

מסקי-דין

של בתי הדין הרבניים בישראל

בעריכת

הרב דב כ"ץ

כרך י.

הועתק והוכנס לאינטרנט

www.hebrewbooks.org

ע"י חיים תשס"ז

ד'תשס"ו. וויילס, מלקור ברור, בנייני התעשייה, ירושלים

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים : כ"ג הראשל"צ הרב הראשי לישראל עובדיה יוסף — נשיא,
הרבנים שאול ישראל, מרדכי אליהו

בענין :

א. (ע"י ב"כ עו"ד פתבג-בילקר) המערערת

נגד :

ב. המשיב

הנידון : הוצאות המשפט

ערעור אשה על החלטת ביה"ד האזורי בתל-אביב לא להייב את בעלה לשלם לה הוצאות המשפט בדיוניה אתו בתביעתו שהגיש נגדה לשלום בית, למרות שהיתה בלתי כנה וטרדנית בלבד והוכחה לכך שבאותו זמן פנה לשדכנית שתציע לו אשה אחרת. — טענת הבעל שתביעתו היתה כנה, ופנייתו לשדכנית היתה לאחר זמן, מאחר שאשתו עזבה את הבית. — מה דינו של מכה אשתו. — האם מי שנתחייב בדין חייב לשלם לחבירו את הוצאות המשפט. — מתי חייב התובע לשלם לנתבע את הוצאותיו ומתי חייב הנתבע לשלם לתובע. — מה דינו של סרבן להיענות לדין. — מה הדין בהוצאות המשפט בפניה לערכאות. — מה הדין בהוצאות המשפט בתביעת בעל נגד אשתו ובתביעת אשה נגד בעלה.

מסקנות

א

א. יש פוסקים שהמכה את אשתו, אם הוא רגיל בכך, כופים אותו להוציאה ובלבד שמתרים בו פעם או שתיים.

ב. (1) כשפוסק ביה"ד שאין האשה חייבת לחזור לבית בעלה, אין בזה הוכחה שהבעל חייב לגרשה.

(2) כשפוסק ביה"ד לדחות תביעת הבעל לחייב את האשה לחזור לבית בעלה, אין בזה כדי לחייבו במזונותיה.

ג. (1) המתדיין עם חבירו ונתחייב בדין אינו חייב לשלם לו את הוצאותיו ואף אם הזיקו לדון אותו בעיר אחרת.

(2) אף כשזה שנתחייב בדין גרם לחבירו הוצאות מיותרות כתבאת עדים וכדו' בזה שלא הודה על האמת, טוברים הפוסקים שאינו חייב בהוצאותיו.

(3) מי שנתגלה ששיקר בתביעתו, יש אומרים שחייב לשלם לחבירו את הוצאותיו.

- (4) התובע את חברו בדיון ויודע מראש שיפסיד ומטריחו חנם, יש להסתפק אם חייב בהוצאותיו.
- (5) מי שמסרב להיענות לתביעה לדיון, חולקים הפוסקים אם מחייבים אותו בהוצאות התובע מדינא דגרמי או שאין זה אלא גרמא ופטור, או דיון שקונסים אותו לשלם אפי' אם זה רק גרמא.
- (6) אם ביה"ד נתנו רשות להזמין את הסרבן בערכאות, סוברים רבים שלדברי הכל חייב הסרבן לשלם לו הוצאותיו. ויש שמפרשים שלדברי האומרים שאין זה אלא גרמא, גם בזה אינו חייב אלא אם ביה"ד קבע כך מראש בפירוש. ויש חולקים גם על זה וסוברים שזה הוי גרמא ופטורים אותו ואין חייב לדעתם לשלם, רק אם הוזמן לביה"ד ולא בא, וזה מדין מיוחד.
- ד. (1) אדם שאמר לחברו, "לך ואני אבוא אחריו לבי"ד" ולא בא, חייב לשלם לו הוצאותיו.
- (2) וי"א שדין זה תלוי במחלוקת של ר"י וריצב"א בדיון גרמא וגרמי.
- (3) וי"א שזה תלוי במחלוקת של הרא"ש והרשב"א בדיון סרבן שלא רצה לבוא ולהתדיין בבית דין ותבעו בערכאות.
- ה. (1) הזמין התובע את הנתבע לביה"ד והגדול והנתבע הופיע ואילו התובע לא בא, אם התובע לא המשיך לתבע אותו פטור לשלם לנתבע את הוצאותיו, אבל אם לאחר מכאן תבע אותו בעירו, חייב לשלם לנתבע את הוצאותיו שגרם לו לבא לביה"ד והגדול חנם.
- (2) בא התובע והנתבע לא הופיע, יש סוברים שהנתבע חייב לשלם לתובע את הוצאותיו.
- ו. (1) מי שתובע את חברו לדיון בערכאות שלא ברשות בי"ד והפסיד, חייב לשלם לנתבע הוצאותיו שהוציא כדי להינצל מתביעתו.
- ז. בעל שהגיש תביעה נגד אשתו שתחזור אליו ושאל לא תחזור יפטור אותו מזונותיה והוא יגיש בקשה להתיר לו לשאת אשה אחרת. תרי זו תביעה רגילה ואף אם מפסיד בדיון לא מחייבים אותו בהוצאות המשפט.
- ח. בעל שהבטיח לתת גט לאשתו וקבעו לו זמן ולא בא, חייב בהוצאות שנגרמו לה.
- ט. חתן שהבטיח לבוא ליום מסויים ולא בא ונגרמו הוצאות לכלה, י"א שחייב לשלם לה כל ההוצאות.
- י. אשה שהגשה תביעה נגד בעלה שאינו משלם לה מזונותיה והוצאתה הוצאות על כך, כגון: שכר עדים, עו"ד וכו', יתכן שהוא חייב להתחזיר לה הוצאותיה לא מדין "הוצאות" אלא מדין "מזונות".

ב

- א. הלכה פסוקה בשו"ע בגורם התובע הוצאות לנתבע ע"י שאומר לו, "לך ואני אבא אחריו", ולא בא, שחייב לשלם הוצאות מדינא דגרמי.
- ב. מסאן גם יוצא, ללא כל חולק להלכה, שהתובע חברו וביה"ד דוחה תביעתו וקובע שנחבע במרמה, שחייב לשלם הוצאותיו.
- ג. נתבע שיצא חייב בדיונו, אעפ"י שביה"ד קבע שרצה לפטור עצמו בגזל ובמרמה, פטור מ"מ בהוצאות התובע, כי זה נחשב לגרמא, מאחר שהיוזמה לתביעה

וממילא גם להוצאות הכרוכות בכך, באה מצד התובע. ויש מתאחרונים שתולים זאת במחלוקת בין הראשונים.

ד. ליה שסירב לשלם בב"ד והוצרך המלוה להוציא הוצאות ע"מ לתובעו בערכאות, להצעת הרא"ש חייב הלוה מדין קנס, ולדעת הרשב"א גם בזה פטור הלוה, מכיון שהמלוה הוציא ההוצאות מיוזמת עצמו ולתועלתו.

פסק-דין

ערעור על פסקה ג' בפסק דין בית הדין האזורי בתל-אביב שניתן ביום כ"ה בכסלו תשל"ד (תיק 5339/לב), בה קבע בית הדין, „אין צו להוצאות“.

וזה לאחר שתביעת המשיב לשלום בית נדחתה ע"י בית הדין.

לאחר שמיעת טענות הצדדים והעיון בחומר שבתיק, נראה שצדקה המערערת בתביעתה בהיות העובדות שמציין ביה"ד בפסק דינו מוכיחות למדי שאין פני המשיב לשלום בית, ואין תביעתו לשלום בית כנה:

א. התביעה הראשונה שהוגשה ע"י המשיב לשלום בית, הונחה על ידו והתיק נסגר בגלל זה.

ב. תוך מהלך הדיונים בביה"ד לשלום בית פנה, כפי שנתברר, המשיב למשרד לתיווך שידוכים למצוא לו שידוך חדש. הוא אף שילם למשרד זה סכום מסויים ואף טיפל במספר הצעות. כפי שמציין ביה"ד בצדק, עצם הפניה למשרד השידוכים „אינה מראה על כוונה כנה מצדו להשלים עם אשתו“.

יש לראות את התביעה כטריטית, במטרה לגרום הוצאות למערערת, או כמגמה לעקוף בדרך זו את חיוב המזונות שנתחייב בהם ע"י ערכאה אחרת. מבלי להתייחס לעצם חיוב המזונות במקרה זה, איננו יכולים להסכים לראות את הדרך להיפטר מחיוב זה, בהגשת תביעה לביה"ד, תביעה שכשלעצמה אינה כנה, ולא באה רק כהסוואה לענין אחר, שאין לו ולא כלום לתביעה זו. בהתאם לכך יש לפסוק:

הערעור מתקבל, המשיב ישלם למערערת סך 300 ל"י כהשתתפות בהוצאות המשפטים.

ש א ו ל י ש ר א ל י

ביה"ד האזורי הנ"ל כותב בדבריו:

„התקיים דיון ממושך בו הסבירה הנתבעת את מניעיה לעזוב את בעלה סמוך מיד לאחר גישוואיהם ואף הביאה הוכחות מסויימות להצדקת עמדתה בנידון“.

ולכן פסק ביה"ד כדלהלן:

„לאחר הדיון והעיון מצאנו וקבענו:

(א) עצם פנייתו של התובע למשרד תיווך שידוכים, כדי לקבל הצעות של שידוך חדש עבורו, וזה תוך מהלך הדיונים בביה"ד בתביעתו

לסדור שלום-בית בינו ובין אשתו, כלל אינה מראה על כוונה כנה מצדו להשלים עם אשתו.

(ב) קביעתה של הרופאה, שהעידה בפנינו, שבתאריך מסויים, 17 יום לאחר נישואי בני הזוג, עוד היתה האשה ובתוליה המלאים (ללא פגם), מחזקת ביותר את טענתה של הנתבעת בדבר חולשתו המינית של התובע, דבר אשר — לפי טענתה, מנע ממנו לקיים אתה יחסי אישות כדרך כל הארץ.

(ג) מתוך המוכח אודות טיעונה של הנתבעת בדבר יחסו הרע של התובע כלפיה, ישנן רגליים לדבר טענתה, שכאלו התובע זלזל בה ואף הכה אותה בהודמוניות שונות.
עקב כל זה מחלט ונפסק:

(א) לדהות את תביעתו של התובע, לחייב את אשתו לשוב אליו לחיי שלום.

(ב) בדבר עתירתו של התובע להחליט שהנתבעת אינה זכאית למזונות ממנו, עתירה שלא נידונה בפני בית דינו, פטור ביה"ד לקבוע כל עמדה.

(ג) אין צו להוצאות.

כאמור, נסב הערעור על סעיף ג' בתרא, על כך שביה"ד לא חייב את הבעל בהוצאות וכדברי ב"כ האשה-המערערת בכתב-הערעור: „מן הדין לחייב את המשיב בכל הוצאות של המערערת בתיקי ביה"ד, ובכלל זה גם ההוצאות ששלמה להבאת העדים, ושכר טרחת עורך דינה“.

בתופיעם בפנינו בערעור טען ב"כ המערערת שהבעל אילץ אותם להוציא הוצאות מיותרות, ולכן הוא חייב בהן „כי האשה הרימה את גטל ההוכחות שהוטל עליה ע"י ביה"ד האזורי וזכתה בדין“. והוסיף ב"כ המערערת, כי הבעל הוא מוזיק בידיים ולכן מגיע לה הוצאות. לשאלת ביה"ד ענה ב"כ האשה, שלא הוגשה תביעה לגירושין, כי לדבריהם יש מקום לתביעה לביטול נישואין בטענה של מקח טעות. הבעל המשיב בערעור ענה שכל הסכסוך נובע מאם אשתו ושאלתו הולכת בעצתה, ומכחיש את כל האשמות עליו בענין התנהגותו וחוסר כוח גברא. בענין השדכנות, הוא אמר: „אני פניתי רק אחרי שמונה חדשים, אחרי שאשתי עזבה את הבית, כי הייתי זקוק לאשה“. ולשאלת ביה"ד הוא ענה שהוא מוכן להתגרש בתנאי שתרכוש הרשום על שם שניהם יחולק בשווה.

לצורך הבנת הענין, אנו צריכים לחזור לנושא התביעות בבית הדין האזורי. הזוג נשוי מחודש אב תשל"א. כשברעיים אחר הנישואין עזבה האשה (או אולצה לעזוב כדבריה) את דירתם המשותפת. הבעל הגיש תביעה לביה"ד האזורי לשלום בית באלול תשל"א בתיק 11647/לא, ובו דרש בסעיף 5 לכתב התביעה (שהכוונת שלו היא בקשה לשלום בית): „להזמין את האשה ולעשות כל מה שביכולתו להשכנת שלום על כנו. כמו כן מבקש הבעל את כב' ביה"ד להחליט כי האשה איננה זכאית ולא תהיה זכאית למזונות מהבעל כל זמן שתעמוד בסירובה לחזור הביתה“. נקבע תאריך לדיון ליום י"ח בכסלו תשל"ב (6.12.71), והבעל לא הופיע והתיק נסגר ביום י"ח בטבת תשל"ב. לאחר כחודשיים שוב פנה הבעל לביה"ד בתביעה לשלום בית, תיק 5339/ל"ב,

ובו הררישות כדלעיל. נקבע דיון ליום כ"ו בניסן תשל"ב ואז טען הבעל שהם הכירו זא"ז שש שנים לפני הנישואין, וכשבועיים אחר הנישואין היא עזבה את הבית, והבעל ניסה להשפיע עליה שתחזור והיא מסרבת. „בקשתו של הבעל היא אך ורק לשלום בית“. האשה טענה שהבעל מתעלל בה, נתן לה סטירה, והיא אינה רגילה לחרופין ולגדופין. הבעל גרש אותה מהדירה, „הוא הרים עלי יד ואני הייתי כמעט המומה“.

ביה"ד תחליט על המשך הדיון, „שהאשה תוכיח את צדקת עזיבתה את בית בעלה“. בדיון שהתקיים ביום כ"ב בסיון תשל"ב הודיע כ"כ האשה על דברים חדשים שלא ידע לפני כן. הוא הודיע שהבעל לא קיים יחסים עם האשה, ניסה ולא הצליח. היא עדיין בתולה, היא תחליטה לא לחזור אליו.

הבעל הכחיש וטען שהיא פחדה מהענין, והמניעה ממנה ולא ממנו. הוא אמר: „שהוא נדהם מדבר זה מדרע לא ספרה כן בישיבת ביה"ד הראשונה, ולא לפני בית המשפט המחוזי“ (ומשתמע מדבריו כאילו שהוא מופתע מהענין, בעוד שלמעשה הוא ידוע לו ואף טיפל כדלהלן).

הופיע עד מטעם האשה ד"ר לאופר, מתחנה לבריאות הגפשו. הוא העיד שהבעל בא אליו במצב מדוכא לאחר שאשתו עזבה אותו עשרה ימים לאחר הנישואין. „התרשמותו שאין כאן מקום להתערבות פסיכיאטרית. אין שום דבר והוא יתגבר על זה בכוחות עצמו“.

הופיע עד נוסף מטעם האשה בשם ג', הוא סיפר שהבעל בא אליו וביקש ממנו שישתדל לעשות שלום בינו לבין אשתו כי האשה עזבה את הבית, והסיבה לכך שהוא נתן לה סטירה לאחר שהיא התחצפה אליו, והוא מתחרט ומבקש מתעד שילך לפייס את האשה. הוא ניגש לאשה והיא סימרה לו שהבעל הרים עליה יד כמה פעמים. ולשאלה, ענה העד שהיא התלוננה על בעלה, „שהוא לא גבר“.

ביום כ"ה באלול תשל"ב העידה מטעם התובעת רופאה ואמרה שהאשה בתאריך 27.8.71 היתה בתולה.

כן העידה ד"ר שניאורסון (יועצת לביה"ד לעניני אישות). שהבעל בא וסיפר לה שהאשה עזבה אותו, והיא שוחחה עם האשה והתרשמה שעליהם להתגרש. ביום כ"ה באלול תשל"ב, ובר' בחשון תשל"ג, העידה השדכנית ד', היא ספרה שהוא הציג עצמו כאדם העומד להתגרש וביקש שיכירו לו בחורה. הוא התקשר אליה ב-20.2.72 וכן התקשר אליה שלוש פעמים נוספות.

ביום י"ז בכסלו תשל"ג הובא עד מטעם האשה ד"ר סגל. הוא אמר שהבעל היה אצלו לראשונה ב-5.10.71, ואח"כ עוד כמה פעמים, הוא סיפר שיש לו בעיות עם אשתו שעזבה אותו, וכן שהיא מתלוננת על חוסר כוח גברא. הוא הבין ממנו שהבעל לא קיים יחסים עם אשתו, „כי זה הולך מהר“. הרופא נתן לו רק כחורי הרגעת, וכן הוא אמר שהענין ניתן לטיפול. הבעל הסכים ללכת לבדיקת רפואית, אך האשה סרבה. הוא המציא לביה"ד תעודה רפואית מיום 1.4.73 המעידה על כושרו.

בסיכום, הבעל הכחיש שהרים עליה יד, מכחיש על חוסר כוח גברא וביקש שהאשה תחזור אליו, ואם תסרב להכריזה כמורדת ולפרטרו מזמונות (האשה הגישה תביעת מזמונות לבית המשפט המחוזי ושם הוא חוייב במזמונות).

האשה טוענת שהוא הרים עליה יד, חסר לו כוח גברא, ואינה מוכנה לחזור אליו. לפי האמור יוצא, שעד היום הם חלוקים בעובדה אם הרים עליה יד כדבריה,

ואם יש לו כוח גברא כדבריו. מעדות הרופאים לא מוכח ולא משתמע שהוא חולה בזה אלא שע"י היחסים שהיה ביניהם נמנע ממנו הדבר. ואמנם הוא זקוק לטיפול רפואי שהוא מוכן לעשותו אם יתא צורך בכך, והוא המציא תעודה רפואית המראה לכאורה כדבריו.

בענין הרמת היד והיחסים ביניהם יש לנו עדותו של עד אחד שהעיד שהבעל סיפר לו שנתן לה סטירה, אבל הבעל מכחישו. ואפי' אם נאמר שהאמת כן הוא שפעם אחת הרים עליה יד, הרי אותו עד מעיד שהבעל מתחרט ושלה לפייסה, אי"כ כשהגיש את התביעה לשלום בית, לא מוכח שהיה מצדו חוסר כנות. ועיין בשו"ע אה"ע סי' קנ"ד סעי' ג':

„אם רגיל הוא בכך וכך ואם אינו ציית לדברי ביה"ד, י"א שכופין אותו להוציא, בלבד שמחרין בו תחלה פעם אחת או שתיים".

