

חקר משפט

אוצר פסקי דין רבניים

ב

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



יו"ל ע"י

חקר משפט - מבית 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 לאנגער 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 וברייתחא דאורייתא

נלכ"ע בעשרה בטבת תשס"ט

האשה החשובה עדינת הנפש ואצילת הרוח

מרת הלינה שיינדל רייזמן ע"ה

אשת חיל עטרת בעלה רודפת צדקה וחסד

נלכ"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

נלכ"ע ז' תמוז תשס"ב

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

ת.נ.צ.ב.ה.

הונצח על ידי

צכי רייזמן, איש עסקים ומחבר ספרי רין 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 בעניינים 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

כפתח 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 מסאווראן, 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 ריימן 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 היחס 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 הדיינים מהדור הקודם, בהם עתה מכתבים מיוחדים מאת אב"ד ירושלים הגאון הגדול רבי ישכר דוב הגר זצוק"ל אדמו"ר מסאווראן, 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.

יצוין, 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 מספיק.

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 בענייני 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 בעניינים 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, בענייני חו"מ ואבהע"ז הקדשות ושאר ענייני 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 ובשלהל 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 כוננה

החותם בברכה לכבוד התורה ועוסקיה בטהרה

מנחם הגר

בן כ"ק מרן אדמו"ר זללה"ה

מסאווראן

נשיא אוצר הפוסקים

תוכן מפורט

יוחסין

פסק דין לכשרות ולד שנולד מתרומת ביצית

הרב מרדכי טולידאנו, אב"ד ירושלים.....א

הורות אמנה ופריין (א) + תרומות ביצית ותרומת שחלה (ב) + מי נחשבת האם (ג) + ילדה שסבכה בזקנה (פונדקאית) (ד) + היתר דזה וזה גורם (ד) + זה וזה גורם ושניהם היתר (ה) + אם יש הבדל בין השתלת יחור להשתלת אבר (ז) + זה וזה גורם וגורם שלישי (ז) + יחוס לאב כשאין בתערובת ביאת איסור (ח) + האם בתר עיקר אזלינן או בתר הגידול (ח) + היוצא מטהור טהור מטמא טמא (ט) + זה וזה גורם מהווה שינוי (ט) + חלות חיובי יהדות (י) + טבילה לצורך העובר (י) + חלות בלידה (י) + עובר ריביתיה דאימיה (יא) + דעת מו"ח מרן הגאון זיע"א (יג)

קביעת היחוס בביצית של אשה גויה

הרב חיים וידאל, חבר בית הדין הרבני ירושלים.....טז

רקע ועובדות (טז) + דיון והכרעה (טז) + ביצית של גויה (יח) + ייחוס הבן לאביו כשהאם גויה (יט) + התורה הפקירה את זרעם (יט) + ביצית נכרית במעי יהודייה התרחקה מהנוכרית (כ) + ייחוס הבן לאביו כשהביצית של גויה אך הלכתית האם יהודייה (כא) + ייחוס הבן לאביו כשהביצית של יהודייה (כג) + חיוב האב במזונות כשהלכתית הילד אינו מתייחס אחריו (כה) + יהדות הילדים (כז) + מסקנות (כז) + חיוב מזונות לילדי אשה שקיבלה תרומת ביצית מגויה (כז) + חיוב מזונות לבן שנולד לישראל מנוכרית (ל) + חיוב מזונות לבן שנולד מנוכרית מטעמים נוספים (לב) + חיוב מזונות הנגזר מכח הסכם נישואים אזרחיים (לג) + חיוב מזונות מדין "אתנן" (לג) + חיוב לזון מצד דרכי שלום וענין מוסרי (לד) + האם יש לחייב את האב לזון בנו מהנוכרית לאחר שהבן יעבור גיור (לה) + מצות פו"ר בהשתלות זרע וביצית מופרית (החזרת עוברים) והנוגע לחיוב מזונות (לו) + חיוב מזונות כאשר האב חתם על הסכמה להחזרת עוברים (לז) + התחייבות לזון את הילד - דשלב"ל ודבר שאינו קצוב (לט) + הכרעת ההלכה בהתחייבות על דבר שאינו קצוב (מ) + מזונות לילד מאומץ וההשלכות לני"ד (מב) + מן הכלל אל הפרט (מב)

היתר ממזר בתרי רובי

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

השלכות אמירתו של בעלה השני של האשה כי המבקש הינו בנו (סה) + לדעת הרמב"ם הנתען אינו נאמן לפסול את המבקש (סה) + דעת הסוברים שהנתען נאמן לומר שהוא בנו (עא) + דעת השו"ע כהרמב"ם שאין הנתען נאמן מדין יכיר (עג) + כאשר האם מיוחדת לנטען אין לתלות בו את הולד אלא אם כן היו חבושים יחדיו (עה) + האם אינה נאמנת לפסול את בנה (עט) + אמירת המבקש שהוא בנו של הבעל אין בה כדי לפוסלו (פד) + כאשר המבקש עצמו נשען על דברים שיש בהם ספק אין דין שואח"ד (פד) + גם בכך שהמבקש הוחזק כבנו של הבעל אין כדי לאוסרו (צא) + כאשר יש תרי רובי גויים יש להכשיר את הולד (צב)

מוחזקות כהונה בטעות ע"פ שם משפחה

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

פסק דין (קא) + הכרעה: אמתלאה להחזקת כהונה ע"פ שם משפחה (קד) + תוקף נאמנות תעודות ממשל (קיד) + חזקת דלא מרעי נפשייהו כנגד חזקת הנהגת כהונה (קיח) +

כתובות**חיוב כתובה כשבהסכם הממון נאמר שאין לצדדים תביעות הדדיות**

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

א. האם האישה רצתה בגירושין (קכה) + ב. הסכם ממון עליו חתמו הצדדים (קכז) + ג. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה (קכח) + ד. בחיוב ברור (קלד) + ה. ספק במחילה (קמד) + ו. סילוק מכתובה (קנ) + ז. כתובה בחזקתה (קנט) + ח. חובות האישה לבעל - הודאה במכשיר הקלטה (קסב) + ט. פשרה בחיוב מודה במקצת (קסו)

פטור הבעל ממזונות האשה במקום שקבעו חיוב גט

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

פטור הבעל ממזונות האשה במקום שקבעו חיוב גט (קעב) + דיון והכרעה (קעב) + שיטת הרא"ם שכאשר הוא מנוע מלגרשה מחמת החרם פטור ממזונותיה (קעז) + הסוברים שכאשר יש לבעל טענה מבוררת יש לסמוך על פסק הרא"ם (קפ) + בני זוג ספרדים שלא נהגו בתקנת רבינו גרשום - אם יכולים לומר קים לי כהרא"ם (קפא) + מסקנת הדברים (קפג)

פסיקת דינא דמתיבתא וההשלכות הנובעות מכך

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

מאיס עלי ואמתלא מבוררת (קפד) + כשתובעת כתובה באופן הנ"ל (קפה) + מסקנה (קצה)

תביעת כתובה ופיצויים מחמת מרידת הבעל

הרב יגאל לרר, אב"ד פתח תקוה..... קצז

עיקרי טענות האשה כפי שמופיעות בסיכומים: (קצז) + עיקרי טענות הבעל לשעבר כפי שמופיעות בסיכומים: (קצט) + תמצית תגובת האשה על סיכומי הבעל לשעבר: (רב) + בקשת האישה לדמי פיצויים: (ריח) + בקשת האישה להצמדת דמי הכתובה: (ריט)

כתובה לעוברת על דת כשהבעל אינו שומר תורה ומצוות

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

אם יכול לטעון שהיא גרמה לו שיחטא (רכב) + על דעת כן נישאו (רכו) + דיון והכרעה: (רכא)

גיטין

גט שנחתם שלא בדיו של הבעל

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

הקניית הקלף, הדיו והקולמוס לבעל (רלא) * הקניית הקולמוס (רלב) * הסופר אין צריך להקנות לבעל, אפילו את הקלף והדיו (רלג) * כתב הגט בקלף ודיו השייכים לבעל אחר (רלד) * הצורך שהעדים יחתמו בדיו השייך לבעל (רלז) * האם יש לחוש לשינוי מדעת המגרש שרצה שיחתמו בדיו שלו (רמא) * חתימת הגט בדיו גזול (רמה) * סיכום (רמז)

נאמנות אשה על מרידת בעלה

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

דיון והכרעה (רנא) * החילוק בין אינו רוצה לאינו יכול (רנד) * מסקנות (רנה)

חסימת דרכו של מחוייב בגט אל בית הדין הרבני

הרב עידו שחר, חבר בית הדין הרבני אשדוד..... רנט

תוכן (רנט) * פרק א': חובה על הדיין לדון דין תורה (רסא) * פרק ב': מצות עשה לדיין שידון את העם (רסב) * פרק ג': מצות עשה לדון אף אדם רשע (רסו) * פרק ד': אין בית הדין נזקק לתובע שאינו מציית לבית הדין (רע) * פרק ה': בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין (רעא) * סמכות ביה"ד לענוש - במקום שאין מלך (רעג) * סמכות ביה"ד לענוש - על פי המלך (רעג) * בית דין עונשים שלא מן הדין - תקנה קבועה או הוראת שעה (רעה) * מיגדר מילתא (רפא) * בית הדין שרשאי לענוש שלא מן הדין (רצ) * סדרי דין בפסיקה שלא מן הדין (רצ) * הפסד ממון לצורך אכיפת פסק הדין (שט) * פרק ז': סוגיא דעביד איניש (שיג) * הממון שמבקש להציל ומעמדו המשפטי (שיד) * במקום שיכול להציל בדרך אחרת (שטז) * האם בעל דין צריך לספוג הפסד קל ולהימנע מלעשות דין (שיז) * הפסד מיומנות (שכ) * פרק ח': כפיה לקיים את הדין באמצעות קנס כספי (שכ) * פרק ט': כשרות גט שניתן בעקבות חסימת דרכו של הבעל לבית הדין (שכז) * ענף א': הרחקות דר"ת; מקורן וטעמן (שכה) * ענף ב': הרחקות דר"ת; גדרן (שלג) * נקודת החילוק בין הרחקות ובין נידוי ממש (שלג) * אונס בממון או בנפשות מחמת מניעת טובה (שלט) * חילוק בין אונס קצוב לאונס שאינו קצוב (שמ) * ענף ג': רצון בגירושין, מהו? (שמג) * אונסא דנפשיה בגט ובמתנה להלכה (שמח) * רצון הבעל כשמגרש באונסא דנפשיה (שנד) * רצון הבעל כשמגרש בכפיה בדרך ברירה (שנה) * רצון הבעל בגירושין בכפיה כדין (שנו) * רצון הבעל כשגירש מחמת אונס שאינו קשור לגירושין (שסא) * ענף ד': הרחקות דר"ת, הלכה למעשה (שסג) * החולקים על המהריב"ל (שע) * ביאור המחלוקת (שעב) * אחרונים נוספים שחולקים על המהריב"ל (שעד) * הרחקות דר"ת בבעל מעוכב יציאה (שעה) * הרחקות דר"ת בבעל שלא חוייב בגט (שעו) * הרחקות דר"ת לדעת הרשב"א (שעה) * תליית הרחקות דר"ת בגירושין (שעט) * הרחקה שלא כדין, האם פוסלת את הגט (שפ) * הרחקה על פי אומדנא (שפ) * הרחקת ילדי המורחק (שפא)

דיני ממונות**שמיטת כספים / פגימת וזקיפת כתובה**

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

פסק דין (שפט) * עובדות נחוצות (שפט) * ההחלטה נשואת הערעור (שצ) * טענות הצדדים - טענות המערער (שצ) * תגובת המשיבה (שצא) * טענות נוספות של המשיבה, במסגרת הערעור שכנגד (שצא) * תגובת המערער (שצא) * דיון (שצא) * הקדמה (שצב) * פרק א': חוב הנשטט בשביעית (שצב) * ענף א': הגדרת הנגישה (שצג) * ענף ב': הגדרת החוב (תא) * מעשה בית דין (תא) * ענף ג': חוב שהנתבע כפר בו (תג) * פרק ג': מלווה הטוען שלא ידע ששביעית משמטת (תה) * פרק ד': ספק בשמיטת כספים בזמן הזה (תו) * פרק ה': שמיטת כספים בזמן הזה (תי) * א. טעמי הרא"ש (תי) * ב. טעם המהרלב"ח והמהרשד"ם (תיא) * ג. טעם המהרי"ק (תיג) * ד. טעם מהרי"ל ותורות הדשן (תטז) * ה. טעם התומים (תטז) * ו. טעם הב"ח (תיז) * ז. טעם הפרישה (תיז) * ח. טעם המהרי"ל (תיט) * ט. טעם הרז"ה (תיט) * מסקנה (תכב)

במכירת דירה, האם נכלל המחסן עימה

הרב מסעוד אלחדד, אב"ד ירושלים..... תכג

יד בעל השטר על התחונה (תכה) * אף שהמוכרת הפרה ההסכם מ"מ הקונה מחלה לה בכתב" ודין אסמכתא (תכה) * "לך ואני אבוא אחריך" (תכו) * סוף דבר (תכו) * הערת הרה"ג ח. י. רבינוביץ שליט"א (תכז) * ערעור על פס"ד הנ"ל והפסיקה בו (תכה) * דין ודברים בין המוכר והקונים, והמתווך (תל) * מסקנת הדברים (תלז) * תשובתו של הרה"ג הרב שלמה פישר שליט"א בענין הנ"ל (תלט) * תשובתו של הגאון הרב ז. נ. גולדברג שליט"א (תמא) * תשובתי בקצרה (תמב)

בקשת יורשים למנוע קיום צוואה

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

רקע ועובדות (תמג) * דיון והכרעה (תמה) * האם מן הסתם התכוון למסור את הבית לציבור (תמה) * האם יש צורך במעשה קניין (תמו) * נכסיי לך ואחריך לפלוני (תנב) * עבורי אחסנתא (תנב) * המישור החוקי (תנד) * טענת היורשים שאין לחוב להם (תנו) * מסקנות (תנו)

תוקפם ההלכתי של זכרון דברים ושטר תנאים

הרב עידו שחר, חבר בית הדין הרבני אשדוד..... תנז

רקע כללי (תנז) * עובדות שאינן שנויות במחלוקת (תנה) * עמדות הצדדים (תסב) * עמדת התובעת (תסב) * טיעוני התובעת (תסד) * עמדת הנתבע (תסה) * טיעוני הנתבע (תסח) * צירוף מסמכים לתיק בשלב הסיכומים (תסט) * דיון (תע) * הפרק ההלכתי (תעז) * ענף ב': מחויבות הבעל להתחייבות אביו בהסכם (תפ) * חלק ב': הטענה שהבעל לא היה מודע להסכם (תפא) * מוצא הדברים (תפא) * מוחזק שטוען חזרתי בי מהתחייבותי (תפח) * מוחזק שטוען שאינה שכיחה כלל (תפט) * חלק ג': ההסכם שעשה

אבי הבעל על דעת הבעל, האם מחייבו (תצב) + חלק ד': חתימת הבעל על שטר התנאים, האם מלמדת על מחויבותו להסכם (תצט) + ענף א'. המשמעות של חתימת החתן והכלה וקבלת קנין על שטר התנאים (תצט) + ענף ב': תוקפן של ההתחייבות הממוניות בשטר התנאים (תקג) + חלק ה': האם הפעולות שעשה הבעל במהלך הנישואין מלמדות על מחויבותו להסכם או מחדשות חיוב כלפי האשה לקיים את ההסכם (תקי) + ענף א': תוקפו ההלכתי של התצהיר (תקי) + ענף ב': משמעותו ההלכתית של התצהיר (תקיא) + חלק ו': נאמנות הצדדים (תקטו) + מן ההלכה למעשה (תקטז) + לעת החיתום (תקיז) + הכרעה (תקיז)

דיני ממונות בין בני זוג

חלוקת רכוש בין בני זוג בשעת הגירושין

הרב שלמה תם, אב"ד ירושלים.....תקכא

מועיל מדין קנין סיטומתא (תקכא) + מועיל מדין דינא דמלכותא דינא (תקכג) + החלוקה מתחלקת בשוה (תקכד) + ביאור דברי העזר משפט (תקכה) + חלק ב' (תקל) + מסקנת הדברים: (תקלז)

חיוב דמי שימוש בין בני זוג

הרב שניאור פרדס, ראב"ד נתניה.....תקלח

חיוב בן זוג בדמי שימוש (תקלט) + דיני שותף שהשתמש לבדו (תקלט) + מחה השותף מעיקרא (תקמב) + פירוק השותפות במניעת שותף את חברו משימוש - מכח אומדנא (תקמו) + דעת הרשב"ש החולק על הרשב"א (תקמז) + שיטת השער משפט שהרשב"ש לא נחלק על הרשב"א (תקמח) + תשובת זרע יעקב שנקט כשער המשפט (תקמט) + דעת הבית דוד דהרשב"א והרשב"ש לא פליגי (תקנ) + השמטת הרמ"א את טעם הרשב"א (תקנא) + ביאור סיוע דברי הרשב"א לסוברים שנחלק על הרשב"ש (תקנב) + דעת הר"י מגאש לחלוק על דעת הרשב"א (תקנג) + המסקנות מהאמור להלכה (תקנה) + דמי שימוש לאחר תקופת הגירושין (תקנו) + דמי השימוש בדירה עד למועד הגירושין (תקנח) + זמן סיום השותפות (תקנט) + הזמן בו הגשת תביעה לפירוק השותפות מחייבת "דמי שימוש" (תקסג) + הגדרת המושג "סיום השותפות" (תקסו) + אומדנא בכוונת ההשתתפות וחילוקי מקרים (תקסז) + תנאי חיוב 'נהנה' משל חברו (תקסה) + המקור לחיוב דמי שימוש בנכסי חברו (תקסט) + החילוק בין 'מבטל כיסו' ובין 'זה לא נהנה וזה חסר' (תקעג) + 'נהנה' 'אוכל חסרונו' (תקעה) + זה נהנה וזה חסר בפחות משווה פרוטה (תקעו) + הרשות לומר לדר בחצרו "צא" ותביעת שכר אם אמר כן ולא יצא (תקפא) + אמר לו "צא" והלה לא היה יכול להשכירו לאחרים (תקפט) + שותף הנהנה לבדו מנכס משותף שונה מ'נהנה' אחר בכהאי גוונא (תקצא) + דירה העומדת למכירה (תקצא) + מניעת בעל הדירה מלדור בה (תקצד) + החילוק בין "אמר לו צא" לבין "הוציא את חברו מביתו" ודר בו (תקצד) + כאשר אין לבעלים היכן לגור (תקצו) + לאחר הגשת תביעה ל"דמי שימוש" (תקצז) + חיוב בדמי שימוש בלי לדור בבית בפועל (תקצח) + ביאור דין 'משתרשי' (תקצט) + סיכום דברי הקצות החושן והשערי ישר בגדרי 'נהנה' ו'משתרשי' (תרד) + החילוק בין 'נהנה' על ידי מעשיו להנאה הבאה שלא על ידי מעשיו (תרד) + דין 'חסר' ו'גלי אדעתיה' ב'נהנה' וב'משתרשי' (תרה) + ההשלכה לנידון דיין (תרה) + ספק אם הכריחה אותו לעזוב (תרט) + איסור מגורים משותפים כשנאסרה עליו (תרט) + חיוב במקרה של ספק - קרקע בחזקת בעליה עומדת (תריב) + דמי שימוש במטלטלין (תריז) + תיאור המקרה (תריז) + המשתמש

במטלטלין של חברו שלא מדעתו (תריז) ♦ דמי שימוש במטלטלין שנקנו והתברר שהיה מקח טעות מחמת מום (תרכ) ♦ אוכל חסרונו של חברו בקרקע ובמטלטלין (תרכב) ♦ שוכר מטלטלין של חברו שלא מדעת וללא רשות אם דינו כגזלן (תרכג) ♦ שואל שלא מדעת אם נחשב כגזלן לכל עניין (תרכה) ♦ בני זוג כשותפין (תרכט) ♦ חלוקת שותפות צריכה קניין (תרכט) ♦ קניין לחלוק הינו קניין דברים (תרלד) ♦ סיטומתא בהסכמים (תרלב) ♦ קניין סיטומתא בהסכמי גירושין (תרלב) ♦ הדין במקרה שלפנינו (תרלד) ♦ המסקנות ההלכתיות העולות מפסק הדין (תרלה) ♦ דיני נהנה: (תרלט) ♦ דמי שימוש במטלטלין: (תרמב)

חיוב הבעל בדמי שימוש על חלקה של האשה בדירה

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

דין והכרעה (תרמה) ♦ 2. חיוב מדין נהנה (תרמו)

חובות משותפים

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

העובדות (תרמט) ♦ טענות הצדדים (תרמט) ♦ טענות האישה (תרמט) ♦ סיכום הוויכוח בין האישה לבעל ואחיו (תרנ) ♦ דיון והכרעה בעניין הסכום שהיא מודה בו, האם נדון אותו כהלוואה או כמתנה (תרנ) ♦ הכרעת הפוסקים במחלוקת הרשב"א והריטב"א (תרנד) ♦ בנדון דידן י"ל שבוודאי ניתן כהלוואה ולא דמי לכל נותן לחברו בסתמא (תרנה) ♦ כשהבעל אומר ברי שלקח המעות כהלוואה והיא טוענת שמהם מתנה (תרנד) ♦ מדוע לא טענין לאישה שמה בתורת מתנה ניתנו, ובגדר חלוקת חובות לאחר קבלת קניין לדון לפי חוק יחסי ממון (תרנט) ♦ מסקנת הדברים ביחס לסכום שהאישה הודתה בו (תרס) ♦ בענין יתרת הסכום של הלוואת האחים בסך 165,000 ₪ בדין מודה במקצת ומחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם (תרסא) ♦ מודה במקצת כשטענתו היא טענת פטור (תרסא) ♦ מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם בלא הו"ל למידע (תרע) ♦ היוצא מדברינו (תרעה) ♦ האם בנד"ד היה על האישה לדעת מהו גובה הסכום שהועבר לחשבון ע"י אחי הבעל (תרעה) ♦ ההלכה בדין לא הוי לי למידע (תרעט) ♦ מסקנת הדברים: (תרפ)



תקציר פסקי הדין

יוחסין

פסק דין לכשרות ולד שנולד מתרומת ביצית

הרב מרדכי טולידאנו, אב"ד ירושלים.....א

גרושה מעוברת שלטענתה התעברה מתרומת ביצית של גויה בהפריית בן ישראל. קביעת היחוס - מחלוקת הפוסקים מי נחשבת האם, בעלת הביצית או היולדת, והראיות לכך מדברי הקדמונים. מחלוקתם של אונקלוס והאבן עזרא, אם האבהות נקבעת בהריון והאמהות בלידה או להיפך.

הנדון תלוי בסוגיית ילדה שסיבכה בזקנה [סוטה מג ב], אימתי בטלה הילדה בזקנה, וההקבלה בין נדון זה להשתלת איברים [והאם שייך זה וזה גורם כאשר האיבר המושתל בפני עצמו אין לו חיות מחוץ לגוף האשה].

היתר "זה וזה גורם" בקביעת המין בבעלי חיים ובאדם, וגדר דין זה, אם הוא משום ביטול ברוב [על פי הר"ן ע"ז מט א, ואבני מילואים שו"ת סי' ו], והנפקא מינה אם הוא דין מיוחד באיסור והיתר או נוהג גם בקביעת יוחסין. האם שייך דין "זה וזה גורם" כששני הגורמים הם היתר - חידושו של הגר"ח מבריסק.

כאשר יש גורם שלישי - זרע ישראל בביצית גויה והאם הפונדקאית.

יחוס לאב בלא ביאת איסור - כל מקום שיש קידושין ואין עבירה היחוס אחר האב.

ההקבלה לכלל שהיוצא מן הטהור והיוצא מן הטמא טמא - דג טמא הנמצא במעי דג טהור.

טבילת האם לצורך גיור העובר, והטעם שאין בזה חציצה משום דהיינו רבותיה.

דעת הסוברים שקביעת היהדות היא בעצם הלידה ממעי אשה ישראלית.

מסקנה: אין ודאות לגבי קביעת יחוס העובר, ויש לגיירו מספק. אין להצריך את בני הזוג ג' חודשי הבחנה, משום שאין לך בו אלא חידושו, ולא גזרו חכמים בתרומת ביצית. מספק, הולד אינו נחשב בן האב המפרה לענין יבום וירושה. יש למולו לשם גירות, ובדיעבד א"צ הטפת דם ברית. אין לעודד הפריה מתרומת ביצית. הסכמת הגר"ע יוסף לפסק זה.



קביעת היחוס בביצית של אשה גויה

הרב חיים וידאל, חבר בית הדין הרבני ירושלים.....טז

הנידון: קביעת יחוסם של ילדים שנולדו מהפריית ביצית של גויה ונתינתה ברחם אשה ישראלית. חיוב מזונות על האב המפרה, והחזקת הילדים.

האם הבנים מתייחסים אחר האם היולדת הפונדקאית או אחר בעל הביצית הגויה, ומה דינם ביחס לאב המפרה, שאלה זו קיימת גם כאשר בעל הביצית היא יהודיה. קיבוץ דברי גדולי פוסקי זמנינו בענין זה. שורש

הספק: א. אם מחמת דין עובר ירך אמו נקבעת היולדת כאם העיקרית. ב. האם קביעת האמהות נעשית בעת ההפרייה או בעת הלידה. ג. ביצית או זרע הנלקחים בשלב זה שעדיין אין בו חיים, אם יש לכך משמעות לענין קביעת היחוס. תכונות הילוד הגנטיות נקבעות בביצית - האם יש בכך כדי לקבוע את יחוסו.

בן ישראל מן הנכרית - האם מתייחס אחר אביו [ע"פ סוגיית הגמרא ביבמות כב א, ולהלן שם צח א], והמשמעות שיש לכך בנושא שלפנינו.

סברת הרב מרדכי רלב"ג לחלק בין תורמת יהודיה לגויה, מחמת ריחוק היחוס שבין ישראל לגוי, וציון בהמשך המאמר לדברי הגר"ז גולדברג שפקפק בחילוק זה, על פי הגמרא ביבמות [צז ב]. הנדון בעובר ממש שנוצר במעי נכרית והועבר למעי ישראלית.

הגם שישאל הבה על הנכרית אין בנו מתייחס אחריו, זרע ישראלי המופקד בביצית של גויה אינו בטל, כיון שלבסוף הביצית מושתלת במעי אשה ישראלית.

יחוס הבן לאביו בביצית של ישראלית, נדון רחב על פי השיטות השונות באשה שנתעברה באמבטי האם הבן מתייחס אחר אביו [חלקת מחוקק סי' א ס"ק ח, ט"ז שם ס"ק ח, ב"ש שם ס"ק י, ברכי יוסף שם ועוד].

ילד שאינו מתייחס אחר אביו אבל נולד ממנו, האם חייב האב במזונותיו, מחמת שהביאו לעולם, או משום דין מזיק, או מדין אתנן, או מדרכי השלום וההנהגה המוסרית. בענין זה, בבן ישראל מן הנכרית, משא ומתן נרחב בין הגר"ח ל אויערבך לגרב"צ עוזיאל, הגרי"א הרצוג ועוד מפוסקי הזמן.

חיוב מזונות בילד שנולד מנישואין אזרחיים - משא ומתן בזה על פי הסברות הנ"ל.

האם לגבי חיוב המזונות יש משמעות לכך שהבן מתגייר. השיטות השונות שכאשר הבן מתגייר מקיים בו האב מצות פריה ורביה.

האם חתימה על מסמך המאשר החזרת עוברים לרחם האשה נחשב כהסכמה לקבל אחריות למזונותיו כאב. בכלל זאת, השאלה האם התחייבות למזונות יש בה חסרון של דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו קצוב שלא חל בו קנין, ושיטות הפוסקים לגבי התחייבות בדבר שאינו קצוב. חיוב מזונות בילד מאומץ והקבלת הדברים לנדון שלפנינו.

מובאת תשובת הגר"א וויס שצידד לחייב את האב המפרה במזונות הבן משום תקנת אושא, שכל עיקרה טבע העולם שהאב מרחם על בנו וזן אותו מנכסיו, ולענין זה אין הבדל אם האם יהודיה או לא, ומה דין היחוס שביניהם על פי דיני היוחסין. ראיות לכך שמצות פריה ורביה שונה מגדריה מדיני עריות וקביעת היחוס, וכך גם בנדון הנ"ל שלפנינו.



היתר ממזר בתרי רובי

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

הנדון: חשש ממזרות באשה שילדה כשנתיים לאחר שנפרדה מבעלה בלא גט, והבעל הראשון טוען שאין הולד ממנו.

בירור יסודות דין יכיר על פי סוגיית הגמרא בקידושין [עח ב]. שלושה צירופיו של רעק"א לקולא בדין יכיר:

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. משא ומתן מדברי האחרונים בשלוש מחלוקות אלו.

דין יכיר, כאשר הבעל בדבריו נסמך על עדותם של אחרים ואינו יודע להעיד בעצמו, על פי דברי הבית שמואל [סי' וס"ק כז], ומה שביאר בדבריו בשב שמעתתא [ש"ב פט"ו]. ביאור האחרונים בנדון זה, האם דין יכיר הוא מדין עדות ונאמנות, או כעין בעלות - שאדם מוסמך לקבוע את דיניו של בנו, שסברא זו קיימת גם כשעדוהו נסמכת על אחרים.

דין יכיר מבוסס על החזקה דרוב בעילות אחר הבעל, נפק"מ באופן שאינם חיים יחד זמן רב, האם נוהג לגביו דין יכיר.

דין יכיר - דוקא באופן שהוחזק כבנו, ולא באופן שאומר על אדם מן השוק "זה בני ומזר הוא".

אמר האב "זה הולד אינו ממני", אך לא אמר להדיא שהוא ממזר - האם דינו כממזר ודאי או כספק ממזר. רשע הפסול לעדות - אם נאמן להעיד על פסלות הבן מדין יכיר. הטעם שנאמן לומר זה בני בן גרושה ובן חלוצה, אף שהוא משים עצמו רשע בכך. החילוק בין שוגג למזיד.

נאמנות הנטען לפסול את בנה של האשה בטענה שהוא אביו שזינתה עמו תחת בעלה - מחלוקת הרמב"ם והרשב"א בענין זה, והכרעת השו"ע. פרטי דין זה והחילוק בין נפק"מ דאורייתא לדרבנן, ובין אם דיימא נמי מעלמא או לאו.

דעת הסוברים שגם כאשר יש נטען מסויים, אין תולים בו את הולד אלא אם כן היו חבושים יחד בבית הסוהר שבהכרח ממנו נתעברה.

דין יכיר - האב נאמן ולא האם. האם אינה נאמנת כלל, או שנאמנת להחשיבו כספק ממזר ולא כודאי, תשובתו של הגר"ש משאש.

האם הבן נאמן לפסול את עצמו מדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, ובאופן שניכר שהוא נסמך על עובדות מסופקות. באופן שהוחזק כבנו של הנטען, האם מצטרפת חזקה זו לדבריו לאוסרו מהטעם הנ"ל.

תרי רובי גויים - האם ניתן לסמוך על כך להכשיר את הולד, מחמת הסברא שמן הסתם לגוי נתעברה שאין בנו ממנה נעשה ממזר, על פי סוגית הגמרא והראשונים בכתובות י"ד ב'. דעת הסוברים שאין תולים בגוי מחמת הריחוק שיש בין בנות ישראל לנכרים, ודברי הגר"ע יוסף שבזמנינו שיהודים ונכרים יושבים יחד על ספסל הלימודים בטלה סברא זו.

האם ניתן לסמוך על תרי רובי באופן שרישומי הממשלה בתעודות מוכיחות את היפך הדברים.

מסקנה: על פי כל הנ"ל המבקש מותר לבוא בקהל ואינו בחשש ממזרות.



מוחזקות כהונה בטעות ע"פ שם משפחה

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

הנידון: אדם ששם משפחתו "כהן" ומבקש לשאת אשה גיורת, בטענה שאינו כהן, ומעולם לא נהג במנהגי

כהונה - עלייה לדוכן ודיני טומאת כהנים. כמו כן, הוצג בפני בית הדין תיעוד רב שנים בו המבקש מנסה לשנות שם משפחתו ברשויות השונות, ללא קשר לנישואין אלו שלפנינו.

מבירור בית הדין מסתמן, כי ככל הנראה סבתו של המבקש נישאה לכהן וכו', ובהמשך התגלגלו הדברים שנרשם כבנו, והאמת שאינו כהן.

בהקדם יש לדון אם מועילה אמתלא לבטל חזקת כהונה, ואם חזקה על פי שם משפחה נחשבת כחזקת כהונה. בנדון שלפנינו יש לצדד שאין בכך נפק"מ, כיון שידוע מפני מה נקרא שם משפחתו כך וכי אין הוא בנו של אותו שנישא לסבתו אחר שנולד. עדויות שונות על מקרים שהחזיק עצמו ככהן בציבור. בירור גדר שויא אנפשייה בחזקת כהונה. בירור גדר אמתלא אימתי היא מועילה להפקיע חזקתו הראשונה - אתי דיבור ומבטל דיבור ולא אתי דיבור ומבטל מעשה. אמתלא באופן שהחזיק כך שנים רבות.

הסברות להתיר בנידון שלפנינו: חזקה על ידי שם משפחה היא חזקה קלושה. נעשו מעשים בעבר לשנות את השם, מה שמאושש את טענת המבקש.

נאמנות תעודות ממשל לקבוע את יחוס הבן, על פי סוגית הגמרא בגיטין י' ב'. החזקה דלא מרעי נפשייהו, נאמנות ערכאות - תקנת חכמים בדיני ממונות. החילוק לענין זה בין היתר עגונה לשאר דבר שבערוה. החזקה דלא מרעי נפשייהו כנגד חזקת כהונה.

מסקנה: המבקש אינו בחזקת כהונה, ומותר לשאת גיורת.



כתובות

חיוב כתובה כשבהסכם הממון נאמר שאין לצדדים תביעות הדדיות

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

הנידון: זוג הנשואים בזיוו"ש התגרשו, והאשה תובעת כתובתה. מנגד, הבעל תובע חובות אחרים שלטענתו האשה חייבת לו, עוד הוא טוען שאין האשה זכאית לכתובה משום שהיא זו שרצתה בגירושין, וכן שנערך ביניהם הסכם ממון לפני הנישואין בו מצהירים הצדדים שלא יהיו ביניהם תביעות הדדיות.

א. עפ"י חו"ד מקצועית של יועצת נישואין שאליה הופנו הצדדים ע"י בית הדין, מתברר כי האשה מעוניינת בשלום בית, אך היועצת אינה רואה שהדבר אפשרי בתנאים הנוכחיים, כאשר הבעל מתנגד לעבור דירה ממקום מגוריהם הסמוך למגורי גרושתו וילדיו. על כן אין לראות את האשה כתובעת גירושין, ואינה מפסידה את כתובתה משום כך.

ב. בהסכם הממון אכן נכתב כי הצדדים מוותרים על כל תביעות הדדיות שיווצרו מכח הנישואין, אולם עניין הכתובה לא הוזכר בו במפורש, ואין בסיס איתן לטענת הבעל כי הסכם זה כולל בתוכו גם ויתור על הכתובה. נמצא אם כן שהאשה אוחזת בשטר כתובה ברור מחד, והבעל אוחז בשטר מחילה מסופק מאידך.

דין 'יד בעל השטר על התחוננה': מתבאר בדברי הראשונים שכוונת הדברים שאין להוציא ממון ע"י שטר אלא אם כן הוא מברר באופן מוחלט את העובדות.

מחלוקת הראשונים, אם אמרינן 'יד בעל השובר על העליונה'. אמנם אף לדעות שיד בעל השובר על

התחתונה, היינו באופן שבו חל החיוב בתחילה, ורק לאחר מכן חל ספק על הפרעון מכח השובר, אולם כאשר הספק בפרעון חל קודם שעת החיוב, לכו"ע יד בעל השובר על העליונה. ולכן בנידו"ד שחיוב הכתובה בא יחד עם הסכם הממון (השובר), יד הבעל על העליונה.

דעת המהרי"ק שבחוב ברור יד בעל השובר על התחתונה מצד ברי ושמא, ודברי הש"ך שזהו כאשר השובר הוא גוף טענתו, אולם כאשר הוא רק מסתייע ע"י השובר, אין לומר שידו על התחתונה. מחלוקת התשב"ץ והב"י באופן שאין הספק בתקנה אלא בתנאי, שלדעת התשב"ץ יד בעל השובר על העליונה, ולדעת הב"י כיון שעצם חיובו הוא מכח התורה אינו יכול לפטור עצמו מכח התנאי.

דברי הישועות ישראל, שבשטר מכר לכו"ע יד בעל השובר על התחתונה. וא"כ בנידו"ד שהסכם דומה לשטר מכר ולא לשטר מחילה יש לחייב את הבעל בתשלום הכתובה.

מחלוקת הראשונים בשטר מחול, אם דינו כשטר פרוע. דעת הרשב"א שבטענת מחילה על הלוח להביא ראיה שהוא מחול. דעת הרמב"ן ששטר מחול דינו כפרוע ועל המלוה להביא ראיה. דברי הש"ך שאף להרשב"א כשמחילה היתה באופן של הסכם הדדי ולא בתורת מתנה, יד המוציא על התחתונה. וא"כ בנידו"ד יד האשה על התחתונה. באנו למחלוקת ראשונים בדין ספק מחילה, אם מעמידים ממון על חזקתו או על חזקת חיובו.

ג. מחלוקת הראשונים אם מועילה מחילת האשה על כתובתה. דברי האחרונים שלאחר הנישואין (אחר ביאה לדעת הנתי"מ או לאחר חופה לדעת הגר"א) לכו"ע לא מהני מחילתה. בנידו"ד לא כתבה להדיא שמוחלת על כתובתה, ויש ספק במה שהתנו ביניהם אם התנאי כולל את חיוב הכתובה. ואף לדעת הסוברים שא"צ לכתוב 'התקבלת' ובשטר מחילה סגי, מכל מקום כאן אין ברור הדבר שכך היה, ואף קודם הגט עמדה האשה על תביעתה ואומרת שלא מחלה על כתובתה.

ד. העמד כתובה על חזקתה: מחלוקת הראשונים בספיקא דדינא אם אמרינן העמד כתובה על חזקתה. לענין ספק עובדתי לכו"ע הכתובה בחזקתה.

לדינא בנידו"ד, מכיון שהדבר נתון בספיקות רבים, יש לפשר בין הצדדים, ויש לחייב את הבעל בתשלום שליש מהכתובה.

ה. תוקף הודאה מוקלטת ללא עדים: מחלוקת הראשונים אם באופן זה טענינן למודה טענת השטאה או לא, ועכ"פ יכול המודה לטעון קים לי דטענינן ליה. ועל כן א"א להוציא ממון ע"י הודאה מוקלטת.

ו. פשרה בחיוב מודה במקצת: מנהג בתי הדין לפשר במקום השבועה, והיינו לנכות שליש חלף השבועה.



פטור הבעל ממזונות האשה במקום שקבעו חיוב גט

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

בית הדין קבע חיוב גט על האשה, אך היא מסרבת לקבל גט, והבעל מבקש לפוטרו מחמת כן ממזונותיה.

שיטת הרא"ש [כלל מב ס' א] שכאשר הבעל מוכרח לגרש יש לפוטרו ממזונותיה [שו"ע ס' קיז סעי' יא].

נדון האחרונים ומחלוקתם לדינא, האם דברי הרא"ש אמורים באופן שבית הדין פסק כפיית גט, או גם

במקום שאין אלא חיוב גט בלבד.

שיטת הרא"ם שכאשר הבעל מנוע לגרש את אשתו בעל כרחו הרי הוא פטור ממזונותיה, ומחלוקת האחרונים בהכרעת דין זה. חילוק האחרונים לענין זה בין מזונות ארוסה למזונות נשואה. דעת הסוברים שאחר שנקבע חרם דרבינו גרשום הפך הדבר להיות כעין תנאי בנישואין שלא יגרשנה בעל כרחו, וממילא בטלה סברת הרא"ם. סברות נוספות בדחיית שיטת הרא"ם. דעת הסוברים שכאשר יש לבעל טענה מבוררת שמחמתה הוא מבקש לגרש את אשתו - הלכה כהרא"ם - שיטת הישועות יעקב בענין זה.

בני זוג ספרדים שכלל לא נהגו בתקנת רבינו גרשום - האם יכולים לומר קים לי כדעת הרא"ם, ובאופן שנשבע תחת החופה שלא יגרשנה בעל כרחו. רעותות בתקפות ההלכתית של שבועת החתן תחת החופה - גדר תוקף שבועה בתקיעת כף, נוסח השבועה בלשון עבר, מושבע מפי הרב, נוסח השבועה בקהילות השונות.

מסקנה: לאחר שבית הדין פסק שהאשה חייבת לקבל את הגט מיד הבעל והיא מסרבת, רשאי הבעל להמנע מלספק לה את מזונותיה, וכל תנאי וחיובי האישות בטלים לגביה לגמרי. זאת על פי דברי הישועות יעקב הנ"ל, שכאשר הבעל בא בטענה מבוררת מפני מה הוא מואס באשתו, רשאי הוא על ידי טענתו זו למנוע ממנה את מזונותיה, וכל שכן בחיוב גט, ובצירוף דברי החלקת מחוקק וסיעתו בדעת הרא"ם ש שכן הוא בכל אופן בו נקבע על האשה חיוב גט מחמת מום וכדומה, ובצירוף שיטת הרא"ם שיש סוברים שניתן לומר קים לי כדבריו, ובפרט כאשר מדובר בבני זוג ספרדים שלא קיבלו עליהם חרם רבינו גרשום וכאמור.



פסיקת דינא דמתיבתא וההשלכות הנובעות מכך

הרב אוריאל לביא, אב"ד ירושלים.....קפד

הנידון: אשה מבקשת להתגרש בטענת מאיס עלי, והבעל מבקש להורות על חזרה לשלום בית, וטוען שהאשה הודרכה לטעון כן, ואין האמת כדבריה.

א. בטענת מאיס עלי ונותנת אמתלא לדבריה, מבואר בפוסקים שאין צריך לשהות י"ב חודש, ודנים בזה דינא דמתיבתא.

סוג המאיסות מבואר מדברי הפוסקים שהוא באופן שאין האשה יכולה לדור עם בעלה מכל טעם שהוא, ובפרט כאשר היא מעדיפה מוות מחיים עם בעלה, שבאופן זה אף שאין היא טוענת להדיא 'מאיס עלי' דנים בזה דינא דמתיבתא.

מדברי האחרונים מבואר שדנים כן אף באמתלא שאינה מבוררת, כל עוד אין לחוש לערמה.

באופן שתנובעת כתובתה, כתבו האחרונים שאין דנים בה דינא דמתיבתא. אכן במקרה דנן לא עמדה האשה על תביעת הכתובה, מלבד מה שהכתובה צויינה בכתב התביעה.

ב. טענת הבעל שלימדו את האשה לטעון כן בשקר, אינה נוגעת לנכסי מלוג שלה, שאותם חייב הבעל להחזיר.

לענין טענת מאיס עלי אין צריך שתהא המאיסות בלתי הפיכה, אלא כל שהאשה מתנה את הפיוס בתיקון יסודי של הבעל והבעל מסרב, די בזה.

ג. כל עוד לא התבררו עילות לחיוב וכפיית גט, אין לכפות גירושין, ואף כשיש אמתלא מבוררת, אין הדבר ברור שיש מקום לכפיית גירושין. מאידך יש להורות שעל הבעל מצווה לגרש ולא להותיר את האשה בעינותה.

ד. דירת המגורים של בני הזוג רשומה רק ע"ש האשה, ונחשבת כנכסי מלוג שלה, ועל כן במצב הנוכחי זכות המגורים הבלעדית בדירה שייכת לאשה, שכן בטענת מאיס עלי אף ללא אמתלא מבוררת חוזרים נכסי מלוג לאשה אף קודם הגט.

גם בלא דינא דמתיתבא, כיון שהאשה מוחזקת בדירה ואין לבעל רק 'רווח ביתא', במקרה דנן שאין הזוג חיים במשותף אין מקום לזכות את הבעל ברווח ביתא, ועל כן זכות השימוש בדירה שייכת לאשה.



תביעת כתובה ופיצויים מחמת מרידת הבעל

הרב יגאל לרר, אב"ד פתח תקוה.....קצא

הנידון: פנוי ופנויה שחיו חיי אישות ולא היה בדעתם להינשא באותה שעה, ולאחר זמן נישאו, וכתב לה החתן בכתובתה מאתיים ותוספת כתובה. עתה באו בפני ביה"ד להתגרש, ובמסגרת הדיונים תבעה האישה את כתובתה, בטענה שהבעל הודה כי לא היתה לו סיבה לגרש את אשתו, כמו"כ הבעל חי עם אשה אחרת עוד קודם הגירושין, ואף ערך מסיבה מפוארת כ'חתונה' עם האשה האחרת, וכל נסיונות האישה להחזירו עלו בתוהו.

מלבד זאת דורשת האשה גם פיצויים, על כך שהבעל עזב את הבית בפתאומיות, ועל כך שהכפיש אותה ואת משפחתה בכל מהלך הגירושין, ועל הבושה שנגרמה לה כתוצאה ממסיבת ה'חתונה' שערך הבעל, ופרסום פרטיו כגרוש המחפש שידוך.

טענות הבעל לפטור עצמו מהכתובה הם, שנשא את האישה כבעולה ואין כתובתה מאתיים אלא מנה כדין הנישאת בעולה. ובפרט שהאשה לא ניהלה עמו חיי אישות תקינים, ויש לדונה כמוודת. מלבד זאת האשה היתה עוברת על דת משה ויהודית תמיד ועל כן אינה זכאית לכתובתה.

על טענות הבעל משיבה האישה, כי אף שלא הייתה בתולה בשעת הנישואין, מכל מקום היא בעולת הבעל עצמו מלפני הנישואין, ולכן כתובתה מאתיים כדין בתולה. ועוד, הואיל כתב לה בכתובתה מאתיים כדין בתולה, הרי חייב עצמו בכך מדעתו. טענות הבעל על העדר חיי אישות תקינים ושאר ההשמצות לא הוכחו, והאשה מכחישה אותם מכל וכל. בנוסף לכך, הוכיחה האשה כי היא זו שביקשה טיפול אצל יועץ זוגי, והבעל הוא זה שהפסיק את הטיפול מיוזמתו. כמו"כ עצם ה'חתונה' שערך בתוך כדי הדיונים בביה"ד על הגירושין מוכיחה כי פניו לא היו לשלום.

א. בית הדין התרשם כי אכן אין עילה לפטור את הבעל מחיוב הכתובה, וכל טענותיו נובעות מנקמות גרידא.

ב. בנוגע לטענת הבעל כי האשה היתה בעולה ואין לה אלא מנה, דעת הרמב"ם והטור שמפותה שנישאה למפתה כתובתה מאתיים, ודעת התוספות והראב"ד שכתובתה מנה. וכתבו הנוב"י החת"ס ורעק"א שזהו בנערה מופתה, אבל בוגרת מפותה הכל מודים שכתובתה מנה. לעומתם דעת הפנ"י והאור שמח ותשו' באר אברהם שאף בבוגרת כתובתה מאתיים לדעת הרמב"ם והטור. מלבד זאת דעת הפוסקים שכלל שהבעילה היתה לשם זנות ולא לשם נישואין, אין לדון בה דין בתולה, דסו"ס בשעת הנישואין בעולה לפנינו.

אף אם כתובתה מנה, כיון שכתב לה מאתיים בכתובתה, נחשב הדבר כתוספת כתובה, ודברי החתם סופר בענין זה.

ג. תביעות פיצויים לגיטימיות אך ורק כאשר תכליתן לקדם תהליך גירושין, ואין מקום לדון בהן בפני עצמן.
 ד. בנוגע לדרישת האשה להצמדת דמי הכתובה, דעת בית הדין כי סכום הכתובה נועד לכלכל את האשה בכבוד למשך שנה, ועל כן סכום של 360,000 שנקבע בכתובה יש בו די והותר עבור כך, ואין מן הנכון להצמיד את הכתובה למדד.



כתובה לעוברת על דת כשהבעל אינו שומר תורה ומצוות

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

הנידון: בני זוג חילונים שלא שמרו טהרה בביתם מעולם, האם יכול הבעל לפטור עצמו מחיוב הכתובה בטענה שהיא עוברת על דת בכך שאינה טובלת, או שמא כיון שלא הקפיד על כך מעולם אין ממש בדבריו.

דברי הראשונים מתבאר שאף שעוברת על דת אין לה כתובה, כאשר הוא עובר על אותו האיסור, יש לה כתובה.

מחלוקת הראשונים באופן שידע הבעל שהיא עוברת על דת ושתק, אם יוכל להפסידה כתובתה בטענה זו.

מ"ש הרמב"ם שלא תקנו כתובה לפרוצות, האם הכוונה דוקא באופן שהיא מכשילתו, או גם כששניהם פרוצים. האם ניתן להוכיח נדון זה משיטת הרא"ש לגביאשה שהיא מחייבי לאוין והכיר בה, שיש לה כתובה. דברי האחרונים שחיוב כתובה בחייבי לאוין אינו מעיקר דין האישות אלא כעין קנס לבעל, ואינו ענין לעוברת על דת שנישאת בכשרות.

דברי הקרן אורה ההפלאה והחזו"א שגם עוברת על דת, אם הכיר בה מתחילת הנישואין אינה מפסדת כתובתה.



גיטין

גט שנחתם שלא בדיו של הבעל

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

הנידון: לאחר חתימת הגט ע"י העדים, שם לב אחד העדים שחתם בדיו השייך לאדם אחר שגירש באותו הזמן, ולא לבעל המגרש.

א. מחלוקת הראשונים אם צריך להקנות לבעל את הדיו ואת הקלף, וי"א אף את הקולמוס. לדינא לכתחילה צריך להקנות, ובדיעבד במקום עיגון גדול נהגו להקל שהגט כשר גם בלא קנין.

ב. הסברא דאין צריך קנין להדיא והכל נכלל בנתינת השכר לסופר מאת הבעל. גם בזמן הזה תשלום פתיחת התיק כולל בתוכו את כל השירותים הנדרשים עבור הגט, ובכללם הקלף והדיו. הקביעה שהסופר מקנה את הדיו לבעל היא מדין קנין כסף, או מדין הפקר בית דין, ונפקא מנה אם צריך נתינה ישירה.

החילוק בין דיו של הסופר לדיו של אדם אחר. אם לדמותו לאופן שבו שכח הסופר לקנות בחזרה את הדיו מיד הבעל, והקנהו לאיש אחר שבא לגרש אחריו, שכתבו הפוסקים שהגט כשר מדין יאוש או מחילה של המגרש הראשון.

ג. החילוק בין הדיו לכתבת הגט לבין חתימת העדים. טעם הצורך שתהא כתיבת הגט משל הבעל, אם הוא מדין 'וכתב' שצריך שתהא הכתיבה משלו, או מדין 'ונתן' שצריך שתהא הנתינה משלו, ונפקא מינה לענין חתימות העדים אם צריך שיהיו משל הבעל. שיטת הרמב"ן שהוא מטעם היקש הויה ליציאה שצריך שיהא משל הבעל, ולפ"ז צריך לכתחילה שאף חתימות העדים יהיו משל הבעל.

אם יש לפסול גט זה מחמת השינוי מדעת המגרש, שרצה ליתן גט מהודר ולבסוף נתנו גט הכשר בדיעבד. אם יש לפסול את הגט מחמת שהדיו גזול. אין לדמות לדברי הש"ך שמוותר לאכול משל חבירו אם כשידע חבירו מכך יתרה, משום שבגט צריך הקנאה, ואין די בריצוי מצד הנגזל. לצדד שכיון שהדיו נקנה לבעל בשינוי מעשה ואין דין השבה - הגט כשר.



נאמנות אשה על מרידת בעלה

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

בני זוג שנפרדו, והאשה טוענת כי עברה השפלות קשות מצד הבעל, וכי הבעל סירב לקיים עמה יחס אישות. הבעל מכחיש.

נאמנות האשה לומר "אינו נזקק עמי".

מחלוקת הראשונים אם נאמנת כשאומרת שאין לו גבורת אנשים. הוכחת הש"ך שגם לדעת הרמב"ם והירושלמי נאמנת בכה"ג.

כאשר האשה טוענת שהבעל מורד מתשמיש, דעת האחרונים שאם תובעת גירושין בלבד יש לה העזה ונאמנת. נאמנות זו קיימת אף בזה"ז שהנשים חצופות, ואף במקום קטטה, אם הסיבה העולה מדבריה הוא טעם הקטטה.



חסימת דרכו של מחוייב בגט אל בית הדין הרבני

הרב עידו שחר, חבר בית הדין הרבני אשדוד.....רנט

הנידון: הצעת חוק שמקדמים גורמים שונים, שלפיה בית דין לא ידון בתביעות של בעל ואשה שבית דין רבני מוסמך החליט להטיל עליהם צווי הגבלה לפי חוק בתי דין רבניים, בגין סירובם לציית לפסק דין לגירושין.

פרק א: החובה על הדיין לדון דיני תורה

עצומים כל הרוגיה - זה שהגיע להוראה ואינו מורה. דוקא במי שהדור צריך לו. דיין הממונה על הציבור אין לו רשות להישמט מחובתו.

פרק ב: המצוה לדון את העם

דעת רוב מוני המצוות שמצוות מינוי דיינים מוטלת על הציבור, ואין בה הוראה לדיינים לדון. מצוות 'ושפטתם צדק' וכן 'בצדק תשפוט עמיתך' אין ענינן לחייב אדם לדון, אלא שאותם הדנים ידונו צדק, אולם דעת הרמב"ם והחינוך ואבודרהם ותשו' אבקת רוכל שמצוה זו כוללת גם את עיקר החיוב לדון.

פרק ג: מצוה לדון אדם אלים

דעת ההגהות אשרי שאף בעלי דין אלימים היכולים להזיק לדיין מחוייב הדיין לדונם, שנאמר 'ושפטתם צדק'. מחלוקת הפוסקים אם הוא דוקא כשהדיין יודע להיכן הדין נוטה, או אף כשאינו יודע מחוייב לשפוט ולברר הדין.

בעל דין המוסר את בעל דינו לערכאות, מחוייבים הדיינים לדון אותו ואינם יכולים להישמט.

פרק ד: אם ב"ד נזקקים למאן דלא ציית דינא

דעת כמה אחרונים שאין הדיין צריך להיזקק אם יודע שלא יקבלו בעלי הדין את הדין. בזה"ז שיש לביה"ד סמכות לדון ודבריו נשמעים, אין מקום להישמט מלדון אותם שלא צייתי דינא.

פרק ה: ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין

כלי הכפיה שיש לבי"ד אינו כולל רק את שורת הדין, אלא במקום הצורך יכולים הם לענוש שלא מן הדין. טעם הדבר הוא עפ"ד הר"ן, שבזמן שאין מלך, מקבל בית הדין את סמכותו של המלך לתקן תקנות לתועלת העם. וא"כ במקום שיש שלטון מתפקד על ביה"ד למשוך ידו מעיסוק זה.

אף שמבואר בגמ' שבי"ד עונשים ברשות המלך, מ"מ לדינא העיקר כדעת הרשב"א שאין רשות המלך לעיכובא, ויכולים לענוש למגדר מילתא עפ"י דעתם.

דעת הר"ן והנימוק"י שבי"ד שאינם סמוכים אינם רשאים לענוש בעונש הכתוב בתורה. אולם הדרכי משה כתב שמדברי שאר הפוסקים אין נראה כן. וכן דעת הריב"ש. ונחלקו האחרונים להלכה אם יכולים ב"ד בזה"ז לענוש בעונש מיתה.

דעת הרמב"ם ושאר פוסקים שאף שיכולים לענוש שלא עפ"י ד"ת, מ"מ אין להם לקבוע כן הלכה אלא רק לנהוג כן למעשה בהוראת שעה.

בגדר 'הוראת שעה' מבואר מדברי הרשב"א שביה"ד רשאי להורות הוראה כללית שעל מעשה מסוים ניתן עונש מסוים, והוראה זו יכולה להתקיים לדורות, ובלבד שיהיה ידוע שאין מדובר בשינוי של הלכה אלא בתקנה.

גדר המצב שבו יש צורך למגדר מילתא, כתבו הפוסקים דהיינו כשהדור פרוץ בענייני שמים בעבירות שבין אדם למקום או בין אדם לחברו, וכן כשהדור פרוץ בענייני ממונות ונהוג שלא כדין. וכן כאשר יש סכנה לציבור ממעשיו של אדם, או שיש חשש מתגובת הגוים בעקבות מעשיו. וכן כאשר יש צורך לעשות תקנות למנוע תקלה עתידית או נזק לציבור.

במקום שכעת אין הדור פרוץ, ויש חשש שבעקבות מעשיו של אדם אחד פרוץ שעשה את אותו מעשה פעמיים, או של אדם שעשה מעשים בפרסום, הדור יעשה פרוץ בענין זה, נחלקו הפוסקים האם ניתן לענושו. ובמקום שאין חשש שמעשיו של האדם הפרוץ ישפיעו על אחרים, אין ביה"ד רשאי לענוש שלא מן הדין.

גדר בית הדין הרשאי לענוש שלא מן הדין: בי"ד כשר, של דיין יחיד מומחה או של שלשה הדיוטות אף על פי שאינם סמוכים, שנתמנה על ידי הנשיא או טובי העיר.

בית דין שמופקד על תקנת הציבור ומרותו מוטלת על הציבור, וכן גדול הדור שמרותו מוטלת על הציבור, רשאים לענוש שלא מן הדין ללא רשות הנשיא או טובי העיר. והרבה ראשונים ואחרונים סוברים שכל בית דין קבוע וחשוב במקומו שאין יותר ממנו רשאי לענוש שלא מן הדין.

טובי העיר שבני העיר קבלום שיהיו כביה"ד הגדול, אעפ"י שאינם דיינים כשרים, רשאים לענוש שלא מן הדין. גדולי העיר שאינם טובי העיר, לדעת הב"ח הם בעירם כגדולי הדור לכל ישראל, ולדעת המהרי"ק אינם כגדולי הדור, ולדעת הרא"ם גדולי העיר הם כטובי העיר שנחלקו בהם הראשונים אם דינם כגדול הדור.

מכלל הדברים עולה, שבית דין קבוע וחשוב במקומו שאין בית דין חשוב ממנו, ומרותו מוטלת על הציבור, והוא חלק ממערכת שלמה שלה סמכות שיפוט על כלל אזרחי המדינה, רשאי לענוש שלא מן הדין, בפרט במקום מיגדר מילתא, שביה"ד הרבני רשאי להעניש ולקנוס שלא מן הדין. מכל מקום יש לעשות זאת במשורה ובמתון, ולאחר שביה"ד שקל את כל ההשלכות של עונש זה.

הדיינים צריכים להשוות את מידותיהם, שלא יאמרו שעם זה הקלו ועם זה החמירו, ולדקדק היטב שאין כאן ענין של קנאה ושנאה ותחרות עם בעלי הדין, ויעשו לשם שמים.

פרק ו: הפסד ממון לצורך אכיפת פסק הדין

כל האמור לעיל נוגע לתקנות הציבור, אך בכפיית פסק דין פרטי לכו"ע יכולים בית הדין לקנוס את המסרב ע"מ שיציית. שליח בי"ד שהזיק פטור מלשלם, אלא אם כן יכול להציל בענין אחר ולא הציל, ואם יכל להציל ובייש לכו"ע פטור.

פרק ז: עביד אינש דינא לנפשיה

בעל דין רשאי לעשות מעשה בעצמו [כגון תביעה בערכאות] לגביית חובו, ובלבד שנוהג כדין כפי שיתברר לבסוף, ואף אם התביעה בערכאות גרמה נזק לחברו. והוא הדין שליח בית הדין שרשאי לעשות מעשה על פי פסק דין סופי והחלטות ביניים של ביה"ד, דכל זה בכלל מאי דעביד אינש דינא לנפשיה.

במקום שיכול להציל בדרך אחרת אינו רשאי להזיק, ובגדר יכול להציל מבואר בגמ' שהיינו בדרך שיש בה פחות סיכון לממונו של חברו ואין בה יותר טרחה עבורו, שאם הציל בדרך שיש בה יותר סיכון לממון חברו וגרם נזק לחברו, לא נהג כדין וחייב לשלם.

שיעור טרחה יתירה, כתבו התוס' שלהרים חביות ולסדרם זו ע"ג זו חשיב טרחה יתירה. כמו"כ מבואר בראשונים שיש לאמוד דעת האדם המציל את ממונו, דאם דעתו פנויה לבחור את הדרך שבה יציל את ממונו ולא יגרום נזק לממון חברו, ולא עשה כן, חייב לשלם, ואם אין דעתו פנויה פטור.

במקום שיכול להציל במעט נזק, אסור לו להציל באופן שיש בו נזק גדול יותר.

אין הניזק מחוייב להפסיד אפילו הפסד קל, ורשאי לנקוט בכל מה שנוחץ ובכלל זה פעולות שגורמות הפסד לחברו, כדי למנוע מעצמו דברים אלו.

בגדר פסידא נכלל כל דבר שאדם לא מוכן לקבל עבורו תמורה כספית, גם כשאין כאן חסרון אבר או נכות אלא רק צער בעלמא, הדבר נחשב הפסד. ובאובדן כושרא דחיותא דנו הפוסקים אם נחשב פסידא.

פרק ח: כפיה לקיים את הדין ע"י קנס כספי

בעל דין סרבן, שיש אפשרות אחרת לכופו לקיים הדין, רשאי אף לקנסו בממונו לאכיפת הפס"ד, כפי שהסכימו החוות יאיר והמהרשד"ם שרשאי אדם לנקוט בפעולה בכדי למנוע מעצמו נזק. וכן מבואר בשו"ע לענין בעל שאינו זן את אשתו, וכן מדברי הראשונים והפוסקים לענין פריעת בעל חוב מצוה. ואף לדברי החולקים, מכל מקום הוראה של ביה"ד שהממון יוחזק ביד אוצר המדינה ויושב לבעליו כשזה יציית לפסק הדין, בודאי שהיא כדין לדברי הכל.

בית הדין אינו צריך להסכים לשום ויתור מצד התובע, אפילו בדרך של תוספת טרחה ועוגמת נפש, כדי שהנתבע יתרצה לקיים את פסק הדין.

פרק ט: כשרות גט שניתן בעקבות חסימת דרכו של הבעל לבית הדין

בעל שנוהג עם אשתו שלא כדין לפי תקנות חז"ל ותקנת הקהילות, נחלקו ראשונים אם כופים עליו לגרש את אשתו, ואף לסוברים שאין כופים לגרשה, מטילים עליו הרחקות דר"ת.

בכלל הרחקות דר"ת, כל הגבלה שמטילים על מנוחה למעט הנידוי עצמו שחל על גופו. וההבדל בין מורחק למנוחה, שלמורחק יש שיקול דעת אם לגרש, ולמנוחה אין שיקול דעת אם לגרש.

ההבדל בין הרחקה לכפיה: הרחקה היא אילוץ לגרש על ידי הימנעות מפעולה שאינה משנה את מצבו הכלכלי והאישי של הבעל, וכפיה היא אילוץ לגרש על ידי פעולה יזומה שמשנה את מצבו הכלכלי והאישי של הבעל.

הרחקה שגורמת לפגיעה בממונו של הבעל אפילו פגיעה שאינה קצובה, אינה נחשבת אונס, והרחקה שגורמת לפגיעה בגופו של הבעל, אפילו פגיעה קצובה, נחשבת אונס.

'אונס' הוא אדם שמחמת אילוץ או טעות לא היה לו שיקול דעת שלא לעשות את מה שעשה. ו'אונס' הוא אילוץ על ידי פגיעה או איום אמין בפגיעה או דרישה על ידי איש מאוים שמסוגל לפגוע באדם, בגופו ובממונו, במעשה או בטענה והכחשה, שרוב האנשים יכנעו לו ויגרשו. ויש אומרים שאף על ידי פגיעה או איום בפגיעה בקרוביו של האדם שרחמיו עליהם.

טעות שווה לאונס. הסוברים שדין בעל שהוטעה וגירש הוא כדין בעל שנאנס על ידי אחרים וגירש, ודעת החולקים. בעל שהוטעה ולא בירר את הדבר, האם אומרים לגביו דסבר וקביל לגרש ללא קשר להטעיה, והגט כשר.

בעל שהתחייב בקנס אם לא יגרש, ועמד בהתחייבותו וגירש, הכל מודים שהוא אינו נחשב לאונס.

אונס דסיקריקון: ישראל שהיה מסור ביד גוי להורגו או לגזול את ממונו, הציע לגוי ממונו - שווה לדין אונסא דנפשיה.

הרצון הנדרש בגירושין, הוא שהבעל המגרש יסכים בדעתו שהגירושין הם טובתו ולא טובתם של אחרים. כגון: בעל שנאנס לגרש מחמת אונסא דנפשיה; בעל שנאנס לקיים את חובותיו ומגרש כדי להיפטר מהם; בעל שנכפה לגרש כדין; בעל שגירש בגלל אונס שאינו קשור לגירושין.

בעל שנכפה לגרש שלא כדין, מגרש בלי רצון, שהגירושין אינם טובתו אלא טובתם של הכופים. בעל שגירש לאחר שהטילו עליו הרחקות דר"ת, אם מחמתן ילקה בגופו ויצטער שם צער רב בגופו הרי הוא פסול. ואם מחמתן יגרם לו הפסד כספי, הגט כשר, אף אם באונס דאחרים בעלמא ככה"ג הגט מעושה ופסול.

מחלוקת האחרונים אם הרחקות דר"ת נוהגות בזמנם במקום שאין צירופים לכפיה. ועל אף שלדעת רוב ככל האחרונים הרחקות דר"ת הוסכמו על כל הראשונים אף במקום שאין מצוה לגרש, חששו האחרונים לטעם שכתב המהריב"ל שבזמנם ההרחקות קשות בעיני אנשים יותר מן הנידוי. ביאור טעם זה בשתי דרכים: בזמן האחרונים אנשים חששו שהרחקות הן כנידוי ממש שפוגע בגוף האדם; בזמן האחרונים המעבר ממקום למקום נעשה קשה כל כך עד שאין לבעל שיקול דעת אם לגרש או לא, ודמי למה שכתבו הראשונים במניעת טובה שגורמת לצערא דגופא.

לפי שני הביאורים הנ"ל, בזמן הזה הרחקות דר"ת וצווי הגבלה שביה"ד הרבני רשאי להטיל על הבעל לפי חוק, אינם שווים לנידוי בזמן הראשונים והאחרונים שיד ביה"ד היתה תקיפה, ולצערא דגופא, ויש להקל לעשות הרחקות דר"ת בזמן הזה. וכן פסק מרן הראש"ל לצוק"ל והסכימו עמו חבריו חברי ביה"ד הגדול. מאותו הטעם, עושים הרחקות דר"ת גם כשהבעל מעוכב יציאה מהארץ בצו ביה"ד או ביהמ"ש.

העיקר לדינא שעושים הרחקות דר"ת גם במקום שהבעל לא חויב בגט. ומכל מקום צריך שיהיה איזה טעם חשוב לכך שהבעל נהג שלא כדין וכדומה.

לכתחילה היכא דאפשר אין לעשות הרחקות דר"ת במקום שהבעל לא חויב בגט או שיש איזה צירוף לכפיה (אף אם הבעל לא חויב בגט, כגון במורדת דמאיס עלי דשפיר דמי לצרף את דעת הרמב"ם והגאונים שכופים על הבעל לגרשה). אפשרות אחרת (שאינה מעשית בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל), לעשות את ההרחקות בלי לומר לבעל מדוע.

העיקר לדינא שבעל שהורחק שלא כדין וגירש, אינו מעושה, והגט כשר.

פסק דין שמטיל הרחקות דר"ת צריך להיות מבוסס על עובדות כמו כל פסק דין אחר שניתן בענייני אישות וממונות.

יש להימנע מלעשות את ההרחקות הנוהגות בילדיו של המורחק.



דיני ממונות

שמיטת כספים / פגימת וזקיפת כתובה

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

בני זוג שהתגרשו והאשה תובעת כתובתה, אך הבעל טוען כנגדה לחיובים אחרים שהאשה חייבת לו, ועל כן סוכם כי הבעל יתחיל בתשלום הכתובה, וככל שיתבררו טענותיו כצודקות - יתקזז חוב הכתובה עפ"י איזון משאבים. בפועל שילם הבעל חלק גדול מהכתובה בכדי להסיר ממנו צו איסור יציאה מהארץ. אמנם כעת לאחר שנת השמיטה טוען הבעל כי העובדה ששילם חלק גדול מהכתובה הופכת את חיוב הכתובה לזקיפת חוב שנשמט בשביעית, כיון שהאשה פגמה כתובתה. וכן אין לראות בפסק הדין 'מעשה בית דין' כיון שהפסק אינו חלוט. מלבד זאת טוען הבעל שאין לאשה את שטר הכתובה המקורי, אלא רק צילום ממנו הנמצא במשרדי הרבנות, ועל כן אין לגבות על פי שטר זה משום שעומד להזדייף וכן הוא עומד לזכרון ולא לגבייה.

האשה טוענת שהסכום ששולם עובר לגירושין אינו פגימת הכתובה, אלא תשלום ששילם הבעל בכדי

להסיר ממנו את צו איסור היציאה. וכן שלדעת הרבה פוסקים אין השביעית משמטת בזה"ז והפרזבול הוא חסידות בעלמא.

בנוסף טוענת האשה שלפי נסיבות מקרה זה יש לחייב את הבעל בכתובה בנוסף למתחייב מאיזון משאבים, וכן טוענת להצמיד את כתובתה.

א. חוב הנשטט בשביעית: מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם הוא דוקא בחוב גמור, או כל חוב משפטי או מוסרי השביעית משמטתו. אמנם צריך שתהיה ציפיה מצד המלוה שהלווה ישלם את חובו כעת, ולכן במקרה דנן שביט הדין עיכב את הפסיקה, נמצא שבאותו הזמן היה החוב מעוכב ולא היה ניתן לנגשו, ואינו נשטט בשביעית.

דעת הסמ"ע והב"י שכתובה שנזקפה במלוה אינה נשטטת אלא לאחר שעמדו בדין, ובנידו"ד פסק הדין הושהה, ואין לראות בזוכה 'בעל משה ידו' עד לפסק הדין הסופי.

ב. אם הנתבע כופר ואין התובע יכול לעשות דבר בכדי לזכות בתביעתו אין השביעית משמטת את החוב.

ג. מלווה הטוען שלא ידע ששביעית משמטת, אין בכך עילה לפטור אותו מדין שמיטת כספים.

ד. ספק שמיטת כספים בזה"ז: מחלוקת אמוראים אם מלוה בשטר שיש בו אחריות השביעית משמטתו, ומחלוקת הראשונים אם בזה"ז ששביעית דרבנן הנתבע יכול לומר קים לי כהשיטות שהחוב נשטט. מחלוקת הפוסקים אם בתקנה דרבנן יכול הנתבע לומר קים לי. ולמעשה אי אפשר להוציא ממון מהמוחזק מפני המחלוקת ומפני ספיקות נוספים בנידן שמיטה בזה"ז.

ה. דין שמיטת כספים בזה"ז: א. דעת הרא"ש שאין שביעית משמטת בזה"ז, ומחלוקת האחרונים אם צריך המלוה להזכיר תנאי מפורש שלא תשטט שביעית. ב. טעם המהרלב"ח ומהרשד"ם שצריך לכתוב בשטר ייפוי לשון שלא תשטט שביעית, ובמקום שהמנהג שאין שביעית משמטת תוקף השטר כפי מנהג המקום. ג. טעם המהרי"ק שאינו נוהג משום ששמיטת כספים בחוב בשטר שיש בו אחריות נכסים היא דבר שאינו ברור, והולכים אחר מנהג קבוע, ואם אין כזה, והלווה לא נשבע לפרוע - אין מוציאים מהלווה המוחזק. ונחלקו האחרונים אם אף לגבי כתובה הדין כן. ד. טעם מהרי"ל ותרומה"ד שאין שמיטת כספים נוהגת אלא במקום קרוב לא"י. ה. טעם התומים שר"י שסובר ששטר שיש בו אחריות אינו משמט משום שסבר ששמיטה דאורייתא, ולדין שפוסקים שמיטה דרבנן בזה"ז אף השטר אינו משמט. ו. טעם הפרישה שכפי שיכול אדם לקבל ע"ע לנהוג עפ"י דיני עכו"ם יכול לקבל על עצמו לשלם החוב עפ"י דיני עכו"ם שאין שביעית משמטת. ז. טעם המהרי"ל שיחוד קרקע של הלווה מועיל שלא ישמט החוב. ח. טעם הר"ז שהשקנתן שאין השמיטה נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג ולכן אין שביעית משמטת אף מדרבנן.

מכלל הדברים נמצא שלכה"פ שטר שיש בו אחריות אינו משמט, וכן מנהג האשכנזים, ועושים פרזבול רק ממידת חסידות. ומנהג הספרדים ששמיטת כספים נוהגת, אך יש לצרף קולות נוספות לפי ראות עיני המורה.



במכירת דירה, האם נכלל המחסן עימה

הרב מסעוד אלחדד, אב"ד ירושלים..... **תכג**

בחווה למכירת דירה התנו הצדדים כי במידה ויפר צד מהם הפרה מהותית של החוזה - ישלם לצד השני סך של \$18,000. כמו"כ הוקצב זמן לסילוק המשכנתא ע"י המוכר, והותנה כי אם לא תסולק המשכנתא

עד למועד זה - רשאי הקונה למכור דירה אחרת השייכת למוכר (הדירה השניה שועבדה לקונה). בחוזה הוזכרה מכירת הדירה אך לא הוזכר כל מחסן. אולם בכתב יד נוספה הערה חתומה ע"י הצדדים כי לדירה הנ"ל יוצמד המחסן.

בפועל לא סולקה המשכנתא בזמנה, ובהסכמת הצדדים ניתנה ארכה של 10 ימים לסילוק המשכנתא, שבהם אכן היא סולקה. למרות האמור, צד הקונה פרץ למחסן השייך לדירה השניה ששועבדה לצורך הבטחת סילוק המשכנתא, ועשה בו כבשלו.

כעת המוכר תובע את המחסן בחזרה, וכן דמי שכירות למן היום שבו פרצו אליו, וכן יתרה של \$2000 שלא שולמו לו עדיין ע"י המוכר, והוצאות בסך \$300 שנגרמו לה עפ"י דין 'לך ואני אבוא אחרריך' בלי"ד של העדה"ח.

הקונה טוען כי אע"פ שמתחילה לא צורף המחסן להסכם, אבל בהסכם מאוחר יותר כאשר ניתנה הארכה לתשלום המשכנתא, היה כלול כי המחסן יעבור לרשות הקונה, וזה פשר ההוספה בכתב יד שלדירה יוצמד המחסן. בנוגע לשאר התביעות, טוען הקונה כי המוכר חייב לו סכום גבוה מזה, עקב הפרת החוזה והוצאות נוספות שהיו לו בגין כך.

לענין הצמדת המחסן: אם אכן כדבריו של הקונה - הרי שהיה עליו לציין במפורש בחוזה כי המחסן הוא של הדירה השניה המשועבדת ולא של הדירה הראשונה, כי הרי ידע שהמוכר מעוניין להחזיק את המחסן בבעלותו. ואיזה דאפסיד אנפשיה ואין טענתו טענה.

לענין הפרת ההסכם ע"י המוכר: כיון שלא הוסרה המשכנתא עד לתאריך המוסכם על הצדדים, נמצא שהמוכר הפר את ההסכם, וזכאי הקונה לקבל ממנו את הסכום שקצבו בחוזה. ואף שיש לדון אם סעיף זה בחוזה נידון כאסמכתא, מכל מקום מכיון שהקונה מוחזק במחסן, ואף מחזיק בידו כח בלתי חוזר למימוש זכויותיו ע"י הדירה השניה במידה ולא תסולק המשכנתא, יכול הקונה לטעון קים לי שאין זה אסמכתא.

כיון שחתמו הצדדים על אורכה לסילוק המשכנתא, ובמסמך זה לא הוזכרה כל תביעה ממונית בקשר לכך, המוכר מחל על הקנס המדובר, ומחילה לא בעי קנין.

לענין הוצאות השכירות: כיון שעקב איחור מסירת הדירה נגרמה לקונה הוצאה כספית עבור שכירת דירה עד מסירת הדירה הנמכרת, זכאי הקונה לקזז סכום זה מהסכום שאותו עדיין חייב למוכר מרכישת הדירה.

לך ואני אבוא אחרריך: כיון שהוכח שהקונה ביקש לדחות את מועד הדיון ולא הודיע למוכר על כך, צודק המוכר בטענתו. אך בית הדין קובע כפשרה כי הקונה ישלם מחצית מהסכום אותו תובע המוכר עבור הוצאה זו.

תשלום שכירות המחסן: אף שהמוכר תובע דמי שכירות מלאים על כל התקופה בה שהה הקונה במחסן שלא כדין, כיון שלא פרץ הקונה למחסן בזדון ממש אלא משום שסבר שהדבר מגיע לו על פי דין, קובע בית הדין כפשרה שעל הקונה לשלם שני שלישי מסכום השכירות למוכר.

הערות הרב ח. י. רבינוביץ על הפס"ד:

בענין טענת הקונה כי הוא מוחזק במחסן, להלכה שקרקע בחזקת בעליה קיימא והכוונה לחזקת מרא קמא, ואין הקונה נחשב מוחזק במחסן כלל.

בענין תביעת המוכר להוצאות עקב דין לך ואני אבוא אחרריך, לפי המבואר בש"ך דין זה הוא מדינא דגרמי, וחייב רק במזיד, והיות ובמקרה דנן מתברר שלא נעשה כאן נזק מכוון, על כן יש לפטור את הקונה מהוצאות אלו.

פס"ד על ערעור שהוגש לביה"ד לערעורים על הפס"ד הנ"ל:

בנידו"ד, טענת המערערים (הקונה) שהמחסן ניתן לו כפיצוי על הארכת זמן סילוק המשכנתא - אינה סבירה. וכן מתוכן האמור בחוזה נראה כי המחסן המדובר מתייחס לדירה הראשונה שנמכרה, ולא לדירה השנייה ששועבדה רק לצורך הבטחת סילוק המשכנתא.

דין ודברים בין המוכר הקונים והמתווך - הרב מסעוד אלחדד אב"ד ירושלים

הנידון: הקבלן מר ט. חתם הסכם עם קבלן משנה מר א. כי יבצע עבורו עבודות בניה של בנין מגורים, ובתמורה יקבל בשכרו 14 דירות מתוך 24 הדירות שיימכרו. בהסכם קיבל מר א. על עצמו את כל התחייבותיו של מר ט. כלפי הקונים, הן בבניה והן במסירת הדירות, מלבד העברת רישום הדירות בטאבו, שיבוצע ע"י מר ט. כמו"כ קיבל על עצמו מר ל. להיות ערב עבור קיום התחייבותיו של מר א.

בפועל, הדירות נמכרו והכסף הוזרם ע"י הקונים לחשבונו של מר א. אולם במהלך התקופה פרץ ויכוח בין מר א. למר ט. ועל כן הודיע מר ט. במכתב לכלל הרוכשים שאין לשלם יותר ישירות למר א. אלא עליהם להעביר את יתרת התשלום למר ט. ישירות. אולם למרות המכתב, עדיין חלק מהקונים המשיכו לשלם למר א.

בסיום הבניה ברח מר א. לחו"ל, ומר ט. מסרב כעת להעביר את הדירות בטאבו ע"ש הרוכשים שלא העבירו את יתרת התשלום אליו אלא העבירוהו למר א. עד שלא ישלמו את יתרת התשלום אליו. והרוכשים תובעים את מר ט. כי ישלם את מסירת הדירה כפי שהתחייב בחוזה ביניהם בעת מכירת הדירה.

א. מר א. הוא שלוחו של מר ט. ועל כן בכוחו של המשלח להפסיק את שליחותו של השליח בכל זמן. ובהתאם לזאת, כאשר הודיע מר ט. כי מעתה ואילך יש להעביר את התשלום אליו ישירות היה על הקונים להזדרז ולקיים את האמור, ולא להמשיך להזרים כספים למר א. ומעתה אין להם כל תביעה על המוכר, ועליהם לתבוע את מר ל. שהוא הערב לקיום התחייבותיו של מר א.

על טענת הגר"ש פישר כי הדיירים הם המוחזקים בנכס ועל כן יכולים לטעון שהשליחות של מר א. הוא בין לתקן בין לעוות, יש לטעון כי כל זה כאשר הנידון הוא על פרט מפרטי השליחות, ולא כאשר השליחות כולה נתבטלה. ויש לדון את מר א. כשלוחו של מר ט. ולא כשותפו.

על טענת הגר"נ גולדברג שהדבר דומה לנאנסו המעות בידי השליח שאין הקונה חייב לשלם שוב למשלח, יש לטעון כי זה שייך רק בתשלום הראשון שבזה עשה אותו המשלח לשלוחו לעשות את פעולת המכירה, אמנם בתשלומים שלאחר מכן ודאי יכול המשלח להפסיק את שליחותו של המשלח, ולא גרע מהרשהו בעדים או בהרשאה שיכול לבטל שליחותו.

ב. אף לדברי הש"ע שאם ביטל המשלח שליחותו ולא ידע הקונה מכך שפטור משלם שוב למשלח, זהו רק בשליחות בהרשאה, ובנידו"ד לא היתה הרשאה ביד השליח.

ג. אף אם נחשיב את ההסכם שבין מר ט. למר א. כהרשאה, עדיין כאשר הודיע המשלח את רצונו שמעתה יופקדו הכספים ישירות אליו - הרי ביטל בזה את ההרשאה שנתן לשליח, וביטולו ביטול.

ד. ואפילו אם נחשיב את הבנין כמשכון בידי מר א. על התחייבותיו של מר ט. לקונים, יכול מר ט. למחות בו ולעכב את המכירה, כדן משכון שיכול המשלח לבטל שליחות השליח למכור את המשכון.

ה. גם אם נדון את מר א. כפועל של מר ט. שאין מר ט. יכול לחזור בו, מכל מקום יכול לחזור בו מלהיות שלוחו לענין קבלת הכספים מיד הקונים.

תשובת הגר"ש פישר:

- א. הדיירים נחשבים מוחזקים בנכס, ויכולים לטעון שהשליח הוא בין לתקן בין לעוות.
- ב. בנוסח ההסכם מופיע כי מר ט. ימלא את כל התחייבויותיו ע"י מר א. א"כ חייב מר ט. כעת בכל הקיזוזים והויתורים שעשה מר א. לקונים ששלמו ישירות אליו.
- ג. לגבי הדירות שהותנה ביניהם שיקבל מר א. בשכרו - אין למר ט. שום תביעה עליהם.
- ד. מר א. נחשב כנושא ונותן בתוך הבית.
- ה. דין מר א. כדין שותף, וכן מוכיחים הדברים.
- סוף דבר כי כל התשלומים ששולמו למר א. דינם כמי ששולמו למר ט. ועל מר ט. להעביר את כל הדירות בטאבו ע"ש הקונים.

תשובת הגר"נ גולדברג:

- א. מר א. הוא שליחו של מר ט. לקבל המעות, וכיון שנאנסו בידו פטור הקונה מלשלם למוכר.
- ב. קיזוז התשלומים בידי מר א. אינו נחשב עיוות, כיון שקיזוז זאת לעומת מה שמר ט. חייב לקונים.
- ג. בנוגע לתשלומים ששילמו הקונים למר א. ומר ט. טוען איני יודע, נאמנים הקונים בזה.



בקשת יורשים למנוע קיום צוואה

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

הנידון: אדם שכתב בצוואתו שהינו מוריש את דירתו לצאצאיו למשך 40 שנה ע"מ שישמש אותם כדירת נופש, ולאחר תום 40 שנה יוקם במקום ספריה ציבורית שלה הוא מוריש את כל ספרייתו.

היורשים מבקשים לבטל סעיף זה, היות ולא הוזכר בצוואה כי ברצונו להפוך את הנכס להקדש, אלא הוא מוריש את הנכס לצאצאיו ודורש מהם כי יקיימו בו ספריה. ומשכך, אין כל חובה עליהם לקיים את דבריו מטעם מצוה לקיים דברי המת, מכיון שהוריש את נכסיו שעה קודם מיתתו, וכן אין רוח חכמים נוחה מהפקעת נכסי היורשים, וכן ביצוע הצוואה אינו חוקי, היות ומדובר בדירת מגורים רגילה, וכמו"כ אין המוריש רשאי לחוב להם ע"י חיובם בממונות הכרוכים בטיפול השוטף בספריה.

עיקר טענתם של היורשים שלא היתה כוונת המוריש להפוך את הנכס לציבורי, אינה מוסכמת על ביה"ד. ומדברי המהרי"ק והמשנ"ב מוכח כי כל עוד לא התנה בפירוש או שיש מנהג ברור בעניין זה, אמרינן שמן הסתם כוונת המוריש למסור ממונו לציבור. מלבד זאת, ישנם לשונות המוכיחים בצוואה שרצון המוריש היה שתהיה הדירה בשימוש צאצאיו במשך 40 שנה, ולא בבעלותם, היינו שהגוף קנוי להקדש מהיום ופירותיו לאחר 40 שנה.

קנין בנדרי צדקה וביהכנ"ס: בפוסקים מצינו חילוקי דינים רבים בין הקדש לגבוה לבין הקדש לצדקה ולביהכנ"ס, והדעת נותנת שכן הוא הדין לענין קנין, שאע"פ שהקדש קונה באמירה, נדרי צדקה וביהכנ"ס צריכים קנין כקנין הדיוט.

אמנם בדין 'ד עניים' מצינו כמה ביאורים בראשונים, ולדעת כולם נדרי צדקה חלים באמירה כדין הקדש לגבוה. אכן, מדברי הבית יוסף מוכח שאע"פ שחל חיוב לקיים את נדריו, מכל מקום לא חל עליהם קנין. וכן נראה דעת הרמ"א.

בנידו"ד שנעשה ההקדש בקניינים מועילים כמפורש בצוואה, לכו"ע חל ההקדש.

נכסי לך ואחריו לפלוני: נידון דנן הוא כדין האומר נכסי לך ואחריו לפלוני, שהשני קונה גוף מהיום ונכסים לאחר זמן. וכן במקרה זה זוכה ההקדש מהיום בגוף הנכס, ופירותיו לאחר 40 שנה.

עבורי אחסנתא: אע"פ שלכאורה יש במעשי המוריש משום עבורי אחסנתא, מכל מקום מה שעשה עשוי, אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו. מלבד זאת, עיקר רצון היורשים הוא לזכות את הבנות בחלק מהירושה, שהוא עצמו 'עבורי אחסנתא', ועל כן אין להם להלין על העברת הנכס מצד המוריש.

מלבד זאת, בנידו"ד יש לדון אם המוריש הוא בכלל 'עבורי אחסנתא'. שכן דעת הפתחי תשובה שאין בכלל עבורי אחסנתא אלא במוריש כל נכסיו לאחר, אך במקדיש חלק מנכסיו אין כל קפידא. וכן דעת הכנה"ג שבמקום שמוריש מחיים אין קפידא בזה. וכן בנידו"ד לא עשה המוריש מכוונה לגרע את חלק היורשים, אלא מעוצם אהבתו לתורה. וכן מבואר מדברי הגמרא שיש מצוה בנתינת עישור נכסים לבתו לקיים דינא דאורייתא, שאם אין כוונתו לגרע חלק היורשים אלא עושה כן משום מצוה אין קפידא בזה.

המישור החוקי: לטענת היורשים שהצוואה מנוגדת לחוק, אין שחר, מכיון שיכולים היורשים לבצע את ההליכים הנדרשים בחוק ע"מ לבצע שינוי ייעוד וכל הנדרש. כמו"כ בסעיפי החוק הנוגעים לדיני 'אחריו' אין הגבלה אלא למעט העברת 'אחריו' פעמיים, דבר שלא נעשה בצוואה זו.

לטענת היורשים שאין המוריש יכול לחוב להם, יש לטעון שאכן אין היורשים מחוייבים בשיפוץ המקום ואחזקתו, אלא מחוייבים למסור לגוף שייקח את הנכס תחת חסותו וידאג לקיום הצוואה.



תוקפם ההלכתי של זכרון דברים ושטר תנאים

הרב עידו שחר, חבר בית הדין הרבני אשדוד **תנז**

הנידון: זוג שנישא בזיוו"ש, וברשות הבעל דירה מזיוו"ר. אבי הבעל ואבי האשה בזיוו"ש התנו ביניהם קודם האירוסין שמחצית משווי הדירה תעבור לרשות האשה. במשך השנים נעשו מספר פעולות המורות על כך שהיה ברצון בני הזוג להעביר את מחצית מבעלות הדירה לרשות האשה, אך בפועל הדבר לא התבצע.

הבעל טוען כי הדירה היתה שלו מעולם ואין לאביו זכות בה, וכי הוא לא התחייב להעביר את בעלות מחצית הדירה לאשה, ואף לא ידע מלכתחילה שאביו התחייב על כך.

א. תוקף ההסכם לפי דין תורה: לשון ההסכם 'סוכם שהזוג יקבל דירה' הוא לשון המועיל, הן בנוסח 'סוכם' והן בנוסח 'יקבל', ואין בזה משום קנין אתן. ואף בלא קנין זה, שטר התנאים מחייב את הצדדים ואת האבות, והבעל חייב להעביר את מחצית הזכויות ע"ש האשה מכח ההתחייבות.

ב. הבעל אינו מחוייב לקיים את התחייבותו של אביו. אמנם טענת הבעל שלא ידע מהתחייבות זו היא טענה גרועה, ועל כן הנידון הוא האם מוציאים ממון מנתבע שטוען טענה גרועה.

מתוך סקירה של עשרות מקורות שדנו בהם הפוסקים כ'טענה גרועה' מתברר שגדר הדבר הוא טענה אינה מתאימה למציאות ההווה בעולם, ומתאימה רק לנסיבות מיוחדות שלא הוכח שקרו במקרה זה. אמנם מדברי הפוסקים מבואר שמוחזק גמור אינו מאבד את מוחזקותו משום טענה גרועה, אולם מוחזק הזקוק לטענה לעיקר המוחזקות אינו יכול להסתפק בטענה גרועה. במקום שבו הרעותא בטענה שקולה כראיה המועילה להוציא ממון - מוציאים ממון אף שיש למוחזק טענה גרועה, וכפי שמצינו: א. במוחזק שטוען שחזר בו מהתחייבותו. ב. במוחזק שטוען טענת אונס. ג. מוחזק שטוען טענה שאינה מצויה כלל. ובגדר 'אינה מצויה' כתבו הפוסקים שהוא בגדרי 'מיעוט שאינו מצוי'.

ועל כן במקרה דנן, טענת הבעל היא טענה שאינה מצויה כלל, והיא בגדר טענה גרועה שאפשר להוציא ממון מוחזקתו על אף טענתו.

ג. חיוב הבן לקיים הסכם שעשה אביו עבורו ועל דעתו: נחלקו הפוסקים אם מועילה גילוי דעת של הבן שאביו יקדש לו אשה. ובמקרה דנן פשיטא שתועיל הסכמת הבן אף שלא עשה קנין ולא מינה את אביו לשליח. נידון הפוסקים באופן שיש זכות במעשי האב בעצם השידוך, אך ישנם התחייבויות הנכרכות בזכות זו, אם גם בזה מועיל מדין זכין. דעת רוב הפוסקים דלא כהקצה"ח והמרכבת המשנה שלגבי חלק החובה לא יועילו מעשיו. ברם בנידו"ד אף לדעת הקצה"ח יועילו מעשי האב מדין זכין. כמו"כ אין לחוש שחזר בו הבן ממעשי האב משום שמעשיו מוכיחים שלא חזר בו.

ד. תוקף שטר התנאים: החתן והכלה מתחייבים ע"י שטר התנאים לקיים רק את החלקים התלויים בהם, והורי הצדדים מתחייבים לקיים את התלוי בהם. בנידו"ד ההתחייבות הנוגעת לדירה שייכת לחתן, ועל כן הוא מחוייב בו.

לשון 'וקנינא מיניה' מחייב את הצדדים אף על ההתחייבויות הממוניות, ובפרט בשטר תנאים שאין בו קנס. שטר התנאים מתייחס הן לעצם הנישואין והן להתחייבויות הכספיות שבו, ואין החתן יכול לטעון קים לי כדעת רב המנונא דקני את וחמור לא קנה, משום שלדינא הן הן דברים הנקנים באמירה.

אף לדעת הר"ש הלוי שהקנין צריך להיות בלשון הודאה, מ"מ במקום שיש אמירה מפורשת שהחיוב חל על המתחייב, מהני הקנין.

אף בשטר שלא נכתב בו 'וקנינא כו' כתקנת חז"ל' ולא נזכר בו לשון חיוב, מ"מ ההתחייבות מתייחסת ללשון שהוזכרה בשטר לעיל ומועילה.

ה. הפעולות שעשה הבעל להעברת הבעלות, האם מחייבות אותו לקיים את ההסכם: התצהיר שהוגש לרשויות המס אינו מלמד על הסכם שנעשה מחוצה לו, ובו עצמו אין קנין. וכן מועילה בזאת טענת השטאה של הבעל, על אף שהיא טענה גרועה, עפ"ד המהרשד"ם שדיבור ומעשה שאין בהם הודאה גמורה אלא ריעותא בטענת בע"ד אינם מועילים להוציא ממון מחמתם.

ו. נאמנות הצדדים: טענות האשה מועילות מדין ברי, על אף שהחליפה את טענותיה, משום שבמקום שיש אומדנות מספיקות להוצאת ממון יכול בע"ד לטעון ברי עפ"י אומדנות אלו.

להלכה למעשה האשה זכאית לקבל מחצית משווי הדירה.



דיני ממונות בין בני זוג**חלוקת רכוש בין בני זוג בשעת הגירושין**

הרב שלמה תם, אב"ד ירושלים.....תקנא

הנדון: האשה ירשה מליון ש"ח ומתוכם השקיעה חצי מליון ברכישת דירה משותפת, ודרישתה לחלוק בדירה לפי סכום ההשקעה. דעת השואל שיש לחלוק ביניהם לפי סכום ההשקעה משתי סיבות: הרישום המשותף בטאבו אינו מחייב חלוקה שיוונית, ואינו אלא לראיה בעלמא. המורדת בטענת מאיס עלי הבעל מחזיר לה את המתנות שנתנה לו.

דחיית דברי הרב הנ"ל: רישום בטאבו מחייב חלוקה שיוונית מדין קנין סיטומתא [ב"מ עד ורש"י שם], שיטות הפוסקים בזה ומנהג העולם. דין סיטומתא קיים גם בקרקעות [רא"ש ב"מ פ"א סי' לח].

רישום משותף בטאבו מועיל מדין דינא דמלכותא דינא [ע"פ הרמ"א חו"מ סי' סח סעי' א]. מחלוקת הראשונים האם נאמר דינא דמלכותא דינא בהל' קנינים או רק במה שנוגע למיסי המלך. כיון שמכירת רכוש כרוכה בתשלומי מיסים, קיים דינא דמלכותא לכו"ע על אופן פעולת המכירה.

האם רישום כזה הנחתם בשטר נחשב קנין שטר, ואם קיים קנין חזקה בעצם השימוש בבית.

שיטות הראשונים מהם נראה שקביעת החלוקה היא על פי יחס ההשקעה הממונית של שני הצדדים בקניית הרכוש המשותף, והחולקים עליהם, מהם נראה שמי ששמו על הבית הוא הנחשב כבעליו, וממילא הרישום המשותף יחשב כבעלות שיוונית.

מנהג בתי הדין להחשיב רכוש הרושם במשותף בטאבו כבעלות שיוונית לשני בני הזוג. הסברא לחלק לענין זה בין ממון שהביאה עמה האשה כחלק מהתחייבות הנדוניה, שבזה רישום בטאבו אינו משמעותי, לבין ממון שהכניסה במהלך חיי הנישואין, שדינו כמתנה גמורה ככל שנכתב הדבר ברישומי הרשויות.

בידור שיטות הראשונים לענין המורדת בטענת מאיס עלי, אם מקבלת כל מתנותיה וכל נכסי המילוג שלה בחזרה. דעת הסוברים שאינה מקבלת אלא מה שתפסה, וכאן שברישומי הרשויות הבעל רשום כשותף שווה בדירה לא נחשב הדבר שהדירה כולה בתפיסתה. כמו כן לדעת חלק מהראשונים אף שנתנה לו מתנותיה על דעת שלא תצא מתחת ידו, אין באומדנא זו כדי לבטל מתנותיה למפרע. דין זה אמור ביחס לנכסי מילוג, וכל שכן שהוא כך באופן ששניהם רשומים בטאבו בשווה שיש כאן קנין גמור לטובת הבעל שנעשה כשותף שווה בדירה.

מסקנה: הבעל זכאי במחצית דירה מדין סיטומתא ודינא דמלכותא, ומחמת היותו מוחזק בה בשווה עם האשה.

**חיוב דמי שימוש בין בני זוג**

הרב שניאור פרדס, ראב"ד נתניה.....תקלח

הנדון: אם ניתן לחייב דמי חיוב שימוש, כאשר אחד משני בני הזוג גר ומשתמש ברכוש המשותף הכולל גם את חלקו של השני.

שיטת הרשב"א שכל זמן שאין השותף מעכב, יכול המשתמש לומר שבחלקו השתמש, ובירור שיטת הרשב"א ששנראה שחולק על דבריו, ומחלוקת האחרונים בהכרעת ההלכה בענין זה.

לשיטת הרשב"א - באופן שטוען הבעל דין שכנגדו שמעתה ישתמש אף הוא אותו זמן שנשתמש הראשון, האם יש בטענתו ממש. מקור דין גוד או איגוד המחולק לזמנים בדבר שאין בו כדי חלוקה ממשית [על פי המגיד משנה שכנים פ"א הל' ב].

באופן שמחה בו השותף תחילה, יוכל לתבוע ממנו דמי שימוש על השימוש בחלקו, וחיידושם של המהריק"ש ורעק"א בענין זה לגבי חצר שאין בה דין חלוקה.

כאשר השותף מבקש אף הוא להכנס לבית, והראשון מונע ממנו להכנס לשם, האם יודה הרשב"א שניתן לחייב את הראשון בדמי שימוש, ודקדוק שיטת הרמ"א בענין זה. נפקא מינה בזה גם לענין שימוש לאחר הגירושין, כאשר אין אפשרות לבן הזוג להשתמש בדירה יחדיו מחמת האיסור לגור יחד בבית אחד. האם מניעת אפשרות השימוש מהשני נחשבת כפירוק השותפות מחמת האומדנא שעל דעת כן לא נשתתף עמו.

אופנים הנראים כבקשה לפירוק שותפות: ביקש השני להשתמש בנכס, אבל לא תבע להדיא לחלוק את השותפות. תביעת גירושין או אפילו קשרי נישואין רופפים הגורמים לפרידה בין בני הזוג, האם דינם כבקשה לחלוקת הרכוש ופירוק השותפות. בירור נרחב על נקודת הזמן בה ניתן להגדיר את תום השותפות בין בני הזוג.

בחינת תביעת דמי שימוש לאור סוגית זה נהנה וזה לא חסר, בגברא דלא עביד למיגר ובחצר דלא קיימא לאגרא [ב"ק כ א]. באופן שיש חסרון [שחרוריתא דאשייתא], טעם החיוב משום החסרון, או משום שבאופן זה לא נחשב סירובו כמידת סדום - שיטות הראשונים בשאלה זו.

המבטל כיסו של חברו שפטור, הטעם שאין לחייבו לכל הפחות משום נהנה בחצר דקיימא לאגרא.

זה נהנה וזה חסר בפחות משווה פרוטה, חייב לשלם כל הנאתו, משום שדי בחסרון קל זה כדי שלא יחשב מידת סדום.

דין זה נהנה וזה לא חסר כאשר הבעל הבית מוחה בו ואומר במפורש "צא", ובאופן שגם אם ירצה לא יוכל להשכיר נכס זה לאדם אחר. תביעת דמי שימוש לעולם נחשבת כאמירת "צא", ומאותה שעה ואילך לא קיימת סברת זה נהנה וזה לא חסר.

חילוק בגדרי דין "נהנה" בין אדם זר לבין שותף שנהנה לבדו מכל הנכס המשותף.

דירה שעומדת למכירה ולחלוקה האם נחשבת כחצר דקיימא לאגרא, אחר שלא נהוג בדרך כלל להשכיר דירה כזו.

כאשר נמנע מאחד השותפים להשתמש בדירה מחמת שותפו השני, וכמו בבני זוג העומדים להתגרש שאינם יכולים לדור יחד, האם נחשב זה נהנה וזה לא חסר, או שמא עצם מניעת יכולת השימוש נחשבת כחיסרון.

בירור שיטות הראשונים האם לאחר בגידתה שנאסרה עליו אסור להם לדור יחד בבית אחד. כאשר יש ספק האם נמנע ממנו מחמתה לדור בבית, האם ניתן לומר שקרקע בחזקת בעליה עומדת לחייב בדמי שימוש לטובת הבעלים.

חיוב דמי שימוש כאשר אינו משתמש בפועל אלא רק מונע את שימוש הבעלים.

ביאור ההבדל בין חיוב מדין 'נהנה' לחיוב מדין 'משתרשי ליה' [החיוב מחמת הממון שחסך או מחמת התועלת שיש לו בממון חברו, נפק"מ אם יכול לומר "הייתי מתענה". חילוק בין הנאה הבאה לו על ידי מעשיו להנאה דמיליא].

חיוב דמי שימוש במטלטלין - בירור דינו של המשתמש במטלטלין של חברו שלא מדעתו. מטלטלין שנקנו והתברר לאחר שימוש שיש טעות במקח, האם ניתן לתבוע דמי שימוש כל אותו הזמן שנהנה מהן. בירור דינו של השוכר מטלטלין של חברו שלא מדעתו אם נחשב גזלן. גדרי דיני שואל שלא מדעת.

הגדרת בני זוג כשותפים במטלטלין בבית. קנין בחלוקת שותפות - האם נחשב קנין דברים.

קנין סיטומתא בהסכמי גירושין - חתימה על ההסכם האם נחשבת קנין.

מסקנה: כאשר האשה משתמשת לבדה בדירה ומונעת את שימושו של הבעל, יש לחייבה בדמי שימוש. דין זה אמור לאחר הגירושין, אבל בזמן שהקשר ביניהם רופף יש להסתפק אם ניתן לחייב דמי שימוש, הואיל ואין מניעה ממשית לבעל מלהשתמש בדירה. ככל שהבעל חייב במדור אשתו, והדירה אינה יתירה על גדרי חיובו זה - אין לחייבה דמי שימוש. אף שהתביעה למכור את הדירה אינה קיימת עד עת הגירושין ממש, חיוב דמי שימוש ניתן לתבוע במקרים רבים גם קודם הגירושין, וכל דיני השותפות חלים ביחס לבני זוג נשואים כמו כל שותפות ממון בעלמא.

כאשר הבעל נאלץ לשכור לו דירה מחמת שהאשה מונעת ממנו את השימוש בביתו, יש לחייבה דמי שימוש מדין זה נהנה וזה חסר. אבל אם יש לו מקום אחר לדור בו, כיון שהדירה לא קיימא לאגרא, אינו יכול לתבוע דמי שימוש מדין נהנה. אף שמספק ניתן לחייב דמי שימוש כיון שהקרקע בחזקת בעליה, לא קיימת סברא זו בשותפים, כיון שזכותו של השותף לדור בדירה לבדו עד שיוכח שהוא מעכב בכך את השימוש של שותפו.

כאשר אחד מבני הזוג משתמש לאחר הגירושין במטלטלין המשותפים, דינו כגזלן, וממילא הוא פטור מדמי שכירות וחייב להשיב את הקרן בלבד. חלוקת שותפות במטלטלין צריכה קנין. שתיקת בן הזוג אינה מתפרשת כמחילה על דמי השימוש.

דמי שימוש ברכב המשפחתי לא יקבעו לפי דמי שכירות רכב בשוק אלא לפי מה שרגילים לשלם בין חברים, ולחילופין ניתן לחייב לשלם את הפחת במקום דמי השימוש.



חיוב הבעל בדמי שימוש על חלקה של האשה בדירה

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

הנידון: מיום עזיבת האשה את הדירה השתמש הבעל יחד עם הילדים בדירה תקופה ממושכת. האשה תובעת כעת דמי שימוש ראויים על חלקה היחסי בדירה למשך תקופה זו.

יש לדון לחייב את הבעל בדמי שימוש משלשה טעמים:

א. בכך שישב בדירה הוא מנע את אפשרות השכרתה, וגרם בכך נזק לאשה: מחלוקת הראשונים לגבי הדר בחצר חבירו העומדת להשכיר, אם חייב ליתן לו שכרו או רק דמי שבת. ונחלקו האחרונים אם ניתן לחייב תשלום על מניעת רווח כאשר הנזק הוא ודאי. ועל כן מספק אי אפשר לחייב תשלום על מניעת השכרת הדירה.

ב. חיוב מדין נהנה: אף בחצר דקיימא לאגרא וגברא עביד למיגר, פסק הרמ"א שבשותפין אין לחייב מדין נהנה. אמנם יש לדון שבנידו"ד יהיה הבעל חייב לשלם, משום שאין באופן זה סברת 'בשלו הוא משתמש', שהלא אסור לו לדור עם גרושתו בדירה אחת, וכן מצד שמונע את חבירו שימוש כדיני שותפות.

ג. מצד כללי השותפות: נכס של בני זוג שנתגרשו אינו מוגדר כנכס של שותפין העומד לשימוש, אלא מוגדר כ'עשאהן לשכר', ועל כן בנידו"ד חלים על המשתמש חיובי נהנה.



חובות משותפים

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

הנידון: זוג שהתגרש, הבעל טוען שלוהו מאחיו 500,000 ש"ח. אחיו מסכימים שאכן כך היה. האשה טוענת כי לא ידוע לה אלא על 335,000 ש"ח, ואף סכום זה לא ניתן כהלואה אלא כמתנה מפני החשש שבעקבות החובות יתערר שלום הבית, ומעולם לא דובר איתה על הלואה.

בענין הסכום שהאשה מודה בו אלא שטוענת שניתן בתורת מתנה: נחלקו הראשונים בנותן בסתמא, אם הוא על דעת הלואה או ע"ד מתנה. דברי האחרונים שנתנית אב לבנו מתפרשת כמתנה רק אם עשה כן מרצונו, אך אם נתן מתוך הכרח היא כהלואה. ומבואר ג"כ שאין הכוונה להכרח גמור מדינא, אלא אף אם נתן לו מחמת דוחק נחשב כמתנה.

בנידו"ד הבעל טוען ברי שהיה בהלואה והאשה טוענת שמא היה הדבר במתנה. באופן זה נחלקו האחרונים אם נחשב כאיני יודע אם נתחייבתי או כאיני יודע אם פרעתיך. אולם כל שאילו היה ניתן בסתמא היה נידון כהלואה ידו הכל שנחשב כאיני יודע אם פרעתיך. במקרה דנן אין לומר טעינת ברי לאשה, משום שקבלת הקנין לדון לפי חוק יחסי ממוון מועילה להטיל על האשה חלק מהחובות רק מדין ערב, ובכה"ג אין לטעון ברי לאשה מפני שהיא טענה גרועה.

בענין הסכום שהאשה מכחישה: אין לדון את האשה כמודה במקצת ומחויבת שבועה שאינה יכולה להישבע, מחמת דברי הסמ"ע, שבאופן שאף על מה שמודה בו היא טוענת טענת פטור, אינה נחשבת מודה במקצת.

חילוק הפוסקים לענין הודאה במקצת בין אם טענת הפטור היתה כזו המתבררת לאלתר לבין טעות בדין. בטועה בחשבונו נחלקו הסמ"ע וספר התרומות אם חייב מדין מודה במקצת או מדין העדאת עדים, ובחילוק שבין טועה בדין לטעות בחשבון י"ל דטועה בחשבון נחשב יותר הודאת פיו מטועה בדין. בנידו"ד שהוא טעות בדין לא חשיב כמודה במקצת.

אף שלדעת הש"ך גם טעות בדין נחשבת הודאה במקצת, מבואר בפוסקים שיכול לומר קים לי כהסמ"ע.

טעם שני לפטורה מצד דלא הו"ל למידע. מחלוקת הראשונים בטעם שבלא הו"ל למידע אינו מחויב שבועה, אם הוא משום שבכה"ג אינה טענה גרועה ועל כן יש להאמינו בלא שבועה (וכ"נ גם דעת הרמב"ם לפי"ד הרדב"ז), או משום שא"א לחייבו שבועה כאשר חסרון הידיעה אינו באשמתו.

הלכה הכרעת הש"ך בדעת הרמב"ם שאף אם לא הו"ל למידע אינו נפטר מתשלום באינו יוכל להישבע, אולם לפי"ד הרדב"ז בדעת הרמב"ם בכה"ג פטור. ואף לדעת הש"ך י"ל דבכה"ג מודה שפטור.



יוחסין

הרב מרדכי טולידאנו

אב"ד ירושלים

פסק דין לכשרות ולד שנולד מתרומת ביצית

(אבה"ע ס"ד - ה - 1)

עובדא דהוי לפנינו בבית הדין הופיעה אשה גרושה מעוברת, העומדת ללדת. ולדבריה לא התעברה (עקב בעיה בחצוצרות), אלא מתרומת ביצית שקיבלה מנכרית בצכיה בהמלצת רופא. (בהדסה יעצו לה ליכא ביצית מחו"ל, ואכן כך עשתה ונסעה עם החבר שלה לחו"ל, והביאו ביצית מתורמת נכרית) וכאן בהדסה הפרו את הביצית מזרע יהודי (מזה החבר שרוצה להנשא לה). ושמו ברחמה, ועל ידי זה הרתה. ומבקשת לדעת איזה דין יש לעובר שתלד.

הורות אמנה ופריין

השאלות שעמדו לפנינו:

עובר שנולד מהפריית ביצית בגויה, והושתלה ברחם יהודיה וילדתו, האם נחשב יהודי, או נכרי. הסבר השאלה: האם העובר מתייחס לנכרית בעלת הביצית. או ליולדת שעוברתו היהודית.

האם יכולה לינשא בעלת הביצית לאלתר, ללא המתנת שלשה חדשי הבחנה.

האם נחשב העובר לבן בעל הזרע, לירושה, ליכוס, וחליצה, וכמו כן לחייבו כאב לבן, בכל חיובי אב, כמזונות וכדומה.

באם הנולד יקבע יהודי, האם יתייחס למשפחת האב. לכהונה וכדומה.

האם יש צורך לגיירו.

אם אכן ניתן לגיירו, מתי יש לגיירו.

האם מהני טבילת האם המעוברת, לעובר.

האם ניתן למולו גם בלי גיור ביום השמיני, ומי יברך.

האם יש הבדל בין השתלת ביצית, להשתלת שחלה.

תרומת ביצית ותרומת שהלה

הנה יסוד השאלות מתמקדות בשאלה יסודית, מי נחשבת לאם. האם בעלת הביצית, או המעוברת בעלת הלידה.

וראיתי שדבר זה נפתח בגדולים, ועלה על שולחן מלכים. כאשר יש מצדדין לומר דהאם היא היולדת, והיא הנקראת האם. ויש מצדדין לומר לא כן, אלא בעלת הביצית היא הנחשבת לאם. הנה הדעות בזה הובאו והוסברו בטוב טעם ודעת, בחוברת השתלת שחלות להרב צבי רייזמן שליט"א, ובסיכום העלה שהנדון עוד בספק. עיין עוד מאמריהם של הדיין הגר"נ גולדברג שליט"א והדיין הרה"ג אברהם כלאב שליט"א (קובץ תחומין כרך ח) בשאלת הנולד מבעלת ביצית נכרית בעיבור יהודית, אם יש צורך בגיור. והדיין הרה"ג אברהם שרמן שליט"א כתב בשם הגר"ש אלישיב שליט"א להצריך הנולד, בגיור. וכן הובא שם שכן דעת הגר"מ שטרנבוך שליט"א, לצדד להצריך גיור.

ואכן שאלתי פי מו"ח מרן הגאון רבי עובדיה יוסף (שליט"א) זיע"א, ואמר לי בהחלטיות בלשון חד משמעית שיש צורך בגיור.

והיות והנדון בא לפנינו למעשה, אמרתי אעיינ בדבר, כיון שיש כמה נפקותות להלכה. [וכבר התריעו על מעשים אלו גדולי הדור (ראה בספר ציץ אליעזר חט"ו) בדור שקדמונו, והזהירו בזה את הציבור לא לבצע הפירות. וכן הזהירו את הרופאים לבל יתעסקו בהפריות מלאכותיות, עקב הבעיות ההלכתיות, וההשלכות הבאות בעטיין. ועקב העובדה שזה נעשה ומתבצע במסתור ובהעלמת מידע מביה"ד. לפנינו מתייצבת כדיעבד השאלה הלכה למעשה], ויש לפלס דרך, וגם אם הנושא עלה כבר על שולחן מלכים מלכי רבנן. הרי עוד לא הוכרע, ואין ביהמ"ד בלא חידוש. ואמנם גדולי הדור פסקו להצריך גיור מספק, הרי בהצעת הדברים במקורות רבותינו, גם ברור צדדי השאלה לאור כללי רבותינו יש בה חשיבות, בבחינת שאלת חכם חצי תשובה, וישמע חכם ויוסף לקח. ובפרט כשהעניין עומד הלכה למעשה יש סייעתא דשמיא מיוחדת, לאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא, ואיך לנהוג ולדון בזה. ולכך עיני לשמיא נטלית, אעתיר ואתפלל שלא תצא תקלה מתח"י, ואיחל שנזכה לסייעתא דשמיא, בבירור העניין ובצדדי ההלכה. ומיני ומינייהו תסתיים שמעתא.

ונראה דבנדון דא, ובשאלה מי הנחשבת לאם, הנדון תלוי בשאלה יסודית מה מגדיר את "האם" לאם, ובאיזה שעה נקבעת "האם", ומיניה מתי נקבע "האב".

מי נחשבת האם

ונראה להקדים ולהביא ראיה מקרא מפורש, שממנו נראה מוצא ללמוד הגדרת אב ואם. והוא מדברי משה להקב"ה "האנכי הריתי את העם הזה אם אנכי ילידתיהו כי תאמר אלי שאהו

בחקיקך כאשר ישא האמן את היונק" (במדבר בהעלתך י"א י"ב). שהנה תרגם אונקלוס "האנכי הריתי", "האב" אנא. אולם האבן עזרא והחזקוני פירשו, "האנכי הריתי", האם אני "אמם".

וביאר הרמב"ן וז"ל על דעת האונקלוס כמו "על ברכות הוריי", כי האב יקרא "הורה", מפני שנותן ומזמין ההריון, יאמר אם אני אביהם, או אמם שילדתי אותם. ובעלי הפשט אמרו בהפך, האנכי אמם, שהייתי בהם הרה ויולדת, וכן "ותהר את מרים ואת משה", שהרתה וילדה אותם, או אנכי אביהם שילדתיהו, כמו "ויולד נח", "אביך זה ילדך", וזולתם. ואמר "כאשר ישא האמן את היונק", האב או האם. ועל דעתי (לשון הרמב"ן) הכל מליצה באם, וטעמו כמו "האנכי הריתי את כל העם הזה" "ואנכי ילדתיהו", והזכיר כן כי האשה תסבול צער גדול הבנים, בזכרה מה שסבלה בהם בלידה ומבטן ומהריון. ואמר אומן, כי הוא אומן לא אומנת. עכ"ל.

מבואר מדבריו, דנחלקו בזה האונקלוס והאבן עזרא, לדעת האונקלוס, הפירוש בדברי משה "האנכי הריתי" אם אנכי "ילדתיהו". "האנכי הריתי", האם אני "אב". ובאמרו "אם אנכי ילדתיהו", האם אני "אם". כלומר אב קובע את ההריון, והאם נקבעת בלידה. ולדעת האבן עזרא להיפך, "האנכי הריתי", הכונה ל"אם". ו"אם אנכי ילדתיהו", האם אני "אב". כלומר האם נקבעת בהריון, והאב בלידה.

ולדעת הרמב"ן שמפרש ששניהם איירי כלפי האם, היינו דהכל מתפרש באמא, האם אני הריתי, או אני ילדתי. ונראה דפירושו הוא כיונתן בן עוזיאל שתירגם, "האנא עברית וחשחשית במעי ית כל עמא הדין אין בני אינון". והיינו ששניהם קובעים את האם ("חשחשית" מלשון חשתי, הרגשתי), אלא ד"הריתי" הוא תהליך ההריון, ו"ילדתיהו" תהליך לידת הבן.

מעתה לא מוכרע הגדרת האם, דלפי האונקלוס, האב נקרא הורה, שהוא מזמין ההריון על ידי זרעו. והאם נקראת "אם", על שם הלידה. מה שאין כן לפי האבן עזרא, "האם" נקראת על שם ההריון, והאב נקרא בשעת הלידה. ולפי הרמב"ן ולפי היונתן בן עוזיאל, ההריון והלידה שניהם ב"אם", אלא שבזמן העיבור נקראת "הורה", ובזמן הלידה "בן".

ונראה עוד שלפי היונתן בן עוזיאל ישנם שלש מצבים הקובעים את מהות האם, אשר הם מהווים שלש שלבים עיקריים בהגדרת אם: א. "עיבור" (עברית) ב. "נשיאת העובר וחשה בו" (חשחשית) ג. "לידה" (ילדתיהו).

מעתה ננידון השאלה דידן, מי נקראת ה"אם": זה תלוי במחלוקת (הנוכרת), דלאונקלוס, "הלידה" היא קובעת את האמהות, והיינו היולדת, ולא בעלת הביצית. אבל לאבן עזרא, ההריון קובע את האמהות, ואם כן יש לומר דבעלת הביצית, היא האם, או יש לומר דגם היא אם, וממילא הוי ספק. ולפי היונתן בן עוזיאל, לכאורה יש להגדיר את בעלת הביצית המזמינה את ההריון, "עברית". ואת נושאת העובר שחשה בו, "חשחשית".

ומעתה יש יסוד לפסיקת גדולי דורינו לדון בעובר כספק, שהרי כבר מצאנו דנחלקו המפרשים בביאור הפסוק, מה מגדיר את האם באיזה שלב מיצירת הולד, האם ההריון, עיבור, נשיאת העובר, או לידה.

ילדה שסבכה בזקנה (פונדקאית)

ולכאורה יש לדון בזה, מסוגיא "ילדה שסבכה בזקנה" דמבואר בגמ' (סוטה דף מ"ג ע"ב) דבטלה ילדה בזקנה, ואין לה דין ערלה. והיינו דהיחור המורכב, בטל בעץ המגדל. ואם כן יש לומר דהוא הדין בני"ד, הביצית בטלה בגוף האשה הפונדקאית.

ואין לחלק ולומר, דדין זה וזה גורם מותר, הוא דוקא לענין פירות ערלה בדוקא, ולא בדבר אחר. דהן נראה דבכל מקום אמרינן, היתר ד"זה וזה גורם". וכן מבואר ברמב"ם (הל' ע"ז פ"ז הי"ד) וז"ל, ומותר ליטע תחתיה (אשרה) ירקות בין בימות החמה שהן צריכין לצל, בין בימות הגשמים. מפני שצל האשרה שהוא אסור, עם הקרקע שאינה נאסרת גורמין לירקות לצמות. וכל דבר אסור ודבר מותר גורמין לו, הרי זה מותר. מבואר דדין זה נאמר בכל התורה כולה, ד"זה וזה גורם מותר".

וכן ראיתי בקונט' השתלת שחלות (שם), שכתב משם שו"ת אבן יקרה (תליתאה סי' כ"ט) לדמות השתלת שחלה, ל"ילדה שסבכה בזקנה". ושכן הביא ראייה זו בשו"ת ציץ אלעזר (ח"ז סי' מ"ח בחלק אורחות המשפטים פ"ה אות ט"ז).

היתר זה וזה גורם

אלא שכתב בקונט' הנ"ל לדון בזה, דלכאורה יסוד דין "ילדה שסבכה בזקנה" תלוי במחלוקת. דלדעת החזון איש (ערלה סי' ב אות ט"ו) יסוד ההיתר, מדין "ביטול" אתינן עלה, שכל חיותה ממנה. אולם השאגת אריה (שו"ת החדשות סי' י"ד) סבירא ליה, שהענף לא בטל לאילן כלל, ואלא יסוד ההיתר הוא מדין "זה וזה גורם". דכך הדין, דכשיש איסור והיתר הגורמין ליצירת דבר אחר, אזי הדין דהוא מותר. והביא דאכן נחלקו בזה הראשונים, דרש"י (ע"ז דף מ"ט ע"א ד"ה והבריך) סובר דילדה שסבכה בזקנה מותרת, מדין זה וזה גורם מותר, כדברי השאג"א. אולם התוס' (שם ד"ה שאם נטע) כתב, דילדה שסבכה בזקנה מותרת, גם למאן דאמר "זה וזה גורם אסור". משום דאתינן עלה, מדין ביטול, דהילדה בטלה בזקנה. והיינו כדברי החזון"א.

אלא דלכאורה אין נפקא מינה בזה, אי אתינן עלה מדין ביטול, או מדין זה וזה גורם. דנראה דגם זה וזה גורם יסוד היתרו הוא גם כן, משום ביטול. וכן מצאתי בר"ן (ע"ז דף מ"ט ע"א) וז"ל, שזה וזה גורם מותר, מה טעם, לפי שנתבטל האיסור בהיתר, דכי היכי דאי

איתיה לאיסורא בעיניה, בטל חד בתרי, כל היכא דהאי לחודיה קאי, והאי לחודיה קאי. אי נמי כשנתערב כל היכא דליכא טעמא, הכי נמי היתר הבא מכח גרמת האיסור, כל היכא שאיסור והיתר גרם לו, הרי הוא כנתבטל איסור זה עכ"ל. מבואר דגם זה וזה גורם דאתינן ביה להיתר, הוא מכח ביטול. ואם כן יש לומר דגם בנידון דידן שייך ביטול, ואם כן תתבטל הביצית בגוף האשה, כדין ילדה שסבכה בזקנה.

וכן מצאתי בס' אבני מילואים (בשו"ת סי' ו) שכתב להדיא בדין זה וזה גורם מותר, דיסוד ההיתר הוא מתורת ביטול. ואכן הביא לכך ראייה מדברי הר"ן הנז'. והוסיף, אף על גב דבכל דוכתי ביטול ברוב הוא, אבל גבי זה וזה גורם כיון דאינו אלא גורם בעלמא, חד בחד בטיל. כיון דאיכא עוד גורם אחר. ולפי זה יש לומר, דהוא הדין בנידון דידן, הביצית תתבטל בגוף המעוברת, כדין ביטול ילדה בזקנה.

זה וזה גורם ושניהם היתר

אלא דהנה ראיתי בקונט' הנ"ל שכתב (שם) דיש לחלק חילוק יסודי, בין סוגית ילדה שסבכה בזקנה דאירי בענין "ערלה", לבין עניין שחלה דאירי בענין "יחוס", שאין ענינו עניין לאיסור. וזה לפי מה שכתב התוס' (חולין דף נ"ח ע"א ד"ה מכאן ואילך), דדין זה וזה גורם מותר, אמרינן דוקא בדבר שאחד איסור ואחד היתר, ולא במילתא דשרי כל אחד לחודיה. וביאר דבריהם הגר"ח מבריסק וצ"ל בספר חי' ר' חיים הלוי על הרמב"ם (הל' מאכ"א פ"ג הל' י"א) שדין זה וזה גורם הנאמר להתיר, הוא, כשיש גורם היתר וגורם איסור. מה שאין כן כששניהם היתר, אלא כל השאלה שלפנינו היא לקבוע איזה מין הוא, חמור או סוס וכדומה. והוא הדין בנידון דידן, שהשאלה לפנינו היא לא שאלת איסור והיתר, אלא מהו מהות העובר ומה ליחוסו, אם יהודי או גוי. לכן כתב דשאלה כזו, לא שייכת לדין זה וזה גורם. ומתיצבת השאלה מה אכן מהות העובר לפנינו.

אולם נראה דדברי התוס' קשים ואינם מוסכמים, וכבר עמד עליהם האבני מילואים (שו"ת אב"מ סי' ח). וז"ל (אחר שהביא דברי התוס' הנז'), ולפי דברי הר"ן דזה וזה גורם מדין ביטול נגעו בו, אף על גב דהאי לחודיה שרי, והאי לחודיה שרי, כיון דעדיין לא נעשה איסור על ידי אותו תערובות כמו בכלאים, ודאי מהני ביטול כהאי גוונא. כמו צמר רחלים שנתערב בצמר גמלים, דבטל ברובא ומותר אחר כך לערב עם פשתים. ומשום דכבר נתבטל צמר הרחלים, ברוב צמר גמלים. וכמבואר בטוש"ע (י"ד סי' רצ"ט ע"ש). ואף על גב דהאי לחודיה שרי, והאי לחודיה שרי, כיון דלא נעשה איסור על ידי התערובות, שפיר בטיל, בכדי שיוכל אחר כך לערבו עם פשתן. והכי נמי נימא למאן דאמר אין חוששין לזרע האב, דמותר מתורת ביטול, משום זה וזה גורם, בכדי להנהיגו אחר כך עם פרד שאביו סוס ואמו חמורה וצע"ג כעת עכ"ל.

מבואר מדברי האבני מילואים דדברי התוס' קשים וצ"ע גדול, ועוד דאינם מוסכמים, דלפי הר"ן דזה וזה גורם מדין ביטול נגעו בה, הרי דין ביטול מהני גם היתר בהיתר.

וכן נראה לפי מה שפירש הגאון ר"ש שקאפ (בשערי יושר ש"ג פכ"ה) דברי הר"ן שהסבירו באורך, וכתב דאי אפשר לומר דכונת הר"ן דהאיסור ממש בטל ברוב, שהרי הר"ן כתב דזה כונת הגמ' ילדה שסבכה בזקנה בטלה, ואם זה מדין ביטול האיסור, היה לגמ' לומר דבטלים הגידולים, ולא שהענף עצמו בטל. ולכן כתב לבאר הר"ן, דהיתר זה וזה גורם הוא, משום דלא נחשב כח ממשי, אלא כח משפיע בלבד והוא כמיעוט, וכל מיעוט מתבטל במיעוט השני. וז"ל וע"כ נלענ"ד דכונתו הוא על הכח הנובע מהאילן, שהוא הגורם שיוולד האיסור בהנגרם שהוא הפרי, שעל ענין כח זה נקט הר"ן שלמאן דאמר זה וזה גורם מותר, הוא מטעם ביטול. היינו ששני כוחות אלו אשר על ידם מתילד הנגרם, בטלים זה לגבי זה. וסברתו בזה, דכמו דבעלמא חד בתרי בטיל לגבי הרוב, כמו כן גורם דאיסור מתבטל לגבי ההיתר, היינו היכא דאיכא ממשות של דבר האיסור, בעינן שיהיה בהיתר רוב בכמות שיתרבה ההיתר על האיסור בכמותו וגדלו. אבל היכא שאנו דנים רק על כח הגורם כל זמן שלא נתהוה מזה איזה עצם ממשי, לעולם יש לדון שההיתר רבה על האיסור. דזה שאינו רק גורם ולא ממש, זה גופא ממעט ערכו. שעל ידי זה הוא נחשב כמיעוט לגבי הגורם של היתר, שבאיסור חסר עדיין איסור ממש שלא נגרם צורתו ועצמו. אבל בגורם של היתר לא נחסר כלום להיות היתר, דהיתר הוא שלילת האיסור, ובשלילה ליכא חסרון כמוכח עכ"ל.

מעתה לפי הסברו של השערי יושר בדברי הר"ן, לא מסתבר שיהיה זה וזה גורם דוקא באיסור והיתר. דאדרבא לסברתו, סיבת ההיתר בזה וזה גורם הוא, משום שעוד לא נוצר עוד איסור. והוא הדין בנידון דידן לביצית, יש לכלל היתר גורם בלבד. ומצד זה וזה גורם, לא תתן הביצית דין כלשהו בעובר.

ועוד נראה לי לפרש דברי הר"ן, דאכן הר"ן (בסוגיא דחולין פ' כל הבשר) אזיל לשיטתו שמבאר גם ענין יסוד ההיתר שיש בנותן טעם בר נותן טעם דהיתרא כבשר וחלב, דמותר לעשות כן לכתחילה. משום דכל חד בפני עצמו היתרא הוא, ורק בכגון דא מותר לעשות נותן טעם בר נותן טעם דהיתרא לכתחילה, ולא בנותן טעם בר נותן טעם דאיסורא. ואסברא לן הר"ן, משום שבנותן טעם בר נותן טעם הטעם קלוש, ואין בנתינת טעם קלוש ליצור איסור, כל עוד הוא לא בא מטעם ממשי אלא קלוש. מה שאין כן כשכבר היה עליו חלות איסור, אזי גם אם נקלש הטעם, מכל מקום כבר לא יתבטל האיסור שכבר חל.

שוב ראיתי בספר מלואי חותם על האבנ"מ (הנד"מ) שהביא שבשו"ת תורת חסד (סי' כ"א) מפרש את הר"ן בענין זה כדברינו. דהקשה, הרי הר"ן מפרש דברי רש"י, והוא סבירא ליה דמין במינו לא בטל. ואם כן איך אפשר לפרש דזה וזה גורם יועיל מדין ביטול, בדבר שלא מועיל ביטול. ולכן כתב לפרש כסברתינו דבשני גורמים חשיב כל חד טעם קלוש, שלא יכול ליצור בנגרם טעם איסור, ולא יתואר עליו שם איסור והיתר. הנה גם לפי הסברים אלו בדברי

הר"ן, שאין בכח זה וזה גורם לתת דינים, והוי כדין ביטול. אם כן הוא הדין ביצית הנכרית, לא חשיבא ליצור דין נכרי.

אלא דראיתי להגאון ר"ש שקופ זצ"ל (שערי יושר ש"ג פכ"ה) שכתב על קושית האב"מ, וז"ל, ולא הבנתי כונתו בקושיתו, דבצמר גמלים וצמר רחלים, איכא רוב מן הגמלים. אבל כאן דהוי שוה בשוה האם נימא דשניהם מבטלים זה את זה. ובכונת דברי התוס' כתב, די ש לומר דאם הדין דחצי גורם, אינו פועל לאסור. כמו כן בנולד מסוס וחמור, לא יהיה בהנולד שום איסור. דחצי גורם, אינו אוסר כלום, ויהיה מותר לחברו עם סוס ועם חמור. ומסקו דאינו כן, דלעניין שם המין לא אמרינן דחצי גורם אינו פועל כלום, אלא עושהו למין מעורב מסוס ומחמור. ולשיטת הר"ן לפי מה שכתב בביאור דבריו מיושב היטב, דרק כשאחד איסור, והשני היתר, חשיב האיסור כמיעוט לגבי ההיתר. משום דגורם הוא בכח, ולא נשלם איסורו, ובהיתר ליכא חסרון. אבל בכהאי גוונא, הרי שני הגורמים שווים, וחד בחד ליכא ביטול, ושניהם קיימים וזה נכון ופשוט עכ"ל. נראה דלמסקנה מפרש את התוס' כדברי הגר"ח מבריסק.

על כל פנים נראה, דאין להוציא פשטות דברי הר"ן דמורינן כדברי האבנ"מ. דזה וזה גורם הוי מדין ביטול, ואין בכח זה וזה גורם ליצור איסור, והר"ן חולק על התוס'.

אם יש הבדל בין השתלת יחור להשתלת אבר

והנה בקונט' הנ"ל הביא שבשו"ת בית אבי (ח"א קונט' רופא כל בשר אות קפ"ו) כתב לחלק בין דין זה וזה גורם, להשתלת שחלה. דברדין זה וזה גורם כענין ילדה שסבכה בזקנה, יש חשיבות לילדה, ויש חשיבות לזקנה. כלומר יש חשיבות ליחור, ויש חשיבות לגזע. כיון שאפשר להשתמש גם ביחור לנטעו בכל מקום גם בלי גזע, לכן נחשב גם הוא גורם נוסף בפני עצמו, ויחד עם הגורם הנוסף שהוא הגזע מהוים זה וזה גורם. מה שאין כן באברים המושתלים, אי אפשר לעשות כלום במקום אחר בלי חיות האשה, לכן יש לומר דלא חשיבי זה וזה גורם. אלא האשה היולדת היא הגורם בלחוד. לכן כתב דמסברא יש לומר, דדין העובר כדין היולדת. וכתרומת דם או זריקה שמוזרקים לגופו של אדם, שאין להם יחס, ליחסם לתורם הדם או הכליה. וצ"ע בסברתו דמאי שנא, סוף סוף לולא הביצית או השחלה לא היה עובר, ואם כן גם זה חשיב זה וזה גורם, ועוד בדין זה וזה גורם, גם האדמה המצמיחה מהווה גורם.

זה וזה גורם וגורם שלישי

ועל כל פנים נראה מצד אחר דעדיף נידון דידן, מילדה שסבכה בזקנה, וגם עדיף מזה וזה גורם דשני גורמים, דבנדון דידן יש גם גורם שלישי, שהוא הזרע של ישראל. ואמנם זרע הנולד מביאת ישראל בגויה, לא מתיחס הזרע אחריו. מכל מקום לעניין ביטול המהות, ודאי סברא הוא, דהוא גם כן גורם ביטול. ולא עוד אלא יש לומר, דהא דהולד לא מתיחס אחריו, זה

נאמר בביאת איסור, דילפינן מ"כי יסיר בנך מאחרי". מה שאין כן בהפרית ביצית, על ידי זרע ישראל, שלא נעשה על ידי ביאת איסור, ולא בתערובת איסור, דהרי בשעת התערובת בעשיית ההפריה החוץ גופית, אין בתערובת כל איסור. ואם כן יש לומר דאדרכא גם זרעו של הישראל יהווה גורם נוסף, ויצטרף לגורם הנוסף שהיא היולדת הישראלית, ויבטלו את הביצית של הגויה. דלפי המבואר יסוד זה וזה גורם, הוי מדין ביטול.

יחוס לאב כשאין בתערובת ביאת איסור

ונראה עוד, דבנדון דידן עדיף מזה וזה גורם, כיון שעוד לא נוצר עוד איסור. כיון דעל הביצית עוד לא חל כל דין, ושייך לבטלה בתערובות. ושוב יש לומר, כשם דכשיש זרע האב וזרע האם, הולד מתיחס לאב. כן הכא דיש שני גורמים של האיש והאשה המעוברת, יבטלו את הביצית ושוב יתיחס העובר אחריו. ושוב הדרינן לכלל שאמרו, כל מקום שיש קידושין ואין עבירה, אזלינן בתר האב. ואם כנים אנו בסברא זו, אם כן אדרכא יהיה עדיפות להפרית ביצית מביצית יהודית פנויה כשירה, כדי ליחס העובר אחריו.

האם בתר עיקר אזלינן או בתר הגידול

ועוד נראה דאין להתיחס רק לכמות הביצית בשעת התערובת, אלא יש להתיחס גם לכמות המצטברת בהמשך תהליך העבור. כלומר לכמות המצטברת בהמשך העיבור, שהיא גם מהווה גורם לבטל. שהרי כמות הביצית היא אפסית, לעומת הכמות שנוצר בגידול המתמשך והמצטבר במשך העיבור של היולדת. וזה לפי המבואר בגמ' (מנחות דף ס"ט ע"ב) בעי ר' שמעון בן פזי שיכולת שהביאה שליש קודם לעומר, ועקרה ושתלה לאחר העומר, והוסיפה, מהו, בתר עיקר אזלינן, ושרייה עומר. או דלמא בתר תוספת אזלינן, ועד שיבוא עומר הבא. תפשוט ליה מהא דאמר ר' אבהו אמר ר' יוחנן, ילדה שסבכה בזקנה ובה פירות, אפילו הוסיף במאתיים אסור.

והקשה תוס' (שם ד"ה דאמר) מאי שנא מסוגיא דסוטה, ילדה שסבכה בזקנה מותר. וביאר התוס' דהכא שאני, דאיכא פירות, לכן אסור אף שהעיקר מותר. אבל סוגיא דסוטה איירי דליכא פירות, לכן אזלינן בתר עיקר. הנה מבואר, דכשאין עוד פרי, אלא בתהליך צמיחה, כי אז תוספת בגידול גם כן משפיעה, לקבוע את המהות.

וכן מהמשך הגמ' (שם) ואמר ר' שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן, בצל ששתלו בכרם ונעקר הכרם, אפילו הוסיף במאתים אסור. היא גופה קא מיבעיא ליה, מפשט פשיטא להו לרבנן, דבתר עיקר אזלינן, לא שנא לקולא ולא שנא לחומרא. או דלמא ספוקי מספקא להו, ולחומרא אמרינן, לקולא לא אמרינן, תיקו.

אגב דברי הגמ' יש ללמוד ממשקנת הגמ' תיקו, לנידון דידן שגם זה בתיקו.

 היוצא מטהור טהור מטמא טמא

ועוד נראה לצדד, לקבוע את מהות העובר, לפי היולדת שממנה יצא הולד. לפי מה שכתב הרמב"ם (הל' מאכ"א פ"א ה"ה) שהגדל מן הטמא טמא, והגדל מן הטהור טהור וזה שייך גם בני"ד. ואמנם כתב הרמב"ם אחר כך, לפיכך דג טמא הנמצא במעי דג טהור, אסור. ודג טהור, הנמצא במעי דג טמא, מותר. לפי שאינו גדוליו, אלא בלעו. הרי ביאר הלח"מ משום שאין זה גידול אלא בליעה, מבואר דאילו הוי הדג טמא, גידול בדג טהור, היה מותר. כלומר הגידול בדג טהור טהור, גם אם הנולד במהותו היה טמא.

וכן מבואר בספר מעשה רוקח על הרמב"ם (שם). שדקדק בדברי הרמב"ם שכתב דג שנמצא במעי דג טהור, משמע בכל מקום שימצא. אבל הביא דהפוסקים נחלקו באם בא דרך הרחם. דלפרישה בדעת הטור לא שרי, אם יצא דרך הרחם, וכן הוא לדברי הט"ז. אבל הש"ך מפרש בכ"י דאם יצא דרך הרחם שרי. וכן כתב הבאר היטב (יו"ד סי' פ"ג אות כ"ב) מיהו בנמצא בבית הרחם לדעת הש"ך גם כן מותר. לדעת הט"ז אסור לשיטת רש"י. ועיין עוד דרכי תשובה (שם אות פ"ב) שהביא דברי הפר"ח והפרי תואר, שהרבו להשיב על הש"ך. ועוד מה שכתב בשם דברי מנחם, שהביא דברי תוספתא להוכיח כדעת הט"ז.

וראיתי במהרי"ט אלגאזי שחקר (פרק א ד"ה ויש לחקור) אם הא דילפינן בגמ' (בכורות דף ו ע"א) היוצא מן הטמא, טמא. ומן הטהור, טהור. מקרא "גמל טמא הוא", ודרשינן "טמא הוא", הוא טמא, ואין הנולד מן הטהור טמא. אם הוא הדין בכל בהמה טמאה, כגון ארנבת ושפן וחזיר שנולדו מן הטהור, דכולהו ילפי מ"גמל טמא הוא", דמצד הסברא אין טעם לחלק ביניהם, וכיון דגלי קרא בגמל ילפינן לכולהו מיניה. או יש לחלק ביניהם עיי"ש. ולכאורה יש להוכיח מהרמב"ם הנ"ל, דגם בדג אילו גדל במעי דג טהור, גם דינו יהיה כמוהו, והיינו טהור. ואם כן נימא דהוא הדין ביצית של גויה שהתפתחה ונולדה ברחם יהודיה, דינה כיהודיה.

ואמנם יש לדחות, שאין להביא מכאן ראיה לענין הביצית. דשם איירי לענין איסור והיתר, דבזה גלי קרא "גמל טמא הוא". והיינו לענין איסור והיתר, ולא בענין המהות, לקבוע מיהו יהודי, ומיהו נכרי. מכל מקום בסברא, יש לומר דאדרבא אם התורה קבעה כן אפילו באיסור והיתר לילך בתר היוצא, כל שכן בדבר שאין לו מעמד עצמי דיהא כיוצא ממנו. דהרי לעובר אין לו מעמד עצמי, ולא שם בתורה, ולא חלות, כל שהיא.

 זה וזה גורם מהווה שינוי

ועוד נראה, דענין השינוי במציאות שהפרי היוצא, שונה במהותו משני הגורמים המיצרים, גם הוא מהווה גורם מכריע ומשמעותי לקבוע את המהות, מדין זה וזה גורם. ובנידון דידן הרי חל שינוי בביצית של גויה המופרת ומושתלת בגוף ישראלית, הרי גם בה יש בה לקבוע

את המהות על ידי השינוי, מדין זה וזה גורם, דנראה דבדרך כלל זה וזה גורם רק מנטרל את האיסור, אבל כשיש גם שינוי, יש בכח עובדת השינוי, להוות גורם מכריע, לקבוע גם את המהות. וזה לפי מה שכתב הרמב"ם (הל' איסורי מזבח פ"ג הי"ד), וכן פרה שפטמה בכרשיני עבודה זרה, מותרת למזבח, שהרי נשתנו. וביאר שם המהר"י קורקוס, דאין צורך לבוא על זה מדין זה וזה גורם, דאם כן תקשי גבי משתחוה לקמה, דליכא אלא חד גורם. ואף על גב דהתם השתחוה במחובר, מכל מקום חיטין אסורין היו, והותרו על ידי שינוי. מבואר, דהשינוי גופא פועל ומפקיע את המעמד הקודם. ואם כן גם בכיצית המוכנסת לגוף ועוברת שינויים, הרי פנים חדשות באו לכאן, ואין ליחס העובר כלל, לתורמת הביצית.

חלות חיובי יהדות

ולא עוד, אלא אנו מוצאים, דיש חיובי מצות גם מכח קנין ממון דישארל, כקנין עבד ושפחה גויים. דזכאי ישראל הקונה להטבילין בעל כרחם, ועל ידי זה מתחייבין במצות כאשר. וכשמשחרר אותם, חל עליהם ממילא דין יהדות. (עי' משל"מ הל' מלכים פ"ה ה"ז. והגר"ח על הרמב"ם הל' איסור"ב פ"ג הי"א - י"ב).

טבילה לצורך העובר

מעתה, אפילו אם הביצית הייתה נחשבת של עכו"ם, יש לדון בה לפחות כקנין שקנה ישראל גוי ושפחה, דדינא הוא דמטבילין בעל כרחן, כמבואר בגמ' (יבמות דף מ"ז ע"ב) ובריטב"א כתב להדיא והא דקאמר שכופה ומטבילה לשום עבדות, הא דכולי עלמא הוא, בכל עבד שקנוי קנין הגוף. וכן אמר בפרקי דר"א (פרק כ"ט) העבדים נמולין ברצונם ושלא ברצונם, והמגיה הגר"א יפהן בריטב"א (שם הערה 268) כתב שכן הובא ברמב"ן ורשב"א, וגם כן הוכיחו דמטבילין בעל כרחם מירושלמי ריש הערל. (ועיין עוד הערה 263 דלדעת הריטב"א הטבילה הנצרכת בשחרור, הוי דרבנן. ואמנם התוס' מסתפק, וי"א דהוי דאורייתא עיי"ש).

ואם כן לפי זה יש לומר בנידון דידן, דתועיל לעובר טבילת האשה המעוברת בעל כרחו. אף שהיא מעוברת, ואף שהיא לא צריכה בעצמה גיור. דמכל מקום טבילתה תועיל לעובר, כשם שמועיל טבילת גיורת מעוברת לעובר. (כמבואר בכתובות דף י"א ע"א). ויבואר לקמן, דעובר היינו רביתיה ואין בזה חציצה.

חלות בלידה

איברא נראה עוד, דעניין של יהדות לא נקבע בזרע המוליד, לא כגנים ולא בתאים אם הם של גוי או יהודי. כי לזרע אין כל דינים, ואין כל חיובים, אלא החיובים נוצרים כנולדים,

מכח היותם בנים לאבות מקבלי התורה, שקיבלום בעדם ובעד בניהם הבאים אחריהם. כאמור (בנצבים), "לעברך בברית ה"א וכו' את אשר ישנו פה עמנו עומד היום ואת אשר איננו פה היום", וכן חיובם נובע מכח ציווי ההורים, כנאמר "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך", וכן "כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת בתו אחיריו".

ואין פלא לומר דיש חלות דינים בלידה בלבד, דהנה כבר מצאנו כן בגמ' (יבמות דף ע"ז ע"ב), כי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן, מצרי שני שנשא מצרית ראשונה, בנה שני הואי. אלמא בתר אימיה, שדינן ליה וכו'. אמר ליה דלמא שאני התם, דכתיב "אשר יולדו". מבואר לעניין מצרי ראשון שנשא מצרית ראשונה דהעובר נקבע לפי האם. והיינו דגם הלידה מהווה גורם מכריע, וגם שם האם נקבע בלידה. ואמנם אין זו ראייה מוכרחת משם לנדון דידן, דהתם סמך אכתוב מפורש, "בנים אשר יולדו להם דור שלישי" הכתוב תלאן בלידה והיינו דיש גזירת הכתוב. מכל מקום יש לנו ללמוד, דגם בלידה יש גורם לחלות של איסור או היתר.

לאור האמור אפשר דגם בעובר חלות דיניו נקבע לא מכח יצירתו, אלא מכח לידתו. והיינו לידתו לאם יהודיה.

עובר ריביתיה דאימיה

עוד נראה דאפילו אם אכן היה לביצית דין נכרית, מכל מקום בתהליך העיבור פקע מהביצית כל דין, והשאירה מקום לחלות דין האם. לפי המבואר שם בגמ' א"ל וכו' כי אמר ר' יוחנן להא שמעתא טעמא דכתיב "אשר יולדו", הא בעלמא בתר אבוה שדינן ליה. אלא הא דאמר רבא נכרית מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה, (דסלקא ליה טבילה דאימיה רש"י). וכי תימא משום ר' יצחק, דאמר ר' יצחק דבר תורה רובו ומקפיד עליו חוצץ, רובו שאינו מקפיד עליו אינו חוצץ. והא אמר ר' כהנא לא שנו אלא רובו, אבל כולו חוצץ. שאני עובר, דהיינו רביתיה. וביאר רש"י דהיינו רביתיה, ולא חציצה היא. הנה מבואר דאף בכל נכרי מהותו תלויה בלידה, ולא דוקא במצרית, והיינו דיש לאם המגדלת גורם מכריע, דחשיב העובר חלק מגופה.

ואם כן יש לומר, דהוא הדין כאן, דאף אם נתיחס לביצית בפני עצמה (כשעוד לא הוכנסה ברחם) כביצית נכרית. מכל מקום העובדא שהיא נמצאת ברחם היולדת, יש לדונו כדין עובר ריביתיה דאימיה. כלומר אותו גוף מתבטל לגוף האם. וכשם שאין צורך בטבילה נפרדת לעובר, דהוא כגופה, וטבילתה מהניא לעובר, כן מהות גוף הביצית תחשב כמהות האם.

ואין לומר דזה דוקא למאן דאמר עובר ירך אמו. דהנה מבואר בתוס' (שם) ד"ה בעלמא בתר אבוה שדינן ליה, דהיינו משום דעובר לאו ירך אמו הוא, ועל זה באה הגמ' להסביר מדוע מהני טבילת האם לעובר. והיינו גם למ"ד עובר לאו ירך אמו, קיימת ההגדרה לעובר היינו רביתיה. כלומר חשיב כחד מאיבריה, דאין לו ישות עצמאית בפני עצמו. וכן מצאתי בריטב"א

(כאן בסוגיא ובדף מ"ז ע"ב) להדיא וז"ל שאני עובר דהיינו ריביתיה פירוש ואהני לה הא מיהת, דאפילו בכולו לא הוי חציצה, ואף על גב דלא אמרינן עובר ירך אמו הוא עכ"ל. מבואר דתירוק הגמ' עובר היינו רביתיה, הוא אף למאן דאמר, עובר לאו ירך אמו.

ואם כן יש לומר דגם בנידון דידן, אפילו נימא דהיה לביצית קודם, דינים בפני עצמה, והייתה ביצית נכרית. מכל מקום בתהליך העיבור ברבייתה, פקע ממנה דין הנכרית. ושוב לא יכול דין הביצית הקודם לחזור. דמהיכי תיתי לומר שיחזור הדין, כשם שמצינו באיסורים כשפקע האיסור, פקע, ולא חוזר. וממילא דין הביצית כשיצא, רווחא שבקא לחברתה (האם), ושוב בלידה קבל העובר, דין המעוברת היולדת בלבד.

מעתה לסיכום:

לעניין השאלה מי נחשבת האם, האם בעלת הביצית, או המעוברת נושאת העובר במעיה, נראה דאם כי יש לצדד שהעובר מתייחס אחר האם המעוברת, ולא אחר בעלת הביצית, מכל מקום אין בזה ודאות. ולדעת גדולי הדור יש לצדד שבעלת הביצית, היא האם הקובעת.

באם בעלת הביצית נכרית יש לגייר העובר מספק.

מאחר ודין ג' חדשי הבחנה, ודין מינקת דרבנן, אין לגזור גזירות חדשות להצריך בנדון ג' חדשי הבחנה, או חודשי מינקת. וגם משום שמעשה הפרית ביצית, בגדר לא שכיח ולא גזרו בזה רבנן. ולכן המבקשת מותרת להנשא למיועד להנשא (לזה שהזמין יחד אתה את ההריון ומודה שהתעברה מזרעו).

גם אילו היה נחשב בעל הזרע כאביו, אולם מאחר ונעשית ההזרעה וההפריה חוץ גופית, הרי אין ודאות (במצב כיום שאין פיקוח של ב"ד על כל שלבי התהליך) שזה מזרעו, ולכן לא נחשב ודאי ליבום וחליצה, גם לא לירושה.

לעניין מזונות יש מקום לחייבו, כי הוא מזמין ומשלם ההריון. וגם מצד אודיתא, דמודה שהוא בנו וזרעו.

מאחר שלדעת גדולי הפוסקים אין הכרעה מי נחשבת לאמו של העובר, ואחר מי יתייחס, הרי שיש לגיירו.

מאחר שיש ספק ביהדות העובר, עדיף לגיירו ולהטבילו (כשביה"ד יחליט לגיירו לאחר שיקבע שזכות הוא לו לגדול בבית זה ויגדלוהו לתורה ומצות) לפני שמונת ימים, כשאין עוד מצות מילה, או ביום השמיני במילה, בנוכחות שלשה לשם גירות.

אם כבר מלו מוהל לשם יהדות, בלי הוראת ב"ד המגייר, אין צורך להטיף ממנו שוב דם ברית לכשיטבול לשם גירות (כדביארנו במקום אחר).

מאחר שיש לצדד בנידון דיש שלשה גורמים לעיבור, וכי אז יש לומר דזרע הנכרית מתבטל בגוף המעוברת היהודית ובזרע היהודי. הרי שיש מקום לספק ליחסו אחר האב היהודי, אבל לא לכהונה. דלעניין כהונה צריך יחס ברור, מה שאין כאן, שאין יחס ברור.

לעניין השאלה אם יש עדיפות לתרומת שחלה מנכרית, או תרומת ביצית, יש לצדד לכאן ולכאן ואין לי הכרע.

מאחר והעניין לא הוכרע על ידי גדולי הדור, נראה פשוט דאין לת"ח ליטול חלק ביעוץ או בהדרכה לגרום להפריה, דאין בזה מצוה, וגם אין בזה טובת הולד, לחיות כל חייו בספיקות קשות העלולות לפגוע בו ובנפשו.

דעת מו"ח מרן הגאון זיע"א

ולחומר העניין ועם כתיבת העניין נשאלתי שוב אותה שאלה הלכה למעשה. והפניתי את השאלה שוב כשליח מצוה למו"ח מרן פאר הדור מאור ישראל הגאון רבי עובדיה יוסף (שליט"א) זיע"א רבן של ישראל תל תלפיות שכולם מחכים למוצא פיו ולהוראתו בכתב.

ואכן, נכנסתי לקדש פנימה אצל מו"ח מרן הגאון רבי עובדיה יוסף (שליט"א) זיע"א ושאלתי שוב לדעתו, וחזר ואמר בפסקנות שעובר הנולד מתרומת ביצית צריך גירות. (אם כי, לא ברור לי אם דעתו שצריך גיור מדין ודאי או משום ספק). ויצא פס"ד מתחת ידינו חתום בשלשה שצריך גירות, לאחר זמן הצגתי בפניו גם את המו"מ והנימוקים שכתבתי בענין זה, ובקשתי ממו"ח מרן פאר הדור, מאור ישראל, תל תלפיות (שליט"א) זיע"א שיתן עינו ויחזה דעתו על תשובה זו ולא זכיתי להתייחסותו בכתב. ונתקבל אצלי הרושם, שבענינים כגון אלו אין דעתו נוחה להעלות את הדברים על הכתב, מחשש שיתקבל רושם מוטעה, אשר עלול לפרוץ גדרות הקדושה והיוחסין בעם ישראל.

שוב, בשב"ק לסדר "ראה אתה אומר אלי העל את העם הזה", חוה"מ סוכות תש"ע, זכיתי להסתופף בצילו, ושאלתי לענין היולדת מתרומת ביצית של נכרית, כיצד לנהוג בענין ברית מילה, ואמר לעשות את הברית מילה רק לאחר הגירות. ומי שלא עשה כך, אינו אלא טועה. (אם כי, בדיעבד שנעשה הברית קודם הגירות לשם יהדות ואח"כ קיבלוהו לגירות, כבר כתב בתשובה שאין צריך לעשות הטפת דם ברית).

שוב שאלתי, האם מה שהורה להצריכו גירות הוא מתורת ודאי או מתורת ספק, וראיתי שאין דעתו נוחה כלל לדבר על נושא זה.

ואציג בזה מכתב בעקבות שיחתי הנ"ל:

בס"ד, עיו"כ תש"ע.

לכבוד ידידנו היקר, מרביץ תורה ברבים הרה"ג רבי צבי רייזמן שליט"א מחבר סדרת הספרים "רץ כצבי"

ראה ראיתי את הקונטרס שערך וכתב כב' בענין השתלת שחלות, ונהניתי מאד, וזאת בנסיבות שהיה הנוגע למעשה בבית דינינו, וכב' פתח צהר לדבר.

ובהיותו והענין היה נוגע למעשה, נכנסתי לקדש פנימה אצל מו"ח מרן הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א ושאלתיו שוב לדעתו, וחזר ואמר שעובר הנולד מתרומת ביצית צריך גירות, וזאת כפי שציין כב' בקונטרסו משמו, שיש להתייחס לתורמת הביצית הנכרית. אם כי, לא ברור לי אם דעתו שצריך גיור מדין ודאי או משום ספק.

לאחר זמן הצגתי בפניו גם את המו"מ והנימוקים שכתבתי בענין זה, ובתוה"ד פלפלתי בדברים שהביא כב', ויצא כפס"ד מתחת יד ביה"ד חתום בשלשה שצריך גירות, כמצ"ב, ובקשתי ממו"ח מרן פאר הדור, מאור ישראל, תל תלפיות שליט"א שיתן עינו ויחזה דעתו על תשובה זו, אך השיב שכעת הוא עסוק בענינים אחרים, ובע"ה לאחר החג ישתדל לעיין בזה.

אולם, יש לי את הרושם, שבענינים כגון אלו אין דעתו נוחה להעלות את הדברים על הכתב, מחשש שיתקבל רושם מוטעה אשר עלול לפרוץ גדרות הקדושה והיוחסין בעם ישראל.

והנני חוזר על הראשונות כי דבריו נעמו לי מאד, וקונטרסו כתוב וערוך בצורה מיוחדת ומהודרת, ויישר כחו על כך.

בברכת התורה ובברכת פתקא טבא, מרדכי טולידאנו

ועוד מכתב בנושא:

בס"ד. חוה"מ סוכות תשע"א.

לכבוד ידידנו היקר, מרביץ תורה ברבים הרה"ג רבי צבי רייזמן שליט"א

מחבר סדרת הספרים "רץ כצבי"

בהמשך למכתבי הקודם מערב החג, זיכני ה' להסתופף שוב בצילו של מרן פאר הדור ושכבה"ג שליט"א בשב"ק לסדר ראה אתה אומר אלי העל את העם הזה, חוה"מ סוכות, ושאלתיו לענין היולדת מתרומת ביצית של נכרית, כיצד לנהוג בענין ברית מילה, ואמר לעשות את הברית מילה רק לאחר גירות. ומי שלא עשה כך, אינו אלא טועה. אם כי, לאחר הגירות, כבר כתב בתשובה שא"צ לעשות הטפת דם ברית.

שוב שאלתי האם מה שהורה להצריכו גירות הוא מתורת ודאי או מתורת ספק, וראיתי שאין דעתו נוחה כלל לדבר על נושא זה.

בברכת התורה ובברכת מועדים לשמחה, מרדכי טולידאנו



הרב חיים וידאל

חבר בית הדין הרבני ירושלים

**קביעת היחוס בפונדקאות מביצית של אשה גויה
בירור יוחסין / החזקת הילדים / מזונות**

בפני ביה"ד בקשת האשה לפסיקת מזונות עבור שתי הקטינות.

ביה"ד ביקש מהצדדים להמציא כל מסמך משפטי/רפואי אודות טיפולי הפוריות של הבאת הקטינות לעולם. האשה הודיעה שמלבד המסמכים שכבר הומצאו אין ברשותה מסמכים נוספים.

רקע ועובדות

הצדדים נישאו בתשע"ג (פברואר 2013). לאישה היו אלו נישואין ראשונים, היא הייתה אז בת 52, ואילו לאיש היו אלו נישואין שניים, והייתה לו בת מנישואיו הקודמים.

מנישואין אלו נולדו להם ביום 5/7/2014, בהיות האישה בת 53, שני בנים תאומים לאחר טיפולים: מדובר בביצית של אישה אחרת גויה שהופרתה מזרע האיש, והושתלה אחר כך ברחמה של האישה. בדיון שהתקיים ביום ב' בניסן התשע"ח (18/03/2018) אמר האיש כי מקור הביצית הוא צ'כיה, והאישה הודתה בפני ביה"ד בדיון שהתקיים בעניין ייחוסם של הילדים בתאריך (5/3/2020) שמדובר בביצית של מאשה מצ'כיה.

השאלות העומדות לפנינו הן:

אם תורמת הביצית היא גויה, האם הילדים גויים כמותה או שהולכים בזה אחר האם היולדת והם יהודים.

במקרה שאם הילדים יהודיים, אם מפני שהולכים אחר היולדת או במקרה שתורמת הביצית יהודיים, האם מכיוון שהזרעת הביצית לא נעשתה בדרך טבעית אין ייחוס של הילד לאב או שגם במקרה זה הוא מתייחס אחר האב.

דיון והכרעה

מי האם - בעל הביצית או היולדת

בראשית הדברים אעתיק מדברי ידידי ראב"ד ירושלים הגר"מ רלב"ג שליט"א, שדברי מתייחסים לכמה וכמה נקודות שהעלה בתוך דבריו, וכך כתב:

בענין זה מצאנו בנדון זה מבוכה רבה בפסיקה והפוסקים, כפי שנבאר להלן, ולכן להלכה ולמעשה זהו ספק מי האם, בעלת הביצית או היולדת.

כך נראה ממובאות הרב עובדיה יוסף זצ"ל, כאשר בשו"ת מעין אומר (חלק ח' סימן ב/יא) נכתב שהרב עובדיה יוסף אמר לחתנו הרב עזרא בר שלום שקביעת האימהות נעשית לפי היולדת, וכך משמע בתשובה נוספת שם (סימן ב/ג). ואילו הראשל"צ הרב עמאר (באסיא פז-פח עמ' 102-100) כתב בשם הרב עובדיה יוסף שדעתו שבעלת הביצית היא אם הולד לכל דבר וענין, ויוצא לפ"ז שהגיור הוא אף לעיכוב ואין לגייר, אף במילה וטבילה להורים שאינם דתיים. ואילו לאחד מדייני ההרכב שלנו, הדיין הרב חיים וידאל שכתב אליו, שעד כמה שבייר הבין, שבמקרה זה דעת מרן נוטה שהולד מתייחס אחר בעלת הביצית ושאלו במקרה כזה שבעלת הביצית גויה והושלל לרחם אמו היהודיה שאינה שומרת מצוות, ונתגדלו ללא שמירת תורה ומצוות, כיצד לנהוג, והורה לו בכתיבת ידו במילים: יש למולו ולא לגיירו עד שתחזור אמו בתשובה שלימה, עד כאן דבריו. ועולה שמצד אחד הורה למולו, כלומר מצד הצד היהודי, ולעומת זאת הורה שלא לגיירו, כלומר שלא להטבילו לשם גירות בלא שיובטח גידולו במצוות, שזהו מצד הגוי שבו. ואילו בספר שו"ת פוע"ה עמ' 296 הערה 7 כתבו שבתשובה קצרה בכתב ידו של הרב עובדיה יוסף שנכתבה סמוך לפטירתו נשאל הרב על דינו של הנוולד מפונדקאית גויה, ומסקנתו הייתה שטוב לגיירו לחומרא, ומובנו, שבעלת הביצית יהודיה, ואילו היינו הולכים לפי בעלת הביצית היהודייה, לא היה צורך לגיירו, ולמרות זאת טוב לגיירו לחומרא משום צד הגויה של רחם ולידה.

כך דעות שונות נאמרו בשם מרן הרב יוסף שלום אלישיב זצ"ל, כאשר בספר נשמת אדם העיד המחבר ששמע מהרב אלישיב שהיולדת היא האם. וכך הרב ד"ר מרדכי הלפרין העיד בפני הרב אריה כץ עורך שו"ת פוע"ה (עמוד 296 הערה 7) שהרב חיים ואלקין אמר לו שאף הוא שמע ישירות מהרב אלישיב שהיולדת נחשבת האם. לעומת זאת הרב אברהם שרמן (חבר ביה"ד הגדול בשעתו) כתב בירחון ישורון כא (עמ' תרלה והלאה) שהרב אלישיב אמר לו שיש להתייחס לבעלת הביצית כאם הוולד (כאשר היא יהודיה), אך מ"מ באם היולדת גויה יש להצריך את הוולד גיור מספק.

העולה מכל דברים אלו שנשארנו בספק בדעתם של שני גדולים אלו. ויש גדול נוסף, מרן הרב שלמה זלמן אויערבך, שהובא בשמו בספר נשמת אברהם (אבן העזר סימן א' ס"ק 11,1 וסי' ה' עמ' קנו) שהסתפק במפורש במי לקבוע כאם, בעלת הביצית או היולדת. לעומת זאת בשו"ת באהלה של תורה (חלק א' סוף סימן ע' וכן בעמק הלכה ב' תשמט עמ' 172-163) משמו שהולכים אחרי בעלת הביצית.

גם ראה בעניין זה מאמר של הרה"ג זלמן נחמיה גולדברג בתחומין ה"י ייחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", מאמר של הרה"ג כלאב בתחומין ה"י מיהי אימו של ילוד, ההורה או היולדת", מאמר של הרה"ג יעקב אריאל בתחומין טז "הפריה מלאכותית

ופונדקאות", "רץ כצבי" פוריות יוחסין ואישות פרק ד ועוד. גם אני כתבתי בעניין זה בספרי אבני משפט אה"ע סימן א במאמר "ייחוס הוולד אחר האם (אם פונדקאית)", מאמר שגם פורסם בתחומין כ'.

נביא בתמצית את הטיעונים ההלכתיים שנאמרו בסוגיה זו לכאן ולכאן:

עובר ירך אימו או לא:

מצאנו כבר בגמ' דעות לכאן ולכאן בעניין זה של עובר ירך אימו, לדוגמא ראה בבלי יבמות ע"א. גם בפוסקים מצאנו מחלוקת בזה מה נפסק להלכה. לכאורה אם עובר ירך אימו אז אם העובר היא היולדת, שהרי כבר הפך להיות חלק ממנה.

מכל מקום אין זה מוכרח, שכן אפשר שעובר ירך אימו רק אם הוא גם בנה הביולוגי.

האם בשעת הלידה נקבעת האימהות:

מצאנו שדנו הפוסקים האם רק בשעת הלידה נקבעת האימהות או שכבר קודם לכן. יש לכך כמה וכמה ראיות לכאן ולכאן, בין היתר ממגילה יג ע"א, רעק"א בגיליון השו"ע יו"ד פז, יבמות צז ע"ב ועוד.

לפי הצד שעד הלידה לא מתייחס העובר לאימו ורק בשעת הלידה חל הייחוס – יש לומר שהולכים אחר היולדת ולא אחר בעלת הביצית.

אין חשיבות לביצית שהוצאה מגוף האישה:

הפוסקים דנו בעניין זרע שנלקח מהאיש האם הוא מתייחס אחר בעל הזרע או לא. יש הסבורים שאינו מתייחס לבעל הזרע אפילו אם שניהם יהודים, האיש והאישה. בבסיס הדבר עומדת הסברה שכאשר נלקח הזרע מגוף האיש שוב אין לו חשיבות ואינו מתייחס אליו. סברה זו ממש יש להחיל גם לגבי ביצית שנתרמה.

הביצית היא זו שנותנת את התכונות ולכן יש לומר בעלת הביצית היא האם.

ביצית של גויה

אם בעלת הביצית היא גויה אז לכאורה לפי האמור לעיל במקרה כזה יהיה ספק האם אם הילדים היא הגויה בעלת הביצית או היהודייה היולדת.

ייחוס הבן לאביו כשהאם גויה

בהנחה שהאם היא בעלת הביצית הגויה הילד אינו מתייחס לאביו, שהרי הילד במקרה כזה הוא בן לאם גויה ואב יהודי, ראה בבלי מסכת יבמות דף כב עמוד א

מי שיש לו בן מכל מקום - פוטר אשת אביו מן היבום, וחייב על מכתו ועל קללתו, ובנו לכל דבר, חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העובדת כוכבים.

בנוסף, הוא אינו יהודי.

אומנם מצאנו בשו"ת משפטי עוזיאל כרך ב - יורה דעה סימן נב שכתב שיש יחס כלשהו בין הבן לאביו הגם שהאם גויה:

בגמ' לא תנסיב כותית ושפחה דלא ליזיל זרעך בתרה (יבמות ק ב) ואען ואומר: פירושו בסוגית הגמ' הוא נכון. שכל זמן שהבן הבא מן הנכרית לא התגייר, הרי הוא כגוי גמור, אבל משהתגייר אהני לו זרע האב להיות נקרא מזרע ישראל לענין כהונה, דהלא גר שנתגייר מותר לבוא בקהל ישראל כאילו נולד מישראל

כלומר, אם ישראל בא על נכרית וילדה בת והבת התגיירה נחשבת הבת "מזרע ישראל", ומותרת לכהן. אך רק לאחר הגיור יהיה יחס בינה לבין אביה, וגם זה רק לענין שתיקרא מזרע ישראל ותהיה הגיורת מותרת לכהן, אך לא לענין ירושה, ייבום, מכתו וקללתו וכו'.

כלומר, אם ישראל בא על נכרית וילדה בת והבת התגיירה נחשבת הבת "מזרע ישראל", ומותרת לכהן. אך רק לאחר הגיור יהיה יחס בינה לבין אביה, וגם זה רק לענין שתיקרא מזרע ישראל ותהיה הגיורת מותרת לכהן, אך לא לענין ירושה, ייבום, מכתו וקללתו וכו'.

בדומה לכך מצאנו בחידושי הגרנ"ט על מסכת יבמות סימן יא שכתב בביאור שיטת התוספות שעכו"ם שבא על בת ישראל הולד כשר, שהוא עכו"ם מחד גיסא אך גם כשר מאידך גיסא ויש לו כמה וכמה דינים של ישראל, והיינו שנחשב הולד מאומה הישראלית אך חסרה לו קדושת ישראל לענין חיוב במצוות, ונמצא שהולד מנישואי התערובת הללו מתייחס לשני הוריו. אומנם הוא מדבר על גוי שבא על ישראלית, ולא כמו בנדון דידן שמדובר בישראל שבא על גויה, ובזה יש לומר שהבן שנולד מהגויה אינו שייך כלל לאומה הישראלית וגם לא לקדושת ישראל, ואם כן אינו נחשב בנו לשום דבר ועניין.

התורה הפקירה את זרעם

אומנם יש להעיר שבמקרה של ביצית גויה במעי יהודייה יש מקום לומר שגם לפי הסוברים שהאם היא בעלת הביצית, פה יודו אף הם שהולכים אחר היולדת, וזאת לפי סברה שחידש הרה"ג יקותיאל כהן בפס"ד מנומק שנכתב בתיק 1183382/1 בביה"ד האזורי ירושלים:

מצאנו כיבמות צח ע"א שאם אישה התגיירה בעודה מעוברת בתאומים – אין התאומים הללו נחשבים אחים מן האב מפני שהתורה הפקירה את זרעו של הגוי "בשר חמורים בשרם וזרמת סוסים זרמתם", ולכן נחשב כאילו שאין להם אב. כלומר, למרות שגוי מתייחס אחר אביו, מכל מקום בבטן של יהודייה מתבטל הייחוס לאב. הגמ' התייחסה רק לסיפא של הפסוק, ונראה שתחילת הפסוק, בשר חמורים בשרם, מתייחס לנשותיהם של הגויים, ולכן כשם שזרעם הופקר כך גם ביציות האישה הופקרו. לפיכך ביצית הנכרית בבטן הישראלית מופקרת ואינה מתייחסת עוד לבעלת הביצית הנכרית, ולכן יש לילך אחר היולדת.

אומנם יצוין שהתוספות בכורות מו ע"א מבינים את הסברה של "זרמת סוסים זרמתם" שהיא מדרבנן בלבד, אבל מן התורה אין צורך כלל לסברה זו, שהרי גר שנתגייר כקטן שנולד דמי, וזה לשונם שם:

ומיהו בפרק נושאין על האנוסה (יבמות דף צח.). אמרינן הא דאמור רבנן אין אב למצרי לאו משום דשטופי בזימה ולא ידיע דהא שני אחין תאומים דטיפה אחת [היה] ונחלקה לשנים וקתני ואין חייבים משום אשת אח ש"מ אפקורי אפקריה רחמנא לזרעיה דמצרי דצריך לטעמא דאפקריה אף על גב דנתגיירו ולא סגי בטעמא דקטן שנולד דמי ודבר תימה הוא וי"ל דאי לאו טעמא דאפקריה לזרעיה היה לנו לאסור למנסב נשי דהדדי משום דאתי לאחלופי בישראל והתם משמע דאפי' איסורא ליכא ואין חייבין לאו דוקא וגם היה לנו להצריך חליצה והתם קתני לא חולצין ולא מייבמין.

ואם כן יש לומר שביצית הנכרית תתייחס לאימה גם ברחם היהודייה. אך מאידך גיסא מצאנו שבעלי התוספות סברו שהפקר זרע הגוי הוא כן מן התורה, ודנו בעניין זה בהקשר לבעילת גוי האם אוסרת, ראה תוספות כתובות דף ג עמוד ב:

ותירין ר"ת דאין חייבין מיתה על בעילת מצרי דרחמנא אפקריה לזרעיה דמצרי דכתיב (יחזקאל כג) וזרמת סוסים זרמתם [...] ומתוך כך התיר ר"ת לכת ישראל שהמירה ובא עליה עובד כוכבים לקיימה לאותו עובד כוכבים כשנתגייר דלא שייך למימר אחד לבעל ואחד לכוּעל בביאת מצרי דהויא כביאת בהמה ואין נראה לריב"ם [...] וכי אפקריה רחמנא לזרעיה הני מילי לענין דאין לו חיים וזרעו חשוב כזרע בהמה

לפיכך יש לומר שלכולי עלמא התורה הפקירה את זרע וביצית הגויים, אלא שבמקרה של מעוברת שהתגיירה אין צורך לכך מפני שבלאו הכי גר שנתגייר כקטן שנולד דמי.

ביצית נכרית במעי יהודייה התרחקה מהנוכרית

סברה נוספת בעניין השתלת ביצית נוכרית ברחם יהודייה מצאנו בשו"ת פועה (עמ' 303)

בתשובת הגאון רבי אפרים גרינבלט, הכותב: עדיף לקחת [ביצית] מנכרית וזו היא העצה הכי טובה, ואז הוולד הנולד יהיה יהודי אף שהביצית היא מנכרית, היות וההיריון של הוולד והלידה יש לה יחס למוליד[ת]ה, כי מהנכרית כבר נפרדו ממנה תכלית פירוד, כעת הביצה מקבלת שם חדש, והוולד מתייחס אחריה, ולא טעון גירות.

כלומר, מפאת הריחוק שבין יהודייה לגויה מתבטל הייחוס של הביצית לבעלת הביצית הנוכרית, ושוב נחשבת האם היולדת לאם הילד.

אומנם כבר ניתן בעניין זה ממש פס"ד בתיק בירור יהדות שבו הכריע הרה"ג יקותיאל כהן כי מעיקר הדין האם ההלכתית היא האם נושאת ההיריון והלידה, אלא שלחומרא בעלמא יש לעשות גיור.

ייחוס הבן לאביו כשהביצית של גויה אך הלכתית האם יהודייה

על הצד שנפסוק שהאם יהודייה יש לדון האם במקרה שהביצית של גויה יתייחס הוולד לאביו או לא. מלבד הנדון שיש במקרה של הזרעה מלאכותית בייחוס הילד אחר אביו, יש להסתפק במקרה זה ספק נוסף:

מצאנו שילד של אב יהודי ואם נכרית אינו מתייחס לאביו. אם כן יש לומר שזרע היהודי מתבטל בביצית של הגויה, כשם שכשיהודי שבא על גויה הוולד גוי, ושוב לא יתייחס הבן לאביו היהודי גם אם נפסוק שהאם יהודייה.

מאידיך גיסא, יש לומר שביצית הגויה אינה חשובה לבטל את זרע האב היהודי, אין לה ישות עצמאית עדיין, ועדיין לא התעורר נדון של ייחוס הוולד, וכשיתעורר הנדון – כבר לא הולכים אחר הביצית הגויה אלא אחר בעלת ההיריון, ולכן לא יתבטל הזרע היהודי.

ואכן, מצאנו בש"ס ובפוסקים שהעובר עד מ' יום נחשב למים בעלמא ולא לישות כלשהי, ראה משנה בנדה דף ל עמוד א לעניין טומאת לידה

המפלת ליום מ' – אינה חוששת לולד, ליום מ"א – תשב לזכר ולנקבה ולנדה.
 רבי ישמעאל אומר: יום מ"א – תשב לזכר ולנדה, יום פ"א – תשב לזכר ולנקבה
 ולנדה, שהזכר נגמר למ"א והנקבה לפ"א. וחכ"א: אחד בריית הזכר ואחד בריית
 הנקבה – זה וזה מ"א.

גם ראה רמב"ם הלכות תרומות פרק ח הלכה ג לעניין לפסול את אימו מאכילת תרומה

בת כהן שבא עליה ישראל אין חוששין שמא נתעברה אלא טובלת ואוכלת לערב,
 היתה נשואה לישראל ומת בעלה טובלת ואוכלת בתרומה לערב עד מ' יום, ואם
 הוכר עוברה הרי זו מקולקלת למפרע עד מ' יום שכל המ' יום אינו עובר אלא מים
 בעולם הוא חשוב.

לפי זה נראה לכאורה שעד מ' יום אין שאלה של ייחוס הוולד עדיין. יש איפוא מקום לומר שכעבור מ' יום מהעיבור כבר מתייחס העובר אחר אביו ואימו.

אומנם מצאנו גם זמן אחר לגבי קביעת ייחוס הוולד: רבי עקיבא איגר בגיליון יורה דעה סימן פז על הש"ך סק"ד דן בחל'ב של טריפה האם עוברים עליו משום בשר בחלב:

מסתפקנא בחלב טריפה למה דקיי"ל דטריפה אינה יולדת אם מקרי אינה ראוייה להיות אם ואין בזה משום בב"ח וע' סנהדרין (דף ס"ט ע"א) רש"י ד"ה אלא כי אתא רב דימי כו' והכי קאמר בן ולא הראוי להיות אב והיינו לאחר ג' חדשים אחר שהביא שערות שראוי להיות העובר ניכר אם היה בא על אשה משהביא ב' שערות ונתעברה א"כ הרי דאב העובר מקרי אב ה"נ י"ל דטריפה ראוייה להיות אם דהא יכולה להתעבר אלא שלא תלד

כלומר, העובר מתייחס לאביו ואמו כבר משעה שניכר, וכבר אז נחשבת האם הטריפה לאם. לענייננו כבר משעה שניכר העובר, בד"כ לאחר שלושה חודשים מהעיבור, מתייחס אחר האב.

והנה, הגמ' במגילה דף יג עמוד א דורשת "כי אין לה אב ואם - ובמות אביה ואמה, למה לי? אמר רב אחא: עיברתה - מת אביה, ילדתה - מתה אמה". וראה רש"י שם שכתב "בשעה שנתעברה אמה מת אביה - נמצא שלא היה לה אב משעה שנראה להקרות אב. וכשילדתה אמה מתה - ולא נראית לקרות אם". מכאן רואים שבזמן ההזרעה עדיין אינו נקרא אב, ויש לומר כמו שכתבנו לעיל, שרק לאחר 40 יום או משניכר העובר יש לעובר חשיבות לעניין ייחוסו לאביו.

בשו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא - אבן העזר סימן סט כתב:

"והנה בילדותי שמעתי מהמנוח הרב המאור הגדול הישיש אב"ד דק"ק טרטקוב [...]

היאך מתיבמת אחר ג' חדשים מיום המיתה ודלמא לא נקלט הזרע עד יום ג' ועדיין לא שלמו ג' חדשים שלמים מזמן עבודה ולא הוכר עוברה ואיך פוגע בספק אשת אח דשמא מעוברת היא והיה לו להמתין צ"ג יום וקושיא זו חמורה מאד [...]

ואמרתי בלבי הן אמת שבתורה כתיב ומת אחד מהם ובן אין לו מ"מ אם הניח אשתו מעוברת מקרי יש לו אף שעדיין לא נולד אם נולד אח"כ מקרי למפרע יש לו בן אבל אם בשעת מותו לא היתה אפילו מעוברת [...]

וא"כ אני אומר אשה שלא קלטה הזרע קודם מיתת בעלה אף שקלטה אחר מותו ובנו הוא לכל דבר מ"מ לענין יבום כבר קרינן בה ובן אין לו בשעת מיתה ובת יבום היא וא"כ שפיר היבמה מתיבמת אחר מיתת בעלה ג' חדשים דממנ"פ אם נקלט הזרע קודם מותו כבר הוכר עוברה ואם לא נקלט קודם מותו אף שנקלט אחר מותו שפיר מתיבמת.

מדברי הנודע ביהודה עולה שלעניין ייבום נקרא העובר בן כבר בשעה שנקלט.

אך נראה שגם לדברי הנודע ביהודה אינו נחשב לבנו לכל דבר, שהרי מבואר לעיל מש"ס ופוסקים שאינו בנו לכל דבר ועניין, אלא נחשב למים בעלמא לעניין לפסול מתרומה וכיו"ב, ואיך יחלוק הנודע ביהודה על כך. נראה שדברי הנודע ביהודה לא נאמרו אלא לעניין ייבום וחליצה, ושם לא בעינן ממש בנו, אלא הגמ' דורשת "ובן אין לו" – עיין עליו, ולכן גם בן כלשהו, דהיינו זרע שנקלט, נחשב לבן לעניין זה.

ייחוס הבן לאביו כשהביצית של יהודייה

אם בעלת הביצית היא יהודייה, בין אם נלך אחר בעלת הביצית בין אם נלך אחר היולדת הילד הוא יהודי. לכאורה מכיוון שאימו יהודייה לפיכך הוא מתייחס אחר אביו, ואביו חייב במזונותיו.

אך באמת יש מקום לחלוק ולומר שמכיוון שההזרעה לא נעשתה בדרך טבעית לפיכך אין ייחוס של הולד אחר נותן הזרע. אכן מצאנו בפוסקים דעה כזו:

החלקת מחוקק אה"ע א ח כותב "יש להסתפק אשה שנתעברה באמבטי אם קיים האב פ"ו ואם מקרי בנו לכל דבר". אומנם בהמשך דבריו הביא מדברי ליקוטי מהרי"ל וספר עבודת הקודש שכן סירא היה בנו של ירמיהו, ומצאנו מחלוקת בהבנת דבריו, האם הביא זאת כדי לפשוט את הספק (משפטי עוזיאל אה"ע ב יט, יבי"א ב אה"ע א) או לא (חוות בנימין ג יז). לענ"ד נראה פשוט שהביא זאת כדי לפשוט את הספק, שהרי בוודאי לא בא הח"מ לספר לנו סיפורים בעלמא, ואם כדי להראות שיש אפשרות של עיבור באמבטי – עדיף היה לו להביא את דברי הגמ' בחגיגה יד ע"ב שדנה בבתולה שהתעברה האם מותרת לכהן גדול, ואומרת שחיישינן שהתעברה באמבטי).

אומנם הט"ז שם סק"ח סבור שהדבר עדיין ספק, ודוחה את הראיה שהביא הבית שמואל לפשוט ספק זה.

גם הברכי יוסף אה"ע א יד הסתפק בדין זה.

גם במשפטי עוזיאל אה"ע חלק ב סימן יט כתב לדחות את הראיה מהאגדה גבי בן סירא, שאין ללמוד מהאגדות, ולכן מסיק להלכה שאינו בנו, ולפחות יש ספק בדבר.

גם ראה חוות בנימין להגר"ש ישראלי חלק ג סימן קז "אבהות בהזרעה שלא כדרכה" שנוקט שזהו ספק גדול האם הילד מתייחס אחר אביו נותן הזרע במקרה של הפריית מבחנה, והוא מבסס זאת על הברכי יוסף, וכן על קושיות הבני אהובה, טורי אבן ודברי מלכיאל.

כך גם דעת הגרמ"מ כשר בתורה שלמה יז מילואים ד טז ובדברי מנחם ד סימן ח. הוא

מדמה זאת לזרע במעי השפחה שמצאנו שאינו מתייחס אחר האב גם אם שחרר אותה מייד לאחר הביאה, וזרע בכלי לא עדיף מזרע במעי השפחה.

הרה"ג יקותיאל כהן בפס"ד מגומק שנכתב בתיק 1183382/1 בביה"ד האזורי ירושלים, וחזר על כך בפסה"ד מיום 25/3/2020 בתיק בירור היוחסין של ילדי הצדדים בנדון דנן, כתב:

עוד יש קולא בכל השתלה שיוצאה החוצה בתחילה ההפריה, שאין לה כל צורת אדם, שנחשב כאינו ולד אדם לגמרי, ובכך יפסיק את ההתייחסות למצבו הקודם שבא מזרע וביצית גויה, והוא האמור במשנה במסכת נדה כא, א והובא ברמב"ם פ"י מאיסורי ביאה ה"ו: "ואם אין פניו כצורת פני האדם אע"פ ששאר הגוף גוף שלם וידיו ורגליו ידי אדם ורגליו, והרי הוא כנקבה או זכר, אינו ולד" וכו'. ואמנם שם הדין על ולד ואילו כאן אנו דנים על זרע, אבל שם ראינו שכאשר יצא לאויר העולם אנו דנים עליו בפני עצמו, ואזי מכח מה שאין לו צורה כאדם אי אפשר להתייחס אליו בהתייחסות הרגילה לאדם בכלל, אלא מתבטל כל מהותו, כך גם לכאורה יש לדון על זרע כשיצא החוצה, לדונו בפני עצמו, ואין לו כל צורת אדם להתייחס על איזה אדם שהיה מולידו. כלומר כל הדינים שנובעים מהתייחסות בכלל, שייכים רק בדרך הטבעית של ביאה, כשנשאר בגופת בני אדם ואיננו צריכים להתייחס אליהם בנפרד בשל עצמם, אזי ממשיכה ההתייחסות אל מולידיהם כזרע רגיל שאין לו צורה, אבל ברגע יציאתם לעולם, כבר דנים עליהם בשל עצמם, ומכיוון שאין עליהם באותו מצב כל צורת אדם, הרי זה כפירשא בעלמא.

ולכן במקרה דידן נפסק מהם גם ההתייחסות הקודמת ממי שבאו ביציהם מהגויות, ונשאר על הוולד רק ההתייחסות לנושאת ההיריון והלידה שיצאה ממנה צורת אדם, ולכן בנידוננו שנושאת ההיריון והלידה היא יהודייה, נדון את ילדיה כיהודים. וזרע הביצית שאמרנו שהוא "כפירשא בעלמא", דינו כמופקר, שאמרו ר"ת וריב"ם (כתובות ג, ב) שכיון שהופקר זרע הגוי שבא על יהודיה, והרי הבת יהודיה גמורה. כלומר כאשר אין להתחשב בצד שנתן כח בהולדה הרי נקבעת המולידה כאם היחידה בנתינת הדינים שלה בילדיה.

ואכן לפי דברינו, כך יהיה גם במצב הנגדי, שאם ינתן זרע וביצית מיהודים במצבן הראשון בתוך נכרית יהיה דין הוולדות כגויים גמורים, וכך יהיה גם דינם לפי דברינו להלן, מצד עובר ירך אמו [...].

עוד יש להוסיף על הפסקת יחוס הקודם, מתוך שהזרע והביצית "מוקפאים" בדרך כלל, הרי באותו זמן כמוהו כאין לו חיות כלל "ונחשב כמת", וממילא דינו כעפר בעלמא. ראה כדוגמא לשון רבינו תם (בשו"ת ספר הישר לר"ת סימן כ אות ה') הכותב:

"דאי לא חיי לא תפסי קידושין בנפל וכדבר שהוא כאבן".

כלומר, ברגע שיצא הזרע שלא בדרך ביאה ובפרט אם הוא מוקפא הוא מאבד מחשיבותו, ולכן גם מאבד את הזיקה שלו לנותן הזרע.

אומנם מאידך גיסא מצאנו כמה וכמה פוסקים חשובים שכתבו שהוולד מתייחס אחר נותן הזרע:

הבית שמואל אה"ע סימן א סק"י כתב

ויש להביא ראיה מ"ש בהגהת סמ"ק והב"ח הביא ב"ד סי' קצ"ה אשה מוזהרת שאל תשכב על סדין ששכב עליהן איש אחר פן תתעבר מש"ז של אחר גזירה שמה ישא אחותו מאביו נשמע דהוי בנו לכל דבר:

גם ביביע אומר ב אה"ע א נקט שהולכים אחר נותן הזרע, וכדעת הח"מ והב"ש.

גם ראה מאמר של הרב ד"ר מרדכי הלפרין באסיא יג "מעמד הלכתי של הנולד מהזרעה מלאכותית לאחר מות אביו לעניין ייבום, ירושה, יוחסין ואיסורי קרובים", שם נקט שהכרעת הפוסקים היא שהבן מתייחס אחר אביו הביולוגי:

אמנם כבר כתב ר' יהונתן אייבשיץ בספרו בני אהובה שאפילו בנתעברה באמבטי "באמת אם ממנו לבד נתעברה פשיטא דבנו הוא לכל דבר אך מי יכול לברר זה ולא נתנה תורה למלאכי השרת", ולכן לא החשיב את הנולד מעיבור באמבטי כבנו עקב הספק מי האב. מדבריו נובע שבהזרעה מלאכותית כשידוע בוודאות זרע של מי הוזרק לאישה פשיטא דבנו הוא לכל דבר, ואף שהחיד"א בברכי יוסף הסתפק בדבר כתב להלכה ביביע אומר העיקר בזה כדעת האחרונים החלקת מחוקק והבית שמואל והמשנה למלך ומהר"י זיין שהוכיחו מזה דחשיב בנו לגמרי, וכן דעת הטורי אבן הנ"ל, וכ"פ בשו"ת בית יעקב, ויתד היא שלא תימוט. ובנ"ד שהוצאת הזרע נעשתה לשם הזרעה ולא להפקרה רבו הפוסקים המחשיבים את הנולד כבנו לכל דבר, כן כתב הגרי"י וויינברג בשרידי אש, וכן פסקו הגר"מ פיינשטיין, הגרש"ז אויערבאך, המנחת יצחק והציץ אליעזר שבכה"ג לכו"ע הוולד מתייחס אחרי נותן הזרע, וכמו שכתב בפשיטות בכני אהובה שם

לענ"ד נראה שהגם שרוב הפוסקים ככל הנראה נטו אחר הדעה שהילד מתייחס אחר בעל הזרע, מכל מקום מצאנו כמה פוסקים שכתבו לא כך, ולכן במה שנוגע לדיני ממונות אפשר לומר קים לי כהדעות שאין לו אב.

חיוב האב במזונות כשהלכתית הילד אינו מתייחס אחריו

אם הילד אינו מתייחס לאביו כפי הצדדים שכתבנו לעיל אין אביו חייב במזונותיו לפי ההלכה, שהרי אינו ילדו, ראה שו"ת היכל יצחק אה"ע א כב שכתב שאין חיוב מזונות כלל

וכלל בבנו מן הנכרית, ודחה את דברי מי שרצה לחייב מטעמים שונים, החל מדקדוק בר"ן, וכלה בטענות של הסכם, אתנן או מזיק.

מכיוון שכתבנו שיוכל האב לומר קים לי כדעות שאינו אביו לפיכך לפי ההלכה אינו חייב במזונות הילדים.

אומנם במקרה כזה יחול חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959:

מזונות לילדים קטינים

3. (א) אדם חייב במזונות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה.

(ב) אדם שאינו חייב במזונות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונותיהם, והוראות חוק זה יחולו על מזונות אלה.

גם לפי הצד שהילד אינו יהודי יש לביה"ד סמכות לדון במזונות מכוח האמור בחוק שיפוט בתי דין רבניים תשי"ג:

הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג.

החוק אינו מחלק בין אם ילדי הצדדים יהודים או לא, אלא סותם וכותב שבכל מקרה של תביעת גירושין בין יהודים יש אפשרות לכוון את נושא מזונות ילדי הצדדים.

לפי החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, אביו ואמו חייבים במזונות הילד, אך החוק גם קובע שיש לשקול את הכנסות הצדדים:

מזונות קטין

3 א. (א) אביו ואמו של קטין חייבים במזונותיו.

(ב) בלי להתחשב בעובדה בידי מי מוחזק קטין יחולו המזונות על הוריו בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא.

מכיוון שברור לנו בנדון דנן שהאם משתכרת יפה, ומאידך גיסא האב בקושי משתכר, לפיכך לפי החוק יש להטיל על האם בלבד את מזונות הילדים.

מכיוון שכאמור לעיל לפי ההלכה האב פטור ממזונותיהם נמצא שההלכה והחוק משתלבים זה עם זה.

יהדות הילדים

לאור הנ"ל ביה"ד סבור כי בגלל הספק מי נחשב אימם הביולוגית של הילדים. האם בעלת הביצית או היולדת, דינם של הילדים קודם הגיור ספק יהודים, ולכן היה צורך לגייר אותם. אולם לאחר הגיור שביצע ביה"ד לילדים דינם כיהודים גמורים.

מסקנות

נחלקו הפוסקים מי נחשבת אם הילד במקרה של תרומת ביצית, בעלת הביצית או היולדת.

אם בעלת הביצית היא גויה יש צד לומר שהתורה הפקירה את זרעם של הגויים ובכלל זה הביצית, ולכן הילד אינו מתייחס כלל לבעלת הביצית.

אם נפסוק שהילד גוי בוודאי שאינו מתייחס לאביו.

אם נפסוק שהילד יהודי יש מחלוקת בין הפוסקים האם הוא מתייחס אחר בעל הזרע או שיש ספק בדבר. אומנם רוב הפוסקים סוברים שהוא מתייחס אחר אביו, אך יש כמה וכמה פוסקים חשובים שסוברים שהדבר ספק. לכן אפשר לטעון קים לי כמותם אם הדבר נוגע לדיני ממונות כגון מזונות.

לדעת הפוסקים שהבן מתייחס אחר בעל הזרע אין זה משנה אם הביצית של גויה (לפי הסוברים שאימו היא היולדת) או לא.

בנדון דנן יכול האב לומר קים לי שהילדים אינם מתייחסים אחריו והוא פטור ממזונותיהם. מכל מקום לפי החוק הוא חייב לזון את ילדיו במקרה כזה. בכל זאת ביה"ד מוסמך לדון במזונות הילדים כפי החוק. אלא שבנדון דידן האם משתכרת הרבה יותר מהאב, ומנגד מצבו הכלכלי של האב אינו מאפשר לחייב אותו במזונות הילדים, לכן גם לפי החוק האב פטור ממזונות. ע"כ מדברי ידידי הגר"מ רלב"ג ראב"ד ירושלים.

חיוב מזונות לילדי אשה שקיבלה תרומת ביצית מגויה

בנימוקי חברי שליט"א מופיעה הגישה כי במקרה של ביצית מגויה שהושתלה ברחם של יהודיה שילדה, כו"ע יודו שהולכים אחרי היולדת. מקור לסברא זו נזכר בקצרה כאן ובהרחבה בתיק 1183382/1.

אכן כנגד זה מצאנו גישה הפוכה. ראה במאמר הגרו"נ גולדברג שליט"א המובא בתחומין ח"ה עמ' 256 שסובר שיש לחלק בין ביצית של יהודיה שהושתלה ברחם של יהודיה שהולכים

בתר היולדת ורק היא אימו, לבין מקרה שמקור הביצית הוא מגויה, שאז לכו"ע הולכים בתר בעלת הביצית ואז הילד חייב גיור מעיקר הדין.

כבסיס לדבריו, הגרז"נ גולדברג שם מביא ראיה מדברי הגמרא ביבמות צ"ז ע"ב בזה"ל:

"אכן נראה לענ"ד להביא ראיה שבלידה לחוד נעשית אם מהגמרא יבמות צז, ב: "שני אחים תאומים גרים וכן משוחררין לא חולצין ולא מייבמין ואין חייבין משום אשת אח (אפילו קדשו לאחר שנתגיירו, דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי, הלכך אין לו אחוה ואפילו מן האם רש"י). היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה לא חולצין ולא מיבמים (דצד ייבום מן האב הוא, והני אין להם אב דזרע גוי ככהמה) אבל חייבין משום אשת אח (חייבין כרת משום אשת אח מן האם שהרי היא כישראלית שילדה בנים) " ע"כ. ומזה נראה מוכרח שדי בלידה שיתחשב אמו שהרי הורתן היתה שלא בקדושה ומתבטל יחוס האם בגירות, שנעשו כקטנים שנולדו ונעשית אמו על ידי לידה הרי שלידה הוא העושה אם".

יחד עם זאת הגרז"נ גולדברג העלה שם בהמשך שכל מה שהולכין אחר האם היולדת זהו רק אם בעלת הביצית היא יהודיה, אבל אם היא גויה, הולד צריך לעבור גיור. בכדי להבין דבריו יש להעתיק את כל האמור שם, בו מדובר על מקרים נוספים, וז"ל:

ו. כשנכרית עברתו והועבר לרחם ישראלית

אכן אם הראשונה היתה נכרית בזה הבן צריך גירות ואחר שיתגייר יתיחס לאמו שילדתו לסברת הנתיבות אם אביו היה גוי, אכן אם היה אביו ישראל שבא על הנכרית ונתעברה והוציאו העובר והכניסו לרחם אשה ישראלית בזה לכאורה מסתבר שצריך הבן גירות, שהרי הלידה לחוד אינה מספיקה לעשות הבן ישראל, שהרי מעוברת שנתגיירה צריך גם הבן גירות, ואף שהאב הוא ישראל מ"מ כיון שהאם שעוברתו היא נכרית נמצא שבעת שעוברתו נעשה העובר גוי. אכן לפי מה שהעלנו שאין הבן מתיחס אחר האם רק לאחר הלידה, א"כ יתכן שישראל שבא על נכרית כל זמן שהוא עובר הרי הוא כישראל שהרי אין לו יחוס אם עדיין, רק יחוס אב, ואם נאמר כן יוצא שישראל שבא על הנכרית ונתגיירה רק האם ולא גיירו העובר, ומשכחת לה כשנתגיירה האם לא ידעו ב"ד שהיא מעוברת שבאופן זה לא חל הגירות על העובר וכמו שכתב הדגול מרכבה יור"ד סימן רסח ס"ו, שאם לא ידעו הב"ד שהגירות מעוברת תלוי הדין באשלי רברבי, וכנראה שכונתו שתלוי בדין זה. אם הלכה שעובר ירך אמו, נעשה גר ממילא בגיור האם, אבל אם הלכה שאין עובר ירך אמו לא נעשה העובר גר עד שיכוננו ב"ד לגיירו, וכל זה בנכרית שנתעברה מנכרי ונתגיירה, אבל בנכרית שנתעברה מישראל ונתגיירה, הבן ישראל, שהרי הורתו כל זמן שלא נולד אין לו אלא יחוס אב ובשעת הלידה הרי אמו ישראלית.

ויש לעיין בנכרי הבא על הנכרית והוציאו העובר והכניסו לרחם ישראלית שבזה הבן צריך גירות וכמו נכרית שמתגיירת שבנה צריך טבילה, אכן למ"ד עובר ירך אמו יעשה ישראל בלידה לחוד גם בלא נתגייר, שאף שהיה ירך אמו הנכרית מ"מ כעת נעשה ירך אמו ישראלית והרי הוא כמעוברת שנתגיירה שאינו צריך טבילה כיון שהוא כעת ירך גירות, אף שכבר היה ירך נכרית. אכן למ"ד שעובר לא ירך אמו ונמצא שצריך גירות יש לעיין אם תועיל טבילת אמו הישראלית שיעלה לו גירות, ובפשטות תועיל לו הטבילה כיון שאינה חוצצת, אכן לסברת רע"א למ"ד אין זכיה לקטן מן התורה לא יועיל גירותו מן התורה, כיון שכאן אין הסברה שמיגו שמועיל לעצמו מועיל גם לאחרים, ויהיה דינו כגר קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד שלכמה דעות אינו אלא גר מדרבנן".

דברי הגרז"נ גולדברג אלו צריכים תלמוד, ונראה לבארם כדלהלן: ישראל הבא על נוכרית שהתעברה, כאשר לאחר מכן נטלו את הביצית שלה והשתילו אותה ברחם של ישראלית וילדה, הולד הוא גוי. ואינו דומה למקרה שם ביבמות, כי י"ל שזהו דוקא אם עברה האם גיור ולכן הגיור הועיל גם לילדים שילדה להיותם יהודים, ואין ראייה למקרה בו הושתלה ביצית של גויה לרחם של יהודיה שהאם היהודיה לא עברה גיור וממילא הולד נשאר אף הוא ללא גיור.

אכן כלפי מקרה זה מסתפק הגרז"נ שיתכן לומר, כיון שאין לעובר יחס (כל עוד הוא לא נולד), ורק לאחר שנולד הוא מתייחס אחר האם שילדתו, א"כ טרם הלידה הוא מתייחס לאביו שהוא ישראל. וכיון שלבסוף זרעו של ישראל זה שהופרה בביצית של נוכרית זו – הרי הושתל ברחם של יהודיה, שלבסוף ילדתו, שוב אין צריך הולד גיור. אכן בפרט זה נראה שהגרז"נ חזר בו כפי שעולה מהערה 7 שם, וז"ל:

"ולפי"ז גם יתיחס אחר אביו, ומסתימת הפוסקים שלא כתבו חידוש זה שבישראל הבא על הנכרית ונתעברה ונתגיירה הנכרית שלבן יש אחים מן האב, נראה שאין הדין כן וצריך עיון למה לא יתיחס אחר אביו, וצריך לדחוק שזרע ישראל במעי נכרית אין הבן מתייחס אחריו אף שעדיין אינו מתייחס אחר אמו".

זאת אומרת כיון שלא מצינו לפוסקים שנקטו שבמקרה של ישראל שבא על הנכרית שהתגיירה קודם הלידה שהבן הוא ישראל, ש"מ שבאמת הולד הוא גוי, וה"ט שלעובר אין כל יחס לא לאביו הישראלי ולא לאימו הנכרית. ומכאן כשנולד הולד הוא גוי בין אם היולדת היא נוכרית שילדתו אחר שהתגיירה ובין אם היא יהודיה כשהושתלה ביצית של הנכרית הנ"ל ברחמה. עוד מבואר שם בדבריו שם במאמר הנ"ל שבעל הזרע הישראלי לא קיים בכך מצות פו"ר. לבסוף מסכם הגרז"נ שבמקרה של נוכרי שבא על נוכרית והשתילו את הביצית לתוך רחמה של יהודיה דתלוי הדבר אם עובר ירך אימו.

העולה מכאן לני"ד הוא שלכו"ע אין הולד בנו של הבעל אף אם הזרע הוא ממנו, לא מבעיא לשיטות שהולכים בתר בעלת הביצית א"כ דינו כולד מהגויה שאינו בנו והוא צריך

גירור, אלא אף לשיטות שהולכים בתר האם היולדת, אך כיון שבמקרה כבני"ד שבעלת הביצית היא נוכריה הולד צריך לעבור גירור, וממילא אינו בנו.

חיוב מזונות לבן שנולד לישראלי מנוכרית

והנה יש לבחון האם קיים חיוב מזונות בני"ד לאור הדיון בדין ישראלי שבא על הנוכרית שילדה ולד האם הוא חייב במזונותיו. חידוש מאלף מצאנו בשו"ת משפטי עוזיאל בענין זה. הגאון רח"ל אוריבאך העלה בתשובתו כי בכה"ג אין האב חייב במזונות בנו מהנוכרית. את תשובתו זו שלח לידידו ועמיתו הראש"ל הגרב"צ מאיר חי עוזיאל. בתשובתו של הגרב"צ מאיר חי עוזיאל בשו"ת במשפטי עוזיאל כרך ב - יורה דעה סימן נב, ס-סב ועוד האריך לחלוק על תשובת הגר"ח אוריבאך. תוכן תשובתו נסובה על החידוש שבנו מן הנוכרית הוא בנו שמתייחס אחריו בצורה מסוימת, אלא שיש בו כעין פסול שאינו יכול לישא ישראלית, בדומה לבנו מהמזמר, שהוא בנו לכל דבר, רק שבמקרה שבנו מנוכרית, היחס שלו הוא רק לענין זה שאם הוא יתגייר הוא נהפך לבנו לכל דבר - אף לכהונה וכ"כ בשו"ת משפטי עוזיאל כרך ב - יורה דעה סימן נב, וז"ל:

"רק עתה פניתי לעיין בהערתו החשובה ממ"ש: בגמ' לא תנסיב כותית ושפחה דלא ליזיל זרעך בתרה (יבמות ק ב) ואען ואומר: פירושו בסוגית הגמ' הוא נכון. שכל זמן שהבן הבא מן הנכרית לא התגייר, הרי הוא כגוי גמור, אבל משתתגייר אהני לו זרע האב להיות נקרא מזרע ישראל לענין כהונה, דהלא גר שנתגייר מותר לבוא בקהל ישראל כאילו נולד מישראל, אבל הגיורת נאסרת לכהונה משום שאינה ישראלית גמורה, אבל כשהתגייר חוזר ונקרא מזרע ישראל, הואיל ונזרע מישראל".

מכח יסוד זה הגרב"צ מאיר חי עוזיאל יצא לחדש עוד שכיון שבסיס הענין יש יחס מסוים לבנו מן הנוכרית, הרי שהתורה מחשיבה את בנו זה כתולדתו ולכן חייב הוא במזונות הבן הזה. וז"ל בסימן ס"ב שם:

"אתאן אסיפא דדינא לענין מזונות, מעכ"ת עומד על דעתו דמזונות הכנים תלוי ביחוס, האב, אבל לדעתי אין ענין מזונות תלוי ביחוס אלא גם אם אינו מיוחס לו להיות כבנו לכל דבר חייב האב במזונות מדין תולדה שלו, ויש כעין ראיה לדבר, מתמר שאעפ"י שלא היתה נקראת בתו של דוד הואיל שנולדה מאשת יפת תואר קודם שנתגיירה (סנהדרין כא א). ובכל זאת קראה אמנון אחותי ודוד אמר לה לכי נא בית אמנון אחיך, והיא היתה לובשת כתנת פסים כי כן תלבשנה בנות המלך (שמואל ב פרק י"ג פסוק י"ח) הרי שלענין קרבת משפחה נשאה עליה שם אחות ובת המלך, והוא הדין לענין מזונות אחרי שנתגייר על ידי האב".

כאמור הגר"ל אורבאך נותר בדעתו שאין הוא חייב במזונות בנו כי אין כל יחס בינו לבן בנו מהנוכרית, ואסור גם שאנו ניתן יד לחיוב מזונות בכזה מקרה, כי הדבר עלול לגרום לטעויות ביוחסין.

ככל הנראה תשובותיו אלו של הגרב"צ מאיר חי עוזיאל היו למראה עיני הגרי"א הרצוגא, ובשו"ת היכל יצחק אבן העזר א סימן כב הביא את הדברים, וחלק עליהם בנימה ביקורתית במיוחד, וז"ל:

"[בנידון דידן אם יש לחייב האב במזונות מטעם מזיק, אתנן או דרכי שלום]...

(ז) ומה שעורר כ"ג לחייבו מצד המוסרי ומרגש הרחמים. הנה הרחמן יציל את עמו ממקרים כאלה, אבל בכל מקרה כזה כשהוא פורש ממנה ודאי יש להשתדל למנוע אי נעילות, (ובפרט אם מוסרים את הבנים לאב לגיירם יש להשתדל באופן פרטי ככל האפשר לטובתם), אבל לפסוק דין כללי מן התורה לחייב את האב אין רשות בדינו אפילו לעשות לחץ מוסרי פומבי כענין הלחץ בנוגע לקטנים יותר מבני שש, שאם כן מה הנחת לכשרים? ועוד שעלול לחץ כזה להתעות המון העם לחשוב חו"ש שנישואי תערובות יש להם זיקה עפ"י תורתנו הקדושה ותצא מזה סכנה גדולה, ביחוד במדינות הנאורות שישראל עומדים שם במגע קרוב עם שכניהם הנכרים ומושפעים מהם הרבה, והחכם עיניו בראשו.

סוף דבר ישתקע הדבר ולא יאמר! ובזה הנני די"נ הדו"ש באהבה, החותם בברכה ובהערצה יצחק אייזיק הלוי הרצוג."

כלפי דברים קשים אלו כתב הגרב"צ מאיר חי עוזיאל בסוף סימן סא בזה"ל:

"בסוף כל דבריו המציא מעכ"ת דבר חדש למנוע מזונות בן אומלל זה ולהבדילו מישראל שמא יתעו המון העם לחשוב חו"ש שנישואי תערובות יש להם זיקה עפ"י תורתנו הקדושה. לזה אני אומר: מסופקני מאד אם אנו רשאים לגזור גזירות כאלה, אבל נניח שכן, בכל זאת אני אומר שאין מקום לחשש זה, שעם ישראל איננו בור שיבוא לטעות כזאת אחרי שרואים שהרחיקה אותו התורה מירושה ואחרי שהוא נדון כגר שאינו מתיחס למשפחת אבותיו לכל דבר.

הנה תוה"ק בדרכי נועם ושלוים שבה נתנה זכות ירושה ויחוס גם לבן ממזר שבא מחייב כריתות שאין ירושין תופסין בהם, וגם רבותינו לא גזרו להרחיקו מנח אבותיו, ולא חששו שמא יטעו לומר שקידושין תופסין בהם אנו נקום ונגזור גזרה כזאת. ולא די אותו הבדל שעשתה תורה להוציאו מכלל בנו לכל דבר. אתמהא.

א. כן יש להסיק מתשובת היכל יצחק שתובא להלן שבה הוא דן בדיוק על הסדר של טענות הכתובות בשו"ת משפטי עוזיאל הנ"ל, ואת מבלי ששמו שהגרב"צ הזכיר שם.

אסיפא דמילתא אני אומר שאין כאן מקום לומר ישתקע הדבר ולא יאמר, אלא להיפך אני אומר בלי כל הסוס: כל כי האי מילתא לתאמר משמאי.

והנני מסיים בברכת שלום באה"ר כאמור שלום רב לאוהבי תורתך. והנלע"ד כתבתי".

יחד עם זאת הגרב"צ מאיר חי עוזיאל סיים בסימן סב שחידושו זה אינו הלכה למעשה אלא נתון לשיקול ביה"ד, וז"ל:

"מכאן סיעתא למ"ש בדיני מזונות שנקרא אביו לחובות הקשורים בתולדותיו. אולם אעפ"י שיש פנים מסבירות להלכה זאת כבר סיימתי בתשובתי שזו היא בגדר הלכה ואין מורין כן, והדבר מסור בשקול דעתו של הדיין, ועל כגון זה נאמר: אין לדיין אלא מה שענינו רואות. וצור ישראל יצילנו משגיאות ויורנו מתורתו נפלאות. והנלע"ד כתבתי".

חיוב מזונות לבן שנולד מנוכרית מטעמים נוספים

חיוב מזונות מצד דין מזיק

הגרב"צ מאיר חי עוזיאל מביא את דברי הר"ן שמזונות הילדים נגזרים מכח אימם, ולפי דבריו מטעם זה יש לחייב גם בבנו מהנוכרית, וכ"כ בשו"ת משפטי עוזיאל שם סימן ס (וכן בהוצאת מוסד הרב קוק, תנינא אהע"ז סימן ד), וז"ל:

"תבנא לדיננא בילדי זנונים של נכריה לסברת הר"ן יש לומר שהוא חייב במזונותיהם אעפ"י שאינם נחשבים בניו מטעם זה עצמו שאי אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון בניה הנגררים אחריה, וראיה גדולה לזה מקרא שכתוב: כי אמרה אל אראה במות הילד. (בראשית כ"א, ט"ז) ואעפ"י שכתבנו כי סברא זאת דחוויה היא, היינו לחייב את האב גם כשאין אמם קיימת, אבל כשאמם קיימת גם מטעם זה חייב במזונות משום שהוא מזיק בידים וגורם לה הכרח טבעי שאינה יכולה להמלט ממנו לזון את ילדיה הכרוכים אחריה. ואחרי תקנת אושא מסתברא לחייב את האב שמודה בבנו מטעם אנושי של יארוד ילדה ואבני מתא שדיא או עורבא בעי בני (כתובות מ"ט): וטעמים אלה שייכים אפילו כשהבנים אינם נקראים בניו דבכל אופן ילדיו הם".

אולם כלפי הטענה שהוא מזיק את האם כשגרם לה ללדת ילד שפרנסתו עליה, דחה שם בהיכל יצחק:

"(ד) וראיתי לכ"ג נ"י שדן בזה מטעם מזיק, ואין דבר זה מובן לי. הרי היא ידעה התוצאות וסברה וקיבלה אלא שהיא הסכימה בחשבה שיפרנס את הילדים... אלא

אם אין ההסכם הזה מחייבו משום שאין לו תוקף בדיננו א"כ יש כאן לכל היותר טעות, היינו עסק מוטעה, אבל ענין מזיק אין כאן. וחוזן מזה אין כאן שייכות לסוג ניזקין וגדרן, ובדומה קצת לזה דן מהרי"ט בשו"ת, ח"א חו"מ שאלה צ"ח, יעו"ש, והעלה שם דלא שייך בכגון זה דין מזיק וכש"כ כאן שלא ענין העיבור הוא ההיזק אלא הנולדים שדורשים מזונות מאמם."

אכן יש לציין כי הגר"מ פיינשטיין בשו"ת אגרות משה אהע"ז ח"א סימן קו ויור"ד ח"א סימן קמג סימן קו בהביאו את שיטת הר"ן, מסביר שגדר הדברים הוא מצד מזיק.

חיוב מזונות הנגזר מכח הסכם נישואים אזרחיים

בשו"ת משפטי עוזיאל כרך ב - יורה דעה סימן ס, הביא טעם לחייב במזונות מצד הסכם נישואין אזרחיים שנחתם בין הצדדים, וז"ל:

"ו. בני תערובות שעל ידי נישואים אזרחיים.

יש עוד צד נוסף לחייב את אביהם אפילו אם אינו מודה, דהואיל ונישואין האזרחיים מחייבים אותה ואת כל אדם שלא לחיות בה חיי אישות, ויש גם היסוד של רוב בעילות הלך אחר הבעל, נוסף על זה יש צד גדול לומר שאדעתא דהכי נשאה ואדעתא דהכי היא נשאת לו שיפרנס בניה וזהו בבחינת אנן סהדי שהתחייב לה בשעת נישואיו אתה לזון ולפרנס את בניו. הלכך יש לדון בזה מדין מחייב את עצמו בדבר שאינו חייב, לחייבו במזונות ילדיו אעפ"י שאינם בניו לשום ענין אחר."

אכן כלפי טענה זו לא דחה הגרי"א הרצוג לגמרי, וז"ל:

"(ד) וראיתי לכ"ג נ"י שדן בזה מטעם מזיק, ואין דבר זה מובן לי. הרי היא ידעה התוצאות וסברה וקיבלה אלא שהיא הסכימה בחשבה שיפרנס את הילדים. ועתה ממ"נ, אם אותה ההסכם שקוראים לו נישואין אצלם מחייבו בדיננו במזונות הילדים הרי מחייבו ולא שייך כאן לדון משום צד אחר."

זאת אומרת שיש לדון אם הסכם זה תקף בדיננו, הרי שיש לחייב מכח זה לחוד.

חיוב מזונות צד "אתנן"

בשו"ת משפטי עוזיאל כרך ב - יורה דעה סימן סא הביא לחייב לזון את בנו מנוכרית מצד "אתנן", וז"ל:

"ושוב כתבתי לחייב את הבעל מדין אתנן שהרי הנושא לו אשה אפילו בנשואין אזרחיים הרי הוא כמפרש שהוא מתחייב לה לפרנס, את ילדיו ממנה ואם גם נניח

כדברי מעכ"ת שזה היה עסק מוטעה הרי הוא מתחייב מדין אתנן כמו שכן כתבו הפוסקים בהבטיח לה לישאנה (עיין פתחי תשובה אה"ע סי' ע ס"ק יב סי' עא ס"ק ב) והוא הדין בהבטיח לה לפרנס בניה".

כלפי טענה זו השיב הגרי"א הרצוג שם וז"ל:

"(ה) כמ"כ מה שדן כ"ג לחייבו מטעם אתנן דהוה כהתחייב לפרנס וולדיו ממנה, הנה בכת ישראל החיוב לזון בניו הקטנים הוא משום תקנת אושא ולא עלה על הדעת לחייב מטעם אחר ולפעמים היתה תקנה זו מסופקת אצל איזו מהחכמים על קטני קטנים, (כתובות מ"ט ע"ב וירושלמי כתובות פ"ד ה"ה) ולא הוה אמרינן אומדנא שנשאת לו על מנת שיתחייב לפרנס הילדים ושהוא התחייב בכך. ואיך נאמר כאן לחייבו עפ"י אומדנא כזו כיון שלא היה שום תנאי התחייבות מפורש. ואף אם היה מתחייב במפורש, באופן המועיל, לזון את הבנים שיולדו יש לעורר אם לא באנו לדין של מתחייב לדבר שלא בא לעולם, אם לא שנפרש ההתחייבות שהיא לתת לה די מעות לעתיד בכדי לזון את הילדים כשיולדו והיינו שמתחייב כלפי האשה ולא כלפי הילדים. ואם היתה התחייבות כזו נפלנו ברבונות בפלוגתת הראשונים עם הרמב"ם בחיוב בדבר שאינו קצוב דלהרמב"ם אין בו ממש, ויש להאריך הרבה אלא שאין עתותי בידי".

חיוב לזון מצד דרכי שלום וענין מוסרי

בהיכל יצחק שם דוחה את הטענה שיש לחייב בדמי מזונות מצד איבה ודרכי שלום, וז"ל:

"(ו) ואמנם בנוגע לאיבה ודרכי שלום שרמז לזה כ"ג, הנה אפשר להסביר לאוה"ע שאין דת קדשנו מכירה בשום יחסי אב בנישואי תערובות, וכן היינו דנים בנכרי שנשא ישראלית שלא היינו מחייבים את הנכרי, אם היתה ידנו תקיפה, במזונות הבנים, (וקצת דמיון ברמב"ם נזקי ממון פרק ח' ה"ה), משום שאינם מתיחסים אחריו, חוץ ממה שאין תקנת אושא חלה על כגון זה. (וקצת דמיון ברמב"ם הל' נחלות פרק ו' ה"י, הואיל ואין הגוי מחויב לעמוד בתקנת חכמים, ועיין עוד בערכין כ"ב ע"ב. בע"ח עכו"ם מי ציית ואין הכוונה שעכו"ם אינו שומע לדין תורה משום שאין ידנו תקיפה לכופו אלא שאינו מחויב לשמוע לתקנת חכמים כדברי הרמב"ם הנ"ל, ועיין ח"ס יור"ד רצ"ה מיהו פשוט דיש כח ביד חכמי ישראל לתקן תקנה כוללת בדיני ממונות לחייב גם נכרים דהא יש כח לשופטיהם ולמחוקקיהם לתקן תקנות בין אדם לחבירו והוא בכלל הדינין, ויעוין בתשובת רמ"א הידועה (סימן י), ולא יגרע כחנו, אלא בתקנה שנתקנה סתם איירינן דזו מסתמא מיוחדת לישראל. ואולם בנוגע לבין אדם למקום נראה ברור שאין כח בידינו להטיל עליהם מה שלא נתחייבנו מהתורה, כי כל כחם של חכמים הוא מלאו דלא תסור ומשאל אביך וגו' ואלו לישראל נאמרו ולא לבני נח).

(ז) ומה שעורר כ"ג לחייבו מצד המוסרי ומרגש הרחמים. הנה הרחמן יציל את עמו ממקרים כאלה, אבל בכל מקרה כזה כשהוא פורש ממנה ודאי יש להשתדל למנוע אי נעימות, (ובפרט אם מוסרים את הבנים לאב לגיירם יש להשתדל באופן פרטי ככל האפשר לטובתם), אבל לפסוק דין כללי מן התורה לחייב את האב אין רשות בידניו אפילו לעשות לחץ מוסרי פומבי כענין הלחץ בנוגע לקטנים יותר מבני שש, שאם כן מה הנחת לכשרים? ועוד שעלול לחץ כזה להתעות המון העם לחשוב חו"ש שנישואי תערובות יש להם זיקה עפ"י תורתנו הקדושה ותצא מזה סכנה גדולה, ביחוד במדינות הנאורות שישראל עומדים שם במגע קרוב עם שכניהם הנכרים ומושפעים מהם הרבה, והחכם עיניו בראשו.

יש להזכיר כאן כי מה שנפסק בשו"ע סימן ע"א בס"ד: "הבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו, חייב לזונו", אינו יכול להוות ראיה לדיון זה, שכן לפי גישת הגר"צ מאיר חי עוזיאל לא העובדה שהוא בנו יוצרת את החיוב לזונו, אלא העובדה שהוא תולדתו אף אם אינו בנו מבחינה הלכתית.

האם יש לחייב את האב לזון בנו מהנוכרית לאחר שהבן יעבור גיור

הנה יש לעיין בשאלה כבני"ד האם יש לחייב את האב לזון את בנו מנוכרית לאחר שהבן יתגייר.

דהנה השו"ע אה"ע"ז סימן א ס"ז פוסק כדעת הרמב"ם אישות פט"ו ה"ו גוי שנולדו לו בנים מנוכרית והוא והם התגיירו, קיים פו"ר. וז"ל: "היו לו בנים כשהיה עובד כוכבים, ונתגייר הוא והם, ה"ז קיים מצוה זו".

ומזה יש מקום להבין שאפילו אם הבן הנולד מן הנוכרית, אינו בנו, מ"מ כאשר הבנים מתגיירים הם מתייחסים אליו, ופשטות לשון השו"ע שכתב בסיפא: "הרי זה קיים מצוה זו", משמע שהם בניו לכל צד וענין. א"כ גם בני"ד יש מקום לומר שאחרי שהבנים יתגיירו הם יהיו בנים לכל צד וענין, והוא יהיה חייב במזונותיו לפי כל השיטות.

אבל זה אינו, מכמה טעמים. ראשית ראה בהגהות הר צבי על הטור שם שכתב שזה לא יתכן שהם יחשבו בניו שכן הם הרי בניו מן הנוכרית, ואין כל משמעות לעובדה שהם התגיירו. אבל כוונת הלכה זו שכה"ג שיש לו ילדים מנוכרית שחזרו והתגיירו הרי הוא פטור מלעסוק בפו"ר אל אף שבהבאת ילדים אלו לא קיים מצות פו"ר, עכ"ד. הנוגע לני"ד שאף אם ננקוט שאין הוא חייב לעסוק בפו"ר, מ"מ אין אלו בניו אף אם יתגיירו, ושוב אין לחייב במזונות לפי החולקים על המשפטי עוזיאל.

זאת ועוד מדברי הפוסקים נראה שהלכה זו נאמרה רק כאשר נוכרי בא על נוכרית, אבל כאשר אחד הצדדים הוא ישראל, לכר"ע אין הוא מקיים בזה מצוות פו"ר.

דהנה בדין גוי שבא על בת ישראל ונולד בן, לדעת מנ"ח א ד"ה ואם אדם הובא באוצ"פ שם, לא קיים פו"ר. וכן בדין ישראל שבא על גויה ונולד וולד, ג"כ לא קיים מצוות פו"ר כך מובא באוצה"פ שם בשם יד אהרן בהגב"י אות יא בשם מהרשד"ם חו"מ סימן שה אינו בנו כלל ולא קיים פו"ר. [אולם מביאים שם בשם או"ז שהובא ברמ"א אהע"ז סימן טו ס"י שיש ספק אם הוא בנו מדרבנן, וראה בתשובת הגרב"צ מאיר חי עוזיאל מש"כ בזה].

ובטעם חלוקה זו שרק בנוכרי שהביא בנים מנוכרית שהתגיירו ישנה להלכה זו - שקיים או שאינו חייב בפו"ר וכנ"ל בשם ההרי צבי, נראה דזהו משום שכאשר צד אחד הוא ישראל והצד השני הוא נוכרי, לא קיים כל יחס בינו לבין הבן, משא"כ כאשר מעיקרא היו הוא והאשה נוכרים, הרי התורה מכירה ביחס מהבן שנולד לו ממנה שהרי בנו הגוי יורש אותו. משא"כ כאשר יש צד אחד שאינו מישראל, התורה לא מחשיבה את זה כיוחס כלשהו, ולכן בודאי שאין לומר שקיים כה"ג מצות פו"ר, וגם לא שהוא פטור ממנה כי דוקא במקום שהתורה החשיבה את היחוס בין האב לבן בצורה מסוימת, היא הנותנת גם לפטור אותו מפו"ר לאחר שהתגייר.

הנוגע לני"ד שכיון שמדובר כאן בהולדה כאשר בעלת הביצית היא גויה, ולפי חלק מהגישות שהזכרנו לעיל, הולד חייב בגיור באופן ודאי, שוב לא שייך לומר שיועיל הגיור של הבן להפוך אותו לבנו, כיון שכאמור במקרה זה לכו"ע אינו מקיים פו"ר - גם אחרי הגיור.

מצות פו"ר בהשתלות זרע וביצית מופרית (החזרת עוברים) והנוגע לחיוב מזונות

לכאורה נראה עוד כי מסקנה זו מקבלת תימוכין נוספים לאור הכרעת הגרו"נ גולדברג המובא בתחילת דברינו, שישראל שבא על הנוכרית, למרות שהיא התגיירה טרם הלידה, אין בנה הנולד נדון כישראל - מצד ההתייחסות אל אביו, אלא הוא זקוק לגיור שתעבור אימו, ולאחר הגיור אין לו אחים מן האב הישראלי. וה"ט כי לזרע של ישראל ברחם של נוכרית אין כלל יחס של ישראל, ממילא הולד הוא כמוה, וכשמתגיירת, הוא גם כמוה ואין לו יחס אל אביו הישראלי כלל. א"כ לפ"ז בני"ד גם לאחר הגיור של הילדים, דומה לישראל שבא על הנוכרית שילדה לאחר שהתגיירה, שנתבאר שאין לאביו הישראלי כל יחס אליו, והרי זה כשאר בן הנולד לישראל מהנוכרית שאינו מקיים מצות פו"ר ואינו בנו בשום צד - אף אם הוא מתגייר.

אכן יש מקום לסתור זאת ולומר לאידך גיסא, כי כל מה שמצינו שזרע של ישראל מתבטל ברחם של נוכרית זהו כאשר בא עליה כדרך כל הארץ. אבל במקרה כבני"ד שזרעו של הישראלי הופרה בביצית של נוכרית - שאותה השתילו ברחם של אשתו הישראלית, אולי הדין שונה. כי י"ל שדוקא בבא על הנכרית שזרעו בא אל תוך רחמה של הנוכרית - בזה אמרינן שזרעו בטל בגופה. אבל בני"ד שזרעו לא בא אל תוך גוף הנוכרית, אלא רק הופרה מחוץ לרחמה - בביצית של נוכרית, י"ל שאינו מתבטל, וכאשר משתילים את הביצית המופרית ברחם הישראלית הרי היחס של אביו קיים עדיין - להחשיבו כבנו לאחר לידתו לפחות לענין לפטור אותו מפו"ר וכן לחייבו במזונותיו.

והנה בנוכרי שנולד לו בן מהנוכרית ונתגייר בנו עמו דמקיים מצוות פו"ר, הרי לדעת ההר צבי אין הדברים כפשוטם שהם בניו לכל צד וענין, אלא רק לענין שהוא פטור כה"ג מלעסוק בפו"ר, אבל בני"ד י"ל שכיון שהבעל הוא ישראל וגם היולדת ישראלית יש לומר כנ"ל שגויור כזה מחזיר אותו להיות בנו לכל צד וענין – גם לגבי חיוב מזונות – לסוברים שבענין שהבן יתייחס אליו כבנו לכל דבר.

וצ"ע בכלל זה, בפרט שכלל לא ברור שניתן לקיים מצוות פו"ר ושורעו יתייחס אליו בהפריה לבד ללא שבא עליה כדרך כל הארץ וכעולה מדברי הפוסקים באהע"ז ריש סימן א' (ראו מה האריך חברי שליט"א בענין זה בנימוקים אלו), וכידוע אין בידינו להכריע בהלכות חמורות אלו.

אכן נ"מ לכאורה לאצטרופי לחייבו במזונות מטעמים אחרים שיובאו להלן.

האם יש מקום לחייב במזונות כאשר האב חתם על מסמך רפואי בו הוא מסכים להחזרת עוברים

הנה בני"ד יש לדון לאור העובדה שהאשה המציאה מסמך מביה"ח הדסה עין כרם, כי טרם הטיפול, האיש חתם על מסמך מטעם ביה"ח שתוכנו הוא שהוא מודע לנעשה וכי הוא מסכים שלאחר שהזרע שלו יופרה בביצית של האשה הזרה, היא תושלל בחזרה אל תוך רחמה של אשתו (פעולה זו נקראת החזרת עוברים). המסמך חתום בסופו גם ע"י שני רופאים.

החתמת הבעל על מסמך זה הוא משום שביה"ח שבו נעשית ההפריה והחזרת העוברים, מחויב לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז 1987, סעיף 6 הקובע כי:

"ביצית שניטלה מאשה נשואה לשם השתלתה בה לא תופרה בזרע של תורם או בזרע שהתקבל מבנק הזרע אלא אם כן התקבלה הסכמה, בכתב ומראש, הן מהאשה שממנה ניטלה הביצית והן מבעלה".

לאור זאת יש לבחון, האם בהסכמה זו כלולה גם התחייבות של בעלה לזון את הולד שייוולד לאחר מכן.

הנה מצאנו פסק דין בדומה למקרה כבני"ד. פסק דין זה הוא משנת תשל"ז מאת ביה"ד הרבני חיפה (לא צוין במפורש שמות דייני ההרכב) פורסם באסיא מ' עמ' 53 (הובא באצוה"פ סמן עא אות כב ויש שם ט"ס במ"מ). המדובר שם בבעל שנתן את הסכמתו למתן זרע של אחר אל תוך אשתו, ולאחר מכן לא רצה לזון את הילד:

"כדעה השוללת את הסברה שקיים אפילו סרך מעשה זנות בפעולת ההזרעה המלאכותית שבכוחה להוות עילה לגירושין או אפילו להפסד מזונות וכפי שהכריעו כבר גדולי הפוסקים בדורנו וכבר האריך למעניתו בזה הגאון רבי משה

פיינשטיין שליט"א בספרו אגרות משה לאבהע"ז ח"א סי' וחלק ב' סי' י' ובעוד כמה מקומות ויעו"ש מה שכתב בח"א אבהע"ז שם סי' י' שפטור ממזונות כאשר ההזרעה נעשתה שלא ברצון הבעל ושלא מדעתו, משמע א"כ בפשטות שאם נעשה ברצון הבעל ולדעתו הינו חייב במזונות הילד שנולד עקב ההזרעה הזו".

ובאשר לתביעת האשה למזונות מוסיף בית הדין הנמקה נוספת:

"היות והסכים לעשות זאת הרי כל ההתחייבויות הנובעות מכך חלות עליו כדין ערב וללא כל ספק בנסיבות אלה קיימים כל הנתונים המחייבים את הערב אם כי היה לכאורה להעיר שהתחייבותו הינה לוולד רגיל ובמידה זו בלבד חייב לשאת בהוצאות או סו"ס היות ולא הגביל התחייבותו יש לחייבו אף על הוצאות חריגות הנובעות בגין הולד".

המבואר כי במקרה של הסכמה להזרעה אפילו מזרע של אדם אחר, נדונה כהתחייבות לזון את הילד שיוולד לאחר מכן.

והנה יש לדון האם הגרי"א הרצוג הנ"ל שפטר מחיוב מזונות לבן מאשה נוכרית, יסכים להנחת פסק דין זה. כי המעיין בדברי הגרי"א הרצוג יראה כי הוא מפקפק האם קיימת אומדנא כה"ג על התחייבות לשלם מזונות וגם שאין אנו דנים דנים באומדנא בזה"ז.

אבל אחר העיון נראה שאין כל סתירה, ואדרבה מתוך דבריו שם נראה שהוא יסכים ליסוד פסק הדין הנ"ל. כי כל טענותיו שם לסתור את האומדנא, זהו במקרה שהוליד מהנוכרית בן בזנות, אבל במקרה של נישואין אזרחיים, לא שלל הגרי"א הרצוג שיש להתחשב בנתון זה כדי לחייב במזונות, וזאת בתנאי שבערכאות יש רגילות לחייב במזונות במקרה זה. ובטעם גדר זה נראה, שכיון כה"ג שקיים נוהג כזה בערכאות, י"ל שקיימת כעין אומדנא ברורה שהוא מחייב את עצמו לזון את הילדים שיוולדו ממסגרת זו. א"כ בדומה לזה י"ל שכאשר האיש חתם על מסמך שהוא מסכים להחזרת עוברים לרחם של אשתו, הרי שיש בכלל הסכמה זו התחייבות לזון את הולד שיוולד מכך. ולכאורה הדברים הם ק"ו, שהרי שם בפסק הדין הרבני בחיפה המדובר הוא על הסכמת הבעל להזרעה מזרע של אדם זר, וק"ו שיש לנקוט כך בני"ד כשמדובר שהזרע הוא של בעלה.

וגם יש להוסיף שאין זה דומה למש"כ הפסוקים שאין לדון בדיני אומדנא להוציא ממון, כי קיי"ל כרבנן דר' אחא גבי גמל אוחר בין הגמלים ונפסק בסימן ת"ח ס"י וכן אין לדון על פי אומדנא בזה"ז כנפסק בסימן ט"ו, כי הרי המהרי"ק שורש קטב יסד לנו שאין לדון באומדנא

ב. שו"ת מהרי"ק סימן קכט:

ונהזור לעיקר הדין שאמרנו דלא קיימא לן הלכה כר' אחא אליבא דהני רברבתא שכתבתי למעלה ונאמר דפשיטא דאין לה-קשות דהא קיימא לן בכולה תלמודא דאולינן בתר אומדנא כי ההיא דר' אליעזר בן עזריה דריש פרק אף על פי (דף נה) דלא כתב לה אלא על מנת לכונסה וקיימא לן כוותיה וכן ההיא דרבי שמעון בן מנסיא דשמע שמת בנו וכו' כל נכסיו לאחרים וכו'

רק במקום שאנו באים לחדש מעשה, אבל במקום שכבר נעשה מעשה ורק אנו מסופקים מה היתה כוונת העושה, בזה שפיר אזלינן בתר אומדנא, ומשמע שכה"ג אזלינן בתר אומדנא אף בזה"ו למאי דקיי"ל בסימן ט"ו דלא אזלינן בתר אומדנא בזה"ז, אלא ודאי שבכל המקרים שמנה שם המהרי"ק (ראה הערה) אזלינן גם כיום בתר אומדנא. ויש להסביר זאת על פי מש"כ הנתה"מ בסימן ט"ו דכל שהאומדנא היא בגדר שהיא "בליבו ובלב כל אדם" אזלינן בתרה גם בזה"ז. והנ"ל בני"ד שהמעשה של ההסכמה הוא ודאי, ואנו יכולים לדון באומדנא שבכלל מעשה זה - היא ההתחייבות לזון את הילד שיוולד לאחר מכן.

כמסקנה זו, גם מופיע כשאלה ותשובה מאת הרב שלמה גורן בספר תורת הרפואה עמ' 189 עיין שם.

האם קיים חסרון בהתחייבות לזון את הילד כדין התחייבות על דשלב"ל ודבר שאינו קצוב

עדיין יש לדון, אף אם ננקוט כי כאשר האיש הסכים להחזרת עוברים, כלולה בזה התחייבות לזון את הילד, דאולי יש כאן חסרון על התחייבות לדבר שלא בא לעולם שכן הולד עדיין לא נולד, וכן אפילו אם הוא כבר נולד הרי זו התחייבות על דבר שאינו קצוב שלפי דעת הרמב"ם אין לזה תוקף.

אכן נדונים אלו הועלו בתשובת הגרב"צ מאיר חי עוזיאל והגרי"א הרצוג. ובתשובת משפטי עוזיאל שם בסימן ס"א התייחס לנדון זה בזה"ל:

"אולם מעכ"ת הרגיש בחולשא והוסיף שגם אם היה תנאי מפורש לא היה מתחייב משום דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו קצוב. עכת"ד.

ואני עני לא ירדתי לסוף דעתו, דאין כאן מקנה לדבר שלא בא לעולם הואיל ואינו מקנה שום דבר לבניו אשר יולדו אלא שהוא מתחייב לה לפרנס את בניה כדי להציל ממנה את נזקו שהוא גרם לה ואם משום דבר שאינו קצוב, כבר כתב המל"מ משם בני שמואל שאם נתן לו שוה מה כדי שיתחייב בזה גם הרמב"ם מודה דחל החיוב אף על גב שאינו קצוב. איברא דהמל"מ הביא דברי הריטב"א שהשיג ע"ז ממש הרמב"ם ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה חייב

קיימא לן נמי כוותיה בפרק מי שמת (דף קמו) וכן בפרק אלמנה נוניית (דף צו) גבי זבין ולא אצטריכו ליה זווי וכן גבי שכיב מרע שכתב כל נכסיו בלא שיור ועמד דחורו וכן בכמה מקומות בתלמוד ואפילו גבי אסורא דמסוכן שאומר כתבו גט לאשתי שכותבין ונותנין ולא תימא דהיינו דוקא להתזיק ממון אבל לא להוציא ממון מחזקתיה דהא בריש פרק אף על פי (דף נה) מיייתי ההיא דאומר רב גבי מתנת ש"מ שכתוב בו קנין דארכביה אתרי רכשי וקאמר דהיינו מטעם אומדנא ומדמה לה להיא דרבי אלעזר בן עזריה דלא כתב לה אלא על מנת לכונסה וכן גבי מסוכן סמכין אאומדנא אפילו לענין אסור ערוה ולא אמרינן העמידנה בחזקת אשת איש אפילו הכי לא קשה מידי דודאי דכל היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרשה אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי היא דגמל אוחר כו' דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומדן בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותיהו לדעת הפוסקים הנזכר למעלה.

לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה, ואם איתא לסברת הבני שמואל תיפוק ליה דהא איכא שכר נשואין ועוד ערב יוכיח שהלוהו זה על אמונתו ואפיה"כ אומר רבינו ז"ל שאם ערב בדבר שאינו קצוב ונתנו לו על פי פטור (מל"מ ה' מכירה פי"א ה' ט"ז) (ד"ה והנה אף שהרב המחבר).

אולם אחר העיון נראה שאין זו השגה שהרי בטעם מזונות הבת כתב הרמב"ם משום שפסק בשעת נשואין והרי זה דומה לדברים הנקנין באמירה, ודברים הנקנין באמירה הוא מטעם דבההיא הנאה דמתחתני אהדדי גמרי ומקנו (כתובות קב ב) לכן דומה להתחייבות שבשעת נשואין דמשום חבת נשואין גמר ומתחייב. ואדרבה מכאן ראייה שבדבר דמטי ליה הנאה מתחייב אפילו בדבר שאינו קצוב, ומדין ערב נמי אין סתירה לדעת הב"ש דיש לומר כמ"ש הסמ"ע משום שנצטרף עמו גם ריעותא דאסמכתא. (חו"מ סי' קלא ס"ק כ"ה) לכן אני אומר דחלוקו של הבני שמואל הוא נכון מאד.

ואולם גם אם נחשוב לסברת הריטב"א והמל"מ בכל זאת לענין מזונות בניו מן הנכרית הרי הואיל ואנן סהדי שהתחייב לה בשעת נשואין כיון שהם בניו, משום חבת נשואין גמר ומקנה אפילו דבר שאינו קצוב.

העולה מדבריו: א' שאין כאן התחייבות על דשלב"ל כיון שאין ההתחייבות כלפי הילד אלא כלפי אימו. ב' אין כאן חסרון של התחייבות על דבר שאינו קצוב לדעת הרמב"ם, כיון שגם לדעת הרמב"ם במקרה שהמתחייב קיבל איזו תמורה מהתחייבות זו, שוב יש תוקף להתחייבות זו כדברי הבני שמואל (אכן לדעת הריטב"א והמל"מ נראה שרק הנאה גדולה כשעת חתונה נחשבת להנאה מספקת הנותנת תוקף אף לדעת הרמב"ם ואכמ"ל), עכ"ד. ולפי"ז בני"ד לכאורה כשהאישי הסכים להחזרת עוברים, הוא הרי מקבל הנאה גדולה – כי עי"כ שאיפתו שיולדו לו ילדים ביחד עם אשתו – תתממש אחרי תקופה של סבל מתמשך, וכיון שזו הנאה גדולה מאד יתכן שגם הריטב"א והמל"מ יודו שהיא שווה ערך להנאת חיתון שגם לדבריהם מועילה היא לתקף את החיוב לפי שיטת הרמב"ם.

הכרעת ההלכה בהתחייבות על דבר שאינו קצוב

אכן כשאני עצמי נראה שאין צורך לכל זה, כי באמת שיטת הפוסקים הידועים רבנן בתראי ששיטת הרמב"ם בענין התחייבות על דבר שאינו קצוב היא שיטה יחידאה.

לדעת הרמב"ם (מכירה יא ט"ז) אדם אינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וז"ל: "חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות אותך חמש שנים, אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד. שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. וכן הוורו רבותי". הראב"ד שם ושאר ראשונים חלקו על הרמב"ם. השו"ע סימן ס"ב הביא את דעת הרמב"ם, אך כתב "וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן".

נחלקו האחרונים האם המוחזק יכול לומר "קים לי" כרמב"ם. הש"ך שם הביא את דעת מהר"י בן לב ואחרונים נוספים שאי אפשר להוציא מהמוחזק נגד דעת הרמב"ם, אך הוא חלק עליהם ואמר שאין אומרים קים לי כדעת היחיד, וכאן הרמב"ם חולק על כל גדולי הראשונים.

הנה בית הדין הגדול בנשיאות הגר"א הרצוג והגר"צ מאיר חי עוזיאל כתבו שמנהג בתי הדין הוא שיש תוקף להתחייבות שאינה קצובה בניגוד לרמב"ם. וכן הביאו דייני בית הדין הרבני הגדול בפסקי דין בפד"ר (חלק ד עמוד 302 הרב יעקב הדס, הרב יוסף ש. אלישיב, והרב בצלאל זולטי):

"מעשים בכל יום וכן המנהג בבתי הדין בארץ דעבדינן עובדא כמרן בהתחייבות בדבר שאינו קצוב, וכן העידו גם הגרי"א ז"ל והרב"צ ז"ל שמנהג בתי הדין לחייב גם בדבר שאינו קצוב ודלא כהרמב"ם".

והנה קדם לזה, שו"ת בית אפרים (הובא בפת"ש בסימן ס שם) שכתב: "כל בתי דינין שבישראל פוסקים לחייב המחייב בדבר שאינו קצוב".

אמנם, הגר"ע יוסף בשו"ת יביע אומר חלק ג - חושן משפט סימן ד חלק על כך, הביא את דברי דייני ביה"ד הגדול, וכתב שלא ניתן להכריע על פי המנהג, ונראה שכוונתו למנהג בתי הדין. והוא מביא כמה אחרונים שהלכו בדרך זו, כגון המהרש"ך שכתב:

"ובדרך הזאת דרכו לפסוק כל גדולי המורים אשר שמענו שמעם, דבכל מידי דאיכא פלוגתא דרבוותא, שיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא, אפילו נגד הרוב, משום דקיימא לן כשמואל (ב"ק כז ע"ב) שאין הולכין בממון אחר הרוב, ואין לנו להכריח בסברת הפוסקים הקדומים, ולעמוד עליהם לראות על מי ראוי לסמוך יותר, ואעפ"י שיאמרו החולקים, שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת שכנגדם".

וראה שם ביבי"א שהעיר על דבריו ממה שמרן הרי הכריע שנוקטים דלא כהרמב"ם בזה, א"כ הרי כלל בידינו שלא אומרים קים לי נגד מרן. וכתב ליישב שמדברי האחרונים למדים אנו כי זה היה מנהג קדום שלא לפסוק כדעת מרן בזה, ובכה"ג טענינן קים לי נגד הכרעת מרן.

אכן יחד עם זאת חזינן כי המנהג הפשוט בבתי הדין כיום בא"י ללכת בזה כהכרעת דייני ביה"ד הגדול הנ"ל כגון בהתחייבות לתשלום מזונות שביה"ד נותן תוקף להסכמים של התחייבות למזונות וגם מחייב את האבות על פיהם. אבל כאמור, אין אנו צריכים לזה כי הראנו פנים שגם לדעת הרמב"ם יש תוקף להתחייבות זו מחמת התמורה שהוא קיבל.

חיוב מזונות לילד מאומץ וההשלכות לני"ד

כתימוכין לגישה הנ"ל שבכלל הסכמת האיש להחזרת עוברים ברחם של אשתו, כלול גם החיוב לזון את הילד שיוולד, יש ללמוד מהדיון ההלכתי בדין חיוב מזונות עבור ילד מאומץ. הגר"ש דיכובסקי במאמר מקיף שפורסם בתחומין (כרך טו עמ' 278) מעלה את השאלה (שנדונה גם בביה"ד הגדול) כיצד מבחינה הלכתית ניתן לחייב את ההורה של ילד מאומץ לשלם עבור מזונותיו, כאשר לפי חוק האימוץ אין בהליך לקבלת אימוץ סעיף מפורש שמחייב את ההורים לזון את הילד המאומץ. במאמר זה נבחנו מספר טעמים לחיוב מזונות: מצד ערבות (הגר"ש דיכובסקי): דהיינו עבור התמורה היקרת ערך כל כך - של קבלת ילד להורים של זכו לפרי בטן, הם בודאי מתחייבים לזון ולפרנס את הילד לפי אמות מידה המקובלות בחוק. מצד דינא דגרמי (הגר"מ בלייכר): שע"י לקיחת הילד לאימוץ אצל הורים אלו נמנע ממנו לקבל תמיכה או אימוץ ממקום אחר. מדין צדקה (הגר"מ פרבשטיין): מאחר שהילד המאומץ חוסה תחת הורהו המאומץ יש להחיל עליו חיוב מזונות מדין צדקה.

ראה שם שטעמים אלו אינם בהכרח מוסכמים על כל הדיינים הנזכרים שם, אבל מדברי כולם למדים אנו כי יש לחייב במזונות כה"ג אף שלא היתה התחייבות מפורשת לכך ע"י ההורים המאמצים.

לאור זאת גם בני"ד, הגם שלא התקיים הליך משפטי מטעם הראשויות למסירת האחריות של ההורים המאמצים לחיובם במזונות הילד שיוולד, מ"מ כל הטעמים הנ"ל שייכים גם בני"ד לחייבם במזונות הילד שנולד מההפריה. ובפרט שבני"ד שההורים יזמו את טיפול הפוריות - דבר שהוביל את הבאת הילד לבא לעולם, בודאי שיש לחייבם במזונותיו.

מזן הכלל אל הפרט

לאור האמור לענ"ד יש לאמץ יותר את גישתו של הגרז"נ גולדברג שבמקרה של ביצית של נוכרית שהופרתה (אפילו בזרע של ישראל), ולאחר מכן הושתלה ברחם של ישראלית, הולד טעון גיור גמור. אולם זאת יש לעיין אם לאחר הגיור, הולד מתייחס אחר בעל הזרע לענין לפטור אותו מפור"ר וכן לחייב את בעל הזרע במזונות הולד.

בנוגע לנדון אם לחייב את האיש במזונות מטעם שהוא נתן את הסכמתו להחזרת עוברים, הדברים נראים כי האב חייב במזונות הילדים מצד זה, כך עולה מפסק ביה"ד בחיפה אפילו במקרה שהבעל הסכים להזרעה מזרע של אדם אחר, דיש להסכמה זו תוקף של התחייבות לזון ואין ביכולתו לחזור בו מהתחייבות זו. כך היא דעתו של הרב שלמה גורן בנדון זה. וכך יש ללמוד מתשובת הגרב"צ עוזיאל שחייב לזון את בנו שנולד מאשה נוכרית. ואף לדעת הגרי"א הרצוג שחלק עליו בזה, מ"מ בנישואין אזרחיים שקדם להם הסכם, יש לדון שגם ביה"ד יפסוק

כן במידה ובערכאות דנים כן. ולפי"ז כן יש לדון בני"ד שקדמה הסכמה חתומה בביה"ח של האיש להחזרת עוברים, שזה נדון כהתחייבות לזון את הילדים שיוולדו. ואין בכל זה חסרון של התחייבות על דבר שאינו קצוב אף לדעת הרמב"ם. כמו כן יש לדמות לדיון ההלכתי בדין חיוב מזונות לילד מאומץ, שדעת כל הדיינים לחייב (אומנם מטעמים שונים), וזה שייך גם בני"ד.

כאן המקום להבהיר שגם אם אנו נוקטים שבהסכמת האיש להחזרת עובדים, כלולה גם התחייבות לזון את הילד שיוולד, אך היה מקום לדון כיון שהלכתית לא ניתן לקבוע כי הוולדות מתייחסים אחר האיש, גם לאחר גירום, וגם לא ניתן לקבוע שהילדים מתייחסים לאם היולדת, א"כ י"ל שגדר ההסכמה להחזרת עוברים היא – שלמרות שהלכתית לא ניתן לקבוע את ייחוסם לשני הצדדים, מכל מקום הצדדים נעשים כעין שותפים בהתחייבות לפרנס את הילדים שיוולדו. משכך, היה מקום לפטור את האיש ממחצית מסך תשלום מזונות המקובל שאב משלם לבנו. אך אחר העיון נראה שזה אינו, כי שעה שהאיש נתן את הסכמתו להחזרת עוברים, הוא בודאי התחייב לפי המקובל ובדומה להתחייבות לזון ילד מאומץ, וכיון שהמקובל הוא לזון אותו כאילו הוא בנו, ובהתאם לדין האישי, לפיכך עקרונית יש לחייב את האב בתשלום מלא. אכן למעשה יש להתחשב בגיל הילדים, בקיום הסדרי השהות של הילדים עם האב וכן ביכולתם הכלכלית של הצדדים וכלהלן.

בשלהי נימוקים אלו, יש לציין את דברי הגר"צ מאיר חי עוזיאל שם שהעלה שבמידה והאם מונעת את הקשר של האב עם הילדים אז יש לפטור את האב מתשלום מזונות. אכן בני"ד האב אינו רואה את הילדים כבר זמן ממושך, אבל יחד עם זאת ביה"ד מתרשם כי העכבה בענין זה היא דוקא בעטיו של האב שאינו משתף פעולה עם המלצות התסקיר. אולם מאחר והתברר כי מצבו הכלכלי אינו מאפשר לו לשלם מזונות בשלב זה, באופן מעשי אין לחייב מזונות בשלב זה. ככל שיהיה שינוי נסיבות הן בענין חידוש הקשר של האיש עם הילדים וכן המצב הכלכלי של האיש, בזכות האשה לתבוע מזונות.

מטעם אחר סבר הגר"א ווייס לחייב את האב במזונות בנו זה, ואעתיק תשובתו אלי בענין זה.

כבוד ידיד נפשי ויקיר לבבי

הגאון הגדול ר' חיים וידאל שליט"א

מחשוכי הדיינים בא"י

הנני במה שמעכ"ת וחברי בית הדין ביקשו את חו"ד בנידון שבא לפניכם בזוג שנישאו נישואין שניים. האשה היתה בת חמשים ושלוש, ומכיון שכן נטלו תרומת ביצית של אשה נכריה ונולדו להם תאומים. הילדים עברו תהליך של גיור כדת וכדין. זוג זה התגרש והשאלה האם האב חייב במזונות ילדיו.

חברי ביה"ד, כת"ר והאב"ד הג"ר מרדכי רלב"ג שליט"א והג"ר יקותיאל כהן שליט"א פלפלו באריכות האם היולדת היא האם ההלכתית ולפי"ז פשוט שהאב

חייב במזונות או שמא תורמת הביצית היא האם ולפי"ז אין הבן מתייחס אחרי אביו כלל, וכדין ישראל שבא על הגויה שהבן גוי ואין לו כל יחס לאביו, והאב פטור מלזוננו.

בתוך הדברים הובאו שתי סברות מחודשות הסותרות זו"ז. חבר ביה"ד הגר"י כהן שליט"א חידש דכאשר מדובר בתורמת ביצית גויה לכו"ע הולד מתייחס ליולדת, ולא לתורמת הביצית. ובשם הגר"נ גולדברג שליט"א הבאתם סברא הפוכה דבכה"ג לכו"ע הולד מתייחס לתורמת הביצית הגויה.

ולדידי נראה שפי דשתי הסברות אין בהם הכרח וגם אינן מתיישבות על הלב, ולעצם הספק כבר גליתי דעתי דאף שלבי נוטה דבעלת הביצית היא האם, מ"מ בהיעדר כל ראיה מכרעת, ספק הוא בידנו עד יבא תשבי, וכדעת מרנן הגרש"ז אורבך והגר"ש אלישיב זצ"ל שספק זה הוא מן הדברים שאין להם הכרע.

והגר"מ רלב"ג הסיק דהאב יכול לומר קים לי שאין הבן הזה בנו ופטור הוא מלזון אותו. ולמסקנה זו הסכימו גם שאר חברי בית הדין.

אלא שמטעם אחר דנתם לחייב את האב במזונות, והגר"ח וידאל הביא מה שנחלקו בזה הגר"צ מאיר חי עוזיאל והגאון רבי חיים ליב אורבך מגדולי ירושלים (אביו של מרן הגרש"ז זצ"ל).

בשו"ת משפטי עוזיאל (יו"ס סימן נ' ס' - ס"ב) כתב להגר"ח"ל אורבך לגבי הבא על הגויה חלילה והוליד ממנה בן אם חייב במזונות לאחר שיתגייר הבן, והגר"ח"ל פסק שפטור כיון שאין זה בנו אלא בנה ואין בן זה מתייחס לאביו, והגר"צ כתב לחייבו מכמה וכמה טעמים, ונפרטם:

א. הלא כל תקנת אושא שחייב אדם לפרנס בניו הקטנים אינה אלא משום מדת הרחמנות הטבעית שאב אמור להרגיש כלפי בניו, וכמבואר בכתובות (מ"ט ע"ב):

"אמר רבי אילעא אמר ריש לקיש משום רבי יהודה בר חנינא באושא התקיננו, 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: יארווד ילדה ואבני מתא שדיא. כי הוה אתו לקמיה דרב חסדא, אמר להו כפו ליה אסיתא בצבורא, וליקום ולימא עורבא בעי בניה, וההוא גברא לא בעי בניה"

הרי לן דכל עיקר חיוב האב במזונות בניו משום טבע הבריאה שרחמי אב על בנו, ומסתבר א"כ דה"ה בבניו מן הגויה שיש לו לרחם עליהם ולזונם.

ב. לא גרע מבהמות וחיות שברשותן ומזונותן עליו שחייב להאכילם ועוד להקדים מזונותם לסעודתו, וכמבואר בברכות (מ' ע"א), וק"ו לבנו אף שנוולד לו מן הגויה.

ג. הלא מפרנסין עניי גויים עם עניי ישראל, וה"ה בכנו מן הגויה (ולפי טעם זה לכאורה ה"ה בלא נתגיירו, אך מ"מ עיקר הויכוח ביניהם כאשר הבן גוייר כהלכה).

ד. הנה בחיוב האב לזון את בניו יש שני דינים. בקטני קטנים דהיינו עד שהם בני שש חייב מעיקר הדין וכמבואר בכתובות (ס"ה ע"ב), ולאחר גיל שש חייב מתקנת אושא וכמבואר שם (מ"ט ע"ב), ולא נתבאר בגמ' מה בין קטני קטנים לקטנים בני שש שהתחייב לזונם רק משום תקנת אושא. וכתב הר"ן (כ"ח ע"ב מדה"ר) "נ"ל דכי אמרינן דזון אותם קטני קטנים דוקא בשאמן קיימת ומדין מזונות אמן [נגעו] בה שכיון שהן נגריים אחריה אי אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון אותם אבל בשאין אמם קיימת אינו חייב במזונותיהם".

ובמשפטי עוזיאל הבין שחיוב זה מדין מזיק, שהוא גורם לה נזק כשהיא נאלצת לתת משלה לבניו הקטנים. ולפי הבנתו כתב דה"ה בכנו מגויה, כיון שאין האם יכולה להעמיד עצמה שלא תזון אותם, נמצא שהוא גרם לה להפסיד כספה כשבא עליה והרתה ממנו, וממילא חייב הוא במזונותיה.

אך באמת נראה פשוט דאין זה עניין לדיני מזיק כלל, אלא כמפורש בדברי הר"ן ד"מדין מזונות האם נגעו בה", דמאחר שחייב הבעל במזונות אשתו, מזונות אלה כוללים את מה שהיא תזון את עולליה הרכים מטבען של רחמי האם, ולפי"ז כיון שלכו"ע אינו חייב עפ"י ההלכה לפרנס את אשתו הנכריה, אינו חייב לזון את ילדיה.

ה. אם מדובר בנישואין אזרחיים, חידש עוד במשפטי עוזיאל דבעצם הנישואין הו"ל כאילו התחייב לזון את הילדים שעתידין להולד להם, אף אם לפי ההלכה אין ילדים אלה מתייחסים אליו, והגר"ל והגר"ח"ל והגר"ב"ע פלפלו בדין המתחייב לדבר שלא בא לעולם אם יש תוקף להתחייבות זו, עיין בדבריהם רצוא ושוב.

וכפי הנראה הגרב"צ פנה להגרי"א הרצוג ושלח אליו את תשובתו, ובשו"ת היכל יצחק (ח"א אה"ע סימן כ"ב) יש תשובה ארוכה שבה הוא דוחה את סברות הגרב"צ ובעדינות נפשו כנראה לא רצה להזכיר את שמו של בר פלוגתיה משום כבודו כיון שדחה את כל דבריו, ואף כתב בסו"ד ישתקע הדבר ולא יאמר.

והנה כנגד מה שטען הגרב"צ עוזיאל דיש לחייב את האב משום רגש המוסר והצדק, הגר"ח"ל והגרי"א חששו דשמא עי"כ יקילו בחומר איסור נישואי נוכריות, ולעומתם השיב הגרב"צ דהלא חייב אדם לזון את בנו הממזר ולא חששו שמא יקילו ראש באיסורי עריות, וע"כ שאין לנו לחדש גזירות כגון אלה, עי"ש.

ובמה שנתלה הדברי הר"ן הכתובות, שאין דברי הר"ן יסוד לחדש על פיו חידושי הלכה, ופלפל בארוכה לדחות את דברי הגרב"צ עוזיאל.

ובאמת נראה דמלבד מה שהקשו הגדולים הנ"ל בדברי הגרב"צ, יש לפקפק טפי בשורשי סברותיו, דאף אם אכן נניח שתקנת אושא משום מדת הרחמנות היא, מ"מ אין לך אלא מה שתיקנו חכמים, ולא תיקנו אלא שיזון את בניו ולא את מי שאינו בנו. וכל כה"ג לא אמרנן זיל בתר טעמא, ואין לנו אלא מה שתיקנו חכמים.

וגם מה שכתב לחייבו משום דלא גרע מבהמותיו שחייב לזונם יש לדחות, דהלא הבהמות שמזונותיהם עליו, אם הוא לא יזונם ימותו ברעב, אבל ילד זה יש לו אם, ושמא עליה לזונו משלה, ומסתא כן מעשה כטבע האם ברחמיה, או לחזור על הפתחים או לפנות לקופה של צדקה, דהלא בן ישראל הוא ועל הציבור לזונו ולדאוג לצרכיו, ואין זה דומה כלל לבהמותיו של אדם.

ועוד יש לדון אף בשאר סברותיו של המשפטי עוזיאל ובכל עיקר מחלוקת גדולה זו, אך לא ראיתי טעם להאריך, כיון שלענ"ד יש טעם אחר בהלכה זו כמבואר לקמן.

והנה כל הלומד תשובות אלה, יראה בעליל שסברותיו של הגרב"צ מאיר חי עוזיאל קלושות, ובצדק לא נתקבלו ולא נתיישב על לב הגר"ל והגר"א, וברור שגם הגרב"צ הרגיש שאין הכרח בכל דבריו, אלא שסבור היה שכך נאה וכך יאה לדרכה של תורה, ולא יעלה על הדעת שאיש זה שפרי זרעו עומד לפניו והוא בן ישראל שנכנס לחסות תחת כנפי השכינה, ואביו יתאכזר עליו ולא יפרנסנו, ולפיכך חיפש דרכים וסברות לחייב את האב במזונות בנו, ולעומתו סברו ברי פלוגתתו, יקוב הדין את ההר, ואין לחדש חיוב ללא מקור איתן ומפורש.

ולענ"ד הלכה כגרב"צ ולא מטעמיה, אלא מטעם ברור ופשוט המתיישב על הלב בפשטותו.

וזאת לפי מי שביארתי במקום אחר, דיש שני דינים במצוות והלכות שבין אב לבנו. יש שהמצוה וההלכה תלויה בגדר ייחוס, ויש ושורש הדין במציאות של יוצא חלציו.

איסורי עריות ודיני ירושה תלויים בייחוס ולפיכך גר שנתגייר אין לו כל יחס למשפחת אביו ומותר באחותו מן האב, וכך גם אין הגר יורש את אביו כיון שאינו מתייחס אחריו.

אך קיום מצות פריה ורבייה אינה תלויה בייחוס כלל אלא גדר הענין שכל אדם מצווה להוליד בנים ובנות וליישב את העולם, וכפשטות לשון המשנה (גיטין מ"א ע"ב) "לא נברא העולם אלא לפריה ורבייה, שנאמר: לא תוהו בראה לשבת יצרה", ולפיכך אמרו (יבמות ס"ב ע"א) היו לו בנים בגויותו קיים פריה ורבייה אם נתגיירו, ואף שאינם מתייחסים אחריו כלל, דמ"מ בניו המה ומחלציו יצאו ומשו"כ קיים על ידם מצות פו"ר.

וכך גם ביארתי לגבי חובת האב למול את בנו שאינו תלוי בייחוס אלא במציאות שבנו הוא. ומשום כך כתבו הראשונים (עיין שיטה מקובצת בשם הרא"ש ב"ק פ"ח ע"ב) דאין העבד חייב למול את בנו כשם שאין האשה מצווה למול את בנה, וכמו שדרשו (קידושין כ"ט ע"א) "כאשר צוה אותו אלהים, אותו – ולא אותה", והלא עבד גרע מעכו"ם ואין לו ייחוס כלל כמבואר ביבמות (ס"ב ע"ב) דהכל מודים בעבד דאין לו חיים דהוי עם הדומה לחמור ואינו בנו כלל, ולמה צריך קרא לפוטרו ממילת בנו.

וע"כ דאין המצוה למול את בנו תלויה בייחוס כלל, אלא שבנו הוא ומחלציו יוצא.

ואבן הבוחן ביסוד הענין, לענ"ד הוא, דכל מילי דתלי ביוחסין נוהג לא רק בין אב לבנו אלא גם בשאר קרובים, כך הוא לעניין איסור ביאת ערוה, וכך הוא בדיני ירושה. משא"כ במצות פו"ר ומצות האב במילת הבן שאינם אלא בין אב לבן, אין זה תלוי בייחוס אלא במציאות של זרע האב ויוצא חלציו.

וכל הנ"ל כתבתי לגבי דינים שהם מה"ת, אך נראה שהדברים נכונים לגבי תקנת אושא דרבנן, שחייב אדם לזון את בניו הקטנים, ובודאי הדברים נכונים לגבי קטני קטנים דהחובה לזון אותם אינה תלויה בגדר ייחוס כלל אלא במציאות, דהלא בניו המה והוא אביהם ואין להם אב אחר, וכשתיקנו חכמים שחייב אדם לזון את בניו הקטנים, ואם אינו עושה כן אכזרי הוא דהלא גם עורב זן את בניו וכדכתיב "לבני עורב אשר יקראו", לא תלו את תקנתם בדיני יוחסין, דאינו חייב לזון את אחיו ואחיותיו הקטנים ולא את בני אחיו וכיוצא בהן, אלא תיקנו שירחם על בניו ויזון אותם.

ומשום כך נראה דלאחר שילדים אלה נתגיירו כדין ובני ישראל המה ובניו המה חייב לזונם בין אם קטני קטנים הם ומשום תקנת חז"ל הקדומה, ובין אם קטנים המה משום תקנת אושא.

כך נראה לענ"ד עיקר להלכה.

באהבה יתירה

ויקרא דאורייתא

אשר וייס



הרב יהודה יאיר בן מנחם

חבר בית הדין הרבני תל אביב

היתר ממזר תרי רובי

עמד בפני המבקש מר ע.י.ג. ובקשתו בפיו כי ביה"ד יברר ויאשר את יהדותו.

כסימוכין לאישור בקשתו של המבקש הוצגה בפני ביה"ד כתובת הורי אמו, כתובה שנערכה בטהרן בשנת תש"ג, כמו גם כתובת אמו שנשאה לבעלה הראשון מר ט.ל. בביהכ"נ המרכזי במנצ'סטר, ביכנ"ס מוכר שרבני המקום אמונים על התנהלותו כדין וכהלכה. כמו כן הופיעו בפני ביה"ד אחות המבקש (אחות מאם בלבד, האחות נולדה קודם פרידת אם המבקש מבעלה הראשון) שנישאה בארץ כדמו"י, כמו גם אח ואחות אם המבקש, ולאור כל החומר שהוצג בפנינו ביה"ד אכן קובע כי המבקש הינו יהודי.

ואולם מעיון בכל החומר שהוצג בפנינו קמה ועלתה בפני ביה"ד שאלה חמורה בדבר מעמדו האישי של המבקש. מהמסמכים שהוצגו בפנינו עולה כי אם המבקש נישאה בחו"ק לבעלה הראשון מר ט.ל. בתאריך ז' שבט תשל"ג (23.1.72), ועל פי רישומי ת"ז של אם המבקש היא התגרשה מבעלה הראשון בתאריך 27.2.78, בפנינו הוצג אף הסכם גירושין שנחתם בתאריך 24.9.77, ואולם מעשה בי"ד (מביה"ד מנצ'סטר) שהונח בפנינו מעיד כי הגט נכתב בביה"ד מנצ'סטר אך בתאריך ג' סיון תשמ"ב ונמסר לאשה בביה"ד בלונדון בתאריך יז' אלול תשמ"ב.

המבקש נולד בתאריך 22.7.79 ולדבריו, כמו גם על פי רישומי המוסדות המוסמכים, אביו הינו ק' שהינו בעלה השני של האם (על פי תעודת הנישואין שהוצגה בפנינו האם נישאה לו בתאריך 26.11.82). ביה"ד שוחח טלפונית עם ביה"ד של לונדון אשר אימת בפנינו כי על פי הרישומים שבפניהם הגט אכן נכתב ונמסר ככתוב במעשה בי"ד של ביה"ד מנצ'סטר, בתיק ביה"ד אף צוין כי האשה חיה עם אדם אחר בשם ק' (שהינו בעלה השני של האשה, יהודי על פי העדויות והמסמכים שהוצגו בפנינו) וכי יש לה ממנו בן בשם ע'.

בפנינו הופיעה אחות אם המבקש אשר מסרה לביה"ד כי אם המבקש התגרשה מבעלה הראשון בשנת 1977 וכי רק לאחר מכן היא עצמה (אחות אם המבקש) הכירה לאם המבקש את ק'. ביה"ד מצייין כי הונחה בפניו כתובה מבית כנסת ליברלי ופרוגרסיבי באנגליה ולפיה אם המבקש נישאה לבעלה ק' כבר בתאריך כ' כסלו תשל"ג. אך מנגד התקבל בביה"ד מכתב מאת בעלה הראשון של אם המבקש ובו מצהיר הבעל כי הוא נפרד מאשתו (אם המבקש) רק בשנת 1977 (ולטענתו במשך כל השנים הוא מקבל את דברי אשתו כי המבקש אף אינו בנו), ועל כן על פי דברי הנ"ל ודברי אחות אם המבקש ביה"ד אינו מוצא מקום לייחס חשיבות לכתובה הליברלית, ובפרט שכידוע הרי שעל פי חוק היה אסור לבית הכנסת הליברלי לחתן

את אם המבקש עם ק' באותה תקופה בה היא הייתה רשומה כאשתו של ט', וכידוע לנו ביהכ"נ הליברלי הקפיד שלא לעבור על חוק זה (ומ"מ לקמן יבואר שאין למעשה זה כל נפקות הלכתית בנוגע לכשרותו של המבקש).

אם המבקש נפטרה בתאריך 22.3.92.

כאמור לעיל מן העובדות אשר נמסרו לנו ע"י אנשים נאמנים הבקיאים בעבודת הקודש של רבני לונדון ומנצ'סטר עולה כי נישואיה הראשונים של אם המבקש נערכו בחו"ק כדמו"י באופן שאין לפקפק ו/או להטיל ספק בכשרותם באופן סתמי וכל עוד לא הוכח כי אכן נפלו פגמים הלכתיים במעשיהם, והיות ובפנינו לא הוצגו כל ראיות לבטלותם של הקידושין הרי שעלינו להתייחס אליהם כאל קידושי וודאי.

נמצא שאם המבקש הייתה נשואה כדמו"י למר ט.ל בזמן שלמעשה על פי דברי אחותה וילדיה, בהם המבקש עצמו, כמו גם על פי דבריה בכיה"ד בלונדון ודברי בעלה השני, היא חיה חיים מלאים עם מר ק' והביאה עמו את בנה ע'.

והנה הגם שעל פניו נראה כי אין כל דרך להתיר את המבקש שלפנינו, לא זו דרכה של תורה ולא זו הדרך אותה הורו לנו רבותנו למהר לחרוץ משפט, ובוודאי ובוודאי שלא זו הדרך במקום בו דנים אנו בהלכות חמורות שהשלכתן על המבקש שלפנינו הינה מכרעת.

ועל כן אמרתי אבואה לדון ולברר את ההלכה ממקורה, בכל אחת מן השאלות שמעלה בפנינו מקרה קשה זה, ועיני לשמיא נטלית בתפילה לאלו-הי מרום שיעזרני ועל דין אמת יעמידיני לדון ולהורות כהלכה בכל אחד ואחד מן העניינים הסבוכים שלפנינו.

א. השלכות אמירתו של בעלה הראשון של האשה כי המבקש אינו בנו

והנה תחילה וראש מוטל עלינו לעמוד על השלכותיה הלכתיות של אמירת בעלה הראשון של האישה כי המבקש אינו בנו, וכפי שנראה להלן למרות שהתורה נתנה כח לאב להכיר לאחרים את מעמדו ההלכתי של הבן, אין הדברים פשוטים בנד"ד כלל ועיקר.

א.א. דברי האב שאינו בנו, נאמרו ללא הכרת בכורה, ואינם פוסלים את הולד בתורת ודאי

הנה דין זה מקורו טהור בדברי המשנה (קידושין עח, ב):

"האומר בני זה ממזר אינו נאמן, ר' יהודה אומר נאמן"

ובגמ':

"מאי טעמא דר' יהודה יכיר יכירנו לאחרים, מכאן אמר ר' יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שהוא נאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה".

ולדעת השאלתות (פ' וארא ס"ו ס"א), ולהרבה מרבתינו הראשונים, ומכללם הרי"ף (שם לב, א), הרא"ש (שם סי' טז וב"ב פ"ח סי' כא), התוס' (ב"ב קכז, א), סמ"ג (ל"ת קיז), הרמב"ם (איסורי ביאה טו, טו), הגה"מ (איסורי ביאה טו, ח) נאמן האב לומר על אחד מבניו שאינו בנו ולעשותו ממזר, וכן פסקו הטור (סי' ד) ומר"ן השו"ע (שם סעי' כט). ועיין בדברי הפני יהושע (שם) שכתב שלדעת הטור ומר"ן השו"ע רק בכה"ג שאומר שבן זה איננו ממנו נאמן לעשותו ממזר ולא כאשר אומר שבנו הוא מן הערוה, דאז אמרינן דאין אדם משים עצמו רשע ואיננו מקבלים את דבריו, ושלכן הטור ומר"ן השו"ע לא הזכירו בלשונם נדון זה. אך עיין גם בדברי הרב שיבת ציון (סי' סח) שדחה את דבריו וכתב כי:

"יותר יש סברא לומר דמה שאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר היינו דוקא כשאומר שהוא בנו רק שנולד לו מחייבי כריתות אבל לא כשאומר שאינו בנו כמו שסובר הריא"ז, ולפי"ז לא קשה מידי קושיית הפני יהושע על הטור והשו"ע שהשמיטו הך אופן השני די"ל דכיון שפסקו כשאומר שאינו בנו נאמן לעשותו ממזר שוב אינן צריכין להביא הך כשאומר שנולד לו מחייבי כריתות, דזה ידענו מכח ק"ו דמה אם אומר שאינו בנו והוא ממזר נאמן מכ"ש כשאומר שהוא בנו והוא ממזר פשיטא דנאמן".

וכתב דאין לדחות את דברי האב מדין אין אדם משים עצמו רשע שכן אפשר להעמידו במקום שהוא טוען ששגג או במקום שאנו רואים אותו דר עם הערוה. וע"ע לקמן (אות א.ה) שהארכנו קצת בדין זה דאין אדם משים עצמו רשע וביישובו עם דין יכיר.

אך לא כך ס"ל לבה"ג (הלכות עריות נו ע"ד) ולדעתו דע"ל אמרינן רוב בעילות אחר הבעל גם באשתו פרוצה, ואין האב נאמן אלא בהכרת בכורה, וכן עולה גם מדעת ר"ת (יבמות מז, א), וכן הסכים להלכה גם היש"ש (קידושין פ"ד סי' טו) ולדידה הכי סבירא ליה גם לרמב"ם, וכן העלה גם בבנין עולם (ס"ו אות ב), והסביר שהאב הינו ע"א ואינו נאמן נגד החזקה, וכ"ש נגד רוב, ורוב בעילות הינו רובא דאיתא קמן, ואינו נאמן נגדו אף לשיטת הנודע ביהודה (אבה"ע סי' טו), ורוב זה אף אינו תלוי במעשה דממילא אדם נזקק לאשתו (תוס' בכורות כא, א), וא"כ לא נאמן לומר שלא נזקק לה דלא מוקים אנפשיה.

ושיטה נוספת מצאנו בריא"ז (שלט"ג קידושין לב, א) ולשיטתו נאמן האב אך לומר שזה בנו וממזר הוא מפני שבא על הערוה ונודע לו רק לאחר מכן שהיא אסורה עליו, אך אינו נאמן לומר שאינו בנו מפני שאישתו זינתה, וכ"כ הרי"ד בספר המכריע (סי' סד).

ושיטה שלישית שלא כשאלתות מצאנו בדברי התוס' רי"ד (קידושין שם) שכתב שהאב נאמן רק כאשר האם אינה מכחישתו.

והגאון רבנו עקיבא איגר (מהדו"ק סי' קכח) צירף את דעת שלושת הגדולים האלו לספיקא דינא במקום שבו הבעל טוען שאינו בנו אך אינו עושה זאת ע"י הכרת בכורה, וכלשונו הטהורה:

"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 ב"ג דעל בנו האמינתו התורה לפסלו אבל לומר שאינו בנו והוא ממזר אינו נאמן, וככתוב בתשובת ר"א בן חיים (סי' מ"ה) ומדסתם הראנ"ח ולא חקך את השואל אם זה שאומר עליו שאינו בנו הוא הראשון לבניו האחרים, ובפרט שמשמע שם שהמעשה הי' בפנוי, והיא אומרת שקדשה ונתעברה לו, והוא כיחש, וא"כ במה שאומר שא"ב הוי כאומר אין זה בכורי, דכל שאינו דרך הכרת בכורה לאחר אינו נאמן. ואף דקשה לנטות מפסקא דהרמב"ם והשו"ע דמשמע דבכל ענין נאמן לומר אינו בני מ"מ..."

ואף ששם משמע שרק כאשר יש לנו שלושה צדדי ספק סמך לקולא, ואילו בנד"ד אין לפנינו את הכחשת האם, ולא ניתן לצרף לקולא את שיטת התוס' רי"ד, מ"מ הרי תשובתו זו של רבנו הגרע"א באה כדי להצטרף לתשובת חתנו רבנו החתם סופר (אהע"ז ח"א סימן יג) ולשיטתו גם כאשר אין האם מכחישה את הבעל יש לפנינו ספיקא דדינא, כלשונו:

"היוצא מהנ"ל דבאומר להדי' בלי הכרת בכורה אינו בני כל אפי' 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, אם ת"ל כרמב"ם דלמא וספיקא מעלי' 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, וה"ל ס"ס..."

וכן העלה מדבריהם בשו"ת אמרי יושר (ח"ב סימן קיד):

"אמנם יסודי ההיתר שבנה הגאון רעק"א ז"ל והסכים לו החת"ס הוא מחמת צירוף ג' דיעות דעת בה"ג דיכיר דוקא בהיכר בכורה עי"ז, ודעת תוס' רי"ד דבמכחשתו אינו נאמן, ודעת ריא"ז בס' המכריע דדוקא באומר בני זה ממזר מח"כ אבל באומר על אשתו שזינתה מאחר א"כ אינו בנו לא נאמן שבצירוף כל הנ"ל אף שהמחבר לא פסק כן הוי עכ"פ סד"ד ובנוסף עוד ספק דלמא מגוי נתעברה הוי ס"ס להקל. ישנם גם בנ"ד, אף שבנ"ד אין אתנו יודע אם האשה הכחישתו אבל הרי בתשו' חת"ס ביאר דלפי מ"ש ריא"ז בס' המכריע אין שום הכרח כלל תו לומר דבמכחשתו אינו נאמן וכתב דהך שיטה לאו דסמכא היא כלל, ועכ"ז מסיק דהוי סד"ד מחמת ב' השיטות הנ"ל דעת בה"ג דבעינן היכר בכורה, ודעת רי"ד דבאומר אין זה בני אינו נאמן וע' בתשו' חת"ס ס' ע"ו שהאריך להביא

מכמה גדולי הפוסקים דסברי כרי"ד וכן פסק רש"ל ביש"ש הלכה למעשה ויש לחשוב לסד"ד וא"כ גם בנ"ד כן".

ועיין עוד בשו"ת מהר"ם בן חביב (המצורף לספר עזרת נשים סימן יא) שסמך על דברי הבה"ג ור"ת לחוד לעשות ספק. ועיין גם בדברי רבנו העין יצחק (אבה"ע סי' ז) שסמך בכל כוחו על דברי הרע"ק, ואף הביא להם סימוכין, כלשונו:

"... ובתשובת מרן הגאון ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' קכ"ח בעובדא כזה העלה להיתירא ע"פ שלשה צדדי היתר... דע"פ ג' צדדי ההיתר משוי לן לספיקא דדינא וא"כ הוי ס"ס ספק כהנך רבנותא ואינו נאמן כלל דאינו בנו וספק שמא מנכרי כו' עכ"ל ר"ע איגר שם.

ב... הרי דאף דהמחבר בשו"ע סתם לדינא דבכל גווני נאמן האב. עכ"ז מצד כל הנך צדדי הספק משווינן זה לספיקא דדינא עכ"פ. ומזה סייעתא לדברי הגאון רע"א זצ"ל דמשווינן זה לספיקא דדינא ולצרפו לספק ספיקא. ותמהני עליו שלא הביא לדברי הש"ך ביו"ד והשער המלך דיש לצרף זה לדון דין ס"ס. וכן נראה לענ"ד לחזק שיטת הסוברים דאינו נאמן האב לומר דאינו בנו והוא דבירושלמי לקידושין פ"ד ה' ז' איתא תמן תנינן האומר בני זה נאמן כו' דלמא על דר' יהודה איתאמרת דר' יודה אומר נאמנין עלי' ר' אבוה בשם ר' יוחנן לתת לו אבל לא ליקח ממנו. פירושו דדוקא בלתת לו אם חלק בכורה או שלא ינתן לבנו רק חלק פשוט בזה ס"ל לר' יהודה דנאמן כיון דמעיד על בנו אם הוא בכור או פשוט וה"ה במעיד על בנו שהוא ממזר שנולד מחייבי כריתות. אבל באומר אינו בנו ואז לא יהי' לו שום זכות ירושה כלל זה מקרי לוקח ממנו ואינו נאמן כלל אף לר' יהודה. ואמרו עוד בירושלמי שם אמר ר' חזקי' עוד היא מתניתא כי את הבכור בן השנואה יכיר הי' מוחזקין בו שהוא בנו ובשעת מיתה אמר אינו בני אינו נאמן כו'. וזהו מסייע כשיטת השלטי גבורים דבאומר אינו בני אינו נאמן אף לר' יהודה. ואח"ז אמרו שם בירושלמי עוד איתתני תני על קדמייתא נאמן ר' חזקי' בשם ר' הונא הי' מוחזקין אותו שהוא משפחתו נאמן כו'...

ג. ע"כ נ"ל לפרש החילוק הוא דדוקא באומר שהוא בנו משפחתו בזה נאמן משום דאף דגם בכה"ג הוי אינו בנו דהא אינו מתייחס אחריו. עכ"ז כיון דבאמת הוא בנו אף מצד הדין אינו בנו שהולד אזיל בתרה ע"כ נאמן לומר שלא שחררה דהא עכ"פ אביו הוא. אבל לומר אינו בנו כלל לא הימני' רחמנא אף לר' יהודה... וכיון דאין לנו הוכחה ברורה מן הש"ס דילך דחולק בזה על הירושלמי ע"כ יש לנו לסמוך על הירושלמי דבאומר אינו בני אינו נאמן כלל אף לר' יהודה. וע"כ אין להזניח שיטת השלטי גבורים והמכריע ולכלל הפחות יש לצרף שיטה זו לדין ספק ספיקא.

ד. וכן מצאתי ראיתי בים של שלמה לקידושין פ"ד דין ט"ו דהעלה לדינא דאין האב נאמן לומר שאינו בנו אף לר"י וכדמשמע לישנא דמתניתין בני זה ממזר הוא ולא קאמרי האומר על בנו שהוא ממזר כו'. ויש לנו סיוע גדול מן שיטת היש"ש דפסק כן לדינא. וע"כ לכה"פ יש לנו לדון ע"פ כל זה לדון ספק ספיקא וכמש"כ השער המלך ור"ע איגר אך לא הביאו דברי הירושלמי והיש"ש הנ"ל.

ועל כן הגם שהרב חקרי לב (מהדורא בתרא אה"ע סימן ב) כתב שאין לעשות בענין זה ס"ס נגד דעת מר"ן השו"ע, מ"מ כבר נזקק לדבריו מר"ן הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר ח"ט חאבה"ע סי' ג), ודחאם, כלשונו הטהור:

"ד) ובר מן דין יש לצרף מ"ש בפסקי ריא"ז (ר' ישעיה אחרון ז"ל) בפסקיו לקידושין (פ"ד הט"ו)... והגאון רבי יצחק זרחיה אזולאי בתשובה כת"י (והיא לו נדפסה בירחון "תבונה" טבת תש"ה) כתב, שגם הרדב"ז נראה שסובר כהרי"א ז. ומה שמרן הבית יוסף לא הביא שיטת הרי"א ז' שנטו אחריו גדולי הפוסקים האחרונים, ה"ט כמ"ש בשיורי כנה"ג א"ח (סי' קפח הגב"י אות ז) שאין ספק שהשלטי הגבורים לא נתפשט בזמן מרן, והראיה שאינו מזכירו בשום מקום, וגם פסקי הרי"א ז' לא נגלו אליו. ע"כ... גם יש לצרף דעת בה"ג (בהל' מילה) שסובר שאין האב נאמן לומר בני זה ממזר אלא ע"י הכרת בכורה... ובחתם סופר שם כתב, שבאומר בלי הכרת בכורה זה אינו בני, כל אפיא שוין בה"ג ור"ת ורש"י ותוס' הרי"ד בספר המכריע ור' אליהו מפריש שאינו נאמן... ועכ"פ סברת בה"ג אינה סברת יחידאה, ועם סברת הרי"א ז' וסיעתו שפיר חזי לאצטרופי לספק אחד, ובצירוף עוד ספק יש להקל. ולא אכחד כי ראיתי לרבינו החקרי לב מהדורא בתרא (חאה"ע סי' ב דף עד ע"ד) שכתב להעיר על דברי הרב הפוסק שם, שאין להתיר הבנות לבוא בקהל ע"פ סברת הרי"א ז' הנ"ל, שדבריו דברי יחיד, וחלקו עליו כל הבאים אחריו, וסברת יחיד אינה בכלל ספק דקי"ל רובא דאורייתא. ובר מן דין הרי בא"י וגלילותיה קבלו עליהם הוראות הרמב"ם ומרן הש"ע, והם פסקו להדיא היפך דעת הרי"א ז', ואף שבחקרי לב (חיו"ד סי' קכז) הבאתי מחלוקת אחרונים כשיש ספק להקל נגד הש"ע, אם ראוי להצטרף לספק אחר, להקל מכח ספק ספיקא, אכן זהו רק למקומות שלא קבלו הוראות מרן להקל ולהחמיר, וגם בדיני ממונות אומרים קים לי נגד פסקיו, אבל במקום שקבלו לנהוג כדעת מרן כ"ע מודים דלא חשיב ס"ס בכה"ג. עכת"ד. וכ"כ בשו"ת תעלומות לב ח"ג (סי' ד דף ו סע"ב). ע"ש. וע"ע בשו"ת ומצור דבש (חאה"ע סי' א, יסוד החמישי, דף פט ע"ג וד'). ע"ש. אולם באמת הלכה רווחת דעבדינן ס"ס אף נגד דעת מרן. וכמבואר בדברי מרן החיד"א במחזיק ברכה (סי' נב סק"ה)... לפיכך האמת ניתנה להאמר דשפיר סמכינן על ספק הנ"ל, שלא לטרוח לברר אצל הבעל הראשון אם נשאת לו האם בחופה וקידושין, הואיל ואינו נאמן, מכל הני טעמי תריצי דלעיל. וכבר מצאנו חברים רבים לסברת הרי"א ז' הנ"ל, וכמ"ש בס' המכריע (סי'

(סד) בשם רבינו שמואל ור"י בן מיגאש ור"ש הספרדי, וגם יש סמוכין לשטתו
בירושלמי, וכנ"ל. לפיכך בודאי שראוי לצרפו לס"ס..."

וכן העלה גם רבנו הגר"ש משאש זצ"ל במספר מקומות (ראה לדוגמא בשו"ת שמ"ש ומגן
ח"ד אה"ע סימן כט).

הא קמץ שדברי האב שאינו בנו אינם אלא ספק בפנינו, ואם יהיה לנו צירוף נוסף נוכל להקל
להכשיר את המבקש.

א.ב. י"א שאין דין יכיר כאשר הבעל עצמו נסמך על דברי אחרים

ועוד ספק אחד יש בנדון שבפנינו, דהנה בנד"ד הבעל סומך על אשתו שאמרה לו שאין
הולד ממנו, ויש מקום אתנו להסתפק האם דין יכיר הינו גם במקום כזה בו האב נסמך על דברי
אחרים, או שמא יש לקבוע שדין יכיר אינו אלא במקום בו האב אומר את הדברים על סמך
ידיעתו. וידועים דברי הב"ש (סימן ו ס"ק כז) בדין אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי והוא אינו
מקבל את דבריה שמותרת לו, אך לאחר מות בעלה אסורה לכל כהן, שציין שאם לאחר מות
בעלה נישאת לכהן:

"... בניה כשרים דאינה נאמנת לפסול בניה, דדוקא לאב נתנה התורה נאמנות ולא
לאם. ואם האב אומר דמאמין לדבריה, יכול לעשות לבניו חללים כמו שנאמר
לומר בן גרושה הוא".

ושפתיו ברור מיללו שהאב נאמן על בניו גם כאשר נסמך הוא על דברי אחרים, וכן כתב גם
בסי' ז' (סקט"ו), וסברתו זו התבארה באבני מילואים (ס"ק ו), וז"ל:

"אף על גב דאב בעצמו אינו יודע אלא שמאמין לאחר וסומך דעתו עליו ודומה
לו שהוא כן ה"ל בכלל יכיר, וכמו שיוכל לאסור על עצמו ע"י מה שמאמין לאחר
ה"נ האב לבנים ה"ל כמו בעל דבר וכשסומך דעתו בזה ה"ל בכלל יכיר יכירנו
לאחרים".

וכ"כ גם בשב שבעתתא (שמעתתא ב פרק כ) ביתר ביאור כי:

"כי היכי דבעל דבר עצמו היכא דמאמין לאחד וסומך דעתו עליו הוי ליה כאלו
ידע והודה בעצמו ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא אף על גב דהוא עצמו אינו
יודע אבל כשסומך דעתו במה שמגיד לו אחר הוי ליה כהודה מעצמו, והוא הדין
באב לגבי בנו אף על גב דאינו יודע בעצמו, כשסומך דעתו על אחר ומאמין
לדבריו הוי ליה כידוע ומגיד בעצמו והוי ליה תורת יכיר בזה דיכירנו לאחרים על
ידי סמיכת דעתו לאחר, וכן מבואר בדברי הבית שמואל סימן ו' ס"ק כ"ז...".

אך הינה כבר חלק על הב"ש בבית מאיר (סימן ו) וכתב לתמוה:

"היכן מצינן שנתנה תורה נאמנת ע"י יכיר במה שבעצמו אינו יודע ומאמן לאשתו?"

ובאותו אופן תמה עליו גם בשו"ת צמח צדק (אבן העזר סימן יד), וז"ל:

"ומצאתי גם כן להב"ש ס"ו ס"ק כ"ז כתב שאם הבעל מאמינה יכול לעשות לבניו חללים כמו שנאמן לומר בן גרושה הוא כו'. ואני אומר דמלתא דפשיטא ליה מיבעיא לי טובא, משום דהסברא נותנת לומר דהא דהאמינה התורה לאב היינו במה שראה בעצמו לא במה שמאמין לאחרים, דבודאי לא עדיפא כח האב משני עדים כשרים והרי עד מפי עד לא מהני בכ"מ דצריך עדים אף ששמעו מפי נאמן כבי תרי. ואחר כך ראיתי שגם הבית מאיר סי' ו' שם חלק על הב"ש".

ויסוד המחלוקת בואר בלשונו הזהב של הגאון ר' שמואל פוברסקי (בשיעורים בבא בתרא קלד ע"ב), וזה לשונו:

"נחלקו הב"ש סימן ו' ס"ק כ"ז והבית מאיר אי איכא נאמנות של יכיר גם באופן שאין הבעל יודע מעצמו אלא מאמין לאחר, דדעת הב"ש דאיכא נאמנות של יכיר גם בכה"ג, וביאור דבריו נראה דינא דיכיר דנתנה התורה לאב בעלות לומר דינים על בנו ונאמנותו אינו כנאמנות דעדים כי אם נאמנות של בעלות, ולכן כמו בשו"א אנפשיה חד"א אם מאמין לאחר ג"כ נאסר, כמו"כ הכא הוא בעלים להאמין לאשה. ואיכא דין יכיר כשמאמין לה. (ועי' ש"ש ש"ב פ"כ שהביא את דברי הב"ש ומיישב עפ"י דבריו, משמע דס"ל כותיה), והבית מאיר פליג וס"ל דכשמאמין לאחר אינו נאמן דאין זה עדות. ואף דמסתברא כהבית מאיר מ"מ הב"ש פסק להלכה דנאמן וכן משמע דעת הש"ש".

ועיין גם בדברי הגר"ש טנא (ברכת שלמה אבה"ע סוס"י יא) במה שכתב לבאר את שורשי המחלוקת. ועיין עוד בדברי הגר"מ שטרנבוך (תשובות והנהגות ח"ו סי' רמב) שהסביר שלדעת הב"ש היות ולא מוזכר שצריך לשאול את האב למקור קביעתו אודות בנו משמע שנתנה לו התורה נאמנות גם אם דבריו מתבססים על נתונים שביה"ד לא היה מקבלם.

