום סכום נכבד בכתובה המייצג לפחות ערך של מחצית דירה. מאידך, כאשר מדובר בזווג שני, שנועד לאפשר לשני הצדדים שלא לבלות את אחרית שנותיהם בבדידות של ״לא טוב היות האדם לבדו״, לדעתי המגמה הפוכה״.

[**והרי** שהוא עצמו מכנה את שיטתו בדין כתובה גבוהה כ׳השקפה׳, ובצדק, אחר שלא כתב כל מקור בהלכה לבסס את שיטתו. והנה מ״ש לענין משפחת כלה המתחייבת דירה כו׳, אין זה מן הדין, אלא רק ״עצה טובה קא משמע לן״, כי רשאי אדם ליזוק בממונו, ק״ו למי שלא רואה במתנת דירה לחתנו ׳נזק׳, אלא אדרבה רואה בזה זכות לעצמו שמסייע לחתנו בלימודו. ולאידך

גיסא בזיווג שני, אין זקוקים לעצה זו בדר״כ, כי כולם מבינים זאת מעצמם, ואם רצה בכל זאת לכתוב לה כתובה גבוהה, כנראה שבאמת מרגלית מצא, ומי יאמר לו מה תעשה, או שנאמר כדעת מהר״ח או״ז שהתכוון לעשותה אפוטרופא, אך כבר כתבנו שנראה שהוא דעת יחידאה].

ומ״ש עוד שכאשר הבעל שרוי בחובות ואם יחייבוהו ייכנס לבית הסוהר, אין טעם לחייבו, ועוד שקרוב לוודאי שאילו ידע שיבא לידי כך לא היה מתחייב. עכת״ד.

[**הנה** ג״ז הוא שלא כהלכה, שמעולם לא שמענו שאדם יזכה בדין רק משום שאין לו כסף לפרוע, שהרי ׳אין מרחמים בדין׳ על חשבון הצד השני, אלא מחייבים אותו, ולכל היותר יש לכתוב שע״פ דין תורה אין להכניסו למאסר על כך אלא רק לסדר לו כמו שמסדרים לבעל חוב ולהטיל עיקול על נכסיו דקני ודעתיד למקני באופן שיוכל להתקיים ולשלם חוב הכתובה לכשירווח לו, הכל כמ״ש בחו״מ (סי׳ צז סכ״ג). וגם הטענה שהעלה ״שאילו ידע כו׳ לא היה מתחייב״, שהיא בעצם טענת אסמכתא, הרי התוס׳ וכל הראשונים בר״פ אע״פ לא התחשבו בטענה זו, ואכמ״ל].

גם מ״ש שכיון שהאשה לא ידעה כלל מההתחייבות הגבוהה, ור״ל שא״כ י״ל שלא הייתה גמירות דעת מצידה לקבל כתובה גבוהה כזו,

[**יש** להשיב על זה ממ״ש בשולחן ערוך חו״מ (סי׳ מ), שכיון שהתחייב לחברו מנה או כל סכום אחר באופן שאין טענת השטאה כו׳ ועוד שהתחייב בפני עדים וק״ו כשקנו מידו, ה״ז חוב גמור אפי׳ אם ידוע שמעולם לא התחייב לו באמת].

(וע״ע בשאלה אם יש בהתחייבות גבוהה משום אסמכתא - באוצה״פ אבה״ע סימן נא ס״ק י אות ב. וע״ע גבי כתובה מופרזת, בשו״ת ישיב יצחק, שכטר, חי״ט סי׳ נו-נז, ציין להם בס׳ משפט הכתובה).

בסיכום: אין לפטור מראש בטענה שאין לו לפרוע שהרי אין מרחמים בדין, וגם אין לחדש שאין לאשה גמירות דעת לזכות כמ״ש בדין חייב אני לך מנה שאע״פ שמעולם לא התחייב לו באמת ומן הסתם לא גמר בדעתו לזכות, אעפ״כ חל החיוב.

הגר״ש תם

בפס״ד של ביה״ד ירושלים (הגר״א לביא, הגר״ש תם והגר״ד מלכא) בתיק 1052109/1 מיום כ״א בסיוון התשע״ו (27.6.2016) כתב הגר״ש תם שאין להגבות כתובה בסכום גבוה. והנה ראיתי בפס״ד של הגר״ש תם, שדחה את הראיה ממס׳ נדרים (סה:) אפי׳ אתה מוכר שער ראשך כו׳, בנימוק כי שם מדובר במי שחייב את עצמו בסכום מעט גבוה מהרגיל שהוא ר׳ זוז והוא התחייב ת׳ זוז, וכן בתוס׳ ר״פ אע״פ מדובר במאה ליטרין שאינו סכום גבוה כ״כ. והביא מהריב״ש (סי׳ קנג) שר׳ זוז אינו גבוה כשבני העיר עשירים, ורק בזמן התלמוד שהיו עניים היה

סכום גבוה, אך לא מופרז. והביא ראיה מכתובות (סז:) שמר עוקבא היה תורם לשכנו העני כל ערב כיפור ת' זוז, הרי שלא היה זה סכום מופרז שא"כ היה יוצא מגדר עני ולא היה צריך לתת לו כל ערב כיפור. והעמיד את המשנה בכתובות (נד:) שאם רצה להוסיף אפי' ק' מנה יוסיף, באדם עשיר שיש לו הסכום הנ"ל. והסתייע לטענתו מהשטמ"ק שם. ועוד הביא ראיה שסך ר' זוז הוא נמוך, ממ"ש בב"ק (צ.) ונפסק בחו"מ (סי' תכ סע' מא) שעל כל סטירה שסוטר לחברו חייב ת' זוז. וסיים שמ"ש הר"ש במס' פאה שר' זוז הוא פרנסה לשנה היינו לעני ביותר כדי לחם צר כו' והראיה ממ"ש בכתובות (סד:) במשרה אשתו ע"י שליש שנותן לה קטניות כו' בד"א בעני שבישראל, ואילו בשר וכו' לא קאמר. עכת"ד.

ואחה"מ נלע"ד להשיב על הנ"ל כדלקמן:

א. פשטות הגמ' בנדרים היא שלא רק בת' זוז אמר לו אפי' אתה מוכר שער ראשך, אלא בכל סכום גבוה ככל שיהיה הוא היה מחייב אותו, ושעי"כ מתירין לו את נדרו, כשיאמר אילו ידעתי לא הייתי נודר, שהרי הגמ' אומרת סתם: פותחין לאדם בכתובת אשתו. דהיינו שאומרים לו: עכשיו שהדרת אותה עליך לשלם כתובתה ומשמע גם בסכום גבוה ביותר וכמ"ש כיו"ב הריטב"א שהובא בשיטה מקובצת כתובות (נד:) וז"ל: "דמה לי חד מנה או מאה מנה, דכיון דלא עבדו רבנן קיצותא הכל שוה", אלא שמעשה שהיה שממנו הביאה הגמ' דוגמא, כך היה בת' זוז.

ב. ק' ליטרין הוא סכום עתק כמ"ש הגר"ד לבנון בפס"ד שלו.

ג. מה שהביא מהריב"ש, אדרבה לשיטתו שבעני שבישראל ר' זוז היא פרנסת שנה, הרי שבאופן יחסי הוא סכום מופרז למי שאין לו כלום בזמן הנישואין, ואעפ"כ מתחייב.

ד. מ"ש ממר עוקבא אינה ראיה כי היה מתנהג בחסידות ומפזר צדקה ודבר הלמד מעניינו הוא שכל הסוגיא בכתובות שם עוסקת במעשי צדקה וחסד, תדע שאם מן הדין, הרי כבר למי שיש ר' זוז אסור ליטול צדקה וק"ו ת' זוז ואיך נתן לו עוד פעם, א"ו מידת חסידות הייתה בו.

ה. מ"ש מהשטמ"ק [בשם הריטב"א], אדרבה משם ראיה להיפך, כי באמת כלל לא מיירי התם מחמת כתובה מוגזמת, אלא אפילו בכתובה פשוטה ורגילה מיירי, וילמד תחילתו מסופו שכתב וז"ל: ומיהו נהגו שכותב החתן לכלה מאה לטרין אף על גב שאין לו שוה פרוטה וכו' עיין בתוספות ובפסקי הרא"ש ז"ל". הרי שעל מה שדנו התוס' הוא מדבר, והם דנו על כל כתובה אפילו בסכום נמוך אלא שאין לו כי הוא עני, איך מתחייב, ותי' שע"י שעבוד גופו הוא מתחייב כו'. וא"כ לא מבעיא דממאי שסיים הריטב"א ומיהו נהגו כו' שמעינן שהלכה למעשה ס"ל שאין אחר המנהג כלום ושפיר מתחייב גם כשאין לו כלום, ולא מיירי כלל מכתובה מוגזמת, אלא שגם כשתחילה כתב ש"לא איירי מתני' אלא דוקא ביש לו", וכוונתו כאמור שצריך שיהיה לו הסכום שעליו מתחייב שאל"כ הוי דבר שלא בא לעולם כיון שאין לו נכסים לשעבד, הרי כתב על זה שיש 'לדחוק' מתני' כו', לפי שבאמת פשט יתור המשנה שאמרה אפי'

ק׳ מנה מלמד שאפילו אין לו כלום הוא מתחייב, וכוונתו הייתה דאי משום הא לא איריא, משום שהרוצה להתעקש שמדובר דווקא ביש לו, ידחק את המשנה ויעשה בה אוקימתא דמיירי דוקא ביש לו, אף שאין כך פשטות המשנה, ועל זה סיים דמכל מקום בין כך ובין כך המנהג הוא לחייב אף במי שאין לו כלום כמ״ש התוס׳. ודו״ק.

ו. הסוטר לחברו שחייב ת׳ זוז, ביארו המאירי והשטמ״ק בשם ר׳ יהונתן שהוא שיעור קטן, המאירי ביאר שהוא מכסף צורי, ור׳ יהונתן ביאר שהוא ׳פשיטי׳ דהיינו פרוטות נחושת. וגם את״ל שהוא ת׳ זוז ממש, י״ל כמ״ש התורת חיים שכיון שהוא כסוטר לועו של שכינה החמירו בו ביותר כדי להרתיע לפי שבנקל יוכל להכשל, וע״י איום הקנס הגבוה, שארית ישראל לא יעשו עולה.

ז. ומ״ש שמשרה אשתו כו׳ בעני כו׳, מ״מ יחסית לעניים היה זה סכום גבוה מאוד שיכלו להתפרנס ממנו משך שנה וכמ״ש לעיל בסמוך באות ג.

ח. ולענין מ״ש הגר״ש תם דכתובה יש בה אסמכתא בסכום גבוה, יש בדברי הפסקים הקודמים שהבאנו די השב על זה.

הגר״ד מלכא

והגר״ד מלכא כתב בפסה״ד הנ״ל ג״כ שלא לחייב סכום גבוה מהטעמים הבאים:

> **אם משום שהיה ברור לכל הנוכחים במעמד החופה שהבעל לעולם לא יוכל לעמוד בהתחייבות ... ואינו גומר בדעתו להתחייב בסכום זה בפועל, אם משום שאומרים לחתן שכך המנהג לכתוב סכום גדול לכבוד בעלמא... או משום הלחץ שאם לא יכתוב הוא מבייש את משפחת הכלה.**

[ויש להשיב כי האמירה ש״כך ברור לכל הנוכחים״ צריכה הוכחה שהרי סוף סוף יש מי שמתכוון באמת להתחייב וגומר בדעתו לכך, והרי אין הולכים בממון אחר הרוב בפרט כשמנגד עומד שטר כתוב וחתום בכתב יד הבעל ובשני עדים וקנין ולעתים קרובות אף בשבועה שהרי הכתובות הגבוהות והמוגזמות שכיחות בעיקר אצל בני עדות המזרח שרבים מהם נהגו להשבע ולתת תקיעת כף, ומ״ש שלוחצים על החתן או מטעין אותו, עליו הראיה שהטעוהו, ואם לחצוהו, עליו היה לעשות מודעא או להביא עדים שהכירו באונסו. ועי׳ בב״י אהע״ז ס״ס סו בשם הרשב״א[כז] שכתב דאין שומעין לו].

כז. וז״ל **הבית יוסף** (אבן העזר סוף סימן סו): כתוב בתשובות הרשב״א (ח״א) סימן תרכ״ט על עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמרו לו בית דין שיפרע לה כתובתה ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה ולא הבין התנאים ושאלו את פי ה״ר מאיר והשיב דשומעין לו והוא אומר דאין שומעין לו דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו **ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים שכולם יטענו כן** ואין אלו אלא דברי תימה אבל מה אעשה שכבר הורה זקן ויושב בישיבה חכם עם איש שיבה עכ״ל. **ואיני יודע למה נחבא אל הכלים משום דחזא גברא כיון דתיובתא לא חזא ולענין הלכה נראה לי כדברי הרשב״א משום דאם לא כן לא שבקת חיי דכל עמי הארץ יאמרו כן.** עכ״ל הב״י.

וכ״פ **מרן השולחן ערוך** בחו״מ (סי׳ סא סע׳ יג) [וגם באה״ע סי׳ סו סי״ג] וז״ל: מי שטען על כתובת אשתו שהיה עם הארץ ולא הבין כשקרא החזן הכתובה והתנאים, אין שומעין לו. הגה: **וה״ה בשאר דקדוקים שיש לדקדק מן השטר**, ולא אמרינן דהאי גברא לא דקדק כל כך, וכמו שנתבאר בסמוך (בית יוסף בשם **ריב״ש** סימן ת״פ).

וז״ל **הריב״ש** הנ״ל:

ומה שנסתפק אולי האי גברא לא גמיר דלאו כולי עלמא דינא גמירי, והיה סבור שיוכלו לכופה לקבל פרעון כתובתה, ולהפסידה מזונותיה ולזה צוה שתהיה נזונת כל הזמן אם תרצה, כל שלא תהיה נפרעת מכתובתה ולא תתבענה בב״ד, אין כאן ספק, דהא אמרינן בפרק יש נוחלין (קל״ח:) ׳תנו מנה לפלוני, בעל חובי, בראוי לו נוטלן ונוטל חובו׳. ומקשינן, משום דאמר בראוי לו נוטלן ונוטל חובו, דלמא בראוי לו בחובו קאמר, ומשנינן, הא מני רבי עקיבא היא דדייק לישנא יתירא, דתנן לא את הבור ולא את הדות, אף על פי שכתב לו עומקא ורומא וצריך ליקח לו דרך דברי ר׳ עקיבא. וחכמים אומרים אין צריך ליקח לו דרך. ומודה ר׳ עקיבא בזמן שאמר לו חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך. אלמא כיון דלא צריך וקאמר, לטפויי מילתא קא אתי, ה״נ לטפויי מילתא קא אתי. ואם היה ממש בטענה זו, איך אנו אומרין התם כיון דלא צריך וקאמר, לטפויי מילתא קא אתי, נימא דהאי גברא לא גמיר והיה סבור שהמוכר את השדה מכר את הבור ואת הדות, כדאמרינן בנותן שנותן את כולן. ומשום הכי פירש חוץ מאלו ולאו לטפויי מילתא קא אתי משום דרך. וכן נמי באומר תנו מנה לפלוני בעל חובי בראוי לו, לא נימא שיטול את שניהם, אלא ידו על העליונה ויטול אי זה שירצה לפי שזה היה סבור דאי לא קאמר בראוי לו אלא שאמר סתם, שלא היה נוטל כי אם חובו, כמו שאמרו כן באומר בחובו. ומשר״ה אמר בראוי לו שיהי׳ ידו על העליונה, אבל לא שיטול שניהם. אלא ודאי האי טענה ליתא וליכא לספוקי בה כלל וכ״ש בנדון זה שהוא דבר תמידי ומפורסם לכל שמנהג העולם, כאנשי ירושלים, כמו שמפורש בתוספתא (כתובות פ״ד ה״ו) ׳שאר כל הארצות כותבין כאנשי ירושלים׳. וכן בירושלמי (כתובות פ״ד הי״ד) ׳רבי אבהו אמר קסרין כיהודה ושאר ארצות כירושלם׳.

ומה שאמרו משום דיד בעל השטר על התחתונה, גם זה אינו, דלא אמרינן הכי אלא בלשון מסופק שאפשר לדונו לצד זה או לצד זה ואין מתברר מתוך השטר למה נתכוון, ואפשר זה כמו זה. ובכל ענין השטר נשאר בחזקו, כי ההיא דמסכת מנחות (ק״ח:) בית בבתי אני מוכר לך, מראהו גרוע... וכגון ההיא דפרק גט פשוט (קע״ג) אמר רבא שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע, הקטן אינו פרוע. ובכל הני אמרינן עליהו בדוכתיהו דטעמא משום דיד בעל השטר על התחתונה. ובכגון ההיא דתנן התם בפרק גט פשוט (קס״ה:) כתב לו זוזין מאה, דאינון סלעים עשרין, אין לו אלא עשרין זוזין. ק׳, דאינון סלעין תלתין, אין לו אלא מנה. וכגון נמי ההיא דתניא בברייתא בפרקא בתרא דכתובות (ק״י:) כתוב בו כסף סתם, מה שירצה לוה מגבהו, וטובא נמי דכותיהו בתלמודא. ובכולן השטר עדיין בחזוקו לאותו דבר קטן, אבל לבטל השטר מעיקרו כמו בנדון זה, שאם היה כמו שאומרים שהייתה המתנה בטלה, אין אומרים בזה יד בעל השטר על התחתונה. וראיה לדבר, דתניא בפ׳ גט פשוט (קע״א) שטר שזמנו בשבת או בעשרה בתשרי, שטר מאוחר הוא וכשר. ואין אומרים מוקדם הוא ופסול, לפי שלעולם מעמידין השטר בחזקת כשר ואין פוסלין אותו. בנדון זה ג״כ, מעמידין המתנה בחזקתה ואין מבטלין אותה. ואמרי׳ נמי בפ״ק דע״ז (י׳) ההיא שטרא דהוה כתיב בה שית שנין יתירתא, סבור רבנן קמי דרב אשי למימר דהאי שטרא מאוחר הוא. ועד דמטי אמוניה לא טריף. אמר להו רב אשי, האי ספרא דוקנא כתביה, ושית שנין דמלכו בעילם דאנן לא חשבינן, איהו חשיב להו. הנה, שכדי שלא נגרע כוח השטר לומר שהוא מאוחר, אנו תולין שהסופר מנה שלא כדרך שאר הסופרים. כ״ש בנדון זה שהיינו מבטלין השטר לגמרי. וכי תימא התם הוא לפי שאין דרך העולם לגרע שעבוד שטרם באיחור זמנו של שטר, ה״נ שאין דרך אדם, וכ״ש שכיב מרע, להוציא דבריו לבטלה ואומר שנותן והוא אינו נותן כלום, ולעולם אין מפרשים לשון השטר במה שאין רגילות לעשות, כדאמרי׳ בפ׳ גט פשוט (קסו:) ההוא שטרא דהוה כתיב בה שית מאה וזוזא, שלחה רב שרביא קמיה דאביי שית מאה אסתירי, וזוזא, או ו׳ מאה זוזי וזוזא, או שית מאה פריטי וזוזא? א״ל דל פריטי מהכא, פריטי בשטרא לא כתבי אינשי, אסוכי מסכי להו ומשוו להו זוזי וכו׳. הנה מבואר שאע״פ שהלשון הוא בסתם, אין אומרים יד בעל השטר על התחתונה במה שאין דרך לעשות כן. כ״ש בנדון זה, לפרש לשון השטר בפירוש זר ונבטל השטר בכללו, שאין לעשות כן בשום פנים. ולכן, הדין עם האלמנה ואוכלת מכח מתנת בעלה, ואף לאחר תביעת כתובתה בב״ד עכ״ל לשון הריב״ש. ועי׳ בקהלת יעקב (אלגזי) במדת חכמים אות א׳. ועי׳ בשו״ת פרח מט״א ח״א ס״כ.

וז״ל **ביאור הגר״א חושן משפט** (סימן סא ס״ק לו) מי שטען וה״ה בשאר **ב״ב קל״ח ב׳** וש״מ שאמר כו׳ כיון דלא צריך כו׳ **ולא אמרי׳ האי גברא לא דקדק** כ״כ: (ליקוט) מי שטען כו׳. עסי׳ מ״ה ס״ג וס״ס ס״ח בהג״ה (ע״כ). ובס״ק לז כתב וה״ה כו׳. חידש כאן [ההגה] דאף שלא כ׳ בעצמו והוא ע״ה ולא הבין אפ״ה מדקדקין מטעם הנ״ל (ע״כ).

וז״ל **סמ״ע** (שם ס״ק כג): ולא הבין כו׳ **אין שומעין לו, דה״ל לומר כן מתחילה אינני מבינו**, תפרשוהו לי ואדע, **וכל שתיקה בענינים אלו ה״ל כקבלה שקיבל עליו לקיים מה שהסופרים נוהגים לכתוב בשטרות ובכתובות ובדקדוקיהן**. ועיין לעיל סימן מ״ה סעיף ג׳ ובס״ק כד כתב וז״ל: וה״ה בשאר דקדוקין כו׳ עד וכמו שנתבאר בסמוך. ר״ל, מיד אחר זה בסעיף ט״ו כתבו המחבר. וא״ת א״כ למה כתבו מור״ם כאן, י״ל משום שיש לטעות ולפרש דמ״ש בסמוך דיש לדקדק בלשון השטר ולא אמרינן כו׳, ר״ל דמדקדקין ולא חיישינן דהאי גברא לא גמיר, אבל אם אירע דטען כן הוה אמינא דשומעין לו, **קמל״ן מור״ם כאן**

ב. כתובה מוגזמת היא יחסית ליכולת החתן. והגרז"נ גולדברג היה אומר שככל שהכתובה גבוהה כך ערכה פחות כי לא ניתן לחייב את החתן בסכום המוגזם.

[ואחה"מ, מהמשנה בכתובות ובנדרים חזינן שכל אדם יכול להתחייב אפילו מאה מנה,

---

דכמו שמי שטוען על כתובת אשתו שלא הבינה אין שומעין לו, כן הדין נמי בשאר דקדוקים, וק"ל.

וז"ל **השי"ך** (שם ס"ק יח): אין שומעים לו - ואפילו ידוע שאינו מבין לשון השטר, מתחייב הוא בכך כיון שקיבל על עצמו ושתק. ועיין לעיל סימן מ"ה סעיף ג' עוד מזה.

וז"ל **פתחי תשובה** (שם ס"ק ו): אין שומעין לו - עיין באר היטב [סקכ"ג], ועיין בתשובת **חתם סופר** [חו"מ סי' ה' [השניה] שכתב דיש חילוק דין בין מ"ש כאן למ"ש **בסימן מ"ה סעיף ג'**, דשם בסימן מ"ה דמיירי **שהוא עצמו חתם אזי כל מה שכתוב בשטר אפילו עשה שדהו מיצר לאחר, הכל בכלל נאמנין לשליש,** משא"כ הכא שהוא אינו חתום רק עדים חתומים, א"כ דוקא גוף הענין שהעדים מעידים עליו, אבל עשאו מיצר לאחר אין הבע"ד מפסיד ע"י עדותם, וכ"כ **באורים** סימן ס"א [סקכ"ד] ולמד כן מתשובת רשב"א [ח"א] סי' אלף (רנ"ו) [קנ"ו]. והמעיין שם בפנים יראה דגם זה דוקא בכלה ביום חופתה שידוע וח"זקה שלא קראה ולא קראו בפניה, אבל בעלמא אפשר אפילו בכה"ג השטר בתוקף כל שטר, עכ"ד. ע"ש עוד בענין **טענת קהל אחד שאומרים שלא התחייבו את עצמם ליתן להרב עשרים זהובים לשבוע אלא על ג' שנים, ובשטר שכתב הרב בכתב יד עצמו כתוב שהתחייבו לעולם, והם טוענים כי זה נעשה שלא בידיעתם, וחתמו עצמם ולא קראו מה שבתוכו, וצד שכנגדם מכחישים ואומרים שידעו מה שנכתב בתוכו, ופסק דאין בטענתם ממש,** ואפילו אותן שלא באו על החתום אין בערעורם כלום, ע"ש.

וז"ל **אורים** (שם ס"ק כד): אין שומעין לו. **ואפילו ידוע שהוא עם הארץ ולא הבין, מכל מקום אמרינן הואיל ושתק ולא ביקש שיאמרו לו מה כתוב ביה, נתרצה לכל דבר יהיה כתוב בו מה שיהיה, סוף כל סוף נתחייב.** ומדברי תשובת רשב"א סי' אלף קנ"ו משמע דוקא בהחיוב הנוגע מן המתחייב לזוכה דאמרינן סביר וקיבל להתחייב בכל, אבל דבר שאין נוגע לזוכה, כגון שעשהו סימן לאחר בשטר, והוא טוען שלא הבין השטר, אם נראה שכנים דבריו, טענתו טענה, דהא לא שייך סביר וקיבל להתחייב בכל, דהא אין חיוב זה נוגע למזכה בשטר רק לאחר. ובהכי ניחא תשובה הנ"ל, שלא יהיה מיניה סתירה לדברי תשובתו אשר בסעיף זה.

וז"ל **השולחן ערוך הלכות הלואה סימן מה** (ס"ג): הודאה בחתם ידו, והשטר בגופן של עובדי כוכבים, והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו. **ובסמ"ע שם** (סק"ה) כתב וז"ל: ויש עדים שחתם עד שלא קראו כו'. ז"ל **תשובת הרמב"ן** שם [המובאת בציונים אות ו'], מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו, כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות של אחרים, הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו, והיינו טעמא דשליש. וגדולה מזו אמרו [גיטין ס"ד ע"א], בעל אומר לפקדון, ושליש אומר לגירושין, שליש נאמן. והיינו טעמא כיון שיודע בשעה שהשליש הגט שהשליש יכול ליתנו לאשה, אף הוא גמר בדעתו ליתנו לגירושין אם יאמר הנפקד לגירושין הוא. **וכ"ש הכא שסומך על אחרים ולא חשש לקרותו וחותם בחתם ידו, שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב בו,** (לחייב) [והרי הוא חייב בכל אותו חיוב] אעפ"י שלא לוה, מדר' יוחנן [כתובות ק"א ע"ב] דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב. אף על פי שלא היה חייב לו, וקיימא לן כוותיה, עכ"ל. ומכאן ראיה על מנהגינו ותיקון המדינה בענין הממרמו"ת. ועוד ראיה ממה שכתבו הטור והמחבר לעיל סוף סימן מ"ב ז"ל, לשון שרגילין לכתוב בשטרות, אעפ"י שאינו מתיקון חכמים אלא לשון שנהגו הדיוטות במקום ההוא, הולכין אחריו. ואפילו לא נכתב כאילו נכתב דמי. ודוק.

גם בש"ך (שם סק"ח) כתב: מכל מקום מתחייב כו' - כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר. שם רמב"ן בתשובה במיוחסות סי' ע"ז. ועיין בתשובות מהר"י לבית לוי סוף סימן ב' דף י"ב ע"ג [כלל ז' סי' נ"ז].

ובאורים (שם סק"ח) כתב וז"ל: ויש עדים וכו'. פירוש אפילו יש עדים שלא קראוהו, מ"מ מתחייב, דהואיל דלא ידע לקרות וחתם עצמו, **גמר בלבו להתחייב בכל מה שיהיה כתוב בתוך השטר הן רב או מעט,** וגמר נפשו להתחייב כמו גבי בעל אומר לפקדון ושליש לגירושין, דאמרינן (גיטין סד.) דגמר בלבו שיהיה כמו שיאמר השליש, סמ"ע (סק"ה) בשם רמב"ן בתשובה (מיוחסות סימן עז). ואפשר לדעת הרמב"ם (פי"א ממכירה הט"ז) דאין יכול להתחייב בדבר שאינו קצוב, אף בזה [אין יכול להתחייב] דהו"ל דבר שאינו קצוב כי לא ידע כמה יהיה נכתב בתוך השטר, וצ"ע. עיין לקמן סימן מ"ח (סמ"ע סק"א) מש"כ בענין ממריינו הנהוג בפולין וכו', סמ"ע (שם).

בסיכום: מכל המקובץ עולה שהעיקרון הוא: שלא יתכן שהחותם ומתחייב בשטר יטען טענות המבטלות את השטר מעיקרו (כ"כ הריב"ש), וגם אם ברור לנו שהוא עם הארץ, אינו יכול לטעון שלא ידע על מה התחייב, משום דאם לא כן לא שבקת חיי, דכל עמי הארץ יאמרו כן (כ"כ הרשב"א והב"י). וא"כ גם לנדוננו שבטענתו הוא מבטל כליל את כל השטר, ואף לא שביק חיי, שכל אדם יטען כן, ה"ז חייב בכל הסכום.

ואפי׳ יצטרך למכור שער ראשו ה״ז חייב. וממ״ש הגרנז״ג אין ראיה שהוא סובר שלא ניתן לחייב כתובה גבוהה, אלא אפשר שכוונתו שכיוון שבפועל לא יִמָּצֵא לבעל ממון לשלם, הרי עדיפה כתובה נמוכה שיסכים בנקל לשלם אותה בלי להערים קשיים ולאיים באי מתן גט מחמת חוסר יכולתו לשלמה בנקל, מאשר כתובה גבוהה שהאשה וביה״ד יתייאשו מראש מלדרוש ממנו לשלמה].

ומ״ש בשם הגר״ש שאנן שבנדונו לא הייתה אסמכתא משום שהיה בידו הסכום כו׳ כי היה רופא שיניים.

[**לענ״ד** לרווחא דמילתא אמר כך, כי באמת גם בלאה״כ ל״ש אסמכתא בכתובה כמ״ש לעיל בשם הגר״צ אלגרבלי והגר״ד לבנון ובס׳ משפט הכתובה, והאריך בזה גם הגר״ע שחר, ועוד. והתוס׳ ר״פ אע״פ יוכיח, שאין הדבר תלוי בממון שיש לו בשעת החופה, אלא אפי׳ עני מרוד שפיר מתחייב ע״י שמשעבד גופו, וגם אין הדבר תלוי במה שיש לו ממון בשעת פרעון הכתובה, שהרי אמרו בגמ׳ ״זו אשה רעה וכתובתה מרובה״, והיינו שאין בידו לשלמה, שאם היה בידו, כל אשר לאיש יתן בעד נפשו, שהרי אמרו (שבת יא.) כל רעה ולא אשה רעה, ובעירובין (מא:) אמרו: שלושה אין רואין פני גיהנם, אלו הן: דקדוקי עניות, וחולי מעיין, והרשות. ויש אומרים: אף מי שיש לו **אשה רעה**. ואידך - אשה רעה מצוה לגרשה. ואידך - **זימנין דכתובתה מרובה**. עכ״ל. ומסתמא כאן נמצא כאן היה ריקם ריקם לגז״ש, שאם לאחר שעבד כמה שנים טובות לאחר חתונתו לא היה בידו לשלם הכתובה המרובה של האשה הרעה, ק״ו ש׳ביציאתו לחיים׳ בראשית נישואיו לא היה בידו כלום, ואעפ״כ אין בידו לגרשה בלי לפרוע כתובתה ׳המרובה׳].

ומ״ש עוד ״וכן כ׳ הרב דיכובסקי שלא יעלה על הדעת שיתן לה הכל וישאר ללא כלום״ וכו׳.

[**הנה** מלבד מה שכתבנו לעיל על דברי הרב דיכובסקי, ז״ל הר״ן (כתובות נד:):

אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה. פי׳, אף על פי שתקנו חכמים לבתולה מאתים ולאלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפי׳ מאה מנה מוסיף. ואמרי׳ בגמ׳ **פשיטא דאם רצה ׳ליתן׳ לה כל מה שיש לו דרשאי**, ועבדי צריכותא.

הרי שהכוונה **ליתן** ממש **כל** מה שיש לו, ולא גוזמא בעלמא. והיינו שיישאר ממש בלי כלום רק שמלתו לעורו, וכפי שכתב כן הריב״ש להדיא והבאנו דבריו לעיל בריש אמיר, והיינו ככל שתלוי הדבר בכל יחיד שכותב סכום גבוה שלא מחמת אונסו המחייב אותו להישמע לתקנה או למנהג המקום, פשוט שהחיוב חל אפי׳ יצטרך למכור שער ראשו, וממ״ש הכל כמנהג המדינה היינו אם יש מנהג קבוע שכל אדם **חייב** לכתוב שלא תפחת מסך מסוים וכמ״ש לעיל בשם שו״ת הר״י מיגאש, ונמצא שכתבו מחמת המנהג והתקנה שבאותו מקום, בזה הוא דאמרי׳ שלא התחייב בסכום גבוה וכמ״ש אמ״ז הר״ב זיע״א שהביא דבריו בשופדי״ע. ונזכיר שוב את דברי הריב״ש (סי׳ קנג) וז״ל: ״והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את **כל** אשר לו צריך ליתן״.

וכ״כ בחידושי הריטב״א לכתובות (נד:) וז״ל:

סד״א דקיצותא עבדו רבנן לכתובה שלא יכלול עמה כלום כדי שלא יהא בושת לבנות ישראל שזו כתובתה מרובה וזו כתובתה מועטת ואם רצה להוסיף יוסיף לה באנפי נפשה, קא משמע לן שכולל וכותב ואינו נמנע, כן פירשו בתשובת הגאונים ז״ל, ולפום האי פירושא הא דנקט שלא לבייש את מי שאין לו ולא קאמר שלא לבייש את מי שאין לה יש לומר דכולה חדא היא והכי קאמר שלא לבייש את מי שאין לו נכסים לתת נדוניא גדולה לבתו כדי שיכתבו לה כתובה גדולה, כן נראה לי.

ויש לדקדק מדבריו שהוספת מאה מנה שכללה עם מנה או מאתים אכן מחייבת אותו, שעל כן יכולה שתגרם בושה למי שלא קיבלה סך זה, שאילו היה לפנחייא בעלמא, א״כ מאי לבייש איכא, הרי כולם - אפילו עני שבישראל - יכולים לכתוב ככל העולה על רוחם לפנחייא בעלמא, וכ״ע ידעי שהוא חוכא ואטלולא, ואדרבה המרובה יותר לא תגבה כלום כי הוא גוזמא].

בסיכום: התבאר כי גם המתחייב **בכל** מה שיש לו, חייב ליתן **הכל**, ואין בזה חשש אסמכתא.

והנה מ״ש עוד הגרד״מ ע״פ הגמ׳ בב״מ (קד:) שהיו מוסיפים חומש על הנדוניא לשם כבוד, וכן כל מה שהביא מפוסקי מרוקו שהיו נוהגים להפחית מה שנוסף לשם כבוד, כבר כתבנו שאינו ענין לנדון דידן, דהתם ידעו בדיוק מהו עיקר החוב ומהו לשם כבוד, ע״פ ״המנהג שהיה פשוט בכל המדינה״ כלשון הריב״ש שהבאנו לעיל, או ע״פ תקנות ברורות, שחלקן חייבו כל בעל לכתוב תוספת גבוהה, ועל כן התחשבו בזה בפרט כאשר לא פשע, משא״כ בנדון דנן שאין מנהג פשוט בזה, והראיה שרבים והם הרוב כותבים סכומים רגילים וכמ״ש לעיל שבירנו את המציאות שכך רוב העולם כותבים.

ומ״ש בשם ס׳ הגם שאול שהדבר תלוי בראיית הבית דין, **זאת אומרת כל שרואין הדיינים שלא הוסיף מרצונו הפשוט רק משום שנהגו**, וגם רוצה לגרש מסיבה הכרחית, אזי רשאין להפקיע התוספות ההיא. אך דבר פשוט שצריך שתהיה ראיית הבית דין ברורה **באומדנות גמורה**, שלא מרצונו הוסיף כמשפט דיני אומדנא.

[הרי הוא עצמו כ׳ שצריך שתהיה אומדנא ברורה, ומי יכול לומר כן אם לא היה שם, וגם שהרי הרשב״א כתב שחזקה שהתחייב כו׳, וגם כתב שראו הדיינים שנתן מפני שנהגו והיינו מנהג פשוט הא לאה״כ הרי נקיטא שטרא בידה].

ומ״ש עוד בשם המוצב״י מי פתי יסור הנה לומר שעלה על דעתו החתן שיפרע הסך הנזכר והוא מעולם לא ראהו אפילו בחלום **ואנן סהדי** שלא נתכוון אלא לכבוד בעלמא ולהראות חיבת הכלה וקרוביה וכדומה.

[הרי כתב שהוא בגדר אנן סהדי, והיינו מן הטעם שהארכנו להוכיח לעיל שהייתה תקנה

ומנהג ברור בכל המדינה שעל פי זה היה ה׳אנן סהדי׳ הנ״ל].

ומ״ש בשם ספר **בית דינו של יהושע** (סי׳ קסז וסי׳ רסג), [הרי התם בשני הפסקים מיירי שחויב לכתוב מחמת התקנה, וגירש לסיבה נכונה, וא״כ כיון שהיה אנוס לכתוב ע״פ התקנה, ולא פשע, לכן פטרו אותו, והוא כדברי השופדי״ע].

ומ״ש בשם ספר **תקנות חכמי מכנאס** (תקנה כא), [הרי שם נהגו בפירוש לכתוב ע״פ התקנה שהוסיף לה ׳לכבוד ולתפארת׳ וכו״כ יותר על עיקר כתובה ותו״כ, וא״כ אינו ענין למה שקורה היום. ועוד שבזמנם היו רוב היהודים חיים בעוני מחפיר וחששו מאוד שאם יחויב בעל בסכום גבוה שלא לפי כוחו - יתמוטט, והיה בזה משום ׳תיקון העולם׳ ממש, משא״כ דורנו אינו דומה כלל לתנאי החיים דאז.

לפיכך, גם מה שכתב בשם הרה״ר הרה״ג הרצוג ועוזיאל זלה״ה ״שתיקנו סכום מינימום, ואנחנו שמתמודדים עם תופעה הפוכה צריכים לקבוע סכום מקסימום״, הנה כל זה אינו פותר שאלות של בדיעבד שבאות בפנינו, בהעדר תקנה נכון להיום].

ומה שהביא ראיה ממה שלא מצאנו שדנו בפד״ר בשאלות כתובות מוגזמות עד העשור האחרון, וכו׳. [הנה אין מכאן ראיה, כי הסיבה שלא דנו בזה היא משום שיתכן שהיא הנותנת, לפי שרוב הכותבים כתובות גבוהות לא באים להתגרש, כי הסכום הגבוה מרתיע אותם באמת, וזו הייתה הכוונה מעיקרא שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ואותם שבכל זאת באים להתגרש, הנה מחוסר אמצעים לבעל לשלם מתפשרים על סך נמוך, ולא שהוא פטור מן הדין, אלא דעבידא אשה דזבנא דינה (עי׳ ב״ב ל:), ויש עוד דרכים רבות להסביר מדוע לא מצאנו שדנו בכך. ואכמ״ל].

וה׳ראיה׳ שכתב ״ממה שלא מצאנו שימכרו כתובות בטוה״נ בזמננו״, [יש להשיב ע״ז בנקל, שסדרי עולם השתנו מאז תקופת חכמי הגמ׳ שנהגו בכך, כי בזמננו קיימים אפיקי השקעות טובים לאין ערוך, וללעג וקלס יהיה מי שיתעניין בסוג ׳השקעה׳ כזו בזמננו במקום לפנות לבנקים ולגופים פיננסים רציניים, וזה כמו להשתמש באמצעי התחבורה של זמן התלמוד במקום באלו של היום].

ומה שדייק ממנהג העיר בֶּשאר (בצאר) שהובא בס׳ **מליץ טוב** להגר״ש אביחצירא, שהיו כותבים עיקר כתובה בשטר אחד שמוסרים לבעל להוכחה כי הוא נשוי, ושטר אחר לתוספת כתובה שנותנים בידי האשה ובו יוכל להתחייב כמה שירצה בהתאם לנדוניא שהוערכה ע״י שמאים כו׳, ודייק הגר״ד מלכא מזה שא״כ בזמן שההתחייבות לתוספת אינה קשורה לסכום הנדוניא ובאופן מופרז, ה״ז לכבוד בעלמא. עכת״ד.

[אחה״מ נראה דאיפכא מסתברא, דכשמתחייב ללא קשר לנדוניא, חלים עליו דיני שטרות שרצה לחייב א״ע, וכמ״ש הפוס׳ בחו״מ (סי׳ מה וסי׳ סא) הנ״ל עי׳ לעיל הערת שוליים 13

וכמ״ש במשנה ״אם רצה להוסיף אפי׳ ק׳ מנה יוסיף״, ולא מדובר שהוסיף במקביל לנדוניא שנישומה דוקא].

[**גם** הנימוק שכתב, שחיוב בכתובה גבוהה מעכב את הגירושין, אינו נימוק נכון ע״פ ההלכה, שאם הינה זכאית לממון כתובתה, לא משום כך תפסיד אותו גם אם יתעכבו הגירושין, ועי׳ מ״ש מרן הב״י בבד״ה אהע״ז (ריש סי׳ קיט). והטענה שיש לקצוב הסכום לפרנסת שנה, מלבד מה שהוכחנו לעיל בראיות ברורות שאין לזה כל מקור לעניין כתובות, עי׳ מ״ש בפס״ד של בית הדין הגדול בהרכב הרה״ג איגרא, כץ, ושפירא, שפקפקו בזה בטוב טעם ודעת].

והנה יש להעיר לשיטת הטוענים כי כתובה גבוהה אינה נגבית כי נכתבה רק לשם כבוד בעלמא, שא״כ על מה נכתב ׳דלא כאסמכתא׳, אם על שאר החיובים, שאר כסות ועונה וכו׳, לא יתכן, שהרי הם חיובים מוחלטים ולא על תנאי. א״ו ׳דלא כאסמכתא׳ קאי רק על ההתחייבות הממונית הגבוהה שהייתה ראויה להיחשב אסמכתא מחמת הגוזמא, ואם הוא רק לכבוד, מדוע כותב דלא כאסמכתא, הרי דלא כאסמכתא מוכיח שאינו לכבוד בעלמא, כי הכבוד הוא אותו כבוד גם אם לא נכתב ׳דלא כאסמכתא׳. והתינח בזמננו שלא כל העוסקים בכתובה בקיאים באמת בדיניה, אפשר לומר שהותירו את הנוסח ׳כי לא ידעו מַן הוא׳, אלא בימי הקדמונים שבקיאים היו, מדוע נכתב גם בכתובה גבוהה ׳דלא כאסמכתא׳? אלא ודאי לאו לכבוד נכתב הסכום הגבוה, אלא להתחייב בו באמת, אא״כ הייתה שם תקנה בענין הוספת שליש והפחתתו כו׳, ובזה ה׳דלא כאסמכתא׳ הוא על מה שהתחייב לולא הוספת השליש, משא״כ אם באנו בזמננו לבטל את כל ההוספה כולה בגלל היותה מוגזמת ולומר שרק הפליגה בדברים ותצא רק עם עיקר כתובה, הרי כתיבת ׳דלא כאסמכתא׳ אין בה לא טעם ולא ריח והוי כמזוייף מתוכו ומלמד שכל לשונות השטר הם רק כטופסי דשטרי וחוכא ואטלולא בעוד שבכתובה עצמה כתוב ׳דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי׳.

ויש לי להעיר עוד כלפי הטוענים שהתכוון רק לכבוד ולתפארת, והרי לפ״ז אם נפסוק כשיטת הרא״ש דלא כהרי״ף, ומְספק יאמר קי״ל כהרא״ש שאין לה כלום ואפילו לא ׳במיטבא׳, נמצא שמסדר הקידושין והבעל והסופר והעדים כולם מְאַנְּסִים את האשה וגונבים את דעתה, והשתא נחזי אנן: מאי חזית דאמרת שרק ׳לכבוד ולתפארת׳ התכוון הבעל וע״י כן אתה עושהו רמאי וגונב דעת, ומוציאו מחזקת כשרותו, [שהרי כתוצאה מזה היא מתייאשת ולא תובעת כלום כשיודעת שאין לו סכום גדול כזה, וכמ״ש בספר ׳הגם שאול׳], לרבות מסדר הקידושין ששת״פ עמו, אדרבה כלך לאידך גיסא ותאמר שהתכוון באמת לשלם לכל הפחות מה שאמדוהו ביה״ד עד קצה יכולתו, אם לא נוכל לומר שהתכוון לסך דמיוני ומופרז. ועל כן ברור שגם המתחייב סכום מופרז, אין מקום ולא צדק לפטור אותו בלי כלום בטענה שהפליגה בדברים ומשטה היה בה, אלא יגבו ממנו כל מאי דאפשר, זאת כמובן אם לא יגיעו לפשרה מרצון.

בסיכום: לשון 'דלא כאסמכתא' הנכתב בכתובה מכוון בעיקר לסכום הגבוה הנכתב בה. ואם נאמר שהוא רק לכבוד ולתפארת, ה"ז גנבת דעת ואונאה לאשה כשעי"ז יבואו לפסוק שאין לה כלום ע"פ שיטת הרא"ש.

גדר מנהג

והנה מאחר שהטוענים לפטור מתוספת גבוהה נתלים בכך שלדעתם יש מנהג בדומה למה שהיה בחו"ל, שאין מתכוונים להתחייב אלא לשם כבוד כו' ושלוחצים על החתנים כו', וכבר כתבנו שאין לדמות זה למנהגים הכתובים בשו"ת הראשונים והאחרונים שהזכרנו, שכיון שאין היום בינינו תקנות קבועות ומנהג פשוט, אין זה ראוי להקרא מנהג. וכעת נביא מהמקורות גדר מנהג מהו, שעפ"ז יובן שהנוהג בזמננו אין בו גדר 'מנהג' כמשמעותו בהלכה לפיה 'מנהג מבטל הלכה'.

מקור לזה, המשנה במסכת **סופרים** (פי"ד מט"ז) וז"ל:

> **ונהגו כן העם, שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג, וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה, מנהג ווותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה, אינו אלא כטועה בשיקול הדעת.**

ובשו"ת הריב"ש (סימן תעה) דן בחזן שביקשו הקהל לחייבו במס, והוא טען שהתנו עמו להיות פטור, והשיב וז"ל:

> **ולכן כל שיתברר שהתנאי הראשון היה שיהיה פטור מן המס, כמו שהוא אומר, יש לקהל לקיים דבר שלוחיהם הברורים ששכרוהו בעדם. ואין להם לשאול לו מס רק מיום שעבר זמן שכירותו ואילך. ואם זה לא יתברר כדבריו אלא ששכרוהו סתם, אז צריך לעיין אל המנהג. דבעניני שכירות פועלים ודאי הולכים אחר מנהג המדינה, אף על פי שהשכירות נעשה בסתם, כדתנן בפ' השוכר את הפועלים (פ"ג) מקום שנהגו לזון יזון, לספק במתיקה יספק. הכל כמנהג המדינה. ואמרינן עלה בירושלמי זאת אומרת מנהג מבטל הלכה. ובנדון זה גם כן יש לעיין במנהג העיר, ואם יש בעיר מנהג שפורעין גם החזנין, גם זה על דעת כן נכנס, דאם לא כן, הי' לו להתנות. ואם מנהג העיר לפטרם, גם זה פטור מן הסתם, כי השוכרים היה להם להתנות. ומ"מ נראה שבכגון זה צריך שיהיה המנהג ברור לפטור אם בהסכמת הקהל או שנהגו כן משנים קדמוניות ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא, דהא לא דמי למנהג פועלים, שכמה פועלים נשכרים בכל יום, ויכול אדם לראות איך נוהגים. אבל בפטור החזן שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג מה שלא שאלו מס לחזן אחד או שנים, אלא אם כן ידוע ומפורסם בעיר שמחמת מנהג העיר לפטור החזנין פטורם.**

וכלפי מה שכתב בפס״ד של הגר״י אלמליח (אות טו) שגם היום יש ללכת אחרי מנהגי חו״ל **בכתובות** [כמ״ש גאוני מרוקו דלעיל], יש להמשיך את דברי הריב״ש (סי׳ תעה) וז״ל:

> **ולמנהג המקומות שבא משם החזן אין להביט כלל. דמאי דאמרינן בריש פ׳ השוכר את הפועלים וליחזי מהיכא אתו, דמשמע דבעיר חדשה שאין בה מנהג הולכים אחר מנהג המקום שבאו משם, היינו לומר שאם כל בני העיר החדשה באו ממקום אחד, כלם הולכין אחר מנהג המקום שבאו משם, כיון שזאת העיר חדשה ואין בה מנהג ידוע עדיין, לפי שדעתם להנהיג העיר כמנהג מקומם הראשון. ולהכי מתרצינן בגמרא למשנת השוכר את הפועלים בלקוטאי. ר״ל שהעיר מקובצת מעמים, אלה מצפון ואלה מיָם, ולזה אין כאן מנהג שנוכל לילך אחריו. אבל לא שנלך אחר המקום שבא הפועל משם, כיון שהוא בא להשכיר עצמו בכאן, דאי לא תימא הכי עדין הקושיא במקומה עומדת ליחזי פועל מהיכא אתי, ומ״ש בירושלמי (ב״מ פ״ז ה״א) בני טבריא לא משכימין ולא מעריבים. בני בית מעון משכימים ומעריבים. בני מעון שבאו לשכור מטבריא נשכרין כבני טבריא. אבל אדם מטבריא וכו׳. זהו כשהשוכר הולך למקום הפועל לשוכרו, שיכול הפועל לומר על דעת מנהג מקומי השכרתי עצמי, אבל הפועל ההולך להשכיר עצמו במקום אחר, על דעת מנהג פועלי המקום שנשכר שם הוא עושה. וכ״ש בנדון זה שבא לקבוע דירתו במקום שנשכר שם, דעל דעת מנהג המקום ההוא השכיר עצמו. ואם אין מנהג ידוע וקבוע במקום ההוא, הפסיד, אלא אם כן התנה בפירוש מתחלה. אבל אם לא התנה כן מתחלה בפירוש, וגם אין מנהג קבוע במקום ההוא לפטור החזנין, יכולים הקהל לשאול לו המס מיום שקבע שם דירתו.**

והובא פסק זה של הריב״ש בשולחן ערוך חו״מ (ר״ס של״א בהגה). ושם כתב הרמ״א שלא כדברי הריב״ש ממש ״אם כל בני העיר החדשה באו ממקום״ כו׳, אלא כתב ״אם רוב אנשי העיר באו ממקום״ כו׳, וגם לדבריו, היום לכל הפחות בערים הגדולות שם נערכות רוב החופות, למעט **במושבים** וכיוצא, אין לנו רוב תושבים שבאו ממקום אחד, והטוען כן עליו הראיה.

ובשו״ת הרדב״ז מכת״י חאו״ח ויו״ד ח״ח (סימן קמ) כתב וז״ל:

> **ואחר שהקדמתי לך זה אבאר שאלתך בעהי״ת, זה המנהג אשר אמרת אינו כלום מכמה פנים. חדא, שהרי נראה מתוך שאלתך שלא הוקבע עפ״י ותיקין אלא מנהג בעלמא ... ותו דאין מנהג נקבע אלא עפ״י רבים, אבל אם מקצת יחידים נהגו, לא בשבילם נקבע המנהג, ודברים של טעם הם וכתבום הפוסקים.**

בסיכום: בדיני ממונות, מקום שהתלקטו בו אנשים ממקומות שונים בעלי מנהגים שונים, אין הולכים אחר מנהג המקום שממנו הגיע האדם. ואין נקרא מנהג אלא הנקבע ע״פ ותיקין.

ועוד יש לתת טעם לחלק בין זמננו לבין מה שהיה נהוג בזמנם, כי בזמנם נהגו להוסיף על מנת להפחית, והיה סכום ידוע עכ"פ של תוספת שעליו הוסיפו את 'תוספת ההוספה' (כלשון שו"ת הגאונים שהובא לעיל), ואח"כ הפחיתוהו בזמן הגבייה, **משא"כ בזמננו שאיש הישר בעיניו יעשה, וכלל אין תוספת ידועה הצמודה לנדוניא שהיא ג"כ ידועה, שעליה מוסיפים שליש**, א"כ אם באנו לבטל אותה מחמת שהיא מוגזמת, אנחנו מבטלים כליל את כל התוספת, ונמצא שלא רק שלא כתב לה כל תוספת, ואפילו לא מינימום של תוספת, אלא הוא אף גונב את דעתה שכביכול נתן לה מתנה ותוספת, אלא שהוסיף עליה בהגזמה לכבוד ולתפארת, בעוד שבאמת לא נתן לה כלום, ונמצא שפשוט הוא גנב את דעתה, ועל גנבת הדעת הזו נעשו שותפים הרב מסדר הקידושין והעדים. ולכן אין מקום לדבר על הוספה לשם כבוד אא"כ יש הוספה רגילה שאין בה מספיק כבוד ועליה מוסיפים בהגזמה לשם כבוד, אבל אם אין כל הוספה ואין כותבים את כל ההוספה רק לשם כבוד, אין כאן כבוד אלא בזיון וגנבת דעת, ונמצא שהשטר מזוייף מתוכו, שכתוב בו 'והוסיף' ובאמת לא הוסיף כלום. ובשלמא אם באמת הוסיף ויש תקנה קבועה שמוסיף כסכום הנדונייא אלא שהוסיפו בשומתה שליש, אין זה שקר, כי יש לומר שהעלה אותה על עצמו שהיא שווה בעיניו שליש יותר וכהא דסודר פדיון הבן דרב כהנא בקידושין (ח.) וכו' שהבאנו לעיל, ומה שפוחתין אותו ממנו בשעת הגביה הוא כי כך הוסכם על פי התקנה להפחית, ונמצא שאין כאן כל שקר, כי באמת הוא אכן הוסיף והיא תגבה את התוספת, ומה שמפחיתים את השליש הוא משום שכך תוקן, שכשם שהכתובה היא שטר שזמן גבייתו הוא עם פקיעת הנישואין, כך תיקנו להוסיף שליש ועל דעת כן הוסיף שתוספת השליש פוקעת עם פקיעת הנישואין].

וכן מוכח ממ"ש בתש' **הר"י מיגאש** (סי' קיז), שהבאנו כבר דבריו לעיל, ונביאם שוב להדגיש מה נקרא מנהג, שכתב וז"ל:

> **"אלא שמנהגם לכתוב בכתובות עשרה אלפים זוזים מדודים והם קצובים באלף דינרין הכתובים למעלה כסף והמנהג שאין אדם כותב לאשתו פחות מעשרה אלפים זוזים מדודים כסף ולא תהיינה כתובותיהן פחות מזה, וכזה העידו הזקנים שהוא ידוע אצלם ושכן הוא מנהג ארצם".**

הרי שכזה הוא הראוי להיקרא מנהג, אם הוא באופן של "ולא תהיינה כתובותיהן פחות מזה", משא"כ בזמנינו שרוב הכתובות הם בסכומים רגילים, ורק בודדות בסכומים גבוהים, ודאי לא מקרי 'מנהג' המבטל הלכה, שהרי אינו מנהג פשוט בכל המדינה.

בסיכום: טעם נוסף להגבותה בזמננו כל התוספת גם אם מוגזמת, לפי שרק בזמנם שהיתה התוספת ידועה והוסיפו עליה סכום ידוע, לכן בזמן הפרעון הפחיתו את ההוספה ע"פ המנהג, משא"כ בזמננו שאין התוספת מוגדרת, אם באנו להפחית, צריכים להפחית הכל, וזה ודאי כשטר המזויף מתוכו, שכתוב "והוסיף" ולא הוסיף כלום.

קנס הראוי לבעל שפשע

בר מן דן בנדון דנן במיוחד אין ספק שיש ללכת לחומרא עם הבעל שעזב את אשתו והלך לאן שהלך ללא כל הצדקה הנראית לעין וכמו שהאריך בזה הגר״י אריאל אב״ד צפת בפס״ד שהובא בשורת הדין ח״ח מהא דמכין ועונשין שלא מן הדין והביא דברי מהר״ם שיק והגר״ח פלאג׳י ועוד, ואכמ״ל ועוחל״מ.

הצמדת הכתובה בנדון דנן

אם יש מקום להצמדת הכתובה כשלא נפסל המטבע.

ומה שביקשה האשה בנדוננו לחייב את הבעל בכל הכתובה כשהיא צמודה ובסה״כ ב-2.7 מיליון ש״ח, בזה אין בדבריה כלום, שהרי הסכום שכתב לה הוא לזמן הפירוד שכך ישלם לה, ולא שהתחייב לשלם לה בתחילת הנישואין סך מיליון שתדרוש אותו צמוד, אלא לזמן הגירושין התחייב במיליון. ובשלמא כאשר הופחת המטבע ואיבד את ערכו בכלל, בזה נדרשים לעדכן ולהצמיד ולשערך את חובו כפי שקיבלו על עצמו בשעת הנישואין למקרה שיתגרש, ולבדוק בכמה התחייב לפי המטבע החדש, וגם בזה יש חילוקי דעות אם להצמיד או לאו, וכבר כתבנו בזה בספרנו בדבר משפט ח״א (סי׳ מא), אבל להצמיד מטבע קיים, אין טעם. ועוד שיש בזה רבית וכמ״ש כן נראה מסימן קס סעיף כא (והוא גמ׳ מפורשת בריש איזהו נשך).

ז״ל השולחן ערוך: ״אי אוזיף ק׳ (פרוטות) בק״כ, מעיקרא (בשעת הלואה) ק׳ בדנקא (מעה), ולבסוף (בשעת פירעון) ק״כ, אסור מדאורייתא״.

הרי שאפילו שהשווי האמיתי של המטבעות נקבע לפי המעות ולא לפי הפרוטות, והלווה לו ק׳ פרוטות השוות מעה אחת, ובשעת פירעון הוזלו הפרוטות ושוות ק״כ מהן מעה אחת, אפ״ה אם התנה מעיקרא לתת לו ק״כ, הוי ריבית קצוצה, אפילו שבאמת לא פורע לו שווי ממוני יותר ממה שהלוהו. וכ״ש לכאורה במטבע הקבוע שהוזל, שאסור לפרוע לו יותר מסכום המטבעות שהלוהו, כיון שהמטבע היוצא תמיד נחשב לקבוע, וכל מה שעולה ויורד שוויו מחמת הפירות אין הזול והיוקר מתייחס למטבע היוצא, אלא לפירות. וכמו שמפורש דבר זה בסימן קסב בדיני סאה בסאה.

ואע״פ שנידון השולחן ערוך הוא בקצץ מראש שיתן לו ק״כ, מ״מ נראה פשוט שגם אם לא קצץ מראש אסור ליתן לו ק״כ, אלא שאינו ריבית קצוצה מדאורייתא, וכדין סאה בסאה, שאם בשעת פירעון הוזלו הפירות אסור להחזיר יותר פירות, כמבואר בשולחן ערוך (קסב ס״א).

(וכ״ש כשמתנים מראש על ההצמדה שאסור, שבזה יתכן שהוא אפילו איסור דאורייתא, כיון שבד״כ המדד עולה. וצ״ע עוד).

וכן משמע עוד מתשובת הרשב״א (חלק ג סימן מ), וז״ל:

שאלת, מי שחייב לחברו מנה והוזל המטבע היכי פרע ליה, מי אזלינן בתר יוקרא וזילא דפירי או לא, מי אמרינן דינא דמלכא דינא והוא כלהו מטבעות קא נפקי או דילמא כיון דלא נפסלה הראשונה בתר שעתא דכתיבה אזלינן. הודיעני בזה דעתך.

תשובה: בזה לא ירדתי לסוף דעתך, אם מחמת שפחתו מן המטבע הוזל או מחמת מה הוזל, ומה שייך בזה דינא דמלכותא, ואם לא הוסיפו במטבע נסכא ולא פחתו, דבר ברור הוא שנותן לו מאותו מטבע כסכום שהלוה בלא תוספת ובלא גירוע. אם הוזלו או הוקרו מחמת תוספת או פחת שהוסיפו או פחתו בגופו של מטבע כבר נתבאר דינו בפרק הגוזל עצים ונתפרשו שם הדינין בהלכות הרב זכרונו לברכה ומשם תראו וכן תעשו.

וכ״כ למעשה בספר מלוה ה׳ (פרק ט״ו סעיף י״ב) וז״ל:

הלוה מחבירו בא״י סכום כסף בשקלים, צריך לפרוע למלוה רק את הסכום שלוה ממנו ואסור לו לפרוע את הסכום שלוה צמוד למדד המחירים אם עלה מדד המחירים קודם הפירעון.

וכ״כ בספר ברית פנחס (עמ׳ רי) וז״ל:

אסור ללוות שקלים כשהחוב צמוד למדד או לכל דבר אחר שיכול לגרום להעלאת סכום החוב. עכ״ל. ובמקורות ציין גם לספר ברית יהודה עיקרי דינים פי״ג סעיף יט. והיעב״א.

ושאלתי בזה את הרה״ג **אליהו היישריק** שחיבר ספר בהלכות רבית והוא כעת דיין בבית הדין הגדול, והשיב כי אכן פיגור בתשלום על חוב או התחייבות כלשהי אסור להצמיד, אבל מזונות ניתן להצמיד כי מראש קובעים שהחוב בנוי כך שהוא משתדרג כל כו״כ חודשים.

בסיכום העולה מכל המבואר לעיל

התבאר שמדין **המשנה והגמרא וכל הראשונים** ז״ל בכתובות (נד:), גם עני המתחייב על סך דמיוני ומופרז כתוספת כתובה, הרי הוא חייב לשלם את מלוא הסכום שהתחייב בו, שהרי במשנה כתוב ״אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף״, שהם סכומים השווים לשנות השתכרות רבות, שהם בגדר סכומים מופרזים, ואפילו הכי מתחייב. ויצטרך לשלם זאת אפילו לא ישאר לו כלום, וכמו שכתב כן הריב״ש בפירוש, ולא אומרים שלשם כבוד בעלמא כתב כן, וכמ״ש הריטב״א שלא אומרים ׳דלפנחייא׳ בעלמא כתב לה. ומזה רואים שכל דיני אומדנא ואסמכתא שנאמרו בש״ס, אינם חלים על התחייבות בכתובה.

ויש להזכיר שוב את דברי **הבית מאיר** שיותר יש ללמוד מסתימת הראשונים מאשר מפירושם של האחרונים, ולא רק שסתמו ולא חששו לאסמכתא גם במאה מנה לעני שבישראל, אלא אף כתבו להדיא שעני מתחייב במאה מנה ואפילו באלף או אלפיים, וכמובן הוא הדין ביותר מכך.

ומה שנאמר בב״מ (קד:) שנהגו להוסיף לשם כבוד על הנדוניא ואח״כ מפחיתים את הסכום שהוסף לשם כבוד בזמן גביית הכתובה, לא נאמרו הדברים אלא במקום שנהגו. ואילו בזמננו אין מנהג ידוע ופשוט כמשמעו בהלכה. ועוד, שהנדוניא הייתה ידועה והוסיפו עליה סכום מסויים לשם כבוד, וידעו מה הוסיפו וידעו אח״כ כמה לגרוע בהתאם, משא״כ מה שמוסיפים בזמננו באופן כוללני, לא יתכן לבטלו מחמת שנעשה לשם כבוד וכמו שהתבאר בפנים.

גם מה שכתבו הראשונים וחכמי מרוקו ז״ל דברים שלכאורה נראה מהם שכאילו דנו ע״פ אומדנא שהתוספת שנעשתה לשם כבוד אינה נגבית בפועל, התבאר שהוא דוקא מחמת שהיה מנהג קובע ופשוט בכל המדינה או תקנות ברורות שכל העם היו נוהגים לפי התקנות הידועות, משא״כ במציאות זמננו שאין מנהג פשוט, ולכן חזר הדין לדינא דמתניתין שחייב לשלם הכל. וכך מבואר להדיא בדברי הראשונים ובפרט בשו״ת הגאונים. ומהר״ח או״ז דן במקרה מיוחד שאינו מלמד על כלל הכתובות. וכן מדויק מתשובות גאוני מרוקו משפט וצדקה ביעקב ועוד, שרק מחמת התקנה דנו שהכותב סכום מוגזם אנן סהדי שלא התכוון להתחייב בו. מעתה, בזמנינו שאין תקנה ידועה וקבועה או מנהג פשוט שכזה או כיוצא בזה שהיה בזמן הגאונים, אלא איש הישר בעיניו יעשה, הדרינן לעיקר הדין שאם אין מנהג, שורת הדין שחייב בכל.

גם כתבנו להעיר לשיטת הטוענים כי כתובה גבוהה אינה נגבית כי נכתבה רק לשם כבוד בעלמא, שא״כ על מה נכתב ׳דלא כאסמכתא׳, אם על שאר החיובים, שאר כסות ועונה וכו׳, לא יתכן, שהרי הם חיובים מוחלטים ולא על תנאי. גם התבאר שלא יתכן שנחזיק את החתן והרב והעדים כו׳ שעשו דבר כזה שכל התחייבותו ׳אינו מתורת התחייבות׳ שהוא לא רק מחזי כשיקרא אלא שקר גמור ואונאה לכלה וכמה חששו חז״ל למחזי כשיקרא ואמרו אל תשכן באהלך עולה ואיך יתכן שנעשה בפרהסיא כדבר הזה לעשות חוכא ואטלולא מדבר חשוב וחמור כזה ונזלזל כך בתקנת חז״ל שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ונמצאת בגלל הגוזמא יוצאת בלי כלום רק בעיקר כתובה. עוד התבאר שבזמננו מקבלים בקנין, ובגמ׳ הנ״ל איתא דכשיש קנין אפילו לא כתב לה לשון מלוה גובה כולה, וכ״כ כל הראשונים ז״ל שם עי׳ בשטמ״ק. כמו כן התבאר מהו מנהג שמבטל הלכה. והבאנו דברי הריב״ש (סי׳ תעה) שכתב וז״ל: **ולמנהג המקומות שבא משם החזן אין להביט כלל.**

גם התבאר שאין מקום להצמדת הכתובה בנדון דנן לכולי עלמא, וכן אין מקום לכך שהאשה תגבה גם כתובה וגם חלק מרכוש הבעל בגין איזון המשאבים ע״פ חוק.

גם הבאנו עדויות שדעת גדולי הדור מרנן הגרי״ש אלישיב והגר״ע יוסף ואולי גם הגר״ש וואזנר זצ״ל ועוד הייתה דעתם לחייב בכל סכום שהתחייב בכתובה.

נראה כי הדרך הנכונה לפתרון הבעיה משורשה היא לכונן אסיפת גדולי הדור והדיינים די בכל אתר ואתר, שישקלו את כל הנתונים שהתחדשו בדור והמשפיעים על גובה הכתובה שראוי לתקן, ולתקן תקנות מחייבות לכל תושבי אותו המקום, לפי העת והזמן והיכולות הכספיות וכו׳, ומעתה כל הנושא אשה, ישאנה על דעת התקנות הידועות וברורות לחתן ולכל העולם, וכהצעת רב חנינה גאון בשו״ת הגאונים לשואל לאמץ את מנהג הישיבה, וכפי שהיה מנהגים קבועים בזמן הראשונים וגדולי האחרונים בחו״ל בדורות הקודמים שדבריהם הובאו לעיל. ועכ״פ כבר לא יהיה ׳שטח הפקר׳ בנושא זה, ולא יהיו ספקות אם המנהג כך או אחרת.

לאור האמור: הבעל חייב לשלם מיליון ש״ח לכתובת אשתו.

הרב יצחק רפפורט
אב"ד נתניה

גביית תוספת כתובה במבקשת להתגרש, ובמורדים זה בזה

דין תשלום כתובה, תוספת כתובה ומתנות באישה המבקשת להתגרש בלא טענה לפשיעת הבעל, והבעל מתרצה לגרשה

מצאנו בבתי הדין מי שרצה לומר, שבכהאי גוונא שהגירושין הם לבקשת ותביעת האישה הפסידה האישה את תוספת כתובתה, שאדעתא למישקל ולמיפק לא כתב לה. אולם, סברא זו עומדת בניגוד לדברי הראשונים והפוסקים במקומות אין ספור כפי שנבאר.

ראשית יש להקדים, שסברת אדעתא ולמשקל לא כיהיב נאמרה בגמרא (כתובות נ"ד ע"א) רק בנוגע למלבושים ששמים לאלמנה, שכל כוונת הבעל היתה לתת מתנה משיורת על מנת שתתקשט כל זמן שהיא יושבת תחתיו, כאשר מתנות שאינן מלבושים אין בהם שיור כלל. ופירש רש"י "דהא קמיה קיימא ואינה יוצאה מביתו ואדעתא דהכי מקני לה שיהו שלה כל זמן שהיא תחתיו" בשונה מתוספת כתובה שנגבית דווקא לאחר כלות הנישואין ע"י גירושין או מיתה ואין לה שייכות לפני פקיעת הנישואין כלל. והגאונים הם אלו שחידשו שמורדת מפסידה מתנות מכח אומדנא שאדעתא למשקל ולמיפק לא נתן לה. מאידך, הטור באה"ע סי' ס"ו כתב שלא אומרים בתוספת שהוסיף בשעת קידושין אדעתא למישקל ומיפק לא אקני לה וגובה גם אם מגרשה ובב"ח שם הוסיף שכ"ש בתוספת שהוסיף אגב הנישואין שהתחייב בחיבת ביאה.

התוספות במסכת יבמות (ס"ה ע"ה ד"ה כי) בשם רבנו חננאל והרי"ף שם (יבמות ס"פ הבא על יבמתו ס"ה ע"ב) כתבו שבמקום שהאישה כופה את בעלה להוציא מחמתה, כגון בבאה מחמת טענה, מפסידה האישה גם את התוספת שאדעתא למשקל ולמיפק לא אוסיף לה, כאשר רבנו תם חולק על ר"ח ולדעתו גם בכהאי גוונא יש לה תוספת.

הרי"ף הכריע כדברי רבנו חננאל מספק, אולם מדברי הרמב"ם (הל' אישות פרק טו הלכה י) משמע שפסק כדברי הר"ח בתורת וודאי.

יש להדגיש, שסברת "אדעתא דלמשקל ולמיפק לא כתב לה", הובאה בראשונים תמיד בהקשר של הפסד מתנות שנתן הבעל, ולא תמצא שסברא זו תאמר בנוגע לתוספת זולת במקום שיש כפיה או במקום שיש הפסד כתובה מחמת פשיעת האישה שהפסידה עיקר כתובה, שלא נאמר שהתחייב יותר מאשר דיני עיקר הכתובה בתורת מתנה בדומה לממאנת וחברותיה, וזאת מאחר שהפסד התוספת באה יחד עם הפסד העיקר שתנאי כתובה ככתובה למורדת ולעוברת

על דת, ואין צורך בסברא חיצונית להפסיד תוספת, מלבד מה שהתוספת עדיפה על העיקר שיש עליה גם תורת מתנה ואפשר שרצה ליזוק את נכסיו.

לעומת זאת, בדין הפסד מתנות שאינן מלבושים יש חידוש, והדין אינו מוסכם שיש שחלקו על הגאונים, ולכן היו צריכים להביא את דברי הגאונים ביחס למתנות.

אלו הדברים המפורשים בדברי הראשונים.

אלא שמרן דודי הגאון הרי"ש אלישיב זצ"ל הוסיף בפסק דין (הובא בפסקי דין רבניים חלק ח עמוד 323) שבמקום שהאישה רוצה להתגרש ושני הצדדים מורדים זה בזה מפסידה האישה תוספת כתובה לאלתר על אף שאין לה דין מורדת להפסיד עיקר כתובה. וביסס את דבריו על ביאור הנתיבות משפט לגר"ח אלגאזי בדברי רבנו ירוחם.

והדברים קשים בסברא וסותרים את דברי הראשונים והפוסקים בהרבה מקומות וגם את דברי הגר"ח אלגאזי עצמו כפי שאבאר. וכבר אמר רבא (בבא בתרא דף קל ע"ב):

> **כי אתי פסקא דדינא דידי לקמייכו וחזיתו ביה פירכא, לא תקרעוהו עד דאתיתו לקמאי, אי אית לי טעמא אמינא לכו, ואי לא - הדרנא בי; לאחר מיתה, לא מיקרע תקרעוהו ומגמר נמי לא תגמרו מיניה, לא מיקרע תקרעיניה - דאי הואי התם דלמא הוה אמינא לכו טעמא.**

וז"ל רבנו ירוחם (מישרים נתיב כ"ג חלק ח'):

> **... וכתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספ' וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה.**

אם כן, מבואר שבמורדים זה בזה והאישה מבקשת להתגרש כופין את הבעל לגרש והאישה מפסידה תוספת כתובה בלבד, ולא שאר הדינים הממוניים של מורדת, ואפשר שחייב גם במוזנותיה, אלא שהגריש"א התקשה בדבריו ושאל:

> **ולפי האמור, לכאורה הדברים תמוהים, כשאשה היא המורדת בבעלה אינה מפסדת תוספת כתובה כל עוד ולא הכריזו עליה, ואם גם הוא מורד בה, אז מפסידה לאלתר את תוספת הכתובה, ומשום דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה, וכלפי לייא?**

תחילה ביאר הגריש"א את סיבת הפסד התוספת מכח הכפייה בדומה לבאה מחמת טענה

לשיטת רבנו חננאל, ועל פי דברי הר״ן בפרק אע״פ שאין סברא של אדעתא למיפק ולמישקל בנוגע לתוספת במורדת אלא רק בנוגע למתנות, מלבד מקום שהאישה כופה את הבעל להוציא שמפסידה תוספת כתובה בדומה לבאה מחמת טענה.

יש להעיר, שבקושייתו הבין שהאישה מפסידה את התוספת לאלתר, דבר שאין לו זכר בדברי רבנו ירוחם, מלבד ממה שהוסמך הפסד התוספת להפסד המתנות שלשיטת הרשב״א (ח״א סי׳ אלף רל״ה) מפסידה לאלתר (לעומת דעת הרשב״א במיוחסות סי׳ קלח ועוד שמפסידה רק בתום ימי ההכרזה וכ״כ בח״ד סי׳ נ״ב, וכן דעת הרמ״ה בבבא בתרא נ״א ע״ב, ועי׳ תש׳ הרשב״א ח״ב סי׳ קי״ב, ויעוין בדברי החזו״א אה״ע ס״ט ס״ק יח שגם לשיטת הרמב״ן מפסידה מתנות רק לאחר כלות ימי ההכרזה וע״ע אבני מילואים סי׳ ע״ז ס״ק יא, ב״ש סי׳ ע״ז ס״ק י״ח, ובית יעקב סי׳ ע״ז סע׳ ב).

אולם, כל דברי רבנו ירוחם נסובים על דין האישה לאחר י״ב חודש כאשר הבעל מסרב לגרש ולאחר י״ב חודש כופין אותו לגרש. כאשר גם לעיל מיניה בדיני מורדת רגילה כלל רבנו ירוחם את הפסד המתנות עם הפסד הכתובה אם לא חזרה בה עד לאחר כלות ימי ההכרזה, ולכאורה משמע שלפני כלות ההכרזה לא מפסידה מתנות ע״ש.

אלא שלאחר מכן הביא את דברי הנתיבות משפט וכתב בפירוש דבריו:

> **וע״כ נראה לומר דההבדל הוא בזה, במקום שהאשה היא המורדת בבעלה והבעל רוצה באשתו, הרי כל ההכרזות והתראות שנאמרו במורדת, וכל התקנות הללו לא באו אלא ללחוץ עליה שתמלך בדעתה ותשוב לחיי שלום עם בעלה, ולכן אם הבעל מגרשה. בטרם נגמרו כל הפעולות הללו חייב לשלם לה כתובה ותוספת כתובה, משא״כ במקרה וגם הבעל לא רוצה בה הרי אין מקום לתקנה זו וממילא קם דינא שמכיון שהיא לא רוצה אותו, הרי אדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה תוספת כתובה.**

ראשית, חידש הגריש״א שאישה שאינה רוצה בבעלה אין לה תוספת, ורק כאשר הבעל רוצה לכופה לשלו״ב לא מפסידה תוספת כתובה. כלומר יש כאן שאלה עקרונית בנוגע לתוספת האם יש קם דינא להפסיד תוספת ובמורדת קונסים את הבעל שאינו יכול לומר אי איפשי בתקנת חכמים לאחר שתבע שלו״ב או שיש חיוב של תוספת ובמורדת קונסים את האישה בהפסד כתובה ותוספת כתובה כפי הדין המבואר במשנה או בגמרא, והגריש״א פירש כמו הצד הראשון.

החידוש הנ״ל לכאורה תמוה ביותר גם מסברא שהרי לדבריו במקום שהבעל מנסה להחזיר את אשתו לשלו״ב בהכרזות כדברי רבותינו או בפחיתת כתובה לפי דין המשנה, אז קונסים את הבעל ועליו להמתין ארבע שבתות וי״ב חודש ולדינא דמתניתין באישה שכתובתה מרובה יצטרך להמתין חמש ושש שנים עד לפחיתת התוספת כעונש וקנס על כך שביקש להכריח את

אשתו לשוב לשלו״ב עד שלבסוף התייאש אחרי שראה שאין תוחלת בהמתנה ובהכרזות. אבל מי שמתחילה רוצה לגרש את אשתו המורדת נשכר ואשתו מפסידה תוספת כתובה לאלתר, וכלפי לייא? שנמצא צדיק מפסיד.

מלבד הקושי בסברא, הדברים סותרים את דברי ספר העיטור (אות מ - מרד) שכתב במופרש שלא כדבריו וז״ל:

> **והמורדת על בעלה נמי שאין הבעל רוצה לגרשה שמא תתפייס אלא שאומר אם רצונה להתגרש תצא שלא בכתובה והאשה אינה רוצה שיגרשנ׳ אלא שיצטער עד שיוציאנה ויתן לה כתובה דאמרי היכי דמיא מורדת דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה כלומר עד שיגרשנה ויתן כתובתה וכיון שלא יצאה מעיקר אישות פוחתין מכתובתה בכל שבת ושבת שמא תמלך ותתפייס, ואין הבעל יכול לומר אתן לה גט מעכשיו ואפסיד לה כתובתה.**

כלומר הפסד כתובה והתוספת במורדת של בעינא ליה ומצערנא הוא רק לאחר עשיית הסדר האמור במשנה או בגמרא, אבל לא במקום שהבעל רוצה לגרשה לאלתר, כך כתב גם החזון איש באה״ע סי׳ ס״ט ס״ק י״ח (דבריו יובאו לקמן). כאשר בעל העיטור (אות מ - מרד שער רביעי) לגבי הפסד תוספת בלא הפסד עיקר, הביא את דברי הרי״ף ביבמות בבאה מחמת טענה, והוסיף וכתב:

> **ובכולהו הנך דמנינן לא אשכחן דאית לה כתובה ולא תוספת אלא האי לחודה.**

ולדברי הגרי״ש היה צריך להביא את דינו של רבנו ירוחם שמפסידה לאלתר ללא כפיה במורדים זה בזה או במקום שהגירושין יוצאים ממנה שהם מעשים בכל יום.

וכך מוכח גם בדברי המרדכי סוף פרק הבא על יבמתו, שהקשה בשם ר״י על רבנו חננאל שבבאה מחמת טענה מפסידה תוספת ולא עיקר וז״ל:

> **...וקשה לר״י על פי׳ ר״ח דאמרי׳ התם נ״מ למורדת פירוש דמורדת על בעלה אינה מפסדת תוס׳ הכתובה אלא כמו שמפסדת הכתובה עצמה שפוחתין לה ד׳ טרפעקין בשבת ואף על גב דאדעתא דהכי לא הוסיף לה שתמרוד בו ור״ת אומר דלכל מילי תנאי כתובה ככתובה דמו כו׳:**

קושיית ר״י היא גם לפירוש רבנו חננאל שאין תנאי כתובה ככתובה רק לדברים המוזכרים בגמרא. ואם הפירוש כדברי הגרי״א אזי אין תקומה לקושיית ר״י שהרי במורדת יש דין מיוחד המעכב את הפסד הכתובה שלא שייך בבאה מחמת טענה שכופין להוציא לאלתר, ודוק.

גם התוספת רי״ד (כתובות קא ע״א) כתב שבמורדת קנסוה רבנן להפסיד גם התוספת.

ביאור דברי הנתיבות משפט

גם ביאורו בדברי נתיבות המשפט אינם עולם יפה, וזה לשון הנתיבות משפט בשלמותם (חלק ב דף ריח ע"ב),

ומ"ש רבינו בשם רבו ז"ל, דעתו דאף על פי שהיא מורדת כיון שהוא גם כן מורד ואינו רוצה אותה אין מפסידין אותה כתובתה אלא לאחר השנה כופין אותו לגרש ונותן לה נכסי צאן ברזל שלה, אבל לא תוספת.

וכן נראה, שהוא דעת הרשב"א בתשובה הביאה הרב הב"י בדף נ"ט וז"ל: על האומרת מאיס עלי או בעינא ליה מה הן גובות, אם הוציא מרצונו בין בזו ובין בזו נותן להם נכסי צאן ברזל אבל מה שנתן להם משלו אינן נוטלות כלום כיון שהן תובעות להתגרש עכ"ד, וכן כתב ג"כ בסימן אלף ורל"ה, הרי שדעתו שאף על פי שהן מורדות מכל מקום כיון שהוציא מרצונו דגם הוא אינו רוצה אותה נותן להם נצ"ב, ומסתברא דכל נכסי צאן ברזל שלה חייב לשלם ואף מה שנגנבו או נאבדו שהרי לא פטרו את הבעל אלא מלשלם תוספת משמע דנצ"ב צריך לשלם.

הגר"ח אלגאזי לא בא לבאר את הפסד התוספת אלא לבאר שהיא גובה גם נכסי צאן ברזל ואפילו נצ"ב שאינן בעין, וזאת מאחר שאין עליה שם מורדת. ולזה מצא סיוע בדברי הרשב"א (ח"א אלף רל"ה) שכתב שעל מנת להשית על האישה דין מורדת צריך הבעל לתבוע את זכותו לאישות מהאישה, וכל זמן שהבעל אינו תובעה אין לה דין מורדת וזאת מאחר שאינה משועבדת אלא במקום שהוא תובעה ולכן חייב בתשלום נכסי צאן ברזל שאין עליה שם מורדת, ורק מה שנתן משלו מפסידה, אבל הרשב"א לא הזכיר הפסד תוספת כלל וז"ל הרשב"א שם:

> **ומה ששאלתם מה הן גובות מנכסי הבעל בכתובתן ומתנתן. כבר אמרנו שאין הבעל מוציא אלא מרצונו ואם הוציא מרצונו בין בזו ובין בזו נותן להם כתובתן כלומר נכסי צאן ברזל. אבל מה שנתן להם משלו אינן נוטלות כלל כיון שהן תובעות להתגרש דאדעתא למשקל ומיפק לא יהיב.**

הרי שהרשב"א לא התייחס לעיקר כתובה ותופסת כלל אלא למתנות (בהמשך יתבאר מה כלול ב"מה שנתן לה משלו" ושאין הכוונה לתוספת), ואם כן, אין כאן ראיה כלל לדברי הגריש"א.

ומה עוד שבתחילת דבריו כתב הנתיבות משפט:

> **...כיון שהוא גם כן מורד ואינו רוצה אותה אין מפסידים אותה כתובתה אלא לאחר השנה כופין אותו לגרש ונותן לה נכסי צאן ברזל אבל לא תוספת.**

הרי שהפסד התוספת היא בהדי הדדי עם הכפיה ולא לפני כן, ויש לתמוה על השמטת מילים משמעותיות מתוך דברי הנתיבות משפט בפסק דין הנ"ל.

יש להדגיש, שדין י״ב חודש בדינו של רבנו ירוחם לא נובע מדיני מורדת, אלא מדיני שלו״ב שבתקופה זו לא ראוי לגרש שמא יחזרו זה לזה.

ועוד שמדברי הנתיבות משפט במקום אחר [דף רטו ע״ב] מוכח להדיא שלא כדינו של הגרי״ש אלישיב, שדעת רבנו ירוחם בדעת הרשב״א (שהוא רבו של רבי אברהם בן אשמעאל) שבטוענת מאיס עלי ולא מזכירה כתובה אם מגרשה תוך י״ב חודש משלם את כל כתובתה עיקר ותוספת ורק אם מוחלת על כתובתה בפירוש אז לדעת הרשב״א אין לה כתובה ותוספת אם עבר וגירש בתוך י״ב ז״ל רבנו ירוחם:

... והרשב״א כתב שהפסידה אפילו תוך השנה ואף על פי שעשה שלא כהוגן שגרשה תוך השנה שלא ברצון חכמים וזה כשאומרת לא הוא ולא כתובתו אבל אמרה מאיס עלי לבד ואינה אומרת שאינה רוצה כתובתה משהינן לה שנה ולא כייפין לה תוך השנה לא לפחות ולא להכריז עליה בבית דין ואם רוצה לחזור לא הפסיד׳ כלום עמדה במרדה כל השנה הפסידה עיקר ותוספת ומה שתפס׳ לא מפקינן מינה מנדונייתה ומה דלא תפסה לא יהבינן לה כמו שכתבתי למעלה ע״כ...

וביאר בנתיבות משפט [דף רט״ז ע״א] שבכך יישב רבנו ירוחם את הסתירה שבתשובות הרשב״א (ח״א רל״ה ובחידושים לעומת דעתו במיוחסות קל״ח), שבמקום אחד כתב שאם עבר וגירש תוך י״ב חודש במאיס עלי יש לה כתובה, ובמקום אחר כתב שהפסידה כתובה, וזאת תוך התייחסות לתשובה בסי׳ אלף רל״ה שהפסידה תוך י״ב, כאשר בדברי רבנו ירוחם מפורש שלא הפסידה תוספת. א״כ לדעתו דין י״ב חודש לא מחיל שום דין בנוגע לכתובה או לתוספת אלא שאין בי״ד נזקקים לו ומתרים בו שלא יגרש, וכל חיוב או הפסד הכתובה תלוי במחילת האישה, ולדברי הגרי״ש היתה צריכה בכה״ג להפסיד תוספת בכל עניין מכח תנאי הבעל שאדעתא למשקל ולמיפק לא הוסיף לה ואפילו תוך י״ב חודש. וא״כ ממה שמפורש שגובה תוספת בתוך הי״ב חודש מוכח שלא כדבריו, ורק לאחר י״ב חודש נקבע המרד והמאיסות ללא מזור ומפסידה עיקר ותוספת בהדי הדדי.

עוד היה אפשר לפרש, שהגר״ח אלגאזי מצא בדברי הרשב״א מקור לכפיה, שמתוך שאין על האישה שם מורדת בלא תביעה שאינה משועבדת לו, יש מקום לכוף להוציא שכל רצונו הוא לעגנה בחינם. שאילו היה עליה שם מורדת גם בלא תביעה לא היה מקום לכפות את הבעל להוציא מאחר שרצון חז״ל היה לקונסה עד שתפסיד את כל כתובתה, אלא שכאמור לא נחית להכי כלל ועיקר.

המשך תשובת הרשב״א (שו״ת אלף קל״ה בגירסא שונה ובתוספת דברים) שציין אליה בנתיבות משפט כמקור לדברי רבנו ירוחם הובאו להלכה ברמ״א בשו״ע אה״ע סי׳ ע״ז סע׳ ב׳ בנוגע למה שביאר שם בהמשך התשובה בנוגע לדין מורדת בתוך י״ב חודש וז״ל:

ואם רוצה לגרשה תוך י״ב חדש נותן לה צ״ב שלה, וכתובתה וכל מה שכתב לה.

במהדורות שנת ש״מ ושנת ושע״ו וכפי שהיה לפני הב״ש – ולא מה שכתב לה.

וכתב החזון איש (אה״ע סי׳ סט אות יח) וז״ל:

...אמנם נראה דאין דברי הרשב״א אלא במתנות דיהיב לה בשעת נישואין או לאחר נישואין, אבל תוספת שכתב לה בכתובתה ודאי דינו ככתובה ולתנא דמתיניתין פוחתין מתוספת ז׳ דינרים לשבת ולרבותינו מפסידתו אחר ארבע שבועות, וכדאמר בהדיא בגמ׳ [כתובות] נ״ד ב׳ תנאי כתובה ככתובה לענין מורדת...ולפ״ז ע״כ צ״ל דהא דאינה מפסידת במרדה את התוס[פת]׳ עד אחר ארבע שבועות דלא מקר מוציאה את עצמה מיד בעלה עד שנקבע המרד כפי שיעור חכמים דכעס לשעה שכיח ולא הנחת בת לאברהם אבינו אי מפסדת תיכף...

דברי החזון איש ברור מללו שלא כדברי הגריש״א, ולדעתו אין מקום להפסיד תוספת במקום מרד אלא לאחר שנקבע המרד מה שאין כן מתנות שמפסידה לאלתר לדעת הרשב״א. יש לשאול על החזון איש במה נקבע שיעור קביעת המרד לדין המשנה וצ״ל שלדין המשנה באמת לא נקבע המרד עד שמפסידה את כל כתובתה וממשיכה במרדה. ואם הדברים נכונים לאחר שהתחילה למרוד על אחת כמה וכמה לפני שנקבע לה שם מורדת.

ואפשר שהסברא שעומדת בבסיס חידושי של הגרשי״א הוא שהתוספת נכתבה על מנת שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה ואם היא מבקשת להתגרש היה מקום לומר שאדעתא למשקל ולמיפק לא כיהיב.

הרש״ך דחה סברא זו (ח״א סי׳ מ״ה [א]) וז״ל:

...גם מה שרצה לצדד, דאפשר לומר שאפילו אם תמצי לומר שחייב לתת לה כתובה (ברואה מחמת תשמיש), אם דוקא אותה כתובה היא לבד מה שהכניסה לו בנדוניא, ופטור מעיקר כתובה ותוספת, או חייב בעיקר כתובה ופטור מתוספת, לפי שכפי הנראה הדין נוטה שיהא חייב בעיקר הכתובה, שהוא המנה מאתים דחזו לה מדאורייתא, ולא התוספת, לפי שהתוספת הושם לקנס פן יגרשנה שלא מרצונה, ועכשיו שהתורה אסורה לו להשהותה עמו, מה יוסיף ומה יתן וכו׳. לא ידעתי מאין ראה אלו הדברים, שהתוספת הושם לקנס פן יגרשנה, שא״כ לא יתחייב בתוספת אחר מותו, ולפי סברתו א״כ אפילו מנה מאתים לא יהיו לה, לפי(׳) שתקנת מנה מאתים הוא, כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, א״כ מה יעשה זה שהוא מוכרח להוציא, שלא לעבור על ד״ת:

והדבר ברור, שהטעם שחכמים תיקנו עיקר כתובה הוא על מנת שהאישה לא תשהה ללא כתובה ותהיה קלה בעיניו לגרשה עד שאמרו שבעילתו בעילת זנות שאין האישה סומכת

דעתה. אולם, סברא זו נאמרה רק על העדר כתובה, אבל במקום שהבעל מוסיף עליה אזי התוספת היא לדרישת האישה דלית כתובה דלית בה תיגרא, שהאישה לא מתרצה להינשא עד שיובטח מעמדה הכלכלי לאחר גירושין ואלמנות, והוא מה חז"ל כינו "חינא", והוא מצדו מתרצה מטעם חיבת ביאה, ועי' היטב בלשון הרמב"ם הלכות אישות פרק כד הל' ג'.

וכך גם מפורש גם בירושלמי בריש פרק אע"פ, שהביא כמה טעמים לשעבוד הבעל בתוספת: או כדין שכירות בתמורה להנאת תשמיש וא"כ אין בידו להתנות שהיא אין דעתה להתנות, או בתמורה לקידושין שיקרא חתנו של פלוני, ואפילו לאחר הנישואין יכול להשתעבד בתמורה לכך שהאישה לא תעיק לו עד שיגרשנה, וודאי שכל הטעמים הללו נאמרו במקום שהאישה דורשת שישתעבד בתוספת כתנאי להתרצותה לנישואין, וא"כ היא ודאי לא מטילה תנאים לטובת הבעל אלא מתכוונת לשם מוהר חלוט שיקרא בשם כתובה, והמורדת מפסידה כל מה ששמו כתובה מכוח קנס ולא מכח אומדנא.

וזה החילוק שבין מתנה לכתובה, שהכתובה היא תמורה להתרצות האישה לנישואין לעומת המתנה הניתנת על ידי האיש בלבד שלא מחמת הנישואין ואינה תלויה אלא ברצון הנותן ותנאיו.

וכן כתב בתשובת הרא"ש בכלל נ' סי' י' באישה שבקשה מבעלה להתגרש שלא תיפול ליבום ותבעה להתגרש שלא אומרים אדעתא למשקל ולמיפק לא כיהיב אלא גובה מהיורשים את כתובתה וז"ל:

> **אין בדברי היורשים כלום; דכיון שנתן לה גט, מאיזה טעם שיהיה, מכל מקום הרי היא מגורשת וזכתה בכתובתה. כי לא הטיל תנאי בגט, על מנת שלא תגבה כתובתה, ואין כאן אומדנא שיהא לרעתה או לטובתה גם לענין הממון; שהרי כשתבעה ממנו גט, אמר לה: למה את צריכה גט, הרי כבר כתבתי לך כל נכסי ולא יחלקו עמך! הרי מוכיח מתוך לשונו שהחזיק אותה בכל הנכסים, והגט נתן לה כדי שלא תזקק ליבום.**

ואין לחלק בין בחייו לסמוך למיתתו שהרי כל הסברא של אדעתא למשקל ולמיפק לא כיהיב נאמרה בבגדי אלמנה לאחר מיתה ובהתגרשה נוטלתן, ואם יש הפסד תוספת כתובה במקום שמגרשה מרצונה היו צריכים להשביע את האישה בטענת שמא כמו בכל גביה מן היורשים.

במהרלב"ח סי' פ' האריך ג"כ בנידון דומה וכתב וזה לשונו:

> **...ומבואר אמרו בגמרא ההיא איתתא דאתית לקמיה דרב נחמן וכו' אם כן כיון שבסבתן כופין בית דין לבעל לגרש כמו בחלוקה השנית שכתבתי או כופין לתת כתובה ומבקשין על הגט כמו בחלוקה הראשונה אדעתא למשקל ומיפק לא כתב**

לה והפסידה התוספ׳ אבל בנושא שלפנינו שלא הוליכה אסתר הנזכר לבעלה לפני בית דין לכוף אותו שיגרשנה כי לא היה לה טענה כנגדו בזה. ואם הלך הבית דין אליו הלך לדבר לו בלשון תחנה ובקשה אם כן פשיטא ופשיטא שלא הפסידה דבר מכתובתה לא עיקר ולא תוס׳. ומבואר הוא זה בתוס׳ בסוף פ׳ הבא על יבמתו וז״ל כי הא ודאי כפינן פר״ח דכל הנך כופין דמחמתה דוקא מנה מאתים יש לה אבל תוספת אין לה דאדעתא למיפק וכו׳. הא קמן מבורר דדוקא אין לה תוספת באותן דכופין להן בית דין לגרש מחמת האשה כגון באלו הנז׳ אבל באותן שכופין להן ולא מחמת נשיהן כגון מי ששהה י׳ שנים עם אשתו ולא ילדה ועדין לא קיים פריה ורביה שהדין בזה שכופין לגרש כמוזכר בפרק הבא על יבמתו יש לה כתובה ותוספת משלם. וכן באותם שלא כפו להם בית דין כלל אלא שהם מתפתין לדברי נשיהן ומגרשין אותן לאיזה סבה שתהיה לא הפסידו כלל.

יעוין שם שהאריך לדחות את סברת הטוען שבמקום שהאישה מבקשת להתגרש מפסידה תוספת עד שכתב על בעל סברא זו בנדון דידיה וז״ל שם:

...וא״כ כל שכן אסתר זאת שתגבה כל מה שכתב לה בעלה כיון שאיפשר לומר שהיא אלמנה וגרושה והאומר שבשביל שקרוביה חלו פני בעלה בעוד בחיי׳ חייתו שיגרשנ׳ בגט על תנאי כדי שלא תשאר זקוקה ונתרצה להם שבשביל זה תקרא מורדת ואבדה התוס׳ אין לו מוח בקדקו׳ והיה ראוי לגזור עליו שלא ילמוד עוד כל ימי עולם בלי מלמד בשום ספר מספרי תלמוד או פוסקי׳ אלא בספרי מקרא לבד. וזה כי לו הונח שהאשה בעצמה היתה המדברת לבעלה ומתחננת לפניו שיגרשנה כדי שלא תשאר זקוקה אין עליה אשם כלל כיון שלא היה בדרך מרד בבעל כי אדרב׳ הגט היה על תנאי גם לא יקרא מרד ביבם כיון שעדיין לא היתה ראויה ליבם כי היה בחיי הבעל כ״ש כי המרד אינו בדבור לבד כי אם במעשה מרד מתשמיש ואם כן אפי׳ היתה היא המדברת לבעלה אין עליה אשם כלל.

ודברי המהרלב״ח הם הם דברי החזון איש, שאין שם מורדת אלא במורדת במעשה מרידה מתשמיש, וגם במקום שהאישה מֵחלה את פני בעלה שיגרשנה שאינה רוצה בו, וזאת למרות שלא שייכת סברא שתהיה קלה בעיניו להוציאה.

ואם כן, גם במורדים זה על זה שאין על האישה שם מורדת בהעדר תביעה מצד הבעל כמו שכתב הרשב״א, אין מקום להפסד כתובתה זולתי לאחר י״ב חודש, שלדעת ה״ר אברהם בן אשמעאל כופין את הבעל להוציא.