אמנם מה שהוכח ובמהלך הדיון שלאחר שפתח את התיק לשלום בית, פנה לשדכנית למצוא לו בחורה, והוא מסביר את מעשיו לאחר שנוכח שאשתו מסרבת לחזור אליו, ברור הוא שמעשיו אלה אינם מראים על בעל אהבה תחפץ באשתו, אבל אין בהם עד לכנותו, „כרחקה זונות", ואם הוא חוזר בו, יש מקום לתביעתו לשלום בית או לחלופין לפוטרו ממזונותיה. וזה נראה שהבעל פתח את התיק הראשון לשלום בית, וכן את השני, משתי סיבות חילופיות: א. מבקש שלום בית, אם תרצה מוטב; ב. אם לא תרצה הוא יבקש להכריזה כמורדת ולפוטרו ממזונות שיתחייב או חייב בבית המשפט. זו זכותו המלאה של הבעל לפנות לבית דין ולבקש שידונו ויפסקו בתביעתו. וישנם הבדלים ביחס לפסק הדין. לעתים אומרים שאין האשה חייבת לחזור לבעל, כלומר יש רגלים לדבר לטענותיה, אבל אין בזה עד- כדי כך לחייב את הבעל לגרשה; ולעתים אין בזה כדי לחייב את הבעל ובמזונותיה, ובפרט שהאשה וב"כ אמרו שאין היא מוכנה לחזור לבעל בשום פנים ואופן, והבעל לעומת זאת הסכים לשלום, ויתכן והדבר אפשרי וניתן לתיקון, וכן מצד שני, הבעל אומר, אם אין דרך לשלום הוא מוכן לגרשה ואילו בפנינו נמנע ונתחמק באי-כוחה מלדון בזה בטענה שהוא חושב להגיש בקשה לביטול נישואין.

על כן נראה לכאורה שאין גידון דידן שונה מכל תביעה רגילה שאדם טובע את חברו בטענות שחייב לו, ולבסוף פוסק ביה"ד שהנתבע פטור או חייב, וכבר נפסקה ההלכה שעוד גידון בה לקמן, המבאית בשו"ע חו"מ סי' י"ד סעי' ה': „המתחייב בדיון אינו חייב לשלם לשכנגדו יציאותיו אע"פ שהזיקו לידון בעיר אחרת".

ואם כן, אין למפסיד במשפט לשלם לחבירו את ההוצאות שהוציא. אך מה שיש כאן שוני בין עובדה דין לעלמא, הוא בענין עדותה של השדכנית. הרי מעשה שעשה שהלך לשדכנית היה ידוע לו ונהיר לו ללא כל ספק, והאשה היתה נאלצת להזמין את השדכנית פעמיים לבוא ולהעיד על מעשה שעשה, לאחר שסרב להודות בקיום מעשה שביה"ד בפס"ד הסופי התייחס אליו בחומרה, וכיום הוא לא מכחיש עובדא זו שהלך לחפש שידוך, אלא מסביר בהסבר צולע על יריכו מדוע עשה זאת, וזה אחד מנימוקיו של ביה"ד האזורי שדחה את תביעתו לשלום בית. ואם כן הרי הוא היה האשם העיקרי בהבאת העדה, כי אילו היה מודה במעשה, היה מונע מהאשה הוצאות הבאת העדה ושכר טרחת עו"ד של אותו יום.

ולכאורה אפשר להסביר את הטעם שמי שהתחייב בדין אינו משלם לשני את הוצאותיו, שיכול המפסיד לאמר: הדין חייב אותי, ולפי טענותי הייתי צריך לצאת זכאי בדין, ולחצתי אמת אמרתי ובירשתי טענתי ולא הייתי חייב כלום לחברי, ולאחר שנפסק הדין אני חייב לשלם, אבל על מה שהוציא כתוצאה ממעשך, דהיינו הוצאות, אני חייב לשלם שבוה לא אני אמרתי לו להוציא. ואם כן במקום שהוא יודע שהאמת עם חברו והוא מטיל עליו עול ותלאה וגורם לו הוצאות מיותרות אלה, הוא חייב לשלם.

אבל כדי דייקת יוצא אחרת, כי מקור הדין שנפסק בשו"ע דלעיל, הוא מדברי הרשב"א והרא"ש, מרדכי וכו' המוכיחים כן מדברי הגמרא בסנהדרין ל"א ע"ב: „כי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן התוקף את חברו בדין, אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום תוועד, כופין אותו וילך למקום תוועד. אמר לפניו ר' אלעזר, רבי! מי שנושה בחברו מנה יוצא מנה על מנה? אלא כופין אותו ודן בעירו". ואח"כ הגמרא הביאה מחלוקת נוספת כמו מי ההלכה. לדעת אמימר הלכה „שכופין אותו וילך למקום תוועד". א"ל רב אשי לאמימר „והא אמר ר' אלעזר כופין אותו ודן בעירו?".

ולכאורה מה שואל ומה חולק ומקשה ר' אשי לאמימר, הרי זו מחלוקת בין ר' יוחנן לר' אלעזר, ואמימר סובר כר' יוחנן ורב אשי סובר כר' אלעזר, אלא מסביר רש"י שם וכלשונו הקדוש הטהור:

„והא תיזון דפליג על ר' אלעזר לעיל ויהיב טעמא למילתיה

ומסתבר טעמא".

הפשט נראה שהטעם שאמר ר' אלעזר דלעיל הוא „יוציא מנה על מנה", וכן משמע מהרא"ש בפ"ג סי' מ"א שכתב:

„כל דבר שיש בו תובע ונתבע דהאי טעמא דרבי אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע, וגם ר' יוחנן איירי בכל תביעות שתקף את חברו לדיון",

שמחלוקת ר' יוחנן ור' אלעזר הוא בכל התביעות ומסתבר טעמו של ר' אלעזר ולכן הלכה כמותו (ועיין ביאור הגר"א חו"מ סי' י"ד ס"ק ד' וס"ק ו'; ועיין רמב"ם פ"ו מהלכות סנהדרין הלכה ו'; ושו"ע שם, שנפסקה ההלכה כדעת ר' אלעזר, אבל לא כדעת הרא"ש שמחלק בין תביעות הלוואה לתביעות נזקין). וזוהי למדו התוס' שם וכן הרא"ש ומרדכי ועוד:

„מכאן למתחייב בדין שלא משלם לאידך יציאותיו אע"פ שמזיקו לילך לו לדון בעיר אחרת" (תוס' שם, ועיין רש"ל שם).

ועיין „ישועות ישראל" חו"מ סי' י"ד ב, עין משפט" ס"ק י"ד שכתב:

„אמנם נראה לע"ד דדוקא בכפה המלוה את הלוה ויצא הלוה חייב, בזה א"צ הלוה לשלם לו הוצאות דעל דעת הנאתו עשה, כמ"ש רש"ל בים של שלמה, אבל במקום שכפה המלוה את הלוה וגמצא שהמלוה שיקר בתביעתו שנתברר שלא היה חייב לו, בזה ודאי חייב המלוה להתחזיר לו התוצאות, שהרי ע"י כפייה שלו תוצרך להוציא הוצאות, והרי אבד מעותיו של זה ע"י גרמתו, ודמי ממש ללך ואני אבוא אחריד...".

משמע מדבריו שאם התובע גרם להוצאות לנתבע שלא כדיון, כך שברור לו לתובע שהוא לא צודק, ואף על פי כן תבע, חייב לשלם לנתבע הוצאותיו, כי זה כמו גרמי בנזקין ודומה ללך ואני אבוא אחריד. אבל לכאורה לא משמע כן מדברי רש"י

שעמד על דברי ר' יוחנן שאמר התוקף את חבירו וכו', למה כתוב התוקף ולא התובע, ופירש:

„בעל דין קשה ומטריח את חבירו ואין רוצה חבירו לדון כאן אלא למקום וועד תלמידי חכמים הרבה שיהא זה בוש מהם“, כלומר, שהתובע סתם מטריח עליו בתביעות סרק, ועל כן רוצה הנתבע לילך לבית הועד, ועל זה סובר ר' יוחנן שיכול לחייבו לילך לשם, ור' אלעזר חולק, אע"פ שמדובר בתובע שלא יפסיד. הרי מסוגיה זו למדו שתמיד אין המפסיד חייב לשלם לאידך יציאותיו, ואפי' אם התובע היה מטריח לחנם. אבל יש לדחות ולומר שאולי במטריח לחנם כולם מודים שנותן לו יציאותיו, ומה שאמר ר' יוחנן לישנא בעלמא נקיט, וצ"ע.

אבל כשנראה במחלוקת שיש בין הרשב"א להרא"ש, נראה לכאורה שאין הדין כן, כי בטור חו"מ סי' י"ד בסופו הביא סברת הרא"ש שאין צריך לפרוע לשכנגדו יציאותיו שהוציא, במה דברים אמורים שאינו מסרב לירד לדין, אבל אם סירב והוצרך התובע להוציא הוצאות, חייב לפרוע לו כל יציאותיו, ומקורו הוא מהרא"ש; ואילו לדעת הרשב"א המובא ב"בית יוסף", פטור המסרב ודינו כדין גרמא בגזקין, ורק אם ב"ד הזמינו וסירב להופיע בפניהם, רק אז חייב, והטעם הוא שגנה כדלהלן. כל הוכחתו של הרא"ש מדין זה של סרבן להופיע בפני ב"ד, וזוהי למד על כל סרבן, שכתב בסנהדרין סוף פרק שלישי סימן מ':

„מכאן ראייה מי שנתחייב בדין אינו משלם לשכנגדו יציאותיו אע"פ שהזיקו לדון בעיר אחרת, וה"מ דלא מסרב למיקם בדינא אלא שרצה לדין בעיר אחרת, אבל אם היה מסרב לבוא לבי"ד והוצרך התובע להוציא הוצאות לכופו לירד עמו לדין היה ר"מ מחייבו לפרוע יציאותיו. והביא ראייה מפרק הגזול בתרא קי"ב דאמר רבא שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי וה"מ לשמתא, אבל למיכתב עליה פתיחא לא מהימן דממונא קמחסר ליה, פירוש קודם שיקרעו כתב הפתיחא עליו לתת שכר הסופר שכתב הפתיחא והוא הדין לכל שאר הוצאות שהוציא.“

ולפי זה יוצא שכל סרבן שגורם לחבירו להוציא הוצאות חייב לשלם. ועיין הגר"א שמשמע מדבריו שהרא"ש סובר כתירוץ ריצב"א ב"ב דף כ"ב ע"ב, ד"ה זאת, שכל היזק המצוי ורגיל לבוא קנסו חכמים, אע"פ שההיזק לא היה בשעת מעשה. ואילו הרשב"א דרך אחרת יש לו בזה, שכתב הרשב"א לאלפים סי' תתק"מ המובא בב"י בקצרה, וז"ל:

„שאלת טוען ונטען שבאו לדין והוצרך הטוען להוציא הוצאות כדי שיזכה בדין וזכה אם מכריח לשלם לו ההוצאות מן הדין אם לא, ואם אין מחייבים מן הדין של ההוצאות אם יש תקנה בזה מן הגאונים וז"ל משום נעילת דלת.“

תשובה, ההוצאות אלו לא ידעתי מה הן ועל מה הוציאם, ואם בא לדין בב"ד של ישראל, אם הוצאות כתיבת שטר טענות, שניהם נותנים שכר כרתנן (ב"ב קס"ח) אין כותבין שטרי בירורין... הוצרך לילך אחריו למקום שהוא, בזה מבואר הוא שאינו חייב בהוצאה שהרי אמרו בשנים שנעצמו בדין, מלזה אומר גזון כאן ולזה אומר גלך לבית הועד, כופין אותו ודן בעיר כדי שלא יוציא מאתים על מנה, ואם איתא, מאי

מוציא מאתים, והא משלם לזה לזה כל ההוצאות. ואם שלחו לו ב"ד לבא לדון עם בעל דינו ולא בא והוצרך הטוען לכתוב עליו, גם זה מבואר בריש פרק הגוזל בתרא (דף ק"ב) שהתבע פורע הפתיחה, דגרסינן התם שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי וה"מ לשמחא אבל לפתיחא לא, מאי טעמא? ממונא קא מחסר ליה דבעי למיתב וזו דפתיחא, ואם תבעו בערכאות של גוים והוצרך להוציא הוצאות בדויינין וטוענים והיאך ישלם, ואדרבא הוא עושה שלא כהוגן ועובר על לפניהם ולא לפני גוים, ואפי' סירב הנתבע ומתוך סרובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות, גם כן בזה יראה לי שאינו חייב, דאינו אלא גרמא בנזקין בעלמא, ואינו דומה לדניא דגרמי שעושה מעשה בגוף הדבר שהוא מוסיף כשורה שטרותיו של תבירו ודומין לו, וכן אינו דומה להוצאות הפתיחא משום דבית דין מחייבין אותו על שסירב לבוא לפניהם ליום שקובעים".

יוצא מדבריו שאפי' אם סרב שלא כדין והוציא הוצאות לחייבו, אעפ"כ דינו כדין גרמא בנזקין ולא גרמי כי לא עשה מעשה בגוף הדבר. וממה שהוכיח הרא"ש מב"ק ק"ב מדין פתיחה, סובר הרשב"א שזה מדין אחר, לא מפני ההפסד אלא חיוב ממוני וחדש שבי"ד מחייבו ויש להם רשות לחייבו. ויצא לכאורה לדעת הרשב"א שאם אדם סירב לבוא להתדיין בבית דין כדון, ונאלץ ותבעו בערכאות וקיבל רשות מביה"ד, אם אמרו ב"ד שיכול לתובעו והוסיפו שכל ההוצאות על הסרבן, חייב לשלם הוצאותיו, אבל אם הרשו סתם לתובעו בפני ערכאות מפני שסירב, הוי רק גרמא בלבד ופטור. אולם אם הרשותו לתבוע וכן פסקו לו מפורשות שכל ההוצאות על הסרבן, הוי דינו כדון פתיחה שכתב הרשב"א שחיובו הוא משום סרבן לשמוע קול ב"ד וחייב. ויתכן ולדעת הרשב"א אין כוח לחייבו רק על סירובו ליום שהם קובעים ולא על כל סירוב, כי זה חוזר לגרמא ולא לגרמי, או כל החיוב הוא מדין שקנסו אותו על שלא בא. והשתא דאתינא להכי תרי שגם להרשב"א יש הסברא של הריצב"א בתוס' ב"ב דף כ"ב דלעיל המוזכר בהגר"א ודוחק. דאי אתית להכי למה לא חייב אותו כשהוא מסרב והלך ותבעו והוציא הוצאות ולמה השווה זה לגרמא ולא לגרמי, או אפשר לאמר שלא כל אנפין שוין, במקום שקנסו קנסו, ובמקום שאמרו בפירוש שהם קונסים, הוי קנס, ולא כל איש ואיש יעשה דין לעצמו. ויש עוד לעיין.

בעצם הבנת דברי הרשב"א שמשמע מ,בית יוסף" שם שהוא חולק על הרא"ש, וכן גפסק בשו"ע השאלה באיזה אופן איירי הרשב"א, עיין למהרש"ל ב,ים של שלמה" ב"ק פרק י' סי' י"ד בסופו לאחר שהביא דברי הרא"ש בשו"ת והרשב"א, משמע מדבריו שהוא הבין שהם לא חולקים. וכתב על דברי הרשב"א:

„וישרו דבריו בעיני היכא דלא נטל רשות מבי דינא ואף היכא דאין צריך ליטול רשות מבי דינא כגון שכתב לו בשטר שיכול לכופו בין בדיני ישראל בין בערכאות של גוים, והוא אלם כדפרישית בפרק החובל סי' ס"ד, מ"מ פטור מטעם גרמא, אבל היכא דהוה אלם ונטל רשותא מבי דינא והרשותו וע"פ ב"ד נזקק עמו בערכאות של גוים, פשיטא דמחייב לשלם ודמי לפתיחה דבי דינא".

ולכאורה משמע מדבריו שאפי' שביה"ד לא אמר לו בפירוש שכל ההוצאות שיוציא ישלם לו אפי' שלא חייבוהו בפירוש רק בעצם הדין שהרשותו לתובעו בערכאות

של נכרים, הוי דינו כדין פתיחה. וזה לא כדברינו לעיל ממה שמוכח מדברי הרשב"א שלסברתו כל דין גרמא פטור ובכלל זה הסרבן או האלם שגרמו לתובע הוצאות. ועיין „כנסת הגדולה" בס"י י"ד הגב"י אות כ"ח לאחר שהביא סברת „בני שמואל", כתב אפשר לי לאמר דלא פליגי הרשב"א והרא"ש:

„דהרשב"א מיירי דלא שלחו בי"ד ישראל בעדן, אלא מתוך סרובו... הלך לערכאות של גוים, אבל הרא"ש ז"ל מדבר בשלחו בי"ד בעדו ולא בא. וזה על דעת שכתב הרשד"ם חז"מ ס' ל"ה... או הרשב"א מיירי שלא נטל רשות מבי"ד, והרא"ש מיירי בנטל רשות מבי"ד, וכ"כ הר"ם איסרלש בתשובותיו ס' ק"ה... אלא שכל זה איננו שוה לי, מהטעם שנתן הרשב"א ז"ל נראה דבכל גוונא פוטר אותו בין שלחו בעדו או לא שלחו בעדו בין שנטל רשות מבי"ד בין שלא נטל רשותא, מיהו דרא"ש מיירי בנטל רשות מבי"ד שהרי רבינו בעל הטורים בס' כ"ז סתם וכתב דלהולך איש אלם לערכאות של כותים צריך ליטול רשות...".