והנה מדברי הגרע"א (שהובא לעיל) עולה שלדעתו דעת עליון אין האב נאמן אלא כאשר הוא נסמך על דברים ברורים, ולא כאשר אומר כן על פי אומדנות, כלשונו:

"עוד נ"ל אף אם יהיה הדין בנידן אלו מעידים עדים שנתרחק מביתו זמן מה ובשובו לביתו לא קרב אליה. בענין שכפי החשבון יהי' הלידה יותר מט' חדשים מיום התרחקו מביתו דאין מתירין הולד ביש עידי כיעור. מ"מ הוא א"נ לומר דהי' כן. די"ל דא"נ רק בהכרת דבר ברור שאינו בנו. אבל בזה שאף לדבריו אפשר שזה בנו דלמא אשתהי. א"נ לומר שהי' כן שיסופק לנו אם הוא בנו דזהו אינו דרך הכרה.

ובזכרוני שאמרתי כן בכוונת הה"מ (פט"ו הי"א מהא"ב) מ"ש אפילו אותו פ' מודה. זה פשוט הוא שהרי הוא עצמו א"י לידע דשמא זינתה גם עם אחרים והוא לא ידע ואין זה אב שיהי' לו היכר וחשש זה נזכר בגמרא, עכ"ל. ובפשוטו אין מובן לי אריכות הדברים אלו, והו"ל לומר בקצרה שאף לפי הודאתו, שמא זינתה גם עם אחרים. והוא יאמר בעצמו שזה א"י ופשיטא דל"ש נאמנות במה שאינו יכול לידע. גם הלשון: וחשש זה נזכר בגמרא לשון זה מוקשה. למה נקט בדרך נזכר. ולא אמר כן בדרך הלכה, הא באמת משמע מדברי הה"מ (פ"ג מהל' יבום) דס"ל לעיקר דהלכה דל"ח לדאפקרה. ואיך כתב כאן זהו פשוט.

ולזה אמרתי דכוונת הה"מ כיון דהחשש זה נזכר בגמרא ונהי דלדינא ל"ח לכך, מכל מקום זהו רק בידעיןן שבא עליה, אבל ע"י הודאתו אינו נאמן בכך כיון דלפי הודאתו יש עכ"פ אפשרות דאפקרה לאחרים, דהא החשש נזכר בגמרא. ואם כן לא מקרי הכרה ברורה. וא"נ."

והאמת תורה דרכה שנראה שהיות ולדעתו אין האב נאמן אלא אם כן נסמך על הכרה ברורה, גם אין להאמינו כאשר סומך על אחרים.

וכן עולה גם מדברי החתם סופר (שם), שכתב כי:

"הנה פשוט אעפ"י שהאמינתו תורה להאב מ"מ לא עדיף מעדות גמור דאורי', דנהי דאפשר דלא בעי דרישה וחקירה, ואינו צריך לברר כלל לומר מנא ידעת שאינו בנך אלא נאמן סתם, מ"מ כל שאומר מאומד ומדומה שאפי' ב' עדים כשרים אין עדותם עדות מכ"ש עד זה חידוש הוא ואין לך בו אלא חדושו...".

וכן עולה גם מדברי הרב חבצלת השרון (סי' כ), וז"ל:

"הא אי אפשר שידע בכירור רק ע"ד הדמיון דהא אפשר להשתהות עד יב"ח וברור אצלי שאילו היה לפנינו לא יוכל לומר דבר ברור".

והגם דאפשר לחלק בין הדבקים ולומר שגם הב"ש יודה שכאשר האב נסמך על אומדנות בעלמא אין מקבלים את דבריו, ומ"מ יסבור שכאשר סומך על אחרים יש לקבל את דבריו, נראה דלא זו הדרך ולא זו העיר לחלק בין המקרים, ואדרכא מדברי הגרע"א והחתם סופר מוכח דבעינן הכרה דומיא דעדות, וכל אימת שעדות שכזו לא תתקבל אין לקבל גם הכרה שכזו. ונראה דזו גם כוונת רבנו הנצי"ב בשו"ת משיב דבר (חלק ג סימן ח) שכתב שאין נאמנות יכיר אלא על סמך מה שברור לאב עצמו, כלשונו:

"... אינו אלא באומר ודאי שכן הוא משא"כ באומר שמאמין לדברי האשה נהי שהוא יכול להאמין על עצמו מה"ת כמ"ש הרמב"ם בה' ק"פ (פ"ד ה"א) שורת הדין שאינו נאמן והרוצה להחמיר ע"ע ה"ז משובח ויביא פסח שני. מכ"מ אין יכול בהאמתו להכירהו לאחרים שאין מאמינים לה...".

ועוד יש לומר, אך אין הדברים אמורים במוחלט בנדוננו בו אין לנו בירור על מעשי האישה בתקופה בה התעברה, דברי הבית שמואל אמורים רק במקום בו האם יודעת אל נכון ובמדויק מה נעשה, והאם היא נאנסה ואסורה לכהן, ולא במקום בו גם היא אומרת בדדמי שכן גם היא מודה שבאותו זמן בו יכלה להתעבר חייתה חיי אישות גם עם אחרים כבעלה וכגוי שאינם עושים את הבן לממזר, ומהיכי תיתי לומר שלדעת הב"ש יש לקבל את דברי האב הנסמך על האם או על אחרים כאשר הם אומרים בדדמי. ונראה דכן יש לדייק גם מדבריו של הב"ש בסי' ז' (סקט"ו) שרק כאשר הן האם והן האב, הנסמך גם על דבריה, הינם ברורים להם, אנו מקבלים את דבריו, שכן שם ביאר שהאב נאמן לפסול את ילדיו רק במקרים מסוימים ביותר, כלשונו הטהור:

"לכן נראה כל דבר שאומר שנפסל מחמת ביאתו או נישואים שלו נאמן ולא דבר אחר, לכן כתבתי דאם אמר דמאמין לדבריה מה שאמרה שנאנסה תחת בעלה או היא זונה ובניה שהי' לה ממנו הם חללים נאמן."

הא קמן שלא די שצריך שהדברים ינבעו ממעשיו, והם ברורים לו ביותר, אלא שגם הסתמכותו על דברי האם הינה אך בדברים שברורים לה כשמש. ונתתי שמחה בלבי בראותי שכן כתב לדייק גם רבינו הבית שלמה (אה"ע סי' ע"ד), זה לשונו:

"אמנם נראה דאף לדברי הבי"ש אין חשש גם על הולד. חדא, דהתם היא יודעת בבירור וכיון שהוא מאמין לדבריה הוי כאלו גם הוא יודע בבירור אבל כאן אף שהיא יודעת שזינתה מ"מ על הולד אינה יכולה לידע בבירור דשמא מהבעל ולא האמינו תורה לאב רק באומר שיודע בבירור אם הוא בנו או אינו בנו מכ"ש בכה"ג שהוא אינו אומר כלום רק שמאמין לדבריה, וגם היא אינה יכולה לידע בבירור..."

ולדברים אלה נראה שנוטה גם דעתו של הגרי"ש אלישיב (פד"ר ח"ג עמ' 105 ועיי' גם בקובץ תשובות ח"ב סי' קעה). וממילא, נראה לענ"ד, אני הקטן והדל באלפי, כי המחלוקת בין רבותינו הבית שמואל והבית מאיר אינה בשאלה האם נאמנות האב הינה מגדרי בעלות או מגדרי עדות, שכן גם רבנו הבית שמואל מסכים שהאב לא יכול להשית על ילדיו כל הכרה שהיא, ועל הכרתו חלים למעשה דינים הקרובים לדיני עדות וצריך שיהיו הדברים ברורים לו ככל האפשר עד שרשאי לומר אך את הברור לו, ואך בכך נחלקו האם גם לאם, ולאם בלבד, ניתנה נאמנות גם לעניין זה לומר שהיא גרושה, והב"ש מדייק שמכך שניתנה לאב נאמנות לומר זה בני בן גרושה, ופשט הדברים הוא שאנו לא מכירים את אמו ואך עליו אנו סומכים שאמו של הבן גרושה, ושלעניין זה ידיעתו הברורה של האב היא הקובעת, והיות ולגביו האם הינה גרושה כך יהיה הדין גם לגבי בניו. אך לא כך ס"ל לרבנו הבית מאיר, ולדידיה יש להעמיד את דברי הגמרא אך במקום שיש עדות על כך שהאם הינה גרושה, או לכל הפחות שהאב יודע מראיתו או מדיני מוחזקות שהאם הינה גרושה. וכעין שהסביר הצמח צדק שהובא לעיל את

דעת הרמב"ן בדברי הגמרא (יבמות דף מז ע"א) שהאב נאמן לומר שהוא ואם הילדים התגיירו בינם לבין עצמם, שכן איירי במקום שהוא אומר:

"... נתגיירנו שנינו בינינו לבין עצמנו שהוא נתגייר בפניה והיא בפניו ואם כן יודע בעצמו על שהיא נתגיירה בינה לב"ע ומש"ה נאמן לפסול הבנים כשיאמר שנולדו מן השפחה שהי יודע בעצמו שאשתו שפחה. אבל לא שיסמוך על נאמנותה".

ועל כן נראה שבמקום שבו אין ספק שגם האם שהכירה בכנה כבנו של הבעל לא אמרה זאת אלא מספק ועל דרך האומדנא שהרי באותו זמן חיה גם עם בעלה או עם גויים, חלילה, אין לחוש לדבריה וממילא גם לא לדברי הבעל שנאמרו על סמך דבריה.

ומ"מ גם אם האם תאמר את דבריה בוודאות, והדברים יהיו ברורים לה, לא פלטינן ממחלוקת הב"ש והב"מ, וככל אשר הראנו לעיל. והאמת תורה דרכה דכדעת הב"מ עולה גם מהגרא"א (סי' ד סקנ"ז, ודבריו יובאו לקמן), ודיוקו של הגר"א פשוט מהש"ס, והגם דמה אני ומה חיי להכריע על פי זה, הנה כשמחה בקציר שמחתי בראותי שכבר הכריע על פי זה הגרי"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"א סימן קמא), כלשונו הטהור:

"ומ"ש הב"ש סי' ו' סקכ"ג שאם הוא מאמין לדבריה נאמן הוא מדין יכיר... הנה הב"מ שם פליג עלי' דהיכן מצינו שנתנה תורה נאמנות ע"י יכיר במה שבעצמו אינו יודע ומאמין לאשתו. גם יש להוכיח דלא כהב"ש מסוגיא דחולין פ"ק דיליף דאזלינן בתר רוב ממכה אביו, ואם איתא לדברי הב"ש דילמא מיירי שהוא מאמין לדברי אשתו שהוא ממנו ונאמן מדין יכיר (עי' ביאור הגר"א סי' ד' ס"ק כ"ז) ודוחק לאוקמי סתמא דהש"ס דלא כר"י דקיי"ל כותי'".

וכמו"כ משמע מיבמות ס"ט ילדה תאכל בתרומה א"ל אביי לעולם אימא לך כל היכא דדיימא מיני' ואף על גב דלא דיימא מעלמא אמר רב הולד ממזר מ"ט דאמרינן מדאפקרא נפשה וכו' ומתני' שהיו שניהם חבושים בבית האסורין, ול"ל לדחוקי כולי האי, הא אפשר לאוקמי בפשיטות באופן שהוא מאמין לדברי', וע"כ דלא שייך בזה להאמין לו מדין יכיר".

ועיין גם בדברי מר"ן הראשל"צ בשו"ת יביע אומר (ח"ג אה"ע סימן ג אות לו) שהביא בפשיטות את דברי הרב צמח צדק הנזכרים לעיל, ועיין עוד בדברי מר"ן היביע אומר בח"ח (חאבה"ע סי' ט אות א) המצטרפים לאשר הבאנו לעיל מהרע"ק והחת"ס שיש להכשיר את הולד בספיק ספיקא, ומביאים עוד חבל פוסקים דהכי סבירא להו. ועוד עיין בדברי הגאון הרב יוסף כהן (דברי יוסף אבה"ע ח"ב סי' ו) שהגם שלא רצה להכריע נגד הב"ש ודעימיה, העלה דהוי ספיקא דדינא וניתן לצרף לכך ספק נוסף ולהתיר את הולד, כלשונו:

"עכ"פ נראה לענ"ד שאין להתעלם לגמרי מדעת הב"ש והשב שמעתתא אבל אפשר דהוי ספיקא דדינא ולהצטרף לספק נתעברה מגוי ולעשות ספק ספקא".

באופן שנראה שהלכה כבית מאיר ודעימיה ושגם אם לא נפסוק כך בסכינא חריפתא מ"מ לכל הפחות יש לנו ספק שמא הלכה כבית מאיר שאינו נאמן על בנו כאשר סומך על אחרים.

א.ג. אפשר שהאב נאמן לפסול את בנו מאשתו רק כאשר גדל אצלו כבנו

ואילולא דמסתפינא אמינא דעוד ספק אחד יש בנדון שבפנינו, שכן בנדון שבפנינו הבעל הראשון כלל לא הוחזק כאביו של המבקש, שמאז לידתו של המבקש, ולמרות העובדה שבאותה תקופה אמו טרם התגרשה מבעלה הראשון, הוחזק הוא בתר בעלה השני, ואפשר דבכהאי גוונא כלל לא נתנה התורה נאמנות לבעל להכיר את הבן. דהנה מר"ן השו"ע (סי' ד סעי' כו) פסק שפנויה שנתעברה וילדה ואמרה שהולד של פלוני הוא ואנו יודעים באותו פלוני שהוא ממזר אין הולד אלא ספק ממזר, "אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר", ובטעם ומקור הדבר כתב רבנו הגר"א (שם סקנ"ז) כדלהלן:

"ממ"ש בפ"ק דחולין מנ"ל דאזלי' כו' ממכה אביו כו' ואם איתא דלמא כשהוא והיא אומרים עליו שהוא בנו אלא דאין נאמנין ולא מהמנין אלא משום דרוב בעילות".

דברים המלמדים שלשיטתו דין יכיר בנוי על הסברא דרוב בעילות אחר הבעל, וממילא יש לומר שכאשר הבעל והאישה אינם חיים יחד, והם אף חיים במנותק זמ"ז לא נאמר דין יכיר. ועיין גם בדבריו של הגר"ש דיכובסקי בעניין זה (פד"ר חי"ג עמוד 59):

"והנה דין יכיר", שמחמתו ניתנה לאב נאמנות על הבן מתבסס על רוב בעילות אחר הבעל, וכפי שהוכיח ב"ביאור - הגר"א" (אבהע"ז סימן ד' סקנ"ז), על המבואר בשו"ע (סימן ד', כ"ו), בענין פנויה שנתעברה ואמרה שהולד הוא מפלוני, אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, אין זה הולד אלא ספק, שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, וכתב הגר"א שם: "ממ"ש בפ"ק דחולין מנ"ל דאזלינן בתר רובא וכו' ממכה אביו וכו', ואם איתא, דלמא כשהוא והיא אומרים עליו שהוא בנו? אלא דאין נאמנין ולא מהמנין אלא משום דרוב בעילות". כלומר, רק במקום שקיים רוב בעילות אחר הבעל, יש ערך ל"יכיר". אבל במקום שרוב זה לא קיים, כגון בפנוי ופנויה, אין ערך ל"יכיר".

וכאמור לעיל מיניה ניתן ללמוד גם לנד"ד בו אין אפשרות לומר דרוב בעילות אחר הבעל, שכן הבעל היה מנותק לחלוטין מאשתו.

וכאוחז בשיפולי גלימתו של רבנו הגר"א נראה לענ"ד, קלה ודלה כמות שהיא, כי כך עולה ברור מפשט לשון המשנה דלעיל שנקטה בלשונה "בני זה ממזר", דברים המורים כי המשנה עוסקת במקום בו אנו יודעים שפלוני הינו בנו של האב, והאב רק מברר לנו שבן זה הינו ממזר, וכן נראה להוכיח גם מלשון הגמרא שם. וכך אכן יש לדייק מלשון הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה, שכן בעוד שבהלכות נחלות (פ"ב הי"ד) כתב רבנו הרמב"ם כי:

“שלשה נאמנין על הבכור וכו’ ואביו לעולם אפילו אומר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל זה הוא בני ובכורי הוא נאמן”.

הרי שבהלכות איסורי ביאה (פט”ו הט”ו) כתב שרק אם הוחזק כבנו נאמן לפוסלו, כלשונו הזהב:

“אבל האב שהוחזק שזה בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן”.

ושפתיו ברור מיללו שכדי לפסול את בנו צריך שקודם דבריו הבן יהיה מוחזק לבנו. וכן עולה גם מלשונו הזהב של מר”ן השו”ע בהלכות אלו (סי’ ד סעי’ כט) ולפיה “האב שאומר... על אחד מבניו שאינו בנו נאמן לפוסלו”.

והגם שרבנו הקצות החושן (סימן רעז ס”ק ב) לא נחת לחילוק זה בין הנושאים וכתב שלדעת הרמב”ם (נחלות ב, יד) ומר”ן השו”ע נאמן האב לומר זהו בני ובכורי, ושכן ס”ל גם לרא”ש (ב”ב פ”ח ס” ל”ט) “דנאמן לומר זה בני ובכורי בתורת הכרה אפילו בלא מיגו”, ושהרשב”ם (ב”ב קלד, ב ד”ה לירשו) והתוס’ (שם ד”ה לירשו) חולקים בדבר וסוברים “דאין האב נאמן בהכרה אלא כשהוחזק בבנו לומר בכור הוא, אבל אם אינו מוחזק בבנו אינו נאמן בתורת יכיר אלא מכח מיגו דאי בעי יהיב ליה כוליה נכסיה”. וכתב להקשות על שיטת הרמב”ם מדברי הגמרא (כתובות כה, ב) שלדברי רבי מי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה שכן בידו להאכילו בתרומה אך אין בידו להשיאו אשה, ואי נימא דנאמן בתורת הכרה אפילו באינו מוחזק בבנו א”כ אמאי אינו נאמן להאכילו בתרומה אפילו בלא מיגו, דכי היכי דנאמן למשויה בן גרושה וחלוצה (יבמות מז, א) ה”נ יהיה נאמן להכשירו לכהן, ועל כן העלה כי:

“ומזה נראה כדעת הרשב”ם ותוס’ דאב אינו נאמן בתורת יכיר אלא במוחזק שהוא בנו ומש”ה אינו נאמן להאכילו בתרומה אלא משום בידו כו”.

ועיין בזה גם באבני מילואים (סי’ ד סקכ”ג) ובש”ש (ב, כ).

ואחר בקשת המח”ר ונשיקת עפרות קודשו קצת תימה על רבנו הקצות שלא חש לחלק בין הנדונים, וכפי שעולה מפשטות לשון הרמב”ם ומר”ן השו”ע, וכפי שהראנו לעיל. ואחר כותבי כל זאת ראיתי שכבר נזקק לדין זה רבנו האמרי משה (סי’ יא) ומכח גאונותו הנודעת לכל מעיין צלל במים אדירים בכיאר סוגיא זו, והעלה שלפסול את בנו נאמן רק מי שהוחזק לאביו של הבן, כלשונו הטהור:

“נלע”ד דבאמת אם יבוא אחד ויאמר על איש שאין אנו מכירים אותו כלל, ויאמר שהוא בנו וממזר הוא שבא על ערוה או על ממזרת, בזה לא יהי’ נאמן כלל, דלא האמינה תורה רק לאב לומר שבנו ממזר והיינו היכא דידעינן שהוא אב ובלא אמירתו היינו מחזיקים אותו לבנו שידעינן שאשתו הולידתו והיינו מחזיקים ודאי

שהוא אביו והוא בנו, ואז נאמן לומר שממזר הוא, והיינו אף לומר שאשתו זינתה והוא אינו בנו, וכדעת רוב הפוסקים דלא כהש"ג הנ"ל, ואף שלא האמינה תורה רק לאב והרי הוא אומר שאינו אביו ואמאי מהימן באמת, וי"ל בזה בשני אופנים או הוואי מדין חזקה שהיינו מחזיקים עד עתה שהוא אביו והוא בנו והתורה נתנה נאמנות למי שמחזיקים אותו שהוא אב לומר על בנו הן להכשיר והן לפוסלו לומר שהוא ממזר ואינו בנו, וילפינן זה מהא דנאמן על תינוק בין הבנים לומר שהוא בכור והגדול הוא ממזר ואינו בנו, והיינו משום דבלא דבריו היינו מחזיקים אותו שהוא אביו ולהכי נאמן, או י"ל באופן אחר קצת דנאמן בממ"נ דע"כ אם נרצה להכשירו ולומר שאינו ממזר, היינו משום שנחזיק אותו שהוא אביו ובנו הוא, דהא ידעינן שאשתו הולידתו, וא"כ ע"כ כשנרצה להכשירו מוכרחים אנו לומר שהוא אביו, והרי כיון שהוא אביו הרי יש לו נאמנות לומר שהוא אינו בנו והוא אינו אביו דאין נאחו ולומר שהוא כשר והוא אביו והרי האב יש לו נאמנות וע"כ מהימן האב לפוסלו, אבל כשאומר אחד על איש מן השוק שאין אנו מכירים אותו ולא ידעינן כלל שהוא אביו ויאמר זה בני וממזר הוא שבאתי על ערוה בזה לא מהימן לענ"ד דמנא ידעינן כלל שהוא אביו ומהיכא תיתי יהי נאמן לפוסלו, דדוקא לאב האמינה תורה לפוסלו אבל למי שלא ידעינן שהוא אב ממ"ל דמהימן לומר שהוא אביו ונהי דלענין הכרת בכורה נאמן לדעת הרמב"ם גם היכא דלא ידעינן כלל שהוא בנו וכנ"ל, זה הדין הוא דוקא באמת לענין חלק בכורה לחוד דילפינן מיכיר שנאמן לומר שהוא בכור ומשמע לי להרמב"ם דאף בלא ידעינן כלל שהוא בנו האמינתו תורה להחזיק אותו בבכור, אבל לענין שאר נאמנות לפוסלו ולומר שהוא ממזר דזה ידעינן מדנאמן על תינוק בין הבנים לומר שהוא בכור א"כ הגדול הוא ממזר מזה לא נוכל ללמוד רק דנאמן לפוסלו בכה"ג שבלא דבריו מחזיקים אותו לאביו ומהימן לסלק חזקת אב או משום די"ל הממ"נ שכתבנו דאם נרצה להכשירו ע"כ מוכרחים אנו לומר שהוא אביו, והרי כיון שהוא אביו נאמן עליו לומר שאינו בנו, והרי חזינן דטרחו הראשונים למצוא מקום הילפותא דנאמן לפוסלו, ולא ילפינן זה בפשוט מדנאמן האב לענין בכורה ה"ה לכ"ד, וע"כ דליכא למילף מבכורה די"ל דדוקא לבכורה מהימן ולא לשאר דברים, וא"כ השתא נמי דידעינן דמהימן לפוסלו משום דילפינן זה מדנאמן על תינוק בין הבנים שהוא בכור וא"כ הראשון ממזר, אבל עכ"פ לא נוכל למילף מזה רק היכא די"ל ממ"נ וכנ"ל, אבל היכא דלא ידעינן כלל שהוא אביו ואומר שהוא אביו ובני ממזר זה לא מוכח מהך דנאמן על תינוק בין הבנים דהא התם ידעינן שהוא אביו וכו' וי"ל הממ"נ הנ"ל או משום דהיינו מחזיקים אותו לאביו וכנ"ל, ורק לענין בכורה מהימן אף בכה"ג וכנ"ל אבל לענין שאר דברים לא ילפינן מבכורה וכמש"ל".

ודבריו המה קילורין לעיניים, ומצוות ה' ברה מאירת עיניים, וממילא על פי דבריו נכון החילוק שהבאנו לעיל, ואזלה לה קושיית רבנו הקצות על רבנו הנשר הגדול הרמב"ם ועל מר"ן השו"ע.

וכן העלה גם במשיב דבר (ח"ד סי' יד) שרק כאשר מוחזק כבנו נאמן לפוסלו, שכן:

"לישנא דמתניתין דתנן בני זה ממזר הוא כד משמע דידוע בלא"ה ומוחזק שהוא בנו ולכן נתנה לו תורה נאמנות משום דרמיא עליה למידק אבל לא באם לא נודע שהוא בנו אין נאמן עליו לפוסלו דעד אחד אינו נאמן לפוסול אדם כמ"ש בכ"מ אין ערער פחות משנים ואפשר שאפילו שאר פוסקים מודים בזה שכולם לא כתבו אלא במי שהוא מוחזק לבנו".

וע"ש במה שכתב לדייק כן בדעת הרמב"ם ובמה שכתב לדייק מדברי מר"ן השו"ע סי' ד' סעי' כו', ולקמן נרחיב בדבר.

והנה ידעתי בני ידעתי דנקל להעמיד את דברי הרמב"ם והפוסקים דלעיל דווקא לגבי בנו מהפנויה או לגבי מי שבא עם בנו מארץ רחוקה ולא במי שבא להכיר את בנה של אשתו החי בנפרד ובמנותק ממנו מזה תקופה ארוכה שאז, לכאורה, צריך לומר שהוא מוחזק כבנו וממילא לכו"ע יש בו דין יכיר, אך כד דייקנן פורטא ניווכח שטעמו הראשון של האמרי משה שייך גם במקום שבו הבן נולד מאשתו אך אינו מוחזק כבנו שכן מזה זמן רב הבעל אינו חי עם אשתו וייתכן שהיא גם מיוחדת, רח"ל, לאחר. דהא על פי האמרי משה בטעמו הראשון התורה נתנה נאמנות רק למי שבלא דבריו מוחזקים אנו שזה בנו וממילא כאשר אין לנו מוחזקות שכזו, וכגון מקרה שבו אנו יודעים שלא התקיים כל קשר בין הבעל לאשתו, אין דין יכיר. ואפשר דהכי הוא גם לטעמו השני של האמרי משה שעל פיו האב נאמן אך מפני שאם נרצה להכשיר את הבן נצטרך לתלות אותו בו ועל כן הוא נאמן לפוסלו, דהא במקום שבו אנו יודעים שלא התקיים כל קשר בין הבעל לאישה לא נוכל לתלות את הבן בבעל וממילא גם אין לתת לו נאמנות מדין יכיר.

וכן נראה שעולה גם מדברי החוות יאיר (סי' צג) שכתב כי:

"עוד נלמד מזה דדווקא לגבי בנים שידעינן שהולידה אשתו כשהיתה תחתיו נאמן. משא"כ אם בא מרחוק עם בניו חזקה ואמר על א' מהם שאינו בנו רק אשתו הולידו מאיש אחר ואפילו היא מודית אינו נאמן דלדידה אין נאמנות ולדידי' ג"כ אחר שאמר שאינו בנו זה הוא ולא כל כמיני' רק לומר שאינו בנו לא לומר שהוא ממזר כי אפשר שכשר הוא ואספו אל ביתו".

והאמת תורה דרכה דכן דייק גם רבנו האגרות משה (חלק אה"ע ח"ד סי' כג) דבעינן שהבן יוחזק כבנו והיינו "שגדל בביתו עם אמו שהיא אשתו... אבל לא באומר על אחד שאינו גדל אצלו שלית לן חזקה שהוא אביו לא שייך לנאמנות זו דיכיר", וע"ש עוד בבמה שכתב לבאר את החילוק ברמב"ם בין יכיר לבכורה ליכיר ליוחסין, וכדכתבנו לעיל. וכ"כ לדייק מלשון המשנה גם בספר בנין עולם (סי' ו בהגהות לסעיף ד) וכתב דמ"דתנן בני זה ממזר הוא כו' משמע דידוע בלא"ה ומוחזק שהוא בנו ולכן נתנה לו תורה נאמנות משום דרמיא עליה למידק

אבל לא באם לא נודע שהוא בנו אין נאמן עליו לפוסלו, דעד אחד אינו נאמן לפסול אדם כמ"ש בכ"מ אין ערער פחות משנים ואפשר שאפילו שאר פוסקים מודים בזה שכולם לא כתבו אלא במי שהוא מוחזק לבנו". ועיין גם בדברי רבנו החזון איש (אבהע"ז סימן נ"ט ס"ק כ"ח) שכתב דאין האב נאמן לומר ממזר על מי שאינו מוחזק כבנו דלאו כל כמיניה לפסול מי שאינו מוחזק כבנו, דרק לענין ירושה האמינתו תורה. וכעין זה העלה גם הרב אבי עזרי (יבום וחליצה ג, ד), וע"ע בכל זה בחידושי הגר"ש רוזובסקי (ב"ב סי' ל), ואכמ"ל.

ועל כן הגם שידוע אני שיש בדברי אלה חידוש, וזחלתי ואירא מלחדשם בכוחי הדל, מה אני ומה חיי, נראה לי דלכל הפחות יש לצרפם כדי להטיל לפנינו ספק נוסף באמנות הבעל בנד"ד.

א.ד. י"א שכשהאב אינו אומר שהבן ממזר אלא רק שאינו ממנו הבן הינו רק ספק ממזר

ועוד יש לצרף בנידון דידן גם את דבריו של הפת"ש (סימן ד ס"ק לו) בשם הגו"ב (קמא סי' ד) שדייק מהרמב"ם שכאשר אין האב אומר שבנו ממזר אלא אך אומר שאינו ממנו יש לחוש שהתעברה מנוכרי ואין הבן אלא ספק ממזר, כלשונו הטהור:

"... וחילוק דבר זה מבואר ברמב"ם פט"ו מהא"ב דבהלכה ט"ז כתב נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהא ממזר ודאי, ובהלכה י"ט כתב א"א שהיתה מעוברת כו' ואמר האב אינו בני או שהיה בעלה במדה"י ה"ז בחזקת ממזר כו' ולא כתב גם בזה ממזר ודאי, והיינו כיון שאינו מעיד שהוא ממזר רק שמעיד שאינו ממנו ולכן אינו ממזר ודאי דאולי מערבי נתעברה ודבר זה מבואר בב"ש סקנ"ב, ואף שדעת הטור שגם זה ממזר ודאי מ"מ מי יקל ראש להתירו בממזרת נגד הרמב"ם במקום דמסתבר טעמי' שהרי דבר זה נעלם מעיני אשה אם זינתה מישראל או מערבי... ועכ"פ אסור הוא בממזרת ע"ש עוד".

וכ"כ לדייק גם הרוגוצ'ובר במכתבי תורה (קפו), וברור ופשוט הוא שיש לצרף גם שיטה זו לכל האמור לעיל, שהרי גם בנד"ד אין בעלה הראשון של האישה אומר שהבן הינו ממזר אלא אך שהבן אינו ממנו, ועל כן גם מטעם זה אין בדבריו של בעלה הראשון של האישה כדי להחיל על המבקש דין ממזר ודאי.

א.ה. י"א שאין דין יכיר כשהאב נופל בהגדרת רשע הפסול לעדות.

ולבסוף יש לצרף בנדון שבפנינו גם את הדעה שכאשר האב אינו כשר לעדות אין גם לקבל את דבריו מדין יכיר. דהנה הגם שהמאירי (קדושין עח, ב ועיין גם ב"ב קכז, ב) כתב דביכיר גזה"כ הוא דנאמן אפילו כשמשים עצמו רשע ואומר שבא על חייבי כריתות, וכ"כ גם הריטב"א (ב"ב קכז, ב) באחד מתירוציו, כלשונו הזהב:

"וא"ת היאך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חלוצה י"ל כגון שאמר

שוגג הייתי, אי נמי גזירת הכתוב שיהא נאמן, ואולי שאינו נאמן על עצמו דפליגין דיבוריה כהיא דפלוני רבעני לרצוני".

וכ"כ, כדברי המאירי, גם בשיבת ציון (ס"ק קא אות ג), ובספר בית יצחק (סנ"ד אות יד) כתב שכן משמע גם מהרא"ש (יבמות מז), ולמעלה מכך כתב בבית מאיר (סי' ו סעי' ט) דלענין נאמנות מכח יכיר לא שמעינן דאב פסול מחמת עבירה אינו נאמן, וכך העלה בשו"ת אור גדול (סי' ב) ומייתי לה מקרא דאת הבכור בן השנואה יכיר, והיינו שנואה בנשואיה שהיא מחייבי לאוין, ומ"מ התורה האמינתו הרי דהאמינה תורה לאב אף כשהוא פסול לעדות. וכן כתב גם המריא"ז עניזיל (סי' לה) דגזירת הכתוב היא והוסיף דאפשר אף לקבל את דבריו כדי למנוע מעבירות וכדברי התוס' בריש ב"מ, וכ"כ גם במנחת אלעזר (ח"ג סי' ל) דרשע נמי נאמן לדין יכיר, דכיון דהאמינתו התורה אע"ג שהוא קרוב ה"ז זכות מיוחדת שהוא נאמן להכירו לאחרים ומה נפ"מ שהוא גם פסול, וכ"כ באבני צדק (סי' ל) דאף שהוא עברין נאמן דלא הוי מתורת עדות. ובישועות ישראל (סי' לד סקט"ו) כתב שכן עולה גם מסתימת דברי הטור ומר"ן השו"ע דלא חילקו בדבר, וכן העלה להלכה גם הגרי"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"ב סימן קעג).

מ"מ הרי לא כך ס"ל לריטב"א (ב"ב קכז, ב) בתירוצו הראשון שכתב שאין האב נאמן כשעושה עצמו רשע, ומה שנאמן לומר על בנו שהוא בן גרושה וכן חלוצה, היינו בשוגג, אבל במזיד אין אדם משים עצמו רשע. והנימוקי יוסף (שם נו, א) הביא רק את תירוצו הראשון של הריטב"א דמיירי באומר שוגג הייתי, וכדברי הריא"ז שהובאו לעיל. וכן נראה גם מדברי התוס' רי"ד (יבמות מז, א). וכ"כ בשו"ת פרי השדה ח"ג (סי' עו) שכשעושה עצמו רשע אינו נאמן לומר שאינו בנו, וכן העלה גם הגרי"מ טולידאנו זצ"ל בקונט' משיב נפש (עמוד יז) שכשהבעל רשע ופסול לעדות מחמת עבירה לא מהימן לומר שאינו בנו, שאינו נאמן יותר מבי' עדים, וכשהם פסולים מחמת עבירה אינם נאמנים. ועייין גם בתוס' רע"א על משניות (בפ"ב דיבמות אות כ"ז) שנסתפק בזה.

וע"ע בתשובות והנהגות (ח"ג סימן תיג) שדן בכך והעלה כי:

(א) רשע במזיד אינו ברור שנאמן גם לפסול ע"פ דיבורו, כשאומר לנו עכשיו שבנו אינו ממנה, רק זנה עם אשת איש, שבזה שהוא רשע אין בדבריו ממש, אבל להכשיר ודאי לא נאמן שאינו חושש לשקר להכשיר בניו, ואם אומר שאינו ממנו רק מאחר נראה דרשע נאמן שאין בזה דין עדות, ומיהו בית דין חייבין לדרוש ולחקור היטב הדבר דמצוי שמחמת הריב עם אשתו רוצה לפגמה ולפוסלה.

(ב) מחלל שבת בפרהסיא שאומר על אחד שהוא בחזקת בנו ואומר שאינו ממנו כיון שהוא עכו"ם אין להאמינו לפסול וכ"ש להכשיר.

(ד) מחלל שבת בפרהסיה כעין אונס שהוא כתינוק שנשבה (עייין רמב"ם פ"ג דממרים ה"ב) כיון שאינו יודע חומר איסור תורה שפסולין, עלול לפסול ולהכשיר שלא כדין, ולא מצינו שהוא נאמן מדין יכיר, ונראה שראוי לנו לחשוש לדבריו כספק לבד, וצ"ב".

ועל כן וודאי שיש מקום איתנו לצרף בנד"ד גם את דעת הסוברים שכאשר האב רשע אינו נאמן לדין יכיר, וגם מטעם זה להחשיב אך לספק את דבריו של בעלה הראשון של האישה כי המבקש אינו ממנו.

ב. השלכות אמירתו של בעלה השני של האישה כי המבקש הינו בנו

והנה אחר שעמדנו על השלכותיה הלכתיות של אמירת בעלה הראשון של האישה כי המבקש אינו בנו והעלנו שיש בהם אך כדי לעורר ספק על כשרותו של המבקש, מוטל עלינו לבוא ולדון בדבריו של בעלה השני של האישה שעומד על כך שהמבקש הינו בנו שנולד לו עוד קודם גירושיה של האם מבעלה הראשון.

והנה כפי שנראה הרי שגם בדבריו של בעלה השני של האישה אין כדי לפסול את המבקש מדין וודאי ממזר, שכן גם בתוקפם של דבריו מצאנו מחלוקות וספקות, וכדרכנו בקודש נבוא לפרטם.

ב.א. לדעת הרמב"ם הנטען אינו נאמן לפסול את המבקש

והנה יתד ופינה לדין זה מצאנו בדברי הרמב"ם (איסורי ביאה פרק טו הלכה יב) שהעלה כי מי:

"... שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתיך אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר..."

וביאר המגיד משנה (שם) שטעמו של הרמב"ם הינו מפני שבועל זה אינו "אב שיהא לו היכר", כלשונו:

"ומ"ש רבינו ואפילו אותו פלוני וכו' פשוט הוא שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע דשמה זינתה עם אחרים והוא לא ידע ואין זה אב שיהא לו היכר..."

וכן פסק הרמב"ם בסכינא חריפתא גם בהלכות יבום וחליצה (פרק ג הלכה ד), כלשונו:
הזהב:

"מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא ואפילו היא מודה לו אף על פי שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחר ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו וחולצת ולא מתיבמת".

ומדבריו שמענו שניים, האחד שמי שטוען זה בני מקבלים את דבריו לענין ירושה אע"פ שהוא אינו בעלה של האם ואף אם האם נשואה לאחר, והשני שלענין יבום הולד אינו אלא ספק בנו שאנו אומרים שכשם שזינתה עמו כך זינתה גם עם אחר, ובפרט כאשר האם הינה אשת איש שאז מוטל עלינו יותר להסתפק שמא הבן הינו בנו של הבעל, כלשונו של הרב המגיד (שם):

"וזה דבר ברור הוא באשת איש שי"ל שרוב בעילות אחר הבעל ושמא מן הבעל הוא זה..."

והנה ראיתי שבטעמו של רבנו הרמב"ם בהלכה זו הרחיב רבנו הגרי"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"ב סי' קעה ופד"ר ח"ג עמ' 101) ברוח מבינתו, הביא מדברי המהרשד"ם (חאה"ע סימן רלג) בדין זה ולמד מהם כי "נאמן הבעל לומר שהעובר הוא ממנו ליורשו". וכמו כן הביא משו"ת הרדב"ז (ח"ג סימן תקכ"ו) שכתב להוכיח מדברי הרמב"ם הנ"ל כי "לענין ירושה ודאי נאמן בין שירש הוא את אביו... בין שירשנו אביו ונ"מ שאם תפס אחר זה שאמר בתחלה שהוא בנו מוציא מיד התופס שהרי גם אמו אומרת שהוא בנו, וכן דקדקתי מלשון הרב ז"ל שכ' אף על פי שהוא בנו לענין ירושה ולא כ' ליורשו משמע לי כל דיני ירושה... ", ולשיטתו צ"ל שכשהאם והנטען טוענים שהוא בנו של הנטען יש להם נאמנות גמורה לענין זה של ירושה.

ומדברים אלו העלה רבנו הגרי"ש אלישיב אליבא דהרדב"ז "דהבועל נאמן לומר זה בני לענין ירושה מתורת יכיר ולא מטעם דמגו דיהיב להו במתנה (כדאמרינן בב"ב קכ"ז ע"ב ועי' בטור ובב"י חו"מ סימן רע"ט), שהרי כתב הרדב"ז שהוא נאמן לומר זה בני לענין ירושה לכל דיני ירושה גם שירשנו אביו. וגם באשת איש שזינתה שיש לומר רוב בעילות אחר הבעל, מ"מ כשהבועל הודה שהעובר הוא ממנו הוא בנו ודאי מתורת יכיר לענין ירושה, וספק בנו לענין יבום". וע"ש שכתב כי לפי דברי הרדב"ז במקרה שהבועל הודה בפני שני עדים שהמשיבה הרתה ממנו, הרי לכאורה לפי הדין יש לקבוע שהולד הוא בנו של הבועל מתורת ודאי לענין ירושה, וספק בנו לענין יבום, ושגם אם התקבלה העדות שלא בפני הנטען, ולדעת רוב הפוסקים אין לקבל העדות לקבוע על פיהם שהיא בתו של הבועל לענין ירושה, מ"מ לדעת הרבה פוסקים עדות שנתקבלה שלא בפניו כשרה בדיעבד, וכדברי הגרע"א (סימן צ"ט) שלענין איסורא אוקמי אדינא דאורייתא ומהני קבלת עדות בדיעבד, וכפי שכתב בשו"ת נודע ביהודה חאה"ע סימן עב' (בסתירת היתר ה"ד) הו"ד בפתחי תשובה אה"ע סימן יא' ס"ק י"ח שבענין איסורין מקבלין שלא בפני בע"ד. ועוד שהרי דין יכיר הינו גם מחוץ לביה"ד, כמבואר בגמרא (ב"ב קכז, ב) "היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא", הרי שהכרה חוץ לבי"ד היא כהכרה בבי"ד, ואינו יכול לחזור בו אא"כ יתן אמתלא לדבריו כמבואר ברמ"א (סי' ד סעי' כט).

אך עיין שם שגם הגרי"ש אלישיב הביא את דברי הב"ח (אה"ע סי' קנ"ו) שכתב שדברי הרמב"ם אינם מדין יכיר, כלשונו:

"... דאז הוא בנו לענין ירושה דכמה שנוגע בממון ופשיטא דכיון שמחזיקו כבנו דירוש הוא נכסיו דלא יהא אלא אחר אילו בעי למיתב ליה מהנה מי לא מצי יהיב, וכדאיתא בפ"נ, אבל לענין איסור יבמה לשוק לאו כל כמיניה לשוייה בנו, ולעולם ספק הוא מדאפקרה נפשה לגבי דידיה דילמא אפקרא נפשה לעלמא".

והוסיף שכ"נ גם מדעת הגר"א (שם סקכ"ט), ושכ"כ בשו"ת משיב דבר (ח"ג סי' ח) אליבא דהרמב"ם, כלשונו:

"אבל לדעת הרמב"ם דאפי' האומר זה אחי נאמן ליורשו וא"כ אינו מדכתיב יכיר אלא מצד הסברא הוא נאמן להוריש נכסיו א"כ אחר שהוא מאמין לה שהולד ממנו ה"ז נאמן להורישו אבל בחליצה דיבום אין בהאמתו כלום".

וכן הביא משו"ת שב יעקב (אה"ע שאלה ג) שביאר את דברי הרמב"ם וכתב כי אך "לענין ממון אמרינן הואיל שהודה שכנו הוא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ולא אמרינן האיך אפשר לידע דמתרצינן אפילו בדרך דחוק... משא"כ לענין איסור יש לומר דלמא אמר בדדמי...".

וכן הביא גם מקובץ הערות (סי' כ"א אות יט, כ, כא) שכתב ג"כ בשיטת הרמב"ם שהוא מטעם הודאת בעל דין (לא מדין מיגו), וכמ"ש הרמב"ם בהלכות נחלות האומר זה בני וזה אחי נאמן להורישו אף על פי שאינן מוחזקין בקרוביו שהרי הודה, ועל כן סיכם הגר"ש אלישיב כי:

"ובכן יש לנו שתי שיטות ברמב"ם פ"ג מה' יבום הנ"ל: א. הבעל נאמן בין לענין ירושה בין לפוסלו הואיל והוא סומך על דבריה שהוא מיניה הוא נאמן מדין יכיר ורק לחליצה אינו נאמן דאינו ענין הנוגע לגוף הבן כמ"ש בשב שמעתתא ש"ב פ"ב. לפי"ז צ"ל דמ"ש הרמב"ם ואפילו היא מודה לו כוונתו לומר דאפילו באופן זה הוה ספק לענין יבום אבל בנוגע לשאר הדברים שהוא כן נאמן לא יתכן אלא באופן שהיא מודה לדבריו, וכן מורים פשטות הדברים שהרי דבר הלמד מענינו הוא והרמב"ם הרי בדיני יבום קאי (וכן נראה שכן הבינו בפירוש דברי הרמב"ם הרדב"ז ח"ג סי' תקכ"ו והרשד"ם אה"ע סי' רל"ג כנ"ל). ב. אין הבעל נאמן אלא לענין ירושה – לפי"ד הב"ח מדין מיגו לפי"ד המשיב דבר מצד הסברא אדם נאמן להוריש נכסיו ולפי"ד השב יעקב (וקובץ ההערות) הוא מטעם הודאת בעל דין.

והנה זה פשוט דלפי השיטה השניה, בדעת הרמב"ם דאין הבעל נאמן כלל לענין יחוס להפקיעו ממשפחת בעל אמו, והבן מתיחס איפוא אחריו לכל דבריו".

ולענ"ד, קלה כמות שהיא, מסידור לשון הרמב"ם בענייני יוחסין בהלכות איסורי ביאה שהבאנו לעיל בראש אמיר, וכפי שהארכנו להוכיח לעיל אות א.ג., נראה דלענין יוחסין אין כל נאמנות לבעל שאינו מוחזק כאב לפסול את הבן, ושכאופן זה שאין בעל לאישה רק היא עצמה יכולה לעורר ספקות (ואך לעורר ספקות כפי שנראה לקמן) על בנה, כפי לשונו "...

שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתיך אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר...", דברים המורים שעיקר הדין נובע מאמירתה של האם, ואמירתו של הבועל לא הוזכרה כאן אלא בדרך אפילו ולרבותא שאף אם הוא מודה אין כאן אלא ספק. וגם מה שכתב הרמב"ם בהלכות יבום כי "מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא ואפילו היא מודה לו אף על פי שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום", אין זה אלא לענין ירושה ויבום בלבד, וכפי שהבאנו מדברי רבותינו הפוסקים לעיל ג' סברות בסיבת הנאמנות לענין ירושה, והיות ולענין ירושה הוי בנו אמרינן שאין אותו מתייבמת אלא חולצת, שכן אם תתייבם יהיו הדברים כרתתי דסתרי, שאיך ייתכן שיהיה לו בן ובכל זאת אשתו תתייבם? ואנו מורים לה לחלוץ לחומרא, כלשונו של הרמב"ם (ועיין גם בחילוקו של הש"ש ש"ב פ"כ בין הנאמנות לירושה לנאמנות ליבום, אך זה שם לדרכו שיש דין יכיר בכה"ג), אך אין לכך כל נגיעה למעמדו של הבן כממזר או ככשר.

ולענ"ד, קלה כמות שהיא, כך מדויקים גם דברי הרדב"ז שהביא הגרי"ש אלישיב בשיטתו הראשונה, שכן שם בהמשך התשובה כתב:

"ולענין לפטור את אשת שמעון אביו כתב הרמב"ם ז"ל פ"ג מהלכות יבום וחליצה אף על פי שהוא בנו וכו' הרי זה ספק לענין יבום כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר וכו' ולהחמיר דנין בו חולצת ולא מתיבמת ע"כ. וכן הוא דעת הפוסקים ואף על גב דקיי"ל דהאומר זה בני נאמן הנ"מ באומר זה בני מאשתי אבל באומר זה בני מאנוסתי או ממפותתי אינו נאמן אלא לענין ירושה כמו שביארנו."

הרי שגם הוא חילק בין דין יכיר לענין ירושה ולענין יבום לדין יכיר לענין ירושה, וס"ל שכל נאמנות הנטען מדין יכיר אינה אלא לירושה וממילא גם לדיני יבום, וגם לשיטתו אין הנטען נאמן ליוחסין, ואחר בקשת המח"ר מרבנו הגרי"ש אלישיב, והקידה וההשתחויה כראוי לפני מי שקוטנו עבה ממותניי, כל זה שלא כדבריו.

ובדברינו אלה ינוח לנו גם ממה שהקשה רבנו המגיד משנה (יבום שם), שתהה מדוע לא פסק הרמב"ם שאם האם הינה פנויה ואינה חשודה מעלמא נאמן האב לומר שזהו בנו גם כדי לפטור את אשתו מחליצה, כלשונו:

"אבל בפנויה היה נראה לחלק בין אם חשודה ממנו בלבד או חשודה מאחרים שאם אינה חשודה מאחרים אלא ממנו בלבד הא אמרינן ביבמות פרק אלמנה לכ"ג (דף ס"ט) כהן שבא על בת ישראל וילדה תאכל בתרומה ואיכא לישני בגמרא, לישנא קמא דוקא דלא דיימא מעלמא, לישנא בתרא אף על גב דדיימא מעלמא, ונראה דעת רבינו פ"ח מהלכות תרומות כלישנא קמא וכיון דלענין תרומה דאיכא ג"כ איסורא דאורייתא שדינן הולד בתר דידיה גבי יבום נמי אמאי לא ניהמניה וכ"ש ללישנא בתרא."

ואחר בקשת המח"ר, תמיהתו של רבנו הגדול המגיד משנה מיושבת היטב לדברינו, שכן בהלכות יבום עסק הרמב"ם רק בדין תוקפה של אמירתו של האב, ופרט לכך שבא עליה ולאמירתו שזהו בנו אין לפנינו כל הוכחה, ועל כן היות ולאמירתו אין תוקף וכל שיש לה משמעות היא הידיעה שהוא בא על אישה זו אמרינן שיש כאן ספק, שכשם שזינתה וכו'. מה שאין כן בהלכות תרומות (ח, יד) ששם עוסק הרמב"ם במקום שבו אנו יודעים שבא עליה ו"שלא יצא עליה קול עם אחר אלא הכל מרננין אחריה בזה הכהן", שאז אנו סומכים על כך שלא דיימא מעלמא אלא רק מזה, ומייחסים את הבן אחריו לכל דבר. ונראה דבאופן דומה כתב לתרין גם רבנו הגרע"א (ח"א סי' קו), וראיתי ושמח לבבי.

ובהכי עולים גם דברי רבנו הכתב סופר (אבן העזר סימן ה) שגם הוא כתב לתרין כפי שהבאנו, ולא נתן כל משקל לאמירת הנטען כי הוא אביו של הילד, כלשונו:

"והנלפע"ד בישוב כל פסקי הרמב"ם גם מ"ש הרמב"ם בפט"ו מא"ב הלכה י"א באומר ממזר זה ממנו והיא גם היא אומרת כן חיישינן שמא זינתה עם אחר ונתקשה בו הבי"ש סי' ד' ובסי' קט"ו, ונלע"ד ליישב כל זה דס"ל לרמב"ם הלכתא כרבא וכל"ק, וס"ל דווקא בתרתי לטובתא דאיכא רינון ממנו וגם נודע עתה שבא עלי' או שהוא אומר כן ולא דיימי מעלמא אז ל"ח זינתה עם אחרים כיון שליכא רינון גם מאחרים רק ממנו ש"מ דרק עמו זינתה, אבל בליכא רינון כלל גם ממנו ועכשיו נודע שבא עליה או ששניהם אומרים כן, חיישינן כשם שזינתה עמו ולא נודע ולא הרגישו בני אדם בדבר כן זינתה עם אחרים ולא נודע ולא הורגש בין ב"א ויש פנים והוכחה לזה... ומעתה א"ש כל פסקי הרמב"ם, דבהלכות יבום כ' שזנה עם אשה בין פנוי וכו' חוששים קאי בלא דיימא כלל לא מיני' ולא מעלמא לכן הגם שהוא אומר או שנודע לנו עכשיו שבא עלי' חיישינן גם לאחר, אבל בהלכ' תרומה כ' והוא שלא הי' העם מרננים מאחרי' והכל מרננים אחרי' בזה הכהן, התנה תנאי כפול שלא הי' מרננים מאחרים אבל מרננים מכהן זה בכה"ג לא חיישינן, ובהלכות איסורי ביאה הלכ' י"ח כ' הי' העם מרננים אחריה והוא ארוס' עם ארוס' ועם אנשים אחרים וכו' והדיוק אבל אם לא הי' מרננים אחרי' מאחרים ל"ח לשמא זינתה עם אחר היינו אם רננו אחרי' מארוס' לא חיישינן, ובהלכ' י"א בשאומר' ממזר זה והוא אומר ממני לא איירי מרינון כלל חיישי' כיון דליכא רינון גם ממנו כנ"ל נכון יותר ממה שראיתי בישובו בעזה"י".

הרי שגם לדידיה הרמב"ם כלל לא דן בילד מכוח אמירתו של האב כי הוא בנו אלא אך מכח מה שנתברר לנו שבא עליה, וכן עולים גם דברי ההפלאה בשו"ת גבעת פנחס (סי' יח). ולעיל הבאנו שכן העלה גם רבנו המשיב דבר בדעת הרמב"ם, וכן כתב גם החזון אי"ש (הלכות פו"ר סי' א ס"ק ו-ז) דלדעת הרמב"ם אין האב נאמן על הבן אלא אם כן הוחזק כבנו, ועל כן אף אם אומר שלא זזה ידה מתוך ידו אין הולד אלא ספק ממזר. וכן העלה גם הגר"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"א סי' קלח) שלדעת הרמב"ם אין הנטען נאמן "וכאילו לא אמר כלום".

ולדברינו אלה לחלק בין הלכות יבום בהם אין לנו אלא את אמירת הנטען, שאין לה כל משקל, לבין הלכות תרומה בהם יש לנו ברור שלא דיימא מעלמא, אין אנו נזקקים לתירוץ של הב"ח (סי' קנו) שהרמב"ם מחלק בין דאורייתא לדרבנן, וכל דבריו בהלכות תרומה אינם אלא בתרומה דרבנן, ובדרבנן לא חיישינן שזינתה גם עם אחרים, ומלבד מה שהקשה עליו הב"ש (סי' ד סק"מ) הרי גם אין זכר לחילוק זה בדברי הרמב"ם עצמו, וידוע הוא שהרמב"ם אינו עוסק רק בדין הנוהג בימינו ובדבריו על תרומה עוסק גם במקום שהתרומה דאורייתא. ואחר בקשת אלף המחילות, וכתלמיד המתאבק בעפר רגליהם של חכמים, גם דברי העצי ארזים (סי' ד סקמ"א) שכתב שיש להחמיר יותר בספק יבום וספק ממזרות מאשר בספק תרומה קשה לקבלם.

ולוא דמסתפינא אמינא שהגם שהחלקת מחוקק (שם סקכ"ה) כתב לפרש את דברי הרמב"ם רק בדימא מעלמא, ודווקא אז לא שדינן את הולד בתר הנטען, והגם שכן דייק גם הרדב"ז (ח"ג סי' תקכו) מדברי הרמב"ם בהלכות יבום וחליצה וכתב שהרמב"ם:

"... לא איירי הכא בהלכות יבום אלא באשה דדימא מעלמא... ודקדקתי כן מלשונו ז"ל שכתב מי שזינה עם אשה ולא כתב מי שבא על אשה משמע דבאשה זונה איירי. ותו דמדכלל אותה עם אשת איש ואשת איש רוב בעילות אצל הבעל והוי כדימא מעלמא ועדיפא מיניה. ותו שכתב ומאין יודע הדבר שהוא בנו ודאי הרי אין לו חזקה ובשלמא אי דימא מעלמא היינו דאין לו חזקה אבל אי לא דימא מעלמא היכא דאיתרע רעותא דהיינו לגבי האי איתרע, לגבי עלמא דלא איתרע מוקמינן לה אחזקתיה ולא נבעלה אלא לזה, וא"כ היכא דלא דימא מעלמא בין לענין תרומה בין לענין יבום הרי הוא בחזקת בנו דבתר דידיה שדינן ליה. ונמצא בחלוקה זו מסכים הרב עם שאר הפוסקים. אבל היכא דדימא מעלמא בין לענין תרומה בין לענין יבום ספק הוא ואינו אוכל בתרומה ואשת אביו חולצת ולא מתיבמת והא דנקט הרב ז"ל בדדימא מעלמא לאשמועינן דאפילו בכה"ג נאמן לומר זה בני לענין ירושה והשתא אין המחלוקת מן הקצה אל הקצה. והשתא נמי ניחא מה שהקשה הרא"ש ז"ל על הרמב"ם ז"ל דלהימני במגו דאי בעי פטר את אשתו בגט דכיון דדימא מעלמא הלך בתר רוב בעילות וחזקה מאחרים נתעברה והוי מגו במקום חזקה ומגו במקום חזקה לא אמרינן".

אחר הקידה וההשתחויה כנאה וכיאה לפני רבותינו הגדולים הרי ברור הוא דאם כך הם פני הדברים היה לו לרבנו הרמב"ם להשמיענו עיקר זה בלשונו הזהב, לאלפנו בינה דלא איירי אלא בדדימא מעלמא, ולא לרמוז לנו על כך, וכבר תמה על כך רבנו הכתב סופר דלעיל (כמו גם ביו"ד סי' קמה), וכן הקשה גם החכם צבי (סי' מד) ועוד. ומ"מ גם לשיטה זו ברור הוא שלא ניתנה נאמנות לאב, שאינו מוחזק כאב, אלא לעניין ירושה וממילא להא דחולצת ולא מתיבמת, וככל דברינו לעיל.

ועל כן הגם שמר"ן הראשלי"צ הגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר חלק ז' אבן העזר סימן כד אות ב) הביא הרבה פוסקים שאחזו בחילוקו של הרדב"ז, שכן כתבו הרב רבי דוד עראמה בהגהותיו על הרמב"ם, הראנ"ח (חלק ב' סימן לה), המעשה רוקח (בפרק ג' מהלכות יבום הלכה ד), הגאון רבי ישעיה באסאן בתשובה שהובאה בספר פחד יצחק חלק א' (מערכת אונס, דף לג ע"ד), הגאון הראשון לציון ח"ד בדרא בשו"ת נדיב לב (חלק אבן העזר סימן ג'), ועוד, והעלה כי:

"נמצא שרבו האחרונים שסוברים לחלק בזה בין היכא דדיימא מעלמא, ללא דיימא מעלמא, ושכן דעת הרמב"ם. ולפי זה אף שמרן השלחן ערוך (סימן קנו סעיף ט) פסק כדברי הרמב"ם, יש לומר שאף לדעת מרן אין להחמיר להצריכה חליצה אלא היכא דדיימא מעלמא, אבל לא דיימא מעלמא מותרת לעלמא. ואף על פי שהמהר"י עייאש בשו"ת בית יהודה (חלק אבן העזר סימן לא) כתב, שממה שסתם מרן דבריו, ולא חילק בזה, משמע שאף בלא דיימא מעלמא צריכה חליצה. ע"ש. אבל אין דבריו מוכרחים, שמאחר שרבו האחרונים שפירשו בדעת הרמב"ם לחלק בזה, (אף על פי שסתם דבריו ולא פירש הדבר להדיא), גם בכוננת מרן יש לומר כן, שהם הם דברי הרמב"ם. וכן ראיתי בשו"ת נדיב לב (חלק אבן העזר סימן ג') הנ"ל, שהשיג על דברי הבית יהודה בזה, וכנ"ל. ע"ש. וכן כתב בשו"ת תעלומות לב חלק א' (חלק אבן העזר סימן ה') בתשובת המפ"ה ז"ל."

מ"מ הרי גם לפי דברי הרדב"ז ודעימיה אין מעמדו של הבן נקבע על פי אמירת הנטען אלא על פי המבורר לביה"ד אם היא דיימא אך ממנו או גם מעלמא, ולאמירת הנטען, אליבא דהרמב"ם, אין כל תוקף לגבי כשרותו של הוולד, וכן נראית גם דעתו של מו"ר רבה דירושלים דדהבא הגר"ש משאש זצ"ל (פד"ר חיי"ג עמ' 251) שהביא את דברי הרמב"ם הנ"ל וכתב:

"... בהלכה י"ב, ששם איירי בפנויה שאינה נשואה לו, וליכא למימר רוב בעילות, וליכא בזה דין דיכיר, דלא נאמר אלא בהוחזק שהוא בנו, אבל בלאו הכי הוא אומר רק מהשערה בעלמא, ואינו ברור לו שהרי אינה קשורה עמו בכתובה וקדושין, ויכול להיות שזינתה עם אחרים, ועכ"פ בזה לא נאמר "יכיר" ומידי ספיקא לא נפקא."

הא קמן דגם לדעתו אין דין יכיר במי שאינו נשוי בחו"ק לאם הילד.

ב.ב. יש מרבתינו הראשונים הסוברים שהנטען נאמן לומר שזהו בנו

אולם הגם שכך היא שיטת הרמב"ם לא כך הם דברי רבנו הרשב"א (חלק א' סימן תרי) שכתב להדיא שפנויה שילדה ובא אדם ואמר שהוא בנו, שנאמן, כלשונו:

"... אבל אם ראינו שבא עליה ממש מחזיקין אותו ולד בשלו ואף על גב דדימא

מעלמא. כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול (דף ס"ח) דתנן כהן שבא על בת ישראל וילדה תאכל בתרומה. לפי שראינו שבא עליה ממש ואומ' מאותה ביאה נתעברה ומחזיקין אותו עיבור ממנו אף על גב דדימא מעלמא. כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול דתנן בתרי' שדי' ליה כדאיתא התם. אי נמי כשאמר בני או שהודה שבא עליה בתר דידיה שדינן ליה. אבל לא ראינו שבא עליה ממש וגם הוא לא אמר אף על גב דדימא מיניה אין אומרי' שתפטור אשתו מן החליצה. דהא חליצה מיהא בעי'."

וכן עולה ברור גם משיטת הרא"ש בתשובה (כלל פב סימן א) דפשיטא ליה שגם מי שאינו בעלה של האישה נאמן לומר שבנה ממנו, ואף תמה מכוח זה על הרמב"ם שכתב שכל נאמנותו הינה אך לירושה, כלשונו:

"ומתני' קאמרה ילדה תאכל בתרומה ואם הוא זכר מקריב על גבי המזבח ושוחט ומבעיר בשבת, אלא היינו טעמא כיון שהוא מודה שבא עליה וספק אם אחר בא עליה שדינן ליה בתר דידיה. וכל שכן בנדון זה שהיתה תמיד בביתו ולא דיימא מעלמא והעידו כל העדים שהיה מיסר אותו תמיד וגעגועיו עליו שנראה לי שהוא בנו ליורשו ולפטור אשתו מן החליצה ומן היבום.

ורבינו משה כתב בספרו וזה לשונו מי שזנה... אף על פי שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום... ודבריו תמוהין מאחר שקוריהו ספק למה כותב שהוא יורשו ומוציא הממון מחזקת יורשין הודאין, ואי משום מגו קאמר דאי בעי יהיב ליה כל ממניה חדא דהא ברירנא לעיל דלא שייך הכא מגו ועוד אי משום מגו מהימנת ליה לענין ירושה נהמנה נמי לפטרה מן החליצה במגו דאי בעי פטר לה בגט, ואי משום דנאמנות דאב קאמר שהוא יורשו כרבי יהודה ולא משום מגו אם כן לענין חליצה נמי יהא נאמן, כדתנן בפרק יש נוחלין (קלד) האומר זה בני וקאמר בגמרא למאי הלכתא אמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום ולא קתני ולאסור את אשתו להתיבם... ואף לפי דבריו בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דככי האי גוונא לא קאמר שתחלוץ, כי אף הוא לא כתב אלא זנות באקראי פנויה דומיא דאשת איש'."

וכן עולה גם מדברי הריטב"א (יבמות ע, א) שאפילו בארוס וארוסה שהבן לא הוחזק כבנו נאמן האב להכירו, כלשונו:

"ואפילו כשהיא אומרת דמארוסה הוא אם הארוס מכחישה בכרי ואומר שלא בא עליה כלל... נאמן הוא על הבן דהא ברי וברי הוא, והתורה האמינה האב על הבן לומר שהוא ממזר מדכתיב את הבכור בן השנואה יכיר..."

מעתה שניהם שותקים ספק ממזר, ואם הוא טוען בכרי שהוא כשר אף על פי שהיא מכחישתו כשר, ואם היא טוענת בכרי שהוא כשר והוא שותק כשר, הוא

טוען בכרי שהוא ממזר הרי זה ממזר ואף על פי שמכחישתו, היא טוענת בכרי שהוא ממזר אינה נאמנת ואף על פי שהוא שותק והולד ספק ממזר".

וכעין זה כתב גם בתשב"ץ (ח"ב סי' יט) שכאשר האב מודה שבא על הפנויה והיא לא דיימא מעלמא בתריה דידיה שדינן ליה, כלשונו:

"אבל באונס אשה ומפתה אותה אם נתברר הדבר שבא עליה זה האונס או המפתה בהודאת פיו או בעדים כיון דלא דיימא מעלמא דבר ברור הוא דבתריה דידיה שדינן לי' ולא אמרי' כי היכא דאפקרא נפשה להאי... ואף על פי שלענין יבום כ' הרב (הרמב"ם) ז"ל "שהוא ספק כבר חלקו עליו מגדולי האחרונים ז"ל".

נמצא שלדעת גדולי רבותינו הראשונים נאמן אדם לומר זה בני גם אם אינו נשוי לאם וגם אם מעולם לא הוחזק כאביו של הבן.

ב.ג. נראה דגם דעת מר"ן השו"ע הינה כדעת הרמב"ם שאין הנטען נאמן מדין יכיר

והנה המעיין הדק היטב בלשון מר"ן השו"ע יווכח כי הגם שבהלכות יבום (סי' קנו סעי' ט) פסק כרמב"ם כי "מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה, ואמר: זה העובר ממני הוא, ואפי' היא מודה לו, הרי זה ספק, וחולצת ולא מתיבמת". מ"מ בהלכות אישות שינה מלשון הרמב"ם, והגם שהרמב"ם נקט בלשונו כי אישה "שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר", נקט מר"ן השו"ע (סי' ד סעי' כו) "אפי' אם אומרת: של פלוני הוא ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר, אין זה הולד אלא ספק, אפי' אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זנתה עם אחר. ואם אותו פלוני הוא כשר, הולד כשר". הרי שאת לשון הרמב"ם שאותו פלוני מודה שהוא ממנו המיר מר"ן השו"ע בכך שאותו פלוני מודה שנבעלה לו, והלא דבר הוא, ומדיוק לשונו נראה שדווקא משום שאינו אומר אלא שנבעלה לו אין אנו תולים בו את הילד, ושאלו היה מודה אותו פלוני שהולד ממנו היה הדין שונה והיה עלינו לקבל את דבריו.

וכך אכן דייק רבנו האבני נזר (חלק אבן העזר סימן ע) מלשון הטור בנדרן זה, וכתב:

"דהנה גם בטור יש תימה, שבהלכות יבום [סי' קנ"ו] העתיק דברי הרא"ש [כלל פ"ב א'] החולק על הרמב"ם שגם לענין יבום נאמן כשאומר שבא עלי' ובנו הוא, ובסי' ד' העתיק דברי הרמב"ם אפי' מודה אותו פלוני שנבעלה לו דכשם שזינתה עם זה כך זנתה עם אחר ולא הביא שום חולק, ולפענ"ד נראה, דהנה התורה הימני' לאב באומר בנו הוא אבל אם אינו אומר בנו הוא רק שבא עלי', ומזה אינו מבורר עדיין שכנו הוא, דאפשר כשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחר, ואף שמדין תורה לא חיישינן לזה, זה דין תורה, אבל האב אינו אומר בנו ואצלו הדבר מסופק ושוב אינו נאמן כלל שבא עלי', וע"כ בתשו' הרא"ש שהביא הטור בהלכות יבום

ושם המעשה שהאב אמר שהוא בנו בזה נאמן האב, ואף שאי אפשר לידע רק מחמת שידוע לו שבא עלי' מה בכך הלא גם מדין תורה לא חיישינן שזנתה עם אחר, נמצא שהשערת האב שבנו הוא השערה אמיתית ושפיר הוי עדות האב שבנו הוא עדות מעליא, אבל אם אינו אומר בנו רק שבא עלי', על אמירת בא עלי' לא האמינתו תורה".

וכן כתב לדייק רבנו הנצי"ב במשיב דבר (ח"ד סי' יד) גם בלשון מר"ן השו"ע, כלשונו הטהור:

"שהמחבר והטור כתבו אם היא אומרת שממזר נתעברה אין זה הולד אלא ספק, אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר משמע שהטעם שאינו ממזר משום שגם האב אינו יודע שהוא בנו שהרי אפשר שזינתה עם אחר ג"כ, ולפי זה אפילו היו עדים שנבעלה לממזר אינו ממזר מזה הטעם שאפשר שזינתה ג"כ עם אחר:

ולפי זה אם היה הממזר אומר שידוע בכרור שממנו נתעברה שלא זו ממנה, באמת הולד ממזר ודאי,..."

וע"ש עוד כמה שכתב לבאר את דברי הרמב"ם, שעולה מלשונו שלדעת הרמב"ם גם אם יהיה ברור לכוועל שהולד ממנו לא נקבל את דבריו, וכך הבין מדבריו גם הגר"ש אלישיב (ח"א סי' קלח וח"ד סי' קנ).

וכן העלה גם הגר"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"א סימן קלח) בדעת מר"ן השו"ע, וכתב:

"ומעתה נראה מה דעתו של השו"ע בזה, בטואה"ע סי' ד' כתוב: "פנויה שנתעברה וילדה אם אינה לפנינו לבודקה... ה"ז ספק ממזר... אפי' מודה אותו פלוני שנבעלת לו, כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר".

ובב"י שם: "ומ"ש אפי' מודה אותו פלוני שנבעלת לו וכו' פשוט בטעמיה".

ולכאור' תמוה הלוא הטור בעצמו בסי' קנ"ו הביא דעת הרא"ש החולק על הרמב"ם הסובר במי שזנה עם פנויה - ואמרה זה העובר ממנו ואפי' הוא מודה לה אף על פי שהוא בנו לענין ירושה ה"ז ספק לענין יבום שכמו שזנתה עמו כך כו' וא"א הרא"ש ז"ל כ' על אחד שהי"ל משרתת בביתו - ואומר שהוא בנו שפוטר את אשתו... כמו שנאמן לענין ירושה לענין חליצה נמי נאמן, ע"ש. וכאן בסי' ד' סתם בניגוד למ"ש בסי' קנ"ו, ובע"כ צ"ל בדעת הטור דסובר דדוקא באומר שהוא בנו או שהיא אומרת זה העובר ממנו והוא מודה לה. אבל בסי' ד' כתב "ואפי' מודה אותו פ' שנבעלת לו" בזה ס"ל דלא שדינן בתרי' ולא הוה אלא ספק ממזר, ושפיר כ' הב"י ע"ז "פשוט בטעמיה".

והנה גם בשו"ע בסי' ד' שינה המחבר מלשון הרמב"ם ולא כ' "שהוא מודה שממנו הוא"

אלא "אפי' אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו", משמע דס"ל בפנוי הבא על הפנויה ואומר שזה בנו בתרי' דידי' שדינן".

אלא דאחר המחילה קשים הדברים עד מאוד, שהרי כאמור בראש דברינו הרי בהלכות יבום נקט מר"ן השו"ע כלשון הרמב"ם וכתב כי גם אם הבעל אמר במפורש "זה העובר ממני" אינו אלא ספק, וכעל כל הון ששתי בראותי שכך העלה גם הגרי"ש אלישיב בתשובה בעניין זה שהובאה בח"ד של ספרו קובץ תשובות (סי' קלח), ומודים דרבנן היינו שבחיינו (וע"ע במה שכתב בח"ב סי' קעה בהסבר הלכה זו ודברי הגר"א ובשיטת הב"ש והש"ש באב שאומר יכיר משום שסומך על דברי האם). וכנראה שזו הסיבה שלא כך הבין רבנו הגר"א בדעת מר"ן השו"ע, שכן רבנו הגר"א (שם סקנ"ז) בהסבירו את דברי מר"ן השו"ע שגם אם הבעל מודה שנבעלה לו אין הולד אלא ספק ממזר כתב:

"ממ"ש בפ"ק דחולין מנ"ל דאזלי' כו' ממכה אביו כו' ואם איתא דלמא כשהוא והיא אומרים עליו שהוא בנו אלא דאין נאמנין ולא מהמנין אלא משום דרוב בעילות".

ומדבריו מוכח שלדעתו דע"ל גם אליבא דמר"ן השו"ע גם אם היה הבעל אומר שהולד ממנו לא היה נאמן, ושלא כשיטת הרשב"א והרא"ש, שכן כל דין יכיר בנוי על הסברא דרוב בעילות אחר הבעל, וסברא זו אינה קיימת אצל הבעל, וככל דברי הרמב"ם דלעיל, וכן עולה גם מדברי מו"ר הגר"ש משאש שהובאו לעיל.

ועיין גם בשב יעקב (סימן לח) ובחתם סופר (אבן העזר ח"ב סימן עה) ובדברי הגר"ש משאש (שמש ומגן ח"א אבן העזר סימן ג), וכן העלה גם מר"ן הראשל"צ הגר"ע יוסף זצ"ל (יבי"א ח"ט אהע"ז סימן ד) אף לגבי מי שנישאו בערכאות, וזה לשונו הזהב:

"אפילו אם גם האב העיד שהבת והבן ממנו, אינו נאמן. שלא האמינה התורה אלא לאיש החי עם אשתו בחופה וקידושין כדמו"י, אבל נישואי ערכאות אינם כלום אלא כזנות בעלמא, ובפרט שהיא אשת איש גמורה".

ב.ד. נראה להלכה שגם כאשר האם מיוחדת לנטען אין לתלות בו את הולד אלא אם כן היו חבושים יחדיו

אך הנה, הגם שייתכן שאין הדברים שייכים בנד"ד, לא אמנע מלציין לרבותינו הפוסקים הסוברים שכאשר האם מיוחדת לנטען שדינן את הולד אבתריה, ומעין מה שהבאנו לעיל מדברי הרדב"ז והראשל"צ הגר"ע יוסף זצ"ל שכאשר האם לא דיימא מעלמא שדינן את הבן אחרי הנטען, דכן כתב הרא"ש בתשובה (לעיל) שכאשר האם מיוחדת לנטען גם הרמב"ם יודה שיש לתלות בו את הבן, כלשונו הטהור:

“ואף לפי דבריו בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דככי האי גוונא לא קאמר שתחלוץ, כי אף הוא לא כתב אלא זנות באקראי פנויה דומיא דאשת איש”.

וכן העלה אליבא דהרמב”ם גם רבנו התשב”ץ (ת”ד סי’ ק”כ) בנדון כעין זה במקום בו הייתה האם מיוחדת לנטען, כלשונו:

“אשה אלמנה שהיתה משרתת בבית ראובן ופתה אותה ראובן ובא עליה והביאה ממנו בן ונתפרסם הדבר שהי’ ממנו... הספק שנסתפק כיון שנבעלה בעילת זנות אמרי’ כמו שהפקירה עצמה לזה הפקירה גם לאחרים – אינו כלום. חדא שהרי החזקה סלקה ספק זה ותו כיון שהיתה משרתת בביתו של ראובן אמרי’ כאן נמצאו וכאן היו ותו לא היתה חשודה מאחרים... ותו דחזקה עדיפא מהודאתו וכ”נ בהדיא מלשון הרמב”ם ז”ל שכ’ מי שזינה עם אשה בין פנויה בין א”א ונתעברה ואמר זה העובר ממני ואפי’ היא מודה לו אף על פי שהוא בנו לענין ירושה ה”ז ספק לענין יבום כשם שזינתה כו’ ומנין יודע הדבר שזה בנו והרי אין לו חזקה אלא ספק הוא... ע”כ. הא קמן שאם הי’ חזקה פוטר מן החליצה ומן היבום – משמע דחזקה עדיפא מדיבורו... וסוף לשון התשו’ (של הרא”ש) ואף לפי”ד בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דבכה”ג לא קאמר שתחלוץ כו’”.

וכן עולה גם מדברי הרב נתיבות לשבת (סי’ ד סעי’ כט) שכאשר הפנויה מיוחדת לו שדינן את הולד אבתריה, כלשונו הטהור:

“מלשון הרמב”ם ושו”ע סעיף כו’ אפילו אם אותו פלוני מודה שנבעלה לו כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר’ משמע דאם הוא מעיד שלא זזה ידו מתוך ידה הוא נאמן, וע”כ הוא מהאמנת האב דאל”כ למה יהיה נאמן כיון דאיכא חזקת כשרות, וכ”ש היכא דאיכא רוב כשרים וע”כ הא דנאמן לעשותו ממזר ודאי דלדעת הה”מ הוא איסור דאורייתא וע”כ משום שהתורה האמינתו לאב לומר שהוא בנו”.

וכבר הרחיב בכך גם הגרי”ש אלישיב (קובץ תשובות ח”א סי’ קלח) והביא כי הכתב סופר (אה”ע סי’ לב) ביאר כי אנו דנים אם כמיוחדת לנטען:

“דמיוחדת לו בביתו לחוד גם שאין אנו יודעים רק מביאה אחת אלא ע”פ עדים או על פיו ולא ברור לנו כמה פעמים בא עליה, כעובדא דרא”ש שאמר דבנו הוא ולא ברור כמה פעמים בא עליה כיון שמשרתת בביתו תלינן בו במצוי יותר מלחוש לאחרים כנ”ל שכל עין רואה בדיוק בתשו’ הרא”ש”.

ועוד הביא שם משו”ת שיבת ציון (סי’ סז) דהכי סבירא ליה דבהייתה מיוחדת לו שדינן את הולד אבתריה אף לעשותו ממזר. והתם איירי באשה אלמנה אשר לה בנים מבעלה והרתה לזנונים אחר מיתת בעלה ואמרה שמאחי בעלה נתעברה והוא מודה לדבריה שבא עליה וממנו היא הרה, והיא לא דיימא מעלמא, והעלה:

"ויען כי אף באינה מיוחדת לו ג"כ חולקים הרשב"א והרא"ש על הרמב"ם וגם ה"ה מכריע דהיכא דלא דיימא מעלמא בטר דידי' שדינן א"כ בנ"ד שהי' דיימא מיני' ולא מעלמא הוי הולד ממזר ודאי ולא אמרינן שזינתה גם עם אחרים לשיטת רוח"פ אשר מימיהם אנו שותים...

ומעתה בנ"ד בודאי הוא נאמן לומר שבנו הוא להחזיקו לממזר ודאי כיון דדיימא מיני' ואיכא רגל"ד הרבה שממנו נתעברה ואין לנו רק החשש שמא זינתה גם עם אחרים, וד"ז תליא בפלוגתא שבין הרמב"ם והרשב"א והרא"ש... ואף שבשו"ע סתם ופסק כדעת הרמב"ם כבר תמה הח"מ... וגם לפי"ד שם לא ברירא לן בדעת הרמב"ם אם גם בזה חייש שמא נתעברה מאחרים, ועי' תשו' הרדב"ז... סיומא דהך פסקא - לפע"ד שיותר הדעת מכרעת להחזיק הולד הזה לממזר ודאי".

וכן העלה גם הגרי"ש אלישיב (שם):

"ומעתה במקרה אשר לפנינו שבזמן שנכנסה להריון היתה ילדה בת שלש עשרה ולדבריה היתה שתויה באותה לילה שלא שייך בה לומר מדאפקרה כו'. ולפי"ד הבעל חי אתה הרבה פעמים בהיותה עמו במחיצתו, מצויה אצלו בקביעות ולא דיימא מעלמא... הרי יש לדון דגם להרמב"ם דינא הוא בנ"ד דבתרי' דידי' שדינן, והבן עומד באיסור לאו דלא יבא בקהל שהרי לא היתה דיימא מעלמא כלל".

אך ראה שם ששכב והביא מדברי הגרע"א (סי' קו), המשיב דבר (ח"ד סי' יד) והחזו"א (פו"ר סי' א), ולמד מהם שאף במיוחדת לו איננו תולים בו את הוולד, מ"מ לענ"ד קלה כמות שהיא מלבד שיש מה לדון במה שהסיק כך מדבריהם, שהרי הם לא כתבו מסקנה זו בפירושו ואכתי ניתן לפרש דבריהם שסיכמו עם הרא"ש ודעימיה, הרי שמצאנו לעוד רבים מרובתנו שלא ס"ל הכי, וכפי שמנאם מר"ן הראשל"צ זצ"ל ואנן להיכן שתיטה הרוח אלה-ין קדישין לשם ניטה.

אלא שנראה שלהלכה אכן צדקו דבריו האחרונים של הגרי"ש אלישיב שגם במיוחדת אין לתלות את הוולד בנטען דהנה המעיין בדברי הרמ"א (סי' קנו סעי' ט) ייווכח שהביא שתי דיעות בעניין זה, כלשונו הטהור:

"מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש, ונתעברה, ואמר: זה העובר ממני הוא, ואפי"ה היא מודה לו, הרי זה ספק, וחולצת ולא מתיבמת. (ואם היו חבושין בבית האסורים, שודאי הוא ממנו, פוטר) (מרדכי פרק כיצד). (וי"א אפילו בזונה אחרת המיוחדת לו) (המ"מ פ"ג)".

הא קמן שנקט בסתמא שרק כאשר הם חבושים בבית האסורים תולים את הבן בנטען ורק בשם י"א הביא שדי במיוחדת לו כדי לתולת את הבן בנטען, וסתם וי"א הלכה כסתם גם בדעת רבנו הרמ"א (כפי שכתב הפרי מגדים כללי הוראת איסור והיתר בריש יו"ד, הש"ך יו"ד

סוף סימן רמב בקיצור הנהגת א"ו אות ה ועוד), וממילא לא די במיוחדת לו כדי לתלות בו את הוולד. והדברים עולים גם כהכרעתו בסי' ד' (סעי' כו) שגם במיוחדת לו חיישינן דכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר, וכדברי הנמוקי יוסף (יבמות כג, ב), וכ"כ גם הגר"א (סי' קנו ס"ק כט) שדברי המורדכי הם כשיטת הנימוקי יוסף שנפסקה להלכה בסי' ד'.

וכך אכן העלה גם הגר"ש משאש (שם עמ' 252), וז"ל:

"ואף שהיו מחוברים זה עם זה ודרים יחד, והווי כנשואים הרי כתבנו משם מור"ם ז"ל דדוקא בחבושים בבית הסוהר אז ודאי הוולד ממנו ופטר מן החליצה, אבל זולת זאת הוי ספק כיון שהיא פנויה ואינה אשתו, והוא מדברי המרדכי כמו שכתב ב"דרכי משה", וכן משמע מדברי ה"נימוקי יוסף" בסוף פרק אלמנה לכהן גדול והביאו הב"י ע"ש, וכ"כ ה"בית שמואל" בסי' קנ"ו משם המרדכי והאגודה, וכן היא דעת הריטב"א הביאורה האחרונים, ועי' בספרי "תבואות שמש" חלק אה"ע, סי' ק"ס, ..."

ובחופשי בבית הספרים ראיתי שגם כב' הראשל"צ הגר"ע יוסף הסכים לדבריו בתשובה אחת (פסקי דיני - ירושלים ח"ו פס"ד המתחיל בעמוד ריז), וכתב:

"ואף על פי שהרב אבני האפוד (סי' ד) ס"ל שכל שיושבת בביתו ובחומותיו כאשתו לכל דבר לא אמרינן ככה"ג כשם שזינתה עם זה וכו', אולם בשו"ת תבואות שמש (חאבה"ע סי' קס) הביא מש"כ אבני האפוד הנז' וכתב ע"פ דברי הרמ"א (סי' קנו ס"א) שכל שאינם חבושים בבית הסוהר אמרינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, ושכן פסק הגאון ר' יהושע בירדוגו שאף במיוחדת לו יש להצדיק את הבעל שאומר שאינו יודע שהוא ממנו, ואינו חייב במזונותיו, ופטרו אפי' משבועה, ואישרו פסק דינו בבית הדין הגדול במרוקו. ע"ש. וא"כ ה"נ שיי"ל שהבת אינה בתו של אחי הבעל, וכשרה לבוא בקהל כיון שיש כאן ס"ס. וכיון שאינה נשואה לאח הבעל בחו"ק אין האב נאמן לומר שהיא בתו לפוסלה לבוא בקהל כיון שאינה נשואה לו כדמו"י, ולא האמינה תורה לומר שאינו בנו אלא בבעל ואשה הנשואים כדמו"י, הלא"ה אין האב נאמן מדין יכיר. כמ"ש בשו"ת שמש ומגן ח"ב (חאבה"ע סי' י), ע"ש. (ועי' אוצה"פ סי' ד דף פח ע"א)."

ומ"מ כל זה, כאמור לעיל, אינו ענין לנדוננו שכן בנדוננו אין לנו כל בירור שבאותה תקופה אכן הייתה האם מיוחדת לבעל השני, שהרי באותה תקופה הם עדיין לא התגוררו יחדיו.

סוף דבר על פי רבנו הרמב"ם ומר"ן השו"ע בנדון שבפנינו אין כל נאמנות לנטען לקבוע שהמבקש הינו בנו ולפוסלו מלבוא בקהל.

ג. האם אינה נאמנת לפסול את בנה

והנה אחר שדנו בתוקפן והשלכותיהן של אמירות הבעל והבועל ניתנה ראש לדון בתוקפה ובהשלכותיה של אמירתה של אם המבקש כי בנה זה הינו בן בועלה בזמן היותה נשואה לבעלה הראשון, ולמעשה על פי דבריה הינו ממזר, ומוטל עלינו לדון ולברר האם גם לאם ישנה נאמנות לפסול את בנה או שמא רק לאב ניתנה נאמנות זו.

ומקורם של הדברים מצוי בגמרא (קידושין עד, א - עה, א), וברי"ף (יבמות כג, ב) שהביאה להלכה, כלשונו:

"ארוסה שעיברה רב אמר הולד ממזר ושמואל אמר הולד שתוקי האי שמעתא קא הוינן בה בפרק עשרה יוחסין [דף ע"ה ע"א] ואסיקנא הכי רב דאמר הולד ממזר לאו ממזר ודאי הוי אלא ספק ממזר הוי ואסור בממזרת ושתוקי דאמר שמואל בדוקי הוא דבדקינן לה לאימי' ואי אמרה לכשר נבעלתי דהוא ארוס נאמנת. והלכתא בהא כשמואל דקם ליה כאבא שאול. דתנן אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי ואמרינן מאי בדוקי דבדקינן לה לאימיה ואי אמרה לכשר נבעלתי נאמנת ואף על גב דרוב פסולין אצלה, ואמר רבא [דף ע"ד ע"א] הלכה כאבא שאול הילכך הלכתא כשמואל דקאי כותיה אבל ודאי אי בדקינן לה ואמרה דלא ידענא הולד ספק ממזר הוי ובהא לא פליג שמואל".

וכ"כ הרי"ף גם בכתובות (ד, ב), ופשט הדברים מורה דהיות והלכה כאבא שאול דקרינן לשתוקי בדוקי, ובדקים את אמו ואם אמרה לכשר נבעלתי הולד כשר, הרי שיש גם לאם נאמנות על בנה. וכך אכן כתב הרי"ף (פסקי ריא"ז (פסקי ריא"ז מסכת כתובות פרק א אות ד):

"פנויה שנתעברה מזנות והיא אומרת שהיא מעוברת מפלוני שהוא ממזר, אפי' אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי הולד ספק ממזר הוא, כשם שזנתה עם זה שהודה לה כך זנתה עם אחר כדברי רבינו משה. ואיני רואה שטת התלמוד כדבריו, אלא כשם שהיא נאמנת לומר לכשר נבעלתי ולהחזיקו כשר בודאי, כך היא נאמנת לומר לממזר נבעלתי ולהחזיקו ממזר ודאי ולהתירו בממזרת, הואיל והדבר ידוע שבזנות נתעברה נאמנת לומר שזינתה עם הפסולין, כמבואר בקונטרס הראיות בראיי"כ".

ולשיטתו כשם שהאם נאמנת להכשיר את בנה כך היא נאמנת גם לפוסלו, אך כאמור בדבריו לא כך הסיק רבנו הרמב"ם (איסורי ביאה טו, יא - יב), וכמותו העלה גם מר"ן השו"ע (אבה"ע סי' ד עעי' כו, כט), וכפי שציין הגר"א (שם אות נו, עד) למקורו במשנה בקידושין (עח, ב) שר' יהודה שאומר שההורים נאמנים לומר על העובר שהוא ממזר כוונתו הינה לאב בלבד שיש לו דין יכיר, וכפי שעולה גם מהגמרא (שם עד, א) שהאם נאמנת כל שבעה אך לומר מי הבכור. ובטעם הדבר שלשיטתם האם נאמנת רק להכשיר את הולד ולא לפוסלו כתב הרב המגיד (שם הלכה יב), כלשונו הטהור:

“... ואף על פי שנאמנת להכשיר והיה נראה שכ”ש לפסול לא היא דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכין לה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר, וספק ממזר מן התורה מותר לבא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן והאמינוה בשל דבריהם. אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת ודאית ואם היו מאמינים אותה ומתירין אותה בממזרת ודאית היו מקילין בשל תורה, ולא נתנה תורה נאמנות אלא לאב ואפילו לאב נחלקו חכמים אלא דקיימא לן כרבי יהודה דאמר יכיר יכירנו לאחרים וכמו שיתבאר בסמוך כנ”ל טעם הענין”.

וכדבריו כתב גם הר”ן (קידושין ל, ב), ועיין בכ”ש (סי’ ד סקל”ט) שכתב שדברי הרב המגיד קיימים גם כאשר יש רוב פסולים אצל האם, שכן גם אז הילד הינו ספק ממזר בלא דיבורה שכן ייתכן דאיהי אזלה לגביה והוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי. אך עיין שם שהוסיף דאם “ידעינן בודאי דאזל הבעל אצלה ואיכ’ רוב פסולים י”ל דאינה נאמנת”, ועוד הוסיף דבסי’ ו’ מבואר כי אם יש בעיר אפילו ממזר אחד אפילו אם איכא רוב כשירים אם א”א לבדוק אותה ממי נתעברה הולד ספק ממזר הוא. אך ע”ש שהקשה על דברי הרב המגיד והר”ן:

“למה היא נאמנת להכשיר הולד ואינה נאמנת לומר ממזר הוא, דהא כשם דנאמנת להכשיר משום בלא דיבורה הוא ספק ממזר וכשר מדאורייתא לבוא בקהל, לכן נאמנת להכשירו, כן הוא בלא דיבורה ספק ממזר מדאורייתא יכול לישא לממזר, דהא בספק קהל יבוא, א”כ למה אינה נאמנת לעשותו לממזר ודאי לישא ממזרת ומ”ש להכשירו ומ”ש לפוסלו?”

וכתב דראה בפרישה דהרגיש בזה וכתב דאינה נאמנת לעשותו אותו לממזר שמא ישא ממזרת וירבה ממזרים בישראל, אך כתב דזה דוחק “וצל”ע”.

אך הנה קושיא זו תורצה יפה יפה (וכבר הרחבתי בדין זה בהקדמה לספרי יאיר משפט על אבן העזר) בדברי החתם סופר (אבן העזר ח”א סימן י) וכתב דנעלמו מרבנו הב”ש דבריו של הריטב”א קידושין עג, א (ובאמת אין אלו דברי הריטב”א אלא דברי התוס’ רי”ד קידושין עה, א וראה גם בפסקיו עג, א) שהעלה כי:

“... לרבא דשתוקי כישראל גמור חשיב ליה, והיה אוסר לשתוקי שישא ממזרת כישראל והיה מתיר השתוקי בבת ישראל גמור, כדאמר רבא לעיל דבר תורה שתוקי כשר, דאית ליה לרבא ממזר ודאי אפילו בספק ממזר לא יבוא”.

ולשיטתו רבא דורש אך את הדרשא שספק ממזר יבוא בקהל ה’, אך אינו דורש את הדרשא המתירה לממזר לבוא בספק קהל, וא”כ לא קשה קושיית הב”ש, שכן האם נאמנת להכשיר את הולד היות ומדאו’ הולד כשר בקהל ומדאורייתא ספק ממזר חשוב כישראל גמור, ועל כן גם אין האם נאמנת לפוסלו ולהתירו בממזרת.

ועיין גם בדברי הנימוקי יוסף (יבמות כג, ב מדפי הרי”ף ד”ה היא אומרת) שכתב שהאם

נאמנת להכשיר את בנה שכן בכה"ג מסייעת לה חזקת הגוף שכן היא עצמה כשרה, ואינה נאמנת לפסול את בנה נגד חזקת גופה. ובשב שמעתא (ב, טו) ביאר דאין כוונת הנ"י על חזקת כשרות וצדקות דלכשר נבעלה, אלא חזקה דגופה היינו חזקת היתר דידה דמסייע נמי לבתה דחזקת האם מועיל לבת, וכן פירש גם בפרק י"ט דלהכשיר הולד בקהל איכא חזקת כשרות לולד עצמו ומוקמינן ליה בחזקת אימו דכשרה היא בקהל.

ועל פי דברים אלה כתב רבנו הרב פעלים (ח"ג אבה"ע סימן א) לדרך להכשיר ולד שאמו האלמנה אמרה בתחילה שבא מאחי בעלה ולאחר מכן שבה בה ואמרה שמגוי התעברה, כלשונו:

"ועתה נבא לדבר בענין השאלה הנז' שזאת האשה אשר פנויה היתה ונתעברה וילדה, הנה לפו"ד אם אומרת נתעברה מאחי בעלה דפוסלת את בנה, אינה נאמנת, ולפ"ד הרב המגיד והר"ן שפירש דבריהם בבית שמואל ס"ק ט"ל הנז"ל, הוא כיון דאינה נאמנת הוי כאלו לא אמרה כלום בפסול של בנה, ועל כן כיון דאח"כ... ואמרה שנתעברה בו מן הגוי שהוא כשר אצלה, ואינו פסול לה, הרי זו נאמנת להכשיר הולד הן לטעמו של הרמב"ם הנז"ל, הן לטעמו של נמוקי יוסף ז"ל שכתב דנאמנת להכשיר משום דמסייע לה חזקת גופה דהיינו חזקת היתר דידה וכמ"ש לעיל".

וכן העלה גם רבנו האגרות משה (אבן העזר חלק ד סימן כד) שאשה שאמרה שנישאת לאחד בחופה וקידושין ונישאת לאחר בלא גט אינה נאמנת לפסול בניה שכן:

"אבל הא כותב כתר"ה שליכא מי שיודע מהנישואין שלה הראשונים דהחופה לא רשומה בשום מקום, ורק בערכאות נמצאת רשומה, וכל הידיעה שגם נתקדשה וניסת כדמו"י הוא על פיה והאם הא אינה נאמנת לפסול את בנה כדאיתא באה"ע סי' ד' סעי' כ"ט וכדכתב גם כתר"ה".

ואולם בהא יש לנו לדרך האם אין האם נאמנת כלל לפסול את בנה או שמא נאמנת היא להחשיב את בנה לספק ממזר. דהנה רבנו ה"דרכי משה" (אבה"ע סי' ד אות ז) הביא פלוגתא בדבר בין המהרא"י ("תרומת הדשן" ח"ב סי' לז) למהר"י וויל, דלדעת המהרא"י אין האם נאמנת לגרוע ממעמדו של בנה ואף לא לעשותו ספק ממזר, ועל כן אשת איש היות ובניה בחזקת כשרים אינה נאמנת כלל לפסול את בניה. מה שאין כן לדעת המהר"י וויל שכתב שאשה שהתגרשה והתעברה ספק קודם גירושין ספק לאחר גירושין, וילדה, בודקין את אמו אם אמרה לכשר נבעלתי לאחר גירושין נאמנת, ואפילו אם אינה נבדקת כשר מכח ספק ספיקא ספק אחר גירושין וגם את"ל קודם גירושין ספק שמא מגוי, אך סיים וכתב שאם אומרת שקודם הגירושין התעברה הבן הוי ספק ממזר, ומשמע מדבריו שהאשה נאמנת לפסול את בנה.

אך הנה מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות (ח"א אהע"ז סי' קמ"ב) העלה שגם

לדברי המהר"י וויל אין לאם כל נאמנות לפסול את בנה, ולא כתב אלא שבמקום שאומרת האם כי קודם גירושין נתעברה מישראל שוב אין אנו תולים שנתעברה מגוי ונמצא שפסולו של הולד אינו מכח נאמנותה אלא שדין תליה בגוי שהוא דבר מעט רחוק איננו עושין ככה"ג שמכחשת ואומרת מישראל נתעברה, כלשונו:

"ובזה י"ל גם בדברי מהרי"ו דאף כשאינה לפנינו מכשרינן ל"י לבא בקהל מטעם ס"ס, ס' לאחר שנתגרשה נתעברה, ואת"ל קודם שמא מגוי, מ"מ כשהיא לפנינו ואומרת קודם גירושין ומישראל א"א להכניס את הגוי בתור ספק ולדון בו מדין ס"ס כשהיא אומרת להדיא דמיהודי נתעברה. ובה מדוייקים דברי מהרי"ו במ"ש "ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין נתעברה מישראל הוי הבן ספק ממזר" ומעתה א"נ דיש לה נאמנות לפסול את בנה הוה סגי' ל"י למימר כשבודקין אותה ואומרת קודם הגירושין נתעברה, שוב אין לאיסתפוקי על אחרי הגירושין ואין ס"ס ול"ל להוסיף שהיא גם אומרת מישראל, וע"כ דלא מדין נאמנות קאתי למפסלי', אלא כיון שהיא אומרת מישראל נתעברה תו אין להכניס את הגוי בספק שמא ממנו נתעברה. וכשהיא אומרת שאחרי הגירושין נתעברה ומישראל, אף שלפי האמור ככה"ג אין להכניס את הגוי בספק, ותו אין ס"ס מ"מ מתכשר ע"פ דיבורה לחוד, דהא הלכה כר"ג וכמ"ש שם מהרי"ו בתחילת דבריו.

מכל האמור נראה פשוט דלאו כל כמינה של אם לפסול בתה ואף לא לשוויי ס"מ, אלא דאתאי לידי שו"ת צ"צ להגאון מניקלשבורג וראיתי מ"ש בסי' נ"ג באשה שבאה לפנינו לבקש תשובה על אשר חטאה באיסור א"א, (כשבאה לפנינו ז"ל היתה גרושה מאישה והיתה מעוברת) וז"ל ש: "תשובתה קשה שהיתה מנאפת כמו ח' חדשים, וכמו ארבעה חודשים שנתעברה ואפשר שנתעברה מן הנואף והולד ממזר - ואיזהו מעוות לא יוכל לתקן זה הבא על הערוה והוליד ממנה ממזר, - ואף על גב דלולד עצמו לא מחזקינן לממזר, ואפי' ס"מ ל"ה דרו"ב תולין בבעל - מ"מ לגבי דידה שצריכה לעשות תשובה והיא עצמה יודעת האמת שזינתה תחת בעלה ודאי שצריכה לעשות תשובה גם על זה, ועוד דבכה"ג שכבר נתגרשה מבעלה והיא אומרת שזינתה כשהיתה תחתיו ונתעברה אפשר דחיישינן עפ"י הדין לולד שהוא ממזר דליכא למימר שהיא משקרת ואומרת כך מפני שנתנה עיני' באחר שהרי כבר נתגרשה - אבל היכי דודאי זינתה ל"מ הרוב וא"כ חיישינן גם לולד שהוא ממזר" עכ"ל, ודבריו ז"ל צ"ע, נהי דאחרי שנתגרשה לא קיים החשש שמא עיניה נתנה באחר ויכולה לאסור עצמה עליו מדין שויה אנפשה חתיכה דאיסורא אכתי מאין לה הנאמנות לפסול ולדה, ואיזה ערך לדברי' לגבי הולד לשווי' ממזר או ס"מ בזמן שלולא דברי' אין על הולד שום פגם".

והנה מו"ר הגר"ש משאש זצ"ל (שמש ומגן ח"ד חאבה"ע סי' ד) דחה דבריו וכתב דגם בזה הלא הבן נאסר ע"פ דבריה. ואולם גם הוא זצ"ל דן בדברי המהרי"ו (שמש ומגן ח"ג אהע"ז סי' מ"ו) והעלה שגם למהרי"ו אין האם יכולה לפסול בנה כלל וגם לא לעשותו ספק ממזר, ודבריו המה כדברי הרי"ף והר"ן שהביא הב"ש בס"ק טל, ואפושי פלוגתא לא מפשינן, כלשונו:

"... וכך ביאור דבריו: אשה שנתגרשה ונתעברה ספק קודם גירושין [נתעברה בזנות שלא היה בעלה אצלה] ספק אחר גירושין וילדה, ופסק דבודקין את אמו אם אומרת לכשר נבעלתי לאחר גירושין נאמנת, ואפי' אם אינה נבדקת כשר מכח ס"ס, ספק לאחר גירושין ואת"ל קודם גירושין שמא בא עליה גוי או עבד והולד כשר, ואפי' אם אומרת שקודם גירושין זינתה לא הוי אלא ספק ממזר דאין אשה נאמנת על בניה, עכ"ל. ר"ל שמוסיף הרב רבותא שאפי' כשנבדקה אומרת שקודם גירושין זינתה אל תחשוב לבטל הספק הא' שאמרנו שמא קודם גירושין או אח"כ, שדבריה מהבל ימעטו, וכאלו לא אמרה כלום, דאין האשה נאמנת לומר שום דבר נגד בניה לא גדול ולא קטן ונשאר הספק הא' במקומו, שמא קודם גירושין או אח"כ ואינו ודאי אלא ספק ממזר כמו שהיה הספק הא' קודם שדיברה, ועם ספק ב' שמא מגוי יהיה הולד כשר ונותן טעם הגון שאינה נאמנת על בניה לו' שום דבר וכל מה שתאמר כאלו לא אמרה".

והנה בלשון זה ממש העלה גם רבנו ה"אגרות משה" (חאבה"ע ח"ד סי' כג), וכל"ה:

"אך בב"ש ס"ק מ"ג העתיק לשון הד"מ ואם היא אומרת שזנתה קודם הגירושין נאמנת לשוויי הולד לספק ממזר ולמה שהועתק בב"ש קאי הכתב סופר שמהרי"ו חולק על מהרא"י, אבל לא מסתבר כלל דאין שום טעם לחלק שתהא נאמנת לשוויי ספק מאחר שאין האם נאמנת לשוויי ודאי ממזר, ולכן ברור לדינא שאין האם נאמנת כלל על בניה אף לא לשוויי להולד בדין ספק ממזר".

וכן העלה רבנו ה"אגרות משה" (אבה"ע ח"ג סי' ה) גם בנדון כעין נד"ד באשה שאמרה שנישאת בחו"ק ולא התגרשה והלכה ונישאת לאיש אחר ויש לה ממנו בן וכתב שאין האם נאמנת לפסול בנה כלל, ואף לא לעשותו ספק ממזר וכל דבריה לגרוע במעמד בנה הינם בטלים. וכן העלה גם מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל ("משפטי שאול" עמ' לא-לב) דלכל הדעות אין לאם נאמנות לשוויי לולד דין ספק ממזר. וכן העלה גם מרן מופת הדור אביר הרועים הראשל"צ הגר"ע יוסף זצ"ל ("יביע אומר" ח"ח אבה"ע סי' ה וח"ט אבה"ע סי' ג), והביא (בח"ח שם) שכן העלה בגודלו גם מר"ן ה"חזון איש" (וצירף שם את מכתבו של הגר"א גולדשמיט בנושא). וכן העלה גם בתשובה נוספת (ח"ט אבן העזר סימן ג), כלשונו הטהור:

"(ב) והנה ידוע שאין האם נאמנת לפסול את הולד שלה, ולומר שנתעברה ממזר, וכמ"ש הרמב"ם (בפרק טו מהל' איסורי ביאה הל' יד והל' יט). וכ"כ הר"ן בקידושין (עג א) במשנה דאיזהו שתוקי. והרב המגיד (פט"ו מהל' א"ב הי"ב). וכן פסק מרן הש"ע (סי' ד סעיף כט). וא"כ גם כאן אינה נאמנת לומר שנישאת לבעלה הראשון בחופה וקידושין ואח"כ נישאת לבעלה השני מבלי לקבל גט מהראשון, ולפסול בכך את הבת שלה. ומכל שכן שלדבריה עשתה מעשה רשע שנישאת לאחר בלי גט, וקי"ל שאין אדם משים עצמו רשע. ואפילו האב שנאמן מטעם יכיר, כתב הריטב"א ב"ב (קכו ב) לחד תירוצין שאינו נאמן כשעושה עצמו

רשע, ומה שנאמן לומר על בנו שהוא בן גרושה וכן חלוצה, היינו בשוגג, אבל במזיד אין אדם משים עצמו רשע. וכ"כ הנימוקי יוסף שם. ע"ש".

וא"כ גם מטעם זה אין לנו לקבל את דברי האם והבן המבקש הינו כשר לחלוטין.

ד. גם אמירת המבקש שהוא בנו של הבעל אין בה כדי לפוסלו

והנה אחר שהראנו לעיל באורך שבנדון שבפנינו אין נאמנות לבעל האישה ואין נאמנות לבעלה לפסול את המבקש, וכמו כן גם לאם אין כל נאמנות שכזו, נבואה לדון בדברי המבקש עצמו שגם הוא טוען בפנינו, ואף רשום בתעודות, כבנו של הבעל. וגם נדון זה הינו בכלל אחד שהם שניים, שכן בדבריו יש לדון משני צדדים, האחד מן הדין דשוויא אנפשיה חתיכא דאיסורא, והשני מן הדין שכבר הוחזק כבנו של הבעל.

ד.א. כאשר המבקש עצמו נשען על דברים שיש בהם ספק אין דין שואח"ד

והנה בנדון שבפנינו המבקש עצמו מסר לביה"ד כי הוא בנו של הבעל, וממילא לפי דבריו ממזר הוא, וכבר פסק מ"ן השו"ע (סי' ד סעי' ל) כי:

"האומר על עצמו שהוא ממזר, נאמן לאסור עצמו בבת ישראל ואסור בממזרת עד שיודע ודאי שהוא ממזר, ובנו כמוהו. ואם יש לו בני בנים, אינו נאמן לפסול אלא לעצמו".

וביאר רבנו הב"ש (שם ס"ק נג) כי טעמו של דין זה הינו מדין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, כלשונו:

"לאו מתורת עדות דהא כל אדם קרוב אצל עצמו אלא הטעם הוא כל אדם יכול לעשות לעצמו כל בנות ישראל לחתיכה דאסורה, לכן אם בא על בת כהן אינו אוסר בביאתו, ועיין תוספת פרק החולץ".

אלא דאכתי יש לעיין מה הדין בנד"ד שכן בנדו"ד הבן אינו אומר את דבריו על סמך ידיעתו או על סמך דברים שהתבררו לו אלא אך על סמך אמירתם של אמו ושל בעלה ובעלה, והרי כבר ביררנו לעיל שאמירת אמו גם אמירתם של בעלה ובעלה אין בהן כדי לפוסלו, ומוטל עלינו לברר ולדון האם גם ככהאי גוונא בה הוא עצמו נסמך על מי שאין באמירתם ממש יש לדונו כמי ששויה נפשיה חתיכה דאיסורא.

והנה דין כעין זה מצינו בגמרא (קידושין סו, א):

"איבעיא להו: אשתו זינתה בעד אחד, ושותק, מהו? אמר אב"י: נאמן; רבא אמר: אינו נאמן, הוי דבר שבערוה, ואין דבר שבערוה פחות משנים. אמר אב"י: מנא

אמינא לה? דההוא סמיא דהוה מסדר מתנייתא קמיה דמר שמואל, יומא חד נגה ליה ולא הוה קאתי, שדר שליחא אבתריה. אדאזיל שליח בחדא אורחא, אתא איהו בחדא. כי אתא שליח, אמר: אשתו זינתה, אתא לקמיה דמר שמואל, א"ל: אי מהימן לך זיל אפקה, ואי לא - לא תפיק; מאי לאו אי מהימן עלך דלא גולנא הוא. ורבא? אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה, ואי לא - לא תפקה."

וכתבו הרי"ף (כח, ב), הרא"ש (שם פ"ג סי' טו) והרשב"א בתשובה (במיוחסת לרמב"ן סי' קלג) דהלכה כדברי רבא ושבידני אדם אינו חייב להוציאה ורק בבא לצאת ידי שמים אי מהימן ליה כבי תרי חייב לאפוקה. ונראה דכן ס"ל לרמב"ם (אישות כד, יז) שפסק להלכה כי:

"מי שראה אשתו שזינת או שאמר לו אחד מקרוביו או מקרובותיה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזינת אשתו בין שהיה האומר איש בין שהיתה אשה הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת הרי זה חייב להוציא ואסור לו לבוא עליה..."

והרב המגיד (שם) הביא עליו את דברי הרי"ף שהחיוב הינו רק בבא לצאת ידי שמים, וכתב "וזהו דעת רבנו". וכ"כ גם ה"ט"ז (סימן קטו סק"א) "דרבא מודה לאיסור היינו בדיני שמים דוקא דאלו בדיני בני אדם אין לחייבו להוציא", וע"ש בהסברו, וכ"כ גם הפת"ש (סי' קטו סקל"ז), והביא מדברי הרא"ם (סי' כה) שביאר דס"ל להרמב"ם כרבו הרי"ף דכל זמן שאין עידי טומאה או עידי קינוי וסתירה אין כופין אותו בב"ד להוציא אף אי שויה אנחד"א רק לצאת ידי שמים חובה עליו לגרשה, וע"ע במה שהביא שם מהחת"ס (סי' כח), ואכמ"ל. וכן עולה גם מדברי הרב מעשה רקח (שם) שכתב שהחיוב הינו מדין לצאת ידי שמים, ואך תמה "דאף בבא לצאת ידי שמים לא נאמר אלא בעד כשר כפשטא דסוגיין אבל קרובים אפילו לצאת ידי שמים מנא לך?" ועיינן שם שתירץ "דקרובים טפי אדם סומך דעתו עליהם משום דגייס בהו ורגיל בהו טפי מאדם אחר אף שיהיה אדם כשר והגון דהא רב פפא ודאי שלא נחשד בעיני רבא דמשקר חלילה... ואפ"ה לא סמך דעתו עליו כמו שסמך דעתו על דעת אשתו וזאת היתה לו לרבינו שלא הזכיר אלא קרובים דדיבר בהווה ורגיל ומשום דקשה הדבר ובדוחק גדול שימצא אדם זר שאינו קרוב שתהיה דעתו של אדם סומכת עליו".

ומינה למדו הרמב"ם (שם הי"ח), הריטב"א (שם), הטור (סי' קטו) והשו"ע (סי' קטו סעי' ו) דה"ה במקום שאשתו אמרה לו שזנתה אם הוא מאמינה וסומכת דעתו על דבריה חייב להוציאה. וכלשון מר"ן השולחן ערוך:

"ואם היה מאמינה ודעתו סומכת על דבריה, ה"ז חייב להוציאה, אבל אין כופין אותו להוציאה".

[ועיינן גם בדבריו ובדברי הרמ"א עליו בסימן קעח (ס"ח), אך אין זה עניין לנר"ד.]

והתוספות (נדרים ז, ב ד"ה חזרו לומר) כתבו "דאף למשנה אחרונה אם אומרת אשה טמאה אני לך ואמר הבעל שמאמינה דאסורה לו דאיהו שויה לנפשיה חתיכה דאסורא, ואפי"

תחזור בה האשה ותאמר באונס היה". והרשב"א (נדרים שם) והרב המגיד (שם) הביאו את דברי התוספות ולא חלקו עליו. וכן כתב הרב מאמר מרדכי ז"ל (שם) שאם האמין הבעל אף שחזרה בה ונתנה אמתלא לדבריה לאו כלום הוא.

אלא דיש לדון אימתי נחשב הבעל כמאמין לדבריה, ובנד"ד אימתי נחשב המבקש כמאמין לדברי אמו, בעלה ובעלה, דהנה הרמב"ם נקט בלשונו:

"או שאמר לו אחד מקרוביו או מקרובותיה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזינת אשתו בין שהיה האומר איש בין שהיתה אשה הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת".

ודייק המהרי"ק (סי' פב) מלשונו דדוקא במאמינם וסומך דעתו עליהם אמרינן דשואנח"ד משום דקים ליה בגוויהו דלא משקרי, ומשום כך נקט אחד מקרוביו או מקרובותיה, דבהנהו רגילות הוא דקים ליה בגוויהו דלא משקרי. וכתב דהכי משמע גם מהרשב"א בתשובה ומהמהר"ם, וזאת הלכה העלה:

"דאפילו להיאסר על בעלה לא מהימן אלא אם כן קים ליה בגויה דלא משקר כגון אדם שהוא מצוי אצלו תדיר וגם ביה טובא כההיא דרבא דהימנה לבת רב חסדא שהיתה אשתו והוי קים ליה בגויה טובא אבל אדם אחר דלא קים ליה בגויה לא, ואף על גב שהוא מוחזק הרבה לאדם כשר והגון".

והרמ"א הביאו להלכה בסעי' ז' בלשון וי"א, וכן כתב גם בתשובה (סי' יב).

וכ"כ במפורש בשו"ת הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן סימן קלג):

"ויעוד, כי מה שפירשתם: באי מהימן לך כבי תרי; אי איניש מהימן הוא אצלך בכל, כשנים, שאין משקר, יפה אמרתם, ודברים של טעם הם. דאי לאו הכי, הל"ל: אי מהימן לך, דעבדא איסורא, זיל כו'; ולא ה"ל למתלי בנאמנותו של עד, אלא בפחיתותה. ומהימן לך; דהכא, דקים ליה בגויה. כדאמרי' פרק הכותב (דף פ"ה) בבת רב חסדא לרבא, ואבא מרי בריה דרב פפא לרב פפא".

אך הנה ה"נימוקי יוסף ז"ל בסוף נדרים (דף כז, א) כתב דכי היכי דחושש לדברי עד אחד אי קים ליה בגוויה הכי נמי יש לחוש לה אי "קים ליה בגווה דחשידא". וכתב עליו המאמר מרדכי (שם) וזל"ה:

"יש ללמוד דממאי דכתב קי"ל בגווה דחשידא ולא כתב דאינה משקרת משמע דס"ל דלא בעינן שיהא העד או האשה נאמנים אצלו מקודם בכל הענינים, ושע"כ גם בפעם הזאת מאמין הוא בעד או באשה, אלא העיקר הוא כמה שדעתו סומכת".

וכן נראית גם דעתו של גרע"א (סי' פח ו- קא) שאין צריך שהעד יהיה נאמן על הבעל גם בשאר דברים, וכן העלה גם הבית מאיר בתשובתו (שם סי' ק).

והגאון אדוננו המלך הגם שאול אבן דנאן זצ"ל (ח"א סימן לב) יצא לדייק בלשון הרמב"ם כי לשונו אינה שוה בהלכותיו, שבהלכה י"ז במי שראה אשתו וכו' בראשונה כתב שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם, והוסיף עוד, הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת וכו', וכתב הרב הגם שאול שהתוספת הזאת מגברת כח הרב מאמר מרדכי ז"ל בדברי הנימוקי יוסף ז"ל שהעיקר הוא שאמונתו תהיה על הענין ובודאי משום דחשידא לגביה. אמנם בהלכה י"ח באמירת האשה כתב רק ואם היה מאמינה וסמוך דעתו על דבריה, שנראה מזה כמוהר"י קולון ז"ל שהעיקר הוא שהיא בת אמונה בעיניו ואינו חושדה לשקרנית כלל. וכתב שרבינו הרמב"ם ז"ל בכוונה יצא לחלק בין אמירת האשה לדברי אחר, שבהעדאת העד אמר שמואל (בפרק האומר לחבירו) אי מהימן לך כבי תרי וכו', ור"ל אם יש בדעתך סמך לעזרת העד עדי יהיה הדבר נראה כשנים בהעדאה, והוא ע"י שנחשדת אצלו תמיד לדבר ערוה בכך מצטרפת אומדנותו של הבעל על דעת האשה עם העדאת העד והווי ליה כתרי ואסירא. אבל לגבי אמירת האשה הדבר הפוך הוא, שאם חשידא בעיניו לדבר ערוה כ"ש ששקרנית היא ומשום הא חזרו לומר שאינה נאמנת, אבל אם האשה נאמנת מצד עצמה וצדקנית בכל אמריה הזולתיים, הא ודאי שנאמנת בכך וכמשנה ראשונה, בכך גבי אמירת האשה - תלה הדבר רבינו הרמב"ם ז"ל בסומך על דבריה הנאמנים תמיד, ובהעדאת האחר תלה הדבר ברשעת האשה למען הגביר כח העד.

ובינותי בספרים וראיתי למאירי (נדרים שם) שכתב "וגדולי המחברים כתבו שכל שדעתו סומכת להיות הדבר אמת אסורה לו על פי אחד", הא קמן דהבין בדעת גדולי המחברים דבעינן רק שתהיה דעתו סומכת בדבר זה ולא בכל דבר ודבר, ואחר שידוע לנו שרבינו המאירי זו דרכו בקודש לכנות את הרמב"ם בשם גדולי המחברים, הרי שכך הבין בדעתו. ובאמת שכך נראה גם ממה שמובא בקונטרס שינויי הנוסחאות (מהד' פרנקל) שברוב כתבי היד מצויה הגירסא ברמב"ם "וסומכת דעתו על דבריהם", דברים שיש בכוחם ללמד שסומכת דעתו על דבריהם אלו אך לא עליהם, וגם מכאן סמך לדברי אדוננו המלך הגם שאול. ועיין גם במהר"י בן לב (חלק ב סימן ו) דמאי דקאמר אי מהימן לך כבי תרי אפשר לפרשו בשלשה פנים חדא דמהימן ליה כבי תרי בכל הדברים, וגם בזה הענין דעתו סומכת עליו ומאמין לדבריו. ועוד אפשר לפרשו דמהימן ליה כבי תרי בהך מילתא לחוד, ואפשר לפרשו נמי דאשאר מילי קים ליה בגווייה ומהימן ליה אבל בהך מילתא הוא מכחישו ואינו מאמינו. ולהסבר הרב הגם שאול ברמב"ם אזלא הסוגיא כאפשרות השניה המובאת במהריב"ל, ודי לנו במה שמאמין לעד בהאי מילתא בלחוד, ורק במקום שאמרה זאת האשה לא די לנו רק באמירתה וחדשו, ובעינן שתהא נאמנת לו בכל.

וכן העלה ב"אגודת אזור" (אבן העזר סימן א) שמלשון הרמ"א בהגה"ה סי' קט"ו שהביא לדברי מוהרי"ק על דברי הרמב"ם שהעתיק המחבר שם בלשון וי"א יראה דס"ל שלשון הרמב"ם ז"ל אינם עולים עם דברי מוהרי"ק לאחדים, אבל הם מחולקים ונפרדים. והוסיף וכן יראה באמת ממה שסיים הרמב"ם הואיל וסמך דעתו בדבר זה שהוא אמת וכו', הרי מפורש יוצא מלשונו זה דסגי בשסומך דעתו עליו בדבר זה לבד שהוא אמת ולא בעינן דמהימן

ליה בכל מילי. ושם באותו הסעיף דן מר"ן באמר לו ע"א שזנתה ועל זה כתב הרמ"א וי"א דלא איירי אלא במאמין לו גם כן בשאר דברים, וכדברינו דלדעת הרמב"ם באמר לו ע"א די שמאמינו בדבר זה, ולמהרי"ק צריך שיאמינו בכל דבר. אולם באמרה לו אשתו גם הרמב"ם סבירא ליה שצריך שיאמינה בכל דבר.

אך הנה הגאון "הגם שאול" חזר בו בענותנותו מסברתו מפני שהמהרי"ק ז"ל וה"נימוקי יוסף" ז"ל כתבו בפירוש הפך דעתו, שבהעדאת העד כתב מהרי"ק ז"ל שצריך שיהיה איש אמונים בכל הדברים, וה"נימוקי יוסף" כתב באמירת האשה קי"ל בגוה דחשידא, וכתב:

"על כן מה שאמרנו רק פטוטי דברים ועמם האמת והצדק, ומאחר שדעת מר"ן מלכא ז"ל לא אתבירר שהוא כלשון הרמב"ם ז"ל ולשונו של הרמב"ם - כל אחד מפרש ומדייק בו כשיטתו כמש"ל, וא"כ גם בלשון מר"ן ז"ל הכי נמי, ורבינו מור"ם ז"ל המציא דעת מהרי"ק ז"ל בודאי שכך דעתו, והכי נקטינן, שבכל מקום שלא נתגלית דעתיה דמר"ן הקדוש אזלינן כוותיה דמור"ם ז"ל במפורסם, והגם שהמציאה בלשון י"א לית לן בה, חדא משום דאיכא מאן דמפרש הפך, ועוד כך דרכם בקודש מר"ן ומור"ם ז"ל בכמה מקומות כמ"ש הסמ"ע ז"ל בחור"מ (סימן ת"כ ס"ק מ"ח) ע"ש".

וכך אכן הכריע גם בספר לשד השמן (על הרמב"ם שם) שיש לבאר את דברי הרמב"ם על פי פירושו הראשון של המהריב"ל, כלשונו:

"נ"ב הנה המהרי"ק שורש פ"א כתב ז"ל דוקא במאמינים וסומך דעתו עליהם ולא בדמאמינים מפני שהוא חושד באשתו אלא דקים ליה בגוייהו דלא משקרי עכ"ל. והנה גם דברי רבינו אף על גב דלכאורה דבריו האחרונים סותרים הראשונים במ"ש בסוף הואיל וסמכה דעתו בדבר הזה שהוא אמת. ופשטן של דברים אלו שהאמין דעבדה איסורא לא שהאמין בעד מ"מ צריכין אנו לפרש דה"ק שסמך דעתו דדבר זה אמת מפני שהאומר הזה איש אמונים כמו שבאר בדבריו הראשונים. ואפשר לומר דרבינו תרתי בעי שיהיה האומר הזה נאמן אצלו בעלמא וגם בדבר הזה וזה אחד מג' פנים שאפשר לפרש במאי דקאמר רבא אי מהימן לך כבי תרי כדכתב מהר"י בן ל"ב ח"ב סימן ו' ויעויין בדברי רבינו פ"א מסוטה הלכה ט' [הרב מהר"י באסן סימן פ"ו]."

וכן העלה בגודלו גם הרב "אגרות משה" (אה"ע ח"ג סי' ל בסופו) דלדינא ודאי יש להורות כרמ"א וכמהרי"ק דרך בנאמן לו בכל דבר יכול לומר שמאמין לע"א, ושכן ס"ל לגר"א, ולדעתו דע"ל הכי הוא הדין גם באמרה לו שנטמאה, ורק אם מאמינה בכל הרי זה חייב להוציאה. ולמעלה מכך כתב שאף במכיר את אשתו שאינה משקרת בשום דבר נמי אין לזה דין קים ליה בגוה לענין להאמינה באומרת טמאה אני לך, דהרי אפשר דלענין תאוה ויצה"ר גדול כזה שרוצה להנשא לאחר אין ראייה ממה שאינה משקרת לשאר דברים שאין לה בהם תאוה

ויצה"ר כזה, שלכן כשאומר שיש לו רגלים לדבר יכול להאמינה. וצריך לדחוק בריטב"א ובמ"מ שכוונתם דקים ליה בגוה שאף נגד תאוה ויצה"ר גדול כזה בקי בה שלא תשקר אף שהוא דבר רחוק לידע דבר כזה מ"מ יש לפעמים שיכול לידע ונקטו הדין אף שאינו מצוי. וע"ע בדבריו באה"ע ח"א (סי' יד).

וכ"כ גם הרב דבר יהושע אהרנברג זצ"ל (ח"ד סי' לה) שאין לחלק בין אמר לו ע"א לאמרה לו אשתו, ובתרווייהו בעינין שיהא מאמינם בכל דבר, ושיהיו שומרים הדת, ולא יהיו חשודים על עבירות. וכתב שכן מצא לרב "חמדת שלמה" (חאבה"ע סי' נט) דס"ל שרק אם מאמינה בכל דבר חייב להוציאה. וכן העלה גם ה"מנחת יצחק" (ח"י סי' קכט) על פי ה"מנחת פיתים" (אבה"ע סי' קטו סעי' ו) שדברי המהרי"ק אמורים גם לענין נאמנות אשתו. וחזי לאצטרופי למה שהעלו בפסקי דין רבניים (חלק ט עמוד 81) דלדעת המהר"י באסן (סי' פו) לר"ת, והרמב"ם, ומהר"ם, והרשב"א, והר"ן, ומהרי"ק, והטור ובעל ב"י ז"ל לא מהני האמנת הבעל אפילו בכא לצאת ידי שמים עד שיאמין לעד בכל הדברים, ואף שהגאונים רעק"א ובית מאיר ס"ל דלא בעינין מאמין בכל הדברים כמובא ב"פתחי תשובה" סי' קט"ו (סקמ"ב) וכבר העלה הרב שדי חמד (מע' אישות סי' א ס"ק יג וסעי' טז ס"ק ג) דכל האחרונים חולקים עליהם, ומהם מנה על האמור לעיל גם את דברי הבאר מים חיים (בשניות סימן ב), נשמת חיים (סימן ב), הרב תפארת אדם (סימן א) והצמח צדק (סו"ס י), והעלה שיש לסמוך על החולקים.

ועיינן גם בדברי הגרי"ש אלישיב (קובץ תשובות סי' קמא) שגם הוא תלה את הדבר בשאלה האם הבן מאמין לאם בכל דבריה, כלשונו:

"ואכתי איכא למידק, הרי אין ספק שהבחור אשר עליו אנו דנין מיום שנולד ועד עתה נושא עליו את שם הבעל בתור אביו וכך הוא מכיר אותו ומסתמא הוא מאמין בכל לבו לאמו יש להניח שכך שמע ממנה שבעלה השני הוא אביו שלו. והנה בקידושין ס"ו גרסינן גבי ההוא סמיא... אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה, וכן קיי"ל באבה"ע סי' קט"ו ס"ז... ויש צורך איפוא לברר אם באמת הוא מאמין לדבריו בכלל, או שמא ספק בלבו אולי נכנסה להריון ממנו אחרי שקיבלה הגט מבעלה הראשון...".

ועל כולנה נראה לי דבנד"ד יש לצרף גם את דברי רבנו החתם סופר (אבה"ע ח"א סי' עח) שכל אימת שהבעל לא הבין את משמעות אמירתו שמאמין לאשתו אין לתת לדבריו תוקף, כלשונו:

"הנה כי כן האי גברא שאלו אותו אם מאמין לאשתו ואילו היו אומרים לו דע שאתה כהן ועי"ז תיאסר עליך אשתך האתה מאמין שאינה נותנת עיניה באחר והיה אומר אני מאמין הרי שוי' אנפשי' חתיכא דאיסורא, אך הם שאלו אותו סתם האתה מאמין, י"ל ב' דברים או... לא נתן על לבו שהוא כהן ושתיאסר עליו וא"כ אין לחשוד אשתו על מגן שהוא יודע שרוב דבריה אמת. ע"כ גם עתה מאמין

לה אך עתה שוב כשנודע לו שעי"ז תיאסר עליו ואיכא למישתרה שנתנה עיניה בגירושיין שוב באמת איננו מאמין לה, או אפילו נימא... וידע והבין שאלת בי"ד היא לענין איסור אשתו עליו ואמר שמאמין עכ"פ לא שיש לחשוד כשרה בנשים שתתן עיניה באחר, אך אח"כ שמע וידע חז"ל חשו לזה שוב גם הוא אינו מאמין לה נמצא מעולם לא שוי' אנפשי' חתיכא דאיסורא להאמין נגד חשש חז"ל... כי מובן הדבר שאם יודע לו שתיאסר עליו שוב לא יאמין לה..."

וכן אזיל לקולא גם בתשובתו שם (סי' י). ועיין גם בשואל ונשאל (חלק ב - אבן העזר סימן מה) שציידד בסברתו ועוד הוסיף עליה. והיות וגם בנד"ד ברור הוא שהמבקש כלל לא הבין את משמעות דבריה של אמו והשלכותיהם על מעמדו, ובוודאי גם לא ידע שחז"ל חשו שאין לסמוך על דבריה, וככל אשר הראנו לעיל, שוב אין כאן דין שוויא אנפשיה חתיכא דאיסורא, וראיתי שגם הגרי"ש אלישיב זצ"ל (שם) רמז לכך, ושמח לבכי.

וכמעט באותו סגנון אזיל גם רבנו האגרות משה (אבן העזר חלק ג סימן טז) וכתב:

"ולע"ד נראה ברור שמה שאם הבעל שמאמין לה נאסרה עליו מצד שויה אנפשיה חד"א כדאיתא בסימן קט"ו סעיף ו', הוא רק כשיודיעו לו שחכמי המשנה שהם חכמים הגדולים מכל הדורות ודבריהם אמת ותורה לעולם אמרו שאין להאמין לנשים מצד החשש דעיניה נתנה באחר, אף לצדקניות שאין חשודות לשקר, שרק אם יאמר גם אז שהוא מכיר את אשתו שהיא יוצאה מן הכלל ובודאי לא תשקר, או משום שיש לו איזה רגלים לדבר ממעשיה ומדבריה, נחשב שהוא מאמין לה ואסרה על עצמו אבל מה שאומר שמאמין לה מצד סברא בעלמא אינו כלום דמצד חסרון ידיעה שיש לחוש אמר שמאמינה. וכן באנשים קטני אמנה ואין יודעין גדלות חז"ל אין להחשיב זה למאמין באמת ואין לחוש לדבריו".

ולכל האמור חזו לאיצטרופי גם דברי מר"ן הב"י (סו"ס מו) על הגמרא (קידושיין יב, ב) "דיהודית דביתהו דרבי חייא, דהוית לה צער לידה, אמרה ליה אמרה לי אם: קיבל ביך אבוך קידושי כי זותרת!" שאינה נאמנת כיון שאינה יודעת זאת בעצמה, אלא שרק אמרה לה אמה. ושוב ראיתי שכן העלה ממקור זה גם מר"ן אביר הרועים הראשל"צ הגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר ח"ז אבה"ע סי' יא), והביא שכן העלה גם הרב שער המלך (אישות ט, טו) דלשיטת התוס' והרשב"א מוכרחים אנו לומר:

"דסבירא להו... דלא אמרינן שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא אלא דוקא בטוענת על עצמה בודאי, כגון האומרת קדשתני, דקים לה בנפשה שנתקדשה לו, מה שאין כן בהיא דקידושיין (יב ב) דאיהי לא קים לה שקידשה אביה בקטנותה, אלא שאמה אמרה לה כן, וכסבורה היא שאמת יהגה חכה, ואף על פי שאינה מכחישתה, ואדרבה אמרה כן לבעלה בשם אמה, מכל מקום איהי מיהא לא ברירא לה מילתא כולי האי, אלא על פי דיבור אמה, וכל כהאי גוונא לא אמרינן שויה

אנפשה חתיכה דאיסורא. וזוה ניהא מה שכתב מרן הבית יוסף (סוף סימן מו), שיש לחלק בין כשהיא עצמה מודה לכשאומרת כן בשם אחרים, כהיא דקידושין (יב ב), לאו כל כמינה דאמך וכו'. ותמה עליו המהרי"ט, וכך בעצמות יוסף, שהרי יהודית דביתהו דרבי חייא היא עצמה מודה בזה וכו'. ולפי האמור ניהא, דמכל מקום איהי לא קים לה בגוה בודאי, אלא על פי דיבור אמה, וכל כהאי גוונא לא אמרינן שויא אנפשה חתיכה דאיסורא".

והוסיף מר"ן הראשל"צ דכן העלה גם בשו"ת הרמ"ן (חאה"ע סי' א אות לו), ועל כן הסיק להלכה:

"ומעתה גם בנידון דידן שהמבקשת מוסרת דברי הסבתא שלה, לא עדיפא מהמעשה של יהודית דביתהו דרבי חייא, שבודאי אמרה אמת לבעלה בשם אמה, ולא חשש רבי חייא כלל לדבריה, אלמא שגם בעל נפש אין צריך להחמיר בזה כלל. (וכן כתב בשו"ת אגרות משה כרך ז' חלק אבן העזר סוף סימן כ'). ועיין עוד במאירי (קידושין סו א) שכתב בדין אמר לו עד אחד שזינתה אשתו, שאפילו אם היה אותו עד מוחזק בעיניו לאדם כשר והגון, ואפילו אם הוא מאמין בדבר, אשתו מותרת, שמכל מקום אין דבר שבערוה פחות משנים, אלא אם כן היה אותו עד מוחזק בעיניו לנאמן לכל דבר כשני עדים גמורים וכו', אבל כל שאינו נאמן אצלו בכל דבר כשנים, אין עדותו כלום, וכך הורתי בענין זה על ידי מעשה שבא לפני. ואף גדולי הדור נסכמו בה לדברי, וחיזקו את הסברא הנ"ל ממה שאמרו בגמרא אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה, ולא אמרו אי מהימן לך דעבדא איסורא זיל אפקה. ע"ש. וע"ע בשו"ת הרשב"א המיוחסות (סימן קלג), בתשובה לרבינו המאירי הנ"ל".

וע"ע בדבריו בענין זה ביביע אומר ח"ט (אבה"ע סי' ג).

ועל כן נראה לי, אני הקטן והדל באלפי, שאין מנוס מלהכריע שהגם שהרב עבודת הגרשוני (סי' קיא) נזקק לדין זה והעלה ש"אם הבת מאמינה בלבה לאמה כבי תרי הדבר צ"ע", הרי לפי כל שהבאנו לעיל מרבתינו הראשונים והאחרונים נראה ברור דאין לחוש בנד"ד לדברי האם כמו גם לדברי הבעל והבועל, ואין לפסול את המבקש מכח האמתו לדבריהם.

ד.ב. גם בכך שהמבקש הוחזק כבנו של הבועל אין כדי לאוסרו

ועתה אחר הודיע ה' אותנו את כל זאת נבואה לדון האם יש לאסור את המבקש מכח החזקה שכבר הוחזק ברבים כבנו של הבועל, ומשידענו שבאותו זמן בו התעברה אמו הייתה עדיין נשואה לבעלה הראשון ייתכן ויש בכך כדי לפסול את המבקש, דהא סוקלין ושורפיין על החזקות.

וכבר עלה ונסתפק בדין זה רבנו הרדב"ז (ח"ג סימן תקכו (תתקסא)) דשמא במקום שהחזקה מושתת על יסודות רעועים ועל עובדות שאין בהן די מבחינת ההלכה, כבנד"ד שהמבקש לא נולד כאשר אמו והבועל חיו יחדיו ורק על פי אמו הוחזק כבנו של הבועל, אין לקבלה ואין לפסוק על פיה, כלשונו הזהב:

"... דאף על גב שזה גדל בחזקת שהוא בנו וקיי"ל דסוקלין ושורפין על החזקות, הנ"מ חזקה שלא באה מחמת ספק כהיא דאמרינן מעשה באשה אחת שבאת לירושלים ובנה מורכב על כתפה וגדלתו בחזקת שהוא בנה ואח"כ בא עליה וסקלוה וכו', אבל הכא שהחזקה באתה מכח ספק שלא גדל זה בחזקת שהוא בנו אלא מפני שהודה שהוא בנו, אבל הספק ידוע הוא אצלנו, בכי האי מספקא לי אם נהרג על קללתו והכאתו, וכיון דהאידינא אין דנין דיני נפשות לא נפקא מינה מידי לא הארכתי בו עד יבוא מורה צדק".

והאמת תורה דרכה דמה שהסתפק בו רבנו הרדב"ז פשוט היה לו לרבנו האגרות משה (אבן העזר ח"ג סימן ח), כלשונו הטהור:

"החזקה שהיתה לעלמא שהוא אביה מחמת שנשכח העובדא שהיתה כבר מעוברת ששה חדשים כשניסת לו או לא היה ידוע זה מעולם, הא בהכרח נתבטלה חזקה זו, דהברור מהתעודות של שלטון העיר כשליכא חשש זיוף, ..., הוא ברור גדול כעדים".

והכי סבירא ליה גם לגרי"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"א סימן קמא), כלשונו הזהב:

"ואף שבנ"ד גדל בחזקת שהוא בנו וסוקלין ושורפין על החזקות, כבר כ' הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תתקס"א דהנ"מ חזקה שלא באה מחמת ספק אבל כשהחזקה באה מכח ספק אין זה חזקה".

וכן העלה גם מר"ן הראשל"צ ביביע אומר (ח"ט אבן העזר סימן ו), כלשונו הטהור:

"מה שהוחזק הבן כבנו של הבעל השני, אינו כלום, שהרישום של הבן נעשה ע"י האם, וכל החזקה נעשית על יסוד רעוע, וחזקה בטעות היא, שהרי הבן גדל אח"כ בביתו של הבעל השני, וחשבו כולם שהוא בנו, אבל אחר האמת אינו בנו, אלא הוא בן הבעל הראשון שהיתה מותרת לו, או שמא נתעברה בו מגוי, וכנ"ל".

סוף דבר אין גם בכח החזקה כדי לפסול את המבקש, שכן חזקה שיסודותיה רעועים אינה חזקה.

ז. כאשר יש תרי רובי גויים יש להכשיר את הולד

והנה אחר שהראנו באורך שבנד"ד אין לקבוע כי המבקש הינו ממזר, ואין באמירתם של הבעל, הבועל והאם כדי לפוסלו בתורת ודאי, וכך גם אין באמירתו של המבקש עצמו

ובמוחזקותו כדי לפוסלו, ועל פי אמירתו של הבעל אינו אלא ספק ממזר, נבוא לדון בהיתרו של המבקש גם לצד זה.

דהנה למדנו במשנה ובגמרא (כתובות יד, ב):

"מתני'. א"ר יוסי: מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה, אמר רבי יוחנן בן נורי: אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה - הרי זו תינשא לכהונה.

גמ'. אמר ליה רבא לרב נחמן: ר' יוחנן בן נורי דאמר כמאן? אי כרבן גמליאל, אפילו ברוב פסולין נמי מכשר! אי כרבי יהושע, אפילו ברוב כשרים נמי פסיל! אמר ליה, הכי אמר רב יהודה אמר רב: בקרונות של ציפורי היה מעשה; וכדברי אמי, דאמר רבי אמי: והוא, שהיתה סיעה של בני אדם כשרין עוברת לשם; וכדרי' ינאי, דאמר ר' ינאי: נבעלת בקרונות כשרה לכהונה, בקרונות סלקא דעתך? אלא, נבעלת בשעת קרונות כשרה לכהונה, אבל פירש אחד מציפורי ובעל - הולד שתוקי; כי הא דכי אתא רב דימי אמר זעירי א"ר חנינא, ואמרי לה אמר זעירי אמר ר' חנינא: הולכין אחר רוב העיר, ואין הולכין אחר רוב סיעה; כלפי לייא? הני נידי והני קביעי וקיימי! אלא, הולכין אחר רוב העיר והוא דאיכא רוב סיעה בהדה, ואין הולכין אחר רוב העיר גרידתא, ולא אחר רוב סיעה גרידתא, מ"ט? גזרה רוב סיעה אטו רוב העיר. ורוב העיר נמי, אי דקא אזלי אינהו לגבה, כל דפריש מרובא פריש! לא צריכא, דקא אזלא איהי לגבייהו, דהוה ליה קבוע, וא"ר זירא: כל קבוע כמחצה על מחצה דמי".

והרי"ף (שם ה, א) הביא את דברי ר' ינאי וכתב דכן הלכתא, והר"ן שם הסביר את טעמה של הלכה זו:

"מפרשינן בגמרא דהיינו טעמא דבעינן תרי רובי [דברוב העיר בלחוד לא סגי] משום דאע"ג דמדינא כל היכא דאזלי אינהו לגבה אית לן למישרי משום כל דפריש מרובה פריש, אפ"ה לא שרינן לה כדי שלא יבא להתיר היכא דאזלה איהי לגבייהו, דהוה ליה קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצה דאמי, וברוב סיעה נמי לא שריא אף על גב דליכא למיחש בה מידי דהא ליכא קבוע, כדי שלא יבא הדבר להתיר ברוב העיר. והך שמעתא בשאינה טוענת היא דאי בטוענת הא פסקינן לעיל בסמוך הלכתא כר"ג אפילו ברוב פסולים, אלא לכתחלה משום חומרא בעלמא בעינן רוב כשרים... אבל בסוגיא דהכא בשאינה טוענת עסקינן, וסתמא דמילתא הכי איתא דתינוקת הות ולא ידעה למטען, ואנוסה הות ולא ידעה מאי, וכיון דהויה לה שמא אפילו לר"ג בעי תרי רובי אפילו בדיעבד דבסוגיא דהכא לא מפלגינן כלל בין בתחלה לדיעבד".

וכן כתב גם הרא"ש (שם פ"א סי' ל) דמיירי בדלא טענה ברי, ועל כן בעינן תרי רובי אפילו לרבן גמליאל, וכ"כ הרמב"ן (שם) והרשב"א (שם). אך לא כך ס"ל לרבנו הרמב"ם

(איסורי ביאה פרק יח הל' יג-יד, יז), ולשיטתו גם כאשר אומרת לכשר נבעלתי בעיני תרי רובי, כלשונו הטהור:

"פנויה שראוה שנבעלה לאחד והלך לו, ואמרו לה מי הוא זה שבא עליך ואמרה אדם כשר הרי זו נאמנת, ולא עוד אלא אפילו ראוה מעוברת ואמרו לה ממי נתעברת ואמרה מאדם כשר הרי זו נאמנת ותהיה מותרת לכהן.

בד"א בשיהיה המקום שנבעלה בו פרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם, והיו רוב העוברים שם כשרים, ורוב העיר שפרשו אלו העוברין ממנה כשרים, שהחכמים עשו מעלה ביוחסין והצריכו שני רובות, אבל אם היו רוב העוברים פוסלים אותה כגון עכו"ם או ממזרים וכיוצא בהם אף על פי שרוב המקום שבאו ממנה כשרים או שהיו רוב אנשי המקום פסולין אף על פי שרוב העוברין שם כשרים חוששין לה שמא למי שפוסל אותה נבעלה ולא תינשא לכהן לכתחלה ואם נשאת לא תצא.

היתה אלמת או חרשת או שאמרה איני יודעת למי נבעלתי, או שהיתה קטנה שאינה מכרת בין כשר לפסול הרי זו ספק זונה, ואם נשאת לכהן תצא אלא אם כן היו שני הרובין המצויין אצלה כשרים".

ועיין שם בכסף משנה שביאר את מקורו של הרמב"ם.

וממילא מדברי שלושת עמודי ההוראה האלו למדנו שגם כאשר האם שותקת ואינה יודעת מי בא עליה אי איכא תרי רובי אזלינן בתר הרוב. וכן העלה הב"ש (סי' ד סקנ"ד) בדין אסופי ד"אם איכא תרי רובי נראה אפי' לשיטת הרמב"ם אזלינן אחר הרוב, וכ"כ גם בסי' ו' (סקל"א) בדין היתר הנבעלת לכהן.

והנה לדעת הרמב"ם כל דין זה אינו אלא כאשר נבעלה ב"פרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם", אך לא כך ס"ל לרבנו הטור (סי' ו) שכתב "דאפילו נתעברה בעיר, אם הלך הבעל אליה תנשא לכתחילה, כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעות כשרים א"כ הלכה היא אליו, וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי נראה דתנשא לכתחילה". ומר"ן השו"ע (סי' ו סעי' יח) הביא את דעת הרמב"ם בסתם ואת דעת הטור בשם י"א. וע"ש בב"ש (סקל"ד) שכתב להסביר את המחלוקת:

"... וס"ל להרמב"ם אם הביאה בעיר ויש לחוש שמא אזלא איהי לגביה א"כ תו לא הוי תרי רובי מ"ה בעינן דהביאה הוא בפרשת דרכים. והטור אף על גב דס"ל ג"כ להמסקנ' בעינן תרי רובי מ"מ בא"י לא מחמירים כ"כ אא"כ בידוע דאזל' איהי לגביה".

ועיין גם בגר"א (שם סקנ"ו) שפירש "דהטור ס"ל דמ"ש בקרנות לאו דוקא ה"ה בעיר אבל בתרי רובי מסתמא כשרה, ולא גזרינן כולי האי דשמא מרוב העיר ודילמא אזלא".

אך עיין לרבנו החתם סופר (אבה"ע א סי' ט) שצמצם את המחלוקת וכתב שגם הרמב"ם יודה שכאשר אין אנו יודעים שהאישה הלכה אל הבעל יש להתיר בתרי רובי, כלשונו:

"לא מיבעי' לפמ"ש הטור ס"י וי"ו דמסתמא אמרי' הוא הנואף אזיל לגבה וא"כ כל דפריש מרובא פריש דמותר היכי דהיא והוא מודי'. אלא אפי' להרמב"ם דמיתתי שם דחייש דלמא אזלי איהי לגבי' לולי דמסתפינא הייתי אומר הרמב"ם לא אמרה אלא בידעי' שעכ"פ פרשה מביתה ושוב נבעלה, כעובדא דתינוקות ספ"ק דכתוב' וכמתני' דראוהו מדברת... ומכיון דעכ"פ חזינן דפרישה מביתה בשעת מעשה חיישי' דלמא אזלא לביתו וה"ל קבועה... דחיישינן דלמא היא אזלא לביתו ממש ונבעלת לו שם בקביעות, אבל היכי דלא ידעי' כלל דבשעת מעשה היתה חוץ לביתה גם הרמב"ם יודה להטור דלא חיישי' להכי, דאין דרך אשה לחזור אחר איש וכסברת הטור, ואפושי בפלוגתא לא מפשי'".

ובדרך זו דרך גם בבאר יעקב (הובא במחצית השקל סוף סימן ו) וכתב דגם הרמב"ם מודה לרש"י ולטור בנבעלה בעיר ולא ידעינן אם מבני העיר או מבני סיעה דהולד כשר, ומקרי תרי רובי, ומה שפירש הרמב"ם שנבעלה בפרשת דרכים וכן העתיק בחיבורו היינו משום דמשמע ליה דהאי מעשה דציפורי הכי הוה, דהש"ס קושטא דמילתא קאמר, אך גם הוא מודה שלדינא גם אם נבעלה בעיר אזלינן בתר תרי רובי.

וכ"כ גם רבנו הגרי"א ספקטור (שו"ת עין יצחק ח"א אבה"ע סימן ז) שאין זה מוכרח שהרמב"ם יחלוק על הטור, ושטעמו של הטור הינו כטעמם של הרשב"א והריטב"א המחשיבים ספק אזלא איהי לגביה לס"ס, ולשיטתם יש לומר שגם בתרי רובי יש להקל, כלשונו:

"ט. ועוד יש לדון להיתירא בני"ד דאף דנימא כהכרעת השו"ע והטור בסי' ד' סעי' כ"ט דנאמן האב לומר דאינו בנו כלל, אף שאינו במקום הכרת בכור ואף במכחישתו האם. עכ"ז יש לנו להקל מטעם אחר והוא דהא בסי' ו' סעי' י"ח הובא דעת הטור דס"ל דאף בנתעברה בעיר תנשא לכתחילה במקום דאיכא רוב העיר ורוב סיעה כשרים וסתמא שאינו ידוע מי הלך למי תנשא לכתחילה. ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' הבאתי דברי הרשב"א והריטב"א לקדושין (דף ע"ג) שכתבו דהיכא דהוי ספק אזלא לגבי' יש להקל משום ס"ס, ספק דילמא אזלי אינהו לגבה, ואת"ל דאזלא איהי לגביהו אכתי ספק שמא לכשר נבעלה כו'. וקרא אתי היכא דה"ל מחצה על מחצה. ואף דהוי ס"ס משם א' וגרע מהך דכתובות (דף ט'). עכ"ז העליתי שם לבאר דזה הוי ס"ס מעליא... משום דספק מחצה ספק רוב הו"ל ס"ס מעליא והארכתני שם בזה. והבית יוסף באה"ע סי' ו' על דברי הטור דאם אין ידוע מי הלך למי תנשא לכתחילה וע"ז כתב הב"י דהרשב"א חולק על הטור. והב"ש שם ס"ק ל"ד כתב דאינו מוכרח דהרשב"א חולק. ולפי מש"כ בשם הרשב"א לקידושין מוכרח דהרשב"א ס"ל ג"כ כהטור כיון דספק רוב מותר מדין ס"ס. וס"ס הא ה"ל רובא לשיטת הרשב"א א"כ אף

באינו ידוע ג"כ תנשא לכתחילה משום תרי רובא רוב סיעה ורוב העיר דהוי ס"ס וכמו רוב. וכן מש"כ הב"י שם דהריטב"א ג"כ חולק על הטור וס"ל כהרמב"ם דאם אינו ידוע לא תנשא לדעתי אינו כן דהא הריטב"א בקידושין כתב ג"כ דספק רוב הוי ס"ס. ולכן ברור לדעתי דהרשב"א והריטב"א אינם חולקים על הטור בזה. ועיין בספרי באר יצחק שם שהארכתי קצת בזה. וכן בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' כתבתי מזה. והפרישה לאה"ע סוף סי' ו' וכן היש"ש לכתובות סוף פ"א כתבו טעם אחר על דברי הטור הזה משום דמן הסתם הנואף הלך אלי' כו'. אכן העיקר כמש"כ ע"פ דברי הרשב"א והריטב"א הללו דלפ"ז א"ש דברי הטור בפשיטות. ואפשר דלזה נתכווין הב"י שם וקיצר בזה. ובאמת לדעתי אין מוכרח דהרמב"ם יחלוק ע"ז".

ובמה שכתב לדמות תרי רובי לס"ס, דשניהם הוי כרוב, ונראה דכוונתו הינה דגם בתרי רובי יש לצרף את רוב הסיעה למחצה בני העיר הכשרים (שהרי אם הלכה אל הבעל הוה הבעל כקבוע דכמחצה על מחצה דמי), הרי בשער המלך (הלכות יו"ט א, כ) כתב דתרי רובי עדיפי מספק ספיקא דהא בס"ס יש שני ספיקות שקולים אך בתרי רובי איתא תרי ספיקות של רוב להיתר.

ובאמת גם אם נאמר דהטור והרמב"ם פליגי שנבעלה בעיר ולא ידענו מי הלך למי, הרי מצאנו בים של שלמה (פ"ק דכתובות ס"ו מ"ד) שתמה על הרמב"ם דבעי שנבעלה בפרשת דרכים ונראה דמכריע להלכה כטור, כלשונו הטהור:

"וכ' עוד הרמב"ם בד"א שנבעלה בפרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם... ולא נהירא דאפי' נבעלה בעיר או שנתעברה תנשא לכתחלה היכא דאיכא נמי רוב סיעה ורוב העיר כשרים שהוא ה"יום - השוק" דכל דפריש מרובא קפריש ואפי' אינה טוענת ברי... ואף דאיכא למיחש שמא היא הלכה אליהם לביתם אפ"ה שרינן לכתחלה מאחר דאיכא נמי רוב סיעה ואיכא ס"ס. חדא שמא הלך הוא אליה ואפי' את"ל שהלכה היא אליהם שמא הלכה היא לגבייהו דקרנות שאינה קבוע... ואי ליכא רוב סיעה אז אפי' תצא היכא דלא טענה ברי... והטור נמי השיג על הרמב"ם".

וכך הכריע להלכה הבית מאיר (שם) דיש להכשיר בתרי רובי כהטור שכן רש"י מסייע להטור, וכפי הנראה הרמב"ם ז"ל בפירוש תרי רובי יחידאה הוא. וכ"כ גם החתם סופר (ריש סי' יח) דלדינא ראוי להכריע כהטור להקל בתרי רובי. וכ"כ גם הש"ש (ד, כג) והחזון איש (סי' ז סק"ו).

והגם דמר"ן השו"ע (סי' ו סעי' יז-יח) פסק בסתמא כדברי הרמב"ם והביא את דברי הטור רק בשם י"א, מ"מ הרי כתבו הר"ן (כתובות ד, ב) והרב המגיד (איסורי ביאה יח, יג) שלגבי הוולד הנפסל מלבוא בקהל חשוב הדין כדיעבד ודינו כדין אשה שנשאת שלא תצא, וכתב בעין יצחק דיש לומר שבדיעבד גם הרמב"ם יודה לדברי הטור.

וא"כ בנד"ד היות ואם המבקש חיה והתעברה בלונדון בה איכא רוב עיר ורוב סיעה גויים שביאתם אינה פוסלת את הולד מלבוא בקהל, הרי שלדברי רבנו הגר"א ספקטור יש להכשיר את הולד לבוא בקהל.

ולמעלה מכך מצינו בדברי המהרי"ט (ח"ב אבה"ע סי' טו) שהחשיב את דין הולד לדיעבד ועל כן העלה שאפילו בחד רובא גויים אזלינן לקולא, וכל"ה:

"אי נמי היכא דרובא גויים הו"ל רוב כשרים אצל הולד דקי"ל בפ' החולץ (יבמות מה, ב) גוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, ואפילו אשת איש, כמ"ש הרמב"ם בפט"ו הי"ט מהלכות איסורי ביאה... וזהו ברוב פסולים אצלה, אבל אם רוב גויים או עבדים אפילו לא בדקו את אמן אזלינן בתר רובא. ואע"ג דבעינן תרי רובי לגבי וולד חשיב דיעבד כיון שיהא אסור בישראלית ובממזרת".

ועיין בתשובות רבנו עקיבא איגר (מהדו"ק אבה"ע סי' קו) שהביא את דברי המהרי"ט כדי להוכיח דהיכא דאיכא עכו"ם בעיר איכא לספוקי בעכו"ם ודלא כשעה"מ (איסורי ביאה טו, יז), הפרישה (סי' ד סקל"ט) והב"ש (שם סקנ"ב) לדעת הטור דס"ל דאם לא טענה שמגוי נתעברה לא מספקינן בעכו"ם דאין דעת ישראל מעורבת עמהם ולא תפקיר עצמה לו. ובנדון כעין נד"ד שבו אנו יודעים שהאם חיה בין הגויים וזינתה בוודאי תחת בעלה נראה שכונ"ע יודו דיש לחשוש שנבעלה גם לגוי, וכפי שהעלה הגר"ש אלישיב (קובץ תשובות ח"א סימן קמא):

"אמנם פליגי קדמאי אי תלינן בגוי והרבה מן הסוברים שאם היא לא טענה שמגוי נתעברה - אנן לא מספקינן בגוי עי' סי' ד' בב"ש סקנ"ב. אך נראה דבמקרה דנן לכו"ע תלינן בגוי כמו יהודי, כי הטעם דלא תלינן בגוי כ' החת"ס אה"ע סי' ט' דרחוק מאד שתשמע לו כי חרפה היא לה להיבעל לנכרי ע"ש, ברם כ"ז כשהשנים כתיקונם והיהודים היו מובדלים מבני נכר הארץ (והרבה מן הסוברים שגם בכה"ג מספקינן בגוי) משא"כ אצל הבריות הללו שלא נמנעה מלהיות עם זר בהיותה א"א, אצלם הרי נהרס לגמרי המחיצה המבדלת בין ישראל לעמים התערבו בגוים והם לעם אחד, הרי מילתא דפשיטא דתלינן בגוי כמו ביהודי".

ועיין שם שגם במקום שהאם אומרת שהבן הינו מבוועל יהודי, וגם הבועל עצמו טוען כמותה יש לתלות בגוי, ועיין גם בתשובתו הבאה שם (סי' קמב).

ועיין גם בדברי מו"ר ועט"ר מר"ן אביר הרועים היביע אומר זצ"ל (ח"י חאבה"ע סי' ג) שהביא את דברי המהרי"ט הנ"ל וכתב עליהם:

"והנה לדאבון לבנו בזמן הזה נפרצו כמה מן הגדרות והמחיצות שבין ישראל לעמים, ובפרט בחו"ל שמתגוררים יהודים וגויים בבתי משותפים, ועל ספסל הלימודים יושבים בנים ובנות בערבוביא, באוניברסיטאות ובמכללות יהודים וגוים ביחד, ומתקרבים בדעותיהם ובהליכותיהם... וע"פ המציאות הזאת בודאי

שכל שיש רוב עכו"ם תלינן שנתעברה מגוי והולד כשר, ואף הריטב"א והאור זרוע הנ"ל שכתבו שרוב המצויים אצלה ישראל, בדורותנו אלה גם הם יודו שאלה שאינן נוהגות בצניעות ככל בנות ישראל הכשרות, פריצי להו ושיחי להו עכו"ם לא פחות מישראל, ולכן מ"ש בשו"ת חמדת שלמה (חאבה"ע סי' א) בטעם הב"ש דס"ל דלא תלינן בגוי היכא דלא טענה כן, היינו משום שינוי הדתות שבין ישראל לעמים, ולכן אינם מקורבים כ"כ, להכי לא תלינן בעכו"ם, ע"כ. לפי האמור הדבר נשתנה בדורות אלו, ואף הב"ש יודה דתלינן בעכו"ם".

ובתשובה קודמת (יביע אומר ח"ט חאבה"ע סי' ד) כתב מר"ן הראשל"צ שאף שהחתם סופר (חאבה"ע סי' י) כתב שאין לצרף ספק שמא מגוי נתעברה כי חרפה הוא לה מ"מ במקום דאיכא תרי רובי שהתעברה מגוי אפשר לתלות בו, ושכן העלה גם רבנו החת"ס עצמו (חאבה"ע סי' יג). והוסיף שבשו"ת צל הכסף (ח"ב חאבה"ע סי' ב) הביא חבל נביאים ראשונים ואחרונים כולהו ס"ל דתלינן שנתעברה מגוי, ושכן עשו מעשה, לצרף ספק זה, גאוני ירושלים הלא הם רבי יעקב שאול אלישר, רבי רחמים יוסף פרנקו והרב שמ"ח גאגין ועל צבאם נשיאם הגאון הראש"ל רבי אברהם אשכנזי. וע"ע בתשובת היביע אומר בח"ח (אבה"ע סי' ט) ובתשובתו בח"י (אבה"ע סי' יא).

ונראה דהגם שהגרע"א הקשה שם על סברת המהרי"ט דדי בחד רובא גויים כדי להכשיר הולד וכתב ד"דבריו שגבוי ממני, דהא אף בדיעבד לא מהני חד רובא בטענת שמא" כמבואר בגמ' (כתובות יד, א) דבעינן תרי רובי. כבר נזקק לכך רבנו הנודע ביהודה (מהדו"ק אה"ע סי' ז) וכתב דמה דמצינו בגמ' כתובות דף ט"ו ב' דבעינן תרי רובי היינו ליוחסי כהונה כגון שהאסופי דמשלטי הדמיה הוא בת שאסורה לכהונה משום דלא סגי בחד רובא אך מותרת לקהל, דליוחסי קהל סגי בחד רובא.

ומ"מ בנד"ד דאיכא תרי רובי כבר עשה מעשה מו"ר ועט"ר מר"ן אביר הרועים ג"ע הגר"ע יוסף זצ"ל (יביע אומר ח"ט חאבה"ע סי' ד) וסמך בכל כוחו על דברי העין יצחק, והביא שנסמכו עליו בשו"ת לב אריה (ח"ב סי' מ) ובשו"ת באר אברהם (סי' מא). והוסיף שאף שהאם רשמה בתעודת הלידה שאבי בנה הינו 'בעלה' השני (אליו 'נשאה' טרם שקיבלה גט מבעלה הראשון) יש לסמוך על תרי רובי גויים ולהתיר את הולד, שכן גם המהרי"ו (סי' עד) יודה שבתרי רובי אין האם נאמנת לפסול את בנה. והוסיף שגם ה'בעל' השני אינו נאמן לומר שזהו בנו ובכך לפוסלו שכן לא האמינה התורה אלא לאיש החי עם אשתו בחו"ק כדמו"י "ולכן שפיר תלינן שנתעברה מגוי כיון דאיכא תרי רובי גויים, רוב סיעה ורוב העיר", וככל אשר זכינו, ב"ה, להעלות לעיל. ומו"ר ועט"ר מר"ן הראש"ל זצ"ל עשה מעשה ע"פ חידושו של העין יצחק גם בתשובות נוספות (שם ג, ה, ו ויביע אומר ח"י חאבה"ע סי' ד - ה וסי' יא - יב). וכן עשה מעשה גם רבה של ירושלים דדהבא מו"ר הגר"ש משאש זצ"ל במספר פסקי דינים המובאים בספריו שמש ומגן (ח"ב אבה"ע סי' כב, ח"ג חאבה"ע סי' מו וכן ח"ד חאבה"ע סי' כ, כג, כה, לב). וכן כתב גם רבנו הישכיל עבדי (ח"ח חאבה"ע סי' יב), וכ"כ גם הגר"צ בוארון (שערי ציון ח"ב חאבה"ע סי' ו).

ואפשר שבנד"ד יש לצרף לאמור לעיל גם ספק שמא התעברה מבעלה הראשון, ובפרט לפי דבריו המפורסמים של בעל ההפלאה בספרו פנים יפות (פרשת אחרי מות פסוק "ערות אחותך בת אביך") שרוב הנבעלות ומתעברות מבעליהן ויש לתלות שהבן נולד מהבעל הראשון אליו הייתה נשואה כדמו"י. (והדברים כבר התבארו כל צרכם בדברי מר"ן הראש"ל זצ"ל (יביע אומר ח"ט חאבה"ע סי' ו) וצירף שם גם את סברת העין יצחק הנ"ל, וכן צירף והעלה גם הראש"ל הגר"ש עמאר שליט"א בשו"ת שמע שלמה ח"ג חאבה"ע סי' א).

וכבר הרחיב מר"ן הראש"ל זצ"ל בכמה מקומות (מהם ראה גם בשמש ומגן ח"ד חאבה"ע על סי' כ הנ"ל) שאף במקום שחיה בקביעות עם הבעל ולכאורה יש ס"ס להחמיר דשמא כשישבה עם בעלה השני לא זינתה עם אחרים, ואת"ל זינתה שמא מגוי נתעברה שמא מישראל, מ"מ כבר ביאר הבית מאיר (אבה"ע סי' ד סעי' כו) שאפילו לדעת הרשב"א דספקא דאורייתא לחומרא מהתורה מ"מ בספק ממזר דגלי לן קרא שמותר מהתורה אפילו יש ס"ס להחמיר מותר. וכבר ביארנו לעיל שפנויה שהתעברה אף אם היא והבעל טוענים שהבעל הוא האבא חיישינן דכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, כדברי הרמב"ם ומר"ן השו"ע, והרמ"א (שם סי' ד סעי' כו) כתב דה"ה גם במיוחדת לו, ומשמע מדבריו שאף במיוחדת לו לא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, ושרק כאשר נישאו כדמו"י אמרינן הכי, ואפשר שגם מכאן חיזוק לסברת הפנים יפות דלעיל שכתב:

"... דהא דאמרינן רוב הבעילות אחר הבעל אין הפירוש מפני שרגיל אצלה בביאות הרבה, דלא חלקה התורה אפילו לא נתייחד עמה הבעל אלא פעם אחד תולין הולד בבעל, אלא הפירוש הוא דרוב הנבעלות הם מבעליהן, להכי כל היכא דאיכא למיתלא כבעל אזלינן בתר רוב הנבעלות שנבעלות מבעליהן.

לפי זה בחייבי כריתות שאין תופסין קדושין כלל ואין שם בעל עליו ליתא להאי רובא, ואדרבא כיון דלדידיה איכא איסור כרת ולכולי עלמא ליכא איסור כרת איכא למיתלא יותר באחרים, כדאמר ביבמות שם דף סט ע"א, מה שאין כן בחייבי לאוין כיון דתפסי בהו קדושין שם בעל עליהן...".

וכ"כ גם בספרו נתיבות לשבת (סימן ד ס"ק ט), שגם בהלך בעלה למדינת הים שאינו מצוי אצלה כל כך אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, דכיון דאיכא חזקת כשרות עדיף טפי לתלות בו.

והגם דאמרינן בגמרא (סוטה כז, ב) דאשת איש שהיא פרוצה ביותר יש לחוש לבניה, וכן פסקו הרמב"ם (איסורי ביאה טו, כ) ומר"ן השו"ע (סי' ד סעי' טו), אין בכך כדי להחמיר על המבקש בנד"ד. חדא, דהא לדעת הב"ש (שם סקכ"ו) אין החשש אלא לכהונה. ועוד, שגם לחולקים וחוששים לממזרות וכפי שהביא הב"ש (שם) בשם רש"י והמהר"א, וכפי שכתב גם הט"ז (שם סק"כ), הא איכא תרי רובי גויים ויש לתלות את העובר בהם, וכפי שהראנו לעיל. ועוד שאפשר שדעת רש"י והמהר"א שחוששים לממזרות הינה אך במקום שהייתה פרוצה ביותר כהסבר הסמ"ג (ל"ת קיז), דהיינו "דמפקרת עצמה לכל לכתחילה בפרהסיא", ובהכי

יודו כו"ע דחיישנין לממזרות (כשליכא תרי רובי). ושגם רש"י והמהרא"י יודו שכאשר אינה פרוצה בפרהסיא לכול אלא "אך" איכא "עדי כיעור ופרוצה בפרהסיא בגיפוף ונישוק וביחוד ואיכא רגל"ד", כדברי המהר"י מברונא (סימן סו), אין לחשוש לממזרות, ובנד"ד הרי לא הייתה מופקרת לכול, רח"ל.

ועוד אפשר שיש לצרף בנד"ד גם את דעת רבנו הנודע ביהודה ביהודה (קמא אה"ע סי' ז) שכתב לחלק בין שתוקי לאסופי, דשתוקי דידעינן מיהי אמו וצריכים אנו לדון גם על האם ולדידה הוי קבוע, דלמא אזלא איהי לגבייהו, ולכך האם והולד פסולים, אבל אסופי אנו דנין רק על הולד והולד מקרי פירש כמו בט' חנויות כו' דכל דפריש מר"פ ולכך ליכא באסופי שום חשש רק מדרבנן החמירו באסופי אפי' ברוב כשרים משום רגלים לדבר, שהרי השליכתו למיתה ולא חסה עליו, ולהכי היכא שיש הוכחה שלא השליכתו מחמת פסולו הוא כשר משום שיש רוב כשרים ומשום שתוקי אין לאסרו דכל דפריש מרובא פריש. ועיין שם שגם הוא העלה דאף דאמרי' בכתובות ט"ו דבעי' תרי רובי ליוחסין היינו ליוחסין דכהונה אבל ליוחסין דישאל סגי בחד רובא כו'. ולפי זה העלה דגם בשתוקי אם לא נבדקה אמו כלל עד שמתה כגון שילדה במקום שאין ב"ד או שלא נזקקו הב"ד לזה לשלוח לשאול את פיה ממי נתעברה עד שמתה האם בלי בדיקה ושוב אין לנו שום עסק לדון על האם ממי נבעלה, ואין אנו דנין רק על הולד, והולד מקרי פירש ואין שום רגלים לדבר שפסול הוא שהרי גדלתו אמו ולא השליכתו א"כ אם רוב כשרים אצלה הולד כשר. הביאו גם הפתחי תשובה (סי' ד סקמ"א), אך ע"ש שכתב שרבים החולקים עליו ומהם הגאון מליסא בספר קהילת יעקב (סי' ו סעי' יח), המהרי"ט (ספר ב חלק אבה"ע סי' יח), הרב חמדת שלמה (סי' א) והבית מאיר (סעי' כו). וכ"כ גם החזון איש (סי' ז סק"ה) דכבר חלקו האחרונים על כל דברי הנו"ב. אך הנה מצאנו לו לרבנו הנו"ב גם חברים למסקנתו, ומהם הרב בעל ההפלאה (כתובות דף טו), רבנו בעל השב שמעתתא (ש"ד פרק יח) ורבנו העין יצחק (שם), ונראה דיש לצרפו גם בנדוננו, ואחר כותבי כל זאת ראיתי שגם מר"ן הראשל"צ הגר"ע יוסף זצ"ל (ח"י חאבה"ע סי' י) הביא את דברי הנו"ב בסתמא ואזיל כוותיה, וראיתי ושמח לבבי, וע"ע בפד"ר (ח"ח עמ' 283).

נמצא דבשאלה זו שבאה לפנינו כבר הילכו הנמושות, הני סבי דמשפטים שדבר לא נעלם מעיניהם הזכות והטהורות, והעלו בכוחא דהיתרא להתיר את הולד לבוא בקהל ולהינשא בחו"ק כדמו"י, ועשו מעשה ובא בכתובים פעמים רבות, באופן שהיתרו של המבקש שבפנינו הינו ברור, ויש להתירו לבוא בקהל ולהינשא בחו"ק כדמו"י.

ומ"מ מה אני ומה חיי כי אבוא לחוות דעי בעניינים אלו החמורים, ואני יודע בעצמי שאיני ראוי, איני הגון ואיני כדאי ולוואי יזכני בוראי להוסיף בתורה ותבונה, על כן אך אם יסכימו עמי עמיתי יש להתיר את המבקש לבוא בקהל ולשאת אשה בחו"ק כדת משה וישראל.

והסכימו עמי עמיתי, הגר"י זמיר, אב"ד נתניה (דאז), והגר"א שינדלר, ויצא הדבר בהיתר.



הרב יצחק רבינוביץ

חבר בית הדין הרבני ירושלים

מוחזקות כהונה בטעות ע"פ שם משפחה

פסק דין

בפני ביה"ד בקשת המבקש, אשר שם משפחת אביו היה בעבר "כהן", להתיר לו להינשא עם גיורת.

המבקש הופיע לדיון והציג את שטר כתובת הוריו - א' ואו', בה מצוין כי החתן הוא א' בן יוסף "הכהן". כך מצוין גם בתעודת הנישואין.

לטענת המבקש, אביו עלה לארץ עם סבתו שגידלה אותו ורשמה אותו ככנה ורשמה את שם משפחתו כשם משפחתה "כהן" בעוד ששם משפחתו המקורי הוא "ב" והוא אינו כהן.

בדיון בביה"ד שהתקיים ביום א' באייר תשע"ז (27.4.17), התקבלה עדותה של אם המבקש או' - אלמנתו של מר א' הנ"ל, לפיה בעלה איננו כהן מהסיבות האמורות. לדבריה, הוא לא נשא את כפיו בדוכן ונכנס כישראל לבתי עלמין.

אחי המבקש מר מ' העיד אף הוא בביה"ד כי אביו לא הלך להתפלל, אך העיד על עצמו כי היה נושא כפיים תקופה מסוימת כי חשב שהוא כהן בגלל שם משפחתו ולאחמ"כ הפסיק. גבאי ביכנ"ס בו מתפלל מר מ' הנ"ל העיד בעדות טלפונית כי איננו נוהג ככהן.

ביה"ד הורה להניח על שולחנו את תיק אבי המבקש מר א' כהן ממשרד הפנים. הקשיים שעמדו בפני ביה"ד היו רבים נוכח הניסיונות להחלפת שמות שונים במהלך השנים: שינוי שם משפחת אבי המבקש, שינוי שמו הפרטי פעמיים, שינוי שם אביו ושם אמו.

ע"פ נתוני פרטי אבי המבקש בתיק משרד הפנים עולים הממצאים דלקמן:

אבי המבקש מר א' כהן נולד ביום 16.3.1942 בתוניס. שם אביו יוסף ושם אמו רחל.

הנ"ל עלה לארץ ביום 11.1.1956. בספר התושבים מצוין שם משפחתו "כהן" במוסגר ותוקן ל"ב", כן תוקנו השמות הפרטיים שלו ושל הוריו. נציין כי בחתימת אבי המשפחה מופיעה החתימה בלע"ז: כהן יוסף.

במסמכים המופיעים בתיק לאורך השנים ציין אבי המבקש מר א' כהן את שם משפחתו ככהן, פרט לבקשה בלשכת עליה ומרשם לתעודת זהות מיום 9.7.62, אז הזדהה הנ"ל בשם ב' (שם משפחה) א', ונפרט:

הנ"ל ציין את שמו ככהן א' ביום 5.8.62 בהודעה על שינוי מעון, כך גם בבקשות להוצאת דרכון בשנת 6.8.62, בבקשה לתעודת רישום ע"ש ילדים לצורך הנפקת דרכון מיום 24.9.63, בבקשה לחידוש תעודת זהות מיום 17.11.68, בבקשה להארכת תוקף דרכון מיום 30.7.70. ותעודת זהות ביום 22.12.74, בבקשה להוצאת דרכון משנת 1974, ובבקשה לקבלת העתק תעודת זהות ביום 14.10.1980.

בתעודת נישואין שנערכו ביום 21.10.62 מצוין שם המשפחה כהן.

בתיק משרד הפנים של מר א' כהן מתועדים נסיונותיו שלו - א' כהן לשנות את שמו, שם משפחתו, שם אביו ושם אמו במהלך השנים: ביום 1.6.1982 הגיש מר א' כהן בקשה לשינוי שם ללשכה לעליה ולמרשם משרד הפנים ת"א יפו בה הוא מבקש לשנות את שם משפחתו מהשם "כהן" ל"ב". וכך הוא כותב: "סיבת הגשת בקשה זו היא כי שם המשפחה האמיתי שלי בו נולדתי הוא ב' נולדתי בתור א' פר' ב' להורי ס' ופור' ב' וכו'. עליתי לישראל ביחד עם סבתי רחל כהן ונרשמתי על ידה בשם משפחתה כאילו הייתי בנה".

לבקשה מצורף תצהיר שנערך בפני עו"ד אריה לפיד ביום 31.5.1982 בו מצהיר אבי המבקש: "נולדתי בטוניס וכו' להורי ס' ופור' ב' וניתן לי בשעת לידתי השם אל' פר' ב'. עליתי לישראל ביחד עם סבתי רחל כהן ונרשמתי על ידה במרשם התושבים כאילו הייתי בנה ולכן הנני רשום בישראל בתור א' כהן. הנני עושה תצהיר זה בתמיכה לבקשתי לשנות את שמי לשם א' פר' ב' וביחד איתי את שמות אשתי וילדי הקטנים לשם המשפחה ב'".

בתיק נמצא העתק נאמן למקור בצרפתית ע"י העו"ד הנ"ל של תעודת הלידה של מר א' כהן. העתק זה הוצא ככל הנראה לאור בקשת אבי המבקש בשנת 1982 לתיקון שמו בתעודת זהות הישראלית. שם נכתב בלע"ז כי שם בעל התעודה - א' פר' ב'. שם אביו ס' ב' ת.ל. 23.4.1922 ושם אמו פור' לבית נ' (לא צוין תאריך לידתה כי אם שבמועד נישואיה היא היתה כבת 19). במסגרת עריכת פס"ד זה פנה ביה"ד דנן למשרדו של העו"ד הנ"ל לשם בירור, אך נענה כי התיק ככל הנראה נגרס ואבד.

ביום 15.12.1982 הגיש שוב מר א' כהן את בקשתו למשרד הפנים בה הצהיר כי אינו כהן ומבקש לאשר את השם "ב" כשם משפחה. לאחר ששינה את הגדרת הבקשה מ"תיקון שם משפחה" ל"שינוי שם משפחה" אושרה בקשתו. הנ"ל קבל תעודה המעידה על שינוי השם ל"ב" ביום 9.3.1983. וביום 13.3.1983 הגיש בקשה לקבלת תעודת זהות ע"פ העדכון.

ביום 24.3.83 הגיש גם בקשה לשינוי שמות הוריו מ-"יוסף" ל-"ס', ומ-"רחל" ל-"פור'.

ביום 14.6.1985 במכתב למר "ב' א' פר'" פסלה הלשכה המחוזית לעליה ומרשם את בקשת הנ"ל לשינוי שם מיום 30.5.1985. היות ולא עברו 7 שנים מאז השינוי האחרון.

ב 30.7.1990 הגיש הנ"ל בקשה לשינוי שמו הפרטי ל"פרד' פרנ' ב". (תואם לשם אבי אביו - ס' בן פרד') אישור שהתקבל ביום 30.10.90.

יוער, כי אחי המבקש, מר מ' ב' ניסה לקבל היתר נישואין לגרושה מביה"ד ת"א בשנת 1999, בהחלטת ביה"ד מיום 7.3.99 הופנה המבקש מר מ' ב' לרשם הנישואין לבירור מעמדו ולא קיבל היתר מביה"ד. מעיון בתיק ביה"ד בת"א עולה כי לא התקיים בירור יסודי ע"י ביה"ד בבקשתו.

במסגרת בירורי ביה"ד דנן, קיבל ביה"ד גם את תיק משרד הפנים של מר יוסף כהן - הוא יוסף הכהן המוצהר בכתובתו של מר א' כאביו. שם מתועדות הצהרותיו בספר התושבים ובבקשה לתעודת זהות של מר יוסף כהן על א' כבנו. חתימתו וזהה לחתימת אבי המשפחה הנמצאת בספר התושבים של מר א' כהן. שם אשתו של מר יוסף כהן - רחל לבית ס' ילידת 1907.

לאחר מאמצים מרובים, עלה בידינו בע"ה להתחקות אחר תעודת הלידה המקורית בצרפתית ובערבית של אבי המבקש, מר א' ב', מתוניס מקום הולדתו. כדלהלן:

בתעודות אלו אכן מופיע שמו ושם אביו - ס' כששם משפחתם הוא "ב". שם האם פור' לבית נ'. תעודה זו מאששת את הטענה כי שם המשפחה האמיתי אכן הוא "ב" ולא כהן. יצוין, כי מבירור עלה כי לא מקובל לזהות את משפחת ב' כמשפחת כהנים.

אך א"כ נשאר התעלומה - מיהו אותו יוסף כהן הרשום כאביו של א' בכתובתו ובתעודות העליה והרישום, אותו יוסף שמר א' ובני משפחתו טוענים כי אינו אביו.

בסייעתא דשמיא הגיע לידי ביה"ד קיצור שטר כתובה, הוא פנקס בו מתועדים רישומי הנישואין מתוניס בכתב חצי קולמוס. בדף 23 מספר כתובה 43 קיצור שטר כתובה מספרו 18,476 מתועד כדלהלן:

יום כתיבת שטר הכתובה למניננו: בחמישי בשבת שנים עשר כסלו כסלו ת"ש.
מתאים למנין הנוצרים 23 נובמבר 1939.

שם החתן: ש' בן פרג' ב' (שם המשפחה) ול' ש'. נולד בתונס 23 מאי 1922.

שם הכלה: פר' מ' בת א' נ' (שם משפחה) ורחל ס' (שם משפחה בנעורים) נולדה בתונס 1 פיורי (הוא פברואר) 1921. וכו'.

שמות הסופרים העדים הבאים על החתום: כה"ר ברהם בן ה"ר חי כשכאש הי"ו.
תונס יום 14 כסלו ת"ש 26 נובמבר 1939.

ע"פ רישום זה רחל לבית ס' היתה נשואה לא' נ' ולהם בת בשם פור' שנישאה לש' ב'.

רישום זה תואם את תעודת הלידה של א' שם מופיעים הוריו- ש' ב' ופור' לבית נ'. תאריכי הלידה והנישואין מסתברים ותואמים את הנטען.

בהמשך בירוריו, ביה"ד קיבל לידי מתונים את תעודות ילדיהם של מר יוסף כהן ואשתו רחל לבית ס'. בהם תעודות של: ל', כ"מ' וס"ז'. שמות המתועדים ברישום העליה של מר יוסף כהן כילדיו. בתעודות אלו לא נמצא שמו של א' כבנו של יוסף כהן.

נראה כי אותה רחל לבית ס' הרשומה כאשתו של יוסף כהן במסמכי העליה, היא אשת א' נ' הרשומה במסמך קיצור הכתובה כאמא של הכלה פור', נראה שאותה רחל ככל הנראה התאלמנה מבעלה ונישאה בשנית למר יוסף כהן שהוא כשמו - כהן. מר א' אינו בנה, אלא ע"פ המסמכים והתעודות הוא בנם של פור' - בתה של רחל מנישואיה הקודמים, וש' לבית ב'. ככל הנראה עלה א' הנכד כשהיה כבן 14 עם סבתו - רחל ובעלה מר יוסף כהן ולכן הצהירה עליו כבנו ולכן חתימתו של יוסף נמצאת ברישום העליה של א'.

יצוין כי לפי תאריכי הלידה של רחל לבית ס' ברישום העליה - 1907, ותאריך לידת בתה המופיע בקיצור שטר כתובה - 1921, נמצא שרחל ילדה את בתה פור' כשהיתה כבת 14, תופעה לא נדירה בתנאי החיים בימים ההם.

לא הגיעו עוד מסמכים או תעודות על ש' ופור' ב'.

הכרעה: אמתלאה להחזקת כהונה ע"פ שם משפחה

הנה, מי ששם משפחתו "כהן" אף אם מעולם לא נהג במנהגי כהונה משום שגדל במשפחה שאינה שומרת תורה ומצוות, נראה כי הואיל ורוב הנקראים בשם "כהן" הם ממשפחת כהונה, נחשב כמי שהחזק לכהונה, וכמש"כ קצות החושן (סי' רפד ס"ק א') עפ"י גמ' (ב"ב קכו ב): "מוחזקני בזה שהוא בכור, דהוי קרי ליה אבוה" וכו', דלאו דוקא כשהחזק כן עפ"י אביו אלא הוא הדין כשהחזק כן עפ"י מה שבני אדם קוראים אותו "בכור", הואיל והחזק שמו בעיר שהוא בכור ה"ז בחזקת בכור ליטול פי שנים בירושה. ואפילו לא החזק בשם כהן אלא ל' יום, כבר כתב הרמב"ם (מלוה ולוה פכ"ד ה"ד) עפ"י הגמ' בב"ב (קסז ב) שאם החזק בעיר ל' יום שכך שמו, אין חוששים שמא שם אחר יש לו והוא שינהו כדי לרמות ולעשות קנוניא עיין פד"ר י"ח עמ' 193, ובפס"ד ביה"ד ירושלים ח"א עמ' מ"ג.

גם בספר דעת יואל (הגר"י קלופט זצ"ל, אבה"ע סי' קס) דן במי ששם משפחתו "כהנא" וטוען כי השם המקורי היה שונה וכי אינו כהן. ובראשית דבריו כתב:

"והנה ראשית דבר יש להניח שהוא כהן שהולכים אחרי הרוב, ורוב המשפחות ששמן "כהנא" "כהן" "כץ" הם כהנים, ואף שיש כאלה הנקראים בשם משפחה כזה ואינם כהנים, אבל הרוב כידוע הם כן כהנים, ורובא דאורייתא".

אלא שכאן בנדון שלפנינו יש לאיש אמתלא לדבריו שאינו כהן, שהרי הוכיח כי אביו החזיק עצמו בשם המשפחה "כהן" בגלל שגדל אצל הסבתא, ואין לנו הוכחה שנהג כמנהג כהנים רק שאחז בשם משפחה זו. וברור כי זו אמתלא טובה לאור מה שהתברר מהתעודות כי שם אב אבי המבקש - מר א' ב' - הוא ס', ושם האם פור' לבית נ' כששם משפחתם הוא "ב". תעודה זו מאששת את הטענה כי שם המשפחה האמיתי אכן הוא "ב" ולא "כהן". ועיין בשו"ת מהרי"ט חלק א סימן קמז. ובשו"ת תשובות והנהגות כרך ב סימן תרפח.

יצוין עוד, כי לא הובאה בפנינו עדות או הוכחה כל שהיא כי יוסף כהן נהג בא' - אבי המבקש כבנו הביולוגי לכל דבר, מלבד רישומו במרשם האוכלוסין כבנו. גם לא הובאה הוכחה ש-א' נהג ביוסף כאביו הביולוגי לכל דבר, מקטנותו כי אם בנשיאת שם משפחתו כשם משפחתו של יוסף וברישומו של יוסף כאביו בכתובה, דבר זה אינו מהווה הוכחה גמורה, שהרי יש הנקראים בשם אביהם המאמץ בכתובה ובשם משפחתו על אף שאינו אביהם הביולוגי.

עיינ מבי"ט (ח"א סי' רי"ט) שנשאל:

"ראובן נאמר לו שמשפחה אחת שהיתה כינוייה ככינוייה שהיו כהנים ושהוא גם כן יהיה כהן, ואחר ימים בא לפני רב א' וספר לו הדבר, ואמר לו שינהוג חומרי כהנים, ועל דברי הרב סמך בנו של ראובן שהיה בעל תורה והיה נוהג להפריש עצמו מטומאת מת דרך חומרא, ובנו היה מקל בחומרת אביו כי לפעמים היה נזהר מטומאת מת ולפעמים לא היה נזהר. לימים מתה אשתו וארס אשה גרושה, והתרו בו שלא ישאנה, וקפץ וכנס אותה, יודיענו רבינו אם יתחייב בדין להוציאה או לא".

בתשובתו שם האריך לומר כי אין הבן חייב בחומרתו של אביו, וכיון שלא הוחזק שהוא כהן אלא עפ"י שמועה זו, לכתחילה יכול לישא גרושה, ואין בזה משום שויה אנפשיה שהרי אפילו אביו לא עשה כן אלא מספק.

ואין זה דומה לנידונו כיון ששם מלכתחילה לא הוחזק בהנהגתו ככהן מפני שנהג בחומרי כהונה אך ורק מספק. יתכן, כי בנידון דנן שהוחזק ככהן על פי שם משפחתו, הדבר נחשב כחזקה גמורה.

עיינ בשו"ת בית אפרים (סי' מ"ט) שכתב:

"כיון שאנו מוחזקין שזו ארוסתו של פלוני מלקין עליה, ור"ל דאע"ג שאין אנו יודעים מחמת מה אנו מוחזקין בכך, מסתמא היה הדבר ידוע אז כשנתארסה בפומבי ומאז נצמחה החזקה זאת, ואמרינן שמסתמא היו עדים כשרים כדת משה. ולפיכך הוחזקה זו לאשת איש מאז עד עתה. משא"כ היכא שהחזקה זאת ידוע לנו מבטן מי יצא, כגון ע"פ עצמם או ע"א דעלמא, באמת י"ל דמודה המהרי"ק דאף למלקות לא מהני".

כן מצינו בשו"ת אגרות משה (אבה"ע ח"ד סי' יא) :

"בדבר אחד שהחזיק עצמו לכהן ונתברר שכל ידיעתו היא מאביו, שבעת שקראו אותו לשמחת הבר מצוה אמר שהוא כהן, אבל אביו אינו שומר תורה כלל, וגם שברח מבית אביו בילדותו מצד מרדו באביו, שלפי הדעת לא היה לו לידע כל כך דבר כזה, שלכן אין לו שום נאמנות לזה שהוא כהן, וגם אשה אחת שהיתה בת אחי אבי אבא, שהיא שני בשני עם אביו הנזכר, אמרה איך אפשר שאתה כהן מאחר שאבי שהוא אחי אביך אינו כהן, שלכן אין לחוש למה שאמר אביו.

ומצד אמירתו לאוסרו בפסולי כהונה מדין שויה אנפשיה חד"א אין לאוסרו, מכיון שהחזקת עצמו לכהן הוא ע"פ אמירת אביו שאין לו נאמנות, לכן אינו צריך לגרש את אשתו הגיורת, שהיא גיורת בצדק וזהירה בכל דיני התורה, ורשאי לחיות עמה כמו כל ישראל בגיורת כי איננו כהן".

וכיוצא בזה מצינו בדברי פוסקים רבים שחזקה בטעות אינה חזקה וטעמם, מפני שהתברר כי החזקה היתה בטעות. ועיין היטב בש"ך (יו"ד סי' קפ"ה סק"ג) ובפתחי תשובה (שם סק"ג).

הנה בשו"ת תורת חיים (מהרח"ש, חלק ג סימן נג) הביא תשובת מוהר"ר יוסף סאמיגה :

ראובן ובנו מאנוסי הזמן לא ידעו כנוי משפחתם, וכנו את עצמם בכנוי מכנויי המשפחות, ואחר ימים בא להם כתב מצפת תוב"ב בשם זקנה אחת לומר לו ששמעה על איש ראובן הנזכר לאמר שהיו כהנים מצד האם או מצד האב, ועל פי כתב הזקנה הנזכרת בנו את עצמם בכהנים, ואעפ"י שהכל יודעים שאין המשפחה אלא לבית אבותם, מ"מ מדרך הבאים משם כל שאין יודעים משפחת אביהם מתכנים בשם אי זה מקרוביהם, ובפרט אם נודע להם משפחת אמם מתכנים בשם משפחתה כדי להתקרב לכנוי עצמם ובשרם, וזה נמצא מעשים בכל יום שתופסים כנוי משפחות אמותם כאשר נודע להם כל שאינם יודעים ומכירין בכנוי משפחות אביהם, ולפעמים אעפ"י שנודע להם משפחתם תופסים כנויים אחרים להתייחס כגון כהן או לוי ומשפחות מיוחסות שבישראל, ולכן ראובן הנזכר כינה את עצמו בכהן אם לפי שאמו היתה כהנת על פי הזקנה הנזכרת, ובפרט בהיות הכנוי הזה לכבוד ולתפארת, ועל פי זה עלה לדוכן וקרא בתורה ראשון, וכמו שהוא המנהג בכל אנוסים שמקרים את עצמם בכהנים וקוראים אותם על פיהם ואין חוששין כלל, אבל לא (האמין) שהאמין מעולם שהיה כהן באמת, ומה שיוכיח זה הוא שאחי ראובן הנזכר לא רצה להתכנות בכהן כלל עם היותו שם בעת בא כתב הזקנה, וכמו ט"ו שנה שהיו ימי חייו אחר הכתב הנזכר לא רצה להיות נקרא כהן ובפירושו היה אומר שאינו ממשפחת כהנים, ילמדנו רבינו מהו שישא גרושה ואם נשאה מהו.

וכתב וז"ל:

"ולפי הנראה לי השואל הדבר ברור דנושא גרושה לכתחלה, שהרי במידי דאיסורא האדם נאמן על עצמו לחזור בו כל שנותן אמתלאה לדבריו, כההיא דפרק ב' דכתובות (כב ע"א) ומביאו הטור בסימן קפ"ה מיו"ד וז"ל: אמרה לבעלה טמאה אני ואחר כך אמרה טהורה אני אינה נאמנת ואם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת, וכן איתא התם בפרק הנזכר אמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני נאמנת אם נתנה אמתלאה לדבריה, וא"כ פשיטא דיכול לומר אעפ"י שהייתי יודע שאיני כהן עילה מצאתי מהכתב הנזכר להתכבד ולהתייחס להיות בראש העם ונאמן. וגדולה מזו כתב הרשב"א... ומ"ש הטור באבן העזר בתחלת סימן ג' וז"ל: מי שאמר כהן אני אינו נאמן אפילו בזמן הזה ואין מעלין אותו לכהונה, לא לקרות בתורה ראשון ולא לישא כפיו ולא לאכול בתרומה אפילו בזמן הזה, אבל אוסר עצמו בגרושה וכו' ע"כ, התם הוא במי שמחזיק עצמו לכהן באמת ומקיים כהונתו ואינו חוזר בו כלל, רק הוא אומר שהוא כהן ומאמין בעצמו ומאמת ואומר שהוא כהן, אמנם פשיטא ודאי שאם היה חוזר בו ואומר איני כהן ונותן איזו אמתלאה לדבריו שנכריח דברי אמת, פשיטא ודאי דאין נותנים עליו חומרי כהנים ומותר בגרושה זונה וחללה, שהרי כלל גדול הוא דאדם נאמן על עצמו באיסורין...

וא"כ הך דנדון דידן דמי שאמר כהן אני דאסור בגרושה מטעם דשויתה אנפשיה חתיכה דאיסורא כל איסורי כהונה, היינו נמי מטעם דכיון דאומר כהן אני סתמא דמילתא כן מאמין, ולפי נאמנותו שויתה אנפשיה חתיכה דאיסורא כל פסולי כהונה. וזה דוקא בהיותו חזק באמונתו זאת, אמנם לעולם נאמן על עצמו לחזור ולומר שאינו כן, דהפה שאסר הוא הפה שהתיר כל שנותן אמתלאה לדבריו, דהיינו טעם וסברא למה שאמר מעיקרא, וכדפירש רש"י (כתובות כב ע"ב) וז"ל: אמתלאה טעם ומשל למה אמרה מעיקרא מקודשת אני, דאין לנו לדון מה היה בלב האדם כשאמר כן, וכדברי הרשב"א דלעיל לענין נדרים, ועל כרחיך לומר כן, דהא נמי שאמר כהן אני אסור בגרושה היינו בהיותו עומד בדבורו ונאמנותו, דאי סלקא דעתך לומר דמיירי אפילו שחזר בו, הא על כרחיך אי אפשר לומר כן כי אם דוקא בלא נתן אמתלאה, וא"כ לא הוה משתמיט מלפרש ולומר ואפילו חזר בו היכא דלא נתן אמתלאה, אבל אם נתן אמתלאה לדבריו אינו אסור בגרושה. ואפילו שהוחזק זמן הרבה בכהן אין בכך כלום, שהרי באשה שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני ואפילו אחר זמן הרבה, כל שנתנה אמתלאה נאמנת, כי לא ניתן לזה שיעור, והא התם החזיקה עצמה בטמאה, ואפילו הכי באמתלאה נאמנת. וכן נמי ההיא דאמרינן שורפין וסוקלין על החזקות היינו שלא (חזר בו) [חזרה בה] מהחזקה אבל אם חזרה ואמרה אין זה בני ונתנה אמתלאה לדבריה פשיטא דנאמנת, שהרי כלל גדול אמרו דאדם נאמן בחזקה שיצאה ממנו ומאתו, דהפה שאסר על עצמו הוא הפה שהתיר כל שנותנת אמתלאה לדבריה...

ויש להביא עוד ראייה דאפילו בכל חזקה דעלמא דאמרינן סוקלין ושורפין על כרחיך לומר דהיינו דוקא כשהיא אינה סותרת החזקה, דהא על כרחיך לומר דאע"ג דשורפין וסוקלין על החזקות, מ"מ היכא דאיכא עדים מבטלין קלא וחזקה, ושורפין על החזקות דקאמר היינו כשעל עומדם יעמדו, והרי הוא ודאי על הסתם כל שאינו מפרש, וא"כ מסתבר נמי לומר דודאי ופשיטא הוא דה"ה דמיירי נמי כשאינה סותרת החזקה כלל ועיקר, דסוקלין ושורפין על החזקות היינו כשהחזקות על עומדם עומדות, ועוד דהחזקות ממנה יוצאות שאומרת זה בני והוא כרוך אחריה, ופשיטא דכלל גדול אמרו "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", שהפה שאסר והחזיק את עצמה לכל העולם שהיא אסורה באותו איסור ודאי שהוא הפה שהתיר, ויכולה מעצמה לנהוג היתר דכבולעו כך פולטו, ואם יתגלה הדבר לב"ד ויאמרו (לו) [לה] את מוחזקת כאסורה לדבר זה ולמה נהגת היתר, כל שיש לה אמתלאה וטעם מתיחס לאותה החזקה פשיטא דמה שעשתה עשוי, כי היא לבדה לעצמה הב"ד לעשות מה שלבה חפץ, כל שיש לה לעצמה טעם שאסרה עצמה מקודם לא היה מפני שהוא כך, ומאמנת בכך כי אם לטעם מתיחס וכנזכר...".

והמהרח"ש שם (סימן נד) כתב תשובה לרבי יוסף הנ"ל ודחה את היתרו מכל וכל. וז"ל:

"... ולזה אומר שאף אם היה הדבר כן שהעלוהו על פי עצמו ודברו וכמו שבא בשאלה, כבר כתב הרמב"ם ז"ל (פ"כ מאיסורי ביאה הי"ז): מי שבא ואמר כהן אני וכו', אבל אוסר עצמו בגרושה זונה וחללה ואינו מטמא למת ואם נשא או נטמא לוקה וכו'. ומה שכתב החכם השלם להתיר מטעם אמתלאה, יראה במחילה דלאו בכל אמתלאה בכל אשר יעלה המזלג אמרו, רק דברים של טעם הניכרים לב"ד, כההיא דכתובות (כב ע"א) על אותה אשה שקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים. וז"ל הרמב"ם (פ"ט מאישות הל"א), אמרה מקודשת אני ולאחר זמן עמדה וקדשה עצמה אם נתנה אמתלאה לדבריה ואמרה מפני כך וכך אמרתי בתחילה שאני מקודשת וראינו בדבריה ממש הרי זו מותרת לשני, ואם לא נתנה אמתלאה או שנתנה ואין בה ממש הרי זו אסורה. והרב המגיד כתב ופירושו אמתלאה טענה הנכרת שהיא כדי לסמוך עליה, וכן פירשו ז"ל וכו' ע"ש, הרי משמע ודאי דדוקא טענה הנכרת לב"ד וכו', אבל לתלות הדבר בדברי הוללות שרצה להתיחס עצמו ככהן אעפ"י שאינו...

זאת ועוד יראה דלפחות על הסתם לא גרע זה שהוחזק בעירנו זאת לכהן זמן רב לשאר חזקות דעלמא דקי"ל (קידושין פ ע"א) סוקלין ושורפין על החזקות. ואפילו היה אמתלאה מספקת לסמוך עליה בשאר מילי, יראה דהכא אינו מועיל, דהרי בההיא דהוחזקה נדה בשכנותיה, אף על גב שתמה טור יו"ד (סימן קפ"ה) על הרמב"ם ז"ל שכתב שאינו מועיל אמתלאה, מ"מ הרשב"א (תורת הבית הקצר

ב"ז סוף ש"ב ז ע"ב) והר"ן (כתובות ט ע"ב ד"ה לא עבד) והרב המגיד הסכימו לדברי הרמב"ן, וכתב הרב המגיד שזה נראה דעת הרמב"ם, ואין לנו לזוז מדברי אריוותא אילין.

וגם יש לי קצת ראייה מדברי תוספות והרא"ש שכתבו בפרק המדיר (עב ע"א) גבי דתנן ומשמשתו נדה וכו', דפריך בגמרא אי דלא ידע ויסמוך עליה, כתבו תוספות (ד"ה אי דלא) והרא"ש (פ"ז סי' ט) פירוש דאפילו ראה בגדיה מלוכלכים בדם ויסמוך עליה אם אומרת שעברה על שוק של טבחים וכיוצא, ומשני עלה שהוחזקה נדה בשכנותיה, משמע דהוחזקה נדה ליכא למסמך בשום טענה שאומרת כגון מחמת תשות כח שהרגישה בעצמה בהיא שעתא או מחמת בושת וכיוצא.

ומה שכתב החכם השלם נר"ו דאף הרמב"ן יודה בהך דסוקלין על החזקות דמהניא אמתלאה, במחילה רבה לא נהירא, שהרי תלו הטעם הר"ן והרב המגיד דכיון דאמרינן דבעלה לוקה עליה נראה דמחזקינן לה כנדה ודאי ולהכי לא מהניא שום אמתלאה, וא"כ מניה ג"כ הא דאמרינן סוקלין ושורפינן על החזקות נראה דמחזקינן הדבר בודאי ולא מהניא אמתלאה.

ועוד דר' יוחנן תני להו בהדי הדדי מלקין על החזקות וסוקלין ושורפינן על החזקות, ומפרש בגמרא מלקין על החזקות כדברי יהודה דאמר הוחזקה נדה בשכנותיה וכו', וכן נראה גם כן דעת שאר כל הפוסקים שסתמו שסוקלין ושורפינן על החזקות, ולא לישתמיט שום חד לומר דמהניא אמתלאה, אלא נראה ודאי דאינו מועיל. וא"כ מסתבר לי שזה שהוחזק בכהן כמה שנים דלא מהניא שום אמתלאה, כל שכן אמתלאה גריע כזו דלא חשיבא אמתלאה כנז"ל.

ועוד שכתב הרב ב"י בשם הרשב"א בתורת הבית (הארוך ח ע"א) שישב תמיהות הטור על הרמב"ן הנז"ל דדוקא משום בושת או אונס מקרי ואמרה טמאה אני, אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדה אינה לובשת וכו'. ונ"ל פשט דבריו שהכוונה שיש חילוק בין דיבורא בעלמא למעשה שנוהגת כמשפט הנדה, וכל שהוחזקה מחמת מעשה ומנהג שנהגה בכך לא מהניא. וכעין חילוק זה ראיתי בדברי ריא"ז הביאו שלטי הגבורים בפרק עשרה יוחסין (קידושין לב ע"ב אות ב) עלה דההיא דמלקין וסוקלין על החזקות וז"ל, וחזקה היא על פי המנהג וההרגל שרואין אותו העולם שנוהגת בו כדרך בן, וכן בנדה לובשת בגדי נדות ונוהגת כדרך נדה, אבל אי לא הוחזקה על פי המנהג אין עונשין אותה על פי עצמה כמב"ה ע"כ. וא"כ הכא ג"כ שנתפרסם שנהג עצמו ככהונה לקרות בתורה ולעלות לדוכן ולהתרחק מהמתים והוחזק על פי מנהג ומעשה, יראה ודאי דהוי כשאר חזקות דעלמא ולא מהניא שום אמתלאה כדכתיבנא.

כללא דמילתא דיראה מכל הני מילי דישי להחמיר."

המהרה"ש בתחילת דבריו דן להתיר עפ"י אמתלא טובה בטענה הניכרת לבי"ד להוציא את האיש מחזקת כהונתו, אולם בהמשך דבריו הסיק שאין להתיר אף במקום אמתלא נגד חזקת כהונה. ואף לדברי רבי יוסף שהתיר במקום אמתלא, הרי טעמו להתיר כיון שסבר שבמקרה שלפניו תחילת חזקת כהונתו היתה על פיו והפה שאסר הוא הפה שהתיר, אבל בנידונינו הרי אבי המבקש בא כששם משפחתו הוא כהן שלא על פיו כי אם על פי רישומי המשפחה, ויש לומר שבאופן זה גם הוא יודה שלא מהני אמתלא.

ובשו"ת מהרי"ט (חלק א סימן קמט) דן גם כן בשאלה זו וכתב בזה"ל:

"הנה אין באמתלאה הזו ממש ושלת תשובות בדבר, חדא דאף על גב דכאותה שאמרו מעשה באשה אחת שהיתה גדולה בנוי וקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים ואמרה מקודשת אני, אמרי' אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת, וכן באומרת טמאה אני וחרה ואמרה טהורה אני, אם נתנה אמתלאה לדבריה נאמנת, התם דבור ודבור הוא, אתי דבור ומבטל דבור, ומקרי אינש ואמר דברים שאינן לפי מקומן ושעתן, אבל כשהוחזק הדבר על ידי מעשה לא מהני אמתלאה... אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדה אינו לובשת, ולכך אינה נאמנת שתחזור בה... ועוד אילו לא היה כאן אלא מעשה שראינוהו שעלה לדוכן וקרא ראשון, זהו דינו של הרמב"ן דאמר דלא מהני אמתלאה כנגד המעשה, אבל הכא חזקה גדולה איכא כאן, הווחזק טפי משלשים יום, ולא מהניא התם אמתלאה כלל. ודבר זה מתורתו של הרמב"ן לא למדנו, שתלמוד ערוך הוא בידינו "סוקלין ושורפיין על החזקה" כדרכה בר רב הונא איש ואשה תנוק ותינוקות שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה ע"ז כדאמרינן בפרק בתרא דקידושיין, ומייתי מעשה באשה אחת שבאתה לירושלים ובנה מורכב על כתפה והגדילתו ובא עליה והביאום לב"ד וסקלום, לא מפני שבנה ודאי אלא שכרוך אחריה, ממילא עסקינן דהויא לה אמתלאה שגדלתו והיה לה לבן, כדאמרינן "אלה בני בתיה בת פרעה", ואמרינן נמי "חמשת בני מיכל", וכי מיכל ילדה, אלא כל המגדל יתום כאלו ילדו, ואעפ"כ סקלום, וכן המקלל אביו ואמו, היכא קטלינן ליה אם לא בחזקה, ואין אביו יכול להצילו ולומר לא עשיתיו אלא חוטרא לידי ומרא לקבורה, ומדקטלינן ליה, אלמא כל מילתא דאתחזק לן לא מהני בה אמתלאה, ואם הביאוהו למיתה החמורה ע"י חזקה לא יביאוהו למלקות הקל. ועוד דלא מהני אמתלאה אלא היכא שהוחזק ע"פ עצמו, אבל כהונה דבעיא עד אחד והוא עצמו אינו נאמן הוי חזקה אלימתא, מאי מהני אמתלאה שהוא נותן לדבריו, אלא כופיין אותו ונוהג מצות כהונה, ואם עבר לוקה ע"י העד, כאותו שאמרו בירושלמי דסוטה פ' מי שקנא: אמר לו עד אחד חלב הוא זה ואכלו והתרו בו שנים לוקה, עיקר עדותו לאו בע"א, ואף על פי כן לוקה והואיל והוא לוקה על פיו, אלמא מחזקינן ליה בדבר ברור ולא כל הימנו להוציא עצמו מחזקה. ותו אין כאן מקום אמתלאה שאומר שעשה כן ליטול את השם ולהכבד בדבר, אדרבא קיקלון על כבודו דלא חציף איניש לעלות על הדוכן

בפרהסיא פן מחר תגלה רעתו בקהל... ולא כל מה שיטעון אדם על עצמו קרוי אמתלאה אלא מלתא דמסתברא...

... וכיון דע"א לא מפיק ליה מחזקתיה כ"ש אמתלאה דלא מהני ליה. ומעתה איש זה שהיה ט"ו שנים בחזקת כהן לקרא בתורה ראשון ולנשיאות כפים חזקה היא לכל דיני כהונה...

ובר מן דין אפילו תימא שאינו מוחזק בכרי לכהן אצל אחרים, מכל מקום לעצמו מוחזק הוא דשוי נפשיה חתיכה דאיסורא אצל נשים הפוסלות בכהונה... אלמא מחזקינן ליה בתורת כהן ודאי ולא בתורת ספק... אלא מאחר שהוא החזיק עצמו בכהן נאמן אדם על עצמו יותר מק' עדים...

והרב אבא מארי זלה"ה בתשובותיו חלק ראשון סימן רי"ט התיר לראובן שאמרו לו שהיה ממשפחה אחת שהיה נושאים כפיהם ושהיו כהנים, ואמר לו רב אחד שינהוג חומרי כהנים לענין טומאת מת, וכך היה נוהג, וגם בנו הבא אחריו פעמים היה נוהג שנזהר מטומאה ופעמים לא היה נזהר, ובסוף נשא אשה גרושה, והתיר לו אבא מארי זלה"ה שלא לגרש, דמעיקרא חומרא בעלמא רצה לנהוג, וכל שכן שהבן הי' מזלזל בדבר, ומה שאמר לו הרב, לא אמר מן הדין אלא חומרא בעלמא, והתם לא אתחזק, שהרי לא נשא את כפיו ולא היה עולה ראשון לספר תורה, וזו ודאי ריעותא היא כהיא דאמרינן שאני התם דריע חזקתייהו, אבל זה שהוחזק לישא את כפיו ולקראה ראשון בס"ת, לאו כל כמיניה להוציא עצמו מחזקת כהן...".

וראה בתשובת אבני האפוד (סי' ט"ו) מבאר את דברי המהרי"ט שחזקה דשאר בשר שהיא בשלושים יום ומפורסמת לכל לא תלינן בשום דבר ולא מהני אמתלא.

העולה גם מדברי המהרי"ט, שבנידון דנן אמתלא לא מועילה שהרי אבי המבקש הוחזק במשך שנים במשפחת כהונה.

גם בשו"ת באר שבע (סימן עב) האריך בזה וכתב דחזקה הוי כעדים ולא מהני אמתלא עיי"ש שכתב בזה"ל:

"... ומעתה זכינו לדין, אחר שנתברר דאפילו אמתלא טובה ואלימתא אינו מועיל כלום במקום חזקה, ולענין מלקות סגי לן בחזקה כל דהו ולא בעינן שיהיה עמה מעשה המוכיח ומעיד עליה שכן הוא, רק שאנו מוחזקים בו שכן הוא, א"כ כל שכן וק"ו בן בנו של ק"ו בנדון דידן, דאיכא חזקה אלימתא שיש עמה מעשה רב המוכיח ומעיד עליה שכן הוא, דכיון שהחזיק עצמו כבר בכהן לכל דבר שבקדושה בנשיאת כפים ובקריאה לס"ת ראשון ובחתימות האגרות והשטרות זה זמן רב ט"ו שנים, אין לך חזקה שיש עמה מעשה גדול מזה, א"כ היאך יעלה על

דעת שום אדם בעולם שראה אור תורה מימיו שיועיל כלום, מה שנותן טעם לפגם זה האישי יעקב כהן הנ"ל, ואמר אמתלא לדבריו הראשונים, שלכך החזיק עצמו ככהונה משום שרצה ליטול גדולה לעצמו להיות כהן כדי שינהגו בו קדושה לקרא ראשון בתורה ולישא כפיו, שהרי לא בלבד שאין ראוי להקרא טענה זו בשם אמתלא להיות מועיל בשום מקום אפילו באמירה לחוד בלא חזקה, אלא אדרבה טענה זו מחייבת אותו שאינו נאמן, כיון שהלכה רווחת בישראל שאין אדם משים עצמו רשע, ואין לך רשע גדול מזה...".

גם בשו"ת חוט השני (סי' י"ז) האריך בזה ומסיק שאינו נאמן באמתלא לבטל את חזקת כהונתו. ועיין בפרשת מרדכי סי' מ"ג (הובא באוצה"פ סי' י"ט ס"א אות ב) ובעוד פוסקים שהובאו שם.

הנה בפתחי תשובה (סימן יט סק"ג) כתב:

"עמ"ש בפתחי תשובה ליו"ד סימן קפ"ה סק"ה בשם תשו' חתם סופר חי"ד סי' ט' דאם האמתלא הוא באופן שהיה צריך להאריך שלשים יום מועיל אמתלא אף לאחר ל' ע"ש (וכ"כ עוד בחתם סופר חאה"ע סי' ע"ז)".

על פי זה היה נראה כי בנידונינו יש סיבה טובה למה שנקרא כהן יותר משלושים יום, כיון שגדל במשפחת סבתו, ולכן גם בתעודת הזהות נכתב שם אביו 'יוסף', ואף יותר משלושים יום היתה לו סיבה להחזיק בזה. אלא שבאותו סעיף קטן הובאו דברי תשובת החת"ס בסי' ע"ז:

"באיש אחד שדר בכפר עם אשתו ובניו כולם מוחזקים בחזקת בניו ממש וחתמו עצמם על שם אביהם בן אלי' וכך עולים בס"ת. ועתה קם בנו הגדול הנקרא אברהם בן אליה ונשא אחות אביו אליה הנ"ל בחופה וקדושין. וכאשר קרא הרב לאביו ושאל אותו על המעשה הרע הזה, השיב שזה אברהם אינו בנו כ"א חורגו בן אשתו, ואמר לו הרב הנשמע שהחורג יחתום עצמו בשם בעל אמו ויעלה כן לס"ת, וגם בכתובה יכתוב כן אברהם בן אלי', והשיב אליה שאשתו תשיב על זה, והנה היא אמרה שבהיותה פנויה הרתה לזנונים וילדה זה הבן ואח"כ נשאת לזה, וכדי להסתיר בושתה החזיקו הבן כאילו הוא מבעלה אליה הנ"ל, אבל באמת אינו בנו כלל, ונשאל אם להאמינם בזה.

והשיב על זה באריכות, ותורף דבריו, דלכאורה מה שחתם עצמו בן אליה ראייה גדולה היא שהחזיקו בנו ממש, ואף דבח"מ ס"ס מ"ב איתא: "מי שמגדל יתום כו' עד ראוי לכתוב כך", והוא מתשו' מיימוני בשם מהר"ם, ואין לומר דדוקא בשטר שבין זה לזה אבל בשטר לעלמא לא, דלמה לו לחתום כן במה שבינו לאחרים, זה אינו, דיש לנו ראייה מוכרחת דאפי' כה"ג אורחא דמלתא הכי הוא, מדכתיב בפרשת פנחס: "ושם בת אשר שרח" וכתב רמב"ן בשם נוסחאות ת"א "ושום בת אתת אשר שרח" כו' (ע' במיני תרגימא שם), אך הא הכנה"ג בח"מ

שם מחלק, דמהר"ם לא אמר שיקרא בן אשתו בנו אלא באין לו בנים, אבל ביש לו בנים של עצמו לא, וטעמו נראה משום דכשיש לו בנים הוא חושש טובא שלא יבא מזה טעות והפסד להפקיע בניו מנחלת אבותם. ויש הוכחה לזה מתוס' פסחים נ"ד כו', ודלא כהתומים דפליג עליו.

ולפ"ז בנ"ד שיש לו בנים ואפ"ה נכתב זה על שם בן אליה ובכמה כתבים ושטרות, א"כ ראייה גדולה היא שהחזיקו בנו ממש. אמנם באמת זה אינו הוכחה כלל, דמאן לימא לן דאברהם דהאי לא הוה ג"כ אליה שמי' כו', ואף על גב שעכשיו אין טוענים כן, רק שחתם עצמו כן על שם אלי' הלזה, מ"מ כיון שלא היה לנו שום מעשה המורה על זה, רק דבורה של עכשיו, ותברא בצדה, שמיד אומרת האמתלא א"כ הפה שאסר כו', ונמצא מה שעשה מעשה בחתימתו על שם בן אלי' זה לא מעלה ולא מוריד, אולם בלא זה, פשוט הוא בנ"ד שהוא קרוב לשלשים שנה שגדלוהו בחזקת בנו ממש, ולא הרגיש אדם מעולם שהוא חורגו רק נהג עמו מנהג הבנים, ובשגם שיש לו בנים אחרים, וכתבתי לעיל שכל שיש לו בנים אין דרך להחזיק החורג כבנו, א"כ בלי ספק שהיו הסנהדרין הורגין על חזקה כזו, ומכ"ש שראוי להפרישו מזו שהוא בחזקת דורתו. ואם באנו להתיר מצד שנותנים האבות אמתלא לדבריהם, הנה האחרונים החליטו דעל זמן רב לא יועיל אמתלא כו', (ע"ש די שחרון הניכר בדפוס). ועוד דאין זו אמתלא טובה, וכי על אמתלא כזו יותר ערוה דאורייתא ח"ו, בשגם שבחוט השני הוכיח שכל שהאמתלא הוא שאומר על עצמו דעביד איסורא אין שומעין לו. ועוד מסברא נ"ל דלא שייך אמתלא אלא בשעברה הסיבה, אבל הכא הא עדיין הסיבה קיימת כו' (עמ"ש לקמן סימן מ"ז סק"ב בשם נו"ב שכ"ג סברא זו), ע"כ אין שום היתר מצד אמתלא....".

אם כן בנידונינו שהוחזק במסמכים שאביו הוא יוסף והוא כהן לכאורה אין להתיר אותו.

אלא שמכל מקום יש לדון שהאיש אינו כהן מהטעמים דלהלן:

א. בנידונינו לא הוכח כי אבי המבקש התנהג ככהן לישא כפים וכו' כי אם ששם משפחתו הוא כהן, ועל זה יש לומר כי אין זו חזקה גמורה, (אף שהבן מ. טען בדיון כי נהג בעבר תקופה מסוימת ככהן) ובאופן זה אף אם שם המשפחה נחשב לחזקת כהונה, אין זו כי אם חזקה קלושה, ובאמתלא שטען כי קרא לעצמו את שם משפחתו ככהן בגלל אצל יהודי ששמו כהן - בעל סבתו, הרי האמתלא אינה באה לסתור את דבריו הראשונים כי אם לפרש את הנהגתו בקריאת שם משפחתו ככהן, וזה נחשב כאמתלא המפרשת, שהיא אמתלא יותר טובה על פי דין תורה, עיין היטב בשו"ת צמח צדק (ליובאוויטש) אבהע"ז סי' ש"ב, (הצ"צ דן שם לעניין אמתלא המפרשת את המעשה ועיין באבני האפוד סי' ט"ו שס"ל דהוחזק ל' יום עדיף מהוחזק ע"י מעשה), וצ"ע.

ב. הנה מצד מה שאבי המבקש הלך למשרד הפנים וביקש לשנות את שמות אביו ואמו ואת

שם משפחתו, אילו היה ידוע לנו דהיה מוחזק כבנו של יוסף וככהן לא היה אפשר להאמינו שאינו כהן, כיון שאפילו שעשה כן ולא נראה כי היה לו סיבה אמיתית לכך, כגון שרצה לישא גרושה וכדו', הרי אין זה עדיף ממסיח לפי תומו שאינו נאמן במילי דאורייתא כדאיתא בב"ק קי"ד ע"ב וראה להלן מה שכתבנו בזה. אולם מהתעודות הלידה של אבי המבקש ותעודת משפחתו של יוסף כהן שהובאו מתוניס, עולה בבירור כי שם משפחתו של אבי המבקש היה ב' ולא "כהן". ולכאורה יש לסמוך על התעודות כדי להפקיע את אבי המבקש מחזקתו.

תוקף נאמנות תעודות ממשל

במשנה גיטין (דף י' ב') מבואר:

"כל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם אף על פי שחותמיהם עכו"ם כשרים חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים".

והטעם בגמרא:

"דערכאות לא מרעי נפשיהו".

וכתב הריטב"א:

"דה"ט דסמכינן אעדות דערכאות משום דקביעי בהורמנא דמלכא ואיכא עלייהו אימתא דמלכותא".

היינו שהערכאות חוששים מן המלכות להיתפס בשקר, לפי שכנציגי המלכות ושופטיה עונשם חמור אם יתפסו בשקר. ובשו"ת מהרי"ק (שורש קכ"א) כתב שנאמנות הערכאות הוא משום שבושה להם אם יתפסו בשקר ולפיכך אינם משקרים, דאע"ג דאם יתפס ששיקר לא יגיע לו היזק רב כי אם מעט זלזול, אפילו הכי אמרינן כיון שהוא דיין לא יעיד עדות שקר ויפגום את כבודו ע"ש. בשו"ת תורת חסד מלובלין (אה"ע סי' א') כתב דנאמנות הערכאות היא כחזקה דאומן לא מרע אומנותיה, וכשם שהאומן אינו משקר מחשש שיפסיד את אומנותו כן הערכאות אינם משקרים מחשש שיפסידו את מעמדם. וע"ע בשו"ת באר יצחק (אה"ע סי' ה' סוף ענף ה' דף קז ע"ג).

עיינ גם בחידושי הגר"ח הלוי (פ"ו מגירושין ה"ט) שכתב וז"ל:

"דוגמת זה מצאנו גבי ערכאות דמהניא בשטרי ראייה מדינא משום דחזקה ערכאות לא מרעי נפשיהו, ומ"מ לענין שטרי מתנה אמרינן דהויין חספא בעלמא, ולא אמרינן דכיון דאיכא חזקה ממילא הא השטר מוכיח שהאמת כמו שכתוב בו ויהא נעשה בזה שטר, אלא ודאי דכיון דמדינא אין בו נאמנות בשטר כזה, ורק משום חזקה, הויא רק הוכחה שהאמת כן ולא מהניא זה לאשווי שטרא".

ובחזו"א (אבהע"ז סי' פ"ז סקי"ג) כתב:

"ואפשר דענין דלא מרעי נפשיהו הוא חזקה דאפשר לחכמים לדון על פיה כמו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וכיו"ב... אבל חזקה אחריתא ב"ד דנין על פיה, ומ"מ בגט לא מהני חזקות כאלו דלא ניתן ענין זה אלא לדון בין אדם לחברו וצ"ע".

הראשונים דנו בטעם של נאמנות הערכאות, במסגרת זו לא ניכנס לכל הדעות בזה אלא למה שנצרך לנידונינו.

בשו"ת הרשב"א (חלק א' סי' תתקפב) כתב שהערכאות לאו מדינא דעדות הוכשרו אלא משום דחזקה דלא משקרי ולא מרעי נפשיהו עיי"ש, ומבואר שגוי פסול לעדות, ונאמנות הערכאות אינה בתורת עדות אלא רק מטעם דחזקה שהערכאות אינם משקרים, וכן הוא בתשובות המיוחסות לרמב"ן (סי' עד וסי' עח) ע"ש, וכן הוא לשון הרי"א ז"ל שהביא בשלטי גיבורים (דף ג' מדפי הרי"ף ע"ב) וכ"כ בתוס' הרי"ד (גיטין שם) ע"ש. ועיין ברמב"ם בפרק ט' מהלכות עדות הלכה ד' ובנו"כ. וע"ע בשו"ת בית יעקב (סי' סו) ובשו"ת שמע אברהם (חלק ב' סי' מח) ובשו"ת בית יצחק (חלק א' סי' פד סוף אות ז') ובשו"ת שואל ומשיב (חלק א' מימן קפח) ע"ש.

בשו"ת גינת ורדים (חלק חו"מ כלל ה' סימן טו) כתב:

"דאפילו אי נימא שעדות הגוי פסולה מן התורה אף על פי שמוחזקים שאינם שקרנים, מכל מקום בעדות דערכאות יש מקום לומר שכשרה מן התורה, משום דחזקה דידהו הויה חזקה אלימתא טובא שלא ישקרו בשביל שלא יפסידו אמונתם באמונתם ויעבירו מן המשפט, ובכה"ג אנו מאמינים אפילו בעניני איסור והיתר דחמיר טובא לסמוך על פי קפילא ארמאה מהן, וטעמא מאי, משום דלא מרע לאמונתו, וכן מוכח מתשובות המיוחסות להרמב"ן (סי' עד) ע"ש".

ועיין בשו"ת חתם סופר (אה"ע חלק א' סי' צד) שכתב דרוב הפוסקים ס"ל דגוי לאו בר עדות הוא כלל, וטעמא דכל השטרות העולים בערכאות של נכרים כשרים או משום נעילת דלת או משום שלום מלכות, ומ"מ חזקה דלא משקרי איכא, דאל"ה לא הוו מהימני לאפוקי ממונא, וכמו שיש חילוק בין רופא אומן לרופא מומחה לרבים, דאפי' רופא אומן עביד דמשקר אמונתו היכי דמצי לאשתמוטי שעשה מטעם שנאה, משא"כ רופא מומחה לרבים לא עביד דמשקר אמונתו בשום פנים, הכי נמי ערכאות הוו כמומחה לרבים, וביותר שהרי זה הוא כל המחאתם שיעמידו האמת ולא ישקרו אמונתם, על כן מהימני טפי ע"ש, וע"ע בקובץ תשובות חתם סופר (סי' מז) ובשו"ת אמרי אש (אה"ע סי' כ') ע"ש.

בשו"ת הרי"ם (אה"ע בדף מד ע"ג) כתב דמדברי הר"ן שם משמע דאפשר שמן התורה

ערכאות קושטא קאמרי ורק מגזירת הכתוב הם פסולים כקרובים, וא"כ בדבר שבערוה כעגונה, דאין צריך רק הוכחה שהוא אמת כמבואר ברמב"ם סוף הלכות גירושין, י"ל דגם ערכאות מהני כעדות קרובים. ואפילו למסקנת הר"ן דנאמנות הערכאות בממון היא רק מתקנת חכמים, מ"מ משמע מפשטות לשונו דעכ"פ הא דקושטא קאמרי הוא ראייה גמורה, וי"ל דהוי ראייה גמורה מהתורה ע"ש.

גם בשו"ת תורת חסד מלובלין (חלק ב' סי' א') כתב דגם לפי דברי התוספות דערכאות אינם נאמנים אלא מתקנתא דרבנן, מ"מ עיקר חזקה זו דלא משקרי משום דלא מרעי נפשיהו היא חזקה גמורה מהתורה, וכדקי"ל בעלמא חזקה דאומן לא מרע אומנותיה, וסומכין על זה באיסורי תורה כמו שסומכים באיסור והיתר על טעם קפילא ארמאה, שפירשו התוס' בחולין (צז ד"ה סמכין) דהטעם משום דלא משקר שלא יפסיד אומנותו, ועי' ש"ך (יו"ד סי' צח ס"ק ב'), וכן לענין רופא מומחה דאמרינן ע"ז (כו ע"א) חזקה דלא מרע אומנותיה, וכן בלוקח טלית מצויצת מן השוק מעכו"ם תגר דכשרה כדאיתא במנחות (דף מג) מה"מ דתגר לא מרע נפשיה, וה"נ הכא גבי ערכאות הוי חזקה גמורה מדאורייתא דלא משקרי דלא מרעי אומנותיהו, רק דמכל מקום לא הויא עדות מהתורה להוציא ממון על פיהם, שהרי התורה פסלה עדות קרובים, ואפילו משה ואהרן דודאי לא משקרי, ואין לך חזקה גדולה מזו, אלא דגזירת הכתוב הוא לפוסלם לעדות, וכל שכן לערכאות דלא הוי בגדר עדות מן התורה, ובוזה סברי התוספות דתקנתא דרבנן היא לענין ממון להכשיר ערכאות שיהיה להם דין עדים ומוציאין ממון על פיהם, אבל לענין דבר שבערוה כעדות אשה, דאין צריכין תורת עדות, בודאי הערכאות נאמנים מטעם חזקה דלא מרעי נפשיהו שהוא חזקה מהתורה וכנ"ל ע"ש.

מבואר, שאף להסוברים שנאמנות הערכאות היא מדרבנן, אין זה אלא במקום דבעינן עדות גמורה, אבל כו"ע מודים שעצם החזקה להאמינם משום דלא מרעי נפשיהו היא חזקה גמורה מן התורה, אלא שאין לה תוקף של עדים.

גם תעודות ומסמכים שהונפקו בארצות הנכרים ע"י פקידי ממשל יש לדונם כערכאות, שגם הם נחשבים מומחים לרבים.

אף שיש לומר כי רק ערכאות חשיבי מומחים לענין זה, שזהו כל תפקידם להעמיד הדין והאמת, אבל פקידים לא הוו מומחים להעמיד האמת ולא הוו כערכאות, ועיין ברש"י (גיטין ט: ד"ה העולים) שכתב שערכאות היינו ב"ד של עובדי כוכבים, וכ"כ עוד להלן (י ע"ב): ערכאות מקום בית ועד דיינים קבועים שלהם, וכ"כ בתוס' הרי"ד, וכן הוא לשון הרמב"ם בפירוש המשניות וערכאות של נכרים הם מעמדות דייניהם, וכן הוא לשון הברטנורא שם שהעידו העדים לפני השופט במקום מושב משפטיהם, וראה בקול סופר על המשניות שם, וכ"כ בערוך (ערך הרמוז ג') ודוקא בערכאות שהוא מושב קבוע לדון לשרים ולשופטים, וכ"כ בחידושי המאירי (גיטין שם), וכתב בחידושי רבינו קרשקש שם שערכאות אלו לא שניא אם קבען המלך או קבעום בני המדינה, אם סיפק בידם לעשות שבכל ענין כשרים, דלא מרעי

נפשייהו ע"ש, מכל זה מבואר שאין בכלל ערכאות רק הממונים דיינים, ועליהם אמרו חז"ל דלא מרעי נפשייהו. אולם הרשב"א בתשובה (חלק א' סי' תתקפב) כתב:

"ובמקומות אלו שהערכי מעמיד נער במקומו שאינו יודע הערכי לכתוב, ואף על פי כן מקיים אותו שטר שכתב הנער, לא חיישינן ליה, דסמכינן אחזקה דלא מרעי נפשייהו, ולא הוה מקיים ליה אי לא דקים ליה ביה דלא הוה משקר, וכן אפילו כתב הנער והערכי חתם על ידו, שהרי מה שהכשירו לאו מדינא דעדות הכשירו, אלא משום דחזקה דלא משקרי ולא מרעי נפשייהו, גם כאן ע"י הנער כשר, דודאי ירדו לאמתת הענין, ועוד שהנער אימת אדונו עליו" ע"כ.

מבואר דמהימנינן גם לממונים מטעמם אע"פ שאין תפקידו של הנער הממונה להעמיד האמת, כיון שהוא שליח בית הדין שתפקידם בכך, וה"ה לכאורה לשליחי המלכות, וכ"כ בחידושי רבינו קרשקש (שם) וז"ל:

"פירוש ערכאות מלשון עורכי הדיינים, שדרכם היה שבמקום שהיו קבועים שם שופטיהם ודייניהם היו סופרים קבועים שם ע"כ".

גם הר"ן כתב שבזמן הזה הסופר הממונה מן המלך יש לו דין ערכאות ע"ש, מבואר שאף הסופרים הממונים מן המלך, שהם פקידים שמינה המלך לכתוב ולחתום כל השטרות הנעשים בין איש לרעהו מבני המדינה, גם הם בכלל ערכאות ונאמנים, וכ"כ הטור (חור"מ סי' סח) בשם הרמב"ן ע"ש, ועי' בשו"ת עטרת חכמים (אה"ע סי' ח') שפירש דמש"כ הרמב"ן סופרי המלך היינו הממונים מהמלך להיות סופרים בעסקי בני אדם ע"ש.

ועיין בתשובת חכמי מודינא שהביא בשו"ת בית יוסף (דיני כתובות סימן י') בדבר לאה שנשאת לשמעון ונולד לו בן ממנה ומתה, ובא ראובן בנה לתבוע חצי נדונית אמו משמעון בעל אמו, ונמצא כתוב בשטר נדוניה נוצרית ע"י סופר הממונה מן השופט, ששעבד את עצמו להחזיר נדוניתה לכשיצטרך אליה או ליורשה או למי שיהיה ראוי מן הדין, האם סמכינן על שטר השעבוד הלזה שנעשה בפני סופר גוי. וכתבו להכשיר שטר זה מפני שהסופר הממונה עכשיו מהמלכות במקום השופט הוא עומד, ועדיף מערכאות של גוים ששם לא היה השופט חותם אלא העדים חותמים בפניו, וכאן הסופר הממונה הוא עצמו חותם, ולא מרע נפשיה ולא משקר כי אימת המלכות עליו ע"ש, מבואר שאף סופר הממונה מן המלך יש לו דין ערכאות, וגם עדיף מינייהו מפני שאימת המלכות עליו ולא מרע נפשיה, ואע"פ שהבית יוסף שם כתב שנעלמו מהם דברי הטור (סי' סח) שכתב דהסופרים אע"פ שממונים מהשופטים אין להם דין ערכאות כיון שאין נעשים בפני השופטים, הרי דאף שאין ספק שאותם הסופרים אי הוו משקרי הוו מרעי נפשייהו והיו נענשים בדין המלכות, אפ"ה כתב שאין עליהם דין ערכאות, והוסיף הבית יוסף שאין להכשיר כי אם ביש דינא דמלכותא דינא ע"ש, מכל מקום התם איירי בשטר שעבוד, ששעבד שמעון את עצמו על כתובת אשתו, וא"כ זהו שטר קיום ואינו לראיה בעלמא, על כן לא סגי בנאמנות גרידא אלא רק מכח דינא דמלכותא דינא, ועל כן פליג הבית יוסף וס"ל

דלא מהני עדות הסופרים הנ"ל, משא"כ בשטר שאין בו קיום ואינו אלא לראיה בעלמא, בזה אין צריך כלל לדינא דמלכותא דינא, וכל שברור לנו שהוא אמת יש לנו להאמינם, ועל כן סופרים אלו שמפני אימת המלכות לא מרעי נפשייהו ודאי הוי חתימתם ראייה גמורה. וכן מוכח מדברי הב"י עצמו באותה תשובה, שלעיל מיניה הביא דברי חכמי מודינא שכתבו ששטר נדוניא הנעשה בגופן שלהם ע"י סופר פובילקו, שיש להכשירו גם אם לא היו בפני שופט או מושל, כי אותם השטרות אינם עומדים אלא לראיה בעלמא, וע"ש שהסכים עמהם בעצם הדין, ואף העיר על מה שכתבו שאין לסמוך בזה על המנהג ע"ש, וא"כ כנ"ד שהשטר עומד לראיה בעלמא שפיר מהניא עדות הפקידים בזה שהוא יהודי וסמכינן עלייהו (מקורות הנ"ל הובאו בספר "איש יהודי" מהרה"ג אייל שרגא).

והנה בנידונינו יש חזקה גדולה דמה שנכתב בתעודת הלידה ע"י הערכאות הוא אמת אף יותר משטר העולה בערכאות המובא בגיטין שם, שהרי שם מדובר בשטר על פיו אדם חוייב ממון לרעהו, ובזה יש לומר כי נכתב בערכאות בשקר לבקשת הזוכה ע"י נתינת שוחד וכדו', ואפילו הכי אמרה הגמ' חזקה ערכאות לא מרעי נפשייהו, אבל כאן הלא אין שום עניין לערכאות לכתוב פרטים לא נכונים, ובזמן הלידה בעת הרישום לא היה לאף אחד אינטרס זר לכתוב פרטים לא נכונים, ודאי שיש כאן חזקה גדולה שמרעת את החזקה הראשונה.

חזקת דלא מרעי נפשייהו כנגד חזקת הנהגת כהונה

אלא שיש לדון האם ניתן לבטל חזקה שעל פיה נקבע מעמדו ויחוסו של אדם אשר עליה נאמר "סוקלין ושורפין על חזקות" ע"י חזקה נגדית, כמו בנידון דנן אשר אבי המבקש הוחזק ככהונה, ומאידך יש חזקה נגדית שערכאות לא מרעי נפשייהו ועל פי התעודות והמסמכים הנזכרים לעיל עולה כי אבי המבקש אינו כהן.

הנה בשו"ת לבושי מרדכי (אבן העזר מהדורה קמא סימן לב) דן באשה שהגיעה למקום קרוביה עם איש שאמרה שהוא בעלה ואח"כ הודתה שאינו בעלה ע"פ דין תורה וז"ל:

...ואמרה כי זה בעלה שקידשה ונשאה כדת משה וישראל, ולא ארכו הימים והתוודתה על עוונה כי אין זה בעלה עפ"י ד"ת אך ורק דרים יחדיו, ואמרה אמתלא במה ששקרה מתחילה, מפני שיראה לבוא לבית דודה באופן הנ"ל, כי דודה ירא שמים ויגרשנה מביתו. והשתדל עמה להיות קידושין ונשואה כדת משה וישראל, וגם באו לפני הרב שהי' שם וכבר הגבילה זמן הנשואין, עד שהקדימה הבי דואר במכתב מארץ מולדתו שהאיש הנ"ל הוא כבר בעל אשה במקומו, וכששמעו מדבר הנ"ל ערק וברח לאמעריקא. וברכות הימים לאחר איזה שנים שמעה כי נסע בספינה לאמעריקא ונטבעו הספינה וגם הוא עם שאר אנשים. ועתה נתקשרה עם אלמן אחד אשר יראת ה' בלבבו. ומע"כ כאשר שמע דבר זה צווח ככרוכיא דלא יאות למיעבד הכי עד כי יורו המורים להלכה.

והנה כ"ת אתיא עלה משום דאינה נאמנת באמתלא, כי היא באה להפקיע עצמה מבעל זה, וכמ"ש הרא"ה הביאו הר"ן פ"ב דכתובות (ט' ע"ב), ושוב השיב כי מאחר שהוא ג"כ מודה מהני אמתלא. וכן כתב החלקת מחוקק סי' מ"ב (ס"ק י"א) והבית שמואל (ס"ק ט"ו), עיין שם, וכמ"ש הר"ן בשם הרא"ה. וגם כי רגליים לדבר שבאו לפני הרב לסדר קידושין, וגם אין לחוש דבעל לשם קידושין, דהא רוצים שיקדש אותה.

...אלא מה שיש לחוש בנידון זה במה שאמרו מעיקרא שהם נשואים כדת משה וישראל וכן דרו יחדיו במקומו כדרך איש ואשה. והלא ידוע פסק הרמב"ם (פ"א מהל' איסור"ב ה"כ) דאיש ואשה שהחזיקו בעיר שלשים יום דחונקין והורגים על חזקה זו, והוא מש"ס מס' קידושין (דף פ' ע"א) דסוקלין ושורפין על החזקות, ויליף לה הירושלמי (קידושין פ"ד ה"י) ממכה אביו ואמו, וכבר פסקו כן בש"ע אה"ע (סי' י"ט ס"ב), והלכו בו נמושות בתשו' רמ"א (סי' ב') וביו"ד (סי' קפ"ה ס"ב) בלבשה בגדי נדה בשם הרמב"ן דלא מהני אמתלא להכחיש דבריה ע"י מעשה שעשתה והוחזקה נדה בשכנותיה, ובעלה לוקה עליה כמ"ד בכמה דוכתי, וכיון דבעלה לוקה ע"כ דודאי הוא, ולא מהני שום אמתלא. ועיי"ש בש"ך (ס"ק ד') וטו"ז (ס"ק ב'), ותבואות שור (סי' א'), ובסדרי טהרה (סי' קפ"ה סק"א), וחתם סופר (אה"ע סי' ע"ו וסי' ע"ח ויו"ד סי' ט'), עיין שם בביאור דברי ירושלמי וכפל דבריו באה"ע סי' מ"א עיין שם ותמצא נחת בכל הפרטים, ועיין בתשו' חוט השני (סי' י"ז).

...והנה כ"ת הביא עוד סברא לסניף ההיתר, דיש רגליים לדבר שהיה נגמר בדעתם לפני הרב להנשא זה לזו ולסדר קידושין כדת משה וישראל. ודאי סברא נכונה הוא, אלא דקשה לסמוך ע"ז להלכה ולמעשה בלא ראייה.

והנה לענ"ד מצינו כיו"ב בתבואות שור בה' טריפות (סי' כ"ט ד"ה כתב הד"מ) ע"ד הרמ"א שפסק בנמצא מים במוח דאיכא ריעותא מחיים לא אמרינן נשחטה הותרה, והסביר הוא בטוב טעם דכל עצמו של נשחטה הותרה משום חזקה דאטי מכח דרוב בהמות כשרות, והא אמרינן ברפ"ק דכתובות (ט"ז ע"א) רוב נשים בתולות נשאות והנשאות בתולה יש לה קול, וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא, וא"כ ה"נ במים במוח דנכשיר משום רוב כשרים והא רוב כשרים אין להם מים במוח וזו יש לה אתרע לה רובא. וא"כ ה"נ ק"ו הוא, דודאי כל הנישאות כדת משה וישראל אינן הולכות לרב לסדר להם קידושין מחדש, כפילא למה להו, ואדרבה הכי נימא לפי האמת כס"ד דהתם דכל הנשאות בתולות יש להם קול, והשיבו בגמ' אי כל הנשאות וכו' לא מהני אפי' עדים להעיד שהיא בתולה, והכא ודאי כל הנשאות כדת משה וישראל אינה מתקדשת שוב מחדש ולא נשמע מעולם, וא"כ הוה כודאי. וכיו"ב מצאתי ג"כ בחתם סופר בהך עובדא דסי' ע"ו

הנ"ל, דהוי שם בנו נקרא אברהם בן אליהו וקם ונשא אחות אביו באמרם כי לא אביו ולא בנו, כי קודם נשואין ילדתו בזנות מאיש אחר, והפקיעו מאשתו שהי' מוחזק כמה שנים לבנו, ועדים העידו שהי' לה בן בזמנו בשם אברהם אלא שלא ידעו בטביעות עיין כי זה הוא, לעזר להתירה כיון דחזקה זו הוא מצד המנהג, והא כמו"כ אינן נוהגין לקרוא ב' בנים בשם אחד, ש"מ דזה הוא שילדתו מאיש אחר שאינו אביו. אלא שהשיב ע"ז דילמא זה שפיתה אותה קודם נשואין והכל אחד דממנו ילדתו בזמנו. ומ"מ נלמד מדבריו דאם לא היינו מוצאים לומר איזה עילה שנעשה כך, היינו סותרים חזקת המנהג מפני חזקת מנהג אחד שסותר החזקה הנ"ל. וא"כ בנדון דידן שאין אתנו יודע במה נתלה לומר שהלכו לרב לסדר קידושין, וכי יש למצוא איזה ערמה או סיבה שהיו מוכנים לעשות כן, וכי נימא דהוה גוזמא ואפשרות ענין אחר".

עולה מדבריו, כי כאשר יש חזקה לאשה להאמינה שאינה נשואה בניגוד למה שהוחזקה עד כיום כנשואה, הרי היא נאמנת באמתלא ואין צריך עדות גמורה. והביאור בזה הוא כמו שכתב בהמשך התשובה וז"ל:

"דודאי הא דאמרינן (קדושין פ ע"ב) סוקלין ושורפיין על החזקות, אינו מטעם ודאי גמור, רק משום רוב, דהא חזינן דר"ל פליג עם ר"י בקידושין דף פ' (ע"א) ולית ליה הך דסוקלין ושורפיין על החזקות הנ"ל, ולא מצינו דר"ל חייש למעוטי, וע"כ דס"ל דהנך חזקה גרעא מחזקה ורובא דעלמא, והאיך נימא דר"י ס"ל להיפך דהוה כודאי ממש. ואם כי לשון הרשב"א (תוה"ב ב"ז ש"ב ח ע"א), ובר"ן כתובות (ט ע"ב ד"ה לא) שהביא הב"י בסי' קפ"ה דאמר גבי הוחזקה נדה בשכנותיה דמלקי בעלה עלה, ש"מ דכוודאי חשבינן לה. ודאי לאו ודאי מחשבינן לה כהנ"ל. וגם מדברי סדרי טהרה וחתם סופר (סי' ע"ח), כי לדברי פנ"י מהני ברי שלה קודם התראה משום דמהני ברי נגד החזקה, ע"כ ס"ל דלא ודאי ממש הוי... ובנדון דידן חזקת אשת איש קלישא טובא, דחזקה זו ג"כ לא אתיא אלא מכח חזקת המנהג, ולא דמי לשאר חזקת אשת איש דעלמא דהוה מעיקרא ודאי ממש".

והיינו שחזקות שעל פיהן סוקלין ושורפיין אינם כעדות גמורה, ולכן ע"י חזקה אלימה נגדית ניתן לעקור את החזקה ולהאמין באמתלא טובה לדבריה האחרונים.

אף שבדברי הבאר שבע שהובאו לעיל עולה כי חזקה נחשבת כעדות גמורה, מכל מקום נראה שגם הוא יודה שתועיל חזקה נגדית לבטל אותה, מפני שמהות החזקה היא הוכחה במה שהוחזק בה, וכאשר יש חזקה נגדית המוכיחה נגד החזקה הראשונה הרי שאין לסמוך יותר על החזקה.

ועל כן, גם בנידוננו היות שכאמור הובאו תעודות לפנינו המוכיחות כי משפחת אבי

המבקש במקורה אינה "כהן" אלא "ב"י" ויש חזקה על פקידי הממשל שאינם מרעים אומנתם, ובפרט במקרה זה שאין נפקות לאף אחד מהנרשמים לשקר בשם המשפחה, הרי חזקה זו עוקרת את חזקת כהונה שהיה מוחזק בו אבי המבקש עד כיום.

על פי האמור בתשובת לבושי מרדכי נראה כי יש לתת גם כן משקל לעצם בקשת אבי המבקש במשרד הפנים לתקן את שם משפחתו ושם הוריו, שהרי אדם רגיל אינו נוהג לעשות כן, בקשה זו מהווה רגלים לדבר שאכן אינו כהן, וכפי שצוין לעיל כי בזמן הגשת הבקשה לא היתה שום סיבה הנראית לעין לבקשה זו, מלבד הרצון לחיבור האמת במשרד הפנים, וכאשר נדחתה בקשתו, ביקש לפחות לשנות את שם משפחתו.

אולם אם מצד זה גרידא הרי בלבושי מרדכי נראה כי לא הכריע באופן חלוט בסברה זו ויש עדיין מקום לעיין. אולם נראה כי בנידון דידן להתיר כהן לגיורת, כאשר יש תעודות המוכיחות כי אבי המבקש אינו כהן, ואין במה לתלות את רושמי התעודות בשקר, יש מקום לסמוך על סברה זו ולהתירו.

לאור האמור, מחליט ביה"ד כי:

5129371 המבקש אינו בחזקת כהונה.

לאור הנ"ל, מותר למבקש לישא גיורת, כדמו"י וה' יצילנו משגיאות.



כתובות

הרב צבי בן יעקב

אב"ד תל אביב

חיוב בכתובה כשבהסכם הממון נאמר שאין לצדדים תביעות ההדיות

הצדדים נישאו זה לזה כדמו"י בתאריך ד' באלול תשע"ה, ומנישואין אלה לא נולדו לצדדים ילדים. נישואין אלה הם נישואין שלישיים לאישה, ושניים לבעל. הצדדים התגרשו זה מזה כדמו"י בתאריך י"ג בכסלו תש"פ, כאשר נותרו להכרעה תביעת האישה לתשלום כתובתה (בסך 26,000 דולר), ותביעת הבעל לתשלום חובות שחייבת לו האישה.

כאמור, האישה תובעת את כתובתה בסך 26,000 דולר. הבעל תובע מנגד את האישה על חוב בסך 16,322 ש"ח, המורכבים מהלוואה שנתן לאישה לסילוק חובה במס הכנסה (הלוואה מיום 29.8.18, בסך 4,167 ש"ח), הלוואות במועדים שונים ובסכום מצטבר בסך 10,155 ש"ח, ובנוסף סילוק יתרת חובה בחשבון המשותף בפברואר 2019, בסך 4000 ש"ח, שחלק האישה הוא 2000 ש"ח. הבעל טוען שיש לו הקלטה בה תובע הבעל מהאישה סכום של 16,000 ש"ח. האישה טוענת שהבעל "עבד עליה" (ראה פרוטוקול הדיון מיום 26.2.20, שורה 235 ולהלן). יש ביד הבעל הקלטה גם שהאישה מודה בסכום של 16,000 ש"ח שחייבת לבעל (ראה שורה 183 לפרוטוקול). האישה מודה בחוב בסכום של 6,000 ש"ח (ראה שורה 238 לפרוטוקול).

בעניינם של הצדדים התקיים דיון הוכחות ארוך בתאריך 26.2.20. בדיון זה נחקרו הצדדים בחקירה נגדית. כמו כן הוגשו סיכומים ותגובות.

א. האם האישה רצתה בגירושין

הבעל טוען שהאישה אינה זכאית לכתובה ומבסס את טענתו על שני נימוקים עיקריים. האחד - האישה למעשה רצתה בגירושין, אף שבפועל הבעל הוא זה שתבע את הגירושין. הנימוק השני - הסכם ממון לפני הנישואין, אליו נתייחס בהמשך.

הבעל טוען שהאישה היא זו שחתמה יחד עמו על בקשה משותפת לגירושין, ואחר כך חזרה בה. לדבריו, היא הסכימה למעשה להתגרש תוך ויתור על הכתובה. ביום שנקבע לצדדים דיון לאישור הסכם וסידור גט, עזבה האישה את בית הצדדים, ומאז לא חזרה. עניין זה עלה בהרחבה בדיון שהתקיים בפנינו, ובית הדין מפנה לפרוטוקול הדיון הנ"ל, שורה 55 ולהלן, שאלות בא כוח הבעל ותשובות האישה.

בית הדין התרשם במהלך הדיונים שהאישה הייתה מוכנה לשלום בית, אך הבהירה כי שלום הבית לא יוכל להיות כל עוד מתגוררים הצדדים בקרבת גרושת הבעל (אשתו מנישואין

ראשונים, עם ילדיו). במהלך הדיונים בית הדין התרשם שהאישה מעוניינת בשלום בית, אך הבעל נחרץ ברצונו לגירושין. הסברי האישה כפי שנאמרו בדיון, נראים נכונים.

בזמנו, עוד בטרם הגירושין, בית הדין הפנה את הצדדים ליועצת נישואין. הפניה זו נועדה להשיג שתי מטרות: ראשית, ניסיון כן להביא את הצדדים להסכמות, לשלום או לגירושין, ובכך להשקיט מריבות. כמו כן בית הדין מעונין לעיתים להגיע לחקר האמת, מתוך הנחה שבמפגש עם גורם מקצועי ניתן להגיע להבנה מה רוצה כל אחד מהצדדים. מקור לדברים מצאנו בדברי הרמב"ם (אישות כא, י), וזה לשונו:

"כל אישה שתמנע מלעשות מלאכה מן המלאכות שהיא חייבת לעשותן [...] טען הוא שאינה עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשות, מושיבין אישה ביניהן או שכנים, ודבר זה כפי מה שיראה הדיין שאפשר בדבר".

וכך פסק בשולחן ערוך אבן העזר פ, טז. ועיין שם בחלקת מחוקק ס"ק כח, דלא תקנו שהאישה תשבע היסת על טענתו, דאם כן בכל עת ובכל שעה יהיה עסק שבועה ואין שלום בבית, ועל כן האמינו לאישה היושבת ביניהם".

כאמור, בית הדין הפנה את הצדדים ליועצת הנישואין י'. הנ"ל נפגשה עם הצדדים, עם האישה בנפרד (הבעל סירב להיפגש בנפרד), ועם שני הצדדים יחדיו. וכך כותבת לנו גב' י' בהודעתה המקוצרת על תוצאות הטיפול:

"שמעתי אישה כאובה ומאוימת, המתקשה להשלים עם גירושיה 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 א' היה מבין את הצורך להתרחק קצת ממקום מגוריה של גרושתו, ולעלות אליה רק בליווי כפי שקבע רב [...].

בפגישה המשותפת סיפר לי א' את השתלשלות העניינים [...] ניסיתי לברר איתו האם היה מוכן עכשיו להשקיע בטפול בו יילמדו דרכי תקשורת נכונים שיכולים לשנות את כל ההרגשות והאווירה ביניהם. חד משמעית התנגד לכך א'. לא מוכן לחשוב על שום אפשרות של חיים משותפים עם האישה, הואיל והוא פגוע ממנה ואיבד את האמון בה [...].

את שתי הפגישות הנוספות והאחרונות קיימתי עם האישה 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 האישה בטיפול הרצוף בילדי הבעל, כמו גם טשטוש הגבולות בריחוק מגרושתו. או אז החל א' להתבצר

בעמדותיו ובגבולותיו הלגיטימיים לכשעצמם, אך תוך גילוי אופיו הנוקשה ללא יכולת למפגש ושיח משותף. מצוקתה של האישה 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 בית הדין, שהאישה רצתה בכל מאודה בהמשך הקשר ולא רצתה בגירושין, אך רצתה לשפר את הקשר מזווית ראייתה, מקום המגורים והקשר של הבעל עם גרושתו.

אישה אינה מפסידה את כתובתה, אלא במקרים חריגים המובאים בשולחן ערוך, לעיתים רק אחרי התראה. אין כך פני הדברים בנדון דידן. גם אין לראות את האישה כמי שתבעה גירושין. לכן האישה זכאית לכתובתה.

ב. הסכם ממוזן עליו חתמו הצדדים

אלא שבנדון דידן הצדדים חתמו על הסכם ממוזן כחודש לפני הנישואין (ההסכם נחתם בתאריך 20.7.15, בעוד הנישואין היו בתאריך 18.8.15). הסכם הממוזן נערך על ידי אחות האישה, שהיא עו"ד במקצועה. מספר חדשים לאחר הנישואין, בתאריך 27.1.16, אושר ההסכם על ידי בית המשפט לענייני משפחה.

בסעיף 11 להסכם הממוזן 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 קניינית 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 בחתימתה על ההסכם שבכללו סעיף זה של העדר תביעות, ויתרה האישה גם על כתובתה ותוספת הכתובה. הגם שעניין הכתובה לא נכתב באופן מפורט, הרי הכלליות של ההסכם מהווה הסכמה לכל התביעות מכל מין וסוג, כולל הכתובה.

מאידך – יש לתמוה, מדוע הבעל שהוא שומר תורה ומצוות ומבין בהלכה, לא דאג שייכתב מפורש עניין 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 ויתור כללי ולא נזכר בו עניין הכתובה, אם האישה יכולה לגבות את כתובתה. מחד האישה אוחזת בשטר כתובה ברור, ומאידך, אוחז הבעל בשטר מחילה מסופק.

ג. יד בעל השובר על העליונה או על התחתונה

דין "יד בעל השטר על התחתונה", מופיע בכמה מקומות בש"ס, ובהם בפרק גט פשוט לעניין סלעים דינרים (קסה, ב - קסו, א) ובהמשך, וריש פרק האישה שנפל, ועוד. ובמשנה בבא בתרא קסה, ב תנן: כתוב בו "זוזין מאה דאינון סלעין עשרין", אין לו אלא עשרין. "זוזין מאה דאינון תלתין סלעין" אין לו אלא מנה. ובגמרא שם קסו, א בדברי אביי התבאר הטעם לדינים אלו - דיד בעל השטר על התחתונה. והרשב"ם במשנה, פירש וזה לשונו:

"כתוב בו בשטר מלוה "זוזים מאה דאינון עשרים סלעים" לזה פלוני מפלוני, ואף על פי שמאה זוזי הרי הן כה' סלעים, אין למלוה אלא כ' זוזים (צ"ל סלעים. רש"ל) 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 זה בזה: "יד בעל השטר על התחתונה", ו"המוציא מחבירו עליו הראיה". ולכאורה צריך ביאור 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 לעניין "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 לעניין החילוק בין שטר בין שטרותיי פרוע ללוקח שדה משדותיו: "כי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל הכא בעל חוב הוא מוציא מחבירו, ולפיכך יד בעל השובר על העליונה". וכך מצאנו בדברי רש"י במנחות קט, א לעניין המוכר "בית מבתי", 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 ראה על הלוקח". וכן הוא ברב המגיד בהלכות מכירה כח, יא, ובהלכות מלוה ולוה טז, יב.

עצם ההקשר בין שני הדינים לכאורה מובן, ולכן מתחזקת השאלה, דכיון דקיי"ל ד"המוציא מחבירו עליו הראיה" - דאזלינן בתר מוחזקות הממון, אם כן למה לנו לדין נוסף של "יד בעל השטר על התחתונה". ועוד, שאם נאמר שייסוד שני הדינים שווה, ייצא חידוש להלכה, שהדין "יד בעל השטר על התחתונה" נאמר רק באופן שבא להוציא על ידי השטר, אבל בשובר, כשבאים להוציא ממנו, ורצונו להחזיק בממונו אך יש ספק בשובר, תהיה ידו על העליונה.

ובפשטות ומקופיא היה נראה דאין דין "יד בעל השטר על התחתונה", נובע ממוחזקות הממון, אלא הוא דין בדיני השטרות, ויסוד הדבר הוא, שדברים הכתובים בשטר דינם כ"ראיה", שיש בכוחה אף להוציא ממון, אך מי שמביא ראיה בשטר - הראיה צריכה להיות ברורה, וכשאין הראיה שבשטר ברורה, יד המוציא שטר שהביאו כראיה, על התחתונה, דהמוציא ראיה על חברו, עליו לברר הראיה, ד"ספק-ראיה" - אינה ראיה.

דהנה שטר לכשעצמו הוא חידוש שבאמצעותו אפשר להוציא ממון, שהרי אמרה תורה שעל פי שנים עדים יקום דבר, אלא דעדים החתומים על השטר, מהתורה נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין, כמבואר בגיטין ג, א, וכן בכתובות יח, ב. וברש"י בגיטין מבואר שהוא מכוח החזקה של לא חציף איניש לזיופיה (וכעין זה עיין רשב"ם קע, א ד"ה אין צריך, דלא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים, והיינו חזקת כשרות של ישראל). דעניין השטר בנוי על חזקה, ומכוח החזקה יכול להוציא ממון. ועיין בפני הושע על דברי רש"י בגיטין שם, דאף שלכאורה חזקה מכוח רוב ואין מוציאים ממון ברוב, דרך רוב אינשי לא חציפי לזיופי, מכל מקום מהני מטעם מילתא דעבידא לאגלווי, והוי כמו בירור הראיה. וכן הוא בנתיבות מו, ה, דעיקר הטעם דאין צריך קיום מדאורייתא הוא משום דהוא מילתא דעבידא לגלווי ומירתת לזיף. והגרא"ו בקובץ שעורים (ב"ב תקצ) כתב דאין להקשות דאם כל שטר מבוסס רק על חזקה דלא חציף איניש לזיופי, אם כן אין זה אלא כ"אנן סהדי" ואין לזה כוח "עדות"? דאין הדבר כן, אלא כך הוא דין השטר שלא נחוש שמא מזויף הוא אלא נסמוך על החזקה שלא חציף איניש, וממילא כוח השטר הוא כעדים ממש. ולכאורה זו גזירת הכתוב. (ועיין עוד 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 כוח כמו עדים, ור"י ס"ל דכוח עדים לחוד וכוח שטר לחוד). ויש עוד להאריך בחידוש עניין השטר.

ומכל מקום כשמוציא אדם שטר על חברו, בין אם השטר בא להוציא ממון, ובין אם השטר בא לסתור שטר הלוואה, כגון שמוציא שובר, הרי שמדין הלכות שטרות, השטר יחשב כעדות רק בהיותו ברור, וכאשר מוציא על חברו שטר מסופק - ידו על התחתונה, כיון שמוציא השטר רוצה להוציא מחברו, בין אם רוצה להוציא ממון ובין אם רוצה לסתור ולהוציא שטר אחר מחזקתו (להוציא שטר הלוואה מחזקתו), ולכן המוציא מחברו עליו הראיה וידו על התחתונה, שאנו דנים על השטר הלא ברור לעניין זה, כמאן דליתא, וכביכול אין כאן שטר. ואינו מדין חזקת ממון אלא דין בהלכות עדות ושטרות. כך לכאורה היה נראה לבאר את החילוק בין דין "יד בעל השטר" לדין "המוציא מחברו".

ולכאורה יש לומר, שאף דברי הרמב"ם מטין לכך, וזה לשון הרמב"ם (בהלכות מלוה ולוה

כז, טז):

"שטר שכתוב בו "אסתירא מאה מעי", או שכתוב בו "מאה מעי אסתירא" - הלך אחר פחות שבלשונית, 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 שבשתייהן, 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 נפקא מינה אם להוציא ממון או להחזיק, אלא כל שבא להוציא בשטר, הראיה שמביא בשטר צריכה להיות ברורה. ומה שכתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאים ממנו אלא בראיה ברורה (ועיין ברב המגיד אם מיירי בתפס בעדים), היינו שאחרי שתפס כבר, התהפכו היוצרות, דעתה זכותו לא נובעת מלשון השטר אלא מהמציאות שהוא מוחזק בדבר, ואדרבה, הרוצה להוציא ממנו רוצה להסתמך על לשון השטר, אך מאחר וכאמור לשון השטר אינה ברורה, על הרוצה עתה להוציא חלה חובת בירור הראיה, דהוא נחשב מעתה "בעל השטר" וידו על התחתונה.

והרמב"ם בהלכות מלוה ולוה טז, יב, כתב וזה לשונו:

"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 מכוח החזקת ממון. אלא כיון שבעל השטר בא להוציא בשטרו, והוא עצמו פגם שטרו באמרו שיש פירעון באחד השטרות, הרי שפגם בעצם הראיה שמכוחה 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 עניין יד בעל השובר על העליונה, ורק באופן שבעל השטר עצמו פגם בהודאתו בשטר ההלוואה, בזה ידו על התחתונה מכוח הודאתו, ואם כן אף לדברי הרב המגיד דין זה אינו מתורת המוחזק אלא דין בדיני ברור הראיה. (ועיין להלן מה שהבאתי מהשואל ומשיב מהדורה ד' חלק ב סימן רכ).

והראשונים נחלקו בדין שובר אי אמרינן ביה "יד בעל השובר על העליונה" או לא. הריטב"א ב"ב קסה, הביא דעת הר"מ דיד בעל השובר על העליונה, וחלק עליו, וזה לשון הריטב"א:

"ושובר שיצא והיה כתוב בו שנתפרע ממנו דינרין, יש אומרים דגבי שובר נידון

הלשון על העליונה בכל ספקותיו, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ודיינינו הכא דטובא קאמר, ולזה היה [נוטה] דעת הר"ם. אבל לא נתחוויר לי, אלא אף בשובר שבא לבטל השטר הברור ידו על התחונה, ומיעוט רבים שנים וכדדיינינו למיעוט סלעים. ומיהו בשאר ספיקות שיש בלשון שובר לא נתחוויר לי אם דנין אותם ויד בעל השובר על התחונה, או אם נאמר המוציא מחבירו עליו הראיה, ולכאורה היה נראה שהמוציא מחבירו עליו הראיה כדברי הר"ם."

(ועיין גם בנימוק"י ב"ב ע"ב, בעמודה"ר שהביא דעת הרא"ה שבשובר ידו על העליונה, "אף על פי שאינו נראה בעיני הריטב"א ז"ל תלמידו").

ומה שחלק הריטב"א על הר"מ, דכיון שבא לבטל השטר הברור, ידו על התחונה, יש לומר דיד בעל מוציא השטר על התחונה, הכוונה שמי שבא לזכות מכוח השטר, הן לזכות בממון או לבטל כוח השטר שיש לשכנגדו, עליו להביא ראיה ברורה שבשטר, ואם הראיה שבשטר אינה ברורה, אין בידו ראיה. ובהמשך בדף קעג, הביא הריטב"א את הר"מ ולא חלק עליו, וזה לשונו:

"שאני התם דיד בעל השטר על התחונה. פירוש, כי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראיה, אבל הכא בעל חוב הוא מוציא מחבירו ולפיכך יד בעל השובר על העליונה. ומכאן היה אומר הר"ם שהוא הדין לכל לשון מסופק שיש בו בשובר דיד בעל החוב על התחונה ולא בעל השובר. ומיהו באומר שטרות שיש לך עלי פרועין, יש לומר שזה אינו לשון מסופק, דמיעוט שטרות שנים וכדאמרין (בבא מציעא 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 התחונה."

ומכל מקום בסברת הריטב"א שבשובר אמרין דידו על התחונה כבשטר, יש לומר כמו שכתבנו, דכיון שהוא בא מכוח השובר להביא ראיה לסתור כוחו הברור של בעל השטר, על בעל השובר לברר ראייתו. ולכאורה כן היא הסברא, דכיון שהשובר הוא פירעון החוב, ומול החוב הברור, הו"ל פירעון בספק, והו"ל "איני יודע אם פרעתיך" וחייב, ומהיכי תיתי יוכל להסתלק מחיובו על ידי פירעון מסופק.

וכדברים אלה נמצא גם בדברי רש"י והריטב"א בכתובות ריש פרק האישה שנפלו (כתובות 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 הגמרא, תימא ליה "מכל מילי סליקת נפשך"? ותירצה הגמרא: אמר אביי - יד בעל השטר על התחונה. ורב אשי תירץ, "בנכסייך" - ולא בפירותיהן, "בנכסייך" - ולא לאחר מיתה. ורש"י פירש בדברי אביי שיד בעל השטר על התחונה, וזה לשונו:

"כל המוציא שטר על המוחזק בדבר מה שמפורש בשטר, יכול לתבוע עליו, ואם

השטר סתום, מורידים אותו לפחות שבמשמעות השטר. וכאן בעל 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 בנכסיך" 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 האישה הוא כעין שובר על החיובים שחייבת לו מכוח הנישואין, וכשיש חיוב ברור וכנגדו שובר מסופק, יד בעל השובר על התחונה. כן נראה לברר ולבאר דברי רש"י באריכות דבריו. דרש"י יכל להפנות לגמרא בפרק גט פשוט, שבכל העניינים יד בעל השטר על התחונה, והמוציא מחבירו עליו הראיה, והאריכות לכאורה למותר. אלא שרש"י בא לבאר שכאן יד בעל השובר על התחונה, דהוא בא לסלק חיוב ברור עם שטר מסופק, וידו על התחונה, שהרי בא "להוציא" מחיוב ברור.

וכך נמצא בדברי הט"ז אבן העזר צב, א שכתב בבאור דברי רש"י, וזה לשונו:

"דטעמא דאמרינן בכל מקום יד בעל השטר על התחונה, הוא מטעם כיון דהוא בא להוציא בשטר שבידו, על כן ידו על התחונה. מה שאין כן כאן, הבעל בא להוציא מהאישה, הוא רוצה להחזיק בשלה, ודאי יד הבעל המוציא על התחונה. וזה ודאי סברת רב אשי דלא מתרין כאביי. ועל כן תיקן רש"י לאביי, דהבעל לא נקרא כאן "מוציא", כיון שיש לו הכל בתקנת חכמים - מקרי הוא "מוחזק", והאישה שבאה להוציא מתקנת חכמים בכוח השטר סילוק שבידה, אמרינן ידה על התחונה."

דכשהחיוב בתקנת חכמים, הרי יש כאן חיוב ברור, והבא לפטור מכוח השטר עליו הראיה (ועיין להלן מה שכתב הישועות יעקב אבן העזר צב, א). ושם בתוס' (ד"ה רב אשי) כתב דרב אשי לא ס"ל דיד בעל השטר על התחונה (ועיין בהגהות הב"ח מה שכתב בזה). והריטב"א כתב דגם רב אשי ס"ל דיד בעל השטר על התחונה, אלא שאין צריך לומר שיש כאן לשון מסופק, ולכן יד בעל השטר על התחונה, אלא דקדוק הלשון מורה דלא מכל מילי סילק עצמו. ואף שאפשר לדקדק גם באופן המורחב, בזה אמרינן יד בעל השטר על התחונה, דאין לך אלא לדקדק בלשון כל מה שתוכל להרע כוחו, ומשום דיד בעל השטר על התחונה. "ובין אביי ובין רב אשי תרויהו סבירא להו דאמרינן בהא יד בעל השטר על התחונה, אלא דמר אתי עלה מחד טעמא ומר מטעמא אחרינא". והביא הריטב"א את דעת הסוברים דרב אשי אינו סובר דיד בעל השטר על התחונה: "דבכל דבר שהוא של שובר או של מחילה, לא אמרינן יד בעל השטר על התחונה, 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 ראה דיד בעל השובר על העליונה, מבבא בתרא 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. ואם כן 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, וזה לשונו:

"ומסתברא דמכל הני ליכא ראייה ברורה, דשאני התם שאין בלשון השובר שום ספק, אלא לשונו ברור כפי הסך שתובעין ממנו, וכשאומר הלה "סטראי נינהו", עליו להביא ראייה, שהרי סך השובר מתכוין יפה לסך שטר החוב שהוא מוציא. וכן בהיא 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 ראייה. 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 דב"ש שטר 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" ולבטל את כוח שטר החוב באמצעות השובר, על בעל השובר נטל ההוכחה, אם ברצונו לבטל את החיוב הברור שבשטר עם 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.

וכעין זה כתב הישועות יעקב בהסבר דברי רב אשי שתירץ "בנכסייך" - ולא בפירותיהן וכו', ולא תירץ כאביי דיד בעל השטר על התחתונה, דיש לחלק, שרק באופן שהחיוב כבר חל, ואחר כך נולד ספק על המחילה או פירעון, דהחייב מחזיק שובר שיש ספק בפרשנות שלו, בזה אמרינן יד בעל השובר על התחתונה. אבל כשהספק בפירעון 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 לעניין שלא תמכור בנכסים, כיון דקיי"ל דאף ארוסה לא תמכור לכתחילה, אם כן זכות הבעל באי מכירת האישה נולד עוד בשעת האירוסין, קודם לידת השובר המסופק של "דין ודברים אין לי בנכסייך" וכו', ולכן לעניין זה יד בעל השובר על התחתונה ויד הבעל - בעל השטר, על העליונה.

ולפי זה בנדון דידן שעשו הסכם ממון לפני הנישואין, לכאורה זכות האישה בכתובה נולדה עם השובר המסופק, וכזה אמרינן לכאורה דיד בעל השובר על העליונה, דהיינו הבעל, וידה על התחתונה, ופטור מלשלם.

ד. בחיוב ברור

ומכוח הדין הנ"ל ומהסוגיא, דן מהרי"ק (בשורש ז') בעניין שותפים שחייב כל אחד מהם על פי דין לתת סכום מסוים לפדיון שבויים, והוציא אחד השותפים (שהיה צריך על פי דין לשלם סכום רב, יותר משאר השותפים) שטר שבו הסכימו השותפים שכספי צדקה - ישולמו על ידי השותפים בשווה, והשאלה אם פדיון שבויים הוא בכלל שאר הוצאות שצריך לשלם יותר, או בכלל "צדקה" שעליה הסכימו השותפים שיתחלק שווה בשווה. והביא מהרי"ק ראייה מהסוגיא הנ"ל, דכל שמחויב מכוח הדין ובא לפטור מכוח השטר, והפטור אינו ברור, חייב לשלם, דיד בעל השובר על התחונה, כיון שחייב מכוח הדין. וברבי"ש (סימן תד), ובלחם משנה (מלוה ולוה טו, ג) הקשו על מהרי"ק מהא דשובר שנכתב סתם "פלוגי פרע לפלוגי", 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 האישה, שהיא הרוצה להוציא שטר המחילה, שהיא בעל השטר וידה על התחונה, מפני שהבעל נקרא "מוחזק" בתקנת חכמים, והיא שבאה להפקיע זכותו בשטר ידה על התחונה, אבל בעל חוב אינו "מוחזק", דלא קיימא לן כבית שמאי הסוברים ששטר העומד לגבות כגבוי דמי, עיין שם.

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 מכוח השובר, היינו ההסכם שעשו לפרוע "צדקה" שווה בשווה, אם כן מה יועיל לו תפסתו? הרי הוא חייב בודאי בלא שטר, ואיך יפקיע את עצמו מכוח ספק שבשטר, הרי 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. מייסד הש"ך שלעניין דין "יד בעל השובר על התחונה", יש חילוק אם השובר הוא "גוף הטענה" או "מסייע לטענה". היינו, באופן שבא לפטור עצמו רק מכוח השובר המסופק, כנידון מהרי"ק בפדיון שבויים, שהשובר הוא "גוף הטענה" להיפטר, אך גם הוא מודה שללא השובר יש חוב, בזה הואיל וכל טענתו מתבססת על לשון מסופקת, אין הוא יכול להשתמש בספק זה כדי לפטור עצמו, ואמרינן "יד בעל השובר על התחונה". אבל באופן שטוען בלא הכי שאין חוב, כגון שטוען "פרעתי", ומביא את השובר רק כסיוע לטענתו, בזה אמרינן שיכול להחזיק על פי הפרשנות הרחבה של השובר.

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 האישה 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 ראייה ממהרי"ק, לפי מה שכתב הנתיבות בכללי תפיסה (כלל יא), דכל שבא להחזיק מכוח הלשון ויש ספק בהלשון, אינו זוכה כלל, מה שאין כן בסימן מג שיש ספק במעשה אם השטר קודם או השובר קודם, מהני מטעם מוחזק.

והרמ"א בשולחן ערוך 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 מהשולחן ערוך 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 לעניין 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. ואם כן קשה על הכרעת הרמ"א דמהני שובר מסופק נגד שטר ברור. והש"ך בס"ק יז כתב לישב את קושיית הסמ"ע, וזה לשונו:

"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 לעניין תביעת בעל פה - "בעל השטר", ושפיר אמרינן גביה יד בעל השטר על התחתונה לעניין 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."

ומבאר הש"ך דהשובר שכתוב בו "פלוגי פרע לפלוגי חוב שבשטר בתאריך כך וכך", יוצר ריעותא בשטר, דמהותו של השובר הוא פגימת השטר ועקירת יכולת הגביה מכוח השטר, וכשבאים לדון עד כמה בטל השטר, בעל השטר הוא המוציא וידו על התחתונה. ויכולת השובר לבטל את השטר נובעת מהעובדה: "שכן דרך לכתוב שובר לבטל השטר", אולם השובר שנכתב על חוב שבשטר אינו יוצר ריעותא בעצם החוב אלא רק בשטר, ועל כן יד המלוה על העליונה נגד בעל השובר.

והנראה דעצם התקנה למ"ד כותבים שובר כב"ב קעא, ב, היתה לראות בשובר כריעותא בעצם השטר, והחידוש הוא דאינו כתרי ותרי, שנים אומרים חייב ושנים אומרים פטור, אלא השובר מבטל את השטר. והטעם הוא כמו שכתב הש"ך, דכן הוא הדרך לבטל שטר על ידי שובר, ועל כן השובר ושטר אינם שני דברים אלא אחד, אלא כשני דברים משלימים, שהשטר הוא הראיה בשלב הראשון על ההלוואה, והשובר במציאותו - "שובר" את השטר ומעיד על פירעון, ומעתה אין כאן שטר.

ומעין סברא זו נמצא בשואל ומשיב (מהדורא ד' חלק ב' סימן רכ), שהקשה מדוע בשובר מסופק יכול להפקיע חיוב ברור, הרי כשהספק הוא בפירעון, הו"ל לאוקמי בחזקת חיוב וכדין

“איני יודע אם פרעתין”? וכתב בדרך הכרעה לחלק בין שובר מסופק שעוסק בפירעון החוב, לבין שובר שענינו הפקעת החיוב מעיקרו, וזה לשונו:

“דכיון דמיירי בעניין שהשובר מגרע כח השטר, כגון שכתב דינרין סתם, דבאופן הלזה מיירי הנימוק”י בשם הרא”ה שהוא מקור הדין, ואם כן כיון שעל כל פנים יש לומר שהשובר מורה שנפרע הרבה דינרין, על כל פנים נגרע “חזקת חיוב” שבשטר, וגם על כל פנים במקצת – ודאי איתרע, ואם כן 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 מכת השטר להפקיע חיובו, וכיון שהוא לשון מסופק, ואולי אין הכוונה על מצות פדיון שבויים, אם כן שוב על כל פנים הו”ל “חזקת חיוב” ברור, ולא אתי ספק פירעון, דהיינו מה שנתפשר עמהם בשטר, ויפקיע מחזקת חיוב”.

כאשר הספק הוא בפירעון, הרי עצם הפירעון מגרע כוח השטר וכמו שכתבנו, דהשטר עומד לפירעון, ושובר של פירעון הוא חלק מהשטר, וממילא יש לנו דבר אחד, שטר ושובר לפירעון, 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 “דבר אחד” אלא יש לפנינו חיוב ברור, וכתב אחר – שהוא שטר בפני עצמו, ובלשונו יש ספק האם המחזיק בו בפטור מהחיוב הנ”ל, ואין בכוח השובר המסופק להפקיע חיוב ברור.

אמנם לעצם הקושיה מסימן עא סעיף כא, שאף שהמלוה נתן נאמנות ללוה, מכל מקום חייב להישבע, יש לומר דאינו עניין לדין “יד בעל השובר על העליונה”, דהתם יש הוכחה חיצונית לפרשנות הנכונה של השטר, שודאי האמין לו רק לעניין הפירעון ולא לעניין השבועה, וכן כתב להדיא הש”ך עא, מה:

“דהכא כיון שהנאמנות כתוב בשטר של המלוה, והמלווה הוא שמוציא השטר, מסתמא לא הימניה אלא לבטולי שטר ולא לעניין תביעת בעל פה”.

וכוונתו, שאם באמת קיבל הלוה נאמנות אף להיות פטור משבועה, הרי אינו יכול כלל לאכוף זכותו זו, שהרי הנאמנות כתובה בשטר שביד המלוה, והוא יכול להחליט אם להוציא השטר או לא להוציא, ואם כן יכול לתבוע תביעה בעל פה ויתחייב לו הלוה שבועה, ועל כורחך הפרשנות הפשוטה של השטר היא שנתן לו נאמנות רק לטעון “פרוע” נגד השטר, אך לא להיפטר משבועה. ומאחר שדין זה נובע מגילוי חיצוני מה היא הפרשנות הנכונה של הנאמנות שנתן לו, דין זה אינו שייך לנדון אם דין “יד בעל השטר על התחתונה” נאמר בשובר או לא נאמר.

ובישועות ישראל (סימן מב עי"מ ס"ק ח) הקשה על הש"ך, דהא בשובר על חוב שיש ספק אם חוב פלוני בכלל המחילה, הו"ל החייב כ"תפס 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 כ"תפס קודם שנולד הספק", ומדוע מהרי"ק פסק שמוציאים מידו.

והביא הישועות ישראל את דברי התשב"ץ (ח"ב סימן קיח) שדן בדו"ד בין אלמנה ליורשים לעניין נכסי צאן ברזל שאבדו, שהאישה טוענת שהיא כבעלת חוב ויכולה לגבות מנכסי בעלה, והיורשים באים מכוח תקנת הקהל וטוענים שאין לה שעבוד ממה שאבד רק על מחצית מהנכסים, והאישה טוענת שאין תקנת הקהל מתייחסת לנדון כזה, עיין שם. ודן התשב"ץ בדין מי שבא מכוח תקנת הקהל לפטור עצמו, וכתב שאם יש ספק בלשון מחילה אם היא כוללת חוב כזה או אחר, הרי יד בעל השובר על העליונה, כדן האומר לחבירו "שטר לך בידי פרוע" (כנ"ל). אבל אין הדין כן כשהספק בלשון התקנה, וזה לשון התשב"ץ:

"אבל מלשון התקנה נראה שלא תקנו כן אלא בתוספת, כיון שהזכירוהו בפירוש במיתת האישה ולא הזכירוהו במיתת הבעל, הרי גילו דעתם שעל התוספת נעשית תקנה זו. ואפילו היה ספק בלשון התקנה כך היה הדין. ולא דמי ספק הנופל בלשון שטר שאדם כותב על עצמו, לספק הנופל בלשון התקנה, שבספק הנופל בלשון שטר שאדם עושה על עצמו, אנו אומרים שידו על התחונה, שהיה לו לפרש, אבל בספק הנופל בלשון התקנה, הרי הוא כאלו אינו כותב ונדון אותו על דין תורה."

ונראה בדברי התשב"ץ, דחילוק הדינים בין "שטר לך בידי פרוע" ל"ספק בתקנה", אינו מכוח מוחזקות אלא דין בפרשנות הסכמים. כאשר שני אנשים עושים הסכם בלשון כוללת ולא מפורטת, הרי הפרשנות היא מורחבת, שמכך שלא כתבו בפירוש תנאים לצמצם השטר, אנו מפרשים השטר שכולל כל מה שניתן להכליל בו. והטעם שאנו מפרשים באופן הרחב יותר, כי ניתן לאמוד את דעת הצדדים, שכוונתם היתה לפרשנות הנרחבת של הכתוב, ולכן לא צמצמו ולא פרטו בהסכם תנאים לצמצם את הפרשות, והבא לטעון שיש לצמצם את פרשנות ההסכם, ידו על התחונה. אולם בתקנה, שתקנו הקהל לשנות דבר מה ממה שצריך להיות על פי הדין, אין כאן שני צדדים להסכם שאנו צריכים לרדת לסוף דעתם מה התכוונו בשעת ההסכם, אלא הואיל והדין המקורי הוא ברור, אם כן כל מה שלא ברור ומפורש בלשון התקנה שיצא מכלל הדין הברור – הרי אדרבא הוא אינו נכנס בכלל התקנה ואנו מעמידים אותו בדין תורה, והרוצה לטעון להיפך – עליו הראיה.

והישועות ישראל למד מדברי התשב"ץ דבשובר יד בעל השובר על העליונה, כיון שעשו זאת בהסכם שני אנשים, וכדן "שטר לך בידי פרוע". והביא מתשובת בית יוסף (דיני כתובות סימן א) באחד שהתנה קודם נישואין שאם ימות ולא יניח בנים, שלא תטול כתובה, ומת והניח

בת, אם גובה כתובתה. וכתב הבית יוסף להוכיח דבת בכלל בנים, וסתר ממקומות שהיה אפשר להקשות. והוסיף דאף אם היה ספק אם בת בכלל, יד האישה על העליונה, וזה לשונו:

”שאפילו אי הוה מספקא לן אי הוה בת בכלל בנים או לא, הייתה גובה כתובתה משלם, ולא אמרינן בהא יד בעל השטר על התחתונה, משום דכל תנאי או תקנה שבאים להוציא מכוח דין תורה, יד בעל התנאי או בעל התקנה על התחתונה, וכמו שכתב 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 הבית יוסף הינם בכל חוב ולא דוקא חוב כדוגמת כתובה, דגם חוב שחייב לחבירו, חייב מדינא לשלם. וכזה ס”ל לבית יוסף שכתנאי שהתנו הצדדים ביניהם למחול וכד’, יד הנמחל על התחתונה, ולא רק בתקנת הקהל כנדון התשב”ץ, כיון שבא להוציא מכוח דין תורה, וכל מקום שהחיוב מכוח הדין הוא ברור, אין ביד בעל השובר לפטור עצמו מספק. אולם יש לומר בדברי הבית יוסף, שסברא זו באה דוקא בחוב שחייבה התורה או חייבוהו חכמים כדוגמת הכתובה, שבזה אין לו לפטור אלא בשטר ברור. אבל בחוב שבא כתוצאה מהלוואה 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.

לפי זה לכאורה בנדון דידן, יהיה הדבר נתון במחלוקת התשב”ץ והבית יוסף. דלתשב”ץ כיון שאינו “ספק בתקנה” אלא בתנאי – אמרינן יד בעל השובר על העליונה, דמפרשים ההסכם בצורה מורחבת והבעל פטור משלום הכתובה. מה שאין כן לבית יוסף כיון שהחיוב בכתובה הוא מכוח חיוב התורה או חכמים, ובא לפטור עצמו מכוח התנאי – חייב לשלם, ומפרשים את הפטור בדרך מצמצמת עד שיוכח אחרת.

ומכל מקום מבואר שנחלקו התשב”ץ והבית יוסף בדין זה, אם מחל על הכתובה באופן לא ברור אם כולל דברים מסוימים, דלבית יוסף חייב ולתשב”ץ פטור. וכתב ביצועות ישראל לבאר בדין זה, על פי מה דאיתא במשנה (בבא בתרא עא, א) לעניין מוכר שדה סתם, שיש דברים שאינם בכלל המכירה, כגון חרוב המורכב וסדן השקמה, שכל זה דוקא במוכר אבל בנותן מתנה, אמרינן שנותן הכל. והרשב”ם שם על הגמרא הביא את פירושו ואת פירוש רבינו חננאל בחילוק בין מוכר ללוקח, וזה לשונו:

”נותן מתנה, כיון דרגיל ליתן בעין יפה, אם איתא דהאי לאו בעין יפה יהיב – היה לו לפרש ולשייר בור וגת ושוכך וכל הנך דמתניתין, 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 לרבינו חננאל, דלרשב"ם אנו בודקים את כוונת הנותן והמוכר, ולרבינו חננאל השאלה מי היה צריך להתנות ולפרט. לרשב"ם ודאי מוכר כוונתו למכור מה שפחות, כיון שזוזי אנסוהו למכור, מה שאין כן נותן – בעין יפה נותן, אלא אם כן צימצם את מתנתו להדיא. רבינו חננאל מפרש שהחילוק – מי היה צריך להתנות. במתנה אי אפשר להטיל חובת התנאה על המקבל, כיון שהוא מקבל מתנה, בוש הוא לתבוע ולהרחיב מתנתו. מה שאין כן קונה, היה לו להתנות ולהרחיב מתנתו. דכשיש פרוש סתום, יד המוציא על התחתונה, כיון דהיה למוציא להתנות מדלא התנה, איהו דאפסיד אנפשיה. מה שאין כן כשיש טעם מדוע לא היה צריך להתנות, וכגון במתנה. (וכעין זה במקום שכתוצאה באונס לא ביצעו הפועלים את העבודה, האם יקבלו שכרם, עיין בדברי הרא"ש ב"מ ו,ג, שכתב שיש ספק על מי חובת ההתנאה, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ועיין במשפטיך ליעקב ח"א יא,א).

ומכוח דברי רבינו חננאל לומד בישועות ישראל לחלק בין "מחילה" ל"פשרה", דבמחילה כיון שאין על הנמחל מעמד לצוות להתנות וכד', אין כלפיו טענת התנאה "מדוע לא התנית לפרש הדבר?" ולכן ידו על העליונה, ודברי המוחל הסתומים – מתפרשים בדרך הרחבה. מה שאין כן בפשרה, 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 הבית יוסף שעשו התנאים קודם הנישואין, הרי זה כמכר, והיה על החייב הטוען למחילה, היינו הבעל – להתנות.

ועיין שם 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 החילוק, דברישא שהשאלה אם הלשון כוללת יותר או פחות, זו שאלה בפרשנות. כשהשאלה אם מתייחס לזה או לזה, לנותן והמוחל עומדת חזקת ממן וכדין כל המוציא מחבירו. דאין כאן שאלה של פרשנות, דמה שייך לפרש בשטר בית גדול או קטן, זו שאלה בהלכות מוחזקות ממן, שהמוציא צריך להביא ראיה.

לפי זה בנדון דידן שהוא הסכם בין הבעל והאישה לפני נישואין, ודאי דמי למכר, ויש לפרש ההסכם בדרך המצמצמת, ואינו דומה ל"שטר מחילה" אלא ל"שטר מכר". ולמסקנת הישועות ישראל יש לחייב בכתובה את הבעל בכהאי גוונא.

ובשולחן ערוך חושן משפט 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 (חושן משפט סימן מב על סעיף 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 בסימן מט לחלוק על הרמ"ה, ויד בעל השובר על העליונה גם באינו משולש בשובר, וזה לשונו:

"ונ"ל דסבירא ליה כמו דעה זו כאן שהוא נמוקי יוסף, והרמ"ה שם סבירא ליה כיש חולקין כאן. ולפי זה היה לו להרב רמ"א בסימן 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 כמו שכתב כאן, כן עיקר וכלע"ד ברור".

ובפשטות אפשר לומר בדעת הרמ"ה, דבמשולשים בשטר ולא בשובר, אם כן אין כאן שובר על שטר זה, דיתכן שמיירי במלוה או לזה אחר, וכל מה ששייך לזון שידו על העליונה הוא בדוקא שודאי יש לנו שובר, והשאלה כמה פרע, אבל כשגוף הספק אם יש כאן בכלל שובר על שטר זה, דאם משולש בשטר ולא בשובר, יש לומר שאין זה שובר על שטר זה, לא שייך לקבוע כי ידו של בעל השובר על העליונה. ומזה הטעם הש"ך מט, יז שצייד 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 ועל כן לא שילשו בשובר. ולא בא הש"ך מטעם ידו על העליונה, דיידו על העליונה לא שייך ככהאי גוונא, אלא אם כן נאמר שהשובר עצמו מוכיח שפרע לשניהם, ואם כן 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, על כן השטר בתוקפו. ולא דמי לנידון דסימן 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; "אם כן לא התחיל לגרע כוח השטר כלל, ופשיטא דמוקמינן אחזקת חיוב בזה".

ולפי זה יש להבין הא דת"ר בב"מ יט, ב: מצא שובר, בזמן שהאישה מודה יחזיר לבעל, אין האישה מודה, לא יחזיר לא לזה ולא לזה. וכך נפסק בשולחן ערוך אבן העזר קי, ב: "המוצא שובר על שם האישה שנפרעה מכתובתה, בזמן שהאישה מודה שנתנתו לבעל, יחזירנו לו. ואם אינה מודה, אלא אומרת ממנו נפל, לא יתנונו לא לאיש ולא לאישה". ובחלקת מחוקק שם בס"ק ו כתב דמכל מקום יכולה לגבות כתובתה, דהכתובה בחזקתה וטורפת גם מלקוחות כיון דאיתרע השובר בנפילה. ומכל מקום לא קרעינן השובר, שמא יבואו עדים ויעידו שהשובר טוב ומרע לכתובה. וכך כתב הבית שמואל שם ס"ק ו. וצריך לומר דכיון דנפל, כשהאישה

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, ועל כן הכתובה בחזקתה וגובה אפילו מלקוחות, דכשיש ספק אם בכלל יש שובר, אין השובר מעורר ריעותא בשטר החוב שנאמר דידו על התחונה.

ובתשובת משכנות יעקב חלק חו"מ סימן לר (הזכירו גם בפ"ת חו"מ סה, ט) כתב דדעת הסמ"ע בפרישה בטור אבן העזר סימן קי דלא קרעינן לשטר או לכתובה שנמצא עליהם שובר שנפל, וגם לא מגבינן. ושכן דעת הט"ז בחו"מ סימן סה דגם בעל חוב של המלווה אינו יכול לגבות מדינא דרבי נתן, וגם המלווה עצמו אינו יכול לגבות. והביא שכן דעת עוד אחרונים (וע"ע בנתיבות סה, כז). וצריך לומר דס"ל דשובר עצמו שובר את השט"ח בכל עניין, ורק כשנמצא אנו מסופקים בכוחו של השובר ולא במהותו, דבמהותו השובר הזה שייך לכתובה, ואם כן הספק אינו במהותו ובעצמו של השובר אלא ביכולתו לצאת מהכוח 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.

ובעל התרומות (שער נג ח"ד אות ב) דן בשובר שנכתב בסך סתום, דהיינו שפרע לו דינרים ולא הוזכר בו סכום הממוץ, וכן שאין מוזכר בו זמן ההלוואה, ונמצא שאינו מבורר אם נכתב על שטר זה או אחר, שהיה לו על הלווה שטר קודם שכבר נפרע בשובר זה, אך שטר זה שלפנינו לא נפרע, האם יכול המלווה לגבות בשטרו שיש עליו שובר זה, מי מהם יקרא מוציא, בעל השטר או בעל השובר. והשיב בעל התרומות, וזה לשונו:

"זה הדין נראה בעיני שהשובר מבטל שטר החוב, כדרבא דאמר שטר לך בידי פרוע, גדול פרוע, אלמא אף על פי שאין ספק בשטר ונודע לנו עד עתה שהיה קיים, לשון זה המסופק שוברו ומבטלו. ועוד ראייה מהא דתנן נמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע, שטרות שניהם פרועין. נראה מכאן שכל שובר אף על פי שהוא בלשון מסופק, מבטל שטר החוב, שהוא ודאי אצלנו [שחד] מיניהו אינו פרוע. ועוד ראייה מההיא דאמרינן הא תקון רבנן דכי כתבינן תברא אי לא ידעינן זמנא דשטרא דהלוואה כתבינן תברא בסתם, פירושו, 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 ראייה 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 ראייה, זה נ"ל."

בעל התרומות מביא ראיות שאף שובר שנכתב בצורה כללית, ושיש ספק לאיזה שטר חוב הוא מתייחס, מבטל כל שטר חוב שיש אפשרות שאליו הוא מתייחס. ולסברא שכתבנו

לעיל יש לומר לכאורה שאין כאן ספק אם יש כאן שובר ביחס לשטר זה, אלא אנו מתייחסים שהשובר באופן ודאי מתייחס גם לשטר זה. והטעם שכתב בעל התרומות וכמו שכתב גם הרמב"ן המובא בהמשך בעניין כתיבת שובר כשאין יודעים זמן ההלוה: "בשובר אדרבא אמרינן דילמא לא ידעו סכום ממון השטר, וכתבו סתם כל מאן דמפיק לורעיה". היינו, באופן שלא יודעים את הסכום או זמן ההלוואה, כותבים שובר כללי וסתום, ושובר זה מהני לבטל את כל השטרות היכולים להיכלל בכלל, אך טעם הדבר - מפני שכך ההוראה לכותבי השובר, וזוהי דרך כתיבת השובר, שככל שנכתב בצורה כוללת, כוונת הכותבים לבטל כל שטר בין הצדדים. מה שאין כן שובר שהיה כתוב בו שפלוני פרע 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, ימחק מאה וטועניין עליו שפרעו מאתיים דינרין, אלא אין דנין נמחק אלא להורע כוחו של מוציא". והיינו שלא מדובר כאן בשובר שנכתב על פי הוראות ההלכה, אלא בתקלה מקרית של מחיקה, ממילא יש לנו שאלה מה דינו של המחק, האם המחק הוא שובר על כל הסכום שבשטר או לא, וכיון שבזה ייצא 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 בעל התרומות והרמב"ן. הרשב"א בתשובה (ח"ב סימן שנ"ה, הובא גם בב"י חו"מ סימן נד וכן בגדולי תרומה נגד, ב), דן במי שהוציא שטר חוב על חבריו, והלוה הוציא שובר שהודה המלווה שפרעו דינרין, והמלווה טוען שלא פרעו אלא שנים. והשיב הרשב"א דדעתו עם המלווה, ולגמרי מסייע ליה שטרא אפילו לפטרו מהיסת, ומכל מקום אין בנו כוח להוציא ממון בכך, משום דקיימא לן יד בעל השטר על התחתונה; "ולפיכך יש לבית הדין 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.