וכן כתב, הרמ״ה בבבא בתרא (נ״א ע״ב) שמתנות שנתן הבעל לאישה לא גרועים מתוספת כתובה שגובה כל זמן שלא מורדת בו וז״ל:

ואם נתאלמנה או נתגרשה שקלה לה להדיא לארעא לבר מכתובתה...מידי דהוה

אתוספת ושאר מתנות דמיכתבין גו כתובה דלא הוה מיחייב בהו בתנאי בית דין, דכל היכא דלא מרדה ביה מחיים אף על גב דגביא כתובתה לאחר מיתה שקלה לה לבד מכתובתה, וכל שכן מתנתה דאפילו בחיי בעל נמי ברשותה קיימא למיכל פירי.

הרי שכתב בפירוש, שאין הפסד תוספת כתובה בגירושין אלא במקום מרד, אבל במגרשה מדעתו ללא מרד אינה מפסידה תוספת כתובה וכמו שכתב שם לגבי מתנות שאינה מפסידה רק לאחר כתיבת אגרת מרד כמו שהביא הטור בשמו באה"ע סי' פ"ה, ויעויין לקמן מה שדקדק המהר"א ששון בנוגע למתנות בדעת הרמ"ה והטור.

דין בעינא ליה מצערנא ליה

בריש פרק אע"פ מבואר שתנאי כתובה ככתובה למורדת – שפוחתים את כתובתה בכל שבוע גם כנגד התוספת, וכתב בשטמ"ק וז"ל:

למורדת. פירוש דתנן בפרקין המורדת על בעלה פוחתין לה מכתובתה כו' עד מתי הוא פוחת עד כנגד כתובתה לא תימא כנגד מנה מאתים לחודייהו פוחתין אבל אינו משהה לפסוק אף על התוספת ולהפסידה ממנה דמתנה יהיב לה ע"מ לכונסה והרי כנסה וה"נ אמרי' גבי אילונית דמתנה בעלמא יהיב לה מחמת חיבת ביאה ראשונה וכמו שכתבו התוס' בסמוך וכן פרש"י ז"ל להדיא במהדורא קמא וז"ל למורדת דתנן במתני' המורדת על בעלה פוחתין לה כתובתה שבעה דינרין בשבת ואם פחתה מאתים פוחתין לה נמי תוספ' ע"כ.

וקשה במתני' דלקמן פליגי תנאי דר' יוסי סבר לעולם הוא פוחת והולך עד שאם תפול לה ירושה ממקום אחר גובה ממנה. והלכך לדידיה אפילו לא הוי תנאי כתובה ככתובה פוחת לה ויש לפרש דה"ק למורדת לא תימא כנגד מנה מאתים הוא דפוחת והולך בכל שבוע ז' דינרין אבל התוספ' אינו פוחת והולך אלא בשבוע הראשונה תפסיד כל התוספ' דאדעתא למשקל ולממרד לא יהיב לה והשתא ניחא דאפילו לרבי יוסי איצטריך ויש לדייק כן מפירושו של רש"י ז"ל במהדורא בתרא שכתב ז"ל בסוף לשונו אלא אף התוספ' פוחתין והולכין. ומיהו התוס' לא כ"כ כנ"ל:

אם כן, מפורש שפוחתים במורדת כנגד התוספת ואינה מפסידה לאלתר שלא נאמר בתוספת אדעתא דלמשקל ולמיפק לא כיהיב, ודברי המשנה והגמרא הם בסתמא אפילו ברוצה לגרשה לאלתר, וכך מבואר גם במרדכי בפרק הבא על יבמתו שהובא לעיל.

בפירוש בעינא ליה ומצערנא ליה פירש ר"ת (תוספות ד"ה אבל בדף ס"ד ע"א):

ונראה לרבנו תם דהכי פירושו בעינא ליה ואינה רוצה להתגרש בלא כתובה ומצערנא ליה עד שיגרשנה ויתן לה כתובה...

וכך פירשו ג״כ ספר העיטור, הריטב״א, והרא״ש, אם כן, כל מורדת אין לך מבקשת להתגרש גדולה ממנה שהרי כל הגירושין יוצאים ממנה ומרצונה שהיא מצערת אותו על מנת שיגרשנה ויתן לה כתובה, ואף על פי כן, לא מצאנו שתפסיד תוספת כתובה ללא הכרזות או בהמתנה לדינא דמתניתין, ולא ניתן שיור או חילוק בשום מקום בין מבקש לגרשה לאלתר ואינו חפץ בה לבין מבקש להמתין. ראיה זו מצאתי ג״כ בתשובת המהרלב״ח שהבאתי לעיל, והביאה ג״כ המהר״א ששון (תורת אמת סי׳ נ״ה).

ובדברי הר״ן (דף כ״ז בדפי הרי״ף) מפורש שלתוספת כתובה יש דין עיקר כתובה ולא נאמרה בה אומדנא של אדעתא למשקל ולמיפק לא כתב. על אף שהדברים ברורים בלשונו אבאר מאחר שיש מי שטעה בהבנתם, ואהיה כמורה באצבע.

הר״י מיגאש הביא בשם הגאונים שבכל מורדת מפסידה מתנות שנתן לה, והקשה הרמב״ן על דבריהם, שאם יש אומדנא שאדעתא למשקל לא אקני לה א״כ היתה צריכה להפסיד גם את התוספת מכח אותה האומדנא, על כן מוכח שליכא אומדנא כלל וגם מתנות לא מפסידה.

וכתב הר״ן על דברי הרמב״ן:

> **ולענין מתנה שנתן לה הבעל יש מן הגאונים שאמרו כי אפילו דלא מפסדת נכסי מלוג מאי דיהיב לה בעל מיהת מפסדת דלא אקני לה אלא אדעתא למיקם קמיה אבל אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה והקשה הרמב״ן ז״ל אי הכי היכי אמרינן בריש פרקין [דף נד ב] דתנאי כתובה ככתובה דמי למורדת ובמאי דמי לכתובה הא אפילו במתנה דלבתר נשואין אמרינן דמפסדה.**
>
> **ולדידי לא קשיא דאי הוי תוספת כמתנה כי מגרש מתוך מרדה הפסידה לאלתר משום דלא אקנו לה מעיקרא אלא אדעתא למיקם קמיה אבל השתא דאמרינן דככתובה הוי לא מפסדה מיניה לתנא דמתני׳ אלא בפחיתת שבעה שבעה מכתובתה או בד׳ שבתות כרבותינו:**

פירוש תירוצו: שאילו היה דין התוספת כדין מתנות שנתן משלו ״דלא אקנו לה״ חז״ל רק על מנת שתעמוד לפניו היה מקום להקשות מהגמרא, אבל עכשיו שאומרים שדין התוספת כדין עיקר כתובה לא מפסידה אך ורק בתקנת חז״ל על פי דין המשנה או בדין הגמרא, ומאחר שהתוספת והעיקר שווים שאין בהם סברא של אדעתא דלמשקל ולמיפק לא כתב לה אלא הם תקנה אחת. וא״כ לדינא ולמסקנא אין סברא של אדעתא למיפק לא כתב לה בכתובה או בתוספת במורדת ורק במתנות.

גם הרמב״ן שהקשה על הגאונים שמפסידה מתנות ממה שתנאי כתובה ככתובה במורדת הרי שהבין שפוחתים גם את התוספת, ובסוף דבריו כתב:

> **...ומצאתי בחבור אחד שבתשובות רבי׳ האי גאון ורבי׳ אלפסי הכי דייני דאפילו**

במתנה לחוד דבתר נישואין מפסדה, ואיכא לדחוקי דקמ"ל התם תוספת וכ"ש מתנה דאומדן דעתא הוא דמפסדא.

ופירושו כדברי הר"ן, שהתוספת מפסידה בכל שבוע מאחר שאין בה אומדן דעת של אדעתא דלמשקל ולמיפק לא אקני, וכ"ש שמפסידה מתנות מאחר שיש בהן אומדן דעת ותנאי של אדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה שמפסידן כאחת, וכך ביאר גם באבני מילואים סי' ע"ז ס"ק י"א את דברי הרמב"ן והרשב"א ע"ש.

וכך דייק המהר"א ששון מרש"י כתובות נ"ד ע"ב ד"ה רצה לכתוב (דבריו יובאו לקמן).

החזו"א אה"ע סי' ס"ט ס"ק יח נדחק בביאור הרבותא שמפסידה תוספת, ונלענ"ד הדברים ברורים שהרבותא שתוספת מפסידה מכח קנס על אף שאין בהם אומדנא, והמתנות מפסידה כאחת מכח אומדנא. ואם כן, מפורש ברמב"ן וברי"ן שהעיקר והתוספת במורדת הוו תרי ריעין דלא מתפרדין.

ואין מקום לומר, שבמקום שאין תועלת בהכרזות ובהתראות תפסיד מיד, כמו שכתב הרמ"ע מפאנו (סי' נה) וז"ל:

...והנה ראיתי מגדולי הדור מי שחשב להפריז את המדה על העלובה הזאת ואמר כי לאשה שמרדה על בעלה בשב ואל תעשה בלבד אולי יש תקוה שע"י התראה והכרזה תשוב ותתפייס, אבל כיון שהתריסה כולי האי ודאי לא תשמע לקול מוריה ואטרוחי בי דינא בכדי להכריז ולהתרות לא מטרחינן - ולנו בפשיטות תשובתו בצדו שזה כלל גדול בתורה אין עונשין אא"כ מתרין, ועוד דבריו אלה הנה הנם חדוש הלכה אחר סוף הוראה כי אין להם עיקר בגמרא ולא בתקנות הגאונים ולא בהסכמות הקהלות ולא בשום מנהג ואין גם אחד מן הפוסקים שזכר מכל זה כלום, ואם באנו להפסידה כתובתה באומדנא בעלמא ואנן הדיוטות אנן האם עדיפנן אפילו מנשיא שבא"י שאין כחו יפה אלא בקנסות המפורש בתורה ובגמרא לא תהא כזאת בישראל...

שיטת ר"ת בטוענת מאיס עלי

גם הטוענת מאיס עלי אין לך מבקשת להתגרש גדולה ממנה, ואף על פי כן פירש ר"ת (שם) וכן הביא הרא"ש וז"ל:

...אבל אמרה מאיס עלי ולא בעינא ליה לא הוא ולא כתובתו לא כייפינן לה שתחזור בה ע"י שנאמר שלא תועיל מחילה משום דהוי מחילה בטעות דאגב צערה קא אמרה הכי ומתוך כך לא יגרשנה בעלה שאינו רוצה ליתן כתובה אלא מחילה גמורה היא ומתוך כך יעלה בדעתו לגרשה מר זוטרא אמר כייפינן לה

דהויא כמחילה בטעות והיינו כפיה דעל ידי כך תשאר תחת בעלה שלא ברצונה כי בעלה לא יגרשנה כיון שחייב ליתן כתובתה..

מפורש בדברי רבנו תם, שבלא מחילה נוטלת כתובה ולא אומרים שאדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה, זאת על אף שהגירושין יצאו ממנה. אמנם, לדעת רבנו תם אין מקום לחלק בין עיקר ותוספת שהרי לדעתו דינם שווה לכל הדברים כמו שכתבו תוספות בשמו ביבמות ס״ד ע״ב. אבל הרא״ש העתיק את דברי ר״ת בסתמא על אף שביבמות פסק כרבנו חננאל והרי״ף שתוספת דינה כעיקר רק בנוגע לדינים שהוזכרו בגמרא אלא שקנסו שלא להחשיב את המחילתה כמחילה וללא מחילתה לא הייתה מפסידה כתובה ותוספת כתובה כלל, ואם כדברי הגריש״א היה צריך גם לקנוס את הבעל ולבטל את התנאי שלו בתוספת על מנת שלא תפסיד מכח אומדנא.

וכך מפורש גם בדברי רבנו ירוחם בשם הרשב״א שהובאו לעיל לעניין גירושין תוך י״ב חודש שבלא מחלה בפירוש נוטלת גם עיקר וגם תוספת אלא שלדעתו אין תקנה להחשיב את המחילה כמחילה בטעות. וע״ע בתשובת הרדב״ז ח״א סי׳ שס״ד שלדעתו גם בטוענת מאיס עלי צריך מחילה מפורשת ובספק מחילה לא מפסידה כתובה ע״ש, ואילו היה דעתו לחלק בין עיקר לתוספת היה צריך לפרש וא״כ מוכח שאינה מפסידה מכח תנאי הבעל.

גם מדברי הראשונים שהצריכו התראה לטוענת מאיס עלי, לכאורה מוכח שללא קנס לא מפסידה כתובה אלא שאפשר שההתראה נועדה לבחון את קביעות המרידה.

אמת, שיש שיטות בראשונים שבמאיס עלי מפסידה עיקר ותוספת גם ללא מחילה, ובכללם בעל העיטור, אבל הדבר נובע ממה שלא כופין את האישה לשוב לבעלה כאשר באה בטענת מאיס עלי. ועל כן, יש עקירת האישות ללא תרופה, וכהאי גוונא מפסידה עיקר ותוספת בדומה לעוברת על דת ומזנה, וכמו שכתב הרשב״א (כתובות ע״ג ע״א) בנוגע לנודרת שלא תשאל ולא תשאיל כברה ונפה שתצא בלא בתובה ״שאני הכא דכיון שנדרה ואי אפשר לכופה תצא שלא בכתובה״ ובדומה לאישה שבעלה כופה ללכת אחריו והיא מסרבת, אבל לא מאומדנא של אדעתא דלמשקל ולמיפק לא כתב לה. אולם כל דבריהם נאמרו רק במאיס עלי ולא במורדת של בעינא ליה ומצערנא ליה ״שלא יצאה מעיקר האישות״ כמו שכתב בעל העיטור, וכלשונו של המאירי ״ומאחר שאין זה אלא מתוך הכעס אף התוחלת מצוי בתקונה וכמו שאמרו אין קיצפא אית סיברא״, לעומת מאיס עלי ש״אין כאן עוד תוחלת שאין אחר המיאוס כלום ואף כשהיא סבורה לקבל אינה יכולה לכוף את טבעה וכבר אמרו אין מאיסא לית סיברא״, ולכן יצאה מעיקר האישות ומפסידה גם עיקר וגם תוספת.

ולדעת ר״ת והרא״ש כיון שיכול לשדלה במשך י״ב חודש נחשב הדבר כיש תרופה למרדה ואין להפסידה כתובה ותוספת ללא מחילה לפני כלות הי״ב חודש שאילו לא היתה תרופה לא היו מתקנים המתנת י״ב חודש, וגם לפני תקנת המתנת י״ב חודש היה אפשר להמתין שתחזור בה. ולא באתי אלא להוכח מדברי ר״ת והרא״ש שאין אומדנא מיוחדת בתוספת כתובה.

[יש מי שרצה לבאר על פי שיטת הראשונים שלא צריך מחילה במאיס עלי את דברי הגרשי״א, שמאחר שהגירושין יוצאים ממנה לאחר כלות הי״ב חודש ואין כל תקנה ולכן מפסידה תוספת כתובה.

וזה דבר בטל מעצמו, ראשית, שאם הוסר עיכוב תקנת מורדת הייתה צריכה להפסיד גם עיקר וגם תוספת. כמו כן, לדברי הגריש״א מפסידה תוספת לאלתר גם תוך י״ב חודש, וע״כ שכל דבריו נובעים מהאומדנא ולא מדיני מורדת, שהרי כל היסוד של רבנו ירוחם שאין עליה דין מורדת.

ועוד שאם שניהם רוצים למרוד זה בזה ולהתרחק זה מזה כמטחוי קשת מרצונם, מה לחז״ל ולהם שנדון בעניינם, ישבו בדד עד שילבינו שערות ראשם, ורק מכח תקנת עיגון ניזקק ונכוף על הגט אם היא מבקשת להתגרש].

אלא ברור שסברת רבנו חננאל וסיעתו היא דווקא במקום שכופים את הבעל להוציא מחמת רצון האישה בניגוד לרצון הבעל. אבל במקום שיש בידו לעגנה עד שתתרצה אזי הוא המוציא והיא לא יוצאת מרצונה וכך מדויק מלשון הרמב״ם בפרק טו מהלכות אישות הלכה י:

> **האשה שבאה לתבוע בעלה לגרשה אחר עשר שנים מפני שלא ילדה והיא אומרת שאינו יורה כחץ שומעין לה, אף על פי שאינה מצווה על פריה ורביה צריכה היא לבנים לזקנותה, וכופין אותו להוציא ויתן עיקר כתובה בלבד, שלא כתב לה התוספת על מנת שתצא לרצונה ותטול.**

הרמב״ם דקדק לכתוב שהאומדנא שמפסידה תוספת קיים רק במקום שהיא יוצאת לרצונה, כלומר שהיא כופה את הבעל. אבל במקום שהוא יכול לכופה ע״י פחיתת כתובה והשהייתה או שהוא מוציאה מרצונו אינה מפסידה תוספת כתובה שהרי סוף סוף בדידיה תליה מילתא.

ואדרבא ממה שהרמב״ם סתם בפרק ט״ז הל׳ ג:

> **כבר הודענו שחכמים תקנו כתובה לאשה, ודין התוספת כדין העיקר...**

ולא מצאנו עוד מקום שדעת רמב״ם שיש לה עיקר ואין לה תוספת מלבד בבאה מחמת טענה שאומרת שאינו יורה כחץ, והוא אינו יודע או שמכחישה שכופין אותו להוציא בעל כרחו והוא אינו יודע אם בצדק אם לאו. הרי שמוכח שסובר שבשאר מקומות אם לא כופים בעל כרחו מחמתה ומדעתה אינה מפסידה תוספת כתובה, וכמו שכתב בבעל העיטור לעיל, ועיין לקמן בשיטת הר״ן בס״פ אלמנה ניזונת.

וכדברי הרמב״ם נקט גם המהר״ם מרוטנבורג (שו״ת הרשב״א סי׳ תת״ס) ברואה מחמת תשמיש וז״ל:

> **...אבל תוספת לא דאדעתא דתפוק מיניה בעל כורחו לא אוסיף לה...**

הרי שליכא אומדנא כלל במקום שהיא לא יוצאת בעל כרחו.

וכך נוטים גם בדברי רש"י בגיטין מ"ט ע"א, וז"ל הגמרא שם:

... דבר אחר אשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציאה אלא לרצונו מאי דבר אחר וכ"ת כי היכי דכי מפיק לה איהו תקינו לה רבנן כתובה מיניה כי נפקא איהי נמי ליתקני ליה רבנן כתובה מינה ת"ש אשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו אפשר דמשהי לה בגיטא

ופירש רש"י שם:

אפשר דמשהי לה - ולא יהיב לה גיטא וכיון דלא אשהי מדעתיה גירשה.

הא קמן, שכאשר בידו להשהותה נחשב הדבר כמוציאה מדעתו הגם שהיא מבקשת לצאת, ורק כאשר היא כופה אותו מחמתה לאו מדעתיה גירשה.

ובזה מיושבת קושיית הר"י במרדכי על רבנו חננאל, שרבנו חננאל דיבר רק במקום שיצאה מכלל אישות שהיא כופה את הבעל להוציא מחמתה מה שאין כן במורדת.

וזו כוונת רבנו ירוחם שלאחר י"ב חודש שכופין אותו להוציא מפסידה תוספת כתובה אבל בתוך י"ב חודש שבידו לכופה ע"י המתנה ולא כופין אותו להוציא אינה מפסידה כתובה שאין זכר בדברי רבנו ירוחם שמפסידה תוספת כתובה לאלתר, וכך משמע ג"כ בדברי הר"ח אלגאזי שרק בתום י"ב חודש מפסידה את עיקר הכתובה.

מורדת ממלאכה

ועוד, שאנן קיימא לן, שמורדת ממלאכה אינה מורדת, ולדברי רבנו תם, הכוונה גם כאן שאומרת שאינה עושה מלאכה עד שיגרשנה וייתן לה כתובתה אלא שאינה מורדת מתשמיש, ועל אף שרצונה להתגרש והיא מצערת אותו עד שמגרשה לא הפסידה עיקר ותוספת ולא ניתקן סדר פחיתת כתובתה כלל, ולא אומרים שאדעתא דלמשקל ולמיפק לא כיהיב ובידו לכופה למלאכה או לשכור עליה פועל במכירת כתובתה בטובת הנאה ולא נאמר שהפסידה כיון שסרחה עליו והגירושין יצאו ממנה. אולם, לדברי הרי"ף שבמלאכה אין צער אין ראיה, אלא שהראב"ד והרשב"א דחו את פירוש הרי"ף.

ראיה ממאנת שיש לה תוספת כתובה

איתא במשנה במסכת כתובות (ק ע"ב) הממאנת השניה והאיילונית אין להן כתובה, ובגמרא שם (ק"א ע"ב) מבואר שדווקא מנה מאתיים אין להן אבל תוספת יש להן, ופירש

רש״י דמתנה בעלמא יהיב לה בחיבת ביאה. ואם כן, על אף שהממאנת יוצאת ברצונה לא אומרים שאדעתא דלמשקל ומיפק לא כיהיב על אף שהיה בידו להתנות על התוספת.

מהאי דינה הקשה הרי״ף ביבמות על דינו של רבנו חננאל שבבאה מחמת טענה מפסידה תוספת כתובה ותירץ:

ואי קשיא לך הממאנת וחברותיה שאין להן כתובה מנה מאתים [כתובות ק״א ע״א] ויש להן תוספת התם בהדיא קתני לה מכדי ידע דקטנה היא דילמא מיחרטא ונפקא אמאי כתב לה אלא רצה לזלזל בנכסיו וכן בחברותיה שעומדות לצאת הוא הדין והוא הראייה וכשם שמצינו שיש תוספת בלא כתובה כך יש כתובה בלא תוספת כגון זו והמחייב בהו כתובה ותוספת צריך ראיה ברורה דמכללא לא מפקינן ממונא.

כלומר, אם הבעל יודע בעת ההתחייבות על הכתובה שביד האישה להפקיע את עצמה אז לא אמרינן אדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה. ולדעת הרי״ף הוא הדין באיילונית אף על פי שלא הכיר בה וחייבי לאוין שאף על פי שיוצאת יש לה תוספת כתובה אלא שרצה לזלזל בנכסיו.

וכתב הרמב״ם בפרק כד הל׳ ג׳:

ולמה אין להן (חייבי לאוין שלא הכיר בהן) עיקר ויש להן תוספת, העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר אבל התוספת שהוא חייב עצמו בה כל זמן שתרצה ותעמוד לפניו הרי עמדה בתנאי שלה והרי הקנת לו הנאתה והרי היא עומדת אבל התורה אסרה אותה עליו ומה היא יכולה לעשות לפיכך יש לה תוספת שאין מעשיה הן הגורמין לה להאסר אחר הנישואין אלא אסורה היתה מקודם.

הרמב״ם הוסיף שחייבי לאוין ואיילונית שלא הכיר בהן מאחר שהיא עומדת בתנאי שלה ״כל זמן שתרצה ותעמוד בפניו״, משמע שבמקום שהאישה רוצה לצאת ובי״ד כופין אותו להוציא אין לה תוספת דאדעתא למיפק לא אקני לה - וכן פירש הכסף משנה שם.

לעומת זאת, בחייבי לאוין ואיילונית שהכיר בהן כתב הרמב״ם (שם הל׳ ד) שיש להן כתובה, כלומר, גם עיקר וגם תוספת שרצה להזיק את נכסיו. הרי שדווקא במקום שלא הכיר בהן שהיא באה בטענה שהיא הקנית לו הנאתה והרי היא עומדת בתנאה וכדברי הר״ן והרמב״ן בסוף פרק אלמנה ניזונת שסברה שיתרצה על אף שיש איסור בדבר. ואם כן, אם היא מבקשת לצאת וכופין אותו להוציא אזי מפסידה תוספת. אבל במקום שהוא יודע שהיא אסורה עליו ואעפ״כ הוא מתרצה חייב בתוספת מטעם שרצה ליזוק נכסיו ואין תנאי מיוחד שתרצה לעמוד לפניו ולפי זה מדוקדקים דברי הרמב״ם גם בהלכה ה׳ שהממאנת אין לה עיקר ויש לה תוספת שכאן הרי יודע שכוחה למאן וממילא רצה ליזוק את נכסיו וכ״כ המעשה רוקח (שם) ז״ל:

הממאנת וכו׳ אבל תוספת יש לה. אף על גב שאין כאן הטעם דהרי היא עומדת בתנאה וכו׳ שכתב בדין ג׳ דאדרבה היא היוצאת מ״מ שאני הכא דסבר וקביל שהרי היה יודע שהיא קטנה ואפשר שתמאן והתוספת אינו אלא על סיבת ביאה ראשונה ודו״ק.

והוא הדין והוא הטעם בחייבי לאוין שהכיר בהן שאין כאן תנאי מיוחד אלא הוא יודע שבידה לרצות לצאת בכל עת ואעפ״כ נתן לה, וכדברי הרי״ף שהשווה הממאנת לחברותיה שרצה להזיק נכסיו בשונה מהטעם שנקט הרמב״ם בחייבי לאוין שלא הכיר בהן. שכאן מאחר שהוא יודע שבידה לכופו בכל עת סבר וקיבל, ואם לא היה עליו להתנות, וע״ע בחכם צבי סי׳ מ״א.

וא״כ הוא הדין בתוספת למורדת ומבקשת להתגרש שהוא יודע שבידה למרוד או לבקש להתגרש ואעפ״כ הוסיף, שסמך על מה שבידו שלא לגרשה ולשהותה עד שתתפייס. וכמו שמצאנו בירושלמי (כתובות פרק ה הל׳ ח) אמר רבי יוסה אילין דכתבין אין שנא אין שנאת תניי ממון ותניין קיים, כלומר בעת הנישואין היו מזכירים את המרידה.

ובתוספות רי״ד (כתובות ק״א ע״א) כתב וז״ל:

ומורדת גם התוספת הפסידה כדאמרן בר״פ אע״פ התם משום שהיא בת דעת קנסוה רבנן להפסיד הכל, אבל יתומה קטנה שאינה בת דעת לא קנסוה רבנן.

הרי שלדעתו החיוב בממאנת הוא חיוב גמור והוא הדין במורדת מעיקר הדין אלא שבמורדת קנסוה רבנן להפסיד את התוספת.

אולם, בחלקת מחוקק סי׳ קט״ז ס״ק י׳ כתב שסתם קטנה תמאן, וא״כ לדבריו אין ראיה ממאנת למורדת ומבקשת להתגרש הגם שיודע שבידה למרוד אבל אין דרכה של אישה למרוד. אולם, אין הכרח לדבריו בלשון הרי״ף והרמב״ם, וגם בריטב״א לא מוזכר היותה קטנה אלא שיודע שיכולה למאן בלבד.

וגם בפרק טו הל׳ י׳ באומרת שאינו יורה כחץ שכתב שאין לה תוספת ״שלא כתב לה התוספת על מנת שתצא לרצונה ותטול״ זה דווקא בטוענת שאינו יורה כחץ שהוא אינו בקי ואינו יודע שהאמת כדבריה ולכן נקט הרמב״ם לשון ״והיא אומרת״ ולכן אינו דומה לממאנת וחייבי לאוין שהכיר בהן שרצה ליזוק בנכסיו.

דברי הר״ן בסוף פרק אלמנה ניזונת נאמרו כאמור רק מקום שכופים אותו להוציא, ובחייבי לאוין שלא הכיר בהן שעליהן דיבר בסמוך, אבל לא בממאנת או במי שאינה יוצאת לרצונה שלא כופין אותו להוציא.

מאחר שלממאנת וחברותיה אין עיקר כתובה וא״כ גם אין להן תוספת בתורת כתובה אלא

שהוסיף לה בתורת מתנה ורצה ליזוק את נכסיו, ואם כן, היה מקום לדון שבמקום שמפסידה תוספת מחמת מעשיה הרעים לא תפסיד את התוספת מכח דין המתנה שבה, לכן כתב הר״ן בפרק שני דייני גזרות (כתובות ס״ה ב בדפי הרי״ף) באישה שלא הולכת אחרי בעלה שמפסידה עיקר כתובה:

ובכל מקום שהוא יכול להוציאה אם אינה רוצה לצאת תצא שלא בכתובה ומשמע דאפי׳ תוספת אין לה דלא כתב לה אלא אדעתא למיקם קמיה בכל מקום שהדין נותן שתלך אחריו:

גם התשב״ץ ח״ג סי׳ פ״ו לאחר שהאריך להוכיח שהיא מפסידה גם עיקר וגם תוספת הוסיף ולמד מק״ו ממי שיש לה עיקר כתובה והפסידה תוספת מאחר שחייב להוציא בע״כ וכ״ש מי שאין לה עיקר שהפסידה תוספת. ואין כוונת הדברים שבמקום שיש לה עיקר כתובה ולא כופין להוציא שמחייב את עצמו בתוספת אדעתא למיקם קמיה, וזה פשוט.

דין רואה מחמת תשמיש

בשו״ע אה״ע סי׳ קי״ז סע׳ א כתב על פי לשון הרמב״ם וז״ל:

אבל אם אירע לה חולי זה אחר שנשאת נסתחפה שדהו לפיכך אם בעל פעם אחת ולא מצא דם ואח״כ חזרה להיות רואה דם בכל עת תשמיש יוציא ויתן כתובה כולה ולא יחזיר עולמית.

משמע שבכל עניין יש לה תוספת כתובה, אמנם, בתשובת מהר״ם (שבשו״ת הרשב״א) כתב שאין לה תוספת (ויש להעיר שהמהר״ם הביא את לשון הרמב״ם שנותן לה כתובה כולה).

החלקת מחוקק יישב שהמהר״ם איירי במקום שהבעל רוצה לשהות בעדים על מנת לראות אם תתרפא והאישה באה מחמת טענה להתגרש לאלתר שאז האישה יוצאת בעל כרחו של הבעל, אבל במקום שהבעל רוצה להוציא לאלתר אז חייב בתוספת כתובה. הב״ש הביא את דברי החלקת מחוקק, וציין לדברי הר״ן בסוף פרק אלמנה ניזונת שבמקום שהאישה רוצה לצאת גם אם כופין את הבעל כדין אז אין לה תוספת. ומשמע מדברי הבית שמואל שהר״ן חלוק על תירוצו של החלקת מחוקק, ולדעת הר״ן, די בכך שהאישה רוצה לצאת והבעל מוציא בעל כרחו ושלא מדעתו על מנת שתפסיד כתובה גם אם מצד הדין אסור לו לשהות עמה.

מדברי החלקת מחוקק מדויק שבמקום שהוא מתרצה להוציאה לאלתר והיא לא באה מחמת טענה שלא כופין להתגרש אז גובה תוספת גם אם היא מבקשת להתגרש.

וכך מדוקדקים גם דברי החלקת מחוקק בסי׳ צ״ט ס״ק ז׳ שכתב שהפסד מתנות הוא רק במורדת או במקום שכופין להוציא ומפסידה תוספת, ולא הביא דין הפסד מתנות ותוספת במקום שאינה מורדת או שלא כופין להוציא.

כאמור דברי הר״ן שבמקום שהאישה חפצה לצאת אין לה תוספת זה דווקא במקום שכופין להוציא כגון בחייבי לאוין ואיילונית או שהתה עשר שנים והיא מבקשת לצאת ושיכפוהו שעליהם דיבר הר״ן שם. אבל במקום שהיא עצמה מבקשת לצאת ואין בידה לכוף את הבעל להוציא כגון במורדת לא מפסידה תוספת כמו שכתב הר״ן בפרק אע״פ שחז״ל אמרו שדין התוספת ככתובה ולא כמתנה.

שיטת הבית שמואל בטענת גבורת אנשים

כתב בשלחן ערוך אה״ע סי׳ קנד סע׳ ז:

> **אם טוענת: אין לו גבורת אנשים לבא עליה, ושואלת גט, והוא מכחישה, י״א שהיא נאמנת (ואפי׳ לא שהתה י׳ שנים) (טור), וכופין אותו להוציא מיד, ולא יתן לה כתובה. ואם מגרשה מעצמו בלא כפייה, יתן לה כתובה.**

מקור הדברים מתשובת הרא״ש כלל מ״ב סי׳ י״ב, ודברי הרא״ש שהאישה מפסידה כתובה לכאורה סותרים את דעת הרא״ש עצמו (בכלל מב סי׳ ד׳) וגם את פסק השו״ע בסעיף ו׳ שבבאה מחמת טענה מפסידה תוספת ולא עיקר כתובה. ועל כן, פירש הב״ש שם ס״ק כ וז״ל:

> **יתן לה כתובה- ולענין ת״כ משמע מתשובת הרא״ש שהביא הטור דצריך ליתן לה כיון דמגרש מעצמו כי דוקא כשכופין אותו לגרש כתב דא״צ ליתן ת״כ דאדעתי׳ למשקל ולמיפק לא אוסיף לה כמ״ש בכלל מ״ג סימן ג׳ ד׳.**

אם כן, מפורש שרק במקום שבי״ד כופין אותו לגרש מפסידה תוספת, אבל במקום שאין כפיה יש לה תוספת. אולם, יש לתמוה וכי אינו יודע שסופו לבוא לכפיה אם יסרב, וצריך לומר, שכאשר מגרשה מעצמו בלא כפייה הרבה טעמים לגירושין ואינו מוכח שהוא מגרשה מחמת הכפיה ותולים שאינו חפץ בה וגם בלא טענתה היה מגרשה, ושטר הכתובה עומד לגביה או אפשר לבאר שיש בכך הודאה שלא היה לו כח לבעול ואיהו אפסיד אנפשיה.

בכל עניין מדברי הבית שמואל עולה שבמבקשת להתגרש ולא כופין את הבעל אינה מפסידה תוספת כתובה.

אולם, בגוף דברי הרא״ש נראה לבאר באופן שונה מהב״ש וכל דבריו נוגעים רק לעיקר כתובה. ותשובה זו חולקת על התשובות האחרות של הרא״ש, כפי שמבואר בתשובה עצמה, שמאחר שהבעל צווח ומכחיש את האישה גם במקום שהאישה נאמנת להינשא מדרב המנונא שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה, אבל להוציא ממון כנגד טענת ברי אינה נאמנת. ורק במי שמת בעלה דורשים לשון כתובה שאין טענת ברי כנגד דבריה שהרי בעלה מת וז״ל:

> **...ואם תבעה גט ולא כתובה, יגרשנה ולא יתן לה כתובה. כההיא דרב המנונא:**

> האשה שאמרה: גרשתני, דנהי דמהימנא לגבי נפשה, להפקיע ממנה איסור א״א שעליה, מטעם: חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה, מ״מ אין לבית דין כח להוציא ממנו ממון, כיון שעומד וצווח שלא גרשה. ולא דמי לאשה שאמרה מת בעלה, שגובה כתובתה על פיה; דהתם אין אדם מכחישה, ומספר כתובה נלמוד: לכשתנשאי לאחר, תטלי מה שכתוב ליכי. ומה שכתבתי שיגרשנה ולא יתן לה כתובה, היינו אם הדין כך, שכופין אותו להוציא, אז כופין אותו להוציא על פי דבריה, דמהימנא, כההיא דרב המנונא. אבל לענין ממון, כיון שעומד וצווח ואומר שגבורת אנשים יש לו, ובא עליה כדרך כל הארץ, ושלא כדין הוא מגרשה, וחפץ להיות אצלה, אין כח לבית דין להוציא ממנו ממון. אבל אם בלא כפייה נאות לגרשה, יתן כתובה, כיון שמדעתו מגרשה.

אם כן, ודאי שדבריו קאי על עיקר כתובה ולא על תוספת שמדרש כתובה נאמר רק על עיקר כתובה ולא על תוספת כמבואר לעיל בשו״ע אה״ע סי׳ ז׳ סע׳ מ״ג ובב״ש שם ס״ק קכ״ט. ויסוד דברי הרא״ש הם שלא כדבריו בשאר התשובות. וכך משמע גם מביאור הגר״א עה״מ וז״ל:

> ולא יתן כו׳ ואם מגרשה כו׳. טור וכ״כ הרא״ש בכלל מ״ב סי״ב וכ׳ דהא דר״ה דנאמנת דוקא לגבי נפשה להפקיע איסור א״א אבל לגבי כתובה להפקיע ממון לא מהימנא וא״א כה״ג מספר כתובה כו׳ והוא כס׳ האחרונה בסי׳ י״ז ס״ב וי״א דאינה נאמנת לענין כו׳ אבל כל הפוסקים חולקין בזה כמש״ש וכ״כ הרשב״א והריב״ש סימן קכ״ז בהדיא כאן:

ודברי המחבר בסע׳ ו׳ הם דווקא בבאה מחמת טענה שהוא אינו יודע בברי שלא מחמתו לא זכתה להיבנות ממנו. וכך מצאתי במהרלב״ח סי׳ ל״ג שהעמיד את תשובת הרא״ש בעיקר ושתשובה זו חולקת על שאר התשובות ע״ש.

אבל בכל עניין מוכח מדברי הבית שמואל שגובה תוספת גם אם היא מבקשת להתגרש והוא נאות לגרשה בלא כפיה.

שיטת הריב״ש סימן קז

וכך מפורש גם בריב״ש סוסי׳ ק״ז הובא בב״י באה״ע סי׳ קי״ח:

> ...וכן תקנו לתועלת היתומים, שהתוספת הנהוג לכתוב לבתולות, שלא יגבו ממנו כלום, זולתי אם תתגרש שלא ברצונה אבל במיתת הבעל לא תגבה מן התוספת כלום, ודי לה שתגבה עקר כתובה והנדוניא שהכניס׳ בבגדי׳ יותר משווים, והיא עצמה בלתה אותם. וגם המעות הנשארים מן הנדוניא, הוציא קצתם בצרכי הנשואין, ועתה תגבה הכל האלמנה במעות משלם, אין ראוי שתגבה התוספת מן היתומים. ועוד תקנו אז תקנות אחרות. וכל הנושא מן אז והנה, על דעת התקנות

ההם הוא נושא. וכן כותבין בכתובה: כהוגן וכתקון חכמים, על פי התקנות שתקנו קהל אל גז״איר יצ״ו.

הרי שתקנו תקנות מיוחדות שלא לגבות את התוספת במבקשת להתגרש או שהיה מנהג להוסיף תוספת לבתולה ע״מ שלא לגבותה אלא אם גירשה שלא מרצונה אבל בלא מנהג או תקנה גובה תוספת בכל עניין, ועי׳ מה שנכתוב לקמן בדברי הטור בסי׳ קי״ח.

דעת הרמב״ם בהפסד מתנות ותוספת במורדת

ונראה לדקדק בדברי הרמב״ם דין חדש שלא מצאתי שעמדו עליו המפרשים. כאמור דעת הראשונים בדברי הגאונים שמורדת מפסידה כתובה בין באומרת מאיס עלי ובין באומרת בעינה ליה ומצערנא ליה, כאשר לדעת הרשב״א היא מפסידה את המתנות לאלתר אפילו גירש בתוך הזמן מרצונו כל שהאישה היא מורדת מתחילה והבעל מגרשה מחמת מרדה.

אולם הרמב״ם בפרק י״ד מהל׳ אישות חילק בין אומרת מאיס עלי שכופין להוציא שלא מדעתו שאז מפסידה מתנות וז״ל בהלכה ח:

> **...אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו להוציא לשעתו לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה, ותצא בלא כתובה כלל ... ואינה נוטלת משל בעל כלום ואפילו מנעל שברגליה ומטפחת שבראשה שלקחן לה פושטת ונותנת וכן כל שנתן לה מתנה מחזרת אותו שלא נתן לה על מנת שתטול ותצא.**

לעומת זאת במורדת בעינא ליה מצערנא ליה לא הזכיר בה כלל הפסד מתנות אלא רק נכסי צאן ברזל וז״ל שם בהלכה יג:

> **המורדת הזאת כשהיא יוצאת אחר שנים עשר חדש בלא כתובה תחזיר כל דבר שהוא של בעל, אבל נכסים שהכניסה לו ובלאותיהן קיימים אם תפשה אין מוציאים מידה ואם תפשן הבעל אין מוציאין מידו, וכן כל מה שאבד מנכסיה שקיבל הבעל אחריותן עליו אינו משלם לה כלום. זה הוא דין התלמוד במורדת.**

הרי שהדגיש שרק דבר שהוא של הבעל מפסידה אבל המתנות שהזכיר בהלכה ח׳ השמיט בדין מורדת של בעינא ליה ומצערנא ליה.

והחילוק ברור, שדעת הרמב״ם שאישה מפסידה מתנות אך ורק במקום שהאישה כופה את הבעל ויוצאה שלא לדעתו, מה שאין כן במורדת של בעינה ליה ומצערנא ליה.

ואם אינה מפסידה מתנות בלא כפיה כ״ש שלא תפסיד תוספת, וזה סיוע לדקדוק שדקדקנו לעיל בדעת הרמב״ם בדעת הר״ח והרי״ף שמפסידה תוספת רק בבאה מחמת טענה שכופין להוציא ולא במקום שאין כפיה. ונראה שהרמב״ם לשיטתו שתקנות הגאונים לא נוהגות מאחר

ולא פשטו בשאר הארצות, ולכן על מנת להפסיד מתנות צריך אומדנא מדאורייתא בדומה לתוספת כתובה ולא די בתקנה בדיני מורדת.

ונראה שעל פי דברי הרמב״ם מיושבת קושית הרמב״ן (כתובות ס״ג ע״ב) על הגאונים מדברי הגמרא שתנאי כתובה ככתובה למורדת.

שדעת הגאונים שבכל אומרת לא בעינא ליה כופין להוציא מתקנת מר רב רבה בר מר הונאי (עי׳ היטב בתשובת רב שרירא גאון, וכך מוכח גם מדברי הרי״ף שכתב שבמבקשת להתגרש להפקיע ירושה דאורייתא לא כופין להוציא, הא בשאר טענות כופין) וא״כ ודאי שלא כתב לה אדעתא למיפק ולמשקל ומפסידה גם תוספת וגם מתנות כמו בבאה מחמת טענה לדברי רבנו חננאל.

ולכן אין מקום כלל להקשות מדברי הגמרא שתנאי כתובה ככתובה למורדת שמדין הגמרא לא כופין לשיטת הגאונים וכל דבריהם נאמרו רק לאחר תקנת מר בר רב הונא גאון. אבל לדעת הרמב״ם שחולק על הגאונים ולדעתו רק במאיס עלי כופין ומדינא דגמרא, ולכן רק במאיס עלי מפסידה מתנות.

ושרש מחלוקתם שלדעת הרמב״ן תקנת הגאונים היתה רק בטענת מאיס עלי כמו שכתב במלחמות ה׳ (כ״ז ע״א בדפי הרי״ף) אבל דעת הרמב״ם שתקנת הגאונים הייתה גם במורדת וגם במאיס עלי כמו שכתב בנתיבות משפט (דף רט״ז ע״ב ד״ה כתב הרי״ף), ע״ש שכתב שכך גם דעת הר״ן והב״י בדעת הרמב״ם, ועל כן, לדעת הרמב״ן הפסד המתנות היא גם בלא כפיית הבעל ודוק.

ואם כן, לדעת הרמב״ם כיום שלא כופין להוציא אפילו במאיס עלי לא מפסידה מתנות כיון שסוף סוף לא יוצאה לרצונה שבידו להשהותה וכל שכן שלא מפסידה תוספת, והוא הדין במורדים זה על זה אם מגרש תוך י״ב חודש בלא כפיה.

אמנם שאר הראשונים שלדעתם דין הפסד מתנות לא קשור לתקנת הגאונים לגבי כפיה גם במורדת של בעינא ליה ומצערנא ליה מפסידה מתנות שנתן לה.

וכך משמע גם מדברי הרב המגיד בפרק ט״ז מהלכות אישות הל׳ ד׳ שכתב שלדעת הרמב״ם שמין בגדי גרושה שעליה דווקא אם לא הוציא לרצונו וכפו אותו להוציא, דלא כבעל העיטור שדי יגרשנה לאחר שסרחה עליו, וא״כ כ״ש שלדעת הרמב״ם לא תפסיד בשאר מתנות אלא במקום שכופין להוציא.

ומוציא הוצאות על נכסי אשתו שדי שתמרוד כמו שכתב הרמב״ם בפרק כ״ג מהל׳ אישות הל׳ י׳ אע״פ שלא כופין רק במאיס עלי. צריך לומר, שהוצאות נכסי מלוג גרועים מבגדים שקנה לה. שבהוצאות נכסי מלוג דעתו ליהנות מהשבח עם הפירות וכל ההנאה שלו יחד עם אכילת הפירות, מה שאין כן בגדים שנעשו גם להנאתה וקרובים יותר למתנה גמורה, ולכן

במורדת דינו ככל יורד לשדה חברו שנוטל הוצאה שיעור שבח. ועוד,שאין כאן מתנה מפורשת אלא ויתור מכח אומדנא בלבד. וכל שכן, אם דין מוציא הוצאות על נכסי מלוג היא תקנה בלבד כמו שדקדקו מלשון המאירי לא תיקנו במורדת. וכן, אם דעת הרמב״ם כדעת הרא״ש שבמורדת אין לבעל פירות הרי שהבעל מפסיד פירות בעל כרחו גם בלא גט, וכלפי ההוצאות נחשב הדבר כאילו כפוהו להוציא.

דין תוספת כתובה במגרש בתוך י״ב חודש

ראשית, יש להבהיר שהנידון שפנינו נוגע להפסד תוספת כתובה לפני שהושם על האישה שם מורדת או טוענת מאיס עלי, לעומת דין גבית תוספת כתובה בתוך י״ב חודש שהוא לאחר שמורדת מכח דין רבותינו או בטענת מאיס עלי שהיתה אמורה להפסידה כתובה וחל עליה שם מורדת. ובזה היה מקום לומר שתקנת אמוראים אחרונים בשהיית י״ב חודש הייתה רק על עיקר הכתובה שלא רצו לחייב מחדש בתוספת שחייב את עצמו בשעת הנישואין מחדש, שהרי מעיקר הדין היא כבר מורדת ואדעתא דלמשקל לא כתב לה לחייב את עצמו מחדש. ואם כן, אין מקום להביא ראיה ממי שסובר שבכהאי גוונא אין לה תוספת למקום שעדיין לא הושם על האישה דין מורדת. כבר הבאנו את דברי החזון איש שבתוך י״ב חודש לא הפסידה לדעת הרשב״א תוספת אלא רק מתנות וכך מבואר גם בשאר הראשונים כדלקמן.

יש להביא את דברי הרשב״א המפורשים בתשובה חתומה ע״י גדולי פרובינציה (הובאה בתשובות חכמי פרובנציה סי׳ ע״ד):

> **זה פסק דין הרב ר׳ שלמה ב״ר אברהם בן אדרת עם יתר חכמי ברצ״לונא מזה הענין.**
>
> **האשה האומרת מאיס עלי חיישינן שמא עיניה נתנה באחר ועלה מצאה וטוענת כן כדי להתגרש, עד שתביא ראיה לדבריה, כיצד שתאמר מאיס עלי ואיני רוצה לא בו ולא בכתובתו, וכמו שפרש״י ז״ל, וכל שאומרת כן אינה מפסדת כלום עד י״ב חדש, ולאחר י״ב חדש אם עדין עומדת במרדה הפסידה כתובתה, ואם רצה הבעל לגרש מגרש, ואם גרש תוך י״ב חדש לא הפסידה כלום תוך זמן זה, ואין כופין אותה כלל ואין מכריזין עליה שאין כופין אותה ליבעל לשנוא לה, וזו כאנוסה היא, ואין חוששין שמא עיניה נתנה באחר, אחר שרוצה לצאת בלא כלום, וכן כתב ר״ח ז״ל שאם רצה הבעל לגרש תוך זמן וליטול נכסיה אין שומעין לו, וכשיוצאה הפסידה נדוניא וע[י]קר כתובה ותוספת וכל מה שנתן לה הבעל משלו, שלא נתן לה ולא כתב לה אדעתא למשקל ולמפק אלא אדעתא למיקם קמיה...**

הרי שדעת הרשב״א וחכמי ספרד וכך הביאו שם בשם רבנו חננאל שבתוך י״ב חודש לא מפסידה כלום, ואין לשון ״כלום״ סובל הפסד תוספת כתובה, וזה שלא כדבריו בשו״ת

הרשב"א סי' אלף רל"ה שהפסידה גם עיקר וגם תוספת במאיס עלי בתוך י"ב חודש. רבנו ירוחם חילק בדעת הרשב"א בין מקום שהאישה מחלה על כתובתה למקום שלא מחלה ותשובה זו לכאורה עומדת כנגדו ועיין עוד מה שהקשה עליו בנתיבות משפט ונשאר בצ"ע. ועי' בחידושי הגהות ב"י שכתב שיש טעות סופר בתשובת הרשב"א סי' אלף רל"ה ולהלכה אינה כל כתובתה בתוך י"ב חודש.

הבית יוסף הביא תשובת הרשב"א שכתב וז"ל:

> **...ותוך י"ב חדש לא איבדה מכתובתה ואם גירש הבעל מרצונו תוך י"ב חדש גובה כל כתובתה ואם המתין י"ב חדש ולא חזרה בה הפסידה כתובה ותוספת ונכסי צאן ברזל בית ובתשובות רבינו האיי והרי"ף שאפילו מה שכתב לה הבעל מתנה לאחר נישואי' מפסדת וכן כתב ן' מיגאש וכן כתב הרמב"ם ז"ל (פי"ד ה"ח) ואין הפרש בין שכתב לה מתנה באחריות ובין שלא כתב לה דאדעתא דלמישקל ומיפק לא יהיב לה...**

הלשון מורה בהדיה שבתוך י"ב חודש גובה "כל כתובתה" ו"לא איבדה מכתובתה" והפסד התוספת היא רק לאחר י"ב חודש על זה כתב בדרכי משה (הארוך) וז"ל:

> **...וכתב ב"י בשם תשובת הרשב"א דאם מגרשה תוך י"ב חודש צריך ליתן לה כתובה ונכסי צ"ב שלה אבל לא מה שכתב לה מאחר שהיא תובעת ממנו גט:**

מקור דברי הדרכי משה הם הם דברי הרשב"א שבב"י שחייב להדיא בתשלום תוספת בגירש תוך י"ב חודש, רק הוסיף את הדין של "**מה שכתב לה**" מהמשך דברי הרשב"א בשם רב האי והרי"ף שכתבו ש"**אפילו מה שכתב לה מתנה לאחר הנישואין מפסדת**", ובזה חידש הד"מ שסברא זו קיימת גם תוך י"ב חודש כמו שנלמד מתחילת התשובה בנוגע למגרש מרצונו (עי' תשובת הרשב"א ח"ד סי' נ"ב שחולק וסובר שבמאיס עלי בתוך י"ב חודש אסור לכוף לחזור לשלו"ב והפסד מתנות נחשב ככפיה ע"ש).

ואם כן, גם דברי הרמ"א בהגהת השו"ע שכתב "ואם רוצה לגרשה התוך י"ב חודש נותן לה צ"ב שלה וכתובה אבל לא מה שכתב לה" (כגירסת מהודרת ש"מ ושע"ו) הם כדברי החזו"א.

גם הבית שמואל (שם ס"ק יח) שהיה לפניו הנוסח המקורי הבין ג"כ ש"מה שכתב לה" היינו מתנות ולכן הקשה מדברי הטור באבן העזר סי' פ"ה שהביא בשם הרמ"ה שמפסידה מתנות רק במקום שמפסידה כתובה היינו עם כתיבת אגרת מרד, ובמהדורא קמא ציין לנוסח שבפנינו הרי שפירש להדיא שיש לה תוספת בתוך י"ב חודש ודברי הרמ"א נסובים על מתנות שכתב לה בלבד.

וכך עולה גם מדברי הדגול מרבבה שכתב שצריך לגרוס ברמ"א כדברי הב"י "אבל לא מה שנתן לה" היינו מתנות, שאם הייתה הכוונה גם לתוספת לא ניתן לסתום ולכתוב לשון של

״מה שנתן לה״ ולהתכוון ל״מה שהוסיף לה״ ובלשון ״כתובתה״ להתכוון לעיקר כתובה ולא לתוספת, וזה פשוט וברור. ויש לציין שלא היה לפני האחרונים היותר מאוחרים רק את הד״מ הקצר ממהודרת ברלין והרמ״א ממהודרות מאוחרות ולכן נדחקו.

דברי ספר בת נעות המרדות בשם מהר״א ששון

בספר בת נעות המרדות (נדפס בשנת תרע״ז) של הרב רפאל אהרון בן שמעון כתב בפרק ג׳ (עמ׳ כג) בשם מהר״א ששון (תורת אמת סי׳ קפו) שאם מגרש תוך י״ב חודש לאחר שהתברר שהיא מורדת וטוענת מאיס הפסידה תוספת. הנה המעיין בדברי המהר״א ששון יראה שאין בהם אפילו זכר לדבר, מלבד מה שהמהר״א ששון דיבר בשיטת הרשב״א וכבר הוכחנו לעיל שלדעתו גובה תוספת, גם המהר״א ששון עצמו לא דיבר על התוספת אלא על המתנות כדלהלן:

המהר״א ששון ביאר דין מורדת תוך ד׳ שבועות של הכרזה, והביא בשם הרב המגיד שלא הפסידה כלום, והוסיף וכתב ״וכפי מה שהבנתי מדברי הר״ן וזה לשונו בהלכות, מה שנתן לה מתנה הבעל הפסידה, דלא קא יהיב לה אדעתא למישקל ולמיפק כיון שמגרשה מתוך מרדה״ – הרי שעוסק רק בדין מתנות שהרי ברור ופשוט שבתוך ארבע שבועות של הכרזה לא מפסידה תוספת כמו שמפורש בר״ן ועל זה הוסיף והביא את דברי הב״י בשם תשובת הרשב״א וז״ל:

> **וגדולה מזאת כתב הרשב״א בתשובה הביאה הרב מוהרר״י קארו ז״ל וז״ל על האומרת מאיס עלי או בעינא ליה ומצערנא ליה מה ששאלתם מה הן גובות מנכסי הבעל אם מרצונו בין בזו ובין בזו נותן להן נכסי צאן ברזל אבל מה שנתן לה משלו אינן נוטלות כלום כיון שהן תובעות להתגרש דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב אבל אם לא רצה להוציא מדעתו אלא מחמת מירדה בזה יש הפרש וכו׳. הרי שאף על פי שהוציאה מרצונו אין להן כלום במה שנתן לה.**

הרי שדיבר רק על ״מה שנתן לה״ ולא על התוספת, ומהר״א ששון מצא רבותא בדברי הרשב״א על דברי הר״ן שמפסידה מתנות למרות שמוציאה מרצונו וללא הכרזות כלל. על כן אין לקבל את דבריו, ועי׳ מה שכתב בשו״ת יביע אומר ח״ה אה״ע סימן י״ג, ועתה בא לידי חלק י״א מספר יביע אומר ויעוין שם בחלק אה״ע סי׳ ק״א שאר השגותיו על הספר הנ״ל.

דעת הרא״ש והטור בהפסד כתובה בתוך י״ב חודש

בלשון הרא״ש מדוקדק שהפסד התוספת היא רק לאחר י״ב חודש, וכן משמע מלשון הטור ויותר מפורש בסי׳ פ״ה שכתב שמפסידה מתנות יחד עם הפסד הכתובה בזמן כתיבת אגרת המרד. אולם, בתשובת מקור ברוך (סי׳ י״ז) כתב מסברא דיליה שבתוך י״ב חודש אין לה תוספת שאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב, ונדחק בלשון הטור מכח סברתו ע״ש, וכבר הבאנו שהרשב״א כתב להדיא שלא מפסידה כלום שלא כסברתו, ומה עוד שבקיצור פסקי הרא״ש

כתב הטור לשון כתובה שהיא אפילו מאה מנה במגרש תוך ימי הכרזה ואח״כ הזכיר רק לשון כתובה בין בתשלום בתוך י״ב חודש ובין בהפסד הכתובה ככלות הי״ב חודש ולא הזכיר לשון עיקר ותוספת בשום מקום, וא״כ לשון הטור בספרו מדוקדק.

רק הלבוש סתם וכתב שבתוך י״ב חודש שהפסידה תוספת ולא עיקר שאדעתא דלמשקל ולמיפק לא כתב לה, כאמור הדברים סותרים תשובות מפורשות של הרשב״א ואת דברי הטור. אולם, גם אם נקבל את דבריו הדברים נאמרו רק לאחר הפסד כתובה ותוספת מכח ההכרזות ותקנת האמוראים בשהייה חייבה רק עיקר ולא תוספת מאחר שהבעל לא הוסיף לה על מנת שיחדשו לו חיוב חדש לאחר שכבר הפסידה בתקנת המשנה או האמוראים הראשונים.

והדברים ודאי נכונים לשיטת הט״ז והבית מאיר בשיטת הטור שתקנת י״ב חודש ביטלה לדעת הטור את דין הכרזת ד׳ שבתות שלא כדעת הב״י. ואם כן דין י״ב חודש שווה לדין ימי ההכרזה, ואם כן, כשם שיש לה תוספת עד לסוף השבוע הרביעי והתראה אחרונה כך הדין גם בתקנה החדשה שביטלה את הקודמת ובאה במקומה בתוך י״ב חודש ע״ש.

דין הפסד מתנות ותוספת במבקשת להתגרש

דיני מתנות שנתן הבעל לאשתו התבארו באבן העזר סי׳ פ״ה וכתב הטור בשם הרמ״ה וז״ל:

> **...ואם נתאלמנה או נתגרשה שקלה להאי ארעא לבד מכתובתה ודוקא שנתאלמנה או נתגרשה מן הנישואין אבל מן האירוסין לית לה שלא כ׳ לה אלא ע״מ לכונסה ואפי׳ נתאלמנה או נתגרשה מן הנישואין דוקא שלא מתוך מרדה אבל נתאלמנה או נתגרשה מתוך מרדה לאחר שכתבו עליה אגרת מרד שהפסידה כל כתובתה הפסידה כל מה שנתן לה.**

וכתב מהר״א ששון (תורת אמת סי׳ נ״ה) וז״ל:

> **...בתר דדייקינן דברי הטור ז״ל שתלה הדבר במרדה ושכתבו עליה אגרת מרד כו׳ דמשמע דוקא בכל הנך תנאי הוא דאמרינן דהפסידה מתנתה הא אם הגירושין היו בשום אופן אחר שלא מחמת מרד כגון שהיו אפי׳ מחמת קטטו׳ ומריבות רבות ומחמת כן נתגרשה הבעל שלא כרצונו אפילו הכי מתנתה מתנה.**

ולעיל הובאו דברי הרמ״ה שם שתוספת כתובה שווה למתנות שמפסידה רק במגרש מחמת מרד.

וכן כתב הטור בסי׳ צ״ט בנוגע למתנות שאינן מלבושים וז״ל:

> **וכתב בעל העיטור דוקא שמוציאה מדעתו בלא טענה רק שמוצא אחרת נאה**

הימנה אבל סרחה עליו אדעתא דהכי לא אקני לה ע״כ ואפילו לדבריו נראה שאין לחלק בין סרחה עליו למוציאה מדעתו אלא בגדיה שקנה לה אבל מתנה שכתב לה גובה לעולם וכן כתבו הגאונים.

דברי בעל העיטור הובאו בריב״ש בסי׳ ש״א (הנוסח שבפנינו משובש) וז״ל:

דשדרו ממתיבתא דמאן דכתיב מתנה לאשתו בשעת נשואין ומגרש לה לא אמרינן כי אקני לה אדעת׳ למיקם קמיה. דאלא מעתה מאן דיהיב מתנה למאן דרחים ליה ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעלם, וה״נ דמאן דיהיב ליה מתנה לרחמיה ונפל ביניהון איכסא הדרא מתנה, הא לאו טעמא הוא, ועוד כך עושים רבותינו ז״ל הראשונים וכל דייני דמתיבתא וכו׳.

הרי שאפילו מתנות שניתנו בשעת הנשואין ואפילו נכתבו בכתובה בתורת מתנה אינו מפסיד וכתב המהר״א ששון (שם):

אם איתא דמאי דכתב כאן [בא״ה] בסימן פ״ה בשם הרמ״ה דאם מרדה הפסידה כל כתובתה לאו דוקא משום דמרדה כדכתיבנא אלא ה״ה סרחה עליו אם כן תיקשי דידיה אדידיה דבסימן פ״ה כתב וסתם דאם סרחה הפסידה כל מה שנתן לה כדעת הרמ״ה ובסימן צ״ט כתב וסתם כדעת הגאוני׳ דאפילו סרחה גובה מתנתה לעולם אלא ודאי דההיא דסימן פ״ה דכתב מרדה כו׳ הוא דוקא במרדה ולעולם דאפי׳ סרחה גובה מתנתה ושאני התם דמרדה כדכתיבנא.

וכתב הלבוש בסי׳ צ״ט:

וכל זה דוקא במלבושים וכיוצא בהן, אבל מתנה שנתן לה אף על פי שהוא מגרשה מחמת ערות דבר מתנתה שלה שכבר זכתה בה.

כלומר, כשמוציאה מחמת ערוות דבר לא מפסידה מתנות שנתן לה אע״פ שהפסידה עיקר ותוספת לאחר התראה אבל מתנות לא מפסידה כל זמן שלא מגרשה מחמת המרד. וכך מפורש גם ברש״י (כתובות נ״ד ע״ב):

עוברת על דת בפרק המדיר שאמרו עליה תצא שלא בכתובה לא תימא כתובת מנה מאתים אבל תוספת מתנה בעלמא הוא לא הפסידה.

וכתב המהר״א ששון (שם) שדין תוספת כתובה עדיפה ממתנות שתנאי כתובה ככתובה וכאשר הבעל כולל את התוספת עם הכתובה דעתו שתהיה לתוספת דין כתובה ולא דין מתנה והביא ראיה מלשון רש״י בריש פרק אע״פ שכתב:

״איתני לכתוב לא הוה שמעינן מינה שיהיה התוספת קרוי כתובה אלא כמתנה מדעתו ואין שם כתובה עליו השתא דתנן להוסיף משמע נוסף על הכתובה שתיקנו חכמים ושם כתובה עליו״.

כלומר, המתנות חלוקות מהתוספת, שבתוספת דעת הבעל שתזכה בתוספת כל זמן שיש לה עיקר כתובה, והם והם דברי הר״ן בתירוצו על קושיית הרמב״ן שהביאנו לעיל, וא״כ אין על התוספת דין מתנה הן למעליותא והן לגריעותא. וגם אם היה מקום לומר שיש הפסד מתנות מכח אומדנא אינה מפסידה תוספת כתובה כמו שכתב הר״ן, וכל שכן במקום שאין הפסד מתנות, אלא אם כן, הפסידה עיקר כתובה בפשיעתה כמו עוברת על דת או מזנה או שכופין אותו להוציא כמו שכתב ר״ח.

וכך מפורש גם בב״ח באה״ע סי׳ סו, בהמהרש״ל ובהדרישה. ונקדים שלדברי מפרשי הטור בסי׳ ס״ו יש שני מיני תוספת כתובה, תוספת שמוסיף בשעת הקידושין ותוספת שמוסיף בשעת הנישואין, כאשר התוספת שמוסיף בשעת הקידושין דינה כמתנה ואף על פי כן כתב הטור בשם בעל העיטור שלא אומרים בה אדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה וגובה אם גירשה וז״ל הב״ח (ד״ה וכתב בעל העיטור):

> **נראה דהכי פירושו דכתב לה התוספת בשעת קידושין ומגרש לה לאחר נישואין גביא התוספת שכתב לה בשעת קידושין ולא אמרינן כיון דלא כתב לה בשעת נישואין אלא מקמי נישואין אדעתא דלמישקל ומיפק לא אקני, אבל בהתנה וכתב בשעת נישואין פשיטא דאגב חיבת חופה הראוייה לביאה גמר ומקני לה לגמרי אף למישקל ומיפק ולא איצטריך לבעל העיטור לאשמועינן...**

הרי שהב״ח ביאר, שבנוגע לתוספת כתובה הנכתבת בשעת נישואין כותב לה אף למשקל ולמיפק משום חיבת ביאה. מה שאין כן, תוספת כתובה הנכתבת בשעת הקידושין שדינה כמתנה. ובהמשך דבריו דן בדין מתנות שנכתבו בכתובה בשעת נישואין וז״ל:

> **...ולפי זה אפשר דבגרושה נמי דכתב בעל העיטור הכא דגביא האי תוספת (שנכתבה בשעת קידושין ולא בשעת נישואין) היינו דוקא כשמוציאה בלא טענה אלא שמוצא אחרת נאה הימנה אבל סרחה עליו אדעתא דהכי לא אקני לה כדכתב רבינו לקמן (סי׳ צט) ע״ש בעל העיטור גופיה ואפשר נמי דהתם דוקא לגבי בגדיה הוי דינא הכי אבל מתנה ס״ל לבעל העיטור דאין חילוק אלא אפילו סרחה גביא מתנה דיהיב לה ואם כן ה״נ האי תוספת דכתב לה בשעת קידושין קניא להך מתנה וגביא לה לעולם כשמגרשה בתר נישואין אפילו סרחה עליו וצ״ע:**

וכן כתב גם המהרש״ל בהגהת הטור הובאה בדרישה וז״ל בתוספת דברי הכתונת פסים:

> **וכתב בעל העיטור וכו׳. ודומה לזה שלאלמנה שמין בגדי׳ בכתובתה ולגרושה אין שמין לקמן בסימן צ״ט וא״כ מה שחילק העיטור לקמן שם בין מצאה נאה לסרחה עליו וכו׳ יש לחלק נמי כאן אכן מאחר שכתב הוא דוקא לענין בגדיה דינא הכי אבל במתנה גביא לעולם ה״נ גביא לעולם ואפילו מ״ש או פסק לה בשעת נישואין (כלומר ליתן לה בשעת נישואין אבל פוסק כן בשעת אירוסין. כתונת פסים) עכ״ל מורי ורבי (מהרש״ל) בהגהותיו...**

הרי שדעת המהרש"ל והדרישה שאפילו בסרחה עליו גובה מתנות, וברור לכו"ע שתוספת כתובה בשעת נישואין ניגבת כל שלא מרדה עליו שהוסיף לה בחיבת ביאה.

וכך כתב גם בתשובת הריב"ש סי' ש"א הובאה בבית יוסף אה"ע סי' צ"ט לאחר שהביא את דברי העיטור בבגדי גרושה ודברי הגאונים בשאר מתנות כתב וז"ל:

...אבל אין דבריהם (הגאונים שהובאו בעיטור שבמתנה לא שמין לאלמנה) אלא בנותן קרקע או מעות או אפילו שאר מטלטלין שאינן לא מלבושין ולא תכשיטין ללבוש ולהתנאות בהן ואינן בכלל מה שעליה, כגון אותן שנהגו לכתוב מתנה לחוד בשעת נשואין וזה נגבה בין באלמנות בין בגרושין כל שאינה מורדת בו, דלא גרע מתוספת שהוסיף לה בכתובתה, כל שלא נהגו שלא לגבותה (המתנה שנהגו לכתוב), כדרך שנוהגין בברצלונה שאין מגבין אותה.

הרי שדעת הריב"ש שהפסד מתנות ותוספת היא רק במורדת ואפילו נכתבו המתנות בכתובה בשעת הנישואין כדברי המהרש"ל והב"ח, אמנם ציין למנהג ברצלונה שלא גובים מתנות כתובה מנהג שהובא גם בתשובת הרשב"א ח"ב סי' קי"ב.

ולכן פסק גם בשו"ע אה"ע סי' פ"ה סע' ח בדין גבית מתנות וז"ל:

בד"א שאינו אוכל פירות המתנה, כשנתן לה אחר שנשאת. אבל אם נתן לה בעודה ארוסה, כיון שנשאה, זכה במתנה זו כשאר נכסי מלוג, ואוכל פירותיה. ואם מן הנשואין נתאלמנה או נתגרשה שלא מחמת מרדה, נוטלת מתנה זו חוץ מכתובתה.

המחבר לא הזכיר אפשרות להפסד מתנה מלבד גירושין מחמת מרד. אמנם, שינה מלשון הטור והרמ"ה שכתבו לשון של "מתוך מרדה" ו"לאחר שכתבו עליה אגרת מרד שהפסידה כל כתובתה הפסידה כל מה שנתן לה". והדברים מדוקדקים על פי תשובת הרשב"א שהביא בסי' ע"ז שהפסד המתנות הוא אפילו במגרש לאלתר מרצונו מחמת המרד. ואפשר שלכן הקשה הב"ש בסי' ע"ז ס"ק יח דווקא מדברי הטור בסימן פ"ה ולא מדברי המחבר, ועי' בית שמואל מהדורא קמא סי' ע"ז שציין לסתירה שבין הרמ"א בסי' ע"ז והביא את הגירסא שבפנינו.

שיטת הרא"ש והטור בהפסד מתנות במורדת

בפסקי הרא"ש פרק אע"פ סי' ל"ד כתב:

...והשתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי דתפסה לא מפקינן מינה לא תפסה לא יהבינן לה. בלאותיה היינו נכסי צאן ברזל שהכניסה לו מטלטלין אבל קרקע שהכניסה לו בחזקתה קאי לעולם וכן נכסי מלוג ברשותה קיימי אבל מנה ומאתים תוספת אין לה ואפילו בגדים שקנה לה יפשיט מעליה דאדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה ומשהינן לה תריסר ירחי שתא ולית לה מזוני מבעל...

הרא״ש דקדק לכתוב שמפסידה אפילו בגדים שקנה לה שאדעתא למישקל ולמיפק לא כתב לה שהוא הדין המוזכר בגמרא בבגדי אלמנה ולא הזכיר שאר מתנות. ומאחר שדקדק לומר ש״אפילו״ בגדים שקנה לה מפסידה הרי ששאר מתנות לא מפסידה בדומה לאלמנה שלא שמין לה שאר מתנות שלא נעשו על מנת להתקשט לפניו כמו שהתבאר באה״ע סי׳ צ״ט. הרי שהרא״ש השמיט במכוון את דברי הרי״ף ורב האי גאון שהובאו בחידושי הרמב״ן שמורדת מפסידה שאר מתנות, ונראה שלדעתו אין הפסד מתנות מעיקר הדין מדינא דגמרא מכח הקושיות ששאלו עליהם הרמב״ן והרשב״א, ולכן נקט רק בגדים שקנה לה והטור העתיק את לשון הרא״ש.

בסי׳ ל״ה הביא את דינא דמתיבתא ושם כתב:

> **...וחזינן לגאון דאמר דיהיב לה עיקר כתובה מנה או מאתים לחוד כי היכי דלא להויין בנות ישראל הפקר אבל מאי דכתב לה מדיליה בין תוספת בין מתנה לא יהבינן לה מידי...**

הרי שלדעתו הפסד מתנות הוא רק מכח דינא דמתיבתא ולא מעיקר הדין, שהאומדנא שייכת רק בבגדים שהם להתקשט ומחויב לקנות לה כמו שהקשו הראשונים על הגאונים. ועי׳ בית יעקב סי׳ ע״ז סי׳ ב׳ שהביא את תשובת הרשב״א ח״ב סי׳ קי״ב.

אלא שבפרק האישה שנפלו בנוגע להוצאות שהוציא על נכסי אשתו ומרדה כתב וז״ל:

> **...אבל במורדת ותובעת גט ומקנטת אותו עד שהוא צריך לגרשה בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. דלא יהא אלא מתנה דיהיב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה. אדעתא למישקל וליפוק לא אקני לה. הלכך בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. והוא שהיתה הוצאה כנגד השבח. אבל אם היתה הוצאה יתירה על השבח אין לו אלא הוצאה כשיעור שבח. ובשבועה שלא הוציא פחות משיעור שבח כדרבא:**

ומקור הדברי הרא״ש ברי״ף, ולכאורה דבריו סותרים את מה שדקדקנו לעיל, שהרי כתב שאם מורדת ותובעת גט ומקנטת אותו עד שהוא צריך לגרשה יש להוצאות שהוציא על נכסי מלוג דין מתנה דיהיב לה שמפסידה מאומדנא, והרי לדבריו אין אומדנא רק בבגדים שקנה לה. ולכאורה צריך לומר, שהוצאות על נכסי מלוג דומים לבגדים שדעתו שישמשו אותו יחד עם נכסיה וזה יסוד האומדנא במוציא הוצאות על נכסי אשתו שנותן לה מתנה על מנת להשתמש בשבח אלא שאם כן גם באלמנה או בגירשה לאחר שסרחה עליו תפסיד וצריך לדחוק שהכוונה במתנה דיהיב לה דווקא בגדים. ויותר נראה שכוונתו שיסוד תקנת הגאונים בהפסד מתנות היא סברא של אדעתא דלמשקל לא כיהיב אבל לא אומדנא גמורה בדיני ממונות וכוונתו לתקנת הגאונים להלכה ולמעשה.

בכל עניין, מבואר שעל מנת להפסיד מתנות לדעת הרא״ש צריך שתמרוד בו, תתבע גט ותקניט אותו עד שיגרש אבל תובעת גירושין בלבד לא מפסידה מתנות על אף שהגירושין יצאו ממנה, כאשר יש לציין שתנאים אלו הוסיף הרא״ש על דברי הרי״ף שכתב רק לשון שלמורדת.

והרי״ף לשיטתו שכופין בתובעת להתגרש כדבריו בפרק אע״פ ובפרק שני דייני גזירות, ואם כן ודאי הפסידה כמו שכתב הריא״ז הובא בהגהת שלטי גיבורים בפרק האשה שנפלו ע״ש. אבל הרא״ש שהוסיף שצריכה למרוד ולהקניט עד שיגרש הוא לשיטתו שלא כופין לגרש ומשמע מדבריו שהפסד המתנות הוא דווקא עם הגירושין כדברי הטור בסי׳ פ״ה.

דין תוספות נכסי צאן ברזל

יש מי שרצה להביא ראיה לדברי הגריש״א מדברי הטור בשם תשובת הרא״ש באה״ע סי׳ קי״ח (תשובת הרא״ש לא נמצאת בפנינו זולתי בדברי הטור).

בטרם נבהיר את דברי הטור, יש להקדים שבכתובות בימי הראשונים היו ארבעה חלקים בהם מתחייב הבעל. הראשון - עיקר כתובה מאתיים לבתולה ומנה לאלמנה או גרושה, השני - תוספת כתובה, השלישי-נכסי צאן ברזל שהאישה הכניסה והבעל קיבל עליהם אחריות בשומה ובתוספת שליש או כפי המנהג, והרביעי - מתנות שהבעל מתחייב לתת לאשתו.

ונצטט את נוסח הכתובה דאירכסא מתוך לשון הטור באה״ע סימן סו שבו מתבארים ההתחייבויות הנ״ל:

> **... ויהבינא לה מוהר בתולתא כסף זוזי מאתן דחזו לה וקבלתי על עצמי מזונהא וכסותהא וסיפוקהא ומיעל עלה כאורח כל ארעא ואוסיפת לה מדילי עכשיו תוספת על עיקר הכתובה ראשונה דאירכסא סכום כך וכך ועוד רציתי ונתתי לה במתנה סכום כך וכך ועוד קבלתי על עצמי נדוניתה שהכניסה לי מבית אביה כך וכך אגב ד׳ אמות קרקע וכען הוו לי סהדין בהדין מאתן זוזי ובתוספת האלף ובאותן האלף שנתתי לה במתנה ובאלף שהכניסה לי בנדוניא כשנשאתיה כחומר כל תנאי כתובה דנהיגי בישראל...**

דברי הטור באה״ע סי׳ קי״ח נסובים סביב מה שהבעל נותן לה משלו שלא בתורת תוספת כתובה, אלא בתורת נידוניא כנכסי צאן ברזל שלא כנגד נכסים שהאישה הכניסה בפועל. ולדברי הרא״ש, דינם אף פחות ממתנה בעלמא, על אף שהוזכרו בשם נכסים שהכניסה וקיבל על עצמו, ולכאורה היו צריכים לקבל דין נכסי צאן ברזל.

ונפקא מינה לענין תקנת טוליטולה שמאחר וסכום זה נכתב לכבוד בלבד אין יורשי האישה נוטלים בתקנה זו מאחר שלא הכניסה נכסים בפועל, וכמו כן, במקום שהגירושין יצאו מהאישה אינה נוטלת אותה תוספת צאן ברזל אלא אם כן מגרשה מרצונו וז״ל:

מי שהיא תובע׳[ת] לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה אין לה מן הדין לגבו׳[ת] זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדוניתה ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה כי רוב הכתובו׳[ת] נוהגין בהן להוסיף על מה שיטול הבעל ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו מה שלא קיבל לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין בענין כזה אמרו חכמינו ז״ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה ויחזור אז בזה להשביע׳[ה] שבועה חמורה בענין זה על סכום מה שהכניס׳[ה] לו בודאי ושלא נתנה רשות למכור ממנו שום דבר ולא אבד עינו במה שנלבש או נתקרע אז יפרע וכל מה שאבד עינו בלובשה ובהשתמש בו אין על הבעל אחריותו כשתתבע היא הגירושין ואם תבע הוא הגירושין אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת ומתנת כתובתה בין שתהא הנדוניא אמיתית או לא והנמצא בכתובה זהב מטבע והיא תובעת הגירושין תגבהו בשבועתה שהוא אמת ולא נכתב דרך כבוד.

לאחר הקדמה זו, ברור שאין בין דברי הרא״ש לבין דין תוספת כתובה ולא כלום, שהרא״ש לא דיבר אלא על מתנת כתובתה בהתחייבות הבאה בכלל נכסי הצאן ברזל, ולא על תוספת כתובה ונכסי צאן ברזל שהיא הכניסה בפועל. והסברא שהתחייבות זו פחותה ממתנה מאחר שהתחייב בתורת אחריות נכסי צאן ברזל שהמנהג להוסיף על שומתם משום כבוד הכלה.

וסיים, שתכלית ההתחייבות וזמן גבייתה הוא בזמן הגירושין, שאז גובה את כל הכתובה ככתבה וכלשונה, וגם מה שנכתב בדרך כבוד לא נכתב בחינם אלא נגבים בעת הגירושין כאשר מגרש מרצון, מלבד תוספת שליש על מעות שהכניסה על פי המנהג, לדעת דרישה [סי׳ קי״ח ס״ק כ״ב] ולדעת הבית שמואל בסי׳ קט״ו ס״ק כ״א גובה את התוספת שליש.

ויעוין עוד בתשובת הריצב״א שבתשובות מיימוניות (הלכות אישות סי׳ ו׳), שכתב שמה שמוסיפים על נכסי צאן ברזל נכתב לכבוד הכלה ואם נכנסה לחופה ולא נבעלה אינו גובה אותה שהיא כעין תוספת ונכתבה לכבוד הכלה, אבל אם נבעלה נגבית בדומה לדברי הרמ״ה (ב״ב נ״א ע״ב) במתנות שלפני נישואין ע״ש, ועי׳ בנחלת שבעה סי׳ י״ב אות א׳ שהביא את דברי ריצב״א, וכתב שאותה התוספת היא לכבוד בעלמא ואין מוציאין אותה כלל, ודבריו צריכים עיון, שהריצב״א כתב להדיא שנגבית אגב חיבת ביאה, וצריך לדחוק שזו גם כוונת הנחלת שבעה, ונפקא מינה לכתיבת ו״נדוניא דין״, אם לא נבעלה, וכך מוכח ג״כ בתש׳ מהר״ם מינץ סי׳ ק״ט שבמכניסה נדוניא מועטת גובה הכל אם לא כתבה לו שובר ע״ש.

סוף דבר, מלבד תוספת כתובה יש שלש תוספות של נדוניא - תוספת שמוספים על פי המנהג בשומת מה שמכניסה לו - שלא נגבית בין נתגרשה ובין נתאלמנה, ותוספת שליש שמוסיפים על מעות בעין שהאישה מכניסה לבעל לסחורה כמו שמפורש בפרק מציאת האשה ובאה״ע סי׳ ס״ו ששמים את הרווח מהמעות, ובזה נחלקו הב״ש והדרישה. ותוספת שהבעל

מתחייב באחריות נכסי צאן ברזל מעבר לשומתם ומעבר למנהג ובזה כתב הרא״ש שאם הגירושין יוצאין ממנה אינה גובה.

ועי׳ בשו״ת פני יצחק עמ׳ נ׳ – באישה שהכניסה שלוש מאות גרוש ובכתובה התחייב הבעל לתת לה חמש מאות גרוש בנדוניא מלבד תכשיטים ובלאותיה, ועל זה היה הנידון בתשובה זו, ולכן דימה את הדין לתשובת הרא״ש אבל לא תבעה עיקר ותוספת כתובה ועי׳ ב״י סי׳ ס״ו בשם אורחות חיים.

בספר פרי האדמה ח״ג עמ׳ ל״ו הביא מכתב יד רבו שציטט מתוך תשובת הרא״ש אלא שלא פירט מה גובה כאשר תובעת להתגרש אלא כתב לעיין בדברי הרא״ש ע״ש, ואח״כ הביא את מנהג ירושלים לנכות חמישית מכתובת גרושה אלא אם כתב מעצמו בלא אונס או פירשו אחרת, ולכאורה הוא מעשה לסתור.

ונראה שהוא פירש שתשובת הרא״ש היא מנהג טוליטולא בדומה למנהג ברצלונה שהביאו הרשב״א וריב״ש שלא גובים מתנות שכתב לה ביוצאה לרצונה. ולכן הביאו הטור בסימן קי״ח שעניינה תקנת טוליטולה כמו שכתב בתחילת הסימן וז״ל:

תקנות הנישואין של קהל טוליטולה ותשובות שהשיב עליה אבי אדוני

הרי שתשובה זו מתייחסת רק לתקנת טוליטולה ולנוהגים כמותה (ועי׳ בכנה״ג היכן נוהגים במנהג זה), ולכן הביא שבירושלים נהגו לנכות חומש מהכתובה בשונה ממה שכתב הרא״ש. אמנם מהב״ש בסי׳ קט״ו נראה שתשובת הרא״ש נוהגת בכל מקום אבל בכל עניין.

וכך מפורש גם בספר חק ומשפט לרבי חיים טולידנו סי׳ קפ״ה שמי שנשא אישה על אשתו מחמת אונס והתחייב בכתובה לפרוע כתובה באם ישא אשה על אשתו, ואם הוצרך לגרש אינו פורע תוספת שליש אע״פ שהתחייב לפרוע כתובתה, אבל שאר הכתובה פורע משלם. ומביא ראיה לעניין תוספת שליש ותוספת שתות מתשובת הרא״ש, אבל לא עלה על דעתו לפטור מתוספת כתובה. ומשמע מדבריו שדברי הרא״ש הם חלק מתקנת טוליטולה ע״ש, יש להעיר שלא הביא את מחלוקת הדרישה והב״ש בנוגע לתוספת שליש.

ואם כן, לא ניתן ללמוד מתשובת הרא״ש לא להפסד מתנות שנכתבו בכתובה כמו שמפורש בגאונים ובשאר הפוסקים, וכ״ש להפסד תוספת כתובה כמו שכתב המהר״א ששון ורק בנוגע להפסד תוספת נדוניא יש מקום ללמוד מדברי הרא״ש וגם בזה אפשר שהדבר תלוי במנהג.

סוף דבר, לא מצאנו בדברי הראשונים והפוסקים שאשה תפסיד תוספת כתובה מכח הסברא של אדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה אלא במקום שכופין להוציא, אבל במקום שיש לה עיקר כתובה ואין כפיה והאישה תלויה ברצון בעלה וברצותו מגרש וברצותו מקיים לא אתמר האי סברא כלל וכלל.

ואילו היה הדין שהפסידה תוספת כתובה בתובעת להתגרש, שהם מעשים בכל יום, לא היו שותקים הש״ס, הפוסקים, מסכמי ההלכות והשו״ע מלחדש חידוש מבהיל שכזה, מלבד מה שמפורש בדבריהם להיפך.

על כן להלכה, ראשית, יש להחיל על האישה דין מורדת של בעינא ליה ומצערנא ליה או מאיס עלי על פי משפטיהם וגדריהם, ובהתאם לכך לדון על הפסד כתובה ותוספת כאחד. ובמורדים זה בזה לאחר י״ב חודש אם חויב הבעל להוציא שלא מדעתו תפסיד האישה תוספת ומתנות, אבל לא עיקר. ואם גירש מעצמו בתוך י״ב חודש לא הפסידה תוספת.

וכמו כן, לדינא הפסד מתנות במקום שאין מנהג הוא רק במגרש מחמת מרד.

גיטין

הרב דוד לאו
הרב הראשי לישראל, נשיא בית הדין הגדול

תביעת האשה להסדיר את עניני הממון קודם חיוב גט

לפנינו ערעור על החלטת ביה״ד האזורי בירושלים מיום כז סיון התש״ע [9/6/2010], שעל הצדדים להתגרש ועל האשה לקבל את גיטה. האשה מסכימה לגירושין באופן עקרוני, אך דורשת שתחילה יגיעו להסכם בכל תנאי הגירושין, ובכללם זכותה במחצית מהפנסיה של הבעל. כמו כן מבקשת האשה להורות על ביטול הסכם הגירושין שנחתם בין הצדדים בשנת 2001, הואיל ושני הצדדים חזרו להתגורר יחד לאחר חתימת הסכם זה.

החלטה

א. ביה״ד מקבל את טענת האשה, ומבטל את החלטת ביה״ד קמא המחייב את האשה להסכים לקבל את גיטה, וקובע שזכותה של האשה לדרוש שתחילה יגיעו הצדדים להסכמה על תנאי הגירושין, או לחילופין במידה ולא יוכלו להגיע לידי הסכמה, שהדברים יתבררו בפני ביה״ד, אשר יתן החלטה סופית בכל הנושאים הרכושיים הכרוכים בגירושין, ולאחר מכן יסדרו גט בין הצדדים. יש לציין שנראה לבית הדין כי המצוה על האישה להסכים לגירושין בהקדם האפשרי.

ב. בנוגע לשאר טענות הבעל והאשה, מאחר שאין לפנינו שום החלטה מטעם ביה״ד קמא בנוגע לחלוקת הרכוש בין הצדדים, אין מקום להגשת ערעור בענינים אלו.

דיון

בהחלטות ביה״ד קמא מתאריך כ״ו תמוז התש״ע, שניתנה לאחר ההחלטה הנ״ל, נקבע שיש לקיים דיון לשמיעת הוכחותיו של הבעל לחיוב האשה בגט. והואיל ודיון כזה לא התקיים בסופו של דבר, ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות, על כן יש להתייחס למקרה שלפנינו כאל מקרה של בעל שעזב את אשתו לטובת אשה אחרת בלא סיבה הנראית לעין. ועלינו לדון האם לאור זאת שהאשה אף היא מעונינת בגט באופן עקרוני, זכותו של הבעל לחייבה לקבל את גיטה מיד, או שזכותה של האשה לדרוש שהגט ינתן רק לאחר סיום הדיון בכל הנושאים הממוניים הכרוכים בגירושין.

א. חיוב לגרש

תחילה יש לדון בעיקר הדין העולה מפסק הדין של ביה״ד קמא, שיש מקום לחייב את האשה להסכים לגירושין, ולא התברר מה מקור החיוב לענין זה לדעתם [ואכן לא ניתנה החלטה סופית שיש חיוב גמור להסכים לגירושין, אולם נאמר בהחלטה שעליה להסכים לגירושין].

יתכן שהדברים מבוססים על דברי ר׳ ירוחם המפורסמים במישרים נכ״ג ח״ח:

> **״וכתב מורי ה״ר אברהם בן אשמעאל כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספ׳ וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה״.**

אם מצאנו באופן כזה שעברו שנים עשר חודש ונראה ששוב לא יחזרו בהם, כופים את הבעל לגרש, כ״ש שיש ללמוד מכך שניתן לחייב בגט, וכמובן שהאשה אינה עדיפה מהאיש לענין זה.

אמנם לכאורה יש לפקפק במקור זה. שכן יש להסתפק בדברי ר׳ ירוחם, האם דבריו אמורים דווקא במורדת בטענת ״מאיס עלי״, והם כעין הכרעה במחלוקת הראשונים שהביא לפני כן במורדת כזו אם ניתן לכופו לגרש, ובזה מכריע ר׳ ירוחם שבאופן שגם הבעל אינו מעונין בהמשך הנישואין ניתן לכפותו לגרש. או שכוונתו לדין חדש לגמרי, שבמקום ששני הצדדים אינם מעונינים בקיום חיי הנישואין, ניתן לכפות על הגט גם בלא שום טענה מצד הדורש כפיה זו.

מלשונו של ר׳ ירוחם משמע קצת שאין הדברים אמורים אלא כאשר יש לאשה דין מורדת בטענת מאיס עלי.

אם אכן כך הוא הרי נראה שבנדון שלפנינו שנראה שהבעל לא מאס באשתו, אלא נתן עיניו בנשים אחרות, ומתוך כך אינו מעונין בה, שאין לדונו כטוען מאיסה עלי, אלא כמורד סתם שלא מצאנו בו שום חיוב לגרש.

דברים אלו מצאנו בפירוש הן בראשונים והן באחרונים שעסקו בסוגיא זו לגבי טענת מאיס עלי של האשה, ויש ללמוד מדבריהם גם לטענת מאיס עלי של הבעל.

כך כתב המאירי כתובות סג ב:

> **״ואף לשיטת גדולי המחברים פירשו רבותי בדבריהם דוקא בשטוענת כך מן הדין ר״ל שאף אנו מכירין בו שהוא ראוי לימאס מחמת רוב פחיתותו והפסד ענייניו אם**

במדות אם בשאר דברים מכוערים והדברים מוכיחים שלא בסיבת נתינת עין באחר הוא הא כל שטוענת כן מחמת עקשות וגאוה והסתלסלות יתר אין שומעין לה״.

כן כתב הרמ״א (סימן עז ס״א) גם לגבי עיקר טענת מאיס עלי של האשה:

״ודוקא שמבקשת גט בלא כתובה, אבל אם אומרת: יתן לי גט וכתובתי, חיישינן שמא נתנה עיניה באחר, ויש לה דין מורדת דבעינא ומצערנא ליה״.

מבואר מדבריו דעכ״פ במקום שיש ריעותא מזה שדורשת כתובתה, שאולי עיניה נתנה באחר, אין לה דין מורדת בטענת מאיס עלי, אלא דינה כדין מורדת של ״בעינא ליה ומצערנא ליה״.

מקור הדברים הם מתשובת הר״ן סי׳ י״ג:

״ודע עוד שהאומרת מאיס עלי שדנין אותה ע״פ המשפטים האלה, דוקא באומרת מאיס עלי ואיני רוצה בו ולא בכתובתו אבל באומרת מאיס עלי ורוצה אני להתגרש וליטול כתובתי חוששין שמא עיני׳ נתנה באחר וחזר דינה לדין המורדת וכן פירש״י שם כו׳ ואם רוצה להתגרש וליטול כתובה תנו לה דין מורדת״.

בחזון איש (סי׳ ס״ט ס״ק ד) כתב:

״ואף לדעת הרמב״ם נראה דכל שיש רגלים לדבר וניכרים דבריה, אף אם תובעת כתובתה לא הפסידה דין מאיס עלי. אלא בסתמא סמכינן אהא דמותרת על כתובתה וחזינן דקשה לה להיות תחתיו, ואינו מחמת כעס לזמן, ולא תלינן בנתנה עיניה באחר, דהיה הדבר ידוע בין השכנים. אבל באינה מותרת על כתובתה מספקינן שאין הדבר קשה עליה אלא בסיבות קלות בחרה להתגרש ממנו, ומקוה לאחר שחושבת שיהיה לה טוב מהיות תחת בעלה הראשון. ולפ״ז נראה דדוקא באמרה שמוחלת כתובתה או ששיילינן לה ואמרה דלא בעיא כתובתה, אבל בסתמא מספקינן, ודלא כמ״ש בח״מ ס״ק ד. ואינו דומה... אבל הכא בסברא תליא מילתא. ועי׳ לשון הטור סי׳ קנ״ד שכתב אם תובעת כתובתה שיש לחוש וכו׳, הנה מסר הדבר כפי ראות עיני הדיין וכו׳״. עכ״ד.

כעין האמור לעיל כתב גם בשו״ת עזרת כהן סי׳ נו [שהוא המקור הגדול למה שנהגו היום בבתי הדין לחייב גט בטענת מאיס עלי]:

ולפי דברינו יש לנו שלש מדות בטוענת מאיס עלי. הא׳, כשאומרת מאיס עלי בלא שום טענה ואמתלא, שהיא קרובה למורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. הב׳ היא האומרת מאיס עלי בטענה ואמתלא, שנותנת מקום להאמין לה, אבל עדיין אין הדבר מוכרח, שהוא ראוי שיהיה מאיס עליה בשביל כך. הג׳ היא כשאומרת מאיס עלי ומראה הוכחות כאלה, שלפי ראות עיני הב״ד היא אנוסה ומוכרחת בזה, שיהי׳ מאיס עליה״.

ביאור הדברים נראה, שעיקר דין מאיס עלי אינו אלא שהאשה טוענת שהיא אינה מסוגלת לחיות עם בעלה, ומטעם זה אינה רוצה לקיים את חובותיה כלפיו, ולכן אם אכן כנים דבריה אין לה דין מורדת, שאינו בדין שתבעל לשנאוי לה מפני שאינה כשבוית חרב. וכן מבואר להדיא מדברי הראשונים. וז"ל הרמב"ם (פי"ד מאישות ה"ח): אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו להוציא לשעתו, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה.

כן כתב בתוס' רי"ד (כתובות ס"ד):

> "דכיון דבעלה מאיס בעיניה אנוסה היא בדבר ולא מדעתה עושה כן, ואפילו אשה כשרה אי אפשר להבעל לשנאוי לה, ואע"פ שאין שום מום ניכר בו... וזה דומה לאדם שאין יכול לאכול מאכל השנאוי לו ונתעב עליו".

מבואר מדבריהם שעיקר טענת מאיס עלי מועילה לומר שהאשה נחשבת אנוסה בדבר, ולפיכך אין היא חייבת למלא את חובותיה כלפי בעלה ואין לה דין מורדת. ולכן אין זה אלא במקום שאכן יש ראיה לדבריה, או שעכ"פ אין בהם שום ריעותא, אבל אם אין ראיה לדבריה מה"ת שנאמין לה שהיא באמת אנוסה. וכל שכן שבאופן שנראה לעיני הדיין שהאשה נתנה עיניה באחר, שאין שום מקום לכפות או לחייב את הבעל מצד דברי הרמב"ם. ויתר על כן מבואר מדבריהם שכל עוד האשה אינה נחשבת אנוסה הרי היא כמורדת הטוענת בעינא ליה ומצערנא ליה.

כן הורה בשו"ת ציץ אליעזר (חט"ו סי' מ"ו) לגבי דברי הרמב"ם שכופים לגרש באומרת מאיס עלי:

> "ונראה לי להעיר בכאן, דניתן לומר דאפילו לדעת הרמב"ם בפי"ד מה' אישות ה"ח שפוסק דאם אמרה מאסתיהו כופין אותו לגרשה. אין זה כי אם דוקא היכא שטענת המאיס שלה הוא, בדרך של אנוסה היא לכך, מבחינה אינסטיקטיבי (לא מלאכותי). וכפי שמצינו בתוספת רי"ד בכתובות ד' ס"ד שמסביר בטו"ט ענין המורדת וכותב דכיון דבעלה מאיס בעיניה אנוסה היא בדבר ולא מדעתה עושה כן, ואפילו אשה כשרה אי אפשר להבעל לשנאוי לה, ואע"פ שאין שום מום ניכר בו,,, וזה דומה לאדם שאין יכול לאכול מאכל השנאוי לו ונתעב עליו,,, ושמא גם היא עציבה בדבר שבעלה מאיס בעיניה יעו"ש. ולמורדת מסוג כזה הוא שנתכוון גם הרמב"ם בפסקו לכוף אותו לגרשה. והוא המכוון במה שמדגיש הרמב"ם בדבריו להסביר את פסקו וכותב לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה, והיינו כנז' בתוס' רי"ד, בהיות כי גם היא אנוסה היא בדבר ולא מדעתה עושה כן, וזוהי היא טענתה שמדגיש הרמב"ם לפני כן לכתוב: ואיני יכולה להבעל לו מדעתי, ור"ל, שזה אצלה בגדר של כמו שאין אדם יכול לאכול מאכל השנאוי לו, ומה תעשה איפוא, וגם היא עציבה בדבר שבעלה מאוס בעיניה, כנז'. אבל באשה שמביאה על עצמה ברצון, או מסיבה צדדית מלאכותית למאוס בבעלה ולבוא

בטענת מאיס עלי, וברצון טוב יכולה להסיר ממנה מאיסותה ולחזור ולרצות בו ולקבל פיוסיו ולעבור על מדותיה, על כגון סוג מורדת כזאת מסתבר שגם הרמב"ם יודה שאין כופין אותו לגרשה, ובנידוננו, לדעתי, סוג המאיס עלי שטוענת האשה הוא מסוג אחרון זה, וגם הרמב"ם יודה שאין כופין אותו לגרשה עבור כן".

כל הדברים הללו שייכים גם במקרה ההפוך, שהרי מאחר שהמקור לחייב או לכפות את האשה להסכים לגירושין נלמד מחיובו של הבעל, א"כ יש לומר שאין לחייבה בכך אלא במקום שמצאנו חיוב אצל הבעל, אבל במקרה שנראה שהבעל נתן עיניו בנשים אחרות ולכן הוא מואס באשתו אין לחייבה להסכים לגירושין.

כן הורה גם הגר"ש ישראלי כעין זה בפד"ר ח"ח עמ' 107 בענין מניעת מזונות בבעל הטוען שאשתו מאוסה עליו:

"אולם אם הילפותא, שבעל רשאי למנוע ממנה שאר כסות בטענת מאיס עלי, הוא ממה מצינו אצל האשה כשהיא באה בטענה כעין זו שאין לה דין מורדת, הרי עלינו לומר דון מינה ומינה, וכשם שאצלה אם קיים חשש של עיניה נתנה באחר דינה כמורדת ואין לה דינא דמתיבתא, הוא הדין כשקיים חשש אצלו שהוא נתן עיניו באחרת, ובנ"ד המערערת טוענת כל הזמן שיש לו פילגש שבגללה עזב אותה ומורד בה... עכ"פ כל עוד ולא התבררה בביה"ד נקודה זו אין להפסידה את מזונותיה".