הרי שהוא לא סבירא ליה כסברת הרש"ל דלעיל. ואעפ"כ אפשר עוד לאמר שאם ביה"ד נתנו לו רשות ואמרו לו בפירוש שכל ההוצאות על הנתבע, חייב לשלם אפי' לדעת הרשב"א ובכל אופן אין מכאן הוכחה דלא, וכל הוכחתו של „ישועות ישראל" הנזכר לעיל הוא מדין לך ואני אבוא אחריו, ודין זה הוא לכאורה שני במחלוקת בין הרא"ש להרשב"א דלעיל, שלדעת הרא"ש יתא חייב מדין גרמא או שזה נקרא גרמא, ולדעת הרשב"א זה הוי רק גרמא והוא פטור. אמנם בשו"ע שם פסק הרמ"א שחייב, ומקורו מדברי מרדכי בסנהדרין פ"ג הלכה תש"ן, וז"ל:

„מי שנושה בחבירו מנה וכו' מכאן מוכיח ר"י שאם הוציא ראובן יציאותיו כדי לכוף את שמעון לדיו, דשמעון לא יפרע ההוצאה אע"פ שראובן זכה בתביעתו, דאם לא כן מאי פריך הכא מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה, מה בכך, מכל מקום הלוח יפרע הכל, אלא ש"מ דאין צריך לפרע ההוצאה. אמנם אם ראובן אמר לשמעון נלך לבי"ד הגדול ואמר שמעון ואני אבוא אחריו לאותו בי"ד הגדול, אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פורתי מעותי על שהלכתי לבי"ד נגדך ולא באת, אני שואל ממך יציאותי, רבינו מאיר מחייב את (לפי גירסת הב"ח) שמעון לשלם לראובן כל יציאותיו אע"פ שלא נדר לו, ולא שייך למימר שמעון לראובן משטה אני כך בדבר הזה, וכמה דברים יש שאין צריכים קנין".

לפי גרסת „חידושי אנשי שם" שם, ס"ק ב':

„מתוך שיטת רבינו מוכיח שראובן התובע טען על שמעון הנתבע נלך לבי"ד הגדול והלך שמעון, וראובן לא הלך, וכשתור שמעון לביתו חזר ראובן ותבעו לדיו בעירו, יכול שמעון לתבוע מראובן יציאותיו על שהזיקו לצאת תנם, ודאי אם לא חזר ראובן ותבעו לדיו בעירו לא היה שמעון יכול לתבוע יציאות דרכו, כי ראובן יאמר אתה לא הפסדת, אני הפסדתי על עצמי שעכבתי את דיני, דאני קים לי כתביעתי שהיית חייב לי, אבל אם היה התובע הולך, ושמעון הנתבע לא הלך, הא מילתא דפשיטא היא דחייב הנתבע לשלם יציאותיו, דאפי' לא הלך התובע וזה

הנתבע מסרב מלבא לבי"ד עד שהוצרך לכופו, צריך לשלם הנתבע יציאותיו של התובע, כמו שהוכיח מהר"ב וישנה באשר"י, והביא ראיה משכר פתיחה דפרק הגזול בתרא, אבל הכא עיקר החידוש שבא להשמיענו דלא מצי ראובן למימר משטה הייתי בך כשהייתי אומר נלך לביתה"ג או כדי לדחותך כדי שתודה לי על תביעתך".

ועיין ב, כנסת הגדולה" שם ס"ק ל"א אחר שהביא דברי מרדכי ופירוש הגהות א"ה חזר ופירש:

„שראובן הוא התובע ואמר לשמעון הנתבע נלך לבי"ד הגדול ושמעון הנתבע הודה לו, והלך ראובן ולא הלך שמעון, וטען שעפ"י דיבורו פור מעותיו, ישלם לו אף יציאותיו".

ומה שהקשה בהגהה שזה פשיטא, דחה דבריו „כנסת הגדולה", עיין שם, שכתב שיש הבדל בין מסרב לבין הסכים ללכת לביתה"ד.

ועיין הגר"א שם, ומשמע מדבריו שכל זה רק אליבא דהרא"ש, אבל לדעת הרשב"א יהא פטור ודינו כדין גרמא, אע"פ שאמר לך ואבוא אחריו. ועיין הריב"ש ס"י רכ"ב שאין המתחייב בדין משלם הוצאות „רק הוצאות שיעשה כדי שיביאנו לדין אם הוא יסרב". ועיין בסימן רס"ג שחזר על דין זה, והוסיף „שאפי' המסתלק מביתה"ד שבעירו לביתה"ד הגדול ויצא חייב, אין צריך לפרוע לחבירו יציאותיו שהוציא להוליך עמו, כל שאינו מסרב לירד עמו לדין, אלא שאמר לילך לביתה"ד הגדול. אבל אם מסרב לדין, והוצרך הנתבע להוציא עליו הוצאות לכופו לירד לדין, בזה צריך לפרוע לו אותן הוצאות כשיצא מחייב בדין".

וכ"כ בס"י תע"ה, וכתב „בית יוסף" שם לאחר שהביא דברי הרשב"א שדינו כדין גרמא, ומדברי הרא"ש כלל ע"ג ס"י ג' נראה: „שאם מתוך סרובו הוצרך להעמידו בערכאות ולהוציא הוצאות חייב לפרוע לו כל יציאותיו והכי מסתבר".

וכן פסק בשו"ת הרמ"א בס"י ק"ת, לאחר שהביא דברי הרא"ש הנזכר, הוסיף: „ואע"ג דבתשובת הריב"ש ס' תע"ה לא משמע כן, אנו אין לנו אלא

דברי הרא"ש, וכמ"ש הגאון קארו דהכי מסתבר, ועוד דגם הריב"ש לא קאמר אלא אם הלך מעצמו בערכאות של כותים אע"פ שבדין עשה, ס"ל דאין מחייב לו הוצאות בזה, אבל ברשות בי"ד פשיטא דיש כח ביד בי"ד להפקיר ממנו ושיתחייב לו הוצאות והזיקות".

וכן פסק בשו"ע שם, ^{לפי} בהגה"ה כהרא"ש.

וזה דלא כ, כנסת הגדולה" שהבאתי לעיל, ולכאורה דלא כהרשב"א שהוכחנו מדבריו לעיל שאין שום אפשרות לחייבו אם הלך התובע בערכאות של עכו"ם ואפי' ברשות בי"ד אא"כ אמרו לו בפירוש שכל ההוצאות עליה, וגם זה השארנו בצ"ע לסברת הרשב"א, אבל הנראה שהרמ"א הבין שאם בי"ד מרשה לו לתובעו בערכאות הוי כאילו חייבוהו גם בכל ההוצאות שיוציא וחייבו מדין הפקר בי"ד. ועיין מהרשד"ם בחו"מ ס"י ל"ה, לאחר שהביא את דברי „בית יוסף" בענין המחלוקת בין הרשב"א להרא"ש, הוסיף:

„ולא אחוש להאריך במה שכתוב בעט ברזל ועופרת, ואעפ"י שכאשר ההוצאות ע"י ערכאות של גויים נראה שיש קצת מחלוקת, מ"מ כי שלחו בי"ד בעדו ולא בא, לכ"ע הדין עם המלוה".

ועיין שו"ת הרמ"ע סי' פ"ח בסופו שכתב שאין החיוב לשלם ההוצאות פרט אם הוא היה מסרב לעשות צווי ב"ד ואז הוא דינו כדין סרבן וחייב לשלם, וכל החיוב הוא לא מדינא אלא מדין קנס, שכתב:

„דאז הוא כעין סרבנות ומשום הכי קניסנן ליה“.

ועיין „עדות ביהוסף“ סי' י"ט וסימן כ"ב שהאריך לציין הפוסקים בזה. ועיין „חוות יאיר“ בדין שקבע לתתן שיבוא בזמן מסויים ולא בא והוא הוציא הוצאות. ועיין „נודע ביהודה“ תנינא אה"ע סימן צ' בבעל שהבטיח ליתן גט ולא נתן וחייבו בהוצאות של האשה מדין לך ואני אבוא אחריו. ועיין ב„דברי תגאונים“ כלל י"ב אות ד' ואות ו'.

ועיין ה"רדב"ז א' סי' קע"ב, בענין ראובן שתבע לפני ערכאות של גוים והוציא שמעון הוצאות, ויצא שמעון זכאי, אם חייב ראובן לשלם לו יציאותיו. ובסוף כתב:

„ובשלמא אם היה מתברר למפרע שהדין עם ראובן, היה פטור מכל הוצאות שמעון, מצי אמר היה לך לפרוע לי, כיון שהדין עמי ואתה הפסדת אנפשיך. אבל כיון שגמצא למפרע שהדין עם שמעון, נמצא שהיה צריך להוציא הוצאות ליגצל ממנו, וחייב לשלם לו כל מה שהפסיד בעדים“.

ומכאן אין לכאורה ראייה לגידון דידן, כי שם ראובן עשה שלא כדין שתבעו לפני ערכאות, אבל יש לכאורה ללמוד שסבירא ליה כסברת הרא"ש שדינו כדין גרמי או מדין קנס שקנסותו שתבע שם, ואין מכאן ראייה לכל נתבע בעלמא.

תבנא לדינא, אמנם יש מחלוקת בדין מסרב לבוא לדין אם דינו ככל סרבן, ואם תבעו בערכאות דינו שוה או לא, וכן בדין לך ואבוא אחריו אם חייב מדין גרמי או דינו שוה לדין תובענה רגילה ולא משלם לו יציאותיו. אך בהיות ובשו"ע סתם כדעת הרא"ש, וכן הרמ"א פסק כהרא"ש וכמרדכי לחייב הסרבן ב„לך ואבוא אחריו“, א"כ יש מקום לחייבם באופן הנ"ל בלבד ולא באופן אחר, א"כ נצריך את הסברה של „ישרעות ישראל“ המשוה דין לך ואבוא אחריו לתובע ובא ברמאות. ובפרט שהצדדים יוצאים ביד רמ"א ולא אומרים קי"ל נגדו.

עם כל האמור לעיל, ראוי ורצוי הוא שיתקנו תיקון גדול, וכמו שמשמע מהרשב"א שאם תקנו, חייב לשלם ההוצאות, ויתאספו אלו שבידם לתקן תקנות הקהל ויאמרו ויקבעו באיזה מקרים ובאיזה אופנים יחייבו הוצאות כדי לצאת מכל הספקות ולא יוכל לטעון קים לי. אמנם בתקנות הדיון תש"ד, גם אם ניתן לתן תוקף של תקנות הקהל — מה שאינו נראה לי, רשום בתקנה ק"ח:

„כל פסק יכיל החלטה על מי חלות ההוצאות המשפט. מקום שיש

לחייב גם בתשלום שכר עו"ד ייקבע השכר בפסק הדין“.

לא שבאו לתקן תקנה חדשה ולחייב בהוצאות מקום שאין הדין מחייב, אלא סידרו את הסדר שבתוך פס"ד ייכתב במפורש על מי חלות ההוצאות, כי כמו שראינו לעיל לעתים יש והתובע חייב בהוצאות, ולפעמים הנתבע, ולפעמים חלות ההוצאות על שניהם והכל לפי הדין (ועיין עוד בפסקי הדין כרך ג' מעמוד 18, ו' 81, ז' 345).

וא"כ בנ"ד שהבעל תובע שלום בית ובר בבר עם זה הוא הולך לשדכנית למצוא לו אחרת, וכשבא הדבר לפני ביה"ד הוא מכחיש מכל וכל, ועל האשה היה להוכיח מה שהכחיש והוכח ורק אחרי כן בסיכומים הוא ממציא לו הסבר למעשיו והצדקה לפעולותיו, אבל ההוצאות הופעת העדה ושכר טרחת עו"ד, האשה שלמה. ובוה אין

צל של ספק שלא היתה צריכה להוציא אילו הוא התובע לא היה מכחיש בזה, חייב הבעל לשלם לאשה ההוצאות. אבל בשאר תביעותיו שדרש שביה"ד יפסוק אם חייב במוזנות ואם היא דינה כמורדת, וכל ההוכחות שהאשה הביאה, הרי עשתה לטובת עצמה להוכיח שהיא אינה מורדת ולא חייבת להשלים אתו, ואם זכתה בדינה, לא על התובע לשלם יציאותיה כי לא גרע אם הפסידה שאינה משלמת לו יציאותיו. ובכלל יתכן שבין בעל ואשה הדין שונה מכל תובע ונתבע. אם גחליט שאשה שתבעה מוזנות והבעל סירב לשלם והוכיחה טענתה והוציאה שכר טרחה לעו"ד, וביה"ד יחייב את הבעל במוזנות, יתכן ובכלל המוזנות, מה שהוציאה להשיגם ותוא חייב בהם. אך בשאיר זה למתקני התקנות כאמור לעיל.

לאור האמור לעיל מקבלים את הערעור בחלקו, ומחייבים את הבעל לשלם לאשה עבור חלק מההוצאות סך 300 ל"י.

מרדכי אליהו

עלי להעיר על דברי הרה"ג מרדכי אליהו שליט"א.

דברי „ישועות ישראל“ הם פשוטים ומזכרתיים, דכשהמלוה בא בעקיפין ומרמה, זה דומה ממש למה שפוסק הרמ"א בלך ואני אבוא אחריו ולא בא, שהוא חייב. דבריו מיוסדים על חילוקו של המתגרש"ל ב„ים של שלמה“ כפי שציין שם, שהרי אין חולק על מה שפוסק בשו"ע, ומקורו בגמרא שלהי פ"ג דסנהדרין, בלוח שלא רצה להתדיין כאן כי אם בפני בי"ד הגדול דאין המלוה יכול לכופו להתדיין כאן, ואף אם יפסיד הלוח יהא פטור מלשלם למלוה הוצאותיו, וכפי שציין שם שמדברי הרשב"א, הרא"ש והריב"ש „נראה שפטור לגמרי אף שנתברר אח"כ שהלוח חייב אלא שרצה לגזול ממנו ממונו בתרמית“, ואין מחייבים אותו מצד דינא דגרמי, ומאי שנא מלך ואני אבוא אחריו שחייב, ע"כ כחילוקו של המתגרש"ל שהמלוה עושה זאת לתנאותו, היינו מייזמתו הוא, שהרי אין הלוח כופה עליו שיתבע ממנו ויוציא על זה הוצאות. ולא כן בלך ואני אבא אחריו, שהוא בדברים אלה מביא את חבירו להוציא הוצאות. וכמו כן בדיוק המלוה שתובע במרמה, בתביעתו הוא כופה על הלוח את ההוצאות בכדי להפטר מתביעתו, ע"כ חייב בדינא דגרמי, וכן כל כהאי גוונא, תביעה שהתובע ידע שהוא שיקר ובא על השני במרמה לגזול ממנו ולגרם לו הוצאות חנם, הרי"ו ממש הדין של לך ואני אבא אחריו.

(אכן גם בלוח הגורם בזיון ובכוונת גזל הוצאות למלוה בהכחשתו, דן שם ב„ישועות ישראל“ שיש מקום לחייב ולא כמשמעות הרשב"א, הרא"ש והריב"ש הג"ל, ותלי לה בפלוגתא דראשונים, דלפ"ו יש לאוקי הא דסוגיא דסנהדרין כשהלוח אמנם התחייב, אך לא יהא מוכח שרצה לפטור עצמו במרמה, אלא שחשב שהדין עמו).

ולא ידעתי מה מצא ברש"י דסוגיא זו שמתנגד לזה. הרי דברי רש"י הם בטענת הלוח שממק רצונו להתדיין בבי"ד הגדול, שטוען שאין המלוה טוען טענות אמת ויחזור בו אם יצטרך לטוענם בבי"ד הגדול. אבל הדיוק מהגמרא הרי הוא שהלוח יהא פטור מהוצאות של המלוה, גם כשיזכה המלוה ויתברר שהצדק אתו, וזו תרי הלכה מוסכמת וכנ"ל.

אלא ש"רשעות ישראל" רוצה להטיל גם בזה תנאי, שהוא רק אם תפסדו של הלוח לא יהא כרוך בקביעת ביה"ד שהוא נהג ברמאות. ודוקא בכתאי גוונא הוא שאמרו "רוציא מנה על מנה" היינו שלא יתחייב הלוח בהוצאותיו. ולא כן היא סברת הראשונים הנ"ל, דלדידתו גם בגוונא שמתברר שנתג ברמאות, הלוח פטור. וזה עפ"י סברת המחש"ל הנ"ל כי זה גרמא הוא ולא גרמי, כיון שהמלות הוא שעורר את התביעה לרצונו ולהנאתו.

ובכל אופן אין בגמרא וברש"י כל מאומה על תביעה הפוכה -- של הלוח כלפי המלוח, שהרי המדובר שם שהלוח כופה הוצאות על המלוח ע"י טענתו, "לבי"ד הגדול קאזילנא", ואילו המלוח רוצה להתדיין כאן, והוא שטוען שימצא יוצא שכרו שיריח במשפט בהפסד הוצאותיו.

והשאלה אם הפניה של המלוח לערכאות כשהלוח מסרב לשלם בבי"ד מחייבת את הלוח לשלם את ההוצאות שהיו כרוכות בכך, שהרשב"א פוסק ומתרא"ש נראה שחייב, אינה קשורה במחלוקת הר"י והריצב"א בהגדרת החילוק בין גרמי לגרמא, דהרא"ש הרי פוסק כנ"ל את הלוח מלשלם הוצאות שנגרמו בתביעה בבי"ד גם כשהוא היה במרמה ובמזיד, והא דמחייב ההוצאות של הגביה בערכאות הוא משום שלומד מהגמרא ב"ק דסרבן בדין מטילים עליו ההוצאות, דזה כולל גם הוצאות הגביה בערכאות. ואילו הרשב"א משהו זאת ללוח שהפסיד בבי"ד וחזק כרמאי, שמ"מ פטור מהוצאות, ומסברא הנ"ל, כיון שהמלות מיומנת עצמו הוציא ההוצאות. אבל גם הרשב"א מודה בלך ואני אבא אחריו שחייב מדינא דגרמי, כיון שהוא כדיבורו הוא שגרם לתבירו להוציא הוצאות.

והגר"א לא תלה דין זה דלך ואני אבא אחריו במחלוקת הרשב"א והרא"ש, אלא במחלוקת הר"י והריצב"א. אבל בזה נוקט הרמ"א דחייב ולא הביא כלל הדעה החולקת, והכי נקטינן. א"כ מסקנת הדברים להלכה היא שכל שיש מרמה בטענות התובע חייב בהוצאות הצד שכנגד מדינא דגרמי.

ובנידון דידין, שכפי שקובע ביה"ד, תביעתו לשלום בית לא היתה כנה, יש לחייבו בכל ההוצאות שנגרמו ע"ז.

ש א ו ל י ש ר א ל י

אחרי שמיעת טענות הצדדים והעיון בחומר שבתיק נראה לנו שיש יסוד לטענת המערערת בדבר אי כנות המשיב בהצגת טענותיו בפני ביה"ד.

לאור הנ"ל אנו פוסקים:

המשיב ישלם למערערת סך 300 ל"י לכיסוי הוצאות המשפט.

ניתן ביום י' באייר תשל"ה.

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

כפני כב' הדיינים: הרבנים אליעזר גולדשמידט, שאול ישראל, מרדכי אליהו

בענין:

המערער

א.