ובגדולי תרומה כתב דאולי באותו הנדון היו צדדים מזקיין לחקירת בית הדין 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 ככהאי גוונא יש כאן שובר והספק הוא בסכום, או שבכלל אין כאן שובר. דלדעת בעל התרומות והרמב"ן יש כאן שובר, וגם אין ספק בעצם הסכום, לכן השטר חוב בטל כולו, דכך היא דרכו של השובר, מה שאין כן לרשב"א, אם לא נאמר כסברת הגדולי תרומה, הרי שאף שיש כאן שובר ודאי על השטר והמלווה מודה שהשובר הוא על שטר זה, אבל רק על חלקו, השובר הוא רק על החלק שמודה המלווה, ומה שאינו מודה, אין כאן שובר. דלפי מה שכתבנו, כל היכא שיש שובר, הוי פגם וריעותא בעצם השטר, ושובר הוא את השטר עצמו שלא יגבה בו, דזה נתחדש בכתבת השובר, שאין כאן שתי שטרות, אלא שטר אחד ושוברו עימו, וכמו שכתבנו לעיל.

ולכאורה יש לומר דגם דעת הרא"ש כדעת הרשב"א, ולכל הפחות אינו יכול לגבות בשטר דוקא בכתוב בו סכום המעות, אבל באין כתוב בו סכום המעות, הדין עם המלווה. הרא"ש בתשובה (כלל עו סימן א) נשאל בעניין שובר שאין כתוב בו זמן השטר ועדיו, וטוען המלווה דהשובר אינו עשוי כהוגן ויכול לגבות בשטר. והשיב הרא"ש, וזה לשונו:

"השובר כשר, אף על פי 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 התחונה, כיון שהוא בא להוציא ממון. והכי תנן בב"ב (קעב), על שני יוסף בן שמעון הדריים בעיר אחת, דאם נמצא לאחד בין שטרותיו שטרו של יוסף בן שמעון פרוע, שטרות שניהם פרועין, משום דיד בעל השטר על התחונה, 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 שטר החוב וזמנו בשובר, חסרון בשובר, והשובר כשר אף בלא פרטים אלו. אך משמעות הדברים דאם היה הסכום כולל ואינו מפורט, הרי זה חסרון בעצם השובר. אמנם יש לומר בדעת הרא"ש, דעובדא דידיה כך הוה, אבל אין הכי נמי, גם בחסרון הסכום, עד כמה שיש בזה רגילות לכתוב כך את השובר, השובר מבטל את השטר גם בהעדר סכום מפורט.

לאמור לעיל, נדון דידן תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים אם יד בעל השובר על העליונה, או דינו כיד בעל השטר ועל התחונה. ומדברי הש"ך הנ"ל, כיון שהחוב ברור, ובא להפטר מכוח סעיף העדר תביעות שבשטר, הרי שידו על התחונה, ודמי לכאורה לדין פדיון שבויים שהביא מהרי"ק, דאף בלא השטר הוא חייב, ובא להפטר מכוח השטר. וכן למה שכתב הבית יוסף בתשובה שחוב הכתובה הוא חיוב מתקנת חכמים, והבא להפטר מחיובו עליו הראיה. אמנם לתשב"ץ, כיון שהוא תנאי שהתנו ביניהם - יד המוציא על התחונה, ומפרשים שהסילוק כולל ביותר. ולמה שכתב הישועות ישראל, כיון שמדובר בהסכם - דמי למכר, ומפרשים באופן מצומצם, ויד הבעל על התחונה. אמנם למה שכתב הישועות יעקב, כיון שחוב הכתובה נולד אחרי שכבר סילקה עצמה באופן המסופק, אין כאן חיוב ברור, ועל כן יד הבעל בכהאי גוונא על העליונה (וכאמור, בנדון דידן חתמה לפני הנישואין, אך ההסכם אושר וקיבל תוקף בבית המשפט רק לאחר הנישואין). ואם כן הדבר נתון במחלוקת ראשונים ואחרונים בנדון דידן על מי חובת הראיה.

ה. ספק במחילה

הזכרנו לעיל דברי הגמרא בבבא בתרא קעג, א לעניין 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.

ובגמרא שם:

אמר רבא "שטר לך בידי פרוע", הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, "חוב לך בידי
פרוע", שטרות כולן פרועין.

והרשב"א בתשובה (חלק ו' סימן ה', הובא גם בב"י אבן העזר סימן צג) כתב דאישה
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 שהאישה היא בעלת השטר, וידה על התחתונה, על זה השיב הרשב"א,
וזה לשונו:

"מסתברא דמקום 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 בפרק גט פשוט, אמר
רבא שטר לי בידך פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע. שאני התם שהלוה פרע,
וכיון שהמלווה מודה שפרע לו שטר אחד, אם טען שלא פרע אלא הקטן, עליו
להביא ראיה, אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן, יש לומר דראובן מקבל
מתנה הוא ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מחל לו. ותדע מדאמר ליה התם רבינא
לרבא - אלא מעתה "שדי מכורה לך" - שדה גדולה מכורה לו? בתמיהא. ואמר
ליה, שאני התם דיד בעל השטר על התחתונה, אלמא יש הפרש בין אומר שטר יש
לך בידי פרוע לנותן שטרו, וכן יש לומר שהוא הדין במוחל."

מבואר ברשב"א שיש הבדל בין "שטר בידי פרוע" לשטר מחול, דשטר פרוע, הפירעון
מצד הלוה המוחזק, ולכן חובת הראיה על המלווה המוציא. מה שאין כן 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 בחושן משפט (סימן סה סעיף כג ועיין
ברע"א שהראה מקורו לתשובת 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 לתשובת הרשב"א).

ובהסבר החילוק בין פירעון השטר, דיד המוחזק הלוה על העליונה, לבין טענת מחילה,
דעל הלוה להביא ראיה, נראה לכאורה להסביר, דפירעון, כיון שהשטר עומד לכך, הרי

טענת הפירעון פוגמת בעצם השטר והראיה שביד המלווה, ועל כן כשהשטר שבידו שנועד לפירעון איתרע, אין בידו להוציא מיד הלווה. מה שאין כן טענת מחילה, כיון שאין השטר עומד למחילה, השטר בתוקפו ולא נפגע מהמחילה, אלא הם שני דברים, שטר שביד המלווה, והמחילה שהיא נתינה למלווה. ונראה להביא בעניין זה מה שנחלקו הראשונים בדין מלווה שהוציא שטר חוב, וטוען הלווה מחלת לי על החוב. דכאשר טוען הלווה פרעתי לך ואשתבע לי דלא פרעתיך, קיי"ל שהמלווה חייב שבועה (חושן משפט סימן פב' סעיף ב' על פי הגמרא שבועות מא.). אך לעניין טענת מחילה נחלקו הראשונים.

דעת הרמב"ן דכיון דמחילה אינה באה לעקור את השטר, הוי טענת מחילה כטענת פירעון, ומשביעו שלא מחל, וכמו שכתב בעל התרומות (שער כא, ב,ב); "דכי היכי דשטרא קאי לפירעון 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 פירעון, אי אמר אשתבע לי - משבעינן ליה".

אלא שבעל התרומות 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 בתשובה הינה כדעת בעל העיטור, וסברתם דאין סתם שטר עומד למחילה. והיא היא סברת הרשב"א שכתב בדין ספק במחילה. דכיון דכל שטר אינו עומד למחילה, בוחנים אנו את המחילה כנידון בפני עצמו, ועל כן, כשיש ספק במחילה, אין הנמחל יכול להשתמש במחילה הספקית כאמצעי להפקעת חובו. מה שאין כן טענת פירעון, כיון דהשטר עומד לפירעון, הפירעון והחוב הינו גוף אחד, וכאשר נולד ספק בפירעון מכוח הודאת המלווה ("שטר בין שטרותי פרוע") נוצר כאן ריעותא בחוב, ועל כן יד הלווה 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, מה שאין כן בזה הלווה מוחזק, והרי זה דומה לשטר בין שטרותי פרוע, שהרי מזה הטעם יד בעל השובר על העליונה, ונשאר בצריך עיון. ומכל מקום כתב דכל דברי הרד"ך (הרשב"א) הינם באופן שברור שמחל לו בחינם, שבזה דומה למתנה, מה שאין כן אם היה מוכרח למחול:

"ומכל מקום נראה דאף מהרד"ך לא קאמר אלא כשידוע בבירור או שהלווה 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 והלווה טוען ברי ואומר שמחל לו מחמת שהיה מחויב למחול לו, דמי לפירעון והגדול מחול, והר"ב קיצר בדבר."

לפי זה בנדון דידן שהמחילה הייתה מותנית במסגרת הסכם הדדי, אין זה כמתנה, ולדעת הש"ך אף לרשב"א והרד"ך והרמ"א שפסק כמותם, יד המוציא, היינו האישה, על התחתונה.

איתא בגמרא בבא בתרא ו: 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). והנימוקי יוסף (ג: - ד. בדפי הרי"ף) הביא מחלוקת הראשונים אם בחזקת נזיקין צריך חזקה של ג' שנים וטענה, כדעת ר"ת והרשב"א, ומה שסגי כאן בל' יום, היינו לעניין טענה ששילם לבעל הכותל, אבל לא לעניין חזקה לסמוך בטענה ששתק ולא מיחה. ודעת הרמב"ן והר"י מיגש, דכל שנגלה ההיזק ולא מיחה הוי חזקה, וכעניין 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 בשטרך, דהרי עד ג' שנים נזהר, כל שכן שלשים יום. וכתב על זה הנמוקי יוסף, וזה לשונו:

”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 הנימוקי יוסף עולה שכשיש לנו ספק אם הייתה כאן מחילה, ומחמת מחלוקת הראשונים אם יש מחילה על הנזק בכהאי גוונא 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 הנימוקי יוסף לנידון ספק מחילה בחוב. בנדון הנימוקי יוסף 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. מה שאין כן בספק מחילת חוב, יש לפנינו חיוב ודאי, לאחריו נולד ספק בעצם המחילה, בכגון זה דמי ל"איני יודע אם פרעתיך" או מחלת לי, דקיי"ל (חושן משפט סימן עה' סעיף ט') דחייב, כיון דהחיוב ודאי. ולכן טעמו של הנימוקי יוסף 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, מה שאין כן בחוב.

לפי זה יש לומר דגם בפשטות דברי הרשב"א, ללא הסבר הש"ך, דכל שמוחל חשיב מתנה ועל נותן המתנה להביא ראיה, והיינו הנמחל, בנדון חזקת תשמישין יש לומר שאינה כמתנה, דבמחילתו לא "נתן לו" אלא ש"ויתר" על זכות המחאה, ולכן המזיק מוחזק, וחובת הראיה על הניזק שלא ויתר על זכות המחאה. והוא הדין להסבר הש"ך, דהרי כאן מיירי במתנה בחינם.

והנה, על דברי הרמ"א (בחושן משפט סימן סה' סעיף כג') שאם אמר מלוה ללוה שטר אחד מחול לך, הקטן מחול ולא הגדול כתב הגרע"א בהגהותיו בסוף הסימן:

”היינו כיון דהספק כמה מחל, אבל אם ידוע כמה מחל ויש ספק בדין אם מהני המחילה, לכאורה פטור מספק. ואולם מדברי הבית שמואל סימן סו ס"ק ט

מבואר דלא ס"ל כן, ולענ"ד צ"ע. ועיין בנימוקי יוסף פרק קמא דבתרא גבי אחזיק להורדי, דנראה דאפילו בספק במחילה גופא אם מחל והוא ספיקא דדינא, זכה המוחזק, וכן בשולחן ערוך אבן העזר סימן 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 רצה לומר 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 הנימוקי יוסף, יד הנמחל המוחזק על העליונה. ובה כתב דדעת הבית שמואל סו"ט שאף בספק מחלוקת בגמרא אי מהני מחילה בעל פה בכתובה בסוף ביאה, יד הנמחל על התחתונה, וכדין שטר בין שטרותי פרוע, וזה לשון הבית שמואל סימן סו"ט סק"ט:

"והמרדכי דס"ל מחילה בעל פה לא מהני, נראה דלמד מסוגיא פרק אף על פי, דס"ל לרבי יוסי בסוף ביאה לא מהני מחילה, ופרש"י, שכבר זכתה, ואמירתה לא מהני אלא אם כן כתבה "התקבלתי", אף על גב ללישנא אחרינא שם פליג רבי יוסי וס"ל אפילו בסוף ביאה מהני מחילה, מכל מקום אי אפשר להפסיד אותה כשמחלה בעל פה, דיד הנמחל על התחתונה כמשו שכתב בחושן משפט סימן סה."

הבית שמואל סובר לדעת המרדכי אף דהוי פלוגתא בגמרא אי מהני מחילתה בעל פה, ולא נפסק להדיא כלישנא קמא שם דלא מהני, מכל מקום יד הנמחל על התחתונה. ואילו למה שכתב הגרע"א יש לחלק בין מה שכתב בחושן משפט דיד הנמחל על התחתונה לנידון המרדכי, דבחושן משפט הספק הוא בכמות המחילה והספק הוא בפרשנות דבריו, ועל כן מוקמינן לחוב בחזקתו. מה שאין כן בנידון המרדכי דהוי ספיקא דגמרא דלא איפשטא בתלמוד, יכול המוחזק לומר קים לי כדעה הסוברת לטובתו. ומדכתב הבית שמואל דאף בכגון זה יד הנמחל על התחתונה, מבואר דלא ס"ל כדעת הרע"א.

והגרע"א כתב דמדברי הנימוקי יוסף מבואר דבכל ספק אם הייתה כאן מחילה, יד הנמחל המוחזק על העליונה, ולא כדעת הבית שמואל. אולם עדיין יש לומר דהנימוקי יוסף אפשר דמיירי בכגון שהחזיק בקורה קלה, דהוי פלוגתא אי החזיק לקורה כבירה, ובה יש לומר שהוא ספק בכמות המחילה ולא בעצם אם מהני מחילה, ועל כן דברי הנימוקי יוסף אינם סותרים לדברי הבית שמואל. אבל הגרע"א למד דמיירי דוקא לענין מחלוקת הראשונים אם בפחות מג' שנים יש חזקה לנזיקין, ועל זה קאי הנימוקי יוסף, והיינו מחלוקת הראשונים אם יש מחילה בזמן שידע מהנזק אבל פחות מג' שנים, ולכן הביא הגרע"א ראייה לדבריו דדברי הבית שמואל מוקשים מהנימוקי יוסף. והבית שמואל יש לומר שיפרש כמשו שכתבנו, דהנימוקי יוסף מיירי בספק מחילה באופן של החזיק להורדי אי אחזיק לכשורי, שהוא ספק בכמות המחילה, ולא מיירי הנימוקי יוסף בספיקא דדינא או במחלוקת הפוסקים.

והגרע"א בהמשך דבריו הביא ראייה דיד הנמחל על העליונה, מספיקא דדינא שעלתה בתיקו (בבא בתרא קלב,ב) בכותב כל נכסיו במתנת בריא וכתב לאשתו קרקע כל שהוא, שהספק הוא אם מחלה כתובתה דומיא דמתנת שכיב מרע, או שסוברת שאחר כך יקנה קרקע אחרת ותוכל לטרוף כתובתה מהקרקע שיקנה. והנה דעת הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה (ו,ט) דאיבדה כתובתה, וכן פסק המחבר בשולחן ערוך אבן העזר 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 דגמרא שעלתה בתיקו, החיוב נשאר על כנו, ולא אמרינן דאיבדה כתובתה. ולפי זה באנו למחלוקת ראשונים אם בספיקא דדינא אם מהני מחילה, אם יד הנמחל על העליונה או על התחתונה.

ואפשר לבאר מחלוקת הראשונים הנ"ל על פי מה שכתב 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 בהיותו 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 יש לומר לדעת הרי"ף, דכתובה שאני, דכך תקנו דלא מהני מחילה בכתובה בכל אופן וכמו שיתבאר להלן, דאם לא כן, תעקר תקנת חכמים שתקנו כתובה (או יעקר דין התורה למ"ד כתובה דאורייתא), ולכן בכל אופן של ספק במחילת הכתובה, אינה מפסידה מספק.

והנה האור שמח (אישות טז, כא) כתב, דכאשר יש ספק אם האישה מחלה בכתובה, אינה מפסידה מספק, וזה לשונו:

"ועוד, דכיון דספק לן אי מחלה לכתובתה או לא, אינו מפסדא לכתובה מספיקא, וכמו שפסק רבינו לקמן פרק כ"ג ה"ח באכל הבעל דינר שלא כדרך כבוד, אף על גב 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 תלויים במחלוקת הראשונים הנ"ל לעניין הכותב כל נכסיו בהיותו בריא וכתב לאשתו קרקע כלשהו וכנ"ל. ומתחילה סברתי דהאור שמח ס"ל דדוקא בנדון של הכותב 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 דמוקמינן לכתובה בחזקתה, ועל הבעל הטוען למחילה להביא ראייה. אולם מהראיה שהביא האור שמח באכל הבעל שלא כדרך כבוד, הרי גם שם הוי מחילה על ההוצאות שהוציא על ידי תמורה, ואף שאינה דרך כבוד, דמי לקרקע כלשהו שכתב לאשתו, ואם כחילוק שכתבנו,

מה הראיה מאכל שלא כדרך כבוד? ואם כן 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 ע"ט, ב – פ, א), השאלה היא מציאותית, מה הכמות של אכילה שבעטיה ימחול הבעל על ההוצאות, דבדרך כבוד מוחל ודאי, ובשאינה דרך כבוד, נחלקו בגמרא אם מוחל. ועל כן 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 האישה ואחר כך שתקה אפילו יותר מכ"ה שנים, שלא מחלה (ואח"כ חזר בזה), שהוא ספק במציאות אם מחלה או לא. ודוקא בספיקא דדינא יש לומר שיד המוחזק על העליונה, מה שאין כן בספק אם בכלל הייתה מחילה, בזה על הטוען שהייתה מחילה להביא ראיה.

אולם בהלכות זכיה ומתנה ו, ט, בעניין בריא שכתב כל נכסיו ולאשתו קרקע כלשהו, הביא את דברי המגיד שמה שכתב הרמב"ם שאבדה כתובתה, הם הפך 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, דבשכיב מרע דידעה דהוא שכיב מרע, ולא יקנה עוד נכסים, ולכך מדלא מיחתה – מחלה לגמרי חוב כתובתה אף אם יקנה עוד נכסים. אבל בריא שסברה דיקנה עוד נכסים ותגבה, תו לא מחלה כתובתה לגמרי רק מנכסים אלו שנתן לבניו, ועל זה מבעי ליה, ואם כן הכתובה שפיר בחזקתה וגובה מנכסים שיקנה הבעל אחר כך, 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, ואם כן גם מה שכתב בהלכות אישות הוא בשיטת הרי"ף דקאי כוותיה. ולשיטת הרמב"ם כתב דאבדה כתובתה דוקא בספיקא דדינא אם הוי מחילה, מה שאין כן בספק כמו בשובר כמה מחל, שהוא ספק במציאות, אמרינן דפחות שבלשונות מחל לו, ומוקמינן החיוב על חזקתו.

ועל דברי הרמ"א (חושן משפט 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 הנהניכות בטעמו, וזה לשונו:

"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 הנהניכות דכל שהחיוב הוא ודאי, אין בכוח 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 לנדון דידן, לפשטות דברי הרשב"א והרד"ך, כיון שהספק הוא במחילה ולא בפירעון, החיוב לא פוקע מספק. אמנם לש"ך כיון שהחיוב הוא בתמורה - דמי לפירעון ולא למתנה אף לרשב"א. וכן באנו למחלוקת הראשונים והאחרונים הנ"ל בספק מחילה, אם מעמידים ממון על חזקתו או חיוב על חזקתו.

ו. סילוק מכתובה

איתא בכתובות נו, ב: רבי מאיר אומר כל הפוחת וכו', כל הפוחת אפילו בתנאה (מדלא תנא כל בתולה שאין לה מאתים ואלמנה שאין לה מנה הרי זו בעילת זנות, שמע מינה דהכי אשמועינן, שאף על פי 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 בדרכנן תנאו קיים? קסבר רבי מאיר כתובה דאורייתא. תניא רבי מאיר אומר כל הפוחת לבתולה ממאתים ולא למנה ממנה הרי זו בעילת זנות. רבי יוסי אומר רשאי (ואפילו על פה נמי תנאו קיים, ואתא רבי יהודה למימר נמי רשאי כרבי 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, ולא למנה מנה והיא כותבת לו התקבלתי ממך חמשים וזו. ושם בגמרא 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 שמשה אדם את אשתו שתיים ושלש שנים ללא כתובה, דאין לנו לחוש למה 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 בגמרא פרשו שלא חולקים, דרבי יהושע בן לוי מיירי בתחילת חופה שמוחלת, וסוף ביאה, כיון שכבר זכתה

אינה מוחלת על פה, רק בכתב. ורבי יוחנן מיירי בתחילת חופה וסוף חופה שמוחלת גם על פה. 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 דרבי מאיר 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 בהלכות אישות יב, ו-ט פסק לגמרי כרבי מאיר שתנאו בטל, וזה לשונו:

"התנה הבעל שלא יתחייב באחד מן הדברים שהוא חייב בהן, או שהתנת האישה 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 האישה 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 לכתולה ממאתים ולאמנה ממנה – הרי זו בעילת זנות. התנת עמו אחר שנשאה שלא יירשנה – תנאה בטל, ואף על פי שירושת הבעל מדברי סופרים, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, וכל תנאי שבירושה בטל אף על פי שהוא ממון, שנאמר בה "לחקת משפט", ובשאר הדברים תנאו קיים".

ובר"ן כתובות הנ"ל כתב שהרמב"ם פסק כרבי מאיר, כוותיה ולא מטעמיה, אלא משום דכתובה דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, הלכך כל שהוא רוצה לקיימה תנאו בטל ואפילו הכי היא 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 הבית שמואל סו, ט שלא יסתרו דברי הרמב"ם הנ"ל את מה שכתב בהלכות אישות יז, יט:

"אבל המוחלת כתובתה לבעלה איכרה 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 וכתובתה התקבלתי? אלא דהרמב"ם מיירי באינו רוצה לקיימה, ובוזה מהני המחילה. ועיין בית שמואל שם דבמגרשה ואינו מקיימה, מהני גם מחילה בעל פה]. 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 בשיטה מקובצת 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", ועיין שם 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 על ידי שכותבת התקבלתי, אבל במחילה בעלמא לא הויה מחילה כשכבר נשואה". (ויש לומר דהכוונה למחילה בעל פה, אבל בכתב בכל עניין חשיב כהתקבלתי).

ועיין בחלקת מחוקק סו, יג דבלא כתיבת התקבלתי, יכולה לטעון טענת השטאה ומשחקת אני כן. 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 להיפרע 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 לעניין 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 לאישה בכתובתה הוי בעילת זנות, הוא הדין בכותבת התקבלתי ולא נתקבלה, שזה רצון חכמים שיהיה לה כתובה, ואין שלותה אלא בכתובה, ולכן גם בכהאי גוונא תנאו בטל. (ומעין זה מצאנו גם לעניין חרם דרבינו גרשום, דלא מהני מחילתה שיוכל לקחת ב' נשים, וכמו שכתב הר"ן בתשובה (סימן מח, הובאו דבריו בבית שמואל א, כ), דאף אם נאמר שחרם דרבינו גרשום נעשה לתקנת הנשים, אם תועיל מחילתה, יש לחוש שילחצנה בעלה עד שתתרצה, ובטלתה טעם החרם).

ובלחם משנה הקשה על הרמב"ם, דאפילו סובר דחכמים עשו חיזוק יותר משל תורה, הרי רבי יהודה ס"ל דהיינו דוקא על פה, אבל בשטר כשכותבת לו "התקבלתי" מהני. וכתב הלחם משנה בכיור דברי הרמב"ם, וזה לשונו:

"דרבינו סובר דכיון דכל הפוחת לכתולה 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 שבמזון, ולכן לא מהני תנאה. וזהו שכתב שכל הפוחת, כלומר הטעם דהתנאי בטל - משום דהוי מילתא דאיסורא, אבל הפוחת בעילתו בעילת זנות. ואף על גב דהוי איסורא דרבנן, חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה".

כיון שעשו חכמים בעילתו בעילת זנות, הוי מילתא דאיסורא דרבנן, ועל כן אינו תנאי

שבממון אלא באיסור ועל כן הוא 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 חלק אבן העזר סימן שכא, דכיון דקי"ל כרבי מאיר בגזירותיו דהוי בעילת זנות, אם כן מתנה בדבר איסור ותנאו בטל. אך כתב דלולי דברי הרמב"ם נראה דבכחאי גוונא 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 מעל מנת 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 כרבי יוסי ולא כרבי יהודה. וכתב לישב, וזה לשונו:

"ונראה דעיקר טעם בדבר שבממון תנאי קיים, דאמרינן מתחילה לא אמרה תורה אלא לזכות הזוכה ועל דעתו, שאם ירצה למחול זכותו, זכותו מחול. אבל בכתובה כיון דקי"ל כרבי מאיר דבעילתו בעילת זנות, הרי דמצאו חכמים מן הטוב וההגון באישות שיהיה לה כתובה, ואין שלותן שלמה בלא כתובה, ולפיכך תקנה, ודאי לא מהני מחילה דידה".

הרי שזה דין מיוחד בכתובה, שכך תיקנו, שאם יכולה למחול, הרי בטלת את עניין 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 שהתחייב, מהני מחילה. ועל כן ס"ל דלרמב"ם לר"מ לא מהני התקבלתי, דכן משמע ליה מדבריו דקאי על דברי רבי יהודה. ונראה כמו שכתבנו לעיל, דאף לרבי יהודה דוקא כתיבת התקבלתי מהני ומחילה לא, מטעם שכתב החזו"א שזה בעיקר ובמהות תקנת הכתובה, ועל כן לרבי מאיר אף כתיבת "התקבלתי" כשלא התקבלה, הוא ממש כמחילה, ועל כן לא מהני.

[ועיין בחזו"א בס"ק ד שבהו"א כתב דחיוב כתובה הוא חיוב מתחדש בכל שעה ושעה שהיא אשתו, וזו סברת רבי מאיר דלא מהני מחילה. וכתב דלא מסתבר דבזה נחלקו רבי מאיר ורבי יהודה 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 יהיה תלוי ועומד עד שעת הגביה, וכשמנתק את חבל החיוב - הרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, עיין שם.]

ובגמרא בבא קמא פט, א איתא לעניין אישה שחבלה, שאין מצריכים אותה למכור כתובתה

בטובת הנאה, דכל לגבי בעל - ודאי מחלה ליה, ואפסדיניה לה הוא זבינא בידיים לא אפסדינהו. ובתוס' שם (ד"ה כל) הקשו, דהא לרבי מאיר אינה יכולה למחול? ותירצו, דלמסקנת הסוגיא דמפליג רבי יהודה בין כתבה התקבלתי ללא כתבה התקבלתי, הוא הדין לרבי מאיר, ומהני כתיבת התקבלתי. ולפי זה קשה על הרמב"ם דס"ל דלא מהני לרבי מאיר כתיבת התקבלתי, איך תמחול לבעלה.

קושיא זו הקשו האחרונים על הרמב"ם, עיין בבית שמואל סו, ט שכתב דדוחק לומר שתמחול ויגרש אותה מיד ויחזירנה, דזה מהני אף לרבי מאיר (וכך תרצו התוס' בתרוץ השני). והבית שמואל כתב לישב שלא על פי דרך הר"ן והמגיד, דיש שני עניינים 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 שהבית שמואל כתב דהר"ן והמגיד לא חילקו כך, וס"ל דרק אם מגרשה מיד מהני, ועיין להלן.

ובהפלאה (בקונטרס אחרון סו, ז) כתב לישב, דלרבי מאיר דלא מהני מחילה, היינו שכתובתה קיימת, אך היא קיימת רק מעכשיו, והשעבוד של הזמן הראשון, נמחל שעבודו, דאישה 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 האישה למחול שעבוד נכסים משועבדים לרבי מאיר, דדעת הבית יעקב סו, א דכיון שאף אם לא הייתה 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 הייתה גובה ממשעבדי, ואם כן 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, עיין שם].

גם הישועות יעקב סו, ד כתב כדברים אלו, אך הקשה דכפשות דברי הרמב"ם כל הכתיבה בטלה, גם מה שעד כאן לא מהני. והביא הישוע"י מדברי הגמרא בבא מציעא נא, א-ב במחלוקת רב ושמואל בעל מנת שאין לך עלי אונאה, דרב סבר אף לרבי יהודה הסובר שתנאי שבמזון

קיים – הכא לא מהני, 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 גם כן לא ידעה, דמי יודע מי ימות קודם. ודעת הרמב"ם דלא מהני על מנת שאין לך עלי אונאה, די ש 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, עיין שם.

והרא"ש כתובות ה, ז ס"ל דבכתבה לו התקבלתי אין לה כתובה ומהני מחילתה, ורק בתנאי בשעת קידושין, שמקדשה על מנת שאין לה כתובה דתנאה בטל, לא מהני התנאי ויש לה כתובה, ומכל מקום צריך לכתוב כתובה אחרת, וזה לשונו:

"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 אבן העזר סימן סו. גם דעת הרשב"א (כתובות נו, א) דלא כרמב"ם, אלא אם כתבה "התקבלתי", אף דקיי"ל כרבי מאיר, דוקא בגזרותיו, שבעילתו בעילת זנות, אבל לעצם המחילה, מהני המחילה, וזה לשון הרשב"א:

"מיהו דוקא בגזרותיו הוא דקיי"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, אי נמי 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 לכתולה מאתים ולאמנה 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 כשמשיכים לחיות יחד וכן דעתם, אולם כשרוצה להוציאה, תנאו קיים, וזה המוחלת כתובתה האמור בגמרא בכל מקום, ולא קשה קושיית התוס'.

גם מדברי המרדכי בבא קמא סימן צג מבואר דכתיבת "התקבלתי" מהני, דלא כרמב"ם. והרמ"א (אבן העזר סו, ג) נראה דס"ל כוותיה. אבל דעת המחבר (שולחן ערוך אבן העזר 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 הבית שמואל סו, ט בדבריהם.

והובאו לעיל דברי בבית שמואל 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 האישה אחר כך מעצמה ללא תנאי, בזה גם הרמב"ם סובר כדעת הראשונים הנ"ל דמהני מחילתה. ועל כן כתב דאין סתירה בין פסקי הרמב"ם הנ"ל. דבפרק י"ב פסק הרמב"ם דלא מהני מחילתה, היינו כשהיה תנאי מצד הבעל בשעת הקידושין או הנישואין, ובפרק י"ז פסק הרמב"ם דמהני המחילה, ומיירי שהייתה מחילה שלא קדם לה תנאי, וזה לשון הבית שמואל:

"ולולי דברי הר"ן והמגיד הייתי אומר דס"ל להרמב"ם דוקא תנאי שהתנה עמה בעת הקידושין או בעת הנישואין, אותו תנאי בטל משום דהוי כמתנה על מה שכתוב בתורה, ומה שכתב בפרק י"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 אפילו בעל פה. והיינו מה שכתב בפרק י"ז המחילה אין צריכה קנין. אלא הר"ן והמגיד בסוגיא זו מחלקים כמו שכתבנו לעיל דאין קיים המחילה אלא כשמגרש אותה. ובסעיף ט' פסק המחבר התנאי בטל. ולפי מה שכתבנו, ניחא דלא הגיה שם כלום הרב רמ"א, משום תנאי שאני, אבל מחילה ס"ל דמהני והיינו כשכתבה לו התקבלתי, אבל בעל פה לא מהני. אבל המחבר ס"ל אפילו מחילה לא מהני והיינו מה שכתב בסעיף ט אין לה כתובה לקצת פוסקים, כוונתו לשיטת הרמב"ם יש לה כתובה, ושאר פוסקים כתבו בלשון קצת פוסקים, שמע מינה 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 עניין לא מהני כתיבת התקבלתי, אף באופן שלא היה תנאי שתמחול או תכתוב לו התקבלתי. וכתב הבית שמואל דדעת הטור דבתנאי לא מהני מחילה, וללא תנאי מהני בכתיבה ולא בעל פה. ודעת המרדכי דאפילו בתנאי מהני בכתיבת "התקבלתי". (ונרון דידן לא חשיב כתנאי, לא בעצם הקידושין והנישואין ולא שתכתוב לו התקבלתי, אלא יש הסכם שיש לו תוקף בפני עצמו, ואין בביטולו משום ביטול הקידושין או הנישואין).

ודעת הנתיבות (בית יעקב סו, ג ד"ה עוד כתב הבית שמואל) לפסוק לדינא, דעד תחילת ביאה, דכתנאי דמי, אפילו בכתב לא מהני, כדעת הרמב"ם והטור, ושבוה הסכימו גם המחבר והרמ"א. אבל לאחר ביאה מהני מחילה בכתב ולא בעל פה, דבעל פה אנו סהדי שלא מחלה בלב שלם.

ובחזון איש כתובות סה, ז כתב דדעת הרא"ה הריטב"א והר"ן דהלכה כרבי יוסי ואפילו בתנאי על פה הוי מחילה. ודעת הטור דדוקא "התקבלתי" מהני ולא בעל פה. ודעת הגר"א בדעת המרדכי לחלק בין קודם חופה, דמהני בעל פה, 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. ואפילו במחלה על פה, אפשר להבעל 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 בעל פה בכל עניין.

ואם באנו לנדון דידן, לו יצויר שהייתה כותבת להדיא התקבלתי כתובתי, באנו למחלוקת ראשונים ואחרונים אם מהני המחילה. דבנדון דידן הוי קודם ביאה, ודעת הרמב"ם והטור דלא מהני אפילו בכתב. אמנם יש סוברים דמהני מחילה בכתב, ואף בעל פה יכול לומר קים לי כפוסקים כרבי יוסי, ואפילו בתנאי בעל פה בין בתחילה ובין בסוף.

אך בנדון דידן יש ספיקות נוספים. ראשית, לא כתבה להדיא שמוחלת על כתובתה, ואם כן גם אם נפרש שהסילוק הוא גם מכתובה והוא כולל הכל, צריך עיון 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 הייתה גם כוונתה להרחיב סילוקה גם מכתובה אלא שמשום מה לא פורש להדיא, אפשר שדינה כמחילה בעל פה ולא כמחילה בשטר, ונפק"מ לאמור לעיל. ואף אם נחשיבה כמחילה בשטר, הרי לא כתבה להדיא "התקבלתי". גם צריך עיון מדוע לא כתבה לכל הפחות לאחר הנישואין, קודם האישור בבית המשפט, שסילוק זה והעדר תביעות, מתייחס גם לכתובה.

אמנם בעניין הספק השני, עיין בתשובת פני יהושע (ח"ב סימן סט) שהסתפק אם בעינן דוקא כתיבת התקבלתי, או כל מחילה בשטר מהני. ובתחילה רצה לדייק מדברי התוס' (בבא קמא פט, א הנ"ל) דדוקא כתיבת "התקבלתי" מהני, אך דחה ראייתו זו. ומלשון רש"י (כתובות נא, א ד"ה והיא כותבת) ד"התקבלתי" לשון שובר ("לשון שובר ואפילו לא נתקבלה"). ועיין שם שהאריך בעניין זה, ומסקנת דבריו דלא מצאנו אלא חילוק בין כתב לעל פה, אבל בכתיבה - אין חילוק אם כתבה בלשון התקבלתי או לשון מחילה. דבכתיבה הרי זה כהתחייבות ולא כתנאי, עיין שם.

גם בחדושי הרי"מ סו, יא הסיק דאין חילוק בין כתבה התקבלתי או מחלה בכתב, דכן משמע מהרא"ה, ורק בעל פה לא מהני, שעשו חיזוק לדבריהם עיין שם. ומכל מקום ספק הראשון במקומו עומד, שמא לא חשיב אלא כמחילה על פה, דאין מפורש להדיא שמוחלת על הכתובה רק אמדינן לדעתא שזו כוונתה, דלעניין כתיבת התקבלתי בעינן שיהיה כתוב להדיא שמוחלת הכתובה, ואם לא כתוב להדיא, יכולה לטעון טענת השטאה ומשחקת כך. או יש לומר שזה הפירוש בכתיבה שמסלקת עצמה מכל תביעות, והרי זה ככתוב מפורש. ודעתי נוטה שכן הייתה כוונתה לסלק עצמה מכל סוג של תביעות, וגם כתובה בלשון בני אדם נכללת בלשון כל תביעות, וזה מורה לכאורה שהייתה כוונה גם לסוג כזה של תביעה - תביעת כתובה (עיין חושן משפט סוף סימן סא). רק עדיין צריך עיון אם להחשיבה ככתיבה של שובר,

דאפשר כמו שכתבנו, שאומדן דעת אינו אלא כמו סילוק על פה 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 שהאישה ויתרה על כתובתה, שהרי מן הסתם ויתרה, כיון שבסדר הגט שואלים את האישה אם מוחלת על כתובתה, וכיון שזה מסדר הגט, יש לומר דחזקה על בית הדין ששאלו והאישה השיבה שמחלה, ומה שלא כתבו כן להדיא, מפני שהבעל לא בקש שובר. כן כתב בתשובה אגרות משה לגר"מ פיינשטיין זצ"ל, חלק אבן העזר חלק ד סימן קטו, ולפד"ר כרך יא, עמ' 383-384. אמנם כל זה אינו שייך לנדון דידן, כיון שלהדיא אמרה לפני הגט שאינה מוחלת על כתובתה, ורצונה לתבוע כתובה.

מקור הדין הוא בסדר הגט סעיף פא ברמ"א, מסדר הגט למהר"י מינץ: "וישאל הרב אחר הכתובה, ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו, כדי שלא יבאו אחר כך לידי קטטה מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה". והגר"מ פיינשטיין זצ"ל באגרות משה חלק ד' סימן קטו נשאל גם כן אם יכולה האישה לתבוע את הבעל לאחר הגט, והשיב, דאף שיש שאינם דורשים מהאישה 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 הבית דין 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 מכל שכן מהכתובה ששייך בזה הטעם דהרמ"א בשם מהר"מ מינץ שלא יבואו לידי קטט ויאמר הבעל על מנת 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 להאישה 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. בארץ ישראל תקנות הדיון מחייבים שקודם בואם לסדור גט, ובטרם פתיחת תיק לסדור גט, עליהם לבוא לבית הדין ולדון או להסכים בעניינים הכרוכים בגירושין, ובכללם עניני הממון. כך ששאלות אלה נשאלות עוד בטרם בואם לפני רבנים מסדרי הגט. ועניין הכתובה הוא אחד מעניני הממון עליהם הסכימו הבעל והאישה, ובית הדין נותן תוקף של

פסק דין להסכמתם. ואף ששואלים שוב טרם סדור הגט אם הכל מסודר ביניהם, אין שואלים דוקא על הכתובה אלא באופן כללי, ולעיתים ויתרה על הכתובה, ולעיתים יש הסכם או פסק דין שישלם כתובה, או שידונו אחר כך על הכתובה.

וכאמור, בנקודה זו אין לצרף לפטור מכתובה, כיון שבמפורש אמרה האישה קודם סדור הגט שבדעתה לתבוע כתובה.

ז. כתובה בחזקה

עוד יש לדון אם בספק אמרינן דכתובה בחזקה, או שהוא ככל דין המוציא מחבירו ועליו הראיה, וככל שהבעל מוחזק, לא יכולה לגבות בספק.

איתא בבבא בתרא קלב, בברייתא שכתב כל נכסיו לבניו, ושייר לאישה קרקע כלשהו, ושתיקה, הסתפקה הגמרא האם בשתיקתה מחלה האישה על כתובתה או לא, ונשארה הגמרא בתיקו. 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 שהאישה היא המוציאה מהבעל המוחזק, ועליה הראיה, וזה לשונו:

"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 בשולחן ערוך אבן העזר קו, א, דאבדה כתובתה ותוספת כתובה.

גם הרא"ש (ב"ב ח, לד) פסק שאין מוציאים מהיתומים. וברב המגיד שם (זכיה ומתנה ו, ט) כתב, דהאישה היא המוציאה, דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי לדעת בית הלל:

"וכן כתב ר"ש ז"ל, וזה לשונו, ובברייתא אוקימנא בתיקו, וכיון דמספקא לן, המוציא מחבירו, דהיינו אישה, עליה להביא ראיה, דבכל דין אמרינן מאן דתפיס תפיס".

הרי שמצד היות הבעל מוחזק והאישה מוציאה, עליה להביא ראיה שאין בשתיקתה משום מחילה. ומוכח דלשיטתם, היותה מוחזקת בכתובה, אינה יכולה להוציא בספיא דדינא, דאין כאן חזקת חיוב וספק בפטור, מה שאין כן לרי"ף ודעימיה, כתובה בחזקה ויש חזקת חיוב, ומוציאה עם הכתובה בספיא דדינא.

ובנימוקי יוסף (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". ומה שכתב "דלית לה לכתובה שעת הכושר", אפשר דכוונתו דאין לכתובה חזקת חיוב אלא לאחר מיתה או גירושין, עיין בחדושי הגרנ"ט (כתובות סימן מד ד"ה אך).

ועיין עוד באמרי בינה (חושן משפט הלכות דיינים סימן מו) שכתב בביאור דברי הנימוקי יוסף הנ"ל, דדין זה הוא מיוחד דוקא בכתובה, דהואיל ולא ניתנה כתובה לגבות מחיים וחיובה אינו ברור עד לגירושין 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) בביאור דברי תוס'. ולדעת הרי"ף ודעימיה, יש לומר דגם בכתובה יש חזקת חיוב, והספק הינו רק בסילוק השעבוד, ובספק בסילוק השעבוד העמד על חזקתו, עיין שם.

וכדעת הרי"ף נמצא גם לר"י מיגאש (ב"ב קלב, ב) שכתב:

"וכיון דליכא ראיה דמחלה, מוקמינן לה לכתובתה אחזקה, ואי קנה נכסי בתר הכי, גביא מינייהו".

הר"י מיגאש מפרש דכל האיבעיא הינה על נכסים שיבואו אחר כך, דעל הנכסים שכבר כתב לבניו ס"ל דמחלה שעבודה, דכך פירש האיבעיא בגמרא:

"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, ואפילו קנה נכסים בתר הכי לא גביא מידי".

ולפי זה אפשר דאף הרמב"ם מפרש כן ולא כהרב המגיד, דכל האיבעיא הייתה לעניין מה שיקנה אחר כך, ובזה הרמב"ם ס"ל דכתובה בחזקתה, דלעניין מה שכתב לבניו, ס"ל לרמב"ם כר"י מיגאש שלא הייתה זו האיבעיא בגמרא, דאף בבריא מחלה מה שכתב לבניו.

ושוב ראיתי באור שמח (זכיה ומתנה ו, ט) שביאר כך את דברי הרי"ף על דרך הר"י מיגאש, שכל הספק היה על נכסים שיקנה אחר כך, דיש כאן חזקת חיוב מחמת שטר הכתובה, וספק מחילה הוי כאיני יודע אם פרעתיך, על כן 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 פירעון, ובזה לא גביא כתובה, וגם שם הקשו בתוספות (כה, ב ד"ה בית הלל) הא הוי איני יודע אם פרעתך, ותירצו כיון שהתורה עשאה ספק אינה יכולה לטעון ברי, וכאן לא שייך לא זה ולא זה, דהוי ספיקא אם מחלה אישה בכהאי גוונא, ותו לא משגיחין על דעתה, דאפילו אם לא מחלה בשתיקתה, דברים שבלב אינן דברים, וכמו שכתב המהרי"ט בשניות סימן כ, ולא שייך כאן ברי, דהוי כמו ספיקא דדינא".

ולפי זה אף הרמב"ם ס"ל דלעניין נכסים שנתן לבניו ודאי מחלה, וכל הספק הוא רק לנכסים שיקנה אחר כך, 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 הייתה אם מחלה שעבודה על הנכסים שכתב לבניו, ודחה דעת המפרשים שהאיבעיא הייתה לעניין נכסים שיקנה אחר כך, וזה לשונו:

"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".

והיד רמ"ה (אות קנ), פירש הסוגיא לעניין אם מחלה על שעבודה מהנכסים שכתב לבניו (כפירוש הרשב"ם, ולא כר"י מיגאש), ולא לעניין 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 מאן דאמר חומרא לתובע וקולא לנתבע, ולית לה".

והגם שהביא 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 כר"ף ודעימיה.

ועיין גם בספר נתיבות משפט (על רבינו ירוחם, מישרים נכ"ג), גבי פלוגתא דרבוותא אם הבעל יכול לכופה לדור עמו במקומו, אם הבעל שהוא המוחזק יכול לומר "קים לי" ולא יפרע לה כתובתה, וזה לשונו: "ואפשר עוד דאפילו לא תפסה מכל מקום כיוון שהכתובה שחייב לה הוא ודאי והפסד הכתובה הוא ספק - אין ספק מוציא מידי ודאי, וזה מקצוע גדול הוא וצריך לפנים".

וכן נראה דעת הבית שמואל קנד, ב לעניין מחלוקת הפוסקים במומים גדולים אם יכולה לטעון כסבורה הייתי שאני יכולה לקבל, דיכולה לטעון טענת קים לי כפוסקים שיכולה לטעון כן. וכוונת הבית שמואל, שלא יהיה דינה כמורדת להפסידה כתובתה. ובבית מאיר (קנד, א לפני ד"ה הגהה) הקשה עליו, דהא דינה לפחות מכתובתה, והבעל הוא המוחזק בכתובה. ועל כורחך יש לומר דס"ל לבית שמואל דהואיל ויש חזקת חיוב, 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) בביאור דברי הבית שמואל, וכתבו לחלק בין ספק עובדתי למחלוקת הפוסקים, דבספק עובדתי גם הבית מאיר יודה שכתובה בחזקתה, ורק נחלק לעניין מחלוקת הפוסקים:

וגם לדעת הבית מאיר ייתכן לומר שרק בספיקא דדינא אין להוציא מהבעל הכתובה שהוא המוחזק כיוון 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 לפנינו טענת ודאי שהיא מורדת, והרי זה כאומר הליתני ואיני יודע שפרעתך שחייב לשלם ועיין בשו"ת מהרי"ט (חלק א סימן קיט) [...]"

מבואר דככל שאין מדובר במחלוקת הפוסקים אלא בספק עובדתי, לכ"ע כתובה בחזקתה וחייב הבעל לשלם כתובתה.

לאור האמור, כיון שנדון דידן נתון בספיקות רבים - יש לפשר. וכל פשרה היא לפי העניין 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 בבית המשפט לענייני משפחה, היה עליו לדאוג להוסיף את המשפט, שהנ"ל כולל גם את הכתובה ותוספת כתובה. לכן לאור כל הספקות ובהתחשב בנתוני העניין, יש לחייב את הבעל בשליש מסכום הכתובה, כלומר סכום של 8,666 דולר ארה"ב. ובשקלים - 30,300 ש"ח.

ח. חובות האישה לבעל - הודאה במכשיר הקלטה

הבעל טוען כי האישה חייבת לו סכום של 16,322 ש"ח, כך נכתב בכתב התביעה, בעוד האישה מודה בסכום של 6,000 ש"ח. הבעל גם טען שיש לו הקלטה שהאישה מודה במלא החוב. האישה נותנת אמתלא לדבריה, ומסבירה שהבעל "עבד עליה".

הבעל עוד הוסיף סכום של כ 3,000 ש"ח. חיובים אלה נוספו ממועד הגשת כתב התביעה ועד לעזיבת האישה את הבית. בית הדין דוחה וקובע שאין מקום לדון בחיובים שלא נכתבו

בכתב התביעה. ועל כן אנו נצמדים לאמור בסעיף ה' לכתב התביעה מיום 10.4.19, וכן בהתאם למה שנחקרה האישה בדיון. ובכל אופן דעתנו שהפשרה שנפסקה כוללת בתוכה גם את תוספת התביעה.

בית הדין מציין כי בהתאם לחומר שלפניו אין בדינו לחייב את האישה על החובות שנטען שהיא חייבת לבעל, למעט מה שהודתה. כל ההוכחות שטוען הבעל שהפקיד בחשבונה ושהיא חייבת בתשלום, הואיל והאישה מכחישה, אין להוכיח מהחומר שלפנינו שניתנו בתורת הלוואה. יכול הבעל רק להשביע את האישה בשבועת מודה במקצת, ועל כך בהמשך. אולם אין בדינו הוכחה לחייב את האישה בחוב זה.

בית הדין מפנה לפרוטוקול הדיון (שורה 235 ולהלן):

בא כוח הבעל: יש הקלטה שהוא מבקש ממך החזר חוב של 16 אלף ש"ח. נכון או לא?

האישה: יש. אבל הוא עבד עלי.

בא כוח הבעל: אמרת סכומים? כמה יכול להיות היה גובה החוב?

האישה: אולי 6 אלף ש"ח.

בא כוח הבעל: האם סמוך לנישואין הייתה החלטה לפתוח חשבון בנק משותף? האם הייתה החלטה להוריד בהוראת קבע בסך 2,500 ש"ח לחודש? האם ידעת על סכום החוזה של השכירות?

האישה: כן.

בא כוח הבעל: העברת לו מחצית מהסכום?

האישה: נכון,

בא כוח הבעל: ואחרי שהחלטתם להתגרש את לא העברת לו את המחציות? למרות שאת גרה שם עם הילדים שלך?

האישה: אני היה לי הוצאות מאוד גדולה.

בא כוח הבעל: האם היו רשימות שא' ניהל והוא אמר לך עליהם ואת אמרת לו תרשום 2500 ש"ח חוב שלי?

האישה: יכול להיות. אני הסברתי לו שאני במצוקה כספית.

בנדון דידן יש לדון מה דינה של הודאה שנאמרה ללא נוכחות עדים והאישה

הוקלטה שהיא מודה בחוב. על הצד שאין להתחשב בהודאה זו, הרי האישה חייבת בשבועת מודה במקצת, ויש לדרון בגובה החיוב שיש לחייב את האישה.

בעניין תוקף הודאה מוקלטת, עיין מה שכתבנו במשפטיך ליעקב חלק ג סימן לב, שאין להוציא ממון על סמך הודאה מוקלטת, בפרט בנדרון דידן שהאישה 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, ועיין שם 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 (סימן כ"ה) שפסק כדעת רב פפא דאין הנתבע צריך לטעון טענת משטה, אלא אפילו טען להד"ם, נמי פטור. וכן היא דעת הרמב"ם בהלכות טוען ונטען ו, ו, וכן פסק המחבר בשולחן ערוך חושן משפט פא, א. ומה שפסק המחבר בסעיף ג דבבריא לא טענינן טענת משטה, היינו במקום שלא טען להד"ם, וכמו שכתב 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, מכל מקום טענינן ליה. כן מבואר מדברי הש"ך בס"ק י, דלכך אינו זוכר שהודתה לו מפני דהוי מילי דכדי. ובקצות החושן פא, ב הביא מהרמב"ן בחידושו 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, וזה לשונו:

"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, מה שאין כן אם חוזר וטוען משטה הייתי כך, כיון דהוי מילי דכדי, אין כאן הכחשה לדברי העדים, עיין שם. והש"ך בס"ק ג דחה דבריו, והביא מהעיטור דטענין ליה טענת השטאה, וכמבואר מדברי המחבר פא, א. וכנ"ל, דהקצות החושן בס"ק ב הביא את הרמב"ן שדעתו כדעת בעל התרומות.

וכן מבואר בחידושי הר"ן לסנהדרין (כט, ב ד"ה כל), וזה לשונו:

"ולפיכך אינה טענה שתהא כדאי שיהיה מוחזק כפרן עליה, ויכול לחזור ולומר משטה הייתי כך".

וכן מבואר ביד רמ"ה בחידושו לסנהדרין (כט, ב). וכן מבואר לכאורה מדברי הריטב"א בחידושו 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".

ועיין שם בהמשך דבריו. ומכל מקום עולה דס"ל דיכול לטעון כעת משטה ולא הוחזק כפרן, אך אנן לא טענינן ליה. ועיין בנימוקי יוסף לסנהדרין (ח, א בעמוה"ר) שהביא דעת 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 בהלכות טוען ונטען פרק ו' הלכות ו' ח' עיין שם). ובנימוקי יוסף משמע לכאורה שרש"י ור"ח חולקים על הרי"ף והרמב"ם. ועיין בבית יוסף חושן משפט לב, א דגם רש"י והר"ח מודו דאם מכחיש את ההודאה, כיון דהוי מילתא דכדי, טענינן ליה טענת השטאה, מה שאין כן אם מודה שהודה, לא טענינן ליה. ועיין שם בב"ח (ס"ק ב) שהסביר את שיטת הנימוקי יוסף. ובתומים פא, ד כתב גם כן ליישב שיטת הנימוקי יוסף בהסבר דעת רש"י, ומכל מקום כתב דלהלכה רוב הפוסקים ס"ל כדעת הש"ך. וכדעת הרי"ף והרמב"ם פסק גם במהר"ם אלשיך סימן קלד (בסופו, ד"ה ואי), עיין שם.

ובאמרי בינה (טוען ונטען סימן 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, עיין שם.

ומחלוקת ראשונים זו יש בה נפקות לנדון דידן. דאף אם יש לקלטת דין הודאה בפני עדים

מוכמנים לאחר שמזהים את קולו, לדעת הרי"ף, הרמב"ם, המחבר ודעימיה, דטענין ליה טענת משטה כיון שטוען להד"ם לעצם ההלואה, ולדעת הרמב"ן הר"ן ודעימיה, לא טענין 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 אחר כך טעיתי בהודאתי, ועיין בקצות החושן ס"ק א שיכול לטעון פרעתי.

לאמור לעיל בנדון דידן גם אין להוציא ממון בהודאה מוקלטת, וגם יכולה לטעון טעיתי בהודאתי.

ט. פשרה בחיוב מודה במקצת

וכאמור בנדון דידן האישה 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, וכן פסק המחבר בחושן משפט יב,ב. השאלה היא כיצד מפשרים בחיוב שבועה. השבות יעקב בתשובה (חלק ב' סימן קמה) כתב דפשר הקרוב לדין, הכוונה שלא לחלוק את הדין לחלקים שונים, וזה לשונו:

"אך אכתי אין שעור לדבר, אפילו זהוב אחד שעושיין יותר ממה שמתחייב בדין, גם כן מקרי קרוב לדין [...] אך ורק ליבי אומר לי דעל כל פנים לא יפטור זה שמתחייב בדין בכל השלוש מאות, לא יפטור אותו יותר משליש [...] ויתחייב על כל פנים בשני שלישים שזה מקרי קרוב לדין".

מבואר מדברי השבות יעקב, דקרוב לדין היינו, שאם הדין נותן שפלוני יתחייב סכום מסוים, הפשרה הינה שישלם שני שלישי.

ובדברי מלכיאל בתשובה (חלק ב סימן קלג) כתב שמנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שלישי מכפי הטענה. אך הדברי מלכיאל סובר שאין לדמות מה שכתב השבות יעקב לנדון השבועה, דהא השבות יעקב מיירי בפשרה שאינה מכוח שבועה:

"והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה, אני נוהג באופן כזה, דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים, הדרך האחד – לשום כמה שווה 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 העניין, כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש, או להיפוך, שהנתבע כופר בשקר".

ובהמשך דבריו משלב הדברי מלכיאל בין הדרך הראשונה לדרך השנייה, דכאשר מרגיש

הדיין שהאמת עם התובע, אם כן הנתבע אינו יכול להישבע את השבועה המוטלת עליו, ובודאי מניעת שבועת שקר שווה הרבה. לפי זה על הדיין לשקול ולאמוד בדעתו את מהות התביעה והטענות של הצדדים. נטיית דעתו תקבע את הנקודה שבה תיעצר הפשרה לאורך התביעה. ואם נראה לו שהצד שצריך להישבע אינו צודק, ואם היה מחייב שבועה היה נשבע לשקר, עליו לשקול את מהות האדם, כמה שווה לו להינצל משבועה שכו"כ סיכוייה שתהא שיקרית. ובהמשך הביא דרך שלישית לפשר על פי מה שנראה לדיין כישר והגון.

ומה שכתב הדברי מלכיאל לדחות את מנהג הדיינים הזקנים לתת ניכוי שלישי בעד השבועה, נראה דמנהג הדיינים הזקנים התייחס לשבועת הנוטלין, אולם בשבועת הנפטריין ישלם שלישי מהתביעה, שהרי אם היה נשבע היה נפטר לחלוטין, ואם כן ישלם שלישי, מה שאין כן כשהיה נוטל בשבועה הכל, כשנוטל בלא שבועה, ינכו שלישי.

גם הגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה, חחו"מ, ח"א סימן לב) כתב דהמנהג הוא לנכות שלישי בעד השבועה, אך בסוף דבריו כתב דאין בידו ספרי האחרונים לדעת בברור מנהג דיינים, אם יש חילוק בין שבועת הנפטריין לשבועת הנוטלין:

"אבל כמדומני שנוהגין לפשר בניכוי שלישי בעד שבועה בין נפטר בין נוטל, אבל כיון שאין לזה מקור גדול מגמרא ופוסקים הראשונים, אין זה עניין מוחלט, והכל לפי עיני הדיין, כי לפעמים ניכר שאינו רוצה להישבע 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 שלישי בעד שבועה, בין נפטר בין נוטל".

מדברי הגר"מ פיינשטיין מפורש יוצא שיש מודד כללי לפשרה במקרה של שבועה, והיא ניכוי של שלישי, אך לדבריו ניכוי השלישי יהיה בין בשבועת הנוטלין ובין בשבועת הנפטריין. לפי זה כשיתבעו אותו סכום מסוים, בין אם התובע היה נוטל בשבועה ובין אם הנתבע היה נפטר בשבועה, ישלם הנתבע שני שלישי. והדבר צריך עיון, 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 הנפטריין, הניכוי הוא שלישי, ואין חילוק לעניין שעור שלישי בין שבועת הנוטלין לשבועת הנפטריין. והדבר אמור רק לעניין גובה הניכוי, אך לעניין המקום שממנו נמדד, נראה דאף לשיטת הגר"מ פיינשטיין יש חילוק, דבשבועת הנוטלין השלישי נמדד מהמקום שהיה נוטל עם שבועה, ובשבועת הנפטריין השלישי נמדד מהמקום שממנו היה הנתבע נפטר בשבועתו.

אלא שאף לדברי הגר"מ פיינשטיין יש מקום לשקול 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 מה שכתב הגר"מ פיינשטיין הינו אחד מהשיקולים עליהם דיבר הדברי מלכיאל, ובודאי גם לדבריו יש לשקול כל מקרה ומקרה לגופו, על פי מכלול הנתונים שבאו לפני הדיין, ואין בכך הלכה קבועה, אלא שלדברי הגר"מ פיינשטיין יש נקודת מוצא אחידה לפשרה, והיא ניכוי שלישי, 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 כך וכך, 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 בשלישי, לקתה אולי מידת הצדק לפי מה שנראה בעיני הדיינים. דהנה הרמב"ם בהל' מלוה ולוה ב, ד, כתב לעניין שבועת הגאונים, וזה לשונו:

"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 ברכים 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 מזון 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, הרי זה מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים."

אמנם הרמב"ם מיירי משבועת הגאונים, כמבואר ברמב"ם גופיה וכן מעניין הפרק, אולם מדברי הרמב"ם ניתן ללמוד כמה דברים שאינם נוגעים דווקא 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 להינצל 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 ראייתם כוחה יפה לכל השבועות, דעד דרוש אחיך אותו, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, ודאי אינו עניין לשבועת הגאונים,

שהרי לעניין השבת אבידה נאמרה, וכך דרשוה בגמרא 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, הרי זה מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים". והוא דין אומדנא, הוא לכאורה דין לכל העניינים הנוגעים לחיוב שבועה, שאם בכל השבועות יראה לדיין שהנתבע כשר וכו', לא ישביעהו, שכלל זה הוא בכל העניינים, ובודאי לא התייחד לשבועת הגאונים. וכזה אתי שפיר מה שהביא הדברי מלכיאל הנ"ל בדרך השלישית, לפשר לפי מה שנראה לדיין כישר והגון.

אמנם על הסיפא של דברי הרמב"ם, העירו הנושאי כלים. המגיד שם כתב דמה שכתב הרמב"ם זהו לדין הגמרא, שהדיין יש לו לחתוך הדין לפי האמת אפילו חוץ מן הדין, אולם אין בכל בית דין כוח בזה אלא אם כן הוא בית דין חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות, ומשרבו הדיינים שאינם הגונים, יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו. גם בלחם משנה כתב כן, ותמה על המגיד שלא הביא דהרמב"ם עצמו כתב כן להדיא בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין, דמשרבו בתי דינין שאינם הגונים וכו' ולא ידון בסמיכת דעתו וכו', דמוכח משם דאין לדיין לרדוף באומד הדעת בזמן הזה. (ובענין פסיקת דין על פי אומדנא דמוכח טובא והנהוג המעשי, עיין משפטיך ליעקב חלק ג סימן לד).

והגרא"ז (אבן האזל מלוה ולוה ב,ד) כתב ליישב קושיית נושאי הכלים, די שחלק בין האמור כאן למה שכתב הרמב"ם בהלכות סנהדרין. דבהלכות סנהדרין מיירי באופן שעל פי אומד דעת הדיין רוצה לשנות את הדין, כגון מי שחייב שבועה להיפטר ואמר לדיין אחד שהוא נאמן אצלו, שהוא חשוד על השבועה, ורוצה הדיין להפוך השבועה על התובע ויטול. וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם אחד שסמך עליו, אפילו אישה או קרוב, שהשטר פרוע הוא, ורוצה הדיין להטיל שבועה על מוציא השטר שלא יגבה אלא בשבועה. וכן במי שטוען שהפקיד פקדון אצל אבי היתומים, ורוצה הדיין להוציא פקדון מיתומים על פי סימנים. אך בהלכות מלווה לא מדובר שהדיין רוצה לשנות הדין, אלא רוצה לפטור משבועת הגאונים את מי שטוען שאין לו, וניכר שבאמת אין לו, או מי שרוצה להישבע שבועת הגאונים שאין לו, והדיין יודע באומדנא שיש לו ורוצה לכפות אותו לשלם, שבמקרים אלו רוצה הדיין לקיים את עיקר הדין.

שכל אלו הדינים אנו משנים עיקר הדין על פי אומד דעת הדיין.

ולכן דווקא בהלכות סנהדרין אמר הרמב"ם שבית דין שאינם מומחים כל צרכם לא ידונו באומדנא זה כדי לשנות הדין. אבל כאן בהלכות מלווה, שאין אנו משנים את הדין, כגון לכפות את הלווה לשלם, באופן שנראה שטוען בשקר שאין לו, בזה ניתן אף האינדנא לרדוף באומדנא, שבאופן זה הדין מסור לדיין בעצמו ולא בטלו ממנו חובתו לכופף למי שעובר על התורה, ולכן

אם ברור לבית הדין באומד דעתם שיש לווה לשלם, יש להם רשות לכופו ולנדותו, אף שיוכל לצאת מזה תקלה כגון שייקח נכסי אשתו וישלם, ומכל שכן ברישא כשגלוי וידוע לדיין שאין ללווה, וזה רוצה להשביעו לחינם על מנת לצערו, שאין להשביע מתקנת הגאונים גם עכשיו, דזהו פשוט.

ועיין בדברי מלכיאל (ח"ג סימן קנג ד"ה והנה המ"מ), שכתב דלעניין שבועת הגאונים ס"ל לרמב"ם דאף האידנא יכול לדון לפי אומד דעתו, ואף במה שכתב הגרא"ז נראה לכאורה שהוא רק לעניין שבועת הגאונים, אך בסיפא כתב דלעניין לפטור משבועה ודאי פשוט שיכולים על פי אומדנא ומשמע אדרבה שבכל שבועה יכולים לפטור.

ויותר נראה, דאף אם הרמב"ם סובר דבשאר שבועות אינו יכול לפטור מאומדנא, מכל מקום, למה שכתבו התוס' והרא"ש והשולחן ערוך, דנהגו לפשר במקום שבועה, הרי שמידת הפשרה כבר נתונה לשיקול דעת הדיין, ואף שאסור לו לנטות בפשרה, מכל מקום בזה כבר אינו עושה נגד הדין שקובע גובה הפשרה או פוטר בכלל. ולכן יש לדיין כוח לפטור מחיוב במקום השבועה, ולא לחייבו בממון מכוח מה שהתחייב שבועה, שזה כבר כוח שניתן לדיין בפשרה לעשות לפי אומדן דעתו. וכן נראה מהדברי מלכיאל (ח"ב סימן קלג הנ"ל), דבדרך של פשרה יכול הדיין לפעול ולפסוק לפי אומדן דעתו. וכן נראה לפי מה שישב הגדולי תרומה (שער ב א, ד) את קושית הרב המגיד והלחם משנה, מדוע לא כתב הרמב"ם דהאידנא אינו יכול לפסוק על פי אומדן דעת, וכמו שכתב בפכ"ד מסנהדרין:

"ואמנם הטעם שהחליט העניין 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 כשהמלווה 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 הדיין גם האידנא לפי אומדן דעתו. ומשמעות הדברים שאין בזה חילוק בין סוגי השבועות, ואף שבועת היסת יכול לנהוג כן. ונדון דידן לכאורה הוא שבועת מודה במקצת, שהיא שבועת הנפטרים, וגם בגינה לפי דברי השבות יעקב הנ"ל, יצטרך הנתבע לשלם שלישי מההכחשה, אך מכל מקום גובה הפשרה המדויק נתון לשקול דעת בית הדין, כל מקרה לפי נתונו והבנת בית הדין.

לאור האמור יש לחייב האישה בשליש ממה שהייתה 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 התובע, מעבר

לאמור בכתב התביעה.

לאור האמור מחליט בית הדין:

א. התובע חייב לנתבעת בגין כתובתה סכום של 30,300 ש"ח על פי פשרה שקבע בית הדין.

ב. מסכום זה יש לנכות סכום של 6000 ש"ח, וכן סכום של 3,300 ש"ח, סך הכול סכום של 9,300 ש"ח בגין חובות שחייבת האישה לבעל על פי הודאתה ובהתאם לפשרה שקבע בית הדין.

ג. לאמור, התובע ישלם לנתבעת סכום של 21,000 ש"ח.

ד. סכום זה האמור בסעיף ג, ישולם בתוך 60 יום מיום מתן פסק הדין.



הרב מנחם הגר

בית הדין הרבני ירושלים

אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים

פטור הבעל ממזונות האשה במקום שקבעו חיוב גט

פטור הבעל ממזונות האשה במקום שקבעו חיוב גט

הבעל תבע גירושין. האשה ביקשה שלום בית. בפסק הדין שניתן ביום ט' חשוון תש"פ, פסק בית הדין לחייב את האשה בגירושין מהנימוקים המפורטים בפסק הדין ובקצרה כדלהלן: א. כועסת ומכה. ב. מקללת. ג. מצערת הרבה (תשב"ץ). ד. מאיסה עלי באמתלא מבוררת. ה. משיאתו שם רע בשכניו. ו. אין תקוה לשלום (מהר"ח פאלאג'י). האשה מסרבת לקבל את הגט. בשל כך, פנה הבעל בתביעה לפטור עצמו מחיוב המזונות.

דיון והכרעה

דעת הסוברים דבמקום שקבעו חיוב גט אינו חייב במזונותיה

בשו"ע (אבהע"ז סי' קיז סעי' יא) כתב: "מי שנודע לו שאשתו נכפית, ורוצה לגרשה ואינו משיג כדי כתובתה, כופין אותה לקבל גט (ואין בזה משום תקנת ר"ג), ויתן הנמצא בידו לכתובתה, והמותר כשתשיג ידו, ואם תמאן לקבל גט ימנע ממנה שאר כסות ועונה".

מקור דבריו בשו"ת הרא"ש (כלל מב סי' א), לענין ראובן שנשא אשה ונתברר שהיא נכפית, והוציא מביתו זה שנתיים והיא תובעת אותו בשאר כסות ועונה, ולאחר שביאר שנכפה הוא מום גדול, כתב:

"עתה, בימי חכמי הגמרא אם אירע מום זה באשה בעלה היה מגרשה ומתחייב לה כתובה ויפרע מה שנמצא בידו, והשאר באשר תשיג ידו. ועתה שתיקן הגאון רבינו גרשום שאין לגרשה בעל כרחיה, איך יתכן שיתחייב לה שאר כסות ועונה, אם כן יפה כח האשה הרבה מכח האיש, דאלו נולד מום זה באיש אין אנו אומריין יכפוה להיות אצלה, אלא כופין אותו להוציא ויתן כתובה, ואם נולד באשה יכפוהו להיות אצלה ולפרנסה... אלא ודאי יגרשנה ויתן לה כתובה, כי כולי האי לא ייפה בתקנתו כח האשה מכח האיש, אך כי ראה הדור פרוץ ומזלזלין בבנות ישראל בזריקת גט ותקן להשוות כח האשה לכח האיש כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה. אבל לא יתכן כלל לומר במקום שהאיש כופין להוציא לא יגרשנה בעל כרחיה. ואף אם תמצא לומר

שהשוה מדותיו ששום אדם לא יגרש בעל כרחו, מכל מקום כמה שהאיש כופין אותו להוציא אף האשה כופין אותה לקבל גט. ואם תמאן לקבל, ימנע ממנה שאר כסות ועונה. ואינה יכולה לומר אין רצוני לקבל גט עד שיתן לי כתובתי, דזו אינה טענה, כיון דמן הדין היא חייבת לקבל גט כאשר הוכחתי, נמצא פריעת חוב כתובתה הוי כשאר חוב שהיה מחוייב לה, והנמצא אתו יתן והמותר כאשר תשיג ידו".

פשטות דברי השו"ע בדעת הרא"ש, היא שהבעל אינו פטור מחובת המזונות אלא באופן שבית דין קבעו על האשה דין כפיית גט ממש, והפקיעו ממנה תקנת רבינו גרשום לגמרי.

וכן נראה מדברי הרמ"א שם שהוסיף: "ודוקא במום גדול כזה שאילו היה באיש היו כופין לגרש מדין התלמוד, ולא תיקן רבינו גרשום שתהא האשה עדיפא מאיש, אבל משום שאר מומין אינו יכול לגרשה בעל כרחו, אבל מכל מקום אין כופין אותו להיות עמה, מאחר דמאיסה עליו ורוצה לגרשה ולתת לה כתובתה", וציין למקור הדברים בשו"ת מהרי"ק (סי' קז). משמעות הדברים לכאורה, שלא פטרוהו מחובת המזונות אלא במקום שבית דין פסקו כפיית גט ממש, וביטלו תקנת רבינו גרשום בענינה, אבל במום קטן שאין בו כדי לקבוע כפיית גט, אף שאינו חייב בעונתה מחמת מאיסותה בעיניו, עדיין הוא חייב במזונותיה. אכן מדברי רבים מן הפוסקים נתבאר שאף באופן שבית דין קבע חיוב גט בעלמא, די בכך כדי להפקיע מן האשה את זכותה למזונות ושאר דיני האישות, ונבאר הדברים אחת לאחת.

שיטת הבית שמואל (שם ס"ק כב) בענין זה צ"ע לכאורה, כפי שכבר העירו האחרונים. שכן בריש דבריו כתב בביאור שיטת הרא"ש כפשטות דברי הרמ"א: "יכול לכופה אפילו אחר תקנת רבינו גרשום, גם נשמע דיכול לכופה אפילו בשוטים וכו'". הרי שטעם ההיתר למנוע מאשה זו את מזונותיה הוא משום שקבעו לה כפיית גט, ומניעת המזונות היא אחת מדרכי הכפייה. אולם מהמשך דבריו נראה שמניעת המזונות אינה נחשבת כפייה גמורה, ומותרת בכל אופן בו חייבוה לקבל ממנו גט, אף שלא קבעו ליתן לה גט בכפייה. דלאחר שכתב שנכפית הוא מום גדול ודי בו בשביל כפיית גט, סיים: "נשמע, אם היא בעלת נכפה הוי מום וכופין אותה, דהיא לא עדיפא מיניה, גם בכפיות איש איכא חשש דאורייתא ובכפיות דידה אין חשש איסור אלא תקנות ר"ג, וכפיה זו למנוע שאר כסות ועונה לכו"ע אין קפידא, דהא כשהוא בעל נכפה לכו"ע יכולה לפרוש ממנו, ממילא לא תעשה לו הדברים אשר היא חייבת לעשות לו, א"כ הוא פטור לעשות חיוב שלו". ולמעשה עיקולי ופשוורי זו מצינו כבר בלשונו של הרא"ש וכדלעיל, והדברים טעונים ביאור.

בשו"ת מהר"ם לובלין (סי' א) עמד על הערה זו, ופירש, דלעולם מיירי באופן שקבעו בית דין דין כפייה ממש, ומה שכתב הרא"ש דאם תמאן ימנע ממנה שאר כסות ועונה, דמשמע שאין לה כפייה אלא זו: "לא כתב כן אלא משום דהשאלה שנשאלה לפניו היתה שהבעל הוציאה מביתו והיא היתה תובעת ממנו שאר כסות ועונה, והבעל מנע ממנה כדי להכריחא

שתקבל הגט, לכן השיב בלשון זו" [אכן במסקנתו שם שוב נתחבט בדבר וצידד דאפשר לדעת הרא"ש מיירי באופן שאין לה כפייה אלא זו].

אמנם החלקת מחוקק שם (ס"ק כ) כתב ביאור שיטת הרא"ש: בגוף התשובה של הרא"ש כלל מ"ב שפסק וכתב שכשם שבאיש כופין כך באשה כופין לקבל גט, "ואת"ל שרבינו גרשון השוה מדותיו ששום אדם לא יגרש אשה בע"כ אפי' נכפית, מ"מ אם תמאן לקבל גט ברצון ימנע ממנה שאר כסות ועונה, משמע דלא ברירא ליה להרא"ש שיגרש אותה בע"כ ושתהיה מותרת לשוק בגט זה, דהא כתב דרך את"ל שר"ג השוה מדותיו וכו'. ועוד, דאין זה פשוט שנכפה הוי מום באיש לכופו לגרש... ולקמן ס' קנ"ד יתבאר עוד דכפיה דאיש במאי הוי, אי בשוטים או בשאר דברים ולמי כופין ולמי אין כופין".

כלומר, לדעת החלקת מחוקק, אף דלא ברירא ליה להרא"ש בכהאי גוונא שהיא נכפית דמהני גט על ידי כפייה, מכל מקום התיר לבעל למנוע מהאשה שאר כסות ועונה כדי להכריחה שתקבל ממנו גט, ואין בכך פסול. ונראה שכך הם רהיטת דברי הבית שמואל ג"כ, שאף שלדינא נקט בריש דבריו בדעת הרא"ש שאף כפייה ממש שרי באשה נכפית, מכל מקום סיים וללמד מדבריו שאף להצד שלא ניתן לכופה בשוטים לקבל ממנו גט, מכל מקום הוא רשאי למנוע ממנה את מוזנותיה.

ועיין בפסד"ר מבית הדין האיזורי בת"א (ח"ח עמ' 73, מהרבנים רש"ב ורנר, ר"ע אזולאי, רח"ג צימבליסט) שהביאו את דברי הבית שמואל, וכתבו: "עיקר הנחה זו דמניעת שאר כסות ועונה הוא רק מדין כפייה לקבל גט, נראה דהבית שמואל לא ס"ל הכי". כלומר, עיקר שיטתו של הבית שמואל היא כפי שנתבאר בסו"ד, שהואיל והאשה פורשת מן הבעל מחמת אותו מום שיש בו, ממילא היא אינה מקיימת לגביה את חיובי האישות שנתחייבה לו, ואף הוא כנגדה פטור משארה כסותה ועונתה המוטלים עליו כלפיה. וסיימו: "סובר הבית שמואל דה"ה שכל ההתחייבויות שביניהם מתבטלות עוד לפי הגט... וסבר הבית שמואל דה"ה בספק אם חייב או חייבת גט, כבר נפסקים החיובים ביניהם, דמספק יאמר כל אחד קים ליי".

ולהלן שם (עמ' 75) הובאה שם חוות דעת בית הדין הגדול (הרבנים ר"י ניסים, רי"ש אלישיב, ר"ב זולטי) שדנו בערעור על פסק הדין הנ"ל, ואישרוהו וכתבו: "צדק בית הדין האזורי בפוטרו את המשיב מחיוב המוזנות". הרי שאף לפי חוות בית הדין הרבני הגדול הנ"ל כך היא מסקנת דברי הבית שמואל.

אמנם, כפתחי תשובה (שם ס"ק ה) הביא את דברי הב"ש והח"מ שדנו בביאור דברי הרא"ש בדין כפייה באשה נכפית, וכתב:

"עייין בתשו' נודע ביהודה (מהדו"ת סי' קד) שם שכ' דהח"מ והב"ש וגם בתשו' מהר"ם לובלין סי' א' במח"כ שגו בפירוש דברי הרא"ש, ולכן שגו ג"כ בדין היוצא מדבריו ולא כיוונו ההלכה. והיינו, לפי שהוקשה להם בדברי הרא"ש, דמתחלה

פלפל שרבינו גרשום לא תיקן במקום שכופין האיש להוציא שלא יגרשנה בע"כ, וע"ז כתב ואף את"ל שהשוה מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ. א"כ משמע שגם בזו היתה תקנת ר"ג, ומשמע דגם בזו לא יגרש בע"כ, אף שבאיש כופין להוציא, וא"כ איך שוב כתב במקום שהאיש כופין אף האשה כופין אותה לקבל גט, ודבריו סותרים זה את זה. ולכן פירשו הח"מ והב"ש כל א' לפי דרכו. אך באמת אין כאן סתירה, דהנה ענין בעל כרחיה של האשה נכלל בו ב' ענינים, הא' כמו על כרחיה של האשה במקום שכופין אותו, דהוא עד שיאמר רוצה אני. והב' על כרחיה ממש בלי רצונה כלל, כמו שהיה בזמן התלמוד. ופלפל הרא"ש מתחילה דבכה"ג לא תיקן ר"ג כלום, וממילא נשאר בה דין הש"ס, וזורק לה גט בעל כרחיה ממש בלי רצונה כלל. ואח"כ אמר, ואף את"ל שהשוה מדותיו, ששום אדם לא יגרש בע"כ, דהיינו בע"כ לגמרי, אבל עכ"פ במקום שכופין אותו להוציא כופין אותה לקבל גט, דהיינו שכופין אותה שתאמר רוצה אני לקבל הגט. ולפי שיש הפרש בין הגירושין בעל כרחיה ובין הכפי' לקבל הגט, שלגרש בעל כרחיה לא משכחת צד מונע, שהרי יכול לזרוק וכיוצא בזה ולא שייך בזה אם תמאן, אבל בצד השני שכ"י הרא"ש, שאת"ל שהגאון השוה מדותיו ואף שכופין אותה אם במילי ואם בשוטי"ן מ"מ משכחת לפעמים באשה סרבנית ועקשנית ותסבול כל הכפיות ולא תאמר רוצה אני, ומשכחת בזה שתמאן, ועל זה סיים הרא"ש ואם תמאן לקבל שלא יועיל כל הכפיות ימנע ממנה שאר כסות ועונה".

על פי זה דחה הנודע ביהודה שם את דברי הבית שמואל שנקט שיוכל אף לזרוק לה גט בחצרה, ולאידך גיסא גם דחה דברי הח"מ שנקט שלדעת הרא"ש למעשה אפשר שכלל אין יכול לכופה לקבל גט, ולדעתו המדובר הוא באופן שכופין אותה עד שתאמר רוצה אני, דעל זה אמרו שאם לא רצתה אינו רשאי לגרשה, אבל רשאי הוא למנוע ממנה מזונותיה. וכ"כ בשו"ת רעק"א (מהדר"ת סי' עד) ובהפלאה (סי' עז ס"ק ג, סי' קיז ס"ק יז) [ולפלא מש"כ שם בהפלאה שכ"כ החלקת מחוקק, דזה אינו וכמש"נ].

לפ"ד הנודע ביהודה רעק"א וההפלאה אלו, אין מקור לכאורה מדברי הרא"ש לכך שבסתם חיוב גט שלא נקבעה בו כפייה גם כן יוכל הבעל למנוע ממנה מזונות, שהרי דברי הרא"ש אמורים כרהיטת דברי השו"ע והרמ"א באופן שקבעו לה כפייה, וקמ"ל שגם אם לאחר הכפייה עדיין היא מסרבת לקבל גט מיד הבעל, ניתן למנוע ממנה את מזונותיה. אמנם כאמור, מדברי החלקת מחוקק והבית שמואל מבואר דדי בכך שקבעו לה חיוב גט כדי למנוע ממנה מזונות, וגם מהר"ם לובלין במסקנתו מצדד שכך הוא לדינא על פי דברי הרא"ש הנ"ל.

ובאמת נראה שאף לדברי ההפלאה הנ"ל הדין הוא כך, הגם שנקט בביאור דברי הרא"ש כאחרונים הנ"ל שהמדובר הוא באופן שקבעו לה כפייה ממש, שכ"כ שם וז"ל:

"והרא"ש שכתב דיכול למנוע, היינו דהוא בכלל הכפייה עד שתאמר רוצה אני,

אע"ג דלא מצינו כפיה בממון, מ"מ כיון שהיא מחויבת לומר רוצה אני ועיכוב הגירושין ממנה, כבר כתבתי בריש סי' ע"ז דמוכח מריש כתובות דכשהעיכוב ממנה פטור ממזונות".

הרי שעיקר טעמו לפטור המזונות הוא משום שעיכוב הגירושין הוא מצד האשה, ושל א כדין היא עושה, ולענין סברא זו אין טעם לחלק בין אם קבעו לה דין כפיה ממש או רק חיוב גט, ואף לדבריו בנ"ד יש לפטור את הבעל מחיוב המזונות.

בפסד"ר (ח"ב עמ' 141) הובא מפסק בה"ד הרבני הגדול (מהרבנים רי"א הרצוג, ר"ע הדאיה, רי"מ בן מנחם) שלאחר שהביאו מדברי רעק"א והנודע ביהודה הנ"ל דס"ל דדברי הרא"ש אמורים רק באופן שפסקו בית דין כפיית גט ממש, הביאו את דברי מהר"ם לובלין בסו"ד שמפקפק בזה ומפרש דאין לקבוע כפיית גט מחמת מום של נכפית, אלא רק מניעת מזונות בלבד [וכשיטת החלקת מחוקק], וסיכמו:

"ונראה דהפירוש האחרון על ואם תמאן של מהר"ם מלובלין, דמראה על דרך חדשה לדברי הרא"ש בדין כפיה לאשה הוא מחוור מאד, והיינו שבא לבאר מהות הכפיה, שאין לאשה כפיה אחרת אלא זו. הרי הראב"ד אף במורדת ממלאכה חולק על דברי הרמב"ם בפרק כ"א מהל' אישות ה"ו דכופין אותה ועושה אפילו בשוטים, והוא משיג: מעולם לא שמעתי יסור בשוטים לנשים, אלא שממעט לה צרכיה ומזונותיה עד שתכנע. ומדברי הראב"ד מעולם לא שמעתי כו' נראה שבכל דיני כפיה לנשים כן הוא, ומובן שבמקום שהכפיה היא לגט, דרך הכפיה היא לפוטרו לגמרי משאר כסות ועונה. ואם במורדת ממלאכה נראה מדברי הרא"ש בפסקיו לכתובות פ"ה סי' ל"א דס"ל גם הוא דכופין אף בשוטים עד שתעשה מלאכה, יש לחלק בין מורדת להיכא דהבעל תובע שתקבל גט מחמת מחלתה, שאף במקום דזכאי לכך וכופין אותה ע"ז, אין כופין אותה אלא בדרך כפיה שפוטרין אותו משאר כסות ועונה, ואפשר שגם הרמב"ם מודה בכך" ועיי"ש שצידדו לדייק מלשון רעק"א הנ"ל שאף הוא מודה בזה לדינא, ומסקנתם שם על פי הנ"ל לפטור את הבעל מחוב המזונות, אף שלא פסקו לו כפיה ממש אלא חיוב גט בלבד."

הרי מסקנתם: א. עיקר כוונת דברי הרא"ש שבכל אופן בו האשה מחוייבת על פי דין לקבל גט מיד הבעל די בכך כדי לפוטרו ממזונותיה, גם בלא דין כפייה ממש. ב. אופי הכפייה באופן זה, ע"י מניעת מזונות, מיוסדת על הכרעת הרמב"ם והראב"ד לענין כפייה מלאכה.

ומכל מקום, אף שכאמור דעת החלקת מחוקק ברורה בדעת הרא"ש, שאף באופן שלא קבעו בית דין כפיית גט ממש אלא רק חיוב גט בעלמא, רשאי הבעל למנוע ממנה את מזונותיה, ואף בדעת הב"ש וההפלאה צידדנו בזה לכאן ולכאן, ומהר"ם לובלין בסו"ד מצדד כדעה זו, וכפי שהובא להלכה בפסד"ר הנ"ל, קשה הדבר להכריע כן להלכה, נגד דעתם הברורה של

הגרעק"א והנודע ביהודה, והלכה כבתראי, מכל מקום בוודאי יהיה זה צירוף לקולא יחד עם המתבאר בהמשך דברינו.

שיטת הרא"ם שכאשר הוא מנוע מלגרשה מחמת החרם פטור ממזונותיה

גם באופן שלא נקבע על האשה חיוב גט, יש מן הפוסקים שסברו שכאשר הבעל מבקש לגרש את אשתו והוא מנוע מכך מחמת חדר"ג, אין לחייבו במזונותיה, ואף שמנהג בתי הדין שלא לפסוק כשיטה זו, יש לצרף שיטתם בנ"ד שנקבע לה חיוב גט, ונסדר השיטות בזה.

בשו"ת הרא"ם (סי' ל) כתב:

"אם הוא רוצה לגרש בטענת מאיס עלי או שאר טענות שאינו נאמן בהן, והיא אינה רוצה להתגרש, ואינו יכול לגרשה מתקנת הקהלות, מה דינה במזונות, חייב לזונה או לא. התשובה מוכחת, שמאחר שהוא רוצה לגרשה ויש בידו לפי הדין לגרשה ברצונה ושלא ברצונה, אף על פי שמצד התקנה אינו יכול לגרשה בעל כרחו, מכל מקום לא יהיה חייב במזונותיה, מאחר שהעכוב הוא מצדה ולא מצדו, שהרי הוא רוצה לגרשה".

מקור דברי הרא"ם, מסוגית הגמרא בכתובות (ב ע"א) לענין חיוב מזונות בארוסה: "הגיע זמן ולא נישאו - אוכלת משלו וכו', היכי דמי, אי דמעכבן אינהו אמאי אוכלת משלו". ומבואר, שכאשר האשה היא זו שגורמת לכך שלא יתקיימו הנישואין בזמנן, אינה אוכלת משלו. וסבר הרא"ם, שכך הוא הדין גם באשה נשואה, שכאשר הבעל חפץ לגרשה והיא מעכבת ומסרבת לקבל ממנו גט - אינו חייב במזונותיה. וכן הובא להלכה בב"ח (סי' עז אות ב). הבית שמואל (סי' עז ס"ק 1) דן אף הוא בדברי הרא"ם, ויעוי"ש שהביא מתשובת מהר"א ששון (סי' נה), כי אף שיש מן הראשונים שחלקו ע"ד הרא"ם, יכול הבעל לפטור עצמו מחיוב המזונות בטענת "קים ליי", וכן פסק בשו"ת שבות יעקב (ח"ב סי' קמ), וראה שו"ת מהרש"ם (ח"ג סי' שנג), שלאחר שהוכיח מדברי האור זרוע (סי' תשלט) כדברי הרא"ם, נקט אף הוא דהבעל יכול לטעון קים לי כדבריו, וכן צידד לדינא בשו"ת פרח מטה אהרן (פרחיה, ח"א סי' כד). וע"ע אבני האפוד (ח"א סי' ע אות א-ה) שקיבץ מדברי רבים מהפוסקים דס"ל שניתן לומר קים לי כשיטת הרא"ם [אמנם ראה להלן אות ד' שנדון בהרחבה אם יש לחלק בזה בין קהילות בני אשכנז לספרד].

הרי לן מכמה מגדולי האחרונים שנקטו שניתן לסמוך על דברי הרא"ם אף באופן שאין טענה כלפי האשה ולא נקבע לה חיוב גט כלל.

אמנם בחלקת מחוקק (סי' עז ס"ק ג) דחה את דברי הרא"ם משני טעמים: האחד, אין לדמות מזונות דארוסה למזונות דנשואה. ארוסה אוכלת רק מקנס חכמים על שהוא מתעכב מלשאתה במועד, משום כך אמרו, שכאשר מזלה הוא שגרם שלא יינשאו במועד הנקוב [וכגון

שחלתה], אינו חייב במזונותיה. אולם, לאחר הנישואין חייב הבעל במזונות אשתו מעיקר דין האישות ומדאורייתא, ולא בתורת קנס בעלמא, ולכך גם אם היא גורמת לכך הרי הוא חייב במזונותיה. והשני, שהרי בגמ' כתובות שם נתבאר, שאם האשה חלתה ומחמת כן התעכבו מלהנשא, פטור הבעל ממזונותיה, והרי פשיטא שאם חלתה לאחר הנישואין ומחמת כן היא אינה יכולה לקבל גיטה, אין בכך כדי לפטור את הבעל ממזונותיה [ואף הרא"ם לא מסיק אדעתיה לפטור את הבעל מתשלום המזונות אלא באופן שהיא ראויה לקבל גט אלא שהיא מסרבת], הרי שאין לדמות את חיוב המזונות בזמן האירוסין לנישואין.

בהמשך דבריו שם הביא הח"מ את תשובת הרא"ש הנ"ל הנזכרת בשו"ע סי' קי"ז, וכתב:

"משמע להדיא, במקום שאין כופין באיש אין כופין באשה, וצריך לקיים לה שאר כסות ועונה... וכן משמע מתשו' מהרי"ק סי' ק"ז [הנ"ל], שכל עצמו לא כתב שם אלא מאחר שיש לה מום אף שמחל פעם אחת אין בידינו לכופו ולהיות עמה ולהוליד ממנה בני שנואה, מאחר דאפשר לומ' דבכה"ג לא תיקן הגאון עליה שלא לגרשה בע"כ... אבל בשאר נשים שבודאי תיקן הגאון עליה, נראה שם שיש לכופו משום ביטול פריה ורביה, וגם באשה שיש לה מום נראה שם שצריך ליתן לה שאר כסות דמאחר שמחל לה פ"א ונתחייב לה בכתובה למה לא יתחייב לה בתנאי כתובה, ורק בעונה שהוא צער דגופה אפשר לומר דלא מחיל אינש לעולם אף שמחל פעם אחד. ע"כ נראה למעשה שאין לסמוך על הרב ב"ח... וכל שאין לו טענה מבוררת למה מאוסה בעיניו, דין מורד יש לו, ומוסיפין לה על כתובתה, ומחויב ליתן לה שאר וכסות מה שבידו לקיים".

רבים מן הפוסקים דחו אף הם את שיטת הרא"ם, ראה שו"ת הרשב"ש (סי' תיא) שנקט דאף שמצד עצם החרם יש מקום לדברי הרא"ם, אחר שנהגו שלא לגרש שלא ברצון שניהם, נחשב הדבר כעין תנאי בנישואין ואינו רשאי לגרשה, בני אהובה (הל' אישות פי"ד הל' טו), שו"ת תומת ישרים (סי' קלט), שו"ת מהר"ם פאדווה (סי' יד), ושו"ת מהרש"ך (ח"ב סי' לו). וראה כנסת הגדולה (סי' ע הגה' הטור ס"ק ה) שציינן לדבריהם, וכ"כ בהגה' רעק"א לשו"ע (סי' עז) בשם שו"ת בשמים ראש (סי' קסח).

בגט מקושר להרא"ל צינץ (סדר גט ראשון אות רח) הביא את דברי החלקת מחוקק הנ"ל, וכתב:

"פשיטא שאין דבריו של הרא"ם עומדים במקום תשובת הרא"ש ומהרי"ק והגה' מימוניות בשם הגדולים שהזכיר, ואי שמיע להרא"ם בודאי היה מבטל דעתו נגד דעתם, והעיקר כדברי החלקת מחוקק בזה".

ובמשכנות יעקב (אבה"ע"ז סי' טז), אחר שהביא את דברי הח"מ והב"ש הנ"ל, כתב: "פשיטא דאין לעשות מעשה כדעת הרא"ם נגד כל האחרונים אשר כל הוראותינו על פיהן המה".

מדברי הר"ן בתשובותיו (סי' לח) נראה שאף הוא לא סבר בזה כהרמ"א והרא"ם. שדן, לעניין אדם שנשבע לעלות לארץ ישראל ואשתו מסרבת לעלות עמו, ואף אינה מתרצית לקבל ממנו גט קודם יציאתו, האם חייב במזונותיה. ומסקנתו, שהואיל והבעל מנוע מלגרשה מחמת חרם דרבינו גרשום, יש לחייבו בשארה כסותה ועונתה כדת ישראל. וכדבריו נקטו רבים מן הפוסקים, עי' שו"ת חקרי לב (אבהע"ז סי' לד), שו"ת מים עמוקים (ח"ב סי' מד), ופני משה (ח"א סי' ה). [ועי' שו"ת אור גדול (סי' מד) שהקשה היאך נעלמו מעיני הרמ"א דברי הר"ן, וראה להלן בישוב הדברים]. אמנם בשו"ת מהרשד"ם (אבהע"ז סי' קנה בסוה"ד) נראה שחלק על דברי הר"ן בזה, עיי"ש.

וראה בכני אהובה שם, שהראשונים מיאנו בשיטת הרא"ם, משום דס"ל דאי נימא שבאופן שהבעל חפץ לגרשה והיא מסרבת אינו חייב במזונותיה, נמצאת תקנת רבינו גרשום בטלה מאליה, דמה תעשה עלובה זו שאין לה מי שיפרנסנה ומוכרחה היא להתגרש כדי שתוכל להינשא לאחר. טענה זו מכרחת, שבכלל תקנת רבינו גרשום נקבע, שכאשר האשה מסרבת לקבל גט חייב הבעל לדאוג לכל צרכיה.

בשו"ת בית אפרים (מהדו"ת ח"א סי' כ) כתב, שלאחר שנתקבלה תקנת רבינו גרשום בכל ארצותינו, כל המקדש אשה נעשה הדבר עליו כתנאי בעצם הנישואין שלא יגרשנה בעל כרחה. וכיון שכך, אין לומר דמעיקר הדין היה יכול לפוטרה בעל כרחה ואנוס הוא בכך רק מחמת התקנה, שהרי מחמת תקנה זו מתחייב הוא לה בכך מדעתו ורצונו, ומעתה נעשה הדבר כתנאי בנישואין, וממילא גם אין לפוטרו ממזונותיה.

הבית מאיר (סי' עז שם) הביא מש"כ הב"ש בשם מהר"א ששון דהבעל יוכל לומר קים לי כדעת הרא"ם, ודחה, דמהר"א ששון ציין כחולק על דברי הרא"ם רק את שיטת הרא"ש, אולם לאחר שמצינו שאף המהרי"ק (שורש קז) סבר כדעת הרא"ש, נמצא שהרא"ם יחיד בשיטתו, ואין הבעל רשאי לסמוך על דבריו ולפטור עצמו מחיוב המזונות בטענה זו.

אכן, בשו"ת בעי חיי לבעל כנסת הגדולה (חו"מ סי' נז) נקט, דבכל אופן שיש שני פוסקים המסכימים לדעה אחת, ניתן לסמוך על דבריהם בטענת "קים לי" אף שרוב מנין ובנין מן הפוסקים לא ס"ל הכי, והואיל ויש מן הפוסקים שהסכימו בזה לסברת הרא"ם, וכמבואר לעיל, מן הדין לכאורה שרשאי הבעל לסמוך על דבריו, וצ"ע.

כאמור, מנהג בתי הדין לחייב את הבעל במזונות באופן זה, ושלא לחשוש לדברי הרא"ם, ראה שו"ת שואל ונשאל (ח"ה סי' כו), קובץ תשובות (הגרי"ש אלישיב, ח"ב סי' פט), ובפסקי דין רבניים (ח"ג עמ' 185, ח"ה עמ' 297). אמנם, באופן שלפנינו שבית הדין קבעו חיוב גט, שלכמה פוסקים די בכך לבד כדי לפטור את הבעל מחיוב המזונות וכאמור לעיל, ודאי יש לצרף לזה את שיטת הרא"ם וכל אותם פוסקים שציידו עמו, כדי שלא לחייב את הבעל בחיוב המזונות.

בתשובת הגרי"ש אלישיב שם הובאו כמה ראיות שאין הלכה כהרא"ם, ראה שם שכתב, שמכך שהרא"ש והשו"ע הנ"ל נקטו דין זה שהבעל יכול למנוע מהאשה את מזונותיה דוקא באופן שהיא נכפית, מוכח שבלא סיבה מבוררת היטב אינו רשאי למנוע ממנה אף אם היא מסרת לקבל ממנו גט. וע"ע שהביא מדברי הבית מאיר והישועות יעקב (ריש סי' עז) דאי נימא כהרא"ם בטלה תקנת רבינו גרשום לגמרי, שאם כן יוכל הבעל תמיד לכופה לקבל ממנו גט על ידי שימנע ממנה את מזונותיה ותהיה מושלכת ברעב בראש כל חוצות, וכן הביא מדברי המשכנות יעקב (סי' סז) ועוד אחרונים.

הנה כי כן הראנו לדעת שהלכה למעשה נהגו פוסקי זמננו שלא לומר קים לי כדעת הרא"ם, ומכל מקום יש בזה גם כן צירוף גדול נוסף, עם דברי החלקת מחוקק וסיעתו הנ"ל אות א', לקיים מה שיתבאר להלן בסמוך על פי דברי הישועות יעקב ועוד.

הסוברים שכאשר יש לבעל טענה מבוררת יש לסמוך על פסק הרא"ם

יש מן האחרונים שכתבו, שאף שאין הלכה כשיטת הרא"ם הנ"ל, מכל מקום באופן שהבעל בא בטענה מבוררת מפני מה כה מאוסה האשה בעיניו, וטענתו מתקבלת בבית דין, ואעפ"כ האשה מסרבת לקבל ממנו גט, אין לחייבו במזונותיה.

בישועות יעקב (סי' עז פי' הקצר סוס"ק ב) כתב:

"אבותינו סיפרו לנו, שזקני הגאון חכם צבי פעם אחת אירע בימיו שמורה הורה כדעת הרא"ם, והגאון הנ"ל חלק עליו וסתר דינו אחר מעשה, וכפה את הבעל שיתן לאשתו מזונותיה בשלמות. אמנם אם טען מאוסה היא עליי ויש לו טעם מבורר, אף שאין הדין נותן לגרשה בעל כרחה על ידי זה, מ"מ יוכל למנוע ממנה מזונות עד שתקבל גט. ומעשה היה באחד שטען על אשתו שעברה על דת, ולא היתה לו עדות ברורה בדבר, אלא שהיו לו רגלים לדבר קצת, וכתבתי דהבעל יכול למנוע ממנה שארה כסותה עד שתקבל גט פיטורין, ובזה יש לסמוך על הרא"ם ומהר"א ששון" [וע"ע שו"ת הרי בשמים (תליתאה סו"ס קי), שכאשר נראו באשה מעשי כיעור ומצוה לגרשה, והיא מסרבת לקבל גט, גם החולקים על הרא"ם וס"ל דאין הבעל יכול לפטור עצמו בטענת קים לי כשיטה זו, מודו בכהאי גוונא שאינו חייב במזונותיה].

אלא שבפי' הארוך שם (סוף ס"ק א) הוסיף:

"אף ברוצה לגרשה והיא אינה רוצה, והבעל משליש כתובתה ורוצה למנוע ממנה שארה כסותה, אני מסתפק מאוד אם יוכל לעשות כן, כי הוא בכלל תקנת רבינו גרשום. ואמנם בלי פרעון כתובתה או עכ"פ להשליש הכתובה, אין ספק אצלי שכופין את הבעל לזונה. ואמנם אי נחשב מורד להוסיף על כתובתה אם אין בידו

לסלק הכתובה, כבר מילתא אמורה, דכיון דהבית דין כופין אותו לזונה, אינו ככלל מורד אם רוצה לגרשה ואין בידו לסלק לו הכתובה".

כלומר, גם להצד ובאופן שהבעל רשאי למנוע ממנה את מזונותיה, הדבר מותנה בכך שישליש לה כתובתה ביד בית דין.

על פי זה כתבו בפסק בית דין הרבני הגדול (ח"א עמ' 199) ולאחר שהביאו את דברי הישועות יעקב אלו:

"בנוגע לאופן השלשת הכתובה, הנה לפי רהיטת לישנא המובא בפוסקים, אם רוצה לגרש וליתן לה כתובה, לכאורה נראה דסגי דמשליש את הכתובה גם באופן שהאשה לא תקבל את הכתובה אלא בצירוף הגט. אולם לפי מה שכתב בנחל יצחק בטעמו של דבר שנפקע חיובי הבעל על ידי השלשת הכתובה מפני שהוא כפורע חובו שמועיל גם בעל כרחו של מלוה, ועי"ז פקע ממנו גם תנאי הכתובה, א"כ זה דוקא אם הבעל השליש את הכתובה לטובתה שתהיה בידה הזכות לקבל את הכתובה תיכף ומיד גם בלא הגט, אז הוי פרעון המועיל גם בעל כרחה, אבל אם משליש באופן שהאשה לא תקבל את כתובתה כל זמן שלא תקבל יחד עם זה גם את גיטה, ודאי אין זה בכלל פרעון בעל כרחו, שהרי אין בידו להכריח אותה לקבל גט, ואם אינו מרשה לה לקבל את כתובתה אא"כ תסכים לקבל את הגט, אין כאן פרעון כלל, והוא נשאר חייב בכל החיובים".

מסקנתם שם על פי הנ"ל: "על הבעל לשלם מזונותיה... הזכות ביד הבעל להשליש בבית כתובת אשתו לטובת האשה עם גט פיטורין, ואז יהיה פטור ממזונותיה". ממילא כך הוא גם בנדון דידן.

הנה נתבאר בדברי הישועות יעקב, שאף כשלא קבעו בית דין חיוב גט ממש על האשה, די בעצם טענתו המבוררת של הבעל כדי לאפשר לו למנוע ממנה את מזונותיה, ונראה שכל שכן כאן, שכבר נקבע לה חיוב גט, ובזה ודאי מצטרפים דברי החלקת מחוקק הנ"ל אות א'.

בני זוג ספרדים שלא נהגו בתקנת רבינו גרשום - אם יכולים לומר קים לי כהרא"ם

וביותר יש לנו לומר כן לכאורה, כאשר המדובר הוא בבני זוג ספרדים, מקהילות שכלל לא קיבלו עליהם את תקנת רבינו גרשום שלא לגרש אשה בעל כרחה.

שכן, כאמור לעיל נחלקו אחרונים האם ניתן לומר קים לי כדעת הרא"ם, לפטור את הבעל מחוב המזונות, כאשר הוא חפץ לגרש את אשתו והיא מסרבת לקבל ממנו גט. ויש לדון ולומר, שגם דעת המחמירים בזה שלא לסמוך על דברי הב"ש ומהר"א ששון הנ"ל, אינה אלא למנהג בני אשכנז שקיבלו עליהם תקנת רבינו גרשום בחרם שדינו חמור וי"א שיש לו תוקף מן התורה

נראה שו"ת בעי חיי לבעל כנה"ג (סי' א) שהאריך להוכיח מכמה פוסקים שאיסור חדר"ג יש לו תוקף מן התורה, וראה עוד מש"כ בזה בשו"ת עבודת הגרשוני (סי' נג), שו"ת מהר"א ששון (סי' קטו) שו"ת חת"ס (אבהע"ז ח"א סי' ב), שו"ת ברכת רצ"ה (סי' צה), אבל לבני קהילות הספרדים שלא נהגו בכך אלא בתורת מנהג בעלמא, אפשר שיוכל הבעל יותר בנקל לטעון קים לי לפטור עצמו מחובת המזונות על פי שיטת הרא"ם הנ"ל.

ואכן מצינו לרבים מגדולי חכמי ספרד שנקטו בפשיטות מטעם זה שניתן לומר קים לי כשיטת הרא"ם, ראה ס' אבני האפוד (ח"א סי' ע אות א-ה) שקיבץ מדבריהם, וא"כ לכאורה היה מקום להקל בזה לבני זוג ספרדים אף באופן שלא קבעו להם חיוב גט.

אמנם, באופן שנשבע הבעל תחת החופה שלא יגרשנה, הביא שם שנחלקו הדעות אם יוכל לומר קים לי כדעת הרא"ם, או שמא באופן זה אף הרא"ם מודה שאינו יכול למנוע ממנה מזונותיה אחר שאינו רשאי לגרשה. מדברי היד אהרן (שם ס"ק ג) ציין שם דשבועה חמירא לענין זה מחדר"ג ואינו רשאי למנוע ממנה מזונותיה, אולם מדברי הכנה"ג שם הביא שלא חילק בזה, וכן הביא שם לקולא מס' פאת נגב, אם הדרך, ידיו של משה ועוד מחכמי ספרד.

מתשובת פני יצחק (ח"ב דף סג) הביא האבני האפוד שם דס"ל דבאופן שנשבע הבעל תחת החופה לא יוכל לומר קים לי כהרא"ם, משום דספק ספקא יש בדבר, שמא הלכה כדעת הסוברים שכלל לא ניתן לומר קים לי כדעת הרא"ם, ואף למקילים, שמא הלכה כדעת הסוברים שאם נשבע תחת החופה גם הרא"ם מודה דאינו יכול למנוע ממנה את מזונותיה. אלא שדחה דבריו, וכתב, דלענין דין קים לי שלא להוציא ממון מיד המוחזק, אין נפק"מ כמה ספקות יש בדבר.

עוד יש לצרף בענין זה לקולא, ובקוצר מילין מחמת שאין זה הנושא שלפנינו, שהרי עצם תקפותה של שבועה זו הנהוגה לעשות תחת החופה, יש לפקפק בה טובא, ויש בזה צירוף רב להקל ולומר קים לי גם באופן שנשבע הבעל תחת החופה שלא יגרשנה.

ראשית שבועה זו נעשית בתקיעת כף בעלמא בלא נוסח של שבועה, ונחלקו ראשונים אם יש לכך תוקף של שבועה נראה שו"ת הרשב"א (ח"ה סי' סז) כתב, שתקיעת כף אינה נחשבת שבועה, אלא היא כעין הבטחה מעליא, המחייבת את התוקע כפו לחברו מדין "שארית ישראל לא יעשו עוולה". וכ"כ בשו"ת התשב"ץ (ח"ב סי' קמא) שאין זכר בתלמוד לשבועה הנעשית בתקיעת כף, וכל המורה בזה להקל שומעין לו. אולם בשם רבינו תם כתב התשב"ץ שם שתקיעת כף נחשבת שבועה לכל דבר, וכן פסק הבית יוסף (יו"ד סי' רלט), וראה שו"ת מכתם לדוד (פארדו, יו"ד סי' כט), שבצירוף עוד טעמים אחרים יש לסמוך על דעת הסוברים שתקיעת כף אינה נחשבת כשבועה, וכן צירף להקל בנדונו בשו"ת עדות ביהוסף (ח"ב סי' י). כמו כן החתן כלל אינו אומר נוסח של שבועה, אלא הדבר נכתב בשטר הכתובה, והרב מקריא זאת והחתן מסכים בשתיקה, ויש בזה כמה עיקולי ופשוטי, ראשית, השבועה אינה נאמרת על

ידי המתחייב, שנית נוסח השבועה הוא בלשון עבר "ונשבע החתן" והוא הרי עדיין לא נשבע [ראה שו"ת נודע ביהודה מהדו"ק סי' סו ששבועה בלשון עבר אינה כלום], ואף התקיעת כף הנעשית אינה בין החתן לכלה כדרך הנשבעים אלא בין החתן לרב מסדר הקידושין. ויש להאריך בכל אחד מפרטי דינים אלו. ונראה שיש לצרף כל הנ"ל לסמוך על דעת כל אותם אחרונים שלא חילוק לעניין זה בין אם נשבע החתן תחת החופה או לאו.

כמו כן, ברוב הקהילות לא נזכר בשטר הכתובה שלא יגרשנה בעל כרחה, אלא שלא יישא אחרת על פניה. ולמנהג זה שהוא הנפוץ ביותר בזמנינו בשטרי כתובות הספרדים, אין כל משמעות לדברי המחמירים הנ"ל. על כן ודאי נראה שהמיקל לטעון קים לי כדברי הרא"ם כשבני הזוג ספרדים יש לו על מה לסמוך.

אמנם לסברת הרשב"ש (סי' תיא) הנ"ל, שסבר שאחר שנקבע הדבר במנהג שלא יגרש אדם אשתו בעל כורחה נחשב הדבר כעין תנאי בנישואין, ואף באופן זה שהיא מסרבת לקבל גיטה חייב הוא במזונותיה, וסבר שדין זה עדיף מחרד"ג, ודאי נוהג דין זה לדעתו גם בקרב עדת הספרדים. ומכל מקום נראה פשוט, שאף לדבריו, באופן זה שנקבע על פי בית דין חיוב גט, שלדעת הרבה פוסקים די בזה לבד כדי למנוע ממנה את מזונותיה, ודאי יש לסמוך לצרף דברים אלו להקל בזה.

מסקנת הדברים

לאחר שבית הדין פסק שהאשה חייבת לקבל את הגט מיד הבעל והיא מסרבת, רשאי הבעל להמנע מלספק לה את מזונותיה, וכל תנאי וחיובי האישות בטלים לגביה לגמרי. זאת על פי דברי הישועות יעקב הנ"ל, שכאשר הבעל בא בטענה מבוררת מפני מה הוא מואס באשתו, רשאי הוא על ידי טענתו זו למנוע ממנה את מזונותיה, וכל שכן בחיוב גט, ובצירוף דברי החלקת מחוקק וסיעתו בדעת הרא"ש שכך הוא בכל אופן בו נקבע על האשה חיוב גט מחמת מום וכדומה, ובצירוף שיטת הרא"ם שיש סוברים שניתן לומר קים לי כדבריו, ובפרט כאשר מדובר בבני זוג ספרדים שלא קיבלו עליהם חרם רבינו גרשום וכאמור.



הרב אוריאל לביא

אב"ד ירושלים

פסיקת "דינא דמתיבתא" וההשלכות הנובעות מפסיקה זו

בין הצדדים התקיימו דיונים לבירור תביעת האשה לגירושין. האשה עזבה את הבית עקב טענות קשות וחמורות ביחס לבעל, והבעל נותר בבית הרשום על שם האשה בלבד.

לאחר שלושה דיונים במעמד שני הצדדים, ניתנה החלטה כדלהלן:

א. ביחס לתביעת הגירושין, התובעת מבקשת שעל יסוד טענותיה, בית הדין יפסוק לחייב את הבעל בגירושין ואף לכפות אותו בגט. מאידך, הבעל מבקש לדחות את התביעה, ולהורות על חזרה לשלום בית, וטוען שהאשה מושפעת מאנשים אחרים.

טרם הושלם הדיון לבירור התביעה לחייב או לכפות את הגירושין, כמבוקש על ידי האשה, ולכן בעת הזו בית הדין טרם פסק בשאלת חיוב הגט או כפיית הגט. פסק הדין יינתן לאחר השלמת בירור התביעה.

אך בלא לגרוע מהאמור, ועל יסוד מכלול הטענות שהאשה הציגה בדיונים ולאחר שמיעת הצדדים בשלושת הדיונים, ניתן לקבוע בבירור שהאשה מאסה בבעלה.

במסגרת הנוכחית, אין מקום לפרט את מכלול הטענות, אלא די לציין שבית הדין קבע שבפנינו אשה הטוענת "מאיס עלי", כשבדיונים האשה כבר פירטה את האמתלאות.

מאיס עלי ואמתלא מבוררת

הרמ"א אה"ע סי' ע"ז ס"ג פסק להלכה את דינא דמתיבתא, וכתב: "אבל בנותנת אמתלא לדבריה, כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו וכיוצא בזה, אז דיינינן ליה כדינא שתקנו הגאונים ונקרא דינא דמתיבתא".

מקור פסק הרמ"א בראשונים. עיין הגהות מיימוניות הלכות אישות פרק יד שכתב: "וכ"פ מורי רבינו שיחיה בתשובה שאין בטענתה ממש אא"כ נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה, שברצון היתה נשאת תחתיו לולא זה הדבר שטוענת ואומרת שממאיסו עליה". הרי שטענה שבה האשה מייחסת לבעל "שאינו הולך בדרך ישרה, ומכלה ממונו, וכיוצא בזה", היא עילה מספיקה לטענת מאיס עלי, ועל יסוד טענה כזו דנים כדינא דמתיבתא.

כדינא דמתיבתא אין הלכה המורה להשהות י"ב חודש, וכמו שכתב הב"ח אבן העזר סי' עז: "מתוך תשובת מהר"ם נראה שגם הוא פוסק כר"ת דלדין התלמוד דמשהינן לה י"ב חדש

באומרת מאיס עלי הוא, אבל לדינא דמתיבתא דדיינינן השתא בטלה השחייה, ויהיב לה לאלתר אם רוצה הבעל".

ודברי הב"ח ברורים, מאחר שבדינא דמתיבתא אין מוזכרת המתנת י"ב חודש, עיין ברי"ף פרק אע"פ: "האידינא כבי דינא דמתיבתא הכי דייני במורדת, כד אתיא ואמרה לא בעינא ליה להאי גברא, נתיב לי גיטא, יהיב לה גיטא לאלתר". וכן כתב החזו"א אה"ע סי' סט סק"ה.

ביחס לסוג המאיסות המצדיקה לדון דינא דמתיבתא, החלקת מחוקק ס"ק כה, כתב:

"אבל בנותנת אמתלא מבוררת וניכרת לבית דין שכנים דבריה שראוי לה למאוס, אז על זה תקנו הגאונים שלא לדון בדין התלמוד",

וכן בב"ש ס"ק כז. ובשו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' נח ס"ק יב כתב שהגם שבדין התלמוד נידונה כטוענת מאיס עלי, גם כשמאסה בו עקב קטטות וכיו"ב, "אבל מ"מ לדינא דמתיבתא שתיקנו תקנת בנות ישראל, י"ל שפיר דלא תקנו רק היכא שמעשיו מקולקלין, כאותן שהזכירו הפוסקים". ובתשובת בית אפרים המובאת להלן, הגדיר זאת: "שחכמי עיר ועיר יכירו וידעו שמחמת מעשים אלו ראוי הוא למאוס בו".

ובספר עזר מקודש אבן העזר סי' עז כתב על דברי הרמ"א, שגדר המאיסות על מנת לדון דינא דמתיבתא, פחותה מגדר טענת מאיס עלי המביאה את בית הדין לכפות גט אליבא דשיטת הרמב"ם, וז"ל:

"אבל בנותנת אמתלא. אודות טענות מאוס עלי רצה אחד להתעקש שהכוונה דוקא כשהוא מאוס עליה בהחלט בגדר מיאוס, מה שאין כן אשה שהרחיק בעלה ממנה עם כל מעותיהם למדינה אחרת לרחוק ותפסוהו בדרך גם הי' ערך רבע שנה שפירש ממנה במרד, ואחר כך דרו כאחד והיו ביניהם סכסוכים ואחר כך הרחיק כנ"ל, וטוענת היא שמתיראת להתערב עמו, וכי לעולם ידורו בין אנשים שישמרו מעותיהם ואשר להם שלא יברח עמם ומפיו נשמע שכמו שעשה כנ"ל כשהיו לו ב' ילדות קטנות כן יעשה גם כשיהי' לו ילדים רבים, והיא טוענת לא בעינא גם כתובה. הנה גם שלשון הרמב"ם ז"ל שאינה כשבויה כו' לשנאוי לה וכן הובא בטור ופוסקים ז"ל בשמו מכל מקום נראה שבאמתלא ברורה כנ"ל הוה ליה כשנאה כבושה. וגם אם נימא שאין כופין לגרש בכזה גם להרמב"ם ז"ל, מכל מקום לגבי דינא דמתיבתא פשיטא שאין צריך גדר מיאוס דוקא, רק כל שאומרת לא בעינא לא ליה ולא הכתובה באמתלא ברורה, גם מעוטה מכנ"ל, ידה על העליונה".

ויצוין לפד"ר חלק יא עמוד 94 בפס"ד מבית הדין ת"א שכתב הגר"ח ג' צימבליסט שליט"א:

"כיון שאמרה האשה בפנינו שאינה יכולה לעשות שלום בית בשום פנים, ומעדיפה להתאבד מאשר להשלים עמו, יש לראות בזה כאילו אמרה מאיס עלי, וכאשר בארנו בפס"ד שבכרך ט' עמ' 182 שכל שמסרבת בכל תוקף לחזור אליו, אף שלא אמרה את הלשון מאיס עלי, דינה כמורדת דמאיס עלי עיין שם. והנה במורדת מסוג זה כתב הרמ"א באה"ע סי' ע"ז ס"ג שדנים בה דינא דמתיבתא, והיינו שהבעל צריך להחזיר לה כל מה שהכניסה לו בנדונייתה, וכל שכן את נכסי המלוג שלה, ועי' בשבות יעקב ח"א סי' ק"ח ובחוט המשולש להגר"ח מוולוז'ין סי' ב' שהעלו דמוציאים ממנו את הנכסים עוד לפני הגט (ודלא כהטורי זהב ובית שמואל) וכ"כ בחזון איש סי' ס"ט סק"ט. וא"כ ה"ה בנידוננו יש להוציאו מן הקיוסק אף לפני הגט".

גם בנידון שבפנינו האשה חוזרת על דבריה שהיא מעדיפה למות מאשר לחזור לגור עם הבעל, ושוללת מכל וכל חלופה של חזרה לשלום בית.

ביחס לטיבה של האמתלא, במקור ההלכה בתשובת מהר"ם כתב: "נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה". וכתב הב"ח בדיני מאיס עלי בקצרה: "אם נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה שברצון היתה נשאת תחתיו לולא זה הדבר שטוענת ואומרת שממאיס עליה והיא טוענת בכרי שכך הוא, אף על פי שאינה יכולה לברר כלל אפילו ע"י עד אחד".

אך בחלקת מחוקק בסוף סי' עז, השיג על הב"ח וכתב:

"מ"ש בסעיף ב' והיא טוענת בכרי שכך הוא אף על פי שאינה יכולה לברר כלל וכו', ואז לאחר השבועה או החרם דיינין לה בדינא דמתיבתא דנותנין לה כל מה שהכניסה לו ואפילו מה שתפס הוא מוציאין מידו וכו', קשה דאיך תוכל להוציא ממנו כמה שטוענת כרי, אם הוא טוען להפך כרי ששקר הוא, ומאחר שאינה יכולה לברר דבריה איך נאמין לה ומהר"מ בהגהות מרדכי... כתב בזה הלשון, אין בטענת מורדת ממש עד שתתן אמתלא נראית וניכרת לטובי העיר וחכמיה וכו', משמע דלאו בדידה תליא מילתא רק לחכמי העיר הדבר מסור, ולא לה. דאל"כ כל אשה תוכל לומר מום שבסתר ותטעון כרי. וכ"כ התוס' בכתובות פרק אף על פי דף ס"ג ע"ב בד"ה אבל אמרה מאיס עלי וכו', דאף לדין התלמוד לא מצי למטען מאיס עלי אלא היכא דאיכא רגלים לדבר, משמע דלאו מפיה אנו חיים". והסכים עמו הב"ש בדיני מורדת בקצרה שכתב: "וכל זה איירי כשביררה טענה שלה למה הוא מאיס לה ואם א"י לברר ע"פ עדים הוי טענה שאינו ברורה כמ"ש בסמוך. ח"מ".

אך הבית אפרים בתשובה אה"ע סי' קכו, הכריע כב"ח, וכתב:

"ועוד נראה דמ"ש הח"מ והב"ש דבעינן שתהיה מבוררת ע"י עדים אין נראה כלל, ועיקר כהב"ח בזה. ומה שדקדק הח"מ מלשון הג"מ בשם מהר"מ שכתב אמתלא מבוררת וניכרת לטובי העיר וחכמיה למה הוא מאיס עליה, אין נ"ל דקדוק כלל שכוונתו שחכמי העיר יכירו וידעו שמחמת מעשים אלו ראוי הוא למאוס בו שלפעמים אף עפ"י שנותנת אמתלא שמחמת זה מואסת בו מ"מ אינם רק מילי דכדי דבטלה דעתה אצל כל אדם".

וכן העלה בשו"ת פרי תבואה סי' מט.

ובתשובת חוט המשולש (להגר"ח מוולוז'ין זצ"ל) סי' ב' פסק שדנים דינא דמתיבתא אף באמתלא שאינה מבוררת, כל עוד אין לחוש לערמה, וז"ל:

"וכ"כ המהרי"ק להדיא שורש כ"ט וז"ל דהא ודאי לדעת הרי"ף והגאונים דאית להו דכופין אותו להוציא במורדת דמאיס עליה ואפילו בלי שום טענה כי היכי דלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה כו' אבל לדברי רבינו יעקב דפסק דאין כופין כו' וכ"מ בש"פ דתקנתא דמתיבתא היא אף בלא אמתלא אף לענין הכפי' וכ"ש בענין הממון רק מהר"ם מרוטנבורג הוא שהתחיל להחרים ולחוש לערמה אף בענין הממון היינו אם נראה שיש חשש ערמה בדברי' אבל אם מראה איזו טענה בריאה וטובה לפ"ד אף שאינה יכולה לברר טענתה. וכ"כ הרא"ש בתשובה (כלל מ"ג סי' ס"ו) הובא רוב דבריו גם בב"י... והיינו שפוסק בענין הכפי' כר"ת כמ"ש סי' ח' שנראין דברי ר"ת וראיותיו עקרים, אבל מ"מ דינא דמתיבתא נראה גם מדבריו שהיא אף בלא אמתלאות, וכן הוא בהדיא בתשובת מהר"ם וכו' עד ואפילו הכי השיב מהר"ם להחזיר לה מה שהכניסה והיינו כדעת הב"ח הנ"ל... היוצא מכל מה שכתבתי לדינא דדינא דמתיבתא הוא להוציא ממנו אף שלא בשעת הגט ואף באמתלא שאינה מבוררת אם לא שיש לחוש לערמה ואז אין נותנין לה כלום אם א"כ תפסה למזונותיה ממה שהכניסה".

עד כאן מתשובת הגר"ח זצ"ל, והביאו הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל בכמה פסקי דין, ומדבריו עולה שנקט להלכה כוותיה, עיין פד"ר ח"ב עמ' 6-5 שהודפס בקובץ תשובות ח"א סי' קע"ד) וכן בקובץ תשובות חלק א' סי' קע. ובפד"ר ח"ד עמ' 181-180 (בקובץ תשובות חלק א סימן קצז) כתב:

"והנה כבר בהזדמנויות שונות הבאנו מ"ש בתשובת חוט המשולש להגר"ח מוולוז'ין ז"ל סי' כ' (ראה פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל כרך ב' חוברת 1 עמ' 6 וחוברת 9 עמ' 267-268) ולרגל הדיון הזה נסתפק בהבאת דבריו בקיצור. וזו לשונו: ... הוא הכה אותה וכ"כ עשה צער ובזיון עד שסוף הדברים אומרת מאיס עלי והבעל ח"ו לא נגעת בה, הרי להדיא דעובדא היה שלא יכולה לברר

האמתלא שהרי כיחש לה ואדרבה הוא אומר מי יעץ לה... ואפ"ה השיב להחזיר מה שהכניסה... היוצא מכל מה שכתבתי לדינא בדינא דמתיבתא הוא להוציא ממנו אף שלא בשעת הגט ואף באמתלא שאינה מבוררת".

וכן בקובץ התשובות להגרי"ש אלישיב זצ"ל חלק ב' סי' קעח.

סיכומו של דבר, אליבא דהב"ח, הבית אפרים, תשובות פרי תבואה ותשובת הגר"ח בחוט המשולש, שפסקו כוותיה בפסקי הדין הנזכרים, בנידון דנן דנים דינא דמתיבתא, המבואר ברמ"א סי' ע"ז ס"ג, ובלא המתנת י"ב חודש.

כשתובעת כתובה באופן הנ"ל

אמנם במכלול התביעות התלויות ועומדות בפנינו קיימת התביעה לכתובה, והב"ש בדיני מורדת בקצרה כתב: "או שאמרה מאיס עלי ותובעת הכתובה, בזו ליתא דינא דמתיבתא אלא דינא דש"ס".

אך יצוין שמלבד התיק לכתובה שנפתח במזכירות בתחילת ההליך, תביעה זו לתשלום הכתובה כלל לא עלתה לדיון ולא הוזכרה בדיונים, ונראה שהאשה אינה מתייחסת לנושא הכתובה. מלבד זאת, בתשובת חמדת שלמה אה"ע סי' נח סק"ז, לא הסכים עם הב"ש, וכתב:

"והמעייין בתשובת הרא"ש בדיני מורדת כתב להדיא שאף בתובעת כתובה איתא לדינא דמתיבתא. והטעם נראה פשוט, כיון דצריכה לברר דבריה וצריך להיות אמתלא הניכרת דבשבילה ראוי להיות מאיס בעיניה, ע"כ אף בתובעת כתובה מהני, כיון דניכרים דברי אמת שראוי להיות מאיס בעיניה, וצ"ע על הב"ש וכן מורה פשט הלשון של הרמ"א".

וכן החזון איש אה"ע סי' סט סק"ט כתב על דברי הב"ש:

"וכבר כתבנו לעיל סק"ד דכל שמתאמת דבריה, וכהיא דדין א' שכתב הב"ש לקמן באומרת מאיס עלי לא הפסידה כלום כמה שתובעת גם כתובה. וכל הפוסקים לא הזכירו תנאי זה, והעיקר תלוי לפי ראות עיני הדיינים אם יש ריעותא במאי דתבעה כתובה, אבל אם נראין הדברים דמ"ע, אלא שמבקשת כתובה כדי שתוכל להתפרנס, ולמה לה לותר על שלה כיון שחייב לה כתובה, אינה מפסדת בתביעתה, וכש"כ באומרת שיתנו לה כפי הדין המגיע לה שלא הפסידה בכך".

על כן בנידון זה, שבדיונים שהתקיימו בבית הדין האשה או בא כוחה לא הזכירו מתביעת הכתובה, אלא רק בכתב התביעה הדבר צוין, ומדברי האשה נראה שאינה עומדת על תביעת הכתובה, ובכה"ג מסתבר שאף הב"ש אינו סובר שלא תידון בדינא דמתיבתא.

עוד יצוין לתשובת מהרלב"ח סי' לו, שהובא בפסקי הדין של הגרי"ש אלישיב זצ"ל הנזכרים, שכתב את המשמעות של פסיקת ההלכה כדינא דמתיבתא, וז"ל:

"מכל מקום בחייה דינב שוה, וכי היכי דלדינא דמתיבתא אין לבעל עוד רשות על נכסיה בחייה הכי נמי לדעת הרא"ש. וכי היכי דנעקר האישות מביניהם לענין שאין לה עליו עוד כתובה ולא שום תנאי כתובה, הכי נמי אין לבעל עוד עליה בחייה ולא על נכסיה, שום רשות".

עוד יצוין, הבעל טוען שלימדו את האשה לשקר ומכך נובעות טענותיה ולפי טענתו אין לדון דינא דמתיבתא, וזאת עפ"י המבואר ברמ"א ובח"מ ובב"ש במקרה שלימדוה לשקר.

אך יצוין למש"כ הבית שמואל ס"ק כז, שככל שהדבר נוגע לפירות נכסי מלוג, אין נפקא מינה בשלושת החלוקות הנזכרות בפוסקים ובכל גווני נכסי מלוג שלה, וז"ל:

"ונראה נכסי מלוג לא הפסידה אפי' בטענה שקר, וכן משמע בתרומת הדשן סי' ר"ך".

בדיני מורדת בקצרה חזר הב"ש על הלכה זו וכתב:

"אם נראה דטענתה שקר הוא, מוציאים ממנה נצ"ב ונותנים לו, אבל נכסי מלוג אפילו אם תפס הוא מוציאים ממנו ונותנים לה, ובשאר דינים נראה דדינה כמו מורדת בעינא ליה ומצערנא".

וכן הב"ש בסי' קס"ה סק"ט חזר על דבריו, ולא מצינו מי שחולק על הב"ש בהלכה זו, ופשיטא שהלכה זו אף לפני הגירושין, דלאחר הגירושין אין צריך לפנים שהם שלה.

עוד ראוי להתייחס לטענת אחד הדיינים, שסבר שיש לקבוע את מעמדה של האשה כטוענת טענת מאיס עלי רק אם המאיסות בלתי הפיכה, שאם לא כן, דנים אותה כמורדת בעינא ומצערנא ליה, אך דבריו אינם מחוורים. שהרי יש מרבתינו הראשונים שפרשו את התקנה לשהיית י"ב חודש שנקבעה בדינא דגמרא, כתקנה שנאמרה ביחס לאשה האומרת מאיס עלי, וטעם התקנה פרש רש"י: "אולי תחזור בה". הראשונים שפרשו תקנת שהיית י"ב חודש באומרת מאיס עלי, הם הרא"ש מסכת כתובות פרק ה סימן לד, שכתב:

"משהינן לה תריסר ירחי שתא ולית לה מזוני מבעל. תקנה זו נעשית בימי האמוראים האחרונים כאשר ראו כי גבהו בנות ישראל ודעתם זחה עליהם וכאשר היה להם כעס עם בעליהן היו אומרות לא בעינא ליה, והבעל מגרשה מיד כיון שפטרנו מכתובתה, ושוב היו הנשים מתחרטות, תקנו שתשהה שנה ואם יגרשנה בתוך השנה שלא תהא מחילתה מחילה ויצטרך ליתן לה כתובה, אולי יתפייסו בתוך השנה, וכיון שתקנו כך לאומרת מאיס עלי שהיתה ראויה להתגרש מיד בלא כפייה, כל שכן למורדת".

וכן שיטת ר"ת, שהביא הב"ח סי' עז (עמ' פח בהוצאות מכוון ירושלים), ושיטת הטור אה"ע סי' עז.

והר"ן על הרי"ף במסכת כתובות פרק ה בסוגית מורדת, כתב:

"אבל האומרת מאיס עלי כיון שאינה מתכוונת לצער אותו אלא שהיה מאיס עליה כי הדרא בה הא חזינא דלא מאיס עליה וכבר כתבתי מה שנראה לי דהאומרת מאיס עלי אינה מפסדת כלום, אבל לדברי האומר מפסדת, נ"ל שאין בידה לחזור דאגיטא בלבד הוא שמשנהין אותה לפי שחכמים מחזרין שלא יבא הדבר לידי גט ושמא יעשו סעודה ויתפייסו ויכתוב בעל כתובה מדעתו, הא אם לא רצה ודאי הפסידתה".

ויעויין בתשובת בחוט המשולש ח"א סי' ב' להגר"ח זצ"ל כתב שמעשים בכל יום שקיימת טענת מאיס עלי, ולאחר מכן יתכן האשה חוזרת בה, ודן בשאלת החובה לכתוב כתובה חדשה, אך היה לו ברור שבחזרתה לא נעקר מעמדה למפרע.

הרי מבואר בראשונים שאין בהגדרת "מאיס עלי", תנאי שזו מציאות בלתי הפיכה, אלא להיפך, מדינא דגמרא תקנו להשהות י"ב חודש לפי מקצת מהראשונים, כדי שאולי יתפייסו, כי בהגדרת מאיס עלי, אין הכרח שזו מאיסות בלתי הפיכה, ויתכן שתסור המאיסות מלבה כשיתפייסו, אע"פ כן בדינא דמתיבתא תקנו שלא להשהות י"ב חודש, ודנים בה תקנת מתיבתא.

לכן אם האשה שמאסה בבעלה, מתנה את הפיוס בתיקון יסודי של הבעל, והבעל סירב, ומשום כך נותרה במאיסותה, וכי יעלה על הדעת שנשללה בכך מעמדה כטוענת מאיס עלי, בראשונים אנו רואים להיפך.

מסקנה: כעת לאחר הדיונים שבו האשה התובעת הציגה את הראיות לחיזוק טענתה שמאסה בבעלה, גם בטרם הושלם בירור המשקל הראייתי שבחומר ביחס לפסיקת חיוב הגירושין, עכ"פ די בחומר זה לבסס את טענת מאיס עלי שבפי האשה, ככל שהדבר נוגע להחלטה לדון את דינם של הצדדים שהם מבני אשכנז היוצאים ביד רמ"א, כדינא דמתיבתא. מאחר שאליבא דשיטת הב"ח והבית אפרים ופרי תבואה מעמדה של האשה כטוענת מאיס עלי באמתלא מספיקה לדון דינא דמתיבתא, ועפ"י שיטת הגר"ח בחוט המשולש, שבפסקי הדין הנזכרים ראו בו שיטה עיקרית, אין צורך באמתלא מבוררת, ודי בכך שאין לחוש שמערמת.

גם אליבא דשיטת הח"מ והב"ש, בנסיבות שהוצגו עד כה, יתכן שניתן לדון דינא דמתיבתא באמתלא מבוררת, אך גם אם הדברים אינם ברורים אליבא דשיטה זו, עכ"פ ככל שהדבר נוגע לענין זכותו של הבעל לפירות נכסי מלוג, נשללה זכותו של הבעל, כמבואר בב"ש ס"ק כז ובדבריו בדיני מורדת בקצרה.

כמו כן אין מורים לאשה לשוב לשלום בית כמבואר ברמ"א סי' ע"ז ס"ג. ומאחר שנוכחנו שהאשה מאד נחרצת בעמדתה השוללת חזרה לשלום בית, ואין צפויה חזרה לשלום בית, אנו

מודיעים בזאת לבעל כי מן הראוי ומן הנחוץ להשלים את ההליך בגירושין גם בהיעדר פסיקת חיוב גירושין.

אך יובהר: בעת הזו וכל עוד לא התבררו עילות לחיוב או לכפיית הגט, אין מחייבים את הגירושין על יסוד טענת מאיס עלי לרבות באמתלא מבוררת בלבד, וכדעת ר"ת שהובא בשיטה מקובצת במסכת כתובות דף סד עמוד א'. זאת מאחר שפסיקה המורה לבעל שחובה עליו לתת גט, ושאם לא יתן גט יחשב עברייני על דברי חכמים, חייבת להתבסס על תקנת חכמים לחיוב הגירושין, אך תקנה כזו אינה בנמצא בש"ס ופוסקים.

ואכן, בשולחן ערוך אה"ע סי' סז סעיף ב' לא הסכים לכפיית הגירושין על הבעל וגם לא הזכיר דבר מחיוב הגירושין, וכן עולה מסתימת דברי הרמ"א סעיף ג' שכתב ביחס לטוענת מאיס עלי ונותנת אמתלא לדבריה: "ואין כופין אותו לגרש, ולא אותה להיות אצלו". וכן העלה הבית אפרים בתשובה חלק אבן העזר סי' קכט, וכן החזון איש אבן העזר סי' סט ס"ק א כתב: "אבל אחרי שהוכרע שאין כופין אותו אפילו במילי ולא מחייבין ליה לגרשה...", ובסוף סק"ה כתב שאין כופין לגרש במאיס עלי באמתלא מבוררת.

ואכן בפסקי דין רבים בפד"ר, קבעו שלא לפסוק חיוב גירושין במאיס עלי לרבות כשהאמתלא מבוררת, ראה כרך ז' עמ' 4-5, כרך ו' עמ' 223-224, כרך יב עמ' 103 וכן מעמ' 324, ובפד"ר חלק ב' עמ' 194 (ד"ה אלא שגם), וכן בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ זצ"ל) ח"א סי' לב סק"ו. וכ"כ בדעת ר"ת הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא, וכתב: "וכבר נהיגי עלמא כדעת ר"ת ורוב הפוסקים שגם אין מחייבים אותו לגרש, אלא משתדלים ומשדלים אותו שיתן גט".

וכן דעת הגאון רבי י"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר כרך י"ח עמ' 24 (סעיף ו'), וכן בפד"ר כרך ט' עמ' 96 ובקובץ תשובות ח"א סי' קעד. וכן בפסק דינו שניתן בבית הדין הגדול ערער י"ט/191 שהתפרסם בספר משפט איש (כרך תשי"ח-תשי"ט) עמ' קעד-קעז. באותו נידון בית הדין האזורי בת"א דחה את תביעת האשה לחיוב הבעל בגירושין בנסיבות של "מאיס עלי", ובפסק דינו של בית הדין הגדול מיום ו' אייר תש"ך בהרכב הרבנים הגאוני נ"ע הגרי"מ בן מנחם זצ"ל הגר"ע הדאיא זצ"ל והגרי"ש אלישיב זצ"ל, אישרו את פסק הדין וכתבו:

"אף שלדעתנו צודק בית הדין בפסק דינו המעורער שקבע שאין לחייב את הבעל לפטור את אשתו בגט פיטורין, בכל זאת אנו מוצאים שאין יסוד לערעורו הנגדי של המשיב לחייב את האשה לחיים משותפים עם הבעל... דעתנו כי אחר שהאשה באה בטענה שלא יכולה בשום אופן לשאתו, ושאי אפשר שיהיו בינם חיים משותפים שבין איש לאשתו וכמובא בחומר שבתיקים, ואחר שזוה כבר שנים רבות שחיים בפרוד והיחסים שביניהם מתוחים מאד בלי להיכנס כעת לקבוע מי היה הגורם לכך בראשונה, ניתן לומר שכל עוד שלא חלה מהפכה טבעית בהרגשותיה של האשה לבעלה, היא בדין אשה הטוענת "מאיס עלי" באמתלא בעקבות הסכסוכים

והמתיחות מזמן רב שביניהם, וכשכזה כותב הרמ"א בסימן ע"ז סעיף ג' וזהו בטור בשם תשובת מוהר"ם ד"אין כופין אותו לגרש אותה ולא להיות אצלו".

מדבריהם יש ללמוד גם לנידון דנן.

למרות כל האמור, ניתן להורות שמצוה על הבעל לגרש, פסיקה שיסודה בתשובת תרומת הדשן, חלק פסקים וכתבים סי' נח שכתב:

"מי שנשבע בנקיטת חפץ שלא לגרש את אשתו, אי שרי להתיר לו. נראה דאם הוא גט מצוה, כגון משום דבר ערוה, או אי אמרה מאיס עלי, וכה"ג, אין להחמיר".

הרי שהיה לתרומת הדשן פשוט שבנידון של טוענת "מאיס עלי" מצוה לגרשה, אף שאין חיוב גירושין. וכן פסק הגר"מ אליהו זצ"ל (משפטי שאול סי' כ):

"אע"פ שאין אנו דנים בזה כהרמב"ם שכופין, אבל שמצוה לגרשה ולא לעגן בת ישראל דין הוא". וכן הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא כתב בדעת ר"ת שהורה על הרחקות, מפני שמצוה לגרשה.

ב. דירת המגורים שבה הצדדים גרו יחד עד לפירוד, רשומה על שם האשה בלבד. הגם שטרם הושלם בירור הטענות אודות הבעלות על הדירה, ובמסגרת ההחלטה הנוכחית, ובטרם השלמת בירור התביעות בנידון, בית הדין אינו פוסק את הפסיקה הסופית בנידון, אך עד להשלמת הבירור, במצב הנוכחי האשה מוחזקת שדירה זו שייכת לה באופן בלעדי, בהתאם לרישום, וכמ"ש בספר ישכיל עבדי חלק ה' חחו"מ סי' יא סק"י, ובפסקי דין רבים נוספים, ועל כן זכות המגורים הבלעדית בדירה היא של האשה בלבד.

אמנם הבעל טען לזכותו בפירות נכסי מלוג של האשה, אך כאמור עם פסיקת ההלכה של דינא דמתיבתא, מתקיים פסק הרמ"א שהורה: "ונכסי מלוג שלה, אם הם בעין או דבר הבא מכחם, נוטלתן".

ובפד"ר חלק יח בעמוד 298, כתבו: "ועוד יש לזכות את האשה במחצית הדירה מיד מדינא דמתיבתא שהביא הרמ"א בסימן ע"ז שהאשה לוקחת מה שהביאה והוכיח החוט המשולש בסימן ג' דמדינא דמתיבתא האשה זוכה מיד עוד לפני הגט, ואפילו באמתלא שאינה מבוררת".

ובפד"ר חלק ט עמוד 136 התייחסו לנידון הקרוב מאד לנידון דנן, וכתבו:

"הצדדים בעל ואשה התדיינו בתביעת האשה לגירושין בפני כב' ביה"ד בחיפה. התיק הובא לפנינו בגלגולו האחרון לאחר מתן פסק דין על ידי כב' ביה"ד שדן בענין וכב' ביה"ד הגדול לפיו: מקבלים טענת האשה שהבעל מאוס עליה וחל הדין של דינא דמתיבתא וזכאית לקבל לזכותה הבלעדית נכסי מלוג שלה, ומאחר שהדירה בה גרים הצדדים רשומה על שם האשה בלבד ובזמנו נתקבלו סכומים

ניכרים מקרוביה בארה"ב למימון דמי המפתח על הדירה, לכן יש להניח שאכן הדירה היא רכושה הבלעדי, ועל כן על הבעל לעזוב את הדירה. פסק דין האמור בוצע, והבעל הוצא מהדירה".

וכן בפד"ר חלק יא, הנזכר לעיל, הדיון היה אודות קיוסק שהבעל רשם על שם האשה, וכתבו בעמ' 91:

"ראשית כל, יש לעיין מי הוא עכשיו בעל הקיוסק. ונראה שכיון שהבעל כבר העביר את הקיוסק על שמה, הרי עכשיו היא בעלת הקיוסק, שאפילו אם נאמר שבשנים הקודמות כשהיא העבירתו על שמו היה הקיוסק שלו, כי יש לראות את ההעברה על שמו כמתנה שנתנה לו, הרי עכשיו כשחזר ורשמו על שמה, הרי זו מתנה שנתן הוא לה... שהרי ההסכם היה שיעביר הקיוסק על שמה, ומה גם שכבר עשה מעשה וכבר העביר הקיוסק על שמה, בודאי אינו יכול לדרוש שתעבירו בחזרה על שמו. ויש להוסיף עוד שהעברתו על שמה, לא נעשתה על ידו מתוך נדיבות לב גרידא, אלא הוא קיבל בתמורת זה את הדירה... ויש מקום לראות את העברת הקיוסק כעיסקא בפני עצמה (ללא קשר עם הגירושין): תמורת עזיבתה את הדירה ואי תביעת מזונות ממנו והמסעדה שנשארה בבעלותו הבלעדית. ומכל הדברים האלה שהם לזכותו אין הוא מבקש לחזור כלל, וא"כ איפוא לא יוכל לחזור גם מן הקיוסק שעבר על שמה".

ובנידון שם העלו, ביחס לבני אשכנז היוצאים ביד רמ"א שפסק דינא דמתיבתא, שיש להוציאו מהקיוסק אף לפני הגט, מאחר שכבר אין לבעל זכאות לנכסי מלוג.

עוד יצוין, גם בלא פסיקת דינא דמתיבתא ובלא האמור לעיל, בנידון זה שאין הצדדים יכולים לגור תחת אותה קורת גג, ומהטעמים המפורטים לעיל, מאחר שהאשה מוחזקת שהדירה הרשומה על שמה, היא שלה בלבד, והיא תובעת לממש את זכותה לגור בדירה, ובעת הזו הבעל יכול לבוא רק מכח הטענה לזכותו לפירות, מאחר שעפ"י דין, הפירות של הבעל לרווח ביתא בלבד, הרי שבנידון דנן שהאשה נאלצה לצאת מהבית בנסיבות שהובהרו בדיונים, אין מתקיים בפירות נכסי מלוג רווח ביתא.

במסכת כתובות דף פ ע"ב, מבואר שפירות נכסי מלוג ניתנו לבעל לצורך רווח ביתא, ובאר רש"י:

"משום רווח ביתא - שיכניס הפירות לביתו ויהא מזון הבית מצוי וייטיב לה".

ובשיטה מקובצת (כתובות שם) בשם רבינו יהונתן הכהן כתוב בזה הלשון:

"רווח ביתא כלומר שיהו שניהן מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות שיצאו מהן בכל יום ויום".

ובפד"ר חלק ב' עמ' 276 בפסק דין שכתב הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל, נכתב:

"אכן, לכאורה יש לדון דהרי אמרינן בכתובות פ' ע"א: כי תקינו ליה רבנן פירות לבעל משום רווח ביתא ופירש רש"י: שיכניס הפירות לביתו דיהא המזון מצוי ויטיב לה, הרי מבואר דזכות הבעל בפירות נכסי מלוג הוא לא רק לטובתו הוא אלא שזה לטובת הבית כולו שיהא המזון מצוי ויטיב לה. וכן כתב שם בשיטה מקובצת: כי תקינו רבנן פירות לבעל תחת פרקונה דוקא היכא דאיכא רווח ביתא כלומר שיהיו שניהם מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות שיצאו מהן בכל יום ויום... לפי זה יתכן לומר שרווח ביתא שייך רק כשיש לבעל ולאשה בית משותף וחיים משותפים ושניהם מתפרנסין ביחד, אבל במקרה שהבעל גירש את אשתו מביתו או שעזב אותה באשמתו לא תקינו לו זכות בפירות נכסי מלוג שלה כיון שאין זה לרווח ביתא. וגם לדעת הר"ן והרא"ש שהמורד יש לו פירות היינו אם הוא מורד בה רק מחיי אישות אבל הוא גר עמה בבית אחד ומתנהג עמה לכל יתר הדברים כבעל ואשה, אבל כשאינו גר עמה בבית אחד אין לו זכות בפירות נכסי מלוג שלה שהרי אין כאן משום רווח ביתא. ואם כי אין לנו ראייה לדבר אבל זכר לדבר יש לנו דכתב בחדושי הריטב"א בכתובות דף ק"ג ע"א: ואפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה התם יושבת עמו בבית שמצערתו מתשמיש... אבל כשאינה יושבת עמו... אין לה דין מזונות.

הרי מבואר דאף להאומר שמורדת יש לה מזונות זה רק כשיושבת עמו בבית אבל כשאינה יושבת עמו אין לה דין מזונות. א"כ הכא נמי יש לומר דאף להאומרים דמורד יש לו פירות נכסי מלוג זה רק כשיושב עמה בבית והפירות הוא לרווח ביתא של ביתם המשותף, אבל כשאינו יושב עמה בבית אין לו דין פירות כיון שאין כאן משום רווח ביתא. ועיין בשו"ע אה"ע סימן פ"ה סעי' י"ט וברמ"א ובב"י שם.

עכ"פ מבואר שיש דעה האומרת שהמורד אין לו פירות נכסי מלוג וכש"כ במקרה שהבעל גירש את האשה מהבית שאין לו זכות בפירות נכסי מלוג שלה".

עד כאן מאותו פסק דין.

נראה שכל שהדבר נוגע לענין הזכאות בפירות נכסי מלוג שנועדו לרווח ביתא, אין הבדל בין אם הבעל גירש את אשתו, או שאשתו שנוכחה במעשיו הקשים והחריגים, מאסה בו וגם חוששת לשוב למגורים משותפים עמו, שמא יפגע בה.

על כן לאחר שקבענו שמצד האשה אין אפשרות למגורים משותפים עמו, וזכות המגורים היא לאשה בלבד, היא זכאית שלא להסכים שהבעל ימשיך לגור עמה בדירה זו. על כן מכח זכאותה למגורים בדירה המוחזקת כנכס שלה בלבד, יש להורות לבעל לצאת מהדירה ולאחר מכן האשה תשוב למגורים בדירה.

מסקנה: אין לבעל טענה לזכותו לפירות נכסי מלוג משני טעמים, הן מאחר שבדינא דמתיבתא נשללה זכותו לפירות, והן עפ"י פסיקת הב"ש שגם אם לימדוה לשקר אין לבעל פירות. וגם לולי דינא דמתיבתא, מאחר שבמקרה זה יכולתו ליהנות מהפירות היא רק בעת שהאשה מנועה מהן, ואין כאן עבורה רווח ביתא, ובכה"ג לא תקנו לבעל פירות נכסי מלוג.

גם לו היה ספק, עיין בספר מחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סימן יב, שכתב:

"כיון דהוי הדבר מחלוקת אין הבעל יכול להוציא מיד האשה, מכיון דאין לבעל זכות בנכסי אשתו כי אם לפירות והגוף הוא שלה והיא גופיה מתקנתא, ולא אתי ספק תקנה דפירות ומוציא מיד האשה, דאיהי ודאית והוא ספק".

ובנידון דנן שהדיון הוא ביחס לקרקע, ההלכה היא שבספק, קרקע בחזקת בעליה עומדת, אין יתרון למחזיק בקרקע כמבואר בב"מ דף קב ע"ב, ועיין ש"ך סי' שיב ס"ק טז ונתיבות המשפט סי' שיי"ז סק"ב ובכללי תפיסה סק"ג. ובהתאם לדבריהם מבוארים דברי הב"ח אה"ע סי' עז בדיני מאיס עלי בקצרה שבסוף סי' עז שגם באינה נותנת אמלתלא לטענת מאיס עלי שנכסי מלוג שלה דוקא אם תפסה, "אבל בתים וקרקעות בחזקתה הם דכאילו תפסה מטלטלין בידה דמי". והגם שהחלקת מחוקק, בסק"ג מהשגותיו על הב"ח, וציין לדבריו סק"ח שאף במטלטלין אין צריך תפיסה וכן דעת שאר הפוסקים עיי"ש ביאור הגר"א סק"ט, אך עכ"פ בקרקע לכו"ע הדין כן מהטעם הנזכר בב"ח.

וכן כתב הגר"ח ג צימבליסט שליט"א בפד"ר חלק י"א הנזכר, בעמ' 95 במקרה הדומה לנידון דנן:

"וה"ה בנידוננו שהקיוסק רשום עכשיו על שמה, הרי היא המוחזקת בו, ואף שהוא מנהל את הקיוסק אין הוא נחשב למוחזק, דקרקע בחזרת בעליה עומדת. נמצא דאין להוציא ממנה פירות הקיוסק ועליו לעזבו. ומה שכתבנו דאמרינן הכא קרקע בחזקת בעליה עומדת, לכאורה יש לדחות ממ"ש בנתיבות המשפט סי' כ"ה, בדיני תפיסה אות כ"ב דבפלוגתא דרבוותא אין מוציאים מיד המוחזק אפילו בקרקע. אולם נראה דלא איירי שם בנה"מ אלא כשטוען על גוף הקרקע שהוא שלו, וכגון הא דב"ב ל"ב ע"ב בתד"ה והלכתא (שהוא מקור הדין של נתיבות המשפט, עיין שם היטב), משא"כ בנידוננו שגם אם יאמר קים לי כהני רבוותא שהמורד אוכל פירות, מ"מ גוף הקרקע פשיטא שהוא שלה, לכן שפיר אמרינן הכא קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין הוא נחשב למוחזק כלל".

מסקנה:

א. בעת הזו ובטרם הושלם בירור התביעה, בית הדין אינו פוסק לחייב את הבעל בגירושין, אך מחליט שמעמדה של האשה כאשה הטוענת מאיס עלי באמתלאות נכונות, ויש לדון כדינא

דמתיבתא המבואר ברמ"א סי' ע"ז ס"ג, ומן הראוי ונחוץ שיתגרשו ללא דיחוי. על הבעל להודיע לבית הדין תוך 14 יום האם מסכים שיזומנו לסידור הגט. כמו כן אין לבעל זכאות לפירות נכסי מלוג, וזכות המגורים בדירה הרשומה על שם האשה בלבד היא לאשה בלבד, ודרישתה להורות לבעל לצאת מהדירה מתקבלת.

ב. בהיעדר הסכמה, יושלם בירור תביעת הגירושין לגופה, ועם השלמת הבירור ינתן פסק הדין.

ג. מאחר שהאשה דורשת לממש את זכותה למגורים בדירה הרשומה על שמה בלבד, ואינה יכולה לגור עם בעלה תחת אותה קורת גג, ניתן בזאת צו ולפיו הבעל חייב לפנות את הדירה תוך שלושה ימים ממועד החלטה זו, והוא רשאי ליטול עמו את חפציו האישיים בלבד, וביחס לשאר התכולה, יתקיים דיון במועד אחר. וכן הדיון בטענות הבעל לזכותו במחצית הדירה, יושלם בדיון הבא.



הרב יגאל לרר

אב"ד פתח תקוה

תביעת כתובה ופיצויים מחמת מרידת הבעל

בפני ביה"ד מונחת תביעת האשה לדמי מלא כתובתה ולפיצוי.

התקיימו מספר דיונים בפני ביה"ד, ועתה התקבלו בפני ביה"ד סיכומי האשה, סיכומי הבעל (לשעבר), ותגובת האשה לסיכומי הבעל (לשעבר).

ואלו עיקרי טענות האשה כפי שמופיעות בסיכומים:

העילות לחיוב הבעל בתשלום כתובה הן:

עילה ראשונה

הבעל הודה במפורש בדיון הראשון בבית הדין שאין לו כל עילה לגירושין (10/01/12) שורה 47: "זה לא סביר לדרוש סכום כזה רק בגלל שאין לי שום עילה לגירושין..". כך שהוא מורד באשה כמה שנים ללא כל סיבה, לכן יש לחייבו לגרש ולתת לה מלואו תשלום דמי הכתובה ופיצויים, ולא רק זאת אלא גם כב' ביה"ד, כתב בפסק דינו מיום 18/02/2015 בעמ' 2: "הואיל והבעל הביע את עמדתו בפני ביה"ד כי לא רוצה שלוב"ב וכל סירובו למתן גט נעוץ ברגשות של נקמנות וענישה נמצא כי הבעל אינו מוכן לקיים את חיוביו כלפי אשתו".

לתוספת הדגשת העילה מצורפת בה החלטת ביהמ"ש מתאריך 14/12/16 תמ"ש- 44008

10-11 וז"ל:

15. במקרה שבפניי לא הוכיח הנתבע את טענתו בדבר מרידה או מעין מרידה של התובעת. הנתבע בעצמו הצהיר כי אין לו עילת גירושין כלפי התובעת (ר' עמ' 42 ש6-9 פרוטוקול מיום 26/7/12 להלן: "פרוטוקול 2") הנתבע לא הבהיר מדוע התובעת "אינה עמו" ואף לא הוכיח את טענתו כי האשמה בפירוד תלויה בתובעת. כל טענותיו בעניין זה היו טענות כלליות, המתארות סכסוכים וחילוקי דעות רגילים בין בני זוג, כמו בנוגע לעיצוב הבית וחום החדר. אין מחלוקת כי הנתבע הוא זה שעזב את בית הצדדים מיוזמתו האישית. הנתבע לא שכנע את בית המשפט כי עשה זאת באשמת האשה. ייתכן בוודאי כי גם לאישה חלק בפירוד שבין הצדדים, אך לא הוכח כי תרומתה הינה מכרעת או כי האשם לכך הינו רק בה, בוודאי לא באופן המצדיק פטור הנתבע מלשאת במזונותיה.

יצוין ויודגש כי בין הצדדים היו יחסי אמון מלאים והם היו במערכת זוגית נורמלית ורגילה

עד לרגע עזיבת הבעל את הבית באופן פתאומי ב 5/7/2010.

עילה שניה

הבעל היה חי במופגן עם אשה אחרת לפחות החל מחודש ספטמבר 2013 (דברי האשה בדיון מתאריך 30/12/15 שורות 80-83 88-90) בשם... ודינו כדין רועה זונות שזו סיבה לחיוב בגט, ולתת כתובה, ולא רק זאת אלא נודע לאשה (וזה נטען בדיון) כי לאחר פתיחת התיק, הבעל וחברתו הנ"ל עשו מסיבה מפוארת שהם קראו לה חתונה וזה באולם אירועים יוקרתי שעולה המון כסף, ולמעט חופה היה שם הכל כמו בחתונה אמיתית, מועד עריכת המסיבה הזו היה בתאריך 25/12/14 כאשר במועד זה הבעל היה עדיין נשוי, יודגש כי בעת שנשאל ע"י הח"מ שאלות בדיון מיום 30/12/15 הורה לו בא כוחו לא לענות לשאלות בנושא החברות עם... ואכן הוא סירב לענות וזה נרשם בפרוטוקול הדיון (שורות 228-229) ומשסירב לענות על כך הרי על פי ההלכה דינו כמו שהדברים התבררו בפני ביה"ד מצב כנספח ז 1-5 הוכחות לקיום הקשר באותו זמן בין הבעל לחברתו... ומצ"ב (כנספח ח 1-2) הוכחות לקיום אותו ארוע "חתונה".

וכן יש להדגיש, כי למרות שהבעל עזב את האשה ואת הבית תקופה לפני שהכיר את האשה הנ"ל, אולם הוכח כי כל זמן שלא היה חי עם... - שעל פי ההלכה בגלל שהוא חי עמה הוא מוגדר כרועה זונות, האשה קיוותה וביקשה וציפתה שבעלה יתעשת ויחזור אליה ועשתה את כל המאמצים לגרום לכך, כפי שאמרה בדיון האחרון בעת שנחקרה. ורק לאחר שגילתה שהבעל חי בקביעות עם... (למרות שלא רצה לתת גט לאשה) ולא רק זאת אלא כפי שהתברר לאשה חברתו... הסיתה אותו נגדה ונגד הילדה, הרחיקה אותו מהן וגרמה לקרע בינו ובין הילדה (ראה דיון אחרון שורות 92-94 מדברי האשה) הגיעה האשה למסקנה כי אין יותר סיכוי שהוא יחזור אליה ועל מנת להשתקם ולנסות להקים מחדש בית בישראל, פנתה לבית הדין ופתחה תיק תביעה לגירושיין.

עילות לחייב את הבעל גם בפיצוי כתובה:

עילה ראשונה

הבעל עזב את האשה בפתאומיות מוחלטת ומהיום להיום ללא כל התראה וללא כל סיבה כפי שהודה בביה"ד בדיון הראשון 10/01/12 שורה 47 והשאיר אותה המומה ופגועה עם תינוקת בת שנה ו 3 חודשים ואת זה עשה...

עילה שניה

הבעל הגיש בתאריך 6/1/15 כתב תשובה לתביעת הגירושיין והכתובה והפיצויים, שכל האמור בו מלא בשקרים ובעלילות שווא ושקר והמצאות מהגרועות ביותר שאין להם כל בסיס, והאשה בחקירתה ע"י הח"מ הכחישה את כולם, ולא רק שהבעל לא ביקש לחקור את האשה בכדי לנסות לאמת מולה את העלילות וההמצאות שהמציא נגדה, אלא גם לא ביקש

להביא עדים ו/או הוכחות להוכיח שהעלילות שהעליל עליה יש בהם אפילו קורטוב של אמת, וזאת למרות שאמר בדיון מיום ה 18/2/15 שורה 49: "ב"כ הבעל יש לי כאן הוכחות שהאשה זינתה תחת בעלה..." היינו שהוא בטוח ומאמין שהאשה זינתה תחת בעלה.

מדובר בהכפשות חמורות ביותר נגד האשה ונגד הוריה: את הבת שהיא פרי אהבתם הפך לגניבת זרע, את האשה תיאר כחולה בנפש, אישה פרוצה, משקרת דרך קבע, שגידפה את אבי הבעל ותיאורים מכפישים נוספים, כשהכל הוכחש ע"י האשה בדיון האחרון.

וכאן יודגש כי הבעל נתפס באמירת שקרים, כאשר סתר את עצמו מדיון לדיון, כי בדיון שהתקיים ב 2/9/15 בשורה 121 אמר, כי מה שאמר באחד הדיונים הקודמים 10/1/12 שורה 47 שאין לו שום עילה לגירושין, "התכוונתי שלא בגדה ב"י" ובדיון מיום 7/7/13 בשורה 57, ב"כ הבעל אמר "כאן לא הייתה בגידה" אך בדיון אחר 18/2/2015 שורה 49: ב"כ הבעל: "יש לי כאן הוכחות שהאשה זינתה תחת בעלה..." היינו הבעל הוחזק כפרן.

עילה שלישית

1. הבעל פרסם עצמו עם תמונתו ברשת האינטרנט כגרוש שמחפש אשה לצורך נישואין וזה נעשה בסמוך לאחר עזיבתו את האשה, בו בזמן שהאשה ניהלה עמו דיונים בבית הדין בתביעתה לשלום בית, כך שהוא גרם לה בושות בעיני כל קרוביה חברותיה ומכריה, מצ"ב כנספח יב תמונות מהפרסומים שפרסם.

2. גם ה"חתונה" הפיקטיבית שעשה בתאריך 25/12/14 בהשתתפות קהל גדול, של כמאה וחמשים איש, שבה לבשה חברתו... שמלת כלה, נשלחו הזמנות, ניתנו צקים לזוג והיה צלם היא זלזול ופגיעה עמוקה באישה ובכבודה, החתונה עשתה לאשה בושות בפני כל קרוביה חברותיה ומכריה שעה שעוד לפני שהבעל התגרש, כשכל מכרי האשה יודעים שהוא עדיין נשוי לה, והוא חוגג "חתונה" עם אשה אחרת ולפני כ"כ הרבה אנשים, יצוין כי האשה גילתה את האירוע כעבור זמן קצר במקרה באמצעות חברים של אותה... יצוין גם כי הבעל בחר לקיים אירוע זה שבועיים לפני הדיון המקורי בתאריך 7/1/15 בעניין תביעת הגירושין שנדחה – מדוע לא המתין? אם לא כדי לפגוע באשה ולזלזל בה? וזה בעודו כותב שבועיים אח"כ בכתב ההגנה שלו שהוא לא רוצה להתגרש. תיאור ארוע החתונה כאמור כנספח ח 1-2.

אלו עיקרי טענות הבעל לשעבר כפי שמופיעות בסיכומים:

כאמור בהרחבה בכתבי הטענות השונים, האישה היא היוזמת ותובעת את תביעת הגירושין, כמו גם מעשיה של האישה גרמו והובילו את הבעל בלית ברירה לעזוב את דירת המגורים המשותפת, זאת בשל התנהלותה מרדנותה והתעמרותה של האשה בבעל די בכך כדי להוות עילה לדחייה על הסף הן של תביעת הכתובה והן של תביעת הפיצויים.

כך או כך, עצם העובדה שהאישה הייתה בהריון בעת עריכת החופה וכתבת הכתובה שוללת את זכותה לקבלת הכתובה, שכן הכתובה הינה "מוהר בתולות" הגדרה שאינה הולמת את מצבה של האשה דנן.

לשם הזהירות בלבד ובנוסף על האמור, הבעל יטען כי מן הדין לשלול את זכותה של האשה ולו מחמת העובדה הפשוטה כי עסקינן בנישואין שנכפו על הבעל בשל הריונה של האישה וכי האישה לא קיימה את התחייבותה בכתובה.

10. יודגש כי למעט הבעילה שבעל הבעל את האישה אשר ממנה כאמור הרתה לא הסכימה האישה ליתן לבעל לקיים עמה יחסי אישות כמעט לחלוטין. גם הודאתה של האישה בדיון מיום 30/12/2015 "מאז הלידה התדירות של היחסים ירדה. היו יחסים למיטב זיכרוני אבל מעט, בגלל כל התקופה של ההסתגלות" אינה נכונה, כל פניותיו ותחינותיו של הבעל לקיום יחסים נענו בשלילה, האשה המציאה אמתלות שונות על מנת להמנע מקיום יחסי אישות עם הבעל.

11. לנוכח האמור, אין ספק כי עסקינן באישה מורדת וכפועל יוצא, יש לשלול ממנה את תשלום כתובתה.

12. בנוסף על האמור, יטען הבעל כי עסקינן באישה העוברת על דת משה ויהודית אינה מתנהלת כמנהג בנות ישראל כשרות ומתנהגת כדרך נשים פרוצות.

13. התנהגותה של האישה ומעשיה, הינם מעשים שכוונתם להשפיל ולבוזת את בעלה וגם משום כך הינה עוברת על דת משה ויהודית, עסקינן באישה שמיררה את חיי בעלה ביזתה אותו השפילה אותו והבאישה עליו את החיים.

14. בנוסף על האמור, עסקינן באישה אשר צעקה, גידפה, וכיזתה את אביו של הבעל שהינו מבוגר מכובד, ועורך דין ידוע תוך שהיא מקללת אותו קללות נמרצות.

15. תוסב תשומת לב כב' בית הדין הנכבד כי, על האמור העיד עד מטעמו של הבעל, עדות שלא נסתרה ע"י עדים מטעמה של האשה.

16. במעשיה האמורים עברה האישה על דת משה ויהודית נשללה ממנה הזכות לקבלת כתובתה.

17. מעבר לאמור, יובהר כי האשה נוהגת ללכת בחוצות העיר בלבוש חושפני כמו גם במכנסיים הדוקים והמושכים תשומת לב כמו גם מביאים לידי זנות.

27. בהקשר זה ראוי לציין, כי הבעל עזב את הבית לא רק מחמת הסיבות שפורטו לעיל אלא גם בגלל בעיות נפשיות קשות של האשה בעיות אשר הינה מסרבת להכיר בהם והינם חלק אינטגרלי ממחלתה כהתכחשות לבעיותיה הנפשיות. בכך למעשה סתמה את הגולל על האפשרות למתן כתובתה ע"י הבעל.

29. זאת ועוד, עסקינן באישה אשה הבריחה כספים בסך עתק של כחצי מיליון שקלים שהחזיקה בחשבון פרטי על שמה, לפני ולאחר הנישואין, ואשר הבעל הפציר בה כי תשתף אותו בחשבון הבנק כפי שהבעל שיתף אותה בחשבוננו שלו, תוך הבטחה שתשתף אותו בכספים ובחשבון הבנק על שמו.

61. יתר על כן, למרות התראות והפצרות מצד הבעל, האישה דאגה להקניט, לזלזל ולהשמיץ את הבעל ואף השמיעה בפני אחרים קללות לאביו לחיזוק האמור ניתן לפנות לעדותו של העד... יודגש כי, האשה לא העידה מטעמה ואו הפריכה את העדות.

64. את האשה המדוברת, הגב'... הכיר הבעל כשלוש שנים לאחר שעזב בעל כורחו את האישה. לקשר של הבעל עם הגב'... אין כל רלוונטיות והאישה נאחזת במידע זה כאדם הנאחז בקרנות המזבח.

65. למעלה מכך, אף כב' בית הדין הנכבד ציין כי הבעל עזב את האישה שלוש שנים לפני שהכיר את הגב'... ולכן אין כל רלוונטיות (שו 57 לפרוטוקול הדין מיום 2/9/15).

73. הצהרותיה של האישה כי ביקשה וציפתה כי הבעל ישוב אליה הינן שקריות. האשה החליפה את מנעולי הבית פעולה כלשעצמה מבהירה את כוונותיה ושולחת מסר ברור לבעל ולסביבה.

74. אין לראות באישה המחליפה את מנעולי הבית כאישה המצפה לכך שבעלה ישוב אליה ואו כאישה המעודדת את בעלה לשוב אליה.

75. מעבר לכך, כל הסדרי הראייה שנקבעו עם ביתם הקטינה התרחשו למעשה בחדר המדרגות עקב סירובה של האישה להכניס את הבעל הביתה, הבעל אף הגיש כתב תביעה לקיום הסדר ראייה בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה (תיק מס' 57485-07-15) בכתב הגנתה, סעיף 21 מודה האישה כי לא הכניסה את הבעל הביתה, "החלטתי גם לא להכניס אותו יותר לביתי".

76. עקב סירובה של האישה להכניס את הבעל הביתה, נאלץ הבעל לחגוג לבתו יום הולדת בחדר המדרגות, התנהגותה זו של האישה הינה המשך ישיר להתנהגותה בזמן הנישואין, התנהגות אשר מבזה ומשפילה את הבעל. האישה לא בוחלת באמצעים גם על חשבון בתם הקטינה. מצ"ב תמונה של הבת הקטינה מחגיגת יום ההולדת שערך לה הבעל בחדר המדרגות ומסומן כנספח ב'.

77. האישה דאגה למרר את חיי הבעל לאחר העזיבה ובעצם פעולותיה גרמה כי לא תהיה ביכולתו ואו לא יהיה לו כל רצון לשוב לחיקה.

84. האישה היא זו אשר פנתה לבית הדין ופתחה תיק תביעה לגירושין ודי בכך כדי להוות

עילה עצמאית לשלילת כתובתה. אישה שדורשת להתגרש וביה"ד מתרשם שאינה רוצה בשלום בית ואין לה טענות ברורות שבעלה פשע כנגדה ומחמת כן הוא חייב לגרשה, והבעל נענה לאשה ונותן לה גט אישה זו מפסידה תוספת כתובה עצם פעולתה של האישה בהחלפת המנעולים בבית מראה ללא צל ספק שהיא איננה רוצה שלום בית.

מלבד הטענות ההלכתיות ושאר טענות אשר הובאו על ידי הצדדים וב"כ בסיכומי הצדדים.

וזו תמצית תגובת האשה על סיכומי הבעל לשעבר:

לאמור בסעיפים 3-4 :

שהאשה היא היוזמת את תביעת הגירושין, אכן נכון, ובכתב תביעתה לגירושין בסעיף 20, וכן בסיכומיה בסעיף ב' 2, לעילות הכתובה בסעיף 2 היא מסבירה הסבר היטב, מדוע לאחר שהגיעה למסקנה כי לאור הנסיבות הקיימים אין סיכוי לשלום בית עם הבעל, לכן אין מנוס מללכת לכיוון גירושין, אבל את זכויותיה שמגיעות לה במקרה כזה, אין היא צריכה ואין היא רוצה להפסיד לוותר, לכן היא קיבלה את הצעת כב' ביה"ד, שקודם יסודר הגט, ולאחר מכן ידון ביה"ד בעניין תשלום כתובה ופיצויים המגיעים לה ע"פ הדין.

לחיובו בתשלום הכתובה, אין לו הבנה כאשר הבעל מודה שידע שהאשה בהריון ולמרות זאת התחייב וכתב בכתובה שנתן לה סכום של 360,000 ש"ח יש בזה חיוב ברור, כי הרי "סבר וקיבל". ובלי כל קשר למוהר הבתולות, ובלי קשר שהצדדים חיו יחדיו ח"א הרבה פעמים לפני כניסתם לחופה. כמו כן האשה אמרה בדיון 30/12/15 שלא רצתה שיראו את הריונה בחתונה, אבל הדגישה שזו אינה הסיבה לחתונה, ואף בית הדין חיזק זאת ואמר "שהרבה נשים רוצות לזרז את החתונה כדי לא להופיע בחתונה בהריון הנראה כלפי חוץ"

6. גם דבריו שהנישואין "נכפו עליו" הם המצאה, הוא לא צירף כל תמונה שהוא אסור באזיקים ומובל לחופה ע"י שוטרים.

8. כל האמור להד"ם, והם הוכחו ע"י האשה בדיון, והבעל לא הוכיח כלום מכל ההשמצות, ואין כל הוכחה להשמת הבעל, שהאשה עוברת על דת משה ויהודית ומוכחשת הטענה, שהאשה איבדה את כתובתה, כי אין לדברים כל בסיס, ובפרט כשהבעל לא הכחיש גם בסיכומיו שהוא חי עם האשה... בהיותו נשוי לאשה, היינו הוא מודה שהוא עצמו "עובר על דת" ע"פ ההלכה, בוודאי שאין לטענתו נגדה כל בסיס.

10. בהדגשה של הבעל, שכאילו בזמן שהאשה הגישה את תביעתה לגירושין הבעל רצה בשלום בית, ורק כדיעבד הוא הסכים להתגרש היא שוב המצאה שקרית של הבעל, כי הבעל ענה במפורש בתשובה לשאלת ביה"ד בדיון מיום 18/2/2015 "מה אתה מבקש?" (שורה 9) הבעל: אני יכול להמשיך כך (שורה 10) היינו הבעל לא רצה שלום בית, ולא

גירושין וזה שבסופו של דבר נתן גט, זה היה רק לאחר שהוא חיוב ע"י ביה"ד לתת גט, בפס"ד שיצא ב 18/2/15) עם איום של כב' ביה"ד שאם לא יעשה כך, ידון ביה"ד בהטלת סנקציות אם האשה תבקש זאת, וגם באותו פס"ד כתב ביה"ד יותר מפעם אחת כי הבעל לא רוצה שלום בית עם האשה. ודברי הבעל, שהאשה סירבה להתמיד בטיפולים הזוגיים הם גם המצאה שקרית, כי האשה – רצתה בזה כל הזמן, ואף הציעה ללכת למטפלים לצורך זה (כראיה נוספת, הבעל ביוזמתו אף צירף לבית המשפט מכתב באמצעות בא כוחו הקודם הנושא תאריך החלטה של בית המשפט מתאריך 24/10/2012 שבה כתב בהצהרה שאינו מוכן לטיפול בשלום בית למרות רצונה של האשה בכך, כנראה מחשש שמא בית המשפט יורה לו או ימליץ לו לעשות כן).

11. בנוסף זמן הגשת תביעת הגירושין ע"י האשה הבעל היה כבר בקשר זוגי של למעלה משנה עם גב'... כמו כן הבעל אף ערך מסיבת חתונה עם גב'... בפני 150 איש, בתאריך 25/12/14 כשבועיים לפני הגשת כתב תשובתו לתביעת הגירושין, שגם בו הוא טען וכתב שרוצה שלום בית, מכאן שטענה זו שקרית.

30. דברי ב"כ הבעל שהאשה "הכשילה את הבעל" היא שקר גס כאשר הוא עצמו כותב בתחילת הסעיף שהצדדים הם "זוג חילוני" היינו ב"כ הבעל עצמו קובע שהבעל לא הקפיד לשמור טה"מ וא"כ מדוע קבע כי היא הכשילה אותו.

46. בהמשך באותו דיון בבית המשפט 26/7/12 מודה הבעל במפורש שהעזיבה שלו היתה פתאומית, ולהלן ציטוט מדברי הבעל (פורטוקול עמוד 33 שורות 16-19)... צורת העזיבה שלי הייתה מאד דרמטית מסיבה שאני ידעתי מה הולך לקרוא ברגע שאני ארצה, ברגע שאני אראה שאני עוזב, ולכן אני הסתרתי את זה" וכן בהמשך (פורטוקול עמוד 34 שורות 2-5): "ביום אחד אני הוצאתי כסף מהחשבון כדי שיהיה לי על מה לחיות... ואני פשוט עשיתי הכל בשביל למנוע ממנה להרגיש שאני רוצה לעזוב.

49. לענין הטענה בדבר הטיפולים: הבעל והאשה הלכו לטיפול זוגי בשל העובדות שהבעל היה מובטל באותה עת, נולדה ילדה וההורים שלו ניסו לחבל בחיי הזוג ולהלחין את הבעל והטיפול הופסק בשל ניתוח המעקפים של אבי האשה, ולאחר מכן הבעל לא רצה לחזור לטיפול – כפי שצוין גם ע"י האשה בדיון מה 30/12 הטפול לא הופסק על ידי האישה אלא על ידי הבעל.

הוא הודיע לי שהוא עוזב אני התחננתי על נפשי "שאלה ביה"ד – קיימתם עד אז יחסים האשה – מאז הלידה התדירות של היחסים ירדה, אני חושבת היו יחסים למיטב זכרוני אבל מעט בגלל כל התקופה של ההסתגלות, גם של וגם של" ביום ההולדת שלו כתבת לו מכתב, ביום שעזב אבא שלי התקשר להוריו וביקש מהם שהוא יחזור.. האשה" קיימנו אבל לקח לי זמן להסתגל, לא היו יחסים באותה תדירות הוא היה בדיכאון, אני אחרי לידה"...

106. בפרוטוקול הדיון 30/12/2015 שורה 81-82 ציטוט מדברי האשה: לאחר שהוא התחיל לצאת עם אשה אחרת והתרחק ממני יותר וגם מהילדה... אחרי שנה שכבר ידעתי שהוא בקשר עם האישה הזו ואני תקועה ואני רוצה להמשיך את החיים שלי הגשתי את התביעה מחוסר ברירה... "אחרי שנה" מתייחס שלאחר שנה מעת שהבעל הכיר את הגב'... ולא אחרי שנה מעזיבתו את הבית כדברי הבעל בסעיף זה למותר לציין שתשובתה זו של האשה באה בצמוד כמענה לשאלה שנשאלה ע"י ב"כ הבעל "את הגשת תביעת כתובה וגירושין אחרי 4 שנים, היה ידוע לך כאשר הגשת את התביעה שכאשר האישה יוזמת גירושין אין לה כתובה.

115. במשך 3 וחצי שנים, זמן עזיבת הבעל את הבית ב-5/7/2010 ועד לאוקטובר 2013 הבעל נכנס לבית ללא כל מגבלה. לראייה בפרוטוקול בית הדין מ-30/12/2015 שורה 86, ציטוט דברי האישה לב"כ הבעל: "אני המשכתי והכנסתי אותו הביתה..." וכן שורה 102 ציטוט: הוא היה נכנס לבית מתי שהוא רצה אני הייתי מזמינה אותו..."

118. הסדרי הראייה התרחשו בדירת האישה ומיוזמתה של האישה במשך 3.5 השנים הראשונות. לאחר שבית הדין כבר דחה את תביעת האישה לשלום בית והבעל אף החל לחיות בזוגיות עם הגב'... שהסיתה אותו נגד האישה והבת וכתוצאה מכך הבעל פגע בילדה ובאישה, ומאז הסדרי הראייה התרחשו בחדר המדרגות.

119. למותר לציין שהגשת התביעה של הבעל היתה ביום 3/8/15 ובמועד זה האישה היתה כבר גרושה, ומשכך אסור על פי ההלכה לאשה להכניס את הבעל (לשעבר) לביתה, ואין כל פסול בזה שהחליפה מנעול.

120. לאור האמור לעיל, לא רק שעל האישה לא מוטלת כל חובה להכניס את הבעל לדירתה, וכל שכן דלית מאן דפליג שהתנהגותה זו של האישה לאור הנסיבות הינן הגיוניות, ואין בהן להצביע על השפלה ו/או על ביוזי הגרוש שלה. דרישותיו של הבעל הן מעבר לכל פרופורציה ובוודאי שהן לא לפי ההלכה.

141. הוא הדף את כל נסיונות האישה ובני משפחתה להחזירו הביתה. הוא גם ניתק קשר עם כל בני משפחת האישה מסיבה זו.

142. האם הבעל רצה בשלום בית בזמן הגשת התביעה ע"י האישה? (כדבריו המוכחשים) הלוא כבר ערך מסיבת "חתונה" מפוארת עם גב'... לכ-150 איש וב-18/2/15 אמר שאינו רוצה להתגרש מתוך רצונו לנקום באישה.

188. האישה פנתה אל הבעל שוב ושוב שיאות ללכת עמה לטיפול זוגי. הבעל לא היה מוכן ללכת לטיפול זוגיות למען שלום בית כשהורה לו בית המשפט ללכת לטיפול, הגיב קיצוני, ללא כל מוכנות לשלום בית למרות שנאמר לו ע"י המטפל שאם רוצה באמת בשלום, אין שום מניעה לטפל בכך ולהצליח ולכן הטיפול נפסק.

עד כאן הובאו תמצית טענות הצדדים אשר בסיכומי הצדדים ע"י ב"כ.

בנוסף לאמור, יש לצטט את דברי ביה"ד בהחלטתו מתאריך 27/2/15 (18/2/15) לחיוב הבעל במתן גט, הנוגעים גם לנידון חיוב הכתובה, וז"ל:

" יש לציין כי בתאריך 10.01.2012 התקיים בביה"ד דיון בתביעת האישה לשלו"ב.

במעמד הדיון טענן הבעל (שורה 47-48 לפרוטוקול הדיון) " אני לא מוכן לחיות עם האישה הזו"

...

במעמד הדיון שהתקיים היום בפני ביה"ד, לשאלת ביה"ד המופנית לבעל האם רצונו בשלו"ב או בגירושין, ענה הבעל כי אינו רוצה בשלו"ב ואינו מוכן לתת לאישה גט כי לא מגיע לה.

ביה"ד חזר ושאל את הבעל " האם אתה רוצה להעניש את האישה? " והבעל ענה: " פרס לא מגיע לה."

...

לאור האמור, על אף שביה"ד עדיין לא שמע את טענות האישה בתביעת הגירושין, הואיל והבעל הביע את עמדתו בפני ביה"ד כי לא רוצה בשלו"ב וכל סירובו למתן גט נעוץ ברגשות של נקמנות וענישה, נמצא כי הבעל אינו מוכן לקיים את חיוביו כלפי אשתו.

בשו"ע אבהע"ז סימן קנד סעיף ג' פוסק, וז"ל:

" האומר איני זן ואיני מפרנס כופין אותו לזון ואם אין ביה"ד יכולים לכופו לזון, אם תרצה היא, כופין אותו להוציא מיד וליתן כתובה, וכן הדין למי שלא רוצה לשמש".

ובכ"ש ס"ק ה' כתב, וז"ל:

"כופין אותו לזון, לדעת כמה פוסקים הלכתא כרב דכופין אותו לגרש..."

ובשו"ע אבהע"ז סימן עז סעיף א' פוסק, וז"ל:

" המורד על אשתו ואמר הריני זן ומפרנס אבל איני בא עליה מפני ששנאתיה... ואם היא רוצה כופין אותו מיד להוציא וליתן כתובה".

...

גם בנידון דידן הבעל אינו רוצה בשלו"ב, אלא שאינו מוכן לתת לאישה את מבוקשה- מתן הגט, כל עוד לא יקבל את מבוקשו- תביעותיו הממוניות ואף יותר מכך שמבקש לעגנה מסיבות של נקם."

כל הציטוטים המובאים לעיל מדברים בעד עצמם.

מתקבלת כאן תמונה ברורה, לפיה, תחילת הקשר שבין הצדדים נוצר עוד טרם הנישואין כאשר האשה במעמד הנישואין כבר היתה בהריון, והאיש נישא מרצונו החופשי. אולי ההריון היה זרז להחלטת האיש להינשא לאשה ולא נבעה מצדו מרצון מושלם, אך בסופו של דבר היה זה מרצונו. נראה שגם זו הסיבה שבעקבות מריבות סבירות בין הצדדים, קם האיש ועזב את הבית בפתאומיות ללא התרעה מוקדמת.

אין ספק כי טענות האיש לא זכו מצדו לגיבוי של ראיות והוכחות, ואף עדותו של חבר הבעל לא היה בה בכדי להפסיד את האשה מכתובתה, כאשר העיד על אירוע חד פעמי בה האשה פלטה דברים כנגד אבי הבעל.

יש לציין כאן שוב את דברי ביהמ"ש בנידון כמובא לעיל, וז"ל:

15. במקרה שבפני לא הוכיח הנתבע את טענתו בדבר מרידה, או מעין מרידה של התובעת. הנתבע בעצמו הצהיר כי אין לו עילת גירושין כלפי התובעת ('עמ' 42 ש' 16-9 פרוטוקל מיום 26/7/12 ולהלן פרוטוקול 2 הנתבע לא הבהיר מדוע התובעת "אינה עמו", ואף לא הוכיח את טענתו כי האשמה בפירוד תלויה בתובעת. כל טענותיו בענין זה היו טענות כלליות, המתארות סכסוכים וחילוקי דעות רגילים בין בני זוג, כמו בנוגע לעיצוב הבית וחוסם החדר. אין מחלוקת כי הנתבע הוא זה שעזב את בית הצדדים מיוזמתו האישית, הנתבע לא שכנע את בית המשפט כי עשה זאת באשמת האשה. ייתכן בוודאי כי גם לאישה חלק בפירוד שבין הצדדים, אך לא הוכח כי תרומתה הינה מכרעת או כי האשם לכם הינו רק בה, בוודאי לא באופן המצדיק פטור הנתבע מלשאת במזונותיה.

וכך גם התקבלה התמונה בביה"ד בעקבות הדיונים שהתקיימו בפני ביה"ד.

גם טענת האיש על מיעוט קשרי אישות בין הצדדים בשלב מסוים, לא הוכחו על ידי האשה שגם נתנה להם הסבר, לפיה, מצב זה נגרם דווקא כתוצאה של דכדוך מצד האיש, ומצב האשה לאחר הלידה, שהינו טבעי ביותר.

מצד שני, דווקא התנהגות האיש שקם ועזב את הבית ללא סיבה מוצדקת, ובכך התנער מחובותיו כבעל, זכתה להתייחסות של ביה"ד, בהחלטת ביה"ד לחיוב הבעל בגט הכולל גם את חיוב הכתובה כמובא לעיל, בקבעו כי הבעל הינו בגדר "מורד", אשר תוצאותיו חיוב הבעל בגט ותשלום הכתובה.

יסוד הוא, כי האיש שחתם על הכתובה במעמד החופ"ק, מתחייב בחתימתו בחוב הכתובה בהתאם לתוכן הכתובה, והאשה מוחזקת בכתובתה, ובמידה והבעל מבקש להיפטר מדמי הכתובה, נטל ההוכחה מוטל עליו.

והואיל ובתיק המונח בפנינו הבעל לא הרים את נטל ההוכחה כמפורט לעיל, לפיכך נשאר החיוב על כנו.

עם האמור, טענת הבעל לשעבר כי חיוב עיקר הכתובה בנידון דנן בו הרתה האשה מהאיש לפני הנישואין, אמור להיות בגובה סך כתובת בעולה, מכח היות האשה בעולת עצמו מלפני הנישואין, תקבל את התייחסות ביה"ד, כדלהלן:

בנידון טענת הבעל כי חי עם אשתו חיי אישות מלאים בעודם פנויים, כאשר באותו העת לא היה בדעתם כלל להינשא, וממילא כאשר נשא אותה לאישה לא הייתה עוד בתולה וכתובתה מנה.

פנוי ופנויה בתולה, שחיו חיי אישות בעודם פנויים ולא היה בדעתם להינשא באותה שעה, ולאחר זמן נישאו וכתב לה החתן בכתובתה מאתיים ותוספת כתובה.

עתה באו בפני ביה"ד להתגרש, ובמסגרת הדיונים, תבעה האישה את כתובתה.

בכלל טענות הבעל לפטור עצמו מהכתובה, גם טען שנשא את האישה כבעולה ואין כתובתה מאתיים כדין בתולה הנישאת, אלא מנה כדין הנישאת בעולה.

הבעל הצהיר כי כאשר חי עם האשה חיי אישות לפני הנישואין הייתה בתחילה בתולה וקיים אתה יחסי אישות מרצון. האישה גם אשרה את דברי הבעל. כאמור, האישה הייתה בהריון במועד הנישואין של הצדדים.

ב"כ האישה טענה כי אף שהאישה לא הייתה בתולה בשעת הנישואין, מכל מקום בעולת הבעל עצמו היא מלפני הנישואין, ולכן כתובתה מאתיים כדין בתולה. מה עוד, שכתב לה בכתובתה מאתיים כדין בתולה ואף אם דין כתובתה כדין בעולה, מכל מקום התחייב לה מאתיים כדין בתולה.

הדיון כאן נסוב סביב השאלה, האם השעה הקובעת ביחס לגובה סכום הכתובה, היא שעת הנישואין, וכיון שהאישה לא הייתה בתולה באותה שעה, אזי כתובתה מנה, או כיון שהאיש הנושא את האישה הוא זה שחי אתה חיי אישות בעודה בתולה, אף שהיה זה לפני הנישואין, כתובתה כדין בתולה הנישאת.

כמו כן יש לדון בהתחייבות שלו בכתובה עצמה שכתב לה מאתיים כדין בתולה אף על הצד שמן הדין כתובתה מנה, וכן בתוספת הכתובה שכתב לה.

והנה בדין המפתה את הבתולה שברצון שני הצדדים כונסה לאישה, פוסק הרמב"ם, הלכות נערה בתולה פרק א' הלכה ג', וז"ל:

"המפותה... ואם רצו וכנסה אינו משלם קנס אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות"

וכן פסק הטור אהע"ז סימן קעז וז"ל:

"... ואם כנס המפתה אינו נותן חמישים כסף (דהיינו קנס מדין מפתה) אלא... וכותב לה כתובה כמו לשאר הבתולות"

והמשנה למלך, הלכות נערה בתולה פרק א' הלכה ג', כתב על דברי הרמב"ם הנ"ל, וז"ל:

"ואם רצה וכנסה אינו משלם קנס אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות. כעת לא מצאתי מקור לדין זה, דלמה זה יכתוב לה כתובה כשאר הבתולות דהא בעולה היא ובעולה כתובה מנה, ואפילו מוכת עץ כתובה מנה וכמ"ש רבינו לעיל בפ"א מהלכות אישות דין יג, וכל שכן בעולה.

שוב ראיתי להטור אהע"ז סימן קע"ז סי"א, שכתב ג"כ כדברי רבינו וז"ל: כנס המפתה אינו נותן חמישים כסף אלא נותן לאביה בושט ופגם וכותב לה כתובה כשאר הבתולות", ע"כ.

ומרן ז"ל לא גילה לנו מהיכן למדו רבינו והטור דין זה.

וראיתי לרבתינו בעלי התוספות ז"ל בפרק הבא על יבמתו דף ס. ד"ה שאינו, עלה דההיא דאמרין שאין משלם קנס במפותה, שהקשו וז"ל: וא"ת כיון דבעיא גט ואית לה כתובה כמו אלמנה לכ"ג דיש לה כתובה אע"ג דאסורה מהתורה, וא"כ מאי נפקא מינה דאינו משלם קנס, הרי יש לה כתובה, ומה לי כתובה ומה לי קנס. ותירצו: דנפקא מינה אם מחלה הכתובה, אי נמי דאינו משלם מן העידית כדין קנס, ועוד דכתובת בעולה דרבנן, ע"כ.

ונראה דהתוס' לא פסיקא להו מילתא אם זו שהיא בעולת עצמו אם דינה כבתולה דכתובה מאתיים, דאי לא, אמאי נדחקו לומר דנ"מ למחלה, תיפוק ליה דאי משום כתובה אין לה אלא מנה.

שוב ראיתי דע"כ דברי החוס' הללו צריכין ביאור, שכתבו: ועוד דכתובת בעולה דרבנן, דאף דנימא דכתובה היא מהתורה, מ"מ כיון שאין לה אלא מנה הא נפק"מ טובא במה שאינו משלם קנס.

וראיתי להרב הנמוק"י ז"ל שהקשה קושיא זו של התוס' וז"ל: "וא"ת מאי אהני ליה, הא צריך למכתב לה כתובה כיון שנשאה. י"ל דחמישים כסף הוו מאה דינרים... וכתובת אנוסה ומפותה אינה אלא מנה דהא בעולה היא".

ועוד עיין בדברי המשנה למלך הנ"ל בערוך לנר, יבמות דף ס. ד"ה בתוס' ד"ה שאינו. וע"ע פ"ת, אהע"ז סי' קעז סעי"ק ה.

והוסיף המשנה למלך, וז"ל:

"וראיתי לרש"י ז"ל בפירושו החומש, שמות פרק כב פס' טו, שכתב: "...מהר ימהרנה לו": יפסוק לה מוהר כמשפט איש לאשתו שכותב לה כתובה וישאנה. והרמב"ן ז"ל טען עליו ואמר, ואינו אמת, שהמפתח אם ישאנה אינו נותן קנס ואם יגרשנה אחר נישואין אין לה עליו כלום מהתורה שהכתובה דברי סופרים היא... והרא"ם תירץ, דרש"י סבר דכתובה מהתורה. ובה אתי שפיר שקנסו הכתוב שיכתוב לה כתובה ככתובת הבתולות. וכל זה ניחא לדעת רש"י שסובר דכתובה דאורייתא, אך לדעת רבינו (הרמב"ם) דס"ל דכתובת אשה מד"ס וכמ"ש לעיל בפ"י מהלכות אישות דין ו, מנא ליה דכתובת מפותה היא מאתיים ככתובת הבתולה.

ואולי נאמר דאף למ"ד דכתובת אשה דרבנן דריש ליה לקרא כדדריש ליה רש"י ז"ל, ומצינו כיצא בזה בעבד עברי...

והכא נמי נימא, נהי דליכא כתובה מן התורה, מכל מקום המנהג היה דכל הנושא בתולה היה כותב לה כתובה, ולזה בא הכתוב גבי מפתח דאף שהיא בעולה, שיכתוב לה כתובה כמו שהוא המנהג לכתוב לבתולות, כיון שהיא בעולת עצמו.

וע"כ קרא כי אתא לומר שיכתוב לה כתובה, הוא שיכתוב לה כתובה כבתולות, דאי שיכתוב לה כתובה כמו שהיו נוהגין לכתוב לאלמנה, לא איצטריך קרא, וכי בשביל שהוא בעלה לא יכתוב לה כתובה, אלא ודאי דקרא אתא לומר שיכתוב לה כתובה כמו שהיו נוהגין לכתוב לבתולות. והשתא רבינו ז"ל גמר מינה, לדידן דאית לה לבתולה מאתיים מתקנת חכמים, המפותה יש לה ככתובת הבתולות...

וראיתי בליקוטי מהר"ר בצלאל ז"ל, (שיטה מקובצת כתובות דף לט:), שכתב: הראב"ד פי' בניחותא, כלומר לכשיוציא נמצאת אשתו מכבר ונפטר מקנסא שהוא חמשים שקל שהם מאתיים וזו, וכשהוא מוציאה אינו חייב לה אלא מנה דבעולה היא וכתובתה מנה. ותמיה לי דא"כ הרי זה חוטא נשכר, ועד שיבואו לו עדים, יכנוס ואח"כ יגרש, כדי להעמידה על מנה, ע"כ.

הנה מבואר בדבריו (של הראב"ד) דס"ל דכתובת המפותה היא מנה כסברת ר"י והתוספות, ולא ידעתי למה לא השיגו הראב"ד (להרמב"ם) בזה."

ובשו"ת חתם סופר, אבהע"ז סימן קכה, כתב וז"ל:

"...והנה דעת רמב"ם פ"א מהל' נערה ה"ג ובטור א"ע סימן קע"ז דנושא מפותה

עצמו כתובתה מאתים, ותוכן כוונתו כיון שמחויב קנס על הבעילה הראשונה או שישאנה, א"כ כשהוא נושא נהי דנפטר מהקנס לשלם מיד אבל עכ"פ כתובתה נמשכת אחר הבעילה הראשונה.

ונהי דהמשנה למלך הקשה על זה כיון דתשלומי קנס על הבעילה הראשונה כבר שילם ע"י שנשא אותה לאשה והכתובה מתחייב על הבעילה מנישואין ואילך והיא היתה אז בעולה, מ"מ הרמב"ם ס"ל כנ"ל כיון שהנישואין הי' חלף חיוב הקנס א"כ כשתצא ממנו ישלם כתובה כסף הקנס"

ובשו"ת נודע ביהודה, מהדו"ת אבהע"ז סימן לג, כתב וז"ל:

"מה ששאל עוד כמה היא כתובתה אם כבעולה או כבתולה כיון שטעם טעם בתולה, או דילמא כיון שמפותה היא אחולי אחלא לכתובת בתולתא. ונכנס מעלתו בפלפול אם יכולה למחול והאריך בזה.

והנה כל דברים הללו דברים יגעים ומה שייך בזה מחילה ומה צורך בזה מחילה, וכי מאיזה צד היה לה כתובה שתהא צריכה למחול. הגע בעצמך אם לא היה נושאה וכי היה לה כתובה, ואטו יש לזונה מצד זנותה כתובה, הכתובה בשעת נישואין היא זוכה ואז כבר בעולה היא.

וכבר נשאלתי פעם אתת בכאן בכיוצא בזה על סך הכתובה, ולפום ריהטא השבתי במושכל ראשון דפשיטא שאין לה אלא מנה, שהרי עכשיו בעולה היא. ועמדתי כמו רגע ונזכרתי בדברי רבינו הרמב"ם בפ"א מהל' נערה הלכה ג' המפותה וכו', ואם רצו וכנסה אינו משלם קנס, אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות עכ"ל הרמב"ם. הרי שכתב כשאר הבתולות, וא"כ יש לה כתובה מאתים. והטור העתיק דברי הרמב"ם בסימן קעז.

ואמנם דבריהם צריכין ביאור דמהי תיתי יהיה לה כתובת בתולה כיון שעכשיו בשעת נישואין בעולה היא.

והמשנה למלך שם הביא דברי פוסקים הרבה שפשוט בדבריהם שכתובתה מנה כבעולה, והאריך המשנה למלך שם בדבר זה והביא דברי רש"י בפירוש התורה בפ' משפטים כ"ב ט"ו בפסוק "וכי יפתה וגו' מהר ימהרנה", יפסוק לה מוהר כמשפט איש לאשתו שכותב לה כתובה וישאנה עכ"ל רש"י. ועיין במשנה למלך שם שפירש דברי רש"י הללו שגזירת הכתוב שיעשה למפותה זו כתובת בתולה כשישאנה, ופירש על דרך זה גם דברי הרמב"ם.

ואף שהרמב"ם בפ"י מאישות ה"ז, סובר, שאפילו כתובת בתולה כשרה שבישראל אינה מדברי תורה, מ"מ גזירת הכתוב הוא שמפותה זו לא יגרע כחה משאר בתולות הכשרות הכל לפי מנהג הבתולות, וממילא כשתיקנו חז"ל כתובה לבתולה גם זו יש לה כתובה.

ולפ"ז אני אומר, שגזירת הכתוב כאן הוא תמורת הקנס, שאם אינה נישאת לו קנסהו הכתוב כסף קנסה, וכשנשאה פטרו הכתוב מהקנס אבל קנסו שיחזיקנה בנישואין ככתולה.

ולפ"ז אני אומר, דאף הרמב"ם והטור לא קאמרי אלא במפותה שהיה לה קנס אם לא היה נושאה והיינו נערה בתולה, אבל בוגרת שאין לה קנס או אפילו נערה אם אין עדים על הבעילה כי אם מפי עצמו ומודה בקנס פטור, נמצא שלא חייבו הכתוב קנס וממילא כשנושאה לא חייבו הכתוב כתובת בתולים ולכן אין לה אלא מנה"

וכן כתב בפירושו על שו"ע, דגול מרבבה, אהע"ז סימן סו סעיף ו, וז"ל:

"...ונראה לעניות דעתי דכל זה כשהיתה נערה אבל בוגרת שנתפתה ודאי גם להרמב"ם ולהטור אין כתובתו אלא מנה אף שנשא הבעול בעצמו"

דהיינו, שהכתובה מדין קנס, וקנסו אותו לתת לה כתובה מאתיים כדין כתובת בתולה. ולפי זה שהכתובה כדין קנס, א"כ הרי זה דווקא בנערה שיש לה קנס, אבל לא בבוגרת שאין לה קנס וכתובתה תהיה מנה כדין בעולה.

וכן כתב בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדו"ת סימן עב, וז"ל:

"שאלתו משודכת שהרתה לזנונים והמשודך אמר אין מינאי וכנסה לחופה, אם כותבין לה כתובה ק' או ר' ואיך כותבין הנוסח.

לכאורה זה מחלוקת הפוסקים הראשונים. הרמב"ם ריש הלכות נערה בתולה כתב גבי מפתה, ואם רצה וכנסה, אינו נותן קנס אלא כותב לה כתובה כמוהר הבתולות, וכ"כ הטור סי' קעז.

אולם במשנה למלך שם, הביא דעת התוס' והראב"ד והנ"י דס"ל דדינה כבעולה דעלמא וכתובתה מנה.

אמנם לפענ"ד, למה דמבואר שם במשנה למלך טעמא דהרמב"ם דילפינן לה מקרא מהר ימהרנה, היינו שיתן לה מוהר הכתובה כדפי' בחומש, וזה מקנס שקנסה התורה להמפתה לכתוב לה כתובת בתולה עיי"ש, א"כ י"ל דזהו רק בנערה דחייבה התורה למפתה קנס, וזה מגדר התנאי דלא נפטר מהקנס אא"כ שנשאו בכתובת בתולה, אבל בבוגרת פטור בין מהקנס בין לכתוב כתובת בתולים, ופשוט וברור"

וכן כתב בשו"ת חתם סופר, ח"ג אהע"ז סי' קכה, וז"ל:

"... ועל זה כתב דגול מרבבה דהיינו קטנה ונערה שהקנס לאביה, אבל בבוגרת שאין לה קנס ובשגם כי בעילה ראשונה מחלה מדעתה, א"כ אפילו נשאה אח"כ

אין לה אלא כתובה מנה, דבהא גם הרמב"ם מודה... ומ"מ ממילא מוכן בבוגרת... מחלה על בעילה הראשונה שפגמה לפני הבחורים ממילא אין לה אלא מנה."

אמנם החתם סופר שם, סייג את דבריו, שכל האמור אינו אלא במפותה בוגרת שלא באו בקשרי שידוכין, אבל במשודכת שלו שעתידים להינשא זל"ז כתובתה מאתיים אף בבוגרת, וז"ל:

"...נ"ל דאין אלו נאמרים אלא במפותה בוגרת דעלמא ונשאה אח"כ, אבל במשודכת שלו וכבר נכתבו ביניהם תנאים בקנס וחרם כנהוג, שלכה סמוך ובטוח שתינשא לו ואין עיניה תלויות על הבחורים, אלא עליו היא נושאת נפשה ואדעתא דהכי אפקרא נפשה לגבי ידידה שהוא ישאנה ויהיה כתובתה ממנו מאתיים כמוהר הבתולות, בודאי לא מחלה אלא אדעתא דהכי."

אלא שזה דווקא במשודכת מכבר כאשר נכתב ביניהם שטר תנאים בקנס וחרם כנהוג, אבל בקשרי אישות במפתה בתולה בסתם, אף שהבטיח לה בשעת פיתוי שינשא אותה בעתיד, וכל שכן כאשר רק האשה מצידה ציפתה שכך יהיה, כתובתה מנה, וכפי שכתב החתם סופר שם בהמשך דבריו, וז"ל:

"והנה כבר על מדוכה זו ישב מהרי"ק ז"ל בשרש קכט, ורמז עליו בב"ש רס"י קעז, ותוכן דבריו שם, דהמפתה בתולה ואפילו התנה בשעת פיתוי שינשאנה, מ"מ אינו מחוייב לישא אותה כי היא מחלה. ולא הוה מחילה בטעות כיון דאפקרא נפשה לבעילת זנות. ומוכיח כן מש"ס כתובות, דף מב ע"א.

אמנם הגאון בית מאיר (אהע"ז סי' קעז) פליג עליו בחוזק יד... עכ"פ מהרי"ק נמי לא אמרה בפנויה דעלמא וע"י הפיתוי הזה תינשא לו, זה לא נימא, אבל במשודכים שכבר נתקשרו בחרם וקנס ולא היה הפיתוי כדי שתנשא לו אלא הואיל ועתידה להנשא לו משו"ה נתפתה לו, והואיל ונתיאשה משארי בחורים ונתיחדה לו, א"כ איך תפסיד עי"ז מאתיים שלה. ואפי' אם יתעקש אדם לומר שאם הבעל הזה אינו רוצה לכתוב מאתיים לא נוכל לכופו, אבל עכ"פ אם כתב לה מאתיים דחזו ליכי, איך אנן ניקום ונימא ליה דלא חזי לה ממנו ובודאי חזי' וחזי' וראוי ומחוייב הוא לכתוב כן"

(ויש לציין כי דברי החת"ס ב"משודכת" יהיו מקור לדיון בנידון גובה הכתובה בזוג שהתקשר ב"נישואין אזרחיים" שכוונת הצדדים אמנם אינה לנישואין של תורה, אבל כוונתם ל"נישואין" ולהיות מיוחדים זל"ז בלבד, ולאחר זמן כאשר חיו מכבר חיי אישות באו להינשא כדמו", האם כתובתה מאתיים כדין בתולה כפי שהיתה בזמן ההתקשרות ביניהם, או מנה כבעולה כבזמן מעמד החופ"ק כדמו"י אף שהאישה בעולת עצמו היא בעודה בתולה, ואין כאן מקום להרחיב בנידון)

ועדיין יש לדון שכתובתה מאתיים מצד שכתב לה בשעת הנישואין מאתיים בכתובתה, מדין תוספת כתובה, ובידו לכלול את סכום התוספת עם עיקר כתובתה.

הנה בנידון זה כתב החתם סופר, ח"ג אהע"ז סי' קכה, בתשובתו, וז"ל:

"אמת נכון הדבר, אע"ג דתנן ר"פ אעפ"י שאם רוצה להוסיף מוסיף, ודעת הר"ן שם שיכול לכלול התוספת בסכום אחד עם הכתובה בסתם, ודלא כמרדכי כתובות סי' קלו, מ"מ מורה הר"ן דלא מצי למכתב דחזי ליכי מדאורייתא, ולזה נתכוונו תוס' בכתובות י"ב ע"ב ד"ה ב"ד של כהנים וכו', וכ"כ בחלקת מחוקק סי' ס"ו סק"ל, ודלא כתי"ט ר"פ אע"פ"

וע"ע בפתחי תשובה, אהע"ז סימן סו סעי"ק ה.

א"כ בכתובה דלא כתב בה "דחזי ליכי מדאורייתא", דעת החת"ס שהסכום שנכתב הוא הקובע מדין עיקר ותוספת כתובתה.

נמצא עד עתה, כי דעת חלק מהפוסקים היא שכתובתה מנה, ודעת פוסקים אחרים שכתובתה מאתיים, ויש גם פוסקים הסוברים שגם אם כתובתה מאתיים, כל זה אינו אלא בנערה שזכאית לקנס והכתובה באה כתחליף לקנס בנשאו זל"ז, אבל בבוגרת שאינה זכאית לקנס ממילא כתובתה מנה כדין בעולה אף שבעולת עצמו היא בזמן היותה בתולה.

אלא שהנה האור שמח, הלכות נערה בתולה פרק א הלכה ט, כתב, שמקור דינו של הרמב"ם והטור שכתובת מפותת עצמו מאתיים כדין הנישאת בתולה, הוא במכילתא ובירושלמי, וז"ל:

"ולכאורה רציתי לומר בטעם רבינו שפטר המגורשת מן הנישואין מקנסא משום דאיהו סבר כפי המבואר במכילתא (משפטים) ובירושלמי (כתובות פ"ג ה"ה) הובא בשם תני ר' ישמעאל (והמכילתא יחסוה לר' ישמעאל) "כסף ישקול כמהר הבתולות, מגיד שהוא עושה אותן עליו מוהר ואין מוהר אלא כתובה כד"א הרבו עלי מהר וכו'" ולכן כתב לעיל פ"א ה"ג כותב לה כתובה כשאר הבתולות, ועיין משנה למלך דאישתמיטתיה זה. ולפיכך בתולה מן הנישואין שאין לה חינא ואין כותבין כתובה ומוהר לבתולה זו, תו אין קנס"

פירוש דברי האור שמח הוא, שהואיל ובפסוק (שמות כב-טו, טז), כתוב: "וכי יפתה איש בתולה... ושכב עמה, מהר ימהרנה לו לאשה, ואם מאן ימאן אביה לתתו לו כסף ישקול כמהר הבתולות", ובמכילתא תלה הקנס בכתובה, לפיכך במקום שאין כתובה כגון גרושה בתולה מן הנישואין שאף שבתולה היא אין לה כתובה כדין בתולה, משום שאבדה את חינה מכת היותה גרושה מן הנישואין, ממילא אין לה קנס.

נמצא שלפי האור שמח על פי המכילתא והירושלמי, הקנס תלוי בכתובה, ולא כפי שהבינו הנו"ב והגרע"א שהכתובה תלויה בקנס.

דהיינו, לשיטת הנו"ב והגרע"א שהכתובה תלויה בקנס, נערה שיש לה קנס כתובתה מאתיים, ובוגרת שאין לה קנס כתובתה מנה.

ואילו לשיטת האור שמח שקנס תלוי בכתובה, עיקר דין תורה של המפתה את הבתולה הוא שיישא אותה בכתובה, אלא שאם לא רצו ואינו נושאה, אם היא נערה צריך לשלם לה קנס במקום הכתובה ובבוגרת פטור. ולפי זה, אף שלא חידשה התורה חיוב קנס בבוגרת במידה ולא נושאה, מכל מקום אם נושאה יש לה כתובה מאתיים כדין נערה.

וכן כתב הפני יהושע, כתובות לט: ד"ה "בד"ה טעמא מאי", וז"ל:

"...וכל דבריהם (של התוספות) בזה לפי שיטתם לעיל דף י' ע"א דאליבא דהלכתא כתובה דאורייתא ואפ"ה ההוא דהכא מדרבנן. מיהו מלשון המכילתא בפרשת משפטים משמע דלא מהני ההוא סברא דבעולה, דאפ"ה כתובה זו מדאורייתא, וז"ל שם ר"ע אומר וכו' מהר ימהרנה לו לאשה למה נאמר, לפי שהוא אומר ונתן האיש השוכב עמה, שומע אני כשם שבתפוסה נותן מיד, כך במפותה נותן מיד, ת"ל מהר ימהרנה לו לאשה מגיד שהוא עושה עליה מוהר ואין מוהר אלא כתובה עכ"ל, הרי למדנו דאע"ג דכבר היא בעולה אפ"ה כתובתה מאתיים, ומן התורה, דעלה כתיב אם מאן ימאן כסף ישקול כמהר הבתולות. ובה נתיישבו כל הקושיות שהקשו התוספות בזה הדיבור, דהא דקאמרי רבנן יצא כסף קנסה בכתובתה, היינו מדאורייתא, דקנס היינו ממש תמורת הכתובה כדאשכחן במפתה. אלא שעיקר החילוק ביניהם, דבאונס זה עיקר הקנס שצריך ליתן לה כתובתה מיד, ומפתה אם רוצה לישאנה עושה הקנס עליו מהר כשאר כל הנשים, אלא דאפ"ה קנס קנסו הכתוב שיתן מאתיים ואזלינן ביה בתר ביאה דמעיקרא וכן נראה להדיא מלשון פרש"י בחומש פרשת משפטים"

ויש לדייק בפנ"י שמשמע שאף באנוסה הקנס תמורת הכתובה.

וכן כתב גם בשו"ת באר אברהם, להגר"א רפפורט חבד"ץ דלונדון והמדינה, סימן לט, וז"ל:

"...חילוק זה בדעת הרמב"ם יוצא להם מתוך מה שהבינו בדעת הרמב"ם דחיוב כתובה בנושא מפותתו היא תמורת וחלף הקנס, ותליא ע"כ באי איכא חיוב קנסא. הא במפתה בוגרת דליכא חיוב קנסא הדרא לדינא דכתובת בעולה שהיא מנה...

אבל הדברים מוכיחים לכ' דמקור דברי הרמב"ם הוא במכילתא משפטים... וכעין זה הוא ג"כ בירושלמי כתובות פ"ג הל' ה'... ולפי זה לכ' אין עוד הכרח לפרש

דהכתובה תליא בחיוב קנסא ומשום דהויא תמורות וחלף הקנס, אלא דהוּו ב' דינים מיוחדים במפתח: א: דאם רצו הוא והם כונסה וכותב לה כתובה מאתים, ב: אם לא רצה הוא או הם משלם קנסא לאביה. ואדרבה עוד איכא למימר איפכא לפי"ז, דקנסא הוי תמורת וחלף הכתובה, כלומר דבמפתח בתולה עיקר דין תורה הוא שישאנה בכתובה, אלא ששואין אלו תלויין ברצונם, ואם לא רצו ואינו כונסה, אז אם היא נערה צריך לשלם קנס לאביה במקום הכתובה...

א"כ נהי דגבי קנסא איכא נפקותא בין נערה לבוגרת ואין מפתח בוגרת משלם קנס, מאן לימא לן דאיכא להאי נפקותא נמי בדינא דכתובה היכא דכונסה. דבשלמא אי הויא הכתובה חלף ותמורת הקנס, ודאי דאיכא למימר דבבוגרת דאינו משלם קנס ליכא כתובה. הא למאי דבעינן למימר דדין הכתובה בנושא מפותתו הוי דין מיוחד בפ"ע מגזיה"כ, ולא תלי בקנסא, מהיכי תיתי לחלק ולומר דהאי דינא דכותב לה כתובה במפותתה אם כונסה הוי נמי בנערה ולא בבוגרת...

וכיון דאתינן להכי דלרמב"ם אליבא דמכילתא וירושלמי הנ"ל הא דכותב לה כתובה מאתים בנושא מפותתו הוי דין בפ"ע מגזיה"כ ולא תלי בדין קנסא, ליכא סברא לחלק ולומר, דהיכא דהיא נערה וקנסה לאביה אם אינו כונסה אז כותב לה כתובה בכונסה, ובבוגרת דאין לאביה זכות בה ולעצמה אין לה קנס אם אינו כונסה משום דמדעתה עבד, דהכי נמי דאינו כותב לה כתובה אם כונסה.

והא נמי ליכא למימר דהאי דינא שחדשה תורה בנושא מפותתו דכותב לה כתובה מאתים בכונסה אף דלא הוי חלף תמורת הקנס הו"ל מיהת גופיה דין קנס, כי היכי דנימא דשייכי גם בה כל דיני קנסא כמו מודה בקנס פטור, וכן דבכל מקום דפטרה תורה מקנסא באונס ומפתח פטור נמי מחיוב כתובה אם כונסה, מדהוי נמי בגדר קנס, וכיון דהו"ל דין קנס ליתא לחיובא בבוגרת דמדעתה עבד.

דאי נימא הכי, הא גם בנערה אם כונסה הא כותב הכתובה לה לעצמה ואין לאב זכות בכתובה, ואמאי, הא מדעתה עבד ולא שייך קנסא לעצמה, אלא ע"כ דכך הוי גזיה"כ דכותב לה כתובה אם כונסה אף דמדעתה עבד, ולא משום קנסא, אלא דהוי דין שעבוד נוסף שהוסיפה תורה בשעבודי הבעל לאשתו בנושא מפותתו, אף דכתובת שאר הבתולות הכשרות אינה מה"ת, ותו ליכא לחלק בהא בין נערה ובוגרת."

ובשו"ת אגרות משה, חלק ג', אהע"ז (א) סימן קא, הדין בגובה כתובת בעולת עצמו ביחס לנושא אשה בהליך אזרחי ולאחר זמן באו לערוך חופ"ק כדמו"י, לאחר שמביא את הרמב"ם והטור והמל"מ המובאים כאן לעיל, כותב, וז"ל:

"...אבל דברי המל"מ דחוקים מאד, דהרמב"ם הא סובר שכל כתובה הוא רק דרבנן. אך מחדש המל"מ שבמפותתה סובר שהוא דאורייתא שצריך לכתוב לה

כתובה כמנהג העיר כמפורש בדבריו. דהא לפ"ז נמצא דאם מנהג העיר ליתן לכתולות כתובה דאלף זוז, יתחייב מדאורייתא ליתן למפותה כשנשאה כתובה דאלף זוז והיה לו לרמב"ם להזכיר דבר חידוש כזה בפירושו. וגם ימצא שלפעמים תהיה מפותה עדיפא מאנוסה ולא משמע זה במתני' דדף לט. וגם איך יאמר הרמב"ם דבר חידוש כזה בלא מקור מגמ' ולדרוש קראי מעצמו.

ולכן הנכון לע"ד שאין שום דין חדש במפותה לענין כתובה, דלא כהמל"מ, אלא הוא מדין כתובה דכל הנשים שלהרמב"ם הוא מדרבנן, ואף לכו"ע יש להיות כאן רק מדרבנן, דהא היא בעולה. ומ"מ סברי הרמב"ם והטור דכתובתה מאתים כבתולה כדאבאר...

ולכן הנכון לע"ד דבר חדש. דהנה בכתובות דף צ' בקטן שהשיאו אביו, אף שאין לה תוספת לרב הונא משום שכתבתו בקטנותו אינה כלום, מ"מ גובה בתולה מאתים. וכתבו התוס' אע"ג דכשגדל כבר היא בעולה אפ"ה יש לה מאתים, שע"מ כן קיימה שיהא עכשיו כתחלת נישואיה...

(וממשיך שם האגר"מ לדון באינו יהודי, שהתגיירה אשתו עמו)

...ויש לפרש זה בתרי טעמי:

א: שלעצמו נחשבת לעולם כבתולה משום דאירע תחתיו ונסתפחה שדהו. לכן כל החסרונות שנעשו בה אין מגרעין כחה לגביה דידיה.

ב: שגם זה שיתחייב בכל עת עד הגירושין פעם שניה אחר שתמחל או שישלם לה, הוא ג"כ מהדינים שנעשו בעת הנישואין ואז היתה בתולה, ולכן נעשה דין שלעולם עד הגירושין יתחייב מאתים.

והנה אם נימא כטעם א', גם בקטן וגר שייך טעם זה, דהא הקטן, וכן הגר בנכריותו, לקחו אותן לאישות שתהיה אשתו, כמו שנושא ישראל גדול, רק שלא הועיל מצד דיני התורה שהצריכה קנין קידושין שזה לא היה בקטן ונכרי. לכן הוא רק לענין הקידושין שלא נעשית אשת איש, אבל להיחשב אצלו לעולם כבתולה שיחשב כנסתחפה שדהו ולא יוגרע כחה לגביה דידיה, יש להחשיב אף בקטן ונכרי, כיון שלא חזרו בהם מלקיחתם לאישות, דהא קדשו סתמא. דמעשה לקיחה לענין כל החיובים שבין איש לאשתו הוי אף בלא הקידושין כיון שלקחה לזה. אך שכיון שלא היה קנין הקידושין יכולין לחזור בהן.

...וממילא אם כשהגדיל לא נתרצה לקדשה אלא כשיתחייב רק בכתובת בעולה ודאי רשאי, אבל כל זמן שלא חזר בו וקדשה סתמא נעשה קנין על הלקיחה דמתחלה שעשה בקטנותו שהוא ממילא נתחייב בחיובים ההם... ונחשבת אצלו כבתולה גם בעת הקידושין כבתחילת נישואיה וממילא יש לה כתובה מאתים אף שלא כתב לה כתובה בקטנותו...

א"כ הוא רק בקטן וגר, אבל בשוטה שנתפקח אין שייך זה, דהא בשוטה שנשא אשה אין כאן לקיחת אישות כלל, אף שלא מצד דיני הקידושין, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת כמפורש ביבמות דף קי"ב דמטעם זה לא תקנו לו קידושין, והיה זה בעצם רק ביאת זנות בעלמא, שודאי נבטל ממנה שם בתולה אף לגביה דידיה..."

נמצא אפוא, שלפי שיטת האגר"מ, המפתה את הבתולה שלא לשם נישואין אלא כביאת זנות בלבד, דינו כדין שוטה שנשא אשה האמור לעיל, שאין ביחסי האישות הראשוניים שקדמו להחלטתם להינשא מדין לקיחת אישות כלל, אף, לא מצד דיני הקידושין אלא במישור כוונתם בלבד, שכל מגמתם לא היה אלא יחסי אישות בלבד בלא כוונת נישואין כלל, שהקובע לגבם הוא שעת החופ"ק שהתבטל ממנה שם בתולה מכבר אף לגביו, והרי היא בעולה לפניו וכתובתה מנה.

ולאחר שהאגר"מ נו"נ בהתאם לטעם ב', מסיים את דבריו, וז"ל:

"והנה מפתה שצריך לישאנה (נערה) אם לא ירצה ליתן קנס...יש עליו מצוה לישאנה. וגם מצדה כיון שנתרצית לו לזנות מסתבר שכ"ש לנישואין היתה מתרצית, ובפרט כשנשאה לבסוף ודאי הוכיח סופו על תחילתו שבקידושין היתה יותר רוצה מבזנות, לכן נחשבת כמו לאישות אך בלא קידושין.

ולכן הוא באותה אומדנא עצמה כקטן שנשא, שכל זמן שלא התנה, תלינן דעתו שלא ירצה להרוויח בחטאו מצד שלא היו קידושין, ויש לחייבו בכתובת בתולה.

אבל לטעם הראשון אין שייך בזה, דהא עכ"פ עדיין לא היתה לקיחת אישות ולא אירע תחתיו. וסברי התוס' יבמות כטעם ב' ולכן יש למפתה כתובה מאתיים...

א"כ במפותה בוגרת יש להסתפק:

דיש לומר כיון שיש עכ"פ מצוה לישאנה...וגם אח"כ נשאה הוכיח סופו שברצונם היה יותר אם היו קידושין. אבל יש גם לומר דכיון שאינו מחוייב ליקחנה, אינה שייכת לנישואין אלא הוא כנמלך, וכן מסתבר יותר, ויהיה לדינא כהדגול מרבבה, אך לא מטעמיה." דהיינו כהדגול מרבבה שמפותת עצמו בוגרת כתובתה מנה, ולא מטעמו של הדגול מרבבה דכתובה תליא בקנס והואיל ובוגרת אין לה קנס כמו"כ אין לה כתובה מאתיים, אלא מהטעם שקשרי האישות הראשונים שהיו בין הצדדים לא היו לשם נישואין ולא היו שייכים כלל לנישואין שהתבצעו לבסוף בין הצדדים, לפיכך הקובע הוא מועד החופ"ק ובמעמד זה היא בעולה וכתובתה מנה.

בהתאם לאמור לעיל, טענת הבעל לשעבר ע"י ב"כ, כי סכום הכתובה בתיק המונח בפנינו צריך להיות ככתובת בעולה ולא ככתובת בתולה, נתונה למחלוקת

הפוסקים. וכאשר הדבר נמצא במחלוקת הפוסקים, נחשב הבעל כמוחזק ואין מוציאים מידו.

מכל מקום, על אף האמור, כבר ציטטנו לעיל את תשובת החתם סופר, אהע"ז סי' קכה, שכיון שבפועל כתב בכתובה מאתיים אף שכתובה מנה, בכתובה דלא כתוב בה "דחזי ליכי מדאורייתא" הקובע הוא הסכום הכולל את עיקר הכתובה ותוספת הכתובה, ומועיל מדין התחייבות הבעל כתוספת כתובה. וכל שכן בסכום הכולל הסופי המופיע בכתובה כהמשך ללשון הכתובה "סה"כ כתובתא דא נדוניא דין ותוספתא דא עולים לסך...".

לפיכך, במה שנוגע לטענה הנ"ל של הבעל לשעבר, מחליט ביה"ד כי סכום הכתובה עולה לסה"כ המופיע בכתובה 360.000 ש"ח.

בנידון בקשת האישה לרמי פיצויים:

בפס"ד שנתן בית הדין הרבני הגדול, תיק מס' 835665/1, הגדיר הגאון הרב איזירר שליט"א, תביעת פיצויי גירושין, וז"ל:

"לגבי טענת הערעור הנגדי בענין פיצויים צריך להבהיר שנקודת המוצא של הערעור הנגדי בזה שפיצויים הם מושג של תשלום עבור נזק שנגרם ע"י הצד השני. ואין הדבר כן. הפיצויים בהלכה בענייני גירושין הם מנהג או תקנה הקשורים בסיוע לפתרון לכיוון גירושין. כגון שביה"ד רואה מקום להביא לגירושין, אולם האישה אינה חייבת בכך ולפיכך מטיילים חובת פיצוי על הבעל כדי להביא להסכמת האישה להתגרש".

וכן כתב הגאון הרב אברהם שרמן שליט"א דיין ביה"ד הגדול בדימוס, במאמר ב"שורת הדין" חלק י', בשם מרן הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל ביחס לפיצוי גירושין, שכאשר מטרתם להביא את האשה להסכים להתגרש, יש מקום לחייב את הבעל ליתן לאשה בנוסף לכתובתה תוספת פיצויים.

וע"ע שם בשורת הדין שהרחיב בבסיס ההלכתי לחיוב פיצויי גירושין.

והואיל ועיקר יסוד הפיצויים אינם עבור נזק שנגרם לצד השני, אלא קשורים בסיוע לפתרון בכיוון גירושין, כאשר בהתאם לתיק המונח לפנינו האישה תבעה גירושין וביה"ד חייב את הבעל במתן גט ובעקבות כך סודר הגט מכבר, מחליט ביה"ד כי אין מקום לחייב את הבעל לשעבר בפיצוי גירושין בתוספת לחיוב הכתובה כאמור לעיל.

בנידון בקשת האישה להצמדת דמי הכתובה:

תחילה יש לציין את פסק דינו של הגאון הרב שלמה דייכובסקי שליט"א ביושבו על מדין בביה"ד הגדול בתיק מספר 1-24-1687, שאמנם ניתן בהקשר לסכום מוגזם הכתוב בכתובה, אך הינו יפה גם לנידון הבקשה המונחת בפני ביה"ד ביחס להצמדת הכתובה למדד.

וזה לשון ההחלטה:

"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 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 סכום של מאתיים זוג מייצג פרנסת אדם לשנה שלימה... לכן יש לרדת לדעתם של חז"ל בנושא זה ולקבוע את הסכום הראוי לפרנסת אדם במשך שנה. חז"ל רצו שהאישה לא תאלץ לחזור על הפתחים לאחר הגירושין, ונתנו לה אפשרות לפרנסת שנה באמצעות קבלת דמי הכתובה. סכום חודשי של 10,000 ש"ח למשך שנה מהווה פרנסה ראויה לכל הדעות. גם סכום נמוך יותר המייצג פרנסה חודשית של 3,000 ש"ח עד 6,000 ש"ח לחודש, 36,000 ש"ח עד 60,000 ש"ח ערך כולל לשנה, נחשב לסכום התואם את כוונת חז"ל".

בנוסף יש לציין את החלטת בג"ץ בתיק בע"מ 9606/11, בנידון הצמדת הכתובה, בה הדגיש ביהמ"ש כי במישור המעשי-קונקרטי נקבע, כי השאלה אם במקרה מסוים ישוערך סכום הכתובה, תוכרע לפי נסיבותיו הקונקרטיות של התיק הספציפי: "...סבורני כי יש לבחון כל מקרה לגופו ולנסיבותיו, כפי שניתן אולי גם לראות בפסיקת בתי הדין הרבניים... כך לא דומה מקרה ובו סכום הכתובה הינו גבוה אף ללא שערוך לבין מקרה ובו סכום הכתובה הנומינלי הינו בכחינת לעג לרש... בנוסף יש לבחון אם הסכום הנומינלי אם די בו לכלכל את האלמנה משך תקופה של כשנה אם לאו."

בהתאם לאמור בהחלטת ביה"ד הגדול כי הגשמת תכלית הכתובה היא הספקת דמי מחיה ראויים לשנה כאשר הרף התחתון התואם את כוונת חז"ל עומד על 36,000 ש"ח, א"כ בתיק המונח בפנינו, כאשר הבעל לשעבר מחויב בכתובה בסך הכולל של 360,000 ש"ח, מחליט ביה"ד כי אין מקום להצמדת הסכום הנ"ל למדד.

בנוסף לאמור, יש לציין כי הכתובה לא נועדה להעשיר את האישה הגרושה ולדלדל עד עפר את הבעל (לשון הגר"ש דייכובסקי בפסק ביה"ד הגדול). מטרת הכתובה היא לאפשר לאישה קיום בכבוד למשך תקופה של שנה עד אשר תמצא בעל אחר, ומטרה זו מתקיימת ללא

ספק בחיוב הכתובה בסך 360.000 ש"ח בתיק המונח בפנינו.

לפיכך מחליט ביה"ד לחייב את הבעל לשעבר במלא סכום הכתובה בסך 360.000 ש"ח.

ביה"ד דוחה בזאת את בקשת האשה להצמדת סכום הכתובה ולדמי פיצויים בנוסף על דמי הכתובה.



הרב מנחם הגר

בית הדין הרבני ירושלים

אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים

הפקעת כתובה בעוברת על דת

בנדון שלפנינו, הבעל מבקש להפסיד לאשה את כתובתה בנימוק שהיא הייתה עוברת על דת ושימשו נידה שדינה להפסיד כתובה. התברר לבית הדין כי אכן האישה לא הלכה למקווה בכל משך זמן הקשר בין הצדדים, אולם כל זה היה בהסכמתו המלאה של האיש. הדיבורים על הליכה למקווה היו רק בקשר של סגולה לילדים. בנוסף, סיבת הגירושין אינה קשורה לעובדה זו שלא טבלה.

דיון והכרעה:

הנה דין עוברת על דת משה, המפורש במשנה במסכת כתובות (דף עב ע"א) ובשולחן ערוך אבן העזר (סימן קטו) שאבדה את כתובתה היא משום שהכשילה אותו.

בסעיף ג' (שם) כתב הרמ"א: "אם היא מביאה עדים שגם הוא עובר על נדרים ושבועות וחרם לא אבדה כתובתה אף אם היא עוברת."

מקור הלכה זו בתשובות הרשב"א (חלק א' סימן תתס"ו), תשובת מהר"ם מרוטנבורג (סימן שצ"ג), תשובות מיימוניות לספר נשים (סימן ט"ז), הג"א ומרדכי כתובות פרק המדיר (סימן קצ"ו בשם הר"מ), שלטי הגיבורים כתובות (דף ל"ג ע"א בדפי הרי"ף ס"ק א').

ובבית שמואל (ס"ק ז') כתב: "ואם היא האכילתו דבר איסור והוא אוכל גם כן דבר איסור לא הפסידה."

ומכאן יש ללמוד שאשה שעשתה מעשה שעל ידו 'גרמה' לבעלה לעבור על איסור שהוא עצמו רגיל לעבור עליו, לא הפסידה כתובתה, מכיון שגם לולא 'הכשלתה' היה הוא 'נכשל' בעבירה זו מעצמו.

בפתחי תשובה (ס"ק ג') דן באשה שלא טבלה לנידתה ובעלה יודע ושותק האם הפסידה כתובתה. הפתחי תשובה מביא את דעת האחרונים, תשובת מהר"י הלוי (סימן ל"ט), פנים מאירות (חלק ב' סימנים י"א וי"ב), נודע ביהודה (אבן העזר תניינא סימן כ"ו), בית מאיר (סימן צ"ו סעיף י"ב), שלא הפסידה כתובתה, וכדין הרמ"א הנ"ל הבנוי על שיטת הראשונים כמבואר, שאם הוא רגיל לעבור על איסור זה מעצמו, לא הפסידה כתובתה. אכן בסוף דבריו מביא הפתחי תשובה את דעת הרמב"ם והרדב"ז שגם אם ידע הבעל ושתק, מפסידה היא את כתובתה.

אם יכול לטעון שהיא גרמה לו שיחטא

אולם נראה שיש מקום לחלק בין האופנים, והדעות הללו שכדעתם פסקו הרמ"א והבית שמואל ש"אם היא האכילתו דבר איסור והוא אוכל גם כן דבר איסור לא הפסידה", אפשר שידודו לרמב"ם ולרדב"ז שגם אם הבעל ידע ושתק, הפסידה היא את כתובתה. והטעם, כי יכול הבעל לטעון שמעצמו לא היה חוטא בעבירה חמורה כזו ובכל זאת שתק או משום שלא רצה לריב עם אשתו, או משום שיראת השמים שלו רופפת וכשמכשילים אותו הוא נכשל בקל, וא"כ היא הגורמת לבעלה לשמשה נידה. ואינו דומה כלל לאחד שאוכל דבר איסור מעצמו בלא שמכשילים אותו ובלי קשר לאשתו שבוה ברור הוא שלא היא הגורמת לו לחטוא. [כשנדייק בלשון תשובת הרמב"ם (סימן שכ"א) "כי בעליהם אינם מבקשים מהם לטבול והם מרוצים בהם בהיותם בלתי טובלות" אפשר להבין כדברינו, אולם מה שהוסיף שם "ואינם מניחים אותנו לטבול בשום פנים" צריך עיון גדול שאם כן מדוע בהמשך הדברים ובתשובה הוא מזכיר רק את היותם הבעלים מרוצים ולא את העובדה העיקרית יותר, שהכריחום. אפשר שתרגום דברי הרמב"ם מהשפה הערבית בתשובותיו לא היה מדויק כידוע, ואיך שיהיה, כנראה כוונתו שאינם מכריחים או מבקשים מהם לטבול בשום פנים, ולא שאינם מניחים להם כפשוטו].

אמנם נכון הוא שחבל האחרונים שהזכיר הפתחי תשובה הנזכר, שפסקו, כי בידע ושתק שמשמשתו נידה אינה מפסידה כתובתה, דימו דין זה לדין אוכל דבר איסור, אולם אפשר שהרמב"ם והרדב"ז חלקו על השוואה זו. וא"כ אין לנו מחלוקת ראשונים ברורה ומכרעת נגד דעת הרמב"ם והרדב"ז.

ונראה לחזק את דברינו במה שמצינו בסימן זה דין נוסף שלכאורה סותר את הדין הנזכר של הרמ"א באוכל איסור אלמלא הביאור הנוסף כדברינו, וכדלהלן:

כתב הרמב"ם בהלכות אישות פרק כ"ד הלכה ט"ז, זה לשונו:

"עוברת על דת משה או על דת יהודית וכן זו שעשת דבר מכוער אין כופין את הבעל להוציא אלא אם רצה לא יוציא, ואף על פי שלא הוציא אין להן כתובה, שהכתובה תקנת חכמים היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא הקפידו אלא על בנות ישראל הצנועות אבל אלו הפרוצות אין להן תקנה זו אלא תהא קלה בעיניו להוציאה."

וכן כתב במאירי בכתובות ע"ב:

"ואף זו אין כופין את הבעל להוציא אלא שהפסידה כתובתה בין שיוציא בין שיקיים."

אמנם רוב הראשונים חולקים עליהם.

בחידושי הריטב"א (כתובות ע"ב ע"א) כתב:

”והרמב”ם ז”ל כתב שהעוברת על דת יהודית אפילו הבעל רוצה לקיימה הפסידה כתובתה דמה טעם תקנו חכמים כתובה לאשה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וכיון שהיא פרוצה נחא לן שתהא קלה בעיניו להוציאה, ורוב רבותי ז”ל חולקין עליו בזה.”

ודבריו הובאו גם כן בשיטה מקובצת. וכן כתב עוד בחידושו (קידושין פ”א ע”א):

”והא דאיבעיא לן התם בעוברת על דת ורצה הבעל לקיימה אם מותר אם לא ולא איפשיטא התם במקום בעיא, הא איפשיטא מאידך דקיימא לן דבעל שמחל על קנוייו קודם שנסתרה שהוא מחול, וכל שכן לעוברת על דת שאם רצה לקיים מקיים ואין בית דין מוציאין מידו, וכן פירשו רבותינו ז”ל, וכיון שקיימה לאחר שהיה יכול למיקבל בכית דין ולהוציאה ולא הוציאה גלי אדעתיה דמחל ותו לא מפסיד לה כתובתה.”

וכן כתב בנמוקי יוסף שם:

”אבל אם רצה הבעל לקיימה אינו יכול להפסידה כתובתה ובזה מסכימין רוב המפרשים אף על פי שדעת הרמב”ם ז”ל להפסידה.”

אולם מאידך, דעת הרמב”ם נפסקה להלכה על ידי כמה מגדולי הפוסקים. המגיד משנה נראה שס”ל כוותיה. שכשנימק את דעת הרמב”ם כתב: ”דבר ברור הוא וטעמו עמו”. גם הטור הביאו להלכה בסימן זה.

בנוסף לכך, החלקת מחוקק והבית שמואל גם הם פסקו כהרמב”ם, שעל דברי השולחן ערוך שהביא את דברי הרמב”ם בהשמטת דבריו בנוגע להפסד הכתובה, הביאו החלקת מחוקק והבית שמואל את סיום דברי הרמב”ם בנוגע לכתובה להלכה, כדלהלן:

בשולחן ערוך אבן העזר סימן קט”ו סעיף ד’ פסק:

”בכל אחד מאלו תצא בלא כתובה, אם יש עדים שהתרה בה תחלה ועברה על התראתו. ואם אין עדים, תשבע שהוא כדבריה. ואם רצה לקיים אותה אחר כך, אין כופין אותו להוציאה, מכל מקום מצוה עליו שיוציאנה.”

בחלקת מחוקק ס”ק י”ח כתב:

”וסיים הרמב”ם פרק כ”ד מהלכות אישות בדין הנ”ל ו’אף על פי שלא הוציא אין לה כתובה שהכתובה מתקנת חכמים היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא הקפידו אלא על בנות ישראל הצנועות אבל אלו הפרוצות אין להן תקנה אלא תהא קלה בעיניו להוציאה’ עכ”ל. ונראה אם אין מוציא אותה והיא מתנהגת מכאן ואילך בדרכי הצנועות וחרזה ממעשיה הראשונים אסור לדור עמה בלא כתובה

וצריך לכתוב לה כתובה אחרת דכתובה הראשונה נמחל שעבודה בשעה שעברה על התראתו".

וכן הבית שמואל הביאו בס"ק י"ט:

"וכתב הרמב"ם שם פרק כ"ד אם לא הוציא אותה אין לה כתובה כי היכא שתהיה קלה בעיניו להוציא אותה וכתב בחלקת מחוקק אם היא נוהגת אחר כן ככנות כשירים חייב לכתוב לה כתובה על מנה."

ולכאורה צריך עיון, איך מחד נפסק להלכה שגם אם רוצה לקיימה [ואפילו עדיין לא חזרה בתשובה, וכמשמעות דברי הפוסקים], מפסדת כתובתה. ומאידך, נפסק בבית שמואל, שאם הוא אוכל דבר איסור והיא האכילתו איסור אינה מפסדת כתובתה כי לא היא הכשילה אותו. הרי בשני המקרים הוא מסכים לחיות עמה למרות שהיא עוברת על דת ומעבירתו על הדת.

אלא שאנו מוכרחים לחלק בין אופן שהיא הכשילה אותו שלא ברצונו ורק מתוך רצון שלא לאבד את אשתו רוצה הוא לקיימה, שבזה היא מפסידה את כתובתה, לבין אופן שהאישה כלל לא הכשילה אותו כי כך הוא נוהג בעצמו ורגיל לעבור עבירות דומות.

לפי הנאמר מתחזקים דברינו במשמשתו נידה והבעל ידע ושתק ואף אם היה מרוצה בזה, שכתב הרמב"ם בתשובתו שהיא מפסידה את כתובתה, שיש לומר שאין זה דומה לאוכל דבר איסור מעצמו וכמבואר שהבעל יכול לטעון שמה ששתק היה רק לאחר שהבין שזו אשתו וכך מנהגה וכדי לא לעורר מדנים אתה, ובודאי אם תטבול יהיה מרוצה יותר ואין משתיקתו כל הוכחה שכך הוא רצונו לחיות בחטא, ושמלכתחילה היה רוצה לשמש כל זמן שלא טבלה אלא שרק בלית ברירה נהג כן. עוד יש לומר שהמדובר שכוונת האישה הייתה לא לטבול גם אם בעלה לא ישתוק ויבקש לה לטבול, ולכן נקרא שהיא 'הכשילתו'.

והאחרונים המובאים בפתחי תשובה ס"ק ג' שפסקו שבידע ושתק אינה מפסידה כתובתה, סברו או ששתיקתו מגלה על כך שהוא עובר על דת מלכתחילה, או שהאישה לא הייתה מכשילה אותו אם הייתה יודעת שאין רצונו בכך, ולכן אינה נקראת 'מכשילתו'.

מכל מקום, אין ראייה ברורה שיש כאן מחלוקת בעיקר הדין ואפשר שכל מקרה שונה ויש לדונו לגופו.

ולאחר כל הדברים, איש ואשה שנישאו על דעת חיי נישואין כשרים, ולאחר הנישואין לא טבלה והוא ידע ושתק, יש מקום לדון אם יכולה היא לתבוע כתובתה והאם דין זה דומה ל'רוצה לקיימה' או לאו.

אולם בנדון שלפנינו שכל נישואיהם הושתתו על דעת שאינה הולכת לטבול, כך היה הקשר ביניהם עוד לפני הנישואין, כך נישאו, ולא היה אזכור לעניין זה כל זמן הקשר ביניהם מלבד

פעם אחת מצד סגולה לילדים. אם כן, נישואין אלו מוגדרים כנישואין על דעת חיי נישואין בעבירה מלכתחילה, ובזה יש לדון האם יש לה כתובה ונפרש את דברי הרמב"ם שלא תיקנו כתובה לפרוצות דוקא בהיא מכשילתו והוא למרות כך רוצה לקיימה, אבל באופן שהיא כלל לא מכשילתו אלא כך רצונו מלכתחילה, בזה גם לפי הרמב"ם יש לה כתובה. וגם אם נפרש שטעמו של הרמב"ם שלא תיקנו כתובה לפרוצות שייך גם אם נשא פרוצה מלכתחילה, מכל מקום אפשר שיש לה כתובה לא מכח התקנה אלא מכח התחייבותו של הבעל בעת הנישואין שכתב לה כתובה על דעת הנישואין בעבירה.

ישנה הלכה דומה לכך על פי דברי החלקת מחוקק (סימן קטו ס"ק יט) שכתב על דברי השולחן ערוך בעוברת על דת, על פי הרא"ש בכתובות פרק י"א:

"כל אלו אין להם כתובה וכו'. כלומר כל אשה שאין סופה כתחלתה שמחמת קלקול שאחר הנישואין הפסידו, משא"כ נשים שמתחלת הנישואין לא היתה ראויה יש להן דין אחר וכמו שיתבאר בסימן שאחר זה."

מצד סברא זו שמקורה בדברי הראשונים בסוגיא, יש לומר שדין נישואין אלו שיש לה כתובה כדין אם נשא חייבי לאוין או חייבי עשה והכיר בה שיש להם כתובה וכמבואר בסימן קט"ז.

אולם כל מה ששייך לדמות עוברת על דת לנושא חייבי לאוין הוא רק אם חיוב הכתובה בנשא חייבי לאוין ועשה והכיר בה נובע בגלל שהתחייב כתובה מדעתו ושעל דעת כן נשא אותה וא"כ התחייבות זו שווה לכל התחייבות רגילה שאיננו צריכים לתקנת כתובה. אבל מה נעשה שבחלקת מחוקק סימן קט"ז ס"ק ב' כתב:

"יש לה עיקר. אף על גב דכתובה תקנת חכמים היא שלא תהא קלה בעיניו וזאת בעמוד והוצא קאי אפילו הכי הואיל וגם הוא עשה שלא כהוגן קנסו אותו שתהיה אצלו ככל הנשים ולא יהיה חוטא נשכר."

כלומר, חיוב הכתובה בהכיר בה הוא משום קנס חכמים, ובזה יש לומר שחכמים קנסו את הבעל בכתובה רק בנשא חייבי לאוין כי עצם הנישואין הם עבירה, וזה מוגדר 'עשה שלא כהוגן' עד שקנסו אותו חכמים, אבל עוברת על דת, שעצם הנישואין כשרים ומותר להם לינשא אלא שעליהם לנהוג בכשרות ולטבול, אולי בזה לא קנסו אותו חכמים לחייב אותו בכתובה, ולהיפך, רצונם שתהיה קלה בעיניו להוציאה או שתתקן דרכיה ואשר לכן לא תיקנו חכמים כתובה לפרוצות.

ובאמת בסוגיית הגמרא הקשורה להלכות שבסימן קט"ז, ביבמות דף פ"ה, מבואר להדיא שלא מכח התחייבותו חייבו אותו כתובה אלא מכח קנס חכמים או תקנתם וכמו שחלקו שם רבי ורבי שמעון בן אלעזר, ואשר הראשונים חלקו בדעתם, האם קנסו אותו בכתובה שלא

ירגיל אותה לעבירה או משום שחייבי לאוין אסורים מדאורייתא ואין צריך לעשות חיזוק לאיסור דאורייתא. וחילקו הפוסקים בין היכא שפוסל זרעם או פוסל אותה ויש להאריך בזה ואכ"מ. מ"מ מכל המבואר אין ללמוד מחיוב הכתובה בנישואין בעבירה לנשא עוברת על דת לא מצד קנסות שמה שלא אמרו חז"ל בפירוש אין לנו לחדש מעצמינו ולא מצד התחייבות כשלא מוזכר כלל גדר התחייבות כזו בדין נישואין בעבירה בסימן קט"ז.

על דעת כן נישאו

ומכל הדברים המתבארים עד עתה עדיין לא נמצאו דברים מפורשים בפוסקים שיתאימו לשאלה המונחת לפנינו, כדי להכריע על פיהם את ההלכה. ולכאורה נותר לנו רק להכריע מסברה, שכשנושא על דעת עבירה ואין כל אשמה באשה יותר מביאש אין סיבה לומר שאין לה כתובה, ודברי הרמב"ם "שלא תיקנו כתובה לפרוצות כדי שתהא קלה בעיניו להוציאה" בנויים רק כשתחילת האשמה היא באשה שהכשילתו. אך בסייעתא דשמיא מצאתי באחרונים הרחבות בהגדרת דברי הרמב"ם "שלא תיקנו כתובה לפרוצות" שעל פיהם נוכל להכריע בנדון שלפנינו כנ"ל כשנושא ע"ד כן שהיא עוברת על דת לא רק על פי סברא גרידא.

בספר קרן אורה (סוטה דף כ"ה ע"א) כתב:

"והא דאמרינן עבדינן מידי דאתי בעל ומחיל לה. יש לדקדק קצת לדברי הרמב"ם ז"ל (הלכות אישות פרק כ"ד הלכה ט"ז) דאפילו אם רצה לקיימה מכל מקום פטור הוא מכתובתה. ואם כן אפילו ימחול לה הקינוי מכל מקום כתובתה הפסידה ככל עוברת על דת. ויש לומר דמחילה בפירוש שאני, ויש לה כתובה גם כן."

ואם מחילה בפירוש בתוך הנישואין גורמת שיש לה כתובה, אם נישאו על דעת כן מלכתחילה ודאי שיש לה כתובה.

בעל ההפלאה בספריו כתב דברים מפורשים יותר על המקרה שלפנינו בנשא אשה עוברת על דת שיש לה כתובה.

בחידושויו על מסכת כתובות דף ק"א ע"ב באמצע ד"ה לא תימא הא סתמא, כתב:

"ונראה משום דבאמת יש לדקדק הא דקתני בכרייתא ונמצאת שהיא כן, וכן בכרייתא דלקמן בסמוך כנסה בידוע ונמצא בידוע. ונראה דלדיוקא קמ"ל דהר"ן כתב גבי איילונית והביאו הבית שמואל, דאם לא הכיר בה ואחר כך הכיר בה ודר עמה הוי כאלו נשאה מתחלה לשם כך. ונראה דזה דוקא באיילונית אבל באלמנה (לכ"ג) כיון דאיכא איסורא לא תקנו חכמים בזה כתובה ומזונות, כמו שכתב הרמב"ם גבי עוברת על דת אף על פי שלא הוציא אין לה כתובה שהכתובה תקנת חכמים היא שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וכו'. ולפי זה צריך לומר בחייבי

לאוין דאית לה כתובה בשהכיר בה היינו משום דבתחלת נשואין לא חילקו חכמים בין אשה לאשה, דאפי' בעוברת על דת כשנשאת לאחר מסתמא יש לה כתובה אבל זו שאין לה כתובה מתחלה אלא אחר כך הכיר בה ודר עמה אף דמסתמא אית לה כתובה משום דאסור להשהות בלא כתובה כדאיתא באבן העזר סימן ס"ו דאפילו מחלה כתובתה כשדר עמה אחר כך יש לה כתובה, מכל מקום במקום איסור לא תקנו חכמים שיהיה לה כתובה."

בקונטרס אחרון להפלאה על סימן קט"ו באמצע ס"ק י':

"תדע דהא בעינן דוקא שהכשילתו בנדה אבל אם נודע לו שעברה על נדות קודם שנשאה אותו מבעל הראשון או בזנות לא אבדה כתובתה..."

ובס"ק י"ג כתב:

"ואם רצה לקיים אותה וכו'. כתב הרמב"ם דאם מקיימה אין לה כתובה משום דתהא קלה בעיניו להוציאה, ולכאורה קשה דהא בכל חייבי לאוין מצוה לגרש ואפילו הכי אית לה כתובה כדלקמן סימן קט"ז. וצ"ל דס"ל בתחלת נשואין לא פלוג, אבל כיון שהפסידה כתובתה אלא כיון שהוא דר עמה אח"כ אף דס"ל להרמב"ם במחלה כתובתה ואח"כ דר עמה יש לה כתובה היינו משום דאסור לדור וכו', אבל בזאת דמצוה להוציאה לית לה כתובה."

מבואר מדבריו שדין עוברת על דת שוה לדין חייבי לאוין שלא כדברינו לעיל, אלא שהלכה זו שאם הכיר בה שהיא מחייבי לאוין יש לה כתובה, היא רק משום שהיה כן מתחילת הנישואין ובזה חל חיוב הכתובה בכל גווני גם אם היא אסורה עליו. ולפי זה גם עוברת על דת אם הכיר בה מתחילת הנישואין יש לה כתובה.

ועיין עוד בדבריו בקונטרס אחרון סימן קט"ז סעיף קטן ז'.

ויש להוסיף לכך את דברי החזון איש (אבן העזר סימן עט ס"ק טז) שכתב: "ואפשר דעוברת על דת דמפסדת כתובתה הוא משום אומד הדעת שלא נתחייב על מנת כן [...]"

ולדבריו אומד הדעת הוא שנתחייב על מנת כן שאינה מפסדת כתובתה.

לפיכך, יש לפסוק כי האשה לא הפסידה כתובתה והבעל חייב לתת לה את כתובתה.



גיטין

הרב אברהם צבי גאופטמן
חבר בית הדין הרבני באר שבע

גט שנחתם שלא בדיו של הבעל

עם גמר כתיבת הגט, אחד מעידי הגט שם לב לכך שחתימתו לא נעשתה בדיו של הבעל המגרש, אלא בדיו של בעל אחר שגיטו נכתב באותו הזמן.

עלינו לברר האם ניתן להכשיר גט שנחתם על ידי העדים בדיו שאינו שייך למגרש.

הקניית הקלף, הדיו והקולמוס לבעל

בענין הקניית הקלף, הדיו וכלי הכתיבה של הגט למגרש, מצינו שלוש שיטות עיקריות בדברי הראשונים:

צריך להקנות לבעל את הקלף והדיו

כתב הרא"ש בסדר הגט:

"הסופר יתן הקלף והדיו במתנה לבעל, דבעיא: וכתב ונתן, שיהא הגט שלו" (עיי' שו"ת הרא"ש כלל מה, סימן כט).

וביאר הבית יוסף (אבן העזר קכ, א):

"כלומר כדרך בני אדם שכותבין בדבר שהוא שלהם, וגם לא שייך נתינה אלא בדבר שהוא שלו".

וכן דעת הסמ"ג (עשין נ), עיי' בב"י (שם).

בין הראשונים הסוברים שיש להקנות לבעל את הקלף והדיו, יש שמשמע מדבריהם שהקנייה צריכה להתבצע קודם הכתיבה, וכמשמעות הבנת הבית יוסף ברא"ש, שדרך בני אדם שכותבין בדבר שהוא שלהם.

ויש שכתבו כי די בכך שהבעל ייקנה את הגט מהסופר קודם מסירתו. כך גם משמע מרש"י (גיטין כ, ע"ב, ד"ה לא ידעה לאקנוי), שכתב: "ואנן בעינן ונתן", כלומר הקפידא שהגט יהיה של הבעל בזמן הנתינה, ולא בזמן הכתיבה.

מכל מקום טוב יותר שהסופר ייתן הקלף והדיו קודם הכתיבה, שמא יישכח ליתנו לבעל אחר כך (עיי' הגה"מ פ"ג מגירושין ה"ז, הו"ד בב"י, שם).

לשיטה זאת, אין צריך להקנות לבעל את הקולמוס או שאר כלי הכתיבה, ובטעם החילוק בין הקלף והדיו לבין הקולמוס, כתב בעל התרומה (הלכות הגט, סימן קי):

”דאין כאן חסרון הניכר במה שכותב בו הגט”.

כלומר: מאחר והשימוש בקולמוס אינו מחסרו באופן ניכר, אין קפידא בדבר, ולכן אין צריך להקנותו [נועייין בפתחי תשובה (קכ, סק”ב) שהביא חילוק נוסף].

ובשו”ת הרדב”ז (ח”א סימן קנא) כתב:

”ואפשר לי לקיים המנהג לפי שלפעמים ישבר הקולמוס בכתיבת הגט וצריך לחתוך ממנו ולתקנו ויש כאן חסרון הניכר, ולכן צריך שיהיה משל בעל כמו הדיו, ואף על פי שחסרון הדיו ניכר בגט מה שאין כן בקולמוס סוף סוף כיון דלפעמים ניכר החסרון בקולמוס בעצמו לא חלקו והנהיגו להקנות הכל לבעל. ותו דלפעמים יהיה הקולמוס טבול בדיו ונמצא אותו דיו חסרונו ניכר בגט, שהרי כותב בו תיבה ראשונה או מקצתה...”

הסופר צריך להקנות אף את הקולמוס

אולם, יש שכתבו שהסופר צריך להקנות אף את הקולמוס. כן כתב ר”ת (ספר הישר, חלק החידושים, סימן פב, וכ”כ בשמו בהגהות אשר”י), וכן דעת העיטור, וכ”כ בעל התרומה (סדר הגט, הו”ד בהגהות אשר”י, שם) ורבינו פרץ, עיין בב”י (שם).

לשיטתם צ”ל שהצורך בהקניית הקלף והדיו הינו עוד קודם לכתיבת הגט, ואין די בהקנייה קודם למסירתו, שהרי הקניית קולמוס שייכת אך ורק טרם שנכתב הגט, ממילא גם כשהצריכו להקנות את הקלף והדיו כוונתם להקנייה קודם לכתיבה.

מכל מקום, הרא”ש והסמ”ג לא הזכירו מסירת הקולמוס, וכבר הבאנו את לשונו של בעל התרומה שכתב כי בקולמוס אין נראה לחוש אפילו אין של בעל, דאין כאן חסרון הניכר במה שכתב בו הגט. ע”כ. וכתב הב”י דאף שבסדר הגט הזכיר בעל התרומה את מסירת הקולמוס לבעל, היינו לשופרא דמילתא, לחוש גם לדברי המצריכים.

נציין, כי בשו”ת בנימין זאב (קייט, הו”ד בדרכי משה קכ, א) כתב שיש להקנות לבעל אף את שאר כלי הכתיבה, עיין ברמ”א (קכ, א). וכוונתו לכאורה לדברים שמסרגלין בהם, ואפשר אף לקסת.

 הסופר אין צריך להקנות לבעל, אפילו את הקלף והדיו

לעומתם, המרדכי (פרק התקבל, סימן תיח) כתב: "מסירת הקלף והקולמוס והדיו, לא ידענא מנא לן". ורבינו ירוחם (ח"ב, חלק חוה נכ"ד, רו ע"ב) כתב שיש מפרשים שצריך להקנות קלף ודיו וקולמוס לבעל, ויש מפרשים שאין צריך, וכן נהגו העולם". וציין הבית יוסף (שם) שגם הרמב"ם לא הזכיר מסירה זו כלל, וכן דעת הרמב"ן, על פי הגמרא בגיטין (כ ע"א), דאיתא שם:

"אמר רב חסדא: יכילנא למיפסלינהו לכולי גיטי דעלמא. אמר לי רבא: מאי טעמא? אילימא משום דכתיב וכתב, והכא איהי קא כתבה ליה, ודילמא אקנויי אקנו ליה רבנן..."

כלומר, לדעת רב חסדא היה מקום לפסול את כל הגיטין, הואיל והאישה נותנת את שכר הסופר משום תקנת עגונות, ויוצא שאין כאן "וכתב", אלא "וכתבה". אומר על כך רבא שאפשר שחכמים הקנו לבעל את אותו הזוו שהאישה משלמת לסופר, דהפקר ב"ד הפקר. מסיק מכך הרמב"ן:

"ושמענין מינה שהדיו והקסת והקולמוס והנייר הכל משל סופר ובכך הגט כשר ואין בו בית מיחוש, שהכל הוא מוכר לבעל באותו פשוט שנותנת היא לסופר בגט, בין קלף בין דיו בין טרחו ועמלו, ואקנויי אקניוה רבנן לבעל, ולא כדברי הנקדנין שמקנין ממש הכל לבעל, אלא רבנן אקנינהו ניהליה ואף על גב דלא משיך כלום כשר... עיי"ש.

המורם מדבריו שעל ידי התשלום שהאישה משלמת לסופר, הקנו חכמים לבעל את הקלף והדיו. ועיין במחנה אפרים (הלכות קנין משיכה, סימן ב) שהכח ביד חכמים הוא להפקיר, אך לא להקנות, ואם כן צריך ביאור כיצד יועיל כאן הפקר ב"ד להקנות לבעל, ועיין הגהות מהר"ץ חיות שביאר כי חכמים עשאוהו הפקר, והבעל זוכה מההפקר. אך עיין ברשב"א (לו, ע"ב) הסובר שיש כח ביד חכמים אף להקנות. ועל פי דברי הרשב"א, כתב בחידושי הרי"ם (אה"ע קכ, סק"ד) לבאר את אופן קניית הקלף ע"י הבעל, ועיין עוד בדברות משה (גיטין, הערות דף כ, הערה מז).

ובפני יהושע (גיטין כ ע"א) ביאר לפי זה באופן נפלא את המנהג לכתוב בסוף הגט "כדת משה וישראל", וז"ל:

"לענ"ד דלכך נהגו לכתוב בסוף הגט כדת משה וישראל מה שלא נמצא בנוסח המשנה... ולפי סוגיא דשמעתין אתי שפיר דקאי אדלעיל מיניה שכותב ודן די יהוי ליכי מנאי ספר תרוכין, משמע שהספר תרוכין הוא שלו ובאמת אינו שלו שהיא נותנת השכר, על זה מסיים וכותב כדת משה וישראל, פירוש שעל פי דת משה

וישראל הוא שלו, דאקנויי אקני ליה רבנן, והרי זה כעין מה שכתבו התוספות שהנהיגו לומר בשעת הקידושין כדת משה וישראל משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ולפעמים הפקיעו כסף הקידושין ע"י הפקר ב"ד, וה"נ דכוותה לענין הגט משא"כ בדורות הקדמונים קודם שתקנו שהאשה נותנת השכר לא היו צריכין לכתוב כן".

להלכה, פסק השולחן ערוך (קכ, א): "הגט, צריך שיכתבנו הבעל או שלוהו. ואף אם שלוהו כותבו, צריך שיהיה משל הבעל; לכך נהגו כשהבעל מצוי, שנותן לו הסופר הקלף והדיו (רמ"א: ויש אומרים דאף הקולמוס ושאר כלי הכתיבה) במתנה קודם כתיבה, והבעל נותן שכרו. ומפני תקנת עגונות, תקנו חכמים שהאשה תתן שכר הסופר והקנוהו לבעל".

ועיין בבית יוסף דבדיעבד אם לא הקנה הקולמוס, לכולי עלמא כשר, אך אם לא הקנה הקלף והדיו, יש הסוברים שהגט פסול (ועיין בכ"ש סק"ב). מהם יש שפסלו רק אם לא הקנה הסופר לבעל את הגט קודם מסירתו, ויש שפסלו אף אם הסופר הקנה לבעל את הגט קודם המסירה, מאחר והגט נכתב בקלף שאינו שייך לבעל. וראה בשו"ת עזרת כהן (ענייני אבן העזר, סימן ע) שסמך על השיטות הסוברות דא"צ להקנות לבעל, במקום עיגון גדול. ועיין עוד במאמרו המקיף של הגר"י גולדברג שליט"א בשורת הדין (חי"ב, עמ' שלט).

מפאת קוצר היריעה לא אדון בצורך בקניית יריעת הגט מהסופר לאחר כתיבתו מצד גדרי אומן קונה בשבח כלי, עיין בפת"ש (קכ, סק"ב), בתורת גיטין (קכ, סק"ו) ובעין יצחק (אה"ע עו), ועוד חזון למועד.

כתיבת הגט בקלף ודיו השייכים לבעל אחר

ראינו לעיל כי לדעת הרמב"ן אין צריך להקנות לבעל את הקלף והדיו קודם הכתיבה, מפני שבכסף שהאישה נותנת לסופר, מזכה הסופר לבעל את הנייר, הדיו, הקסת והקולמוס, שחכמים הקנו כל זאת לבעל.

למרות שהמציאות היום בבתי הדין היא שהבעל או האישה אינם משלמים ישירות לסופר, אלא עליהם לשלם במזכירות בית הדין אגרה עבור פתיחת תיק הגירושין (וכן עבור הנפקת תעודות הגירושין), והסופר מקבל שכרו מקופת המדינה. מכל מקום בהחלט ניתן לומר שדברי הגמרא והרמב"ן שייכים גם בזמננו, שחכמים הקנו לבעל את הקלף. דהיינו, המדינה באמצעות הסופר מקנה לבעל את הנייר והדיו על ידי התשלום על פתיחת התיק. ובפרט שהתשלום אינו רק עבור טרחת הסופר, אלא על כל השירות שהזוג מקבל בבית הדין, ובכלל זה הנייר והדיו שהגט נכתב עליהם.

וואולי הדברים תלויים בהבנת תקנת חכמים שהקנו את הקלף לבעל על ידי חכמים

באמצעות תשלום האישה. אם נאמר שרבנן תיקנו שהבעל קונה את הקלף בקנין כסף, למרות שהאישה היא זו שמשלמת (כעין קנין כסף מדין עבד כנעני), אזי יש מקום לדון, שהאגרה ההולכת לאוצר המדינה, וחלק ממנה מגיע בתשלום סיבובי לסופר, אינה מועילה כקנין כסף עבור הגט. מה שאין כן אם נאמר שהקלף נקנה לבעל מכח הפקר ביי"ד, בלי קנין כסף, אזי לכאורה אין סיבה שתקנת חכמים לא תחול במציאות הנהוגה היום בבתי הדין. אמנם עיין במ"ש הגר"ש פרדס שליט"א בפס"ד 275622/7 בענין הגבחה הגט בידי הבעל, ואכמ"ל].

ועיין בתורת גיטין (קכ, ביאורים סק"ו, חידושים סק"ב) שכתב שאם אבי הבעל או אבי האישה פרעו את שכר הסופר בלא הקנאה לבעל, אין האישה מגורשת.

אמנם בשו"ת עזרת כהן (שם) כתב:

"אם אדם אחר נתן שכר הסופר גם כן הוי בכלל הקנאת חכמים, וכמש"כ בזה האחרונים, נגד חומרת התורת גיטין, באם אחרים ולא האיש והאשה נתנו שכר הסופר".

כל שכן כאשר האישה שילמה למדינה המשלמת לסופר, דנראה דהוי בכלל הקנאת חכמים. וצ"ע מה יהא הדין כאשר האישה הוא זה שמשלם עבור הגט, דיתכן שדווקא כאשר האישה משלמת לסופר, הקנו חכמים לבעל את הקלף, משא"כ כאשר האיש משלם לסופר, אפשר שלא הקנו לו חכמים את הקלף, ומצד המעות ששילם אינו קונה, דמטלטלים אינם נקנים במעות. אמנם עיין בב"ש (סק"ב) שלא חילק בין שילמה האישה לבין שילם הבעל, ועיין היטב בעיין יצחק (אה"ע עו, ענף גג) ובפסקי דין ירושלים (ח"ב, עמ' קד), ואכמ"ל.

איך שלא יהיה, כל זה שייך דווקא כאשר הגט נכתב בקלף ודיו של הסופר, בכגון זה, גם אם הסופר לא הקנה לבעל את הקלף והדיו, הגט כשר. אך במקום בו הגט נכתב בדיו של בעל אחר, גם לדעת הרמב"ן יש מקום לפסול את הגט, שהרי הסופר אינו יכול להקנות לבעל דיו השייך לאדם אחר. וכעין זה כתב הב"ש (סק"ב) שאם הקלף והדיו של האשה, אז לכולי עלמא פסול אם לא הקנה לבעל.

[סברא נוספת לחלק בין גט שנכתב בקלף ודיו של הסופר לבין גט שנכתב בקלף ודיו של בעל אחר, היא על פי המבואר בדברי הרא"ש (פרק א, סימן כ) בענין קידושין בטבעת שאולה, וז"ל:

"על כי ראיתי באשכנז שרגילין לקדש בטבעת שאולה נתתי את לבי לדרוש ולתור מאין הרגילים דלכאורה אינה מקודשת כיון שקבלה הטבעת אדעתא שהיא שלה

ג. עיי"ש שכתב שאפשר לומר דבמקום מצוה העמידו חז"ל על ד"ת דמעות קונות (כמבואר בחולין פג, ע"א דבד' פריקים הע-מידו על ד"ת דמעות קונות, והובא ברמ"א בחו"מ קצט). וכל שכן במקום דלא יהיה מכשול באיסור אשת איש בודאי העמידו חז"ל על דין תורה דמעות קונות, כדי דלא יופסלו כמה גיטי דעלמא.

ואינה שלה כי היא צריכה להחזירנה לבעלים נמצא שקדשה בגזל דאחרים ואינה מקודשת... אמנם נראה לי אם יאמר לו השאילני טבעת כדי לקדש בו את האשה דהויה מקודשת, דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל לענין קידושין שתהא האשה מקודשת בו כי אדעתא דהכי מסר לידו הטבעת, ואם לא יועיל בלשון שאלה יהיה בלשון מתנה, לכל הפחות תהיה מתנה על מנת להחזיר והויה מקודשת, ויקנהו מן האשה ויחזירנה לו או יחזיר לו דמיו".

ונראה דהוא הדין לגבי כתיבת הגט, דמן הסתם הסופר מתכוין לתת את הגט לבעל באופן המועיל, כך שהגט יהיה כשר. אלא כמובן שכל זה שייך דווקא בסופר, אך לא כשהדיו והקלף שייכים לבעל אחר, שאין כל כוונה להקנות.

אם כי לכאורה כל זה לא שייך אפילו בקלף ודיו של הסופר, כאשר הבעל לא עשה כל פעולת קנין, דאף שהסופר חפץ שהבעל יגרש באופן המועיל, כיצד יקנה הבעל בלא פעולת קנין].

יוצא אפוא, שגט שנכתב בקלף ודיו של בעל אחר פסול, לא מיבעיא לדעת הסוברים שהסופר צריך להקנותם לבעל קודם הכתיבה, אלא אפילו לדעת הרמב"ן הסובר שאין צריך כלל להקנות לבעל, כל זה הוא דווקא בקלף ודיו השייכים לסופר, מה שאין כן בקלף ודיו השייכים לאדם אחר.

הן אמת שלא אחת קרה שלאחר שהסופר סיים את כתיבת הגט, שכח לקנות בחזרה את כלי הכתיבה מהבעל, וכתב באותם הכלים גט עבור בעל אחר, ובנדון זה כתבו הפוסקים להכשיר בדיעבד, והסתמכו על המחנה אפרים (הלכות זכיה ומתנה, סימן כו), וז"ל:

"מי שנותן לחברו מידי דהיה סבור שהיה של חברו ואפילו אם היה יודע שהיה שלו הוה יהיב ליה, כגון הסופר שהקנה כלי הכתיבה למגרש וחזר ומסרם בידו לכתוב הגט ואחר שכתב הגט לא חזר המגרש להקנותם לסופר אלא ממילא נשארו הכלים ביד הסופר ולא ידעו שצריך לחזור ולהקנותם, דאפילו במתנה על מנת להחזיר צריך שיחזור המקבל ויקנה אותה לנותן וה"נ אף על גב דסתמא כי נתן לו הסופר כליו למגרש ע"מ להחזיר קיהיב ליה היה צריך שיחזור המגרש להקנותם לסופר. מכל מקום איכא למימר דהוי מחילה בטעות והויה מחילה דאנן סהדי שאף אם היה יודע שהם שלו היה מחזיר' לסופר. ואפי' למ"ש הבפ"מ ח"א סי' צ"ו דלא אמרי' מחילה בטעות הויה מחילה אלא היכא דתפס אח"כ אבל לא היכא שהיה תפוס מקודם... מכל מקום בנדון זה כיון שזה מתייבש ודאי, ואפילו אי הוה ידע כי מקנה הסופר אח"כ לאדם אחר הא איכא יאוש ושינוי רשות".

כלומר גם אם הבעל שכח להקנות את הכלים בחזרה לסופר, קנאם הסופר או מצד מחילה

בטעות דהויה מחילה, או שקנאם הבעל השני מצד יאוש ושינוי רשות, ועיין בשמן המשחה (דף צח, סימן קיג) ובבית אהרן (לב ע"ב) שהביאו דבריו להלכה.

אך נראה שאין לדמות זאת כלל למקום בו הסופר משתמש בכלי הכתיבה של הבעל הראשון עבור הבעל השני, קודם שנסתיימה כתיבת הגט הראשון, כבנדו"ד, שהלא במקרה בו הסופר שוכח לקנות בחזרה את כלי הכתיבה מהבעל הראשון לאחר שנסתיימה כתיבת גיטו, הרי קודם שמתחיל לכתוב גט לבעל השני הוא מקנה לו את כלי הכתיבה, ומועיל הדבר מדין יאוש (של הבעל הראשון) ושינוי רשות, מה שאין כן, כאשר הבעל השני אינו מגביה ואינו קונה את כלי הכתיבה, שאז אין שינוי רשות, ואפשר שאף יאוש ומחילה אין כאן. דרוקא כאשר הסתיימה כתיבת הגט הראשון והבעל השאיר את כלי הכתיבה ביד הסופר, איכא יאוש, אך אין כך פני הדברים במקום בו טרם הסתיים הליך הגט של הבעל הראשון, והבעל הראשון סבור שכלי הכתיבה שהוקנו לו עדיין משמשים לכתיבת גיטו, דבכגון זה הוי יאוש שלא מדעת, ובאיסורא אתא לידי הבעל השני. לפי זה, גם אם הסופר יקנה את הגט לבעל השני קודם המסירה, אם טרם נסתיימה כתיבת גיטו של הבעל הראשון, לא יועיל הקנין, מפני שעדין אין כאן יאוש.

עוד עיין בשדי חמד (מערכת גט, טו, ז) שכתב כי דברי המחנה אפרים, אינם מוסכמים על הכל, והביא מהגאון מוהר"ם (סדר הגט, אות קע"ג) דאם לא חזר המגרש והקנם לסופר אסור לכתוב גט בהם לאחר עי"ש. ועיין ברמ"א (סדר הגט סעיף סו) והלבוש (שם, סעיף עה) שכתבו שיחזור הסופר ויקנה מהבעל, כדי שיוכל לכתוב גיטין אחרים, ומשמע דאי לאו הכי אינו יכול לכתוב.

הצורך שהעדים יחתמו בדיו השייך לבעל

והנה בנדו"ד אין מדובר בכתיבת גט בדיו שאינו שייך לבעל, אלא בחתימת עדים בדיו שאינו שלו. בכגון זה נראה שיש להתייחס לשלושה נידונים עיקריים: א. האם כשם שכתבת הגט על ידי הסופר צריכה להיעשות בדיו של הבעל, כך גם חתימת העדים. ב. גם אם נאמר שאין הכרח שהעדים יחתמו בדיו של הבעל מצד הלכות הגט, האם יש צורך בדבר כדי שלא יהיה שינוי מדעת המגרש שרצה שיחתמו בדיו שלו. ג. דינו של גט שנכתב באמצעות גזל.

ראשית, נתמקד בשאלה האם על העדים לחתום בדיו של הבעל. וז"ל הרמ"א (אה"ע קל, א):

“ולא יחתמו העדים רק בדיו וקולמוס של בעל, כמו הסופר.”

אמנם יש לעיין האם חתימת העדים בדיו של הבעל הינה לעיכובא כמו כתיבת הגט בדיו של הבעל, לשיטות המצריכות זאת.

כדי ללבן שאלה זאת, עלינו לעיין עוד בטעמים של המצריכים שכתבת הגט תתבצע בקלף ובדיו של הבעל. מתוך כך נוכל לנסות לדייק האם הדבר נוגע אף לחתימת הגט.

הבאנו לעיל את לשונו של הרא"ש, שכתב בסדר הגט: "הסופר יתן הקלף והדיו במתנה לבעל, דבעיא: וכתב ונתן, שיהא הגט שלו". וביאר הבית יוסף (אבן העזר קכ, א): "כלומר כדרך בני אדם שכותבין בדבר שהוא שלהם, וגם לא שייך נתינה אלא בדבר שהוא שלו".

לכאורה אם נבאר את דברי הרא"ש כהבנתו של הב"י, יש מקום רב לחלק בין כתיבת הגט לבין החתימה עליו, שאמנם דרך בני אדם לכתוב בדבר שהוא שלהם, אך זה נוגע דווקא לכתיבה, משא"כ לגבי החתימה הנעשית על ידי העדים, וממילא אין כל הכרח שתיעשה בדיו של בעל השטר. כך גם לגבי הנתינה, מאחר והנייר שייך לבעל, אזי לאחר שנחתמו בו חתימות העדים, הופך אותו הדיו להיות חלק מהנייר, והנתינה נעשית בדבר שהוא שלו.

אחר כתבי זאת, מצאתי כעין הדברים הללו בשו"ת צמח צדק (אבה"ע שעח), וז"ל:

"ועוד דמדינא גם כן, בשלמא בקלף צריך לכולי עלמא שיהיה של הבעל משום דבעינן וכתב הוא, וכן דיו. וכן בקולמוס שהסופר כותב הגט יש מצריכי לכתחילה שיהיה של הבעל לקיים וכתב הוא דהיינו הבעל. אבל בחתימת העדים אין שייך להצריך כן. דבשלמא כתב הגט המצוה שהבעל יכתבו בעצמו על כן גם כשכותב שלוחו דהיינו הסופר צ"ל עכ"פ הכל משל הבעל. אבל חתימת העדים דאי אפשר שהבעל יחתום כי אם שני עדים, אם כן כיון דעל כל פנים החתימה אין שייך שהבעל יחתום רק עדים, מהיכא תיתי יצטרך שיהיה הקולמוס של הבעל. אלא שיש לדחות דהא לר' מאיר דאמר עדי חתימה כרתי, וכתב דקרא קאי על עדי חתימה, כמ"ש ברש"י ריש גיטין. ואעפ"כ נאמר וכתב שיהיה משל הבעל. אך עכ"פ לדידן דקיי"ל כר"א דס"ל וכתב דקרא קאי על כתב הגט. אבל חתימת עדים אינו רק מדרבנן. וכיון שמ"ש בתורה וכתב לא קאי על החתימה לר"א ע' חה"ר ריש גיטין. א"כ אין שום טעם להקפיד שיהי' הקולמוס של העדים משל הבעל ודי להקפיד בדיו כו".

ואף שהצמח צדק כתב דבריו בנוגע לקולמוס שאינו שייך לבעל [וגם כתב בסוף דבריו "ודי להקפיד בדיו"], זאת מאחר ונדון דידיה היה בעד אחד שחתם בקולמוס שהביא מביתו ולא בקולמוס שמסר הבעל לסופר, אבל מצד עצם הסברא, אין לחלק בין קולמוס לדיו.

אמנם עיין בשו"ת עין יצחק (ח"א אבה"ע סימן עו) שהקשה על הבנתו של הבית יוסף בדברי הרא"ש, וז"ל:

"... ודבריו אינם מובנים דלפי דברי הב"י בכוונת הרא"ש שכתב דבעיא וכתב כו' דמשמעו הוא דבעינן דיכתוב על שלו כדרך בני אדם שכותבין על דבר שלו. דלפי זה תקשה הא דתנן האשה כותבת גיטה לפי דידיה לאקנויי. הא בעת כתיבת הגט לא הוי של הבעל. ועל כרחק הוא דלא בעינן דיהיה של הבעל בעת הכתיבה, אלא העיקר הוא דיהיה שלו בעת נתינה. וזולת זה הלא מפורש בהרא"ש גיטין (פ"ב סי'

כ"ד) דהביא להך דגיטין (דף כ') דיכילנא למיפסל לגיטי דעלמא משום דכתיב וכתב והכא איהי כתבה לי', דלאו משום וכתב קאמר אלא משום דכתיב וכתב ונתן כו', דיהא שלו והכא לא יהיב לה מידי דשלה הוא. עכ"ל הרא"ש. הרי להדיא דלא כהבית יוסף בסברתו שכתב דוכתב משמע שיהיה שלו כדרך בני אדם שכותבין בדבר שהוא שלהם. דאם כן, לא היה צריך הרא"ש לומר דלאו משום וכתב קאמר כו', דהא לדברי הב"י א"ש בפשיטות כוונת הש"ס בגיטין שם דאמרו משום דכתיב וכתב והכא כו', ולא הי' צריכין לדחוקי וכמש"כ כן שם גם התוס' והר"ן כנ"ל. ובאמת כוונת הרא"ש בסדר הגט שכתב דיתן הקלף והדיו במתנה להבעל דבעיא וכתב ונתן כו' דנתכוין גם כן כמש"כ הרא"ש בפסקיו דכוונת הגמ' הוא משום דאונתן סמוך כו' אף שלא נזכר בש"ס שם רק וכתב לחוד כל שכן בלשון הרא"ש בסדר הגט הנ"ל דהזכיר וכתב ונתן ע"ש. ודברי הבית יוסף הללו מוקשים. וברור ופשוט דלא כתב כן הב"י לדינא רק עיקר הטעם דהצריך להקנות קודם הכתיבה זהו משום טעם של הב"י שם דחשו לכתחילה דשמא לא ימסרנו אח"כ דישכח הסופר להקנותו וכמש"כ כן הג"פ בסי' ק"כ ס"ק ג' בשמם ע"ש וכן יש לתמוה על הפני יהושע גיטין (ד' כ') ד"ה א"ל רבא מ"ט כו' דהביא לדברי הב"י הנ"ל ומסיים דבעי שיהא שלו בעת הכתיבה. וכבר נתבאר דאינו כן וקצרתי".

העין יצחק דייק מדברי הרא"ש שאין צורך שהקלף והדיו יהיו שייכים לבעל בעת הכתיבה, ודי בכך שייקנה את הגט קודם למסירה, ואף שכתב הרא"ש בסדר הגט "דבעיא וכתב ונתן", כוונתו היא ל"ונתן". והוסיף שאף בדעת הבית יוסף יש לומר שלא כתב לדינא שיש להקנות קודם הכתיבה, אלא שרק נכון לעשות כן לכתחילה, שמא יישכח הסופר להקנות לו קודם המסירה.

ובעצם כבר קדמו בזה הפרי חדש (אה"ע כק, ב) שכתב ממש כדבריו אלו, שאף לדעת הרא"ש אין צורך להקנות הכלים לבעל קודם הכתיבה, ואף שנקט "וכתב", כוונתו היא ל"ונתן", אלא שס"ל בדעת הבית יוסף דלרא"ש בעינן שימסור לו קודם הכתיבה. וז"ל:

"ולא ידעתי למה הוצרך לזה, דאי משום שכתב הרא"ש שהסופר יתן הקלף והדיו, דמשמע שצריך ליתנו לבעל קודם כתיבה, אלמא דבשעת כתיבה בעינן שיהא שלו, אי מהא לא איריא, דלרווחא דמילתא כתב כן, וכמ"ש הפוסקים דטוב ליתנו לבעל תחילה, ואי משום דנקט במילתיה וכתב ונתן, הא ודאי דאיספא קסמין, דהיינו ונתן, וכדאמרינן בפרק גט פשוט אמתניתין דהבעל נותן שכר סופר, מ"ט דאמר קרא וכתב ונתן, וכיון דהרב נקט לישנא דש"ס, ליכא למידק מידי מדבריו הפך שאר הפוסקים, ולכן הדבר ברור דלכ"ע לא בעינן שיהא שלו בשעת כתיבה, ודלא כהב"י לדעת הרא"ש".

ועיין במאמרו של הגר"י גולדברג שליט"א (שורת הדין יב, עמ' שמ) שהביא מהספר מכתב מאליהו (שער א, סימן ב, ד"ה "הן") שהסיק אף הוא בדעת הרא"ש דעיקר הקפידא היא על הנתינה.

מכל מקום, לענייננו, בין אם נבאר בדברי הרא"ש כב"י שיש להקנות לבעל קודם הכתיבה, דכתיב "וכתב ונתן" ודרך בני אדם לכתוב בשייך להם, ובין אם נבאר שאף לדעת הרא"ש עיקר הקפידא היא בנתינה, שיתן משלו, נראה שאין צורך מעיקר הדין שהעדים יחתמו בדיו השייך לבעל, וכפי שנתבאר לעיל.

והנה בספר מצוות גדול (עשין סימן נ) כתב בזה"ל:

"וכתב לה מלמד שאינה מתגרשת אלא בכתב ולא בדבר אחר, ומכלל זה שיהא הקלף והדיו משל בעל".

ורואים מפורש שלמד מ"וכתב" ולא מ"ונתן", ועיין במאמרו של הגר"י גולדברג (שורת הדין, שם) שדייק כן אף מסדר הגט לר"י מרגלית (ע' קכ"ב סי' ס"ב) שכתב, וז"ל:

"הקלף והדיו יהא של בעל, דכתיב 'וכתב לה'. משמע הוא יכתוב משלו ונתן, הא קודם נתינה הוי של בעל".

הנה חזינן להדיא דיליף מ"וכתב לה". ועיין בים של שלמה (גיטין פ"ב, כב) שחידש שכאשר הקלף אינו שייך לבעל, הרי זה חסרון ב"לשמה" של הגט, וז"ל:

"... כל זמן שלא הקנה הסופר את הקלף לבעל מקודם, וכתב עליו את הגט, נמצא שנכתב הגט על דבר שאינו שלו, והוי כלא לשמו, שהרי אינו ראוי לו, מאחר שעדיין לא זכה בקלף..."

[ועיין עוד במאמר (שם) שדן באריכות בדברי היש"ש].

לשיטות אלו נראה לומר שאף העדים צריכים לכתוב בדיו של הבעל, שהרי רבי מאיר סובר שעדי חתימה כרתי, ו"כתב" דקרא קאי על עדי חתימה. ואף שאנו סוברים כר"א דעדי מסירה כרתי, ו"כתב" דקרא קאי על כתב הגט, אבל חתימת עדים אינו רק מדרבנן, מכל מקום ראוי להקפיד לכתחילה על החתימה שתהיה בדיו של הבעל, כפי שהבאנו לעיל מדברי הצמח צדק.

והנה הרמב"ן (גיטין כ ע"א) דרך אחרת לו בביאור הצורך בהקניית הקלף והדיו לבעל, וז"ל:

"ושמענין מינה שהדיו והקסת והקולמוס והנייר הכל משל סופר ובכך הגט כשר ואין בו בית מיהוש, שהכל הוא מוכר לבעל באותו פשוט שנתנת היא לסופר בגט, בין קלף בין דיו בין טרחו ועמלו, ואקנויי אקניויה רבנן ולא כדברי הנקדנין שמקנין ממש הכל לבעל... אלא ש"מ אף על גב דלא מקנו ליה כלום ואף על גב דלא משיך כלום כשר, שהרי אומר אדם לשנים כתבו ותנו גט לאשתי והוא הולך לו למדינת הים, והמושלך לבור אומר כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו והן כותבין ונותנין בלא כלום הקנאה, דמאי וכתב על ידו או על יד שלוחו ולאפוקי היא או

שלוחה הוא דכתיב, דכשם שאין אשה מתקדשת בשלה אלא בשל בעל או שלוחו
כך אינה מתגרשת אלא בכך".ד.

משמע מדבריו שההיקש בין הויה ליציאה, כולל גם את הצורך בבעלות הבעל על הגט. ואף שהיה מקום לומר שהקפידא היא דווקא בשעת הנתינה, שכשם שבקידושין בעינן שיקדש בשלו, כך גם בגירושין בעינן שבזמן הנתינה יהיה הגט שלו, ומדוע אפוא כתב הרמב"ן שצריך הסופר להקנות לבעל גם את הדיו, הקסת והקולמוס, ומשמע שכבר בזמן הכתיבה צריך להיות משל הבעל. ועיין במאמרו של הגר"צ אשכנזי שליט"א (קובץ "זכור לאברהם" תשס"ב – תשס"ג, עמ' תפג) שכתב בדעת הרמב"ן שהכתיבה היא חלק מסדר הגט, ועל כן כיון שהגירושין מתחילים בכתיבה, בעינן שאפילו הקולמוס והקסת יהיו משל בעל.

בכל אופן, לאור דברי הרמב"ן נראה שאין לחלק בין כתיבת הגט לחתימתו, ולכל הפחות לכתחילה בעינן שאף חתימות העדים ייעשו בדיו השייך לבעל, דמקשינן הויה ליציאה, והכל צריך להיות משל הבעל.

האם יש לחוש לשינוי מדעת המגרש שרצה שיחתמו בדיו שלו

ענין נוסף שיש לתת עליו את הדעת הוא השינוי מדעת המגרש. שהרי בכל מינוי שליח, הן בקידושין והן בגירושין, אל לו לשליח לשנות כהוא זה מדעת המשלח. עיין במשנה בקידושין (נ, ע"א) לגבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה פלונית במקום פלוני, והלך וקדשה במקום אחר, דאינה מקודשת. וכן לגבי גירושין, מצינו במשנה בגיטין (סה, ע"א) לגבי האומר תן גט זה לאשתי במקום פלוני ונתנו לה במקום אחר פסול. וכן האישה שאמרה התקבל לי גיטי במקום פלוני וקיבלו לה במקום אחר, שהגט פסול. עוד מצינו בגמרא (שם, כט, ע"א) שאם אמר לו טול לי הימנה חפץ פלוני לא ישלחנו ביד אחר וכו', "זימנין דגיטא נמי לא הוי דנעשה כמי שאמר לו אל תגרשה אלא בבית וגירשה בעלייה אל תגרשנה אלא בימין וגירשה בשמאל".

יוצא אפוא, שכל שינוי של השליח מדעת המשלח, פוסל את הגט. אלא שלכאורה כל זה שייך במקום בו הבעל מצווה לתת את הגט באופן מסוים, והשליח נותנו באופן אחר. אך יש לעיין מה הדין היכן שהבעל לא ציווה באופן מסוים, אלא שיש דרך מהודרת לתת את הגט, והשליח לא נהג בדרך זאת, אלא בדרך שיש בה כדי להכשיר את הגט, אך לא באופן המהודר ביותר.

הנפקא מינה תהיה בנדו"ד בו הבעל לא ציווה במפורש לעדים שיחתמו בדיו שלו, אך כך

ד. ויל"ע היטב בשיטת הרמב"ן, שמתחילת דבריו משמע שצריך הבעל לקנות את הדיו וכו' ע"י הפרוטה שהקנו לו רבנן, אך מסוף דבריו משמע שא"צ קנין כלל כל שהגט נכתב ע"י שלוחו, אף בכלים של השליח, דשלוחו כמותו ומתקיים "וכתב". ולכאורה צ"ל שרק כאשר הפרוטה ניתנת ע"י האשה, שמגרע, צריך לומר שהקנו רבנן לבעל את הכל ע"י הפרוטה. ועיין בח"מ (קכ, סק"א), ב"ש (סק"ב) ובתורת גיטין (שם), ואכמ"ל.

ראוי לנהוג לכתחילה. האם יש צד לומר שגם באופן זה, כאשר חתמו העדים בדיו אחר, נחשב הדבר לשינוי מדעת הבעל.

ראיה לדבר מהגמרא בגיטין (סו, ע"ב) לגבי האומר לשנים כתבו ותנו גט לאשתי, ואמרו לסופר וכתב וחתמו הן. ואומרת שם הגמרא בדעת שמואל דמילי לא מימסרן לשליח, כלומר דברים שנאמרו לשליח זה, אינו יכול למוסרן לשליח אחר. עיי"ש בסוגיא. וז"ל התוס' (שם, ד"ה הא):

"ואם תאמר ומאי קשיא ליה מהא דמילי לא מימסרן לשליח, הא לרבי מאיר אפילו מצאו באשפה כשר. ויש לומר וכו' אי נמי נהי דמכשר ר"מ כשמצאו הבעל באשפה, היכא שצוה לכתוב מודה ר"מ שצריך לעשות צוויו, ואפילו כתב ידן הוא, הוי כאילו צוה להדיא שיאמר לסופר שיכתוב, ולא סגי הכא במצאו באשפה אפילו לרבי מאיר".

וביאר הפני יהושע (שם) את תירוץ התוס':

"ואף על גב דבאמת עשו כמו שציווה הבעל ואמרו לסופר שיכתוב, אפילו הכי מקשה הש"ס שיפסול, דכיון שהוא רוצה שהסופר יכתוב בשליחותו, ואם כן צריך שליחות ממש, ואיהו הוא דקטעי דמהני שליחות בכהאי גוונא, אבל למאי דקיימא לן דלא מהני שליחות בכהאי גוונא, דמילי לא מימסרן לשליח לא נעשה ציווי של הבעל, וגרע ממצאו באשפה".

כלומר, דעת התוס' היא שגם אם נאמר שכוונת הבעל באמרו "כתבו", אינה לכתיבת הגט, אלא לכתב ידם של העדים, דהיינו שיחתמו על הגט, ולגבי עצם כתיבת הגט דעתו היא שאותם שנים ימנו מישוהו אחר שיכתוב. מכל מקום, אף שלא שינו מציווי הבעל, והיה מקום להכשיר את הגט אליבא דר"מ, דלא גרע ממצאו באשפה. בכל זאת, לא מהני, שהרי הבעל סבור ששליחות מועילה באופן זה שממנה סופר על ידי אחר, ואינו יודע ששליחות אינה מועילה באופן זה, דהוי מילי, ומילי לא מימסרן לשליח. והואיל והבעל מתכוין שהגט יכתב באופן היותר מועיל, אין להכשיר את הגט באופן אחר.