מבואר מדברי כולם שכל עוד הבעל או האשה שדורשים את החיוב או הכפיה לגירושין אינם נחשבים אנוסים בדבר, ברור שגם הרמב"ם יודה שאין בזה דין כפיה, וממילא אין לנו מקור לחיוב לגרש.

[במאמר המוסגר יש לציין שאם יביא הבעל ראיות לדבריו שכעת האשה מאוסה עליו, יש מקום לדון שאף על פי שהוא זה שגרם למאיסות זו, מכל מקום מאחר שסוף סוף כעת אינו יכול לחיות איתה, יש מקום לחייב בגט. ונחלקו בשאלה זו הגר"ש ישראלי ובעל הציץ אליעזר.

הגר"ש ישראלי כתב (בפד"ר שם עמוד 112):

"ומעתה נראה שאין מקום גם לראות הוצאת ש"ר במקרה דנן ואמתלא לטענת מאיס עלי, כיון שהצד השני גרם לכך. הא למה זה דומה? למי שאסר על אשתו להתקשט ולהתרחץ, ואח"כ יבא עליה בטענה שמאוסה היא עליו בגלל לכלולכה וכיעורה. וע"כ גם אילו יתברר לבי"ד שאין כיום הזה חשד שעיניו נתן באחרת, אין להפסידה מזונותיה, כי טענתו שמאוסה עליו אין בה ממש, מאחר שהוא היה הגורם".

אולם בשו"ת ציץ אליעזר (חלק יז סימן נח) כתב:

"הרי יוצא לנו בבהירות מדברי הגאון בעל אור שמח ז"ל שהיה הדבר פשוט בעיניו

> שאפילו רוצח אם הוא יורשו של הנרצח מדין תורה הוא יורש אותו, והדין לא משתנה בגלל זה שהוא זה שגרם למותו והרג אותו במזיד, [וא"א להורגו בגלל חוסר התראה וכדומה]... וא"כ נלמד מזה גם לנידוננו, וניתן לפשוט חקירתו של הגאון הגרשז"א שליט"א ולפסוק שאעפ"י שהמרשעת הזאת היא זאת שהביאה את בעלה למצב זה של סימוי שתי עיניו או קטיעת ב' ידיו או רגליו, בכל זאת אם באה לאחר מיכן וטוענת מאיס עלי ורצונה בג"פ, והבעל אין רצונו בכך ומוכן למחול לה ולהמשיך לחיות אתה יחד, שומעין לה וכופין אותו לגרשה להי"א שברמ"א הנ"ל, והיא תשלם עין תחת עין יד תחת יד רגל תחת רגל ככתוב בתורה ושנו בגמ' ונפסק ברמב"ם בפ"א מחובל ומזיק ובחו"מ סימן ת"כ יעו"ש. וכמו"כ תצא בלא כתובה".

אף על פי שאפשר לדחות את ראייתו מרוצח, שהרי ברוצח מדובר על יורש מעיקר הדין, ומה"ת שנפקיע את ירושתו כשהוא גרם למותו של המוריש. אבל בנד"ד שהבעל או האשה באים בטענת אונס, יש לומר שאם האונס נגרם בגלל פשיעתו אין בכך כדי לפוטרו מחיוביו בגלל שגרם אונס לעצמו. אמנם מסברא בעלמא יש מקום לצדד כדבריו. וצ"ע בזה.]

על כל פנים במקרה שלפנינו שעדיין לא הוכח על ידי הבעל שום טענה מבוררת לטענת מאיסות, יש לדונו כמורד שטוען בעינא לה ומצערנא לה, ואין לחייב את האשה להסכים לקבלת הגט.

אלא שכאמור דברים אלו נאמרו לענין חיוב או כפיה על מי שאינו מעונין כלל בגירושין, משא"כ בנדון של ר' ירוחם ששני הצדדים רוצים להתגרש, יש מקום לומר שמכיון שכך אין להיכנס לשאלה ממה נובע הרצון של התובע, ויש לכפות או לכל הפחות לחייב להסכים לגט בכל אופן.

יש להוסיף לזה שכאמור עיקר דברי הרמב"ם לכפות על גט בטענת מאיס עלי, מבוססים על כך שטוענת מאוס עלי נחשבת אנוסה, ומשום כך א"א לכפות עליה להמשיך לחיות עם בעלה. ומבואר שבאופן שאי אפשר לכפות את האשה לחיות עם בעלה, ניתן לכפות את הבעל לגרשה, ואע"פ שהבעל אף הוא אינו אשם במציאות שנוצרה, מ"מ מאחר שבטלה סיבת הנישואין אין שום טעם לעגן את האשה, ודבר זה מהוה סיבה מספקת לכפיה על גט. וממילא יש לומר שכמו כן במקום ששני הצדדים אינם מעונינים בהמשך החיים המשותפים ניתן לכפות לגרש וכ"ש לחייב להסכים לקבלת הגט.

אמנם מאידך עדיין יש לומר שבאופן שהבעל גרם לפירוד על ידי מעשיו הרעים קיימת הטענה שלא יהיה חוטא נשכר, וממילא אין לחייב גם במקרה שאין שום טעם להמשך הנישואין של שני הצדדים.

מקור אפשרי נוסף לחיוב להסכים לקבלת גט במקרה שלפנינו, הם דברי ר' חיים פאלאג'י בספר חיים ושלום ח"ב סי' קי ב:

״אלא דבדרך כלל אני אומר כל שנראה לבי״ד שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה. אדרבא צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזו ולתת גט, כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים אחד האיש ואחד האשה. וידעו נאמנה כי כל הבא לעכב מלתת גט כענין זה, כדי להנקם זה מזה מחמת קנאה ושנאה ותחרות, כאשר יהיה האופן פעמים שהאיש שירצה לגרש והאשה אינה רוצה, וכדי להנקם מהאיש מעכבים הדבר שלא לשם שמים, עתידים ליתן את הדין. ולדעת מרן חביב בי״ד מנדין אותו, וכמו כן להפך כשהאשה רוצה לגרש והאיש אינו רוצה, וכדי להנקם מהאשה מעכבים מלתת גט שלא לשם שמים גם בזה לא בחר ה׳, ויש עונש מן השמים כי על הענינים האלו וכיוצא באלו אמר קרא עפ״י התורה אשר יורוך, ודי בזה והותר לחכם ירא וסר מרע. והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה. דאם יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו, כבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה, ימתינו עד זמן ח״י חדשים ואם בינם לשמים נראה לבי״ד שלא יש תקוה לשום שלום ביניהם, יפרידו הזווג ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני כדבר האמור, ותמצא מ״ש בזה בספר החסידים״.

אמנם למעשה דבריו שנויים במחלוקת בין פוסקי זמנינו, אם כוונתו להורות הלכה למעשה, או שאינו אלא כעין עצה טובה לדיינים כיצד לנהוג, וגם אם הלכה כדבריו, שלכאורה מנוגדים לכל דברי הפוסקים[כח]. וגם לדעתו לא ברור לגמרי שכוונתו בכל מקרה שבו שני הצדדים רוצים להיפרד, ויתכן שכשם שלדעתו השיקול שבאים לידי עבירה מחמת העיכוב בגט, גורם לחיוב לגרש, כמו כן השיקול שלא יהיה חוטא נשכר עשוי לגרום לביטול חיוב זה.

לסיכום: יש להסתפק בדברי ר׳ ירוחם, האם דבריו נאמרו בכל אופן שבו שני הצדדים מסכימים לגירושין, ואפילו במקרה שהצד התובע את הגירושין הינו בגדר של ״חוטא נשכר״, שמאחר שאין טעם להמשך חיי הנישואין אין צורך לדין טענת מאיס עלי, ובכל מקרה ניתן לכפות לגרש, או לכל הפחות לחייב להסכים לגירושין. או שמא אין הדברים אמורים אלא כשתביעת הגירושין נסמכת על טענת מאיס עלי, וכמו שמשמע קצת מלשונו, וא״כ במקום שאחד הצדדים נתן עיניו באחר או באחרת, אין לצד זה זכות לכפות על גירושין גם כאשר הצד השני אינו תובע להמשיך את חיי הנישואין. גם דברי ר׳ חיים פאלאג׳י בענין זה אינם ברורים לגמרי, ובפרט שיש מקום להסתפק אם ניתן לסמוך על דבריו להלכה ולמעשה.

ב. תנאי בחיוב לגירושין

כל האמור אינו אלא אילו היתה האשה מסרבת לחלוטין להסכים לקבלת הגט, אולם במקרה שלפנינו האשה אינה מסרבת לקבל גט, אלא טוענת שברצונה לסיים לפני הגט את כל חלוקת הרכוש ושאר ההליכים הממוניים הנוגעים לגירושין.

כח. אם כי יתכן שלענין חיוב בלא כפיה יודו כולם שיש לסמוך על דבריו.

גם באופן שניתן לכפות על גט, אם הצד שיש עליו חיוב כפיה מתנה את הסכמתו לגרושין בתנאי ממוני כל שהוא, נחלקו הפוסקים אם ניתן לכפותו לגרש בלא לקיים את תנאו [באופן שבידו של הצד השני לקיים את התנאי].

דעת המהרשד"ם היא שבעל שניתן לכפותו לגרש יכול להטיל תנאי בהסכמתו לגירושין, ואם האשה אינה מקיימת את התנאי אין לכפותו, כך כתב המהרשד"ם אבהע"ז סי' מא:

> **"ואמרתי אני בלבי שאין ספק שאפי' שאותם שאמרו חכמים במשנה בפ' המדיר וחלו שכופין מוכה שחין כו', שלא אמרו שכופין אותו לגרש אלא אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל אם ירצה לגרש אלא שרוצה להטיל אי זה תנאי בגט, בזה ודאי לא אמרו שכופין לגרש בלא תנאי, ומי שיכוף בדרך זה כמעט הייתי אומר שחזר ונפל במכשול הכפיה. אלא שעד עתה לא מצאתי מקום להתלות, ובחפשי בדין התנאי מצאתי בב"י א"ה סי' קמ"ג לשון א' נר' לי להעתיקו הנה כי נראה לע"ד מסכים לדברי, ולא לבד אני אומר שמה שאמרתי הוא על צד היותר טוב אלא שהוא דין או קרוב לדין כמו שאבאר בס"ד. וז"ל מצאתי בס"ה דינים שכתב בסוף ספר חזה התנופה, אעפ"י שנותן גט לאשתו על מנת שלא תלכי לבית אביך שהגט כשר והתנאי קיים, אין לשום אדם שישתדל בגט שיתן בתנאי כזה, כי אין ספק שלא יתקיים התנאי הזה, שאי איפשר שתעמוד על נפשה מלכת לבית אביה, ונמצא גט בטל ובניה ממזרים למפרע. אם המגרש הזה מאלו שכופין לגרש ולא רצה לגרש רק בתנאי זה, אין שומעין לו, וכופין לגרש בלא תנאי זה עכ"ל. ראיתי וישמח לבי, שהרי כל מעיין יראה שקל להבין מתוך זה הלשון שנתבררה כונתו, שהנה כתב שני פעמים מלת זה, והיה ראוי שיאמר רק בתנאי ותו לא, אלא ודאי דוקא תנאי זה שכמעט נמנע להתקיים הוא דקאמר שכופין לגרש בלא זה, הא תנאי אחר שנקל לקיים אין ספק שהכופה לגרש בלא תנאי מרבה ממזרים, לדידן דקי"ל דאין כופין אפי' במאיס עלי, וה"ה והוא הטעם לדידן דקי"ל דאין כופין לחלוץ, דלא כפינן ליה אם ירי' לחלוץ כאשר יהיה בטוח שלא תנשא יבמתו זאת לאותו פלוני. וא"כ הנראה לע"ד שאין ראוי לכופו אפי' להתרחק ממנו כנז"ל אם ירצה לחלוץ ע"ד הנזכר. בוחן לבות וכליות יודע כי דברים אלו אצלי כנתינתן מסיני אין בהם נפתל ועקש כפי מה שהשיגה ידי בראשונה ובאחרונה".**

אבל מדברי הרשב"ש (סי' שפג) מבואר שלא כמהרשד"ם בדין זה, ולדעתו אין לבעל זכות להוסיף תנאים במקום שכופים אותו לגרש:

> **"והפנים שברצונה דוקא הוא מתנה, אבל שלא ברצונה אינו מתנה, הוא כגון אותן שכופין להוציא מחמת טענת אשה, משום שהדין נותן לגרש, כגון אותם המוזכרים בפרק המדיר וזולתן שהדין נותן לגרש, למה יתנה עליה יקוב הדין את ההר, ואם אינו רוצה לגרש בלא תנאי רישיה להוי".**

אמנם גם לדעתו יתכן שאין הדברים אמורים אלא באופן שהבעל מתנה בדברים שאינו זכאי להם מעיקר הדין, אבל אם הבעל דורש שהאשה לא תמנע ממנו דברים המגיעים לו מעיקר הדין, יתכן שאין לכפותו לגרש לכו"ע.

כן מבואר בשו"ת שיבת ציון סי' צו לענין כפיית היבם לחלוץ:

"ולא עוד אלא אפי' מן הדין אינו חייב לחלוץ, ואף שנתן שטר חליצה ואין לו זכות מצד תקנות הקהלות, עיין סימן קס"ה סעיף ד' בהג"ה ובב"ש שם ס"ק י"א, מ"מ כיון שהיבם צועק ככרוכיא ורוצה לציית ד"ת ולקבל על עצמו כ"מ שיושת עליו ע"פ פסק דייני ישראל, והיא מסרבת לציית ד"ת, איך יעלה על הדעת לומר שהוא מחוייב לחלוץ כ"ז שהיבמה מסרבת לציית ד"ת עמו".

כעין זה בשו"ת מהרש"ם ח"ה סי' ס:

"ואמנם לדעתי אף דכופין אותו היינו אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל בנ"ד שרצה לגרשה רק בתנאי שתחזיר לו החפצים שלו, והדין עמו בזה, בודאי אין בידינו לכופו. רק דמ"מ בנ"ד שלא רצה האב לקבל החפצים בשום אופן, א"כ אין בידה לקיים התנאי, א"כ שוב צדקו דברי כת"ר דבידינו לכופו".

למדנו מדבריהם שבכל אופן שבו יש לבעל טענה נכונה שרוצה לדון עם האשה בדין תורה, אין לכפותו לגרש, ואפילו אם לא ברור שטענתו צודקת אלא שיש מקום לדבריו, הדין כך.

באופן הזה לא מצאנו בדברי הרשב"ש הנ"ל ראיה כנגדם.

במקרה שלפנינו אם כי אין בידינו לקבוע בבירור עם מי הצדק בטענות הרכושיות, מ"מ נראה שטענות האשה יש להן על מה להתבסס, וכגון טענת הבעל לקיום הסכם גירושין כאשר ברור שחזרו לחיות לאחר מכן ביחד [וכפי שעולה מהודאות הבעל הן בפני בית המשפט והן בפני ביה"ד קמא], אינן מקובלות בדרך כלל, וברור שחתימת הסכם מעין זה אינה מחייבת אלא כאשר בני הזוג מתגרשים בסמוך לחתימת ההסכם. וכן טענת הבעל לזכותו שלא לחלוק עם האשה את זכויות הפנסיה שצבר לאחר שנת 2001, לא ברור שיש לה על מה לסמוך, לאחר שהדבר הוכרע כבר בבית המשפט שהתקופה לעריכת איזון המשאבים בין הצדדים מסתיימת בתאריך 25/9/2007 [ועל החלטה זו אין אפשרות לערער בפני ביה"ד דנן], ברור אם כן שגם זכויות הפנסיה נכללות בהחלטה זו, וכמבואר בסעיף 5/ ג לחוק יחסי ממון: **בסעיף זה, "כלל נכסי בני הזוג" – לרבות זכויות עתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכונות.** ואמנם אין לסגור את הדלת לחלוטין בפני תביעות אלו ואחרות של הבעל מבלי לשמוע את טענותיו בצורה מסודרת, אולם מ"מ צד גדול שטענות האשה הן טענות צודקות בודאי שיש כאן.

לסיכום: נראה שגם אילו היינו מחליטים שהאשה חייבת להסכים לקבלת הגט, מ"מ יש

צד גדול לקבל את טענתה שיש לעשות זאת רק לאחר הסכמה או החלטה מטעם ביה״ד בשאר הנושאים העומדים על הפרק, לאור דברי המהרשד״ם שיש ביד המחוייב בגירושין להתנות את קיום חובתו בכל מה שיחפוץ, וכאמור באופן שתובע את מה שמגיע לו על פי הדין יתכן שכולם מודים לדבריו, ובנדון שלפנינו מסתבר שאינו גרוע מהסכמה לגירושין בתנאי שתקבל את המגיע לה על פי דין.

ג. הקדמת הגט או סיכום העניינים הרכושיים

לכל האמור יש להוסיף שהאשה במקרה שלפנינו אינה דורשת דבר מהבעל, אלא לסיים את ההליכים הממוניים לפני הגירושין, ובמקרה כזה יש צד גדול המסייע לדרישתה מצד דברי הרמ״א בסדר הגט ספ״א:

> **״וישאל הרב אחר הכתובה, ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו, כדי שלא יבאו אח״כ לידי קטטה מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה.**

הרי שאדרבה צריך לסיים תחילה את עניני הרכוש שבין הצדדים ורק אחר כך לסדר את הגט.

אמנם כבר תמה בשו״ת בנין ציון סי׳ קמד על דברי הרמ״א הללו, שלכאורה בלא שהתנה מראש באופן המועיל אין הבעל יכול לבטל את הגירושין בטענה כזו, ובסוף דבריו מסיים:

״וצ״ל דהר״י מינץ סובר כיון דלאו כ״ע דינא גמירא לעולם יהי׳ לעז אם הבעל צוח גרשתי בטעות ושהגט בטל ובני׳ ממזרים אף שהאמת אינו כן כיון שלא גרש על תנאי זה בתנאי כפול מכ״מ כיון שלפי מחשבתו הוא כן יוציא לעז זה כמש״כ הרשב״א בדבור הנ״ל.

סוף דבר אני אומר אף שהראתי פנים להקל בדין זה עכ״ז לא מלאני לבי לחלוק על דין פשוט של סדר הגט המוסכם להלכה מכל ישראל. גם לא ראיתי שום חילוק בין נדון השאלה לנדון של סדר הגט. אמנם מכ״מ מי שלבו רחבה ורואה קלקולים בחדול הגט ורוצה לסמוך על דעתו להקל לענ״ד ימצא סמיכה קצת בהערות הנ״ל.

כעין זה כתב גם בשו״ת אגרות משה אבה״ע ח״ג סי׳ לז שדברים אלו אינם אלא חומרא בעלמא, ואינם מעכבים מעיקר הדין:

״**והנה** הרמ״א בסדר הגט סעיף פ״א כתב וישאל הרב אחר הכתובה ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יאמר הבעל ע״מ כן לא גירשה. ואף שפשוט מכל הש״ס דהיו נותנין הגט ואחר זמן היתה תובעת הכתובה ולא היו חוששין לזה ופשוט שהוא אף כשהיא היתה רוצה שיגרשנה. נראה דבשביל זה כתב הרמ״א כדי שלא יבואו אח״כ לידי קטטה מחמת הכתובה, כוונתו שתהיה איזו הכחשה שהיא תתבע יותר ממה שהוא חושב שחייב לה שהוא חשש רחוק שלכן לא חששו לזה בזמן הגמרא שכל בנ״א היו צייתי דינא ובזמננו שאיכא דלא

צייתי דינא יעצו לנו לחשוש גם לחשש רחוק. אבל מסתבר שהוא רק לחומרא בעלמא שמא יוציא לעז לומר כן ויטעו בנ״א שיש בזה חשש ולא שהוא לחשש ממש. וגם מתשובת מהר״מ אלשיך שהביא הפ״ת מוכרח דאין זה חשש ממש לדינא. אבל מסתבר שהוא בתביעת הכתובה שהוא כסף שחייב לה שע״ז ודאי ליכא שום אומדנא שלא היה נותן גט אם תתבע מה שחייב לה ואף גילוי דעת איתא שם בתשובה שאינו כלום משום שודאי סתם בנ״א רוצים לשלם מה שחייבין מדינא. אבל כשהיא תובעת דבר שאינו חייב לה מצד שיש לה כח מדיני המדינה יש לחוש דאולי הוא כאנן סהדי שלא היה נותן גט אדעתא דהכי ובפרט שהסכימה לפסק ב״ד לקבל הגט בסך שאמרו הב״ד.

אבל מטעם אחר יש לדון שלא יוכל לטעון כן ולבטל את הגט, דהרי דיני המדינה ודאי היה ידוע גם לו והיה לו לחוש ולהתנות שאם תתבע בדיני המדינה בין טענת ממון בין טענת עונש לא יהיה גט שאף בלא תנאי כפול היה מועיל מצד שהוא גם אנן סהדי, עיין בתוספות קידושין דף מ״ט. אבל כיון שלא חשש להתנות זה חזינן שהיה לו טעם שלא היה חושש לזה אולי שחשב להשאר בא״י או טעמים אחרים. עכ״פ כיון שודאי ידע מזה ולא חשש להתנות ודאי גמר בדעתו ליתן הגט אף שאיכא חשש זה ואין יכולין לבטל הגט אף שתובעת דבר שאינו חייב, ואף שתובעת לענשו. ואם האמת שלא ידע שתוכל לתבעו בדיני המדינה איכא חשש גדול על הגט לע״ד, אבל מסתמא יש לנו לתלות שידע מדיני המדינה ואין יכול לבטל הגט״.

כנראה שעל זה סומכים בתי הדין בימינו, שבמקרה של הסכמה בין הצדדים מסדרים את הגט לפני סיום הענינים הרכושיים, שהרי כל אדם יודע שיש לאשה כח לתבוע על פי דיני המדינה, ואם כן שוב אין לבעל אפשרות באמת לבטל את הגט. ובפרט שהמנהג הוא להודיע לבעל בפירוש שנותן את הגט בלא שום תנאי, וכשרות הגט איננה תלויה כלל בענינים הממוניים שביניהם[כט]. אולם בודאי שאין לכפות על האשה או לחייבה להסכים לגט לפני סיום הדיון בענינים הרכושיים שבין הצדדים.

אציין עוד, שבמקרים בהם מתרשם בית הדין שטענות הרכוש אינן אלא מסך עשן, והן מהוות תירוץ לסירוב, בודאי שאין הצדקה לעכב את סידור הגט, מעבר לכך שניסיון בית הדין מלמד שבמקרים סכסוך קשים מתן הגט טרם סיכום ענייני הממון מאפשר לסכם את עניינים הרכושיים ללא אמוציות מיותרות, ומקל על ההחלטות.

לסיכום: אין אפשרות לחייב את האשה להסכים לקבלת גט מיד, ואם רצונה בכך זכותה לעכב את הסכמתה לקבלת הגט עד לסכום כל הענינים הרכושיים, בין בהסכמה בין הצדדים, ובין על ידי החלטה של ביה״ד לאחר קביעת דיון על ידי הבעל החפץ בגירושין. אולם לא נכון הדבר לעכב את הגט, והנכון יהיה לסדרו בהקדם.

כט. ראו גם בשו״ת משנה הלכות חי״ד סי׳ קיב וחי״ז סי׳ פד, שהאריך להוכיח שאין לסדר כלל גט לפני סיכום כל הענינים הממוניים בבית הדין, ועי׳ תחומין תשסב דו״ד בינו לבין עו״ד הרב שמעון יעקובי בענין זה, ולמעשה המנהג בבתי הדין היום שאין חוששים לדבר באופן שהצדדים מסכימים לגירושין, ואדרבה מעודדים אותם לעשות זאת כדי שלא יבואו לידי תקלה.

נציין עוד כי בתיק שבפנינו כבר כתב ביה"ד הגדול בפס"ד מיום כ"א בשבט תשע"א 26.1.11, שמצאו פס"ד חתום בג' דיינים שההסכם שחתמו ב – 2001 בטל. אמנם ביה"ד הגדול ביקש הבהרה ולא נתן החלטה סופית, אולם לאחר העיון אנו קובעים שההסכם הנ"ל לא תקף, וזאת לאור החזרות הממושכות שהיו שבני הזוג לאחר הפירוד.

בביה"ד הגדול בתאריך הנ"ל נכתב, "לאור האמור ביה"ד מחזיר את התיק לביה"ד הגדול לענין פסיקת החיוב בגט ולעיין בכל האמור".

מן התאריך הנ"ל מסתובב התיק בהרכבים שונים ולא היתה החלטה סופית ברכוש ובענין החיוב בגט, אע"פ שהאשה אמרה בפנינו שהיא מוכנה להתגרש לאחר סיום ענין הרכוש.

על כן קובע ביה"ד:

א. הסכם הגירושין משנת 2001 בטל.

ב. ביה"ד מחזיר את התיק לביה"ד קמא להרכב בראשות של הרה"ג א. לביא שליט"א שמתבקש

לפסוק בחלוקת הרכוש תוך 3 חודשים, ולאחר מכן יסודר הגט בין הצדדים.

במידה ולא תסכים האשה להתגרש לאחר החלטת ביה"ד בענין הרכוש, יכריע ביה"ד קמא בענין החיוב והכפיה של האשה בגט.

עם כל זאת, בית דיננו מציע אפשרות נוספת. היות שבתאריך 4.1.15 הוצאה החלטה באזורי שהבעל ימציא לאשה 50,000 ש"ח לכתובתה ביום הגט, ושאר נושאי הרכוש ימשיכו להישמע בערעור, ובהסכמת הבעל ששאר הערעורים ימשכו לאחר הגט.

במידה והצדדים יודיעו לבית הדין על הסכמתם לאפשרות זו, מזכירות בית הדין תזמין את הצדדים לסידור גט בהקדם.

הרב מיכאל בלייכר
אב"ד חיפה

בעניין חק תוכות בכתיבת גט וסת"ם

תוכן עניינים מקוצר

אופן תיקון מ' שנדבק פתיחתה ונסתמה • האם צריך לגרור את כל המ"ם שנסתמה או שסגי לגרור רק את כל החרטום • החילוק בין נכתבה האות בכשרות או בפסלות • להסוברים שסגי לגרור רק את החרטום צ"ע מדוע לא סגי לגרור את חציו ולבטל ממנו שם אות • שיטות הפוסקים בשאלה האם אפשר לגרור חלק מהאות ולהשלימה • סתירת דברי הב"י בין הלכות סת"ם לבין הלכות גיטין • תירוצי החת"ס ואבני נזר על סתירת דברי הב"י • תירוץ בעל גידולי הקדש על סתירת דברי הב"י • תמיה על דברי הגידולי הקדש • יש לחלק בין עיבוי האות לאחר שנכתבה לבין מחיקת חלק ממנה • הפיכת כמה אותיות לאות אחת גדולה ע"י העברת דיו • דעות הפוסקים אי מהני להעביר דיו על מילה שנכתבה בטעות ולעשותה אות גדולה * מסקנות

***

תיקון חלק מהתיבה

א. ישנם מקרים בהם נפלה טעות בכתיבת הגט, ויש צורך לתקן את אות או מילה. לפעמים, אין צורך למחוק את כל האות שנפלה בה הטעות, אלא רק את חלקה, ואז להשלימה כראוי. הפוסקים דנו האם אפשר לעשות כך, או שיש לחוש בזה משום חק תוכות ודינים נוספים השייכים לכתיבת הגט. לפנינו נעסוק בשאלה זו ובשאלות מעשיות נוספות בנושא תיקון טעויות בגט המתעוררות בבית הדין. והנה בתחילה ראיתי להקדים בבאור שיטות הפוסקים בדין תיקון טעות וחשש חק תוכות, וביישוב דבריהם. לאחר מכן נעיין בשאלות העומדות לפנינו למעשה.

אופן תיקון מ' שנדבק פתיחתה ונסתמה

ב. איתא בתשובות הרא"ש (כלל ג סימן טז):

> **"ששאלת מם פתוחה שנדבק פתיחתה ונסתמה, אם יותר טוב שיגרוד כל המם ויכתוב אחרת במקומה, או יגרוד הסתימה ויעשנה פתוחה. תשובה, ימחוק כולה ויכתוב אחרת במקומה, אבל גרידת סתימתה אינו עושה אותה אות, דהוה ליה**

חק תוכות, ואמרינן בפ"ב דגיטין ת"ר וכתב לה ולא וחקק, למימרא דחקיקה לאו כתיבה היא, ורמינהי עבד היוצא בכתב שעל גבי הטבלא ופנקס יצא לחירות. ומשני הא דחק תוכות הא דחק יריכות, פירוש חקק תוך האות וחוצה לה ונשארה האות עומדת מעצמה לאו כתיבה היא, שהרי לא עשה מעשה בגוף האות, אלא אצל האות ונעשית האות מעצמה. אבל הא דטבלא ופנקס שחקק גוף האות הויא כתיבה. וכן כשהוא גורד סתימת המם, אינו עושה מעשה בגוף האות שנשארה, אלא גורד הסתימה ובזה נעשית אות", עכ"ל.

ומבואר מדבריו, דתיקון האות ע"י גירוד הסתימה נחשב כחק תוכות, כיון שהאות לא נכתבה כתיקונה בדרך של כתיבה, אלא נכתבה ע"י פעולה אחרת, ודמי לחק תוכות שחוקק את צידי האות, והאות נוצרת מאליה, שאין זה נחשב ככתיבה ופסול, כמבואר בשו"ע שם ובהלכות גיטין (סי' קכה ס"ב).

הטור (אור"ח סי' לב) הביא להלכה את דברי אביו: "וכיוצא בזה כתב א"א הרא"ש ז"ל, מ"ם פתוחה שנדבק פתיחתה ונסתמה שאין מועיל לגרוד הדבק ולפותחה".

האם צריך לגרור את כל האות שנסתמה או שסגי לגרור רק את כל החרטום

ג. והנה הב"י באור"ח (סי' לב) הביא את דברי הרא"ש, והעיר:

"וממה שכתב רבינו אין תקנה לגרוד הדבק ולפתחה, נראה דדוקא האי תיקון לית לה, אבל אין צריך לגרדה כולה וסגי כשיגרוד כל החרטום ותשאר כצורת נו"ן כפופה ואח"כ יכתוב מה שגרד והוי שפיר חק יריכות. וגם בספר התרומה כתב, אין תקנה למחוק הדבקות בתער דהוי ליה חק תוכות, וכיוצא בזה כתוב בסמ"ג. וכן נראה מדברי תרומת הדשן סימן מ"ח. וכן מבואר בתשובת הרשב"א והיא בתשובות המיוחסות להרמב"ן ז"ל סי' רל"ו וכן הורו גדולי הדור מהר"ין חביב ומה"ר לוי בנו (מהרלב"ח סי' א), והסכימו כל חכמי שלוניק"י זכרונם לברכה לדבריהם. ואף על פי שמה"ר דוד הכהן ז"ל (בית א חדר לא) חלק עליהם בתשובה והאריך להוכיח שצריך לגרוד כל האות, אנו אין לנו אלא דברי הרבנים הנזכרים ז"ל, דמסתבר טעמייהו. ולפי זה מה שכתב הרא"ש בתשובה מ"ם פתוחה שנדבקה פתיחתה ונסתמה ימחוק כולה ויכתוב אחרת במקומה, צריך לומר דכיון שמוחק עד שמבטל צורתה מוחק כולה מיקרי. ורבינו בהלכות ספר תורה (סי' רעד) כשכתב תשובת הרא"ש לא כתב ימחוק כולה וזה לשונו שם כתב א"א ז"ל בתשובה מ"ם פתוחה שנדבקה פתיחתה ונסתמה אינו מועיל לגרוד הדבק ולפתחה דכיון שאינו עושה מעשה בגוף האות שנשאר אלא גורר הסתימה ובזה נעשה האות הוי ליה כחק תוכות עכ"ל משמע דכל שהוא עושה מעשה בגוף האות שנשאר אף על פי שלא מחקה כולה הוי שפיר חק יריכות", עכ"ל הב"י.

הרי שנחלקו האחרונים, האם כאשר יש פסול באות יש צורך לגרד את כולה ולכתבה מחדש, או שסגי לבטל ממנה צורת אות ולסיימה שוב כדין. ויסוד מחלוקתם האם יש ללכת אחר סוף כתיבת האות, כפי שסברו התרומת הדשן והמהרלב"ח, וכיון שסוף כתיבת האות נעשתה בהכשר ע"י כתיבה ללא חק תוכות, מהני. או שיש צורך שהאות תיכתב מתחילתה ועד סופה בכשרות וכמו שסבר הרד"ך ולכן צריך לגרור את כולה ולכתוב מחדש[5].

החילוק בין נכתבה האות בכשרות או בפסלות

ד. אלא שגם לדעת הרלב"ח והב"י והסוברים כוותם נראה דיש לחלק בין המקרים, ולא תמיד סגי בכתיבת סוף האות בכשרות. דהנה הב"י בהמשך דבריו שם כתב, וז"ל "ולפי זה אם עשה רי"ש כעין דלי"ת, יגרוד הירך לבד או הגג לבד ויחזור ויכתבנו כעין רי"ש, ושפיר דמי, דמאחר שביטל צורת האות לא הוי חק תוכות. אלא שיש לפקפק ולומר דלא דמי למ"ם פתוחה דהתם כיון שצורת נו"ן שבה נעשה בהכשר, כיון שגרד החרטום שנדבק וכתבו כשר, אבל גבי עשה רי"ש כעין דלי"ת שבין הגג ובין הירך נעשו בפיסול אפשר דלא סגי בגרידת אחד מהם וצריך שיגרוד את כולה", עכ"ל. ובבאור דבריו כתב הט"ז (שם סקי"ג הובא גם במ"ב ס"ק עה) "פירוש, כי כתיבת המ"ם פתוחה היא בב' כתיבות, דהיינו מתחילה כותבין כמו נו"ן כפופה, ואח"כ תולין מצידה כמו וי"ו, ואם כן כל שנעשה הפסול בו דהיינו הוי"ו צריך לגוררו כולו, אבל הנו"ן שנכתבה בהכשר אין צריך לגוררה. ולאפוקי ברי"ש שעשאה כמין דלי"ת דבפעם אחת נכתב הכל בפסול, צריך לגרור כולו. ולפי זה הוא הדין בכל אות שנכתב בב' כתיבות כמו ג' וכיוצא בו ונעשה פסול בכתיבה האחת, אין צריך לגרור רק אותה", עכ"ל. העולה מן הדברים, דגם לדעת מהרלב"ח ותרומת הדשן, יש לחלק בין אות מ' שנכתבה כנו"ן ואח"כ הוסיף את הוא"ו, שהנו"ן נכתבה בהכשר, אלא שאח"כ נדבקה אל הו' ולכן סגי לגרור את הו' ולכתבה מחדש, לבין אם כתב ד' במקום ר', שהאות כולה נכתבה בכתיבה אחת בפסול, שלא סגי לבטל ממנה צורת אות ולהשלימה, אלא צריך לכתבה מחדש.

את המקור לחילוקו, הביא הב"י מדברי הרשב"א בתשובה (ח"א סי' תריא), שחילק בין אות שנגעה בחברתה בסוף כתיבתה, שכשרה, ואין חוששים לדיבוק, ובין אות שנגעה בחברתה באמצע כתיבתה, שנכתבה בפסול ולא מהני לגרד בין שתי האותיות. ומקור דבריו ממה דאיתא בירושלמי, דהכותב את המילה "תפארתך" ונדבקה הך' לרגל הת' הך' פסולה כי נדבקה באמצע כתיבתה. ואילו הכותב "תפארתנו" והו' נדבקה בסוף כתיבתה לנ', יש להכשירה, כי כתיבתה נעשתה בהכשר. הרי למדנו, דהכל תלוי האם כתיבת האות נעשתה בהכשר או לא. ואף שלהלכה אין פוסקים כהירושלמי ביסוד הדין, כיון שבדיבוק אפשר לגרד בין האותיות, (וכפי שהביא הב"י שם מדברי הפוסקים), מ"מ יש ללמוד מדברי הירושלמי שיש לחלק בין כתיבה שנעשתה בפסול או בהכשר. והנפק"מ לדינא תהיה כאשר גוף האות נכתבה בפסול

5. ועיין עוד להלן בבאור שורש מחלוקתם.

ושלא כדין, שיש למחקה כולה. ובזה מבאר הב"י את החילוק בין כתב מ' ונסתמה שהנ' מתוך המ' נכתבה בהכשר גמור, ולכן אין צורך למחקה, אלא סגי למחוק את הו' ולכתבה שנית, לבין אם כתב ד' במקום ר', שכל האות נכתבה בפסול, ולא מהני לגרור הגג או הרגל לחוד, אלא צריך לגרד את כל האות.

באות שנכתבה במשיכת קולמוס אחת

ה. למדנו דהמהרלב"ח והב"י הקלו לבטל צורת אות ולהשלימה, דווקא כאשר החלק הראשון של האות נכתב בכשרות וכגון נ' מהאות מ', שנכתבה בנפרד, דהיינו קודם נ' ואח"כ הו' שהיא החרטום, אבל כאשר גוף האות נכתבה בפסול וכגון כתב ד' במקום ר' במשיכת קולמוס אחת, שוב לא מהני לחתוך חלק מהאות ולהשלימה אלא צריך לכתבה מחדש.

[יש להוסיף, שביסוד הרשב"א בשם הירושלמי, יש לבאר מחלוקת נוספת שהביא שם הטור, כאשר נפלה טיפת דיו על אות וקלקלה את צורתה, כגון נפלה טיפת דיו לאמצע האות כ' וכעת היא נראית כמו האות פ', האם סגי לגרד את הטיפה ולהכשיר ע"י כך את האות, או שיש לגררה ולכתבה מחדש. דעת הסמ"ק שאם נסתיימה לגמרי כתיבה הכ' כך שנכתבה כולה בכשרות ורק אח"כ נפלה עליה הטיפה ופסלה את צורתה, אפשר לגרור את הטיפה, כי האות נכתבה בכשרות, וכפי שחידש הירושלמי. ורק אם לא נשלמה עדיין צורת הכ' ונפלה עליה טיפת דיו, אז אי אפשר לגרר את הטיפה, כי כה"ג חשיב חק תוכות. אמנם דעת הרא"ש (גיטין כ, א) דגם אם נשלמה צורת האות, כיון שנפלה עליה הטיפה ופסלה אותה לגמרי מצורתה, שוב אין לגרד את הטיפה ולהכשיר את האות, כי חשיבה חק תוכות, ולא מהני שהאות נכתבה בהכשר].

שיטת הבית יוסף

ו. והב"י הביא את חילוקו להלכה בשו"ע (אור"ח סי' לב סי"ח): "מ"ם פתוחה שנדבק פתיחתה ונסתמה, אין מועיל לגרור הדבק ולפותחה, משום דהוי כחק תוכות. ומה תקנתה, שיגרור כל החרטום ותשאר כצורת נו"ן כפופה, ואח"כ יכתוב מה שגרר. ורי"ש שעשאה כמין דלי"ת, יש להחמיר ולומר דלא סגי כשיגרור הירך לבד או הגג לבד ויחזור ויכתבנו כמין רי"ש, משום דבין הגג ובין הירך נעשו בפיסול, הילכך צריך לגרור שניהם". וכ"פ המשנ"ב (שם) שהביא גם את דברי הט"ז (שהזכרנו לעיל) בבאור החילוק, דהכל תלוי האם האות נכתבה במשיכה אחת או בשתי משיכות קולמוס.

להסוברים שסגי לגרור רק את החרטום צ"ע מדוע לא סגי לגרור את חציו ולבטל ממנו שם אות

ז. אלא שיש להעיר, מדוע יש צורך לגרור את כל החרטום של המ', הרי סגי לכאורה גם

אם יגרור חצי ממנו וע״י כך תתבטל צורת האות ושוב יוכל להשלימה וצ״ב. ובאמת בספר גט פשוט (סי׳ קכה אות לח) כתב וז״ל ״ויראה לי כאן, כי מ״ש מהר״ן חביב וכן הסכים מרן הב״י דיגרור החרטום של המ״ם, היינו לצאת ידי חובת תשובת הרשב״א במיוחסות סי׳ רל״ו, דס״ל דצריך לגרור הצד הדבוק כגון רגל של קו״ף וכ״ף שנדבקו דא״צ לחוק אלא הרגל כי הגג כדין נכתב, ולפיכך כתבו דיגרור החרטום. אמנם להרא״ש אפשר דס״ל דאע״ג דבגרירת הדבק לא סגי, מ״מ כשימחוק מקצתה עד שיפסיד צורת המ״ם מאיזה מקום שיהיה מצד הנון או מצד התחתון וכיוצא וחוזר ומשלימה ע״י חק ירכיות סגי כיון שעשה מעשה בגוף האות, אמנם להרשב״א בעינן דוקא שיגרור החרטום שאירע בו הפיסול, כי נו״ן של מ״ם כדין נכתב״, עכ״ל הגט פשוט. הרי מבואר מדבריו דבאמת לדעת הרא״ש והב״י אין צורך לגרור את כל החרטום של המ׳ אלא די לבטל את צורת האות. אבל להרשב״א, יש חובה לגרור את כל החרטום, כי הכל תלוי לשיטתו אם נכתב בפסול או לא, ומכיון שהחרטום נדבק לנון של המ׳ בתחילת כתיבתו יש לגוררו כולו.

אלא שהדברים טעונים ביאור. שהרי כאן החרטום נדבק לאחר גמר כתיבתו וממילא כתיבתו היתה בהכשר, וכל הפסול הוא דווקא בסוף כתיבתו לאחר שנדבק לנ׳ וביטל מהמ׳ צורת אות, מדוע לא סגי לגרור חלק מהוא״ו ולהשלימה. ואולי למד הגט פשוט מהרשב״א שכאשר הוא״ו נדבקה לנו״ן ופסלה את האות חשיב שנכתבה בפסול אע״פ שנסתמה רק בסוף כתיבתה. ועיין עוד להלן מש״כ בזה.

ובאמת בבאור הלכה (אור״ח סי׳ לב סי״ח) כתב:

> **״נראה לי פשוט, דדוקא שנדבק בעת כתיבת החרטום, דהחרטום נעשה בפסול, אבל אם נדבק לאחר הכתיבה, אין צריך לזה דוקא גרירת החרטום, דה״ה דיכול לגרור מהנו״ן עד שיבטלנו מצורת אות. וצ״ע אם מהני בזה שנכתב בכשרות ג״כ גרירת חצי חרטום וזה תלוי אם בעלמא כל החרטום הוא לעיכובא במ״ם או אפשר דהוא רק לכתחילה וצריך עיון״, עכ״ל.**

מבואר מדבריו דאיירי דווקא באופן שהחרטום נדבק בשעת כתיבתו[א] דכה״ג חשיב נכתב בפסול וכמו שלמדנו מדברי הרשב״א. אבל אם נסתם לאחר גמר כתיבתו, אין הבדל בין אם יגרור מהחרטום ויבטל צורת אות לבין אם יגרור מהנון ויבטל צורת אות מהמ׳ כולה.

[א]. הערה: יש לעיין בדבריו, שהרי בדרך כלל כותבים את הו׳ של החרטום מלמעלה למטה ולכן כנראה היא נדבקה בסיום הכתיבה כאשר נגעה בנו״ן, וא״כ לכאורה אף שנדבקה בשעת הכתיבה, מ״מ כיון שהדבר היה בסוף הכתיבה הרי שכתיבת החרטום היתה בהכשר וכפי שנראה להדיא מדברי הרשב״א שם. ואולי איירי שהתחיל לכתוב את החרטום מלמטה ומיד נדבק לנו״ן והשלימו עד למעלה בצורת ו׳. וצ״ב. עוד יש לעיין בדברי הרשב״א מה הדין באופן שהאות נדבקה באמצע כתיבתה, האם החלק שעדיין לא נדבק נחשב כנכתב בכשרות או לא. וכגון כתב ו׳ ונדבקה לב׳ שלפניה אלא שהיא נדבקה לאחר שכבר השלים את הי׳ שבראש הו׳, ולקראת תחילת הרגל נדבקה לב׳, האם כה״ג סגי לגרור את הרגל בלבד. או שמכיון שאין משמעות לאות י׳ כאן חשיב שנכתבה כולה בפסול? ועיין חזון איש (או״ח סימן ח סס״ק ו ד״ה מ״ם), שעמד על קושיא זו שהחרטום נכתב קודם הנגיעה, עיי״ש מה שניסה ליישב. ועיין בספר משנת הסופר (על קסת הסופר סי׳ ח) שכתב לבאר שכל שהנגיעה של הו׳ בנ׳ נעשתה באותה כתיבה טרם שסילק את ידו, חשיב שכל הו׳ נכתבה בפסול אף שנדבקה רק בסוף כתיבתה. ועי״ש שיש המחמירים שגם אם הרים ידו ואח״כ המשיך את הו׳ ונדבקה בנ׳ יש למחוק את כל הו׳, ואכמ״ל.

ועיין בחזו"א (אור"ח סי' ח סק"ו) שתמה על עצם החילוק שבין כתיבה אחת לשתי כתיבות, וכתב "ואין הדברים מובנים, דמידי מנהגא משמע איתא בו לשנות הדין, והרי מותר לעשות אות בכוחות הרבה ומותר לעשות מ"ם פתוחה בכוח אחד, וסוף סוף חד טעמא לתרוויהו, אי נימא דבשעה שעשה דלי"ת או מ"ם פתוחה[ב] בטלה כתיבה ראשונה, ודאי צריך למחוק הכל, ואם נימא דחצי הראשון בהכשרו קיים א"צ למחקו. ומרן קבע כן לחלק בין מ"ם לרי"ש, וקשה לעמוד על סוד הדבר. ולפי מה שהכריע הב"י כהרלב"ח ראוי להקל גם ברי"ש וא"צ לגרור רק הנכתב אחר הפסול", עכ"ל החזו"א. ומבואר מדבריו שלא הסכים לדינא לחלוקו של הב"י ולהסבר הט"ז שיש הבדל בין משיכת קולמוס אחת לבין שתי משיכות קולמוס. ולפי דבריו גם כאשר כתב בטעות ד' במקום ר' יכול לגרור מעיקר הדין חלק מהאות ולתקנה.

שיטות הפוסקים בשאלה האם אפשר לגרור חלק מהאות ולהשלימה

ח. והנה אף שהב"י פסק כן להלכה, להקל לגרור חלק מהאות ולהשלימה, ודלא כהרד"ך, מ"מ הרבה אחרונים חלקו עליו ופסקו כהרד"ך שלא שרי להשלים אות מחשש חק תוכות, ואפילו היכא שהאות נכתבה בכשרות וכמ' שנסתמה. אכן להלכה הכריע כאן הגט פשוט (וכפי שהסבירו הפת"ש כאן סק"ו) כהב"י והרלב"ח, שאפשר לתקן אפילו לכתחילה ע"י השלמת האות, אלא שמהיות טוב ראוי לחוש לכתחילה לא לתקן. ועיין עוד בפת"ש שהאריך עוד בחילוקים שונים, חלק מהם יתבארו עוד להלן.

סתירת דברי הב"י בין הלכות סת"ם לבין הלכות גיטין

אלא שלכאורה דברי הב"י סתרי אהדדי. דהנה בתרומת הדשן (סי' רכח) דן על עד ששמו "שמעון בן משה" ולאחר שחתם את שמו "שמעון", שכח לכתוב את המילה "בן" והתחיל לכתוב את המ' של משה וכבר כתב כמין נו"ן, וגערו בו ונזכר, ואז השלים את הנ' כמין ס' ושוב מחק את התוספת שהוסיף בטעות והשאיר רק את הנ' והשלימה לב' במילה בן. וכתב להכשיר בדיעבד מכמה טעמי, ואחד הטעמים שאין זה נחשב כחק תוכות אע"פ שמחק את התוספת המיותרת, כי כיון שאח"כ השלים את האות לא חיישינן שבתחילתה נעשתה בחק תוכות. כראיה לדבריו הביא את דברי תשובת הרא"ש שהזכרנו. וקשה הרי כשכתב מ' במקום נ' דמי שנכתבה כל האות בפסול גמור, והרי זה ככתב ד' במקום ר' וא"כ צריך לגרור את כל האות לפי חילוקו של הב"י. אלא שלמרות זאת הב"י באבן העזר (סימן קכה) הביא את דברי תרומת הדשן להלכה, והוסיף עוד לחדש לפי דבריו, שאם נפלה טיפת דיו על הגט והסופר הוסיף עליה דיו והשלימה לאות, מהני והגט כשר, כיון שיש ללכת אחר סוף כתיבת האות, וז"ל הב"י שם "אלא על כרחך לומר דהכי פירושו שאם נפלה טיפת דיו והוסיף עליה לעשותה

[ב] אולי צ"ל "סתומה".

יו״ד או משך אותה לעשותה וא״ו אף על פי שתחלת האות על ידי טיפת דיו דליכא כתיבה, כיון שגם הכתב סייע בעשיית האות שפיר מיקרי חק יריכות, והיינו כמו שכתב בעל תרומת הדשן דגם סמ״ק סובר דלא מיקרי חק תוכות אלא כשנתקן האות על ידי מחיקה לבד, אבל היכא שצריך להוסיף ולכתוב שפיר מיקרי חק יריכות״, עכ״ל. ולכאורה תמוה הרי כאשר נפלה טיפת דיו על הנייר של הגט בודאי שאין כאן כלל צורת כתיבה בכשרות, כי למעשה אין כאן כתיבה כלל, והרי זה נחשב כנכתב בפסלות שבזה לא מהני להשלים את האות וכפי שחילק הב״י בעצמו באור״ח.

ולהלכה הביא הרמ״א בשו״ע אבן העזר (סי׳ קכה ס״ד) את שיטת תרומת הדשן שבהשלמת אות אין החסרון דחק תוכות, וז״ל ״ולא מקרי חק תוכות אלא כשכל האות נעשה כך, אבל אם צריך עדיין לתקן שיהיה אות, כשר (ת״ה סימן רכ״ח)״. ופלא שלא כתב לחלק כפי שחילק השו״ע באור״ח (והסכים עמו הרמ״א בעצמו) שאם נכתבה האות בפסול לא מהני למחוק מעט ואח״כ להשלימה, וצ״ע. ובפרט קשה שבגט היה על הרמ״א להחמיר טפי. ועיין בפרי חדש (אהע״ז שם) שהקשה את הסתירה בדברי הב״י, ותירץ.

תירוצי החת״ס ואבני נזר על סתירת דברי הב״י

ט. ובשו״ת חתם סופר (אור״ח סי׳ קעח) כתב ליישב וז״ל:

> **״ואני אינני מתפייס בזה, והנלע״ד מסברא, דודאי כשמחק מה שצריך וגומר האות בכתיבה, תו לא מיקרי חק תוכות כסברת תה״ד, אך מה יועיל זה, עכ״פ כל האות לא נכתב בקדושת ס״ת ותפילין שהרי היה צריך לכתוב ד׳ וכתב רי״ש, ואותו הרי״ש לא הועיל לה כוונת קדושת הכתיבה, דה״ל כמתפיס בעלי מומין למזבח, כמ״ש תשב״ץ בכותב שם חול לשם קדושת השם, וה״נ דכוותיה. נמצא אף על גב דמדין כתיבה כשר דתו לא מקרי חקיקה, מ״מ כל האות נעשה בפיסול ופסול, ואף על גב דהרב״י מסתייעא מתשובת רשב״א והיא בקצרות סס״י תרי״א, ושם מיירי מאות שנדבק למעלה דצריך לגרור כולו, ולא מיירי מחילוף אות באות אחר, מ״מ אתי שפיר דכיון שנתערבו האותיות טרם שנגמרה צורת האות, ה״ל כאות אחר וכבעל מום שאין קדושה חלה עליו. משא״כ כשנתערבו האותיות אחר גמר האות, נמצא נתקדש כדין, א״כ כשנפסל אח״כ ע״י דיבוק סגי שפיר בגרירה כל מה שנפסל, והעליון נשאר בקדושתו כמום עובר. וא״כ תינח בס״ת תפילין מזוזות דאית בהן קדושה, משא״כ בתה״ד מיירי בגט דלא שייך ביה קדושה, מודה כ״ע דסגי בשיגמור אותו האות ע״י כתיבה כל דהו, והנשאר כשר, דלא שייך שנעשה בפיסול, דאע״ג דבעי כתיבה וחתימה לשמה, מה בכך לשמה מיקרי ולא שייך הכא מתפיס בעל מום למזבח, וסברא נכונה וישרה היא לקיים דברי חכמים״, עכ״ל החת״ס.**

ומבואר מדבריו שלגבי גט יש שם כתיבה על גמר האות בכשרות, כי סוף סוף כתב את האות (גם את החלק הפסול שנכתב בהתחלה) לשם כתיבת גט. אבל בכתיבת סת״ם צריך לכתוב את האות מתחילתה לשם קדושת ה׳, וכאשר נכתבה אפילו חלקה בפיסול לא מהני שוב להשלימה, אלא יש למוחקה ולכותבה שנית. ובזה מתיישבת הקושיא בדברי הב״י והרמ״א.

אלא שיש להקשות על דבריו, דבשלמא כאשר כתב חצי אות בפסול יש לומר שכיון שכתבה לשם גירושין שוב מהני אם השלימה בכשרות. אבל כאשר נפלה טיפת דיו והשלימה לאות אי אפשר לומר שטיפת הדיו שהתחילה ליצור את האות נכתבה לשם גירושין, וצ״ב.

ובשו״ת אבני נזר (אור״ח סי׳ ט) כתב ליישב את הסתירה בדברי הב״י וז״ל:

> **״ואשר אחזה ליישב בזה. דאף שהמג״א והפר״ח יראה מדבריהם דכל אפי שוין בזה סת״ם וגיטין. לבבי לא כן ידמה וחילוק יש. דגט דכשר בכל כתב רק שיהי׳ לשון גירושין, [יהי׳ איזה כתב שיהי׳], ואין האות עיקר רק הקריאה. וכל שלא נגמר האות אין לו שום קריאה. הרי במה שגמר האות ועושה שיהיה נקרא הוא עושה כל האות. ודומה לשחיטה שהלכה למשה מסיני לשחוט רוב אחד בעוף ורוב שנים בבהמה ומכל מקום בהי׳ חצי קנה פגום והוסיף עליו כל שהוא וגמרו כשר [חולין כח, א]. דחשיב ששחט הרוב. ומשום דחצי קנה אינו כלום דלא מטרפא בי׳ והדרא בריא. נמצא שבהאי כל שהוא שחט כל הרוב. והכא נמי בגמר האות בגיטין, כיון שבלא הגמר לא הי׳ נקרא כלל, חשיב שעושה כל האות. אבל בסת״ם דבעי כתב אשורית דוקא, וכיון שמקצת תמונת האות נעשה בחק תוכות פסול. דמה בכך שעושה קריאה לאות, הלא בקריאה לבד אינו יוצא רק בתמונת האות, ומקצת התמונה נעשית מאליה. דרך משל, האל״ף יש לה ג׳ תמונות היו״ד שעל גביו. הוי״ו שבאמצע. היו״ד שתחתי׳. וכל תמונה רומז לענין בפני עצמו. כמבואר באותיות דרע״ק ובגמרא [מנחות כט, ב]. שדרש בכל קוץ וקוץ תילי תילין של הלכות. וכן בספרי הקבלה. ואם כן כשהי׳ היו״ד שעל גביו מאלי׳, נהי שעשה קריאה לאות, הלא מכל מקום התמונה לבד יש בה קדושה, ואינו יוצא אלא בה. וזה לא עשה הוא כלל. [ואינו דומה לגט שבקריאת האות יוצא. יהי׳ האות איזה תמונה שיהי׳. ואם כן אף שמקצת התמונה הי׳ תחילה מאלי׳. מכל מקום הקריאה לא הי׳ כלל תחילה והוא עשאה כולה ויוצא בה שאין צריך לתמונת האות כלל] והוא הדין לשלא כסדרן אפילו במקצת דפסול״ עכ״ל האבני נזר״.**

ומבואר מדבריו דבגט עיקר הכתיבה כדי שיוכל לקרוא את הגט, ולכן כשסיים הסופר לכתוב את האות בכשרות, וכעת היא נקראת, סגי. משא״כ בכתיבת סת״ם שהכתיבה היא החפצא של המצוה. וכאשר האות לא נכתבה כולה בתמונתה בכשרות, חסר במצות כתיבה ולכן יש לפסול[ג].

ג. בשו״ת שבט הלוי (חלק ה סימן י) כתב ליישב את הסתירה בדרך אחרת וז״ל: ומה שנלענ״ד בזה, דהנה לשון השו״ע ומה

מו"מ ע"ד החתם סופר הנ"ל

י. ובספר גידולי הקדש (כלל ה) הקשה על החת"ס דא"כ מדוע במ' שנסתמה הכשיר הב"י לגרור את הו' ולתקנה שוב, מהטעם שהנון של המ' נכתבה בכשרות, הרי האות נו"ן בודאי אין מקומה כאן, והיא פוסלת את הס"ת ונמצא שלא נכתבה לשם קדושת ס"ת. עוד הקשה ממה שכתב הריב"ש והובא להלכה בב"י שאם כתב ד' במקום ר' ותיקן לר' ע"י שעיבה את הדיו מימין כשר. וכן להפך אם כתב ר' במקום ד' ותיקן ע"י שהוסיף תג ג"כ כשר (וכפי שיבואר עוד להלן), וקשה, הרי בשעה שכתב את האות הלא נכונה בודאי לא כתב לשם קדושת ס"ת ומאי מהני שיתקן אותה אח"כ ע"י תוספת דיו.

תירוץ בעל גידולי הקדש על סתירת דברי הב"י

יא. ובגידולי הקדש (הל' תפילין כלל ה' אות ה) כתב ליישב את הדברים באופן אחר. דהנה על דברי הב"י שהתיר לגרור מקצת האות, הקשה הגט פשוט (שם) ממה שנשאל במיוחסות להרשב"א (שהבאנו דבריו לעיל) על גוונא שכתבו את המילה "ברא" והר' נדבקה בשעת כתיבה לב'. וכתב הרשב"א שצריך לגרר את כל האות ר' ולכתבה מחדש. ולדעת הב"י קשה

תקנתה שיגרור כל החרטום ותשאר כצורת נו"ן כפופה ואח"כ יכתוב מה שגרר, וריש שעשאה כעין דלי"ת יש להחמיר ולומר דלא סגי שיגרור הירך לבד או הגג לבד וכו' משום דבין הגג ובין הירך נעשו בפיסול ע"כ, הראה יראה דהשו"ע כ' הכרעה זו דרך חומרא כדעת הסובר כן לא מעיקר הדין, והטעם יראה דאם נימא דזה מעיקר דין דאורייתא דבאות הנעשה גולם אחד אף על פי שגמרו בהכשר לא מהני ז"א שאין אנו הולכים אחרי הגמר, א"כ מה יושענו במ"ם פתוחה וכיו"ב שהם ב' כתיבות נו"ן וא"ו, דהלא אין אנו על נו"ן דנין אלא על מ"ם פתוחה וכלפי המ"ם חלק הימני אינו אלא התחלה בעלמא, ונהי דאם כבר כ' הנון של המ"ם נגמר כתיבת נו"ן, מ"מ אין המ"ם נו"ן וא"ו באופן נפרד אלא אות אחד שצורתו מ"ם שצד הימיני נראה נו"ן וצד השמאלי נראה וא"ו, אבל היא עצמה יחידה אחת שלמה מ"ם כמות שהוא, וזה טעם באמת של הכת הקדמונים הסוברים שגם במ"ם פתוחה צריך לגרור כולו.

וא"כ לכאורה אין לפנינו אלא ב' דרכים דהיינו שאו בשניהם דהיינו הן במ"ם והן בדלי"ת צריך שיגרור כולו, או דבשניהם ניזל בתר הגמר, ובזה נראה להבין הכרעת המחבר ג"כ דודאי מעיקר הדין גם בדלי"ת וכיו"ב סגי כשיגמור בהכשר מעיקר הדין כמו שסגי במ"ם פתוחה, אלא דבמ"ם פתוחה לא החמירו גם לכתחלה כיון שניכר היטב ההתחלה והגמר דהנו"ן הוא התחלה שהוא לענין זה אות שנכתב בפ"ע, וכן נמי דרך כתיבתו תחלה נו"ן, וכ"ה בודאי גם בסודן של דברים, משא"כ בדלי"ת וכיו"ב שהוא גולם אחד ואין מיסודי הדברים נפ"מ אם כותב מלמעלה למטה או ממטה למעלה, ולא ניכר התחלה וגמר בזה נחשב כל הצורה אחת ואין כאן תואר תחלה וסוף.

ואמנם כתב המחבר זה רק דרך יש להחמיר מכלל דמעיקר דין תורה אין הבדל כדעת הסוברים כן, והשתא נתישב גם קושית כבודו למה לא הגיה רמ"א להקל גם בדלי"ת כיון שסובר כן בד"מ בשם הא"ח, ולהנ"ל יראה דאלו הי' המחבר מכריע דרך עיקר הדין בודאי הי' מקום להגיה להקל עכ"פ בדרך יש אומרים, אבל כיון שגם המחבר בשו"ע כ' רק דרך יש להחמיר הניח רבינו הרמ"א הדברים כמות שהן, ולא הגיה.

ואולי דעתו (ויתכן גם דעת השו"ע) דבשעת הדחק כשאין תפילין אחרים שמותר להניחם כיון דמעיקר הדין ההלכה שוה בשניהם דסגי כשגרר רק הגמר וגמר בהכשר, וא"כ מיושב ג"כ שיטת מג"א בס"ק כ"ג שהעתיק דברי הב"י ורמ"א אה"ע סי' קכ"ה דבנפלה טפת דיו וגמר בהכשר דכשר וכיו"ב אם הי' ההתחלה בח"ת וגמר בכתיבה דכשר, דודאי כן ההלכה מעיקר הדין, ובגט בכ"מ דיעבד כשר כה"ג כפסק הרמ"א, ובתפילין מזוזה וס"ת רק בשעת הדחק, עכ"פ הנפ"מ בשעת הדחק, וא"כ אין סתירה מלשון השו"ע, ומיושב קושית הגרעק"א והפר"ח, זה הנלענ"ד בזה, ושוב בבאי הביתה ראיתי בגט פשוט אה"ע סי' קכ"ה ס"ק ל"ח ומובא ג"כ בס' מאסף לכל המחנות סי' ל"ב ס"ק קע"ב מש"כ בזה להלכה והוא ראי' גדולה לדרכינו" עכ"ל שו"ת שבט הלוי.

מדוע לא סגי לגרור חלק מהר' ולהשלימה כדין. וכתב הגט פשוט שמכיון שהר' נכתב בפסול כיון שתוך כדי כתיבתה נגעה בצידה בב', אין לה תקנה אלא לגרר כולה, גם לדעת הב"י והסוברים כמותו. וביאר הגידולי הקדש את דבריו וז"ל:

> **"ונ"ל ביאורו דכשכבר היה אות שלם בפיסול, נעשה על כולו שם כתב פסול, ואין לחלוק האות לחלקים וכולו פסול בשוה, לכן י"ל דכל מה שישאיר ממנו נשאר בפיסולו. משא"כ בעשה גמר האות בהכשר ומחצה הראשון היה רק טיוט וטיפה, דלא שייך עליו שם כתב אז עדיין, הרי חל עליו שם כתב רק בגמר שעשה לו צורת אות בכשרות, ומה"ט ניחא ד' הב"י וש"ע שגם להרא"ש כל החרטום או כל הד' שנעשו בפיסול אין להשאירם שהרי הי' ע"ז שם כתב פסול בהיותו אות שלם", עכ"ל.**

באור הדברים, כאשר האות נכתבה בפסול וכגון במקרה שהר' נדבקה במהלך כתיבתה בב' שלפניה, הרי יש לפנינו אות פסולה וכה"ג לא מהני לגרור חלק ממנה ולהשלים, כי החלק הנותר נעשה בפסול. ולפי"ז מתיישבת הסתירה בדברי הב"י, כיון שכאשר כתב אות ר' במקום ד', נתברר שכל האות נכתבה בפסול ולא מהני לגרור את חלקה ולהשלימה. משא"כ כאשר נפלה טיפה דיו והשלימה לאות, **הרי על הטיפה לא היה שם של אות כלל**, ולכן מהני להשלימה לצורת אות, **דדווקא כאשר היה לפנינו צורת אות פסולה, אז גרע טפי ולא מהני להשלים.**

תמיה על דברי הגידולי הקדש

יב. אלא שיש להקשות על דבריו, דהנה על דברי השו"ע שאם כתב ד' במקום ר' לא מהני למחוק התג ולתקן האות, העיר הט"ז (שם ס"ק טז): "פי' ע"י המחק של התג אין תקנה, אבל אם רוצה להוסיף עליו דיו ולעשותו עגול ודאי שפיר דמי, וכן בעשה רי"ש במקום דל"ת יש תקנה להוסיף דיו ולעשותו מרובעת דדוקא חקיקה פוסלת". ומבואר מדבריו דאם כתב ד' ורוצה לתקן לר', יכול להוסיף דיו מצד ימין למעלה ולעבות את הד' עד שתראה כר'. וכן להפך. ולשיטת גידולי הקדש קשה הרי הד' או הר' נכתבו בפסול, ומדוע מהני להשלימם, ומאי שנא אם מחק חלק מהן והשלימן דלא מהני. עוד יש להקשות גם באות מ' שנסתמה דסגי למחוק רק את החרטום כולו, ולכאורה הרי האות נ' נכתבה ג"כ בפסול, כי האות הנכונה כאן היא מ' ולא נ', וא"כ מדוע אין צריך לגרור את כולה.

החילוק בין עיבוי האות לאחר שנכתבה לבין מחיקת חלק ממנה

ונראה בבאור הענין (וכך כתב לבאר בשו"ת מגדל צופים ח"א אהע"ז סי' מו עמ' קצב), דדווקא כאשר האות נכתבה בפסול, אין אפשרות להשתמש בה יותר, ע"י מחיקת חלק ממנה והשלמתה, **כי לאחר שנכתבה, קבלה האות את צורתה הסופית ושוב לא מהני לשנותה כאשר**

ביסודה היא פסולה, ולכן גם אם יחתוך הסופר חלק מהד׳ ושוב ישלים אותה לא מהני, כי כמות שהיא שמה עליה והיא אות פסולה. משא״כ אם מעבה את הד׳ והופכה לר׳ מהני, כי כך היא דרך כתיבתה של האות, שאפשר להמשיך ולעבותה ולסיים את כתיבתה, וכל שאפשר להוסיף עוד עליה מהני, **דהרי זה כאילו הוברר למפרע שעדיין לא נגמרה כתיבת האות כל עוד המשיך לעבותה**. אבל אם מחק את רגל הד׳ ואחר כך השלימה לר׳, לא אמרינן שהוברר למפרע שהד׳ עדיין לא נגמרה כיון שבפועל כתיבת הד׳ נגמרה ואין הוא מתעסק יותר בכתיבתה אלא מוחקה ומשנה אותה מיסודה, ולכן לא מהני. ואכתי צ״ע בסברא זו. ועיין עוד בחזון איש (או״ח סימן ח ס״ק ו ד״ה ובמ״ב) שהקשה על המשנה ברורה שסותר את דברי עצמו בעניין של נכתב בפסול.

מ׳ שנסתמה

יג. ובמ׳ שנסתמה נראה, שהנ׳ אינה נחשבת כנכתבה בפסול, מכיון שהיא בעצם נכתבה כחלק מהאות מ׳ [ולא נכתבה לשם האות נ׳] אלא שעדיין לא נגמרה כתיבתה, ולכן רק החרטום שנסתם ונדבק בנ׳ נחשב כנכתב בפסול, אבל הנ׳ שנכתבה בנפרד, במשיכת קולמוס נפרדת (וכפי שבארנו לעיל בשם הט״ז), אינה נחשבת כחלק מהכתיבה בפסול, אלא נחשבת כתחילת אות מ׳ ולכן אפשר להשלימה ע״י חרטום חדש.

הרי למדנו דבר נוסף, שהשלמת אות ללא מחיקה מהני, ולא חשיבה כחק תוכות, וגם אין לחשוש מצד שהאות נכתבה בפסול, כי כך היא דרך כתיבה.

הפיכת כמה אותיות לאות אחת גדולה ע״י העברת דיו

יד. והנה בהגהות עזר מקודש על השו״ע (סעיף ו) כתב וז״ל ״כשאירע טעות בכתיבת גט אני מצוה שיעשה מאות א׳ או ב׳ קטנים ראש אחד דש׳ או דאות הצריכה שם״, עכ״ל. ועיי״ש שהכשיר לעשות כן בס״ת תפילין ומזוזה. וכן נוהגים היום למעשה בבתי הדין להכשיר בדרך זו הגט ע״י שמעבירים דיו על אפילו על מילה שלמה שנכתבה בטעות ועושים ממנה אות אחת גדולה.

ולמה שנתבאר נראה, דאין בזה משום חק תוכות, מכיון שאינו אלא מוסיף דיו על האותיות ומעבה אותן, ולכן מהני וכמו שכתב הט״ז בעיבוי אות ד׳ או ר׳. אלא שיש לדון שלפעמים כאשר מדובר במילה שנכתבה בטעות ויש בה אות ל׳, הרי קודם כל מוחקים[ד] את הו׳ שבראש הל׳ כדי שלא תבלוט, ואז מעבירים דיו על כל המילה שבה האות ל׳ ומשלימים אותה לאות אחת גדולה, וכאן יש לדון משום חק תוכות שיש במחיקת הוא״ו שבראש הל׳. אך שמא כיון

[ד] במקרה זה יש כאן גם שאלה של מחק בצד האות אך מצינו כאלה שנהגו להקל בזה בשעת הדחק על פי המובא במקצת ספרי גיטין של פוסקים ספרדים. עיין בספר גנזי חיים מערכת גט ס״ק ט, ועיין ספר חכמת יצחק עמ׳ קד.

שמוסיפים אח"כ דיו ובולעים לגמרי את החלק הנשאר מן הל' כך שהוא מוקף מכל צדדיו בדיו חדשה שיוצרת את הקווים החיצונים של האות החדשה אין חשש.

ושמא המקילים בזה סמכו על האחרונים (שהבאנו לעיל) שחילקו בין כתיבת סת"ם לבין כתיבת גט כדלעיל. או שסמכו על דברי הגט מקושר (סדר גט ראשון סוף אות פז ד"ה "אלא שאני אומר") שכתב, שאם היתה חצי אות שנעשתה ע"י חק תוכות, ואחר כך העביר עליה קולמוס והשלים אותה לאות שלימה, אין כאן פסול של כתב על גבי כתב, מכיון שחצי אות אינה נחשבת ככתב, אלא ככתם דיו בעלמא [ה]. ועיי"ש שצרף עוד צדדים להקל. ולפי דבריו מהני למחוק את הוא"ו של הל' ועל הנשאר לעבור עם קולמוס ולהשלימה לאות אחת גדולה, וכפי שנוהגים, ואין לחשוש משום חק תוכות כי הכתיבה האחרונה היא הקובעת כיון שאינה נחשבת ככתב על גבי כתב.

דעות הפוסקים אי מהני להעביר דיו על מילה שנכתבה בטעות ולעשותה אות גדולה

טו. ובעיקר הדבר, אי מהני להעביר דיו על כמה אותיות ולהפכן לאות אחת גדולה כדי לתקנן, כבר דנו הפוסקים מכמה וכמה צדדים, וראיתי להביא את דבריהם ואת מה שיש להעיר בזה.

בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' כו) כתב "ומ"ש במה שעשה הסופר מן כל תיבת בנפשיכי אות גדול, מפני שטעה והשמיט היו"ד, דיש לחוש שמא הוי כתב ע"ג כתב, אין זה חשש כלל כמובן, וכן נהגו כל הסופרים, וכבר ראה גם דברי עזר מקודש שהתיר. ויותר יש לחוש שהוא כתב שיכול להזדייף, כיון דאפשר עי"ז למחוק כמה תיבות ולעשות מהם אותיות גדולות. וכבר נשאלתי בזה וגם בשו"ת שערי צדק מדעעש סי' ק"ח העיר בזה. אבל כיון דבדאיכא עידי מסירה אין בו פסול, וגם יש לחלק מסברא דאין זה בכלל יכול להזדייף, לכן אין למחות במה שהמנהג פשוט", עכ"ל. ומבואר מדבריו דאיכא בזה שתי חששות. א. כתב על גבי כתב, שהרי הכתב העליון עובר בחלקו על האותיות הפסולות מלמטה וכיון שכתב ע"ג כתב לא מהני נמצא שהכתב העליון חסר. ב. כתב היכול להזדייף. וע"ז כתב שמצד כתב על גבי כתב ודאי שאין לחוש. ומצד כתב היכול להזדייף, ג"כ אין לחוש, כאשר יש עידי מסירה. וגם שמא אין זה בכלל "יכול להזדייף".

והנה יסוד הדבר שכאשר יש עידי מסירה לא חיישינן לזיוף, מבואר בשו"ע (אהע"ז סי' קכד ס"ב). אלא שהבית שמואל (סי' קכט ס"ק יא) כתב שאין לסמוך על זה אלא במקום עיגון, אבל שלא במקום עיגון אין לכתוב גט על המחק. ולכאורה גם בנ"ד אם אין מדובר במקום עיגון היה ראוי להחמיר שלא לעשות אות גדולה. ופלא על המהרש"ם שלא עמד ע"ז. אך שמא כאן קיל טפי וכמו שכתב המהרש"ם בעצמו שיש להסתפק שמא אין זה בכלל דבר היכול להזדייף, וצ"ב.

עוד יש להעיר על דברי המהרש"ם ממה שפסק השו"ע (חו"מ סימן מב ס"ג) "לכן צריך

הסופר ליזהר בכתיבת השטר שיהיו אותיותיו דומות זו לזו, ויהיה הכתב מיושר ושווה בכל דבריו", עכ"ל[ו]. ומבואר שם בתחילת הסעיף, שאם רואים שינויים בשטר בצורת האותיות או המילים, יש לחוש לזיופא שמא הוסיף או גרע מהשטר, או שכה"ג נקרא שטר העשוי להזדייף. וא"כ קשה מדוע לא נחוש גם בגט כה"ג כאשר יש מחיקה של כמה אותיות ע"י הפיכתן לאות גדולה. ושמא כאן קיל טפי כי הטעות ניכרת להדיא.

העברת דיו על כמה אותיות

טז. והנה בשו"ת קנין תורה בהלכה (אבן העזר חלק ה' אבן העזר סי' קכט) האריך בענין זה וכתב דאין לתקן ע"י העברת דיו על כמה אותיות ומכמה חששות. א. משום כתב ע"ג כתב, מכיון שהדיו העובר במקום האותיות הקודמות לא נחשב ככתב, ואע"פ שמוסיף לעבות עוד ומוסיף ומעבה, מ"מ במקום שהכתב עבר על האותיות הקודמות אין הוא נחשב כתב, ונמצא שהכתב חסר ופסול. ב. משום שאם אפשר לתקן ולשנות אותיות באופן כזה נמצא שהשטר יכול להזדייף, כי אפשר לשנותו. ג. יש לחשוש מכך שרק התוספת שהוסיף הסופר נכתבה לשמה, אך האותיות שנכתבו בפסלות, לא נכתבו לשמה. ועיין עוד בדבריו עוד חששות אחרים. וכתב להעיר על דברי המהרש"ם שלא חשש מצד כתב ע"ג כתב.

אכן בשו"ת אבן ישראל לגר"י פישר זצ"ל (ח"ז סי' נז) האריך לדחות את דברי הקנין תורה, והעלה שאין חשש בתיקון כזה. ובתו"ד כתב שאין לחוש מצד כתב ע"ג כתב או מצד לשמה, וז"ל:

> **"ומה שתמה על מה שלא חשש המהרש"ם להשיב על חששו של השואל מטעם כתב ע"ג כתב, תמוה שלא ראה דברי הפתחי תשובה (סי' קכה סק"ה שהביא דברי הגט פשוט שכתב וז"ל ולפי דברי הלבוש אם היה כתוב אות אחת ולא היה בה דיו כל כך, והעביר עליו קולמוס פעם שניה תפסל משום כתב ע"ג כתב, זו לא שמענו ולא ראינו, ואדרבא ראינו מש"כ מרן לקמן סי' קל"ה סעיף ה' וכו'. ואפילו מ"ד התם אינו גט היינו משום דבתחלה כתבו שלא לשמה וכתב השני לשמה אמרינן דהכתב השני לא מהני מידי, אבל אם היו ב' הכתיבות לשמה, מודו כו"ע דכשר ולית ביה פסול, משום דכתב אחד אמר רחמנא ולא כתב על גבי כתב, כי דרשה זו לא שמענו, והרי כתב בתרומת הדשן סי' מ"ח ומובא באור"ח סי' לב סכ"ז, אותיות ותיבות שנמחקו קצת וכו' עכ"ל והה"ד בכה"ג שזה שנכתב מעיקרא הוה מקצת האות לא שייכא חסרון דכתב ע"ג כתב, דהמקצת לא מקרי כתב שנימא דעי"ז לא הוי כתב השני כתב, דכל יסוד פסולא דכתב ע"ג כתב הוא משום דכבר**

[ו]. עוד איתא שם בשו"ע "צריך ליזהר שלא יכתוב בסוף שטה משלש ועד עשר, שמא יעשה מעשר עשרים, ומשלש שלשים". וגם שם החשש הוא מצד שטר העשוי להזדייף. ובהל' גיטין לא מצאנו שיש להזהר בכתיבה בסוף השורה. אכן יש שכתבו להיזהר בזה. וצ"ב מה החילוק בין שטרות לגיטין, וכבר תמה על כך בספר גט מקושר (סדר גט ראשון אות קנה).

נכתב ולא נעשה כתיבה חדשה, משא"כ בכה"ג. ואפילו אם היינו אומרים דחסר כאן מקצת אות מצד ההלכה דזה המקצת כבר נכתב, נמי לא מגרע לן, דלא גרע מחק תוכות שכתב הרמ"א באהע"ז סי' קכה ס"ד דלא מקרי חק תוכות אלא כשכל האות נעשה בחק תוכות, אבם אם צריך עדיין לתקן שיהיה אות, כשר. והסכימו שם כן החלקת מחוקק והבית שמואל, וכן הביא שם הפתחי תשובה בשם המגן אברהם וכ"ש בנידון דידן שהוא רק מקצת האות, עכ"ל שו"ת אבן ישראל.

הרי מבואר מדבריו היסוד שבירנו לעיל, דכל שהאות נגמרה בכשרות אין לחוש לא מצד חק תוכות ובודאי שאין לחוש מדין לשמה, כי למעשה הסיום של האות היה בכשרות וגם לשמה.

מסקנות

יז. והנה הלכה למעשה המנהג אצלנו בבית הדין שלא לעשות בשמות האיש והאשה תיקון כזה של העברת דיו על כמה אותיות והפיכתן לאות אחת. אבל בשאר נוסח הגט נהגנו להקל. ויש בזה מנהגים שונים.

והנה יש לדון האם אפשר לתקן בגט על ידי חציית אות לשנים והשלמתה לאות אחרת, כגון כשכתב את האות ר' ושכח לכתוב לידה את האות ו', האם אפשר לחתוך חלק מהגג של הר' ולהפרידו ממנו[יז] ולהופכו לו' ע"י הוספת רגל. ולכאורה לדברי התרומת הדשן שאפשר להשלים אות בהכשר, גם כאן שרי. אך מצד שני הרי האות נכתבה כר' ונמצא שנעשתה כולה בפסול, ודמי לד' שעשאו ר' ע"י שמחק את הרגל והשלימו דלא מהני וכפי שכתבנו לעיל. ולמעשה ראיתי שמתקנים כה"ג, ואין חוששים לחק תוכות.

ואולי סמכו על הסברות שנתבארו לעיל לגבי עשיית אות גדולה מכמה אותיות קטנות אחרי מחיקת ראש האות ל' עיי"ש. [וראוי להקפיד להעביר קודם את הקולמוס שנית על החתיכה שנחתכה מן הרי"ש ורק לאחר מכן להשלים לה את רגל הוא"ו, ראה מה שכתבנו לעיל בהערות.]

אכן נראה שבתורף ראוי להחמיר ולא לתקן כך ועכ"פ בשמות האיש והאשה ודאי שראוי להחמיר שלא לתקן באופן כזה.

[יז]. לכאורה יש כאן גם נידון של מחק בצד האות אולם יש לומר שגרד דק מאד לא נחשב מחק לענין זה וכן משמע מהא דמותר להפריד אותיות שנדבקו לפני חתימת העדים אפילו שלא בשעת הדחק [עיין פתחי תשובה אבהע"ז קכה ס"ק י] והלא יש שם מחק בצד האות.

הרב מנחם הגר
בית הדין הרבני ירושלים
אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים

כתיבת הכהן בגט

היכן כותבין הכהן כשיש גם שם טפל שנכתב או בהמכונה או בדמתקרי

אם יש ב׳ שמות שכותבין על אחד מהם המכונה. כתב בסדר הגט למהר"י מרגליות (סי׳ כ סעיף א):

> **אם יש לאביו או לאביה שום כינוי, יכתוב בן פלוני הכהן המכונה, או בת פלוני הכהן המכונה. אמנם, במקצת גיטין ראיתי פלוני בן פלוני המכונה פלוני הכהן.**

וכ"כ שם (סי׳ כא סעי׳ יג):

> **יש לכתוב פלוני בן פלוני הכהן המכונה זוסמן ולא זוסמן לפני הכהן, דלא להוי משמע דכהן נמי הוי כינוי.**

ומקורו בשו"ת מהר"י ווייל (סי׳ קצ) ממזכרת גיטין. וע"ע שם סי׳ קצ"ד. וכך הובא במהרי"ל (הלכות גיטין אות יא): גט משומד הייתי עד עליו בפני מהר"י סג"ל ... והאשה היתה שמה בילא בת שלמה בן יצחק המכונה זלמן הלוי ... ועלתה ספיקא ביד מהר"י סג"ל להיכן יכתבו הלוי. אם לכתוב שלמה בן יצחק הלוי המכונה זלמן, או שלמה בן יצחק המכונה זלמן הלוי. והיה מחפש בכל טופסי גיטין שהיו בידו ולא מצא דוגמתו. סוף דבר, הוסכם לכתוב שלמה בן יצחק הלוי המכונה זלמן, משום דלוי לאו כינוי הוא, לכן אין להזכירו לאחר המכונה. וכ"כ מהר"ם מינץ סי׳ ל"ז, מהר"י מינץ סדר הגט ס"ק מ"ב, וכן כתב בית יוסף סימן קכ"ט: "אבל בקונדריסים משמע שכותבין שניהם שכתב (סי׳ י סעי׳ יא) כשיש כינוי למגרש כמו ששמו שלמה וקורין אותו שלמן והוא כהן כותבין שלמה הכהן המכונה שלמן ואין כותבין שלמה המכונה שלמן הכהן כדי שלא יהא משמע שהכינוי הוא כהן אבל אינו כהן והריחוק אינו מזיק, וראיה מפסוק (בראשית יד יב) ויקחו את לוט ואת רכושו בן אחי אברם ולא חש לכתוב לוט [בן] אחי אברם מאחר שהוא מוכרח אבל כשאינו מוכרח יש לדקדק עכ"ל".

ואם יש ב׳ שמות שכותבין על אחד דמתקרי. כתב בסדר הגט למהר"י מרגליות (סי׳ כח סעיף ד):

> **מהררז"ך נתן גט וכתב בו ליבלין בת אהרן דמתקרי אלעזר הכהן המכונה זליקמן. אע"פ שכתבתי מטופס שלו שסברא לכתוב בת פלוני הכהן קודם שיכתוב המכונה**

פלוני, דלא לטעות שהכהן הוי נמי שם כינוי, ושמא יש לחלק בין המכונה למיתקרי, אך הוא לא הגיד לי טעם אלא שצוה לסופר לכתוב כך מדעתו וכו׳.

ובדרכי משה הקצר שם סק״ט כתב:

״..עוד בסדר גיטין (מהר״י מינץ) דכותבין בן פלוני ולא בר פלוני ואם הוא כהן או לוי יכתוב פלוני בן פלוני הכהן או הלוי פלונית בת פלוני הכהן או הלוי ואם יש להן כינוי יכתוב כהן או לוי קודם הכינוי וכן יש לנהוג מיהו ראיתי קצת גיטין שכתבו הכינוי קודם.

ובסימן כ״ח (ס״ד) כתב דמהרי״ק כתב אהרן דמתקרי אלעזר הכהן וכתב כן לכתחלה ואולי יש לחלק בין מתקרי למכונה עכ״ל״. ועיין לבוש סעיף י״ט ונחלת שבעה סימן מ״ה ס״ק כ״ג אות ב.

ועל פי הדברים האלה פסק הרמ״א בשו״ע סימן קכט סעיף ז: ״אבל כותבין כהן או לוי פלוני בן פלוני הכהן או הלוי. ואם יש להם כינוי כותבין אח״כ (סדר גיטין). אבל אם יש ב׳ שמות, שכותבין על אחד דמתקריא, כותבין אחר כך כהן או לוי (שם בשם מהרי״ק)״.

והבית שמואל שם ס״ק י״ד ביאר החילוק בין המכונה לדמתקרי:

״ואם יש להם. כלומר אם יש לאביו כינוי כותבין אח״כ כגון בן שלמה הכהן המכונה זלמן דאם יכתוב אחר הכינוי הכהן יאמרו דכינוי כך הוא והוא אינו כהן א״כ איש אחר המגרש אבל במתקרי ליכא חשש דיאמרו דמתקרי כך דהא באמת מתקרי כך״. ויעויין בחידושי הגרשוני שכתב כטעמו של הב״ש: ״ונראה ברור, דבכינוי אם כותב המכונה שלמן הכהן משמע שהכינוי הוא שלמן וכהן ובאמת אינו מזרעו של אהרן, לפיכך יכתוב שלמה הכהן המכונה שלמן״.

והט״ז הוסיף טעם לזה (שם ס״ק ח): ״ואם יש להם כינוי כותבין אח״כ. הטעם דאם יכתוב כאן משמע דכהן נמי כינוי הוא ומ״ש אח״כ שאם כותבין על אחד דמתקרי כותבין אח״כ, קשה מה הבדל ביניהם דמה לי המכונה ומה לי דמתקרי. בסדר גיטין כתב כן בשם מהרי״ק וכתב עליו ושמא יש לחלק בין המכונה למתקרי אך הוא לא הגיד לי הטעם אלא שצוה לסופר לכתוב כך מדעתו עכ״ל. ונראה לי שיש הבדל זה ביניהם דלשון מתקרי הוא שם העצם שהוא שלו כך ובודאי אי לאו כהן הוא באמת לא היה קוראים אותו כהן. לכן לא נטעה אם כתב כהן אחר דמתקרי אבל בלשון המכונה שפיר יש לומר שהוא ג״כ שם כינוי דמכנין אותו כהן לאיזה סיבה כדרך העולם, ויבא לטעות אם כתב כהן אחר הכינוי״.

ובגט פשוט ס״ק ל״ח הרחיב הדברים בכך שכתב שהדרך לחתום ולעלות לתורה בשמות עצם ואז מזכירין שהוא כהן משא״כ בכינויים שאין חותמים ועולים לתורה בהם, וזה לשונו: ״זה לא מצאתי בסדר הגט דמהר״י מינץ ... ואפשר דגבי שמות כיון דבחתימת האדם או

בקריאתו לס״ת קורין אותו פלוני הכהן כמו כן בגט כותב פלוני דמתקרי פלוני הכהן. משא״כ גבי כינוי שאין רגילין לקרותו לס״ת עם הכינוי ואין רגילין לחתום אלא בשם העצם פלוני הכהן. לכן בגט אע״ג דכותבין גם הכינוי מקדים לכתוב פלוני הכהן שהוא עיקר שמו בחתימתו ולעלייתו לספר תורה וא״כ מזכירין המכונה פלוני ואם היה כותב הכהן אחר המכונה הוה משמע דאינו כהן מזרע כהונה אלא דהכינוי הוא כהן כנ״ל״.

מה הטעם דבשם של 'דמתקרי' יש לכתוב בדוקא הכהן באחרונה

וממשמעות הפוסקים נראה דלהרמ״א והנמשכים אחריו אם כתבו רק שמות עצם, שם עיקר ושמות טפלים, יש לכתוב בדוקא את תיבת 'הכהן' לאחר כתיבת כל השמות ולכה״פ יש לנהוג כן לכתחילה ודבר זה בעי טעמא במאי עדיף כתיבת 'הכהן' בסוף השמות מכתיבתו לאחר השם הראשון ובפרט לשיטות אלו שיש לכתבו בסוף השמות אף אם נקרא לתורה בשם הראשון.

ואפשר דסבירא להו דלכתחילה תיבת 'הכהן' אינו אחד מהשמות ולא חלק מהם, אלא תוספת סימן למגרש, ואינו קשור לשם, שלאחר כתיבת השמות, כותבים סימן נוסף שהוא כהן. וסימן זה גרע מחניכה (ובדבר הלכה, לרלו״י טלשבסקי סימן כ״ט כתב עוד טעמים) ולכן סדר כתיבתו הוא דוקא לאחר סיום כתיבת השמות, עד שיש לחשוש שאם נכתוב אותו בין השמות או לאחר השם הראשון ולא בסיומם של השמות, שמא יאמרו שבאמת אינו כהן אלא שנכתב כחלק מאותו שם כי כך קורים לו ומכנים אותו בשם זה יחד עם תיבת הכהן, ובאמת אינו כהן. ולכן לכתחילה יש לכתבו לאחר סיום כתיבת כל השמות שבזה הוא בא כסימן נפרד מהשמות ואינו קשור לחלק מקריאת השמות. ורק לאחר שם שהוא כינוי, שכותבים עליו המכונה, קיים חשש הפוך וחמור יותר שמא יאמרו שתיבת 'הכהן' אינו אלא כינוי והוא אינו כהן, ויסוד החשש הוא משום שלשון התיבה 'כינוי' ו'המכונה', משמעו, שינוי מהאמת ומהמציאות, וכדברי הגמ׳ בשבועות ל״ו ״כנה״ שיש לשנות לשון הפסוק בקללות עיי״ש. ובדומה לזה כתב בספר טיב גיטין (על סדר הגט, סי׳ כד ס״ק לג): הטעם, שלא יאמרו הכינוי הוא כהן ואינו כהן. וזה שייך בכינוי שהוא לשון כסות והעלם הענין, אבל דמתקרי ענינו על אמיתת הדבר. וכ״כ בספרו בית אפרים מהדו״ת סי׳ ל״ד.

ובחידושי הגרשוני כתב:

> **״..כל היכא שכותב דמתקרי דשני השמות הם שוים זה כמו זה, ואי אפשר לומר שכהן יהא קאי על דמתקרי ובאמת אינו כהן, לפיכך טוב יותר לכתוב ראובן דמתקרי שמעון כדי לסמוך דמתקרי לראובן. מה שאין כן אם יכתוב ראובן הכהן דמתקרי וכו׳, שצריך לומר דמתקרי אינו קאי אכהן דסמיך ליה״.**

דהיינו סדר ודרך הכתיבה נכונה יותר כך לכתוב הכהן לבסוף. ולדבריו אין כאן קפידא הלכתית אלא סדר כתיבה נכונה.

אולם יש לציין דבחידושי אנשי שם סי׳ קע״ב (סותר את מה שכתב בסימן עב) כתב:

> **בהג״ה - אבל אם יש ב׳ שמות שכותבין על אחד דמתקרי כותבין אח״כ כהן או לוי, נראה דאין הכונה דמחויב לכתוב דוקא אח״כ כהן או לוי, דודאי בזה מותר לכתחילה קודם דמתקרי. תדע דאם כותבין המכונה כותבין תחלה כהן או לוי, א״כ מוכח דמשמעותא הוי שהוא כהן או לוי, וא״כ למה במתקרי יהיה גרע שיהיה קפידא שלא לכתוב כהן או לוי תחלה. לכך נראה דודאי מותר לכתוב לכתחלה כהן או לוי תחלה. רק דקמ״ל לאפוקי דאם כותב המכונה, דאז אינן רשאין לכתוב אח״כ כהן או לוי, רק דוקא תחלה, לכך כתב דאם כותב דמתקרי יכול לכתוב אח״כ כהן או לוי. ומ״ש כותבין, היינו דהרשות נתונה לכתוב גם אח״כ, אבל אם רוצה לכתוב תחילה נמי שפיר דמי. וכ״כ בספרו האלף לך שלמה סי׳ קמ״ח.**

וכ״כ בשדי חמד (מערכת גט סי׳ ב אות ה), לאחר שהביא מזכרות גיטין של רבים מחכמי ספרד שכתבו כהן ולוי לאחר דמתקרי, כתב: מכל מקום יותר נראה דהרבנים הנ״ל משמע להו, דעיקר ההקפדה שלא לכתוב הכהן אחר המכונה, אבל בדמתקרי, מאן דעביד הכי ומאן דעביד הכי לא משתבש.

ולא משמע כן בלשון הרמ״א ושאר הפוסקים אלא דבדוקא קאמרו.

בעולה לתורה בשם ראשון, ושם שני נכתב ב׳דמתקרי׳, היכן יש לכתוב הכהן

מלשון הרמ״א הב״ש הט״ז נראה שכל היכי שיש שני שכותבים עליו ׳דמתקרי׳, יש לכתוב ׳הכהן באחרונה, גם באופן ששם ראשון הוא שם עליה לתורה. ואין לחשוש שמא יאמרו דלאו כהן הוא רק אם נכתב לאחר שם שכותבים עליו ׳המכונה׳. גם בדברי הגט פשוט נראה דס״ל כן ולא בא אלא לבאר שכיון שהמנהג לעלות לתורה ולחתום בשמות עצם דוקא ולא בכינויים, וכמו כן הנוהג הוא להשתמש בתיבת ׳הכהן׳ רק בעליה לתורה ובחתימה שאז מוסיפים את הסימן שהוא כהן, לכן פסק הרמ״א דיש לכתוב הכהן לאחר שמות עצם ולא לאחר כינויים שאין הדרך להצמיד אליהם את תיבת הכהן. אולם אין כל הוכחה מדברי הגט פשוט דס״ל שיש לכתוב את תיבת הכהן רק לאחר שם שבפועל הוא עולה בו לתורה (וצ״ע בדברי הפ״ת על סדר מהר״ם שכתב דכן משמע קצת מדברי הגט פשוט).

והנה בסדר מהר״מ ר״י סג״ר אות כ״ד כתב בסתמא כדברי הרמ״א והב״ש והט״ז דבשם של דמתקרי כותבים הכהן לבסוף ולא חילק בין שם רגיל לשם שעולה בו לתורה. אולם בספר גט מקושר למהרא״ל צינץ על סג״ר אות כ״ד חלק וכתב עליו זה לשונו:

> **״ומכל מקום מה שכתב כשכותבים דמתקרי כותבין כהן אחר דמתקרי, אינו מחוור בעיני לפי מה שתפסו האחרונים להקדים השם שעולה לספר תורה, ודמתקרי על קריאת העולם, אם כן אם עולה לספר תורה בשם סעדיה, ונקרא בפי כל בשם**

ישעיה, שהדין להקדים שם סעדיה, אם נכתוב דמתקרי ישעיה הכהן כאשר יש נקראים כן באמת, ואם זה אינו נקרא רק ישעיה סתמא נראה כשינוי, ולכן יש לסמוך הכהן לשם שכותבים בראשונה, ולכתוב סעדיה הכהן דמתקרי ישעיה, אם לא שנקרא באמת בפי כל ישעיה הכהן, שאז יש לכתוב כמו שנקרא".

ובפתחי תשובה שם על סדר מהר"מ לאחר שהביא את דברי הגט מקושר הנ"ל, כתב:

"ולעניות דעתי נראה דגם הרמ"א ז"ל והב"ש ומהר"ם מודו לזה, ומה שכתבו דאם יש לו שני שמות שכותבין על אחד דמתקרי כותבין אחר כך כהן או לוי, כוונתם באופן שמבואר בשו"ע שם ס"ד ובסדר מהר"ם לעיל אות י"ט או"ק כ"א, שיש לו שם אחד במקום הנתינה ושם אחר במקום הכתיבה, שכותב שם מקום הנתינה דמתקרי שם מקום הכתיבה, דבכהאי גוונא שבמקום הכתיבה עולה גם כן לספר תורה בשם הזה וגם קורין אותו שם לספר תורה הכהן פשיטא דיש לכתוב הכהן לבסוף דיהיה קאי על שניהם, וכן משמע קצת בגט פשוט".

אמנם הגט מקושר עצמו סבר, דדעת המהר"ם הוא לכתוב הכהן גם כשהשם הראשון הוא שם עליה לתורה רק שהוא חולק עליו[ח], וכ"כ המהרש"ם בהקדמה לספר מחצית השקל גם בדעת הרמ"א. אולם לדידן לא ברירא לן בדעת הרמ"א הב"ש והמהר"מ דעתם בזה מאחר שהאוקימתא שאוקים הפתחי תשובה בדבריהם היא אוקימתא רחוקה ואשר אלמלי סבירא להו כך, לכאורה היה להם לפרש זאת להדיא.

היוצא מדברינו, דלדעת מהר"מ ובפשטות כן הוא להרמ"א הב"ש והט"ז, וכנראה גם הג"פ, ס"ל דבכל גווני בדמתקרי כותבין הכהן לבסוף, ואילו דעת הגט מקושר והמים חיים והפ"ת ס"ל דאם הוא עולה לתורה בשם ראשון ונקרא בשם שני ללא הכהן, יש לכתוב הכהן לאחר השם הראשון.