נגד:

המשיב

ב.

הנידון: תביעת חוב עפ"י פתק שנמצא בעיזבון

ערעור מצד יורש על פסה"ד של ביה"ד האזורי תל-אביב שדחה תביעת חוב מורישתו בסך 1500 ל"י על יסוד פתק שמצא בעיזבונו. * — טענת הנתבע ששילם את החוב בשעתו למורישתה, והביא עד לכך, אלא ששכת לקחת ממנה את הפתק. — מה דינו של שטר חוב בכתב יד הלזה לענין טענת „פרעתי“. — האם נאמנות שנותן הלזה למלוה חלה גם לגבי יורשיו של המלוה ומה הדין לגבי שבועת היורשים. — אימתי היורשים נוטלים בשבועה שלא פקדנו אבא ומתי נפטרים משבועה זו. — האם היתר עיסקא מכיל תורת נאמנות.

מסקנות

- א. מעיקר הדין אין לשטר תורת שטר אלא כשחתום ע"י עדים. ואילו בשטר בחתימת יד הלזה בלבד נאמן הלזה לטעון פרעתי, כדין מלוה על פה.
- ב. לזה שנתן למלוה תורת נאמנות לומר שלא פרעו, גובה המלוה בלא שבועה, גם במלוה בעל פה.
- ג. (1) תורת נאמנות שניתנה למלוה, אין כוחה יפה לגבי יורשיו, אלא אם כן היתנה כך בפירוש.
- (2) גם אם ניתנה ליורשים תורת נאמנות במפורש, אינם יכולים ליטול בלי שבועה אלא אם כן טוענים שברי להם שלא נפרע חוב אביהם.
- ד. יורשי המלוה אינם נוטלים בשבועת היורשים „שלא פקדנו אבא“ אלא כשיש בידם שטר חתום על ידי עדים.
- ה. שטר בהיתר עיסקא אינו חייב להכיל מתן נאמנות למלוה וליורשים, ולכן גם אם נעשה עפ"י „תיקון מהר"ם“ אין זה נותן תורת נאמנות למלוה, אלא אם כן, נאמר זאת במפורש.

- ו. במלוח על פה אין לחייב את הלוח להישבע בטענה שפרע אלא כשהמלווה טוען ברי.
- ז. שטר שניתן לגבות בערכאות ואינו נאמן בדיניהם לטעון פרעתי, נגבה גם ע"י ב"ד, כי גם בזה יכול המלווה לטעון „שטרך בידי מאי בעי“.
- ח. אולם גם בשטר זה, נאמן לטעון פרעתי נגד היוורשים, ואינו חייב שבועה, אלא כשטוענים ברי שלא פרע.

פסק דין

זהו ערעור על פס"ד בתביעה ממונית של המערער נגד המשיב שניתן ע"י כב' בית הדין האזורי בתל-אביב (תיק מס' 3534/לב) ביום כ"א באדר ב' תשל"ג, לפיו זוכה הנתבע ברוב דעות.

זוהי דבר התביעה, כפי שהובאה בפסה"ד נשוא הערעור:

„לפנינו תביעה כספית שהגיש א. נגד ב., כדלקמן: מצאתי בעובונה של אחותי המנוחה פתק בכתב ידו של הנתבע ובחתימתו שחייב לה סך — 1500 ל"י. והואיל ואני היוורש היחידי של אחותי הנני תובע ממנו שישלם לי החוב. ע"י משיב הנתבע שכבר שילם בזמנו את החוב לאחותו. התובע: לא שמעתי מאחותי על ענין זה, אבל מתוך תשובותיו של הנתבע הכרתי שלא שילם, וגם הפתק היה מונח בין שטרות אחרים. מסתמך על חידושי ר' עקיבא איגר לחו"מ סי' ס"ט ס"ב שלמרות שבשו"ע שם נפסק ששטר שאין עליו עדים אלא שנכתב בכת"י של הנתבע הרי הוא נאמן לומר פרעתי, מ"מ כתב מהר"י אדריבי דהיכא דמנהג הסוחרים שיהיה חשוב שטר לענין שלא יהא נאמן לומר פרעתי בזה מנהג מבטל הלכה, וכן מסתמך על האמור ב„פתחי תשובה“ שם ס"ק ד“.

הנתבע: בזמנו הציעה לי אחותו ללוות אצלה כסף, פגיתי לפועל שלי והוא לוח ממנה סך — 4000 ל"י ונתתי לה התחייבות על סכום זה. אח"כ באה אלי עוד פעם והציעה לי ללוות סך — 1500 ל"י. ליתתי ממנה לשלושה חדשים ונתתי לה פתק על זה, וזהו הפתק שבידי התובע, ושם נאמר: ש" 1000 ל"י זמן הפירעון ב" 5.5.70, ו" 500 ל"י זמן הפירעון ב" 15.5.70. ביום 15.5.70 שילמתי לה במזומן כל הכסף. גם תפועל שלי שילם לה כל הכסף. לשאלת ביה"ד למה לא ביקש את הפתק בחזרה בשעה ששילם הכסף, עונה הנתבע: באותו זמן היתה אשתי חולה ושכחתי מזה. הוא דורש שהתובע ישבע שאחותו סיפרה לו מזה ושהוא ידע שהוא חייב ולא שילם ואז הוא מוכן לשלם. התובע אומר שאינו מוכן לישבע כי אם להצהיר בהן צדק. ביה"ד הסביר לנתבע שיתכן וגם עליו לישבע שברעת היסט ששילם, על זה ענה הנתבע שמוכן לקבל בחרם. התובע הציג לפני ביה"ד את הפתק, וכן שטר היתר עיסקא בנוסח הרגיל, שנעשה על אותו הסכום, בחתימת הנתבע.

הופיע כעד הפועל הגו' ג. ומעיד: ליתתי מהמנוחה סך — 4000 ל"י בשנת 1969. היא הלוחה לי על סמך זה שהכירה את הנתבע, במחצית

חודש מאי 1970 באה לבקש הכסף. אמרתי לה שאין לי כסף אז אמרה לי שגם מהנתבע ביקשה הכסף שהלוותה לו, ונתן לה. אמרתי שתבוא ב־10 ביולי 1970 ואז שילמתי לה. אז אמרה לי שהנתבע שילם לה כל מה שמגיע לה. כשלויתי חתמתי לה על פתק ולא קיבלתי בחזרה הפתק. מלבד הפתק היה גם היתר עיסקא, התובע מראה לביה"ד את שטר היתר-עיסקא ע"ס 4000 ל"י שלוח העד, ושם התאריך: 10.3.67, וזה סותר דברי העד שאמר שלוח במחצית שנת 1969. העד מתרץ את דבריו לביה"ד באמרו: אמנם חתמתי על ההיתר-עיסקא, אבל יתר הדברים הכתובים שם אינם כתב ידי. לבקשת ביה"ד כתב העד על נייר את המלים „רבקה בת לאה” ונמצאו דומים לכתב יד שעל גבי ההיתר עיסקא. על סמך זה רוצה התובע לפסול את העד, וטועד עוד שמכיון שהנתבע אישר את דברי העד — בענין התאריך — וכיון שנתברר שדברי העד בענין זה אינם נכונים, א"כ הוחזק הנתבע כפרן ואינו יכול לחייב שבועה”.

הבעיות ההלכתיות שנתבררו בפס"ד זה הן: מה דינו של שטר בכתב יד הלוה לענין תוקף שטר לטענת פרעתי; כיצד משפיעה „תורת הנאמנות” שנכתבה בשטר העיסקא שנכתב על הלוואה זו לענין נאמנות הלוה לטעון פרעתי נגד היורש שאינו טוען כרי שלא פרע; האם יש כאן חיוב שבועה על הנתבע; האם יש חיוב שבועה על התובע, והאם יכול הוא להפכה על הנתבע; האם יש נאמנות עד אחד לעד שהופיע כאן ומסייע לנתבע.

דעת הרוב שכאמור זיכתה את הנתבע היא: א. אין לכתב יד תוקף שטר, וממילא נאמן הנתבע לטעון פרוע, כדרך שנאמן במלוה ע"פ; ב. אין על הנתבע חיוב שבועת היסת מצד תביעת היורש, כיון שאין כאן טענת כרי; ג. מאידך — התובע חייב שבועת היורשים, ואינו יכול להפוך השבועה על הנתבע, כיון שאינו טוען טענת כרי; ד. אין תורת הנאמנות שנרשמה בשטר העיסקא ולא בעצם השטר חוב מקנה נאמנות ליורשים, גם לפי סברת הש"ך, והמסקנא שמסיק מדבריו „שער משפט” כפי שיובא להלן; ה. יש לקבל עדות העד הן לפטור הנתבע משבועה והן לחיוב התובע בשבועה. עפ"י כל הג"ל זוכה הנתבע.

לפי דעת המיעוט: א. יש תורת שטר על השטר בכתב יד הנתבע, כיון שלפי חוקי המדינה ניתן לגבות על ידו ואין הערכאות מקבלים טענת פרעתי, שייך בזה שטרך בידי מאי בעי, שמקפיד שלא להניחו בידי המלוה לאחר הפרעון; ב. אם אמנם חייב התובע בשבועת היורשים, יכול הוא להפוך השבועה על הנתבע, ואעפ"י שאינו טוען כרי, כל כהאי גוונא שיש שטר בידו, שכאמור יש לו תוקף שטר, הרי זה כרגלים לדבר, שבוה משביעים היסת גם בטענת שמא; ג. עדות העד אין לקבל כיון שאין התאמה בתאריכים.

המערער בכתב הערעור העמיק והרחיב נימוקי דעת המיעוט. אף הוסיף טענות בענין תורת הנאמנות שבשטר היתר העיסקא, שאף שלא נכתב בפירוש שתורת נאמנות זו מוענקה גם ליורשים, כיון שהשטר עיסקא הוא עפ"י תקנת המהר"ם, ותקנה זו כפי שמופיע הנוסח בס', „נחלת שבעה”, כוללת גם נאמנות באי כוח המלוה, דהיינו היורשים, והרבה בזה באסמכתאות.

אחרי עיון בנימוקי דעת הרוב והמיעוט וטענות הצדדים בע"פ ובכתב; נראה לנו שצדק כב' ביה"ד במסקנתו הפוטרת את הנתבע מחיוב שבועה, וכל הנובע מזה. ואם כי בענין עדות העד יש לפקפק בדעת הרוב, ויותר נראית בזה דעת המיעוט, אולם יש נימוקים מספיקים לזכות הנתבע גם בלי הסתמכות על עדות העד, וכפי שיבואר: א. האם נאמנות שניתנה לבעל השטר בכוחה לפטור היורשים משבועה?

בחור"מ סי' ע"א ס"א: התנה המלוה עם הלוח שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו, הרי זה נוטל בלא שבועה, אעפ"י שטוען שפרעו, אפילו הוא מלוה ע"פ.

ובש"ך נתן בזה שני טעמים: א. מפני שסתם נאמנות — משמעותה נאמנות מלאה, שאינו צריך להישבע; ב. ,דהכא אנן סהדי שלא פרעו, כיון שהתנה כך, דהאיד יפרענו ויאמינו למלוה, ולא גרע מא"ל אל תפרעני אלא בעדים, דהמלוה נוטל בלא שבועה".

וב, שער משפט" קלסיה להאי סברא דהש"ך, וכתב דלפ"ז גם היורשים רשאים לגבות בלי שבועה, שהרי יש כאן אנן סהדי שלא פרעו, והתקשה ממה שבשו"ע (סי' ק"ח ס"ה) מפורש שאין היורשים נוטלים בלי שבועה (גם בשטר בעדים) אלא אם כן נכתבה בו בפירוש תורת נאמנות גם ליורשים. ומסיק שבדוחק ניתן לומר שהמדובר שם כשהלוח טוען שפרע בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים.

(ולענ"ד לא ניתן ליישב כך, ואפילו בדוחק, כי עיקר הקושי אינו על שו"ע אלא על הש"ך, שכן עפ"י סברת הש"ך הג"ל, מהני, "תורת נאמנות" גם כשניתנה לאחר תהלואה, שהיא כהטלת תנאי שלא יפרענו אלא בעדים, שזה אפשרי גם לאחר מתן תהלואה, שאין כאן שיעבוד חדש. דכן מסיק הש"ך בס"ק ז' וכמש"כ בס' התרומות וזה שלא כמו שפוסק המחבר בשו"ע ס"ב. ויוצא מזה שהמחבר בשו"ע דאי אינו סובר סברת הש"ך. ואם כן לא קשה מידי על דעת שו"ע בס"י ק"ח שצריך תורת נאמנות מפורשת ליורשים. וכל עיקר הקושי הוא, שהש"ך בס"י ק"ח לא העיר על הפסק בשו"ע, דהוה ליה למימר שלפי מה שנוקט כבעל התרומות וסברתו, היורשים נוטלים בלא שבועה. וכיון שהקושי הוא על הש"ך, הרי אין לתרץ כפי שתירץ, "שער משפט" (בדוחק) שהמדובר כשטוען פרעתוך בפני פלוני ופלוני וכו', שהרי המחבר בשו"ע ודאי דעתו שבכל אופן אין תורת נאמנות ליורשים אם לא נכתב בפירוש, א"כ גם הש"ך היה צריך להעיר שאין נוקטים להלכה כשו"ע, אלא כשטוען פרעתוך בפני פלוני ופלוני, ומדשתיק ליה הש"ך, משמע שמסכים לדעתו בכל).

והנראה בזה, הוא בהקדמת השגת הט"ז על סברת הש"ך הג"ל שלעומת קילוסו של "שער משפט" כג"ל, כתב הט"ז שדבריו דחוקים שהרי, "תלמוד ערוך בריש פרק המפקיד דאורחיה דלוח להמוניה למלוה דמקיים ביה קרא תומת ישרים תנחם". והיינו שטוען נגד הש"ך דאין כאן אנן סהדי שלא שילם לו שמתירא שלא יחזור ויתבענו, כיון שנתן לו נאמנות נגד טענת פרעו, ד"ל דסמך עליו שלא יחזור ויתבענו כי נאמן הוא עליו באמת שאדם ישר הוא, ולא נתירא מזה כלל.

עוד יש להקשות על סברת הש"ך מהא דפוסק בשו"ע (סי' ע"א סי"ז) שנאמנות סתם לפוטרו משבועה לא מהני לגבות מן היורשים. וכתב הסמ"ע בטעמא דמילתא (ס"ק ל"א): ,דאע"ג דאביהם לא מצי לטעון פרעתי, מ"מ אנן טענינן להיורשים שאביהם פרע, ואם היה הלוח חי לא היה המלוה מעיז פניו נגדו לומר שלא נפרע, ומשום ה"כ הימנו והו' הלוח נגדו ולא הימנו והו' נגד יורשיו וכו'".

ולפי זה הרי יש לומר גם כן דאין כאן אנו סהדי, שהרי מה שהאמינו הוא משום שהיה בטוח שלא יעיו נגדו לומר שלא שילם, ואם כן הרי יכול לומר הלזה שאכן פרע לו כי לא חשש שיחזור ויתבענו כנ"ל.

ונראה בכוונת הש"ך שלא אמר באמת בצורה מוחלטת דאיכא אנו סהדי, דודאי יתכן כנ"ל שנתן בו אימון מלא כסברת הט"ז, או שסמך על זה שלא יעיו וכמו שכתב הסמ"ע, וכנ"ל. אלא שהש"ך בא עליו בממה נפשך, דהיינו אם יאמר הלזה שסמך על המלוה, כי אז אינו יכול עכשיו לחזור ולטעון נגדו שפרעו, שכיון שנתן לו תורת נאמנות שלא יתבענו פעמיים, הרי זה מחייב אותו. ואין לנו לדון אלא כשיטעון שלא האמינו כלל, ולא כתב לו תורת נאמנות אלא מפני שהמלוה דרש זאת ובלא זה לא רצה להלוות לו. וע"ז עונה הש"ך שאם באמת לא האמין לו, א"כ ודאי לא פרע לו, דהרי לא שדי איניש זווי בכדי, ואיך ישלם לו בעוד שהלה יכול לחזור ולתבע ממנו, והוא חושד בו שמסוגל לתבוע בשניה. ע"כ כ' הש"ך שכשכתב לו תורת נאמנות, אין צריך שפרעה. אכן כל זה שייך רק כלפי המלוה עצמו שבא לתבוע, דאז שייך הממה נפשך, ולא כן כשמת המלוה והיורשים באים לתבוע, הרי שפיר יכול הלזה לטעון כנגדם שאכן כבר פרע, כי סמך על נאמנות המלוה (או שלא יעיו, וכנ"ל) שלא יתבענו פעם שניה כפי שבאמת לא תבעו. א"כ כלפי זה אין אנו סהדי שלא פרעו, שהרי אם הוא מאמין, וכפי טענתו, הרי היה יכול לפורעו אעפ"י שהאמינו עליו, שהרי היה בטוח שהלה לא ינצל הנאמנות שניתנה לו לתבוע שלא כדין. ועל כן היורשים שלהם לא נתן תורת נאמנות, אינם יכולים לתבוע מכוח הנאמנות שנתן לאביהם.

ואתי שפיר פסק שו"ע, שאין היורשים, גם כשיש בידם שטרא מעליא, נפטרים משבועתם אם לא כתב בפירוש תורת נאמנות גם ליורשים. ואין הש"ך משיג עליו ולא חולק עליו, כי הלכה מוסכמת היא.

ומבוטלת לפי האמור טענת המערער שלפי סברת הש"ך שקיבלה, "שער משפט", הקניית תורת נאמנות למלוה פוטרת גם את היורשים משבועת היורשים, דכאמור מתברר שדעת הש"ך בזה מסכמת לדעת שו"ע שאין יורשים פטורים משבועת אא"כ נתן להם הלזה תורת נאמנות מפורשת.

ב. האם יכולים היורשים לגבות על ידי שבועת היורשים מלוה על פה או בכתב יד ?