נמצאנו למדים מדברי התוס' שגם במקום בו ניתן להכשיר את הגט באופן מסוים, אם הבעל מקפיד שנתנית הגט תיעשה באופן אחר, אין להכשיר את הגט אלא באופן זה.

[דוגמא לאותו עיקרון מצינו בהגהות הר צבי על הטור (אה"ע סי' ס"ב) שהביא מעשה בגדול אחד שטעה וברך שהכל על היין בסידור חופה וקידושין וחזר וברך בפה"ג ונימוקו עמו, שאף שיוצא בדיעבד בברכת שהכל על היין, אין זה אלא כשמברך לעצמו, אבל כשמברך להוציא חבירו, אומר לו חבירו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. והגרצ"פ פראנק דחה את דבריו, דמהיכי תיתי שברכה זו לצורך החתן היא, ודילמא קיי"ל כשיטת הרא"ש שאין

הברכה מוטלת על החתן אלא על הנועדים, וא"כ כשחוזר ומברך הוא ברכה לבטלה. מכל מקום, רואים מכאן שכאשר עושה מעשה כדי להוציא את חברו, אין חברו מתכוין לצאת ידי חובה אלא באופן הראוי, ולא בדיעבד, עיי"ש. ועיין עוד בשו"ת מנחת שלמה (ח"א, סימן י"ח עמ' קנ"ה), ואכמ"ל].

אמנם בשו"ת צמח צדק (סימן שעח) הביא סברא זו של הפני יהושע, וכתב שרוב הפוסקים אינם סוברים כך, והוסיף שאם נאמר כן, הרי שחק תוכות בעדי חתימה יהיה פסול מדאורייתא, שהרי הבעל מצווה להם לחתום, אלא על כרחך צריך לומר שהבעל אינו מקפיד אלא שיהיה כדין, וכיון שמדאורייתא אין פסול בחק תוכות בחתימת העדים, אזי גם הבעל אינו מקפיד על כך יותר, ולכן הוי רק פסול דרבנן. וכתב דכל שכן הוא בנדון דידיה שהעד חתם בקולמוס שהביא מביתו ולא בקולמוס שמסר הבעל לסופר, דמה לו להקפיד, דכל שהגט כשר סגי ליה בודאי, ואין כל זה נוגע אליו כל כך, אלא לאישה שיש עליה איסור אשת איש, ובגט זה מתירה, ואיהו לצעורה קא מכויין, ואין יעלה על הדעת שיהיה אוהבה כל כך בשעת הגט שיקפיד שלא יהיה שום פקפוק בגט, אפילו יותר מהדין הגמור.

עוד כתב (שם):

"עוד נראה דלא שייך לומר קפיד אא"כ בדבר שמתנה מעצמו. אבל עכשיו בסידור הגט שהמסדר מורה לו מה שיאמר והוא עונה אחריו מה שהוא אומר, א"כ מהיכא תיתי לומר דקפיד. כיון דאינו מתנה דבר מעצמו זולתי הדברים כהווייתן שאומר לו המסדר, אם כן, איהו אדיבוריה דידיה סמיך".

כלומר, מאחר ובסידור הגט, הבעל אינו מצווה מעצמו, אלא רק חוזר על דברי הרב המסדר, ובכלל זה בכל הנוגע לקנין הכלים, אזי אין לנו שום מקור לכך שהבעל מקפיד בדבר.

ובשו"ת יביע אומר (ח"ג אבה"ע, כה) דן אף הוא בעד החותם בגט שניסה לחתום בקולמוס שהקנה הסופר לבעל ולא עלתה לו יפה, וחתם בקולמוס אחר שלא הקנהו הסופר לבעל. והביא משו"ת זקן אהרן (לרבי אליהו בן בנימין הלוי, סי' קצו) שכתב, שאע"פ שלדעת ספר התרומה וקצת מהאחרונים אין צורך בהקנאת הקולמוס לבעל, כיון שאינו מחסר כלום, מכל מקום, אפשר לחלק דהיינו בשלא נתן הבעל קולמוס משלו, אבל אם נתן הבעל קולמוס משלו והם שינו, חיישין שמא יחשב משנה ממצות הבעל. וכל שכן לדעת מי שהצריך להקנות גם הקולמוס לבעל, כמ"ש רוב הפוסקים בסדר כתיבת הגט.

ובזקן אהרן (שם) הסתפק האם החשש לשינוי מדעת הבעל נוגע רק לכתיבת הגט, או שמא אף לחתימות שעל גביו, וז"ל:

"ומיהו יש לחקור אם היינו דוקא לסופר בלבד, אבל לעדים אפילו הדין והקולמוס משלהם לא חיישין, דדוקא בכתיבת הגט שהוא הרבה אותיות, חיישי עלמא לדין

כל כך, אבל לחתימה שהוא דבר מועט לא חיישי, או דילמא הכל צריך להיות משל בעל".

כלומר, אפשר שהבעל מקפיד דווקא על שינוי משמעותי, כבכתיבת הגט, מה שאין כן בחתימות העדים, שהוא דבר מועט. ועיין שם שהסיק:

"אבל אין הכי נמי שכמו שמקפידים על שכר הסופר, גם על שכר העדים מקפידים, שאין השטר מתקיים אלא בחותמיו, וכדתנן אם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו, וע"כ כשציווה לסופר לכתוב ולעדים לחתום, בשלו ציווה, ואין להקל... מכל מקום בנדון שלנו אם אפשר לתקן יש לנו לחוש בלכתחילה, אבל אם נעשה כבר ונתן הגט, אין לפוסלו על זה, וכל שכן אם נשאת שלא תצא".

וביביע אומר (שם) כתב לחלק באופן נוסף בין הקפדת הבעל בכתיבת הגט לבין חתימתו, וז"ל:

"והיינו טעמא משום דבסופר יש מקום לומר דהוי קפידא, כיון שהבעל מצוהו: הילך הדיו והניר והקולמוס הללו וכתוב גט לשמי, אבל בחתימת העדים שלא נשמע מדברי הבעל בציוויו אליהם שום רמז מזה, יש לומר דלא הוי קפידא. ורק לחומרא בעלמא נכון להחמיר, ובדיעבד מיהא אין לחוש כלל".

ועיין בצמח צדק (שם) שאף הוא הזכיר חילוק זה. מכל מקום, כתב היב"א שאף הזקן אהרן כתב דבריו רק לרווחא דמילתא, ולא מדינא. עוד הביא דעתם של כמה מהאחרונים שהתעלמו מחומרת הזקן אהרן שלא לתת הגט לכתחלה, והסיק שאם יש צורך בדבר, גם בשטעה הסופר וכתב בקולמוס אחר שלא הוקנה לבעל, יכולים להקל בזה, ובלבד שלפני המסירה של הגט, יקנה הסופר את הגט לבעל (וכן המנהג תמיד), וכמ"ש הגט פשוט (סי' קכ סק"ג) שאם שכח הסופר להקנות הקלף והדיו קודם הכתיבה, ולאחר הכתיבה נתן הגט לבעל הגט כשר אליבא דכולי עלמא. ואף על גב דגבי כתבו במחובר ותלשו ונתנו לה פסול מה"ת דכתיב "וכתב ונתן" - יצא זה שמחוסר קציעה ונתינה, שאני ענין הקנאה שאינו מחוסר מעשה בגופו של גט. וגם הקנאת הסופר לבעל הוי כדרך נתינה בעלמא ולא חשיב מחוסר מעשה.

אך הוסיף דמכל מקום, אם אין צורך כל כך בדבר, נכון לחזור ולכתוב הגט, כ"ז שטרם ניתן, הואיל ונפק מפומיה דהזקן אהרן. וכתב שכן עשו מעשה בביה"ד בקהיר.

לסיכום ענין זה, מצינו מספר סברות, לפיהן נוכל לומר אף בנדו"ד שהבעל אינו מקפיד על כך שהעדים יחתמו דווקא בדיו שקנה מהסופר.

קפידא שייכת רק במה שהבעל אומר באופן מפורש, אך לא בדבר שהבעל כלל אינו מזכיר, ובפרט בגט שיש מקום לומר שדי לו בכך שהגט כשר, וכל החומרות נוגעות יותר לאישה שרובץ עליה איסור אשת איש.

סברא זאת שייכת בעיקר בנוגע לחתימות העדים, שהרי בניגוד לציווי לסופר, בדבריו לעדים אינו מזכיר כלל שייטלו את הקולמוס והדיו שלו.

לא שייך לומר קפיד אלא בדבר שמתנה מעצמו, אבל בסידור הגט שהמסדר מורה לו מה שיאמר, מנין לנו שהבעל מקפיד בזה. לכאורה סברא זאת שייכת גם במה שהסופר כותב, ולא רק בחתימת העדים.

גם כאשר הבעל מקפיד, הרי זה דווקא בשינוי משמעותי, כבכתיבת הגט, מה שאין כן בחתימות העדים, שהוא דבר מועט.

חתימת הגט בדיו גזול

עוד יש לדון בנדו"ד, שהרי אף אם בסופו של דבר הסופר מקנה את הגט לבעל קודם למסירה, הרי הדיו שעל גבי הגט שייך לבעל אחר, וכיצד יקנה למגרש.

ומעיקרא סברתי לדמות זאת למ"ש הש"ך (חושן משפט שנה, סק"א) כי מותר לאדם לאכול משל חברו בלא ידיעתו, כאשר ברור שחבירו יתרצה כשיודע לו מכך. וביאר שם כי אין לדמות זאת לייאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש. וז"ל:

"יאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובעל כרחו הוא מתייאש, אם כן אמרינן מעיקרא באיסורא אתי לידי, דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש ואלו הי' יודע שהוא אצלו לא מתייאש, משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה, אם כן השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה. ואף על גב דבש"ס שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת טעמא אחרינא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן".

לפי זה היה מקום לומר שגם הבעל שעשו שימוש בדיו שלו, אינו מקפיד על כך, בפרט לאור העובדה שמעיקרא קונה הבעל מהסופר כמות גדולה של דיו, מעל ומעבר למה שנצרך עבור כתיבת הגט שלו. מה עוד שיש מקום לומר שכשם שהיה רוצה שבמידה ויטעו העדים ויחתמו בגט שלו בדיו של חבירו, יקנה לו חבירו את הדיו שלו, כך מקנה הוא לחבירו את הדיו שלו באותה המידה, וכעין הסברא שמצינו בגמרא בכבא מציעא (כו, ע"ב):

"אמר רבא: את"ל סימנין לאו דאורייתא, היכי מהדרינן אבידתא בסימנין, דניחא ליה למוצא אבידה דנהדר בסימנין כי היכי דכי אבדה ליה לדידה נמי נהדרו ליה בסימנין".

אולם נראה שאין לדמות בין נידונו של הש"ך לנדו"ד, דשאני אדם שאוכל אצל חבירו, שאין הוא קונה את האוכל בכך שמכניסו לפיו, והאוכל מעולם אינו יוצא מרשות מארחו,

ולכן אין צורך בידיעתו ובהקנייתו, אלא די בהתרצות בעלמא, מה שאין כן בנדו"ד שעל הבעל לקנות את הדיו, ואין להסתפק בהתרצות בעלמא של בעל הדיו וועיין בספר "בית האוצר" לגר"י ענגיל ערך "אכילת אורח". ועיין בט"ז (אה"ע כח, סקל"ד), ולענ"ד יש להביא ראיה ליסוד זה מהמג"א בהלכות סעודה (או"ח קע"ה, סק"ד), ואכמ"ל].

אחר כתבי זאת, מצאתי בשו"ת הר צבי (אבה"ע סימן קעג) שדן בגט שליחות, שנכתב בכתב השליחות כי הבעל עשה שליח לשליח לזכות עבורו בנייר והדיו והקולמוס, וכן היה. אלא שנתעורר ספק אם רשאי הסופר לכתוב ע"ג הנייר והדיו, מכיון שהבעל זכה בו, וכיצד יזכה הסופר בנייר והדיו של השיריים, הא אין מי שיקנה לו בחזרה את המותר. וכתב הגרצ"פ פראנק:

"ורציתי לומר דיש כאן אומדנא שלא זיכה לו הסופר אלא בתנאי אם יחזיר לו המותר. או נאמר דהוי דבר שאינו מקפיד, שהרי אי אפשר לו לבעל להשתמש בזה, ובודאי אינו מקפיד אם יהנו אחרים, ויש לעיין בנדוע ביהודה (מהדו"ק אהע"ז סי' נ"ט) אם נוטל דבר שאינו מקפיד אם זוכה ונעשה שלו. וכן יש לעיין דיש אומדנא כאן דהבעל ניחא ליה שיטול הסופר בחזרה השיריים, שהרי הוא לא יכול ליהנות מזה, כי מי ימציא לידו, ואין צורך לו בהמותר".

וצריך לי עיון בזה, וראיתי שאף הנודע ביהודה (שהזכירו בהר צבי) שעסק במי שקידש בחפץ של איש זר שלא בפניו, מסתפק בדבר, וכותב:

"והנה גוף דין זה וכו' שבדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי ספק קידושין, חידוש הוא, ולא זכיתי לבוא על מקורו... ומה בכך שאין בעה"ב מקפיד מ"מ כל זמן שלא הפקירו בפירוש במה יצא החפץ או האוכל מחזקת מרא קמא". עיי"ש במ"ש בהמשך דבריו.

וועיין בערוך השולחן (חו"מ קלו, ב) לגבי מי שנתחלפו לו כליו או חפציו בבית האבל או בבית המשתה או בבהכ"נ או בשארי מקומות כגון שלקח כליו או חפציו וראה אח"כ שאינם שלו שאסור לו להשתמש בהם, וכתב ש"המנהג במקומות הגדולים מקום שרבים מתאספים שם ומניחים המנעלים העליונים בפרוודור ובצאתם יתחלפו של זה בזה אין מקפידין בדבר ומשתמש כל אחד בשל חבירו עד שיתראו פנים ומחליפים את עצמם ואין בזה חשש גזילה, שכך נהגו". אך מ"מ פשוט שאין מדבריו ראיה להקל בנדו"ד, שהרי אין מנהג כזה בביה"ד, ולכן יש בדבר חשש גזל].

מכל מקום, למעשה, אין לחשוש לפסול בגט בגלל דיו גזולה, כדכתב הטור (קכ, ב) בשם הרמ"ה:

"ואי גזל נייר וכתב ביה גיטא ויהיב לה כשר אפילו נתנו לה קודם יאוש שהרי אינה חייבת להחזירו לבעלים, שיש כאן שינוי שם ושינוי מעשה".

וכן פסק השולחן ערוך (שם):

“גזל נייר וכתב בו גט ונתנו לה, כשר, אפילו קודם יאוש”.

ופסק הבית שמואל (סק"ג) שהגט כשר, “משום דהוי שינוי דאינו חוזר, וכן הדין אם גזל הדיו”.

וז"ל התורת גיטין (קכ, סק"ג):

“אף דקיי"ל (ב"ק קא ובחור"מ סי' שסג) דדוקא גזל סימנין ודקינהו ותרינהו הוי שינוי, אבל גזל סימנין שרוין וצבע בהן, לא הוי שינוי, וגזל דיו וכתב אותיות, נהי דבשעה שהוא גט הוי שינוי, דמעיקרא דיו ועכשיו גט, מ"מ שינוי החוזר הוא, שהרי אם ימחקנו לא יהי חשוב שינוי במה שהשחיר הנייר ונקרא נייר מחוק, דהא דמי ממש לגזל סימנין והשחיר בו, מכל מקום נראה דהכא ודאי הוי שינוי, דאם ימחקנו הוי היזק ניכר לדיו, וכל שהוא היזק ניכר הוי שינוי כמ"ש התוס' בגיטין דף נ"ג בד"ה גזלן הוא”.

ועיין באריכות במ"ש הגט מקושר וטיב גיטין (על סדר הגט, אות מט), והסיק אף הוא שאין השבה במה שיגרור את הדיו לאחר שיתייבש, וגם כיון שאין ראוי לכתוב בו עד שיחזור וישרנו במים, והמים שמקבלים הצבע כבר נתנגבו וחלפו להם, ופנים חדשות באו לכאן. לכן הסיק:

“ואם כן בכתב בדיו גזולה, כיון שאינו ראוי להשבה כמות שהוא, אינו חייב אלא דמים, והגט כשר בדיעבד לפי עיקר הדין”.

ועיין עוד בשדי חמד (מערכת גט, טו, ז).

יוצא אפוא, שהמגרש קונה את הדיו שחתמו בו העדים על ידי שינוי.

לכן, בעל שגירש בגט שהעדים חתמו עליו בדיו השייך לבעל אחר, בדיעבד הגט כשר, ואין כאן שינוי מדעת המגרש, והדיו נקנה לו על ידי שינוי.

אולם, בנדון דידן, שהדבר נתגלה קודם למסירת הגט, על העדים לטייט את חתימתם הראשונה כדי לחוש לכתחילה הן לדעות שהכתיבה צריכה להיות משל הבעל (ולפי הסברות שאין לחלק בין הכתיבה לחתימה), והן לדעת הזקן אהרן, שיש לחוש מצד השינוי מדעת הבעל, ולחתום שוב בדיו השייך לבעל.

סיכום

בענין הקניית הקלף, הדיו וכלי הכתיבה של הגט למגרש, מצינו שלוש שיטות עיקריות בדברי הראשונים: א. יש הסוברים שצריך להקנות לבעל את הקלף והדיו. חלקם סובר כי

ההקניה צריכה להתבצע קודם הכתיבה, ויש שכתבו כי די בכך שהבעל ייקנה את הגט מהסופר קודם מסירתו. ב. יש הסוברים כי צריך להקנות לבעל אף את הקולמוס, ויש שהצריכו אף את כל כלי הכתיבה. ג. אחרים סוברים כי הסופר אינו צריך להקנות לבעל אפילו את הקלף והדיו.

לדעת הרמב"ן, לפי דברי רבא בגמרא, שחכמים הקנו לבעל את הכסף שהאישה משלמת לסופר עבור כתיבת הגט, אין צריך להקנות לבעל את הקלף, הדיו והקולמוס, מפני שחכמים הקנו לבעל, ואף על גב שהבעל לא משך, הגט כשר.

על פי שיטת הרמב"ן, מבאר הפני יהושע את לשון הגט, שהסמיכו בו את "כדת משה וישראל" ל"ודין די יהוי ליכי מנאי ספר תרוכין", דהיינו שהספר תרוכין הוא שלו אף שהיא נותנת השכר, מפני שעל פי דת משה וישראל הוא שלו, דאקנויי אקני ליה רבנן, וכפי שכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ולפעמים הפקיעו כסף הקידושין ע"י הפקר ב"ד, כך גם לעניין הגט.

המציאות היום בבתי הדין היא שהבעל או האישה אינם משלמים ישירות לסופר, אלא עליהם לשלם במזכירות בית הדין אגרה עבור פתיחת תיק הגירושין (וכן עבור הנפקת תעודות הגירושין), והסופר מקבל שכרו מקופת המדינה, מכל מקום בהחלט ניתן לומר שדברי הגמרא והרמב"ן שייכים גם בזמננו, שחכמים הקנו לבעל את הקלף. דהיינו, המדינה באמצעות הסופר מקנה לבעל את הנייר והדיו על ידי התשלום על פתיחת התיק. ובפרט שהתשלום אינו רק עבור טרחת הסופר, אלא על כל השירות שהזוג מקבל בבית הדין, ובכלל זה הנייר והדיו שהגט נכתב עליהם.

במקום בו הסופר סיים את כתיבת הגט, שכח לקנות בחזרה את כלי הכתיבה מהבעל, וכתב באותם הכלים גט עבור בעל אחר, כתבו הפוסקים להכשיר בדיעבד, והסתמכו על המחנה אפרים שכתב להכשיר מצד יאוש ושינוי רשות. אמנם בשדי חמד כתב שדברי המחנה אפרים אינם מוסכמים על הכל.

שונים הם פני הדברים כאשר הסופר משתמש בכלי הכתיבה של הבעל הראשון עבור הבעל השני, קודם שנסתיימה כתיבת הגט הראשון, בכגון זה הבעל הראשון סבור שכלי הכתיבה שהוקנו לו עדיין משמשים לכתיבת גיטו, והוא יאוש שלא מדעת, ובאיסורא אתא לידי הבעל השני.

לפי זה, גם אם הסופר יקנה את הגט לבעל השני קודם המסירה, אם טרם נסתיימה כתיבת גיטו של הבעל הראשון, לא יועיל הקנין, מפני שעדיין אין כאן יאוש.

הרמ"א פסק שאף העדים יחתמו בדיו וקולמוס של בעל, כמו הסופר. אמנם יש לעיין האם חתימת העדים בדיו של הבעל הינה לעיכובא כמו כתיבת הגט בדיו של הבעל, לשיטות המצריכות זאת.

לדעת הרא"ש, על הסופר לתת הקלף והדיו במתנה לבעל, "דבעיא: וכתב ונתן, שיהא הגט שלו". יש שביארו בדעתו שהעיקר הוא שהנתינה תהיה בגט השייך לבעל. אך הבית יוסף ביאר שכוונתו גם לכתיבה, כדרך בני אדם שכותבין בדבר שהוא שלהם. להבנה זאת, יש מקום רב לחלק בין כתיבת הגט לבין החתימה עליו, שאמנם דרך בני אדם לכתוב בדבר שהוא שלהם, אך זה נוגע דווקא לכתיבה, משא"כ לגבי החתימה הנעשית על ידי העדים, וממילא אין כל הכרח שתיעשה בדיו של בעל השטר.

לדעת הסמ"ג שלמד שהקלף והדיו יהיו של הבעל מ"וכתב לה", נראה לומר שגם העדים צריכים לכתוב בדיו של הבעל, שהרי רבי מאיר סובר שעדי חתימה כרתי, ו"כתב" דקרא קאי על עדי חתימה. ואף שאנו סוברים כר"א דעדי מסירה כרתי, ו"כתב" דקרא קאי על כתב הגט, אבל חתימת עדים אינו רק מדרבנן, מכל מקום ראוי להקפיד לכתחילה על החתימה שתהיה בדיו של הבעל. גם לדעת הרמב"ן, הסובר שכשם שאין אשה מתקדשת בשלה אלא בשל בעל או שלוחו כך אינה מתגרשת אלא בכך, נראה שאין לחלק בין כתיבת הגט לחתימתו, ובעינין שהעדים יחתמו בשל הבעל.

כל שינוי מדעת המגרש, פוסל את הגט. יש לדון האם כלל זה שייך דווקא במקום בו הבעל מצווה לתת את הגט באופן מסוים, והשליח נותנו באופן אחר. או שמא גם היכן שהבעל לא ציווה באופן מסוים, אלא שיש דרך מהודרת לתת את הגט, והשליח לא נהג בדרך זאת, אלא בדרך שיש בה כדי להכשיר את הגט, אך לא באופן המהודר ביותר.

נפקא מינה תהיה בנדו"ד בו הבעל לא ציווה במפורש לעדים שיחתמו בדיו שלו, אך כך ראוי לנהוג לכתחילה. האם יש צד לומר שגם באופן זה, כאשר חתמו העדים בדיו אחר, נחשב הדבר לשינוי מדעת הבעל.

הפני יהושע כתב בדעת התוס' שגם במקום בו ניתן להכשיר את הגט באופן מסוים, אם הבעל מקפיד שנתנית הגט תיעשה באופן אחר, אין להכשיר את הגט אלא באופן זה. אולם הצמח צדק כתב שרוב הפוסקים אינם סוברים כך.

מצינו מספר סברות, לפיהן נוכל לומר בנדו"ד שהבעל אינו מקפיד על כך שהעדים יחתמו דווקא בדיו שקנה מהסופר.

קפידא שייכת רק במה שהבעל אומר באופן מפורש, אך לא בדבר שהבעל כלל אינו מזכיר, ובפרט בגט שיש מקום לומר שדי לבעל בכך שהגט כשר, וכל החומרות נוגעות יותר לאישה שרובץ עליה איסור אשת איש.

לא שייך לומר קפיד אלא בדבר שמתנה מעצמו, אבל בסידור הגט שהמסדר מורה לו מה שיאמר, מנין לנו שהבעל מקפיד בזה. לכאורה סברא זאת שייכת גם במה שהסופר כותב, ולא רק בחתימת העדים.

גם כאשר הבעל מקפיד, הרי זה דווקא בשינוי משמעותי, כבכתיבת הגט, מה שאין כן בחתימות העדים, שהוא דבר מועט.

עוד יש לדון בנדו"ד, שהרי אף אם בסופו של דבר הסופר מקנה את הגט לבעל קודם למסירה, הרי הדיו שעל גבי הגט שייך לבעל אחר, וכיצד יקנה למגרש? ואין לדמות הדבר למ"ש הש"ך כי מותר לאדם לאכול משל חברו בלא ידיעתו כאשר ברור שחבירו יתרצה כשייוודע לו מכך, כך גם בנדו"ד הבעל האחר שעשו שימוש בדיו שלו אינו מקפיד על כך, דשאני אדם שאוכל אצל חבירו, שאין הוא קונה את האוכל בכך שמכניסו לפיו, והאוכל מעולם אינו יוצא מרשות מארחו, ולכן אין צורך בידיעתו ובהקנייתו, אלא די בהתרצות בעלמא, מה שאין כן בנדו"ד שעל הבעל לקנות את הדיו, ואין להסתפק בהתרצות בעלמא של בעל הדיו.

למעשה, ניתן להכשיר בדיעבד, ואין לחשוש לפסול בגט בגלל גזל הדיו, מפני שיש כאן שינוי שם ושינוי מעשה, וכך פסקו הטור והשו"ע.

אף שגזל סימנין שרוין וצבע בהן, לא הוי שינוי, מכל מקום הכא הוי שינוי, דאם ימחקנו הוי היזק ניכר לדיו, וכל שהוא היזק ניכר הוי שינוי.

בעל שגירש בגט שהעדים חתמו עליו בדיו השייך לבעל אחר, בדיעבד הגט כשר, ואין כאן שינוי מדעת המגרש, והדיו נקנה לו על ידי שינוי.

כשהדבר נתגלה קודם למסירת הגט, כבנדו"ד, לכתחילה על העדים לטייט את חתימתם הראשונה, ולחתום שוב בדיו השייך לבעל.



הרב מנחם הגר

בית הדין הרבני ירושלים

אדמו"ר מסאווראן, נשיא אוצר הפוסקים

נאמנות אישה על מרידת בעלה

בפנינו נדונה תביעת האישה לגירושין.

הצדדים נישאו בנישואין ראשונים. מנישואין אלו יש להם שתי בנות משותפות.

הצדדים חיים בנפרד זה כשנתיים. האישה עזבה את הדירה ועברה לדור בדירה אחרת בשכירות יחד עם הבנות.

בדיונים בפני ביה"ד טענה האשה כי היא סבלה מאלימות נפשית קשה. עברה השפלות מצד בעלה כפי שמפורט בפרוטוקול. כמו כן טענה בדבר סירובו של הבעל לקיים עמה יחסי אישות כמפורט בפרוטוקול הדיון. הבעל מכחיש את דברי האישה וטען שלא מנע ממנה יחסי אישות כמפורט בפרוטוקול הדיון.

אלו הם עיקרי הטענות.

והנה עלינו לדון בדבר טענת האישה כי בעלה סירב לקיים עמה יחסי אישות והכחשת הבעל, האם האישה נאמנת בטענתה זו.

דיון והכרעה

איתא במשנה אחרונה בנדרים (צ' ע"ב):

"חזרו לומר, שלא תהא אישה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה [...] השמים ביני לבינך – יעשו דרך בקשה".

ובגמרא צ"א ע"א:

"השמים ביני לבינך דמשנה אחרונה, תהוי תיובתא דרב המנונא, והא הכא דידעה היא ובעלה ידע בה, וקתני דלא מהימנא, קסבר רב המנונא הכא נמי היא גופה אמרה נהי דבביאה ידע, ביורה כחץ מי ידע, ומשום הכי משקרא".

מלשון הגמרא נראה דאינה נאמנת במשנה אחרונה רק כשטוענת שאינו יורה כחץ, דבטענה

זו מעיזה לשקר בפני בעלה כיון שהוא אינו יודע בכך. וכן כתב בר"ן שם:

“נהי דבביאה ידע ביורה כחץ מי ידע – מהא משמע בההיא דהשמים ביני לבינך דתנן במתני’ היינו יורה כחץ וכדכתיבנא”.

וסיים הר”ן שם :

“ולענין הלכה – קיי”ל כרב המנונא דאישה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת דסוגיין בכוליה הש”ס כוותיה ומדמינן לה למתניתין [...] וכיון דמשום הכי מהימנא טפי כי אמרה גרשתני מכי אמרה השמים ביני לבינך, משום דבגרשתני ידע בה בעלה ואינה מעיזה, ובהשמים ביני לבינך דלא ידע בה מעיזה, שמעינן מינה : דבאומרת אינו נזקק עמי כלל, כיון דבעלה ידע בה, אפילו למשנה אחרונה מהימנא, ויוציא ויתן כתובה”.

ופסק הר”ן כן כדעת גמרא דילן ודלא כהירושלמי, וכמו שכתב הר”ן על המשנה :

“השמים ביני לבינך – מוכח בגמרא דהכי קאמרה ליה שאין שכבת זרעו יורה כחץ בשעת תשיש ואינו ראוי להוליד [...] ואף על גב דאמרינן בהגדה שאמרה לו שרה אמנו לאברהם השמים ביני לבינך שנאמר ישפוט השם ביני ובינך, דלמא היינו שהוא מרוחק ממנה לגמרי, כגון שרה שהיתה טוענת על אברהם שריחקה מחמת הגר, ובירושלמי נמי הכי משמע, דאמרינן כמה דשמים רחיקתא מן ארעא כך ההיא אתתא רחיקתא מבעלה אפשר דלשון השמים ביני לבינך כולל הכל. אבל הכא מוכח בגמרא שפירושו שאינו יורה כחץ וכי קאמרה ליה השמים ביני לבינך הכי קאמרה אלהים עד ביני ובינך דקושטא קאמינא שדבר זה אין יודע בו אלא השם”.

וכן דעת הרשב”א שם שכתב :

“הכא נמי מימר אמרה נהי דבביאה ידע ביורה כחץ מי ידע. מכאן משמע דהשמים ביני לבינך היינו דקא טענה שאינו יורה כחץ ומשום הכי לא מהימנא דמעיזה היא לשקר במה שאין הבעל יודע, אבל אלו טענה שאינו נזקק לה כלל נאמנת היא משום דבמלתא דידיעא לבעל לא מעיזה פניה ולא משקרא”.

והרשב”א כתב בהמשך דבריו :

“אבל יש מן הגאונים ז”ל שפירשו השמים ביני לבינך כלומר שאינו נזקק לה כלל, וכמו שאמרו באגדת שרה אמנו, וכן אמרו כאן בירושלמי כמה דשמיא רחיקא מן ארעא כך היא איתתא רחיקתא מבעלה [...] ולפי זה הא דאמרינן הכא נהי דבביאה ידע ביורה כחץ מי ידע הכי פירושו דסברה דכיון דלא ידע ביורה כחץ בוטחת בלבה לשקר ולומר סתם השמים ביני לבינך דמימר אמרה כשאומרת כך יהא סבור הבעל שאינו יורה כחץ אני אומרת ואינו עזות לי דהוא סובר דלמא קושטא הוא. ואינו מחוור בעיני דכיון דאמרינן דמשקרא, מי הזיקקנו לומר שהיא טוענת עליו

שאינו נזקק לה בלשון תתום על סמך שיטעה הבעל שהיא טוענת עליו שאינו יורה כחץ, כיון דמשקרא נימא דהכי ודאי טענה שאינו יורה כחץ".

מדברי הרשב"א עולה שדעתו היא שגם הגאונים שסבירא להו שאינה נאמנת בטוענת אינו נזקק עמי ס"ל כך דוקא באומרת כך "בלשון תתום", והטעם כלשונו: "על סמך שיטעה הבעל שהיא טוענת עליו שאינו יורה כחץ". ומכאן, שגם הגאונים סוברים שאם היא טוענת אינו נזקק עמי ומפרטת את הסיבה באופן שהבעל יודע אם היא משקרת נאמנת.

והנה בדברי הר"ן והרשב"א לא התבררה כוונתם אם דעתם לומר שהיא נאמנת בכל טענה של אינו נזקק עמי בין באינו יכול ובין באינו רוצה, או שמא היא נאמנת רק בטענה שאינו יכול ואילו אם טענה שהוא מורד אינה נאמנת.

אך המהרלב"ח בתשובותיו סימן לג כתב שהר"ן סובר שנאמנת גם בטענת מורד, וזה לשונו:

"גם ככה נראה מלשון הר"ן ז"ל שכתבתי למעלה וז"ל וכיון דמ"ה מהימנא טפי וכו' ש"מ דבאומרת אינו נזקק עמי כלל כיון דבעלה ידע מהימנא אפילו למשנה אחרונה וכו' דמשמע דכשאמר אינו נזקק עמה אין חלוק בין שאמר שהוא מפני שאין לו גבורת אנשים או שאמר שהוא מורד".

ולדבריו גם דעת הרשב"א כן.

וכ"כ בשו"ת הריב"ש סימן קכז זה לשונו:

"והנה נראה מסוגיא זו דלרב המנונא אם היתה טוענת בדבר ידיע בה בעלה כגון שטוענת שהוא פרוש ממנה ואינו נזקק לה כלל או שאין לו כח אנשים ישען על ביתו ולא יעמוד שהיא נאמנת כמו שהיא נאמנת לומר לבעלה גרשתני. וקיי"ל כרב המנונא".

אך התוספות ביבמות ס"ה סוד"ה שבינו לבינה, כשכתבו להדיא כהבבלי וכדעת הר"ן והרשב"א, כתבו כן דוקא בטוענת אינו יכול, וזה לשונו:

"ואם טוענת דאין יכול להזקק פסקו רבותינו דנאמנת אפילו למשנה אחרונה דדוקא כשטוענת שאין יורה כחץ חיישינן שמא משקרת לפי שבעלה לא ידע בה דמשקרת כדאמרי' בסוף נדרים אבל במילתא ידיע בה דמשקרא נאמנת מדרב המנונא לפי שאין האישה מעיזה פניה בפני בעלה".

וכ"כ התוספות בנדרים צא:

"ויש ללמוד על אישה שטוענת שבעלה אינו יכול להתקשות או שאינו בקי בדרך ארץ דנאמנת, בדבר שיש לו לבעל לידע אינה מעיזה פניה ויוציא ויתן כתובה".

והרמב"ם לכאורה פסק כהירושלמי שאינה נאמנת גם בטוענת אינו יכול. זה לשונו בהלכות אישות פרק טו הלכה טו:

"האישה שבאה לבית דין ואמרה בעלי אינו יכול לשמש כדרך כל הארץ שמוש שמוליד או שאינו יורה כחץ, יעשו הדיינין פשרה ואומרים לה ראוי ליך שתנהגי עם בעליך עד שתשהי עשר שנים ולא תולדי ואחר כך תתבעי, ומגלגלין עמה בדבר זה ואין כופין אותה לישב ולא דנין אותה דין מורדת אלא מאריכין בדבר זה עד שיעשו פשרה".

ובתשובת הרשב"א והרמב"ן אכן סברו כך בדעת הרמב"ם, והובאו דבריהם בבית יוסף סימן קנ"ד. ולכן פסק השו"ע שם סעיף ז רק בלשון י"א, שנאמנת בטוענת שאין לו גבורת אנשים.

אולם בספר גבורת אנשים להש"ך סימנים נא, נב והלאה הוכיח באריכות שגם הירושלמי והרמב"ם לא חלקו כלל על הבבלי, וס"ל שנאמנת בטוענת גבורת אנשים, והוכיח עוד שכן גם הבין בדבריהם הטור שם.

החילוק בין אינו רוצה לאינו יכול

ומעתה נותר לנו לברר את הדין בנדון דידן בטוענת שאינו רוצה והוא מורד מתשמיש, שכאמור לעיל יש בדין זה סתירה לכאורה בין דברי הרמ"א סימן קנ"ד ס"ז לדינא דהשו"ע סימן ע"ז ס"ד. ומהו הטעם לחלק בין טענת אינו יכול לטענת אינו רוצה.

הנה מקור דברי השו"ע בסימן ע"ז הם דברי הרמב"ם בהלכות אישות פרק יד הלכה טז שכתב:

"איש ואשתו שבאו לבית דין הוא אומר זו מורדת מתשמיש והיא אומרת לא כי אלא כדרך כל הארץ אני עמו, וכן אם טענה היא ואמרה שהוא מורד מתשמיש והוא אומר לא כי אלא כדרך כל הארץ אני עמה, מחרימין בתחלה על מי שהוא מורד ולא יודה בבית דין, ואחר כך אם לא הודו אומרין להם התיחדו בפני עדים, נתיחדו ועדיין הם טוענין מבקשין מן הנטען ועושיין פשרה כפי כח הדיין".

על דבריו כתב הלחם משנה שם סקט"ז:

"אבל אם הוה סבירא ליה דמתניתין איירי בשטוען שהוא מרוחק ממנה לא היה קשה ליה מידי לחלק בין טענת יורה כחץ וגרשתי להך טענה דהתם טוען טענה שעל כל פנים מפיק נפשה מבעלה דהא גירשתי ודאי מוציאה עצמה מבעלה וכן אינו יורה כחץ עכ"פ מוציאה עצמה מבעלה דאין לו שום תיקון אלא יוציא ויתן כתובה ולכך ודאי טענה כי האי לא הוה טעינא לה אי לא הוה קושטא דלא מעיזה נפשה כולי האי אבל הך טענה דהוה מרוחק ממנה אינה מוציאה עצמה מבעלה עכ"פ דהא אפשר לו להתפייס ואל ימרוד בה עוד דהרי יש בידו לתקנו א"כ לפי

זה יסכימו שני הדינים יחד ואין חילוק בין הירושלמי לגמרא דידן לענין הדין אלא לענין פירוש המשנה לבד".

לדברי הלחם משנה כל טענה שהאישה טוענת כלפי בעלה שיש בידו לתקנו הרי היא מעיזה גם לשקר בפניו, וליכא חזקה שתקבע לדבריה נאמנות. ולפי"ז אין לנו מוצא בנדון דידן דמיירי בטוענת שלא קיים מצוות עונה כפשוטו, ואינה נאמנת. אולם כד נעיין בדברי הגבורת אנשים והמהרלב"ח נמצא שיש מקום לדון בכל אופן של טענת מורד לגופו.

זה לשון הגבורת אנשים סימן נד:

ואין להקשות לפי מה שכתבתי דגם הרמב"ם מודה בטענת אין לו גבורת אנשים דנאמנת, הא בטענת מורד ממני מתשמיש כתב דאינה נאמנת. הא ע"כ לאו קושיא היא, דהא הטור כתב בפשיטות בסי' קנ"ד בטוענת אין לו גבורת אנשים דנאמנת ובסוף סימן ע"ז העתיק בסתם דברי הרמב"ם דבטענת מורד אינה נאמנת, (וכן הש"ע כתב בס"ס ע"ז בסתם כדברי הרמב"ם, ובסי' קנ"ד סעיף ו' גבי טענת אינו יכול כתב דנאמנת).

הן אמת שבדרישה סי' קנ"ד סט"ז הרגיש בזה ותירץ דבסי' ע"ז לא קאמר דאינה נאמנת אלא לעניין כתובה. אבל אין זה נראה בעיני, דא"כ הו"ל לפרושי התם דהיכא דהיא רוצה לצאת ממנו בלא כתובה אמרינן ליה דיוציא וגם שאין כופין אותה לדור עמו.

אלא נ"ל דבטענת מורד ליכא כאן העזה, כי אדרבה היא רוצה שלא ימרוד, שהרי אם יקבל עליו שלא ימרוד ותהיה בטוחה בו לא תטעון עליו שום דבר, משא"כ בטענת אינו יכול דיש כאן העזה שהרי בטענה זו מוכרח הוא לגרשה שהרי לא יועיל לו שום דבר.

הגבורת אנשים הסביר שאין העזה בטענת מרידה מהנימוק שאדרבה היא רוצה שלא ימרוד וכו', ואם כן יש לומר שבמקרה שבוודאי אינה רוצה בו יותר והיא תובעת בפה מלא גירושין בלבד, וכל טענתה על מרידת הבעל אינו אלא כדי לחייבו בגירושין, כאשר היא איננה מותרת כל סדק לשלום בית, באופן כזה מיקרי העזה וחוזרת וניעורה החזקה של רב המנונא שאינה מעיזה לשקר בפני בעלה ותהיה נאמנת בטענתה.

וכן כתב המהרלב"ח סימן ל"ג – הביא דבריו בגבו"א הנ"ל – זה לשונו:

"בטענת שאין לבעלה גבורת אנשים היא מעיזה פניה, דומיא דההיא דאומרת לבעלה גרשתני, כי היא מעיזה בפני בעלה לפרוק עולו מעליה, ומטעם זה היא נאמנת בשתיקה, אמנם בטוענת שהוא מורד מתשמיש אין כאן העזה לדעתה, דאדרבה מתחננת לפני ב"ד שיעתרו לבעלה ויירצה וישיב אפו מעליה".

דבריו ברור מללו, שכאשר היא איננה מתחננת ש"יירצה בעלה וישיב אפו מעליה", וכמו בנדון שלפנינו, יש כאן העזה ויש לה נאמנות בטענתה.

ובשו"ת רש"ך חלק ג' סימן מ"ב – חלק מדבריו הובאו בב"ש סימן ע"ז סקל"ב – כתב:

"וגם בטוענת שבעלה מורד מתשמיש ואינו נזקק עמה, נהי שבעלה מכיר בטענתה, ובזה יש מקום לדמות זאת הטענה לטענת ישען על ביתו, מ"מ איכא לפלוגי, דבטענת מורד אינה תובעת מבעלה ואינה טוענת עליו להתגרש ממנו על כל פנים, כי אם שישתדלו ב"ד וידברו על לבו שיהיה נזקק עמה כדרך כל הארץ כהלכות גוברין יהודאין. ואם לא ירצה לעמוד עמה ולהיות נזקק לה, שיגרשנה. ואינה דומה טענה זאת לטוענת ישען על ביתו, דהיא העזה גמורה שהיא תובעת ממנו להתגרש, וכה"ג דין הוא שנאמר חזקה אין האישה מעיזה פניה בפני בעלה לטעון עליו שאין לו גבורת אנשים, ושעל כן יגרשנה".

גם בדבריו נראה ברור שאינה נאמנת דווקא כש"אינה טוענת להתגרש ממנו על כל פנים כי אם שישתדלו ב"ד וידברו על ליבו וכו'" כלשונו. היוצא, שאם היא טוענת להתגרש ממנו על כל פנים הרי, כלשונו, "היא העזה גמורה שהיא תובעת ממנו להתגרש וכה"ג דין הוא שנאמר חזקה אין האישה מעיזה פניה בפני בעלה".

ולהנ"ל, צריך לפרש את פסק הרמב"ם והשו"ע בסימן ע"ז ס"ד דבטוענת שהוא מורד דיעשו דרך בקשה דאירי דווקא כשאינה תובעת באופן חד משמעי גירושין, וכשהב"ד עדיין רואים אפשרות וסיכוי כלשהו לניסיון לשלו"ב, אבל אם האישה החלטית ובאה לפני בית הדין אך ורק כדי לתבוע גירושין נאמנת בטענתה.

ראוי להוסיף, שנאמנות האישה בטענות הללו קיימת גם בזה הזמן שהנשים חצופות במקום שיש אמתלאות, כלשון הרמ"א, וקצת רגליים לדבר, כלשון הגבול"א להש"ך. וביחס לחוסר נאמנותה במקום קטטה וכדברי השו"ע ריש סימן י"ז סעיף ב', נחלקו האחרונים – עיין בפ"ת שם סקי"ב – האם הכוונה לכל קטטה, וזו דעת הבית מאיר והערך השולחן, או שמא הכוונה אך ורק לקטטה הנובעת ממה שהאישה נמצאת שקרנית כמבואר שם בסעיף מח, וכן פסק הגבורת אנשים אות ס"ה העזרת נשים, ועוד אחרונים הובאו באוצה"פ שם אות כה. אולם בפד"ר א' עמוד 85 ובפד"ר יב עמוד 102 העלו שאם הקטטה היא על הסיבה העולה מטענתה הרי היא נאמנת. ויש להאריך בזה.

למרות האמור, נותר מקום להסתפק בדעת הפוסקים הנ"ל, הגבול"א, המהרלב"ח והמהרש"ך, שמא דעתם היא שאינה נאמנת בכל האופנים, ומש"כ שבטענת אינו רוצה אין העזה, כוונתם היא שמכיוון שביכולתה לפרש את דבריה כרצון לשלו"ב, הרי היא מעיזה ולכן אין לה נאמנות.

אולם לדעת הרמ"א כפשטות דבריו, הדרישה והב"ש, וכן דעת הגר"א סימן קנ"ד כמבואר בפד"ר יז עמוד 32, נאמנת האישה בטענתה שהוא מורד עליה. זאת מלבד דעת הרשב"א והר"ן שסוברים כן לפי הבנת המהלך בדבריהם. ודעת הב"ח בקונטרס אחרון בסימן ע"ז שסבירא ליה בדעת השו"ע שבטענת מורד לגמרי היא נאמנת.

יתירה מזו, מצאתי בעזהשי"ת שדעת הט"ז בדעת הרמב"ם והשו"ע סימן ע"ז היא שהיא נאמנת בטענתה אלא שיעשו דרך בקשה כל זמן שאפשר להשוות ביניהם אבל במקרה שביט הדין מגיע למסקנה שאי אפשר להשוות ביניהם, יוציא ויתן כתובה. זה לשון הט"ז סימן קנ"ד סק"ו על סעיף ז בשו"ע, זה לשונו:

י"א שהיא נאמנת - הטעם בטור כיון שטוענת טענה שהבעל יודע אם היא אמת או לאו לא היתה מעיזה פניה נגדו אם אינו אמת. והקשה הדרישה ממ"ש הטור סי' ע"ז בשם הרמב"ם שאם טוענת שהוא מורד לתשמיש והוא אומר לא אלא כדרך כל הארץ אני עמה וכו' ועושין פשרה כפי כח הדין ולא כתב שם שכופין אותו להוציא כיון שהיא אינה מעיזה בדבר שהוא יודע, ותיירץ דאין הכי נמי דכופין שם להוציא אלא שהיא אינה מבקשת להתגרש אלא שיתן לה כתובה ויוציאה ותיורצו זה אינו עולה יפה דלענין כתובה ודאי אין שומעין לה כלל אפילו בטענת גרשתי כדלעיל.

וקושיא זו נראה דלא קשיא מידי דלענין אם החילוק ביניהם במורד מתשמיש דבר זה תלוי בבחירה שאינו רוצה או שונא אותה בזה ודאי ראוי לחפש כל מה דאפשר לעשות שלום ביניהם כדנקט התם שמייחדים אותם ולפי' עושין שיעור עד שיתפייסו ועושין פשרה כפי הדין. היינו שנותנים זמן לפי ראות עיני הבי"ד מתי יוכלו להתפייס ולא מוקים אנפשיה בהרחקת תשמיש עמה ואח"כ יוציא ויתן כתובה כ"ז שלא יהא אפשרי בהשוואה.

זאת אומרת, שכשלא אפשר להשוות בין הצדדים וכל תהליכי השל"ב מוצו סופית, חוזר הדין שגם לדברי הרמב"ם והשו"ע בסימן ע"ז, שהיא נאמנת והדין הוא יוציא ויתן כתובה. ודעת הט"ז בדעת הרמב"ם והשו"ע שהיא נאמנת רק שאמרינן יעשו דרך בקשה עד שלא יהיה אפשרי בהשוואה.

לאור הנ"ל וכאשר בדעת הגב"א המהלך"ח והמהרש"ך העלינו שיש ספק בכוונתם באופן שתובעת גירושין בהחלטיות כאשר איננה מוכנה לסלוח על העבר והיא מוסיפה ומנמקת שכבר אין בה את הכוחות הנפשיים להשקיע יותר כהוא זה, ויש כאן אמתלאות חזקות כמפורט בפרוטוקולים ובפרט שביחס לתקופות מסוימות אין האיש מכחיש את דבריה וביחס לתקופות אחרות הכחשתו רפה ואינה משכנעת, במקרה כזה נאמנת האישה בטענתה שהוא מרד כלפיה.

מוסקנות

תבנא לדינא: בנדון דידן מלבד העובדה שתביעת האישה לגירושין בלבד, פניה לגירושין בלבד, תוך שהיא טוענת כלפי בעלה בפני בי"ד ובפני בעלה שהוא מורד מתשמיש. האישה השקיעה בעבר ניסיונות רבים בבניית הבית שלא צלחו. כמו כן איננה תובעת כתובה. בנוסף, ישנם אמתלאות ברורות כגון הודאת האיש על מרידתו ביחס לתקופות מסוימות בחיי הנישואין, עובדה המחזקת את נאמנותה גם בזה הזמן שהנשים חצופות כמובא ברמ"א. מלבד כל זה, הכחשת האיש רפה כאמור, ויש מקום לדון שיש כאן רגלים לדבר בהכחשתו הרפה שהוא מודה בעיקרי טענותיה. בנוסף, לפי ראות עיני ביה"ד אין כל מקום וסיכוי לנסיון לשלום בית ו"לא יהא אפשרי בהשוואה". יתירה מזאת, ביה"ד לא השתכנע בכנות רצון הבעל לשלו"ב. משכך, הכרעתנו שיש בטענותיה העזה, והיא נאמנת, ובצירוף דברי מהר"ח פאלאג'י הידועים, הגם שאין הכרעה לחיוב דעתי שעל הבעל לגרש את אשתו.



הרב עידו שחר

חבר בית הדין הרבני אשדוד

חסימת דרכו של מחויב בגט אל בית הדין הרבני

במאמר זה, אעלה על הכתב נקודות לעיון ולליבון בשאלה שעלתה על שלחנם של דייני ישראל, לנוכח הצעת חוק שמקדמים גורמים שונים, ולפיה בית דין לא ידון בתביעות של בעל ואשה, שבית דין רבני מוסמך החליט להטיל עליהם צווי הגבלה, לפי חוק "בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) תשנ"ה 1995, בגין סירובם לציית לפסק דין לגירושין.

תוכן

פרק א': חובה על הדיין לדון דין תורה.

פרק ב': מצות עשה לדיין שידון את העם.

פרק ג': מצות עשה לדון אף אדם רשע.

פרק ד': אין בית הדין נזקק לתובע שאינו מציית לבית הדין.

פרק ה': בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין.

סמכות ביה"ד לענוש – במקום שאין מלך.

סמכות ביה"ד לענוש – על פי המלך.

דיינים שאינם סמוכים – אם עונשים בעונש הכתוב בתורה.

בית דין עונשים שלא מן הדין – תקנה קבועה או הוראת שעה.

מיגדר מילתא.

בית הדין שרשאי לענוש שלא מן הדין.

סדרי דין בפסיקה שלא מן הדין.

פרק ו': הפסד ממון לצורך אכיפת פסק הדין.

פרק ז': סוגיא דעביד איניש.

הממון שמבקש להציל ומעמדו המשפטי.

במקום שיכול להציל בדרך אחרת.

האם בעל דין צריך לספוג הפסד קל ולהימנע מלעשות דין.

צער שעתיד לקבל פיצוי עבורו.

הפסד מיומנות.

פרק ח': כפיה לקיים את הדין באמצעות קנס כספי.

פרק ט': כשרות גט שניתן בעקבות חסימת דרכו של הבעל לבית הדין.

ענף א': הרחקות דר"ת; מקורן וטעמן.

ענף ב': הרחקות דר"ת; גדרן.

אונס בממון או בנפשות מחמת מניעת טובה.

חילוק בין אונס קצוב לאונס שאינו קצוב.

ענף ג': רצון בגירושין, מהו?

אונסא דנפשיה בגט ובמתנה להלכה.

רצון הבעל כשמגרש באונסא דנפשיה.

רצון הבעל כשמגרש בכפיה בדרך ברירה.

רצון הבעל בגירושין בכפיה כדין.

רצון הבעל כשגירש מחמת אונס שאינו קשור לגירושין.

ענף ד': הרחקות דר"ת, הלכה למעשה.

החולקים על המהריב"ל.

ביאור המחלוקת.

אחרונים נוספים שחולקים על המהריב"ל.

הרחקות דר"ת בבעל מעוכב יציאה.

הרחקות דר"ת בבעל שלא חויב בגט.

הרחקות דר"ת לדעת הרשב"א.

תליית הרחקות דר"ת בגירושין.

הרחקה שלא כדין, האם פוסלת את הגט.

הרחקה על פי אומדנא.

הרחקת ילדי המורחק.

סיכומו של פרק זה.

סיכומים של דברים.

פרק א': חובה על הדיין לדון דין תורה

בפתחו של הדיון ההלכתי יש להציב שאלה מקדמית – מהו המקור לכך שיש על הדיינים חובה לדון דין תורה.

את החובה האישית של דיין, הכשיר להוראה, להורות, למדו חז"ל מן הפסוק (משלי ז, כו) "ועצומים כל הרוגיה", כדאיתא בגמ' (סוטה כב ע"א, ע"ז יט ע"ב):

דא"ר אבהו אמר רב הונא אמר רב, מאי דכתיב: "כי רבים חללים הפילה ועצומים כל הרוגיה"? כי רבים חללים הפילה – זה ת"ח שלא הגיע להוראה ומורה, ועצומים כל הרוגיה – זה ת"ח שהגיע להוראה ואינו מורה.

פירש"י (ע"ז שם): "ועצומים" – המתעצמים והמחרישים ומתאפקים מלהורות – הורגין את דורן, ועצומים לשון 'ועוצם עיניו' (ישעיהו לג).

וכתב הרמב"ם (הל' סנהדרין פ"כ ה"ח), מה שאמרו על מי שהגיע להוראה ואינו מורה, הוא רק במי שהדור צריך לו. וז"ל שם:

והוא שיהיה הדור צריך לו, אבל אם ידע שיש לשם ראוי להוראה ומנע עצמו מן ההוראה הרי זה משובח, וכל המונע עצמו מן הדין מונע ממנו איבה וגזל ושבועת שוא, והגס לבו בהוראה שוטה רשע וגס רוח.

ועי' כס"מ וב"י שם ושם מקורו. וכ"פ מרן השו"ע (ח"מ סי' י ס"ג):

"כי רבים חללים הפילה" (משלי ז, כו), זה תלמיד חכם שלא הגיע להוראה ומורה. "ועצומים כל הרוגיה" (שם), זה שהגיע להוראה ואינו מורה, והוא שיהיה הדור צריך לו, אבל אם ידע שיש שם ראוי להוראה, ומונע עצמו מההוראה, ה"ז משובח.

עוד בשו"ע (שם סי' ח ס"ג, על פי הרמב"ם שם פ"ג ה"י):

דרך חכמים הראשונים, בורחים מלהתמנות, ודוחקים עצמם הרבה שלא לישב בדין עד שידעו שאין שם ראוי כמוהו ושם ימנעו עצמם מהדין תתקלקל השורה, ואף על פי כן לא היו יושבים בדין עד שהיו מכבידים עליהם העם והזקינים ומפצירים במ.

ועי' סמ"ע (ח"מ שם ס"ק יז) ותומים (ח"מ שם ס"ק ו) באיזה אופן החכם רשאי לסרב עד שיפצירו בו. מכל מקום פשוט, שמאז שהדיין ממונה על הציבור, אין לו רשות להישמט מחובתו לדון את העם, וכן פסק השו"ע (שם סי' יב ס"א, ע"פ הרמב"ם שם פכ"ב ה"א):

שנים שבאו לפניך לדין אחד רך ואחד קשה, עד שלא תשמע את דבריהם או משתשמע את דבריהם ואי יודע להיכן הדין נוטה אתה רשאי לומר להם איני נזקק לכם... ואם היה

ממונה לרבים חייב להזקק להם.

בביאור הגר"א (חו"מ שם סק"ב) הראה מקורו מספרי פ' דברים דאיתא שם:

בעת ההיא לשעבר הייתם ברשות עצמיכם, עכשיו הרי אתם משועבדים לציבור.

ולהלן נאריך בביאור הלכה זו.

פרק ב': מצות עשה לדיין שידון את העם

עד כאן למדנו, שעל מי שכשר לידון ולהורות, מוטלת חובה אישית לידון ולהורות הלכה לעם. ולמדנו שעל דיין הממונה על הציבור מוטלת אחריות וחובה כלפי הציבור לידון ולשפוט, ועדיין לא שמענו איזו מצוה יש בדבר.

נאמר בתורה (דברים טז, יח):

שִׁפְטִים וְשִׁטְרִים תִּתֶּן-לָךְ בְּכָל-שְׁעָרֶיךָ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ לְשִׁבְטֶיךָ וְשִׁפְטוּ אֶת-הָעָם מִשְׁפַּט-צֶדֶק.

פשוטו של כתוב, מצוה על ישראל למנות דיינים לכל עיר ועיר ולכל שבט ושבט, ואין כאן מצוה על הדיינים לידון ולשפוט. ומה שנאמר ושפטו וכו', פירושו שמצוה למנות דיינים ראויים שידונו את העם משפט צדק, וכן פירש רש"י (דברים שם) וז"ל: "ושפטו את העם וגו' - מנה דיינין מומחים וצדיקים לשפוט צדק". וכן פירשו עוד ראשונים, שהמצוה על ישראל שימנו דיינים, ונראה מדבריהם דגם מה שנאמר "ושפטו" וכו' הוא מכלל המצוה הזו כפירוש רש"י.

הרמב"ן בהשגותיו על סהמ"צ לרמב"ם, סוף שורש י"ד, כתב וז"ל:

והמתקרב אל הדעת מזה שהוא ית' וית' צוה לשפוט בצדק שנאמר (ר"פ שופטי') "ושפטו את העם משפט צדק", והצדק הוא לעשות בכל דבר ודבר מן הנולדים בין בני אדם כאשר צוה הוא יתעלה אותנו, ולא נחוש על הפרשיות והחלוקים בדבור, בכל אשר אין בהם צווי מוחלט לעשות ככה או ככה או מניעה מוחלטת להשמר מן הפועל הפלוני, ואם כן יהיו כל הדיינים הבאים בחשבון מצוה אחת.

הרשב"ץ בספרו "זהר הרקיע" (על מגין המצוות לרשב"ג, עשין סי' נב ונג, ובעשה קמד, עמ' 80, 130-131 באוצה"ח) הביא את דברי הרמב"ן וכתב שהרמב"ן חזר בו, כשהסכים לדעת הרמב"ם במגין המצוות, ולפיה יש למנות כל אחד מדיני הממונות - שן, רגל, קרן, מודה במקצת, חובל ועוד - שנצטוונו בהם, כמצוה בפני עצמה. ואת"ל שיש מצוה כללית לשפוט

ה. עי' רמב"ן עה"ת דברים שם; רמב"ם שם פ"א ה"א וסהמ"צ עשה קעו; רבינו בחיי דברים שם; פירוש הברטנורא על רש"י דברים שם; אברבנאל דברים שם.

את העם, דינים אלו הם פרטים של אותה מצוה ואינם נמנים בפ"ע. דעת הרשב"ץ עצמו, כפי שסבר הרמב"ן בתחילה, שיש מצות עשה לשפוט את העם, וכל דיני הממונות שבתורה הם פרטיה, ואין למנותם בפ"ע. מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן עם הרשב"ץ, הובאה גם בספר חרדים (מצוות התלויות בפה, מצות עשה, ח"ד אות לג).

ובחידושי הגר"י פרלא (על הרס"ג עשה צו) כתב שבענין זה הרשב"ץ הוא דעה יחידה בין מוני המצוות.

מצות עשה נוספת (דברים א, טז): "וְאֶצְנֶה אֶת־שִׁפְטֵיכֶם בְּעַת הַהוּא לֵאמֹר שָׁמַע בֵּין־אֲחֵיכֶם וּשְׁפָטָתָם צְדָק".

מצות עשה זו, בוודאי נאמרה על הדיינים, אך כתבו המפרשים שאין בה ציווי כללי וחובה לשפוט את העם אלא שהדיין, בזמן שכבר יושב בדין, יעשה צדק במשפט, ינהג במתינות בדין, ויתחשב בבעל הדין שהפסיד בדין, וישתדל לעשות פשרה.

מצות עשה נוספת (ויקרא יט, טו): "בְּצִדְקַתְּ שֹׁפֵט עַמִּיתְךָ".

מצוה זו נאמרה לדיינים, אולם גם במצוה זו אין ציווי כללי מפורש לשפוט את העם, אלא שהמשפט יעשה בצדק. כך כתבו כמה מן המפרשים (עי' רש"י ויקרא שם; רבינו בחיי ויקרא שם; אברבנאל ויקרא שם). וכ"כ מוני המצוות, עי' סמ"ג (עשין קו) ורשב"ץ (שם עשה ז. ועי' מש"כ בעשין טו בדעת הבה"ג).

הרמב"ם כתב בסהמ"צ (עשה קעז):

והמצוה הקע"ז היא, שנצטוו הדיינים להשוות בין בעלי דינין ושיהיה נשמע כל אחד מהם עם אורך דבריו או קצורם. והוא אמרו יתעלה (קדושים יט) בצדק תשפוט עמיתך. ובא הפירוש בספרא (פ"ד ד, שבוע' ל א), שלא יהא אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו קצר דבריו. וזאת אחת מן הכוונות שכולל עליהם הצווי הזה.

אלא שהוסיף הרמב"ם:

ובו גם כן, שכל איש מצווה לדון דין תורה כשיהיה יודע בו ושישבית הריב שבין הבעלי דינים. ובביאור אמרו (סנה' ג א) אחד דן את חברו דבר תורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך. ויש בו עוד שראוי לדון את חברו לכף זכות (שבוע' וספרא שם) ולא יפרש מעשיו ודבריו אלא לטוב וחסד.

כלומר, הציווי העיקרי הוא לעשות צדק במשפט, והציוויים המשניים הם, שמי שבידו לעשות זאת, מצווה לדון דין תורה ולהשבית את הריב, ושעל כל אדם לדון את חברו לכף זכות.

1. עי' רש"י דברים שם; רבינו בחיי דברים שם; אברבנאל דברים שם; וראים [יראה"ש סי' תל, ד"י סי' רלד], ועי' במקורותיהם בגמ' ובדברי חז"ל.

בחיודושי הגר"י פרלא שם הקשה, מאחר שהרמב"ם סובר שבמצוה זו יש ציווי כללי לשפוט את העם, לא היה לו למנות כל אחד מדיני הממונות בתורה במנין המצוות כמצוה בפ"ע. והוסיף שמדברי הרמב"ם בחיבורו (שם פכ"א הל' א-ג) נראה שחזר בו והסכים למה שכתבו שאר ראשונים בכיבור מצוה זו.

עוד יש לתמוה על הרמב"ם, שלכאורה עושה עיקר טפל וטפל עיקר, משמע מדבריו שהעיקר הוא לשפוט בצדק וטפל לו הציווי לשפוט, ולכאורה ההיפך הוא הנכון, שהציווי העיקרי הוא לשפוט, וטפלה לו ההוראה לשופט לשפוט בצדק.

שו"ר בספר החינוך (מ' רלה) שהעתיק דברי הרמב"ם והוסיף:

ובמה שאמרנו שמצוה על החכם בדיני התורה והוא איש ישר לדון בין החולקים, וזהו בכלל המצוה כמו כן, גם בזה תועלת, כי החכם והישר ידין דין אמת, ואם הוא היודע לא ירצה לשפוט, ישפטום שאר בני אדם שאינם חכמים ויטו הדין על האחד מבלי ידיעה.

בעל החינוך מוסיף ביאור, שמן הפס' "בצדק תשפוט" אנו למדים שצריך שיהיה משפט צדק, וזה הציווי העיקרי, ובכלל הציווי שמי שיש בידו לשפוט צדק, ויודע שאם לא יעשה כן הדין יעוות, חייב לשפוט כדי שיהיה משפט צדק. כלומר, אין כאן מצוה לשפוט אלא מצוה שיהיה משפט צדק, ולשם כך מוטל על מי שבידו לשפוט למנוע מצב שבו יצא המשפט מעוות.

לפי דבריו מיושבים דברי הרמב"ם, שכתב שעיקר הציווי לשפוט צדק, וטפל לו הציווי לשפוט בכלל, שהוא רק תוצאה של המצוה לשפוט בצדק. מיושבת גם קושית הר"י פרלא, דאין כאן מצוה כללית לשפוט את העם אלא מצוה שלא יהיה עיוות דין בעולם, ומובן מדוע פירט הרמב"ם ומנה כל אחד מדיני הממונות שבתורה כמצוה בפ"ע, דהיינו כמונעת את עיוות הדין, ולא כללה במצוה אחת של "בצדק תשפוט" וכו'.

שו"ר בראשונים ואחרונים שכתבו בפשטות, שמצות עשה מן התורה לדון דין תורה. ופלא על הרי"ף שלא הביא דבריהם.

באבודרהם (שער שלישי: ברכת המצוות ומשפטיהם) כתב בשם ר"י בר פלאט בשם הראב"ד, שיש מצוות שאין מברכים עליהן, ואחת מהן עשיית דין, וז"ל:

חדא מינייהו עשיית דין, אף על גב דמצות עשה היא דכתיב (דברים א טז) "ושפטתם צדק", לא מברכינן עלה דילמא לא מקבלי בעלי דינן ההוא דינא עלייהו. אי נמי מחלי להדד' מאי דתבעי ומיעקר ליה עשה וליתיה כלל.

כטעמו כתב בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' יח) וז"ל: "וכן על דבר שהוא מסור לבית דין, כגון עשיית הדין שמא לא יקבלו בעלי דין את דעתו".

ובשו"ת חת"ס (או"ח סי' נד) דן בכיבור דברי הירושלמי (ברכות פ"ו ה"א) ובדברי הרשב"א שם, וז"ל:

ע"ד האמור בירושלמי ר"פ כיצד מברכין וז"ל, ר' חגי ור' ירמיה' סלקין לבי חנוותא קפץ ר' חגי ובירך, א"ל ר' ירמיה' יאות עבדת שכל המצות טעונין ברכה, מנין שכל המצות טעונות ברכה ר' תנחומא ר"א בר כהנא בשם ר"א "ואתנה לך לוחות האבן והתורה והמצוה" הקיש תורה למצוה, מה תורה טעונה ברכה אף מצות טעונות ברכה עכ"ל, ופיה' המפרש מהר"א פולדא דבי חנוותא היינו מושב הדיינים וברך על מ"ע של "בצדק תשפוט עמיתך", והוקשה לפר"מז נ"י אתשו' הרשב"א סי' י"ח וכן הוא אות באות בתשו' המיוחסות לרמב"ן סי' קפ"ט, דאין לברך על עשיית משפט משום שמא לא יקבלו עליהם את הדין ע"ש. וכי נעלם מהם הירושלמי הלז, וניחא לי' לפר"מ דהרי דברי רשב"א צריכים ביאור שכי' שמא לא יקבלו עליהם את הדין, ומה בכך הרי יורדים לנכסים ומוציאין ממנו בע"כ... וצ"ל דס"ל לרשב"א דע"י הכפיה' אין לברך דהוי קלקול... ורק על תחלת דין הי' לנו לברך וקיי"ל כל דבר שאין עשייתו גמר מצוה אין מברכין, וזהו כוונת הרשב"א הנ"ל אין לברך על דין כי שמא לא יקבלו עליהם את הדין הבעלי דינים, נמצא היה זה התחלת הדין דבר שאין בו גמר מצוה עד שיכופף, ועל הכפיה' אין לברך דהוי קלקול זהו כוונת הרשב"א, וא"כ לק"מ על רשב"א מהירושלמי דהירושלמי לטעמי' דס"ל מברכין על התחלת מצוה, כגון לעשות סוכה ולולב אעפ"י שאינו גמר מצוה... ולולי דבריו נ"ל פירוש אחר בכוונת רשב"א, שמא לא יקבלו בעלי דינים את דעתו, כי לכאורה אין לברך שצוינו לשפוט בצדק כי שגיאיות מי יבין... אך אם יתרצו הבע"ד ברצונם הטוב הן לדין הן לטעות ומכ"ש ע"ד פשרה, הרי קיים מ"ע של דין ושלוש בעולם ועל זה אינו יכול לברך כי אולי לא יתרצו בטעיותיו.

החת"ס מציע שני ביאורים בדברי הרשב"א. לפי שני הפירושים אין מברכים על מצווה לדון דין תורה שמא לא יבוא הדין לידי גמר, מפני שבעלי הדין לא יקבלו את הדין או מפני שלא יסכימו לפשרה. משני הפירושים נלמד, שהדין בירושלמי ובראשונים הוא על הדין מתחילתו ועד סופו, שעל כולו הדין מצווה, ולא כמו שמשמע מדברי האבודרהם דמיירי רק בעשיית הדין, היינו הוצאת הדין אל הפועל.

דברי הרשב"א והאבודרהם הובאו בכנה"ג (חו"מ סי' א הגה"ט אות ד), וכדעתם וטעמם כתב הגר"א (או"ח סי' ח אות א) בלי לציין את מוצא הדברים. ובכנה"ג שם כתב בשם הראב"א פירוש אחר, שאין מברכים על עשיית המשפט, מפני שיש בה קלקול אחרים. ולפי הרב השואל הנ"ל אפשר ששני הפירושים של הרשב"א ושל הראב"א הם שני חלקים של פירוש אחד.

ז. פאר רום מעלתו, היינו הרב השואל, והחת"ס חותם את דבריו במילים "שפתיים יושקרו".

דיון של מחברי זמננו בדברי הירושלמי והמפרשים הנ"ל, נמצא בירחון נועם (שנה ט, ירושלים תשכ"ו, עמ' רעה ואילך) שם דן הרב אליהו פרדס באריכות במה שכתב הרב יצחק יעקב וואכטפויגל במאמר בירחון נועם (שנה ד, ירושלים תשכ"א, עמ' קצז ואילך) שלפי כמה מהפירושים של הגמ' ירושלמי שם, נראה שהדיינים מקיימים את מצות "בצדק תשפוט עמיתך" גם אם לא נתקיים הדין, ומדברי הרשב"א ור"י בר פלאט נראה דאין מקיימים את המצווה אם הדין לא התקיים לבסוף. והאריך שם להוכיח שתפקידו של הדיין הוא לפסוק את הדין, וביצוע פסק הדין מוטל על השוטר.

לענ"ד כל דבריו אינם מוכרחים, ובוודאי אינם מספיקים לסתור דברי מרן החת"ס והרב השואל בתשובת החת"ס ופשטות דברי האבודרהם; ודאי שדין עשיית המשפט הוא בהעמדת הארץ במשפט ובביצוע פסק הדין, והגם שאת הביצוע בפועל עושה השוטר, עדיין האחריות על הביצוע מוטלת על הדיין, ועד שלא יעשה המשפט בפועל, לא בא הדין לכלל גמר, והדבר באחריות הדיין, להלקות ולנדות את מי שמסרב לדין, שגם זה בכלל חובת הדיין. ודו"ק היטב.

מ"מ חזינן מהאבודרהם, ומהירושלמי לפי פירוש חשובי האחרונים, די ש מצות עשה מהתורה לדון דין תורה. וכ"כ בשו"ת אבקת רוכל למרן הבי"י (סי' רא) בפשטות, דעל מי שכשר וראוי לדון יש מצות עשה מהתורה: "בצדק תשפוט עמיתך" - לדון ולשפוט.

שו"ר ברש"י (כתובות קו ע"א) שכתב וז"ל: "האי עשה והאי עשה - מצות הדיינים עשה ושפטתם צדק".

להלן בסמוך, יובאו דברי האו"ז והגהות אשר"י שכתבו בפשטות שמצות עשה מן התורה: "בצדק תשפוט עמיתך" - לדון דין תורה.

פרק ג': מצות עשה לדון אף אדם רשע

על דברי הגמ' בסנהדרין (ו ע"ב), בדיין שבאו לפניו שניים, אחד רך ואחד קשה, דעד שאינו יודע להיכן הדין נוטה רשאי להסתלק, כתב בהגהות אשר"י (סנהדרין פ"א סי' ה) וז"ל:

ומפרש ריב"א ורשב"א, אבל אם שניהם חזקים, אפילו קודם שישמע דבריהם חייב ליטפל בדינם ואין רשאי לומר איני נזקק לכם, דמצות עשה היא דכתיב "בצדק תשפוט עמיתך". מא"ז.

בב"ח (חו"מ ריש סי' יב) האריך בביאור הסוגיא בסנהדרין שם, ובשיטת רש"י ותוס' שם דפליגי אם "בעל דין קשה וחזק" הכוונה לבעל דין שמטריח את הדיין או בעל דין שמסכן את הדיין וממונו. וכתב, דמה שכתב ההג"א שם בשני בעלי דינים חזקים הוא לפירוש רש"י, דבעל דין חזק הוא בעל דין שמטריח את הדיין, לכן בשניהם חזקים הדיין מצווה להזדקק להם אפילו קודם שידע להיכן הדין נוטה, אך לפי התוס' שבעל דין חזק הוא בעל דין שמסכן את הדיין

וממונו, קודם שהדיין יודע להיכן הדין נוטה אינו צריך להזדקק להם, ורק לאחר שיודע להיכן הדין נוטה, צריך להזדקק להם.

וכתב הב"ח שהרמ"א בשו"ע (חו"מ שם ס"א) פוסק כדעת הג"א, ובשניהם חזקים חייב הדיין לדון, ואפילו אינו יודע להיכן הדין נוטה. ואף שהדבר אינו מפורש ברמ"א הוא מדוקדק בדבריו, דעל מש"כ השו"ע בשם הרמב"ם דממונה לרבים צריך לדון, גם באינו יודע להיכן הדין נוטה, כתב הרמ"א "וכן כששניהם חזקים".

בביאור הגר"א (חו"מ שם ס"ק ב) משמע כב"ח, שמה שכתב הרמ"א בשניהם חזקים, היינו אפילו אינו יודע הדיין להיכן הדין נוטה, שכן כתב דמקור דברי הרמ"א מלשון הגמ' בסנהדרין שם: "באו לפניך וכו' אחד רך ואחד קשה", משמע כששניהם קשים, גם דיין שאינו יודע להיכן הדין נוטה אינו רשאי להסתלק.

וכתב הב"ח שלדעת הרמ"א, כששני בעלי הדין חזקים, חייב הדיין לדון גם בבעל דין חזק שמסכנו, ואפילו אינו יודע להיכן הדין נוטה, ודלא כדעתו בדעת ההג"א.

נראה שהב"ח דקדק מלשון הרמ"א שמתייחס למש"כ השו"ע בשם הרמב"ם, ודעת הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ב ה"א) כדעת התוס' בפירוש בעל דין חזק, שהוא מי שמסכן את הדיין, והוסיף שגם בעל דין שהוחזק לרשע, דחשוד על כך שיהרוג את בנו של הדיין, ידליק את גדישו ויקצץ את נטיעותיו, הדיין חייב לדונו.

עיי' בש"ך (חו"מ שם ס"ק ב) שציין לדברי הב"ח, ונראה שמסכים עם פירושו ברמ"א ועם דעתו להלכה, שדיין שאינו יודע להיכן הדין נוטה, אינו חייב לדון בעל דין חזק שמסכנו. מאידך, מדברי הב"י (חו"מ שם) נראה שסבר כרמ"א בדעת ההגהות אשר"י, שכתב שם שמדברי התוס' נראה כהגהות אשר"י שדיין שאינו יודע להיכן הדין נוטה חייב להזדקק לשני בעלי דין קשים, משמע אף כשהם בעלי דין קשים שמסכנים את הדיין. וכ"כ בברכ"י (חו"מ שם ס"א) שהעיקר כדעת הרמ"א.

עיי' בתומים (חו"מ שם ס"ק א) שהליץ על חכמים בזמננו שאינם נדרשים לדון דין תורה של אנשים אלימים, וכתב שהעיקר כדעת רש"י דבעל דין חזק הוא בעל דין שמטריח את הדיין ולא בעל דין שמסכנו. אולם מדברי המהרשד"ם (חו"מ סי' שעח) שציין לו בש"ך (שם סק"א), ומעוד הרבה פוסקים שהובאו באוצר הפוסקים (חו"מ שם), נראה שס"ל לעיקר כדעת התוס' והרמב"ם. וכן היא דעת הרשב"א (ח"ב סי' שדמ) הובא בב"י (חו"מ שם). ועיי' ברכ"י שם ונוכח השלחן (סי' לג) ושבות יעקב (ח"א סי' קמג), הובאו באוצה"פ שם.

ברמב"ם שם כתב שדיין הממונה על הציבור, חייב להיזקק גם לבעל דין קשה, וכ"כ הרשב"א שם. ועיי' מהרשד"ם שם, דגם קודם ששמע דבריהם חייב להיזקק להם. ועיי"ש אם גם במקום שברי היזקא צריך להיזקק להם. ועיי' ברמ"א שם, אם גם במקום שיש חשש שימסרו את הדיין למלכות.

מכל מקום מבואר, שמצוה מהתורה על הדיין לדון דין תורה, ואפילו בעלי דין קשים ורשעים שחשודים על נפשות, הדיין חייב לדונם. דיין שממונה על ידי הציבור, חייב להיזקק לדינם ואינו יכול להישמש גם קודם ששמע את דבריהם. גם הב"ח, שסובר שבמקום ששני בעלי הדין קשים, הדיין לא חייב לסכן את עצמו ואת ממונו, אין זאת משום שסובר שהדיין אינו מצווה לדון, אלא סובר רק שהדיין אינו מצווה לסכן את עצמו כדי לקיים את המצוה.

עייין באוצה"פ שם, שציינו לדברי כמה אחרונים שדנו בדיין שבא לפניו בעל דין קשה, ולמעט דעת הראש יוסף שהביא בספר נוכח השלחן שם, כל האחרונים מסכימים שכל עוד אין עלילה המתירה לדיין להסתלק, מצות עשה מהתורה שהדיין ידון דין תורה. ומבואר שם, שאפילו קודם שהדיין יודע להיכן הדין נוטה, מצווה עליו לדון מהתורה.

ברם, בשו"ת מהרנא"ח (סי' קכא) שצייין לו הש"ך (שם ס"ק א) כתב דהא שהדיין מצווה לדון קודם שידע להיכן הדין נוטה, אינו מפורש בשאר הפוסקים, רק משמעות יש בדברי התוס' סנהדרין שם, ויש לדקדק איפכא, שכל עוד הדיין אינו יודע להיכן הדין נוטה אין לו חיוב לדון. ובכנה"ג (חור"מ שם הגהב"י אות א) תמה על דבריו, שבהגהות אשר"י שהביאו כל הפוסקים מפורש דגם קודם שהדיין יודע להיכן הדין נוטה, מצות עשה מהתורה שידון דין תורה. וכן מפורש במהרשד"ם שם, והוא דבר פשוט.

מקור נוסף שדיין מצווה לדון בעל דין רשע, מדברי הב"י והרמ"א (חור"מ סי' כו סעי' א), בבעל דין שתבע בערכאות והפסיד, ושב ותבע בדין תורה. דכתב הב"י שם שבמהרי"ק (סי' קצז) כתב בשם ר"י בר פרץ שאין נזקקים לתביעתו, ומהמרדכי (ב"ק סי' קצה) בשם המהר"ם משמע שנזקקים לתביעתו, שבמעשה דר' אפרים שתבע את ר' יואל לערכאות, ור' יואל מסר את ר' אפרים, סבר המהר"ם שיש לדון בתביעתו של ר' אפרים, שר' יואל ישלם לו עבור הנזק שנגרם לו מהמסירה. וברמ"א שם פסק שתובע שתבע בערכאות והפסיד, אין נזקקים לו בדין תורה. האחרונים האריכו בכיארור המחלוקת ובמסקנה להלכה, ואף לא אחד מהפוסקים כתב שהדיין אינו מצווה לדון בתביעתו של התובע שהוא אדם רשע. עי' במקורות בהערה ח.

ועי' בכסף הקדשים שם, שכתב שאדם שתובע בערכאות הוא בבחינת גוי עובד ע"ז, וכן כל מומר שדינו כדין גוי, דנים אותם בדין תורה כשם שדנים גוי לפי דיניהם או דינינו לטובת בעל דינו הישראל הכשר. מבואר בדבריו, שאין כאן פטור לדיין מלדונו אלא בעל דין שתובע בערכאות שהוי בכך כמומר לע"ז, מקבל על עצמו שינהגו עמו כמשפטי הגויים.

ואין לומר דמיירי בתובע שבינתיים חזר בתשובה, דעי' בתומים שם דכתב להדיא שבפוסקים הנ"ל מיירי במי שהוא רשע גמור, ובכל זאת לא דחו את תביעתו מטעם זה אלא

ח. שו"ת פני משה (ח"ב סי' נו); פרי הארץ (ח"א חור"מ סי' יג); לבוש (חור"מ שם סעי' ג); תומים (חור"מ שם ס"ק ב); נתיבות (חור"מ שם ביאורים ס"ק ב); שו"ת אבן השוהם (סי' נט, ס, סב); כסף הקדשים (חור"מ שם); שו"ת מהרי"ץ דושינסקי (ח"א סי' קמו); ערך שי (סי' כו); גר"א (חור"מ שם ס"ק ד); שו"ת יביע אומר (ח"ז חור"מ סי' ה).

מטעמים אחרים. וכן בשאר הפוסקים שם לא חילקו בזה. ע"י גם בשו"ת יביע אומר שם, באשה שתבעה בערכאות ושבה ותבעה בביה"ד בגלל שביהמ"ש מחק את תביעתה, ודן בדברי הפוסקים הנ"ל, ולא כתב שיש לדחות תביעתה על הסף מחמת רשעתה.

באמת קשה על דברי הפוסקים הללו, שנקטו בפשטות שמצוה לדון גם בעל דין רשע, לא מבעיא לדעת ההגהות אשר"י והאו"ז שלמדים שמצוה לשפוט מהפסוק "בצדק תשפוט עמיתך", אלא אף לראשונים שסוברים שלומדים שמצוה לשפוט ממקומות אחרים, מכל מקום למדים מפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" דינים שונים במשפט כדלעיל - ע"י בגמ' סנהדרין (ג ע"א) שלמדים מהפסוק בצדק וכו' שאחד כשר לדון, וע"י מנ"ח (מ' רלה שם) שלדעת החינוך שם וסהמ"צ לרמב"ם שם, למדים מהפסוק בצדק וכו' שמצוה על יחיד מומחה שכשר לדון יחיד (ע"י שו"ע שם סי' ג ס"ג) לדון - ויש ללמוד מהפס' דין נוסף שאין מצוה לדון את מי שיצא מכלל עמיתך, כדאיתא בגמ' שבועות (ל ע"א): "תני רב יוסף: בצדק תשפוט עמיתך - עם שאתך בתורה ובמצות השתדל לדונו יפה", וע"י בגמ' שם דמיריי בבעל דין ת"ח שיש לדונו יפה, ובאותה הדרך אפשר ללמוד מהפסוק בצדק וכו' שרשע שאינו אתך בתורה ובמצוות, אין אתה מצווה לדונו.

ולא מצאתי מי שעורר קושיא זו.

שו"ר בספר תיבת גמא לבעל "פרי מגדים" (חקירה ד, מצות-עשה "הוכח תוכיח" דף עד ע"ב) שכתב:

ואפילו רשע גמור מצוה להוכיחו, כמו שכתוב עמיתך. אם אין חברך עמיתך הוא. מבואר שרשע גמור הוא בכלל עמיתך.

דבריו צ"ע, דבגמ' שבועות שם מבואר דעמיתך הוא מי שעמך בתורה ובמצוות. הגם שבגמ' שם איתא שעמיתך הוא ת"ח, וזה ודאי דבר שאי אפשר לומר שאין מצוה לדון את מי שאינו ת"ח, ובמקום אחר, בגמ' ב"מ (נט ע"ב) איתא דעמיתו דבלאו דאונאה הוא מי שאתך בתורה ומצוות, ובנימוק"י (ב"מ לג ע"ב מדפי הרי"ף) כתב דלמדים מזה דאין איסור אונאה אלא ביראי השם, משמע דלאו דווקא ת"ח, וכ"פ הרמ"א (שם סי' רכח ס"א), מכל מקום רשע גמור הוא בוודאי לא בכלל עמיתך.

שו"ר שהדברים מפורשים בביאור הלכה (סי' תרח ד"ה אבל אם מפורש). על מש"כ שבשו"ע (שם ס"ב) דאין למחות בנשים שאינן מקפידות להוסיף מהחול על הקודש בערב יוה"כ, דמוטב שיהיו שוגגות ולא יהיו מזידות, ועל מש"כ הרמ"א: ודוקא שאינו מפורש בתורה, אף על פי שהוא דאורייתא; אבל אם מפורש בתורה, מוחין בידן. כתב הביאור הלכה וז"ל:

ודע דמסתברא דמה שפסק הרמ"א בדבר המפורש בתורה חייב למחות דוקא שהוא

באקראי, אבל אלו הפורקי עול לגמרי, כגון מחלל שבת בפרהסיא או אוכל נבילות להכעיס, כבר יצא מכלל עמיתך ואינו מחויב להוכיחו. וכן איתא בתנא דא"ר פי"ח הוכח תוכיח את עמיתך ועמיתך שהוא אוהבך ושהוא עמך בתורה ומצות אתה חייב להוכיח אותו, אבל לרשע שהוא שונאך אין אתה חייב להוכיח אותו. והעתיק זה הגר"א בקיצור באדרת אליהו ע"ש. ולענין אוכל נבילות לתיאבון או מחלל שבת שלא בפרהסיא יש לעיין בדבר.

כ"פ בחפץ חיים (הל' לשון הרע כלל ד ס"ז) שמי שפקר בעבירה אחת יצא מכלל עמיתך ומותר לספר עליו לשה"ר.

ויש ליישב בדוחק, דהיה פשוט לגמ' דלענין עשיית דין אין למעט מעמיתך את הרשעים, דאם נמעטם, תלקה מידת הדין, וכמו שכתב הרשב"א שם בטעמא דהא דהדיין מצווה לדרון בעל דין קשה, דאם לאו תלקה מידת הדין. ואין לומר דמצווה לדרון נתבע רשע ואין מצווה לדרון תובע רשע, שבכל הדינים שנלמדו מהפס' "בצדק תשפוט עמיתך", אין חילוק בין תובע לנתבע, ששניהם בכלל עמיתך.

פרק ד': אין בית הדין נזקק לתובע שאינו מציינת לבית הדין

יש אחרונים הסוברים שבית הדין אינו צריך להיזקק כלל לתביעה של מי שאינו מציינת לבית הדין תורה.

בשו"ת תשורת ש"י (סי' תרלז) כתב שבית הדין אינו צריך להיזקק לסרבן, והביא ראיה ממאי דאיתא בגמ' (סנהדרין כח ע"ב - כט ע"א):

בני חמוה דמר עוקבא קרובים ונתרחקו הוו, אתו לקמיה לדינא. אמר להו: פסילנא לכו לדינא. - אמרו ליה: מאי דעתך, כרבי יהודה? אנן מייתינן איגרתא ממערבא דאין הלכה כרבי יהודה. - אמר להו: אטו בקבא דקירא אידבקנא בכו? דלא קאמינא פסילנא לכו לדינא אלא משום דלא צייתתו דינא.

וכתב בהג"א (סנהדרין שם סי' כג):

ואף על פי שהדין מצות עשה הוא, אף על פי כן במקום שאדם יודע שאינו נשמעין לו פטור מלומר להם הדין. ושמעין ממר עוקבא שלא רצה להזקק לדין דבני חמוה וקרוב ונתרחק הוה משום דלא צייתי דינא. מא"ז.

בשו"ת תשורת ש"י שם כתב שהרי"ף והרא"ש שלא הביאו את דברי הגמ' להלכה חולקים על ההג"א וסוברים, שאין כאן דין מיוחד לדיין שלא צריך לדרון את מי שאינו מציינת לבית הדין תורה, אלא דין כללי שמצווה שלא לומר דבר שאינו נשמע (עי' יבמות סה ע"ב), ויש סוברים שזו חובה שלא לומר דבר שאינו נשמע.

בשו"ת עזרת ישראל ט (סי' קטו) נשאל, האם מוטל על ביה"ד לדון בלי שהצדדים יחתמו על שטר בורות או בלי שתנתן ערכות שפסק הדין יקוים, במקום שיש חשש כזה. והשיב שביה"ד אינו צריך לדון בתביעה כזו, והביא ראיה מהמעשה דבני חמוה דמר עוקבא, שאין אנו נזקקים לדון את מי שמוחזק שלא יציית לדין, וכתב שכך שמע מרבו בעל החוות יאיר.

בשו"ת יוסף אומץ (סי' מז אות ד) כתב:

ועצומים כל הרוגיה זה שהגיע להוראה ואינו מורה. אף על פי כן אם יודע הדיין שאין דבריו נשמעים, מותר לו להסתלק עצמו מלדונם. כן יש ללמוד מעובדא דמר עוקבא... עכ"ל הרב מהר"ר אליהו ישראל ז"ל בנימוקיו כ"י. ומלשון מר עוקבא דאמר פסילנא לכו לדינא עד שמזה דנו שפסול משום קורבה והדר פירש להו דלא צייתי. מוכח דלא לבד שמותר לו לסלק עצמו כמ"ש הרב הנז', אלא דחובה עליו להסתלק.

אולם כל זה אינו נוגע לנדון דידן שבו לבית הדין יש סמכות לדון ולכפות, ודברי ביה"ד נשמעים, דבוודאי הא דהתובע אינו צאית דינא אינו סיבה שלא לדון בעניינו, כמו שהוטעם לעיל שאין כאן דין על הדיין שאינו מצווה לדון איש כזה, אלא דין כללי יותר שאינו שייך בבית דין רבני בארץ ישראל בזמן הזה.

פרק ה': בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין

עד כאן עסקנו בחובה המוטלת על הדיין לדון דין תורה, גם את מי שאינו שומר תורה ומצוות, ובכלל זה המסרב לציית לבית הדין. מכאן ואילך נדון בכלי הכפיה שביה"ד רשאי לנקוט בהם כנגד המסרב לציית לדין תורה.

איתא בגמ' מו"ק (טז ע"א):

ומנלן דמשמתינן - דכתיב אורו מרוז... דאכיל ושתי בהדיה וקאי בארבע אמות ידיה - דכתיב ישביה. ומנלן דפרטינן חטאיה בציבורא - דכתיב כי לא באו לעזרת ה'. ... ומנלן דמפקרינן נכסיה - דכתיב וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה. ומנלן דנצינן ולייטינן ומחינן ותלשינן שיער ומשבעינן - דכתיב ואריב עמם ואקללם ואכה מהם אנשים ואמרטם ואשביעם. ומנלן דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה - דכתיב הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורינן...

וכן פסק הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד הל' ו-י):

וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה. והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכשו, מכאן שהפקר בית דין הפקר. וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי, כדי לגדור פרץ כפי מה שיראה לו והשעה צריכה לכך, ויאמר שנידהו והחרימהו על דעתו ויפרסם חטאו ברבים, שנאמר אורו מרוז אמר מלאך ה' אורו ארור יושביה כי לא באו לעזרת ה'. וכן יש לדיין לעשות מריבה עם הראוי לריב עמו, ולקללו ולהכותו ולתלוש שערו ולהשביע באלהים בעל כרחו, שלא יעשה או שלא עשה, שנאמר ואריב עמם ואקללם ואכה מהם אנשים ואמרטם ואשביעם באלהים. וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ, שנאמר הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין. כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם.

הרמב"ם קובע שכלי האכיפה המפורטים בגמ' שם אינם העונשים הראויים לסרבן מצד הדין, ואף על פי כן דיין שרואה שהשעה צריכה לכך, רשאי להשתמש כנגד הסרבן בכלי כפיה אלו. על סמכותו של הדיין לענוש שלא לפי שורת הדין כתב הרמב"ם שם (ה"ד), ומקורו ממאי דאיתא בגמ' סנהדרין (מו ע"א):

תניא אמר רבי אליעזר בן יעקב שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על הסוס בימי יונים בשבת והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שהדין כך אלא שהשעה צריכה לכך. ושוב מעשה באחד שהטיח את אשתו תחת התאנה והביאוהו לבית דין והלקוהו, לא מפני שהדין כך אלא שהשעה צריכה לכך.

ופירש רש"י (סנהדרין שם):

שמעתי. מרבתי: שבית דין. מותרין להיות מכין מלקות ועונשין עונש מיתה שלא מן התורה: ולא. שיתכוונו לעבור על דברי תורה לבוד מלבם חיוב מיתה למי שאינו חייב אלא מפני צורך השעה: לעשות סייג. גדר: לא מפני שראוי לכך. דשבות בעלמא הוא מדרבנן: אלא שהשעה צריכה לכך. מפני שהיו פרוצים בעבירות שהיו רואין לחצן של ישראל שהיונים הם גוזרים עליהם גזרות והיו מצות בזויות בעיניהם: הטיח. בא עליה: תחת התאנה. מקום גלוי.

גם בשו"ת הריטב"א (סי' קפ) כתב שדיין רשאי להפקיר ממון לצורך שעה כדי לעשות גדר ותקנה, וז"ל:

ומיהו מה שכתוב בטענות קלארה שאין ב"ד עושין [תקנת הפקעת] ממון אלא לעשות שום גדר וסייג, זה אמת הוא, וכן כתב הרמב"ם ז"ל והרבה מן הגדולי ז"ל,

וגם הדעת מכרעת כן ואע"ף שיש מקום קצת להשיב על זה מההיא סוגיא דפ' האשה רבה...

סמכות ביה"ד לענוש - במקום שאין מלך

בביאור הא דבי"ד רשאי לענוש לצורך תקנת הדור, כתב הר"ן (דרשות הר"ן הדרוש האחד עשר) וז"ל:

ונמצא שמינוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד, שהם צודקים בעצמם, כמו שאמר "ושפטו את העם משפט צדק", ומינוי המלך היה להשלים תיקון סדר המדינה, וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה. ואל תקשה עלי מה ששנינו בפרק נגמר הדין (סנהדרין מו א) תניא ר' אליעזר [בן יעקב] אומר שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה... שנראה ממנו שמינוי הבית דין הוא לשפוט כפי תיקון העת והזמן. ואינו כן, אבל בזמן שיהיו בישראל סנהדרין ומלך, הסנהדרין [הם] לשפוט את העם במשפט צדק לבד, לא לתיקון ענינם ביותר מזה, אם לא שיתן המלך להם כוחו. אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות, כח השופט וכח המלך.

כלומר במקום שאין מלך, ביה"ד מקבל את סמכותו של המלך לתקן תקנות להסדיר את ענייני העם והמדינה. מדבריו נלמד, שבמקום שיש שלטון מתפקד, ביה"ד צריך למשוך ידו מעיסוק בעניינים שהם בתחום סמכותו של השלטון ולעסוק רק במשפטי התורה.

סמכות ביה"ד לענוש - על פי המלך

יש שהמלך מסמיך את ביה"ד לעסוק בתקנת העם והמדינה, ובכלל זה בדיני נפשות, כמו שכתב הר"ן (חידושי הר"ן סנהדרין כז ע"א):

אי ודאי קטל נפשא ליכיהינהו לעיניה. פירש רש"י ז"ל, ינקרו עיניו משום דבטלי דיני נפשות ולא היה יכול להמיתו במיתה האמורה בו, וקנסא הוא דקא עבוד ביה מפני שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה. ותימה הוא, דדין מכין ועונשין שלא מן התורה יותר חמור הוא ממה שהוא דין תורה, ויותר צריך דיינין גדולים ומומחין, והאיך אפשר לעשות זה בבבל שאין להם כח בדיני נפשות כלל, אפילו במה שהוא דין תורה. לפיכך פי' ה"ר דוד ז"ל שריש גלותא לא מכח ב"ד היה עושה שהוא לא היה דיינן אלא מכח המלכות, שדין המלכות לבער אנשי הרעות. והיה נותן רשותו לריש גלותא לעשות הדבר כפי דעתו.

ובמקו"א (שם מו ע"א) מפרש יותר:

ב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה וכו'. ... ומעתה נראה שאלו הב"ד העונשי' עונש מית' למי שאינו מחוייב לה בדרך הסייג, ראוי שיהיו הב"ד מומחין וסמוכין כשמעון בן שטח וחביריו, דיותר חמו' הוא זה מעונש דין תור' וכמו שכתבנו למעלה בפר' זה בורר גבי בר חמא קטל נפשא ליכהיון לעיניה. אבל במקומות שדנין דיני נפשות בח"ל לא יספיק להם טעם זה של מכין ועונשין דב"ד אלהים בעינן כדכתיבנא. אלא דאי אית להו הרמנ' דמלכא לדון דיני נפשות כפי דיני ישראל, נראה לומר שכל דין נפשות שדיניהם חייב מיתה מצד דין המלכות ובדינינו ג"כ חייב מית' בזה יכולין הם לדון מכח דהרמנותא דמלכא, וכדאיתא בפ' השוכר את הפועלים גבי ר' אלעזר ב"ר שמעון. אבל בדין שבדיניה' פטור ממיתה ובדינינו חייב ככה"ג ודאי אסור דב"ד מומחין וסמוכין בעינן, אבל בעינן מלשינים ומסירות כבר נתפשט המנהג להרגם כשהוחזקו במלשינים אפי' בחוצה לארץ מדין רודף.

דבריו צ"ב, דמה מועיל הא דלפי דיניהם מותר לדון דיני נפשות, אם לביה"ד דישראל אין רשות לפי דין תורה להרוג. ואפשר שאיש שחייב מיתה לפי דינא דמלכותא, שפיר דמי להורגו בבית דין של דין תורה, שהוא כמו גברא קטילא, ואכתי צ"ע.

בשו"ת הרשב"א (ח"ג סי' שצג - הובא בב"י חו"מ סי' ב) מבואר שרשות המלך אינה לעיכובא, וז"ל שם:

ולפיכך ברורים אלו אם עשו וראו שצורך שעה הוא לענוש גוף ולקנוס ממון לתיקון המדינה ולצורך השעה כדין עשו, וכל שכן בדאיכא הרמנא דמלכא וכענין רבי אלעזר ברבי שמעון בריש פרק הפועלים (ב"מ פג ע"ב).

מסתמת הפוסקים נראה, שהעיקר כדברי הרשב"א, דגם בלי רשות המלך, ביה"ד רשאי לענוש בכל עונש למיגדר מילתא ולצורך השעה. ועי' להלן, דכן מבואר ביש"ש (ב"ק פ"ט סי' ז).

דיינים שאינם סמוכים - אם עונשים בעונש הכתוב בתורה

מכל מקום, מבואר בר"ן שבי"ד של דיינים בבבל שאינם סמוכים - אינו רשאי לענוש בעונש הכתוב בתורה, וכע"ז בנימוק". נקדים את דברי הגמ' בסנהדרין (נב ע"ב), דאיתא שם:

אימרתא בת טלי בת כהן שזינתה הוה אקפה חמא בר טוביה חבילי זמורות ושרפה. אמר רב יוסף בתרתי טעה; טעה בדרב מתנא וטעה בדתניא "ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם" (דברים יז, ט) בזמן שיש כהן יש משפט, בזמן שאין כהן אין משפט.

וכתב הנימוק"י (שם טז ע"א מדפי הרי"ף):

כתבו המפרשים הוא הדין דהוה מצי למימר דטעה באחריתי דסמוך בעינן ואיהו לא סמיך. ואי קשיא והא קיימא לן (שם מו ע"א) דבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין כו', יש לומר דהתם סנהדרי גדולה הוו ורב גובריהו אבל בית דין דעלמא לא. ואף על גב דאמרינן בריש פרק שני דנדה (יג ע"ב) רב הונא קץ ידא מאדם אחד שהיה רגיל להכות את חבריו, ואמרינן בפרק זה בורר (סנהדרין כז ע"א) אי קטל נפשא ליכהיהו לעיניה, היינו לעונשו בקצת מה שחייבה עליו תורה, כגון שיכהו עיני ההורג שנתחייב מיתה וכיוצא בזה, אבל לחייבו לגמרי כדין תורה לא.

בד"מ (ח"מ שם אות א) כתב על דברי המפרשים בנימוק"י שלא נראה כן מדברי שאר הפוסקים, אלא שכל שהוא לצורך שעה ולעשות גדר – מותר לענוש כדין תורה. משמע מדבריו, שדעת המפרשים היא, שביה"ד אינו רשאי לענוש כדין תורה אלא רק פחות מכך, ואילו לדעת שאר הפוסקים, ביה"ד רשאי לענוש כדין תורה ממש, ודלא כדעת המפרשים. ונראה מדברי הד"מ שלדעת שאר הפוסקים גם ביה"ד של דיינים שאינם סמוכים, בחו"ל, כמו במעשה דחמא בר טוביה ורב הונא, רשאי לענוש בעונש מיתה, ודלא כר"ן שם.

בדרישה (ח"מ שם סק"א ד"ה אם רואין) האריך בביאור דברי הנימוק"י בשם המפרשים, וכתב שלדעתם שפיר דמי לענוש אפילו עונש מיתה ואפילו עונש חמור יותר על ידי גדול הדור או מי שקבלוהו עליהם, וכמו שכתבו הרי"ף והרא"ש, ומש"כ דבעינן דווקא סנהדרין גדולה, היינו כדי לדון את העבריין באותו העונש הכתוב בתורה על העבירה שעבר או על עבירה דומה לה, כגון שהוא שרכב על סוס בשבת וסקלו ראב"י, שהיה מן הסנהדרין בדור שאחר החורבן, ויכול היה לסוקלו שכן עונש סקילה למחלל שבת כתוב בתורה, ודנו את הרוכב כמחלל שבת וענשוהו בעונשו של מחלל שבת, ולזה בעי' סנהדרין גדולה דווקא דרב גובריהו, שיכולים לעשות כן גם לאחר חרבן הבית.

עוד כתב שם הדרישה, שהטור והרי"ף והרמב"ם חולקים על המפרשים בנימוק"י וסוברים שכל בית דין שיכול לענוש שלא מן הדין – כלומר בית דין דיין מומחה ברשות הנשיא או בית דין של ג' שקבלום עליהם בני העיר, ואפילו בית דין שבחו"ל – יכול לענוש בכל עונש, ובכלל זה בעונש מיתה הכתוב בתורה על אותה עבירה, ולא בעינן סנהדרין דווקא. וכ"פ בסמ"ע (ח"מ שם סק"ד) ובש"ך (ח"מ שם סק"ב).

בשו"ת הריב"ש (סי' רנא) נקט בפשטות דבית הדין רשאי לענוש בעונש מיתה, והוסיף חידוש, שאף על מעשה שאינו מחייב בעונש מיתה, כמו בנדון שם, שאדם נרצח על ידי שני אנשים – בשעת הצורך רשאי הדיין לענוש בעונש מיתה. ז"ל שם:

ומ"מ משום מיגדר מלתא, כיון שמת מביניהם, אם רואה אתה להמיתם כיון שעשו כן בשאט בנפש ביד רמה ובזדון, כמו שנראה שארכו לו בלילה וגם ביום

ובפרהסיא בפני טובי הקהל היו הולכין בכלי זיין כנגדו הרשות בידך. וכמ"ש הר"ם ז"ל (פ"ב מהלכות רוצח). ואף לאותו שאין בו עדים, רק ראיות חזקות ואמתלאות אמתיות, כההיא דראב"ש שהיה הורג באמתלאות ואם לא היו שם כ"כ חזקות.

ועצ"ש שהביא ראייה ממש"כ הרמב"ם (הל' רוצח פ"ב ה"ה) דבית דין רשאי לענוש בעונש מיתה את השוכר או שולח אדם להרוג, על אף שמצד הדין הוא פטור, דאין שליח לדבר עבירה, מ"מ במקום מיגדר מילתא שפיר דמי לעונשו במיתה.

ע"י גידו"ת (שער ס"ב אות ו) שכתב שמדברי הרמב"ם (הל' סנהדרין שם) קצת משמע כדעת הנימוק"י, דרק לסנהדרין גדולה יש רשות להלקות ולהרוג שלא מן הדין, ולכן כתב הרמב"ם בתחילה בית דין סתם, ואחר כך כתב בית דין שבכל מקום ובכל זמן. וכתב שמהבע"ת (שער ס"ב שם) משמע שבית דין בכל מקום ובכל זמן רשאים גם להלקות ולהרוג, ושברא"ש (ב"ק פ"ט סי' ה, יובא להלן) מבואר דלא כנימוק"י. עוד כתב הגידו"ת דלא מסתבר לומר דמש"כ הנימוק"י סנהדרין גדולה, היינו לאו דווקא והוא הדין גדול הדור או ב"ד שהמחוס רבים עליהם כמש"כ הרא"ש, עיי"ש הטעם.

הנה בשו"ת מהר"ם מלובלין (סי' קלח) כתב שני פירושים בדעת המפרשים בנימוק"י: א. כפירוש הד"מ, שבי"ד שאינו סנהדרין גדולה אינו רשאי כלל להרוג, והסכים עם הד"מ שלפירוש זה, אין הלכה כדעת המפרשים, שכן כל הפוסקים חולקים על דבריהם. ב. בדומה להבנת הדרישה, שלבית דין שאינו סנהדרין אין רשות להורגו במיתה הכתובה בו רק בכל מיתה אחרת שיבחרו כדי לבערו.

ובאורים (חו"מ שם סק"ב) כתב:

הרב בספר בני שמואל (כאן) כתב דיש להתיישב בדין זה הרבה לדון דיני נפשות ולשפוך דם ישראל, וכן נראה כיון דהדיוטות אנן ולא לזה שליחותיהו קעבדינן, וכ"כ הנימוק"י (סנהדרין טז, ב) לעשות עונש קרוב למיתה לקוץ יד וכדומה, אבל להמית לא מצאתי ראייה דיש כח ביד ב"ד של הדיוטות לעשותו, וראית הריב"ש (סי' רנא) מהא דבר חמה דקטל נפשא (שם כז, א) דאמרינן לסמיא לעיניה, והוא בגדר סכנות נפשות, מלבד דיש לדחות דאין דומה סכנה וחשש הריגת נפש לעשה מעשה ודאי להרוג את הישראל, אף גם מה סכנה יש בסמיית עין, הלא ידוע נימוס כל אנשי מזרח בעשותם משפט במורדים הפרתמים, שיעמוד נגד מראה לטושה ממתכת והיא נגד השמש והוא בעומד לנגדו מכוון נגד עינו, אז קוי אור יבוא לעין ויסירו ממנו הראות והוא סומא בתכלית בלי נזק בכל גופו, ולכן צריך להתיישב הרבה בפרט בזה"ז. ואפילו לדעת הריב"ש לא נראה אלא ברוצח כעין מעשה שם שהרג בשאט נפש, וא"כ כיון דקיי"ל (מכות יא, ב) דמצוה ביד גואל הדם להורגו ורשות [ביד כל אדם] וכו' א"כ הכל נעשים עליו גואל הדם, ואף שאין רשות ביד

גוא"ד להרוג רק אחר שנגמר דינו בב"ד, כמש"כ הרמב"ם פ"א מהל' רוצח ה"ה, וא"כ בזה"ז דליכא ב"ד ליכא דין גואל דם, מ"מ בזו ודאי למגדר מילתא אמרינן דיש לו אף בזה"ז דין גואל הדם, אבל בשארי עבירות קשה להתיר לשפוך דם...

כותב האורים שלמעשה יש לחשוש ולהימנע מעונש בנפשות. ואף לאחרונים שפוסקים שמותר לענוש בנפשות, יש לעשות במיתון לאחר בירור וליבון ולכוון לש"ש ועל פי זקני העיר, כמו שכתב הרשב"א (ח"א סי' שצג, ח"ב סי' רצ). ובברכ"י (ח"מ שם קונטרס אחרון אות א) כתב דיש לשקול גם את טובתם של ילדיו, דאם יהרג וילדיו יצאו לתרבות רעה. עוד כתב (שם אות ג) שהעונש צריך להיות לפי הנחוך ליירא את העם ולמיגדר מילתא, ואין להוסיף עליו.

בשו"ת שכותב יעקב (ח"א סי' קל) כתב דרך בעונש מיתה סברי המפרשים דאין לדון באותו עונש, אך בשאר עונשים, ובכלל זה בעונש ממון, שפיר דמי לענוש בעונש הכתוב בתורה, וכ"כ הברכ"י (ח"מ שם אות ג) בדעתם. והביא פירוש המהר"ם לובלין והדרישה בדעת המפרשים, ודחאו וכתב שהעיקר כפירוש הד"מ בדעת המפרשים, שביה"ד בעלמא אינו רשאי לענוש בעונש מיתה כלל, ושכ"כ בחידושי רבינו יונה (סנהדרין שם). יש אחרונים שרצו לדקדק כך בדברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד הל' ד-י, יועתקו להלן) שכתב שיש לדיין תמיד להפקיר ממון, משמע שמה שכתב לעיל שבית הדין רשאי להלקות ולהרוג, אינו תמיד, כלומר אינו בזמן הזה. הברכ"י (ח"מ סי' ב סק"ג) דחה דבריהם וכתב שהעיקר כמו שכתב הטור ומרן השו"ע (ח"מ שם) בדעת הרמב"ם. עוד שם, הביא את דברי הר"ן, ומסיק שהעיקר להלכה כדעת הטור, דגם בזמן הזה וגם במקום דליכא הורמנא דמלכא, ביה"ד רשאי לענוש במיתה.

בספר החפץ חיים לגר"ח פלאג"י (סי' ע אות ב) אסף דעת הפוסקים שסוברים שגם בזה"ז עונשים עונש מיתה, וכתב שזו דעת כל האחרונים להלכה. עם זאת העתיק לשון שו"ת מהרשד"ם (ח"מ סי' ה) שכתב:

והאמת כי בזמן הרע הזה אין בנו כח לדון דיני נפשות, אבל מ"מ יש לכל קהל וקהל מישראל לעשות קרוב לדין, להעניש עושה רע כזה או יוצא מחמת ידו דבר כיוצא בזה.

והנה מהא דהמהרשד"ם לא הקדים והביא שם את דברי הגמ' והפוסקים דבי"ד מכין ועונשין בזמן הזה, משמע דאין כאן הכרעה הלכתית כדעת הר"ן והמפ' בנימוק"י. ויותר נראה שרצונו לומר שאין בנו כח לדון דיני נפשות לפי דין המלכות. ואולם מדברי הגר"ח פלאג"י שהעתיק דבריו נראה שיש כאן הכרעה הלכתית דאין אנו רשאים לדון דיני נפשות בזה"ז, וצ"ע.

י. וכתב דמהאי טעמא פשיטא לגמ' בסנהדרין (נב ע"ב) במעשה דאימרתא בת טלי שהעונש של שריפת גופתה לא היה משום מיגדר מילתא, שאין תוספת מיגדר מילתא בשריפת הגופה יותר מעצם ההריגה. ועי' להלן, ביאור נוסף בשם האורים על האי פשיטותא.

לעיל הבאנו את דברי הגמ' בסנהדרין (סנהדרין כז ע"א) בכר חמא דקטל גברא, ואמר ר"ג לרב אבא בר יעקב: פוק עיין בה, אי ודאי קטל ליכהויהו לעיניה. ולדעת רוב הפוסקים שסוברים שבית דין רשאי לענוש עונש מיתה בזמן הזה, קשה מדוע לא אמר ר"ג להורגו. ונאמרו כמה ישובים:

בשו"ת הריב"ש (סי' רצא) כתב שיכול היה להורגו אך לא נצרך לזה באותו מעשה, וז"ל:

וכן גבי בר חמא קטל נפשא ואמ' ר"ג אי ודאי קטיל נפשא ליכהויהו לעיניה, לפי שראה לפי צורך השעה שדי בסימוי כזה לא צוה להרגו, ומכל זה היה בסימוי העינים סכנת מיתה דשורינא דעינא בליכא תלו.

במהר"ם מלובלין שם יישב על פי מש"כ רבנו ירוחם, וז"ל:

ועוד לפי מה שנרא' מלשון רבינו ירוחם יש עוד לתרץ שהוא עובדא דר"ג באופן אחר, שכת' רבינו ירוח' אהיא דב"ד מכין ועונשין שלא כדין וכו'. וז"ל וכל זה אפילו בח"ל ואפי' בלא התראה וכו' ואפי' דליכא עדות ברורה כל שנרא' לדיין לעשו' עושה. וכתב עוד מי שהרג. דייני ח"ל יכולין לקטוע לו אבר או לסמות עינו אפי' בלא התרא' או דאתחבוש בבדיקו' וכו' עכ"ל. ויש מקום בדבריו לומר דר"ל דהיכא דליכא כאן עדות ברורה וגמור' שהיו דנין אותו במיתה ע"פ אותן עדיות בזמן שהיו דנין דין נפשות, אז על כל פנים יכולים לקטוע לו אבר או לסמו' עינו. אבל היכא דיש כאן עדות גמור' יש להענישו אפי' בעונש מיתה. והשתא יש לישב ההיא עובדא דר"ג דהכי קאמ' פוק עיין אי ודאי קטיל נפשא וכו' ר"ל אפי' לא יהא לך עדות גמור' ע"פ התורה אלא שיהיה בדעתך ברור ודאי קטל נפשא, מ"מ אפי' הכי על כל פנים לכהויהו לעיניה. אבל אין הכי נמי אם היה שם עדות גמור' היה מצוה שיענשוהו עונש מיתה.

לסיכום: לדעת רוב הפוסקים, בית דין שרשאי לענוש שלא כדין, רשאי לענוש גם בעונש מיתה הכתוב בתורה, ויש סוברים שרשאי לענוש בעונש ממון ולא בעונש מיתה.

בית דין עונשים שלא מן הדין - תקנה קבועה או הוראת שעה

הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ד) כתב:

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה. ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם. הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות.

ועוד (הל' ממרים פ"ב ה"ד) כתב:

ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו לפי שעה, אף על פי שהוא קטן מן הראשונים שלא יהו גזרות אלו חמורין מדברי תורה עצמה, שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקרו הוראת שעה, כיצד בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה, מכין ועונשין שלא כדין, אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך הוא. וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים, עושין לפי מה שצריכה השעה, כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו [כולם]. כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה.

הרמב"ם סובר שאין רשות לבית דין להורות הלכה נגד מה שכתוב בתורה, אלא להורות רק למעשה שיש לנהוג נגד דין תורה, בין בהכאה וענישה שלא מן הדין ובין בהתרת איסורים וביטול מצוות יא.

וכ"כ רש"י (סנהדרין שם ד"ה ולא): "שיתכוונו לעבור על דברי תורה, לבוד מלבם חיוב מיתה לשאינו חייב, אלא מפני צורך השעה". וכן כתב בפירושו יד רמ"ה (סנהדרין שם).

ועל אף שלכל אחד מהעונשים, המפורטים בגמ' במו"ק שם, שבית דין רשאי להעניש סרבן, יש מקור מפוסק – סוברים הראשונים שאין להורות ההלכה כן, שעל מעשה כזה יש עונש כזה, כדי שלא ילמדו מזה לדורות, אלא ביה"ד רשאי להעניש בעונש שנראה לו שהוא צורך השעה, מבלי לקבוע הלכה בענין.

הט"ז (חו"מ שם ויו"ד סי' קיז סק"א) כתב דמש"כ הרמב"ם שביה"ד אינו רשאי לעבור על דברי תורה, רצונו לומר שאינו רשאי להורות לעשות דבר שמפורש בתורה שהוא אסור, שכלל הוא שחכמים רשאים לאסור דבר שלא כתוב בתורה לאיסור ולא כתוב להיתר, ובדבר שכתוב בתורה שמותר, חכמים אינם רשאים לתקן ולאסור.

והנה בהל' ממרים שם, כתב הרמב"ם במפורש, שביה"ד רשאי לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה, אלא צריך לומר בכוונת הט"ז כדלעיל, ביה"ד אינו רשאי להורות הלכה ולקבוע שמותר לעשות דבר שמפורש לאיסור או לאסור המפורש להיתר, אלא רשאי להורות לצורך שעה בלבד לעשות כנגד דין תורה. ובמקום שאין איסור מפורש או היתר מפורש, רשאים חכמים להורות אף לדורות אסור או מותר. עיין שד"ח (כללים מערכת י אות כ) שכתב בשם החת"ס, שחידושו של הט"ז נמצא במקור קדום יותר, בכס"מ (הל' מלכים פ"ג ה"ז) שכתב, מלכי בית דוד לא היו מורים לעצמם את הדין שאין הם דנים ואין דנים אותם, שלא רצו לפעול

יא. עיי' בספר החפץ חיים לגר"ח פלאגי (סי' ע אותיות ה, לד-מ, מה, מו), האם מותר לביה"ד לדחות את הסרבן בשתי ידיים ושלא למול את בנו ולקבורו.

בניגוד למפורש בפסוק (ירמיהו כא, יב) "דינו לבוקר משפט", ואפילו כשאירעה תקלה מחמת הנהגה זו, כמו במעשה דינאי בגמ' בסנהדרין (יט ע"א). והלח"מ חולק על הכס"מ וסובר שכשאירעה תקלה, שפיר דמי להורות בניגוד למה שכתוב במפורש בפסוק. וכתב החת"ס דאפשר שבמקום שיש ענין של סייג וגדר, יודה הלח"מ לכס"מ שאין להורות ההיפך מן הכתוב בתורה, ולא חלק על הכס"מ אלא במקום שאירעה תקלה שלדעתו שפיר דמי להורות ההיפך ממה שכתוב בתורה.

בגדר הוראת שעה, יש לעיין האם ביה"ד רשאי להורות בכל מקרה לגופו או שביה"ד רשאי לתת הוראה כללית כיצד לנהוג במצב מסוים, אלא שעל ביה"ד לקצוב את ההוראה בזמן או לקבוע שההוראה קיימת כל עוד המצב מצדיק לנטות מדין תורה.

הנה ז"ל שו"ת הרשב"א (ח"ג סי' שצג, הובא בב"י חו"מ שם):

רואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הם לקנוס ממון או לענוש עונש הגוף כפי אשר יראה להם, וזה מקיום העולם שאם אתם מעמידים הכל על הדינים הקצובים בתורה ושלא לעשות אלא כמה שענשה תורה בחבלות וכיוצא בהם, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה וכמו שאמרו ז"ל (ב"מ ל:): לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה, וכל שכן בחוצה לארץ שאין דנין דיני קנסות ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, ונמצא העולם שמש. וכבר קנסו ז"ל קנסות במכה את חברו ביד או בארכובא כדאיתא ריש פרק המניח (ב"ק כז:): ואף על פי שאלו דיני קנסות ואין דנין אותן בבבל, מכל מקום בכל מקום ומקום דנין לעתים לכיוצא בהן לגדור את הדור... וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום מקום שרואין שהשעה צריכה לכך וליסר השוטים והנערים המטים עקלקלותם...

כותב הרשב"א שתקנת חז"ל לענוש את המכה את חברו היא על פי ההלכה דבי"ד מכין ועונשין וכו', ותקנה זו היא תקנה לדורות בכל מקום שדנים דיני קנסות. גם הלשון: לגדור את הדור, וכן כתבו עוד ראשונים שביה"ד מכין ועונשין לגדור פרצת הדור, מלמד שביה"ד רשאי לקבוע תקנה שתתקיים כל עוד מצבו של הדור מצדיק זאת. כן נראה מדבריו, שבמקום ובזמן שאין לביה"ד רשות לענוש בעונשים הכתובים בתורה, כגון עונש קנס בבבל, רשאי ביה"ד לקבוע עונשים שלא לפי דין כדי לגדור את העולם. משמע דגם קודם שנעשה מעשה, ביה"ד רשאי לקבוע שהעושה כך יענש בכך כדי להרתיע את קלי הדעת. ברם ברור, שאין כוונת הרשב"א לבטל את ההלכות שנפסקו בטוש"ע (חו"מ סי' א), שיש דברים שלא דנים בהם בזמן הזה, אלא רוצה רק לאפשר לביה"ד שיקול דעת, לתקן תקנות כאשר רואים שקלי דעת מנצלים את המצב ההלכתי ופורצים גדרו של עולם.

לסיכום:

בית הדין הרשאי לענוש שלא מן הדין – רשאי להורות הוראה למעשה בלבד, ואינו רשאי להורות הלכה לדורות.

יש סוברים שביה"ד אינו רשאי להורות נגד מה שכתוב במפורש בתורה, ויש סוברים שגם במקום שיש חשש תקלה, ביה"ד אינו רשאי לעשות כן. ונראה שגם לסוברים כן, ביה"ד רשאי להורות לנהוג למעשה נגד דין תורה, ואינו רשאי להורות שכך ההלכה.

בגדר הוראת שעה, נראה שביה"ד רשאי להורות הוראה כללית שעל מעשה מסוים ניתן עונש מסוים, והוראה זו יכולה להתקיים לדורות, ובלבד שיהיה ידוע שאין מדובר בשינוי של הלכה אלא בתקנה.

מיגדר מילתא

הפוסקים דנו איזה מצב נחשב למיגדר מילתא, ובו ביה"ד רשאי לענוש שלא מן הדין.

למעלה הבאנו את דברי הרשב"א שכותב שכאשר יש חשש שייפרץ גדרו של עולם והציבור כולו יינזק, רשאי ביה"ד לענוש שלא מן הדין.

בשו"ת הרא"ש (כלל יח סי' יג) נשאל על אלמנה אחת שנישאה לישמעאלי ונתן המושל שם רשות לבית דין לדונה כדין ישראל. וכתב השואל שבכל הקהילות מרננים על מעשיה, ויש ענין להרתיע נשים אחרות שלא יעשו כמעשיה בגלל שמדובר בדבר כ"כ מפורסם, והציע לעונשה בעונש הבא:

ומה שעלה בדעתי מפני שהענין כל כך מפורסם ליסרה כדת מפורסם לחתוך חוטמה כדי לשחת תאר פניה שקשטה בפני הבועל ושתפרע לאדוני העיר קצת ממון... תשובה... יפה דנת ליסרה כדת וחתכו חטמה כדי שתתגנה על מנאפיה, ודבר זה יעשו פתאום כדי שלא תצא לתרבות רעה, ולפי עושרה לקנסה בממונה.

וכ"פ הרמ"א (אה"ע סו"ס קעז).

בש"ך (חו"מ שם סק"א) ציין לשו"ת מהר"ם מלובלין שם שכתב וז"ל:

אבל נרא' לי פשוט שלא לבד זה בשכבר רבים מן כלל העם פרוצי' באותה עבירה הוא נקר' צורך שעה... וזה אינו אלא אפי' היכי שבשעבר לא היו העם פרוצי' בעבירה זו אלא שרואים הב"ד שאם לא יענשו זה בדינא רבה, כמיתה וכיוצא בזה, יהיה סבר שמהיום ולהבא יהיו העם פרוצים בעבירה זו וינהגו בה קלות, גם זה מקרי שהשעה צריכה לכך שהרי חזינ'... בתשובו' הרא"ש... כן בהוא מעשה

מהאלמנה שנתעבר' מן העכו"ם שהתיר לחתוך חוטמה ולהשחית תואר פניה, ולא מפני שהיו העם פרוצי' בעבירה זו עשו כן, אלא למען שלא יצא דבר הזונה על העכו"ם להבזות דתינו ולמען תשמענה כל הנשים ולא תעשנה כזאת, כאשר מבואר שם באותה תשובה. וגם היכא דליכא לא זה ולא זה, אלא שרואי' הב"ד שאיש זה הוא משורש ורגיל בעבירה זו, ושבודאי שיעש' עוד לרבי' כמעשי' שעשה מבואר בגמר' שקנסו וענשו אותו שלא מן הדין משום מגדר מילת', כדחזינן בההו' גזלנ' עתיק'... וא"כ על כרחינו ההיא תשוב' הגאו' שכתב הטור סימ' תכ"ה... דמשום דמגדר מילתא דיחידאי לא קנסינן אלא לעשות גדר לדבר שיש בו גדר צורך רבים... עכ"ל. א"ל דר"ל דכשאותו היחיד לבד פרוץ באותו עבירה כבר לא קנסינ' משום מגדר מילתא... אלא הכי פירושו היכי שלא יגיע מזה שום פרצה לרבים כי אם ליחיד לבדו אז לא קנסינ', אבל היכי שיגיע מזה פרצה לרבים אפי' היכי שלא היה פרוץ בה כבר אלא אותו יחיד לבדו, אלא שע"י שלא יענישוהו יגרום שיהיו רבים פרוצי' באותה עביר' או יגיע מזה היזק ופרצ' לרבים, כיון שצורך רבים הוא קנסינ' לעשו גדר לפי צורך השעה...

גם מה שכתבת וז"ל, ואי משום שהרבה להחציף להרוג בשאט נפש וחילל שבת והרג שתי נפשות, לא מצינו בשום מקום בגמרא ובפוסקים שיהיה הדבר תלוי בזה אלא הכל תלוי בצורך שעה לתקון הדור אם צריך לכך. לא בעני' אותו החט' אם גדול או קטן ואם במזי' עכ"ל. הלא מדברי הריב"ש סי' רנ"א מבוא' בהדיא דתלינ' ג"כ בזדון ובאשמ' החוטא וברוב פשעו כחטא ההוא, שהרי כתב הרי"ב ש וז"ל ומ"מ משום מגדר מילת' כיון שמת מביניה' אם רואה אתם להמית' כיון שעשו כן בשא' נפש וביד רמה ובזדון כמו שנראה שארבו לו בלילה וגם ביום ובפרהסיא בפני טובי הקהל היו הולכין בכלי זיין כנגדו הרשות בידך עכ"ל. הרי מבואר שתלה הענין הרבה בגודל אשמת החוטא באותו חטא. והטעם נגלה ופשוט ומבואר מעצמו, כי יותר שהחוטא הרבה להזי' ולפשווע לעשו' אותו מעש' הרע בזדון ובפרהסי' והרבה בחלול השם באותו מעשה הרע שעשה, אז יותר ויותר צריכין למגדר מילת' השעה והשעה צריכה לכך לענשו אפי' שלא מן הדין. שאם יקילו בעונשו על הפשעים הגדולים שעשה יהיה בזה חילול השם ויהיה סבה שמהיום ההוא והלאה יהיו העם פרוצים בעבירות כיוצא באלו, ויגיע מזה פרצה לרבים. וצורך רבים הוא לגדור הפרצה ההיא להרבות בעונשו, כאשר הענין מבואר מעצמו. וזה נראה פשוט בעיני.

ועתה אהובי בנדון דידן במעשה המכוער הנזכר... שמתוך דבריך נזכר שגם באשתק' נעש' באותו גבול מעש' רע כזה ויצא בולא כלום ויתרבו המתפרצי' ח"ו. נוסף על זה שכיון שנתפרס' זה הענין הרע בין העכו"ם וגם הפושע הנזכר יושב במאסר בין העכו"ם, אם יניחוהו בחיים יהיה בזה חילול השם. דוגמ' הענין שכתובת הרא"ש כנזכר למעל'. גם יבאו העכו"ם להקל בנקמת שפיכת דמם של

ישראל חלילי' וחס וק"ל. ומה שאמרת לחסרו אברים כנזכר בדבריך. הלא אפשר שיבא מזה פרצה גדולה מזו שיבא להמיר דתו אחר כך ויהיה לקוץ מכאיב לשונאי ישראל...

תשובה זו היא יסוד מוסד בדינים אלו, ונאמרו בה כמה הלכות:

ביה"ד רשאי לתקן ולגדור פרצת הציבור או פרצה של יחיד שגורמת פרצה לציבור, אבל לא פרצה של יחיד שאינה גורמת פרצה לציבור.

ביה"ד רשאי לתקן ולגדור גם כאשר באותה שעה הציבור גדור באותו ענין, ויש חשש שאם ביה"ד לא יענוש את העבריין, אנשים יראו כך ויעשו כמעשיו ואותו ענין ייפרץ בעתיד.

על ביה"ד לתת משקל לדרך שבה נעשה המעשה בחוצפה ובפרסום, כי יש לזה השפעה על הציבור שרואה אדם שנוהג כך ולא נענש כראוי.

על ביה"ד לתת משקל לאופן שבו הגויים רואים את הטיפול של ביה"ד של ישראל בפושעים, דאם הגויים יראו שביה"ד אינו מטפל בהם כראוי, עלול להיות חילול ה' ופגיעה בציבור.

כבוא ביה"ד לבחור עונש לאדם אלים, עליו לתת משקל לנזקים עתידיים שייגרמו לציבור אם אותו אדם יישאר בחיים.

מה שכתב [סעיף ד] שעל ביה"ד לשקול את מה שיאמרו הגויים על ביה"ד של ישראל, יש לזה מקור נוסף בתשובת הרא"ש (כלל יז סי' ח) שנשאל על ישראל אלם שגידף כלפי מעלה, והדבר הובא לידיעת המושל הישמעאלי, והסכים לתת את משפטו ביד ביי"ד של ישראל, ושאלו פי הרא"ש, והשיב:

הפלאתם לשאלני בדיני נפשות, כי בכל הארצות ששמעתי עליהם אין דנין דיני נפשות לולי פה בארץ ספרד. ותמהתי מאד בבאי הלום איך היו דנין דיני נפשות בלא סנהדרין, ואמרו לי כי הורמנא דמלכא הוא. וגם העדה שופטים להציל כי כמה דמים היו נשפכים יותר אם היו נדונים ע"י הערבים, והנחתיה להם כמנהגם, אבל מעולם לא הסכמתי עמהם על איבוד נפש. אמנם אני רואה שדעת כלכם מסכמת לבער זה הרע מקרבכם. ובודאי חלל השם בפרהסיא, וכבר נשמע הדבר בין הישמעאלים והם מחמירים מאד במדבר נגד דתם ואמונתם. וניתוסף החילול אם לא יעשו בו כדנין בשביל מיגדר מילתא, וגם כן ראוי הוא שיתקדש השם בענש הרשע הזה... ועשו בו כטוב בעיניכם. ואם הייתי בהסכמתכם דעתי היתה נוטה שיוציאו לשוננו מפיו ויחתכו רוב המדבר שבלשונו ותאלמנה שפתותיו. ובדבר הזה ימורדו לו כפעלו וזאת היא נקמה מפורסמ' הנראית בכל יום לעינינו.

במה שכתב, לענוש יחיד פרוץ לא הוי מיגדר מילתא, יש מו"מ באחרונים; ז"ל השו"ע (חו"מ שם ס"א):

כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא"י, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה) (טור), היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין דבר עדות גמורה.

וכתב הסמ"ע (שם סק"ג):

דאף דאין כל העם פרוצים אלא יחיד מהם, יכולים לענוש אותו היחיד ולקנסו שלא מן הדין כפי ראות עיניהם, אלא כשהעם פרוצים יכולים לתקן ולגדור כלל העם ולענוש את כל אחד שיעבור על תקנתם, אף שלא ראו אותו האיש שהיה פרוץ במעשיו, אלא כדי לגדור העם.

וכ"פ הש"ך (שם סק"ב) והנתיבות (שם חידושים סק"א) והאורים.

באורים שם העתיק לשון הסמ"ע, וכתב:

ובפרישה לא ראיתי ראייה, דודאי אין יכולים לעשות דבר חוץ לדין אלא בצורך שעה, ואם אחד פרוץ ולא רוב העם מה צורך יש שנעשה עם הפרוץ שלא כתורה, ולמה נעשה שלא כדין, בשלמא כשהרוב פרוץ יש כאן צורך שעה למען נוסרו שארי האנשים, אבל זולת זה לא הבנתי מה צורך שעה יש. ולכן נ"ל ליישב קושיית הנימוק"י... ואנן דלא קיי"ל כתירוץ שלו כמש"כ השו"ע דאף בזה"ז מכין ועונשין וכו', וא"כ קושיא שלו במקומו עומד, אלא דשם לא היה הדור פרוץ בזנות ח"ו והיא לבדה בת כהן שזינתה, וא"כ מה צורך שעה לעשות אתה חוץ לשורת הדין להמית אותה בב"ד בלתי סמוכים ולכך אמר"י דטעה, וזה פשוט. וצ"ל דכוונת הסמ"ע דרואין אף שעדיין אין הדור פרוץ אם יניח להעובר בלתי עשות בו משפט חרוץ ילמדו ממנו קלי דעת ויבואו להתפרץ ולהרים יד בתורה חס ושלום, ואף זהו צורך שעה, והיא היא דפרוצים בעריות לאו דוקא רק חשש דיבואו להתפרץ בעריות ח"ו, ובדברי הרמב"ם פ"ב מהל' רוצח (ה"ה) משמע דכל שאין צורך שעה רק להפחיד העם ולאיים על שאר רשעים שלא יאמרו הריני עושה כמו פלוני, אין דנין מיתה רק שום עונש אחר, אבל לצורך שעה דנין דין מיתה, וצ"ל פירושו דהעם פרוצים בעבירה זו.

ברמב"ם הל' רוצח שם, בדין מי שרצח על ידי שליח או בגרמא, דחייב מיתה בידי שמים ואינו חייב מיתה בית דין, כתב וז"ל:

הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לחזק הדבר, הרי בית דין חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה ולאסור אותן במצור ובמצוק שנים

רבות ולצערן בכל מיני צער, כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים, שלא יהיה להם הדבר לפוקה ולמכשול לבב, ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר.

כותב האורים, שיחיד פרוץ שעלול לגרום לאחרים לעשות כמוהו, ראוי לעונש כדי למנוע את פרצת העם. ובסמ"ע שם נראה שראוי גם לעונש מיתה, וברמב"ם בהל' רוצח נראה שראוי לכל עונש מרתיע חוץ ממיתה. ולפי דבריו, מש"כ השו"ע שם שהעם פרוצים, היינו שפרוצים כעת בעבירה זו, אפשר לענוש בעונש מיתה, וכשהעם אינם פרוצים כעת, ויש חשש שיחיד פרוץ יגרום לפרצה בעם, אי אפשר לענוש בעונש מיתה, אך אפשר לענוש בעונשים אחרים הקרובים לעונש מיתה.

במהר"ם מלובלין שם הביא את דברי הטור (שם סי' תכה) בשם הגאון שכתב:

דמשום דמיגדר מילתא דיחידא לא קנסינן אלא לעשות גדר לדבר שיש בו צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה.

ובפרישה (חו"מ שם סק"ב) כתב:

ונראה דהכי פירושה דגירסא זו, דכך השיב אל תתנו יד לפושעים שלא לענוש כלל. ולא כמו שפירשו רבותינו דאפילו משום מיגדר מילתא דיחידא קנסינן, אלא דוקא לצורך רבים. והאי מגדר מילתא לצורך רבים מתחלק לשני חלקים, הן בדברים שבינו לבין המקום, כהיא דרוכב בשבת והמטיח באשתו שאשתו מותרת לו אלא שעשה פריצות גדולה, והן בינו לבין חבריו והיינו כי הך עובדא דקאי עלה שהרג לחבריו.

במהדיר שם העיר דדברי הסמ"ע לכאורה סותרים זא"ז. ולפי מש"כ האורים שם בדעת הסמ"ע א"ש.

בב"ח (חו"מ שם) כתב להדיא דגם כשאין צורך שעה מותר לענוש יחיד פרוץ, וז"ל:

ומ"ש כל אלו הדברים וכו'. פירוש שזה העובר צריך לענוש בכך לפי שהוא רשע גמור כהא דרב נחמן דקנסיה לההוא גברא משום דגזלן עתיקא הוי, אף על פי שאין השעה צריכה לכך, אי נמי שהשעה צריכה לכך שהעם פרוצים בעבירות... אף על פי שזה אינו צריך לכך, שלא היה רגיל בכך אלא עכשיו הוא שעבר עבירה זו, אפילו הכי קנסינן ליה.

בשו"ת הרא"ם (סי' מו), הביא דבריו הגר"ח פלאגי' שם אות 1) כתב:

גם שיהיה הקנס שהוא גדר שהוא צורך לרבים, לא בדבר שהוא גדר ליחיד כמו שכתב הטור בחושן המשפט בסופו.

ע"י להלן, תשובת המהריט"ץ (החדשות סי' קפ) בעד שהעיד בערכאות נגד ישראל חברו, דנראה מדבריו דעל אף שהענין של עדות בערכאות לא היה פרוץ אצל הציבור, אם נראה לדיין שהעדות הזו תגרום לפרצה באיסור להעיד בערכאות, מותר לדיין להעניש ולקנוס את העד.

בשו"ת שער אפרים (סי' עב) דן בתקנה שעשו כמה קהילות, ובה המבטל שידוך יענש שאף אחד מבני הקהילות לא יתן לו את בתו. התקנה לא היתה מוסכמת על כל בני הקהילות, ונכפתה על המיעוט בידי הרוב. בדבריו דן בדברי הראשונים והמהרי"ק (סי' א) שהביא הרמ"א (חו"מ סי' ב), דהקהל אינו רשאי לתקן תקנה שאינה מוסכמת על הכל אלא אם כן יש בה משום מיגדר מילתא, ובדברי המהרי"ק סי' קפ, דמיגדר מילתא היינו שהדור פרוץ בדבר שהוא מדיני שמים, וכתב שתקנה שלא לבטל שידוך אינה בכלל מיגדר מילתא, שביטול שידוך אינו דבר שכיח שהדור פרוץ בו, ואין בביטול שידוך ענין של דיני שמים, על אף שהמבטל שידוך מבייש בת ישראל, זה חלק מההסכמות שכל אחד מהצדדים יהיה רשאי לחזור בו ולשלם קנס, ועל דעת כן התקשרו ביניהם, שיוכלו לחזור בהם, בפרט כשיש טעם לחזרה.

עוד כתב שם, שבדבר שהוא מדיני שמים, יש להעניש גם אדם פרוץ אחד, וכמו שכתב הרא"ש (ב"ק פ"ט סי' ה) בביאור הגמ' (ב"ק צו ע"ב) במעשה דר"נ שקנס גולנא עתיקא, שהוא מן הדין דבי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין.

בפת"ש (חו"מ שם סק"א) ציין לשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' קמה) שדן במי ששכר עד שקר, והעד חזר בו ולא העיד, ותבע מהעד שישכיר לו את מה ששילם לו עבור עדות השקר. דן שם האם יש לקנוס את התובע שלא יקבל בחזרה את כספו, וכתב וז"ל:

משא"כ בנדון דידן דליכא מגדר מילתא, דאם הוא הוחזק לשכור עדי שקר כל ישראל מי הוחזקו: ועיין בתשובת שער אפרים בסי' ע"ב דלא שייך מגדר מילתא אלא היכא דיש לחוש לקלקול רבים שהדור פרוץ. ואף שבספרי פסקי האחרונים ומשפטי יעקב העלתי עיקר בסי' בי"ת דאף כשהיחיד רגיל בדבר עבירה או שעשה דבר עבירה בפרסום במידי דשכיח, גם כן מקרי מגדר מילתא ורשות לב"ד לקנסו, וכמבואר ג"כ בתשובת מהר"מ מלובלין סי' קל"ח. מ"מ בנדון דידן שלא עשה העבירה מתחלה כלל בפרסום, וגם אינו מוחזק לכך, מי יימר דאיכא מגדר מילתא לקנסו בכך.

ובתשובה אחרת (ח"א סי' קל) כתב:

כלל העולה דנראה דמותר לענוש עונש חמור אף בזמן הזה, כל שיש מגדר מילתא בדבר, כגון שהדור פרוץ או אפי' יחיד רגיל בדבר עבירה או שעשה דבר עבירה בפרסום. כן מבואר מדברי הסמ"ע והש"כ ובתשובת מהר"מ מלובלין סי' קל"ח ובתשובת בית יעקב סי' קכ"ט... ודלא כנראה קצת בתשובת שער אפרים סימן ע"ב דדוקא מידי דשכיח בעינן...

תשובת המהר"ם לובלין הובאה לעיל, ומבואר שם דאין לענוש יחיד פרוץ שאינו גורם שהציבור יהיה פרוץ. נראה שכוונת השכות יעקב ליחיד שכעת אינו גורם שהציבור יהיה פרוץ, ויש חשש שייגרם נזק לציבור בעתיד מזה שהאדם הפרוץ לא יענש, ובוזה כתב שלדעת המהר"ם מלובלין והסמ"ע והש"ך ביה"ד רשאי לענוש את היחיד, ולדעת השער אפרים ביה"ד אינו רשאי לענוש את היחיד בדבר שאינו שכיח ופרוץ אצל הרבים.

יש להעיר, שבשער אפרים שם כתב דביה"ד רשאי לענוש גולן עתיקא דפרוץ בדבר, משמע גם אם הדור אינו פרוץ בדבר. ובשכות יעקב כתב בדעתו דרק בדבר שהוא שכיח ופרוץ באותו דור, מותר לענוש את היחיד. ועל כרחנו נאמר, שלדעת השער אפרים, ר"נ קנס את הגולן בגלל שעבירת גול היתה שכיחה באותו הדור.

מכל מקום נלמד מהשבו"י, שביה"ד רשאי לענוש יחיד שעלול במעשיו לגרום פרצה לאותו דור, בין אם אותו יחיד פרוץ בדבר ויש חשש שילמדו ממעשיו, בין אם אותו יחיד אינו פרוץ בדבר, ועשה את מעשיו בפומבי ובפרסום.

כן נלמד מהשער אפרים, שבכלל פרצה במילי דשמיא גם אדם שנוהג שלא כדין בממונות, כמו בדין דר"נ בגולנא עתיקא, ובביטול שידוך, כתב השער אפרים דאין בביטול שידוך פרצה במילי דשמיא מהטעם שכתב.

עוד בפת"ש שם, מצייין למש"כ בחו"מ (סי' לב סק"א) בשם הברכ"י (חו"מ שם סק"ג), שהעתיק תשובת הר"י מיגש שדן בשוכר עדי שקר, וז"ל:

פטור מדיני אדם וכו'. אם היה בעיר דיין קבוע ונראה לו לענוש על זה עושה, כמו שאמר (יבמות צ' ע"ב) שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה וכו', ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך, כגון שהשוכר קדמה לו עשיית זה פעמים, או שהיו במדינה שעושיין כפועל הזה, שיש לחוש שאם יתשלמו מלענשם שירבו לעשות כן, אבל אם חסר אחד משני תנאים אלו אין בית דין יכולים לחייב לעושה זה שום דבר, כל שכן מי שאינו בית דין והצבור אינם בזה כדיין קבוע. רבינו מהר"י י' מיגש בתשו' כ"י סימן קס"א.

בתשובת הר"י מיגש ישנם כמה חידושים:

אדם שעשה מעשה אסור פעמיים, הוחזק להיות פרוץ בכך.

במדינה שיש בה עוד אנשים השוכרים עדי שקר, יש לענוש גם את מי ששכר עדי שקר פעם אחת ואינו פרוץ בכך.

עשיית הדין היא על ידי דיין קבוע ולא על ידי הציבור – כדיוק דברי השו"ע (שם סי' ב), ע"י להלן.

נראה שלדברי כל האחרונים – במקום שאין ענין לציבור, אין זה נחשב למיגדר מילתא, דעיקר כחו של בית הדין הוא מכח הציבור, שיש לו ענין לשרש מעשה או תופעה מסוימת. בדומה למה שכתבו הראשונים שיובאו להלן, דגם לסוברים שטובי העיר בכל מקום הם כאביר שבאבירים שרשאים לקנוס ולענוש, הוא דווקא בדבר שיש בו צורך לציבור. ומחלוקת האחרונים היא במקום שכעת הדור אינו פרוץ בדבר, ויש חשש שהענין ייפרץ אם לא יחמירו עם העברייין, שלדעת הסמ"ע והש"ך הדבר נחשב למיגדר מילתא, ונראה שכן סובר הב"ח, וזה מש"כ "שאיין השעה צריכה" וכו', כלומר כעת העם אינו פרוץ אך בעתיד יש חשש שהענין יפרץ, ולדעת האורים בדעת הרמב"ם בהל' רוצח, אין הדבר נחשב מיגדר מילתא כדי לענוש בעונש מיתה.

מתשובת הר"י מיגש נראה דס"ל כסמ"ע וש"ך, שכתב ששוכר עד שקר "שקדמה לו עשיית זה פעמים", אם יתשלמו מלעונשו ירבו מלעשות כן, כלומר שלאדם פרוץ שאינו נענש יש השפעה שלילית על ציבור שאינו פרוץ, שעלול להימשך אחריו. ולדעת השבות יעקב בדעת השער אפרים, כל עוד הציבור אינו פרוץ, אין לענוש יחיד משום מיגדר מילתא. וכבר הערתי שבשער אפרים לא משמע כך, ואפשר דגם הוא סובר שיש לענוש יחיד פרוץ, כשידוע שאם לא יענש תהיה לכך השפעה על הציבור, משום מיגדר מילתא.

הנה פשוט, גם במקום שלא פרצו וביטלו דיני תורה, אם יש ענין לציבור לתקן תקנה ולגדור גדר לתועלת הציבור, כדי למנוע דבר שעלול לגרום לתקלה או הפסד לציבור – רשאי בית הדין להעניש את מי שעובר על התקנה או לעשות פעולה אחרת שתבטל את מעשיו, דבגמ' (מו"ק שם) וברמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד שם) מבואר שדיין רשאי להפקיר את ממונו של הסרבן. ובענין הפקר בית דין, מצאנו בכמה מקומות בגמ' ובראשונים שהפקירו ממון לצורך קיום תקנת הציבור או כדי למנוע מכשול, דגם זה בכלל מיגדר מילתא.

ע"י משל"מ (הל' מלוה פ"ד הי"ד) בענין מאי דאיתא בגמ' (ב"מ ע"א) ונפסק בשו"ע (יו"ד סי' קס"ח) דמעוה יתומים מותר להלוותן בריבית דרבנן ובבית דין, וכתב רש"י (ב"מ שם ד"ה בבי דינא) דעושים כן בבית דין משום שהפקרן הפקר, וכתב המרדכי (ב"מ סי' שלב) שהואיל והריבית היא מדרבנן, מהני הפקר בית דין, וכתב המשל"מ וז"ל:

ומה שכתב המרדכי הואיל ולא רבית דאורייתא הוא, דמשמע דבאיסורא דאורייתא לא אמרינן הפקר ב"ד הפקר, קשה שאפילו באיסור תורה אמרינן הפקר ב"ד הפקר... ועוד אפשר לומר דאף דאמרינן הפקר ב"ד הפקר אף באיסורא דאורייתא, היינו היכא דאיכא מגדר מילתא, כגון פרוזבול משום שהיו נמנעים מלהלוות זה לזה. וכן גבי קידושין דאמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מינה, היינו נמי משום מגדר מילתא. וכדאמרינן בריש כתובות גבי אין אונס בגיטין. וכן פירש"י בפרק השולח גבי הפקר ב"ד הפקר, דהיינו דוקא היכא דאיכא מגדר מילתא, אבל הכא גבי רבית דליכא מגדר מילתא אלא כדי שלא יתמו נכסי

היתומים, יהבינן להו ברבית דוקא איסור דרבנן מפקיעין בשביל זה, אבל איסורא דאורייתא לא מפקיעין משום ה"ט כיון דליכא מגדר מילתא.

הנה בסוגיא של אונס בגיטין (כתובות ב ע"ב-ג ע"א), הבעל שנתן גט על תנאי ונאנס מלקיימו, לא התכוון לפרוץ או לבטל דין תורה, וחז"ל חששו שמא כתוצאה מהתנאי והאונס תהיה תקלה לפרוצות ולצנועות כדאיתא בגמ' (שם ג ע"א), וכן בסוגיא בפרק השולח של ביטול גט (גיטין לב ע"ב-לג ע"א) הבעל שמבטל את הגט אינו חפץ להכשיל את האשה, וחז"ל חששו שכתוצאה מהביטול תהיה תקלה לציבור, וביטלו את מעשיו על ידי הפקעת קידושין.

ע"י בשו"ת הרא"ש (כלל ו סי' כז):

רשאינן בני העיר להסיע על קצתן לפי צורך השעה למיגדר מלתא. ואם הוא עני ואין יכולין לעונשו בממון רשאינן לעונשו ולקנסו במלקות ובכל מיני הרדפות עד שיהא ציית לדינא ולעשות כשאר הקהלות. כדאיתא בפרק אלו מגלחין (מו"ק טז.) מנא לן דנצינן ולייטינן וכו', אלמא רשאינן בית דין בכל עיר ועיר לרדות ולייסר בכל מיני רדויין ונדויין המסרב על תקנתם. ואם הוא אלם ופריץ חובטין אותו על ידי גוים ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך.

והנה דין להסיע על קיצתן, עיקרו בתקנות בענייני ממון ומיסי הקהליב, וכתב הרא"ש דגם זה בכלל מיגדר מילתא.

לסיכום – אימתי רשאי ביה"ד לענוש שלא מן הדין:

במקום שיש תקנה לציבור, כתבו הפוסקים, דהיינו כשהדור פרוץ בענייני שמים, בעבירות שבין אדם למקום או בין אדם לחברו, וכן כשהדור פרוץ בענייני ממונות ונוהג שלא כדין – רשאי ביה"ד לענוש שלא מן הדין.

כאשר יש סכנה לציבור ממעשיו של אדם או שיש חשש מתגובת הגויים בעקבות מעשיו – רשאי ביה"ד לענוש שלא מן הדין.

כאשר יש צורך לעשות תקנות למנוע תקלה עתידית או נזק לציבור, ביה"ד רשאי לענוש שלא מן הדין את העובר על התקנה.

במקום שכעת אין הדור פרוץ, אך יש חשש שבעקבות מעשיו של אדם אחד פרוץ – שעשה אותו מעשה פעמיים או שעשה מעשיו בפרסום – הדור יעשה פרוץ בענין, נחלקו הפוסקים, לדעת רוב הפוסקים אפשר לענוש בכל עונש, יש סוברים שאי אפשר לענוש בעונש מיתה, ויש סוברים שאי אפשר לענוש כלל.

במקום שאין חשש שמעשיו של האדם הפרוץ ישפיעו על אחרים, לדברי הכל, אין ביה"ד רשאי לענוש שלא מן הדין.

בית הדין שרשאי לענוש שלא מן הדין

במקום מיגדר מילתא, ביה"ד רשאי לענוש שלא מן הדין. לענין עונש מיתה, הבאנו לעיל את דברי הראשונים שדנו אם ביה"ד שאינו סמוך רשאי לענוש בעונש הכתוב בתורה. לענין שאר עונשים, יש נדון ארוך בפוסקים, ראשיתו בסוגיא דפרוזבול בגמ' (גיטין לו ע"ב), דאיתא שם:

רבא אמר: הפקר ב"ד היה הפקר, דאמר ר' יצחק: מגין שהפקר ב"ד היה הפקר? ... איבעיא להו: כי התקין הלל פרוסבול – לדריה הוא דתקין, או דלמא לדרי עלמא נמי תקין? ... ת"ש, דאמר שמואל: לא כתבינן פרוסבול אלא אי בבי דינא דסורא אי בבי דינא דנהרדעא; ואי סלקא דעתך לדרי עלמא נמי תקין, בשאר בי דינא נמי לכתבו! דלמא כי תקין הלל לדרי עלמא – כגון בי דינא דידיה, וכרב אמי ורב אסי, דאלימי לאפקועי ממונא, אבל לכולי עלמא לא.

וכ"פ הרמב"ם (הל' שמיטה ויובל פ"ט הי"ז), ומבואר דבית דין הרשאי להפקיר ממון הוא בית דין חשוב שבדור, כבית דינם של ר"א ור"א. הפקר בית דין הוא אחד מהעונשים המפורטים בגמ' (מו"ק שם), ולכאורה הוא הדין שאר עונשים שאינם מן הדין, שרק לבית דין חשוב שבדור יש רשות לענוש בהם.

המשכו בסוגיית הגמ' (ב"ק צו ע"ב):

ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה; אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו: זילו שומו שבחא דאשבח. אמר ליה רבא: תורי אשבח, ארעא לא אשבח? אמר: מי קאמינא נשיימו כוליה? פלגא קאמינא. א"ל: סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה! אמר ליה, לא אמינא לך: כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי? דאמר הונא חברין עלאי: אנא ושבור מלכא אחי בדינא, האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאינקנסיה.

וכתב הרי"ף (ב"ק לד ע"א מדפיו):

מהא שמעינן דקנסין בכי האי גוונא, ואפי' בחוץ לארץ דהא רב נחמן בכבל הוה וקא קנס. ועוד דגרסינן בפרק נגמר הדין [סנהדרין מו ע"א] תניא אמר רבי אליעזר בן יעקב שמעתי שבית דין היו מכיני ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה.

הרא"ש (ב"ק פ"ט סי' ה) הביא דברי הרי"ף והוסיף:

ועוד דגרסינן בפרק נגמר הדין (דף מו א) תניא אמר ר"א שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה. ודוקא גדול הדור כגון רב נחמן דחתנא דבי נשיאה הוה וממונה לדון על פי הנשיא או טובי העיר שהמחום רבים עליהם, אבל דייני דעלמא לא.

במהרי"ק (סי' קפח) כתב את התוספת הזו בשם הרי"ף, והוסיף שיש חולקים על הרי"ף, וז"ל:

וגם אם יאמר האומר דב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה כדי לעשות סייג לתורה, הלא כתב רב אלפס דדוק' גדול הדור כמו ר"נ דהוה חתניה דבי נשיאה או טובי העיר שהמחוחו רבים עליהם, ואפילו לדבר החולקים עליו ואומרים דה"ה ב"ד של ג' הדיוטות... דפשיטא דלכל הפחות בעינן שיהיו ממונים לדיינים כב"ד של ג' הדיוטות.

וכתב בהגהות דו"פ (חור"מ שם אות ג):

ומשמע מלשון זה דהרי"ף לא סגי ליה בג' הדיוטות אפילו קבלוה לדיינים, וס"ל דטובי העיר עדיפי מינייהו. וה"ה בדקבלו עליהן סתמא דאז טובי העיר שהן עליהן לראשים עדיפי מקבל סתם דיינים.

כלומר, טובי העיר שהציבור קיבלם כדיינים רשאים לענוש שלא מן הדין, וג' הדיוטות שהציבור קיבלם כדיינים אינם רשאים לענוש שלא מן הדין, ובוזה טובי העיר עדיפים על ג' הדיוטות.

ב"מ של שלמה (ב"ק פ"ט סי' ז) כתב:

וכתב הרא"ש (שם) ודוקא גדול הדור, כגון ר"ג, דחתנא דבי נשיאה [הוה] וממונה לדון ע"פ הנשיא, או ע"פ טובי העיר, שהמחום רבים עליהם, אבל דייני דעלמא לא, עכ"ל. והנה במה שכתב שצריך להיות ממונה כו'. פשיטא שהדין עמו, דלאו כל כמיניה, אפילו יחיד בדורו, למיגזר ולמיקנס, אם לא מרוצה לעם, בהרמנא דידהו, דהיינו ממונה לדון. כדי שלא יבנה כל אחד במה לעצמו. אבל מ"מ לא נ"ל שהכל תלוי במה שהוא ממונה כו', כי אפילו ממונה ע"פ טובי העיר, אם לא שמומחה וגדול בהוראה, לאו כל כמיניה למקנסיה בדין יחידי, אם לא בהסכמת טובי העיר, שמסיעים על קיצתם (ב"ב ח ע"ב), ויושבים עמו בדין. ודעתם למיקנס ולמיגזר, הרשות בידם. אבל ביד הדיין ליכא רשות למיקנס, אלא מומחה וגדול בהוראה. ותדע, מדהשיב רב נחמן לרבא, הא אמר עלי הונא חברין, דאנא ושבור מלכא כו'. וכי בעיא למקלסיה. או מה היה צריך להשיב לרבא בענין

זו. אלא ש"מ דה"ק ליה, אל תתמה עלי, שאני פוסק ודן נגד דין תורה הנאמר במשנתנו, כל הגזלנים כו', כי יכילנא למידן ולמיקנס ביחיד. דמומחה לרבים אני למידן דינא, כשמואל בדורו, דהוה מומחה. ומשום הכי קרא שבור מלכא. וכן האמת, דהלכה כשמואל בדיני, והלכה כרב נחמן בדיני, א"כ משמע להדיא, דדיין אחרני אפילו ממונה לא.

יש ביש"ש כמה חידושים:

רשות המלך או הנשיא היא רק אמצעי לקבל את הסכמת הציבור למינויו של הדיין. ואין מדובר במינוי על פי הציבור, דהא הנשיא אינו מבקש את רשות הציבור, אלא בהסכמה בדיעבד של הציבור למינויו של הדיין, כדי שלא יהיה כל אחד בונה במה לעצמו, כלומר שהציבור מוכן לקבל את מרותו של דיין אחד שלו רשות לפעול מטעם הנשיא, שידון ויקנוס גם שלא לפי דין, מתוך הבנה שהדבר נחוץ, ובלבד שהענין יהיה ברור ומסודר, ולא כל אחד – גם מי שהוא יחיד בדורו, יהיה רשאי לעשות כן.

טובי העיר הם כמו נשיא ומלך לענין זה, דגם מינוי מטעמם זוכה להסכמת הציבור.

דיין כשר לקנוס הוא דיין שכשר לדון, לכן דיין יחיד שהוא מומחה וגדול בהוראה, רשאי לדון ולקנוס ברשות הנשיא או טובי העיר. מלשון היש"ש משמע שדיין שאינו מומחה וגדול בהוראה, אינו רשאי לדון יחיד, אך רשאי לדון כמותב תלתא ברשות הנשיא או טובי העיר, דזה הוא מותב של בית דין כשר.

דיין יחיד שאינו מומחה וגדול בהוראה, שאינו כשר לדון יחיד, רשאי לדון ולקנוס מתוקף סמכות נוספת מיוחדת המסורה לטובי העיר להסיע על קיצתן, ובלבד שהחלטה תתקבל בשיתוף טובי העיר, ולא על ידי הדיין לבדו.

הנה מדברי הדו"פ בדעת הרי"ף משמע שללא רשות הנשיא או טובי העיר, שהם מנהיגי העם, אין רשות לדיינים לענוש שלא מן הדין, ואפילו הציבור קיבלם כדיינים.

אולם נראה שאין כאן מחלוקת, והעיקר הוא מה שכתב היש"ש שהציבור מקפיד שלא יהיה כל אחד בונה במה לעצמו, כלומר שהציבור מבדיל בין ג' הדיוטות שדנים בעניינים שבין אדם לחברו, ובזה אינם מקפידים, לבין דיינים שעונשים שלא מן הדין, שלהם יש אחריות על כלל ענייני הציבור ולמיגדר מילתא, זו כבר סמכות שהיא מעין סמכות שלטונית, ואי אפשר להעניק אותה לכל בית דין הכשר לדון דיני ממונות, אלא אך ורק לבית דין שפועל ברשות הגורם האחראי על ענייני הדור – הנשיא, או העיר – טובי העיר.

לפי זה נראה, שבמקום שיש בית דין אחד שמוסמך לדון לפי חוקי הממשלה, גם ממשלה

יג. כדעת רוב הראשונים, ודלא כמו שכתבתי לעיל בשם הרי"ן (סנהדרין מו ע"א) שהמלך הוא מקור הסמכות של הדיין.

שאינה עומדת בדרישות ההלכה מז' טובי העיר, הואיל והציבור מקבל את מרות בית הדין בידועו שרק לבית דין זה יש סמכות אכיפה לפי החוק – רשאי ביה"ד לענוש שלא מן הדין.

מה שכתב הרא"ש שגדול הדור צריך את רשות המלך או הנשיא; הנה המהר"ם מרוטנבורג, ר"ת והרבה ראשונים שעסקו בסוגיא זו ושדבריהם יובאו להלן, כתבו שגדול הדור רשאי לתקן תקנות בתנאים מסוימים, ולא כתבו שצריך את רשות הנשיא או המלך. גם השו"ע (ח"מ סי' ב) לא הביא את מה שכתבו הרא"ש והטור, שגדול הדור צריך לקבל את רשות הנשיא או המלך לדון. לפי היש"ש אפשר לומר שהכל מודים למה שכתב הרי"ף, שגדול הדור שהציבור מקבל את מרותו רשאי לתקן תקנות ולענוש, והרי"ף כתב שרשות המלך או הנשיא היא אמצעי לקבלת מרותו של גדול הדור, והראשונים והשו"ע לא טרחו לפרט באלו אמצעים שתקבל מרותו של גדול הדור.

כן נראה מדברי הב"ח שם שכתב:

דבעינן דוקא דומיא דרב נחמן דהוה גדול הדור וממונה וכו'. והכי נמי בעינן שיהא גדול הדור וממונה על הציבור ואז אפילו הוא יחיד, אי נמי אפילו אין שם גדול הדור כי אם שבעה טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, אבל דייני דעלמא שלא המחוס רבים עליהם לא. ומשמע דאף אם הוא גדול הדור, אם לא המחווה רבים עליהם אין בידו לקנוס לצורך שעה. אבל ברכינו ירוחם מבואר דגדול הדור אפילו אינו ממונה. ולפי זה מה שכתב האלפסי וממונה לדון על פי הנשיא לאו דוקא דבעינן ממונה, אלא כל זה להודיע גדולתו של רב נחמן שהיה גדול וחשוב בדורו לפי שהיה חתנא דריש גלותא וממונה לדון. ואם כן לדידן כל גדול בדורו אפילו אינו ממונה וכן עיקר.

הב"ח כותב שלדעת רבינו ירוחם, מה שכתב הרי"ף רשות המלך או הנשיא, לאו דווקא. ע"י בהמשך שכתב הב"ח שגם מש"כ הרא"ש גדול הדור לאו דווקא אלא הוא הדין גדול בעירו. ולפי מה שכתב היש"ש א"ש, הרשות לענוש שלא מן הדין תלויה בקבלת בני המקום את מרותו של גדול הדור, וכתב הרי"ף שבני המקום מקבלים את מרותו של גדול הדור שקיבל רשות מהנשיא, והוא הדין אם מקבלים את מרותו בלאו הכי.

כן נראה מדברי הב"י (ח"מ שם) שהביא את דברי הרי"ף ורכינו ירוחם ולא כתב שהם חולקים. ובשו"ע כתב שגדול הדור יכול לענוש שלא מן הדין, ולא כתב שצריך את רשות הנשיא או המלך.

וכן נראה מדברי הש"ך (ח"מ שם סק"ד) שצייין לדברי היש"ש והב"ח, ולא כתב דפליגי, משמע שהם מסכימים לדינא בכל חילוקי הדינים שכתבו שניהם, והש"ך פוסק כמותם.

למעלה הבאנו את דברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"ד ה"ו) שכתב:

וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם.

לכאורה משמע שהרמב"ם חולק על הרי"ף והרא"ש וסובר שכל דיין שכשר לדון בכל מקום ובכל זמן רשאי להפקיר ממון. אך אין בכך הכרח כל כך, דכתב הכס"מ (הל' סנהדרין שם) דמש"כ הרמב"ם תמיד, רצונו לומר גם בזמן הזה, ואפשר דמכל מקום בעיני בית דין חשוב או גדול הדור כדכתב הרא"ש.

וכ"כ בריטב"א (יבמות פט ע"ב) ובנימוק"י (יבמות כח ע"ב מדפי הרי"ף) בדעתו, וז"ל:

הפקר ב"ד הפקר, שנאמר וכל אשר לא יבא. ופסק הרמב"ם ז"ל דה"ה לכל ב"ד חשוב בכל מקום ובכל זמן וכדאמרינן במס' משקין (טז, א) ומנלך דמפקרינן.

מלשון הריטב"א משמע, דלא רק בית דין החשוב שבדור, אלא אף בית דין החשוב שבכל מקום ומקום רשאי להפקיר ממון.

וכן כתבו עוד ראשונים בדעת הרמב"ם, עי' בשו"ת הריב"ש (סי' שצט) שדן במקום שבו יש תקנת הקהל שלא יקדש אדם אשה שלא בפני עשרה ושלא בידיעת נאמני הקהל ובהסכמתם, ועבר אחד וקידש שלא כדין, האם הקהל רשאים לתקן שכסף הקידושין הפקר והקידושין בטלים. כתב הוא וז"ל:

וא"ת והא אמרינן בגיטין פ' השולח (לו ע"ב) גבי פרוזבול, דלמא כי תיקן הלל לדרי עלמא, כגון בי דינא דרב אמר ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא. אבל בי דינא אחרינא לא. דאלמא אין כל ב"ד יכולין להפקיע ממון. אף אם נאמר כן לא קשיא לנדון זה. דהתם הוא כגון פרוזבול להפקיע ממון של זה שלא כדין, לכתוב עליו פרוזבול. אבל מה שעושין בני העיר בעירם לענין תקנותיהם הרי הם כבי דינא דרב אמר ורב אסי, ועדיפי מינייהו. ועוד שכתב ר"ת ז"ל דלאו כבי דינא דרב אמר ורב אסי, דוקא קאמר. אלא בי דינא רבה באתריה. ויפתח בדורו כשמואל בדורו. ולא אתא לאפוקי אלא כגון רבנן דבי רב אשי, דלא הוו בי דינא רבה. דהא הוי רב אשי באתרייהו דאליים מינייהו. אבל כל ב"ד קבוע בעירו יכול להפקיע ממון וכ"ש הקהלה... וכן כתב הרמב"ם ז"ל (פרק כ"ד מהלכות סנהדרין) וכן יש לדיין תמיד כו' כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם... ועוד שהרי אפי' בדיני נפשות היו ב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, כדי לעשות סייג לתורה ומשום מיגדר מלתא, כדאיתא ביבמות פרק האשה רבה (צ ע"ב) כל שכן בממון הקל.

יש בריב"ש כמה חידושים:

לענין תקנות בני העיר, כל בית דין במקומו הוא כבית דין החשוב שבדור, שרשאי להפקיר ממון.

בית דין קבוע בעירו, ואין בית דין חשוב ממנו באותו מקום, הוא כבית הדין החשוב שבדור לכל דבר וענין, ורשאי להפקיע ממון ולענוש שלא מן הדין, ואפילו שלא מכח הקהל, וק"ו כאשר יש תקנת הקהל.

בשו"ת תשב"ץ (ח"ב סי' ה) כתב בנדון דומה לזה שבכריב"ש:

כל מקום שאמרו בגמ' אפקעינהו לקדושי' מניה והקשו עלה תינח דקדש כספא, הפי' הנכון הוא מפני שיש רשות ביד ב"ד להפקיר הממון ההוא, דקי"ל הפקר ב"ד הפקר... וא"כ אנו יכולין להמשיך הענין הזה להסכמת הצבור, שהרי הצבור יכולין להפקיר ממון של כל א' מבני קהלם ובכל דור ודור יש לכל ב"ד כח להפקיר ממון שיש לו בעלי', דיפתח בדורו כשמואל בדורו. וכן הסכימו האחרונים ז"ל דלענין פרוזבול שהתקין הלל משום טעמא דהפקר ב"ד הפקר דלא בעינן בי דינא כבי דינא דסור' ונהרדע' דאלי' לאפקועי ממונא אלא כל בי דינא רב' באתריה כתי' פרוזבול ומפקיר ממונא. וכ"כ הרמב"ם ז"ל וז"ל יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותן כפי מה שיראה וכו' עכ"ל.

הריב"ש והתשב"ץ מבארים שהרמב"ם כתב: יש לדיין תמיד, ללמדנו שכל בית דין קבוע במקומו רשאי להפקיר ממון כמו בית הדין החשוב שבאותו דור. נראה מלשונו של הריב"ש שבית דין קבוע רשאי להפקיר ממון גם בלי הסכמת הקהל, ובמקום שיש הסכמת הקהל, קל וחומר שבית הדין רשאי להפקיר ממון.

מדברי הריב"ש נראה שתקנת פרוזבול אינה בכלל מיגדר מילתא, ואילו מהתשב"ץ משמע קצת דגם פרוזבול הוא בכלל מיגדר מילתא. בענין זה, עי' בשו"ת מהרי"ק (סי' א) שנקט בפשטות שפרוזבול אינו בכלל מיגדר מילתא, ועי' במשל"מ שם.

פירוש נוסף במש"כ הרמב"ם: יש לדיין תמיד, עי' להלן במהריט"ץ.

בשו"ת מהר"י בן לב (ח"ב סי' מד) דן בדברי הראשונים, וכתב וז"ל:

וכפי הנראה מתוך השאלה לא נטלו קנין מהאחיות לקיים את הנגזר אלא בכח חרם גזרו שיקובלו דבריהם. וצריך עיון אם יש ביד טובי הקהל להפקיע ממון של זה וליתנתן לזה. והא ודאי נראה דהויא פלוגתא דרבוותא, הרשב"א כתב בתשובה שאלה [ח"א סי' אלף רן] בקהל שעשו תקנה מחמת הפריצים שכל מי שיקדש אשה שלא במעמד עשרה שלא יהיו קדושיו קדושין, והשיב שורת הדין נראה לי שרשאיין בני העיר לעשות כן, לפי שהצבור יכולין להפקיר ממון של זה ונמצא זה שמקדש בממון שאינו שלו וכו'. והצבור בבית דין של בני עירם יכולין להפקיר ממון אם ראו תקנה בדבר לבני עירם... והרב רבי יצחק בר ששת כתב בתשובת שאלה [סימן שצט] דיכולין ב"ד להפקיר ממון המקדש. וכתב בסוף התשובה זהו מה שנראה לי בנדון זה להלכה אבל למעשה אני חוכם להחמיר... משמע מדבריהם

דסבירא להו דכל בית דין אלימא לאפוקיעי ממונא... לא אצטריך דלהוי בית דין חשוב וגדול שבדור. והרב רבי יצחק בר ששת הביא סעד לדבריו ממה שכתב רבינו תם לגבי פרוזבול דלא בי דינא דרב אמי ורב אסי קאמר אלא בי דינא רבא דאחריה ויפתח בדורו כשמואל בדורו. ולא אתא לאפקועי אלא כגון רבנן דבי רב אשי, אבל כל בית דין קבוע בעירו יכולין להפקיע ממון עכ"ל... וכבר מצינו שלשה סברות ברבינו תם, חדא מאי דכתב הרא"ש בשמו דכל בית דין חשוב וגדול בעירו אלימא לאפוקיעי ממונא וכן נמי כתב הרשב"א בשמו... והסברא השנית מה שכתבו התוספות והרא"ש בשמו דבעינן בית דין חשוב שבדור, והסברא השלישית מאי דהוה סבירא להו מעיקרא דאין לנו לכתוב פרוזבול בזמן הזה לפי שאין אנו כרב אמי ורב אסי. ואיברא דיש מגדולי המורים מהראשונים ומהאחרונים דסבירא להו דכל בית דין קבוע וחשוב בעירו יכולין להפקיר ממון וכל שכן בהסכמת בני העיר, מהראשונים והרמב"ם הוא אחד מהם לפי מה שהבין הריב"ש מדבריו שכתב בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין [ה"ו] וזה לשונו וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לבעלים... וכבר ראיתי מי שכתב דלא קאמר הרמב"ם הכי אלא דוקא במגדר מילתא ולאפרושי מאיסורא... אבל בדבר רשות לא... והדין עמו שהרי כתב הרמב"ם [בפרק ט' מהלכות שמטה הי"ז] וזה לשונו: אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של רבי אמי ורבי אסי... אבל שאר בתי דינים אין כותבין. הא קמין בהדיא דיש לחלק בין פרוזבול לתקנה דהויא משום מיגדר מילתא לגדור פרצות ולחזק את הבדק. ואיברא שחזר וכתב באותו הפרק ת"ח שהלוו זה לזה ומסרו דבריו לתלמידים וכו'. וכתב הראב"ד ז"ל דבריו סותרים זה את זה עד כאן. אבל הר"ן ז"ל כתב דקל הוא שהקלו בת"ח וכו'.... ומהר"י קולון כתב בכמה תשובות דהויא פלוגתא דרבוותא במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי אי מצי ב"ד להפקיר ממונו של זה וליתנו לזה... והכלל העולה, דכיון דהויא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא מחזקת מאריה קמא, ולא כל כמינייהו דהנהו טובי הקהל להטיל חרם שיקובלו דבריהם במה שיפשרו בין שתי האחיות הנז'...

יש בתשובת המהריב"ל כמה בירורים חשובים:

לדעת הריב"ש והרשב"א וי"ס שאף לדעת הרמב"ם, כל בית דין קבוע וחשוב בעירו הוא כבית הדין הגדול, ורשאי להפקיר ממון ולענוש שלא מן הדין.

י"ס שלדעת הרמב"ם רק במקום שיש ענין של מיגדר מילתא, בית דין קבוע רשאי להפקיר ממון ולענוש שלא מן הדין. ולמעשה אין להוציא ממון כנגד דעה זו.

נראה מדבריו, שלדעת הריב"ש והרשב"א, כל עוד אין באותו מקום בית דין אחד חשוב יותר מאחרים, הרי שכל בית דין קבוע רשאי להפקיר ממון ולענוש שלא מן הדין.

כ"כ בתשובות מיימוניות (קנין סימן כו) בשם תשובת רש"י, וז"ל:

ואסמכתא זו ודאי קניא אם נעשה הדבר בפני חשובי העיר דקי"ל (גדרים כ"ז ב')
 אסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב. ואפילו יש חשובים מהם בשאר
 מקומות אין לנו אלא ב"ד חשוב של אותו מקום, דא"כ אין לדבר סוף שאין לך
 ב"ד חשוב שלא יהא חשוב ממנו. ואומר אל השופט אשר יהיה בימים ההם, וכל
 שלשה שנתמנו שופטים על ישראל הרי הן כב"ד של משה (ר"ה כ"ה א') לענוש
 נכסים ולהיות הפקרן הפקר.

בתשובת רש"י מבואר, שבית דין חשוב שאין במקומו בית דין חשוב ממנו, אף אם יש בית
 דין השווה לו, ובמקומות אחרים יש אף בתי דין חשובים ממנו, רשאי להפקיר ממון ולענוש
 שלא מן הדין.

וכן מסתימת דברי הר"י מיגש בתשובה שהביא בכרכ"י שם, משמע שכל דיין קבוע מוסמך
 להפקיר ממון ולהעניש שלא מן הדין.

לגבי בית דין שאינו סמוך – ברי"ף וברא"ש מבואר דגם בית דין שאינו סמוך רשאי להפקיר
 ממון, וכן נראה מדברי הרמב"ם ושאר הפוסקים שסתמו ולא חילקו. אולם במגיד משנה (הל'
 מכירה פי"א הי"ג) כתב בדעת הרמב"ם:

אסמכתא שקנו מידו עליה בב"ד חשוב וכו'... הרב ז"ל כתב בפירוש המשנה פ'
 גט פשוט דאין ב"ד חשוב אלא כשיהיו סמוכין. וב"ד חשוב פירש הרשב"א ז"ל
 אף על פי שאין סמוך אלא חשוב להפקיע ממון כגון מומחה לרבים.

ונראה שהרמב"ם בחיבורו סתם ולא חילק נקט להלכה דגם בית דין שאינו סמוך רשאי
 להפקיר ממון. וכן נראה ממש"כ הרמב"ם (הל' נחלות פ"ו הי"ב) לענין ירושת בן מומר, שבית
 דין יכולים לאבד את חלקו של הבן המומר בירושת אביו. ובמגיד משנה שם כתב דהוא מדין
 הפקר בית דין, ולא כתב שלדעת הרמב"ם בעינן דווקא בית דין סמוך. אפשר שהוא משום
 שכתב הרמב"ם שם שכך נהגו במערב, ובמקום שיש מנהג ידוע, גם בית דין שאינו סמוך רשאי
 לקנוס ולהפקיר.

ויש לעיין במש"כ הרא"ש: "ממונה לרון על פי הנשיא או טובי העיר שהמחום רבים
 עליהם", האם רצונו לומר שהדיין ממונה על פי טובי העיר, או שטובי העיר עצמם הם
 מוסמכים לרון ולקנוס שלא מן הדין.

הנה בשו"ע (חו"מ שם) הביא דברי הרא"ש להלכה כזה"ל:

ודוקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחום ב"ד עליהם.

וכתב הסמ"ע (שם סק"ט) וכ"פ בנתיבות (שם סק"ה) ובאורים (שם סק"ו):

שהמחום בית דין עליהם. לשון הטור שהמחום רבים עליהם, ולפי מ"ש המחבר בית דין, נראה דר"ל שהמחום הציבור לב"ד עליהם, וק"ל.

וברמ"א שם כתב וז"ל:

הגה: וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג.

בביאור השו"ע שכתב, שהציבור "המחו בית דין עליהם", מצאנו במקום אחר בשו"ע (שם סי' ג ס"ב) שכתב שפחות משלושה דיינים רשאים לדון אם המחום רבים עליהם, וכתב הנתיבות (ח"מ שם חידושים סק"ה) וז"ל: "ועיין ביאורים סק"ג שפירש המחום רבים, היינו שהציבור תיקנו שיהיה לו דין כב"ד". ובביאורים שם כתב, שעשו כן בכח הציבור שרשאי לתקן תקנות, ותיקנו ששניים יוכלו לדון.

כלומר הציבור יכול לתקן ולקבל שגם פחות משלושה, שאינם בית דין על פי תורה, יהיה להם דין בית דין, כשם שהציבור יכול לעשות תקנות ולהפקיר ממון. עי' בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' תשכט), שהציבור יכול להסכים על מינוי דיינים שאינם הגונים, כדאיתא בגמ' (סנהדרין כג ע"א) שחכמים הכשירו את הערכאות בסוריא. בדרך זו נראה לפרש את דברי השו"ע כאן, הציבור קיבל את טובי העיר שאינם דיינים, כבית דין. זו גם התוספת של השו"ע על דברי הרא"ש והטור שכתבו שהמחו רבים את טובי העיר עליהם, מוסיף השו"ע שהמחו את טובי העיר שאינם דיינים כבית דין עליהם, דאם הציבור לא קיבל את טובי העיר כבית דין, הרי שאינם רשאים להפקיר ממון ולענוש שלא מן הדין. לפי זה מובנים דברי הרמ"א שכתב שכן נוהגים בכל מקום לקבל את טובי העיר כבית דין הגדול שמכין ועונשין והפקרן הפקר. כלומר, נהגו בכל מקום לקבל את טובי העיר כבית דין הגדול שרשאי להפקיר ולענוש שלא כדין, ולא צריך הסכמה מפורשת על כך, כיון שכך הוא המנהג.

ברמ"א שם הוסיף וכתב:

...אעפ"י שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר באלה, רק להכריח הציבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם, אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם (מרדכי פ' הגוזל בתרא), מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר.

והנה לטובי העיר בעירם יש כח רב, והם חשובים כגדולי הדור ומנהיגיו, כמו שכתבו הראשונים יד, שבידם להפקיר ממון, ולענוש ולקנוס במקום מיגדר מילתא, ואף על פי כן יש סוברים שבדיני ממונות כוחם מוגבל. אולם מעיון במוצא הדברים בד"מ (ח"מ שם אות

יד. עי' מרדכי (ב"מ סי' רנז) תשובת רבינו גרשום, ושו"ת הרשב"א (שם, ובח"ה סי' רלה).

ב) ובראשונים טו עולה שמחלוקת הראשונים היא רק בתקנה חדשה בענייני ממון הנוגעים לציבור, ולא באכיפה של תקנות קודמות, ובתקנה חדשה בדבר שהוא בכלל מיגדר מילתא.

תמצית הדברים לאחר עיון במקורות הוא כדלהלן:

נחלקו מהר"ם ור"ת עם הראב"ה;

לדעת ר"ת והמהר"ם ההלכה דמסיעין על קיצתן נאמרה ב'קיצתן' בלבד, כלומר במנהג קדום או במנהג חדש שהוסכם והונהג על דעת כל בני הקהילה – והחידוש הוא שבני העיר יכולים לתקן תקנה כדיבור בעלמא בלי קנין, או במנהג שהונהג על ידי טובי העיר, שהם "חבר עיר" ונחשבים כגדולי הדור באותו המקום, ורשאים להפקיר ממון. והא דטובי העיר יכולים להפקיר ממון הוא רק בדבר השווה לכולם – ובדבר שיש הפסד לאחד ורווח לאחר, אין טובי העיר יכולים לתקן. אפילו גדול הדור ובית הדין החשוב שבדור, כבי דינא של ר"א ור"א, שוודאי יכול להפקיר ממון, אינו יכול לעשות זאת בתקנה שאינה שווה לכולם, שיש בה הפסד לזה ורווח לזה. אחד מגדולי הדור שיש עוד כמוהו, אינו יכול להפקיר ממון במקומו, דרך הגדול ביותר בדור יכול לעשות כן, וגם זאת רק במקום שאין הפסד לאחד יותר מאשר לאחר.

לדעת הראב"ה, רוב הציבור יכולים לכפות על המיעוט ולתקן תקנות גם בדבר שיש פסידא לאחד ורווח לאחר. כ"כ הרשב"ש שם בדעת הר"י מיגש והרמב"ם והרשב"א.

דעה נוספת במרדכי, שטובי העיר בעירם יכולים לעשות כל דבר והפקרם הפקר, ומשווה להלכה דמסיעין על קיצתן, כלומר שסבר שלטובי העיר יש את הכח של בני העיר שיכולים לתקן תקנות. וככל הנראה דעה זו היא כראב"ה שרוב הציבור יכולים לכפות דברים על המיעוט, והוא הדין שטובי העיר שהם כ"חבר עיר" יכולים לעשות כן. מכל מקום, גם לדעה זו – לגדול הדור באותו מקום אין כח של רוב העיר או של טובי העיר להפקיר ממון.

מה שכתבתי בדעת ר"ת והמהר"ם, הוא לפי המהרי"ק שכתב שראשונים אלו משווים את גדול הדור לטובי העיר; כשם שטובי העיר, שהם כאביר שבאבירים, אינם רשאים לתקן תקנה חדשה במקום שיש הפסד לאחד ורווח לאחר, כך גדול הדור אינו רשאי לעשות כן. הב"ח (חו"מ שם) חולק על המהרי"ק בדעת ר"ת והמהר"ם וסובר שגדול הדור שאין כמוהו, רשאי לתקן אף תקנות שיש בהן הפסד לאחד ורווח לאחר.

הכרעת הרמ"א בדין זה;

ברמ"א שם כתב שהולכים אחר המנהג, ונהגו כדעת הראב"ה. בנו"כ שם האריכו בהגדרת דבר שיש בו רווחא להאי ופסידא להאי, ובהגדרת המנהג בדין זה. עי' הערה טז.

טו. מרדכי ב"ק סי' קעט וב"ב סי' תפ, תפא; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד"פ סי' תתקמא; מהרי"ק סי' א, יד, קפ; מהרא"י פ"כ סי' רנג; רשב"ש סי' ריא.

טז. בפת"ש שם (סק"ג) כתב בשם השבות יעקב דהעיקר כדעה הראשונה, וגם לדעה האחרונה, טובי העיר אינם יכולים

בשו"ת הרא"ם (סי' יד) כתב דהא דלדעת הראב"ה בעינן שרוב הציבור יסכימו לתקנה, אינו משום שצריך את כח הרוב על המיעוט אלא טובי העיר הם שעושים את התקנה, והואיל ואין גוזרים גזירה על הציבור אלא כרוב ציבור יכול לעמוד בה, בעינן להסכמת הרוב, ואין מתחשבים בדעת המיעוט שאומרים שאינם יכולים לעמוד בגזירה.

מכל מקום, במקום שיש מיגדר מילתא, לית מאן דפליג שטובי העיר יכולים לעשות תקנה להפסיד לאדם מסוים, כמו שגדולי הדור יכולים לעשות כן. כ"כ בסמ"ע (שם סק"ג) ובנתיבות (חידושים שם סק"ז) ובאורים (שם סק"ח).

כתב שם בב"ח, דגם מי שהוא גדול בעירו או בגבולו, רשאי לתקן תקנות במקום שיש מיגדר מילתא, אם לא שבני העיר קבלו על עצמם שגדול אחר, אפילו פחות ממנו או טובי העיר, ינהיגו אותם, דאז הגדול שבעיר אינו רשאי לתקן תקנות, אלא אם כן הוא גדול שאין בדורו כמוהו. נעתיק את לשונו:

ומכל מקום נראה ברור לפע"ד, דלמיגדר מילתא אין חילוק דכל גדול בעירו או בגבולו הוי בית דין יפה ויש לו כח לתקן, אפילו לא קבלוהו ולא גרע מטובי העיר שהמחוס רבים עליהם ואינן גדולים בעירן. ודוקא בשלא קבלו עליהם אנשי העיר גדול אחר להנהיג קהלם בכל דבר גם לא המחוס עליהם טובי העיר, הא לאו הכי אין לו כח לתקן בלא דעתם והסכמתם, אפילו הוא גדול מהם אם לא שהוא

לתקן בדבר שאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, אבל כל תקנה אחרת כללית השווה לכולם, כמו בנדרן דידיה שנהגו לדון ד"ת בזבל"א בלבד ורצו לשנות את המנהג ולתקן שיושיבו בי"ד קבוע, שפיר דמי שטובי העיר יעשו כן. ברם, כתב שם, במקום שיש מנהג קבוע שנעשה על פי ותיקין אי אפשר לבטלו, והוא מטעמים אחרים, דאין לבטל מנהג דהוא כחרם או דאין בי"ד יכול לבטל דברי בי"ד חבירו וכו', אבל כשאין מנהג כזה, שפיר דמי לתקן תקנות שוות לכולם. בפת"ש שם (סק"ד) כתב בשם הזכרון יוסף שדעת רוב הראשונים כדעה השניה ברמ"א דאין טובי העיר רשאים לתקן במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, ומש"כ הרמ"א שיש מנהג, היינו דווקא בסוג כזה שיש חיוב שהוא נפוץ ומצוי ולא בדבר שאינו שכיח, שבו לא שייך מנהג, כלומר גם כשיש מנהג ידוע שטובי העיר רשאים להפקיר ממון, אם הדבר המסוים שבו נעשתה התקנה אינו נפוץ – וכמו בנדרן דידיה שנתנו הסכמות להוצאה של הש"ס באמסטרדם וכתבו שלא ידפיסו את הש"ס בתוך פרק זמן מסוים, ובולצבך היה מי שהדפיס הש"ס ואסרו לרכוש ממנו את הספרים, והיו שכבר רכשו, וכתב שם שהתקנה שעשו אותם גדולים שנתנו הסכמות להוצאת אמסטרדם, והקנס שקנסו את המדפיס בולצבך, אינם בסמכותם, דאיכא פסידא למדפיס בולצבך ולמי שרכש ממנו, וזה דבר שאינו שכיח, דליכא למימר דיש בו מנהג ידוע.

בענין זה עיי' שו"ת חת"ס (אבה"ע ח"א סי' קח) שכתב וז"ל:

וראיתי במבי"ט סי' פד שכתב דלא מקרי רווחא להאי ופסידא להאי אלא היכי שהרווחא ופסידא לאדם ידועים בשעת התקנה, אבל כל שאינו ידוע בשעת התקנה לא מקרי רווחא ופסידא דכל אחד יחוש לעצמו.

כלומר גם תקנה שתטיב בעתיד עם אחד ותרע עם אחר, אם יכלו להתאים את עצמם לתקנה ולא עשו כן, לא מקרי רווחא להאי ופסידא להאי. ועיי' בש"ך חו"מ שם שכתב ע"ד הרמ"א דמנהג ידוע הוא כעין מש"כ בסי' שלא ס"א דהוא דבר שכיח שקרה הרבה פעמים, ולא דבר שקרה פעם או פעמיים. ועיי' בפת"ש שם סק"ד בשם הנוב"י שכתב, שעל טובי העיר להביא ראיה שהיה מנהג קבוע בעירם שיעשו תקנות גם בדבר שיש בו פסידא להאי ורווחא להאי. כלומר בעי' תרתי; א] שיהיה מנהג קבוע וידוע בעיר שטובי העיר רשאים לעשות תקנות בדבר שיש פסידא להאי ורווחא להאי, ב] אותם דברים שבהם נעשתה התקנה הם דברים מצויים בחיי היום יום ולא דברים שאינם שכיחים, ועליהם מסתבר שלא היתה הסכמה מעיקרא שיעשו תקנות בדבר שיש פסידא להאי ורווחא להאי. ופשוט שבדבר השווה לכולם, גם במקום שאין מנהג כלל, וכן בדבר שאינו מצוי, רשאים לתקן תקנות דהם כאביר שבאבירים לדברי הכל כנ"ל, והמנהג נחוץ רק בדבר דאיכא פסידא להאי וכו', דאז כח טובי העיר הוא מהמנהג כמו שכתב הרמ"א.

גדול שאין בדורו כמוהו, שזה הוא כמו בית דין הגדול אותו ודאי יש לו כח לתקן במיגדר מילתא אף כנגד שאר גדולים שאינם גדולים כמותו, ולא בעיני דעתם והסכמתם וצרכים לקיים גזירתו ותקנתו במיגדר מילתא, אם הוא בעיני שרוב הציבור יכולין לעמוד בה.

ונפלאתי על מרן החת"ס בתשובה (אה"ע ח"א סי' קח) שכתב שגם במקום מיגדר מילתא, רק גדול הדור שאין כמוהו רשאי להפקיר ממון, ולא הזכיר את דברי הריב"ש והתשב"ץ ואת דברי האחרונים בדעת הרמב"ם שכתבו שכל בית דין חשוב רשאי להפקיר ממון, וגם את דברי האחרונים בדעת ר"ת והראב"ה שכתבו שטובי העיר רשאים להפקיר ממון ולענוש במקום מיגדר מילתא.

שם נשאל על חוק שהמלך קבע בזמנו בענייני נישואין, שנישואין עד גיל כ"ד שנה אינם כלום והם בטלים, וכפה החוק על הקהילות. דן שם אם אפשר לתקן כי מעות הקידושין עד גיל כ"ד יהיו הפקר, וכתב וז"ל:

... אבל מה שמסיים פר"מ דלדינא מהרי"ק אזיל ומודה להרשב"א ז"ל דאי עשו תקנה להפקיר כסף הקידושין מועיל בזה, יש לעיין דהנה עקרא דהא מילת' הוא מדקיי"ל פ' השולח הפקר ב"ד הפקר ואית' פ"ק דב"ב ח' ע"ב ורשאי בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן ושם במרדכי דף רמ"ב ע"ד סי' ת"פ מייתי ב' לשונות בשם ר"ת... ומהרי"ק שרש א' תופס במושלם כלישנ' בתרא דר"ת, ואף על גב דמהר"ם אלשיך בתשובה סי' נ"ז שפך סוללה על המהרי"ק, מ"מ נראה פשוט בכוונת מהרי"ק ז"ל דההוא דיחרם כל רכושו דעזרא היינו לקנוס במגדר מילתא, ולזה הורשה דוקא גדול שאין כמוהו כמו עזרא... אבל להרוויח להאי ולהפסיד להאי לא עד דאיכא כל העיר... היות כן לא אאמין שהמהרי"ק יודה להרשב"א בזה כיון שהחמיר מאוד בהפקר בית דין. ונ"ל דמשו"ה כל הראשונים ז"ל הי' קשה עליהם לעשות מעשה בענין זה. חוץ רשב"א סי' אלף ר"ו העיד שפ"א עשה מעשה לפני רמב"ן בענין זה, כי נ"ל אפי' הסוברים שהפקר ב"ד הפקר גם בענין כזה וגם כל ב"ד אפי' אינם כרב אמי ור"א מ"מ נראה דאין זה מן התורה ומקרא דיחרם כל רכושו דא"כ מנ"ל הא דלמא סמוכים בעי' כי התם ומגדר מילתא כי התם אע"כ מדרבנן בעלמא הוא ולא מן התורה ואסמוכ' אקרא דעזרא וא"כ מנ"ל שתקנו להפקיע קידושין...

מבואר בדבריו שגם במקום מיגדר מילתא, טובי העיר אינם רשאים להפקיר ממון ולענוש, ובמהרי"ק כתב במפורש שטובי העיר הם כמו גדול הדור לכל דבר וענין, וגדול הדור רשאי להפקיר ממון במקום מיגדר מילתא, כמפורש ברי"ף והרא"ש וכן נפסק בשו"ע.

בדוחק יש לומר, דמש"כ החת"ס רק גדול הדור, כלומר וה"ה כל מי שחשוב כגדול הדור, כטובי העיר שהם כאביר שבאבירים וכו'.

עוד כתבו הראשונים (עי' מהרי"ק סי' קפ בשם ראבי"ה), שטובי העיר שקבלום בני העיר עליהם לכל דבר, רשאים לתקן תקנות בכל דבר, וכ"פ הרמ"א שם. ובכנה"ג (ח"מ שם הגה"ט אות א) ציין לתשובת הרא"ם שם, שהביא את לשון הראבי"ה במלואו ומבואר שם יותר, שכאשר בררו אחד או יותר מראשי הקהל להנהיג הקהילה בכל דבר, צריך שיהיה ברור שהוא מקבל סמכות להנהיג בכל דבר, דבסתם בחירה של טובי העיר אין הסכמה לכך שיעשו ככל העולה על רוחם. ובענין זה, יש לעי' גם בב"ח (ח"מ שם).

תשובה אחרת של הרא"ם (סי' נז), באורך רב מביא כל שיטות הראשונים בענין. נעתיק עיקרי הדברים:

אם כן הרי התבאר לך פלוגתא דרבוותא דאיכא כפרושא דהך בריתא דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן. דהרמב"ם ורבינו תם והזקן ממיין רבו של ראבי"ה והרא"ש וכו' בעל הטורים ז"ל כלהו סבירא להו דמיירי שהתנו ביניהם מתחלה ונאותו בו כולם ושוב חזרו במ קצתן ורוצים לעבור באותן הקציצות אז רשאין לקנוס לכל מי שיעבור עליהן. אבל אם יש מוחין באותן הקציצות שלא היו מסכימים במ מתחלה בין שיהיה המוחה יחיד או רבים אין כח בכני העיר לקנוס המוחה שלא הסכים בקיצתן כלל. אבל רש"י וראבי"ה והרמב"ן והרשב"א זצ"ל כולהו סבירא להו דמיירי אפילו בלא התנו כלום מתחלה ולא הסכימו באותן התקנות והקציצות אלא מקצת בני העיר בלבד, מאחר שהסכימו במ רוב בני העיר עם כל טובי העיר יכולין להכריח המועט המוחין במ לקנוס אותם בעל כרחם אם יעברו בקציצתן אי זה קנס שירצו אם עונש ממון ואם עונש חרם או נידוי משום טובי העיר בעירם במקום גדולי הדור הם עומדים.

ונראה לי לעניות דעתי דהני רבוותא דאפליגו בפיה הך בריתא דרשאין בני העיר בפלוגתא דגדולי העיר בעירם אם הם כגדולי הדור כדורם קמיפלגי דהגאונים הראשונים סבירה להו דאותו הכח שנתן להם לבית דין הגדול שבירושלם לגזור ולתקן ולהנהיג... כדי לחזק הדת ולתקן העולם לא נתן לשום בית דין בעולם אלא לבית דין אחד בלבד בכל דור ודור... שאין דוגמתן בדור... והגדול שבכולן בכל דור ודור מושיבין אותו ראש עליהן והוא ראש הישיבה והוא שקורין אותו החכמים נשיא בכל מקום והוא העומד תחת משה רבינו כדורו והגדול מהשבעים הוא הנקרא אב בית דין. ומאחר שכן הוא איך יתכן מעתה לשום חכם מהחכמים הנמצאים בכל עיר ועיר ואף על פי שאינו באותו האקלים או באותו המלכות כמותו וכל שכן לטובי העיר שאינם לא חכמים ולא מנהיגים שיגזרו על שום אדם שבעולם להכריחו באותם התנאים שהתנו במ אף על פי שהוא מן המוחים במ ולקונסו בקנס ממון וכל שכן להחרימו ולגדותו... הלכך על כרחך לפרושי להיא בריתא דרשאין בני העיר להסיע על קיצתן... דמיירי בהתנו כולם מתחלה והסכימו במ מעצמם מבלתי שום כופה ומכריח...

והגאונים השניים סבירה להו כי זה הכח שנתן לבית דין הגדול שבירושלם ולכל בית דין ובית דין שבכל דור ודור... אלא מפני שבית דין הגדול שבכל דור ודור כל אנשי דורו הם סומכי' דעתן על ידו בגזרות ובתקנות ובמנהגות... ואעפ"י שלא בחרוהו ולא התנו עמו בפירוש, אנן סהדי דכלהו סומכים על ידו שכל מה שיעשה שיהיה עשוי, ואף על פי שעומד וצווה ואין זה אלא כמי שהתנה בפיו בפירוש ושוב חזר בו... ואם כן גדולי העיר גם כן מכיון שכל אנשי העיר עיניהם בם תלויות בכל דבר ודבר שיש בו תקון העיר ודומיהן וכולהו סמכי דעתייהו עליהו, הרי הוא כאלו בררום בפירוש שכל מה שיעשו שיהיה עשוי... אם כן מצינו לפרושי שפיר רשאין בני העיר דבריתא דמיירי בלא התנו כלם מתחלה ורוצים הקצת להכריח הקצת המוחים בתנאם כשנעשו על פי טובי העיר מפני שטובי העיר הם כגדולי הדור בכל מקום...

אם כן מסקנא דמילתא הכי הוא, שגדולי הדור שבכל דור ודור שאין דוגמתן בדור ההוא, בין לדברי הגאונים הראשונים בין לדברי הגאונים השניים, וכן גדולי העיר שבכל עיר ועיר לדברי הגאונים השניים, הם יכולין לגזור ולתקן ולהנהיג כפי מה שיראה להם שהשעה או שהדור צריך לכך, כדי לחזק הדת ולתקן העולם, וגזרתן גזרה ותקנתם תקנה ומנהגם מנהג אם היה רוב הצבור יכולין לעמוד בם. וכל העובר על דבריהם, בין מאותן שקבלו בין מאותן שלא קבלו בין מאותם שהיו שם במעמד בין מאותם שלא היו שם, מיקרי עבריין והוי בכלל במארה אתם נארים וכו' אבל אם אין רוב הקהל יכולין לעמוד בה הרי היא בטלה ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה. ולא דוקא באותו זמן בעצמו שנגזרה הגזרה ולא רצו רוב הצבור לקבלה אלא אפילו לאחר זמן, כגון שגזרו הגזרה ודמו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות, ולאחר זמן מרובה עמד בית דין אחר ובדק בכל ישראל וראה שאין אותה הגזרה פושטת לכל ישראל, יש לו רשות לבטל ואפילו אם היה קטן מבית דין הראשון בחכמה ובמנין...

יש בתשובה זו חידוש מיוחד שמבהיר ומיישב את הסוגיא ;

מחלוקת ראבי"ה ור"ת וסיעתם היא האם גדולי העיר הם כגדולי הדור. לר"ת דאינם כגדולי הדור, כל כוחם הוא מתוקף הסכמת הציבור, ואם אין הסכמה של כל הציבור, אין להם כח כלל. ולראבי"ה דהם כגדולי הדור, כחם הוא מכח דהם כבית הדין הגדול, אלא שביה"ד הגדול הוא לכל ישראל והם לבני עירם בלבד. והא דכתב הראבי"ה דצריך שרוב הציבור יסכימו לגזרתם, אינו משום שצריך שהציבור יתן להם כח לגזור, אלא משום שאם הציבור לא יכול לעמוד בגזירה סופה להיבטל אפילו על ידי בי"ד שקטן מבית דין זה. אך גזירה שהציבור יכול לקבל, או בבית הדין הגדול לכל הדעות, לא צריך קבלה של ביה"ד הגדול, דהוי כאילו קבלום ממילא, דעיני כל ישראל אל המנהיגים שיחליטו בעניינים אלו.

לדברי הרא"ם אלו חשיבות גדולה מאד, דלפי דבריו כל בית דין שהציבור נשען עליו ותלוי

בו, הוא כטובי העיר או כגדולי הדור. וזהו הדבר העיקרי, דעת הציבור והציפיה שלו ממנהיגיו. וכעין מש"כ בדעת היש"ש.

יש להעיר, הנה בראשונים מבואר שבמקום מיגדר מילתא, לדברי הכל טובי העיר רשאים לתקן ולגזור. ולפי הרא"ם, שהשווה את גדולי העיר שלא נתמנו על ידי הציבור, לטובי העיר שנתמנו על ידי הציבור, במקום מיגדר מילתא, גדולי העיר נמי רשאים לענוש שלא מן הדין. ובלשונו משמע דרק לדעת הראב"ה הם רשאים לענוש שלא מן הדין. וצ"ע.

עוד בכנה"ג שם, ציין למש"כ בספר בנימין זאב (סי' קיב) בזה"ל:

הא קמן שכל ב"ד וב"ד חייבים לבער הרע מקרבם ומי שיש בידו למחות ואינו מוחה עונשו גדול כדאיתא בשבת פרק במה בהמה יוצאה. ואומר אני ההדיוט דובר פשוט הוא שכל דבר הנעשה לצורך שעה ולגדור גדר אין ראוי לדקדק בכל דרכי הדינין המקובלים אלא יש לנו ללכת אחר ידיעת האמת. וכל ב"ד וב"ד שבכל עיר ועיר בזה הענין הם כמו ממלאי ב"ד וב"ד שאינם משועבדי' לכל דיקדוקי תנאי כל הדינים רק יש להם לדון כפי מה שיראה שיתישב בו הצבור.

הרי לנו דברים מפורשים של פוסק קדמון זה, שבמקום מיגדר מילתא, חלה חובה על ביה"ד לעשות כל שלאל ידם כדי שיתיישב בו הציבור' כלשונו, כלומר שיתקיים הישוב בהעמדת הדת והדין, ואל לו לביה"ד לדקדק בדרכי הדינים, ביודעו את הצורך האמיתי של הציבור. מבואר בדבריו, בית דין לענין זה הוא כל מי שבידו לעשות, הכח לפעול הוא שמטיל על ביה"ד את האחריות לדאוג לתקנת הציבור, והוא שנותן ביד ביה"ד את הסמכות לפעול בכל הכלים העומדים לרשותו, למען שיתיישב הציבור על מקומו.

שו"ר שהדברים מפורשים בתשובת מרן הב"י בשו"ת אבקת רוכל (סי' קפח), דכל בית דין שכשר לדור דיני ממונות, רשאי לענוש ולקנוס במקום מיגדר מילתא, שכתב בזה"ל:

ואף כי אנו בעונותינו הדיוטות אנחנו מ"מ המחוננו רבים עליהם ויפתח בדורו כשמואל בדורו... והשעה צריכה לכך. ואם בתחלה נסנו מן הפח לבסוף לא נפול אל הפחת וכמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ד מהלכות סנהדרין וז"ל יש לב"ד להלקות למי שאינו חייב מלקות ולהרוג למי שאינו חייב מיתה ושלשה ודאי נקראים ב"ד אפילו שיהיו הדיוטות כדאיתא בפ"ק דסנהדרין, ובהוראת שעה נמי מצינן לעבור על דברי תורה כעובדא דאליהו בהר הכרמל וכהני עובדי דיבמות פרק האשה...

וכן בשו"ת מהריט"ץ (החדשות סי' קפ), שם נשאל על עד אחד שהעיד לחובת ישראל חברו בערכאות, ובא הדבר לפני הרב, שקנס את העד והעליל עליו בפני הערכאות וגרם לו הפסד ממון, וכתב וז"ל:

אף על גב דאם עשה כיוצא בזה כדי לייסר את הרשעים מפני צורך שעה כדי

שיקחו מוסר כל רשעי ארץ ולא ישובו לכסלה, ודאי רשאי. כמו שכתב הרמב"ם זלה"ה פרק כ"ד מסנהדרין וזה לשונו: יש לבית דין להלקות מי שאינו חייב מלקות להרוג מי שאינו חייב מיתה... אף על גב דיש לבעל הדין לחלוק, דהתם לא הזכיר הרמב"ם אלא הכאה או מיתה, אבל להפסידו ממון לא הזכיר. הא לאו מילתא היא, דכל שכן הוא אם מרדות ומיתה דחמירא יכול לעשות, מכל שכן ממון... וכן כתב לקמן: וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצת הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה וכו'... שמא תאמר אם כן אמאי לא כתב לעיל נמי ולענוש ממון. יש לומר מלבד מה שתירצנו דשביקה מקל וחומר דמיתה, מלבד זה יש לומר כשנדקדק דכתב תיבה אחרת לקמן: וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון וכו'. מאי תמיד מה שלא כתב למעלה. אמנם הכוונה לומר כן, במיתה ובמלקות אינו תמיד אלא דוקא בשעת ההכרח הגדול... אמנם עונש ממון בכל מקום ובכל זמן תמיד בכל שעה יכול הדיין לעשות. ודייק עוד דלעיל נקט בית דין, ואפשר לומר דוקא בית דין הגדול או לפחות של שלשה, אבל חכם אחד לא. להכי דייק הכא דקאמר, וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון כפי מה שיראה לו לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק וכו', הרי דאפילו יחידי יכול לענוש ממון. ואם כן מהכא החכם המרביץ תורה אעפ"י שאין הדין כן, אולי ראה שהשעה צריכה לכך ולכך הענישו ממון.

עיי"ש שכתב במסקנת דבריו דמ"מ לא היה לו לאותו חכם להעליל על העד בערכאות.

יש במהריט"ץ שני חידושים בדעת הרמב"ם בענין סמכות ביה"ד לקנוס בממון:

קנס ממון יכול הדיין להשית בכל עת, ולא דווקא כשיש צורך גדול.

לענין עונש הגוף, סגי בבית דין של שלושה, משמע כל שלושה כשרים, ולענין קנס ממון סגי גם בדין יחיד.

אולם, מדברי שאר הפוסקים נראה, דאינם מסכימים לשני החידושים הללו, ובעיקר לחידוש השני כמפורש ביש"ש שם.

הנה הגר"ח פלאג'י (שם אות יב) כתב בשם שו"ת בשמים ראש, שהענין של עונש שלא כדין אינו מסור לכל בית דין של עיירה, שבה ארבעים בעלי בתים, אלא לגדולי הדור ותלמידי חכמים מובהקים.

עוד כתב הגר"ח פלאג'י (שם אות יט) בשמו:

שאיין לכוף בכל דבר שאין הלכה ברורה נהוגה מכל בתי הדינים, יען כי הני מילי דעישויי אין אנו כדאים אלא מפני תיקון העולם דיינו בדבר ברור שהוא כן.

דבריו המסכמים של הגר"ח פלאג'י בענין, מלמדים שיש לסייג ולהגביל את השימוש

בענישה שלא מן הדין, ובכלל זה הפקר ממון, וככל הניתן יש לקבוע בענין כללים שיונהגו בכל בתי הדין.

כמו כן כתבו הפוסקים, שעל ביה"ד שקונס בממון, לשקול שיקולים נוספים, כמו שכתב הגר"ח פלאג"י (שם אות כג) שבמקום שאפשר לעונשו בממון אחר ולא לקפח את פרנסתו שיש בזה בחינה של פיקוח נפש בניו ובנותיו, עדיף טפי לעשות כן.

וביש"ש שם כתב:

והא דכתב הרי"ף דקנסין בכה"ג. לא למעוטי דינא אחריתי, דהא מביא הא דראב"י, דאכל מילי אתיהיב רשותא לבי דינא למיקניס ולמיגדר, כפי הצורך. אלא בא למעוטי שלא יקנס הדיין אלא כפי שהסברא נוטה, כגון הכא, דלא קנסיה רב נחמן אלא בפלגא. כפי מה שהשביחו השוורים...

הרי שגם קנס בממון, שהוא דרך הענישה הקלה ביותר, צריך שיהיה מידתי ומתחשב בכל הנתונים לפי שיקול דעת הדיין.

לסיכום:

בי"ד כשר – של דיין יחיד מומחה או של שלושה הדיוטות, אף על פי שאינם סמוכים, כיון שנתמנה על ידי הנשיא או טובי העיר – רשאי לענוש שלא מן הדין.

בית דין המופקד על תקנת הציבור ומרותו מוטלת עליהם, וכן גדול הדור שמרותו מוטלת על הציבור, נראה מדברי הפוסקים שרשאים לענוש שלא מן הדין אף ללא רשות הנשיא או טובי העיר.

בית דין קבוע וחשוב במקומו, ואין חשוב יותר ממנו – הרבה ראשונים ואחרונים סוברים שרשאי לענוש שלא מן הדין. יש ראשונים ואחרונים שכתבו כן בדעת הרמב"ם, ויש שכתב שלדעת הרמב"ם בית דין כזה אינו רשאי לענוש שלא מן הדין אלא רק במקום מיגדר מילתא.

טובי העיר – שבני העיר קבלום שיהיו כביה"ד הגדול, אעפ"י שאינם דיינים כשרים – רשאים לענוש שלא מן הדין.

גדולי העיר שאינם טובי העיר – לדעת הב"ח, בעיר שלהם הריהם כגדולי הדור לכל ישראל; לדעת המהרי"ק אינם כגדולי הדור; לדעת הרא"ם גדולי העיר הם כטובי העיר שבהם נחלקו הראשונים, לדעת ר"ת גדולי וטובי העיר אינם חשובים כגדולי הדור, ולדעת הראב"ה חשובים כגדולי הדור, ונראה מדבריו דעיקר הטעם הוא דגדולי הדור עיני כל ישראל אליהם, והציבור נסמך עליהם, ומכאן כחם.

מכלל הדברים עולה, בית הדין הרבני בכל עיר ועיר, שהוא בית דין קבוע וחשוב במקומו

ואין בית דין חשוב ממנו, מרותו מוטלת על הציבור לפי חוק והוא חלק ממערכת שלימה של סמכות שיפוט על כלל אזרחי המדינה, ממילא האזרחים מצפים מביה"ד שיאכוף את מרותו באותם עניינים שנמסרו לסמכותו, לכן בוודאי שרשאי לענוש שלא מן הדין, ובפרט במקום מיגדר מילתא, שרשאי להעניש ולקנוס שלא מן הדין. על אף האמור, כתבו הפוסקים, דמכל מקום יש לעשות זאת במשורה ובמיתון, ורק לאחר שביה"ד שקל את כל ההשלכות של עונש זה.

סדרי דין בפסיקה שלא מן הדין

להלן דברי הרשב"א (ח"ג סי' שצג, הובא בב"י חו"מ שם):

רואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים רשאים הם לקנוס ממון או לענוש עונש הגוף כפי אשר יראה להם. וזה מקיום העולם שאם אתם מעמידים הכל על הדינים הקצובים בתורה ושלא לעשות אלא במה שענשה תורה בחבלות וכיוצא בהם נמצא העולם חרב. שהיינו צריכים עדים והתראה וכמו שאמרו ז"ל (ב"מ ל:): לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה. וכל שכן בחוצה לארץ שאין דנין דיני קנסות ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם ונמצא העולם שמים.

ובתשובה אחרת (ח"ד סי' שיא) כתב:

שאלתם הסכימו דעת הקהל למנות אותנו ברורים לבער העבירו' וכן נשבענו לעשות כן. וכתוב בתיקוני ההסכמה שיהא רשות בידנו משלטון המדינה ליסר ולענוש בגוף וממון לפי ראות עינינו. הודיענו אם יעידו עדים קרובים על ראובן שעבר על שבועתו והעדים ראוים לסמוך עליהם, או אם יעידו אשה וקטן מסיחים לפי תומם יש לנו ליסר את ראובן או לא, וכן אם העדים או אחד מהן קרובים לראובן ורואין אנו אמתלאות שאלו העדים אומרים אמת, יש לנו רשות לעשות על פיהם אף על פי שאין שם עדות ברובה.

תשובה. דברים אלו נראין פשוטים בעיני שאתם רשאי' לעשות כפי מה שנראה בעיניכם. שלא נאמרו אותן הדברים שאמרתם אלא בב"ד שדנין ע"פ דיני תורה כסנהדרין או כיוצא בהם. אבל מי שעומד על תקוני מדינה אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה ברשיון הממשלה. שאם לא כן אף הם לא יקנסו בגוף ולא בממון לפי שאין דנין דיני קנסות בבבל ולא בדברים שאינם מצוים... וכן לא ילקה ולא יענש על פי עצמו. לפי שאין אדם משים עצמו רשע מן הדין ואפי' יש עדים כשרים לא ילקה אא"כ התנו /שמא צ"ל התרו/ בו. שאין בית דין מלקין אלא אחר התראה. אלא שבכל אלו הדברים אינם אלא בבית דין הנוהגין ע"פ התורה. הלא תראו דוד שהרג ע"פ עצמו גר העמלקי. וכן אמרו מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבור על דברי תורה

אלא לעשות סייג לתורה... כל שכן אתם שעיקר ההסכמה לא היתה אלא לעשות
מה שיראה בעיניכם...

וכע"ז בשו"ת הרשב"א המיוחסות (סי' רעט - הובא בב"י שם).

הרשב"א כותב שביה"ד רשאי לקבל כל עדות וראיה כשרה או פסולה לפי דין. וכן לענוש
ללא התראה ועל פי הודאת בעל הדין עצמו. ומלשון התשובה בח"ד משמע דגם במקום שאין
כתב הסכמה ומינוי מטעם הקהל, רשאי ביה"ד לסמוך על כל עדות או ראיה שתהיה אמינה
בעיני הדיינים.

כ"כ הטור (חור"מ סי' ב):

ונראה שאפי' אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין בשעה שהיו
דנין דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק, אם נראה לדיין שיש
צורך השעה לדונו בכך הרשות בידו. וכן יראה מדברי הרמב"ם שכתב יש לב"ד
להלקות למי שאינו חייב מלקות ולהרוג למי שאינו חייב מיתה... וכן יש להם
[בכל מקום ובכל זמן] להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננין אחריו שהוא
עובר על העריות, והוא שיהא קול שאינו פוסק ולא יהיו לו אויבים שמוציאין עליו
דבה רעה. וכן מבזין את מי ששמועתו רעה ומבזין את יולדיו בפניו.

בפרישה (חור"מ שם סק"א) שם כתב, שהטור למד מדברי הרמב"ם שביה"ד רשאי לקנוס
במקום שאין עדות מספיקה וללא התראה.

עי' בב"י שם ובב"ח (חור"מ שם ד"ה ונראה) שכן דעת רבינו ירוחם והרא"ש והסמ"ג,
דאפשר לענוש ללא עדות ברורה, וללא התראה. כ"פ בסמ"ע (שם סק"ה) ובנתיבות (שם
סק"ב) ובאורים (שם סק"ג) דאפשר להרוג גם בלי התראה. ועי' לעיל, תשובת בנימין זאב
שבמקום שיש ענין של מיגדר מילתא, אל לו לביה"ד לדקדק בדרכי הדינים המקובלים אלא
ללכת אחר ידיעת האמת.

ברם, בתשובת המהרי"ק (סי' קפח) כתב וז"ל:

דאפילו ב"ד הגדול שבירושלם אין כח להכות ולענוש שלא מן התורה אלא היכא
שבודאי יש שם קצת דררא דאיסורא, כי היא שרכב על סוס בשבת וכן ההוא
שהטיח באשתו תחת התאינה וכו' שהיו עדים בדבר אלא שלא היו ראויין לאותו
עונש אם לא מכח הוראת שעה אבל בלא עדות ברורה לא.

אך אין כאן מחלוקת; בתשובת הרשב"א ושאר הראשונים ליבם של הדיינים היה שלם
ולא היה להם ספק בדבר, על אף שלא היתה עדות כשרה, אך במקום שהדיינים מסופקים, אין
לסמוך על דבר שהוא פחות מעדות כשרה וכמו שכתב במהרי"ק.

כתב בשער משפט (חו"מ שם סק"א) שאין להקל בדיני עדות שלא לצורך. עוד כתב, דעל אף שאנו מקילים בסדרי הדין והראיות, בבחירת הדיינים יש להקפיד יותר ולבחור את הכשרים והראויים ביותר.

כן מצאנו שכתב הגר"ח פלאג"י שם, על פי מש"כ הרמב"ם והשו"ע שהכל יהיה לשם שמים, וכאשר טובי העיר קונסים ועונשים צריך לדקדק שאין שם איזה ענין של קנאה ושנאה ותחרות עם אותו אדם, דאז אינו לש"ש.

עוד כתב הגר"ח (שם אות ל) בשם המהרי"ק (שם), דיש לביה"ד להקפיד להשוות מידותיהם, שלא יאמרו שלזה הענישו יותר ולזה קצת ואין כוונתם לשם שמים.

ז"ל המהרי"ק שם:

ואף אם יבוא ב"ד לענוש על כן בלא התראה להוראת שעה לעשות גדר וסייג לתורה, פשיטא שיש להו להשוות מדותיהן ולא להטיל עונש על אדם אחד ומשאר עמי הארץ אשר נוהגין תמיד לעשות המנהג הרע הזה העלם יעלימו את עיניהם. חלילה מעשות כדבר הזה שאין זה סייג לתורה אלא חלול התורה, כי יאמרו העולם שמחמת שנאה ואיבה החמירו על זה יותר מעל שאר אנשים ונמצא ש"ש מתחלל ח"ו.

לסיכום:

בית דין שעונש שלא מן הדין, רשאי להקל בדיני עדות ולסמוך על אומדנא, אם ליבם של הדיינים שלם ואין להם ספק בקביעת העובדות.

כשיש לדיינים ספק, עליהם לקבל עדות כשרה.

בית הדין רשאי לענוש ללא התראה ולהקל בסדרי הדין, ואין להקל בדברים הללו שלא לצורך.

הדיינים צריכים להשוות מידותיהם, שלא יאמרו שעם זה הקלו ועם זה החמירו. ובדיינים אלו על הדיינים לדקדק היטב שאין כאן ענין של קנאה ושנאה ותחרות עם בעלי הדין, ולעשות לשם שמים.

פרק ו': הפסד ממוון לצורך אכיפת פסק הדין

למעלה הארכנו בהא דבי"ד מכין ועונשין בגוף ובממוון שלא מן הדין, ומסקנתנו היא שלבתי הדין הרבניים בישראל יש רשות לענוש שלא מן הדין מכמה טעמים שכתבנו לעיל.

אולם נראה, שכל הדיון בפוסקים דלעיל בעונשין שלא מן הדין הוא, במקום שביה"ד נדרש

לענוש ולתקן תקנות שונות לצורך הציבור, אך כאשר ביה"ד נדרש לאכוף את פסק הדין, לית מאן דפליג שלבי"ד רשות להשתמש בכל כלי הכפייה שבידו ובכלל זה בקנס ממוני.

בהכי ניחא סוגית הגמ' במו"ק שם, בפשטות בגמ' שם מדובר במי שמסרב לדין תורה, ולמדים מפסוקים שביה"ד רשאי לענוש אותו בכל מיני עונשים עד שיציית לדין תורה, משמע שעונשים אלו הם מעיקר הדין, ואילו ברמב"ם (הל' סנהדרין שם) הביא את הדינים שבגמ' שם וכתב שביה"ד רשאי לענוש לצורך שעה, משמע שכל העונשים המפורטים בגמ' שם הם שלא מן הדין.

ופשוט ששני הדברים אמת; כאשר בעל דין מסרב לציית לדין תורה – ביה"ד רשאי לכפותו בכל דרך לציית, ואין זה עונש שלא מן הדין, אלא דין גמור לאכוף את ביצוע פסק הדין בכל דרך. כשם שביה"ד רשאי לאכוף את פסק דינו בכל דרך, כך לבית דין, הרשאי לענוש שלא מן הדין, יש רשות לענוש בכל העונשים המפורטים ומבוארים בגמ'.

מצאנו בפוסקים שנקטו בפשיטות שדיין רשאי לאכוף את פסק הדין בכל דרך, ומדלא כתבו שרק גדול הדור או טובי העיר שהמחו רבים עליהם, כמו שכתב השו"ע בס"ב לענין ביה"ד שעונש שלא מן הדין, משמע שהרשות הנתונה לדיין לאכוף את פסק הדין, היא מעיקר הדין.

בשו"ת מהרי"ק (סי' קסא) האריך בביאור הסוגיא דעביד איניש דינא לנפשיה, וכתב וז"ל:

דבשלמא להכות חבירו או להזיקו בממונו בידיו או ע"י גוי שייך למימר ביה עביד דינא לנפשיה או לא עביד דינא דהא נמי כמו דינא, שהרי הדיין יש לו כח לרדוף ולכוף בין בגוף בין בממון עד שיקבל הלה עליו את הדין.

כלומר, אם לצורך עשיית הדין, הדיין או העושה דין לעצמו צריכים לגרום הפסד כספי לנדרן, שפיר דמי לעשות כן.

הרמ"א (ח"מ ס"ו ס"ט) כתב דיש דרכים נוספות לכפות על אדם לציית לפסק הדין, וז"ל:

ואם נראה לבי"ד שאחד גזול חבירו ולא יוכלו להוציא ממנו בדין, יכולין לגזור על שאר בני אדם שלא ישאו ויתנו עמו, ואם היא אשה שלא תנשא לאיש ולא יעסקו בשידוכיה עד שתוציא מידה שאינו שלה. (פסקי מהרא"י סימן ר"ס) וע"ל סימן שנה"ח סעיף ה'.

בסי' שנח שם איתא, דאפשר לעכב נישואיה של אשה שסוחרת בדברים שלא כדין.

באורים (ח"מ שם ס"ק טז) מבאר שמה שכתב הרמ"א 'ואם נראה לבי"ד שאחד גזול' אין כוונתו שנראה באומדנא בלי ראייה, אלא שיש ראייה גמורה ונראה לבית דין שאי אפשר להוציא מהגזול בדין, דאז גוזרים על כל אדם וכו'. מכל מקום מבואר שאפשר להטיל עונשים שונים על מי שמסרב לציית לדין תורה. להלן נשוב ונעסוק בדברי האורים.

על שליח בית דין שנשלח לאכוף את הוראת בית הדין כתב השו"ע (שם ס"ו ס"ח):
 וכן יוכל בעצמו לעשות דין במסרב בו, להכותו, וכן אם הזיקו (בממונו) פטור
 (ר"י נתיב ל"א חלק ב' ונ"י ריש פ' המניח). וע"ל ריש סימן י"א.

וכתב הגר"א (חור"מ שם ס"ק כ"ג):

וכן יכול. ב"ק כ"ח א' פרט לשליח ב"ד לפי שעושה ברשות וכן מדמה שם עביד
 דינא לנפשיה דבתחלה מותר לשליח ב"ד.

ע"י בשער המשפט דלהלן, שכתב גם הוא, דשליח בית דין עושה ברשות, ושכ"כ הכס"מ,
 והשווה לסוגיא דעביד איניש וכו'.

ובסמ"ע (חור"מ שם ס"ק כה) מבואר שגם הזיק ממון הוא לכתחילה, ואפילו כאשר יכול
 להציל בענין אחר, דכתב שם:

להכותו. וכן אם הזיקו בממונו פטור, כצ"ל. וכן הוא שם (ברבנו ירוחם), וסיים
 שם וכתב דאפילו יכול להצילו בדבר אחר.

ובשער משפט (חור"מ שם ס"ק ב) דן באריכות במה שכתב הסמ"ע בשם רבינו ירוחם, וכתב
 וז"ל:

וכן אם הזיקו בממונו פטור. וכתב הב"י בשם רבינו ירוחם (נתיב ל"א ח"ב) דאפי'
 אם יכול להצילו בדבר אחר ג"כ פטור. ויש לתמוה מהא דפרק המניח דף כ"ח
 ע"א דאמרי' התם דבמקום פסידא כו"ע ס"ל דעביד איניש דינא לנפשיה, וקאמרינן
 עלה ת"ש וקצותה את כפה ממון מאי לאו בשאינה יכולה להציל ע"י דבר אחר,
 ומשני לא בשיכולה להציל ע"י דבר אחר, ופריך אבל אינה יכולה להציל ע"י דבר
 אחר פטורה, אי הכי אדתני סיפא ושלחה ידה פרט לשליח בית דין לפלוג וליתני
 בדידה, במה דברים אמורים בשיכולה להציל ע"י דבר אחר, אבל אינה יכולה
 להציל ע"י דבר אחר פטורה, ומשני הכי נמי קאמר במה דברים אמורים בשיכולה
 להציל ע"י דבר אחר, אבל אינה יכולה להציל ע"י דבר אחר נעשה כשליח בית
 דין ופטורה. ואי אמרת דכשליח שהזיק בממונו פטור אף כשיכול להציל ע"י
 דבר אחר מאי פריך לפלוג ולתני בדידה דכשאינה יכולה להציל פטורה, הא
 איצטריך למילף מידה פרט לשליח בית דין, דאף כשיכול להציל ע"י דבר אחר
 פטור מלשלם דמי הבושת, אלא ודאי דאף בשליח בית דין אם יכול להציל
 בדבר אחר חייב... שוב מצאתי להתורת חיים בפרק המניח שם שכתב בפשיטות
 בפירושא דשמעתתא, דביכול להציל ע"י דבר אחר אף שליח בית דין חייב, והנה
 אף דאשתמיט ליה דברי הב"י בשם רבינו ירוחם, מ"מ לדינא נראה עיקר כוותיה.
 וכן משמע מלשון הנמוקי יוסף בר"פ המניח (יב, ב מדפח"ר) שהביא הב"י שכתב
 גבי הא דאמרינן התם (כו, ב) מאה פנדא למחייה וז"ל: אם אינו יכול להציל ע"י

דבר אחר אלא ע"י הכאה ולא בהכאה אחת יכה אפילו מאה מכות פטור, וממילא שמענין דשליח בית דין נמי הכי דיניה בהדי מאן דלא ציית דינא, דאי לא תימא הכי מארי ממונא היכי יהבי ליה רשותא למעביד הכי מי אלים משליחא דבי דינא, עכ"ל. וא"כ כיון דהנמוקי יוסף יליף שליח בית דין מהיכא דעביד אינש דינא לנפשיה, בעינן דוקא שאינו יכול להציל ע"י דבר אחר דומיא דהתם. וגם באמת הוא דבר תימה לומר דשליח בית דין פטור אף ביכול להציל ע"י דבר אחר, דהא הרודף אחר חבירו להורגו דכל ישראל חייבין להצילו בנפשו מן התורה ואין לך שליח בית דין גדול מזה, ואפי' הכי אם היה יכול להצילו באחד מאיבריו והרגו חייב עליו, וכן אם אחד רואה לאדם שמכה חבירו אינו פטור כשמכהו ומצילו אלא באינו יכול להצילו ע"י דבר אחר, כמו שכתב הרא"ש בפרק המניח סי' י"ג לענין מותר נזק אדם באדם ע"ש, ומה כח בית דין יפה לא שייך כאן... ואפשר דמשום הכי השמיט הרב דברי רבינו ירוחם אלו...

ע"י בפת"ש (חור"מ שם סק"ו), שאף בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' ק"פ) כתב שהנימוק"י חולק על רבינו ירוחם.

ובענין מאי דאיתא בגמ', שאשת המוכה רשאית להכות את המכה כדי להציל את בעלה, וכל שכן המוכה עצמו, ע"י שו"ע (שם סי' תכ"א סי"ג) ובהערה זו.

בספר אור ישראל"ח כתב, דאדרבא מסוגיית הגמ' משמע ששליח ב"ד פטור אפילו כשיכול להציל בענין אחר, שזה מה שנלמד מהפסוק ושלחה למעט שליח בית דין, דהוא פטור אפילו כשיכול להציל בענין אחר, והאשה פטורה רק כשאינה יכולה להציל בענין אחר, דאז נעשתה כשליח בית דין ופטורה. וכתב שהנימוק"י מחלק בין שליח בית דין שהוכה, דרשאי להכות את המכה אפילו כשיכול להציל בע"א, לבין שליח בית דין שהבעל דין לא מצייט לו, דאינו רשאי להכות אלא אם כן אינו יכול להוציא את פסק הדין לפועל בענין אחר.

ע"י בשבות יעקב שם שהקשה כע"ז על הנימוק"י, וכתב בתירוץ השני: "ועי"ל דהתם קאי דוקא על הבושת משא"כ בהזיק ס"ל דחייב וצ"ע".

יז. בשו"ע שם מבואר שאדם שהותקף רשאי להגן על עצמו, וצריך אומדן שלא חבל בחברו יותר ממה שהיה צריך לצורך הגנה עצמית, אולם על בושט לא צריך אומדן, שחם לבכו ולא התכוון לבייש, ובשאר חיובי חובל חייב גם בשוגג ולא מהני הטענה דחם לבכו. עוד מבואר שם, שאדם רשאי לחבול במי שנמצא תחת מרותו כדי לאפרושי מאיסורא, וראיה מסוגיין לגבי עבר עברי שנשוי לשפחה כנענית שמותר לארון לחבול בו כדי לאפרושי מאיסורא. ומבואר בסמ"ע (חור"מ שם ס"ק כח) שרק מי שהוא בדרך כלל חושש לאפרושי מאיסורי, דאם לאו חייב על הנזק, דבודאי מתוך שנאה הוא עושה אא"כ מדובר בכן משפחה שאז יש לו זכות להגן על בן משפחתו גם אם אינו מקפיד בדרך כלל על אפרושי איסורא, כמו הגמ' שם באשה המגינה על בעלה.

בפת"ש (חור"מ שם סק"ג) ציין לתשובת החור"י (סי' סה) שקבע כללים בענין זה של ביושים, וכתב כמה חילוקים בין היתר דמציל עצמו היתר דחמום, דהיתר דמציל עצמו הוא מעיקר הדין דעבידי איניש וכו' ומותר לכתחילה, ודווקא מיד לאחר ההכאה שרוצה למנוע מעצמו נוספת.

יח. ליפשיץ, חור"מ שם. לזקנו של בעל התפארת ישראל על המשניות.

כלומר, מחלק בין שליח בית דין שיכול להציל בענין אחר, ולא הציל והזיק, שחייב לשלם, לשליח בית דין שלא הציל ובייש, שפטור.

באור ישראל שם כתב שהסמ"ע והבאה"ט שם סוברים, ממה שהרמ"א לא חילק בין שליח בית דין שיכול להציל בענין אחר, לשליח בית דין שלא יכול להציל בענין אחר, הרי שהכריע כרבינו ירוחם שבכל ענין שליח בית הדין פטור. תמה שם על המציין בשו"ע שכתב שדברי הרמ"א הם גם על פי הנימוק"י.

באמת יותר משקשה על המציין בשו"ע, קשה על הב"י שהביא דברי הנימוק"י ולא כתב דפליג על רבינו ירוחם. במשמרות כהונה (ב"ק שם) תמה על הב"י שהביא את הנימוק"י ולא כתב דפליגי. והוסיף שבשטמ"ק (ב"ק שם) בשם הר"ש מפורש שבמקום שיכול להציל בענין אחר, שליח בית דין שהכה חייב.

בפתחי חושן (ח"ו – נזיקין, פ"ב הע' כב) ציין לערך ש"י שהביא עוד פוסקים שחולקים על רבינו ירוחם, ומסקנתו דדין זה הוא ספיקא דדינא. ובאמת זה פלא, שדין שנפסק בב"י, בסמ"ע ובאה"ט ללא חולק, הוא ספיקא דדינא בגלל קושית האחרונים שיש עליה תשובה.

מכל מקום מבואר שלדברי הכל, שליח בית דין שאינו יכול להוציא אל הפועל את הוראת ביה"ד בענין אחר, רשאי לחבול בסרבן ולהזיק את ממונו. ובנימוקי יוסף (ב"ק יב ע"ב מדפי הרי"ף) מבואר, דמאי דקיי"ל, דבעל דין עביד דינא לנפשיה הוא, מהשוואה לשליח בית דין.

פרק ז': סוגיא דעביד איניש

יש להרחיב בסוגיא דעביד איניש דינא לנפשיה, שבה כמה גדרים וחילוקי דינים, ויש לעיין האם חילוקי הדינים הללו נכונים גם בשליח בית דין שאוכף את הוראות משלחו.

איתא בגמ' (ב"ק כו ע"ב):

דההוא גרגותא דבי תרי דכל יומא הוה דלי חד מנייהו, אתא חד קא דלי ביומא דלא דיליה, א"ל: יומא דידי הוא! לא אשגח ביה, שקל פנדא דמרא מחייה. א"ל: מאה פנדי בפנדא למחיה, אפילו למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשיה, במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה. דאתמר, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה; היכא דאיכא פסידא – כ"ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי – היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא; ר"נ אמר: עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח.

ופרש"י (ב"ק שם):

לא עביד איניש דינא לנפשיה. ואפי' דין אמת לא יעשה הוא לעצמו אלא ילך אצל הדיין: במקום דאיכא פסידא. אי אזיל לבי דינא דאדאזיל לבי דינא ואתי קא דלי האי ולא ידע מאי דלי או שמא יכלו המים מן הבור ואין לו פרעון לזה דקא מפסיד כי האי גוונא עביד איניש דינא לנפשיה:

ואף למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשיה אלא במקום פסידא, כתבו השטמ"ק (שם) והש"ג (על הרי"ף שם בשם רבינו אפרים), דאם עביד - אינו חייב לשלם לכו"ע, שכן מחלוקת ר"נ ור"י היא באיסור והיתר, האם מותר לעשות כן או אסור, ולא בדיני ממונות, האם חייב לשלם או פטור, לכן בדיעבד אם עשה - פטור. ראיתי בחידושי רבינו מאיר שמחה (ב"ק שם) שהוסיף ביאור, כאשר עושה מעשה כדי להציל את ממונו וממון חברו ניזוק, נחשב למזיק שלא בכוונה, ופטור. וציין לדברי הגר"א (חו"מ סי' שעט סק"ד). ומשמע מדבריו שבמקום שאין פסידא, למ"ד לא עביד איניש וכו', אין זה דינא כלל, ורבינו אפרים שסובר שפטור מתשלום הוא מטעם אחר, שהזיק שלא בכוונה. בפשטות משמע שלדעת רבינו אפרים, במקום פסידא ושלא במקום פסידא, לעולם הוי דינא ופטור, ומחלוקת האמוראים היא בהנהגה ולא בדיני ממונות.

בריי"ף (ב"ק יב ע"ב מדפיו), ברא"ש (ב"ק פ"ג סי' ג), ברמב"ם (הל' סנהדרין פ"ב הי"ב) ובשו"ע (חו"מ סי' ד ס"א) נפסקה הלכה כר"נ.

בנימוק"י שם כתב כמה גדרים בדינא דעביד איניש:

הא דעביד דינא לנפשיה. היינו דוקא בממונא דשכיח בעיניה כי הכא גבי גרוגותא דקא בעי מאריה למשקליה ולאצוליה מידא דהיאך דבעי למגזליה או לאזוקי ממוניה, ואין צריך לומר גבי הצלת נפשות. אבל היכא דליתיה לממונא בעיניה אלא אפרועי הוא דקבעי אפרועי מלוה מיניה, לית ליה רשותא למעבד דינא לנפשיה, דהא תנן [ב"מ דף קיג א] המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בב"ד ודוקא נמי היכא דאית ליה ראייה למציל דממונא דידיה הוא, אי נמי דמודה ליה בעל דיניה בהכין. אבל היכא דליתיה ראייה ולא מודה ליה אי עבד דינא לנפשיה ע"י הכאה וכיוצא בה מיחייב לשלומי לניזוק דמי חבלה, דע"כ לא קאמר רב נחמן אלא היכא דעביד דינא דאי נמי לא הוה עביד איהו לא עבדי ליה בי דינא בציר מהכי.

הממון שמבקש להציל ומעמדו המשפטי

הנימוק"י מחדש דעביד איניש וכו' מתקיים רק באדם שרוצה להציל ממון שנמצא בעין מלהיפסד, אך אם רוצה להציל חובו מהפסד, אסור, דאיתא במשנה ב"מ שם דלמדים מקרא דאינו יכול למשכנו שלא בבי"ד. עוד מחדש, דעביד איניש וכו' מתקיים רק כאשר יש לאותו אדם דרך להוכיח את זכויותיו בבית דין על ידי ראייה או הודאת הצד שכנגד, ואז מה שעושה

הוא דין, דגם בית הדין היו נוהגים כך, אבל במקום שאינו יכול להוכיח את טענותיו בבית דין, מעשיו אינם חשובים דין, ואם עשה על דעת עצמו מעשיו בטלים וחייב לשלם לחברו את נזקיו.

למה שכתב הנימוק "דעביד איניש וכו' רק בדברים שבית הדין היה עושה, יש סיעתא ממה שכתב באור זרוע (ב"ק סי' קמה, וכ"פ הרמ"א חו"מ סי' ד ס"א) בשם המהר"ם, דרך בממון שידוע שהוא שלו עבידי איניש וכו', דאם לא נאמר כן, לא שבקת חיי לכל בריה, דכל אחד ילך ויתפוס ממון ויגיד שהוא שלו ויעשה דין לעצמו.

ברור שמה שכתב ממון בעין, לאו דווקא ממון פרטי ממשי שעומד להיפסד, אלא גם הפסד של שימוש בממון, כמו שאפשר ללמוד מדינא דממלא חצר חברו בחביות ומי שאבדה לו דרך שדהו שיובאו להלן, וכן הפסד של שימוש בממון הציבור, כמו שאפשר ללמוד מדינא דממלא רשות הרבים חביות שיובא להלן, וגם צער שנגרם לאדם כמו שאפשר ללמוד מדינא דאשה שהצילה את בעלה שיובא להלן, שכל אלו הדברים נקראים הפסד.

כמו כן ברור, שמה שכתב שבעל דין שרוצה לעשות דין לעצמו צריך שיוכיח טענותיו בבית דין, לאו דווקא שיזכה בסוף בדין, שגם אם יפסיד לבסוף, אם יתברר שהפעולה שעשה היתה כדין, שפיר דמי לעשות כן, כגון בעל דין שהיה זקוק למסמך מסוים, שלפי הדין חברו חייב להמציאו לו (עי' שו"ע שם סי' טז ס"ד), וחברו מסרב, דרשאי לעשות דין לעצמו וליטול את המסמך, דגם שליח ב"ד היה עושה כן, ואף אם לבסוף לא יזכה בדין, מכל מקום בשעה שנטל את המסמך נהג כדין.

ולא זו בלבד, אלא אף מי שאינו יכול להוציא את הממון בדין ישראל, מפני שאין לו ראייה מספיקה, אם יודע שלאחר שיוציא את הממון בדיני עכו"ם, תתחדש ראייה על ידי עדים שיכירו את הממון בטביעות עין, על אף שאסור לו לעשות כן לתבוע את חברו בערכאות, אם תבעו והוציא את הממון תוך כדי גרימת נזק לחברו, פטור מלשלם מפני שהוצאת הממון היא בבחינת דינא, ועביד איניש דינא לנפשיה.

חידוש זה למדנו מהגהות אשר"י (ב"ק פ"ג סי' ג הגהה ב) בשם המהר"ם והאגודה (ב"ק שם ד"ה שהיה) שכתבו שאדם שהפקיד חפץ אצל חברו, והנפקד התכחש לפקדון, והלך לערכאות והוציאו מידו תוך כדי גרימת נזק, פטור מלשלם על הנזקים שנגרמו לנפקד על ידי ערכאות, דעביד איניש דינא לנפשיה. וביאר היש"ש (ב"ק פ"ג סי' ו) דהואיל והדרך היחידה להוציא את החפץ מיד חברו ולהראותו לעדים היא על ידי ערכאות, כי בדיני ישראל היו פוטרים את הנפקד המכחיש, התביעה בערכאות היא דינא, על אף שאסור היה לו לעשות כן, כדיעבד התברר שעשה כדין, ולכן פטור מהנזקים שגרם לחברו מדין עבידי איניש וכו'.

מסקנת הדברים היא, בעל דין רשאי לעשות מעשה, אם לבסוף יתברר שהמעשה צודק לפי פסק הדין הסופי או לפי החלטת ביניים של ביה"ד, שכל זה בכלל עשיית דין, וגם אם בשעת

מעשה הוא אינו יכול להביא ראייה בדיני ישראל ולכן הוציא על ידי עכו"ם, בדיעבד התברר שעשה כדין ופטור אם התביעה בערכאות גרמה נזק לחברו. הוא הדין וק"ו ששליח בית הדין רשאי לעשות מעשה על פי פסק דין סופי והחלטות ביניים של ביה"ד, דכל זה בכלל מאי דקיי"ל דעביד איניש דינא לנפשיה.

במקום שיכול להציל בדרך אחרת

במקום שיכול להציל בדרך אחרת, אין בעל דין רשאי לעשות דין לעצמו. יש סוברים שגם שליח בית הדין אינו רשאי לעשות כן. בגדר יכול להציל, ע"י בגמ' (שם כח ע"א):

ת"ש: שור שעלה ע"ג חבירו להורגו, ובא בעל התחנותן ושמת את שלו ונפל עליון ומת - פטור; מאי לאו במועד, דליכא פסידא! לא, בתם, דאיכא פסידא. אי הכי, אימא סיפא: דחפו לעליון ומת - חייב; ואי בתם, אמאי חייב? שהיה לו לשמטו ולא שמטו.

וכתבו התוס' (ב"ק שם ד"ה ואי):

ואי בתם אמאי חייב - בשלמא אי איירי במועד יש לו להתחייב שאינו בהול והיה לו לשומטו, אבל אי בתם איירי לא סלקא דעתך שהיה לו לשומטו לפי שהוא בהול שירא להפסיד ולא מסיק אדעתיה לשומטו.

ובתוס' (שם ד"ה משבר ויוצא) הוסיפו ביאור:

אף על גב דלעיל אמרינן שהיה לו לשומטו, היינו משום דליכא טירחא בשמיטה יותר מבדחיפה.

מבואר בגמ', מי שיכול להציל את ממונו בדרך שיש בה פחות סיכון לממונו של חברו, ואין בה יותר טרחה עבורו, והציל בדרך שיש בה יותר סיכון לממונו חברו וגרם נזק לחברו, לא נהג כדין וחייב לשלם. להו"א בגמ', בעל השור המותקף, החושש שיגרם לו הפסד, בהול על ממונו ודעתו אינה פנויה לבחור דרך מזיקה פחות לסילוק השור שעלה על גבי שורו. למסקנת הגמ', גם במצב כזה, מצופה מבעל השור המותקף לשים לב, ולא לגרום נזק מיותר לממונו חברו.

הנהגה בשיעור של טרחה יתרה, כתבו התוס' (שם ד"ה משבר) שלהרים את החביות ולסדרן זו על גב זו, חשיב טרחה יתרה. ובעל החצר המסרב לעשות כן נוהג כדין.

ומבואר בפוסקים שמידת תשומת הלב הנדרשת מבעל השור המותקף אינה שווה בכל מצב. שעל דברי הרמב"ם (הל' חור"מ פ"ו ה"ז) והשו"ע (חור"מ סי' שפג ס"ב) שפסקו:

דחפו לעליון ומת, אם היה לו לשומטו ולא שמטו הרי זה חייב ואם לא היה יכול לשומטו הרי זה פטור.

כתב בסמ"ע (שם סק"ו):

אם היה יכול לשומטו כו'. פירוש, לשמוט העליון מהתחתון בנחת, ולא היה לו לדוחפו בכח עד שמחמתו מת, אבל ברישא דהשמיט השור שלו, ניתן לו רשות להצילו וא"צ לדקדק אף שהיה יכול להשמיט העליון בנחת.

ובשיטה מקובצת שם כתב בשם המאירי:

שור שעלה על גבי חבירו להרגו. יכול בעל שור התחתון להשמיטו מתחתיו ואפילו אם מת העליון בהשמטת התחתון פטור ואפילו במועד.

הפוסקים מבדילים בין פעולה של דחיפת השור התוקף, שמחייבת את בעל השור המותקף לנהוג בזהירות ובתשומת לב, לבין פעולה של השמטת השור המותקף, שאינה מחייבת את בעל השור לנהוג בזהירות, אפילו כאשר השור התוקף הוא שור מועד ולא צפוי הפסד לבעל השור המותקף.

כלל הדברים, שיש לאמוד את דעת האדם המציל את ממונו; אם דעתו פנויה לבחור את דרך הצלת ממונו, שלא תגרום נזק לממון חברו, ולא עשה כן, חייב לשלם; אם אין דעתו פנויה – פטור, כי יש שיעור שבו לא מצופה מאדם לדקדק כל כך כדי לא לגרום נזק לחברו, גם כאשר הפעולה שלא תגרום נזק לחברו אינה כרוכה ביותר טרחה.

במקום שאינו יכול להציל בלי להזיק לחברו, אלא שיכול להציל במעט נזק, אינו רשאי להציל בנזק רב יותר מהנחוק. ע"י רבינו חננאל (ב"ק שם):

ושני כגון שהיתה יכולה להציל בלא שליחות יד במבושיו בדחיפה או בהכאה, וכיון שהיתה יכולה ולא עשתה חייבת וסלקה בהדין טעמא.

גם ברבינו ירוחם (נל"א ח"ב) כתב:

ומיהו צריך אומד אם יכול להציל עצמו בחבלה מועטת כמו דוד שהיה לו להציל באחד מאיבריו.

גם בשו"ע (חור"מ סי' תכ"א סי"ג) מבואר דאם יכול להציל בחבלה מועטת והציל בחבלה מרובה – חייב לשלם.

האם בעל דין צריך לספוג הפסד קל ולהימנע מלעשות דין

פשוט, מי שהדין עמו אינו צריך להפסיד כלל, אפילו לא מעט, וגם לא לסכן את ממונו כדי שחברו לא יפסד. ראייה לדבר, למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשיה במקום דליכא פסידא, במקום דאיכא פסידא אינו צריך להמתין עד שחברו יעמוד עמו לדין וישלם, ורשאי לעשות

דינא לנפשיה. לענין זה, פסידא היא לאו דווקא הפסד שאינו חוזר לעולם, כמו שכתב רש"י (שם כז ע"א) לגבי מאן דדלא ביומא דלאו דיליה, שבעל הבור חושש שהבור ינזק לעולם, אלא גם טרחא יתרה או חשש הפסד נחשבים לפסידא. ז"ל הרשב"א (ב"ק שם):

...ומיהו אפילו במועד, אם אין שם עדים או שאין לבעל השור להשתלם ממנו פטור דמקום פסידא הוא היכא דא"ל לו לשמטו.

ובפנ"י (ב"ק שם) כתב:

שם בגמרא מאי לאו במועד דליכא פסידא. יש לדקדק דהא במועד גופא משכחת ליה דאיכא פסידא, כגון שאין עדים רואין את הנגיחה וא"כ ירא לנפשו שמא יכפור בעל השור. ואין לומר דבכהאי גוונא לא מיקרי איכא פסידא דמאן לימא לן שיכפור שמא יודה, דהא ודאי ליתא לפי הסכמת הפוסקים והובא בסמ"ע (בסי' ד' סק"ב) דכל היכא שתופס שלא בעדים כדי שיהיה נאמן על טענתו במיגו רשאי לעשות כן, משמע מזה שהטעם הוא שמקרי מקום דאיכא פסידא ולא אמרינן שמא יודה שכנגדו בלא תפיסה, אלא ודאי דלא אמרי כן וצ"ע:

בגמ' שם לגבי אדון המשלח עבדו מבואר, דבעבדא גנבא מותר לאדון להכותו ולגרשו מביתו, שמא העבד יגרום הפסד לאדון כשישאר בביתו. ע"י ביש"ש (ב"ק שם סי' ט) שכתב, שהוא דין פשוט שמותר לאדם לגרש את מי שאינו רצוי בביתו, ואם יסרב רשאי לגרשו גם בהכאה, ואינו צריך לתבועו בבית דין, שכן הוא אדון בביתו, אלא שבדרך כלל אדם אינו מגרש את חברו בהכאה אם אינו חושד בו או חושש ממנו.

מכל זה מבואר, לדברי הכל אדם לא צריך לסבול שום הפסד, או הפרעה או אפילו חשש הפסד, והוא רשאי לנקוט בכל מה שנחוק, ובכלל זה פעולות שגורמות הפסד לחברו, כדי למנוע מעצמו דברים אלו.

לגבי חסימת מעבר, במקום שיש דרך אחרת ארוכה יותר, נחלקו הראשונים אם נחשבת פסידא, ובמקום שאין דרך אחרת, לדברי הכל נחשבת פסידא.

דכתב רש"י (שם ד"ה הא שברה):

הא שברה חייב. ואוקמא רב לעיל בממלא רה"ר כולה חביות אלמא לא עביד [איניש] דינא לנפשיה אפי' במקום פסידא.

לדעת רש"י שם, גם הארכת הדרך נחשבת פסידא. תוס' (שם ד"ה טעמא) חולקים וסוברים שהארכת הדרך אינה נחשבת פסידא. אולם בבעל חצר שאין לו דרך אחרת לחצרו, חסימת החצר בחביות נחשבת לפסידא. במהר"ם מלובלין (ב"ק שם) הקשה, דהן לפי רש"י והן לפי התוס' חסימת דרכו של בעל החצר לחצרו נחשבת פסידא, ואם כן מה הקשתה הגמ' למ"ד

לא עביד וכו' מהמשנה דהממלא חצר חברו וכו'? ותירץ שהקושיא אינה ממשבר ויוצא אלא ממשבר ונכנס, דמשמע מהלשון דרשאי לשבר לא רק כדי שיוכל להיכנס אלא שיכול לשבור מכאן ומכאן. משמע שהמהר"ם סובר שלמ"ד עביד איניש וכו' שלא במקום פסידא, בעל החצר רשאי לשבר כל חבית שתופסת מקום בחצירו ומונעת ממנו לממש את בעלותו ולהשתמש בחצר. ואילו במהרש"א (ב"ק שם) על תוס' (ד"ה טעמא) ובפנ"י (ב"ק שם) כתבו שקושית הגמ' על מ"ד לא עביד איניש וכו' שלא במקום פסידא מהמשנה דממלא חצר חברו חביות, היא מהדין דמשבר ונכנס, דסברה הגמ' דמיירי בבעל חצר שנמצא מחוץ לחצרו, שבמקום לשבר את החביות יכול ללכת לביה"ד ולתבוע את פינויים.

בשטמ"ק שם בשם הרשב"א הקשה כנ"ל לפי תוס', מדוע ממלא חצר חברו לא חשיב פסידא, ומתרץ דלהו"א בגמ' הא דצריך להקיף לא חשיב פסידא, ורק למסקנת הגמ' שנדרשה ליישב את הסתירה בין המשנה דהמניח את הכד ברה"ר דנתקל פטור ושבר חייב, למשנה דממלא חצר חברו וכו', צ"ל דהא דצריך להקיף חשיב פסידא, ומחלק התוס' בין צריך להקיף בחצרו לצריך להקיף ברה"ר. עע"ש בשטמ"ק ישוב בשם הגליון.

מבואר, למ"ד עביד איניש דינא לנפשיה אף שלא במקום פסידא – בעל החצר רשאי לשבר חביות לצורך שימושו בחצר ואינו צריך ללכת לבית דין, וכן אינו צריך להרים חביות זו על גב זו, דחז"ל לא הטריחוהו לעשות כן. למ"ד לא עביד איניש שלא במקום פסידא, בעל החצר רשאי לעשות פעולות נחוצות לשימושו עכשיו, לצאת מביתו ולהיכנס לביתו להביא ראיותיו, אך אינו רשאי לשבר חביות לצורך שימושו בחצר, אם יוכל להשיג זאת בבית הדין.

עוד נלמד מתירוץ הגמ' שם: משבר ונכנס להביא ראיותיו, מצב שבו בעל דין מופיע בבית הדין בלי ראיות הוא מצב של פסידא, לכן בעל החצר משבר ונכנס להביא ראיותיו.

צער שעתיד לקבל פיצוי עבורו

בנימוקי יוסף שם כתב:

מאי לאו וכו'. וקשיא לתרוייהו דאמר [לכ"ע] דעביד איניש דינא לנפשיה במקום דאיכא פסידא [והאי נמי פסידא] הוא דלא ניחא ליה לאיניש לקבולי נזקא ולא צערא אדעתא לקבולי ממון וכל שכן דאפשר דאתי מיניה פסידא דלא הדר ואפ"ה חייבת.

כלומר, כל דבר שאדם לא מוכן לקבל עבורו תמורה כספית – נחשב לפסידא, גם כשאין כאן חסרון אבר או נכות אלא רק צער בעלמא, הדבר נחשב הפסד, לכן רשאית אשה להכות כדי למנוע צער מבעלה, על אף שהבעל עתיד לקבל פיצוי על הצער, דאינו רוצה לא בצער ולא בתשלום.

הפסד מיומנות

מצאנו באחרונים שדנו האם כושרא דחיותא נחשב לפסידאיט.

על אף שקיי"ל כמ"ד עביד איניש וכו' גם שלא במקום פסידא, הארכנו בהגדרת פסידא, משום שיש סוברים דרק במקום פסידא בעל דין רשאי לעשות דין בחברו ולהזיקו בממון ובגוף. ע"י מהרש"ך (ח"ג סי' כב) בדעת הרמב"ם (הל' עבדים פ"ג ה"ג), דרק במקום פסידא רשאי לעשות דין בחברו ולהכותו. הרא"ש והטור (ח"מ סי' ד) פליגי, וכ"פ מרן השו"ע דבכל ענין עביד איניש דינא לנפשיה. ועי' משל"מ (הל' עבדים שם ה"ה) שחילק בין מקום דליכא פסידא כלל, כמו נכנס לחצר חברו שלא ברשות, לאיכא פסידא קצת כמו בגזול ממון חברו, דבינתיים הממון ביד חברו, דבזה עבידי איניש דינא לנפשיה אפילו בחבלה לכו"ע.

מכל מקום נראה, דגם לדעת המהרש"ך והמשל"מ בדעת הרמב"ם שבעל דין אינו רשאי לעשות דין ולהפסיד לחברו שלא במקום פסידא, בית הדין רשאי לעשות דין בכל מקום ולהזיק למסרב בגופו ובממונו כדי לאלצו לקיים את הדין, דרק בבעל דין שעושה דין כתבו המהרש"ך והמשל"מ שדי בכך שהתירו לו לחבול בחברו ולעשות בו דין במקום פסידא, ואין להוסיף על כך ולהתיר לו לחבול שלא במקום פסידא, אבל בבית דין שמוציאים את הדין לפועל, אין טעם לחלק, דאם בית הדין לא יעשה את הדין בכל הכלים העומדים לרשותם, מי יעשה כן.

פרק ח': כפיה לקיים את הדין באמצעות קנס כספי

מצינו בסוגיית הגמ' (ב"ק שם) כמה דרכים שבעל דין רשאי לפגוע בממונו של אדם אחר או בגופו כדי לקיים את הדין.

במעשה דבן בג בג, בעל החפץ חובל במחזיק בחפץ כדי שלא ימנע ממנו לקיים את הדין וליטול את החפץ בחזרה.

אשה המצילה את בעלה מיד מכהו, חובלת במכה כדי שיפסיק להכות את בעלה שלא כדין.

לעומת שני המקרים לעיל, בעל חצר משבר ויוצא ומשבר ונכנס, מקיים את הדין בעצם שבירת החביות ופינוי חצרו מחפצים שהונחו בה שלא ברשות.

שור שעלה על גבי חברו, בעל השור אינו עושה כל מעשה בשור של חברו אלא פועל להציל את ממונו על אף הנזק שנגרם לחברו. ברם, כתבו הפוסקים, שבמקום שאינו יכול להציל את שורו בענין אחר, רשאי גם לדחוף את שורו של חברו ולהזיקו בידיים כדי למנוע מעצמו הפסד.

יפ. מהרש"ל (ב"מ צג ע"ב), נתיבות (ח"מ סי' שג סק"ח), דבר אברהם (ח"א סי' ט אות ד), שו"ת מהרי"ל דיסקין (סי' קמט) ובחזו"א (סי' ג אות ד"ה כח).

בעל חצר משבר ונכנס להביא ראיותיו. לכאורה, מקור לכך שבעל דין רשאי לפגוע בממון של חברו שלא על מנת להציל ממון אלא כדי להשיג ראיות. ויש לדחות, שבעל החצר שמשבר ונכנס עושה דין במה שמשבר ומסלק את החביות מחצרו, והצורך שלו בראיות הוא רק טעם מדוע רשאי לעשות דין למ"ד דלא עביד איניש במקום שאין פסידא, שחסרון הראיות נחשב פסידא.

יש לעיין, האם מותר לקנוס בעל דין סרבן כדי שיקיים את החלטות בית הדין. האם דומה דינו להתירו של בן בג בג לשבור את שיני הגזלן וליטול את הממון, ולהיתר התורה לאשה להכות אדם ולהזיקו כדי שיפסיק להזיק לבעלה.

נקודת החילוק לכאורה היא, שבמעשה דבן בג בג ובאשה שחבלה, הגזלן והחובל העמידו את עצמם במצב שהדרך היחידה למנוע מהם לפגוע באחר היא באמצעות פגיעה בגופם וממונם, מה שאין כן בעל דין סרבן, שאינו יוזם פגיעה באדם אחר, רק מסרב לציית להוראות בית הדין. אולם ודאי לא מסתבר לומר, שאדם סרבן שכבר מחזיק ממון של חברו שלא כדין, עדיף מאדם שמבקש לגזול ולהזיק לחברו, שאפשר לפגוע בגופו או בממונו כדי למנוע ממנו לבצע את זממו, והוא הדין שאפשר לפגוע בגופו או בממונו של סרבן כדי שיניח לממון שמחזיק שלא כדין, או יעשה את הנדרש ממנו כדי שזכויותיו של חברו ישמרו ולא יפגעו.

אפשר היה לחלק ולומר שבסרבן יש דרך אחרת לאכוף את פסק הדין, על ידי מאסר לפי פקודת בזיון בית הדין ועוד. אולם גם זה אינו, דכבר למדנו שיש להימנע מפגיעה שאינה נחוצה, ומאסר לפי פקודת בזיון בית הדין הוא פגיעה חמורה הרבה יותר מקנס כספי, הן מבחינה כספית שידרש להוצאות משפטיות חריגות, והן מבחינה אישית תדמיתית.

וכך מסתבר, אם בית דין רשאי לכפות על אדם בגופו לציית לדין, קל וחומר שרשאי לכפותו באמצעות פגיעה בממונו. סמך נוסף לדבר, ממאי דאיתא בגמ' כתובות עז ע"א בענין בעל שאינו זן את אשתו:

אמר רב: האומר איני זן ואיני מפרנס - יוציא ויתן כתובה. אזל ר' אלעזר אמרה לשמעתא קמיה דשמואל, אמר: אכסוה שערי לאלעזר! עד שכופין אותו להוציא, יכפוהו לזון. ורב? אין אדם דר עם נחש בכפיפה.

וכן פסק השו"ע (אה"ע סי' קנד סעי' ג) כשמואל. הרי שבמקום שאפשר לכפות אדם בגופו אפשר לכפותו לאותה מטרה בממונו. ונודן דידן עדיף טפי, דהתם בכתובות יש לכאורה סתירה בין כפייה בגופו לגרש שמבטלת את החיוב, לכפייה בממונו לשלם מזונות שמקיימת את החיוב, ואעפ"י כן כופים על הבעל לזון משום שלכפייה בגופו ולכפייה בממונו יש מטרה אחת, שהאשה לא תשאר ללא מזונות, ובנודן דידן העונש בגופו והקנס בממונו נועדו לאותה מטרה, שיציית לדין תורה.

על אף שיש לבעל דין לחלוק ולומר, שבכתובות שם, הממון שניטל מהבעל משמש לקיום הדין, מה שאין כן בנדון דידן שהממון שניטל אינו משמש לקיום הדין אלא כאמצעי אכיפה בלבד, מכל מקום לאחר שהתברר שביה"ד רשאי לכוף על אדם באמצעות פגיעה בגופו שיקיים את הדין, אפשר על דרך ההיקש ללמוד בק"ו, שבית הדין רשאי לכוף אדם לקיים את הדין גם באמצעות פגיעה בממונו.

סמך נוסף לדבר, ממה שכתבו הריב"ש ועוד ראשונים ואחרונים, והובאו דבריהם לעיל, שבית דין רשאי לענוש בגוף, ק"ו שרשאי לענוש בממון. ונדון דידן עדיף טפי, שבדברי הריב"ש וסיעתו ביה"ד מעניש אדם על מה שכבר נעשה, למיגדר מילתא, ובנדון דידן, שביה"ד מעניש את האדם כדי שהוא עצמו יציית לדין תורה, ודאי שיש לומר את אותו קל וחומר, דאם ניתן לכפותו בגופו קל וחומר בממונו.

סמך נוסף לדבר, ממה שכתב הרמב"ן בחידושו (ב"ב קעה ע"ב):

הא דאמר רבה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. הכי פירושא שכופין אותו לקיים מצות עשה של פריעת בעל חוב מצוה, כדאמר רב פפא בכתובות (פ"ו א') דמקשו ליה לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה אמר לא בעינא למעבד מצוה. מאי אמר ליה כדתניא אבל במצות עשה לולב איני עושה סוכה איני עושה כופין אותו עד שתצא נפשו... ואיכא דקשיא ליה ומי איכא למימר דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיה והא כתיבי תשלומין בתורה... ולדידי לא קשיא, דאנן הכי קאמרינן כיון דפריעת בעל חוב מצוה מן התורה וכופין על מצות עשה, אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מצות עשה שלו בעל כרחו...

וכ"כ הריטב"א (קידושין יג ע"ב), והרבה להביא ראיות לשיטה זו, וכ"כ בעליות דר"י (ב"ב שם).

בקצות (סי' לט סק"א) הביא את דברי הרמב"ן ויישב על פיו כמה קושיות. הוא כותב שכן היא דעת הרמב"ם (הל' מתנות עניים פ"ז ה"י) והר"ן (כתובות יח ע"א מדפי הרי"ף) שבי"ד יורדים לנכסיו של אדם שחייב בצדקה, והוא מהאי טעמא דעד שאתה כופהו בגופו לקיים מצות צדקה תכפהו בממונו. דברי הר"ן נפסקו להלכה בשו"ע (אה"ע סי' עא סעי' ב), במי שהלך למדינת הים, בי"ד מוכרים מנכסיו לצורך מזונות ילדיו. גם במחנ"א (הל' רבית סי' א) כתב שכן היא דעת הראשונים. גם בשו"ת אמרי בינה (סי' ג) כתב שהלכה כדעת הרמב"ן וסיעתו.

בספר אמרי בינה (הל' דינינים סי' ג) כתב שיש ראשונים שחולקים וסוברים שביה"ד אינו רשאי לרדת לממונו של אדם שאין עליו חיוב ממוני. כ"כ בעל התרומות (שער סא חלק ב) שרוב תורתו מהרמב"ן, והרשב"א (ב"ב שם) שהביא את דברי הרמב"ן, חלק וכתב דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין יורדים לנכסי החייב. כן ראה נחל יצחק (סי' ב סוף ענף ב) בשם כמה ראשונים שחולקים וסוברים דאין יורדים לנכסי החייב.

ולבעל דין שיחלוק ויאמר שבנדון הרמב"ן על ידי הכפיה בממונו מתקיימת מצות פריעת חוב ומצות צדקה, ובנדון דידן דין תורה אינו מתקיים על ידי הקנס הממוני, נשיב כדלעיל, שלאחר שמצאנו שאפשר לפגוע בגופו של אדם כדי שיציית לפסק הדין, שפיר דמי ללמוד מקל וחומר שאפשר לפגוע אף בממונו ולקונסו.

שוב ראיתי בחידושי רעק"א (כתובות צא ע"ב) שכתב על פי דברי הרמב"ן, דשפיר דמי לכפות אדם בממונו לציית לדין תורה. וז"ל:

...כתב הר"ן שם (קטו ע"ב) די"ל מכאן דאף דמצוה איתומי' לפרוע חובת אביהם אין כופין בכך כו'. ומיהו [את הלוח עצמו אפי'] למ"ד שיעבודא ל"ד משום פריעת בע"ח מצוה כופין אותו כדאמרי' לעיל דהוי כאומר להם איני נוטל כו' דהא נמי מצוה דאו' היא, ואפשר דמתורת כפיי' נמי יורדין לנכסיו דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו, אלא למ"ד של"ד כל היכא דליתי' קמן אין יורדין לנכסיו אבל בדאיאת קמן כופין אותו בין בגופו בין בממונו דמצוה דאו' היא עכ"ל הר"ן [והרמב"ן בחידושיו לב"ב קעה ע"ב] מפשט פשט"ל דמחמת כפיי' יורדין לנכסיו וצריכי' להבין החילוק בין ליתא קמן לאיתי' קמן... ויש לפרש ברווחא דכשם שניתן רשות לב"ד לכפותו עד שתצא נפשו, אף שכל הכאות ורדיות הללו היו למגן כל כמה שלא אמר רוצה אני, ה"נ רשות לאבד ממונו עד שיאמר רוצה אני. וכיון שנוכל לאבד ממונו על מגן, אזי מוטב שיתנו לאיש אשר נשה בו.

וכעיי"ז בחידושי החת"ס (גיטין נ ע"א) וז"ל:

לכשיגיע זמן כפי' לקיים מ"ע אז אמרה תורה עד שנכוף אותו בגופו נכפהו ע"י ממונו. ולא בתורת גבי' אלא בתורת משכנו שעיי"ז יהיה מוכרח לפרוע. ועיי'ן לשון תוס' ב"מ קט"ו ריש ע"א וצדקו דברי רשב"ם דאפי' מיני' אי לאו דשיעבודא דאורייתא לא הוה מגבינן מיני' מגלימא דעל כתפיו אלא מטעם כפי' לקיים מ"ע...

החת"ס מביא מקור נוסף שאפשר לכפות אדם בממונו, מדין משכון בתורה, שעל ידי נטילת המשכון מהלוה, הוא נאלץ לשלם את החוב. נראה מלשונו, שעיקר החידוש בדין משכון הוא שביה"ד רשאי להורות על נטילתו מהלוה בניגוד לרצונו והחזקתו אצל המלוה עד שהלוה ישלם את החוב, שבנטילת המשכון לצורך גבית החוב אין כ"כ חידוש, שהוא כמו גביה משאר נכסיו של הלוה.

בשיעורי ר' שמואל קידושין (סי' קעב) כתב:

וחידשו הראשונים דאי"צ דוקא להכותו אלא דעד שאתה כופיהו בגופו כפיהו בממונו ויכולים לרדת לנכסיו, אבל בזה לחוד עדיין לא היה זוכה בנכסים, ורק מצד החוב ממון שיש לו על הלוה יכול הוא לזכות בנכסים, וממילא מה"ט בחזרת ריבית קצוצה דהוי מצוה גרידא אין בי"ד יורדין לנכסיו דאיך יזכה בנכסים, ובי"ד יכולים רק להכותו מדין כפיהו עד שיאמר רוצה אני ויתן נכסיו מרצונו...

כלומר שיש כאן שני חלקים, הכפיה בממוץ, וגביית הממוץ, ודין הכפיה בממוץ הוא כדין כפיה בגוף, ולאחר נטילת הממוץ מהלוה בתורת כפיה, רשאי המלוה לגבות את החוב מהממוץ.

הנה עיינתי בדברי הבעה"ת והרשב"א שחולקים על הרמב"ן וסוברים דאין ללמוד ק"ו מגופו לממונו, ולא כתבו טעם לדחות הק"ו. נראה לומר שטעמם הוא שביה"ד רשאי לכפות מדין כפיה על המצוות, ולענין זה דווקא עדיפה כפיה בגוף מכפיה בממוץ, שכאשר כופים אדם בגופו הוא נאלץ לקיים את המצוה, ואילו כאשר כופים אדם בממונו, המצוה נעשית בממונו על ידי ביה"ד ולא על ידו. לפי טעם זה, יודו גם הם בנדון דידן, הרי הכפיה בממונו אינה כדי לקיים מצוה אלא לקיים את פסק הדין, לכן לדברי הכל למדים מק"ו, דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, ודו"ק.

שוב ראיתי בנחל יצחק שם שיישב את קושית הקצות שם, שבשו"ע אה"ע נפסק כרמב"ן וכו"ן כנ"ל, ובשו"ע יו"ד (סי' קסא ס"ה) נפסק שמלוה ברבית, אין יורדים לנכסיו להוציא ממנו את הרבית, על אף שיש מצוה בתורה וחי אחיך עמך. וכתב וז"ל:

ולעניות דעתי נראה לתרץ... דבריבית אין יורדין לנכסיו ולא סתרי לדבריהם כלל. והוא כי הסברה נותנת דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין כח לבית דין לירד להנכסים, דמי נתן להם כח וזכות ליקח ממוץ אחרים ולהחליטו בע"כ להתובע, והא חפץ בלא שומא והחלטה הוא בגזל ביד התופסו דמאן שם לך... זה לשון הרמב"ן בחידושויו סוף ב"ב [קעה, ב]... ואיכא דקשיא ליה ומי איכא למימר דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיו, והא כתיבו תשלומין בתורה מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם... ולדידי לא קשיא דאנן הכי קאמרינן כיון דפריעת בעל חוב מצוה מן התורה וכופין על מצות עשה אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מצות עשה שלו בעל כרחו כו' בית דין יורדין למיטב שלו ומקיימין לו מצותו כו', ע"כ לשון הרמב"ן. וחזינן דכתב הרמב"ן להוכיח מפשטי' דקראי להך מילתא דנחתינן לנכסיו... וי"ל דסבירא ליה להרמב"ן גם כן כשיטת רש"י הנ"ל דפשטות הלשון דישראל משמע על בעל כרחו... וכן מן מה שהביא הרמב"ן שם ונתן בפלילים [שמות כא, כב] להוכיח מזה דנחתינן לנכסיו, הכוונה הוא דהא פלילים הוא לשון דיינים... על כן אתי שפיר לתרץ מה שהקשיתי על מה שכתבו הר"ן והרשב"א והמחבר ביו"ד גבי ריבית דאין יורדין לנכסיו, אף דכופין ומכיין לו שיקיים מצות עשה וחי אחיך עמך, כיון דליכא שעבוד נכסי, דמאי שנא זה מכל בעל חוב למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, דמכל מקום סבירא ליה דיורדין לנכסיו. משום דיש לומר דבאמת מצד הסברא הוא דכל זמן דליכא ילפותא דיורדין לנכסיו דאין כח לבית דין רק לכופו שיראה בעצמו לקיים העשה על ידי מעשיו, אבל מי נתן כח לבית דין שיהיה יכולת בידם להחליט ממוץ של הנתבע ולמוסרו ליד התובע שיהיה יכול להשתמש בו בלא רשות הנתבע, רק כיון דמצינו באמת מן ילפותא דקראי הנ"ל שכתב הרמב"ן הנ"ל, דמוכח

מזה דהתורה מסרה דבר זה לבית דין דישי להם כח למיחת לנכסיו, על כן ודאי
דיוורדין לנכסיוכא.

כ"כ בשו"ת אמרי בינה (שם אותיות א, ד), דעיקר הטעם של הסוברים שאי אפשר לכפות
אדם באמצעות ממונו הוא, שאין שעבוד ממוני על החייב, רק מצוה, לכן אי אפשר ליטול את
ממונו וליתנו לאדם אחר שיהיה גזל בידו.

ברעק"א שם התייחס לטענה זו, שלמ"ד שיעבודא לאו דאוריתא ביה"ד אינו רשאי ליטול
ממון מהנתבע ולהחליטו בידי התובע, והשיב שביה"ד נוטל את הממון מהנתבע בתורת עונש
כשם שיכול לעונשו בגופו, ולאחר שהממון ניטל, במקום להפסידו ולגרור נזק לנתבע, נותן
ביה"ד את הממון לתובע ופורע את חובו של הנתבע.

שוב ראיתי בנחל יצחק (שם אות א) שהביא סברא מעין זו, כשהציע טעם לדעת הרמב"ן
וסיעתו, שבית הדין רשאים לרדת לנכסי הלוה מדין הפקר בית דין, ודחה טעם זה, דאם ביה"ד
מפקיר את ממון הלוה, כיצד נפרע החוב בנתינת הממון למלוה, הא אין זה ממון של הלוה
אלא ממון הפקר.כב.

לדעת רעק"א אפשר לומר, שביה"ד אינו מפקיר את הממון של הלוה אלא מעניש את
הנתבע וגוזר להפסיד את ממונו, ובמקום שביה"ד ישליך את הממון לאיבוד, הוא נותנו למלוה.

הנה נראה דגם לביאור הנחל יצחק והאמרי בינה בדעת הראשונים שחולקים על הרמב"ן,
בית דין רשאי לכופף אדם לציית לדין תורה על ידי קנס לטובת אוצר המדינה, דהא טעמם של
אותם ראשונים הוא שבמקום שיש חיוב מצוה ולא חיוב ממוני, ביה"ד אינו רשאי לפסוק
שממון של אחד יהיה שייך לאחר, ובית דין שקונס לטובת אוצר המדינה אינה קובע בעלות
אחרת אלא מעביר את הממון לרשות הציבור, ולניהול המדינה שתעשה בו כטוב בעיניה, וקנס
זה דומה יותר לעונש של הפסד ממון, ואכתי צ"ע.

מכל מקום, הוראה של ביה"ד שהממון יוחזק ביד אוצר המדינה ויושב לבעליו כשזה יציית
לפסק הדין, בוודאי שהיא כדין לדברי הכל.

עוד יש לומר, שהראשונים שחולקים על הרמב"ן בכפיה על מצוות, יודו בחיוב משפטי

כא. יש להעיר על הנחל יצחק שכתב שהרמב"ן לומד מפסוק שבית דין רשאי לכפות על אדם לציית באמצעות הפסד ממון,
אם כן לכאורה מדוע נדרש הרמב"ן לקל וחומר דעד שאתה כופהו וכי'?

כב. באמת יש בזה מחלוקת גדולה בין האחרונים האם מדין דהפקר ביה"ד הפקר, רשאי ביה"ד להעביר ממון מאדם אחד לאדם
אחר, או בכוחו רק להפסיד ממונו של אדם. ע"י ברכ"י (ח"מ שם קונטרס אחרון אות ג) הובא בפת"ש (ח"מ שם סק"ב),
ובברכ"י (שם אות ד) שכתב בשם המהרש"א דיש לתת את הממון המופקר לת"ח, ושאינ דעת הפוסקים כן, ובנחל יצחק (סי'
לט ד"ה והנה שם ב"ב וכו'). ואולם ע"י נחל יצחק (ח"מ סי' ב) שהביא בקיצור את דעות הראשונים והאחרונים שחולקים
בוה, וכתב שלאחר שביה"ד הפקיר את הממון, כל אדם יכול לזכות בו, והמחלוקת היא האם ביה"ד רשאי להעביר ממון לאדם
בלי שיעשה בו קנין. מכל מקום נלמד, דגם לדעת הפוסקים שסוברים שביה"ד אינו רשאי להעביר ממון מאדם אחד לאחר -
רשאי הוא לכל הפחות להפקיר ממון, וכל אדם יכול לזכות בו.

שניתן במסגרת של דין ודברים בין שני אנשים, שבוודאי רשאי בית הדין לכוף את הסרבן על ידי הפסד ממון, דהא הראשונים הללו לא נחלקו על הקל וחומר של הרמב"ן שעד שאתה כופהו בגופו תכפהו בממונו, אלא על כך שניתן להעביר ממון לאדם אחר במסגרת כפייה על המצוות, אבל במקום שיש חיוב משפטי גמור, ישנו הקל וחומר של הרמב"ן, וביה"ד רשאי לכפות את הסרבן באמצעות הפסד ממונו.

מכל מקום פשוט, שבית דין שיכול לקיים את הדין באמצעים אחרים, אינו רשאי להזיק לסרבן אך ורק כדי ש'יראו וייראו', כגון סרבן שיש לו נכסים, וביה"ד יכול לממשם, אינו רשאי לקנוס את הסרבן ולא לצו לשלם מרצונו, מדין עביד איניש למען יראו אחרים שידו של ביה"ד תקיפה ויראו, שכן אפשר לממש את נכסיו, והקנס אינו כורח המציאות.

אולם נראה שביה"ד רשאי להקדים 'תרופה למכה' ולפגוע בממון של אדם שהוחזק כמזיק, כדי לשלול ממנו את האפשרות לשוב ולהזיק. כך אפשר ללמוד מתשובת חוות יאיר (סי' קסה) שדן במקרה קרוב לזה, באדם שפגע בממון חברו המזיק, וז"ל שם:

חד מרבנן שהיה לו חנות לפני פתח ביתו בכל מיני קטניות וזרעונים ותרנגולות של שכינה פורחות תמיד על החנות ואוכלות מהם, ואף שהפריחן כמה פעמים חוזרות ופורחות. וכמה פעמים הגיד לבעל התרנגולות שישמור תרנגולתיו ואם יחזרו ויבואו יכם וימיתם ולא חש. ופעם אחת שחזרו ובאו ואכלו הכה בעל החנות אחריהם והרג אחת מהם המובחרת העומדת לגדל ביצים ואפרוחים. ובאו לדין והיה פשוט בעיני בעל החנות דפטור משני טעמים האחת שהתרה בו כמה פעמים והנהי עזי דשוקא מתרינן במארייהו וכו' כבב"ק כ"ג ע"ב ועוד הרי ק"ל עביד איניש דינא לנפשיה אפי' במקום דליכא פסיד' דכיון דבדין בעי עביד לא טרח כ"ש ככה"ג דהוי ודאי פסידא. ומ"מ יצא חייב ממני בדין וביקש לידע מאיזה טעם דנתיו... בסגנון זה כי לפי שתי טענותיו אם צדקו יחדיו קשה התראה למה לי הלא ק"ל דעביד איניש דינא לנפשיה ולא בעי התראה... וגם על הש"ס קשה בהנהו עיזי דשוקא דמפסדי דמתרינן וכו' למה צריך התראה. וגדולה מזו כתבו התוס' שם דדווקא עיזי בשוקא דקיימי לשחיטה וכו' מש"כ עז העומדת לחלבה וכו' יכול לומר לכשיזיק ישלם וכ"פ טור וש"ע סי' שצ"ז ולמה הלא ק"ל עביד איניש דינא לנפשיה... אלא ע"כ הטעם דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה רק כשבא חבירו להזיקו בכוונה ורצון יכול לעמוד מנגד להציל ממנו ולהזיק חבירו בין בגופו בין בממונו, מש"כ כשבהמות חבירו מזקת אותו בלי ידיעתו וכלי רצון חבירו... כלל העולה שכל זה מיירי כשבהמות חבירו מזיקתו דלא שייך בזה עביד איניש דינא לנפשיה... מ"מ עדיין לא נתיישבה דעתי במה שכתבנו לחלק ולומר דבנזקי בהמת חבירו שלא מדעתו של חבירו לא שייך לומר עביד איניש דינא לנפשי' מהא דאמר בסוגיא דעביד איניש דינא לנפשי' ת"ש שור שעלה ע"ג חבירו להרגו ובא בעל התחתון ושמט את שלו ונפל עליון ומת פטור מאי לאו

במועד דליכא פסידא פי' ומ"מ פטור דעביד איניש דינא לנפשו אפילו בדליכא פסידא אף על פי דההיא בבהמת חבירו מיירי שבאה להזיק בלי ידיעתו וצ"ע. מ"מ הדין דין אמת כמ"ש...

דבריו הוסכמו על ידי המהרש"ם (ח"ד סי' קמ), והובאו בפת"ש (חו"מ סי' שצז סק"א).

מההשוואה של הדין דעביד איניש וכו' להלכה שנפסקה בגמ' במעשה דעזי דשוקא משמע, שאדם רשאי לנקוט בפעולה כדי למנוע מעצמו נזק, גם שלא בשעת הנזק, אולם במקום שהנזק בא מממון, כגון בעלי חיים המזיקים שאינם עושים ככוונה, אינו רשאי לנקוט בפעולה ללא התראה, וכפי שנפסק בטוש"ע (חו"מ סי' שצז) כג.

לסיכום: למדים מהא דקיי"ל עביד איניש דינא לנפשיה, בק"ו שבית דין רשאי לכפות על אדם לקיים את הדין על ידי פגיעה בגופו או בממונו. ואף במקום שניתן למנוע את הפגיעה על ידי תוספת טרחה או עוגמת נפש שתגרם לצד שכנגד, רשאי בית הדין לכפות על קיום הדין כאמור. במקום שאמרו שכופים על אדם לקיים את הדין על ידי פגיעה בגופו, למדים בק"ו מהדין עצמו שכופים את האדם על ידי פגיעה בממונו. יש אומרים, שביה"ד רשאי להעביר את הממון לאחר.

ומן הכלל לפרט, ביה"ד הרבני רשאי לכפות על אדם לציית לדין באמצעות קנס כספי לטובת אוצר המדינה, ובאופן שניתן פסק דין המטיל על אדם חיוב משפטי גמור לשלם לחברו – רשאי בית הדין לכפות אף על קנס לטובת הצד שכנגד.

פרק ט': כשרות גט שניתן בעקבות חסימת דרכו של הבעל לבית הדין

בפרקים הקודמים עסקנו בהרחבה בסמכותו של בית הדין הרבני לקנוס אדם שמסרב לציית לבית הדין. מסקנת הדברים היא, שבית הדין רשאי לעשות כן משני טעמים נפרדים: מעיקר הדין – כפיה על קיום פסק הדין בכל האמצעים ובכלל זה באמצעות הפסד ממון; שלא מן הדין – תקנה לענוש ולקנוס במקום מיגדר מילתא.

מתבקש אם כן שביה"ד יעשה שימוש בסמכותו במקרה של בעל סרבן, ויחסום את דרכו אל בית הדין וימנע ממנו להגן על זכויותיו הרכושיות עד שיתן את הגט לאשתו. אולם בגט עסקינן, והלכה היא שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו (יבמות קיב ע"ב), וגט מעושה פסול (גיטין פח ע"ב). יש לדון, האם גט שניתן עקב חסימת דרכו של הבעל כאמור הוא בבחינת גט מעושה שהוא פסול.

כג. יש כאן נקודת עיון שעורר החזו"א (עי' אוצר מפרשי התלמוד ב"ק שם), מדוע אדם שצריך לגונן על גופו וממונו זקוק להלכה דעביד איניש וכו', דמאיזה דין הוא צריך להפסיד את ממונו כדי שחברו לא ינזק?

סוגיא דגט מעושה, סוגיא רבתא היא. דנו בה הראשונים והאחרונים במקרים רבים ומגוונים. עיקרי הדברים בטוש"ע אבן העזר סי' קלד וקנד. המסקנא למעשה היא, שאין לכפות על הבעל בגופו או בממונו לגרש. גם נידוי אסור, אך מאידך, מותר לציבור להנהיג הנהגות של ריחוק מהבעל. הנהגות אלו, או כשמץ בפי הפוסקים 'הרחקות דר"ת' על שם מחדשן ומחוללן, נדונו בגדולי הפוסקים, ראשונים ואחרונים, מדורו של ר"ת ואילך. הדיון הוא האם חסימת דרכו של הבעל אל ביה"ד כאמור עולה כדי כפיית גט או שהיא שקולה כמו הרחקות דר"ת ואפשר דעדיפא מינה.

דיון זה מחייב עיון בדברי הפוסקים, בדגש על ההבדל בין הרחקות דר"ת שאינן בכלל כפיה אסורה לנידוי שהוא בכלל כפיה אסורה. בשים לב לכך שבכלל הרחקות דר"ת ישנן הנהגות שנוהגים עם המנודה; שלא מדברים איתו ולא עושים אותו מו"מ ולא מלין את בנו ולא קוברים אותו בקבר ישראל ועוד.

לכירור ענין זה, נעייץ בדברי הראשונים והאחרונים שדנו בהרחקות דר"ת, מקורן טעמן גדרן ודרך ישומן.

ענף א': הרחקות דר"ת; מקורן וטעמן

בתשובת בנימין זאב (סי' פח) נשאל על בעל שמכה את אשתו האם כופים עליו לגרש. והעתיק את תשובת רבנו שמחה שהביא הב"י (אה"ע סי' קנד) במלואה שמי שמכה את אשתו יש להחרימו ולעונשו, ואם לא הועיל, שפיר דמי לכופו לגרש אפילו על ידי גויים. למד ק"ו מאינו זן ואינו מפרנס, שאלמלא אפשר היה לרדת לנכסיו, היו כופים אותו לגרש. וכתב הבנימין זאב דהני מילי לדעת ר"י במרדכי ריש המדיר (סי' קצד) שבכל מקום שכתוב "יוציא" כופים להוציא, והא דבמשנה בסוף המדיר הוזכרו רק כמה מקרים שבהם כופים, הוא משום שבכל הני גווני הבעל אינו אשם במום שבו, אבל במקום שהבעל פשע ונהג עם האשה שלא כדין עד שאמרו יוציא ויתן כתובה, שפיר דמי לכפות. לדעת ר"ח במרדכי שם ור"ת במרדכי (שם סי' רה) על פי הירושלמי, אין כופים אלא במקום שכתוב במפורש שכופים. ה"ה בבעל שמכה את אשתו, דעל אף שהוא ק"ו מאיני זן וכדומה, שנאמר בהם במפורש שכופים, אין אנו רשאים ללמוד ק"ו ולכפות במקום שלא התפרש בדברי חז"ל. הבנימין זאב הורה למעשה כר"י ורבנו שמחה, הביאו הד"מ (אה"ע שם אות כ) והרמ"א (אה"ע שם סעי' ג) בשם י"א.

הוסיף הבנימין זאב שגם לדעת ר"ת שפיר דמי לנהוג הרחקות דר"ת בבעל. והואיל ויש בתשובה זו יסודות חשובים בדין ההרחקות וגדרן, נעתיק את עיקרי הדברים ממקורם. הנה ז"ל שם:

ומצאתי בקונדרס ישן משם רבינו יום טוב וז"ל, העובר על תקנת חכמים מעשין וכופין לגרש כאשר מעשין לפסולות, כדאיתא בירושלמי דגיטין דכופין ע"י גוים.

ומכאן נראה לע"ד ללמוד לכוף ולגרש כל עובר כל גזרה ותקנה שגזרו חז"ל. ולא עוד דיש להחרימו ולנדותו ולא יהנהו שום הנאה שבעולם כאשר השיב גדול אחד בתשובה המתחלת מקול מחצצים, והשיב לג' גדולי הדור לרבינו שמואל ולרבינו אליהו ולרבינו משולם, וכתב שכל ההכרחות יעשו לו שלא ימולו בנו ולא ילמדו לו ספר ולא יקברוהו אם לא יגרש מרצונו בגט כשר על פי חכמי עירו, כי אין זה כפייה לדעת ר"ת שאם קדש אדם אחד מישראל בת ישראל כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה רוצה בו מן הדין אין לכופו ואין לעשותו לא בישראל ולא בגוים. ואחר נתפש בגנבה ונחבש ביד גוים על ידי ממון או ע"י נפשות ויש כח בגדולי הארץ להועיל לו אצל המלכות להקל מעליו או לפוטרו משם, ואומרי' לו לא נשתדל לך ולא נדבר לגוים עליך לא להרע ולא להטיב אם לא תגרש אשה זו שקדשת, ונתרצה מאימת הגוים שלא ידינהו לרע וכתב גט לאשתו ונותנו ואומר רוצה אני. נראין הדברים שהוא כשר ויש ללמוד דבר זה מתשובת ר"ת, אם לא יכפוהו ממש לאוסרו במקום שהיה עד שיתן גט, אבל אם עומדים בעצמם מלעזור לו לצאת אין זה כפייה עכ"ל התשובה. הא קמן דכל מי שעובר על גזרה או על תיקון חז"ל, ראוי לנדותו לבלתי התקרב אליו אף לפי דעת ר"ת דכתב דאין כופין אותו בשוטים. ופשיטא הוא לפי מה שנראה לע"ד דאין לך עובר על תקנת חז"ל גדול מזו שמכה אות' תמיד ומבזה, דתקנת חז"ל הוא שלא יכה אדם את אשתו ויהיה זהיר בכבודה כדאמרי' בב"מ... ועוד שם אמר רב לעולם יהא אדם זהיר באונאת אשתו... וכתב הרמב"ם הלכות אישות פט"ו וז"ל וכן צוו חכמים שיהא אדם מכבד את אשתו יותר מגופו ואוהבה כגופו...

בתוספת ביאור; רבנו יו"ט סובר, שכל מי שעובר על תקנת חכמים, כופים עליו לגרש כמו בנושא אשה פסולה בעברה, ואפשר בנוסף להחרימו ולנדותו כמו שנהג ר"ת. לדעת ר"ת, שאין כופים לגרש במקום שלא מפורש בגמ', הוא הדין שלא כופים לגרש את מי שעובר על תקנת חכמים, אף שמעשיו שקולים ואף חמורים ממעשיו של זה שכופים עליו לגרש, מכל מקום שפיר דמי להחרימו ולנדותו וכו', כמו שכתב ר"ת באשה שאינה רוצה בבעלה וטוענת מאיס עלי, דשפיר דמי להחרימו ולנדותו וכו'. סובר רבנו יו"ט, שבמאס עלי יש תקנת חכמים שהבעל יגרשה, כמו בבעל שמכה את אשתו, ובכל זאת לדעת ר"ת אין כופים על הבעל לגרשה אלא רק עושים בו הרחקות.

דבריו צ"ב, דהיכן מצאנו שתקנו חכמים באשה שאומרת מאיס עלי שהבעל יגרשה? אדרבא, כתב השטמ"ק (כתובות סג ע"ב) בשם ר"ת, שאין רשות לדיינים לומר לבעל שמצוה עליו לגרשה. גם בבעל שמכה את אשתו, אין תקנה מפורשת, ולמדים מק"ו ממעשים אחרים שמחמתם כופים על הבעל לגרש. וממקומו הוא מיושב, שאין כוונת רבנו יו"ט לתקנת חכמים בגירושין אלא לתקנת חכמים בהנהגת הבעל עם אשתו, כמו שנראה ממש"כ הבנימין זאב בבעל שמכה את אשתו שעובר על תקנת חכמים, שאמרו בכמה מקומות, שאסור לבעל לפגוע באשתו וחייב לכבדה, וברור שזו אינה תקנה בגירושין אלא בהנהגה בין איש לאשתו. ובזה

נחלקו רבנו יו"ט ור"ת; לדעת רבנו יו"ט מי שעובר על תקנת חכמים בהנהגה עם אשתו כופים עליו לגרש, ולדעת ר"ת אין כופים עליו לגרש אלא רק מרחיקים אותו.