כדעת הגט מקושר והמים חיים, כן דעת: בית אפרים (מהדו"ת סי' לד); המהרש"ם בהקדמה לספר מחצית השקל ובתשובותיו ח"ט סי' קכ"ו; יפה ללב (ח"ה כאן ס"ק ה) הביא ממזכרת גיטין לבעל הפני משה שנדפסו בסו"ס גט פשוט (דפו"ר, דף קמ טור ג); חידושי אנשי שם (סי' עב); בית אב"י (ח"א סי' קלג); זכרנו לחיים (ח"ב אות ג - גט סי' כב); עבודת משא

[ח] בספר טיבו של גט (הרב יוסף גולדברג, ח"ב נספח ג), כתב להוכיח מדברי המהר"ם ר"י דס"ל כדעת הגט מקושר והמהרש"ם, והביא את דבריו בסק"ח שיש לכתוב 'הכהן' או לאחר עיקר השם הראשון, או לאחר כל השמות הטפלים ולא באמצע השמות כשיש כמה ג' שמות ויותר. וכתב דבזה המהר"ם סותר דבריו שכתב באופן הרגיל שיש שם עיקר ושם טפל אחד, שיש לכתוב 'הכהן' באחרונה, ולא כתב שאפשר לכתוב או לאחר השם הראשון או לאחר האחרון. ומשום קושיא זו פלפל שם דגם המהר"ם מיירי בב' שמות שקורין בו הכהן כגון שם מקום כתיבה ושם מקום נתינה. ובמחכ"ת טעה בדברי המהר"ם ר"י ובודאי המהר"ם לא חילק ובכל גווני ס"ל לכתוב הכהן באחרונה ואין חולק מהי דעתו עד שהדברים ברורים ואין להאריך בזה. וכוונת הברכה"מ לומר דבג' שמות שיש בהם שם עיקרי, שם דמתקרי ושם המכונה, אין כלל מקום לומר לכתוב הכהן בין השמות, כי אין זה נכון לכתבו אלא או בתחילה כדין הרמ"א בשם המכונה, או בסוף כדינא דרמ"א בשם דמתקרי, ובודאי לא נתכוון לומר שבדמתקרי ישנם ב' האפשרויות. ומרוב פשטות הדברים אין להאריך. אכן טעמו של הברכה"מ מדוע אין נכון לכתוב הכהן אלא או בתחילה או בסוף יבואר בהמשך מאמר זה.

סי׳ י״ט; שמן למאור ס״ק י״ד; שם עולם (לר״ר לאנדא) סי׳ י״ז ס״ק ל״ט; זקן אהרן (לר״א וולקין) סי׳ צ״א; חיים ושלום ח״ב סי׳ ס״ד; שו״ת מהר״ש ענגיל ח״ה סי׳ פ״ז; דברי אברהם ח״ב, קונטרס השמות אות ל״ו, מ׳; קב ונקי סדר גט ראשון ושני אות כ״ד; ביכורי יהודה ח״ב - קונטרס מהר״ש כהן עמ׳ קנ״א. וראה אור לי (לר״ח מדיני) סי׳ ק״ל שהביא מקורות רבים לדין זה ממזכרות גיטין של גדולי חכמי ספרד.

כדעת המהר״ם ושאר הפוסקים הנ״ל, כן דעת: עיין טיב גיטין שמות עיירות ונהרות ס״ק י״ג שכתב בגט שכתוב בו בן נתן דמתקרי נטע הכהן; אהלי שם כלל א ס״ז; גט מסודר סימן ב סעיף ב; אמרי יושר (ח״א סי׳ קסח), שכך הוא המנהג; שו״ת איש מצליח ח״א סי׳ מ״ד; שבט בנימין עמ׳ 167. וע״ע שדי חמד מערכת גט סי׳ ב׳ אות ו׳, מש״כ על פי דקדוק המזכרת גיטין שהביא ברב דגן סי׳ ג׳ אות ר״ז, רמ״ח, וסי׳ ד׳ אות של״א. ובמאזניים למשפט (ח״א סי׳ לא), לאחר שביאר שנידון זה תלוי בטעמים השונים שנאמרו בחילוק שבין דמתקרי להמכונה, ודחה בזה דברי השואל דפשיטא ליה כדעת המים חיים וסיעתו המובאים לעיל, כתב בדעת רבים מן האחרונים: וע״ז אענה, האם רבותא למחשב גברי, הלא בשדי חמד מערכת גט סי׳ ב׳ אות ה׳ הביא להקת גאונים שהחזיקו בדברי הרמ״א לחלק בין המכונה לדמתקרי ולכתוב פלוני דמתקרי פלוני הכהן, ה״ה בעל ירך אברהם [ד טור ג, בשם מוהרד״א], רב דגן [דף סב אות כד], עבודת משא [גיטין וחליצה סי׳ יט], (אמנם בדבריו שם נראה שמחלק בזה בין כינוי שעולה בו לתורה לשאינו עולה בו, כמש״כ בשמו לעיל), ואם מעט לו אלה, אוסיף, כי הגאון בעל תורת גיטין [ס״ק יב], וכן בספר עזר מקודש [סעיף ז, חי׳ ס״ק יד] ובעצי לבונה [סעיף ז אות יח] ובערוך השלחן [סעיף קד] ובאהלי שם [כלל א], כולם הביאו את דברי הרמ״א שבדמתקרי צריכים לכתוב הכהן לבסוף אחרי השם שכותבים עליו דמתקרי ... ובבית דיני מצאתי גט משנת תר״ג ומשנת תר״ט, ובשניהם נכתב פלוני דמתקרי פלוני הכהן כפסק הרמ״א, וכן נוהגים בבי דינא רבתא דעיר ווילנא אשר גאוני ישראל ישבו בה כסאות למשפט. ומשמע מדבריו, שכל אותם אחרונים שהביאו את פסק דברי הרמ״א ולא הוסיפו לחלק בזה דמיירי באופן שנקרא לתורה בשם שנכתב בדמתקרי, חולקים על הדעה הנ״ל, וסוברים שבכל אופן יש לכתוב הכהן לבסוף, ושלא כהבנת הפתחי תשובה המובא לעיל. וכ״כ בעזרת ישראל (לר״ר שפירא) סי׳ מ״ג.

באדם שאינו עולה לתורה

והנה הטעם שלא לכתוב ׳הכהן׳ לאחר ׳המכונה׳, הוא כאמור משום שיש לחשוש לשינוי, שיאמרו שבאמת אינו כהן ורק מכנים אותו כך. והגט מקושר ס״ל דבכל גווני יש לכתוב הכהן לאחר השם הראשון שעולה בו לתורה דוקא, משום דיש לחשוש לטעות ושינוי אם כותבים הכהן לאחר כל שם שני גם אם הוא נכתב ב׳דמתקרי׳.

והנה מלשונו של הגט מקושר נראה דב׳דמתקרי׳ אין החשש שמא יאמרו שאינו כהן, אלא

שמא יאמרו שהכוונה לאיש אחר שנקרא בפועל בפי כל 'ישעיה הכהן' ואי"ז המגרש. ורק ב'המכונה' חיישינן שמא יאמרו שהכוונה היא שנקרא כהן ובאמת הוא אינו כהן, והוא כי לשון כינוי דוקא הוא לשון שינוי מהאמת והמציאות וכמבואר.

אולם בתשו' מים חיים [הובא ג"כ בפתחי תשובה הנ"ל] הביא בסימן נ"ט את תשובת הגאון רבי יעקב אורינשטיין בעל הישועות יעקב שכתב שם:

> **"..א"כ מהראוי לכתוב תיבת הכהן אחר כתיבת עיקר השם כמו אם יש לו שם אחד עיקרי שחותם עצמו בו ועולה בו לתורה ושם השני טפל אף שגם השני קודש וכותבין עליו דמתקרי מכל מקום יכתוב תיבת הכהן אחר עיקר השם דהיינו שעולה בו לתורה וחותם עצמו בו אבל אין דרך העולם לקרא אותו בשם כהן בחוץ כשקורין אותו בשמו ולפי זה אין חילוק בין כשכותבין המכונה או דמתקרי כיון דעולה לתורה וחותם עצמו בשם העיקר מהראוי לכתוב תיבת הכהן אצל שם העיקר וגם בסדר הגט דמהר"י מינץ לא נמצא חילוק בין מתקרי להמכונה וכתב שמם שם העיקר ואח"ז תיבת הכהן ואח"כ שם המכונה דהוא טפל למען שלא יאמרו שהוא אינו כהן רק שכן נקרא א"כ ה"ה במתקרי שייך גם טעם זה".**

והנה גם הגט מקושר וגם המים חיים מיירי באופן שיש לאדם שם עליה לתורה או שם חתימה שבהם קורין אותו בשמו עם תיבת הכהן. ויש לדון באדם שאינו עולה לתורה כגון אם אינו שומר תורה ומצוות, האם גם בזה חששו מלכתוב הכהן לאחר הדמתקרי או לאו. דיש סברא לומר שלא חששו ב'דמתקרי' שמא יתפרש לרואים שנקרא כך 'ישעיה הכהן' אלא בצירוף העובדה שיש שינוי נוסף בכתיבת שם זה, והוא, שהרי מלבד כתיבת 'הכהן' לאחר 'דמתקרי' גם לא כתבו 'הכהן' במקומו והשמיטוהו מהשם העיקרי ששם הוא מקומו הרגיל כי בו עולה לתורה והמנהג שבעליה לתורה קורין לו את שמו ועם סימן זה שהוא כהן ובגט זה יש שינוי בשם העליה שלא צירפו לו את תיבת הכהן. וא"כ אולי י"ל שבאופן שאינו עולה לתורה כלל ואין כל שימוש מיוחד בתיבת 'הכהן' בשם העיקר יותר מבשם הטפל, אפשר דלא חששו.

ונראה דאיה"נ לדעת הגט מקושר דס"ל שחששא של כתיבת 'הכהן' על שם 'דמתקרי' שונה מחששא דכתיבת 'הכהן' על שם של המכונה, וכל החשש בדמתקרי אינו אלא שמא יאמרו שאיש אחר הוא הנקרא בפי כל 'ישעיה הכהן', בזה י"ל כנ"ל, שאם אין סיבה וטעם לכתוב 'הכהן' לאחר השם הראשון, כי אינו עולה לתורה, וא"כ כתיבתו לאחר כל אחד מהשמות אינו כחלק מהשם אלא סימן נוסף, א"כ אין סיבה לחשוש לעטות אם נכתבהו באחרונה לאחר סיום השמות. אולם לדברי המים חיים שאין הבדל בין 'המכונה' ל'דמתקרי' ובשניהם חיישינן שמא יאמרו שנקרא כך אבל לאו כהן הוא, א"כ כשם שב'המכונה' אין לכתוב 'הכהן' באחרונה גם באופן זה שאינו עולה לתורה, לדעת המים חיים, דין ה'כהן לאחר 'דמתקרי' שווה ויש לחשוש לשינוי בכל גווני.

אמנם דברי המים חיים שאין כלל הבדל בין 'דמתקרי' ל'המכונה' לגבי כתיבת הכהן

לאחריהם, תמוהים מאוד שהם להדיא נגד דברי הרמ״א ושאר הפוסקים, וצע״ג. ומעוצם התמיהה הדעת נוטה לומר שאין זאת כוונתו. ויעויין בשדי חמד (מערכת הגט סימן ב׳ אות ו) שכתב לפקפק בעיקר דינו של המים חיים ופשיטא ליה שאין לחוש לדבריו.

גם הפ״ת שכתב דהרמ״א מודה לגט מקושר ומוקים את דברי הרמ״א בב׳ שמות של עליה לתורה, בודאי חולק על המים חיים. שהרי לדברי הפ״ת הרמ״א מיירי בב׳ שמות של עליה לתורה ועל אופן זה כותב הרמ״א דיש הבדל בין המכונה לדמתקרי, וא״כ ברירא לן דיש הבדל ביניהם ולדברי המים חיים אין כל הבדל בין דמתקרי להמכונה.

בהקשר לכך יש לציין דכד נדייק נמצא כי הפתחי תשובה בצטטו את דברי המים חיים, השמיט קטע זה של דבריו בשם הישוע״י שבהם הוא משווה לגמרי בין המכונה ודמתקרי ביחס לחשש שמא יאמרו דלאו כהן. (ועיין עוד בתשו׳ מים חיים בסימן נ״א [הובא בהמשך דברי הפתחי תשובה הנ״ל] שכתב שבכתיבת הכהן לאחר המכונה ישנם ב׳ חששות, וכלשונו ״תרתי לריעותא, חדא דיאמרו שאינו כהן .. וזאת שנית דיאמרו דהכינוי של זה המגרש הירש כהן ובאמת דהכינוי שלו רק הירש בלבד״).

וע״כ נראה ברור שבאדם שאינו עולה לתורה יש לכתוב הכהן לאחר תיבת דמתקרי וכמ״ש למעלה שכך יש לנהוג לכתחילה מכמה טעמים אלמלא סוגיית שם עליה לתורה. וכן הדין בב׳ שמות שהם רק חניכות ולא ידוע שם עליה לתורה. ועיין שו״ת מנחת יצחק (ח״ד סימן ס״ה); דברי אברהם (ח״ב קונטרס השמות אות כט). דלא כמש״כ הפרח שושנה קעג דס״ל לכתוב גם בזה ׳הכהן׳ לאחר שם הראשון.

הלכה למעשה

להלכה למעשה תליא במנהגי בתי הדין. ממרן אאמו״ר זיע״א שמעתי דהמנהג היה לכתוב הכהן בסוף, וכן נהגו בירושלים, וכ״כ בספר דברי יוסף למו״ר הגר״י כהן זצ״ל (כללי השמות סימן י׳) שכ״ה המנהג בירושלים, ודלא כמש״כ בספר משנת יעקב (לר״י רוזנטל, גירושין פ״ג הלכה יג-יד אות ה) דהמנהג בירושלים לכתוב הכהן או הלוי לפני הדמתקרי. אכן הרב חיים שלמה רוזנטל בספר שורת הדין (כרך ט׳ עמוד קע״ט) כתב דהמנהג הקדום בירושלים - כפי שעולה מהגיטין שנערכו בבית דינם של הגר״ש סלנט והגרצ״פ פרנק - היה לכתוב ׳הכהן׳ לאחר השם הראשון, אמנם כיום נשתנה המנהג בבית הדין בירושלים וכותבים ׳הכהן׳ לאחר סיום השמות, ותמה על כך.

אולם באמת מרן אאמו״ר זיע״א הסתפק תמיד באופנים מסוימים שבהם יש לשקול מה עדיף לעשות. כגון: בירושלים ובמקומות הנוהגים כמנהג ירושלים, שנוהגים לכתוב על כל השמות והכינויים רק דמתקרי, ולא כותבים המכונה כלל, בזה אם השמות הטפלים הינם מצד שורשם כינויים שמעיקר הדין היה צריך לכתוב עליהם המכונה, אולי יש לחשוש שמא יאמרו

שתיבת הכהן הוא חלק מהכינוי ועדיף שלא לכתוב את תיבת הכהן לאחריהם אלא לאחר השם הראשון דוקא.

וכדבריו כתב בספר משנת רבי אליעזר (די טולדו, ח״ב סי׳ מו) שכתב: איברא, דראיתי בגיטין אשר ניתנו לפני בית דין רבה של הרב פני משה אשר הובאו בספר גט פשוט [במזכרת גיטין לבעל הפני משה המובא בסוף גט פשוט, דפו״ר] דף ק״ס טור ג׳, שכתב וז״ל, מסר אליעזר הלוי בן יוסף הלוי דמתקרי כליפא ... הרי דאף במקום דכתבו דמתקרי [כלומר, למנהג הספרדים שכותבים על שמות לעז דמתקרי ולא המכונה, כמבואר להלן סעיף י״ז], עם כל זה הקדים שם הלוי או הכהן. ואפשר, דעד כאן לא אמרו אלא בשמות העצם ממש לא בכינוי, הגם דהכינוי הוא לעז של העצם ... והטעם, הוא דבשלמא בשם העצם ממש, מאחר דזה תלוי בחתימת האדם או בקריאתו לספר התורה אשר לסיבה הלזו, בכינויים שאין אנו רגילים לקרותו לספר התורה או בחתימת האדם כלל, גם בגט מקדים שם הכהן והלוי סמוכים לשם העצם ממש.

וכ״כ בספר בנין שלמה (ח״ב סי׳ ט) כתב: ומיהו נראה, דאם נקרא לס״ת יהודה ליב ובפי כל נקרא ליב, דכבר כתבתי לעיל דצריך לכתוב בגט יהודה ליב דמתקרי ליב [ומשום שהשם ליב הוא גם בעיקר שמו], מ״מ נראה, דאם הוא כהן או לוי צריך לכתוב הכהן בתחילה ואח״כ דמתקרי ליב, דכיון דשם ליב הוא שם החול, אם נכתוב דמתקרי ליב הכהן יאמרו דשמו שנקרא בפי כל כך הוא ליב הכהן.

כאמור, מו״ר הגר״י כהן בספר דברי יוסף כתב דמנהג ירושלים לכתוב באחרונה בכל גווני ולא חילק בהכי. ובמשנת יעקב להגר״י רוזנטל כתב דהמנהג בירושלים לכתוב הכהן לאחר השם הראשון מטעמא דא שהרי כותבים על כל השמות וגם על הכינויים רק ׳דמתקרי׳ ואי״ז לכתחילה לכתוב ׳הכהן׳ לאחר שם כינוי גם אם נכתב ב׳דמתקרי׳. אכן כאמור, מאאמו״ר זיע״א קיבלתי דמנהג ירושלים לכתוב כל גווני בסוף, רק שנסתפק בדין כתיבת ׳הכהן׳ בשם שבעיקרו הוא כינוי וכותבים עליו ׳דמתקרי׳ מצד המנהג וכמבואר.

אגב, יש לדון לפי דבריו, באופן שאינו עולה לתורה כלל, ונקרא בפי הרוב בכינוי לועזי ובפי המיעוט בשם עברי, שהדין בזה לנוהגים כהרמ״א, לכתוב שם ראשון לועזי ושם שני עברי, ומאחר דאנן נהגינן ברוב שמות לעז אם אינם משעת הלידה לדונם ככינוי ולכתוב עליהם המכונה, א״כ אם נכתבים בראשונה באופן המדובר, האם יש להקפיד שלא לכתוב ׳הכהן׳ לאחר השם הראשון שהוא בעצם כינוי עד שהיו צריכים לכתוב מעיקר הדין׳ המכונה׳, רק שכאן נכתב בראשונה ולא שייך לכתוב עליו המכונה בראשונה, או שמא בזה אין לחשוש דחיישינן רק בשם שני שכותבים עליו דמתקרי או המכונה.

מאידך, הסתפק מרן אאמו״ר זיע״א לדעת הסוברים שיש לכתוב ׳הכהן׳ לאחר שם עליה לתורה דוקא, שיש לומר דכל זה רק אם בשם הבעל יש רק שם אחד עיקרי, ולאביו ב׳ שמות,

שאז מתקיים שם עליה לתורה של הבעל יחד עם השם הראשון של האב, כגון שאומרים, משה בן דוד הכהן דמתקרי דודו, דכשנסלק את ה׳דמתקרי דודו׳ משם אבי הבעל, ישאר שם העליה לתורה של האיש בנפרד דהיינו משה בן דוד הכהן. אבל אם למשל יש בשם הבעל ב׳ שמות, שעל הטפל כותבים או דמתקרי או המכונה, איך שיהיה לא יתקיים שם העליה לתורה בכתיבת הכהן לאחר השם הראשון של אביו, ויתר על כן יובן החשש כשנביא דוגמא למשל, אם שמות הבעל הם כך: דוד דמתקרי (או המכונה) דודו בן שמואל דמתקרי זעמיל, שבזה גם אם נכתוב הכהן לאחר שם ראשון של האב, יש לחשוש שיאמרו שתיבת ׳הכהן׳ על שמו הראשון של האב אינו אלא המשך ל׳המכונה של הבעל ויאמרו שכך הוא מכונה ונקרא ״המכונה דודו בן שמואל הכהן״ ובאמת אינו כהן. וגם בדמתקרי זה אינו נכון שהרי בעליה לתורה נקרא רק ״דוד בן שמואל הכהן״. ובאופנים אלו לכאורה עדיף לכתוב ׳הכהן׳ בסוף כסתמות דברי הרמ״א והפוסקים.

והנה יש לצטט דברים חשובים שכתב בשו״ת ציץ אליעזר (חי״ג סי׳ צט הב׳):

״והנה ראשית כל אמינא בזה נהרא נהרא ופשטיה. וכשם שמי שכותב הכהן לפני הדמתקרי כשאינו עולה בזה לתורה אין לפקפק עליו, הגם שזה נגד סתמיות דברי הרמ״א [וכפי הנראה רצה משום כך לפסול הרב השואל בשו״ת האלף לך שלמה חאה״ע סי׳ קמח, יעו״ש], כי עושה כהגדולים דסברי לחלק בכזאת, וכמו שכותב השדי חמד מערכת גט סי׳ ב׳ אות י״ג בשם רב גאון מפורסם בדורנו, שכתב ע״ז דאין לפקפק כמ״ש בגט מקושר ובמים חיים סי׳ נ״ט, כך אין לפקפק גם במי שכותב תמיד הכהן אחרי הדמתקרי כסתמיות משמעות דברי הרמ״א. ואפילו בבית דין אחד מצאנו שלפעמים כתבו הכהן לפני הדמתקרי ולפעמים אחרי הדמתקרי, כמובא בשדי חמד שם באות ז׳ בשם ספר שער אשר, שפעם עשו מעשה לכתוב הכהן קודם הדמתקרי בכור, ובפעם אחרת עשו מעשה לכתוב הכהן אחרי הדמתקרי בכור. והיינו משום דקסברי דרבנן דלמעשה אין קפידא [ואפילו במכונה, מכריע הערוך השלחן סעיף ק״ד דרק חששא קלה היא, עיי״ש] ... ולבסוף לא אמנע מלציין מה שראיתי גם בספר בחיר חיים להרה״ג רבי חיים וולפרט אב״ד ליבוי - לטביה [שהיה מסדר גיטין מובהק ומקובל על גדולי דורו, וביניהם הגאון בעל אור שמח ז״ל שבא בחליפות מכתבים אתו גם בעניני גיטין] בעניני גיטין סי׳ ג׳, שמעיד ובא שבדרך כלל רגילים לכתוב הכהן אחר כתיבת כל השמות, ובפרט במקום שצריך לכתוב דמתקרי דכל הפוסקים מודים שצריך לכתוב הכהן אחר דמתקרי״.

לאחר העיון ושימוש רב, הדעת נוטה לכתוב הכהן לאחר שם שבו עולה לתורה בפועל, ואם אינו עולה לתורה באופן מובהק יש לכתוב בסוף כל השמות גם בכינויים אם כתבו עליהם דמתקרי. וכל אחד ינהג כפי קבלתו.

כהן שגם בכינויו מכנים אותו כהן

ויש לדון בכהן שיש לו שם עיקר ובו עולה לתורה ויש לו גם כינוי אך הכינוי כולל גם את תיבת הכהן. כגון, ששמו העיקרי של הכהן הוא יצחק מאיר בן דוד הכהן וכך עולה לתורה, וכינויו איטשא הכהן בב׳ התיבות יחדו, איך נכתוב בגט. והנה זה ברור שאת הכינוי יש לכתוב במלואו דהיינו איטשא הכהן ואי אפשר לכתוב יצחק מאיר הכהן המכונה איטשא בלבד כי כינויו הוא בצירוף תיבת הכהן בלבד. ומאידך, אם נכתוב יצחק מאיר המכונה איטשא הכהן יש לחשוש שיאמרו דלאו כהן הוא כלשון הפוסקים. ולכן נראה דבאופן זה אין מוצא אלא לכתוב פעמיים את תיבת הכהן, כך, יצחק מאיר הכהן המכונה איטשא הכהן. אמנם אם המדובר בשם הבעל, יש לכתוב כך: יצחק מאיר המכונה איטשא הכהן בן דוד הכהן. ואם בשם אבי הבעל יש לכתוב דוד בן יצחק מאיר הכהן המכונה איטשא הכהן.

ויש לצרף לזה מש״כ בזקן אהרן (לר״א וולקין, סי׳ צא):

> **״וגדולה מזו אפשר לומר, דבנידון דידן היה יכול לכתוב הכהן אחר שם הכינוי גם במגרש גופא אם רוצה לכתוב כהן בשניהם, ולכתוב שבתי המכונה שעפא הכהן בן בעירל הכהן. דעד כאן לא קאמר הרמ״א דבמקום שכותבין המכונה צריך להקדים הכהן קודם לכינוי, היינו לשיטתו דבשם המגרש אין צריך כלל לכתוב כהן, ורק בשם האב לחוד הוא דכתבינן כהן, ולכך שפיר קאמר דאם יכתוב כהן בתר הכינוי... יאמרו דכינויו הוא כך וכהן נמי כינוי הוא, אבל למ״ד דכותבין כהן בשניהם, במגרש ובאב, אפשר לכתוב הכהן בתר הכינוי דאין לטעות דכהן כינוי הוא, דהא חזינן דגם בשם האב כותב כהן, ובא זה ולימד על המגרש שהכוונה דכהן הוא מצד יחוסו. אמנם מדברי הגט פשוט הנ״ל מוכח שחולק בזה, שהרי לדעתו יש לכתוב לכתחילה הכהן על המגרש ועל אביו, ואפ״ה כתב לכותבו לאחר הדמתקרי. וכן מוכח ממזכרת גיטין מבעל הפני משה״.**

הדין בדיעבד כשכתב כהן לאחר הכינוי.

בשו״ת מים חיים (לר״ח רפפורט, סי׳ נא) כתב דאפילו אם ניתן הגט פסול... ומה שהכשיר בהג״ה היינו דוקא בשעת הדחק שאי אפשר ליתן גט אחר, וכן מבואר בגט פשוט שם ס״ק ל״ט ... ומכל שכן בנידון דידן, שכתב אחר הכינוי הכהן, דיש תרתי לרעותא, חדא דהוי כלא כתב כהן ואולי גרע יותר דהוי ככתב שאינו כהן. וזאת שנית, דיאמרו דהכינוי של זה הירש כהן ובאמת הכינוי שלו הירש לבד. על כן בודאי דצריכה גט אחר בלא פיקפוק אף שיהיה בקושי ואין זה שעת הדחק. והובא בשם עולם (לר״ר לאנדא) סי׳ י״ז ס״ק ל״ו. ובישועות מלכו (סי׳ סח) צידד לומר, שהואיל ונחלקו בכך הפוסקים אף שהעיקר בזה כדעת המקילים, להלכה יש להחמיר ולפוסלו משום חומרא דאשת איש. וע״ע צמח צדק (ליובאוויטש, סי׳ קפו) שנסתפק בזה.

אולם בברכת המים (למהר״ם, סדר גט ראשון סי׳ כד אות י) כתב:

> **ולענין דיעבד... אם כתב הכהן או הלוי אחר המכונה יש להכשיר בכהאי גוונא. אף על פי שיש מקום לטעות בזה, מ״מ אינו טעות, דלא קאי המכונה אלא על השם דסמיך ולאו כו״ע דייקי בלישנא. מיהו ודאי אם עדיין לא ניתן הגט ויוכל לכתוב אחר בקל יש לכתוב אחר, אפילו אם כתב הכהן או הלוי קודם דמתקרי״.**

ובבית אפרים (מהדו״ת סי׳ לד) כתב:

> **״ודאתאן עלה לענין דינא, דעתי נוטה לדברי כ״ת, שאין דברי הפוסקים בזה לענין פסול דיעבד, כאשר דקדק כ״ת מלשון הדרכי משה בשם הס׳ גיטין למהרי״ם שכתב שראה מקצת גיטין שנכתב הכהן אחר המכונה. וכבר כתבתי שבסדר גיטין הנ״ל סי׳ ל״ג כתב, שמהר״ד היה כותב הלוי לבסוף אחר כינוי האב, ומבואר שנהג כן לכתחילה, ואם איתא דפליגי עליה לפסול אף בדיעבד, מה זו שתיקה, והיה להם להכניס בעלי תריסין לנצח בהלכה. וע״כ דגם לדידהו אין קפידא, רק לכתחילה יש לעשות כן. וכן מורה לשון הקונדריסים שכתב והריחוק אינו מזיק ... אבל כשאינו מוכרח יש לדקדק עכ״ל. ולשון זה משמע שאינו רק דקדוק לכתחילה ... וכן מבואר מלשון הים של שלמה ... ובר מן דין נלע״ד, דבמקומות אילו אין ספק שאין זה רק זהירות לכתחילה לבד, דאפילו תימא דהך טעמא שאם יכתוב הכהן אחר המכונה אתי למיטעי דהכינוי הוא כהן ובאמת אינו כהן הוא טעם מספיק לפסול אפילו בדיעבד, מ״מ נראה שלא נאמר אלא במדינות אשכנז שאפשר ששם נמצא כזה איש שיקראו אותו בכינוי כהן לכבוד אפילו אינו כהן ... אבל במדינתנו שמעולם לא שמענו שיהיה איש נקרא בשם כהן שאינו כהן רק לכבוד לבד ... אינו פוסל בדיעבד״.**

וכ״כ שם סי׳ נ״א, ובספרו טיב גיטין על סדר הגט שם ס״ק ל״ג, ועיי״ש התיר משום שהוא שעת הדחק גדול. וכ״כ במחצית השקל ס״ק י״ד, בנדונו שהיה שעת הדחק גדול; עזר מקודש ס״ק י״ח, ולאחר שכבר ניתן הגט; אגודת אזוב (לר״י מרגליות) סי׳ כ״א, ולאחר שכבר ניתן הגט; האלף לך שלמה סי׳ קמ״ח; אור לי (לבעל השדי חמד) סי׳ ק״ל, לענין גט שכתבו בו הכהן קודם הדמתקרי; יד מאיר סי׳ נ״ז; שאילת שלום (לר״ש טוייבש) ח״א סי׳ ל׳; ויעתר יצחק סי׳ ק׳. וע״ע רב דגן דף ע״ט אות קמ״ו שדקדק מדברי הגט פשוט ס״ק ל״ו, שאם נתגרשה אין לחוש ולהזקיקה גט אחר אף שהבעל לפנינו.

ובפתחי תשובה על סדר הגט למהר״ם (סי׳ כד ס״ק ג), לאחר שהביא את דעת המים חיים שפוסל כפי שיובא בסמוך, הוסיף:

> **הנה מאי דפשיטא ליה להגאון המחבר ז״ל לפסול אף דיעבד ... לענ״ד אין זה פשוט כל כך, ויותר נראה דהוא רק זהירות לכתחילה, דכן משמע לשון הרמ״א**

שם שכתב, ואם יש להם כינוי כותבין אחר כך, ולא כתב 'צריך לכתבו אחר כך', דלהוי משמע קפידא אפילו בדיעבד. וגם בדרכי משה שם אות ט' כתב דכן יש לנהוג. וכן בסדר הגט דמהר"י מינץ סי' מ"ב ובשו"ת מהר"י וויל סי' ק"צ כתבו 'יש לכתוב', משמע דהוא רק לכתחילה וכו'".

וכ"כ במראה יחזקאל (ליקוטים שבסוה"ס) מתשובת אבני צדק (סי' פב), על פי דקדוק לשון השו"ע 'כותבין' דמשמע שאינו אלא זהירות בעלמא, וע"ע אבני צדק סי' צ"ג; שו"ת השבי"ט ח"ה סי' ט"ז.

ובאמרי ישר (ח"א סי' קסח) הביא את דעות החולקים בזה, וכתב: ואף שבפתחי תשובה שם הביא מתשובת מים חיים סי' נ"א שחוכך להחמיר אף בדיעבד, הם לא ראו ספר ברכת המים שלא נדפס בימיהם, ואחרי דברי הגאון מהר"ם ר' יוזפש אין להרהר עוד.

ובשאגת אריה - קול שחל (סי' יד) כתב:

בלא כתוב שם אביו או שם אבי האשה, אף שיש לספק בשמו שהוא בשם איש אחר, מ"מ כיון שבשם אשתו מוכח שהיא אשתו אז לא תלינן באחר. וא"כ בנידון דידן נמי, אף שנכתב שם כהן או לוי אחר שם כינוי או אביו או אביה, ויש לחוש שיאמרו פירושו שהכינוי הוא לוי והוא אחר, מ"מ הלא יש לתלות ג"כ שהוא לוי ולא שם כינוי שמו הוא לוי, וא"כ היכא שיש ספק אז מהני זה ששם האיש הוא ידוע ... וא"כ תלינן הספק דשם הלוי ג"כ שהוא לוי ממש ולא כינוי והוא שם אבי האשה זאת.

ובערוך השולחן (סעיף קד) כתב:

ויראה לי, דגם בכינוי אם כתבו [הכהן] אח"כ וכבר ניתן הגט, אין צריך לכתוב גט אחר אף שאינו שעת הדחק. וכן אם הוא שעת הדחק אין צריך לכתוב גט אחר אף אם עדיין לא ניתן הגט, דחששא קלה היא.

אם יש לבעל שם עיקרי וב' שמות טפלים אחד בדמתקרי והשני בהמכונה, היכן יכתבו 'הכהן'

בספר גט מסודר סימן ב סעיף ב כתב: "..אבל אם צריך לכתוב תחלה דמתקרי ואחר כך המכונה כותבין הכהן אחר דמתקרי וקודם המכונה, בן יהודה דמתקרי בנימן הכהן המכונה ליב (ט"ג ס"ק ל"ד בקונטרס אחרון לס"ג, א"ש כלל א' ס"ק כ"ח)".

והנה בסדר מהר"ם ר"י סדר גט ראשון סעיף כ"ד כתב לא כן אלא שיש לכתוב בזה הכהן אחר שם הראשון וזה לשונו: "אבל אם כותבין דמתקרי והמכונה כותבין הכהן או הלוי תחלה אחר שם הראשון ואחר כך דמתקרי והמכונה". ובברכת המים סק"ח כתב בטעמו: "גם זה כתבתי מסברא משום דנראה דאין נכון כל כך לכתוב כהן או לוי אלא מיד אחר עיקר השם

קודם שמות הטפלים או בסוף אחר שמות הטפלים, ובזה שאי אפשר לכתוב אחר שמות הטפלים יש לכתוב אותו קודם להם".

הן אמנם האהלי שם שהובא בספר גט מסודר הנ"ל חלק עליו וכתב שם בד"ה והנה: "ובמה שכתב באם כותבין דמתקרי והמכונה, הנה לאחר שזכיתי לקונטרס אחרון מאת הגאון בעל טיב גיטין ז"ל ראיתי שם בס"ק ל"ד שהקשה מהא דבס"ג איתא שמהרז"ך כתב אהרן דמתקרי אליעזר הכהן המכונה זליגמן ע"ש. וכן נראה לפע"ד דלכתחילה מיסתבר טפי לכתוב הכהן לאחר השם שכותבין אותו בדמתקרי וכמ"ש מהרז"ך. ומ"ש המהר"ם מסברא דאינו נכון כ"כ לכתוב כהן או לוי אלא מיד אחר עיקר השם קודם שמות הטפלים או בסוף אחר שמות הטפלים וכו'. סברא דחוקה היא לפע"ד, דהא כל שכותבין עליו דמתקרי בכלל שם הוא ושייך לכתוב עליו הכהן, ועיין ב"ש ס"ק י"ד".

ועל סמך דברי האהלי שם, פסק הגט מסודר בפשטות לכתוב בכגון דא הכהן אחר הדמתקרי הראשון, ואף לא הזכיר את דברי הסדר מהר"ם ר"י. (ועיין עזר מקודש ס"ק י"ט).

והנה האהלי שם סמך על הטיב גיטין, אולם מעיון בדברי הטיב גיטין בקונטרס אחרון על סדר גט למהר"ם וכן בתשובתו בשו"ת בית אפרים תניינא סימן ל"ד עולה להדיא שפסק כדעת המהר"ם ר"י שיש לכתוב הכהן לאחר השם הראשון. ואת מה שהקשה מדברי המהרז"ך יישב דהמהרז"ך מיירי באופן שנשתנה שמו מחמת חולי, שיש להקדים שם השינוי ולאחריו לכתוב את השם הראשון בדמתקרי, והכינוי זליגמן למרות שהוא שייך יותר לשם הראשון, מכל מקום גם לאחר שינוי השם, מכנים אותו בעיקר בכינוי של השם הראשון, ולכן כדי להדגיש עובדה זו שגם לאחר השינוי עדיין מכנים אותו בכינוי זליגמן, כתב המהרז"ך שיש לכתוב 'הכהן' לפני הכינוי, שיגלה לרואים שנקרא גם עכשו בכינוי זליגמן, ואילו היו כותבים הכהן לאחר השם הראשון, ואח"כ דמתקרי אליעזר המכונה זליגמן היו אומרים שהכינוי נכתב כשם שנכתב השם הראשון אליעזר שהיה לו לפני החולי, הגם שעכשו כמעט אין נקרא בשם זה ואין מכנים אותו בכינוי זה.

זה לשונו בתשובתו הנ"ל בד"ה והנה בס"ג וכו':

> **"..ולכך כתב כאן תיבת הכהן, וירגישו מדלא כתב הכהן אחר השם שנקרא עכשו, כמ"ש בסדר מהר"ם דיש לכתוב הכהן אחר השם הראשון, ומזה ידעו דלכך כתב כאן הכהן קודם המכונה, לאורויי דלא קאי על שם אליעזר, אלא על שם אהרן שנקרא בו עכשו".**

ולפי"ז ברור דבאופן שיש ב' שמות טפלים סתם ולא מחמת חולי, יש לכתוב 'הכהן' אחר שם הראשון כהכרעת המהר"ם.

וכ"כ להדיא בטיב גיטין בהגהותיו על הסדר מהר"ם הנ"ל:

> **"בתשובה כתבתי שצריך עיון דבסדר גיטין איתא שמהרז"ך כתב אהרן דמתקרי**

אליעזר הכהן המכונה זליגמן, הרי שכתבו אחר דמתקרי, וכתבתי ליישב דמיירי דגם עתה נקרא זליגמן, וכן משמע דבספר שמות איתא דזליגמן כינוי לאהרן, ואם היה כותב דמתקרי אליעזר המכונה זליגמן, היה משמע דבעת שהיה נקרא אליעזר היה לו כינוי זליגמן ולא עתה, לכן נתחכם מהרז"ך להפסיק ביניהם במלת הכהן, דמילת הכהן קאי אגברא שהוא כהן, והרי גם עכשו הוא כהן, ומזה ידעו – מדכתב מילת הכהן קודם המכונה – לומר דגם עכשו הוא מכונה זליגמן, ועל כל פנים מבואר דאם יש דמתקרי והמכונה, אין קפידא במה שכתב המסדר לכתוב תיכף אחר שם הראשון, אלא אי נמי כתב ליה בתר דמתקרי קודם המכונה שפיר דמי וינתן לכתחלה, כן נראה לפי עניות דעתי".

אמנם ממה שהמהרז"ך 'נתחכם' לאחר את תיבת 'הכהן' כדי להודיע שגם עכשו הוא מכונה זליגמן, למד הטיב גיטין שיש ללמוד מכך שבכל גט אם כתבו בדיעבד תיבת 'הכהן' אחר ה'דמתקרי' אין להקפיד ולעשות גט אחר, כי הלכה זו לכתוב 'הכהן' אחר שם הראשון אינו אלא לכתחילה שאל"כ לא היה יכול המהרז"ך להתחכם בזה, גם לא כדי להורות שנקרא עכשו בכינוי זליגמן.

העולה מהאמור, כי ברור ופשוט מדברי הטי"ג שדעתו כדעת המהר"ם ר"י שיש לכתוב לכתחילה תיבת הכהן לאחר השם הראשון באופן זה שיש ב' שמות טפלים שאחד מהם מכתב בדמתקרי והשני בהמכונה.

והנה האהלי שם אפשר שלא נסמך על דעת הטיב גיטין והביא רק מדבריו את קושייתו מדברי מהרז"ך והכריע מדעתו. אולם מדברי הגט מסודר נראה שסמך יתידותיו גם על הטיב גיטין והאהלי שם יחדו, ואשר כנראה הבין בדברי האהלי שם שראה כן בטיב גיטין. וזה אינו כאמור.

זאת ועוד, גם דחיית האהלי שם את דברי המהר"ם אינה מוחלטת. שכתב "ומ"ש המהר"ם מסברא דאינו נכון כ"כ לכתוב כהן או לוי אלא מיד אחר עיקר השם קודם שמות הטפלים או בסוף אחר שמות הטפלים וכו'. סברא דחוקה היא לפע"ד, דהא כל שכותבין עליו דמתקרי בכלל שם הוא ושייך לכתוב עליו הכהן". ולכאורה אין הסברא כ"כ דחוקה, דכתיבת הכהן בסוף השמות, מורה שתיבה זו נכתבה לא כחלק מהשמות והכינויים אלא כסימן נוסף לאותו אדם שהוא כהן. וכן כתיבתה לאחר השם העיקרי מובנת כי כך עולה לתורה כמבואר בפוסקים. אולם כתיבתה באמצע השמות יכולה להגביר החשש שמא תיבה זו הינה חלק משם או כינוי כלשהו שאינה מחוברת לשם עיקרי וגם לא נכתבה לאחר כל השמות.

לסיכום: להלכה יש לפסוק כדעת גדולי הפוסקים הטיב גיטין [בית אפרים] והמהר"ם ר' יוזפש לכתוב הכהן לאחר השם הראשון דלא כהאהלי שם והגט מסודר [שסמך על טי"ג, וז"א כמבואר] וכ"ד הקב נקי.

הרב יוסף גולדברג
אב"ד ירושלים

אלו שכופין להוציא - האם רשאים להתנות תנאים כדי להתגרש (ביאור שיטת מהרשד"ם בנידון)

תוכן המאמר

א. התנה לגרש שלא ע"י שליח

ב. דברי המהרשד"ם לגבי גט בתנאי ע"י אלו שכופין להוציא

ג. שיטות רבותינו האחרונים בדברי מהרשד"ם

ד. הביאור שכתבו דייני דורינו בדברי מהרשד"ם, ההשגות שלהם על דבריו והתמיהות בדבריהם

ה. שלשה יסודות בדין כפיה לגט- הבסיס להבנת דברי מהרשד"ם

ו. הגדרת תנאי שקשה לקיימו לשיטת מהרשד"ם

ז. הגדרת תנאי "שנקל לקיים" לשיטת מהרשד"ם

ח. שיטת רבותינו הראשונים בנידון כדברי מהרשד"ם

ט. התנה הבעל שהאשה תחזיר לו חפצים או ממון שלו

י. הכרעת הדין בענין בעל המתנה לגרש שלא ע"י שליח אף שהוא בר כפיה

יא. המסקנות להלכה

התנה לגרש שלא ע"י שליח

נשאלתי בענין בעל הנמצא בחו"ל והאשה בא"י וביה"ד פסקו שהבעל בר כפיה, ולאחר שכפוהו אמר שמסכים להתגרש בתנאי שהאשה תבוא למקומו לקבל את הגט ואינו מסכים לגרשה ע"י שליח, והשאלה העומדת לפנינו האם בעל שכופין אותו לגרש רשאי להתנות תנאי זה או שמא כופין אותו לגרש אף ע"י שליח. בשאלה זו לכאורה ראינו לרבותינו הפוסקים שנחלקו בזה, עי' בשו"ת עוי"ט אבהע"ז סי' קס"ח (דף רמ"ו ע"א ט"ב ד"ה "ובמה") שכתב שם וז"ל:

> **ודע דאפילו באותן שכופין אותו להוציא כגון מי שרוצה לעגן אשתו כמבואר בסי׳ קנ״ד, מ״מ אם הוא כגוונא דאתא לפני כת״ר שהמתגרשת אינה כאן רק שצריך לעשות שליח להולכה לגרשה, אין יכולין לכופו לעשות שליח, דנהי דמחוייב לגרשה, מ״מ אינו מחוייב לגרשה ע״י שליח, ותבוא אליו ויגרשה, ועשיית השליחות באונס לאו כלום הוא אם לא שיאמר בפירוש שעל עשיית השליחות אינו מקפיד, אבל בלא״ה, לא.**

ועיי״ש בעוי״ט בהמשך דבריו שהוסיף, דאף דלדברי הרמב״ם (בפ״ב מגירושין ה״כ) שכתב דכפיה בגט נחשב גט ברצון ע״י הבעל ולא נחשב אונס משום דכל מה שחייב לעשות אין זה אונס, מ״מ נהי דמחוייב לגרשה, אולם אינו מחוייב לגרשה ע״י שליח.

מאידך גיסא, עי׳ בשו״ת אבני נזר אבהע״ז סי׳ מ״ו סק״כ שכתב בשם שו״ת הרשב״ש סי׳ מ״ו דמי שהניח אשתו עגונה והלך לעיר אחרת או למדה״י (בשו״ת רשב״ש שם כתוב ״והלך לעיר אחרת למדה״י), דיכולין בי״ד לכופו לשלוח גט לאשתו אף שלא תבעתו האשה, דכל ישראל בעלי דין מחמת עיגון, עיי״ש. ועיי״ש בשו״ת רשב״ש שכך היא משמעות דבריו דכופין שישלח גט ע״י שליח, עיי״ש.

ולכאורה חזינן מדבריו איפכא מדברי העוי״ט, וצ״ע האם פליגי בדין זה ומה סברת מחלוקתם, וכיצד יש להכריע לדינא בנידון.

דברי המהרשד״ם לגבי גט בתנאי ע״י אלו שכופין להוציא

ובטרם נדון ונכריע בשאלה הנ״ל, יש לחקור בתחילה בכל תנאי שמתנה בעל שניתן כנגדו פס״ד שכופין אותו לגרש, האם כופין אותו לגרש ללא כל תנאי, או שמא במקרים מסויימים אין אפשרות לכופו. ולענ״ד, יש לחקירה זו השלכות הלכתיות אף לגבי השאלה הנ״ל.

דין זה נפתח בגדולים בדברי המהרשד״ם בשו״ת אבהע״ז סי׳ מ״א, עיי״ש שנשאל לגבי שומרת יבם נערה שנפלה לפני יבם שהוא גדול בשנים והיא מאורסת לבן גילה ואינה רוצה להתייבם ליבם משום שהיא ילדה ורוצה להנשא לבחור הדומה לה, והיבם מוכן לחלוץ לה בתנאי שלא תנשא לדודה אחי אביה, עיי״ש במהרשד״ם שהאריך בתשובתו, ובסו״ד בד״ה ״אחר״ כתב שם וז״ל:

> **ואמרתי אני בלבי שאין ספק שאפילו שאותם שאמרו חכמים במשנה בפ׳ המדיר ואלו שכופין מוכה שחין וכו׳, שלא אמרו שכופין אותו לגרש אלא אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל אם ירצה לגרש אלא שרוצה להטיל אי זה תנאי בגט, בזה ודאי לא אמרו שכופין לגרש בלא תנאי, ומי שיכוף בדרך זה כמעט הייתי אומר שחזר ונפל במכשול הכפיה, אלא שעד עתה לא מצאתי מקום להתלות, ובחפשי בדין התנאי, מצאתי בב״י א״ה סי׳ קמ״ג לשון אחד, נ״ל להעתיקו הנה, כי נראה לע״ד מסכים לדברי וכו׳, וז״ל**

מצאתי בס"ה דינים שכתב בסוף ספר חזה התנופה, אע"פ שנותן גט לאשתו על מנת שלא תלכי לבית אביך שהגט כשר והתנאי קיים, אין לשום אדם שישתדל בגט שיתן בתנאי כזה, כי אין ספק שלא יתקיים התנאי זה, שאי אפשר שתעמוד על נפשה מלכת לבית אביה, ונמצא גט בטל ובניה ממזרים למפרע, אם המגרש הזה מאלו שכופין לגרש ולא רצה לגרש רק בתנאי זה, אין שומעין לו וכופין לגרש בלא תנאי זה, עכ"ל, ראיתי וישמח לבי, שהרי כל המעיין יראה שקל להבין מתוך זה הלשון שנתבררה כוונתו, שהנה כתב שני פעמים מלת זה, והיה ראוי שיאמר רק בתנאי ותו לא, אלא ודאי דוקא תנאי זה שכמעט נמנע מלהתקיים הוא דקאמר שכופין לגרש בלא זה, הא תנאי אחר שנקל לקיים, אין ספק שהכופה לגרש בלא תנאי, מרבה ממזרים לדידן דקיימ"ל דאין כופין אפי' במאיס עלי, וה"ה והוא הטעם לדידן דקיימ"ל דאין כופין לחלוץ, דלא כפינן ליה אם ירצה לחלוץ כאשר יהיה בטוח שלא תנשא יבמתו זאת לאותו פ', וא"כ הנראה לע"ד שאין ראוי לכופו, אפי' להתרחק ממנו כנז"ל אם ירצה לחלוץ ע"ד הנז'. בוחן לבבות וכליות יודע כי דברים אלו אצלי כנתינתן מסיני, אין בהם נפתל ועקש כפי מה שהשיגה ידי בראשונה ובאחרונה.

וחזינן מדברי מהרשד"ם שכתב דכל היכא שמתנה תנאי שנקל לקיים, אין כופין אותו לגרש ללא התנאי שהתנה.

ובטרם נדון ונבאר את כוונת מהרשד"ם, יש לברר בתחילה האם דעתו מוסכמת על הפוסקים.

שיטות רבותינו האחרונים בדברי מהרשד"ם

וראיתי לבאה"ט אבהע"ז ריש סי' קנ"ד סק"א שכתב: "והא דכופין היינו כשאינו רוצה לגרש כלל, אבל אם רוצה לגרש בתנאי אין כופין, רשד"ם חלק אבהע"ז סוף סי' מ"א". וכעי"ז כתב אף בכנה"ג אבהע"ז ריש סי' קנ"ד הגה"ט סק"א, וז"ל: "אלו שכופין אותו להוציא וליתן כתובה וכו', נ"ב, והיינו כשאינו רוצה לגרש כלל אבל אם רוצה לגרש בתנאי אין כופין, רשד"ם חא"ה סוף סי' מ"א".

שני דברים למדנו מדברי באה"ט והכנה"ג, ראשית, שהביאו את דברי מהרשד"ם ללא חולק ומשמע מדבריהם שדעתו מוסכמת על כל הפוסקים, שנית, כתבו בסתמא שאם רוצה לגרש בתנאי, דאין כופין, ולא פירטו איזה תנאי מתנה המגרש. וסתימת דבריהם בנידון, נתנה פתח להבנת דברי המהרשד"ם שכביכול יש בידו של הבעל האפשרות להתנות כל תנאי שירצה.

וכן משמע מדברי השו"ע באבהע"ז סי' קמ"ג סעיף כ"א שדברי מהרשד"ם מוסכמים על כל הפוסקים, שהרי הביא שם להלכה את ספר חזה התנופה המובא במהרשד"ם הנ"ל, וז"ל השו"ע שם: אמר לה על מנת שלא תלכי לבית אביך עד זמן פלוני, אע"פ שהגט כשר והתנאי

קיים, אין לשום אדם להשתדל בגט שינתן בתנאי זה, כי אי אפשר לעמוד על נפשה מלכת לבית אביה ונמצא גט בטל ובניה ממזרים, ואם המגרש הוא מאותם שכופין להוציא ולא רצה לגרש אלא בתנאי זה כופין אותו לגרש בלא תנאי זה עכ״ל. (ומקור דבריו מספר חזה התנופה הנ״ל שהוא קיצור פסקי הרא״ש, והו״ד בשו״ת חיים שאל סוף ח״ב). ומאחר שהשו״ע הביא את לשונו של ספר חזה התנופה, משמע שדוקא בתנאי זה המוזכר שם כופין אותו לגרש ללא תנאי זה, אך אם התנה תנאי אחר שנקל לקיימו, אין כופין אותו לגרש ללא התנאי וכדברי מהרשד״ם הנ״ל. כמו״כ חזינן מדבריו שלא הביא כל דעה החולקת על כך.

וכ״כ להדיא מהריק״ש בספרו ערך לחם אבהע״ז סי׳ קנ״ד סעי׳ כ״א על דברי השו״ע הנ״ל, וז״ל: משמע דהא אי רצה לגרש בתנאי כשר, אין כופין לגרש בלא תנאי.

מאידך גיסא, הוסיף שם מהריק״ש דהרשב״א חולק על דין זה ויש להכריע להלכה כדברי הרשב״א (ודלא כהכרעת השו״ע) וז״ל שם: ועיין לעיל דין י״ו, ונ״ל דלא שבקינן מאי דקאמר הרשב״א בהדיא משום דיוקא, דאפשר דלרווחא דמילתא קאמר, א״נ, כך היה המעשה שהשיב עליו ולא תידוק מיניה. עכ״ל.

וכוונת מהריק״ש למש״כ שם בסעיף י״ו, וז״ל: כל מי שכופין אותו מן הדין אינו רשאי להתנות על מנת שלא תנשאי לפלוני, מהרי״ק (מהר״י קארו) בשם הרשב״א ז״ל, ספר בדק הבית, ועיין סי׳ קנ״ד דין ב׳, עכ״ל.

ועי׳ בערך לחם סי׳ קנ״ד סעי׳ ב׳ שכתב שם וז״ל: להטיל תנאי בגט, אין שומעין לו כלל, ורשד״ם חילק בתנאים, סי׳ מ״א, **ולראשונים ז״ל שומעין**, עכ״ל.

וכוונת מהריק״ש לדברי הרשב״א שהו״ד בב״י סי׳ קמ״ג בהג׳ בדק הבית שם (עמ׳ ש״ג – הוצ׳ מכון ירושלים) וז״ל: כתב הרשב״א בתשובה, כל מי שכופין אותו לגרש מן הדין, אינו רשאי להתנות על מנת שלא תנשאי לפלוני, עכ״ל. ומאחר שהרשב״א סתם את דבריו דלעולם אינו יכול להתנות ע״מ שלא תנשאי לפלוני, א״כ דבריו אלו לכאורה סותרים לדברי מהרשד״ם הנ״ל שכתב שרשאי היבם לחלוץ על מנת שלא תנשא לאותו פלוני המוזכר שם, ואין לכופו לחלוץ ללא התנאי שהתנה, ומאחר שלכאורה הרשב״א חולק על מהרשד״ם, על כן כתב מהריק״ש דלראשונים שומעים, כלומר דלהלכה אם התנה כן, כופין אותו לגרש ללא התנאי.

אך עדיין צ״ע בדברי מהריק״ש, שהרי הב״י שם (בעמ׳ ש״ד – דפוס מכון ירושלים) הביא את ספר חזה תנופה הנ״ל וכן בשו״ע הנ״ל הביא את דבריו להלכה, וא״כ כשהביא הב״י בהג׳ בדק הבית את דברי הרשב״א היה צריך להעיר שדברי הרשב״א סותרים לתשובת הרא״ש שבספר חזה התנופה שמשמע להדיא שם שבכל תנאי אחר שאינו דומה לתנאי המוזכר שם, אין כופין לגרש ללא התנאי, ואף מהריק״ש הנ״ל דייק כן מלשון ספר חזה התנופה, ומאחר שהשו״ע לא העיר מאומה הן בהג׳ בדק הבית והן בשו״ע סי׳ קמ״ג סעי׳ כ״א הנ״ל, משמע מדבריו דס״ל דתשובת הרשב״א אינה חולקת על ספר חזה התנופה ומהרשד״ם.

וכן משמע מדברי המל"מ פ"ח מהל' גירושין הי"א דלא פליגי שתי התשובות הנ"ל, שהרי הביא שם בחדא מחתא הן את ספר חזה התנופה שהביאו הב"י והן את תשו' הרשב"א שהו"ד בהג' בדק הבית שם, ולא העיר כלל ששתי התשובות סותרות זא"ז, ומשמע דלא כמהריק"ש.

שו"ר בשו"ת מהרש"ם ח"ה סי' ס' (דף ס"ו ע"ב ט"א) שכתב שם אף הוא כדברי מהריק"ש דלפי מש"כ בבדק הבית שם בשם הרשב"א דהיכא דכופין להוציא, אין לו להתנות שלא תנשא לפלוני, מוכח דבכל גווני אין בידו להתנות, עכ"ד. ואף דבריו צ"ע מדברי הב"י שלא העיר כלל דפליגי, וכמו"כ השו"ע הביא להלכה אך ורק את ספר חזה התנופה, משמע דס"ל לשו"ע דלא פליגי.

וחזינן דהכנה"ג והבאה"ט הביאו את דברי מהרשד"ם ללא חולק, ואף מדברי השו"ע משמע כן כמשנת"ל, מאידך מהריק"ש ומהרש"ם ס"ל דפליגי.

והמעיין בדברי מהריק"ש ומהרש"ם יראה ששניהם ציטטו את תשובת הרשב"א שהובאה בקיצור בהג' בדק הבית, ומשמע מדבריהם שלא ראו את תשובת הרשב"א המקורית בנידון, וכנראה הב"י וכן הכנה"ג והבאה"ט ראו את תשובת הרשב"א המקורית שממנה מוכח דהרשב"א לא פליג כלל על תשו' הרא"ש שבספר חזה התנופה וכפי שיבואר להלן בהמשך דברינו.

הביאור שכתבו דייני דורינו בדברי מהרשד"ם, ההשגות שלהם על דבריו והתמיהות בדבריהם

וראיתי לדייני דורנו שהאריכו בדברי מהרשד"ם הנ"ל (והו"ד בפסקי דין ובקבצים וספרים שונים), ויש שהבינו בדבריו שאכן רשאי הבעל להתנות אף תנאי מוגזם כשבידי האשה לקיימו, וק"ו תנאי שאינו מוגזם אף שהוא תנאי שהבעל אינו זכאי לו מן הדין, ובעקבות הבנתם זו נערמו קשיים בגירושי אשה אף שבעלה בר כפיה, ובעלים שניתן כנגדם פס"ד לכפיה מתנים תנאים שונים ומשונים ומעכבים בכך את הגט.

ויש שהוסיפו בדבריהם לחדש שמאחר שמהרשד"ם כתב בסו"ד שאף את ההרחקות אין לעשות כנגדו, משמע מדבריו דאין מוטל על הבעל אף חיוב לגרש את אשתו כשרוצה לגרש בתנאי, שהרי כל אדם החייב לגרש עושין כנגדו את ההרחקות דר"ת כמש"כ הרמ"א בסי' קנ"ד סעי' כ"א, ומאחר שכתב מהרשד"ם שאין עושין כנגדו אף את ההרחקות, מוכח שאף אינו חייב לגרש בכה"ג, ולדבריהם כל אדם החייב לגרש או שכופין אותו לגרש, יוכל להתנות תנאי שבידי האשה לקיימו ויפטר בזה הן מהכפיה והן מהחיוב. ויש לתמוה בדבריהם, דא"כ, מה הועילו חכמים בתקנתם שתקנו דין חיוב או דין כפיה לגט כשאינו בר ביצוע.

ויש שתמהו על מהרשד"ם, היתכן שאדם שנחרץ דינו לכפיה יוכל להרים ראש ולהתנות תנאים שאינו זכאי להם, הרי מאחר שנחרץ דינו, יקוב הדין את ההר ויגרש באופן מיידי ללא כל תנאי.

עוד תמהו על מהרשד״ם, דלדבריו כל הדין המופיע בכמה דוכתי במס׳ כתובות דיוציא ויתן כתובה, אינו בר ביצוע, דלעולם כל בעל החייב לתת גט, יתנה עם אשתו שתמחל לו על הכתובה ואם לא תסכים, לא יגרשה, שהרי לדבריהם הנ״ל, פקע חיובו מלגרש כשרוצה לגרש בתנאי.

ויש שכתבו שכל רבותינו הראשונים חולקים על מהרשד״ם והם הרשב״א הנ״ל, הרשב״ש וחוט המשולש שבתשב״ץ (ולהלן נצטט את דבריהם).

ויש כתבו להביא ראיה מהתוס׳ בכתובות ע״ז ע״א דלא כמהרשד״ם, דאיתא שם בגמ׳ ועל כולן אמר ר׳ מאיר אע״פ שהתנה עמה, יכולה היא שתאמר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל ועכשיו איני יכולה לקבל. ובתוס׳ שם ד״ה ״סבורה״ כתב וז״ל: קצת תימה, דא״כ כל אשה תערים ותשאנו כדי שיתן לה כתובה, שתאמר איני יכולה לקבל ויגרשנה, ושמא במקום שיש חשש ערמה, אין לה כתובה. עכ״ד. ולכאורה לדברי מהרשד״ם ליכא כאן כלל חשש ערמה, שהרי הבעל יגרש על מנת שתמחול לו כתובתה, ומוכח מהתוס׳ שאינו רשאי להתנות כן ודלא כמהרשד״ם.

ויש שכתבו עוד בהבנת המהרשד״ם שאף לדבריו, מדינא אין הבעל יכול להתנות שרוצה סכום כסף עבור הגט, אלא משום חומר דין כפיה אמרינן שאין ביה״ד כופין אותו אם באפשרותה של האשה לקיים את התנאי.

אך מדברי מהרשד״ם לא משמע כן, שהרי המהרשד״ם כתב ״שהכופה לגרש ללא תנאי, ״**מרבה ממזרים**״, וברור הדבר שאם דברי המהרשד״ם נאמרו לחומרא בלבד משום חומר דין כפיה, לא היה המהרשד״ם מתבטא כך.

וכל המתבונן בהבנתם בדברי מהרשד״ם והשגותיהם עליו, עומד ומשתומם על שעשו את דברי מהרשד״ם כסותרים את משמעות סוגיות הש״ס ודברי רבותינו הראשונים, ותלו בו דברים שלא ניתנים לאומרם, והרי רבינו המהרשד״ם היה רב רבנן בתקופת דור דעה של מרן הב״י, וישב בדין עם מהריב״ל (עי׳ רשד״ם יור״ד סי׳ ק״כ), והיה רבם של הלח״מ ומהרש״ח, ופוק חזי בתשובת אבקת רוכל למרן הב״י סי׳ קמ״ז ששלחו לו לחוות דעתו על תשובת מהרשד״ם בנושא מסויים שהמבי״ט חלק עליו, וכתב ע״ז מרן הב״י ״וכשעיינתי בפס׳ הנז׳, אמרתי יוד קרת קא חזינא וכו׳ ובהיותי נפלא ותמה **איך אפשר שימצא מי שיחלוק עליו** וכו׳ וגם אחרי ראותי דבריו (דברי המבי״ט), במקומי אני עומד **לאשר ולקיים פסק הח״ר שמואל** וכו׳ עכ״ל, עיי״ש, ובפרט שמהרשד״ם בעצמו העיד על דבריו שדברים אלו אצלו כנתינתן מסיני אין בהם נפתל ועקש, וא״כ איך תלו בו נפתולים ומעקשים רבים, וברור הדבר שהמהרשד״ם לא התכוון מעולם לדברים שתלו בו.

שלשה יסודות בדין כפיה לגט - הבסיס להבנת דברי מהרשד"ם

בטרם נבאר את דברי רבינו המהרשד"ם, יש להקדים בתחילה שלשה יסודות הלכתיים בדין כפיה לגט המהווים בסיס להבנת דברי מהרשד"ם.

היסוד הראשון הוא שדין כפיה לגט הבא מחמת טענות האשה (ולא מחמת איסורי נישואין וכדו'), תקנו חז"ל כדי להציל את האשה מעגינותה, וכ"כ להדיא בשו"ת רדב"ז ח"ד אלף רכ"ח (קנ"ז) "דבשלמא בעל פוליפוס וחבריו, ירדו חכמים לסוף דעת כל הנשים ואינן יכולות לסבול וכו'", וכ"כ בשו"ת חכם צבי סי' א' (דף ב' ע"ב ד"ה חבל) דהכפיה בגט ובחליצה הוא משום עיגון דידה וזה מוכח מדברי התוס' ריש פ' המדיר ופ' הבע"י וכ"ד הנמו"י, עיי"ש.

היסוד השני הוא, דהגדרת "מקום עיגון" הוא לאו דוקא במקרה שיש חשש שהאשה תשאר עגונה כל ימיה, אלא אף עיגון לזמן נחשב לעיגון, וכ"כ להדיא בשו"ת שו"ת אריה אבהע"ז סי' ח', וז"ל שם: ועוד נ"ל דאין סברא לומר דלא הוי עיגון רק כל ימיה דוקא מיקרי עיגון, אבל עיגון איזה זמן לא שמיה עיגון כלל להקל עי"ז, דאיזה גבול וזמן נוכל לגבול ע"ז וכו', ושורש מלת עגונה הוא ממה דכתיב גבי נעמי וכו' הלהן תעגנה, הרי דעיגון לזמן עד שיגדל מיקרי עיגון, ולאו דוקא עיגון עולמית מיקרי עיגון וכו', ובודאי אין סברא לחלק בין שנה אחת לכמה שנים, וא"כ נתת דבריך לשיעורין", ועיי"ש עוד בד"ה "והנה" שדייק מדברי הרד"ך (בבית ג' ד"ה "ולרווחא") שכתב ד-ג' או ד' חדשים לא מיקרי שעהד"ח, ומשמע דדוקא ג' או ד' חדשים לא הוי עיגון אבל כשממתינה שנה ויותר. י"ל דהוי מקום עיגון. ועי' עוד בשו"ת שמחת יו"ט (למהרי"ט אלגאזי) סי' י"ב בשם חכמי טבריא בשאלתם שם שכתבו דאף עיגון זמני, מיקרי עיגון, ועי' עוד בשו"ת פ"י אבהע"ז סי' פ' ד"ה "נראה" שדן שם לגבי גט שנמצאו בו בעיות הלכתיות והבעל דורש כסף רב עבור גט נוסף, וכתב שם הפ"י וז"ל: "כיון דאיכא חשש עיגון שתתעגן לימים רבים טרם שתשיג הגט, מיקרי עיגון", כלומר, אף שבסוף תתגרש בגט הנוסף, בכ"ז מאחר שצריכה להמתין, חשיב עיגון, (והו"ד בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' רנ"א סוסק"א).

היסוד השלישי הוא, שכל תקנת חז"ל בדין כפיה בגט נתקנה אך ורק כשהבעל אינו רוצה לגרש, אך אם מצהיר שרוצה לגרש אלא שמתנה תנאי שנקל לקיימו, לא תקנו חז"ל דין כפיה לדברי מהרשד"ם. והנימוק לכך הוא דבכה"ג אין האשה נחשבת לעגונה משום שיש לה אפשרות להתגרש באופן מיידי, ומאחר שכל דין כפיה תיקנו חז"ל כדי למנוע את עגינות האשה, על כן בכה"ג ס"ל למהרשד"ם דלא תיקנו חז"ל את תקנתם.

שלשת היסודות הנ"ל הם הבסיס להבנת דברי מהרשד"ם הנ"ל, ובתחילה ברצוננו להתייחס ליסוד השלישי הנ"ל המופיע בתחילת דבריו של המהרשד"ם "שלא אמרו שכופין אותו לגרש אלא אם אינו רוצה לגרש כלל", כלומר, שחז"ל לא תקנו דין כפיה אלא כשמסרב לגרש, ודין זה אינו צריך כל ראיה, משום שכך היא משמעות התקנה, אלא שמהרשד"ם הוסיף בזה דבר חידוש והוא, שאם רוצה לגרש אלא שרוצה להטיל איזה תנאי בגט, בזה ודאי לא אמרו שכופין

לגרש בלא תנאי, וכוונת מהרשד"ם בזה שאף כשמטיל תנאי בגט שנקל לקיימו (כפי שמבואר בהמשך דברי המהרשד"ם), עדיין נחשב הבעל בגדר של "רוצה לגרש" וכשהבעל רוצה לגרש, לא תקנו בזה דין כפיה, ואם בכ"ז כפוהו, לא נחשב כמגרש לרצונו כמשנת"ל, ומשו"ה כתב מהרשד"ם "מי שיכוף בדרך זה כמעט הייתי אומר שחזר ונפל במכשול הכפיה".

ועל חידוש זה, שאף כשמטיל תנאי קל, נחשב עדיין כמגרש מרצונו, כתב מהרשד"ם שלא מצא ראיה לזה, אך בהמשך דבריו הביא ראיה לכך מספר חזה התנופה.

ועתה עלינו לברר מהו גדר התנאי "שנקל לקיים" שלדברי מהרשד"ם נחשב בכה"ג כמגרש לרצונו ואסור לכופו לגרש ללא תנאי זה, ואם כפוהו הגט בטל "ומרבה ממזרים" כלשון מהרשד"ם, וכמו"כ עלינו לברר מהו הגדר של תנאי שקשה לקיימו שאף לדברי מהרשד"ם כופין בכה"ג שיגרש ללא תנאי, ובתחילה נבאר את הגדר של תנאי שקשה לקיימו.

הגדרת תנאי שקשה לקיימו לשיטת מהרשד"ם

המעיין בדברי מהרשד"ם יראה שראה בדברי ספר חזה התנופה את הבסיס והראיה לדבריו הנ"ל, ועל כן יש להקדים בתחילה את דברי ספר חזה התנופה המובאים בב"י אבהע"ז סי' קמ"ג ומתוכם נלמד את הגדר האמיתי בנידון. וז"ל הב"י שם: (טור אבהע"ז סי' קמ"ג עמ' ד"ש-הוצ' מכון ירושלים - תשנ"ט).

> **מצאתי בס"ה דינים שכתבם בסוף ספר חזה התנופה, אע"פ שנותן גט לאשתו על מנת שלא תלכי לבית אביך שהגט כשר והתנאי קיים, אין לשום אדם להשתדל בגט שינתן בתנאי כזה כי אין ספק שלא יתקיים התנאי הזה שאי אפשר שתעמוד על נפשה מלכת לבית אביה ונמצא הגט בטל ובניה ממזרים למפרע, ואם המגרש הזה מאלו שכופין לגרש ולא רצה לגרש רק בתנאי זה, אין שומעין לו וכופין לגרש בלא תנאי זה.**

ויש להעיר בזה כי ספר חזה התנופה הוא קיצור תשובות הרא"ש שקיצר הרב ר' משה בן הקדוש הר' משה די ברושליש, והוא קיצור כללי הרא"ש הנדפסים (בשו"ת הרא"ש), ועי' בספר שם הגדולים לחיד"א מע' ספרים ערך חזה התנופה שכתב בסו"ד שהדפיסם בספרו חיים שאל ח"ב.

תשובה זו שבספר חזה התנופה מופיעה בשו"ת הרא"ש כלל מ"ג סי' י"ב, וז"ל שם:

> **מה שכתבתי לך בתנאי שלא תלכי לבית אביך וכו' פשיטא שהגט כשר והתנאי קיים, אך כתבתי שאין שום אדם רשאי להשתדל בגט שיותן בתנאי זה, כי ודאי יבוא לבטל תנאי זה, ונמצא גט בטל ובניה למפרע ממזרים, אבל אם נעשה בדיעבד, הגט כשר והתנאי קיים, אבל לכתחילה, אם הוא מאותם שכופין אותו להוציא, כופין אותו שיגרש ולא יטיל תנאי זה בגט.**

והנה, לכאורה יש לתמוה מאד בתשובת הרא״ש הנ״ל, מדוע בתנאי המוזכר שם כופין את הבעל לגרש ללא התנאי ההוא, הרי כל דין כפיה נאמר במקום שהבעל מעגן את אשתו, ולכאורה בתנאי שלא תלכי לבית אביך, אין כל קושי לקיים באופן פיזי תנאי זה שהוא תנאי בשב ואל תעשה ואין דורשים מהאשה שתעשה כל פעולה, אלא שלא תלך לבית אביה, וא״כ מדוע לא נחשבת האשה כמעגנת את עצמה ומדוע לא יאמרו לאשה שתואיל בטובה להשאר בביתה ולא תעגן את עצמה, ולכאורה בכה״ג אין הבעל נחשב כמעגן את אשתו ומדוע כופין אותו לגרש ללא תנאי זה.

אך הביאור בתשובת הרא״ש הוא, שהכירו חז״ל את כוחות הנפש וטבען של הנשים שהן אנוסות ורדופות ללכת לבית אביהן ואין בכוחם הנפשי להתנגד לטבען, ובע״כ ילכו ביום מן הימים לבית אביהן והגט יתבטל ותשארנה עגונות, ומאחר שהן אנוסות לכך ואין הדבר תלוי בידיהן, על כן נחשב הבעל בכה״ג כמעגן את האשה, ואין האשה נחשבת כמעגנת את עצמה.

מקרה זה המובא בתשובת הרא״ש, הוא בנין אב למקרים שבהם נחשב הבעל למעגן את האשה, כלומר, שמתוך דברי תשובת הרא״ש משמע להדיא שהגדרת המושג של ״קשה לקיימו״ אינו קשור ליכולת הפיזית בלבד לקיימו, שהרי ברור שבאופן פיזי יכולה האשה להשאר בבית ולא ללכת לבית אביה, אלא הגדרת המושג הנ״ל תלויה אף ביכולת הנפשית לעמוד בתנאי זה, ואם אין אפשרות נפשית לעמוד בכך, נחשב הדבר כתנאי שאין אפשרות לקיימו.

דוגמאות מובהקות לנידון הרא״ש הנ״ל ניתן להביא מהמקרים השכיחים והנידונים בבתי הדין, וכגון במקרה שלאשה יש בכספת הפרטית שלה סכום גדול של ירושה מהוריה וכדו׳, והבעל הצהיר שמוכן לגרשה בתנאי שהאשה תתן לו במתנה את כל תכולת הכספת, ובמקרים מעין אלו, כל הנשים שהבעל מציב להן תנאי שכזה, מתקוממות כנגדו ואינן מוכנות בשום אופן לסחטנות הבעל ובפרט שסבלו ממנו לעין ערוך, (שהרי חייבוהו בגט ואף הוציאו פס״ד של כפיה כנגדו), ואף שלכאורה, באופן פיזי, קל מאד לקיים תנאי זה שהרי בידי האשה האפשרות לקחת את תכולת הכספת ולתת לבעלה ולהתגרש באופן מיידי, אך אעפ״כ אין האשה נחשבת במקרה מעין זה כמעגנת את עצמה, וזאת משום שכל הנשים במצב זה, טבען אינו מאפשר להם סחיטה שכזו, ובאופן טבעי כולן מסרבות לכך ונשארות עגונות תקופה ארוכה, ובכה״ג נחשב הבעל כמעגן את אשתו וכופין אותו לגרשה ללא תנאי זה וכדברי תשובת הרא״ש הנ״ל.

יש להעיר עוד, כי אף במקרים מסויימים שלאחר תקופה ארוכה, האשה נכנעת לגחמות בעלה ובלית ברירה נותנת לו את מבוקשו, בכ״ז, מאחר ועד לכניעתה היתה עגונה תקופה ארוכה, אף עיגון לזמן, נחשב לעיגון כמשנת״ל בשם הפוסקים, והבעל אינו רשאי לעגנה אף לתקופה מוגבלת וכופין אותו באופן מיידי לגרשה ללא תנאי זה.

דוגמא מובהקת נוספת השכיחה בבית הדין והדומה לנידון הרא״ש הנ״ל, היא תנאי שמתנה הבעל שהאשה תעביר למשמורתו את הילדים המשותפים, ולכאורה אף כאן האשה

יכולה באופן פיזי ברגע קט לחתום על סעיף בהסכם הגירושין שמעבירה את משמורת הילדים לאב, אך בכ״ז אם היא מסרבת לכך אינה נחשב כמעגנת את עצמה, וזאת משום שכל הנשים, טבען אינו מאפשר להן להפרד מילדיהן וכולן זועקות כנגד תנאי זה ומסרבות באופן מוחלט לכך ומוכנות אף להשאר עגונות ובלבד שלא יפרדו מילדיהן, וטבען הוא שאונס אותן לסרב לתנאי זה, ועל כן, הבעל הוא שנחשב למעגן את אשתו בתנאי מעין זה וכופין אותו לגרש באופן מיידי ללא תנאי זה.

העולה מכל הנ״ל הוא, שכל תנאי שהבעל מתנה למתן הגט וכל הנשים מסרבות לו משום שטבען אינו מאפשר להן להסכים לכך, נחשב הבעל שמעגן את אשתו בתנאי זה, וכופין אותו לגרש ללא תנאי זה, והמקור לכך הוא תשו׳ חזה התנופה ותשו׳ הרא״ש הנ״ל שכל היכא שהאשה אנוסה נפשית שלא לקיים את התנאי, אינה נחשבת למעגנת את עצמה אלא הבעל הוא שמעגן אותה.

הגדרת תנאי ״שנקל לקיים״ לשיטת מהרשד״ם

והנה, כשם שתשובת חזה התנופה ותשו׳ הרא״ש הנ״ל הן בנין אב לגדר של תנאי שקשה לקיימו דבכה״ג כופין לגרש ללא תנאי, כך נידון המהרשד״ם בתשובתו הנ״ל, מהווה בנין אב להגדרת תנאי ״שנקל לקיים״ המופיע במהרשד״ם שם שבכה״ג אסור לכופו לגרש ללא תנאי זה, ואם כפוהו לכך הגט בטל ובניה ממזרים.

ויש להקדים בזה, שהבעיה שניצבה בפני מהרשד״ם היא אחת הבעיות השכיחות בבתי הדין, כי הנה במקרים שבהם כופין את הבעל, ישנם מקרים שבהם הבעל מתנה תנאי שקשה לקיימו כמפורט לעיל, מאידך ישנם מקרים שהבעל מתנה תנאי שנקל לקיימו, וכגון שמתנה שהאשה תתן לו טרם מתן הגט סך של סכום כספי קטן שכל אשה יכולה בקלות לשלם סכום זה, אך במקרה שהאשה מתעקשת שלא לשלם לבעל כל סכום שהוא וטוענת בביה״ד שמאחר שהבעל הוא בר כפיה, על כן מבקשת לכופו לגרשה ללא כל תנאי, והבעיה הניצבת בפני ביה״ד, האם בכה״ג כופין לגרשה ללא תנאי זה, או שמא מאחר שמסכים לגרשה אלא שמתנה תנאי שנקל לקיימו ויש באפשרותה להתגרש בקלות באופן מיידי, אינה נחשבת בכה״ג לעגונה, על כן אין כופין אותו בכה״ג לגרשה.

בעיה מעין זו עמדה בפני מהרשד״ם בשאלה הנ״ל, עיי״ש שנשאל במקרה שהיבמה צעירה ואף מאורסת לבן גילה, ואף הצהירה שאינה רוצה ביבם זקן אלא בבן גילה הדומה לה, וכמו״כ סביר להניח שתנשא לבן גילה, אך בכ״ז היבמה התעקשה ובקשה מביה״ד לכופו לחלוץ ללא כל תנאי שמגביל אותה, ועל שאלה זו השיב המהרשד״ם את תשובתו הנ״ל.

ובתחילה ברצוננו לצטט מספר משפטים מהשאלה שנשאל המהרשד״ם הנ״ל שיש בהם כדי להבהיר את הגדרת המהרשד״ם בענין תנאי ״שנקל לקיים״.

ובכן, המהרשד"ם נשאל שם לגבי רחל שנפלה לפני ראובן היבם **והוא גדול בשנים ויש לו אשה ובנים**, והיבמה היא נערה יתומה **ואירסוה לבן גילה**, והיבמה הנערה הנ"ל טוענת שאינה רוצה להתייבם לראובן יען **כי היא ילדה ורוצה להנשא לבחור הדומה לה**, והיבם הנזכר הוא **גדול בשנים** והוא מטופל באשה ובבנים, אך היבם מסרב לחלוץ לה משום שחושש שלאחר החליצה, **דודה הזקן** של היבמה ילחץ עליה ויפתה אותה שתנשא לו "**שהוא איש כבר בא בימים**" (עיי"ש סוד"ה "ואחר"), כלומר שהיבם היה מוכן לחלוץ לה בתנאי שלא תנשא לדודה הזקן אך היבמה סירבה שהיבם יגביל אותה בתנאי הנ"ל וביקשה מביה"ד שיכופו אותו לחלוץ ללא תנאי, ונשאל מהרשד"ם האם ניתן לכופו לחלוץ ללא תנאי זה, וע"ז השיב מהרשד"ם שם את תשובתו שמאחר שרוצה לחלוץ אלא שמתנה תנאי שנקל לקיימו, על כן אסור לכופו לחלוץ ללא תנאי זה.

ועתה, הבה ונבדוק את מהותו של תנאי זה.

הנה, בראשית דבריו כותב המהרשד"ם שהיבמה היא נערה צעירה שהצהירה שאינה מוכנה בשום אופן להתייבם ליבם זה משום שהוא **גדול בשנים והיא רוצה להנשא לבחור** הדומה לה, כלומר, לאור הצהרתה זו, סביר להניח שאף לא תנשא לדודה "**שהוא איש בא בימים**", אך היבם חשש שמא דודה הזקן ילחץ עליה שתנשא לו, (עיי"ש בלשונו של מהרשד"ם "וירא ראובן היבם הנז' שאם יחלוץ לרחל הנזכרת, שמא ישאנה לוי הנזכר"), ולכן התנה את התנאי הנ"ל.

ועל כן כתב מהרשד"ם **דבתנאי כזה שנקל לקיימו**, כלומר, מאחר שליבמה יש אפשרות להנשא לאחר החליצה לכל בני גילה, אינה נחשבת לעגונה ע"י תנאי זה שהתנה היבם וכמו"כ נחשב היבם כרוצה לייבם, וכשהיבם רוצה לייבם, לא תקנו חז"ל לכופו, ובכה"ג בבעל שהוא בר כפיה לגירושין, אם בכ"ז כפוהו לגרש ללא תנאי זה שנקל לקיימו, כתב מהרשד"ם שהגט בטל ובניה ממזרים.

תשובת המהרשד"ם הנ"ל, היא בנין אב להגדרת תנאי "שנקל לקיים", כלומר שכל תנאי שהבעל מתנה לחליצה או למתן גט באופן שאין כל סיכוי שהאשה תתעגן אפי' לזמן מוגבל, רשאי הבעל להתנות תנאי זה, ואסור לכופו לגרש ללא תנאי זה, ואם כפוהו, הגט בטל.

כמו"כ תשובת המהרשד"ם הנ"ל דומה למקרה השני הנ"ל השכיח בביה"ד כשהבעל מתנה תנאי שנקל לקיימו אך האשה מתעקשת לכופו ללא תנאי זה, שהרי אף בנידון מהרשד"ם היבמה הצהירה במפורש שרוצה להנשא לבחור הדומה לה ואינה רוצה להתייבם ליבם שהוא גדול בשנים ובכ"ז מתעקשת לכופו שיחלוץ לה ללא תנאי, ועל זה כתב מהרשד"ם את חידושו שמאחר שעל אף התנאי שהתנה היבם, בכ"ז יש באפשרותה להנשא בקלות לכל בני גילה, על כן אינה נחשבת לעגונה ואין אפשרות לכופו לחלוץ ללא תנאי, ומעתה לפי"ז, אף באופן הנ"ל השכיח בביה"ד כשהבעל מתנה את מתן הגט בתשלום של סכום קטן, מאחר שנקל לקיימו,

אין האשה נחשבת לעגונה, ובכה״ג לא תקנו חז״ל לכופו כשמסכים לגרשה בתנאי זה, ועל כן אסור לכופו לגרש ללא תנאי זה, ואם כפוהו, הגט בטל לדברי מהרשד״ם.

שיטת רבותינו הראשונים בנידון כדברי מהרשד״ם

ועתה עלינו לברר האם דינו הנ״ל של מהרשד״ם מוסכם על רבותינו הראשונים או שמא יש מי שחולק עליו.

הבאנו לעיל את דברי מהריק״ש בספרו ערך לחם אבהע״ז סי׳ קמ״ג שכתב דהרשב״א חולק על מהרשד״ם וכמו״כ הוסיף שם: ״ולראשונים שומעים״, כלומר שמהריק״ש הכריע כרשב״א. ולעיל הערנו שמהריק״ש הסתמך על דברי הרשב״א המובאים בקיצור בהג׳ בדק הבית שבב״י סי׳ קמ״ג, וכן המהרש״ם בח״ה סי׳ ס׳ ציטט את דברי הרשב״א המובאים בקיצור בהג׳ בדק הבית, ועל כן אף הוא כתב דהרשב״א חולק על מהרשד״ם.

ומאחר שמשמע להדיא מדבריהם שלא ראו את תשובת הרשב״א המקורית בנידון, על כן יש להניח שהסיקו מתוך תשובת הרשב״א הקצרה שהו״ד בהג׳ בדק הבית שהרשב״א חולק על מהרשד״ם, אך כל המעיין בתשובת הרשב״א המקורית יראה שאינו חולק כלל.

ובתחילה נצטט בשנית את דברי הג׳ בדק בבית בשם הרשב״א המובאים בב״י סי׳ קמ״ג (בטור שם עמ׳ ש״ג-דפוס מכון ירושלים), וז״ל הב״י שם:

> **כתב הרשב״א בתשובה, כל מי שכופין אותו לגרש מן הדין, אינו רשאי להתנות על מנת שלא תנשאי לפלוני.**

ומאחר שדברי הרשב״א כאן הובאו בקצרה ללא כל נימוק, על כן למדו מכאן המהריק״ש ומהרש״ם דהוא דין נוסף בהלכות כפיה בגט, שכל אדם שהוא בר כפיה, אין באפשרותו להתנות כל תנאי שהוא, ויקוב הדין את ההר, כלומר מאחר שכבר נגזר דינו לכפיה, אין לו כל זכות להטיל הגבלות ע״י תנאי כל שהוא או לבקש כל בקשה המגבילה את הכפיה, ואם התנה כל תנאי שהוא, כופין אותו לגרש ללא כל תנאי. ועפי״ז כתבו, שהרשב״א חולק על מהרשד״ם, שהרי המהרשד״ם כתב דאם הבעל התנה שחולץ להתירה חוץ מאותו פ׳, שאסור לכופו לגרש ללא התנאי שנקל לקיימו.

אך כל המעיין בתשובת הרשב״א המקורית המובאת בשו״ת הרשב״א ח״ד סי׳ רנ״ו יראה שאין כוונתו לאמור לעיל בכוונת דבריו וכפי שיבואר להלן.

ויש להקדים בתחילה שהרשב״א נשאל שם האם הבעל רשאי להתנות שנותן את הגט על מנת שלא תנשא לכל טובי העיר, והאשה היא בת טובים, וע״ז השיב שם הרשב״א וז״ל:

> **תשובה, כל מי שכופין לגרש את אשתו, מן הדין אינו רשאי לאסור את אשתו שלא**

תנשא לכל מי שתרצה, לא בשיור ולא בתנאי, רצוני לומר, בין ששייר בגט ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני ובין שאמר לה ה״ז גיטיך על מנת שלא תנשאי לפלוני, וכ״ש כשמתנה שלא תנשא לכל מי שראוי לה, שהרי הוא מעגנה. שהיא לא תנשא לשאינו עגון ונמצאת עגונה כל ימיה וכו׳, תדע וכו׳ במי שאומרת השמים ביני לבינך, כלומר שאינו יכול, א״נ שאינו יורה כחץ, ורוצה להתגרש כדי שתנשא לאחר ולעיתים שהיא באה מחמת טענה וכו׳, מה תועלת יש לה אם יאסור אותה בתנאי שלא תנשא לכל מי שהגון לה, אלא לעולם כל שהוא חייב להוציאה, אינו רשאי להתנות עליה שלא תנשא לכל מי שתרצה, וכל מי שגרש כן, כופין אותו שיחזור ויגרש בגט גמור בלא תנאי, ואפי׳ במי שגרש מדעתו בתנאי כן, כופין אותו לגרש בגט גמור וכו׳, וכל שאמר לה הכי בתנאי, בין שאמר לה על מנת שלא תנשאי לפלוני ובין שאמר לה על מנת שלא תנשאי אלא לפלוני, ה״ז גט, אלא שאינו משורת הדין כמו שאמרנו.

(ויש להעיר בזה דהרשב״א בתשובה זו אזיל לשיטתו בח״א סי׳ אלף קס״ח דס״ל כשי׳ הר״ח והרי״ף דבתנאי דעל מנת שלא תנשאי לפלוני חשיב כריתות והתנאי קיים ודלא כשי׳ הרמב״ם בפ״ח מהל׳ גירושין הי״ב שכתב דבכה״ג אינו גט. ועי׳ בכסף משנה שם שהביא את דברי הרשב״א שחולק על הרמב״ם. ועי׳ בטור אבהע״ז סי׳ קמ״ג שתמה על הרמב״ם, ועי׳ בב״י שם שהביא את הרשב״א והאריך בזה. ועי׳ בשו״ע סי׳ קמ״ג סעי׳ כ״ב שהביא את שתי השיטות וכתב דנקטינן כדברי שניהם להחמיר, אך לכו״ע אם קצב זמן לתנאי כגון שהתנה על מנת שלא תנשאי לפ׳ חמישים שנה, התנאי קיים וכמ״ש הרמב״ם והשו״ע שם).

וכל המעיין בדברי הרשב״א הנ״ל יראה שלא כתב שם הלכה סתומה מעין גזה״כ בהלכות כפיה בגט שאין לבעל זכות להתנות כל תנאי שהוא, אלא כתב שם את הנימוק לדבריו דהא דאינו יכול להתנות על מנת שלא תנשאי לפלוני או לכל מי שראוי לה הוא משום ״שהרי הוא מעגנה שהיא לא תנשא לשאינו הגון ונמצאת עגונה כל ימיה״, כלומר אי יכולתו של הבעל להתנות כן, נובעת מהעובדה שע״י תנאי זה האשה נשארת עגונה, והרי כל דין כפיה נאמר כדי למנוע את עיגונה של האשה, ומשו״ה כופין לגרשה ללא תנאי זה.

והנה הרשב״א כתב זאת על שני מקרים, האחד והוא הנידון שם שהוא המקרה המובהק של עיגון וזאת כשמתנה שלא תנשא להגון לה, שמאחר שהאשה היא בת טובים ובודאי לא תנשא אלא להגון לה, על כן כשמתנה תנאי מעין זה, היא נשארת עגונה.

הדוגמא השניה של עיגון שהביא שם הרשב״א והשווה זאת לדוגמא הראשונה, היא במקרה שמתנה על מנת שלא תנשאי לפלוני, דאף בכה״ג היא נחשבת לעגונה.

ולכאורה לא דמי לנידון הקודם, שהרי בתנאי זה יכולה להנשא לכל העולם חוץ מאדם אחד, ומדוע נחשבת לעגונה, אלא פשיטא דהרשב״א אף כאן עוסק במקרים שהאשה מתעגנת וכגון במקרים השכיחים מידי יום שאדם חושד באשתו או שידוע לו שאשתו נתנה את עיניה

בפלוני ונפשה נקשרה בנפשו ואינו יכול לסבול שתנשא לאותו פלוני לאחר הגירושין, ועל כן כשנותן את הגט, מתנה שלא תנשא לאותו פלוני. אך מאחר שנפשה של האשה קשורה בנפשו של אותו פלוני, ובודאי לאחר הגט תרצה להנשא לו, וע״י תנאי זה תמנע מלהנשא ותשאר עגונה, ואף אם לאחר תקופה ארוכה תכנע לתנאי זה ותנשא לאחר, בכ״ז אף עיגון לזמן נחשב לעיגון, ואין לבעלה זכות לעגנה אף עיגון לזמן כמשנת״ל, ואתי שפיר לפי״ז דברי הרשב״א שאף בכה״ג נחשב שהוא מעגנה.

ומעתה לפי״ז, הרשב״א מעולם לא דן בבעל המתנה שאשתו לא תנשא לאדם הנמצא בסוף העולם שאשתו כלל לא מכירה אותו ואין סבירות שתנשא לו, דבכה״ג בודאי לא תשאר עגונה, ורשאי להתנות כן, ובתנאים מעין אלו, רשאי להתנות כן ואסור לנו לכופו לגרש ללא תנאי זה.

ודאתינא להכי, פשיטא דהרשב״א לא פליג כלל על מהרשד״ם ושניהם אמרו דבר אחד, שהרי המהרשד״ם דן שם במקרה שהיבם חולץ בתנאי שלא תנשא לאותו פלוני הזקן - **בא בימים** שהסבירות נמוכה מאד שתנשא לו ואף הצהירה שם שרוצה להנשא לבחור הדומה לה, וכל תנאי זה התנה היבם אך ורק משום החשש שמא הדוד הזקן הזה יפתנה וילחץ עליה להנשא לו, ובכה״ג, ודאי דרשאי להתנות כן ואסור לנו לכופו לגרש ללא תנאי זה, ובכה״ג פשיטא דאף הרשב״א מודה דאסור לנו לכופו לגרש ללא תנאי זה, שהרי כל מה שהרשב״א כתב דאסור להתנות כן, הוא אך ורק כשהאשה נשארת עגונה, אך כשברור לנו שהאשה לא תשאר עגונה, אף הרשב״א מודה דרשאי להתנות כן, ואסור לכופו לגרש ללא תנאי זה.

ומעתה אף אתי שפיר דברי רבינו הב״י בהג׳ בדק הבית שהביא את תשובת הרשב״א ולא העיר כלל שלכאורה דברים אלו סותרים לתשובת הרא״ש שבספר חזה התנופה שהביאה הב״י סמוך ונראה שם (ותשובה זו היא המקור לדברי מהרשד״ם הנ״ל), וזאת משום שהב״י ראה את תשובת הרשב״א במלואה ועל כן לא העיר מאומה בנידון וס״ל שתשובת הרשב״א ותשובת מהרשד״ם לא פליגי אלא דהרשב״א עוסק בתנאי שגורם לאשה להתעגן משא״כ מהרשד״ם עוסק בתנאי שאינו גורם כל עיגון לאשה כמשנ״ת.

ובהכי אתי שפיר דברי השו״ע באבהע״ז סי׳ קמ״ג סעי׳ כ״א שהביא להלכה את תשו׳ הרא״ש שבספר חזה התנופה שהם מקור דברי מהרשד״ם, וברור הדבר דאי הוה ס״ל דהרשב״א פליג, היה מביא אף את שי׳ הרשב״א החולקת, אלא פשיטא דס״ל דלא פליגי כמשנת״ל, ובזה נדחתה השגת המהריק״ש הנ״ל על השו״ע.

וראיתי עוד לרבנים המשיגים על המהרשד״ם שכתבו דאף בשו״ת רשב״ש סי׳ ר״ח משמע דפליג על מהרשד״ם, וז״ל הרשב״ש שם בד״ה ״כל זה״ (עמ׳ קנ״ג ט״ב, דפוס מכון ירושלים - תשנ״ח):

> **אין לו להתנות עליה, לפי שהוא בעצמו שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא שהוא אומר שקנא לה ונסתרה, א״כ אסורה היא עליו וחייב לגרשה, וכל שחייב לגרשה,**

אינו יכול להתנות עליה אפילו ברצונה. שא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם, לא יתקיים התנאי ויתבטלו הגירושין.

וכתבו הרבנים המשיגים, דחזינן להדיא לרשב"ש שכתב דכל היכא שחייב לגרשה אינו יכול להתנות עליה אפי' ברצונה.

אך לא ירדו לסוף דעתו של הרשב"ש, שהרי הרשב"ש בתשובה אחרת בסי' שפ"ג (א) (עמ' ש"י ט"ב ועמ' שי"א ט"א - דפוס מכון ירושלים - תשנ"ח) האריך לבאר שם את הנימוק לכך שאין מניחין אותו להתנות "לפי שאחר שיגרש לא משלים התנאי ויתבטלו הגירושין ואטרוחי בי דינא תרי זימני לחזור ולכפות לא מטרחינן". וחזינן מנימוקו זה, שהעילה היחידה שאין רשאי להתנות הוא בתנאי כזה שצריך לקיימו לאחר הגירושין וחיישינן שמא לא יתקיים התנאי ויתבטלו הגירושין " ואטרוחי בי דינא תרי זימני לחזור ולכפות, לא מטרחינן ", ומשמע להדיא שבתנאי שהבעל מתנה שהאשה תקיימו טרם הגירושין וכמו"כ נקל לקיימו, ובכה"ג אין כל חשש שהגט יתבטל ואין חשש שביה"ד יטרחו בשנית לכופו לגט, דרשאי הבעל להתנות כן, ואין כל סתירה בין דברי הרשב"ש לדברי מהרשד"ם.

(ועיי"ש בדברי הרשב"ש שנימוקו הנ"ל נאמר לגבי נישואי איסור או היכא דאיכא סכנה דומיא דמוכה שחין דממקתו דבכה"ג כופין מדינא, וא"כ פשיטא דאף כשכופין מחמת התקנה, הנימוק שם שאינו רשאי להתנות אף הוא משום אטרוחי בי דינא תרי זימני, וכשאין חשש כזה, רשאי להתנות.)

עוד כתבו הרבנים המשיגים דבשו"ת חוט המשולש שבתשב"ץ טור א' סי' ו' חזינן דלא ס"ל כמהרשד"ם, אך כל המעיין שם, אזיל בעל חוט המשולש בעקבות זקנו הרשב"ש ואף הביא את דבריו שם כסיוע לשיטתו.

וחזינן דאף דברי חוט המשולש זהים לחלוטין לדברי מהרשד"ם ולא פליגי כלל, ועל כן לאור כל האמור לעיל, שיטת המהרשד"ם מוסכמת על כל רבותינו הראשונים ודלא כמש"כ מהריק"ש ומהרש"ם הנ"ל.

התנה הבעל שהאשה תחזיר לו חפצים או ממון שלו

הבאנו לעיל את דברי רבותינו הראשונים הסוברים אף הם כשי' מהרשד"ם דכל היכא דליכא עיגון כלל, רשאי הבעל להתנות תנאי זה ואין כופין אותו לגרש ללא התנאי, אך בכל מקרה שהאשה נעשית עגונה ע"י התנאי, כופין אותו לגרש ללא התנאי.