עפ"י הנ"ל יוצא שההלכה שיוורשים גובים חוב אביהם על ידי שבועת היורשים היא רק כשיש בידם שטר מעליא חתום על ידי עדים, שמצד הדין אביהם גובה בשטר זה, גם אם טוען פרעתי. ורק אם אומר אישתבע לי דלא פרעתיך הוא דנשבע ונוטל (ס"ו פ"ב, ב). ע"כ ביורשים סגי כשנשבעים שלא פקדנו אבא וכו', אעפ"י שאין כאן תביעת ברי מצדם מ"מ סגי בהא, כי עיקר זכות הגביה הוא מכוח השטר עצמו. ולא כן בשטר כתב יד של הלזה גם כשיש בו נאמנות למלוה, לא סגי שהיורשים ישבעו שבועת היורשים לגבות על ידי זה, שהרי טוען שנתן תורת נאמנות למלוה מפני שהיה בטוח שלא יתבע ממנו כשישלם לו, והוא אכן שילם לו, והמלוה באמת לא תבע ממנו כי ידע ששילם לו. וכיון שמעיקר הדין מלוה על פה (וכן בכתב יד) נאמן לטעון פרעתי, ותחת הנאמנות לא פועלת בעיקר הדין, וכנ"ל, ממילא חוזר על זה הדין הכללי שיש למלוה על פה שנאמן לטעון פרעתי. וכל כהאי גוונא הרי שבועת היורשים ליטול לא

מהני, כי רק בשטר מעליא דמעיקר הדין לא צריך שבועה כלל וכנ"ל הוא דמהני ליטול ע"י שבועת היורשים, אבל לא במלוה על פה שהלזה הוא שנאמן לטעון פרעתו.

ומדאיתנין להכי, גם אם יתן במפורש תורת נאמנות גם ליורשים, לא מהני במלוה על פה (או בכתב יד) אלא אם כן יאמרו שיחדעים בבירור שלא שילם (עפ"י סברת הט"ז שהובאה לעיל, אולי סגי בזה שישבעו שאביהם אמר להם במפורש שלא נפרע, ואילו לפי דברי הסמ"ע לא סגי בהא, דרק כשהוא התובע שייכת הסברא שאינו מעיז, ויצטרכו לומר ברי לנו שלא שילם), כי טענת היורשים שלא פקדנו אבא וכו' הרי אינה מוכיחה שאביהם היה בא לתבוע חוב זה, ויכול עדיין הלזה לטעון ששילם, ואביהם באמת לא היה תובע אותו, והא שהם תובעים, אעפ"י שהאמינם הרי זה מפני שהם אינם יודעים שאביהם כבר נפרע ממנו, ע"כ רק אם יטענו נגדו ברי הוא דיכולים ליטול. וזה שאמרו בס' ק"ת הנ"ל שנוטלים ע"י שבועת היורשים וכן נפטרים משבועה זו אם נתן להם תורת נאמנות, הוא רק בגוונא שמדובר שם, שבדים שטר מעולה וכנ"ל, אבל לא במלוה על פה ובשטר כתב יד שדינו כמלוה על פה, שאין יכולים ליטול ע"י שבועת היורשים, ורק ע"י טענת ברי — כשנתן להם תורת נאמנות.

ויוצא מכל הנ"ל, שגם בשבועת היורשים אין בדין שהמערער-התובע יקבל החוב. ומכל שכן שאינו נפטר משבועה מצד תורת הנאמנות, גם אילו היה כתוב בו במפורש שתורת נאמנות ניתנת גם ליורשים.

ג. ההסתמכות על גוסס תקנת מהר"ם בס', נחלת שבעה".

המערער טוען שמאחר שההלואה נעשתה עפ"י היתר עיסקא שהוא תקנת המהר"ם, ובוזה הנוסח שבס', „נחלת שבעה" כולל תורת נאמנות גם לבאי כוחו של המלוה, ומתאמץ להוכיח שאעפ"י שלא נכתב בשטר העיסקא במפורש, סתמו כפירושו כפי שנקבע הנוסח הנ"ל.

ע"ז משיבים בצדק בפסק הדין נשוא הערעור, שכיון שלא נאמר בפירוש בשטר העיסקא שנעשה עפ"י תקנת מהר"ם, אין לנו אלא מה שיש בו. ואף שהמלוה כתב לאחר זמן שטר עיסקא על כל הלואות שיעשה, אין זה מחייב את הלזה לדעת מזה עוד טרם שנכתב שטר עיסקא זה.

ונוסיף לזה שגם אילו היה כתוב כתיקון מהר"ם, לא היה זה כולל בהכרח גם מתן תורת נאמנות ליורשים, שכן גוסס שטר עיסקא מעצם טבעו, ומכוח התקנה, אינו נצרך למתן תורת נאמנות ליורשים, וסגי בזה שאין הלזה נאמן לומר החזרתי כי אם ע"י עדים כשרים ונאמנים, ולא נאנסו, כי אם ע"י שבועה חמורה. ובס', „חכמת אדם" שג"כ מביא גוסס שטר עיסקא לא נזכר באמת מתן תורת נאמנות לא למלוה ולא לב"כ (ונמצא שם גוסס גם למתן תורת נאמנות, אך זה מופיע כטופס בפני עצמו לכל הלואה ולא דוקא לשטר עיסקא). וא"כ מהיכי תיתי לנו לומר, גם כשכותבים „כתיקון מהר"ם" שתהא הכוונה לנוסח שבס', „נחלת שבעה", שכלל בזה גם מתן תורת נאמנות למלוה ולב"כ, לשם שופרא דשטרא, אבל לא כנדרש לשם ההיתר עיסקא.

המערער מסתמך עוד על המובא ב„פתחי תשובה" בשם „פנים מאירות" שאף שלא נכתב שלא יהא הלזה נאמן בטענת החזרתי או אונס, הוי כאילו נכתב „בי מיהו זה שיתן עיסקא שיהי' לו דין חצי פקדון שיהי' נאמן לומר החזרתי או נאנסו". אך אין הגידון דומה לראיה, שכן שם המדובר שהלזה נתן לו רשות למלוה לכתוב ולהוסיף כל מה שנצרך לו, כמבואר שם בדבריו: „והמלוה טוען כיון שנהגו

לכתוב שטרי עיסקא שגעשו. עפ"י תיקון מהר"ם, ומהר"ם תיקן שלא יתא נאמן לומר נאנסו אלא בעדים, וגם היה בידו לכתוב כל תוקף שטר עיסקא. אם כן המדובר שם על יוספה הנצרכת בתכרח לשם ההיתר עפ"י תיקון מהר"ם, ולשם כך ניתנה לו מעיקרא הרשות מאת הלוח להוסיף זאת במפורש. ולא כן בנידון דידן שתלויה חתם על שטר עיסקא, שהיה מפורט בו כל הנצרך לצורך היתר העיסקא, ולא נאמר ולא ברמז שרשאי המלוה להוסיף בו מה שלא נכתב, א"כ אין שום יסוד להכניס בו תורת נאמנות ליורשים, שכן יכול תלוה לטעון שלא היה מסכים לזה, ואף אם היה מסכים, היה מקפיד באמת לקבל בחזרה את כתב היד כשפרע החוב, רק מכיון שלא היה כתוב שם על נאמנות היורשים, ואילו את המלוה עצמו האמין שלא יתבע ממנו פעם שנית, על כן לא הקפיד להשאיר הכתב יד, שאין לו תוקף שטר.

המערער הביא עוד מה שתמה, "שער משפט" על מה שנתנו לגבות בשטר עיסקא גם מן היורשים, ולא טענינו ליורשים דשמא אם אביהם היה קיים היה מביא עדים שפרע, וסיים, "ואפשר דשטרי עיסקא הנהוגים בזמננו, מתחלה כן נתקנו שיהא יכול לגבות בהם אף מן היורשים, וצריך עיון למעשה".

וכתב ע"ז המערער: "הרי שכתב שכן דנים השתא לגבות מן היורשים, ואף שלא נכתב בשטר הנאמנות לגבי היורשים, הוה כאילו נכתב. ומה שכתב, 'ואפשר' וסיים, וצריך עיון למעשה, היינו שלא היה ידוע לו נוסח תקנת מהר"ם. אבל הוא עצמו העיד שכן המנהג שגובים מן היורשים. וגם לא ראה דברי 'פנים מאירות' הנ"ל שכתב מפורש שגובים מן היורשים".

ורצה מכאן ללמוד שהוא הדין לענין יורשי המלוה שגובים עפ"י נוסח תקנת מהר"ם שבס', "נחלת שבעה" וכנ"ל.

הנה תלה בוקי סריקי ב, "שער משפט" שהוא אחד מגדולי האחרונים מפרשי חו"מ, שכאילו "לא היה ידוע לו נוסח תקנת מהר"ם". בעוד שכל דברי "שער משפט" סובבים על מה "שדנים השתא שגובים בשטר עיסקא עפ"י תיקון מהר"ם". אבל קושית "שער משפט" היא גם עפ"י תיקון מהר"ם, שהרי גם לפי שטר היתר עיסקא של תיקון מהר"ם אם מביא עדים שהחזיר, נאמן. ולא נאמר שם אלא שלא יתא נאמן בטענת עצמו על זה אלא עפ"י עדים כשרים ונאמנים. וקושיתו הרי היא דשמא היה תלוה — אילו היה קיים — מביא באמת עדים שפרע בפניהם, ובוה היה נפטר גם לפי תיקון מהר"ם. וכן אין לזה שייכות לדברי "פנים מאירות" שבו הנידון שלא שנוי במחלוקת שהיתה לו רשות לכתוב עפ"י היתר עיסקא של מהר"ם, ועפ"י נוסח זה אינו נאמן לטעון נאנסו אם לא ע"י שבעה חמורה, ואין לו לטעון החזרתי אלא עפ"י עדים.

ולואת סיים "שער משפט": "וצ"ע למעשה". אולם גם לפי מה שנהגו, די"ל מסתמא גם תלואה זו ע"מ כן ניתנה, הרי זה רק כשהמלוה קיים. משא"כ בנידוננו שהמלוה מת והיורשים באים לגבות, בוה אין ראייה שגם בוה נהגו, שכן המלוה רוצה להבטיח עצמו בכל מקרה. אבל אין ראייה שרצה גם להבטיח את יורשיו. ובכגון דא הבא להוציא עליו הראיה. בפרט, שכאמור במקרה דנן לא נאמר בשטר עיסקא שהוא עפ"י תיקון מהר"ם כפי הכתוב בס', "נחלת שבעה". וכנ"ל יש נוסח אחר שאין בו כל תורת נאמנות למלוה, רק נאמר בו שאין נאמנות ללוה, ואין זה נצרך לעצם ההיתר עיסקא. א"כ עדיין לא נפטר היורש משבעה.

ד. דינו של שטר בכתב יד שלא נכתב על הטופס הקבוע לכך.

בפסה"ד נשוא הערעור מובאים המקורות שדגים בזה, ומציינים למה שכתב ב„ערוך השולחן“ שנראה ממנו שרק „ועקסל“ (היינו שנכתב בשטר שנקבע לכך ע"י חוק המדינה) או שטר למוכ"ז „אבל פתק בעלמא בלא המוכ"ז שפיר נאמן לומר פרעתי“. אולם בזה לכאורה צודקת דעת המיעוט והמערער שמסתמך עליה, דכיון שלפי חוק המדינה ניתן לתבוע גם עפ"י כת"י שלא נכתב על טופס המיועד לכך, א"כ הרי זה כמו „ועקסיל“ שדן בו „ערוך השולחן“, דבזמן „ערוך השולחן“ לא היה דין המלכות לגבות אלא עפ"י „ועקסיל“, אבל לא כן לפי חוקי המדינה כאן. ואין צורך גם שיהא כתוב למוכ"ז, כיון שעכ"פ יכול המלוה עצמו להגיש לגוביינא דרך הערכאות, א"כ חושש הלוח לזה, ושייך גם כאן הטענה שטרא בידך מאי בעי.

אך לפי מה שנתבאר לעיל בהתאם לדברי הסמ"ע והט"ז, ולפי מה שהוסברו דברי הש"ך, טענה זו קיימת רק אילו המלוה עצמו היה בא לפרוע, דאז אין הלוח יכול לטעון שסמך על נאמנותו שלא יעשה שלא כדין לגבות בערכאות, וכן שסמך על זה שלא יעז נגדו לטעון בשקר ופרע לו מבלי שהקפיד שיחזיר לו הכתב יד, שכיון שלפי טענה זו הרי תאמינו עליו, א"כ הרי קבלו על עצמו כנאמן ואינו יכול גם לטעון כנגדו עכשיו שמשקר ומעזי פניו לתבוע. ולא כן כשהיורשים באים לתבוע החוב, בזה שפיר קיימת טענת הלוח, שאכן סמך על המלוה שלא יעשה עוול לתבוע בערכאות, וכן שלא יתבע ממנו שלא כדין לאחר שידוע שפרעו. ע"כ לגבי היורשים נשאר על שטר זה שבכתב יד תורת מלוה על פה שנאמן לטעון פרעתי (ובנידונו יש להוסיף שהלוח היה בטוח שלא תגבה בערכאות לאחר שכתבה שטר עיסקא כד"ת, א"כ חוינו שלא רצתה לעשות שלא כד"ת, וכן אולי לא היתה מעונינת לגלות את עסקי ההלוואות שלה שלא תתחייב במס הכנסה).

סוף דבר, עפ"י כל הג"ל נראה שיש לקיים מסקנת פסה"ד על פי דעת הרוב שאין כאן מקום לתביעה לא את עצם החוב ואף לא שבועת היסת, והמשיב נאמן לטעון פרוע בלא שבועה.

ש א ו ל י ש ר א ל י

אנו מצטרפים למסקנתו של חברנו כב' הגר"ש ישראל שליט"א.

מ ר ר כ י א ל י ה ו

א ל י ע ז ר ג ו ל ד ש מ י ר ט

לאור האמור אנו פוסקים:

הערעור נדחה.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"ז בניסן תשל"ה.

תיק מס' 6688/ל"ד

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ש. ב. ורנר — אב"ד, ע. אזולאי, ח. ג. צימבליסט

בענין :

התובע : א. (ע"י ב"כ הרב רבלסקי)

נגד :

הנתבע : ב.

הגידון : טוען שאינו יודע אם החזיר התמורה

תביעת איש מחבירו שמסר לו המחאה על סך 2292 ל"י ולא קבל תמורתה. — טענת הנתבע שנדמה לו ששילם לו את התמורה, וכפי שהיה צותג תמיד שבמקרה שלא שילם מיד לתבירו תמורת המחאה, היה רושם זאת בפנקסו, והואיל והפעם לא רשום כלום בפנקסו, הרי הוכחה מזה ששילם. — תשובת התובע שלפעמים היה רושם רק למחרת וכנראה שהפעם חלה תקלה ששכח לרשום. — האם מקרה כזה דינו כאומר „איני יודע אם נתחייבתי" ופטור או כאומר „איני יודע אם פרעתיך" וחייב. — מה הטעם באומר „איני יודע אם פרעתיך" שחייב. — מה הדין בעסק חליפין כשהנתבע טוען שאינו יודע אם החזיר חליפיו. — מה הדין בתביעה שנמצאו בכסף התמורה מטבעות מזויפות והנתבע טוען „איני יודע". — מה הדין כשהנתבע מעורר ספק אם הכסף שקבל מהתובע היה במתנה או בהלוואה. — מה הדין במקרה של פטור לגבי שבועה ולגבי פשרה. — האם טענת הנתבע שלא רשום בפנקסו, במי שרגיל בכך, כמוה כטענת ברי.

מסקנות

א. (1) ידוע הכלל שהטוען „איני יודע אם נתחייבתי", פטור; ואילו הטוען „איני יודע אם פרעתיך", חייב.

(2) יש אמרים שהטעם שהטוען „איני יודע אם פרעתיך" חייב, הוא משום שההלואה ודאי והפרעון הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי. לפי זה גם אם עושים עסק של חליפין, כגון שאחד גותן לתברו מטבע מסוימת ומקבל מיד תמורתה מטבע אחרת, ונתעורר ספק אם נתן לו מיד את התמורה או לא,

- הרי זה דומה ל„איני יודע אם פרעתיך“, כי הרי את המטבע ודאי קיבל וספק אם נתן תמורתה, ואין ספק מוציא מידי ודאי.
- (3) אולם יתכן לפרש שהטעם ש„איני יודע אם פרעתיך“ חייב, הוא משום שיש עליי חזקת חיוב, ולפיכך במקרה של חליפין הנו, הרי זה כ„איני יודע אם התחייבתי“, שהרי ספק אם התחייב מעולם.
- (4) אם אחד חייב לחבירו כסף וחבירו פרע לו את החוב ולאחר מיכן טען בעל החוב שבין המטבעות ששילמו לו נמצאו מזויפות, והלוח טרען איני יודע, חולקים הפוסקים אם יש לו דין כ„איני יודע אם התחייבתי“, כי לאחר ששילם, סולק החוב וזוהי תביעה חדשה; או יש לו דין כ„איני יודע אם פרעתיך“, כי הספק מתעורר אם פרענו היה כראוי.
- ב. (1) קבעו הפוסקים שאף הטוען „איני יודע אם התחייבתי“ שהוא פטור — חייב להישבע שבוטח היסת שאינו יודע.
- (2) אולם כרי להיפטר מעונש שבוטח, רשאי בית הדין לעשות פשרה בין הצדדים. ברם מכיון שמצד הדין הוא פטור, אין לחייבו יותר משליש כדי שיהיה קרוב לדין.
- ג. מי שרגיל לכתוב כל עסקיו מיד בפנקס, ונמצא שלא רשם כלום, הרי הוא יכול לטעון ברי שהעסק לא נעשה גם מבלי „רגלים לדבר“ או הוכחה אחרת.

מסקנות המיעוט

- א. (1) מי שקיבל מעות מחבירו ואינו יודע אם קיבל אותן בתור הלואה וחייב להתחזיר, או קיבל אותן בתור מתנה, מסתפקים הפוסקים להלכה אם יש לו דין כטוען „איני יודע אם התחייבתי“ ופטור, או כטוען „איני יודע אם פרעתיך“ וחייב. ומסיקים להלכה שזה דומה ל„איני יודע אם פרעתיך“.
- (2) מצינו דין דומה לזה במי שמסר לחבירו שתי פרות אחת בשאלה ואחת בשכירות ומתה אחת מהן ונפל ספק אם השאלה מתה וחייב או השכורה מתה ופטור, שאם מתזיר לו אחת הפרות יש לו דין כ„איני יודע אם נתחייבתי“, ואם אינו מתזיר לו אחת הפרות יש סוברים שדינו כ„איני יודע אם פרעתיך“.
- (3) ומכאן יש ללמוד למקרה שאחד נתן לחבירו המחאה על סכום מסויים על מנת לקבל תמורתו מזומנים, ומקבל ההמחאה אינו זוכר אם נתן לו התמורה או לא, שיש לומר שדינו כטוען „איני יודע אם פרעתיך“.
- ב. אף להסוברים שאם טען שהיה הפרעון במטבעות מזויפות, הוי כטוען „איני יודע אם נתחייבתי“, היינו שמעשה הפרעון היה ודאי והספק הוא במהות המטבעות, אבל אם הספק על עצם הפרעון, הוי כ„איני יודע אם פרעתיך“ דחייב.
- ג. (1) הפוסקים סוברים שטוען על פי פנקסו נחשב כטוען ברי רק כשיש רגלים לדבר, וכל שכן כשאומר „איני יודע“.
- (2) הטרען „איני יודע אם פרעתיך“, ואחר אומר שפרע, הנתבע נשאר בדין „איני יודע אם פרעתיך“, מאחר שהוא עצמו מסתפק.
- (3) הטרען איני יודע אם אני חייב לך כי אולי פרעתיך עוד קודם ההלואה, דינו כ„איני יודע אם פרעתיך“ דחייב.