הוא הדין באשה שאומרת מאיס עלי, אף שאין חיוב או מצוה לגרשה, סובר רבנו יו"ט שהבעל שממשיך להחזיק בה ולעגנה בחינם, לאחר שהיא אינה חייבת לשמש עמו, נוהג עמה שלא כדין ודי בכך כדי לכפותו לגרשה. ולדעת ר"ת אין כופים עליו לגרשה אלא מרחיקים אותו בלבד.

שו"ר שכ"כ בשו"ת הריב"ש (סי' קכז) בדעת ר"ת, שמרחיקים את הבעל מפני שהוא נוהג עם האשה שלא כדין ומעגנה, וז"ל:

וכ"כ ר"ת ז"ל בתשו' דליכא עליה אלא מצוה דרבנן כדי שלא תעגן, שאומרים לו לגרש ואי לא עבדי רבנן הרחקה מיניה.

בהמשך התשובה, שב הבנימין זאב ומשווה את הבעל המכה לבעל שאשתו מורדת ואומרת מאיס עלי, ומסיק וז"ל:

ור"ת הפליג לדבר בזה בענין מורדת דמאיס עלי ואמר, שכל הכופה לגרש בטענה זו טועה גמור הוא ומרבה ממזרים בישראל... ולפ"ז אין לכוף שום אדם לגרש אפילו שיש מהגדולים דסברי לכוף מ"מ נראה לע"ד משום איסורא דא"א אין להקל, והב"ד שבאותו קהל יכריזו עליו נידוי אם לא ישוב או לומר לו שמותר לקרותו עברייך כיון שעובר בדברי חז"ל...

יש להוסיף ביאור בדברי רבנו יו"ט והבנימין זאב. מצינו כמה מיני כפיה לגרש: כפיה של בעל שאינו מקיים את חובותיו כלפי אשתו, כמורד ממזונות ותשמיש; כפיה של בעל שאין האשה סובלתו, כמוכה שחין וחבריו; כפיה של בעל שמוכן לקיים את חובותיו כלפי אשתו אלא שנוהג עמה בניגוד לתקנות חז"ל. אמנם באשה שאומרת מאיס עלי, הבעל מוכן לקיים את כל חובותיו כלפי אשתו, ולכן נחלקו הראשונים; לדעת רבנו יו"ט שפיר דמי לכפותו, דלחיים נתנה ולא לצער, והדבר נלמד בקל וחומר מבעל שאינו זן ואינו מפרנס, שמונע מהאשה מזונות וכופים עליו לגרש, ולדעת ר"ת אין כופים אלא באותם מקרים שבהם אמרו חז"ל שכופים, וגם אין מחייבים או מצווים על הבעל לגרש, ומכל מקום כתב ר"ת שבעל שאשתו מואסת בו והוא מסרב לגרשה וממשיך לעגנה, הוא נוהג עמה שלא כדין ושפיר דמי להרחיקו. וכתב רבנו יו"ט דה"ה בעל שמכה את אשתו, דנוהג עמה שלא כדין ושפיר דמי להרחיקו.

מצאנו כאן גדר חשוב בהרחקות דר"ת; בעל – שמדיני אישות אין עליו חיוב או מצווה לגרש את אשתו – על אף שניתן להטיל עליו ההרחקות, מכל מקום צריך שיהיה איזה טעם חשוב שעליו לגרשה, על שנוהג עם אשתו שלא כדין ועובר על תקנות חז"ל.

גם באחרונים מפורש שאין להרחיק את הבעל ללא טעם חשוב. הגר"א אלפנדארי בשו"ת

סדר אליהו רבה (סי' יג) בטעמא דהא דמרחיקים את הבעל, וז"ל: "שאף שנאמר 'ואהבת לרעך כמוך', זהו כשהוא רעך במצוות, אבל זה אשר לא טוב עשה בעמיו, לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו מאתנו כדי שישוב מדרכו הרעה. ובלבוש (אה"ע סו"ס קלד) כתב: "אבל אם רואים ב"ד לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה". ובגר"א (אה"ע שם ס"ק סז) כתב: "וכ"ז עושיין לו שעבר על דברי חכמים".

עי' בספר כפיה בגט (עמ' תפג-תפד) שהקשה על מה שכתב האליהו רבה שהבעל אינו בכלל רעך, הא לדעת ר"ת במורדת דמאס עלי הבעל לא חייב או מצווה לגרש. ואין כאן קושיא, דטעם האליהו רבה אינו משום שהבעל רשע ועבריין, אלא כלשונו: "שלא טוב עשה בעמיו, שזו הנהגה אסורה". לשון דומה מצאנו בגמ' בשבועות (לא ע"א): "אשר לא טוב עשה בעמיו, רב אמר זה הבא בהרשאה, ושמאל אמר זה הלוקח שדה שיש עליה עסיקין". שאין במעשים אלו איסור אלא הנהגה פסולה. גם מלשון הלבוש והריב"ש נראה שההרחקות לא נועדו להעניש את הבעל אלא לסייע לאשה, להצילה מעיגונה.

וראיתי בפסק דין שניתן בביה"ד בירושלים בהרכב הדיינים הגאונים: הרב ש. שפירא; הרב מ.י. מילצקי; הרב י. בבליקי (פורסם בפד"ר יב עמ' 337-338) שכתבו שיש ראשונים שסוברים בדעת ר"ת שאף לא נותנים לבעל עצה לגרש. ונראה שכן היא דעת מרן השו"ע (אה"ע סי' עז סעי' ב) שכתב במורדת דמאס עלי שאם הבעל רצה לגרש וכו', משמע שאף לא מיעצים לו לעשות כן. ולפי דבריהם, אין כל טעם לכאורה, למה שכתב ר"ת שעושים הרחקות כנגד בעל שאינו מגרש את אשתו המורדת, לאחר שהוא נוהג כדין.

שו"ר בספר כפיה בגט (עמ' תעח) שכתב כעין דברינו, יש שני מצבים שבהם עושים הרחקות דר"ת; א. כשהבעל מחויב או מצווה לגרש, כדי שיקיים את חובתו. ב. במורדת דמאס עלי, שהאשה אינה משועבדת לבעלה להיות עמו, כדי להשיב לאשה את זכותה על גופה. דבריו אלו הם מעין מש"כ לעיל בשם הריב"ש, שיש מצוה מדרבנן שהבעל יגרש את האשה ולא יעגנה. עי' להלן, שכן משמע בדברי הגר"א שם ובשו"ת ושב הכהן שהובא בפת"ש סו"ס קנד ובתשובת רבי בצלאל אשכנזי.

בתשובות הראשונים שיובאו להלן מבואר, שכפיה על ידי מניעת טובה, בין כשיש לה הצדקה לפי דין ובין כשאין לה הצדקה לפי דין - אינה נחשבת כפיה כד. וצריך לומר שמה שכתבו הראשונים והאחרונים שמונעים טובה מהבעל עד שיגרש את אשתו, מפני שנהג עמה שלא כדין, אינו משום שאם נהג עמה כדין ומנעו ממנה טובה עד שגירשה, הגט ניתן בכפיה והוא פסול, אלא משום שאסור מהלכות דרך ארץ למנוע טובה מבעל שנוהג עם אשתו כדין כדי שיגרשה. ובדיעבד אם עשו כן, הגט כשר מכל מקום.

כד. על דעת האחרונים בהרחקות שנעשו שלא כדין, עי' להלן.

הנה בד"מ (שם אות יח) הביא את החידוש שכתב הבנימין זאב בשם רבנו יו"ט וכתב שכן משמע במהרי"ק שורש כט. במהרי"ק שם מיירי באיש שקידש את בתו לאחד, והבת סירבה להינשא לו, ואותו אחד נשא אחרת כעת תובעת הבת שיכפו על האיש לגרשה לאחר שעבר על חדר"ג ונשא אשה על פניה, והמהרי"ק דחה תביעתה, מפני שהיא נהגה שלא כהוגן כשסירבה להינשא. עוד הביא הרב השואל ראייה מהדין דאחת מבנותיך מקודשת לי, דכתבו הראשונים שכאשר אחת מהן היתה משודכת לו אמרינן שקידש את המשודכת כדי שלא יבטל את השידוך ויעבור על חרם הקהילות. סבר הרב השואל, שהוא מהאי טעמא דמי שעובר על חרם כופים עליו לגרש, והמהרי"ק דחה ראייתו וכתב דהתם אמדינן לדעתיה שמתכוון לקדש את המשודכת, ואין ללמוד מזה להלכות כפיה.

נראה דמשמע ליה לד"מ שהמהרי"ק סובר כדעת רבנו יו"ט, מהא דלא דחה את היסוד שכתב הרב השואל – שאדם שעבר על חדר"ג ונשא אשה שניה או שעבר על חרם הקהילות וביטל שידוך כופים עליו לגרש – אלא שסבר שנדון ידידיה אינו מתאים מהטעמים שכתב שם.

יסוד זה דרבנו יו"ט והמהרי"ק הובא להלכה בד"מ (שם סי' א אות ט); הוא כתב בשם הב"י (שם סי' עו) שלדעת המהרי"ק והרשב"א, שבזמן הזה כלה זמן החרם – לא כופים בעל שנשא שתי נשים לגרש אחת מהן. הד"מ חלק וכתב שגם בזמן הזה – שבטל החרם, והאיסור לשאת אשה שניה הוא בבחינת דבר המותר שנהגו בו איסור שאי אתה רשאי לנהוג בו היתר – כופים לגרש, וכן נוהגים, וכ"פ ברמ"א (אה"ע שם סעי' י). בפת"ש (אה"ע שם ס"ק כ) כתב שסברת הרמ"א מוסכמת על האחרונים, ויש סוברים שאין כופים לגרש מטעם אחר, עיי"ש. ואף הב"י אינו חולק על כך שיש לכפות את העובר על החרם, אלא שאין לכפות בזמן הזה שכבר כלה החרם. ועי' בבאיור הגר"א (אה"ע שם ס"ק לא, לב), ודו"ק שגם לדעתו, הא דפסק הרמ"א דנהגו לכפות הוא משום שהבעל עבר על המנהג.

מכל מקום, מבואר שחידושו של רבנו יו"ט מוסכם להלכה, וכופים מי שעובר על תקנת חז"ל לגרש את אשתו. סובר המהרי"ק שגם העובר על תקנה מאוחרת, כחרם דרבנו גרשום ותקנת הקהילות, כופים עליו לגרש. ברמ"א מבואר, שגם הנושא אשה שניה בזמן הזה שעובר על דבר המותר שנהגו בו איסור, כופים עליו לגרש.

אולם הא דתלה רבנו יו"ט את חידושו במחלוקת הראשונים, במורדת דמאיס עלי ובמחלוקת ר"ת ור"י בכל מקום שאמרו יוציא ויתן כתובה, בוודאי אינו מוסכם להלכה. במורדת דמאיס עלי – הרמ"א מסכים עם פסק השו"ע (שם סי' עז סעי' ב) דאין כופים על הבעל לגרשה; במקום שאמרו חכמים 'יוציא' – פסקו השו"ע והרמ"א (שם סי' קנד סעי' כא) שחוששים לדעת הראשונים שסוברים שלא כופים על הבעל לגרשה; בבעל שמכה את אשתו (שם סעי' ג) כתב הרמ"א דיש אומרים שכופים ולא כתב דיש חולקים. משמע שבכל אחד מהדינים שכתב רבנו יו"ט, הרמ"א הכריע אחרת, וצ"ע.

ענף ב': הרחקות דר"ת; גדרן

בגדרן של ההרחקות, כתב רבנו יו"ט שמנדים ומחרימים "שלא יהנוהו שום הנאה שבעולם... כאשר השיב גדול אחד... וכתב שכל ההכרחות יעשו לו". ואף אם נתפס בגנבה ונחבש ביד גויים על ידי ממון או נפשות, אומרים לו גדולי הארץ שלא ידברו בעדו לטובה או לרעה אם לא יגרש את אשתו, ואם נתרצה מאימת הגויים שלא ידונו אותו לרע, הגט כשר.

הנה דעת ר"ת בספר הישר (סי' כד) באשה שאומרת מאיס עלי, שאין מנדים ומחרימים את הבעל, ואם עשו כן הגט פסול. רבנו יו"ט כתב בדעת ר"ת שמנדים ומחרימים, ע"כ ר"ל שמנדים ומחרימים את מי שמתקרב אליו ומפר את ההרחקות, כנראה מדקדוק לשונו: "מנדים ומחרימים לבלתי התקרב אליו". ומלשון רבנו יו"ט: "שלא יהנוהו שום הנאה שבעולם... שכל ההכרחות יעשו לו", משמע שנוהגים בבעל מורחק את כל הדברים שנוהגים במנודה, וההבדל בין מנודה למורחק הוא בבעל עצמו, שמנודה נענש בגופו ומורחק אינו נענש בגופו. ועי' להלן.

עוד מבואר ברבנו יו"ט, שמאיימים על הבעל ואומרים לו שאם לא יגרש את אשתו יתרחקו ממנו. כ"כ המהרי"ק (סי' קלג, קסו). ודלא כאחרונים שכתבו שאסור להזכיר בפני הבעל את הגירושי. ועי' להלן.

עוד מבואר ברבנו יו"ט, שגם כשידוע בכירור שהבעל התרצה לגרש מחמת אימת הגויים, הגט כשר. משמע דלא בעינן שיהיה לבעל רצון עצמאי לגרש את אשתו. ועי' להלן.

מהי נקודת החילוק בין הרחקות ובין נידוי ממוש?

נעיין בתשובת ר"ת שם, באשה שמאסה בבעלה ללא אמתלא, שכתב שדעת רבותיו בפריש, שכופים עליו לגרשה, וחלק עליהם וכתב שאין לכפות לגרש וגם אין לנדות, וז"ל:

ואם אומר האומר לא נכפינן בשוטי אבל בגזירות וחרמות נכפינן, זאת לא זאת דאמרינן בדרבנן לא מזקקינן ליה אבל משמתנין ליה. ופריך האי נקטי בכובסיה דלישבקי לגלימיה הוא ותו אמרינן במערבא מימנו אנגדא דבר בי רב ולא מימני אשמתא. ורב יוסף אמר דטבא ליה עבדו ליה ותברא תברי בתי רמי, שמתא שם מיתה ושמתא הרי לך דחמיר מנגדא ואין כפייה גדולה מזו. וכן גבי כלבא דאכל וכו' שמתיה וכו' איתלי נורא בגנובתיה וכו' טוב ללקות מלהתנדות. ועל ידי היה מעשה על אחד שקידש בת ר' שמואל מקפש וגזרו על המקדש לגרש ועשיתי שהתירו לו והשחידוהו בממון ובדברים עד שגירש. והמעשים ידועים וכתובים למען לא יאמרו עלי חולק על רבותיו, שהרי כך אני מורה ובא, ויש לשמוע לי... ואין לסמוך בשום דבר אפי' בשעת הדחק. והיום ההוא ידחק, יטיפו על בית ישחק

אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאים לדבר עמו לישא וליתן עמו להאריחו (י"ג להרויחו – עי' שו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' ט) ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפייה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אני נתפרד מעליו, וכל שיהא זכור בגזרתם וגזרתנו ישמור אותה, ואם יעבור שוגג לא תחול על השוגג. ואם כך יעשו רבותינו נראה דרך הישרה, כי טוב להניח אותה בעיגונה מלהוציא לעז על בניה, שכבר פשט האיסור ע"י המאורעות הנארעות...

עיקרי התשובה הובאו גם במרדכי (כתובות סי' רד), ובמהרי"ק בכמה מקומות (סי' כט, קב, קלג, קלה, קסו). שינוי אחד יש בתשובת המהרי"ק – בתשובת רבנו יו"ט כתב שבעל שנתפס על גנבה על ידי מומן או נפשות, אין חייבים לסייעו. משמע גם כשיש חשש שהבעל יענש בנפשו. ובמהרי"ק (סי' קלג, קסו) כתב שהבעל נתפס על מס או דבר אחר ולא הזכיר ענין נפשות. ולהלן נעסוק בהבדל זה.

הנה מלשונו של ר"ת: שבעל זה אין מנדים אותו שלא ילקה בגופו אלא מנדים את מי שנו"נ איתו... ועוד יוסיפו חומר וכו' ולא ילקה בגופו מחמת נידוי זה... משמע שכלפי הציבור הבעל הוא כמנודה לכל דבריו. כ"נ מלשון הסמ"ק (סי' קפה): "אם לא תשמע לחלוץ, נשים חרם בינינו להבדל ממך עד שתחלוץ". וכ"נ מתשובת רבנו יו"ט כנ"ל. ההבדל בין נידוי להרחקות מפורש בתשובת ר"ת: הנידוי חל על גופו, לוקה בגופו בידי שמים, והרחקות אינן חלות על גופו אלא על הציבור.

גם מהראיות שהביא ר"ת נראה שסובר שהחומר שיש בנידוי מבהרחה, שהמנודה נענש בגופו, דשמתא חמירא מנגידא. כדאיתא בגמ' מו"ק (יז ע"א):

מאי שמתא? אמר רב: שם מיתה, ושמואל אמר: שממה יהיה, ומהניא ביה כי טיחיא בתנורא. ופליגא דריש לקיש, דאמר ריש לקיש: כשם שנכנסת במאתים וארבעים ושמונה איברים כך כשהיא יוצאה – יוצאה ממאתים וארבעים ושמונה איברים. כשהיא נכנסת – דכתיב והיתה העיר חרם, חרם בגימטריא מאתים וארבעים ושמונה הוו. כשהיא יוצאה – דכתיב ברגז רחם תזכור רחם בגימטריא הכי הוו.

ופרש"י (שם):

ומהניא כי טיחיא בתנורא. כשומן שטוחין את התנור ונבלע בתוכו, שאין יוצא לעולם, כלומר מכה לכל מאן דמשמתינן ליה, דלא נפקא מיניה לעולם. ופליגא דרבי שמעון בן לקיש. דאמר יוצאה.

מפורש בגמ', שהנידוי פועל בגוף האדם המנודה ונכנס בעצמותיו, ולדעת שמואל, הרושם

נשאר בגופו של המנודה אף לאחר התרת הנידוי. לכאורה נראה, שלא הענין הסגולי שיש בנידוי, שנכנס בגופו של המנודה ומסכן אותו, הוא שגורם לנידוי להיחשב לכפיה בגופו, אלא ההשפעה שיש לנידוי על האדם, שאין למנודה שיקול דעת אם לגרש או לא, מה שאין כן למורחק יש לו שיקול דעת אם לגרש או לא, כמו שכתב ר"ת בתשובתו ש"אם ירצה יקיים".

כן נראה מהגמ' שבועות (מא ע"א), במחויב שבועה דרבנן שמסרב להישבע נאמר:

בדרבנן לא נחתנין לנכסיה, מאי עבדינן ליה? משמתינן ליה. אמר ליה רבינא לרב אשי: האי נקטיה בכובסיה דנשבקיה לגלימיה הוא.

ופירש רש"י:

נקטיה לכובסיה דלשבקיה לגלימיה הוא. אוחזו בכיצי התלויים בו עד שיתן לו טלית שעליו, כלומר כיון דמשמתינן ליה לעולם עד דלתיב ליה לית לך למיחת לנכסיה עדיף מהאי.

מבואר בגמ' שהנידוי אינו מותר ברירה בידי בעל הדין שחויב בשבועה, והוא כמו שבית דין יורד לנכסיו בלי לקבל את הסכמתו.

הנה בחזו"א (אה"ע סי' קח אות יב) הביא ראייה מהגמ' שנידוי אינו נחשב לכפיה. וז"ל:

והנה למ"ד ע"ז א' דשהה עשר שנים אין כופין אותו, מודה דעושין הרחקות אלו וא"כ למ"ד כופין ע"כ הוא כפיה יותר גדולה, וא"כ למאן דמפרש שם כופין במילי ע"כ הוא נידוי דליכא מידי במילי יותר מכל חומר שירצו בי"ד אלא נידוי כמבואר בל' הרמ"א ומ"מ קרי ליה מילי לגבי שוטי, ועיי' לעיל סק"ח דכן משמע ברא"ש ס"פ הבע"י.

על פוסקים נוספים שסוברים שנידוי של הבעל אינו נחשב לכפיה, עיי' בספר כפיה בגט (אות עז ** סק"א).

אולם, עיי' בתשובת מהרי"ק (סי' קלה) שנשאל על איש שנחשד על אשת איש, ובעלה גרשה, ונשאת לו, אם כופים עליו לגרשה, והשיב שכופים עליו לגרשה, ואין זה דומה למה שכתבו התוס' בזבחים (ב ע"ב) באיש שאשתו זנתה שאין חשש שיכשל בה לאחר שהיא מאוסה עליו, שכאן האיש הנחשד אינו מואס באשה אלא אדרבא רוצה בה. לחומר הכפיה כתב שיעשו הרחקות דר"ת שאינן כפיה מפני, "שאם ירצה ימצא לו מקום והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה אך אנו נתפרד מעליו". משמע שהבעל המורחק אינו כפוי משום שמתקיימים במורחק שני טעמים, אינו מנודה בגופו, ויכול ללכת למקום אחר ולהינצל מההרחקות. גם מהלבוש משמע שאלו שני טעמים, שכתב: "שאם ירצה לא יגרש וילך למקום אחר במקום אשר לא יבדלו ממנו, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה".

בתשובה אחרת (סי' קלג), דן המהרי"ק בשאלה הבאה:

ועל דבר ראובן שהבטיח שמעון להשתדל בעבורו חנם זולתי ההוצאה. ואחר אשר הוציא הלה את מעותיו והיה הדבר עומד להגמר חזר בו ראובן מדיבורו, ואומר לו שלא יגמור אם לא יתן לו כך וכך. וכן עשה שמעון פייסו בממון כרצונו ושוב באו מעות ראובן ביד שמעון ורוצה שמעון לעכבם באמרו כי שלא כדין הכריחו לפייסו בממון...

נראה לע"ד דאפילו אונס לא חשיב ככה"ג מאחר שראובן לא כפה שמעון ליתן לו מעות אלא שלא היה רוצה לטרוח בעבורו אם לא יתן לו. ולא דמי להא דתלוה וזבין, דהתם כופהו ומכריחו וכן גבי ההוא מעשה דפרדיסא היה רוצה לכבוש השטר ולגזול לו הקרקע, אבל הכא לא היה עושה עמו דבר אלא שהיה בשב ואל תעשה ולא היה טורח בעבורו. וראייה לדבר שלא חשוב אונס ככה"ג שהרי ר"ת הפליג לדבר בענין מורדת דמאיס עלאי... ואפילו הכי נמצא בשם ר"ת וז"ל גם אומר ר"ת שאם קדש אדם אשה כדת משה וישראל ולבסוף אין האשה חפיצה בו אין לכופו לא בישראל ולא בגוים, אך אם נחבש בידי גוים בשביל מס או דבר אחר יכולים לומר לו לא נעזוב אותך להתיר מהתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר, ואין זו כפיה כיון שאין עושים לו דבר רע כי אם מלמנוע מלעזור לו. הרי לך דלא חשיב אונס מניעות עשיית הטובות. ואף ע"ג דפשיטא דכל אדם מצוה ועומד להוציא ישראל חבירו ממסגר בהיות לאל ידו, א"ה לא חשיב אונס במניעת ה"נ לא חשיב אונס מניעות ההשתדלות ואפילו את"ל שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו, דלא עדיף מהוציא ממסגר אסיר דלא חשיב אונס אפילו לענין איסור אשת איש החמור כדפירשתי לעיל.

כותב המהרי"ק, נקודת החילוק בין הרחקה לכפיה היא, שהרחקה היא אילוץ על ידי הימנעות, וכפיה היא אילוץ על ידי יוזמה. לחידוד החילוק בין הרחקה לכפיה, המהרי"ק מביא שתי הלכות; א. מעשה דפרדיסא שהממשכן כבש את שטר המשכנתא ואיים על בעל השדה שאם לא ימכרנה לו יטען שקנאה ממנו, שמעשיו של הממשכן נחשבים לכפיה כה. ב. ההלכה שנאמרה בתשובת ר"ת, באיש שנאסר על ידי גוים ואמרו לו נכבדי הקהל שלא יסייעו לו לחלצו אם לא יגרש את אשתו. על אף שהם מצווים לסייע לו ולהצילו מהמאסר, אין כאן כפיה אלא הימנעות והרחקה.

הנה פשוט, הנאסר בידי גוים אנוס יותר מבעל קרקע שנאנס למכרה לממשכן במחיר מלא. הנאסר בידי גוים מסתכן בנפשו כמו שכתב בתשובת רבנו יו"ט שם. אף לגרסת המהרי"ק,

כה. עי' שו"ע חו"מ סי' רה סעי' יא, שאף כשהממשכן שילם את דמי השדה במלואם, בעל השדה נחשב כפוי, ואם מסר מודעא על המכירה, המכירה בטלה.

שהשמיט את המילה בנפשות, הא קיי"ל כו, שהמאיים למסור ממון חברו – נהרג, שישראל שנתפס על ממון עלול להגיע לסכנת נפשות. ובכל זאת הבעל האסיר אינו נחשב כפוי ובעל הקרקע נחשב כפוי.

וכותב המהרי"ק שגם בנדון דידיה, בראובן שסירב לבקשת שמעון להמשיך לעסוק ללא תשלום באיזה ענין שהחל להשתדל בו לטובת שמעון, ושמעון נאלץ לשלם לראובן כדי שימשיך להשתדל בענין, אף אם נאמר שעל פי דין, ראובן היה חייב להמשיך בהשתדלותו עבור שמעון ללא תשלום, שמעון אינו זכאי לקבל את ממונו בחזרה, שהרי ראובן לא כפה על שמעון לשלם אלא רק נמנע מלסייע לו ושמעון הוא ששילם מעצמו.

ובאמת צ"ע מהי נקודת החילוק בין מעשה דפרדיסא למקרה הנדון במהרי"ק, הא בשני המקרים בעל הממון לא נאנס בידים לוותר על ממונו אלא אולץ להסכים על ידי בעל דין שנהג שלא כדין; במעשה דפרדיסא, הממשכן נהג שלא כדין כשכבש את שטר המשכנתא וטען בשקר בביה"ד שהקרקע שלו, ובנדון במהרי"ק, ראובן נהג שלא כדין כשסירב להמשיך להשתדל עבור שמעון ללא תשלום.

נראה להוסיף ביאור בנקודת החילוק בין הימנעות ליוזמה; הימנעות אינה משנה את מצבו של בעל הממון ואילו יוזמה משנה את מצבו של בעל הממון. במקרה הנדון במהרי"ק, ראובן בהימנעותו, לא שינה את מצבו של שמעון שזקוק לשיתוף הפעולה שלו. מאידך, במעשה דפרדיסא, הממשכן, שטען שקר בביה"ד, שינה את מצבו של בעל הקרקע שאיבד את המוחזקות בקרקע.

וטעם החילוק הוא, שהאונס כשלעצמו אינו מבטל את גמירות הדעת של המקנה, ולפעמים אף מסייע לגמירות דעתו, כמו שקיי"ל בתליוהו וזבין, דאגב אונסא וזוזי גמר ומקנה (שו"ע חו"מ סי' רה סעי' א'); ובנאנס באונסיה דנפשיה למכור (שם סעי' יב); ובנותן קרקע לגוי במקום שנוהג סיקריקון (גיטין נה ע"ב וב"י חו"מ שם). עי' תוס' (ב"ב מח ע"א) ותשב"ץ (ח"א סי' א) שהסברא שנאמרה בתליוהו וזבין ובאונסיה דנפשיה במקח וממכר, נכונה בעיקרה גם בגירושין.

אי לכך, אדם שמוכר או מגרש מפני שאנשים נמנעים מלסייע לו – על אף שיש עליהם חיוב איסורי מהלכות פדיון שבוים או חיוב ממוני מהלכות מקח וממכר לסייע לו, ועל אף שהוא מאוים על ידי גויים ואנוס ממש ואין לו שיקול דעת כלל – גומר בדעתו למכור ולגרש מפני שלפי הבנתו המכר והגירושין הם תוצאה של המצב שנקלע אליו, שהוא זקוק לסיועם של אחרים.

כו. עי' חו"מ סי' שפח סעי' י, ובסמ"ע שם ס"ק כט. ועי' להלן במש"כ הרשב"ש.

כז. דו"ק בשו"ע שם סעי' יב.

ואילו אדם שמוכר ומגרש מפני שאחרים יצרו מצב שמחמתו הוא נאנס למכור ולגרש, אינו גומר בדעתו למכור ולגרשכח.

תוספת הסבר יש בתשובה אחרת של המהרי"ק (סי' קסו. הובאה גם בהגהות הרמ"א על המרדכי שבועות סי' תשנז). במקרה הנדון שם, איש נשבע לאביו שלא ישא אשה מבלי רשותו, ואחר כך טען שהיה אנוס להישבע, כי חשש שמא אביו לא יעשה עבורו פעולה מסוימת אם לא ישבע. המהרי"ק דחה את טענתו וכתב:

דהכא לא חשיב אונס כלל שהרי אביו לא היה כופהו כלל להשביעו דלא קרינן אונס אלא כי ההיא... משום שאין המוכר הזה חפץ לא במכירה ולא בכספו של זה ואמר ליה דל אנת ודל מעותך... אבל בנדון הזה שראובן היה חפץ שהיה אביו הולך בעבורו ולא מחמת אביו הוכרח לשלחו שם אלא שמדעתו ומרצונו שולחו שם, פשיטא דלא חשיב אונס כלל. וגדולה מזו כתבו הפוסקים בשם רבינו תם... ורואה אני שהדברים קל וחומר, ומה התם דמצוה קא עבדי להוציאו מתפיסה אפילו הכי לא חשיב אונס, כיון שאין עושין לו דבר רע אלא נמנעים מלעזור לו, כל שכן הכא דאין על האב מוטל ללכת בשליחות הבן לא משום מצוה ולא משום רשות, דאין קרוי אונס אפי' היה אומר לו בפני' שלא ללכת בשליחות אם לא ישבע לו. וכל שכן הכא שלא תלה לו האב הליכתו באותה שבועה אלא שהיה הבן ירא פן ימנע האב אם היה הוא מסרב לישבע לו.

והאר"י שם להוכיח ממקורות נוספים שמניעת טובה אינה נחשבת לאונס. והוסיף וכתב:

ואין להקשות על דברי ממה שתרץ ר"י דהא דלא קאמר הדר קבלוה בערבות מואב דהתם נמי היו יראים מהקב"ה שלא יכניסם לארץ שהיה להם ליכנס לאלתר. ומתוך כך הוכיח רבינו מאיר דשבוע' באונס לאו כלום היא דאלמא דקרי אונס מניעת הטובה... ויש לדקדק למה הוסיף על דברי ר"י להזכיר פחד דשמא יניעם במדבר שלא הזכיר ר"י כלל, והלא חייב אדם לו' בלשון רבו אלא ודאי משום כך הוסיף רבינו מאיר פחד דשמא יניעם במדבר, משום דאם לא היו יראים אלא שמא לא יכניסם לארץ ישראל לא הוה חשיב כאונס כיון דלא היה אלא מניעת הטוב... ומשום כך כתב חששא דשמא יניעם במדבר שזה הוא אונס מפחד העונש שהיה מטיל עליהם טורח הדרך ויגיעה בהניעם במדבר... ועוד נראה לע"ד דבר פשוט דאפילו ר"י עצמו מודה דלא חשיב אונס בכיוצ' בנדון שאנו עומדים עליו... דהיינו משום דהתם נמי היו יראי' שלא יכניסם לא"י, שאני התם שכבר נתנה להם מורשה... ואם לא היה מכניסם לארץ הוה חשוב אונס, דפשיטא דמי שהוא עושה דבר מפני יראתו שלא יטלו את שלו דחשיב אונס כדמוכח מההוא מעשה דפרדסא...

המהרי"ק מביא כמה דוגמאות של הסכמה מתוך אונס, ומחלק ביניהן בטעם וסברא. בנדון דידיה, הבן שנשבע מפני שידע שאם לא יעשה כן, אביו לא ילך בשליחותו, אינו נחשב אונס, ואף כשהאב התנה במפורש את השליחות בשבועה, כתב המהרי"ק שהבן אינו נחשב אונס. בדברי ר"י (הובא בנוסף במרדכי שם), ישראל שקיבלו את התורה בערבות מואב נחשבים אנוסים, מפני שידעו שאם לא יעשו כן לא יכנסו לארץ ישראל שהיא מורשה להם. בדברי הר"מ (הובא בנוסף במרדכי שם), ישראל שקיבלו את התורה בערבות מואב נחשבים אנוסים, מפני שחששו שאם לא יעשו כן הקב"ה יניעם במדבר ויסבלו תורת הדרך והיגיעה. הרי שאלמלא הטעמים הללו, מניעת הטובה שבכניסה לארץ ישראל אינה נחשבת אונס.

החילוק בין מניעת טובה לבין אונס גמור הובא להלכה ברמ"א (יו"ד סי' רלב סעי' יב). החילוק של ר"י בין מניעת טובה למניעת זכות שהיא מורשה להם, הובא להלכה בכנה"ג (חור"מ סי' רה הגה"ט אות יב) ובמשפ"ש (חור"מ שם סעי' ז).

הטעם בכל זה הוא כנ"ל, אדם שמתחייב או נשבע מתוך חשש שמצבו יורע וזכויותיו יפגעו על ידי אחרים – אין לו גמירות דעת; אדם שמתחייב או נשבע מתוך הבנה שבמצבו הוא זקוק לשיתוף פעולה וסיוע של אחרים, יש לו גמירות דעת כט.

ע"י בשו"ת שארית יוסף (סי' טז) שדן בדברי המהרי"ק ומסיק שהעיקר להלכה כדבריו שיש חילוק בין אונס דאחרים למניעת טובה.

אונס במזון או בנפשות מחמת מניעת טובה

מה שכתב המהרי"ק בשם הר"מ, שישראל קיבלו את התורה בערבות מואב באונס מפני שחששו שהקב"ה יניעם במדבר, תמוה עד מאד. שמניעת הטובה בכניסה לארץ ישראל אינה נחשבת לאונס, ועל היגיעה וטירחת הדרך כתב המהרי"ק עצמו (סי' קל"ה) כבעל שנוהגים בו הרחקות דר"ת, שאינו אונס מן הטעם: "שבזה אין כפיה עליו שאם ירצה ימצא לו מקום", כלומר ולא אמרינן שהכורח לעקור ממקומו למקום אחר ולהתייגע בדרך הוא גופא כפיה?

יש ליישב על פי מש"כ התרוה"ד (פו"כ סי' עג), שנשאל שם על מי שהתחייב לחברו במזון בשטר ובחרם, וטען שהתחייבות נעשתה באונס והיא בטלה. השיב התרוה"ד וז"ל:

הפנים הראשון דר"ל דתחילת הקשר באונס הוה לפי שהיה צריך לברוח מפיו דר"ל, ולא מצא לו מקום מנוחה זולתי בפוזנ"א. והאריך להסביר פנים דמתוך אונס זה נזקק להתקשר, ודעתו דמש"ה לא חל החרם מעיקרא... נראה דפנים הללו לא

כפ. להלן בפרק שעוסק בדין אונסא דנפשיה נכתוב, שלדעת רוב הפוסקים אונס שהבעל הביא על עצמו או שאחרים, שאין להם ענין בגירושין, הביאו עליו אינו נחשב אונס. נבאר מדוע הראשונים נדרשו לטעם נוסף שהסיוע שלא מוגש לבעל הוא בבחינת מניעת טובה.

מחורין לי כלל... שהרי אף לפי דבריו לא הוה אונס נפשות, שהרי היה יכול לקבוע דירתו בקלי"ש או בעיר אחרת. אלא אפשר אותן מקומות לא היו נכונים וראויין לישיבתו ולמחייתו ולמחיית בניו, מ"מ לאו אונס נפשות הוה. ולא דמי כלל הא דכתב מהר"ם בתשובתו... דר"י תירץ אמאי לא חשיב שבועה שקבלו עליהם בערבות מואב שבועה, משום דשבועת אונס הוה שהיו יראים פן לא יכניסם לארץ ישראל שהיו באים ליכנס לאלתר. דהתם טעמא הוא כדמסיק ושמא יניעם במדבר שהיו גולים בה, וכמה פעמים צעקו והיו מלינים מחמת רעב, ופשיטא דכה"ג חשיב אונס נפשות וצערא דגופא טובא. וראייה לדבר דהנביאים הבטיחו מאת הקדוש ברוך הוא שיזכור להם אותו חסד, כדכתיב זכרתי לך חסד נעורייך אהבת כלולותיך לכתך אחרי במדבר בארץ לא זרועה.

כותב התרוה"ד, אדם שמתחייב בחרם כדי שלא יאלץ לנדוד למקום אחר שאינו מתאים למגוריו ולא ימצא שם כדי פרנסתו, אינו נחשב אנוס והחרם חל. ואילו אדם שמתחייב בחרם כדי שלא יאלץ לנדוד כבני ישראל במדבר, שיש שם חשש רעב וצערא דגופא טובא, נחשב אנוס באונס השקול כמו אונס נפשות. לפי חילוק זה דברי המהרי"ק א"ש, שמה שכתב בשם ר"ת שבעל שנוהגים בו הרחקות יכול לעקור למקום אחר ואינו אנוס, הוא באופן שהצער שיגרם לו בגלל המעבר אינו דומה לאונס נפשות. ולפי זה מה שכתב המהרי"ק "שאם ירצה ימצא לו מקום... ולא ילקה בגופו", אינם שני טעמים אלא טעם אחד, שאינו לוקה בגופו מחמת ההרחקות כמו שמנודה לוקה בגופו, והצער שיגרם לו מטרחת הדרך אינו שקול לאונס נפשות שהוא בגופו, מפני שאם ירצה ימצא לו מקום.

אך עדיין צ"ע, אם נאמר שאדם שנאלץ לנדוד ממקומו נחשב אנוס, אזי גם אונס קל השקול לאונס ממון, כמו במעשה דפרדיסא, הוי אנוס. ואם נאמר שאדם שנאלץ לנדוד ממקומו אינו נחשב אנוס, מפני שאנשי מקומו לא אונסים אותו אלא מתרחקים ממנו ולא מסייעים לו ומונעים ממנו טובה, אזי גם אונס קשה ששקול כאונס נפשות אינו אנוס, כמו שכתבו רבנו יו"ט והמהרי"ק כבעל שנמצא במאסר אצל גויים וחושש מעונש נפשות, שעל אף שבני הקהל אינם מסייעים לו הוא אינו נחשב אנוס.

חילוק בין אונס קצוב לאונס שאינו קצוב

נראה לבאר בהקדמת תשובת המהר"ם מרוטנבורג הנזכרת (ד"פ סי' תתקלח) ל. שם נשאל על אנשים שקיבלו על עצמם בחרם שישלמו לחבריהם סכום מסוים, לאחר שחבריהם איימו עליהם שאם לא יעשו כן ייסרו אותם ואף יהרגו אותם, והשיב שהחרם שנעשה באונס בטל, דאמרי' (שבועות כו ע"א) האדם בשבועה פרט לאנוס. והקשה על דברי עצמו וז"ל:

5. הובאה במרכזי שם ובגיטין סי' שצה, ובתשובות מימוניות הפלאה סי' ו.

וא"ת הא קאמר פרק ד' דנדרים נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא תרומה אף על פי שאינה תרומה, שהיא של בית המלך אף על פי שאינה של בית המלך ואמר בגמרא... כיון דאמר יאסרו כל פירות שבעולם עלי איתסרו עליה ומשני באומר בלבו היום... אלמא טעמא דאמר בלבו היום הא לאו הכי לא הוה שרינן וא"כ היכא דלא חשיב בלבו שום ערמה ליתסר אף על גב דאניס. לא היא, דדוקא התם החרם וההרג אינם מכין ומייסרין אותו אלא רוצה לחטוף מידו הפירות או כבר חטף ומבקש שיחזירו לו, כי אומר לו שהם של תרומה או של בית המלך. אבל הכא יסורים והכאות שאין להם קצבה בטל הנדר והשבועה לגמרי, דאמרי האדם בשבועה פרט לאנוס היכא דליביה אנסיה כ"ש אונס דיסורין דפטור לגמרי מקרבן ומלקות, דיסורין גדולים ממתה, כדאמרינן אלמלי נגודה לחנניה מישאל ועזריה הוּו פלחי לצלמא.

תשובת המהר"ם נפסקה להלכה בשו"ע (י"ד סי' רלב סעי' טו). ואכתי טעמא בעי, מדוע ישראל שנאנס להישבע כדי להציל את ממונו מגוי הרג או חרם אינו נחשב אנוס? והנה בתשובת המהר"ם שם משמע שגם ישראל שנאנס להישבע כדי שגוי לא יהרגו אינו נחשב אנוס, וכן דייקו בתרוה"ד שם, ובד"מ (י"ד שם אות יא) ובש"ך (י"ד שם ס"ק מא) ובגר"א (י"ד שם ס"ק מט). ובתרוה"ד שם ביאר:

ויליף... ומצדקיהו שנשבע לנבוכדנצר, דהתם עשו להם טובה... ונבוכדנצר הניח לצדקיהו פטור בשביל השבועה שהיה מסור בידו להורגו... ואם תשיבני... אמאי חלה שבועה דצדקיהו, הלא התם ודאי אנוס גמור דהרי סכנת נפש הוה... לא קשה מידי! דאדרבה משום דהוה אנוס מבורר בלי ספק להריגת נפש חלה השבועה, משום דאגב אונסין גמר ומקני כההיא דסיקריקון כדאיתא בתשובה דלעיל.

התרוה"ד מבאר שלצדקיהו היתה גמירות דעת להישבע, מפני שנבוכדנצר עשה לו טובה שלא הרגו, על אף שהיה מסור בידו. ועל אף שצדקיהו היה בוודאי אנוס, שאין לך אנוס גדול מאנוס מיתה, אגב האנוס גמר בדעתו להישבע, כדאיתא בגמ' בגיטין (נה ע"ב) ובב"י (חו"מ סי' רה) בקונה מן הסיקריקון שגזל מישראל, שזכה במה שבידו, דאגב אונסא גמר בעל הקרקע הישראל ומקנה לסיקריקון. בב"י שם הקשה מהא דקיי"ל תליוהו ויהיב, המתנה בטלה? ותירץ שני תירוצים. לפי התירוצ השני לא, הסיקריקון אינו בא ליטול את הקרקע אלא להרוג את בעליה, ובעל הקרקע מציע לסיקריקון את הקרקע כדי שלא יהרגו; ובמעשה דצדקיהו נמי, שראה את נבוכדנצר אוכל ארנבת חיה, והיה מסור ביד נבוכדנצר להורגו כדי שלא יגלה את סודו, וצדקיהו נשבע לו שלא יגלה את סודו; ובמשנה בנדרים נמי, הגוי בא כדי ליטול ממון מישראל בזרוע, והישראל נודר ונשבע מיוזמתו כדי להציל את ממונו.

גם לדעת מהרד"ך (בית יז סוף חדר י) והד"מ שם, ששבועה תחת איום של מיתה אינה

א. עי' פת"ש אה"ע סי' קלד ס"ק יא ונתיבות חו"מ שם ביאורים סק"ח שתירוצ זה הוא העיקר להלכה.

כלום, משום דבעינן האדם בשבועה - מתנה תחת איום של מיתה חלה, כדאיתא בגמ' בגיטין שם. מטעם זה כתב המהר"ם בתשובה שם, שמי שהיה תחת איום של מיתה וקיבל על עצמו בחרם לשלם לקהל אינו יכול לחזור בו, על אף שהחרם בטל, ההתחייבות הממונית קיימת.

מבואר בראשונים, שבאונס דסיקריקון והדומה לו שמועיל לגמירות דעת, יש חילוק בין אדם שמתחייב ונשבע כדי לסלק אונס קצוב וברור, שיש לו גמירות דעת, לבין אדם שמתחייב ונשבע כדי לסלק אונס שאינו קצוב, שאין לו גמירות דעת (אף דלכאורה מסתברא איפכא שכדי להינצל מאונס שאינו קצוב החמור יותר, אדם גומר בדעתו להישבע, וצ"ע). מאונס דסיקריקון שמועיל לגמירות דעת, נלמד לאונס אחר שמועיל לגמירות דעת, והוא, אונס על ידי מניעת טובה, שאדם שהסכים לגרש או למכור או לקבל חרם מחמת אנשי מקומו, שמנעו ממנו טובה וגרמו לו צער וסבל שאינם קצובים, נחשב אנוס. זה טעם הראשונים שכתבו בישראל בערכות מואב שידעו שאם לא יקבלו את התורה שבעל פה יאלצו לצאת שוב למדבר לזמן לא ידוע, שהם נחשבים אנוסים. אונס שאינו קצוב, קשה אף יותר מחשש מעונש נפשות שנגרם על ידי מניעת טובה, כמו שכתבו הראשונים בבעל, שנאסר על ידי נפשות והקהל מסרבים לפדותו עד שיגרש את אשתו, שהוא אונס קצוב, ולכן הבעל אינו נחשב אנוס מחמת מניעת הטובה.

לפי זה א"ש מש"כ המהרי"ק בבעל שהטילו עליו הרחקות שאינו אנוס מפני, "שאם ירצה ימצא לו מקום אחר", כלומר הסבל והצער שיגרמו לו קצובים, שיכול לטרוח ולמצוא מקום אחר.

אולם, לשונו של התורה"ד ברורה ואינה מותירה מקום לספק, שכתב כמה פעמים שטעם החילוק בין נדון דידיה למה שכתב ר"י, בטעם הא דבני ישראל בערכות מואב היו אנוסים הוא, שבנדון דידיה - האונס הוא אונס בממונות, ואצל בני ישראל בערכות מואב - האונס הוא אונס בנפשות. משמע שכל אונס בנפשות, קצוב ושאינו קצוב, נחשב אנוס. וקשה כנ"ל, הא מניעת טובה אינה אונס גם במקום שיש סכנה של עונש נפשות?

וצריך לומר, שהתורה"ד מחלק באונס שנגרם על ידי מניעת טובה, בין אונס שאינו קצוב בממונות ובין אונס שאינו קצוב בנפשות; אונס שאינו קצוב בממונות - לא הוא אונס, ואונס שאינו קצוב בנפשות - הוא אונס. כך משמע מדקדוק לשונו, שכתב: "אלא אפשר אותן מקומות לא היו נכונים וראויין לשיבתו ולמחייתו ולמחיית בניו, מ"מ לאו אונס נפשות הוה". כלומר המקומות החלופיים למקום המגורים שהתחייב לחברו, בממון בחרם ובשטר - לא היו אמנם נכונים וראויים לשיבתו, ואין קצבה לצערו, מכל מקום לא הוא זה צער גדול כמו אונס בנפשות, שבו חילקו הראשונים בין אונס קצוב לאונס שאינו קצוב.

והנה במהרי"ק כתב: "שאם ירצה ימצא לו מקום אחר... ולא ילקה בגופו", ולפי זה צריך לומר שבמהרי"ק מיירי באופן שידוע שאם לא ימצא לו מקום אחר ילקה בגופו, דאם מיירי באופן שילקה בממונו - היינו שיסבול עניות ודוחק פרנסה, כמו בגוונא דתורה"ד שהמקומות

החלופיים לא נכונים וראויים לשיבתו וכו', אף שהוא סבל שאינו קצוב – אין הבעל נחשב אנוס. כן צריך לומר, שאונס נפשות, לאו דווקא חשש מיתה אלא הוא הדין כל מקום שלוקה בגופו, וזה שכתב המהרי"ק "ולא ילקה בגופו".

ואף שהחילוק נראה אמת, אין ליישב על פיו את דברי התרוה"ד שהשמיט את עיקר החילוק בין מניעת טובה שגורמת לאונס קצוב בגופו, למניעת טובה שגורמת לאונס שאינו קצוב בגופו.

שו"ר בשו"ת צ"צ (אה"ע סי' רסב) שכתב:

באונס ממון גבי גט משמע ברי"ו נכ"ד ח"א דאינו אונס וכ"נ דעת הרשב"ץ...
ומ"מ הסכמת כל הפוסקים דאונס ממון חשוב אונס גבי גט ג"כ. והיינו דוקא
ממון חשוב לפי ערך המגרש. דממון מועט לא חמור מהרחקה דר"ת דאינו
חשוב אונס.

יש להעיר על מש"כ: "ממון חשוב לפי ערך המגרש", דעי' להלן בשו"ת בית אפרים, שכתב שאין אומדים רק את הערך (המעמד הכלכלי) של המגרש אלא אף את ערך המתגרשת בעיני המגרש. ומש"כ לחלק בין ממון מועט לממון מרובה, אינו חילוק מוגדר וברור. בשו"ת חוט המשולש (ח"ד טור א סי' מג) כתב גדר, במקרה הנדון שם באדם שנשבע לפרוע את חובותיו עד מועד מסוים, ובהגיע המועד התברר לו שאם יפרע את חובותיו יהיה עני ויצטרך לגנוב לצורך מחייתו, הוי אונס ופטור מקיום השבועה. ואפשר שהוא הדין באונס מחמת הרחקות דר"ת.

מכל מקום מבואר, שלדעת הצ"צ, הרחקות דר"ת שקולות לאונס ממון קל – שאינו חשוב אונס. ולפי מש"כ בשם הראשונים, מקום שהאונס נגרם על ידי הרחקה ומניעת טובה, אף אונס ממון חמור שאינו קצוב אינו נחשב לאונס.

ואין כאן סתירה כ"כ למה שכתבתי בדעת התרוה"ד, דאפשר שהרחקה דר"ת, שגורמת להפסד ממון חמור, היא שוות ערך לאונס ישיר שגורם להפסד ממון קל. להלן נוסיף לדון בדעת הצ"צ.

לכן נראה לבאר בדרך אחרת, לאחר ההקדמה בפרק הבא.

ענף ג': רצון בגירושין, מהו?

איתא במשנה ביבמות (ק"ב ע"ב): "והאיש אינו מוציא אלא לרצונו". כ"פ הרמב"ם ריש הלכות גירושין (פ"א הל' א, ב). ועי' נתיבות (ביאורים סי' רה סק"א) שכתב, בגט, בשונה ממכירה, צריך גם ריצוי שבלב. עי' שו"ת זכר יצחק (ח"א סי' כג אות ב ד"ה אמנם) שחידד את החילוק; במכירה צריך החלטה של הבעלים למכור, והחלטה באונס נחשבת החלטה, אך בגט

צריך בנוסף להחלטה, שהבעל גם ירצה להיפרד מהאשה. ע"י בעונג יו"ט (סי' מ) שכתב, שאף שצריך שהבעל ירצה בגירושין, לא צריך שהבעל יכוון בלבו להתיר את האשה בנט, שרצון בעיניו, כוונה לא בעיניו. ע"י נתיבות שם, זכר יצחק שם ועין יצחק (ח"ב אה"ע סי' מו ס"ק כב), דלכן כתב הרמב"ם (שם פ"ב ה"כ) טעם מחודש להלכה שגט מעושה כדין כשר, כיון שבלבו הבעל רוצה לגרש ויצרו אונסו.

יש לחקור מה הוא אותו רצון של הבעל. הנה במקום שהבעל בוחר לגרש, פשוט שיש כאן רצון, שבחירה מלמדת על רצון. הדיון הוא במקום שהבעל לא בחר לגרש אלא הסכים לגרש מסיבות שונות, האם הסכמה זו תחשב לרצון לענין גירושין?

דנו הראשונים באיש שמגרש את אשתו מחמת "אונסא דנפשיה". בתשב"ץ שם כתב: "אונסא דנפשיה, כגון שחושב שזה הדבר הוא כן ואינו כן, ומפני מחשבתו עשה אותו דבר. ואלו ידע האמת לא עשאו", והביא כמה דוגמאות של אונסים. לחשיבות דבריו נביאם ממקורם:

וכגון זה אשה שנישא' בשני עדים שאמרו לה מת בעליך ואחר כך מת בעלה ואית ליה לרב בפרק האשה רבה (צ"א ע"א) דהויא אונסא. וכגון ההיא דפ' ד' אחין (ל"ג ע"ב) דקתני שנים שקידשו שתי אחיות ובשעת כניסתן לחופה הוחלפו מפרישין אותם ג' חדשים שמא מעוברות הם, אלמא דאי לאו מעוברות הם שריין. וכגון המשמש עם הטהורה ופירסה נדה דאמרינן בפרק ידיעות הטומאה (י"ח ע"א) דאי בשלא בשעת וסתה אכניסה פטור משום דאנוס הוא. וכגון הא דאמרינן בשבועות (כ"ו ע"א) ובנדרים (כ"ה ע"ב) מר אמר שבועה הכי אמר רב ומר אמר שבועה הכי, אמר רב ואמרינן התם דחד מנייהו אנוס הוא משום דלביה אנסייה. ובפרק ואלו הן הגולין (ז' ע"ב) אמרינן אומר מותר אנוס הוא וכן בפרק התכלת (מ"ט ע"א ע"ש) וכן בפ' ד' מיתות (ס"ב ע"ב). וכן מי שנאנס ע"י חולי כגון שנשבע על כזר ומסתכן בה אם לא יאכלנה אמרינן בפרק ב' דשבועות (כ"ו ע"ב) שמתירין לו לאוכלה משום דכתיב האדם בשבועה פרט לאנוס... וגדולה מכל אלו יש שאפילו יודע באותו דבר ועשאו איפשר לקרא אונס, כגון הא דאמרינן בכתובות (נ"א ע"ב) גבי תחילתה באנוס וסופה ברצון דלית הלכתא כאבוה דשמואל דאמר אסורה לבעלה אלא כרבה דאמר דאפי' אמרה הניחו לו דאלמלא לא נזקק לה היא שוכרתו מותרת מ"ט יצר אלבשה. ואין אונסין אלו פוסלין את הגט והראיה מדאמרינן בפרק חזקת (מ"ז ע"ב) אמר רב הונא תלויה וזבין זביניה זביני ואמרינן מ"ט אילימא דכל דמזבין אי לאו דאניס לא מזבין ואפילו הכי הוי זביני דילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני...

דברי התשב"ץ צ"ב; הוא כתב שאונסא דנפשיה הוא דבר שתלוי בדעת, "שאלו ידע האמת לא עשאו", והביא כמה דוגמאות של אונס בדעת, שאדם טעה בדעתו ועשה מעשה, ודוגמה

של אונס במעשה, שיצרה של האשה אנסה ועשתה מעשה לב, וראיה מהדין של מוכר באונסא דנפשיה שנמצא במצב של אונס, וכלל את כל האונסים הללו יחד, על אף שלכאורה לא שייכי אהדדי. ונראה שהמשותף לכל האונסים הללו הוא, שלאדם שנאנס אין בחירה אם לעשות את המעשה אם לאו, וסובר התשב"ץ שאונס בכללותו הוא בדעת, כלומר ביכולת לבחור. אדם אנוס הוא מסולק בחירה, ואין הבדל מפני מה הוא מסולק בחירה, האם מפני שטועה בדעתו או מפני שיצרו אונסו או מפני שמצבו הכלכלי או האישי מכריחו.

הנה מהראיה שהביא התשב"ץ, מההלכה של תחילתו באונס, משמע שגם אונס גמור – שהוא בכלל "ולנערה לא תעשה דבר", שפוטר אדם מאחריות למעשיו – הוא בכלל אונסא דנפשיה. כ"כ התשב"ץ בנדון ידידה, באב שהכו את בנו עד שיסכים לגרש, וז"ל:

ואף על גב דאמרינן בפ' ד' דנדרים (כ"ז ע"א) דנדרין אונסין הוו אם חלה בנו, היינו למימר דמקרי אונס לענין למפטריה משום דאונס רחמנא פטריה. והכי נמי לענין קיום תנאי הגט למאן דאית לי' יש אונס בגטין והיינו דמייתיה עלה בגמרא ההוא דפסקיה מברא. אבל לענין גט מעושה אינו ענין שאין כל הנאנס נקר' מעושה ואפילו נאנס מפני שהיו מכין וחובטין בנו יחידו אשר אהב והרוצה להחמיר עליו הראי'...

כותב התשב"ץ, שגט באונס וגט מעושה אינם דבר אחד, ויתכן גט באונס שאינו גט מעושה. שם מיירי באונס, שהוא כעין מה שנאמר בתורה, "ולנערה לא תעשה דבר", דהיא אנוסה גמורה (עי' פת"ש אה"ע סי' ו ס"ק יא), וכתב שגט שניתן באונס כעין זה, כשר. בספר כפיה בגט (סי' עד) כתב שהרשב"ש (בהערה על התשב"ץ שם ובסי' שלט), הרשב"א (הועתק בתשובת הרשב"ש שם) והריב"ש (סי' קכז) חולקים על התשב"ץ וסוברים שאונס של בן משפחה, שרחמי הבעל עליו הוא כמו כפיה של הבעל עצמו. וצידד בספר שם, שהראשונים חולקים על היסוד שכתב התשב"ץ שאונס שפוטר מעונש אינו נחשב אונס לענין גירושין. ואין כל הכרח למה שכתב – אפשר שהראשונים מודים לתשב"ץ שאונס וכפיה שני דברים הם, ועדיין סוברים שאונס של בן משפחה שקול כמו אונסא דאחריני בגופו של הבעל שרחמיו על קרוביו. וכן נראה מדברי הרשב"א שם.

הנה התשב"ץ כלל כמה מיני אונסים ביחד, וכתב שכולם בכלל אונסא דנפשיה מהטעם הנ"ל. וברשב"ש שם הרחיב בסוגיא דאונס בגיטין ובכלל, וסיכם את כל המצבים שבהם דנו חז"ל בדין אונס. ואלו מיני האונסים שנמצאו:

אדם שהתחייב או התנה לעשות דבר ונמנע בכח עליון (אונס הבא מעצמו), פגיעה של בעל חי, חולי בידי שמים, חולי שהביא על עצמו, חולי של בן משפחה קרוב שרחמיו עליו, שכרות, שינה, מיתה, או מעשה של אדם שאינו בעל ענין.

אדם שהתנה לעשות דבר שתלוי ברצונו של אחר, ועשה כל מה שביכולתו, והדבר נמנע על ידי סירובו של האחר.

אדם שעשה מעשה אסור מפני שטעה בדעתו (לבו אנסו) או הוטעה על ידי אחרים.

אדם שעשה מעשה בהיתר, ונקלע לאיסור (שימש בהיתר ופירסה אשתו נידה).

אדם שאנסוהו לעשות מעשה אסור, ויצרו אנסו להמשיך במעשה (תחילתו באונס וסופו ברצון).

אדם שמחמת מצבו נאנס ועשה מעשה (היה זקוק למעות ומכר קרקע - אונסא דנפשיה).

אדם שנאנס בנפשו, בגופו או בממונו, על ידי אחר שהחל לפגוע בו בגופו בהכאה וכדו' ובממונו בהפסד במעשה בידים או בזיוף וטענת שקר, או שאיים עליו ובידו לפגוע בו בנפשו, בגופו או בממונו, או שהוא איש מאוים ומסוכן אף אם לא איים או פגע בו (וגוי שאונס ישראל על ממון, כתב שהוא כמו שאונסו על הנפש).

אדם שנאנס בפגיעה או איום בפגיעה בכן משפחתו שרחמיו עליו, בין אם האיום בא מצד אדם אחר ובין אם האיום בא מצד קרובו (משמע שאיום בפגיעה בממונו של קרוב אינו נחשב לאונס).

אדם שהתחייב לאשתו משום שלום בית, או לחברו משום דרכי שלום, או מפני שהתבייש לסרב לבקשה של אדם גדול או לבקשה של חברו בפני אדם גדול.

אדם שחכמים ביזו וביישו אותו בדברים עד שעשה את מה שציוו עליו לעשות (כפיה במילי).

אדם שאחזו שד או רוח רעה ועשה מעשה.

כתב הרשב"ש, שיש שני זמנים באונס: אונס בעתיד (סעי' א, ב) ואונס בשעת מעשה (סעי' ג-יא). באונס בעתיד - תלוי הדין בשכיחותו של האונס. באונס בשעת מעשה - תלוי הדין באומד וגמר דעתו של האדם. לענין גיטין, אונס בעתיד שייך כבעל שגירש את אשתו על תנאי. אונס בשעת מעשה שייך כבעל שגירש מחמת האונס. מסיק הרשב"ש: באונסא דנפשיה ובאונס בביוש - הגט כשר; באונס דאחרים בנפשו, בגופו, בממונו או בקרובו - הגט פסול לג; כבעל אונס בדעתו מחמת חולי, שינה, שכרות ורוח רעה - תלויה כשרות הגט בדעתו של הבעל בשעת מעשה וביכולתו להביין את מעשה הגירושיין.

כבעל שטעה או הוטעה, כתב הרשב"ש שהדין מפורש בפוסקים - כוונתו למאי דקיי"ל,

שגט מוטעה פסול (יבמות קן ע"א, שו"ע אה"ע סי' קמג סעי' א). מה שכתב התשב"ץ שדין בעל שטעה (כעין הדין של נשים שהוחלפו שהביא שם) או הוטעה (כעין הדין של אשה שהלך בעלה למדינת הים והעידו שמת שהביא שם) הוא כדין בעל שנאנס באונסא דנפשיה – פשוט שאינו חולק על גמ' מפורשת דגט מוטעה פסול (עי' בצ"צ דלהלן), אלא מחלק בין טעות דנפשיה לטעות דאחרני, בעל שטעה – דמי לבעל שנאנס באונסא דנפשיה, והגט כשר, ובעל שהוטעה על ידי אחרים – דמי לבעל שנאנס באונסא דאחרים, והגט פסול.

עוד בענין של אונסא דנפשיה בבעל שהוטעה, בתשב"ץ שם, הקשה על דבריו, וז"ל:

והא דאמרינן בפרק השולח (מ"ה ע"ב) המוציא את אשתו משום נדר לא יחזיר ופרשינן בגמרא (מ"ו ע"א) בחד לישנא דמשום קלקולא הוא שמא ימצאו הדברים בדאין ונמצא הגט בטל ובניה ממזרים. ומשמע מהכא, דכיון שהוא אנוס בדעתו אינו גט כבר פירושה בתוספות דלאו בטל ממש קאמר דהא לאו תנאי גמור הוא... והאי בטל דקאמר היינו שחששו חכמים ללעז שמא יוציא לעז עליה... שהגט בטל ובניה ממזרים...

פירוש זה של תוס' הובא בב"י (אה"ע סי' י), וכתב שם שכן עיקר. עי' בב"י (שם סי' י) ובשו"ע (אה"ע שם סעי' ג) שהביא שלוש שיטות בדין דהמוציא את אשתו משום שם רע. כתב הב"ש (אה"ע שם סק"ה) דאף לשיטה הראשונה בשו"ע שם, שהיא שיטת הרא"ש והטור, שאין חוששים לקלקולא אלא אם כן הבעל כפל את דבריו ואמר שמגרשה, מחמת שיצא עליה שם רע ואם לאו לא היה מגרשה, ונודע שאין ממש בשם רע, הגט כשר, מפני שכפל את דבריו ולא כפל את תנאו. עי' בד"מ (אה"ע שם אות ב) שבהתייחסו לדברי הב"י שם בשם התוס', ציין למש"כ הב"י במקום אחר (שם סי' קיז) בשם הר"ן (שבועות ב ע"א) במגרש אשה שרואה דם מחמת תשמיש, דהא דאסור להחזירה הוא באופן שהבעל התנה בתנאי כפול, שאם אין לה וסת הוא אינו מגרשה. יש קצת משמעות בד"מ שהר"ן חולק על התוס' וסובר שבסוגיא שם מיירי בתנאי ממש, וקלקולא היינו קלקול ממש, שהגט בטל ובניה ממזרים. מכל מקום אין מכאן סתירה למה שכתב התשב"ץ, שבעל שגירש את אשתו בגלל שנאנס וטעה בדעתו, אינו נחשב אנוס, והגט כשר. אולם, עי' שו"ת משכנות יעקב (אה"ע סי' מא ס"ק יט) שכתב שהרמב"ן ועוד ראשונים חולקים על התוס' וסוברים שבעל שגילה דעתו שמגרש מחמת שם רע והתברר שטעה, הגט פסול. וכתב שמדבריהם יש ראייה לסתור את דברי התשב"ץ שכתב, שאונסא דנפשיה אינו פוסל את הגט.

בשו"ת צמח צדק (אה"ע סי' לו) העמיק חקור במגרש משום שם רע והתברר שטעה, והביא את דברי הראשונים בגיטין שם ואת דברי התשב"ץ ועוד פוסקים. תו"ד, כאשר הבעל טעה בעצמו וסבר שהאשה זנתה, לדברי הכל הוי אונסא דנפשיה והגט כשר. כאשר אחרים הטעו את הבעל ואמרו לו שהאשה אסורה עליו כתב בשם המשאת בנימין שמאחר והבעל לא עשה תנאי בגט, הגט כשר. ובתחילה צידד בדבריו והוסיף טעם שעל אף שהבעל הוטעה, הגט ניתן מרצון גמור. ובהמשך מסיק שהעיקר לדינא, שגט שניתן בטעות – פסול כמו גט שניתן באונס

דאחרים, שהרצון לגרש בגט שניתן בטעות הוא תוצאה של הטעיה, כמו שהרצון לגרש בגט שניתן באונס דאחרים הוא תוצאה של אונס. ומחלוקת הרמב"ן רש"י ותוס' במגרש משום ש"ר היא האם מקבלים את דבריו כפי שהם, שגירש את אשתו מפני שיצא עליה שם רע, או דאמרי' שבעל שלא מברר היטב האם אשתו זנתה וסומך על ש"ר, אינו בטוח בלבו שאכן כך היה, ומגרש גם על צד שיתברר בסוף שלא זנתה. דלא כפירוש המשכנות יעקב.

מדבריו נלמד, שבמקום שהבעל טעה מעצמו, דמי לאונסא דנפשיה אף כשבלו אנסו להאמין שאשתו זנתה, ולא היתה לו בחירה שלא לגרשה. כשהבעל הוטעה על ידי אחרים, דמי לאונסא דאחרים, ולא מתקיים התנאי היסודי של רצון בגירושין.

יסוד זה של התשב"ץ שאונס הוא בדעת, מובא גם בחוט המשולש שם ובשו"ת יכין וכוז (ח"ב סי' כא), ובמשכנות יעקב שם, שכתב ש"גם טעות - אונס מיקרי כדאמרן 'לבך אנסך'".

להלן נרחיב בהגדרת החילוק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני, וה"ה בין טעות דנפשיה לטעות דאחריני.

אונסא דנפשיה בגט ובמתנה להלכה

כתב הטור (חו"מ סי' רמב), נחלקו הראשונים במי שנאנס באונסא דנפשיה ונתן מתנה; לדעת הר"י מיגש אונסא דנפשיה אינו נחשב אונס המבטל את המתנה ללא מודעה, ולדעת ר"ח אונסא דנפשיה נחשב לאונס, והמתנה בטלה. הטור פסק כר"י מיגש, וה"ה בגט, דקיי"ל (ב"ב מ ע"ב) גט כמתנה לענין דיני אונס ומודעה. וכ"כ בשו"ת הראנ"ח (סי' סג) בנדון שהבעל נאנס באונסא דנפשיה ונתן את הגט, וז"ל:

שעם היות סברא זו מוחזקת ומוסכמת ושגורה בפי החכמים דאונס שהאדם מביאו עליו לא חשיב אונס, והחילוק עצמו נמצא בגמ' ב"ב מ' ע"ב... מכל מקום המדקדק בדבר ימצא שבמחלוקת היא שנויה... שלדעת המפרשים לא הוי אונס ולדעת ר"ח חשיב אונס.

וכ"כ בספר כפיה בגט בשם עוד אחרונים: שו"ת ר"ב אשכנזי (סי' טו) ושו"ת משכנות יעקב (שם סי' מא אות ד-י; יג-יד; יט) הביאו פת"ש (אה"ע סי' קלד סק"י) ושו"ת בת דינא (סי' יב) ושו"ת ברית יעקב (אה"ע סי' נט), שאונסא דנפשיה בגט הוא כמו אונסא דנפשיה במתנה שנחלקו בו הראשונים.

בראנ"ח שם ובמשכנות יעקב (שם סוף אות יט וסי' לח עמ' מה) כתבו שמחלוקת הראשונים בבעל שהתחייב לשלם קנס אם לא יגרש, וחזר בו מהתחייבותו וגירש מחמת הקנס - היא בנדון זה; דעת הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' מ) שהבעל אנוס והגט פסול, כדעת ר"ח, ודעת הר"מ נואר בתשובה (הובא בב"י אה"ע שם) שהבעל אינו אנוס והגט כשר, כדעת שאר הראשונים.

מרן השו"ע והרמ"א פסקו שאונס דנפשיה אינו נחשב אונס; בגט (אה"ע שם סעי' ד), במכר (ח"מ סי' רה סעי' יב) ובמתנה (ח"מ סי' רמב סעי' ח-י). בגט כתב הרמ"א (אה"ע שם) שיש לחוש לכתחילה לדעת הרשב"א, ונראה מדבריו שמרן השו"ע, שהשמיט את דעת הרשב"א, פוסק לגמרי כמו הר"מ נואר, שאונס דנפשיה אינו נחשב אונס. גם ממה שפסק מרן השו"ע (שם סי' י) במגרש משום שם רע כדעת התוספות, נראה שהוא סובר להלכה שאונסא דנפשיה אינו נחשב אונס כלל.

אולם, עי' במשכנות יעקב שם שהאריך להוכיח שר"ח לאו יחידאה הוא, שכן דעת הרי"ף והרשב"א והרמב"ן והרשב"ץ (לדבריו, חזר בו בתשובה אחרת) והר"ן ועוד ראשונים. והוסיף, דהא דנהגו לכתוב בגט "צביתי ברעות נפשי בדלא אניסנא" הוא כדי לצאת ידי ר"ח וסיעתו. מכל מקום נראה, שמודה שהעיקר להלכה כדעת הר"י מיגש והרמב"ם ופסק השו"ע, שאונסא דנפשיה לאו אונס הוא, אלא שסובר שיש להחמיר ולחשוש לדעת אותם ראשונים באיסור תורה וכ"ש באיסור ערוה "עכ"פ לכתחילה היכא דאפשר לתקוני" כלשונו.

הבית אפרים (תשובות חדשות סי' עא, עמ' רנז-רנח) כתב שאונסא דנפשיה לחוד אינו אונס לדברי הכל, ומחלוקת הראשונים היא במקום שיש גילוי דעת שהמתנה נתנה מחמת האונס, שלדעת ר"ח המתנה בטלה, ולדעת הרמב"ם לא סגי בגילוי דעת כדי לבטל את המתנה, ובעינין מודעה. כ"כ החזו"א (אה"ע סי' צט אות ה) דבעינין גילוי דעת. והמשכנות יעקב שם חולק וסובר דאונסא דנפשיה לחוד, בלי גילוי דעת, הוי אונס בגט ובמתנה לדעת ר"ח.

יש אחרונים שחולקים על הרמ"א וסוברים, שאין מחלוקת בין הרשב"א והר"מ נואר; ברשב"א מיירי בבעל שהתחייב בקנס אם לא יגרש, וחזר בו מהסכמתו לגרש, ואיימו עליו שישלם את הקנס, וגירש. ובתשובת הר"מ נואר (הובא בב"י ובשו"ע שם) מיירי בבעל שלא חזר בו, וגירש. כ"כ המשכנות יעקב (שם סי' לח עמ' מה) בשם המכתב מאליהו והמהרח"ש, וכתב (סי' מא שם) שטעם החילוק הוא, בעל שלא חזר בו רוצה בגירושין מתחילה ועד סוף ואינו אונס כלל, ובעל שחזר בו ושוב גירש מפני החשש מהקנס, אונס באונסא דנפשיה, שנחלקו בו הר"ח והר"י מיגש. והרשב"א והר"מ נואר סוברים כדעת ר"ח.

נראה מדברי האחרונים, שאף הרמ"א, שסובר שהרשב"א והר"מ נואר נחלקו, מסכים לחילוק זה. כ"כ הבית אפרים (שם סי' ע עמ' רמז), דהא דכתב הרמ"א שחוששים לדעת הרשב"א לכתחילה, הוא בבעל שחזר בו ושוב גירש מחמת הקנס, ובבעל שלא חזר בו וגירש בסתם, הכל מודים שהגט כשר. כ"כ החזו"א שם לד.

עי' בבית אפרים (שם סי' ע עמ' רמה), בעל שהתחייב בקנס אם לא יגרש וגירש בסתם, אינו נאמן לומר שחזר בו לפני הגירושין מהסכמתו להתגרש, וגירש מחמת הקנס. ולפי סדר הגט הנהוג בזמנינו, שהבעל אומר שמגרש מרצונו, כל שכן שאינו נאמן.

ד. והנה במשכנות יעקב (שם סי' לח) כתב שלא מפורש ברמ"א שגם במקום שהבעל חזר בו ושוב גירש הגט כשר. וזה תימה, שברמ"א כתב שיש לחשוש לדעת הרשב"א שחולק על הר"מ נואר, וברשב"א מיירי בבעל שחזר בו.

נמצינו למדים, נחלקו הראשונים האם אונסא דנפשיה נחשב אונס לענין מכר, מתנה וגט;

לענין מכר ומתנה – פסקו הטור ומרן השו"ע כדעת הראשונים שאונסא דנפשיה אינו נחשב אונס. לענין גט – לפי הבנת הרמ"א בדעת הר"מ נואר שהביאו מרן השו"ע להלכה, אונסא דנפשיה אינו נחשב אונס גם בגט, ולכתחילה, כתב הרמ"א, יש לחשוש לדעת הרשב"א שפוסל. ואילו לפי הבנת המכתב מאליהו והמהרח"ש בדעת הר"מ נואר, אונסא דנפשיה בגט – נחשב אונס. לפי זה אין להוכיח מפסק מרן השו"ע באה"ע שם כר"מ נואר, שאונסא דנפשיה בגט אינו נחשב אונס. אולם, בשו"ע חו"מ (שם ושם) פסק להדיא שאונסא דנפשיה אינו נחשב אונס, וכתבו הפוסקים שדין גט כדין מתנה.

ואף שהמשכנות יעקב האריך להוכיח, שדעת הרבה ראשונים כדעת ר"ח שאונסא דנפשיה אף במתנה נחשב אונס – פסקו השו"ע והרמ"א כדעת הר"י מיגש, וכך העיקר לדינא. וכך בהכרח, דהא כתבו המשכנות יעקב (שם סי' לח עמ' מה) ועוד אחרונים שלדעת הר"ח וסיעתו, אונסא דנפשיה בגט ובמתנה הוא כאונסא דאחריני, ובאונסא דאחריני ביטול מודעות לא מהני לבטל את האונס והגט פסול. לפי דבריהם, בית דין בכל מקום צריך להעמיק חקור ולבדוק האם הבעל מגרש מרצונו החופשי והגמור, ללא כל אילוץ אפילו אונסא דנפשיה – וזה דבר שאינו מצוי כל כך, שאין על הבעל כל אילוץ והוא רוצה בכל מאודו בגירושין, כמו שהעיר גם בשו"ת חלקת יואב (דיני אונס ענף ו – הביאו בספר כפיה בגט), וגם אי אפשר כל כך לבררו.

בערוה"ש (אה"ע שם סעי' כב) כתב, אם תאמר שבעל שמגרש מחמת אונסא דנפשיה נחשב אונס, רוב הגיטין ניתנים באונס! שהרי רוב המגרשים יש להם איזה שהוא כורח לגרש. ובשו"ת היכל יצחק (ח"א סי' ב סוף אות יג) כתב, שלסוברים שאונסא דנפשיה פוסל את הגט, אם כן בעל שמגרש את אשתו המורדת מפני שהוא מעוגן – נחשב אונס והגט פסול, אם כן נמצאו הרבה גיטין בטלים.

מרנא החזו"א (שם או' ג-ה) האריך בביאור מחלוקת הראשונים ובדברי האחרונים כבעל שחייב את עצמו לגרש בקנס או בשבועה. תחילה עמד על דברי הרשב"א שם, וכתב וז"ל:

אמנם הדבר תימא למה חשיב גט מעושה... כיון שחייב מן הדין הקנס מאי אונסא איכא הכא, ואדרבא לפי מה דפסק הרשב"א דהגט בטל צריך לשלם הקנס... ואי מיירי הרשב"א בלא קנין בב"ד חשוב וחשיב ליה אסמכתא או שלא היה קנין כדין רק יוציאו ממנו הקנס באלמות ובגזילה ניחא הכל, ולפ"ז לא פליג על ה"ר מיימון דהתם בנתחייב מן הדין או שנתחייב קנס לאינו ישראל ומעיקרא אנס נפשיה, אבל ישראל הלוקח שלא מן הדין מקרי אונס וצ"ע.

בהמשך, עמד על דברי התשב"ץ כבעל שאנסו אותו על דבר אחר, וכדי להינצל מן האונס גירש את אשתו, שהגט כשר, וכתב:

כ' עוד הב"י בשם רשב"ץ שאם אנסוהו בד"א, וכדי להנצל גרשה אין זה אונס והביא דמיון בכפוהו ליתן כתובה. וצ"ע דהתם שאני שאם יגרש לא ינצל מאונס דלא יחזירו לו כתובתה... מיהו אם כפינן ליה כדין הדין כן מסברא דאין זה אונס כגון אם כופין אותו לזון ומפני זה גירש אין זה אונס כיון שמה שנותן מזונות אין זה אונס שהרי חייב במזונותיה מן הדין, ועוד שהרי במקום שהכפיה כדין גט מעושה כשר, וכ"כ בפ"ת סי' קנ"ד סק"ח בשם הג"א והוא מריב"ש סי' קכ"ז...

החזו"א כותב שיש שלושה מצבים שכופים על בעל לעמוד בהתחייבותו והוא מגרש:

כופים על הבעל לשלם את מה שחייב לפי הדין, והבעל מגרש ונפטר מהחייב.

כשגוי כופה על הבעל לשלם את מה שהתחייב לפניו באופן שאינו מועיל לפי דין תורה - אם לא יגרש, והבעל מגרש ונפטר מההתחייבות.

כשישראל כופה על הבעל לשלם את מה שהתחייב לשלם באופן שאינו מועיל לפי דין תורה - אם לא יגרש, והבעל מגרש ונפטר מההתחייבות.

במצב הראשון, כולל החזו"א שלושה מקרים: א. הבעל התחייב לשלם קנס אם לא יגרש כדין, וכפו עליו לשלם, וגירש. ב. כפו על הבעל לשלם את כתובת האשה, ונתפשר עם האשה וקרוביה על הכתובה, וגירש. ג. כפו על הבעל לשלם מזונות לאשה, וגירשה ונפטר מן המזונות - בכל שלושת המקרים הללו, כתב החזו"א שאין כאן כפיה כלל (משמע גם לא אונס דנפשיה. ועי' להלן), משני טעמים: א. מפני שהחייב עומד בפני עצמו ואינו תלוי בכך שהבעל יגרש את האשה בכפיה שלא כדין. אדרבא, אם יגרש כדין יפטר מהחייב. ב. מפני שנוהגים עם הבעל כדין, ואם מחמת כן הבעל מגרש את אשתו, לא גרע מגט מעושה כדין שהוא כשר.

הוסיף החזו"א, שהואיל והקנס הוא חיוב גמור - הפטור שהבעל מקבל במתן הגט הוא כמו שמקבל מהאשה ממון עבור מתן הגט, דפשיטא שהגט כשר. ודחה את דברי האחרונים שכתבו, שכאשר הבעל חזר בו מהסכמתו להתגרש, וגירש מחמת הקנס, הגט פסול.

במצב השני, הבעל אנוס לגרש באונסא דנפשיה שהביא על עצמו, כשהתחייב לגוי, ביודעו שהגוי יאלצו לשלם, על אף שלא התחייב באופן המועיל לפי דין תורה. ודין אונסא דנפשיה תלוי במחלוקת הר"ח ור"י מיגש והרמב"ם. הכרעת השו"ע (חו"מ שם) כרמב"ם, ואונסא דנפשיה לא מבטל מתנה, ולאחר שהתפשטה הוראתו בכל ישראל, יש להקל גם באונסא דנפשיה בגט. אלא שכתב, שאפשר שבעל שחזר בו להדיא ואינו מוכן לתת את הגט, והשר כפה אותו לשלם את הקנס ומחמת כן גירש, הוא אנוס גמור והגט פסול.

במצב השלישי הבעל אנוס לגרש באונס גמור דאחרים, דהא ישראל כופה על הבעל לשלם ממון שאינו חייב בו לפי דין.

לא ביאר החזו"א כ"כ מה ההבדל בין המצב השני לשלישי. נראה שההבדל הוא, באומד דעת הבעל; במצב השני הבעל התחייב לגוי מתוך ידיעה שהגוי לא מחויב לדיני ישראל וכפה עליו את החיוב, והוי אונסא דנפשיה, במצב השלישי הבעל התחייב לישראל שמחויב לדיני ישראל, ואפשר שסבר שאם יחזור בו מהסכמתו להתגרש, הישראל לא יכפה עליו לשלם את הקנס שלא כדין.

לפי הסבר זה, מבואר היטב מה שכתב בבעל שחזר בו להדיא מהתחייבותו לגוי, דאפשר דהוי אונס גמור, שכן הבעל סבור שעל אף שהתחייב לגוי לגרש או לשלם קנס, אם יחזור בו – האשה וקרוביה לא ידרשו מהגוי לכפות עליו לשלם קנס שאינו חייב בו לפי דין, ומשכפו, הוי אונס גמור דאחרים.

מה שכתבתי בדעת החזו"א במצב הראשון בבעל שהתחייב באופן המועיל לפי דין, וכפו עליו לשלם את מה שהתחייב וגירש דלא הוי אונס כלל, אף לא אונסא דנפשיה, מוכח לכאורה ממה שכתב בכמה מקומות ש;

בתמצית ממש נציין למה שכתב (אות ה פיסקא ראשונה) שלא יתכן כלל שהרשב"א יחלוק על הר"מ נואר שבאופן כזה שהבעל התחייב כדין הוא אינו אונס, דלא כפשטות דברי הרמ"א דפליגי אף באופן כזה. והנה אם מקרי אונסא דנפשיה, מה התמיהה הגדולה על הרשב"א? זאת ועוד, כתב שם (בפיסקא הרביעית) שבהתחייבות כדין, מודה ר"ח דלא הוי אונס. והא ר"ח ס"ל דאונסא דנפשיה הוי אונס? מאידך כתב (בפיסקא הראשונה במוסגר) שבעל שהתחייב באופן המועיל מקרי אונסא דנפשיה, וזה לא משמע ממה שכתב. גם דקדוק לשונו (בפיסקא השלישית) במקרה שבעל קנס את עצמו נגד השר הגוי שכפה עליו לגרש ע"י הקנס, שכתב: נמי מקרי אונסא דנפשיה, משמע שבא להוסיף על מה שכתב בבעל שהתחייב באופן המועיל דהוי אונסא דנפשיה.

צריך לומר שהחזו"א סובר שיש שני מינים של אונסא דנפשיה. אונס לקיים התחייבות שאינה קשורה לכפיית הגט, ואונס לקיים התחייבות שקשורה לכפיית הגט. במין הראשון, הכל מודים שאין הבעל אונס לגרש אלא לקיים את התחייבויותיו לפי הדין, והבעל יזום את הגירושין כדי להיפטר מהתחייבויותיו. במין השני, נחלקו הראשונים אם הבעל נחשב אונס לגרש.

שו"ר בשו"ת בית אפרים (שם סי' עא עמ' רנז, רנח, רס, רסד, רעג) שכתב שעיקר החילוק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחריני הוא, שבאונסא דנפשיה הנאנס יכול להינצל מהאונס (בכוחות עצמו או בסיוע בית הדין או הרשויות), ואינו עושה כן, ובאונסא דאחריני הנאנס אינו יכול להינצל מהאונס. בשו"ת משכנות יעקב (שם סי' מא אות ד ואילך) הקשה עליו, שאונסא דנפשיה בגמ' ב"ב (מז ע"ב) הוא בבעל חוב שמוכר את נכסיו שאינו יכול להינצל מהאונס, ומסקנתו (שם אות ב): מי שנאנס וברור לו שהוא יכול להינצל מהאונס בלי טורח רב ולא פועל

כדי להינצל מהאונס – אינו נחשב אנוס, ואילו נאנס שלא ברור לו שיוכל להינצל או שברור שיוכל להינצל על ידי טורח רב – נחשב אנוס. משמע מהמשכנות יעקב, שלדעת הבית אפרים, מי שאינו יכול להינצל מהאונס נחשב אנוס גמור לכל דבר וענין, בין בנאנס על ידי אחרים ובין בנאנס על ידי עצמו.

אולם לאחר העיון בבית אפרים שם, נראה שהחילוק שכתב בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחרניי הוא באונס חיצוני בלבד; אדם שנאנס באונס חיצוני לעשות דבר מה, אם יכול היה להינצל מהאונס, הוי אונסא דנפשיה, כיון שיוכל להינצל ומעצמו בחר לעשות את אותו הדבר, ואם אינו יכול להינצל הוי אונסא דאחרניי. אבל באופן שהאונס הוא עצמי, בין אם הוא יכול להינצל ובין אם לאו – הוי אונסא דנפשיה.

הבית אפרים כתב חילוק זה בהמשך למה שכתב באונס של איום והפחדה (שם סי' ע' עמ' רמח ד"ה ועד כלל), שצריך שיהיה איום אמין של מי שבידו לממש את איומו, ובאונס בממון ובגוף (עמ' רמט ד"ה עוד אחת וד"ה ואף), שצריך להיות דבר שיגרום לרוב בני האדם לגרש. באופן שהבעל יכול להינצל מהאיום או מהאונס – אין לומר שהוא מגרש מחמת האיום והאונס, דהא יכול להינצל ולא עשה כן. וזה מה שכתב הבית אפרים, שעיקר החילוק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחרניי הוא שבאונסא דנפשיה הבעל יכול היה להינצל מהאונס ולא ניצל, והוא כמו שאנס את עצמו לגרש, ובאונסא דאחרניי לא יכול להינצל מהאונס. מאריך הבית אפרים לפלפל בדברי הראשונים, נציין לראיה אחת שהביא (שם סי' עא עמ' רנח); ממש"כ הר"י מיגש (ב"ב מ ע"ב) במעשה דמתנה טמירתא, האיש שנתן לאשה את רכושו כדי שתנישא לו, היה אנוס באונסא דנפשיה, מפני שיוכל לכופ את יצרו ולא לשאת אותה. ואף שהאשה תבעה שיתן לה את רכושו, הוי אונסא דנפשיה, משום שכאמור יכול היה להינצל מהאונס ולא עשה כן, והוא כמו שאנס את עצמו. במשכנות יעקב (שם סי' מא אות ה) כתב שבמעשה דמתנה טמירתא אין אונס דאחרים כלל אלא אונסא דנפשיה, שאיש שאינו כופה את יצרו הוא כמו שנתן לאשה את כל רכושו, וזו כוונת הר"י מיגש שם. והבית אפרים סובר שאלמלא יכול האיש לכופ את יצרו, הוי אונסא דאחרים שבא על ידי האשה שתבעה מהאיש את כל רכושו כדי שישאנה.

כן נראה מהתשב"ץ והצ"צ שם, שאף אם אין לבעל בחירה אם לגרש או לא, הגט כשר. הם כתבו שבעל שמגרש בגלל טעות שלו, סבר שאשתו נאסרה עליו והתברר שטעה, על אף שלפי טעותו אין לו שיקול דעת אם לגרש או לא – אינו נחשב אנוס. ובעל שמגרש בגלל שאחרים הטעוהו שאשתו נאסרה עליו, על אף שהטעיה אינה בגירושין עצמן – דמי לאונס דאחרים והגט פסול. בצ"צ שם כתב שכשניתן לומר שהיו לבעל סיבות אחרות לגרש את האשה מלבד הטעיה, הגט כשר. דבריו תואמים למש"כ הבית אפרים שם בבעל שיוכל היה להינצל מהאונס ולא ניצל, שבוודאי היו לו סיבות נוספות לגרש את האשה.

במשכנות יעקב (שם סי' לט ס"ק יד, טו) חלק גם על מה שהאריך בבית אפרים שם, בענין

המשמעות ההלכתית של הדברים שהבעל אומר לפני סידור הגט שהכל נעשה מרצונו, וכתב שכשהתברר שהבעל נאנס, צריך להוכיח שבשעת הגירושיין האונס בטל, ולא סגי בהודאה של הבעל שהוא מגרש מרצונו.

להרחבת העיון בענין אונס דאחרים באיום או הפחדה, עיי' בית אפרים (שם סי' ע, עא, עמ' רמח, רסד), משכנות יעקב (שם סי' לט עד אות טו) ובספר כפיה בגט (אות עז* * סק"ב ואילך).

רצון הבעל כשמגרש באונסא דנפשיה

באמת טעמא בעי, מדוע גט שניתן על ידי בעל שנאנס באונסא דנפשיה, ואין לו לכאורה בחירה שלא לגרש, הוא גט כשר?

נראה שיש כאן יסוד חשוב בדיני גיטין; גט כשר הוא גט שניתן מרצון, אף כשהרצון אינו תוצאה של בחירה בין כמה אפשרויות אלא תוצאה של מצב שלא הותר לבעל ברירה, כל עוד כתוצאה מאותו מצב מתעורר אצל הבעל רצון לגרש. מן הדוגמאות בתשב"ץ מבואר, שאף רצון כתוצאה מאונס, כעין הדין דתחילתו באונס וסופו ברצון, מועיל בגירושיין. בלבד שהרצון יהיה של הבעל, ולא רצון של אחרים והבעל עושה מעשה קנף בעלמא למלא רצונם. החילוק בין אונסא דנפשיה לאונסא דאחרייני הוא בנקודה זו, באונסא דנפשיה, האונס הוא של הבעל לכן גם הרצון במעשה הגירושיין הוא של הבעל, ובאונסא דאחרייני, האונס הוא של אחרים לכן גם הרצון במעשה הגירושיין אינו של הבעל אלא של אחרים.

מאידיך, לענין חיוב עונשים, הרצון צריך להיות תוצאה של בחירה. מי שעושה מעשה שלא מתוך בחירה הוא אנוס, בבחינת "ולנערה לא תעשה דבר", ופטור מעונשים. כך לענין נדר ושבועה, למדים ממה שנאמר בתורה בענין שבועה "האדם", שתנאי בנדר ושבועה, שהנודר והנשבע יהיה בר בחירה.

מצאתי בשרידי אש (סנהדרין סי' מא) שחילק בין דיני קניינים לדיני עונשים, וז"ל:

והחילוק הוא פשוט, דבהקנאה לא בעינן הקנאה מרצונו הטוב, אלא בעינן גמירת דעת להקנות, ולכן באונסא דנפשיה יש גמירת דעת להקנות, אבל באונסי דאחרייני אין גמירת דעת. והלכך ברצו להורגו והוא הציל את עצמו על ידי שוחד של שדהו, הוי כאונסא דנפשי' ויש כאן גמירת דעת להקנות. אבל באיסורים אין לחלק בין אונסא דנפשי' לאונסא דאחרייני, דכל אונס שהוא, פוטר מעונש.

השרידי אש מחלק בין קניינים לעונשים, וכותב שגם אונס דסיקריקון הוא בכלל אונסא דנפשיה, שכלל הדברים באונס דסיקריקון ובאונסא דנפשיה אחד – אונס שיוצר גמירות דעת, והוא מועיל לענין הקנאה אך אינו מועיל לענין עונשיין (על אונס דסיקריקון ע"ע להלן). כ"כ בקיצור בעין יצחק (ח"ב אה"ע סי' לג אות ג). עיי' גם בחידושי ר' נחום (ב"ב מז ע"ב אות רסג) שכתב שבאונסא דנפשיה יש גמירות דעת לתת ולגרש.

ביאור רחב ומקיף בדין אונסא דנפשיה במתנה, יש בחידושי ר"ד פוברסקי על הגמ' ב"ב (מ ע"א ו-ב; מז ע"ב; מח ע"א ו-ב). ועל הגמ' שם (מ ע"ב, ס' תקעב) כתב מעין מש"כ בשרידי אש, שלענין הקנאה סגי בגמירות דעת ולא בעינן רצון. ובסי' תרפ"ה כתב שאף לדעת האחרונים שסוברים שלדעת הרמב"ם בעינן רצון בגירושין, בבעל המגרש מחמת אונסא דנפשיה הגט כשר, שעל ידי האונס נוצר רצון ממש. וכמו שכתב הרמב"ם שם בבעל שכופים אותו לגרש, שעל ידי הכפיה נוצר רצון ממש.

רצון הבעל כשמגרש בכפיה בדרך ברירה

בדומה לזה, כתב הריב"ש (ס' קכז) בביאור, הא דשרי לכפות על הבעל לגרש בדרך ברירה, וז"ל:

אבל מה שהיו הב"ד יכולין לעשות לה לכוף הבעל לשוב ולהיות אצלה ולישן עמה בקרוב בשר ולקיים מצות עונה כפי כחו. כמו שהיו יכולין לעכבו שלא יצא מן העיר בזולת רשותה בעד מצות עונה שהוא מחוייב בה מן התור... ואם הוא מעצמו כדי להנצל מזה יגרש אין זה מעושה, שהרי אין ב"ד כופין אותו על הגט כלל אלא לקיים מצות עונה כפי יכלתו כמו שחובה עליו מן הדין. והרי זה כמי שהיו נושין בו ממוץ והי' תפוס בבית הסוהר בעד החוב ההוא, ואמרו לו קרובי אשתו אם תגרש אשתך נפרע אנחנו בעדך החוב ההוא ותצא ממאסרך. והוא נתרצה בזה וגרש מרצונו, היאמר אדם שזה יהיה גט מעושה מפני שעשה זה כדי לצאת מבית הסוהר, לא שהרי לא היה תפוס כדי שיגרש אלא בעד חובו והגט אינו מעושה אלא מרצונו... ולזה מה שעכבו קרובי האשה הכרוז שהיה רוצה לעשות אבי הבעל כדי להעתיק דירתו מן העיר אין זה אונס כלל על הבעל כדי לגרש.

ובשו"ת בית מאיר (ס' יד) כתב:

לכן אך הורתי לה שאם הוא במאסרו במצור ובמצוק הן ע"י חיסרון מזונות או זולתו ביסורים כגון למשל שמוכרח לעבוד שם עבודת פרך, ויש כח ביד איש ישראל לפעול ע"י תקיפות לבא לפניו במליצה אצל שר בית הסוהר או ע"י שוחד ממון להקל מעליו יסורי מאסרו, רשאי זה התקיף לומר לו, אם תתן גט אנכי אילך לפניך במליצה או בשוחד ואפעל לך פעולה טובה להקל מאסרך הקשה, ואם לאו אחדול ולא אבקש בעדך מאומה, זה שרי, ולא נקרא הגט שנותן מכת זה גט מעושה, כדאיתא בהריב"ש סימן קכ"ז שכ' והרי זה כמי שהיו נושין בו וכו'...

כותבים הריב"ש והב"מ, בעל שמגרש את אשתו מפני שכופים עליו לקיים את חובותיו כלפיה, או כדי להיפטר מתשלום חובו לאחר או כדי שיסייעו לו להינצל מקושי המאסר, אף כשקרובי האשה תולים את הדברים זה בזה ואומרים לו שיפרעו את חובותיו ויצילוהו

מקושי המאסר אם יגרש – הגט כשר, שהרי בעל זה אינו מעושה אלא מרוצה, שכן חובותיו והתחייבויותיו הם עניינו, וסילוקם מעורר אצלו את הרצון לגרש. בבעל שמגרש את אשתו מפני שכופים עליו לקיים את חובותיו לפי דין כלפיה, עי' לעיל שכתב החזו"א שאף לדעת ראשונים שטוברים שאונסא דנפשיה נחשב אונס, אונס כזה אינו נחשב אונס.

עי' כנה"ג (אה"ע סי' קלד הגהב"י אות לו), דאונסא דנפשיה הוא, כשלבעל יש חוב או התחייבות לפי דין, והוא מגרש כדי להיפטר מההתחייבות, אך כשכופים עליו דבר שאינו חייב בו לפי דין, והוא מסכים לגרש ופוטרים אותו, אף אם לא הזכירו בשעת הכפיה את הגירושין והבעל מעצמו הוציע שיגרש ויפטר והו, הגט הוא גט מעושה ופסול. כעיי"ז עי' בשו"ת צ"צ (שם אות ה) שאשה שמונעת מבעלה דבר שאינו מגיע לו לפי דין ומחמת כן הוא מגרש, הוי אונסא דנפשיה, ואשה שמונעת מבעלה דבר שמגיע לו לפי דין ומחמת זה הוא מגרש, הוי אונסא דאחרים. ובאשה שמונעת מבעלה שני דברים, אחד כדין ושני שלא כדין, עיי"ש מה שפסק. עי' בשו"ת חמדת שלמה (סי' פא), דאף במקום שהאשה מונעת מבעל דבר שמגיע לו לפי דין, ומחמת זה הגיעו הצדדים להסכם פשרה הכולל תשלום לבעל והתגרשו – הגט כשר, דכל עוד הסכסוך והפשרה אינם חורגים ממה שמקובל באותו מקום, שפיר אמרינן שהבעל גמר בדעתו ויגרש ברצון.

והא דבנאסר על ידי גויים כתב המהרי"ק (סי' קלג) שכל ישראל מצווים להוציאו ממאסר, משמע שנאסר שלא כדין, ובכל זאת מותר להתנות את הסיוע לו בגירושין, צ"ל שאעפ"י כן ברור לבעל שהאונס הוא שלו, שלגויים אין ענין בגירושיו. עי' להלן.

רצון הבעל בגירושין בכפיה כדין

הערני ת"ח אחד, שעל פי חילוק זה מבוארים דברי הרמב"ם הידועים בהל' גירושין (פ"ב ה"כ), בבעל שבית דין כפה עליו כדין לגרש את אשתו, שיצרו המונע ממנו לקיים את מצות חכמים נחלש והוא מגרש מרצונו, על אף שלא היתה לבעל בחירה שלא לגרש. וראיתי שהדברים מפורשים באחרונים.

המלבי"ם על הפסוק (ויקרא א, ג): "יקריב אותו לרצונו", מפרש מה הוא רצון לפי התורה, וז"ל:

...יש הבדל בין רצון ובין חפץ. כי הרצון היא תכונה מחשבתית והחפץ היא תכונה נפשית, גדר הרצון הוא שמחשבתו מסכים אל הדבר ובוחר בו. וגדר החפץ שיש לו אל הדבר נטיה נפשית ע"י שמתאוה או שחומד בו... ויצויר שירצה האדם בדבר ולא יחפץ בו וכן בהפך. למשל כי חפץ בבת יעקב (בראשית לד) י"ל שהיה חפץ בלא רצון, כי האדם כשימלך עם מחשבתו לא ירצה בדבר רע... ולפי זה נוכל לצוות על הרצון ולא על החפץ. רצוני שא"א לצוות לאדם שיחפץ בדבר פלוני,

כי החפץ היא תכונה נפשית שאין אדם יכול עליה, אבל נוכל לצוות לו שירצה בדבר פלוני, והוא שיצייר בלבו טיב הדבר ותועלתו שאז תמשך מחשבתו אחריו, כי פעולת המחשבה היא בבחירת האדם... אבל בכ"ז א"א לצוות את האדם רק על רצונו לא על רצון אחרים. ר"ל שא"א לצוותו שיכריח רצון אחרים על הפעולה כי ההכרח הוא נגד הרצון כנ"ל...

כותב המלבי"ם, אפשר לצוות על אדם לרצות. רצון הוא הסכמה של המחשבה שהדבר שנעשה הוא טוב עבור האדם. הסכמה זו נקראת בחירה, אף בבעל שכופים עליו לגרש את אשתו, שאין לו אפשרות לבחור.

שו"ר בחידושי הגרש"ש (ב"ב סי' לב אות ב) שכתב:

וענין הרצון הוא שיהי' נחשב בדעתו שטוב הדבר לפני' באמת, אבל מה שנוח לו נזק קטן מנזק גדול (אין זה רצון גמור) דשניהם רעים לו... וכמו שביאר הרמב"ם ז"ל בהל' גירושין... דבאמת בפנימית נפשו הוא מרגיש הטוב שבזה, רק הוא אנוס מחמת יצרו.

לפי דבריו לכאורה, באונסא דנפשיה שהבעל בוחר בגירושין כדי להינצל מנזק גדול יותר, אין כאן רצון. אך זה אינו, שבגרש"ש שם מיירי באדם שנאנס על ידי אחרים לבחור בין רע לרע יותר, כמו במעשה דפרדיסא, שנאנס להפסיד ממון מועט כדי להציל ממון רב, ואילו באונסא דנפשיה הבעל אינו נאנס לבחור בין נזק לגירושין, דהא האונס הוא ענין שלו, והגירושין הוא ענין של האשה.

אותו יסוד כתב החזו"א (שם אות א) בלשון מעט שונה:

מסקנת הסוגיא דשלא כדין בישראל וכדין בכותים פסול מה"ת. ואף על גב דמצוה לגרשה מכל מקום כוון שגירש על ידי כפיה והכפיה היתה שלא כדין לא מקרי רצון דכפיה בדין נמי אינו עושה רצון עצמי אלא דסגי ברצון הבא בכפיה בדין, ובעצם טובתו הוא להתרצות כי טוב הוא לישראל לשמור מצוה אלא שכפוף ליצרו וכשמתרצה על ידי כפיה בדין חשיב רצון (וכמש"כ הרמב"ם סוף פרק ב' ה"כ... כבר גירש לרצונו ר"ל דהוי רצון לענין דיני התורה) ואין זה אלא במקום דמעשה הכפיה נמי הוי כדין, אבל כשהכפיה שנעשה היה שלא כדין אע"ג דחייב לגרשה הרצון הבא על ידי כפיה זו לא חשיב רצון לדיני התורה. ונראה דה"ה כפווהו ב"ד של ישראל בשוטי במקום שאין כופים אלא במילי הגט בטל מהתורה...

כותב החזו"א, רצון לגרש שבא על ידי כפיה כדין נחשב רצון לענין דיני התורה, שעל ידי הכפיה הבעל רוצה לעשות דבר שהוא טובתו בעצם, על אף שאין זה רצון עצמי שבא מהבעל אלא רצון שנכפה עליו על ידי אחרים, די בזה לענין דיני התורה. ולפי דברי המלבי"ם יומתקו דברי החזו"א, שרצון עצמי (חפץ) נוצר על ידי הבעל שבחר במה שלדעתו משרת את הענין

(האינטרס) שלו, ומשיג עבורו את מה שהוא חפץ. ולענין דיני התורה סגי ברצון שנוצר על ידי אחרים, ובלבד שיהיה זה טובתו של הבעל, ולא טובתם של אחרים שנכפתה עליו.

משמעות הדברים היא, שיש שני מיני רצון (רצון וחפץ בלשון המלבי"ם). בגט שניתן בכפיה כדין, קיים אצל הבעל מין רצון אחד ולא קיים מין רצון שני, ואף על פי כן הגט כשר. וכן משמע בחזו"א (שם אות ב) שכתב שיש ג' מיני כפיה בגט, והמין השלישי שכוּפּים על הבעל לגרש כדין, והבעל אומר שחשב בלבו שהגט ניתן בניגוד לרצונו. וכתב החזו"א שהגט כשר משני טעמים, משום שדברים שבלב אינם דברים, ומשום שגם אם לפי האמת לא רצה לגרש, הגט כשר בלי רצונו. רצונו לומר בלי מין הרצון השני שהוא רצון עצמי. מבואר שדי ברצון הנוצר על ידי הכפיה כדין.

מוסיף החזו"א, בכפיה שלא כדין, אף אם הבעל חייב לגרש אלא שאין דין לכפותו, הגט פסול מפני שהרצון שנוצר על ידי הכפיה אינו נחשב רצון לענין דיני התורה. ועל פי דברנו מבואר, הכפיה אינה יוצרת אצל הבעל רצון עצמי (אינטרס) לגרש אלא הסכמה לעשות את הדבר שלפי דין תורה הוא טובתו, וכשהכפיה היא שלא כדין, אין כאן הסכמה לדבר שהוא טובתו לפי דין תורה, ולכן הגט מעושה ופסול.

ויש להמתיק הדברים. איתא בגמ' בגיטין (פח ע"ב): גט המעושה בישראל כדין, כשר, שלא כדין פסול, וכ"פ השו"ע (אה"ע סי' קלד סעי' ז-ח). קראו חז"ל לגט זה "גט מעושה" ולא גט באונס, שאין האונס פוסל את הגט, אלא עובדת היותו גט מעושה, שהבעל עושה את רצונו של אחרים ולא את רצונו. כן נראה שדקדק התשב"ץ שם.

כשם שבגט מעושה כדין הסכמת הבעל לעשות את מה שהוא טובתו לפי דין תורה נחשב רצון לענין גירושין, כך בבעל שמגרש מחמת אונסא דנפשיה, הסכמתו לעשות את מה שהוא טובתו במצבו, ולגרש את אשתו, אף כשאינו יכול להינצל מאונסו, נחשב לרצון לענין גירושין.

לפי כל הנ"ל מבוררת טפי נקודת החילוק בין אונסא דאחרים לאונסא דנפשיה; באונסא דאחרים – הבעל המגרש עושה את מה שטוב לאחרים, באונסא דנפשיה – הבעל המגרש עושה את מה שטוב לו במצבו, ולענין דיני התורה זה נחשב לרצונו. לכן בעל שנאנס לגרש את אשתו בגלל מצב שנוצר מחמתו או מחמתם של אחרים שאין להם ענין בגירושין, אף אם אינו יכול להינצל מהאונס, הגט כשר, שבמצב שנוצר הגירושין הם טובתו של הבעל, והסכמת הבעל לגרש בנסיבות אלו נחשבת רצון לענין גירושין. בעל שנאנס לגרש את אשתו בגלל מצב שנוצר על ידי אחרים שיש להם ענין בגירושין, הגט מעושה ופסול, שאין הבעל עושה את רצונו אלא את רצונו של אחרים.

הראשונים שכתבו שיש להקל באותם מקרים שיש בהם אונסא דנפשיה, מן הטעם שמניעת טובה אינה נחשבת אונס, לא תלו את הטעמים אחד בשני, ואונסא דנפשיה ומניעת טובה אלו שני טעמים ראויים לבטל אונס. במקרים שבאו לפני הראשונים הנ"ל, הטעם דאונסא דנפשיה

אינו נחשב אונס, מתייחס לעצם האילוף שאינו נחשב אונס. והטעם שמניעת טובה אינו אונס אינו מתייחס לעצם האילוף אלא לזכות לכאורה השמורה לבעל שאחיו היהודים יסייעו לו, וקמ"ל שזכות זו אינה כמו זכות של אדם על גופו וממונו, אלא זכות חיצונית, והימנעות ממנה אינה נחשבת לאונס.

שו"ר בחזו"א (אה"ע סי' קח אות יב) שכתב כעין זה. העתיק את דברי הרמ"א בסו"ס קנד בבעל שחייב לגרש את אשתו, שאין כופים אותו אלא עושים הרחקות, וכתב וז"ל:

ואפשר דאע"ג דקיי"ל כר"ח ע"פ הירוש' דאין כופין בשוטי, מ"מ הרחקות אלו עושין והווי כל הרחקות אלו כפיה כדין, ולפ"ז אם היה העישוי על פי הרחקות אלו שלא כדין הגט פסול, ואפשר מעושה שלא כדין ככה"ג כשר דחשיב אונסא דנפשיה דאין עישוי ועונש אלא במעשה ולא בשב ואל תעשה אעפ"י שהם חייבים בטובתו, וכל אונסא דנפשיה יש ביד אחרים להצילו מ"מ חשיב אונסא דנפשיה.

כותב החזו"א (ב'ואפשר' השני) שההרחקות הן פגיעה בזכות של הבעל, ולכן לכאורה מדובר באונסא דאחרים, אלא שבאונס כזה בשב ואל תעשה שפוגע בזכות חיצונית של הבעל, אין הבעל נחשב למעושה, שכן עישוי כמשמעו הוא בקום עשה. הואיל והפגיעה בזכות אינה נחשבת אונס דאחרים, הקושי של הבעל מחמת ההרחקות הוא בבחינת אונסא דנפשיה.

שו"ר בשו"ת אגרו"מ (ח"א אה"ע סי' קלז), בנדון בעל שגירש את אשתו וטען שנאנס לעשות כן על ידי חיובים שהוטלו עליו בערכאות. הביא את דברי התורת גיטין (סי' קלד ס"ק ז) שכתב שמעשים שבכל יום שאדם מגרש את אשתו בגלל שמצירה לו בגזילת ממון ואין מי שחש לגט מעושה, ודן בדבריו, וחילק בין אשה שתפסה בממון בעלה והזכירה את ענין הגירושין, והבעל גירש כדי להציל את ממונו, שהוא מעושה, לבין אשה שלא הזכירה את ענין הגירושין, והבעל מעצמו נתן גט כדי להציל את ממונו, שהגט כשר. ונעתיק קטע מדבריו:

ולכן צריך לומר דסובר התו"ג דרצון לגרש בשביל הצלת ממונו נמי הוא רצון, כיון דחזינן דהממון עדיף לו. ולא נחוש לומר דהוא מרמה לומר שמגרשה ברצונו והאמת הוא שלא נתרצה משום שהאשה עדיפא לו כיון דמצוי באינשי שהממון עדיף להו, ומה שבהתחילה היא בגירושין הוא גט מעושה הוא משום דסובר דכיון שאונס ממון נמי הוא אונס אמרינן נמי דכל מעשיו הוא רק מצד ציויה לא מצד רצון עצמו ומעשה באונס לא נחשב למעשיו כלל דהוא כמעשה קוף בעלמא כמו באונס מיתה...

ומוכרח זה לר"ת שהובא ככ"י בשם מהרי"ק שאף במקום שאין כופין יכולים הב"ד כשורואין צורך שיגרש שיגורו באלה חמורה על כל איש ואשה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן ולהרויחו ולהאכילו ולהשקותו וללותו ולבקררו בחליו. ועוד יוסיפו חומר כרצונם על כל אדם אם לא יגרש את הילדה הזאת.

שבזה אין כפיה עליו שאם ירצה ימצא לו מקום והוא לא ילקה בגופו מתוך נידויו זה אך אנו נתפרש מעליו עיין שם, שלכאורה אין לך כפיה גדולה מזה שהוא גרוע אף מאונס ממון רב. אבל הוא כדבארתי להרשב"ץ אליבא דהפ"ת דלגבי גט בטל רק באונס שעושה להחשיב שאין זה מעשיו אלא כמעשה קוף בעלמא וזה לא שייך אלא כשא"א לו בשום אופן שלא לעשות כהמצוה שהוא כשרוצים להרגו או כשינדרוהו הב"ד שיש לו לחוש שילקה בגופו בכל מקום שיהיה, אבל כשאין מגדין אותו רק אוסרים בשבועה ובחרם על האחרים שבכאן שלא ישאו ויתנו עמו וכדומה בכל הרחקות שיש לו עצה למצא לו מקום אחר אף שהוא בהפסד ממון ודרך רחוק, מ"מ כיון שבידו לשקול זה כנגד זה ולבחור לעשות מה שלפניו יותר טוב, ובחר בגירושיין הוא מעשה עצמו... נמצא שלר"ת אף אם היה שלא כדין בעובדא דידן נמי הוא גט וכן הסכים לו מהרי"ק ורק להרשב"ץ אליבא דהפ"ת היה ספק ולהתו"ג לא היה גט.

כותב האגרו"מ במילותיו את היסוד שכתבתי לעיל, שרצון בגירושיין הוא שהבעל מסכים בדעתו כיון שהגירושיין הן טובתו. אונס בגירושיין הוא כשהבעל עושה מעשה קוף וממלא את רצונם של אחרים, לכן בעל שמגרש בגלל שרוצה להשיב לעצמו ממון שהאשה נטלה שלא כדין, מסכים בדעתו שהגירושיין הן טובתו, שהממון חשוב בעיניו יותר מן האשה. ובבעל שמגרש בגלל שהאשה התנתה את השבת הממון שנטלה שלא כדין בהסכמתו לגרשה, נחלקו הראשונים, ר"ת והמהרי"ק סוברים שאף שהסירוב לגרש יגרום לבעל הפסד ממון רב ויאליץ ללכת לדרך רחוקה, אם יש לו שיקול דעת אם לגרש ולהינצל מהפסד או לא לגרש ולשאת בהפסד, הבחירה שלו לגרש מגלה שזה רצונו והגט כשר. והתו"ג סובר, שלפי מאי דקיי"ל שאונס ממון נחשב אונס, כל מעשיו של הבעל מתחילה ועד סוף הם תוצאה של כניעה לרצונה של האשה ואין כאן רצון של הבעל כלל, ומעשה הגירושיין הוא מעשה קוף בעלמא. והתשב"ץ הסתפק בדבר.

אמנם לא ביאר האגרו"מ באיזה אופן אונס ממון נחשב אונס לדעת ר"ת והמהרי"ק. לכאורה לפי דבריו, בעל שגירש מחמת אונס ממון אפילו קשה ביותר, מגרש מרצונו והגט כשר. עו"ק שלפי דבריו הרמ"א שהביא את ההרחקות דר"ת להלכה פוסק דלא כתו"ג. ובתו"ג ע"כ לא סבר כך, מדלא תמה על עצמו מהרחקות דר"ת שנפסקו ברמ"א להלכה. שו"ר שכן העיר בספר כפיה בגט (סו"ס צו - עמ' תכז). עו"ק, שלפי דבריו אין הבדל בין הרחקות דר"ת לאונס בעלמא. וכיצד יפרנס את דברי המהרי"ק ותרוה"ד שחילקו בין מניעת טובה לאונס.

על כרחך לומר כדברינו, שהרחקות דר"ת הם פרט היוצא מן הכלל של אונס דנפשיה ואונס דאחריני, מעצם כך שעושים אותם לבקשתה של האשה שרוצה בגירושיין, מאידך הן אינן פוגעות בבעל או בממונו אלא בזכויותיו החיצוניות של הבעל המשפיעות על זכויותיו הממוניות והאישיות.

רצון הבעל כשגירש מחמת אונס שאינו קשור לגירושין

בתרוה"ד שם יש יסוד נוסף שמגדיר יותר מה הוא מצב של אונס:

ותדע ע"כ דכן הוא, שהרי תירץ ר"ת (גיטין לה ע"ב תד"ה וליחוש)... דאין מתירין הנדר אלא בפניו, ויליף ממשה שנשבע ליתרו... דהתם עשו להם טובה, יתרו נתן בתו למשה בשביל השבועה... והשתא אם בשביל קבלת טובה כנ"ד חשיב שבועת אונס, א"כ אמאי חלה שבועה כל עיקר, הלא היה בורח מחמת מרדין, ויתרו הושיבו אצלו ונתן לו בתו והוה ליה למחשביה טפי לשבועת אונס.

משה היה בורח מחמת נפשות ובכל זאת אינו יכול לטעון שנאנס להישבע ליתרו שהטיב עמו וקבלו לביתו ונתן לו את בתו. כמה שונה הדבר מבני ישראל בערבות מואב לדעת הר"ם, שהיו אנוסים לקבל את התורה שבעל פה מפני שחששו שאם לא יעשו כן ינועו במדבר וכו'? משיב התרוה"ד שיתרו עשה טובה למשה. דבריו צ"ב, דהא הקב"ה עשה טובה כפולה ומכופלת לישראל שהכניסם לארץ ישראל? ופשוט שאין רצונו לומר שיתרו עשה למשה טובה חומרית ודמי לתליוהו וזבין, שכתב שם שגם נבוכדנצר עשה טובה לצדקיהו שלא הרגו, והטעם כנ"ל שדמי לסיקריקון שמסור בידו להורגו, וזה בוודאי לא דמי לתליוהו וזבין. אלא נראה שכוונת הדברים, שעל אף שמשה היה אונס, יתרו לא היה קשור לאונס אלא אדרבא הטיב עם משה, לכן משה גמר בדעתו להישבע ליתרו.

זה מה שעומד ביסוד הדין דסיקריקון, המלכות קבעה שישראל שמסור בידי הגוי להורגו, הגוי שמקבל את ממונו ואינו הורגו, הוא כמו שעושה טובה לישראל במצבו, והישראל גומר בדעתו ומקנה לו את ממונו. לפי זה יתבאר השו"ט בתרוה"ד, בתחילה כתב שנבוכדנצר עשה טובה לצדקיהו, ואחר כך הקשה הא צדקיהו היה אונס, ותירץ שדמי לסיקריקון. ומעיקרא מאי סבר? לפי דברנו א"ש שהיסוד בדין סיקריקון ובמעשה דמשה וצדקיהו – אחד הוא, האונס הוא חלק מהמצב של האדם, לכן גם צדקיהו שנשבע לנבוכדנצר לא נחשב אונס, שהוא מסור בידו להורגו וזה מצבו.

לעיל כתבתי בשם כמה אחרונים שאונס דסיקריקון אף הוא בכלל אונסא דנפשיה. כ"נ מהפ"ת ש' (אה"ע סי' קלד ס"ק יא). ודבריהם תואמים לדברי התרוה"ד לפי ההסבר הזה. עי' גם בשו"ת שארית יוסף (סי' טז) שכתב דברים דומים לאלה שכתבתי.

לכן כתבו הראשונים, שבעל שנאסר על ידי גויים בענייני נפשות, ומסכים לגרש כדי שהקהל יעשו עמו טובה ויצילו אותו מן המאסר והעונש, אף שהוא אונס ואין לו שיקול דעת אם לגרש או לא, מעשה הגירושין הוא לטובתו וזה רצונו והגט כשר. ובעל שבני עירו נוהגים בו הרחקות דר"ת, כדי שיגרש את אשתו, על אף שהם עושים כדין, אם מחמת מעשיהם הבעל נמצא במצב שהוא כפוי לגרש (באופן שאין עילת כפיה לפי דין), הגירושין הם טובתם של אחרים ולא טובתו, והגט מעושה ופסול.

אולם, מצאנו בראשונים שחילקו בין אונס על ידי מניעת טובה, כעין הרחקות דר"ת, ובין אונס דאחרים בעלמא. באונס שעל ידי מניעת טובה כתבו הראשונים שאינו נחשב לאונס אלא אם כן אין לבעל שיקול דעת כלל, כמו בני ישראל בערבות מואב וכמו שכתב במהרי"ק שם "ולא ילקה בגופו". באונס דאחרים בעלמא, גם אונס ממון, דומיא דמעשה דפרדיסא, נחשב לאונס.

נראה שיש חילוק בין אונס דאחרים בעלמא לאונס על ידי מניעת טובה. באונס דאחרים בעלמא, זכויותיו של הבעל נפגעות, ובאונס על ידי מניעת טובה יש צדדים לכאן ולכאן; מחד, לא נעשה מעשה יזום של פגיעה בבעל או בממונו, מאידך, הבעל נמצא במצב בלתי נסבל שהוא מורחק מסביבתו וחסר את צרכיו הבסיסיים ביותר. בשונה מבעל שנאסר בידי גויים שמצבו אינו קשור לגירושין, מצבו של הבעל המורחק הוא תוצאה מרצונה של האשה בגירושין, לכן קבעו הראשונים גדר אחר באונס על ידי מניעת טובה וחילקו; מניעת טובה – שמביאה את הבעל למצב השקול לאונס בגופו ובנפשו, ואין לו כלל שיקול דעת אם לגרש או לא, שכל אשר לו יתן איש בעד נפשו – חשובה כאונס, ומניעת טובה – שמביאה את הבעל למצב השקול לאונס בממונו, ויש לבעל שיקול דעת אם לגרש או לוותר על ממונו – אינה חשובה אונס.

לפי זה נראה, שמה שכתב המהרי"ק: "שאם ירצה ימצא לו מקום ולא ילקה בגופו", אינו טעם אלא ראייה שההרחקות אינן כ"כ בלתי נסבלות עבור הבעל, שאם היו כ"כ בלתי נסבלות היה הולך לעיר אחרת, ומשלא עשה זאת ובחר לגרש, הראה שיש לו עדיין שיקול דעת אם לגרש אם לאו, ובחר בגירושין. הוא הדין בכל מקום שנראה לבית דין שיש לבעל שיקול דעת אם לגרש אם לאו. שו"ר בספר כפיה בגט (עמ' תפג, תפד) שכתב מעין זה, ונהנתו.

לפי מה שהורחב לעיל נטעים ונאמר, בעל שנאנס באונסא דנפשיה וגירש, מבין שזו טובתו במצבו האישי, ובעל מורחק שגירש מבין שזו טובתה של האשה במצב שנכפה אליו. אלא בשונה מאונס דאחרים בעלמא, אין הבעל נפגע בגופו או בממונו אלא נוצר מצב שמכביד על הבעל, לכן כשהמצב בלתי נסבל ואין לבעל שיקול דעת אם לגרש או לא, הגירושין הן תוצאה של המצב שנכפה עליו והגט מעושה ופסול, וכשהמצב נסבל, הגירושין הן תוצאה של החלטת הבעל, והגט כשר.

יש קצת ראייה מהגר"א שם, ששינה במעט את לשון הראשונים וכתב: "דיכול להנצל מזה לילך לעיר אחרת, וכל שאין עושין מעשה בגופו לאו עישוי מקרי". הנה לית מאן דפליג שאונס ממון נחשב אונס בגיטין, ומה זה שכתב הגר"א שאונס שאינו כולל מעשה בגופו של הבעל לא עישוי מקרי? נראה שהגר"א קמ"ל שעישוי המבטל לחלוטין את שיקול הדעת של האדם הוא רק בגופו, ואילו עישוי בממונו, לעולם יהיה יחסי ליכולתו הכספית ולחשיבות האשה בעיניו.

שו"ר במאמר של הגר"י גולדברג בענין הרחקות דר"ת (בספרו גט מעושה, נספח ו, עמ' רעא ואילך) דשו"ט בדברי הראשונים והאחרונים ומסקנתו, שנחלקו הראשונים בדעת ר"ת.

לדעת הבנימין זאב, הרחקות דר"ת אינן כפיה כלל, וכן נראה מלשונו של ר"ת בספר הישר. ולדעת המהרי"ק יש חילוק, הרחקות דר"ת שמונעות מהבעל טובה שעדיין לא זכה בה, כמו שחרור ממאסר, אינן כפיה. הרחקות דר"ת שמונעות טובה שכבר זכה בה הבעל, כמו ארץ ישראל שהיא מורשה לבני ישראל, הרי כפיה. חידש מסברא דנפשיה (שם עמ' רעג-רעד), שאף הרחקות שמונעות מהבעל טובה שהבעל לא זכה בה ממש אלא התרגל לקבלה, כמו הוצאת אשתו מבית הכנסת וילדיו מבית הספר ושאיין נושאין ונותנין עמו, הן כפיה, אלא אם כן הבעל יכול לקבל טובה זו במקום אחר.

דבריו הם פלא גדול, דמנא ליה הא שמניעת טובה שהבעל התרגל לקבלה היא אונס. הא הראשונים כתבו במפורש, ארץ ישראל היא מורשה לבני ישראל מאבותיהם, כלומר שכבר זכו בה, ומניעתה מהם כמוה כהפסד ממון ממש. מה שאין כן טובות שהבעל התרגל לקבלן, שמתחדשות בכל יום, ומה שהטיבו עמו ועם בני ביתו אתמול אינו מזכה אותו באותן הטבות היום ומחר. ודיוקן מדברי הכנה"ג (סי' רה שם) שכתב: "אם כבר הטיב לו ורוצה לסלק ממנו ההטבה שהטיב לו, כגון זה הויה אונס כמ"ש מהרי"ק", אינו מוכרח, אלא רצונו לומר שהטיבו עם הבעל ונתנו לו דבר מה שנמצא בעין, וכעת נוטלים ממנו את אותו הדבר בחזרה.

גם לשון המהרי"ק, ש"הבעל לא ילקה בגופו", צ"ע לפי דבריו, דאין המלקות בגופו אונס אלא ההרחקות עצמן הן אונס, באופן שהן שוללות ממנו טובות שהתרגל לקבלן.

ולפי דברנו א"ש. דברי הראשונים שחילקו בין מניעת טובה לאונס גמור, ובין טובה שזכה בה לטובה שעדיין לא זכה בה מוסכמים להלכה. המהרי"ק סובר שמניעת טובה באופן שתגרום לבעל נזק גדול, כמו פגיעה בגופו שלא תותיר לו כל שיקול דעת, הוי כפיה, כמו שכתבו הראשונים על בני ישראל בערכות מואב, וכמו שמדוקדק מלשון המהרי"ק: והוא לא ילקה בגופו.

ענף ד': הרחקות דר"ת, הלכה למעשה

בפת"ש (אה"ע סי' קנד ס"ק ל) כתב בשם גבורת אנשים (סי' עב), בשו"ת מהריב"ל כתב שבזמן הזה, שאנשים מתייחסים להרחקות כמו לנידוי, אין לעשות הרחקות.

בגבורת אנשים שם דן בכפית גט על איש שאין לו גבורת אנשים. ובראש הקטע שם כתב:

ונראה לפי מה שהעליתי לעיל סי' מ"ב דבאין לו גבורת אנשים אין כופים בשוטים להוציא ה"ה דאין לנדותו עד שיתן גט. ואע"ג שהבאתי לעיל סי' ט"ו דברי הרא"ש פ' הבע"י דמשמע מדבריו דאפי' היכא דאין כופין בשוטים מנדינן ליה. מ"מ אין נראה כן הלכה למעשה דהא אמרי' בעלמא דשמתא קשה מנגדא... וכן הסכמת רוב הפוסקים דהיכא דאין כופין אין מנדין אותו ג"כ... (וכן פסק בתשו')

מהר"י נ' לב ספר ג' ס"ס קא, באין לו גבורת אנשים דאין כופין להוציא לא בשוטים ולא בנדוי ושמטא. וכן מסיק בתשו' מהר"ר שלמה כהן ס' שלישי ס"ס מ"ב דלענין מעשה אין כופין אותו בשום דבר רק שאומרים לו שמותר לקרותו עבריין ע"ש) וכן עיקר.

והביא את דברי ר"ת והמהרי"ק שנפסקו ברמ"א (אה"ע שם סעי' כ) שגם במקום שלא מגדים את הבעל, עושים בו הרחקות דר"ת. והעתיק את תשובת המהר"י בן לב (ח"ג סי' קב) בכפית גט על בעל שאין לו גבורת אנשים, שכתב וז"ל:

ולענין כפיית הגט מילתא דפשיטא היא דלא כייפינן וכמו שכתבו התוספות דבהנהו דלא תני כופין בהדיא לא כפינן כיון דהוי פלוגתא דרבוותא, אלא דאמרי' ליה שמותר לקוראו עברינ' והכי נמי לא עבדינן ההרחקה שכתב רת"ם והסמ"ק ומהר"י קולון לפי שלא ראינו ולא שמענו בדורינו זאת ההרחקה. ואפשר דטעמא הוי משום דבדורו' הללו חמירא להו ההרחק' מהנדוי והשמטא, וכל היכא דלא כפינן בשוטים או בנדויים וחרמות גם לא עבדינן ההרחקה. פעם אחת בהיותי בסלוניקי עלה במחשב' בין קצת מהחכמים למיעבד ההרחקה בנדון דהיה קרוב הדבר לכופ' ולא אסתייעא מילתא ולא נעשה מעשה. וכיון דכן הוא מילתא דפשיטא היא דלא כפינן ליה לא בשוטים ולא בחרמות, ולא זה בלבד אלא אפי' שום הרחקה לא עבדינן ליה אלא דאמרינן ליה דמותר לקוראו עברינא.

בגבורת אנשים מסיק: ונראה שטוב להחמיר.

בתשובה אחרת (ח"ב סי' יח) דן המהר"י בן לב ביבם שנשבע לאשת אחיו שיחלוץ לה, וכשמת אחיו סירב לקיים את שבועתו, וכתב וז"ל:

וכיון דכן הוא שהאונס שמביא האדם על עצמו לא היה אונס אם כן היה נראה לכאורה כדכתבינן דמצינן לכופ' אותו לקיים את שבועתו... מכל מקום מסתברא לי דאין כופין אותו לחלוץ לא בשוטים ולא בנדויי ולא בחרמי... ועוד אני אומר דבנדון דידן לא מבעיא דלא כפינן ליה לא בשוטים ולא בנדויי וחרמי כדכתבינן אלא אפילו למעבד ליה ההרחקה שכתב רבינו תם בספר הישר לא עבדינן ליה. איברא דרבי' תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם לא שינדו אותו אלא שנבדיל עצמנו בכל האופנים שבעולם עד שייגרש ושב ורפא לו. וגם על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוץ עליהם. מכל מקום לא ראינו לרבני הדור הזה שנהגו בכך, אדרבה זכרנו כי נועצו לב יחדיו רוב החכמים לעשות זאת ההרחקה ורב גדול ומובהק שהיה בימים ההם מיחה בדבר. ואפשר לומר שמה שלא נהגו בכך הוא משום דלא אכשיר דרי ויותר קשה להם ההרחקה מהנדוי ואם הנדוי הוי כפייה כל שכן ההרחקה הנז'. איברא דזה ימים רבים הסכמתי בזאת ההרחקה

בפסק אחד מהפסקים שלי ואותו הנדון אינו דומה לנדון דידך וגם באותו הנדון לא נעשה מעשה.

מה שכתב בפסק אחד וכו' נראה שכוונתו למה שכתב בתשובה (ח"א סי' יח), בנדון מקדש אשה שלא בפני עשרה, בניגוד לחרם הקהילות באותו מקום, וגם נפלו כמה ספיקות בקידושין, וגם האשה טוענת מאיס עלי בכמה אמתלאות, וכתב וז"ל:

ומה שאני מסכים שיעשו מעלתכם היא ההרחקה שכתב רבינו תם זכרונו לברכה בספר הישר שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם, לא שינדו אותו אלא שנבדיל עצמינו בכל מיני האופנים שבעולם עד שיגרש ושב ורפא לו. וגם על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון זלה"ה ולא מצינו מי שיחלוק עליהם והלא רבינו תם זכרונו לברכה הוא היה ראש המחמירים שלא יכופו בטענת מאיס עלי... וכיון שהוא מקל בזאת ההרחקה מי יחוש יותר ממנו ותו לא מידי.

בתשובה אחרת (ח"ב סי' עט) באיש שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה, ומת אחיו ורוצה לייבם את אשת אחיו, ואשתו מוחה, והביא כמה פוסקים שכתבו שמגדים אותו שלא ייבם, והוא דעתו שאין לנדות, וציין למה שכתב בפסק בח"ב סי' יח, וז"ל:

ועוד כתבתי באותו הפסק דלא מבעיא דלא כפינן ליה לא בשוטים ולא בנדויי וחרמי אלא אפילו למעבד ליה ההרחקה שכתב רבינו תם ז"ל לא עבדינן ליה. ואיברא דרבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי... אבל מכל מקום לא ראינו לרבני הדור הזה האחרון שנהגו בכך. וטעמא הוי דלא אכשור דרי ויותר קשה להם ההרחקה מהנדוי ואם הנדוי הוי כפייה כל שכן ההרחקה.

ואולם בסוף התשובה כתב:

וכיון דכן הוא מיראי הוראה אני ולא אסמוך על דעתי לכוף לא בשוטים ולא בנדויים אבל לעשות ההרחקה מרבינו תם אף על פי שכתבתי צדדים להחמיר מכל מקום דעתי נוטה להקל. ואם יסכימו מבעלי ההוראה מחכמי הדור להחזיק בזאת ההרחקה מרבינו תם בהך נדון דידך גם אני מסכים עמהם, כיון דאיכא מרבוותא דסבירא להו דאפילו בנדוי ממש כפינן ליה כיון דנשבע שלא לגרש את אשתו ושלא ישא אשה אחרת עליה בחייה ותו לא מידי.

ובכנה"ג (אה"ע שם הגה"ט סעי' טו) דן בדברי המהריב"ל ועוד אחרונים וכתב וז"ל:

אמר המאסף: אף שבסימן י"ח כתב מהריב"ל ז"ל דאם נשבע לחלוץ לא עבדינן ליה הרחקה, בכאן הסכים לעשות ההרחקה משום דלא דמי שבועה לחלוץ לשבועה שלא ישא אשה אחרת עליה, דבשלמא למ"ד שבועה לחלוץ, למ"ד דמצות יבום קודמת הוי נשבע לבטל את המצוה... אבל בנשבע לאשתו שלא ישא

אשה אחרת כיון דמטעם כולל חל אף על היבמה עבדינן ליה הרחקה. וכמדומה לי שתשובה זו של מהריב"ל ז"ל בס"ב סימן ע"ט, נעלמה מעיני בעל משפט צדק ח"ב סימן א', שעל נדון שלו שהיה שנשבע היבם לאשתו שלא לישא אשה אחרת עליה הביא תשובת מהריב"ל שבסימן י"ח, ולמד ממנה לנידון דידיה שלא לעשות הרחקה... ואיפשר עוד לומר דאפילו מהריב"ל ז"ל ס"ל דאין חילוק בין נשבע לחלוץ לנשבע שלא לישא אשה אחרת על אשתו... אבל בסימן ע"ט שהיה אחרון... חזר בו והסכימה דעתו לעשות ההרחקה... וכבר אתה רואה מפורש מדברי הרשד"ם בסימן הנז', דאף בנשבע לחלוץ עבדינן ליה הרחקה דר"ת. וכן פסק הרב מהר"א שושן בסימן כ"ז, ובספר מקור ברוך סימן י"ח. וכתב מהרש"ש ז"ל בתשובה סימן מ"ט, דאע"ג דהרב מהריב"ל ז"ל מסתפק בדבר הכי נקיטינן...

בכנה"ג (שם הגהב"י אות לו) כתב שהמהר"ם מלובלין (בתשובה סי' א) הסכים לעשות הרחקות דר"ת. במהריק"ש (אה"ע שם סעי' כא) כתב שהמהריב"ל החמיר בהרחקות דר"ת, משמע שזו מסקנתו להלכה.

הנה בכל התשובות של האחרונים שציידו בהטלת הרחקות דר"ת היה מקום לדון בכפית גט.

בתשובת מהר"ם מלובלין שם נשאל על אשה נכפית, ודן ק"ו מאיש נכפה שכופים עליו לגרש. ואף במקום שנהגו שלא לכפות לגרש, כתב דשפיר דמי לעשות הרחקות דר"ת, וכמו שכתבו הראשונים בבעל שחייב לגרש את אשתו, דאף לסוברים שלא כופים לגרש, שפיר דמי לעשות הרחקות.

בתשובת המהרשד"ם (יו"ד סי' קו) נשאל על מי שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה, ונפלה יבמה לפניו. וכתב שדין שבועה זו כדין שבועה לחלוץ לכל דבר וענין, והביא את דברי הפוסקים שהובאו בב"י (אה"ע סי' קלד) במי שנשבע לגרש וגרש, שאינו נחשב כפוי על ידי שבועתו, וכתב עוד צירופים לכפות על היבם לחלוץ, ומסיק:

מ"מ זה אומר בלי שום חשש שאם תוכלו להטעותו בכל מיני נדרים תטעו אותו שיחלוץ ושינתנו לו בכך כך. ואם יכולי' להחרים שלא ישא ויתן עמו שום בר ישראל ושלא ידברו עמו שלא תאמרו שאתם מחמירים שיחלוץ אלא כמו שאמרתם שם שלא ידברו ושלא ישאו ויתנו עמו ולא עם בני ביתו ואם יחלוץ יתירו אותו.

בספר בית דינו של שלמה (אה"ע סו"ס א) דן במי שנשבע לחלוץ ליבמתו, והביא את דברי האחרונים שדנו אם כופים אותו, ואם לאו האם מרחיקים אותו, ואת דברי המהרשד"ם שם, ותמה מדוע כתב המהרשד"ם: "שלא תאמרו אתם מחמירים" וכו', כשבמקור הדין בסמ"ק כתוב במפורש שאומרים ליבם שעושים את ההרחקות כדי שיחלוץ. ותי' שהסמ"ק הקל בזה מפני שדעתו להלכה שמצות חליצה קודמת ויש טעם מרווח אף לכפיה, והמהרשד"ם

החמיר בזה מפני שחשש לדעת הראשונים שסוברים שמצות יבום קודמת. על ישוב לדברי המהרשד"ם, ע"י להלן.

בתשובת המהר"א ששון (סי' כז), באשה שמת בעלה וילדה לאחר מותו ומת הוולד תוך ל' יום, כתב שיש כאן ספק האם האשה זקוקה ליבום, ולפיכך אסור ליבם ליבמה, ואם יסרב לחלוץ כתבו הפוסקים שכופים אותו, ומסיק:

וכן פשיטא ופשיטא שיכולים להחרים שלא ישא ויתן עמו שום בר ישראל ושלא ידברו עמו כו'. וכבר נעשו מעשים רבים כזה בכל הדורות בענינים יותר גרועים מאלו, וכמו שיראה המעיין בספרי הרבנים והפוסקים האחרונים.

בתשובה אחרת של המהר"א ששון (סי' כח), ביבם שנשבע לאשת אחיו שיחלוץ לה אם ימות אחיו, הביא את מש"כ המהריב"ל בח"ב שם ושם ואת מש"כ המהרשד"ם שם, וכתב וז"ל:

ואם כן כיון שמצינו לרב רשד"ם ז"ל הנ"ל שאם יכולים להסכים שלא ישא ויתן עמו שום בר ישראל ושלא ידברו עמו כו'. אין ספק שכן ראוי לעשות ובהורמנותא דרבנן קשישי הרבנים מורי נר"ו הגם כי הלא לאמונה כפי הנאמר לי פה אל פה הס כי להזכיר יש כאן טענות וסבות אחרות אשר מתוכן היה ראוי זה האיש ליסרו ולכפותו כפיה גמור'...

בתשובת מקור ברוך (לר' ברוך קלעי סי' יח), ביבם הנשוי לאשה שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה, הביא את מחלוקת הראשונים והפוסקים אם מצות יבום קודמת או מצות חליצה קודמת, ואת דעת הראשונים שביבם הנשוי לאשה לדברי הכל כופים אותו לחלוץ ליבמתו, וכתב שהעיקר להלכה כדעת הפוסקים שסוברים שכופים אותו לחלוץ, אלא שהמהריב"ל והמהרשד"ם והרא"ם החמירו בזה, וגמגמו אף בהטלת הרחקות דר"ת. ובסוף מסיק שאם יצטרפו עמו, יסכים לעשות הרחקה דר"ת.

בתשובת המהרש"ש (סי' מט), ביבם שלא רצה לא לחלוץ ולא ליבם. האריך להוכיח שהעיקר לדינא כדעת רוב הפוסקים שכופים את האיש הזה לחלוץ ליבמתו, ולחומר הכפיה כתב שיש להטיל על היבם הרחקות דר"ת. והביא את מה שכתב המהרשד"ם בתשובה, שבצירוף שתי ספיקות: שמא מצות חליצה קודמת למצות יבום, ושמא כופים על השבועה כדעת הר"י בן הרא"ש - מדינא שפיר דמי לכפות, ולמעשה יש להטיל על היבם הרחקות דר"ת. וכן הביא את תשובות המהריב"ל שבמקום אחד כתב שאין להטיל על היבם את ההרחקות דר"ת, ובמקום אחר הורה למעשה להטיל על היבם את ההרחקות. למעשה, פסק המהרש"ש בנדון דידה, שניתן להטיל על היבם הרחקות דר"ת, וניתן לומר ליבם שאם יחלוץ יבוטלו ההרחקות (ודלא כמשמע מהמהרשד"ם).

אולם, בתשובה אחרת של המהרח"ש (ח"ד סו"ס מב), באשה שיש כמה ספיקות בקידושיה, שברור וידוע שהתקדשה לאיש אחד, ויש ספק אם קדשה כהלכה, ויש עדות שהתקדשה לאיש אחר, ויש ספק בכשרותם של העדים. דן המהרח"ש שם בתוקף קידושי הראשון והעדות על קידושי השני, ולמסקנה כתב שצריכה גט מזה ומזה, ואם נשאת לאחד מהם תצא. עוד דן האם כופים את הנושא את האשה לגרשה, וכתב שיש בזה משום מיגדר מילתא, וביה"ד רשאי לכפות את הנושאה לגרשה. ולמעשה, חשש להורות לכפות בשוטים. ובענין הרחקות דר"ת כתב וז"ל:

ואף הרחקה של ר"ת שהביא מהרי"ק בשורש כ"ב כמה קולמוסים נשתברו. והרב מהרשד"ם [חאה"ע סי' עא] הקל קצת לענין חליצה, פירוש מי שנשבע לחלוץ ויש לו אשה ובנים שכתב בספר המצות [סמ"ק סי' קפה] שמי שיש לו אשה כופין אותו לחלוץ, אמנם הרב מוהר"י נ' לב זלה"ה מעולם לא מלאו לבו לעשות מעשה אף בענין חליצה כמו שיראה המעיין בתשובותיו ח"ב סימן י"ח, כל שכן בגט דחמיר טפי. הגם דלענין מכוער כזה דאיכא חלול ה' ואיכא משום מיגדר מילתא איכא למימר דראוי לעשות ההרחקה הנזכרת, כל זה אני נושא ונותן מדין נטען.

כותב המהרח"ש שהמהרשד"ם הקל לעשות הרחקות בחליצה, ובמקום שיש צד כפיה, והמהריב"ל אף בכה"ג לא הקל. במקום שיש מיגדר מלתא וחלול ה' פסק שאפשר לעשות הרחקות, ונראה מדבריו שדין זה הוא לכו"ע. דבריו צ"ב, שלדעת המהריב"ל בעל שנותן גט מחמת הרחקות הוא אנוס ויש חשש בכשרות הגט, וכיצד יוכשר משום מיגדר מילתא. ודוחק לומר שמשום מיגדר מילתא אפקיענהו רבנן לקידושין מיניה, דזה חידוש גדול שצריך להיות מפורש בדברי הראשונים.

בתשובת רבי בצלאל אשכנזי (סי' יט), באשה שהתקדשה לראובן ואחר כך לשמעון, ויש ספק אם היתה גדולה בזמן שהתקדשה לראובן, וכתב וז"ל:

ובכולהו הני אנפי דאמרינן דצריכה גט מראובן, שורת הדין דמגרש ראובן ונושא שמעון אבל לא יגרש שמעון ונושא ראובן וכיפינן לראובן בכל מיני כפיה עד שיאמר רוצה אני ויגרשנה בגט גמור בלא תנאי. ואי מסר מודעא כייפינן ליה דמבטיל למודעיה כיון דאיסורא דרבנן רביע עלה דלא מצי למכנסה ודוקא היכא שלא באו עדי ראובן שהיתה גדולה אלא עד אחר שנתקדשה לשמעון. אבל אם הביא ראובן את עדיו עד שלא נתקדשה לשמעון ושוב הלכה היא ונתקדשה לשמעון, בהא ודאי לא כייפינן ליה דהיא גרמה האיסור ונתנה אצבע בין שיניה, אבל עבדינן הרחקת דר"ת ז"ל שלא יתעגנו בנות ישראל.

הנימוק להנהגת הרחקות דר"ת בנדון שכתשוכתו, נכון למקומו בנדון שם שהאשה אסורה לשניהם ומעוגגת, שנהגים בבעל הרחקות דר"ת. נימוק זה מתאים למה שכתבנו לעיל כביאור דברי רבנו יו"ט שמותר לעשות הרחקות דר"ת כדי לייסר אדם שאינו מצייט לתקנת חכמים שלא לעגן אשה.

בשו"ת פני משה (ח"ב סי' ט), ביבם נשוי שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה. הביא את מחלוקת הפוסקים, האם מצות חליצה קודמת או מצות יבום קודמת ביבם בעלמא וביבם נשוי, ומסיק שלכל האחרונים הרבים שהביא שם, עושים הרחקות דר"ת. גם המהריב"ל שהסתפק תחילה בדבר, הכריע במסקנה שעושים הרחקות דר"ת בכה"ג.

בתשובת בית דינו של שלמה שם, ביבם שנשוי לאשה אחרת, שנחלקו הפוסקים אם כופים על היבם לחלוץ, אם עושים הרחקה דר"ת. וכתב שמלבד המהרשד"ם, רוב האחרונים שהביא הכנה"ג שם, המהר"י לבית הלוי (סי' ט, יא), המהר"ש, המקור ברוך, הפני משה, המשפט צדק, והמהר"ח אלפאנדרי, לא הורו לעשות הרחקות דר"ת ביבם נשוי שמסרב לחלוץ ליבמתו, ללא צירוף נוסף לכפיה, שנשבע לאשתו שלא ישא אחרת עליה או שנשבע ליבמתו שיחלוץ לה, או צירוף אחר לכפיה. זו מסקנתו להלכה.

ע"י בשו"ת עין יצחק (ח"ב סי' סב אות מח) שדן ביבם שאינו רוצה ליבם ולחלוץ, לדעת הרמ"א (אה"ע סי' קסה סעי' א) אין כופים אותו אלא בבאה מחמת טענה. ורבים הפוסקים שחולקים עליו. ופסק דאף שאין לכפות נגד הרמ"א, אפשר לעשות הרחקות דר"ת.

אפשר שגם הרמ"א סובר כדעת האחרונים הנ"ל, שאין להטיל הרחקות במקום שאין צירופים לכפית גט, שכן כתב את ההלכה שעושים הרחקות בסי' קנד (סעי' כא) במקום שנחלקו הראשונים אם כופים על הבעל לתת את הגט, ולא כתבה בסי' ע"ז בדינא דמאיס עלי, על אף ששם הוא עיקר הדין. וע"י להלן מש"כ החזו"א (סי' קח שם) בדעת הרמ"א.

ע"י בספר כפיה בגט (עמ' תפה) שכתב, על האורים שיובא להלן, שכתב על הרחקות דר"ת שאין לך כפיה גדולה מזו, שסובר כמהריב"ל. דבריו צ"ע, שהאורים כתב את דבריו בביאור דברי הרמ"א בחו"מ סי' טו, והרמ"א הביא את ההרחקות להלכה. ואפשר שהאורים סובר כאחרונים שכתבו שהרמ"א סובר שאין לעשות הרחקות במקום שאין צירוף לכפיה, ומה שכתב שאין לך כפיה גדולה מזו לאו דווקא, אלא שיש כאן צד כפיה.

אכן הדבר טעון ביאור, מדוע חששו האחרונים לעשות הרחקות דר"ת במקום שאין צירופים לכפיה, הא ר"ת היה ראש למחמירים במורדת דמאיס עלי, וסבר שאין מחייבים ואף אין מצווים על הבעל לגרש, ובכל זאת כתב שמרחיקים את הבעל?

נראה שכל האחרונים חששו לטעם שכתב המהריב"ל שהיה גדול הדור - כמו שכתב המשפט צדק שם - שבאותו זמן הרחקה היתה נחשבת בעיני האנשים כמו נידוי.

כך בהכרח, דהא בכל תשובות האחרונים, המקור להא דיש להחמיר בהרחקות בזמן הזה הוא המהריב"ל, והוא עצמו כתב דאין מי שחולק על המהרי"ק והבנימין זאב והסמ"ק, ובדורו ובדורות קודמים לא נהגו בהרחקות מפני שאצל בני דורו ההרחקות חמורות כמו נידוי ממש.

וכבר כתבתי שלמעשה אין הבדל בין הרחקות דר"ת לנידוי, למעט שהנידוי חל על גוף

האדם. ע"י בתשובת בנימין זאב (סי' רפט) שעוסקת במסרב לדין תורה שלפי דין מנדים אותו, שכתב וז"ל:

וששאלת פתיחה היכא דמיא אדם שנתחייב בב"ד וסרב ולא השגיח ועבר על גזרת ב"ד. כותבין לקהלו ישראל פלוני גזרו עליו דין וסרב ולא השגיח והחרמנו אותו, שלא יתפלל בעשרה ולא יזמן לשלש' ולא תמולו לו בן ולא תקברו לו [את] [מת] והוציאו בניו מבית המדרש ואשתו מב"ה עד שיקבל עליו הדין. הרי לך דהתקנ' שעשו ההוא קהל דינא הכי הוא וכן ראוי לעשות לכל איש אשר ימרה בב"ד ולא יקבל גזרתם ותקנתם.

כן פסק השו"ע (י"ד סי' שלד ס"י) והרמ"א (י"ד שם ס"ו) בשם הבנימין זאב שם ותשובת הרמב"ן (סי' רמד). והן הן ההרחקות דר"ת שמטילים על הבעל. וע"י ברמב"ן שם שכתב שעל אף שהמנודה מושבע ועומד מהר סיני לקיים מצוות אלו, ביה"ד רשאי לעקור מצוה מהתורה במקום מיגדר מילתא, וכן כתב הש"ך (י"ד שם ס"ק יט).

באמת צריך להבין מה שכתב המהר"י בן לב, שבדורו ובדורות שקדמו לו אנשים החשיבו את ההרחקות כנידוי, דהא ר"ת והראשונים שבעקבותיו כתבו כמעט להדיא שהרחקה היא כמו נידוי לכל דבר וענין, למעט לענין העונש בגופו, שמנודה נענש בגופו ומורחק אינו נענש בגופו. והבדל זה הוא דבר שאינו נתון לשינוי מזמן לזמן. ואין לומר שבזמן המהריב"ל אנשים לא היו מודעים לכך שהמנודה נענש בגופו, או שלא חששו מהעונש שבגופו, דאם כן הדין היה צריך להיות הפוך, שמותר גם לנדות את הבעל שמסרב לתת גט? ע"י בחזו"א שם שכתב אף הוא שטעמו של המהריב"ל לא איתפרש.

ומסתברא איפכא, שבזמן המהריב"ל ידיעת התורה ירדה, והרבה אנשים לא ידעו שיש הבדל בין מורחק למנודה.

החולקים על המהריב"ל

שו"ר בספר כפיה בגט (עמ' תפ) ובשו"ת יבי"א למרן הראש"ל לצוק"ל (ח"ח אה"ע סי' כה) שבשו"ת סדר אליה רבה (סי' יג) למהר"א אלפנדארי התקשה בדברי המהריב"ל, נעתיק לשונו מתשובת מרן לצוק"ל:

שוב ראיתי להגאון מהר"א אלפנדארי בשו"ת סדר אליה רבה (סי' יג דס"א ע"א), שהביא מ"ש מהריב"ל להחמיר, מפני שלא ראינו בדורות אלו שנהגו בהרחקה דר"ת, וכתב, ובמחכ"ת לא ראינו אינה ראייה, שאפשר דלא אתרמי להו כה"ג, שיהיה נראה לב"ד שראוי לעשות ההרחקה דר"ת. וכמ"ש הלבוש. וגם מ"ש מהריב"ל שבזמנינו קשה להם ההרחקה דר"ת יותר מן הנידוי, טעם זה אינו מכיר, כי מי לא ידע בכל אלה דחמירא לאינשי ההרחקה יותר מהנידוי, כי מי יוכל לסבול

החרם שלא ידברו עמו ושלא ישאו ויתנו עמו. (וכמ"ש בכ"ב טז: או חברותא או מיתותא), ואין ספק שמי שיורחק בדרך זו, תיכף ומיד יהיה כפוי, ויעשה כל מה שישאלו ממנו שלא כרצונו, כדי להנצל מהצער הבא לו בהרחקה זו, ומ"מ התיר ר"ת ההרחקה, מפני שאין כאן רידוי בגופו של הבעל, אלא אנו בעצמינו גודרים דרכינו בגזית, לבלתי הטיב עם האיש ההוא, שאף שנאמר ואהבת לרעך כמוך, זהו כשהוא רעך במצות, אבל זה אשר לא טוב עשה בעמיו, לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו מאתנו כדי שישוב מדרכו הרעה, ולהציל העניה העשווקה בידו, ושב ורפא לו. וכן מצאתי בשו"ת אהלי תם (סי' נב) בתשובת מהר"י אבאיוב, ובתשובת הגאון מהר"ר תם, שעלו בהסכמה שהתיקון של הרחקה דר"ת, חובה לעשותו כשטוענת מאיס עלי, ואפי' באשת איש גמורה. ולכן אין בזה שום פקפוק כלל, הואיל וראינו לשלשה גדולי ישראל, שני הגאונים הנ"ל, והגאון הלבוש שהחזיקו בהוראת ר"ת, כפי שהחזיק במעוז מהר"י קולון. והטעם שכ' מהריב"ל להחמיר, לא נהיר ולא בהיר, וכל הרבנים הבאים אחריו החזיקו בהרחקה דר"ת, ולא חששו לדבריו, ומהם, מהרשד"ם, ומהר"א ששון, ומהר"י הלוי (סי' א), והסכים עמו מהראנ"ח. וכ"כ בשו"ת מקור ברוך (סי' יח). וכן הסכים מהר"א מונסון בתשובה כתיבת יד, והביא שם תשובת מהר"י בי רב שהורה ג"כ לעשות הרחקה דר"ת, גם מורי הרב הגדול בשו"ת פני משה ח"ב (סי' ט) הסכים לעשות כן, וכתב, "וכן נעשה מעשה בכנופיא, שנתועדו מורי ורבתי בבית הועד, ואני מכללם, ועשינו מעשה בפומבי, וגזרנו הרחקה דר"ת, על יבם שנתן כתף סוררת שלא לחלוץ ליבמתו, והכרזנו עליו ההרחקה פעמים ושלש". וא"כ מי הוא הירא ורך הלבב שיהיה רואה דברי כל רבוותא הללו המקילים, ויהיה לבו נוקפו, ובפרט שגם מרן בב"י (סי' קלד) הביא דברי מהר"י קולון להלכה. וכן פסק הרמ"א (בסי' קנד). וא"כ בודאי דסמכינן על כל הרבנים הנ"ל ולעשות ההרחקה דר"ת וכו'. עכת"ד.

יש לעיין מה הראיה שהביא המהר"א אלפנדארי מדברי הלבוש (אה"ע סו"ס קלד וסו"ס קנד) שפסק שעושים הרחקות דר"ת, הא הלבוש לא התייחס לטעם שכתב המהריב"ל, ואפשר שהוא משום שבמקומו של הלבוש אנשים ידעו שיש הבדל בין מנודה למורחק? ונראה שהראיה היא מהא דכתב (סו"ס קנד) שלא ראה מכמה דורות שכופים על בעל שנשא אשה ולא ילדה לו עשר שנים שיגרשה, ובכל זאת מסקנתו להלכה לא השתנתה דכופים, והוא הדין לכאורה בהרחקות דר"ת, דעל אף שלא עשו הרחקות במשך דורות, ההלכה לא זזה ממקומה, ודלא כמהריב"ל שהביא ראיה מהא דלא נהגו בהרחקות דר"ת שההלכה השתנתה.

יש לעיין עוד, מה הראיה שהביא המהר"א אלפנדארי מתשובות האחרונים שאחרי המהריב"ל, בכל התשובות שם הורו לעשות הרחקה דר"ת ביבם שיש כמה צדדים לכפותו לחלוץ, כמו שכתב בספר בית דינו של שלמה שהיו לפניו כל התשובות הללו, והמהר"א אלפנדארי למד שגם באשת איש שאומרת מאיס עלי - שלדעת רוב הראשונים ופסק מרן השו"ע אין כופים ואף אין מחייבים לגרש - עושים הרחקות דר"ת, ומנין לו?

נראה שהמהר"א אלפנדארי סובר, וכך קיבל מרבו בעל הפני משה, שחיבר את התשובה המאוחרת והמקיפה ביותר בנדון של חליצה בכפיה ביכם נשוי, שהאחרונים, שהורו לעשות הרחקות דר"ת, סוברים שמעיקר הדין עושים הרחקות דר"ת גם במקום שאין צדדים לכפיה, כמו שכתב ר"ת במורדת דמאיס עלי לשיטתו, ולרווחא דמילתא צרפו צדדים לכפיה.

ביאור המחלוקת

בספר כפיה בגט (עמ' תפא) מבאר שהמהריב"ל והאליה רבה נחלקו בטעמו של ר"ת. המהריב"ל סובר שר"ת התיר להטיל הרחקות משום שסבר שזהו צער קל, והבעל יכול לעמוד בו, וזו כוונת ר"ת במש"כ: "שאם ירצה יקיים", כלומר יסבול את הצער ולא יגרש, ולכן בזמן הזה שההרחקות קשות לאנשים כמו נידוי, אסור להטילן. האליה רבה סובר שר"ת התיר להטיל הרחקות על אף שהם קשות מאד ובלתי נסבלות, משום שאין כאן כפיה בגופו אלא רק מניעת טובה וסיוע לבעל להיחלץ ממצב שהביא על עצמו. וזו כוונת ר"ת במה שכתב: "שאם ירצה יקיים", כלומר שהדבר בידו ואם ירצה יתן את הגט ויסלק מעליו את ההרחקות ויקיים את עצמו.

ולא נראו דבריו. אין מחלוקת בין המהריב"ל והאליה רבה בשאלה, אילו הרחקות ניתן להטיל על הבעל, אלא הכל מודים שניתן להטיל עליו את כל ההרחקות הנוהגות במנודה, ואף להוסיף עליו עוד ועוד עד שיגרש את אשתו, וכמו שהוכחנו לעיל מדברי הראשונים (ועי' להלן מש"כ החזו"א). אם כך לדבריו, המחלוקת היא במציאות, האם אדם סובל את ההרחקות הללו או לא, וזה דבר תמוה שחשובי האחרונים נחלקו בדבר שבעובדה בטבע האדם וביכולתו לסבול את ההרחקות שהוא דבר שתלוי במציאות בכל מקום ומקום.

כמו כן קשה, שכמה מן ההרחקות קשות מאד, ולא ניתן בשום אופן לומר שהן בבחינת "צער קל", כמו מה שכתבו רבנו יו"ט והמהרי"ק שלא מלין את בנו ולא נושאים ונותנים איתו, ועוד דברים קשים ביותר ובלתי נסבלים. להלן יובאו דברי האורים שכתב על הרחקות דר"ת שאין לך כפיה גדולה מכך. מאידך, אין לומר שלבעל מורחק אין כלל שיקול דעת שלא לגרש, דכתב ר"ת: "שאם ירצה יקיים", ובפשטות כוונתו שאם ירצה יסבול את ההרחקות ויקיים. כן נראה מהחילוק שכתבו הראשונים בין מנודה למורחק, שהמנודה הוא כמאן דנקיט בכובסיה וכו', משמע שלמורחק יש עוד שיקול דעת שלא לגרש.

ונראה לבאר, שאין כאן מחלוקת בסברא אלא בעובדה, המהריב"ל סבר שבזמנו השתנה המצב ממה שהיה בזמן הראשונים, ובני האדם לא ידעו להבחין בין הרחקות לנידוי וסברו שגם המורחק לוקה בגופו, והמהר"א אלפנדארי סבר שלא היה שינוי במצבלה. רוב הפוסקים שבאו אחרי המהריב"ל חששו לדבריו. המהר"א אלפנדארי סבר, שהפוסקים אמנם חששו לדעת המהריב"ל, אבל עיקר הדין לדעתם הוא שההרחקות נוהגות בזמן הזה, ואם היו סבורים

ה. עי' בספר כפיה בגט (עמ' תפג-תפד), שמציע הסבר אחר להא דלא נהגו לעשות הרחקות דר"ת בזמן האחרונים.

הפוסקים שבדעת בני אדם ההרחקות הן כמו נידוי ממש – לא היו מטילים אותן במקום שאין עילת כפיה גמורה.

לפי מה שהרחבנו לעיל, לדעת בני האדם יש משקל גדול בהגדרת רצון וכפיה בגירושין, דאונס הוא בדעת, ולכן אדם שטועה לחשוב שהוא לוקה בגופו, נחשב אנוס אף אם האמת אינה כן.

שו"ר בשו"ת צ"צ (שם אות יב) שחקר למאי דקיי"ל דאין כופים גט במאיס עלי, אם מצרפים דעת הרמב"ם והגאונים לסניף. הביא את דברי ר"ת שהורה לעשות הרחקות, ואת דברי הלבוש שביאר דבריו, וכתב וז"ל:

הנה להיות גולה ומטולטל ממשפחתו ומעירו דבר גדול הוא. וה"ז חשוב נסיון באברהם אבינו כשנאמר לו לך מארצך כו'. ולכן מהריב"ל ח"ב סי' ע"ט וח"ג ס"י ק"א כ' שלא ראה לרבני הדור שעשו מעשה כן לפי שהרחקה קשה עכשיו מן הנדוי ואם הנדוי הוי כפייה כ"ש ההרחקה. וע"כ צ"ל בטעמו דר"ת הוא לפי שצירף לזה תקנת הגאונים שתקנו לכוף ממש בכפייה גמורה. לכן אף שחלק ע"ז סמך לעשות ההרחקה כיון שאין זה כפייה ממש. ועמש"ל מזה ססע"י ג'. וגדולי האחרונים החמירו עוד יותר מפני שהרחקה הוא כעין כפייה ממש. שעצם ההליכה ממקום למקום היא עצמה אונס, ואפשר שזה טעם המהריב"ל שבזמנו טלטולי הדרכים היו קשים יותר לכן ההרחקות קשות מנידוי.

בספר כפיה בגט שם ציינ לתשובת חתן סופר (סי' נט) שכתב מעין זה.

כותב הצ"צ שהרחקות הן כמעט כמו כפיה, לכן אין לעשותן במקום שאין לכה"פ סניף לכפיה. בזמן המהריב"ל, שההליכה ממקום למקום נעשתה קשה יותר, ההרחקות הן ככפיה ממש, ואין לעשותן. ולעיל העתקתי את לשון הצ"צ באותה תשובה, שכתב שהרחקות דר"ת הן כמו אונס ממון קל, ומכלל דבריו משמע שהדיון בהרחקות כמו בשאר האונסים הוא במידת ההשפעה שיש להן על שיקול דעתו של הבעל. במהרי"ק דלעיל מבואר, שיש הבדל מהותי בין ההרחקות שהן בבחינת מניעת טובה מהבעל, לכפיה יזומה. גם קשה ליישב מה שכתב הצ"צ שהרחקות הן כמו אונס קל בממון, עם מה שכתב שהן כמעט כמו כפיה ובזמן הזה כמו כפיה ממש.

ונראה לבאר דבריו על פי מה שכתבתי לעיל, לחלק בין הרחקות ובין אונסא דאחרים בעלמא; הרחקות אינן אונס אלא מניעת טובה, לכן כל עוד מצבו של הבעל אינו משתנה בצורה קיצונית, עד כדי חשש פגיעה בגופו, אין כאן אונס והגט כשר. אונסא דאחרים בעלמא פוגע בזכויותיו של הבעל, לכן גם אונס ממון נחשב אונס, לפיכך הרחקות דר"ת, שגורמות בעקיפין שהבעל צריך לנדוד למקום אחר, והוא דבר גדול וקשה, שקולות לאונס ממון קל. בזמן האחרונים, המעבר ממקום למקום נעשה קשה כל כך עד שאין לבעל שיקול דעת כלל אם לגרש או לא, ודמי למה שכתבו הראשונים במניעת טובה שגורמת לפגיעה בגוף. לכן נמנעו האחרונים ולא עשו הרחקות דר"ת.

ובספר כפיה בגט שם כתב שדעת המהרשד"ם (יו"ד סי' קלב) כדעת הצ"צ. ועיינתי בתשובה, ולא מצאתי סמך לדבר.

אחרונים נוספים שחולקים על המהריב"ל

מרן הראש"ל זצוק"ל ביבי"א שם, הביא עוד אחרונים שכתבו שיש לעשות הרחקות דר"ת, וז"ל:

והנה גם בשו"ת צל הכסף ח"א (סי' ה וסי' ו) האריך למעניתו בזה, והעלה דשפיר סמכינן לעשות מעשה בהרחקה דר"ת. ע"ש. וכן נראה דעת הרב משכנות הרועים (מערכת מ' סוף אות רכט). ע"ש. וכ"כ בספר פחד יצחק (מערכת סוטה דף יז סע"ב). ע"ש. וע"ע בשו"ת ראש משביר (חאה"ע סי' לח) שכ' בשם שו"ת כרם שלמה (חאה"ע סי' כב) שרוב האחרונים הסכימו להרחקה דרבינו תם. ע"ש. וכן עשו מעשה גאוני בגדאד בי דינא רבה דבבל, ועל צבא תהלתם כמהר"ר אליהו עובדיה ז"ל גאב"ד דבגדאד, והובאו דבריהם בשו"ת שערי רחמים פראנקו ח"א (חאה"ע סי' ג דף י רע"ג), והסכימו עמהם חברי בית הדין הגדול בירושלים, הגאונים מהר"ר יעקב שאול אלישר, וכמהר"ר רחמים יוסף פראנקו, וכמהר"ר שמ"ח גאגין, זצ"ל. [וע' בשו"ת שואל ונשאל ח"ב חאה"ע סי' נה אות ו. וי"ל ע"ד]. וכל שכן בנ"ד שאין ספק שהבעל חייב להוציא את אשתו בגט, וכמו שפסקו הרבנים חברי בית הדין האיזורי ירושלים שליט"א, ואף ידינו תכון עמהם, והסכמנו להחמיר עוד על הבעל המשיב לעשות לו הרחקה דר"ת.

עיינתי בספרי האחרונים שמרן הראש"ל זצוק"ל ציין לדבריהם, וראיתי שכמה מהם כתבו שאף במורדת דמאיס עלי עושים הרחקות דר"ת [עי' משכנות הרועים ואהלי תם שם. ועי' צל הכסף שם שכתב שכן דעת רוב האחרונים] וכמה מהם עוסקים במקרים שבהם יש עילה לחייב בגט [עי' ספר פחד יצחק וראש משביר וכרם שלמה שם].

עי' בצל הכסף (שם סי' ו) שהביא את דברי הרב שהשיב לו, וכתב (שם לד ע"ב) שאין לעשות הרחקה דר"ת, כי יש הסוברים שהיא ככפיה ויש סוברים שהיא חמורה מכפיה, ואף העושים הרחקה מקפידים שלא יאמרו לבעל שאם יגרש יתירו לו אלא מרחיקים סתם, וכדעת המהרשד"ם, שכתב שם שכן דעת המהריב"ל בכמה תשובות. וכתב בשם שו"ת לב שמח (יו"ד סי' ב), שהשיב למש"כ המהריב"ל, שלא מצא מי שחולק על הראשונים שסוברים שעושים הרחקות, אכן כל הראשונים שלא כתבו שיש לעשות הרחקות - חולקים על הראשונים שסוברים שעושים הרחקות. עו"כ שגם המהרח"ש בתשובה (סי' מב שם) לא הסכים לעשות הרחקות אלא רק במקום שיש ענין של מיגדר מילתא כמו בנדון דידיה.

בעל הצל הכסף (שם סי' ו - במוסגר) השיב לתשובת האוסר לעשות הרחקות (שם דף לה),

ופלפל באריכות בדעת המהריב"ל ואחרונים שהביאו את דבריו, ומסקנתו שהמהריב"ל מחלק בין מקרה ובו לדעת רוב הפוסקים יש לכפות וכן העיקר להלכה, דמותר להטיל הרחקות, לבין מקרה שלדעת רוב הפוסקים אין לכפות, שלא מצא שגדולי דורו יכפו לגרש, ולכן הורה המהריב"ל דאין לעשות הרחקות בכל כה"ג.

ע"י בשו"ת שואל ונשאל שם שדן בבעל שמכה את אשתו, והעתיק דברי הב"י שכתב שאין לכפותו, והוסיף וכתב:

מסתמיות דבריו [של הב"י] נר' דגם הרחקה דר"ת לא עבדי וע"י להמשה"ר ז"ל מע' מ"ם אות רכ"ט משם ה' אליה רבה ועם שה' א"ר ז"ל מסיק בנדונו לעשות הרחקה לענ"ד אין נראה כן ד' מרן מדסתם וכ"כ הכנה"ג סי' קנ"ד הגהב"י אות מ"ט משם ה' משפט צדק ח"א... דאפי' היה רודף אחריה בסכין אין כופין לגרש וכן אין לומר לו שחייב להוציא ע"ש וה"ד המשד"ר ח"א אה"ע סי' קנ"ז ע"ש א"כ כ"ש דלא עבדינן ליה הרחקה דר"ת וכ"נ דעת הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קנ"ד דאין מזכירין לו שיוציא את אשתו כלל ע"ש.

השואל ונשאל סובר שאין לעשות הרחקה במקום שאין חיוב לגרש, לכן לדעת האחרונים שכתבו, שאין לחייב בגט בעל שמכה את אשתו, אין לעשות הרחקה. והראיה שהביא מתשובת הרדב"ז אינה ברורה, דע"י בכנה"ג שם שהעתיק את תשובת הרדב"ז, ושם כתב שמותר לקרותו עבריינא, ומה שכתב שאין מזכירין וכו', הוא בכפיה בדרך ברירה, שכתב שם שמותר לכופו בשוטים שלא יכה, ואין אומרים לו שיוציא את אשתו, ואם מעצמו יגרש – לית לן בה.

ע"י בהסכמת מרן הראש"ל לצוק"ל לספר אהלי תם הנדפס מחדש, שציין לתשובתו בענין מאיס עלי, והפליג בחשיבות תשובה זו, ובדברי הר"א אלפאנדרי שהורה לעשות הרחקות דר"ת, וכתב שכ"פ בשבתו בביה"ד הגדול (התשובה ביבי"א שם), והסכימו עמו חברי ביה"ד הגרא"י וולדנברג והגר"י קולין.

ומכאן תשובה למה שכתב הגר"י גולדברג במאמרו (עמ' רצג) שתשובת מרן הראש"ל ביביע אומר נכתבה בשנת תשמ"ה, כעשר שנים לפני כניסתו לתוקף של החוק שמאפשר לבית הדין להוציא צווי הגבלה כנגד הבעל, שתקפים בכל מקום בארץ. עינינו רואות, שמרן הראש"ל חזר במשנה תוקף על דבריו זמן רב אחרי שהחוק נכנס לתוקף, ובוודאי ידוע היה לו על היקף צווי ההגבלה שבית הדין מטיל על פי החוק באותה עת.

הרחקות דר"ת בבעל מעוכב יציאה

בספר כפיה בגט (עמ' תפג) דן בהטלת הרחקות על בעל מעוכב יציאה, וכתב שבזממה"ז שמעמדו של ביה"ד נחלש מאד, על אף שהבעל אינו יכול להינצל מההרחקות שעושים, אין

כאן אונס. וציין למה שנכתב בפסק דין שניתן בביה"ד בירושלים, בהרכב הדיינים הגאונים: הרב ש. שפירא; הרב מ.י. מילצקי; הרב י. בבליקי (פורסם בפד"ר טז עמ' 261 ואילך) שבארץ ישראל אין לעכב את יציאת הבעל מן הארץ ולהטיל עליו הרחקות במקביל. עיקרי הדברים הובאו בפסק דין נוסף של אותו הרכב (פורסם בפד"ר יב עמ' 337-338). במאמרו של הגר"י גולדברג (עמ' רצב-רצג) כתב שלא מבעיא שאין להרחיק בעל מעוכב יציאה אלא אף בעל שאינו מעוכב יציאה, אם אינו יכול להעתיק את מגוריו לחו"ל בדרך קלה, אין להרחיקו.

אולם לפי מה שכתבתי לעיל, שהרחקות שאינן שוללות את שיקול הדעת של הבעל, אינן נחשבות לכפיה אלא למניעת טובה, פשוט וברור שבזמן הזה שההרחקות מוגבלות מאד, והציבור הכללי לא צאית דינא, אף מי שאינו יכול לצאת מהארץ ולהינצל מההרחקות שהטילו עליו אינו כפוי לגרש.

הרחקות דר"ת בבעל שלא חויב בגט

לעיל כתבתי שלדעת כמה אחרונים אין עושים הרחקות דר"ת במקום שהבעל אינו מחויב בגט. הרחבה בענין זה יש בפסק דין בפד"ר יב שם, לאחר שהביאו את דברי המהרי"ק והרמ"א והגר"א בסו"ס קנד, כתבו:

הרי מפורש שאין עושים הרחקה אלא במקום שחכמים אומרים לו שעליו לגרש וכן משמעות המרדכי פ' המדיר, "מיהו בכל הני דלא קתני כופין אלא יוציא ויתן כתובה לא כפינן אלא בדברים בעלמא כדפ' לעיל ולא בשמתא... אבל הר"מ הכהן אומר בשם ר"ת דנוכל לעשות שנקבל עלינו גזירה שלא לישא וליתן עמו עד שיקבל ליתן גט". וכן כתב הריב"ש סי' קכ"ז בשם ר"ת משמע דקאי במקום שנאמר יוציא א"כ משמע לכאורה שר"ת בתשובה סובר שמאיס עלי חייב להוציא כי אחרת לא היה גוזר עליו הרחקה. וזה סותר מה שכתבו תלמידי ר' יונה שדעת ר"ת שאפילו אין אומרים לו עצה לגרש.

נראה בדעת ר"ת, שאמנם אין עושים הרחקה אלא במקום שחייב לגרש, אבל אפילו במקום שאין חייב לגרש, אם עשו הרחקה אין הגט נחשב מעושה, כי הרחקה אינה אונס. לכן במאיס עלי, אף על גב שאין חייב לגרש, בשעת הצורך אפשר לעשות הרחקה. עיין בחזון איש (סי' קח ס"ק יב), שהסתפק אם עשו הרחקה במקום שאין חייב לגרש, האם הגט כשר, ומתשובת ר"ת שהבאנו משמע שהגט כשר. אבל צ"ע בדברי בנימין זאב (סי' פח) לו, "דיכולין להחמיר עליו שלא ימולו לו בניו ולא יכניסון לבית ספר ולא יקברו אותו אם ימות, אם לא יגרש מרצונו, כי אין זה כפיה על הגט לקיים מה שמחוייב לעשות" כו' וכ"כ הב"י ריש סימן זה בשם ר"י בן הרא"ש. משמע דהרחקה נחשבת כפיה אלא שאין זו כפיה על הגט לקיים מה שחוייב, והרי

ר"ת כתב שהרחקה לא נחשבת כלל כפיה? ועוד לדבריו, איך עשה ר"ת הרחקה באומרת מאיס עלי הרי אינו מחויב לגרש? וכן מה שהביא הדרכי משה מהב"י, הרי שם מדובר בכפיה ממש? מיהו בזמן הזה גם הרחקה נחשבת כפיה, (עיינן גבורת אנשים אות עב).

דברי חברי ההרכב החשוב אינם בהירים לענ"ד; אם הרחקה חשובה כפיה, מה טעמו של ר"ת שעשה הרחקה. ואם הרחקה אינה חשובה כפיה, מדוע שלא יעשו הרחקה. ומה שכתבו שעושים הרחקה בשעת הצורך, צ"ע באיזה צורך מיירי? גם בעלי הפסק נשארו בצ"ע.

בפסק דין של אותו הרכב (שפורסם בפד"ר טז) ביארו את הראיה מדברי הרמ"א שם, שהביא את ההרחקות דר"ת בהמשך לדברי השו"ע, דמיירי באיש שחייב בגט ונחלקו הראשונים האם כופים עליו לגרש. כ"כ בספר כפיה בגט (עמ' תעז) שמדברי המרדכי והרמ"א משמע, דאין לעשות הרחקות דר"ת אלא במקום שיש חיוב או לפחות מצוה לגרש.

בחזו"א שם (הועתק לעיל) הסתפק בדבר, האם הרחקות דר"ת הם סוג של כפיה מותרת במקום שהבעל חויב בגט, כמו שמשמע מדברי הרמ"א, או שהרחקות אינן כפיה כלל מן הטעמים שכתב שם ושנתבררו לעיל.

הצד הראשון בחזו"א אינו מבואר, דממנ"פ אם הרחקות הן כפיה, אסור לעשותן במקום שאין דין כפיה, ואם הרחקות אינן כפיה, מותר לעשותן גם במקום שהבעל אינו חייב לגרש.

וראיתי במאמרו של הגר"י גולדברג שליט"א (עמ' רסו-רסט) שהביא כמה גרסאות בראשונים ובאחרונים בהרחקות דר"ת, ומסקנתו שאף לא אחד מן הראשונים כתב במפורש שהרחקות דר"ת הן בבחינת כפיה. וכתב שהדקדוק של החזו"א ובעלי הפסק הנ"ל מדברי המרדכי והרמ"א הוא מהא דכתבו את ההלכה שמרחיקים את הבעל במי שחויב בגט, ולא כתבוה באה"ע סי' עז בהלכות מורדת דמאיס עלי, על אף שבמקרה זה כתב ר"ת שעושים את ההרחקות. כן נראה שדקדק בשו"ת ושב הכהן (סי' נה) לז, מהא דהביא הרמ"א את ההרחקות דר"ת בהמשך למחלוקת הראשונים בבעל שחויב בגט.

הדקדוק מדברי הרמ"א צ"ב. דהא הרמ"א בד"מ הראה מקורו מתשובת המהרי"ק והבנימין זאב, ושם כתבו להדיא, שר"ת, שהיה ראש המחמירים במורדת דמאיס עלי, הורה להרחיק את הבעל. וכיצד יפסוק הרמ"א בשו"ע היפך ממה שכתבו הפוסקים בדעת ר"ת? גם תלמידו הגדול של הרמ"א, בעל הלבוש (בסו"ס קלד) פסק להדיא, דעבדינן הרחקות דר"ת באשה שטוענת מאיס עלי, כשביה"ד רואה שאין זיווגם עולה יפה. וכל האחרונים שהחמירו בהרחקות דר"ת, הודו למה שכתב המהריב"ל, שר"ת היה ראש המחמירים במאיס עלי וכו', והחמירו מן הטעם שכתב המהריב"ל שהזמנים השתנו.

הגר"י גולדברג (עמ' רעד-רעו) השיב לתמיהה זו; הרמ"א סובר כדעת הראשונים בדעת

ר"ת שבמאיס עלי אף אין מייעצים לבעל שיגרשה, ולכן אין להרחיקו אם לא מגרשה, ואילו המהרי"ק והבנימין זאב סוברים כדעת הראשונים בדעת ר"ת שמיעצים לו לגרשה. מכל מקום מבואר, שגם לדבריו במקום שמיעצים לבעל לגרשה, שפיר דמי לעשות הרחקות דר"ת.

דרך אחרת לבאר את דברי הרמ"א, על פי מש"כ הצמח צדק בדעת ר"ת, שאין לעשות הרחקות אלא במקום שיש איזה צירוף לכפיה. לצורך זה, דעת הרמב"ם והגאונים, שכופים גט במאיס עלי הוא צירוף מספיק, אף שלא הובא להלכה בשו"ע. וה"ה וכ"ש שדעת הראשונים שסוברים שבכל מקום שיש חיוב בגט כופים על הבעל לגרש, הוא צירוף מספיק.

מה שדקדקו בפסק הדין שם מדברי הגר"א, שכתב: "שכל זה עושים לו שעבר על דברי חכמים", משמע דמיירי בבעל שחויב בגט מדברי חכמים, אינו ראה לענ"ד. הנה הבאתי לעיל את לשונו של רבינו יו"ט, שכתב שבעל שלא מגרש את אשתו שמאסה בו עובר על תקנת חכמים, ולא מצאנו בשום מקום תקנה כזו. ביארתי שכוונתו להנהגה נכונה לדעת חז"ל. ודו"ק שכתב הגר"א שהבעל עבר על דברי חכמים בעבר, ולא שעובר היום על דברי חכמים שחייבו אותו לגרשה.

כן נראה מתשובת ושב הכהן (שם) שההרחקות הן עונש על העבר ולא כפיה על העתיד, שכתב וז"ל:

ולא דמי למ"ש הרמ"א בהגה ומ"מ יכולים לגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה כו', דשאני התם דאפילו אם הדין דאין כופין אותו בשוטים עכ"פ אם אינו מוציא עובר על דברי חכמים שאמרו יוציא, ולכן מענישין אותו על שעובר על ד"ח ויכולין לגזור עליו שלא לישא וליתן עמו וכיוצא בזה כי לא מיקרי כפי'.

אף שכתב השב הכהן שם שאין לעשות הרחקות במקום שאין חיוב בגט, אפשר לומר שהוא הדין בכל מקום שהבעל עובר על תקנת חכמים, דשפיר דמי להענישו על העבר ולהרחיקו.

הרחקות דר"ת לדעת הרשב"א

בחזו"א שם העיר על הרמ"א שהביא את הרחקות דר"ת להלכה, וז"ל:

ובב"י (סי' קנ"ד) הביא תשובת הרשב"א דאין לבזותו ולצערו. וכמדומה שלדעתו ז"ל אין ביה"ד מחמירים עליו בהרחקות שבוה מבזין אותו ומצערין אותו ופשטא דסוגיא ע"ז א' משמע כן שבדברים אלו יוסר עבד, ובפ"ת ס"ק ל כתב בשם הג"א בשם מהריב"ל דהאידינא דההרחקות חשובין כנידוי אין כופין בהרחקות, ולא אתפרש מ"ש האידינא מימי ר"ת, מ"מ למש"כ נראה להחמיר לדינא.

יש לעיין בדבריו. הנה כתב (שם סק"ח) שלמ"ד שהכפיה שכופים בעל ששהה עם אשתו

י' שנים לגרשה היא כפיה במילי, מותר לנדונו, ובוזה עדיפה הכפיה מחיוב, שבעל שמחויב לגרש מותר לקרותו עבריינא, ובעל שכופים אותו במילי מותר לנדונו. בגמ' בכתובות (עז ע"א) נדחו דברי האומר שכופים במילי, מן הטעם שבדברים לא יוסר עבד. וכיצד יתכן שבהרחקות שמבזים ומצערים את האדם, יוסר עבד, ובנידוי שחמור מהרחקות לא יוסר עבד.

מש"כ בשם הרשב"א, הוא בכ"י אה"ע סי' קנד בשם הרשב"א בתשובה (ח"ז סי' תיד), שדן באשה שטוענת שאין לבעלה כ"ג, וכתב וז"ל:

ואם היא אינה רוצה ואינה שומעת להם בכך אלא שרוצה להתגרש מפני טענה זו. מבקשים מן הבעל לגרש ואם לא רצה כופין אותו ליתן כתובה, אבל אין כופין אותו ליתן גט אלא יכולין ב"ד לאיים עליו בדברים ובלבד שלא ינדוהו ולא יבזוהו ולא יצעררו אותו בגופו.

בספר כפיה בגט (עמ' תפה) העיר על דברי החזו"א, שבשו"ת הריב"ש (סי' קכז) הביא גרסא אחרת בתשובת הרשב"א, ובמקום "ולא יבזוהו" כתב "ולא יכה" (וכך היא הגרסא בשו"ת מהר"ם אל אשקר סי' פט). ולגרסתו אתי שפיר שהביא באותה תשובה את הרחקות דר"ת להלכה, ולא מצא סתירה בין דברי הרשב"א להרחקות דר"ת.

גם הרמ"א ושאר האחרונים, שהביאו את הרחקות דר"ת, ולא העירו מדברי הרשב"א – על אף שספר הב"י היה לפנייהם, סוברים שאין סתירה בדברים. ובאמת הדבר מפורש בתשובת המהרשד"ם שם, דעל אף שמותר לעשות הרחקות – אסור לפגוע בכבודו של הבעל, שפגיעה כזו אינה הרחקה מהבעל אלא פגיעה בקום עשה בבעל, והיא אסורה. על אף שעצם החרם שמטילים על מי שישא ויתן איתו וכו', גורם לו לבושה גדולה, אין כאן הרעה, שכל דבר שנעשה כדין, אינו נחשב להרעה. כשם שלפי הדין מותר לומר לבעל שחויב בגט, שאם לא יגרש יקראו לו עברייני, על אף שהוא מתבזה. אך כשמבזים את הבעל שלא כדין, זו הרעה אסורה. לעיל הבאתי את מש"כ האליה רבה שבעל שמעגן את אשתו ואינו מגרשה אינו בכלל רעך, ואין צריך לעשות לו טובה. ומדברי הרשב"א והמהרשד"ם נלמד שפגיעה מיותרת בבעל אסורה על אף שהוא אינו בכלל רעך.

ומה שדקדק החזו"א ברשב"א שכתב שאין מצערים אותו, תשובתו בצדו, שכתב "ולא יצעררו אותו בגופו".

תליית הרחקות דר"ת בגירושין

לעיל הובאו דברי המהרשד"ם (יו"ד סי' קו ואה"ע סי' עא) שכתב שאין אומרים לבעל שעושים את ההרחקות כדי שיחלוץ (וה"ה כדי שיגרש), אלא עושים את ההרחקות סתם והבעל מעצמו יגרש. דבריו הובאו בב"ש (סי' קסה ס"ק יא) ובמהרש"ש (אה"ע סי' מט), וכע"ז כתב

בשו"ת משפט צדק (ח"ב סי' ע). בשו"ת בית דינו של שלמה (שם) ובספר צל הכסף (סי' יג עמ' צב) תמהו על המהרשד"ם. ובספר כפיה בגט (עמ' תפז) הציע ישוב, וכתב שמדברי הב"ש שהביא את דברי המהרשד"ם בסתם לא משמע כדבריו.

ובאמת תימה גדולה היא, שבראשונים שהביאו את הרחקות דר"ת כתוב במפורש שאומרים לבעל שירחיקוהו אם לא יגרש.

לפי מה שנתבאר לעיל, שהאחרונים עשו הרחקות דר"ת במקום שיש צירופים לכפיה, אפשר ליישב שהמהרשד"ם עשה את ההרחקות באופן כזה שלא אומרים לבעל מדוע מרחיקים אותו, דבכה"ג יש אומרים שגם כפיה ממש אינה פוסלת את הגט כדאיתא בתורת גיטין שם. וזה צירוף נוסף להכשיר את הגט שיתן הבעל מחמת ההרחקות. לפי זה, דברי המהרשד"ם א"ש, בוודאי לא נעלמו ממנו דברי הראשונים שכתבו שאומרים לבעל שעושים את ההרחקות כדי שיגרש את אשתו, אלא סבר כדעת האחרונים, שנכון וראוי לצרף סניפים לכפיית גט, או לעשות את ההרחקות באופן שיש אומרים שגם כפיה אינה פוסלת את הגט. לכן כתב שלא יאמרו לבעל מדוע מרחיקים אותו, וזה יהיה צירוף נוסף להקל.

שו"ר במאמרו של הגר"י גולדברג (עמ' רפא) שכתב כעין זה.

הרחקה שלא כדין, האם פוסלת את הגט

החזו"א (שם אות יב) הסתפק בדבר. עי' בצל הכסף (שם סי' ה עמ' כו) שכתב בפשטות כצד ב' של החזו"א, שגם במקום שאין הצדקה להרחיק אדם, אם הרחיקו אותו וגירש, הגט כשר, שהרחקה אינה חשובה כפיה. והוסיף וכתב, שלא ראינו אף לא אחד מהפוסקים שסובר שהרחקה שלא כדין פוסלת את הגט. ואנו נוסיף, שמדברי הראשונים משמע להדיא כמו הצד השני בחזו"א, שהרחקות דר"ת אינן אונס אלא מניעת טובה. לעיל הרחבנו בביאור דבריהם, ובהא דחילקו בין מניעת טובה, הגורמת לאונס בגוף, ובין מניעת טובה, הגורמת לאונס בממון.

הרחקה על פי אומדנא

הרחקות דר"ת אינן מוגבלות רק לדיני אישות. כתב הרמ"א (חו"מ סו"ס טו):

ואם נראה לב"ד שאחד גזול חברו ולא יוכלו להוציא ממנו בדין, יכולין לגזור על שאר בני אדם שלא ישאו ויתנו עמו, ואם היא אשה שלא תנשא לאיש ולא יעסקו בשידוכיה עד שתוציא מידה שאינו שלה. וע"ל סימן שנ"ח סעיף ה'.

ובסי' שנח שם איתא, דאפשר לעכב נישואיה של אשה שסוחרת בדברים שלא כדין.

באורים (חו"מ סי' טו ס"ק טז) כתב:

שאחד גוזל חבירו ולא יוכלו להוציאו ממנו בדין וכו'. פירוש דשורת הדין לשלם, רק לרוב אלמותו א"א להוציא, או שעושה דחיות מבלי לירד לדון עם שכנגדו, ואם תנשא לאחר יהיה אחר כך קשה להוציא כמו שהיה עובדא בתשובת פסקי מהרא"י סי' ר"ס ורס"א, ע"ש. וע"ז עבדינן לכך, אבל אם א"א להוציא מחמת שאין ביד ב"ד לברר, כי אין לנו כח לפסוק אומדנא וכמש"כ הרמב"ם, פשיטא דאין לו לעשות כזה למחות מבלי להנשא וכל כיוצא בזה, דאין לך כפייה גדולה מזה, וא"כ היינו שב"ד מוציאים באומדנא, וכמש"כ הרא"ש (ב"ק פ"א סי' כ) גבי דיני קנסות דלא משמתנין בזה"ז דהיינו מוציאים בדין, ומכ"ש באופן זה דהוא יותר חמור משמתא.

האורים מבאר, שמה שכתב הרמ"א 'ואם נראה לבי"ד שאחד גוזל' אין כוונתו שנראה באומדנא בלי ראייה, אלא שיש ראייה גמורה ונראה לבית דין שאי אפשר להוציא מהגולן בדין, דאז גוזרים על כל אדם וכו'.

מבואר באורים, שאין להקל בכירור העובדות הנחוצות לפסיקה המטילה על אדם הרחקות דר"ת.

על מה שכתב שהרחקות דר"ת "אין לך כפייה גדולה מזו", עי' מה שכתבתי לעיל לח.

הרחקת ילדי המורחק

בתשובת בנימין זאב שם כתב שבכלל הרחקות דר"ת גם, "שלא ימולו בנו ולא ילמדו לו ספר". עי' בספר כפייה בגט (עמ' תפו), שכמה ראשונים ואחרונים שהביאו את הרחקות דר"ת, השמיטו את ההרחקות כנגד הילדים. בד"מ (אה"ע סי' קנד אות יח) הביא את מש"כ הבנימין זאב בשינוי לשון קצת, ובמקום "ולא ילמדו לו ספר" כתב "ולא יכניסם לבית הספר". אפשר שהד"מ סובר כדעת הט"ז (יו"ד סי' שלד סק"ג) שהשיג על מה שכתב השו"ע (יו"ד שם סעי' ו) שיש לגרש את בני המנודה מבית הספר, דהני מילי בבנים קטנים, שאביהם מצווה לחנכם והם מצד עצמם אינם מצווים ללמוד, אך בבנים גדולים, המצווים מצד עצמם, פשוט שאין לעשות כן, שאין העולם מתקיים אלא על הכל פיהם וכו', והם אינם אשמים במעשי אביהם.

מין הראש"ל זצוק"ל (יב"א ח"ח אה"ע סי' כה) כתב:

ולפ"ז נראה שיש להמנע מחומרות יתרות אלו גם בהרחקה דר"ת, שלא לנהוג מילתא דתמיהא לאינשי. גם החומרא שהחמיר רב פלטוי גאון להוציא את בניו מבית הספר וכו', נראה שאין לעשות כן בזמנינו, וכך ראיתי למהרש"ל בים של שלמה (פ"י דב"ק סי' יג) הנ"ל, שכתב, וחלילה להוציא את בניו מבית המדרש

או מן הישיבה, ופעם אחת בא מעשה לידי, שכתב אלי חכם וזקן אחד בעל הוראה בדורו, שאוציא את בני המוחרם מהישיבה, ולא השגחתי בו כלל. ע"כ. והוא הדין בהרחקה דר"ת.

סיכומו של פרק זה:

בעל שנוהג עם אשתו שלא כדין לפי תקנות חז"ל ותקנת הקהילות; יש ראשונים שסוברים שכופים עליו לגרש את אשתו, ויש ראשונים שסוברים שאין כופים אלא באותם מקרים שאמרו חכמים במפורש שכופים.

הראשונים שסוברים שאין כופים על הבעל הזה לגרש את אשתו, מודים שמטילים עליו הרחקות דר"ת.

בכלל הרחקות דר"ת, כל הגבלה שמטילים על מגודה, למעט הנידוי עצמו שחל על גופו.

הבדל בין מורחק למגודה – למורחק יש שיקול דעת אם לגרש, ולמגודה אין שיקול דעת אם לגרש.

הבדל בין הרחקה לכפיה – הרחקה היא אילוץ לגרש על ידי הימנעות מפעולה שאינה משנה את מצבו הכלכלי והאישי של הבעל, וכפיה היא אילוץ לגרש על ידי פעולה יזומה שמשנה את מצבו הכלכלי והאישי של הבעל.

אין חילוק בין הימנעות מפעולה כדין ובין הימנעות מפעולה שלא כדין, לפי דיני איסור והיתר או לפי דיני ממונות.

הרחקה שגורמת לפגיעה בממונו של הבעל, אפילו פגיעה שאינה קצובה, אינה נחשבת לאונס. הרחקה שגורמת לפגיעה בגופו של הבעל, אפילו פגיעה קצובה, נחשבת לאונס.

אונס הוא אדם שמחמת אילוץ או טעות לא היה לו שיקול דעת שלא לעשות את מה שעשה.

אונס הוא אילוץ על ידי פגיעה או איום אמין בפגיעה או דרישה על ידי איש מאוים שמסוגל לפגוע באדם, בגופו ובממונו, במעשה או בטענה והכחשה, שרוב האנשים יכנעו לו ויגרשולט. יש אומרים שאף על ידי פגיעה או איום בפגיעה בקרוביו של האדם שרחמיו עליהם.

אונסא דנפשיה קצוב אינו נחשב לאונס אפילו בנפשות, ואונסא דנפשיה שאינו קצוב נחשב לאונס בנפשות. ובממונות, אף אונסא דנפשיה שאינו קצוב אינו נחשב אונס. וע"ע להלן.

טעות שווה לאונס. דין בעל שטעה וגירש הוא כדין בעל שנאנס באונסא דנפשיה וגירש, ודין בעל שהוטעה וגירש הוא כדין בעל שנאנס על ידי אחרים וגירש, ויש חולקים בזה וסוברים שהגט ניתן ברצון והוא כשר.

בבעל שהוטעה ולא בירר את הדבר, נחלקו האחרונים בדעת הראשונים, יש סוברים שהבעל סבר וקביל לגרש ללא קשר להטעיה, והגט כשר, ויש סוברים שהבעל הוטעה והגט פסול.

אונסא דנפשיה – יש ראשונים הסוברים שנחשב לאונס ויש סוברים שאינו נחשב לאונס.

אם לא גילה דעתו שהוא אנוס – יש אחרונים הסוברים שלדברי הכל אינו נחשב אנוס.

נאנס באונסא דנפשיה לעשות דבר שהוא חייב בו לפי דין תורה, יש אחרונים שסוברים שלדברי הכל אינו נחשב לאנוס.

נאנס באונסא דנפשיה לעשות דבר שהוא לא חייב בו לפי דין תורה על ידי מי שמחויב לדין תורה – נחשב לאנוס לדברי הכל.

נאנס בידי מי שאינו מחויב לדין תורה, כגון שנאנס על ידי הגוי שהתחייב לו, הוי אונסא דנפשיה, ויש סוברים שגרע מאונסא דנפשיה.

העיקר להלכה: אונסא דנפשיה אינו נחשב לאונס. גם לדעת האחרונים שחששו לדעת הראשונים הסוברים שאונסא דנפשיה נחשב לאונסא, הוא רק לכתחילה היכן שאפשר לתקן.

בעל שהתחייב בקנס אם לא יגרש, ועמד בהתחייבותו וגירש, הכל מודים שאינו נחשב לאנוס.

דין אונס דסיקריקון – ישראל שהיה מסור ביד גוי להורגו או לגזול את ממונו, והציע לגוי ממון במתנה, ודין אונס דאחרים שהנאנס יכול להינצל ממנו – בדרך ברורה וידועה וללא טורח רב (לדעה אחת) או בכל דרך שהיא, אף בטורח ובסיוע של אחרים (לדעה שניה) – שווה לדין אונסא דנפשיה.

דין אונסא דנפשיה הוא אף במי שאינו יכול להינצל מן האונס.

הרצון הנדרש בגירושין הוא, שהבעל המגרש יסכים בדעתו שהגירושין הן טובתו ולא טובתם של אחרים, כגון בעל שנאנס לגרש באונסא דנפשיה; בעל שנאנס לקיים את חובותיו ומגרש כדי להיפטר; בעל שנכפה לגרש כדין; בעל שגירש בגלל אונס שאינו קשור לגירושין.

בעל שנכפה לגרש שלא כדין, מגרש בלי רצון, שהגירושין אינן טובתו אלא טובתם של הכופים.

בעל שגירש לאחר שהטילו עליו הרחקות דר"ת;

אם מחמתן ילקה בגופו ויצטער שם צער רב בגופו – הגט מעושה, שאין לבעל שיקול דעת כלל, והגט פסול. אם מחמתן יגרם לו הפסד כספי – הגט כשר, אף אם באונס דאחרים בעלמא בכה"ג הגט מעושה ופסול.

נחלקו האחרונים האם הרחקות דר"ת נוהגות בזמנם, במקום שאין צירופים לכפיה. על אף שלדעת רוב ככל האחרונים, הרחקות דר"ת הוסכמו על כל הראשונים אף במקום שאין מצוה לגרש, חששו האחרונים לטעם שכתב המהריב"ל, שבזמנם ההרחקות קשות בעיני אנשים יותר מן הנידוי. אפשר לבאר טעמו זה בשתי דרכים; א. בזמן האחרונים אנשים חששו שהרחקות הן כנידוי ממש שפוגע בגוף האדם. ב. בזמן האחרונים המעבר ממקום למקום נעשה קשה כל כך עד שאין לבעל שיקול דעת אם לגרש או לא, ודמי למה שכתבו הראשונים במניעת טובה שגורמת לצערא דגופא.

לפי שני הביאורים לעיל בטעם המהריב"ל, בזמן הזה – הרחקות דר"ת וצווי הגבלה שביה"ד הרבני רשאי להטיל על הבעל לפי חוק, אינם שווים לנידוי בזמן הראשונים והאחרונים שיד ביה"ד היתה תקיפה, ולצערא דגופא. לכן נראה שהאחרונים – שחששו לדעת המהריב"ל לחומרא, שלא לעשות הרחקות דר"ת – יסכימו שיש לעשות הרחקות דר"ת בזמן הזה. וכן פסק מרן הראש"ל זצוק"ל והסכימו עמו חבריו, חברי ביה"ד הגדול.

מאותו הטעם, עושים הרחקות דר"ת גם כשהבעל מעוכב יציאה מהארץ בצו ביה"ד או ביהמ"ש.

העיקר לדינא שעושים הרחקות דר"ת גם במקום שהבעל לא חויב בגט. מכל מקום צריך שיהיה איזה טעם חשוב לכך, שהבעל נהג שלא כדין וכדומה.

לכתחילה היכא דאפשר, אין לעשות הרחקות דר"ת במקום שהבעל לא חויב בגט או שיש איזה צירוף לכפיה (אף אם הבעל לא חויב בגט, כגון במורדת דמאסי עלי דשפיר דמי לצרף את דעת הרמב"ם והגאונים שכופים על הבעל לגרשה). אפשרות אחרת (שאינה מעשית בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל), לעשות את ההרחקות בלי לומר לבעל מדוע.

העיקר לדינא, בעל שהורחק שלא כדין וגירש – אינו מעושה, והגט כשר.

פסק דין שמטיל הרחקות דר"ת צריך להיות מבוסס על עובדות, כמו כל פסק דין אחר שניתן בענייני אישות וממונות.

יש להימנע מלעשות את ההרחקות הנוהגות בילדיו של המורחק.

סיכומם של דברים:

במאמר זה הארכתי בכל הצדדים של השאלה שהובאה לפני: האם ניתן לחסום את דרכו של מי שחויב בגט בפסק דין של בית דין רבני, מלהגיש תביעות לבית הדין (ויתכן שאף לבית המשפט האזרחי). השאלה נדונה הן מצד בית הדין שמחויב לעשות משפט וצדק, והן מצד המחויב בגט שצריך לתת גט כשר כדין.

מסקנת הדברים היא, שניתן למנוע מהמחויב גישה לערכאות משפטיות ובלבד שיתקיימו

שני תנאים:

המניעה לא תביא את המחויב בגט למצב השווה לאונס בגופו ונפשו, שלא מותר לו שיקול דעת אם לגרש את האשה או לא.

המניעה לא תיצור מצב שגורמים שיש להם ענין בגירושין יפגעו בזכויותיו של הבעל כדי לאלצו לגרש את אשתו.



דיני ממונות

הרב יצחק יוסף
הראשון לציון הרב הראשי לישראל

שמיטת כספים

פגימה וזקיפה בכתובה, מעמד חוב שהיה תלוי בשביעית בערעור

פסק דין

לפנינו ערעור על החלטת בית הדין האזורי מיום ג' בטבת תשע"ו (15.12.15).

ערעור זה הוא 'סבב' נוסף בבית הדין הגדול לאחר שערעור קודם על פסק דינו של בית הדין האזורי מיום כ' בסיוון תשע"ה (7.6.15) (להלן: פסק הדין הראשון) נדחה בפסק דין מיום כ"ו באדר א' תשע"ו (6.3.16) שניתן בדעת רוב.

בהחלטה נשואת הערעור נדחתה טענת הבעל שחוב הכתובה, שבו חויב בפסק דינו של בית הדין האזורי שניתן במהלך שנת השבע שנת השמיטה – תשע"ה, נשמט בסוף שנת השמיטה. על כך הערעור.

הצדדים טענו בעניין בדיון שהתקיים ביום י"ח בכסלו תשע"ז (18.12.16) והשלימו טיעונים בכתב. כעת הגיעה עת ההכרעה.

עובדות נחוצות

הצדדים נישאו בשנת תשס"ג (2003), התגרשו בשנת תשע"ד (2013), ולהם שני ילדים קטינים. ממועד הגירושין ואילך, הצדדים מתדיינים בבית הדין בתביעות הכרוכות לגירושין.

עובר לסידור הגט, ביום כ"ב טבת תשע"ד (25.12.13), קיים בית הדין האזורי דיון בבקשת הבעל לבטל צו עיכוב יציאה שהוצא כנגדו. בתום הדיון הגיעו הצדדים להסכמה שהבעל ישלם לאישה את כתובתה, שלפי הידוע לאישה ולבית הדין באותו מועד עמדה על סך של 60,000 ש"ח, ולאחר הגירושין יקיים בית הדין דיון בטענת הבעל כי האישה אינה זכאית לכתובה, וככל שטענת הבעל תתקבל – יקוזז הסך ששולם ממה שעתידה האישה לקבל במסגרת איזון משאבים.

בפסק הדין הראשון יש משאומתן בין הדיינים באשר לאומד דעת הצדדים באותו מועד. דעת הדיין הרב אריאל ינאי שאומד דעת הצדדים היה שהבעל ישלם את הסך שהוסכם – דמי הכתובה הידועים באותה עת – בנוסף למה שיחויב לשלם במסגרת איזון משאבים, ודעת אב

בית הדין (כתוארו אז) הרב מיכאל עמוס שאומד דעת הצדדים היה שהבעל ישלם את דמי הכתובה על חשבון מה שיחויב לשלם במסגרת איזון המשאבים. למרות ההבדלים ביניהם הסכימו כל חברי המותב שהסך ששולם ייגרע מדמי הכתובה, שלאחר דרישה וחקירה נקבע שהיא עומדת על סך של 360,000 ש"ח.

הערעור על פסק הדין הראשון הוגש ביום י"ט בתמוז תשע"ה (6.7.15). בקשה לעיכוב ביצוע הוגשה ביום ה' באב תשע"ה (21.7.15). החלטה לעכב את ביצוע פסק הדין ניתנה ביום כ"ה באלול תשע"ה (9.9.15).

ההחלטה נשואת הערעור

בית הדין האזורי כתב בקצרה שני טעמים הנחזים כטעם אחד: בית הדין כתב – בהתייחסו לטענת הבעל שהאישה 'פגמה וזקפה' את כתובתה לפני המועד שבו חובות נשמטים – שאין כאן חוב רגיל של כתובה ש'נפגמה' אלא קיזוז זכויות במסגרת איזון משאבים ולפיכך אין כאן פגימה של הכתובה, אלא מעשה בית דין.

אנו מביאים את הדברים כפי שהם, אף שלמרבה הצער אין הם מובנים לנו כלל. בית הדין קובע שאין כאן חיוב כתובה אף על פי שהחלק הארי של התשלום שהבעל חויב לשלם לאישה – כשני שלישי ממנו – הוא עבור כתובתה. לכאורה אין קשר גם בין הקביעה שמדובר בקיזוז במסגרת איזון משאבים לבין הקביעה שהכתובה לא נפגמה, שכן בית הדין קבע שהסך ששולם עבור הכתובה עובר לגירושין יקוזז מדמי הכתובה העורפים על מה שיחויב הבעל לשלם במסגרת איזון משאבים.

טענות הצדדים – טענות המערער

בפתח סיכומיו ציין הבעל המערער שמלכתחילה לא היה מקום לחייבו בכתובה, מאחר שהכתובה המקורית אבדה והכתובה שהוצגה היא צילום של העתק הכתובה שנשמר במשרדי הרבנות בנהריה. הבעל הפנה למה שכתב בכתב הערעור הקודם (פרקים 1-2) שאין לחייב את הבעל על בסיס העתק הכתובה שלפי דין הוא שטר פסול משני טעמים: משום שהוא עומד לזיכרון ולא לגבייה, ומשום שהוא עשוי להזדייף.

בהמשך נעסוק בטענות אלו ובמשמעותן.

לגופו של ערעור טען הבעל שנוכח העובדה שהאישה תבעה את הכתובה בבית הדין ואף גבתה חלק ממנה זמן רב לפני תום שנת השמיטה, התקיימו התנאים שנקבעו בהלכה לשמיטת הכתובה – 'פגמה' ו'זקפה'. הבעל הפנה למקורות שונים ומוסיף וטוען שאין כל משמעות לשאלה באלו נסיבות נפגמה הכתובה בגביית חלק ממנה ומה היה בדעת הצדדים,

שכן חשיבותה של הפגימה היא בכך שעל ידה האישה מגלה דעתה שהכתובה עומדת לפירעון ככל חוב אחר. כמו כן טען הבעל שאין לראות בפסק הדין של בית הדין האזורי 'מעשה בית דין' שאינו משמט, מן הטעם שאין מדובר בפסק דין חלוט, אלא בפסק דין הממתין להכרעה בערעור ושביצעו עוכב בהחלטת בית הדין הגדול.

תגובת המשיבה

האישה השיבה: שטר כתובה בימינו הוא מעצם טיבו שטר הנמסר לבית הדין, לפי שאי אפשר לממש את שטר הכתובה בשום ערכאה אחרת – גם לא בהוצל"פ – ללא החלטה של בית הדין. הסכום ששולם עובר לגירושין אינו פגימה של הכתובה אלא תשלום ששילם הבעל במסגרת הסכם, כדי שצו עיכוב היציאה יבוטל. עוד טענה שלדעת כמה מגדולי הפוסקים אין שביעית משמטת בזמן הזה, והפרוזבול הוא חסידות בעלמא.

טענות נוספות של המשיבה, במסגרת הערעור שכנגד, בתמצית

לטענת האישה בגלל הנסיבות המיוחדות של תיק זה יש לחייב את הבעל בכתובתה, בנוסף למה שחויב לשלם לה במסגרת איזון המשאבים.
כמו כן טענה שיש להצמיד את הכתובה.

תגובת המערער

הבעל השיב לתשובת האישה לערעורו, שלדעת כמה מגדולי הפוסקים אין השביעית משמטת חובות בזמן הזה ושיש להבדיל – בעניין זה – בין שומרי מצוות למי שאינם כאלה: הרבה פוסקים סוברים ששביעית משמטת חובות בזמן הזה, ואין מקור לחילוק בין שומרי מצוות לשאינם כאלה.

דיון

ערעור זה עוסק בסוגיה שלא זכתה למקום הראוי לה בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים. הטענות שנשמעו בערעור אינן מקיפות ולו מעט מסוגיה מורכבת זו שבה נעסוק בהרחבה להלן.

 הקדמה

בגדרו של החוב הנשטט בשביעית נאמרו ונשנו דינים רבים. על חשיבות הדברים לעניין שלפנינו, נעמוד בהמשך בהרחבה. כבר כעת נאמר שמתקיים כאן מצב הייחודי לבתי הדין הרבניים בישראל ודומה שמצב זה לא נדון מעולם, והוא: במועד שבו חובות נשטטים – בתום שנת השמיטה, פסק הדין של בית הדין האזורי, המחייב את הבעל בכתובה, היה מעוכב ביצוע ותלוי ועומד בערעור.

והנה במקום שיש פסק דין כתוב וחלוט – לית דינא ולית דיינא דאין החוב הפסוק נשטט בשביעית. כדאיתא במשנה בשביעית (פרק י משנה ב) שמעשה בית דין אינו נשטט בשביעית, וכדמפרש בירושלמי שביעית (שם הלכה א) שמעשה בית דין אלו "גזרי הדיינים". וכן פסק השולחן ערוך (חושן משפט סימן סז סעיף ח). וכתב בכנסת הגדולה (שם הגהת הטור סימן כ) שלדעת הר"ש בשביעית (שם משנה ב), דווקא פסק דין שניתן לאחר תביעה וכפירה אינו משטט, ולדעת הרמב"ם והרא"ש בכל עניין אין פסק דין נשטט בשביעית. וכתבו הרמב"ם ורבנו עובדיה מברטנורא (שם) שפסק דין אינו משטט משום שהוא כגבוי, כלומר שהתובע אינו צריך לנגוש את הנתבע.

אך בנדון דידן מתקיים מצב ייחודי שבו יש פסק דין שביצעו עוכב, ויש לדון האם החוב שבו נשטט – עיין בספרי ילקוט יוסף (מצוות התלויות בארץ חלק א – שביעית, מהדורת תשע"ה פרק כד סעיף כה עמ' תרסט). אגב כך נדון בסוגיה של שמיטת חובות בשביעית בזמן הזה.

 פרק א': חוב הנשטט בשביעית

נאמר בתורה (דברים טו, ב): "וזה דבר השמטה שמוט כל בעל משה ידו אשר ישה ברעהו."

ובספרי (דברים, פרשת ראה פסקא קיב) נאמר:

"שמוט כל בעל" – יכול אף בגזילה ובפקדון? תלמוד לומר: "משה ידו". או [נוסח אחר: אין] "משה ידו" – יכול שכר שכיר והקפת החנות? תלמוד לומר: "אשר ישה ברעהו." אם סופנו לרבות כולם מה תלמוד לומר "משה ידו"? מה משה ידו בזקוף – אף כולם זקופים.

וביתר ביאור במדרש תנאים (דברים שם):

"שמוט כל בעל משה ידו" – יכול הכל במשמע: המלוה והלווה והחוננו על פינקסו וכתובת אשה ושכר שכיר? תלמוד לומר "אשר ישה ברעהו" – יצא שכר שכיר והקפת החנות וכתובת אשה שאינו משמיט עד שיעשם עליו חוב.

דינים אלו ואחרים הובאו במשנה במסכת שביעית (פרק י משניות א-ב), ברמב"ם (הלכות שמיטה ויובל פרק ט הלכות א-ג), בטור ובשולחן ערוך (חושן משפט סימן סז סעיפים א-ז).

במשנה (שם משנה א) נאמר:

שביעית משמטת את המלוה בשטר ושלא בשטר. הקפת החנות אינה משמטת, ואם עשאה מלוה הרי זה משמט. רבי יהודה אומר: הראשון הראשון משמט. שכר שכיר אינו משמט, ואם עשאו מלוה הרי זה משמט. רבי יוסי אומר: כל מלאכה שפוסקת בשביעית משמטת, ושאינה פוסקת בשביעית אינה משמטת.

מבואר במשנה שהנסיבות שבהן נוצר החוב אינן חשובות, כמו מצבו של החוב בשעת שמיטת הכספים. לפיכך, כל חוב שנעשה מלווה, נשמט בשביעית. ובביאור מחלוקת התנאים וטעמם נאמרו כמה פירושים. כולם, על פי הירושלמי שביעית (פרק י הלכה א). הכלל העולה מן הדברים שייפרשו להלן כשמלה הוא ששביעית משמטת חוב של הנוגש - הנושה ברעהו, כלומר: חוב המקיים שיעבוד על חברו. הדיון בפוסקים הוא בשני עניינים עיקריים: הגדרת החוב, והגדרת הנגישה בחייב. נפתח דווקא בהגדרת הנגישה.

ענף א': הגדרת הנגישה

בירושלמי (שם) נאמר:

ומפני שהוא מקיף לו פעם שנייה נעשית ראשונה מלוה? אמר רבי אלעזר: דרבי יודא היא, וראוי לתובעו בראש השנה. רבי בא בשם רבי זעירא, בממון שהוא ראוי להאמינו. ומכיון שהוא ראוי לתובעו ראוי ליתן לו מעות, וכאן הואיל והוא ראוי ליתן לו מעות ולא נתן נעשית ראשונה מלוה.

קושיית ירושלמי על דברי רבי יהודה במשנה פשוטה: וכי מפני שהחנווני מקיף ללוקח פעם שנייה, נעשתה ההקפה הראשונה מלווה?

בפירוש היישוב נחלקו האחרונים בדעת הראשונים.

הפני משה (על הירושלמי שביעית שם ובמראה הפנים שם), הרידב"ז (שם ובתוספות רי"ד שם), והדרך אמונה (הלכות שמיטה ויובל פרק ט הלכה יא בביאור הלכה), מפרשים שהירושלמי מיישב את הקושיה, בהקדמת שקלא וטריא בפירוש משנה נוספת במסכת שביעית (שם משנה ב): "השוחט את הפרה וחלקה בראש השנה, אם היה החדש מעובר משמט ואם לאו אינו משמט." הירושלמי התקשה: כיצד חוב שאי אפשר לתבעו לפני מוצאי ראש השנה, נשמט עם כניסת ראש השנה של מוצאי שביעית? ומתוך רבי אלעזר שהמשנה היא כרבי יהודה הסובר שמשעת ההקפה השנייה החנווני מצפה מהקונה שישלם את ההקפה הראשונה

מעצמו ללא תביעה, ובשל כך שביעית משמטת את החוב. כך גם השוחט פרה בראש השנה והקיף ללוקח פעמיים, מצפה מהקונה שישלם במוצאי ראש השנה עבור ההקפה הראשונה, ועל אף שאינו יכול לתובעו לפני מוצאי ראש השנה, שביעית משמטת את ההקפה הראשונה. ורבי בא מתרץ שהמשנה היא ככולי עלמא, שהשוחט פרה ומחלקה סומך על הקונה ומאמין לו ומצפה שהקונה יצדיק את האמון וישלם לו בלי תביעה ולכן אף שבפועל לא ניתן לתבוע את התשלום לפני מוצאי ראש השנה, השביעית משמטת את החוב לדברי הכול. ומחלוקת רבי יהודה וחכמים היא אם גם בהקפת חנות קיימת כזו ציפייה מהקונה שבשעת ההקפה השנייה ישלם עבור ההקפה הראשונה.

במראה הפנים (שם) מיישב לפי זה את דברי הרמב"ם (שם הלכה ה):

שחט את הפרה וחלקה על דעת שהיום ראש השנה של מוצאי שביעית, ונתעבר אלול ונמצא אותו היום סוף שביעית, אכדו הדמים, שהרי עברה שביעית על החוב.

והקשה הראב"ד (שם):

אמר אברהם: אשתמיטתיה מאי דאמור בירושלמי דהאי מתניתין רבי יהודה היא דאמר הקפת החנות הראשונה ראשונה משמט, אבל לרבנן כל הקפת החנות אינה משמטת, והא דפרה הקפת החנות היא.

מראה הפנים מיישב שחכמים מודים לרבי יהודה במשנה דשוחט פרה בראש השנה, ששביעית משמטת את החוב.

והבית יוסף (חושן משפט שם) יישב את קושיית הראב"ד, בהקדמת דברי הרמב"ם בפירושו המשנה (שביעית שם משנה א) שכתב וז"ל:

והקפת החנות – הוא מה שדרך בני אדם להתקשר עם בעלי החנויות שיקח ממנו צרכיו עד שיתקבץ אצלו סכום וישלם לו – אין אותו הסכום הנקבץ נשמט בשביעית, לפי שאינו כדרך החובות, שלא מכר בעל החנות מה שמכר כדי שיהא חוב, ואינו אלא מוכר בדמים מועטים עד שיצטרף עם דמים אחרים ויקח את שלו. ומה שאמר רבי יהודה "הראשון הראשון משמיט" – רצונו לומר שאם קנה ממנו, כלומר מבעל החנות, פעם אחר פעם הנה תכלית מה שאמרנו שאינו משמיט בשנה שביעית הוא רק מה שנתן לו במכירה אחרונה, אבל כל העסקות הקודמות הרי הם חוב כשאר החובות ונשמטים בשנה שביעית.

וכתב הבית יוסף:

ונראה מדבריו שאין שום חוב משמט בשביעית אלא המלווה את חברו לבד, אבל המוכר חפץ ונתחייב לתת לו דמים – לא מיקרי הלואה. ולא תיקשי מהא דתנן בפרק בתרא דשביעית (משנה ב) "השוחט את הפרה" [...] דאתיא כרבי יהודה

[...] אך קשה לי [...] וגם הרמב"ם פסקה לההיא דהשוחט את הפרה בפרק הנזכר (הלכה ה) וגם פסק (הלכה יא) לההיא דהקפת חנות אינה משמטת. נראה שמצא בשום דוכתא דההיא דהשוחט את הפרה ככולי עלמא אתיא. ואם כן, כל חייב לחבירו בין דרך הלוואה בין דמי דבר שמכר לו הרי הוא משמט בשביעית. והקפת חנות שאני, שדרך להקיף שנה ושנתיים ובסוף נוטל חובו ואין דרך לנגשו, וכיוון שכן הווה ליה כהלוואה עד אחר שביעית דלרוב הפוסקים אין שביעית משמטתו. וכן השכיר – דרכו לקבץ שכר שנה או שנתיים ביד שוכרו ואינו נוגשו לתתם לו, אבל הם בידו כפקדון או כהלוואה עד אחר השביעית. אבל המוכר חפץ לחברו ולא קבע לו זמן לפרעו אחר שביעית, מיד שמכר לו הוה ליה כאילו הלווה ושביעית משמטתו, והיינו טעמא דההיא דהשוחט את הפרה וחלקה בראש השנה אם היה החודש מעובר משמט.

והנה לכאורה מסקנת הבית יוסף בדעת הרמב"ם ששביעית משמטת גם חוב שאינו הלוואה. והחילוק בין הקפת חנות לשוחט פרה, מתברר היטב על פי מה שכתב הרמב"ם בפירושו המשנה – בתוספת ביאור של מראה הפנים – שחוב בהגדרתו הוא הסכמה של בעל החוב שהחייב ימתין עם התשלום, ובהקפת חנות ושכר שכיר, החנווני השכיר – בעלי החוב, אינם מצפים שהחייב ישלם כעת, וממילא אין כאן הסכמה להמתין עם התשלום, ואין כאן חוב כלל (שוב ראיתי כעין זה בתפארת יעקב [גיטין שם]). וכאשר יש ציפייה שהקונה ישלם מעצמו את החוב, גם במקום שבעל החוב אינו תובע את תשלום החוב, ולא ניתן לתבוע את החוב בגלל קדושת יום טוב, שביעית משמטת את החוב.

ועיין בבית יוסף שם שכתב שהרא"ש בתשובה (כלל עז סימן ג) סובר כרמב"ם. וכן כתב הרמב"ם בתשובה שהובאה בשו"ת הרא"ש (שם סימן ד). ועיין בב"ח (חושן משפט שם) שדחה הראיה מתשובת הרא"ש. ועיין להלן שברא"ש בפירושו המשנה שביעית שם מפורש דלא כרמב"ם.

אך הר"י קורקוס והרדב"ז (הלכות שמיטה שם הלכה ה), קרבן העדה (מכות פרק א הלכה ב), מרכבת המשנה (חלעמא, הלכות שמיטה שם) ומעשה רוקח (שם) ביארו את המשנה דשוחט פרה וכו' באופן מעט שונה. שבנוהג שבעולם, בשר לא נמכר בהקפה, והסכמת השוחט למכור בהקפה היא מכורח הנסיבות שאי אפשר לשלם ביום טוב. ולכן יש ציפייה של המוכר שהקונה יתחייב לשלם לו מיד כשיוכל, וכבר כעת החוב נזקק כהלוואה, והשביעית משמטתו. ובמעשה רוקח שם ביאר בדרך זו את התירוץ השני בכסף משנה (הלכות שמיטה שם), וכתב שלזה כיוון גם בבית יוסף (שם).

ובשיירי קרבן (מכות שם) כתב שהרמב"ם לשיטתו (שם הלכה ט) שהלוואה שנתנה על מנת שהמלווה לא יתבע את הלווה, נשמטת בשביעית. על אף שהמלווה אינו יכול לנגוש את הלווה, כתב הר"י קורקוס (הלכות שמיטה שם) שם שהלווה חייב לפרוע כדי לצאת ידי

שמים, וכך שהמלווה יכול לתפוס את נכסיו. והרדב"ז (הלכות שמיטה שם) כתב שהמלווה נוגש בלווה כשפוגש בו ועל ידי זה הלווה נזכר שהוא חייב למלווה (עייין שולחן ערוך חושן משפט סימן צז סעיף ב).

ופשוט שלכל הנימוקים הללו אב אחד – שלדעת הרמב"ם גם חוב שאי אפשר לתובעו בבית דין, אם יש חובה מצד הלווה, משפטית או מוסרית, לפרוע את החוב – יש כאן נגישה, והשביעית משמטת את החוב.

פירוש נוסף מחודש בדעת הרמב"ם, מצאתי בשו"ת חתם סופר (חושן משפט סימן נ) שהלימוד מהפסוק: "שמוט כל בעל משה" שחוב שאינו הלוואה אינו משמט, לא נאמר על שמיטת החוב, דהוא בוודאי נשמט, אלא על שמיטת דברים – שהמלווה צריך לומר ללווה "משמט אני" ואת זה אינו צריך לעשות בחוב שאינו הלוואה.

ובספרי ילקוט יוסף (שם עמ' תרמז, בשם תשובת מרן זצוק"ל "בכת"י" שראתה אור – אחר כך – בחזון עובדיה פרוזבול עמ' לו) הבאתי כעין זה מחידושי החתם סופר (גיטין לז ע"א), וכתבתי שהעיקר דלא כוותיה, ושגם הוא סיים שם שלא מצא שום פוסק שמחלק בדין הקפת חנות בין אמירת "משמט אני" לבין איסור "לא יגוש".

ומה שכתבתי שחוב שלא היה ניתן לפרעו בפועל בגלל קדושת יום טוב, שביעית משמטת, אינו מוסכם: בר"ש (שביעית שם משנה ב) הביא את דברי הגמרא בשבת (שם, תובא להלן) והקשה:

ותימה, דמשמע דלמאן דאמר ניתנה ליתבע אתיא לה מתניתין שפיר – אמאי, והא עד כאן לא פליגי אלא לאחר יום טוב כדמוכח התם, אבל ביום טוב כולו מודו דלא ניתנה ליתבע, ולא קרינא ביה "לא יגוש" בשביעית. דמאי דקרינא ביה "לא יגוש" אחר כך אין מועיל מידי דהוה כמלווה לחברו לעשר שנים.

והאחרונים יישבו קושייתו בכמה אופנים – עייין תוספות אנשי שם ומשנה ראשונה והלכתא גבירתא (שביעית שם), וחידושי חתם סופר (שבת שם) וקרבן העדה ושיירי קרבן (מכות פרק א הלכה ב על הירושלמי שם).

והרבה ראשונים סוברים כמו שסבר הבית יוסף בתחילה שחוב שאינו מלווה אינו משמט, דאיתא בגמרא כתובות (נה ע"א): "תנאי כתובה ככתובה דמי [...] לשביעית."

ופירש רש"י (כתובות שם): "ולשביעית – שאין שביעית משמטת כתובה כשאר שטרות אלא אם כן פגמה וזקפה כדאמרינן במסכת גיטין (דף יח) ותוספת נמי לא משמט."

ותוספות (כתובות שם ד"ה ולשביעית) כתבו:

תימה, דבסוף מסכת שביעית פליגי בהקפת חנות ובשכר שכיר דאיכא למאן דאמר

דאין משמטין, ורבי יוסי פליג ואמר כל מלאכה שפוסקת בשביעית משמטת, ולדידיה ניהא דהוא הדין דמשמט הקפת החנות וכל מילי אפילו דלאו הלוואה, ואי לאו דתוספת ככתובה הוי משמט. אבל לרבנן דאית להו אין משמט אלא מלוה אם כן אפילו אם אין התוספת ככתובה אינו משמט דלאו הלוואה היא.

וכעין זה בתוספות בגיטין (שם ד"ה מאימתי).

וברמב"ן (כתובות שם) כתב שהרי"ף ור"ח פירשו כתוספות. ובתחילה כתב שהעיקר כרש"י שכתובה אינה משמטת מפני שהיא תנאי בית דין (עיין בבא מציעא יז ע"א) ומעשה בית דין (עיין רש"י גיטין יח ע"א ד"ה ותזקוף וד"ה כמעשה), ואחר כך הביא את דברי התוספות וכתב:

[...] עד שראיתי במסכת גיטין לרבינו בעל התוספות שפירש דכתובה ותוספת אין משמטין מן הדין בלא תנאי בית דין, לפי ששנינו שם הקפת החנות אינה משמטת רבי יהודה אומר הראשון ראשון משמט. וקתני נמי שכר שכיר אינו משמט דאלמא לא משמט אלא מלוה, וקתני סיפא האונס והמפתה והמוציא שם רע וכל מעשה בית דין אין משמטין. ומפרש עלה בירושלמי דרבי מאיר היא דאמר במלוה הדבר תלוי, והא דקתני התם השוחט את הפרה וחלקה בראש השנה אם היה החדש מעובר משמט, אלמא אף על גב דלאו מלוה משמט מוקי לה בירושלמי כרבי יהודה, אלמא לתנא קמא דהוא סתם מתניתין לא משמט אלא מלוה ממש הא כתובה ותוספת לכולי עלמא אין משמטין, אלא כדפירשו ר"ח ורבינו עיקר.

הרמב"ן מחזק את דברי התוספות ומוסיף שגם קנס דאונס ומפתה וגם הקפת חנות הם בכלל מחלוקת רבי מאיר, רבי יהודה ורבי יוסי בחוב שאינו מלווה - אם שביעית משמטתו. ועיין להלן טעמים נוספים להא דאין שביעית משמטת קנס דאונס ומפתה.

וכן היא דעת הרשב"א, הרא"ה והר"ן (בחדושיהם לכתובות שם), הרי"י מיגש (בשיטה מקובצת כתובות שם), הרמב"ן (שם) והר"ן בדעת הרי"ף (כתובות כב ע"א מדפיו), והראב"ד בהשגות (הלכות שמיטה ויובל שם הלכה ז), הריטב"א, הנימוקי יוסף והמאירי (שבת קמח ע"ב), ה"ש, הרא"ש, הריב"מ"ן ורבנו עובדיה מברטנורא (על המשנה שביעית שם).

ובספרי ילקוט יוסף שם בשם מרן אאמו"ר הראש"ל זצוק"ל שם כתבתי שלדעת כמה אחרונים, מה שכתב מרן הבית יוסף בתחילה שחוב שאינו מלווה אינו משמט הוא העיקר לדינא, ומה שכתב בסוף דבריו הוא לרווחא דמילתא. וכן מסקנת אאמו"ר שם בדעת מרן השולחן ערוך.

והרשב"א שם כתב:

ולשביעית - פירש רש"י ז"ל: לומר שאין השביעית משמטת את התוספת כשם שאינה משמטת את העיקר מפני שהוא תנאי בית דין אלא אם כן זקפה ופגמה.

ואינו מחוור דמאי שנא משום כתובה הא מתנה דעלמא נמי אינה משמטת,
במלוה הדבר תלוי וכדתנן (שביעית פרק י) הקפת החנות אינה משמטת.

ברשב"א מבואר שחוב מוגדר כמלווה לעניין שביעית בשעת יצירתו, שחוב שנוצר כתוצאה
מהלוואת ממון חשוב מלווה, וחוב שנוצר כתוצאה מהתחייבות או נזק אינו חשוב מלווה.

ובהפלאה (כתובות שם) הקשה על דברי התוספות וסיעתם, וזו לשונו:

מיהו בעיקר דבריהם לא ידעתי דאטו אם נותן שטר חוב במתנה, כדאמר רבי
יוחנן בריש פרק הנושא (לקמן קא, ב) ב"חייב אני לך מנה בשטר", לא ישמט
בשביעית, דמה לי שקיבל מעות או שמחייב את עצמו מעות. רק בכתובה טעמא
אחרינא דהווי ליה מעשה בית דין וכגבוי דמי כמו שכתבו המפרשים שם.

יש להוסיף ולחזק את קושייתו, דאם סוברים התוספות וסיעתם שגזרה התורה שרק חוב
שנוצר על ידי הלוואה נשמט בשביעית, כיצד על ידי זקיפה במלווה, משתנה החוב והופך
למלווה לעניין שביעית? ומצאתי בתשובת הרשב"א (חלק א סימן תתקפט) שכתב וזו לשונו:

עוד נשאל באחד שנתן מעות בנדוניא לבתו ויחד לו חובות. ואמר לחתנו שכל
פרעון שיצא מהם שיקבלם בפרעון נדוניתה ובחוב אחד שהיה בו זקפן במלוה.

והשיב דזקפן במלוה כפרעון דמי וברשותיה קיימי החובות, ואפילו נפסדו כי כבר נפרע
החוב הראשון. אלא שעכשו כותב שטר אחר וכמלוה אחרת דמי. והביא ראייה מדאמרין
באיזהו נשך (דף עב ע"א):

ישראל שלוה מעות מן הגוי ברכית וזקפן עליו במלוה ונתגייר, אם משנתגייר זקפן
במלוה, אינו גובה הרבית. אם עד שלא נתגייר זקפן במלוה, גובה הקרן והרבית.

ותנן בפרק אחרון של שביעית (משנה א): הקפת החנות אינה משמטת עשאה מלוה
משמטת. שכיר אינו משמט עשאה מלוה משמט.

אלמא זקיפת מלוה בפרעון כל מה שנתוסף אחר כך בשלו.

הרשב"א ביאר אפוא שעל ידי זקיפת החוב במלווה מתבטל החוב הקודם ונוצר חוב חדש,
ולכן פסק שם שחובות שהחתן קיבל מחותנו והסכים עם הלווה שייזקפו במלווה על שמו,
הם ברשותו, ואם נפסדו החובות – ההפסד לחתן. והביא ראייה מהלכות ריבית, שגוי שהלווה
לישראל בריבית ונתגייר, רשאי לגבות חוב ריבית שנצברה לפניו שנתגייר ונזקפה על קרן החוב,
שמשתת זקיפה ואילך יש כאן חוב חדש שכולו קרן. ראייה נוספת הביא מההלכה של הקפת
חנות ושכר שכיר בשביעית, דאם זקפם במלווה – השביעית משמטתם.

וכן כתב בשו"ת עין יצחק (אבן העזר סימן עח) שעל ידי שהאישה זוקפת את הכתובה
במלווה, החוב הראשון נפרע לגמרי, וחל חוב חדש.

ועדיין צריך ביאור: כיצד על ידי זקיפת החוב במלווה, מתבטל החוב הקודם ונוצר חוב חדש? ומצאתי בחידושי רבי נחום פרצוביץ (גיטין שם) בביאור דברי הראשונים שסוברים שזקיפת קנס במלווה מועילה לעניין שביעית, שכתב:

ובהא דמהניא זקיפה במלווה, צריך לומר כמו שנתבאר לעיל (בשם הגר"ח) דגדר דין זקיפה הוא שהמלווה מלווה ללווה את החוב ועל ידי זה נתחייב הלווה בתמורת החוב, והכי נמי יש לבאר בקנס שזקפו במלווה, דאף על גב דבקנס לית ליה לאבי הנערה ממון גביה דאונס, מכל מקום על ידי הזקיפה האב מלווה לאונס את הקנס וקוצץ דמים תמורתו, ולענין זה חשיב הך חוב ככל חוב ממון דעלמא.

מבואר שהוויתור על החוב הקודם מייצר התחייבות חדשה בתורת מלווה.

והנה הרא"ש (שם) כתב: "עשאה מלוה – שזקפה עליו במלוה לפורעו בזמן פלוני."

וכן כתב הרא"ש בפסקיו (גיטין פרק ד סימן יז) וכן כתבו הטור (שם) והשולחן ערוך (שם סעיף יד). וכן כתב התפארת ישראל (ביכין שביעית שם). ובמרדכי (שבועות סימן תשפ) כתב שזקיפת הקפת החנות במלווה היא על ידי שהחנווני מסכם את סך כל החוב וכתבו בפנקסו. וכן כתב בשולחן ערוך (שם). ועיין באורים (חושן משפט שם ס"ק כט), ש'כתבו בפנקסו' לאו דווקא, אלא שסיכם את החוב במעות אפילו בעל פה. וכן כתב במשנה ראשונה (שביעית שם משנה ב). עוד כתב באורים (שם) שהמרדכי מודה לרא"ש שחנווני שקבע מועד לפירעון החוב הוא כמו שזקפו במלווה.

ובפשטות משמע שהרא"ש והמרדכי חולקים על הרשב"א וסוברים שלא די בשינוי ההגדרה של החוב כדי שייזקף במלווה.

ועיין בביאור הגר"א (חושן משפט שם ס"ק כז) שכתב שמקור דברי הרא"ש והטור הוא מהגמרא בבבא קמא (דף קט ע"א), ומקור דברי המרדכי מהגמרא בבבא מציעא (שם). ובגמרא בבבא קמא שם איתא:

הרי שגזל הגר ונשבע לו ושמע שמת הגר והיה מעלה כספו ואשמו לירושלים ופגע באותו הגר וזקפו עליו במלווה, ומת – זכה הלה במה שבידו, דברי רבי יוסי הגלילי.

אין בגמרא ובראשונים בבבא קמא (שם), ברמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ח הלכה ד) ובשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסז סעיף ו) כל מקור לכך שזקיפת חוב במלווה היא על ידי שיקבע מועד לפירעון. אדרבה נראה משם כפירוש הרשב"א שעל ידי הזקיפה, החוב משנה את צורתו והופך מגזלה למלווה.

ובאמת נראה שאין כאן מחלוקת בין הרשב"א לרא"ש, והכול אחד. שהגדרת חוב כמלווה

שנשמטת בשביעית, תלויה בדעת בני אדם. וכל הפעולות שכתבו הראשונים הם גילוי דעת של בעל החוב והחייב שמכאן ואילך החוב הוא כמלווה. ונעתיק דברי בעל המשנה ראשונה (שביעית שם משנה ב) שביאר את הדברים היטב, וזו לשונו:

וטעמא דמילתא שהתורה הקפידה שלא תהא נגישה לשום אדם בשביעית [...] וירדה תורה לסוף דעתו של אדם שמדמי הלוואה שהלווה לו מעותיו מכיסו אין אדם מעמיד עצמו על ממונו ובוודאי עשוי לנוגשו בכל יום, ועל זה באה האזהרה. אבל מה שאין אדם נותן לחברו מכיסו אין בהול עליו לנוגשו. והקפת חנות אף על פי שנתן לו את שלו אפילו הכי אינו עשוי לנוגשו, דטיבותא הוא גם לחנווני שמרויח בו ואין דרכו לנוגשו כדי שיהא רגיל לקנות. וכן השכיר בשכרו, כל הני אינם בכלל אזהרת שמיטה. וכל שכן קנסות וכתובה דלא חסרי ממונא פשיטא דלא עבידי דנגשי ואינם בכלל האזהרה [...] ונראה דהיינו טעמא דרבי יוסי דסבירא ליה שכר שכיר משמט דחשיב ליה כמלווה ממש כיוון דאליו הוא נושא את נפשו.

וסוברים הראשונים שגם חוב שנוצר שלא על ידי הלוואה ובוטל ובמקומו בא חוב חדש בגדרי מלווה או שנקבע לו מועד לפירעון, וכן חנווני ושכיר שסיכמו את החוב – בכלל אזהרת התורה ד"לא יגוש", והשביעית משמטתו.

ומחלוקת בין הרמב"ם לשאר הראשונים בדין דשוחט פרה בראש השנה היא בבעל חוב שאינו מעוניין לתבוע את חובו, ומצפה שהחייב ישלם מעצמו. שלדעת הרמב"ם, ציפייה זו חשובה נגישה, ושביעית משמטת את החוב, ולדעת שאר הראשונים ציפייה זו אינה חשובה נגישה, ושביעית אינה משמטת את החוב.

ופשוט שהמועד הקובע לעניין שמיטת כספים הוא סוף שנת השמיטה, שאז החובות נשמטים לדעת רוב הפוסקים ופסק מרן השולחן ערוך (חושן משפט שם סעיף א). ואין לומר שחוב שבאיזה זמן היה במצב ששביעית משמטתו, שוב אינו יוצא מכלל שמיטה, דהלכה מפורשת היא בירושלמי (שם): "מלוה שהיא נעשית כפרנית, אינה משמטת. כפרנית שהיא נעשית מלוה, משמטת."

וכן פסק השולחן ערוך (שם סעיף ז):

הלווה ותבעו, וכפר ונשבע לו, והגיעה שמיטה והוא בכפירתו, ולאחר שעברה שמיטה הודה או באו עדים, אינו משמט. אבל כפר ונשבע והודה אחר כך, או שבאו עדים קודם סוף שביעית, הרי זה משמטת.

ולהלן נרחיב בביאור הלכה זו. מכל מקום למדנו שמצב החוב יכול להשתנות לכאן ולכאן.

ומן הכלל אל הפרט:

בנדון דידן, האישה תבעה את כתובתה, ובית הדין האזורי פסק שהבעל חייב בכתובת אשתו, ובית הדין הגדול עיכב את פסק הדין עד לאחר השמיטה. ונראה לאור הנ"ל שעיקר דין השמטת שביעית תלוי במצב החוב בזמן השמטת כספים, ומאחר ובאותו זמן החוב היה מעוכב לגביה, ולא היה ניתן לנגשו, גם לא הייתה צפייה אצל האישה שהבעל ישלם כדי לצאת ידי שמים או מטעם אחר, אין חוב זה בכלל "אשר ישה ברעהו" ואינו נשמט בשביעית.

ענף ב': הגדרת החוב

בפרק הקודם למדנו שחוב שנשמט בשביעית הוא חוב שבעליו נוגשו מהחייב ושנחלקו הראשונים נגישה מה היא. ולמדנו שישנם חיובי ממון, כמו הקפת חנות ושכר שכיר, שכלל לא באו לכלל חוב. ישנם חיובי ממון נוספים שלא באו לכלל חוב ובהם נעסוק בפרק זה.

מעשה בית דין

איתא במשנה בשביעית (שם משנה ב): "האונס והמפתה והמוציא שם רע וכל מעשה בית דין אין משמטין".

ותוספות (בכתובות ובגיטין שם) וסיעתם סוברים שקנס דאונס ומפתה אינו נשמט בשביעית מטעם אחר – משום שאינו מלווה. ועיין תוספות רא"ש (גיטין שם) שפירש את לשון המשנה לדעתם.

וברש"י בגיטין שם כתב שכתובה היא כמעשה בית דין ואינה כשאר שטר חוב שנשמט בשביעית. וכן כתב בתשב"ץ (חלק ג סימן שא) ועוד ראשונים. ונראה שגם תוספות והרמב"ן ושאר ראשונים שחולקים על רש"י בטעם דכתובה אינה משמטת, מודים שכתובה היא כמעשה בית דין, וסוברים שגם בלאו הכי, חוב שאינו מלווה אינו נשמט בשביעית.

ביאור מחודש בהא דאין כתובה נשמטת בשביעית, כתב בתוספות רי"ד (גיטין שם) שיש לאישה עניין שלא לתבוע את כתובתה שלא תפסיד את מזונותיה. ועיין חידושי רבי נחום (שם) שלפי פירושו בגמרא שם מדובר בכתובת אלמנה שמקבלת מזונות לאחר מות בעלה, וכתובת גרושה היא כשאר שטרי חוב.

ובגדר מעשה בית דין, כתב בשיטה מקובצת (כתובות שם) בשם הר"י מיגש:

ועיקר דבר זה מפורש במסכת שביעית דתניא כתובת אשה פגמה וזקפה וכו'.
וגרסינן נמי בגטין: "אתמר: מאימתי כתובה משמטת" וכו' והיינו טעמא דלא

משמט אלא עד דפגמה וזקפה, משום דכתובה מעשה בית דין, כלומר אינה חוב שעשאה על עצמו, אלא הדין הוא שעשאו עליו. והלכך כי לא פגמה וזקפה עדיין לאו חוב הוא כי היכי דשמיט ליה, אלא מעשה בית דין הוא ומעשה בית דין אינו נשמט, כדתנן האונס והמפתה וכל מעשה בית דין אינן נשמטין. אבל כי פגמה וזקפה נפקא לה מתורת מעשה בית דין, והוא כחוב דעלמא ומחייבה בשמיטה.

ובקובץ שיעורים (כתובות שם סימן קס) כתב שהר"י מיגש סובר שמעשה בית דין אינו נשמט בשביעית משום שהחוב לא נוצר כתוצאה מעניין שהיה בין אנשים, אלא הושת על החייב על ידי התורה או תקנת חז"ל, וכשנפגם או נזקף במלווה, נעשה כשאר חוב שנשמט בשביעית.

והרמב"ם בפירושו המשנה (שביעית שם משנה ב) כתב:

וכן הקנסות שחייב ה' לאונס ומפתה ומוציא שם רע אינם חוב כשאר חובות, אלא הם קנסות מוטלים על אותו אדם לא יפטרנו אלא תשלום מה שחייבו ה' לשלם.

ובתורת זרעים (שביעית שם) ביאר שתשלום קנס אינו חיוב לחברו אלא חיוב כלפי שמים לכפר על האונס והמפתה. ועיין חידושי רבי נחום שם בשם חמיו שביאר את דברי הרמב"ם, כעין מה שכתב הר"י מיגש. עוד כתב שם שגם עיקר כתובה הוא מתקנת חכמים, ותוספת כעיקר.

ולפי הר"י מיגש והרמב"ם צריך לומר שעל ידי הפגימה והזקיפה החוב משתנה מחיוב של התורה וחכמים, לחוב שאיש נושה ברעהו.

והנה כתב הבית יוסף (חושן משפט שם):

דכי אמרינן בפרק ב דגיטין (דף יח ע"א) מאימתי נזקפין במלוה משעת העמדה בדין, לא קאי אלא אאונס ומפתה ואותם ששנוים באותה ברייתא שהם קנסות, וכן כתובת אשה דכמעשה בית דין דמיא, הילכך לא מיקרו זקפן עליו במלוה אלא משעת העמדה בדין. אבל בשאר מילי שאינן קנס, זקיפה במלוה דידהו הוי משקבל עליו לפורען לזמן פלוני.

וכן פסק בסמ"ע (חושן משפט שם ס"ק ל). והים של שלמה (גיטין שם אות ח) חולק וסובר שפגימה וזקיפה בחוב של קנס נשמט בשביעית. ועיין דרך אמונה (שם הלכה יב).

ובכנסת הגדולה (חושן משפט שם, הגהות בית יוסף ס"ק לח) כתב:

אמר המאסף: מתוך לשון רבינו המחבר ז"ל משמע דקבל עליו לפרעו קיל מהעמדה בדין, וכן נראה מדברי סמ"ע. אבל מורי הרב ז"ל בתשובה חלק חושן משפט סימן קי"ד כתב לא מהני העמדה בדין בזקיפה אלא באונס ומפתה.

במשנה ראשונה (שביעית שם משנה ב) הקשה מדוע קנסות וכתובה שהם מעשה בית דין גריעי מהקפת חנות ושכר שכיר שדי בזקיפה במלווה, דאדרכא מעשה בית דין אלים טפי? ועיין דרך אמונה (שמיטה שם הלכה יב) שרצה ליישב.

והנה לפי דברי הבית יוסף והסמ"ע, כתובה שנזקפה במלווה אינה משמטת, אלא בעמדו בדין. וכתב הגר"ח (שם) שפשוט שלא די בעצם ההעמדה בדין, וצריך שבית הדין יחייב את הבעל לשלם, דאז על ידי פסק הדין האישה היא בבחינת 'בעל משה' בבעל, ושביעית משמטת את הכתובה. והרחיב שם ביסוד זה, וכתב ששביעית משמטת את ה'משה', כלומר את הדבר שבאמצעותו התובע נושה בנתבע, והעמדה בדין בלי פסק הדין המחייב לשלם, אינה 'משה' ששביעית משמטת.

ובנדון דידן האישה גבתה חלק מהכתובה, ואחר כך בסיועו של בית הדין התברר שחוב הכתובה גבוה הרבה יותר, והאישה תבעה את היתרה ואף זכתה בדין. אם כך לכאורה יש כאן פגימה וזקיפה. אלא שלאחר העיון יש לפקפק בזה, דהנה לדעת הבית יוסף והסמ"ע ללא העמדה בדין אין הכתובה נזקפת במלווה, וכתב הגר"ח שם שהעמדה בדין היינו שעל ידי פסק הדין האישה נושה בבעל. ובנדון דידן, שבתום השביעית היה פסק הדין תלוי ועומד בערעור וביצועו מעוכב, אין האישה נושה בבעל.

ובאשר לגביית חלק מהכתובה סמוך לגירושיין, לפי המבואר לעיל שפגימת הכתובה משנה את המצב המשפטי של הכתובה מ'חיוב' המוטל על הבעל ל'חוב' של הבעל לאישה. יש לדון בנדון דידן שהאישה לא התכוונה לפגום את הכתובה אלא לגבות את כולה, ואחר כך התברר לה שפגמה את כתובתה, האם יש משמעות למה שהיה בדעת האישה בשעת הפגימה או לא. ועיין מה שכתבתי להלן בעניין טענת האישה שהצדדים לא ידעו כלל על הלכות שמיטת כספים. וצ"ע.

ומכל מקום יש לומר, דגם אם יש כאן פגימה, זקיפה אין כאן. ויש לצרף דעת הרא"ש בתשובה (כלל עז סימן ג) והרשב"א בתשובה (סימן תשסט) והגאונים (שערי צדק שער ד פרק ד סימן כ) שפסקו כרב שבכתובה פגמה וזקפה בעינן. וראה באורך בספרי ילקוט יוסף (שם פרק כד סעיף כד ובהערה שם; שובע שמחות פרק כג סעיף א) שיטות הראשונים בסוגיה.

זאת ועוד: עיין למר אבא זצוק"ל בחזון עובדיה (פרובול עמ' לז אות יט) שכתב בשם הרדב"ז שהגם שפסקו הראשונים ומרן השולחן ערוך (שם סעיף יז) כשמואל דזקפה או פגמה כתובתה משמטת, במקום שפגמה ולא זקפה מסתבר טעמו של רב שהשביעית לא משמטת את הכתובה. ועיין שם הטעם.

ענף ג': חוב שהנתבע כבר בו

מאז ניתן פסק הדין בבית הדין האזורי ועד היום כבר הבעל בחוב וטען שהאישה אינה

זכאית לכתובה וכי אם ידחה בית הדין טענה זו, יטען שסך הכתובה עומד על 60,000 ש"ח ולא 360,000 ש"ח, כפי שפסק בית הדין האזורי. טענות הבעל נדחו בדעת רוב בפסק הדין שניתן בחודש אדר תשע"ו.

והנה יש לדון: במקום שבית הדין חייב את הנתבע, והנתבע עומד בכפירתו – האם החוב נשמט בשביעית?

ולמעלה הבאנו את דברי הירושלמי ש"מלוה ונעשית כפרנית – אין השביעית משמטת". הראשונים נחלקו בביאור הירושלמי. הרמב"ם (שם הלכה ח) פירש שהנתבע כפר בבית הדין ועמד בכפירתו עד סוף השביעית, ואחר כך הודה או באו עדים שחייב, ואין החוב נשמט בשביעית, מפני שבתום השביעית הנתבע עמד בכפירתו. והראב"ד (הלכות שמיטה שם) והר"ש וריבמ"ץ (שביעית שם משנה ב) פירשו שהנתבע כפר בבית הדין וחויב לשלם, ועמד בכפירתו עד תום השביעית, ואף על פי כן החוב אינו נשמט בשביעית, מפני שבית הדין פסק שחייב, ומעשה בית דין אינו משמט.

מבואר שאלמלא טעם זה, כפירת הנתבע לכשעצמה אינה מספיקה כדי שהחוב לא יישמט בשביעית, דמה בכך שהנתבע כופר, הא התובע עומד על תביעתו ובידו לנגוש את הנתבע על ידי שיוכיח את טענותיו בבית הדין.

וכך מבואר בדברי הרמב"ם והשולחן ערוך שכתבו שהנתבע כפר בבית הדין, כלומר ונפסק שהוא פטור, דאז אין לתובע אפשרות להוציא את הממון בבית הדין בתום השביעית. ועיין בראב"ד (הלכות שמיטה שם) טור ובית יוסף וב"ח (חושן משפט שם), ובכנסת הגדולה (חושן משפט שם סימן סז הגהות בית יוסף אות כב), אם דווקא בכפר ונשבע בבית הדין אין החוב נשמט בשביעית, או גם אם כפר ולא נשבע כפשטות לשון הרמב"ם. מכל מקום פשוט שכפירת הנתבע לכשעצמה אינה מספיקה כדי שהחוב לא יישמט בשביעית.

ובמקום שהתובע תבע והנתבע כפר ובית הדין לא פסק את הדין עד לאחר השמיטה, לכאורה הדבר תלוי במחלוקת הראשונים והאחרונים בנתבע שכפר ולא נשבע, אם החוב נשמט בשביעית.

אך לאחר העיון – זה אינו, שפשוט שגם לפי פשטות דברי הרמב"ם שנתבע שכפר בחוב ולא נשבע, אין החוב נשמט בשביעית, הני מילי כשבידו של התובע להמשיך בהליכים ולחייב את הנתבע להישבע, ואינו עושה כן, שבמקום שהתובע אנוס על פי בית הדין וממתין ליומו, בוודאי אין כאן חוב שהוא בר נגישה ששביעית משמטתו.

שוב ראיתי שהדברים כמעט מפורשים בחידושי הגר"ח הלוי על הרמב"ם (שם הלכה ו):

ונראה לומר דהנה הרמב"ם (שם בהלכה ח) כתב, וזו לשונו: "הלוהו ותבעו וכפר בו והגיע השמטה והוא בכפירתו והודה אחר שעברה שביעית או שבאו עליו עדים

אחר השביעית אין השביעית משמטת. " וכתב על זה הראב"ד שדין זה אינו אלא כשפטרוהו בית דין בשבועתו, אבל בלאו הכי משמט. דאם לא כן, קשיא מתניתין דשבועות דתנן השביעית משמטת את השבועה, והרי זה עומד בכפירתו, ר"ל חזינן מזה דאף על פי שעומד בכפירתו מכל מקום כל זמן שחייב לישבע ויש להמלוה זכות לתובעו עדיין משמטת.

עוד כתב הגר"ח שם: "וכן הא דכפרנית אינה משמטת הוא גם כן משום דכיון דאינו יכול לתובעו אינו בכלל משה ידו, ועל כן אינו משמט."

מבואר שבמקום שהנתבע כופר, והתובע אינו יכול לעשות דבר כדי לזכות בתביעה, השביעית אינה משמטת את החוב לדברי הכול.

ובנדון דידן, הבעל עמד בכפירתו בכל השלבים בבית הדין האזורי ובגדול. בזמן שמיטת כספים בתום השביעית, הצדדים המתינו למועד שנקבע לשמיעת הערעור. אם כן, מצבם של הצדדים הוא כשל בעלי דין שדינם תלוי ועומד וטרם הוכרע בפסק דין חלוט, שבוודאי אין לומר ששביעית משמטת את החוב שנתבע.

פרק ג': מלווה הטוען שלא ידע ששביעית משמטת

ב"כ האישה טען בין היתר ששביעית אינה משמטת חוב של אנשים שאינם שומרי תורה ומצוות המנהלים את כל ענייניהם לפי החוק האזרחי ובכתי משפט אזרחיים ושמע מצוות השמיטה לא בא לאזנם.

עוד טען שבזמן הזה כל שטר כתובה הוא כמו שנמסר לבית הדין ואינו משמט, מאחר שהכתובה אינה מוכרת כחווה בר תוקף ברשויות האזרחיות, ואכיפתו היא רק באמצעות בית הדין הרבני.

טענות אלו דחויית הנה. חוק שיפוט בתי דין רבניים והפסיקה האזרחית קובעים ברורות שתביעת כתובה נמצאת בסמכותו של בית הדין הרבני.

גם החוק האזרחי מכיר בכתובה כחווה ומכיר אף בייחודיות של תביעת הכתובה – נציין לאמור בחוק הירושה (סעיף 11(ג)) שמחלקה של אישה היורשת לפי חוק, מנוכה מה שקיבלה על פי הכתובה [וראה שם עוד בסעיפים 52(7); 104(א)(3) ו-104(א)(4)].

הטיפול בתביעת הכתובה בבית הדין אינו שונה מטיפול בכל תביעה אחרת, אישית ורכושית, ואין כל בסיס לטענה שחוב הכתובה נמסר לבית הדין מיד עם היווצרותו. נציין את שכתב הבית יוסף (שם) בשם הרא"ש בתשובה (כלל פו סימן טו) ובעל התרומות (שער מה סימן יא) שהמוסר שטר לבית דין צריך למסור את גופו של השטר. וכן את שכתב הטור

שם שמי שתבע בבית דין וצירף את השטר לתיק, אינו נחשב מוסר שטרותיו לבית דין לעניין שמיטת כספים. ועיין כנסת הגדולה (חושן משפט שם הגהות הטור אות יג).

גם הטענה שהצדדים לא שמעו על מצוות השמיטה אינה מקובלת. לא שמענו אינו ראייה, ובית הדין דן בתביעת כתובה לפי דין תורתנו הקדושה שצוותה על שמיטת כספים.

וגדולה מזו מצאנו במשנה בשביעית (שם משנה ב) ובגמרא בשבת (דף קמח ע"ב) שגם כאשר בעל החוב לא היה מודע לכך שהחוב נוצר בשביעית, השביעית משמטת את החוב. שעל דברי המשנה שם בשוחט פרה וכו', אמרה הגמרא שם :

איתמר: הלוואת יום טוב, רב יוסף אמר: לא ניתנה ליתבע, ורבה אמר: ניתנה ליתבע. רב יוסף אמר: לא ניתנה ליתבע. דאי אמרת ניתנה ליתבע – אתי למיכתב. רבה אמר: ניתנה ליתבע, דאי אמרת לא ניתנה – לא יהיב ליה, ואתי לאימנועי משמחת יום טוב [...] מתיב רב אידי בר אבין: השוחט את הפרה וחילקה בראש השנה, אם היה חדש מעובר – משמט, ואם לאו – אינו משמט. ואי לא ניתנה ליתבע, מאי משמט? שאני התם, דאיגלאי מילתא דחול הוא.

ופירש רש"י: "דחול הוא – שהרי חדש מעובר, ולא הוי יום טוב עד למחר, הלכך: אי לאו דשביעית הוא, הוה גבי."

מבואר שהלוואה שנתנה בזמן שהוא ספק שביעית ספק שמינית, והתברר למפרע שהוא שביעית, נשמטת בשביעית, על אף שהמלווה כלל לא ידע מכך שהלווה בשביעית.

לאור האמור פשוט שאין לשמוע את הטענה שחוב של אדם שלא שמע על מצוות שמיטת כספים אינו נשמט בשביעית.

פרק ד': ספק בשמיטת כספים בזמן הזה

למעלה הבאנו כמה וכמה צדדים ששביעית אינה משמטת את הכתובה. וגם אם ימצאו עוררים על דברינו, ספק מכל מקום יש כאן, ובספק שמיטת כספים בזמן הזה, דנו הפוסקים.

תחילה, נעיין בסוגיית הגמרא בגיטין (דף לז ע"א), המבארת את המשנה בשביעית (שם משנה א):

תנן התם: "השביעית משמטת את המלוה, בין בשטר בין שלא בשטר."

רב ושמואל דאמרי תרוייהו: בשטר – שטר שיש בו אחריות נכסים, שלא בשטר – שאין בו אחריות נכסים, כל שכן מלוה על פה. רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש דאמרי תרוייהו: בשטר – שטר שאין בו אחריות נכסים, שלא בשטר – מלוה על

פה, אבל שטר שיש בו אחריות נכסים – אינו משמט. תניא כותיה דרבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש [...]

קריביה דרבי אסי הוה ליה ההוא שטרא דהוה כתיב ביה אחריות נכסים, אתא לקמיה דרבי אסי, אמר ליה: "משמט או אינו משמט?" אמר ליה: "אינו משמט." שבקיה ואתא לקמיה דרבי יוחנן, אמר ליה: "משמט." אתא רבי אסי לקמיה דרבי יוחנן, אמר ליה: "משמט או אינו משמט?" אמר ליה: "משמט." והאמר הוא דאמר: אינו משמט?" אמר ליה: "וכי מפני שאנו מהמין נעשה מעשה?" אמר ליה: "והתניא כוותיה דמר!" אמר ליה: "דלמא ההיא בית שמאי היא, דאמרי: שטר העומד לגבות כגבוי דמי."

ופירש רש"י (גיטין שם): "מדמין – נראה בעינינו וכמדומין אנו כן ולא שמענו מרבתינו. נעשה מעשה – להוציא ממנו בידים."

בטור ובשולחן ערוך (חושן משפט סימן סז סעיף ב) נפסק כרב ושמאל.

ובגמרא במכות (ג ע"ב) נחלקו הלשונות במלווה לחברו לעשר שנים – שבתוכן, בהכרח, שביעית – אם החוב נשמט בשביעית.

וכתב הרא"ש (מכות שם סימן ג):

ומיהו נראה דהלכה כלישנא בתרא, דפשטא דמתניתין מסייעא ללישנא בתרא ותיובתא דלישנא קמא, אלא דרבא דחי ליה. ועוד, דשביעית בזמן הזה דרבנן ואזלינן לקולא.

ובבית יוסף (חושן משפט שם) הביא את דברי הרא"ש, והקשה עליו:

ואם תאמר הא בספיקא דממונא נקטינן קולא לנתבע והכא הוי איפכא קולא לתובע. ונראה לי דטעמיה משום דשמטה איסורא הוא, ומקילין דלא תנהוג כיון דרבנן היא בזמן הזה. ונהי דנפקא מינה לענין ממונא והויא חומרא לתובע, מכל מקום כיון דבעיקרא דדינא לא אתי למיבעי אי מפקינן ממונא מהאי גברא אלא לענין איסורא אי נהג השביעית או לא לקולא נקטינן, כנ"ל. וכתב במישורים נתיב ז' (חלק א, כו ע"ג): "ורב אלפס לא הביא אחד מן הלשונות נראה דפסק כלישנא קמא דשביעית משמטתה דאיסור הוא." עכ"ל. ואני כבר הוכחתי דאדרבה אי הוי איסור אזלינן ביה לקולא דרבנן היא, אלא סבירא ליה דכיון דנפקא לענין ממונא ומספקא לן כהי לישנא נקטינן בכל ספק דממונא דהוי חומרא לתובע וקולא לנתבע.

הבית יוסף נקט אפוא שהרא"ש ורבנו ירוחם סוברים שהמחלוקת בגמרא במכות שם לא הוכרעה, ונחלקו אם מקלים באיסור שביעית דרבנן והחוב לא נשמט, או שהנתבע יכול לומר

'קים' לי' כלישנא שהחוב נשט, ופטור. ובמשנה ראשונה (שביעית שם משנה ב) הקשה על הבית יוסף, מדברי רבי יוחנן בגמרא בגיטין (שם) – שמחמת שהעניין לא היה מוכרע אצלו לא סמך על דעתו לפסוק שהחוב אינו נשט ולהוציא ממון מהנתבע.

והנה בכנסת הגדולה (שם הגהות בית יוסף אות כו) ציין בקיצור לתשובת מהרי"ט (שו"ט מהרי"ט יורה דעה סימן מ) שדחה את דברי הבית יוסף, ויישב את דברי הרא"ש באופן אחר:

איברא שבדברי הרא"ש קשה לי, דמאי איריא משום דשביעית בזמן הזה דרבנן אי אמרת ניזיל גבי איסור לקולא דרב' [–אדרבה] ניזיל גבי ממונא לקולא ולא מפקינן. ולא נתברר לי טעמו של מהרי"ק ז"ל, דמעיקרא דינא לא אתינא למבעי אלא לענין איסורא ומה בכך [דנפקא מינה נמי לענין ממון [...]] ונראה לי דטעמא דהרא"ש כיון דשביעית בזמן הזה דרבנן וחיובו דאורייתא, נהי דאיסור שביעית דרבנן מפקיע חיוב של תורה בזמן שהוא ודאי, אבל בזמן שהוא ספק אינו מפקיע, דומיא דמאי דאמרינן גבי דינא דבר מצרא שאם היה הדבר ספק אם מכר למזוני ולקבורה דלית בהו משום דבר מצרא [...] וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בענין תקנת ירושת האשה שכל ספק שאירע בו יד התקנה על התחתונה שהיא באה להוציא מידי ירושה של תורה [...] וכן בתקנה שיחתמו שלושה עדים בשטר כתב: כיון שיש ספק אם נהגו לגבות כדיעבד בשניים, אין למנוע לגבות מפני ספק תקנתכם.

היינו: מהרי"ט מחלק בין ספק באיסור לספק בתקנה. שבספק בממון ובאיסור דרבנן, יכול המוחזק לומר קים לי כפוסקים המקלים ומתירים, ובספק בתקנה דרבנן, כמו שביעית בזמן הזה שתיקנו כדי שלא תשכח תורת שביעית, אין הנתבע לעמוד בהתחייבות המועילה מהתורה, יכול לומר קים לי כפוסקים המקלים ומתירים.

ובכנסת הגדולה (שם סימן כח) כתב:

והכי נקטינן וכו', נ"ב: פירוש והכי נקטינן דאין שביעית משמטת, אבל לא מטעם דכיון דאיסורא דרבנן נקטינן קולא לתובע, שהרי הרמב"ם ז"ל נראה מדבריו בפ"ח מהלכות עבדים, דאפילו כמילתא דאיסורא דנפקא מינה לענין ממונא, נקטינן חומרא לתובע וקולא לנתבע [...]

והארץ להביא את דעות הפוסקים בנדון זה וציין למה שכתב במקום אחר (חושן משפט סימן כה הגהות בית יוסף אותיות סו–ע). ותורף דבריו שבמקום שיש ספק בממון ובאיסור דרבנן, לדעת רוב הפוסקים הנתבע יכול לומר 'קים לי' כפוסקים המקלים ופטורים, ובמקום שיש ספק בממון ובאיסור תורה – לדעת רוב ככל הפוסקים אזלינן לחומרא, ויש סוברים שזה רק במקום שלדברי הכול יש לכל הפחות איסור דרבנן. ובמקום שהנתבע עובר באיסור בקום עשה לדברי הכול אין אומרים 'קים לי' במקום שיש ספק באיסור ובממון. ואמנם ייתכן שיש חולקים באיסור דרבנן אך באיסור תורה לדברי הכול אין אומרים 'קים לי'.

ועוד ציין למה שכתב במקום אחר (כנסת הגדולה סימן עה הגהות הטור אות פו) מיירי ביורש שתבע ממון בטענה שאביו אמר לו שהנתבע חייב לו, שנחלקו הראשונים: לדעת הרמב"ם טענת היורש היא טענת ספק ואין משביעים עליה, ולדעת הראב"ד טענת היורש היא טענת ברי ומשביעים עליה. וכתב (הכנסת הגדולה שם) שמדברי הרש"ך (מהרש"ך חלק ב סימן ס) משמע שכאשר היורש מוחזק בממון הנתבע, ומסרב להשיבו לו עד שהנתבע ישבע וייטול, הדין עמו. והקשה על הרש"ך: איך יכול היורש להחזיק בממון ולטעון 'קים לי' כרמב"ם שהנתבע חייב להישבע, כשדעת הראב"ד הנתבע עובר על איסור תורה של הזכרת שם שמים לבטלה בקום עשה.

וביישוב קושיית הכנסת הגדולה על הבית יוסף נראה לי דאיסור שביעית שאני, שאומר התובע לנתבע: "מה אכפת לך בספק איסור זה שאתה אינך עובר עליו, רק אני התובע שנושה בך, ולדידי הווי ספק דרבנן ולקולא?" זאת בשונה מאיסור ריבית שהלווה והמלווה עוברים עליו. מכל מקום מבואר בכנסת הגדולה שבכל מקום שיש ספק באיסור שביעית דרבנן, שפיר דמי לגבות את החוב, כטעם הבית יוסף או כטעם המהרי"ט.

שוב ראיתי בתשובת מרן אאמו"ר הראשון לציון זצוק"ל (יביע אומר חלק ה חושן משפט סימן ג אות ב) שהביא תשובת הרשב"ש (סימן שפח) שכתב להדיא שבמקום שיש מחלוקת אם שביעית משמטת, אין מוציאים ממון מהמוחזק. והביא דברי הרא"ש ועוד ראשונים שכתבו כמותו ואת דברי הבית יוסף וחזיק את טעם הבית יוסף בתרתי: א. שחזקת חיוב מסייעת לצד שהחוב אינו נשמט; ב. שיש ספק נוסף באשר לשנת השמיטה והווי ספק ספקא להוציא ממון, ואף שיש סוברים שאין מוציאים ממון גם בספק ספקא, במקום שהפטור הוא מתקנה דרבנן מסתבר שהעיקר כסוברים שמוציאים ממון.

והמבקש להעמיק חקור בעניין קביעת שנת השמיטה יעיין במה שכתבתי בספרי ילקוט יוסף (שם פרק א סעיף ב, עמ' סא ואילך, ובהערות שם) שיש כמה דעות בראשונים בעניין, עד שיש סוברים שיש הפרש של עד חמש שנים בין שנת השמיטה לדעתם, לשנת השמיטה הידועה והנוהגת על פי הגאונים.

ובספרי ילקוט יוסף (שם עמ' תרסה ואילך) שגם במקום שיש ספק אחד, העיקר להלכה כדעת מרן השולחן ערוך דאין שביעית משמטת, ואי אפשר לטעון קים לי כנגד מרן.

וליישב את קושיית המשנה ראשונה צריך נגרא ובר נגרא. ועיין להלן בדברי התומים (סימן סז ס"ק ב), והדברים מתיישבים כמין חומר. ועיין עוד בתשובת מרן הראשון לציון (שם) שיישב בדרך זו את קושיית המשנה ראשונה בלי שהזכיר את השואל. והביא יישובים נוספים ודחאם. ועיין במה שכתבתי בספרי ילקוט יוסף (שם עמ' תרלז) בשם הגראי"ה קוק ואאמו"ר מרן הראשון לציון זצוק"ל.

פרק ה': שמיטת כספים בזמן הזה

בכל אריכות הדברים לעיל ההנחה היא ששמיטת כספים נוהגת בזמן הזה מדרבנן, דהפקר בית דין היה הפקר. ובאמת דבר זה אינו פשוט כלל, וכבר האריכו בזה הפוסקים, בעיקר ליוצאי אשכנז.

המבקש לעיין בכלל דעות הראשונים והאחרונים בהשמטת כספים בזמן הזה – די ש אומרים שהיא מדרבנן, יש אומרים שהיא מהתורה, יש אומרים שאינה נוהגת כלל, ויש אומרים שהיא משום מידת חסידות – יעיין באורך במה שכתבתי בספרי ילקוט יוסף (שם פרק כד סעיף ג, עמ' תרכח ואילך), ובמה שכתב מרן אאמו"ר הראשון לציון זצוק"ל ביביע אומר (חלק ג חושן משפט סימן ו, חלק י חושן משפט סימן ג) ובחזון עובדיה – פרוזבול.

ואלו עיקרי הדברים בתמצית:

א. טעמי הרא"ש

בשו"ת הרא"ש (כלל עז סימן ד) והובא בטור (חושן משפט סימן סז) הביא את תשובות הרמב"ם והרמב"ן שכתבו בפשטות ששביעית נוהגת בזמן הזה, וכתב שכשבא לספרד ראה שנוהגים לגבות חובות ישנים שעברה עליהם שמיטה, וצווח על זה ככרוכיא שמנהג זה הוא נגד דין תורה ששביעית משמטת. ומי שרוצה שהלוואתו לא תישמט בשביעית צריך לעשות תנאי מפורש. וכתב שאפשר ליישב המנהג – שבמקומו היו כותבים בשטרות שיגבו את החוב "בדרכים דתיים ושאינם דתיים", ויש לומר שבזה שכתבו "בדרכים לא דתיים", כללו תנאי ששביעית לא תשמט חוב זה, וכל תנאי שבממון קיים.

ובדין מתנה "שלא תשמט בשביעית" עיין בבית יוסף (שם) בשם הריטב"א, בשולחן ערוך (שם סעיף ט), בבאר הגולה (שם), בש"ך (שם ס"ק ג) בשם הטור (שם סימן רכז) ובשם סמ"ע (סימן רכז ס"ק לז) ובכנסת הגדולה (שם הגהות הטור אות ח). ועיין בפרישה (חושן משפט סימן סז ס"ק ו), כמה טעמים מדוע לא אמרינן ככהאי גוונא מנהג מבטל הלכה. ועיין כנסת הגדולה (שם סימן ו).

ועיין בתומים (סימן סז ס"ק ב) שהביא את דברי מהרי"ל בליקוטים (אות יז) שכתב (כדברי הרא"ש) שתנאי לגבות "בדיני האומות" הוא כתנאי "שלא תשמט בשביעית" הוא תנאי בדבר שבממון וקיים, ותמה עליו שהרי הטור כתב על זה בשם הרא"ש דהווי "מתנה על מה שכתוב בתורה", וביאר התומים שכוונתו שתנאי זה בטל אף ש"בדבר שבממון תנאו קיים" משום שלרוב הפוסקים שביעית בזמן הזה דרבנן וסבירא ליה לרא"ש חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה (עיין שולחן ערוך אבן העזר סוף סימן ט).

ולא על מהרי"ל לבד ילין אלא על השולחן ערוך וכל האחרונים הנ"ל שפסקו בפשיטות שתנאי "שלא תשמט בשביעית" מהני (ועיין שם בתומים שתירץ מכל מקום דמהרי"ל סבר דלרא"ש תנאו בטל משום דאית ליה "עשו חיזוק" ומהרי"ל גופיה לית ליה דעשו חיזוק. ולדינא על כל פנים נקט התומים דקשה לראות בתנאי זה של גבייה "בדרכים שאינם דתיים" תנאי שנעשה כדין ומועיל).

[אכן יש להפליא על התומים שתמה מדברי הטור שהביא דברי הרא"ש בקיצור והרואה במקור הדברים יראה בתשובת הרא"ש – ואף אי לא הוויא קמיה, הרי דברי הרא"ש במלואם המה הובאו בית יוסף – יראה שהרא"ש גופיה כתב שהוא "מתנה על מה שכתוב בתורה" לגבי תנאי זה של "בדרכים שאינם דתיים" המתפרש גם על אופנים שאין תנאי מועיל בהם (כגון "שלא תשמטני שביעית" להבדיל מ"שלא תשמטני בשביעית" או תנאים בעניינים אחרים) והטור שהביאו בקיצור – לזה התכוון ולא למתנה בהדיא ובאופן המועיל "על מנת שלא תשמטני בשביעית" ואחר כך כתב הרא"ש שאפשר שסמכו על שלשון זה כולל "שלא תשמטני בשביעית" ועל זה אכן כתב – כמו שכתב מהרי"ל בשמו – שהוא תנאי המועיל. ואכן גם מהרי"ל גופיה כתב כן בשם תשובת הרא"ש בשו"ת מהרי"ל החדשות (סימן קצז), ונראה שדבריו בליקוטים אינם אלא קיצורה של תשובה זו. ומכל מקום בהמשך דברי הרא"ש פקפק על סברה זו כעין פקפוקו של התומים גופו – שאין זה תנאי מפורש ועשוי כדין].

וברא"ש בתשובה (שם סימן ב) נתן טעם נוסף למנהג שהיה בספרד, שלאחר שידוע לכולם שלא נוהגים שמיטת כספים באותו מקום, הווי כאילו התנו במפורש שלא ישמטנו בשביעית. והביאו הסמ"ע (שם ס"ק ד).

ונחלקו האחרונים בדעת הרא"ש: בסמ"ע משמע בפשטות שלפי טעם זה גם במקום שהמלווה לא אמר ולא כתב דבר, החוב אינו משמט. ובבאר הגולה (חושן משפט שם) כתב שהרא"ש סמך על מנהג מקומו שהוזכר (בתשובתו שם) שכותבים בשטרות שהחוב ייגבה "בדרכים דתיים ובדרכים שאינם דתיים".

והמבקש להעמיק חקור בדברי הרא"ש וטעמיו יעיין בספרי ילקוט יוסף (שם עמ' תרלא ואילך).

ב. טעם המהרלב"ח והמהרשד"ם

המהרשד"ם בתשובה (אבן העזר סימן רכז) כתב:

[...] עם היות היה דעתי שגם בזמן הזה יש לנהוג דין שמיטה, מכל מקום אחר שראיתי דברי מורי הרב מהררל"ן חביב [– מהרלב"ח] בתשובותיו שנדפסו זה זמן מועט וראיתי בהן שנתפשט המנהג שלא יועיל טענת שמיטה בין שיהיה כדין ובין

שיהיה שלא כדון, חזרתי בי, אחר ששמיטה בזמן הזה היא מדרבנן לכולי עלמא, ואיכא מאן דסבר דאפילו מדרבנן ליתא. ואף על פי שהיא סברא יחידית, מכל מקום בהצטרף אל מה שאנו רואים ענין זה רוע התרועע מזמן רב כאשר נראה מתשובת הרא"ש וכל שכן עתה שמעיד גברא רבה שנהגו שלא יועיל כנזכר, אין ספק שיש לעשות עיקר מאלו הדברים וכל מה שנוכל לסמוך הדין מאי זה טעם אחר ראוי לילך אחריו.

ובתשובה זו משמע שסבר שהעיקר להלכה דלא כמהרלב"ח, אלא שלא רצה לחלוק על רבו ולבטל המנהג, לכן נאחז במנהג על אף הקושי שבו. וממה שכתב במקום אחר (חושן משפט סימן סא) – ומציין לו הש"ך (שם ס"ק א) – משמע שהסכים לפסק המהרלב"ח ולטעמו, ותלה את הדבר במנהג המקומות, שבמקום שלא משמיטים כלל, לא צריך תנאי מפורש, שהמנהג כתנאי, ובמקום שמדי פעם משמיטים – צריך תנאי מפורש, שהוא כלל הרשב"א בתשובה (חלק ב סימן שיד) בהלכות שטרות שבמקום שאין מנהג ברור וידוע המפרש את השטר צריך תנאי ברור ומפורש.

ובשטר שכתוב בו שנעשה "בכל נוסח המועיל והמתוקן", ובאותו מקום מקובל לכתוב שלא ישמט חוב זה בשביעית, ובשטר זה השמיטו התנאי הזה, כתב מהרשד"ם שם שיש לפרש את התוספת בשטר באופן זה, שהשטר נעשה בכל נוסח המועיל והמתוקן, ובכלל זה התנאי שהחוב לא יישמט בשביעית. ובמקום אחר (שם סימן קפו) – ומציין לו בש"ך (שם) – הביא תמצית תשובת המהרלב"ח, ונראה מדבריו שהמהרלב"ח סמך בעיקר על ייפוי הלשון הנ"ל בשטרות. וכתב שדעת המהרלב"ח היא שגם במקום שיש דין ודברים בין התובע והנתבע, אין החוב נשמט בשביעית.

ואלמלא ייפוי הלשון שבשטר, לא היינו סומכים על המנהג, כמו שכתב הרשב"א בתשובה שם שבמקום שכולם כותבים בשטר החוב תנאי – "על מנת שלא תשמטני בשביעית", ואחד לא כתב, לא תולים בטעות סופר. והרמ"א (שם סעיף ט) הביא את דברי הרשב"א להלכה, והסמ"ע הוסיף טעם שכאשר יש מצווה לשמט, יש לומר שלכן השמיט את התנאי הזה כדי לקיים את המצווה. ורבי עקיבא איגר (שם) ציין לדברי המשנה למלך (הלכות שמיטה שם הלכה י) שהרשב"א במקור כתב טעם שיש ביד המלווה לכתוב פרוזבול בקלות, ומשלא עשה כן על כורחך רצה שהחוב יישמט.

ובכנסת הגדולה (שם הגהות בית יוסף אות יב) כתב:

אם בשטר אחד לא נכתב תנאי זה לא אמרינן כמו שנכתב דמי וכו'. נ"ב: וכן פסק בספר המפה, וכן כתב הר"י אדרבי ז"ל (בסימן רלה) והרש"ך (חלק א סימן י) ומהר"ש עטיאס ז"ל – הובאו דבריו ברשד"ם (חלק חושן משפט סימן סא). אבל הרשד"ם ז"ל (שם) כתב דשאר הפוסקים לא הודו לו בזה, ואפילו לדברי הרשב"א ז"ל היינו בזמנו ובמקומות שנהגו להשמיט, אבל בזמן הזה שאין נוהגין

להשמיט אף על פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי. ואין דבריו נראין בעיני, ועיין בסמ"ע ובסימן מ"ב סעיף כ"א.

נמצא שלדעת המהרשד"ם במקום שכותבים בכל השטרות שהחוב לא יישמט בשביעית, והשמיטו בשטר זה, ויש בשטר ייפוי לשון, למדים מהם שגם שטר זה הוא כשאר שטרות שהחוב לא נשמט בשביעית. וכשאיין בשטר ייפוי לשון, לרשב"א שביעית משמטת את החוב, ושאר פוסקים חלקו עליו, וגם לרשב"א במקום שאין נוהגים כלל שביעית משמטת, מפרשים את השטר לפי מנהג המקום, דבכהאי גוונא דורשים לשון הדיוט בשטרות. ובכנסת הגדולה שם כתב שלא נראו לו דברי המהרשד"ם.

ג. טעם המהרי"ק

טעם נוסף למנהג שאין שמיטת כספים בזמן הזה, ישנו במהרי"ק (סימן צב) וז"ל:

ועוד, שהרי בכל שטרותינו אנו כותבים אחריות נכסים ומוכח פרק השולח (גיטין דף לז ע"א), דשטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט לבית שמאי דאומרים שטר העומד לגבות כגבוי דמי [...] והנה כתב המרדכי [...] ותו דקיימא לן שטר העומד לגבות כגבוי דמי [...] הרי לך בהדיא שכתב דקיימא לן שטר העומד לגבות כגבוי דמי, ואם כן אין שטר שיש בו אחריות נכסים משמט כדמוכח סוגיא בפרק השולח כדכתבתי לעיל.

ואפשר שעל זה סמכו בני ספרד וכן בצרפת לפי מה שראיתי מעולם כדכתבתי לעיל שלא לטעון טענת שמיטה. וכלל העולה על דעתי בקצרה שהלכה זו רופפת הרבה וראוי להלך בו אחר המנהג. והנה קים לך במנהג אשכנז טפי מינאי.

ואם אין מנהג קבוע אם יש בשטר שבועה או חרם על הלוח לפרוע ראוי לחייב הלוח ולא שיכנס בספק חרם ושבועה [...] אם אין מנהג קבוע לשם אמינא כיון שאין אנו רגילין עכשיו בפרוזבול נראה לעניות דעתי שאין בידינו לכופף הלוח לפרוע, והמוציא מחברו עליו הראיה.

מסקנת מהרי"ק ששמיטת כספים בחוב בשטר שיש בו אחריות נכסים היא דבר שאינו ברור, והולכים אחר מנהג קבוע, ואם אין כזה, והלווה לא נשבע לפרוע – אין מוציאים מהלווה המוחזק.

ובכנסת הגדולה (שם הגהות בית יוסף אות א) תמה על מה שכתב המהרי"ק בחוב שבשטר שיש בו אחריות נכסים, שאין הלכה ברורה אם הוא גבוי או לא, וכתב שהרבה פוסקים פסקו בפשטות שחוב שבשטר אינו נחשב גבוי.

והב"ח (חושן משפט שם) הקשה על המהרי"ק: איך כתב שאין הלכה ברורה בשטר שיש

בו אחריות נכסים, כאשר כל הפוסקים פסקו כרב ושמואל בגמרא (גיטין לז ע"א) ששטר שיש בו אחריות נכסים משמט בשביעית. וחילק הב"ח בין מקום שיש לנתבע טענות על גוף החוב, כמו במחלוקת בית שמאי ובית הלל בספק סוטה, דאז השטר אינו כגבוי, לבין מקום שאין טענות על גוף החוב, כמו בדינא דיתומים שנתבעו בשטר, דאין מחלוקת על החוב. עוד כתב שיש לחלק בין שטר כתובה הראשונים שכתבו הראשונים שכחו עדיף משאר שטרות משום חניא ומשום שהוא מעשה בית דין, דיש לומר דבזה פסק המרדכי ומהרי"ק דקיימא לן כבית שמאי שהוא כגבוי, לבין שאר שטרות. וציין שכן כתבו התוספות (כתובות פא ע"א) שאביי סובר שכתובה הוויא כגבויה משום חניא.

ובכנסת הגדולה (חושן משפט שם הגהות בית יוסף מהדורא בתרא) העיר על הב"ח שכתב שפשוט ששטר שיש בו אחריות נכסים אינו כגבוי, ובמקום אחר (שם סימן יב) כתב הב"ח על מה שכתב הטור שם בשם רבינו ישעיה שמחילת חוב שבשטר לא מהניא ללא קניין, שטעמו משום שהלכה כבית שמאי ששטר העומד לגבות כגבוי דמי, וכן דעת רוב הפוסקים דהלכה כבית שמאי.

ובתומים שם כתב שבשלטי גיבורים כתב כחילוק הב"ח בין כתובה לשאר שטרות. והתומים חילק בין גרושה שגובה כתובתה ללא שבועה, שכתובתה היא כגבויה, לאלמנה שגובה בשבועה, שכתובתה אינה כגבויה. וכתב שחילוק זה מיישב את דברי המרדכי, ואינו מיישב את דברי המהרי"ק שכתב ששטר שיש בו אחריות נכסים הוא כגבוי לעניין שמיטת כספים, כאשר בגמרא בגיטין שם מפורש שגם שטר רגיל שבעליו לא צריך להישבע, נשמט בשביעית, והטעם משום שאכתי הנתבע יכול לכפור בשטר ולהקשות על התובע לגבותו.

בביאור הגר"א (חושן משפט שם ס"ק ו) דחה את שכתב מהרי"ק שהלכה כבית שמאי וכתב כב"ח דאין הלכה כמותם, וכדאיתא בגמרא בגיטין ובשולחן ערוך שם (סעיף ב) דקיימא לן כרבי יוחנן שגם חוב בשטר שיש בו אחריות נכסים משמט. וציין לדברי הש"ך (חושן משפט סימן קח ס"ק יט) שהביא את דברי המהרי"ק והמרדכי ואת דברי הבדק הבית (בסימן סז) שהשיג על דבריהם, והניח דברי המרדכי והמהרי"ק בצריך עיון, דאין הלכה כבית שמאי.

ובשולחן ערוך (שם סימן יב סעיף ז) נפסק שמחילה לא צריכה קניין, ובסמ"ע (חושן משפט שם ס"ק כא) הביא את דברי הטור בשם רבנו ישעיה להלכה שחוב בשטר לא מועילה מחילה בלא קניין. ובש"ך (חושן משפט שם ס"ק יז) כתב שברמ"א במקום אחר (חושן משפט סימן רמא סעיף ב) כתב שיש אומרים שמחילה מהני בשטר ונשאר הש"ך בצריך עיון. גם בט"ז (חושן משפט סימן יב שם) הקשה על הסמ"ע מדברי הרמ"א (בסימן רמ"א) וכתב שדברי הרמ"א שם הם העיקר להלכה. גם בחלקת מחוקק (סימן קה ס"ק יד) ובבית שמואל (שם ס"ק יב) פסקו דלא כסמ"ע, והביאו ראיה ממה שכתב מרן השולחן ערוך שם שמהני מחילת כתובה בלי קניין. ומפורש בבית שמואל שהסמ"ע פסק להדיא כרבנו ישעיה. והש"ך הביא את דברי הב"ח שכתב שטעם רבנו ישעיה משום שהלכה כבית שמאי וכתב שכל הפוסקים פסקו דלא כבית שמאי.

וכתב הש"ך (בסימן רמא שם) שהוא פלוגתא בירושלמי אם מועילה מחילה בשטר. ומשמע מדבריו שדחה לחלוטין את טעם הב"ח ומטעם אחר מספקא ליה אם מועילה מחילה בחוב שבשטר.

וכן נראה שהיא דעת הנתיבות (סימן רמא ביאורים ס"ק א) שכתב שהשעבוד הגוף בוודאי פוקע בלא קניין, והספק בירושלמי הוא אם המלווה צריך להחזיר ללווה את גוף השטר או שרשאי לתפוס בו, שלעניין זה לא צריך שיעבוד הגוף. ואולם בדברי הפתחי תשובה בשני המקומות בחושן משפט מבואר שהספק הוא האם השטר הוא כגבוי. ובסימן י"ב כתב הפתחי תשובה בשם הנודע ביהודה ליישב את דברי הב"ח ולחלק בין לווה שיש לו נכסים דאז השטר כגבוי ללווה שאין לו נכסים דהשטר אינו כגבוי. ובאבן העזר (שם) חזר הפתחי תשובה על חילוק זה לגבי כתובה. ובקצות (סימן יב ס"ק א) כתב שהגם שלא קיימא לן כבית שמאי, יש דברים שלגביהם החוב נחשב גבוי, כמו שכתב בכנסת הגדולה (חושן משפט סימן פב הגהות הטור אות נז) ששטר ברור הווי כגבוי.

והנה זו לשון הכנסת הגדולה (שם):

וגם ראיתי לרב מהריב"ל בחלק א' בכללי המגו (דף קכט ע"ג) שהקשה על כלל זה דהיאך כתבו התוספות (בבא בתרא דף לב ע"ב ד"ה "והלכתא") דהיכא דאיכא שטרא מעליא מקרי להחזיק ואמרינן מגו, והא קיימא לן כבית הלל דאמרי בפרק הנשבעין דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי והניח קושיא זו בצריך עיון [...]

ואני בעניי נראה לי שדעת התוספות דלאו בכל מילי קאמרי בית הלל שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי, שהרי בפרק המקבל גבי יתומים אמרי "אנו השבחנו" ובעל חוב אומר "אביכם השביח" מסיק רבי יוחנן דעל היתומים להביא ראיה דארעא כיון דלגוביינא קיימי בחזקת בעל חוב קאי. ולכאורה רבי יוחנן כבית שמאי. והוא תמוה: וכי שביק בית הלל ועביד כבית שמאי. וכבר הקשו כן התוספות בסוטה פרק ארוסה ותיצרו דדוקא בשטר כתובה שהשעבוד הוא ספק סברי בית הלל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, אבל גבי שבח דהיתומים מודים שהקרקע הוא של בעל חוב ששטר העומד לגבות כגבוי דמי. וכיון שלמדונו רבותינו בעלי התוספות דלאו בכל מילי אמרי בית הלל שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי, אף אנו נאמר דסבירא להו לתוספות בפרק חזקת הבתים דלא אמרי בית הלל שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ומיקרי להוציא אלא דוקא היכא שרוצה להוציא בשטר זה בטענתא לחודה בלא מגו [...]. אבל היכא שבאים להוציא בשטר מכח מגו [...] לא אמרינן לאו כגבוי דמי אלא הרי הוא כגבוי [...]

ועוד נראה לי, והוא הנכון, דסבירא להו לתוספות דאימתי אמרינן דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי, היכא שהשטר יש לו רעותא מצד הדין או התקנה דומיא דסוטות [...] ודומיא דמת לווה בחיי מלווה ואחר כך מת מלווה, דמחמת התקנה

אינו יכול לגבות בשטר זה אלא בשבועה, וכיון שלא על פיהם איתרע שטרא לאו כגבוי דמי. אבל בעובדא דסטראי נינהו, כיון שהשטר לא איתרע אלא על פיו שהודה שקבל, כיון שמפיו אנו חיים הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וכיון שהיה יכול להכחיש ולומר להד"ם, והשטר במקומו עומד וגובה בו, אף כשאמר סטראי נינהו לא איתרע שטרא וכגבוי דמי [...]

שוב ראיתי בתשובת מהרשד"ם (סימן ל) – ציינה הש"ך (חושן משפט סימן סז ס"ק א) – שהביא את דברי המהרי"ק ואת חילוק הכנסת הגדולה בין חוב ברור לשאינו ברור וכתב שאין די בזה ליישב את הקושיה על המהרי"ק, שהוא מיירי בחוב שעברה עליו שמיטה שאינו חוב ברור ואינו כגבוי.

מכלל הדברים אנו למדים שיש מקום לטעם המהרי"ק, בפרט בכתובה שכתב הב"ח שגם במקום שאין החוב ברור היא כגבויה, וכן בשטר שמיגו מסייע לו שהוא כגבוי. וגם בשטר רגיל כתב הש"ך שטעם המהרי"ק הוא ספקא דדינא.

והרוצה להחכים, יעיין במה שכתב בספרי ילוט יוסף (שם עמ' תרלד).

ד. טעם מהרי"ל ותרומת הדשן

בשו"ת מהרי"ל (חדשות סימן קצז) ובתרומת הדשן (סימן דש) כתבו טעם שלא תיקנו שמיטת כספים אלא בארצות הסמוכות לארץ ישראל ולא בחו"ל הרחוקה. ובב"ח שם דחה טעמם וכתב שאין לנו לבדות דברים מליבנו.

ובתומים שם כתב דטעם זה אינו שייך בשמיטת כספים אלא בשמיטת קרקע שגזרו במקומות הקרובים לארץ ישראל.

והמבקש להעמיק חקור בטעמי המהרלב"ח והמהרי"ק ותרומת הדשן יעיין בספרי ילוט יוסף (שם, עמ' תרלב ואילך).