יסוד זה רואים אנו ברבותינו הפוסקים שכתבוהו אף כשהבעל מתנה תנאי שהאשה תחזיר לו חפצים או ממון השייכים לו, דאם החפצים או הממון נמצאים אצלה, רשאי הבעל להתנות כן ואין כופין אותו לגרש ללא התנאי, וזאת משום שבכה"ג אין לאשה כל אונס או מעצור נפשי

להחזיר לבעל את חפציו או ממונו הנמצאים אצלה ועל כן אינה נחשבת לעגונה, ואם בכ״ז מסרבת להחזיר זאת לבעלה, היא נחשבת כמעגנת את עצמה, אך במקרים שבהם החפצים או הממון כבר אינם אצלה ואין בידה לשלמם ברגע זה, ובעקבות התנאי של הבעל, האשה מתעגנת, אף שתוכל להשיג ממון זה לאחר זמן רב, בכ״ז עיגון לזמן, אף הוא נחשב לעיגון כמשנת״ל וכופין אותו לגרשה ללא תנאי זה.

דברים אלו מפורשים בתשובת מהרי״ק שורש ק״ב, עיי״ש שדן לגבי יבם המסרב לחלוץ ליבמתו, האם כופין אותו לחלוץ, וז״ל שם:

> **אבל אם אינו נשוי אשה, אם יש ליבמה מממון בעלה בידה, אני בעניותי איני רואה שיהא בידינו לכופו אלא על דרך שכתב ר״י מקורביל בסמ״ק שלו לשום חרם להבדל ממנו וכו׳, ועוד שהרי מתוך דברי רבי פרץ אשר פרץ בארץ, וידוע הוא כי איזן וחקר דעת הראשונים אשר היו לפניו, משמע דפשיטא ליה דמן הדין יש לכוף לחליצה אם לא מחמת חלוקת הממון שביניהם כמו שאפרש, שהרי הגיה בסמ״ק במצות יבום וז״ל, ולענין הכפייה, אם אין ליבמה כל בבית, כופין אותו לחלוץ ואם היא עשירה, נוהגין לעשות פשרה מן הממון, עכ״ל, הרי לך בהדיא, דכי אין היבם בא מחמת טענת ממון, כגון שאין ליבמה כל בבית וכו׳, דכופין לחליצה וכו׳ ואין לך עיגון גדול מזה דודאי יש לכופו לחלוץ כדי להתירה היכא שאין היבם בא מחמת טענת ממון, אבל היכא שהיא עשירה והיבם טוען שהנכסים בחזקתו מכח ירושת אחיו, אין בידינו לסלקו מירושת אביו.**

וחזינן מדברי המהרי״ק ורבינו פרץ דכל היכא שיש בידה את הממון, אין כופין משום דאינה נחשבת בכה״ג לעגונה, אך כשאין לה כל בבית, אף שמן הדין חייבת לתת זאת ליבם, בכ״ז במצב הנוכחי שאינה נותנת מחמת אונס, נחשבת לעגונה וכופין לחלוץ, וה״ה בכה״ג כופין לגרש, ולאחר הגירושין או החליצה, זכותו של הבעל או היבם לתובעה בביה״ד.

(ואגב, בריש דבריו כתב המהרי״ק שעל אף שאין כופין כשיש בידה את ממון היבם, בכ״ז עושים כנגדו את ההרחקות. ויש שדייקו מדבריו אלה דלא כמהרשד״ם הנ״ל, שהרי המהרשד״ם כתב דאין עושין כנגדו אף את ההרחקות, אך לענ״ד לא פליגי כלל, שהרי המהרשד״ם אמר את דבריו כשהבעל מצהיר במפורש שרצונו לגרש, וכשמצהיר הצהרה זו, ס״ל למהרשד״ם דר״ת לא תקן את ההרחקות בכה״ג, ורק כשמסרב לגרש, תקן ר״ת את ההרחקות, משא״כ המהרי״ק עוסק שם ביבם המצהיר שמסרב לחלוץ בכל מקרה, ומשו״ה עושין כנגדו את ההרחקות, ובכה״ג אף מהרשד״ם מודה דכשמסרב לגרש, עושין כנגדו את ההרחקות).

וכדברי מהרי״ק הנ״ל כתב להלכה בשו״ת מהרש״ם ח״ה סי׳ ס׳, וז״ל:

> **ואמנם לדעתי, אף דכופין אותו, היינו אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל בנ״ד שרצה לגרשה רק בתנאי שתחזיר לו החפצים שלו והדין עמו בזה, בודאי אין בידינו**

לכופו, רק דמ״מ בנ״ד שלא רצה האב לקבל החפצים בשום אופן, א״כ אין בידה לקיים התנאי, א״כ שוב צדקו דברי כת״ר דבידינו לכופו וכו׳, ומעתה לפי״ז בנ״ד שלא רצה האב לקבל והויא אנוסה, שוב כופין אותו לגרש ללא תנאי.

וחזינן אף מדברי המהרש״ם דכל היכא דיכולה לתת לו את חפציו, אין כופין בכה״ג לגרש ללא תנאי זה משום דאינה נחשב לעגונה, משא״כ אם מכל סיבה שהיא, אינה יכולה להחזיר לו את החפצים, כגון שאביו מסרב לקבל את החפצים ממנה, בכה״ג שוב נחשבת לעגונה וכופין לגרש ללא תנאי זה. ומשמע מדברי המהרש״ם, שכך הדין אף אם אין בידה כלל את החפצים ואין באפשרותה לשלם כעת את תמורתם, ואף בכה״ג נחשבת לאנוסה והיא עגונה, וכופין לגרש ללא תנאי זה.

שו״ר דכעין מש״כ המהרש״ם, כתב אף בשו״ת שיבת ציון סי׳ צ״ו דכשמחזיקה בנכסיו, רשאי להתנות את הגט בהחזרתם, עיי״ש.

(בשולי הדברים יש להבהיר שאף שמתוך הדברים הנ״ל משמע לכאורה שהבעלים רשאים להתנות תנאים בגט (כשנקל לקיימם) וזאת לכאורה דלא כדברי הרמ״א באבהע״ז סי׳ קמ״ה סעי׳ ט׳ דלכתחילה אין לגרש ע״י תנאי, אך שתי תשובות בדבר, ראשית, בכל סוגי תנאים שהבעל מתנה בעת מתן הגט שהאשה תקיימם לאחר מתן הגט, כתב בסדר הגט למהר״ם ס״ג ראשון אות ל״ח דכשהבעל עומד על דעתו לגרש בתנאי ויש חשש לעיגון, אז ניתן לגרש ע״י תנאי, ולפי״ז, דברי מהרשד״ם הנ״ל נאמרו כשהבעל עומד על דעתו להתנות את התנאי שנקל לקיימו שבדיעבד רשאי לעשות כן, שנית, ברוב המקרים השכיחים בבתי הדין, הבעל מתנה תנאי שאינו מוכן להתגרש אא״כ האשה תקיים את התנאי טרם כתיבת הגט ורק לאחר מכן יתן את הגט, ולאחר שהאשה קיימה את התנאי של הבעל, נכתב הגט וניתן ללא כל תנאי, ובאופן זה רשאי להתנות תנאים, משום שכל דקדוקי התנאים והמנהג שלא להתנות תנאים בגט נאמרו אך ורק בשעת מתן הגט).

הכרעת הדין בענין בעל המתנה לגרש שלא ע״י שליח אף שהוא בר כפיה

הדרן לדידן לשאלה שהצגנו בריש דברינו האם בעל בר כפיה רשאי להתנות שלא לגרש ע״י שליח, כלומר, שמבקש שהאשה תבוא למקומו לקבל את הגט באופן ישיר ממנו, והבאנו לעיל את דברי שו״ת עוי״ט ושו״ת רשב״ש שלכאורה חולקים בזה.

אך לפמשנת״ל בדברי מהרשד״ם ורבותינו הראשונים הנ״ל, נלענ״ד די״ל דלא פליגי, שהרי כל המעיין בלשונו של הרשב״ש בתחילת תשובתו בסי׳ מ״ו שם יראה שנשאל ״במי שהניח אשתו עגונה והלך לעיר אחרת **למדינת הים**״, כלומר, שהנידון שם היה שיש מרחק רב בין הבעל לאשתו ויש להניח שאם יתנה שתבוא למקומו היא תסרב לכך מחמת המרחק הגדול והוצאות הדרך הגדולות שאין בידה לשלמם ותתעגן זמן רב, ואף אם לאחר זמן רב תכנע

לדרישתו, אך כבר נתבאר לעיל שעיגון לזמן אף הוא נחשב לעיגון, ואין באפשרותו של הבעל לעגנה אף עיגון זמני כשהוא בר כפיה, ומשו״ה ס״ל לרשב״ש דכופין אותו לגרש ע״י שליח.

ואף דיש צורך ברצון הבעל במינוי השליחות, ומינוי באונס לאו מינוי הוא, אך מאחר דמהני כפיה לעצם הגירושין אף דבעינן לרצון הבעל לגרש והוא עפמש״כ הרמב״ם בפ״ב מגירושין ה״כ דכל אחד רוצה להיות מישראל ולקיים מצוות חכמים ולאחר שתשש יצרו גמר ומגרש, ה״ה לגבי מינוי השליח לגרש במקום עיגון, נחשב מינוי השליחות כחלק ממצוות הגירושין, ואף לגבי מינוי השליח אמרינן את סברת הרמב״ם דמאחר שאין כל אפשרות במצב הנוכחי (כשיש מרחק רב ביניהם והאשה מתעגנת) לגרשה אלא ע״י שליח, על כן פשיטא דאף מינוי השליח בע״כ נחשב כמינוי מרצון משום דאף בכה״ג איכא מצוה לשמוע דברי חכמים, שהרי חכמים צוו לכופו כדי להתירה מעיגונה, ואין אפשרות להתירה מעיגונה אלא ע״י גט שליחות הנעשה ע״י מינוי שליח, וסברת הרשב״ש היא סברא אלימתא, שהרי פשיטא שאין לומר שחז״ל תקנו דין כפיה למנוע עיגון כששניהם מתגוררים במקום קרוב בלבד, אך כשהאשה מתגוררת במרחק רב מבעלה, תשאר עגונה זמן רב, ומשו״ה ס״ל לרשב״ש דכופין בכה״ג לגרש ע״י שליח.

מאידך גיסא, מדברי העוי״ט שם (סי׳ קס״ח דף רמ״ו ע״א ט״ב ד״ה ״ובמה״) משמע להדיא דעסקי׳ כשהבעל והאשה נמצאים במדינה אחת וקרובים זל״ז, עיי״ש שכתב העוי״ט: ״ובמה שנסתפק כת״ר ע״ד האיש חיל שקדש בתולה אחת, ובא אבי הנערה לפני כבודו ליתן לה גט ורוצה לכופו ע״י המושל לגרש וכו״, עכ״ל, ומשמע להדיא דעסקי׳ בגוונא שהגיעו אנשי חיל למקומם ואחד מהם קדש את הנערה, ואביה שם רוצה לכופו במקומו לגרשה ע״י שליח, ובכה״ג שנמצאים בקרבת מקום, ומעשים בכל יום שהאשה נוסעת מעיר לעיר לקבל את גיטה מבעלה ולא תתעגן בשום אופן אם תסע למקומו לקבל את הגט, על כן בכה״ג ס״ל לעוי״ט דאין כופין אותו לגרש ע״י שליח, משום שעיקר דין כפיה נאמר על עצם הגירושין דבלא הכפיה תשאר עגונה ועל כן תקנו לכופו לגרשה, אולם פשיטא דבמקום קרוב שיכולה להגיע למקומו ללא טרחה מרובה, לא תקנו לכופו ע״י שליח, ולפי״ז בכל מקרה שיש מרחק רב ביניהם והאשה תתעגן זמן רב, רשאים לכופו לגרשה ע״י שליח, דבכה״ג נחשב כממנה שליח מרצונו עפמש״כ הרמב״ם הנ״ל כמשנת״ל.

המסקנות להלכה

א. בעל שהוא מאלו שכופין להוציא מחמת טענות האשה, והכפיה כנגדו היא כדי למנוע את עיגון האשה, אם הבעל התנה תנאי במתן הגט שהאשה תקיימו טרם מתן הגט וקשה לאשה לקיימו, הן קושי פיזי והן קושי נפשי שטיבעה אינו נותן לה לקיימו והיא אנוסה בכך, באופנים אלו נחשבת האשה לעגונה ויש לכוף את הבעל לגרשה ללא תנאי זה כמבואר בספר חזה התנופה ובשו״ע אבהע״ז סי׳ קמ״ג סעיף כ״א.

ב. התנה הבעל תנאי שהאשה יכולה לקיימו ללא כל קושי וברור לנו שהאשה לא תתעגן ע״י תנאי זה, אסור לכופו לגרש ללא תנאי זה, ואם אעפ״כ כפוהו לגרש ללא תנאי זה, הגט בטל כמש״כ מהרשד״ם, ואין חולק על כך.

ג. בעל שהוא מאלו שכופין להוציא ונסע למדה״י ונמצא במרחק רב מאשתו, אינו רשאי להתנות שלא לגרש ע״י שליח ושהאשה תבוא למקומו לקבל את הגט אא״כ האשה מסכימה לכך מרצונה החפשי, אך אם היא מסרבת לכך עקב המרחק הרב והקושי הרב להגיע למקומו, נחשבת לעגונה אף כשהעיגון הוא זמני, וכופין אותו לגרש ע״י שליח כמש״כ בשו״ת רשב״ש סי׳ מ״ו ובשו״ת אבנ״ז אבהע״ז סי׳ מ״ו סק״כ בשמו, אך במקרה בו הבעל מתגורר בקרבת מקום מאשתו כגון בעיר אחרת באותה מדינה, אין לכופו לגרש ע״י שליח כמש״כ בשו״ת עוי״ט סי׳ קס״ח.

ד. בעל שהוא מאלו שכופין להוציא והתנה הבעל שהאשה תחזיר לו את חפציו או את ממונו הנמצאים ברשותה, אם אכן הם נמצאים ברשותה, רשאי להתנות כן ואסור לכופו לגרש ללא תנאי זה, אך אם אינם ברשותה ואין באפשרותה כעת לשלם לו ואם יתעקש על תנאי זה תשאר עגונה תקופה ארוכה, כופין אותו לגרש ללא תנאי זה כמש״כ מהרי״ק בשורש ק״ב, וכ״כ רבינו פרץ שם, וכ״כ בשו״ת מהרש״ם ח״ה סי׳ ס׳ ובשו״ת שיבת ציון סי׳ צ״ו.

ה. בעל החייב לגרש את אשתו אך אינו בר כפיה לגט, שעושים כנגדו את ההרחקות דר״ת (כמבואר ברמ״א אבהע״ז סי׳ קנ״ד סעי׳ כ״א), אם אמר שמוכן לגרשה בתנאי שקל לקיימו (כמפורט לעיל בסעיף ב׳), באופן זה לא תקן ר״ת את ההרחקות, ואין לעשות את ההרחקות כנגדו וזאת על אף שהוא חייב לגרשה, אך אם התנה תנאי שקשה לה לקיימו (כמפורט לעיל בסעיף א׳), במקרה זה נחשב הבעל כאינו רוצה לגרשה (על אף שמצהיר שמוכן לגרשה) ועושין כנגדו את ההרחקות דר״ת.

הרב מאיר פרימן
אב"ד ירושלים

גדרי גט מוטעה

הקדמה

בין הצדדים סודר גט פיטורין, לאחר סידור הגט, פנה הבעל לבית הדין בבקשה להורות על ביטול הגט, בטענת "גט מוטעה". בית הדין בהרכבו הקודם החליט לעכב את הנישואין עד לבירור הבקשה. הבקשה המשיכה להתברר בפני ההרכב הנוכחי. בהחלטה שניתנה ביום ח' במרחשון התש"פ (06/11/2019), נכתבה דעתי, כדלהלן:

"**עיכוב** הנישואין ישאר בתוקף עד לסידור גט נוסף. המזכירות תקבע מועד לסידור הגט".

להלן נימוקי ההחלטה.

תוכן הנימוקים

א. רקע

ב. מאפיינים להגדרת המקרה בנדון "גט מוטעה"

ג. הגדרת נידון דנן בהתאם לשאלות האמורות

ד. משמעות הגדרת המקרה, הלכה למעשה

ה. הטעיה נוספת, היכולת לתבוע תביעת נזיקין

ו. בית דין בתר בית דין לא דייקי, תוקף השליחות

ז. השוואת נידון דנן לנידונים אחרים

ח. דעות הפוסקים שהחמירו בכנדון דנן

ט. דעות הפוסקים שהחמירו בנדונים דומים

י. התייחסות לחרם של רבינו תם

יא. התייחסות לתגובת הדיין שהכשיר את הגט

יב. מסקנה

רקע

הבעל שהה בארצות הברית והאשה היתה בארץ. הבעל התנה את הסכמתו למתן הגט בכך שכל הדיונים בנושאים הכרוכים לגירושין ובתביעות שבין הצדדים, יתקיימו בבית הדין. האשה הסכימה לכך, וכך סודר הגט, באמצעות שליח קבלה וגם באמצעות שליח הולכה. לאחר סידור הגט האשה חזרה בה והביאה לביטול ההסכמות. בהמשך יובאו פרטי המקרה במלואם. יש לברר האם אי קיום דרישת הבעל, גורם לפסול הגט?

הנימוקים דלקמן יתמקדו במיוחדות שבמקרה דנן ובשוני הגדול הקיים בין נדון דנן לבין נידונים אחרים ושונים שעסקו בנידון "גט מוטעה".

ככלל, סוגיית גט מוטעה עוסקת בשאלת כשרות הגט בנידונים בהם לצורך נתינת הגט הבעל הציב דרישה והיתה התחייבות לקיום דרישת הבעל, אלא שלאחר מכן מתברר שהדרישה לא התקיימה. וכן במקרים בהם הגט ניתן בנתונים מסויימים שנמצאו מוטעים. העיסוק בסוגיה מחייב זהירות מרבית. זאת בשל ההשלכות, מרחיקות הלכת הנובעות משאלת כשרות הגט. על כן, כל מקרה צריך להיבחן לגופו לפי המאפיינים המיוחדים שלו ואין להשליך מנידון לנידון ללא בחינה מדוקדקת ומעמיקה של כל מקרה.

מאפיינים להגדרת המקרה בנדון "גט מוטעה"

כשמתבוננים בסוגיות ובדברי הפוסקים שעסקו בשאלת כשרותו של "גט מוטעה", עולה שיש לבחון כל מקרה בו נידונה שאלת "גט מוטעה", לפי מספר הבחנות ואפיונים, בהתאם לשאלות הבאות:

האם מדובר במצב של לכתחילה, להתיר לאשה להינשא בגט המוטעה? או שמדובר במצב של דיעבד שהאשה כבר נישאה, ואולי אף נולדו לה ילדים? לא הרי נידון של התרת אשת איש לעלמא לכתחילה, כהרי נידון בו האשה כבר נישאה ואף נולדו לה ילדים.

האם מדובר במקום שבו ניתן לסדר גט נוסף בקלות? או שמדובר במקום עיגון שלא ניתן להסדיר גט נוסף?

האם דרישת הבעל נחשבת כדרישה צודקת וסבירה בהתאם להלכה? או שדרישתו באה שלא בצדק ומוגדרת כמעשה "סחיטה" או כמעשה "נבלה", עליו ניתן לומר "עם נבל תתנבל"?

האם הטעיית הבעל החלה רק לאחר סידור הגט, באופן שרק לאחר הגט לא קיימו התחייבויות שהתחייבו לקיים לאחר הגט? או שההטעיה היתה קיימת כבר בשעת מתן הגט כך שכבר בשעת מתן הגט הבעל למעשה הוטעה?

האם הבעל גילה את דרישתו בצורה ברורה, חד משמעית ועמד על דרישתו לפני סידור הגט, או שהבעל לא גילה את דעתו בצורה מפורשת ודרישתו לא היתה עקרונית עבורו?

האם דרישת הבעל באה בבסיס הסכמתו והתרצותו בגירושין, באופן שהתרצות הבעל בגירושין באה רק בשל ההתחייבות או המידע שקיבל? או שמדובר בדרישה צדדית שאינה קשורה לבסיס ההתרצות בגירושין?

האם לאחר ההטעיה מנסים לתקן את ההטעיה ולחזור ולקיים את ההתחייבויות שהתחייבו לבעל? או שכלל לא מעוניינים לעמוד בהתחייבויות שהתחייבו כלפי הבעל?

האם הבעל ידע שקיימת אפשרות שדרישתו לא תתבצע?

באיזה אופן סודר הגט? האם אמרו לבעל שהגט ניתן ללא תנאי? האם הסתפקו בנוסח "סדר הגט" הרגיל? או שהוסיפו והסבירו לבעל בתוספת הסבר שהגט יהיה כשר בכל מצב, גם ללא קיום ההתחייבויות שהתחייבו אליו? ומה ידע הבעל על כשרות הגט למקרה בו דרישותיו לא יתקיימו.

הגדרת נידון דנן בהתאם לשאלות האמורות

בהתאם לשאלות אלה יש לבחון כל מקרה בו עולה שאלת "גט מוטעה". תחילה נתייחס לנידון דנן נבחן את המקרה בצורה כללית בהתאם לשאלות שהוצגו. לאחר מכן נבחן את משמעות הגדרת המקרה, הלכה למעשה. בהמשך יבחנו מקורות ופסקי דין שהובאו בדעת הרוב בהתאם לשאלות האמורות.

לצורך הגדרת המקרה בנידון דנן, נבחן את הנדון לפי סדר השאלות שהוצגו.

לכתחילה או דיעבד

בנדון דנן האשה עדיין לא נישאה לאחר. עד היום נישואיה היו מעוכבים, למרות הגט שסודר. השאלה העולה לדיון כיום, היא האם להתיר לאשה להינשא לכתחילה בגט שהתעוררה לגביו שאלת כשרות חמורה, מצד היותו גט מוטעה, או להותיר על כנו את עיכוב הנישואין שכבר קיים.

מקום עיגון

נידון דנן לא מוגדר כמקום "עיגון" שכן הבעל נמצא בארץ ואין מניעה שיתן כיום גט נוסף. הבעל מוכן היום לתת גט כשר בכפוף לכך שכל העניינים שבין הצדדים יוכרעו לפי דין תורה. בנסיבות אלה אין הגדרת "מקום עיגון".

דרישה צודקת

לצורך מתן תשובה לשאלה האם דרישת הבעל היתה מוצדקת, נבדוק את פסיקות בית הדין בהרכבו הקודם בהליכים שקדמו לסידור הגט. במהלך הדיונים שהתקיימו בבית הדין לפני סידור הגט, הבעל שהה בארצות הברית והתנה את הסכמתו למתן הגט בכפוף לכך שכל הדיונים בעניינים הקשורים לגירושין יתקיימו בבית הדין ולא בבית המשפט. לאחר שהבעל הציב את התנאי האמור, בית הדין בהרכבו הקודם, קיבל את דרישת הבעל וקבע בהחלטה מיום כ״ח בתשרי התשע״ז (30/10/2016), שאין לחייב את הבעל בגירושין כל עוד האשה לא תסכים לתנאי של הבעל להעברת כל המחלוקות לסמכות בית הדין. ההחלטה ניתנה על ידי שלושת חברי ההרכב. בית הדין האריך להוכיח שדרישת הבעל מעוגנת בהלכה. בית הדין קבע שכל עוד והאשה לא תסכים לתנאי הבעל, האשה היא זו שמעגנת את עצמה. ומשכך קבע בית הדין שהבעל לא הוגדר כבעל המעגן את האשה. להלן קטעים מפסק הדין האמור:

״אולם בנידון שבפנינו, הן מדברי האשה והן מכתבי טענות הבעל ומדברי אביו בדיון בפנינו, נוכח ביה״ד שלטענת הבעל, הוא אינו חוזר ארצה, מאחר והאשה תבעה אותו בבית המשפט ונפסקו כנגדו סכומי כסף גבוהים שאינו יכול לעמוד בהן, בהיותו אברך שאינו עובד לפרנסתו.

נציין להלכה הפסוקה בשו״ע חו״מ סי׳ כו סעיף א׳ אודות האיסור להגיש תביעה בערכאות. עיין עוד מה שכתבו בזה הפוסקים בזמנינו, ביחס לתביעה בערכאה שיפוטית שאינה דנה לפי דין תורה בנסיבות שקיימת האפשרות להגיש את התביעה בדין תורה, עיין בספר חזון איש, סנהדרין סי׳ טו סק״ד (ד״ה ואין), בדברי הגריא״ה הרצוג זצ״ל ב״התורה והמדינה״ (תחילת כרך א׳), בשו״ת ציץ אליעזר חלק יב סי׳ פב, בדברי הראשל״צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ״ל בספרו יחוה דעת חלק ד׳ סי׳ סה בהערה, בשו״ת שבט הלוי חלק י׳ סי׳ רסג, בספר מנחת אשר להגאון רבי אשר ווייס שליט״א, על חומש דברים עמ׳ יז, וכן בספר דיני ממונות להגאון רבי עזרא בצרי שליט״א ח״א שער עשירי פרק ה׳ סעיף ה׳, ועי״ש בעמ׳ שמו שהביא כן מספר משא חיים.

בפד״ר כרך יא עמ׳ 265, לאחר שהביאו מדברי הגריא״ה הרצוג והחזו״א, כתבו: ״ובענין זה דנו והכריעו עוד מגדולי רבני דורנו, והלכה פסוקה היא כאמור״.

במקרה שבו הנתבע מסרב לדין תורה, הלכה פסוקה בשו״ע חו״מ סי׳ כו סעיף ב׳ שנוטל התובע רשות מבית הדין להגיש תביעתו בערכאות.

בנידון זה לא הוצגה בפנינו ראיה שקודם למועד הגשת התביעה לבית המשפט הנתבע סירב לדין תורה, וכי בהתאם להלכה הנזכרת ניתן לאשה היתר להגיש את התביעה בבית המשפט. יצוין, ככל שהדבר נוגע להליך המשפטי המתנהל בבית

המשפט, הבעל מבקש לעמוד על זכותו שכל הליך הגירושין והכרוך בו יתנהל בהתאם לדין תורה כפי שניהלו את כל אורחות חייהם בחיי הנישואין.

... והאמור לעיל מתייחס רק לטענה שההליך הנ"ל מתנהל בניגוד להלכה.

בנסיבות שבפנינו, כאשר מצד אחד האישה טוענת שהבעל מעגנה, ומצד שני הבעל מוצא צידוק שלא לשוב לארץ עקב ההליך המשפטי המתנהל בערכאות בניגוד להלכה, עלינו לדון האם בנסיבות כאלה עלינו לנקוט באמצעי כפייה כנגד הבעל כדי לאכוף עליו לתת גט, ולחילופין לאכוף עליו לשוב לארץ לדיון בתביעה זו...

על כן בנידון דנן, מצד אחד בית הדין אינו נותן לגיטימציה לעיגון שהבעל מעגן את אשתו, מאידך על פי ההלכה כל עוד בפיו טענה צודקת שהאשה אינה "ציית דינא" בסירובה שהדיון בתביעת המזונות יתקיים בהליך ראוי על פי דין תורה. כל עוד עניין זה לא יתוקן וכל עוד האשה לא תוגדר כ"ציית דינא" בדיני הממון שביניהם וכהגדרתו עפ"י ההלכה, לא ניתן לקבוע שהבעל מעגן את האשה. אלא האשה במעשיה מעכבת את השלמת ההליך, וכמו שכתבו הפוסקים הנזכרים בתשובות שב יעקב ושיבת ציון ואגרות משה".

הרי שבית הדין מצא הצדקה לדרישת הבעל והגדיר את האשה כמי שאינה "ציית דינא" ומשכך נקבע שהבעל אינו נחשב למעגן. בית הדין קבע שדרישת הבעל בעניין סמכות בית הדין צודקת. לאחר מתן ההחלטה האמורה, הודיעה האשה, ביום 9/1/17, שהיא מסכימה לדון בעניין מזונות הילדים בבית הדין. אכן, ביום 31/1/17 פחתה האשה תביעת מזונות בבית הדין. מנגד הבעל טען שאין די בפתיחת התיק בבית הדין כדי להבטיח את סמכות בית הדין. הבעל, באמצעות ב"כ, הציג דרישה מעשית להבטחת ההסכמה בעניין מתן הסמכות לבית הדין, באופן שתוגש הודעה מוסכמת לבית המשפט ובה בקשה למחיקת ההליך בבית המשפט, ביטול החלטות בית המשפט ומתן סמכות לבית הדין. הבעל דרש כתנאי למתן הגט שתהיה החלטה של בית המשפט שתאשר את האמור. הבעל שלח מכתבים לבית הדין והודיע שמוכן לתת גט מיד עם הסדרת סמכות בית הדין בצורה "הרמטית", כלשון הבעל במכתבו לבית הדין. בעקבות הודעת הבעל ניתנה, ביום כ"ח בסיון התשע"ז (22/06/2017), החלטה בה התייחס בית הדין, בהרכבו הקודם, לדרישה המעשית של הבעל. בהחלטה האמורה נחלקו הדעות בבית הדין. לדעת הרוב דרישת הבעל נמצאה צודקת ולכן פסקו שאין לחייב את הבעל בגירושין כל עוד האשה לא מקיימת את כל התנאים שהציב הבעל. לאחר שנמצא שהתנאים שהציב הינם מוצדקים, לצורך קביעת סמכות בית הדין. בדעת המיעוט נכתב שיש לחייב את הבעל במתן הגט. נפסק כדעת הרוב והבעל לא חוייב במתן הגט. למעשה הכריע בית הדין שדרישת הבעל נמצאת מוצדקת. בית הדין פסק ברוב דעות שלא חל חיוב על הבעל לגרש כל עוד לא מסדירים את סמכות בית הדין, בהתאם לדרישות המשפטיות, שהציג הבעל בעצת מיצגיו המשפטיים.

הקביעה האמורה חזרה וקיבלה תוקף בהחלטה נוספת של כל חברי ההרכב. בהחלטה מיום כ״ד במרחשון התשע״ח (13/11/2017), קבעו כל חברי ההרכב הקודם, שאין לחייב את הבעל בגירושין. השינוי בעמדת דעת המיעוט בא בעקבות כך שהאשה חזרה בה מהסכמתה בעניין הסמכות. כך נאמר בהחלטה האמורה:

> **״מאחר ועתה האשה חוזרת בה ומודיעה על כוונתה לנהל הליך לתביעת נזיקין בבית המשפט, וחוזרת בה מהגשת תביעת המזונות לבירור בית הדין עפ״י הלכה, הרי שההחלטה הנ״ל מיום כ״ח תשרי תשע״ז (30.10.16) בעינה עומדת. גם במקרים בהם עקב מעשי הבעל קיימת עילה עקרונית לחיוב ואף לכפיית הגירושין, לא ניתן לממש זאת מהטעם המפורט והמנומק בהחלטה הנ״ל.**
>
> **ביה״ד מוסיף ומבהיר, העילה הנטענת לכפיית הבעל בגירושין היא שהבעל מעגן את אשתו כשעזב את הארץ ולא שב. במה דברים אמורים בנסיבות שהבעל אינו מסכים לתת גט ומבקש להותיר את אשתו עגונה. אולם המונח ״עיגון״ העומד ביסוד פסיקה הלכתית לחיוב וכפיית גירושין הינו מונח הלכתי, הנמדד ונקבע בהתאם להגדרות הנכונות עפ״י ההלכה בלבד, וכפי שכבר קבע בתשובת מהרש״ם חלק ה׳ סי׳ ס׳ שהובא בהחלטה הנ״ל.**
>
> **הבעל באמצעות ב״כ שהופיע לדיון האחרון, הודיע על הסכמתו לתת גט, ואינו מתנה את מתן הגט בתנאים שאין להם הצדקה עפ״י ההלכה. מצד הבעל קיימת הסכמה לתת גט בתנאים סבירים עפ״י שיקול דעת בית הדין, וללא כל ״סחיטה״ מצדו בדרישות מהאישה שאינה חייבת עפ״י דין תורה. אדרבה הבעל הציע לאשה פיצוי גבוה ומכובד, והאישה מטעמים השמורים עמה, סבורה שבמסגרת הליכים משפטיים בערכאות תוכל להוציא מהבעל סכומי כסף גבוהים יותר. בנסיבות אלו כבר אין יותר יסוד הלכתי לטענה על עגינות האשה, הואיל וכבר נמצא לכך מענה ראוי. עמדת האישה כיום היא ניסיון לנהל מאבק משפטי נוסף כדי לזכות בסכומי כסף גבוהים יותר, בדרך המנוגדת לדין תורה״.**

באותה החלטה התייחס בית הדין גם לטענת האשה לבטול הנישואין מכח טענת מקח טעות. האשה טענה שהבעל הסתיר ממנה מחלה וביקשה להתיר את הנישואין בטענת מקח טעות. בית הדין, לא מצא צורך לברר את טענות האשה על הטעיה בקידושין ולא נעתר לבקשתה למתן צו לגילוי מסמכים רפואיים. בהחלטה האמורה נקבע שיש צורך במתן גט ואין להתיר את הנישואין בכל דרך אחרת. מבלי לברר את טענות האשה בעניין הסתרת מום, קבע בית הדין שדרישת הבעל בעניין סמכות בית הדין הינה דרישה צודקת. נמצא שדרישת הבעל הוגדרה כדרישה צודקת וסבירה ללא כל ״סחיטה״ מצד הבעל, למרות טענות האשה. האשה הוגדרה כפועלת בדרך המנוגדת לדין תורה ונקבע שהיא אינה ״צייתת דינא״. בית הדין קבע שיש למלא את דרישת הבעל שהינה לפי ההלכה. בית הדין גם קבע שהבעל אינו נחשב

לבעל המעגן את האשה. קביעה אחרת היתה רק בדעת המיעוט שלא התקבלה להלכה. גם דעת המיעוט השתנתה בסופו של דבר, עת האשה חזרה בה מהסכמתה להעברת הסמכות לבית הדין. כך ששלושת חברי ההרכב הקודם קבעו, לפני סידור הגט, שהבעל לא נחשב למעגן, בשל העובדה שדרישתו נמצאה מוצדקת.

זמן ההטעיה, לפני הגט או אחריו

כדי לענות על השאלה מתי הוטעה הבעל, נסקור את ההתנהלות המעשית שהיתה סביב סידור הגט, וההשלכות לכשרות הגט. לאחר שבית הדין קבע שדרישת הבעל הינה דרישה צודקת, האשה הסכימה, בסופו של דבר, לדרישת הבעל. הבעל בעצת מיצגיו עמד על כך שכדי להבטיח את תוקף הסכמת האשה להעברת הסמכות לבית הדין, יש להגיש הודעה מוסכמת לבית המשפט ולקבל החלטה שיפוטית של בית המשפט בדבר מחיקת ההליך, ביטול החלטות שניתנו והעברת הסמכות לבית הדין. במעמד דיון שהתקיים בבית הדין ביום כ״ז בטבת התשע״ח (14/01/2018), התנהל משא ומתן בין הצדדים, בסופו האשה הסכימה לדרישות הבעל. בעקבות ההסכמה שהושגה, הצדדים העבירו, ביום 15/1/18, הודעה מוסכמת לבית המשפט תחת הכותרת: ״בקשה מוסכמת לביטול פסקי דין ולהעברת הדיון לסמכות בית הדין״. הבעל הסכים לתת גט רק לאחר שקיבל אישור של מיצגיו המשפטיים שעניין סמכות בית הדין הובטח. בזמן מתן הגט המצב המשפטי היה שהבקשה המשותפת התקבלה בבית המשפט וההליכים בבית המשפט נמחקו. כאמור בהחלטת בית המשפט, מיום 17/1/18, שאישרה את הבקשה המשותפת שהוגשה לבית המשפט. כך נאמר בהחלטת בית המשפט האמורה:

״נוכח הסכמות הצדדים פסקי הדין של בית המשפט ... מבוטלים. התביעה נמחקת״.

בהחלטת בית הדין שניתנה ביום ו׳ בשבט התשע״ח (22/01/2018), הובהר שהגט יסודר על יסוד ההסכמות שהושגו עם הגשת הבקשה המוסכמת לבית המשפט, להלן החלטת בית הדין:

> **״על יסוד הסכמות שהוצגו לבית הדין לרבות בקשה מוסכמת שהוגשה לביהמ״ש לע״מ, בית הדין יסדר גט פיטורין כדמו״י באמצעות שליח, ולאחר הגירושין בית הדין ימשיך לדון בכל התביעות הכרוכות בגירושין והמצויות בסמכות בית הדין לרבות בתביעה לחלוקת הרכוש ובתביעה למזונות ולמשמורת הילדים״.**

למעשה, קבע בית הדין שסידור הגט הינו על יסוד ההסכמות האמורות. אכן בעקבות ההסכמות ועל יסודן, סודר הגט באמצעות שליח. תחילה על ידי שליח קבלה ולאחר מכן על ידי שליח הולכה שמסר את הגט לאשה ביום י״ב בשבט תשע״ח (28/1/18). אלא שמיד לאחר סידור הגט, פנתה האשה לבית המשפט, באמצעות בא כחה, בתביעת מזונות הקטינים. האשה טענה שאין ערך להסכמות שנחתמו לפני סידור הגט. האשה טענה בבית המשפט שההסכמות שלה היו תחת אונס בהיותה אנוסה לקבל את הגט בשל העיגון בו היתה נתונה,

ומשכך טענה שההסכמות בטלות. פסיקת בית המשפט לא אחרה לבוא ומהחלטת בית המשפט מיום 27/6/18, עולה שקיים ביטול להחלטה שנתנה תוקף להסכמות הצדדים למחיקת ההליך ולהעברת הסמכות לבית הדין. דיוק פשוט בנימוקי החלטת בית המשפט מעלה, שבית המשפט קבע, שההחלטה הקודמת מיום 17/1/18, שנתנה תוקף להסכמות הצדדים, בטלה מעיקרא. הן בשל האונס בו היתה נתונה האשה, לטענתה והן בשל העובדה שהאשה לא יכלה לפעול בשם הילדים. נמצא שבשעת סידור הגט היתה בידי הבעל החלטה של בית משפט שלמעשה היא החלטה מוטעית בהיותה בטלה מעיקרא, לאחר שסופה להתבטל למפרע. בשעת הגט האשה הציגה בפני הבעל מצג שווא, האשה אמרה לבעל שקיימת הסכמה מצידה להעברת הסמכות לבית הדין, שעה שבפועל היא מודה שהיא לא התרצתה לכך באמת, שכן היא אומרת שהיתה אנוסה. האשה מודה שכל האמירה שלה על כוונה להעברת הסמכות לבית הדין היתה באילוץ ובאונס, בעוד שכלפי הבעל היא הציגה מצג שווא כשאמרה שההסכמה מוחלטת ורצונית. הבעל הסתמך על הצהרת האשה ועל החלטת בית המשפט ולבסוף נמצא שההחלטה בטעות יסודה והצהרת האשה היתה הצהרה כוזבת מלכתחילה. הדבר דומה למקרה בו נתנו לבעל מטבעות מזויפים בשעת הגירושין בעוד שהבטיחו לתת לו מטבעות כשרים.

גילוי דעת הקודם לגט

הבעל עמד על דרישתו החד משמעית, להעברת הסמכות לבית הדין, לאורך כל ההליך ובמשך זמן ארוך במיוחד. בכל הדיונים שהתקיימו בבית הדין ובכל כתבי הטענות והמכתבים ששלח הבעל מארצות הברית, מתקבל הרושם החד משמעי שהבעל הציב את עניין סמכות בית הדין, כתנאי מוחלט להסכמתו לגירושין. ואכן הגט ניתן, רק לאחר שהתקיים התנאי לפי דרישת הבעל, באופן שהבעל סבר שיש בו כדי להבטיח את סמכות בית הדין ללא עוררין. הסכמת הבעל לתת את הגט היתה רק לאחר קבלת החלטת בית המשפט בדבר מחיקת התביעה, החלטה שבאה בעקבות ההודעה המוסכמת ששלחו הצדדים לבית המשפט. בשעת הגט היתה תחת יד הבעל החלטת בית משפט המוחקת את ההליך בבית המשפט. בהחלטת בית הדין מיום ו׳ בשבט התשע״ח (22/01/2018) שהוזכרה לעיל, נקבע שהגט יסודר על יסוד ההסכמות שהיו בהתאם לדרישות הבעל לקיום דיונים בהתאם לדין תורה. נמצא שקיים גילוי דעת, ברור ומוכח, שהגט ניתן רק בכפוף לכך שהסמכות לדון במחלוקות שבין הצדדים נתונה לבית הדין.

סיבת ההתרצות בגירושין

הבעל עמד על דרישתו בעניין הסמכות משך זמן רב לפני סידור הגט והיה ברור שמבחינת הבעל כל ההתרצות למתן הגט היתה תלויה בכך שהדיונים יתקיימו בבית הדין. הבעל הבהיר באמצעות אביו, באמצעות מיצגיו ובמכתבים ששלח לבית הדין [הובאו בהחלטה מיום כ״ח בסיון התשע״ז (22/06/2017)], שלדעתו פסיקת בית המשפט עלולה לגרום לחיובי מזונות

גבוהים בהם הוא לא יוכל לעמוד וימנעו ממנו להמשיך בחייו. הבעל בחן את יכולתו להמשיך בחייו והגיע למסקנה שרק עם פסיקת מזונות לפי דין תורה בבית הדין הוא יוכל להשתקם, להמשיך ללמוד להינשא בשנית ולהצליח לעמוד בתשלומי המזונות. כנגד הבעל עמד ציור שבמידה ודמי המזונות יפסקו על ידי בית המשפט, תמנע ממנו האפשרות להשתקם ולהינשא מחדש. להלן עמדת הבעל שהובאה לבית הדין באמצעות אביו בדיון שהתקיים ביום כ״א באייר התשע״ו (29/05/2016) בו אמר אביו של הבעל:

״כל מה שהוא עשה על דעת רבותיו, היא תבעה אותו בבית משפט חילוני על מנת להוציא אותו מאורח חיים שלו כאברך לצאת לשטוף מדרגות, כדי שהיא תתחתן עם אחר, ויהיה הוא עומד ומשמש לפניהם... כל הדיון צריך להתנהל בדין תורה, כך הוא דעתו של בני... הוא אמר שהוא רוצה דין תורה... הם התחתנו על דעת שהם אברכים, ושהוא מוסר את עצמו כל החיים לתורה, כרגע היא מבקשת גט, והיא מנסה לבקש ממנו דברים לפי צפיותיה שישנו את כל אורח חייו, זה דבר חמור ביותר בפרט לאברך שרוצה ללמוד רק תורה, שכעת אין לו מאיפה לשלם, האדם מקבל 2,200 ש״ח זה המציאות שלו״.

אין בהבאת עמדת הבעל משום מתן הצדקה או הסכמה למחשבותיו. יתכן בהחלט שהבעל טעה, כך שגם אם המזונות היו נפסקים בבית המשפט, הבעל היה יכול להמשיך את חייו יחד עם נשיאה בעול מזונות ילדיו. אמנם אנו דנים עתה רק ביחס להתרצות הבעל בגירושין, בהתאם לדעתו ומחשבותיו ״באשר הוא שם״. לכן עולה הצורך לבחון את כוונת הבעל ומחשבותיו בשעת הגט. ברור שבכל הזמן הארוך שקדם לסידור הגט, הבעל ביטא מחשבות, שרק עם מתן סמכות לבית הדין לדון בכל המחלוקות, הוא יצליח להשתקם ולהינשא בשנית. ברור שבשעת מתן הגט התרצות הבעל לתת את הגט, היתה רק מתוך ידיעה שעם מתן הגט לא תימנע ממנו האפשרות להשתקם ולהינשא בשנית, בשל הידיעה שמזונות הילדים ושאר המחלוקות יפסקו בבית הדין. לבעל היה חשש ממשי שפסיקת מזונות בבית המשפט תעמיד אותו במצב שהוא לא יוכל להינשא בשנית. מכאן שהתרצות הבעל בגירושין, וויתור על אפשרות שלום הבית עם האשה, היו רק בהנחה שהוא יוכל להינשא בשנית ויצליח לעמוד בתשלומי המזונות. דבר שיכול לקרות, לטעמו, רק אם חיוביו לילדיו יפסקו בבית הדין. הרי שדרישת הבעל למתן סמכות לבית הדין לדון במזונות הילדים, היתה בבסיס ההתרצות וההסכמה שלו בגירושין. לא מדובר בטענות על מנת להשיג רווח רכושי צדדי מהליך הגירושין אלא מדובר בטענות הבעל העומדות בבסיס ההתרצות שלו לגרש, רק באופן הנותן לו יכולת להינשא בשנית. בנוסף, הבעל לא שלל אפשרות לשלום בית ואף העדיף שלום בית, כל התרצותו לבקשת האשה להתגרש היו, לטענתו, על בסיס הבנתו שעם הגירושין הוא יצליח להשתקם ולהנשא בשנית, דבר שיכול לקרות, לפי הבנת הבעל, רק אם הפסיקה במחלוקות שבין הצדדים תהיה בבית הדין לפי דין תורה.

תיקון ההטעיה

האשה לא מנסה לשנות את המצב שנוצר ולתקן את ההטעיה. גם כיום האשה אינה מוכנה לקיים את ההתחייבויות שהתחייבה לבעל ועומדת על כך שההסכמות שהושגו, בטלות. האשה אף ניהלה הליך משפטי בפניה לבג"ץ בעתירה לביטול סמכות בית הדין וקביעת סמכות בלעדית לבית המשפט. הרי שההטעיה עדיין קיימת והאשה אינה מסכימה לקיים את ההתחייבות שנטלה על עצמה, כדרישת הבעל.

ידיעת הבעל על אפשרות של הטעיה

כל עוד סבר הבעל שדרישתו, בעניין מתן הסמכות לבית הדין, אינה מתבצעת הוא לא הסכים לתת את הגט. הגט ניתן רק לאחר שהתקבלה החלטת בית המשפט על מחיקת התביעה. הבעל בעצת מיצגיו סבר, שעניין הבטחת סמכות בית הדין סגור "הרמטית", כלשון הבעל במכתב ששלח לבית הדין. בידי הבעל היתה החלטה חלוטה של בית משפט על מחיקת התביעה, משכך הבעל סבר שדרישתו כבר התקיימה ולא העלה בדעתו שהדבר יכול עוד להשתנות. עדות לכך ניתן לקבל מהחלטת בית הדין מיום כ"ח בסיון התשע"ז (22/06/2017), שניתנה ברוב דעות ובדעת דיין מדעת הרוב נכתב:

> **"לדעתי, כדי שלא נעמוד בפני שאלה של גט מוטעה, א"א לחייב הבעל להסכים עם מי שסבור, שעם העברת הסמכות במזונות לביה"ד, לא יהא ממש בפס"ד שניתן בביהמ"ש והוא יהא בטל מעיקרו מיום שניתן. כאשר הוא מבקש לילך "בדרך המלך" ולהבטיח שמבחינה משפטית כך הם פני הדברים. העצה הפשוטה לכך היא שהצדדים יפנו לביהמ"ש בהסכמה ויבקשו לפתוח את תיק המזונות שנסגר, ולבקש שבנסיבות שנוצרו שיש הסכמה לגירושין, הם מבקשים לבטל את פסק הדין למזונות מעיקרו ולהעביר הסמכות לקביעת דמי המזונות לביה"ד הרבני שידון ויפסוק את המזונות למפרע מיום הגשת התביעה בביהמ"ש".**

הרי שדרישת הבעל בעניין הסמכות הוגדרה כ"דרך המלך" להבטחת סמכות בית הדין. היינו דרך בטוחה שיש בה כדי להבטיח מבחינה משפטית את סמכות בית הדין. אמנם בדעת המיעוט שבאותו פסק דין נכתב שחוות דעת משפטית "אינה מדע מדוייק", אלא שאותה דעה לא התקבלה בהכרעת הדין. גם לאותה דעה, נכתב שהיו צריכים לפרש לבעל, בפרוש, בשעת הגט שהגט ניתן גם אם לא תהיה סמכות לבית הדין, דבר שבפועל לא נעשה. שכן בסופו של דבר סודר גט רגיל ללא מתן הבהרה מיוחדת שהגט יהיה כשר גם אם לבית הדין לא תהיה סמכות, וכפי שיתבאר לקמן. הרי שלאור הכרעת בית הדין הבעל קיבל את הרושם שעם קבלת החלטת בית המשפט על מחיקת התביעה, דרישתו קויימה בצורה מוחלטת ללא יכולת חזרה כעצת מיצגיו. לכן הבעל לא היה צריך להסיק בדעתו שקיימת אפשרות להטעיה.

אופן סידור הגט

כאמור, הבעל שהה בארצות הברית והגט סודר באמצעות שליח. הגט סודר לפי סדר הגט הרגיל ללא תוספות מיוחדות וללא מתן הסבר לבעל ביחס לכשרות הגט במקרה של הפרת התחייבויות מצד האשה. בית הדין בארה"ב שסידר גט רגיל העלה מיוזמתו את שאלת כשרות הגט, לאחר שהאשה חזרה מהסכמתה ותבעה בבית המשפט. וכך כתב בית הדין בליקווד שסידר את השליחות בגט:

> **"הרי לפי מה שנראה לעינינו ולפענ"ד, האשה מעמידה כשרות הגט שסודר ע"י בית דיננו בשאלה חמורה אם ממשיכה בדרך זו ללכת חזרה לבית המשפט במקום לדון בבית הדין".**

כמו כן בדעת דיין מדעת הרוב בהחלטה שהובאה לעיל מיום כ"ח בסיון התשע"ז (22/06/2017) הוזכרה מראש בעיית גט מוטעה למקרה בו לא יתקיימו דרישות הבעל. גם דעת המיעוט שבהחלטה האמורה, שלא נפסק כמותה, התנתה את כשרות הגט בכך שבעת סידור הגט יוסיפו הבהרות לבעל, יותר מהמפורט בסדר הגט המקובל ויבהירו לו שבכל מקרה הגט יהיה כשר, גם אם האשה לא תעמוד בהתחייבות שלה, דבר שבפועל לא קרה. להלן דעת המיעוט שבהחלטה האמורה:

> **"אין כל יסוד לטענה ל"גט מוטעה" שהעלה עמיתי. בית הדין מעולם לא סידר גט בתנאי ובכל מקרה מבהירים לבעל באר היטב שאין כל זיקה בין הגט ותוקפו לכל נושא אחר שהתנהל או שיתנהל בעתיד בין הצדדים. ויצוין לספר טיב גיטין שהובא ב"קובץ מפרשים" בשו"ע אה"ע מהדורת ראש פינה כרך ה' עמ' רפא. ועל פי הוראת הטיב גיטין, בית דין זה מוסיף הבהרות יותר מהמפורט בסדר הגט המקובל ובכך יורדת מסדר היום, וגם לא תוכל להיות מוצגת בעתיד, טענת "גט מוטעה". בוודאי בנידון זה שכבר כעת מובהר לבעל, וגם בעת סידור הגט יובהר לבעל, שהגט אינו מותנה בשום דבר, על כן החשש לגט מוטעה לעולם לא יוכל לעלות על הפרק".**

מאחר ונפסק כדעת הרוב הרי שעוד קודם לסידור הגט הובהר בדעת דיין מדעת הרוב שאי קיום התנאי מצד האשה יגדיר את הגט כגט מוטעה. גם לדעת המיעוט הובהר מראש, שכדי להסיר חשש לגט מוטעה יש צורך להסביר לבעל בפרוש גם בעת סידור הגט שהגט לא קשור להסכמות להעברת הסמכות. אלא שבפועל הגט סודר בסדר הגט הרגיל, ללא תוספות וללא מתן הסברים מיוחדים לבעל. בעת סידור הגט, לא אמרו לבעל שבכל מקרה הגט יהיה גט כשר, גם אם לבית הדין לא תהיה סמכות לדון במזונות הילדים. מכאן שגם לדעת המיעוט וכל שכן לדעת הרוב, הובהר עוד לפני סידור הגט, שבאופן בו סודר הגט בפועל, ללא הבהרה מיוחדת, הגט יפסל מדין גט מוטעה אם האשה לא תעמוד בהתחייבותה.

משמעות הגדרת המקרה, הלכה למעשה

עתה נבחן את המשמעות ההלכתית של הגדרת המקרה בנדון דנן. הדיון יהיה בהתאם לסדר השאלות שהובאו לבחינת הנידון.

לכתחילה או דיעבד

מאחר והאשה עדיין לא נישאה הרי שמדובר במתן היתר לאשה להינשא לכתחילה. המצב כיום בפועל הוא שקיים עיכוב על נישואי האשה ובית הדין בהרכבו החדש נדרש לשאלה האם לבטל את עיכוב הנישואין שהטיל הרכב קודם ובכך לתת היתר לאשה להינשא, או להותיר את עיכוב הנישואין על כנו. הרי שהדיון הוא במתן היתר של אשת איש לעלמא, לכתחילה. איסור אשת איש הינו מן איסורי התורה החמורים וספקו להחמיר ככל איסורי תורה בהם הכלל הוא: "ספיקא דאורייתא לחומרא". על כן כשבאים לדון בהיתר אשת איש לעלמא, יש לנקוט בדרך בה הגט יהיה כשר בשופי וללא פקפוקים או נידנודים, בהעדר צד הכרח של דיעבד כמו במקום בו אשה כבר נישאה או במקום בו קיים חשש לממזרות. לכן לכתחילה יש להתיר את האשה לעלמא בגט הכשר לכל הדעות. די בכך שקיימות שיטות הפוסלות את הגט כדי להורות על סידור גט נוסף. דעות הפוסלות את הגט הובאו בדעת הרוב ולכתחילה ודאי שיש לחוש לדעות אלה מעיקר הדין. בהמשך יתבאר מדוע בנדון דנן יש להצריך גט נוסף לכל הדעות ולא רק מכח הספק. העובדה שהגט כבר ניתן לא מגדירה את המצב כדיעבד, כפי שנפסק בשו"ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז. התשובה האמורה דנה במקרה בו בעל הוטעה בנתינת גט על ידי מכתב מזוייף בו כביכול הורה לו רב לגרש. בתשובה דן להחמיר ולבטל את הגט מעיקר הדין ולפחות מספק כדין ספיקא דאורייתא לחומרא, מאחר וקיימת מחלוקת. למרות שהאשה כבר קיבלה את הגט לידה, בכל אופן פסק להחמיר מכח הספק, בשל העובדה שמדובר באיסור דאורייתא בו ספקו לחומרא. וכך כתב בתשובה האמורה אות כד:

> **"אבל בנ"ד דהוי ג"ד גמור וענין המכריחו לגרשה מודה אף התירוץ השני בגיטין דבטל הגט. כמו שנתבאר בהרבה הוכחות דאף בגיטין מהני אומדנא גמורה כנ"ל. וגם יש להחמיר בספיקא דאורייתא כיון דהר"נ מחמיר בזה בתירוץ קמא דכיון דמיקל בשביל הסברא הזאת לבטל הקידושין. כש"כ דנחמיר בשביל זה בגיטין. ע"כ אזלינן לחומרא".**

מקום עיגון

מאחר וניתן לסדר גט נוסף ללא קושי, תוך קיום דין תורה, הרי שאין לצרף בנדון דנן היתרים ודעות בפוסקים שנאמרו רק במקום עיגון או בשעת הדחק. אנו עוסקים בשאלה חמורה של איסור תורה של אשת איש לעלמא, שלא במקום עיגון, לכן יש להחמיר.

דרישה צודקת

מאחר ודרישת הבעל למתן סמכות לבית הדין נמצאה כדרישה צודקת ובהתאם להלכה, הרי שאי קיום דרישת הבעל מהווה הטעיה. במקום בו בעל מעלה דרישות לא מוצדקות ניתן להגדיר את הטעיית הבעל כעשיית דין צודק בבחינת "עם נבל תתנבל" וכדברי התלמוד במסכת יבמות בדף קו עמוד א: "משטה אני בך". לא כן כשדרישת הבעל הינה קיום ההלכה, הרי שאי קיום דרישת הבעל מגדיר את נתינת הגט כנתינה בטעות, ואת ההטעיה כפעולה המנוגדת להלכה. למעשה, בנדון דנן היה מקום לחייב את הבעל בגט בשל העובדה שברח מהארץ, הסיבה היחידה שבגללה בית הדין לא חייב את הבעל בגט, היא שבית הדין מצא שדרישת הבעל הינה צודקת ובאה בהתאם להלכה. מכאן שהתרצות הבעל לגירושין היתה בשל מילוי דרישתו הצודקת. במקום בו בעל מעלה דרישות לא צודקות הנחשבות ל"סחיטה", ניתן לומר שהדרישה לא עומדת בבסיס התרצות הבעל בגירושין, אלא הדרישה באה לתת לבעל רווח צדדי שאינו קשור לבסיס ההתרצות בגירושין. לא כן במקום בו דרישת הבעל הינה בהתאם להלכה, כאן קיום דרישת הבעל מהווה השלמה להתרצות הבעל בגירושין. על כן בנדון דנן מאחר ודרישת הבעל הצודקת לא התקיימה ועוד בזמן מתן הגט הוצג מצג שווא, הרי שבסיס התרצותו בגירושין התערר ומגדיר את הגט כגט מוטעה הניתן ללא התרצות הבעל בגירושין. שהרי תנאי בסיסי לכשרות הגט הוא התרצות הבעל בגירושין, כדברי הרמב"ם בהלכות גירושין פרק א הלכה א:

"ועשרה דברים הן עיקר הגירושין מן התורה ואלו הן: שלא יגרש האיש אלא ברצונו".

ברמב"ם נפסק שהדבר הראשון, מבין עשרת הדברים הנחוצים לכשרות הגט מהתורה, הוא רצון הבעל בגירושין. הרצון הנחוץ בגט שונה מהרצון הנחוץ במכר או בקידושין. בגט צריך את ריצוי הלב והסכמה מלאה בלב. כך בדברי נתיבות המשפט ביאורים סימן רה ס"ק א:

נראה דבש"ס לא מדמה גט למכירה רק לענין גמר ומגרש, אבל מ"מ חלוקין הן, דבגט בעינן גם שיהיה ריצוי בלב. תדע, דבפ"ב מהלכות גירושין הלכה כ' כתב וז"ל, ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס וכו' אבל מי שתקפו יצרו הרע כו', ובמכירה לא שייך זה כמ"ש בעצמו, ומה יתרץ במכירה, אלא ודאי דבמכירה לא בעינן שיהיה ריצוי בלב משא"כ בגט.

נתיבות המשפט מוכיח שבגט נחוצה דרגה גבוהה יותר של הסכמה והיא "ריצוי הלב", דבר שלא נחוץ במכר. נתיבות המשפט מוכיח דבריו, מהסברו המיוחד של הרמב"ם בעניין כשרות גט שניתן בכפיה במקום בו ההלכה קבעה שכופין לתת גט. כך כתב הרמב"ם בהלכות גירושין פרק ב הלכה כ:

"ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס בין ביד גוים בין ביד ישראל, שאין אומרין

אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו".

הרמב"ם מנמק את סיבת כשרות הגט, בשל העובדה שקיים רצון של המגרש להיות מישראל, לקיים את המצוות ולהתרחק מהעברות, וכל רצון אחר בא רק בעצת היצר. הסבר זה מתאים בגט אך אינו מתאים במכר שאדם מוכר באונס, ובכל אופן מכר באונס חל. ההסבר להבדל, שבין גירושין למכר, נעוץ בכך שדרגת הרצון הנחוצה בגט גבוהה מדרגת הרצון הנחוצה במכר. בגט יש צורך בהתרצות הלב. במכר די באמירה שרוצה למכור. דרגת הרצון הנחוצה בגט גבוהה גם מדרגת הרצון הנחוצה בקידושין, על כך נכתב בשיעורי ר' דוד (פוברסקי) מסכת גיטין דף לב עמוד א:

"ליכא ראיה מקידושין לגירושין, די"ל דבגט איכא יותר דין דעת ורצון מבשאר דוכתי. דהא ברמב"ם (פ"א מגירושין ה"א) כתב אחד מהעשרה דברים שהם עיקר הגירושין מה"ת שלא יגרש האיש אלא ברצונו, וכן (בפ"ב שם ה"כ) כתב גבי כופין אותו דבעינן שיאמר רוצה אני, ואילו גבי מקח לא כתב כן, [אלא פסק דתליוהו וזבין זביניה זביני אף בלא אמר רוצה אני]. וביארו בזה משום דגבי גט וקרבן איכא דין מיוחד יותר משאר דוכתי דבעינן לרצונו. "

מאחר ובגט יש צורך ברצון הלב, הרי שבמקום בו הבעל מגלה מראש מהו רצונו וכיצד מתרצה להתגרש, הרי שהשלמת ההתרצות של הבעל בגירושין מתקיימת רק בקיום תנאי ההתרצות של הבעל, כל עוד תנאי ההתרצות הינו בהתאם לגדרי ההלכה. במקום בו תנאי הבעל הינו לפי ההלכה, הרי שניתן לקבוע שדרישתו צודקת ויכולה אכן להיות הבסיס להתרצות הלב של הבעל בגירושין. לא כן במקום בו דרישות הבעל אינם לפי ההלכה, דרישות הנחשבות ל"סחיטה", שם לא ניתן לראות את הדרישות כבסיס להתרצות הלב של הבעל. שכן לבו רוצה להיות מישראל ולקיים את המצוות, כדברי הרמב"ם האמורים. ביחס לדרישות שהינן לפי ההלכה, הדרישות משתלבות עם הרצון לקיים את מצוות התורה. אך דרישות שאינן לפי ההלכה הדרישות לא משתלבות עם הרצון לקיים את המצוות. לכן במקום בו דרישות הבעל הן לפי ההלכה, אזי השלמת רצון הבעל תהיה רק עם השלמת דרישותיו, רק כך יושלם רצונו. מאחר ובנדון דנן, קבע בית הדין שדרישת הבעל צודקת ותואמת את ההלכה, הרי שהשלמת התרצות הבעל בגירושין לדרגת "ריצוי הלב" תהיה רק עם קיום דרישת הבעל. מאחר והבעל הוטעה, לאחר שגילה בצורה ברורה מהם התנאים להתרצותו בגירושין והתנאים היו לפי ההלכה, הרי שההטעיה גורמת לחוסר בריצוי הלב של הבעל בשעת הגירושין ולכן הגט בטל.

לאור ההבנה שבגירושין קיים צורך מיוחד של "ריצוי הלב", מובנים דברי שו"ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן מ' שכתב שאי מילוי דרישת הבעל, שדרש השלשת מעות, גורם לביטול הגט, ללא צורך בדיני תנאים, ולמרות שהבעל אמר שמגרש ללא תנאים לפי סדר הגט, וכך כתב:

> **"כי זה ברור ופשוט לדעתי באם גמרו עם הבעל המגרש ליתן עבורו בהשלשה סך מעות כמה יתנו לו בעד נתינת הגט וישלישו עבורו ולא קיימו בהשלשה כפי הסך שגמרו עמו אף דינר א' שנחסר מסך החשבון שגמרו עמו בעד רצוי שלו בהגט. ודאי דהגט בטל. ואף דלא היה בדיני תנאי כפול וכה"ג. משום דסך הקציצה דהושוו עמו בעד רצונו בהגט זהו כמו דהי' תנאי כפול. ולא בעינן בזה דיני תנאי כלל... ולכן לפי מה דנתבאר נראה לי ברור ופשוט היכא דקצבו להבעל בעד הריצוי שנתרצה בהגט להשליש עבורו סך קצבתו ולאחר נתינתו להגט נודע דהטעו אותו בהחשבון דודאי הגט בטל מה"ת אף דלא הי' בתנאי כפול מ"מ כיון שקצבו ליתן לו בעד הריצוי שלו סך קצוב ולאח"ז נודע שהי' חסר דינר וכה"ג. דודאי הגט בטל. ואף דלא התנה בדיני תנאי. עכ"ז כיון דהריצוי שלו על הגט היה בעד סך שקצבו לו. ונודע שרימו לו בהסך המושלש זה עדיף מן תנאי בפירוש. ולפ"ז אף האידנא שנהגו לבטל כל תנאים בעת הגט עכ"ז הא הריצוי שלו על הגט ועל הביטול להתנאים זהו הכל הסך שנותנים לו בהשלשה וכיון שנחסר סך מה מהשלשה א"כ הוי כמו דמוכר חפץ בעד איזה סך ונחסר דבטל המכירה. וה"ה הכא בטל הריצוי שלו על הגט ועל הביטולים להתנאים".**

מאחר והבעל לא מקבל את שהובטח לו כדי להתרצות בגירושין, הרי שחסרה ההתרצות בגירושין ולכן הגט בטל. דברי עין יצחק יכולים להתפרש מצד החיסרון בהתרצות בגירושין, בריצוי הלב ולא מצד מחיר שנקבע לגט. בדעת הרוב הובאו ראיות לסתור את דברי רבן של כל בני הגולה הגאון רבי יצחק ספקטור זצ"ל שבתשובת עין יצחק האמורה. אמנם יש לדחות את הראיות שהובאו מדיני קידושין או ממקח וממכר. שכן בגט, שלא כמו במקח וממכר או קידושין, קיים צורך מיוחד בריצוי הלב של המגרש, צורך שלא קיים בקידושין או במקח וממכר. לכן, לאחר שהמגרש מגלה דעתו שריצוי הלב שלו יתקיים רק במילוי דרישותיו, הרי שאי קיום הדרישות מביא לביטול הגט גם ללא דיני תנאים ולמרות שהבעל אמר שמגרש ללא תנאי, כל שהבעל הבהיר מראש שההתרצות שלו בגירושים באה עם קיום דרישתו, כבנידון דנן. דברי עין יצחק הובאו להלכה בשו"ת משנה הלכות חלק יד סימן קמד.

דברי עין יצחק האמורים הובאו, בהסתייגות מסויימת, בפסקי דין רבניים חלק ה עמוד 81 בפסק דין של הרבנים: הרה"ג יצחק נסים זצ"ל, הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל והרה"ג בצלאל זולטי זצ"ל. ההסתייגות נאמרה במקום בו דרישת הבעל הינה דרישה חיצונית ובאה ללא גילוי דעת של הבעל. כך בפסק הדין האמור:

".. משא"כ בגט, המאתים זוז, איננו מחיר האשה ותמורתה ואין זה אלא דבר צדדי שעי"ז הוא מסכים לתת את הגט, ולכן אין לראות את זה אלא כתנאי בחלות הגט, ולא מועיל אא"כ התנה ע"ז בדיני התנאים או שהיה באופן שיש בגילוי דעתו של הבעל לבטל את הגט".

מפסק הדין האמור עולה שבמקום בו קיים גילוי דעת מפורש של הבעל שעומד על דרישתו, וכן במקום בו דרישת הבעל מהווה את בסיס ההתרצות שלו בגירושין, לכל הדעות אי קיום דרישת הבעל גורמת לביטול הגט. בנידון דנן קיים גילוי דעת מפורש ואומדנא דמוכח שהבעל עמד על קיום דרישתו. מדובר בדרישה צודקת ובית הדין קבע שהדרישה הינה לפי ההלכה והבעל הבהיר בצורה מפורשת שקיום דרישתו מהווה את הבסיס להתרצות שלו בגירושין, על כן הגט בטל בהעדר קיום הדרישה הצודקת.

סיוע לאמור ניתן ללמוד מתוך ההשוואה שבין גירושין לבין חליצה, בגמרא בתלמוד בבלי מסכת יבמות דף קו עמוד א:

"ת"ר: חליצה מוטעת כשרה, גט מוטעה פסול"

ושם בסוגיית הגמרא:

"תניא נמי הכי: חליצה מוטעת כשירה, אי זו היא חליצה מוטעת? כל שאומרים: חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז"

מבואר שחליצה מוטעית כשרה, ולכן כשאומרים ליבם לחלוץ ליבמה על מנת שתתן לך מאתים זוז, החליצה תהיה כשרה גם אם יטעו את היבם ולא יתנו לו מאתים זוז. רש"י בסוגיא מבאר את טעם הדין, על יסוד ההלכה שבחליצה לא מועיל דיני תנאים מאחר וחליצה לא יכולה להיעשות על ידי שליח ודיני תנאים נאמרו רק בדברים בהם נאמר דין שליחות. למרות העובדה שאין תנאי בחליצה וחליצה מוטעית כשרה, נפסק להלכה בדברי ישועות יעקב, בסימן קסט ס"ק כ"ז, שהחליצה כשרה רק בהטעיה שאחרים מטעים את היבם. אך אם האשה עצמה הטעתה את היבם החליצה פסולה. כך שכל דברי הגמרא נאמרו רק בהטעיה של אחרים ולא בהטעיה של האשה עצמה. דברי ישועות יעקב הובאו להלכה בפתחי תשובה אבן העזר סימן קסט ס"ק מ"א:

"שתתן לך ק"ק זוז. עיין בס' ישועות יעקב ס"ק כ"ז שפלפל בענין זה ורוצה לחלק דדוקא באם אחרים אמרו לו כן אבל אם האשה בעצמה הטעית אותו והבטיחה לו סך כזה ואמרה לו חלוץ לי ע"מ שאתן לך ק"ק זוז מהני התנאי ואם לא קיימה דברים החליצה בטילה"

טעם החילוק מבואר בדברי ישועות יעקב, כאשר היבמה מטעה את היבם היבם לא מתרצה לחלוץ בשל ההטעיה. חוסר כוונתו לחלוץ מבטל את החליצה גם ללא דיני תנאים היות והבסיס

לחליצה הוא רצון היבם להפקיע את הזיקה. משעה שהיבם מוטעה על ידי היבמה, נפגם רצונו לחלוץ ולכן החליצה לא חלה. כראיה לדבריו, מביא ישועות יעקב את דברי הרמב״ן על מסכת גטין בדף עה ביחס לנדרים ושבועות בהם נחוצה כוונת הלב ולכן תנאי מועיל בהם. לכאורה תנאי לא יועיל היות ונדרים ושבועות אינם יכולים להיעשות על ידי שליח. בכל אופן התנאי מועיל בהם בשל חוסר ההתרצות בלב. הרי שבמקום בו נחוצה התרצות בלב, המעשה בטל גם ללא דיני תנאים, כאשר אין התרצות בלב לעשיית המעשה. כך בחליצה, כך בנדרים ושבועות. כלפי גירושין הדברים יהיו נכונים מכח קל וחומר. שהרי בחליצה בה נאמר שחליצה מוטעית כשרה, בכל אופן במקום בו היבמה מטעה את היבם אנו אומרים שהחליצה בטלה בשל חוסר התרצותו לחלוץ לה. קל וחומר בגירושין, בהם גט מוטעה פסול, שנאמר שהטעיה של האשה גורמת לכך שהבעל לא מגרש ברצון ולכן הגט בטל גם ללא דיני התנאים. מאחר וחוסר ההתרצות של הבעל בגירושין גורם לבטלות הגט ללא צורך בתנאי, הרי שגם לא מועילה האמירה שמגרש ללא תנאי. שכן לא התנאי מבטל את הגט אלא חוסר ההתרצות בגירושין. בנדון דנן, מאחר ולא היתה התרצות של הבעל לגירושין, ללא קיום דרישתו הצודקת שבאה בהתאם להלכה, הרי שמעשה הגירושין בטל מעיקרו, מחוסר ההתרצות הבעל, גם ללא דיני התנאים, וממילא לא מועילה האמירה שמגרש ללא תנאי.

בהקשר האמור, ניתן להוסיף סברה נוספת לבטלות הגט, העולה מתוך פסיקת בית הדין עצמו וכפי שיתבאר. בית הדין, בהרכבו הקודם, פסק שבשעה שהאשה תסכים לתנאי הבעל בעניין סמכות בית הדין, הבעל יהיה חייב לגרש את האשה בשל בריחתו מהארץ. מכאן שלאחר שהאשה הציגה מצג שווא, שכביכול מסכימה לכך שהסמכות נתונה לבית הדין, הבעל סבר שלפי פסיקת בית הדין, הוא חייב לגרש את האשה. אך למעשה מתברר שלא היה מקום לחיוב הבעל בגירושין בעת נתינת הגט, בהעדר קיום ההסכמה לסמכות בית הדין מצד האשה. נמצא שדין הבעל כדין בעל שאמרו לו שהוא חייב לגרש את האשה, שעה שעל פי הדין הוא לא חייב לגרש. לדעת עונג יום טוב הטעיה מהסוג האמור גורמת לבטלות הגט. להלן דברי שו״ת עונג יום טוב בסימן קסח:

״**ואם** הב״ד של ישראל טעו שפסקו שחייב עפ״י ד״ת להוציאה והוא גרש מחמת זה. לכאורה נראה לי שהגט פסול דתנן בגיטין המוציא את אשתו משום שם רע ומשום נדר לא יחזיר ומפרש טעמא משום קלקולא שמא תלך ותנשא לאחר ונמצאו דברים בדאים ויאמר אלו הייתי יודע שכן הוא אפי׳ נותנים לי מאה מנה לא הייתי מגרשה ונמצא גט בטל ובני׳ ממזרים. ואף שהתוס׳ כתבו שם בד״ה אי דחששא זו אינה כ״א לעז בעלמא ולא שיהא ממש גט בטל דהא לא אמר על מנת כן אני מגרשך התם שאני דאפשר דמשום ש״ר לחוד הוא מוציאה אף אם הש״ר שקר דנמאסה בעינו כיון דלא התנה. אבל הכא דידעינן שלא רצה לגרשה בשום אופן ורק מחמת הפס״ד גרשה שאמרו לו הב״ד שנקרא עבריין אם לא יגרשנה והבעל הוא ירא וחרד לדבר ד׳ הגט פסול אם טעו הב״ד. ועיין בתוס׳ קידושין (דף מ״ט) גבי זבין אדעתא למיסק לארעא דישראל דדוקא אם לא פירש בשעת מכירה שמשום זה הוא מוכר נכסיו אבל

אם פי׳ שמשום זה מוכר אף על גב שלא התנה המכר בטל ועי׳ ברש״י ז״ל שם. וה״נ אין לך פי׳ גדול מזה שהוא לא רצה לגרש והב״ד טעו ופסקו שיגרשנה ומלשון הרמב״ם ז״ל (בפ״י מה׳ גירושין) משמע דלא לעז לחודא הוא דאיכא אלא שזה דומה באמת למגרש על תנאי. וכן אמרינן בגיטין (דף ע״ב) גבי גיטא דשכיב מרע גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר... וכן מצאתי בשיטה מקובצת בכתובות (דף ס״ב) בשם רבינו יונה ז״ל שכתב אם אנסו לו שאין לומר לו חייב אתה להוציאה רק אם תרצה להוציא תוציא... אם ב״ד טעו ופסקו שחייב להוציאה שלא כדין נמי הגט בטל״.

לדעת עונג יום טוב טעות בפסיקת חיוב גט גורמת לבטלות הגט בהיותו גט מוטעה. סברה המחזקת את בטלות הגט בנדון דנן, בו הבעל היה סבור שהוא חייב לתת גט בשל פסיקת בית הדין, לאחר שהאשה הסכימה להעברת הסמכות לבית הדין. בעוד שבפועל לא היה קיים חיוב בגט. כי האשה, לפי הודאתה בבית המשפט, מעולם לא הסכימה בנפש חפצה למתן סמכות לבית הדין. בעת סידור הגט לא הבהירו לבעל שבמצב הקיים הוא לא חייב לתת גט, ועל כן לדעת עונג יום טוב קיימת הטעיה הגורמת לבטלות הגט.

זמן ההטעיה, לפני הגט או אחריו

התברר שבנדון דנן הבעל הוטעה בשעת מתן הגט. מאחר וכל התרצות הבעל בגירושין היתה רק בהסתמך על החלטת בית המשפט שהיתה מצויה בידו שמחקה את התביעות בבית המשפט ובכך העבירה את הסמכות לבית הדין. הרי שכאשר קובע כעת בית המשפט שההחלטה שהיתה בידי הבעל בשעת הגט בטעות יסודה, מתברר שבשעת הגט היתה בידי הבעל החלטה הבטלה מעיקרא. בנוסף קיימת הודאה של האשה שהחלטת בית המשפט שניתנה לבעל לפני הגט הינה החלטה מוטעית, שכן האשה טוענת שבשעת מתן ההחלטה, חתימתה היתה באונס, בעוד שלבעל היא אמרה שההסכמות נעשו ברצון חפשי. הרי שמטענות האשה בבית המשפט לביטול ההסכמות, עולה שהאשה מודה, שבשעת הגט הוצג מצג שווא בפני הבעל. בפני הבעל האשה הציגה מצג של התרצות ברצון חפשי להסכמה להעברת הסמכות לבית הדין, בעוד שלמעשה האשה מודה שכלל לא היתה לה התרצות להעברת הסמכויות בשעת הגט, וכל ההסכמה נבעה מאונס ומאילוץ. לא ניתן לטעון שמדובר בדבר חדש שקרה לאחר סידור הגט שהרי כל הבסיס לביטול החלטת בית המשפט ולביטול ההסכמות, מבוסס, מבחינה משפטית, על כך שמראש ההחלטה היתה מוטעית, בשל הנסיבות שקדמו למתן ההחלטה ומעולם לא היתה הסכמה ברצון ובסמכות. נמצא שבשעת מתן הגט הבעל החזיק בידיו החלטה של בית משפט, שהוצגה בפניו, כהחלטה תקפה, בעוד שלמעשה המצג היה מצג שווא וההחלטה של בית המשפט הינה החלטה המבוטלת מעיקרא ולכן היא חסרת ערך. בנוסף, האשה הציגה בפני הבעל מצג שווא שכאילו ישנן הסכמות תקפות שהושגו ברצון חפשי, בעוד שלמעשה ההסכמות, מעולם לא הושגו ברצון חפשי, ולכן גם לא היו תקפות. ההחלטה המבוטלת

מעיקרא ומצג השווא שהעמידה האשה, יוצרים דמיון בין נידון דנן לבין מקרה בו נתנו לבעל מעות לפני סידור הגט ולאחר הגט מתברר שהמטבעות היו מזויפים. נמצא שהבעל הוטעה בשעת הגט בטעות הגורמת לפיסול הגט. הדברים מפורשים בדברי חלקת יואב אבן העזר סימן כה, שם מבואר החילוק בין הטעיה הקודמת לסידור הגט, לבין תנאי רגיל שצריך להתבצע רק לאחר הגט. כאשר מדובר בהטעיה מוקדמת הגט בטל, כך בדבריו:

> **".. דיש חילוק גדול בין טעות לתנאי דדוקא תנאי בעי גילוי דעת בשעת מעשה אבל בטעות שהיה מוטעה בעיקר המעשה זה אינו מדין תנאי דאף במקום דל"מ תנאי כמו בחליצה מ"מ טעות מבטלו... דטעות אינו ענין לתנאי כי לא התחיל המעשה כלל והחילוק בין תנאי לטעות כן הוא דכל שיש ספק אצלו ומתנה שבאם יהיה כך יתקיים המעשה זה תמיד הוי תנאי ואם ברור אצלו שכך ומפני כך עושה המעשה אז אם המעשה שעושה הוא בינו לבין עצמו הוי טעות ובטל ואם הוא בינו לחבירו אזי אם גם חבירו יודע שהוא מוטעה ושותק ג"כ טעות מיקרי... דטעות אינו ענין לתנאי וא"כ אף שאמר שנותן בלא תנאי מ"מ הטעות מבטל כיון שהוא מוטעה בעיקר המעשה ולא היה רוצה שיתחיל המעשה כלל. וע"כ בדינו של הר"י מפרי"ש בשכ"מ שהיא אינה רוצה להנשא לו אח"כ אף שנעשה הסידור של גט כמנהגו שהבעל אומר שרוצה לגרש בלא תנאי מ"מ זה מועיל רק אם בשעת מעשה היה בדעת האשה להנשא לו אח"כ אבל אם תיכף היה דעתה לרמות בעלה השכ"מ והוא גירשה לטובתה ואם היה יודע שהיא שונאתו לא היה מגרשה כלל וא"כ הוא מוטעה בעיקר המעשה ואין אמירת הבעל שמגרשה בלא תנאי מועיל כלל והגט בטל... ואם היה יודע שאין רצונה לקיים והיא מדברת עמו אחד בפה ואחד בלב לא היה עושה המעשה כלל ודאי דהיה טעות מבטל אף בלא התנה בשעת מעשה דלא שייך בזה לומר כיון דלא הזכיר בשעת מעשה לא היה כוונתו לקפידא גמורה שהרי אדרבה מעולם לא היה כוונת שכ"מ לגרשה באמת כיון שהיה סבר שמגרשה רק אם ימות ואין לו שום הפסד בגירושין כיון שתנשא לו אח"כ אם יחיה... וע"כ אם היה טעות אף אם לא גילה דעתו בשעת מעשה היה הגט בטל".**

מדברי חלקת יואב עולה שהטעיה בשעת הגט מבטלת את הגט, למרות שהגט ניתן ללא תנאי. כמו כן עולה מדבריו שאם האשה מודה שכבר בזמן הגט היה בדעתה להטעות את הבעל לאחר הגט, הגט בטל. אם כן, בנידון דנן שהיתה הטעיה בשעת הגט, והאשה מודה שהציגה מצג שווא של הסכמה, הרי שהטעות מבטלת את הגט למרות שהגט ניתן ללא תנאי. בהמשך דברי חלקת יעקב מובא חילוק בין הטעיה ביחס לדרישה העומדת בבסיס ההתרצות בגירושין, הגורמת לביטול הגט. לבין הטעיה בדרישה צדדית שאינה בבסיס ההתרצות בגירושין, שאינה גורמת לביטול הגט. בנדון דנן התבאר שדרישת הבעל עמדה בבסיס התרצותו בגירושין, להבנתו שרק כך יוכל להינשא בשנית. לא מדובר בדרישה צדדית, אלא בדרישה מהותית שבבסיס ההתרצות בגירושין, דרישה עליה עמד הבעל משך זמן רב. לכן ההטעיה גורמת לביטול הגט מאחר וההטעיה היתה בסיבה ששכנעה את הבעל להסכים להתגרש.

אמנם בספר בינת אדם בשער בית הנשים סימן לב, הכשיר גט שניתן לאחר הטעיה שקדמה לסידור הגט, בנדון בו האשה השלישה חפצים לטובת הבעל לפני הגט ולאחר הגט נמצא שרימו את הבעל והשלישו עבורו חפץ רע. למרות ההטעיה הבינת אדם מכשיר את הגט ומדמה את ההטעיה למקרה ההטעיה בגט מוינה המפורסם, שהוכשר על ידי הרבה פוסקים, שם הטעו בעל שכיב מרע שיגרש את אשתו בהבטחה שאם יעמוד מחוליו האשה תינשא לו בשנית, ולבסוף האשה סרבה להינשא לו לאחר החלמתו. אלא שבדברי הפוסקים אנו מוצאים שחלקו על הבינת אדם, ועל הדימוי שעשה בין ההטעיה בהשלשת החפצים הרעים, הטעיה שהיתה כבר בשעת הגט. לבין ההטעיה בגט השכיב מרע מוינה, שם ההטעיה היתה רק לאחר הגט עת האשה סרבה להינשא בשנית. כך בפתחי תשובה אבן העזר סימן קלד סעיף קטן א:

> **"ועיין בס' בינת אדם שער ב"ה סי' ל"ב באחד שנתן גט ע"י שליח וקודם נתינת הגט נתפשר שיתנו לו חפצים ידועים וכן עשו והשלישו החפצים ולאחר נתינת הגט בלקחו החפצים טען שרימו אותו בחפץ א' שכוונתו הי' שהוא טוב ונתנו לו חפץ רע ומחמת זה רוצה לבטל הגט. וכתב שמעשה כזה הי' בגט שסידר הסמ"ע בווינא כמבואר בתשו' מהר"ם לובלין ויצא מחכמי הדור בהכשר כו' (כמוזכר קצת בב"ש לקמן סי' קמ"ה ס"ק ט"ז) והסכימו כיון שעכשיו מבטל הבעל קודם נתינת הגט כל דבור שיזיק להגט אין אחרי דבריו כלום... ולע"ד צ"ע מ"ש בריש דבריו דמעשה כזה היה בגט בווינא כו' ולכאורה נדון זה לא דמי לדהתם דשם גם לפי דברי הבעל שהקישור בח' ובנתינות משכנות שיחזרו וישאו זא"ז חשוב הוא כאילו התנה עכ"פ הוא ענין תנאי דלהבא בזה שפיר כתבו כיון שנתן אחר כך הגט בפירוש בלא שום תנאי ביטל תנאי הראשון אבל היכא שאמרו להבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחילה בזה אין שום הוכחה ממה שאמר אח"כ שנותן בלא תנאי לומר שמבטל תנאי הראשון די"ל כוונתו הוא רק על תנאי דלהבא אבל לא על העבר שלפי דעתו הוא כאילו מונח בקופסא".**

גם בשו"ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז באות כה, חולק על הבינת אדם ומאריך להוכיח מדברי הפוסקים שבהטעיה שקדמה לסידור הגט, הגט בטל, להלן מסקנתו:

> **ענף ה (כד) וע"פ מה שכתבתי יש להעיר בהשאלה של הבינת אדם שער בית הנשים סי' ל"ב דהא שם הי' ע"י טעות מה שהטעו להבעל בענין ההשלשה והעלה שם עפ"י דברי המהר"ם אלשיך הנ"ל דשום ג"ד ואומדנא לא מהני בגט ומיקל שם. אבל לפמש"כ בשם הר"ן והמהרי"ט הנ"ל יש להחמיר ג"כ בהנידון דהב"א הנ"ל. דכיון דהטעו לו בההשלשה שהוא ענין עבר יש לדמות זה לאמרה שהיא כהנת והטעתו דאינה מקודשת... אך בנדון הב"א הנ"ל כבר נתבאר דיש להחמיר ג"כ ע"פ דברי הר"ן והמהרי"ט הנ"ל דהא גם בהקידושין אין מן ההכרח לקדשה אף באופן שהיא כהנת ועכ"ז אמרינן כיון שסמך עלי' ולא תשקר משום**

עביד לגלויי'. ע"כ בטיל בשביל זה הקידושין. ה"ה בנידון השלשה עבורו כיון שרימו לו ואמרו שהשלישו אלו החפצים וסמך עליהם מחמת שזהו עביד לגלויי' ביותר. וע"כ כיון שהי' ע"י טעות בערמה ודאי בטל הגט.

ובאותה תשובה בשו"ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז, באות יט, כתב:

"כיון דלא הי' לו שום ספק בעיקר הך מילתא ולכן הוי גט בטעות ובטל מה"ת כיון דהטעתו ועשו בערמה".

בהמשך התשובה מוכיח העין יצחק שגם לדברי הבינת אדם הגט יהיה פסול, כל שהתרצות הבעל בגירושין היתה בטעות. הדברים נכונים גם לנדון דנן בו התרצות הבעל בגירושין היתה תלויה בדרישתו בעניין הסמכות וכפי שיתבאר בהמשך.

יש לדחות את הטענה שהטעות בפועל החלה רק לאחר הגט, שכן הוכח שהתשתית להטעיה שלאחר סידור הגט היתה קיימת כבר בשעת הגט, שאלמלא כן, לא ניתן היה לבטל בבית המשפט את סמכות בית הדין לאחר הגט.

כמו כן, ברור הדבר שהבעל היה סבור בשעת הגט שדרישתו בעניין הסמכות כבר התקיימה במלואה, לכן גם לא עלה הצורך מצדו להתנות דבר בעניין הסמכות. כתוצאה מכך, אין ערך לאמירת הבעל שמגרש ללא תנאי, וכפי שעוד יתבאר.

גילוי דעת הקודם לגט

מאחר וברור שהבעל עמד בעקשנות ובעקביות על קיום דרישתו בעניין הסמכות, הרי שהיה כאן גילוי דעת ברור ומפורש מצד הבעל שהגט ניתן רק בשל העובדה שהבעל קיבל כבר את מבוקשו והובטחה סמכות בית הדין. גילוי הדעת הברור של הבעל קיבל את אישור בית הדין בהחלטה מיום ו' בשבט התשע"ח (22/01/2018) בה קבע בית הדין שהגט יסודר על יסוד ההסכמות שהושגו. משעה שמתברר שהבעל הוטעה ובשעת הגט לא היתה למעשה סמכות לבית הדין, בשל מצג השווא שהוצג בפני הבעל, הרי שמדובר בהטעיה חמורה הסותרת את הסכמת הבעל לגירושין בהתאם לגילוי הדעת הברור של הבעל, שלאורך זמן רב הבהיר בצורה חד משמעית שהגט ינתן רק לאחר שעניין הסמכות יוסדר בבית הדין. גילוי הדעת הברור לפני סידור הגט, הבא ביחד עם הטעיה גורמים לפסלות הגט, וכפי שיתבאר.

סוגיית גילוי דעת לביטול הגט מובאת בתלמוד הבבלי במסכת גיטין דף לד עמוד א, בה נחלקו אביי ורבא האם יש בכח גילוי דעת על ביטול גט, כדי לפסול את הגט:

"דאביי סבר: גלוי דעתא בגיטא לאו מלתא היא, ורבא סבר: גלוי דעתא בגיטא מילתא היא".

לדעת אביי אין בכח גילוי דעת כדי לבטל גט. לדעת רבא די בגילוי דעת, המלמד על כוונה לביטול גט, בכדי לפסול את הגט ולא צריך ביטול מפורש. להלכה נפסק כדעת אביי שאין בכח גילוי דעת לפסול גט, כמבואר בשולחן ערוך אבן העזר סימן קמא סעיף סב. אמנם בדברי הפוסקים קיים דיון האם המחלוקת קיימת רק במקום בו הגט כבר נכתב, ומכח גילוי הדעת מבקשים לפסול את הגט שכבר הוכן, או שנחלקו גם במקום שהגט עדיין לא נכתב וקיים גילוי דעת מוקדם לביטול הגט עוד לפני כתיבתו. הב"ח באבן העזר סימן קלד סובר שהמחלוקת נשנתה רק לאחר שנכתב הגט, בעוד שבגילוי דעת הקודם לכתיבת הגט, לכל הדעות מועיל גילוי הדעת לביטול הגט, להלן דברי הב"ח:

"דאע"פ דגילוי דעת לאו מילתא בגיטין כאביי היינו גילוי דעת לאחר מעשה כתיבת הגט דאין כח בגילוי דעת לבטל מעשה דאפילו דיבור אינו מבטל מעשה כל שכן גילוי דעת אבל קודם מעשה כתיבת הגט מהני אפילו גילוי מילתא בעלמא דמגלה שיהא עושה מעשה כתיבת הגט באונס"

בפתחי תשובה אבן העזר סימן קלד ס"ק א מובאת דעת מהרי"מ מבריסק כדעת הב"ח, שלפני כתיבת הגט גילוי דעת יכול לבטל את מה שעתיד לעשות:

"ועיין בתשובת מהרי"מ מבריסק סי' ל"ח הביא שם דגם מהרח"ש ז"ל בדיני מודעא כתב כעין דברי הב"ח הנ"ל דהא דג"ד בגיטא לאו מלתא היא דוקא היכא שהג"ד בא לבטל מעשה שכבר עשה אבל היכא דהג"ד בא לבטל מה שעתיד לעשות מלתא היא דאמרינן מה דעשה אח"כ עשה ע"ד הראשונה... ומ"מ סיים מהרי"מ שם שדבר זה אינו מוסכם"

אמנם בפתחי תשובה שם מדייק מדעת בית שמואל בסימן קלד ס"ק א שאין לחלק כחילוק הב"ח וגילוי דעת לא יועיל לביטול הגט גם לפני כתיבתו. וכתב שכן משמע מתשובת הרשב"ץ המובאת בבית יוסף ומתשובת הסמ"ע המובאת בתשובת גאוני בתראי סימן נב.

בדברי ראשונים ניתן לראות שיש ראשונים רבים הסוברים שגילוי דעת הקודם לכתיבת הגט מועיל לביטול הגט, לכל הדעות. וכך נפסק בדברי פוסקים אחרונים ובמיוחד במקום בו גילוי הדעת היה ברור ומוחלט. הסוגיה העיקרית בה דנו הפוסקים הינה הסוגיה בתלמוד הבבלי במסכת גיטין דף מה עמוד ב - דף מו עמוד א, בביאור דברי המשנה:

"המוציא את אשתו משום שם רע - לא יחזיר"

ובגמרא שם מבואר שקיים חשש להוצאת לעז על הגט, שאם יתברר שלא היה שם רע יגיד שלא היה מגרש. בסוגיא נחלקו ראשונים האם חשש הלעז הוא מעיקר הדין ואכן הגט יתבטל מכח גילוי הדעת או שמדובר רק בחשש מדרבנן. שיטת התוספות במסכת גיטין דף מו עמוד א, שמדובר בלעז בעלמא:

"נראה דחששא זו אינה כי אם לעז בעלמא ולא שיהיה ממש גט בטל ובניה ממזרים דהא לא אמר ע"מ"

אמנם מדברי ראשונים אחרים עולה שהלעז הינו מעיקר הדין, כך שהגט יתבטל מעיקר הדין בשל גילוי הדעת שהגט ניתן רק בשל השם רע או הנדר. ובשעה שיתברר שהשם רע לא היה נכון או שלא היה נדר, הגט יתבטל. ביטול הגט יהיה רק מכח גילוי הדעת למרות שלא היה תנאי מפורש. כך מבואר בריטב"א בסוגיה, וכך נפסק להלכה בשו"ת הרמב"ם סימן שס שכתב:

תשובת שאלה על ענין [מוציא] משום שם רע לא יחזיר משום קלקולא וכו' והקשיתם איך יכול לקלקל משהגיע גט לידה והלא אפי' בא הבעל וערער אינו כלום. זה שאין ערעור הבעל מועיל הוא שאומ' לא גרשתי וגט מזוייף הוא אין שומעין לו אבל המגרש את אשתו משום שם רע ולאחר שגירשה נתברר שהיא כשירה וצנועה הדברים מוכיחין שאילו היה יודע שהיא כשירה לא היה מגרשה ואם יאמר אילו הייתי יודע לא הייתי מגרש בטל גט דאיגלויי מילתא בעלמא יפסל הגט כדאמרינן אי מודעא דגט ודמתנה גלויי מילתא בעלמא הוא כלומר משנודע לנו דעתו של מגרש שלא גמר וגירש אינה מגורשת ולפי שאיפשר לקלקלה התקינו שיהו אומרין לזה שמוציא משום שם רע שאין אתה יכול להחזירה לעולם כדי שיגמור ויגרש ולא יתלה הגרושין ולא יהיה יכול לומר אילו הייתי יודע לא הייתי מגרש שהרי אומ' לו אם תרצה לא תגרש ואם תגרש משום שם רע אין אתה יכול להחזיר. משה בר' מימון זצ"ל.

כך גם בדברי תוספות רי"ד גיטין דף מו עמוד א:

ואי קשה היכי אמרינן דמשום גלויי דעתא בלא תנאי מפורש מצי לבטולי גיטא והא קי"ל כאביי דאמר גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא. ה"מ בדאיתי הכי מעיקרא ובתר הכי בעי לבטולי ע"י גילוי דעתא כדאמרי' לעיל גבי גידול בר ליואי דשדר לה גיטא לדביתהו ובתר הכי אמר לשליח ברוך הטוב והמטיב וכל מה דשקלי' וטרי' התם הכי הוא דמעיקרא יהיב גיטא בדעת ברורה ובתר הכי מגלה בדעתיה דבעי לבטולי התם אמרינן דגלויי דעתא בגיטא לאו מילתא היא ולא בטיל אבל הכא דמעיקרא מכי יהביה ניהליה גלי אדעתיה דע"מ כן יהביה ניהליה משום ש"ר או משום נדר אפילו אביי מודה דמילתא הוי ומצי למיטען היום ומחר דהכי הות דעתא ולבטולי גיטא.

בשו"ת היכל יצחק אבן העזר ב סימן מח כתב על דברי תוספות הרי"ד האמורים:

אבל כבר בא הרי"ד ז"ל וכתב ואי קשה וכו' והא קי"ל כאביי וכו' והוא מחלק דהתם כי יהיב גיטא בדעת ברורה ובתר הכי מגלה דעתיה דבעי לבטוליה, אבל דמעיקרא גלי דעתיה דיהיב אדעתא דהכי אפילו אביי מודה, יעויי"ש. ומה לנו אחרי דברי אביר שבאבירים כמותו ז"ל שהאחרונים ז"ל לא ראו את דבריו.

דברי התוס רי״ד הובאו להלכה בתשובה שהשיב כמובא בשו״ת הרי״ד סימן צג:

״דהא קיימא לן גלויי (מילתא) [דעתא] בגיטא לאו מילתא היא, לא קשיא מידי, דודאי בביטול הגט שכבר נעשה יפה אמרינן דגילויי (מילתא) [דעתא] בגיטא לאו מילתא היא, שאינו מתבטל אלא בביטול גמור ולאו בגילוי מילתא, אבל בתחלת עשייתו בעינן שיעשה בדעת שלימה, שאם גילה דעתו שאינו עושה אותו בכל לב לאו גיטא הוא״.

בשו״ת ברכת יוסף (לאנדא) אבן העזר סימן צ מוכיח שלדעת הר״ן והרשב״א מועיל גילוי דעת ואומדנא דמוכח, לפני נתינת הגט, כדי לבטל את הגט. ופסק שאין להקל באיסור דאורייתא של אשת איש כנגד דעתם, וכך כתב:

״ומעתה כיון דמוכח מדברי הר״ן דס״ל דבכל גיטין וקידושין מהני ג״ד ואומ״ד א״כ אין להוציא גם דברי הרשב״א משפטן דלא כמהר״ם אלשיך שנדחק בדבריו מאד ולפ״ז כיון דמוכח דעת הרשב״א והר״ן דג״ד ואומ״ד קודם נתינת הגט מהני לביטולי גיטא וע״כ דהא דקיי״ל דג״ד בגיטא לאו מילתא היינו דוקא אחר מעשה הנתינה ליד השליח ל״מ ג״ד אבל ג״ד ואומ״ד קודם הנתינה מהני לביטולי גיטא מי יקל ראש כנגדם להקל באיסור א״א דאורייתא וכ״כ הב״ח בתשוב׳ החדשות סי׳ צ׳ דלמעשה קשה להקל באיסור א״א נגד הפוסקים דלא בעינן ת״כ לענין גיטין לקולא״.