פסק-דין

לפנינו תביעה כספית מא. התובע את ב. כדלקמן:

„מסרתי לנתבע צ'ק ע"ס 2292 ל"י וביקשתי ממנו שיכניס הצ'ק לבנק ויתן לי תמורתו כסף מזומן. אחרי ארבעה ימים באתי אליו לקבל הכסף, אך הוא אמר לי: „איני זוכר אם התחזתי לך או לא, כמדומני שכבר התחזתי לך“, ומאחר ואני זוכר שהוא לא התחזיר לי, אני תובע ממנו שיחזיר לי הכסף“.

בישיבת ביה"ד מיום כ"ה תמוז תשל"ד טען הנתבע, שזה שמונה שנים שהיו נוהגים כך: התובע בא אליו ומוסר לו צ'ק, והנתבע, או שנותן לו מיד באותו מעמד כסף מזומן, או שהיה רושם בפנקס ומחזיר לו הכסף לאחר מיכן. במקרה הן לא נרשם הדבר בפנקס, „ולכן אף אם אמנם איני זוכר אם התחזתי לו הכסף, אך מכיון שלא נרשם בפנקס, סימן שנתתי הכסף במקום“.

התובע מודה שכך נהגו שמונה שנים, אך אומר שלפעמים אם היה בא בערב, לא היה רושם בפנקס מיד אלא למחרת. „במקרה הנידון נגרמה תקלה שלא נתן לי הכסף, וגם לא נרשם בפנקס“.

הנתבע מכחיש דבריו, ואומר שתמיד היה רושם מיד ולא קרה שירשום רק למחרת. ב"כ התובע בסיכומיו טוען, שהואיל והתובע טוען: „ברי שלא החזיר לי“, והנתבע אומר שמא, שאינו זוכר אם החזיר לו אם לא, ומאחר שהנתבע מודה שאת הצ'ק קיבל ממנו, הרי זה כדין „איני יודע אם פרעתי“, דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף, כמבואר בחור"מ סי' ע"ה ס"ט.

והנה יש מקום לדון אם נידוננו דומה ל„איני יודע אם פרעתי“ או ל„איני יודע אם נתחייבתי“ (דאמרינן בו ברי ושמא לאו ברי עדיף), דהא בנידוננו הנתבע מסופק שמא שילם לו בו במקום, והרי אם כך היה הדבר, הא לא נתחייב לו מעולם, כי אם נתן לו מיד הכסף תמורת הצ'ק, הרי אין זה אלא חליפין, שמחליף הצ'ק במעות מזומנים, ומעולם לא נתחייב לו, ונמצא דכשטוען שמא היה כך, הרי זה כטען „איני יודע אם נתחייבתי“, אך מאידך גיסא, יש מקום לומר דהוי כ„איני יודע אם פרעתי“, דהא עיקר הטעם ב„איני יודע אם פרעתי“ שחייב, כתב הר"ף בב"ק דף קי"ח דהוא משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, וא"כ הוא הדין בנידוננו, כיון שאת הצ'ק ודאי נתן לו וספק אם שילם תמורתו, אין ספק מוציא מידי ודאי, וחייב.

ומצאנו בדבר זה פלוגתא דרבוותא, דהנה הט"ז בחור"מ סוף סי' ע"ה כתב, שנשאל במי שפרע לחבירו סך מעות ואחר הפרעון בא המלוה והראה לו מטבע אחת מזויפת מתוכן ואמר: „קיבלתי ממך בפרעון חובי“, והלזה השיב: „איני יודע אם היתה מטבע זו באותן המעות, הלא אני כבר מסולק ממך בשעת הפרעון ועכשיו איני יודע“, ומשובת הט"ז היא דהוי כ„איני יודע אם נתחייבתי“, וראיתו מב"מ נ"ב ע"א בענין מחליף סלע במעות, דאמרו שם במשנה: „כמה תהא הסלע חסירה וכו', ואם היה מכירה, אפילו לאחר י"ב חדש מקבלה הימנו“, משמע שאם אינו מכירה בודאי אלא מסופק אם זו הסלע שנתן לו, אינו צריך להחליפה לו, הרי דלא חשיב כ„איני יודע אם פרעתי“, אלא כ„איני יודע אם נתחייבתי“.

וב„תומים“ שם ס"ק כ"א דחה ראית הט"ז, וז"ל: „אך כל זה במר"מ שנותן לו מטבע ומקבל תמורתו מטבע או נותן לו חפצים ומקבל תמורתו מטבע, א"כ לא

חל מעולם שום חיוב על אדם ויצאו זה בזה, ואיני יודע אם פרעתיק הטעם דחוב ודאי והפרעון ספק, אבל כאן מעולם לא חל חיוב כלל על שום אדם, וה"ל כאומר איני יודע אם אני חייב לך, אבל במי שחייב לחבירו כבר מקדם ופרעו והוא טוען: בתוך דמי פרעון הרי מטבע מזוייפת, א"כ שפיר הרי איני יודע אם פרעתיק, דחוב ודאי ופרעון ספק" (עי' ,הכסף הקדשים" על השו"ע שם סעיף ט' שהעתיק דברי ה"תומים" שלא בהקשר עם נידון הט"ז אלא בדומה לנידונו וז"ל שם: ,באו"ת ז"ל כתב שבמקח וממכר לא שייך איני יודע אם פרעתיק גם אם לקח הסחורה ואח"כ ספק בממון הפרעון אח"כ". ועי' בהמשך דבריו שם).

וכדברים האלה כתב גם בתשובות ,פנים מאירות" ח"א ס"ס ט' שכתב שם על ראיית הט"ז וז"ל: ,ואני אומר דאין הנדון דומה לראי', בשלמא גבי מטבע דנתן לו בתורת מכר, דאם ה"י הסלע טובה מעולם לא נתחייב לו אפילו רגע אחד, לא מיבעיא היכא דנתן לו הסלע תחילה והוא נותן לו פרוטות, דאם הסלע טובה מעולם לא נתחייב לו, אלא אפילו נתן השולחני תחילה הפרוטות ואח"כ נתן לו הסלע, מ"מ כיון דמעולם לא היה מבורר שחייב לו, א"כ אם אומר שאינו יודע שזה שלו הרי כאילו אומר איני יודע אם אני חייב לך, אבל היכא שחייב לו מקודם ההלואה, אף אם היו כל מעותיו טובים בעת הפרעון, מ"מ מזהה שהי' חייב לו מקודם, א"כ צריך לידע בביור שפרעו במעות טובים, אבל אם אומר איני יודע, י"ל דהוי בכלל איני יודע אם פרעתיק".

ועי' ,בית מאיר" לאת"ע סוף סי' קע"ח שהביא דברי ,תומים" ו,פנים מאירות" שהבאנו והסכים להם. וכ"כ בשו"ת ,שואל ומשיב" (מהדו"ק ח"ב סי' קל"ד ומהדו"ב ח"א סוף סי' נ"ג), דבחילוף הוי כ,איני יודע אם נתחייבתי", משום דמעולם לא נתחייב ולא שייך חזקת חיוב.

אולם נראה דמהט"ז הנ"ל שהביא ראי' מב"מ נ"ב ע"א: ,אם היה מכירה וכו' , ולא ס"ל כדחיית ,תומים" ו,פנים מאירות" שהבאנו, מוכח דס"ל דגם בכהאי גוונא דחליפין הוי כ,איני יודע אם פרעתיק", כיון דבדאי נתן לו את המעות, והסלע שקבל תמורתם ספק שמא חסרה היא, הרי כל כהאי גוונא היה צריך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי, והוי כ,איני יודע אם פרעתיק" דחייב, ומדפטרנינו ל"י, מוכיח שפיר הט"ז דאמרינן שכיון שבשעה שפרע לו לא היה שום ספק, הרי נסתלק ממנו, ושוב אם אח"כ נולד ספק אם המטבע מתוקנת או חסרה, הרי כתביעה חדשה ונחשב כ,איני יודע אם נתחייבתי", ושפיר למד מכאן הט"ז דהוא הדין בחוב שחייב לו מכבר, דלא נחית הט"ז לחלק בין חליפין לחוב, משום דס"ל דגם חליפין היה ראוי להחשב כ,איני יודע אם פרעתיק", וכנ"ל.

והנה בעיקר דינו של הט"ז חולק עליו מהרשד"ם (חלק חר"מ סי' פ') וז"ל שם: ,שאלה, דבר מצוי בכל יום שאדם לוקח מחבירו סחורה ופורע לו במעות, ואחר יום או יומים חוזר מקבל המעות ואומר הרי שמצאתי כך לבנים מזויפים וכו', תשובה, פשיטא הוא שמי שמוזה שהיה חייב לחבירו מנה שהצריך לישבע שדאי פרע לו, ואם אינו יודע בביור שפרע חייב לשלם וכו', ולכאורה כן נראה דהדין בנידון דידן דמאחר שקנה ממנו הסחורה נתחייב לו המנה, ואם לא נתן לו מנה יפה, לאו פרעון מיקרי, וא"כ צריך שידע בדאי שנתן לו המנה יפה, ואם לא, חייב לשלם". הש"ך בס"י רל"ב ס"ק ט"ו העתיק דברי הרשד"ם להלכה. ועי' ,פתחי תשובה" סי' ע"ה ס"ק כ"ו.

הנה מלשוננו של הרשד"ם משמע דמיירי באופן ששילם את המעות מיד בשעת המכירה, והיינו כגוונא דמתני' דב"מ ג' ע"א, ומ"מ חשיב לה כ, איני יודע אם פרעתיד, הרי מפורש שלא ס"ל כסברת, "תומים" ו, פנים מאירות" הנ"ל דבאופן כזה שמשלם מיד ליכא חזקת חיוב כלל דהוי כ, איני יודע אם נתחייבתי, אלא ס"ל דגם בכהאי גוונא הוי כ, איני יודע אם פרעתיד, כיון שאת החפץ בחדאי נתן לו, והפרעון הוא ספק, אין ספק בוציא מידי ודאי. (ולא ס"ל להרשד"ם סברת הט"ז דכיון דבשעת הפרעון לא היה ספק ורק אח"כ נתעורר הספק, הוי כתביעה חדשה. ובאמת על הרשד"ם קשה ראיית הט"ז מב"מ ג' ע"א).

גם בתשובות, "חתם סופר" חלק חו"מ סי' קפ"ז מבואר דלא ס"ל כסברת, "תומים" ו, פנים מאירות" הנ"ל, דאיירי התם בגוונא דחליפין, וכתב שם וז"ל: "אי ברי לו שמסר או הניח על השולחן טרם שנתן לו זה הקטנים, א"כ ה"ל איני יודע אם נתחייבתי לו, שהרי כבר קודם שנתן לו הקטנים כבר היה הגדול בידו וכו', אך אם היה זה אחר שכבר קיבל את הקטנים וכבר נתחייב לו, ה"ל איני יודע אם פרעתיד, וחייב לשלם וכו', ואם גם זה אינו יודע אם קודם קבלת הקטנים כבר מסר הגדול לידו, ה"ל נלע"ד דחייב, דעל כל פנים חובו של זה ברור והפרעון ספק".

עלה בדינו דבנידונו איכא פלוגתא דרבוותא, דלדעת הרשד"ם וט"ז ו, חתם סופר" הוי כאומר, "איני יודע אם פרעתיד", כיון שאת הצ"ק בחדאי קיבל והפרעון הוא ספק, אך לדעת, "תומים" ו, פנים מאירות ו, בית מאיר" ו, שואל ומשיב" הוי כ, איני יודע אם נתחייבתי, משום שאם שילם לו במקום, הרי לא נתחייב כלל ולא ה"ל לו מעולם חזקת חיוב.

עוד י"ל בנידונו דהוי כאומר, "ברי לי שפרעתיד", והוא עפ"י מה שכתב הש"ך בסי' צ"א ס"ק כ"ה וז"ל: "עוד כתב הרא"ש בתשובה (כלל ק"ג סי' ב') דמי שרגיל לכתוב מיד כל עסקיו בפנקס ולא מצא עסק זה בפנקסו, יוכל לישבע עליו דהוי כמו ברי, כיון שלא מצאו בפנקסו וכו'. ומיהו כתב שם (מהר"י בן לב) דהרא"ש לא מיירי אלא באדם שכותב עסקיו מיד בפנקס שמונה לפניו, אבל אם שוהא בינתיים אפשר ששכח ולא כתב בפנקס". (ומה שבשו"ע שם סי' צ"א ס"ה הצריכו גם שיהא רגלים לדבר היינו משום דהתם איירי לענין הוצאת ממון, וכמבואר במקור הדין בתשובת הרא"ש כלל פ"ז סי' א', עיין שם היטב). וא"כ הוא הדין בנידונו שטרען הנתבע שוה שמונה שנים שה"ל נזהג או לתת לו הכסף או לרשום מיד בפנקס, ומדלא מצא כתוב בפנקס מוכח שנתן לו, הרי יכול לטעון על סמך זה טענת ברי, וא"כ ה"ל כטרען, "ברי שפרעתיד", שאין עליו אלא שבורע היסת.

והנה גם אם נאמר כפי שצידדנו לעיל הלדעת, "תומים" ו, פנים מאירות" הוי כ, איני יודע אם נתחייבתי, ג"כ יש עליו להישבע היסת שאינו יודע, כמבואר בחו"מ סי' ע"ה סי"ט.

והנה הנתבע הצהיר בפנינו שאינו מוכן להישבע, ובר מן דין כידוע נמנעים בתי הדין מלהשביע כל כמה דאפשר, וכבר בפסקה הלכה בחו"מ סי' י"ב ס"ב: "ואם חייבו ב"ד שבורע לאחד מהם, רשאי הב"ד לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבורע", ועיי"ש בש"ך סק"ו, לכן נראה דגם בנידונו יש לפשר ביניהם, ומאחר שלפי מה שנתבאר, הדין נוטה לטובת הנתבע, ואין עליו אלא שבורע היסת, אי לכך כדי

שתהא הפשרה קרובה לדין, אין לחייבו ביותר משליש, וכמבואר ב, שבות יעקב ח"ב סי' קמ"ה (והובא ב, פתחי תשובה סי' י"ב סק"ג).

לאור המבואר, יש לחייב את הנתבע לשלם לתובע שליש מסכום התביעה דהיינו סך 764 ל"י.

ח. ג. צימבליסט

ע. אזולאי

דעת המיעוט

ראיתי מש"כ חב"ד הרב הגרח"צ שליט"א לחקור אם נידוננו הרי כ, איני יודע אם נתחייבתי, הואיל והנתבע טוען שמא שילם בו במקום ולא נתחייב מעולם, או דהוי כ, איני יודע אם פרעתיד, והלא הטעם כתב הרי"ף בשלהי ב"ק משום דאין ספק מוציא מידי דאי, והוא הדין בנידון דידן. והביא דעת הט"ז בשלהי סימן ע"ה בלוח שטוען שהמלוה פרע לו חובו במטבעות מזויפות והלוה השיב, איני יודע, דדעת הט"ז דהוי כ, איני יודע אם נתחייבתי. וראה, פתחי תשובה שם שהביא דעת החולקים ע"ז, והוא המהרשד"ם, דהוי כ, איני יודע אם פרעתיד, וכן הכריע הש"ך בסימן רל"ב ס"ק כ"ו, וכן הביא דעת, פנים מאירות שפסק כן, ושכן פסק, בית מאיר באה"ע סימן קע"ח, והביא גם דעת הפוסקים כהט"ז, וכן הביא דברי, תומים שחולק על הט"ז ומחלק אם התחייב בתמורה או שלא חל עליו חיוב מעולם כמו המו"מ שהוא דרך חליפין ויצאו זה בזה. עיין שם בפ"ת.

לדעתי אין דברי הט"ז ענין לנידוננו, כי שם הנתבע שילם את חובו ויצא מחזקת חיוב, וכשאין עליו חזקת חיוב אין להוציא ממון, דברי ושמא לאו ברי עדיף כדי להוציא ממון, ומהאי טעמא הטוען, איני יודע אם נתחייבתי אף כשתתובע טוען ברי, פטור וגפטר בשבועת היסט. ורק כאשר טוען, איני יודע אם פרעתיד לחזקת חיוב מסייעת לטענת ברי של התובע, בכתאי גונא ברי עדיף, כהא דפ"ק דכתובות, ומוציאין ממון ע"י טענת ברי וחזקת חיוב, ומעתה בנידון של הט"ז שהלוה שילם חובו ונסתלק ממנו חזקת חיוב, כאשר בא המלוה בטענה חדשה שהפרעון אינו בסדר, הרי זה כ, איני יודע אם נתחייבתי, לדעת הט"ז, וסברת החולקין על הט"ז דגם בזה הוי המשך לנידון ההלואה, והואיל והלוה מסתפק אם הפרעון היה בסדר, נשאר הלוח בחזקת חיוב והוי כטוען, איני יודע אם פרעתיד. וראה מש"כ הט"ז שם בתוך דבריו: ,גמצא בידון זה שכבר פרעו ונסתלק ממנו ועכשיו נולד הספק של המזויפות, נוקי הדבר כמו שהיה עכשיו והוא בחזקת פרעון טוב, דרוב המטבעות אינן מזויפות, והוי עכשו כתביעה חדשה, וזה טוען איני יודע אם אני חייב לך, שישבע היסט שאינו יודע ופטור.

והנה מש"כ הט"ז, דרוב מטבעות אינן מזויפות, אם היינו נוקטים שזהו טעמו ונימוקו של הט"ז, הרי ברור שאינו ענין לנידוננו שאין רוב המסייע לנתבע. אכן המעיין בט"ז יראה שעיקר יסוד סברתו דהוי, איני יודע אם פרעתיד הוא משום שכבר נסתלק ממנו, והוא בחזקת פרעון טוב. וכן מבאר בשו"ת, רשב הכהן סוף סימן פ"ז וז"ל שם: ,ועיקר הטעם הוא כמש"כ כיון שכבר פרעו נסתלק ממנו הוה עכשו כתביעה חדשה. וכן העתיק, ערוך השלחן סוף סימן ע"ה דברי הט"ז. ולכן נראה ברור שאינו ענין לנידוננו שלא היה מעשה פרעון והוי כ, איני יודע אם פרעתיד, דחייב.