ה. טעם התומים

והתומים שם נתן טעם למנהג ששטרי חוב שיש בהם אחריות נכסים אינם נשמטים בשביעית, על פי מה שכתב הרמב"ן (גיטין שם) שרבי יוחנן לא סמך על סברתו ששטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט, משום שסבר ששביעית בזמן הזה דאורייתא ולא רצה לעשות מעשה באיסור תורה, ולדין דקיימא לן ששביעית בזמן הזה דרבנן שפיר דמי להקל בשטר שיש בו אחריות נכסים.

ועיין לעיל שבמשנה ראשונה (שביעית שם משנה ב) הקשה מדברי רבי יוחנן (בגיטין שם)

על הרא"ש בגיטין (פרק ד סימן יז) והבית יוסף (חושן משפט שם) שכתבו שמקלים באיסור שביעית בזמן הזה שהיא מדרבנן, ולפי התומים הקושיה מיושבת.

ו. טעם הב"ח

והב"ח כתב שהמנהג לגבות חובות שנשמטו בשביעית השתרכב בטעות, מפני שלהלכה הנתבע נאמן לומר "פרוזבול היה לי ואבד" ואפילו שבועה אין צריך. לכן מלכתחילה לא היה הלווה טוען שהחוב נשמט, וגם המלווה לא היה טורח לעשות פרוזבול דסמך על זה שיהיה נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד.

ומה שכתב שבתי דין מקבלים את דברי המלווה שאומר פרוזבול וכו' בקלות, אינו מוסכם. דהנה ז"ל הרא"ש בתשובה (כלל עז סימן ד):

אמת הוא שכתבו רבותי ז"ל שהאומר פרוזבול היה לי ואבד שהוא נאמן בלא שבועה משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא, ואני לא סמכתי מעולם על זה משום דלא שכיחי האידנא כותבי פרוזבול. [וגם אין איסור שביעית לשמוט כספים ידוע להמון העם ולא מחזקו ליה באיסור להיות חרד בדבר ולכתוב פרוזבול (-) הוספת דפוס ונציה מכ"י, וכעין זה בלשון תשובה זו שהובאה בטור סימן סז)] וכשהיה בא אחד לפני טוען פרוזבול היה לי ואבד, הייתי שואל לו מהו פרוזבול ולמה כתבת אותו ומי הוא שכתבו לך עד שהיה נתפס בשקר, ומעולם לא זכה אדם בפני באשכנז בטענה זו.

וגם לדעת הב"ח: לווה שטוען שלא ראה ולא שמע מי שאינו גובה חוב לאחר השמיטה מודה שלא עשה פרוזבול. וכך כתב בכנסת הגדולה (סימן סז מהדורא בתרא הגהות הטור אות ז) בשם הרשב"א (חלק ב סימן רמד): "טען מעולם לא נתפשט דין שמטה בארץ ולא ראה מי שנמנע לפרוע מכח שמטה, הרי זו הוראה שלא היה לו פרוזבול ולא תנאי."

ז. טעם הפרישה

טעם נוסף למנהג שאין שטר חוב נשמט בשביעית כתב בפרישה (סימן סז ס"ק ז) על פי מה שכתב במקום אחר (חושן משפט סימן כו, סמ"ע ס"ק יא) שאדם יכול לקבל על עצמו שידונו בענייניו בדיני עכו"ם, וכך יכול אדם לקבל על עצמו שישלם את החוב לפי דיני עכו"ם שאין שביעית משמטת. וכתב ששופטי עכו"ם ידונו בזה.

והנה ז"ל הסמ"ע (סימן סא ס"ק יד):

ומכאן ראייה למה שכתבתי בסימן כ"ו בדרישה ובסמ"ע (ס"ק יא) דאם כתב בפירוש שידון עמו בדין גוים מפני הזכות שיש לו בדיניהן יותר מבדין ישראל,

צריך לדון עמו בדייני גוים אף במקום שיש דייני ישראל שיכולין לדונו ולהוציא מידו. והיינו דווקא במקום שיש איסור לדייני ישראל לדון בדייני גוים, כגון להוציא מידו ממון שעבר עליו השמיטה וכיוצא בו, אבל במקום שאין איסור, ידונו דייני ישראל באותו זכות שיש לו לפני דייני גוים מאחר שקיבל עליו וחייב נפשו בזה, ועל דרך שכתב מור"ם בהג"ה לקמן סוף סימן שס"ט ע"ש.

וברמ"א שם כתב שישאל שקנה מגוי שטר חוב על ישראל, גובה מהישראל את כל מה שהגוי היה גובה ממנו לפי דינא דמלכותא, דכל זה בכלל החוב, וכך דנים גם דייני ישראל בחוב זה.

ומה שכתב שמותר לדון בדייני עכו"ם במקום שאסור לדייני ישראל לדון תמוה, דהא לדבריו גם בדייני ישראל חייב לשלם ממון זה. ויש בעניין זה של המקבל עיין עוד לדון בדייני עכו"ם אריכות דברים בפוסקים – עיין טור (חושן משפט סימן כו) בשם בעל התרומות והרא"ש; סמ"ע (סימן כו שם); ט"ז (חושן משפט שם); כנסת הגדולה (חושן משפט שם הגהות הטור אות כא) בשם המהר"א ששון; ברכי יוסף (חושן משפט שם ס"ק ח); נתיבות (חושן משפט שם, ביאורים ס"ק י); ים של שלמה (בבא קמא פרק ח סימן ה) ש"ך (חושן משפט שם ס"ק ה) בשם שו"ת מהר"ם אלשיך (סימן טז); אורים (חושן משפט שם ס"ק י); ראש יוסף (חושן משפט שם); חשק שלמה (חושן משפט שם); ישועות ישראל (חושן משפט סימן כב ס"ק ז).

ובכל הפוסקים שדנו בדברי הטור בשם בעל התרומות אין הסבר מניח את הדעת למה שכתב הטור (שם), והועתק בסמ"ע (סימן סא שם) שבדבר שאסור לדייני ישראל לדון מותר ללכת לדון לפני גויים, דממה נפשך: אם ההתחייבות לדון בדייני עכו"ם אינה תקפה, גם בפני דייני עכו"ם אסור לדון בה, ואם ההתחייבות תקפה לפי ההלכה, מה המניעה שדייני ישראל ידונו בה?

ונראה ליישב על פי מה שכתב בתרומת הדשן (שם) בדעת רש"י שכפייה לשלם חוב שנשמט בשביעית אסורה רק בבית דין של ישראל ולא בבית דין של עכו"ם. ואכתי צריך עיון. מכל מקום אין זה נוגע לענייננו, אלא מה שכתב הסמ"ע שהתחייבות לדון לפי דיני ערכאות מועילה שאין השביעית משמטת חוב זה. ובט"ז (שם) כתב:

ועוד נ"ל דאפילו אם רוצה זה שידונו לו ישראל באותו זכות שיש לו בדייני גוים אין שומעין לו, דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה, דהא כתב הרא"ש בתשובה כאן שאין הכוונה שלא ישמט שהוא כנגד דין תורה, משמע שגם בית דין ישראל לא ידונו לו בזה בדין עכו"ם.

ובפשטות משמע בט"ז שההתחייבות לדון בדייני עכו"ם אינה חלה כלל, דהווי מתנה על מה שכתוב בתורה, וגם דייני ישראל לא ידונו לפי דיני עכו"ם. אך זה אינו, שהט"ז מפנה לדברי הרא"ש בתשובה שכתב שמפרשים את דברי המתחייב באופן כזה שלא יסתרו את

דין תורה. משמע שבמקום שהתחייב במפורש לשלם כדיני עכו"ם, ההתחייבות חלה. ועיקר תמיהת הט"ז היא על מה שמשמע מדברי הסמ"ע שידונו כדיני עכו"ם.

שוב ראיתי בברכי יוסף (שם) שהביא דברי הט"ז באמצע ובסוף דבריו, וציין גם למה שכתב הט"ז בסימן ס"א (סעיף ו), ונראה מכלל דבריו שגם הט"ז מודה שאפשר לדון כדיני עכו"ם במקום שאין התחייבות לעבור על איסור וללכת לפני ערכאות, דאם יש כזו התחייבות אז הכול הוא בכלל מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל, אך כאשר אין כזו התחייבות אלא הסכמה לדון לפי דיני העכו"ם – מהני לדברי הכול.

וכתב הברכי יוסף שם שזו דעת המהרנא"ח בתשובה. ודו"ק שהמהרנא"ח כתב שאין מי שחולק על כך שאדם יכול להתחייב לשלם כדיני עכו"ם. ומה שנסתפק אחר כך, עיין בברכי יוסף שם.

ח. טעם המהרי"ל

בדרכי משה (חושן משפט סימן סז ס"ק א) ציין למה שכתב מהרי"ל (ליקוטים סימן יז), וזו לשונו:

אמר: הא דאין שמיטה נוהגת בשטרות שלנו להשמיט ההלוואה, היינו משום דכתבי' בהו: "הן כדיני ישראל הן כדיני האומות". ועוד דכתוב בהן "ד' אמות בחצירי", והוי קרקע כמשכון ואיכא מאן דאמר דאין שמיטה משמט חוב שעל המשכון.

ובתומים שם (ס"ק ב) הביא טעם זה והקשה דארבע אמות אלו אינם משכון, שאין המלווה יודע היכן נמצאות אותן ארבע אמות של הלווה ובוודאי אינו סומך עליהם בהלוואה. ובשולחן ערוך (שם סעיף ב) מבואר שייחוד קרקע שאינה מסוימת אינו מועיל שהחוב לא יישמט.

ט. טעם הרז"ה

כתב הר"ן (גיטין כ ע"א מדפי הרי"ף):

ויש מן החכמים מקילין ואומרים שעכשיו אין שמטת כספים נוהגת כלל ואין אנו צריכין לפרוזבול לפי שאומרים דקיימא לן כרבי דאמר שאין השמטה נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג, דכיון דחזינן קולי טובא בפרוזבול משמע דשמטה בזמן הזה דרבנן היא, דאי דאורייתא וכרבנן דפליגי עליה דרבי לא היו מקילין בה כל כך. וכיון שהשמטה תלויה ביובל דבר תורה, אף מדבריהם אינה נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג, ובימי רבותינו היה בית דין קבוע בארץ ישראל שהיו מקדשין היובל והיו תוקעין ומשלחין עבדים ושדות חוזרות לבעליהן זכר ליובל, ולפיכך היתה

שמטה נוהגת מדבריהם בין בעבודת קרקע בין בהשמטת כספים. אבל עכשיו שאין שם בית דין שמקדשין אותו ולא תוקעין אין היובל נוהג כלל, שדברים הללו מעכבין ביובל כדאיתא בפרק קמא דראש השנה (דף ח, ב) וכיון שבטל היובל לגמרי אפילו מדבריהם אף השמטה אינה נוהגת כלל.

ואין זה נכון, שהרי מימי הלל הנשיא שתקן לנו סדר מועדות וקידשן לדורות על פי מנין שאנו מונין בו, שוב לא היה בארץ ישראל בית דין ראוי לקדש, וכל שכן בימי רב אשי שכבר בטלו מומחין בארץ ישראל לגמרי, ואף על פי כן מצינו לו ולרבנן דדריה דמשמטי ומטרחי נפשיהו למכתב פרוזבול. הילכך, שמטת כספים נוהגת בכל מקום ובכל זמן, ומיהו מדרבנן בעלמא היא וכרבי כיון דחזינן דמקילין כולי האי בדיני פרוזבול.

ובבית יוסף (חושן משפט שם) כתב:

ו**כתב הרשב"א** (חידושים [לגיטין] דף לו, ב ד"ה "ולענין פסק הלכה", וש"ת חלק ג סימן לב) שזה היה דעת הראב"ד (השגות לרי"ף גיטין יט, א). ודחה הוא ז"ל דבריו וכתב שגם הראב"ד חזר בו בפרק קמא דעבודה זרה (חידושי ט, ב ד"ה כי זה) וגם בעל העיטור (אות פ - פרוזבול עה ע"ד) כתב ראיות המקילים ודחה דבריהם, ובעל התרומות בשער מ"ה (שם סימן ד) כתב בתשובת הרז"ה שהאריך להעמיד המנהג דאין שמטת כספים נוהגת בחוצה לארץ בזמן הזה ושהרמב"ן (גיטין לו, א סוף ד"ה הא) סובר שנוהגת והביא ראיות על כך, ובסוף דבריו כתב שהראב"ד חזר בו בפרק קמא דעבודה זרה והודה שנוהגת עכשיו וכן דעת רש"י בפרק קמא דעבודה זרה (ט, ב ד"ה האי) ואין בדבר בית מיחוש וספק. ע"כ.

ועיינתי בתשובת בעל המאור שבספר התרומות והוסיף על מה שכתב הר"ן בשם יש חכמים ששמיטה צריכה קידוש בית דין, והלל השני שקבע את סדר המועדים קידש את המועדים אך לא קידש את השמיטות והיובלות, והראיה שאין אנו יודעים בוודאי מתי היא שנת השמיטה. וכתב שכן היא דעת הראב"ד דאין שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה אלא רק משום מידת חסידות. וכתב דאפשר שזו דעת הרי"ף שהביא את הלכות שמיטת כספים בהלכותיו. וכתב בעל התרומות שהרמב"ן סובר כדעת הר"ן והרמב"ם שאין שמיטה תלויה כלל ביובל, ונוהגת גם בזמן הזה. והרמב"ן סובר ששמיטת כספים נוהגת בזמן הזה מן התורה, דרך שמיטת הקרקע תלויה ביובל שתלוי בכך שרוב יושביה עליה, ושמיטת כספים שנוהגת בכל מקום אינה תלויה בכך.

ובמה שכתב בעל התרומות בדעת הרמב"ן עיין במה שכתבתי בספרי ילקוט יוסף (שם), הערה בעמ' תרלא).

והנה כתב הדרכי משה (שם) שהמקלים בשמיטת כספים בזמן הזה סומכים על דעת יש מן החכמים שבר"ן.

ובכנסת הגדולה (חושן משפט שם מהדורא בתרא הגהות בית יוסף אות ג) כתב: "כתוב בספר מקור ברוך (סימנים מ-רנח) דאין המוחזק יכול לומר קים לי כהר"ז הלוי דיחיד הוא בזה."

ובשולחן ערוך (חושן משפט סימן סז סעיף א) מבואר:

אין שמיטת כספים נוהגת מן התורה, אלא בזמן שהיובל נוהג. ומדברי סופרים שתהא שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה, בכל מקום.

הגה: (רמב"ם פרק ט מהלכות שמיטה שער מה והר"ן בשם יש אומרים) כן הוא הסכמת הפוסקים. אבל יש אומרים דאין שמיטה נוהגת בזמן הזה; ונראה שעליהם סמכו במדינות אלו, שאין נוהגים דין שמיטה כלל בזמן הזה, והמנהג היו נוהגים עדין בזמן הרא"ש, כמו שכתוב בתשובה (הטור סעיף ה הביאו) שהיה צווח ככרוכיא לבטל המנהג, ולא אשגחו ביה, וכבר כתבו גם כן האחרונים ז"ל (בדרכי משה סעיף ה הביאו) טעם למנהג שאין נוהגין שמיטה כמבואר בדברי מהרי"ק (שורש צב) ומהר"ר איסרלן בתרומת הדשן (סימן שד) ובמהרי"ל, ואין לדקדק אחריהם.

הרי שמרן השולחן ערוך והרמ"א פוסקים להלכה שהשמטת כספים נוהגת בזמן הזה, "ויש אומרים שאינה נוהגת" – "ואין לדקדק אחריהם".

ובלבוש (חושן משפט שם סעיף ט) כתב שהטעמים שכתבו המהרי"ק ותרומת הדשן אין להם על מה שיסמוכו, ואינם לפי ההלכה. ובבאר הגולה (חושן משפט שם) כתב בשם השל"ה שיש להזהיר על עשיית פרוזבול שהוא בקל. והש"ך (חושן משפט שם ס"ק ב) ובאר הגולה (שם) כתבו בשם הב"ח שהמנהג נשתרבו בלי טעם, והנמנע ועושה על פי דין – תבוא עליו ברכה.

ובתומים (שם ס"ק א) כתב שגם לדעת הרז"ה דאין שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה כלל, ראוי לחשוש ולהחמיר בזה מכמה טעמים על דרך המוסר וחשיבות זכירת הגלות והציפייה לגאולה, וזניחת החומר והעדפת הרוח כמו שהאריך שם. וגם שרוב ככל הפוסקים חולקים על הרז"ה, אז הגם שנהגו כמותו יש להחמיר כאחרים.

עד כאן הטעמים השונים שכתבו הפוסקים, ומכלל הדברים עולה שלכל הפחות בשטר חוב שיש בו אחריות נכסים, יש בפירוש מקום לומר ששביעית אינה משמטת. וכן שהמנהג בפועל אצל האשכנזים הוא ששביעית אינה משמטת, ועשיית פרוזבול היא משום מידת חסידות והנהגה נכונה. והגם שהפוסקים כולם כתבו שהעיקר כדעת מרן השולחן ערוך והרמ"א שהשמטת כספים נוהגת בזמן הזה, לא מלאם לבם להורות כך לדינא נגד המנהג, אלא רק בדרך של מידת חסידות והנהגה נכונה שראוי לחשוש ולהחמיר ולעשות פרוזבול שהוא דבר קל.

ובמנהגי הספרדים בזה, ראה באורך במה שכתבתי בספרי ילקוט יוסף (שם עמ' תרלד ואילך), ובמה שהפליא אאמו"ר זצוק"ל בחזון עובדיה פרוזבול (עמ' קו) בהבאת שיטות הפוסקים הספרדים שהורו במקומותם שאין נוהגים שמיטת כספים כלל – מחד גיסא, ומאידך גיסא – תשובת מרן הבית יוסף באבקת רוכל (סימן קנד) שביטל המנהג והורה כהלכה שמיטת כספים נוהגת בזמן הזה. ובילקוט יוסף (שם עמ' תרלו) כתבתי שהעיקר להלכה כדעת מרן השולחן ערוך שהשמטת כספים נוהגת בזמן הזה. ועיין גם במה שכתב ביביע אומר (חלק ג חושן משפט סימן ו). ועיין עוד בחזון עובדיה (שם עמ' קז) שיש לצרף סניף נוסף להקל לבעלי תשובה שגבו כספים שנשמטו בשביעית, ששנת השביעית אינה ידועה לנו ויש מחלוקת של שנה שנתיים ויותר.

ויש בזה נפקא מינה לעניין השמטת כספים, שמאחר שכך נהגו כולם בארצות אשכנז, ואת הפרוזבול עושים לחומרא, יש לומר שכל מי שמלווה הוא כמו שמתנה שלא ישמטנו בשביעית, וכמו שכתב הסמ"ע והמהרשד"ם ועוד אחרונים שלעניין שמיטת החובות [בדיעבד, בלא פרוזבול] נותר המנהג כשהיה, ורק לעניין הפרוזבול [לעשותו לכתחילה] התמירו לעשותו שהוא בקל כאמור.

מסקנה

לאור כל האמור מוחלט לדחות את הערעור ולקבוע כי כתובת האישה בתוקפה.

באשר לערעור שכנגד [שבו התבקש בית הדין לקבוע שחוב הכתובה, במלוואו – ולא רק חלקו העודף על חוב הבעל מכוח איזון המשאבים, יתווסף לאיזון המשאבים וכן לקבוע שיש לחייב בכתובה בתוספת הצמדה]: לא מצאנו בפסק הדין הראשון טעות בהלכה או בשיקול הדעת בעניין זה.

סוף דבר:

א. הערעורים נדחים.

ב. אין צו להוצאות.

פסק דין זה מותר לפרסום לאחר השמטת פרטים מזהים.



הרב מסעוד אלחדד

אב"ד ירושלים

דיון אם המחסן נכלל במכירת הדירה - ולאחר שהחזיק בו הקונה

א. העובדות שבתיק.

ב. יד בעל השטר על התחתונה.

ג. אף שהמוכרת הפרה ההסכם, מ"מ הקונה מחלה לה בכתב. ודין אסמכתא.

ד. לך ואני אבוא אחרוך.

ה. סוף דבר.

ו. הערת הרה"ג י. ח. רבינוביץ שליט"א.

העובדות בקצרה הם כדלהלן:

שאלה: התובעת מכרה לנתבעים דירה בת 4 חדרים משום מה נחתמו 2 הסכמים בניהם בתאריכים שונים, הראשון נחתם ביום 88 מאי 9 והשני נחתם ב-88 דצמבר - 18 באותו תוכן רק תאריכים שונים ובכך בסעיף א' נאמר שהדירה היא בת 4 ח' שירותים ונוחיות ולא מוזכר מחסן. בסעיף 2 בהסכם התחייבה המוכרת לסלק המשכנתא הרובצת על הדירה לא יאוחר מ- 15.1.88 בסעיף 5 נאמר על המוכרים למסור דירה לא יאוחר מ-25.12.88, להעיר שהמוכרת התחייבה לסלק המשכנתא עד לתאריך 15.12.88. שזה תאריך מוקדם מעשיית החוזה עצמו אשר נחתם בתאריך 18.12.88 כנ"ל. אך מכיון שיש הסכמה בניהם שזהו ההסכם אין בכך כלום.

בסעיף 14 א' נאמר צד המפר הפרה יסודית בהסכם "יהא הצד המפר מחוייב לשלם לצד השני פיצויים קבועים ומוסכמים מראש בסך 18.000 דולר לפי השער היציג וזאת מבלי לגרוע לתבוע כל תביעה אחרת וכו'... בסעיף ב' שם פירשו הצדדים מה היא הפרה יסודית ושם: אי מילוי של הוראה מהוראות הסעיפים 7.6.5.4.2.10.8.

בסעיף 15 נאמר: שהפרה אחרת תזכה הצד השני לתבוע מלוא נזקיו הממשיים. בסעיף 6 נאמר סך השווה ל-10.000 ישלמו הקונים למוכרת לא יאוחר מיום 1.1.89 ובתנאי שעד אותו מועד הוסרה המשכנתא הרובצת על הדירה.

בסעיף ג' שם נאמר סך 15.000 ישלמו לא יאוחר מיום שבו נמסרו לקונים אישורים על פטור ממס שבח.

המוכרת העבירה את הדירה לקונים ביום 12.2.89, ו-3 ימים קודם לכן ב-9.12.89 שולם ע"י הקונים סך 25.000 לחברת גד ע"פ הסכמתה של המוכרת, כי הייתה שם חייבת לחברה הנ"ל אך טענה שהקונים התמהמהו הרבה זמן ובוזה הפרו ההסכם.

המשכנתא לא סולקה ע"י המוכרת, והוסכם בניהם שאם עד לתאריך 25.4.89 לא תסולק המשכנתא רשאי הקונה למכור דירה מס' 6 שהופקד עליה יפוי כח בלתי חוזר ע"מ להבטיח סילוק המשכנתא.

ביום 29.10.89 הוסכם בין הצדדים ע"פ מסמך שבתיק לתת ארכה של עשרה ימים נוספים לסילוק המשכנתא לפני שהקונה יממש זכותו למכור הדירה המשועבדת לו. וכך נאמר במכתב המופנה לקונה גב' ש. "הוראיל ולפי פנייתי המיוחסת בשמה של גב' א'. (המוכרת) בעלת דירה על פי יפוי כח, הסכמתם לתת לנו ארכה של 10 ימים להסרת המשכנתא ולהסדרת כל הענינים הקשורים בהסכם המכר - אם עד ליום 21.11.89 לא יוסדרו כנ"ל, הנכם רשאים למכור את הדירה הידועה כדירה פלונית המשועבדת.

נוסף בכתב יד חתום ע"י הצדדים. לדירה הנ"ל יוצמד המחסן הצמוד אליה, ונוצר ויכוח בין התובעת לנתבעים אם זה הכוונה לדירה שנמכרה להם דירה פלונית, או הכוונה לדירה אלמונית המשועבדת.

הקונים פרצו למחסן של דירה אלמונית, והמוכרת מחתה בהם ע"י תליית מודעות שיפנו המחסן כי זה לא נמכר להם ועד היום מחזיקים שלא כדין.

כיום בפנינו תביעת המוכרת א'. שהקונים יחזירו לה המחסן שלא נמכר להם, ואותו השאירה ע"מ להוסיף אותו לדירתה שיש לה בבנין שם.

ב. כ"כ תובעת 200 לחודש דמי שכירות מיום שפרצו למחסן עד ליום הפינוי. בפועל.

ג. תובעת היתרה שלא שולמה לה ע"י הקונים בסך כ-2.000.

ד. כמ"כ תובעת סך 300 עבור הוצאות שנגמרו לה ע"פ הדין של "לך ואני אבוא אחרך" לביה"ד של העדה החדית וע"פ הרמ"א בחו"מ סי' י"ד סעיף ה' הם חייבים בהוצאות אלו.

לעומתה טוען הקונה, א'. בחוזה נכלל גם המחסן אף שלא נכתב מפורש, אומנם בהתחלה הודה בביה"ד, שבהסכם דובר שהמוכרת רצתה שהמחסן ישאר לה וכוונתה הייתה להוסיף אותו לדירתה שיש לה ג"כ בבנין שם. גם הוסיף שהיות והמוכרת הפרה ההסכם בזה שלא סילקה המשכנתא בזמן הסכים לוותר לה, רק בתנאי שיקבל המחסן וזה מה שנאמר במסמך מיום 29.10.89 המצורף לתיק לגב' ש. ואין הכוונה למחסן של דירה 6 המשועבדת, עכ"פ תובע להשאיר לו המחסן וכמו כן לחייב המוכרת בסך 18.000 קנס שהתחייבה אם תפר ההסכם, ואף שזו אסמכתא מ"מ הוא היום מוחזק במחסן ואין להוציא ממנו, גם הודה שחייב

עדיין יתרה של 1.393 אולם כיון שהתובעת חייבת לו גם שכ"ד בסך 3.250 שהוצרך לשכור דירה מיום שאמור היה לקבל הדירה ע"פ החוזה עד קיבלה בפועל, וכמו"כ תובע סך 10.000 הוצאות שנגרמו לו בגין המשפטים ע"כ העובדות.

יד בעל השטר על התחתונה

תשובה. הנה פשוט הוא כיון שהמחסן לא הוזכר בהסכם שהדירה כוללת מחסן, יד בעל השטר על התחתונה מה עוד שלמוכרת הייתה דירה אחרת בשעת המכירה ורצונה היה להוסיף מחסן זה לדירתה, וכמו שגם הקונה מודה שאכן דובר כך, וא"כ הדברים ק"ו הם שהקונה היה צריך לעמוד שבהסכם יכתב כולל מחסן, שהרי דיברו עליו והייתה רצון המוכרת שזה ישאר לה, וע"כ איהו דאפסיד אנפשיה מזה שלא הוזכר בהסכם שכולל המחסן.

גם מה שהקונה טוען שכל הסמכתו להאריך לה זמן למוכרת לסילוק המשכנתא ע"פ המסמך מיום 29.10.89 היה מותנה בזה שתיתן לו המחסן של הדירה שקנה היינו דירה אלמונית, ולדבריו זה מה שמוזכר במסמך, גם זה אינו מכיון שבמסמך נזכר גם דירה מס' פלונית המשועבדת לקונה, אם כדבריו שהמחסן המוזכר במסמך היינו לדירה שרכש מס'... היה צריך לדאוג שיכתב מפורש ולא בסתמא כי אחרת אפשר לפרש המחסן של דירה..., ובמיוחד שזה לשון אחרון שם במסמך, המדבר על הדירה מס'... המשועבדת לקונה.

לפ"ז המחסן של דירה... שנרכשה שייך ע"פ הדין למוכרת, וא"כ מה שהקונה פרץ אליו עשה שלא כדין וחייב א"כ להחזירו למוכרת לאלתר ולחזירו כמו שהיה, מלבד השכ"ד שחייב לשלם למוכרת ע"פ הדין וכמו שביה"ד יכריע.

אף שהמוכרת הפרה ההסכם מ"מ הקונה מחלה לה בכתב" ודין אסמכתא

אולם היה מקום לדון מכיון שע"פ מה שהתברר המוכרת היא זו שהפרה ההסכם כיון שלא סילקה המשכנתא בזמן, ע"פ ההסכם, והגם שהקונה ג"כ העביר סך 25.000 לחברת גד באיחור בתאריך 9.2.89 וזו גם הפרה מצידו, שהרי היה צריך להעביר ע"פ סעיף 6 ב' כ-10.000 לא יאוחר מ-1.1.89 וזה נכלל ב-25.000 ששילם לחברת גד, מ"מ הרי שם מותנה ובלבד שעד אותו תאריך הוסרה המשכנתא הרובצת על הדירה מצד המוכרת. ואת זה המוכרת לא קיימה, וא"כ יוצא איפא שהמוכרת היא זו שהפרה ההסכם ראשונה.

ואם נכון הדבר אז המוכרת חייבת לכאורה בקנס שקיבלה על עצמה ע"פ סעיף 14 בסך 18.000, ואף שיש לעיין שזו אסמכתא ולא קניא כמבואר בחו"מ סי' ר"ז סעיף י"ג מ"מ י"ל דכיון שהקונה היום מוחזק במחסן, א"א להוציא מידו דיכול לומר קים לי מה עוד שכאן במעמד ההסכם המוכרת הפקידה יפוי כח בלתי חוזר אצל אדם שלישי עו"ד ר. שבמידה

ולא תקיים כל התחייבויותיה שבהסכם הדירה המשועבדת תמכר והקונה יגבה ממנה כל המגיע לו ע"פ ההסכם, כולל הפיצוי בסך 18.000 וכיון שיפוי כח זה ביד נאמן א"כ הוי שהוא מוחזק.

אולם איני רואה צורך להכנס כלל ולדון אם אסמכתא קניא בנידון דידן, מכיון שישנו המסמך האחרון מתאריך 29.10.89 שאומר מפורשות שהקונה מסכים לתת אורכה של 10 ימים נוספים להסרת המשכנתא הוי אומר שמחל על כל ההפרה שהייתה עד יום חתימת המסמך זה מצד המוכרת, ומחילה לא בעי קנין, ומה עוד שהעו"ד של שניהם מיופה כח שלהם חתם בשמם על מסמך זה. לפ"ז אף שהמוכרת הפרה ההסכם מ"מ קיבלה מחילתה של הקונה על זה. ואף שהמוכרת טענה שאמרה לקונה לשלם לחברת גד 25.000 הם השני סכומים האחרונים המוזכרים בהסכם שחייב לשלם אותם הקונה בכפוף לסילוק המשכנתא, דבר שלא נעשה ע"י המוכרת. כך שאין שום הפרה מצד הקונה מלבד שמחלה למוכרת על הפרה זו בתאריך מאוחר מאוד 29.10.89 אחרי שכבר נכנסה לדירה במספר חודשים קודם לכן.

באשר להוצאות שכירות הדירה שהוצרך הקונה להוציא עד לקבלת הדירה ואחרי שתהיה ראויה לשימוש, כיון שהמוכרת הודתה שעיקבה הדירה בחודש וחצי ע"כ חייבת לשלם סך 750 לקונה עבור החודש וחצי שעיקבה מסירת הדירה, ואין לומר שזה ג"כ מחלה הקונה למוכרת, דזה לא מסתבר כיון שלא הוזכר רק הסכמתה להארכת זמן לסילוק המשכנתא.

“לך ואני אבוא אחרוך”

בנוגע לתביעת הקונה לחייב המוכרת בסך 300 הוצאות של עו"ד ושכ"ט שהיה לה בביה"ד של העדה החרדית ע"פ ההלכה של “לך ואני אבוא אחרוך המבואר בשו"ע חו"מ סי' י"ד, הנה הנתבע הכחיש אותה אולם ע"פ מסמך מפקיד של העדה החרדית המצורף לתיק מתברר שאכן הנתבעת ביקשה לקבוע תאריך לדיון אחרי שיחזור אביה מחו"ל, ואכן עפ"ז נקבע התאריך ולא דאגה להודיע לתובעת שלא תבוא לדיון וא"כ צדקה התובעת. אך כיון שהצדדים תתמו על שטר בוררות הן לדין הן לפשר, כפשרה, ביה"ד מחייב הנתבעת בסך 150 להוצאות הנ"ל. ראה מסמך מביה"ד בעדה מתאריך כ"א תמוז תשנ"א. לגבי התביעה של הנתבעת בסך 10.000 הוצאות שכ"ט והמשפטים, ביה"ד רואה בסכום זה תביעה מוגזמת ולא הוכחה כלל אפי' חלקה הקטן וע"כ אין בה"ד מקבל תביעתה זו.

כעת בענין שכר המחסן שהתובעת דורשת 200 לחודש מיום שהקונה פרצה, ועד יום הדיון י"א כסלו תשנ"ב, וכבר עברו שנתיים ותובעת 4.800. הנה הערכת ביה"ד לשכירות מחסן היא כ-150 לחודש ומכיון וגם הקונה מה שפרץ למחסן זה שלא בזדון ממש אלא סבר שמגיע לו עפ"י הדין לטענתו, ע"כ ביה"ד משאיר בידו שליש אחד מ-150 ואילו שני שלישי שהם, 100 לחודש עליו לשלם למוכרת אשר לה שייך המחסן כמו שהתברר כנ"ל.

אשר ע"כ גם לגבי היתרה בסך 1.393 שהקונה הודתה שחוב זה נשאר עליה לשלם חוב זה פחות 750 המגיע לה בדמי שכירות וכנ"ל.

סוף דבר

לאור הנ"ל אנו פוסקים: א המחסן שייך למוכרת ועל הקונה להחזירו לה לאלתר. ב הקונה תשלם למוכרת 1.393 פחות 750. ג הקונה תשלם 150 עבור שכ"ט כדין לך ואני אבוא אחריך. ד המוכרת תשלם 100 לחודש עבור שכר המחסן מיום שנכנס אליו עד יום הפינוי והעברתו לאלתר ליד המוכרת.

ניתן היום כ"ד סיון תשנ"ב

מסעוד אלחדד בן לא"א ר' דוד בר עזיזה זצ"ל ס"ט

הערת הרה"ג ת. י. רבינוביץ שליט"א

הנני מסכים לעיקר הפס"ד של כבוד הרה"ג מ. אלחדד שליט"א ובאתי בזה בכמה הערות קצרות כדלקמן:

(א) מה שכתבו הנתבעים בכתב הסיכום שהיות שהם מוחזקים בנכס ואי אפשר להוציא מידם מחמת דין מוחזק לכאורה אפשר למצוא מקור לדבריהם בגמ' ב"מ ק"ו ע"א ההוא שטרא דהוא כתיב ביה סלעים סתמא, מלוה אמר שלוש, לוח אמר שתיים, וקדים מלוה ואכיל לפירי מי נאמין? ומחלוקת שם בין ר' יהודה שאומר קרקע בחזקת בעליה ורב כהנא אומר שפירות בחזקת אוכליהן, ובגמ' שם הלכתא כוותיה דר' כהנא, אך הגמ' מקשה שם שהרי קיי"ל שקרקע בחזקת בעליה כר' נחמן והגמ' מחלקת בין מילתא דעבידא לאיגלויי לבין מילתא דלא עבידא לאיגלויי, וראה ש"ך חו"מ שי"ב ע"מ שנפסק בשו"ע שקרקע בחזקת בעליה היינו בחזקת מרא קמא - וכתב שם הש"ך הנ"מ בין דבר שאין אדם יכול לידע, הכונה או ההלכה אינה מבוררת, עיי"ש. היוצא מהלכה זו וכן מסקנת הגמ' שמחסן זה הוא בחזקת מרא קמא הגב' ש. שהיא התובעת כאן, ואין הנתבעים נקראים מוחזקים כפי שטוענים.

(ב) בהנוגע לתביעה של 300 עבור הוצאות שנגרמו ע"פ הדין של "לך ואני אבוא אחריך" לביה"ד של העדה החרדית. הנה הש"ך בחו"מ שזה חייב מדינא דגרמי, ובדינא דגרמי חייב רק אם זה במזיד, ובכאן ראיתי מה שכתבו הבד"צ של העדה החרדית שהם אמרו בטלפון שאינם רוצים להתדיין אלא בכי"ד רבני, אומנם נכון שביקשו שיכתבו הדברים בפאקס אבל מצד הנתבעים אינם מחויבים לדבר זה וממילא ירד המזיד של דבר זה ולכן דעתי לפטור אותם מהוצאות הנ"ל.

בקשר לדמי שכירות של המחסן הנה כפי ששאלתי הרי דמי השכירות שם למחסן נעים סביב 100 לחודש וכפשרה הנני מציע שדמי השכירות שעליהם לשלם עד החזרת המחסן לבעליו סך 75.

י. ח. רבינוביץ

ערעור על פס"ד הנ"ל והפסיקה בו

הנקודה העיקרית בערעור בתיק זה - פס"ד של ביה"ד האיזורי בירושלים מיום ט"ו באב תשנ"ד - מתיחסת לענין המחסן, כאשר לטענת המערערים ניתן המחסן להם לדירה מס'... כפיצוי על הפרת החוזה מצד המשיבים, ואילו לטענת המשיבים נשאר המחסן שלהם כצמוד לדירה מס'... שבבעלותם.

המסמכים העיקרים שעליהם הסתמכו המערערים התחייבות (מתאריך 29.10.89) שבה נאמר כי באם לא יוסדרו כל הענינים עד לתאריך 21.11.89 אזי רשאים המערערים למכור את דירה מס' 6. נאמר שם: "כמו כן יוצמד לדירה הנ"ל המחסן הצמוד אליה". בנוסף, ניתן יפוי כח בלתי חוזר על המחסן הנ"ל. יפוי הכוח הוגש לביה"ד האיזורי בצילום קטוע, ללא החתימה, אולם בפנינו הוצג יפוי הכח המקורי, החתום במילואו.

הטענה כי יפוי הכוח אינו כשר, לא נראית לנו סבירה. הטיעון העיקרי בערעור מתבסס על יפוי הכוח הנ"ל, כשלדברי המערערים, ניתן להם בזה המחסן במתנה כפיצוי על הפרת החוזה. הדבר אינו מתקבל על דעתנו. ביפוי הכוח נאמר במפורש כי הוא ע"פ הסכם שנחתם ביום 29.10.89 - אותו הסכם המרשה למכור את דירה מס' 6. במסמך זה נקבע כי "יוצמד לדירה הנ"ל המחסן הצמוד אליה". הדירה היחידה המוזכרת בהסכם היא דירה מס' 6, אין כל איזכור לדירה אחרת. לפיכך ברור שהצמדת המחסן היא לדירה מס' 6 בלבד. יפוי הכוח המצורף מסתמך על ההסכם הנ"ל, ואין להוסיף בו דברים חדשים. היות ובסופו של דבר, דירה מס' 6 לא נמכרה - הצדדים הגיעו להסדר - אין מקום לניתוק המחסן ממנה, והעברתו לדירה 8, דבר שלא בא זיכרו לא בהסכם ולא ביפוי הכוח.

כאמור הערעור נדחה.

שלמה דיכובסקי

מסכים לדחות הערעור

משה טופיק

זה ערעור על החלטת כבוד ביה"ד הרבני מיום ט"ו באב תשנ"ג. גופא דעובדא הכי הוה, נערך הסכם בין הגב'... לחברת גר, לקניית דירה ברח'... דירה בת 4 חדרים עם מחסן מס' 9, הדירה הנ"ל הועברה לגברת... (ב). ע"פ הסכם מיום 9.5.88, עם תנאים מסויימים, וניתן יפוי כח בלתי חוזר לעו"ד רובין לטפל בהעברה ע"י שני הצדדים, וה"ה א. ד. וש. ד. היו ערבים.

המוכרת... לא עמדה בתנאי ההסכם הנ"ל שהיה בו תנאים כספיים אם לא יקויים, ולפיכך נערך הסכם נוסף הוא הסכם המכונה 29.10.89 הוא מופנה ל: ש. ובו היא כותבת שהיא טרם הסירה את המשכנתא על הדירה שרכשה, הכותבת היא בעל יפוי כוח מגברת... ו... וחתום ע"י ב"כ... והסכימו שניהם באם בתאריך מסויים לא יוסדרו הענינים הנכס רשאים למכור את הדירה הידועה כדירה... זה סעיף ו', בסעיף 3 נכתב כתי"י "כמו כן יוצמד לדירה הנ"ל המחסן הצמוד אליה בסעיף 4 וכמו כן עד ליום 8.11.89 ימסרו לכם מפתחות דירה מס'... כשהיא פנויה מכל אדם". כן נמצא בתיק מכתב המופנה ל... מיום 6.2.89 מאת... הדירה מס'... תימכר ומזה ינוכה המשכנתא והיתרה יוחזר להם.

ואמנם שתיהם מסרו יפוי כח בלתי חוזר לעו"ד רובין בענין הדירה בירושלים הידועה כדירה מס'... בבנין... נוסף לכך הגברת... נתנה יפוי כח לעו"ד רובין לזכות... "מחסן השייך לדירה הידועה כחלקה... על פי ההסכם ביום 29.10.89".

הגברת... הסירה את המשכנתא מהדירה מס'...

יש לפנינו מסמך מיום 26.6.90 מטעם חברת גד למנהל מקרקעי ישראל להעביר זכות שכירות בנכס... ושם כתוב לדירה זו צמוד מחסן מס'... (כ-7 מטר).

כן יש מסמך ממנהל מקרקעי ישראל מיום 8.5.90 שכל הזכויות וכו' מחוזה החכירה המצוי בתיק על דירה מס' 467/8, מטר מרובע 98.

למעשה נרשמו הזכויות ככתוב במכתב של חברת גד למנהל מיום 26.6.90 כולל המחסן של דירה מס'... והמחסן הוא מס'... לזכות...

המחלוקת בין שני הצדדים הוא פירוש סעיף 3 להסכם מיום 29.10.89, מה הכוונה יוצמד לדירה הנ"ל המחסן הצמוד אליה", האם הכוונה למחסן של מס'.. או למחסן של דירה... שהוא למעשה מחסן מס' 9, המערערת טוענת שהכוונה למחסן מס' 9 של הדירה מס'... והוכחה לכך שני יפוי כוח שנתנו לעו"ד רובין לפי ההסכם הנ"ל, אחד על דירה מס'.. חתום ע"י... ויפוי כח שני לעו"ד רובין ושוב ע"ס ההסכם הנ"ל אבל הוא חתום ע"י הגברת... בנוגע למחסן, עפ"י ההסכם הנ"ל, היינו לדבריהם הכוונה לאותו מחסן של דירה מס'.. וזה ניתן לה כפיצוי על אי קיום הסכם המכירה המקורי.

לדברי ב"כ המשיבה, פירוש סעיף 3 להסכם הנ"ל הכוונה למחסן של דירה מס'... והוא הופתע לראות שיש חתימה של הגברת... על המסמך הנוסף להעברת המחסן.

ב"כ המערערת טוען שעו"ד רובין וכן טו"ר רוזנברג שערכו את ההסכם מיום 29.10.89 יכולים להעיד שהכוונה של סעיף 3 היא למחסן על הדירה של מס' 8, והם לא זומנו ע"י ביה"ד לברר פירוש הסעיף.

למעשה הייתי מציע להחזיר את התיק לכבוד ביה"ד ולהזמין את העדים ואח"כ יפסוק וכל צד רשאי לערער, ובינתיים פס"ד נשוא הערעור לא ניתן לביצוע.

לחלופין, מאחר והמחסן למעשה הועבר ע"י מינהל מקרקעי ישראל ע"ש המערערת, ורק לאחר זמן ערערה המשיבה על זה, והגישה תביעה לבי"ד, הרי המערערת היא כיום המחזקת מטעם מנהל מקרקעי ישראל על המחסן מס'.. של דירה מס'.., (ושטח הדירה מוכיח) ומעולם לא היתה חזקה או מסמך מטעם המנהל על המחסן מס'.. לדירה מס'.., ורק הזכויות שחתמו עם חברת גד, וחברה זו הרי העבירה את מחסן זה למערערת והיא המחזקה, ולפיכך יש לבטל את פס"ד נשוא הערעור, ואם המשיבה רוצה להוכיח את בעלותה שהיא תביא את שני העדים הנ"ל וביה"ד ידון בנוגע לתוכן עדותם ולתוקף מעשיהם ויפסוק וידון וכל צד רשאי לערער.

מרדכי אליהו

עיינתי בדבריו של כבוד הראשל"צ הגר"מ אליהו שליט"א, ואני מוכן לקבל את הצעתו להחזרת התיק לביה"ד האיזורי לשם שמיעת עדיה של המערערת (שני עורכי הדין שנכחו בחתימת ההסכם מיום 29.10.89). לאחר החלטת ביה"ד האיזורי בנדון, נחזור ונזדקק לנושא במידה ונתבקש ע"י אחד הצדדים.

שלמה דיכובסקי

לאור הנ"ל: מחזירים את התיק לכבוד ביה"ד האיזורי שיפעל בהתאם.

נתנה ביום כ"ט באייר תשנ"ד.

מרדכי אליהו, משה טופיק, שלמה דיכובסקי

בדין ודברים בין המוכר והקונים, והמתווך.

א. פירוט העובדות.

ב. רשאי המשלח להפסיק שליחותו של שלוחו, ומאותו רגע אינו שלוחו יותר, ואפילו הרשהו ע"פ הרשאה ובעדים.

ג. המוכר יכול לחזור ולבטל את השליחות על חלק שלא נעשה, ולא קיבל עדיין מיד הקונים - השליח צריך הרשאה שע"פ בא לגבות, או עדים.

ד. גם אם יש הרשאה ביד השליח עדיין, יכול המשלחו לבטלו ומרגע שידע הקונה שביטלו לשליח הוא בטל, ואסור לתת בידו כספו או דברים של המשלח.

ה. גם אם יש ביד השליח משכון על התחייבות המשלח, המשלח יכול לבטל שליחותו, ואסור לגבות חובות המשלח גם לצורך חובותיו מהמשלח, או למכור המשכון.

ו. שליח בשכר אי דינו כפועל או כקבלן, לענין חזרה ובעשו קנין על השליחות.

ז. מסקנת הדברים.

ח. הפסקת השליחות ע"י המשלח לא פוטרת ההתחייבות שהשליח לקח על עצמו ע"פ החוזה כלפי הקונים.

ט. ע"פ ההסכם תובעים את הערב, ואם אין לו חוזרים על המוכר.

פירוט העובדות:

בתאריך 20.1.82 נחתם הסכם בין בעל המגרש מר ט. לבין קבלן משנה מר א. שלפיו מר א. יבנה על המגרש 24 דירות לפי הפירוט שסיכמו בניהם, וע"מ להבטיח את שכרו של קבלן המשנה מר א., סוכם כי השיטה הטובה ביותר לשלם את שכרו של קבלן המשנה לפי סעיף 6 א'. היא תהיה ממכירת 14 דירות מתוך ה-24 דירות שיבנו, ובאופן זה יוצמד שכרו של הקבלן למחירי השוק כפי שיהיו מעת לעת.

בסעיף ב' שם נאמר, הצדדים יחדו את 14/24 חלקים מן הבנין שתמורת מכירתן ע"י המזמין תהווה את שכר הקבלן המשנה, וסימנו את הדירות בקו אדום על גבי התשריט המצורף להסכם זה כנספח ב'. ועוד בסעיף ג'. נאמר שקבלן המשנה יהיה זכאי להפנות אל המזמין רוכשי דירות ל-14/24 החלקים האמורים לעיל, ועל כל פנים מתחייב המזמין (בעל המגרש) שלא למכור 14/24 החלקים הנ"ל אלא בהסכמת קבלן המשנה, וזאת במגמה להבטיח לקבלן המשנה תמורה הוגנת ונאותה לעבודתו.

בסעיף 7 א' נאמר להבטחת תשלום התמורה יפתחו הצדדים חשבון בנק מיוחד ע"ש המזמין (בעל המגרש), ולחשבון זה יופקדו הכספים המתקבלים ממכירת 14/24 החלקים במבנה, לאחר שהמזמין יתן חשבונית מס כחוק לרוכשי אותם חלקים במבנה וכו'...

בס"ק ב' נאמר שעם קבלת כספים מרוכשי הדירות הנ"ל והפקדתם ישלם המזמין לקבלן המשנה כספים אלה כחלק מהתמורה הקבועה בהסכם, וזאת כנגד חשבונית מס כחוק וכו'...

עוד בהסכם זה נאמרו סעיפים רבים שכל צד מחוייב לעשות ולקיים. בסעיף 8 ג' נאמר כבטחון להקמת המבנה על ידי קבלן המשנה ולקיום התחייבויותיו, יחתום כערב מר מ. ל. ובחתימתו מתחייב למלא כל התחייבויות קבלן המשנה, אם ובמידה וקבלן המשנה יפר התחייבויותיו לפי הסכם זה.

בסעיף 10 נאמר "מותנה ומוסכם כי אין בחתימת הצדדים על הסכם זה משום הענקת

זכויות כל שהן במגרש לקבלן המשנה, וכל זכות קבלן המשנה הוא רק לבצע העבודות של הקמת המבנה במגרש מטעם המזמין (בעל המגרש).

בסעיף 12 פירוט הצדדים באיזה מקרים תחשב הפרה יסודית של ההסכם:

א. או קבלן המשנה והערב יפשטו את הרגל, או ימונה להם כונס נכסים.

ב. אם קבלן המשנה והערב יסתלקו בביצוע ההסכם או יפסיקו לבצע העבודה לתקופה של 40 יום ברציפות, או באופן שימנע השלמת המבנה במועד.

ג. במקרה פטירת ח"ו של קבלן המשנה והערב.

לאחר חתימת החוזה והסכם הנ"ל בין בעל המגרש לבין קבלן המשנה, המוכר מר ט. התחיל למכור הדירות.

בחוזה הראשון כנראה עם מר פ. א. מיום 4 לפרואר 82 בין הקונה למוכר מר ט. מ. נאמר כדלהלן:

בסעיף 1 תמורת תשלום הסכום הנזכר שהקונה מתחייב לשלם למוכר וכו'... מתחייב המוכר לבצע עבור הקונה את הפעולות הבאות:

א. לבנות ולשלים הבניה של הבנין בו נמצא הממכר וכו'. בהתאם למפרט הטכני.

ב. להעמיד לרשות הקונה את הממכר כשהוא פנוי מחובר לרשתות הביוב, מים, חשמל גז וכו'...

בסעיף 9 ב' נאמר "עייכוב מסירת הדירה מצד המוכר שלא בנסיבות כח עליון וכו'... יחייב המוכר בתשלום 300 לחודש, החל מחודש הרביעי מיום מועד המסירה המוסכם, דהיינו 24 חודש מיום חתימת החוזה.

בסעיף 15 א. (בסוף החוזה) נאמר כדלהלן: מוסכם בזאת במפורש כי המוכר אינו מקבל על עצמו כלפי הקונה התחייבות או חובה כל שהיא ע"פ החוזה הזה, למעט האמור בסעיף א' (ב') [שהמוכר יגרום וחתימת חוזה חכירה בגין הממכר בין הקונה לבין המנהל תוך 12 חודשים מיום מסירת החזקה בממכר ליד הקונה].

"את מימוש כל זכויות המוכר רשאי לתבוע או להפעיל מר ג. א. תז... מרח' עזה ירושלים כאילו היו שייכות לו מעיקרן.

בסעיף ב' שם נאמר: "מוסכם בין הצדדים כי כל החובות או התחייבויות של המוכר לבעל סעיף 10 (ב') יחול על א., המסכים לכך בחתימתו בחוזה זה ועל הקונה להפנות כל דרישה או תביעה למעט סעיף 10 (ב') אל א. לפי כתובתו...

בסעיף ג'. נאמר מוסכם כי מר מ. ל. ת"ז... יהיה ערב לכל התחייבויותיו של א., לפי חוזה זה הערב מסכים לכך בחתימתו על חוזה זה.

על החוזה חתמו - המוכר: ט. הקונה: פ. א. והערב: ל..

זו דוגמא של חוזה אחד וכמה חוזים נחתמו עם דיירים אחרים עם קצת שינויים.

המבנה נבנה ע"פ המתכונן והקונים הזרימו ושילמו את הכספים שהתחייבו ע"פ החוזה למר א. שנתן להם קבלה על הסכומים. עד שנתגלה סיכסוך בין המוכר למר א. אשר עשה ג"כ דברים וויתורים לקונים, לא לפי כוחו ודעתו של המוכר, ואז המוכר הודיע במכתבים לקונים להפסיק לשלם תשלומים דרך א., אלא דרך המוכר עצמו.

כנראה כמה דיירים בכל זאת המשיכו לשלם תשלומים למר א. שהיו בקשר איתו, ועפ"ז גמר להם הדירה פחות או יותר וגם קיזז להם מהמחיר מה שמגיע להם אם זה ארון מטבח שלא נעשה, אם זה איחור במסירת הדירה, ונתן להם גם קבלות לאחדים מהם שהכל שולם. או שולם כך וכך. מר א. ברח לחו"ל אח"כ נעשה ג"כ הסכם פשרה בין ט. למר מ. ל. הערב אך זה לא יצא לפועל, והיום הדיירים תובעים את מר ט. א. להעביר את הדירה על שמם כפי שהחתום בחוזה, שבתום 12 חודש קבלת החזקה בדירה והוא יעביר להם אותה על שמם במנהל, דבר שלא עשה עד היום וכבר עברו יותר מ-8 שנים.

ב. תובעים ממנו שישלם עבור המעקה.

ג. שכר דירה בגין איחור מסירת הדירה בזמנה.

ד. מעלית.

ה. פיצוי בגין הפרת חוזה.

לדבריהם הם העבירו את התשלומים למר א. כפי שנהגו והתחייבו בחוזה.

לעומתם טוען מר ט. שהוא מוכן להעביר להם הדירה על שמם, אך שיוכיחו מה ששילמו לו. עד יום שהודיע להם שלא ישלמו יותר, דהיינו מ. 24.3.87, וישלמו לו את היתרה בלי קיזוזים, כי ההתחייבות של א. כלפיהם הוא לבצע הבנייה ואין רשות לו לקזז ע"ח המוכר. ע"כ פירוט העובדות בקצרה.

ותחילה נאמר שמכל המסמכים והחוזים מתבררים הדברים כדלהלן:

בעל המגרש שהוא גם מוכר הדירות מר ט., אם הוא המוכר, כפי שמצויין, הקונים צריכים לשלם התשלומים אליו ע"פ הדין בלבד, כי לא נאמר אחרת.

מר א. הוא שלוחו של המוכר בשכר, וכנראה שכר הגון, בזה שהיה מוכן עד כדי כך להכנס

בכל התחייבויות של המוכר כלפי הקונים, מלבד סעיף 10 להסכם דהיינו ההעברה בטבו, שזה יעשה ע"י המוכר כי הוא בעל המגרש, והמעניין שהקונים הסכימו לזה ופטרו את המוכר מכל התחייבויותיו בחוזה, אך קיבלו, ערבותו של אדם נוסף, מר ל. על התחייבויותיו של מר א. שקיבל על עצמו כל התחייבויותיו של המוכר.

נכון ג"כ שמר ל. הערב התחייב ונהיה ערב גם כלפי מר ט., שמר א. יעמוד בכל התחייבויותיו למר ט. ע"פ ההסכם הראשון, בעיסקא ובחווה עם הקונים והיה גם ערב להם.

מכאן שהערב הוא הן כלפי מר ט. לגבי התחייבות של מר א., הן כלפי הקונים לגבי התחייבות א. לקונים, שהסכים להכנס ולקחת על עצמו כל התחייבות המוכר אליהם.

"רשאי המשלח להפסיק שליחותו של שלוחו, ומאותו רגע אינו שלוחו יותר ואפילו הרשהו ע"פ הרשאה ובעדים"

לפ"ז הגם שהייתה תקופה שהקונים העבירו כספים למר א. כשליח, הן של הקונים והן של המוכר, מ"מ מיום שהודיע להם מר ט. במכתב להפסיק להעביר לו כספים ומפסיק להיות שלוחו, ודאי שרשאי המוכר המשלח לעשות כן, ולהפסיק שליחותו. הגם שיש להבין את הקונים שהיות וכל התחייבות של המוכר לגבי בנין דירתם נכנס השליח הזה, שהוא כאן מר א., ואם לא ישלמו לו הוא לא יקיים את התחייבותו, אבל הם הפסידו עצמם שלא דאגו בחוזה שלפחות יכתב שתמורת הסכמתם שמר א. יבצע את התחייבויות המוכר, תמורת זה ישלמו אך ורק לו כל כסף שמחוייבים ע"פ החוזה, וזה לא עשו וא"כ הפסידו ויש להם לתבוע את הערב שנכנס תחתיו שהוא מר ל. בלבד, ואפילו לא את המוכר, וזה דבר פשוט.

לפ"ז מה שכתב הרה"ג ש. פישר שליט"א בנימוקיו בסעיף א'. שע"פ השו"ע בסי' קכ"ב סעיף ד' דכל זמן שלא יברר המשלח, יכול המוחזק לומר ולטעון שהתנה עמו בין לתקן ובין לעוות דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וכאן פשוט הוא דהדיירים נחשבים למוחזקים.

הנה כל זה בנעשתה הפעולה ע"י השליח שעדיין שלוחו של המשלח, ואח"כ יש ויכוח אם רק לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, אבל אם לפני הפעולה של השליחות, המשלח הפסיקו לשליח, וביטל שליחותו ולדבר זה הוא רשאי ויכול, כמבואר שם בסעיף ב' ובשי"ך שם, א"כ כאן בנידון מהרגע שהודיע לדיירים שא. אינו שלוחו יותר, אינו יכול השליח לוותר או לקזו, שזה לעוות גמור. ואפילו לתקוני לא יכול דהוא כבר לא שלוחו.

והנה הרה"ג כתב דבריו כנראה שעל פי הנראה א. הוא שותף מלא, והדירות 14/24 שייכות לו. ולענ"ד אני סבור שא. הוא רק שליח בשכר ולא שותף גם מלשונות השטר לא נראה שהוא שותף.

ומדברי הרה"ג נ.ז. גולדברג שליט"א נראה שהוא מסכים שא. לא שותף אלא שליח, מ"מ כיון שמשלח עשה שליח למכור לו חפץ, והלוקח שילם לשליח ונאנסו המעות ביד השליח,

או שידע הקונה שהשליח לא מסר המעות למשלח פטור הלוקח. ואינו יכול לחזור בו המשלח כיון שבזה שמקבל המעות קנה הלוקח המקח.

גם בזה יש לעיין שהרי בכסף הראשון שקיבל השליח ועשה פעולת קנין הממכר, ודאי לזה עשאו שליח, אבל התשלומים שאח"כ משלם הלוקח לפי מה שקבעו, יכול בהחלט להפסיק שליחותו ולהודיע ללוקח שמכאן ולהבא תעבור לי היתרה באופן ישיר, או ע"י שליח אחר, ומדוע זה שונה מהרשה אותו בהרשאה או בעדים, שיכול לבטל שליחותו זו כמבואר שם בחו"מ סי' קכ"ב סעיף ב'. וכאן בזה הדיון אצלנו.

גם מה שכתב הגאון שמה שקיזז א. לא עיות בכך, שהרי ויתר תשלום שהמוכר חייב לקונים בעצמו, כל זה ג"כ ניחה לפני שביטל שליחותו של א., אבל מזמן שביטל שליחותו איך יכול לבוא ולוותר או לקזז דבר שאינו שלו, ולטענת המשלח אינו שלוחו יותר.

באשר לנאמנותם של הקונים כמה נתנו למר א., נכון שנאמנים אבל שוב זה רק עד לתאריך שהודיעם שמפסיק את שליחותו של א., ולא מתאריך זה שכלל לא נאמנים אפילו באישורו של א. שהרי אינו שליחו יותר.

"המוכר יכול לחזור ולבטל את השליחות, על חלק שלא נעשה ולא קיבל עדיין מיד הקונים - השליח צריך הרשאה, שע"פ בא לגבות או עדים"

ומה שהמוכר יכול לחזור ולבטל את השליחות על חלק שלא נעשה ולא קיבל מיד הקונים כסף זה, לכאורה פשוט כמבואר בשו"ע חו"מ סי' קכ"ב סעיף ב' וז"ל השו"ע "העושה שליח בעדים להביא לו מה שיש לו אצל פלוני, וביטל השליחות קודם שיתן זה לשליח ולא ידע הנתבע בביטול, ונתן לשליח ונאבדו פטור הנתבע". ודברי השו"ע איירי אפי' בשעשה השליח בעדים ג"כ מהני ביטול, לפחות מעת שנודע לנתבע על הביטול. וכתב הש"ך שם בס"ק ז' וז"ל: וכתב הסמ"ע בשם הב"י וד"מ דאף דידע השליח שביטל, אם הנתבע לא ידע פטור הנתבע מן האחריות לדעת הרי"ף והרמב"ם, וכו'... וכתב הש"ך ולהענ"ד דהב"י והד"מ לא כתבו כן רק בבא בהרשאה, ומטעם שכתב הרמב"ם והמחבר לקמן סעיף ג', שהרי זה אומר תן לי מה שבידך וזאת הרשאתי לכך פטור הנתבע, שהרי בהרשאתו נתן. אבל בליכא הרשאה ביד השליח, לא שייך האי טעמא, וליכא למפטריה לנתבע אלא מטעם חזקה שבעל הבית עומד בדיבורו, וכיון שידע השליח שביטלו המשלח איבטלה לה חזקה, ואינו שליח יותר. וזה שנתן לו שלא ע"פ הרשאה חייב ודוק. ע"כ.

הרי בנידון דידן שאין שום הרשאה ביד השליח מר א., לא רק משעה ששלח מכתב לקונים, אלא מלפני כן מרגע שהשליח הזה מר א. ידע שאין רצונו של המשלח שיתנו לו כספים, ולאו שלוחו אם המשיכו לתת, מאותו זמן הם חייבים, ודבר זה כמוכר הם יודעים.

ומדינא חייבים לתת כל התשלומים שוב למוכר שע"פ החוזה חייבים לו בלבד. ולפחות

מרגע שידעו שאין רצונו של המוכר שיעבור דרך א. כספו שחייבים לו ע"פ הדין, הגם שא. נכנס תחת המוכר בכל התחייבויות המוכר כלפיהם, אין בכך הצדקה ע"פ הדין לשלם כסף שמגיע למוכר ע"פ החוזה והדין.

"גם אם יש הרשאה ביד השליח עדיין, יכול המשלחו לבטלו ומרגע שידע הקונה שביטלו לשליח הוא בטל, ואסור לתת בידו כספו או דברים של המשלח"

ואפילו אם יחשב סעיף 15 מהחוזה עם הקונה פ. א., שמר א. כמורשה בכתב לגבות חובותיו מהלקוחות של בעל הבית המוכר, שהרי נאמר "את מימוש כל זכויות המוכר ראוי לתבוע, או להפעיל מר א. וכו'... כאילו היו שייכות לו מעיקרן". הרי שהרשהו בפירושו לגבות חובותיו, מ"מ זה פוטר הקונים מסכומים שישלמו למר א. השליח, אחרי שידע מר א. שאין רצונו של המוכר שיהיה יותר שלוחו, ועדיין הקונים לא ידעו מאי רצונו של המוכר על הביטול אז יכולים לטעון כי הרשאה בידו, ועפ"ז שילמנו, אבל מרגע שהודיעם, גם אם יש הרשאה בידו של השליח, ראוי המשלח לבטל השליחות יחד עם ההרשאה, וכנ"ל בש"ע סי' קכ"ב סעיף ב' ובש"ך שם.

אולם זה ביחס למר פ. שאכן נכתבה פיסקה זו בחוזה שלו, אבל אותם דיירים שנשמטה פיסקה הנ"ל שמר א. ראוי לממש ולתבוע את זכויות המוכר מהקונים כאילו היו שלו, וישנם כאלה, הם חייבים למוכר כל הכספים שהעבירו לידי מר א. מרגע שהשליח ידע על ביטול שליחותו, וכנ"ל בש"ך.

"גם אם יש ביד השליח משכון על התחייבות המשלח, המשלח יכול לבטל שליחותו ואסור לגבות חובות המשלח גם לצורך חובותיו מהמשלח, או למכור המשכון"

ויתרה מזו כתב הש"ך בחו"מ בסי' ע"ג ס"ק נ"ב. על הדין בשו"ע: מי שיש בידו משכון מחבירו וכשהגיע הזמן א"ל צא ומוכרו, והלך ומכרו, ואחר כך בא הלוח לבטל המכר ואמר שלא כיון אלא לדחותו, אין בדבריו כלום והמכר קיים. והוסיף הרמ"א דכל זמן שלא מכרו יכול לחזור בו ולומר שלא ימכרנו, והוא מתשובת הרשב"א סי' אלף י'.

וכתב הש"ך "אף שכתב לו אם לא פרעתיך לזמן פלוני יהא לך רשות למכור, וקנה בקנין ע"ז, יכול לחזור בו ולמחות, ואם מכרו אחרי שמיחה בו מכרו בטל ע"ש.

הרי אפילו אם היה בנין זה ביד השליח א. כמשכון על הוצאותיו בבניה מר ט. בעל המגרש יכול למחות בו ולעכב המכירה, ואם ימכור המכר בטל, כ"ש שאין כאן שום משכון ביד א. הקבלן המשנה, ורק העברת הכספים על ידו שהעבירו לו הקונים, ודבר זה ודאי יכול לעכב המוכר שלא יעברו תחת ידו. ולפ"ז אף אם היה כתוב בחוזה מפורש שא. יכול לקבל הכסף לידו מיד הקונים. המשלח יכול לבטל את שליחותו, וכ"ש שלא מינה אותו בכתב לדבר זה, שיכול לחזור.

“שליח בשכר אי דינו כפועל או כקבלן לענין חזרה, ועשו קנין על השליחות”

אך מה שיש לעיין הוא, מכיון שהשליח כאן הוא שליח בשכר דינו כפועל או כקבלן לענין חזרה, ונתבאר בשולחן ערוך חו"מ סי' של"ג סעיף ב' דאם התחיל הפועל במלאכה וכ"ש שעשו קנין אין בעל הבית יכול לחזור בו, וכאן הרי עשו קנין המוכר עם קבלן המשנה, שהוא שלוחו בשכר שאז דינו כפועל, וא"כ אינו יכול לחזור בו בעל הבית ואם חוזר נותן לו שכרו כפועל בטל, ואם מוצא להשכיר עצמו בפחות, נותן לו ההפרש. מ"מ כל זה לא נוגע שבעל הבית יכול לחזור לכו"ע, ולומר לפועל שהוא גם שלוחו לדבר זה איני רוצה שתהיה יותר שלוחי לקבל הכסף מיד הקונים, ומה שמגיע למר א. מחזרתו של בעל הבית יקבל כפועל בטל. כך שהחזרה חזרה ונפסקה השליחות של מר א. מהרגע שהשליח ידע עליה וכנ"ל.

מסקנת הדברים

לאור האמור צודק המוכר ובא כוחו, שמי ששילם למר א. עד התאריך 24.3.87 מועד שהודיע לכל דייר שיפסיק להעביר הכספים למר א. ושילמו מלא התשלום, חייב המוכר ללא דיחוי להעביר לו הדירה על שמו וכפי שהתחייב במנהל ע"פ החוזה. ואותם שעדיין לא שילמו את מלא הסכום של הדירה עד לתאריך הנ"ל, ושהודיעם להפסיק לשלם למר א. צריכים לשלם הסכומים שחייבים למוכר. באשר למעלית, מעקה, ופיצויים על איחור מסירת הדירה, שיש לקונים נגד המוכר ע"פ החוזה רשאים הם לתבוע ממר א. או אם הוא איננו כאן מהערב מר ל. שנכנס תחתיו כי על זה הסכימו וחתמו בחוזה. והיה מקום לומר מכיון שהמוכר בעל המגרש הפסיק שליחותו של מר א. הוי אומר שמודה שהוא המשלח, והוא החייב בכל החיובים כלפי הקונים כי אינו יכול לתפוס החבל משני הצדדים שמצד אחד הוא המשלח והמוכר, ומצד שני כל התחייבויותיו ישארו על השליח שהפסיק שליחותו, וא"כ אין מקום לתבוע כלל הערב מר ל. כי הערבות מותנות כל זמן שמר א. הוא שלוחו של המשלח וא"כ אין מקום לקונים לתבוע כלל הערב, אלא המוכר בלבד.

“הפסקת השליחות ע"י המשלח, לא פוטרת התחייבות שהשליח לקח על עצמו ע"פ החוזה כלפי הקונים”

אולם י"ל דהמשלח יכול לומר הפסקתי את שליחותו של מר א. רק לגבי זה שלא יעבירו לו הקונים הכסף דרכו למוכר אבל באשר לכל התחייבויותיו שקיבל על עצמו כלפי הקונים אני לא פוטר אותו מכך, שהרי קיבל התחייבות זו על עצמו תמורת שכרו, והמוכר אומר לדידי קיבל שכרו. והנה לא מר א. דאג ולא הקונים דאגו שיכתב המשלח לא יכול לפסיק את שליחותו, מהעברת הכספים דרכו.

“ע"פ ההסכם תובעים את הערב, ואם אין לו חוזרים על המוכר”

ולפ"ז ע"פ הדין רשאים לתבוע הערב מר ל. ואם אין לו חוזרים על המוכר שהוא המתחייב הראשון כלפי הקונים בכל הפרטים.

מכיון שבחווה נאמר כי המוכר ימלא אחר כל התחייבויותיו באמצעות מר א., א"כ ישנה הודאת בעל דין של המוכר שאכן יש לו התחייבויות כלפי הקונים, ואם מר א. או הערב מר ל. אינם יכולים למלאות התחייבות זו, התחייבותו של המוכר עצמו קיימת. כפי שלשון השטר מורה, ובזה לא ויתרו לו ורק הסכימו שאת התחייבות זו תעשה ע"י פלוני או הערב שלו, ואם לא יקיימו ודאי שלא ויתרו על התחייבותו של המוכר, וע"כ מכיון שהם מוחזקים בכסף היינו ביתרה שחייבים להעביר למוכר מיום שהפסיק שליחותו של א., מכסף זה רשאים לשלם המעלית והמעקה ושאר התחייבות של הערב, והמוכר כלפיהם. ובאם תשאר יתרה עליהם להעבירה למוכר, ובמידה ואין יתרה כזו, כי אז המוכר עליו להעביר ללא דיחוי הדירה על שם במנהל כפי שהתחייב בחווה.

באשר לקיזוזים והוויתורים שעשה מר א. לחלק הקונים, האמת הוא שאם קיזוזים ווויתורים אלו "עשה וחישוב אותם לפני שהודיע לדיירים על הפסקת שליחותו יתכן מה שעשה עשוי, וכמו שכתב הגר"ש פ"י שליט"א אולם אם יתברר שהוויתורים והקיזוזים נעשו אחרי הודעתו של המוכר להפסיק לשלם למר א., ודאי שוויתורים אלו לאו כלום כי אין אדם יכול לוותר על דבר שאינו שלו, וכנ"ל.

אך אחרי העיון בסעיף 10 בחווה בסעיף קטן ב' נאמר, "מותנה ומוסכם במפורש כי המוכר יצא ידי חובתו כלפי הקונה, בכך שיגרום לחתימת חווה חכירה בגין הממכר בין הקונה לבין המנהל תוך 12 חודשים, מיום מסירת החזקה בממכר ליד הקונה.

והנה לא הותנה שרק אם הקונה מילא אחרי התחייבויותיו בתשלומים וכדומה, אלא בכפוף למסירת החזקה בממכר ליד הקונה. ודבר זה נעשה ע"י המוכר ונמסר הממכר כבר מספר שנים לידם ומחזיקים בו. והמוכר לא כתב שזה בכפוף למלא התשלום, לפ"ז חייב המוכר לאלתר וללא דיחוי להעביר הנכס והדירות במנהל ע"ש הקונים, במידה ולא יעשה זאת תוך שבועיים, ביה"ד ישקול לחייבו בפיצויים על איחור זה, מיום שהיה מחוייב ע"פ הדין והחווה.

וזאת למרות שישנם אולי כאלו שעדיין חייבים בתשלומים מסויימים שהעבירו למר א. גם לאחר שהמשלח הפסיק שליחותו, לאחר הקיזוזים שהגיעו להם על פי החווה וע"פ הדין. וכנ"ל.

היום יום כ"ו תשרי תשנ"ד

מסעוד בן לא"א ר' דוד בר עזיזה זצ"ל אלאחדר ס"ט

תשובתו של הרב"ג הרב שלמה פ'ישר שליט"א בענין הנ"ל

לאחר העיון בחומר שבתיק נראה כי הצדק עם התובעים וכן טענות ב"כ הנתבע מ. ט. אין בהם ממש. ונדון מקודם בתיקו של מר פ. שבהסכם שלו מפורש כי מר וו. מוסמך לקבל את התשלומים, וכל הדין הוא רק על הקיזוזים והויתורים שעשה וטוען ב"כ הנתבע כי א. לא היה אלא שליח, וחל עליו הכלל של לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וזה אינו מכמה טעמים.

א. מפורש בשו"ע סי' קפ"ב ס"ד דכל זמן שלא יברר המשלח יכול המוחזק לטעון שהתנה עמו בן לתקן ובין לעוות, דהמע"ה וכאן פשוט הוא דהדיירים נחשבים מוחזקים כמו שיבואר להלן.

ב. ב"כ הנתבע ציטט בעצמו לשון החוזה כי המוכר ימלא אחר כל התחייבויותיו באמצעות מר א. אם כן, ההתחייבויות הם של מר ט. והואיל וכך הרי אפי' אם נניח לא. לא היה מוסמך לעשות קיזוזים וויתורים חייב מעכשיו מר ט. בעצמו לעשותם (ואה"נ דלפי טעם זה יש מקום לליבוניס ובריורים בפרטי הקיזוזים והויתורים).

ג. במידה שהדירה היא מאותן 14 הדירות שמחירן היה מיועד למר א. (אפי' אם לא נקבל את מה שהוכיח בצדק מר ר. בטענות שמתוך התיק שלגבי אותן 14 הדירות הדבר ברור שהיו שייכות למר א. והוא המוכר, עכ"פ ודאי שאין שום נפקותא ממה שעשה קיזוזים וויתורים, שהרי התשלומים הם שלו ומה שפ'חת פ'חת לו.

ד. מכל ההתנהגות ומהלך הענינים לאורך כל הזמן עולה ברור לכה"פ היה למר א. מעמד של נושא ונותן בתוך הבית.

ה. ברור ופשוט הוא שמר א. לא היה שליח בעלמא אלא שותף. וכבר ציטט ב"כ הנתבע בעצמו את לשון הש"ך בג' ע"ז ס"ק י"ט דבשותף לא אמרינן לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, (אף הבית מאיר ס"ס פ"ז מסכים עם הש"ך בויתורים כאלה שבנ"ד שם מחמת העסק ולא פיקפק אלא במחל סתם בכדי, עיין שם הטעם בהגהות אמרי ברוך כחז"מ שם.

דבר זה למר א. שהיה שותף ולא שליח בעלמא מוכח א. מעצם חתימתו יחד עם ט. על החוזים. ב. כי כך עולה לפי הודאת ב"כ הנתבע בעצמו מתוך מסמך 2 היינו ההסכם בין מר ט. למר א. ומה שב"כ הנתבע טוען כי אין התובעים יכולים להסתמך על זה כי ההסכם עם א. נעשה מבלי להודות בחוב ולצורכי פשרה בלבד, אומנם כן הוא, כי א"א להסתמך על זה מצד דין הודאת בע"ד אבל סוף סוף יש לראות בזה אומדנא דמוכח טובא לצדקת דברי התובעים. ולדעת הרבה פוסקים מהני אומדנא דמוכח אפי' להוציא ממון (עיין נתיבות המשפט סי' מ"ו ס"ק ח' ובסי' רצ"ב ס"ק א' ועוד). וכל שכן כאן שהוא להחזיק דזה פשוט דהדיירים שכבר החזיקו בדירותיהם ודרים שם כבר הרבה שנים נחשבים מוחזקים, אע"פ שלא נרשמו עדיין הדירות על שמם בטאבו.

ומהאי טעמא גופא בטלים דברי הנתבע שלא היה מר א. מוסמך לקבל כספים מהקונים, חוץ מאצל פ. שכבר כתב הנה"מ ס"ס קצ"א וז"ל, שכתב המהרי"ט דחזקה שאינו מניחו לירד להשדה עד שנותן דמים, והנה"מ שם מסיים וז"ל מי יבא אחר דבריו לסתור הסברא שכתב ע"ש.

וע"ע במהרשד"ם חו"מ סי' קי"ב וז"ל אין לך יוצא מדרך העולם מאדם שיש לו שטר חוב, ועל חברו מסך גדול ושותק ומניח הדבר כל כך זמן עכ"ל.

וכיוצא בזה כתב הפ"ת סי' צ"א ס"ק ד' כשם ח"ס וז"ל אחר שכבר עבר זמן רב ולא הזכיר כלום אינו נאמן ואפי' בשבועה לא יטול עכ"ל.

ובנוגע למש"כ הפ"ת בסי' קפ"ה ס"ק ב' ובסי' רצ"א ס"ק ט"ז בשם המשאת בנימין, שהביא מתשובות הגאונים כבר העיר בשו"ת תורת מרדכי סי' רי"א וז"ל תמיהני מאוד על המשאת בנימין שהעתיק דברי תשובות הגאונים שלא ככתוב שם ועי"ז נתן מכשול למעיין וכו'. והמשאת בנימין הוסיף דברים בתשובות הגאונים שלא נזכר שם כלל וכו' ואין כאן שום צ"ע עכ"ל ודבריו ברורים למעיין שם.

ומה שטען ב"כ הנתבע וז"ל שחזוהו של פ. נחתם ב-4.2.82 קודם לכל החוזים. והמוכר כדי להמנע מספק שעלול להתעורר דאג לשינוי הנוסח אצל שאר הדיירים, ומכלל ההן המוגבל של פ. אפשר ללמוד על הלאו אצל שאר הדיירים עכ"ל, אדרבה אם באמת הנוסח היה מחושב ומדוקדק למה סתם הדברים ולא פירש להדיא בשאר החוזים, שהכספים יש להעביר אך ורק ישר אליו ולא למר א., ולא עוד אלא שסבר וקיבל כל הזמן ושתק, ועד שנת 87 לא עורר על כך כלל.

ויפה כתבו התובעים משפחת ק. במכתבם לתיק ביה"ד וז"ל "הקנוניא כהגדרתם של הרב ו. עולה לא מהשכנים אלא מהסכמות של מר ט. וכו'.

סוף דבר כל התשלומים ששולמו על ידי הקונים למר א. הרי הם כאילו שולמו ישר למר ט. ואף על אותם הסכומים שהם טוענים ברי שפרענו ואילו הוא טוען לא נפרעתי, חל הדין. שבשו"ע סי' נ"ט בלוח טוען ברי שפרעתי, ומלוח אומר איני יודע אם נפרעתי, שפטור הלוח.

והואיל וכך, מר ט. חייב להעביר מיד בטאבו על שם הקונים את הדירות שכאמור שייכות להם והם מוחזקין בהן.

ובנוגע לתביעות ודרישות שיש לכל אחד ואחד מהדיירים נגד המוכר, יש לדון בהן בדיונים מיוחדים.

ירושלים תמוז תשנ"ב

שלמה פישר דיין

תשובתו של הגאון הרב ז. נ. גולדברג שליט"א

ראיתי מה שכתב הגר"ש פישר שליט"א לחייב את הנתבע להעביר בטאבו על שם הקונים והנני מסכים איתו, ואוסיף בזה רק כמה הערות.

א. מה שנפסק בשו"ע חו"מ סי' קכ"א סעיף א' שלח לו חובו או פקדונו על ידי שליח, אם אמר לו המלוה לשלחו על ידו ונאבדו פטור, אפי' לא אמר לו פה אל פה אלא ששלח לו מכתב שלח לי ע"י פלוני, ושלחם על ידו ונאבדו פטור. ושם בהלכה ט' בד"א בשעשאו שליח להביא את שלו, אבל אם לא עשאו שליח אלא שאמר לו הלוח או הנפקד תוליך לפלוני מעותי שבידי וכו'. והשליח אמר נאנסו או מסרתי למלוה, ישבע המלוה בנקיטת חפץ שלא קיבלם ויגבה חובו מהלוה ע"כ. ונראה לענ"ד שהשולח שליח למכור חפץ והלוקח מהשליח שילם לשליח מסתבר שפטור הלוקח גם אם ידע שהוא שליח, ושהמעות נאנסו ביד השליח או שלא מסר השליח המעות למשלח בזה הלוקח פטור. שלא משתמיט בכל סי' קפ"ה שמדובר בניני סרסור ולא הוזכר דין כזה, שאם הסרסור מכר חפץ משלחו, וקבל מעות ונאבדו המעות שיתחייב הלוקח לשלם, אלא כל ששולח את הסרסור למכור הרי זה כאילו עשאו שליח לקבל המעות, ורק בשליח ששלח הלוה ליתן המעות בזה אינו נפטר אבל במשלם לסרסור זכות הוא למוכר שכזה שמקבל המעות קנה, וביותר שעל ידי תשלום המעות קנה הלוקח את המקח ואינו יכול לחזור בו.

הערה ב. גם שקוזזו תשלומים בהסכם עם א. נראה שאין כאן עיות ממר א. שהרי וויתר תשלום שהמוכר חייב לקונים עבור התשלום שהם חייבים למוכר, והרי זה ככל הבניה שבנה עבור הקונים, וקיבל תשלום עבור זה, ואם יטען המוכר שעיוות ולא קיבל מחיר הראוי, עליו להוכיח כך שהתשלום שהיה חייב הוא פחות ממה שהוא חייב לקונים.

הערה ג. אם הקונה אומר שילמתי והמוכר אומר איני יודע הנה אף שהנתיבות בסי' קצ"א ס"ק ג' כתב שנחשב המוכר למוחזק, כיון שאם לא שילם המקח בטל ולכן המוכר מוחזק, מ"מ נראה שגם בזה נאמן הלוקח והרי זה דומה למוציא הוצאות עבור השני ברשות, שנאמן לומר כמה הוא ובתוס' כתובות ב' ע"א ד"ה ישבע מבואר שכך הוא מעיקר הדין שמשלם ורק מדרבנן צריך לישבע, ובהכרח שכל שאמר לו להוציא נאמן המוציא לומר כן, וא"כ גם בנידון דידן ששלח לו לבנות הבתים, הרי כשולח שליח וסרסור למכור, שיכולים הקונים ליתן המעות לסרסור ונאמנים ג"כ לומר כמה נתנו, כן נראה לענ"ד ולכן יש לחייב הנתבע, אכן לענין זה שטוען פרעתי היה נראה שחייב התובע שבועה.

ז. נ. גולדברג

הערתו של הגאון הרב שלמה פישר שליט"א על מה שכתבתי

ראיתי דברי הגר"מ א'חדד שליט"א. והנה גם הוא מסכים לפסק הדין מיום ט"ו כסלו

תשנ"ג כי על מ. ט. להעביר מיד את הדירות שברח'... ירושלים על שם הדיירים במנהל
מקרקעי ישראל.

והשגתו על דברי היא אך ורק בנוגע לתשלומים והקיצוזים.

א. והנה כבר הרגיש כת"ר בעצמו שהוא דבר מוזר ומשונה שלפי העולה מן החוזה יטול ט.
כל הזכויות, ואילו א. כל ההתחביוות, אלא שכת"ר טוען שהלקוחות אינהו דמפסידו אנפשייהו.
ומסברא אין הדברים כך, אלא זה גופא מהוה אומדנא דמוכח טובא שלא זו היא הכוונה.

ב. אפילו אי יהיבנא ליה לכת"ר, דא. ראוי רק שליח הנה מה שכתב דמשום כך יש כח
ביד המשלח לבטל השליחות וכמבואר בשו"ע סי' קכ"ב ס"ב, ובש"ך שם דבליכא הרשאה
ביד השליח ליכא למפטריה להנתבע אפילו אם לא ידע מן הביטול וכו'. הנה במקור הדין,
ברא"ש פ' הגזול קמא מפורש דהאי ביטול צ"ל בפני עדים, ומר ט. לא הביא כלל עדים שביטל
השליחות בפניהם, והלקוחות צווחים כברוביא שלא נודע להם מביטול השליחות.

ג. ושוב, אפילו אם נניח שא. לא היה שותף אכתי ודאי אין לחשבו שליח בעלמא. אלא הוא
בדרגא של נושא ונותן בתוך הבית (עיין ש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו, וסמ"ע שם סקצ"ח ובסי' ק"כ
סקי"ב), שהרי מסר בידו ניהול כל המכירות והענינים, והרי כך מנהג כל העולם שלא משלמים
התשלומים ישירות להקבלן הראשי אלא לפקידיו. והם הכותבים את השוכרים ולא יעלה על
הדעת שיוכל לבא ולטעון בטלתי השליחות.

וע"ע נת"מ בסי' קכ"ב סק"מ מה שחילק דהיכא דשייך למייתי ליה מדין ערב לא מהני
ביטול עשה"ט.

שלמה פישר

תשובתי בקצרה

פשוט הוא דלא איברו סהדי אלא לשקרי, חוץ מאותם מקומות שהם לעדי קיום כמו
קידושין וגירושין, אבל כאן מה שצריך עדים ע"מ להוכיח כדבריו אם יכחישו התובעים שלא
קיבלו המכתב, אך בנידון דידן הדיירים ידעו מהמכתב ולא הכחישו זאת וכמו שכת"ר כותב
שצועקים ככרוכיא שלא ידעו, וכל טענתם שלמר א. נתנו והעבירו תמיד דרכו הכספים, ומר ט.
לא יכול לבטלו, ולא היא וכמו שכתבנו. שידעו שהמשלח ביטלו לשליח.



הרב מרדכי רלב"ג

ראב"ד ירושלים

דחיית בקשת יורשים שלא לקיים צוואה שבה הוקדשה דירה לצורך ספרייה תורנית

לפנינו נדון בקשת המוטבים בצוואה לביטול שני סעיפים בצוואה בטרם קיומה.

רקע ועובדות

המנוח נפטר בתאריך פלוני, והותיר צוואה מיום פלוני. בצוואה נאמר כי הדירה שלו בקרית ספר תשמש במשך 40 השנים שלאחר פטירתו לדירת נופש עבור צאצאיו, ולאחר מכן תשמש כספרייה תורנית לציבור בני תורה. גם נאמר כי כל ספריו יועברו לספרייה זו. וז"ל הצוואה:

ג. דירה בקרית ספר רח' ק'. לא תימכר ותשמש כדירת נופש וביקורים לילדי וצאצאיהם בלבד.

לאחר 40 שנה מפטירתי יהא שטח הדירה הקיים כיום לספרייה לציבור בני תורה על שמי בניהול אחד מבני או צאצאיהם ואילו השטח שייבנה בהתאם לזכויות הבניה הקיימות (כיום חדר נוסף ובניה על הגג) ישארו לשימושם של ילדי וצאצאיהם.

ט. כל הספרים שלי בין אלו שנמצאים בדירה ברח' ש' ירושלים ובין אלו שבמחסנים יועברו לדירתי בקרית ספר רח' ק לשימוש ילדי וצאצאיהם ולאחר 40 שנה מפטירתי יוקדשו לספרייה על שמי.

יצוין כי צוואה זו מלבד היותה צוואה חוקית כפי האמור בסעיף 20 לחוק הירושה, מדובר בצוואה בעדים, היא גם צוואה הלכתית, שכן נאמר בה כדלהלן:

3. הנני מצווה ונותן מתנה מהיום ושעה לפני מיתתי בקנינים גמורים ומועילים על פי דין, נדל"ן כסף מזומן, ניירות ערך, פקדונות, וחשבונות בנקאיים, כספי ביטוח, זכויות בניה ונכסים מכל סוג ומין שהוא, השייכים לי ושיהיו שייכים לי ו/או לעזבוני, כל דבר ודבר בקנין המועיל לו, לילדי כמפורט להלן:

8. הריני מביע רצוני כי צוואה זו תחול באופן היותר מועיל הן על פי דיני תור ישראל ו/או על פי חוקי מדינת ישראל ואם יש בה איזו טעות, או שיכחה, או שיימצא סעיף או חלק ממנו בצוואה זו הלוקה בחסר או פגום או פסול לא משום כך תבטל המתנה ויגרע כחה, ולא ישפיע הדבר על שאר חלקי הצוואה אשר ישארו בתקפם. כל ספקות שיתעוררו בקשר לצוואה זו יהיו נדונים על פי סברת הפוסק והדעת המקיימים את הצוואה ואת קניניהם של הזוכים על פיה.

11. הנני מצהיר שוב ומודה כי את כל האמור לעיל צויתי, נתתי וכתבתי כדין מתנת בריא מעכשיו ושעה אחת קודם פטירתי, והקניתי כל דבר בקניין הראוי ובאופן המועיל ביותר כדת וכדין, כדין תוה"ק וכתקנות חז"ל.

ילדי המנוח, שהם גם המוטבים בצוואה, מבקשים כעת לבטל שני סעיפים אלו, ולאפשר להם לקבל את הדירה לידיהם ולעשות בה כחפצם, ובעניין הספרים – להעביר אותם לספרייה תורנית קיימת.

ביה"ד ביקש מהמבקשים לפרט את טיעוניהם בכתב.

טיעוניהם הגיעו, ולהלן תמציתם.

המנוח לא הותיר כספים שמהם תוחזק הספרייה, רכישת ספרים, שיפוץ הדירה, שכר למנהל העיזבון, תשלומי ארנונה וועד בית. לא ייתכן שהנפטר יחוב בזה ליורשים בעל כורחם!

המנוח התכוון להקנות את נכסיו לילדיו אלא שביקש שיעשו בהם כרצונו. כוונתו לא הייתה ליצור הקדש! הדבר מוכח מתוך לשונות הצוואה.

אם נאמר שכוונתו הייתה שיהיה הקדש, אם הקדיש לאחר ל' ומת זוהי מחלוקת הפוסקים האם חל ההקדש. גם לשון יהיה הקדש או יינתן להקדש אינה מועילה לדעת הרא"ש, ראה שו"ע חו"מ סוף סימן ריב.

המוטבים אינם חייבים לשמוע בקול המנוח, הוא אינו רשאי לתת להם הוראות עשה. בפרט שזכו בנכסים שעה אחת קודם מיתת המנוח, אם כן אין באפשרותו לתת להם הוראות.

גם אין מצווה לקיים דברי המת בנכס זה: הממון לא הושלש, לא ציווה בפניהם, יש מחלוקת האם מועילה השלשה בקרקע. גם אין לומר שמחויבים לקיים דברי המת ולבזבז את הונם על הקמת הספרייה, שיפוץ המבנה, ריהוט, תחזוקה שלה וכו'.

אין רוח חכמים נוחה ממעשה זה של הפקעת זכות היורשים, בפרט שיש בנדון דגן יורשים נזקקים.

ביצוע הצוואה אינו חוקי, הייעוד של הדירה הוא למגורים בלבד, ולכן אסור חוקית והלכתית לייעד אותה לספרייה.

סעיף 34 לחוק הירושה קובע כי "הוראת צוואה שביצועה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי בטלה". בפסיקה נאמר שתקנת הציבור מחייבת להגביל את שלטון היד המתה, דהיינו שלא לתת תוקף לצוואה שנותנת הוראות עד סוף כל הדורות.

דיון והכרעה

לאחר העיון בטענות המבקשים סבור ביה"ד כי יש לדחות את טענות המבקשים כפי שיבואר להלן.

האם מן הסתם התכוון למסור את הבית לציבור או לא

היורשים טוענים שהמוריש ציווה את גוף הדירה ליורשיו, אלא שהורה להם מה לעשות בנכס וכיצד להשתמש בו, והם מאריכים לומר שאינם מחויבים להישמע להוראות השימוש של המוריש.

ביה"ד אינו מסכים עם טענה זו. אין לביה"ד ספק כי המנוח התכוון להקדיש את הדירה לספרייה לטובת ציבור בני התורה, כלומר להפוך אותה לנכס של ציבור בני התורה בקרית ספר שיוכל להשתמש בדירה כספרייה. באשר ללשון שנכתבה בתחילת הצוואה בסעיף 3 "לילדי" אינה דווקא, וראיה לכך שגם אחיו ואחותו של המצווה מוטבים בסעיפים הקטנים של סעיף 3 למרות שאינם בכלל "ילדי".

להלן נציין את הפוסקים שמשמע מהם שהמושכל הראשון הוא שאדם המצווה על דבר שישמש לשימוש של הקדש של ציבור, דעתו שהדבר יהיה בבעלות הציבור.

ראה מהרי"ק סימן ע', הביא דבריו הבית יוסף או"ח קנג:

ס"ת שהוחזק שהיה של אבותיו של ראובן אין הציבור יכולים להחזיק בו דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחלתו על מנת כן שיקראו בו הרבים ושיהיה תמיד מונח בבית הכנסת עד יום פקוד אותו הבעלים.

משמע מדבריו דווקא אם נעשה מתחילתו רק כדי שיקראו בו הרבים אך שישאר של הבעלים, אבל בסתמא אמרינן שמסרוהו לציבור. וכן כתב משנה ברורה סימן קנג ס"ק צט, וז"ל

ולא אמרינן דבודאי החליטה להקדש ולא דמי לכלי הקודש של כסף שנהגו להביאם בביהכ"נ המובא בסעיף י"ח דאין הבעלים יכולים להוציאם לחולין דשאני הכא בס"ת שכן הדרך לעשות ס"ת ע"מ כן להניחה בביהכ"נ שיקראו בה רבים ושתהיה מונחת שם עד יום פקוד הבעלים אותה ליקח לבינתו ואפילו היתה לבושה מעילין של צבור ולא הקפיד לא אמרינן בשביל זה מסתמא כבר סילק ידו ממנה משום דכן המנהג תדיר להחליף המעילין מס"ת אל ס"ת הן של יחידים הן של הקהל מיהו כמה אחרונים כתבו דגם הכא בס"ת מיירי שאנו יודעין בבירור שבתחלה לא הניחה לחלוטין רק שהשאלה לבהכ"נ שיקראו בה רבים ואשמועינן דלא אמרינן כיון שהניחה זמן רב מסתמא כבר החליטה להקדש אבל בהניחה סתם אמרינן דמסתמא אקדשה לעולם וכהיא דכלי הקודש בסעיף י"ח הנ"ל.

גם ראה שולחן ערוך אורח חיים סימן קנג סעיף יח שכתב:

יש מי שאומר שכלי הקודש של כסף שנהגו להביא תמיד לבית הכנסת בחגים, אין יכולים להוציא לחולין ולמכרם, והקהל יכולים לתפושם שישארו בחזקת הקדש אחר מיתת המקדיש.

וכתב שם המשנה ברורה ס"ק צה:

כיון שלא פירשו בהדיא דנותנים זאת רק בתורת שאלה בעלמא משנשתמשו בהם חל עלייהו קדושה וכתב המ"א דעכשיו המנהג פשוט שנשארים ברשות בעליהם ואם כן המביאים את הכלים מביאים אדעתא דמנהגא והוי כמו שהתנה בפירוש דלא תחול עלייהו קדושה.

כלומר, כל עוד לא התנה בפירוש או שיש מנהג ברור בעניין זה שאינו מתכוון למסור לציבור אמרינן שמסתמא כיוון למסור לציבור.

לפיכך הוא הדין בנדון דנן, מסתמא התכוון למסור את ביתו לציבור, והרי זה כאומר מהיום ועד מ' שנה לפלוני ולאחר מכן לאלמוני.

מלבד זאת, בצוואה נאמר שהוא מקבל עליו את דברי הפוסק והדעת שמקיימים את הצוואה, ולפי פרשנות היורשים אדרבה, הם באים לגרע את הצוואה ולא לקיים אותה, שלפי פירושם אין בזה קניין כלל ולא מצווה לקיים דברי המת. הפירוש שמקיים את הצוואה במקרה דנן הוא שהתכוון להקנות להקדש, ולכן כך יש לפרש את הצוואה.

בנוסף, האיש כתב בצוואה שבמשך 40 השנים שלאחר מותו תשמש הדירה לדירת נופש, ומשמע שמדובר בשימוש בלבד ולא בבעלות, ואילו בהמשך כתב שהשטח יהיה לספרייה לציבור בני תורה, ומשמע שמדובר בבעלות ולא בשימוש בלבד. זה מוכיח כדברינו שהגוף ניתן להקדש מהיום, אך הפירות רק כעבור 40 שנים.

האם יש צורך במעשה קניין

מצאנו שלעניין הקדש בדק הבית אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. אך האם גם בהקדש לבית הכנסת ולצדקה נאמר כך?

לכאורה יש הבדל בין נדרי צדקה ובית הכנסת להקדש בדק הבית. הקדש בדק הבית הוא ממון גבוה, הוא כביכול בעלות ממשית של הקב"ה. נדרי צדקה וביהכ"נ לעומת זאת הם חיוב שחל על האיש הנודר, חיוב שנלמד מ"בפיך" זו צדקה (בבלי ראש השנה ו ע"א, נדרים ז ע"א). אומנם אפשר להקנות לציבור לצורך בניית בית הכנסת, או לכלל העניים, אך הקניין יהיה לכאורה כקניין ההדיוט לכל דבר, שהרי מדובר בשותפים, בני העיר, קהילה מסוימת או

ציבור העניים, ולמה שיהיה דינם שונה משאר שותפים בעלמא שבוודאי צריכים קניין כפי גדרי הקניינים?

ואכן, מצאנו בפוסקים כמה חילוקים בין הקדשות לעניים ולביהכ"נ ובין הקדשות לבדק הבית:

בשו"ע חו"מ צה א מבואר שאע"פ שאין נשבעין על ההקדשות, היינו דווקא בהקדשות לבדק הבית ולא בהקדשות לעניים ולביהכ"נ, ודינם בזה כהדיוט.

בשו"ע חו"מ ריב ח מובאת מחלוקת האם לדמות הקדשות לצדקה להקדש בדק הבית לעניין שחל בלב בלא שיוציא בשפתיו, דכתיב "כל נדיב לב עולות".

ברמ"א חו"מ רנז א מבואר בשם הרשב"א שאם הקדיש אדם מהיום ולאחר מותו לא חל ההקדש, ואינו דומה למקנה לאחר מהיום ולאחר מותו, ששם הגוף נקנה מייד והתשמישים לאחר מותו, שבהקדש אי אפשר שיהיה הגוף של הקדש והתשמישים להדיוט. אומנם מבואר שם בנושאי כלים, קצה"ח, נה"מ ופתחי תשובה בשם שו"ת רעק"א, שמדובר דווקא בהקדש בדק הבית, אבל בהקדשות שלנו של עניים וביהכ"נ הדין שונה, ואפשר להקדיש מהיום ולאחר מיתה וליהנות עד המיתה, כלומר הגוף שייך להקדש ואילו התשמישים יהיו להדיוט עד מותו. לפיכך תמהו על הרמ"א שהביא דין זה בסתם ולא כתב שמדובר דווקא בהקדש לבד"ה, ובפרט שהיום אינו נוהג הקדש לבד"ה.

לכאורה יש לומר דהוא הדין לעניין קניין, הקדשות לעניים ולביהכ"נ נקנים בקנייני ההדיוט, ואם לא היה קניין אינו אלא התחייבות שחלה על הגברא מתחייב בלבד, חיוב שדינו במסגרת יורה דעה ולא במסגרת חושן משפט.

אך מצאנו לכאורה מחלוקת גדולה בפוסקים בעניין זה של היחס בין נדרי מצווה וצדקה לבין המישור המשפטי-ממוני.

הבבלי בבא קמא דף לו עמוד ב מביא מעשה באדם שהקדיש את החוב שחייבים לו לעניים ואח"כ חזר בו:

אמר ליה ההוא גברא: הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא, נתביה לעניים. הדר אמר ליה: נתביה ניהלי, איזיל ואברי ביה נפשי. א"ל רב יוסף: כבר זכו ביה עניים; ואף על גב דליכא עניים הכא, אנן יד עניים אנן

כלומר, האיש לא יכול היה לחזור בו מפני שרב יוסף הוא כביכול נציג העניים, יד העניים, מפני שהוא גבאי צדקה, ולכן זכו העניים בחוב מדין מעמד שלושתן. הראשונים דנו למה לא נימקה הגמ' שאינו יכול לחזור בו מפני שזה נדר צדקה. נאמרו בזה כמה הסברים:

רב האי גאון ובעל המאור:

מה שאסור לו לחזור מנדרי צדקה הוא בינו למקום, אך ביה"ד אינו יכול לכפות אותו על כך, ולכן היה צריך להזדקק לדין מעמד שלושתן כדי שלא יוכל לחזור בו גם בדיני אדם.

כך גם עולה מהרשב"א בשו"ת ח"א תקס"ג (אומנם יצוין שהרמב"ן במלחמות הבין שגם רב האי גאון סובר שגם בהקדש לעניים אמרינן אמירתו לגבוה וכו', עיין שם).

הרי"ף, הרמב"ן והתוספות:

מפני שהחוב אינו ברשותו לכן אינו יכול להקדישו, אבל באמת דין הקדש עניים לענייני קניינים כדין הקדש בדק הבית. וז"ל הרי"ף בדף יח עמוד ב בדפי הרי"ף

דבהדיא אמרי' [ראש - השנה ו' ע"א] בפ"ך זו צדקה אלמא כדיבור מיחייב והאי דאיצטריך רב יוסף הכא למימר ואף על גב דליכא עניי' הכא דליזכו ביה אנן ידי עניים אנן דאלמא אי לאו הכי הוה מצי למיהדר ביה לאו משום דדין עניים כדין הדיוט דמי אלא משום דהווא פלגא דזוזא לאו ברשותיה הוה קאי דהא לא אתא לידיה כדאמרינן [בבא - מציעא ז' ע"א] אמר רב כל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים והקדישו אינו קדוש ואקשינן הא יכול להוציאו בדיינים והקדישו קדוש והא"ר יוחנן גזל ולא נתייאו ממנו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ואוקימנא להא דרב במקרקעי דכי יכול להוציאו בדיינין ברשותיה קאי ושמעינן מינה דבמטלטלי אפילו ממון שהוא יכול להוציאו בדיינין והקדישו אינו קדוש ומשום הכי א"ל רב יוסף אנן ידי עניים אנן דלא גרע מדינא דהדיוט דקני במעמד שלשתן אבל מידי דאיתיה ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו ביה עניי ולא מצי למהדר ביה כדאמר בפ"ך זו צדקה

אומנם יצוין שהרמ"א בשו"ת מח הבין בדעתם של הרי"ף והתוס' שבמישור הקנייני לא זכו העניים, ורק במישור של דיני נדרים חל ההקדש, וכמו שכתבנו לעיל, אך ראה לקמן מה שנכתוב בדעת הרמ"א, ושיש סתירה לכאורה בדבריו.

רבנו חננאל:

באמת אינו יכול לחזור בו, דהוי נדרי צדקה, אלא שרצה ללוות את הכסף ולשלם אח"כ לעניים.

גם הרמב"ם לכאורה נוקט שדין נדרי צדקה לענייני קניינים הוא כדין הקדש בדק הבית, וז"ל בהלכות מכירה פרק כב טו-יז:

דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אף על פי שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה.

והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים, או כל שכר בית זה לעניים זכו בהן העניים.

יש גאונים שחולקין על דבר זה ואומרים שאין העניים זוכין אלא בדברים שהדיוט קונה בהן, ולפיכך לא יזכו בדבר שלא בא לעולם, ואין דעתי נוטה לדברים אלו, שאין אדם מצווה להקנות, והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר כמו שביארנו בערכין.

כך גם נראה שסובר גם הבית יוסף:

בשו"ת אבקת וכול פג וכן בשו"ת הרמ"א סימן מז מובאת תשובת הבית יוסף בעניין מי שנדר צדקה לעניי ארץ ישראל האם בניו מחויבים לקיים את נדרו. הבית יוסף כתב שמכיוון שהיו המעות ברשותו זכו בהם העניים.

הכסף משנה בהלכות נחלות יא יא כתב שמה שפוסקין צדקה על מי שנשתטה או נתחרש הוא מפני שממונו משועבד לצדקה, ורואים מכאן שסובר שעניין צדקה משליך גם על המישור הממוני ולא רק על המישור האיטורי שבין אדם למקום.

אומנם כבר העירו על הבית יוסף שלכאורה הוא סותר את עצמו בחו"מ סימן רמג, שם השיג על הטור שכתב שאם אמר הולך מנה לעני אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וכתב בית יוסף חושן משפט סימן רמג:

ומ"ש ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. אין דברי רבינו מכוונים שלא אמרו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא לגבי הקדש כמבואר פרק קמא דקדושין (כח): אבל עני הדיוט מיקרי. ועוד דלפי דבריו מאי איריא אמר לאחר הולך לפלוני מנה עדיפא מיניה הוה ליה לאשמועינן דאם אמר אתן לפלוני מנה אם הוא עני אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה וכו'. ומכל מקום יש להביא קצת ראיה לדין זה מדגרסינן בריש פרק שור שנגח ד' וה' (ב"ק לו:) ההוא דתקע לחבריה וחיבבה למיתב ליה פלגא דזוזא אמר לא בעינא נתביה לעניים הדר אמר נתביה ניהלאי אמר רב יוסף כבר זכו עניים ואף על גב דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן.

כלומר, הבית יוסף כותב מילים מפורשות שאין דין "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" בהקדש צדקה, ויש צורך בקניין דווקא, וזה בניגוד גמור למה שכתבנו לעיל בשמו! מלבד

הסתירה שבדבריו יש לתמוה על מה שמצא ראייה לכך מבבא קמא לו: בעוד שכפי שביארנו לעיל זו קושייה ולא ראייה, שכן מוכח שם שמדובר במעמד שלושותן ולא בדין אמירתו לגבוה וכו'.

נראה ליישב את דברי הבית יוסף כדלהלן:

באמת הוא סובר שבהקדשות לצדקה ולביהכ"נ לא חל קניין בדיבור בלבד. אומנם יש קצת ראייה מבבא קמא לו: שחל קניין, שכן אפשר לפרש שמה שקנו עניים מפני שרב יוסף היה יד עניים לא היה משום מעמד שלושותן (אולי מפני שמעמד שלושותן אינו יכול להיעשות בהיעדר הזוכה עצמו למרות נוכחות שלוחו, ראה שו"ע קכו כ שהביא בשם יש מי שאומר שמהני ע"י שליח המקבל, וראה ש"ך שכתב שאינו מבין למה כתב בלשון יש מי שאומר, מאחר שאין מי שחולק. אך הגר"א הביא שחלקו על כך, ואדרבה, קצת נראה שדעתו נוטה לדברי החולק), אלא זכו העניים בדיבור, ומה שאמרה הגמ' שרב יוסף הוא יד עניים היינו כדי לחפות על החיסרון שלא היו עניים באותו מקום, ואם כן מי זוכה בממון זה. מכל מקום דעת הבית יוסף כאמור אינה כן. ומה שנוקט בתשובתו שהובאה באבקת רוכל ובשו"ת הרמ"א שנדרו מחייב את היורשים היינו מפני שסובר שחל חיוב על הגברא לשלם מחמת נדרו, ולפיכך חל שעבוד על נכסיו לקיום חיוב זה, וכמו שמצאנו במצוות כגון פדיון הבן, שלמרות שזהו חיוב של "יורה דעה", מכל מקום חל שעבוד על נכסיו. אבל חיוב זה אינו יכול ליצור קניין בשום אופן!

ואכן, יש לפרש את דברי הרי"ף והרמב"ם שאין כוונתם שחל קניין אלא חיוב בלבד, וכוונת הרי"ף היא שחיוב יכול לחול רק לגבי דבר שברשותו, אך לא שאם הוא ברשותו יזכו העניים בלא קניין, אלא יחול חיוב על הגברא. ומה שכתב הרמב"ם לחלוק על ה"יש גאונים" נראה שכוונתו הרי"ף, שמדבריו יוצא שלא חל חיוב על הגברא אם הדבר אינו ברשותו או לא בא לעולם, ואילו הרמב"ם סובר שחל חיוב על הגברא גם באופן זה, אך גם לדעתו לא חל קניין בדיבור בלבד, ולא מצאנו שכתב כן אלא רק שהוא מצווה לקיים את דבריו בצדקה.

גם קצות החושן בסימן רצ סק"ג הסכים עם הבית יוסף, שהרי מצאנו שגם לפדיון הבן וכיו"ב משתעבדים נכסיו.

אומנם נתיבות המשפט בסימן רנ סק"ד חולק וסובר שאין שעבוד נכסים, אך עם זאת מסכים שאם נדר חפץ מסוים נקנה לצדקה בדיבור לבד.

גם ראה שו"ע או"ח שלט ד שכתב שאין מקדישין בשבת, וראה משנה ברורה שו סקכ"ז שמדובר בהקדשות לבדק הבית, אך להתחייב צדקה מותר, ומכל מקום לייחד חפץ ידוע לביהכ"נ או לצדקה אסור, וזה ממש כדברי נה"מ הנ"ל.

אומנם לפי דברינו בדעת הבית יוסף דלעיל אין חילוק כלל בין חפץ מסוים לנדר מעות סתם, ובכל עניין לא חל קניין, ולכן יהיה מותר להקדיש בשבת.

ברמ"א מצאנו סתירה: בשו"ת הרמ"א סימן מח חלק על הבית יוסף שהובא שם בסימן מז, וכתב שנדרי צדקה אינם יוצרים קניינים כלל וכלל, ולכן מי שנדר לעניי ארץ ישראל ומת אין בניו מחויבים לתת, שהנדר חל רק על אביהם ולא על נכסיו. רעק"א סימן קמו דקדק כן גם מדברי הרמ"א יו"ד רנח ז שהמקדיש שט"ח צריך כתיבה ומסירה כמו בהדיוט. מאידך גיסא, ביו"ד רנח יג כתב הרמ"א "דכל אמירה שיש בה רווחא לצדקה, אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט". גם בדרכי משה שם על דברי הטור שכתב שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כתב שכן הסכמת הפוסקים, ודלא כהרשב"א ח"א תקס"ג!

ראה מש"כ בעניין זה אבן האזל נזקי ממון ח א, וכן אחיעזר ח"ג לד. אך לענ"ד יש ליישב בפשיטות: כוונת הרמ"א ב"אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" היא רק לעניין שיחול חיוב, אך לא לעניין שיחול קניין. על זה הוא כתב שכן הסכמת רוב הפוסקים ודלא כהרשב"א בשו"ת ח"א תקס"ג שכתב שרשאי אף לחזור בו, ואפילו חיוב על הגברא לא חל, וז"ל הרשב"א שם

דלא אמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בהקדש עניים שאינם כמקבלי מתנה ויכול אדם לחזור בו. כדאמרי' פרק שור שנגח ד' וה' (דף ל"ו ב') הדר אמר הבו ניהלי איברי ביה נפשאי. אמר ליה רב יוסף כבר זכו ביה עניים. ואף על גב דליכא עניים דליזכו ביה אנן יד עניי אנן. דאמר רב יהודה אמר שמואל יתומים אין צריכין פרוסבול. רבן גמליאל ובית דינו אביהם של יתומים. אלמא הקדשו אין לו קיום אלא אם כן הקנה בקנין או בשטר או באחד מדרכי הקניות.

גם ראה בעניין זה מה שכתב הפתחי תשובה חו"מ ריב ט, והביא שם דעות לכאן ולכאן האם בהקדש עניים אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, דדעת הפנים מאירות שלא אמרינן הכי, ואילו דעת החתם סופר שאמרינן כן.

גם ראה בעטרת שלמה סימן פו שכתב שיש לומר לפי זה שגם למאן דאמר שהקדש לעניים אינו כהקדש בד"ה, ולא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, מכל מקום הקדש לבית הכנסת דמי להקדש בדק הבית ואמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

אומנם דעתנו נוטה שדעת הבית יוסף והרמ"א שלא חל קניין אלא חיוב בלבד על הגברא, ולא מצאנו חילוק בין ביהכ"ג לצדקה.

לפי זה לכאורה בנדון דנן לא חל קניין בדיבור לבד, אלא שבנדון דידן נאמר בצוואה בפירוש שנעשו קניינים מועילים, וגם שטר הצוואה עצמו מועיל כדין סיטומתא, היות שמנהג המדינה והעולם לקנות בחתימת שטרות, והוי כמנהג התגרים שמועיל כמבואר בחו"מ רא. לפיכך ברור שבנדון דנן חל הקניין.

נכסי לך ואחריו לפלוני

בבלי בבא בתרא קכט ע"ב ועוד מקומות מבואר שאפשר להקנות נכסים לפלוני ואחריו לאלמוני. בב"ב קלז ע"א מבואר שאפילו בחפץ מסוים כמו אתרוג אפשר לעשות כן.

מהו ביאור הדבר?

ברי' אשר מלוניל ב"ב קכה ע"ב וכן בקצות החושן בסימן רמח ד מבואר שבמתנת בריא (כמו בנדון דנן, שהרי מדובר בצוואת בריא מחיים ולא בצוואת שכיב מרע) הדבר מועיל מפני שמקנה את הגוף מעכשיו לאחרון, ונותן קניין פירות (שימוש) לקודמים לו.

לפיכך טענות המבקשים שבמקרה שהקדיש לאחר זמן ומת בטל ההקדש אינן כלום, מפני שלא מדובר פה בהקדש לאחר זמן אלא כבר עתה הקנה להקדש את גוף ביתו, אלא שבמשך 40 שנה לאחר מותו יהיו הפירות לצאצאיו.

יתרה מזאת, לשון הצוואה עצמה מורה שהקנה את הגוף להקדש, ואילו את הפירות במשך 40 השנים הראשונות ליורשים כפי שכתבנו לעיל, שהרי נאמר "תשמש הדירה לדירת נופש", ומשמע תשמיש בלבד ולא בעלות.

יצוין שאע"פ שהרמ"א כתב בחו"מ רנו א שהמקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו או לאחר ל' יום אינו חל כלל, היינו מפני שאוכל פירות הקדש, וזה שייך אך ורק בקודשי בדק הבית, שאי אפשר שאילן של הדיוט יינק מקרקע הקדש, אבל בהקדש לעניים או לבית הכנסת וכיו"ב אין בעיה כזאת, ראה קצה"ח שם סק"א. גם מוכח משם שהמקדיש מהיום ולאחר מותו מקדיש גוף מהיום וכמו שכתבנו לעיל, ואין זה כהקדש לאחר זמן שמצאנו שנחלקו בו הרשב"א והר"ן.

עבורי אחסנתא

המבקשים טענו שיש בדבר משום עבורי אחסנתא, ואם כן אין רוח חכמים נוחה ממצעה זה כמבואר במשנה בבא בתרא קלג עמוד ב "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו - מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו". הם גם הביאו מקורות שונים בעניין, את דברי הגר"ש עמר ועוד.

אך באמת אין בזה כלום, מפני שאע"פ שמלכתחילה יש מקום לדון האם הדבר ראוי לצוות כן או לא, מכל מקום לאחר שכבר נעשה הדבר אין לערער על כך מחמת טענות אלו כמבואר במשנה הנ"ל - מה שעשה עשוי.

מלבד זאת, במקרה דנן רצון היורשים הוא לזכות בעיקר את הבנות, ואף ציינו את מצוקתה של אחת הבנות, והרי לפי דין תורה הבנים יורשים ולא הבנות, ואם כן מגמתם היא אדרבה

לעבורי אחסנתא, ולא מובנת אפוא טענתם נגד מעשה העברת הנחלה של אביהם כאשר הם עצמם רוצים להיכשל באותו עוון.

גם יש לדון האם מעשיו ראויים לכתחילה או שהם בכלל עבורי אחסנתא: ראה חתם סופר חלק ה חו"מ קנא שדן בעניין מי שמצווה להקדש, האם הוא בכלל עבורי אחסנתא ואין רוח חכמים נוחה הימנו או לא. לפי מסקנתו שם דווקא כשאין לו בנים יש ללמד עליו זכות אם העביר נחלתו מיורשיו להקדש, שאז יש עליו חרון אף וכדי לכפר על כך הוא מקדיש לצדקה. אומנם אם יש לו בנים אין לו להעביר את נחלתו להקדש. אך הפתחי תשובה חו"מ רפב סק"א כתב שיש לומר שבמקום שאינו מקדיש את כל נכסיו מותר לכתחילה אע"פ שיש לו בנים, וז"ל:

אבל שניהם כאחד דהיינו מקדיש ורק מקצת נכסיו, זה לא מוכח בשום מקום, כי בב"ב הוה עובדא שהקדיש כל נכסיו ובכתובות הוה עובדא שרצה ליתן נדוניא לבתו, י"ל דבכה"ג דוקא הוי קפידא, אבל במקדיש רק מקצת נכסים י"ל דאין קפידא וכדמשמע נמי בכתובות ס"ז ע"ב גבי מר עוקבא, ואין לומר דמר עוקבא לא הניח בנים, דהא בפרק איזהו נשך [ב"מ] דף ע' [ע"א] בהווא דודא דבני מר עוקבא ופירש רש"י [ד"ה דבני] יתומים היו, ובשו"ע יו"ד סימן רמ"ט סעיף א' בהגה, וצ"ע:

ובזה יש ליישב את מה שכתב בשו"ת תשב"ץ חלק ג סימן קמז בשם גאון שדי בשו"ר כלשהו כדי שלא ייחשב לעבורי אחסנתא, וז"ל "ובטופס שטרו' לראשונים ז"ל יש שו"ר ד' זווי וכתב גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו כמו שכתוב בספר עטור סופרים דמתנת ש"מ".

גם ראה כנסת הגדולה הגהות טור חושן משפט סימן רפב שכתב שבמקרה שנותן במתנת בריא אין איסור משום עבורי אחסנתא:

י. עוד אני אומר, דאפילו אעבורי אחסנתא מברא בישא לברא טבא, היינו דוקא בלשון ירושה ובשעת מיתה. אבל בלשון מתנה ובהיותו בריא, אין שום קפידא. וכן ראיתי נוהגים שאין נזהרים בזה. ועיין במהר"ם איסרלאס ז"ל סימן נ"ב, ובספר פני משה סימן ע', ובתשובותי חלק א"ה סימן כ"ט.

אומנם גם החתם סופר הנ"ל הביא סברה זו, אך דחאה מכוח הגמ' בכתובות נג ע"א שממנה נראה שאינו ראוי לתת נדוניא גדולה מאוד לבתו ולהפקיע בכך את ירושת בניו. וראה ביביע אומר חלק ח חו"מ סימן ט שדן בכל זה באריכות, וגם הביא הרבה פוסקים שנקטו כהכנסת הגדולה, בהם הרא"ש בתשובה והלבוש.

מלבד הנ"ל נראה שבנדון כגון דנן אין משום עבורי אחסנתא מפני שלא התכוון לגרע את חלק היורשים, אלא לעוצם אהבתו לספרי קודש ציווה כפי שציווה, ונבאר את דברינו להלן.

לכאורה קשה, איך נוהגים כיום לעשות צוואה מחיים כנגד רצון התורה, ונותנים לבת חלק שווה בירושה כמו הבנים?

נראה לבאר, שהאיסור לאעבורי אחסנתא הוא דווקא כשבכוונת המוריש לגרע חלקו של היורש, כמו שמדויק בלשון הרמב"ם, שבהלכות נחלות הל' יא הביא את האיסור של עבורי אחסנתא ובהל' יג כתב "צוו חכמים שלא ישנה אדם בין הבנים אפילו בדבר מועט, שלא יבואו לידי תחרות וקנאה כאחי יוסף עם יוסף". מסמיכות ההלכות נראה שהרמב"ם הבין בטעם האיסור של אעבורי אחסנתא שאם המוריש מגרע מחלקו של יורש אחד לטובת אחר אז הוא גורם לתחרות וקנאה. אבל כשהוא נותן לבן אחד יותר מסיבה מוצדקת, כגון שאותו בן נמצא במצוקה כלכלית והוא צריך עזרה יותר משאר היורשים, היות שאין כוונת המוריש לגרע מחלקו של בן אחד אין שום איסור בכך.

וכן משמע מהטעם השני שכתבו הגהות מיימוניות והרבה ראשונים בטעם האיסור של עבורי אחסנתא שכתבה הגמ' בב"ב בדף קלג ע"ב "ואפי' מברא בישא לברא טבא - דלא ידעת הי זרעא נפיק מינייהו". דהיינו אין למוריש לעשות חשבונות שמים, להעניש את בנו הסורר ולעקור ממנו את חלקו בירושה, כי ייתכן שזרעו של אותו בן יחזור בתשובה שלימה, ועל כך הקפידו חכמים באיסור של עבורי אחסנתא. אבל אם המוריש רוצה להיטיב עם בן אחד מסיבה מוצדקת, ואין בכוונתו לעקור ולגרע מיורש אחר (אפילו שזה יוצא ממילא כך), אין בכה"ג את האיסור של עבורי אחסנתא.

זהו הביאור בדברי הגמ' בכתובות דף ס"ב ע"ב (שהובא לעיל) שמתרצת שלתת לבת עישור נכסים זו מצווה דאורייתא ולכן אין את האיסור של עבורי אחסנתא. ויש לתמוה, הרי מצוות ירושה גם היא מדאורייתא, ולמה לעקור מצווה דאורייתא אחת על חשבון מצווה דאורייתא אחרת. לדברינו מיושב, שאם המוריש נותן לביתו את עישור הנכסים בגלל מצווה דאורייתא, ממילא אין כוונתו לגרע מהיורש השני, וממילא אין את האיסור כלל.

המישור החוקי

בחוק הירושה סעיף 155 (ג) מבואר שביה"ד הדתי מוסמך לפסוק בעניינים כגון אלו לפי ההלכה, ובלבד שלא יפקיע זכויות של פסול דין או קטין. לפיכך ביה"ד מוסמך להכריע בעניינים אלו כפי ההלכה וכמו שנתבאר לעיל.

אלא שהמבקשים טענו שהצוואה בסעיף המדובר מנוגדת לחוק, ואף להלכה, שכן אי אפשר להשתמש בדירה לייעוד שונה ממגורים.

אומנם אין זו טענה, שהרי אפשר לשלב את הצוואה עם החוק, אפשר להשיג אישור לשינוי הייעוד, לפנות אל השכנים ולרשויות המוסמכות. לפיכך אי אפשר לומר שהסעיף הזה בטל,

כל עוד אינו סותר בהכרח את החוק וההלכה. גם אם לא יושג אישור – יש אפשרות להקדש לעשות שימוש אחר בנכס המוקדש, וכמו שמצאנו למשל במרדכי מגילה רמז תתכא שהזכרנו לעיל לגבי מי שהקדיש בית לביהכ"נ, ולא הניחוהו הנוצרים, וכתב שאפשר לייעד את הדירה לשימוש אחר אפשרי. מכל מקום אין זה שולל את ההקדש.

היורשים טענו שסעיפי הצוואה המדוברים עומדים בניגוד לסעיף 42 לחוק הירושה שבו נאמר:

יורש אחר יורש

42. (א) המצווה רשאי לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי הזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה, הכל לפי המוקדם יותר.

(ב) הראשון רשאי לעשות במה שקיבל ככתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה ששייר הראשון; אולם אין הראשון יכול לגרוע מזכותו של השני על ידי צוואה.

(ג) השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצווה בשעת זכייתו, אף אם לא היה כשר לכך במות המצווה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת.

(ד) הוראת צוואה על דרך זו ליותר משניים – בטלה, זולת הוראה לטובתו של מי שהיה בחיים בשעת עשיית הצוואה.

לדבריהם כל היורשים זוכים בצוואה, שהרי הם יכולים להשתמש בדירה, ולאחריהם יקבל ההקדש, ונמצא שלפי ס"ק (ד) ההוראה בטלה, שהרי נתן ליותר משניים.

טענה זו אינה נכונה כלל וכלל: כוונת סעיף (ד) היא לשלול שימוש פעמיים ב"אחריך", ואילו במקרה דנן יש שימוש אחד בלבד ב"אחריך".

מלבד זאת, כבר כתבנו לעיל שבביה"ד הרבני יש לפסוק לפי הדין העברי.

עוד טענו היורשים שיש בסעיפים המדוברים חיסרון מצד שלטון לא מוגבל של היד המתה, הוראות המצווה אמורות להתבצע בלא הגבלת זמן, והפסיקה אינה ראוה זאת בעין יפה.

טענה זו אף היא אינה נכונה, מלבד שכבר כתבנו לעיל שיש לפסוק לפי הדין העברי, גם לפי מה שנתבאר יש פה קניין להקדש, ומכאן ואילך אין פה עוד שלטון של היד המתה. רק לפי הבנתם המוטעית של היורשים שלא מדובר בקניין להקדש, אלא שהנכס יישאר של היורשים, יש פה חיסרון של שלטון היד המתה.

טענת היורשים שאין לחוב להם

באשר לטענת היורשים שאין לחוב להם ולחייבם לשפץ את הבית ולהוציא עליו הוצאות, אין זו טענה, מפני שאינם חייבים להוציא הוצאות על הדירה אם אינם רוצים, הציבור שזכה בדירה יוכל למצוא תורמים ותקציבים לצורך זה אם ירצו, ומן הסתם יהיה אפשר למצוא פתרון לעניין זה. כגון ההצעה שהציע ביה"ד בדיון האחרון להשכיר את הדירה ולהשתמש בפירות לייעוד שרצה המנוח לייעד את הדירה.

לפיכך אי אפשר לומר שהצוואה בעניין זה בטלה ומבוטלת.

מסקנות

התבאר שאין לשנות מהצוואה של המצווה, זהו רצונו של המוריש, והוא עשה על כך קניינים כדת וכדין. לפיכך יש לקיים אותה ככתבה וכלשונה.



הרב עידו שחר

דיין בבית הדין הרבני אשדוד

תוקפם ההלכתי של זיכרון דברים ושטר תנאים

חתן המתכחש להתחייבות של אביו בזיכרון דברים / 'טענה גרועה' גדרה ומהימנותה

לפנינו תביעה לחלוקת רכוש.

תיק זה מחייב לימוד ועיון מעמיק. הטיעונים והטענות שנדון בהם להלן בהרחבה מתייחסים לשורה של אירועים שאירעו במשך למעלה מעשרים שנה, שמלבד הצדדים עצמם היו מעורבים בהם בני משפחה וגורמים נוספים. בסיכומיהם מנהלים הצדדים קרב גרסאות שסותרות זו את זו מן הקצה אל הקצה. כל צד 'מגייס' לטובתו כל בדל של מידע אמירה ומסמך שיכולים לתמוך בגרסתו. בד בבד עם הניסיון לחזק את גרסתם, הצדדים עושים מאמץ ניכר 'להשחיר' האחד את דמותו של השני ולערער את אמינותו.

כפי שיראה הקורא להלן, התנהגותו של הבעל לאורך השנים חרגה מכל נורמה המוכרת לבית הדין, כשגם לשיטתו הוא ואביו ז"ל הוליכו שולל את האישה ואביה. האישה דרשה לא אחת שבית הדין ינהג עם הבעל בדרך ההלכתית השמורה לרמאים ובדאים. על אף התרשמות בית הדין מהתנהגות הבעל, בית הדין נשמר מכך, וקיים דיון מלא ומקיף בכל טענות וטיעוני הצדדים, ופסק כדת של תורה.

רקע כללי

הצדדים התארסו ביום י' באדר א' תשנ"ז (17/02/1997) ונישאו כדמו"י ביום י"ח באדר ב' תשנ"ז (27/03/1997). אלו נישואין שניים לשניהם. מנישואיהם נולדו להם ששה ילדים. לצדדים אין ילדים מנישואין קודמים. הבעל עזב את בית הצדדים ביום כ"ו באדר ב' תשע"א (01/03/2011). וביום י' באדר ב' תשע"ד (12/03/2014) הצדדים התגרשו בבית דיננו.

בית הדין בהרכבו הקודם בראשות כב' אבה"ד הגר"א עמרני שליט"א, ובהרכבו הנוכחי בראשות אבה"ד הגר"ש שטסמן שליט"א, קיים שנים-עשר דיונים בכלל התביעות. כמה מן הדיונים התקיימו בפני אב בית הדין בלבד.

בסוף הדיון השנים-עשר הוחלט על הגשת סיכומים. לאחר עיכוב ניכר הוגשו סיכומי הצדדים ותגובותיהם. הגיעה עת ההכרעה.

עובדות שאינן שנויות במחלוקת

למען הסדר הטוב, וכדי שיהיה ניתן להבחין בין 'תכלת לקלא אילן', נציע תחילה את העובדות שאינן שנויות במחלוקת, ואחר כך את הפרשנות של כל אחד מהצדדים לעובדות הללו, בשילוב עובדות נוספות השנויות במחלוקת.

ביום ח' כסליו ה'תשנ"ג (03/12/1992) חתם אבי הנתבע בשם בנו הנתבע על זיכרון דברים לרכישת דירה בירושלים (להלן: דירה א) מאת הבעלים הקודם גב' [ג] (להלן: המוכרת). ביום י"ג כסליו ה'תשנ"ג (08/12/1992) נחתם הסכם מכר בין הנתבע וגב' [כ] (להלן אשתו/ האישה הראשונה) לבין המוכרת. תמורת הדירה התחייבו הקונים לשלם סך של 92,000. רישום הזכויות של הנתבע והאישה הראשונה בדירה בלשכה לרישום מקרקעין (טאבו) בוצע ביום ט"ו תמוז ה'תשנ"ז (20/07/1997), כמה שנים לאחר גירושיהם.

הנתבע והאישה הראשונה נשאו כדמו"י ביום ח' באדר תשנ"ג (01/03/1993).

ביום ל' ניסן התשנ"ג (20/04/1993) חתמו הנתבע אשתו הראשונה וגב' [ג] על הסכם הלוואה עם הבנק. לפי ההסכם, ילווה הבנק סך של 49,900 שקל ללווים. תנאי הפירעון מפורטים בסעיף 4 לנספח להסכם. ההלוואה נועדה עבור גב' [ג] ובעלה הרב [ג]. להבטחת פרעונה, חתם הרב על שטר משכון על דירתו לטובת הנתבע. לתיק צורף שטר עסקא שנחתם על ידי הנתבע והרב [ג] ביום כ"ד אב תשנ"ג (11/8/1993). חצי שנה לאחר נטילת ההלוואה, על השטר יש חתימה של עד אחד בלבד, שאף היא נמחקה אחר כך. בתאריך 19.02.2000, נפרעה המשכנתא. וביום 16/05/2000 הוסר רישום המשכנתא מהדירה.

זמן קצר לאחר נישואיהם הנתבע נפרד מאשתו הראשונה. וביום ט"ז באלול תשנ"ג (02/09/1993) התייצבו הנתבע ואשתו הראשונה בבית הדין הרבני והציגו הסכם גירושין ובמצורף לו נספח. בית הדין אישר את ההסכם והנספח לאחר שהללו חתמו עליהם בפניו וקיבלו קניין כדין. אבי האישה הראשונה אף אישר לפרוטוקול הדיון שקיבל את הסכום הראשון לפי ההסכם. הגט סודר באותו היום.

לפי ההסכם והנספח להסכם: שווי הדירה הוא 104,000; השקעת האישה הראשונה בדירה היא 47,450 (כ 45% משווי הדירה בשעת הגירושין); חלוקת הדירה תהיה לפי השקעה; האישה הראשונה תמכור לנתבע את חלקה בדירה תמורת השבת השקעתה; הסכם רכישת הדירה, ויפוי כח נוטריוני של האישה הראשונה לטובת הנתבע שנחתם ביום 01/09/1993, יופקדו בנאמנות אצל הרב [ר] עד שישולם כל הסכום שהוסכם, ובכפוף להעברת הדירה על שם הנתבע.

בגיבוש ההסכמות היו מעורבים מלבד הרב [ר] גם הרב [ה] שכמה ימים לאחר מכן זכה למכתב תודה והוקרה מאבי הנתבע. עניין מעורבותם של הנכבדים הנ"ל עלה גם במכתבו של

הרב [ב] מיום י"ח בתמוז תשע"ז שצורף לסיכומי הנתבע. הרב מ' וינברג עצמו במכתב מיום ט' באלול תשע"ו כתב שלא היה מעורב בדו"ד בין הצדדים דאז, ותפקידו הסתכם בביצוע שליחויות מצד לצד, ולכן אין לו כל ידיעה באשר לטענה שנטענה בדיון שהרוכש של חלקה של האישה הראשונה בדירה היה אבי הנתבע ולא הנתבע עצמו.

לתיק צורפו כמה מסמכים שקשורים לביצוע ההסכם. מסמך ללא תאריך (ככל הנראה מיום הגירושי) החתום בידי הרב [ג] המאשר שקיבל עבור אבי האישה הראשונה סך של 16,525 , ונותר סך של 30,000 (על נסיבות ההפחתה, ראה בנספח להסכם). מסמך מיום י"ז בחשוון תשנ"ד (01/11/1993) החתום בידי הנאמן הרב [ו] המאשר שקיבל מאבי הנתבע סך של 30,000 עבור אבי האישה הראשונה. אישור של העירייה מיום 07/08/1995 שהחבות בגין הדירה הועברה מהאישה הראשונה לנתבע. שטר העברת זכות שכירות ללא תמורה מהאישה הראשונה לנתבע, על פי יפוי הכח שניתן לנתבע, שאושר על ידי נוטריון ביום 17/04/2000. אישור רשם המקרקעין הוא מיום 16/05/2000.

בארבע השנים שחלפו מאז התגרש הנתבע מאשתו הראשונה עד שנישא לאשתו השנייה הדירה הושכרה לשוכרים שונים. צורפו לתיק חוזי שכירות מחודש ניסן תשנ"ו עד חודש אדר תשנ"ז. בשני החוזים נכתב שהמשכיר הוא אבי הנתבע בשם בנו.

ביום י' באדר א' תשנ"ז באו הצדדים בבית האירוסין. בו ביום נחתמו שני מסמכים חשובים שעומדים בליבת הסכסוך בין הצדדים. הסכם זיכרון דברים שנערך בין אבי הנתבע לאבי התובעת (להלן: ההסכם). ושטר תנאים (להלן גם: השטר).

בתוך כמה ימים קיים אבי האישה את התחייבותו ושילם לאבי הבעל את כל הסכום שהתחייב. לתיק צורף אישור מיום י"ג באדר א' תשנ"ז בכתב ידו ובחתימתו של אבי הנתבע על קבלת כל הסכום מאבי התובעת.

לאחר נישואיהם התגוררו הצדדים בבני ברק. תחילה בשכירות, ואחר כך רכשו דירה בבני ברק שבנסיבות רכישתה ידובר להלן. בכל תקופת הנישואין דירה [א] הושכרה בשכירות חופשית. חוזי השכירות שצורפו לתיק (נספח ט' לסיכומי הנתבע) אינם אחידים. בהסכם להארכת חוזי השכירות מיום ג' באלול תש"ס בשנה נוספת שתחל ביום ט"ו באב תשס"א עד יום ט"ו באב תשס"ב, ובהסכם להארכה נוספת עד יום ט"ו באב תשס"ג, האישה רשומה וחתומה כבעלת הדירה יחד עם הבעל. בחוזי השכירות מהימים: כ"ח אב תשנ"ח; א' באלול תשנ"ט; ג' באלול תש"ס; כ"ב באב תשס"ג; ח' באלול תשס"ד; ט"ו בתמוז תשס"ה, האישה אינה מופיעה כלל. חוסר האחידות היה כר פורה להתדיינות והתנצחות בין הצדדים.

ביום 18/11/1999 הנפיק משרד השיכון עבור הצדדים תעודת זכאות לסיוע להרחבת

הדירה במסגרת פרויקט שיקום שכונות. בתעודה מצוין שלצורך קבלת הסיוע די בכך שהדירה או חלקה רשומה על שם אחד הצדדים. בהערה בכתב יד נוסף שהצדדים הזכאים מבקשים את המענק המותנה בלבד ללא לווה נוספת. דברי הסבר להנפקת התעודה על שם שני הצדדים - על אף שהאישה אינה רשומה כבעלים על הנכס, יש במכתבו של מר שיראל אוחנה - ראש ענף לפניות הציבור במינהל סיוע בדיור באכלוס - מיום 30/08/2017, שכתב שהתעודה מונפקת בהתאם למצבו האישי של בעל הזכויות בנכס, וללא קשר להיותו/ה של בן/בת הזוג בעלי זכויות בנכס. מובן שהרישום בתעודה אינו משקף את מצב הזכויות בנכס, ואינו תלוי בזהות מגיש הבקשה, יהיה זה בעל הזכויות בנכס לבדו או הוא ובן/בת זוגו.

השיפוץ בדירה בוצע במחצית השנייה של שנת 2000, ועלה כ 18,000 (פרוט' הדיון האחד-עשר שו' 174-182).

ביום 22/05/2000 הגישו הצדדים לבנק בקשה להלוואה בסך של 20,600 שקל. בפרטי ההלוואה נכתב שמדובר בהלוואת מענק הרחבה במסגרת פרויקט שיקום שכונות. ביום 28/05/2000 חתם הבעל על שטר משכנתא ראשונה. בו ביום אישרו הצדדים בחתימת ידם שידוע להם שגרירת משכנתא זו תעשה בהתאם לכללים שקבעו משרד השיכון והאוצר.

ביום 27/06/2000 פנה הבעל לבנק וביקש שיאפשרו לו לרשום על שם האישה בטאבו מחצית מהזכויות בדירה. בו ביום ניתן האישור המבוקש.

ביום 09/09/2000 חתמו הצדדים על תצהיר העברת וקבלת מחצית מהזכויות בדירה לאישה ללא תמורה. ביום 13/09/2000 הוגש התצהיר והצהרה פורמאלית ללשכה למיסוי מקרקעין.

בתיק יש אישור של יו"ר גמ"ח הסתדרות מורי אגודת ישראל, שביום 08/05/2001 נטלה האישה הלוואה על סך של 4,000 עבור שיפוץ דירה. לא צורפה אסמכתא נוספת לכך.

ביום 26/05/2002 התקבל בלשכה למיסוי מקרקעין מכתבה של האישה שבו היא משיגה על כך שהוטל עיקול בסך של 3,577 שקל על משכורתה לזכות מס מקרקעין בגין העברת מחצית דירה [א] על שמה. הטענה היתה ששיעור המס נקבע לפי שומה של בעל דירה שניה בעוד שזו דירתה היחידה. בו ביום ההשגה התקבלה, ושיעור המס הופחת.

ביום 02/08/2005 נשלח לאגף מיסוי מקרקעין תצהיר של הצדדים על ביטול מכירת הדירה לאישה (צורך לתיק אישור משלוח בדואר רשום, ותצהיר מאוחר יותר שבו הצדדים מאשרים שנשלח תצהיר במועד הנ"ל. התצהיר עצמו לא צורף לתיק, אך אין מחלוקת על תוכנו).

ביום 21/07/2005 חתמו הצדדים על הסכם לרכישת דירה [ב] בתמורה שלמו הצדדים סך של 170,000. מועד מסירת החזקה בדירה נקבע ליום 31/08/2005. המימון לרכישת הדירה הגיע ממקורות שונים, מדמי השכירות של דירה [א] שנצברו, וממשכנתא בסך כחצי מיליון

שקל שנפרעה מדי חודש מדמי השכירות, ומקרה השתלמות של האישה שנפדתה באותה עת (פרוט' הדיון האחד-עשר שו' 185-186 ; 218-219 ; 324-325). ביום 08/08/2005 חתמו הצדדים על תצהיר לרשויות המס על ביצוע העסקה. וביום 21/09/2005 הופיעו בפני פקיד בלשכה למיסוי מקרקעין והצהירו שעבור הבעל, דירה [ב] היא דירה שניה ועבור האישה היא דירה ראשונה, ובהתאם ערכו שומה עצמית של מס הרכישה של דירה [ב], וכתבו שעבור חלקו של הבעל שהינו בעל דירה נוספת ישולם סך של 14,000 שקל בקירוב, ועבור חלקה של האישה שעבורה זו דירה ראשונה ישולם סך 4,200 שקל בקירוב. באותו מעמד הציגו הצדדים בפני הפקיד הסכם הנושא את התאריך ט' באדר א' תשנ"ז (ערב אירוסיהם) שבו נכתב שלבעל יש דירה נוספת ולאשה אין שום נכס. והוסכם שהדירה ופרותיה יהיו של הבעל, שישלם את הוצאותיה ממקורות שאינם משותפים. להסכם צורף מכתב בכתב ידה של האישה ובחתימת הצדדים שבו דברי רקע והסבר להסכם שהוצג, התייחסות קצרה למקורות המימון של הרחבת הדירה, והסבר לשומת המס העצמית המופחתת בגין חלק האישה בדירה [ב].

ביום י"ז בכסלו תשס"ו (18/12/2005) כתבה הממונה במיסוי מקרקעין באזור המרכז גב' רות דוברובצקי לצדדים, שעקב כך שלא הומצא הסכם ממון בין בני זוג, בקשתם לפצל את מס הרכישה על דירה [ב] ולחייב את האישה במס בשיעור מופחת, נדחתה.

ביום 25/03/2009 הודיע פקיד הגביה לרשם המקרקעין שלאשה ישנו חוב למס הכנסה ומיסוי מקרקעין בסך של 1,748 שקל, ושבגינה מבוקש לרשום הערה על שעבוד בדירה [א]. בעקבות ההודעה, חתמו הצדדים ביום 21/06/2009 על תצהיר נוסף שבו נכתב שביום 02/08/2005 נשלח תצהיר על ביטול העברת הזכויות בדירה לאשה, שככל הנראה אבד, והצדדים שבים ומצהירים על ביטול התצהיר על עסקת המתנה והעברת הזכויות לאשה. עוד נכתב בתצהיר שלא שולמה כל תמורה עבור העברת הזכויות, והאשה לא תפסה ולא היתה רשאית לתפוס חזקה בדירה על פי התצהיר.

בשלהי שנת 2008 פנה בנק פאג"י באמצעות ב"כ אל אבי הנתבע בדרישה לתשלום חוב שנצבר לחובת חתנו, שלו ערב אישית. משלא נענה פתח הבנק בהליכים כנגד החייבים והערב והגיש בקשה לביהמ"ש השלום, ובהמשך הוחל בהליכי הוצל"פ שבגדרם ניתן צו כינוס על ביתו של אבי הנתבע. עקב התערבות של עסקנים מארגון פעמונים, הגיעו הנושים החייבים והערב להסדר לפיו ילדיו של הערב יגייסו את הסכום הנדרש. (נספח ח' לסיכומי הנתבע). צורפו לתיק אישורי הפקדה בסך כולל של כמאתיים אלף שקל, שהפקיד הבעל לטובת אביו בחודשים יולי 2009 וינואר 2010.

ההליכים בין הצדדים החלו בחודש יולי 2011 עת הגישה האישה כמה תביעות. תביעת הגירושין הוגשה בחודש אפריל 2012, ותביעה לחלוקת רכוש הוגשה בחודש יולי 2012.

ביום 4 ליולי 2011 חתם מר [ב] עם מר [י] על הסכם נאמנות לפיו מר [ב] ירכוש את הדירה

בירושלים בנאמנות עבור מר [י], שמצדו יעמוד בכל תנאי החוזה שיחתם על ידי מר [ב], שהתחייב להעביר את הדירה על שמו של מר [י] מיד עם בא דרישה מצדו, ולבצע פעולות נוספות להבטחת זכויותיו של מר [י] בדירה.

ביום 26 ליולי 2011 חתם הבעל על הסכם למכירת הדירה למר [ב] תמורת 1,750,000 שקל. לפי ההסכם, במעמד החתימה ישלם הקונה סך של 5,000 שקל בלבד, והבעל המוכר יחתום על יפוי כח בלתי חוזר, ועל הסכמה לרישום הערת אזהרה לטובת הקונה. צורף לתיק אישור על דווח העסקה לרשויות המס, וחשבונית מס עבור שכ"ט עוה"ד שביצע את העסקה. מעיון בתיק עולה שביום ט' בתמוז תשע"א (11/07/11) החליט בית הדין להטיל עיקול על הדירה במעמד צד אחד. וביום י"א בתמוז תשע"א (13/07/11) רשם מר [ב] הערת אזהרה על הדירה מכח שטר מכר בטרם היה סיפק ביד האישה לרשום את העיקול. ברור אם כן שעוד קודם שנחתם ההסכם המלא, נחתם הסכם מקוצר או זיכרון דברים שעל פיו נרשמה ההערה.

עמדות הצדדים

תיק זה מתייחד בכך שלכל אחד מהצדדים יש הסבר שונה בתכלית לאירועים המפורטים לעיל. יחד יוצרים הצדדים עלילה של ממש שלה רצף כרונולוגי והגיון פנימי, ולמרבה הצער גם הרבה רוע – של הצד השני כמובן. דבקתם של הצדדים ב'נרטיב' שלהם גרמה לא אחת למבוכה, כשנשמעו טענות מנותקות מהמציאות ואף סותרות זו את זו. נביא את עמדת הצדדים מתחילת האירועים לפני כעשרים וחמש שנה ועד היום.

עמדת התובעת

מן היום שהבעל התארס עם אשתו הראשונה ועד נישואיו לתובעת, כל ענייני הכספים התנהלו על ידי אבי הנתבע כמקובל במשפחות חרדיות חסידיות. האב ניהל את המשא ומתן עם אבי האישה הראשונה על השידוך, גייס את הכסף לרכישת הדירה מהמוכרת, משכן את הדירה עבור חברו הרב [ג], ניהל את המשא ומתן עם אבי האישה הראשונה על הגירושין, גייס את ההלוואות לצורך רכישת חלקה של האישה הראשונה בדירה, השכיר את הדירה בתקופת הביניים בין הגירושין לנישואין השניים, ניהל את המשא ומתן עם אבי התובעת על השידוך, ומכר את חלקה של האישה הראשונה בדירה לאבי התובעת.

בעניין מעמדו של הבעל ביחס להסכם, האישה טוענת שלש טענות חילופיות: א. אבי הבעל נהג בדירה מנהג בעלים, קנה את חלקה של האישה הראשונה בדירה ומכרה לאביה. ההתחייבות של האישה הראשונה בהסכם הגירושין לרשום את הדירה על שם הבעל ולא על שם אביו, ויפוי הכח שניתן לבעל, נועדו למנוע חיוב במס אם הדירה תעבור לאביו. ב. הבעל קנה את הדירה ומכרה, ואביו היה שליחו למשא ומתן לגירושין עם אבי האישה הראשונה,

ולמשא ומתן עם אביה. ג. אבי הבעל רכש את חלקה של האישה הראשונה בדירה עבור בנו, ומכרה לאביה, והבעל שלא ידע מכך בשעת מעשה, סבר וקביל תחת החופה, מרצונו או בעל כרחו כדין תליוהו וזבין, לעמוד בהתחייבויות אביו.

בעניין המשקיעים בדירה, האישה טוענת שהמשקיע לכאורה הוא אבי הבעל, שנח היה לו להציג את עצמו בתור נציג של משקיעים אחרים ולדרוש מאביה שישלם את שווי השוק המוצהר של מחצית הדירה. כשאביה עמד על דעתו, הסכים אבי הבעל להסתפק בסך של 55,000 בלבד, מתוכם ישלם אביה סך של 45,000, הקרוב לסכום שהשקיע אבי הבעל ברכישת חלקה של האישה הראשונה בדירה. ההסכם אם כן הינו סביר בנסיבות. בניגוד לטענת הבעל שלא הוכחה, שאביו חולה הלב נאלץ לחתום על הסכם עושק.

ההסכמות בין האבות קיבלו משנה תוקף בחתימתם וחתירתם הצדדים על שטר תנאים שבו התחייבו כל הצדדים בקניין "על ההוצאות כמדובר". דהיינו, כמדובר בהסכם זיכרון הדברים שנחתם באותו מעמד.

אביה הזדרז לקיים את חלקו בהסכם. חלקו של אבי הבעל קיים ממילא בהיותו המשקיע היחיד. על קיום חלקם של הצדדים ידובר להלן.

הבעל שהיה מחויב להסכם שחתם אביו, פעל לפיו ונהג באישה כשותפה בדירה. הבעל שיתף את האישה בפעולות שנעשו לצורך הרחבת הדירה במסגרת פרויקט שיקום שכונות, לרבות הנפקת תעודת זכאות ונטילת משכנתא על שם שניהם. וזאת על אף שהדבר כלל לא היה נחוץ. האישה אף היא היתה מעורבת בהשקעה בדירה, ונטלה הלוואה ע"ס 4,000 מגמ"ח הסתדרות מורי אגודת ישראל. והלוואה נוספת ע"ס 62,000 שקל ממשרד החינוך. בנוסף נטלו הצדדים הלוואה ע"ס 10,000 מאבי האישה.

הבעל פעל ליישם את ההסכם, וביום 27/06/2000, זמן קצר לאחר שמשכנתת [ג] נפרעה והמישכון הוסר (ביום 16/05/2000), פנה הבעל וביקש וקיבל את אישורם להעביר על שם האישה בטאבו מחצית מזכויותיו בדירה. ובחלוף כמה חודשים, ביום 09/09/2000, חתם הבעל על תצהיר העברת מחצית הזכויות בדירה לאישה ללא תמורה, ודווח על העסקה לרשויות המס. על פי תצהיר זה ניתן לבצע העברת זכויות בין בני זוג ללא מסמך נוסף, ובמקרה זה חתם הבעל בנוסף על יפוי כח לעו"ד לבצע את ההעברה.

מעשי הבעל שפעל ליישם את ההסכם על אף שבאותה עת ישנו תיעוד ששולם סך של 45,000 בלבד, מחזקים את טענת האישה באשר לזהות המשקיעים, שלא היו מעולם אלא משל היו, והנמשל הוא אבי הבעל, שביקש לקבל סכום גבוה יותר עבור מחצית הדירה, ולבסוף הסכים לקבל סכום קרוב לזה שהשקיע בפועל. לכן בשעת מעשה כשהבעל פעל לממש את ההסכם, לא באה טענה או תביעה מצד המשקיעים שלא היו ולא נבראו.

בנוסף, מעשיו של הבעל מלמדים שהצדדים העבירו לאבי הבעל את הסך הנוסף של 10,000 שהתחייבו בהסכם. לחלופין מציעה האישה הסבר אחר, שהסך הנוסף הועבר שנים אחר כך כחלק מסיוע שהגישו הצדדים לאבי הבעל בעת שנקלע לחובות.

הבעל אף שיתף את האישה בשלשה הסכמים עם שוכרים שביקשו להאריך את הסכם השכירות בתקופה נוספת. בשני הסכמים מהשנים תשס"א ותשס"ב הוארך הסכם שכירות עד חודש אב תשס"ג. ובהסכם משנת תשס"ט הוארך הסכם השכירות עד חודש אב תש"ע.

בשנת 2005 רכשו הצדדים את דירה [ב]. למימון הרכישה הסתייעו בקרן ההשתלמות של האישה ע"ס של 62,000 שקל שנפרעה במועד סמוך. כדי להפחית את התשלום עבור מס הרכישה, חתמו הצדדים על תצהיר ביטול העברת הדירה לאישה, ושלחוהו אל רשויות המס ביום 02/08/2005. ביום 08/08/2005 חתמו הצדדים בפני עו"ד על תצהיר לרשויות המס על רכישת הדירה, וביום 21/09/2005 הגישו את התצהיר לפקיד המס. לאחר שזה הבהיר להם שיש צורך במסמך נוסף, הציגו הסכם פיקטיבי שנערך במקום לפיו מעולם לא היתה לאישה זכות כל שהיא בדירה. להסכם צורף מכתב שבו דברי רקע והסבר להסכם. פעולות אלו נועדו לצורכי מיסוי בלבד, ואין ללמוד מהם דבר על תוקפו של ההסכם וזכויותיה של האישה בדירה.

הבעל המודע לזכויותיה של האישה בדירה, ניצל את העובדה שלא בוצע רישום בפועל של הזכויות, והתכחש לכך בפני בית הדין. וזמן קצר לאחר תחילת ההליכים אף ניסה להבריח את הדירה באמצעות מכירה פיקטיבית וחפוזה למר [ב]. מר [ב] שהיה מודע לסכסוך בין הצדדים ולמשמעות של המעשה, הציע להפקיד סכום של 400,000 שקל להבטחת תשלום מזונות הילדים, בתנאי שצו העיקול שהוטל על הדירה יבוטל.

טיעוני התובעת

לפי שלש הטענות החלופיות שהוצגו לעיל, ההסכם מחייב את הבעל לפי דין תורה. לפי טענה אחת, ההסכם נעשה על ידי אבי הבעל שהוא הבעלים האמתי של מחצית הדירה. לפי טענה שניה, ההסכם נעשה על ידי אבי הבעל בשליחות הבעל שהוא הבעלים של מחצית הדירה. לפי טענה שלישית, הבעל קיבל על עצמו את ההתחייבות של אבי הבעל בהסכם בשעה שנכנס לחופה.

שטר התנאים שנחתם בו ביום מחייב את הצדדים, והוא כמו שנחתם בשליחותם.

שטר התנאים שהצדדים ואבותיהם קבלו בקניין, מחייב משני טעמים נוספים, מדינא דרב גידל דהן הן הדברים הנקנים באמירה, ומדין פועל כשבני הזוג ידעו מההתחייבות כשנכנסו לחופה.

בנסיבות של גירושין - מטעמי מיסוי, ובנסיבות של גירושין של זוגות צעירים חרדיים -

מטעם של מעורבות רבה של ההורים, המשקל של רישום הדירה או התחייבות לרישום הדירה על שם אחד מבני הזוג נמוך.

טענת הבעל שהולך שולל את האישה כשם שאביו הולך שולל את אביה היא טענה גרועה, לפי שאין אדם משים את עצמו את קרובו רשעים.

אין לקבל את טענת הבעל ש'עשה קולות' שבכוונתו להעביר את הדירה על שם האישה כאמתלא לפי ההלכה, במקום בו נעשה מעשה מעשה חשוב של חתימה על תצהיר העברת מחצית הזכויות לאישה - הסותר את האמתלא.

מעמדו של הבעל בבית הדין מעורר. טענותיו אינן אמינות לאחר שהוחזק כפרן. המסמכים שהגיש טעונים אימות לאחר שהוכח שהוא "מהדר אזיופא". ומעמדו כמוחזק לכאורה בדירה התערער לאחר שנהג ברמיה, ולכן ניתן להוציא ממנו ממון על פי אומד הדעת.

לתצהיר שנחתם על ידי הצדדים יש דין של שטר מכר עוד קודם שבוצע על ידו שינוי ברישום הזכויות בדירה. מאידך, לתצהיר הביטול אין מעמד של שטר מכר לפי דין תורה. לפי חוק יחסי ממון תצהיר הביטול חסר תוקף מטעם נוסף, שהוא לא אושר בבית דין או בביהמ"ש כמתחייב לפי חוק.

בנוסף, לדעת הפוסקים שסוברים שאודיתא שלא בפני עדים קונה, יש לתצהיר דין של שטר אודיתא.

יש לדחות את טענת הבעל (בטיעוניו דלהלן סעיף ז') שיש לו נאמנות במיגו שיכל להציג את ההסכם הפיקטיבי, בין היתר מן הטעם שההסכם מתוארך ליום קודם הזיכרון דברים.

הצדדים נהגו בדירה כבכנס משותף, ובהתאם חלה על הדירה ה'הלכה' המשפטית אזרחית שנקבעה בפסיקת ביהמ"ש העליון לפיה חל שיתוף יחודי בדירתם העיקרית של בני הזוג.

עמדת הנתבע

הדירה נרכשה עבור הבעל ואשתו הראשונה על ידי הוריהם. הבעל נהג בדירה מנהג בעלים, והתקשר בהסכם עיסקא עם הרב [ג] שהיה חבר של אבי אשתו הראשונה, ולא חבר של אביו כפי שטענה האישה. כשהתגרש מאשתו הראשונה הוסכם שהבעל ירכוש את חלקה בדירה. לשם כך נטל הבעל הלוואות, בחלקן היה הוא הלווה ובחלקן אביו היה לווה, אך כל הלוואות שולמו על ידו משני מקורות: דמי השכירות של הדירה בתקופת הביניים מחודש תשרי תשנ"ד עד חודש אייר תשנ"ז, ומלגת הכולל. באותן שנים הבעל התגורר אצל הוריו שסיפקו לו את כל צרכיו.

הזיכרון דברים הוא הסכם עושק שנכפה על אביו חולה הלב במעמד רב מוכר. לביסוס

טענתו כותב הבעל כי בכריתת ההסכם וכישומו יש כמה דברים לא שגרתיים לא מדויקים ולא הוגנים. הבעל מציין את הדברים הבאים: 1. ההסכם הוכן מראש והובא למעמד ה'תנאים' כדי לכפותו כפי שהוא על אביו. 2. פרטי בעל הזכויות בדירה לא היו נכונים. 3. נרשם שחלקה של האישה הראשונה נרכש על ידי משקיעים, כשמעולם לא היו משקיעים. 4. עבור מחצית הדירה שילם אבי האישה פחות משליש משוויה. 5. אבי האישה הזדרז לקיים את חלקו ולא עמד על זכותו שהדירה תהיה נקיה מכל חוב ושיעבוד. 6. האישה דרשה מהבעל את מימוש הזיכרון דברים, ולא אביה.

גם אם מדובר בהסכם כשר, הוא נעשה על ידי אביו שאינו רשאי להתחייב על הדירה. טענת האישה שיש לדון בתוקף ההתחייבות בהסכם לפי ההלכה על ידי קנין כזה או אחר, או על ידי אמירה מדינא דרב גידל, או מדין פועל, אינה ממין העניין.

הטענה שידוע לכל שכך מקובל במגזר החרדי שהורי הצדדים מתחייבים בשם ועבור ילדיהם, אינה נכונה. הנוהג המקובל הוא שהורי בני הזוג אינם מערבים את בני הזוג בכל מה שנוגע להתחייבויות שלהם. ובמקרה זה אביו של הבעל התחייב על דירה ששייכת לבעל.

אף שטר התנאים שנעשה באותו מעמד אינו יוצר חיובים על בני הזוג אלא אך ורק על אבי החתן כלפי חתן ואבי הכלה כלפי הכלה (מפנה למקורות הלכתיים). הנוסח: על ההוצאות כמדובר, עוסק בהוצאות של האבות ולא בדירה שהיא רכוש של הצדדים. אף חתימת הצדדים על שטר התנאים מתייחסת להתחייבות של האבות שכאמור אינה כוללת את הרכוש של הצדדים.

על קיומו של הזיכרון דברים שמע הבעל מאביו כשבוע לאחר האירוסין וכמה שבועות לפני החתונה. הבעל מחה מיד באביו, והאב השיב שחתם על ההסכם מחוסר ברירה, ושברור לו שההסכם אינו מחייב את הבעל. אף שהבעל ידע שהאישה ואביה סומכים על ההסכם, לא יידע אותם לפני הנישואין שההסכם אינו מחייב, מפני שידע שצעד כזה יוביל לביטול השידוך, ויגרום צער רב לאביו שסבל ממחלת לב.

לאחר נישואיהם, האישה העלתה את עניין ההסכם פעם אחת פעם, והבעל התחמק בתואנות שונות מקיום ההסכם.

הבעל נהג בדירה מנהג בעלים. בשנת 1999 קיבל הבעל זכאות להרחבת הדירה במסגרת פרויקט שיקום שכונות. תעודת הזכאות הונפקה על שם שני הצדדים בהתאם למצבו האישי של הבעל, ולפי הנהלים של משרד השיכון. המשכנתא שנטלה באותה עת הינה במהותה מענק מותנה. אך גם אם במשכנתא רגילה מדובר, אין להסיק מכך שהאישה שנרשמה כלווה היא בעלת זכויות בדירה, שאלו הן הדרישות של הבנק שבת הזוג שלה מעמד משפטי אפשרי מכח חוק יחסי ממון או הלכת השיתוף או הלכת השיתוף היחודי תצטרף כלווה להסכם. בשיפוץ עצמו, האישה לא נטלה חלק, והוא מומן מכספי השכירות בלבד. טענת האישה על הלוואות

שנטלו לצורך השיפוץ מאביה ומשרד החינוך, מוכחשת ולא הוכחה. ההלוואה מהגמ"ח של הסתדרות המורים אכן נטלה אך שמשה לשיפוץ דירה [ב].

כמו כן, ברוב חוזי השכירות שנחתמו עם שוכרי הנכס המתייחסים לרוב תקופת הנישואין רשום הבעל כבעלים בלעדי. דמי השכירות שולמו לבעל בלבד והופקדו בחשבון יעודי השייך לבעל.

במקביל פעל הבעל בדרכים שונות כדי לדחות את האישה ולהשקיט את המריבות סביב עניין הדירה. תחילה נתלה הבעל ברישומה של משכנתת [ג] על הדירה. כשהמשכנתא נפרעה, נאלץ הבעל לעשות כמה פעולות ראשוניות למראית עין להעברת הדירה על שם האישה. חתם על תצהיר העברת מחצית הזכויות לאישה, ודווח על העסקה לרשויות המס כמתחייב. ביקש את אישור הבנק להעברת הזכויות לאישה (בגין המשכנתא שנטלה עבור הרחבת הדירה). אך הקפיד שלא לבצע את ההתחייבות העיקרית בהסכם לרשום את מחצית הדירה על שם האישה. וכך הנחה את עו"ד שהחזיק ביפוי כח (הדיר).

כדי להוסיף ולחזק את התחושה של האישה שהיא בעלת זכויות בדירה, עשה הבעל מעשה נוסף ושיתף את האישה בחתימה על שני חוזי שכירות בשנים תשס"א ותשס"ב (בסיכומי הבעל אין התייחסות לשיתוף האישה בחוזה נוסף משנת תשס"ט. בדיון האחד-עשר שו' 254-255 נראה שהודה בכך).

כדי שלא ישתמע שמשכנתת [ג] יצרה מניעה אמיתית לקיים את ההסכם, טען הבעל שכל מי שמתמצא בנדל"ן יודע שניתן לבצע שינוי רישום תחת משכנתא על ידי פעולה פשוטה של מיחזור משכנתא. והבעל שהתכחש להסכם בלבו, נמנע מכך.

כדי להמעיט מחשיבות החתימה על התצהיר, מציין הבעל שני דברים, אחד חוקי והשני עובדתי. הדבר החוקי הוא, שבניגוד לטענת האישה, לפי תקנות המקרקעין לא ניתן לבצע העברה של זכויות בנכס על פי תצהיר בלבד, ללא פעולה נוספת מצד בעל הנכס. הדבר העובדתי הוא שבסופו של דבר התצהיר בוטל בהסכמת הצדדים.

אף לאחר החתימה על התצהיר והפעולות הנוספות שנעשו, הרוחות לא נרגעו בבית הצדדים, והבעל הגה רעיון להשקיט את המריבות באופן סופי, על ידי רכישת דירה [ב] על שם הצדדים. תנאי קודם למעשה היה ויתור של האישה על זכותה לפי ההסכם וביטול הצהרת הבעל על העברת הדירה ללא תמורה. בהתאם חתמו הצדדים על הודעת ביטול ושלחו לרשויות המס.

הודעת הביטול לא נועדה לחסוך בשיעור החיוב במס רכישה. כפי שאפשר להתרשם מכך שהצדדים שלחו את הודעת הביטול לפני שהופיעו אצל עו"ד וידעו מה שיעור המס, ומכך שהצדדים לא טרחו לוודא שהודעת הביטול נקלטה ברשויות המס, ומכך שהדיון והתכתובת

עם פקיד המס עסקו בזיקה של האישה לדירה מתוקף היותה נשואה לבעל, ובקימו או היעדרו של הסכם ממון, ולא בזכות הבעלות של האישה על הדירה.

לצורך הפחתת מס הרכישה הגישו הצדדים לפקיד המס שני מסמכים. האחד, הסכם ממון פיקטיבי שמתוארך ליום לפני האירוסין. השני, מכתב של האישה שבו דברי רקע והסבר להסכמת הצדדים בענין הדירה. מכתב זה לא היה נחוץ לצורך הפחתת מס הרכישה, ועיקר ייעודו להסדיר את היחסים הכלכליים בין הצדדים עם רכישת הדירה בבני ברק.

הדירה הוצעה למכירה כשנתיים לפני שנמכרה למר [ב]. מדובר בעסקה תמימה שנעשתה כדין ודווחה לרשויות המס, ושאינן לה כל קשר להליכים בין הצדדים שהחלו כמה חודשים קודם לכן. התמורה שולמה במזומן והושקעה בחו"ל במיזם שלפי הידוע לבעל טרם הניב פירות. כשהתברר לקונה שהוטל עיקול על הדירה, הסכים אחיו להשיב לבעל חלק מתמורת הדירה שישמשו בטוחה לתשלום המזונות, ושהעיקול על הדירה יוסר. פרטים נוספים על העסקה ימסור הבעל בתיק החסוי מעין האישה ובני משפחתה.

טיעוני הנתבע

זיכרון הדברים לא נערך כדין תורה. הלשון בהסכם: סוכם שהזוג יקבל דירה וכו' אינו לשון קנין לפי דין תורה. ההתחייבות לרשום את הדירה על שם הצדדים, אף שקבלה תוקף בקנין, אינה עדיפה מקנין אתן שהעיקר להלכה שהוא אינו מועיל.

אף אם זיכרון הדברים מחייב לפי דין תורה, הוא מחייב את אבי הבעל ולא את הבעל. בראייתו של הבעל, זיכרון הדברים הוא הסכם שחתם צד ג' על נכס ששייך לו שהוא חסר כל תוקף ואינו מחייב כל התייחסות מצדו. אף על פי כן, הבעל מחה באביו על ההסכם אך לא יידע את חמיו שההסכם אינו מחייב כדי לא לגרום לביטול החתונה ולצער את אביו החולה.

תצהיר על העברת זכויות אינו שטר קנין לפי ההלכה. שהתצהיר כשמו נועד להצהיר על הסכמה להעברת זכויות, ושטר קנין נועד לביצוע הפעולה הקניינית של העברת הבעלות במסירת גוף השטר מהמוכר לקונה.

התצהיר אינו שטר אודיתא. שתנאי יסודי בקנין אודיתא הוא שהאודיתא תנוסח בלשון עבר, ותהיה הודאה מועילה לפי דין, שאין לבטלה בטענת השטאה השבעה או באמתלא, ויש סוברים שאף תימסר לפני עדים.

לפי חוק המתנה, בתצהיר על העברה ללא תמורה, שדינו כמתנה, יכול הנותן לחזור בו עד הנתינה בפועל.

אף אם היה נעשה קניין כדין מהבעל לאישה, הקניין לא היה חל עד ביצוע הרישום בפועל,

שעיקרו של הקנין הוא גמירות דעת, ולפי מנהג המדינה, אין לקונה גמירות דעת עד ביצוע הרישום בפועל.

לנוכח קיומו של הסכם ממון פיקטיבי, יש לתת לדברי הבעל אמינות יתרה מדין מיגו שיכל להציג את ההסכם כהוכחה ניצחת לטענתו שמעולם לא היו לאישה זכויות בדירה.

אף לפי הפסיקה האזרחית אין לאישה כל זכות בדירה. הלכת השיתוף הספציפי לא נאמרה בכגון דא שהצדדים מעולם לא התגוררו בדירה ודמי השכירות עברו לחשבון נפרד, ואף המשכנתא שנטלה על ידי הצדדים לא היתה הלוואה שמחייבת את האישה אלא מענק מותנה.

צירוף מסמכים לתיק בשלב הסיכומים.

בתשובה לסיכומי הנתבע, האישה מלינה על כך שהבעל צירף לתיק מסמכים בשלב הסיכומים, שלא היו לפני בית הדין בשלב ההוכחות, ולא ניתן היה לזמן את כותביהם לחקירה בפני בית הדין. הבעל משיב שהן לפי ההלכה והן לפי המשפט הכללי אזרחי, ניתן להביא ראיות בשלב הסיכומים.

האישה צודקת לחלוטין. הכלל ההלכתי הידוע שאין סופיות דיון בדין תורה, אינו מתיר לבעל להגיש מסמכים לתיק באופן שפוגע בזכותה הדיונית של האישה לברר את אמינותם ואמתותם ולחקור את כותבם.

על אף האמור, ולנוכח תוכנם של המכתבים שאינו מעלה ואינו מוריד ממשקנת פסק הדין, ומשקלן ההלכתי הנמוך כעדות בכתב, שלא ניתן לצדדים לחוקרה כראוי, החליט בית הדין להותירם בתיק, ולהזכירם בדברי הרקע שבפסק הדין.

בהקשר זה נתייחס לטענה נוספת של הבעל שהוא מנוע מלהציג את כל עדיו וראיותיו בפני בית הדין בגלל ההתנהגות האלימה של בני משפחת האישה.

אלימות מצד בעל דין הבאה עד כדי שיבוש המשפט עשויה בנסיבות מיוחדות להשפיע על דרך קבלת הראיות ומשקלן. ואולם במקרה זה לא הובאה לפנינו כל הוכחה שאכן כך הם פני הדברים. וזאת על אף שבדיון השנים-עשר (ש' 342-340) הודיע בית הדין שיאפשר לבעל להגיש לבית הדין בקשות מנומקות הלכתית של אנשים חשובים שחוששים להעיד בפני בית הדין, ובית הדין ישקול כל בקשה לגופה.

בית הדין לא יסכים שטענה זו שנשמעה שוב ושוב מפי הבעל בהקשרים שונים תשמש נתיב המלטות של הבעל מתוצאות פסק הדין, ככל שזה לא יענה על ציפיותיו, בדרך של הגשת בקשה לסתירת דין בטענה שישנן עדויות חדשות של נכבדים ושועים שחששו להופיע בפני בית הדין בסבב הנוכחי.

דין

המעייין בתיק זה יראה 'עולם הפוך' לכאורה. האישה התובעת טוענת שהבעל הוחזק לאיש כשר וישר הממלא אחרי ההסכם שעליו חתם אביו, עד שהחלו ההליכים המשפטיים, אז 'נהפך לבו' והתכחש לכל התחייבויותיו. הבעל הנתבע טוען (במשתמע) 'אשרי' נוכל בן גנב אני.

להלן נפרוט את טענות הצדדים לפרוטות. נצמצם ככל הניתן את נקודות המחלוקת, ונקבע את גבולות הדיון ההלכתי, שבו נעסוק בפרק ההלכתי שיחתום את פסק דין זה.

את המחלוקת העובדתית ניתן לחלק לשלש תקופות עיקריות. תקופת הנישואין הראשונים והשניים של הבעל. תקופת ההרחבה ורישום הדירה. ותקופת רכישת דירה [ב] עד תחילת ההליכים בבית הדין.

העיסוק המוגבר בנישואיו וגירושו הראשונים של הבעל, בנסיבות נטילתה של משכנתת [ג], ובתפקידם ומידת מעורבותם של כל הנכבדים שהיו מעורבים בפרשה העגומה, נועד בעיקרו לברר מה היה מעמדו של אבי הבעל במועד בו נחתם ההסכם. צר לנו על השחתת זמנם של ב"כ הצדדים, אך זהו דיון עקר שאין בו כל נפקא מינה להלכה. שכן ברור לכל שהזוכה בחלקה של האישה הראשונה בדירה הוא הבעל ולא אחר. כפי שנכתב בהסכם הגירושין וביפוי הכח הנוטריוני. הן לא יעלה על הדעת שהאישה הראשונה תסכים למן תנאי כזה שיפוי הכח נרשם על שם הבן אך הדירה נמכרת לאב, ומה תעשה אם יתכחש הבן לזכויותיו של האב, תאלץ להתמודד עם תביעת האב?

מאידיך ברור לכל שלאבי הבעל היה מעמד במשא ומתן הכספי עם אבי האישה. טענת הבעל שלא יידעו אותו על קיומו של ההסכם והכל נעשה מאחורי גבו היא היתממות לשמה. וכי מה סבר הבעל שתמצא פתיה שתינשא לו בזווג ראשון וק"ו בזווג שני בלי שיתקיים משא ומתן על ענייני הממון ויוסדרו כל הפרטים כמקובל במקרים מעין אלו, בדגש על עניין המגורים. ואם הוא לא התפנה לעסוק בכך, מאן דהו עסק בכך, ומי הוא הבר סמכא בלתו אם לא אביו שגם לפי דבריו היה מעורב עמוקות בענייניו וסייע לו בגיוס כספים לצורך רכישת חלקה של האישה הראשונה בדירה, ואף עסק בהשכרתה עבורו. נציין שבתקופת הביניים הבן היה סמוך על שלחנו של אביו מלחמו אכל וממימו שתה כפי שהעיד על עצמו.

הדיון אם כן הוא על תוקפן של ההסכמות בענין דירתו של הבעל. שאף שהבעל בודאי ידע שהתקיים משא ומתן והושגו הסכמות על מקום מגורים ריהוט מועד החתונה וכדומה, אפשר שאביו הסתיר ממנו את ההסכמות בעניין הדירה עד כשבוע לאחר האירוסין. אך זו אפשרות רחוקה. דממה נפשך, אם הבעל ידע שעניין דירה [א] עלה במסגרת המשא ומתן, חזקה עליו שיברר לאלתר ומיוזמתו מה עלה בגורל דירתו, בטרם יחתם שטר התנאים. ואם הבעל לא ידע מכך, אז התמיהה כפולה, מדוע אביו העלה את עניין הדירה כלל ביודעו שהדבר עלול לעורר

את 'תאבוננו' של הצד שכנגד. על המודעות של אביו לענין, נלמד מסיפור 'המשקיעים' שהכל מודים שלא היו ולא נבראו (ראה פרוט' הדיון האחד-עשר שו' 90, והדיון השנים עשר שו' 39-40), ונועדו לצורכי מיקוח (לגיטימיים). ואין לומר שאבי הבעל שחשש שבנו ש'תוכו כברו' לא יוכל להסתיר מאשתו לאורך זמן את היותו בעל נכס אחר, בחר לעדכן את הצד שכנגד מיוזמתו כדי למנוע ערעור של שלום הבית העתידי, אלא אדרבא יש לומר שאבי הבעל הכיר היטב את ה'ברא כרעא דאבוה' שהודה בבית הדין שבמשך שנים ארוכות הוליך את אשתו בכחש, ונקל בעיניו להעלים ממנה את היותו בעל נכס או להעלימו בעסקה מזוורת עם משקיעים שרוכשים נכסים מפוקפקים כפי שעשה כמה שנים לאחר מכן. אלא מאי, שהאב ידע גם ידע שללא התחייבות כספית משמעותית יתקשה בנו להינשא בשנית. לכן סייע לבנו - בממון לדברי האישה או בגוף לדברי הבעל - לרכוש את חלקה של האישה הראשונה בדירה, ולכן העלה את עניין הדירה בתחילת המשא ומתן עם אבי האישה, כפי שתואר בפירוט אבי האישה בחקירתו בבית הדין (בדיון השנים-עשר שו' 42-36). יוזכר שבאותה עת הבעל היה גרוש כארבע שנים, וסמוך על שלחן אביו, ומתבקש שאביו יציע הצעה אטרקטיבית במשא ומתן עם אבי האישה. בנסיבות אלו, האפשרות שהבעל לא ידע על מעשי אביו, אינה סבירה כלל.

אפשרות אחרת, שהבעל ידע שמתקיים משא ומתן על הדירה אך סבר שאביו ידרוש ויקבל סכום גבוה יותר עבור מחצית הדירה, הקרוב יותר למחצית ערכה. ואולם בכל מהלך הדיונים טען הבעל בתוקף שלא ידע בשעת מעשה שמתקיים משא ומתן על הדירה, וזו כאמור טענה שאינה סבירה כלל.

מאידך, טענות האישה בעניין נסיבות כריתת ההסכם ומעורבותו של הבעל סבירות בהחלט. ואף שהאישה טענה כמה טענות חלופיות: שאבי הבעל הוא שליחו; שאבי הבעל הוא בעל הדירה; שהבעל קיבל על עצמו בשעת החופה את ההסכם, אין כאן פירכא, שיתכן שבשעת מעשה האישה לא העלתה על דעתה שהסיכום עם אבי הבעל, בעל משרה חשובה, לא יכובד. וכשהבעל התכחש להסכם בפני בית הדין, האישה נדרשה לנמק מדוע ההסכם תקף ומחייב עובדתית והלכתית, והציעה בסיועו של ב"כ כמה טיעונים וטענות לאחר דרישה וחקירה שעשתה, לרבות על נישואיו וגירושו הראשונים של הבעל. הטיעונים והטענות אינם עיקר העניין אלא ההסכם, שככל שיוחלט שהוא תקף הלכתית ומחייב את הבעל מאחת משלש הטענות שטענה האישה, ולא תהיה עובדה שסותרת את אותה טענה, יחויב הבעל לקיימו, ככל שטר מחייב, שהתובע לקיימו אינו נדרש להציג ראיה עובדתית לכך שהשטר תקף, ודי בכך שאין ערעור על תוקפו של השטר. ובפרק ההלכתי נתייחס בקצרה לשאלה האם טענת האישה היא טענת ברי או טענת שמא.

עניין נוסף שעלה במהלך הדיונים היא שאלת התמורה. בדיונים התברר שהסכום העיקרי שולם על ידי אבי האישה, והסכום שהתחייב אבי הבעל אינו אלא ויתור על חלק משוויה של מחצית הדירה (שנרכשה מהאישה הראשונה עבור השבת השקעתה שבשעת הגירושין היתה

שוות ערך ל 45% בקירוב ממחיר הדירה) ועל עליית ערך הדירה. הדיון הוא באשר לסכום הנוסף שעל הצדדים לשלם. בעניין זה טענה האישה שהסכום שולם מתוך כך שאבי הבעל לא דרש מהצדדים לשלם והבעל לא השתמש בסכום זה כתירוץ, ולבסוף טענה שבכלל הכספים שהועברו לאבי הבעל לאחר המשבר הכלכלי שחווה גם סכום זה. ריבוי טענותיה של האישה וסגנונם הינן למעשה הודאה שהחוב לא שולם. סכום של 10,000 אינו סכום זניח שניתן לטעון שהוא שולם לכאורה, או לטעון ששולם על בסיס טענה נסיבתית.

הדיון אם כן הוא הלכתי ומדורג. נדון: האם ההסכם תקף לפי דין תורה; ואם תמצא לומר שההסכם תקף, האם הוא מחייב את הבעל. נדון בזה מכמה פנים: האם תשמע טענתו הבלתי סבירה של הבעל שלא ידע בזמן אמת שאביו חתם על הסכם בעניין הדירה. ואם לא תשמע טענתו, ויקבע שמן ההכרח שהבעל ידע מההסכם בזמן אמת, האם ההסכם מחייבו מצד עצמו או מצד שטר התנאים או מצד הלכתי אחר. ואם תשמע טענתו, ויקבע שאין הכרח שהבעל ידע מההסכם בזמן אמת, האם מעשיו שיפורטו בפרק העובדתי הבא הם ראייה מספיקה לכך שהתחייב בדרך כלל שהיא ליישם את ההסכם.

הפרק העובדתי הבא החל עם קבלת הזכאות להרחבת הדירה, נטילת המשכנתא, השיפוח הרישום ועוד. הצדדים מאריכים גם בפרק הזה, ומתכתשים על משמעותו של כל מסמך. ואולם, הצדדים עצמם אישרו בפני בית הדין (בדיון השלישי שו' 173-174 ובדיון האחד-עשר שו' 64-68, ובדיון השנים-עשר שו' 90-93), שעד פטירתה של גב' [ג], האישה ואביה קבלו את ההסבר של הבעל שכל עוד רשומה הערת משכנתא הוא מנוע מלהעביר את מחצית הזכויות בדירה על שם האישה (מה שכלל אינו נכון כפי שהסכימו ב"כ הצדדים בסיכומיהם - סעיף 57 לסיכומי הבעל וסעיף 136 לתגובת האישה לסיכומיו), ומפטירתה של גב' [ג] ומחיקת הערת המשכנתא החל הבעל לשתף פעולה עם דרישת האישה להעביר מחצית מהזכויות על שמה. בהתאם, נטל הבעל משכנתא על שמו ועל שמה, פנה לבנק בבקשה לאפשר את העברת מחצית הזכויות בטאבו על שמה, חתם על תצהיר העברה ללא תמורה, ודווח עליו לרשויות המס. בהתאם, בשנים תשס"א ותשס"ב חתמה גם האישה על הסכמי השכירות, ובחודש מאי 2001 נטלה הלוואה מגמ"ח הסתדרות המורים לצורך שיפוח דירה (טענת הבעל שהלוואה נטלה לצורך שיפוח הדירה שכורה ב[...]), אינה מתקבלת על הדעת). כל הפעולות הללו נעשו על ידי הצדדים בהסכמה ומתוך כוונה של הבעל (לפחות למראית עין) לשתף את האישה בזכויותו בדירה.

אמת, שבמהלך הדיון השלישי (שו' 119-120) טען הבעל שהתכחש בפה מלא להסכם ואמר לאישה כי הוא אינו מחייבו. אלא שטענה זו אינה מתיישבת עם ה'תירוץ' שלא ניתן להעביר את הדירה בגלל משכנתת [ג], ועם הפעולות שעשה הבעל מאז פטירתה של גב' [ג]. 'תירוץ' זה אף מפרך טענה אחרת שטען הבעל בדיון השלישי (שו' 131-132) ובדיון התשיעי (שו' 122) שלא ידע שאביו קיבל את הסכום העיקרי מאבי האישה. אפשרות אחרת, שהבעל

עמד על דעתו שההסכם לא מחייב אך לפני משורת הדין החליט שלא להתכחש להתחייבותו של אביו וחתם על תצהיר שלבסוף לא נעשה בו שימוש, מעולם לא נטענה על ידי הבעל, ובהיכרותנו את ה'כבוד' שרוחש הבעל לאביו המואשם על ידו בגנבה, אולי טוב שכך.

המחלוקת אם כן היא בדברים שבלבו של הבעל שטוען שהפעולות, בלשונו 'הקולות', נעשו כדי שהאישה תחדל מהצקותיה בעניין הדירה, ו'יחדלו הקולות'. האישה טוענת שהבעל קיים את התחייבותו במועד הראשון האפשרי. הדיון אם כן הוא במשמעותן ההלכתית של הפעולות שעשה הבעל. בכך נדון בפרק ההלכתי שיתחלק לשני חלקים: א. האם תצהיר העברת הזכויות לכשעצמו הוא מעשה קנין של הזכויות במחצית הדירה. ב. ואם תמצא לומר שהתצהיר אינו מעשה קניין, האם יש בכוחן של החתימה על התצהיר ופעולות נוספות שעשה הבעל להוכיח שבמקום ובזמן אחר עשה הבעל פעולה שחייבה אותו להעביר מחצית מהזכויות לאישה.

הבירור ההלכתי מחייב גם בירור מקדים עובדתי ומשפטי על משמעותן של הפעולות השונות. מסקנת הדברים בתמצית ממש היא: א. הרישום של שני הצדדים ב'תעודת הזכאות' לקבלת סיוע להרחבת דירה נעשה על פי נוהל של משרד השיכון ואינו מלמד דבר. ב. הבקשה המשותפת למשכנתא היא על פי רוב לפי דרישת הבנק כפי שאישרו הצדדים בסיכומיהם (סעיף 56 לסיכומי הבעל וסעיף 132 לתגובת האישה לסיכומי הבעל), ואלמלא היתה אחת מתוך רצף של פעולות שעשה הבעל, משקלה כראיה היה נמוך. ג. הבקשה שהגיש הבעל לבנק לאשר את רישום מחצית הזכויות על שם האישה בטאבו מלמדת על כוונה לעשות כך לפחות למראית עין. ד. המחלוקת בעניין משמעותם של חוזי השכירות והתקופה המצטברת ה'מכוסה' על ידי החוזים המשותפים ושאין, אינה רלבנטית, שכן עד פטירתה של גב' [ג] לא מצופה שהאישה שאין לה כל מעמד קנייני רישומי בדירה תחתום על ההסכמים. ולאחר הפטירה והחתימה על התצהיר, במשך כמה שנים הצדדים חתמו יחד על חוזי השכירות כמצופה ממי שנוהגים (למראית עין) לטענת הבעל ולמעשה לטענת האישה) כבעלים משותפים. העובדה שמשנת תשס"ג עד שנת תשס"ט האישה לא חתמה על חוזי השכירות, אינה מתיישבת הן עם גרסת האישה שנהגה בדירה מנהג בעלים, והן עם גרסת הבעל שמשנת תשס"ה האישה ויתרה על זכותה בדירה [א] לפי ההסכם. ה. התצהיר שנחתם היה ללא ספק מסמך משפטי שעל פיו רשאי היה עוה"ד של הצדדים שהחזיק גם ביפוי כח להעביר מחצית מהדירה על שם האישה - אלמלא התנגדות הבעל, כפי שהסכימו הצדדים בסיכומיהם (תגובת האישה לסיכומי הבעל סעיף 141 ותגובת הבעל לתגובתה סעיף 67).

הפרק העובדתי הבא עוסק ברכישת הדירה [ב] וחתמת האישה על ביטול תצהיר העברת הזכויות. טענות הצדדים פורטו בהרחבה לעיל. דעת בית הדין היא שכל הפעולות שנעשו על ידי הצדדים בזמן רכישת דירה [ב] נעשו לצורך הרכישה. לרבות ביטול תצהיר העברת הזכויות בדירה [א], והמכתב שצרפה האישה ל'הסכם' הפיקטיבי. טענת הבעל שמדובר היה בהסדר חדש לפיו האישה מוותרת על זכותה בדירה [א] תמורת הזכות בדירה [ב] אינה מתקבלת על

הדעת. מפני שבאותן שנים האישה סברה לתומה שהבעל מחויב להסכם בין אביו לאביה, כפי שהוכיח לה הבעל ב'קולות', ודירה [א] משותפת, ודמי השכירות משותפים. ובהתאם רכישת דירה [ב] בדמי השכירות היא השקעה נבונה של שני הצדדים. ומדוע אם כן תסכים לוותר על משהו בתמורה להסכמת הבעל לרשום את דירה [ב] על שם שניהם. הבעל שחש בקושי שבטענה זו, טען שבשלב מסוים האישה הבינה שהתל בה, ו'הקולות לא נשמעו עוד', ושבה להתקוטט עמו כבראשונה, ואז הציע עסקה חדשה שהאישה תוותר על זכותה לכאורה בדירה [א] חלף הסכמת הבעל לרכוש את דירה [ב] עבור שניהם. אלא שטענה זו אינה מקובלת מכמה טעמים. ראשית, האישה היתה צריכה להיות משוכנעת שזכותה בדירה [א] מוטלת בספק. לשם כך היה עליה לקבל יעוץ משפטי והלכתי, מה שלא נטען שנעשה. שנית, חזרת הבעל מה'קולות' ערערה מן הסתם את שארית האמון בין הצדדים, ומתבקש היה שהצדדים לא יסתפקו בהבנות בעל פה ויעשו הסכם מחודש וברור בסיוע של איש מקצוע. שלישית, אין כל היגיון כלכלי בויתור על מחצית דירה מחודשת בת 5 חדרים ב[...]. שבזמן אחר - שבע שנים קודם לכן, ובמצב אחר - לפני השיפוץ וההרחבה, הוערכה על ידי הצדדים ב 150,000 , תמורת מחצית דירה [ב] שנרכשה ב 170,000 , כשרוב המימון הגיע ממשכנתא ששולמה מדמי השכירות שנשלטים לחלוטין על ידי הבעל. והוכיח סופו על תחילתו שעם פרוץ המשבר הפסיק את תשלום המשכנתא וניסה להבריח את הדירה, והותיר את האישה וילדיה מול שוקת שבורה.

דומה שהבעל מבין שרכישת דירה [ב] לכשעצמה אינה מוכיחה דבר, ולכן נאחז הוא בכל כחו בחתימת האישה על ביטול התצהיר ובמכתב שכתבה לרשויות המס, וטוען שמסמכים אלו בעיקרם לא נצרכו לרכישת דירה [ב], ונועדו למטרה אחרת, לממש את ההסכמות בין הצדדים בדבר ויתור האישה על זכותה בדירה [א]. אלא שטענה זו אינה אפשרית ואף סותרת את דברי הבעל עצמו. שכן, ההודעה על ביטול התצהיר נשלחה לרשויות המס לאחר שהצדדים חתמו על הסכם לרכישת הדירה, ולפני שהופיעו אצל עו"ד כדי לתתם על תצהיר לרשויות המס שבו בין היתר נכתב שעבור האישה זו דירה ראשונה (הצדדים שבו וחתמו על תצהיר כזה לפני פקיד המס). ברור שכדי שתצהיר זה לא יהיה תצהיר שקר, יש להקדים את משלוח הודעת הביטול בכמה ימים, כך שהמצהיר יוכל לטעון 'לתומו' שסבר שהודעתו נקלטה אצל רשויות המס, ואמת הצהיר.

הבעל אמנם טען שבזמן שליחת הודעת הביטול לרשויות המס הצדדים לא היו מודעים למשמעות של היותם בעלים של נכס נוסף. אך זו טענה דחויה, שכן האישה כבר השיגה בעבר על חיובה במס רכישה בגין בעלות לכאורה על דירה נוספת. טענה נוספת של הבעל שהתצהיר כלל לא היה נחוץ וכל הדיון בפני פקיד המס היה על קיומו או היעדרו של הסכם ממון, תמוהה עד מאד, שכן העיסוק של רשויות המס בענין הסכם הממון הינו על בסיס הצהרת האישה שדירה [ב] היא עבורה דירה ראשונה. יצוין שלאחר שבקשת הצדדים להפחתה במס הרכישה נדחתה מן הטעם שלא הוצג הסכם ממון תקף משפטי, הצדדים לא התעניינו בהודעת הביטול

ותוצאותיה שכאמור נועדה לצורכי מס. רק בשנת 2009 כשחויבה האישה בתשלום מס בגין העברת מחצית הזכויות בדירה [א], נזכרו הצדדים בהודעת הביטול ושבו ופנו לרשויות המס בעניין.

המכתב שצורף ל'הסכם' הפיקטיבי שהוגש לפקיד המס, כולל דברי רקע והסבר לנסיבות כריתתו של ה'הסכם' הפיקטיבי, ותוכנו חופף לחלוטין לתוכן ה'הסכם', ללא תוספות משמעותיות. מטרתו כפי הנראה היא לחזק את אמינותו של ה'הסכם' ולבקש באופן ברור שיקבע שיעור מס מופחת על חלקה של האישה בדירה בבני ברק. לו צדק הבעל בטענתו שהמכתב נועד להסדיר את העניינים הכספיים שביניהם, היה עליהם לעשות את ההסכם בנפרד בפני מי שהוא בר סמכא, ולתאר את הרקע להסכם, את ההסכם בין אבות הצדדים, שטר התנאים, התצהיר, ולכתוב במפורש שחלף זכויות האישה בדירה בירושלים, תקבל מחצית מהדירה בבני ברק. לאחר החתימה על הסכם מפורש ומפורט היה עליהם להתיר עותק אצל כל צד ועותק אחד למשמרת בידי עורך הדין כמקובל במקרים מעין אלו. דבר מכל זה לא נעשה, ולא בכדי.

ה'הסכם' והמכתב לרשויות המס כה נחשבו בעיני הבעל, עד שטען שמכחם יש לו נאמנות מדין מיגו שיכל להציג הודאת בעל דין בכתב של האישה שאין לה כל זכות בדירה. ואולם, טענה זו היתה נסתרת לאלתר, על ידי ההסכם שנחתם יום למחרת. ברם, הבעל יכל להצניע את ה'הסכם' ולהציג את המכתב שנכתב זמן רב לאחר מכן ולהתכחש לחלוטין להסכם בטענה שגם האישה עצמה מבינה שהוא אינו מחייב. אך גם זה אינו מיגו, שאם היה טוען כן, היה נדרש לתת טעם לדבריו רבים כל כך, החל מההסכם ושטר התנאים שנעשו בין ההורים, עבור ל'קולות' שהשמיע הוא במשך השנים, וכלה ב'הסכם' שנקל ביד האישה להשיגו ולהציגו בפני בית הדין כחלק השני של המכתב הפיקטיבי.

ואולם חולשתן של ראיות הבעל, אינו מקהה את הרושם שנוצר ממעשיה של האישה, שאיבדה בידיה את התצהיר - מסמך רב משמעות משפטית, כדי לחסוך ב 10,000 שקל בתשלום מס הרכישה. ומשנדחתה הבקשה להפחתה, שבה האישה על אותו תצהיר והפעם כדי לחסוך 1,748 שקל. זו בודאי ריעותא בטענתה באשר לתוקפו המשפטי - הלכתי של התצהיר. האישה טענה כאמור שהתצהיר הינו הסכם המחייב את הבעל להעביר לה מחצית מזכויותיו בדירה. לו יהי כן, ביטול התצהיר הוא ביטול ההסכם. ברם, יש לבחון טענה אחרת של האישה, שהתצהיר הוא מעשה קנין, שביטולו אינו מבטל את הקנין. ועל כך בפרק ההלכתי.

יהיה אשר יהיה מעמדו ההלכתי - משפטי של התצהיר, על דבר אחד לא יכול להיות חולק, שחתימה על תצהיר בר יישום מלמדת בהכרח על קיומה של הסכמה בכתב או בעל פה, פשוטה או מותנית, להעביר את הנכס מהנותן למקבל. ובנדון דידן, בכל מהלך הדיונים לא היתה מחלוקת על כך שהחתימה על התצהיר נועדה לקיים את ההסכם שעליו חתמו אבות הצדדים. טענת הבעל היתה שכל הפעולות שעשה לרבות החתימה על התצהיר נעשו למראית עין בלבד,

מעין טענת משטה הייתי, ועל כך נרחיב בפרק ההלכתי. ובהינתן דחיית טענת הבעל, ביטול התצהיר לא יבטל למפרע את הראיה לכאורה שמספק התצהיר על תוקפו המחייב של ההסכם. ביטול התצהיר אף לא יחזק את טענת הבעל ששיטה באישה, שכן מעולם לא נטען שהאישה הסכימה לבטל את התצהיר מפני שהשתכנעה בצדקת טענתו של הבעל אלא בתמורה לרכישת הדירה בבני ברק על שם שני הצדדים.

נקטנו בלשון חריפה כלפי הבעל, על אף שבמשך שנות הדיונים טען הלה להגנתו שהתקיימו בעניינינו נסיבות מיוחדות שמחמתן הורו הוא ואביו היתר לעצמם לנהוג כפי שנהגו. תחילה טען שההסכם היה הסכם עושק רשלני שנכפה על אביו. התימוכין לטענה זו פורטו לעיל. עיינו בדברים ודעתנו שאין ולו ראשית ראייה לטענה זו. בידוע שענייני הזיווגים בכלל וזיווג שני בפרט, קשים הם. וכבר כתב הנודע ביהודה (תניינא חושן משפט סימן ל"ו) "בשידוכים יש הרבה פרטים לבד סך הנדן, כמו התחייבות מזונות ודירה ובגדים ומתנות, וכמה פעמים בשביל דבר קטן מתפרדת החבילה ונתבטל השידוך". ודבר מצוי הוא שאין מחלקים את הוצאות הנישואין וקניית הדירה בצורה שווה. בנסיבות אלו, החלטת אבי הבעל לוותר על העליה שהיתה לכאורה בערך הנכס ולהסתפק בהשבת הסך שהשקיע ברכישת חלקה של האישה הראשונה, כדי לסיים בזריזות את השידוך של בנו היא החלטה סבירה בהחלט. תימוכין נוספים לטענה זו שנזכרו בסיכומי הבעל, הינם תהיות ותמיהות ולכלל טענות לא באו.

טענת הבעל שהורה היתר לעצמו להסתיר את ההונאה מאשתו ובני משפחתה מפני שחשש לבריאותו הרופפת של אביו, וקיים בעצמו את דברי השולחן ערוך ביורה דעה באב שזרק את ארנקו של הבן לים, שאסור לבן לצערו, אינה מתיישבת עם המציאות. ראשית, לא הוכח שאביו סבל ממחלה מסכנת חיים. המכתב של רופא המשפחה דוקטור [ש] מיום 04/06/2017 שצורף לתיק מדבר על "יסורי נפש שאי אפשר להעלותם על הכתב מטעמי חיסיון רפואי". ניסוח זה, יותר ממה שיש בו, אין בו. שנית, לדברי גיסו הרב [ש] שהוזמן לעדות מטעמו (בדיון העשירי ש' 226-227) אבי הבעל היה בריא לגמרי באותה עת. נציין שכמה שנים לאחר מכן, האב החולה לא חס על בריאותו וערב לעסק של גיס אחר של הבעל שקרס בקול רעש גדול, ואלמלא התערבותם של עסקנים שונים היה האב מאבד אף את קורת גגו. שלישי, הארנק המושלך כלל אינו של הבן שהוליך שולל את האישה והחזיק בעוז בזכויותיו בדירה אלא של אבי האישה. רביעית, אם כל כך חשש האב לגורלו של השידוך, יכל לעשות את המעט ולהודיע לאישה ומשפחתה לאחר הנישואין כי הוא חוזר בו מהעסקה ומשיב להם את כספם, ומן הסתם היה נדרש לעמוד עמם לדין תורה. במקום זאת החליט להשליך את הארנק התפוח לכיסו או שמה לכיס בנו, והאישה ומשפחתה יצאו בפחי נפש.

לאחר הנישואין צץ לו אילוץ חדש: מצבה הנפשי הקשה של האישה והחשש המוחשי מפניה. הבעל נהג בדרך של מגלה טפח ורומז על טפחיים, ובמבט מצועף אמר כי הוא אינו רוצה להרחיב עוד ולתאר את המצבים הקשים שעמם התמודד, ושלא הותרו לו ברירה אלא

לנהוג כפי שנהג (בדיון העשירי שו' 179 - 190). טענה זו נדחית על אתר. אין לקבל מצב שבו אדם מנסה לכפר על חטא בפשע, ומנמק את מעשיו בהשמצות שלא הובאה להם אפילו ראשית ראייה.

עובר להגשת התביעות, צץ אילוך נוסף: החשש מב"כ האישה שיעליל עלילות על הבעל במשטרה (בדיון האחד-עשר שו' 365). בגלל אילוך זה עשה הבעל מעשה שלא יעשה ומכר את דירתו לאיש אחר ורשם הערת אזהרה על פי שטר מכר עת קיבל מקדמה של 5,000 שקל בלבד, וכל זאת כדי לנסות להקדים את רישום העיקול שהוטל על ידי בית הדין הרבני האמון על דין תורה. יצוין שה'עלילות' המדוברות הן בקשות להוצל"פ לצווי מאסר כנגד הבעל שלא שילם מזונות מינימאליים לילדיו כפסק בית הדין הרבני. 'עלילות' אלו מצדיקות מכירה חפוזה (ככל שאכן התרחשה מכירה), במחיר נמוך (על המחיר האמתי 2 מיליון ראה בפרוט' הדיון השמיני שו' 63-62), והשקעת כל התמורה במיזם בחו"ל אצל משקיע אחד וללא כל בטוחות, שסופו שאבד במזל רע.

וכשהחלו הדיונים, וביתר שאת לקראת סופם, האילוך הפך לאיום ממשי ומוחשי על רבנים גדולי תורה שחוששים מהאישה וממשפחתה ונמנעים מלהופיע בבית הדין. על טיבו של ה'איום' שמע בית הדין מהעד [י] (בדיון השנים-עשר שו' 287-273) שבלשון המעטה אינו נמנה על ידידי משפחת האישה לאחר שנטל חלק בניסיון הברחת הדירה, שאמר שבני המשפחה 'אינם נחמדים' ועומדים על שלהם עד כדי השלכת חתנם למאסר. מה שלא הוכחש על ידם. נשוב ונציין שהצעת בית הדין לבעל שיגיש לבית הדין מכתבים מנומקים של גדולי תורה שמנועים מלהעיד לפני האישה וב"כ, עודה תלויה ועומדת בחלל אולמו של בית הדין.

לנוכח מסקנת פסק הדין, שההסכם מחייב ועל הבעל לכבדו, יש לדון בשאלת התמורה. כבר קבענו שהסכום האחרון לא שולם, ושאינו זו סיבה לביטול המקח. אם כך מוטל על האישה לשלם את חלקה בסכום זה לבעל.

הפרק ההלכתי

ענף א': תוקף ההסכם לפי דין תורה

הבעל טוען שהלשון הכתוב בהסכם "סוכם שהזוג יקבל דירה" אינו לשון המועיל לחייב לפי דין תורה. והפנה לדברי המהרש"ם במשמרת שלום (סימן ר', סעיף קטן ז') שדן בבעל סחורה שהתבקש למוכרה, ובמקום לומר "אני מוכר" אמר "אני מסכים", והסתפק בדבר, וצייין לשולחן ערוך חושן משפט בשני מקומות בסימן קנ"ז סעיף י"ב ובסימן קצ"ז סעיף ו'.

הנדון שלפנינו אינו דומה לראיה. המהרש"ם דן במקום שבעל הממון לא אמר לשון פועל קנה או זכה אלא לשון מסכים, וצייין לדברי הפוסקים בסימן קנ"ז שם, בבונה כותל על חצרו

וחצר חברו, שמשגלה דעתו שניחא ליה שחברו יזכה בכותל, זכה בו, ולא צריך לומר לשון פועל שיקנה או יזכה. מאידך בסימן קצ"ז שם נפסק שבעל הממון צריך לומר לשון קנה או זכי. ונשאר בצ"ע. ברם, שם מיירי במקום שאין לשון נוספת, ובנדון שלפנינו נאמר שסוכם בין הצדדים שהזוג יקבל. ולשון יקבל הוא לשון מועילה לקניין כפי שיוסבר להלן. זאת ועוד, שיש לחלק בין לשון מסכים שאפשר להבין כלא מתנגד, ללשון סוכם שמשמעו סוכם באופן מחייב, בפרט כאשר מדובר בהסכם בין שני צדדים.

וכן עמא דבר בהסכמים שמאשרים בבתי דין שהצדדים משתמשים במונח הוסכם שיעשה כך או אחרת.

עוד טוען הבעל, שהלשון "הזוג יקבל" הוא לשון עתיד, ואף שהצדדים קיבלו בקניין על ההסכם, העיקר להלכה שקניין אתן לא מהני.

הנחה זו אינה נכונה. לשון יקבל עדיף מלשון אתן. דעיין בבית יוסף (חושן משפט סימן רנ"ג) דנחלקו הראשונים בבריא שהקנה בלשון יטול שהוא כלשון יקבל. דעת הר"י מיגש (ב"ב ק"מ ע"ב) שלשון יטול הוא לשון עתיד, והוי קניין דברים, ולא מהני. דעת הרמב"ן (ב"ב קמ"ח ע"ב) והרא"ש (ב"ב פ"ט סימן כ"ד) שלשון יטול הוא עובר לעשיה, כלומר יטול בקניין שיעשה מיד, ולא הוי קניין דברים, ומהני (עוד על החילוק בין לשון אתן ללשון יטול לפי הרמב"ן, עיין פתחי תשובה חושן משפט שם סעיף קטן ו'). וכתב הרמב"ן שהרמב"ם (הלכות מכירה, פרק ב, הלכה ה) שכתב שמקנה שאומר לקונה משוך ותקנה, שמשמע תקנה לעתיד אבל עוד לא הקנה לו, לא קנה, סובר כדעת הר"י מיגש. וכן כתב המגיד משנה (הלכות מכירה שם). ובשולחן ערוך (חושן משפט שם סעיף ו') הביא את דעת הרמב"ן בשם יש אומרים, ואת דעת הר"י מיגש והרמב"ם בשם יש אומרים. ובשולחן ערוך (סימן קצ"ז סעיף ו') הביא את דעת הרמב"ם בסתם. והראב"ד (בהשגות הלכות מכירה שם) סובר כרמב"ן, והביא ראיה מהגמרא בקידושין (נ"א ע"ב): אחת מכם תתקדש לי, שלשון כזו מועילה. ובנתיבות (חושן משפט שם, סעיף קטן ג') תירץ שבגמרא בקידושין שם מיירי בקניין כסף שהוא קניין מתמשך ולא כלה קניינו, וברמב"ם מיירי בקניין משיכה או סודר שלאחר מעשה הקניין כלה קניינו (עיין ש"ך, חושן משפט, סימן קצ"א, סעיף קטן ה').

ולהלכה, בפתחי תשובה (חושן משפט, סימן רנ"ג, סעיף קטן ה' ו-ו') בשם עבודת הגרשוני כתב שהבית יוסף נקט שהעיקר להלכה כדעת הרמב"ן. ובשם הנודע ביהודה כתב שהוא פלוגתא דרבוותא. וציין למה שכתב במקום אחר (חושן משפט, סימן רמ"א, סעיף קטן ד') שבכל מקום שהביא בשולחן ערוך שתי דעות בשם יש אומרים, העיקר להלכה כדעה אחרונה היא דעת הר"י מיגש והרמב"ם. ופשוט אם כן שאי אפשר להוציא ממון נגד דעתם. ואולם, גם לדעתם כתב הנתיבות שם שלשון יקבל מועיל במקום שנעשה קניין כסף שלא כלה קניינו. ואף שמשפטות דברי הרמ"א (חושן משפט, סוף סימן קצ"א) במקנה לאחר ל' יום משמע שגם קניין כסף כלה קניינו, אלא אם כן המקנה אמר לשון מעכשיו, כבר כתבו כל האחרונים (חושן משפט

שם, בסמ"ע סעיף קטן ט', בש"ך סעיף קטן ט', בגר"א סעיף קטן ט' ובנתיבות חידושים סעיף קטן ד') שאין הלכה כן, ובקנין כסף, באופן שהמקנה חייב להשיב לקונה את הכסף, אף בלי מעכשיו לא כלה קניינו. ונדחקו בישוב דברי הרמ"א.

ובנדון דידן, אבי האישה שילם לאבי הבעל סכום ניכר במזומן כמה ימים לאחר חתימת ההסכם, והחוב בתוקפו ולא כלה קניינו, ושפיר חל הקנין בלשון יקבלו.

ברם, מאז ועד הלום לא העביר הבעל את מחצית הדירה על שם האישה בטאבו. ובכל שהיא גוונא יש מחלוקת רבתי בין גדולי האחרונים וחשובי הדיינים והפוסקים האם קנין כסף מועיל לחוד או שאינו מועיל עד שהרישום בטאבו ישונה, כדין קנין כסף במקום שכותבים שטר, שנפסק בשולחן ערוך (חושן משפט, סימן ק"צ, סעיף ז') שלא קנה עד שיכתב השטר (בפסקי הדין: ח"ד עמ' 75 ואילך; ח"ה עמ' 120 ואילך; ח"ו עמ' 202 ואילך; שם עמ' 376 ואילך). ובפתחי תשובה (חושן משפט שם, סעיף קטן ה') כתב שכשם שהקונה יכול לחזור בו, כך המוכר יכול לחזור בו קודם שנכתב השטר. אם כך יטען הבעל המוחזק שקנין סודר לא מהני בלשון יקבל לדעת כמה פוסקים, וקנין כסף מהני, אלא שעד העברת הדירה בטאבו האב ויורשיו יכולים לחזור בהם.

ואין לומר שבנוסף לקניינים הרגילים יש להסכם תוקף מדין סיטומתא, כפי שנקבע בפסקי דין רבים (ח"ג עמ' 363 ואילך; ח"ה עמ' 310 ואילך; ח"ח עמ' 47 ואילך, ועוד), שקנין סיטומתא מבוסס על מנהג הסוחרים להקנות בלי קנין, ובהסכם שלפנינו נעשה קנין שיש לדון בתוקפו. כך כתבו בפסקי דין רבניים (ח"ד עמ' 314 ואילך) והביאו ראיה לדבריהם. ויש לעיין בדבריהם, שבנדוע ביהודה (קמא חושן משפט סימן כ"ח) כתב באיש ואישה שהתחייבו זה לזה ועמדו וקידשו, שקיי"ל (אבן העזר סימן נ"א סעיף א') שקנו באמירה, שאף אם עשו קנין, לא בטל הקנין באמירה. וכ"כ בפסקי דין רבניים (ח"ד עמ' 374) שאב שהתחייב לבת אשתו בשעת הנישואין שיזונה חייב באמירה בעלמא משני טעמים, מהדין דרב גידל ומהדין בפ"ך זו צדקה. והוא הדין לכאורה בהסכם שהקנין אינו מבטל ממנו דין סיטומתא. ואין כל כך הכרח, שאפשר שדין סיטומתא מתייחד בכך שלא נעשה קנין, ולכן קנין גורע, משא"כ בדין דרב גידל. ואכתי צ"ע.

ואולם, לפי מה שיתבאר להלן בהרחבה ששטר התנאים תקף ומחייב את הצדדים ואת האבות, ובשטר התנאים יש לשון התחייבות, שפיר יש לומר שהבעל חייב להעביר את מחצית הדירה על שם האישה מכח ההתחייבות. וכן פסק הרמ"א (חושן משפט סימן של"ד סעיף ד') כפועל שנשכר תמורת חפץ, שחייבים לתת לו את החפץ או דמיו. וכתב קצות החושן (חושן משפט שם סעיף קטן ו') שבעל הבית נותן לפועל את דמי החפץ בשעת התשלום. ונתיבות המשפט (חושן משפט שם ביאורים ס"ה) כתב שנותן את דמי החפץ בזמן שחל החיוב בסיום הפעולה. ובנדון דידן נתיבות המשפט יודה שזמן החיוב הוא זמן העברת מחצית הדירה לאישה, ויחויב הבעל להעביר לאישה מחצית הדירה או דמיה.

בשולי הדברים נתייחס לטענה שההסכם מחייב מדינא דרב גידל דעמדו וקידשו קנו והן הן הדברים הנקנים באמירה (מסכת כתובות, דף ק"ב, עמוד ב). והנה ביחס להתחייבות של אבות הצדדים, נפסק בשולחן ערוך (אבן העזר, סימן נ"א, סעיף א') שבהתחייבות של אב עבור בתו או בנו בנישואין שניים לא נאמר דינא דרב גידל. ולמה שאברר להלן שאבי הבעל פעל על דעתו, יש לעיין האם התחייבות של האב באמירה מועילה. הדעת נותנת שרק לנוכחים במעמד האירוסין והקידושין יש גמירות דעת להקנות באמירה. ואולם, מדברי האוצר הפוסקים (סימן נ"א, סעיף קטן ח') בשם הבית הלל שיובאו להלן נראה שאף התחייבות באמירה מועילה, ולדינא צ"ע. על התחייבות הבעל בשטר התנאים מדינא דר"ג, עיין להלן.

למסקנה: הלשון הכתוב בהסכם הוא לשון מועיל ומחייב לפי ההלכה.

ענף ב': מחויבות הבעל להתחייבות אביו בהסכם.

א': הטענה שאבי הבעל אינו יכול להתחייב על ממונו של הבעל.

הבעל טוען שאף אם נניח שההסכם תקף ומחייב את אביו הוא אינו מחייב אותו. טענה זו היא הטענה המרכזית של הבעל לכל אורך הדיונים, ויש לדון בה מכמה פנים.

והנה ברוב ככל המקרים, בנישואין ראשונים של בני זוג מהציבור החרדי, ההסכם בין מחותנים כולל התחייבויות של המחותנים בלבד. מטבע הדברים החתן והכלה לא צברו רכוש, ואין בידם להתחייב. בנישואין שניים של בני זוג צעירים שהוריהם מעורבים בשידוך, תוכנו של ההסכם תלוי בנסיבות המקרה. ובנדון דידן, שלבעל היתה דירה שרשומה על שמו, מתבקש שהענין יעלה במהלך המשא ומתן בין המחותנים, וככל שתושג הסכמה, ישותף הבעל בענין ויתן את הסכמתו למהלך.

ואולם ברור שלולא הסכמת הבעל, אין אביו רשאי לעשות סחורה בדירתו. ואין להניח שמסתמא הבן מסכים לכל מעשי האב. דעיין בגמרא קידושין (מ"ה ע"א) שאב אינו יכול לקדש אישה לבנו בלי ידיעתו, ולא אמרי' דמסתמא נתרצה הבן. והמרדכי (כתובות סימן רס"ג וב"ב סימן תרט"ו) בשם המהר"ם מרוטנבורג למד מסוגיא זו שאב אינו יכול להתחייב על דברים שאין בידו לקיים אלא ביד בנו, ולא אמרי' שמסתמא נתרצה הבן למעשי האב. וכן פסק הרמ"א (אבן העזר, סימן נ"א, סעיף א') שאב אינו יכול להתחייב באמירה בשעת חתנות על דברים שאינם בידו אלא ביד בנו. ובחלקת מחוקק (אבן העזר, שם, סעיף קטן ג') כתב שאף בקנין אינו יכול להתחייב. ועיין אוצר הפוסקים (סימן נ"א, אות ו' ו-ז') דכן הסכמת הפוסקים.

ואין לומר שההסכם הוא זכות גמורה עבור הבעל, דהא האב קיבל עבור מחצית הדירה פחות ממחצית השווי המוסכם של הדירה. ואף אם היה מקבל את השווי המלא של מחצית הדירה, הן כתבו הפוסקים שהתחייבות למכור קרקע בשוויה היא התחייבות מוגזמת (גזים)

לענין דיני אסמכתא, וכל שכן דלא הוי זכות (עיינן נתיבות המשפט סימן ר"ז בביאורים, סעיף קטן י').

חלק ב': הטענה שהבעל לא היה מודע להסכם.

בפרק העובדתי כתבתי שטענת הבעל בעניין מעורבותו בחתימת ההסכם היא טענה רחוקה ולא מסתברת, בבחינת טענה גרועה. הנדון אם כן הוא האם מוציאים ממון מנתבע שטוען טענה גרועה.

לבידור עניין זה עיינתי בדברי הפוסקים שדנו במינים רבים של טענות גרועות בכמה מקומות. לסיכום כלל הדינים והחילוקים ביניהם ידרש חיבור נפרד. אכתוב תחילה את המסקנות, ואחר כך את המקורות והמשא ומתן בתמצית.

מרבית הטענות שכתבו הפוסקים שהן טענות גרועות, אינן דחויית לגמרי. שיש שהן מקובלות במצב אחד ואינן מקובלות במצב אחר, כטענת נאנסו ששומר נאמן להיפטר בה בשבועה, אף על פי שאינה שכיחה, ואין טוענים אותה ליתומים. ויש שהן מועילות לעניין אחד ואינן מועילות לעניין אחר, כטענת מחילה, שמחייבת את המלווה שבועה על אף שאינה פוטרת לווי ממיגו מתשלום החוב.

ופשוט שטענה גרועה שמחייבת שבועת היסת אינה דחוייה לגמרי, שטענה דחוייה לגמרי אינה יכולה לחייב דבר (עיינן להלן כמה שאכתוב בשם האורים). והא דמוציאים ממון מנתבע שטוען טענה גרועה בלי ראייה, הוא משום שאיתרע חזקת הממון שלו על ידי שטר או חזקת מרא קמא או חזקת חיוב או טעם אחר שמחייבו לטעון טענה טובה כדי להמשיך להחזיק בממונו. ובגדר טענה גרועה נראה שהיא טענה שאינה הווה, כלומר שלפי הנתען אירע דבר שאינו קורה במציאות החיים הרגילה אלא בנסיבות מיוחדות, שלא הוכח שהן קיימות, ולפיכך היא אינה מספיקה.

ואולם, באדם שמוחזק בממונו ואין כל ריעותא בחזקתו, אף שטוען טענה גרועה, אין מוציאים ממנו ממון, אלא אם כן הטעם שמחמתו הורעה הטענה שקול כמו ראייה שמוציאים על פיה ממון.

מוצא הדברים

הפוסקים דנו במינים שונים של טענות גרועות. במרביתן כתבו שהן אינן נדחות לגמרי, ומתקבלות במצב מסוים או כלפי עניין מסוים. נציין לשתי דוגמאות. א. טענת אונס שהיא טענה גרועה, שאונס לא שכיח כלל, ואין טוענים טענה זו עבור יורשים, אף על פי כן שומר שטוען שהפיקדון נאנס נשבע ונפטר (עיינן שולחן ערוך חושן משפט, סימן ק"ח, סעיף ד'). ב.

טענת מחילה שהרבו הפוסקים לעסוק בה, שהיא טענה גרועה, דמסתמא אדם לא מוחל על חובו, דלא בשופטני עסקינן (עיין ש"ך שם, סימן פ"ז, סעיף קטן ס"ח וסימן קכ"ו, סעיף קטן מ"ה). ואף במלוה על פה, עיין מרדכי ב"ב סימן תס"ט). ובחוב בשטר נוסף טעם, שסתם שטר אינו עומד למחילה (עיין גר"א חושן משפט סימן פ"ז, סעיף קטן כ"ט ו-ל"ב). ואף על פי כן לווה שטוען שהמלווה מחל לו נאמן במיגו, שאפשר שפייס את המלווה ומחל לו (עיין ש"ך שם סימן קכ"ו, סעיף קטן מ"ה). ואף בלי מיגו, הלווה רשאי להשביע את המלווה שלא מחל לו. יש אומרים שלפני הפירעון, ויש אומרים שלאחר הפירעון משביעו שבועת היסת (עיין שולחן ערוך שם סימן פרק ב סעיף י' ו-י"א). שכלפי השבועה, טענת מחילה היא טענה טובה (עיין רבי עקיבא איגר על שולחן ערוך שם ובשו"ת תניינא סימן קל"ח).

בהרבה טענות גרועות כתבו הפוסקים שהן לא שכיחות, בחלק מהן כתבו שהן נגד סתמא או חזקה או דרך העולם או סברא. ויש טענות שכתבו הפוסקים שאינן שכיחות ואינן מסתברות. ולא התברר איזה מן הטעמים הללו עיקר, ומה גדרו ושיעורו של כל אחד מן הטעמים. כדוגמא באותן טענות שאמרו בהן שהן אינן שכיחות, האם הכוונה שהן אינן שכיחות כלל, שאינן שכיחות על פי רוב אלא במיעוט או במיעוט מצוי של המקרים.

לכירור עניין זה, קיבצתי הרבה טענות שכתבו הפוסקים שהן טענות גרועות מטעמים שונים, ומן הפרטים נלמד על הכלל. א. בטענת מחילה כתבו הפוסקים שהיא אינה שכיחה, ונגד הסתמא שאדם לא מוחל על חוב, דלא בשופטני עסקינן (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג סימן ע"ו, כנסת הגדולה חושן משפט סימן ע"א הגה"ט אות ו', ש"ך שם, הפלאה אבן העזר קו"א סימן ק"ה סעיף קטן ב'). ב. בטענת סטראי במלווה בשטר כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא שלווה יפרע חוב בעל פה ויניח חוב בשטר (עיין רא"ש כתובות פ"ט סימן ד'). ג. בטענת טעיתי כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא שאדם בקי בענייניו ואינו טועה (שולחן ערוך שם סימן פ"א סעיף כ"ג, וסמ"ע סימן קכ"ו סעיף קטן ל"ה). ועיין בש"ך חושן משפט שם סעיף קטן ס' דעות הראשונים). ועיין להלן. ד. בטענה ששטר חוב הוא אמנה, כתבו הפוסקים שהיא אינה שכיחה, ששטר אמנה שהוא עוולה אינו שכית, וחזקה שלא עשו כן (ב"ח חושן משפט סימן ס"ט אות ט', תומים סימן מ"ג סעיף קטן ז', שער המשפט סימן ס"ט סעיף קטן ד', נתיבות המשפט סימן פרק ב חידושים סעיף קטן י"ג, אורים סימן פרק ב סעיף קטן ל"א). ה. בטענה של מרא קמא שהשאל למחזק דבר שאינו ראוי לשימוש (כמו חתיכת זהב) כתבו הפוסקים שהיא נגד הסתמא ש"אינו הווה" שאדם שואל דבר שאין בו שימוש (מהר"ח או"ז סימן קנ"ט אות ג'). ו. בטען טענה בבית דין וחזר בו, כתבו הפוסקים שאין דרכו של אדם לחזור בו (עיין עין יצחק ח"א אבן העזר סימן נ"ח). ז. בטענת מזויף כתבו הפוסקים שהיא נגד חזקה דלא חציף איניש לזיופי (שו"ת חת"ס אבן העזר ח"א סימן מ"ט). ח. בטענת איני יודע במקום דהוי ליה למידע כתבו הפוסקים שהיא נגד הסתמא שהוא יודע (נתיבות סימן ע"ה סעיף קטן ז'). ט. בטענה שהחוב שבשטר הוא רבית, כתבו הפוסקים שהיא נגד חזקה שהעדים לא חתמו על שטר שלא נעשה כדין (אורים בכללי מיגו סימן ק"ה). וכ"כ בקיצור האורים והנתיבות בסימן

פרק ב שם). י. בטענה של מערער כנגד מחזיק שלש שנים בלי מחאה, כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא שהמערער רואה את המחזיק ושותק (לבוש חושן משפט סימן קמ"ו סעיף א'). יא. בטענת פרעתי חוב בשטר, כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא דאם פרע את החוב שטרו ביד המלוה מאי בעי (סמ"ע סימן ע' סעיף קטן ד'). יב. בטענה של לווה שהמלווה השיב לו משכון ללא דמים, כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא דאין דרך העולם שמלווה מוותר על המשכון בלי כסף (סמ"ע סימן ע"ב סעיף קטן ק"ג, נתיבות סימן ע"ב סעיף קטן מ"ט). יג. בטענת חטפי ודידי חטפי, כתבו הפוסקים שהיא כנגד החזקה שכל מה שתחת יד אדם שלו (תומים סימן ע"ה סעיף קטן מ'). יד. בטענה שהאפוטרופוס על ממון היתומים לא השקיע את הממון לפי הדין או המנהג, היא טענה רחוקה שנהג שלא כדין (שער דעה בסוף שעמ"ש סימן ק"ס סעיף קטן ו'). טו. בטענה של מי שהוחזק כפרן, כתבו הפוסקים שהיא כנגד חזקתו שהוחזק שקרן (שעמ"ש סימן ע"ב סעיף קטן כ"ב). טז. בטענה שהמלוה רשם את שטר החוב על שם אשת הלוה, כתבו הפוסקים שהיא אינה מצויה (שו"ת הרא"ש כלל ס"ח סימן ז'). יז. בטענה שיש אצל המלוה ממון של הלוה, כתבו הפוסקים שהיא נגד חזקת הממון של המלוה (נתיבות סימן ע"ב סעיף קטן י'), ויש שכתבו שהיא אינה שכיחה (פתחי תשובה חושן משפט סימן ע"ה סעיף קטן ז'). יח. בטענה שהיה למלוה ממון של הלוה והמלווה פשע בו או שלח בו יד, כתבו הפוסקים שהיא נגד החזקה שהמלוה אינו פושע וגנב (נתיבות שם. כע"ז, עיין סמ"ע סימן צ' סעיף קטן ל"ה וש"ך חושן משפט סימן צ' סעיף קטן כ"ב). יט. בטענה ששטר או פרוזבול שנחוצים לגביית החוב אבדו, כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא שאדם שומר על מסמכים אלו (עבודת הגרשוני סימן ל"ח, שעמ"ש סימן ס"ז סעיף קטן ט'). כ. בטענה שאדם מעכב בידו חפץ של חברו שמצוי לקניה בשוק, כתבו הפוסקים שהיא טענה רחוקה (שו"מ רביעאה ח"ג סימן קל"ט). כא. בטענה שאישה לא שמעה את לשון הקידושין במלואו, כתבו הפוסקים שאף שבמקום שיש סתירה בין עדויות נקבל טענה זו וניישבם, היא טענה רחוקה (עין יצחק אבן העזר ח"א סימן נ'). כב. בטענה שהמלוה סירב לקבל את פרעון חובו, כתבו הפוסקים שהיא נגד הסברא, שאין זו דרכו של מלוה (שעמ"ש סימן ע"ד סעיף קטן ב').

בכל הטענות הללו ובטענות רבות אחרות שלא נזכרו כאן כתבו הפוסקים שהן טענות גרועות מאחד או יותר מהטעמים הללו. ולא מצאנו בפוסקים מחלוקת עקרונית אם בכוחו של טעם מהטעמים הללו לגרע את כח הטענה, או בשיעורם של טעמים אלו, כגון באיזו מידה צריך שטענה טובה תהיה שכיחה. ונראה דהוא משום שלכל הטעמים הללו יש מכנה משותף אחד, שהטענה אינה מתאימה למציאות ההווה בעולם (כדברי המהר"ח או"י שם), כלומר שלפי מה שנטען קרה דבר שקורה בנסיבות מיוחדות שלא הוכח שהתקיימו במקרה זה. אבל טענה שהיא הווה בעולם, אף אם מסיבות שונות היא לא שכיחה כל כך, היא טענה טובה ומקובלת.

ולעיל הבאתי את דברי הפוסקים שכתבו שטענה גרועה שאינה פוטר את הנתבע מתשלום ממון, מחייבת את התובע בשבועה. ובאורים (כללי מיגו שם) כתב שזה דבר "שאי אפשר

להמתיק בשכל" שטענה דחויה מחייבת שבועה. והכריח שטענה גרועה לכשעצמה אינה עילה לחיוב ממון אלא בצירוף כח בירור נוסף. בשל חשיבותם לבירור שלפנינו, ארחיב במוצא דבריו.

במרדכי (גיטין סימן שע"ט) נשאל על מלוה שתבע מהלוה ר' זוו, והלוה הודה שלוה ק' זוו וטען שק' זוו נוספים הם עבור ריבית קצוצה, והמלוה הודה שהק' היא ק' זוו, וטען שהלוה לו בריבית באופן המותר על מנת שילוה לגוי ומן הרווח ישלם לו ר' ויטול לעצמו את השאר, והשיב בשם ר"ת שהמלוה נאמן וגובה מהלוה ר' זוו בלי שבועה, דחזקה לא שביק היתרא ואכיל איסורא, כדאיתא בגמרא בגיטין (ל"ז ע"ב) לגבי פרוזבול. והבית יוסף (יורה דעה סימן קס"ט) הביא דבריו וכתב דהמרדכי מירי במלוה שיש לו שטר או משכון, שבמלוה על פה פשוט שאין המלוה נאמן להוציא מהלוה בטענה זו. ובדרכי משה (יורה דעה שם אות י"ג) כתב שאף הסמ"ג (לאוין קצ"ג) כתב שהלוה לא נאמן בטענה זו, והוסיף שאפילו במקום שיש ללוה מיגו דפרעתי או להד"ם אינו נאמן בטענה זו, דאין אדם משים את עצמו רשע. וכתב שהרא"ש בתשובה (כלל ק"ח סימן ז') נשאל על מלוה שהלוה מעות שהן פירא והתייקרו, והלוה טוען ברי שלא היה לו מטבע מאותו סוג, וההלואה נתנה באיסור, והרב השואל הוזהר לדין פרוזבול שם, והרא"ש חילק שפרוזבול הוא עניינו של המלוה בלבד, שאיסור שביעית חל עליו, וכתבת הפרוזבול תלויה בו, ובאיסור רבית האיסור תלוי גם בלוה שטוען ברי שההלואה נתנה באיסור. והרמ"א (יורה דעה שם סעיף כ"ה) פסק כמרדכי לפי פירוש הבית יוסף שבמלוה ע"פ הלוה נשבע ונפטר, ובמלוה בשטר המלוה נשבע ונוטל.

ועל פסק הרמ"א במלוה על פה הקשה הש"ך (יורה דעה שם סעיף קטן ע"ט) שבדרכי משה כתב שהסמ"ג סובר כמרדכי, והטעם שכתב הסמ"ג שאין אדם משים את עצמו רשע נכון גם במלוה ע"פ. ומטעם זה הקשה גם על הבית יוסף שפירש את דברי המרדכי במלוה בשטר או במשכון, ובשולחן ערוך (שם סימן קע"ז סעיף י"ב) הביא את דברי הסמ"ג להלכה ללא חולק. וכתב הש"ך שגם המהר"י ווייל (סימן ל"ז) הבין שטעמו של המרדכי הוא משום שאין אדם משים את עצמו רשע, שכתב שנפקד אינו רשאי לעכב את הפיקדון שבידו בטענה שהמפקיד נטל ממנו ריבית, שהמפקיד נאמן לומר שהלוה באופן המותר, דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן. וציין לדברי המרדכי שם. ובמסקנתו נשאר הש"ך בצ"ע על הבית יוסף והדרי משה.

ובחוות דעת (יורה דעה שם סעיף קטן מ"ו) יישב את קושיית הש"ך, שאף שהלוה לא נאמן בדבריו שאין אדם משים את עצמו רשע, אכתי מנא לן שהמלוה נאמן בדבריו להוציא ממון מהלוה. לכן בסימן קס"ט שם מדובר בהלוואה גמורה שעומדת להוצאה, המלווה אינו נאמן להוציא ממון מהלווה. ובסימן קע"ז שם מדובר במעות בעין שהמלוה טוען שנתנו בעסקא והלוה טוען שנתנו בהלוואה בריבית, שלדברי המלוה יש לו עדיין זכות במעות, והלוה שמבקש להוציא את המעות מחזקת מרא קמא שלו בטענה גרועה שמשים את עצמו רשע אינו נאמן בלי מיגו, כשם שנפקד שטוען לקוח אינו נאמן בלא מיגו (עיי' שולחן ערוך חושן משפט סימן ע"ב

סעיף י"ח וסימן רצ"ז סעיף א'), ונפקד שטוען שהלוה מעות של פיקדון שלא כדין, אינו נאמן שנהג שלא כדין בלי מיגו (עיין שולחן ערוך שם סימן רצ"ב סעיף ז'). דוגמא נוספת, שאיש תובע מאישה ממון שהפקיד אצלה, והיא משיבה שקבלה את הממון עבור אתנן ועושה את עצמה רשעה, שזו טענה גרועה שאינה נאמנת (לכאורה בלי מיגו). מאידך, כאשר אישה תובעת איש שישלם את מה שלוה ממנה, והוא משיב שהתחייב לה באתנן באופן שהתחייב מיתה וקים ליה בדרכה מיניה, על אף שטענת האיש היא שקר, לא נקבל את טענת האישה ונחייב את האיש, משום שגם לדבריה האיש אינו מחזיק ממון שיש לה זכות בו וחזקת מרא קמא.

ועל מה שכתב הבית יוסף והרמ"א במלוה בשטר, כתב הש"ך (שם סעיף קטן פ"א) שבסמ"ע (סימן פב', סעיף קטן ל"ד) כתב דהא דנשבע ונטל הוא רק באופן שהמלוה מודה שהלוה בריבית וטוען שעשה כן בהיתר, אך כאשר מכחיש לגמרי את טענת הלוה, נוטל בלי שבועה, ולאחר שישגבה מהלוה, הלוה רשאי להשביעו היסת שלא נטל ממון שלא כדין, כמו שפסק השולחן ערוך בחושן משפט (סימן פב', סעיף י'), והש"ך (חושן משפט שם סעיף קטן כ"א) ונתיבות המשפט (חושן משפט שם סעיף קטן י"ג) והאורים (חושן משפט שם סעיף קטן ל"ב). ואולם, באופן שיש בנוסף חזקה שהמלוה לא שביק היתרא ועביד איסורא, כגון שהלוה טוען שהמלוה קיבל ממנו ריבית קצוצה, והמלוה טוען שהלוה באופן המותר, פסקו השולחן ערוך והרמ"א (יורה דעה סימן קס"ט שם) שהמלוה פטור בלי שבועה. וכתבו האחרונים בחושן משפט שם (סמ"ע, סעיף קטן ל"ה וש"ך סעיף קטן כ"א ו-כ"ג אורים סעיף קטן ל"ג ונתיבות המשפט סעיף קטן י"ד) דעדיף ממה שכתב בשולחן ערוך חושן משפט שם יורה דעה (סימן קע"ז סעיף י"א) במלוה שטוען שלא נטל ריבית שנשבע היסת ונפטר, דהתם ליכא חזקה דלא שביק היתרא וכו'.

והגר"א (חושן משפט שם סעיף קטן ל') כתב שאף על פי שלדברי הלוה עבר על איסור כששילם ריבית, משביעים את המלוה היסת, שההלכה דאין אדם משים את עצמו רשע לא נאמרה בתביעות רק בעדות, והביא ראיה מהמשנה בפרק ג' דכתובות (מ"א ע"א): "האומר פיתיתי את בתו של פלוני... גנבת... משלם על פי עצמו", והוא הדין כשהלוה טוען על עצמו שהוא עבר על איסור לא נדחה את התביעה מטעם זה, דהא אם היו באים עדים שהמלוה נטל ריבית היו מוציאים ממנו את הממון, לכן שפיר דמי להשביע על זה.

ובאורים (חושן משפט שם סעיף קטן ל"ב). הובא בנתיבות המשפט שם חידושים סעיף קטן י"ג) על מה שכתב השולחן ערוך שם שמלוה נוטל בלי שבועה כנגד טענת ריבית, כתב שחזקה שהשטר הוא לא ריבית או אמנה. ולא ביאר מה טיבה של חזקה זו. וציין למה שכתב בכללי מיגו (סימן ק"ה).

ובכנסת הגדולה (בכללי מיגו שם) פסק שלוה שטוען שנטל ריבית אינו נאמן, שאין אדם משים את עצמו רשע כמו שכתב הסמ"ג. ואף שכתב הבית יוסף (חושן משפט סימן ע"ה) בשם הרשב"א שנאמן בטענה זו, בתשובה של הרשב"א בכתב יד מפורש שאינו נאמן.

ובאורים שם כתב שמסקנת הכנסת הגדולה אינה מוסכמת כלל וכלל, שבשולחן ערוך יורה דעה שם נפסק להדיא שלוה שטוען שלוה בריבית נשבע ונפטר. ובהגהות אשרי (ב"ק פ"ט סימן י"ח הגהה א') הביא שתי דעות בעניין, שכתב ששליח שקנה במעות המשלח וטוען שקנה עבור עצמו, נאמן. ויש ראשונים שכתבו שנאמן לומר על עצמו שהוא גזלן, שאדם משים את עצמו רשע בטענת פטור, ויש ראשונים שכתבו שאינו נאמן לומר שהוא גזלן, שאין אדם משים את עצמו רשע, והא דהשליח נאמן הוא משום שיש לו הוראת היתר ששייב למשלח את מעותיו. וכתב שמחלוקת הראשונים תלויה בתירוץ התוס' בכתובות (דף י"ח, עמוד ב) בסוגיא דאנוסים מחמת ממון, שלפי תירוץ אחד פלגינן דיבורא של העדים ואמרינן שנאמנים שהיו אנוסים אך לא מחמת ממון שאין אדם משים את עצמו רשע, והכא נמי הלוה נאמן ששילם ריבית, אך לא ריבית קצוצה, דפלגינן דיבורא. ולפי שאר התירוצים, לא פלגינן דיבורא ככהאי גוונא, והכי נמי הלוה לא נאמן בטענה ששילם ריבית קצוצה. ודעת הסמ"ג והדעה הראשונה בהגהות אשרי כדעת שאר התירוצים בתוספות. ואולם תמה האורים, שלראשונים שסוברים שאדם לא נאמן בטענת פטור לשים את עצמו רשע, וחייב לשלם, על כרחך צריך לומר שאנן סהדי שהוא משקר, ואם כן כיצד משיבעים את המלוה על טענה כזו? וכן הקשה על מה שפסק השולחן ערוך (חושן משפט, סימן פ"ז, סעיף כ"ה) באישה שתובעת איש בטענה שנדר לה ממון באתננה, והוא כופר, שנשבע היסת ונפטר, על אף שהאישה טוענת שעשו מעשה רשע בביאת זנות בעודה נידה. ותירץ דודאי שאין מוציאים ממון על פי החזקה דאין אדם משים את עצמו רשע לחוד, אלא בצירוף חזקה אחרת, כגון כשיש ביד התובע שטר, שחזקתו שהעדים לא היו חותמים עליו אם לא נעשה כדין (והיא החזקה שדיבר בה האורים סימן פב', שם). וכן בנדון בסמ"ג שם ובשולחן ערוך (יורה דעה, סימן קע"ז שם) שבנוסף לחזקה שאין אדם משים את עצמו רשע, יש חזקה דלא שביק היתרא ועביד איסורא, שהמלוה טוען שהלוה בריבית באופן המותר (עיי' שם שגם באיסור דרבנן אמרו שאין אדם נאמן בטענה העושה אותו רשע).

ובמשפט שלום (סימן קפ"ג, סעיף ב') הקשה על מה שכתב הרמ"א (חושן משפט שם) בשליח שנשלח לקנות קרקע מסוימת וטוען שקנאה לעצמו, שאינו נאמן שנהג ברמאות, שהוא דלא כמו שפסק בורה דעה (סימן קס"ט שם) שנאמן לפטור את עצמו בטענה שמיים את עצמו רשע. והביא את דברי ההג"א והש"ך שם, וסידר מערכה מול מערכה של ראשונים שנחלקו בזה. וכתב שלדעת הרשב"א (מסכת כתובות, דף י"ט, עמוד א) אין אדם נאמן אף בטענה שעבר על דבר שאסור ממידת חסידות. מאידך יש פוסקים שסוברים שבאיסור תורה אינו נאמן ובאיסור דרבנן נאמן. ומסקנתו בדעת הרמ"א, ששליח שלקח מטלטלין מאחרים שהוא מוחזק גמור, נאמן בטענה שמיים את עצמו רשע, ושליח שלקח קרקע שאינו מוחזק גמור, אינו נאמן בטענה שמיים את עצמו רשע. ובשו"ת מהרש"ם (חלק ג', סימן מ"ח) כתב על פי הרמ"א שם, שאדם לא נאמן בטענה שהטעה אנשים, ובמקום אחר (חלק ח, סימן ל"ז) ציין בקצרה למחלוקת הראשונים, ועל דרך הכלל כתב שרק כאשר יש אומדנא גמורה על פי דברי חז"ל שהנתבע לא אומר אמת, כתבו הראשונים (או"ז יבום סימן תרי"א) שמוציאים ממנו ממון.

עוד בעניין בעל דין שטוען שהוא או אחר עברו על איסור, עיין במגיד משנה (הלכות אישות פכ"ד הי"ד) ובב"ש (סימן קט"ו סעיף קטן י"ח) בבעל שטוען שאשתו זנתה והפסידה את כתובתה.

למדים אנו שמוחזק גמור שטוען טענה גרועה, אינו מאבד את המוחזקות, שטענה גרועה אינה ראייה חיובית לטובת התובע שמוציאים על פיה ממון. אלא אם כן הטעם שמחמתו הורעה הטענה שקול כמו ראייה שמוציאים על פיה ממון. ויש טענות גרועות שאף דנים על פיהם ומחייבים את הצד שכנגד בשבועת הנוטלין ושבועת היסת.

במה דברים אמורים, בטענה גרועה של מוחזק גמור שאינו זקוק לטענה כדי להמשיך להחזיק בממונו, שמוחזק שזקוק לטענה, אינו יכול להסתפק בטענה גרועה. לכן כתב החוות דעת שנתבע שמחזיק בממון שלטענת התובע הוא עדיין ברשותו, אינו יכול להמשיך להחזיק בממון כנגד חזקת מרא קמא של התובע ללא טענה טובה.

וביסוד דין זה, יש משא ומתן בפוסקים. בנחל יצחק (סימן ע"ב סעיף י"ח - קונטרס בעניין כלים העשויים להשאיל ולהשכיר) דן במוחזק בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר וטען שלקחם מהמרא קמא, שאינו נאמן בלי מיגו (עיין חושן משפט שם), ואחר כך אבדם, והמרא קמא תובע את דמיהם. וכתב שהתומים (חושן משפט שם, אורים סעיף קטן פ"ז) הסתפק בזה. והנתיבות (סימן ע"ב חידושים סעיף קטן ס"ה) כתב בפשטות שהנתבע פטור, שאין למרא קמא יתרון על המוחזק אלא כשהכלים בידו. וכתב הנחל יצחק שהקצות (סימן ע"ט סעיף קטן ב') סובר כנתיבות. שביאר שם את מה שכתב השולחן ערוך (חושן משפט שם סעיף ד') בנתבע שקיבל מהתובע מעות בסתם וטוען שקבלם במתנה, שהוא נאמן, על אף שסתם מעות אינן ניתנות במתנה אלא בהלואה, ולא דמי למוחזק בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר שעומדים בחזקת המרא קמא, משא"כ מעות שאף אם ניתנו בהלואה כטענת המרא קמא, הן כעת ברשות הנתבע. ובנחל יצחק הוסיף ביאור, שלדעת הקצות והנתיבות מוציאים כלים העשויים להשאיל ולהשכיר מהמוחזק משום שבכלים שהם בעין, חזקת מרא קמא עדיפה על חזקת המוחזק. והביא ראיות שחזקת מוחזק עדיפה על חזקת מרא קמא. וביאר בדרך אחרת, שבכלים העשויים להשאיל ולהשכיר לא אמרינן חזקה מה שתחת יד המוחזק שלו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן, אלא אמרינן שהכלים של המרא קמא אלא אם כן המוחזק טוען טענה טובה. וטענת לקוח היא טענה גרועה. וכתב שבין הביאורים יש הבדל מהותי, שלפי הקצות והנתיבות אין הכרעה בדיני טוען ונטען שטענת המרא קמא עדיפה על טענת המוחזק וצודקת ממנה, אלא הכרעה בדיני חזקות שחזקת מרא קמא עדיף על חזקת המוחזק, ולפי ביאורו יש כאן הכרעה בדיני טוען ונטען. נפקא מינה בכלים שאבדו, שלפי ביאורו יש הכרעה שהם בודאי של המרא קמא, והמוחזק חייב לשלם. נפקא מינה נוספת בדיני איסור והיתר, שלפי קצות החושן ונתיבות המשפט אין הכרעה עובדתית כטענת המרא קמא, ולפי ביאורו יש הכרעה עובדתית לכל דבר ועניין. ובמסקנת דבריו, שב והסכים עם קצות ונתיבות המשפט ביסוד הדין, וחלק עליהם

למעשה ופסק שהמוחזק חייב לשלם עבור כלים שאבדו מטעם אחר, שפסק על הכלים הוא כמו פסק על דמיהן, דמה לי הן מה לי דמיהן (כדאיתא בשולחן ערוך שם סימן קל"ט סעיף ד' לעניין קרקע, שפסק על הקרקע הוא פסק על הפירות).

ולפי שני הביאורים, הטענה הגרועה אינה מערערת את חזקת המוחזק, אלא אינה מסייעת לחזקת המוחזק כנגד חזקת מרא קמא שעדיפה ממנה.

אמנם מצאנו בכמה מקומות בפוסקים דמוציאין ממון ממוחזק גמור שטוען טענה גרועה, אלא שבכל המקומות הללו הטעם שמרע את הטענה שקול כמו ראייה המועילה להוציא ממון, כמו שנבאר בהרחבה להלן.

מוחזק שטוען חזרתי בי מהתחייבות

כתב הרמ"א (חושן משפט, סימן קע"ו, סעיף ג') שעל אף שאומנים שהשתתפו יכולים לחזור בהם מכאן ולהבא, אומן שהשתתף עם אחרים וירד לאומנות וטוען שחזר בו לפני שירד לאומנות, אינו נאמן, דמסתמא ירד לאומנות על דעת התנאי הראשון שעשה עם השותפים, וחייב לחלוק עימם את השכר שקיבל מהאומנות. וכן כתבו התומים (סימן קי"ב סעיף קטן ג') ונתיבות המשפט (חושן משפט שם סעיף קטן א') בישוב קושיית הש"ך (חושן משפט שם סעיף קטן ב') על מה שפסק השולחן ערוך (חושן משפט שם סעיף א') שלוח שהשתעבד בדאקני יכול לחזור בו, דאם כן איך טורף המלוה מלקוחות שקנו את הקרקע המשועבדת בדאקני, נטען עבורם שהלוה חזר בו? שחזרה היא טענה גרועה. והתומים הביא לזה כמה ראיות. וכתב הנחל יצחק (סימן ע"ח סעיף א' ענף ד' - ו'. ובעין יצחק ח"א אבן העזר סימן כ"ב ו-כ"ג. ובבאר יצחק אבן העזר סימן ו' ענף ז') שסברא זו עדיפה מרוב בעלמא שאין מוציאים ממון על פיו, שיש בה שני כוחות: כח של רוב, שרוב האנשים לא חוזרים בהם, וכח של חזקה, שישאל בחזקת כשרים שאינם חוזרים בהם, דשארית ישראל לא יעשו עוולה וכו'. ועל פי רוב וחזקה מוציאים ממון. ובבאר יצחק שם כתב שהכל מודים בזה. ועל אף שהרוב והחזקה הם באותו עניין, מצטרפים להוציא ממון. כמבואר במרדכי (כתובות סימן ר"ו) שרוב שבני אדם בריאים מצטרף עם חזקה דמעיקרא שאדם פלוני היה בריא, ומוציאים ממון. וכ"כ בפת"ח (ח"ה פ"ב הע' ל"ו) בדין מוכר זרעים בסתם, ונמצא שהם ראויים לאכילה ולא לזריעה, והלוקח טוען שלקחם לזריעה, שרוב לוקחים לאכילה מצטרף לחזקה שלוקח זה לקח לאכילה, ומוציאים ממון מהלוקח.

וברוב שיוצר חזקה שיש לה נפקא מינה לדברים אחרים, כתבו האחרונים שאף ללא צירוף מוציאים ממון על פי הרוב. עיין שב שמעתתא (ש"ד פ"ו - ט'. הובא בשמו בקונטרס הספיקות כלל ו' סעיף ב') בישוב קושיית התוספות בסנהדרין איך יתכן שהולכים אחר הרוב כדיני נפשות ולא כדיני ממונות? שלעולם אין הבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות, אלא בין רוב שקובע

מצב דיני או איסורי לפני מעשה לרוב שקובע מצב או איסור לאחר מעשה. לכן רוב שעושה חזקה קובע מצב לפני מעשה, ועל פי המצב מוציאים ממון. וכ"כ רבי עקיבא איגר (תניינא סימן קכ"ט) שרוב שקבע דין לגבי דבר אחר, כגון במכה אביו, שהרוב קבע שהוא אביו לדינים רבים, קובע שהוא אביו גם לעניין דיני נפשות. וכ"כ בשו"ת דברי מלכיאל (ח"ג סימן קס"ד). הביאו בפת"ח ח"ה פ"ב הע' פ"ג). ואולם בשערי יושר (ש"ג פ"א) חלק על השב שמעתתא, עיין שם הטעם. על דרך הרמב"ן שמחלק בין רוב שתלוי בטבע לרוב שתלוי ברצון, ועל החולקים עליו, עיין בשב שמעתתא ובקונטרס הספיקות שם.

מוחזק שטוען שנאנס

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן כ"א) כתב שבעל דין שהתחייב שאם לא יבוא ליום פלוני יקבל חברו את כל מה שטוען, וללא שבועה, ולא בא, וטוען שנאנס, אינו נאמן בלי ראיה. וכתב התומים (חושן משפט שם סעיף קטן א', ובאורים שם סעיף קטן ג') שאף שהבעל דין מוחזק בממונו, הולכים אחר הרוב שאינם אנוסים ומוציאים ממון, דהא אפילו איסור אשת איש מתירים על פי חזקה דלא היה אנוס. ובעין יצחק (אבן העזר ח"ב סימן ל"ה) כתב שזה רוב אלים שמוציאים ממון על פיו. והא דשומר נאמן בטענת נאנסו, עיין בנחל יצחק (סימן ע"ה סעיף י') שמפקיד שמוסר את החפץ לנפקד מסכים שהנפקד יהיה נאמן בטענת נאנסו על אף שהיא טענה רחוקה כ"כ.

מוחזק שטוען טענה שאינה שכיחה כלל

בכמה מן הטענות הגרועות שנזכרו לעיל, יש דעות בגמרא ובפוסקים שהן אינן מתקבלות אפילו במיגו. בגמרא בכתובות (י"ט ע"ב) איתא דלרב נחמן עדים שאמרו אמנה היו דברינו אינם נאמנים אפילו במיגו. וכתב התומים (סימן מ"ג סעיף קטן ז') דר"נ סובר ששטר אמנה אינו שכיח כלל. ובמרדכי (ב"ב סימן תס"ט) כתב שיש אומרים שנתבע שטוען שהתובע מחל לו אינו נאמן במיגו. וברמ"א (סימן פ"א סעיף כ"ג) פסק שנתבע שטוען טעיתי אינו נאמן במיגו. ובש"ך (חושן משפט שם סעיף קטן ס') פסק שנאמן מיהא במיגו. וכתב בעין יצחק (ח"א אבן העזר סימן ע' אות כ"ט ל"ב ו-ל"ו) שאף לדעת הש"ך סובר שמיגו מהני, טענת טעיתי היא טענה גרועה ביותר שאינה שכיחה כלל ודמיא למיעוט שאינו מצוי. דאם נאמר שהיא שקולה כמו מיעוט בעלמא, קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב.

(ויש להעיר, שנתבע שטוען טעיתי מבקש לבטל הודאה מחייבת שאפשר להוציא על פיה ממון, ומדוע אם כן צריך לומר שטעות היא מיעוט שאינו מצוי ולא די בכך שנאמר שזו טענה גרועה ולא מקובלת שאינה פוטרת את הנתבע. וצ"ע.)

ובמקום אחר (באר יצחק אבן העזר סימן ו' ענף ז', ובשער הספיקות - בדין שאין הולכים

בממון אחר הרוב) הרחיב הגאון רב יצחק אלחנן ספקטור בהא דמוציאים ממון במיעוט שאינו מצוי, וכתב דהא דאין הולכים בממון אחר הרוב הוא מהטעם שכתבו תוס' (מסכת ב"ק, כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל) דסמוך מיעוט לחזקת ממון ואיתרע הרוב, ובמיעוט שאינו מצוי כתבו התוס' בכורות (כ' ע"ב ד"ה חלב) דלא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה. וזה שכתבו התוס' בסנהדרין (ג' ע"ב) שברוב גמור מוציאים ממון, כלומר במקום שהמיעוט אינו מצוי.

ויש לעיין האם דין זה מוסכם. דהנה בבאר יצחק באבן העזר שם דן באורך במחלוקת הש"ך (חושן משפט סימן רצ"ז סעיף קטן א') והקצות (חושן משפט שם סעיף קטן א') והנתיבות (חושן משפט שם סעיף קטן א') ועוד אחרונים, אם מוציאים ממון בסימנים מובהקים (ע"ין בש"ך שם שסימן מובהק הוא סימן שאפשר שימצא בחפץ אחר). וכתב שסימנים מובהקים שקולים כרוב מצוי, והאפשרות שהסימן ימצא בחפץ אחר שקולה כמיעוט שאינו מצוי. ולמ"ד סימנים דאורייתא (ב"מ כ"ז ע"א), גם בסימנים אמצעיים, האפשרות שהסימן ימצא בחפץ אחר שקולה כמיעוט שאינו מצוי. משמע שלדעת הקצות והנתיבות שם שאין מוציאים ממון בסימנים מובהקים, ה"נ אין מוציאים ממון ברוב מצוי ומיעוט שאינו מצוי.

שוב ראיתי דהא דמוציאים ממון ברוב מצוי ומיעוט שאינו מצוי מפורש בראשונים. שכתב במרדכי (הגהות מרדכי, כתובות סימן ש"ח) שאישה שמת בעלה וילדה ולד ומת בתוך שלושים יום, נוטלת את כתובתה לאלתר, שרוב מצוי של נשים מתעברות ויולדות בן קיימא. וכן אישה שנפל בעלה למים שאין להם סוף, נוטלת את כתובתה לאלתר, שרוב מצוי של הנופלים למים שאין להם סוף אינם עולים. והא דקיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, הוא ברוב רגיל, וזה רוב מצוי ומיעוט שאינו מצוי. וכ"פ השולחן ערוך (אבן העזר סימן י"ז סעיף כ"ד). ועיין בגר"א (אבן העזר שם סעיף קטן קט"ז). ועיין בח"מ (סימן צ"ג סעיף קטן א') ובב"ש (סימן י"ז סעיף קטן ק"ז וסימן צ"ג סעיף קטן א') שהרמב"ם והראב"ד חולקים על המרדכי בכתובת אישה שנפל בעלה למים שאין להם סוף מטעם אחר. ועיין אינצקלופדיה תלמודית (ע' ירושה הע' 1269 ואילך, וע' כתובה הע' 747 ואילך). ולא מצאנו באחרונים מי שכתב שהקצות והנתיבות חולקים על מה שכתב המרדכי שמוציאים ממון ברוב מצוי. ואדרבא שבש שמעתתא ובקונטרס הספיקות שם סוברים כתוס' בכורות שם שמצרפים את המיעוט לחזקה ואיתרע הרוב, שהביאו את מה שכתב המהר"ם בן חביב בביאור התוס' בכ"ק שם, שדעת המיעוט בבית דין כמאן דליתא ואינה מצטרפת לחזקה. ואם תמצא לומר שנחלקו על המרדכי, היינו על מה שכתב שלא מצרפים מיעוט המצוי לחזקה. ומה שנראה יותר שלא נחלקו על המרדכי אלא על מה שכתב הבאר יצחק בביאור דעת הש"ך שסימנים מובהקים נחשבים לרוב מצוי. ואף שמדובר בעניין מצויאיתי, אין זה כ"כ דוחק שנחלקו בזה, דהא כתב הבאר יצחק שהאבעיא בגמרא בסימנים אמצעיים היא האם הם נחשבים לרוב המצוי או לא.

שוב ראיתי בתומים (סימן פ"א סעיף קטן י"ט) על דברי השולחן ערוך (חושן משפט שם סעיף ח') במודה לחברו בדרך הודאה, שאף שלא טוענים עבורו ועבור יורשיו שהשטה בחברו,

אם טען מקבלים ממנו. וכתב התומים: "כי מי יוציא ממנו ממון אפילו בטענה רחוקה ולא שכיחא כלל". משמע מלשונו לכאורה שאף בטענה שאינה מצויה כלל הנתבע פטור. ולא נראה להעמיס בדבריו הקצרים שחולק על הראשונים והאחרונים הנ"ל, וע"כ כוונתו שהטענה אמנם רחוקה ולא שכיחא כלל, אך לכלל מיעוט שאינו מצוי לא הגיעה.

ויש סימנים מובהקים שהכל מודים שעל ידם מוציאים ממון. עיין בש"ך (סימן רצ"ז שם) שסימן מובהק ביותר שאינו נמצא כלל, כגון שנמצא כלי ששם התובע כתוב עליו, שקול כמו עדות. ועיין ב"ש (סימן י"ז סעיף קטן ע"ב) "שהוא דבר שלא ימצא רק אחד מאלף והוא דבר זר ומופלג".

ובשיעור מיעוט המצוי. ידועה מחלוקת הראשונים, התוס' (יבמות ל"ו ע"ב) והרא"ש (יבמות פ"ד סימן ה') כתבו בבעל שנפל במים שאין להם סוף, שיש מיעוט המצוי שינצל, לכן לכתחילה לא תינשא. ובנפלים כתבו שהוא מיעוט המצוי לכן אסור לאכול בהמה תוך ח' ללידתה. ואילו הריב"ש (סימן קצ"א) כתב: "שמעוט מצוי ר"ל שהוא קרוב למחצה ורגיל להיות". וכבר דשו בזה האחרונים, ואין מקומו כאן. ולמעשה הורה בעל המשכנות יעקב (סימן ט"ז) הובאו דבריו בשו"ת בית אפרים (יורה דעה סימן ו') ובדרכי תשובה (סימן ל"ט סעיף קטן ג') שמיעוט המצוי הוא שיעור של אחד לעשרה. וכן הסכימו למעשה גדולי המורים, עיין בקובץ תשובות (ח"ג סימן קי"ג) דעת הגרי"ש אלישיב זצוק"ל, ועיין במאמרו של הגר"י אפרתי בקובץ הליכות שדה (143, עמ' 7-8) שהוסיף בשם הגרי"ש שאחד מעשרה לאו דווקא אלא כלשון המשכנות יעקב שם: דבר שהוא נראה לעינים שהוא מצוי תדיר. וכ"כ הגרש"ז אויערבך זצוק"ל (מנחת שלמה נתיינא סימן ס"ג אות א') שטוב לחשוש לדעת המשכנות יעקב. ואילו הגר"ש וואזנר בשבט הלוי (ח"ד סימן פ"א) חלק על המשכנות יעקב וכתב שמיעוט המצוי הוא מיעוט שקיים בכל מקום שקיים הרוב, כמו מיעוט טריפות הריאה, שידוע שבכל מקום שיש רוב בהמות כשרות יש מיעוט טריפות. שמיעוט כזה הוא חלק מטבע העולם ומציאות החיים שיש רוב כזה ומיעוט כזה. ומיעוט שאינו מצוי הוא מיעוט שאין הכרח שיהיה. ודעת מורנו הראש"ל בספרו הגדול ילקוט יוסף בהלכות כלאי הבגד (סימן רצ"ח סעיף ב') ובעוד מקומות דיש להקל כדעת הריב"ש. ואולם לענין הוצאת ממון בודאי שאין לעשות נגד דעת המשכנות יעקב ודעימיה.

הכלל העולה מן הדברים, שהטענה הגרועה לכשעצמה אינה עילה להוציא ממון מהמוחזק, אלא מצבו של המוחזק לפני שטען את הטענה שמחייבו לטעון טענה טובה מפני שהורעה חזקתו, או מצבו של המוחזק לאחר שטען טענה שיש ראייה או דבר השקול לראיה שמברר שהיא טענת שקר.

ובנדון דידן, גרסת הבעל באשר למה שאירע בזמן שהשתדך ונשא את האישה היא בכחינת טענה גרועה, ש"אינה הווה" במציאות החיים שאב ישרך את בנו ויסחר בדירתו בלי ידיעתו, ושניהם יחד יוליכו שולל את האישה אביה. להלן נעסוק בהרחבה בגרסת הבעל באשר למה

שאירע בתקופות מאוחרות יותר, בדגש על החתימה על תצהיר העברת מחצית הזכויות בדירה לאישה ופעולות נוספות, שגם היא בבחינת טענה גרועה ביותר שכלל אינה מתקבלת על הדעת. כמו כן, טענת הבעל שאביו רימה את אבי האישה וגולו מתנגדת לחזקה דאחזוקי אינשי בגנבי וברשיעי לא מחזיקינן. וטענת הבעל שהוא עצמו רימה את האישה ללא כל סיבה מוכחת מתנגדת לסברא שאדם אינו מטעה את חברו, ולחזקה דשארית ישראל לא יעשו עולה.

כמו כן נראה שגרסת הבעל היא בבחינת מיעוט שאינו מצוי שלא ימצא אף לא באחד ממאה ממקרי השידוכים, שאף שלמרבה הצער מצויים בהם מעשה מרמה לרוב, מקרה מעין זה שלפנינו אינו מצוי כלל.

לאור כל האמור נראה שבנדון דידן יש כמה חזקות המתנגדות לגרסת הבעל שהיא בבחינת מיעוט שאינו מצוי, ושפיר דמי אף להוציא ממון מהבעל שהוא מוחזק גמור.

חלק ג': ההסכם שעשה אבי הבעל על דעת הבעל, האם מחייבו?

בחלק הקודם עסקתי בהרחבה בשאלה האם מוציאים ממון ממוחזק שטוען טענה גרועה. באשר לבעל דנן כתבתי שטענתו גרועה ולא שכיחא מכמה פנים, ומסתבר שהיה מודע לכך שאביו 'סוחר בדירתו' והסכים לכך. אמנם אין כל בסיס להנחה שהבעל מינה את אביו לשליח להתחייב בשמו, אדרבא מסתברא דלא חציף איניש לשווי לאביו שליח (עיין קידושין מ"ה ע"ב). ובהנחה שמדובר בהסכמה בלבד, יש לעיין האם מעשי האב מחייבים את הבעל.

דהנה כתב הטור (אבן העזר סימן ל"ה סעיף ד') בשם הרא"ש שבן שגילה דעתו שרוצה באישה פלונית ואמר לאביו שישדכה לו, והאב הלך וקדשה לו, מקודשת. וכ"פ התרוה"ד (סימן רל"ז ופ"כ סימן מ"ג) בשם האו"ז (ח"א סימן תשס"ד). וכ"פ השולחן ערוך (אבן העזר שם סעיף ד'). וכתב הח"מ (אבן העזר שם סעיף קטן י"ב) שלדעת השולחן ערוך פשיטא ליה לרא"ש שהקידושין הם זכות עבור הבן והאישה מקודשת בודאי, ולדעת הח"מ לא פשיטא ליה לרא"ש לגמרי שהקידושין הם זכות עבור הבן, שיש גם צד חובה שהבן נאסר בקרובותיה. ובאבני מילואים (אבן העזר שם סעיף קטן ח') כתב שהתוס' רי"ד (קידושין שם) חולק על הרא"ש וסובר שהקידושין אינם זכות עבור הבן מטעם זה שהבן נאסר בקרובותיה. ואולם נראה שלא נחלקו אלא במקום שהבן גילה דעתו שרוצה באישה ואמר לאביו שישדכה לו (שבלא אמר שישדכה לו, פשיטא שאינה מקודשת, כדאיתא בטור שם) אך נשמר בלשונו ולא אמר שיקדשה לו. שבמקום שהבן אמר במפורש שיקדשה לו, אף שלא מינה את האב לשליח במפורש, הכל מודים שהאישה מקודשת. שבתוס' רי"ד שם דחה את פירוש הרא"ש בגמרא שם שהבן ארצי ארצויה לפני אביו, ופירש שהאב ארצי ארצויה לפני בנו שיהיה שליח לקדשה עבורו, והבן שתק. וכן פירש הרמ"ה בטור שם. וכ"פ השולחן ערוך (שם סעיף ה'). וזה פשוט שגילוי דעת של הבן בפה שרוצה שאביו יקדש לו אישה עדיף מגילוי דעת בשתיקה.

ובפתחי תשובה (אבן העזר שם סעיף קטן ה') ציין לתשובת ברית אברהם (סימן ק"א אות ט"ו) ששקל וטרי בדברי הראשונים ומסקנתו, שלדעת הרא"ש גילוי דעת של הבן בפני השדכן הוא כמינוי שליחות ולא חוששים שמא הבן חזר בו, ולדעת הר"ן גילוי דעת אינו כשליחות וחוששים שמא הבן חזר בו.

ובנדון דידן, ככל שהבעל אכן הסכים למה שעשה אביו, כל הפוסקים יודו שההסכם מחייבו על אף שלא עשה קניין ולא מינה את אביו לשליח. ואף לדעת הר"ן שחוששים שמא הבן חזר בו, בנדון דידן שהבעל היה במקום בכל זמן המשא ומתן וכתיבת הזיכרון דברים, לא חוששים לכך.

ובהסכם שעושה אב בעסקי השידוכין של בנו מסתברא טפי שההסכם נעשה על דעת הבן. כן כתב בריטב"א (קידושין שם): והא דחיישינן הכי משום דשדיך ורגלים לדבר לחוש, שאין אדם מקדש אישה לבנו שלא מדעתו. ובדרישה (אבן העזר שם סעיף קטן י') ובט"ז (אבן העזר שם סעיף קטן ו') כתבו שבאב שמצווה להשיא את בנו מסתברא טפי שהאב עושה על דעת הבן. ובדרישה כתב שיש חזקה שהאב עושה על דעת בנו, וסוקלים ושורפים על פי חזקה זו. והוא הדין והוא הטעם בענייני כספים בנדון דידן שהבן היה סמוך על שלחן אביו שהיה מעורב בכל ענייני השידוך, שמסתברא טפי שהאב עושה על דעת בנו, ודי בגילוי דעת של הבן.

ועדיין יש מקום עיון בדבר. שקצות החושן (סימן שפרק ב סעיף קטן ב') הביא את דברי הרא"ש וכתב שהאישה מקודשת לבן מדין זכין, שמשעה שהבן גילה דעתו שהוא רוצה באישה הקידושין הם זכות עבורו. וכתב שבכל מקום גילוי דעת מהני מדין זכין ולא מדין שליחות. וציין למה שכתב במקום אחר (סימן רמ"ג סעיף קטן ח') בדין זכין, שלדעת הרשב"א ותוס' בנדרים (ל"א ע"ב) לא כל דבר שאדם מגלה את דעתו שהוא חפץ בו נחשב לזכות עבורו, אלא דווקא דבר שהוא זכות בעצם שמוסיף לו דבר חדש, כגון שבעל כרי גילה דעתו שרצונו שיתקנו את כריו, ובא חברו והפריש תרומה משלו על של בעל הכרי, וכגון שבן גילה דעתו שרצונו באישה, ובא אביו וקידשה לבנו וזכה באישה עבורו. אבל דבר שאינו זכות בעצם ואין בו תוספת של דבר חדש, כגון שבעל כרי גילה דעתו שרצונו שיתקנו את כריו, ובא חברו והפריש תרומה מהכרי, וכגון שבעל גילה דעתו שרצונו לגרש את אשתו ומינה סופר ועדים ושליח, ובאו אחרים וכתבו וחתמו ונתנו גט לאשתו, אינו נחשב לזכות, ולא נאמר בו דין זכין אלא דין שליחות. ובנדון דידן לכאורה, הבעל לא זכה בדבר אלא זיכה חלק מהדירה לאישה.

אך לאחר העיון נראה שגילוי הדעת של הבעל שהוא רוצה בהסכם מהני, והאב זוכה עבורו בהסכם על כל חלקיו מדין זכין. אף שהחלק בהסכם שמתייחס לדירה אינו מוסיף לבעל דבר, ואדרבא גורע כנ"ל, כלל ההסכם הוא זכות עבורו. דהא אף בקידושי אישה יש למקדש זכות וחובה שנאסר בקרובותיה ומתחייב בשאר כסות ועונה, וכתב הקצות (סימן שפ"ב, שם) שגילוי הדעת מהני לברר שהקידושין הם זכות עבורו. והטעם, כתב במגיד משנה (הלכות זכיה פ"ד ה"ב) על פי הרמב"ן (חולין ל"ט ע"ב) שניחא ליה טפי לשאת אישה ולקיים מצוה מאשר לישב

בטל ולא להיאסר בקרובותיה. ואכתי יש לחלק, שלאחר גילוי הדעת של הבן הקידושין עצמם הם זכות, ובנדון דידן לאחר גילוי הדעת של הבעל מכירת מחצית הדירה לאישה היא חובה.

אך לאחר העיון נראה שזה אינו, שבקצות החושן (סימן רמ"ג שם) דן בדברי תרוה"ד (סימן קפ"ח) והרמ"א (יורה דעה סימן שכ"ח סעיף ג') והט"ז (יורה דעה שם סעיף קטן ב') במשרתת שהפרישה חלה מעיסה שעמדה להחמיץ בלי רשות בעלת הבית, שההפרשה היא זכות עבור בעלת הבית ומהני מדין זכין. וכתב שלדעת הרשב"א והתוס' שם, הפרשת חלה שאינה מוסיפה לבעלת הבית דבר, אינה נחשבת לזכות. ואף שהעיסה עומדת להחמיץ אין כאן זכות, שיכולה המשרתת לאפות את העיסה ולהפריש חלה לאחר האפיה ולא יגרם לבעלת הבית כל הפסד. משמע שהצלה מהפסד נחשבת זכות, אף על פי שהזוכה אינו מקבל דבר חדש. והוא הדין והוא הטעם בהסכם שיש בו זכות לבעל מחד וחובה מאידך, שנחשב לזכות עבורו, והאב זוכה עבורו בהסכם על כל חלקיו מדין זכין.

שוב ראיתי שהאחרונים דנו באריכות בגדר זכיה לפי קצות החושן. עיקרי המשא ומתן והכרעתם להלכה להלן.

דהנה באחיעזר (ח"א סימן כ"ח וכ"ט) ובאמרי בינה (הלוואה סימן י"ג) ובחזו"א (אבן העזר סימן מ"ט אות י') כתבו שקצות החושן חידש גדר בדין זכין, שזכין לאדם ואין זכין מאדם. וכלשון זהו כתב המרכבת המשנה (הלכות גירושין, פ"ו ה"ג) במענה לדברי הרב מקראטשין שנתן טעם להנהגת דייני ליסא בבעל שהשליש גט לאשתו השוטה, שהתירו למסור לאישה את הגט לאחר שהבריאה, ולא חששו לדעת המשל"מ (הלכות גירושין שם) שכתב ששליח הולכה שמינה הבעל בזמן שהאישה היתה שוטה ולא יכלה לקבל את גטה אינו שליח, מפני שניתן למסור לאישה את הגט בלי שליחות מדין זכין. והמרכבת המשנה כתב שישתקע הדבר ולא יאמר, שזכין לאדם ואין זכין מאדם, כלומר שאין זכין מהבעל את הגט. וכן כתב הדברי חיים (אבן העזר ח"א סימן פ"ו): דאין מזכים למכור דבר של חברו.. ורק לקנות דבר זוכין. ועיין במילואי חושן (על הקצות סימן רמ"ג שם) שכן משמע באו"ז (פסחים סימן רכ"ד) שחילק בין המקדיש בהמת חברו לקרבן, שאינו מועיל מדין זכין, לשוחט קרבן של חברו שמועיל מדין זכין, שמקדיש בהמת חברו מוציא ממנו ממון, ו"אין בידו להוציא ממון חברו מרשותו שלא מדעתו", כלשון האו"ז שם.

ובבאר יצחק (או"ח סימן א' ענף ג') נתן טעם לגדר זה, שקנין חל על ידי גמירות דעת של המקנה, וכשזכין מאדם, המקנה שזוכין ממנו אינו מודע לקנין. ובחידושי הגרנ"ט (קידושין סימן ק"ז) הביא את דברי הקצות, וכתב בתחילה שלפי דבריו הגדר הוא, שמדין זכין אדם יכול לפעול עבור חברו פעולות שלשמן אין צורך בבעלות ודי בהסכמה, כגון לזכות עבור חברו בממון אחר ולהפריש תרומה משלו על של חברו, אבל פעולות שלשמן צריך בעלות, אין אדם יכול לפעול עבור חברו מדין זכין. ואחר כתבו זאת, הכריח מדברי האבני מילואים (סימן ל"ז סעיף קטן י"ב) שאף בפעולות שלשמן צריך בעלות אדם יכול לפעול עבור חברו מדין זכין.

והאחרונים הביאו ראיות נכוחות מכמה מקומות בש"ס דאין הלכה כדעת הקצות והמרכה"מ: א. מהא דאיתא בגמרא בפסחים (י"ג ע"א) דמוכרים חמץ של אדם שלא בפניו בער"פ לפני זמן איסור הנאה מדין זכין. וכ"פ השולחן ערוך (או"ח סימן תמ"ג סעיף ב' וחושן משפט סימן רצ"ב סעיף י"ט).

ב. מהא דאיתא בגמרא בכתובות (י"א ע"א) שבית דין מגייר קטן מדין זכין על אף שהוא אינו זוכה בדבר. וכ"פ השולחן ערוך (יורה דעה סימן רס"ח סעיף ז').

ג. מהא דאיתא בגמרא בגיטין (ג"ב ע"א) שאפוטרופוס מוכר נכסי יתומים לצרכם, ובגמרא בקידושין (מ"ב ע"א) מבואר שדין אפוטרופוס נלמד מהפס' נשיא אחד וכו' שהוא מקור הדין שזכין לאדם שלא בפניו. וכ"פ השולחן ערוך (חושן משפט סימן ר"צ סעיף א' ו"ד).

ד. מהא דאיתא בגמרא בקידושין (מ"ו ע"א) שקטנה שהתקדשה ושמע אביה והתרצה מקודשת למפרע, וכתב הר"ן (י"ח ע"ב מדפי הרי"ף) ועוד ראשונים שמקודשת מדין זכין.

ה. מהא דאיתא בגמרא בסוטה (כ"ה ע"א) דאם תמצא לומר שהקיננוי שבעל מקנה לאשתו הוא זכות עבורו, בית דין מקנא לאשת אדם שלא בפניו, על אף שאם תיסתר תיאסר לבעלה על ידי הקיננוי.

והרבה אחרונים הכריעו דלא כמרכבת המשנה והקצות: הברית אברהם (אבן העזר סימן ק"א אות י"ט), והחת"ס (אבן העזר ח"א סימן י"א) והאחיעזר (שם סימן כ"ח), והבאר יצחק (שם ענף ד'), והאמרי בינה (שם ובהלכות תרומות סימן ו'), והחזו"א שם. ובבאר יצחק כתב שכן נראה מדברי הב"ש (סימן ל"ו סעיף קטן א') והמג"א (סימן קנ"ד סעיף קטן ג'). ודרכו בדרכם של התרוה"ד (סימן קפ"ח) והרמ"א (יורה דעה סימן שכ"ח סעיף ג'), וכ"ד הנו"כ ביורה דעה שם, הש"ך (סעיף קטן ה') והט"ז (סעיף קטן ב') והגרא" (סעיף קטן ז'), שמשרתת יוסף והב"ח (יורה דעה שם). ואף האחרונים שסוברים שאין המשרתת רשאית להפריש חלה כשאינן חשש קלקול העיסה, מודים בהא דכתב התרוה"ד שזכין מאדם, וסוברים שכשאינן חשש קלקול עיסה לא הוי זכות גמורה. ואף הקצות עצמו בספרו אב"מ (סימן ל"ז סעיף קטן י"ב) הביא את דברי הר"ן שם וכתב שכן דעת רש"י והריטב"א בנדרצה האב שהבת מקודשת למפרע מדין זכין, וכתב שדעתם היא דלא כדעת הרשב"א והתוס' בנדרים שם.

ולהלץ נברר שבנדון דידן, גם לדעת המרכבת המשנה והקצות שפיר מהני התחייבות אבי הבעל עבור הבעל מדין זכין, אף שלא ידוע שהבעל עשה קנין או מינה את אביו לשליח להתחייב בשמו.

ותחילה יש לעיין האם אכן כדברי כמה מן האחרונים הקצות והמרכבת המשנה התנבאו בסגנון אחד. שבפשוטו משמע דפליגי, שלדעת המרכבת המשנה נקודת החילוק בדין זכין

היא בין הוצאת ממון מהזוכה לקבלת ממון עבור הזוכה, ולדעת הקצות נקודת החילוק בדין זכין היא בין קבלת ממון או אישה עבור הזוכה לכל פעולה אחרת שאינה מוסיפה לזוכה, אף אם אינה גורעת. כך הבין הבאר יצחק שם, שהקשה על הקצות מהסוגיא של גר קטן שביית הדין זוכין עבורו את הגיור על אף שאינו זוכה בדבר, ואילו לדעת המרכבת המשנה כתב הבאר יצחק דשפיר בית הדין זוכה עבורו את הגיור, דעל אף שהקטן אינו זוכה בדבר, אין מוציאים ממנו ממון. ונראה שלזה כוון הבאר יצחק כשכתב שדברי המרכבת המשנה נוטים לדברי הקצות, כלומר נוטים אך אינם שווים לגמרי.

במאמר המוסגר, קושית הבאר יצחק על הקצות תמוהה, שהגר הקטן זוכה ונכנס לברית, ואין לומר שלדעת הקצות הזוכה צריך לזכות בממון דווקא, דהא כתב שאב מקדש אישה עבור בנו מדין זכין.

והנה בפשטות, לפי הטעם שכתב הבאר יצחק בדעת המרכבת המשנה והקצות שבזכיה מאדם יש חסרון בדעת המקנה, בשום מצב לא זכין מאדם. אמנם ממה שכתב בהמשך (שם ענף ד') מבואר שהדברים אינם כפשוטם. שיישב את קושית האחרונים על המרכבת המשנה והקצות מהא דאפוטרופוס מוכר מנכסי יתומים מדין זכין, וכתב שהאפוטרופוס מקבל תמורה, ואין כאן הוצאת ממון ממש. ולפי הטעם שכתב יש חסרון בדעת המקנה, מה מועילה התמורה? ובהמשך יישב את קושית האחרונים מהא דקידושי הבת מועילים למפרע מדין זכין, וכתב שאין כאן הוצאה של הבת מרשות האב, שמקבל את כסף הקידושין. וזה קשה טפי, שכסף הקידושין אינו חשוב תמורה עבור הבת או הסכמת האב לקידושיה, שעבורם משלם המקדש טבין ותקילין כדאיתא בגמרא בכתובות (מ' ע"א) שאב מקבל ממון עבור השאת בתו למנוול ומוכה שחין. בהכרח שאף למרכבת המשנה והקצות זכין מאדם. ומה שכתב הבאר יצחק בדעתם שבזכיה מאדם יש חסרון בדעת המקנה, אין רצונו לומר שבכל הוצאת ממון צריך את דעת המקנה דווקא, אלא שבהוצאת ממון על ידי מעשה של אדם אחר, אין לבעלים גמירות דעת. ובאפוטרופוס שמכר מנכסי יתומים ובת שהתקדשה, שהיתומים והאב שהם הבעלים קבלו ממון שבדרך כלל מספיק לגמירות דעת, שפיר דמי להוציא את הממון והבת מתחת ידם.

ולפי זה נראה לומר שנקודת החילוק בדין זכין לפי המרכבת המשנה והקצות היא כלשון הקצות, בין ניותא לזכיה. כלומר בין דבר שהזוכה נחוץ לעשותו וניחא לו שיעשה אך אין לו עניין בו שאינו מוסיף לו דבר, כמו הפרשת חלה מעיסתו ותרומה מכריו, לבין דבר שיש לזוכה עניין בו שהוא מוסיף לו ממון או חפץ אחר.

ולפי זה אתי שפיר טפי הא דכתב הבאר יצחק באפוטרופוס שמכר מנכסי יתומים ובת שהתקדשה, שיש ליתומים והאב שהם הבעלים ענין במכר ובקידושין, דשפיר הוי זכיה אף למרכבת המשנה והקצות.

ולכאורה הדבר מפורש בקצות שם שכתב וז"ל:

"וגם מ"ש בתרומת הדשן דמשום קלקול עיסה חשיב זכות, לא הבנתי, דהא אחר שתאפה נמי תוכל להפריש, ואף על גב דמצותו בעיסה אבל כל דליתיה לבעה"ב בשעת לישה תוכל להפריש אחר אפיה".

משמע שבמקום שיש חשש אמתי שהעיסה תתקלקל, שפיר הוי זכות והמשרתת רשאית להפריש חלה מהעיסה. אלא שיש לדחות שהקצות פליג על התרוה"ד בתרתי, שאין זכין מאדם, ואם תמצא לומר כתרוה"ד שזכין מאדם, הפרשה קודם שהעיסה תתקלקל אינה זכות, שאפשר להפריש אחרי האפיה. וכן משמע קצת מסדר הדברים בבאר יצחק שם, שהכריע להלכה כתרוה"ד והרמ"א ודלא כקצות והמרכה"מ, ולאחר מכן כתב שבמכירת חמץ לפני שנאסר בהנאה שנמנע הפסד ברור, ליחא להשגת הקצות הנ"ל.

ובאמת קשה להבין מה החילוק בין זכות מחמת תוספת ממון לזכות מחמת מניעת הפסד ממון, שבין כך ובין כך הזוכה רוצה לשמר ולהגדיל את ממונו. ולפי פשוט דברי המרכבת המשנה שפיר יש לומר שזכיה כשמה וכמשמעה היא תוספת ממון לזוכה, ומניעת הפסד, אף שאנן סהדי שבעל הממון רוצה בה, אינה בכלל זכיה. אך לפי הבאר יצחק בדעת הקצות והמרכבת המשנה החילוק צ"ב. ויש קצת דקדוק מדברי מרנא החת"ס שם שהביא את מחלוקת המרכבת המשנה והרב מקראטשין, ודחה את דברי המרכבת המשנה מכל וכל, והביא ראייה ממקור דין זכין מהפס' ונשיא אחד וכו' שמבואר בגמרא בקידושין שם שבכלל דין זכין גם שהנשיא חב ליתומים על מנת לזכות, וכתב ש"הלכה רווחת למכור חמצו של חברו בשעה חמישית מדין זכין לאדם", ולא הזכיר את דברי הקצות. ואם כנים אנחנו בביאור דברי המרכבת המשנה והקצות, דברי החת"ס מדוקדקים היטב, שלדעת המרכבת המשנה לעולם אין מוציאים ממון מאדם מדין זכין, שפיר הקשה החת"ס, ולדעת הקצות שמחלק בין נחותא לזכיה, בנשיא שחב ליתומים על מנת לזכות ובמכירת חמץ לפני שעת האיסור, וכן בהפרשת חלה כשיש חשש של קלקול העיסה שפיר הוי זכיה גמורה.

שוב ראיתי באמרי בינה שם שהביא את מה שכתבו המרכבת המשנה והקצות, ואת קושיות החת"ס, וישב את קושיותיו. את הקושיא מנשיא אחד יישב שכנגד החלק שהנשיא מוציא מיתום זה, מקבל היתום חלק אחר בנחלה, ואין כאן הוצאת ממון. ואת הקושיא ממכירת חמץ ישב שמכירת חמץ שעומד להיאסר בהנאה ולהיות כמו עפרא דארעא אינה חשובה הוצאת ממון. והוא הדין לכאורה בהפרשת חלה כשיש חשש של קלקול העיסה, דהוי זכות גמורה לדברי הכל.

וכעין ישובו של הבאר יצחק באפוטרופוס של יתומים ובת שהתקדשה, כתב החזו"א (שם אות י"א) בישוב קושית החת"ס והברית אברהם על הקצות מהדין של מכירת חמץ, וכתב שהקצות מודה במכירת חמץ שהבעלים מקבלים מעות עבור החמץ ושפיר הוי זכיה.

ואף שבנדון דידן הדירה נמכרה במחיר נמוך משוויה האמיתי, הוי זכות לבעל מפני שחפץ בהסדר הזה שכולל נישואין, ולא הוי נחותא בעלמא אלא זכות גמורה, שאם לא עכשיו אימתי. וכן כתב הבאר יצחק שם ענף ד' לגבי מכירת חמץ שאף שמוכר הרבה במעט ניחא לבעלים במכירה כדי להינצל מהפסד, וכמו שכתבו התוס' בע"ז (ע"א ע"א) שניחא לבעלים של בהמה להקנות חלק ממנה לגוי אף שווה מאתיים בפרוטה כדי שהבהמה תפטר מן הבכורה. ואף שבנדון דידן ההסכם אינו מציל את הבעל מהפסד גמור כמו התם, הא מסתברא שהבעל גילה דעתו שרצונו בהסכם שיעשה אביו, וגילוי דעת מהני שההסכם יהיה זכות עבור הבעל, כמו שכתב הרא"ש שם שכוון שגילה הבן דעתו שרוצה באישה, קידושיה הם זכות לו וזכין לאדם שלא בפניו (ואף שדברי הרא"ש מפורשים, בברית אברהם (שם אות י') כתב שגילוי דעת של הבן הוא כמינוי שליחות ממש, ואין זה מדין זכין. אך בשאר האחרונים מבואר שקידושין על פי גילוי דעת מהני מדין זכין. ועיין באחיעזר (שם סימן כ"ח אות י"ז) שהביא את דברי הברית אברהם ודחאם.

ועדיין יש מקום עיון בתוקפו של ההסכם בנדון דידן. שגם להנחתנו שהבן גילה דעתו שניחא ליה בהסכם, יש לעיין בתוקפו לפי מה שכתבו האחיעזר (שם סימן כ"ח אות ז') והחזו"א (שם אות ט' ו-י' במוסגר) שלא בכל מקום גילוי דעת מהני, אלא רק בדבר שהוא זכות גמורה עבור כל אדם. וז"ל החזו"א (שם אות י'):

"אבל במידי דאין לו טובה מוחלטת כמו שאמר לשלוחו לקנות ולמכור ולגרש ולשחרר וכיו"ב שאין הדבר מוכרע שהוא טובה והרבה פעמים אדם עושה ומתחרט בענין השליחות... ולא מהני בזה גילוי דעתא שאין כאן זכות בעצם... ובקידושין אמרינן דאם חפץ בפלונית חשיב זכות שטובה לאדם באישה שהוא חפץ וזה זכות לכל העולם".

ובאחיעזר שם כתב שבדבר שאינו זכות גמורה חוששים שמא חזר בו לאחר גילוי הדעת, ושוב לא הוי זכות עבורו. ואף חזרה בלב מהני לבטל את גילוי הדעת, בשונה ממינוי שליח. ולפי דבריהם לכאורה, בהסכם בממון, לא די בגילוי דעת של בעל הממון שניחא ליה בהסכם, וצריך שיעשה קנין או ימנה שליח. אך זה אינו, דהא גם בבחירת אישה יש שיקולים רבים, ובכל זאת גילוי דעת מהני. והכלל בזה הוא שבדבר שדרך האדם לשקול שוב ושוב, כמו במקח וממכר גירושין ושחרור עבדים, גילוי דעת לא מהני, שיש חשש שאחר כך חזר בו, ובדבר שדרך האדם לעמוד בדעתו, גילוי דעת מהני ואין חשש שאחר כך חזר בו.

ובנדון דידן שהבעל היה בסמיכות למקום שבו נערך המשא ומתן וידע על קיומו, ודאי שדי בגילוי דעת ולא צריך שהבעל יעשה קנין או ימנה את אביו לשליח, ואין חשש שחזר בו. ובפרט שמדובר בזווג שני של הבעל עם אישה ללא ילדים, שבדאי יש לו יותר רצון וגמירות דעת להסכים למעשה אביו.

שוב ראיתי שכן כתב בבאה"ט (אבן העזר שם סעיף קטן ג) בשם בית הלל שכשידוע שהבן נתרצה במעשי אביו, מהני מעשי האב לחייב את הבן, אף על פי שהבן והאב לא התחייבו בקנין. ובאוצר הפוסקים (שם אות ח') הביא דבריו ללא חולק, וכתב שכ"כ הלבוש (אבן העזר שם סעיף א'). הרי שריצוי של הבן מועיל, ולא בעינן שימנה את האב לשליח או שיקבל בקנין.

והנה הנחנו בפרק זה שהבן ידע שאביו 'סוחר בדירתו' ומן הסתם הדבר נעשה על דעתו. ברם יש אפשרות שהבן הופתע מגודל הויתור שעשה אביו, אך זה דבר שלא נטען על ידי הבעל שהכחיש מכל וכל שידע על המשא ומתן שקיים אביו על דירתו. ובצדק מבחינתו, שאם יודה שידע מהמשא ומתן ידרש להשיב מדוע לא בירר לאלתר מה היו תוצאות המשא ומתן על דירתו, וחלף זאת חתם על שטר התנאים וקיבל בקנין על כל ההתחייבויות כפי שנוכח להלן.

חלק ד': חתימת הבעל על שטר התנאים, האם מלמדת על מחויבותו להסכם?

בחלקים הקודמים עסקנו בהרחבה בקביעת העמדה ההלכתית ביחס למציאות שהיתה בזמן שנחתם ההסכם. עובר לחתימת ההסכם נחתם שטר תנאים שבו התייחסות קצרה – מעין הפניה, להסכם. על שטר התנאים חתומים אבות הצדדים והצדדים עצמם, כמו כן נעשה עמם קנין. הדיון אם כן הוא האם חתימת הבעל על שטר התנאים תומכת בטענת האישה שהבעל ידע על תוכן ההסכם, והתחייב לו במפורש בחתימה ובקנין על שטר התנאים.

ובהיות ובשטר תנאים עסקינן שרבו בו הדעות והשיטות, לא נסתפק בדיון במשמעותה של חתימת הבעל על שטר התנאים, ונרחיב את הדיון לתקופו של שטר התנאים, בדגש על ההתחייבויות הממוניות שבו.

ענף א'. המשמעות של חתימת החתן והכלה וקבלת קנין על שטר התנאים.

בפתח הדברים נאמר שעל אף שהמקרה שלפנינו שונה וחריג, ויש שיאמר "ראה זה חדש הוא" (קהלת א', י'), "כבר היה לעולמים" (קהלת שם) בעסקי השידוכים, שבן התחייב לצד השני בשם אביו והאב התכחש (ב"ש סימן נ' סעיף קטן ט"ז בשם שו"ת שארית יוסף סימן ה'), ושאל התחייב לצד השני ונתן משכון, וטען שבנו התחייב להשיב לו את מה שהתחייב, והבן טוען שהתחייב למראית עין כדי שהאב לא יבטל את השידוך (פתחי תשובה חושן משפט סימן רמ"ה סעיף קטן ב'), ושאל התחייב להשיא את בתו, והבת מסרבת (שו"ת הרשב"א ח"א סימן תשע"א, הביאו הרמ"א אבן העזר סימן נ' סעיף ו'). מה שיחודי במקרה שלפנינו שהסכסוך נמשך על פני שנות דור, ומגיע לפתחו של בית הדין רק אגב גירושי הצדדים.

שטר התנאים של הצדדים הועתק לעיל, והוא כנוסח שטר התנאים המקובל על פי הנחלת שבעה, ובלשון התחייבות ללא קנס, שמייתר כתיבת שטר תנאים נוסף (שטר תנאים אחרונים)

תחת החופה (עיי' נחלת שבעה סימן ח' אות ב' סעיף קטן ה', ופתחי תשובה אבן העזר סימן נ"א סעיף קטן ח' בשם החת"ס, וצלעות הבית לב"מ סימן י"ב, ושו"ת מהרש"ם ח"ב סימן רס"ו וח"ד סימן קט"ו וח"ז סימן ל' ו-פרק ב וח"ט סימן קי"ב בשמו ובשם עוד כמה אחרונים – ועיי' להלן, ואוצר הפוסקים סימן נ' אות נ"ב סעיף קטן א' וסימן נ"א אות כ"ד). שטר התנאים כולל התחייבות של הצדדים להינשא, התחייבות של אבי הבעל להלבישו וכו' ולתת לו את הסך שהתחייב, ושל אבי האישה להלבישה וכו' ולתת לה את הסך שהתחייב, סיכום שהחתונה תהיה לא יאוחר ממועד מסוים, ו"על ההוצאות כמדובר". הצדדים לשטר הם אבי הבעל העומד מצד הבעל, ואבי האישה העומד מצד האישה. על השטר חתומים הצדדים, החתן והכלה והערכים קבלנים. ונעשה קניין "על כל הכתוב והמפורש לעיל" עם כל הנ"ל.

המנהג לעשות זיכרון דברים בנפרד משטר התנאים הוא מנהג קדום שהובא בט"ז (אבן העזר סימן נ' סעיף קטן י"ב) ובב"ש (אבן העזר שם סעיף קטן ט"ו). וכתבו שם שהתחייבות בזיכרון דברים (בלשון ה"ט"ז והב"ש: ראשי פרקים) תלויה ועומדת עד החתימה על שטר התנאים. על דו"ד ודעות נוספות בענין, עיי' שו"ת מהרש"ם (ח"ה סימן ס"ג).