כך נפסק במכתב מאליהו (אלפאנדארי) שער ז ביטול הגט סימן ה, שכתב:

אמנם אשר יש לברר הוא דהא דאמרינן גילוי דעתא בגיטא לאו מלתא היא היינו דוקא גילוי דעתא בביטולי גיטא אבל אם אעיקרא דמלתא כשצוה לכתוב הגט או כשנתנו לאשה איכא גילוי דעת או אומדנא דמוכח דלא מגרשה אלא על דעת מה בכל כי האי מלתא היא וכבר הארכתי בזה בתשו׳ שכתבתי זה ימים והעליתי כן מדברי הגמרא בהרבה מקומות ומדברי הפוסקים ועיין בתשו׳ מהרש״ח מימן ו׳.

בדברי מחנה אפרים בהלכות גירושין פרק ט, מצמצם את המחלוקת ומבאר שבמקום בו קיים גילוי דעת חזק, בבחינת ״אומדנא דמוכח״, לכל הדעות הגט בטל. וכך כתב:

״ועוד נ״ל דבש״מ דאיכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי קא מגרש הא ודאי לא בעינן שיתנה בשעת מעשה כמ״ש הרא״ש בפר׳ אלמנה נזונית, דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח לא בעינן אפי׳ גילוי הדעת״

בשו״ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז מאריך להוכיח להלכה כדעת המחנה אפרים, ולמעשה עולה מדבריו שאין מחלוקת בין הראשונים וכל שישנו גילוי דעת ברור לפני סידור הגט, גילוי הדעת יפסול את הגט לכל הדעות. דברי הראשונים שאמרו שמדובר בלעז בעלמא

התייחסו רק למקרה בו לא היה קיים גילוי דעת חזק ולכן לא ברור שהגט ניתן בשל דבר מסויים, אך במקום בו קיים גילוי דעת חזק וברור בוודאות שהגט ניתן בסיבת דבר מסויים, לכל הדעות גילוי הדעת שלפני הגט יבטל את הגט. להלן דברי עין יצחק בתשובה הנזכרת באות י:

"מוכח מזה כשיטת המחנה אפרים דהיכא דהי' אומדנא דמוכח בשעת מעשה מהני אף בגיטין... א"כ ממילא יש לנו להחמיר בכל מקום דאיכא אומדנא ולפסול את הגט. וגם בשיטת התוס' בגיטין (דף מ"ו) הנ"ל כבר בארתי דמוכח מהש"ס דאומדנא גמורה פוסל הגט. רק במוציא אשתו משום נדר וש"ר ואיילונית ס"ל להתוס' דזה לא הוי אומדנא דמוכח וכמש"כ המח"א".

בתשובת עין יצחק האמורה מאריך להוכיח שיש לדחות את דעת מהר"ם אלשיך בסימן עח שסבר שכל אומדנא לא מועילה לביטול הגט, וכך בעין יצחק באותיות ז, ח, יג, לד:

"(ז) אמנם יש להוכיח דלא כמהר"ם אלשיך דכתב לכללא דאומדנא לא מהני לבטל הגט אף אומדנא דמוכח".

(ח) אלא ג"ד בשעת מעשה מהני לכ"ע אף בגיטין.

(יג) א"כ ממילא יש לנו להחמיר בכל מקום דאיכא אומדנא ולפסול את הגט. וגם בשיטת התוס' בגיטין (דף מ"ו) הנ"ל כבר בארתי דמוכח מהש"ס דאומדנא גמורה פוסל הגט. רק במוציא אשתו משום נדר וש"ר ואיילונית ס"ל להתוס' דזה לא הוי אומדנא דמוכח וכמש"כ המח"א.

(לד) ולדינא נראה לענ"ד ברור דאומדנא גמורה וכמו בנ"ד דנתבטל הגט בפסול דאורייתא".

וראה בשו"ת יביע אומר חלק ה - אבן העזר סימן טז שהביא להלכה את דעות הפוסקים שגילוי דעת לפני סידור הגט מועיל, כדלהלן:

[והנה בס' מכתב מאליהו (דק"כ ע"א) כ', שהעלה בתשובה דהא דקי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, היינו דוקא בביטולי גיטא, אבל אם אעיקרא דמילתא כאשר ציוה לכתוב הגט או כשבא ליתנו לאשה איכא גילוי דעת או אומדנא דמוכח שאינו מגרשה אלא ע"מ איזה דבר, כל כה"ג מילתא היא, ושכן מוכח בגמ' בכמה מקומות. וע"פ זה כ' בס' אמרות טהורות (סי' קמג דרצ"ה ע"ג) לתרץ הסוגיא דב"ב (מ:) דאמרינן אי מודעא דגט גילוי מילתא בעלמא היא, והא קי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, וע"כ דדוקא בגילוי דעתא שאחר מעשה הגט לאו מילתא היא, אבל גילוי דעת דמעיקרא קודם מעשה כתיבת הגט או שמגלה דעתו שעושה על תנאי כך וכך דמילתא /אולי צ"ל מילתא/ היא. ושוב

הביא שכ״כ הב״ח והמהרח״ש והמהר״ש חיון. ע״ש. (וע״ע בצמח צדק סי׳ רפט אות ה - ו). וכדבריהם מבואר בתוס׳ רי״ד בגליון הגמ׳ (גיטין מו) בדפוס וילנא, וז״ל: ואי קשיא היכי אמרינן הכא דבגילוי דעתא (דמשום שם רע אני מוציאך) בלא תנאי מפורש מצי לבטולי גיטא, והא קי״ל כאביי דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, ה״מ כדאתיהב לשליח מעיקרא, ובתר הכי בעי לבטולי ע״י גילוי דעתא, כההיא דגידול (בגיטין לד) וכו׳, אבל הכא דמעיקרא גלי דעתיה דע״מ כן יהביה ניהלה משום שם רע, אפי׳ אביי מודה דגילוי דעתא כה״ג מילתא היא, ומצי למטען דהכי הות דעתיה לבטולי גיטא. ע״ש. וע״ע בגט מקושר בולא (סי׳ יח אות יב), ובשו״ת תפארת יוסף (חאה״ע סי׳ כב), ובשו״ת שער אשר (חאה״ע סי׳ לח), ובשו״ת שאל האיש (חאה״ע סי׳ ג). וע״ע בתשו׳ הראב״ד הנד״מ (ס״ס כו). ואכמ״ל].

גם בשו״ת שואל ומשיב מהדורה תליתאה חלק ב סימן יב מכריע כדעת הב״ח שמועיל גילוי דעת שלפני כתיבת הגט, לביטול הגט, וכך כתב:

נראה לפמ״ש הב״ח בחו״מ סי׳ ר״ה ובסימן קל״ד באהע״ז... וכתב דדוקא לאחר שכתב הגט הוא דלא מהני גילוי דעתא אבל קודם הכתיבה מועיל מצד גילוי דעת ע״ש ... ואף שעל דברי הב״ח יש להקשות כמ״ש בשו״ת בת עיני אבל כבר הארכתי בזה לקיים דברי זקני הב״ח וכן הוא הסכים שם כן ״

ברור ארוך ומקיף בדעות הפוסקים בעניין גילוי דעת שלפני כתיבת הגט, נמצא בפסקי דין רבניים במאגר מקוון פסק דין פב, בפסק דין של בית הדין בירושלים שנכתב על ידי הרה״ג יוסף כהן זצ״ל, לפסק הדין הצטרפו הרה״ג דוד עטיא שליט״א והרב אליהו עצור זצ״ל. פסק הדין מובא גם בספר דברי יוסף אבן העזר חלק ב סימן יח. פסק הדין עוסק בנידון בו הבעל התנה את הסכמתו לגירושין בכך שתמצא עבורו אשה שתסכים להתקדש אליו עוד לפני סידור הגט. למעשה, הערימו על הבעל והמציאו בפניו אשת איש שהסכימה שהבעל יקדש אותה. לאחר שהבעל קידש את האשה, הבעל נתן את הגט. אלא שכידוע קידושי אשת איש אינם חלים ונמצא שהטעו את הבעל בשעת מתן הגט. בפסק הדין מוכח בארוכה שלא ניתן להתיר את האשה להינשא בגט המוטעה לאחר שהבעל גילה דעתו לפני כתיבת הגט שמסכים לגרש רק אם יקדש אשה. בפסק הדין התייחסות לדעות הפוסקים בעניין גילוי דעת הקודם לכתיבת הגט, וכך נכתב:

״בראשונה יש לבאר שבנ״ד היה גלוי דעת לפני מעשה כתיבת הגט, שאינו מגרש אלא אם תהיה לו אשה אחרת... והוי גלוי דעת בפני ב״ד (שלא גרע מגלוי דעת בפני עדים) לפני מעשה כתיבת הגט שאינו רוצה לגרש רק לאחר שיהיה לו אשה אחרת, וא״כ בגירושין אלו שגירש רק לאחר שכבר קידש את האחרת והיה סמוך ובטוח שיש לו כבר אשה אחרת, יש אומדנא מוכחת שעל דעת כן שיש לו אשה

אחרת גירש את אשתו, ואילו היה יודע שזאת שנתקדשה לו היא אשת איש לא היה מגרש את אשתו... וכפי שיתבאר להלן יש מחלוקת הפוסקים בגלוי דעת בגיטין "לפני מעשה כתיבת הגט"..

בהמשך פסק הדין האמור, מבואר שמחלוקת גדולי האחרונים בנדון, תלויה במחלוקתם של ראשונים, בבאור המשנה במסכת גיטין בדף מה עמוד ב, בעניין המגרש את אשתו משום שם רע. לאחר משא ומתן בדברי הראשונים והאחרונים מובא שם סיכום הדעות, כדלקמן:

"סיכום השיטות: נמצאנו למדים מכל הנ"ל, שלדעת הרמב"ן והריטב"א בההיא דמוציא שם רע דגלוי הדעת מהני לבטל הגט, גם בנ"ד מהני לבטל הגט, ולשיטת התוס' והרשב"א שם לפי פי' המהר"ם אלשיך כדבריהם דגלוי דעתא בגיטין לאו מילתא היא גם קודם מעשה כתיבת הגט, גם בנ"ד לא מהני ג"ד לבטל הגט, ולפי פירוש המחנה אפרים בדבריהם, י"ל שבנ"ד גם התוס' והרשב"א מודים, משום דע"י הגלוי דעת יש אומדנא מוכחת, דמבלי שיהא לו אשה לא היה מגרש".

לאחר משא ומתן ארוך בשאר פרטי ההלכה, השייכים גם לנידון דנן, הכריע בית הדין בירושלים בפסק הדין האמור, לפסול את הגט, וכדלקמן:

לאור כל הנ"ל בית דיננו לא יתיר את האשה על ידי הגט הזה, ואם כי צר לי מאד על העגונה האומללה הזו, אבל שערי ההיתר ננעלו בפני.

בנדון דנן גילוי הדעת היה ברור ומוחלט, גם בית הדין קבע שהגט יסודר על בסיס ההסכמות, הרי שיש גילוי דעת ואומדנא דמוכח שקדמו לסידור הגט, שהגט ניתן רק על דעת כך שהסמכות נתונה לבית הדין.

לא ניתן לומר שבשעת סידור הגט עצמו לא היה גילוי דעת מאחר והיה גילוי דעת ברור של הבעל לפני נתינת הגט הרי שבשעת הגט היתה אומדנא דמוכח על דעת הבעל. בנוסף, בשעת מסירת הגט היה גילוי דעת בכתב מכח פסק הדין שהיה מצוי בשעת סידור הגט. פסק הדין קבע שסידור הגט יהיה בהתאם להסכמות. נראה שגילוי דעת יכול להיעשות גם בכתב, ופסק הדין הינו כתב המגלה על אופן סידור הגט. כפי העולה מדברי שו"ת שואל ומשיב מהדורה תליתאה חלק ב סימן יב, שכתב:

"אבל עכ"פ גילוי דעת הוה קודם הכתיבה ובגט סגי בגילוי דעת לבד ואף דהוה מפי כתבם ול"מ מה"ת כל שחז"ל אמרו דמפי כתבם מועיל ניהו דבמקום איסור לא תקנו אבל עכ"פ מידי גילוי דעת לא נפיק ומועיל וז"ב כשמש"

יש בכח גילוי הדעת האמור להוכיח את כוונת הבעל בגירושין שלא היתה התרצות לגרש בהעדר סמכות לבית הדין. יש בכח גילוי הדעת המוקדם כדי לבטל את מעשה נתינת הגט. ההטעיה גורמת לכך שנפגם ריצוי הלב של הבעל, הנחוץ בגירושין. לכן ההטעיה שהיתה

למעשה כבר בשעת מתן הגט, שבאה לאחר גילוי דעת מפורש, יש בה כדי לפסול את הגט. למרות שלא היה תנאי מפורש ולמרות שהבעל אמר שמגרש ללא תנאי.

ניתן להבין את החילוק, שהובא להלכה, בין גילוי דעת שלאחר כתיבת הגט שלא מועיל, לבין גילוי דעת שלפני כתיבת הגט שכן מועיל, בהתאם למה שהתבאר שבגט יש צורך בריצוי הלב ובהסכמה מלאה של הבעל בגירושין. היות ובגט נחוצה הסכמת המגרש בלב, הרי שאם הגט כבר נכתב ברצון מלא של הבעל, שוב צריך לעקור את הרצון שכבר היה קיים ולעניין זה אין בגילוי הדעת לבטל את המעשה שכבר נעשה ברצון. שכן גילוי הדעת הוא בבחינת דברים שבלב שאינם דברים לבטל מעשה, כמבואר בפסקי הרי"ד בגיטין דף לד עמוד א. אמנם בגילוי דעת שלפני כתיבת הגט, הרי שמעולם לא היה ריצוי בלב לגירושין. כך שאין צורך לבטל את המעשה אלא שמעשה הגירושין מעולם לא התחיל, בהעדר רצון המגרש. רצון המגרש כולו הוא בבחינת דברים שבלב לכן יש בכח גילוי הדעת על הדברים שבלב להוכיח שלא היתה מראש התרצות בלב המגרש לגירושין. סיוע לסברה האמורה, בספר שאלת רב (שאלות שנשאל הרה"ג חיים קניבסקי שליט"א) חלק א בעמוד קכט, מסכת גיטין אות לט, שנשאל והשיב:

"וקשה לפי אביי, גם אם נאמר דגילוי מילתא בגיטא לאו מילתא היא... מ"מ נתגרשת בהתנגדות דעת המגרש, ואין כאן דעת המגרש?

תשובה: אם לא מהני נשאר דעתו הראשונה שהסכים".

הרי שדברי אביי, שנפסקו להלכה, שגילוי דעת לא מועיל נאמרו רק במקום שכבר היתה מראש הסכמה לגירושין וכל גילוי הדעת הוא רק לבטל את ההסכמה שכבר היתה ומאחר וגילוי הדעת לא מועיל נשארים בדעתו הראשונה שהסכים לגרש. ומכאן שבמקום שעדיין לא היתה התרצות בגירושין, גילוי הדעת יועיל לגלות שמעולם לא התחיל הרצון בגירושין, לכן יועיל גילוי הדעת לכל הדעות לבטל את הגט לפני הכתיבה, בהעדר התחלת מעשה גירושין ברצון. בנדון דנן הבעל מעולם לא התחיל מעשה גירושין ברצון, בנסיבות שהוא מוטעה בהווה או שיוטעה בעתיד, לכן הגט בטל למרות אמירת נוסח ביטול התנאים.

בנוסף לכל האמור, ניתן לראות בגילוי הדעת המפורש של הבעל צורה של תנאי שקדם לגט. אם נראה את דרישת הבעל כתנאי הרי שהגט נפסל מדין גט מוטעה בשל אי קיום התנאי. הדבר נלמד מסוגיית הגמרא, שהובאה לעיל, בתלמוד בבלי מסכת יבמות דף קו עמוד א:

"ת"ר: חליצה מוטעת כשרה, גט מוטעה פסול"

גט מוטעה שהינו גט פסול הוא גט שניתן בתנאי והתנאי לא התקיים. כך בדברי רש"י מסכת יבמות דף קו עמוד א:

"גט מוטעה פסול - אם אינה מקיימת תנאה".

לכאורה בנידון דנן לא היה תנאי של הבעל לפי גדרי התנאים. שהרי להלכה יש צורך בארבע דרישות כדי שהתנאי אכן יוגדר כתנאי לפי ההלכה, כמבואר בשולחן ערוך אבן העזר הלכות קידושין סימן לח סעיף ב:

"כל תנאי צריך להיות בו ארבע דברים, ואלו הן: שיהיה כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה, ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד מהם, הרי התנאי בטל, וכאילו אין שם תנאי"

הדרישות להחלת תנאי אכן לא התקיימו בנידון דנן, ולא היה נוסח מפורש בהתאם לדיני התנאים. אמנם, בשולחן ערוך אבן העזר בסימן לח סעיף ד, מובא להלכה שהצורך בדיני התנאים נחוץ רק להחמיר ולא להקל, וכך נפסק:

" י"א דלא בעי שיהיה בתנאי ארבעה דברים אלו אלא במקום דאתי מינייהו חומרא, ולא היכא דאתי מינייהו קולא".

הצורך בדיני התנאים נדרש להלכה רק כאשר העדרם גורם לקולא ודרישת התנאי באה לחומרא. לא כן במקום שללא דיני התנאים תצא חומרא ובשל דיני התנאים תצא קולא. במקום שתצא קולא לא נדרשים דיני התנאים. בנדון דנן אם נצריך את דיני התנאים, הרי שתצא קולא, שהגט לא יחשב כגט מוטעה. מאחר ולא ניתן להקל על סמך דיני התנאים הרי שבנדון דנן אין להצריך את דיני התנאים. בהעדר דיני התנאים די בגילוי הדעת המפורש של הבעל כדי להחיל תנאי. דרישת הבעל הברורה בעניין הסמכות תחשב לתנאי, ומשעה שלא התקיים התנאי הגט נחשב לגט מוטעה שהוא פסול. הסברה האמורה מובאת בשו"ת ישועות יעקב אבן העזר סימן כה:

"והנה מ"ש לעיל דבתנאי קודם כתיבה לא בעינן משפטי התנאים ודי בגילוי דעת לבד כיון דאינו מצווה לכתוב רק על אופן זה הוי כמו שמתנה עם השליח דאתי דיבור ומבטל דיבור כמ"ש הקדמונים לענין נדרים ושבועות ונזירות בינותי בספרים ומצאתי ראי' לדבר".

הסברה האמורה נפסקה להלכה בתשובת הרה"ג יהושע ולנדר זצ"ל שהובאה בקובץ אשל אברהם חלק ג עמוד 208, בעניין אשה שלא קיימה את הסכם הגירושין בעניין הילדים ותבעה את הבעל בערכאות של גויים, שלא כפי ההסכם, וכך פסק:

"הנה נראה שהגט הזה פסול ובטל כדקיי"ל חליצה מוטעית כשרה, גט מוטעה פסול. הגם שלא הותנה הבעל כפי משפטי התנאים בת"כ והן קודם ללאו וביטל התנאים והמודעות לפי סדר הגט, הא אנן נקטינן בשו"ע אה"ע סי' ל"ח סעי' ד' דהיכא דאתי מיניה קולא לא בעי משפטי התנאים. [ויעי' ברא"ש ב"ב פי"נ אות מח שהעלה מירושלמי שאף לר"מ דבעי' בכ"מ ת"ב מ"מ בעריות מחמיר וציין לזה בחכמ"ש (שם)] וגי"ד ואומדנא שרק על סמך זה נותן הגט לא גרע מתנאי שאינו כפול".

וראה עוד בשו״ת ברכת יוסף, סימן צ שדן בכיוצא בזה לפסול גט שניתן בהטעיה, מכח אומדנא דמוכח, החשובה כתנאי, מבלי שיהיה צורך בתנאי כפול.

לכאורה, אם ביטול הגט הינו מכח תנאי, הרי שהבעל ביטל את התנאים באמירת הנוסח המקובל שמגרש ללא תנאי. אלא שברור שבנדון דנן אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי לא הועילה. שהרי עניין הסמכות כבר סודר לפני סידור הגט ולכן לא היה צורך בתנאי על עניין הסמכות ומשכך האמירה שמגרש ללא תנאי לא חלה על הדרישה בעניין הסמכות, שבזמן הגט כבר הושגה. כמו כן כשם שהטעות מבטלת את הגט כך היא מבטלת את האמירה שמגרש ללא תנאי, היות וכל האמירה שמגרש ללא תנאי היתה בתנאי שלא הטעו את הבעל, משעה שהוטעה שוב התבטלה גם האמירה שמגרש ללא תנאי.

סיבת ההתרצות בגירושין

התבאר שדרישת הבעל הוגדרה דרישה צודקת לפי ההלכה ולכן נפגם ״ריצוי הלב״ של הבעל בגירושין. כמו כן התברר שכל ההתרצות של הבעל בגירושין, וויתור על אפשרות עשיית שלום בית עם האשה, התבססה על ההבנה של הבעל שעם הגירושין אכן תעמוד בפניו אפשרות להשתקם ולהינשא בשנית, דבר שלדעת הבעל יכול היה לקרות רק עם קיום ההתחייבות לדון בבית הדין. הבעל הבין שפסיקת בית משפט בענייני הילדים לא תאפשר לו להינשא בשנית. הרי שדרישת הבעל היתה בבסיס ההתרצות שלו בגירושין ולא על מנת להשיג הישג רכושי צדדי. מאחר ודרישת הבעל לסמכות בית הדין עומדת בבסיס התרצותו לגירושין, ומאחר והבעל ראה תלות בין קיום הדיונים בבית הדין ובין ההתרצות בגירושין, הרי שההטעיה בקיום ההתחייבות למתן סמכות לבית הדין גורמת לגט להיות גט מוטעה, בהעדר קיום ההתרצות בגירושין. שכן בכל מקום בו כל ההתרצות לגירושין באה בשל דבר מסויים, הגט מתבטל משעה שמתברר שהבעל הוטעה בשעת הגט בכך שלא התקיים אותו דבר שהיה בבסיס ההתרצות שלו. כשמתבררת ההטעיה מתברר שלמעשה לא היתה התרצות בגירושין. כך מפורש בשו״ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז, שדן במקום בו רימו את הבעל והציגו בפניו מכתב מזוייף מרב המורה לו כביכול לגרש את אשתו ואחר כך להנשא לה מחדש וזאת כסגולה לשלום בית. בעין יצחק מוכיח שבמקום בו ההתרצות בגירושין היתה מוטעית, הגט בטל. ומוכיח שגם לדעת בינת אדם שהכשיר גט במקום בו הטעו את הבעל בהשלשת חפצים רעים, בכל אופן כשהטעו אותו בבסיס ההתרצות בגירושין, הגט בטל. שכן בהטעיה בחפצים רעים ההתרצות בגירושין לא תלויה בחפצים, אך במקום בו ההטעיה היתה בסיבת הרצון לגירושין יודה הבינת אדם שהגט בטל. להלן דבריו באות כד:

> **אך אף לפי דברי הב״א שם יש להחמיר בנ״ד דהא כתב שם הטעם דלא מבטלינן הגט בשביל שרימו לו בהשלשה כיון שאין מן הסברא שיגרש אשתו בשביל ממון שנותנים לו ומי ראה כזאת אלא בודאי בלא״ה הי׳ מן ההכרח לגרשה יהי׳ מאיזה**

טעם שיהי׳ רק כל מה שיוכל להוציא ממון עושה כל התחבולות ואנן סהדי שלא בשביל זה הוא מגרשה. ע״כ אף אם יגלה דעתו שבשביל זהו מגרשה כיון שנותן לה גט ע״כ גומר ומגרש בלא שום פקפוק כו׳ עכ״ל הב״א. א״כ זה לא שייך רק שם. אבל בנ״ד דודאי הי׳ מוכרח לגרשה כיון שסמך עליהם שהראו לו מכתב הרב ה״ג הנ״ל וזהו סגולתו והבטיחו לו שיחזרו וינשאו אח״ז. ועי״ז יהי׳ רפואתו ודאי אין לך אומדנא גדולה מזו כי בלא״ה לא הי׳ מגרש אשתו האהובה לו סמוך לימי חופתו ושלא בהסכם אביו וקרוביו. וכן לא יעשה בישראל ע״כ בנ״ד אף לפי דברי הב״א יש להחמירוכפי שיוכח במקורות שיובאו לקמן.

הוכח שבנדון דנן בסיס ההתרצות של הבעל בגירושין היה נעוץ בכך שהסמכות בענייני הילדים נתונה לבית הדין. הרי שההטעיה נוגעת לבסיס ההתרצות לגירושין. לכן ההטעיה גורמת לביטול הגט. כבר התבאר שבגט נחוץ ״ריצוי הלב״, ולמעשה די בכך שדרישת הבעל הינה בהתאם להלכה, כדי לקבוע שלא היה ״ריצוי הלב״ בגירושין. על אחת כמה וכמה שקיימת בעיה בריצוי הלב של הבעל לאחר שהתברר שדרישת הבעל, לפי טענתו, עמדה בבסיס ההתרצות שלו בגירושין. משעה שנשמט בסיס התרצות הבעל בגירושין, הגט בטל מעיקרו מבלי להיזדקק לדיני התנאים, ולכן אמירתו שמגרש ללא תנאי לא תועיל.

תיקון ההטעיה

מאחר והאשה לא מעוניינת לקיים את ההתחייבויות שקיבלה על עצמה, הרי שהטעיית הבעל נמשכת. במידה והאשה היתה מבקשת לתקן את העוול שעשתה ולעמוד בהתחייבות שנטלה על עצמה, היה מקום לדון האם ניתן להכשיר את הגט בשל העובדה שבסופו של דבר התנאי מתקיים. יתכן וקיים אמדן דעת שאם ההתחייבויות יתקיימו, בסופו של דבר, הרי שקיימת התרצות מראש בגירושין. אמנם מאחר והאשה איתנה בדעתה לביטול ההסכמות הרי שההטעיה נמשכת גם כיום ומשכך הגט מוגדר גט מוטעה. בדברי פוסקים שדנו בכשרות גט מוטעה מצאנו שהתנאי לאפשרות הכשרת הגט, לאחר ההטעיה, הוא קיום ההתחייבות והפסקת ההטעיה. כך בשו״ת מהרש״ם חלק ט סימן קלא, שדן באשה שהתחייבה לא לתבוע בערכאות של גויים ובכל אופן תבעה בערכאות, לאחר הגט. בתשובה פסק שהאשה מוזהרת לקיים את התחייבותה, וכך כתב:

״.. ולכן יזהירו את האשה ואבי׳ לבלי לעשות מאומה לבל יגרמו לעמצם מעוות שלא יוכל לתקון״.

אי עמידה בהתחייבות גורמת למעוות שלא יוכל לתקון ולפסול את הגט. עמידה בהתחייבות יכולה לרפא את הפגם מכח האומדנא שאם התנאי יתקיים בסוף, הרי שיש התרצות מלכתחילה בגירושין. לא כן בנדון דנן בו האשה מבקשת להמשיך להטעות את הבעל, הרי שהגט נשאר גט מוטעה.

כך גם בפסיקת הגאון רבי יוסף שלום אלישיב שהובאה בשו"ת וישמע משה חלק א עמוד שעא (אוצר פסקים ותשובות שהשיב הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל), בנדון גט שניתן על סמך התחייבות האשה שלא תתבע בערכאות, ולאחר הגט האשה כן תבעה בערכאות, וכך השיב:

"שיש להעמיד בית דין בארה"ב על זה ולשכנע את האשה שתפסיק ללכת לערכאות ואם יחליטו ששוב אין האשה עוברת על התנאים שהיתנה אתה הבעל שפיר יחול הגט אבל אם תמשיך הלאה ללכת לערכאות ושלא לקיים את תנאי הבעל יהיה שאלה על הגט"

הרי שאם האשה ממשיכה בהפרת קיום ההתחייבות שלה, קיימת בעיה בכשרות הגט. בעוד שאם האשה מתקנת את ההפרה ניתן לתקן בכך את הבעיה שנוצרה. מאחר ובנדון דנן האשה ממשיכה בהפרת ההתחייבות לדון לפי דין תורה בלבד, הרי שקיימת בעיה בכשרות הגט. וראה בשו"ת ישועות יעקב אבן העזר סימן כה שדן להכשיר גט למרות הטעיה, אך בתנאי שהאשה תתקן את שקילקלה ותעמוד בהתחייבותה, וכך כתב:

"אמנם בלי חזרת המטלטלין חלילה לה להיות עם בעלה והמקיל בזה עתיד ליתן את הדין".

הרי שבהעדר תיקון ההטעיה וקיום התחייבות האשה, הגט בטל.

ידיעת הבעל על אפשרות של הטעיה

במקום בו הבעל סמוך ובטוח שדרישתו כבר התקיימה, הוא לא מעלה בדעתו שיש עוד צורך להתנות ביחס לקיום דרישתו, שהרי דרישתו כבר התקיימה. לכן גם אין ערך לאמירת הבעל שהגט ניתן ללא תנאי. שכן ביחס לדברים שהבעל כבר קיבל בשעת הגט, הוא לא רואה בהם משום תנאי שצריך עוד להתקיים. ממילא אמירת הנוסח שהגט ניתן ללא תנאי, לא תועיל ביחס לדברים שהבעל לא רואה אותם בתורת תנאי, לאחר שהם כבר התקיימו לדעתו. כך בפתחי תשובה אבן העזר סימן קלד ס"ק א, שהובאו לעיל:

".. אבל היכא שאמרו להבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחילה בזה אין שום הוכחה ממה שאמר אח"כ שנותן בלא תנאי לומר שמבטל תנאי הראשון די"ל כוונתו הוא רק על תנאי דלהבא אבל לא על העבר שלפי דעתו הוא כאילו מונח בקופסא".

וכך בשו"ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז אות כו:

ואף להחולקים על המהר"ם לובלין כמו הב"ח והסמ"ע והמ"ב טעמם הוא כיון שמבטל כל תנאים בעת סידור הגט ונתינת הגט ע"כ נתבטל האומדנא שלו ג"כ.

א"כ זהו לא שייך רק היכא דלא הי' טעות שהטעו בפי' מענין עבר אלא הבטחה בעלמא דאף די"ל דהוי כעין תנאי מ"מ הא נתבטל התנאי ע"י ביטול כל תנאים כפי הנהוג האידנא. אבל היכא דעשה עיקר הגט ע"י מה שהטעתו בענין עבר וסומך עלי' שלא תשקר משום דהוי עביד לגלויי כנ"ל. כיון דנתבאר דבכה"ג הגט בטל דאף דנתן לה גט. עכ"ז הא הי' באונס מה שהטעהו א"כ ה"ה אף שאומר שמגרשה בלא תנאי ומבטל לכל תנאים עכ"ז הא גופא הי' בטעות ואונס לבו וכמו דמבטלינן הגט עי"ז ה"ה דמבטלינן עי"ז אף ביטולו להתנאים דכל זה הי' בטעות מעיקרא והוי כ"ז כמו הך גט מוטעה דיבמות (דף ק"ו) דפסול.

וכך בהמשך תשובת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז, באות לד:

"ומה שכתב המ"ב שם להקל מצד מה שמבטלין תנאים בעת נתינת הגט כבר נתבאר דזה אינו שייך רק אם התנאים הוא במידי דלהבא ולא ע"י טעות. אבל לא במה שהי' ע"י טעות בלעבר ולבו אנסי'. וסבר דהאמת כדבריהם דכמו דמבטלינן בשביל זה הקידושין והגט. ה"ה דמבטלינן עי"ז להביטול להתנאים שלו דגם זה גופא הי' ע"י טעות דהאמין לדבריהם. וכמו דבטל הגט עי"ז ה"ה דבטלים עי"ז הביטול להתנאים שלו כנ"ל".

מבואר, שאין ערך לאמירת הבעל שמגרש ללא תנאי, ביחס לדרישות שהבעל סבור שכבר התקיימו. היות והבעל לא מעלה בדעתו שמדובר בתנאי, שעוד צריך להתקיים. משכך, הוא לא חושב שעולה צורך לעשות תנאי בדבר. על כן, משעה שמתברר שהבעל הוטעה, ההטעיה מבטלת את הגט, ולא מועילה האמירה של הבעל שהגט ניתן ללא תנאי. בנוסף, ביטול התנאים עצמם הרי נעשה בטעות. שהרי אלמלא ידע הבעל שהוא מוטעה, הוא לא היה אומר שמגרש ללא תנאי. לכן האמירה שמגרש ללא תנאי, מתבטלת בשל ההטעיה. הדברים נפסקו להלכה בפסק דין של בית הדין בירושלים, שהובא לעיל, שנכתב על ידי הרה"ג יוסף כהן זצ"ל, לפסק הדין הצטרפו הרה"ג דוד עטיא שליט"א והרב אליהו עצור זצ"ל. פסק הדין מובא בספר דברי יוסף אבן העזר חלק ב סימן יח וכן בפסקי דין רבניים במאגר מקוון פסק דין פב.

לכן, בנדון דנן מאחר וקיים אמדן דעת ברור וגילוי דעת מפורש של הבעל שהדרישה לסמכות בית הדין עומדת בבסיס ההתרצות לגירושין, והבעל היה סבור שדרישתו כבר התקיימה, עם קבלת החלטת בית משפט המוחקת את התביעות בבית המשפט, הרי שאמירתו שהגט ניתן ללא תנאי לא מתייחסת לעניין קיום סמכות בית הדין, דבר שכבר הושג, מבחינת הבעל, קודם לסידור הגט.

כמו כן, האמירה שמגרש ללא תנאי מתבטלת מאחר והוטעה באמירת הדברים. הדברים נאמרו על דעת כך שמוצג בפניו מצג אמת על התרצות אמתית ולא על דעת כך שמוצג בפניו מצג שווא. נמצא שההטעיה מבטלת את האמירה שמגרש ללא תנאי. כמו בכל מקח טעות שהטעות מבטלת את המעשה, כך ההטעיה מבטלת את האמירה שמגרש ללא תנאי וללא

דברים הפוסלים את הגט. הסברה האמורה התבררה גם בשו״ת בת עיני סימן א׳ שהאריך בהוכחת הסברה. וכך בשו״ת הרי בשמים חלק ב (מהדורא תניינא) סימן נה:

״ומהאי טעמא נראה דאין מועיל נמי בנ״ד מה שנוהגין עתה שבשעת סידור הגט הבעל מבטל כל התנאים ואומר שמגרש בלי שום תנאי. דהוא אינו מבטל רק התנאים שצריכין להתנות אותן אבל לא מה שממילא היא בטל מחמת טעות וכן העיר בזה בתשו׳ מהרמ״ל דמה שהסכים שנותן בלי שום תנאי היינו בלי תנאי מפורש אבל מ״מ בג״ד עומד... סוף דבר לפענ״ד הגט בטל. ״

ובתשובה נוספת בשו״ת הרי בשמים חלק ב (מהדורא תניינא) בסימן פח, חזר על הסברה שלא מועיל ביטול התנאים, במקום שהוטעה, וכך כתב:

״וכבר כתבנו דל״ש לומר מדלא הקפיד להתנות בפירוש כן בשעת הגירושין ואדרבא הלא ביטל כל התנאים בשעת סידור הגט וביטל ג״כ זה משום דע״כ לא ביטל רק תנאים אבל לא טעות כמבואר כ״ז בתשו׳ גדולי האחרונים״.

על כן ההטעיה גורמת לביטול הגט מבלי שהאמירה שמגרש ללא תנאי יכולה להועיל להכשר הגט.

זאת ועוד, בתשובת מהר״ם אלשיך סי׳ ע״ח המובא גם בפתחי תשובה אבן העזר סדר הגט (אחרי סימן קנד) ס״ק לו, מבואר שבמקום בו הבעל היה צריך לחשוש מאי קיום ההתחייבות היה עליו לעשות תנאי, ומשלא עשה תנאי הגט כשר. ומכאן שבמקום שהבעל לא העלה כלל בדעתו שקיימת אפשרות להטעיה הגט יפסל גם ללא תנאי. בנדון דנן לאחר שהבעל סמך על עצת מיצגיו, על החלטת בית הדין ועל החלטת בית המשפט, הבעל לא העלה בדעתו שקיימת עוד אפשרות להטעיה, על כן לא היה צריך לעשות תנאי ומשעה שהוטעה הגט בטל למרות שאמר שמגרש ללא תנאי.

אופן סידור הגט

הגט סודר רק לפי סדר הגט הרגיל, ללא תוספות או מתן הסברים נוספים לבעל. הבעל אמנם אמר, בהתאם לסדר הגט, שמגרש ללא תנאי. אך כבר התבאר שהאמירה עצמה לא הועילה. הן בגלל שהתנאי כבר התקיים ולא היה צורך בתנאי והן בגלל שהטעות ביטלה גם את האמירה.

לכאורה היה ניתן לתקן את הקלקול שנוצר, אם בשעת הגט היו מוסיפים במתן הסבר נוסף לבעל, שהגט יהיה כשר בכל מצב. במאמר של הרה״ג אוריאל לביא שליט״א, בשורת הדין כרך ב עמודים קפב - קפג, נכתב על דבר הצורך להוסיף על סדר הגט הרגיל ולהסביר לבעל בפרוש, בשעת סידור הגט, שהגט יהיה כשר בכל מצב, גם אם יתברר שהוטעה, וכך כתב:

"הבית מאיר סי' קמה ס"ט הביא את המחלוקת שנחלקו גדולי הדור בענין הגט מוינא, והוסיף הבית מאיר:

"עם כל זה לא מצאתי בדברי החולקים ישוב מספיק על טענות מהר"ם לובלין מה שהכריחו לפירושו, זולת מחמת שהמסדר יפרש לו שנותן הגט בפירוש בלא שום תנאי, ואף בזה עי"ש שעדיין דברים בגו כמבואר במהר"ם לובלין. להכי לע"ד נראה שטוב נמי שהמסדר יפרש לו שאף זה יעלה בדעתו, שאף אם תבגוד האשה ותרצה למעול מעל בהחרם שלא להנשא לו אלא לאחר שתרצה ליתן הקנס, שעם כל זה הוא סבור וקבל ומגרש לחלוטין בלי תנאי, וכבר מצאתי בסדר ר"מ ר' יוזפש אות לח הכי".

דברי הבית מאיר הובאו בפת"ש סי' קמה סק"ו וכן בשו"ת בית שלמה אה"ע סי' קלז. ולכן במקום שיש לחוש שהבעל הוטעה בקיום ההסכם או שהעילה שהביאה [עמוד קפג] אותו להחלטה לגרש התבררה כמוטעת, מלבד מה שהבעל יאמר את הנוסח שבסדר הגט, צריך לפרש לו שאף אם לאחר מתן הגט יתברר שהוטעה, הגירושין מוחלטים ואינן תלוים בדבר אחר. וכן ראוי לומר לו ביחס לקיום ההסכם בעתיד, שאף אם ההסכם לא יכובד ע"י האשה, הגט אינו תלוי בכך.

ונראה דאף אם נדון להשוות הטעיה בגט לגדרי מקח טעות, וכדעת הערך שי, הרי שאמנם לא סגי באמירת הנוסח הרגיל שמגרש ללא תנאים, כשם שבמקח טעות לא סגי באמירה סתמית של המוכר על מנת שאי אתה חוזר עלי בטענת מקח טעות, כמבואר בחו"מ סי' רלב ס"ז. אך אם מפרש לו המום או הערך האפשרי של חסרונו מהני כמבואר שם, וה"ה הכא אם מפרש לו ההטעיה האפשרית והבעל מקבל עליו, סגי בהכי".

הדברים חוזרים ונשנים בדעת הרוב בהצעה מעשית שבתי הדין ינהגו על פי הוראת הטיב גיטין ויבהירו לבעל בצורה ברורה בשעת סידור הגט שהגט יהיה כשר בכל מצב, גם אם יופרו התחייבויות והסכמות ותהיה הטעיה. אך כאמור, בנדון דנן, סודר רק גט רגיל, ללא תוספת הסבר על כשרות הגט בכל מצב.

אמנם, בפסק הדין, מיום כ"ח בסיון התשע"ז (22/06/2017), שניתן זמן רב לפני סידור הגט נכתב בדעת המיעוט שהגט יסודר עם מתן הבהרה מיוחדת, שיבהירו לבעל בשעת נתינת הגט שהגט יהיה כשר בכל מצב. אלא שבפועל, הדבר לא קרה וסודר רק גט רגיל. לא ניתן לראות בדברי דעת המיעוט, שנכתבו זמן רב לפני סידור הגט, כתחליף להסבר הנדרש בשעת מתן הגט עצמו. שהרי בדעת המיעוט עצמה נכתב שההסבר ינתן בשעת מתן הגט. בנוסף, רק בדעת המיעוט הוזכרה האפשרות למתן הסברים נוספים, הרי שאין לראות בדעת המיעוט, שלא התקבלה להלכה, כמתן הוראות לאופן סידור הגט. במיוחד כאשר בדעת דיין מדעת הרוב נכתב, שאי קיום דרישות הבעל יגרמו לכך שהגט יהיה גט מוטעה. בשעת מתן הגט הבעל

ראה שנתינת הגט נעשית לפי סדר הגט הרגיל ללא תוספות והסברים מיוחדים, וללא אמירה מפורשת שהגט יהיה כשר בכל מצב, הרי שהבעל יכול היה לקבל את הרושם שגם לדעת המיעוט הגט יהיה פסול אם האשה לא תעמוד בהתחייבות. על כל פנים, בשעת הגט לא היתה אמירה שיכולה להועיל להכשרת הגט. מכאן שלא נמצאה תרופה להכשרת הגט מכח אמירות שנאמרו בשעת סידור הגט, לפי סדר הגט.

יש להמשיך לדון, האם יכולה להועיל אמירת הבעל, בהתאם לסדר הגט, שמעיד על עצמו שלא עשה דברים היכולים לפסול את הגט ושאין דברים הפוסלים את הגט?

התשובה לכך היא שמאחר והבעל הוטעה, גם לא הועילה האמירה של הבעל שהוא מעיד שלא עשה דברים היכולים לפסול את הגט. שכן הדברים הפוסלים את הגט פוסלים את הגט מחמת עצמם ללא מעשה הבעל, בעוד שהודאת הבעל מתייחסת רק לדברים שהוא עצמו עושה. הבעל לא התכוין באמירתו לדברים שפוסלים את הגט מחמת עצמם, אלא רק לדברים שהוא עושה. כך מבואר בהמשך וכך בהמשך תשובת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז, שהובאה לעיל, באותיות לה - לו:

> **(לה) ולכאורה יש לדון במה שהנהוג הוא בכל מסדרי גיטין לומר דאני מעיד ע"ע שלא מסרתי דבר על הגט שיבוטל הגט מחמתו כמבואר באה"ע סי' קל"ד סעי' ב' ובסדר הגט סעי' כ' ובסדר גיטין ס"ק מ"ח א"כ אפשר דזה הוי כהודאה... ועוד דהא הודאתו בסידור גיטין דקאמר בזה"ל אני מעיד ע"ע שלא מסרתי דבר על הגט שיבוטל הגט מחמתי. א"כ ז"א שייך רק אם ניחוש שעשה איזה ענין בידים או בפיו. אבל בנ"ד באמת לא עשה שום דבר בפיו כלל רק ממילא נפסל מצד דהטעוהו. ועיקר זה הי' רק מפאת אונס לבו. א"כ ע"ז לא שייך לדון משום לשון הודאתו הנ"ל. דהא אף אם האמת הוא כמו הודאתו דלא עשה שום דבר שיופסל הגט מחמתו מ"מ נפסל הגט ממילא ע"י מה שהי' טעות דמעיקרא ע"י אחרים שהטעוהו. וכ"ז עשה ע"י טעותו. ועוד דכבר ידוע מש"כ האחרונים כי מה יעשה הבעל שאומרים לו לבטל להתנאים וביטול המודעות כפי הנוסח ובאמת לבו בל עמו וצדקו דבריהם. ועוד דהא עשה באמת לפי תומו בעת הנתינת גט שלא הי' אז באמת במחשבתו שום רמי' ומחשבה אחרת רק נתכוין אז בל"ש לגרשה מחמת טעותו. ע"כ לא שייך בזה לדון כלל אומדנא בהודאה כיון דאף לפי הודאה שלו שלא עשה שום דבר לפסול הגט מחמתו ג"כ הגט בטל ממילא מצד טעותו שהטעוהו. ובמה שמבואר בסי' קל"ד סעי' ב' ובסדר הגט סעי' כ' ובסדר גיטין ס"ק מ"ח שמבטל כל דבר שגורם כשיתקיימו אותן הדברים ביטול לגט זה. אף שבכלל זה אפשר דנכלל גם דבר דממילא וכמו נ"ד. אך באמת הלא זה אינו בכלל לשון הודאה רק בלשון ביטולו להתנאים. וכבר נתבאר דגם זה עשה מפאת אונס לבו שהי' בטעות כדאמרינן כן על מסירת הגט כנ"ל. אבל בכלל לשון הודאה אינו מבואר שם רק בלשון שלא מסרתי דבר על הגט שיבוטל הגט מחמתו. אבל לא**

מה דהוי ממילא. ובאמת ברור דאף בכלל לשון הביטול שאומר לבטל לכל דבר שגורם לביטול הגט. ג"כ נ"ד דהוי ממילא אינו בכלל הלשון ביטול הנ"ל. ובפרט בכלל לשון הודאתו שלא מסר דבר על הגט כו' ודאי ברור דמידי דממילא כמו נ"ד לא נכלל בלשונו כנ"ל. (לו) ויש לי עוד להאריך בזה אך מפני יראת האריכות קצרתי וסיומא דפיסקא הוא כי דעתי מסכמת לדעת מעכ"ת דבנ"ד הגט הוא גט פסול מן התורה והאשה קיימא בחזקת א"א דאורייתא ואסורה להנשא. ובעז"ה שנתבטל מעשה הנבלה הזאת ולא יוסיפו בני עולה לענות לישרי לב ולתמימי דרך".

מדברי עין יצחק עולה שבנדון דנן לא הועילה אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי וללא דברים הפוסלים את הגט. מאחר ונמצאו דברים הפוסלים את הגט שלא מחמת הבעל, לכן אין משמעות להודאתו. הודאת הבעל שאין דברים הפוסלים את הגט יכולה להועיל רק לדברים שהוא עצמו עושה כדי לפסול את הגט, אך לא לדברים אחרים הפוסלים את הגט. מאחר והתברר שבנדון דנן ההטעיה היא שגורמת לפסול הגט ואת ההטעיה עשתה האשה ולא הבעל, הרי שאין ערך לאמירת הבעל שהודה שאין דברים הפוסלים את הגט. הודאת הבעל מתייחסת רק למעשי הבעל ולא לדברים אחרים הפוסלים את הגט. לכן הגט בטל מבלי שנוסח סדר הגט, בו סודר הגט, יכול להועיל להכשרת הפגמים הגורמים לפסול הגט.

הטעיה נוספת, היכולת לתבוע תביעת נזיקין

עד כאן עסקנו בהגדרת המאפיינים המיוחדים של המקרה בנדון דנן ובמשמעות ההלכתית של פרטי הנידון. אמנם, לאחר עיון בהליך שקדם לסידור הגט, עולה שמלבד ההטעיה שהתבררה עד כה, בעניין הבטחת סמכות בית הדין לדון בענייני הילדים וחלוקת הרכוש, עולה שקיים חשש להטעיה נוספת בה הוטעה הבעל, בעניין יכולת האשה לתבוע תביעות לאחר הגט ובעיקר תביעת נזיקין, בבית המשפט.

עניין יכולת האשה לתבוע תביעת נזיקין לאחר הגט, עלה בהליך תביעת הגירושין, וניתנו החלטות בנדון. כך נאמר בעמוד 21 להחלטה מיום כ"ח בסיון התשע"ז (22/06/2017),:

"לפי הידוע לבית הדין מדברי האשה בדיון האחרון, האשה מסכימה לחתום על התחייבות להיעדר תביעות בעתיד".

התחייבות האשה להימנע מלתבוע תביעת נזיקין לאחר הגט, חזרה בהחלטה מיום י' באב התשע"ז (02/08/2017), בה נאמר:

"להבטחת היעדר תביעות בעתיד לרבות תביעות נזיקין ביה"ד מבהיר, בזמנו התובעת הביעה הסכמה לכך והדבר צוין בעמ' 21 מהחלטת בית הדין מיום כ"ח סיון תשע"ז (22/06/2017)... בכפוף למתן הגט ובד בבד עם סידור הגט,

התובעת תפקיד בבית הדין מסמך התואם את הסכמתה הנ"ל, שבו יוסכם על היעדר תביעות הדדי ומחילת כל תביעות וטענות בעתיד".

אולם בהמשך ההליך האשה חזרה בה מהסכמתה שלא לתבוע תביעת נזיקין בבית המשפט. משכך החליט בית הדין, לכל הדעות, שאין חיוב על הבעל לגרש. להלן ביום כ"ד במרחשון התשע"ח (13/11/2017).

"מאחר ועתה האשה חוזרת בה ומודיעה על כוונתה לנהל הליך לתביעת נזיקין בבית המשפט, וחוזרת בה מהגשת תביעת המזונות לבירור בית הדין עפ"י הלכה, הרי שההחלטה הנ"ל מיום כ"ח תשרי תשע"ז (30.10.16) בעינה עומדת. גם במקרים בהם עקב מעשי הבעל קיימת עילה עקרונית לחיוב ואף לכפיית הגירושין, לא ניתן לממש זאת מהטעם המפורט והמנומק בהחלטה הנ"ל".

הרי שבמשא ומתן שקדם לסידור הגט עלתה דרישת הבעל לכך שבמעמד סידור הגט האשה תפקיד מסמך על היעדר כל תביעה עתידית, ומחילה על כל טענה בעניין תביעת נזיקין. בתחילה האשה הסכימה לכך, לאחר מכן האשה חזרה בה. כפי שהתבאר, בהמשך ההליך הצדדים הגיעו להסכמות בעניין הסמכות של בית הדין בעניין מזונות הילדים, הגישו הודעה מוסכמת לבית המשפט וכך סודר הגט. אך עניין כתב היעדר תביעות ומחילה על תביעת נזיקין עתידית, נשמט או נשכח ולא הוכלל בהסכמות. יתכן שסיבת ההשמטה נעוצה בכך שהבעל אכן הסכים לכך שלאשה תעמוד זכות לתבוע אותו תביעת נזיקין לאחר הגט, דבר שלא נראה סביר בהתאם להתרחשויות שקדמו לסידור הגט. מנגד, יתכן והבעל הוטעה בדבר, ולאו בדוקא על ידי האשה, אלא על ידי הסובבים אותו, שנתנו לו להבין שהוא יכול לגרש את אשתו לאחר שכל דרישותיו התקיימו. דרישת הבעל נכתבה במפורש במכתב ששלח לבית הדין בו ביקש, שעניין הדיון בדין תורה בכל המחלוקות, ולא בערכאות, יהיה סגור בצורה "הרמטית". אם הבעל אכן הוטעה בדבר, הרי שמדובר בהטעיה שהיתה קיימת בשעת הגט. יתכן והבעל סבר שבידו הבטחה על היעדר תביעות אך בפועל הדבר לא ניתן בידו. הדבר דומה להבטחת השלשת מעות בשעת הגט ולאחר מכן התברר שהמעות לא הושלשו, דבר הגורם לפסלות הגט, כדעות המובאות בדעת הרוב. אמנם אין לקבוע מסמרות בדבר שהרי יתכן והבעל ויתר על הדרישה והסכים לאפשר לאשה לתבוע תביעת נזיקין. במיוחד לאור העובדה שהטענה לא הועלתה עתה על ידי הבעל או מיצגיו. אלא שבנדון בו עולה שאלת היתר אשת איש לעלמא, מחובת בית הדין לבדוק ולברר כל טענה, היכולה להשפיע על כשרות הגט, למרות שהטענה לא הועלתה על ידי בעלי הדין. במצב הקיים היום האשה לא מנועה, מבחינה משפטית, מלתבוע את הבעל תביעת נזיקין. הדבר מחייב את בית הדין לבדוק האם אכן היתה הסכמה של הבעל לכך. שהרי בהעדר הסכמה של הבעל יתכן ויש סיבת הטעיה נוספת הגורמת לבטלות הגט, גם לדעת הרוב, אם אכן הבעל הוטעה וסבר שקיימת הבטחה לכך שלא תהיה תביעת נזיקין. לצורך בירור הדבר עולה הצורך לקיים דיון נוסף במעמד הצדדים כדי לברר האם הבעל חזר בו מדרישתו, והסכים שהאשה תוכל לתבוע אותו בתביעת נזיקין בבית המשפט, או שהבעל

הוטעה וסבר שבכלל ההסכמות לדון בבית הדין כלולה גם הסכמה שלא לתבוע בעתיד תביעת נזיקין בבית המשפט, שאם כך קיימת הטעיה הפוסלת את הגט. על כן, מהטעם האמור בלבד, אין לבטל את עיכוב הנישואין עד להשלמת הברור הנדרש. כמו כן עולה הצורך לברר את עניין זכאות האשה לכתובה, והאם לאשה עומדת הזכות לתבוע כתובה. עניין שעדיין לא התברר לפני סידור הגט. הצורך לברר את עניין הכתובה לפני סידור הגט מבואר בסדר הגט המובא בשולחן ערוך אבן העזר באות פא:

"וישאל הרב אחר הכתובה, ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו, כדי שלא יבאו אח"כ לידי קטטה מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה. "

בית דין בתר בית דין לא דייקי, תוקף השליחות

בנוסף לכל האמור, קיימת סברה נוספת בגינה מנוע בית הדין בירושלים מלתת היתר נישואין והיא העדר סמכות הלכתית. זאת בשל העובדה שבית הדין בארצות הברית שסידר את גט השליחות קבע שקיימת שאלה חמורה בכשרות הגט. ידוע "שבית דין בתר בית דין לא דייקי", בית דין אחד לא סותר דברי בית דין חברו שקדם לו. בית הדין בארצות הברית שסידר את הגט הורה שיש שאלה חמורה בכשרות הגט, ועל כן אין לבית הדין בירושלים להיזקק למתן היתר ללא הסכמת בית הדין שסידר את הגט ועורר את שאלת כשרות הגט.

כמו כן, למעשה סודרו שתי מסירות לגט. בתחילה סודר בבית הדין בארצות הברית גט קבלה על ידי שליח קבלה של האשה שאליו מסר הבעל את הגט. לאחר מכן סודר גט שליחות על ידי שליח הולכה של הבעל ומסירת הגט לאשה הושלמה באמצעות שליח שני בבית הדין בירושלים. ביחס לסידור הגט באמצעות שליח קבלה של האשה בבית הדין בארצות הברית, הרי שלמעשה כל סידור הגט בפועל נעשה בבית הדין בארצות הברית ורק הוא המוסמך לקבוע את כשרות הגט ואין לבית הדין בירושלים להורות על מעשה של בית דין אחר. ביחס לגט השליחות שנמסר בירושלים, גם כאן יש להתחשב במעשה בית הדין בארצות הברית ביחס למינוי השליחות. משעה שקבע בית הדין בארצות הברית שיש שאלה חמורה בכשרות הגט יש לקבל את עמדת בית הדין בארצות הברית ביחס לשליחות הגט כך שהשליחות בטלה. בנוסף, ביחס למינוי השליחות של הבעל, בגט שנמסר לאשה בירושלים, קיימת הסברה האמורה ביחס למינוי שליח: "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי", הבעל ממנה שליח לתקן ולא לקלקל. לכן השליחות מתבטלת כשקיימת הטעיה הגורמת לקלקול. זאת ללא קשר לסוגיית גילוי דעת בגט, שכן מינוי השליחות מתבטל כשקיימת הטעיה הגורמת לקלקול. משעה שהוברר שהטעו את הבעל ודאי שהשליחות שלו למסירת הגט בטלה שהרי הבעל לא מינה שליח לקלקל אלא רק לתקן. לכן בית הדין בירושלים מנוע מלתת היתר נישואין בהעדר סמכות הלכתית ובשל ביטול השליחות למסירת הגט.

השוואת נידון דנן לנידונים אחרים

מהאמור עולה שנדון דנן הינו מיוחד בכך שנצטרפו בו יחדיו מאפיינים מיוחדים שיש בכח הצטרפותם יחד, להגדיר את הגט כגט מוטעה שהינו בטל. בכך שונה נידון דנן מנידונים אחרים שהובאו בפוסקים.

סיכום המאפיינים המיוחדים שבנדון דנן הוא כך: התבאר שהבעל היה מוטעה עוד בשעת מתן הגט. בידו היה מסמך עליו חתמה האשה בו היא כותבת שהיא מבקשת, מרצונה הטוב ללא שום אונס, להעביר את הסמכויות לבית הדין. כמו כן היתה בידי הבעל החלטה של בית המשפט שאישרה את הסכמת האשה וקבעה שהסמכות נתונה לבית הדין. עתה מתברר שהבעל הוטעה, האשה מודה שחתמה על המסמך תחת לחץ, ולא כפי שחתמה במסמך שהיה בידי הבעל בשעת סידור הגט בו כתבה שקיים רצון חפשי. בידי הבעל היתה בשעת סידור הגט החלטה חלוטה של בית המשפט המבטלת את כל החלטות בית המשפט, מוחקת את התביעה ומעבירה את הסמכות לבית הדין, עתה מתברר שההחלטה בטלה מעיקרא, נמצא שבשעת הגט הבעל הוטעה, הוא סבר שההחלטה תקפה, והסכמות האשה ניתנו מרצון אך למעשה מתברר שההחלטה אינה תקפה והאשה הציגה מצג שווא שכביכול היא מסכימה מרצונה לבקשת הבעל. דרישת הבעל בעניין הסמכות היתה בבסיס ההתרצות שלו לגירושין, לפי הבנתו שרק כך הוא יוכל להשתקם ולהינשא בשנית. הדרישה להעברת הסמכויות לבית הדין נמצאה כדרישה מוצדקת לפי ההלכה ובית הדין לא חייב את הבעל לתת גט כל עוד האשה לא הסכימה לדרישת הבעל, לאחר שנקבע שדרישתו צודקת לפי ההלכה. הבעל גילה דעתו בצורה ברורה עוד לפני כתיבת הגט שכל התרצותו במתן הגט תלויה בהעברת הסמכויות לבית הדין, גילוי הדעת של הבעל הינו בבחינת "אומדנא דמוכח" שכל הסכמתו להתגרש היתה בהסתמך על כך שהסמכויות כבר הועברו לבית הדין בצורה חלוטה. בית הדין קבע שהגט יסודר על בסיס ההסכמות. הבעל היה בטוח בכך שדרישתו כבר התקיימה ולכן לא היה צריך להעלות בדעתו שצריך לעשות תנאי נוסף. בשעת הגט לא אמרו לבעל בפרוש שהגט יהיה כשר גם אם יוטעה. אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי נאמרה בטעות. גם כיום האשה לא מודיעה על כך שמוכנה לעמוד בדרישות הבעל, האשה מנהלת מאבק משפטי לצורך קביעת הסמכות בבית המשפט. כיום אין מניעה משפטית החוסמת את האשה מלהגיש תביעת נזיקין לבית המשפט. האשה עדיין לא נישאה בשנית ואין לה עדיין ילדים. אין מניעה מלסדר גט נוסף בהסכמת הבעל ואין חשש לעיגון. בהצטרף כלל המאפיינים האמורים בנידון דנן הרי שהגט בטל.

נידונים אחרים ושונים בהם הכשירו הפוסקים גט למרות טענות על הטעיה, היו במקרים בהם לא הצטרפו יחדיו כלל המאפיינים האמורים כמו בנדון דנן.

עתה נבחן נידונים שונים, בהם עסקו הפוסקים בהכשר גט מוטעה, וניוכח שבכל מקרה שדנו בו לא חברו יחדיו כלל המאפיינים כמו בנידון דנן ולכן דנו בהם להכשר הגט, וכפי שיתבאר.

א. בשו"ת מהרש"ם חלק ה סימן מג:

> **"ע"ד שאלתו באיש ואשה שהסכימו ביניהם שיגרש אותה בג"פ ונסעו ללאשקיוויץ לקבל שם ג"פ וקודם סידור הגט נזכר הבעל שזה ג' שנים גנבה מאתו תכריך כתבים של ביתו ושדותיו ותבע אותה להחזירם לו והאשה אמרה שאינם בידה כי הם בפקדון ביד איש א' ותחזירם לו אחר הגט והתעקש הבעל שאינו רוצה ליתן לה הגט ואמר להמסדר שרוצה להטיל תנאי בגט ורצה המסדר ליתן הגט ליד הבעל וימסור לה הבעל הגט אחר החזרת הכתבים והאשה היתה להוטה לקבל הגט ונתייראה שלא יחזור בו הבעל והבטיחה לו בע"פ וגם נתנה לו כת"י באו"ש וח"ח =באלה ושבועה וחרם חמור= להחזיר לו הכתבים אחר הגט ובאם לא תקיים כן יהי' דינה כעוברת על השבועה והח"ח, וכ"ז הי' בפני המסדר והעדים והמסדר אמר לבעל שאסור להטיל תנאי בגט ולכן עשה כנ"ל וסידר הגט כנהוג כפי המבואר בסה"ג בלא שום תנאי, ועתה אחר הגט לא החזירה לו האשה הכתבים ורוצה הבעל לבטל הגט כי בשום אופן ל"ה מגרשה בלא החזרת הכתבים עכת"ד השאלה".**

הנידון המתבאר בתשובת המהרש"ם הינו בהטעיה שהיתה לאחר סידור הגט, עת האשה לא קיימה לאחר הגט התחייבות שקיבלה. לא מדובר בהטעיה שקדמה לסידור הגט. כמו כן בתשובה האמורה הבעל ביקש להתנות תנאי ונאמר לו שאסור לעשות תנאי וכלל לא ברור שדרישת הבעל היתה בבסיס ההתרצות בגירושין אלא הדרישה היתה כטענת ממון רגילה שבין איש לאשתו. לא כן בנדון דנן בו ההטעיה קדמה לסידור הגט והבעל כלל לא העלה בדעתו שקיים צורך להתנות מאחר ובידו נמצאת כבר החלטת בית המשפט כמבוקשו ודרישתו היתה בבסיס ההתרצות שלו בגירושין. בתשובה האמורה הבעל ידע שאין אפשרות לעשות תנאי והיה יכול לדרוש שסידור הגט יהיה רק לאחר קיום ההתחייבות, משעה שהבעל הסכים לגרש על סמך ההבטחה בלבד הוא התרצה למעשה לגירושין בכל מקרה. לא כן בנידון דנן שאין כל הוכחה על הסכמת הבעל לגרש ללא קיום ההתחייבות בהעדר צורך מצד הבעל להתנות לאחר שסבר שדרישתו כבר התקיימה. בנוסף, בתשובה האמורה אמנם הגט לא נפסל אך האשה גם לא הותרה להינשא כל עוד שלא תשיב את הגזלה.

ב. בספר דברי חיים דיני גיטין סימנים א-ב, דן להכשר גט בנידון בו הבטיחו לבעל שיתנו לו סך מסויים לאחר הגט, ולאחר הגט עדיין לא שילמו לבעל את הסך המובטח. גם כאן מדובר בהטעיה שנעשתה רק לאחר סידור הגט ולא בהטעיה שקדמה לסידור הגט כבנדון דנן. שם הבעל ידע שעוד צריכים לקיים את ההבטחה לאחר הגט והתרצה לתת גט כשר ללא תנאי. אך בנדון דנן הבעל סבר שדרישתו כבר התקיימה ולכן אין לראות בנתינת הגט ללא תנאי כהתרצות.

ג. דברי הט"ז באבן העזר סימן קמה סעיף קטן ו - עוסקים בנתינת גט של שכיב מרע.

מבואר בדבריו שגם אם לא אמרו לבעל שהגט הינו ללא תנאי, הבעל מגרש על דעת הרב המסדר את הגט, וסידור הגט נעשה בסתם ללא תנאים. הדבר נכון ביחס לתנאי עתידי שצריך עדיין להתקיים בעתיד לאחר סידור הגט. כמו בגירושי שכיב מרע, שקיום התנאי צריך לחול לאחר הגט, בעת שהאשה תינשא אליו בשנית, לאחר שיבריא. כאן יודע הבעל שלצורך ביטול הגט בעתיד, צריך להגיע לדיני תנאים ומגרש בסתם על דעת מסדר הגט שאומר לו לגרש ללא תנאים ולכן מסכים לגרש גם אם האשה לא תינשא אליו בעתיד. אך דברי הט״ז לא נאמרו על תנאים שכבר התקיימו בשעת סידור הגט, אלא שנמצאה הדרך להטעות ולבטל את שכבר התקיים לפני סידור הגט, כבנדון דנן בו הבעל ומסדרי הגט חשבו בשעת הגט שהתנאי שהציב הבעל, בעניין סמכות בית הדין, כבר התקיים, עם קבלת החלטת בית המשפט על מחיקת התביעות. כאן לא עלה הצורך לעשות תנאי, וממילא הבעל לא מבטל תנאי מכח דעת הרב המגרש, באשר הבעל סבור שאין צורך בתנאי וממילא אין את מה לבטל. גם דעת הרב המסדר היא שאין צורך בתנאי מאחר והדרישה כבר התקיימה. ביטול הגט הוא בגלל ההטעיה, מראש הגט לא ניתן ברצון ובריצוי הלב, גם ללא דיני תנאים. מאחר ובנדון דנן מדובר בהטעיה ולא בחוסר קיום התחייבות עתידית, הרי שהבעל לא העלה בדעתו כלל את הצורך בתנאי, ומשכך אין תועלת בכוונתו לגרש כדעת הרב המסדר, שהרי גם בדעת הרב המסדר לא עלה על הדעת שיש טעות, שהרי התנאי כבר התבצע. ההטעיה מבררת שמראש לא היה ריצוי הלב של הבעל בגירושין, בהתאם לגילוי הדעת הברור שגילה כל הזמן, שאינו מסכים לגרש אם לא יובטח לו שיוכל להמשיך בחייו, דבר היכול לקרות לדעתו רק אם הסמכות תינתן לבית הדין. משכך הגט בטל מעיקרו מכח גילוי הדעת הברור שלא היתה מלכתחילה התרצות בגירושין, גם ללא דיני תנאים.

אך גם מצד דיני תנאים, קיים חילוק בין תנאי שצריך עדיין להתקיים לאחר סידור הגט, לבין תנאי שכבר התקיים אלא שהיתה הטעיה בקיום התנאי. בתנאי שכבר התקיים לא העלו על הדעת שקיים צורך בתנאי. לכן כשמתברר שהיתה הטעיה והתנאי לא התקיים כבר בשעת סידור הגט, הגט בטל, מכח הטעות. שהרי הטעות מבטלת גם את ההסכמה לגרש ללא תנאי. לכן מצג השווא שהציגה האשה בשעת הגירושין גורם לביטול הגט גם מכח דיני התנאים, מאחר והטעות ביטלה את ההסכמה לגרש ללא תנאי, שוב יש בכח התנאי לבטל את הגט.

בנוסף, לעיל הובאו דברי הפוסקים שאין ערך באמירת הבעל שמגרש ללא תנאי ביחס לתנאים שכבר התקיימו, מאחר והבעל סבור שאין צורך בתנאי ומחמת שהטעות מבטלת גם את האמירה. ניתן ללמוד מהמבואר ביחס לאמירת הבעל גם על דעת הרב מסדר הגט ועל ההסתמכות על דעת הרב מסדר הגט. שהרי גם מסדר הגט עצמו הוטעה, וחשב שהתנאי כבר התקיים. משעה שמתברר ההטעיה מתברר שלא רק הבעל הוטעה אלא גם הרב מסדר הגט הוטעה. ראיה לכך שדעת מסדרי הגט לא הועילה להכשיר את הגט היא העובדה שהרבנים שסידרו את הגט בבית הדין בארצות הברית הם עצמם היו אלו שהעלו את שאלת כשרות הגט, משעה שגילו שגם הם הוטעו. מסדרי הגט הוטעו כי לא העלו בדעתם שמסדרים גט מוטעה,

כאשר ההטעיה קיימת כבר בשעת סידור הגט, בהצגת מצג שווא של האשה. גם בדעת דיין מדעת הרוב בבית הדין, נכתב, עוד לפני סידור הגט, שאי קיום דרישת הבעל יגרום לגט להיות גט מוטעה, הרי שדעת מסדרי הגט היתה שטעות תבטל את הגט. ממילא בנדון דנן לא ניתן להסתמך על דעת מסדרי הגט, ודברי הט״ז לא יועילו כאן, והגט נותר בטל.

ד. ״הגט מווינא״ (וינה) גט בו נחלקו גדולי עולם, בנדון שכיב מרע שגרש עם התחייבות האשה שתנשא לו בשנית אם יחלים לבסוף הבעל החלים אך האשה סרבה להינשא עמו בשנית. דבר המעשה מובא בשו״ת מהר״ם מלובלין סימן קכב:

״.. וגופא דעובדא הכי הוה שקודם שבא הרב המסדר אל השכ״מ באו אליו ואמרו לו הנה לא הבאת שטר חליצה מאחיך. עשה נא זאת בחסדך ותן גט לאשתך הלא לא יזיק לך וכשתעמוד אי״ה מחלייך תחזור ותנשא לך ותהיה אשתך כבראשונה. ולא תתן הגט רק כדי שלא תהא צריכה לחלוץ לאחיך. על כן עשה ותדבר כל מה שיאמר לך המסדר על כל הן הן ועל כל לאו לאו. כי לא יזיק לך. וכן כשהמסדר בא אליו אמר לו תן גט לאשתך כדי שלא תהא צריכה חליצה. ואמר ליה בזמן הזה אין מזכירין שום תנאי בשעת נתינת הגט אלא נותנים הגט סתמא. אבל מכל מקום אל תדאג כי לא יזיק לך. כי לא תתן אלא כדי שלא תצטרך אשתך לחלוץ ח״ו. אבל כשתעמוד מחלייך תחזור ותנשא לך להיות אשתך כבראשונה. גם אני אעשה לך קישור ובטחון מוחלט וגמור שתהא בטוח בלי שום ספק שתחזור ותנשא לך להיות אשתך כבראשונה. והצעיר הנ״ל האמין להם ובטח בהם וסמך על דבריהם כי הוא נער בן ט״ז שנה כגר בארץ נכריה ונתן הגט בסתם״.

המהר״ם מלובלין פסל את הגט לדעתו הצטרף רבי מרדכי יפה בעל הלבושים ורבנים נוספים. מנגד הסמ״ע שסידר את הגט הכשיר את הגט וכדעתו סברו המהרש״א, הב״ח על הטור, באבן העזר סימן קמח, ובשו״ת הב״ח החדשות סימנים צ-צא, הט״ז בסימן קמה ס״ק ו, הבית שמואל בסימן קמה ס״ק טז, משאת בנימין בסימן עה ועוד שהכשירו את הגט. ועד ארבע הארצות במעמד גדולי הדור התכנס ביריד ירוסלב לדיון בכשרות הגט והכשירו שם את הגט. למרות הכרעת ועד ארבע הארצות אנו מוצאים לאורך הדורות פוסקים שנקטו לחומרא. כך בפתחי תשובה אבן העזר סימן קמה מביא דעות המחמירים להלכה, כדלקמן:

״ועיין בתשו׳ משכנות יעקב סי׳ ל״ד שהוכיח שדברי מהר״ם לובלין בזה יש להם יסוד מוסד בש״ס ופוסקים ולכן קשה מאד להקל בענין זה להתירה לשוק אף אם תרצה לעבור החרם ולעמוד בעונש וכל המשתדלים בזה לנתק מוסרות הזיווג ביניהם קורא אני עליהם נשי עמי תגרשון כו׳ ומכניסים עצמם בעונש גדול ע״ש. גם בספר גט מקושר בסג״ר אות ל״ח כתב דקשה לדחות לחלוטין דברי מהר״ם לובלין בזה והאריך בזה ומסיק לחלק דאם נתקשרו בחרם וחזרה אין להתירה לעלמא אכן אם נתקשרו בקנס ורוצה ליתן הקנס בזה יש להקל דהגט גט גמור

ע״ש (ועמ״ש לעיל סי׳ קל״ד סק״א) ועיין בס׳ בית מאיר כתב בזה וז״ל הא ודאי שדברי החולקים על מהרמ״ל אמת שכוונת התיקון של ר״י מפרי״ש לא הי׳ ע״ד שפירש איהו כמבואר בדבריהם ובמהרש״א סוף גיטין אבל עכ״ז לא מצאתי בכל דברי החולקים ישוב מספיק על טענות מהרמ״ל מה שהכרחו לפירושו זולת מחמת שהמסדר יפרש לו שנותן הגט בפי׳ בלא שום תנאי ואף בזה עדיין דברים בגו כמבואר במהרמ״ל שם״

מאוחר יותר, בשו״ת מהרש״ם בסימן קלא, ומביא שם את תשובת הגאון מוה״ר סענדיר מרגליות בסימן טז שהעלה להחמיר וכן מובא שם מתשובת נודע בשערים, ועוד. ובדורנו, ראה בשו״ת קנה בשם חלק ד סימן קטז שהביא דעות הפוסקים שהחמירו וחששו לסברת המהר״ם מלובלין, וכך כתב:

״וכן מצינו לעוד שאר גדולי אחרונים שחשו לדברי המהר״ם מלובלין זללה״ה, עפ״י דברי המהרי״ט בחידושיו על הרי״ף (בקידושין ס״ב ע״א) אהא דמקדש ואמר סבור הייתי שהיא כהנת והרי היא לויה מקודשת מפני שלא הטעתו, דאם הטעתו ואמרה לו שהיא כהנת וקדשה על דעת כן אינה מקודשת יעו״ש, ועפ״י דברים אלו העלה בשו״ת רא״ם (סי׳ ט״ז) כהמהר״ם מלובלין זללה״ה, והיינו משום דבהטעתו גרע טפי ולא מועיל בזה מה דהמגרש מבטל כל תנאין, וכן בשו״ת בית שלמה (אבן העזר סי׳ קל״ז), ובשו״ת אמרי אש (אבהע״ז סי׳ פ״ב), ובשו״ת הרי בשמים (מהד״ת סי׳ נ״ה וסי׳ פ״ח), ובשו״ת תשורת ש״י (סי׳ תי״ט) האריך ג״כ בזה והביא שם בשם שו״ת בת עיני (תשובה א׳) דהיכא דהטעתו הגט פסול אף דביטל כל תנאי, דגם הביטול היה בטעות, ועיי״ש בהגה״ה שהביא מכמה מקומות בש״ס, דאין חילוק בין אם הטעות היתה בשעת הגירושין, או נולד אח״כ ויש לו גילוי דעת ואומדנא קצת דאדעתא דהכי לא גירש, ועיי״ש מה שהביא מהב״ח דגילוי דעת קודם כתיבת הגט מילתא הוא, ומן המכתב מאליהו הביא הא דאמרינן גילוי דעת בגיטא לאו מלתא הוא, היינו דוקא גילוי דעת בביטולו גיטא, אבל אם אעיקרא דמלתא כשציווה לכתוב הגט, או כשנותנו להאשה איכא גילוי דעת או אומדנא דמוכח דלא מגרשה אלא על דעת מה, בכל כי האי מלתא הוא, והעלה כן בהרבה מקומות מדברי הגמרא ומדברי הפוסקים עכ״ל הבת עיני, והוא ז״ל שקיל וטרי עוד בנידון זה, והביא עוד ראיות להוכיח כדברי הבת עיני, דבכה״ג אמרינן דאדעתא דהכי לא גירשה והגט בטל, ואדעתא דהכי לא ביטל התנאים כי הכל בטעות, וגם אין זה בגדר תנאי כי הימוני הימניה יעו״ש.

עוד מצינו תשובה ממורינו הגאון הגדול בעל מנחת יצחק זצללה״ה (שלא ראה עדיין אור הדפוס) שיצא בתוקף עוז לפסול גט מחמת ביטול הסכם הגירושין שביניהם על יסוד סברת המהר״ם מלובלין וסיעתו דאדעתא דהכי לא גירשה, וכן מצינו באגרות משה להגר״מ פיינשטיין זללה״ה (אבן העזר חלק שלישי סי׳ ל״ז

וחלק רביעי סי׳ קט״ז) שחשש ג״כ לטענה זו דבדבר דלא הוי ליה למידע יכול לטעון דאדעתא דהכי לא גירשה יעו״ש.

הנה עד כאן הבאתי מכללות דברי רבותינו גדולי הדורות דור אחר דור עד לדורינו זה, שבכל כי האי גוונא דאיכא גילוי דעתא ואומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא גירשה הגט בטל, ולא מהני בזה מה שהבעל מבטל כל תנאין בשעת סידור הגט.

אמנם נלע״ד דבנידון דידן יש לומר דאין כאן שום מחלוקת ולכו״ע הגט בטל, דאף החולקים על המהר״ם מלובלין מודים בנידון דידן״.

אמנם קיימת, כאמור, הכרעת ועד ארבע ארצות שדנו להכשיר את הגט מוינה. אלא שנידון דנן שונה לחלוטין מפרשת הגט מוינה. ההטעיה בגט מוינה היתה לאחר סידור הגט בשעה שהאשה לא הסכימה להינשא בשנית. בנדון דנן ההטעיה היתה כבר בשעת הגט. בדברי חלקת יואב אבן העזר סימן כה, שהובאו לעיל, מבואר שבנדון הגט מוינה אם האשה היתה מודה שכבר בשעת הגט התכוונה להטעות אותו, לכל הדעות הגט היה בטל. בנדון דנן האשה מודה בהודעתה לבית המשפט שהיא הטעתה את הבעל בזמן הגירושין והציגה בפניו מצג שווא. בנדון הגט מוינה הועילה אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי, לפי סדר הגט, היות והבעל יודע שהאשה צריכה עוד לקיים את התנאי ולהינשא עמו אם יחלים. מה שאין כן בנדון דנן אמירת הבעל שהגט ללא תנאי לא מועילה היות והבעל סבור שדרישתו כבר התקיימה ואין צורך עוד להתנות בדבר לכן אמירת ״ללא תנאי״ לא חלה. וכן, כשם שהטעות, שהיתה קיימת בשעת הגט, מבטלת את הגט, כך היא גם מבטלת את אמירת נוסח ביטול התנאים. בעוד שבנדון הגט מוינה לא היתה הטעיה בשעת הגט. והרי לדעת בית מאיר בסימן קמה אות ט, כל ההיתר של הגט מוינה בנוי על אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי, אמירה שלא יכולה להועיל בנדון דנן. בנדון הגט מוינה הבעל היה צריך להעלות בדעתו שאולי האשה לא תינשא אליו בשנית שהרי מדובר בקיום עתידי ולכן עלה הצורך בעריכת תנאי. אך בנדון דנן הבעל לא העלה בדעתו אפשרות לביטול הדברים שכבר נעשו, לכן לא עלה בדעתו שצריך תנאי. בנדון הגט מוינה גילוי הדעת של הבעל שמגרש רק אם תינשא, מתבטל בשעה שאומרים לו שמגרש ללא תנאי היות ומסכים לגרש ללא תנאי שעה שיודע שהאשה עוד צריכה לקיים את ההתחייבות. אך בנדון דנן, קיים גילוי דעת עם אומדנא דמוכח שכל הגט ניתן רק בשל ההסכמה שכבר הושגה ואין באמירה שמגרש ללא תנאי כדי לבטל את האומדנא דמוכח שמגרש רק בגלל שסמכות בית הדין הוסדרה. לכן בכח האומדנא דמוכח בנדון דנן, שמגרש רק אם הסמכות נתונה לבית הדין, לבטל את הגט. בנידון הגט מוינה האשה כבר השתדכה עם אחר ודנו הדבר כדיעבד, לא כן בנידון דנן בו השאלה במתן היתר לכתחילה. הבדל נוסף, מתשובת משאת בנימין בסימן עו עולה שבגט מוינה לצורך מתן גט נוסף הבעל דרש סכומי כסף גדולים שלא כדין, להלן דברי משאת בנימין:

״.. קרובי המגרש הוא דאפקוה לקלא כדי להצריכה גט שני ותהיה מוכרחת למלאות אמתחתו ברצי כסף ותרקבי דדינרי״

לא כן בנדון דנן הבעל מסכים לתת גט נוסף ללא כל דרישה שאינה לפי דין תורה.

בשל השוני הגדול הקיים בין הגדרת נידון דנן לנידון הגט מוינה אין ללמוד להקל בנדון דנן, ובמיוחד לדעות הפוסקים הרבים, לדורותיהם, שפסקו להחמיר גם בנדון הגט מוינה.

ה. גם דברי שו״ת בית אפרים תניינא אה״ע סימן עב, עסקו באי קיום תנאים שלאחר הגט ולכן מועילה האמירה שמגרש ללא תנאי. לא כן בנדון דנן שההטעיה קדמה והיתה כבר בסידור הגט, ומבחינת הבעל לא היה צריך עוד להתקיים דבר נוסף לאחר הגט ולכן לא מועילה האמירה שמגרש ללא תנאי.

ו. במחלוקת המבי״ט עם המהר״י בי רב המובאת בשו״ת המביט חלק ב׳ סי׳ לז, ושאר המקורות שהובאו בדעת הרוב בעניין גילוי דעת. כבר התבארו לעיל שיטות הפוסקים בעניין גילוי דעת בגט כאשר גילוי הדעת קדם לכתיבת הגט. במקום בו גילוי הדעת הינו בבחינת אומדנא דמוכח ובנוסף לכך היתה גם הטעיה בשעת הגט, יש בכח גילוי הדעת וההטעיה לבטל את הגט, לכל הדעות וכפי שהתבאר. בנדון דנן, בנוסף לגילוי הדעת היתה גם הטעיה בשעת הגט. כאשר להטעיה מצטרף גילוי דעת, הגט בטל וכפי שהוכח. הדברים התבארו בדברי עין יצחק ובהכרעת בית הדין בירושלים בפסק דינו של הרה״ג יוסף כהן שהובאו לעיל ובדברי פוסקים רבים, כמתבאר. זאת ועוד, כבר התבארו דברי הבית מאיר בסימן קמה אות ט מהם עולה שהסיבה שהפוסקים הכשירו את הגט מוינה היא רק בגלל שהבעל אמר שמגרש ללא תנאי, ומשמע שללא טעם זה גילוי הדעת כן היה מבטל את הגט. מאחר והתבאר שבנדון דנן אין ערך לאמירת הבעל שמגרש ללא תנאי, הרי שנשאר גילוי דעת והטעיה הפוסלים את הגט. כמו כן התבאר שבמקום שיש אומדנא דמוכח אין צורך שגילוי הדעת יהיה דוקא בשעת סידור הגט. בנדון דנן היתה אומדנא דמוכח ביותר בצורה ברורה ומפורשת שהגט ניתן רק לאחר שהובטחה סמכות בית הדין לאחר שהבעל הציב את דרישתו משך זמן רב. גם בהחלטת בית הדין נאמר שהגט יסודר על בסיס ההסכמות, אין לך אומדנא דמוכח גדולה מזו. אומדנא דמוכח על גילוי הדעת בצרוף ההטעיה גורמים לביטול הגט.

ז. משאת בנימין בסימן עו - עסק בנדון כשרות הגט מוינה, כבר התבאר החילוק הגדול שבין נידון דנן לבין נידון הגט מוינה. אמנם בדברי משאת בנימין דן גם בטענה, שהועלתה כנגד כשרות הגט מוינה, לפיה הבעל לא באמת היה שכיב מרע אלא שקרובי האשה השקו אותו סם שבגינו נחלה. בדברי המשאת בנימין דוחה את הטענה. עיקר דחיית הטענה מבוססת על הרקע העובדתי, שלא כך היה המעשה, היות וגדולי הדור בדקו את הבעל ולא נמצא בסיס עובדתי ללעז שבטענה. אמנם המשאת בנימין מוסיף שלביטול הגט בשל הטעיה במחלה היה צורך בתנאי, והאמירה שמגרש ללא תנאי הועילה גם אם השקו את הבעל בסם. הדבר נכון במקום שלא היה גילוי דעת ברור אלא רק מכח הערכה נסתרת שמגרש בשל מחלה, כאן גילוי הדעת הוא בבחינת דברים שבלב שהם אינם דברים. לא כן בנדון דנן בו הבעל גילה דעתו בפרוש משך זמן ארוך שמוכן לגרש רק עם הסדרת סמכות הדיון. כפי שהתבאר, העניין עמד

בבסיס התרצותו והסכמתו לגירושין והיה בבחינת אומדנא דמוכח ביותר. כאן גילוי הדעת הוא בלבו ובלב כל אדם. בנדון דנן, חסר ריצוי הלב של הבעל בגירושין ובית הדין קבע שהגט יסודר על בסיס ההסכמות. כמו כן מבחינת הבעל לא עלה צורך להתנות לאחר שכבר קיבל את מבוקשו ולכן לא היו צריכים דיני תנאים וממילא לא מועילה האמירה שמגרש ללא תנאי. אך בנדון המשאת בנימין הבעל היה צריך להתנות שאם הוא לא שכיב מרע לא יהיה גט. בכלל האפשרות שהוא לא שכיב מרע כלולה גם האפשרות שהוא בכלל לא חולה, יחד עם האפשרות שהוא יבריא, לכן היה צורך בתנאי ומשלא נעשה תנאי הועילה האמירה שמגרש ללא תנאי. מפאת השוני אין להשוות את דברי המשאת בנימין לנדון דנן. בנוסף, בדברי משאת בנימין לא היה שום דיבור של הבעל היכול להתפרש כתנאי, אך בנדון דנן היה גילוי דעת מפורש היכול להחשב גם כתנאי, ובשל אי קיום התנאי הגט מוטעה ופסול ולא הועילה האמירה שמגרש ללא תנאי וכפי שכבר התבאר. וראה בשו״ת בת עיני סימן א׳ שהאריך לדון בדברי משאת בנימין.

ח. מהרש״ל בסימן כה - דן בגט שניתן ללא צורך מאחר והאשה מעולם לא נישאה לאיש אלא שהאיש הוציא קול שכביכול קידש את האשה ודרש מהאשה סכומי כסף על מנת שיתן לה גט. המהרש״ל סובר שמעיקר הדין האשה מותרת ללא צורך בגט היות ומעולם לא נישאה. אלא שמאחר והאיש הוציא קול שקידש את האשה, לאשה לא היתה ברירה אלא להיכנע לתכתיב האיש שדרש ממנה שתשליש עבורו סכומי כסף, בתמורה לגט שיתן. האשה הסכימה להשליש סכומי כסף אצל שליש על מנת לקבל גט. האשה הקדימה למסור מודעא על האונס שלה לפני סידור הגט. המודעא הועילה לכך שהשליש לא יצטרך לתת לבעל את הכסף שהושלש עבורו. המהרש״ל דן להכשיר את הגט לאחר שמכריע שהגט כלל לא היה נחוץ. בנדון המהרש״ל מסירת המעות לבעל היתה צריכה להתרחש לאחר הגט, לכן עלה הצורך להתנות את מתן הגט בקבלת המעות, ומשלא נעשה תנאי ונאמר שהגט ניתן ללא תנאי הגט הוכשר. אך בנדון דנן לאחר הגט לא היה אמור לחול עוד דבר נוסף, שיעורר את הצורך בעשיית תנאי, שהרי הכל כבר הסתיים לפני הגט, משעה שכבר ניתנה החלטת בית המשפט למחיקת התביעות. בהעדר הצורך בעשיית תנאי האמירה שמגרש ללא תנאי לא הועילה. לכן בנדון דנן ההטעיה שקדמה לגט מבטלת את הגט. אך בנדון המהרש״ל, עלה הצורך להתנות באשר קבלת המעות היתה צריכה להתבצע לאחר הגט. ההטעיה שהיתה לפני הגט במסירת המודעא היתה רק ביחס לכך שלאחר הגט לא יהיה חיוב לתת את הכסף, בעוד שבשעת הגט היה ברור שלאחר הגט הבעל צריך לקבל מהשליש את הכסף. מאחר והיה צורך בתנאי, ובפועל לא היה תנאי, הועילה האמירה שמגרש ללא תנאי. לכן אין ללמוד מנדון המהרש״ל שהיה על הבעל להתנות, לנדון דנן שלא עלה הצורך בעשיית תנאי. בנוסף דרישת הבעל בנדון המהרש״ל אינה דרישה צודקת ולכן לא מהווה את הבסיס להתרצות בגירושין. אך בנדון דנן מדובר בדרישה צודקת שהינה לפי ההלכה ולכן היא הגורמת לריצוי הלב בגירושין.

ט. נודע ביהודה אבן העזר קמא סימן יא - דן בבעל שגרש את אשתו לאחר שאמרה לו שזינתה תחתיו. לאחר זמן התברר שהאשה שיקרה. הנודע ביהודה אסר לזוג להינשא בשנית

בהתאם לדין המגרש את אשתו משום שם רע שלא יחזיר. הנידון שונה מנידון דנן, בשל העובדה שבנדון הנודע ביהודה על הבעל היה לחשוש שהאשה נתנה עיניה באחר ולכן משקרת בדבריה, לכן הבעל היה צריך לעשות תנאי. משעה שהבעל גרש ללא תנאי סימן שרצה בגירושין גם אם האשה משקרת. האפשרות שהאשה משקרת הינה אפשרות סבירה שעמדה לידיעת הבעל. הדבר מפורש בחידושי המהרי"ט על הרי"ף למסכת קידושין פרק האומר, שכתב ביחס למגרש משום שם רע, שעולה הצורך לעשות תנאי בשל האפשרות שאין אמת בשם הרע, וכך כתב:

"וי"ל דבשלמא כשאמרה אני כהנת המוני הימנה ולא נסתפק כלל ולא נחית בדעתיה לומר שהיא משקר' דמילתא דעבידי לגלויי הילכך לא היה מקום לתנאי אבל גבי שם רע מי לא אפשר שאינו וכן בנדר מי לא אפשר שימצא פתח לנדריה".

לא כן בנדון דנן בו הבעל גילה דעתו בצורה ברורה שמגרש רק בגלל שענין הסמכות הוסדר והבעל לא העלה בדעתו שום אפשרות של הטעיה בדבר לאחר שהיתה בידו החלטה חלוטה של בית המשפט למחיקת התביעות. ולדעת היצוג המשפטי שקיבל הדבר נחשב "כסגור הרמטי", כדברי הבעל במכתב שכתב לבית הדין. משכך הבעל לא היה צריך לעשות תנאי בדבר ועצם ההטעיה גורמת לביטול הגט לפי האומדנא דמוכח שבגילוי הדעת. החילוק בין מגרש מחמת שם רע לבין מי שהוטעה בסיבת המביאה להסכמתו לגירושין, מבואר בדברי שו"ת עין יצחק חלק ב - אבן העזר סימן לז שכתב בענף ד אות יז:

".. דלכן במוציא משום ש"ר ונדר אין זה רק חשש לעז בלבד דזהו ע"פ סברת התוס' ביבמות (דף ס"ה) דכתבו דהי' לו לחקור אח"ז כנ"ל. וזה לא שייך רק היכא דנסתפק לו בעת הגירושין בעיקר הסיבה המביאו לידי גירושין כמו במוציא משום ש"ר ונדר דלא היה ברור לו זה בבירור גמור אם השם רע ואיילונית הוא אמת או לא. ע"כ שייך לומר דהי' לו לחקור אחר עיקר הסיבה וכמש"כ התוס' ביבמות. אבל היכא דלא היה מסתפק כלל בעיקר הסיבה אלא הי' ברור לדעתו ע"פ מה שהטעוהו דמוכרח לגרשה וכפי המכתב דהראו לו מהרב ה"ג המפורסם ע"כ לא היה לו מה לחקור כלל כיון דהיה ברור לו כן שמוכרח לגרשה וזהו רפואתו לפי טעותו. ע"כ בנ"ד הוי ג"ד ואומדנא ברורה דאם היה יודע שכל זה הוא שקר וטעות ודאי לא היה מגרש אשתו האהובה לו בזמן סמוך לימי חופתו".

י. שואל ומשיב מהדורא קמא חלק ג סימן לה - בנדון בעל שגרש בעקבות מכתב מזוייף של אביו שכביכול מורה לו לגרש. שם גילוי הדעת הינו רק השערה שלנו, ללא כל גילוי מצד הבעל. מצד הבעל הדברים הם בבחינת "דברים שבלב" שאינם דברים. אך בנדון דנן גילוי הדעת היה בצורת אמירה מפורשת מפי הבעל. הבעל גילה דעתו בפרוש מה דורש לצורך ההתרצות שלו בגירושין ובית הדין קבע שהגט יסודר על בסיס ההסכמות. מפי הבעל עצמו נשמע עוד לפני כתיבת הגט שאין ריצוי בליבו לגרש בהעדר קיום דרישתו הצודקת. כאן הדברים שבלב הבעל הינם גלויים ולא נמצאים רק בלבו של הבעל, הדברים בבחינת בלבו ובלב כל אדם. יובהר,

וכפי שכבר הובא לעיל, ששיטת השואל ומשיב עצמו, במהדורה תליתאה חלק ב סימן יב, היא כדעת זקנו הב״ח הסובר שמועיל גילוי דעת שלפני כתיבת הגט, לביטול הגט, וכך כתב השואל ומשיב:

> **״נראה לפמ״ש הב״ח בחו״מ סי׳ ר״ה ובסימן קל״ד באהע״ז... וכתב דדוקא לאחר שכתב הגט הוא דלא מהני גילוי דעתא אבל קודם הכתיבה מועיל מצד גילוי דעת ע״ש ... ואף שעל דברי הב״ח יש להקשות כמ״ש בשו״ת בת עיני אבל כבר הארכתי בזה לקיים דברי זקני הב״ח וכן הוא הסכים שם כן ״**

בשו״ת שואל ומשיב עצמו דן בהבדל שבין דעת הב״ח שנפסקה להלכה, שגילוי דעת שלפני כתיבת הגט מבטל את הגט, לבין נידון המכתב המזוייף של אב הבעל, בו הגט כשר. וכך כתב השואל ומשיב במהדורה קמא חלק ג סימן לה:

> **״אמנם לפע״ד הי׳ נראה לחלק ולישב קושית זקני הב״ח דע״כ לא אמרינן דגילוי מלתא בגיטא לאו מלתא הוא רק היכא דבשעת כתיבת הגט ונתינתו לא נתחדש ענין שלא ירצה לתת גט א״כ כיון דברצון נפש כתב הגט ונתן מה״ת לומר דגילה דעתו שלא לתת אבל היכא שיש ספק בעת כתיבת הגט שלא רצה ליתן כגון שמסר מודעא א״כ חזינן דבעת כתיבת הגט היה מסופק עכ״פ אם לתת הגט או לא וא״כ עכ״פ לא עשה ברצון נפש ממילא מועיל גם גילוי דעת לבטל הגט.**

> **... דהיכא דהוה דברים שבלבו ובלב כל אדם מועיל ולפ״ז שם כשמוסר מודעא הרי נודע לכל אדם דלמה יתן גט וימסור מודעא וא״כ בכה״ג הו״ל דברים שבלבו ובלב כל אדם ובודאי מועיל... דבאמת הא דלא מועיל גילוי מלתא בגיטא משום דברים שבלבו לבדו ולפ״ז בשכ״מ דהו״ל דברים שבלבו ובלב כל אדם דודאי מועיל דהרי כל אדם יודע ששכ״מ שמגרש לא מפאת שרוצה בגירושין רק שמתירא שלא ימות ולא תצטרך לזקוק ליבום וא״כ בכה״ג הו״ל דברים שבלבו ובלב כל אדם ובכה״ג מועיל.**

לפי דברי שואל ומשיב, בנדון דנן משעה שהבעל גילה בפרוש שמגרש רק בגלל ההסכמה לסמכות בית הדין קיים גילוי דעת שהוא בבחינת בלבו ובלב כל אדם והגט בטל. אין ללמוד ממקום שהטעו את הבעל במכתב מזוייף של אביו, שם לא היה שום גילוי דעת מצד הבעל ומדובר רק בדברים שבלב שאינם דברים. על כן אין ללמוד מנדון המכתב המזוייף לנדון דנן. אדרבה דיוק דברי שואל ומשיב מלמד שבנדון דנן הגט בטל.

יא. קיימת מחלוקת הפוסקים בשאלה מדוע בדיני ממונות מקח טעות מתבטל. האם בשל חוסר גמירות הדעת במעשה הקנין או בשל קיום תנאי, הנובע מכח ״אנן סהדי״ - אנו עדים, שקיים תנאי נסתר שקונה רק בתנאי שאין מום. אמנם בגירושין ברור שגט מוטעה בטל בשל חוסר גמירות הדעת לגרש, גם ללא דיני תנאים. שכן בגט קיים צורך נוסף של ״ריצוי הלב״, דבר שלא קיים במקח וממכר, ובהעדר ריצוי בלב הגט בטל. ברור לכל הדעות שצריכה

התרצות הבעל לגירושין בשעת הגט ובלעדי ריצוי הלב הגט בטל. במקום בו קיימת הטעיה ביחס לבסיס ההתרצות בגירושין, כאשר ברור שהבסיס להתרצות הינו בקיום דרישה צודקת בהתאם להלכה, המהווה את בסיס ההתרצות בגירשוין, כבנדון דנן, הרי שההטעיה גורמת לכך שלא התקיים "ריצוי הלב" של הבעל בגירושין ולכן הגט בטל לכל הדעות.