ומצאתי שכ"כ, „שואל ומשיב" מה"ק ח"ג סימן מ"א אחרי שהביא דברי הט"ו ודעת המתירשד"ם והש"ך החולקין עליו, וזו לשונו: „ולפי משי"כ דכל שכבר פרע מה היה לו לדעת אם המטבע מוויפת וכו', אבל בשאר דברים שמסתפק בפרעון גופא וכו' הוא חייב לפרוע, דכל שלא ידע פשיעותא היא".

עלה בידינו שנידונו אינו ענין לדברי הט"ו הנ"ל.

ולדעתי בנידון שלפנינו יש להסתפק כשיש ספק אם נתחייב או אם פרע, אם דינו כטוען „איני יודע אם נתחייבתי", או כטוען „איני יודע אם פרעתיך", וכבר עמד על חקירה זו „שער משפט" בסימן ע"ה סק"ר חו"ל: „יש להסתפק במודה שקבל מעות אלא שטוען איני יודע אם היתה הלואה או מתנה, אי הוי כאיני יודע אם הלוייתי ופטור או דלמא כיון שמודה שבא ממון חבירו לידו אלא שאינו זוכר באיזה אופן בא לידו, חייב לשלם". ונידונו הוא ג"כ כעין דיונו של „שער משפט" שהנתבע מודה שקבל הצ'ק אבל אינו יודע אם שילם ולא נתחייב לתובע כלום ואין עליו חזקת חיוב, שלא נעשה חיוב כלל, וכאילו טען מתנה היתה, כנידונו של „שער משפט", או דהוא בא לו בתורת חוב לשלם אחרי שיגבה תמורתו בבנק ועומד בחזקת חיוב, וכטוען „איני יודע" הוי כ„איני יודע אם פרעתיך", דחייב. וע"ש ב„שער משפט" שהביא ראיות לכאן ולכאן בדבריו מטין „דבאומר איני יודע אם מתנה נתת לי חייב לשלם", ומסיק „בוזכר שנטל ממנו ממון ואינו יודע באיזה אופן דליכא ריעותא כלל, אמרינן ברי עדיף, ומסתמא הלואה היתה", ואף שהניח הדברים בוצע"ג מ"מ המעיין היטב בדברי „שער משפט" יראה שכן דעתו נכונה.

ונראה להביא ראיה לדברי „שער משפט" מהתיא דב"מ דף צ"ו: „השואל את הפרה, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום וכו', המשאיל אומר שאולה מתה וכו', והלה אומר איני יודע, חייב". ופריך הגמ': „שמעת מיניה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, חייב. לימא תהוי תיובתא דרב נחמן דאיתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, רב הונא ור"י אמרי חייב ר"צ ורבי יוחנן אמרי פטור". וכתבו התוס' ד"ה והלה אומר איני יודע וזה לשונם: „דוקא שאומר איני יודע אם הלוייתי אבל הלוייתי ואיני יודע אם החזרתי לך, מתני' היא בהגזול בתרא דחייב, ומ"מ פריך שפיר לר"נ ממתני', דאע"ג דמודה שמסר לו שתי פרות, כיון שמתויר אחת הוי כאילו אומר איני יודע אם השאלתי". והרי נידון משנה זו הוא כשהנתבע אינו יודע אם שאולה מתה או שכורה מתה, והיינו שאינו יודע אם חל עליו חיוב דהשאלה מתה ואולי השכורה מתה, ואינו יודע אם נתחייב או אם פרע. וכנידון של „שער משפט" שהנתבע מסופק אם בא לו בתורת הלואה או שלא חל עליו כל חיוב כ' בא לו בתורת מתנה. וכתבו התוס' דהוי כאילו אומר „איני יודע אם פרעתיך" (וכן משמע מתירוצם דכיון שמתויר אחת הוה כאילו „איני יודע אם השאלתי"). הרי מכאן מוכח דבטוען „איני יודע אם נתת לי בהלואה או במתנה", חייב כ„איני יודע אם פרעתיך". ואף הראשונים שכתבו שם דהוי כ„איני יודע אם נתחייבתי", הוא משום דחייבא חל בשעת פשיעה, אבל בנידון שלנו, שהחייב חל עם קבלת הצ'ק, הוי כ„איני יודע אם פרעתיך", וחייב. ועיין „קצות החושן" סימן ש"צ, ויש להאריך בזה ואכ"מ, וע"ע ב„ערך שלחן" סימן ע"ה ס"ט שפסק בעל „כנסת הגדולה" דהוי כ„איני יודע אם פרעתיך", דחייב לשלם.

ומש"כ עוד הרב הגר"ח שליט"א דאף שהנתבע טוען „איני יודע אם פרעתיך", כיון שטוען שהיה רגיל לרשום בפנקס מיד, ובמקרה זה לא רשם, הוי כטוען ברי, על פי

דברי הש"ך סימן צ"א ס"ק כ"ה. הנה בסוף סימן ק"ז מבואר דבטוען עפ"י פנקס, אינו כטוען ברי. עיי"ש בסמ"ע דשאני תהיא בסימן צ"א דאיכא רגלים לדבר. ועי"ע ב"לבוש" שם, דגבי חנווני האמננו בעה"ב ואיכא רגלים לדבר. ועד דהרי בטוען, "איני יודע" ומסתמך. על עד לא מקרי טענת ברי, כמבואר ברמ"א סימן ע"ה סעיף כ"ג, וכ"ש עפ"י פנקס. ויש להאריך בזה בדברי, "קצות החושן" סימן פ"ו סק"ט וש"מ.

בסיכום: גידוננו הוי כ, איני יודע אם פרעתיק, דחייב, וכמו שביארנו על פי דברי, "שער משפט" שנידון דידן הוא דומה ממש לגידוננו.

ומעצם הדין אין התובע חייב אף שבועת היסט, אלא שאם רצה הנתבע מחריס חרם סתם כמבואר בסימן ע"ה סעיף ט'. לכן כדי להמנע מהטלת חרם יש לעשות פשרה קרובה לדין, ועל הנתבע לשלם לתובע שני שליש מהסך 2292 ל"י (ולצאת ידי שמים חייב הנתבע לשלם הכל עיין שם סעי' ט').

ש. כ. ורנר

ראיתי את דברי כב' אב"ד הרב הגרש"ב ורנר שליט"א ומה שהשיג על דברינו. והנני להשיב כהלקמן:

א. מה שכתב שאין גידוננו דומה לגידון הט"ז, כי שם הנתבע שילם את חובו יצא מחזקת חיוב — הנה המעיין יראה שמעולם לא כתבנו שגידוננו דומה לגידון הט"ז, הבאנו רק ראיה לגידוננו מסברת, "תומים" ו, "פנים מאירות" שכתבו לדחות ראית הט"ז מב"מ ג"ב ע"א דהתם איירי, "במקח וממכר שנותן לו מטבע ומקבל תמורתו מטבע, א"כ לא חל מעולם שום חיוב על אדם ויצאו זו בזו", והוא הדין בגידוננו שמסופק שמא שילם לו בו במקום, "ויצאו זו בזו" הוי כ, איני יודע אם נתחייבתי". ועי' כסף הקדשים" על שו"ע סי' ע"ה ס"ט שהביא דברי ה, "תומים" שלא בהקשר עם גידון הט"ז, וז"ל: "באורים ותומים ז"ל כתב שבמקח וממכר לא שייך איני יודע אם פרעתיק, גם אם לקח הסחורה ואח"כ ספק בהממון פרעון אח"כ" עיי"ש, והיינו ממש בגידוננו.

ב. מה שכתב לדמות גידוננו לספקו של, "שער משפט" באומר, "איני יודע אם גת לי במתנה או בתלוואה", וכתב שגידוננו, "דומה ממש" לגידון, "שער משפט", הנה יש מקום לחלק בין שני הגידונים, אבל לוא יתא כדבריו, יש להתפלל שהרי גם בגידון, "שער משפט" לא החליט, "שער משפט" דהוי ודאי כ, איני יודע אם פרעתיק". ועיי"ש (בסוף דבריו) שהביא שדעת מהרשד"ם והש"ך דהוי כ, איני יודע אם נתחייבתי", ואיך אפשר להוציא ממון בגד דעת רבותינו מהרשד"ם והש"ך?

ג. מה שכתב לדחות את מה שהבאנו מהש"ך סי' צ"א דיכול לטוען ברי עפ"י פנקס, וכתב דאין זה אלא כשיש רגלים לדבר, וכמש"כ הסמ"ע בסוף סי' ק"ז, — הנה באמת בשו"ע סי' צ"א ס"ה לא אמרו דיש לסמוך על הפנקס אלא כשיש רגלים לדבר, אולם שם איירי, "להוציא מיתומים קטנים", ולכן לא מהני הפנקס לחד, וכמש"כ במקור הדין שהוא בתשובות תרא"ש כלל פ"ו סי' א' וז"ל: "דהא דאמרין דפנקס הוי הוכחה, דא כנגד כל אדם, כגון אם יאמר לאדם כתוב בפנקסי שאתה חייב לי כך וכך, אלא דוקא היכא שיש רגלים לדבר וכך". עיי"ש. אבל בגידוננו שאינו אלא להתחזק ממון ולהחשיב טענתו כטענת ברי, אין צורך ברגלים לדבר וסגי בהא בלבד שאין הדברים כתובים בפנקס, והו גופא הוי — לו עצמו — "רגלים לדבר", ויכול לטעון על יסוד זה טענת ברי ששילם לו בו במקום.

דבר זה מוכח בתשובות הרא"ש כלל ק"ג סי' ב' (שהיא התשובה שהעתיק הש"ך בס"א הנ"ל), דלא הזכיר שם כלל ענין רגלים לדבר, והיינו משום דהתם לא איירי לענין הוצאת ממון אלא לענין שיוכל לישבע עפ"י פנקסו, ובוזה שפיר מדעי הפנקס גרידא שיוכל לטעון ברי ולישבע על כך. ומדויקת בזה לשון הרא"ש שם שכתב, והכא נמי אם ע"י פנקסו להחזיק מה שבידו אין כאן עונש שבושה כלל". הרי דאיירי דוקא לענין להחזיק ממון ולא לענין להוציא ממון (העי' תשובות מהר"י בן לב ח"ב סי' נ'). ובוזה יתיישב מה שהקשה בתשובות הגרע"א סוף סי' ק"ג, דהרא"ש סותר את עצמו, דשם בכלל ק"ג סי' ג' כתב, דאין לסמוך על הפנקס להוציא מן היתומים. עיי"ש. ולהמבאר לק"מ, דלהוציא ממון אמנם לא מהני פנקס לחוד בלא רגלים לדבר, וכנ"ל מהרא"ש בכלל פ"ו.

ד. מה שכתב להביא רא' לדברי, "שער משפט" מתתוס' ב"מ צ"ו ע"ב — תמהני עליו, דהא אדרבא מבואר בגמ' ובתוס' שם דהוי כ, איני יודע אם הלוייתי". ומה שכתב דהתוס' סברי דהוא כ, איני יודע אם פרעתיך", לולי תירוצם דכיון שמחזיר אחת וכו', "איני מבין מה שייך להביא רא' מ, לולי תירוצם", הא תירוצ' התוס' הוא פשוט דכיון שמחזיר אחת שוב אין כאן אלא ספק על פרה אחת שמתה אם היא השאולה או השכורה (הרי התוס' שם כתבו עוד, "וכן בפרה אחת וכו'"), הרי שגם מבלי שמחזיר אחת הוי כ, איני יודע אם נתחייבתי". וכ"כ בקצה"ת סי' ש"מ סק"ד). ואם נדמה הנידון של התוס' לנידון של "שער משפט", א"כ אדרבא מבואר דהוי כ, איני יודע אם נתחייבתי". ומה שכתב, "ואף הראשונים שכתבו שם דהוי כ, איני יודע אם נתחייבתי", איני יודע היכן מצא שם מחלוקת ראשונים, ופשוט דל"ע הוה התם כ, איני יודע אם נתחייבתי".

אולם באמת נידון התוס' אינו דומה לנידון, "שער משפט", והמתבונן יבין שיש לחלק ביניהם, ואין כאן מקום להאריך.

ח. ג. צימבליס

א. הנה מורה כב' חביה"ד הרב הגרע"צ שליט"א למה שכתבנו שאין נידונו ענין לדיונו של הט"ו, דהתם טוען הנתבע שהוא כבר מסולק מהחוב במעשה הפרעון, משא"כ בנר"ד שלא נעשה שום מעשה פרעון והספק הוא אם פרע, הרי הנתבע עומד בחזקת חיוב וטענת פרעון בספק. והתובע טוען ברי שלא פרע, ברי ושנא ברי עדיף, כדין הטוען, איני יודע אם פרעתיך". ולפי זה הלא אותו החילוק ואותו הטעם להבחין הוא בין ניד"ד לדברי, "תומים" דעמיה, כי גם ה, תומים" דן באופן שנעשה מעשה פרעון ע"י הנתבע, וכן הוא דיונו של "כסף הקדשים" דאחרונים המסתמכים על דברי ה, תומים". משא"כ בנידונו שלא נעשה שום מעשה פרעון ולא סולק מהחוב וכמו שכתב, "ושב וזכור", ו"שאל ומשיב", מהדר קמא, ח"ג סימן מ"א. והבחינה זו ברורה בין בהלואה בין בדרך משא ומתן, כל שנעשה דרך פרעון במוזמן או בסחורה י"ל דגסתלק מהחוב. משא"כ כשלא עשה הנתבע שום מעשה פרעון הרי נשאר בחזקת חיוב ואין לפוטרו מספק כדין הטוען, איני יודע אם פרעתיך" דחייב לשלם.

ב. ברור שדעת, "שער משפט" להלכה בנידונו בהטען, איני יודע אם נתת לי במתנה או בהלואה", שדינו כטוען, איני יודע אם פרעתיך", וכמו שכתב שם להרא' בזה"ל: "א"כ בכהאי גוונא נראה ברור דחייב לשלם וכו', ואפילו למ"ש לעיל דנאמן

לומר מתנה נתת לי אף בלא מיגו, מ"מ בכה"ג כשאומר איני יודע אם במתנה נתת לי חייב לשלם, כיון שודאי קבל המעות מיד חבירו ואינו יודע באיזה אופן בא לידו, חייב לשלם, דבכה"ג ברי עדיף. עיי"ש שהאריך להוכיח כן מכמה ראיות. ואף שבאחרונה כתב שמדברי המהרשד"ם לא משמע כן, הרי ש, שער משפט" תמה והשיג עליו, ובסימוני מציינ למש"כ בסימן ע"ט סק"ב, ושם מבואר להדיא באר היטב דעתו הלכה למעשה וז"ל שם: „ועוד כיון שידוע שנטל ממון חבירו ואינו יודע באיזה אופן בא לידו, בכה"ג אמרינן ברי רשמא ברי עדיף, ולא חמי לאיני יודע אם נתחייבתי לך שאינו יודע אם בא לידו ממון חבירו כלל, וכמו שהוכחתי סברא זו בסימן ע"ה ס"ט ע"ש".

הרי ש, שער משפט" עצמו כתב שהסיק במסקנתו ופסק להלכה שהטוען „איני יודע אם במתנה נתת לי אם בהלוואה" דינו כטוען „איני יודע אם פרעתיך" דחייב לשלם, כמו שכתבנו בדעתו.

ומשום כך גם בנידוננו שהנתבע מודה שנטל ממון חבירו ואינו יודע באיזה אופן, דינו כטוען „איני יודע אם פרעתיך" דחייב לשלם. ואינו דומה ל„איני יודע אם נתחייבתי" ששם הספק אם בא לידו ממון חבירו כלל, כמש"כ „שער משפט".

וכמו כן ברורים דברינו שכתבנו להוכיח כחידושו של „שער משפט" מדברי התוס' ב"מ דף צ"ו ע"ב שכתבו בקושיתם בטוען השואל „איני יודע אם שאלה מתה או שכורה מתה" למה לא יהא דינו כטוען „איני יודע אם פרעתיך", הרי דבטוען „איני יודע אם נתחייבתי או אם פרעתיך" כתבו בקושיתם דהוי כטוען „איני יודע אם פרעתיך", וגם בתירוץ כתבו דכיון שמחזיר לו אחת הוי כטוען „איני יודע אם נתחייבתי", מבואר דבטוען „איני יודע אם נתחייבתי או אם פרעתיך" ואינו מחזיר כלום, נשאר דינו כטוען „איני יודע אם פרעתיך" דחייב.

וכדברינו אלה כתב הש"ך סימן רצ"א סוף ס"ק מ"ד שהאריך בטוען השואל „איני יודע אם מתה בפשיעה" ע"ש שמסיק בזה"ל: „והכי מוכח ממ"ש בתוס' בפרק השואל דף צ"ו ע"ב, אהא דאמרינן התם אמתני' דשאל פרה ושכר פרה ומתה אחת והלא אומר איני יודע חייב, שמעת מינה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב, לימא תהוי תיובתא דרב נחמן וכו', וכתבו תוס' דוקא איני יודע אם הליתני, אבל אומר איני יודע אם התורתי לך מתני' היא בהגזול בתרא דחייב, ומ"מ פריך שפיר לר"ג ממתני' דאע"ג דמודה שמסר לו שתי פרות כיון שמחזיר אחת הו"ל כאלו אומר איני יודע אם השאלתני. עכ"ל. משמע דוקא בשמחזיר אחת אבל אם היה אומר איני יודע ולא היה מחזיר אחת, הו"ל כאומר איני יודע אם תחזירתי לך. ודו"ק". הרי שגם הש"ך הבין כן דברי התוס' כמש"כ. ועי' בקצה"ת סימן ש"מ סק"ד מש"כ על דברי הש"ך אלו, וכבר ציינתיו בפסה"ד. והאומר שיש לחלק מדברי „שער משפט" לסוגיא בב"מ הג"ל ואינו מפרש החילוק הוי כטוען „איני יודע אם פרעתיך".