ראש לכל יש לדעת שהצדדים לשטר התנאים הם האבות, והנוסח העומד מצד החתן או הבא בכח הכלה אינו פוטר את האבות מאחריותם להתחייבויות שבשטר עד שיוכח שאכן ההתחייבות נעשתה בהרשאת החתן והכלה. לכן כתבו הפוסקים שבת שמסרבת להינשא וטוענת שאביה התחייב על דעת עצמו ללא רשותה, אינה חייבת לשלם את הקנס שנקבע בשטר. ויש פוסקים שסוברים שהאב יחויב לשלם את הקנס, שהרי הודה בעצמו שעשה על דעת בתו (עיי' נחלת שבעה שם סעיף קטן א' – ד'. ובב"ש שם סעיף קטן ט"ז חולק). וכשהוכח שהאב התחייב בהרשאת בתו, או כשהבת מודה בכך, כתב הב"ש שם שבית הדין כופה עליה לקיים את הכתוב בשטר. ואם תסרב, כתב בנחלת שבעה (שם סעיף קטן ז') שתחויב לשלם את הקנס. ועיי' בפתחי תשובה (אבן העזר שם סעיף קטן י"ד) שכן הסכמת האחרונים. וכתב בשם שו"ת עבודת הגרשוני (סימן ע"ד) שאף בת שקבלה מתנות מהחתן וגלתה דעתה לאחר השידוך שניחא לה בו ואחר כך חזרה בה, חייבת לשלם את הקנס. ובשם הבית מאיר (אבן העזר שם סעיף ו' ד"ה ובזה אפשר) כתב שהבת אינה חייבת לשלם את הקנס, אלא אם כן כתוב בשטר ההרשאה שכתבה לאביה שקבלה על עצמה בקניין לשלם את הקנס. וכ"כ בשו"ת חת"ס (אבן העזר ח"א סימן קל"ד) שבלי גילוי דעת מפורש בהרשאה, אין הבת חייבת בקנס. ובשו"ת מהרש"ם שם כתב שכלה שהיתה נוכחת בשעת התנאים ולא מחתה וכל שכן שנתרצתה, חייבת בקנס. והוא הדין וק"ו בנדון דידן שאבי החתן עמד מצדו ואבי הכלה עמד מצדה, והחתן והכלה חתמו על השטר ונעשה איתם קנין, שאין לך גילוי דעת גדול מזה, ואם יסרבו החתן או הכלה להינשא יחויבו בתשלום הקנס.

והנה בנחלת שבעה (שם אות ו') כתב שמנהג אשכנז בשטר תנאים שעושים בנוסף קנין עם החתן והכלה. ונתן טעם למנהג, כדי לתת תוקף להסכמת החתן להחזיר חצי מן הנדוניא

והסכמת הכלה לוותר על חצי מתוספת הכתובה במקרה של עידור וקטט בשנה השניה לנישואין כתקנת ריינוס (עיי'ן שולחן ערוך שם סימן נ"ג סעיף ג'). ועיי'ן בנחלת שבעה שם שבשנה הראשונה לנישואין תקנת שו"ם מחייבת מכח המנהג ללא קנין). ולכאורה משמע מדבריו שהקנין אינו מתייחס לשאר חלקי השטר. אך אין מזה ראייה, דיש לומר שהנחלת שבעה בא לתת טעם למנהג, וכתב שלקיום שאר חלקי השטר אין צורך לעשות קנין עם החתן והכלה, לאחר שהאבות כבר התחייבו על כל מה שבידם לעשות, אלא רק על ההתחייבות לקיים את תקנת ריינוס שהוא דבר שבידי החתן והכלה. ולאחר שנהגו לעשות קנין עם החתן והכלה, אין הכא נמי שהקנין מתייחס לכל חלקי השטר.

שוב ראיתי בספר פתחי חושן (ח"ט פ"ו הע' ל"ג) שכתב שנהגו בזמן הזה שהחתן והכלה חותמים על השטר ועושים קנין. והחתימה והקנין מתייחסים להתחייבותם להינשא זה לזה, ולא לשאר חלקי השטר שבדרך כלל אין בהם התחייבות ממונית של החתן והכלה. וצריך לומר שבפתי"ח מיירי בשטר תנאים הנפוץ בזמן הזה שלא נזכרים בו תקנות שו"ם וריינוס. דבודאי לא אישתימט מיניה דברי הנחלת שבעה שם שכתב שהחתימה והקנין מתייחסים לתקנה. ואכתי דבריו צ"ב, שכתבו הפוסקים שקנין על התחייבות להינשא הוא קנין דברים שאינו מועיל (עיי'ן סמ"ע סימן רמ"ג סעיף קטן י"ב וט"ז על סעיף ד' שם), ומדוע שינהגו לעשות דבר שאינו מועיל. ונראה שהפתי"ח סובר שאין לייחס את הקנין שעושים החתן והכלה להתחייבות של האבות שאין קיומן תלוי בהם - ובכך להפכם למעין ערבים להתחייבות אלו - ללא גילוי דעת מפורש. ואולם, כאשר יש בשטר התנאים התחייבות ממונית של החתן והכלה, כמו בנדון דידן שבכלל ההוצאות שבהסכם יש התחייבות בממונו של הבעל, יש לומר דאדרבא הקנין מתייחס להתחייבות ממונית. ודו"ק שהנחלת שבעה ייחס את הקנין לתקנת ריינוס ולא להתחייבות להינשא בלבד, שכל עוד יש בשטר התחייבות ממונית התלויה בחתן והכלה יש לומר שהקנין מתייחס להתחייבות זו. והוא הדין באופן הנזכר שהאב העומד מצד בנו או בתו התחייב לשלם קנס אם יבוטל השידוך, ונעשה קנין עם החתן והכלה, שהקנין מתייחס להתחייבות לשלם קנס אם יבוטל השידוך על ידם.

שוב ראיתי שהדברים מפורשים בשו"ת חת"ס שם וז"ל:

"לפי הנהוג בזמנינו בכתיבת תנאים יש ג' ענינים א' כח והרשא' מבתו והוא רק על הקישור שהיא חפצה בזיווג הזה שלא הי' בהאב שום כח לזווג אותה זולתי ברצונה וחפצה שנית הפרזת הנדן והחיובים כמה אתה נותן וכו' ואין להזוג בזה שום נגיעה וכח כי הכל מהאבות על הרוב והשלישי' קנסות וחרמות ונוהגי' לכתוב מצד העובר לצד המקיים והוא לכאור' על שניהם האבות והבנים מי מהם העובר וגורם הירוס יתחייב בקנס לפי הכתוב בתנאים והנה אם האבות גורמי' הירוס הן בהפרזת נדן וחיובים שלהם או שאינו רוצה להשיא בתו להחתן פשוט דהיינו צד העובר שיתן קנס".

הנה לפנינו שאף במקום שהבת כתבה הרשאה לאב, והאב התחייב בשטר התנאים כעומד מצד בתו, אין ההרשאה מתייחסת לכל חלקי השטר אלא לחלקים שקיומם תלוי בה, כמתן הסכמה להינשא והימנעות ממעשים המקלקלים את השידוך, ולא להתחייבות הממונית של האב, שאין קיומה תלוי בה. והוא הדין בחתן והכלה שחתמו על השטר ועשו קנין, שאין החתימה והקנין מתייחסים לדברים שאינם תלויים בהם.

ובנדון דידן שכתוב בשטר שקנו מהחתן והכלה על כל הכתוב לעיל, יש לעיין האם הקנין מתייחס אף להתחייבות של האבות בהסכם, שמוזכרת בשטר במילים: על הוצאות כמדובר, שבלשון זו חתן והכלה מקבלים על עצמם במפורש לקיים את ההתחייבות של האבות בהוצאות הנישואין במקומם, או שגם את הלשון הזו נפרש כך שהיא מתייחסת למה שנוגע לחתן והכלה בלבד.

והנה כלל הוא בדיני קניינים ושטרות, שאדם שמתחייב בקנין מתכוון להתחייב בכל דבר שהוא מנהג פשוט אצל כל האנשים באותו מקום שמתחייבים באותו ענין. ולדעת הש"ך צריך בנוסף שהמתחייב ידע שכך הוא המנהג. ועל פי זה כותבים העדים את תוכן ההתחייבות בשטר. כל דבר שאינו מנהג פשוט אצל הכל, צריך לברר עם המתחייב, ואם העדים לא עשו כן, הם אינם רשאים לכותבו בשטר, אף אם הוא נמצא ברוב טופסי השטרות באותו מקום. וכשכתוב בשטר: וקנינא מיניה על כל הכתוב לעיל, המשמעות שהעדים ביררו עם המתחייב כל פרט שכתוב בשטר. ואין המתחייב יכול להתכחש לתוכן השטר, אלא אם כן עדי השטר עצמם מסייעים לו ומעידים על פרט מסוים שלא התברר עם המתחייב והועתק מטופסי השטרות (עיין שולחן ערוך חושן משפט סימן ע"א סעיף י"ד, ובנו"כ שם. בתמצית באורים (סעיף קטן ל"ד - ל"ו)).

מתבקש אם כן, שבנדון דידן חתן והכלה יהיו מחויבים לכל מה שכתוב בשטר התנאים. ואולם נראה שדבר שאינו נוגע לחתן והכלה, אינו בכלל הקנין, דמהיכי תיתי שיעשו קנין עם החתן והכלה על התחייבות שאינה נוגעת להם. שלפי דין תורה הקנין אינו עיקר הענין אלא הסיכום וגמירות הדעת, והקנין נותן תוקף לסיכום, ובדבר שלא סוכם, לא מועיל קנין (עיין שולחן ערוך שם סימן ר' סעיף ז'). אם כן יש לומר שהלשון וקנינא וכו' ביחס לחתן והכלה אינו מתייחס לסיכומים שנעשו בין אבותיהם.

ולהלן בפרק הבא נעסוק בהרחבה בתוקפו ההלכתי של שטר התנאים על חלקיו השונים, והמעין יראה שבמקום שיש טעם בדבר, כתבו הפוסקים שהלשון: וקנינא מיניה וכו' אינו מתייחס אף להתחייבות מפורשת של האבות בשטר התנאים.

העולה מהאמור שהתחייבות החתן והכלה בלשון: וקנינא מיניה וכו' אינה מתייחסת להתחייבות שאינה תלויה בהם כמו התחייבות האבות לשלם את הוצאות החתונה. ואולם, בנדון דידן ההתחייבות בהסכם נוגעת אל הבעל בהחלט, ומתבקש שהקנין שנעשה איתו יתייחס

לחלק זה בהסכם. אמנם נראה שהכל תלוי בשאלה העובדתית שנדונה לעיל בהרחבה, האם הבעל ידע בשעת מעשה על ההסכם שעשה אביו על דירתו או לא, שאם ידע מהדבר, חתימתו וקניינו על שטר התנאים מתייחסים לחלק זה בהסכם, ואם לא ידע מהדבר, אין להעמיס על החתימה והקנין עניינים ממוניים שהבעל לא היה מודע אליהם.

לנוכח מסקנתי שיש לדחות את טענת הבעל שלא ידע מההסכם שעשה אביו, חתימתו של הבעל והקנין שנעשה איתו על שטר התנאים, מחייבים אותו לקיים את החלק הנוגע אליו בהסכם.

ענף ב': תוקפן של ההתחייבות הממוניות בשטר התנאים

בפתח הקטע הקודם הבאנו את דעת חשובי האחרונים שכתבו ששטר תנאים שנעשה בלשון חיוב מועיל ומחייב את החתומים עליו. ואולם, יש מחשובי האחרונים שפקפקו על תוקפן ההלכתי של ההתחייבויות הממוניות בשטר התנאים גם באופן הזה, ויש שפקפקו על כלל ההתחייבויות שבשטר.

הדיון בפוסקים נסוב על דברי הח"מ (סימן נ"א סעיף קטן י"א) והב"ש (סימן נ"א סעיף קטן ט') שדנו בסתירה לכאורה בתשובות מהר"י ווייל והריב"ש ופסקי הרמ"א בענין תוקפה של התחייבות האב לאחר מיתה. והח"מ חילק בין התחייבות מפורשת של האב לבן או לבת, שהיא בתוקף לאחר מותו, להתחייבות מפורשת של האב לשלם קנס, שאינה בתוקף לאחר מותו. ובשטר תנאים שהיה נוהג בזמנו הסתפק הח"מ האם הקנין שבו מתייחס להתחייבות לבן או לבת, או לקנס בלבד. והב"ש הסכים עם הח"מ במקום שיש התחייבות מפורשת, וכתב שבמקום שאין דבר מפורש לכאן או לכאן, שהאב התחייב בקנין בסתם ולא פירש אם הקנין מתייחס להתחייבות לבן או הבת או להתחייבות לשלם קנס, אמרין שהקנין מתייחס לקנס בלבד.

ובאוצר הפוסקים (סימן נ"א סעיף קטן כ"ב אות י') הביא את דברי הפוסקים שדנו בשטר תנאים שכתוב בו לשון חיוב, ובסופו כתוב: וקנינא מיניה וכו', שלדעת שו"ת בית יצחק (ח"א סימן קי"א), וצמח צדק (חושן משפט סימן ל"ב) ואמרי נועם (סימן י"ט) ומהר"י טיאה ווייל (סימן כ"ג), וכן נראה דעת העצי ארזים (אבן העזר שם סעיף קטן ח') והמאמר מרדכי (סימן פ'), הקנין מתייחס לכל ההתחייבויות שבשטר בממון ובקנס. ואת דברי הח"מ והב"ש המייחסים את הקנין לקנס בלבד, מפרש הבית יצחק באופן אחר. ובשם מהר"י טיאה ווייל שם כתב שכשכנוסף לקנין שעשו האבות נעשה קנין עם החתן והכלה, פשוט שהקנין שעשו האבות מתייחס לכל ההתחייבויות בשטר. ואילו בשו"ת בית שלמה (סימן ס"ד) ונטע שעשועים (סימן מ"א) הביאו להלכה את מה שכתב בשו"ת ראנ"ח (סימן ס"ו. ציין לו הש"ך חושן משפט סימן י"ב סעיף קטן י"ח), שמחלק בין לשון קנין שכתוב בתחילת השטר שמתייחס לכל הכתוב

בשטר, ללשון קנין שכתוב בסוף השטר: וקנינא מיניה וכו', שמתייחס לקנס בלבד, והרי הוא כאומר מפני שהתחייבתי לעשות כך וכך, קנסתי את עצמי והתחייבתי בקניין לשלם כך וכך אם לא אקיים את התחייבותי. וזה "כל הכתוב לעיל", התחייבות שתיאכף על ידי קנס.

ופשוט שהראנ"ח אינו חולק על מה שכתב הפוסקים הנ"ל (בחושן משפט סימן ע"א) שלשון: וקנינא וכו' מתייחס לכל החיובים שבשטר. ובהתחייבות שיש בצידה קנס, סובר הראנ"ח שיש טעם מיוחד לומר שהלשון: וקנינא וכו' מתייחס לקנס בלבד, שאומד דעת המתחייב הוא דלא ניחא ליה להתחייב גם בקנין וגם בקנס.

ובמקום אחר כתבו הח"מ (סימן נ' סעיף קטן כ"ב) והב"ש (סימן נ' סעיף קטן כ"א) שיש הבדל בין אב שהתחייב בשטר תנאים בקנין ובקנס, שנפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן י"ב סעיף ט') שכופים עליו לקיים את התחייבותו על אף שמוכן לשלם את הקנס, לבין אב שהתחייב בקנס אם לא יקיים את התחייבותו וקיבל על כך קנין, שהקנס 'שובר את הקנין', שאם מוכן לשלם את הקנס אין כופים עליו לקיים את התחייבותו. והנתיבות (חידושים סימן י"ב סעיף קטן ט"ו) הביאם להלכה.

הרי שאומד דעת זה מוסכם על הפוסקים, ומחלוקת האחרונים באוצר הפוסקים שם היא האם אף במקום שכתוב בשטר הלשון: וקנינא וכו' על כל הכתוב לעיל, אומדים כן את דעת המתחייב.

ובשטר התנאים בנדון דידן שאין בו קנס, יסכימו הפוסקים שהתחייבויות הממוניות תקפות.

ויש שפקפקו על תוקף ההתחייבות בשטר התנאים מטעם אחר. באוצר הפוסקים שם ופת"ח (שם הע' כ"א) כתבו בשם שו"ת ברית אברהם (חושן משפט סימן כ"ט אות י"ב. הובא בבית שלמה שם) שלפי הנוסח המקובל בשטר התנאים שנכתב על פי החת"ס, שנפתח במילים: ראשית דבר ישא החתן והכלה לשאת ולהינשא שהיא התחייבות על דברים בעלמא שאף אינם בידי אבי החתן והכלה, ודמי למה שכתב תרוה"ד (פו"כ סימן קע"ג), הביאו הדרכי משה (חושן משפט סימן ר"ג אות ג') והסמ"ע (סימן ר"ג סעיף קטן י"ט) והש"ך (יורה דעה סימן רנ"ח סעיף קטן כ"ב) והב"ש (סימן קל"ד סעיף קטן ז') באיש ואישה שהתחייבו בקנין להתגרש ושאם אחד מהם יסרב ישלם קנס לצד שכנגד, שהקנין על הגירושין הוי קנין דברים ובטל, ומתוך כך יש לפקפק גם הקנין על הקנס דדמי לקני את וחמור דלא קנה. והא דהאב חייב בקנס אם חזר בו מהשירוך ולא השיא את בנו או בתו, אינו מחמת הקנין שבשטר התנאים שאינו מועיל כאמור, אלא משום שבייש את הצד שכנגד, וכדעת הש"ך (חושן משפט סימן ר"ז סעיף קטן כ"ד) והב"ש (סימן נ"א סעיף קטן י'), ודלא כרמ"א (חושן משפט שם סעיף ט"ז) והקצות (חושן משפט שם סעיף קטן ז').

והמהרש"ם בתשובותיו (ח"ב סימן רס"ו וח"ד סימן קט"ו וח"ז סימן ל' ו-פרק ב וח"ט סימן קי"ב) דן בשטר תנאים בלשון חיוב, ובכמה מקומות (ח"ב שם וח"ז סימן ל' וח"ט שם) הורה למעשה כחת"ס וסיעתו, ובמקום אחד (ח"ז סימן פרק ב) הביא את דברי הברית אברהם להלכה, וכתב בשם שו"ת מגדל השן (סימן מ"ה) שמנהג רוב בתי הדין שלא מוציאים ממון בכהאי גוונא. והקשה דהכרעת הפוסקים דקני את וחמור קנה מחצה, כדאיתא בשולחן ערוך (שם סימן ר"ט ס"ד ור"י סעיף י"ג), ובתמצית בנתיבות (חידושים סימן ר"ג סעיף קטן כ"ג) בשם הסמ"ע שם, ותירץ בשם חכם אחד על פי מה שכתב ברשב"ם (ב"ב קמ"ג ע"א) דהא דקני את וחמור קנה מחצה הוא משום שהמקנה לא תלה את הקניה של האדם בקניה של החמור, ובשטר תנאים ההתחייבויות והקנס תלויים בנישואין. ועיי' גם במה שכתב בח"ד שם.

ובתשובה עצמה מבואר שדעת הברית אברהם שיכול המוחזק לטעון קים לי כרב המנונא בגמרא דקני את וחמור לא קנה כלום. וכ"כ הכנסת הגדולה (חושן משפט סימן ר"י הגבית יוסף אות ג') בשם הש"ג וכמה אחרונים, והפתחי תשובה (חושן משפט שם סעיף קטן ד') בשם הנודע ביהודה בכמה תשובות (חושן משפט קמא סימן כ"ה - כ"ח), והמשפט שלום (סימן ר"ג סעיף קטן ב' ו-ג') בשם שו"ת פנ"י (לבעל המגיני שלמה, ח"ב סימן צ"ב), ושו"ת נטע שעשועים שם בשם הלחם רב ועוד אחרונים. וכ"כ בשו"ת בית שלמה (שם סימן ס"ה). וכן נקטו בפסקי דין רבניים (ח"ד עמ' 374 ואילך; ח"י עמ' 115 ואילך; ח"י"ג עמ' 157 ואילך). ואילו בפסק דין של בית הדין בחיפה (חט"ו עמ' 221 ואילך) נקטו בפשטות שקנה מחצה, ולא הביאו את דברי האחרונים הנ"ל.

ובשו"ת פנ"י ונטע שעשועים ובית שלמה שם כתבו שזו אחת הדעות במרדכי (ב"ב סימן תר"ה) שהביא הרמ"א (בסימן ר"ג שם), ויכול המוחזק לטעון קים לי כוותה. ודלא כסמ"ע והנתיבות שכתבו שהרמ"א הכריע כמ"ד שקנה מחצה.

והנה דעת רוב הפוסקים שהעיקר לדינא שקני את וחמור קנה מחצה, כהכרעת מרן השולחן ערוך (חושן משפט, סימן ר"י סעיף י"ג) והרמ"א (סימן ר"ג שם וסימן ר"ט סעיף ד'), והט"ז (אבן העזר סימן מ"א סעיף קטן ג'), והב"ש (אבן העזר שם סעיף קטן ה'), והח"מ (אבן העזר שם סעיף קטן ה'), והתומים (סימן ס"א סעיף קטן ב'), והחת"ס (חושן משפט סימן קע"ג), והמהרי"ט (ח"ב סימן כ"ט) והמהרש"ם שם ועוד רבים. ולדעת הש"ג והנודע ביהודה וסיעתם שיכול המוחזק לטעון קים לי שקני את וחמור לא קנה כלום, בכל שטרי התנאים בין אלו שנעשו על פי הנחלת שבעה (נוסח אשכנז) בדרך של קנין וקנס ובין אלו שנעשו על פי החת"ס בלשון חיוב בלי קנס, הואיל ויש בהן התחייבות לשאת ולהינשא, וקנין על כל מה שכתוב ומפורש וכו', דמי לקני את וחמור, ואין מוציאים על פיהם ממון.

ועל חיוב הקנס בשטרי התנאים שאין חולק שהוא מחייב, נאמרו כמה טעמים. הברית אברהם תירץ כנ"ל שהחיוב אינו מכח הקנין אלא מדין בושת. וציי' למה שכתב הש"ך והב"ש

שם. ואף למה שכתב הגר"א (חושן משפט סימן ר"ז סעיף קטן נ"ז) והפתחי תשובה (אבן העזר סימן נ' סעיף קטן י"א) בשם הבית מאיר בדעת הש"ך שהחיוב הוא מכח המנהג מעין דין סיטומתא, אין כאן קנין אחד על ההתחייבות להינשא ולשלם קנס, ולא שייך לדין קני את וחמור. ובבית שלמה ונטע שעשועים שם תירצו על פי מה שכתב לעיל בשם המהרנא"ח, שהלשון וקנינא וכו' מתייחס לקנס בלבד ולא לשאר הדברים שבשטר.

ולפי דבריהם בשטרי התנאים הנפוצים בזמננו בנוסח של חיוב ללא קנס, יכול המוחזק לטעון קים לי כפוסקים הנ"ל ולהיפטר לגמרי מכל התחייבויותיו בשטר התנאים. זאת ועוד, שלדעת כמה אחרונים הנוסח המקובל: וקנינא וכו' על כל וכו', גרע טפי, שכולל את כל הדברים הנקנים כאחד ותולה בקניינו של זה בקניינו של זה. וכ"כ הח"מ והב"ש שם בביאור הא דכתב השולחן ערוך (אבן העזר שם סעיף ג'). ציין לו בש"ך חושן משפט סימן ר"י סעיף קטן ג') במקדש אחיות ונוכריות בלשון כולכם מקודשות לי, דיש אומרים שאף הנוכריות אינן מקודשות. וכ"כ הפתחי תשובה (חושן משפט סימן ר"ג סעיף קטן ד') בשם הנודע ביהודה, והוסיף שהלשון וקנינא וכו' על כל וכו' אף הוא לשון כולל. דעה נוספת של המגיד משנה (הלכות אישות פ"ט ה"ב) והר"ן (קידושין כ"ב ע"א מדפי הרי"ף) וכע"ז בקצות (סימן ר"י סעיף קטן ה'), שיש לחלק בין קונה אחד שמקפיד לקנות את הכל לקני את וחמור שיש שני קונים, נכללת בשלשת הדעות במרדכי שם כמה שכתב הקצות, ובמחלוקת האחרונים בהכרעת הרמ"א בסימן ר"ג שם. חילוק נוסף שכתב החת"ס שם, שבקני את וחמור יש חיסרון בקונה ובמקדש אחיות ונוכריות יש חיסרון בדבר הנקנה, נדחה על ידי החת"ס מההלכה.

לנוכח דעת האחרונים שסוברים שמוחזק יכול לטעון קים לי כמאן דאמר שקני את וחמור לא קנה כלום, ודעת האחרונים שסוברים שאף למ"ד שקנה מחצה, בלשון כוללת לא קנה כלום, מתבקש אם כן שלא יהיה ניתן לגבות בשטרי התנאים הנפוצים בימינו, כפי שכתב המהרש"ם בשם שו"ת מגדל השן שכך היה מנהג בתי הדין בזמנו. ואולם המהרש"ם עצמו פסק בכמה תשובות שמוציאים ממון על פי שטר תנאים זה. ומבירור שנערך עם כמה בתי דין חשובים שעוסקים אורח קבע בענינים מעין אלו עולה שמעשים שבכל יום שמוציאים ממון על פי שטרי התנאים אלו. ודא צריכא רבה.

ונראה לתת טעם בדבר לאחר הקדמה. דהנה כתב הנודע ביהודה (תניינא חושן משפט סימן כ"ח) שאף לדעת רב המנונא שקני את וחמור לא קנה כלל, אין זאת משום שיש חיסרון במעשה הקנין שהוא לכשעצמו טוב ומועיל, אלא שיש אומדנא ברורה שהמקנה והקונה לא רצה להקנות לזה בלי שיקנה לזה (ובשו"ת מהרי"ט (ח"ב סימן כ"ט) כן כתב בשם הר"ן. ובשם הראב"ד כתב שהמקנה לחברו ולחמור מתכוון לשטות בו. וכתב שבלי אומדנא ברורה אין לבטל קנין גמור, שדין זה דקני את וחמור חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו. ואם הדברים כן לדעת רב המנונא שלא קנה כלל, ק"ו לדעת רב נחמן שקנה מחצה, שאף באופן שלדעת כמה פוסקים יש אומדנא וטעם מיוחד לומר שלא קנה זה בלי זה, כגון בלשון כוללת לדעת הח"מ

והב"ש, ובהתחייבות בשטר תנאים לטעם המהרש"ם בדעת הברית אברהם, צריך שתהיה אומדנא ברורה לבטל את ההקנאה.

ואומדנא ברורה זו המבטלת קנין, אינה אומדנא כללית בדעת בני אדם אלא אומד דעת המקנה והקונה שעשו קנין אחד על כמה דברים וגילו דעתם שרצונם לתלות את ההקנאות זו בזו. ולדעת רב המנונא די בגילוי דעת זה, ולדעת רב נחמן לא די בגילוי דעת זה וצריך טעם או גילוי דעת נוסף.

ובשטרי תנאים הנעשים בזמנינו נראה דליכא אומדנא ברורה שרצון הצדדים להתנות את ההתחייבות בשטר התנאים, בהתחייבות לשאת ולהינשא, מכמה טעמים. ראשית, בזמן הזה מקפידים לעשות זיכרון דברים (ראשי פרקים) בנפרד משטר התנאים. על ההתחייבות בראשי פרקים חותמים האבות ויש שאף עושים קנין כדין, שתוקפו מותנה בחתימה על שטר התנאים כמו שכתבו האחרונים. והואיל ושטר התנאים הוא בבחינת קיום תנאי ואינו נחוץ להחיל את ההתחייבויות העיקריות, אין בעובדה שנעשה קנין אחד על שטר התנאים גילוי דעת שאומד דעת הצדדים להתנות את ההתחייבויות אלו באלו. שנית, בזמן הזה מקפידים שאף החתן והכלה מתחייבים בקניין וחותמים על שטר התנאים. ואין כל טעם וסברא לומר שהאבות שמקבלים קנין על שטר התנאים, מתנים את ההתחייבויות שבשטר בתוקפה של ההתחייבות לשאת ולהינשא שהיא מעצם טיבה התחייבות של החתן והכלה שמקבלים קנין בנפרד.

ואף לפי מה שכתב המהרש"ם, שההתחייבות לשאת ולהינשא שאני שהיא עיקר ההתחייבות, וכל ההתחייבויות האחרות תלויות בה, פשוט שאין כאן אומדנא כללית שזה רצונם של כל המחותנים בעולם (מעין מה שכתב הסמ"ע בר"ס רמ"ה) אלא טעם נוסף לומר שאומד דעת הצדדים שקבלו קנין אחד על כל הכתוב בשטר הוא שההתחייבויות תהינה תלויות זו בזו. ובשטרי תנאים בזמנינו שהתקבע המנהג לעשותם באופן האמור, אין בקנין גילוי על אומדנא ברורה של הצדדים להתנות את החיובים אלו באלו.

הארכנו בסוגיא דקני את וחמור, אך זאת יש לדעת שאלמלא דבריו המפורשים של הברית אברהם, היה מקום לומר שהקנין בשטר התנאים כלל לא מתייחס לנישואין אלא להתחייבויות הכספיות שבשטר, ולא דמי למה שכתב התרוה"ד במקבל קנין לגרש ולשלם קנס, דהתם קיבל קנין במפורש על הגירושי, משא"כ בקנין בשטר תנאים שנכתב בסוף השטר, דשפיר יש לומר שמתייחס רק לענייני ממון. וכ"כ בנטעי שעשועים שם, שאין להביא ראיה מהנדון בתרוה"ד לנדון בשטר תנאים.

וכן משמע ממה שכתב לעיל בשם הנחלת שבעה שנהגו לעשות קנין עם החתן והכלה כדי לתת תוקף להתחייבותם לקיים את תקנת ריינוס, ולא כתב שהקנין מתייחס להתחייבות בענין הנישואין. ודלא כמה שכתב לעיל בשם הפת"ח. ובנדון דידן שכתוב בשטר התנאים "ומחמת קטט ועידור יעשו כתקנת שו"ם", נראה שגם לדעת הפת"ח הקנין של כל הצדדים אינו מתייחס

לנישואין אלא לענייני ממון. ואין כ"כ ראייה מדברי הנחלת שבעה, שאפשר שנתן טעם למנהג לקבל קנין מהחתן והכלה, ולאחר שנהגו בכך שפיר יש לומר שהקנין מתייחס אף להתחייבות בענין הנישואין.

והנה הטעמים שכתבתי לחלק בין שטרי התנאים הנהוגים היום לשטרי התנאים שבהם דנו הפוסקים נכונים ביחס לאבות הצדדים, ואולם ביחס לבעל לכאורה, לדעת הברית אברהם שהקנין בשטר התנאים מתייחס לכל הכתוב בשטר, שפיר יש לומר שלדעת הש"ג והנודע ביהודה וסיעתם יכול הבעל לומר קים לי כדעת רב המנונא שהקנין שעשה אינו מחייבו.

ואולם, להתחייבות הבעל יש תוקף מטעם אחר, מדינא דרב גידל (כתובות ק"ב ע"ב) דהן הן הדברים הנקנים באמירה וכן פסק השולחן ערוך (אבן העזר סימן נ"א סעיף א'). וברמ"א (אבן העזר שם) הביא להלכה את דברי הריב"ש (סימן שמ"ה) שבהתחייבות של האיש והאישה, אין הבדל בין נישואין ראשונים לשניים. ובנודע ביהודה (שם סימן כ"ו ו-כ"ח) פסק שבהתחייבות שתקפה מדינא דר"ג, לא נאמר הדין דקני את וחמור, שעל כל התחייבות יש דיבור נפרד.

ואף שיש לבעל דין להשיב, שבח"מ (אבן העזר שם סעיף קטן ב') כתב שהריב"ש לא החליט דין זה שאף בנישואין שניים איתא לדינא דר"ג, ובאוצר הפוסקים (סימן נ"א סעיף קטן ד') הביא חבל פוסקים שחולקים על הריב"ש. וכן ששטר התנאים לא נעשה בשעת קידושין, וליכא כאן "עמדו וקידשו". כבר הוכרע בפסקי דין רבניים (ח"ד עמ' 193 ואילך; ח"ח עמ' 294 ואילך) הלכה למעשה כדעת הרמ"א והריב"ש, ושכתיבת תנאים שלא בשעת קידושין שקולה כמו אמירת תנאים בשעת הקידושין.

המסקנה: ההתחייבות לשאת ולהינשא אינה מערערת את תוקפן של ההתחייבויות הממוניות של הצדדים ואבותיהם בשטר התנאים.

ויש שפקפקו על תוקף ההתחייבות בשטר התנאים בלשון חיוב מטעם אחר. בברית אברהם (שם אות ט' במוסגר) ציין לדברי הנודע ביהודה (קמא חושן משפט סימן כ"ה) בשם הר"ש הלוי (הביאו הכנסת הגדולה חושן משפט סימן ס' הגה"ט סעיף ל"ו) שלשון התחייבות אינו מועיל בקנין אלא בדרך הודאה. ובמהרש"ם (ח"ז סימן פרק ב) הביא דבריו, וציין למה שכתב בספרו משפט שלום סימן ר"ט (ע"ד ע"ב) שהנודע ביהודה (שם סימן כ"ח) הסכים עם מה שכתב חתנו (שם סימן כ"ז) בדעת הר"ש הלוי, שלשון התחייבות מועיל בדרך הודאה, שאומר מודה אני או היו עלי עדים שאני מתחייב, וללא לשון הודאה, אף שלא כתב לשון עתיד "מתחייב ליתן" אלא לשון הווה "מתחייב בכך וכך", לא מהני.

והנה בנודע ביהודה (שם סימן כ"ה ו-כ"ז בתשובת חתנו, וסימן כ"ו וכ"ח בתשובת עצמו) שו"ט בדברי הר"ש הלוי. אך כתב (שם בסימן כ"ה) שדעת הסמ"ע דלא כר"ש הלוי (וכן נרמז בכנסת הגדולה שם), וכן דעת הראשונים והאחרונים שפסקו שאדם מתחייב בדבר שלא בא לעולם כדאיתא בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ר"ט סעיף ד'). ואף שבכל המשא ומתן שם

לא נכתב בכירור שאפשר לטעון קים לי כר"ש הלוי, מהא דהביאו דבריו וש"ט בהם משמע שאפשר לטעון כן.

והנה תשובת הר"ש הלוי לא היתה לפני הנודע ביהודה וחתנו כפי שהעידו על עצמם. ואנו שזכינו לספרו, לא מצאנו את התשובה לפי הציון השגוי בכנסת הגדולה בחושן משפט סימן ב' אלא בסימן ה', שם עסק בין היתר במי שקיבל קנין ואמר שהוא מתחייב לתת או ליתן, וכתב שזהו קנין דברים, על אף שהשתמש בלשון מתחייב, שהלשון מתייחסת לתוכן ההתחייבות לעשות מעשה ולא לממון. וכסיעתא לדבריו, העתיק את לשון הטור (חושן משפט סימן קנ"ז) שכתב וז"ל:

"וכתב הרמ"ה ומיהו דוקא דקנו מיניה דמיחייב ליתן כן וכך דדרך הודאה הוא א"נ דרך שיעבוד דשיעבוד נפשיה להכי ולא קנין דברים הוא אבל אם קנו מידו לתת כך וכך או לבנות כיון שאין קנין נופל על החיוב ולא על גוף הממון אלא על הנתינה עצמה והנתינה אין בה ממש אלא מעשה בעלמא הוי קנין דברים".

הנה כי כן כותב הר"ש שלשון מתחייב שאינה מתייחסת למעשה אלא לממון או לגוף המשועבד, מהני. ודלא כמו שסברו הנודע ביהודה וחתנו.

שוב ראיתי במשפט שלום שם שתמה על שו"ת נטע שעשועים שם שדחה את דברי האומרים שיש להוסיף ללשון חיוב את המילים "את עצמו" כדי שיובן שהחיוב חל על גופו, וכתב שאין בכך צורך שכל לשון חיוב מועילה. והעיר המשפט שלום על הנטע שעשועים שלא היו לפניו דברי הכנסת הגדולה שם. ומדבריו הקצרים נלמד שהריעותא בלשון מתחייב לפי הר"ש הלוי היא שאין אמירה מפורשת שהחיוב חל על גופו של המתחייב, ולכן צריך המתחייב לומר לשון הודאה שהתחייב בעבר, דאז יש לומר שבודאי התחייב כדין ובאופן המועיל. אך כשיש אמירה מפורשת שהחיוב חל על גוף המתחייב, מהני אף ללא לשון הודאה. מבואר שאף המשפט שלום שדרך בדרכם של הנודע ביהודה וחתנו מסכים שלשון מתחייב שמתייחס במפורש לגוף המתחייב מהני.

ובנדון דידן, הלשון הכתוב בשטר התנאים: מתחייב עצמו, מועיל אף לדעת הר"ש הלוי.

עוד כתב המהרש"ם שם, שלפי מה שכתב המהרשד"ם (חושן משפט סימן כ"ט) שלשון עבר "התחייב" או "התחייבתי", אינו לשון התחייבות אלא סיפור דברים בעלמא, יש לפקפק על שטרי התנאים שנעשה בהם שימוש בלשון זו.

ועיין בספרו משפט שלום שם, שהריעותא בלשון התחייב לפי המהרשד"ם היא שההתחייבות נעשתה בעבר והקנין נעשה עכשיו. לכן בשטר שכתוב בו וקנינא מיניה וכו' משמע עכשיו, וכ"ש כשכתוב במפורש שהקנין נעשה מעכשיו, לשון עבר אינו מועיל, ובשטר שאין בו גילוי שהקנין נעשה עכשיו, אף שכתוב לשון עבר "התחייבתי בקנין" או "נטלתי

קנין", השטר כשר, שיש כאן לכה"פ הודאה שבעבר היתה התחייבות בקנין. ובשטר שכתוב בו שהקנין נעשה באופן היותר מועיל לפי תקנת חז"ל, מהני גם לשון עבר וקנין עכשיו, שיש כאן הודאה שהכל נעשה באופן המועיל. וכתב שהחת"ס בתשובה (חושן משפט סימן ק"כ) נשאל על שטר צוואה שנכתב בו לשון עבר "התחייב" ושהזוכה קונה מעכשיו, ואף שנכתב שם שהקנין נעשה באופן היותר מועיל לפי תקנת חז"ל, פקפק בו החת"ס וכתב שאף אם נאמר שנעשה קנין על ההתחייבות בעבר, הא כעת כבר הדרא סודרא למריה.

והנה בנדון דידן, כתוב בשטר לשון מתחייב אבי החתן ואבי הכלה, ובסיפא נכתב: וקנינא וכו', ולא נכתב כתקנת חז"ל. לשון זו מועילה לכל הדעות. ואף שהבעל התחייב בלשון קצרה: וקנינא מהחתן וכו' ולא נזכר לשון חיוב, ההתחייבות מתייחסת ללשון שהוזכרה לעיל בשטר שהיא לשון מועילה.

עוד בענין תביעת ההתחייבות בשטר תנאים לאחר מות האב, ובענין תוספת חיזוק שיש בלשון וקנינא וכו', עיין במהרש"ם (ח"ד שם) ובפת"ח (שם הע' כ"א), ובאוצר הפוסקים שם בשם שו"ת שמן ראש (סימן י"ח) ובמשנה למלך (הלכות זכיה פ"ו ה"א) אם אומדים דעת האב שלא התחייב על דעת כן שהבן או הבת יקבלו את מה שהתחייב בנוסף לחלקם בירושה.

חלק ה': האם הפעולות שעשה הבעל במהלך הנישואין מלמדות על מחויבותו להסכם או מחדשות חיוב כלפי האשה לקיים את ההסכם.

בפרק העובדתי עסקתי בהרחבה במה שאירע בתקופת הביניים שבין נישואי הצדדים לרכישת דירה [ב], וכתבתי שלכאורה יש כאן שטר ושוברו עמו. השטר היינו רצף פעולות שעשה הבעל בין השנים תש"ס לתשס"ג, המלמדות על שיתוף האישה בדירה, ושוברו היינו הסכמתה התמוהה של האישה לוותר על תצהיר העברת הזכויות לצורך חיסכון של כמה אלפי שקלים בתשלום למס רכישה. מסקנתי אם כן היתה, שככל שהתצהיר הוא הסכם, ביטולו הוא ביטול הסכם. ואולם, יש לדון במשמעויות נוספות של חתימת הבעל על התצהיר כדלהלן:

ענף א': תוקפו ההלכתי של התצהיר.

האישה טענה שלתצהיר יש דין של מעשה קנין, מדין שטר, אודיתא או סיטומתא. הבעל השיב לטענות אלו בטוב טעם ודעת. אך דעת בית הדין היא שטענה זו אינה צריכה לפנים. מעשה קנין הוא מעשה שיוצר מצב קנייני בגוף הממון, והתצהיר מעצם היותו מסמך משפטי פורמלי שמשמש לביצוע פעולה רישומית המסיימת עסקה במקרקעין לפי חוק, אינו יכול להיות מעשה קנין. בפרט בנדון דידן שבו נקבע מפורשות שהדירה תעבור על שם הצדדים בטאבו. לכל היותר יכול התצהיר להיות אמצעי לביצוע קנין באמצעות שינוי הרישום בנכס.

וחתימה על תצהיר תחשב כאמירת 'לך חזק וקני', שעל פיה יכול המקבל להשלים את פעולת הרישום והקניין.

טענה אחרת של האישה, שהתצהיר הוא הסכם להעברת זכויות. ותוקפו ההלכתי כשל הסכמים בני זמנינו שעיקרם התחייבות לבצע פעולות שונות, ונקבע בכמה פסקי דין שדינם כדין קנין סיטומתא דמהני. אכן חתימה על תצהיר מלמדת על קיומו של הסכם בעל פה או בכתב להעביר זכויות במקרקעין. בהסכם בין מוכר לקונה מקובל להפקיד תצהיר בנאמנות אצל עו"ד מוסכם שמחזיק גם ביפוי כח בלתי חוזר לביצוע ההעברה. בהסכם העברה ללא תמורה שמבוסס על אמון שבין הצדדים, סביר שהצדדים יסתפקו ביפוי כח חוזר (הדיר). ואולם, יכול בעל הנכס לטעון שנקבעו תנאים שונים לביצוע העברה ונטל ההוכחה על התובע.

ובנדון דידן לא היתה מחלוקת שהתצהיר נועד ליישם את ההסכם. המחלוקת היא האם מדובר בדבר אמת או בדבר שנעשה למראית עין. ואולם, לנוכח מעשה האישה שוויתרה ביודעין ובידים על התצהיר, לא ניתן לקבוע על פי התצהיר שקיים הסכם נפרד בין הצדדים, שכלל שישנו כזה הרי הוא בוטל על ידי הצדדים.

ענף ב': משמעותו ההלכתית של התצהיר.

הדיון אם כן הוא בדיני טוען ונטען, בדגש על טענת הבעל שההסכם אינו מחייבו. לענין זה יכול התצהיר לשמש כראיה לסתור את טענת הבעל. דאם אכן כדבריו, מדוע פעל כדי להוציא את ההסכם אל הפועל. טענת הבעל שרצה לשטות באישה ולסלק את תלונותיה מעליו, תבחן שהלך.

דהנה איתא בגמרא בכתובות (ק"ט ע"א):

"העורר על השדה והוא חתום עליה בעד, אדמון אומר השני נח לי והראשון קשה ממנו, וחכמים אומרים איבד זכותו."

ואיתא בגמרא בב"ב (ל' ע"ב) שאף לחכמים, אדם עשוי לומר דברים שסותרים את טענתו, אך לא לעשות מעשה ולחתום על שטר שתוכנו סותר את טענתו. וכ"פ השולחן ערוך חושן משפט (סימן קמ"ז, סעיף א' ו-ה'). וכתב הרמב"ם (הלכות טוען פט"ו ה"א), שאף כאשר השדה שהעד עורר עליה אינה השדה שנמכרה בשטר אלא שדה שנמצאת על מיצרי השדה שנמכרה, העד העורר איבד את זכותו. וכ"פ השולחן ערוך (שם סעיף ב').

והרא"ש (בשו"ת כלל ע' סימן ג') נשאל על אלמנה שהיה לה דין ודברים עם בנה על עיזבון בעלה, ומשכנה בית של עיזבון בעלה לאחר, ובא בנה ושכר את הבית מהממשכן, וכעת טוענת האלמנה שהבן שכר בית מהממשכן שמחזיק בו מכחה, איבד את זכותו בבית. והשיב שהדין עם האלמנה, שבן שטוען שהבית שלו אינו שוכרו ממי שמחזיק בו שלא כדין מכח אמו.

מבואר ברא"ש שאף עורר שעשה מעשה שאין בו הודאה מפורשת הסותרת את טענתו, איבד את זכותו. וכ"פ הרמ"א (חושן משפט שם). ורש"י (כתובות שם ע"ב ד"ה נאמן) והריטב"א (כתובות שם ע"א) כתבו דאף כאשר אין למוחזק כל ראיה לטענתו מלבד חתימת המערער על השטר, ולמערער יש עדות שהמוחזק גזל את השדה ממנו, המערער איבד את זכותו (ועיין תומים סימן קמ"ז סעיף קטן א' שהניח דין זה בצ"ע).

והנה בנדון דידן הבעל חתם על תצהיר העברת זכויות לאישה, הגיש דווח לרשויות המס, והפקידו אצל עו"ד בצירוף יפוי כח, ועשה מעשים נוספים שסותרים את טענתו שהסכם אינו מחייבו. ואף שאין כאן הודאה מפורשת שהסכם מחייב, והבעל מוחזק גמור בדירה, שפיר דמי להוציא ממנו מומן על פי מעשיו.

ואולם טוען הבעל שהיה מודע למשמעות מעשיו, ולכן הקפיד שלא לעשות מעשה שאינו הפיך, והנחה את עו"ד שלא להשלים את העברת מחצית הדירה על שם האישה.

והנה מעיון בדברי הפוסקים עולה שמעשה שמבטל טענה צריך להיות מעשה משמעותי שלא מתקבל על הדעת שיעשה על ידי מי שטוען טענה כזו, ולא דווקא מעשה שאינו הפיך. כך נראה מדברי הרא"ש שם שכתב שהבן ששכר דירה מהממשכן איבד את זכותו, אף שמדובר בשכירות לזמן. אמת שכתב הריטב"א שם שעורר על שדה שחתם כעד אחד על שטר למכירת השדה, לא איבד את זכותו. והריב"ש (סימן רנ"ב) כתב שעורר על בית שהוסיף את חתימתו לכבוד בעלמא לאחר שחתמו שני עדים על שטר למכירת הבית, לא איבד את זכותו. וכ"פ הרמ"א (חושן משפט שם). ואולם מעשים אלו אינם נחשבים לכלום בעיני העורר, שמן הסתם אף אינו מתעמק בתוכן השטר לפני החתימה. אך המעשים שעשה הבעל בנדון דידן, שחתם על תצהיר על אף שהיה מודע לכך שהתצהיר יכול לשמש כראיה להסכמה פשוטה או מותנית על העברת זכויות, ודווח על כך לרשויות המס, על אף שהיה מודע לכך שיחויב בתשלום מס, הם מעשים משמעותיים שלא מתקבל על הדעת שהבעל היה עושה אותם אלמלא היה מחויב בכך.

אמת שיש זוגות רבים שמעבירים זה לזה במתנה זכויות בנכסים משמעותיים יותר. יש גם כאלה שחשים חוב מוסרי לקיים את ההתחייבות של אביהם בשידוך על אף שמדובר ברכושם. אך בנדון דידן, לנוכח קיומו של ההסכם ברקע, לא מתקבל על הדעת שהבעל יעשה פעולה שכזו שכל בר דעת יקשרה להסכם, בלי שיבהיר מראש שהוא אינו מחויב להסכם. גם האפשרות שהבעל חש איזה חוב מוסרי כלפי אביו נשללת לנוכח הדברים שאמר הבעל על מעשי אביו כמוטעם בפרק העובדתי. למעשה, בשום שלב לא נטען שהפעולות שביצע הבעל נעשו מתוך רצון לתת לאישה מתנת חנינם או מתוך רגש כבוד של הבעל לאביו, אלא כדי לקיים את ההסכם, לדברי האישה באמת ובתמים, ולדברי הבעל למראית העין.

וטענת הבעל שעשה את הפעולות הללו למראית עין כדי להטעות את האישה, ראוייה לבחינה. דהנה איתא בגמרא בכתובות ובשולחן ערוך ובנושאי כלים שם שעורר על שדה

שחתם כעד יכול ליישב את הסתירה בין חתימתו לבין טענתו בכמה דרכים. והוא הדין לכאורה בנדון דידן, שהבעל יהיה נאמן בטענתו שעשה את הפעולות הנ"ל למראית העין בלבד. ואולם לאחר העיון נראה שטענת הבעל גריעא טפי. דהא איתא בגמרא במסכת בבא בתרא שם ובשולחן ערוך (שם סעיף ה') שמעשה של העורר על השדה שסותר את טענתו גרע מאמירה של העורר בעל פה. ובטענת השטאה מעין זו של הבעל מבואר בשולחן ערוך (שם סימן פ"א באורך), שאף כשהיא מתייחסת להודאה בעל פה, היא טענה גרועה שאין לקבלה אלא במקרים מסוימים. ובנדון דידן שהבעל חתם על תצהיר ודווח על עסקה לרשויות המס, גרע טפי מטענת השטאה בעלמא, כדאיתא בשולחן ערוך (שם סעיף י"ז ו-י"ט) שהמודה בשטר בכתב ידו, אינו נאמן לטעון טענת השטאה. וכ"ש בנדון דידן שהחתן חתם על תצהיר ואף עשה מעשה ודווח על העסקה לרשויות המס.

ואם יטען הטוען, שכשם שהחתימה של הבעל על התצהיר היא הוכחה שההסכם בין האבות היה מחייב, כך ביטול התצהיר יוכיח את ההיפך. אך זה אינו, דהא אף אם נאמר שביטול התצהיר מבטל את התחייבות הצדדים לבצע את ההעברה שמוכחת מתוך התצהיר, אין הביטול מבטל את ההסכם, ואת ההוכחה ממעשיו של הבעל שההסכם מחייבו. מה שכן ניתן ללמוד מהביטול, שהאישה ויתרה על ישומו של ההסכם באותה העת משיקולי מס. ואולם משנתגלע הקרע בין הצדדים והחלו ההליכים, עמדה האישה על ישומו של ההסכם, שכפי שהוכח ממעשיו של הבעל הוא תקף ומחייב את הצדדים.

שוב ראיתי בשו"ת מהרשד"ם (חושן משפט סימן רכ"ג) שכתב וז"ל:

"דע"כ לא פליגי אדמוון ורבנן אלא להחזיק המחזיק במה שבידו אבל להוציא המחזיק בטענה שהוא חתום עליה לבד ואין לו למערער טענה אחרת כלל ולע"ד דפשיטא דאפי' רבנן מודו דלא אבד המחזיק זכותו אפי' בחתימתו. וכ"ש בדברים... כי כל מ"ש הר' יונה ז"ל היינו למערער שידענו שהחז' שלו וזה המחזיק אין לו טענה שלקחה מאדם ידוע אלינו שהיה הקרקע שלו אלא שאכלה שני חזקה אז יש חילוק בין אם כפר או לא כפר כמ"ש הר' יונה ז"ל אבל כשהמחזיק טוען עם אדם מערער שאין לו ראיה שהיתה שלו ולא שקנא' מאדם ידוע אלינו שהוא שלו אלא שרוצה להוציאו מיד המחזיק בטענה אתה אמרת כו"כ כלהו מילי דכדי נינהו וכמו שמצינו גדולה מזו בראובן שתבע מנה מש' והודה לו כן בפני עדים שיכול לטעון משטה הייתי בך ואפי' טען להדרכי משה פטור דמילי דכדי לא דכירי אינשי".

בתשובה זו המהרשד"ם משיב לטיעוני הרב השואל שלא הובאו במלואם בגוף התשובה. לשון התשובה אינו ברור כל כך וקצר. להלן אבאר את הדברים לענ"ד בתוספת תמצית המשא ומתן בין המהרשד"ם לרב השואל שלא הועתק כאן, ושנחוץ להבנת הדברים.

המהרשד"ם נשאל על אדם שהחזיק ג' שנים בקרקע, וערער עליו אדם אחר וטען שהקרקע

שלו, והמחזיק השיב שקנה את הקרקע מפלוני שדר בה חד יומא, באופן שהדין עמו (עיין שולחן ערוך שם סימן קמ"ו סעיף י"ד). ושב המערער וטען שהמחזיק אמר לו שאין לו זכות בקרקע ויעץ לו שיקנה את הקרקע מאותו אדם שמכרה לו, והמחזיק הכחיש (המהרשד"ם שם כתב שהענין לא התברר, אך לצורך הדיון ההלכתי מקבל את טענת המערער). וטען הרב השואל שהמקרה דומה למה שכתב הטוש"ע (חושן משפט שם סעיף י"ז) בשם רבנו יונה, במקרה הפוך שהמחזיק טען שהמערער יעץ לו ללכת ולקנות את הקרקע מפלוני, והמערער כפר בטענה, ובאו עדים והעידו שאכן יעץ למחזיק לקנות את הקרקע. ואלמלא היה המערער כופר בטענת המחזיק, היה נאמן לומר שיעץ למחזיק לקנות את הקרקע מפלוני מפני שהמחזיק נח לו מפלוני, כדאיתא בגמרא (ב"ב שם), ומשכפר בטענה, נתן משנה תוקף לדברים שאמר למחזיק, ושוב אינו יכול לערער על מוחזקותו. וסבר הרב השואל שהוא הדין במקרה הנדון בתשובה שם שהמחזיק שהתכחש לעצה שנתן למערער, הפסיד את מוחזקותו. והמהרשד"ם השיב שהמחזיק בנדון דידיה עדיף על המערער בנדון שבשולחן ערוך שם. שלמחזיק יש חזקת ג"ש וטענה טובה, ולכן אין להפסיד את זכותו בגלל הדברים שאמר, על אף שהתכחש להם, שדיבורים אלו הם בבחינת 'מילי דכדי' שהמחזיק לא זוכרם, בדומה לאדם שהודה לחברו בפני עדים, וכשנתבע לשלם התכחש להודאתו, שנפסק בשולחן ערוך (סימן פ"א סעיף א') שפטור, שהודאה זו היא 'מילי דכדי' שאין אדם זוכרה. והוסיף, שאפילו עשה המחזיק מעשה וחתם על שטר שבו כתוב שהקרקע שייכת לאחר, אינו מפסיד את מוחזקותו. שלא אמרו חכמים שהעורר על השדה וחתום על שטר שכתוב בו שהשדה של המחזיק, הפסיד את ערעורו, אלא מפני שכנגדו יש מוחזק, והוא זקוק לטענתו כדי להוציא את השדה מידו, וכשחתם על השטר בטלה טענתו. והוא הדין במחזיק ג"ש שנתבע על ידי מערער שהוא מרא קמא או קנה את הקרקע ממרא קמא, שזקוק לטענתו כדי להחזיק בקרקע. אבל מחזיק ג"ש שנתבע על ידי מערער שטוען שהוא מרא קמא ללא ראייה, שכל תביעתו מבוססת על המעשה או הדברים של המוחזק, אינו יכול להוציא ממון מהמוחזק על פיהם.

דברי המהרשד"ם הובאו בקצרה בכנסת הגדולה (חושן משפט סימן קמ"ז הגה"ט אות ד'), והמה קילורין לעיניי. שמלמדנו רבנו המהרשד"ם כלל בהלכה זו, שדיבור או מעשה שאינם הודאה גמורה אלא ריעותא בטענה של בעל דין, הם לכשעצמם אינם מספיקים להוציא ממון אלא במקום שאותו בעל דין זקוק לטענה כדי להמשיך להחזיק בממונו. ואין דבריו סותרים את מה שכתב לעיל בשם רש"י והריטב"א שאף מערער שלו עדים שהמחזיק גזל את השדה, שעשה מעשה שסותר את טענתו, הפסיד את ערעורו, דהתם סוף כל סוף המערער אינו מוחזק אלא מוציא בטענה ובעדים, ומשבטלה טענתו לא יועילו עדין.

ובנדון דידן, המעשים שעשה הבעל לכשעצמם אינם הודאה גמורה במחויבותו להסכם אלא ריעותא גמורה בטענתו שהוא לא מחויב להסכם. גם טענת הבעל שהתכוון לשטות באישה, שלקוחה משולחן ערוך חושן משפט סימן פ"א שעוסק בחזרה מהודאה, אינה משנה את העובדה שמעשיו של הבעל אינם הודאה גמורה. אם כן, לאור דברי המהרשד"ם, אי אפשר להוציא ממון מהבעל שהוא מוחזק גמור בדירה, על פי מעשיו בלבד.

ואולם, לנוכח האמור והמבואר בפרק זה, התחזק עד מאד האומד שהבעל אכן היה מחויב להסכם. וככל שיקבע שיש כאן אומד מספיק להוציא ממון מן הטעמים המבוארים לעיל בצירוף האמור בפרק זה, ידרש הבעל להשיב ולהסביר את מעשיו, וההסבר של הבעל אינו מספיק כאמור. ברם, ככל שיש כאן אומד מספיק להוציא ממון, החיזוק הנוסף ממעשי הבעל מתייתר.

חלק ו': נאמנות הצדדים

חלק נכבד מסיכומי הצדדים מוקדש לשאלה מי מהצדדים שקרן או שקרן גדול יותר. לקביעה שבעל דין שיקר יש משמעות מרחיקת לכת עד כדי שלילת נאמנותו מדין הוחזק כפרן. כשהוכח ששידל אחרים לעשות מעשה רמיה, יוחזק למי שמחזר אחרי זיוף, וכל מסמך שיגיש יחוייב אימות.

מוחזק כפרן הוא מי שטען טענה והוכח בעדים שהיא אינה אמת. בנדון דידן, לא הובאו עדים או שטרות החתומים על ידי עדים המוכיחים באופן חד וברור שטענותיהם העיקריות של הצדדים הינם שקר. בעיקר מסתמכים הצדדים על הכחשות (מביכות) בדברי הצדדים עצמם שאין קובעים על פיהם שבעל דין הוחזק כפרן או מהדר לזיופא.

ענין נוסף שעלה בסיכומי הבעל היא הטענה שהאישה החליפה את טענותיה כמה פעמים. לענין זה באה התייחסות קצרה בפרק העובדתי. בפרק זה נתייחס בקצרה לשאלה האם טענותיה החילופיות של התובעת הן בבחינת טענת שמא שאין דנים על פיה.

האישה אכן טענה כמה טענות חילופיות באשר למעורבות הבעל בגיבוש ההסכם. בית הדין קבע שההסכם נעשה על דעתו של הבעל, על אף שהאישה לא טענה בכרי שכך היה.

דהנה בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ע"ה סעיף י"ז) נפסק שתובע שמצא תיבה פרוצה לאחר שהנתבע יצא מביתו, אף שאינו יודע שהנתבע נטל ממון מהתיבה, יכול להשביעו על כך. והסמ"ע (חושן משפט שם סעיף קטן מ"ט) כתב שהתובע יכול לתפוס ממון של הנתבע. והש"ך (חושן משפט שם סעיף קטן ס"ד) חלק וכתב שאפשר להשביע על פי טענה זו אך לא להוציא ממון. וכתב שה"ה בתובע שטוען על פי מה ששמע מאביו, ועל פי מה ששמע מצד ג', דכל עוד הוא לא יודע שחברו חייב לו הוא אינו יכול להחזיק בממונו. ופשוט שהוא הדין שאינו יכול לתבוע ממון על פי טענת שמא, דהא הוא אינו יודע שחברו חייב לו. ואולם, בפתחי תשובה (חושן משפט שם סעיף קטן י"ח ו-כ') כתב בשם הרדב"ז והשבות יעקב והתומים שחילקו בין תובע שטוען ברי על פי אומדנות, שיכול להחזיק בממון הנתבע על פי טענתו, לתובע שמודה בעצמו שהוא אינו יודע אם חברו חייב לו, שאינו יכול להחזיק בממון הנתבע על פי טענתו. ולנוכח מחלוקת הפוסקים פשוט שאין להוציא ממון כנגד דעת הש"ך.

אמנם נראה שבאופן שיש אומדנות מספיקות להוציא ממון, יכול התובע לטעון ברי על פי האומדנות. שכן פסק הש"ך (שם סעיף קטן ס"ב ו-פ"ג) בתובע שאין לו ידיעה עצמית וטוען על פי הודאת הנתבע או על פי שני עדים או על פי אנן סהדי, דמיקרי טוען ברי. ומההשוואה של טוען על פי הודאה לטוען על פי עדים מבואר שלא לענין שבועה בלבד כתב הש"ך שטענה על פי ברור שמספיק להוציא ממון נחשבת לטענת ברי, אלא אף לענין הוצאת ממון.

ובנדון דידן, טענת האישה שהסכם מחייב את הבעל היא טענת ברי. בענין הדרך שבה נעשו הדברים באופן המחייב את הבעל לפי דין, הציעה האישה כמה חלופות, שהעיקריות שבהן הן שתים: שהדירה היתה שייכת לאבי הבעל והרישום על שם הבעל היה פורמלי, ושהדירה היתה שייכת לבעל שהיה מודע למעשי אביו והסכים להם ואף התחייב על כך בקנין בחתימתו על שטר התנאים.

הבירור העובדתי דלעיל, שלפיו ברור שהבעל היה מודע להסכם מבוסס בעיקר על הקביעה ההלכתית שהרישום על שם הבעל מחייב, ולפיכך מתבקש שהבעל יהיה מעורב ומעורה בהסכם, ובהתאם כל הפעולות שנעשו לאחר מכן על ידו נועדו ליישם את ההסכם. אלמלא קביעה זו, המהלך החלופי שהציעה האישה היה הגיוני ואף סביר יותר שאבי הבעל ניהל את כל המהלכים ונהג בדירה כבשלו. מכל מקום אין לראות בהצעת שתי חלופות משום שלילת הבירור של בית הדין אלא אדרבא, יש לראות בטענת האישה שההסכם מחייב את הבעל טענת ברי שמבוססת על אומדנות מוכחות שההסכם מחייב בין אם הבעל הוא הבעלים האמיתי על הדירה, דאז בודאי היה מעורב בכל שלב, ובין אם אביו הוא הבעלים האמיתי על הדירה, דאז בודאי ההסכם מחייב את הבעל שקיבל את הדירה מאביו, דמה מכר ראשון לשני וכו'.

מסקנת הדברים היא, שאין מניעה לדון על פי טענות הצדדים ולהכריע כדת של תורה.

מן ההלכה למעשה

הכרעתנו כאמור היא שההסכם בין האבות בענין הדירה מחייב את הבעל, והוא קודם להסכם אחר שעשה הבעל עם צד ג', ולפיכך עליו להעביר מחצית מזכויותיו בדירה לאישה. על אף שבהסכם דובר על דירת 3 חרדים, וכעת הדירה היא בת 5 חדרים. ההרחבה בוצעה על בסיס אותן זכויות בעלות שהיו בעבר, ולכן האישה תקבל מחצית מהזכויות בכל הדירה, ותשלם לבעל עבור החלק המבונה. אמנם כתבנו לעיל שהאישה השתתפה בהרחבה בסך של 4,000, אלא שמדובר היה בהלוואה שלא ברור אם נפרעה מכספים של האישה או מכספים של הבעל או ממעשי ידי האישה השייכים לבעל.

לאור האמור, שורת הדין היא שהבעל יעביר מחצית מהזכויות בדירה על שם האישה, והאישה תשלם לבעל עבור מחצית החלק המבונה. ואולם לנוכח הקשיים המשפטיים שצפוי

צד ג' להערים על ביצוע פסק הדין, יורה בית הדין על חלוקת הרכוש בדרך אחרת שתביא לסיום מהיר ויעיל של הסכסוך בין הצדדים.

לעת החיתום

הצדדים בני הציבור החרדי, התגרשו לאחר תקופת נישואין ממושכת, ונושאים בלבם צלקות קשות מתקופת הנישואין. הסכסוך הכספי שבו עסקתי בהרחבה בפסק דין זה מנע מהפצעים להגליד, והאריך עוד את הקרע בין הצדדים שבגינו הבעל – האב אינו מקיים קשר עם ילדיו.

בית הדין מייחל לכך, שעם מתן פסק דין יחל פרק חדש ביחסי הצדדים, בדגש על שיקום הקשר בין האב לילדיו. וצור יצילנו משגיאות.

הכרעה

לאור כל האמור והמפורט לעיל בית הדין פוסק:

ניתן בזאת צו לפירוק שיתוף על דירת הצדדים ברחוב[...].

האישה זכאית לקבל מחצית מהזכויות בדירה [א].

בית הדין ממנה את השמאי יעקב הלוי מרח' גיבורי ישראל 40 נתניה, טל' 0578886770, למומחה מטעם בית הדין. המומחה יגיש לבית הדין חוות דעת שמאית על שווין של שתי הדירות למכירה בשוק החופשי. המומחה יחווה דעתו גם על שווי החלק המבונה שנוסף לדירה בשנת 2000, ללא זכויות הבניה שהינן משותפות.

עם קבלת חוות הדעת השמאית, תינתן פסיקתא שבה יקבע בית הדין את הסכום שישלם הבעל לאישה עבור חלקה בדירה [א], כאשר בסיס החישוב יהיה: שווי מחצית דירה [א] שממנו יפחת שווי מחצית החלק המבונה ללא זכויות הבניה כאמור שנוסף בשנת 2000, וסכום נוסף של 5,000 (מחצית התשלום האחרון עבור דירה [א]).

הסכום שיפסק יהיה עובר לגביה לאלתר. כל צווי העיקול שניתנו על דירה [א] ועל נכס נוסף ברח' [...] יהיו בתוקפם עד שהליך חלוקת הרכוש יושלם.

שכר טרחתו של השמאי ישולם על ידי שני הצדדים בשווה.



דיני ממונות
בין בני זוג

הרב שלמה תם

אב"ד ירושלים

חלוקת רכוש בין בני הזוג

בפנינו נידון תביעת האשה לגירושין וכן חלוקת הרכוש. עקרונית שני הצדדים מסכימים לגירושין נקודת המחלוקת היא על חלוקת הדירה.

האשה קבלה בירושה סך של כמיליון ש"ח, הכסף הופקד בחשבון הבנק הרשום ע"ש שני בני הזוג.

הצדדים רכשו דירה להשקעה בבית שמש בסך של 850,000 ש"ח, האשה שילמה מכספי הירושה סך של 500,000 ש"ח ויתרת התשלום בסך של 350,000 ש"ח שילמו במשכנתא שלקחו מהבנק.

האשה דורשת כי במסגרת חלוקת הרכוש, הדירה תימכר וחלקה בתמורה יהיה לפי יחס ההשקעה שלה בדירה.

כבוד ידידי הדיין שליט"א קיבל טענת האשה כי החלוקה תהיה בהתאם להשקעה של כל אחד מהצדדים.

ומסתמך על שני נימוקים מרכזיים.

רישום הדירה בטאבו אינה קובעת שותפות שווה בנכס, ואינו שטר קנין אלא שטר ראייה כך שהדירה יהא נכסי מלוג של האשה.

דעת המאירי כי אשה מורדת בטענת מאיס עלי המתנות שנתנה לבעלה חוזרות אליה.

ואני לא כן עמדי, ארחיב ואסביר את דברי.

מועיל מדין קנין סיטומתא

הנה בדין של רישום בטאבו כבר דנו בה גדולי הדיינים, ובפד"ר כרך א' עמוד 283 פס"ד של הגאון הגדול הרב יצחק מאיר בן מנחם זצ"ל מתייחס לדין זה וכתב כי העברה בטאבו קונה מדין סיטומתא כפי המבואר בגמ' בב"מ עד האי סיטומתא קניא. וכתב רש"י (ד"ה סיטומתא) וז"ל: סיטומתא- חותם שרושמין החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותן אחת אחת למכור לחנות, ורושמין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות. ובאתרא כו' למיקני - שרגילין לרשום, על מנת שבדבר זה תהא קנויה לו - כאלו משך קני.

והשו"ע חו"מ סימן ר"א ס"א כתב אם מנהג המדינה שיקנה הרושם קנין גמור נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו.

ובס"ב וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כגון ע"י שנותן הפרוטה למוכר או שתוקע לו כפו וכן כל כיוצא בזה.

א"כ במקרה דנן הרי מנהג המדינה כי ההעברה בטאבו הוא קנין גמור ואין האשה יכולה לקחת את חלק הבעל ללא חתימתו א"כ ודאי דהבעל קונה מדין סיטומתא.

ובש"ך שם סק"א כתב דבמקום שנהגו כן בקרקעות גם הב"ח מודה דמועיל קנין סיטומתא בקרקעות.

ובפד"ר יב עמ' רצ"ב בפס"ד של הרה"ג ב. רקובר זצ"ל הביא מדברי הקומץ שיירי מנחה על ספר מנחת חינוך (מצוה קלב) שתמה על שלא הזכירו את דברי הרא"ש בפרק קמא דבבא מציעא סי' לח ששם הזכיר בפירוש שמועיל קנין סיטומתא בקרקע, וז"ל הרא"ש (שם) מבי דייש אמצרי פי' שהלך לראות ולפעמים על ענין השדה שכך נהגו הקונים לקיים המקח לאלתר באחד מן הקניינים ומעכב המעות בידו עד שילך לראות את ענין השדה אם היא באותו ענין שאמר לו המוכר, ומתוך שנגמר המקח יצא לו קול ומי שיש לו ערעור יודע ערעורו ויכול הלוקח לחזור בו עד דדייש אמצרי, והקנין לפי המנהג דאמרינן לקמן בפרק הרבית האי סיטומתא קניא וכו'. עכ"ל.

הרי מפורש בדעת הרא"ש שמועיל קנין סיטומתא בקרקעות.

ולכן העלו למסקנה בפס"ד הנ"ל וז"ל: ועכ"פ כבר התגבשה והוכרעה ההלכה בבתי הדין הרבניים בישראל שקנין סיטומתא קונה גם בקרקעות. עכ"ל.

ומצינו בשו"ת הריב"ש סי' תע"ח כתב וז"ל: ומעתה אף לפי תקנתכם להתנהג ע"פ הרמב"ם טענה זו אינה טענה, וכ"ש אם אחר התקנה ההיא נהגו יחידי הקהל לעשות שטרות ביד הנוטאריין, שהרי כיון שנהגו בהם הקיום ביד הנוטאריין הרי הוא כקנין מן הדין, דומיא דמאי דאמרינן בפרק איזהו נשך האי סיטומתא קניא ואסיקנא דאפילו למיקני ממש אי רגילי בהכי. וכ"כ הרמב"ם פ"ז מהל' מכירה שאם מנהג המדינה שיקנה הרושם קנין גמור נקנה המקח וההיא נמי דכוותא הוא דמאי שנא וכו'. עכ"ל.

בדין הריב"ש היה המעשה שנהגו הקהל לעשות שטרות ביד הנוטאריין אשר למעשה הוא מעין טאבו של היום ופסק הרי זה קנין גמור מן הדין. וא"כ דון מינה ואוקי באתריין גם בדין זה של העברה בטאבו שכך נהגו הקהל אינו רק שטר ראייה אלא הרי זה שטר קנין גמור.

מועיל מדין דינא דמלכותא דינא

ועוד נראה דהרישום בטאבו קונה מדין דינא דמלכותא דינא וכתב הרמ"א חו"מ סימן ס"ח ס"א וז"ל: ובכל מקום שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות, כל שטרות העשויין לפנייהם כשרים, אפילו שטרי מתנות, מכח דינא דמלכותא דינא. (רא"ש פ"ק דגיטין וטור). וכ"ש במקום שכבר נהגו להכשירם כשרים (ריב"ש סימן תצ"ג ותע"ח ובה"ת וב"י בשם הרשב"א והמגיד פכ"ז מהל' מלוה ולוה).

א"כ כיון שחוק המדינה היום שכל קניה ומכירת דירה צריכה להירשם בטאבו הרי זה מועיל מכח דיני דמלכותא דינא.

ובשו"ע חו"מ סימן שס"ט ס"ח בהג"ה כתב י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים לא (רא"ש פ"ד דנדרים בשם הר"מ והמרדכי).

ויש חולקים וס"ל דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא (מרדכי בשם התוס' ות"ה), עכ"פ לפי כל השיטות הללו אין מחלוקת כי בקרקעות אמרינן דינא דמלכותא דינא.

ועיין בחת"ס (חחו"מ סי' קמב) מכיון שחוק המדינה לסדר העברה בטאבו אין קרקע נקנית לא בשטר ולא בקנין אחר, אלא נקנה רק ע"י ההעברה בטאבו נגמר הקנין.

וכ"כ בספר ציץ אליעזר (ח"ח סי' מ) שכיון שחוק המדינה שלא יקנו כי אם ע"י ההעברה בטאבו שום קנין לא מהני בזה מלבד הרישום וההעברה בטאבו, וכן הביא מספר שו"ת תועפות ראם חו"מ סי' יג כתב להלכה דכל שלא העביר את הקרקע בטאבו חשיב כמקום שמוכרין קרקע בקנין כסף ובקנין שטר, דבכה"ג לא קני לא בקנין ולא בכסף עד שיסדר את ההעברה כפי החוק, וכן הביא מספר שו"ת דברי אמת (סי' יב). וכן מובא בד"ג כלל לז סי' א כתב דאין הקנין חל בלי רישום.

וכן הוא הכרעתו של הגר"י בלוי בספרו פתחי חושן שכתב למסקנה שהרישום בטאבו יקנה מדין אחר, שקונה מדין דינא דמלכותא דינא, ואע"פ שיש בזה מחלוקת ראשונים האם אפשר לומר דינא דמלכותא בין ישראל לישראל, מ"מ כל שהרישום בטאבו הוא לטובת התושבים, אף לסוברים שאין דינא דמלכותא דינא בין ישראל לישראל מ"מ הכא שהוא לטובת התושבים דעת רוב הפוסקים שתקנת הרישום בטאבו דינא הוא.

ועיין שם מה שהביא עוד הרב בן מנחם בפד"ר ח"א (עמוד רפא ואילך) בסיכום מפורט את כל הטעמים שיועיל הרישום בטאבו לשם קנין בפס"ד והכריע בזה שקונה מד' סיבות,

א. כיון דמנהג המדינה שכל ההעברות של המכר ומתנה בקרקעות מועברות רק ע"י טאבו,

חשיב כקנין גמור שאין א' מהם יכול לחזור בו, והוא כקנין סיטומתא וכדעת הש"ך (חו"מ ר"א סק"א) שאף בקרקעות מועיל קנין סיטומתא.

ב. עוד כתב שיועיל מדין דינא דמלכותא דינא שכיון שע"י החוק רק ע"י העברה בטאבו הקרקעות עוברים מרשות לרשות, (והביא שם מהרמ"א בהגה"ה (חו"מ סי' ס"ח) שהרישום בטאבו מהני נמי במתנה), ודן שם בזה אף לסוברים שדינא דמלכותא דינא הוא רק במסים ומכסים התלויים בקרקע, מ"מ כיון שההעברה של הקרקע קשורה נמי למסי ההעברה יש להסתפק נמי אם חשיב דינא דמלכותא דינא.

(אלא שהביא בזה מחלוקת ראשונים אם שייך דינא דמלכותא בא"י ועיין בר"ן על נדרים כח שכתב כן וברשב"א בחידושים שם ובנ"י שם, וכן הסכימו רוב המפרשים, אמנם בריטב"א וברמב"ם כתבו דאין הפרש בין מלכות ישראל למלכות הגויים, אמנם עיין לעיל מה שהבאנו בשם הפתחי חושן שסבר שכל שהוא תקנה לטובת התושבים דעת רוב הפוסקים מסכמת שדינא דמלכותא הוא דינא).

ג. עוד כתב שיועיל מדין קנין שטר, שהרי הם חותמים על שטר ההעברה, (וכידוע שקנין שטר א"צ עדים כשרים כמבואר בחו"מ סי' קצ"א).

ד. עוד רצה לומר שיועיל מדין קנין חזקה של נעל גדר פרץ שבודאי עשה מעשה קנין בבית.

העולה מהאמור מכל הפוסקים שכתבנו, הוא במקרה דנן הואיל והאשה רשמה את הדירה בטאבו מחציתה ע"ש הבעל, הרי זכה הבעל במחציתה מדין קנין סיטומתא ומדין דינא דמלכותא דינא.

החלוקה מתחלקת בשוה

ובענין השאלה האם חלוקת הדירה תהיה בהתאם להשקעה של כל אחד מהצדדים או שוה בשוה. שאלה זו נידונה בהרחבה בפסקי בתי הדין הרבניים הפסיקה המקובלת היא כי החלוקה היא שוה בשוה בין הצדדים.

והנה המקור לדין זה הוא בגמרא ב"ק ק"ב:

"אמר מר הלוקח שדה בשם ריש גלותא אין כופין אותו ריש גלותא למכור, מכלל דמקנא קניא ליה. לימא פליגא דבני מערבא דאמרי, וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעה"ב, אי משום הא לא קשיא כגון דאודעיה לבעל שדה ואודעינהו לסהדי".

וכתב רש"י וז"ל: "שאמר לו למוכר לצורך ריש גלותא אני לוקחה ונתכוון להטיל אימא שלא יצאו עליה עסיקין, וכתב המוכר שטר המכירה בשם ריש גלותא, אין כופין ריש גלותא

לחזור ולכתוב שטר מכירה שהוא מכרה ללוקח, ואם אמר לו לוקח למוכר על מנת שיכתוב לי ריש גלותא בשמו לשמי שטר אחר כופין ריש גלותא למכור".

ובחידושי הרשב"א שם כתב:

"ולענין דינא, בתוס' נראה שסבורים דע"כ ציין שיודיע לעדים, שאל"כ מנין לנו שלא קנה ריש גלותא כיון שנקנה בפירוש לשמו וכו' ואילו בא חבירו ששטר המכר בשמו לומר שהוא שלו, זכה בו ויכול הוא לומר כן וזכה בו כנ"ל".

משמע, שדעת התוס' והרשב"א שאם בא אדם ששטר המכירה בשמו לומר שזכה בשדה, זכה בו.

כ"כ בתשובות הרא"ש סימן צ"ו ד' כתב וז"ל:

"יראה שכל הקרקעות שקנה בעלה והשטרות כתובים גם בשם האשה, שהקרקעות חציים שלה, כי אדם הקונה קרקע אין דרך שיכתוב את אשתו בשטר הקניה, וזה שכתב שם אשתו נכרים הדברים שחצי דמי הקרקע הן משלה וכו' והוי כאילו נכתב השטר לאיניש דעלמא מה לי אשתו ומה לי איניש דעלמא".

אולם מצינו ראשונים החולקים. בטור סימן ס' הביא דברי בעל התרומות שער נ"א ס"ט:

"ראובן הלוח מעותיו ללוי, ובשעת הלוואה אמר ללוי שיחייב עצמו בקנין ובשטר ע"ש שמעון, אך שיתנו העדים השטר ליד ראובן וכו' הדין עם ראובן. הואיל ואמר ראובן שיתנו השטר לידו ולא לשמעון, הרי גילה בדעתו שאינו לא לשון זכיה ולא לשון הודאה שיהיה של שמעון, ועשה השטר ע"ש שמעון מדרך אמנה ולא זיכה לו כלום וכו'. ואף הרמב"ן נשאל ממנו והשיב שנ"ל שהדין עם ראובן דכל כה"ג לא הוי הודאה אלא לפנוחי בעלמא כתב הכי".

דעת הרמב"ן וסה"ת דאזלינן בתר נותן המעות ולא בתר מי שהשטר נכתב על שמו. וכ"כ בתשובת הרשב"א ח"א תקנ"ז:

"ראובן קנה בתים ועשה בשמו ובשם אשתו ומת ראובן וכו'. תשובה: אלו קנה ראובן מנכסיו אע"פ שכתב השטר בשם אשתו לא קנתה, וכדאיתא ב"ק ק"ב: וכו', ומשום דמימר אמרינן לפיוסי בעלמא הוא דעבידא כדי להבריח מבע"ח".

וכ"כ בתשובת הרשב"א ח"ג קצ"ג:

"טענת הבעל טענה יפה היא, וכן בעלי בתים עשויים לעשות כן או מפני אחריות או מפני חשש ריבית, ואפילו ע"ש אחרים נכרים עושים או משום יקרא כדרך שאמרו בשם ריש גלותא או להצניע עצמן וכו' כדרך שאמור שם לכתוב בשם חבירו".

מדברי תשובות הרשב"א משמע כדעת בעה"ת והרמב"ן, דאזלינן בטר נותן המעות, והוא סותר עצמו ממש"כ בחידושויו. עיין פד"ר כרך ט"ז עמוד 240 שישב הסתירה בשם חק"ל.

עכ"פ מצינו מחלוקת בפוסקים בנידון דידן.

ולכן, בנדו"ד שהאשה שילמה את כל הכסף, הרי שגם לדעת הרא"ש ותשובת הרשב"א והרמב"ן היא בעלת הדירה, ולא מי שרשום על שמו הדירה.

אולם, נראה מדקדוק דברי בעה"ת והרמב"ן, שכתבו: "או שיתנו שטר ליד ראובן וכו' והואיל ואמר ראובן שיתנו השטר לידו ולא לשמעון, גילה דעתו שאינו לשון זכיה ולא לשון הודאה וכו'".

הטעם שלא זכה מי שרשום על שמו השטר, כיון שהשטר אינו בידו אלא ביד ראובן נותן המעות. הא אילו השטר נמצא אצל מי שרשום על שמו השטר, הרי גם לדברי בעה"ת זכה מי שרשום על שמו, כיוון שגילה בדעתו שנתנו לו לשם מתנה מזה שהשטר בידו.

כן בנדו"ד, שהדירה רשומה ע"ש שני בני הזוג והשטר נמצא בידם, הרי שהם הבעלים על הדירה אעפ"י שלא שילמו עבורה.

ובשו"ע חו"מ סימן ס' ס"ט כתב כדברי בעה"ת וז"ל:

"ראובן הלזה מנה ללוי ובשעת הלואה אמר ללוי שיכתבו השטר ע"ש שמעון, אך שיתנו השטר ליד ראובן וכשתבע ראובן מלוי בזמנו טוען לאו בע"ד דידי את הדין עם ראובן".

ובנתיבות שם ס"ק י"ט הקשה, דהרי בתשובת הרא"ש ובריב"ש ובחידושי הרשב"א פסקו דהדין עם מי שרשום בשטר, ומדוע השו"ע פסק כאן דלא כוותם.

ובתומים תירץ, דיש חילוק בין שטר קנין לשטר ראייה. דבגמ' ב"ק דריש גלותא מדובר בקונה שדה בשם חברו ומדובר שקנה בשטר קנין, כלומר בלא כסף אלא רק בשטר, ולכן כשמצוה לכתוב את השטר קנין בשם לוי, הרי הוא כמזכה לו בשדה. משא"כ בשטר הלואה שהוא רק שטר ראייה על החוב ואינו קונה בשטר, בזה פסק השו"ע דלא קנה הרשום בשטר אלא בעל הממון.

ובנתיבות שם ס"ק י"ט הקשה עליו, דאי מיירי בשטר קנין, כלומר, שקונה בשטר עצמו, הרי צריך שיגיע השטר ליד הקונה, וכשאמר תנו לידי לא קנה שום אחד מהם, דלוי הרשום בשטר לא קנה שלא הביא השטר לידו, והמוכר לא אמר לו זכה בשביל לוי, וראובן לא קנה שלא נכתב השטר על שמו, דבשטר קנין בעינן שיהיה נכתב שם הלוקח ושיגיע השטר לידו. ועכצ"ל דמיירי התם בב"ק ק"ב שקנה את השדה בכסף והשטר הוא שטר ראייה, וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה.

ותירץ הנתיבות:

"דבלוקה שדה בשם חבירו כיוון דאמר הילך מנה והשדה יהיה קנוי לשמעון, קונה שמעון השדה באותו כסף שנותן ראובן, כמבואר בסימן ק"צ - באומר הילך מנה ויהיה שדה מכור לפלוני דקנה פלוני וכו', וכיון שקנה חבירו השדה בשעת נתינת הכסף, שקונין בו אף שציוה אח"כ ליתן השטר ראייה לידו, אין בכך כלום, שכבר זכה בו. משא"כ בהלוואה, שלא אמר רק הריני מלוה מעותי בשם ראובן שאני נותן לו במתנה, ודאי דלא הוי כזכי, ובמה שאמר כתבו השטר בשם ראובן, ודאי דלא זכה כיון שאמר תנו לידי" עכ"ל.

והנה, לסברת התומים בנדו"ד, דרישום הדירה הוי שטר ראייה והקנין נעשה בכסף, א"כ אין הרישום מהווה הקנאה למי שרשום על שמו, אלא אזלינן בתר נותן המעות, אא"כ נאמר דהרישום בטאבו הוי קנין סיטומתא ואז הוי שטר קנין. ולסברת הנתיבות זכה מי שרשום על שמו הדירה, דהוי כאומר הילך מנה ויהיה שדה מכור לפלוני דקנה פלוני.

א"כ מצינו הרבה מהפוסקים הסוברים דמי שרשום על שמו הדירה, זכה בה, והם: התוס', חידושי הרשב"א, התומים והנתיבות, ולפי דברינו גם בעה"ת ותשובות הרמב"ן.

ולכן, במקרה דידן, כיון שמי שנרשם על שמו הדירה הוא המוחזק, יכול לומר קים לי כהפוסקים הנ"ל.

ובשו"ת שארית יוסף כתב: "בעל שקנה בית מכספו, וכתב בערכאות ע"ש האשה, שמא עשה כן כדי להבריח מבע"ח ולא גמר ויהיב לה".

ובשו"ת מהרש"ם תמה עליו, כי אין בדינו לבטל מתנה, לומר שעשה כן להבריח מבע"ח, וראיה מכתובות ע"ח בשטר מברחת וכו', דאם הקנתה במקצת נכסיה קנתה שפיר, ולא תלינן בהברחה, וא"כ גבי בעל שנתן לאשתו ולא גילה דעתו כלל, לא תלינן בהברחה.

א"כ, מהרש"ם ושארית יוסף נחלקו במחלוקת הראשונים שהבאנו,

ולכן למסקנה נראה, דמי שרשום על שמו הדירה, כיון שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כהפוסקים - דזכה.

ויש לדון עוד מדין הנותן מתנה לבעל, מה דינו.

בשו"ע סימן צ"ט ס"ב כתב וז"ל:

"הנותן מתנה לאשתו אע"פ שמגרשה שלא מדעתה כגון שסרחה עליו אפ"ה מתנתו שלה".

ובח"מ סק"ו כתב הטעם:

"דבשלמא בגדים ותכשיטים העשויים להתנאות בה האשה, אין דעתו למתנה גמורה, רק שתתקשט בהם כל זמן שהיא תחתיו, ואדעתא למשקל ולמיפק לא קני לה. אבל הנותן קרקע או מעות או אפילו שטר מטלטלין, הרי הם שלה, דאטו מאן דיהיב לחבריה מתנה, ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעולם".

ובפ"ת סק"ז כתב בשם חת"ס סימן קמ"א וז"ל:

"והנה במתנה שנתנה האשה או קרוביה לבעל לא הוזכר בש"ס וגאונים, אבל כתב מהר"א מזרחי, אפילו אם מגרשה לדעתו מ"מ הכל שלו ואינו מחזיר כלום, ומייתי לה מק"ו דהנותן לאשה מסתמא דעתו למיקם קמיה אפ"ה זכתה במתנה. מכ"ש במתנות שנתנום להחתן, דמשום אקרובי דעתיה הוא דודאי הם שלו וכו'. ועוד טעם, דאטו מאן דיהיב מתנה למאן דרחים, ערבא שקיל שיהיה אוהבו לעולם. וה"נ דכוותיה. ונראה מסברא דבעל אין לחלק בין מתנת קרקע וכסף ובין מלבושים ותכשיטים דבעל לגבי אשה לא שייך לומר שלא ניתנה אלא להתקשט לפניה וכו'".

וכ"כ בתשובת הר"א מזרחי סימן ט"ז:

"דמתנות שנתנו לחתן גמר והקנה בלא שום תנאה משום איקרובי דעתא וכו' ואנן לא בקיאנן באומדנא איזה הוי אומדנא דמוכחא או לא, אנחנו לא נוכל להוציא ממון מיד המוחזק בו בלא ראייה ברורה וכו' או באומדן שנזכר בתלמוד".

ולכן, מכל הלין פוסקים נראה, דהמתנות שנתנו קרובי האשה לחתן הרי הם שלו, ואינם חוזרים לאשה.

מסקנת הדברים: מכיון שהדירה רשומה ע"ש שני הצדדים, הרי שעליהם לחלוק שווה בשווה בדירה.

ביאור דברי העזר משפט

ראיתי מה שהביא ידידי מדברי העזר משפט, אך עיינתי בדבריו בכמה מקומות, וראיתי דברים שנראים כסותרים ואביא מקצת דבריו ואבאר דבריו,

הנה בפד"ר כרך א' עמ' 117 בפס"ד של הרבנים הגאונים הגר"א גולדשמידט זצ"ל ש. קרליץ וי. בבליקי מבואר היפך ממש"כ כב' ידידי בדעת הרב גולדשמידט זצ"ל, וכך הם כותבים "פשוט הדבר שבכגון דא, בשאלת הכוונה ברישום, יש לקבוע לפי הנוהג והרגיל בדרך העולם בכל זמן וזמן. וידוע שעכשיו נוהגים לרשום רכוש, וביחוד דירה למגורים, על

שם שני בני הזוג, במכוון שלשניהם תהיה הבעלות על הרכוש. הרישום מורה, שזה ששילם או שילם יותר, נתן את היתרה בחלקו במתנה לשני. לכן אין לבטל, בזמן הזה, רישום, המקנה ומחזיק בעלות לזה שנרשם על שמו, מתוך ספיקות אולי לא היתה הכוונה למתנה.

וכן מוכח מתשובות החתם - סופר חו"מ סימן קמ"ב, בנדון בעל בית שנתן בית לאשתו והעלה בערכאות על שמה, ודן שם החת"ס בנוגע לבית זה בדבר ירושת הבעל אחרי מיתתה, ומשמע שתופס הוא בפשיטות שהבית שייך לה.

וכן כתב המהרש"ם בתשובה ח"ה סימן ל"ח, בענין בית שנכתב על שם הבעל והאשה, ומביא שם את תשו' שארית יוסף הנ"ל, ומכריע המהרש"ם דמכיון דנרשם על שמה הוי שלה.

לפיכך בנדון דידן, אין לנו להכנס לבירורים מי שילם את התמורה כי שילם מי ששילם, הבית מכיון שנרשם על שם שניהם, שייך הוא לשניהם בחלקים שווים, וממילא גם כל הכנסות הבית הן של שניהם בחלקים שווים. עכ"ל.

הרי הדברים פשוטים לדבריהם כי החלוקה היא שוה בשוה בין הצדדים אע"פ שאחד מהם שילם יותר מהשני עבור הבית, שאלה זו בנידונה עוד בהרחבה בכרך ו' בפס"ד של הגאונים הגרי"ש אלישיב זצ"ל הרב עובדיה הדאיה והרב אליעזר גולדשמידט זצ"ל עמ' 264 ומסקנת דבריהם "אכן יש לומר בדירה קנויה שהבעל שלם מכספו והוא רשם בטאבו ע"ש אשתו זוהי הוכחה שהבעל נתן לה במתנה, שהרישום בטאבו הוא הקובע את הבעלות" משא"כ בחוזה של שכירות. עכ"ל.

ואכן גם בספרו עזר משפט שם עמ' פח כתב וז"ל: כלומר בעל הנותן מתנה לאשתו בשעת הנישואין, אין כל הנחה לומר שנתן את המתנה על דעת נישואין ונתנה רק למשך תקופת הנישואין בלבד, ולא נתן על דעת כך שהיא תתגרש ממנו ותצא עם המתנה יחד, ולכן עליה להחזיר את המתנה עם הגירושין אין הדבר כך כי כלל הוא שמתנה הניתנת מתוך ידידות וחיבה היא ניתנת לצמיחות עקב ידידות של זמן נתינתה, בלי תנאי ובלי כל ערבות וכל ביטחון מראש שהידידות תמשיך לעולם ולכן גם אם בטלה הידידות והפכה לאיבה אין מתנת הידידות חוזרת.

וכך הוא גם במתנת בעל לאישה שניתנה עקב חיבת הנישואין אינה חוזרת גם אם בטלה החיבה ונסתיימו הנישואין. עכ"ל.

ומכאן תשובה למ"ש ידידי כי הגר"א גולדשמידט בעזר משפט כתב כי הרישום אינו מכריע לכאן ולכאן, אך מדבריו כאן נראה דתליא אם ניתנה המתנה כמתנה בעת הנישואין ודאי שנחשב כמתנה גמורה,

כדי לישוב את הסתירה לכאורה בדברי העזר משפט, נראה לענ"ד לבאר מה שהביא לעיל

שהרישום אינו מכריע איירי כשהנכסים ניתנו מחמת התחייבות הנדוניה קודם הנישואין, שאז אינה כמתנה גמורה כי אם רק מחמת ההתחייבות הנדוניה ודינה כדין נכסי מלוג שהכניסה האשה לבעל, אבל בכספים שהאשה נתנה מתנה לבעל במהלך הנישואין וכמו במקרה דנן שהאשה רשמה את מחצית הדירה לזכות הבעל הרי ודאי שזכה בו הבעל והרי היא מתנה גמורה.

וכן פסק נמי הגר"ח"ג צימבליסט שליט"א בפד"ר כרך י"א (עמ' קכז) וז"ל: לענין הרישום-אף שרוב כספי הדירה שולמו ע"י אבי האשה, מכל מקום כיון שמחצית הדירה נרשמה בטאבו על שמו, יש מקום לומר שהרי זו כמתנה שנתנו לו. ואף שיש מחלוקת הראשונים אם אנו רואים את הרישום כמתנה, וכפי שנתבאר בדברי הרב דיכובסקי, מ"מ מספק אין להוציא ממנו. וכן היא מסקנת התומים בסי' ס"ב ס"ק ה', וכאשר העלו בפס"ד מבי"ד הגדול שבכרך ו' עמ' (רס"ד).

חלק ב'

בביאור שיטת המאירי והמפרשים

והנה מ"ש כבוד ידידי דעת המאירי בכתובות ס"ג מחזיר לה כל מה שנתנה לו במתנה, וציטט לדברי הרמ"א חו"מ סימן כ"ה שהביא מדברי המהרי"ק (שורש צד) וז"ל: אבל אם נמצא לפעמים תשובת גאון ולא עלה זכרונו על ספר, ונמצאו אחרים חולקים עליו, אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון, ואי הוי שמיע להו הוי הדרי בהו.

אינו שייך לכאן כי המהרי"ק מדבר כאשר האחרונים חולקים בדבר מסוים ונמצא ראשון מפורש בדיון זה אמנם כאן על המאירי הנ"ל מצינו ראשונים החולקים עליו.

א"כ ל"ש לומר אילו ראו את המאירי הוי הדרי בהו, שהרי זוהי מחלוקת הראשונים ומאי אולמיה האי מהאי, ואביא דבריהם להלן.

מצינו בחידושי הרשב"א בכתובות סג שכתב וז"ל:

כלתיה דרב זביד הוה תפיסה חד שיראי, פרש"י ז"ל דאימרדה ואמרה מאיס עלי, וכן משמע ודאי דאלו באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה בהא אפילו תפסה בלאותיה של נכסי צאן ברזל מפקינן מינה דהא לכ"ע פוחת הוא עד כנגד כתובתה ואפילו בלאות של נדוניה הקיימין ואפילו קרקע שהכניסה לו במשמע, דלא חידש ר' יוסי אלא שהוא פוחת אפילו כנגד נכסי מלוג דאלמא לרבנן אפילו קרקע של נכסי צאן ברזל פוחת כנגדו והולך וכמו שכתבתי במשנתנו, ואין לפרשה באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה ובבלאות של נכסי מלוג דהא נמי משמע דלרבנן אפילו לא תפסה מפקינן מיניה ויהיבנן לה דהא לא אמרו אלא עד כנגד כתובתה ונכסי מלוג אינן בכלל כתובתה כלל, וכדתנן (פ' ב') מה יעשה בכתובתה ובנכסים הנכנסים

והיוצאים עמה דאלמא נכסים הנכנסים והיוצאים עמה שהן נכסי מלוג אין לשון כתובה כולל אותם בכל מקום ולא שנא נכסי מלוג שהיו לה בשעה שהתחילה למרוד ולא שנא שנפלו לה לאחר מכאן לא הפסידה מהם כלום לדעת רבנן.

ור"ח ז"ל שפירש בשתפסה בלאות של נכסי מלוג נראה שסמך על גמרא דבני מערבא שכתבתי במשנתנו, ואינה ראייה דאפשר לפרש פרה פורנין נכסי צאן ברזל שהם שבח כתובתה כמו שכתבתי שם, ועוד ראייה לדברינו מדאמרינן בריש פרקין תנאי כתובה ככתובה למאי נפקא מינה למורדת ואם איתא דהפסידה אפילו בלאותיה הקיימין של נכסי מלוג שהיו לה בשעת מרדה מאי שנא משום תנאי כתובה ככתובה לא יהא אלא נכסים שנתנו לה במתנה או שנתן לה במתנה הוא אחר שכנסה הרי פוחת והולך הוא כנגד כל נכסיה, אלא ודאי משמע דדוקא נכסים שנכנסו בכלל כתובתה פוחת אבל נכסי מלוג אינו פוחת כלל.

ומיהו בתשובות רבינו האי גאון ורבינו אלפסי ז"ל נמצא שדנו דאפילו מתנה לחוד דבתר נשואין מפסדא וכן דעת ה"ר יוסף הלוי אבן מיגש ז"ל, ולפי דבריהם איכא למימר דהתם קמ"ל דאפילו תוספת מפסדת וכ"ש מתנה שנתן לה הוא דאדעתא למישקל ומיפק לא יהב לה וכן תירץ לדעתם הרמב"ן נ"ר, ומ"מ אכתי משמע דמתנה שנתנו לה אחרים לא הפסידה כמו שכתבתי ומינה דנכסי מלוג כלל כלל לא מפסדא. עכ"ל.

ושם הרשב"א בדף סד ע"א בד"ה ולענין דיני המורדת כתב וז"ל: ויש מי שאומר (ר"ח) דאפילו בלאות של נכסי מלוג שביד הבעל אין מוציאין מידו וכבר כתבתי שאין הדבר נראה כן. עכ"ל.

והנה מדברי הר"ח לעיל מבואר דאפי' נכסי מלוג של האשה במורדת דמאיס עלי אין מוציאין מיד הבעל היפך מדעת המאירי שכתב שאפילו מתנות שקיבל הבעל, עליו להחזיר לאשה.

ומצינו גם להרא"ה בחידושו דפליג על המאירי שכתב וז"ל:

ולענין מתנות שנתן לה הבעל יש מהגאונים שס"ל שלא הפסידה נ"מ הקיימין ואפי' נצ"ב בשתפסה, מתנתה הפסידה ואפי' תפסה, דלא אקני לה אלא אדעתיה למיקם קמיה, אדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה.

וליתא, דהוא טעמא לא איתמר אלא בלבושא וכיסויא, דלא אקני לה אלא אידי דמחייב לה ולא מדעתא דנפשיה. וכיון דהשתא מיחייב לה שמין לה דהא לאו למתנה גמורה הוה, אבל במתנה גמורה אדרבה אמרינן אי דעבדא ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב לה מתנה. אטו מאן דיהיב מתנה לחבריה ולבתר הכי אינס בהדיה ולא מיתבא דעתיה מיניה, מי איכא למימר דתיהדר מתנתיה דאדעתא דהכי לא אקני ליה, הא ודאי מילתא פשיטא הוא דליתא, וכו'. עכ"ל.

והנה מבואר מדבריו שבכל נתינת מתנה שאדם נותן בין אם זה מתנה לחבירו או מתנה לאשתו לעולם אינו יכול לחזור בו, שהמתנה כבר נתנה ואינה יכולה לחזור, וכל הסברא שאמרנו שמתנה תחזור הוא רק באופן שמחוייב ליתן מתנה אז אמרינן שנתן אדעתא למיקם קמיה ולא למיפק, אבל כשאינה מחוייבת ונתן מתנה מדעתו בודאי חשיב מתנה גמורה ואינה חוזרת,

ובודאי פליג על דברי המאירי הנ"ל שהרי מתנה לעולם אינה חוזרת ולא שנא אדם שנתן מתנה לחבירו או בעל שנתן מתנה לאשתו או אשה שנתנה מתנה לבעלה.

והנה מצינו גם בב"י סימן ע"ז הביא תשובת הר"ן בסי' י"ג שכתב וז"ל:

יש בין דברי הרמב"ם ודברי הרשב"א חילוק שהרמב"ם כתב שהאומרת מאיס עלי נוטלת בלאותיה קיימים ולא חילק בין תפסה ללא תפסה והרשב"א כתב וקדמה היא ותפסה אין מוציאין מידה, משמע הא לא תפסה הפסידה, ואכתוב לכם על מה נסמך כל אחד מהם ז"ל לפי דעתו. הרמב"ם ז"ל פירש זו שאמרו בפרק אף על פי כלתיה דרב זביד אימרדה הוה תפיסא חד שיראי דמסקינן עלה בגמרא השתא דלא איתמר הלכתא לא הכי ולא הכי דתפסה לא מפקינן מינה דלא תפסה לא יהבינן לה במורדת כפשטה וכן מוכיחין דברי הרמב"ם שכתב זה החילוק בין תפסה ללא תפסה בחיבורו בדיני מורדת וסבור הרב ז"ל דדוקא [ב]מורדת יש חילוק בין תפסה ללא תפסה דבלא תפסה הפסידה אבל האומרת מאיס עלי אפילו לא תפסה לא הפסידה וטעמו של דבר לפי שהמורדת אינה מבטלת מיד תנאי אישות שבינו לבינה אלא כל הפסדה הוא שבעה דינרים בכל שבת מעיקר התקנה ולפיכך כיון דקנסוה שתפסיד שבעה בכל שבת דין הוא שיהא זה ההפסד מוטל על כל נכסיה וכאילו הבעל מרויח על נכסיה ז' בכל שבת ולפיכך דין הוא שנאמר דבלאותיה הקיימים שאם לא תפסה אותן הפסידתן אבל האומרת מאיס עלי אין עניינה כן שאין הבעל מרויח עליה דבר קצוב כדי שנאמר שיהא ריוח הבעל והפסד האשה מוטל על כל נכסיה אלא הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד והפסידה כל שיש לה על הבעל אבל מה שהוא שלה כגון בלאותיה לא הפסידה דהויא ליה כהיא דאמרינן בסוף פרק אלמנה (קא): אם היא זינתה בלאותיה מי זינו ולפיכך כתב הרמב"ם שתטול בלאותיה ולא חילק בין תפסה ללא תפסה אבל הרמב"ן ז"ל הולך בדרך האחרונים שפירשו זו של כלתיה דרב זביד באומרת מאיס עלי ולפיכך יש חילוק בין תפסה ללא תפסה שאילו מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה אפילו תפסה הפסידה ונראין דברי האחרונים ז"ל עיקר. עכ"ל.

והנה עיין בדברי הר"ן לעיל שלכאורה כתב שהרמב"ם והרשב"א חלוקים והרמב"ם איירי מורדת מאיס עלי בין בנכסי מילוג ובין בנכסי צאן ברזל, ומשמע מדבריו דהרשב"א נמי איירי בין בנכסי מילוג ובין בנכסי צאן ברזל, וכתב בדבריו שמה שכתב בדעת הרשב"א שבמורדת מאיס עלי שבנכסי מילוג אם קדמה ותפסה אין מוציאין מידיה ואם לא תפסה ה"ז בחזקת

הבעל, ומשמע מדבריו שלמד בדעת הרשב"א שבין בנכסי מילוג ובין בנכסי צאן ברזל אם תפסה מוציאיין מיד הבעל ואם לא תפסה אין מוציאיין מיד הבעל.

ואכן כך פסק הרמ"א בשו"ע אבהע"ז סימן ע"ב ס"ב "האשה שמנעה בעלה מתשמיש וכו' אם אמרה מאסתיהו וכו' אין לה כתובה כלל ותטול בלאותיה הקיימים בין בנכסי וכו' " פירוש בין בנכסי מילוג ובין בנכסי צאן ברזל, וכו', וכתב הרמ"א וי"א דאפי' נכסי מילוג אינה נוטלת אלא מה שתפסה, (ב"י בשם תשובות הר"ן שכ"כ בשם הרשב"א).

הרי מבואר לדעת הרמ"א שהאשה נוטלת רק מה שתפסה ונכסים שלא תפסה הרי הם בחזקת הבעל וא"כ במקרה דנן שמחצית הדירה רשומה ע"ש הבעל הרי שאין מוציאיין ממנו.

אולם בחלקת מחוקק ובב"ש הקשו דלא מצינו דעה זו ברשב"א ובר"ן אדרבה הרשב"א בחידושו פסק דנכסי מילוג לא הפסידה ונוטלת מה שהוא קיים, וכן הקשה בביאור הגר"א אלא דבתשובת מהר"ל בן חביב (סימן לו) הביא בשם מהר"ש הלוי הביא עוד שיטה דס"ל דבאומרת מאיס עלי מועיל תפיסה בנ"מ.

וכ"כ ר' אליה מזרחי בספרו שו"ת הרא"ם (סי' טז) בשם רב שר שלום גאון שהכל תלוי בסברא שאם לא שייך אדעתא למיפק המתנה היא מתנה גמורה, וז"ל: והכי שדר רב שר שלום ואסכימו עליה מתיבתא והוא הדין נמי גבי מתנות דחתנא ליכא למימר אומדנא דדעתא היא דאדעתא למישקל איהו לנפשיה והיא נתגרש ממנו או אדעתא דלהו לירשיו ואיהי תיפוק בלא כלום לא אקני לה, הילכך לא שנת מתה היא לא שנת נתגרשה אין המתנות חוזרות לכלה או לירשיה.

ודברים קל וחומר ומה אם במתנות הבעל לאשתו דליכא למיתליניהו בשום מלתא לומר דאדעתא דהכי יהיבניהו לה, ואדרבא מוכחא מלתא דאדעתא דלמישקל ולמיפק מניה לא אקני לה, אפילו הכי אמרינן דהו מתנה גמורה, ואם מת או גרשה הרי הן שלה ואינן חוזרות לבעל או לירשיו, במתנות דחתנא דאיכא למיתליניהו משום איקרובי דעתא אי נמי משום מנהגא דאי אפשר בלא מתנות דודאי אי לא יהיב ליה מידי יתבטל חתונם לגמרי ואנן סהדי דמשום חבת חתון גמר והקנה מבעיא. עכ"ל.

והנה מוכח מדבריו שבאופן שהכלה או החתן נתנו מתנות לשם חיבה הוי קנין גמור ולא מתבטלים המתנות בין אם מתה או נתגרשה.

וכן דייק בדבריו המהר"א ששון בספרו שו"ת תורת אמת (סי' נה) וז"ל: הנה האיר עיינינו הרב הגדול זכרוננו לברכה בתשובותיו כלם ובפרט בתשובה הזאת. לענין נדון שלנו וכו', שהרי כפי הכתוב בשאלה המנהג הוא שמביאיין הבתולות והאלמנות הרבה ואף על פי שאין כותבין להן כל מה שהביאו והכל הוא משום חבת חתון. וזה ביניהם נהוג יותר מהמתנות שנותנין לחתן וכיון שכן פשיטא דלא גרעי מדין המתנות שכתב הרב ז"ל בהם שזכה הבעל.

עוד למדנו מדברי הרב ז"ל אלו דאפילו שלא יכתוב או שלא יפרש החתן מעיקרא בהדיא שמה שמביאין לו יותר ממה שהוא כותב לאשתו שהוא במתנה גמורה לו אפילו הכי הכל הוא שלו וזה מוכרח מתוך דברי הרב ז"ל וכו'.

אם כן מעתה בנדון דידן שכל הנשים מביאות נדוניא הרבה לסיבת אקרובי דעתא וחתון אף על פי שאין כותבין לה הכל אם כן פשיט' שזכינו לדין שהבעל הזה אפילו אם יגרשנה אינו חייב רק בשתי הכתובות שכתב לה וכל השאר הוא במתנה אצלו ואין בין מיתה לגירושין הפרש כלל. עכ"ל.

מדברי המהר"א ששון מוכח ג' יסודות מדברי הרא"ם, א. ברור ופשוט הסברא דכל שנתנה לו מתנה ואפי' שהכניסה לו נדונייתה ולא כתב לה החתן את מה שהוסיפה בכתובה חשיב כמתנה שנתנה לו, ב. מתנה זו אינה חוזרת לעולם, ג. אם היא טוענת שלא נתנה לו לשם מתנה היא צריכה להוכיח בהוכחה ברורה שלא נתנה לו לשם מתנה וכ"ז שלא הוכח שלא נתנה לו לשם מתנה הוי שלו.

מדברי הרא"ם והמהר"א ששון יש חידוש עצום שאפי' מתנות מן האירוסין נחשבים כמתנות שאינם חוזרים וכ"ש מתנות מן הנישואין שנתנו שבודאי אינם חוזרים.

ומ"מ לענייננו מוכח מכל הנ"ל דהחידוש היותר גדול במתנות שנתנו לאשה יותר מהמתנות שנתנו לבעל, שאינם חוזרים.

וכ"כ הרמב"ן (שם) וז"ל:

ואנן מימר קאמרינן כולוהו מתנות דעלמא אי לאו דעבד ליה נייח נפשיה לא הוה יהיב ליה מתנה וכו', ומצאתי בחיבור א' בתשובות רב האי גאון והרי"ף דאפי' במתנה לחוד בטר נישואין מפסדא.

והנה הרמב"ן כתב בדעת הר"י מיגאש והרי"ף שכתבו שהמתנות חוזרות לבעל כיון דאדעתא למיקם קמיה אקני אבל אדעתא למיפק לא קניא, וכתב דסברא זו משום שמדינא דגמרא לית לה כלום לפי שמדינא דגמרא מפסדת הכל.

מוכח מדברי הרמב"ן דס"ל נמי כדברי הרא"ה דכל שנתן מתנה גמורה א"י לחזור בו, אלא שהביא מדברי הגאונים שמפסדת שלא מן הדין דכיון שמרדה קונסים אותה וצריכה להחזיר את כל המתנות שקבלה מן הבעל, ומ"מ כיון דגדר קנס הוא שמפסדת ודאי הסברא נותנת לומר שבמקרה הפוך (בשהאשה נתנה מתנה לבעלה) לא מפסיד הבעל.

ואף הרשב"א (בשו"ת הרשב"א חלק ב סימן קיב) כתב וז"ל:

ובאמת שהמורדת ויוצאת בגט מדעתה בתקנת הגאונים ז"ל, אינה נוטלת כלום משל בעל ואפי' מנה מאתים כדעת הגאונים ז"ל, וכמו שכתב הרב ז"ל [הרי"ף]

בהלכות דקנסי' לה בדידה. אבל מ"מ מה שנתן לה במתנה גמורה, מתנה מוחלטת מעכשו שהיא יכולה לתת עכשו לכל מי שתוצה, בזה לא אמרו אלא מוכרת ונותנת וקיים, בין יוצאה לדעתה בין יוצאה שלא לדעתה. וזהו שנראה לי בענין המתנות הללו.

אמנם הרמב"ם בפ"ד מהל' אישות ה"ח כתב וז"ל:

האשה שמנעה מבעלה מתשמיש המיטה היא הנקראת מורדת וכו' אם אמרה מאסתיהו וכו' ותצא בלא כתובה כלל וכו', 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.

וכ"כ הריטב"א בחידושיו על מסכת כתובות (סד) כתב וז"ל:

והאומרת מאיס עלי שאיני רוצה בו ולא בכתובתו אין לנו לזוז משיטת הגאונים ז"ל שכתבו דקנסינן לה טפי ממורדת גמורה, ואין ממתניין לה ארבע שבתות אלא מתריין בה ואם לא תחזור בה לאלתר הפסידה כל כתובתה ומתנה שנתן לה הבעל סתם.

היוצא מכל הנ"ל דבמתנה שנתן הבעל לאשה נחלקו הראשונים דדעת רב האי גאון והרי"ף והר"י מיגאש והרמב"ם דהמתנה חוזרת לפי שלא נתן לה ע"מ שתצא, ודעת הרמב"ן והרא"ה (וכן הובא נמי בר"ן כשיטה אחרונה) דאין מתנתו של הבעל חוזרת אליו.

לענין מתנות האשה לבעל הבאנו לעיל מדברי המאירי דס"ל שאף מתנות שהאשה נתנה לבעלה חוזרת אליה שלא נתנה לו ע"מ שתצא, אמנם ראינו לעיל מדברי הרא"ה והרמב"ן דפליגי עליה וכתבו בפירוש שכל מתנה שניתנת אינה חוזרת לעולם.

ומ"מ כיון שראינו שהרא"ה והרמב"ן והרשב"א פליגי על דברי המאירי, ועוד שבפשטות רוב דברי הראשונים (הרמב"ן הרשב"א והריטב"א ועוד) התחבטו והתקשו ליישב דברי הגאונים שמתנת הבעל חוזרת והעמידוהו שזהו קנס לאשה ובודאי לא אמרינן איפכא (לקנוס את הבעל במתנת האשה), וא"כ דיינו כמה שהתקשו על הראשונים ולא נוסיף את האחרונים, ובודאי שלא נאמר מסברא על מתנות האשה שיחזרו, וא"כ שיטת המאירי שיטה יחידאה היא נגד רוב פשטות דברי הראשונים, ובפרט שהמאירי בעצמו מציין שפליגי בה הגאונים, ואולי תליא במנהג המקום ואין לנו לחדש בזה לסבור שלא כסברא המסתברת.

והנה כל דין זה, הוא רק אם הוא אנו מגדירים את המתנה שהאשה נתנה לבעל הוא כדין נכסי מלוג אבל לפי דברינו לעיל שהרישום בטאבו הוא קנין גמור ושייך לבעל הרי בודאי שא"צ להחזיר, שהרי דעת רוב הראשונים וכן דעת הרמב"ם והשו"ע פסקו שמורדת מאיס עלי נוטלת נכסיה הקיימים בין בנכסי מלוג ובין בנכסי צאן ברזל, וממילא לפי שיטתם ברור מכיון

שהדירה רשומה ע"ש הבעל א"צ הבעל להחזיר, וכך הוא לשון השו"ע באהע"ז סי' ע"ז ס"ב וז"ל: האשה שמנעה בעלה מתשמיש, היא הנקראת מורדת; ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להיבעל לו מדעתי, אם רצה הבעל לגרשה אין לה כתובה כלל, ותטול בלאותיה הקיימים, בין מנכסים שהכניסה לבעלה ונתחייב באחריותן, בין נכסי מילוג שלא נתחייב באחריותן, ואינה נוטלת משל בעלה כלום, ואפילו מנעל שברגליה ומטפחת שבראשה שלקחם לה, פושטת ונותנה, וכל מה שנתן לה מתנה מחזרת אותו.

ולכן פשוט וברור שלדעת הרמב"ם והשו"ע מחצית הדירה שנרשמה ע"ש הבעל כבר יצאה מרשותה ואין זה בגדר נכסיה הקיימים ואינה יכולה להוציא מידו.

והנה בפד"ר כרך י' עמוד 335 פס"ד של הגר"ש ישראלי הביא דעת מקור ברוך הובא בבאר היטב סימן ע"ז סק"י שגם במורדת הטוענת מאיס עלי דין המתנות שנתנה האשה כדין נכסי צאן ברזל שאם לא תפסה אין מוציאין מיד הבעל, וכתב הטעם משום כיון דאנו באים להוציא ממנו, א"כ קיימת סברה הפוכה שעל דעת שתמרוד ותצא ממנו שלא ברצונו לא התחייב ליתן לה, וזהו היפך דעת המאירי הנ"ל,

ולמעשה זהו גם דעת הרא"ם בסימן ט"ז שכתב שאין מתנות האשה חוזרות, והסברא היא כמבואר בדברי הראשונים דאטו מאן דיהיב מתנה לחבריה ולרחמיה ערבא בעי למשקל מינה דרחים ליה לעולם,

והגר"ש ישראלי זצ"ל כתב לישב דאין סתירה בין דברי הרא"ם למאירי, דהרא"ם איירי במתנות שנתנים לחתן בזמן האירוסין והנישואין שבזה אין המתנות חוזרות כיון שנותנת משום איקרובי דעתא ואם נתבטלו המתנות תתבטל החתונה לגמרי. אבל במתנות שניתנו לאחר מכן במהלך הנישואין חוזרים לאשה דאדעתא למיפק לא יהיב לה.

אכן לענ"ד נראה לומר דברי הרא"ם איירי בכל מצב גם שניתנו לאחר הנישואין שהרי הסברא אטו מאן דנותן מתנה שאוהב את חברו צריך ערב שיאהב אותו לעולם שייכת לומר נמי הכא, ובפרט שהמתנה ניתנה במהלך שנות הנישואין מדוע יחזרו המתנות אדרבה הסברא נותנת יותר לכך מאשר בזמן האירוסין שעדיין לא חיו יחד.

ומה שהביא ראיה מפד"ר כרך י"ב (עמוד 185) פס"ד של הגר"ש ישראלי והגר"א גולדשמידט, אינה ראיה דשם איירי בבעל שאין לו גבורת אנשים ובוזה פסקו דמה שנתנה האשה לבעל מתנה בזמן הנישואין הוא על דעת חיבת ביאה, ומכיון שלא היתה חיבת ביאה הרי שדין המתנות שנתנה האשה לבעל חוזרות אליה.

וראיה לדבר מדברי החתם סופר בשו"ת אהע"ז סימן קמ"א וז"ל: ומ"מ נראה לי הנושא אשה בחזקת כשרות ונתן לה מתנות ואח"כ נודע שהיא אסורה עליו מכבר קודם הנישואין כגון שזינתה מרצונה ביו ארוסין לנישואין או שניבעלה לפסול כהונה בהיותה פנויה ובעלה

כהן, וכל כיוצא בזה, נ"ל שכל המתנות חוזרות לבעל, דהכא לא שייך סברת הגאונים הנ"ל דהרי ודאי מאן דיהיב מתנה לחבירו בחזקת שהוא אוהבו ונימצא באותו שעה לא היה אוהבו, בודאי חוזרת המתנה וכו' והכא הרי אזלינן בתר אומדנא דהרי כל הדין בנוי על אומדנא וכמו שכתב בתשבץ, ואומדנא הוא שלא נתן לה מתנות אלא משום חיבת ביאה שלה וכיון שנימצא שלא היתה ראויה לביאה שלו ועומדת להתגרש ממנו פשיטא דחוזרים המתנות כולם וכו' עכ"ל.

וא"כ הוא הדין בבעל דאין לו גבורת אנשים דכל המתנות שהאשה נתנה לו לבעל הוא משום חיבת ביאה וכיון שנימצא שלא ראוי לביאה, הרי המתנות שהאשה נתנה לו חוזרות אליה. ולכן מכח זה פסקו שם בכרך י"ב הגר"ש ישראלי זצ"ל דהמתנה בטלה, אבל בסתמא בודאי שאין המתנות שהאשה נתנה חוזרות.

מסקנת הדברים:

רישום מחצית הדירה לזכות הבעל בטאבו מועיל מדין קנין סיטומתא וכן מדין דינא דמלוכתא דינא.

גם אם תמצא יד הדוחה לחלוק על הנ"ל (לא מצאתי), הרי מצינו דעת הר"ח והרא"ה והרמ"א בסימן ע"ז סעיף ב', וכן דעת ר' אליהו מזרחי בשו"ת הרא"ם, והחת"ס, שאין המתנות חוזרות לאשה.

במקום שיש מחלוקת הפוסקים בדין זה, הואיל והבעל מוחזק במחצית הדירה, אין מוציאין מידו.

בהתאם לכלל האמור יש לפסוק כי דירת הצדדים הרשומה ע"ש שני בני הזוג תחולק ביניהם בחלקים שווים.



הרב שניאור פרדס

ראב"ד נתניה

חיוב דמי שימוש בין בני זוג

א. דיני שותף שהשתמש לבדו

מקורות הדין + מחה השותף מעיקרא + פירוק השותפות במניעת שותף את חברו משימוש - מכח אומדנא + דעת הרשב"ש החולק לכאורה על הרשב"א + שיטת השער משפט שהרשב"ש לא נחלק על הרשב"א + תשובת זרע יעקב שנקט כשער המשפט + אף הבית דוד נקט דהרשב"א והרשב"ש לא פליגי + השמטת הרמ"א את טעם הרשב"א + ביאור סיום דברי הרשב"א לסוברים שנחלק על הרשב"ש + דעת הר"י מגאש לחלוק על דעת הרשב"א + המסקנות מהאמור להלכה + דמי שימוש לאחר תקופת הגירושין + דמי השימוש בדירה עד למועד הגירושין + מתי בדיוק מסתיימת השותפות + מתי הגשת תביעה לפירוק השותפות מחייבת "דמי שימוש" + הגדרת המושג "סיום השותפות" + אומדנא בכוונת ההשתתפות וחילוקי מקרים.

ב. תנאי חיוב 'נהנה' משל חברו

דיני נהנה ומשתמש בבית חברו + המקור לחיוב דמי שימוש בנכסי חברו + החילוק בין 'מבטל כיסו' ובין 'זה לא נהנה וזה חסר' + 'נהנה' ו'אוכל חסרונו' + זה נהנה וזה חסר בפחות משווה פרוטה + הרשות לומר לדר בחצרו "צא" ותביעת שכר אם אמר כן ולא יצא + אמר לו "צא" והלה לא היה יכול להשכירו לאחרים + שותף הנהנה לבדו מנכס משותף שונה מ'נהנה' אחר בכהאי גוונא + דירה העומדת למכירה + מניעת בעל הדירה מלדור בה + החילוק בין "אמר לו צא" לבין "הוציא את חברו מביתו" ודר בו + כאשר אין לבעלים היכן לגור + לאחר הגשת תביעה ל"דמי שימוש" + חיוב בדמי שימוש בלי לדור בבית בפועל + ביאור דין 'משתרשי' + סיכום דברי הקצות החושן והשערי ישר בגדרי 'נהנה' ו'משתרשי' + החילוק בין 'נהנה' על ידי מעשיו להנאה הבאה שלא על ידי מעשיו + דין 'חסר' ו'גלי אדעתיה' ב'נהנה' וב'משתרשי' + ההשלכה לנידון דידן + ספק אם הכריחה אותו לעזוב + איסור מגורים משותפים כשנאסרה עליו + חיוב במקרה של ספק - קרקע בחזקת בעליה עומדת

ג. דמי שימוש במטלטלין

תיאור המקרה + המשתמש במטלטלין של חברו שלא מדעתו + דמי שימוש במטלטלין שנקנו והתברר שהיה מקח טעות מחמת מום + אוכל חסרונו של חברו בקרקע ובמטלטלין + שוכר מטלטלין של חברו שלא מדעת וללא רשות אם דינו כגולן + שואל שלא מדעת אם נחשב כגולן לכל עניין + בני זוג כשותפין + חלוקת שותפות צריכה קניין + קניין לחלוק הינו קניין דברים + סיטומתא בהסכמים + קניין סיטומתא בהסכמי גירושין + הדין במקרה שלפנינו

חיוב בן זוג בדמי שימוש

סוגיית חיוב אחד מבני הזוג ב"דמי שימוש" על דיור או שימוש לבדו בנכס המשותף, נידונה רבות בפסקי הדין של בתי הדין. במקרים בהם רק אחד מבני הזוג מתגורר בפועל בדירה המשותפת, לפעמים אחרי שהתגרשו, ולפעמים אף בתקופה שקודם הגירושין, לפעמים השני הוצא בעל כרחו, ולפעמים יצא מעצמו, ותמיד עולה השאלה האם על הצד המתגורר לבדו בדירה, לשלם לצד השני, על השימוש בחלק הנמצא בבעלותו בדירה המשותפת.

דיני שותף שהשתמש לבדו

מקורות הדין

יסודה של הסוגייה הוא בהלכות שותפין, ועיקר השאלה היא, האם שותף שהשתמש לבדו בנכס המשותף, באופנים מסויימים, מחויב לשלם לשותפו על השימוש הבלעדי בנכס השותפות, או לא.

בשולחן ערוך בהלכות שותפים (חושן משפט סימן קעא סעיף ח) נפסק:

"... ואם הוא דבר שאין יכולין להשתמש בו כאחד, חולקין אותו בימים. הגה: לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר אשתמש גם כן זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש (רשב"א חלק א סימן תקנו).".

מקור דברי הרמ"א בשו"ת הרשב"א (חלק ב סימן קמא). הגם שבשולחן ערוך צוין על דברי הרמ"א לחלק א סימן תקנו, ומקור ציון זה בדרכי משה הארוך – תשובת הרשב"א בעניין זה אכן מצויה בשני המקומות, אבל בחלק ב היא מפורטת יותר ובו בלבד נכלל האמור בדברי הרמ"א שבסוף הסעיף. ובמהדורת שירת דבורה אכן ציינו לתשובה זו בדברי הבית יוסף שהביא אף הוא את הדברים. ועיין בשו"ת בית שלמה חושן משפט סימן מח – שיובא להלן – שבתוך דבריו עמד בזה וכתב "והנה בבית יוסף לא נרשם מקום מתשובת הרשב"א הנ"ל ובהגהת רמ"א הציון בטעות, אבל מקור הדברים מתשובת הרשב"א חלק ב המכונה תולדות אדם סימן קמא", וכיוצא בדבריו כתב גם בדברי גאונים – שיובא אף הוא להלן. אכן לא ידעו שניהם כי הציון שבהגהה יסודו כבר בדרכי משה הארוך, שכן לא ראו את הדרכי משה הארוך לחושן משפט שנדפס לראשונה רק בדורנו, בשם "דרכי משה השלם" בשנת תשל"ט במהדורת מכון ירושלים שהתקין הגר"ש רוזנטל שליט"א. ויוער כי אפשר שרבנו הרמ"א עצמו לא הייתה תשובת הרשב"א בידו אלא שסמך על המובא בבית יוסף – שכמו שביאר בהקדמתו חלק מדבריו בדרכי משה הם מתוכו – שכן בבית יוסף הובאו הדברים ללא ציון

מקורם ברשב"א אך ברצף אחד לאחר מה שהביא מהתשובה שבחלק א סימן תתקנו, ואפשר שהבין רבנו הרמ"א כי אותו מקור הוא שממנו לוקחה אף התשובה שבהמשך).

הרשב"א כתב (שם) בתוך דבריו:

"שאלת: שנים שלקחו מקום ישיבה של בית הכנסת – כל זמן שאינן רוצין בדין גוד או איגוד היאך עושים, ישתמש בו כל אחד לפי שיזדמן, או יש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים, וכאותה שאמרו במי שחציו עבד וחציו בן חורין, ובכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה, שאני אומר עובד את זה יום אחד ולזה שני ימים.

ואם תמצא לומר שיש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים, יחלקו לימים או לחדשים או לשנים. לפי שנמצא להרמב"ם ז"ל שאמר גבי חצר שאין חלוקתן לא לימים ולא לחדשים אלא לשנים, שאין אדם עשוי לפנות את כליו אלא משנה לשנה, ואולי לא יאמר ז"ל כן אלא בחצר, אבל במקום ישיבה לא שהרי אין כאן טורח של פנוי כלום.

ואם אירע הדבר שהאחד ישב שם חמש שנים, יכול לומר לו חברו אשב אני שם כמו שישבת אתה, או יעלה לו שכר כנגד הימים שהיה ראוי בו, או דילמא מצי אמר לו אידך כל שלא חלקנו לא היה לי לימנע מלישב שם כל זמן שהוא פנוי. עד כאן תורף דבריך.

תשובה: מסתברא שאין דין חלוקה לזמנים ידועים כלל, למאן דאמר אית דינא דגוד או איגוד, ובדברים שיש בהם דינא דגוד או איגוד, (ראה בהערתו הנכונה של מהדיר שו"ת הרשב"א שבהוצאת מכון ירושלים, שנראה שחסרות כאן המילים: "אלא למאן דאמר לית דינא דגוד או איגוד") אי נמי למאן דאמר אית דינא, במידי דאי אפשר בגוד או איגוד, שאז יש דין חלוקה לזמנים ידועים, כגון מי שחציו עבד וחציו בן חורין.

ונראה לי טעמא דמלתא, משום דדינא דגוד או איגוד ודינא דחלוקה לזמנים ידועים תקנתא ניהו, דאילו מדינא הוה לן למימר דאפילו חצר דלית ביה שיעור חלוקה אילו רצה זה ליטול חלקו, יטול, אלא משום עשיית הישר והטוב אי אפשר. ולפיכך תקנו להם או דינא דגוד או איגוד, או דינא דחלוקת זמנים ידועים, כדי שלא יפסידו זה על זה חלקם.

ובעקף תקנתא פליגי, דמר אמר דינא דחלוקת זמנים ידועים עדיפא ליה לנתבע משום דהדרא ליה, ומר אמר גוד או איגוד עדיפא ליה לנתבע משום דידו על העליונה. וכי היכי דלמר לית ליה אלא תקנתא חדא... אלא דהוי טעיו וסבר דאפילו במידי דלא אפשר למימר ביה גוד או איגוד... לא עבדינן להו תקנתא אחריתי, ואהדר ליה דלא... למאן דאמר אית דינא דגוד או איגוד... עדיפא מחלוקת זמנים, כי היכי דלא לצטריך האי לאסתלוקי מביתה...

ואפילו במקום ישיבה של בית הכנסת, שאי אפשר לשניהם להשתמש בו כאחד, כשיסתלק זה יושב בו זה, קדם וישב בו היום יקדים השני למחר וישב בו. ואפילו בחצר שאין בה דין חלוקה כך הוא, שבמקום שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה, אי אפשר לזה להשתמש זה בחבלתו וזה בחבלתו כאחד, לעתים שאי אפשר, אלא כשמסתלק זה לשעה משתמש בו שני לשעה.

ומיהו אפילו למאן דאמר אית דינא דחלוקת זמנים, מסתברא שאי אפשר בכל כי הא לימים ולא לחדשים אלא לשנים, דאי אפשר להם לטרוח בכל יום, דאף על פי שאין כאן טורח פנוי כלים, אין לך טורח גדול מזו שישב כאן יום אחד וכאן יום אחד, שזה כחוכא והפסד יש בדבר, ולא ימצא מי שישכור לו לימים מפוזרים.

ואם אירע שישב בו האחד שתים ושלוש שנים, נראין לי דברים ברורים שאינו חייב להעלות לו שכר, דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש, ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי, וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה, דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. והוא הדין דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמשת בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן, דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש, ואלו רצה חבירו היה משתמש בו.”

מקור דין גוד או איגוד וחלוקה לזמנים הוא במסכת בבא בתרא (יג, א) שם מובא כך:

”ולא את הטרקלין כו’ – אין בהן כדי לזה וכדי לזה, מהו.

רב יהודה אמר אית דינא דגוד או אגוד. רב נחמן אמר לית דינא דגוד או אגוד. אמר ליה רבא לרב נחמן, לדידך דאמרת לית דינא דגוד או אגוד, בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין, אמר ליה שאני אומר עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים.”

ופירש רש”י:

”אית דינא דגוד או אגוד – זה שרוצה לחלוק, אומר לזה שאינו רוצה לחלוק, או קוץ לי דמים וקנה לך חלקי, או אני אקוץ דמים ואתן לך בחלקך, שאי אפשר בשותפותך.

לית דינא – שזה יכול לומר לא שלך אקנה ולא שלי אמכור, אלא שותפין נהיה בה. עבד או בהמה טמאה – שאי אפשר לחלקן, כיצד יעשו. להכי נקט בכור ופשוט דטריחא מילתא להיות שותפין בה.”

והנה הרמב”ם (שכנים פרק א הלכה ב) כתב וזו לשונו:

”אם היה המקום עשוי לשכר, משכירין אותו וחולקין שכרו. ואם אינו עשוי

לשכר, אם חצר הוא, שוכנין בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחת מפני היזק ראייה, שהרי אין בה דין חלוקה, ואין אדם עשוי לטרוח כל שלשים יום לפנות מחצר לחצר אלא משנה לשנה. ואם מרחץ הוא, נכנסין לה שניהם תמיד בכל יום. וכן כל דבר שראוי להשתמש בו תמיד ואינו עשוי לשכר, כגון מרחץ או מצע או ספר תורה, אינו יכול לומר לו השתמש אתה יום ואני יום, שהרי אומר לו בכל יום אני רוצה להשתמש בו".

ובמגיד משנה (שם) כתב:

"ואם אינו עשוי לשכר וכו' – בגמרא מאן דלית ליה דינא דגוד או איגוד, יש לו דין חלוקה בזמנים. וכתב הרב אבן מיגש ז"ל, אף על פי שהלכה כדברי האומר דין גוד או איגוד, בזמן שאין אחד מן השותפין אומרין כן יש לנו דין חלוקה בזמנים. ומכל מקום הכל לפי מה שהוא דבר, שאם היה בית וכיוצא בו אין חולקין אלא משנה לשנה, שאין לטרוח בפחות מכאן. וכן כתב הרשב"א ז"ל שאין חלוקת הדירה בפחות משנה לשנה".

נמצא כי דעת הרמב"ם והר"י מיגאש, שלא רק כאשר אין אפשרות לגוד או איגוד, אזי החלוקה היא לזמנים, כמו שמוכח בגמרא (לגבי האופנים שבהם "גוד איכא, איגוד ליכא") וכדברי הרשב"א דלעיל, אלא גם באופנים שאפשר לתבוע ולפסוק גוד או איגוד, כל עוד לא תבע כך אחד מהשותפים, יכול כל אחד מהם לתבוע חלוקת זמנים, ויאלץ חברו להסכים לכך או לתבוע גוד או איגוד, ובפרט זה הוא דלא כדברי הרשב"א שהבאנו.

זהו המקור להלכה שנפסקה בשולחן ערוך (סימן קעא סעיף ח הנ"ל), ועל דברי הרמב"ם שהובאו בשולחן ערוך (שם) כתב הרמ"א את דברי הרשב"א הנזכרים, שאם שותף אחד השתמש לבדו במשך זמן בנכס המשותף, ואחר כך בא חברו, אינו יכול לתבוע על שימוש זה תשלום, ואף לא להשתמש לבדו במשך זמן כנגד מה שהשתמש חברו, ומכאן שהבין הרמ"א כי גם לשיטת הרמב"ם, הסובר כי יש לערוך חלוקת זמנים בימים או בשנים (בבית, כמבואר בשולחן ערוך שם) הרי אם בדיעבד ישב אחד מהם שנה או יותר בבית, בלי שתבע חברו חלוקה זו קודם לכן, אינו צריך לשלם על כך לרעהו, וכפי שיבואר להלן.

מחה השותף מעיקרא

אמנם במקרה בו שותף אחד השתמש לבדו, בעל כרחו של חברו, אשר מחה כנגדו מלכתחילה, יש לומר שאף הרשב"א מודה שחייב בדמי שכירות. כך יש לדקדק מדבריו, וביותר גם מדברי רבי עקיבא איגר (בהגהותיו לחושן משפט שם) שמצא לנכון להעתיקם, וכתב:

"לא יוכל אחר כך – נ"ב: בבית יוסף מחודש ג' כתב בשם הרשב"א וזו לשונו:

אפילו במקום שיש בו דין חלוקה ונשתמש בו אחד ב' וג' שנים, אינו חייב להעלות לו שכר, דבשלו הוא משתמש. והוא הדין שאין האחד יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו ג' שנים אשתמש גם אני כנגדן, כיון דלא התנו תחלה בכך. עכ"ל.

וכן העתיק הריק"ש (מהריק"ש בערך לחם שם בסעיף יג)."

והנה לכאורה לא מובן מה ראו מהריק"ש ורבי עקיבא איגר להעתיק לשון זו של הבית יוסף, שלכאורה אין בה תוספת דין הלכה למעשה על המבואר ברמ"א, ולכל היותר היה להם לציין "כן כתב בית יוסף בשם הרשב"א".

ונראה שהעתיקו לשון זו בשביל סופה, שממנו יש לדקדק שדווקא כל שלא התנו בכך, ולא מחה אחד בשותפו היושב בנכס השותפות, קיימים דברי הרשב"א והרמ"א, אולם אם התנו, או שאחד מחה וחפץ להתנות ולממש את חלקו הממוני בשותפות, ככהאי גוונא לא נאמרו דבריו, ויהיה היושב בנכס חייב בדמי השכירות.

ונבאר, כי למרות שדברים אלה מוסבים לכאורה על האמור בתחילתם, "אפילו במקום שיש בו דין חלוקה", שבמקרה כזה המחאה הרי היא כדרישה לחלוק, וכיוון שלא נענה הלה ולא חלק בנכס עצמו, דין הוא שישלם, או שישתמש כנגד מה שהשתמש חברו. מה שאין כן כשאין בו דין חלוקה, שלשיטת הרשב"א לא יכול היה במחאתו הראשונה לכוף על חלוקה לזמנים, שרשאי הלה לומר שרצונו להשתמש יחדיו, ואם כן יתכן שאף בדיעבד לא יצטרך לשלם מהאי טעמא, מכל מקום אם הוא עצמו מנע מחברו להשתמש יחד, הרי פשיטא דאין לו שוב טענת נשתמש יחד.

ועוד שהרי גם לדברי הרשב"א יכל לתבוע מראש חלוקה בגוד או איגוד, ולא אמר הרשב"א אלא שאינו יכול לתבוע חלוקה בזמנים, ומשתבע מראש ששותפו ייתן לו להשתמש, או ישלם לו על שימוש לבדו בנכס, היינו דינא דגוד או איגוד.

וכך מצינו בשו"ת מהרש"ם (חלק א סימן ח) שכתב בתוך דבריו בזה הלשון:

"...ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב, ויהודה סירב מלציית דין תורה, ותובע שישלם שכר דירה מה ששוה חלקו יותר מחלק ראובן, יפה כתב רום מעלתו שמחויב יהודה לשלם, דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו היה משתמש גם כן וזה לא שייך בנדון דידן. וכבר העלה כן בשו"ת בית שלמה (חושן משפט סי' מח)..."

ועיין תשובת דרך יעקב (סימן יז) ותוספות ירושלים (על סעיף זה – חושן משפט סי' קעא ס"ח – שהביא דברי דרך יעקב אלה) שפסקו דהיכא דאין הבית מספיק לדירת שניהם והיו צריכים לחלק את עצמם לזמנים, אינו יכול לומר בשלי אני משתמש..."

ובשו"ת בית שלמה (חושן משפט סימן מח) – שציין המהרש"ם – כתב בזו הלשון:

"על דבר שאלתו בראובן ושמעון שירשו בית גדול מאביהם וראובן בעצמו דר בבית הנ"ל כמה שנים מעת פטירת אביהם, ושמעון דר בעיר אחרת, ופעם אחת תבע ראובן משמעון שיתן לו חלקו מה שהוציא מכיסו על מס ותיקון הבית ונתן לו סך מסויים.

ונזדמן פעם אחת לפני כמה שנים ששמעון הוכרח לעקור ממקומו למקום ראובן על איזה זמן, ורצה לישב עם בני ביתו בקצת חדרים של הבית המשותף, ולא הניחו ראובן. ועד הנה יושב שמעון במקום אחר, וראובן ישב לבדו בבית ונשתמש בכל החדרים וכל המקומות שבבית הנ"ל.

ובתוך המשך אחר כך תבע ראובן משמעון שנית שיתן חלקו במעות אסיקיראציה (- ביטוח) שמשלם לבטחון משריפה, והשיבו שמעון ששכירות הבית שוה יותר מכל הוצאות ודמי סיקיראציה... בדבר שכירות הבית הדין עם מי, גם עתה רוצה שמעון שיחלקו בהבית, כי יש בו דין חלוקה, וכל אחד יתקן חלקו, וראובן אינו רוצה...

זה חוות דעתי, ראשונה אם מחוייב ראובן לשלם לשמעון בעד זה שדר בו עד הנה. הנה לכאורה שהדין עם ראובן כמפורש בהגה רמ"א (סימן קעא סוף סעיף ח), ואף דדברי הרמ"א סובבים על דברי השולחן ערוך דמירי באין בו דין חלוקה, נראה לכאורה דדוקא באין בו דין חלוקה הוא דינא הכי, והא דכתב רמ"א לא חלקו היינו בחלוקת ימים שכתב שם בשולחן ערוך קודם לזה, אמנם דברי הרמ"א מקורן בדברי הבית יוסף... דאף ביש בו דין חלוקה...

אמנם כיון שכתב כבוד תורתו שפעם אחת לפני כמה שנים שרצה שמעון גם כן ליכנס להבית ולא הניחו ראובן, נראה דלפי זה הדין עם שמעון... מבואר נגלה מסיום דברי השואל ומסיום דברי הרשב"א שהטעם הוא משום דבלאו הכי היה הבית פנוי, ואילו היה רוצה חברו היה משתמש בו ולא מיחה בו חברו. אבל בנידון דידן דפעם אחת רצה שמעון להכנס ולא הניחו ראובן, בכהאי גוונא ודאי דצריך ראובן לשלם שכירות לשמעון עבור חלקו... וגם זה דבר ברור ופשוט, דכיון דראובן לא הניח לשמעון להכנס בו, לאו כל כמיניה להשתמש בחלקו של שמעון בעל כרחו... בנידון דידן שלא הניח ראובן ליכנס את שמעון בבית, והשתמש בו הוא לבדו בעל כרחו של שמעון בכל הבית, נראה לעניות דעתי שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי שכירות בעד השנים שאחר כך שדר בחלק שמעון..."

כך ברור גם מההסבר המובא בכסף הקדשים (חושן משפט שם) על דברי הרשב"א והרמ"א,

וזו לשונו:

”מ”ש בחושן משפט קעא בשם הרשב”א... דאם לא חלקו והשתמש אחד מהם לבדו אין חבירו יכול להשתמש זמן כזה אחר כך, נראה שטעמו משום שכן הוא דרך קנין דשותפות, שבזמן שישתמש בו אחד מהם יהיה כאילו איגלאי מילתא למפרע שהקנין חל לו לבד לזמן ההוא, וכמ”ש הר”ן ע”ה בריש פרק השותפין (נדרים מה, ב) גבי ”זה אומר לתוך שלי אני נכנס כו’ שמע מינה יש ברירה כו’” וכמו שכתבתי במקום אחר זה מכבר.

אך עיקר טעמיה דהרשב”א ע”ה בזה נראה, דהיינו מצד שהיה לו לשותף שני לעשות חלוקה או סדר שימוש זמן אחר זמן, וכל שלא עשה כן הניח את מה שישתמש חבירו על כפי מה שהוא על פי ההלכה, והרי ההלכה דיש ברירה בזה וכנ”ל.

מה שאין כן כשותף אחד ברח על ידי אונס או כדומה איזה טעות... נראה דבאחד מגווני אלו מודה הרשב”א ע”ה שיוכל אחר כך השותף השני להשתמש לבדו במקומות ההם כעין הזמן שנשתמש בו חבירו ממש, וצריך לעיין עוד בזה”.

לכאורה, דבריו דומים ממש לתשובות שהובאו לעיל. אך כשנדייק נראה כי הוסיף על הנאמר לעיל. בתשובות שהובאו לעיל כתבו שבמקום בו השותף השני הוא שמנע את חברו מלהשתמש בנכס המשותף, ישנה עליו תביעה, ויכול לדרוש את דמי השימוש, וכנ”ל. אבל בכסף הקדשים הוסיף נדבך נוסף. גם כאשר השותף היה מנוע מלהשתמש בשותפות בגלל סיבה חיצונית, שאינה תלויה כלל בשותף השני, גם אז רשאי הוא לדרוש פיצוי על הזמן שנמנע ממנו להשתמש.

נמצא שכאשר השותף אכן דורש חלוקה או סדר לשותפות, ודאי שזכאי לדמי שכירות משותפו היושב על חלקו. ביאור הדבר כי כל זמן שהם שותפים יכול לומר השותף בשלי אני יושב, אולם משעה שביקש השותף חלוקה או סדר לשותפות, או אז תמה זכות השותפות והרי הם כורים זה לזה, וחל עליהם דין הסוגיה שבבבא קמא (כ, א דלהלן) בעניין הדר בחצר חברו שצריך להעלות לו שכר, לפי התנאים שיבוארו להלן.

ואף כשלא ביקש את החלוקה – ואין לומר שתמה השותפות – מכל מקום צידד כסף הקדשים שיש לו זכות לדרוש חלק שווה בשימוש, ולהשתמש ”כעין הזמן שנשתמש בו חברו”, אם אי השימוש היה באונס, והיינו דסבירא ליה דגם הרשב”א מודה שמעיקר הדין יש זכות כזו, אלא דאם נמנע משימוש שלא באונס, ואף לא ביקש חלוקה או תשלום, מחל על זכותו זו ”והניח... שישתמש חברו... על פי ההלכה... דיש ברירה”. בדברים אלו ישנו חידוש, ונראה שסברתו היא, שזכות השותפות נמשכת רק כל עוד הייתה לשניהם אפשרות שווה ליהנות מהנכס, אך כאשר זה נמנע בעל כרחו, מכל סיבה שהיא, בטילה זכות השותפות.

אלא שבפרט זה מכל מקום אין הדברים מוכרעים, שכן בזה לא מצינו חבר לכסף הקדשים

והוא עצמו סיים דבריו ב"צריך לעיין עוד בזה", אמנם להלן יובאו דברי השער משפט ועוד אחרונים הקרובים לדברי כסף הקדשים בזה.

פירוק השותפות במניעת שותף את חברו משימוש - מכה אומדנא

ביאור העניין, כאמור, נראה דאף שסברת "בשלי אני יושב" סותרת לכאורה את היכולת לדרוש מהשותף המשתמש שכר על שימוש, כי שותף, בניגוד לאדם זר שנכנס לחצר חברו ונהנה ממנה, או 'אוכל חסרונו של חברו' (כמו שיבואר להלן בהרחבה), אינו נחשב 'אוכל חסרונו של חברו' או 'נהנה ממנו', שהרי 'בשלו הוא יושב', אולם סברה היא, כי כל זה נכון כל זמן שהשותפות מתנהלת על פי תנאי השותפות, שאז הרי היא קיימת. אולם אם מי מהצדדים השותפים מפר את תנאי השותפות בתנאי העקרוניים והיסודיים, הפרה זו מהווה הפסקה של השותפות, שכן אומדנא ברורה ומוכחת בעיקר השותפות, כי אם אחד השותפים ימנע מהשותף האחר את שימוש, הרי זה נוגד את גופה ונשמתה של השותפות ואת עצם קיומה. ובכאפי גוונא התכוונו מלכתחילה שהשותפות תיפסק.

וביתר ביאור, במסכת נדרים (מה, ב) מובא במשנה:

"השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס חצר. רבי אליעזר בן יעקב אומר זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו..."

וכתב שם הר"ן בזו הלשון:

"... דהיינו טעמייהו דרבנן, משום דכיון שאי אפשר לומר דכל חד קני לכוליה חצר קנין הגוף לעולם, דאי דמר לאו דמר, ואי אפשר לומר גם כן דבשעה שמשתמש בו איגלאי מילתא למפרע דבשעת קניה קנה לה להיא שעתא קנין הגוף, דאין ברירה, אלא כל חד מהנך שותפין יש לו לעולם בחצר זה קנין הגוף, דהיינו חלקו, וקנין שיעבוד בחלקו של חברו, שאין הלה יכול לעכב עליו מן הדין, אף על גב דלא קני ליה גופא. הלכך קסברי רבנן דאותו קנין שיעבוד שיש לו על חלקו של חברו, קונמות מפקיעין אותו ומשום הכי אסור, דקונמות מפקיעין מידי שיעבוד... ורבי אליעזר בן יעקב פליג עלייהו דסבירא ליה דיש ברירה, ומשום הכי אמרינן דכל שעה ושעה שנכנס לחצר, בדנפשיה קא עייל, וגוף החצר קנויה לו לגמרי לאותו תשמיש, שאינו משתמש בה מקנין שיעבוד אלא מקנין הגוף..."

לדברינו נראה כי גם לביאורם של רבנן וגם לביאורו של רבי אליעזר בן יעקב, הקניין שהוברר או השיעבוד של כל אחד לחברו, למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה, חלים ותקפים מדיני השותפות, כי כאשר נשתתפו שיעבדו עצמם זה לזה (לרבנן) או קבעו שותפותם אשר תפסה בדרכי קנייני השותפות וממילא חל עליהם דין ברירה (לראב"י). אולם כל זאת כאשר

הם עדיין שותפים כדינם. אבל כאשר יחליטו לפרק את השותפות, יתבטלו דיניה, ולא יחול כל שיעבוד או קניין הגוף לכל אחד בכל החצר.

לפי האמור, כאשר תנאי יסודי ומהותי ואף יותר מכך – עיקר השותפות ומהותה – דהיינו זכאות השימוש לכל אחד מהשותפים, נמנע על ידי שותף אחר, או אז מופסקת השותפות על פי אומדנה, שמראשיתה של השותפות נקבע שהיא תבוא לסיימה במקרה שכזה.

אם אומנם כך, הרי כי בכהאי גוונא שאחד מרחיק את חברו השותף שלא כדין והופסקה השותפות, חזרנו להלכות 'זה נהנה וזה חסר' כפי שיבוארו להלן, שהרי סברת "בשלי אני יושב" פסקה ובטלה, חלפה הלכה לה ועברה מן העולם.

דעת הרשב"ש החולק לכאורה על הרשב"א

מצינו מי שלכאורה חלק על דברי הרשב"א, והוא ניהו הרשב"ש, וכמו שהובא בספר דברי גאונים (כלל ק אות ה) בזו הלשון:

"שני אחים ירשו מאביהם שני בתים, האחד בית גדול והאחד קטן, ודר אחד מהאחים בבית הגדול שנים מרובות ונפטר... ועתה בא האח האחר ואומר אדור אני בגדול כדרך שדר אחי, והאלמנה מעכבת, עיין בשו"ת הרשב"ש (הוא בן התשב"ץ, סימן קלט) שפסק דכיון דאילו היה האח קיים, היה מחוייב לצאת מן הבית, ולהניח לאחיו לדור כמות השנים שדר הוא, כמו שכתב הרמב"ם (בפרק א מהלכות שכנים) וגם הרא"ש בתשובה (עיין בחושן משפט סימן קעא), והאלמנה הזאת לא עדיפא מגברי דאתי מחמתיה. עכת"ד.

ועיין שם (בסימן שסג) שפסק דאם השותף שדר בה כמה שנים רוצה למכור חלקו לאחר, שהרשות בידו למכור, רק בתנאי שיניח את שותף חברו לדור בו כפי שנותיו...

וזה מקרוב נדפס ספר ערך שי על החושן משפט, וראיתי (בסימן קעא סעיף ח) שהעתיק מספרי זה דברי הרשב"ש הנ"ל, וכתב עליו וזו לשונו (לפנינו מעט בשינוי):

"ואתה תחזה שהוא דלא כתשובת רשב"א שהביא הבית יוסף והרמ"א כאן... דאם השתמש אחד מן השותפים כמה שנים, לא יוכל האחר אחר כך לומר אשתמש גם כן כמו כן זמן שאתה נשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו נשתמש. וברמב"ם ובתשובת הרא"ש לא כתבו רק לכתחילה חולקים לזמנים, אבל כשכבר נשתמש בו אחד ולא מיחה בו חברו, לא פליגי על הרשב"א, ועל כן כתב הרמ"א דין הרשב"א הנ"ל באם כבר נשתמש וכו' אחר דברי הרמב"ם והרא"ש, דכשבאים לחלוק חולקים לזמנים". עכ"ל.

רצונו לומר, כיון דיש לומר דאף הרמב"ם והרא"ש מודים לדין הרשב"א, באם אחד מהם

כבר נשתמש, אין חבירו יכול לומר גם אנכי אשתמש זמן שנשתמשת, כי ברמב"ם וברא"ש לא הזכירו מדין אם כבר השתמש אחד מהם לבדו..."

נמצא כי הרשב"ש חולק על דעת הרשב"א, וסובר שכאשר שותף אחד השתמש תקופה בנכס השותפות ולא מחה בו חברו, יוכל השותף האחר לדרוש להתגורר בנכס תקופה מקבילה, ולחילופין לדרוש דמי שימוש על שימוש חברו בחלקו.

אכן הערך שי למד בדעת הרשב"א שבכל גוונא אם נשתמש זמן ולא מיחה בו חברו, אינו חייב לשלם לו על זמן זה או לאפשר לו לדור זמן זהה. ומכאן ההכרח דהרשב"ש פליג עליה.

גם בספר זכור לאברהם (חלק ב חושן משפט ערך שותף) כתב בשם הדבר משה (חלק ב סימן מ) כדעת הרשב"א (אליבא דהערך ש"י), והובאו גם דבריו בדברי גאונים (שם) ובזו הלשון:

"ועיין בספר זכור לאברהם... שכתב בראובן שמעון ולוי שהיה להם חנות בשותפות, והיו שותפים בעסקם, ואחר כך חלקו מהשותפות בהעסק, ונשאר להם החנות, ודרו בה ראובן ושמעון ה' שנים. ולוי, אחר חלוקת השותפות, הלך לו אל ארץ אחרת, לא יוכל לוי לומר אדור גם אני בחנות כמו שדרו הם, ואף דמי שכירות אינם חייבים ליתן לו בעד השנים שדרו בה. עד כאן דבריו..."

ועיין שם בדבר משה (שבעל דברי גאונים לא ראה דבריו במקורם, שכן ציין "אין בידי ספר דבר משה לעיין בו ביאור הדברים") שאכן ביאר דבריו הם על פי דברי הרשב"א והרמ"א, והאריך לדחות דברי מי שרצה לחלק בין נידונו לנידון דהרשב"א.

שיטת השער משפט שהרשב"ש לא נחלק על הרשב"א

אולם יש שכתבו שהרשב"א והרשב"ש לא נחלקו כלל, וכל אחד מהם עוסק בעניין אחר. השער משפט (קעא סק"ה) דייק כך מסוף דברי הרשב"א, ממשפט שהושמט בציטוט הבית יוסף מדברי הרשב"א וכדלהלן.

אף דבריו הובאו בדברי גאונים (שם) בזו הלשון:

"... ודברי הרשב"א הם... והנני מעתיק בקיצור לשון השאלה והתשובה... ועל זה השיב הרשב"א וזו לשונו:

"ואם אירע שישב בו האחד ב' וג' שנים, נראה לי דברים ברורים דאינו חייב להעלות לו שכר, דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש, ואפילו בחצר שיש בו דין חלוקה וכו', והוא הדין דאינו יכול לומר לו כדרך ששמש בו שתי שנים אשתמש בו אני לבדי, כיון דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש, ואילו רצה חבירו היה משתמש בו".

עכ"ל הרשב"א. וכפי הנראה הרמ"א העתיק דין הרשב"א מהבית יוסף ושם חסר סיום התיבות מן "ואילו רצה" עד הסיום.

ובשער משפט (סימן קעא ס"ק ה) למד מסיום דברי הרשב"א:

"דדין זה לא שייך אלא בבית של שותפים שהוא רק לדירה לדור בו ביחד, אבל לא בבית של אכסניא, שכל מי שנתאכסן משלם שכירות, ככהאי גוונא שייך השכירות לשני השותפים, ולא יכול לומר בשלי אני משתמש, דזה דומה לדין דסימן שס"ג (סעיף י בהג"ה) בשותף אחד שהשכיר כל הבית וכו'.

וגם בתשובת הרשב"א... מסיים בטעמו דכל שלא חלקו וכו' "ואלו רצה חבריו היה משתמש בו גם כן" עכ"ל, וזה לא שייך באכסניא שכל אחד מתאכסן שם מדעתו, ואין לגרע כח השותף במה שלא דר בו". עכ"ל.

הרי דדיק השער המשפט בתחילת לשונו דדין זה דהרשב"א לא שייך אלא בבית של שותפים שהוא לדירה לדור בו ביחד, רצונו לומר שיש שני חדרים שיכולים לדור ביחד, כי בבית אחד אי אפשר, כמו שכתבו ברמב"ם וטור ושולחן ערוך (סימן הנ"ל סעיף ח). וזה מוכח מהרשב"א שסיים "ואלו רצה חבריו היה משתמש בו גם כן".

ולפי זה יש לומר בדין הרשב"ש שירשו מאביהם שני בתים, האחד בית גדול והאחד בית קטן, ששניהם יש להם חלקים שוים ואי אפשר להשתמש שניהם בבית הגדול לדור ביחד, שוב לא שייך טעם הרשב"א. ולחלק דירת הבית לימים גם כן אי אפשר, כמבואר ברמב"ם ונושאי כליו ובטור ושולחן ערוך (סעיף ח) שצריכים לחלק לשנים, ולמה יגרע חלק האח שלא דר בבית הגדול. ויש לומר שדין הרשב"ש נכון אף לדברי הרשב"א הנ"ל, שהרשב"א כתב דינו על ירושת מקום בבית הכנסת ובחצר שראוי להשתמשות שניהם...".

תשובת זרע יעקב שנקט כשער המשפט

בדברי גאונים שם הוסיף וכתב:

"אחר זה מצאתי כדברי בתשובת זרע יעקב (סימן יז) שתמה... ונחית לחלק... וזו לשונו:

"והנה בשמים עדי שכל ימי הייתי מצטער על הג"ה זו שהגיה הרמ"א בסתם, דמשמע כל שלא חלקו, אפילו בית וחצר בכללותה, ונשתמש בכולה, יכול לומר בשלי נשתמשתי. ובשלמא מרחץ ובית הבד מצי אמר כן משום שבמרחץ יכולים שניהם להשתמש, ובבית הבד נמי כשאחד גומר מלאכתו, יכול השני לעשות גם הוא מלאכתו... אבל בבית שהוא דירה תמידית, ואי אפשר לדור בבת אחת וכו', איך יזכה מן ההפקר בדבר שאינו מופקר.

ובשלמא בתשובת הרשב"א דמיירי במקום ישיבה בבית הכנסת וכו', מצי לומר כיון שהיה פנוי (כמבואר בדברי השואל) ישבתי בו, ואם אתה היית בא לישוב אני הייתי מוצא מקום זולתו לישוב (וגם הלא בכל יום המקום פנוי, ומי שהיה מקדים לישוב ישב ולא מיחה בחבירו), אבל הרמ"א שהגיה בסתם ולא פירש, הוא נגד השכל. ובפרט שמצאתי תשובה להרשב"ש (סימן קלט)... ואם כפי פשוטן של דברים בתשובת הרשב"א, איך הרב הרשב"ש זיכה לאח השני לדור בבית הגדול כזמן שדר בו אחיו, והלא ימי קדם נפלו ומכאן ולהלאה חושבנא וכו'... פשיטא ליה להרשב"ש דלא שנא דאיך היאך אכל דלאו דיליה וחדיו...

וגם הסברא מכח שכל הישר נותן כן, דאם בתחלה הדין נותן שכל אחד יכול לומר דור אתה שנה ואני אדור אחר כך שנה, למה כשכבר דר אחיו שנה הפסיד השני זכותו שהיה לו בתחילה בחנם בלא דבר, כשביל שלא אמר בתחילה ואחר כך אני אדור שנה, למה היה לו לומר, אחר שנודע שכן היא חלוקתם על פי הדין המבואר ברמב"ם וטור ושולחן ערוך הנ"ל.

אלא ודאי דלא מיירי הרשב"א ז"ל אלא באופן ששניהם יכולים להשתמש או בבת אחת או לשעות, ואפילו זה נשתמש בכולו או לימים ידועים, מצי אמר ליה לחבריה אלו באת אתה אני הייתי משתמש בחלקי או ביומי ודי לי...

אחר כך חפשתי בתשובת הרשב"א... אלא שסיים "דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמש בו", עיין שם. נראה פשוט כמו שכתבנו, דדוקא בדבר שיכולים שניהם להשתמש או בבת אחת או לשעות או לימים וכו'. ולכן בדין הרשב"ש שדר בבית הגדול שאין שניהם יכולים לדור ביחד, וגם לא לחלוק לימים רק לשנים, כמבואר ברמב"ם וטור ושולחן ערוך סימן הנ"ל, יפה פסק הרשב"ש שאחיו האחר זוכה לדור בבית הגדול כפי הזמן שדר בו אחיו".

אף הבית דוד נקט דהרשב"א והרשב"ש לא פליגי

ובדברי גאונים (שם) המשיך וכתב בשם הזרע יעקב בזו הלשון:

"שוב מצאתי להרב בית דוד (חלק חושן משפט סימן כה) שכתב וזו לשונו:

"דלא אמר הרשב"א שאינו חייב להעלות שכר, אלא בדבר שיכולין שניהם להשתמש כאחד, כגון חלל חצר המשותף שזה משים בו כליו או חבילתו לשעה, וכשמסתלק זה משתמש בו השני, וכן מקום ישיבה בבית הכנסת זה יושב לשעה וכשמסתלק יושב בו השני, קדם זה וישב בו היום יקדים השני למחר וישב בו, כפי הא קאמר הרשב"א שאינו חייב, משום דאיכא טעמא רבה דבשלו הוא משתמש, שהרי היה יכול השני לבוא גם כן להשתמש שם לעתות שהמקום פנוי וכו'.

אבל בבית או בחנות, שאי אפשר לשניהם להשתמש ביחד, שאלו שמעון רוצה להשתמש צריך ראובן להסתלק מן הבית שנה כנגד שנה, כמו שכתב הרמב"ם ז"ל, והיה צריך ראובן לשכור לו במעות בית אחר לדור בו, ועתה שנשתמש ראובן כל אלו השנים והרויח כל מה שהיה צריך לשלם בעד בית אחר, צריך להעלות שכר לשמעון או שישתמש בהבית כנגד השנים שדר בו ראובן".

ודייק לה הרב בית דוד מסיום לשון הרשב"א, שסיים "ואלו רצה חבירו היה משתמש בו", דמשמע שאין שימוש האחד מונע את שימוש השני, עיין שם... אלא שבתוך דבריו נרתע לאחור בחילוק זה... ואילו ראה הרב בית דוד תשובת הרשב"ש שהבאתי לעיל, לא היה מסתפק בחילוק הנ"ל, והיה מחליט הדבר בכירור בלי שום טעם אחר.

מכל מקום אני אומר שאם כוונת הרשב"א כמו שחילק הרב בית דוד הרי טוב, ואם נאמר שלא נתכוון לכך – אף על פי שהוא כנגד השכל והסברא – הרי מצאנו להרשב"ש היפך זה, ובתראה הוא לגבי הרשב"א ונקטינן כוותיה.

וחזינן למרן הבית יוסף בשולחן ערוך שהשמיט דין הרשב"א ולא פסקו, אלמא דלא סבירא ליה".

עד כאן לשון תשובת זרע יעקב וכמובא בדברי גאונים.

השמטת הרמ"א את טעם הרשב"א

והנה חברי הגר"פ מונדשיין שליט"א העיר כי המעיין ברמ"א יראה כי הרמ"א השמיט את סיום דברי הרשב"א האלו "ואילו רצה חברו היה משתמש בו", ואם זהו תנאי ועיקר גדול בפסק הרשב"א, כיצד השמיט הרמ"א את עיקר דברי הרשב"א.

עוד דקדק כי הרמ"א העתיק את תשובת הרשב"א לציור בו דיבר השו"ע, שם מדובר בשימוש בבית למגורים, ולא במקומות ביהכנ"ס כציור בו עסק הרשב"א. והנה בעוד שבמקומות בית הכנסת ניתן באמת לשניהם לעשות בו שימוש, פעם זה יישב שם ופעם חברו, וממילא יכול היה הרשב"א לומר על ציור זה "ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו", הרי שבציור עליו דיבר הרמ"א לא ניתן באופן פשוט לחלק את זמני השהות, שכן עסקינן בבית למגורים, בו נמצאים חפציו של אדם ואינם ברי העברה תמידיים.

ולכן נקט הגר"פ שבדווקא השמיט הרמ"א את סיום דברי הרשב"א, ולמד שעיקר טעם ההיתר הוא דשותפים כל זמן שלא חלקו, "הרי זה כמשתמש בשלו", כמו שכתב הרשב"א קודם לכן, וזהו עיקר טעמו.

עד כאן תורף דבריו.

אמנם ראשית, הפוסקים שהבאנו שדנו בדברי הרמ"א והרשב"א, כן השתמשו בסוף דברי הרשב"א למרות השמטת הרמ"א, וכמו שכתב הלבוש (שם, יובא להלן) בתוך דבריו בטעם הדין, בזה"ל:

"... ואתה מה לי ולך למה לא באת ונשתמשת אתה בחלקך."

והבית דוד כתב בתורף דבריו:

"... ואפילו עומד וצווח שלא ישתמש חבירו או שיעלה לו שכר מאי אהני ליה, הלא זה יכול לומר בשלי אני רוצה להשתמש ובוא אתה והשתמש גם כן".

וכך הבין המהרש"ם שהבאנו (חלק א סימן ח), וכתב:

"... דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו היה משתמש גם כן"

הרי שנקטו לעיקר את סוף דברי הרשב"א כי טעמו הוא:

"כל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואילו רצה חברו היה משתמש בו".

ויתכן כי זה שהשמיט הרמ"א את סוף דברי הרשב"א, הוא משום שבאמת עיקר הטעם בדינו הוא אכן משום שבשלו הוא משתמש. וגם כאשר יכול אחד לחייב את חברו לחלוק, מכל מקום כל זמן שלא חלקו הם שותפים. אלא שסוף דבריו הוא תנאי בדבר, שאם מי מהם מונע את חברו מלהשתמש, או אז ניתן לדרוש דמי שימוש. ולכן כתב: "ואילו רצה חברו היה משתמש", והרמ"א השמיט עניין זה מרוב פשיטותו.

ביאור סיום דברי הרשב"א לסוברים שנחלק על הרשב"ש

לדברי אותם האחרונים שהבאנו שכן נקטו שהרשב"א והרשב"ש חולקים, צריך לבאר את לשון הרשב"א בסוף תשובתו, ולכאורה כוונתו היא למה שכתבו הפוסקים הנ"ל, שאם השותף מנע מחברו את השימוש, או אז ודאי הוא חייב בתשלום על הזמן שישב בו לבדו.

וידידי הגר"מ עמוס שליט"א בפסק דין (מיום י' באדר התשע"ב) כתב עוד לבאר דברי הרשב"א, בזו הלשון:

"ולעניות דעתי גם הסיפא של דברי הרשב"א, גם אם כדבריהם שלא היו בפני הרמ"א, מכל מקום ניתן להסביר... כשיטת רמ"א, דלשיטתם דיש לשאול: הרי הרשב"א צריך היה לכתוב "ואלו רצה חבירו היה משתמש עמו", דהיינו ששניהם יכולים להשתמש בו, ולא היה כותב "משתמש בו", דמשמע חברו בלבד, כי לפי דברי הרשב"א איירי רק בדבר שיכולים שניהם להשתמש, ואם כן היה לו לכתוב "ואלו רצה חבירו היה משתמש עמו" ולא היה כותב "ואלו רצה חבירו היה משתמש בו".

אלא כוונת הרשב"א שגם חברו – הייתה אפשרות שהיה משתמש בו, אילו היה קודם ראשון ומשתמש בו, ולא זה שנשתמש בו עתה, שהרי תחילת דבריו של הרשב"א כתב "ואם אירע שישב בו אחד שנים ושלש שנים", זאת אומרת במקרה ישב בו הוא, ובאותה מידה יכול להיות שחברו היה יושב בו. וזו כוונת הרשב"א "ואלו רצה חברו", היינו אם לא היה מניחו והיה הוא רוצה להשתמש בו, גם כן היה מקדים ומשתמש בו, אלא שכאן איירי שחבירו הקדימו ונשתמש בו".

דעת הר"י מגאש לחלוק על דעת הרשב"א

והנה בספר עטרת דבורה (חושן משפט סימן לג) הביא בשם ספר משנת רבי אליעזר (להגאון רבי אליעזר טולידו, חושן משפט סימן נט) שהביא דברי הר"י מגאש בתשובה (סימן קצו) שחלק על דברי הרשב"א.

בתשובה שם מדובר בכך יחיד היורש את אביו, שנפטר לאחר מות האב, ומשכך אחרותו הקטנה של הנפטר, אינה ניזונת מנכסיו שאותם ירש מאביו, כפי שהיה דינה בחייו – שהוא יורש את נכסי אביהם והיא ניזונת מהם – אלא היא ועוד שתי אחיות שנותרו, חולקות בירושת אחיהן.

וכך כתב הר"י מגאש בשלהי התשובה:

"הכלל העולה שאין לקטנה מזונות ולא מדור, ומחשבין עמה על שכירות המדור ששכנה בו מקרקעות אביה, ואינה יכולה לומר בחלקי דרתי, לפי שאומרים לה מאן פלג לך. והלכתא ברירא לך, הואיל והדבר מעורב, אין שום אחד יכול לומר בחלקי דרתי ובו נתהנית".

והביא שם בשם ספר משנת רבי אליעזר שכתב על דברי הר"י מגאש בזו הלשון:

"הרי בהדיא דטענה הלזו דבשלי אני דר לא מכרעא לפום דינא, כל עוד שלא היתה חלוקה ביניהם, אלא הנה הינם משותפים הבתים והקרקעות ביניהם, וכל פסיעה ופסיעה שמשתמש האחד, יש לו לחבירו חלק בזה, ובדין תובע שכר חלקו מחבירו.

איברא דאי דינו של הרשב"א הוה מיתאמרא דוקא בדבר שאין בו דין חלוקה, היה אפשר לומר שאין כאן מחלוקת בין הרשב"א עם מהר"י ן' מגאש, מטעמא דאיכא למימר דעד כאן לא אמרה הרשב"א אלא דוקא בשותפים שקנו דבר שאין בו דין חלוקה...

כבר בירר דבריו הרשב"א, דאפילו בדבר דיש בו דין חלוקה פטור, מטעמא דיהיב דבשלי אני דר, ולא מחוייב לתת לחבירו חלק מדמי השכירות, ולא אמרינן מאן פלג לך, וכטעמו של הרב מהר"י ן' מגאש, אלא משמע דפליג עליה".

עוד יש לציין בעניין את הכרעתו של הזרע יעקב (המובא לעיל) כדברי הרשב"ש, שטעמו עימו, משום שהוא היה בתראה ביחס לרשב"א, ואילו הרמ"א היה רואהו היה פוסק כמותו, ועוד הוסיף שכיוון שהשולחן ערוך לא הביא את דברי הרשב"א שהובאו אצלו בבית יוסף, הרי ראייה היא שלא פסק כמותו.

על נקודה זו כתב הגר"מ עמוס שליט"א בפסק הדין הנ"ל בזה הלשון:

"גם בזה רבו החולקים על זרע יעקב. הנה לך מה שכתב בשו"ת יביע אומר (חלק ו סימן יד אות ב):

"שהנה כתב מרן החיד"א בשו"ת חיים שאל (חלק א סימן מח) שאם יאמר האומר: אם כן מדוע לא העלה מר"ן השולחן ערוך על שולחנו תשובה זו שהביא בבית יוסף, צא תאמר לו, דאשכחן כמה פעמים דינים שהביא מר"ן בבית יוסף, והם אמתיים ונכונים לדינא, והשמיטם בשולחן ערוך כנודע לכל מאן דסמיך אתקא דמרן, ורגילי רבוותא לומר בכגון זה שהוא בעיניו דין פשוט ולכן לא הביאו בשולחן ערוך. ע"כ. וכן כתב עוד בשו"ת יוסף אומץ (סימן כט) ובמחזיק ברכה (יורה דעה סימן פד).

וכן כתב בשו"ת בית דינו של שלמה (חלק מד סימן יב דיבור המתחיל "ועד") שמכיון שבבית יוסף הביא תשובת הריב"ש והרשב"ץ, ודאי דסבירא ליה דהלכתא נינהו, דאי לא תימא הכי ודאי דלא הוי שתיק לפקפק על דבריהם. ואף שלא הביא דבריהם בשולחן ערוך, מצינו הרבה דינים מחודשים שהובאו בבית יוסף ואינו מביאם בשולחן ערוך, ומשום הא ליכא למימר דלא סבירא ליה הכי ולכן השמיטה, דאם איתא להא הוי לגלויי דעתיה בבית יוסף".

ועוד עיין בשו"ת יביע אומר (חלק ד יורה דעה סימן כג אות ו וחלק ח עמוד קלו).

"הנה אחר שראינו שמר"ן הבית יוסף ורמ"א... וכן כתב בספר דברי אחרונים (צ"ל: "דברי גאונים", כנ"ל) בשם ספר זכור לאברהם (חלק ב חושן משפט ערך שותף) בשם הרב דבר משה (חלק ב סימן מה) וכן כתב בספר כסף הקדשים דכולהו סבירא להו דעל העבר שלא תבע... אין צריך לשלם לו.

אם כן, הדין אם צריך לפרוע לו על העבר אף בדבר שאין שניהם יכולים להשתמש יחד ועבר אחד ונשתמש בו, לא נפק מפלוגתא, וודאי דהמוחזק יכול לומר קים לי בבית יוסף ורמ"א ושאר אחרונים שאין אני צריך לשלם על מה שהשתמשתי, דבשלי השתמשתי".

ובעטרת דבורה שם הביא בשם ספר פני בית (להגאון רבי אברהם ענתיכי, חושן משפט סימן קעא) שכתב לדחות את דברי הזרע יעקב בזה הלשון:

"ולא דק בזה כלל, דהא דקיימא לן דהלכתא כביתא, היינו היכא שהביא דבריו של הראשון ודחה אותו, ולא נראו לו דבריו, אבל היכא שלא הביא דבריו ופסק היפך ממנו, בזה אנו אומרים אדרבא יתכן אילו ראה דבריו היה חוזר ומבטל דעתו מלפניו. ואיך לא יאמר הנתבע קים לי כהרשב"א, שהרי ידוע מה שכתב מרן ז"ל בכמה מקומות שדעת הרשב"א שקולה כרוכ הפוסקים ואפילו באלף לא בטיל, ואיך יוציא ממון נגד דעתו של הרשב"א.

ולדידי, אפילו אם היה רואה הרשב"ש דברי הרשב"א ופליג עליה, יוכל המחזיק לומר קים לי כהרשב"א ז"ל.

גם מה שכתב דמרן לא סבירא ליה ההיא דהרשב"א מדהשמיטה בשולחן ערוך, ליתא, דאדרבא מכיון שלא הביא שום חולק עליו, שמע מינה דהכי סבירא ליה, וממה שלא הביאה בשולחן ערוך אינה ראייה, דכמה חידושי דינין הם הלכתא נינהו והשמיט, וסמך על חיבור הבית יוסף שלו, ולא הביא בשולחן ערוך כי אם דברים המפורשים בגמרא ובהרמב"ם והטור על הרוב כידוע".

המסקנות מהאמור להלכה

מהאמור עד כה התבאר שנחלקו האחרונים בביאור דעת הרשב"א, וממילא בשאלה אם הרשב"ש פליג עליה, או דמודו להדדי. עוד נחלקו אי נימא דפליגי, הלכתא כמאן. וראוי לציין דטענת ספר פני בית שהובא בעטרת דבורה וכמותה טענת הגר"מ עמוס נגד דברי זרע יעקב, הן רק – ועל כל פנים בעיקר – נגד סברתו דאף אי פליגי יש להכריע כרשב"ש. אבל את דבריו, שכמו שהראינו לדעת הרבה אחרונים צידדו כמותם, דנראה טפי דלא פליגי אותם לא דחו.

ומשכך נראה לכאורה שיש מקום רב להכריע כדברים הללו להלכה, כי מסתברים הם בטעמם, ובאמת לא נחלק בהם במפורש – לומר דוודאי פליגי – אלא בעל ערך ש"י, ולומר קים לי כיחידאה מהאחרונים (דפליגי, ועוד על גבי זה לומר בהכרח דהלכה כרשב"א) הא ודאי אין יסוד לומר כן.

ומכל מקום, אף אי לא נימא הכי, הרי כבר התבאר לעיל באר היטב שזה ברור שכל דברי הרשב"א לא נאמרו היכא דאחד השותפים מנע מחברו להשתמש, ועל אחת כמה וכמה היכא דהלה אף אמר לו "צא", היינו "הנח לי להשתמש עימך או תצא ואשתמש אני או נחלוק בשימוש".

ולכן כאשר המציאות היא כך, הרי פשוט לכאורה שהאיש שהשתמשה לבדה ומנעה מבעלה את השימוש בנכס המשותף, חייבת לשלם לו דמי שימוש.

בשולי הדברים נציין כי גם בפסק דינו של בית הדין הגדול (ביום כ"ה באב התשע"ח) לובנו פרטים רבים מהסוגיות שהתבארו לעיל.

מכלל הדברים נציין כי בפסק דין זה, התבארו בקצרה גם עיקרי דיני 'הדר בחצר חברו' ודין 'אמר לו צא' (וביאר כי התנגדות בן הזוג המורחק לשימוש הבלעדי של בן זוגו, וכך גם תביעתו לדמי שימוש בעבור שימוש זה, הרי הם כאמירת "צא", או כתביעה לחלוקה, וכפי שיתבאר להלן). ואחר ביאור זה של עיקרי הדברים, נחתו לדון בדינם של שותפים שאחד מהם השתמש לבדו בנכס, ובכלל זה בדברי הרשב"א שהביא הרמ"א ובדברי הרשב"ש. וגם הם צידדו כדרכם של האחרונים שהבאנו שיש לפרש דהרשב"ש והרשב"א לא פליגי, ואחר שהביאו מהדברי גאונים הנ"ל וממה שהביא מזרע יעקב, בית דוד, בית שלמה ושער משפט, כתבו עוד:

"ועיין עוד בפעמוני זהב (סימן קעא סעיף ח) שהביא חבל אחרונים שבכל מקום שלא שייך הטעם שגם הוא יכול היה להשתמש כמותו באותו פרק זמן, חייב לאפשר לו את השימוש לפרק זמן כזמן שהשתמש חברו, ובכללם משכנות הרועים (אות ש סימן צ) וישמח לב (חושן משפט סא) והרב בית יהודה, עיין שם".

אחר כך הביאו ודקדקו גם הם כנ"ל מדברי רבי עקיבא איגר, שהעתיק את דברי הרשב"א בשביל סיומם שלא הובא ברמ"א, ושבו מבואר שסברתו היא משום שגם הלה יכול היה להשתמש, ומדברי כסף הקדשים הנ"ל. והסיקו לעניין בני זוג פרודים בכלל (שאי אפשר לתבוע דמי שימוש) ולעניין מקרים שהאחד מונע את שימושו של האחר (שאפשר לתבועם) וכך כתבו:

"לאור האמור, במקום שאינם יכולים להשתמש יחד, כגון שני אחים וכעובדא דהרשב"ש, או כגון היכא ששותף אחד מנע מחברו להשתמש... יכול הלה לדרוש זכות מגורים כנגד הזמן שגר בו שותפו, או תשלום בעבור השימוש בחלקו. ונראה לומר שהלכה למעשה בני זוג שהם שותפים בדירה ואחד מהם עזב את הבית, אין הוא יכול לטעון ולדרוש מבן זוגו שישלם לו בעבור השימוש בחלקו, דבן זוגו יכול לומר אתה יכול לחזור ולגור בבית ולהשתמש בחלקך, ונשתמש שנינו בבית של השותפות, כפי שהתגוררנו עד עכשיו, אך דין זה נכון דווקא בעוזב מעצמו, לעומתו מי שגרמו לו לעזוב את הבית ללא הצדקה, שאינו יכול להשתמש בבית, יכול לטעון כיוון שאיני יכול להשתמש בחלקי, זכותי לדרוש שימוש כנגד הזמן שהשתמש חברי..."

והוסיפו עוד כי יש חילוק בין שותף שהשכיר את הדירה ללא ידיעת שותפו, שבאופן זה דמי השכירות יתחלקו בין שניהם, לבין שותף הגר בבית לבדו, וכך כתבו:

"וכן מבואר בדברי הנתיבות (סימן קעא ס"ק יב) דעל מה שפסק הרמ"א שם שאם חלקו ושותף אחד גר בבית השותפים כמה שנים, לא יוכל אחר כן האחר לומר אשתמש בו כמו שהשתמש... כתב הנתיבות... "ואם לא השתמש בו בעצמו, והשכיר לאחרים, פשיטא דהשכר לאמצע"... חילוק הדינים זה מזה מוכרח,

כיוון שמקורן של שתי הלכות אלו הוא מתשובות הרשב"א, ושמע מינה שסבר הרשב"א שאף שאם משכיר לאחרים, דמי השכירות יתחלקו בין השותפים, המשתמש בעצמו אין צריך לשלם, וטעמא דמילתא משום דמשתמש בשלו. ועיין בשער המשפט (סימן קעא ס"ק ה) שכתב שאם בית השותפים עומד לאכסניה ולהשכיר לאחרים, אם שותף אחד גר בו, בכהאי גוונא צריך לשלם לשותף השני עבור השימוש בחלקו, והביא ראיה מדברי הרמ"א (בסימן שסג). ובהגהות חכמת שלמה הסתפק בהאי דינא ולא הכריע, ואכמ"ל."

וגם דברים אלה הם כעין המבואר לעיל בכלל ההבחנה שבין נידון הרשב"א לנידון דהרשב"ש.

דמי שימוש לאחר תקופת הגירושין

על פי הדברים הנ"ל נמצא, שלאחר גירושי הצדדים, כאשר האיש מנוע על פי ההלכה מלחיות יחד עם גרושתו באותה דירה, יוכל בוודאי לדרוש את דמי השימוש.

והנה לדעת כסף הקדשים שבכל אונס יכול לדרוש "דמי שימוש", וכדלעיל, לכאורה הנחה זו פשוטה, ולא מסתבר כלל לחלק בין מניעה הלכתית לגור יחד, לבין מניעה אחרת, שהרי מדובר על סברות ואומדנא בשותפות. וישנה אומדנא שבכל מקרה שיש מניעה מלגור יחד, גם אם מסיבה חיצונית, דעתם בשותפות שיוכלו לדרוש דמי שימוש (וכל שכן במקרים בהם היא זינתה וגרמה לאיסור).

וכך נראה להדיא מדבריו שהבאנו לעיל, שכתב וז"ל:

"... שהיה לו לשותף השני לעשות חלוקה או סדר שימוש זמן אחר זמן, וכל שלא עשה כן, הניח את מה שישתמש חבירו על כפי מה שהוא על פי ההלכה, והרי ההלכה דיש ברירה בזה, וכנ"ל. משאין כן כשותף אחד ברח על ידי אונס או כדומה איזה טעות... מודה הרשב"א שיוכל אחר כך השותף השני להשתמש לבדו במקומות ההם כעין הזמן שנשתמש בו חבירו ממש... הרמ"א בהג"ה כתב דגם היכא דלא שייך גוד או אגוד רק שנה אחר שנה שייך בחלקי נשתמתי, צריך לומר דאירי שהלך ברצון ולא על ידי אונס וכנ"ל."

הרי שסובר כסף הקדשים שכל טעם הרשב"א הוא שבזה גופא שהניח לשני להשתמש לבד, הסכים שישתמש כדינו בחינם מדין ברירה שבשלו הוא משתמש, אבל כאשר שותף אחד מנוע מלהשתמש בנכס המשותף, אף אם מניעה זו איננה באה מחמת השותף השני, אלא משום אונס או טעות חיצונית, גם אז לאחר שהראשון דר בבית במשך שנה, השני זכאי לדור שנה אחרת כנגדו. ואם כן מאי שנא כל אונס ממניעה הלכתית, ואין לחלק ביניהם.

אלא שלא רק לדעת כסף הקדשים, אלא אף לדעת שאר הפוסקים יש לחייבו. שהרי כאן, המניעה של האיש להתגורר בדירה יחד עם גרושתו, הינה בגלל שהיא נמצאת שם, והוא מתרחק בגלל היותה שם. ולכן אין זה דומה לסתם אונס חיצוני, שאינו קשור אליה כלל, אלא עצם מציאותה בדירה מכריחה אותו לעזוב. ולכן, ניתן לומר שעל דעת מצב כזה לא התכווין להשתתף.

מצאנו בפסקי הדין התייחסות מפורשת למצב זה. בפסק דין בית הדין הגדול (תיק 1129149/8), כתבו כדבר פשוט:

“אומנם ברור דהיכא שבני הזוג גרושים, שיש מניעה הלכתית לגרוש לגור בדירה אחת עם גרושתו, ואחד מהם המשיך להתגורר בדירה – זכותו של האחר לתבוע מגורים בדירה בעצמו כנגד הזמן שגר הוא, דהרי לא מתקיימים כאן תנאיו של הרשב"א שהיה יכול לבוא גם הוא לבוא ולהתגורר. ולפי זה הוא הדין לכאורה שיכול לבקש שכר בעבור המגורים בחלקו בשותפות. ואף אם בשעת הגירושין ובשעה שערכו ההסכם לא העלו נקודה זו, זכותו לתבוע לגור כנגד הזמן שגר בן זוגו או תשלום בעבור השימוש בחלקו”.

וכך גם הסיק הרב שמואל שפירא זצ"ל בפד"ר (חלק יח עמוד 300):

“אמנם בדין האמור בגמרא שהבאנו לעיל (כתובות דף כח) בגרושה ויש להם חצר בשותפות שהיא נדחית, וודאי שצריך לשלם לה עבור חלקה, שהרי כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל “דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואילו רצה חבירו היה משתמש בו”. וא"כ בגרושה שאינה יכולה להשתמש בדירה חייב לשלם לה עבור חלקה בדירה”.

(יש רק לציין כי המקרה שם היה הפוך, בו האיש נשאר בדירה והאשה נאלצה לעזוב, והמשך דבריו יובאו לקמן).

ואמנם, גם אם לא הייתה לו אפשרות לגור שם מחמת שגרושתו גרה שם, עדיין יש לעיין האם חייב לשלם “דמי שימוש”, מכיוון שהדירה לא הייתה עומדת להשכרה, ולהלן יורחב בזה.

דמי השימוש בדירה עד למועד הגירושין

עד כה עסקנו בחיוב על הזמן שלאחר הגירושין, כאשר ישנה מניעה הלכתית לצדדים לגור יחד. ויש לעיין האם גם טרם הגירושין ממש, יש מקום לחייב בדמי שימוש.

עיקר הספק נובע מזה, שיתכן ועל דעת כן לא השתתפו. ראינו כבר לעיל, שיסוד החיוב באופן שרק אחד הצדדים יכול לממש את חלקו, הוא משום שבאופן זה לא הייתה דעתם של הצדדים להשתתף, ולכן יכול לדרוש תמורה על הזמן שלא היה נוכח בדירה. ולכן יש מקום

להסתפק, בזוג נשוי העומד לפני פירוק הקשר, האם גם אז ישנה נקודת זמן בה ניתן לומר כי תקופת השותפות ביניהם הסתיימה.

הרב שמואל שפירא זצ"ל בפסק שהובא לעיל (חלק יח עמוד 300), הסתפק בעניין זה, וכך כתב:

"ועדיין יש להסתפק, אם איש ואשה שקנו דירה יש להם דין שותפות עד שיחלקו הדירה. ואפילו אם מרדה בטענת מאיס עלי והפסידה כתובתה מכל מקום דין שותפות נשאר עד שיחלקו הדירה ככל שותפות, או דלמא שאני שותפות איש ואשה שקנו דירה כי מעיקרא שקנו את הדירה בשותפות, דעתם שהשותפות תהא כל זמן שתנאי האישות קיים, שהרי כל השותפות ביניהם הוא בגין האישות, וכיוון שכלה האישות כלה השותפות, ואם כן הבעל גר בדירה לכד נמצא שמשמש בחלקה וחייב לשלם לה שכר דירה של מחצית הדירה שלה. וכהאי גוונא יש להסתפק בכל שותפות בדירה אם קנו לצורך מסויים ונגמר הצורך אם יש להם דין שותפות בדירה כנ"ל".

היינו, שיש מקום להסתפק, האם סיום השותפות יקבע רק במעשה הגירושין עצמם, או שמכיוון שקשר הנשואין ביניהם התרופף, יש לקבוע כי השותפות כבר מסתיימת.

רעיון דומה מצאנו בשותפות רגילה בדברי החזון איש (ב"ב סי' ט סק"ד) שהסתפק:

"שנים שעשו שותפות בסחורה או לעיסקא... היה העסק מרויח, אלא נעשה קטטה ושנאה ביניהם, ומפני זה לא מתדרי אהדדי, ובשביל זה אחד תובע גוד או איגוד, או לחלוק, צריך הכרעה, אם זה הוי כנפל ביתו שכתב הטור סל"ג בשם הרא"ש, דאף לדעת הר"י (הכוונה לשיטת ר"י מגש, הובא ברא"ש ב"ב פרק י סי' נא), בשותפות אין טענת גוד או איגוד, מ"מ באירע דבר מחודש, מצי טעין גוד אם איגוד, דעל מנת כן לא נשתעבד, או שנאה לאו טענה היא".

והנה החזו"א הסתפק בשותפות ממונית בעלמא בין שניים, האם כאשר נפלה קטטה ושנאה ביניהם יש בכך עילה לפירוק השותפות, אף שטרם הגיע הזמן המקורי של סיום השותפות. וכעין זה יש לעיין בנידון דנן בשותפות בין בני זוג, וכאן הסברא חזקה אף יותר, כי בשונה מסתם שותפים אשר האהבה ביניהם היא דבר צדדי ואינו מעיקרי השותפות, בבני זוג עיקר השותפותם היא בגין האישות, כדי שיוכלו לגור יחד בשלום וריעות, וכאן יש יותר מקום לומר כי כאשר הסתיימו חיי האישות, תם גם זמנה של השותפות בנכס.

מתי בדיוק מסתיימת השותפות

עוד יש להסתפק, גם אם נאמר כי השותפות מסתיימת לפני הגירושין, מהי נקודת הזמן בו יקבע סיום השותפות.

ומצאתי בספר עטרת דבורה (להרב אוריאל לביא, חלק ב' סי' לג), שהתייחס לנידון זה בהרחבה רבה.

ראשית יש להקדים, כי הוא קובע שכל נושא הדיון שלפנינו אינו מתחיל אלא בתנאי שהאיש אינו מחוייב במדור לאשתו. אבל כאשר האיש חייב בדמי מדור, פשוט הוא שגם אם השותפות תמה, רשאית האשה להתגורר בדירה מבלי לשלם, מכיוון שהבעל חייב במדורה של האשה מדין מזונות.

בפסק דין בבית הדין בנתניה (תיק 869340/19) נכתב:

"עד כאן כתבנו בעניין שותפים בעלמא. אך בשותפות הנובעת מקשר אישות, כלומר בנכס משותף לבעל ולאשה, ישנם גורמים הלכתיים נוספים, שהרי הבעל חייב במדור האשה, ומצד שני לבעל זכות בפירות נכסי מלוג של האשה. לכן אף שבני זוג נמצאים בסכסוך ואחד מהם עזב את מקום המגורים, אין מקום לחיוב בדמי שימוש שהרי למשתמש ישנה זכות מוקנית מכוח חיוב במדור או פירות נכסי מלוג".

שנית, קובע בספר עטרת דבורה, שזמן פירוק השותפות מוגדר כזמן בו הוגשה התביעה לפירוק השיתוף. וכך כתב שם (עמ' 869):

"ועיין בפד"ר כרך י"ח עמ' 300 בפסק דין של בית הדין האזורי ירושלים שהגר"ש שפירא שליט"א כתב כדבר פשוט, שלאחר גירושין מאחר שהזוג מנוע ממגורים משותפים יש חובת תשלום שכר דירה, מפני שאינם יכולים להשתמש בשותפות במקום זה.

אך עיין בפסק הדין, שדייק דבריו מלשון הרשב"א שכתב "ואילו רצה חבירו היה משתמש בו", ולפי המבואר, דיוק זה אינו אליבא דכולי עלמא, אבל הדין כן מפני שכבר כלה זמן השותפות.

אך ביחס לתקופת הפירוד בטרם הגירושין ולאחר שהאשה טענה "מאיס עלי", כתב בפסק הדין שם להסתפק האם לאחר שכלתה האישות ביניהם כלתה השותפות. עיי"ש שלא הביא מהמקורות הנזכרים.

ונראה שאין מקום לספק, ויש לדון את בני הזוג כשותפים שסיימו את תקופת השותפות, וזאת לאחר שאנו פוסקים להם דינא דמתיבתא המבואר בסי' עז ס"ג ברמ"א, שבו נקבעה חלוקת רכוש אף קודם הגירושין (לרוב הפוסקים). או לפי דרכו של ה"בית יעקב" סי' עז שהובא בפד"ר כרך יב עמ' 373, שאין מניעה שהאשה תקבל את חלקה בנכסיה, אף קודם הגירושין, כשאין לבעל זכות לפירות בנכסי מלוג, דהיינו בטוענת "מאיס עלי", לשיטת הרא"ש לאחר י"ב חודש, ולשאר הפוסקים גם קודם לכן".

עוד כתב:

"ועיין לעיל שהבאנו מכמה פוסקים, שדי בתביעה לפירוק השיתוף על מנת שכבר לא יהיה מקום לדון את דינו של הרמ"א בשם הרשב"א. ואמנם לא יהיה מקום לומר כן בבני זוג שקיימים ביניהם שיעבודים הדדיים, דהיינו אם למרות שהאשה עזבה את הבית עדיין קיימת לבעל הזכות לפירות נכסי מלוג, או אם הבעל עזב ועדיין קיימת לאשה הזכות למזונות מבעלה לרבות הזכות למדור בדירת המגורים".

והסיק שם:

"מסקנה: ביחס לתקופת הזמן שלאחר הגירושין, אין ספק שהאשה מחוייבת לשלם לבעל תשלום עבור מגורים בדירה שחציה שייכת לו.

וביחס לתקופה הקודמת לגירושין, באותו פרק זמן שהבעל מחוייב לזון את אשתו, ומחוייב במדור עבורה, אין מקום לתביעת שכר דירה.

אבל החל מהמועד שעל פי ההלכה האשה כבר אינה זכאית לתשלום מזונות מהבעל, אם הבעל תובע גירושין ותביעתו מתקבלת, ממועד זה על האשה לשלם לבעל שכר דירה עבור חלקו בדירה המשותפת. אבל אם תביעתו נדחית, ובית הדין מורה לו לשוב לשלום בית, ובדרך כלל בנסיבות אלו האשה שומרת על זכותה למזונות עבורה, אין מקום לחייבה בשכר דירה".

הגר"א שרמן בשורת הדין (כרך ה עמוד קסט) כתב מעין סברא זו, כאשר הנידון היה האם יכול צד אחד לדרוש את חלוקת הרכוש טרם הגירושין, וכך כתב:

"אולם לפי עניות דעתי אין הדבר כן, ושונה דין גוד או אגוד שנאמר בשותפות סתם, לשותפות של בני זוג שנוצרה במסגרת נשואין לשם קיום חיי הנשואין שביניהם. וכאשר בני זוג קונים דירה בשותפות למדור משותף שלהם, כל עוד לא נסתיימה מסגרת הנשואין, לפחות על ידי קביעה בדין שנשואין אלו יש לסיימם על ידי גירושין, לא יוכל אחד מבני הזוג לפרק את השתוף במדור זה בעל כרחו של הצד האחר.

כאשר בני זוג קונים דירה במשותף, יש לראות את זמן השותפות כקשור ומותנה במסגרת הנשואין. וכאשר מסגרת הנשואין מסתיימת בפועל על פי דין ופסיקת בית דין, יש לראות זאת כזמן המסיים את השותפות. לפי זה יש לראות כל שותפות בדירת מגורים של בני הזוג כשותפות לזמן, ואין צורך שבני הזוג יתנו במפורש בזמן השותפות בדירה הוא משך זמן הנשואין. שכן בסתמא דעתם של בני הזוג שזמן שותפותם בדירה היא במסגרת זמן הנשואין, כיון שהשותפות היא חלק מהנשואין ולמענם. ואין לראות בשותפות יצירת שותפות ממונית או שותפות למדור בלבד בלי קשר לנשואין.

הבית יוסף על טור חו"מ הל' שותפים סימן קעו ד"ה נשתתפו סתם, הביא את דברי חדושי הר"ן, בבא מציעא פ"ט דף קה ע"א, שבאר את דברי רבא שם, בשנים שנשתתפו ואחד רצה לחלק השותפות, שחברו יכול לעכב אותו מהחלוקה. ורש"י פירש שם, שמדובר בקבעו זמן לשותפות, לכן בתוך הזמן אין אחד יכול לכפות על השני פירוק השותפות, והסכים לבאור זה הרא"ש שם. והוסיף ובאר שם הר"ן, וז"ל:

"דמימרא דרבא כגון בידיעא מילתא בההוא עסקא שיש לו זמן ידוע למכרו, אי נמי כשהתנו וקבעו זמן. אבל לא התנו ולא ידוע נמי בסתמא זימניה הוא דההוא עסקא לא מצי מעכב".

הרי שקביעות זמן לשותפות יכולה להיות בשני אופנים, א' שהתנו וקבעו זמן במפורש, ב' בדבר שידוע ומקובל שיש לו זמן ידוע, ומסתמא השותפות נוצרה על דעת המנהג. וכן כתב ה"אור זרוע", פסקי בבא מציעא פרק ג' אות צב וז"ל:

"הא למדת דהיכא שקבעו זמן שאינו יכול לחלוק בלא דעת חברו קודם הזמן. ונראה בעיני דהוא הדין ואם שמו מעותיהם בכיס אחד ולא קבעו זמן, גם לא הזכירו היריד ולא הסחורה, אינו רשאי לחלוק בלא דעת חברו עד שיעשו שום סחורה, דאדעתא דהכי נשתתפו עד שילכו לאותו יריד או עד שיסחרו אותו סחורה, הואיל ואדעתא דהכי נשתתפו. שיסחרו יחד בשותפות". ע"כ.

האור זרוע רואה בנסיבות של יצירת שותפות, כקובעות את זמן השותפות, אף על פי שלא התנו במפורש. כך יכולים אנו לומר גם בבני זוג שקנו דירה על מנת לדור במסגרת נשואיהם, שודאי אדעתא דזמן הנשואין עשו שותפותם, אף שלא אמרו זאת והתנו במפורש. שכן השותפות נתהוותה בתוך מסגרת הנשואין וכחלק ממנה, על כן יש לראות את השותפות כשותפות לזמן. הנובע מהאמור ששותפות של בני זוג בדירת מגורים היא שותפות לזמן וחלות עליה ההלכות של שותפות לזמן".

יסוד דבריו של ה"עטרת דבורה" לקוחים משו"ת דבר משה (להג"ר משה אמריליו זצ"ל, ח"ב סי' מ'). שם קבע הדבר משה, שלא בכל אופן בו צד אחד מנוע מלהשתמש, יוכל לתבוע את השני. לשיטתו, רק כאשר הייתה תביעה של אחד הצדדים לחלוקה, אזי הוא יכול לדרוש דמי שימוש מכאן ולהבא. וז"ל:

"... אלא אפילו במקום שאי אפשר שישתמשו בו שניהם כאחד, כגון במקום ישיבת בית הכנסת, כל הקודם וישב זכה ואינו יכול חברו להוציא משם עד שיסתלק זה. וזה שכתב הרשב"א וכשיסתלק זה ישב בו זה, קדם זה וישב היום יקדים השני וישב בו למחר. ועל דרך זו מתנהגים עד שיבוא אחד מהם ויטען גוד או איגוד שהוא הדין הגמור. וכן הדין בחצר שאין בה דין חלוקה, שאי אפשר לשניהם להשתמש בו כאחד, כשמסתלק זה ישתמש בו השני, ואם אחד מהם

לא יוכל לעמוד בזה יטעון גוד או וכו' כאמור, כיון שאין דין חלוקה לזמנים ידועים...".

לפי דבריו הסיק בעטרת דבורה, שאכן אף לפני הגירושין, אם הוגשה תביעה לפירוק השיתוף, די בזה בכדי לחייב את הצד שכנגד, ומאידך לדברי הדבר משה גם אם אחד היה מנוע מלהשתמש, אין לשותפו חיוב לשלם, כל עוד לא תבע את חלוקת השותפות.

אלא שיש לעיין בדבריו ולהקשות עליהם. ראשית, כפי שכתב בעצמו שם, דבריו חולקים על ה"בית דוד" ושאר האחרונים שהבאנו. אשר כתבו שבאופן שנמנע מהשותף להשתמש בנכס, זוהי עילה לחייב את השני בתשלום.

שנית, עצם הסברא אינה נראית, שכל תביעה לחלוקת השותפות תחייב את השותף המשתמש לשלם. שהרי גם לאחר התביעה לפירוק השותפות, עדין ישנה אפשרות לבן הזוג להכנס לדירה ולהתגורר בה, משכך, אין עילה לחייב את האשה בדמי מדור, כאשר יצא מדעתו ולא ניצל את זכויותיו.

מתי הגשת תביעה לפירוק השותפות מחייבת "דמי שימוש"

בפסק דין אחר שלנו, העלינו שישנם מקרים בהם התביעה לפירוק השיתוף, יש בכחה לחייב את הצד שכנגד בשכר דירה. אך אין המקרה שם דומה לעניננו, וכפי שיבואר. וכך כתבתי (בתיק מס' 284676/9):

"ואמנם לא מבואר בדברים דלעיל אם התביעה לפירוק שיתוף מחייבת דמי שימוש, אך מן הסברא נראה שככל שהתביעה לפירוק שיתוף מתקבלת, ממילא יכול השותף השני לדרוש דמי שימוש בעד חלקו, שהרי יסוד הדבר שכל שותף רשאי להשתמש בכל הנכס המשותף בלי לשלם דמי שימוש, מבואר בדברי הרשב"א הנ"ל:

"דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש".

והטעם שיכול לומר שבחלקו הוא משתמש, אף שאין לו אלא מחצית מהרכוש ובפועל הוא השתמש בכל הרכוש, יש ללמוד מדברי ביאור הגר"א (חו"מ סי' קעא סקל"ז) שציין לדברי הגמ' (גדרים מו, ב), ששם מובאת דעת ראב"י ששותף המודר הנאה מחבירו מותר ליהנות מחלקו של חבירו בחצר שאין בה דין חלוקה, מחמת שחלקו של השני משועבד לו לתשמישו, כפי שביאר הר"ן בריש פרק השותפין בגדרים בארוכה. וכן ביאר בכסף הקדשים שם.

מעתה, בזמן שהשותפות מיועדת לפירוק, ממילא אין כל שיעבוד זה על זה לעניין השימוש, וממילא אם משתמש בחלקו של חבירו חייב לשלם לו דמי שימוש,

במיוחד לאור העובדה שלמרות תביעתו של הבעל לפירוק השיתוף, האישה התנגדה לכך ועיכבה זאת בטענות שונות שאינן מוצדקות. ועיי"ש בכסף הקדשים שדעתו שבכל גווני שלא שייך לומר שהשותפות עומדת לכך (וכגון במקרה ששותף אחד נאלץ לברוח מחמת אונס) חייב לשלם.

וכן מבואר להדיא בדברי שו"ת מהרש"ם (חלק א סימן ח שהובא לעיל), שבמקום ששותף אחד מונע את החלוקה, חייב להעלות שכר לחבירו:

"ובדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב, ויהודה סירב מלציית דין תורה. ותובע שישלם שכר דירה מה ששנה חלקו יותר מחלק ראובן. יפה כ' רו"מ שמחויב יהודה לשלם. דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו הי' משתמש גם כן וזה לא שייך בנידון דידן. וכבר העלה כן בשו"ת בית שלמה חו"מ סימן מח".

וכל הנ"ל נכון אף לגבי התקופה שעד לגירושין בפועל.

ולגבי התקופה שלאחר הגירושין שהאב היה מנוע הלכתית מלהיכנס לדירה ולהתגורר בה יחד עם האישה, שכן לאחר שהגט מסודר בין הצדדים הוא אינו רשאי להתגורר בדירה, וברור לכל שזוג שהתגרש אינו יכול להמשיך לחיות תחת קורת גג אחת, לית דין ולית דיין שהאישה חייבת לשלם דמי שימוש. ואם כן בעובדה דידן שהאישה התגוררה בדירה, נמנע מהאיש לממש את זכותו בדירה, וזאת אף שהאיש התרה ותבע את האישה לכך בבית הדין, כך שאינה יכולה להסתתר מאחורי טענה שהיא הייתה מגיעה איתו להסדר.

ואם כן דינה כמי שמונע את שותפו מלהשתמש בנכס המשותף, שמדברי האחרונים משמע שחייב לשלם.

ולפי האמור יש לקבוע שעד לתאריך התביעה לפירוק שיתוף... האישה פטורה מלשלם דמי שימוש. ולאחר תאריך זה היא חייבת עקרונית בדמי שימוש".

עד כאן מהתיק הנ"ל.

המקרה שם היה כאשר צד אחד התנגד לפירוק השיתוף, ומנע מחברו את ההשתמשות בבית המשותף. אבל במקרה שהמניעה הייתה מצידו בלבד, והוא זה שעזב מרצונו. בכהאי גוונא מתקבלת הטענה שמאחר ולא היתה עילה לאיש שלא להתגורר יחד עם האישה בדירה, והוא עזב מיוזמתו את הדירה, ומבחירתו לא הצטרף לאישה להתגורר עמה, למרות שהדבר לא נמנע ממנו כלל, לפיכך אין לו לבוא בטענות אלא לעצמו, ואינו זכאי לדמי שימוש עבור תקופה זו.

וכבר הבאנו לעיל שכך יש ללמוד מדברע הלבוש והבית דוד, בלבוש (סי' קעא סעיף ח')

כתב וז"ל:

"אם הוא דבר שאין יכולין להשתמש כאחד בכל יום, חולקין אותו בימים שלימים, וכל זמן שלא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפין לבדו אפילו כמה שנים, והשני לא היה כאן או היה ושתק, אינו יכול לומר אחר כך אשתמש גם אני לבדי כך זמן כמו שנשתמשת אתה, שזה יאמר לו כל זמן שלא חלקנו, אני לא נשתמשתי אלא בחלקי, ואתה מה לי ולך למה לא באת ונשתמשת אתה בחלקך, ואם רוצים לחלק תתחיל החלוקה מהיום... דבשלו הוא משתמש כל זמן שלא חלקו".

וכתב הבית דוד (חור"מ סימן נ"ה) על דבריו:

"קצת קשה לכאורה על הר"ב הלבוש ז"ל דהוסיף מדיליה על דברי הרשב"א, וכתב דהשני לא היה כאן או היה ושתק, דמה לנו ולשתיקתו, ואפילו עומד וצווח שלא ישתמש חבירו או ישעלה לו שכר מאי אהני ליה, הלא זה יכול לומר בשלי אני רוצה להשתמש ובוא אתה והשתמש גם כן. ונראה דכוונתו לומר, שיכול להתרות בו ולומר גוד או איגוד, ואל תשתמש אתה לבדך, שאם תשתמש תתן לי שכר הראוי, דבזו הדין עמו, כיון שאומר גוד או איגוד, והוא לא אגיד ולא מוגיד".

לא מצינו בדברים אלו שחייב דמי שימוש אלא אם שותף אחד מתנגד לפירוק ומעכב אותו, אבל אם מסכים לפירוק, ורק שדנים על זמן הביניים עד הפירוק בפועל, אין שום מקור שישלם דמי שימוש. ואדרבא משמע שמדובר בכהאי גוונא שדורש חלוקה ויכול לדורשה, ומכל מקום יכול לומר לו בא תשתמש כמוני. ורק כאשר יש יסוד לדרישה לחלק את השותפות, והדרישה לא מתקבלת על ידי השותף, יכול לבקש דמי שימוש.

אמנם, במה דברים אמורים, במקום שישנה דרישה לחלוקת זמנים, וכל שותף אינו רוצה בדין להשתמש יחד עם השותף השני, ולכן יכול לדרוש או חלוקת זמנים או דמי שימוש (כגון ששותף אחד אינו כאן, או שאי אפשר ששניהם יגורו יחד במקום). אבל בשותפות של בני זוג, כל זמן שלא הסתיימו הנישואין שמתרים לגור זה עם זה, אף אם תמה השותפות ויכולים לכופף זה את זה על החלוקה, מכל מקום יכול בן הזוג לומר לשני, בוא ודור עימי ביחד, ובכך יתקיים חלקך בשותפות, ואיך תכריח אותי לחלק בזמנים דווקא. ומה שדיברו האחרונים היינו בשותפות שאינם יכולים לגור יחד, ומוכרחים לחלוק בזמנים כגון שכבר התגרשו, אבל בשותפות שיכולים לגור יחדיו, אזי טענתה שיגורו יחד נכונה.

אמנם בכהאי גוונא שבפועל לא ניתן כלל וכלל לגור יחדיו, יש אולי לבקש דמי שימוש, כי אין אופציה להשתמש ביחד, ואף בזה צריך עיון, אבל כאשר עדיין יש אפשרות לשלום בית, והוא מתנגד, כגון שנתן עיניו באחרת, ברור שאינו יכול לדרוש חלוקת זמנים או דמי שימוש טרם הגירושין.

וגם במקרה שמוכח שהאשה באמת אינה רוצה בשלום בית, אבל אין איסור לגור יחדיו, וגם לא מנעה ממנו לגור שם על ידי אלימות או איומים, מכל מקום כיון שהאשה מסכימה ואף

שותפה למכירת הדירה, ומסכימה מיידית ל"גוד או איגוד" או מכירת הדירה לגורם שלישי, כיצד נכריח אותה לשלם דמי שימוש, כאשר מבחינתה עד הגירושין אין מניעה שיגור בדירה. וניתן לומר כי כל זמן שהדירה שייכת לשניהם בטאבו ולא נמכרה עדיין, אזי השותפות חיה וקיימת על כל חלקיה, ועדיין היא בבחינת בשלי אני משתמש, כל זמן שצד אחד לא מונע מהצד השני מלהכנס ולדור בדירה.

הגדרת המושג "סיום השותפות"

נחזור ונדגיש, בעניין השאלה מתי הוא זמן סיום השותפות בין בני זוג, דעתי כפי שנתבאר שהוא בעת שבית הדין משתכנע על פירוד מוחלט בין הצדדים, וסיום הסיכוי האחרון לחזרתו לשלום בית.

אולם כל הדיון אם תמה השותפות או שלא תמה, נפקותו וההשלכה ההלכתית שלו היא לענין שכיון שהסתיימה תקופת השותפות ותמה לה, יכול כל אחד מהשותפים, ובמקרה דנא, כל אחד מבני הזוג, לחייב את רעהו בפירוק השיתוף, מכירת הדירה וחלוקת תמורתה בין הצדדים.

אולם, כל זמן שהדירה עוד לא נמכרה, למרות ששני הצדדים אינם רוצים זה בזה, וגם אם בעיננו תמה השותפות ולא תשוב לעולם, מכל מקום יש להבחין כי גם אם "תמה השותפות", עניין זה ביאורו והגדרתו והשלכתו העניינית היא רק כאמור שכל צד יכול לחייב את רעהו בפירוק השיתוף. אולם כל זמן שהלכה למעשה לא פורק השיתוף, והצדדים פועלים כדי למכור את הדירה והחפצים בפירוקה המיידית והמהיר, אולם עדיין לא נמכרה הדירה, במקרים אלו השותפות בדירה הרשומה על שם שניהם חיה ותקפה. הצדדים הינם בעלי דירה הרשומה על שם שניהם, והם שותפים בה. זו עובדה ומציאות. תום השותפות בנידון המשפטי המדובר כאן, הוא כאמור רק הזכות והיכולת לחייב את הפירוק, אבל בשום פנים אינו מגדיר את הצדדים כאינם שותפים בדירה אשר רשומה על שם שניהם. וכל זמן שלא פורקה למעשה, השותפות קיימת, והאומדנא בתחילתה היא שהיא תמשיך כפי שהייתה עד לפירוקה הלכה למעשה.

ולכן כל דיני השותפות שבהלכה, תקפים וקיימים ביחס לדירה. כך שאם יכולים שני הצדדים להשתמש בדירה המשותפת, יכול המשתמש לומר לזה שעזב את הדירה, כי זכותו ויכולתו להיכנס ולגור בדירה. ורק כאשר הצד המשתמש בדירה מונע מהצד השני את שימוש בדירה, או אז חייב המשתמש בדמי שימוש לרעהו.

מעתה לענין דינא, לענין הזמן שטרם מועד הגירושין, מתקבלת הטענה שאם לא היתה עילה לאיש שלא להתגורר יחד עם האישה והילדים בדירה, והוא עזב מיוזמתו ומבחירתו, למרות שהדבר לא נמנע ממנו כלל, אין לו לבוא בטענות אלא לעצמו, ואינו זכאי לדמי שימוש עבור תקופה זו.

אומדנא בכוונת ההשתתפות וחילוקי מקרים

עוד ניתן להוסיף, כי הסברא אומרת כי לא יתכן ששותף יוכל להכריח את שותפו לשכור את חלקו בעל כרחו, רק משום שהחליט לעזבו פיזית ולהשאיר בידיו גם את חלקו, שעה שהוא אינו מעוניין בכך, ואף חפץ בכל מאודו לפרק את השיתוף במהירות, ואינו מונע ממנו מלממש את זכותו בשימוש. קשה לחייב במקום כזה בדמי שימוש, והסברא אומרת, כי המציאות שהדירה רשומה על שם שניהם קובעת ברורות כי השותפות חיה וקיימת. זו עובדה. וברור שלא היה בדעתה של האשה כאשר נולדה השותפות בעת קניית הדירה, ששותפות זו תסתיים כאשר יחליט בעלה לעזוב את הדירה, למרות שהיא לא תגרום לכך, ולא תמנע ממנו מלשוב לדירה, והיא תחייב את עצמה מלכתחילה בבניית השותפות וביצירתה, שבכהאי גוונא היא תחייב בדמי שימוש.

כדי להמחיש את הדבר, נשוב לרגע לתחילת השותפות, אם היינו שואלים את הצדדים מה דעתם באותה העת בזמן התחייבותם, אם וכאשר יקרה מקרה שכזה. נראה, שהאשה לא הייתה מסכימה בתנאי השותפות להתחייב בדמי שימוש במקרה שכזה, ושהגדרת השותפות תסתיים על ידי עזיבת הבעל מרצונו.

אמנם ביחס למקרה שיתגרשו הצדדים, אם הייתה יודעת שלא ניתן להתגורר יחדיו לאחר הגירושין, ושמא תצטרך גט נוסף אם יגורו יחדיו, ודאי היתה מבינה ומסכימה שאם תגור לבד, כבר לא תוכל לטעון בשלי אני משתמשת, כי תבין שבמקרה זה תנאי השותפות בטלים, ומכיון שנהנית בכל הדירה מסכימה היא מלכתחילה שבכהאי גוונא תשלם דמי שימוש. עניין זה נתפס בסברתם הלוגית של השותפים, ולפיכך מקבל הדבר תוקף של הסכמה וקניין מלכתחילה.

כמו כן ברור כי ההסכמה שניתנה על ידה לפירוק השיתוף, אינה הסכמה לסיום השותפות כל זמן שהנכס רשום על שם שניהם, ולא עולה בדעתה בהסכמה לפירוק אלא רק לפירוק כלשונו ומשמעותו. פירוק הוא פירוק. אבל כל זמן שלא פורקה השותפות למעשה, השותפות קיימת. וכי יעלה בדעתה ובהסכמתה לפירוק, לשלם לו דמי שימוש כאשר אינה מונעת ממנו את הכניסה לדירה ואינה מונעת את הפירוק למעשה. ומאיזה טעם תסכים האשה לכך, ומדוע שתנדב לשלם לו כסף.

מה שאין כן כשאינה מסכימה לפירוק, ובית הדין מורה על פירוק, הרי כי היא מונעת את הפירוק שהוא מוכרח מפסיקת בית הדין, ואזי האומדנא בשותפות מלכתחילה היא שגם חלק זה של השותפות יתבטל. וממילא, היא תשלם לו דמי שימוש. משום שאם היינו שואלים אותה מלכתחילה מה תרצה במקרה זה, הייתה וודאי אומרת שאם מי מהצדדים ימנע את הפירוק, הוא אשר ישלם דמי שימוש.

ובאמת יש לתמוה ביותר, אפילו במקרה שהתגרשו הצדדים, מדוע מחייבים דמי שימוש

במקרה שהאשה רצתה שלום בית באמת ובכנות, והבעל עזבה לטובת אישה אחרת (למשל). הרי אם אין כל עילת גירושין, ובית הדין דחה את תביעת הגירושין, וקבע כי עליו לשוב לשלום בית, אלא שהבעל הצהיר שהוא לא יעזוב את עמדתו, ואין סיכוי לשלום בית. ולכן האשה שהבינה שנהרס לה הבית, ואין לה טעם לעגן את עצמה ללא סיכוי לחזרתו, הסכימה לקבל את הגט. לבסוף התגרשו, ובינתיים נשארה לגור בדירה והבעל גר בבית אחר. בכהאי גוונא יש לטעון, כי האשה לא מנעה ממנו כלום, וכי הבעל יכול להכריח אותה לשכור ממנו את חלקו, הרי מבחינתה הבעל יכל להשאר לגור בדירה, וכי מי אמר לו להתגרש, שיקדש אותה בחזרה ויגור בבית בשלום לנצח. ובאמת נראה כי זו טענה כבדת משקל.

אלא שצריך לומר שכיון שנהנית בדירה כולה, ובפועל הוא אינו יכול לגור עמה, אז מחויבת לשלם. וניתן לאמוד זאת בסברת השותפות מלכתחילה, כי האשה יודעת שאינו יכול לגור עמה לאחר הגט, משום שאז יצטרכו שוב גט, ומכיון שזנח אותה ואין סיכוי עוד לשלום בית, גם היא רוצה בגט כדי לפתוח חיים חדשים. ובכהאי גוונא שבפועל נהנית, ודאי מלכתחילה הסכימה בשותפות לשלם דמי שימוש.

ויתכן, שבאמת בדירה של 6-7 חדרים או שתי קומות, כשסוגרת קומה או 3 חדרים, ודי לה בדירה נורמלית של 3-4 חדרים, היא לא תחוייב בדמי שימוש, כי אינה נהנית. ויתכן עוד, שאם תטען האשה, שדי לה כאשה לבד, ב-3 חדרים בלבד ותסגור את הרביעי, לא תשלם לכאורה דמי שימוש על חדר זה.

ובמקרה כזה שהסכימה לפירוק השיתוף על אף שרצתה בשלום בית, אזי ודאי שהסכמתה לפירוק השיתוף לא תפסיק את שותפותם בדירה לפני שתמכר לעניין דמי שימוש, לפני הגירושין. ולא יעלה על הדעת במקרה כזה שהאשה הסכימה בדיעבד להתגרש, שהיא תסכים לשלם לאיש שבגד בה ועזבה לאנחות ללא עילה וכנגד כל צדק, לאחר שזנח את אשת נעוריה, וודאי שבהסכמתה לחלוקת הרכוש ופירוקו, לא הסכימה לשלם לו דמי שימוש בינתיים, כאשר מבחינתה לפחות עד הגט אין שום מניעה שישאר לגור בביתו ולא יהיה בבית אחר.

תנאי חיוב 'נהנה' משל חברו

דיני נהנה ומשתמש בבית חברו

עד כאן עסקנו בהרחבה בדיני השותפים, מתי יש לאחד תביעה על זה שחברו השתמש לבדו בנכס המשותף, ומתי לא.

אמנם גם כאשר לא היתה לו זכות לדור בו לבדו, או להוציא את בן הזוג מהבית, עדין לא תמיד די בזה כדי לחייב את המתגורר בבית בתשלום "דמי שימוש" לשותפו או לבן הזוג. זאת משום שגם אדם זר שנכנס והתגורר בבית חברו שלא מדעתו, לא תמיד חייב בתשלום על כך.

ידועה הסוגיא (ב"ק כ, א) בדין "זה נהנה וזה לא חסר", שכאשר נכנס אדם לרשות חברו שלא ברשות והתגורר שם, אינו יכול לדרוש ממנו שום שכירות, אם החצר הזאת "לא קיימא לאגרא", משום שלא הפסידו דבר. חז"ל קובעים, שמכיוון שלא הפסיד את הבעלים כלום, "כופים אותו על מידת סדום" ככהאי גוונא, ופטור מתשלומים.

דיני החיוב בזה מתחלקים לפרטים ואופנים רבים נוספים, כפי שנביא ונבאר בהרחבה, ומכחם נחזור לדון בעולה מדינים אלו, לענין שותף או בן זוג שהוציא את השני מהדירה, או התגורר בה לבדו, האם ניתן לחייבו בתשלום דמי שימוש לשני.

המקור לחיוב דמי שימוש בנכסי חברו

במסכת בבא קמא (יט, ב) איתא במשנה:

"כיצד השן מועדת, לאכול את הראוי לה... כמה דברים אמורים, ברשות הניזק. אבל ברשות הרבים פטור, ואם נהנית משלמת מה שנהנית".

ובגמרא שם (כ, א) איתא:

"ואם נהנית משלמת: וכמה, רבה אמר דמי עמיר, רבא אמר דמי שעורים בזול..."

אמר ליה רב חסדא לרמי בר חמא... הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך.

היכי דמי, אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר (רש"י: "דלא עביד למיגר – זה שדר באותה חצר, אינו עשוי לשכור חצרות, לפי שמצויין לו בתים להשאל או יש לו בית אחר") זה לא נהנה וזה לא חסר (רש"י: "זה לא נהנה – דהא שכחי ליה בתים בחנם. וזה לא חסר – דהא לא קיימא לאגרא ופשיטא דפטור". וברבנו חננאל: "זה לא נהנה – שכן כל מקום ששוכן אינו נותן שכר, מפני שהוא חשוב ונשוא פנים, ומבקשים הכל לדור אצלם בלא שכירות...")

אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, זה נהנה וזה חסר (רש"י: "זה נהנה, שהרי היה לו לשכור בית אחר. וזה חסר, דחצרו קיימא להשכיר והוה מוגר לאחריני". ובתוספות: "דכל זמן שרואין את זה עומד בביתו, אין מבקשין ממנו להשכיר")

לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר (רש"י: "דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר – דהוה ליה זה נהנה וזה לא חסר") מאי, מצי אמר ליה מאי חסרתין (רש"י: "מאי חסרתין – הא בלאו הכי לא מוגרת") או דלמא מצי אמר הא איתהנית (רש"י: "הא איתהנית – דאי לאו חצר דידי הות אוגר אחריני")

אמר ליה מתניתין היא. הי מתניתין, אמר ליה... "אם נהנית, משלמת מה שנהנית..."

ותוספות שם ("זה אין נהנה") כתבו:

"זה אין נהנה וזה אין חסר הוא - אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, הוה מצי למימר דפטור כיון שלא נהנה, אף על פי שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא".

כלומר, תוספות עוסקים במקרה רביעי שלא הוזכר בגמרא, והוא 'זה לא נהנה' (כיוון דלא עביד למיגר) 'וזה חסר' (דהחצר קיימא לאגרא), ולשיטת התוספות במקרה כזה, פטור.

ובביאור שיטת התוספות כתב שם הפני יהושע וזו לשונו:

"בתוספות בדיבור המתחיל "זה אינו נהנה וזה לא חסר - אפילו בחצר דקיימא לאגרא וכו' הוה מצי למימר דפטור, כיון שלא נהנה אף על פי שגרם הפסד וכו' עד כאן לשונם.

פירוש, דמה שכתבו תחילה שאינו נהנה אין מספיק לפוטרו, דרוב המזיקים גם כן אינם נהנים, ואפילו הכי חייבים כיון שהלה מפסיד. לכך כתבו דלא חשיב הפסד כל כך, כיון דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא. אבל קשה דאם כן דחשבינן ליה גרמא, אם כן אמאי פשוט ליה להש"ס בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דחייב, דזה נהנה וזה חסר, כיון דלא חשוב לחייבו על ידי שחסרו כיון דגרמא הוא. ואין לומר דפשיטא להש"ס לחייבו משום דנהנה, דהא בזה נהנה וזה אינו חסר קא מיבעיא ליה, משמע דהחוב במה שנהנה לחוד אינו פשוט לו. ודוחק לומר דכיון שנהנה, זה מסייעו לחייבו בשביל כן על החסרון, אף על גב שהוא גרמא מצטרפין שני הסברות לחייבו, אף על גב דבכל חדא לא מחייב, אבל הוא דוחק. ועוד דכל היכא דמיפטר משום גרמא לא מצינו לחלק בין היכא דנהנה או לא, כגון גבי המקבל שדה מחבירו והובירה, דפטור משום גרמא, אי לאו משום דדרשינן לשון הדיוט, וכתב הרא"ש שמשם הוציאו התוספות כאן דין זה, והתם אפשר דנהנה המקבל במה שהובירה, שעל ידי כך עוסק במלאכה אחרת, ואפילו הכי פטור. וכן בכמה דינים של גרמא המובאים בטור חושן משפט (סימן שפו) מצינן בהו כמה דברים שנהנה המזיק, ואפילו הכי פטור. ועוד דמצד הסברא אדרבה יותר יש לחייב בזה חסר וזה לא נהנה, מבזה נהנה וזה לא חסר, דעיקר חיוב ניזקין בחסרון בלא הנאה, אבל הנאה בלא חסרון מיחזי כמידת סדום.

ונראה דלא קשיא מידי, דסברת התוספות היא דודאי משום מה שחסר אין לחייבו, כיון דהוי גרמא בניזקין, אלא כיון שנהנה זה בגוף ממון חבירו שדר בביתו, בזה לחוד סגי לחייבו. והא דמספקא ליה שם בזה נהנה וזה לא חסר, היינו משום

דאיכא למימר בכהאי גוונא כופין על מידת סדום, כיון שהלה אינו מפסיד כלל. וגדולה מזו כתב המרדכי בשם ראבי"ה דאפילו לכתחילה מצי הלה לכופו לדור בעל כרחו, בחצר דלא קיימא לאגרא. ואף על גב דרוב הפוסקים חולקים עליו, מכל מקום בדיעבד שדר כבר שלא מדעתו שפיר מספקא להש"ס. אבל בזה נהנה וזה חסר, כגון בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, כיון דלא שייך להזכיר כאן כלל מידת סדום, כיון שמגיע לו היזק, שפיר פשיטא ליה להש"ס לחייבו משום הנאתו לחוד. וכן נראה מלשון הש"ס בסמוך, דמשום שחרירותא דאשייתא משלם כל דמי השכירות, ולא אמרינן שלא ישלם אלא כפי שהפסידו, אלא ודאי שעיקר החיוב הוא בשביל שנהנה, והטעם שחרירותא אינו בא אלא להצילו מלומר שהיא מדת סדום.

כן נראה לי לפרש דעת תוספות. ועיין בהרי"ף דפליג באמת על התוספות בזה. ודוק".

ביאר הפני יהושע, כי לשיטת התוספות כאשר 'זה לא נהנה, וזה חסר', אינו חייב בתשלום, מכיון שעל ה'חסר' לבדו, אי אפשר לחייב מתורת מזיק, דאינו אלא גרמא בעלמא, ורק כאשר נהנה אפשר לחייבו בתשלום על הנאתו, אלא שאם לא 'חסר' אין חיוב אף על פי שנהנה, מכיון שכופין על מידת סדום, אבל עיקר החיוב הוא תמיד רק על הנאה, ולכן ב'חסר' לבד בלי 'נהנה' אין מקום לחייב.

אמנם רוב הראשונים חלקו על דעת התוספות (והעיר על זה הגר"א בביאורו על אתר).

הרי"ף (שם ט, א מדפי הרי"ף) כתב:

"ודוקא בחצר דלא קיימא לאגרא, ואף על גב דההוא גברא עביד למיגר. מאי טעמא, זה נהנה וזה לא חסר הוא. אבל בחצר דקיימא לאגרא, צריך להעלות לו שכר, ואף על גב דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא".

נמצא שלדעת הרי"ף 'זה לא נהנה וזה חסר', חייב. לדבריו, בפשטות, אין לבאר שחיובו במקרה זה הוא משום דין 'נהנה', שהרי לא נהנה. ובהכרח חיובו מדין 'חסר' וכדלהלן.

כדעת הרי"ף כך גם דעת הנימוקי יוסף (שם ח, ב) שכתב בזו הלשון:

"וחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, לא הזכירוהו. וכתבו בעלי התוספות ז"ל שזה פשוט הוא שהוא פטור דכמבטל כיסו של חברו, או כי אחדקיה לחבריה באנדרונא, שהם פטורים. והרא"ה ז"ל כתב שכל הגאונים ז"ל פה אחד אומרים שהוא חייב, וכן דעת רבו ז"ל. ולא דמי למבטל כיסו ולאחדקיה לחבריה, דהתם גרמא בעלמא הוא, אבל בכאן שדר בה ואכל פירותיו, חייב בודאי. תדע שאילו אכל אדם פירות חברו, חייב, אף על פי שלא נהנה כלל. ומיהו אילו לא דר

בה, אלא שסגר כל השנה, פטור, עד כאן לשונו. וכן כתב הריטב"א ז"ל דכשלא דר בה גרמא בעלמא הוא, וכן כתב הרמ"ה ז"ל דכשדר בה חייב, מידי דהוה אכל נזקים דעלמא, דזה חסר וזה לא נהנה..."

נראה מלשונו שהחויב ב'זה לא נהנה וזה חסר', הוא מדין 'מזיק'.

וכן פסק הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה פרק ג הלכה ט) בזו הלשון:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר, ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חסרו ממון".

כך גם הכריע הרא"ש (בבא קמא פרק ב סימן ו) שכתב וזו לשונו:

"אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר הוא, פירש ר"י דהוא הדין נמי בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, דפטור כיון דלא נהנה, אף על פי שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא, ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה, וכן המקבל שדה והובירה, אין חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט. ואומר בירושלמי זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור.

ורב אלפס ז"ל כתב: אבל בחצר דקיימא לאגרא, צריך להעלות לו שכר, ואף על גב דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא. וכדבריו מוכח בשמעתין, "שלחה בי רבי אמי, אמר וכי מה עשה זה, מה חסרו ומה הזיקו", משמע הא חסרו והזיקו פשיטא שחייב. ומיהו כבר הוכחתי שעל החסרון אין חייב, דלא הוי אלא גרמא בעלמא, ואי איכא לחיוביה מהאי טעמא איכא לחיוביה, משום שאכל חסרונו של זה, ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו, או המוביר שדה של חבירו, שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה אף על גב שלא נהנה, שהיה מוצא דירה אחרת בחנם, מכל מקום השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד, וכן נראה".

ומכל מקום יש ראשונים שסברו כדעת התוספות, דהנה ההגהות אשרי (שם הגהה א) כתב על דברי תוספות:

"וכן פסק מהרי"ח, אבל באור זרוע פסק כרב אלפס, דצריך להעלות לו שכר היכא דקיימא לאגרא".

כדעת התוספות פסק גם הרשב"א (שם בד"ה "אלא בחצר"), וזו לשונו:

"אלא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר - בכאן בא להזכיר שלש

מדות הללו, ועוד חסר מדה רביעית, והוא חצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר. והרב אלפסי ז"ל כתב שהוא חייב דהא חסריה, אבל בתוספות אמרו שהוא פטור, דאמר ליה מאי אהנית לי, ואי משום דאמר ליה חסרתני, לא אמרינן הכי אלא במקום דמצי אמר ליה אתהנית לך בחסרוני, ותדע לך דאי נעל דלת בפני הבעלים, ולא הניחו להכנס בביתו, מי מחייב כלום. ונראין לי דברי התוספות, דמבטל שדה חברו אינו חייב, שאין הגולנין משלמין אלא כשעת הגזלה, והמקבל שדה מחברו והובירה (בבא מציעא קד, א) אינו חייב אלא מדדרשינן לשון הדיוט, והרי זה כמתנה בשעה שקבלה אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, הא אי לאו משום לשון הדיוט היה פטור. ואף על גב דבירושלמי אמרו בפרק איזהו נשך "המבטל שדה חברו צריך לשפות לו", הא משמע דלא אמרו אלא במקבל שדה מחברו והובירה... והתם נמי אמרו "המבטל חנותו של חברו מהו", ולא פשטוה, אלמא פטור..."

גם רבנו פרץ (הובא במרדכי בבא קמא רמז טו ד"ה "והא") כתב כדברי התוספות והרשב"א, וזו לשונו:

"... ואי חצר דקיימא לאגרא, צריך להעלות לו שכר, אפילו בגברא דלא עביד למיגר, דהא אפסדיה, כדקאמר את גרמת לי הקיפא יתירה, עד כאן לשונו. וכן פירש האלפסי... דלא כר"י. אבל ביסוד רבינו פרץ מצאתי דפשיטא דפטור, כיון דלא נהנה, ואם הפסידו אין זה אלא גרמא בעלמא, מידי דהוה אהרביץ ארי לפני בהמת חבירו דפטור, וכן פירש ר"י, דאפילו אם תקף חבירו והוציאו בעל כורחו ודר בו, אין זה אלא גרמא בעלמא, ומשלם כשעת הגזילה..."

נמצא אפוא שהרי"ף, הרא"ש, הרמב"ם, הרמב"ן, הרא"ה, הנמוקי יוסף, האור זרוע ו'כל הגאונים', סברו שזה לא נהנה וזה חסר חייב. ואילו תוספות, הרשב"א, רבנו פרץ ומהרי"ח (בהגהות אשר"י) כתבו שפטור.

החילוק בין 'מבטל כיסו' ובין 'זה לא נהנה וזה חסר'

בביאור החילוק בין דין 'מבטל כיסו של חברו' שפטור, לבין 'זה לא נהנה וזה חסר' שחייב לפי רוב הראשונים, הובאו בקצות החושן (סימן שי ס"ק א) דברי שו"ת חוות יאיר (סימן קנא) וזו לשונו:

"בשו"ת חוות יאיר (סימן קנא) זו לשונו:

"... איתא בירושלמי (בבא מציעא פרק ט הלכה ג) "מבטל כיסו של חבירו פטור", הביאו הנימוקי יוסף פרק המקבל (שם סא, ב בדפי הרי"ף), וטעמא משום דלא הוי אלא גרמא. ולפי זה אפילו תבע מעותיו, והתרה בו ואמר שיכול להרויח בהם,

וזו מעכב פטור, וכן פסק רש"ל (ים של שלמה בבא קמא פרק ט סימן ל) וחולק על הרמ"א בהג"ה סימן רצב (סעיף ז) שכתב בכהאי גוונא חייב, והביאו הש"ך שם (ס"ק טו). ולכאורה קשה, מאי שנא מהדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאם החצר עשויה לשכר, חייב הדר לתת לבעל הבית שכרו, כמבואר בסימן שסג (סעיף ו), וכן התוקף ספינתו של חבירו העשויה לשכר, חייב כמבואר שם (סעיף ה) והם ברייתות ומימרות (בבא קמא כא, א; צז, א)...

יותר נראה לי לחלק, דבית וספינה שעומדין להשכיר, ודרך העולם שאין עומדין פנוין, דשכיחי שוכרים כו', מה שאין כן מעות, דצריך התחכמות והתעסקות קניה ומכירה וכו'...

נמצא שלדעת החוות יאיר, החילוק הוא שבבית וספינה נידונה מניעת השימוש בהם כגרמי, שכן הנזק ברור ושכיח, מה שאין כן במעות דהווי רק גרמא, כי הנזק לא ברור ולא ודאי.

הקצות החושן חלק על חוות יאיר, וכתב:

"ולכבי לא כן ידמה בכל דבריו בזה, דמה שהקשה מהא דמבטל כיסו, על האי דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו, טעמו מבואר, דקרקע אינה נגזלת, ומשום הכי חייב לשלם שכר, מה שאין כן מטלטלין דנגזלין, וכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה (שם צג, ב) ושבח גזילה דמטלטלין, דגזלן הוא, אבל שבח גזילה דקרקע, דנגזל הוא, וכמבואר בטור סימן שעא (סעיפים ו-ז) כשם שהקרקע בחזקת הנגזל [לחובתו] שיוכל לומר הרי שלך לפניך, כן היא ברשותו לטובתו, דאף על גב דגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת הגזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה, צריך לשלם מה שנהנה. והובא ברמ"א שם (סעיף ב), עיין שם.

ומה שהקשה מספינה העשויה לשכר דחייב, התם נמי אינו אלא אם ירד אדעתא דאגרא, אבל אם ירד אדעתא דלא לשלם אגרא, אינו משלם שכרה, ומשום דכל הגזלנין אינן משלמין אלא כשעת הגזילה, וכמבואר להדיא פרק הגזול קמא (שם דף צז, א), עיין שם. וכן הוא בטור ושולחן ערוך סימן שסג (סעיף ה), עיין שם. וכהאי גוונא נמי במבטל כיסו, אם עוסק אדעתא ליתן ריוח לבעל המעות, צריך לשלם לו הריוח, וכמבואר בסימן רצב שם, ואם עוסק אדעתא דידיה, ושלא ליתן ריוח לבעל המעות פטור, ומשום דגבי ספינה נמי כהאי גוונא פטור..."

נמצא כי לדעת החוות יאיר, בית וספינה עומדים להשכרה, ובדרך כלל אינם פנויים כי שכיח שישכרום. לפיכך בכהאי גוונא אם עיכב מלהרוויח בהם חייב, דהווי גרמי. אולם בכסף שכדי להרוויח בו צריך התעסקות וחוכמה, פטור, דהווי גרמא.

הקצות החושן לעומתו חולק על סברה זו, ולדעתו החילוק הוא שונה. הדר בחצר חברו

חייב, משום שקרקע אינה נגזלת, ורק בגזלת מיטלטלין כמו כיס מעות, שהם נגזלים, יש בהם את גזרת הכתוב שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה, וכל שבח והנאה מהגזלה שייכים לגזלן, בניגוד לשבח והנאה של קרקע, שאינה נגזלת, שהרי הם לנגזל. ובעניין ספינה (שהיא מיטלטלין) שתקפה ומנע את רווחיה, ביאר הקצות החושן, שמדובר בכהאי גוונא שירד על דעת לשלם שכירות, ורק בירד על דעת לגזול ולא לשלם, פטור במבטל כיסו. ולפי זה אם התעסק במעות על דעת לתת שכר לבעלים, חייב לשלם לבעלים את כל הרווח.

חילוק נוסף מצינו בין השניים, דהנה כתב הקהילות יעקב (בבא קמא סימן יח אות ב):

“ומעתה יש לברר, בהא דהדר בחצר חבירו דקיימא לאגרא חייב, אם הוא מדין נהנה או לא. ולכאורה מוכרח דלאו משום נהנה מתחייב, שהרי הדר בחצר חבירו היכא דזה נהנה וזה לא חסר, קיימא לן דפטור, ואם כן הא דמחייבין ליה היכא דזה נהנה וזה חסר, בעל כורחנו דזהו משום החסר, לפי דקיימא לאגרא, וחסרו לבעל הבית מה שהיה יכול ליקח אגרא. אכן לדעת התוספות בסוגיין דבחסר ולא נהנה פטור, כגון חצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר... אם כן הא דזה נהנה וזה חסר חייב, הוא בצירוף ההנאה והחסר ביחד, דהא נהנה בלא חסר פטור, וחסר בלא נהנה פטור לדעת התוספות.

אכן לדעת הר"ף ז"ל והרא"ש ז"ל ושאר פוסקים... הסכימו פה אחד דחייב הדר בחצר דקיימא לאגרא, אף על פי דגברא לא עביד למיגר, דהיינו חסר ולא נהנה. ואינו דומה לסוגר ביתו של חבירו, דהוי גרמא בעלמא למניעת הריווח, אבל כשדר בו הרי 'אכל חסרונו של זה', עיין שם. ואם כן מוכח דחייב עבור החסר שעשה לחבירו, אפילו בדליכא הנאה, וחיובו הוא מעין ענין מזיק, או גזול ממונא דחבריה, דהיינו שנטל מחבירו הנאת הבית. וכיון דחיובו מטעם 'חסר' שעשה, אם כן פשיטא דלא שייך לשלם כאן רק 'דמי בשר בזול', דזהו רק היכא דחייב מטעם 'נהנה', שהנאה דבעל כורחו אינו שווה יותר, אבל החיסרון הא היה בכל שוויות השכירות”.

‘נהנה’ ו‘אוכל חסרונו’

מסיכום הדברים שהבאנו נמצא, כי ישנן שתי סיבות הלכתיות המחייבות ממון בסוגייתנו, דין ‘נהנה’ ודין ‘אוכל חסרונו’.

במקרה של ‘זה חסר וזה לא נהנה’, אי אפשר לחייבו מדין ‘נהנה’ שהרי לא נהנה, אלא שחיובו לשיטת הר"ף, הרמב"ם, הרא"ש ורוב הגאונים (ודלא כתוספות ודעימייהו) הוא מדין ‘אוכל חסרונו’, וכמו גזול או מזיק.

אולם ב‘זה נהנה וזה חסר’, חיובו הוא משום ‘נהנה’, שהרי אם היינו מחייבים אותו רק מדין

'חסר', היה לנו לחייבו רק בשיעור שחיסר, ואילו להלכה לדעת רוב הראשונים, משלם ב'זה לא נהנה וזה חסר' על כל שיעור הנאתו, אלא שהיות שחברו 'חסר' – אפילו בכל שהוא – היא תנאי לחיובו מדין 'נהנה'. וכמו שכתב הפני יהושע (בבא קמא כ, א) הנזכר, שבזה נהנה וזה לא חסר, אף על פי שהיה לנו לחייבו מדין נהנה, מכל מקום נפטר מדין 'כופין אותו על מידת סדום', שהרי מה אכפת לו בהנאתו של זה, אם הוא לא חסר ולא כלום. אולם ברגע שגם חסר משהו, שוב אין זו מידת סדום לחייבו על כל הנאתו.

מקור דין זה הוא בסוגיה הנ"ל במסכת בבא קמא (כ, ב):

"תא שמע, רבי יהודה אומר אף זה דר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר. שמע מינה זה נהנה וזה לא חסר חייב. שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא".

ופירש רש"י:

"שחרוריתא דאשייתא – שמשחיר לו הכתלים הלכך חסר הוא..."

והנה כל הראשונים פסקו, שאפילו חסרו מעט בשחרוריתא דאשייתא, חייב על כל ההנאה. וכן נפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ז) בזו הלשון:

"יש אומרים דכשאינן החצר עומד לשכר, דאמרינן דאינו צריך להעלות לו שכר, אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש וזה חיסרו במה שהשחירו, אף על פי שאינן הפסד אותו שחרוריתא אלא מועט, על ידו מגלגלין כל השכר כפי מה שנהנה..."

וביאר הסמ"ע (שם ס"ק יח) וזו לשונו:

"פירוש כיון דעל כל פנים צריך לשלם מה שחיסרו, מגלגלין גם כן על ידי אותו המעט כל מה שנהנה וצריך לשלם הכל".

זה נהנה וזה חסר בפחות משווה פרוטה

והנה התוספות (כתובות ל, ב ד"ה "צריכא") כתבו, דאף אם ערך החיסרון הוא פחות משווה פרוטה, חשיב חיסרון וחייב על כל ההנאה. הסוגיה שם עוסקת במי שתחב לו חבירו אוכל של אדם אחר, לבית הבליעה, ובלעו, שחייב על הנאת בליעתו, וביארו התוספות שאף על פי שזה נהנה וזה לא חסר פטור, והרי אם היה פולט את המאכל לאחר שנתחב בבית בליעתו, לכאורה לא היה שווה דבר, שהרי הוא מאוס על בני אדם, ונמצא שבליעתו לא חיסרה דבר מחברו, מכל מקום כיוון שבכל זאת המאכל שווה משהו, ולו פחות משווה פרוטה, גם כאשר הוא מאוס, מתחייב הנהנה משום חסרון זה בכל הנאתו. וכך כתבו התוספות (שם):

“... כגון דמעיקרא לא הוי בה כי אם שוה פרוטה או מעט יותר, ועתה שנתקלקלה קצת אינה שוה פרוטה, ואפילו אי זה נהנה וזה לא חסר פטור, מכל מקום כיון דשוין כל שהוא, אז מתחייב בכל, כדאמרינן התם (בבא קמא כ, ב) “משום דאמר ליה את גרמת לי היקפא יתירתא”, מיחייב בכל הנאה, או “משום שחרוריתא דאשייתא”, מיתחייב לכולי עלמא בכל”.

בביאור הדבר נראה, כי על אף שהחיסרון הוא כה מעט, ששוויו פחות מפרוטה, מכל מקום חייבוהו על כל ההנאה, שהרי לפי דברי הפני יהושע שהבאנו נמצא, כי ההנאה היא המחייבת את האדם הנהנה, אלא שב'זה נהנה וזה לא חסר', מפני סברת 'כופין אותו על מידת סדום', נפטר מחיובו הרגיל על הנאה, אולם ככהאי גוונא שדר בבית חברו ונחסר בעל הדירה, הרי עצם החיסרון – אפילו 'שחרורית' קטנה על קיר הבית שאינה מחסרת אפילו פרוטה – זכאי ורשאי בעל הבית להתנגד לו, ולומר שמפריע לו שהקיר כבר אינו נקי וחדש כפי שהיה, נמצא שכבר אין לפנינו 'מידת סדום', שהרי בפיו של בעל הבית טענה מוצדקת לטעמו, ובכהאי גוונא שוב עולה ומתעוררת סיבת החיוב של 'נהנה'.

וראה עוד בחכמת שלמה (לשולחן ערוך חושן משפט סימן שסג סעיף ו) שכתב וזו לשונו:

“ויש להסתפק אם חסרו פחות משהו פרוטה, אם משלם הכל, או כיון דפחות משהו פרוטה אינו ממון, אינו משלם הכל. אך עיין בתוספות פרק ג' דכתובות... מוכח שם דאף אם חסרו בפחות משהו פרוטה, גם כן מגלגלין עליו את הכל... והוא חידוש דין”.

ולדברינו הדברים מבוארים היטב וכאמור.

יצוין כי באשר לדבריו “הוא חידוש דין”, נביא להלן בשם שער המלך שתוספות בכבא קמא (לפי אחד מביאוריו לדבריהם) אכן חולקים על התוספות בכתובות בנקודה זו.

התוספות (בכתובות, הנ"ל) הוכיחו את דבריהם גם מסוגיית “היקפא יתירא”, וכלשונם “כיון דשוין כל שהוא, אז מתחייב בכל כדאמרינן התם 'משום דאמר ליה את גרמת לי היקפא יתירתא', מיחייב בכל הנאה”. ונבאר את דבריהם להלן.

על דברי שולחן ערוך הנ"ל (חושן משפט סימן שסג סעיף ז) “יש אומרים... אם חסרו אפילו דבר מועט, כגון שהיה הבית חדש, וזה חיסרו במה שהשחירו... מגלגלין כל השכר כפי מה שנהנה...” כתב הקצות החושן (שם ס"ק ד) בזו הלשון:

“כגון שהיה בית חדש... ונראה דשחרוריתא דאשייתא לא מיחייב מדין מזיק, כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא, והווי ליה כמו זורק מטבע לים, היכא דאפשר לאהדורי על ידי בר אמוראי, דאף על גב דצריך הוצאה, אינו אלא גרמא ופטור (עיין בבא קמא צח, א ובתוספות דיבור “המתחיל עכורין”). אלא

היכא דנהנה, מתחייב על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר את גרמת לי הקיפא יתירא (שם כ, ב), דודאי אין בזה משום דין מזיק, אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה, כיון שזה מיהא חסר על ידו. אבל היכא דלא נהנה, אינו חייב בעד שחרוריתא, דאין בזה משום מזיק וכמ"ש".

מבואר מדברי הקצות החושן להדיא, כדברי הפני יהושע הנ"ל, שהחיוב הוא על ההנאה, וה'חסרון' הוא רק תנאי לחיוב, וכל עניינו לסלק את הפטור מטעם 'כופין על מידת סדום', והוא אף הביא לראייה את דברי התוספות בעניין 'הקיפא יתירא', שבהם יש חידוש נוסף. ונבאר:

בגמרא (בבא קמא כ, ב) איתא:

"תנן" המקיף חבירו משלש רוחותיו, וגדר את הראשונה ואת השנייה ואת השלישית, אין מחייבין אותו", הא רביעית מחייבין אותו. שמע מינה 'זה נהנה וזה לא חסר' חייב. שאני התם, דאמר ליה את גרמת לי הקיפא יתירא".

ופירש רש"י:

"משלש רוחותיו – שהיה לו לראובן שלש שדות אצל שדה שמעון משלש רוחותיו.

וגדר – ראובן את הראשונה, סמוך לשדה שמעון, לבד מחיצות חיצונות שהיו לו בינו לשאר הבקעות".

ותוספות (שם דיבור המתחיל "את") ביארו בדרך אחרת וזו לשונם:

"את גרמת לי הקיפא יתירא – מתוך פירוש הקונטרס משמע, דמיירי בגדר שבין שדהו לשדה ניקף. וקשה... אלא נראה שמבחוץ סביב לד' רוחות הקיף, והקיפא יתירא משום שמחמת שדה האמצעי, ההיקף גדול יותר מדאי".

והנה לפירוש התוספות הגמרא ביארה, כי מכיון שהחיצוני הקיף 'הקיפא יתירא', מחמת שדהו של הפנימי, חשיב בזה 'חסר', כדי לחייב את הפנימי בכל הנאתו. מכאן הוכיח הקצות החושן את דבריו שהחיוב אינו משום מזיק – מלבד טענתו שהיזק שחרוריתא דאשייתא הוא בגדר 'גרמא' – ולכן חייב אף שחסרון 'שחרוריתא' הוא מועט (ואפילו פחות משה פרוטה כמבואר). הוכחתו היא מדין 'הקיפא יתירא', שבו הרי הניקף לא החסיר ולא הזיק כלל את המקיף, ואפילו לא פחות משה פרוטה, שהרי לא עשה שום עוול במה ששדהו היא הפנימית. ובכל זאת די בעצם הדבר שנוצר 'חסר' בגללו למקיף, גם אם הוא לא עשה כל עוול וכל פגיעה או היזק לחברו, אלא שהמציאות העובדתית היא שבשלו, ושלא בעוול כלל, נוצר חיסרון לחברו, כדי ששוב לא יחול בו הדין של 'כופין על מידת סדום'. וזהו חידוש נפלא, שאף שלא עשה כל עוול, עצם החיסרון, יש בו כדי לגלגל עליו את כל ההנאה. חידוש זה נמצא בדברי התוספות כאמור.

והנה, לביאור שער המלך, התוספות במסכת בבא קמא חולקים על התוספות במסכת כתובות, ולשיטתם בעינין 'חסר' של שווה פרוטה. אולם גם לדבריהם מבואר כי החיוב הוא על ההנאה, ולא על הנזק, שכן החיוב הוא כאמור אף שהנזק נעשה בלי עוול כלל, ובלי מעשה כלשהו מצד הנהנה או ממונו, אפילו לא מעשה שיכול להיכנס בגדרי 'גרמא', וכדלהלן:

התוספות במסכת בבא קמא (כ, ב ד"ה "הא איתהנית") הקשו בתוך דבריהם כשאלת התוספות בכתובות, ויישבו בדרך אחרת. וזו לשונם שם:

"ואם תאמר, ההוא ד'תחב לו חבירו בבית הבליעה', דריש אלו נערות (כתובות ל, ב) אמאי חייב האוכל, 'זה נהנה וזה לא חסר' הוא, שאם היה מחזיר היתה נמאסת ואין שוה כלום, ויש לומר דלא דמי, הואיל ונהנה מחמת החסרון שהיה מתחילה..."

ביאור דבריהם: כיוון שנהנה מחמת חסרון שהיה מתחילה לבעל האוכל, על ידי הכנסת האוכל לבית הבליעה שלו, נמצא שהנאתו כרוכה בחסרונו של חברו, אף שאינם בו בזמן, ונחשב 'זה נהנה וזה חסר'.

ובשער המלך (הלכות גזלה פרק ג הלכה ט) כתב בתוך דבריו וזו לשונו:

"... דמה שלא תירצו הכי בפרק כיצד, הוא משום דסבירא להו, דעד כאן לא אמרינן דבפחת כל דהו מגלגלין עליו את הכל, אלא דוקא בדחסריה שווה פרוטה, מה שאין כן בההיא ד'תחב לו חבירו בבית הבליעה', דלא חסריה שווה פרוטה".

לדבריו, התוספות בבבא קמא סוברים שה'חסר', צריך שיהיה לכל הפחות שווה פרוטה.

אולם גם לדבריו טעמם אינו משום שנחשב 'מזיק' (ודווקא בשווה פרוטה נחשב 'מזיק'), שהרי חיובו לשיטתם הוא על ההנאה כולה, אף שהחסרון הוא של שווה פרוטה בלבד (כמבואר מדין 'שחרוריתא דאשייתא' וכו'), אלא שתנאי בדבר הוא, שהחסרון יהיה חסרון חשוב, ועל כל פנים שווה פרוטה.

ועוד, שהרי לשיטת התוספות בבבא קמא, מחייבים אותו אף שמה שנחסר לחברו שווה פרוטה, היה שלא באשמתו כלל, ובאונס גמור, על ידי שתחב לו חברו בבית הבליעה, ומזיק בכהאי גוונא פטור. ועל כורחך החיוב הוא מחמת ההנאה, אלא דבעינן נמי 'חסר', ולדעתם 'חסר' בפחות משהו פרוטה אינו נחשב 'חסר' כלל.

נקודת המחלוקת בין בעלי התוספות, לביאור זה של שער המלך היא אפוא, האם 'חסר' פחות משווה פרוטה נחשב 'חסר', שמחמתו שוב לא יחשב החיוב על ההנאה כולה כמידת סדום. אולם מכל מקום לדברי כולם לא החסר (של שווה פרוטה או אף או פחות - לכל אחד לשיטתו) מחייב, אלא המחייב הוא ההנאה, אלא שהחסר מבטל את דין 'כופין על מידת סדום'.

בדרך זו היה נראה לבאר דין נוסף:

בשולחן ערוך (שם סעיף ח) נפסק:

”יש אומרים דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר, דוקא שלא גילה הדר בדעתו, שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר”.

מקור הדברים גם הוא מדברי התוספות בבבא קמא (שם ד”ה “טעמא”).

בגמרא שם נאמר:

”תא שמע, אמר רבי יוסי אם עמד ניקף וגדר את הרביעית, מגלגלין עליו את הכל, טעמא דגדר ניקף, הא מקיף פטור, שמע מינה ‘זה נהנה וזה לא חסר’ פטור. שאני התם, דאמר ליה לדידי סגי לי בנטירא בר זוזא”.

וביאר תוספות (שם) וזו לשונם:

”ואפילו רבנן לא פליגי אלא משום דאמר ליה “את גרמת לי הקיפא יתירא”. ואם תאמר, ואי ‘זה נהנה וזה לא חסר’ פטור, אפילו עמד ניקף נמי, ויש לומר, שאני עמד ניקף, דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה, ולא דמי לדר בחצר חבירו דלא גלי אדעתיה אלא בחנם”.

ויש לבאר מה הטעם בדין זה, שכאשר גילה דעתו שנוח לו בהוצאה זו, אין דין של כופין אותו על מידת סדום, וחייב גם ב'זה נהנה וזה לא חסר'.

בפשטות היה נראה לומר שכיוון שגילה בדעתו, שוב אין בזה מידת סדום, שהרי הוא עצמו הבין שעליו לשלם. והרי למעשה נהנה ממגוריו בדירה, וככהאי גוונא שגילה דעתו, שוב לא נחשב כמידת סדום.

אולם ראה בחידושי רבי שמעון שקאפ (בבא קמא סימן כו אות ב) שביאר את הדבר בדרך אחרת, ומדין 'משתרשי' וזו לשונו:

”... דהנה אם נאמר דחשיב משתרשי ליה, משום דנשאר אצלו דמים שהיה מוציאם, קשה גם בדר (בחצר חבירו) בגברא דעביד למיגר, אלא (אם) נאמר דגם בכהאי גוונא יש לומר 'הייתי מתענה', היינו דאינו הכרח שיהיה נחסר דמים. (ואם כן) כמו כן נאמר דאף דגלי דעתא דניחא ליה בהוצאה, אבל אינו הכרח שהיה מתחסר דמים בלא גדר של המקיף.

אלא נראה לעניות דעתי לבאר... דעיקר הכלל של משתרש הוא שנתרבו נכסיה... אם נתרבה מכמו שהיה, בכהאי גוונא ודאי הוה משתרשי ליה. והנה לריבוי נכסים

חשיב כל דבר שיתוסף לאיש, אם רק שוה כסף הוא, ומשום הכי שאני גלי אדעתא' משאר נהנה, דכל נהנה משלם רק עבור הטובה שהיה לו בשעת הנאתו, אבל בגלי דעתא דהנאה זו שוה כסף, הרי נתרבה לו שוה כסף וחשיב משתרש, ובמשתרש חייב גם בלא חסר, דמשל חבירו נתרבה אצלו, ורק בנהנה גרידא פטור היכא דלא חסר..."

ולעיל (שם סימן כה אות ו) כתב:

"... היכי דמשתרשי אפשר לומר שיהא חייב גם בלא חסר, דהרי איכא דבר בעולם שבא מחמת ממון בעלים, ומשום הכי יש לומר דרק בחצר דליכא 'משתרש', דיכול לומר לא הייתי שוכר, כמו באכילה שכתבו התוספות... אבל במקיף אם גילה דעתו שרוצה בהוצאה... וכן בדירה, אם היה מגלה בשעה שדר שרוצה בהוצאה... הרי משתרש ליה, וחייב אף על פי שלא חסר חבירו".

להלן נרחיב בכיבור דין זה של 'משתרשי' והדברים יתבארו.

נחזור מכל מקום לעיקר דברי התוספות, שביזה נהנה וזה חסר' משלם את כל הנאתו, ולא רק את החיסרון:

בעניין זה יש לציין גם כי במטלטלין יש הסוברים לחלוק על דברי התוספות, ולדעתם משלם רק את הפחת ולא את כל ההנאה. ראה בעניין זה בדברי הרשב"א (בבא קמא צז, א), עיין בעניין זה בשער המלך (הלכות גזלה ג, ט הנ"ל) ועיין תרומת הכרי (שסג, ב) שרצה לבאר כן בדברי התוספות בבבא קמא (כ, ב) ועיין חזון איש (בבא קמא סימן כ ס"ק א), ולהלן נדון בנושא זה בהרחבה.

אולם בדירה ובקרקע, לכל הדעות הדין הוא שאף בחיסר מעט, משלם על כל ההנאה, זאת מלבד שיטת הרמ"ה הסובר שאף בקרקע משלם רק הפחת, ודעתו דעת יחיד (הובא בנימוקי יוסף. אכן עיין בנודע ביהודה [מהדורא תניינא חושן משפט סימן כד] שביאר כך גם בדעת הרמב"ם שהשמיט דין שחרוריתא). רוב הראשונים פסקו כדעת התוספות בכתובות שמגלגלין עליו את הכול, כך כתבו התוספות גם בבבא קמא (כא, א דיבור המתחיל "ויהבי"), הרשב"א (בבא קמא שם), הרא"ש (שם סוף סימן ו), המרדכי (שם), הנימוקי יוסף (שם) בשם הריטב"א והמגיד משנה (גזלה ג, ט), וכן נפסק בשולחן ערוך. עוד עיין בקרית ספר (הלכות גזלה שם) הסובר שמהתורה משלם רק מה שחיסר, ורק רבנן חייבוהו לשלם הכול.

הרשות לומר לדר בחצרו "צא" ותביעת שכר אם אמר כן ולא יצא

מבואר בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף ו) שהפטור ב'דר בחצר חבירו' – במקרים מסוימים – משום 'זה לא חסר', לא נאמר היכא דאמר לו הבעלים "צא".

וזו לשון השולחן ערוך:

”הדר בחצר חברו שלא מדעתו, שאמר לו צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו.”

ורק אחרי דין זה, פירט את הדינים הנוגעים ל'זה נהנה זה חסר' או 'לא חסר':

”ואם לא אמר לו צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר...”

ומבואר ברמ"א (שם) ביסוד היכולת לומר 'צא', שאף ב'זה אינו חסר' יכול למור כן:

”ודוקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, אף על פי כופין על מדת סדום... דאי בעי... להשכיר חצרו היה יכול.”

אכן לכאורה יש לברר את טעמו של דין 'אמר לו צא', שיכול בעל הבית לומר לחברו מלכתחילה "צא מחצרי", ולא נאמר בכך דין 'כופין על מידת סדום', ושם אמר לו כן ולא יצא, יוכל הבעלים לתבוע ממנו שכרו, אף שאין חצרו עומדת בפועל להשכרה, ואינו משכירה לאחרים (אלא שהיה יכול לעשות כן אם ירצה), אך אם לא אמר צא, והלה דר, בדיעבד אינו יכול לתבוע ממנו שכר ככהאי גוונא. ויש לתמוה, הרי אין הבדל בין לכתחילה ובין בדיעבד, בשני המקרים מדובר ב'זה נהנה וזה לא חסר'. אם כן, אם בדר בדירת חברו ולאחר זמן תובעו הבעלים לשלם, נאמר דין 'כופין על מידת סדום' ונפטר, לכאורה צריכים היינו לומר דהוא הדין והוא הטעם גם לכתחילה, ואם אמר לו "צא" מביתי, והלה נשאר לדור בו, מדוע אפוא חייב בשכרו.

אולם נראה כי אם לא יוכל בעלי הבית לתבוע את יציאתו של אדם מביתו ומחצרו, הרי זו פגיעה בבעלותו של האדם. לא ייתכן שאדם בעלים על דירה או חצר, ולא תהיה לו היכולת לממש את בעלותו זו בדבר הבסיסי ביותר של בעלים, למנוע מהשני לפלוש לדירתו. לכן גם אם אינו 'חסר', חסר הוא בעצם הפגיעה בהיותו בעלים, אם אחר יכול להטיל מרותו על בעלי הבית, ולקבוע מי רשאי לשהות בו. דרישה בסיסית זו שוב אין בה ממידת סדום. כל הנידון הוא כאשר כבר דר בבית בלי ידיעתו של הבעלים, ככהאי גוונא כל זמן שלא אמר לו מראש "צא", אינו יכול לתבוע ממנו לשלם.

בביאור הדבר אפשר לכאורה לומר, שכל זמן שלא אמר לחברו צא, אף שהדבר נבע לכאורה מאידיעתו את עובדת מגורי חברו בחצרו, אמרין דחזקה עליו שאף לו ידע, היה מסכים כדי שלא יהיה מנהגו בגדר מידת סדום. משום כך, גם אם לאחר זמן אומר שאינו מסכים, ושאל מלכתחילה לא היה מסכים, אינו נאמן על כך, ואם 'זה נהנה וזה לא חסר' הוא, פטור הנהנה. ולפי זה היה נראה לכאורה לומר, שאם ידועה גישתו של בעל הבית, וחזקה שלא היה מסכים, בשל תכונותיו הידועות, או מניסיון קודם דומה, ככהאי גוונא ייתכן שיכול לגבות שכר מהנהנה, גם בדיעבד כאשר כבר ישב בביתו ונהנה.

וראה בדברי הנימוקי יוסף (בבא קמא ח, ב מדפי הרי"ף ד"ה "מאי הוה עלה") שביאר בשם הרא"ה סברת דין זה בזו הלשון:

"כתב הרא"ה ז"ל: אף על גב דקיימא לן בעלמא (בבא בתרא יב, ב) דזה נהנה וזה אינו חסר, 'כופין אותו על מדת סדום', הני מילי בקרקע של שניהם, שאין משתמש בשלו כלל, אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו, וכגון הבונה כנגד חלונו של חבירו, והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו, והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר, שלא יפסיד מן האורה כלל, כגון זה אמרינן כופין. אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו, שאם אי אתה אומר כן, אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו. ע"כ".

וסיים הנימוקי יוסף:

"וכן דעת הרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל, דכהאי גוונא לא אמרינן 'כופין אותו על מדת סדום'".

נראה לכאורה כי כוונתו כדברינו.

אולם מצינו בסמ"ע (סימן שסג ס"ק יד) שכתב על דברי השולחן ערוך שם, שכאשר אומר לו "צא" ולא יצא, חייב לו את כל שכרו:

"בכהאי גוונא בכל עניין – אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא, וגברא דלא עביד למיגר, צריך לשלם לו כל שכרו, כיון דגילה דעתו דלא ניחא ליה ביה, ואין אומרים בכהאי גוונא כופין אותו על מידת סדום".

כלומר, חיוב התשלומין שחייב בו הדר בחצר חברו, אם הלה אמר לו צא, אינו נובע מהגדרת המצב מכאן ואילך 'זה נהנה וזה חסר', זה נהנה במגוריו, וזה חסר בפגיעה בבעלותו, הנובעת מהשימוש בחצרו בניגוד לרצונו הידוע או המפורש, אלא חיובו של הדר הוא אפילו אם אינו נהנה, שהרי הוא 'גברא דלא עביד למיגר'.

ולכאורה יש להבין, בשלמא אם היה החיוב דווקא ב'נהנה', הרי שיש להבינו לפי סברתנו, שבכהאי גוונא שאומר לו צא, אם אינו יוצא, יש בחינה של פגיעה בעצם הבעלות, וממילא הווי כ'חסר', ואין בזה 'מידת סדום', ולכן חייב הלה לשלם על הנאתו (שהרי כאמור לעיל, החיובו ב'זה נהנה וזה חסר' הוא על ההנאה ולא על החיסרון, אלא שהחיסרון הוא תנאי לסילוק סברת 'כופין על מידת סדום'). אבל אם החיוב הוא אף בכהאי גוונא שכתב הסמ"ע שזה לא נהנה וזה לא חסר, הלא בזה גם אם אמר לו "צא" אין יסוד לחיובו, ומה טעם כתב הסמ"ע שחייב.

לכן נראה שאולי יש לבאר את דין 'אמר לו צא' באופן אחר:

אפשר לומר שדין זה הוא שכיוון ש'גילה דעתו דלא ניחא ליה ביה', כלשון הסמ"ע, בכלל

מחאתו מונחת גם דרישת שכר על שהייתו של הלה בכיתו אם לא יצא, והרי ודאי יכול וזכאי אדם לדרוש שכר על השכרת דירתו, גם אם בדרך כלל אינו עשוי להשכירה. וייתכן אפוא שכאשר הוא אומר צא, נחשב כדורש וקוצץ את שכרו, ומעתה נעשה ביתו 'עביד למיגר', והווי כ'זה חסר' שחייב מדין 'נהנה', אם נהנה, ואם לא נהנה, מדין 'אוכל חסרונו של חברו', שנחשב כמזיק וכגוזל את חברו וכנ"ל.

ובאמת בים של שלמה (בבא קמא פרק ב סימן טז) ביאר כך וזו לשונו:

“... דהא כשמוחה בו הוי לגביה כבית דעביד למיגר...”

וכן נקט הכנסת הגדולה (חושן משפט שם הגהות בית יוסף אות ח) וזו לשונו:

“... דכשהמשכיר אמר לו צא מן הבית, הרי גילה דעתו שאינו רוצה שישב שם, והוי כחצר דקיימא לאגרא...”

ואכן הרמ"א (שם) הוסיף וביאר דין זה על פי דברי המרדכי, וכך כתב:

“הגה: 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 ונימוקי יוסף פרק הנ"ל).”

והנה לסברתנו, העובדה שעל שימוש בחצר אפשר לבקש שכר, בצירוף הדרישה לצאת, יש בהן כדי להחשיב את האמירה צא, כדרישת שכר, וממילא הווי 'חסר', וחייב לכולי עלמא, ואף אם 'לא נהנה' וכדברי הסמ"ע.

והנה, סברה זו שאמירת "צא" היא דרישה ברורה לתשלום שכר, היא דרך אחת בביאור הדבר. אולם באמת יש לחקור בדבר, ושני צדדים יש בו:

יש לחקור אם אמירת "צא" בחינתה דרישת וקציצת שכר כאמור, או שמא אמירת "צא" היא 'מחאה' בלבד, ללא דרישה חיובית של שכר, אלא שמחאה כזו משנה את הגדרת המקרה, מ'זה נהנה' (או 'זה לא נהנה') 'זה לא חסר', ל'יוזה חסר', וכפי שמצינו בכנסת הגדולה ובים של שלמה, שבאמר "צא" נדון הבית כ'עביד לאגרא', ונחשב הבעלים 'חסר', וב'חסר' חייב הלה לשלם שכרו.

והנה, את שני צדדים אלו מצינו מפורש בראשונים:

במסכת בבא קמא (כ, ב – כא, א) מובא בגמרא בעניין 'זה נהנה וזה לא חסר', בזו הלשון (דברי רש"י שולבו בלשון הגמרא בסוגריים):

”... אתמר, רב כהנא אמר רבי יוחנן אינו צריך להעלות לו שכר, רבי אבהו אמר רבי יוחנן צריך להעלות לו שכר. אמר רב פפא הא דרבי אבהו לאו בפירוש איתמר, אלא מכללא איתמר.

דתנן נטל אבן או קורה של הקדש (... בגזבר עסקינן) הרי זה לא מעל (דמעיקרא נמי ברשותיה הוי כי השתא ולא שינוי הוא), נתנה לחבירו (קנייה חבירו דגזבר יש לו רשות ליתן וזה שהוציאו לחולין מעל) הוא מעל וחבירו לא מעל. בנאה (גזבר) בתוך ביתו, הרי זה לא מעל, עד שידור תחתיה שוה פרוטה.

ואמר שמואל והוא שהניחה על פי הארובה (ולא קבעה בבנין דלא הוי שינוי הלכך לא מעל עד שידור תחתיה). ויתב רבי אבהו קמיה דרבי יוחנן וקאמר משמיה דשמואל, זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר (מדקתני דכי דר תחתיה חייב ואף על גב דשלא מדעת הקדש עבד) ושתק ליה. איהו סבר מדשתיק מודה ליה, ולא היא אשגוחי לא משגח ביה, כדרכה, דאמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי (בהקדש ליכא למימר 'שלא מדעת', דדעת שכינה איכא, הלכך כהדיוט מדעת דמי).”

והתוספות שם (כא, א דיבור המתחיל "כהדיוט מדעת דמי") כתבו:

”פירש הקונטרס דדעת שכינה איכא. וקשה ד'שלא מדעתו' לאו דוקא, אלא אורחיה דמילתא נקט, והוא הדין מדעתו. אלא נראה "כהדיוט מדעת דמי", כלומר דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה.”

ובשיטה מקובצת שם כתב:

”כהדיוט מדעת דמי – פירש הקונטרס וכו'. וקשה דהא לאו בידיעה תליא מילתא, אלא במחאתו, ו'שלא מדעתו' דקאמר, אורחא דמילתא נקט. אלא הכי פירושו, הקדש שלא במחאה כהדיוט במחאה דמי, שכבר מיחה הכתוב שלא יהנו מן ההקדש. הר"ר ישעיה ז"ל.

והרשב"א ז"ל כתב, דהכי קאמר "כהדיוט מדעת", ומתנה עמו שיעלה לו שכר הוא, שכן אמרה תורה שלא יהנה אדם בלא מעילה. ע"כ.”

נמצא שלשיטת הר"ר ישעיה משמעות הביטוי "כהדיוט מדעת" היא שהלה מחה בדר בחצרו ואמר לו "צא", אף שלא דרש ולא קצץ לו שכר מעות על שימוש, ובכהאי גוונא חייב לשלם הדר בבית גם ב'זה נהנה וזה לא חסר'. ואילו לדעת הרשב"א משמעות הביטוי "הדיוט מדעת" היא שהתנה בעל הבית וקצץ עם הדר בכיתו שישלם לו שכרו.

לדברי הרשב"א משמע לכאורה, שאם מחה בו סתם ואמר שיצא, אך לא קצץ עימו ולא תבע ממנו שכר להדיא, פטור מלשלם. וברשב"א (שם) הביא שרבנו חננאל סובר כפירושו שם.

והנה הנחלת דוד (שם) כתב להוכיח מדברי הרשב"א, כמו שמשמע בפשטות, שבאמר לו "צא" ומחה בו אך לא דרש ולא תבע את שכרו, פטור. ומתוך כך הוכיח שהרשב"א סובר שלא כדעת הטור שם שחייב בכהאי גוונא, וסיים הנחלת דוד שכמדומה לו שרבו, היינו הגאון רבי חיים מוואלאז'ין, פסק שלא כדברי הטור. נביא כאן את דברי הנחלת דוד ככתבם וכלשונם:

"כהדיוט מדעת דמי – התוספות כתבו "פירש הקונטרס כו' וקשה כו' אלא נראה כהדיוט מדעת דמי, דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה".

בשיטה מקובצת הביא בזה שני פירושים בדעת התוספות:

הפירוש האחד הוא, דעד כאן לא נאמר 'זה נהנה וזה לא חסר' פטור, אלא היכא שלא מיחו בו הבעלים בפירוש שלא ידור בו, אבל היכא דהבעלים מיחו בו בפירוש, הרי הוא מחויב לשלם, ולכך "הקדש שלא מדעת" הוה "כהדיוט מדעת", משום "דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה" והוי כאילו מיחה בו בפירוש.

הפירוש השני, דהא דאמרינן "כהדיוט מדעת דמי", רצונו לומר דהוי כאילו התנה עמו על מנת שישלם את השכר, והך ד'כמדעת דמי' קאי על הדר, ורוצה לומר כאילו הדר נתרצה ליתן את השכר, דכיון דהתורה חייבתו במעילה, הוי כאילו ההדיוט היה מתרצה בפירוש ליתן את השכר. ונראה דהטור שכתב בסימן שסג (וכן פסק הבית יוסף בשולחן ערוך להלכה) דהיכא דמיחו בו הבעלים לכתחילה ואמרו לו "צא", הרי הוא מחויב לשלם, על כרחך דסבירא ליה כהך פירושא קמא שכתבנו, דבלאו הכי אין שום מקור לדין זה.

אבל לעניות דעתי נראה דהעיקר כהך פירושא תניינא, דאילו לפירושא קמא תקשה, מאי סלקא דעתיה דרבי אבהו דרצה להוכיח מכאן דזה נהנה וזה לא חסר חייב, אטו לא ידע רבי אבהו מהא דאסור למעול בשל הקדש, הלא מקרא מלא דיבר הכתוב, ומאי חידש לו התרצן בזה.

ועוד, בעיקר סברתם לא הבנתי כלל, דמה בכך שמיחו בו הבעלים בפירוש, מכל מקום כיון דסוף סוף לא חסר, אמאי יהיה חייב לשלם, וגדולה מזה כתב הראב"ה – הביאו המרדכי – דכפינן ליה לבעל הבית להניחו לדור, משום דכופין אותו על מידת סדום. ואם כן איך נחייבנו על העבר, דנהי דלא קיימא לן בזה כהראב"ה במה שכתב דכייפינן ליה, היינו משום כיון דאחרים נוטלים שכר בזה, לכך ליכא בהא משום מידת סדום, אבל לחייבו על העבר בשביל שמיחה בו, אינו עולה על הדעת כלל, כיון דסוף סוף לא חסר כלום.

ועוד, דכי היכי ד'בשלא מדעתו' נכלל גם אם ידע, וכמו שהקשו התוספות על רש"י, כן נמי נכלל בהך לישנא גם אם עובר על דעתו בפירוש.

אבל לפום הך פירושא תניינא אתיא סוגיין שפיר, דרבי אבהו הוה סבר דנהי דאסור למעול בהקדש, מכל מקום זה לא הוי רק כאילו מיחו בו הבעלים. ובאמת בכלל "שלא מדעתו" נכלל גם אם עבר על דעתו, ואין לנו שום צד סברא לחייבו במיחה, טפי מבלא מיחה, רק דבחסרון תליא מילתא, וכיון דחזינן דבהקדש חייב, שמע מינה 'זה נהנה וזה לא חסר' חייב. ועל זה קדחי הש"ס "ולא היא" כו' ורצה לומר דהוי כאילו התנה בהדיא שישלם, כיון שהתורה חייבתו בתשלומין הוי כאילו קבל עליו מעצמו את התשלומין. וכן הוא בחידושי מוהר"ם מלובלין כהך פירושא תניינא, וכן הוא להדיא בחידושי הרשב"א בשם רבנו חננאל עיין שם.

וכן נראה להוכיח מדברי המרדכי, שכתב דלפירוש ר"י אפילו גירש את חבירו מביתו, והוציאו בעל כרחו ודר בו, ובביתא דעבידא למיגר, אפילו הכי פטור הדר כיון שלא נהנה. וכיון שהוציאו בעל כרחו מביתו, אין לך מחאה גדולה מזו, ואפילו הכי קפטריה המרדכי. שמע מינה דלאו במחאה תליא מילתא.

ואין לומר דזהו דווקא ב'לא נהנה', אבל ב'זה נהנה' אף ד'זה לא חסר' מהני מחאה, דהא אף לפום פירושא קמא נמי לא מוכח דמהני מחאה, אלא ב'זה נהנה וזה לא חסר', זה אינו, דהא סביא ליה להטור דבמיחו בו אף ב'זה לא נהנה וזה לא חסר' נמי חייב, דהכי משמע לישניה דהטור, דבמיחה בו לא קמחלק שום חילוק, ומשמע דבכל גוונא חייב, אף ב'זה לא נהנה וזה לא חסר', וכן הוא להדיא בסמ"ע (סימן שסג ס"ק יד) עיין שם.

ועל כורחך צריך לומר דסבירא ליה להטור, דאף דמהש"ס לא מוכח זה לחייבו גם ב'זה לא נהנה וזה לא חסר', וכמו שכתבתי, מכל מקום כיון דגם ב'זה נהנה וזה לא חסר' נמי מן הדין היה לו להיות פטור, ואפילו הכי במיחה בו קמחייבין ליה, ודין זה מוכח בש"ס לפי פירושא קמא, אם כן הוא הדין ב'זה לא נהנה וזה לא חסר', נמי קמחייבין ליה, דכיון דהמחאה קמחייבתו, אם כן מה לי נהנה או לא נהנה. כך צריך לומר על כורחך בדעת הטור לפי הבנת הסמ"ע וכפי הנראה מפשטא דלישניה.

ואם כן, על כורחך דהמרדכי לא סבירא ליה כהטור בזה, והיינו על כורחך משום דמפרש לסוגיין כהך פירושא תניינא.

ומאוד אני תמה, דלפי הבנת הסמ"ע שכתב לפרש הך שכתב הבית יוסף (בסעיף ו) דבמיחה בו חייב אפילו ב'זה לא נהנה וזה לא חסר', אם כן הרמ"א שהגיה עליו לדברי המרדכי "אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מביתו (לפנינו: מן הבית) [והוא] דר בו" אפילו הכי פטור, המה תרתי דסתרי, ומדלא כתב הרמ"א בשם "ויש אומרים" משמע כאילו אין כאן שום מחלוקת, והמה רחוקים זה מזה כרחוק מזרח ממערב.

ועל כל פנים לדינא נראה עיקר בזה דלא כהטור ובית יוסף, וכדברי הרשב"א בשם רבנו חננאל, אשר עליו כתבו הפוסקים שכל דבריו קבלה, וביותר דבריו מסתברין טפי בסוגיין. ובפרט שדברי הטור הם להוציא ממון, וכיון דהסוגיא מתפרשת ברווחא לפום פירושא תנינא, אם כן מנא לנו לפרש כהך פירושא קמא ולחדש דין בכדי להוציא ממון מן המוחזק, וכמדומה שכן שמעתי מאדמו"ר הגאון החסיד זלה"ה דלית הילכתא כהטור בזה, ועיין.

נמצא שהנחלת דוד מסיק, שרק אם קצץ לו שכרו בפירוש, חייב הדר בחצר חברו לשלם לו, אבל אם מיחה בו סתם, והלך זה ודר בחצרו, למרות המחאה ואחריה, פטור מלשלם מדין 'זה נהנה וזה לא חסר'.

והנה מלבד שדברי הגר"ח מוואלאז'ין צוטטו ב"כמדומה", הרי מדברי הרשב"א עצמו במקום אחר נראה שבאמירת "צא" בלבד מחויב בממון השכירות, ללא שהתנה והתרצה, כפי שהעיר המהדיר על הרשב"א (שם, במהדורת מוסד הרב קוק), דהנה בגמרא שם (צז, א) מובא:

"איתמר, התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אמר רב רצה שכרה נוטל, רצה פחתה נוטל. ושמאל אמר אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא, ולא פליגי, הא דעבידא לאגרא הא דלא עבידא לאגרא. ואיבעית אימא הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא, והא דנחית ליה אדעתא דגולונתא (רש"י): "דכל הגולנין משלמין כשעת הגזילה".

והרשב"א (שם) כתב וזו לשונו:

"אמר רב פפא, ולא פליגי הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא לאגרא, קיימא לאגרא נוטל שכרה, לא קיימא לאגרא נוטל פחתה. ואף על גב דקיימא לן ב'דר בחצר חברו שלא מדעתו, ב'דלא קיימא לאגרא, אינו צריך להעלות לו שכר, התם הוא משום דאמרין "ביתא אמותבהא מיתבא" (שם ולעיל כא, ב, ולפנינו: "ביתא מיתבא יתיב", וברשב"א שם גרס: "ביתא אמותבנא מיתבא") אבל הכא ליכא למימר הכי, דאדרבא איכא רפיסתא דספינתא. ואי נמי דהכא שאני דתקפה בעל כורחו של בעל הספינה, ואפילו בחצר מסתברא בשתקף ונכנס בעל כורחם של בעלים, חייב להעלות להן שכר..."

נמצא שהרשב"א עצמו כתב כאן דין זה, שאם נכנס בעל כורחו של בעל הבית, חייב להעלות לו שכר.

ולפי זה לכאורה גם הרשב"א שביאר בכוונת הגמ' "כהדיוט מדעת" שמדובר בקצץ שכר, מכל מקום מודה שהוא הדין גם במחה ואמר לו "צא" שחייב בשכרו. וצריך עיון לפי זה מדוע לא ביאר הרשב"א כרבנו ישעיה שם.

מכל מקום הטור, השולחן ערוך והרמ"א וכל נושאי הכלים פסקו שאם אמר לו "צא" חייב לשלם לו שכרו. להלכה אפוא אי אפשר אפילו לטעון 'קים לי' כדעת הנחלת דוד וכהבנתו בדעת הרשב"א.

דין השולחן ערוך הוא מאחד משני טעמים, או שנחשב כקצץ לו ממש ונתרצה, או ד'צא' חשיב מחאה, ובכהאי גוונא חייב, וטעמו כמו שביארו הים של שלמה והכנסת הגדולה, דחשיב 'חסר' כמו 'עביד למיגר', ולטעם זה יהיה חילוק בין 'זה נהנה וזה חסר' שמגלגלין עליו את כל ההנאה, ל'זה לא נהנה וזה חסר' שחיובו יהיה רק במה שחסרו מדין 'אוכל חסרונו של חברו', כדעת רוב הראשונים ודלא כתוספות ודעימייהו.

אמר לו "צא" והלה לא היה יכול להשכירו לאחרים

יש להעיר, כי מדברי הרמ"א שהזכרנו, נמצא כי אם מדובר בבית שגם אם ירצה הבעלים להשכירו ולהרוויח ממנו לא יוכל, בכהאי גוונא גם אם אמר לו "צא" לא יוכל לגבות שכרו, ואדרבה בכהאי גוונא כופים אותו לתת לחברו לגור שם.

ולפי סברתנו ביאורו הוא, כי גם אם אומר לו "צא" לא נחשב 'חסר', שהרי אי אפשר לו ליהנות ממנו ולהשכירו, גם אם יחפוץ בכך, וכל אמירת "צא" המתפרשת כתביעת שכר שמכוחה יש לדונו כ'חסר', היינו כאשר באמת אם היה רוצה היה משכיר את ביתו ונהנה ממנו, אולם אם אי אפשר כלל להרוויח מביתו ולהשכירו, אין אמירת "צא" כתביעת שכר, ואין בכהאי גוונא גדר של 'חסר'.

והנה בפתחי תשובה (חושן משפט שם ס"ק ג) הביא חולקים על ביאור הרמ"א, וכך כתב

שם:

"דאי בעי ליהנות כו' – משמע שדבר שאינו יכול להרוויח בו, יכול זה לכופו אף לכתחילה (- יכול הדר לכופו את בעל הבית לתת לו לדור בחינם, משום 'כופין על מידת סדום')."

ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן קע סעיף א)... בשם תשובת נודע ביהודה (תניינא סימן כד) שכתב דפשוט שזה רק להרמב"ם (שכמותו פסק המחבר בשולחן ערוך בריש סימן קעד) אבל לדעת הרא"ש כו', עיין שם.

גם בתשובות בית אפרים (חלק חושן משפט סימן מט) כתב וזו לשונו, וצריך עיון על הרמ"א בסימן שסג שכתב טעמא, כיון דהוי מצי לארווחי, אלא דלא בעי, והוא מדברי המרדכי. אבל מדברי הפוסקים לא משמע כן, אלא דאפילו היכא דלא שייך האי טעמא, לא מצי לכופו לכתחילה, עיין בנימוקי יוסף בבא קמא בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא מדברי התוספות בבא בתרא (דף יב, ב) בשם הריצב"א..."

לשיטה זו גם אם אי אפשר להשכיר ולהרוויח, יכול בעל הבית למנוע את חברו מלדור בו בחינם. וכיוון שיכול למונעו מלדור בו בחינם מלכתחילה, הוא הדין נמי שאם מיחה בו ולא יצא, שצריך לשלם לו, שכן כמבואר מלשון השולחן ערוך והרמ"א, וכפי שהתבאר לעיל באריכות, היכולת לומר "צא" לכתחילה, היא הטומנת בחובה גם את היכולת לתבוע שכר, אם למרות אמירה זו לא יצא הלה מן הבית, ודין אחד להן.

ולכאורה יש לתמוה, הרי באופן זה סוף כל סוף אף אחרי אמירת "צא" אין כאן 'חסר', והא ניחא אי נימא ש"צא" היינו שקצץ עימו ונתרצה, אתי שפיר, אולם אם ביאור דין 'אמר לו צא' הוא שמכוח מחאתו הווי 'חסר' (שהיא כגילוי דעת שמעתה רצונו להשכיר את ביתו), הרי כאן המציאות היא שאינו חסר (שביין ירצה ובין שלא ירצה, אינו יכול להשכירו).

ובני הרב אברהם שמואל פרדס שליט"א הוסיף לומר, כי ייתכן לבאר את דין אמירת "צא" בדרך אחרת:

כאשר הבעלים אומר לו "צא", הוא מגלה בדעתו שאינו מסכים שישב בחצרו (ושוב אי אפשר לומר, כמו שאפשר לומר בדיעבד אם הלה כבר דר והוא לא אמר כן, שאנו מחזיקים אותו שהיה מסכים כדי שלא לנהוג ב'מידת סדום', או מחמת תועלת שיש לו בזה משום 'ביתא מיתבא יתיב' או 'שאיה'). גילוי דעת זה מחשיב את הישיבה של רעהו בחצרו, ל"לקיחה" מבעל החצר, אף שאין בפעולה זו הפסד של שכר שהיה בעל החצר יכול לגבות מאחרים על השימוש בה, כיוון שמכל מקום הוא יושב בחצרו, ו"לוקח" את זכות השימוש בחצר, שהיא זכות השייכת לבעל החצר.

ואומנם כל זמן שלא גילה הבעלים את דעתו, נחשב הדבר כאילו כי לא לקח לו כלום, ד"הארץ לעולם עומדת" והוא לא לקחה, וייתכן להגדיר את ישיבתו בה כאילו לא לקח ממנו, אלא נהנה מעלמא, שהרי ישב באוויר חצרו, ולא 'לקח' ממנה כלום אלא 'נהנה', ואף שזכות השימוש היא של הבעלים, מכל מקום כל עוד לא מחה, כיוון שאינו ניזוק ואינו מפסיד דבר, סברת 'כופין אותו על מידת סדום' יש בה כדי שלא להחשיב את הנהגה כלוקח דבר מהבעלים.

אולם משעה שגילה דעתו שהוא מקפיד על כך ותבעו לצאת, או אז מתגלה שלפחות מרגע זה, נחשב הלה כמי שלוקח ממנו את שלו, שהרי החצר וזכות השימוש בה שלו הם, והוא הבעלים. מחאתו היא גילוי, שבעיניו נחשבת ישיבתו של הלה בחצרו כלקיחה מזכויותיו, וכיוון שהוא הבעלים, ואם לא יוכל למחות לכתחילה הרי כי תיפגע עצם בעלותו, שכל אחד יוכל לפלוש לחצר חבירו, ואין פוצה ומצפצף, וזה סותר לעצם מהותו ומציאותו של מושג הבעלות, ושל דין בעלות בתורה. וכיוון שהוא מגלה דעתו שבעיניו שימוש זה פוגע בבעלותו, נמצא ששוב אין זו מידת סדום, שגדר מדת סדום הוא שמתנגד שיהנה האחר, אף שהוא לא ניזוק ולא נפגע, אבל אם ניזוק ונפגע, אף שפגיעה זו אינה ממונית, ואין לה שומא, אלא היא בתחושתו כי בעלותו נפגעת, אין זו 'מידת סדום', ושוב חשיב כלקיחה ממנו ולא מעלמא.

ולפי זה מבואר דלא בעינן דווקא 'חסר' של חיסרון ממון, וראיה לדבר ממה שהבאנו לעיל, כי לפי התוספות בכתובות, גם חסר של פחות משהו פרוטה נחשב חסר, אף שאינו נחשב לממון. והוא הדין והוא הטעם שגם 'חיסרון' שאין בו אפילו פחות משהו פרוטה, אבל ביחס לבעלים, נחשב הוא בעיניו כחיסרון ולקיצה של שימושי חצרו ושל בעלותו, נחשב הבעלים 'חסר', וביכולתו למונעו, ולתבוע את שכרו שהוא תמורת הלקיחה.