בנוסף, גם אם נשווה את עניין הגט לדין מקח טעות שבדיני ממונות, עדיין לשני צדדי ההסבר, האמורים בבאור הסיבה לבטלות מקח טעות, הגט בטל. לצד של חוסר גמירות דעת והתרצות במעשה, בנדון דנן ודאי שלא היתה התרצות של הבעל בגירושין אלמלא היה יודע בשעת הגט שהאשה מציגה בפניו מצג שווא ומעמידה פנים שכביכול מסכימה בנפש חפצה להעברת הסמכויות ושתחת ידו מצויה החלטת בית משפט הבטלה מעיקרא. לצד שמקח טעות בטל בשל אנן סהדי שקיימת התניה, אין לראות את אמירת הבעל שמגרש ללא תנאים כביטול להתניה הקיימת ממילא, שכן אמירת הבעל מתייחסת רק לתנאים שעדיין צריכים להתקיים ולא ביחס לדברים המצויים תחת ידו בבחינת "מונח בקופסא". מאחר ובנדון דנן היו בידי הבעל בשעת הגט החלטת בית משפט המוחקת את התביעה בבית המשפט, הרי שאמירתו שמגרש ללא תנאי לא מתייחסת לעניין הסמכות של בית הדין, המהווה את בסיס התרצותו בגירושין. גם אם נגדיר שההטעיה בפועל היתה לאחר הגירושין עדיין האמירה שמגרש ללא תנאי, לא מועילה היות והבעל סבר בשעת הגירושין שעניין סמכות בית הדין כבר הסתדר ואינו מצריך תנאים נוספים, לכן אמירתו שמגרש ללא תנאי לא מועילה. בנוסף כשם שהטעות מבטלת את הגט, כך הטעות מבטלת את האמירה שמגרש ללא תנאי.

יב. הגט שסודר ביאסי שברומניה - נראה שהפוסקים שדנו להכשיר את הגט עסקו במקרה שהאשה הפסיקה, בסופו של דבר, לתבוע בערכאות ובכך עמדה בהתחייבות שלה ותיקנה את המעוות. כשהאשה עומדת בסופו של דבר בהתחייבויותיה, קיים אמדן דעת שהבעל כן התרצה בגירושין, על דעת כך שבסופו של דבר ההתחייבויות יכובדו ויתקיימו. בדברי שו"ת מהרש"ם חלק ט סימן קלא נכתב מפורש להזהיר את האשה לבל תתבע עוד בערכאות, שאם תעשה כן הגט יהיה בבחינת "מעוות לא יוכל לתקון". כמו כן, מדובר במקום עיגון שלא ניתן היה להשיג גט אחר מהבעל, והאשה יכלה לתקן את הפגם שנוצר בכך שלא תתבע יותר בערכאות. לא כן בנדון דנן לא מדובר במקום עיגון והאשה לא מנסה לתקן את העיוות שיצרה, אלא ממשיכה להילחם לסמכות בית המשפט ואף פנתה לבג"ץ לצורך כך.

בנוסף המצב המשפטי בנדון הגט מיאסי היה שונה לחלוטין וכפי העולה משו"ת היכלי שן תליתאי סימן נ, שדן בנדון הגט האמור, וכך כתב:

> **"ומעתה בנ"ד ממנ"פ היכא הוי אם בדיניהם הוי הדין דאע"ג דחתמה אצל הפרעזידענט תוכל לחזור ולתבוע דחתימתה אצלו לאו כלום הוא או שתוכל להשיג ממנו חתימתם בחזרה לידה ולחזור ולתבוע א"כ הוי אונסא דשכיח והו"ל לשאול אצל הבקי בדיניהם".**

מהאמור עולה שהמצב המשפטי בנדון הגט מיאסי שונה לחלוטין מבנדון דנן. בנידון הגט מיאסי לא היה ברור מהו המצב המשפטי. מהתשובה האמורה עולה שיתכן שחתימת האשה לא נתנה תוקף משפטי להתחייבות שלה שלא לתבוע בערכאות. לכן ההטעיה היתה רק לאחר הגט ולא בשעת הגט, שהרי בשעת הגט לא היתה ודאות משפטית למניעת תביעות לאחר הגט. אך בנדון דנן, החלטת בית המשפט המוחקת את התביעות בבית המשפט, היתה החלטה חלוטה, ללא ספקות משפטיים. החלטה שלא הותירה שום ספקות בידי הבעל, שבגינן יעלה צורך להתנות תנאי. אלא שלבסוף התברר שההחלטה היתה מוטעית מעיקרא באשר האשה הציגה מצג שווא ביחס להסכמתה. מאחר ובנדון הגט מיאסי לא היתה ודאות משפטית לתוקף ההתחייבות בשעת הגט לכן עלה הצורך להתנות תנאי בגט וממילא הועילה האמירה שמגרש ללא תנאי. שונה לחלוטין נידון דנן בו בשעת הגט היתה ודאות משפטית מוחלטת של החלטה חלוטה של בית משפט בדבר מחיקת התביעות, לכן לא עלה הצורך להתנות תנאי ולכן האמירה שהגט ניתן ללא תנאי לא הועילה.

בדברי מנחת פתים, נכתב שבגט מיאסי הפיטורין שהאשה נתנה לבעל בשעת הגט הועילו לשעתם, אלא שרק לאחר הגט האשה תבעה תביעה חדשה. אך בנדון דנן מתברר שההסכמה של האשה שהוצגה בשעת הגט, גם לא הועילה לשעת הגט, לאור הודאתה שלא היתה הסכמה אמיתית, אלא שהציגה מצג שווא. אלמלא ההסכמה היתה תקפה בשעת הגט הרי שלבית המשפט לא היתה סמכות לאחר מכן. כל הקביעה של בית המשפט שהסמכות נתונה לבית המשפט מבוססת על כך שהמצג המשפטי שהיה בשעת הגט, בטל מעיקרו. מכל הטעמים האמורים, אין ראיה מפרשת הגט מיאסי לנידון דנן.

יג. פסקי דין רבניים חלק ה, פסק דין בעמוד 68, וכמובא בקובץ תשובות חלק ב סימן קכה - בנדון בעל שהתנה מתן הגט במחילת האשה על הכתובה ושאר החיובים שחייב לפי הדין ובכלל זאת חיוב מזונות האשה והילדים. האשה אמנם מחלה על כל זכויותיה לצורך קבלת הגט, אך הקדימה מסירת מודעא המבטלת את המחילה. נפסק להכשיר את הגט למרות שדרישת הבעל למחילת הזכויות לא התקיימה בשל מסירת המודעא. מדובר בדרישה של הבעל שאינה לפי ההלכה. שכן מדובר בדרישת הבעל לויתור על הכתובה והמזונות כשלא התברר בתשובה שהאשה הפסידה כתובתה ומזונותיה עד הגט ולבטח לא הפסידה את מזונות ילדיה. מאחר ומדובר בדרישה לא צודקת, ניתן להטעות את הבעל, מבלי שההטעיה תפגום בריצוי הלב של הבעל. כשבעל בא בדרישה לא צודקת ניתן לקבוע שאין קשר בין ריצוי הלב של הבעל לבין קיום הדרישה. שהרי ריצוי הלב נובע מהרצון להיות מישראל ולעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות. במקום בו דרישת הבעל באה בהתאם להלכה ניתן לקשר את ריצוי הלב עם קיום דרישתו. בנידון דנן התבאר שדרישת הבעל הינה בהתאם להלכה לכן לא ניתן להטעות את הבעל, והטעיה גורמת לחוסר בריצוי הלב בגירושין. לא כן בנדון פסק הדין הנזכר, שם הדרישה למחילת הכתובה והמזונות אינה דרישה שבאה בהתאם להלכה, שכן אישה לא חייבת למחול על זכויותיה וזכויות ילדיה על מנת לקבל גט. לכן כשבעל דורש

שהאשה תמחל על זכויותיה, אין לראות את קיום הדרישה כבסיס להתרצות. כשבעל דורש דרישה לא צודקת ניתן לומר עליו "עם נבל תתנבל" והטעיתו לא תפגע בריצוי הלב שלו בגירושין. כדברי הגמרא במסכת יבמות בדף קו עמוד א: "משטה אני בך", סברה הנכונה רק במקום שאין מקום להתחייבות מעיקר הדין. וראה בשאלות ותשובות היכל יצחק אבן העזר ב סימן מח, שנשאל האם מותר להטעות בעל שמתנה את הסכמתו לתת גט בדרישה שאבי האשה יתן 300 לירות למוסד, ביחס לאפשרות ההטעיה כתב:

> **"בנוגע לשאלה אם מבחינה מוסרית ראוי לעשות כך לכתחילה - כהא דב"מ ע"ה ע"ב, ויבמות ק"ו בבת חמוה דרב פפא, וכהא שאמרו חז"ל מי שרי לצדיקי לסגויי ברמיותא וכו' - אני מניח שהרבנים וחברי הבית דין משוכנעים שאיש זה עושה עול במה שמעגן את אשתו שנים רבות, ושיש כאן ענין של עם נבר תתבר וכדרשת חז"ל הידועה, כי אחרת לא היו הרבנים חושבים להזדקק לזה כלל, כי שארית ישראל לא יעשו עולה וגו', הלואי שהיה כוח ביד בית דין לכופו בשוטים או ע"י מאסר, אך כל זמן שאין בידינו לכופו צריך להשתדל בכל אופן שהוא להתיר עלובה זו מכבלי העיגון".**

הבסיס לדיון ההלכתי באותה תשובה בעניין כשרות הגט במקום הטעיה, מבוסס על העובדה שההטעיה היתה מותרת בהיות הבעל "נבר" שעמו יש לנקוט בדרך של "תתבר". כשלבעל דרישות לא צודקות אין בהטעיה השפעה על הריצוי שלו בגירושין. לא כן כשהדרישה צודקת ומהווה את הבסיס להתרצות בגירושין, כאן אי מילוי דרישת הבעל פוגם בהתרצות בגירושין וגורם לפסלות הגט.

בהתאם לחילוק האמור, אין סתירה בדברי הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל, בין דבריו בפסק הדין האמור ובקובץ תשובות, לבין המובא בשמו בשו"ת וישמע משה חלק א עמוד שעא (אוצר פסקים ותשובות שהשיב הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל), שפסל גט במקרה שהאשה תבעה בערכאות בניגוד להסכמתה שלא לתבוע בערכאות. במקום בו האשה מפרה התחייבות שלא לתבוע בערכאות, שם דרישת הבעל הינה בהתאם להלכה, נכונה העדות על כך שהגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל פסל את הגט, היות ואי קיום דרישת הבעל הצודקת פוגמת בהתרצות הבעל בגירושין. במקום בו האשה מבטלת את מחילת הכתובה ושאר זכויותיה, שם דרישת הבעל למחילת הזכויות אינה לפי ההלכה, אי קיום הדרישה לא פוגם בהתרצות הבעל בגירושין והגט כשר. הרי שבהתאם לחילוק האמור אין קושי לקבל את עדותו של בעל וישמע משה, ביחס לדעתו של הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל. מכאן שבנדון דנן, בו דרישת הבעל שלא לתבוע בערכאות היא בהתאם להלכה, אי קיום הדרישה מביא לביטול הגט כדברי הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל המובאים בשו"ת וישמע משה.

כמו כן, בפסק הדין האמור הובאו דעות הפוסקים הפוסלות גט במקום שהבעל לא מקבל

את מבוקשו שבגינו התרצה לגרש, וכך בהמשך אותו פסק דין בפסקי דין רבניים חלק ה בעמוד 75:

> **אמנם דעת המשפט צדק (ח"א סי' נ"ח) להחמיר במקרה והבעל לא רצה לגרש את אשתו (אלא להמשיך בחיי הנשואין) והשפיעו עליו שיתן גט ויקבל בעד זה סכום כסף ולבסוף לא קיבל כפי שהוסכם, שלא תנשא לשוק, ותמך יתידותיו על הסוגיא דב"מ הנ"ל ואעפ"י שלא הזכיר דבר זה בשעת נתינת הגט... ודאי דעל דעת הפשר שנתפשרו קא יהיב גיטא, ואף דבזבין ארעא אדעתא למיסק לא"י אם לא הזכיר בשעת מכירה לאו כלום הוא, זהו משום דליכא אומדנא דמוכח כולי האי... אבל בנ"ד שהם הפצירוהו הפצרות גדולות ולא הטה אוזן בשום צד ואופן עד הפשר ההוא והם התחילו להתנות עמו ודאי דכו"ע יודו דאדעתא דהכי עביד מה דעבד... וכן דעת משאת משה אה"ע סי' ח' (אכן שם בסי' ט' הובא תשו' מוהר"ש קמחי ז"ל דפליג עליה בזה והכשיר את הגט אעפ"י שלא החזירה לו את החפץ כפי שדרש הבעל בטרם שבאו לסדר הגט), מ"מ נראה דגם לדידהו אם בשעת סידור הגט אמר הבעל שמגרש בלי שום תנאי דהגט כשר לכו"ע.**

מבואר שבפסק הדין הנזכר עיקר הסברה שבגינה הגט הוכשר, למרות דעות הפוסקים שפסלו גט בנסיבות דומות, הינה אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי. אך כבר התבאר שבנדון דנן אין ערך לאמירתו שמגרש ללא תנאי, לכן הגט יפסל כאותם דעות המובאות בפסק הדין הנזכר שפסלו גט בנסיבות דומות.

יד. החלטות בית הדין הגדול - ההחלטה מיום י"ב תשרי תשע"ה (06/10/2014) בתיק 841246/4 והחלטה מיום י' אדר תשע"ז (8.3.2017) בתיק 970523/3, ההחלטות עסקו בשאלת ביטול גט בשל הפרת הסכם גירושין. הפרות שחלו לאחר סידור הגט. לא מדובר בהטעיה שהיתה כבר בשעת הגט. גם לא מדובר בגילוי דעת מפורש בדרגת "אומדנא דמוכח" כבנדון דנן. על כן אין ללמוד מהחלטות אלה לנידון דנן.

דעות הפוסקים שהחמירו בכנדון דנן

עד כה התבאר שבשל המיוחדות שבנדון דנן, הגט בטל. הוכח שקיים שוני בין נידון דנן לבין מקרים בהם דנו הפוסקים להכשר הגט. עתה יובאו דברי פוסקים רבים שהחמירו לפסול ולבטל גט מוטעה בדרגות הטעיה כמו בנדון דנן ואף בפחות מכך. מדברי הפוסקים, גדולי הדורות וגדולי הדיינים עולה שפסקו להחמיר בנידונים הדומים לנדון דנן וכפי שיתבאר לקמן. תחילה יובאו מקורות העוסקים בהטעיה כבנדון דנן בו הגט ניתן על סמך התחייבות האשה לדון בבית דין בדין תורה והאשה הטעתה את הבעל ולאחר הגט הפרה את ההתחייבות ותבעה בערכאות. בהמשך יובאו נידוני הטעיה שונים.

א. בשו״ת אגרות משה אבן העזר חלק ג סימן לז מעלה חשש על הגט במקום שהאשה תבעה את הבעל בערכאות כשהבעל לא ידע שהאשה תוכל לתבוע אותו:

> **״בענין אשה שתובעת את בעלה בערכאות אחר הגירושין תביעת ממון והיה להבעל לחוש לזה אם איכא חשש על הגט בשביל זה י״ב סיון תשל״ב... אבל כשהיא תובעת דבר שאינו חייב לה מצד שיש לה כח מדיני המדינה יש לחוש דאולי הוא כאנן סהדי שלא היה נותן גט אדעתא דהכי ובפרט שהסכימה לפסק ב״ד לקבל הגט בסך שאמרו הב״ד... ואם האמת שלא ידע שתוכל לתבעו בדיני המדינה איכא חשש גדול על הגט לע״ד״.**

ב. לעיל הובאו דברי הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ״ל, שהובאו בשמו בשו״ת וישמע משה חלק א עמוד שעא (אוצר פסקים ותשובות שהשיב הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ״ל), שפסל גט במקרה שהאשה תבעה בערכאות בניגוד להסכמה, וכך כתב:

> **״במעשה שהיה בתנאי שהתנה הבעל כנתינת הגט שאלתי בשליחותם של קבוצת רבני ארה״ב שליט״א ע״י הגאון הרב פנחס וינד שליט״א דומ״צ ק״ק בעלזא ארה״ב בענין גט שהבעל התנה קודם נתינת הגט שמגרש אותה על תנאי שלא תתבע ממנו מזונות וכן שלא תתחרט על מה שהילדים נשארו אצלו וכמובן שלא תלך לערכאות לבקש בענינים אלו ועשו קנין על זה וחתמו על שטר על כל ההתחייבויות הנ״ל כעבור זמן מה אחר שקיבלה האשה את הגט הלכה לערכאות לתבוע את הבעל ובינתיים הבעל התחתן כבר והאשה גם נתארסה ועומדת להתחתן בעוד כשבועיים והבעל טוען שהיות שהיא הלכה לערכאות שלא כדין נתבטל הגט למפרע וא״כ אסורה להתחתן לפני שהיא תקבל ממנו גט חדש והוא מסרב לתת לה גט חדש וע״כ מחפשים גדולי הרבנים דרך הישר להתיר את האשה הזאת מכבלי העיגון שמע הרב ותחילה אמר אוי וויי זה שאלה על כל הגט שאלתי מיד הרי לפני נתינת גט מבטלים כל התנאים שיש על הגט וא״כ גם התנאי הזה יתבטל והשיב אבל כאן הרי עשו קנין על זה וחתמו על שטר כוונתו דבאופן שיש אומדנא דמוכח שהבעל לא נותן הגט רק בתנאי זה שפיר מועיל התנאי כמו שמבואר באחרונים והוסיף שיש להעמיד בית דין בארה״ב על זה ולשכנע את האשה שתפסיק ללכת לערכאות ואם יחליטו ששוב אין האשה עוברת על התנאים שהיתנה אתה הבעל שפיר יחול הגט אבל אם תמשיך הלאה ללכת לערכאות ושלא לקיים את תנאי הבעל יהיה שאלה על הגט [ועי׳ היטב להלן]. לאחר כמה ימים נשלחתי עוד פעם ושאלתי התנאי של הבעל היה שלא תלך לערכאות לתבוע ממנו את המזונות והילדים והיא אכן הלכה לערכאות אבל הפסידה שם בתביעה נמצא שלא חייבה את הבעל כלום והיא ממתנת להינשא השבוע מה דינה. והשיב אם כן הרי יש לומר דעיקר התנאי היה שלא תתבע אותו וכיון שממילא הפסידה בתביעה הרי נתקיים התנאי אבל אפילו הכי היות ויש להסתפק במה שהיה עיקר כוונתו**

דשמא לא רצה שתתבע אותו לערכאות כלל וכלל ואם כן עברה על תנאו א״כ צריכה לקבל ממנו גט נוסף״

ג. בשו״ת משנה הלכות חלק יד סימן קמד, דן בארוכה בנידון בו האשה פנתה לערכאות לאחר שהתחייבה לפני הגט שלא תעשה כן, הנידון דומה מאד לנידון דנן. לאחר הצגת השאלה, מאריך בתשובה להוכיח שהגט בטל למפרע, ומביא תשובת בעל מנחת יצחק שדן בנידון דומה ופסק לפסול את הגט, וכך כתב:

״.. כששמע הבעל מאד נרתע ונחרד שאשתו היתה עלולה לעשות לו כן וטוען הבעל כיון שכן הרי הכל הי׳ בערמה ועל דעת כן מעולם לא הי׳ נותן גט והו״ל אומדנא דמוכח לכ״ע דכה״ג שתגזול ממונו והבנים וכל רכושו ותשימהו בבית הסוהר, מעולם לא הי׳ מסכים לגרשה וראי׳ לדבר שהרי כל זמן שהיתה בערכאות לא רצה לגרשה זה ארבע שנים. ועל טענתה שהיתה מוכרחת לחתום שלא תשאר עגונה לעולם טענת שקר היא שהרי אדרבה הבעל קבל על עצמו דיני התורה וגירשה וכל אלו השנים טענתו היתה שאינו רוצה לגרשה רק אם תקבל עליה ב״ד ישראל ויעשה הכל ע״פ התורה וע״פ ב״ד ישראל ולא שרצה לעגנה כלל ומיד שהסכימה שלא תלך עוד לערכאות עד עולם הלך עתה לב״ד ורק בשביל זה הסכים לדון ולגרש וכיון שהלכה לערכאות שוב, ובטלה והפירה את הבטחתה שקבלה וחתמה עצמה על הסכם בפני ב״ד שלא לילך לערכאות, הגט נמי בטל דהו״ל גט מוטעה שהטעתה אותו...

תשובת הגאב״ד ירושלים באשה שהטעה את בעלה. וזה כשנתיים שנשאלתי בכעין זה בב״ד אחד בבאלטימאר ואז קבלתי תשובה כת״י מהגאון מוה״ר י״י וויס זצלה״ה גאב״ד ירושלים עיה״ק ה׳ שבט תשמ״ח שנשאל בשאלה כזו ממש והאריך בנדון כעין זה ממש והביא מהפוסקים הנ״ל וכתב דכן נראה לפי דעתו הגדולה שאם תתבע אותו לערכאות לאחר נתינת הגט ומבטלת ההסכם שחתמה עליו שלא תלך לערכאות עוד, הגט בטל וצריכה גט אחר להתירה לשוק, ״אם ירצה הבעל״.. וסיים דאם תמשיך תביעתה לבעלה המגרש בערכאות הגט בטל ואף אם תבטל אח״כ התביעה בערכאות צ״ע אם צריכה גט מחדש...

ולפ״ז בדידן כיון דאמר בפי׳ דכל זמן שלא תחזור מן הערכאות אינו רוצה ליתן גט וגם לאחר שתוציא ותצא מן הערכאות לא יתן גט עד שתסכים שלא תלך עוד לערכאות להבא עד עולם וכל זה נכתב ונחתם בכתב הגם שלא התנה תנאי גמור כתנאי בני גד ובני ראובן ולא כפל לתנאו מ״מ אין לך אומדנא גדולה מזו ואפילו לא אמר והתנה כל דיני תנאי לפי שאין בידו להתנות מטעם המרדכ״י שהובא ברמ״א שבזמננו אין כותבין תנאי בגט ואין נותנין גט על תנאי אבל מ״מ הרי לא גרע זה מהמוכר ע״ד למיסק וכו׳ לארעא דישראל וכיון דביטלה ההסכם והלכה לערכאות נתבטל הגט בהליכתה ואפילו תחזור בה ותוצא מן הערכאות צריכה

גט שני אם יסכים לזה בעלה לגרשה שנית כיון דביטלה הגט ע״י מה שחזרה בה ואומרת שבערמה עשתה הכל והבן.

עוד נלפענ״ד לחלק ולומר בין מגרש בסתם למגרש בסיבה דבסתם גיטין וקידושין שמגרש ברצונו ומדעתו ליכא גילוי דעת אבל היכי דהוה אומדנא דמוכח ואנן סהדי לאו גילוי דעת הוא אלא אנן סהדי שזה דעת כל האדם... דא״כ בדידן דאומדן דעת הוא שכה״ג ודאי לא הי׳ רוצה לגרש ולא זאת אומדן דעת אלא הרי כתב וחתם שרק באופן כזה הוא רוצה לגרש ואנן סהדי בדבר ואומדן דעתו שד׳ שנים וכיוצא בו עיכב ולא גירש באופן השני א״כ כה״ג אפשר מודי הראב״ד ודעימי׳ דכה״ג לכו״ע הגט בטל...

... ועל השאלה שחתמה על הסכם טוענת בפי׳ בערכאות שכל ההסכם שעשתה לא הי׳ אלא להטעות בעלה כדי שתוכל לקבל הימנו גט וא״כ היא מודה דמתחילה בעלילה ובערמה להטעות את בעלה שיתן לה גט היתה ועכשיו שכבר יש לה הגט הוא טוענת שהיתה מוכרחת להסכים ולחתום על ההסכם עם בעלה אבל מעולם לא התכוונה לזה, אנן סהדי שהבעל נמי אילו הי׳ יודע שכוונתה להטעותו לא הי׳ נותן לה הגט שהרי הוא רק בשביל שהבטיחה לו בפני הב״ד ובחתימת ידה שתחזור ותצא מהערכאות ולא תוסיף תת כחה לערכאות וליקח ממנו עוד כסף ולצערו ולכן הסכים ליתן לה שטר גט ואם היא בטלה את השטר שנתנה לו ואומרת כן מפורש שההסכם הי׳ רק ערמה אין לך הטעה גדולה מזו שהטעתה לגרשה בערמה ואז תביאהו לבית המשפט ויעלה לו הון רב אנן סהדי שגם הוא לא הי׳ מסכים לגרשה מעולם, כה״ג גם החולקים על המרמ״ל מודים לזה דהגט בטל...

... וכ״ש הכא שאמר מפורש שרק באופן זה מגרשה דודאי ע״ד כן לא גירשה...

... ולפ״ז הכי נמי ודאי כיון שבא לפני ב״ד ולא רצה ליתן הגט עד שתסכים האשה לפני ב״ד שלא יתבענו עוד והוא על סמך הבטחת הב״ד הוא שהיא תקיים חתימתה ודאי דבר מפורסם כזה וניכר שלא רצה לגרש אלא שלא תתבענו עוד ולא תצערהו ותטריחהו בערכאות וכיוצא בזה וכיון שעברה על כל זה אנן סהדי שאילו הי׳ יודע שתטעה אותו לא הי׳ נותן גט ולא צריך לזה תנאי עם דיני תנאי שהרי עשה מה שהי׳ בידו לעשות ולפרסם הדבר שלא נתן כל זמן שהיתה בערכאות עד שהוציאה מהערכאות וכן עשה עמה הסכם שלא תלך והי׳ זה בפני ב״ד ואנן סהדי דלא הטריח עצמו והב״ד על לא דבר לכתוב ולחתום כדי שאח״כ תעשה היא צחוק מבעלה אלא כה״ג לא הי׳ נותן גט כלל והו״ל מוטעה ופסול...

... והא טענה שכיון שלא התנה בתנאי כפל לא הוי תנאי אומר אני אדרבה כיון שכעת קיי״ל שאין ליתן גט על תנאי ואין להתנות בתנאי כפול הרי הוא יותר אומדנא דלא הי׳ נותן גט באופן אחר והא דלא הותנה הוא משום שאין מתנין

בזה״ז אבל אומדנא דמוכח הוא לכ״ע, וכ״ש היכא דלא רצה ליתן גט כלל ורק נתן מחמת שהבטיחוהו הב״ד שלא תלך עוד לערכאות לאחר שיתן לה גט, והסכימה לזה וחתמה עצמה א״כ הרי על הבטחת הב״ד וחתימתה הוא דסמך וכיון שהטעתו ובערמה עשתה הכל נמצא דהי׳ הכל טעות ממילא הגט בטל למפרע כנלפענ״ד...

בקיצור העולה לנידון דידן דכה״ג כ״ע מודי שהגט בטל ואפי׳ החולקין על המהרמ״ל ואם תנשא בגט זה יש יותר מחשש גדול שיהיו בניה ממזרים ר״ל, ויש להזהיר על זה...

... כיון שראיתי הני תלתא גברא רברבי עמודי עולם מאורי אור גדולי הדור הנ״ל חששו לה ועליהם ובראשם המבי״ט אשר מלא כל הארץ כבודו לכן כתבתי מה שעלה במצדתי והני נשים שחשבו לילך לערכאות ועדיין לא הלכו יפה להם שתיקתן וח״ו לא יגרמו לעצמן צער ועיגון וכיוצא בו וימנעו מלעבור על תורת ה׳״.

ד. בתשובת הרה״ג יהושע ולנדר זצ״ל, שהובאה לעיל, כמובא בקובץ אשל אברהם חלק ג עמוד 208. דן בעניין אשה שלא קיימה את הסכם הגירושין בעניין הילדים ותבעה את הבעל בערכאות של גויים, שלא כפי שהתחייבה בהסכם, ופסק לפסול את הגט וכך כתב:

״ומעתה בניד״ד כולהו פסולי איתניהו ביה וזה שסידר הגט תקנתו קלקלתו לבלתי תת מקום להכשיר אף בשעה״ד באשר יבואר ויע״ע בתשו׳ צמח צדק חאה״ע סי׳ רפ״ט אות ו׳ ובטו״ז סי׳ קמ״א ס״ק מ״ח ובב״ש שם ס״ק צ״ח וכן הורו בזה למעשה גדולי הפוסקים האחרונים בשו״ת בית שלמה סי׳ קל״ז תשו׳ ברכת יוסף סי׳ צ׳ תשו׳ בת עיני סי׳ א׳ תשו׳ חסד לאברהם סי׳ מ״ג ובתשו׳ עין יצחק סי׳ מ׳ ותשו׳ משכנות יעקב סי׳ ל״ח ותשו׳ דבר משה תאומים סי׳ כ״ז ובתשו׳ תשורת שי ח״א סי׳ תי״ט עד אחרון זמנינו בתשו׳ אגרות משה אה״ע ח״ג סי׳ ל״ז ועוד לא עת האסף פה...

... וראיתי בישועות יעקב אהע״ז הל׳ חליצה סי׳ קס״ט שהאריך מאד בענין הסתירה בסוגיות לענין חליצה מוטעית יבמות קו ... וכתב ... ולי נראה ביאור הדבר על דרך האמת וכו׳ דדוקא כשהיא לא אמרה לו דבר אבל אם האשה בעצמה אמרה לו שתתן לו ר׳ זוז וכו׳ שהאשה הטעית אותו וכו׳ אמרינן שלא כוון לפוטרה ואף שאין כאן גדר תנאי וכו׳ והחליצה בטלה וזה ברור מאד כשמש יעיי״ש עכתו״ד הרי שאפילו בחליצה דנקטינן חליצה מוטעית כשרה לפי שאין תנאי בחליצה ואפי״ה בהטעתו דן לומר שהחליצה בטלה וכש״כ בגט דנקטינן שגט מוטעה פסול לכן בהטעתו הגט בטל...

... עוד יש פסול נורא בגט לפי פרטי העובדא ... כאילו קצץ מחיר ותשלומין בעד רצונו בהגירושין דבכה״ג אם לא שילמו לו כפי מה שקצבו עמו ודאי הגט בטל

ובזה לא בעי משפטי תנאים כלל וכבר האריך בזה בתשו׳ ברב״י שם והגרי״א בתשו׳ עי״צ...

לכן בהתאחד כל הלין נראה לענ״ד שאין לסמוך על גט זה והו״ל גט מוטעה ויש להודיעה ולהזהירה בנפשה לבלתי לסמוך להנשא בגט זה עד שתקבל גט כשר״

דעות הפוסקים שהחמירו בנדונים דומים

עד עתה הובאו תשובות גדולי הדור בעניין הטעיה הנובעת מתביעה בערכאות, כנגד המוסכם וכבנדון דנן ממש. עתה יובאו תשובות של חכמי הדורות ביחס להטעיה אחרת, מהן ניתן להשליך לנידון דנן, כדלקמן:

א. בשו״ת הרי בשמים חלק ב (מהדורא תניינא) סימן נה - דן בנדון גט שניתן לאחר שהטעו את הבעל ואמרו לו שלפי ההלכה נחוץ שיגרש את אשתו וישאנה מחדש, בשל כך הבעל גרש ולאחר מכן האשה נישאה לאחר, אך למעשה לא היה שום צורך הלכתי בגירושין ובכך הטעו את הבעל. בתשובה נפסק לפסול את הגט בשל אמדן הדעת הברור שבסיבת הגירושין, הדבר עדיף מתנאי ומבטל את מעשה הגט בהיותו בטעות ללא צורך במשפטי התנאים. מהנידון בתשובה השלכה לנידון דנן, לגבי תוקף אמדן הדעת שיש בכחו לבטל את הגט, גם ללא תנאי מפורש בשל ההטעיה. כך בתשובה האמור:

״יוצא מדברינו דבנ״ד שהי׳ המדובר בין האיש והאשה מתחלה שיחזרו וישאו זא״ז ואיכא נמי אומדנא דאדעתא דהכי נתגרשו בודאי כשלא יתקיים התנאי בטיל גיטא והרי בלח״מ פ״י מגירושין כתב דג״ד גמור מועיל בגט בכל ענין ובמח״א פ״ט מגירושין כתב לחלק דהא דג״ד בגיטא לאו מילתא הוא ה״ד בביטול הגט אבל ג״ד בתנאי מהני ע״ש ובפרט שגם האשה בעצמה אמרה כן שרק על אופן זה היא מרוצה לגירושין ומבואר בתשו׳ מהר״ם אלשיך סי׳ ע״ח דאף דג״ד בגיטא לאו מילתא הוא מ״מ גילוי דעתא דידה עדיף יותר ע״ש ובפרט בנ״ד הלא. האמין לאחי׳ ולהאומרים לו שצריך גירושין להפקיע איסורו ונשרש בלבו שכן הוא ל״ה צריך להתנות ע״ז בתנאי מפורש. והרי זה דומה למ״ש המהרי״ט בקידושין ס״ב. גבי המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת כו׳ ה״ז מקודשת מפני שלא הטעתו וכ׳ בשם הר״ן הא הטעתו פי׳ שאמרה לו שהיא כהנת וקידשה ע״ד כן אינה מקודשת אף דבתנאי שהתנה ע״מ שהיא כהנת צריך לכפול שכבר ירד לספק והי״ל לכפול אבל השתא דאמרה לו אני כהנת הימנוה הימנה וא״צ לכפול והקשה המהרי״ט ע״ז מהמוציא את אשתו משום ש״ר ומשום אילונית דצריך לכפול תנאו ותי׳ דבשלמא כשאמרה אני כהנת הימנוה הימנה ולא נסתפק כלל ולא סליק אדעתי׳ לומר שהיא משקרה דמילתא דעבידא לגלויי הוא והלכך ל״ה מקום לתנאי אבל גבי ש״ר מי לא איפשר שאינו כן ע״ש הרי דהיכי דברור בדעתו שכן

הוא ל״ש לומר דהו״ל לכפול תנאו והו״ל מקח טעות. והרי הגאון בעל הסמ״ע שהוא מהמכשירין בגט שכ״מ דווינא כ׳ בתשובתו הנדפסה בתשו׳ ג״ב סי׳ נ״ב שאם האשה בעצמה אמרה כן קודם כתיבת הגט שנראה מענין שבכל לבה אומרת כן מפני שאוהבת אותו וניחא לה בזיווג בודאי אמרינן דע״ד כן כתב ומסר לה הגט ואי הדרה בה הגט בטל ע״ש וכ״כ בתשו׳ ב״ח החדשות סי׳ צ״א בתשובתו להמהרמ״ל ע״ש והלא בנ״ד כל ענין הגט הי׳ בטעות עפ״י מה שאמרו להם שבזה יבטלו הנישואין דאיסור ויהיו אח״כ נישואין בהיתר ואלמלי היו יודעים שעפ״י תורה לא רמיא עלייהו חיוב זה ל״ה מתגרשים הרי הוי טעות בעיקר הגט ובודאי כל כי האי גוונא הו״ל כאלו הותנה תנאי מפורש בכל משפטיו ודקדוקיו דהרי כ׳ בתוס׳ כתובות נ״ו. דמאי דבעינן משפטי התנאים הוא משום דאי לא״ה לא אתי דיבור ומבטל מעשה א״כ התינח היכי שאנו צריכין לדיבור התנאי שמתנה משא״כ היכי דבשעת עשיי׳ טעותו מוכח מתוכו הרי א״צ לשום דיבור הו״ל כי הא דא׳ ב״ב קמ״ו... סוף דבר לפענ״ד הגט בטל ואיתתא דא מ׳ חי׳ בת דוב עדיין היא א״א לכל דברי׳״.

ב. בשו״ת הרי בשמים חלק ב (מהדורא תניינא) סימן פח דן בנדון זוג שהתגרש לאחר שהגיעו לפשרה בעקבות טענות ומענות. הפשרה היתה שהאשה תתן לבעל את הזכויות בבית הרשום על שמה וכך סודר הגט. אלא שהאשה הטעתה את הבעל ברמיה ולא קיימה את הפשרה שהושגה. בתשובה מאריך להוכיח שהגט בטל מכח אמדן הדעת הברור שהגט ניתן רק בשל הפשרה שהושגה ורק כך התרצה הבעל בגרושין, ומוכיח שהפסול הוא לכל הדעות. גם המכשירים את הגט מוינה יודו כאן שהטעיה גורמת לפסלות הגט. העיון בתשובה הארוכה מעלה קווי דימיון רבים לפסול הגט בנדון דנן. וכך כתב:

״והנה כבר האריך הפני יהושע בחידושיו... היכי דאיכא ג״ד גמור מהני מדינא לבטל הגט אפי׳ בדלא כפלי׳ לתנאי׳ גם לר״מ והכי מבואר באמת בתוס׳ קידושין ו׳: דהיכי דאיכא ג״ד גמור מהני אפי׳ לא כפלי׳ לתנאי׳ וכ״כ בריטב״א בחי׳ גיטין שם בשם רבותיו וכ״ה בר״ן פ״ב דקידושין ע״ש ועלח״מ פ״י מה׳ גירושין הי״ג ... ובנ״ד כנראה מכותלי מכתבך האברך הזה נשאר בערום ובחוסר כל וחייו תלואים לו מנגד הבית הזה הדבר נראה בעליל שרק בשביל זה גירשה מפאת שחשב שבחתימתה תזכה לו הבית ובלעדי זה ל״ה מגרשה ובג״ד כעין זה הוי טעות בעיקר הגירושין ומעיקרא ל״ה חלות להגט כלל... כיון דאמר הבעל שבשביל שבחתימתה תזכה לו הבית הוא מגרשה וכיון דבאמת אין חתימתה מועלת הוי מוטעה מעיקרא... וכיון דהוי טעות מעיקרא לא חיילי הגירושין כלל והו״ל גט מוטעה דמבואר ביבמות ק״ו דפסול... אבל היכי דאיכא אומדנא דמוכח דהוי כתנאי מפורש בודאי ל״א דגמר בדעתו שיתקיים הענין אף אם לא יהי׳ כן... וא״כ בנ״ד הו״ל בודאי גט מוטעה שהסכים על הגירושין רק עפ״י עצתם של הפשרנים שהשיאוהו לכך... וכבר כתבנו דל״ש לומר מדלא הקפיד להתנות בפירוש כן

בשעת הגירושין ואדרבא הלא ביטל כל התנאים בשעת סידור הגט וביטל ג״כ זה משום דע״כ לא ביטל רק תנאים אבל לא טעות כמבואר כ״ז בתשו׳ גדולי האחרונים וביותר בנ״ד כיון שהושלש לבטחון הוועכסעל מאבי האשה הי׳ בעיניו כדבר שכבר נעשה ול״ה צריך להזכיר עוד מזה וכי״ב כ׳ בתשו׳ מהר״ם אלשקר סי׳ ע״ח ע״ש. ע״כ הדבר ברור שיש לפסול גט זה וגם המכשירין בגט שכ״מ דווינא עב״ש סי׳ קמ״ה ס״ק ט״ז יודו בנ״ד שהגט פסול. בפרט אחרי שעשתה האשה רמאות כזה״.

ג. בשו״ת קנה בשם חלק ד סימן קטז שצוטט לעיל, דן בנדון בו אשה הבטיחה להעביר את חלקה בדירה לבעל עם סידור הגט אלא שהתברר שהאשה הקדימה והעבירה את חלקה בדירה לאחר. בדבריו הובאה תשובת בעל מנחת יצחק זצ״ל שדן לפסול גט מחמת הטעיה בעניין הסכם הגירושין, וכך כתב ביחס לנידון שנשאל, שיש בו הרבה מן הדמיון לנידון דנן:

״עוד מצינו תשובה ממורינו הגאון הגדול בעל מנחת יצחק זצללה״ה (שלא ראה עדיין אור הדפוס) שיצא בתוקף עוז לפסול גט מחמת ביטול הסכם הגירושין שביניהם על יסוד סברת המהר״ם מלובלין וסיעתו דאדעתא דהכי לא גירשה, וכן מצינו באגרות משה להגר״מ פיינשטיין זללה״ה (אבן העזר חלק שלישי סי׳ ל״ז וחלק רביעי סי׳ קט״ז) שחשש ג״כ לטענה זו דבדבר דלא הוי ליה למידע יכול לטעון דאדעתא דהכי לא גירשה יעו״ש.

הנה עד כאן הבאתי מכללות דברי רבותינו גדולי הדורות דור אחר דור עד לדורינו זה, שבכל כי האי גוונא דאיכא גילוי דעתא ואומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא גירשה הגט בטל, ולא מהני בזה מה שהבעל מבטל כל תנאין בשעת סידור הגט.

אמנם נלע״ד דבנידון דידן יש לומר דאין כאן שום מחלוקת ולכו״ע הגט בטל, דאף החולקים על המהר״ם מלובלין מודים בנידון דידן, וכמש״כ הפתחי תשובה (שם סי׳ קל״ד סק״א) דשם בהנידון של המהר״ם מלובלין סוף סוף היה הדבר תלוי באיזה תנאי, ושפיר כתבו לפי דעתם דמכיון שנתן אח״כ הגט בלא שום תנאי ביטל התנאי הראשון, אבל היכא שאמרו להבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות, וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחלה, בזה אין שום הוכחה ממה שאומר אח״כ שנותן בלא שום תנאי, לומר שמבטל תנאי הראשון, דיש לומר דכוונתו הוא רק על תנאי דלהבא, אבל לא על העבר דלדעתו הוא כאילו מונח בקופסא, יעו״ש... ועל כל פנים היוצא מדברינו אלה מכל הני הוכחות שהבאתי בנוגע לנידון דידן, מכיון דאיכא גילוי דעתא ואומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא גירשה הגט בטל, ואפילו אם יחזרו ויתקנו להסכים כפי אשר התנו תחילה, אכתי אין זה מועיל להכשיר הגט הראשון, וצריכה גט שני מחדש... ואשר על כן נלע״ד מכל הלין טעמי ברור ופשוט בנידון זה, לצאת מכל ספק ושמצי דשמצי מחשש ספק איסור אשת איש שהוא חמור מאד ולכתוב לה גט חדש, ובפרט דאין כאן

שום חשש עיגון מצד בעלה ומשפחתו, אם רק יקיימו את כתב הסכם הגירושין שהותנו ביניהם למכור לו חלקה בהדירה, שהרי בלא"ה כל אפיין שווין דמחויבת היא בזה, ובלא"ה בודאי דלא חלים הגירושין".

ד. בשו"ת בית שלמה אבן העזר סי' קל"ז - דן בנידון בעל שהבטיחו לו ממון רב על מנת שיגרש את אשתו ולאחר הגט התברר שהטעו את הבעל. בתשובה דן להצריך גט נוסף בשל ההטעיה, וכך מסיק:

".. והוא חומר איסור אשת איש על כן הנני למלאות דברי כת"ה שאסורה האשה להנשא עד שתשיב מבעלה גט שנית בלא ערמה".

ה. בשו"ת בת עיני תשובה א' - דן במקרה בו זייפו מכתב של אבי הבעל בו הוא מורה כביכול לבעל לגרש את אשתו. הבעל גרש בעקבות המכתב המזוייף. בתשובה מאריך לדון בדברי התלמוד והפוסקים תחילה דן להחמיר לפסול את הגט ושלא מועילה האמירה שמגרש ללא תנאי, לאחר מכן מביא צדדי היתר אך לא מכריע בדבר.

ו. בשו"ת תשורת ש"י חלק א סימן תי"ט - בנדון בו אשה השלישה לפני סידור הגט סכום כסף אותו התחייבה לשלם לבעל ולאחר הגט פעלה בערכאות לעיקול הכסף שהושלש ולבסוף הערכאות ביטלו את החיוב. כך שהבעל הוטעה והכסף שהושלש עבורו לא הגיע אליו. בתשובה דן לפסול את הגט בשל ההטעיה. המקורות והסברות המובאות בתשובה שייכים לנידון דנן.

ז. בתשובות רבינו יעקב מליסא חלק אבן העזר סימן נג כותב דעתו לפסול את הגט שניתן בהטעיה, בנדון הגט שפרטי המקרה מובאים בשו"ת ישועות יעקב בחלק אבן העזר סימן כה. מדובר באשה שהתפשרה עם בעלה שיתן לה גט, בהנחה שאין בידה מעות של הבעל, מעבר למה שהיא הודתה, וכך ניתן הגט. אלא שהתברר שהאשה הטעתה את הבעל והיה בידה סכומים גדולים יותר ממה שהודתה ששייך לבעל.

ח. בתשובות ברכת יוסף סימן צ, שהובאה בדעת הרוב, דן לפסול גט במקום שהאשה הטעתה את הבעל בנדון בו האשה התחייבה לפני סידור הגט להחזיר לבעל תכשיט המשובץ במרגליות. האשה השלישה את התכשיט אצל מסדר הגט, ולאחר סידור הגט התברר שהאשה גנבה מהתכשיט את המרגליות. ופסק לפסול את הגט אם האשה לא תחזיר לבעל את המרגליות.

ט. בשו"ת דבר משה (תאומים) תניינא סימן כז פסק לפסול גט שניתן בהטעיה של האשה שאמרה לבעל שבנם חולה וכסגולה לרפואתו יגרשנה וינשאו מחדש. הגט נפסל למרות אמירת הבעל שמגרש ללא תנאי.

י. בגוף פסק הדין הוזכרו תשובות ופסקי דין מהם עולה שיש להחמיר בנדון דנן: תשובת עין יצחק בחלק ב - אבן העזר סימנים לז, מ. פסק הדין של בית הדין בירושלים שהובא בספר דברי יוסף אבן העזר חלק ב סימן יח ובמאגר מקוון פס"ד פב.

יא. סקירה על פסקי הדין של בתי הדין הרבניים, גם אלו שלא פורסמו, בנידון גט מוטעה, ניתן למצוא במאמרו של עמיחי רדזינר: "מלבוב לתל אביב: פסיקות גט מוטעה בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים" / משפטים לט תשס"ט, (פורסם ב"נבו"). מפסיקות בתי הדין בנידוני הטעיה שונים, עולה שרבים מגדולי הדיינים נטו להחמיר להצריך גט נוסף במקום הטעיה. מהם שהקלו רק במקום עיגון. מנגד, דעות גדולי הדיינים שהקלו עסקו רק במקרים בהם ההטעיה התעוררה לאחר הגירושין ובמקום שלא היה גילוי דעת ברור ומפורש ובמקרים בהם היתה התרצות בגירושין. לא כן בנדון דנן בו היתה הטעיה כבר בשעת הגירושין, לאחר גילוי דעת ברור ומפורש של הבעל, והבעל לא התרצה בגירושין ללא קיום דרישתו וכפי שהתבאר.

מדברי הפוסקים הרבים שדנו לפסול גט בדרגות הטעיה שונות ניתן ללמוד לנידון דנן, החמור בהרבה, שיש לפסול את הגט.

התייחסות לחרם של רבינו תם

רבינו תם החרים את המערער על כשרות גט שניתן. האם החרם חל בנדון דנן? חרמו של רבינו תם מוזכר בדברי המרדכי למסכת גיטין הלכות גט באות תנה:

> **"כך החרים ר"ת והסכים רבינו משה תלמידו עמו וכל הגדולים גזרו בכנופיא של שוק טרויי"ש באלה חמורה ובגזרה חמורה שלא יקרא שום בר ישראל ערעור על שום גט אחר נתינתו ואם לא ינתן בפניו אל יאמר אלו היה ניתן בפני כך הייתי מערער על העדים או על הגט או על כל שאר דברים".**

אמנם מבואר בדברי הפוסקים שהחרם לא חל כאשר מתבררת ההלכה בעניין כשרות בגט. חרמו של רבינו תם קיים רק כאשר מוציאים לעז בדברים לא ברורים. לא כן כאשר נעשה ברור הלכתי מקיף בו מוכח מדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים שהגט פסול. הדברים מבואירם בשו"ת מהרי"ק סימן לז, שכתב:

> **"ואמנם לפי הנלע"ד לא תקן הגאון ר"ת אלא בדרך הוצאת לעז במילתא דלא פסיקא או שבא לקנטר ולפגום ואומר שהגט פסול אבל ת"ח שרואה בגט א' פסול פשיטא ופשיטא דבזה לא דבר ר"ת דאדרבה מחויב הוא לשאול על זה מפי הגדולים כדי לאפרושי מאיסורא. וזה דבר פשוט עד כי אין צריך להאריך בו כלל".**

מדברי המהרי"ק עולה שבנדון דנן לא רק שלא חל החרם, אלא קיימת חובה לגלות את ההלכה בעניין פסלות הגט על מנת להפריש מאיסורא. דברי המהרי"ק הובאו להלכה בשו"ת חיים ביד סימן נט שהביא את דברי המהרי"ק להלכה ואת הפוסקים שהביאו דבריו להלכה, וכך כתב:

"והנה בעתה ראיתי למוהריק"ו גופיה שורש ל"ז גבי מה שהחרים ר"ת שלא להוציא לעז על גט דזהו במילתא דלא פסיקא או שבא לקנתר ולפגום אבל ת"ח שרואה בגט פיסול פשיטא ופשיטא דבזה לא דיבר ר"ת דאדרבא מחוייב הוא לשאול ע"ז מפי הגדולים כדי לאפרושי מאיסורא יע"ש והביאו הרב כנה"ג באה"ע סימן קנ"ד הגה"ט אות פ"ו ואות פ"ח יע"ש".

בשו"ת הרמ"א סימן נה, מבואר שרבינו תם לא התכוון בחרמו, לנידון בו עולה הצורך לברור ההלכתי בעניין כשרות הגט, וכך כתב:

"אכן חלילה וחס לומר שמהר"ר מן הנ"ל נכוה בגחלת ר"ת ור' משה תלמידו לאמר היותו בר נידוי כמוציא לעז על גיטין, ועפרא לפומייהו דאויבים אשר מפיהם יצא קול זה. וכי יעלה על לב שום מורה לנעול דלת בפני ת"ח הדר בעיר ושמע שת"ח אחר סדר גט אחד שלא בפניו והגט אינו כשר בעיניו, שלא יבא כנגדו לחלוק עליו. כאשר עשה מהר"ר מן הנ"ל, שצווח ככרוכיא על מסדרי הגט לאמר נשים הדברים לפני המורים ולא תנשא האשה בגט זה עד יורו בו המורים. ר"ת ור' משה לא כוונו בזה ולכיוצא בו".

הדברים הובאו להלכה בשו"ת קנה בשם חלק ד סימן קטז, שהוזכרו לעיל, וכך כתב בהתייחסות לחרמו של רבינו תם ותלמידיו:

"ובהיותי בזה הנני על דבר עוד פרט אחד בנוגע לנידון דידן, באשר שמעתי דבת רבים שאסור להוציא לעז על גט, ויש בזה חרם ר"ת ותלמידיו, ואשר על כן הנני להביא ולהוכיח מדברי גדולי הפוסקים, שמפורש יוצא מדבריהם דכל בכגון דא אין שום חשש איסור וחרם על הוצאת לעז על הגט, ואדרבה חיובא רמיא לעורר על זה, כדי להנצל מכל מכשול וטעות ושימצי דאיסור אשת איש".

התשובות הרבות בהם דנו הפוסקים לפסול גט מוטעה, מוכיחות שהחרם לא חל במקום שההלכה מבוררת לפסול את הגט. שאלמלא חל החרם, לא היו הפוסקים מורים לפסול גט. אלא שקיימת חובה לגלות את ההלכה המבוררת שהגט פסול על מנת לאפרושי מאיסורא.

בנוסף לכך, מאחר ופסלות הגט בנדון דנן מתבססת על הטעות, הרי שהגט בטל מעיקרא וכלל לא היה גט, משכך לא חל החרם. החרם יכול לחול על גט שניתן ויצא לעז על כשרותו, אך משעה שהגט ניתן בטעות הרי שהוא בטל מעיקרו וכאילו שלא ניתן הגט. ממילא אין לחרם על מה לחול. סברה זו מוזכרת בשו"ת חכם צבי ליקוטי תשובות סימן קיד ביחס לגט שניתן על תנאי, וכך כתב:

"ועוד אני אומר שבגט כזה שניתן על תנאי ואפשר שיתקיים התנאי או לא, ואם לא יתקיים התנאי הרי זה גט בטל מעיקרא ואין כאן שום ריח גט, שהרי אפילו אם הוא כהן מותרת להחזיר לו, ברור שהוא שכל המוציא עליו לעז עכשיו קודם

שנתקיים התנאי אין עליו גזירת ר״ת ז״ל, שהרי אפשר שיתבטל גט זה מעיקרא ואין כאן גט ונמצא שלא הוציאו לעז על גט אשה שנתגרשה בו״.

מדבריו עולה שהחרם לא קיים אם מתברר שהגט לא חל בשל תנאי, ומכאן שכל שמתברר שהגט לא חל גם החרם לא חל. הוא הדין במקום שמתברר שהגט לא חל בשל טעות, שהרי נמצא שלא היה גט וממילא לא חל החרם.

שלא מן הצורך נוסיף, את שכבר התבאר, שהשאלה על כשרות הגט התעוררה על ידי בית הדין בארצות הברית שסידר את הגט ולא על ידי אחרים. חרמו של רבינו תם חל רק על אחרים המוציאים לעז על גט שניתן ולא על בית הדין שסידר את הגט. לאחר שבית הדין שסידר את הגט העלה את שאלת כשרות הגט, עולה החובה לדון לפי ההלכה בשאלת כשרות הגט ולא חל חרמו של רבינו תם כלל וכלל. אלא חלה חובה להורות על פי ההלכה שהגט פסול על מנת לאפרושי מאיסורא.

התייחסות לתגובת הדיין שהכשיר את הגט

להלן תשובה להערות דעת הדיין שהכשיר את הגט.

א. נידון דנן דומה ממש להפקדת ״חפצים מקולקלים״ בידי הבעל בשעת הגט. הדברים התבארו לעיל אך נוסיף לאמת ולבסס את הדבר. בשעת הגט היה בידי הבעל מסמך החתום על ידי האשה, שקיבל את אישור בית המשפט.

בסעיף 6 מצהירה האשה שהבקשה מוגשת מרצונה הטוב ללא אונס וכפיה. הגט ניתן בהסתמך הבעל על הבקשה המוסכמת האמורה ועל החלטת בית המשפט למחיקת התביעה, שבאה בעקבותיו.

מתברר שהסכמת האשה, עליה הסתמך הבעל, היתה בבחינת ״חפץ מקולקל״ וכלל לא ניתנה ״מרצונה הטוב וללא אונס״ כפי שנכתב בה. האשה עצמה מודה בכך בסעיף 19 לכתב תביעת המזונות שהגישה לבית המשפט ביום 8/3/18, בו כתבה:

בנסיבות אלו, ומשלא ראתה האם כל ברירה לנגד עיניה, היא הסכימה לקנות את חירותה בחתימה על בקשה מוסכמת שנוסחה על ידי האב, ובכך לקבל את גיטה.

האשה מודה שהסכמתה היתה באונס, כדי לקנות את חרותה, לא כפי שהצהירה תחילה. כך גם כותבת האשה בסעיף 12 לכתב תביעת משמורת והסדרי ראיה שהגישה לבית המשפט ביום 8/3/18: משכך, ולאחר שלתובעת לא נותרה כל ברירה אחרת כדי לקנות את גיטה, הוגשה בקשה לביטול פסק הדין למשמורת, שיצא מלפני בית המשפט, בחתימת התובע והנתבע.

האשה מודה שבעת החתימה על הבקשה המוסכמת לא היתה לה כל ברירה אחרת, היינו

היא מודה שהיתה אנוסה, לא כמו שהציגה לבעל בזמן הגירושין. משכך כתב ההסכמה שהיה בידי הבעל הינו בבחינת "חפץ מקולקל". כתוב בו שהוא נעשה ללא אונס, ומתברר, לפי הודאת האשה, שהדבר לא נכון ושכן היה אונס.

לעיל הובאו דברי חלקת יואב באבן העזר סימן כה, שאם האשה מודה שכבר בזמן הגט היה בדעתה להטעות את הבעל לאחר הגט, הגט בטל, וכך בדבריו:

> **".. מ"מ זה מועיל רק אם בשעת מעשה היה בדעת האשה להנשא לו אח"כ אבל אם תיכף היה דעתה לרמות בעלה השכ"מ והוא גירשה לטובתה ואם היה יודע שהיא שונאתו לא היה מגרשה כלל וא"כ הוא מוטעה בעיקר המעשה ואין אמירת הבעל שמגרשה בלא תנאי מועיל כלל והגט בטל".**

חלקת יואב מתייחס לגט מוינה וכותב שאם האשה חשבה לרמות את הבעל כבר בשעת הגט, ותכננה לא להינשא אליו אם יבריא, הרי שהגט בטל. מדבריו עולה שהכשר הגט מוינה היה רק אם בשעת הגט האשה חשבה להינשא לבעל, אם יבריא, אלא שלבסוף שינתה את דעתה. אך אם האשה מודה שמראש לא תכננה להינשא לבעל אם יבריא, הגט היה נפסל. לכן, בנדון דנן משעה שהאשה מודה שהמסמך שהיה בידי הבעל הינו מקולקל, הרי שהאשה בהודאתה יוצרת עליה איסור מדין: "שויא אנפשה חתיכה דאיסורא", האשה יוצרת על עצמה את האיסור, בכך שמודה שבעת הגט הפקידה בידי הבעל חפץ מקולקל. לאחר שהאשה מודה בהטעיה שוב לא מדובר בדברים שבלב, כאשר האשה מגלה בפיה מה שהיה בליבה, ובכך יוצרת איסור על עצמה.

כך גם עולה ממכתב ששלחו חברי בית הדין בארצות הברית לבית הדין, ביום כ"ד באב תשע"ח, בו דייני בית הדין בארצות הברית מצטטים את דברי האשה ואביה מהם עולה שהאשה לא התכוונה מעולם לקיים את ההסכם. משמעות הדברים שהאשה מודה שהיתה הטעיה בשעת הגט. לדברי חלקת יואב הכוונה להטעות פוסלת את הגט. היכולת המעשית של האשה להטעות את הבעל התבססה על כך שהיא תוכל לטעון אחרי הגט בבית המשפט שהיא היתה אנוסה, כפי שאכן טענה. הרי שבידי הבעל הופקד כתב הסכמה בו נכתב שהאשה לא אנוסה, בשעה שהיא מודה שהיא כן היתה אנוסה, הרי שהבעל קיבל "חפצים מקולקלים" בשעת הגט.

בנוסף, התבאר שיתכן וקיים "חפץ מקולקל" נוסף, שהבעל היה סבור שמופקדת בידיו הבטחה שלא תהיה תביעת נזיקין, והתברר שהדבר מקולקל והדבר לא הופקד, כך שהאשה כן יכולה לתבוע תביעת נזיקין.

ב. לא ניתן להסתמך על אמירה, שהגט יהיה כשר בכל מצב, שנאמרה רק בדעת מיעוט, בפסק דין שלפני הגט. שכן דעת מיעוט אינה דעה מחייבת להלכה. בנוסף, הדברים לא נאמרו בשעת סידור הגט עצמו. אמירה שהגט יהיה כשר בכל מצב צריכה להאמר דוקא בשעת סידור

הגט ולא קודם לכן. הדברים נלמדים מקל וחומר מהמתבאר בדברי דעת הרוב ביחס לגילוי דעת. בדעת הרוב נכתב שגילוי דעת יכול להועיל רק אם נאמר בשעת סידור הגט עצמו ולא קודם, וכך נכתב בדעת הרוב:

> **".. היינו דוקא כשהדברים נאמרו בשעת הגירושין, ולא קודם, ועי"ש מתשובת הב"ח החדשות סי' צ' והדברי חיים דיני גיטין סי' א' שרק בפרק הזמן שעסוקים באותו ענין של סידור הגט יחשב "שעת הגירושין".**

אם גילוי דעת צריך להיות דוקא בשעת הגירושין, גם אמירה על כשרות הגט, שיהיה כשר בכל מצב, צריכה להאמר דוקא בשעת הגירושין היינו בעת סידור הגט. אמנם לעיל התבאר שבמקום בו קיימת אומדנא דמוכח, לא צריך שגילוי הדעת יהיה דוקא בשעת הגט. אלא שביחס לאמירה שהגט יהיה כשר בכל מצב אין אומדנא דמוכח שהגט אכן ניתן כך. דעת מיעוט בפסק דין שניתן כחצי שנה לפני סידור הגט, לא יוצרת אומדנא דמוכח שהגט ניתן בכל מצב. במיוחד לאור העובדה שבדעת המיעוט האמורה נכתב שהדבר עוד יאמר פעם נוספת בשעת סידור הגט, דבר שלא קרה. על כן לא קיימת אומדנא דמוכח לכך שהגט ניתן בכל מצב.

כמו כן, משעה שסודר גט רגיל ללא אמירה מפורשת שהגט יהיה כשר בכל מצב, הרי שהבעל ראה שבית הדין לא עומד על כך שהגט יהיה כשר בכל מצב. ממילא יש לחוש לטענת הבעל שאם היו מסבירים לו בשעת הגט שהגט יהיה כשר בכל מצב, גם אם הסמכות תהיה לבית המשפט, הוא לא היה נותן את הגט. על כן הדברים שנכתבו בדעת המיעוט לפני סידור הגט לא מועילים להכשרת הגט.

ביחס לדברי הט"ז, שכתב שהבעל מגרש על דעת הרב מסדר הגט. לעיל התבאר שהדברים לא נאמרו ביחס לתנאי שכבר התבצע והבעל הוטעה, אלא רק ביחס לתנאי עתידי שעוד צריך להתקיים. כמו כן התבאר שכאשר גם הרב מסדר הגט הוטעה, אין לבעל על מי להסתמך. בנידון דנן מסדרי הגט בארצות הברית, שהבעל גרש לדעתם, גם כן הוטעו והם אלו שהעלו את בעיית כשרות הגט. לא ניתן לומר שהגט כשר היות והבעל גרש על דעת מסדרי הגט, בשעה שמסדרי הגט עצמם מעוררים את בעיית כשרות הגט. כמובן שמסדרי הגט עצמם לא טעו, הם ודאי ידעו את ההלכה שלא עושים תנאי בגט. אלא שמסדרי הגט הוטעו יחד עם הבעל, על ידי האשה שהציגה בפניהם מצג שווא. העובדה שמסדרי הגט בארצות הברית הם אלו שהעלו את בעיית הכשרות בגט, מלמדת שלא עלה בדעתם שהם סידרו גט על דעת הטעות שהאשה הטעתה אותם. הדיינים בבית הדין בארצות הברית היו מעורים בפרטי ההסכמות שבין הצדדים, כפי שעולה מהמכתבים ששלחו לבית הדין ואף הם נמצאו מוטעים. כך שאין בהסתמכות הבעל על מסדרי הגט כדי להכשיר את הגט.

ג. בעניין יכולת האשה לתבוע תביעת נזיקין בבית המשפט. הנזק שיכול להיגרם לבעל מתביעת נזיקין בבית המשפט עלול להיות גדול בהרבה מנזק שאולי יגרם לבעל אם הסמכות

לדון בעניין מזונות הילדים תינתן לבית המשפט. בעניין מזונות הילדים יתכן ולא יהיה הבדל משמעותי בין פסיקת המזונות בבית הדין לבין פסיקת המזונות בבית המשפט. אך בעניין תביעת נזיקין, הבעל עלול להינזק באופן משמעותי ולהתחייב בסכומי כסף גדולים מאד, המוגדרים כגזל לפי ההלכה.

עיון בהליך המשפטי הארוך שקדם לסידור הגט מעלה שקיים חשש ממשי להטעיית הבעל בעניין היכולת לתבוע תביעת נזיקין. בתחילת ההליך דובר על כך שבסידור הגט האשה תפקיד בידי הבעל התחייבות שלא תתבע תביעת נזיקין לאחר הגט בבית המשפט, הדבר אף הוזכר בהחלטות בית הדין. אולם הגט סודר ללא הפקדת כתב ההתחייבות האמור. יתכן ומדובר בהבטחה להפקדה שלא התקיימה והדבר דומה לעניין "חפצים מקולקלים" שהובטח שיופקדו חפצים ולא הופקדו. לא נראה סביר שהבעל ויתר על הדרישה להפקדת כתב התחייבות שלא יהיו תביעות.

יובהר שאין לדמות הלכות מקח טעות בדיני ממונות להלכות כשרות הגט. כבר התבאר שבגט נחוצה דרגת התרצות גבוהה יותר. בגט קיים צורך של "ריצוי הלב" של הבעל, דבר שלא קיים במקח וממכר. לכן לא מספיקה העובדה שניתן היה להבחין בטעות בשעת הגט, כאשר הטעות גורמת לחוסר ריצוי הבעל בגירושין.

כמו כן, אין די בכך שניתן היה להבחין בהטעיה בשעת הגט מאחר והבעל שהה בחו"ל וסמך על מיצגיו. הטעיית הבעל הפוסלת את הגט יכולה להיות על ידי כל גורם שמטעה אותו ולאו בדוקא על ידי הטעיה של האשה. מכאן שעולה הצורך לברר האם הבעל הוטעה או שמא ויתר על הדרישה, שהאשה תפקיד התחייבות שלא תתבע תביעת נזיקין. בהחלט יתכן שהבעל סמך על מיצגיו ולכן סבר שכל העניינים "סגורים הרמטית" מבחינה משפטית, אלא שהדרישה להפקדת כתב התחייבות נשכחה בטעות והבעל הוטעה בדבר. הספק האמור מחייב את בית הדין לקיים דיון נוסף על מנת לברר את העובדות. חובת בית הדין לברר את הדבר למרות שהטענה לא נשמעה מפי הבעל ומפי מיצגיו, שכן מדובר בשאלה איסורית חמורה.

ד. בית הדין קבע לפני סידור הגט שהבעל לא חייב לתת גט ושדרישתו מוצדקת. לכן ההתרצות של הבעל לתת גט הינה בכפוף למילוי דרישתו. אי קיום דרישתו פוגם בהתרצות שלו בגירושין. שהרי רק עם קיום דרישתו מושלם רצונו בגירושין. העובדה שבני הזוג חיו תקופה ארוכה בנפרד לא יכולה להוות תחליף למילוי תנאי התרצות הבעל בגירושין. הבעל טען שרוצה בשלום בית, ואין הוכחה לכך שאם האשה היתה מסכימה לעשות שלום בית, הבעל היה מסרב. בית הדין לא קבע שהצדדים מורדים זה בזה, בית הדין קבע שהבעל לא חייב בגירושין. בהעדר חיוב בגירושין, בשעה שהבעל מבקש שלום בית, נחוצה התרצות הבעל בגירושין. הבעל גילה בצורה מפורשת מהי דרישתו כדי להתרצות בגירושין ודרישתו נמצאה צודקת לפי ההלכה. משכך, עלה צורך למלא את דרישתו, בהיותה דרישה צודקת לפי פסיקת בית הדין. הבעל הבהיר שיתרצה לגרש רק אם המחלוקות יוכרעו בבית הדין לפי דין

תורה, לפי הבנתו שרק כך הוא יוכל להמשיך בחייו. לא מדובר בדרישה צדדית אלא במהות ההתרצות בגירושין לפי ההלכה. לכן ההטעיה גורמת לעקירת ההתרצות בגירושין. בעקירת ההתרצות הגט נפסל.

ה. ממכתב בית הדין בארצות הברית, שהובא לעיל וממכתב נוסף שהתקבל בבית הדין בתאריך 25/4/18, אנו למדים שלבית הדין בארצות הברית היתה מעורבות בהליך, הם לא היו רק לבלרי גטין. הם היו מעורבים לאורך כל ההליך והבעל אף שאל את בית הדין בארצות הברית ביחס לכשרות הגט, הבעל יכול לקבל את פסיקתם ביחס לכשרות הגט. משהורה בית הדין בארצות הברית על בעיה חמורה בכשרות הגט שנתן הבעל, הרי שהאשה לא יכולה להגיד שהיא לא מקבלת את הפסיקה, שהרי ההוראה היא ביחס לגט עליו נשאלו. ודאי שבית דין שנשאל על כשרות גט שסידר יכול ליצור איסור בהוראתו. בית הדין בארצות הברית הורה שכל עוד האשה תובעת בערכאות היא מעמידה את כשרות הגט בשאלה חמורה. הקביעה הינה בצורת סימן קריאה ! ולא בצורת סימן שאלה. סימן הקריאה הוא שקיימת שאלה חמורה בגט ! הדבר לא מותיר לבית הדין דנן יכולת מתן תשובה, ללא הסכמת בית הדין שסידר את הגט, שהיה מעורב בפרטי הסכסוך והעלה את הבעיה בכשרות הגט. להלן המכתב של חברי בית הדין בארצות הברית, המדבר בעד עצמו:

"לכבוד בית הדין הרבניים ירושלים תובב"א,

ודאי כבוד הדיינים יודעים כל מה שקורה בין הצדדים אברהם בן מרדכי אשכנזי עם תהילה בת מאיר דוד למשפחת לסרי. אבל אחרי שפנה הבעל אלינו לענין הגט שסידרנו, הננו להציע השאלה על פי העובדא איך שידוע לנו:

כלפני שנה פנה אבי הבעל אל בית דיננו לסדר גט מתי שיעבור הדיונים שבין הזוג לבית הדין הרבניים. כתבו וחתמו הסכם לדון בבית הדין הרבניים בענין הסדרי הראיה של הילדים ומה שביניהם. בחדש שבט תשע"ח בתיאום עם בית דינכם, סידרנו גט לזוג הנ"ל על ידי שליח.

לאחרונה הבעל צועק על רמאות האשה על שהיא עכשיו מבקשת ביטול סמכות בית הדין הרבני, נגד מה שהוסכם ביניהם לפני מתן הגט. ההסכם הזה היתה עקרונית בנתינת הגט, ורק אחרי ויכוח ארוכה וממושכת של כמה שנים.

אחד הדיינים פה דיבר עם אביה, והוא אמר שכיון שאין תנאי בגט היא יכולה לעשות כך. ועוד, ב"תגובה בקשה לדחייה על הסף" של העורך דין שלה כתב בסעיף 30 "בנסיבות אלו, ומשלא ראתה האם (האשה) כל ברירה לנגד עיניה, היא הסכימה לקנות את חירותה בחתימה על אותה בקשת הביטול שנוסחה בהתאם לדרישות המבקש, ובכך לקבל את גיטה. ולגאונים הדיינים שליט"א אך למותר הוא שנציין מקורות.

הרי לפי מה שנראה לעינינו ולפענ"ד, האשה מעמידה כשרות הגט שסודר ע"י בית דיננו בשאלה חמורה אם ממשיכה בדרך זו ללכת חזרה לבית המשפט במקום לדון בבית הדין.

הרב חנוך זאלץ, הרב פינחס רבינוביץ, רב חיים אשר ערקנג'י הכהן"

ו. העובדה שניתן גם גט בשליחות קבלה לא מועילה, מאחר והגט בשליחות הקבלה סודר כולו בבית הדין בארצות הברית, בית דין שקבע שכל עוד האשה תובעת בערכאות יש בעיה בכשרות הגט. ביחס לגט שסודר על ידי שליח הולכה, בו יש גם תפקיד לבית הדין בירושלים, ודאי שיש לחוש לסברה שהשליחות מבוטלת כשנמצאת הטעיה, מכח הסברה שלתקוני שדרתיך ולא לעוותי, השליח נשלח לתקן ולא לקלקל, כדברי המהרש"ם.

מסקנה

לאחר אבחון פרטי המקרה ובחינת המשמעות ההלכתית של המאפיינים המיוחדים, עולה שבשל המיוחדות, הגט פסול לכל הדעות. נידון דנן שונה במהותו ממקרים אחרים בהם דנו פוסקים להקל. פוסקים רבים פסלו גט כבנדון דנן ואף במקרי הטעיה פחות חמורים.

על כן יש לפסוק:

עיכוב הנישואין ישאר בתוקף עד לסידור גט נוסף.

הרב אברהם מאיר שלוש
ראב"ד חיפה

אשת איש שזינתה תחת בעלה ונתגרשו ובאים להנשא שנית

אתו קמן בני זוג שהתגרשו כדת ונפשם לשאו׳ל הגיעה להתירם לחזור ולהינשא זה לזה, למרות שהאשה סרכה דרכיה בעודה נשואה.

תיאור העובדות

הצדדים נישאו כדת משה וישראל ביום כ״ד אייר תשס״ח (29.5.2008) והתגרשו אזרחית בצרפת. ביום ל׳ ניסן תשע״א (4.5.2011) הוגשה בקשה לסדור גט בבית הדין ואכן הגט נמסר כדת ביום כ׳ בסיון תשע״א (22.6.2011) בבית הדין באשדוד.

והנה עוד בטרם ימלאו ימי ההבחנה, בקשו הצדדים בתאריך י״ט באלול תשע״א (18.9.2011 תיק מספר 862351/1) כי בית הדין יתיר להם לחזור ולהינשא. לדבריהם כבר לאחר הגרושין המשיכו לחיות יחד. מברור שערך בית הדין עולה כי המבקש אינו כהן, אך האשה זינתה תחת בעלה במהלך הנישואין.

רבם של הצדדים הרב א. ב. התלווה אליהם לבית הדין ושמש גם כמתורגמן. הרב סיפר לבית הדין כי האשה זנתה תחת בעלה בתקופת הנישואין, בעלה האמין לה שזנתה אך סלח לה על כך. הצדדים המשיכו בחיים המשותפים עוד כמה שנים לאחר מכן, ובסופו של דבר התגרשו מסיבות אחרות.

כאמור אחר הגירושין בקשו הצדדים לחזור ולהינשא זה לזה למרות אותו מעשה שהיה, אך אדהכי והכי זנחו הצדדים את תביעתם, ואף הודיעו כי נפרדה דרכם, ומשכך התיק נסגר כבקשתם.

עם זאת, בשעת מעשה אמרתי אשנה פרק זה אם ניתן למצוא פתח להתירם להינשא או שמא נסתם הגולל ואין כל מקום להתירם ומשנה ראשונה לא זזה ממקומה, ואציגה נא בזה מה שכתבתי בס״ד לעשות בהם משפט כתו׳ב.

דיון והכרעה

נאמנות האשה שזינתה בזמן הזה.

שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא.

אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

חזרת הבעל מנאמנות שהאמין לאשה.

המוציא את אשתו משום שם רע.

א. נאמנות האשה ובעלה בזמן הזה

מבואר בשנה בנדרים (צ:) דאף שבראשונה היו אומרים שהאומרת טמאה אני לך תצא שלא בכתובה, חזרו לומר שאינה נאמנת בלי ראיה לדבריה דשמא עיניה נתנה באחר ע״ש.

וכן פסק בשולחן ערוך (סימן קטו סעיף ו) זה לשונו:

אין עדים שזינתה אלא שהיא אומרת שזינתה, אין חוששין לדבר זה לאוסרה דשמא עיניה נתנה באחר... ואם היה מאמינה ודעתו סומכת על דבריה, הרי זה חייב להוציאה, אבל אין כופין אותו להוציאה.

וכיוצא בזה מבואר בשולחן ערוך (סימן קעח סעיף ט) שפסק:

לא קינא לה ובא עד אחד ואמר לו זינתה והיא שותקת, אם הוא נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כשנים יוציא ויתן כתובה ואם לאו מותרת לו. הגה והוא הדין אם היא עצמה אומרת לו שזנתה כמו שנתבאר לעיל (סימן קטו סעיף ו).

והוסיף הרמ״א יש אומרים כי בזמן הזה שיש חרם דרבנו גרשון שלא לגרש אשה בעל כורחה יש לחוש שאומר שמאמינה כדי שיוכל לגרשה ולהפטר מחרם דרבנו גרשון ואומר שמאמינה אף על פי שאינו מאמין וחיישינן שמא נתן עיניו באחרת.

והביא שם שלוש מחלוקות בדבר. יש אומרים דכיון שאינו נאמן שמאמינה דשמא עיניו נתן באחרת, מנדין אותו על שאומר שמאמינה וגרם לבטל חרם רבנו גרשון. והוא הדין בכל מקום שלא יוכל לגרש בלא דעת האשה. ויש אומרים דכופין אותו ומשמש עמה אף על פי שמאמין לדברי העד או לדברי האשה אם חזרה ונתנה אמתלא לדבריה הראשונים. ויש חולקים וסבירא להו דבכל ענין ואף בזמן הזה נאמן הבעל לומר שמאמינה.

ולכאורה, מאחר ומרן השולחן ערוך סתם ולא חילק כלל בדבר, יש ללמוד מסתימת דבריו שאף בזמן הזה נאמן הבעל לומר שמאמינה. ונראה פשוט דמרן השולחן ערוך אזיל לטעמיה שכתב (סימן א סעיף י) כי רבנו גרשון לא החרים אלא עד סוף האלף החמישי, ונמצא שהאידנא אין חרם דרבנו גרשון ולכך אין לחוש שהבעל מאמינה כדי להיפטר מחרם דרבנו גרשון, שהרי בלאו הכי אין עליו חרם זה. ומעתה נאמן הבעל לומר שמאמין לדברי אשתו בכל ענין ולכן מרן בשולחן ערוך לא חילק כלל בדבר.

אמנם זה אינו, וכמבואר בפסקי דין רבניים (חלק ט עמוד 77) דאף כשהזוג מבני עדות המזרח שלא קיבלו על עצמם חרם דרבנו גרשון, מכל מקום גם בזה אין הבעל נאמן לומר שמאמין לאשתו. ושתי תשובות בדבר, חדא שהרי כבר נשבע בתקיעת כף שלא יגרשנה על כרחה, ושבועה זו דמי לחרם דרבנו גרשון ושמא טוען הבעל שמאמין לאשתו כדי להיפטר משבועה זו.

וגדולה מזו כתב רבינו יונה נבון בספרו נחפה בכסף (חלק ב אבן העזר סימן יב) דאף שנחלקו הפוסקים אם הבעל נאמן לומר שמאמין לאשתו במקום חרם דרבנו גרשון, אך לכולי עלמא אין הבעל נאמן שמאמין לאשתו במקום שיש שבועה, שספק שבועה להחמיר. וכיוצא בזה כתב המהרשד"ם דבפלוגתא דרבוותא כשיש שבועה אזלינן לחומרא, וכן מבואר בתשובת הראנ"ח שבספר מים עמוקים (סימן כא) וכן דעת הגאון דבר משה (חלק ג אבן העזר סימן י) וע"ש שציינו לפוסקים נוספים שכתבו כן.

וכן יש ללמוד מדברי מרן החיד"א בתשובת חיים שאל (חלק ב סימן מה) גבי הנושא אנוסת עצמו ואחר כך טוען שזינתה, דאינו נאמן לשוויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, כיון דאיסור לא יוכל לשלחה קאי עליו ושמא אומר שמאמינה כדי להיפטר מהאיסור דלא יוכל לשלחה ע"ש. ודון מינה ואוקי באתרין, דאף הנשבע שלא לגרש אשתו אינו נאמן לומר שמאמין לאשתו שזינתה במקום איסורא דאורייתא.

זאת ועוד, דאף לולא חרם דרבנו גרשון ואף לולא השבועה שלא יגרשה בעל כרחה, אכתי יש לומר שאין אדם נאמן כשטוען שמאמין לאשתו שזינתה, משום דהאידנא אין אדם רשאי לשאת שתי נשים ויש לחוש דאף שאינו מאמינה מכל מקום בשנותו את טעמו ואומר שמאמינה כדי שיוכל לגרשה ולהפטר ממגבלות החוק, ולפיכך גם לדעת מרן יש לומר שאינו נאמן לומר שמאמינה ע"ש.

וכן מבואר בשו"ת הרשב"א (חלק א סימן אלף רלז) שכתב:

> **ראובן נשא אשה ... ויצא קול שנתן עיניו באחרת ... ומפני שיש חוק מצד המלכות להיות כל מגרש בלתי רצון האשה ואביה אחת דתו להמית לבד מאשר יעקרו נשואיו מצד דתו בטענת איסור ... וכשראה שכל זה לא עלה בידו אמר שהוא עצמו ראה שזנתה.**
>
> **תשובה: אין לבית דין לאוסרה עליו בטענותיו ... דמשום דאינו ראוי לגרש כי אם מדעת בית דין שקורי משקר בכל מה שיאמר ... דכיון שאינו יכול לגרש אלא מדעתה וכל דאגיד בה לא יהבו ליה אחריתי לפיכך חוששין כמו שחששו באומרת טמאה אני לך. וכל שכן בזה דודאי נתן עיניו באחרת ומחזר לגרש את זו. עיין שם.**

ולפי דרכנו למדנו שאף לדעת מרן שהאידנא אין חרם דרבנו גרושין אכתי יש לומר שאין

אדם נאמן לומר שמאמין לאשתו שזינתה מאחד משני טעמים או משום שנשבע שלא ישא אחרת עליה או משום שאינו יכול לגרשה בעל כרחה ולפיכך מסתתר הוא מאחורי טענה שזינתה על מנת לגרשה שלא כדין ולכך אינו נאמן.

איברא, דהכא שהאמינה וכבר נעשה מעשה שגרשה מגרעות נתן, וכמבואר כגון זה ברמ״א שכתב (סימן קטו סעיף ו) :

> **אשה שאמרה לבעלה שזנתה אף על פי שאינה נאמנת, אם עמד וגירשה אסור להחזירה ואפילו אם החזירה יש לחוש.**

ולפי זה יש לומר דבנדון דידן שכבר עמד וגירשה לא יוכל עוד לשוב לקחתה. והנה מקור דברי הרמ״א מתשובת מהר״ם פדואה (סימן לד) שכתב:

> **אם עמדה בהודאתה ... אין דעתי מסכמת להתירה לו כלל, כי זיל בתר טעמא של משנה אחרונה דשמא עיניה נתנה באחר, וזו טרם שחזר לקחתה אם היא עדיין בהודאתה בטל טעם זה כי אם עיניה נתנה באחר או שמאוס עליה מטעמים הנזכרים, מי הכריחה עתה לשוב להיות לו לאשה, הלא היתה ברשותה אז ועם כל זה היא קיימת בדבורה הראשון שזנתה תחתיו, ותהיה נאמנת כמשנה ראשונה לדעתי. את כל אלה אמרתי בחפזי.**

ולפי דרכנו למדנו, שאם אחר שהתגרשה מבעלה עדיין עומדת בדיבורה שנאסרה עליו נאמנת היא בזה, וכפי שבאר המהר״ם פדואה דבזה לא חיישינן שאמרה כן משום שעיניה נתנה באחר, שהרי אחר הגרושין בלאו הכי מותרת היא לאחר ומי הכריחה לעמוד בדעתה שזינתה, אלא ודאי קושטא קאמרה.

ומזה דקדק בחלקת מחוקק (סקכ״ח) שדווקא בעומדת בדבריה כלומר שאף אחר שגירשה טוענת ומודה שזינתה, בזה כתב הרמ״א דאחר שגירשה אסור להחזירה וכמבואר, אבל אם אחר שגירשה חזרה מדבריה הראשונים ואומרת טהורה הייתי ונותנת אמתלא לדבריה הראשונים שאמרה טמאה אני אז מותר להחזירה. וכן הסכים הבית שמואל (סקל״א).

ולפיכך אילו היתה האשה לפנינו מצהירה כי מעולם לא נטמאה, והיתה נותנת אמתלא ברורה לדבריה מדוע אמרה תחילה שנטמאה היה מקום להתיר למבקש לשוב לקחתה לו לאשה.

הן אמת, דהרב פתחי תשובה (סקל״ו) הביא תשובת הנודע ביהודה (סימן יא) שפקפק בזה ולדבריו אף אם תתן אמתלא לא יוכל בעלה לשוב לקחתה, לפי שהבעל האמינה ומתוך זה עשה מעשה וגרשה, ואין אמתלא מועילה במקום שנעשה מעשה כמבואר ביורה דעה (סימן קפה) ושוב צידד דאפשר דלא חשיב זה מעשה לפי שאין הגירושין עצמם מורים שזינתה וע״ש.

אמנם מדברי החלקת מחוקק והבית שמואל הנזכרים מוכח דמהני אמתלא בכל ענין וכן הסכמת החתם סופר (אבן העזר סימן עו) והכתב סופר (סימן י), וכן מבואר בדברי חיים (חלק ב סימנים ב – ג) ובשו״ת בית אפרים (אבן העזר סימן א), וכן עשו מעשה בפסקי דין רבנים (כרך יא עמוד 315) ע״ש.

זאת ועוד, כבר כתב בשו״ת שמע שלמה (חלק א סימן י), דבכגון זה גם לדברי הנודע ביהודה יש לומר דמהני האמתלא, ומצי להחזירה. דעד כאן לא קאמר הנודע ביהודה שאחר שעשה מעשה לא מהני אמתלא להחזירה, אלא דווקא כאשר עמד וגרשה מחמת שהאמין לדבריה, וכן מדוקדק בדברי הרמ״א האשה שאמרה לבעלה שזנתה – אם עמד וגרשה כלומר מחמת סיבה זו, נמצא שחיזק את דבריה וגלי אדעתיה שהאמינה ולכך אסור להחזירה, אבל כאשר התגרשו אחר זמן רב, מחמת סיבות שהזמן גרמן ולא מחמת שנאסרה, יש לומר דגם לדברי הנודע ביהודה נאמנת באמתלא. ודקדק כן מדברי השיבת ציון (סימן עד) ע״ש. וע״ע בדברי הרב אמירה נעימה (אות א מאמר ג) ע״ש.

איברא דצריך ביאור טובא, אמאי כתב הרמ״א דאחר שגרשה אם החזירה יש לחוש, והרי על כרחך מיירי שהחזירה ללא שנתנה אמתלא לדבריה, דהרי אם נתנה אמתלא לדבריה מותר לכתחילה להחזירה, ומדכתב הרמ״א ׳אם החזירה יש לחוש׳ מוכח שהחזירה ללא שנתנה אמתלא, ואם כך אמאי כתב רק ׳יש לחוש׳ ולא כתב לאסור.

ומהר״א ששון בתורת אמת (שם) כתב שבדבר זה שגרש אשתו בטענה שזינתה והחזירה ללא אמתלא נחלקו התוספות והר״ן בנדרים (צ:) ואכן לדעת התוספות גם אם אחר שגרשה עומדת בדבריה שנטמאה, אפילו הכי מותר להחזירה.

דתנן במשנה (שם) בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה האומרת טמאה אני לך ... חזרו לומר שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה.

והקשה הר״ן (שם) דמאחר ומדינא נאמנת אשה לומר שנטמאה ואסורה לבעלה, האיך התירו אותה חכמים משום חשש שלא תהא נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה, וכי איסור שבה להיכן הלך? וכתב ליישב זה לשונו:

> **יש מי שתירץ דאף על גב דמדינא אסירא שרו לה רבנן ומבטלי מילתא דאורייתא משום מגדר מילתא בקום עשה, דגדר גדול גדרו בה שלא תתן עיניה באחר להפקיע עצמה מיד בעלה. והרשות בידם לעשות כן.**

ונמצא שאכן האשה נאמנת לומר שנטמאה אך חכמים עקרו את דבריה כדי שלא תתן עיניה באחר. וכן כתבו גם הריטב״א והרשב״א (שם) וכיוצא בזה כתבו התוספות (שם) ׳דכיון שיש לחוש שמא עיניה נתנה באחר, יש כח ביד חכמים לעקור דבריה מכל וכל בסברא גדולה כזאת׳.

אמנם הר״ן שם פקפק בטעם זה וכתב לבאר דבריהם וזה לשונו:

> **ולדידי לא קשיא לי, דכי היכי דאמרינן בכמה דוכתי (גיטין לג.) דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקדושי מיניה, הכא נמי הכא כל שאמרה לבעלה טמאה אני אפקעינהו רבנן לקדושי מעיקרא ונמצא שבשעה שנאנסה פנויה היתה ומשום הכי שריא לבעלה...**
>
> **ואחרים תרצו ... דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו, אלא משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה תקינו במשנה ראשונה להאמינוה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הות מזלזלה נפשה למימר הכי ומכי חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עין באחר אוקמוה אדינא עיין שם.**

ולפי דרכנו למדנו, שנחלקו בדבר זה רבותינו הראשונים אמאי האשה שאמרה נטמאתי מותרת לבעלה, ולדעת התוספות מהתורה האשה אכן נאמנת שנטמאה ואסורה לבעלה, אלא דמדרבנן אינה נאמנת ומותרת או משום דעקרו רבנן את דבריה או משום דאפקעינהו רבנו לקידושין, ונמצא דאף אם נאמין לדבריה שנטמאה, באותה שעה פנויה היתה.

ובלכתך בדרך הזו יש לומר שאף אם גרשה בעלה ועדיין עומדת בדבריה שנטמאה, מצי בעלה לשוב לקחתה דהרי אפקעינהו רבנן לקידושין ונמצא שמעולם לא נאסרה על בעלה לפי שבאותה שעה פנויה היתה.

אמנם, לדעת הר״ן בשם אחרים, מהתורה אין האשה נאמנת שנטמאה ומותרת לבעלה, משום דאינה יכולה להפקיע עצמה משעבוד בעלה, רק רבנן במשנה ראשונה תקנו לאסרה כיון דמזלזלא בנפשה ודאי שכך היה, אך אחר שראו דיש לחשוש שעיניה נתנה באחר אוקמוה אדינא שאינה נאמנת כלל לפי שמשועבדת לבעלה.

ולפי תרוץ זה, אם אחר שגרשה עדיין עומדת בדבריה שנטמאה, נאמנת ואסורה לבעלה. שדווקא בעודה נשואה אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה אבל אחר שגרשה כבר אינה משועבדת לו כלל, ולא חשיב כמפקעת עצמה מבעלה ולכך נאמנת.

ומעתה אתי שפיר דברי הרמ״א שכתב ׳אם עבר והחזירה יש לחוש׳ ולא החליט הדבר לאיסור, שהרי כאמור תליא מילתא בתרי טעמי, שלדעת התוספות גם כשעומדת בדבריה מותר לבעלה להחזירה דאפקעינהו רבנן לדבריה או לקידושין ונמצא שפנויה היתה כשנטמאה. אכן לדעת הר״ן אם עומדת בדבריה נאמנת שנטמאה לפי שכבר אינה משועבדת לבעלה ואסורה לבעלה.

והרמ״א לא הכריע בדבר ולכך דקדק וכתב ׳אם החזירה יש לחוש׳ כלומר דאף שלדברי התוספות אין לחוש בדבר, אך לדינא יש לחוש לתרוץ הר״ן וכמבואר.

גם בתשובת שיבת ציון (סימן עד) העיר כן על הרמ״א דמאחר שעמד וגירשה שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, ואמאי סיים הרמ״א ׳אם החזירה יש לחוש׳ דמשמע מדבריו שהוא רק חששא והלכה רופפת אם מותר לקיימה או לא, אדרבה היה לו לפסוק שאף אם החזירה אסורה עליו וחייב לגרשה שנית.

וכתב שם לבאר על פי דברי התוספות (שם) שכתבו לחדש:

> **ומיהו נראה דאף למשנה אחרונה אם אומרת אשה טמאה אני לך ואמר הבעל שמאמינה דאסורה לו דאיהו שויא לנפשיה חתיכה דאסורא ואפי׳ תחזור בה האשה ותאמר באונס היה.**

ומבואר בדבריהם, שאם אמרה האשה שנטמאה והבעל האמין לה שוב לא יוכל להחזירה אף אם תתן אמתלא דשוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. אמנם הרב שיבת ציון (שם) כתב שכל זה דווקא לדעת התוספות, אכן לדעת הר״ן יש לומר דאף שהאמין לה תחילה אם נתנה אמתלא לדבריה יוכל לחזור בו וכמו שביאר שם זה לשונו:

> **ונראה לי דהתוספות לשיטתייהו ... דלתירוץ התוספות שהאשה נאמנת מן התורה לאסור עצמה על בעלה באומרת טמאה אני לך, רק החכמים במשנה אחרונה עקרו לדין תורה שלא תהיה אשה נותנת עיניה באחר ומפקעת עצמה מבעלה ואמרו שאינה נאמנת ועקרו לקידושין מתחלה מיניה. ולפי זה התוספות לשיטתייהו שפיר כתבו דאם הבעל אמר שמאמין לדבריה שוייה לנפשה חתיכה דאיסורא ואסורה עליו.**
>
> **דכיון שמדין תורה האשה נאמנת לומר טמאה אני לך רק שחכמים במשנה אחרונה עשו תקנה לטובת הבעל שלא תהיה ביד האשה להפקיע עצמה מבעלה עקרו הקידושין למפרע שתהיה פנויה מעיקרה שלא נאסרה על ידי זנות, וכל זה אם הבעל שותק ורוצה בתקנת חכמים שהיא לטובתו אבל אם הבעל אמר שמאמין לדברי האשה ואינו רוצה בתקנת חכמים של משנה אחרונה בזה לא עקרו רבנן הקידושין מיניה ונשאר הדין תורה שתהיה נאמנת לאסור עצמה עליו והיא אסורה עליו מדין תורה כיון שהבעל אומר אי אפשי בתקנת חכמים ושפיר כתבו תוספות שהיא אסורה עליו ואפילו תחזור האשה ותאמר שבאונס היה שוב לא מהני אמתלא לבעל כיון שכבר נאסרה עליו מדין תורה... דאמתלא מהני לברר שלא שוייה אנפשיה חתיכה דאיסורא אבל בזה שהבעל האמין לה מתחלה ... והיה כוונתו שתהיה אסורה עליו אין כח ביד האמתלא לעקור מה ששוייה אנפשיה חתיכה דאיסורא.**
>
> **אכן לפי תירוץ הר״ן דמדין תורה אין האשה נאמנת לאסור עצמה על בעלה אם כך אין במה שהאמין הבעל לדברי האשה נאמנות מדין תורה רק מכח חשש שמא**

קושטא קאמרה שזינתה, בזה שייך לומר דאין זו שוייה אנפשיה חתיכה דאיסורא הואיל והוא רק מספק שמא זינתה, ומדין תורה אין נאמנות לאשה בזה, ודוק היטב בסברא זאת.

אמור מעתה, שהאומרת שנטמאה ובעלה האמינה וחפץ אחר זמן להחזירה תליא מילתא בתרוצי התוספות והר״ן. שלדעת התוספות מהתורה האשה נאמנת ואסורה לבעלה אלא שרבנן אפקעינהו לקידושין כדי להתירה לבעלה, וממילא כשאומר שמאמין לה שנטמאה הוה כאומר אי אפשי בתקנת חכמים לעקור הקידושין, ואכן בזה לא עקרו רבנן את הקידושין וקיימא אדין תורה שהאשה נאמנת לאסור עצמה לבעלה.

אכן לדעת הר״ן דמהתורה אין אשה נאמנת לומר שנטמאה להפקיע עצמה מבעלה, לפיכך גם אם הבעל יאמין לדבריה לא חשיב שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא והאשה עדיין מותרת לבעלה, כיון שרבנן אסרוה רק מספק דשמא זינתה אך מהתורה אין לה נאמנות כלל.

וכתב שם דכיון שאין לנו הכרעה בין שני התירוצים שפיר עולים דברי הרמ״א כהוגן ואין בהם נפתל ועיקש, ומשום הכי כתב הרמ״א בעבר והחזירה יש לחוש ולא החליט הדבר לאיסור, משום דמיירי שהבעל האמין לה שנטמאה ולכך עמד וגרשה ואחר זמן חפץ להחזירה, ובזה כתב הרמ״א ׳אם החזירה יש לחוש׳ כלומר דאף שלדברי הר״ן אין לחוש בדבר ואין בזה שוויה אנפשיה לאיסורא, אך לדינא יש לחוש לדברי התוספות דאם האמין לדבריה חשיב דשוויה אנפשיה לאיסורא ואסורה לבעלה, וכמבואר.

נמצא שבכל אחד משני התרוצים איכא קולא וחומרא, שלדעת התוספות שמהתורה האשה נאמנת שנטמאה ורק מדרבנן אינה נאמנת דאפקעינהו רבנן לקדושין, לכך גם אם אחר הגירושין עומדת היא בדבריה שנטמאה, מותרת היא לבעלה שהרי פנויה היתה באותה שעה. אמנם מאידך כאשר הבעל מאמין לה שנטמאה יש לאוסרה עליו דשוויה אנפשיה לאיסורא.

ולתרוץ הר״ן הוה איפכא, שהרי מהתורה אין האשה נאמנת לומר שנטמאה משום דמשועבדת לבעלה, ורק רבנן חשו לאוסרה ולבסוף אוקמוה אדינא שאינה נאמנת משום חשש דעיניה נתנה באחר. ומעתה, אם אחר הגירושין עומדת היא בדבריה שנטמאה יש לאוסרה על בעלה שהרי כבר אינה משועבדת לו, ומאידך אף כשהבעל מאמין לה לא חשיב דשוויה אנפשיה לאיסורא שהרי מהתורה מותרת היא וכמבואר.

ומהכלל אל הפרט. בנדון דידן, אילו האשה היתה עומדת בדבריה שנטמאה והבעל לא היה מאמינה היה מקום להתירה על פי תרוץ התוספות דאפקעינהו רבנן לקידושין ונמצא שגם לדבריה שנטמאה פנויה היתה ומותרת לבעלה. אך מאחר והבעל מאמין לדבריה יש לאוסרה לבעלה על פי תרוץ התוספות גופיה, דבזה שוויה אנפשיה לאיסורא.

וכן יש לומר איפכא, אילו האשה לא היתה עומדת בדבריה אף שהבעל היה מאמין לדבריה

הראשונים היה אפשר להתירה לבעלה על פי תרוץ הר״ן דאף שהבעל מאמינה לא חשיב דשוויה אנפשיה לאיסורא לפי שמהתורה היא מותרת לבעלה, אך מאחר והאשה עומדת בדבריה יש לאוסרה לבעלה על פי תרוץ הר״ן גופיה שהרי כבר אינה משועבדת לבעלה.

נמצא שממה נפשך בנדון זה יש לאסור את האשה לבעלה מאחר וגם האשה עומדת בדבריה וגם הבעל מאמין לדבריה שזינתה.

ב. שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא

אלא דאכתי יש לדון ולהתיר את האשה לבעלה על פי דברי רבנו החתם סופר בתשובת אבן העזר (חלק א סימן עח והובא בפתחי תשובה סימן קטו סקכ״ה) דאף כאשר הבעל מאמין לדברי אשתו אין אשתו נאסרת עליו אלא אם כן יודע הוא שבזה שמאמין לדבריה תיאסר אשתו עליו, אבל אם האמין לה אך לא ידע שבזה תיאסר אשתו עליו, ועכשיו שאומרים לו כן טוען אילו ידעתי שכך הדין נותן, לא הייתי מאמין לה, בזה שפיר מצי לחזור בו ממה שהאמין לה.

וביאר שם בתשובה טעמא דמילתא וזה לשונו:

> **הנה האי גברא שאלו אותו אם מאמין לאשתו, ואלו היו אומרים לו דע שאתה כהן ותיאסר אשתך עליך האתה מאמין שאינה נותנת עיניה באחר, והיה אומר אני מאמין הרי שוויה נפשיה חתיכה דאיסורא, אך הם שאלו אותו סתם האתה מאמין ויש לומר ב׳ דברים או מכח בלבול דעתו וצרתו כמבואר בשאלה לא נתן על לבו שהוא כהן ושתיאסר אשתו עליו ... אך עתה כשנודע לו שתיאסר עליו ואיכא למיחשדה שנתנה עיניה בגירושין שוב באמת איננו מאמין לה. או נימא שגרם לו בלבול דעתו וידע והבין שאלת בית דין, ואמר שמאמין שלא שיש לחשוד כשרה בנשים שתתן עיניה באחר, אך כששמע שחז״ל חשו לזה שוב גם הוא אינו מאמין לה, נמצא מעולם לא שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא להאמין לה נגד חשש חז״ל ... כי מובן הדבר שאם יודע לו שתיאסר עליו שוב לא יאמין לה ... ע״ש.**

ולפי דרכנו למדנו שרק כאשר הבעל מאמין לאשתו למרות שיודע הוא דבזה שמאמין לדבריה תיאסר עליו, רק בזה שייך שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, אבל כשלא ידע את ההשלכות הנובעות מדבריו שמאמין לה, מצי לחזור בו ולומר ששוב אינה נאמנת עליו שנאסרה לו.

ואף שאין ראיה לדבר, מכל מקום זכר לדבר מדברי השולחן ערוך (סימן פ סעיף א) שפסק, מי שטוען בבית דין טענה אחת ונתחייב בה, אינו יכול לטעון טענה אחרת שסותרת הראשונה. וביאר הכנסת הגדולה (שם הגב״י אות ה) דהיינו דווקא כשהטוען עצמו יודע שנתחייב בטענה זו ולכך לא מצי לחזור בו, אבל כשטוען טענה שהוא סובר שפוטר את עצמו בה, אף על פי שהדין לחיוב יכול לחזור ולטעון ע״ש.

והכא נמי יש לומר כן, דמאחר שכשאמר שמאמין לדברי אשתו לא ידע שבזה תיאסר עליו, וכשנודע לו הדבר טוען ששוב אינו מאמין לה דטענתו טענה, לפי שבטענה ראשונה לא ידע שתיאסר עליו בזה ומצי לחזור ולטעון, וכדברי רבנו החתם סופר, מילתא בטעמא.

וכיוצא בזה כתב בקצות החושן (סימן פ סק״ב) בשם תשובת שב יעקב (אבן העזר סימן ב אות ג) דלא שייך לומר שויא אנפשיה חתיכא דאיסורא, אם לא ידע דהוא איסור ע״ש.

ואף שהקצות שם פקפק בדבר זה, היינו משום דאזיל לטעמיה דשוויה אנפשיה הוא משום נאמנות האדם על עצמו, וכמו שהאריך בזה (סימן לד סק״ד), וכיון שדבריו כמאה עדים אין לחלק אם ידע שבדבריו יחול איסור או לא.

אבל החתם סופר שכתב (סימן עח), דלא שייך שוויה אנפשיה לאיסורא בכהאי גוונא, אזיל לטעמיה בתשובה (סימן קא) דביאר שם דשוויה אנפשיה היינו כנדר דכשאדם מחזיק זה לאיסור, אז קיבל על עצמו שיהיה אסור לו, ובכלל שבועות הר סיני הוא, וענין קבלה הוא נדר דאורייתא כמו קבלת תענית ... ע״ש. ומעתה יש לומר דכל שלא ידע שהוא אסור הרי אין כאן קבלת איסור ולכך הכריע החתם סופר בתשובה (סימן עח) דהטוען שלא ידע שתיאסר אשתו עליו אם יאמין לדבריה, מצי כעת לומר שאינו מאמין לדבריה, דהוי כקבלת נדר בטעות.

וכיוצא בזה נפסק בבית הדין בנתניה (תיק מספר 053972436-64-1 ואחר זמן נדפס פסק הדין בשו״ת בדבר משפט סימן כה), כאשר הבעל טען בשעת הגרושין כי אשתו זנתה עם פלוני והאשה שתקה, ואחר זמן חפצה להינשא לאותו פלוני בטענה ששתיקתה אינה כהודאה, ובית הדין שם התירה להינשא לפלוני דאפילו אי נימא ששתיקתה כהודאה, היינו דווקא אילו ידעה את תוצאות שתיקתה שתיאסר על פלוני, מה שאין כן כשלא ידעה את ההשלכות הנובעות משתיקתה אין זה כהודאה. ועיין שם שפלפלו בדבר (וראה מה שהאריך בזה בדבר משפט שם). ולפי האמור, יש ללמוד כן גם מדברי רבנו החתם סופר כמבואר.

והלום מצאתי בס״ד בפסקי דין רבניים (חלק ב עמוד 142 והלאה) שסמכו למעשה על דברי השב יעקב הנזכר, שכאשר הבעל לא ידע שהאשה תיאסר עליו אם יאמין לדבריה אין האשה נאסרת עליו בזה, ולא שייך בזה שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא. והאריכו שם הרבה בדין שוויה אנפשיה אי הוה משום נאמנות או משום נדר, וכתבו דאפשר שהשב יעקב סבירא ליה דשוויה אנפשיה הוא משום נדר, וכדברי החתם סופר (תשובה קא) ולכך כשהבעל לא ידע שתאסר אין כאן נדר ולא שוויה אנפשיה לאיסורא ע״ש.

והנה בפסק הדין שם לא הזכירו שם את תשובת החתם סופר (חלק א סימן עח) דסבירא ליה להדיה כדעת השב יעקב, ואדרבה יותר היה להם להוכיח מדברי החתם סופר גופיה דאזיל לטעמיה שכתב (סימן קא) דשוויה אנפשיה הוא משום נדר ולכך כתב (סימן עח) שכשלא ידע שאשתו תיאסר עליו אין כאן נדר והוה כנדר טעות שאין האשה אסורה עליו, וכמבואר.

אמור מעתה ה"ן שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, שכאשר לא ידע שאם יאמין לאשתו תיאסר עליו אינה נאסרת לו, ועליהם ודאי יש לסמוך וכן עשו מעשה בפסקי הדין הנזכרים, והרי זה כמבואר.

ג. אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות

זאת ועוד אחרת, בנדון דידן הצדדים חזרו לחיות יחד אחר הגרושין, ואם ירצו כעת להיפרד יצטרכו גט פיטורין כמבואר בשולחן ערוך (סימן קמט סעיף ה) דהמחזיר גרושתו אינו עושה בעילתו בעילת זנות. נמצא דהוה כמי שכבר החזירה ובכהאי גוונא אמרינן אם כנס לא יוציא כמבואר ביבמות (כה:) והוה כקידש, ולכך ניתן גם להתירם להינשא.

וכן מבואר בשו"ת תעלומות לב (חלק ד סימן כה, הובא באוצר הפוסקים סקח"י) דכאשר מתיחדים לילה ויום אמרינן הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, ובפרט כאשר מחזר אחריה לנושאה ודאי לשם קידושין בעל והיא מקודשת גמורה. והוה כמי שכבר החזירה, ובכהאי גוונא אמרינן אם כנס לא יוציא כמבואר ביבמות (כה:). ואף שיש חילוקי נוסחאות ואף הריב"ש היקל רק אחרי שכבר קידש, מכל מקום מאחר וצריכה גט להתירה לעלמא הוה כקידש, ואף בזה אם כנס לא יוציא עיין שם.

ובמשי"ם חפשי מצאתי בשו"ת שמע שלמה (חלק א סימן י) שסמך על דברי התעלומות לב למעשה בנדון דידיה, והעלה שבני הזוג מותרים לחזור ולהינשא כדת משה וישראל בלא פקפוק ע"ש. ושוב ראיתי שגם הרב מקווה המים (חלק אבן העזר סימן מד) סמך על דברי התעלומות לב, והאריך שם לדחות דברי מי שפקפק בזה ע"ש. וכיוצא בזה כתב בציץ אליעזר (חלק טז סימן מב) ע"ש. ועיין עוד בשו"ת תבואות שמש (אבן העזר קכט - קלא) וי"ל.

הן אמת, שמבואר ברדב"ז (ח"א סימן שנא והובא בפתחי תשובה סימן קמט סק"ב) שכשפרסה האשה נידה לא שייך לומר אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דממה נפשך אם נזהר הוא מאיסור נידה ממילא לא בעל, ואם אינו זהיר בנידה כיון שלא חש לאיסור כרת ודאי לא חש לבעילת זנות ע"ש. ולדברי הרדב"ז הכא נמי יש לומר הכא דאם הבעל חשש לדברי רבותינו בסוטה (כח.) דילפי מונטמאה שאסורה לבעל ולבועל, ממילא ודאי לא בעל, ואי לא חש לאיסור זה ודאי גם בעל לשם זנות ולא לשם קדושין, וממה נפשך לא חשיב ככנסה ולא יוכל להחזירה.

אמנם זה אינו, שכבר הוכיח האבני מילואים (סימן לג סק"א) מתשובת הרשב"א (החדשות סימן קסב) דלא סבירא ליה כרדב"ז שהרי כתב הרשב"א דאף במקום שאסורה לבעל ולבועל אפילו הכי כיון שקידושין תופסים בה מהתורה, אם עבר ובא עליה אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ע"ש. ולמד מדבריו האבני מילואים שאף כאשר האשה נידה כיון שקידושין תופסים בה אמרינן דגמר ובעל לשם קידושין ולא לשם זנות, ולא כרדב"ז ע"ש.

ומעתה יש לומר, דאפילו אי נימא דאיכא איסורא שאסורה לבעלה ובועלה, מכל מקום כל היכא שהקידושין תופסים בה גמר ובעל לשם קידושין ולא לשם זנות, ושפיר הוה כעבר והחזירה שלא יוציא, וכמבואר.

והרב אור שמח (הלכות גירושין פרק י הלכה יט) ביאר דעת הרמב״ם שרק במחזיר גרושתו אמרינן חזקה זו, לפי שלא מחמת חומר האיסור דבעילת זנות אמרינן חזקה זו שבעל לשם קידושין, אלא רק משום שבאשתו יש לתלות שאם חזר ובא עליה מתחרט הוא על הגט שנתן, וביאתו הינה לשם קידושין, ואין זה מחמת חומר האיסור.

ולדבריו ברור שאף כאשר היתה האשה נדה אמרינן שבעל לשם קדושין, שהרי לא מחמת חומר האיסור אמרינן הכי אלא משום שיש לתלות שרצונו לחזור ולהתקשר עמה שתהיה אשתו, וחוזר בו מהגט, וכיון דבנידה תופסין הקדושין, ודאי בעל לשם קידושין.

וכן מפורש באור שמח שם שדברי הרדב״ז המחלק אם היתה נדה באותה שעה או לא, אינם אלא לדברי הגאונים שאפילו בפנויה דעלמא אמרו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וטעמייהו משום חומר איסור דפנויה, ובזה יש מקום לחלק דהיכא שעבר על איסור חמור דנידה החמור תו לא איכפת ליה באיסורא דזנות ולא כוון לשם קדושין. אבל לשיטת הרמב״ם שרק במחזיר גרושתו אמרינן אין אדם עושה בעיתו בעילת זנות, שוב אין כאן מקום לסברא זו ולעולם חזר ובעל לשם קדושין מאחר ומתחרט הוא על הגט שנתן.

אלא דאכתי יש לפקפק בזה מדברי השלטי גבורים שכתב (פרק מי שאחזו), נראה בעיני דגרושה מהנישואין שנישאת לאחר ונתארמלה, ואחר כך נתייחדה עם בעלה הראשון אינה צריכה ממנו גט, שאף אם בא עליה באותו יחוד אין בעילתו לשם אישות אלא לשם זנות, שאם יבעל לשם אישות הרי הוא לוקה שנאמר לא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה ע״ש.

ומבואר בדבריו, דמאחר וקיימא לן (קידושין עח.) המחזיר גרושתו קידש ובעל לוקה, בעל ולא קידש אינו לוקה, לכך ודאי אמרינן שאף אם בעל ודאי לא כוון לשם קידושין אלא לשם זנות, שהרי אילו היה מכוון לקידושין היה לוקה, ולכך בכהאי גוונא אמרינן אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

ומעתה מקום יש בראש לומר דהכא נמי נימא גבי אסורה לבעל ולבועל, שמאחר ואילו יקדשנה ילקה על כרחך שאף אם בעל לא כוון לשם קדושין, וממילא יהיה אסור לכנסה דאין זה כעבר וכנס.

אולם זה אינו, שדוקא במחזיר גרושתו אחר שנשאת לאחר, דאמרינן קידש לוקה בעל אינו לוקה, בזה יש מקום לומר שאכן לא כוון לקידושין כדי שלא ילקה. אבל גבי איסורא דאסורה לבעל ולבועל שפיר יש לומר שכוון לקדשה שהרי אפילו אם יקדשנה אין הבעל לוקה כלל

וכמבואר ברמב״ם (פרק א מהלכות איסורי ביאה הלכה כב) שכתב המקנא לאשתו ונסתרה ובא עד אחד והעיד שנטמאת והיה בעלה כהן ובא עליה אחר כך הרי זה לוקה עליה משום זונה.

וביאר שם הרב המגיד וזה לשונו:

> **דווקא כאשר בעלה כהן לוקה משום זונה, אבל אין ישראל שזינתה אשתו תחתיו לוקה על לאו זה, מפני שעיקר הלאו הוא למחזיר גרושתו אחר שהתארסה או שנשאת לאחר... ואף על פי שחכמים דרשו בו שני דברים, מניעת חזרת הגרושה ומניעת לבא על האשה אחרי אשר הוטמאה דהיינו זינתה... הוי ליה לאו שבכללות פירוש שהוא כולל שני דברים ואין לוקין עליו... ופשוטו של מקרא המחזיר גרושתו לוקה אבל הבא על אשתו שזינתה אינו לוקה מחמת לאו זה ע״ש.**

ולמדנו מדבריו שבאיסור סוטה גם אם יתכוון הבעל לשם קידושין גמורין אין הבעל לוקה, ומעתה אין מניעה לומר שאכן כך היתה כוונתו וגמר ובעל לשם קידושין גמורין דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות שהרי אפילו אם יכוון לקידושין לא ילקה. ואין זה ענין למחזיר גרושתו שביאר השלטי הגברים דודאי אין כוונתו לקידושין, דשאני התם שאם יתכוון לקידושין יהיה חייב מלקות, ובזה אמרינן התם אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

ומעתה הדבר ברור, שבנדון דידן שפיר אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, שהרי אינו לוקה על זה, וודאי גמר ובעל לשם קידושין וחשיב כאילו עבר וכנס ולכך יש להתירם להינשא והרי זה בכלל המבואר בשולחן ערוך (סימן י סעיף ה) וברמב״ם (פרק י מגרושין הלכה יב-יג) כל אלו שאמרו לא יחזיר אם עבר והחזיר קודם שהתקדשה לאחר לא יוציא. ומקור הדין מבואר ביבמות (כה.) דאם כנס לא יוציא.

הן אמת שהרב המגיד כתב לדון אי כניסה הוה דווקא בנישואין או אפילו קידושין לחוד הוה ככנס, וכן בבית שמואל (סימן י סק״ט) כתב שבירושלמי יש נוסחא מוחלפת בקידש ולא כנס אם מותר לכנוס, אך במסקנא כתב שכבר הכריע הריב״ש להיתר, שגם בקידש ולא כנס לא יוציא.

אמור מעתה, בנדון דידן שגם אם יתכוון הבעל לשם קידושין גמורין אינו לוקה, יש לומר שכוון לקידושין דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והוה כעבר וכנס שלא יוציא ולכך יש להתירם להינשא וכמבואר.

חזרת הבעל מנאמנות שהאמין לאשה

וכל זה אמינא אף כאשר האשה והבעל עדיין מחזיקים בדבריהם שנטמאה והבעל מאמין לדבריה, דיש לומר שכיון שעבר וכנס לא יוציא. וכל שכן במקום שהבעל טוען שאינו מאמין עוד לדבריה דשפיר מצי לטעון אף על גב שהאמנתי לה בתחילה חזרתי בי מכך, כמבואר בט״ז (אות יא) מאחר שזהו דבר המסור ללב ואין אדם יודע מה בלבו של חבירו ... ע״ש.

וכן מבואר באבני נזר (סימן לב אות א) ולמד כן מדברי הט״ז דמאחר שאין כופין להוציא רק הוא עצמו מחוייב לצאת ידי שמים ... ואפילו אם האמין תחילה ועכשיו חזר ואינו מאמין... והאריכות בדברים פשוטים כאלה אך למותר עכת״ד.

וכן כתב הגר״ח פלאג׳י בספרו חיים ושלום (חלק ב סימן עה), שהבעל נאמן לחזור בו אף ללא אמתלא ואין אשתו אסורה עליו. וכן מבואר בפני אריה (סימן לו) אלא שצריך הדיין לומר לו הקולר תלוי בצווארך אם חזרת מן האמת ע״ש.

והניף ידו שנית גם בספרו גנזי חיים (מערכת ש סימן לד) וציין שם לעוד פוסקים שהסכימו לדבר ע״ש.

וכיוצא בזה מבואר באגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן ל) שכתב :

> **ודאי אין אומדנא של אדם גדולה כל כך שמוכרח להחזיק שאומדנא שלו הוא אמת ושכן יהיה כל הימים. ובוודאי יכול וגם רשאי לחזור בו מאומדנא שלו ולהסתפק אף כשאין לו טעם ... ע״ש.**

ובשו״ת שמע שלמה (אבן העזר סימן י) כתב כן בשם שו״ת ליצחק ריח (חלק אבן העזר מערכת א אות ה) שכשהבעל אומר שמאמין לדבריה יכול לחזור בו, ולמד כן מתשובת הרשב״א (חלק א סימן אלף קפז) שנשאל אודות מי שהאמין שאשתו זנתה עם גוי ושוב חזר בו אי מצי להחזירה וכתב שם וזה לשונו :

> **לענין דינא ממש אם לא רצה להוציאה הוא מדעתו אין בית דין מוציאין אותה לפי שאין האשה אסורה על בעלה אלא בקנוי וסתירה אבל בעלמא בלא קנוי ובלא סתירה אין מוציאין אותה מן הבעל ואפילו איכא עד אחד דטומאה... וכן דעת רבינו חננאל ורבינו אלפסי ז״ל. וכן כתב הרב בעל הלכות גדולות... ע״ש.**

ולפי דרכנו למדנו, דאף שהבעל האמין תחילה שאשתו נטמאה אין כופין אותו להוציאה כל שחוזר בו ואינו מאמין לדבריה. ודון מינה ואוקי באתרין, דאף אם בעבר הבעל האמין כי אשתו נאסרה שפיר מצי לחזור בו ואף ללא אמתלא, מאחר והדבר מסור ללבו בלבד וכעת אינו מאמין שזינתה, וכמבואר.

מוציא את אשתו משום שם רע

אלא שלכאורה אכתי יש לדון בדבר, דהשתא שכבר התגרשו שוב אינו יכול עוד להחזירה, שהרי פסק בשולחן ערוך (הלכות אישות סימן י סעיף ג) המוציא את אשתו משום שם רע שיצא עליה ... לא יחזיר.

ומבואר שם בשולחן ערוך כי שלוש מחלוקות בדבר, יש אומרים דווקא כשאמר וכפל מפני

כך אני מוציאך ואלמלא כך לא הייתי מוציאך רק בזה לא מצי להחזירה. ויש אומרים שאף כשלא כפל דבריו אינו יכול להחזירה. ויש מי שאומר שאפילו בלא אמר כלום לא מצי להחזירה.

ומעתה היה מקום לומר, שמאחר וגרשה אחר שיצא עליה שם רע אינו יכול עוד להחזירה. אולם זה אינו, שהרי כתב הישועות יעקב בשם תשובת מהרמ״ב (סימן לד) שרוב הפוסקים הסכימו דהמגרש סתם ולא פירש מפני מה גירש, מותר להחזירה. והובא בפתחי תשובה (סק״ד). ודון מינה לנדון דידן שהתגרשו אחר זמן בסתמא, ולא פורש למה גרשה שפיר מצי להחזירה.

זאת ועוד, שאף לדעות המחמירים שגם בגרש סתם אינו יכול להחזירה, היינו דווקא כאשר גרשה מפני שם רע אלא שלא פירש כן בשעת הגרושין וכן נראה מדברי הבאר היטב (סק״ד) בשם מהר״ם אלשיך (סימן עח) ושכן מבואר בכנסת הגדולה. וע״ע באוצר הפוסקים (אות טז).

ודון מינה לנדון דידן שלאחר השם רע הצדדים המשיכו בחייהם המשותפים במשך כמה שנים, ובסופו של דבר התגרשו מסיבות אחרות, דודאי לא חשיב כלל כמוציא את אשתו משום שם רע, וכמבואר.

סיכומם של דברים, אף שהאשה זינתה בעבר אם חזרה מדבריה באמתלא ברורה שפיר רשאים הם להינשא זה לזה וכפי הסכמת החלקת מחוקק והבית שמואל וכמבואר.

ואף אם האשה לא חזרה בה מטענתה אלא בעלה מפקפק בדבריה איכא כמה טעמי תריצי להתירם להינשא זה לזה, הן מחמת שאין בזה שוויה אנפשיה כל שלא ידע בעבר שתיאסר האשה עליו כדברי החתם סופר והשב יעקב הנזכרים. והן מחמת דאחר שחזרו לחיות יחד הוה כעבר ונשא דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכדברי התעלומות לב דבכנס לא יוציא וכן הסכימו האחרונים. והן מחמת שהבעל כלפי עצמו יכול לחזור בו מנאמנות שהאמין לאשה, והוה בכלל דברים המסורים ללבו של אדם כנזכר באחרונים, ורק הלב יודע עם לעקל או לעקלקלות (סנהדרין כו.).

ומאחר והצדדים התגרשו בסתמא ולא מחמת שהאשה זינתה אין זה בכלל מוציא את אשתו משום שם רע שלא יחזיר וכמבואר בזה עליונים למעלה.

עם זאת במידה והאשה נטמאה ואף לבעלה ברור הדבר, אלא שכעת מצדדים צדדים ועושים סנגורין לדבריהם על מנת שבית הדין יתירם להינשא, וודאי שאף אם בית הדין יתיר על פי טענתם אין הדבר מתיר את האסור, והם יחושו לעצמם ויפרשו מאיסורא, שהרי לא שייך כלל לקדשם ׳כדת משה וישראל׳ כאשר התורה ומשה וישראל אינם מסכימים לקידושין אלו, ויקבלו שכר על הפריש׳ה.

גרות

הרב אייל יוסף
חבר בית הדין הרבני תל אביב

על מי מוטלת הברכה בטבילת גר קטן שטובל על דעת בית דין

לפני בקשה לאישור מעמד אישי, המבקשים נישאו בחופה וקידושין כדת משה וישראל, בעקבות מחלה וטיפולים רפואיים שעברה האישה אינה יכולה להרות וללדת. בקשתם של המבקשים לאשר את מעמדו של תינוק שנולד להם מהפריה שעשו מזרעו של הבעל וביצית של אינה יהודייה כשההיריון נשתל ברחמה של פונדקאית גיאורגית שאינה יהודייה. התינוק עבר ברית מילה ע״י מוהל לשם גיור בפני שלשה.

אין ספק כי לתינוק מעמד של אינו יהודי הואיל ונולד מביצית של אינה יהודייה והושתל ברחמה של אינה יהודייה. אין ספק כי התינוק צריך גיור מן הדין על דעת בית דין כמבואר בשולחן ערוך (יורה דעה, סימן רסח, סעיף ז).

לאחר שבית הדין התרשם כי המבקשים שומרי מסורת והודיעו כי מבקשים הם להעניק לילד חינוך של מסורת ושמירת תורה ומצוות, פסק בית הדין כי התינוק צריך לעבור טבילה לשם גיור על דעת בית דין. קבענו מועד לטבילה בו השתתפו דייני בית הדין, סופר הדיינים, ההורים המבקשים והתינוק.

קודם ביצוע הטבילה עלו בדעתנו כמה שאלות.

על מי מוטלת הברכה בטבילת גר קטן.

מתי מברכים על טבילת גר קטן, האם אחרי הטבילה כמו בטבילת גר גדול או כיון שבית הדין הוא המטביל יש לברך קודם הטבילה ככל הברכות עובר לעשייתן?

איזו נוסח ברכה יש לברך, האם יש לברך ״על הטבילה״ כנוסח ברכת גר גדול או כיון שבית הדין מטביל את הקטן יש לברך ״על טבילת גרים״?

ברכה בטבילת גר גדול

הגמרא (מסכת פסחים, דף ז׳, עמוד ב׳) פוסקת:

> **״אמר רב יהודה אמר שמואל כל המצוות מברך עליהן עובר לעשייתן וכו׳ בי רב אמרי חוץ מן הטבילה ושופר בשלמא טבילה דאכתי גברא לא חזי אלא שופר מאי טעמא וכו׳ אלא אמר רב חסדא חוץ מן הטבילה בלבד איתמר. תניא נמי הכי טבל ועלה בעלייתו אומר ברוך אשר קדשנו במצוותיו וצוונו על הטבילה״.**

וכתב רש"י (ד"ה דאכתי גברא לא חזי) וזה לשונו:

"כגון טבילת בעל קרי דקיימא לן בברכות (דף ד' עמוד כ) שאסור בדברי תורה ובברכה, דעזרא תיקן טבילה לבעלי קריין לדברי תורה ומשום ההוא טבילה תקון בכל הטבילות ברכתן לבסוף".

התוספות (דיבור המתחיל "על הטבילה") חולקים על רש"י וסבירא ליה שהגמרא דיברה על טבילת גר כיון שאינו יכול לברך קודם הטבילה אבל שאר טבילות מברך עובר לעשייתן, וזה לשונו:

"אומר ר"ח בשם הגאון דוקא טבילת גר דלא חזי קודם טבילה דלא מצי למימר וציונו דאכתי נכרי הוא, אבל בשאר חייבי טבילה כגון בעל קרי וכיוצא בו מותר לברך וכו'".

בשולחן ערוך (יורה דעה סימן רס"ח סעיף ב)' פסק וזה לשונו:

"כשבא להתגייר אומרים לו וכו אם קיבל מלין אותו מיד וממתינים לו עד שיתרפא רפואה שלמה ואח"כ מטבילין אותו טבילה הוגנת לו בלא חציצה וכו ויברך על הטבילה לאחר שיעלה מהמים וכו'".

נמצאנו למדים שגר גדול מברך בעצמו ומברך לאחר הטבילה ונוסח הברכה "על הטבילה".

על מי מוטלת הברכה בטבילת גר קטן

הגמרא שונה (כתובות דף י"א עמוד א')

"אמר רב הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין מאי קא משמע לן דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו".

בשולחן ערוך נפסק (יורה דעה, סימן רסח, סעיף ז)

"גוי קטן אם יש לו אב יכול לגייר אותו ואם אין לו אב ובא להתגייר או אמו מביאתו להתגייר בית דין מגיירין אותו שזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו וכו'".

שיטות הפוסקים

בשו"ת (חתם סופר, חלק יורה דעה, סימן רנג) דן האם על בית דין מוטלת הברכה בטבילת גר קטן. בשולחן ערוך (יורה דעה, סימן רסח, סעיף ז) פסק מרן גר קטן שגיירוהו בית דין יכול

למחות משגדיל ודינו כגוי. ואם הלכה שגר קטן יכול למחות משיגדיל ודינו כגוי, כיצד יברכו בית הדין ברכה בטבילתו, הרי אם ימחה ויהיה דינו כגוי תהא ברכתם למפריע לבטלה. אלא א״כ נאמר שאם ימחה משיגדיל אינו עוקר את הגיור למפריע, אלא רק משעת מחאה והלאה, אבל אין המחאה עוקרת את הגיור למפריע, והועילו מעשה בית הדין לאותו זמן ואין הברכה לבטלה. נפקא מינה אם נגע ביין מזמן שטבל ועד זמן שמיחה אם היין נעשה יין נסך למפריע.

כתב החתם סופר בשם ספר ההפלאה שאם אביו או אמו הביאו להתגייר לא יכול למחות, ודין זה שיכול למחות ודינו כגוי שייך רק כשבא להתגייר מעצמו, והוסיף שאפשר שגם הרא״ש יסבור סברה זו. נמצאה ע״פ סברה זו יכולים בית הדין לברך על טבילת גר קטן אם אביו או אמו הביאו להתגייר כיון שלא יכול למחות. ודין זה שיכול למחות ודינו כגוי שייך רק כשבא להתגייר מעצמו. עוד הביא החתם סופר שהרי״ף לא הביא הלכה זו שגר קטן יכול למחות משיגדיל, מסתבר שסבירא ליה שגר קטן אינו יכול למחות כלל גם משיגדיל. הרמב״ם בהלכות מלכים פרק י הלכה ג כתב קטן יכול למחות משיגדיל ודינו כגר תושב.

האור שמח על הרמב״ם (הלכות איסורי ביאה, פרק יב׳, הלכה י׳) כתב שהרמב״ם סובר שגר קטן יכול למחות כשיגדיל ודינו כגר תושב ולא כגוי גמור. ומכאן הסיק האור שמח שדעת הרמב״ם שדין זה שגר קטן יכול למחות שייך רק בזמן שהיה נוהג גר תושב, שאם מיחה נעשה גר תושב, אבל היום שאין נוהג גר תושב, מסתבר שקטן שטבל לשם יהדות אינו יכול למחות כלל. וממילא יכולים בית דין לברך על טבילת גר קטן ואין להם ממה לחשוש.

אולם בסוף התשובה כתב החתם סופר שמהגמרא משמע שגר קטן יכול למחות גם בזמן הזה ומחאתו היא עוקרת הגיור למפריע וכל יין שנגע מהטבילה ועד שמיחה נעשה יין נסך למפריע, ושכן פסק מרן בשולחן ערוך (יורה דעה, סימן רסח, סעיף ז) **גר קטן שמיחה דינו כעכו״ם** משמע שדינו כגוי ולמפרע. ובכל זאת מסכם החתם סופר שיכולים בית הדין לברך על טבילת גר קטן. והטעם, כיון שזכות הוא לו להיכנס לעם ישראל ולקיים מצוות וזכין לאדם שלא בפניו. ובפרט שמתגייר עם אמו ואביו שזכות הוא לו גם להתגייר ולא להישאר גוי והם יהיו יהודים ולא יוכל לחיות עמהם כיון שהם ירחיקוהו שיינו יין נסך. והוסיף שמחמת סברה זו לא חוששים שימחה כשיגדל כיון שאז בני המשפחה ירחיקוהו. וממילא כיון שלא חוששים להכי יכולים בית הדין לברך על טבילת גר קטן.

עוד כתב להוכיח מהמפריש תרומה שמברך על הפרשת תרומה ולא חוששים שמא ישאל על ההפרשה ונמצא ברכתו לבטלה שרובה דרובה לא נשאלים על הפרשת תרומה.

עוד כתב להוכיח מתו״ס גיטין דף לג ד״ה ואפקינהו שאם שלח שליח לגרש את אשתו וביטל את השליח שאמרינן שהאישה מגורשת והטעם שאפקינהו רבנן לקידושין מינה ולא אמרינן כל בעילותיו בעילות זנות למפרע. מכל הנ״ל נמצאנו למדים שבית הדין יכולים לברך על טבילת גר קטן.

בשו״ת שבט הלוי (חלק ו׳ סימן קצ״א) בעניין טבילת גר קטן הביא את הראב״ד בספרו ״בעלי הנפש״ שכתב בסוף ׳שער הטבילה׳ כשבית הדין מטביל גר קטן על בית הדין לברך ומברכים קודם הטבילה ונוסח הברכה ״על טבילת גרים״. וזה לשונו:

״בגר קטן שבית דין מטבילין אותו אי נמי בעבד קטן שרבו מטבילו בשלשה שבית דין והאדון מברכין עליהן קודם הטבילה כדין שאר כל המצוות״.

מדייק השבט הלוי מדבריו של הראב״ד שבית הדין הוא שמברך על טבילת גר קטן בין אם אין בו דעת והוא אינו יודע לברך ובין אם יש בו דעת וטובל בעצמו ויודע לברך. והטעם כיון שהקטנים לא מצווים לא על הטבילה ולא על הגרות ובית הדין הוא זה שאחראי על הגיור ועליו מוטלת הברכה. ונוסח הברכה צריך להיות ״על טבילת גרים״ וגם בית הדין מברך עובר לעשייתן כלומר קודם הטבילה ולא לאחר הטבילה.

בשו״ת מאזניים למשפט (חלק א סימן כא) כתב אם בית הדין מטבילים את הקטן הרי שיש על בית הדין לברך הואיל ובית הדין עושה את מעשה הטבילה. אבל אם הקטן טובל בעצמו אין לבית הדין לברך כיון שלא עושים שום מעשה אלא על הקטן לברך בעצמו כשיוצא מן המים. והביא ראיה לדבריו מדברי הט״ז (יורה דעה, סימן קכ, ס״ק יז) בדין גוי קטן הטובל כלי וישראל גדול עומד על גביו שאין הישראל יכול לברך כיון שלא עושה המעשה בעצמו. ומסיים אולי שאני גיור קטן הואיל ובית הדין עושים הגיור והטבילה מדין שליחות אפשר שעל בית הדין לברך גם אם הקטן טובל בעצמו.

ביאור העניין שבית הדין עושים את הטבילה לשם גיור בקטן מדין שליחות הוא על פי דעת התוספות בכתובות (דף יא, עמוד א, ד״ה מטבילין אותו) שסבירא ליה שגיור קטן על דעת בית דין הוא מדין זכין ודין זכין הוא מדין שליחות והתוספות מבאר שאע״פ שדין שליחות לא שייך בגוי ובקטן מ״מ בגיור קטן תקנו חכמים זכיה לגר קטן מדין שליחות מדרבנן.

בספר ״הקטן והלכותיו״ (חלק ב׳ פרק מח סעיף ג׳) כתב גר קטן שבית הדין מטבילים אותו לשם גירות בית הדין מברכים על טבילתו. ובס״ק ז׳ הביא מחלוקת פוסקים אחרונים אם בית הדין יכול לברך היכן שהקטן טובל בעצמו. והביא את דברי הגר״ז סורוצקין הנ״ל שהסתפק בדין זה.

בשו״ת שרידי אש (חלק ב׳ סימן סט) כתב שאם קטן יכול לברך בעצמו יברך בעצמו לאחר שעלה מן המים ונוסח הברכה ״על הטבילה״. ואם אינו יודע לברך העומדים שם אינם צריכים לברך כיון שהברכה מוטלת על הטובל ולא על אחרים ואם אינו יודע לברך אין לבית הדין לברך. ולא הזכיר את דברי הראב״ד הנ״ל.

הרה״ג אליעזר שטרן שליט״א מבית דינו של הרב וואזנר בספרו ״גירות כהלכתה״ (פרק ו הלכה יב) לגבי גיור של קטן כתב קטן שמתגייר על דעת בית דין יש מי שאומר שבכהאי

גוונא בית הדין מברכים את ברכת הטבילה ונוסח הברכה "על טבילת גרים". וציין לראב"ד בספר בעלי הנפש ולרב וואזנר בשבט הלוי (חלק ו סימן קצא הנ"ל). ויש הסוברים שהגר יברך בעצמו היכן שיכול ואם בית הדין או שליח בית הדין מטביל את הגר יברך המטביל בעצמו. וציין לספר "נפש חיה" לרב אברהם יהודה לייבוש (יורה דעה סימן צז) שסבירא ליה שלא מועילה טבילה לקטן אם טובל בעצמו וצריך שבית הדין או שליח בית הדין יטביל את הקטן וכתב עליו שאין המנהג כן אלא גם קטן טובל בעצמו ויברך בעצמו ומועיל לו טבילה.

הרה"ג יעקב אריאל שליט"א בתשובה בספרו "אוהלה של תורה" (חלק א סימן לז) דן בשאלה זו והעלה שבית הדין יכולים לברך על טבילת גר קטן אולם מן הראוי שאבי הקטן יכנס למקווה ויטביל את הקטן והוא יברך כיון שעושה מעשה לטבילה בעצמו.

בשו"ת "תשובות והנהגות" (חלק ה סימן רצט אות ג) ציין לשרידי אש הנ"ל שסבירא ליה שאם גר קטן יודע לברך יברך בעצמו ואם אינו יודע לברך לא יברכו כלל. וציין לראב"ד בספר בעלי הנפש הנ"ל שסבירא ליה שעל בית הדין מוטל לברך את הברכה. ובתוך דבריו כתב שיש להבין מדברי הראב"ד שרק אם הקטן נכנס בעצמו למים אז בית הדין יברכו. אבל אם הוא קטן שצריך שאחר יטביל אותו על המטביל שעושה מעשה הטבילה לברך ולא על בית הדין גם אם הקטן יודע לברך. ומ"מ אם הקטן נכנס בעצמו ויודע לברך צריך שיברך בעצמו.

ולעניין הברכה כתב אם גר קטן טובל בעצמו ויודע לברך יש להורות לו שיברך לאחר הטבילה כדין גר גדול שטובל ומברך לאחר הטבילה. ונוסח הברכה תהיה "על הטבילה" כדין ברכה וטבילת גר גדול שלא חילקו בדבר. אבל אם הגר הקטן טובל בעצמו ולא יודע לברך שאז על בית הדין לברך, יברכו בית הדין קודם הטבילה כדין עובר לעשייתן ונוסח הברכה תהיה "על טבילת גרים". וכן אם הגר קטן ביותר שיש גדול שמטביל אותו יש להורות שעל המטביל לברך כיון שעושה המעשה ויש לברך קודם הטבילה ונוסח הברכה "על טבילת גרים". וטעם הדבר שאם בית הדין או המטביל מברכים יש להם לברך קודם הטבילה ולא אחרי הטבילה כדין שליח העושה מצווה במקום בעל הבית שדין הוא שהשליח מברך כגון בשליח לבדיקת חמץ כמבואר בשולחן ערוך או"ח סימן תלב. וכן לגבי מוהל המברך על הברית למרות שמצוות הברית מוטלת על אבי הבן כיון שהמוהל הוא שלוחו של האב. ה"ה כאן בית הדין או המטביל הם עושים את המצווה של טבילת גר עליהם לברך, ומברכים כדין כל הברכות עובר לעשייתן.

"הראשון לציון" הגאון הרב יצחק יוסף שליט"א כתב בקונטרס "כללי הגיור" (פורסם בספר כנס הדיינים התשע"ד עמוד נ 64 בהערות למטה בכותרת "ברכה על הטבילה בגר קטן שמטבילין אותו על דעת בית דין") ציטט לחתם סופר (יורה דעה רנג הנ"ל) שסבירא ליה שיכולים בית הדין לברך על טבילת קטן ולא חיישינן שימחה ואדרבה מוחזק לן שלא ימחה דרובא דרובא אינם מוחים. וציין גם לשו"ת יביע אומר (חלק א יורה דעה, סימן כא, אות ג) שכתב שיכולים בית הדין לברך על טבילת קטן ולא חיישינן שימחה משיגדיל.

מתי מברכים על טבילת גר קטן ואיזו נוסח ברכה יש לברך "על הטבילה" או "על טבילת גרים"

על פי האמור לדעת הראב"ד הנ"ל, על בית הדין לברך בטבילת גר קטן, בין אם הגר קטן ביותר ואחר מטבילו ובין אם טובל בעצמו. בין אם יש לו דעת ובין אם אין לו דעת. על בית הדין לברך, ומברכים כדין כל הברכות עובר לעשייתן כלומר לפני הטבילה. ונוסח הברכה צריך להיות "על טבילת גרים".

יש הסוברים שאם הגר הוא קטן ביותר שיש אחר שמטבילו על המטביל לברך כיון שהוא עושה את מעשה הטבילה עליו לברך. ויברך קודם הטבילה כדין עושה המצווה שהוא מברך קודם המצווה ונוסח הברכה תהיה "על טבילת גרים".

ואם הגר הקטן טובל בעצמו ויודע לברך ויש בו דעת להבין משמעות הכניסה לעם ישראל. יש לקטן לברך בעצמו לאחר הטבילה כדין גר גדול ונוסח הברכה תהיה "על הטבילה" כדין טבילת גדול.

ואם הגר קטן וטובל בעצמו אבל אינו יודע לברך יברכו בית הדין קודם שיטבול הגר הקטן כדין עובר לעשייתן ונוסח הברכה "על טבילת גרים".

נמצא מסקנת הדברים

כשגר קטן טובל בעצמו ויודע לברך יברך בעצמו לאחר הטבילה ונוסח הברכה "על הטבילה".

אם אבי הקטן או אחר גדול מטביל את הקטן על המטביל לברך גם אם הקטן יודע לברך בעצמו. ויברך המטביל קודם הטבילה ונוסח הברכה "על טבילת גרים".

אם הקטן טובל בעצמו ולא יודע לברך יברכו בית הדין קודם הטבילה ונוסח הברכה "על טבילת גרים".

היכן יש לברך את ברכת על הטבילה בתוך המקווה או מחוץ למקווה?

לגבי ברכת טבילת אישה נידה מנהג הספרדים שהאישה מברכת "על הטבילה" כשהיא מעוטפת בחלוק מחוץ למקווה ואח"כ נכנסת למקווה וטובלת. ומנהג האשכנזים שהאישה טובלת פעם אחת ואח"כ בעודה במקווה מברכת "על הטבילה" וטובלת פעם שניה.

בשולחן ערוך (יורה דעה סימן ר סעיף א) פסק מרן וזה לשונו:

> "כשעומדת בחלוקה מחוץ למקווה תברך אשר קדשנו במצוותיו וצוונו על הטבילה ואח"כ תפשוט חלוקה ותטבול".

הרמ״א כתב שלא תברך עד אחר הטבילה וכן נוהגים שלאחר הטבילה בעודה עומדת בתוך המים מכסה עצמה בבגדיה או בחלוקה ומברכת. בבאר היטב אות א׳ כתב בשם השל״ה אנשי מעשה יזהירו לנשותיהן שיטבלו ותברך ואח״כ תטבול בשנית.

לגבי טבילת גר, יש הנוהגים כמנהג הספרדים שיטבול הגר במקווה ואח״כ יתלבש ויצא מחוץ למקווה ויברך. כיון שאינו יכול לברך קודם הטבילה ומנהג הספרדים לברך מחוץ למקווה לכן יברך לאחר שטבל והתלבש ויצא החוצה. ויש הנוהגים כמנהג האשכנזים שהגר טובל טבילה ראשונה ובעודו במים מברך על הטבילה וטובל בשנית.

לגבי טבילת גרים קטנים, הואיל וכתבנו שפעמים שיש על בית הדין או על המטביל לברך ויש עליהם לברך קודם הטבילה, למנהג הספרדים יש לברך מחוץ למקווה ואח״כ יש להיכנס למקווה ולהטביל את המתגייר הקטן. ולמנהג האשכנזים יש לברך קודם הטבלת הגר הקטן במקווה ואח״כ להטבילו.

ואם הגר הקטן טובל בעצמו, למנהג הספרדים יטבול ויברך בחוץ, ולמנהג האשכנזים, יטבול במקווה פעם אחת ויברך בעודו במקווה ויטבול שנית.

ברכה בטבילת קטן במקרה של הפריה

מקרים רבים מגיעים לפתחו של בית הדין בבקשה לאשר את מעמדם של תינוקות שנולדו לזוגות חשוכי ילדים, במקרה שהטיפול המועיל לזוגות הנ״ל הוא הפריה מזרעו של הבעל ולקיחת ביצית של גויה והשתלת ההיריון ברחמה של האם היהודייה. ובמקרה שאין האם יכולה לשאת את ההיריון ברחמה הטיפול המועיל הוא שיעשו הפריה מזרעו של הבעל ולקיחת ביצית של האם היהודייה, וההיריון מושתל ברחמה של פונדקאית שאינה יהודייה.

על מקרים אלו נשתברו קולמוסים רבים. כיצד יש לפסוק להלכה את מעמדם של התינוקות שנולדו מהפריות אלו ומי היא האם העיקרית או שמא יש להפריה זו שתי אימהות. הואיל והלכה אינה ברורה במקרה זה מנהג בתי הדין נקבע לעשות לתינוקות אלו גיור מספק על דעת בית דין, שמא הלכה כהסוברים שבעלת הביצית היא האם העיקרית, או שמא הלכה שהאם הפונדקאית היא האם העיקרית ולכן מספק יש על בית הדין לעשות גיור לחומרה על דעת בית דין.

ולעניין הברכה נראה שוודאי לא יברכו כלל על הטבילה בגיור זה לא בית הדין ולא האב המטביל הואיל גיור זה נעשה מספק, וקי״ל ברכות אינם מעקבות, והדין הנ״ל הוא כדין מי שיש ספק ביהדותו שצריך לעשות גיור מספק ולטבול לחומרה לשם גיור ולא יברך על טבילתו.

לסיכום

כשגר קטן טובל בעצמו ויודע לברך, יברך בעצמו לאחר הטבילה, ונוסח הברכה "על הטבילה".

אם אבי הקטן או אחר גדול מטביל את הגר הקטן, על המטביל לברך, גם אם הקטן יודע לברך בעצמו, ויברך קודם הטבילה, ונוסח הברכה "על טבילת גרים".

אם הקטן טובל בעצמו, ולא יודע לברך, יברכו בית הדין, קודם הטבילה, ונוסח הברכה "על טבילת גרים".

במקרה של הפריה של ביצית של אינה יהודייה או פונדקאית שאינה יהודייה יש לעשות גיור מספק ואין לברך על הטבילה.

יין ישן

הרב ישעיה דב הגר זצוק"ל
כ"ק אדמו"ר מסאוואראן
אב"ד ירושלים

טענת היזק ראייה והפחתת אור ואויר בתוספת בנייה

הצדדים הינם דיירים בבית משותף ברחוב א' בירושלים. ארבע התובעים גרים בקומות העליונות של הבית והנתבע בקומת קרקע. התובעים ייפו את כחו של התובע להופיע בשמם בביה"ד. והצדדים חתמו לפנינו על שטר בוררין, וכן קבלו בקנין חכמי ספרד כל פסק שביה"ד יוציא בנידון והתחייבו בתשלום 40,000 דולר באם ביה"ד יחליט על פסק מסוים שעל הצד המסרב לקיימו לשלם.

התובעים מבקשים להרחיב דירותיהם באשר המקום צר להם. ובפרט לאלו מהם שהם משפחות מרובות ילדים ותנאי המגורים שלהם קשים מנשוא כי דירתם קטנה והצפיפות והמצוקה גדולה. וע"י הרחבת הדירות יוטבו תנאי מגוריהם. וכמו"כ מבקשים להוציא מרפסות לסוכות.

התובעים הגישו בקשה לעיריה למתן רשיון בנייה, עפ"י תוכנית תב"ע (תכנית בניית ערים) אשר אושרה ע"י העיריה, ולצורך מתן הרשיון דורשת העיריה חתימת כל דיירי הבנין על הבקשה. וכל הדיירים מבקשים לבנות פרט לדייר אחד שהוא הנתבע לפנינו בביה"ד. והם מבקשים שביה"ד יורה לנתבע אשר מתנגד לבנייה להסיר התנגדותו ושגם הוא יחתום על בקשת הבנייה לטובת כל הדיירים ועי"ז יתאפשר להם לבצע את הבנייה המבוקשת.

הנתבע אינו מעונין להרחיב דירתו, באשר המקום סיפק לו ולאשתו ובנו אשר גר אתם, ואף מתנגד שדיירי הבנין ירחיבו דירותיהם מהנימוקים דלהלן:

1) בהיותו גר בקומת קרקע, כל תוספת של בנייה בקומות העליונות תפגע בדירתו עי"ז שיאפיל את האור בדירתו וימעיט כניסת אויר לדירה, ולטענתו הדבר יפגע בבריאותו ובריאות אשתו.

2) תוספת הבנייה המבוקשת היא בסמוך למרפסת אשר בנה לפני כ- 25 שנים, והפרטיות שלו במרפסת תיפגע בהיזק ראיה מהחלונות והמרפסות שייפתחו שיסתכלו לתוך חצרו. כמו"כ טען כי הבנייה המבוקשת היא בחלקה על אויר המרפסת שלו המשמשת גם לסוכתו, ועי"ז תצטמצם סוכתו. ולדבריו הקבלן שבנה את הבנין בנה לו את המרפסת, ובלי זה לא הי' קונה את דירתו.

כן טען הנתבע כי מאחר שהעיריה מתנה נתינת רשיון בנייה בחתימת כל הדיירים, זכותו היא שלא לחתום על הבקשה לבנייה.

לעומת הנתבע טען התובע כי אפי׳ אם ייתכן שע״י הבנייה המבוקשת ייגרם מיעוט אור ואויר לנתבע בחדר אחד תהא זו רק הפרעה מינימלית ביותר, ובפרט שמדובר בחדר שינה שעיקר השימוש בו הוא בשעות הלילה, ולא ייתכן שבגלל הפרעה מועטת יעכב לחמשת התובעים - אשר מהם גרים בדוחק רב - לאפשר להם לצאת למרחב.

ובנידון טענת הנתבע שע״י הבנייה המבוקשת ייפגע שימושו במרפסת דירתו ע״י היזק ראייה, וכתוצאה מכך אף יקטן שטח סוכתו, השיבו התובעים כי השטח שהנתבע גדר ובנה מרפסת לדירתו שייך לכל דיירי הבית, והיא רשומה בטאבו כרכוש משותף, והנתבע גדר ובנה המרפסת ללא רשות דיירי הבנין, ובזמנו אף הביעו כמה דיירים התנגדותם לכך. ולא ייתכן שבגין מרפסת זו שבנה ללא רשות יעכב להם הבנייה. ומה שטען הנתבע כי הקבלן של הבית מכר לו הדירה ע״מ שיבנה שם מרפסת אין לו כל הוכחה, ואף אם אכן כדבריו, הרי לא היה בסמכות הקבלן להפקיע שטח זה מכל הדיירים, שע״מ כן הם רכשו דירותיהם ששטח זה משותף לכולם.

התובע הוסיף שאם הנתבע יתן הסכמתו להרחבת דירות התובעים לפי תוכנית תב״ע הם ישקלו לוותר לו על הבנייה מעל סוכתו אך אם הוא מתנגד לתוספת הבנייה אין כל הצדקה שהוא יקבל שטח לסוכה מהרכוש המשותף יותר מאשר לכל הדיירים ויש לחלק את המקום שגדר לעצמו לכולם לבניית סוכות.

לצורך בירור הענין ביקר ביה״ד באתר המבוקש לבנייה בליווי אדריכל נייטרלי שהוזמן ע״י ביה״ד למתן ייעוץ מקצועי, ובדק היטב את תוכניות הבנייה, ולאחר ליבון הדבר עלה כי כתוצאה מהבנייה המבוקשת תיווצר הפחתה קטנה של קרני השמש והאור לחדר השינה של הנתבע בשעות אחדות במשך היום ואילו מבחינת כניסת אויר הרי לאור הטופוגרפיה באיזור לא תהא כל הפחתה.

והנה בנידון הטענה שע״י הבנייה המבוקשת יימעט כניסת אור ואויר לדירת הנתבע, במס׳ ב״ב דף כ״ב. שנינו: מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו לא יסמוך לו כותל אחר אא״כ הרחיק ממנו ארבע אמות, ועוד שנינו בברייתא שם ע״ב שאם בא לבנות כותל כנגד חלון חבירו צריך להרחיק ארבע אמות כנגדו כדי שלא יאפיל.

והנה זה פשוט שגם אם מרחיק ד׳ אמות עדיין הכותל שיבנה מול החלון ימעט את האור, ובפרט אם מגביה כותלו הרבה על חלון ממולו, אלא שחכמים שיערו שבהרחקה פחותה מד׳ אמות יאפילו באופן שימנע השתמשות בחדר ואינו ממלא ייעודו ואילו להמעטה מועטה לא חששו חכמים. ויעוי׳ בתוס׳ שם דף ז׳ בד״ה א״ל שכתבו ״והא דקאמר ומכנגדן ד׳ אמות שלא יאפיל היינו שלא יאפיל לגמרי עד שלא יהא ראוי להשתמש בו יפה״.

וכן מבואר בשו״ע חו״מ סי׳ קנ״ד סעיף כ״א: וז״ל: מי שהיתה לו חלון בכותלו ... אם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון ... צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ד׳ אמות כדי שלא יאפיל עליו, וכיון שהרחיק ארבע אמות **אע״פ שמאפיל** אינו צריך להרחיק יותר״.

ובדין הרחקת בניה מעל החלון בטענה שמאפיל לא מצינו בגמרא. והאחרונים דנו בזה (עי' בשו"ת שמש צדקה חו"מ סי' י"ג-ל"ב שהאריך בנידון) והנה לו יהא אפי' שגם מעל החלון יש להרחיק בטענת האפלה, מ"מ אינו חמור מהאפלה כנגד החלון, ומסתבר שהדבר נתון בידי ביה"ד לשער, אם כתוצאה מהבנייה יאפיל עליו או לא ואינו צריך להרחיק רק באופן שהשימוש בדירה שבו החלון יהא בלתי שימושי ותהי' האפלה גמורה, וחדר בלי אור לא נקרא חדר משא"כ בהאפלה קטנה שעדיין אפשר להשתמש בחדר ובנידון דידן כתוצאה מהבנייה תהא האפלה מינימלית ולפי התרשמותנו וחוו"ד מקצועית שבידינו לא יפריע כלל לשימוש תקין בחדר של הנתבע.

ויש להוסיף כי תוכנית תב"ע אשר מאשרת את הבנייה מוכיחה גם היא שלא תהא בזה האפלה רצינית, שהרי בזמננו מחמירים הרשויות למתן רשיון בנייה מול בנין מגורים בהרחקה של 4 מטרים מקו הגבול ואין מסתפקים בהרחקה של ד' אמות.

וטענת הנתבע שהבנייה תמעט כניסת אויר לחדרו, הנה בר מן דין שלפי חוו"ד מקצועית לא תהא הפחתת אויר כאמור לעיל, - כבר כתב הרמב"ן במס' ב"ב דף נ"ט ויד רמ"ה שם אות רע"א שלא נזכר בגמ' דין הרחקה משום אויר אלא משום אור והאפלה, וביאר הרמ"ה משום דלאו כולי בתי לכוי דבי זיקא כלומר שאין בית זקוק כ"כ לאויר להבדיל מאוצר יין שזקוק לאויר.

ונראה להוסיף שאף אם קרני השמש לא יגיעו למקום במשך זמן מסוים ביום מ"מ האור לא יפחת אלא בצורה מינימלית כאמור לעיל, והרי הדבר ברור שאם מרחיק כותל גבוה ד' אמות מחלון יעכב קרני השמש לחדור לחלון ואעפ"כ לא חששו חכמים לזה. ולא מצינו הרחקה משום מיעוט קרני השמש.

בענין טענת הנתבע שכתוצאה מהבניה תיפגע שימושו במרפסת שבנה ושהקבלן של הבנין נתן לו את הזכות לגדרה לעצמו, הנה לפי חוק מקרקעין תשכ"ט פרק ו' בתים משותפים, כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, מיועדים לשמוש כל דיירי הבית ולכולם יש זכות במגרש שמסביב לבנין, והוא חצר השותפין ואין אחד יכול להוציא מרפסת בלי הסכמת שאר הדיירים, ואין כח לקבלן להקנות לדייר אחד זכות ששייך לכולם ואין שום תוקף לנתינת הרשות של הקבלן לנתבע לבנות את המרפסת.

ומה שטוען הנתבע כי דיירי הבנין לא מיחו בו כאשר גדר ובנה את המרפסת בחצרו, וע"כ זכה במרפסת שלו הרי זו חזקה שאין עמה טענה, שאינה חזקה, וז"ל ס' "זכור לאברהם" חו"מ ח"ב ערך נזקי שכנים בשם הרב ר"ד סי' צ"ב: בשותפים בחצר שאין בו דין חלוקה והוסיף אחד קצת על הבנין שלו באופן שתפס קצת משטח החצר תחת רשותו ולא מיחה בו השני ולימים בא השני ורוצה ג"כ להוסיף על הבנין שלו משטח החצר והראשון מוחה בו וטוען שבשלמא הוא הוסיף כי השני שתק ומחל לו אבל הוא כן מוחה בו, והשני טוען א"כ יסתור הראשון מה

שבנה, ופוסק שם שהשני שתק אדעתא דהם שכמו שהוא נותן לו רשות להוסיף כך יהי' לו רשות לבנות. ואף אם נאמר שהשתיקה הועילה על זכותו במרפסת, אבל ודאי שלא ויתרו על זכותם בהרחבת דירתם בגין מרפסת זו שבנה. ויש להוסיף שבני"ד טוען התובע שבזמנו מיחו הדיירים בנתבע כאשר בנה את המרפסת של דירתו.

ולהאמור אין בטענת הנתבע שע"י הבני' ייפגע שימושו במרפסת, למנוע מהדיירים הרחבת דירותיהם כי יסבול מהיזק הראיה. וכן דאין מקום לטענתם שכתוצאה מכך יצטמצם שטח סוכתו, ולא עולה על הדעת שלדייר אחד יהיה סוכה גדולה בשטח המשותף והאחרים יצטרכו להצטמצם.

ביה"ד העלה כמה הצעות לפשר בין הצדדים, ולרצות את הנתבע שיסכים לתוספת הבנייה, והתובע הביע הסכמתו לבנות את יסודות השלד להרחבת הדירות על חשבונו גם עבור הנתבע, - אם כי ברור שכשהנתבע ישפץ את דירתו וישתמש בשלד שייבנה ע"י התובע, יהיה עליו לשלם לתובע חלק יחסי בתוספת השלד - וממילא לא קיימת טענתו שהבנייה תאפיל על חלון ביתו, שהרי יוכל להשתמש באותו חדר שיתוסף לדירתו אלא שהתנה שתירשם בטאבו הערה שכאשר הנתבע יבקש להעביר דירתו לאחר, או תעבור ליורשיו לאחר איו"ש ומחיר הדירה יעלה כתוצאה מהרחבה זו, כי אז יצטרך הנתבע או הבא מכחו להשיב את ההוצאה שהשקיע עבור תוספת הבנייה לנתבע.

לאור כל האמור נראה שרשאים התובעים לבצע את תוספת הבנייה המבוקשת להרחבת הדירות. והנתבע יהא חייב לחתום על הבקשה לא רק שכופין על מדת סדום משום זה נהנה וזה לא חסר אלא שבני"ד זה נהנה וזה נהנה, ולא נראית סבה הגיונית להתנגדות לבנייה.

ויש לדון שאף אם התובעים זכאים לבצע הרחבת דירותיהם ואין לנתבע זכות להתנגד, מ"מ בני"ד שהנתבע מתבקש לחתום על הסכמתו, אפשר שיוכל לומר שאין לחייבו לחתום על הסכמה. אכן נראה שכיון שקיימת תכנית בנין ערים להרחבת הדירות בבנין המשותף, וע"מ כן רכשו דירותיהם שימצו כל זכויות קנינם, הרי כשם שיש לחייב כל דייר בדבר שהוא לטובת כל הדיירים כמו"כ יש לחייבו במתן הסכמתו על בנייה זו, ולמשל אם הי' צורך בהסכמת כל הדיירים לבצע תקון יסודי בבנין לא יוכל אחד מהם לטעון שאינו מוכן לחתום על הבקשה בטענה שהוא אינו זקוק לזה, ובפרט שעצם ההרחבה תטיב גם עם דירת הנתבע, גם אם אינו זקוק לכך כעת, מכיון שמשפחתו לא גדולה כיום.

ועוד נראה, שכיון שזכות התובעים להרחיב דירותיהם ואין לנתבע זכות להתנגד הרי מדין השבת אבידה חייב לחתום על בקשת הבנייה. ויש להביא דמיון לזה מענין ירושה שעפ"י חוקי הממשלה מגיע לבת חלק בירושת האב, וכדי שהבן יממש זכותו עפ"י ד"ת הוא זקוק לחתימתה על הסכמה מהבת שיירש. ודעת רוב הפוסקים שהבת חייבת לחתום, אלא שיכולה לדרוש פיצוי כל שהוא עבור חתימתה, ובני"ד שהתובע מסכים לבצע את בניית השלד ויסודות

הבנין על חשבונו גם עבור התובע הגר מתחתיו - על אף שהנו משאיר לעצמו זכות בתוספת זו וכנ"ל - בודאי שפיצוי זה הוא סביר מאד עבור חתימת הנתבע.

לסיכום הדברים אנו פוסקים:

א) התובעים רשאים לבצע את תוספת הבנייה המבוקשת להרחבת הדירות ועל הנתבע לחתום על הבקשה להרחבת הדירות.

התובעים יבנו את החלונות בגובה הקיר, שבתוספת הבניה, הפונה למרפסת של הנתבע, בחלקו העליון, באופן שלא תהיה אפשרות להסתכל לתוך המרפסת של הנתבע ולא ייגרם לו היזק ראיה.

ב) בתקופת הבניה - באם לא מתאפשרים לנתבע מגורים תקינים בדירה בגין רעש וליכלוך במדה לא סבירה - רשאי הנתבע לשכור לעצמו על חשבון התובעים, דירת מגורים מתאימה למשפחתו, דומה לדירתו הוא, בירושלים או בצפת - כפי ההצעה שעלתה בביה"ד - .

ג) בביצוע האמור, יבנו התובעים השלד שישמש גם לדירת הנתבע וכן ישלימו תוספת הבניה של הנתבע בגימור מינימאלי ביותר - כגון טיוח ללא סיד ורצפת בטון או ריצוף כלשהו, נקודת חשמל - שיאפשר שימוש הנתבע במקום, וזאת בתור הלואה לכ'שירחיב', לפנים משורת הדין, וכאשר הנתבע יבקש להעביר דירתו לאחר, או תעבור ליורשיו לאחר איו"ש, יהא חייב הנתבע או הבא מכחו לשלם לתובע הנ"ל את ההוצאה שהשקיע עבור תוספת הבנייה לדירת הנתבע בערך צמוד לדולר ארה"ב, בשעת הבנייה, ויש לרשום בטאבו הערת אזהרה בהתאם לאמור.

בכל דין ודברים או ויכוח שיתעורר בין הצדדים בנוגע לאחד מהסעיפים דלעיל, כולל הבהרת והגדרת 'גימור מינימאלי' כנז', יכריע בכך ביה"ד שלו סמכות נמשכת בנדון עד לסיום הבניה והבעיות הנלוות.

ה) לאור כל האמור, על הנתבע לחתום על כל מסמך הנדרש לביצוע בניית התוספת ללא דיחוי ומהיות טוב אל תקרי וכו' וימלא אחר החלטת ביה"ד שניתנה לאחר עיון ושקול דעת רב.

הרב יששכר דב הגר זצוק"ל
כ"ק אדמו"ר מסאווראן
אב"ד ירושלים

פסק דין בענין פירוט טענות הצדדים בכתב

לאחר עיון בסיכומי הצדדים בדבר טענת הנתבעת, לחוסר סמכות של ביה"ד לדון בנושא הרכוש, נושא שכרך הבעל בתביעת הגירושין שהגיש בפני ביה"ד הרבני בירושלים.

מתוך התיק עולה כי הבעל הגיש תביעת גירושין והכרוך, ואף פירט בכותרת כתב התביעה, מהות התביעה: גירושין וכל הכרוך בכך, לרבות מזונות האשה, חלוקת רכוש, והחזקת הילדים ומזונות הילדים.

ובגוף כתב התביעה פירט ענינים הנוגעים לכל התביעות, הרי שמעל לכל ספק אין כל פגם בכנות הכריכה, כפי שלא מצאנו פגם כלשהו בכריכה עצמה, וכבר ההלכה הברורה היא בשו"ע חו"מ סי' י"א בש"ך סעיף א' בשם תשו' באר שבע שאף שיש צורך בפירוט התביעה, מ"מ אין צורך בפירוט לפרטי פרטים. יתרה מזו, ביה"ד נמנע מליחס חשיבות לרשום בכתב התביעה על פרטיו, משום שאין לבי"ד ללמוד מדברים הכתובים ושלא עלו בפניו בע"פ בסדר דין נכון ומתאים, וכמבואר בחו"מ בסי' י"ג סע' ג' ובסמ"ע אות י"ב, ומשום כך גם התובעים לא נדרשים לפרט לפרטים את תביעתם, כי אם במסגרת הדיון בביה"ד בנוכחות כל הנוגעים בדבר, ועי' בגמ' (ב"ב לד) עביד אינש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא.

לאור זאת ביה"ד מחליט: התביעה הוגשה כדין ואין בה כל פגם. והסמכות לדון בתביעת הגירושין ובכרוך בה, מזונות האשה, חלוקת רכוש והחזקת הילדים ומזונותיהם נתונה לביה"ד. על המזכירות לקבוע מועד להמשך ההליכים.

מכתבים

מכתב א

נוסח כתיבת גט שליחות

פעה״ק ירושלים יום ה׳ י״ב טבת תשס״ט
לכבוד הרב הגאון וכו׳ יצחק שטיין שליט״א ראב״ד קרלסבורג
ניו יארק

שלום רב!

היום בעזה״י סידרנו ג״פ שנמסר על ידי הבעל הנז׳ לידי השליח שמעון בן צבי (שטרן), בצירוף הרשאה מקוימת כד״ת.

לאחר העיון העלינו לכתוב בגט וכל שום וכו׳, על פי דעת הגט פשוט שהשואל ומשיב – הובא בשדי חמד מערכת גט, סימן י״ז אות ט״ו – כתב שכל המנהג לכתחילה בירושלים (דהוא אתרא דמהר״מ בן חביב ז״ל שהיה ראשל״צ וראב״ד ירושלים), וכן נהגו בשאר בתי דינין פה. עם זאת כתבנו פטורין בהשמטת ה״י״, כמקום הנתינה, וכן השמטנו ״מן שמי״. כתבנו מקום עמידת האשה, בכל מקום שאת עומדת, כנהוג פה עיה״ק.

בכל חותמי הברכות
הכותב בנחיצה
הק׳ ישכר דב הגר מסאוואראן
אב בית דין

מכתב ב

שליח שני בגט

לכבוד ידידי הרבנים הגאונים ביד״צ דק״ק בני ישראל לאנדאן, ועל צבאם האב״ד ידידי הגר״י ליכטנשטיין ד׳ עליהם יחיו.
הנדון: ג״פ - שטיינברגר

שלום רב,

בתשובה למכתבכם מיום אתמול (בפאקס) ולפנייתו הטלפונית של האב״ד שליט״א לביתי, מועברים בזה שמות האשה ואבי׳ לכתיבתם בגט: בילא (בחירק ולא בילא בצירי ולא בלהה) דמתקריא בעלא - לא נהוג גבן לכפול אותיות בגט דהיינו בעללא - בת אלכסנדר חיים דמתקרי אלכסנדר ודמתקרי אלעקס.

שמות הבעל ואביו העלינו גם אנו כפי שנתברר אצל כת״ר אלא שהאב הוסיף שיש מספר מועט של אנשים שפונים אליו גם בשם הירש והאמנם שלא נראה לנו שיש להזכיר שם זה בגט אלא שכתר״ה בוודאי יבררו נדון זה טרם כתיבת הגט.

תוך כדי העסק בנדון בסדור הגט ואופן מסירתו לאשה אם ע״י הבעל שיופיע בעצמו או ע״י שליח, השבתי כלאחר יד, לשאלת אבי הבעל, - אם ניתן למנותו כשליח הגט, - שאפשר הדבר וזאת למרות ד׳ הרמ״א - בסי׳ קמ״א ולא התכוונתי למעשה כמובן, אלא לומר שזה מועדף אצלי על מינוי שליח שני שלא בפניו.

ולמעשה, אם לא תימצא הדרך להעביר הגט לאשה ע״י השליח שימונה ע״י הבעל או ע״י הבעל בעצמו - שהובטח שלא יוצא נגדו צו עיכוב יציאה - הרי מועבר בזה שם השליח שני: זבולון בן אהרן (למשפחת עוזיאל) ספד״ד בבית דיננו.

והנני בזה בכל חותמי הברכות לכתר״ה ולכאש״ל לברכה,
בכבוד רב ובברכת התורה
הרב ישכר דב הגר

מכתב ג

אשה שאביה נתגייר בגיור קונסרבטיבי איך לכתוב בגט

לכבוד ידידנו הרה״ג מוה״ר שלמה ב״צ הערבסט שליט״א,
ראש ביד״צ דאמריקא - עין משה,
ניו יארק.

שלום רב,

מצורף בזה ג״פ שנכתב במאמר ובציווי הבעל יוסף דמת׳ יוסי בן חיים (הרוש) לגרש בו את אשתו פליסא דמתקריא ליסא.

השמטנו שם אביה שהתגייר בגיור קונסרבטיבי כמו שהזכיר גם כת״ר במכתבו, וכבר נפסק בשו״ע שאם לא כתב שם האב, הגט כשר.

באשר להצעה לכתוב שם אמה כדעת הדג״מ, הנה לא נהוג גבן בכך ולא שמענו מעולם שנהגו בכך בירושלים ובא״י בכלל.

ונלע״ד שעדיף להשמיט זאת במקומנו שנוהגים לכתוב בגיטין וכל שום דאית לי ולאבהתי וכד׳ המחבר באה״ע קכט׳ סעיף ח׳ ואם נכתוב שם האם נצטרך לשנות לשון טופס זה, (במקומו של הנוב״י ז״ל נהגו כד׳ הרמ״א ז״ל שם, שלא כותבין וכל שום וכו׳).

ההצעה לייחסה אל אביה כמאומצת ולכתוב שם אביה בגט בתור שכזה, דבר זה לא יעלה על הדעת, בנדון שלפנינו שהוא ידוע כאביה הטבעי ויש לחוש שיאמרו שאין זו האשה המתגרשת ומה גם שהוא ספק גוי.

סו״ד החלטנו לכתוב שם האשה בלבד וכל כמה דפשיט עדיפא.

רצו״ב ההרשאות ופתקים לקיום החתימות

לאחר שימסר הגט לידי האשה ע״י הש״ש יוצאו תעודות גרושין כמקובל.

בכבוד רב ובכל חותמי הברכות,
הרב ישכר דב הגר
אב בית הדין

מכתב ד

שם טפל בגט וכתיבת שם בלא אותיות ניקוד

לכבוד ידידנו הרה״ג כש״ת, שלמה בן ציון הערבסט שליט״א,
ראש בי״ד דאמעריקא עין-משה,
ניו יארק.
הנדון: ג״פ רייז

שלום רב,

רצו״ב הג״פ שנכתב בציווי ובמאמר הבעל משה בן אברהם דמתקרי איב לגרש בו את אשתו דמתקריא איפריל בת הרי.

לאחר ספיקות והיסוסים בדבר השם דבורה וכפי שכבר העליתי בקצרה במכתבי לכת״ר מיום א׳ באייר ש.ז. היה נראה לנו להשמיט שם זה הואיל ושם זה אינו אלא מידל ניים וגם במסמכים הרשמיים אינו מופיע כ״א בראשי תיבות דהיינו איפריל ד. ולא נראה לכתוב בגט שם המודפס בכרטיס עבודה בלבד, וכפי הנשמע הרי עבודתה היא עצמאית כיועצת פסיכולוגית עם מטופלים (וללא חברים לעבודה) שבודאי קוראים לה בשם איפריל בלבד ולכן השמטנו שם זה ורמזנוהו ב׳דמתקריא׳ וכד׳ המהרי״ט ז״ל הידועים בשם אבגלי.

באשר לשם אביה ׳הרי׳ שנשמע מבטאו נוטה יותר לפתח מאשר ׳הערי׳ בסגול כתבנו ׳הרי׳ בהשמטת הניקוד וכפי שהצעתי במכתבי הנ״ל לכת״ר ולדבריו גם הגר״מ שטיינברג ז״ל אבד״ק בראדי כתב כן.

רצו״ב הרשאה ב ופתקאות עם חת״י הדיינים לקיום החתימות. ועם קבלת אישור על מסירת הגט לידי האשה נוציא תעודות גירושין כמקובל.

בכבוד רב ובכל חותמי הברכות,
יששכר דב הגר
אב בית הדין

מכתב ה

בענין שמות גיטין

ב״ה ב׳ ניסן תשנ״ז
כבוד הרה״ג ישעי׳ מיתא ס״ט נר״ו וידידי הרה״ג שאול דניאל מאלח נר״ו
האחראים לעניני יוחסין בק״ק מגן דוד מקסיקו
אחרי עלות הברכה והשלום לכתר״ה ולכאש״ל

בנדון שאלתכם, שא״ח חצי תשובה, ויתירה מכך, כי נגעתם ברוב הנקודות הקשורים לנושא זה, ומחוסר פנאי לא השבתי עד כה אולם בעקבות מכתבו של ידידי הנ״ל בפאקס מיום כ״ה באדר ב׳ דנא, שמפציר בי להבהיר חוו״ד בנדון כי שאלה זו היא הלכה למעשה וכתב כי האשה המתגרשת כבר עברה ג׳ חדשי הבחנה ועלולה להנשא עפ״י הגט שסדר הגט הרב המסדר שליט״א במחנכם - שאגב לא אדעהו וגם לא ידעתיו בשמו אך ודאי מוקמינן גברא אחזקתיה וכו׳ וכו׳. אי לזאת לקחתי לי מועד לכתוב בענין באשמורת הבוקר לפני עלות השחר ואכתוב בקצרה:

הנה באשר לכתחילה, הרי ידועים דברי הט״ז ושאר הפוסקים ולא אפרטם כעת כי בשם שבמסמכים או שם חתימה אם אפשר ויש מקום להקדימם, מקדימים אותו השם וכותבים דמתקרי על השם שבו קרוי האיש אבל לא בהיפך, שאין כותבים דמתקרי על שם שבמסמכים או שם חתימה ובמקרה זה יש להשמיט שם המסמכים מכל וכל, ואם אמנם ידועים דברי החתם סופר ז״ל שיש מקום לכתוב דמתקרי על שם כזה ועדה״כ ויהי כקרוא המלך את הספר, היינו שיש מקום לכתוב דמתקרי על דבר שאינו אלא בכתובים, מ״מ לא נהגו כן ברוב תפוצות ישראל אלא שיש מקומות שכן נהגו מקדמת דנא (בבי״ד לונדון וכדומה) לכתוב דמתקרי על שם שבמסמכים, וזאת בהנחה שבשם זה גם פונים אליו לפרקים במקומות רשמיים וכדו׳. אבל כל זה ניחא כשהשם במסמכים הינו ברור ואין לו כי אם צורת ביטוי אחת ולא כמה צורות ואופני ביטוי כבשאלה שלפנינו בשם רַאשֶׁיל שבארצות האנגלוסכסיות יבטאו רֵיטְשֶׁל (בצירי ובשוא) ובארצות ששפתם ספרדית מהם שיבטאו רַאקֶיל ומהם רַאטְשֵׁיי כפי שכתבו כת״ר שכך מבוטא השם במקסיקו, ואם כי כל אלה כינויים הם לשם רחל ברור הדבר שאם יְשַׁנוּ מכינוי לכינוי אחר דומה, דינו כשינוי השם, וסביר להניח שאשה זו בנדון שלדבריכם נולדה בארה״ב, שם העריסה הוא רֵיטְשֶׁל כנ״ל ובמקסיקו לשם הגיעה לפני זמן רב מתבטא שם זה רַאטְשֵׁיי כנ״ל ובודאי שהיה להשמיט שם זה מכל וכל ולהסתפק בשם שֶׁילִי בלבד. והואיל וידוע לנו עפ״י המסמכים כי שם העריסה היה רֵיטְשֶׁל וכדו׳ יש להקדים דמתקריא עפ״י ד׳ המהרי״ט ז״ל בשם אבגלי לרמוז ע״ש העריסה שבמסמכים.

נראה לענ״ד שיש לחקור היטב העובדות ואם אין ב׳ או ג׳ אנשים לפחות שקוראים לה

בשם ראשיל, הרי גם אם כבר ניתן הגט, יש לחשוש בו לשינוי השם ואוכל לומר רק זאת, כי אם היה דבר דומה בא לידינו הייתי מזקיק גט נוסף חדש וכותב בו כנ״ל דמת׳ שֶׁיִּלִי ואם כי אין לפני כל הפרטים הנדרשים בענין.

וחזקת כשרות של הרב המסדר שליט״א, שכפי שכבר אמרתי לא זכינו להכירו, מסייעתו להוציא לאורה דינה של אשה זו ולהעלותה מכל חשש וסרך של ספק או אפי׳ ס״ס של א״א, בעריכת גט מחדש וכנ״ל, והדר הוא לכל חסידיו כתוב, וכפי שנהגו גדולי ישראל בכל הדורות זיע״א.

ואקצר בזה כעת וברצות ה׳ אחזור ואשנה פרק זה בל״נ ויאמר לקוצרים ה׳ עמכם,

ואאריך בברכת שים שלום וברכה

הכו״ח לכבוד נותן התורה ית׳ וית׳ ולכבודה של תוה״ק שאין כבוד אלא היא

הרב ישכר דוב הגר, אב״ד

מכתב ו

מסירת גט בשם שנשתקע בשעת הדחק

א' דר"ח אדר תשמ"ה

מע"כ ידידינו הרב הגאון הנודע לתהילה מוה"ר אברהם דוד ניז'ניק שליט"א
חבר ביה"ד דמונטריאל
קנדה
אחדשה"ט כיאות

הנדון: ג"פ בן דוד ויקטור -מרסיל

הג"פ השני מהבעל הנ"ל הגיענו לנכון עם ההרשאות וכו' בצירוף מכתב כתר"ה שליט"א. הגט נמסר לאשת הנ"ל הגב' מרסיל בן דוד ביום כ"ו שבט ש.ז. ע"י השליח שני נסים בן ברוך מזכיר ראשי של בית דיננו. - מצו"ב מעב"ד שנמסר לאשה.

וזאת למודעי כי האשה עומדת עדיין בגירסתה שאין אף אחד שקורא לה בשם מזל מאז שנפטרה הסבתא שלה שהיא היתה היחידה שקראה לה בשם זה והכל קוראים לה בשם מרסיל בלבד וכן היא גם חותמת וכפי שאמרתי לכת"ר בשיחתינו בטלפון כזכור, היא סיפרה שבעלה דיבר עמה בטלפון אודות הגט - זאת לאחר שדיברתי עם כת"ר - והיא שאלה אותו על סמך מה מסר בביה"ד דמאנטריאל שקוראים לה גם בשם מזל, דבר שאינו נכון ולדבריה הודה הבעל והתנצל על כך שהיה זה בטעות שהשתרשה אצלו כנראה.

אולם מדברי כת"ר שמציע במכתבו שאולי יש לסדר גם מסירת הג"פ הראשון - בשם מזל דמתקריא מרסיל בת שמעון - לאשה, נראה שלא נשמעתי היטב בשיחה הטלפונית האמורה שהרי באותה שיחה אמרתי לכת"ר שכבר בזמנו החלטתי בכדי לאפרושי מאיסורא לאור הרינונים החמורים רח"ל שיש כלפי האשה הנז', למסור הג"פ הנ"ל לאשה, וזאת בהסתמך על האה"ש כלל ב' סעיף י' שמסיק דבשעת הדחק ומקום עיגון יש להקל אם כתבו השם שנשתקע בעיקר מהשם והשם השני בדמתקרי דיש לסמוך בזה על המהרשד"ם ומהר"ם מינץ עיי"ש ואכן הגט נמסר לה ביום כ"ג מנ"א תדש"ם, מכל מקום לא רצינו להתירה לכתחילה על סמך זה וכפי שהסברתי בארוכה לכת"ר שליט"א.

ברצוני להביא לתשומת לב כתר"ה שליט"א כי בג"פ הנז' כתב תיבת 'פטורין' ללא יו"ד כפי מנהג מקומם וכד' הרמ"א ז"ל ואולם במקומינו נהגנו לכתוב 'פיטורין' בשני יודין וכשי' הרא"ש וכד' השו"ע אה"ע סי' קכ"ו סעי' י"ב ומה גם שהמגרש הינו ספרדי וסמכנו על דברי הפר"ח בסי' הנ"ל שבדיעבד אם כבר נתגרשה או במקום עיגון יש להקל וכן ע"ד הגט פשוט שכ' דגט שבא ממדינת הים יש למוסרו ליד האשה לכתחילה אולם להבא נבקשו לשים ליבו לכך.

והנני בזה ידידו מוקירו דושו"ת כה"י באה"ר ואה"ע

ישכר דוב האגר

מכתב ז

האם צריכים גט למי שנישא בנישואין רפורמים

לכבוד הרב ר׳ דוד זלמן פוקס שליט״א

שלו׳ רב,

במענה לשאלתו בדבר אשה חילונית שנישאה בזמנו ליהודי אצל רעפורם ראביי ולא הי׳ שם לדבריו אפילו עד אחד כשר ונפרדה ממנו בסיווילדעבארס אם יש צורך בג״פ ממנו.

הנה דעתו של מרן הגאון ר׳ משה זצ״ל ידועה שהקידושין אצל רבאיי רפורמי אינם כלום ועי׳ בס׳ אג״מ אה״ע סי׳ ע״ו ועוד וכן דעתו - להבחל״ח - של מרן הגרי״ש אלישיב שליט״א כפי שאמר לי גם זה לאחרונה לפני שבועות מספר לאחר שקיבלתי שאלת כת״ר, שאין בקידושיהן כלום, הגם שמדברי רבינו משה זצ״ל עולה שיש לברר אם לא היו עדים כשרים שראו נתינת הטבעת מידו לידה ואמירתו הרי את מקודשת וכו׳ הרי מרן הגרי״ש לא עמד על כך כלל. ולדברי, שהוספתי, שאפשר שאין ראוי להחמיר להצריכה ג״פ שלא ליתן ערך למעשי ידיהם של וכו׳ נענע לי בראשו.

מ״מ במקרה הנדון שלדברי כבודו לא היה שם אף עד אחד כשר ושומר תורה - ולהוסיף כי הקידושין נערכו בשבת תוך חילול שבת בפרהסיא - פשוט שא״צ גט וניתן להתירה בלא גט.

עם זאת יצוינו דברי רבי משה זצ״ל שם בסוף סימן ע״ה שאם לא תקבל האשה עליה לשמור הלכות נדה אין לנו להזדקק לה שנמצא כמסייעין אנו לעבור על איסור נדה וכו׳ עיי״ש. וא״כ לדברי כב׳ שכתב שגם בזיווגה השני הנוכחי רוצים להיות חפשי מן המצוות ר״ל מהיכי תיתי להזדקק להם כלל ולמה לנו להתערב בענינם המוזר והמופקר אלא אם כן זה יגרום זיז כלשהו בכיוון חיובי לתשובה ולקבלת מצוות ולו במעט.

ובזה אקצר ואסיים בברכות מאליפות מרובבות לרוב נחת ושובע שמחות ולחוג את חג הפסח הבעל״ט ביתרון הכשר ובדיצות ובכל חותמי ברכות.

הרב חגי איזירר זצ"ל
חבר בית הדין הגדול

"זכות ממון" לנתבע בבי"ד לעבודה לדון ב"דין תורה"

לפנינו תביעה של ה"מועצה הדתית" לחייב את ה.ר. (עובד המועצה בעבר), להעביר את התביעה שהוא תובע ב"בית הדין לעבודה" את המועה"ד, לדיון בפני ביה"ד הרבני בעיר.

בכתב התביעה כותב נציג ה"מועצה הדתית": "הננו פונים לכב' ביה"ד לזמן את ה.ר. לדין תורה ועליו לבטל את תביעתו בבית דין חילוני - כאדם דתי יש לתבוע בבית דין רבני בדין תורה".

הנתבע העלה באמצעות ב"כ כמה טענות יסוד:

א. לא ברור אם ביה"ד לעבודה נחשב כערכאות. כמו"כ הוסיף שרבנים הורו לו שאין איסור בנידון שלו.

ב. ללא הסכמה של היועץ המשפטי או ללא חתימת ראש העיר, אין המועצה הדתית יכולה לחתום על חוזים בכלל ועל שטר בוררות בפרט.

ג. בהעדר תוקף חוקי לשטר בוררות אין ביה"ד יכול לחייב את המועה"ד, ואין ה.ר. חייב לתבוע בפני ביה"ד שאינו יכול לממש את פסק דינו.

נפנה עתה לבירור הטענות:

ביחס לטענה שבסעיף ב-ג, דורשת המועה"ד באמצעות היו"ר שלה וב"כ לקיים דין תורה בלי שטר בוררות, מכח הסמכות התורתית בלבד, גם אם לא יהיה לפסק דין זה תוקף של בוררות לפי חוק הבוררות. הם טוענים שכבר הוכח בנסיון מעשי, שהמועה"ד ממלאת פסקי דין, וא"צ לאכיפה באמצעות חוק הבוררות, ומבטיחים שגם במקרה הנדון הם ימלאו כל פסק דין.

נשארת לפנינו השאלה ההלכתית הכלולה בסעיף א' - איסור ערכאות - והתייחסות לתשובת התובע לטיעון שבסעיפים ב-ג הנ"ל.

נדון תחילה בשאלת איסור ערכאות. הנתבע מצטט פס"ד הנדפס בפד"ר י"א (עמ' 265) שם כותב הרב ש. מירון שבתי הדין לעבודה דנים בהרבה מפסקיהם ע"פ מנהג והסכמה, ולא על פי חוקים, גם השיפוט מורכב משני נציגים בנוסף לשופט, האחד נציג עובדים והשני נציג מעבידים, לכן יש לראותו כבי"ד של בוררות.

כמו"כ נטען שרבנים הורו לו שאין בנידון שאלה של איסור ערכאות.

אני סבור שאנו פטורים מלנקוט עמדה בשאלה זו, שכן שאלת האיסור תהיה רלוונטית אם שני הצדדים ירצו להתדיין בפני ביה"ד לעבודה - וההלכה בשו"ע חו"מ בסימן כ"ו אומרת שגם כששניהם מסכימים לכך יש איסור - או אז תעלה לפנינו הסברא הנ"ל לדיון.

בנידון שלפנינו צד אחד אינו רוצה כלל להתדיין בבית דין לעבודה, אלא רוצה דין תורה בדוקא.

זכות לדין תורה אינה זכות שעל דרך השלילה הנובעת מהמנעות לבוא לכלל איסור ערכאות, אלא היא זכות על דרך החיוב להתדיין לפני בי"ד ששופטיו מוסמכים על פי דין תורה וגם דיניו. זכות לדון דין תורה ובבית דין של תורה אינה זכות של **איסורים** אלא זכות של **ממונות**.

בין יתר ההלכות של כשרות "דין תורה", היא שיהיו **שלשה דיינים** ושאחד מהם יהיה "גמיר" - "יודע סברות בדינים", "ששמע או שקרא בספרים ויודע סברות בדינים" (רמ"א וסמ"ע חו"מ סימן ג' סעיף א'), ברור מעל הכל שכל אחד **מדיינים** של דין תורה **צריך להיות שומר מצוות וברור שכל מי שפסול להעיד לפי הכללים של חו"מ סימן ל"ד פסול לדון**, לפיכך גם **אם נניח** שבי"ד לעבודה אינו בכלל ערכאות, מ"מ ודאי שאינו בי"ד של תורה, וזכותו של כל צד להתדיין בדין תורה הכשר לפי הכללים דלעיל.

זכות זו היא בודאי גם **זכות ממונית**. עיין בש"ך סימן ג' ס"ק ב', שהביא בשם מהר"י בן לב שיכול המוחזק לומר "קים לי" כרמ"ה שצריך ששלשת הדיינים יהיו "גמירי". כידוע הזכות של "קים לי" קיימת רק בדיני ממונות, ומזה עולה שזכות ההתדיינות בדין תורה היא זכות ממונית משפטית ולא ענין של איסורים המסור להכרעה של רב ללא נוכחות שני הצדדים. גם הש"ך שחולק של מהר"י בן לב, היינו לפי שהוא סבור שבהלכה הנידונה העיקר כהרא"ש שמספיק דיין אחד ד"גמיר", אבל בעיקרון ששייך "קים לי" בשאלה של זכות ההתדיינות לפני דיין שכשר לדון דין תורה הוא מודה למהר"י בן לב.

והאמת שאין צריך הוכחות לזה, כי דבר פשוט הוא שכל הדינים הכלולים בהלכות דיינים על סוג הבי"ד ומקום הדיון, הוא עניני משפט ולא דיני איסורים, ולכן צריכים הם גופם להיות נידונים במעמד שני הצדדים.

לפיכך ברור שגם אם אין לבי"ד לעבודה דין של ערכאות, מ"מ אין זה בי"ד של תורה לא מבחינת השופטים, ולא מבחינת דיניהם, ולתובע שמורה זכות התדיינות בבי"ד המוסמך לדון כדין תורה.

משום כך גם הטענה שנשמעה כי רבנים התירו לנתבע לילך לבי"ד לעבודה, אינה מתקבלת.

כיון שהובאר לעיל שהזכות להתדיין בבי"ד של תורה היא זכות ממונית **והפקעתה צריכה להיות נידונית במעמד שני הצדדים**, דבר שלא נעשה ע"י הרבנים שהתירו.

על האמור אפשר להקשות ממה שכתב ב"**אורים ותומים**" בסימן כ"ו ס"ק ז', שם כתב ב"אורים" שהשאלה אם מותר באופן מסויים ללכת לערכאות היא לדעת ה"כנסת הגדולה" שאלה של "ממונות" וצריכה שני עדים, וה"תומים" סובר שהיא **שאלה של איסורים** ולכן אם יש ספק בדבר פרט מסוים מספיק עד אחד כי **עד אחד נאמן באיסורים**. לכאורה יש בכך סתירה לדברינו. אם נבדוק את הדברים נראה שהנידון שם הוא ענין שונה.

באו"ת מדובר באדם שהוזמן לדין והמזמין מסר לבית הדין שהנתבע סירב לבוא לדיון. נתעורר הספק אם עדות של עד אחד שאותו פלוני סרבן דיה כדי להתיר לתובע לילך לערכאות, וע"ז אמר שנאמן כי עד אחד נאמן באיסורים. במקרה של האו"ת וכן בכל מקרה של סרבן לדיון, אי אפשר להתיר לילך לערכאות לפי כללי המשפט של דיני ממונות; הגם שהדין נכון כדברינו (שהזכות של הנתבע להתדיין בדיני ישראל היא זכות ממון), אבל כשהנתבע לא מופיע ויש להתיר לילך לערכאות, אי אפשר כלל לדון לפי כללי המשפטים שבחו"מ כי זה מחייב דיון במעמד שני הצדדים. על כרחך לומר שבמקרה של סרבן נעקרה מן הדין או מתקנה, החובה לדונו כדיני ממונות, ולכן דנים שם לפי כללים של איסורים. מה שאין כן בכל המקרים בהם שני הצדדים באים לדין והתובע רוצה ללילך לערכאות, והנתבע עומד על זכותו לדין תורה, בודאי שאז עלינו לדון לפי כל הכללים של הלכות דיינים ועדות שבחו"מ, ואין זה נידון כאיסורים כלל.

עוד יש לומר, שבהיתר לילך לערכאות במקרה של סרבן, יש בעצם לשאול מדוע בכלל צריך בירור על סרבנותו. דהא ממ"נ אם הוא רוצה ומוכן להתדיין בבי"ד כשר ולא סירב מעולם (ומה שהתובע טוען שהנתבע הוזמן הוא שקר), הרי כשיתבענו בערכאות (ע"ס ההיתר) יחזור הנתבע ויתבענו בבי"ד כשר שיתדיין עמו שם ויבטל תביעתו בערכאות, ולא הפסיד כלום. ואם אכן אמת שהוזמן וסירב לבא א"כ בדין הוא שינתן לתובע ההיתר לילך לערכאות. אלא שמ"מ כיון שעצם **התביעה** בערכאות היא דבר אסור (גם אם זכות המשפט של הנתבע לא תפגע ואם ירצה **יעבור הדיון** לבי"ד כשר), לכן צריך לכו"ע לפחות עד אחד, כדי לברר שהוא סרבן ויש היתר להליכה לערכאות ולתבוע שם.

כל זה אמור במקרה של ספק סרבן. אבל כשהנתבע עומד לפנינו ורוצה להתדיין בדין תורה, בודאי שזו שאלה של דיני ממונות וצריכה שני עדים בספקותיה, וצריכה שתהיה ג"כ במעמד שני הצדדים. [בדעת הכנה"ג שחולק על הדעה שנחשב כאיסורים, י"ל דס"ל דכיון שע"י ההיתר לילך לערכאות אנו מבאים את הנתבע (הספק סרבן) שיהיה לחוץ ע"י ערכאות לתבוע את העברת דינו לבי"ד של ישראל, ולכן ס"ל שיש לו זכות ממונית-משפטית שלא להכנס ללחץ זה ולכן זו שאלה ממונית].

לסכום יש להוסיף, כי האו"ת עצמו בסוף דבריו כתב שיש לנהוג למעשה כדברי בעל כנסת הגדולה "דמסתברין דבריו", ושלא ליתן רשות ללכת לערכאות כי אם ע"י עדות של שני שלוחי בי"ד (על הסרבנות) וכדיני ממונות. וכן פסק ה"נתיבות" סימן כ"ו בחידושים ס"ק ז'. וכיון שנידון כממונות (להצריך שני עדים) הוא הדין גם כן שכל בירור בספק זה חייב להיות במעמד שני הצדדים. בהיתר שלדברי הנתבע התירו לו רבנים לא התקיים תנאי זה (שכן ניתן בלא נוכחות נציג המועצה), ועל כן אינו בדין שיפסיד ע"י כך את הזכות המשפטית של המועצה.

נותרה בעינה שאלת יכולת הבצוע של פסק הדין. נכון הדבר שאם אין המועצה יכולה לבצע פסק דין שלנו הרי היא שלא ברצונה כמו "אלם דלא ציית דינא", שאז מותר לילך לערכאות (גם מצד דיני הממונות), אלא שבנדון שלנו הדבר הוא רק בגדר חשש. לפי הצהרות ראשי המועצה ונסיון העבר נראה לנו שלא יהיה קושי מיוחד שהמועצה תאמץ את פסק הדין כהחלטה רצונית שלה (או בדרך אחרת), ונראה לנו שהמייצגים את המועצה יעמדו בדברם וידאגו שהמועצה תכיר בהחלטותינו ותבצעם. ההיתר לילך לערכאות ב"אלם דלא ציית דינא" הוא כאשר הדבר ברור ש"אינו ציית" אבל כשיש חשש גרידא וכ"ש חשש רחוק בודאי שאינו דומה ל"אלם דלא ציית דינא" ואין להתיר לילך לערכאות.

ה"נתיבות" בסימן כ"ו בביאורים ס"ק ב' כתב, כי גם במקום שיש מקום לילך לערכאות הרי זה בתנאי שברור לבי"ד שהנתבע חייב בדין דהיינו "שידוע החוב לדייני ישראל, כגון במלוה בשטר וכיוצא, דבמלוה על פה אי אפשר לדייני ישראל ליתן לו רשות להוציא דאימר אינו חייב לו כל כך". עולה מדבריו כי גם אילו היה ברור שהמועצה לא תוכל לבצע הפס"ד והיא בגדר "לא ציית דינא", היה צורך לקיים בירור ודיון בבי"ד בשאלה המהותית ולדון לגופו של ענין, אם יש חיוב ומהו החיוב, ולאחר שיקבע בי"ד שיש חוב ואת שיעור החוב, יוכל להגיש תביעתו שם וליטול מה שפסקו לו בבי"ד דידן. בירור זה הוא בודאי ענין משפטי-ממוני וחייב להתקיים בפני שני הצדדים ככל דיני ממונות.

כל חלק מן המשפט שאפשר לעשותו בבי"ד כשר צריך לעשותו שם, ולכן גם אם את האכיפה לא נוכל לעשות בבי"ד כשר, מ"מ הבירור לקביעת החוב חייב שיעשה בבי"ד כשר.

בנדון שלנו אין אנו נמצאים במצב כזה כיון שנראה לנו, כאמור לעיל, שהמועצה תוכל למלא את פסק הדין ואינה בכלל "מאן דלא ציית דינא". על כן הדיון בפנינו יהיה דיון רגיל ולא כמבוא וכהקדמה לבי"ד לעבודה.

לאור כל האמור וע"ס הצהרת יו"ר ה"מועצה הדתית" וממלא מקומו, שהם יקבלו ויבצעו דין תורה שלנו (גם בלי חתימה על שטר בוררות), אנו מחייבים את הנתבע להגיש תביעתו לפנינו, ולבטל או להקפיא את תביעתו בבי"ד לעבודה.