ביאור זה מתאים גם לדין 'שחרוריתא דאשייתא'. לסברה זו ביאור הדין הוא, שהדר בחצר חברו והשחיר קירותיו, אפילו בפחות משהו פרוטה, שוב לא הותר את הבית והחצר כפי שהיו, וכבר לא ניתן לומר שהדר השתמש באוויר בעלמא, ולא נגע ולא לקח משל חברו, ובכהאי גוונא אף ללא מחאה מראש, אין סברת מידת סדום, וממילא חשיב שלקח ממנו את כל ההנאה (ועדיין צריך עיון).

שותף הנהנה לבדו מנכס משותף שונה מ'נהנה' אחר בכהאי גוונא

לעיל ביארנו כי שני חיובי ממון בסוגייתנו, 'נהנה' ו'אוכל חסרונו של חברו'.

בדין 'נהנה' אין זה משנה למה הבעלים אינם נמצאים בדירתם, באשמתם או שלא באשמתם, מכיוון שהנכנס לביתם ונהנה, חייב הוא על הנאתו זו (בהתאם לתנאי חיובו של 'נהנה'). לדוגמה, אדם היושב בבית האסורים על פשע שביצע, ונכנס רעהו לביתו וישב בו ונהנה, ודאי חייב הוא לפי כללי ההלכה (אם הוא 'חסר') על הנאתו.

אומנם בבעל ואישה או בשותפין, אם אחד מהם הורחק מביתו באשמתו האישית, לא ישלם השותף שנותר בדירה על הנאתו מחלקו של חברו שהורחק, ועל פי מה שנתבאר לעיל, שכיוון שהם שותפים, חל על הנותר בדירה דין של "בשלי אני יושב", וכאילו כל הבית שלו הוא בשעת שימוש, והשותפות שמכוחה עומדת לו זכות זו, קיימת כל זמן שהמורחק הורחק באשמתו.

השותפות תסתיים רק אם ההרחקה נעשתה שלא כדין ושלא בצדק, כי אז אומדנה היא שלא השתתף עם חברו, על דעת שהלה ישתמש לבדו בכל הנכס, והוא לא ינהג לא מהנכס ולא מתמורת השימוש בו – שלא באשמתו – ועל כן השותפות תמה. ואז יחזור דינו לדיני הנהנה מנכסי חברו. אולם אם הורחק כדין, גם אם הדבר נעשה על ידי שותפו, האומדנה היא שמלכתחילה השתתפו על דעת שבכהאי גוונא לא תתבטל השותפות.

דירה העומדת למכירה

אמנם גם באופנים בהם לא יחשב השותף או בן הזוג היושב בדירה כ"בשלי אני משתמש", עדין לא ברור שאפשר לחייבו בתשלום "דמי שימוש" לשני, שהרי כדי לחייב את ה'נהנה

מנכסי חברו', בעינן שחברו יוגדר כ'חסר', והיינו שהחצר או הבית 'קימא לאגרא' - עומד להשכרה, ונמנע מהבעלים להשכירה, מחמת שזה נכנס ודר בה.

ומעתה יש להסתפק האם בני זוג אשר שותפותם הגיע אל קיצה (ובאופנים המבוארים לעיל באורך), וכעת הדירה עומדת למכירה, האם בזמן הזה עד אשר הדירה נמכרת בפועל, נחשבת כ'קימא לאגרא', או לא, שהרי בדרך כלל דירה העומדת למכירה קרובה אין הדרך ואין כדאיות להשכירה לזמן קצר שכזה.

תחילה נביא פס"ד של ביה"ד הגדול, שדן בעניין זה (תיק 1129149/8):

"הגדרת הדירה בנידוננו - חצר דלא קיימא לאגרא:

טענת המערער היא שאין לחייבו בתשלום דמי שימוש, מאחר שממועד סידור הגט וההחלטה על מכירת הדירה לא עמדה הדירה להשכרה, מאחר שאין אפשרות מעשית להשכיר דירה לזמן כה קצר. כמו כן, לדבריו, בקשת האישה לתשלום דמי שימוש או להשכרה, הוצגה רק בדיון שנערך בבית הדין האזורי ביום...

אין ספק שאילו הדרישה לתשלום מצד האישה הייתה עולה רק בעת עריכת ההסכם ביום... הסכם שבו נקבע בהסכמת הצדדים שהדירה תימכר בתוך ארבעה חודשים - מועד שנקבע לאחר שהאישה דרשה למוכרה אפילו בזמן קצר יותר, היה מקום לפטור את הבעל:

אין ספק שמי שמנסה למכור דירה לאלתר, אינו מעמיד אותה להשכרה לפרקי זמן קצרים ביותר ושאינם ידועים מראש, משום שכמעט אין אפשרות שיימצאו שוכרים לדירה שכזו. בכגון זה, דירה שכזו מוגדרת 'חצר דלא עבידא לאגרא', ולכאורה אין לחייב את המתגורר בה שלא מדעת בעל הבית בתשלום דמי שכירות, ונבהיר: הגדרת דירה כעומדת לשכר או שאינה עומדת לשכר וחיוב התשלום עבור המגורים בה, מבוארת בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג).

וזו לשון השולחן ערוך (שם סעיף ר'): :

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו "צא" ולא יצא חייב ליתן שכרו... ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכרו שהרי חסרו ממון".

וברמ"א (שם):

"וסתם בתים בזמן הזה קיימו לאגרא ואף על גב דעדיין לא השכירו מעולם".

דברי הרמ"א מדברים באדם שיש לו בית שאינו גר בו ובאפשרותו להשכירו, אף אם בפועל אין הוא מתאמץ להשכירו, מכל מקום הבית נקרא 'בית העשוי לשכר', ואם נכנס אדם אחר

וגר בו, יהיה חייב להעלות שכר לבעליו, מאחר שהיה יכול להשכירו לאחרים אף שבפועל עדיין לא השכירו. אם כן, גם בנידון דידן היה מקום להחשיב את הדירה כסתם דירה שקיימא לאגרא' ואף על גב דלא עשו טצדקי להשכירה ולא השכירה מעולם.

אבל זה אינו, דדין זה מדבר במקרה שבו בפועל אפשר להשכירו אלא שהוא לא טורח להשכירו, אבל במקום שכעת אי אפשר להשכירו הקובע הוא האפשרות למגורים בפועל ולא סוג הבית, וכמו שכתב הרמ"א (בתחילת סעיף זה):

”ואפילו היה רגיל להשכירו רק שעכשיו לא עבד למיגר בתר האי שעתא אזלינן”.

וכן (בסעיף י):

”ודוקא ששמעון או שלוחיו בכאן והיו משתדלין להשכירו, אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הוי כחצר דלא קיימא לאגרא”.

ומקורו מגמרא בבבא קמא (צז, א):

”... האמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה – פטור, ואי סלקא דעתך עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור, ברשותא דמריה קאי. הכא במאי עסקינן שלא בשעת מלאכה, 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”.

ופירש רש"י:

”שלא בשעת מלאכה – בשעה [שאינו רגיל] לעשות מלאכה, או שאין עכשיו לבעליו מלאכה, לעשות דזה נהנה וזה אין חסר הוא ופטור”.

כדשלח ליה כו' הדר בחצר חבירו – ומוקמינא לה בפרק ב (דף כא) בחצר דלא קיימא לאגרא”.

ומשמע שאף שהעבד חזי למלאכה, מכיוון שעתה אינו עסוק במלאכה מיקרי 'לא קיימא לאגרא'.

וכן נראה להביא ראיה להך דינא ממה ששנינו במשנה (בבא בתרא קעב, א):

”שני אחים, אחד עני ואחד עשיר, והניח להם אביהם מרחץ ובית הבד: עשאן לשכר השכר לאמצע, עשאן לעצמו הרי העשיר אומר לעני קח לך עבדים וירחצו במרחץ, קח לך זיתים ובא ועשה בכית הבד”.

מבואר מכאן שאם עשאם לעצמו אין האח העני יכול לומר לעשיר לשנות את ייעוד המרחץ

ובית הברד ולומר "נשכירם לאחרים", דמרחץ ובית בד אלו עומדים לשימושם ולא להשכרה, ומשמע שאף שמעשית אפשר להשכירם – כיוון שבמציאות הקיימת כעת אינם עומדים להשכרה, הם נקראים 'נכסים דלא עבירו למיגר'. מכאן יש להסיק עקרונית שאף שהנכס ראוי להשכרה, אם בפועל עתה אין אפשרות להשכירו או אינו עומד להשכרה, כנידון דידן שנקבע שהדירה תימכר בתוך ארבעה חודשים ולא מצוי שישכירו לזמן כה קצר, שוב הרי היא כדירה דלא עבירא למיגר.

מעתה, אם היינו קובעים שבנסיבות הללו, הבעל לשעבר הוא גם 'גברא דלא עביד למיגר', היה מקום לומר לכאורה שהוא פטור מלשלם (בבא קמא כא, ב; שולחן ערוך חושן משפט סימן שס"ג סעיף ו').

עד כאן צטוט מפסק דין של בית הדין הגדול.

העולה הוא, שאם אכן הדירה אינה עומדת להשכרה, מכיוון שהיא עומדת למכירה ולפרוק השותפות, הרי היא מוגדרת כ"לא קיימא לאגרא", ומכיוון שאין שום הפסד, לא יוכל לתובעו.

מניעת בעל הדירה מלדור בה

אלא שניתן לומר, שאף אם הדירה עצמה אינה עומדת להשכרה, אם נמנע מבעל הדירה לדור שם בנסיבות העניין, לכאורה הרי יש לו הפסד ברור, ולא שייכת כאן הסברא "זה נהנה וזה אינו חסר".

לברור הענין, נקדים חילוק נוסף בדינים אלו.

החילוק בין "אמר לו צא" לבין "הוציא את חברו מביתו" ודר בו

בשולחן ערוך (שסג סעיף ו, הובא לעיל בקצרה) נפסק:

"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.

[רמ"א:] ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו (מרדכי פרק כיצד הרגל)...

[המשך דברי המחבר:] ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר, שהרי חסרו ממון.

הגה: מיהו אם לא היה דר בו, אלא שגזלו ממנו, פטור לשלם השכירות (טור סעיף ו בשם הרא"ש ולאפוקי מהרמ"ה).

והסמ"ע (שם ס"ק יד) כתב:

"שואמר לו 'צא' כו' – בכהאי גוונא 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 בכהאי גוונא כופין על מדת סדום וכמ"ש בסמוך [בהג"ה]".

עוד כתב (ס"ק טז):

"אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו – פירוש זה שנכנס לדור בו הוציא לבעל הבית שדר בו מהבית והוא דר במקומו, מכל מקום אין זה אלא גרמא בעלמא, כן כתבו המרדכי ודרכי משה".

ועל דין "זה לא נהנה וזה חסר" שחייב, כתב (שם ס"ק יז):

"שהרי חסרו ממון, ואין זה מחשב גרמא בנזקין כיון דזה דר בו ואכל את כספו, ואף על גב דלא נהנה בו מכל מקום אכלו. מה שאין כן בגזל מחבירו ולא דר בו, דלא אכלה ולא נהנה ממנו כיון דלא דר בו, דזה מחשב גרמא ופטור, וכמו שכתב מור"ם מיד אחר זה זו לשונו "מיהו אם לא היה דר בו" כו".

והנה לכאורה דברי הרמ"א שבחצר דלא קיימא לאגרא פטור אף שהוציא את בעל הבית בעל כרחו, סותרים את הדין שכתב השו"ע קודם שגם בלא קיימא לאגרא חייב אם אמר לו בעל הבית "צא", ולכאורה כל שכן כשהוציא את בעל הבית משם בכח, שעליו לשלם.

ובביאור החילוק ביניהם, כתב בגיליון מהרש"א (שם) בזו הלשון:

"בהג"ה: 'אף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו' – אף דבאמר ליה 'צא' ולא יצא חייב ליתן שכר, צריך לומר דזה, אחר שבעל כרחו הוציאו, ניחא ליה שידור בו מוציאו ממה שיוכת שער על ידי 'שאייה'. ועל כן אין לנו לדון רק על שמנע את בעל הבית מלדור, דעל זה הוא שמיאן הבעל הבית עד שגבר עליו והוציאו, אבל לא היה מיאוונו משום שאינו רוצה שידור בו זה. מה שאין כן באמר לו 'צא' – גם בלא היה בעל הבית דר בו, הרי גילה שאינו רוצה שידור בו זה".

וכעין זה כתב בביאור הסתירה בין דינים אלה גם בכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף אות

ח) וזו לשונו:

"והפרש יש כשאמר לו המשכיר 'צא מן הבית ולא יצא' לכשהשוכר תקף בהמשכיר והוציאו מן הבית ולא דבר כלום, דכשהמשכיר אמר לו 'צא מן הבית' הרי גילה דעתו שאינו רוצה שישב שם, והוי כחצר דקיימא לאגרא, אבל כשהשוכר

הוציא למשכיר בעל כרחו, כיון שהמשכיר לא אמר לו שיצא מן הבית, אין כאן גילוי דעת ואין כאן אלא גרמא בעלמא. וכן נראה לי מדברי ספר המפה והלבוש, שעל מה שכתב רבינו המחבר ז"ל בספר הקצר כלשון רבינו בעל הטורים ז"ל [דין 'צא'], כתבו: "אף על פי שהוציא בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו", כנראה דסבירי להו דשתי המימרות אינן חולקות. וצריך עיון".

יצוין שסברת הגיליון מהרש"א שונה קצת מסברת הכנסת הגדולה, שכן לדעת הגיליון מהרש"א אם הוציא את בעל הבית בעל כרחו והלה לא אמר לו "צא", הסיבה שאינו מעלה לו שכר היא שתולים דניחא ליה לבעל הבית, בדיעבד, אחרי שהוציאו, שיששה שם בינתיים משום 'שאינה יוכת שער', שלא יישאר הבית ריק וייווצרו בו נזקים, כבכל בית העומד שומם. אולם לדעת הכנסת הגדולה הטעם הוא שאם לא אמר לו "צא" אין גילוי דעת שמכוחו ייחשב בעל הבית 'חסר', והדר בבית אף שהוציא את בעל הבית מביתו, לא חשיב מזיק ממש אלא גרמא בלבד ופטור.

כאשר אין לבעלים היכן לגור

אמנם על דברי הרמ"א בשם המרדכי שאף שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מביתו כל זמן שלא אמר לו בעל הבית "צא" פטור, משום דהווי גרמא כמו שביאר הסמ"ע, כתב הבאר הגולה בזו הלשון:

"וביאר שם שאין זה אלא גרמא בעלמא. ואם הוצרך בעל הבית לשכור לעצמו דירה, נראה לעניות דעתי שאף על פי שאין דרך הדר לשכור, חייב לשלם, ממה שכתב הרא"ש שם (סימן ו)... ושכן משמע בגמרא (שם דף כ, ב) "מה חסרו ומה הזיקו", "משמע הא חסרו והזיקו פשיטא שחייב וכו', ואי איכא לחיובי, האי טעמא איכא לחיובי מפני שאכל חסרונו של זה" וכו' והביאו הבית יוסף בסעיף ו..."

הרי שכל דברי הרמ"א אמורים שאופן שאמנם הוציא את בעל הבית בעל כרחו, אבל יש לו מקום נוסף לגור, אבל אם הוצרך לשכור דירה אחרת, ודאי שהדר בבית חייב, ואפילו אם הוא "גברא דלא עביד למיגר", ככהאי גוונא נחשב "זה לא נהנה וזה חסר", דקיימא לן לחיוב כאמור, וכל שכן אם המתגורר בדירה הוא עביד למיגר, שחייב, כדין זה נהנה וזה חסר.

אולם זה רק כשאכן הבעל "חסר" ואין לו מקום לגור, ונאלץ לשכור דירה אחרת, אבל אם יש לו מקום אחר לדור בו, כגון שיש לו דירה נוספת, או שהלך להתגורר אצל אימו, ולא נגרם לו נזק, אף שבוודאי שנוח וטוב ועדיף היה לו יותר אילו היה מתגורר בביתו שלו, אך הפסד ממון לא היה כאן. משכך, אין כאן "חסרו והזיקו", ואין לחייב על כך ממון, אף שהוציאוהו מביתו בעל כרחו.

 לאחר הגשת תביעה ל"דמי שימוש"

אלא שקביעה זו אין כחה יפה לגבי הזמן שלאחר שהגיש הבעל תביעה ל"דמי שימוש", ובוזה אין מקום לפטור אותה מתשלום זה בשל הטענה שלא חסר כלום בכך שיצא מן הדירה. זאת, משום שעצם תביעתו ל"דמי שימוש", נחשבת כאילו אמר לה לצאת או להתחלק במגורי הבית, ובאמירת "צא", הדין הוא שחייב.

כפי שהרחבנו לעיל, על הזמן שלפני הגירושין אין מקום לחיוב כלל, מהנימוק שלא נמנעה ממנו כלל האפשרות לחיות עמה בדירה. כל הנידון שלפנינו הוא רק לגבי התקופה שלאחר הגירושין, שלא הייתה לו האפשרות הזו. ועל כך מתקבלת הטענה שתביעתו לדמי שימוש, כמות כאמירת "צא".

להלן פסק דין מבית הדין הגדול (תיק 1129149/8) בענין זה:

"אין ספק שמי שמנסה למכור דירה לאלתר אינו מעמיד אותה להשכרה לפרקי זמן קצרים ביותר ושאינם ידועים מראש, משום שכמעט אין אפשרות שיימצאו שוכרים לדירה שכזו. בכגון זה, דירה שכזו מוגדרת 'חצר דלא עבידא לאגרא', ולכאורה אין לחייב את המתגורר בה שלא מדעת בעל הבית בתשלום דמי שכירות, ונבחר: הגדרת דירה כעומדת לשכר או שאינה עומדת לשכר וחיוב התשלום עבור המגורים בה, מבוארת בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג).

וזו לשון השולחן ערוך (שם סעיף ו'):

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו 'צא' ולא יצא חייב ליתן שכרו... ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכרו שהרי חסרו ממון".

... אך כפי שיתבאר אין הדברים נכונים במקרה שלפנינו:

במקרה שלפנינו האישה אמרה לו לבעל מספר פעמים "צא" - אף מחלקו, וודאי מחלקה בדירה, כדי שתוכל לגור שם עם הבנות, אלא שהבעל סירב, כפי שתואר לעיל.

בדברי השולחן ערוך שהובאו לעיל מבואר שאם אמר בעל הבית לדר בו לצאת ולא יצא חייב אף ב'חצר דלא קיימא לאגרא'.

... אך לעניין התשלום ממועד זה ואילך אף שנראה לכאורה כדבריו שהדירה לא עמדה להשכרה, באמת זה אינו שהרי השולחן ערוך (חושן משפט סימן שסג סעיף א) כתב: "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו - שאמר לו 'צא' ולא יצא - חייב ליתן שכרו". ומוכח שם שגם בחצר שאינה עומדת להשכרה אם אמר בעל החצר ליושב בה "צא מחצרי" - מרגע זה חייב לשלם

כל דמי השכירות אף שאין החצר עומדת להשכרה, ואין בעליה חסר בישיבתו של זה, שמכל מקום רשאי הוא לעשות בחצרו מה שירצה וגם לתבוע את הוצאתו של היושב בה ולכן היושב בה חייב בדמי השכירות. בדומה לזה תביעת האישה מהבעל לשלם דמי שימוש כמוה כדרישה להוצאתו מהדירה, שהיא גם שלה, ולכן ישיבתו בה תחייב אותו בדמי השכירות היחסיים.

אומנם יש מקום לחלק ולומר שמאחר שהוא יושב בדירה שמחציתה שלו אינה יכולה להוציאו, וממילא לא יחויב בדמי השכירות. אך כבר ביארנו שדין זה הוא דווקא היכא שגם השותף יכול להתגורר בדירה. ובאותה עת אחרי הגירושין ודאי שלא הייתה לה אפשרות להתגורר בה. עוד יש לומר שתביעת האישה לדמי השימוש כמוה כתביעה לחלוק את ערכו של השימוש, ואם היה מבקש השותף להישאר בדירה, עליו היה לתבוע או 'גוד או אגוד' בדמי השימוש או חלוקה לזמנים – דבר שלא נעשה בנדון דידן. לכן מרגע התביעה מחויב הנתבע במחצית דמי השימוש המקובלים לדירה זו".

עד כאן מדברי פסק הדין הנ"ל.

היוצא הוא, שעבור הזמן שמהגירושין ואילך, תחוייב בדמי שימוש, אם כבר תבע ממנה דמי שימוש.

חייב בדמי שימוש בלי לדור בבית בפועל

להשלמת היריעה נביא עוד דין בענין זה, כי יש אופן של חייב "דמי שימוש" גם לאדם שאינו דר בבית בפועל.

נפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שיב סעיף ז):

"כשם שהמשכיר חייב להודיעו, כך השוכר חייב להודיעו, מקודם שלשים יום בעיירות, או מקודם שנים עשר חדש בכרכים, כדי שיבקש שכן ולא ישאר ביתו פנוי. ואם לא הודיעו, אינו יכול לצאת אלא יתן השכר.

הגה: או יעמוד לו אחר במקומו. ואם רוצה להעמיד אדם שאינו הגון, אין המשכיר צריך לקבלו (בית יוסף). ועיין לקמן סימן שטז".

ובפתחי תשובה (שם ס"ק ד) כתב:

"אינו יכול לצאת אלא יתן השכר – כתב בספר שעזר משפט (ס"ק ב) וזו לשונו (בקיצור ושינוי קצת ממה שלפנינו בשער משפט):

"מפשטא דלישנא משמע, דאף שיצא מהבית חייב ליתן השכר, ומוציאין מידו בבית דין, וקשה טובא מהא דכתב הרב בסימן שסג סעיף ו בהג"ה "מיהו אם לא

היה דר בו אלא שגזלו ממנו פטור לשלם השכירות", והוא מדברי הרא"ש פרק כיצד הרגל (בבא קמא פרק ב סימן ו) כו'.

ובעל כרחך צריך לומר דמה שכתב הטור (סעיף ה) והמחבר "אינו יכול לצאת אלא יתן השכר", היינו דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם, ומשמתין אותו על כך, דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק הזיקא, כמבואר בסימן נה סעיף א בהג"ה, ובסימן קעה סעיף מ, אבל אם יצא מהבית ולא הודיעו, אין מוציאין ממנו בבית דין, דאינו אלא גרמא דפטור.

ולפי זה נראה דהוא הדין בההיא דסעיף יד "מקום שנוהגין" כו' "עד הדין עם שמעון", היינו נמי דשמעון יכול לעכב עליו שלא לצאת מהבית, וחייב לשלם, דגרמא בניזקין אסור, ומשמתין ליה עד דמסלק הזיקא, אבל מכל מקום היכא שעבר ויצא מהבית לאחר חודש אחד, אין מוציאין מידו בבית דין כו'. וכדומה שהאידנא אין דנין כן, ומה שכתבתי נראה לי עיקר". עד כאן לשונו, עיין שם.

ולעניות דעתי לא נראה כן, עיין בנחלת צבי מה שכתבתי בזה".

ובנחלת צבי שם האריך בדבר ובתוך דבריו כתב:

"לא הודיעו אינו יכול לצאת אלא יתן השכר - עיין בפתחי תשובה כתבתי בשם השער משפט... ולעניות דעתי צריך עיון... נראה לעניות דעתי... בדין דסעיף זה מחוייב מדינא לשלם, ומוציאין ממנו בבית דין, ולא דמי כלל להא דסימן שסג סעיף ו בהג"ה, דשאני הכא שירד מתחילה בתורת שכירות...", עי"ש.

ביאור דין 'מושתרשי'

לעיל הזכרנו את דין 'מושתרשי', שמחייב תשלום גם בלי שהבעלים 'חסר', וכדי להבין את הגדרתו ואת ההבדל בינו לבין דין 'נהנה', נצטט כמה סוגיות כדלהלן, ונביא את ביאורו של הקצות החושן ואת הרחבת הדברים בביאורו של הגאון רבי שמעון שקאפ בספרו שערי ישר.

במסכת בבא קמא (קא, א) איתא:

"איבעיא להו, יש שבח סמנין על הצמר, או אין שבח סמנין על הצמר. היכי דמי... רבינא אמר הכא במאי עסקינן, כגון דצמר דחד וסמנין דחד, וקאתי קוף וצבעיה לההוא צמר בהנך סמנין, יש שבח סמנין על גבי צמר, דאמר ליה "הב לי סמנאי דגבך נינהו", או דלמא אין שבח סמנין על גבי צמר, ואמר ליה לית לך גבאי כלום..."

וכתבו התוספות (שם ד"ה "או דלמא") וזו לשונם:

"או דלמא אין שבח של סממנין על גבי צמר – תימה, הרי נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר, וישלם מה שנהנה, כמו "אכלה מצידי רחבה" דפרק ב (יט, ב), ו"ירדה (צ"ל: ונפלה) לגינה" דהכונס (לעיל שם נה, ב), ובפרק אלו נערו (כתובות ל, ב ושם) אמר תחב לו חבירו משקיין של אחרים בבית הבליעה, דמשלם מה שנהנה.

ויש לחלק, דהנאה דהכא אין באה על ידי מעשיו, ולא על ידי מעשה בהמתו, ובתחב לו חבירו, אף על פי שאין זה על ידי מעשיו, מכל מקום נהנה גופו. אי נמי הנאה דהכא לא חשיבא הנאה, שאין אלא נוי בעלמא יותר."

נמצא שכיוון שהקוף הוא שצבע את הצמר בסמנים, בכהאי גוונא שאין ההנאה באה על ידי מעשיו או מעשה בהמתו, ושאין בה הנאת גופו, אין בעל הצמר חייב על צביעתו בסמני בעל הסמנים.

ובמסכת חולין (קל, ב) איתא:

"גופא, אמר רב חסדא המזיק מתנות כהונה או שאכלן, פטור מלשלם. מאי טעמא, איבעית אימא דכתיב "זה". ואיבעית אימא משום דהווי ליה ממון שאין לו תובעים".

ופירש רש"י:

"המזיק מתנות כהונה – קודם שנתנן לכהן השליכם לאור או לים.

דכתיב בהו "זה" – דמשמע בעודן קיימות חייב ליתנן, אבל אינן קיימות לא חייב הכתוב בהן תשלומין.

שאיין לו תובעים – אין לו בעלים שיוכלו לתובעו בדין, שהוא יכול לומר לו לכהן אחר אני נתנן ולא לך".

ובהמשך הסוגיה שם (חולין קלא, א) איתא:

"תא שמע, הרי שאנסו בית המלך גרנו, אם בחובו חייב לעשר, אם באנפרות פטור מלעשר. שאני התם דקא משתרשי ליה".

ופירש רש"י:

"אם בחובו – שהיה חייב לו דבר קצוב ממון.

חייב לעשר – ממקום אחר וליתן לכהן שהרי הוא כמוכר.

ואם באנפרות – בהפסד ועל חנם, פטור מלעשר. קתני מיהת אם בחובו חייב

לעשר, אלמא יש לו תובעין, דאי לאו דינא הוא שישלם לו על כרחו, מאי חיוב מצוה איכא, הא לא פש גביה מידי.

שאני התם דקא משתרשי ליה – התם לאו בהוצאה בדיינין תנן בה, אלא חיובא בעלמא כשאר חיובי מעשרות. חיובא ודאי איכא עליה, דהא משתרשי ליה, כלומר משתכר הוא בה, שהרי היה צריך לפרוע מעות.”

והתוספות (שם ד”ה “שאני”) כתבו:

”שאני התם דקא משתרשי ליה – דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממונ. ואם תאמר, מתנות כהונה כשאכלם משתרשי ליה, שבמקום זה לא אכל דבר אחר, ואמאי פטור. ויש לומר דלא דמי לאנסו בית המלך גרנו, דתחתיהן לא לקח משלו, אבל באכלו אפשר דלא משתרשי ליה שהיה מתענה.”

ובשערי ישר להגר”ש שקאפ (שער ג פרק כה עמ’ רסב–רסג ועמ’ רסח) הציע את הסוגיות וכתב בזו הלשון:

”דגרסינן בבבא קמא (דף קא, א):

”איבעיא להו, יש שבח סמנים על גבי הצמר, או אין שבח סמנים על גבי הצמר [וכו’], רבינא אמר הכא במאי עסקינן, כגון דצמר דחד וסמנים דחד, וקאתי קוף וצבעיה להאי צמר בהאי סמנים, יש שבח סמנים על גבי הצמר, דאמר ליה הב לי סמנאי, דגבך נינהו, או דלמא אין שבח סמנים על גבי הצמר, ואמר ליה לית לך גבאי ולא כלום...”

ובתוספות (שם ד”ה “או דלמא”) כתבו וזו לשונם:

תימה, הרי נהנה שצמר מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה, כמו אכלה מתוך הרחבה דפרק ב, ונפלה לגינה דהכונס, ובפרק אלו נערוה אמר תחב לו חבירו משקים של אחרים בבית הבליעה, דמשלם מה שנהנה. ויש לחלק דהנאה דהכא אינה באה על ידי מעשיו, ולא על ידי מעשה בהמתו, ובתחב לו חבירו, אף על פי שאין זה על ידי מעשיו, מכל מקום נהנה גופו. אי נמי...” עכ”ל.

והרא”ש בפסקיו כאן הביא להלכה רק תירוץ ראשון של התוספות. וכן נקט להלכה המהרש”ל בספר ים של שלמה בפרק הגוזל, הביאו הש”ך בחושן משפט (סימן שצא) בראובן שתחב אוכלים של שמעון לתוך פיה של בהמת לוי, פטור בעל הבהמה מתשלומים, יעוין שם.

ועניין זה לחלק בדין הנאה בין על ידי מעשיו או לא, צריך ביאור, כיון דהחיוב על הנאה ולא מדין נזקין, מאי שנא על ידי מעשה או לא.

ועוד קשה מהא דאיתא במסכת חולין, דפריך לרב חסדא דאמר “המזיק מתנות כהונה או

שאכלן פטור", משום דהוי ממון שאין לו תובעים, או משום דכתיב "זה" (דמשמע בעודן קיימות חייב ליתנן, אבל אינן קיימות לא חייב הכתוב בהם תשלומים, רש"י), "תא שמע הרי שאנסו בית המלך את גורנו, אם בחובו חייב לעשר, ואם באנפרות פטור מלעשר. שאני התם דקא משתרשי ליה" ע"כ.

ובתוספות (שם דיבור המתחיל "שאני התם") כתבו וזו לשונם:

"שאני התם דקא משתרשי ליה – דבמקום זה הניח לו המלך שאר ממון. ואם תאמר מתנות כהונה כשאכלם משתרשי ליה, שבמקום זה לא אכל דבר אחר, ואמאי פטור, ויש לומר דלא דמי לאנס בית המלך גורנו, דתחתיהן לא לקחו משלו, אבל באכל אפשר דלא משתרשי ליה שהיה מתענה". עכ"ל.

הרי דמשתרש בממון שנשאר תחת ידו חייב, וגם אם נעשה שלא על ידי מעשיו, ולמה פטור במשתרשי ליה שצמרו מעולה בדמים על ידי סמנים של חבירו..."

ואחר הצעת דברים אלה, הגדיר את חילוק ההגדרות בין 'נהנה' ל'משתרשי':

"ונראה לעניות דעתי דיסוד ענינים אלה מתבארים... על פי החילוקים שבין הנאה לבין משתרשי ליה, דהנה במה שכתבו התוספות בחולין, דמשום הכי פטור באוכל מתנות כהונה, ולא חשוב משתרשי ליה, דאפשר שהיה מתענה, לכאורה קשה מאי שנא מתחב ליה חבירו בבית הבליעה דחייב, ואינו יכול לומר הייתי מתענה, כבר באר ענין זה בטוב טעם הקצות החושן (בסימן רמו ס"ק ב) דהחילוק בזה בין הנאה למשתרש, דהנאה היא מה שקבל תועלת או נחת רוח, ומשתרש הוא מה שנשאר תחת ידו ממון בעין. והנה לענין הנאה לא שייך לומר הייתי מתענה, דאם היה מתענה לא היה לו הנאה, ואנו מחייבים ליה בעד זה גופא שנהנה ולא התענה, ורק אם אנו דנים שהשתרש, שעכשיו יש תחת ידו ממון יתירים, על זה יכול לומר שהיה מתענה, ולא היה מוציא את ממונו גם בלעדיה. ומשום הכי בתחב לו חבירו בבית הבליעה, חייב על הנאתו, אף שלולא זאת היה מתענה, רק במתנות כהונה, כמו שפטור על היזיקן מחמת שהוא ממון שאין לו תובעים, כמו כן פטור על הנאתם, ורק במשתרשי ליה חייב שנשאר לו ממון בעין, כמו בנטל בית המלך את גורנו, שעל ידי המתנות כהונה נשאר ברשותו עכשיו נכסים שלו. ועל ענין זה הקשו בתוספות, דנימא גם באכל מתנות כהונה דמשתרשי ליה, דלולא המתנות היה אוכל משלו, ונמצא דנשאר תחת ידו אוכלים שלו, ועל זה תירצו דיכול לומר הייתי מתענה. זה תורף דברי הקצות החושן וכן בנתיבות המשפט שם כתב שדברי הקצות החושן הם נכונים מאד".

והוסיף עוד בכיארור גדר 'משתרשי':

"אבל לעניות דעתי קצר קצת בדברים ולא פירש היטב האי כללא, למה באמת

פטור על הנאת מתנות כהונה וחייב במשתרש ממתנות כהונה. ונראה דהעניין הוא דכמו שולד פרה הוא, וכל מי שהיה בעלים על המתנות כהונה כשהיה בעין, הם בעלים עכשיו על ממונו, וקנוי לבעל הפרה, מפני שפרתו הולידה את הולד, ובסיבתה יצא לאויר העולם, וכן כל כהאי גוונא, כמו כן אם נשאר ממון שלו תחת רשותו בסיבת המתנות כהונה, יש חלק לבעלי המתנות כהונה בהאי ממון, שנשאר תחת ידו לפי ערך המתנות כהונה. ומזיק מתנות כהונה או אכלם פטור, משום דליכא בעולם מתנות כהונה, ולשלם לכהנים על היזיקן או הנאתן, אין הדין מחייב כיון דליכא תובעים, דלכל אחד יכול לומר לא שלך היה, אבל במשתרשי ליה חשיב דאיכא עכשיו מתנות כהונה בעין. וענין זה מוכרח, דהרי לפי הטעם במזיק מתנות כהונה פטור, משום דכתיב "זה", דמשמע דרק בעודן קיימות חייב ליתנן... ומכל מקום חייב כשנטלו המלך בחובו, הרי דחשבינן שעדיין המתנות כהונה קיימות..."

על יסוד האמור ביאר, שהחילוק שחלקו התוספות, בין הנאה שעל ידי מעשיו לשאינה על ידי מעשיו, תלוי למעשה בחילוק בין 'נהנה' ובין 'משתרשי':

"ולפי זה נראה לי, דמה שכתבו התוספות והרא"ש בכבא קמא לחלק בין הנאה שבאה על ידי מעשיו או לא, הוא דוקא היכא דאין בזה משתרשי ליה, אלא שאנו באים לחייבו על הנאתו, היינו דליכא עכשיו בעולם שום חלק מממון חברו אצלו, שלא נשאר הממון של חברו אצלו, וגם לא נמצא ממון אצלו שהוא תחת רשותו, על ידי סיבת ממון חברו. אבל היכא דמשתרשי ליה על ידי ממון חברו, הרי נמצא אצלו דבר שזכה בו חברו על ידי דין משתרשי, ומה נפקא מינה בזה אם על ידי מעשיו או לא. וזהו הדין באנס בית המלך דחייב לעשר, אף שנעשה הדבר בלי דעתו וגם בעל כרחו. והא דלא חשבינן משתרשי ליה כשצבע הקוף את צמרו בסממנים של חברו, דהרי צמרו מעולה בדמים מחמת הסמנים, נראה לעניות דעתי דעד כאן לא חשיב משתרשי ליה, אלא היכא דעל ידי ממון חברו הושבח ממונו באיכות או בכמות, או שמחמת ממון חברו ניצול ממונו מהפסד וכליון, דכולו מושבח, דלולא ממון חברו לא היה ממונו מתקיים, וכן אם ממון חברו גרם שישאר ממונו תחת רכושו, אבל בסממנים, דאם אין שבח סמנים על גבי הצמר, לא חשוב האי יפוי מראה לשבח בכמות ואיכות, ורק הוא מעולה בדמים... וענין זה של שבח ממון בשיווי הצמר, אינו נקרא שבח, לומר שזכה בעל הסמנים איזה זכות בהאי צמר, על ידי שסמנים שלו הכניסו לרשותו איזה יתרון, כיון שיתרון זה אינו בגוף הצמר. והקשו רק דמכל מקום הנאה אית ליה, דצמרו מעולה בדמים והוי זה נהנה וזה חסר, ועל זה תרצו דעל הנאה אינו חייב, רק אם נעשה על ידי מעשיו או על ידי מעשה בהמתו. ובתירוץ ב' תירצו דכיון דאינו אלא נוי בעלמא לא חשוב הנאה, אף דמעולה בדמים אינו רק כדבר שאין גופו ממון. וגם לתירוץ א' ומכל שכן לתירוץ ב' אין כאן שבח בעין, אם אין שבח

סמנים על גבי הצמר, רק יתרון שווי דמים, ושיווי דמים בלי שבח בכמות ואיכות הוא דבר שאין בו ממש...”

סיכום דברי הקצות החושן והשערי ישר בגדרי 'נהנה' ו'משתרשי'

נמצא שלפי ביאורו של הגרשש"ק (בהמשך לדברי הקצות החושן) ישנם שני סוגים של 'מחייבים': 'נהנה' ו'משתרשי'. והחילוק ביניהם (לפי ביאור הקצות החושן) הוא שבנהנה החיוב הוא על תועלת והנאה שהגיעו לו על ידי ממונו של חברו, ואילו במשתרשי הוא מחמת הממון שחסך מלהוציא מרשותו, שנשאר בידו על ידי ממון חברו. רק בחיוב שיסודו משתרשי, יכול אדם לומר "הייתי מתענה ונמצא שלא הרווחתי ממון", אבל בדין נהנה לא יוכל לומר "הייתי מתענה", שכן אנו באים לחייבו על הנאתו שנהנה, אם היה מתענה, לא היה נהנה, משנהנה ולא התענה, חייב על הנאתו.

ביאור חיוב משתרשי וגדרו (על פי השערי ישר) הוא, שכמו שוולד פרה שייך לבעל הפרה ממילא ללא מעשה קניין חדש וכדו', משום שממונו (הפרה) הוא הסיבה להגעתו של הוולד לעולם, הוא הדין בכל מקרה שממונו של אחד, הוא הסיבה לריבוי ממונו של האחר, שנעשה האחד בעלים בחלק ושבח זה שבממון חברו. משכך בעל הממון המתרבה, מתחייב תשלום על ריבוי זה.

עוד יש ללמוד מכך שחילוק התוספות (בבא קמא קא, א) והרא"ש (שם - בבא קמא פרק ט סימן יז) אם ההנאה באה על ידי מעשיו וכו' או לא, שייך רק בדין נהנה. אבל במשתרשי, שהתרבה ממונו בכיסו ותחת ידו, אין נפקא מינה אם נגרם הדבר על ידי מעשיו או לא, שהרי סוף סוף נתרבה ממונו ונותר תחת ידו ובכיסו, אלא שבמקרה שקוף צבע את צמרו, לא נחשב משתרשי לאחד מצדדי הספק שבגמרא, משום שדין משתרשי קיים רק כאשר גדל והתרבה ממונו בכמות או באיכות, אבל שבח מראה הצמר אינו בגופו של הצמר, ואינו אלא "חזותא בעלמא", ולפיכך הסתפקה הגמרא, שכן לצד אחד בספק "אין שבח סמנים בצמר" וממילא לא נחשב שהתרבה ממונו.

החילוק בין 'נהנה' על ידי מעשיו להנאה הבאה שלא על ידי מעשיו

במשנת רבי אהרן (לגאון רבי אהרן קוטלר, הלכות שכנים פרק ג הלכה ג סימן ב אות ד) ביאר את החילוק שחילקו תוספות, בין הנאה הבאה על ידי מעשיו או מעשה בהמתו, להנאה הבאה שלא על ידיהם בזו הלשון:

”דהתוספות סוברים דחיוב תשלומין מדין נהנה, הוא אך ורק כשהנהנה 'לוקח' ההנאה, והיינו דסבירא להו דאין החיוב דנהנה בעד עצם ההנאה בלבד, אלא דגם

חיוב זה הווי בגדר חיוב מזיק, והחיוב לשלם מה שנהנה הוא בעד לקיחת ההנאה (אלא דבזה לא נאמרו הפטורים דמזיק כמו שן ורגל ברשות הרבים או פטורים מצד אונס). ולכן כל שאין כאן לקיחת הנאה מצד מעשיו או מעשי בהמתו, פטור..."

נראה מדבריו שההנאה היא חלק מהמחייב, אלא שהיא מותנית במעשה הנהנה, שהוא בגדר של מזיק. וצריך עיון ממה שהוכחנו מדברי התוספות בכתובות בעניין 'היקפא יתירא', שאף ללא כל מעשה של הנהנה, וללא כל אשמה כלל, אלא רק משום שמחמת שחצרו בפנים, וחצרות חברו מקיפות אותה, בשל כך כאשר המקיף הקיף את כל צדדיו, והפנימי ממילא נהנה מכך, ונגרם ללא מעשה וללא כל אשמה 'חסר' למקיף, שוב חשיב 'זה נהנה וזה חסר'.

והנה באמת קושיא זו אינה רק על ביאורו של הגר"א קוטלר זצ"ל, אלא על עיקר דינם של תוספות והרא"ש, שחידשו שאין חיוב על נהנה כאשר ההנאה לא באה על ידי מעשיו או מעשי בהמתו, ויקשה מדינא דמקיף אל חברו, ששם לא באה ההנאה על ידי מעשיו, ואף על פי כן חייב.

אלא שכבר יסוד הש"ך (חור"מ סימן שצא ס"ק ב) שגם לפי תוספות והרא"ש, כל הפטור הוא כשההנאה באה על ידי מעשיו של קוף, או אדם שלישי, כגון שלוי תחב אוכל שראובן לפיה של בהמת שמעון, אבל אם לוי תחב אוכל שלו והאכיל את בהמת שמעון, בכהאי גוונא חייב שמעון לשלם גם לתוספות והרא"ש, עי"ש.

דין 'חסר' וגלי אדעתיה 'ב'נהנה' וב'משתרשי'

השערי ישר (שם) המשיך להרחיב בגדרי נהנה ומשתרשי ובמאי דנפיק מבינייהו.

וזו לשונו במענה לשאלה אי ב'משתרשי' בעינן 'חסר' כדי לחייב בתשלומים כמו ב'נהנה':

"... ונראה לעניות דעתי דבזה גם כן יתחלק דין משתרשי ליה, מדין נהנה, דכדין נהנה קיימא לן 'זה נהנה וזה לא חסר פטור', ובמשתרשי ליה לא יהיה חלוק בין חסר אצל בעלים או לא... דהרי לשיטת רש"י... וכן מוכח קצת מדין מתנות כהונה, אף דלא שייך שם דין חסר, דהוי ממון שאין לו תובעים, וזוכה השבט בהם מדין משתרשי ליה".

ועל פי זה הוסיף וביאר, כי יש בכוח סברת 'גלי אדעתיה' להפכו מדין 'נהנה' לדין 'משתרשי':

"ובזה נראה לעניות דעתי לפרש מה שכתבו התוספות (בבא קמא דף כ, ב) דבעמד ניקף חייב לשלם, אף ד'זה נהנה וזה לא חסר', משום "גלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה", ובדר בחצר חבירו דפטור, משום "דלא גלי אדעתיה אלא בחנם", דהדברים מתמיהים מה מועיל בזה 'גלי אדעתיה', דמכל מקום אין לחייבו רק משום נהנה, ו'זה נהנה וזה לא חסר פטור'.

ולפי מה שכתבתי, דהיכא דגלי אדעתיה דניחא ליה בהוצאה, הרי משתרשי ליה הדמים שנשאררו אצלו, שהיה מוציא בהוצאה, ונמצא שממון חבירו גורם לו תוספת דמים, וזכה חבירו בנכסיה, כמו באנסו בית המלך את גורנו, והיכא דלא גלי אדעתיה, יכול לומר "הייתי מתענה ושוכב בחוץ", כמו שכתבו התוספות לענין אוכל מתנות כהונה, דלא חשיב משתרש משום דיכול לומר "הייתי מתענה", וכיון שהוא משתרש בדמים, אז גם אם לא חסר בעל החצר או המקיף, חייב לשלם.

והטעם בזה, דרק כשאנו באים לחייב משום נהנה, דהוא משום משתמש בממון חבירו, צריך שהשימוש יפגע קצת גם אצל בעל הממון. אבל אם ממונו גרם הוספת דבר בעולם, הדין נותן שיזכה בעל הממון בדבר הנוסף, כולד פרה שזוכה בעל הפרה".

והנה כדי להעמיק בהגדרת 'משתרשי' יש להביא סוגיה נוספת.

במסכת בבא מציעא (מב, ב) איתא :

"ההוא גברא דאפקיד כשותא (רש"י : הומלו"ן שמטילין לתוך השכר) גבי חבריה, הוה ליה לדידיה נמי כריא דכשותא. אמר ליה לסרסיה, מהאי רמי (הראהו הכרי שלו, ואמר לו מזה תטיל לשכר). אזל רמא מאידך (של פקדון). אמר רב עמרם היכי נדיינו דייני להאי דינא, נימא ליה לדידיה זיל שלים, אמר אנא אמרי ליה מהאי רמי, נימא ליה לסרסיה זיל שלים, אמר לא אמר לי מהאי רמי ומהאי לא תרמי... סוף סוף, מאי פסידא איכא. והא קא משתרשי ליה (והל' הוא נשכר הכשות של פקדון שהטילו בשכר, ושלו עומד, וישלם משלו), אמר רב סמא בריה דרבא דהוה שיכרא חלא (החמיץ). רב אשי אמר בכיסי (שהיתה כישות גרועה, וקוצים מעורבין בה, דלא השביח השכר כרצונו וקשה בעיניו שהטילוהו בתוכו), ומשלם ליה דמי כיסי (דמי כשות של קוצים, לפי מה שהשביח)".

ובשיטה מקובצת שם כתב :

"דהוה שכרא חלא - פירוש, ואף על גב דבדידיה נמי הוה חלא, מכל מקום כיון שלא נהנה, לא הוי אידך אלא כמבריא ארי... עד כאן. שיטה".

כלומר, השיטה מקובצת הקשה מאיזה טעם לא ישלם בעל השכר שהחמיץ, את דמי הכשות של חברו שהוטלה לשכר, הרי גם לו היה מטיל את הכשות שלו, היה השכר מחמיץ, ונמצא שאמנם לא הועילה הכשות של חברו לשכר שלו, אבל מכל מקום הרוויח את הכשות שלו שלא הוטלה לשכר. על כך תירץ שהטלת הכשות של חברו, ש'הצילה' את שלו, היא רק בגדר 'מבריא ארי מנכסי חברו'.

וראיתי מביאים בשם ספר נפש חיה, שהקשה ממה דאיתא במסכת בבא קמא (נח, א) שגם

ב'מבריה ארי' אם יש למבריה הפסד, וה'הברחה' נעשתה שלא מדעתו, חייב חברו בתשלומין עליה, ובאופן זה לא נאמר הפטור של 'מבריה ארי'. אם כן, כיוון שבנידון שבסוגיה זו, הטלת הכשות הכשות הייתה שלא מדעת בעליה, והוא אף הפסיד, הרי שאין בה דין 'מבריה ארי'. ותירץ שבכשות לא באה ההנאה דהיינו ה'הצלה' מגוף הכשות וההפסד, אלא בגרמא, שעל ידי שהשליח לקח את הכשות של המפקיד, נשארה הכשות של הנפקד בידו. לא כן בסוגיה הנ"ל שבכבא קמא (שם) המדברת בבהמתו שנפלה לגינה באונס ונחבטה, והצילוה הירקות שלא לקתה מהקרקע, ובאופן זה חייב לשלם, ואין בו פטור של 'מבריה ארי', כי לא הווי מדעתו והפסיד, כיוון שהנאתו הייתה מגוף הפסד הפירות של בעל הגינה.

והנה רש"י כתב כבר ב'משתרשי' שנאמר בסוגיה – טרם המסקנה דהחמיץ השכר – שאמור הוא בכשות שנותרה תחת ידו ("ושלו עומד") בזכות ממנו של בעל הפקדון ("נשכר הכשות של פקדון שהטילו בשכר", ובהכרח שכוונתו שעל ידי כך נשכר ש"שלו עומד", ולא שעצם הכשות של פקדון היא הרווח, שהרי אם כך לשם מה הוצרך להוסיף "ושלו עומד"), ונמצא ממנו מתרבה בכשות שנותרה תחת ידו. כך גם ביאר בשערי ישר כפי שנביא בסמוך.

ולפי זה יש לבאר מה תירצה הגמרא שהשכר נעשה חומץ, בשלמא אם הנחנו תחילה שהרווח הנידון הוא בשכר גופיה, שפיר תירצה הגמרא שנפסד, אלא דאי קשיא מצד רווח הכשות דידיה, ואכתי לא שמענו דרווח זה בכלל 'משתרשי' הוא, יש ליישב דגרמא היא וכו"ל. אבל מאחר שפירש רש"י שרווח זה הוא שאמרו בו מתחילה 'משתרשי', הרי גם כשנעשה חומץ נהנה והרוויח בכשות שנותרה תחת ידו, שהרי בשל ממון חברו – הכשות של המפקיד שהטיל סרסיה בטעות – הרוויח הנפקד בכשות שנותרה תחת ידו. ולפירושו לכאורה אף אם הצלת כשותו גרמא היא, מה נפקא מינה, הרי למעשה הרוויח כשות ונתרבה בה, וכי משום שגרמא היא לא נחשב הדבר לריבוי ממנו על ידי ממון חברו, והרי לעיל הבאנו שאף בהנאה ללא מעשה הנהנה או בלא מעשה בהמתו, חייב במשתרשי, ואין דינו כדיני נזיקין, ואם כן יש לומר לכאורה שהוא הדין בגרמא.

נראה ליישב כי דווקא אם לא החמיץ השכר ויש לנפקד את הרווח שבו, או אז ניתן להאמר שהרוויח את הכשות שנותרה תחת ידו, כלומר הרווח שבגרד 'משתרשי' הוא אומנם הכשות, אך זאת אך ורק אם הרוויח את השכר שלא החמיץ, שכן כשכך הדבר יש לחשב שבעבור הרווח שהרוויח בשכר, ושרצה בו, צריך היה להשקיע כשות, ובשל הכשות של חברו נמצא שהרוויח את השכר, כאשר הכשות שלו נשארה תחת ידו.

היינו: חישוב הרווח הוא ביחס לתוצאה הנדרשת בכל מקרה. למשל, התוצאה והמטרה הנדרשת היא בנידון דנן, שכר טוב. אם הושגה התוצאה, או אז שמין ואומדין את הרווח שקיבל מהשגת התוצאה והמטרה על ידי ממון חברו – הכשות של חברו – בלי להוציא משלו את הכשות, והרי 'משתרשי' ליה הכשות. כלומר, אם לדוגמה השכר הנדרש – התוצאה – שוויו מאה זוז, וההשקעה הדרושה היא כשות בשווי חמישה זוזים, נמצא שהרווח הוא תשעים

וחמישה זוג, היינו התוצאה לאחר קיזוז ההשקעה – הכשות. ואם נלקחה בטעות הכשות של הנפקד, נמצא שהרוויח המפקיד שכר בכל מאה הזוזים. נמצא שהכשות שנתרה תחת ידו ששוויה חמישה זוזים, היא הרווח הנוסף, וממונו שנתרבה מכוח הכשות של חברו. אולם בכהאי גוונא שהשכר החמיץ, והן אומנם היה נחמץ גם על ידי הכשות שלו, אך מכל מקום לא הרוויח דבר, שכן בכהאי גוונא אין תוצאה רצויה שבעבורה היה נכון "להשקיע" כשות, שאי-הצורך בהשקעתה הוא רווח ד'משתרשי' ליה. בכהאי גוונא יש לראות ולהגדיר, שבמקום להשליך את הכשות של הנפקד לים ולהפסידו, זרק סרסיה בטעות לים את הכשות של המפקיד. זה אינו רווח של כשות משום ממונו של האחר, אלא 'מבריה ארי' בעלמא ובגרמא (כנ"ל, ולכן פטור אף שהיה שלא מדעת חברו ואף שחברו הפסיד), שהזיקו כשות של אחר במקום להזיק את הכשות שלו, ואין זה נחשב כאילו התרבה ממונו ממון רעהו.

ונראה שזו כוונת השיטה מקובצת במה שכתב: "דהוה שכרא חלא – פירוש, ואף על גב דבדידיה נמי הוה חלא, מכל מקום כיון שלא נהנה לא הוי אידך אלא כמבריה ארי".

כלומר, כיוון שלא נהנה שהרי שהשכר החמיץ, שוב הרווח של הכשות הוא כמבריה ארי בעלמא, שבמה שלא לקח את הכשות שלו הצילו מהארי ומהפסד כשותו, אבל אין בכך 'משתרשי' של ממון השני.

ובשערי ישר (שם) כתב על סוגיה זו, וזו לשונו:

"ועיין בספר שער המשפט (סימן רצא ס"ק ד) מה שהקשה על הא דאמרינן במסכת בבא מציעא סוף פרק המפקיד, באומר לסרסר להטיל כשות... דפריך... "והא משתרשי ליה", ומשני "דהוי שיכרא חלא". ונתקשה בספר הנ"ל הא התם שלא על ידי מעשיו ומעשה בהמתו...

ואישתמיט ליה הש"ס דחולין, דמפורש דהיכא דמשתרשי ליה לעולם חייב, והכא מישתרשי ממש, כמו שכתב ברש"י שם, דעל ידי הכשות של המפקיד נשאר בעין הכשות של הנפקד... ומסיק הש"ס "דהוי שכר חלא", ובכהאי גוונא ליכא גם חשבון משתרש, מה שנשאר כשות שלו".

וכוונתו נראית כפי שביארנו.

ויצוין שגם המחנה אפרים (הלכות נזקי ממון הקשה) הקשה כקושיית שער המשפט שהביא בשערי ישר.

ההשלכה לנידון דידן

לפי האמור עולה, כי בנושא דנן כאשר האשה או שותף מתגורר לבדו בדירה, אין נפקא מינה

בדין 'משתרשי' אלא בדין 'נהנה', שהרי האישה לא גילתה שהיא חפצה בשכירות בכל מקרה, ויכולה היא לומר שהייתה 'מתענה', אם לא הייתה גרה בדירתם המשותפת, היינו שלא הייתה שוכרת דירה, אלא הייתה גרה אצל אחת מבני משפחתה, למשל, ואין כאן 'משתרשי', ורק מדין 'נהנה' לכאורה יש מקום לחייבה, ורק במקום שהשני מוגדר כ'חסר' כפי שהתבאר לעיל.

אלא שהתבאר לעיל בארוכה ההבדל בין מי שאך הוציא את בעל הבית מביתו בעל כורחו, למי שבעל הבית אף אמר לו "צא", וחילקנו בין קודם תביעת "דמי דימוש" אשר אף אם הוציאו בעל כורחו אינו חייב, אם השני אינו חסר, וכגון שהדירה עומדת למכירה כך שאין אפשרות להשכירה, והבעל גם לא נחסר בשכירת מקום דיור אחר, אלא הלך לגור אצל בני משפחתו.

אמנם כל זה איירי במי שנכנס לחצר חברו שלא מדעתו, שאז רק אם בישיבתו שם חיסרו ממון, חייב לשלם לו, אבל אם בעל הבית מחה בו שיצא, או אז חייב לשלם לו שכרו בכל אופן. ולכן אם הבעל מחה באשתו, וביקש לפנותה מהדירה, ולא לאפשר לה לגור שם לבדה, או שביקש לדור בדירה בחדר אחר, והציע פתרון ודרך בה יכולים שניהם לחלוק את השימוש בדירה ולגור שם, והאשה עכבה וגרה בכל הדירה למרות מחאתו, או שהוציאה נגדו צו הרחקה שלא בצדק. הרי בקשה זו היא בבחינת אמירת "צא", ככהאי גוונא שפיר חייב ב"דמי שימוש", גם אם אינו 'חסר'.

וזאת מלבד מה שכבר נתבאר כי דרישות לקבלת דמי שימוש, גם הן בבחינת "צא", כי משמעותן היא שאם לא תשלם לו דמי שימוש, אין לה את הזכות ליהנות מחלקו בדירה.

ספק אם הכריחה אותו לעזוב

והנה נתבאר לעיל שבעל שעזב מעצמו את הבית קודם הגירושין, אינו יכול לתבוע דמי שימוש על הזמן הזה, כיון שאינו מנוע מלדור בבית יחד עם האשה, וכל זמן שהשותפות קימת ויכולים לדור יחד, אין לזה שבחר לעזוב תביעה על חברו שדר שם, אשר "כשלו הוא משתמש", וכדברי הרשב"א.

אמנם באחד המקרים שבא לפנינו, טען האיש שנאלץ לעזוב את הבית בגלל אשתו. לדבריו, איימה עליו, וכן נאסרה עליו בשל בגידותיה. לדבריו האשה לא אפשרה לו לגור שם, וככהאי גוונא יש הצדקה לחייבה בדמי שימוש על חלקו בדירה כמו שנתבאר לעיל. אמנם האשה מצידה מכחישה את כל האשמותיו המופנות כלפיה. מעתה, יש לדון כיצד יש לנהוג במקרה של ספק.

איסור מגורים משותפים כשנאסרה עליו

נקדים, שבעניין ההאשמה שנאסרה עליו מפני שבגדה בו, גם אם הדבר אכן נכון, נחלקו הפוסקים אם אכן אסור לו לדור עימה.

בשולחן ערוך אבן העזר (סימן קיז סעיף א):

”הנושא אשה, ובדקה עצמה ונבעלה, ובעת שקנחה עצמה היא והוא נמצא דם על עד (פירוש סמרטוט או מטלית שבודקת עצמה בהן) שלה או על עד שלו, אם אירע זה פעם אחר פעם ג' פעמים סמוכות זו לזו, הרי זו אסורה לישוב עם בעלה, ותצא בלא כתובה...”

והוסיף הרמ"א:

”הגה: יש אומרים דאם אינו רוצה לישא אחרת, ורוצה לשרות עם זו על ידי שלישי בשנה אחת, ולא ילך אצלה אלא בעדים, אין צריך לגרשה (ב"י בשם תשובת הר"ם וכן הוא בתשובת הרשב"א סימן תתמ). וכל שכן אם זנתה תחתיו, דמאיסה ליה, דשרי בכהאי גוונא (שם).”

וכתב על זה בחלקת מחוקק (ס"ק ח):

”דשרי בכהאי גוונא. משמע דוקא בכהאי גוונא שרי אבל בלא עדים אסור אפילו באשתו שזנתה. ובתשובה הנ"ל כתב בשם ר"י יכולה להיות תחתיו ותשמשנו כשפחה, משמע אפילו בכיתו יכולה לשמשו, הואיל וזינתה תחתיו שונא אותה ומאוסה בעיניו.”

והיינו, שיש לחלק בין מי שאשתו אסורה עליו משום שרואה מחמת תשמיש, שאז אסורה לגור אתו אלא על ידי עדים, לבין מי שאשתו זינתה תחתיו, שאז היא מאוסה עליו ואין חשש שיבוא עליה.

מקור הדין מופיע בסוגיא במסכת זבחים (ב, ב):

”אשה בסתמא לאו לגירושין עומדת.”

וכתבו על זה התוספות (ד"ה סתם אישה):

”סתם אשה לאו לגירושין עומדת – ואפי' זינתה תחת בעלה, מכל מקום לאו להתגרש בגט זה עומדת, וגם אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו...”

ואכן כך משמע מלשון שו"ת הרשב"א (חלק א סימן תתמ, והיא תשובה ממהר"ם מרוטנבורג):

”ושוב מצאתי בספר רבי משה במז"ל (הרמב"ם) כדברי וזה לשונו:

הרי שבדקה עצמה ונבעלה ובעת שקנחה עצמה היא והוא נמצא דם על שלו או על שלה. אם אירע זה פעם אחר פעם שלשה פעמים סמוכות זו לזו הרי זו אסורה לישוב עם בעלה... עד כאן לשונו.

אלמא דאסורה לישב עם בעלה דחיישינן שמא יבא עליה, דכיון דאסירא ליה אסור להשהותה. כי על רואה דם מחמת תשמיש כתב דאסורה לישב עם בעלה. ועל נולדו לה מומין כתב אם רצה לקיים יקיים. ואף על גב דברישי מסכת זבחים (ב, ב) גבי אשה ולא לגירושינן עומדת. כתב ר"י אשה לאו לגרושינן עומדת דאפי' זינתה יכולה להיות תחתיו ותשמשנו כשפחה בעלמא. שאני התם דליכא למיחש כולי האי שמא יבא עליה. דכיון שזינתה תחתיו שונא אותה ומאוסה בעיניו."

הרי שבתשובת הרשב"א משמע שאינה אסורה לדור עימו.

ואמנם, בבית שמואל (שם ס"ק ח) כתב, שכאשר יש לו ספק אם אכן זינתה עליו, הרי זה חמור יותר, ותאסר עליו לדור עימו משום שאינה מאוסה עליו כשאינו בטוח שאכן זינתה עליו. וכך כתב שם:

"דשרי בכהאי גוונא. משמע בלא עדים אסורה ובתשובה הנ"ל משמע אפי' בלא עדים מותרת, דלא חיישי' שיבוא עליה דמאוסה בעיניו. וכן משמע בתוספות גיטין דף עט וע' תשו' הרא"ש ובב"י ס"ס קטז בקינוי וסתירה אסור להתיחד עמה וכן בשבוי' כמ"ש בסי' ז', וכן הוא בש"ס אחר קינוי וסתירה מוסרים לו שני תלמידי חכמים שמא יבא עליה בדרך. ואפשר שם אכתי ספק הוא אם זנתה ואינה מאוסה לו כל כך."

בבית שמואל הקשה על סברת התוספות מהדין שמי שקינא לאשתו, ונאסרה עליו, כשהולך לבית המקדש להשקותה את מי המרים, מוסרים לו שני תלמידי חכמים שילוהו בדרך, כדי לשמור שלא יבוא עליה. הרי שלא אומרים שמאוסה עליו. ותיריך, ששם רק מסופק שמא זינתה, ויש יותר חשש.

ומכל מקום, ראינו שלדעת הבית שמואל והחלקת מחוקק אם זינתה מותרת להתייחד עימו. אלא שבפת"ש שם (ס"ק ב') הביא שהבית מאיר והרדב"ז חלקו על סברא זו, והעלו שהדבר אסור, משום שבוודאי מכרת בקריצותיו ורמיזותיו, ויבואו לידי איסור.

וזה לשון תשובת הרדב"ז (חלק ב סימן תשמו):

"שאלת על אשה שזנתה תחת בעלה אם מותרת לשמשו כשפחה או לא.

תשובה נמצא בתוספות בריש זבחים גבי "אשה לא לגירושינן קיימא" (ב, ב) דאפי' זינתה אם ירצה הבעל לא יגרש רק שלא תשמשנו, וטעמו של דבר דליכא למיחש שמא יבא עליה דכיון דאיסור תורה הוא ותו כיון דזינתה תחתיו שונא אותה ומאוסה בעיניו. ואין אני רואה לסמוך על הוראה זו, כיון שהיא מכרת ברמיזותיו וקירצותיו ורגילה אצלו, תשתדלנו לדבר עביר', כיון שזינתה עם בעלה ויצר לב האדם רע מנעוריו ולא יוכל לעמוד בעצתו, ומי הוא זה שידור עם נחש

בכפיפה ולא תסיתנו. ואפילו על ידי עדים אני חוכך להחמיר, שאין אפטרופוס לעריות, דכל היכא דאמרינן תצא או יוציא בגט משמע, ולדעת מקצת אין מחייבין לתת גט, אבל מודים הם דמפרישין אותה ממנו, אבל שתעמוד עמו ותדור בביתו והוא נכנס ויוצא אין ראוי להתיר.

והוי יודע שאפילו לדעת התוספות לא התירו שיתיחד עמה, דלא גרע משאר נשים שאסורות עליו שאינו מתיחד עמהם, וכבר הוכחתי בראיות דכל היכא דאמרינן תצא, בגט משמע, ולא סגי בהפרשה והכא בנידון דידן תצא אמרינן, ובגט משמע, ואפילו אם תמצא לומר דלא הוי בגט, מכל מקום הפרשה בעי... ואפי' לפי התירוף השני, מכל מקום הפרשה בעי. וקרוב אצלי שמה שכתבו בריש זבחים על ידי הפרשה נמי היא, וזהו שכתבו רק שלא תשמשנו.

וגדולה מזו כתב הרשב"א דאם לא (תרצה לצאת) [ירצה להוציאה] בגט, משמתינן ליה עד שיוציא בגט. וגם על התירוף השני של התוספות חולק מהר"ם ז"ל שכתב בהא ודאי פליגנא עלך דאיכא למימר דוקא בההיא דסוטה שהיא שונאתו והוא שונאה מחמת שקנא לה ונסתרה תחתיו, הילכך ליכא למיחש, אבל בעלמא דלא סגי ליה אפילו באיסור כרת שהוא חמור יבא עליה ע"כ. וכל שכן בנידון דידן שהיא אינה שונאתו שהרי לא קנא לה, דודאי חיישינן שמא תשדלנו ויבא עליה.

כללא דמילתא דעתי הוא דאף על גב דאיכא תרתי, שהוא אסור תורה, ותו דמאיסה ליה, תצא בגט, ואם לא רצה משמתינן ליה עד שיוציא, דעצת זמה יש ביניהם".

הרי שנחלקו הפוסקים האם מותר לו לגור עמה, גם אם באמת זינתה תחתיו. וגם לדעת המתירים, כאשר ישנו ספק אם זינתה, העניין חמור יותר, ותיאסר לדור עימו שמא יבוא עליה.

והנה לכאורה גם אם האיסור לדור עימה אינו אלא מחמת הספק בלבד, לכאורה די בכך בכדי להטיל את אשמת הפירוד עליה. כך מצינו במי שקינא לאשתו והתייחדה, שנאסרה עליו רק מחמת הספק, ובכל זאת מפסידה את כתובתה (אבן העזר סי' קטו סעי' ח). ואמנם אין נדונינו דומה לשם, משום שכאשר היה קינוי וסתירה, חובת ההלכה היא שאסורה עליו מחמת סתירתה. לא כן בנידון דידן, שאף שחושד בה, אין לו ראיות מספיקות בכדי להוכיח את טענתו ולאוסרה עליו.

חיוב במקרה של ספק - קרקע בחזקת בעליה עומדת

כאמור, האיש טען עוד שעזב בגלל האיומים של אשתו, ואם כן הרי היא חייבת לו דמי שימוש על חלקו בדירה המשותפת, אך אשתו מכחישה את הטענה מכל וכל. ויש לדון במקרה שלפנינו, מה הדין כשיש ספק.

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן שיב סט"ו) נפסק:

"המשכיר בית לשנה בסכום ידוע ונתעברה השנה, נתעברה לשוכר. השכיר לחודשים, נתעברה למשכיר. הזכיר לו חודשים ושנה, בין שאמר לו 'דינר לחודש', שנים-עשר דינר בשנה', בין שאמר לו 'שנים-עשר דינר לשנה, דינר בכל חודש', הרי חודש העיבור של משכיר, שהקרקע בחזקת בעליה..."

והסמ"ע (שם סקכ"ו) כתב וזו לשונו:

"זו לשון הטור:

דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, וקרקע בחזקת בעליה עומדת... אפילו לא בא לשאול השכירות עד סוף החודש שכבר דר בו צריך ליתן [בטור]: ליתן לון השכירות. עכ"ל.

וכתב רש"י (ב"מ קב, ב) דהטעם הוא משום שהספק לא עכשיו אחר שדר בו נולד, אלא מתחילת החודש נולד, והעמד הקרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר, עכ"ל. והיינו דוקא במקרקעי אבל במיטלטלין..."

והש"ך (שם סקי"ד) כתב וזו לשונו:

"בהרא"ש פרק קמא דמציעא (סימן יג) גבי תקפו כהן כו' ופרק ב' דכתובות (סימן יג) גבי תרי ותרי וכו' - משמע להדיא דדוקא משום דאין לשוכר טענת 'ברי', אבל אי היה טוען ברי לי בפירוש בי"ב דינרים לשנה אף על פי שהשנה תהא מעוברת, לא מפקינן מהשוכר, עיין שם. ואף על גב דמוכח בש"ס פרק המקבל (בבא מציעא קי, א) ונתבאר לקמן (סימן שיז ס"ג) דאף על גב דהמלוה טוען ברי מפקינן מיניה מטעם קרקע בחזקת בעליה עומדת, שאני התם שידוע הפירות שאכל המלוה כמה הם, רק שבא לזכות מכח שטוען ברי שהשכינו לג' שנים, אם כן אמרינן קרקע בחזקת בעליה קיימת, והווי ליה כאילו הפירות עדיין ברשות הלזה כיון שהפירות באים מגוף הקרקע וידועים כמה היו, ולא מהני טענת ברי של המלוה. מה שאין כן הכא דכשטוען השוכר ברי, אם כן מעולם לא היו בקרקע זו פירות י"ג דינרים, ולא שייך כאן כלל לומר קרקע בחזקת בעליה קיימת, דנהי דקרקע היא של המשכיר מכל מקום אפשר שמתחילה לא היו בה פירות רק י"ב דינרין. ואם כן השוכר שטוען 'ברי' הוא מוחזק..."

ובשולחן ערוך (סי' שיז סעיף ב) נפסק:

"המשכיר בית לחבירו בשטר לעשר שנים ואין בו זמן, השוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה, והמשכיר אומר כבר עברו ושלמו שני השכירות ושכנת עשר שנים, על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה, ישבע המשכיר היסת ויוציאנו. הגה: והוא הדין בשאר טענות..."

ובסמ"ע (שם ס"ק ח) כתב:

"והוא הדין בשאר טענות – וזו לשון המרדכי סוף פרק השואל (רמז שפז, ולפנינו בשינוי לשון קצת) דהוא הדין אם המשכיר אומר בו' שכרת, והשוכר אומר בה' שכרתי, או שהבעל הבית אומר לא השכרתי, דקרקע בחזקת בעליה קיימת ועל השוכר להביא ראיה..."

עוד נפסק בשולחן ערוך (שם סעיף ג) בזו הלשון:

"שטר השכירות או שטר המשכנתא שכתוב בו שנים סתם, בעל הפירות אומר שלש, ובעל הקרקע אומר שנים, וקדם זה השוכר או המלוה ואכל הפירות, הרי הפירות בחזקת אוכליהם עד שיביא בעל הקרקע ראיה. ויש מי שאומר שאם יראה לבית דין שלא יוכל השוכר או הממשכן לברר עוד דבריו מוציאין מידו".

וכתב שם הסמ"ע (ס"ק יא) וזו לשונו:

"זו לשון הטור:

אין מוציאין מידו עד שיביא המשכיר ראיה, שהיום או למחר יביא השוכר עדים שהוא כדבריו והיינו צריכים להחזיר לו, ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן, ולפיכך כתב אדוני אבי הרא"ש (בבא מציעא פרק ט סימן מ, ושם הוא לעניין מלווה האוכל פירות קרקע הממושכנת "...שלא יוכל המלוה... מוציאין הפירות מיד המלוה ללוה") אם מתו העדים ונשתכח (ברא"ש: ונשתקע) הדבר מפי אחרים ויראה לבית דין שלא יוכל השוכר עוד לברר דבריו, מוציאין מיד השוכר מה שדר בו".

והש"ך (שם סקי"א) כתב:

"מוציאין מידו – נראה דהכא מוציאין מידו אפילו אכל ג' שנים קודם שתבעו לדין, דאין טעם לחלק בכך. ועוד, דדמי לדעיל (סימן שיב סעיף טו) דאפילו בא בסוף החודש כולו למשכיר, מטעם שפירשו רש"י והרא"ש שם, דהספק נולד בתחילת החודש, והוא הדין הכא, ואף על גב דהתם טוען שמא והכא ברי, כבר כתבתי שם דברי דהכא כדין שמא דהתם..."

ובנתיבות המשפט הרחיב בביאור הדברים, ועל פי דברי הש"ך כתב בדיני תפיסה בעדים

(קיצור כללי דיני תפיסה אות כב):

"בקרקע לא מהני תפיסה, אפילו בפירות הקרקע שנולד הספק עליה, ואפילו ברשות ואפילו טוען ברי. ודוקא כשהטענה היא על הקרקע, כגון ששניהן מודים בסך השכירות או בסך המכירה, רק שהטענה היא שמגיע לו עוד קרקע, כגון

ב"מדה בחבל הן חסר הן יתיר" והיה יותר דסימן ריח (סעיף י) שסך המעות ידוע, רק שטוען שמגיע לו היתרון של הקרקע. וכן במרחץ שהשכיר לו ב"ב זהובים לשנה דינר לחודש, שהסך ידוע י"ב זהובים רק שתובע שמגיע לו עוד חודש דירה (בבא מציעא קב, ב), אף זה אם לא נתן מעות, אינו יכול לתפוס המעות בעד הקרקע אפילו טוען ברי שהתנה בפירוש כמו שאמר. אבל אם הקרקע ידועה רק שטוענין על המעות, כגון שהשכירות ידועה שהיא על שנה, רק שזה אומר בחמישה שכרתי, וזה אומר בעשרה, וכבר דר בה, ואין תובע ממנו רק מעות, השוכר נקרא מוחזק. אבל כשעדיין לא דר בה רק חצי שנה, ונתן לו כבר חמישה זהובים, יכול המשכיר לומר בעשרה השכרתי וכבר דרת חצי שנה וצא מן הבית, דהמשכיר מוחזק בקרקע שלו..."

ובביאורים (שם ס"ק ג) ביאר את דברי הש"ך וכך כתב:

"... ואחר העיון קורא אני עליו דברי תורה עניים במקום זה וכו', דבסימן שיז ס"ק ה כתב גבי משכיר אומר בעשרה ושוכר אומר בחמישה שכרתי, וזה לשונו:

דלא שייך וכו' דהא אין חלוקים על הקרקע, שהרי המשכיר בא להוציא ממון מהשוכר, ומה בכך (שנאמר) דקרקע בחזקת בעלים, הא השוכר אומר מעולם לא הוציאה הקרקע שלך פירות יותר מזה.

ובזה מבואר דבריו, דהש"ך מחלק בין כשטענותיהן הן רק על הקרקע, כגון במשכנתא דסורא דבבא מציעא (קי, א) ששניהם מודים שהשכירות היה ק' זהובים, וכבר נתנם לו והחלטו לו, רק שתובע קרקע ממנו עוד על שנה. אם כן הפירות ידועים היינו ק' זהובים, רק הקרקע אינה ידועה, שאין ידוע כמה קרקע מגיע לו, אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת, ואפילו טוען ברי לא מהני, דבקרקע לא מהני תפיסה אפילו טוען ברי.

מה שאין כן כשהקרקע ידועה, דהיינו שידוע שהשכירו רק על שנה, רק שזה אומר בעשרה וזה אומר בחמישה, שהקרקע ידועה שהיא על שנה, רק שהפירות אינן ידועים אם הן עשרה או חמישה, השוכר נאמן בטענת ברי, שהשוכר אומר מעולם לא הוציאה הקרקע שלך פירות יותר (ויש מקום עיון בש"ך סימן שיז שם שהצריך לטעם מיגו וסותר דבריו שבכאן, ושם אי"ה יבואר). רק בטענת שמא לא מהני משום דהתפיסה בשמא לא מהני.

והכא נמי במרחץ, שאמר י"ב זהובים לשנה, דינר לחודש, אין הספק בקרקע כמה ידור בו, דהא בפירוש השכיר לו לשנה, רק שאנו מסופקין דילמא לשון אחרון עיקר שאמר דינר לחודש, וממילא חייב לו י"ג דינרין. וכן משמע לשון הטור (סימן שיב ס"ד) שכתב שצריך להוסיף לו בשביל עיבור, אבל אינו יכול להוציאו מהבית.

ועוד, דאפילו אם נאמר דבסתם מצי לדחותו אפילו מדירה של החודש י"ג, מכל מקום יש לומר דהש"ך מיירי במודים שהשכיר לו על י"ג חודש, וכיון דהטענה היא רק על השכירות,

שהקרקע ידוע שהשכירו ל"ג חודש, רק שזה טוען ב"ב, וזה טוען ב"ג, אילו היה טוען ברי ב"ב, השוכר נאמן, דהוי ממש כזה אומר בעשרה וזה אומר בחמישה, משום דהוי כטוען לא הוציאה הקרקע שלך פירות יותר. רק מחמת שטוען שמא, לא מהני תפיסה בספיקא, דהא על כרחך מיירי שהיה צריך להקדים לו השכירות להחודש י"ג, דהא כתב הרא"ש (שם) הטעם לשמואל משום דהוי כהודאה וכו', ועל כרחך הוא משום דהניחו לדור בו החודש י"ג בלי הקדמת השכירות. ולפי זה, דבר זה כתפיסה הוא, דאם היה בא בתחילת חודש היה כולו למשכיר, דהמשכיר היה יכול להוציאו מהבית דקרקע בחזקת בעלים עומדת, אף שהשכירות ידועה שהיא על שנה, לא אמרינן דבחזקת השוכר הוא עד כלות כל השנה, רק מעות הוא תובע והשוכר מוחזק, רק אמרינן שהקרקע והפירות כל זמן שלא גמר כל דירתו הן בחזקת המשכיר, וכשבא בתחילת חודש הרי השוכר כתובע פירות המוחזקין ואינו יכול להוציא מהמשכיר. משום הכי אפילו בא בסוף חודש כולו למשכיר, כיון דהפירות היו עומדין בחזקת המשכיר, אף אם כבר דר בה הוי כתפיסה דלא מהני בספיקא.

וקושיית הש"ס בבבא מציעא (קו) שם היא כך, כיון דקיימא לן קרקע בחזקת בעלים גבי מרחץ, לענין שיהיה כתפס מרשות המשכיר בתחילת חודש, ממילא כשתביעתו על הקרקע, כשטוען שמגיע לו עוד קרקע, אפילו בברי אינו יכול לטעון, דכיון דשם במשכנתא הוי כטוען קרקע, ובקרקע לא מהני תפיסה אפילו בטוען ברי, דהאיך יעלה על הדעת להוציא מחזקת האחר בטענת ברי. וזה ברור בדברי הש"ך...

ומה שכתב הש"ך (בספר תקפו כהן בסימן מו) דבטוען ברי אפילו בקרקע מהני תפיסה, כונתו על אופן שפירשתי דבריו לעיל, כשאין טענותיהן על הקרקע, ששניהן מודים על זמן שכירות הקרקע, רק שטוען על הסך בכמה השכירה ומטעם דהוי כטוען שלא היה פירות יותר, דהש"ך כתב זה לחלק בין "איסתרא מאה מעי", דהמכירה קיימת בודאי, רק שמחולקין כמה סך המכירה, ונגד זה כתב דבשכירות כהאי גונא, כגון במרחץ שהשכירות ידוע שהוא על שנה, דהיינו גם על החודש העיבור, רק שמחולקין על סך המעות, מהני טענת 'ברי' וכו"ל.

העולה מהאמור לכאורה הוא, שגם במקרה ויש ספק לענין דמי השכירות, בעל הקרקע הינו המוחזק. ואם כן לכאורה ניתן היה לומר במקרה דנן עליה לשלם לאיש גם אם אנו מסופקים בלבד, מהכלל "קרקע בחזקת בעליה עומדת".

אלא שאין הדבר כך. כבר הוזכר לעיל, ששני הצדדים הינם שותפים בדירה. בדרך כלל, זכותו של כל שותף הוא להתגורר בדירה כמה שיחפוץ. אלא שאם אחד מוציא את השני בעל כורחו, הרי יכול לתובעו ב"דמי שימוש". יוצא אם כן, שאדרבא להיפך, במקרה שלנו האשה היא זו שמוחזקת בדירה, והבעל הטוען כנגדה שמעלה בשימושי הדירה, ונשללה ממנה הזכות לדור שם, הוא המוציא מחברו, ועליו חובת ההוכחה.

דמי שימוש במטלטלין

עד כאן עסקנו בדיני נהנה, ובתביעה ל"דמי שימוש" על דיור בדירה - קרקע משותפת, והרחבנו בדינים אלו.

שונה הדבר כאשר התביעה היא על שימוש במטלטלין משותפים, כפי שיתבאר, ונפתח בהבאת מקרה מעשי שבו עלה נידון זה.

תיאור המקרה

בני זוג שחתמו הסכם גירושין, ושם נכתב כי כלי הרכב אשר בבעלותם יתחלק בין שניהם בשוה, על ידי שיקנה אותו הבעל עצמו, או שימכר בשוק החופשי ויחלקו בתמורתו.

בפועל התעכבו במימוש ההסכם, והבעל המשיך לנהוג ברכב במשך שנה, וכעת תובעת הגרושה, דמי שימוש ברכב המשותף על כל התקופה שהשתמש בו, מאז חתימת ההסכם. מלבד תביעתה למחצית דמי הרכב ממועד חתימת ההסכם.

המשתמש במטלטלין של חברו שלא מדעתו

במסכת בבא קמא (צו, ב) איתא:

"זה הכלל, כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה... הוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה. אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו זילו שומו שבחא דאשבח... אמר ליה, סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה. אמר ליה... האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה".

נמצא שכיון שצמד השוורים הוא מטלטלין, משום כך גם אם גזלן אדם מחבירו, והשתמש בהן ונהנה מהם, מכל מקום פטור מהנאתו ומרווחיו אלו, משום הכלל שכל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה. ולא ניתן לומר שהגזלן אכל את חסרונו של חבירו, כמו שכתב הרא"ש ביחס לקרקע וכפי שיובא להלן, משום שכיון שקנה המטלטלין בקנייני גזילה, שוב חשיב כאוכל את שלו, ולא את של חבירו.

ובשו"ע חו"מ (סי' שסג סעי' ג') נפסק:

"הגוזל בהמה, ונשא עליה משא, או רכב עליה, או חרש, או דש בה, וכיוצא בזה, והחזירה לבעליה, אף על פי שעבר בלא תעשה, אינו חייב לשלם כלום, שהרי לא הפסידה ולא הכחישה. ואם הוחזק אדם זה לגזול או לעשות מעשים אלו פעם

אחר פעם, קונסין אותו, ואפילו בחו"ל, ושמין השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנגזל".

וכתב הסמ"ע (ס"ק ז) וז"ל:

"אינו חייב לשלם כלום, פירוש אף על פי שגם בעל הבהמה היה צריך לבהמה זו לעשות בה מלאכתו, וביטלה ממנו, אפילו הכי כיון דלא הפסידה, יכול להחזירה בעינה, דקימא לן דגזולן אינו משלם אלא כשעת הגזילה".

ובמסכת בבא קמא (צז, א) מובא עוד:

"איתמר, התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אמר רב רצה שכרה נוטל, רצה פחתה (רש"י: אם נשברה או נתקלקלה, ודמי פחתה יתירין על שכרה, נוטל דמי פחתה) נוטל. ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא לא פליגי, הא דעבידא לאגרא (מסתמא כי נחית לה אדעתא דאגרא נחית, הלכך לאו בתורת גזולן דיינינן ליה, ונותן שכרה על כרחו, אם רבין הן על דמי פחתה), הא דלא עבידא לאגרא (לא יהיב ליה אלא פחתה). ואיבעית אימא, הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא (רצה שכרה נוטל, ואם פחתה יתר על שכרה, נוטל דמי פחתה, דהא על כרחיה שקלה וגזל הוא), והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא (אפי"ן שכרה גדול מפחתה, לא יהיב אלא פחתה, דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה)".

ובש"ע חו"מ (סי' רסג סעי' ה) נפסק:

"התוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פיחתה ומשלם. ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה, נוטל, רצה ליטול פחתה, נוטל. ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת וכן כל כיוצא בזה. והוא הדין אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת, גזולן הוי..."

וכתב הסמ"ע (סקי"ב) וז"ל:

"ואם היא עשויה לשכר כו', פירוש, בזה יד בעל הספינה על העליונה, כיון דזה התוקף דעתו לשלם, נוטל ממנו שכירותו אם ירצה, ואם אינו רוצה, נוטל ממנו פחת הכלי, כיון דנטלו שלא ברשות, וכדין גזולן דמשלם כשעת הגזילה. אבל אם נוטל ממנו השכירות, אינו נוטל גם כן הפחת, דהרי נפחת מחמת מלאכה, וכדין כל שוכר".

והש"ך שם (סק"ח) כתב וז"ל:

"התוקף עבדו של חבירו כו', מוכח מסעיף זה וסעיף שאחר כך, דמטלטלין דנגזלין, אם גזלן ועשה בהן מלאכה ולא פחתן, אפי' קיימא לאגרא פטור, כיון דגזלן, ברשות הגזלן הוי, ובדידיה דנפשיה קעביד מלאכה, ודוק. וכן משמע לקמן סי' שעא ס"ב".

ובסי' שעא שם נפסק:

"לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאיליו, כגון ששטפה נהר, אין אחריות ההפסד על הגזלן, שבחזקת בעליה עומדת, ואומר לו, הרי שלך לפניך. אבל אם הפסידה הגזלן בידו, כגון שחפר בה בורות, שיחין ומערות, או שקצץ את האילנות, ושחת את המעיינות, והרס את הבנין, חייב להעמיד לו בית או שדה, כמו שהיו בשעת הגזילה, או ישלם דמי מה שהפסיד. הגה, וכשם שהקרקע בחזקת הנגזל, שיכול לומר הרי שלך לפניך, כן הוא ברשותו לטובתו, דאף על גב דלגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת גזילה, גבי קרקע אינו כן, אלא אם נשתמש ואכל פירותיה צריך לשלם מה שנהנה ממנה (טור)".

ובגליון מהרש"א שם כתב:

"אלא אם נשתמש, והוא הדין מטלטלין בשימש בלא הגבהה, כיון דלא קנה אותם".

והט"ז שם כתב:

"ואם עשויה לשכר, פירוש, כיון דשקיל שלא ברשות בעלים, הוה ליה על כל פנים גזלן, משום הכי הברירה ביד הבעלים, אם ליקח ממנו כדין גזלן, דהיינו הפחת, או ליקח ממנו כאשר נתרצה הוא בשעת התקיפה, אלא אם כן דנחית בהדיא בתורת גזל, אז אינו אלא גזלן לחוד, וכן נראה מדברי רבינו (הטור סעיף ד) ורמב"ם (פ"ג מגזילה הלכה ח) שפירשו דמיירי [ב]מי שלקחה שלא מדעת..."

ובעניין קרקע ועבד מוכא שם לעיל בגמרא:

"ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי, והאמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב, התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור, ואי סלקא דעתך עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור, ברשותא דמריה קאי. הכא במאי עסקינן, שלא בשעת מלאכה".

ופירש רש"י:

"פטור, מלשלם לבעליו שכרו. שלא בשעת מלאכה, בשעה [שאינו רגיל] לעשות מלאכה או שאין עכשיו לבעליו מלאכה לעשות, דזה נהנה וזה אין חסר הוא ופטור".

והתוספות שם (ד"ה "ומי") כתבו:

"ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי, והאמר רב דניאל בר רב קטינא כו', ואם היה כמקרקעי דמי, אפילו נחת ליה בתורת גזלנות, לא נפק מרשותיה דמריה, דהוי כקרקע דאין נגזלת, ומשלם אגרא, היכא דקאי לאגרא, כמו ספינה דלקמן, היכא דלא נחת ליה בתורת גזלנות".

דמי שימוש במטלטלין שנקנו והתברר שהיה מקח טעות מחמת מום

והנה, הרמב"ם (הלכות מכירה פט"ז ה"ח) פסק:

"המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר קרקע לבעלים, מחזיר כל הפירות שאכל, ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר".

והאור שמח שם כתב:

"ומכאן דן השלטי גיבורים בפרק הזהב (ב"מ ל, ב בדפי הרי"ף, סוף אות א'), דהמוכר סוס לחבירו ונשתמש בו ונודע לו אחר כך מום, דצריך לשלם שכרו, ואם הרויח בו, צריך ליתן לו כל מה שהרויח בו, דומיא דהכא דמשלם כל הפירות".

כלומר, לדעת השלטי גיבורים שימוש במטלטלין מחייב תשלום דמי שימוש.

והאור שמח שם תמה עליו וז"ל:

"ואחרי הסליחה מכבוד תורתו אמינא דדא פשיטא דהריוח אינו מחזיר לו, רק על השכר קא מיבעי, דתנינן בפרק הגזול עצים (ב"ק דף צז, א) התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, רצה שכרה נוטל רצה פחתה כו', לא פליגי, הא דעבידא לאגרא כו', הא דנחית אדעתא דאגרא, מוכח דתרווייהו בעי, שתהא קיימא לאגרא, ויהא דנחית אדעתא דאגרא, אבל בקרקע דין אחר לו, כמו שאמר תמן קודם, ומי אמר רב עבדא כמקרקעי דמי כו', התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור, ופירשו בתוספות (שם ד"ה ומי) ואם הוי כמקרקעי, אפילו נחית בתורת גזילה לא נפיק מרשות מריה, דהוי כמו קרקע דאין נגזלת, ומשלם אגרא היכא כו', אם כן כאן בחצר שפיר צריך להעלות לו שכר, אבל במוכר סוס ועשה בו מלאכה, כיון דהוא דבר דנגזל, ודאי דאין צריך ליתן מה שהרויח, רק בשכר מבעי, אם דוקא דנחית אדעתא דגזלנותא הא, כיון שסבור שהוא שלו, ואדעתא דידיה משתמש, משלם אגרא, כמו היכי דנחית אדעתא דאגרא, דאין כוונתו לגזול מן בעל הבית ולהשתמש בבהמתו בחנם, אם לא דסבור שהוא שלו, או דילמא כיון שאינו מכוון לשלם שכר, ועביד להשתמש בחנם, פטור מלשלם, ומחזיר לו בהמתו כמו שהיתה, והדבר צ"ע..."

נמצא כי דין מטלטלין שונה מדין קרקע, ורק בקרקע שאינה נגזלת, חייב בשכר שימוש, בשדה שקיימא לאגרא, שאז חייב מדין זה נהנה וזה חסר, אבל במטלטלין שנגזלים, אזי אם נתכוין לגזלם, פטור מתשלום שכר, וחייב להשיבם כשעת הגזילה.

אלא שבמקרה של השלטי גיבורים, בו מדובר באדם שקנה סוס והשתמש בו, ולאחר מכן נודע שיש בו מום, והמקח בטל, פסק השלטי גיבורים שחייב בתשלומים. מנגד דעת האור שמח היא כי יש להסתפק בדבר, כי אף אמנם אם התכוון לגזול, הרי הוא פטור מדמי שכירות, ואם התכוון להשתמש בסוס על דעת לשלם שכירות, וודאי שיהיה חייב בדמי השימוש. אולם במקרה שנמצא בו מום, הרי שכאשר השתמש עדיין לא ידע על המום, והשתמש בו כי חשב שהסוס שייך לו, ובזה מסתפק האור שמח בהגדרת מקרה זה, שכן מצד אחד לא ניתן להגדירו כגזלן, שהרי לא התכווין לגזול אלא להשתמש בו, ונחשב כירד אדעתא דאגרא, או שמא נאמר שכיון שהשתמש בכונה שלא לשלם בעבור השימוש, כי חשב שהוא שלו, נחשב כירד אדעתא דגזלנותא.

ובהמשך דברי האור שמח לאחר שדן בדברי הרשב"א שציטט שם בהמשך, כתב:

"... יהיה איך שיהיה הדבר ספק לדידן, דלדעת רשב"א יש לצדד הרבה דאף כאן פטור מלשלם, ולכאורה נראה דתליא אם נימא דהמוכר דבר שיש בו מום, אם המוכר יכול לחזור בו, טרם שנודע ללוקח, דאם נימא דאין המוכר יכול לחזור בו, הרי נפיק מרשות בעלים, דבדידיה דלוקח תלוי, ולא במוכר, ועיין (חו"מ) סימן רלב בסמ"ע ס"ק יב, ויש אתי להאריך ואין כאן מקומו, וראיתי בשו"ת רשב"ש סימן תעו שכתב בבגד שצריך לשלם שכר לבישתו, וכשלטי הגבורים, יעו"ש".

ובשו"ת הרשב"ש (סימן תעו) כתב:

"המוכר בגד לחבירו ונמצא בו מום... ואם הבגד כבר נעשה ממנו מלבוש, ולבשה קודם שנגלה המום, והיה מום שלא היה יכול להכירו עד עתה, וחוזר הבגד למוכר... וצריך ליתן לו שכר לבישתו, כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפיו מהלכות מכירה, גבי המוכר בית ומצא בו מום..."

נמצא כי הרשב"ש פסק כדעת השלטי גיבורים, שכאשר השתמש במטלטלין וחשב שהם שלו, לא נחשב כירד על דעת גזלנות, אלא נחשב כירד על דעת שכר. וכאמור האור שמח נשאר בספק בדין זה.

אולם במקרה שידע המשתמש במטלטלין שהם אינם שייכים לו, לכל הדעות אם התכוון לגזלנות פטור מדמי שימוש. ואם התכוון על דעת לשלם שכר, ודאי חייב בשכירות. אלא שכיון שהשתמש בלי רשות, אזי בידו של הבעלים להחליט, אם רוצה שהמשתמש ישלם דמי הפחת של החפץ בשל שימוש, או דמי השכירות על תקופת השימוש, וכפי שנפסק בשו"ע שם.

ועוד נפסק שם שאם השתמש ללא רשות, על דעת לשאול את החפץ, ולא על דעת שכירות, אינו חייב בדמי שכירות, משום ששואל שלא מדעת הרי הוא גזלן.

אוכל חסרונו של חבירו בקרקע ובמטלטלין

בעניין זה של דמי שימוש במטלטלין שאין לחייבם מכיון שקנה אותם השואל שלא מדעת או הגזלן, יש להוסיף כדלהלן.

דהנה, לעיל הבאנו את מחלוקת הראשונים הידועה בדיון "זה לא נהנה וזה חסר", אם דינו שחייב כמו דינו של זה נהנה וזה חסר.

דהנה, תוספות במסכת בבא קמא (כ, א) ד"ה זה אין נהנה וזה אין חסר הוא, כתבו וז"ל:

"אפילו בחצר דקיימא לאגרא, וגברא דלא עביד למיגר, הוה מצי למימר דפטור, כיון שלא נהנה, אף על פי שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא".

אולם מנגד הבאנו לעיל באורך כי הרי"ף והרא"ש ושאר הראשונים חלקו על דברי התוספות (כמצוין גם בהגהות הגר"א על הדרף). וז"ל הרא"ש שם (סי' ו'):

"אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר הוא. פר"י שהוא הדין נמי בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, דפטור, כיון דלא נהנה, אף על פי שגרם הפסד לחבירו, דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא, ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה, וכך המקבל שדה והובירה, אין חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט. ואומר בירושלמי זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור.

ורב אלפס ז"ל כתב, אבל בחצר דקיימא לאגרא, צריך להעלות לו שכר, ואף על גב דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא. וכדבריו מוכח בשמעתין, שלחיה בי רבי אמי, אמר וכי מה עשה זה, מה חסרו ומה הזיקו, משמע הא חסרו והזיקו פשיטא שחייב.

ומיהו כבר הוכחתי שעל החסרון אין חייב, דלא הוי אלא גרמא בעלמא, ואי איכא לחיוביה, מהאי טעמא איכא לחיוביה, משום שאכל חסרונו של זה, ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו, או המוביר שדה של חבירו, שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה אף על גב שלא נהנה, שהיה מוצא דירה אחרת בחנם, מכל מקום השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד וכן נראה".

ועל דברי הרא"ש כתב שם הפלפולא חריפתא (אות נ) בעניין דין מטלטלין, אם שייך בו "אוכל חסרונו של חבירו", וז"ל:

“השתא מיהא קאכל וכו’, ודוקא בחצר ושאר קרקעות, דקרקע ברשותא דמריה קיימא, אבל במטלטלי, אפילו דעביד למיגר, כי גולן ואכל החיסרון, שחיסר לבעליהן שהיו יכולין להשתכר בהן, פטור מתשלומין של החסרון, שאין משלם אלא כשעת הגזילה. והכי איתא בפרק הגזול קמא בתוקף הספינה ע”ש...”

נמצא אפוא, כי במטלטלין כיון שנקנו בקניני גזילה, הרי שהגולן אוכל את “חסרונו” של עצמו, כי המטלטלין נכנסו לרשותו.

ומעתה, ההכרעה במקרה דנן לכאורה היא, כי מכיון שהגרוש השתמש ברכב המשותף של הצדדים (רכב זה היה צריך להמכר בשוק החופשי מיד לאחר חתימת ההסכם, וכפי שנראה מהסכם הגירושין שביין הצדדים, ונעשה עליו קנין וניתן לו תוקף של פסק דין), וכוונת שימוש של הגרוש הייתה שלא על דעת לשלם שכירות. נמצא שלכל השיטות, נחשב הוא לכאורה מבלי שנתכוון לכך, כדינו של גולן, שכן שואל שלא מדעת הרי הוא גולן. ונמצא שהוא פטור מדמי שכירות, וכל חיובו הוא להשיב את הגזילה כשעת הגזילה.

במקרה דנן אם בית הדין יטיל על הגרוש לשלם את מחצית שווי הרכב, לפי ערכו ושווי בזמן חתימת ההסכם, הרי כי בזה ישלם את הגזילה כשעת הגזילה, שהרי מעת חתימת ההסכם והקניין, הרכב שייך גם לאשה, והמשך החזקתו אז, היא שעת הגזילה.

שוכר מטלטלין של חברו שלא מדעת וללא רשות אם דינו כגולן

והנה, מצינו שיטות ב”שוכר שלא מדעת”, ששימוש ללא הסכמת הבעלים אינו נחשב לגזילה. נברר להלן אם מקרה דנן מתאים לכך.

דהנה, בשיטה מקובצת (שם צז, א) כתב:

“אי נחית לה אדעתא דגזלנותא, אינו נוטל אלא פחתא, קשיא לי אי פחת דאית ביה שנוי הוא, הא אמרינן אין שמין לא לגנב ולא לגולן, אלא הגולן נוטל השברים, ומשלם הספינה מעליא, דהא קיימא לן שינוי קונה. ואי בפחתא דלית ביה שינוי, דלא קני ליה, אמאי משלם פחתא, ליהוי ככחשא דהדר, כיון דלא הוי שינוי אומר לו הרי שלך לפניך...”

אלא נראה לי, דהאי דאמר דנחית לה בתורת גזלנותא, לאו לגזלה ממש, שלא יחזירנה לעולם, אלא להשתמש בה חנם ולהחזירה לו, דכיון דהכי הוא הוה ליה כשואל שלא מדעת, דאף על גב דמשוינן ליה כגולן, לענין מתה מחמת מלאכה ולכל אונסין, אפילו הכי לא נפיק ליה מכלל שואל, ואפילו בפחתא דאית ביה שינוי, שמין לו שברים כשואל, דלא קנסינן ליה כולי האי, ולישנא נמי הכי משמע דקאמר התוקף (ולא הגזול) ובין לרב ובין לשמואל קאמרי... הראב”ד ז”ל.”

והנה יש צורך לבאר את אפשרות הבחירה הזו, אשר בידו של הנגזל להחליט אם הגזלן הוא שוכר או גזלן.

ובנתיבות המשפט ביאורים (סי' שסג סק"ו) הביא את דברי הראב"ד הללו (בשם רשב"א בט"ס) לבאר את סברת אפשרות הבחירה, בין פחת או שכר, וז"ל:

"שמין כמה פחתה, ומבואר ברשב"א (צ"ל: הראב"ד) בחידושיו, דמכל מקום אין לו דין גזלן, דבגזלן הדין בכחש דלא הדר, דאין שמין לגזלן, ואם הוזלו השברים פחת הוזל על הגזלן, מה שאין כן בזה שלא נתכוין לגזול, רק לעשות מלאכה, אף דשואל שלא מדעת גזלן, מכל מקום לא קנסוהו כל כך, עיין שם".

והוסיף הנתה"מ:

"ונראה דהא דלא קנסוהו, הוא לענין אם הוזלו השברים, אבל אם נאנסו לגמרי, ודאי דחייב כדין שואל שלא מדעת".

ובסימן שח (ביאורים סק"ד) הביא הנתיבות המשפט שוב את דברי הראב"ד בשיטמ"ק שם, בביאור דברי הרמ"א שם בענין "שוכר שלא מדעת", וכדלהלן.

דהנה, הרמ"א שם (סעיף ז בשם תרומת הדשן סי' שטז), כתב בזה"ל:

"הלוקח חמורו של חברו שלא מדעתו ועושה מלאכתו, וכוננתו ליתן לו שכרו, הוא כשואל שלא מדעת והוי גזלן. ואם החמור עומד לשכור, לא הוי גזלן. ומיהו אם מיחו בו בני ביתו, ואומרים שבעל החמור צריך לחמורו, הוי כשלא מדעת והוי גזלן. ואם לקחו להציל את שלו, ורוצה ליתן לבעל החמור הפסדו, לא הוי גזלן, דתנאי בית דין הוא (ת"ה סימן שטז), כדלעיל סימן רסד סעיף ה. ועיין לקמן סי' שסג סעיף ה מדינים אלו".

לדברי הרמ"א נמצא, כי השוכר שלא לדעת וללא רשות, אין דינו כגזלן, אם החפץ עומד לשכירות, ולא מיחו בו.

והנתיבות שם כתב בזה"ל:

"עומד לשכור לא הוי גזלן, היינו דפטור מאונסין, אבל בפחת שמחמת מלאכה ודאי חייב, כשרוצה הבעל הבית, כמבואר בסימן שסג סעיף ה, עיין שם גבי התוקף שפינתו של חברו, דאם עומד להשכיר, דרצה פחתה נוטל. והטעם הוא כעין שכתב השיטה מקובצת בבא קמא דף צז ע"א (ד"ה אי נחית) גבי שואל שלא מדעת, דאף שלא נתכוין לגזול הגוף, רבנן שווינהו כגזלן, ומכל מקום לא חייבוהו לשלם השברים, רק הכחישה מחמת מלאכה, עיין שם, והכי נמי בשוכר שלא מדעת".

נמצא לסיכום דברי הראב"ד והנתה"מ, כי גם שואל שלא מדעת שנחשב כגזולן, אין דינו כגזולן גמור, כי אף שחייב באונסין אם נאנס החפץ לגמרי כדין גזולן, מכל מקום אם נותרו שברים, שמין את השברים (כדין שואל שחייב באונסין ומכל מקום שמין השברים וחיובו באונסין הוא על היתרה בין השברים ובין כל הפסד הבעלים), והשברים שייכים לנגזל, ואם פחתו פחתו לנגזל, ואין הגזולן חייב בפחת הנוסף, שמכיון שהתכוון לשאול ולא לגזול לגמרי, אף שנחשב כגזולן, מכל מקום לא קנסוהו גם ביחס לשברים. וכעין זה בשוכר שלא מדעת, כאשר התכוון לשלם על השכירות, שאין דינו כלל כגזולן לדעת הרמ"א והתרה"ד, ופטור מאונסין, ומכל מקום חייב בפחת המטלטלין מחמת המלאכה, אבל לא חייבוהו לשלם השברים, ואלו יהיו שייכים לבעליהן, ואם יפחתו לאחר מכן, הפחת אינו מוטל על השוכר, אלא על בעל הבית.

אמנם ב"שוכר שלא מדעת" שהוכח מדברי הרמ"א בשם התרה"ד שאין דינו כגזולן, ופטור מאונסין, כיון שנתכוון לשלם שכירות, ולא ימחו בו הבעלים, ישנם דעות חולקות, וכדלהלן.

דהנה, הט"ז (סי' שסג סעי' ה) כתב:

"ואם עשויה לשכר, פירוש, כיון דשקיל שלא ברשות בעלים הוה ליה על כל פנים גזולן, משום הכי הברירה ביד הבעלים אם ליקח ממנו כדין גזולן, דהיינו הפחת, או ליקח ממנו כאשר נתרצה הוא בשעת התקיפה, אלא אם כן דנחית בהדיא בתורת גזל, אז אינו אלא גזולן לחוד, וכך נראה מדברי רבינו (הטור סעיף ד') ורמב"ם (פ"ג מגזילה הל' ח) שפירשו דמיירי [ב]מי שלקחה שלא מדעת, אבל רש"י (ב"ק זז, א ד"ה נחת) פירש דמיירי שלקחה בעל כרחו".

נמצא שהט"ז תלה הדבר במחלוקת רש"י והרמב"ם, שלדעת הרמב"ם שוכר שלא מדעת דינו כגזולן, ואילו לדעת רש"י רק אם לקח את החפץ בעל כרחו של בעליו, בבחינת "התוקף ספינתו", אז נחשב כגזולן למרות שלקחו כדי לשוכרו ולשלם שכירותו, אולם אם לא לקחו בעל כרחו, אלא רק שלא מדעתו, על מנת לשלם שכירותו, ומדובר בחפץ העומד להשכיר, ככהאי גוונא לא נחשב לגזולן אלא לשוכר.

כדי להבהיר כיצד הדבר תלוי בדעת רש"י והרמב"ם נצטט את לשונם, וכדלהלן.

דהנה בסוגיית גמרא שם כתב רש"י שם כמצוטט לעיל, כך:

"נחת לה אדעתא דאגרא, רצה שכרה נוטל, ואם פחתה יתר על שכרה, נוטל דמי פחתה, דהא על כרחו שקלה וגזל הוא".

ומשמעות דברי רש"י להבנת הט"ז, היא כי מדובר שלקחה בעל כרחו של הבעלים ותקפו. אולם סתם שוכר שלא לדעת לא נחשב לגזולן כלל. אולם מדברי הרמב"ם משמע שאף בשוכר שלא לדעת בסתמא, וכמשמעות הרמ"א הנ"ל מסי' שח בשם התרוה"ד, נחשב כגזולן לעניין שניתן לבחור אם לגבות ממנו הפחת או דמי השכירות, ונכלל בכלל "תוקף ספינתו של חברו".

דהנה, הרמב"ם (גזלה ואבדה פ"ג ה"ח) כתב וז"ל:

"התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פחתה ומשלם, ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה נוטל, רצה ליטול פחתה נוטל, ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת, וכן כל כיוצא בזה".

ומדייק הט"ז בדבריו כי אף שירד סתם שלא ברשות, גם אז דינו כדין תוקף ספינתו.

לדברי הט"ז, השו"ע שציטט את לשון הרמב"ם, משמע שסובר כדבריו, שאף מבלי לתקוף את המטלטלין בעל כרחו, שייך דין זה של "תוקף ספינתו". כדברי הט"ז כתב גם המחנ"א (הלכות גזילה שם).

אמנם הקצות החושן בסימן שח סק"ג, ביחס לדברי הרמ"א בשם התרה"ד, נקט בדבר רש"י שסובר כדברי הרמב"ם, וז"ל:

"ואם החמור עומד לישכר לא הוי גזלן, בתרומת הדשן סי' שטז ראובן היה לו סוס בביתו ויצא לשוק, ובא שמעון לביתו של ראובן ולקח הסוס לרכוב עליו מהר, עבור חוב אחד שאם לא ירכב עתה יהא בודאי נפסד, והחוב הוא בערך מאה ליטרין, ושום סוס אחר לא נמצא לו, אמרה אשת ראובן לשמעון, אל תקח הסוס כלל, כי בעלי צריך גם כן לרכוב עליו מיד עבור עסק אחד, אמר שמעון כמה הוא העסק יו"ד ליטרין, אני צריך לק' ליטרין, אפרע מיד העסק שלו אם יהיה נפסד, [ו]אקח הסוס, וכן לקח אותו על מנת לפרוע גם כן שכרו, כי הסוס עומד להשכיר לכל, ונאנס בדרך, חייב שמעון לשלם דמי הסוס לראובן או לא.

ועיין שם שכתב, יראה לפום ריהטא דחייב, כיון דאמרה לו דבעלה צריך, ואין דעתו כלל להשכירו עכשיו, הוה ליה שוכר שלא מדעת, ונקרא גזלן, כמו שואל שלא מדעת, כיון דהשתא ודאי לא ניחא ליה לראובן בשכירות כו', והעלה כיון דברשות לקח, והוא ברשות בית דין, משום שהיה על פי תנאי בית דין שאם נסדקה לאחד חבית של דבש, שופך יינו של חבירו כדי להציל דבשו, ונותן לו דמי יינו (ב"ק פא, ב), ואם כן הוה ליה שוכר שפטור מאונסין עכ"ל וע"ש.

ומשמע ליה להרמ"א, מדכתב כיון דאמרה דבעלה צריך, ואין דעתו להשכירו עכשיו, ומשמע הא נטלו שלא מדעת ולא מיחתה בו, לא הוי גזלן, כיון שעומד להשכירו.

אמנם נראה, דוקא כשנאנס הוא דפטור, ומשום דלא הוי גזלן כיון שעומד להשכירו, ואם לקחו להציל שלו, אפילו מיחה, כיון שרשאי ברשות בית דין, אבל אם מתה מחמת מלאכה חייב, דאף על גב דשוכר פטור במתה מחמת מלאכה,

זה שנטלו שלא מדעת, אף על גב דעומד להשכירו חייב, וכדמוכח פרק הגוזל קמא דף צז תוקף ספינתו... ומוכח דאפילו היכא דקיימא לאגרא, ונחית אדעתא דאגרא, רצה נוטל פחתה, אם הפחת יתר על השכר, וכן פסק הרמב"ם... ואם כן הוא הדין בחמור העשוי לשכור, ונפחתה מחמת מלאכה, רצה נוטל שכרה, אם השכר יתירה על הפחת, ואם הפחת יתירה נוטל פחתה. ואם כן מה שכתב הרמ"א דלא הוי גזלן, היינו להתחייב באונסין, אבל בכחש או מתה מחמת מלאכה, לא הוי דינו כשוכר וחייב לשלם.

ועין שם לשון רש"י, בהא דקיימא לאגרא רצה נוטל פחתה (ד"ה נחת לה), דהא בעל כרחיה שקלה וגזלן הוא ע"ש, ומשמע מזה דהוה ליה גזלן ממש וחייב אפילו באונסין, וצריך עיון".

מדברי הקצות החושן, שהביא את דברי רש"י הנזכרים, ביחס למקרה של התרה"ד, העוסק בשכר ללא רשות הבעלים, אך לא תקפו בעל כרחו, ועל כך מצטט את דברי רש"י שנקט לשון "בעל כרחו", שסובר ביחס למקרה של התרה"ד שנחשב כגזלן לגמרי, וחייב אף באונסין (ולא רק בפחת מחמת מלאכה), אם בחר בעל הסוס בדרך של "פחת", ולא בדרך של דמי שכירות. משמע שבאר ולמד את דברי רש"י במה שכתב "בעל כרחו", שהכוונה היא לאו דווקא בעל כרחו ממש, אלא אף בהשתמש בלי רשות, גם נכלל בכלל התוקף. ומשמע שהקצות החושן חולק על הט"ז בהבנת דברי רש"י, וסבירא ליה שאין מחלוקת בין הרמב"ם ובין רש"י.

כדברי הקצוה"ח סבר גם אחיו בעל ה"תרומת הכרי" בס"י שסג סק"ד (ד"ה אם רצה). עיי"ש.

נמצא לסיכום כי "שוכר שלא ברשות", וגם לא מיחו בו, אם חשיב שוכר גמור, או נכלל בדין "תוקף ספינתו", תלוי במחלוקת הנ"ל, כי לדעת הקצוה"ח והתרומת הכרי, לכולי עלמא בין לרש"י ובין לרמב"ם נחשב כתוקף ספינתו, שדינו "רצה גובה הפחת רצה גובה שכר". אבל לדעת הט"ז והמחנ"א נחלקו בזה הרמב"ם ורש"י, לדעת רש"י חשיב כשוכר בעלמא, ורק בתקפו בעל כרחו נחשב בדין תוקף ספינתו, ואילו לדעת הרמב"ם גם בשוכר שלא ברשות נכלל בכלל תוקף ספינתו. גם לדעה זו ההלכה כדעת הרמב"ם כפי שנפסק בשו"ע שציטט את לשון הרמב"ם.

הנה, מקרה דנן אינו שייך כלל לדין זה, שהרי הבעל שהשתמש ברכב של שני הצדדים, לא התכוון כלל לשלם שכר בעד שימוש, כך שמבחינה זו, עדיין יש מקום להגדירו בכלל דינו הרחב של שואל שלא מדעת שדינו כגזלן, וממילא אינו משלם שכירות בעד שימוש ברכב, שהוא מטלטלין, וחייב בעלות הרכב כשעת הגזילה, וגם חייב בכל חיובי אונסין כגזלן.

שואל שלא מדעת אם נחשב כגולן לכל עניין

והנה, בדברי יחזקאל (סי' נב סק"ד) כתב ביחס לדברי הראב"ד בשיטמ"ק בזה"ל:
 "ומבואר מדבריו, דשואל שלא מדעת דהוי גולן, אינו אלא לחיוב אונסין בלבד,
 ולא לענין קנייני גזילה לקנות בשינוי וכיוצא בזה, והיינו טעמא משום דאין הגולן
 קונה הגזילה לטובתו בעל כרחו, ודוקא לענין חיוב אונסין אמרינן בעל כרחיה
 חייביה רחמנא. ועיין בנימוק"י בשם הרמ"ה בסוגיא דאין שמין לעיל (דף י"א)
 דחולק על זה..."

לדבריו, דעת הראב"ד כי שואל שלא מדעת נחשב גולן רק לענין חיוב אונסין, אך לא
 לענין קנייני גזילה. ומשכך נראה לדעתו, שלדעת הראב"ד שואל שלא מדעת חיובו אינו
 כשעת הגזילה, כמו גולן רגיל, שקונה את המטלטלין בקנייני גזילה. ואם כך, הרי כי המשתמש
 חייב לשלם על שימוש דמי שימוש כ"נהנה".

לפי דעה זו, נמצא לכאורה כי במקרה דנן, גם אם נגדיר את המקרה בו הגרוש השתמש
 ברכב כ"שואל שלא מדעת", הרי שחייב בדמי השימוש על שימוש ברכב.

אולם מנגד, ה"דברי יחזקאל" ציין שהנימוקי יוסף חולק על הראב"ד, וסובר ששואל
 שלא מדעת הינו גולן לכל העניינים, וגם לענין קנייני גזילה, כך שלשיטה זו פטור הגרוש
 מדמי שימוש, וחייב בעלותו של החפץ כשעת הגזילה. ונמצא שלא ניתן להוציא ממנו דמי
 נהנה מספק.

וב"דברי יחזקאל" שם בהמשך דבריו (סק"ו) כתב בסוף דבריו ביחס לדברי הריטב"א
 בזה"ל:

"ונראה דחולק על דעת הראב"ד, וסובר דכל דיש עליו תורת גולן, קונה בשינוי
 וכשיטת הרמ"ה שבנימוק"י לעיל".

מעבר לכך, נראה כי נפסק להלכה כדעת הנימוקי יוסף, שדינו של שואל שלא מדעת הוא
 כגולן לגמרי. דהנה, בשו"ע חו"מ (סי' שנט סעי' ה) נפסק:

"אפילו הלוקח בשאלה, שלא מדעת הבעלים, נקרא גולן".

מדברי השו"ע העוסק בענייני גזילה, ופסק ששואל שלא מדעת נחשב גולן, ולא חילק
 בפרטי דין זה. משמע שדינו כגולן לגמרי כדעת הנימוק"י.

ולכן במקרה דנן בו הגרוש השתמש ברכב המשותף של הצדדים, וכונת שימוש של
 הגרוש הייתה שלא על דעת לשלם שכירות. נמצא שלכאורה לכל השיטות נחשב הוא, למרות
 שלא נתכוון לכך, כגולן, שכן שואל שלא מדעת הרי הוא גולן. ונמצא שהוא פטור מדמי

שכירות, וכל חיובו להשיב את הגזילה כשעת הגזילה. דהיינו מחצית שווי הרכב לפי ערכו ושוויו בזמן עזיבת הבעל את הבית (כלשון ההסכם), שהיא שעת הגזילה. אולם מנגד נראה לומר כי מקרה דנן אינו שייך לדיני גזילה, וכדלהלן.

בני זוג כשותפין

בשו"ע חו"מ הלכות שותפים (סי' קעו סעי' טז) נפסק:

"נשתתפו סתם, ולא קבעו להם זמן, הרי אלו חולקין כל זמן שירצה אחד מהם, ויטול כל אחד חלקו מהסחורה. ואם לא היה באותה סחורה דין חלוקה, או שהיה בחלוקתה הפסד, הרי אלו מוכרים אותה וחולקים הדמים".

ושם בסעיף יח נפסק:

"אם לא קבעו זמן לשותפות, או שקבעו זמן ונשלם, ובא אחד לחלוק שלא מדעת חבריו, חולק בפני ג', אפילו הם הדיוטות, ובלבד שיהיו נאמנים ויודעים בשומא. ואם חלק בפחות משלשה, לא עשה כלום. הגה, ואם הפסיד אח"כ בחלקו, הוא יכול לבטל החלוקה (טור). ויש חולקין (שם בשם י"א). במה דברים אמורים, שחלקו פירות, אבל אם היו מעות, שכולם מטבע אחד ושוים, יש לו לחלק שלא בפני בית דין, ומניח חלק חבריו בבית דין. ואם אין המעות שוים, הרי הם כפירות ואין חולקין אותם אלא בבית דין".

נמצא ששותפים שקבעו זמן לקיום השותפות, והגיע זמן השותפות להסתיים, יכולים לכוף זה את זה כדי לחלוק. אולם משמע שכל זמן שלא חלקו נמשכת השותפות.

ועיין בכנה"ג הגה"ט אות קעד שבכהאי גוונא נמשכת השותפות לפי תנאי השותפות הראשונים.

חלוקת שותפות צריכה קניין

והנה שם בסעיף כ נפסק:

"היה להם חוב אצל אחרים, אינו יכול לומר לחבריו, לא נחלק עד שנגבה כל חוב שיש לנו, אלא חולקים, וכשיפרעו החובות יטול כל אחד חלקו..."

ובנתיבות המשפט ביאורים (שם סק"מ) כתב:

"חוב אצל אחרים, נראה דמיירי בחובות שכבר עבר הזמן פרעון, ודמי לסחורה

שאינן זמן ידוע למכירתה, דיכולין לחלוק אימת שירצו. אבל בחובות שלא הגיע עדיין הזמן פרעון, דמי לסחורה שיש זמן ידוע למכירתה, דלעיל בסעיף יז, דאינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן, דמצי אמר ליה טירחא ומזלא דבי תרי עדיף, דכיון שעשו החוב על זמן יותר ארוך ממשך זמן השותפות, הוי כאילו המשיכו זמן חלוקת השותפות של סך השטר חוב, ודומה למה שכתב ה"ט"ז בסעיף זה. ועיין סמ"ע ס"ק נב דאין לחלק בין חובות בעל פה לחובות בשטר וכו'.

ואף דבסימן קעג סעיף ב בהג"ה סבירא ליה דחלוקת השותפים בעי קנין, וחוב בעל פה אינו יכול להקנות בקנין, רק במעמד שלשתן, מכל מקום בשומת בית דין אין צריך קנין, כמו שכתב הש"ך סימן קא ס"ק ג, ע"ש".

מדבריו עולה, כי חלוקת השותפות צריכה קנין, וסוג הקנין הוא על פי דרכי הקניינים. ונמצא שבמטלטלין הקנין לחלוקת השותפות הוא משיכה או הגבהה, ואילו בקרקע בכסף שטר או חזקה.

ושם (סי' קעג סעיף ב) נפסק:

"אם חלקו בגורל, לאחר שעלה הגורל לאחד מהם נתקיימה החלוקה לכולם. הגה, מיהו הרא"ש כתב (בתשובה, והביאו הטור) דאין הגורל קונה, רק מברר החלקים, ואם החזיק אחד בחלקו, החלוקה קיימת ועיין לעיל סימן קנז סעיף ב".

כאמור הנתה"מ כתב, שדעת הרמ"א היא שחלוקת שותפין צריכה קניין. נראה כי זו גם דעת השו"ע, אלא שמה שנחלק על הרמ"א, הוא רק בקנין על ידי גורל, אם מהני, שלדעת השו"ע מהני, ולדעת הרמ"א לא מהני, אולם בשאר קניינים לא נחלקו, וכולי עלמא מודו דמבלי מעשה קנין לא תתפרק השותפות.

ראה שם בדברי הסמ"ע (סוף סק"ד) שגם לדעת השו"ע שמועיל גורל, הוא גם מדיני הקניינים, שכתב בזה"ל:

"... והטעם דנתקיימה החלוקה לכולם, פירש (רש"י) [רשב"ם ב"ב קו ע"ב ד"ה] אמר רב אשי' על פי הגמרא, דבההיא הנאה דשמעי להדדי, לחלוק בגורל, ליטול כל אחד חלקו, דאינן חפצין עוד בשותפות, גמרי ומקני אהדדי כדי שלא יהיה עוד עיכוב בהדבר".

והרי "בההיא הנאה" הוא קניין גמור כידוע בכמה מקומות בש"ס.

הנתיבות נקט בפשטות וללא חולק, כי חלוקת שותפין זוקקת קניין, ואף במטלטלין, שהרי הוא עוסק בקניית חוב בעל פה שאין בו שיעבוד קרקע.

קניין לחלוק הינו קניין דברים

והנה, קניין לחלוק או להתחייב לחלוק לא מהני, משום שהינו "קנין דברים", דהנה בשו"ע חו"מ (סי' קנו סעי' ב) נפסק:

"מקום שאין בו דין חלוקה שרצו שותפין לחלקו, אף על גב שקנו מידם, כל אחד מהם יכול לחזור בו, שזה קנין דברים הוא. אבל אם בירר כל אחד חלקו, ורצה זה ברוח פלונית וזה רצה ברוח פלונית, וקנו מידם על זה, אינם יכולים לחזור בהם. וכן אם הלך זה בעצמו והחזיק בחלקו, וזה בעצמו והחזיק בחלקו, אף על פי שלא קנו מידם, אין אחד מהם יכול לחזור בחבירו. ויש אומרים שאפילו החזיק שלא בפני חבירו, ולא אמר לו לך חזק וקני, קנה, ואפילו לא החזיק אלא אחד, זכה הלה בחלק האחר. הגה, ועיין לקמן בסימן קעא מדיני מקומות בבית הכנסת."

והנה במקרה דנן נוסח הסעיף בהסכם היה כדלהלן:

"הרכב יימכר בשוק החופשי, ותמורתו תחולק בחלקים שווים בין הצדדים".

קניין על לשון זו – "הרכב ימכר", הינו קניין דברים בעלמא, ומשכך לא חל מעשה הקנין על ההסכם בסעיף זה. ואם כך לא התפרקה השותפות. ואם אמנם כן אזי הצדדים נותרו שותפים ברכב.

לעיל הארכנו בנידון זה, כאשר שותף אחד השתמש לבדו בנכס המשותף, ובדברי הרשב"א (ח"ב סי' קמא) בשותף שהשתמש בנכס המשותף לבדו, אשר הובאו להלכה ברמ"א (סי' קעא סעי' ח) בזה"ל:

"לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר, אשתמש גם כן זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש (רשב"א סימן תתקט ח"ב קמא)".

נמצא כי יש בכוחו של שותף שישב בנכס המשותף לבדו, לטעון, שהוא השתמש בשלו, ואין הוא נחשב כגזלן, או כמי שהפר את תנאי השותפות.

בנידון דנן כפי שהתבאר, לא חולקה השותפות בדרך המועילה ועדיין הגרוש והגרושה שותפים ברכב. ומשכך, השתמשותו של אחד השותפים אינה פגיעה בשותפות רעהו, כאשר במקרה דנן האשה יכלה לפנות לגרוש או לבית הדין ולבקש להשתמש לסירוגין בחלוקה שווה ברכב. יתכן והגרוש היה מסכים, או שבית הדין היה מורה לו על כך.

העולה מן האמור, ששימוש ברכב הוא חלק מהשותפות, ואינו בבחינת גזילה, והוא אינו חייב בדמי השימוש על כך.

נמצא לסיכום לכאורה כי ממה נפשך, בין אם נגדיר את הגרוש כגולן ובין כשותף פטור הוא מדמי שימוש על שימוש ברכב.

סיטומתא בהסכמים

והנה, מצד שני יש מקום לקיים את קנין חלוקת השותפות, שהרי כל ההסכמים כיום, גם אם הם אינם מנוסחים כראוי על פי ההלכה, קיימים מדין סיטומתא, וכמו שהובאו שיטות הפוסקים בחו"מ סי' רא בפת"ש סק"א, החולקים אם מהני סיטומתא באופנים שמדינא לא מועיל קנין, כגון באסמכתא, ובדבר שלא בא לעולם, והוא הדין בקנין דברים, ונקטינן למעשה שהסיטומתא מועילה ככהאי גוונא, שאם לא כן לא מצאנו ידינו ורגלינו בהסכמים כיום. וכפי שנבהר להלן.

קניין סיטומתא בהסכמי גירושין

בפד"ר כרך ג (עמ' 368-369) בעניין הסכם בחתימת ידם של הצדדים בדרך הפרטוקול, ללא קבלת קניין על ידי הבעל, כתבו הגאונים הרבנים רבי ע. הדאיה רבי י.ש. אלישיב ורבי ב. זילטי זצ"ל בזה"ל:

"אכן נראה שיש לקיים את ההסכם מדין סיטומתא. עי' בהגהת רב"פ ז"ל חו"מ סי' רא, שהוכיח מסי' קכט סעי' ה וסמ"ע שם, דגם לענין התחייבות מהני קנין סיטומתא, וכן מבורר בשו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סי' כו, מה שכתב בענין אחד שמכר לחבירו דבר שלא בא לעולם, ונתן לו ערבון על קיום המקח, ותקיעת כף כדרך הסוחרים, וזה לשונו:

...דמאי שנא בדבר שאינו קנין כלל, לא מן התורה ולא מדרבנן, אמרינן דמנהג התגרים מבטל הדין, וכמו שאמרו בש"ס בכמה מקומות - מנהג מבטל הלכה... ב"ק קטז... ב"מ דף פג, ולמה בדבר שלא בא לעולם לא יאמרו אם המנהג כן מנהג מבטל הלכה, ובאמת יש לומר הטעם, בדבר שבא לעולם מהני מנהג התגרים, משום דגמר ומקנה, אבל בדבר שלא בא לעולם אין לו מה להקנות, כיון שאינו בעולם... הא בדבר שלא בא לעולם שייך חיוב, ולימא דטעם המנהג דמהני, שמחייב בנפשו, דזה מהני בדבר שלא בא לעולם...

ובסוף הוא מסיק:

"ולכן אם אם בגבולכם המנהג ברור, לקנות אפילו בדבר שלא בא לעולם על ידי ערבון, בודאי קנה בסיטומתא..."

ובנתיבות סי' רא העלה כדעת המהרש"ל סי' לד, הסובר דבארנדי מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם, כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא...

ובשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' שפ כתוב בתוך התשובה:

"הרי מוכח בהדיא, דכל דבר שבממוץ יש לו שתי פנים במה שיתקיים, או באחד מהדברים הברורים כדין תורה הקדושה, או בחז"ל שתקנו בתלמוד, או בכל תנאי שאינם כתובים בתורה, ואינם מן הדין... ומטעם זה אמרינן בגמ' פרק איזהו נשך, אמר ר"פ משמיה דרבא האי סיטומתא קניא... אא כן נתברר לנו ממה שכתבנו שאם הדבר אמת שדרך התגרים כמנהג פשוט בעיר אנקונה, לקנות חובות חביריהם... מחוייב מדין העיר ההיא לפרוע החוב לקונה, אף על פי שכפי דין תורתנו אין במשא ומתן בזה ממש, מכל מקום כיון שנהגו התגרים לקנות באופן הזה הקנין קיים..."

והואיל ולפי הנהוג בין הסוחרים, הרי חוזה התחייבות בחתימת יד, מחייב אותו למלאות אחרי התנאים האמורים בחוזה, ולכן במקרה שלפנינו, שהמערער חתם על התחייבות לשלם למשיבה מאתיים ל"י לחודש, תמורת טיפולה בילדות, מחייב אותו לקיים את כל הכתוב בהסכם מדין סיטומתא".

עיקרון זה שב ונכתב במקומות נוספים בפסקי הדין הרבניים. ראו למשל בכרך ד (עמ' 198) בו כתבו הרבנים הגאונים רבי י. הדס ורבי י. ש. אלישיב ורבי ב. ז'ולטי זצ"ל וז"ל:

"ויש להוסיף על האמור, הואיל ולפי הנהוג בין הסוחרים, המתחייב לחבירו וחתם על ההתחייבות, הרי זה מחייב אותו למלאות אחרי הדברים הכתובים בכתב שחתם עליו, אם כן בזה שחתם עצמו על התחייבות, כמוהו כקנין, ומועיל מדין סיטומתא, כי גם בהתחייבות מהני קנין סיטומתא, ע' בהגהת רב"פ ז"ל חו"מ סי' רא, ובנתיבות שם, ובדברי חיים ח"ב חו"מ סי' כו... ולפי זה יש לראות בהתחייבות הזאת כהתחייבות בקנין".

כך גם נכתב בפסקי דין רבניים חלק ט (עמוד 228) בפסק דינם של הרבנים הגאונים רבי ש. טנא רבי י. נשר ורבי א. הורביץ זצ"ל, שכתבו בתוך דבריהם וז"ל:

"אך כבר נאמרו ונשנו בהרבה פסקי דין, כי חתימה על ההסכם, מהווה קנין סיטומתא, וידוע ומקובל בזמננו, שכל העסקים נגמרים ונחתכים על ידי עריכת הסכם, וזאת היא גמירת הדעת לכל הדברים, ע"י פסקי דין רבניים כרך ד עמוד 198 ועמוד 289, כרך ה עמוד 259 ועמוד 311, הבאנו שיטת הפוסקים האחרונים כמו שואל ומשיב, מהרש"ם, בית שלמה חו"מ סי' סח - בנידון קיום חוזה שותפות. לא נחזור על הדברים שכבר נאמרו בהרחבה ובהסברה מלאה, שעריכת חוזה בזמננו יש לו תוקף לכל הדברים, כקנין המועיל ביותר... אך כפי שהסברנו, הרי המקובל שעריכת הסכם בזמננו כמוהו כדין סיטומתא, ועל ידי חתימה על חוזה, נגמרים ענינים ועסקות בסכומים גדולים, וכל צד רואה את החוזה וההסכם כהחלטי ביותר, שאינו ניתן לחזרה ולחריטה".

עוד ראו בפד"ר כרך יח (עמ' 91) בו כתב הגאון רבי נ. בן שמעון שליט"א בזה"ל:

"באמת אף שאין קניין, מכל מקום חתימה על חוזה, חשובה כקניין מדין סיטומתא, כך מקובל לפסוק, וכפי שכתבו בזה רבות בפד"ר וכו' ובעוד, על כן יש לראות חתימה על הסכם קניין לכל דבר".

וכן כתב ה"צ"ץ אליעזר" (חלק טז סי' נג) בעניין בעל שביקש לבטל את הסכם הגירושין, מהסיבה שלא נכתב בו לשון קניין או התחייבות, הנדרשים על פי דיני הקניינים, וז"ל:

"אפ"ה מהני בנידוננו לשון כזה של הסכמה, שיחשב על ידי כן כהתחייבות והקנאה, באופן שלא יוכל לחזור מזה, כי הרי מנהג המדינה הוא, שעריכת הסכם בין צדדים וחתימתם עליו, מחייב את הצדדים שלא יוכלו לחזור בהם, ומכל שכן שהוא כן כאשר מקבלים עליו גם אישור בית דין, או בית משפט, ואם כן הרי חתימה על הסכם כזה, הוא כעין סיטומתא, שנפסק על זה בחו"מ סי' רא סעי' א' שנחשב זה קנין גמור, ואין אחד מהם יכול לחזור בו. ולא עוד אלא שיש לזה עדיפות מקנין רגיל, שמהני זה אפילו בדבר שלא בא לעולם, כמבואר בשו"ת הרא"ש כלל יג סי' כ, ציון גם בחידושי הגרע"א ופ"ת שם סק"ב, והחרה לפסוק כן בשו"ת חתם סופר חחו"מ סימן סו ע"ש, ומועיל זה גם באסמכתא (שטען מזה ב"כ המערער) כדמבאר בשו"ת חתם סופר שם, וכמו כן מועיל זה אפילו בדבר שאין בו ממש, כמבואר בשו"ת מהרש"ל סי' לו, ויעוין עוד בספר משפט שלום להגאון המהרש"ם ז"ל בסי' רא סק"ג שמביא משו"ת שם אריה חחו"מ סי' ל שפסק בפשיטות, דסוגיין דעלמא דסיטומתא מהני גם בדבר שלא בא לעולם ואין בו ממש, וכמו כן כותב שם דגם לענין ההתחייבות, מהני קנין סיטומתא עיי"ש".

הדין במקרה שלפנינו

נמצא אפוא, כי ההסכם שנחתם בין הצדדים, על אף שנמצאו בו חסרונות מדין קניין דברים, הרי הוא תופס מדין קניין סיטומתא.

אמנם נראה כי מטעם אחר יש לדון בדבר. נראה כי הנוסח שבהסכם אולי תקף לחייב את הצדדים שהרכב יימכר, אך כל זמן שהוא לא נמכר, עדיין השותפות קיימת.

והנה היה מקום לומר כי שתיקתה של הגרושה במשך שנה, אינה מחילה על שימוש, ולא גרע אם יאמר אחד לרעהו "דור עמי", שהוא ספיקא דידינא (כמש"כ הש"ך סימן שסג סקי"ג וסימן רמו סק"ט), ובנידון דידן חמיר טפי, שהרי לא אמרה לו כלום, ואם כן יתכן ששתיקתה לכולי עלמא אינה מחילה. ונמצא לכאורה שהשותפות נמשכת, ולא נמחל לו שימוש.

אך לדברינו לעיל, אם נשווה את דיננו לדברי הרשב"א והרמ"א, אזי הגרוש השתמש

בחלקו והיה לה לבקש לחלוק בשימוש, ואם לא בקשה אינו חייב לשלם, כאמור. אולם גם אם נחלוק על השוואה זו נראה לומר סברא נוספת כדלהלן.

דהנה, אם למשל היה הגרוש מקיים את ההסכם, ורוכש את הרכב לעצמו או מוכרו, הרי הייתה הגרושה מקבלת את מחצית שווי הרכב בזמן עזיבת הגרוש את הבית, וכפי שהוסכם בהסכם. ואז, אם היה קונוהו, הרי הרכב היה בשימוש של הגרוש, ולא היה נצרך לשלם את דמי השימוש, שכן הרכב היה בבעלותו. והנה, כיון שהגרושה מקבלת כעת, את מחצית שווי של הרכב בעת עזיבת הגרוש את הבית, אזי היה מקום לומר שיש להתייחס לעניין, כאילו הגרוש קנה את הרכב בעת עזיבתו, או בעת חתימת ההסכם, ולא תקבל הגרושה דמי שימוש. וגם אם נאמר מנגד, שכיון שלא נקנה הרכב למעשה, ולא נעשה קניין, מכל מקום הגרושה שתקה ולא מחתה בו, לפחות במשך שנה מאז ההסכם. פירושו של דבר שהסכימה שימשיך לנהוג בו.

ואף שלא הוכח שמחלה לו על דמי השימוש, מכל מקום וודאי לא נשער את דמי השימוש לפי שכירת רכב בשוק הכללי, שעלותו גבוהה הרבה יותר, מדמי שימוש של חברים שנותנים רכב זה לזה לתקופה. ומכיון שלא ניתן לחייבו גם בעלות הרכב לפי עזיבתו, ובמקביל גם שישלם דמי שכירות. שהרי אם משלם דמי שכירות כשוכר, אזי היינו מחלקים את שווי הרכב לפי עלות עת החלוקה ממש שהוא כיום. ומכיון שלא ניתן לשער כמה עלות דמי שכירות בין אנשים פרטיים, ונראה שהפרש בין עלות הרכב בעת עזיבתו לבין עלותו כיום, היא פחות או יותר כמו דמי שימוש שבין חברים, אזי כיון שהסכימו לחלק את דמי עלות הרכב בזמן עזיבת הבית, לא ניתן לחייב גם דמי שימוש.

המסקנות ההלכתיות העולות מפסק הדין

שותף שהשתמש לבדו:

דעת הרמב"ם והר"י מיגאש, שגם באופנים שאפשר לתבוע גוד או איגוד, כל עוד לא תבע כך אחד מהשותפים, יכול כל אחד מהם לתבוע חלוקת זמנים, ויאלץ חברו להסכים לכך או לתבוע גוד או איגוד, הרשב"א חולק על דין זה, להלכה נפסק בשו"ע כדעת הרמב"ם.

כתב הרשב"א שאם שותף אחד השתמש לבדו במשך זמן בנכס המשותף, ואחר כך בא חברו, אינו יכול לתבוע על שימוש זה תשלום, ואף לא להשתמש לבדו במשך אותו זמן שהשתמש חברו, ודבריו נפסקו להלכה ברמ"א, אף על פי שבדין הקודם לא נפסק כשיטת הרשב"א.

יש לדקדק מדברי מהריק"ש ורע"א שדין זה נאמר דווקא כל שלא מחה אחד בשותפו היושב בנכס השותפות, ולא דרש חלוקת זמנים או גוד או איגוד, אולם אם אחד מהם מחה וחפץ להתנות ולממש את חלקו הממוני בשותפות, ככהאי גוונא יהיה היושב בנכס חייב בדמי השכירות.

ואפילו לדעת הרשב"א שלא יכל לדרוש חלוקת זמנים, ורשאי השני לומר שרצונו להשתמש יחדיו, מכל מקום אם הוא עצמו מנע מחברו להשתמש יחד, חייב לשלם לחברו, וכן כתב המהרש"ם בשם כמה אחרונים.

בכסף הקדשים חידש אף יותר מכך, כי גם אם לא הוא מנע את חברו מלדור, מכל מקום כל שהשותף היה אנוס או מוטעה ולא יכל להשתמש, אף אם הדבר נבע מסיבה חיצונית, חייב השני שהשתמש לבדו לשלם על שימוש, או לתת לו זמן שימוש לבדו, כנגד אותו זמן.

יסוד הדברים הוא כי זכויותיהם של השותפים לשימוש כל אחד בכל הנכס, נקבעו בתחילת השותפות, כאשר השותפים שיעבדו עצמם זה לזה (לרבנן) או נכו בקנין בכל השותפות כדין ברירה (לראב"י). אולם כל זה תקף רק כאשר הם עדיין שותפים כדינם. אבל כאשר יחליטו לפרק את השותפות, יתבטלו דיניה ולא יחול כל שיעבוד או קניין הגוף לכל אחד בכל החצר.

ולכן כאשר תנאי יסודי ומהותי ואף יותר מכך – עיקר השותפות ומהותה – דהיינו זכאות השימוש לכל אחד מהשותפים, נמנע על ידי שותף אחר, או אז מופסקת השותפות על פי אומדנה, שמראשיתה של השותפות נקבע שהיא תבוא לסיומה במקרה שכזה.

ובכחאי גוונא חוזר הדין להלכות 'זה נהנה וזה חסר' כפי שיבוארו להלן, שהרי סברת "בשלי אני יושב" פסקה ובטלה, חלפה הלכה לה ועברה מן העולם.

בנתיבות המשפט כתב כי אם לא השתמש בו בעצמו, אלא השכיר לאחרים, פשוט שהשכר לאמצע, ורק אם השתמש בעצמו אין צריך לשלם, משום שבשלו הוא משתמש.

דעת הערך ש"י כי הרשב"ש חולק על הרשב"א, וסובר שכאשר שותף אחד השתמש תקופה בנכס השותפות ולא מחה בו חברו, יוכל השותף האחר לדרוש להתגורר בנכס תקופה מקבילה, או לחילופין לדרוש דמי שימוש על שימוש חברו בחלקו.

אמנם דעת השער משפט דדין הרשב"א לא שייך אלא בבית של שותפים שיכולים לדור בו יחד, ולפי זה בנידון הרשב"ש שירשו מאביהם שני בתים, האחד בית גדול והאחד בית קטן, שלשניהם יש חלקים שוים, אבל אי אפשר להשתמש שניהם בבית הגדול לדור ביחד, לא שייך דין הרשב"א, ואין מחלוקת בינו לבין הרשב"ש, כן כתב בדברי גאונים, והביא שכן היא דעת בעל זרע יעקב, והבית דוד.

בזרע יעקב כתב שגם אם נחלקו, יש לפסוק כרשב"ש שהוא בתראה, אבל ביביע אומר האריך דלא קימא לן כדבריו, אלא על העבר שלא תבע אין צריך לשלם לו, אף בדבר שאין שניהם יכולים להשתמש יחד, ועבר אחד ונשתמש בו, ועל כל פנים לא נפק מפלוגתא, וודאי דהמוחזק יכול לומר קים לי כבית יוסף ורמ"א ושאר אחרונים שאין אני צריך לשלם על מה שהשתמשתי, דבשלי השתמשתי.

יש מקום רב להכריע להלכה, כדעת הסוברים שאין מחלוקת בין הרשב"א לרשב"ש, וכאשר לא יתכן שישתמשו שניהם יחד, חייב המשתמש לשלם לחברו, אף על פי שלא מחה בו, ומכל מקום, אף אי לא נימא הכי, זה ברור שכל דברי הרשב"א לא נאמרו היכא דאחד השותפים מנע מחברו להשתמש, ועל אחת כמה וכמה היכא דהלה אף אמר לו "צא", היינו "הנח לי להשתמש עימך או תצא ואשתמש אני או נחלוק בשימוש".

ולכן פשוט כי אישה שהשתמשה לבדה בדירה, ומנעה מבעלה את השימוש בה, חייבת לשלם לו דמי שימוש.

אמנם בני זוג שהם שותפים בדירה ואחד מהם עזב את הבית מעצמו, אינו יכול לדרוש מבן זוגו שישלם לו בעבור השימוש בחלקו, דבן זוגו יכול לומר אתה יכול לחזור ולגור בבית ולהשתמש בחלקך, ונשתמש שנינו בבית של השותפות, כפי שהתגוררנו עד עכשיו, לעומתו מי שגרמו לו לעזוב את הבית ללא הצדקה, שאינו יכול להשתמש בבית, יכול לטעון כיוון שאינו יכול להשתמש בחלקי, זכותי לדרוש שימוש כנגד הזמן שהשתמש חברי.

על פי הדברים הנ"ל נמצא, שלאחר גירושי הצדדים, כאשר האיש מנוע על פי ההלכה מלחיות יחד עם אשתו באותה דירה, וכול בוודאי לדרוש את דמי השימוש, ודין זה נכון לכל הדעות, שהרי אין זה אונס חיצוני, אלא הימצאותה של האשה בדירה היא המונעת ממנו לדור שם.

כל חיוב זה הוא רק בכפוף לדיני "נהנה" ותנאי החיוב בו כפי שיתבאר בהמשך.

יש מקום להסתפק, האם סיום השותפות בין בזני זוג נקבע רק בשעת הגירושין, או שמשעה שקשר הנשואין ביניהם התרופף, יש לקבוע כי השותפות כבר מסתיימת.

ספק דומה מצאנו בשותפות רגילה בדברי החזון איש שהסתפק בשותפות ממונית בעלמא בין שניים, האם כאשר נפלה קטטה ושנאה ביניהם יש בכך עילה לפירוק השותפות, אף שטרם הגיע הזמן המקורי של סיום השותפות.

כל נושא הדיון בזה הוא רק כאשר האיש אינו מחוייב במדור לאשתו. אבל כאשר האיש חייב בדמי מדור, פשוט הוא שגם אם השותפות תמה, רשאית האשה להתגורר בדירה מבלי לשלם, מכיוון שהבעל חייב במדורה של האשה מדין מזונות.

בעטרת דבורה כתב שפשוט שיש לדון את בני הזוג כשותפים שסיימו את תקופת השותפות, מהשעה שבה פוסקים להם דינא דמתיבתא המבואר בסי' עז ס"ג ברמ"א, שבו נקבעה חלוקת רכוש אף קודם הגירושין (לרוב הפוסקים). או לפי דרכו של הבית יעקב שאין מניעה שהאשה תקבל את חלקה בנכסיה, אף קודם הגירושין, כשאין לבעל זכות לפירות בנכסי מילוג, דהיינו בטוענת "מאיס עליי", לשיטת הרא"ש לאחר י"ב חודש, ולשאר הפוסקים גם קודם לכן.

כעין זה כתב הגר"א שרמן כי שונה דין גוד או אגוד שנאמר בשותפות סתם, משותפות של בני זוג שנוצרה במסגרת נשואין לשם קיום חיי הנשואין שביניהם. כאשר בני זוג קונים דירה בשותפות למדור משותף שלהם, יש לראות את זמן השותפות כקשור ומותנה במסגרת הנשואין, ולכן, כל עוד לא נסתיימה מסגרת הנשואין, לא יוכל אחד מבני הזוג לפרק את השותף במדור זה בעל כרחו של הצד האחר. אבל כאשר מסגרת הנשואין מסתיימת בפועל על פי דין ופסיקת בית דין, יש לראות זאת כזמן המסיים את השותפות..

אמנם אף על פי שאכן זהו הזמן בו אפשר לתבוע את חלוקת השותפות, לא נראה שכל תביעה לחלוקת השותפות תחייב את השותף המשתמש לשלם. שהרי גם לאחר התביעה לפירוק השותפות, עדין ישנה אפשרות לבן הזוג להכנס לדירה ולהתגורר בה, משכך, אין עילה לחייב את האשה בדמי מדור, כאשר יצא מדעתו ולא ניצל את זכויותיו.

רק כאשר צד אחד התנגד לפירוק השיתוף, ומנע מחברו את ההשתמשות בבית המשותף, אזי יהיה חייב ב"דמי שימוש" לבן זוגו, אשר נמנע ממנו לגור בדירה.

אם בפועל לא ניתן כלל וכלל לגור יחדיו, יש אולי לבקש דמי שימוש, כי אין אופציה להשתמש ביחד, ואף בזה צריך עיון, אבל כאשר עדיין יש אפשרות לשלום בית, והוא מתנגד, כגון שנתן עיניו באחרת, ברור שאינו יכול לדרוש חלוקת זמנים או דמי שימוש טרם הגירושין.

גם במקרה שמוכח שהאשה באמת אינה רוצה בשלום בית, אבל אין להם איסור לגור יחדיו, וגם לא מנעה ממנו לגור שם על ידי אלימות או איומים, אזי כיון שהאשה מסכימה ל"גוד או איגוד" או מכירת הדירה לגורם שלישי, אין לה חיוב "דמי שימוש", כיון שעד הגירושין אין מניעה שיגור בדירה.

לסיכום, כל הדין האם ומתי תמה השותפות בין בני הזוג, היא רק לענין שכיון שהסתיימה תקופת השותפות ותמה לה, יכול כל אחד מהשותפים, ובמקרה דנא, כל אחד מבני הזוג, לחייב את רעהו בפירוק השיתוף, מכירת הדירה וחלוקת תמורתה בין הצדדים. אולם, כל זמן שהדירה עוד הדירה לא נמכרה, והלכה למעשה לא פורק השיתוף, בינתיים השותפות בדירה הרשומה על שם שניהם חיה ותקפה. הצדדים הינם בעלי דירה הרשומה על שם שניהם, והם שותפים בה. זו עובדה ומציאות. ולכן כל דיני השותפות שבהלכה תקפים וקיימים ביחס לדירה. כך שאם יכולים שני הצדדים להשתמש בדירה המשותפת, יכול המשתמש לומר לזה שעזב את הדירה, כי זכותו ויכולתו להיכנס ולגור בדירה. ורק כאשר הצד המשתמש בדירה מונע מהצד השני את שימושו בדירה, או אז חייב המשתמש בדמי שימוש לרעהו.

גם לאחר הגירושין, מכל מקום במקרה שהאשה רצתה שלום בית באמת ובכנות, והבעל עזבה לטובת אישה אחרת (למשל). ואשה בלית ברירה הסכימה לקבל את הגט. ונשארה לגור בדירה והבעל גר בבית אחר. יש לעין למה חייבת ב"דמי שימוש", והרי יכל להשאר או לחזור ולהנשא לה ולגור שם, ואיך יכריח אותה לשכור ממנו את חלקו, אלא שכיון שנהנית בדירה

כולה, ובפועל הוא אינו יכול לגור עמה, אז מחויבת לשלם. אבל אם באמת תסגור חלק מהבית ולא תשתמש בו עד למכירת הדירה, יתכן שלא תחוייב בדמי שימוש, כי אינה נהנית.

דיני נהנה:

נחלקו הראשונים בדין 'זה לא נהנה וזה חסר', דעת תוספות, הרשב"א, רבנו פרץ ומהרי"ח (בהגהות אשר"י) שפטור, ואילו דעת הרי"ף, הרא"ש, הרמב"ם, הרמב"ן, הרא"ה, הנמוקי יוסף, האור זרוע ו'כל הגאונים', שזה לא נהנה וזה חסר חייב. וכך נפסק להלכה.

המבטל כיסו של חברו פטור, וטעם החיוב ב'זה לא נהנה וזה חסר' הוא משום ש'אכל חסרונו של חברו'.

לדעת החוות יאיר, בית וספינה עומדים להשכרה, ובדרך כלל אינם פנויים כי שכיח שישכרום. לפיכך אם עיכבו מלהרוויח בהם חייב, דהווי גרמי. אולם בכסף שכדי להרוויח בו צריך התעסקות וחוכמה, פטור, דהוי גרמא.

הקצות החושן חולק, ולדעתו החילוק הוא שונה. הדר בחצר חברו חייב, משום שקרקע אינה נגזלת, ורק בגזלת מיטלטלין כמו כיס מעות, שהם נגזלים, יש בהם את גזרת הכתוב שכל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה, וכל שבח והנאה מהגזלה שייכים לגזלן.

ספינה שהיא מיטלטלין שתקפה ומנע את רווחיה, ומשלם על שימוש בה, הוא משום שמדובר שירד על דעת לשלם שכירות, ורק בירד על דעת לגזול ולא לשלם, פטור במבטל כיסו. ולפי זה אם התעסק במעות על דעת לתת שכר לבעלים, חייב לשלם לבעלים את כל הרווח.

כל הראשונים פסקו, שאפילו חסרו מעט, כגון בשחרוריתא דאשייתא, חייב על כל ההנאה.

נמצא כי ישנן שתי סיבות הלכתיות המחייבות ממון, דין 'נהנה' ודין 'אוכל חסרונו'. במקרה של 'זה חסר וזה לא נהנה', חיובו הוא מדין 'אוכל חסרונו', וכמו גזול או מזיק. אולם ב'זה נהנה וזה חסר', חיובו הוא משום 'נהנה', ולכן החיוב הוא בכל שיעור הנאתו, ולא רק לפי שיעור החסרון.

כתב הפני יהושע שבזה נהנה וזה לא חסר, הפטור הוא מדין 'כופין אותו על מידת סדום', שהרי מה אכפת לו בהנאתו של זה, אם הוא לא חסר ולא כלום. אולם ברגע שגם חסר משהו, שוב אין זו מידת סדום לחייבו על כל הנאתו.

התוספות במסכת כתובות (ל, ב ד"ה "צריכא") כתבו, דאף אם ערך החיסרון הוא פחות משווה פרוטה, חשיב חיסרון וחייב על כל ההנאה, והביאם בחכמת שלמה. אבל מדברי התוספות בב"ק למד השער המלך שחולקים על כך, ולשיטתם צריך שיהיה בחסרון שוה

פרוטה, בכדי לחייב על ההנאה. אולם גם לדבריהם מבואר כי החיוב הוא על ההנאה, ולא על הנזק, שכן החיוב הוא אף שהחסרון נעשה בלי עוול כלל, ובלי מעשה כלשהו מצד הנהנה או ממנו, אפילו לא מעשה שיכול להיכנס בגדרי 'גרמא'.

בשולחן ערוך נפסק כי זה שבהדר בחצר שאינה עומדת לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר, הוא דוקא אם לא גילה הדר דעתו, שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר.

אם בעל הבית אמר לזה שדר בו "צא", ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו, אפילו כשהחצר לא עומדת להשכרה, ו'זה נהנה וזה לא חסר'.

כתב הסמ"ע שכאשר אומר לו "צא" ולא יצא, חייב לו את כל שכרו, ואפילו אם גם הדר הוא גברא דלא עביד למיגר.

יש לחקור אם אמירת "צא" בחינתה דרישת וקציצת שכר, או שמא "צא" הוא 'מחאה' בלבד, אלא שמחאה כזו משנה את הגדרת המקרה, מ'זה נהנה' או 'זה לא נהנה' ו'זה לא חסר', ל'זה חסר', שבאמר "צא" נדון הבית כ'עביד לאגרא', ונחשב הבעלים 'חסר', וב'חסר' חייב הלה לשלם שכרו. ויש מקור לשני צדדים אלו בראשונים.

הנחלת דוד נקט שהרשב"א חולק על דין זה, ואפילו אם אמר לו "צא" ולא יצא, אינו חייב לשלם, אבל בדברי הרשב"א במקום אחר מבואר שלא כדבריו, ועל כל פנים השולחן ערוך והרמ"א וכל נושאי הכלים פסקו שאם אמר לו "צא" חייב לשלם לו שכרו. ולכן להלכה אי אפשר אפילו לטעון 'קים לי' כדעת הנחלת דוד וכהבנתו בדעת הרשב"א.

מדברי הרמ"א עולה, כי אם מדובר בבית כזה שגם אם ירצה הבעלים להשכירו ולהרוויח ממנו לא יוכל, ככהאי גוונא גם אם אמר לו "צא", לא יוכל לגבות שכרו, ואדרבה ככהאי גוונא כופים אותו לתת לחברו לגור שם. אך דין זה אינו מוסכם, כמובא בפתחי תשובה.

נראה כי דירה של דירת בני זוג אשר שותפותם הגיע אל קיצה (ובאופנים המבוארים לעיל באורך), וכעת הדירה עומדת למכירה, בזמן ההמתנה עד אשר הדירה נמכרת בפועל, נחשבת כ'לא קימא לאגרא', שהרי בדרך כלל דירה העומדת למכירה קרובה, אין הדרך ואין כדאיות להשכירה לזמן קצר שכזה. כך גם נפסק בפסק של בית הדין הגדול.

אמנם אף אם הדירה עצמה אינה עומדת להשכרה, אם נמנע מבעל הדירה לדור שם בנסיבות העניין, הרי יש לו הפסד ברור, ולא שייכת כאן הסברא לפטור משום "זה נהנה וזה אינו חסר".

אף על פי שבמקרה שאמר לו 'צא', ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו, כמו שהבאנו, אף על פי כן נפסק שמי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו, אינו חייב אם הבית 'לא קימא לאגרא'.

טעם הדברים, לדעת הגיליון מהרש"א היא משום שתולים דניחא ליה לבעל הבית, בדיעבד, אחרי שהוציאו, שיששה שם בינתיים משום 'שאייה יוכת שער', שלא יישאר הבית ריק וייווצרו בו נזקים, ככלל בית העומד שומם. אולם לדעת הכנסת הגדולה הטעם הוא, שאם לא אמר לו "צא", אין גילוי דעת שמכוחו ייחשב בעל הבית 'חסר', ולכן הדר בכית אף שהוציא את בעל הבית מביתו, לא חשיב מזיק ממש, אלא גרמא בלבד ופטור.

אך כתב בבאר הגולה שכל דין זה נאמר באופן שאמנם הוציא את בעל הבית בעל כרחו, אבל יש לו מקום נוסף לגור, אבל אם הוצרך לשכור דירה אחרת, ודאי שהדר בבית חייב, ובכהאי גוונא אפילו אם הדר הוא "גברא דלא עביד למיגר", נחשב זה לא נהנה וזה חסר, דקיימא לן לחיוב כאמור, וכל שכן אם המתגורר בדירה הוא עביד למיגר, שחייב, כדין זה נהנה וזה חסר.

ולכן אשה שלא נתנה לבעלה לגור בבית עד שימכר, אף על פי שנתבאר שבית העומד למכירה, נחשב כ'לא קימא לאגרא', אף על פי כן אם נאלץ לשכור מקום אחר לגור, הרי הוא 'חסר', וחיבת האשה ב"דמי שימוש", אולם אם יש לו מקום אחר לדור בו, כגון שיש לו דירה נוספת, או שהלך להתגורר אצל אימו, ולא נגרם לו נזק, אף שבוודאי שנחטב וטוב ועדיף היה לו יותר אילו היה מתגורר בביתו שלו, אך הפסד ממון לא היה כאן, ואין חיוב "דמי דימוש", אף שהוציאוהו מביתו בעל כרחו.

אלא שקביעה זו אין כחה יפה לגבי הזמן שלאחר שהגיש הבעל תביעה ל"דמי שימוש", זאת, משום שעצם תביעתו ל"דמי שימוש" נחשבת כאילו אמר לה לצאת או להתחלק במגורי הבית, ובאמירת "צא", הדין הוא שחייב.

שוכר שיצא מן הבית בלי הודעה מוקדמת למשכיר מראש לפי הזמן המחויב, חייב לשלם על המשך הזמן, אף על פי שבפועל לא דר בו, ולא מדין גרמי, אלא כחלק מחיובי השכירות.

כאשר האשה מתגוררת לבדה בדירה, אין נפקא מינה בדין 'משתרשי' אלא בדין 'נהנה', שהרי האישה לא גילתה שהיא חפצה בשכירות בכל מקרה, ויכולה היא לומר שהייתה 'מתענה', אם לא הייתה גרה בדירתם המשותפת, היינו שלא הייתה שוכרת דירה, אלא הייתה גרה אצל אחת מבני משפחתה, למשל, ואין כאן 'משתרשי', ורק מדין 'נהנה' לכאורה יש מקום לחיובה, ורק במקום שהשני מוגדר כ'חסר' כפי שהתבאר לעיל.

בעל שטוען שנאלץ לעזוב את הבית בגלל אשתו. מאחר שלדבריו, איימה עליו, וכן נאסרה עליו, ואם כן לדבריו האשה לא אפשרה לו לגור שם, ובכהאי גוונא יש הצדקה לחיובה בדמי שימוש על חלקו בדירה כמו שנתבאר לעיל. אמנם האשה מצידה מכחישה את כל האשמותיו המופנות כלפיה. מעתה, יש לדון כיצד יש לנהוג במקרה של ספק.

לדעת הבית שמואל והחלקת מחוקק אשה שזינתה מותרת להתייחד עם בעלה אף על פי

שנאסרה עליו, כיון שמאוסה היא בעיניו. אמנם בפת"ש הביא שהבית מאיר והרדב"ז חלקו על סברא זו, והעלו שהדבר אסור, משום שבוודאי מכרת בקריצותיו ורמיזותיו, ויבואו לידי איסור.

אמנם כאשר יש לו ספק אם אכן זינתה עליו, הרי זה חמור יותר, וגם לשעת הבית שמואל אסורה לדור עימו משום שאינה מאוסה עליו כשאינו בטוח שאכן זינתה עליו.

לכאורה גם אם האיסור לדור עימה אינו אלא מחמת הספק בלבד, לכאורה די בכך בכדי להטיל את אשמת הפירוד עליה. כמו שמצינו במי שקינא לאשתו והתייחדה, שנאסרה עליו רק מחמת הספק, ובכל זאת מפסידה את כתובתה. אמנם אין נדונינו דומה לשם, משום שכאשר היה קינוי וסתירה, חובת ההלכה היא שאסורה עליו מחמת סתירתה. לא כן בנידון דידן, שאף שחושד בה, אין לו ראיות מספיקות בכדי להוכיח את טענתו ולאוסרה עליו.

אל אף שבמקרה ויש ספק לענין דמי השכירות, בעל הקרקע הינו המוחזק. כאן כאשר יש ספק האם עזב את הבית מרצונו או בעל כרחו, אי אפשר לחייב "דמי שימוש" מספק, מכיון ששני הצדדים הינם שותפים בדירה, וזכותו של כל שותף הוא להתגורר בדירה כמה שיחפוץ. אלא שאם אחד מוציא את השני בעל כורחו, הרי יכול לתובעו ב"דמי שימוש". יוצא אם כן, שבמקרה שלנו האשה היא זו שמוחזקת בדירה, והבעל הטוען כנגדה שמעלה בשימושי הדירה, ונשללה ממנה הזכות לדור שם, הוא המוציא מחברו, ועליו חובת ההוכחה.

דמי שימוש במטלטלין:

הגזול מטלטלין מחברו והשתמש בהם ונהנה מהם, פטור מתשלום על הנאתו ורווחיו אלו, משום שכל הגזולנין משלמים כשעת הגזילה. לא ניתן לומר שהגזולן אכל את חסרונו של חברו, משום שכיון שקנה המטלטלין בקנייני גזילה, חשיב כאוכל את שלו, ולא את של חברו.

ברשב"ש פסק כדעת השלטי גיבורים, שכאשר השתמש במטלטלין וחשב שהם שלו, לא נחשב כירד על דעת גזלנות, אלא נחשב כירד על דעת שכר. אף שהאור שמח נשאר בספק בדיון זה.

אולם במקרה שידע המשתמש במטלטלין שהם אינם שייכים לו, לכל הדעות אם התכוון לגזלנות פטור מדמי שימוש. ואם התכוון על דעת לשלם שכר, ודאי חייב בשכירות. אלא שכיון שהשתמש בלי רשות, אזי בידו של הבעלים להחליט, אם רוצה שהמשתמש ישלם דמי הפחת של החפץ בשל שימוש, או דמי השכירות על תקופת השימוש, כפי שנפסק בשו"ע.

עוד נפסק שם שאם השתמש ללא רשות, על דעת לשאול את החפץ, ולא על דעת שכירות, אינו חייב בדמי שכירות, משום ששואל שלא מדעת הרי הוא גזלן.

מדברי הראב"ד והנתה"מ עולה, כי גם שואל שלא מדעת שנחשב כגזולן, אין דינו כגזולן גמור, כי אף שחייב באונסין אם נאנס החפץ לגמרי כדין גזולן, מכל מקום אם נותרו שברים, שמין את השברים, והשברים שייכים לנגזל, ואם פחתו פחתו לנגזל, ואין הגזולן חייב בפחת הנוסף, שמכיון שהתכוון לשאול ולא לגזול לגמרי, אף שנחשב כגזולן, מכל מקום לא קנסוהו גם ביחס לשברים. וכעין זה בשוכר שלא מדעת, כאשר התכוון לשלם על השכירות, שאין דינו כלל כגזולן לדעת הרמ"א והתרה"ד, ופטור מאונסין, ומכל מקום חייב בפחת המטלטלין מחמת המלאכה, אבל לא חייבוהו לשלם השברים, ואלו יהיו שייכים לבעליהן, ואם יפחתו לאחר מכן, הפחת אינו מוטל על השוכר, אלא על בעל הבית.

פסק הרמ"א כי השוכר שלא לדעת וללא רשות, אין דינו כגזולן, אם החפץ עומד לשכירות, ולא מיחו בו בשעה שלקח אותו.

השוכר שלא ברשות, וגם לא מיחו בו, לדעת הקצוה"ח והתרומת הכרי, לכולי עלמא בין לרש"י ובין לרמב"ם נחשב כתוקף ספינתו, שדינו "רצה גובה הפחת רצה גובה שכר". אבל לדעת הט"ז והמחנ"א נחלקו בזה הרמב"ם ורש"י, לדעת רש"י חשיב כשוכר בעלמא, ורק בתקפו בעל כרחו נחשב כדין תוקף ספינתו, ואילו לדעת הרמב"ם גם בשוכר שלא ברשות נכלל בכלל תוקף ספינתו. גם לדעה זו ההלכה כדעת הרמב"ם כפי שנפסק בשו"ע שציטט את לשון הרמב"ם.

גרוש שהשתמש ברכב המשותף של הצדדים, אשר היה צריך להמכר בשוק החופשי מיד לאחר חתימת הסכם הגירושין, וכוונת שימוש של הגרוש הייתה שלא על דעת לשלם שכירות. נמצא שלכל השיטות, נחשב הוא לכאורה מבלי שנתכוון לכך, כדינו של גזולן, שכן שואל שלא מדעת הרי הוא גזולן. ונמצא שהוא פטור מדמי שכירות, וכל חיובו הוא להשיב את הגזילה כשעת הגזילה.

ולכן אם בית הדין יטיל על הגרוש לשלם את מחצית שווי הרכב, לפי ערכו ושווי בזמן חתימת ההסכם, הרי בזה ישלם את הגזילה כשעת הגזילה, שהרי מעת חתימת ההסכם והקניין, הרכב שייך גם לאשה, והמשך החזקתו אז, היא שעת הגזילה.

חלוקת השותפות צריכה קנין, וסוג הקנין הוא על פי דרכי הקניינים. ונמצא שבמטלטלין הקנין לחלוקת השותפות הוא משיכה או הגבהה, ואילו בקרקע בכסף שטר או חזקה.

נחלקו השו"ע והרמ"א האם מהני קנין על ידי גורל, שלדעת השו"ע מהני, ולדעת הרמ"א לא מהני, אולם בשאר קניינים לא נחלקו, וכולי עלמא מודו דמבלי מעשה קנין לא תתפרק השותפות.

קניין לחלוק או להתחייב לחלוק לא מהני, משום שהינו "קנין דברים".

ולכן כאשר נוסח ההסכם היה: "הרכב יימכר בשוק החופשי, ותמורתו תחולק בחלקים

שווים בין הצדדים", קניין על לשון זו – "הרכב ימכר", הינו קניין דברים בעלמא, ומשכך לכאורה לא חל מעשה הקנין על ההסכם בסעיף זה. ואם כך לא התפרקה השותפות. והצדדים נותרו שותפים ברכב.

משכך, לכאורה השתמשותו של אחד השותפים לאחר מכן אינה פגיעה בשותפות רעהו, כאשר האשה יכלה לפנות לגרוש או לבית הדין ולבקש להשתמש לסירוגין בחלוקה שווה ברכב. יתכן והגרוש היה מסכים, או שבית הדין היה מורה לו על כך. ועל כן שימשו ברכב הוא חלק מהשותפות, ואינו בבחינת גזילה, והוא אינו חייב בדמי השימוש על כך.

אמנם יש לקיים את קנין חלוקת השותפות, שהרי כל ההסכמים כיום, גם אם הם אינם מנוסחים כראוי על פי ההלכה, קיימים מדין סיטומתא.

נחלקו הפוסקים אם מהני סיטומתא באופנים שמדינא לא מועיל קנין, כגון באסמכתא, ובדבר שלא בא לעולם, והוא הדין בקנין דברים, ונקטינן למעשה שהסיטומתא מועילה ככהאי גוונא, ואם לא כן לא מצאנו ידינו ורגלינו בהסכמים כיום.

נמצא אפוא, כי ההסכם שנחתם בין הצדדים למכירת הרכב, על אף שנמצאו בו חסרונות מדין קניין דברים, הרי הוא תופס מדין קניין סיטומתא. אמנם נראה כי למרות שנוסח ההסכם תקף ומחייב את הצדדים שהרכב ימכר, אך כל זמן שהוא לא נמכר, עדיין השותפות קיימת.

יש מקום לומר כי שתיקתה של הגרושה במשך שנה, אינה מחילה על שימוש, ועדיף מהאומר לחברו "דור עמי", שהוא ספיקא דינא, כי בנידון דידן לא אמרה לו כלום, ואם כן יתכן ששתיקתה לכולי עלמא אינה מחילה. אך למבואר לעיל מדברי הרשב"א והרמ"א, אזי הגרוש השתמש בחלקו, והיה לה לבקש לחלוק בשימוש, ואם לא בקשה אינו חייב לשלם.

גם אם היה מקום לחייבו ב"דמי שימוש", מכל מקום וודאי לא נשער את דמי השימוש לפי שכירת רכב בשוק הכללי, שעלותו גבוהה הרבה יותר, אלא לפי דמי שימוש של חברים שנותנים רכב זה לזה לתקופה. ומכיון שלא ניתן לחייבו גם בעלות הרכב לפי עזיבתו, ובמקביל גם שישלם דמי שכירות. שהרי אם משלם דמי שכירות כשוכר, אזי היינו מחלקים את שווי הרכב לפי עלות עת החלוקה ממש שהוא כיום. ומכיון שלא ניתן לשער כמה עלות דמי שכירות בין אנשים פרטיים, ונראה שהפרש בין עלות הרכב בעת עזיבתו לבין עלותו כיום, היא פחות או יותר כמו דמי שימוש שבין חברים, אזי כיון שהסכימו לחלק את דמי עלות הרכב בזמן עזיבת הבית, לא ניתן לחייב גם דמי שימוש.



הרב מנחם הגר

בית הדין הרבני ירושלים

אדמו"ר מסאווראן נשיא אוצר הפוסקים

חיוב הבעל בדמי שימוש מחמת מגורים בדירה המשותפת

לפנינו תביעת האשה לחייב את בעלה לשעבר בדמי שימוש ראויים על שימושו יחד עם הילדים [האב נקבע כמשמורן על הילדים] בחלקה של האשה בדירה מיום עזיבתה את הבית עד לפירוק השיתוף.

דיון והכרעה

1. חיוב מדין גרימת נזק על ידי מניעת שימוש האשה ואפשרותה להשכיר את הדירה.

הרא"ש במסכת בבא קמא פרק ב סימן ו כתב: "דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מיחייב אלא כשעת הגזילה וכן המקבל שדה והובירה אין חייב אלא משום דדרשינן לשון הדיוט. ואומר בירושלמי זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור." וכ"ה במרדכי.

בטור חו"מ סימן שס"ג כתב: "והרמ"ה הוסיף לומר דאפילו לא היה דר בו כיון שעומד להשכיר וגזלו ממנו חייב וא"א הרא"ש ז"ל כתב על זה דפטור."

בשו"ע (שם) פסק כהרא"ש ודלא כהרמ"ה: "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". וכתב הרמ"א בהג"ה: "ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית והוא דר בו... ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון. הגה: מיהו אם לא היה דר בו, אלא שגזלו ממנו, פטור לשלם השכירות (טור ס"ו בשם הרא"ש ולאפוקי מהרמ"ה)."

אולם בסימן ת"כ סעיף יא כתב השולחן ערוך: "הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו, אינו נותן לו אלא שבת בלבד". מבואר שחייב לתת לו דמי שבתו. ודין זה סותר לכאורה את הדין המבואר בסימן שס"ג הנ"ל.

אך יעוין בב"ח סימן שס"ג שעמד על סתירה זו ותירץ שבסגירת הבית אין ההיזק מתחיל מיד ולכן הוי גרמא שפטור. והקצוה"ח שם חלק עליו וס"ל שעיקר החילוק הוא שאין חיוב דמי שבת על נכסים אלא על אדם עצמו.

אמנם יש דעות שיש לחייב במניעת רווח כשהיא ודאית ומוחלטת. יעוין ברא"ש ב"מ פ"ו סימן ב שכתב: וה"ה נמי אם לא הלכו וכבר שכרו כל בעלי בתים פועלים ואינן מוצאין עוד להשתכר נותן להן שכרן כפועל בטל. דקי"ל כר"מ (ב"ק דף ק א) דדאין דינא דגרמי ועל ידו נתבטלו היום. ובפולא חריפתא כתב דשאני דין זה ממבטל כיסו של חבירו "דהכא היה מוצא בודאי מי שישכירו". וכ"כ בשו"ת חוות יאיר (סימן קנ"א), שו"ת שואל ומשיב (מהדורא תליתאי ח"ב סימן קמ"ו) ובערוך השולחן (סימן רצב ס"כ), מחנה אפרים (גזילה סימן יא).

אולם דעת רבים מגדולי הפוסקים שאף המונע מחבירו רווח ודאי וברור פטור. יעוין בש"ך (סימן רצב סקט"ו), קצות החושן (סימן שלג סק"ב), בית אפרים (ח"מ סימן כו), נתיבות המשפט (סימן שלג סק"ב), אמרי בינה (ח"מ דיני הלואה סימן לט ד"ה אולם), ובישועות מלכו (ח"מ סימן כב).

העולה מהאמור כי אי אפשר לחייב את הבעל מדין 'מניעת השימוש' וגרימת אי אפשרות האשה להשכיר את הדירה.

2. חיוב מדין נהנה

בשו"ע חו"מ הלכות גזילה סימן שסג סעיף ו: "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. ואם החצר עשויה לשכר, אף על פי שאין דרך זה לשכור, צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון. הגה:....וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא ואף על גב דעדיין לא השכירו מעולם" (מרדכי פרק כיצד הרגל והגהות מיימוני פ"ג דגזילה ועיין בת"ה סימן שי"ז).

לפי זה, בנדון דידן, מכיון שדירת הצדדים קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, לכאורה יש לחייב את הבעל בדמי שכירות על שימוש בחלקה של האשה.

אולם, לאחר העיון, יש להסתפק מאוד בדבר, מאחר שבית המגורים של הצדדים נדון כבית השותפים. נכס של שני שותפים עשוי לשימוש של כל אחד מהם, וכבר נקבעה הלכה בשו"ע חושן משפט הלכות חלוקת שותפות סימן קעא סעיף ח ברמ"א: "לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש". ומקורו טהור בשו"ת הרשב"א חלק ב סימן קמא: "ואם אירע שישב בו האחד, שתים ושלש שנים. נראין לי דברים ברורים, שאינו חייב להעלות לו שכר. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. והוא הדין דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמש בו."

המתבאר, כי שנכס של שותפין אין חיוב 'נהנה' גם אם מחסיר את חברו, מכיון שחיוב 'נהנה' חל רק כששתמש בשל חברו, והכא 'בשלו הוא משתמש'.

אך למרות גודל ההוכחה שא"א לחייב שותף בחיוב 'נהנה' נראה לי כי בנדון יש לחייב את הבעל בדמי השכירות הנ"ל, ומכמה סיבות:

הרשב"א שהוא מקור הדין הוסיף בטעמו דברים נוספים והם: "דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חברו היה משתמש בו". נראה שכוונתו שהגם שטעמו לפטור את השותף מחיוב 'נהנה' הוא כי 'בשלו הוא משתמש' וכראב"י בפ"ה דנדרים ומשום יש ברירה כלשון הרשב"א. מ"מ זה אינו אלא כשהשימוש אינו מונע מהשותף השני מלהשתמש אף הוא בנכס. אבל אם השימוש מונע את השותף השני מלהשתמש בנכס השותפות, מוגדר שימוש כ"בשל חברו הוא משתמש". והטעם, מאחר שזכות שני השותפים להשתמש בכל הנכס, מה שאנו דנים שהשתמשות כל אחד בנכס, מוגדר כ'בשלו הוא משתמש' אינו אלא כשאינו מונע את שימוש השני באותו חלק. אבל כשימוש האחד גורם לשותף השני מניעת שימוש, הרי ברור ששימוש כזה נקרא שימוש גם בשל חברו.

ובעזרה ש"ת מצאתי דברים מפורשים בשו"ת בית שלמה חו"מ סימן מח שכתב כדברינו: "הנה מבואר נגלה מסיום דברי השואל ומסיום דברי הרשב"א שהטעם משום דבלא"ה היה הבית פנוי ואלו היה רוצה חברו היה משתמש בו ולא מיחה בו חברו אבל בני"ד דפ"א רצה שמעון ליכנס ולא הניחו ראובן ככה"ג ודאי דצריך ראובן לשלם שכירות לשמעון עבור חלקו וכמבואר מדברי הרשב"א עצמו כנ"ל. וגם דבר זה ברור ופשוט דכיון שראובן לא הניח לשמעון ליכנס בו לאו כל כמיניה להשתמש בחלקו של שמעון בחינם בע"כ". והביאו במנחת פתים על השו"ע שם. גם שו"ת מהרש"ם ח"א סימן ח כתב שלכו"ע צריך לשלם באופן שתבעו לחלוק ולא רצה. כמו"כ בכסף הקדשים על השו"ע צידד שאם היתה סיבה שלא השתמש השני באותו זמן יכול לתבוע שימוש נגדו.

ובמנחת פתים שם הביא גם דברי תשו' התשב"ץ (ח"ג סימן רח) שחולק על הדין של הרמ"א. ובספר דברי גאונים (כלל ק סימן ה) יישב דברי התשב"ץ שלא יחלקו על הרמ"א. ובשו"ת תשורת ש"י דחה את דברי הדברי גאונים. ועין בשו"ת בית יצחק חו"מ סימן מ"ד].

לפיכך, בנדון דידן שאסור עפ"י ההלכה לאשה לדור בדירה יחד עם גרושה, גם "בשל חברו משתמש" ויש עליו חיוב 'נהנה'.

למרות כל האמור, נראה שביאור זה אינו מוחלט בדברי הרשב"א, ואפשר שלדעתו הקביעה ההלכתית שכל שותף 'בשלו הוא משתמש' הוא בכל גווני וגם באופן שמונע את השותף השני מלהשתמש. בעיון בדבריו נמצא, שהוספת המילים 'ואלו רצה חברו היה משתמש בו' לא נאמרו על דבריו הראשונים שכתב שיש לפטור מתשלום משום 'דלא דמי לדר בחצר חברו שלא מדעתו'. על הפטור מחיוב נהנה, נימק הרשב"א רק במילים 'דכל שלא חלקו, בשלו הוא

משתמש' בלי ההוספה של 'ואלו רצה חבירו היה משתמש בו', ובזה י"ל שסבירא ליה שבכל גווניו אנו דנים את שימוש השותף בנכס השותפות ש'בשלו הוא משתמש'. אפשר, שכל מה שהוסיף הרשב"א 'בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמש בו' נאמר רק על החלק האחר בדבריו כשהוא מסביר מדוע לא נעניק 'שימוש מול שימוש' לשותף השני, שעל מה שכתב "והוא הדין דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים אשתמש בו אני לבד כנגדן" כתב "דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ואלו רצה חבירו היה משתמש בו". וכוונת דבריו שאין יכול השותף השני לתבוע שימוש נגד שימוש מהשותף הראשון, מאחר שהיתה בידו האפשרות להשתמש באותו הזמן שהשותף השתמש בו, ולא השתמש, לכן איבד זכותו של שימוש מול שימוש.

אך מלבד דברי הפוסקים ובמיוחד הבית שלמה שהבינו בדברי הרשב"א כהבנה הראשונה הנ"ל, גם לפי ההבנה השנייה בדבריו, נראה לחייב את הבעל בדמי השכירות על שימוש החלק האשה בדירה. שהרי לפי העולה מדברי הרשב"א, ביד האשה לתבוע שימוש לזמן נגד זמן השימוש של הבעל בדירה, וכנ"ל שבנדון דידן לא מתקיים 'ואלו רצה חבירו היה משתמש בו' כי אינם יכולים להשתמש יחדו בדירה בגלל האיסור ההלכתי הרובץ עליהם. ומאחר שבידה לתבוע שימוש מול שימוש, לכה"פ חל על הבעל חיוב ממוני לדמי שימוש תמורת חיובו לתת שימוש נגד שימוש בדירה.

לפיכך, גם אם נאמר בדברי הרשב"א, שכלפי חיוב 'נהנה' אמרינן ש'בשלו הוא משתמש' גם אם מונע את חבירו מלהשתמש, מ"מ מאחר שחייב בחלוקת שימוש נגד שימוש כדיני שותפות, באופן שע"י שימוש מונע את חבירו מלהשתמש, א"כ אם לא יתן את זכות השימוש חל עליו חיוב ממוני.

טעם עיקרי נוסף לחייב את הבעל בדמי השכירות הוא על פי כללי דיני שותפות.

דירה הנמצאת בבעלות משותפת של שני בני זוג, מוגדרת כנכס של שותפין העשויה לעצמם, כלומר, מטרת השותפות לשימוש ולא להשקעה ולרווח, ולכן אנו דנים אותו האם בשלו או בשל חבירו הוא משתמש. אולם, נראה, שברגע שהזוג מתגרש, האומדנא הברורה היא, שמעתי מוגדר הנכס המשותף כ'עשאן לשכר'. שהרי אינם יכולים לגור יחדו בדירה בגלל האיסור ההלכתי הרובץ עליהם וגם אינם רוצים לגור יחדו. ומשום כך אין השותפות בדירה למגורים משותפים או לשימוש אחר משותף אלא שותפות להשקעה ועשוי לשכר ולהניב תשואה לשני השותפים כדי שיוכלו לשכור דירה לכל אחד ואחד בנפרד.

על פי קביעה זו חוזר להיות הדין ברור כי על השתמשות הבעל בדירה חל חיוב 'נהנה' מדירת חבירו למרות שהם שותפים. כי השותפות אינה על מדור אלא לשכר וכמבואר בפוסקים. ועיין בשו"ע (שם סעיף ח הנ"ל) ויעוין בפתחי תשובה שם (סימן קעא סק"ט) ובשער משפט (סק"ה).

לסיכום: על האב לשלם דמי שימוש ראויים על שימוש בחלקה של האשה בדירה.



הרב מנחם הגר

בית הדין הרבני ירושלים

אדמו"ר מסאווראן נשיא אוצר הפוסקים

דיני טוען ונטען בתביעת איש לחיוב האישה בחובות לפי חוק יחסי ממוון

העובדות

לפנינו נדון רכוש הצדדים לאחר שהצדדים קיבלו על עצמם וביקשו מבית הדין לפסוק על פי חוק יחסי ממוון. האיש טוען כי יש חובות משותפים שיש להטילם על האישה, ואילו האישה ביקשה להתנער מהם ולהטילם על האיש בלבד.

טענות הצדדים

טענות הבעל

אחיו הלוו לו סך 500,000 אלף ש"ח לפירעון חובות, והוא תובע את מחציתם מהאישה. טענה זו נתמכת בעדות האח.

פרוטוקול הדיון מיום כ' במרחשוון תש"פ (שורה 28):

העד הנ"ל מוזהר ואומר: נתתי לבני הזוג 500,000 ש"ח היו לבני הזוג בעיות לקחנו הלוואה זה לא היה מתנה לקחנו הלוואה על מנת לחליץ את בני הזוג מהבעיות, את ההלוואה לקחתי מבנק דיסקונט ונתתי את הכסף להם, הם היו חייבים לבנק דיסקונט 380,000 ש"ח וכן היה להם חוב למשכנתא ועל כן אני והאחים שלי לקחנו את ההלוואה הנ"ל והפקדנו את ה-500,000 ש"ח בחשבון המשותף של בני הזוג [...] חד וחלק זו הייתה הלוואה ולא מענק. הם לא יכלו לקחת הלוואות ולקחנו הלוואה ע"מ להלוות להם. הם לקחו את כל ה-500,000 ש"ח. 380,000 ש"ח הופקדו לבנק דיסקונט, והשאר עבר לטפחות לכיסוי המשכנתא.

טענות האישה

ידוע לה רק על 335,000 ש"ח שהאחים הפקידו לבנק דיסקונט. מעולם לא נאמר לה שהסכום הנ"ל ניתן כהלוואה. לפי הבנתה הסכום הנ"ל ניתן כמתנה, כי חששו שהמצב בבית יתערער ויביא לגירושין.

פרוטוקול (שורות 48-51):

בית הדין לאישה: ה-500,000 ש"ח נכנס לחשבון שלכם? תשובת האישה: אני ידעתי שיש בעיה. ביקשתי מהאחים שלו שלא יעזרו לנו. אמרתי שיש לנו דירה ונסדר את הענין הכלכלי. הם עשו מה שעשו על דעת עצמם. אני בעצמי לא יודעת על הסכום הנ"ל ולא יודעת אם הופקד כסף בחשבון. לא ביקשתי אי פעם הלוואה מהאח של הבעל.

(שורות 74-78)

האישה: אני יודעת שהם נתנו 335,000. לא יודעת על היתר. פניתי אל... שיגיש לי רשימה של החובות. ברשימה היה כתוב בסך הכל על חובות לאחים שלו 335,000. הם לא הלוו. אחרי עשר שנים הם באין וטוענים שזה הלוואה... ככל זאת הם לקחו את ההלוואה לתת לאח שלהם כי חששו שהמצב בבית יתערער ויביא לגירושין.

לסיכום, הוויכוח בין האישה לבעל ואחיו הוא בתרתי

א. גובה הסכום שהועבר מחשבונם של האחים לחשבונם של בני הזוג; לטענת הבעל ואחיו הסכום היה 500,000 ש"ח ולטענת האישה ידוע לה רק על 335,000 ש"ח ועל השאר איננה יודעת. יש לציין שגם לא הוצגו אסמכתאות על שאר הסכום.

ב. האם הסכום שהועבר מחשבון האחים לחשבונם המשותף ניתן כהלוואה או כמתנה; לטענת הבעל ואחיו הסכום הנ"ל ניתן כהלוואה, ולטענת האישה מעולם לא דובר עימה על הלוואה לא ע"י הבעל ולא ע"י האחים.

משכך, עומדות בפנינו שתי שאלות. שאלה ראשונה: האם לחייב את האישה במחצית הסכום עליו היא מודה שאכן הועבר לחשבונם, רק שלדבריה ניתן במתנה ולא כהלוואה. שאלה שנייה: במידה שנחייב אותה במחצית הסכום בו הודתה, תעלה השאלה מה דין החובות הנוספים הכלולים בתביעת הבעל, שביחס אליהם היא טוענת שאינה יודעת עליהם.

דין והכרעה בעניין הסכום שהיא מודה בו, האם נדון אותו כהלוואה או כמתנה

לפי טענת האישה שמעולם לא דובר עמה על הלוואה, יש לפטרה משתי סיבות:

- א. העובדה שלא דובר עמה על הלוואה, מהווה ראייה שהכסף ניתן כמתנה ולא כהלוואה.
- ב. גם אם יוכח שעם הבעל אכן דובר שהכסף ניתן כהלוואה, כיון שעם האישה מעולם לא דובר על כך, יש לראות רק את הבעל כלווה ולא את האישה.

אולם מאחר שבני הזוג קיבלו עליהם וביקשו לחלוק לפי הסכם יחסי ממון, הרי שאם יוכח שהכסף ניתן כהלוואה, גם אם נאמר שרק הבעל נחשב כלווה ולא האישה, יש להטיל את פריעת מחצית החוב על האישה כפי המתחייב מחוק יחסי ממון.

לפיכך נותר לנו לברר רק את השאלה הראשונה האם הכסף שהועבר לחשבונם של בני הזוג ניתן כהלוואה או כמתנה?

והנה זה פשוט שלמרות שטענת הבעל היא שהכסף ניתן לו כהלוואה, ודברים אלו מחייבים אותו כלפי אחיו, מכיוון שהוא נאמן על דבריו מדין הודאת בע"ד, מכל מקום הודאתו זו אינה מחייבת את האישה, וככל דין הודאת בע"ד שאינו נאמן לחוב לאחרים. דין זה אמור גם כאשר חיובם של האחרים הוא תוצאה מחיובו הוא.

אולם יש לדון האם מה שלא דובר עם האישה שהכסף ניתן כהלוואה, מהווה ראייה שהכסף ניתן כמתנה.

לביורור הלכה זו, עלינו תחילה לדון בכל כסף הניתן מאדם לחברו, כשהנותן והמקבל שניהם מודים שהנתינה הייתה בסתמא, האם דינו כמתנה או כהלוואה. כלומר, האם מה שלא נאמר במפורש בזמן הנתינה שהכסף ניתן כהלוואה, מהווה ראייה שכונת הנותן הייתה ליתנו כמתנה או לא.

במשנה במסכת כתובות ק"ז ע"ב נאמר:

מי שהלך למדינת הים, ועמד אחד ופירנס את אשתו, חנן אומר, איבד את מעותיו. נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו ישבע כמה הוציא ויטול. אמר רבי דוסא בן הרכינס, כדבריהם. א"ר יוחנן בן זכאי, יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי.

ובחידושי הרשב"א נדרים לג ע"ב כתב:

עמד אחד ופרנס את אשתו הניח מעותיו על קרן הצבי. מסתברא לי דדוקא בפורע ומפרש שמחמת מזונות שחייב לה בעלה הוא נותן לה דבכה"ג הוא אינו חייב לשלם כיון דלא אמר לו שיפרע לה בשבילו והיא נמי אינה חייבת לשלם שהרי לא לותה ממנו ולא אכלה אלא בתורת פרעון חוב, אבל כשפרנס סתם, חוזר הוא וגובה שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלוואה.

והראיה מיתומים שסמכו אצל בעל הבית (גיטין נ"ב א') דיתומים קטנים אינן יכולין להתנות. ועוד מן היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות שחייב בעל השדה לשלם ולא אמרי' שכיון שירד לתוכו סתם לא נתכוון זה אלא למתנה. ועוד דגרסינן בירושלמי במסכת מציעא גבי המלוה את חברו לא ידור בחצרו חד בר נש אשאל לחבריה דינרין אשריתיה גו ביתיה אמר ליה הב לי אגר ביתי אמר ליה הב לי דינרי אתא עובדא קומי ר' בא בר זבינא ומריקו ליה מאי דהוה חזי למשרייה,

והכא ודאי בשהשרה אותו בגו ביתיה סתם קא מיירי ולא במעמידו מפורש בשכר דאי לא לא הוה אמר ליה אידך הב לי דינרי, ואשריתיה נמי לא באגר משמע, וכן נמי לא משום רבית קאמר דא"כ לא הוה אמר ליה אלא הב לי אגר ביתי, אלמא כל שמשרה את חברו בתוך ביתו סתם לא לתורת מתנה ולהעמידו בחנם מתכוון אלא בשכר, וכיון שכן המפרנס אשת חברו סתם לא בתורת מתנה מפרנס ולא בתורת פרעון חיוב מזונות הבעל אלא בתורת מלוה והיא או בעלה חייבין לשלם.

והר"ן בנדרים שם לאחר שהביא את דברי חידושי הרשב"א הנ"ל, כתב:

ואינם מחוורים לדעתי, דנהי דהני מוכחי דהמהנה את חברו סתם לאו לשם מתנה קא מכוון, אפילו הכי המפרנס את אשת חברו סתם לחנן הניח מעותיו על קרן הצבי משום דנהי דלאו בתורת מתנה קעביד מיהו סתמא זו אדעתא דבעל נחית ולאו אדעתא דידה שכבר הוא יודע שאין לאישה זו נכסים שייהא נפרע מהן אלא מבעלה ולא מסיק אדעתיה לומר שתתחייב היא בהן כדי שתוכל לגבות מבעלה ולהגבותו דלאו כולהו אינשי דינא גמירי אלא סתמא אדעתא דבעל נחית ומש"ה נהי דלאו בתורת מתנה קעביד כדמוכחי הנך ראיות דאייתי הרשב"א ז"ל אפילו הכי לחנן הניח מעותיו על קרן הצבי דסתמא אדעתא דבעל קעביד.

וכ"כ הר"ן בפרק שני דיני גזירות על המשנה בכתובות ק"ז.

לפנינו דעת הרשב"א שמה שנאמר במשנה מי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופרנס את אשתו חנן אומר איבד את מעותיו, מיירי דווקא במפרש שנותן מזונות מחמת שחייב לה בעלה משום דהוי כפורע חובו של חברו אבל מפרנס סתם חוזר וגובה לפי שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלוואה. והביא ראיה מיוחדת לשדה חברו שלא ברשות דנוטל יציאות ולא אמרינן דאדעתא דמתנה נחת, וגם הר"ן שם שחולק על דברי הרשב"א במפרנס אשת חברו דגם בסתם איבד מעותיו משום דסתמא אדעתא דבעל נתן, מודה לרשב"א במפרנס חברו בסתם, דהוי בתורת הלוואה ולא בתורת מתנה. דברי הרשב"א הובאו גם במגיד משנה פי"ב מהל' אישות הי"ט, ועיי"ש שהסכים ג"כ לדעת הרשב"א במפרנס חברו דסתמא הוי הלוואה אף שלא פי' להדיא. והרשב"א הוכיח כאמור דין זה מכמה מקומות.

וא"כ לפי שיטת הרשב"א במקרה שלפנינו גם אם נאמין לטענת האישה שמעולם לא דובר עמה על הלוואה, מה בכך הרי סתם נתינה ג"כ מתפרשת כהלוואה ואין אומרים שהיה להנותן לפרש שנותנו לשם הלוואה.

אולם בחידושי הריטב"א כתובות שם חלק על הרשב"א, שכתב:

מתני' ועמד אחד ופרנס את אשתו. פירוש שלא בהלוואה דאלו לותה ואכלה דכולי עלמא חייב כדאמרינן לעיל גבי ממאנת וכדפירש רש"י ז"ל, ובמסכת נדרים כתבתי מחלוקת רבותי בזה, כי מורי הרשב"א נ"ר סובר דכל מאי

שפרנסה סתם בתורת הלוואה הוא עד שיאמר בפירוש שעל בעלה הוא סומך, ודעת מורי ה"ר הלוי זלה"ה דפרנס סתם הוא שלא בתורת הלוואה, ושם כתבתי טעם שניהם.

והנימוקי יוסף ר"פ אין המודר הביא את מחלוקת הרשב"א והריטב"א בטעמים, וזה לשונו:

ופרנס את אשתו. כל המפרשים הראשונים ורוב האחרונים סברי במפרנס סתם שעמד מאליו לפרנסה ובכה"ג פטור, דנימא מתנה הוא דיהיב ליה או כפורע חובו של חברו, אבל לותה בפירוש ואכלה חייב לשלם כלומר שבעל חוב גובה ממנה והיא גובה מבעלה כדפרש"י ז"ל פרק שני דייני גזירות [דף קז ב] אבל הרשב"א ז"ל כתב דכל מפרנס סתם היינו הלוואה, והא דפטור חנן מיירי שאמר בפירוש שהוא מפרנסה במקום בעלה דומיא דפורע חובו של חברו דאמרינן הכא דודאי צריך לומר דבשביל חברו עושה כדי שלא יחשוב זה כי הוא נותן לו מתנה ויתבע חובו מחברו אבל כל הנותן מזונות וכיוצא בו לחברו סתם ע"מ להשתלם הוא ומביא ראיה לדבריו מיורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות [ב"מ דף קא ב] דחייב בעל השדה לשלם ולא כל הימנו לומר במתנה נתת לי וכן מיתומים שסמכו אצל בעל הבית והוציא עליהם סתם שגובה מהם כשיגדילו וכן מדגרסינן בירוש' בפ' איזהו נשך [הל"א] חד בר נש אושאייל לחבריה דינרין אשריתיה גו ביתיה א"ל הב לי דינראי א"ל הב לי אגר ביתי אתא עובדא קמי רבא בר ביזנא ומריקו ליה מאי דהוה חמי למשרייה והכא ודאי כשהעמידו סתם בתוך ביתו מיירי ולא כשהעמידו בפ"י בשכר דא"כ לא הוה אמר ליה אידך הב לי דינרי דהא פרע ליה שכירותו כמו שהתנה עמו וכן נמי ליכא למימר דמשום רבית קאמר דא"כ הוה ליה למימר נכה לי אגר ביתי אלמא המשרה חברו בתוך ביתו סתם לאו למתנה איכוין אלא לשכירות וכיון שכן המפרנס אשת חברו סתם חוזר וגובה ממנו אלו דבריו ז"ל.

ופליגי בהו הריטב"א והרנב"ר ז"ל. הריטב"א ז"ל אמר דשאני יורד לתוך שדה חברו שלא התנה משום דמימר אמר כי מתרצה במאי דעבידנא אתבע ליה טרחאי אבל זן ומפרנס אם איתא דעל דעת פרעון עבד הוה ליה לאתנויי וההיא דיתומים תקנתא הוא דעבוד רבנן ליתומים לפי שאין לו עם מי להתנות ולב ב"ד מתנה בשבילם וההיא דירושלמי שניא היא שהוא חייב לו הלכך ודאי ע"מ להשתלם הוה שאין אדם מניח לפרוע חובו לתת לו מתנה ואפילו במקום היתרא וכ"ש במקום שהוא קרוב לאבק רבית. והרנב"ר ז"ל אמר דאפילו כך דראיות הללו מוכחי דמהנה את חברו סתם לאו לשם מתנה איכוין אפ"ה המפרנס אשת חברו סתם לחנן [הניח] מעותיו על קרן הצבי משום דנדיה דלאו בתורת מתנה קא עביד מיהו סתמא אדעתא דבעל נחית ולאו אדעתא דידה שכבר הוא יודע שאין לאישה זו נכסים שיהא נפרע מהן אלא מבעלה ולא מסיק אדעתיה נמי לומר שתתחייב היא בהם כדי שתוכל לגבות מבעלה ולהגבות דלאו כולהו אינשי דינא גמירי אלא סתמא אדעתא דבעל נחית.

הנה כי כן ביאר הנימוק"י בטעם הריטב"א דכל מפרנס חברו סתמא הוי מתנה דאם איתא דעל דעת פרעון עבד הוה ליה לאתנויי ושאני יורד לתוך שדה חברו דמה שלא התנה משום דמימר אמר כי מתרצה במאי דעבידנא אתבע ליה טרחאי.

וא"כ לשיטת הריטב"א והנמוקי יוסף אם נאמין לטענת האישה שמעולם לא דובר עמה על הלוואה יש בכך ראייה שהכסף ניתן לה כמתנה שהרי אם ניתן לה כהלוואה היה להם לאחי הבעל להתנות גם עם האישה, לטענתם שגם האישה נחשבת ללווה.

הכרעת הפוסקים במחלוקת הרשב"א והריטב"א

והנה לדינא מצאנו מחלוקת בפוסקים אי קיי"ל כדעת הרשב"א.

הרמ"א בחו"מ סימן רסד סעיף ד כתב:

וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתוך, אלא צריך ליתן לו שכרו (ר"ן פ' שני דיניי גזירות).

והיינו כדעת הרשב"א הנ"ל.

ושנה הרמ"א דין זה בסי' רמ"ו סעיף י"ז: האומר לחברו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה. ומקורו מהת"ה סי' שי"ז בשם מהרי"ח [והש"ך שם בסי' רמ"ו בס"ק ט' הקשה דהרמ"א סותר למה שפסק בסימן שס"ג סעיף י' דהאומר לחברו דור עימי אינו חייב לשלם (מקור דין זה מהתשב"ץ)]. ועיין ש"ך יור"ד סי' קס"ו ס"ק ג' שכתב ליישב דהרמ"א בשס"ג בחצר דלא קיימא לאגרא וכן כתב הבית מאיר שם. וכן הכריע הט"ז בסימן רמ"ו.

וכ"כ הב"ש באה"ע סימן ע' ס"ק כ"ח על דינא דהת"ה סימן שי"ז שנפסק שם ברמ"א סעיף ח' ש"אם אביה עמד ופרנס בתו עם חתנו, אפ"ה א"צ לשלם לו רק מזונות שלו, ולא של בתו, וזה לשונו:

והא דצריך לשלם בעד מזונות שלו אף על גב דזן אותה [נדע"ל אותם] בסתם ולא אמר לו דישלם לו מדמה בת"ה דין זה לאומר לחברו אכול עמי דחייב לשלם לו ה"ה כשנתן לו מזונות בסתם חייב לשלם ודומה לאומר שכור את כדי דצריך לשלם לו ועיין בחושן המשפט ס"ס שס"ג שם פסק האומר דור עמי פטור לשלם. ונ' לפ"ז ה"ה האומר אכול עמי גם כן פטור לשלם לו. ובס"ס רמ"ו פסק האומר אכול עמי חייב לשלם לו סותר לדין מ"ש ס"ס שס"ג דפטור לשלם אם אמר דור עמי וכ"כ ב"ח שם דהוי ספיקא דדינא ואין מוציאים מיד המוחזק אם כן בדין דכאן גם כן אין מוציאים מיד חתנו, ודוחק לחלק בין אם אומר אכול עמי לזן בשתיקה.

מיהו נראה עיקר דצריך לשלם לו דהא כתבו הרשב"א והר"ן והמגיד פי"ב הזן או המהנה לחברו סתם חוזר ומשתלם ממנו ולא אמרינן במתנה יהיב ליה וכ"פ הרב רמ"א ב"ד סי' רנ"ג ובח"ה סי' רס"ד וכן הוא בב"י סי' קס"ו וכ"פ בט"ז שם וכן כאן בדין זה מוציאים ממנו.

אולם הש"ך בסימן שס"ג ס"ק י"ג הביא את דעת הב"ח הנ"ל דהתשב"ץ חולק על הרשב"א [דלא כדברי הש"ך ביו"ד] והוי ספיקא דדינא ואין להוציא ממוחזק. וכיו"ב כתב הנודע ביהודה (תנינא חו"מ סי' ל"ד הובא בפ"ת סי' רמ"ו סק"ג) דדין זה הוא מהלכות עמומות והדברים סותרים זה לזה בכמה מקומות ולכן אין מוציאים מיד המוחזק, וכן הוא בשו"ת חת"ס חו"מ סי' קי"ט הובא בפ"ת סי' שס"ג סק"ז.

וא"כ לדינא אין להוציא מהמוחזק בספק מתנה או הלוואה.

בנדון דידן י"ל שבוודאי ניתן כהלוואה ולא דמו לכל נותן לחברו בסתמא

אמנם נראה דבמקרה שלפנינו גם התשב"ץ יודה שנתנה בסתם מתפרשת כהלוואה, דהנה הרמ"א בסי' רפ"ו ס"ג פסק מי שפדאו אביו מן התפיסה מנכין לו אח"כ מחלק ירושתו ולא אמרינן שאביו נתן לו מתנה אא"כ יש אומדן דעת שהאב נתן לו במתנה.

מקור דין זה הוא בתשובות מהרי"ו סי' ק"י, והתם מיירי באופן שהאב לא גילה דעתו בפירוש כוונתו אם נתן בתורת הלוואה או מתנה וגם היורשים לא טענו שידוע להם כוונת אביהם שנתן בתורת הלוואה.

ובתשובות שארית יוסף סימן נ"ה (הובא בשער המשפט סימן ע"ט ס"ק ב') הקשה ממש"כ הטור חו"מ סי' רפו "ואם נישאו בחיי אביהם ואמרו הקטנים הרי אנו נושאים כדרך שנשאתם אתם אין שומעין להם", ומבואר דמה שאב נותן לבן בסתם נידון כמתנה ולכן אין נותנין לבן השני מה שהוציא על הבן הראשון. וכתב השארית יוסף ליישב בזה"ל:

י"ל דהתם האב עשה מרצונו דלא היה מוכרח ליתן לבניו ולכן אנו אומרים דהוה מתנה אבל בנדון דידן שהיה האב מוכרח להלוות לו לפי שהיה הבן בבית האסורים והיה מוכרח לפדות כדין הבן שהוא תפוס בבית האסורים שאביו חייב לפדותו לא אמרינן שמחל לו כי סברה נותנת מי שעושה ברצונו בודאי מחל דאם לא כן למה עשה אבל בכך שנתפס אף כשהאב אין דעתו לעשות מוכרח לפדות אם כן במה אנו מוכרחים לומר שמחל וק"ל.

ולסברא זו הסכים הפנים מאירות ח"ב סימן קל"ד, הו"ד בפתחי תשובה שם, וכן הנחלת שבעה סימן ח' אות ה', ועיין רעק"א בגליון השו"ע שציין לסברת השארית יוסף.

מבואר, דנתינה של אב לבנו דלכו"ע מתפרשת כמתנה היינו רק אם עושה כן מרצונו אבל אם עושה כן בגלל הכרח, כמו בפדייה מבית האסורים שעושה כן מחמת שמחויב לפדות את בנו, אינה מתפרשת כמתנה אלא כהלוואה. וכמו"כ נראה דגם להב"ח שנקט דהתשב"ץ שפסק באומר דור עמי בחצירי דכוונתו למתנה חולק על הרשב"א וסובר דנתינה סתם מתפרשת כמתנה היינו רק בנתינה מרצון, אבל נתינה בגלל הכרח גם התשב"ץ יודה דאינה מתפרשת כמתנה.

ולפי האמור, את המקרה שלפנינו שגם לדברי האישה מה שהביא את האחים להעביר לאחיהם סכום כסף כה גדול הוא רק החשש שהחובות יגרמו לכך שהבית יתערער עד כדי גירושין, יש לדמות לנתינה מחמת הכרח שכו"ע מודו שאיננה מתפרשת כמתנה אלא כהלוואה. ועל כן אין מקום לטענת האישה שמה שלא דובר עמה בפירוש על הלוואה מהווה ראייה שהכסף ניתן כמתנה.

אכן בדברי השארית יוסף היה אפשר לחלק ולומר שכל מה שהוא דן את הנתינה כהלוואה אינו אלא באופן שהוא מחויב מדינא לתת את הנתינה הזו כגון לפדות את בנו. אבל אם נתן למטרה שאין מחויב בה מדינא, אעפ"י שהיא חשובה מאוד כגון בנדון דידן שנתנו לאחיהם כדי להצילו מגירושין, מ"מ כיון שלא היו מחויבים לתת, הרי נתינה כזו חשיבא מתנה.

אולם כד נעיין בהגהות חתם סופר שם ביורה דעה סימן רפ"ו על דין השו"ע הנ"ל נמצא שאין לחלק בכך. זה לשונו שם: "לפענ"ד זה מיירי דוקא כשהיה הבן עשיר אז אבל כשהיה עני אז אין צריך לשלם דהאב חייב לפדות את בנו העני כמבואר בשו"ע יו"ד סימן רנ"ב". מבואר מדבריו דדין הרמ"א שנתנת כסף לפדיון בנו מתפרשת כהלוואה לא מיירי בבנו עני דמחויב לפדותו מדינא אלא בבנו עשיר שאין מחויב לפדותו מדינא, ועל אופן זה כתב השארית יוסף דמיקרי נתינה מחמת הכרח עד כדי שמשום כך מתפרשת הנתינה כהלוואה ולא כמתנה, וא"כ סברת השארית יוסף נאמרה בכל נתינה הבאה מחמת תחושת מחוייבות למטרה מסויימת ולא רק כשהוא מחוייב לכך מדינא.

וכשנקדים לבאר את שורש טעמו של השארית יוסף בהא דנתינה מחמת הכרח אין לפרשה כמתנה אלא כהלוואה, נמצא שאין לחלק בין נותן מחמת חיוב מדינא לבין נותן מחמת הכרח סתם. דהנה נראה שעיקר טעמו של השארית יוסף הוא משום שלהשגת אותה מטרה הגורמת לו לחיוב לתת, די לו בכך שיתן הלוואה כי בהלוואה גרידא יפתור את החסרון של חברו וכגון בנותן לו לפדות את בנו אין כל סיבה שיתן לו את הממון במתנה שהרי גם אם ילווה לו יוכל לפדות את בנו, ולכן דנים נתינה זו כהלוואה. ואם אכן סברא זו היא העומדת בבסיס דינו של השארית יוסף א"כ אין מקום לחלק בין נותן מחמת חיוב מדינא או נותן מחמת הכרח אחר, שבכל מקרה שמצד ההכרח סגי בהלוואה אין לדון נתינה זו כמתנה. ורק בנותן לו סתם שלא מחמת דחקו י"ל שנתכוון ליתנו לו במתנה שאל"כ מדוע נתן לו כלל.

יש לדון מה הדין כשהבעל אומר ברי שלקח המעות כהלוואה והיא טוענת שמא לא נלקחו המעות אלא כמתנה

אלא דאכתי יש מקום לדון דאפילו אם עובדה זו שלא דובר עמה בפירוש על הלוואה אינה מהווה ראיה שהכסף ניתן כמתנה, אכתי יש לדון בזה, שהרי אם היא הייתה טוענת בכרי שידוע לה שבפירוש נאמר לבעל ע"י האח שהכסף ניתן כמתנה, הייתה נאמנת [כדאיטא בשו"ע סימן ע"ט סעיף ד' ועיין ש"ך סימן ע"ה ס"ק כ"א דנראה מדבריו דנאמן לטעון קיבלתי במתנה רק במיגו דפרעתי, ולדבריו ליתא לקושיין ויבואר להלן], א"כ גם עכשיו שאינה יודעת מה נאמר לבעל בזמן העברת הכסף, לכה"פ יש לדון אותה כמו שהיא באה בטענת 'שְׁמָא', דהיינו, שמא נאמר לבעל בפירוש שהכסף ניתן כמתנה, ואף דהאח טוען בכרי שבזמן העברת הכספים פירשו לו האחים שהכסף ניתן כהלוואה, קיי"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף בא"י אם נתחייבתי.

אולם עיין בשער המשפט סימן ע"ה ס"ק ו' שנסתפק במודה שקיבל מעות אלא שאינו זכור אם קבלם בתורת מתנה או בתורת הלוואה והנותן טוען בכרי שנתן המעות כהלוואה אי חייב המקבל וכתב דלא מבעיא לדעת הש"ך בסימן ע"ה ס"ק כ"א דאינו נאמן לומר במתנה ניתן לי רק במיגו דפרעתי א"כ פשיטא דהיינו רק אם טוען כן בכרי, אלא גם לפי החולקים על הש"ך דגם בלא מיגו נאמן לטעון נתתיו כמתנה כיון שודאי קיבל המעות מיד חברו ואינו יודע באיזה אופן בא לידו חייב לשלם דכהאי גוונא ברי עדיף. ובפרט דמתנה לא שכיחא ועיי"ש דהביא מהבעל התרומות שער מ"ז מ"ד דדיינן ליה כאיני יודע אם פרעתיך, ולפי"ז מה שמסופק לאישה שמא בזמן העברת הכסף נאמר לבעל שהכסף ניתן כמתנה, הוי כאיני יודע אם פרעתיך וחיבת לשלם.

ועדיין צ"ע דיעוין שם בשער המשפט שהביא דעת הכנה"ג בסימן ע"ט בהגהות הטור אות י"ז שכתב עמש"כ הטור אבל אם טען מתחילה אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היה או בפרעון חובי נאמן, דלאו דוקא טענת ברי אלא הוא הדין בטענת שמא והביא כן מהמהרשד"ם סי' ס'. ולפי"ז יש לפוטרה בטענת שמא נאמר בפירוש לבעל שהכסף ניתן כמתנה.

וא"כ לכאורה מצינו מחלוקת ספר התרומות והכנה"ג בשם המהרשד"ם, האם יש לדון בנדרן דידן כא"י אם נתחייבתי או כא"י אם פרעתיך.

אכן המעיין היטב בדברי השער המשפט יראה שיש בדבריו שתי סברות להצריך טענת ברי כדי להפטר בטענת מתנה. א. כיון שודאי קיבל המעות, דומה לוודאי חיוב וספק אם נפרע. ב. דמתנה לא שכיחא דמה"ט נתינה בסתם מתפרשת כהלוואה.

ונראה דאף דמדכתב הכנה"ג דלא בעינן טענת ברי מוכח דספק ניתן במתנה לא הוי כמו ודאי חיוב וספק נפרע ודינו כא"י אם נתחייבתי, מ"מ י"ל דבנתינה שאילו הייתה בסתמא,

הייתה מתפרשת כהלואה, מודה גם הכנה"ג דבלא טענת ברי אין אנו מסתפקים דילמא ניתן בפירוש לשם מתנה וכמו שיבואר להלן:

דהנה המ"מ פ"ג מאישות ה"ח הביא מהרשב"א דאם נתן לאישה מעות ולא אמר לה כלום אף שחזר ואמר הרי את מקודשת לי ונתרצתה מ"מ צריך ליטול ממנה המעות ולחזור וליתן לה לשם קידושין, והובא דין זה ברמ"א אבע"ז סי' כ"ז ס"ג עי"ש.

ועיין משנה למלך שם שהביא מהמהרי"ט שכתב לפרש דברי הרשב"א דנתינה בסתמא הוי בתורת מתנה והרי הממון שלה ואם לא יחזור ויטול ממנה הרי הוא מקדשה בממון שלה. והמהרי"ט הביא ראייה לדבריו דנתינה בסתמא הוי בתורת מתנה מהגמ' שבועות לד' ע"ב דמנה מניתך בפני פלוני ופלוני ועדים רואים אותו מבחוץ דאם לא הוחזק כפרן נאמן המקבל לטעון קיבלתיו במתנה וזהו המקור לדין הטור בסימן ע"ט סעיף ד' שעליו נסובו דברי הכנה"ג. והקשה המשנה למלך בפ"ג מהלכות אישות מה ראייה היא זו הרי בשבועות איירי שהמקבל טוען שניתן בפירוש לשם מתנה ומהיכן הוציא מההרי"ט דגם בסתמא ניתן לשם מתנה.

ובאמת שכדברי המהרי"ט מפורש בר"ן בקידושין דף ז' ע"א וז"ל:

דאי מעיקרא יהיב לה סתמא ומדינא הרי הן שלה במתנה כדמוכח בפ' שבועות העדות דאמרינן התם אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואין אותו מבחוץ מאי הוי.

מבואר בדבריו כהמהרי"ט דמסוגית הגמ' בשבועות מוכח דנתינה בסתם הוי בתורת מתנה. אכן מלבד קושיית המשל"מ מה ראייה משבועות דאיירי במפרש לנותן בסתם קשה דדברי הר"ן סותרים למה שהסכים עם הרשב"א בנדרים ובכתובות דמפרנס חברו סתם הוי בתורת הלואה. וכבר עמד ע"ז הקצוה"ח בסימן שס"ג ס"ק ט'.

ובשו"ת חת"ס אבע"ז סי' פ"ב ד"ה והנה בנותן סתם, ובתשו' רעק"א תניינא סי' מ"ה ד"ה ובנ"ד, כתבו ליישב, דמש"כ הר"ן בכתובות ובנדרים דנתינה סתם מתפרשת כהלואה היינו רק דומיא דמפרנס חברו דהמקבל צריך למזונות וכיו"ב בדור בחצירי ובאכול עמי דכל אחד צריך למזונות ולדירה, דכיון דהנתינה היא לצורך מסוים אמדינן דכוונת הנותן לספק את אותו צורך בלבד, כמו בשדה עשויה ליטע דאמדינן דעת הנוטע להעמיד צרכי השדה ולא ליתן מתנות, אבל בנותן לחברו מעות סתם לא לאיזה צורך מסוים אמרינן בסתמא דנותן לשם מתנה.

ולפי"ד החת"ס ורעק"א יש לפרש דמש"כ הר"ן להוכיח משבועות דנתינה סתם שלא לאיזה תכלית מתפרשת כמתנה ולא כהלואה, היינו משום דאי נימא דנתינה במהותה אפי' שלא לאיזה תכלית, בסתמא הוי בתורת הלואה, ע"כ טעמא משום דמתנה הוי מילתא דלא שכיחא, וא"כ מהאי טעמא לא יהיה נאמן לטעון גם שניתן לו בפירוש בתורת מתנה. ומהא

דנאמן לטוען שניתן לו בפירוש בתורת מתנה הוכיחו הר"ן דמתנה הוי מילתא דשכיחא וע"כ נתינה בסתמא שלא לאיזה צורך הוי בתורת מתנה.

ומעתה נראה דמש"כ הכנה"ג דה"ה בטוען 'שמא ניתן בפירוש כמתנה' אין מוציאין מידו, היינו רק באופן של השו"ע שמקורו בסוגיא דשבועות במונה מעות שלא לאיזה צורך מסוים, דבכה"ג כיון דבסתמא נמי אמרינן שניתן לשם מתנה, לכן גם בטוען 'שמא ניתן בפירוש לשם מתנה' נגד טענת ברי של התובע, אין מוציאין מידו. אבל בנותן מעות לאיזה צורך, אף אי נימא דאם טוען ברי שניתן בפירוש לשם מתנה נאמן, כיון דאם ניתן בסתמא, היינו מפרשינן לה שלשם הלוואה ניתנה, על כן אם הנתבע אינו טוען ברי אלא 'שמא', גם לדברי הכנה"ג אין לחוש לדבריו, ובמקרה שלפנינו שהכסף ניתן לצורך ברור של פירעון חובות, גם הכנה"ג יודה דאם אינה טוענת ברי שניתן בפירוש לבעלה לשם מתנה, אין לחוש לדבריה.

מדוע לא טענינן לאישה שמא בתורת מתנה ניתנו, ובגדר חלוקת חובות לאחר קבלת קניין לדון לפי חוק יחסי ממון

והנה בקבלת הקניין לדון לפי חוק יחסי ממון צ"ב דבשלמא לגבי דו"ד שבינה לבין בעלה ע"י הקניין מקנים זל"ז מחצית בכל הנכסים גם מה שע"פ ד"ת שייך לאחד מהם, אבל לגבי חובות לאחרים אם לפי ד"ת החוב מוטל רק על הבעל יש לדון איך מועיל הקניין להטיל על האישה מחצית מהחובות, וצ"ל דבקבלת קניין נכלל התחייבות לשלם מחצית מהחובות של כ"א מהם ומועיל כעין קניין ליעשות ערב.

והנה בערב על מלווה ע"פ כשהלווה מודה שלא פרע דגובה מן הערב כמבואר בשו"ע סימן קכ"ט סעיף י"ב הקשה הקצוה"ח בסימן ל"ט ס"ק ה' איך נאמן הלווה לחוב לערב ומ"ט לא ניחוש לקנוניא, ותיקן זה לשונו:

ונראה דהא דגובה מן הערב בהודאת הלווה ולא חיישינן שמא פרע ולקנוניא, משום דהוי ערב כמו איני יודע אם פרעתך כיון דודאי נתחייב, ואפילו לא הוה ליה למידע נמי חייב וכמו שכתבתי בסימן ע"ה סקט"ז ע"ש, וממשעבדי דאינו גובה היינו משום דטענינן ללוקח וכמו דאמרינן גבי יורש שטען איני יודע שמא פרע אבינו כמבואר בסימן ע"ה סעיף ט"ז. והא דחלקנו בין ערב ללוקח דללוקח טענינן ולערב לא טענינן היינו משום דאיני יודע אם פרעתך חייב אפילו לא הוה ליה למידע ואם כן הערב שנתחייב הוא עצמו ומסופק בפרעון חייב, אבל הלוקח והיורש שלא נתחייב מחמת עצמו כלל אלא נכסים הוא דאשתעבדו ולוקח ויורש נכנסו בשעבודו ומשום הכי טענינן ליורש וללוקח שמא פרע.

מבואר בדברי הקצוה"ח דהחילוק בין לוקח דטענינן ליה פרוע, לערב דלא טענינן ליה פרוע, הוא, דלוקח לא נתחייב הלוקח לפרוע חובות של המוכר ורק הנכסים שלקח מהמוכר

משועבדים משא"כ ערב שהוא עצמו מחויב לפרוע חוב הלווה לא טענין ליה. ולדבריו, במקרה שלפנינו אף שנתבאר שבקבלת קניין ע"י האישה לזון לפי חוק יחסי ממון מונח התחייבות של האישה לפרוע מחצית מחובות הבעל לא נטען לה בבירי [מדין טענין] שהבעל קיבל אותם המעות במתנה, שהרי היא עצמה מחויבת לפרוע חובות הבעל ודמיא לערב דלא טענין ליה.

אולם הנתיחה"מ שם בס"ק י' כתב טעם אחר להא דלא טענין לערב במלווה ע"פ פרוע וז"ל:

נראה דלא דמי כלל לערב דבשלמא בערב כיון שנתערב בעד מלוה על פה ודאי על דעת כך נתערב דכשיתחייב הלוה בב"ד באיזה אופן שיתחייב ולא יהיה ללוה לשלם אזי יתחייב הערב מצד ערבות דאם לא הייתה כונתו להיות ערב רק שיהיה ערב באם שהלוה הוא חייב על פי האמת ואם הלוה יהיה יכול לפטור עצמו מן הדין רק שיתחייב על פי דיבורו לא יהיה עליו דין ערב א"כ לעולם לא יתחייב הערב לשלם כיון דמלוה על פה הוא ולעולם יכול הוא לטעון פרעתי.

וא"כ לדברי הנתיחה"מ דטעמא דלא טענין לערב פרוע הוא משום דהערב התחייב לשלם כל מה שהלווה יתחייב בבית דין, דאל"כ לעולם לא יתחייב ערב לשלם כי נטען לו פרוע, א"כ בנדון דידן שהאישה קבלה קניין לשלם מחצית מהחובות בוודאי אין כוונתה אלא לחובות קיימים לפי האמת ולא לכל דיניו של בעל, וכיון דלפי הנתיחה"מ טענין גם למי שבעצמו מחויב לפרוע חוב של חברו נטעון לאישה דהכסף שניתן לבעלה ע"י אחיו ניתן בפירוש בתורת מתנה. ומש"כ דבטענת שמא לא סגי, מ"מ הרי דין 'טענין' חשיב כטענת ברי דהא טענין ליתמי פרוע ולא אמרינן דהוי כאיני יודע אם פרעתיך.

אכן לפי מה שהוכחנו לעיל דנתינת כסף לאיזה צורך דבסתמא ניתן בתורת הלוואה גם אם נאמן לטעון בבירי שניתן בתורת הלוואה מ"מ היא טענה גרועה, מה"ט נמי ליכא טענין על טענה מעין זו, כמו דלא טענין ליתמי מחולין הם.

מסקנת הדברים ביחס לסכום שהאישה הודתה בו

טענת האישה שבוודאי הכסף ניתן כמתנה כשהיא מוכיחה זאת מכך שלטענתה מעולם לא דובר עמה על הלוואה נדחית, כי גם אם צדקו דבריה אין בכך ראייה שהכסף ניתן כמתנה ולא כהלוואה, וע"כ אין טענתה אלא טענת 'שמא', ובטענת 'שמא ניתן כמתנה' אין לפוטרה, משני טעמים א. דהוי כאיני יודעת אם פרעתיך, ב. כל נתינה שאילו הייתה בסתמא הייתה מתפרשת על פי הדין כהלוואה, אם היא באה לטעון שניתנה זו ניתנה כמתנה, כדי להאמינה בטענה זו, בעינן שתטען כן בבירי. לפיכך, יש לקבוע שהסכום של 335,000 ש"ח שהאישה מודה בו שהועברו לחשבונם דינו כהלוואה ועל האישה מוטל לשלם מחצית מסכום זה.

בענין יתרת הסכום של הלוואת האחים בסך 165,000 ש"ח
בדין מודה במקצת ומחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם

ביחס ליתרת הסכום בסך 165,000 ש"ח שהאח העיד שגם הם ניתנו כהלוואה והאישה טוענת שלא ידוע לה על כך, יש שרצו לחייבה גם בסכום זה לפרוע את מחציתו, וטעמם ונימוקם עמם משום שיש לראות את מה שהודתה על ה-335,000 ש"ח כמודה במקצת, ולחייב אותה שבועת מודה במקצת על ה-165,000 ש"ח וכיון שאינה יודעת בברי האם הועבר הסכום הנ"ל ואומרת רק שלא ידוע לה על סכום מעבר לאותם 335,000 ש"ח א"כ אינה יכולה לישבע, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

אולם אין הדין כן משני טעמים. א. דלא הוי מודה במקצת כשבהודאתה היא מתכוונת לפטור את עצמה כמו הכא שאמרה שקיבלו סכום של 335,000 ש"ח אבל במתנה. ב. דלא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כשלא הוי ליה למידע לנתבע את הדבר שעליו הוא אומר איני יודע. וכדלהלן:

טעם ראשון לפטרה משבועה משום דהרי מודה במקצת כשטענתה היא טענת פטור

שו"ע חו"מ סימן פז סעיף ה':

אין שבועה למודה מקצת בכופר בכל ומחוייב מתוך טענתו, כגון שתבעו מנה והוא אומר לא לויתי וחזר ואמר לויתי חמשים ופרעתוך, שהוחזק כפרן לאותו ממזן. וכן אין המתחייב במקצת מתוך טענת הכפירה מחוייב שבועת התורה. (וע"ל סימן ע"ה סעיף ה').

ובסמ"ע סימן פז ס"ק טז:

מתוך טענת הכפירה. כגון שטען איני חייב לך כלום כי זה היה כך וזה כך, וטעה וסבר שבהיותו כך הוא פטור, והב"ד אינם מאמינים לו שהיה כך וחייבוהו במקצת, וכמפורש בסימן ע"ה סעיף ה' בהג"ה. או כעין שכתב בתשובת רשב"א [ח"ג סי' ע"ה] שהביא ב"י מחודש סעיף א' ובהגהות ד"מ ריש סימן זה לענין אם טוען נתתי עבורך ריבית ע"ש. ושם [סימן ע"ה] בסעיף ב' כתב בד"מ בשם בעל התרומות [שער ז' ח"ג ס"ב] וכתבו המחבר בסימן ע"ה סעיף ה' דדוקא בכה"ג הוא דפטור, הא אם טוען איני חייב לך כי היום פרעתוך כך וכך ואתמול כך וכך ומתוך דבריו נראה שנשאר חייב לו, זה מיקרי מודה מקצת וחייב, ע"ש.

והש"ך שם ס"ק יג הביא דוגמא לדין הסמ"ע:

מתוך טענת הכפירה. לשון הסמ"ע, כגון שטען איני חייב לך כלום כי זה היה כך

וזו כן, וטעה וסבר שבהיותו כך הוא פטור, והב"ד אינם מאמינים לו שהיה כך וחייבהו במקצת [...] והיינו כגון שאמר לו על חמישים אל תפרעני אלא בעדים ותובעו מנה ואומר פרעתיך, וכן כל כיוצא בזה.

כלומר, אם אחד תובע את חברו ואומר לו מנה לי בידך והנתבע אומר היה לך בידי חמישים ופרעתי דאף אם אין מאמינים למה שאומר פרעתי כגון שאמר לו בשעת הלוואה אל תפרעני אלא בעדים, כיון שהיה סבור שנאמין לו ולא נחייבנו, אין הודאתו 'היה לך בידי חמישים' הודאה לחייבו שבועת מודה במקצת, כי בהודאתו התכוון לפטור את עצמו ולא לחייב את עצמו.

ולפי"ז במקרה שלפנינו אף שהודתה האישה על 335,000 ש"ח שהועברו לחשבונה, הרי לא הודתה שסכום זה ניתן לה כהלוואה אלא כמתנה, ולכן הודאתה אינה הודאה שמחייבת אותה בשבועה. אמנם היא לא טענה שנאמר לה במפורש שהסכום האמור ניתן לה כמתנה, אך טענתה הייתה שמכך שמעולם לא דובר עמה על הלוואה היא הבינה שהוא ניתן כמתנה, ולדעתה, עובדה זו שלא דובר בפירוש על הלוואה מהווה ראיה שהסכף ניתן להם כמתנה ולא כהלוואה. אמנם נכון הוא שאין בטענתה ממש והיא חייבת לשלם חוב זה וכמו שהובהר באריכות. אך מכל מקום לעניין חיוב שבועת מודה במקצת אנו אומרים כאמור, שכאשר הודאתה נאמרה כשהיא סבורה שהיא פוטרת את עצמה בהודאתה זו, אין בהודאה זו כדי לחייבה שבועה של מודה במקצת.

אולם נראה שיש לחלק בין האופן שעליו נסובו דברי הסמ"ע למקרה שלפנינו, דבאופן שעליו נסובו דברי הסמ"ע, אם היינו מקבלים את דברי הנתבע במלואם שלוה ופרע היה באמת פטור, אם כן בפועל נמצא שדברי הנתבע הם דברי פטור, והסיבה שבכל זאת אנו מחייבים אותו, הוא אך ורק בגלל שאין מאמינים למקצת דבריו שאומר שפרע, ונתחדש בדברי הרשב"א בתשובה זו לדדן מודה במקצת לא סגי בכך אלא בעינן שדברי הנתבע יהיו דברי חיוב, ולא סגי בדברי פטור שתוצאתם בפועל הוא חיוב. משא"כ במקרה שלפנינו גם אם נכונים דברי שמעולם לא דובר עמה על הלוואה מ"מ היא חייבת, וא"כ הודאתה היא הודאה של חיוב שהרי לא טענה שנאמר לה בפירוש שהסכום ניתן כמתנה. ומה שהיא חשבה בטעות שהיא פוטרת את עצמה בהודאתה הכוללת את הטענה שהסכום ניתן כנראה כמתנה, טעות זו אינה גורמת שהודאתה היא הודאה הפוטרת. וא"כ זה דומה יותר לטועה בחשבון וכגון שהנתבע טוען איני חייב לך כי היום פרעתיך כך וכך ואתמול כך וכך וסבר שע"י הפרעונון שפירט נפרע כל החוב וטעה בחשבון ונשאר עדיין חוב דכתב הסמ"ע דחייב מדין מודה במקצת וכמפורש בסימן ע"ה סעיף ה'. ומה לי טעות בחשבון, מה לי טעות בפירוש המציאות.

אך מהאופן הב' שמביא הסמ"ע יש להוכיח דגם באופן שדברי הנתבע במלואם מורים על חיוב אלא שטעה בדין וסבר להיות פטור לא חשיב מודה במקצת לשיטת הסמ"ע. שכתב בהמשך דבריו הנ"ל בזה"ל: "או כעין שכתב בתשו' הרשב"א הביאו ב"י מחס"ב וד"מ ר"ס".

וכוונתו לתשובת הרשב"א ח"ג סימן ע"ה ששם נשאל בראובן שתובע את שמעון מנה ושמעון משיבו מקצת פרעתי לך ומקצת פרעתי עבורך חוב של ריבית שהיית חייב לאחר, והשיב:

תשובה. שמעון כופר בכל ואין עליו אלא שבועת היסת זולתי על הרבית שאמר שהוצרך ללוות ברבית ולפרוע לבעל חוב שנכנס לו ערב בשביל ראובן שבזה אני רואה לחייב את שמעון שאפילו נתן לו ראובן רשות בפירוש ללוות עליו ברבית ולפרוע החוב אין לו לשמעון לעשות כן ורבית קצוצה היא ששמעון לזה מעכו"ם ומלוה לראובן.

ומכל מקום אף על פי שיתחייב שמעון באותו סך הרבית אין חיוב זה עושהו כמודה מקצת להתחייב שבועת התורה על מה שכפר שאין המתחייב במקצת מתוך טענות הכפירה כמודה מקצת מפורש בפיו דאשר יאמר כי הוא זה כתיב וזה נראה לי באמת.

הרי מבואר דגם באופן שדברי הנתבע מורים על חיוב, שהרי אומר שפרע מקצת עבור חוב של ריבית, וזהו פירעון שאינו מועיל לפוטרו מחיובו, מ"מ כיון שטעה בדין וסבר שפירעון של ריבית חשיב פירעון ומהני לפוטרו, לא חשיב מודה במקצת.

אלא דבאמת לפי"ז אכן צריך ביאור מה בין טוען איני חייב כלום כי פרעתי עבורך ריבית שטעה בדין, לטוען איני חייב לך כי היום פרעתיך כך וכך וטעה בחשבון ונשאר עדיין חוב. אי אזלינן בתר דבריו שמורים חיוב, נחייב שבועה בתרוייהו ואי אזלינן בתר כוונתו לפי טעותו לפטור את עצמו, נפטרנו משבועה בתרוייהו.

ובנתייה"מ סימן ע"ה ס"ק ד' (בהשגתו על הקצוה"ח) רמז לקושי זה וז"ל:

דהכא בשעת הכפירה ידוע לבית דין תיכף הודאתו וטענתו, דמה לי אם טועה בחשבונו או טועה בדין, דהוי כאומר נתתי לך מטבעות האלו שהם שוים כפי תביעתך והבית דין רואים שאינם שוים כל כך, והכא נמי הבית דין רואים שנתינה זו לא הוי נתינה.

ומקושיית הנתיבות שכתב ביחס לטועה בחשבון "בשעת הכפירה ידוע לבית דין תיכף" מובנת כוונתו שככל שבבית דין מתבררת האמת שהוא חייב על פי הודאתו, ובירור זה מתברר מיד עם ההודאה, עד כדי שאין הם צריכים לשום בירור נוסף, לא בירור עובדתי ולא בירור הלכתי, בזה אמרינן שהודאתו נקראת הודאה של חיוב, וזאת אף שכוונתו לפטור את עצמו. כן הוא בטעות בחשבון וכן הוא בטעות בדין כמו בטענת נתתי עבורך ריבית שהיא הלכה פשוטה שאין בה ספק כלל.

והנה בנדון דידן אין החיוב מתברר "תיכף לבית דין" אלא לאחר בירור הלכתי האם נתינה זו דינה כמתנה או כהלוואה והלכה זו אינה לכו"ע. וכן צריכים בי"ד נמי בירור עובדתי שהרי

אפשר שתביא עדים או ראייה על כך שאין זו הלוואה אלא מתנה. וא"כ נדון דידן גרע טפי והוי טענת פטור עוד יותר מטעות בדין של "נתתי עבורך ריבית". ואיך שיהיה, הרי להלכה הרי פסקו הפוסקים שגם ב"נתתי עבורך ריבית" מיקרי טענת פטור ויש למצוא ביאור לחלק בין טעות בדין לטעות בחשבון.

ובאמת המעיין בספר התרומות שער ז' חלק ג אות ב' במקור הדין (דס"י ע"ה ס"ה) דנתברר לבי"ד מתוך דבריו שטעה בחשבונו ונשאר חייב חלק מהחוב חייב שבועה, יראה, דאין חיובו מדין מודה במקצת אלא מדין העדאת עדים, דזה לשונו שם :

ומסתברא שאם תבע ראובן לשמעון בפני בית דין ואמר לו יש לי בידך מהלוואה פלונית כך וכך ומהלוואה אחרת שהלוייתך אחר כך כך וכך והנתבע משיבו אין לך בידי כלום לפי שמהלוואה פלונית פרעתך כך וכך ומן ההלוואה השנית פרעתך כך וכך ומתוך טענת הנתבע הכירו הבית דין שעדיין חייב לו מאותן שתי הלוואות עשרים דינרין דהוה ליה כעדים מעידין אותו שיש בידו חמשים שהרי הב"ד עדים במה שהודה שנשאר עליו ועל השאר שכפר ישבע דקיימא לך כר' חייא וכדלעיל.

ומהא דהוצרך לדין העדאת עדים מבואר דמדין מודה במקצת באמת אין לחייבו כיון דכוונתו לפי טעותו לפטור את עצמו.

אכן אף אם מטעם העדאת עדים אתינן עלה, יקשה, דגם בטוען נתתי עבורך ריבית יתחייב שבועה מדין העדאת עדים, ובאמת שמטעם זה דחה הש"ך בסימן ע"ה ס"ק ט' את דברי הסמ"ע מההלכה ומחייב שבועה גם בטוען נתתי עבורך ריבית מדין העדאת עדים, ומש"כ הרשב"א בתשובה דבטוען פרעתי עבורך ריבית אינו חייב שבועה כתב הש"ך דמירי שיש רק ע"א על ההלוואה וגם על הנ' שטוען פרעתי בתורת ריבית חייב לשלם רק מחמת מתוך שאינו יכול לישבע משלם. עיי"ש.

אולם בדברי הסמ"ע בסימן פ"ז ס"ק ט"ז מפורש דטועה בחשבונו חיובו מדין מודה במקצת ולא מדין העדאת העדים, ומחלק בין טעה בחשבונו לטעה לחשוב שנפטר מהתובע ע"י פירעון ריבית, וכך הבין הש"ך בסימן ע"ה ס"ק י"ט בדברי הסמ"ע.

[והא דלשיטת הסמ"ע אין מחייבים אותו שבועה מדין העדאת עדים האריך הקצוה"ח בסימן ע"ה ס"ק ב' ותו"ד דהיכי דהודה והודאתו לא חייבתו שבועה שוב אין לחייבו שבועה מדין העדאת עדים שכבר יצאה הודאה בפטור. ומש"כ הבעל התרומות לדמות את דינו להעדאת עדים צ"ע].

וכן מפורש בדרכי משה הארוך בסימן ע"ה ס"ק י"ד שאחר שהעתיק את דברי הרשב"א בתשובה דלא מקרי מודה במקצת אלא כמודה ממש ולא במתחייב מתוך טענתו כתב בזה"ל: ודוקא בדרך זה דלא מהימן במה שאומר אבל אם מודה בהדיא לפי טענתו מקרי מודה במקצת

כמו שנתבאר להדיא בראש הסימן. ושם בראש הסימן סעיף ב' העתיק את דברי בעה"ת במי שטעה בחשבונו ומפורש בדבריו דטעמו של בעה"ת הוא משום דמודה בהדיא לפי טענתו מקרי במקצת ולא משום העדאת עדים.

ומעתה הדרא קושיין לדוכתא מה חילוק יש בין טעה בחשבון לטעה בדין לחשוב שפירעון דריבית שמיה פירעון. אי אזלינן בתר דבריו, בתרווייהו דבריו הם דברי חיוב, ואי אזלינן בתר כוונתו, בתרווייהו איכא כוונה לפטור.

ונראה לבאר בזה דטעות בחשבון הוי כדיבור ממשי של חיוב ואמירה של הודאת חיוב גמורה וברורה, וכדיבור מפורש לא אכפת לך כלל בכוונת ליבו שהייתה לפטור את עצמו ובפרט שכוונתו בטעות יסודה, ועל כוונה זו בוודאי אמרינן דברים שבלב אינם דברים. אבל כשטעה בדין, גם באופן שהיא טעות גמורה מ"מ חסרה ההודאה המפורשת כדיבור בפה ובאמירה של חיוב. וצריך להוסיף שיסוד זה בנוי על כך שהסיבה לכך שלדין מודה במקצת צריך להודאה מפורשת בפיו, דין זה אינו מצד הסברא דמעיו וכדומה אלא מצד מה שמפורש בכתוב: "אשר יאמר כי הוא זה" דהיינו שצריך אמירת חיוב ברורה בפה. וכמש"כ הראשונים והאחרונים.

ונראה שבדברי הקצוה"ח במשובב נתיבות סימן ע"ה מצינו ביאור חד וברור יותר בדומה לדברינו, שכתב, זה לשונו: "משא"כ בטועה בחשבוננו שאינו ע"י בית דין ודאי חשוב הודאת פיו ממש וכמ"ש בסמ"ע". כלומר, בטועה בחשבון יש בדבריו הודאה הנשמעת לכל אוזן גם למי שאינו יודע כלל הלכה כלשהי, וא"כ ההודאה יוצאת מפיו עצמו ללא בית דין וכדומה. משא"כ בטועה בדין, ללא בית דין או שמיעת דבריו על ידי אדם הבקי בהלכות התורה, בזה יש חסרון בהגדרת דבריו כהודאת פיו בלבד. ובהמשך דבריו הוסיף שם הקצוה"ח וכתב "ואין זה דומה לטועה בחשבוננו דחשיב שפיר אשר יאמר כי הוא זה", ולגבי דין אמירה יש לחלק בין טעות במציאות לטעות בדין. וכדברינו לעיל שדין מודה במקצת אינו מצד הסברא אלא מצד הכתוב בתורה "אשר יאמר כי הוא זה".

ובספר אולם המשפט הביא את דברי הרמב"ן שהובאו ברא"ש שבועות פ"ג ס"ד. זה לשון הרא"ש:

אמר שמואל גמר בלבו צריך להוציא בשפתיו. שנאמר לבטא בשפתים דאינה שבועה עד שיוציא מחשבתו בשפתיו וה"ה לנדר. ואם גמר בלבו להוציא פת חיטים והוציא פת שעורין אינו אסור לא בחיטין ולא בשעורין. אין אסור בחיטין שהרי לא הוציא בשפתיו. ולא בשעורין שהרי לא נתכוון לומר שעורין. דבעינן שיהא פיו ולבו שוין. אבל גמר בלבו להוציא פת חיטין והוציא פת סתם אסור בפת חיטין דפת חיטין פת שמיה והרי פיו ולבו שוין. דתניא בשפתים ולא בלב. גמר בלבו מנין ת"ל לכל אשר יבטא האדם...

ותירץ הרמב"ן דשאני התם שאין טעות בדבריו שכוון בלבו לומר בפיו לעולם

אלא שמחשב כלבו היום הילכך פיו עדיף דדברים שבלב אינם דברים אבל הכא דהוצאת פיו הוא טעות דבלבו היה לומר פת חיטין הלכך הוצאת פיו אינה כלום. דמן הדין גם מחשבתו תבטל כיון שלא הוציא מחשבתו בשפתיו אלא דרבינן מקרא דאזלינן בתר מחשבתו לפי שפיו אינו מכחיש את מחשבתו דפת חיטין נמי פת שמייה.

ועל פי דבריו כתב האולם המשפט ליישב בזה"ל:

ונראה לענ"ד פנים לדברי הסמ"ע עפ"י דברי הרמב"ן שהביא הרא"ש פ"ג דשבועות סי"ד דאע"ג דקיי"ל דברים שבלב אינם דברים אפ"ה שאיני לזה ואמר לזה אינו כלום. דדוקא היכי שאמר בפיו מה שכיון לומר אלא דבליבו היה לדבר אחר כיון שאמר מה שכיון לומר אזלינן בתר דיבורו אבל היכי שטעה כדיבורו ואמר מה שלא רצה לומר כלל בזה חשיב דיבורו כמאן דליתא כלל, ע"ש. וה"נ בטעה בחשבון בוודאי אנן סהדי דר"ל החשבון כמו שהוא וחשיב כאילו לא אמר כלום ומתחילה הוה כמוב"מ. אבל טעה בדין הרי זה בליבו אמר כמו בפיו וכיון דלא הוה הודאה בתחילה לא הוה מודה במקצת כמו מה שהנחת אתה נוטל.

ביאור דבריו, טעה בחשבון חשבינן כמאן דליתא וכאיתקיל מילוליה וכבודות פה בלבד דבוודאי אין אדם רוצה להוציא מפיו דיבורים של טעות מוכחת ופשוטה ואין ספק שבליבו לומר דברי אמת ועל כן דברים בטלים אלו אין בכוחם לבטל דברים שבלב שלו ובכגון דא אמרינן דברים שבלב לומר האמת הוויין דברים, ועוד דיינינן לדבריו כאילו לא סיים דבריו וכוונתו באמת להיות מודה במקצת. אבל טעות בדין אעפ"י שזה טעות מכל מקום אינו בגדר 'איתקיל מילוליה' כפשוטו, ועוד, דיבוריו מתאימים למחשבתו וכוונתו, ולכן גם אם טעותו מוכחת מבחינת הדין וההלכה, מ"מ אין זה מודה במקצת, וגם אם נאמר שאינו רוצה לטעות, אין זה אלא דברים שבלב העומדים נגד הדיבור במפורש בפה ובזה דינם שאינם דברים.

ויתכן להוסיף עוד טעם לדבריו, דלדין הודאת בע"ד בעינן שהודאתו תבטא לכה"פ רצון לשלם את מה שהוא באמת חייב על פי דבריו, וכשאומר שנפטר רק משום שפרע כך וכך לפלוני, וכך וכך לפלוני, הרי יש בדבריו רצון לשלם את מה שלא נפרע, והתוספת שבדבריו שהכל נפרע שישודה בטעות בחשבון, הוי כמו אתקיל מלוליה וחשיב כאילו לא נאמרה כלל, משא"כ בטעה בדין כל מה שהודה משום דסבר דהודאה זו לא תחייבנו בדין ואין בהודאתו שמץ של רצון לשלם את מה שהוא חייב.

והנה המקרה שלפנינו דומה לטועה בדין ולא לטועה בחשבון, ובפרט למש"כ שטועה בדין ואומרת שנתתה סתם הינה מתנה ולא הלוואה, היא אמירת פטור יותר מאמירת נתתי עבורך ריבית, מכיוון שדין פירעון ריבית היא הלכה פשוטה ללא עוררין משא"כ דין נתתה בסתמא האם נדונית כהלוואה או כמתנה אינה הלכה ברורה וכמו שביארנו באריכות. ולתוספת הטעם

הנ"ל יש תוספת סברא גם בנדוננו שבוודאי אין בהודאתה שמץ של ביטוי לרצון לשלם את החוב, כי חשבה שהודאתה על הסכום שידוע לה שהועבר לחשבונה לא תביאנה לידי חיוב, וזאת בגלל טענתה שמה שמעולם לא דובר עמה על הלוואה מהווה ראיה שהכסף ניתן כמתנה. וע"כ לשיטת הסמ"ע אין הודאתה הודאה לחייב מדין מודה במקצת.

אכן הנה כל המבואר עד כה הוא בשיטת הסמ"ע אבל הש"ך בסימן ע"ה ס"ק ט' חולק וסובר דגם היכי שהודה שפרע עבורו חוב של ריבית אף שאין לחייבו מדין מודה במקצת יש לחייבו מדין העדאת עדים. אולם הקצוה"ח בסימן ע"ה ס"ק ב' בסוף דבריו כתב שנראה כדברי הסמ"ע ובסו"ד כתב שדברי הסמ"ע יותר מדוקדקים.

ועיין נודע ביהודה מהדו"ת סימן ל"ח (הובא בקיצור בפתחי תשובה בסימן ע"ה ס"ק ט' ובאריכות בסימן קע"ו ס"ק ח') שכתב על מחלוקת זו של הסמ"ע והש"ך שיכול לומר קים לי כהסמ"ע, ואף שצירף שם טעם נוסף, לפנינו יבואר שגם במקרה שלפנינו קיים אותו טעם נוסף.

ואפי' נאמר שבמקרה שלפנינו ליתא לאותו טעם נוסף, כבר כתב הפתחי תשובה בסימן ע"ה ס"ק ט' על דברי הנודע ביהודה דמה שהצריך טעם נוסף הוא לרווחא דמילתא, וגם אילו לא היה את אותו טעם היה יכול לומר לי קים לי כהסמ"ע.

וז"ל הפתחי תשובה שם :

הגם דבנודע ביהודה שם כתב כן בענין לסמוך על הש"ך בשני ענינים האחד שזה מקרי מודה במקצת והשני דגם במה דלא הוי לי למידע אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וע"ז כתב דאין לגבב כל כל החומרות לחייב הנתבע שיכול לומר קים לי ע"ש י"ל לפי דהמעשה שם היה כך כתב כן לרווחא דמילתא אבל איה"נ אם היה בענין דהוה ליה למידע היה אומר כמו כן.

אמנם נראה דבמקרה שלפנינו יתכן שגם הש"ך מודה דלא חשיב מודה במקצת, דהנה הרמב"ם בפ"ד מגזילה ואבידה ה"ט"ו-ט"ז כתב :

חטף ממנו זהובים בעד אחד והוא אומר שלי חטפתי ועשרים היו אע"פ שאין העד יודע כמה חטף הרי זה משלם העשרים שהרי ידע בודאי שזהובים חטף ואילו היו שנים היה חייב לשלם ונמצא בעד אחד מחויב שבועה ואינו יכול לישבע כמו שביארנו. אמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הן והנגזל אומר מאה חטף הואיל ואין העד יודע מניין הרי משלם העשרים שהודה בהן שחטפן ונשבע שבועת התורה על השאר שהרי נתחייב במקצת. ודעתי נוטה בזה שישבע היסת שהרי לא הודה כלום אלא אמר שלי חטפתי.

מבואר ברמב"ם דאפי' שמשלם עשרים מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם דעתו נוטה שאין לחייבו שבועת מודה במקצת על השאר.

וכן פסק השו"ע הלכות גזילה סימן שס"ד סעיפים ה' ו' :

חטף ממנו זהובים בפני עד אחד, והוא אומר שלי חטפתי ועשרים היו, אף על פי שאין העד יודע כמה חטף, הרי זה משלם העשרים, שהרי ידע בודאי שזהובים חטף, ונמצא שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, ומשלם. אמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הם, והנגזל אומר מאה חטף, משלם העשרים שהודה בהם, ועל השאר נשבע היסת.

והשו"ך בסימן ע"ה ס"ק י"ט הקשה מדין זה על שיטתו דגם במקום שאין לחייבו מצד ההודאה מ"מ אם לפי פסק בי"ד חייב אותו מקצת מחייבים אותו שבועה על השאר מדין העדאת עדים, דה"נ כיון שפסקו בי"ד שעליו לחייב השאר מדין מתוך שאינו יכול לישבע יתחייב שבועה על השאר.

וכתב הש"ך ליישב בזה"ל :

ואע"ג דמודינא דהיכי דלא נתחייב אלא מתוך שאינו נאמן לא מיקרי מודה מקצת, כגון בהך דסוף פ"ד מהלכות גזילה שכתב הרמב"ם, וכן אם טענו מנה ואמר לו על חמשים אל תפרעני אלא בעדים ואמר לו פרעתיך, וכן אם טענו מנה ואמר לו חמשים להד"ם וחמשים איני יודע אם הלוייתי ויש לו עד אחד שהלווה לו חמשים, וכן בטען על כל המנה להד"ם והביא עד אחד שלוה חמשים ואמר לויתי ופרעתי דחייב חמישים מכח מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואינו חייב שבועה דאורייתא על השאר מטעם שכתב הרמב"ם, וכן כל כהאי גוונא וכמ"ש לקמן סימן פ"ז שם ליכא לאקשווי דהא אנן סהדי וכדפריך בפ"ק דמציעא, היינו משום דכיון שאין הב"ד יודעים בבירור שחייב לו רק שאנו פוסקים כן מכח מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואינו נאמן, לא שייך לומר אנן סהדי, דהא מכל מקום יכול להיות שאומר אמת, ובפ"ק דמציעא כיון דהאי תפיס ביה, הוה כאילו אנו יודעים בבירור שהוא שלו. אבל אי תימא דאפילו הב"ד יודעים בבירור גמור שחייב לו חמשים כגון שטעה הלוח בדין, אינו חייב שבועת התורה, א"כ היאך מדמה בש"ס אנן סהדי דב"ד להעדאת עדים. אלא ודאי כדאמרן. והלכך אם ראובן תובע לשמעון, וזה אומר חמשים פרעתיך, וחמשים נתתי עבורך ריבית, והב"ד מכירים שהחמשים ריבית אסור לשמעון ליקח מפני שהוא ריבית קצוצה, ונמצא שנתחייב שמעון לשלם חמשים על פי מה שהכירו הב"ד מתוך הודאתו שהודה שהלוה לו מנה ולא פרעו עדיין רק חמשים לפי דבריו, חייב שבועת התורה, שהרי הב"ד עדים במה שהודה שנשאר עליו.

תמצית דבריו, דכדי לחייב על פסק בי"ד מדין העדאת עדים לא סגי בפסק מכח דין כמו מדין מתוך, אלא בעינן שפסק ביה"ד יבוא מידיעה שיש לבי"ד בבירור שחייב לו, ובפ"ד מגזילה פסק ביה"ד הוא רק מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ועל כן אין לחייבו שבועת מודה במקצת על השאר.

והקשה הקצוה"ח בסימן ע"ה ס"ק ב' דהש"ך כאן סותר לדבריו בסימן פ"ז ס"ק י"ג דיצו"ש שהביא להלכה את דברי הר"ן בפ' שבועת הדיינים במנה לי בידך וטעין הלה חמישים לויתי ואיני יודע אם פרעתי, וחמישים לא לויתי או פרעתי דעל החמישים שאומר לויתי ואיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם וחייב ליטבע על השאר. ודברי הר"ן אינם עולים בקנה אחד עם מש"כ הש"ך בסימן ע"ה בדעת הרמב"ם והשו"ע בסימן שס"ד שרק היכי דיש ידיעה ברורה לבי"ד שחייב לו ניתן לחייבו שבועה על השאר מדין העדאת עדים.

ובספר אבן האזל בהשמטות לפ"ד מהלכות טוען ונטען כתב דעיקר מה דנקט הקצוה"ח בדברי הר"ן בפרק שבועת הדיינים דחייב שבועה באומר על מקצת איני יודע אם פרעתיך הוא מדין העדאת עדים, בדברי הר"ן בשם הרמב"ן שם מפורש לא כן, דז"ל: ומ"מ כתב דחמשין לית לך וחמשין לויתי ואיני יודע אם פרעתיך מודה במקצת הוא שאע"פ שלא הודה כלום בבירור מתוך תשובתו נתחייב הוא במקצת. הרי מפורש דמדין מודה במקצת ומדין הודאה שאינה בבירור אתינן עלה.

וכתב בכיארור הדברים דנתחדש בדברי הר"ן דלמודה במקצת לא בעינן שיודה שהוא יודע בבירור שהוא חייב המקצת אלא כל שבתשובתו אינו שולל מכל וכל את טענת התובע ואומר שיתכן שבמקצת צודקת תביעתו, ותשובה זו גורמת לחייבו אותו מקצת, חשיב מודה במקצת. ועל כן כשאומר שאולי לא פרע ויש ממש בתביעת התובע ומחייבים אותו מחמת כן חשיב מודה במקצת והשתא דברי הש"ך אינם סותרים זא"ז כלל דבאמת לדין העדאת עדים בעינן ידיעה ברורה ולא סגי בחיוב מחמת ספק, ומה שהביא להלכה מהר"ן דבאומר על חמישים איני יודע אם פרעתיך חייב שבועה על השאר לא אתי עלה מדין העדאת עדים אלא מדין מודה במקצת.

[כנודע ביהודה מהדו"ת סימן ל"ח שהובא לעיל מבואר דתלי לחיוב שבועה באומר על מקצת א"י אם פרעתיך במחלוקת הש"ך והסמ"ע מבואר דחייבו מדין העדאת עדים כהבנת הקצוה"ח ושלא כדברי האבן האזל].

ולפי"ז במקרה שלפנינו שבהודאתה חשבה להפטר לגמרי מטענת התובע ומדין מודה במקצת אין לחייבה [ולהמבואר בש"ך שגם טעה בחשבון לא חשיב מודה במקצת וחייבו רק מדין העדאת עדים אין צריך לאריכות דברינו בשיטת הסמ"ע, אלא כל שבשעת הודאה טעה הנתבע שלא יחייבוהו מטעם כל שהוא, לא חשיב מודה במקצת], ומדין העדאת עדים נמי אין לחייבה דאף שפסק ביה"ד הוא שהכסף ניתן כהלוואה מ"מ לא חשיב שיש לבי"ד ידיעה ברורה שהכסף ניתן כהלוואה לחייבה מדין העדאת עדים, לא מבעיא לטעם השער המשפט דספק מתנה הוי כאיני יודע אם פרעתיך דרק מספק מחייבין לה, אלא אפי' לאידך טעמא דנתינה שאילו הייתה בסתמא היינו דנים אותה כהלוואה לא חיישין שניתינה בפירוש בתורת מתנה אלא א"כ נטען כן בבירי, נראה דנקיטת בי"ד בסתמא לא חשיב ידיעה בבירור.

וסייעתא לדברינו מדברי הש"ך שם בס"ק י' שאחר שכתב דבעינן ידיעה ברורה לבי"ד באמיתת החיוב הוקשה לו מההיא דשנים אוחזים בטלית דס"ד דהאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי החשיב העדאת עדים על מחצה, אף שאין כאן ידיעה בבירור, ומיישב זאת בזה"ל:

ובפרק קמא דמציעא כיון דהאי תפיס ביה הוה כאילו אנו יודעים בבירור שהוא שלו. ויסוד דבריו מתוס' ב"מ דף ב' ד"ה ויחלוקו שכתבו בתירוצם דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בודאי החצי ובכבא בתרא דף ל"ד ע"ב האריכו התוס' להוכיח דחשיב ידיעה וז"ל שם דחשיב כאילו אנו יודעין שיש לשניהן חלק בה שכל דבר יש להעמיד בחזקת מי שהוא בידו כדאמרי' גבי נסכא דר' אבא דאע"ג דאמר דידי חטפי חשבנין ליה גזלן וחייב לשלם כאילו הוא ברור שהיתא הנסכא של אותו שהיה מוחזק בה.

מפורש בדבריו דמה דנקטינן בסתמא שמחצית החפץ שלו לא חשיב ידיעה בבירור לדין העדאת עדים, ובעינן לחידוש מיוחד של התוס' באוחזין דחשיב כאילו אנו יודעים שהיא שלו.

אולם באמת אין צריך לכל זה דאפילו נאמר כמו שנקט הקצוה"ח דלדעת הש"ך גם פסק בית דין של איני יודע אם פרעתין חשיב העדאת עדים וכ"ש במקרה שלפנינו, מ"מ מחמת חיוב שבועה זה אין לחייבה בתשלומין כשאינה יכולה לישבע, דיעויין רעק"א בגליון השו"ע סימן ע"ה ע"ה ס"ה שהביא מהבשמים ראש דבהעדאת עדים ליתא לדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, כיון דילפינן לה בב"מ מגלגול שבועה דעד אחד ובגלגול שבועה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואף שבבית אפרים חו"מ סי' ט' פקפק על תשובה זו דבשמים ראש דלאו מר בריה דרבינא חתים עלה והוכיח שם שהרא"ש עצמו ס"ל דלמסקנא יליף להעדאת עדים מע"א עצמו ולא מגלגול דע"א, מ"מ מרעק"א שהעתיקו להלכה בגליון השו"ע נראה שנקט כן להלכה ובוודאי צדקו דבריו לאותם הראשונים הסוברים דלמסקנה ילפינן מגלגול שבועה דע"א.

טעם שני לפוטרה משבועה ומתשלומין משום דלא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם בלא הו"ל למידע

התוס' בב"ק דף מ"ו ע"א ד"ה דאפילו כתבו וז"ל:

ועוד אומר ר"י דלא דמי כלל, דהא טעמא דמחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם מפרש בפרק כל הנשבעין משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, ומפרש התם כגון שאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשים ידענא וחמשים לא ידענא, דבאבוה כה"ג מיחייב, ועל כרחך צריך ליתן טעם למה באב חייב וביורשים פטור, דבלא טעמא אין לומר כדאמר התם אי דאמר ליה נ' אית ליה ונ' לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה. אלא היינו טעמא דבאב חייב

(באומר) לא ידענא, דהיה לו לידע אם חייב לו מנה אם לאו, אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבוהון, ומהאי טעמא אית ליה נמי למיפטר בשמעתיך, שאין לו לידע דבר זה אם משנגחה ילדה או קודם.

מבואר מדברי התוס' דמהפסוק "שבועת ה' תהיה בין שניהם" ולא בין היורשים, נלמד, דבכל מקום שלא היה לנתבע לדעת אם חייב או לא, ליתא לדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. ועוד מבואר בתוס' דיש טעם לדבר וזה הביאם לפרש הכי מיעוטא דיורשים. ומעתה עלינו לפרש ולבאר את תורף הטעם שנתנו רבותינו בעלי התוספות.

הבעל המאור בב"ב דף ע' ע"א הביא מר"א אב"ד, זה לשונו:

דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא בענין שהיו שניהם חשודים דאיכא גביה לוח רעותא דחשדא אי נמי גבי חמישים ידענא וחמישין לא ידענא דריעא נמי טענתי מ"ש דידע בהני ולא ידע בהני.

והקצוה"ח סי' ס"ט סק"ז לאחר שהביא את דברי בעל המאור, כתב דכן משמע ברא"ש ב"ק פ"ו סי' ט"ז וז"ל:

דדוקא היכא דנראה טענה שלו ברמאות הא דטעין לא ידענא לפי שהי' לו לידע אם הוא חייב אם לאו.

וכיו"ב כתב הראב"ד בפ"ה משאלה ה"ו וז"ל:

לפי שאי"ז דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואיערומי קא מערים ותובע נמי קא טעין עלי' ואמר מידע ידעת

ולפי פירושם החילוק בין הוה ליה למידע ללא הוה ליה למידע אינו בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא בעיקר החיוב שבועה של פוטר עצמו בטענת איני יודע, דרק כשהיא טענה גרועה חייב שבועה, אבל אם היא טענה טובה יש להאמינו בלא שבועה ומשאירים הממון בידו מספק [וצ"ב למ"ד ברי ושמא ברי עדיף].

וכן נראה מלשון הרב המגיד בפ"ה משאלה ה"ו שכ' בדעת הראב"ד וז"ל: שורש דבריו ז"ל שאין קרוי מחויב שבועה כל שלא היה לו לידע.

אולם ברשב"א ועוד ראשונים מבואר דמה דבלא הוי למידע לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אין הטעם משום דיש להאמין למה שאומר איני יודע בלא שבועה, אלא משום דאי ידיעה שאיננה באשמתו איננה מחייבת תשלום.

דהנה הרשב"א בב"ק דף ס"ב ע"א הביא ירושלמי חד בר נש אפקיד גבי חברי' חד שק צרור אירעו אונס הדין הוה אמר סיגין הוה מלא והדין הוה אמר מטקסין הוה מלא אתא עובדא קמי רב ואמר הרי זה נשבע ונוטל ע"כ. והקשה ע"ז:

איכא למידק אם טענו שק ומטקסין והלה מודה לו בשק מלא סיגין וכופר במטקסין ובברי, למה ישבע ויטול אדרבה הנפקד נותן שק וסיגין ונשבע על השאר דהוה ליה כטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן דהוה ליה מודה במקצת ונשבע ונפטור [...] ואם זה טוענו על השק ועל המטקסין והלה משיבו על המטקסין איני יודע, יטול המפקיד בלא שבועה דהא מודה על השק ועל המטקסין טוען איני יודע והוה ליה כמנה לי בידך והלה אומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דהוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם בלא שבועה דאידך.

ותירץ הרשב"א:

ויש לומר דבכה"ג ודאי מיירי, ומיהו אינו מחוייב שבועה דלא אמרו אלא כמנה לי בידך וכיצא בו שטוענו במה שהי' לו לדעת הלכך כשהוא משיבו על המקצת איני יודע ריע טענתי' שהי' לו לדעת שמא מערים הוא לומר איני יודע, וא"נ אמת קאמר איהו אפסיד אנפשי' כשאינו זוכר, אבל כל היכא דתובע ותובעו מה שלא הי' לו לדעת כזה שהפקיד אצלו שק צרור שאין לו לדעת מה בתוכו אין זה מחוייב שבועה, והיינו נמי דאמרין בשלהי פרק כל הנשבעים שבועת ה' תהי' בין שניהם בין שניהם ולא בין היורשים ואוקימנא כגון דאמר להו מנה אית לי ביד אבוכון והלה אמר חמשיין ידענא וחמשיין לא ידענא, וטעמא דמלתא כדאמרן דלא פשעו כי לא ידעו דלא הוה להו למידע, וה"נ דכותה היא.

מבואר ברשב"א דאפי' אם נאמין לטענתו שאינו יודע יש לחייבו תשלום כיון שפשע במה שאינו יודע, ולכן יורשים שאי ידעתם אינה בפשיעתם אינם חייבים לשלם.

וכיו"ב כתב הרשב"א בב"מ דף ל"ז ע"א וז"ל:

אלא מסתברא דעיקר טעמא הכא משום דהוה ליה כמו שהפקידו לו בכרך אחד דלא הוה ליה למידק כדאיתא בגמ', דמחוייב שבועה שאינו יכול לישבע דמשלם היינו טעמא משום דכיון דעליה דידיה רמי למידע ולא ידע חשבינן ליה פושע דכל לא ידענא פשיעותא היא ומשלם אבל הכא אומר להם מה שהנחתם טלו, דכיון דלא הוה ליה למידק ואפי' לדברי שניהם, לאו פשיעה היא ופטור.

אכן המדקדק היטב בלשון הרשב"א ימצא הבדל מהותי בין דבריו בב"ק לדבריו בב"מ, דבב"מ כתב הרשב"א דמחוייב שבועה שאינו יכול לישבע דמשלם ה"ט [...] חשבינן ליה פושע. ולשון זה מורה דלעיקר החיוב שבועה אין צורך בפשיעה, ורק לחייבו בתשלום מחמת שאינו יכול לישבע בעינן שאי היכולת לישבע תהא בפשיעתו. אולם לשונו בב"ק אבל כל היכא דתובע ותובעו מה שלא היה לו לדעת [...] אי"ז מחוייב שבועה מורה דלעיקר החיוב שבועה בעינן פשיעה ואם הנתבע לא פשע במה שאינו יודע אין להטיל עליו שבועה. אכן הא מילתא טעמא בעי דאפי' אם נבין דכדי לחייבו בתשלום בעינן פשיעה משום דאם נאנס במה שלא ידע אין להטיל עליו תשלום, מה טעם יש במה שלא פשע לפוטרו מעיקר החיוב שבועה.

והרמב"ן הובא בספר התרומות שער ל"ט ח"ב אות ב' תמה על עיקר מה שהצריכו המחברים בדין מתוך, שאי הידיעה תהיה בפשיעת הנתבע, שהרי מה שמשלם כשאינו יכול לישבע אי"ז מחמת קנס וז"ל:

ואל תטעה במה שאומרים קצת המחברים דלא איתמר הכי אלא במנה לי בידך דהוה ליה למידע דהא טעותא היא דטעמא משום כרי ושמא כרי עדיף הוא ולא משום פשיעותא וקנסא וכו' ושייך ביה נמי מחוייב שבועה ואין יכול לישבע משלם.

אמנם כדברי הרשב"א מבואר בספר התרומות שער ל"ח חלק ג' אות ל' בטעם דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ביורש וז"ל: דאע"ג דאמרי' כשטוענו טענת עצמו שמשלם כשטוען איני יודע משום דאיבעי ליה למידק כשנתעסק עמו וכיון שלא דקדק משלם וכו' עכ"ל.

ונראה בביאור שיטתם ע"פ דברי התוס' רי"ד בקידושין דף סה ע"ב אהא דאיתא: "אמר אביי עד אחד אומר נטמאו טהרותיך והלה שותק נאמן", הוקשה להרי"ד מאי קמ"ל הא זהו עיקר דינא דע"א נאמן באיסורים ותירץ וז"ל:

אף ע"ג דקיימא לן בכל התורה דעד א' נאמן באיסורין איצטריך ליה לאביי למימר בהני נאמן דהוה אמינא היכי מהימן הני מילי בדידיה כגון על פירותיו לומר מתוקנים הן או טבלים וכן האישה לבעלה לומר טהורה אני או טמאה אני וכן הטבח לומר זו נבלה וזו שחוטה אבל להעיד על חברו לומר לו אכלת חלב או נטמאו טהרותיך או שורך נרבע הוה אמינא דלא ליתהמין כי היכי דלא מהימן גבי ממונות קמ"ל דמהימן.

ושוב הקשה הרי"ד:

ואי קשיא והא גבי ממון נמי אשכחן דע"א נאמן כגון ראובן שאמר לשמעון הלוייתך מנה והלה אומר איני יודע ועד אחד מעידו שהלוהו דהוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם כדאמרי' בפ' השואל [דף צ"ח ע"א] מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ומה לי כשנתחייב שבועה בהודאתו במקצת מה לי אם נתחייב ע"פ עד א' דין אחד להם דמחוייב שבועה ואין יכול לישבע היא ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. הנה מצאנו מפני ששותק ואינו מכחישו, העד נאמן.

ותירץ הרי"ד:

תשובה: התם משום דהוה ליה למידע אם הלוהו אם לא והילכך כיון שנתחייב שבועה לישבע ואינו יכול משלם. אבל אם העידו על דבר שלא היה יכול לידע

כגון שאמר לו שורך היזק וזה לא היה שם ואינו יודע אם הזיק ואם לאו כן אם היה עד א' מעידו בין אם היה מודה במקצת כגון שאמר לו שני שורריך הזיקוני והלה אומר הא' ראיתי שהזיקך והאחד איני יודע מפני שלא ראיתי אם הזיקך ואם לאו פטור ולא מיקרי זה מחויב שבועה כיון שלא היה יכול לדעת כדפרישית בקונטרסי התם אליבא דמאן דאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב דמודה באומר שורך הזיק והלה אומר איני יודע דפטור משום דהתם הוה ליה למידע והכא לא הוה ליה למידע ולגבי שואל את הפרה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום וכ' דאמרינן התם דבאינו יודע מיחייב כשיש עסק שבועה ביניהן ולמר אפילו בלא עסק שבועה משום דכיון דלקח הפרות מחברו בין בשאלה בין בשכירות נתחייב לדעת אנסייהן באיזה ענין יהיה שיפטר ובאיזה ענין יתחייב הלכך חייב אבל גבי שורך הזיק דלא הוה למידע פטור הוא. וכל הני דאמרינן הכא אכלת חלב ונטמאו טהרותיך ושורך נרבע לא הוה ליה למידע הילכך מן דינא הוה דלא יהא נאמן. אלא משום דעד אחד נאמן באיסורין נתמן.

ודברי הרי"ד בקושייתו צ"ב, דנראית כוונתו דקס"ד דלהעיד שנטמאו טהרותיך בגלל שגורם להיזק ממון נחשב עדות ממון ולכן הקשה מדוע לא בעינן שנים. ודבריו אלו תמוהים דאם כן, אין כל ראייה ממה שעד אחד גורם לתשלום ממון ע"י דין מתוך, דשאני התם דגלי קרא דע"א קם הוא לשבועה ודינא הוא דאם אין יכול לישבע משלם.

אלא צ"ל ככוונת הרי"ד דקס"ד דגם בדבר שהתורה האמינה בו ע"א כגון באיסורים אין כח בעדות ע"א לגרום הפסד ממון לחברו, ועל כן אם כשנאמין לעדותו יגרם הפסד למאן דהו ס"ד דלא יהיה נאמן וקמ"ל אביי דנאמן, וע"ז הקשה הרי"ד דממה שע"א מביא לתשלום ממון ע"י דין 'מתוך', שמעינן דבדבר שהתורה האמינה ע"א כמו בחיוב שבועה מאמינים אותו גם אם נגרם הפסד ממון לחברו.

ומעתה צ"ב א"כ מה הועיל במה שתירץ דדין מתוך הוא רק אם הוי ליה למידע, אכתי שמעינן דבדבר שהתורה האמינה ע"א מקבלים עדותו גם אם נגרם מכך הפסד לחברו.

וצ"ל דכוונתו דממה שמקבלים ע"א לחיוב שבועה גם אם נגרם מכך הפסד למאן דהו אין ראייה דבכ"מ שהתורה האמינה ע"א נאמן גם אם יגרם הפסד לחברו, דשאני דין מתוך שהביא ההפסד על עצמו במה שלא דק במקום דהוה ליה למידע. ולכן מה שע"י האמנת העד לחיוב שבועה יגרם לנתבע הפסד ממון לא מהוה מניעה להאמין לעד, ולפי"ז מה דבלא הוה ליה למידע לא אמרינן מתוך היינו משום שאף שהתורה האמינה ע"א לחיוב שבועה אין להאמינו אם יגרם בכך הפסד לנתבע במקום שהנתבע לא הביא ההפסד על עצמו. אכן דהאי טעמא שייך בשבועת ע"א, וברי"ד מבואר דמהאי טעמא בעינן הוי לי למידע גם במודה במקצת.

אכן פשוט וברור דאף שהתוס' רי"ד כתב דמה דלדין מתוך בעינן פשיעה הוא משום דגם במקום שהתורה האמינה לע"א לא נאמין אם יגרם בכך הפסד למאן דהו שלא בפשיעתו, זהו

רק לולא דברי אב"י, אבל אחר שחידש אב"י דבאיסורים מאמינים לע"א גם אם נגרם בכך הפסד לחברו, ע"כ לאו משום גריעותא דע"א אתינן עלה אלא דין הוא בכל דררא המחייבת שבועה דאם כשנחייבנו שבועה מחמת הדררא יגרם בכך הפסד ממון לנתבע שלא בפשיעתו, אין הדררא מחייבתו שבועה.

והשתא מדוקדק היטב לשון הרשב"א בכ"ק שכתב: "אבל כל היכא דתובע תובעו מה שלא היה לו לדעת כזה שהפקיד אצלו שק צרור שאין לו לדעת מה בתוכו אין זה מחוייב שבועה", דזהו דין בעיקר חיוב שבועה דבמקום שאם יתחייב שבועה יגרם הפסד ממון לנתבע שלא בפשיעתו אין הדררא [של מודה במקצת, או של ע"א] מחייבתו שבועה.

היוצא מדברינו

ישנם ב' טעמים בדברי הראשונים להא דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם היכי דלא הוי למידע. א. דבמקום דלא ריע טענתיה ואין נראה כמשקר במה שאומר איני יודע נאמן בטענתו בלא שבועה וכן נראה מדברי הבעל המאור בשם ר"א אב"ד וכן נקט הקצוה"ח. ב. דבמקום שהנתבע לא הביא ההפסד על עצמו באי ידיעתו לא חייבתו התורה שבועה, כן נראה מדברי הרשב"א והבע"ת והתורי"ד.

ונפק"מ טובא איכא בין ב' הטעמים היכי דעכשיו אין לנתבע יכולת לדעת אם יש אמת בטענת התובע, אבל הוא הביא את המצב הגורם לאי יכולת הידיעה על עצמו בפשיעתו, דאם הטעם דבמקום שאין נראה כמשקר במה שאומר איני יודע מאמינים אותו בלא שבועה כיון שבמציאות העכשווית אין לנתבע יכולת לדעת אם אמת כטענת התובע ואין חשש שמשקר במה שאומר שאינו יודע אין לחייבו שבועה. אבל אם הטעם לפוטרו משום דבמקום שהנתבע לא הביא ההפסד על עצמו במה שאינו יודע לא חייבתו התורה שבועה יתכן שאם המצב הגורם לאי ידיעתו נגרם בפשיעת הנתבע נחשב שהנתבע הביא את ההפסד על עצמו ויש לחייבו שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

והנה הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה הלכה ה' כתב:

המפקיד פירות אצל חברו ה"ז לא יערכם עם פירותיו עבר ועירב יחשוב כמה היה הפקדון ויראה כמה חסר הכל ויחשוב חסרון הפקדון ויתן לו אחר שישבע...

ובהלכה ו' כתב:

הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ורבו ז"ל.

והשיג עליו הראב"ד :

א"א ורבותי אין מורין כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואערומי הוא דמערים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמניין קא טעין ליה ודבר שבמניין קא כפר ליה והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרינן עלה ישבע זה ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה.

וכתב המגיד משנה :

שורש דבריו ז"ל שאין קרוי מחוייב שבועה כל שלא היה לו לידע ואם מחמת זו הטענה ודאי בהפקיד אצלו פירות מדודין ועירבן עם פירותיו ודאי היה לו לידע כשעבר ועירבן שהיה לו למודדן אלא שהר"א ז"ל נשען על הטענה האחרת שאין זה טוענו בכירור אתה יודע שכך היו ואינו כופר לו בדבר שבמניין וכבר דחה הרמב"ן ז"ל טענה זו בטעם נכון בחידושו שם בשבועות.

מבואר במגיד משנה דמשום שהיה לו למודדן בשעה שעירבן חשיב הוה ליה למידע. כלומר אף שברור לן שלא מדדן ולא חשדינן ליה למשקר במה שאומר כמה היו מ"מ כיון שהיה מוטל עליו למודדן ומשום שלא עשה המוטל עליו אינו יודע כמה היו, חשיב הוה ליה למידע, והיינו כהצד הב' שהבאנו לעיל מהרשב"א והתור"י דאם כוונתו דמשום שהיה לו למודדן תלינן שמדד ומשקר במה שאומר שאינו יודע כמה היו היה לו לכתוב כן בפירושו ולפי"ד המ"מ אין ראיה מדברי הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה דגם בלא הוה ליה למידע חייב שבועה.

אולם מהרמב"ם בפ"ג ממלוה הי"ד מוכח שסובר דגם בלא הוה למידע אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דבמשכון שהיה ביד המלווה ואבד והלווה טען שהיה שווה הרבה יותר מחובו כתב הרמב"ם :

אבל אם אמר המלוה אני יודע שהיה שוה יתר על החוב אבל איני יודע כמה הי"ז משלם כל מה שטען הלוה בלא שבועה כמי שאמר חמשים יש לך בידי וחמשים איני יודע שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע כמו שיתבאר.

מבואר ברמב"ם דאף שלא היה להמלווה לידע כמה היה שווה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וכן נקט הש"ך סימן ע"ב ס"ק נ"א בשיטת הרמב"ם.

אולם הרדב"ז בתשו' ח"א סי' רכ"ח כתב וז"ל :

ואם הלוה טוען כך היה שוה והמלוה אומר איני יודע כמה אבל יודע אני שהיה שוה יותר מן ההלוואה שווה פרוטה הא הכא איכא שבועה על המלוה ואינו יכול לישבע משלם מה שיאמר הלוה ששוה. וכן היא סברת הרא"ה.

וכן נראה מלשון רבינו שכתב בפ"ה מה' שאלה ופקדון, המפקיד פירות אצל חברו שאינן מדודין כו'. ואע"ג דאיכא לדחויי דהתם פשע שערכן עם פירותיו בלא מדידה אבל הכא ליכא פשיעה דהא נגנבו או נאבדו י"ל דה"נ איכא כעין פשיעה דכיון שידוע שאם יאבד חייב לישיבע הוה ליה למידע כמה שוה וכיון שא"י לישיבע משלם.

ולפי"ד הרדב"ז גם הרמב"ם סובר דבעינן לכה"פ שיפשע במה שאינו יודע.

ונראה דהש"ך שנקט בשיטת הרמב"ם דגם בלא הוה ליה למידע אמרינן מתוך, אזיל לשיטתו בכ"מ שנקט בטעם הפוטרים מתשלומים מי שלא היה לו לדעת משום דלא חשדינן ליה בשקר דז"ל בסימן ע"ב ס"ק נ"א:

אבל הראב"ד השיג שם עליו בכל המקומות ההם וס"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישיבע משלם אלא כמו גבי נ' ידענא ונ' לא ידענא דנראה טענתו דנ' לא ידענא ברמאות, דה"ל למידע, אבל בפקדון לא ה"ל למידע, והלכך הכא נמי במשכון יכול להיות שהמלוה אינו יודע ואין טענתו רמאות דלא ה"ל לידע, אבל אם אומר כך כלומר שהלוה אומר אתה יודע שהוא שוה שתים הדין כדברי הרמב"ם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישיבע משלם כך הם הצעת דברי הראב"ד [וכן היא דעת בעל העיטור בדיני פקדון דף מ"ז ע"ד].

ועל כן לדידה מה שהנתבע פשע בהגיעו למצב של אי ידיעה לא מעלה ולא מוריד, דמכל מקום לא חשדינן ליה בשקר, ואם כשהשומר עירב פירותיו פסק הרמב"ם דחייב שבועה סובר הש"ך דגם אי ליכא פשיעה כלל חייב הנתבע שבועה.

ועיין רמ"א סי' שפ"ח ס"א גבי מזיק תיבתו של חברו וזרקו לים או לאש ויודע שהי' שם זהב אלא שאינו יודע כמה, דאין בו דין משאינו יכול לישיבע משלם. וכתב הש"ך שם בטעם הפוטרים משבועת מודה במקצת משום דלא הוה ליה למידע. והיינו כמבואר בדברינו בדעת הש"ך דאם לא הוי לי למידע, אף שהביא את עצמו למצב זה של אי ידיעה בידיים, ליתא לדינא דמתוך שאינו יכול לישיבע משלם לאותם הסוברים דבלא הוה ליה למידע לא אמרינן מתוך.

אולם כאמור, הרדב"ז נקט בטעם הפוטרים בתשלומים במי שלא הוי ליה למידע כמו שמשמע מהרשב"א ומבואר בתורי"ד דבמקום שהנתבע לא הביא את ההפסד הנגרם מאי היכולת לדעת ולישיבע על עצמו לא חייבה תורה שבועה כדי שלא להפסידו, ולכן סובר בשיטת הרמב"ם דרק משום שפשע באי ידיעת שוויו של משכון חייבו הרמב"ם שבועה אבל במקום שהנתבע לא פשע ולא הביא על עצמו את המצב של אי ידיעה גם הרמב"ם מודה דליתא לדין דמתוך שאינו יכול לישיבע משלם.

ומעתה עלינו לברר האם בנד"ד היה על האישה לדעת
מהו גובה הסכום שהועבר לחשבון ע"י אחי הבעל

לפי העולה מהדו"ד בין הבעל והאחים לאישה לא נטען כלל שסוכם בפירוש עם האישה על כסף שיועבר לחשבונם כהלוואה, ועל כן גם אם האמת כטענת האח שאכן בוצעה הלוואה לחשבונם המשותף, הדיבורים והסיכומים על כך היו עם הבעל ולא עם האישה, ואף שלפי המתחייב מחוק יחסי ממון על האישה לשאת בנטל של מחצית החוב גם בהלוואה שבוצעה בפועל רק ע"י הבעל, מ"מ ההלוואה שבפועל לא נלקחה על ידה לא מוטל עליה לדעת את גובה הסכום. ואם יטען מאן דהו שאין דרך בני אדם לא לדעת מה בדיוק הסכום שהועבר לחשבון המשותף. הנה לפי מה שהעלנו מהרשב"א והתורי"ד שהצורך בהווה ליה למידע הוא משום דלדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם נדרש שאי היכולת לישבע תהא בגלל פשיעת הנתבע, פשוט שגם אם דרכם של אנשים לדעת גובה הסכום שמועבר לחשבונם, אם האישה בחרה שלא לדעת, אין בכך פשיעה לגבי המלווה. אולם לפי הבנת הש"ך והקצוה"ח שהפטור בלא הוי לי למידע משום דלא חיישינן שמשקר במה שאומר שאינו יודע, תצדק טענת הטוען שכיון שרגילות אדם לדעת גובה הסכום שהועבר לחשבון שהוא שותף בו, כשאומרת שאיננה יודעת יש לחשדה כמשקרת.

אך האמת היא שכשהבעל דומיננטי ופעיל בענייני הכספים בדרך כלל אין האישה מעורבת בנעשה בממון, ובפרט בנדון דידן שנראה בעליל שהאיש פעל ללא התייעצות עם האישה ברוב המקרים. זאת במיוחד כשנתבונן בטענות הצדדים ובמטרה שלשמה נלקחה אותה הלוואה לטענת האח המלווה, ברור שאין באי הידיעה על גובה הסכום שהועבר לחשבונה ריעותא כלל. זאת משום שהיתרה המדוברת שולמה לכיסוי חוב המשכנתא בבנק טפחות. ומהדיונים התברר שלאישה לא היה לה מעורבות בסילוק חוב המשכנתא לכל הפחות עד לאותה תקופה, ומלבד זאת, טענתה שאיננה יודעת כיצד סולק נתמכת בטענת הבעל עצמו.

בפרוטוקול מיום כ"ט טבת תשע"ט (6.1.2019) שורה 35-36:

הבעל: עד לפני שנה אני שילמתי את המשכנתא לבדי, היא לא מכירה בזה
שהחובות שלקחתי לצורך המשכנתא שייכים גם לה, ועל כן הפסקתי לשלם את
המשכנתא.

כלומר, לפי טענת הבעל עול תשלום המשכנתא היה מוטל עליו בלבד עד לשנה האחרונה,
על כן ישנה סבירות גבוהה שלא הייתה שותפה פעילה בסילוק אותו חוב שנצבר בגין אי
תשלום מתמשך של המשכנתא.

יש להוסיף לכך את הודאת הבעל באותו דיון שורה 11-12: "החובות נוצרו מהפיצריה
שפתחתי ב[מ]". כלומר, הגורם לאותו פיגור מתמשך באי תשלום המשכנתא הינו הקמת עסק

פרטי של הבעל. סביר להניח שלא כל עול כספי שהבעל נטל על עצמו בשל הקמת אותו עסק הייתה האישה שותפה לו.

מעתה כל סכום שהועבר לכיסוי חובות הבעל, מעבר לאותם 335,000 ש"ח שרביץ על חשבונם המשותף בבנק דיסקונט, שהבעל נצרך לחתימתה על הסדר חוב, לא היה לאישה בו שום עניין, ואין ריעותא כלל במה שאינה יודעת אם הועבר סכום נוסף מעבר לאותם 335,000 ש"ח.

היאך קיי"ל בדין לא הוי לי למידע

והנה הש"ך בסימן ע"ב ס"ק נ"א הכריע כשיטת הרמב"ם דגם בלא הוי ליה למידע אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אולם הרמ"א בסי' שפ"ח סעיף א' הביא דעת החולקים דבלא הוי ליה למידע לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והסמ"ע בסי' רח"ץ כתב דהעיקר כהחולקין, והתומים סי' צ' באורים ס"ק כ"ז כתב דהרמ"א בסי' שפ"ח ס"ל כהחולקין משמע דהכריע דלא כהש"ך.

אולם גם לדעת השו"ע שהכריע כהרמב"ם דגם בלא הוי למידע אמרינן מתוך, זהו רק לפי"מ שנקט הש"ך בדעת הרמב"ם אבל לפי"מ שנקט הרדב"ז בשיטת דאם לא פשע בהגייעו למצב של אי ידיעה גם הרמב"ם מודה דלא אמרינן מתוך שאינו יכול משלם. במקרה שלפנינו, שכאמור אין שמץ של פשיעה באי ידיעת גובה הסכום, גם לפי הרמב"ם לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ונראה עוד דבמקרה שלפנינו גם לפי"ד הש"ך בשיטת הרמב"ם לא אמרינן מתוך שאי"ל משלם, דהנה הש"ך שם כתב לדחות את ראיית התוס' והרא"ש מיורשים דנמתעטו מקרא דלא אמרינן בהו מתוך שאי"ל משלם וע"כ טעמא משום דלא הוי להו למידע, בזה"ל:

ולפעד"נ דלעולם בדידיה אין חילוק, והא דיורשים פטורים היינו משום דלאו בעל דברים דידהו הוא אלא דאבוהון, ודילמא אי הוי אבוהון קיים הוה טעין חמשין אית לך וחמשין ידענא בבירור דלית לך גבי, והוה משתבע ומיפטר ולא היה מחויב לשלם. ואדרבה כי דייקנן שפיר בש"ס כל הנשבעין משמע כהרמב"ם וסיעתו, דהכי איתא התם, אמר רבא כוותיה דרבי אבא מסתברא, דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, היכי דמי אי דאמר ליה נ' אית ליה ונ' לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה, אלא לאו דא"ל נ' ידענא ונ' לא ידענא, אי אמרת בשלמא אביו כי האי גוונא מיחייב איצטריך קרא למיפטריה גבי יורשים, אלא אי אמרת אביו כי האי גוונא נמי פטור, קרא גבי יורשים למה לי כו'. ואי אמרת דאבוהון היכא דלא ה"ל לידע נמי פטור, הדרא קשיא לדוכתא, קרא גבי יורשים למה לי. ולדעת התוס' צ"ל דקרא גלי ביורשים ודכוותיהו דלאו אורחיה

למידע, ופשטא דש"ס לא משמע הכי. ועוד, דלדעת התוס' וסיעתם א"כ פעמים
הוי משואיל"מ ופעמים לא, ונצטרך לחקור אימתי הוה ליה לידע ואימתי לא ה"ל
לידע, וזה דוחק, דכי נתנה התורה דבריה לשיעורין, וגם לא מצינו בש"ס בשום
מקום לחלק בכך, אלא נראה כהרמב"ם וסיעתו.

ועיין קצוה"ח סימן ל"ט ס"ק ה' ובאב"מ סימן צ"ו ס"ק ז' שנקט בדברי הש"ך דכוונתו
לדין טענינן, דכמו דטענינן ליתמי מזוייף ופרוע ה"נ טענינן להו דילמא אי הוי אבוהון כאן היה
נשבע, וכן נראה שהבין הגרעק"א בתשובה ח"ג סי' ל"א. ולפי דבריהם קרא דשבועת ה' תהיה
ביניהם ולא בין היורשים הוא מקור לדין טענינן.

אולם מדקדוק לשון הש"ך "דלאו בעל דברים דידהו אלא דאבוהון ודילמא אי הוי אבוהון
קיים הוה טעין חמשין אית לך וחמשין דידענא בכירור דלית לך גבי והוה משתבע ומיפטר
ולא היה מחויב לשלם" נראה דאין כוונתו לדין טענינן אלא כוונתו דבקרא דשבועת ה' תהיה
ביניהם ולא בין היורשים נתחדש דבדין ודברים שבין תובע לנתבע מה שדין הנתבע להפסיד
אם הוא מנוע מלישבע היינו רק נתבע שהוא בעל דבר של התובע, דכיון שהוא בעל דבר
דידיה מה דאינו נשבע פסידא דידיה הוא, אבל יתומים שאינם בעלי דברים של התובע אינם
צריכים להפסיד מחמת אי יכולתם לישבע. ולפי"ז כל דין ודברים שאין הנתבע עצמו הבעל
דבר נתחדש בקרא דלא אמרינן מתוך, ובמקרה שלפנינו הבעל דברים של התובע הוא רק
הבעל שהוא הלווה והאישה רק התחייבה לשלם מחצית מהחוב שיוכח שאכן הבעל חייב,
וכיון דאינה הבעל דברים אין עליה להפסיד בגלל אי יכולתה לישבע.

מסקנת הדברים:

ביחס לסכום של 335,000 ש"ח שהאישה הודתה שהועבר לחשבונם המשותף, ונתמך גם
במסמכים על הסדר החוב בבנק דיסקונט יש להטיל מחצית על האישה ואין לקבל את טענתה
שהכסף ניתן כמתנה.

אולם על שאר הסכום שלא נתמך באף מסמך והאישה עצמה אומרת שאיננה יודעת, אין
לחייבה לא שבועה ולא ממון, מהטעמים דלהלן.

בהודאה מתוך כפירה נחלקו הש"ך והסמ"ע אם יש חיוב שבועת מודה במקצת. וכתב
הנודע ביהודה שיכולה לומר קים לי כהסמ"ע. ובמקרה שלפנינו יתכן שגם הש"ך מודה שאין
חיוב שבועה כמו שביארנו באריכות. בנוסף, לשיטת הש"ך שיש חיוב שבועה הוא מדין
העדאת עדים דוקא והגרעק"א הביא מהבשמים ראש דבהעדאת עדים לא אמרינן מתוך שאינו
יכול משלם.

באומרת איני יודעת כשלא הוי לה למידע, הכריעו הפוסקים דלא אמרינן מתוך שאינו יכול

לישבע משלם. גם לדעת השו"ע שהכריע כהרמב"ם, סובר הרדב"ז שגם הוא יודה שבמקום שליכא פשיעה כלל במה שאינה יודעת לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

משכך, בהצטרפות כל הטעמים הנ"ל, נראה לפטור את האישה מהמחצית מאותם 165,000 ש"ח נוספים.