וזאת ועוד. הרי מבואר בש"ך סימן ע"ה ס"ק כ"ז בהא ד„איני יודע אם פרעתיך" דחייב, משום דכאן דודאי חייב לו וספק אם החזיר לו, כה"ג אמרינן ברי רשמא ברי עדיף, וגראה דאפילו הפרעון הוא קודם מההלוואה כגון שהיה לו פקדון בידו ואמר שנאבד בפשיעה, הלוה לו ונתחייב לשלם מאה זהובים, והנפקד אומר יודע אני שלא היה שוה רק חמישים הלוח אומר איני יודע כמה היה שוה, ואפשר היה שוה מאה ונמצא שמעולם לא נתחייבתי לך כלום לפי שהמאה שהלוחני יצא במאה של פקדון, אפ"ה חייב הלוה לשלם לו חמישים דמכל מקום הוי ליה תחוב

ברי והפטור ספק ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף". וכ"כ בתשו' מהר"י הלוי אחי הט"ז סימן מ"ג. וכ"פ „נתיבות המשפט" שם חידושים ס"ק כ' ועיין „תומים" סק"ו ומש"כ ע"ז „נחל יצחק" סק"ד.

והואיל וכן הרי בנידוננו אף אם נניח ונקבל טענת הנתבע שאילו שילם מיד ולא נתחייב לתובע כלום, הרי גם באופן זה כשטוען „אולי לא נתחייבתי כי פרעתי מקודם", דינו כטוען „איני יודע אם פרעתיך" דחייב, כמו שפסקנו בעז"ה.

ש. ב. ורנר

לאור הנ"ל פסקנו ברוב דעות:

על הנתבע לשלם לתובע שליש מסכום התביעה דהיינו סך 764 ל"י.

ולדעת המיעוט על הנתבע לשלם שני שליש מהסך הנ"ל דהיינו 1528 ל"י (ולצאת ידי שמים ישלם כל הסך 2292 ל"י).

ניתן ביום י"ז שבט תשל"ה.

תיק מס' 4-6893/תש"ל

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים מ. שלזינגר — אב"ד, י. וילנסקי, מ. לופו

בענין:

התובע : הרב א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב אירבך)

נגד:

הנתבעת : המועצה הדתית לת"א-יפו (באמצעות היו"ר מר פ. שינמן

שה' מיוצג ע"י עו"ד בסוק)

הנידון: ירושת משרת רבנות

תביעת בן לרשת משרת רבנות של אביו המנוח. — תשובת המועצה הדתית הנתבעת שאביו לא מילא תפקיד רבני וכי הבן אינו ראוי למלא מקום אביו. — הוכחות התובע שאביו מילא תפקיד רבני מובהק במחלקת השבת של המועצה הדתית. — האם יש דין ירושה במשרת רבנות.

מסקנות

א. i) הפוסקים סוברים שמי שהוזק בתפקיד רב, בנו ואפילו בן בנו לעולם קודמים לכל אדם אחר. אולם בתנאי שהם ממלאים מקומו ביראה והם חכמים קצת.

(2) הלכה זו נתקבלה על דעת רובם המכריע של גדולי האחרונים ונהגו לפיה בישראל, בארץ ובכל תפוצות הגולה.

פסק-דין

בתורש אדר-ב' תש"ל הגיש התובע, בנו יחידו של הרב ב. המנות, שכינה עד יום מותו במחלקת השבת של הנתבעת, המועצה הדתית לתל-אביב-יפו, תביעה נגד הנתבעת, למסור לו את מקום כהונתו של אביו המנות ז"ל במלא היקפו.

התובע טען, כי אביו כיהן אצל הנתבעת בתפקידו של רב, פוסק הלכות בדני שבת ועירובין, וכי לו, בתור בנו, הרואה את עצמו מסוגל וראוי ביותר למלא תפקיד הרבני של אביו (ואף צירף כהוכחה לכך תעודות סמיכה לרבנות), שייכת לפי הדין חזקת רבנותו של אביו הנפטר.

הנתבעת כפרה בשני הדברים, היינו, שכאילו אביו של התובע מילא אצלה תפקיד רבני, וכן שכאילו התובע ראוי למלא מקום אביו, והתנגדה לתביעת התובע מעוד מספר נמוקים נוספים.

לאחר שמיעת עדים ואחרי שמיעת טיעון ארוך ומגומק ע"י שני באי-כח המתדיינים, החלטנו וקבענו:

א. אין כל ספק שאביו המנות ז"ל של התובע מילא אצל הנתבעת, המועצה הדתית לת"א-יפו, תפקיד רבני מובהק במחלקת השבת של המועצה.

דבר זה התברר על סמך הוכחות ברורות אחדות:

(א) מתוך תלושי המשכורת של המנות, בהם צויין תפקידו כרב פוסק במחלקת השבת.

(ב) מתוך עדותו של המזכיר המועצה, שהובא כעד ע"י זאת האחרונה בעצמה ואשר לפיה מילא המנות במועצה אמנם תפקיד כפול, אך כתפקיד ראשוני ציין העד את התפקיד הרבני.

(ג) מתוך פרוסום מכרז ע"י המועצה הדתית (אגב — בניגוד להחלטותיו של בית דינו) בתורש גיסן תשל"ב, בו היא מודיעה על משרות פנויות לתפקידים רבניים וביניהם לרב במחלקת השבת וממתנה על עירובין, ואשר ממנו בולט ביותר, שהמדובר במילוי המקום והמשרה שהמנות ז"ל כיהן בהם בזמנו, וכן מתוך עוד מספר הוכחות נוספות.

ב. כמו כן ברור, כי לפי הדין המבואר, בעקבות פסקו של הרמב"ם, ברמ"א וי"ד סי' רמ"ה, סעיף כ"ב: „כל מי שהוחזק בעיר בתפקיד רב, בנו ואפי' בן בנו לעולם קודמים לכל אדם אחר במידה הם ממלאים מקומו ביראה והם חכמים קצת".

פסקו זה של הרמ"א ז"ל נתקבל ע"י רובם המכריע של גדולי האחרונים, ונהגו לפיו בישראל, בארץ ובכל תפוצות הגולה, ללא יוצא מן הכלל (עיי' בין היתר גם בתשרי, „חתם סופר" אר"ח סי' י"ג).

ג. מאידך, ביה"ד, על אף שראה את כתבי הסמיכה לרבנות של התובע, ואשר מהם נראה — לכאורה כי התובע אמנם ממלא אחרי הדרישות שמעמיד הרמ"א כנ"ל לכן שזכאי למלא את משרת הרבנות של אביו, אינו לוקח לעצמו את הסמכות לקבוע את כשירותו של התובע למילוי משרה רבנית בכלל ומשרת אביו המנוח ז"ל בפרט, מאחר וקביעה כזו שייכת, בהתאם לנוהג ולמקובל בארץ, למסגרת סמכותם של הרבנים הראשיים לישראל שליט"א, וכן לתחום פעולתם של הרבנים הראשיים המקומיים של תל-אביב-יפו.

ד. לעומת זאת, גם זה ברור, על סמך כל הנאמר לעיל, שבאם התובע ימציא הוכחה בכתב על כושרו הנ"ל מכב' הרבנים הראשיים הנזכרים, חייבת הנתבעת, המועצה הדתית לתל-אביב-יפו, למסור לו את המשרה הרבנית של אביו המנוח ז"ל ולהשיבו במקומו ללא כל הגבלה שהיא.

כמובן, שבאם מסירת המשרה לידי אפשרית בהתאם לתקנות רק מתוך נקיטת פעולות שונות, כגון פרסום מכרז, בחירה ומינוי וכו', הנתבעת גם בגידון שלנו אינה צריכה לסטות מן הפעולות הפורמליות האלה, אלא שעליה לעשות יחד עם זאת הכל למען הבטיח ברור את בחירתו של בנו יורשו של המנוח ז"ל למשרת אביו, במסגרת הפעולות החוקיות הנזכרות, כפוף — כאמור — לכך, שהתובע יוכיח את כושרו למשרה ע"י תעודות בכתב מהגורמים הנזכרים לעיל.

לאור כל זה אנו מחליטים ופוסקים:

א. לאחר שהתובע ימציא תעודות כושר מהגורמים הרבניים הנ"ל למילוי תפקיד רבני, וזה תוך זמן סביר של שלשה, ארבעה חודשים, ידוי' על הנתבעת, המועצה הדתית לתל-אביב-יפו, למסור לו את משרתו ומקום כהונתו של אביו המנוח ז"ל בכל היקפה, בהתאם לכל האמור לעיל.

ב. צד המגיעה שניתנו ע"י ביה"ד נשארים בתוקפם עד לכל הוצאה אחרת.

ג. אין צו להוצאות.

ניתן ביום ד' אייר תשל"ב.

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: הרבנים אליעזר גולדשמידט, שאול ישראל, מרדכי אליהו

בענין:

המועצה הדתית תל-אביב—יפו

(ע"י ב"כ עו"ד בסוק) המערערת-המשיבה

נגד:

הרב א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב אהרן) המשיב-המערער

הגידון: ירושת משרת הרבנות

ערעור מצד הנתבעת המועצה הדתית ת"א על החלטת בית"ד הנ"ל בקביעת העובדות ביתם למשרתו של הרב המנוח ועל פסק דינו שהבן יורש את משרת אביו, וערעור מצד הבן התובע על דרישת בית"ד שעליו להמציא אישור על כושרו מהרבנים הראשיים המקומיים. — האם יש דין ירושה למשרת רבנות. — מה הם התנאים הדרושים מהבן למלא מקום אבותיו. — האם הדין שונה ברב עיר או רב מדינה שהוא צריך להיות ממונה על רבנים אחרים. — האם ברב שמכהן עד גיל מסויים פקעה זכות ירושה. — האם יש חבדל לגבי דין ירושה בין רבנות שיש עמה שררה או מנהיגות הציבור לבין משרת רבנות שתפקידה לפסוק הלכות בלבד. — האם צריכים הסכמת הציבור או רוב הציבור לירושת הבן את מקום אבותיו. — האם יכול רב להשיג גבול רב חבירו, והאם יש חבדל במי שנתמנה על ידי הציבור לבין מי שהחזיק ברבנות מעצמו. — אימתי מותר לאדם לרדת לאומנות חבירו.

מסקנות הרוב א

- א. (1) יש שסוברים בהיות העיקר הלימוד שיש דין ירושה בשררה היא ממלכות או מכהונה, וכיום אין מלכות בטל דין זה.
- (2) רבים חולקים על כך ופוסקים שדין זה נוהג גם כיום, ובכל שררה יש בה דין ירושה.
- (3) לאור הלכה זו הדין שגם במשרת רבנות הבן יורש את אביו.
- (4) אולם בתנאי שהבן ראוי למלא מקום אבותיו בחכמה וביראה, ואם ראוי ביראה ולא בחכמה מעמידים אותו במקום אביו ומלמדים אותו.

- (5) אם הגיח בן קטן יש אומרים שממתיינים לבן שיגדל וממנים אותו.
- (6) אף משרה שמוגבלת עד גיל מסוים לא פקעה ממנו זכות הירושה, והרי זה דומה למי שעוזב משרתו מחמת אונס כמו מום וכדומה שלפי הדין תבנים יורשים את מקום אבותיהם.
- (7) במקום שהמשרה מוגבלת לזמן ואין הציבור מקפיד והוא ממשיך לעבוד מעבר לזמן, דינו כלא הוגבל לזמן.
- ב. (1) יש סוברים שדין ירושה זה האמור הוא רק במשרת רבנות שיש עמה גם שררה, אבל לא במינוי תלמיד חכם להרביץ תורה לשבת לדין או להורות הלכות.
- (2) אולם רבים סוברים שיש דין ירושה גם במשרת תלמיד חכם המלמד הלכות, להורות הוראות איסור והיתר ולדון דינים בין אדם לחבירו.
- ג. (1) מי שהוחזק לרב בעיר אפילו החזיק מעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו אעפ"י שבא לשם אחר גדול ממנו. ואפילו בנו ובן בנו לעולם קודמים לאחרים כל זמן שממלאים מקום אבותיהם והם חכמים קצת.
- (2) ויש חולקים על כך, וסוברים שלגבי מי שגדול מהבן בתכמה, אין לבן דין ירושה ואין ממש בטענותיו שהוחזקו אבותיו בכך.
- ד. (1) בכל אופן אסור לכל רב להשיג גבולו של הבן היורש, כי זה ספק ירושה מדין תורה והרי זה ספק גזל דאורייתא.
- (2) מדברי הפוסקים משמע שאפילו אם רוב הציבור מתנגד למינוי הבן במקום אביו אין בכחם להפקיע זכות ירושת אבותיו.
- ה. הפוסקים סוברים שרשאים הרבנים והדיינים של כל עיר להתקין תקנה אם הם רואים צורך בכך שכל מינוי רב לתפקיד רבני יהיה רק לעצמו ולא לבניו אחריו.
- ו. (1) כהן משוח מלחמה אין בנו יורשו מאחר התורה מיעטה אותו במפורש, ויש אומרים שלכהן המשוח צריכות להיות סגולות מיוחדות להשירות אוזייה של קדושה ובטחון ולזה לא כל אחד מהבשר.
- (2) בן מלך יורש את אביו ואין צריך משיחה, אלא אם כן היתה עליו מחלוקת. יש אומרים שטעם המשיחה במחלוקת הוא משום שעל ידי המחלוקת פקעה זכות הירושה. ויש אומרים שהמשיחה היא כדי לפרסם ולחזק את המלכות ולהודיע שהוא המלך לבדו.

ב

- א. משרה של רב המכהן בלשכת רבנות, לתפקיד כללי או לתפקיד מיוחד, נכללת בכלל המשרות שבמסגרת דין ירושה. ונוהגים בה על פי ההלכה הפסוקה וכהוגו בישראל מדור דור. וכל הבא להוציא את הפרט מכלל זה עליו הראיה. וכל הבא לבטל מנהג זה ידו על התחתונה.
- ב. משרה של רב ראשי למדינה, או לעיר שמכהנים בה כמה רבנים, והרב הראשי הוא העומד עליהם, אינה בכלל המשרות אשר דין ירושה חל עליהן.
- ג. (1) מועצה דתית, אשר למעשה אינה נבחרת כולה על ידי הציבור בעיר, לא מסתבר כלל וכלל שהיא המייצגת את העיר, ושבכוחה הוא, גם אם יצטרפו לה רבני ודייני העיר, לשנות או לקבוע נוהגים בשביל בני העיר.

- (2) גם אם ישונה המנהג בעיר כדת וכדין, לא יהא זה אלא ביחס לעתיד, ולא תהא לזה השפעה בנוגע לזכויות העבר.

מסקנות המיעוט

- א. (1) המקור לזכות ירושה במינויים על הציבור, הוא מה שנאמר בתורה על מלך, "למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו", ועל כן רק במינויים שיש בהם שררה, שזה מעין גינוני מלכות, יש ירושה.
 - (2) בכתר תורה נאמר, "כל הבא ליטול יבא ויטול", וע"כ רב שתפקידו להרביץ תורה וכן להורות הלכות בעניני איסור והיתר, כולל סידור גיטין וכן חופות וקידושין, אין בזה משום ירושה.
 - (3) הדינים שמוצאים על ירושה ברבנות, הם רק במי שמשמש כרב עיר וקהילה, שכלולה בזה עניני הנהגת הציבור, כפי שהיה מקובל, שהיה גם פוסק ומכריע בעניני ממונות בדין וחברים שבין אדם לחבירו, שהוא מתפקדי המלכות להעמיד ארץ במשפט. ואין בזה הבדל בין שנתמנה ע"י הציבור לבין מי שהחזיק בתפקידים אלה מבלי מינוי.
 - (4) רב המשמש כפוסק הלכות במחלקה מסוימת ברבנות מקומית אין בו משום ירושה, כי כאמור פסיקת הלכה אין בה משום שררה שיש בה ירושה. וגם אם ממלא הרב במחלקה בנוסף לזה תפקידים מינהליים, כיון שתפקידים אלה הם מסוג של פקידות, שלא שייכת בה ירושה, אין לו זכות ירושה.
 - (5) מגאנני הדור הקודם פסקו הלכה למעשה, והסכימו עמם גם הגאון בעל "אבני גזר" ובנו הגאון בעל "שם משמאל", שתנאי לזכות ירושה ברבנות (גם כשזכות זו קיימת) הוא שהיא מרוצה לרוב מגין או רוב בנין של הציבור, שאם לא כן פוקעת זכות הירושה.
- ב. (1) מי שנתמנה בתור רב ע"י הציבור, והם קבעו לו מקורות מסויימים, כגון הכנסה מסידור גיטין, חו"ק וכיו"ב, אסור לרב אחר, גם אם הוא מתושבי המקום, לקפח פרנסתו. וע"כ אם אמנם אין איסור על רב אחר לסדר חו"ק, כיון שאין זה מגדרי גינוני שררה וכאמור לעיל, אך את ההכנסה מזה חייב למסור לרב המקומי.
 - (2) היתה לרב משכורת קבועה ע"י הציבור, אלא שהיתה לו גם הכנסה צדדית מסידור חו"ק וכיו"ב, וכן אם לא נתקבל הרב ע"י הציבור אלא החזיק זאת מעצמו, מתור לרב אחר, אם הוא תושב המקום, לעסוק גם הוא בענינים אלה, אע"פ שיש בהם משום קיפוח הכנסת הראשון במקצת. והרי זה דומה למי שהחזיק באומנות, שמתור לאחר, תושב המקום, להתעסק באותה אומנות, כל שאינו דחה את הראשון מפרנסתו מכל וכל, שהרי הלה יכול לומר לו: "את מטי לך מאי דפסקי לך מן שמיא, ואנא מטו לי מאי דפסקו לי מן שמיא".
 - (3) אם הרב הבא בגבולו של הראשון אינו תושב המקום, אסור לו לקפח הכנסת הראשון ולו גם במקצת. ואין בזה הבדל בין שהראשון נתמנה לבין שהחזיק מעצמו.

פסק-דין

דעת המיעוט

לפנינו שתי ערעורים על פסק דין שהוציא בית הדין האזורי בתל-אביב (תיק 6893/תשל"ח כ), בתביעת הרב א. נגר המועצה הרתית תל-אביב—יפו: „למסור לו את מקום כהונתו של אביו המנוח ז"ל, שכינה בזמנו עד יום מותו במחלקת השבת של התובעת".

לפי התביעה: „אביו כיהן אצל הנתבעת בתפקידו של רב פוסק הלכות בדיני שבת ועירובין, וכי לו, בתור בנו, הרואה את עצמו מסוגל וראוי ביותר למלא תפקיד הרבני של אביו, שייכת לפי הדין חזקת רבנותו של אביו הנפטר".

„הנתבעת כפרה בשני הדברים, היינו שכאילו אביו של התובע מילא אצלה תפקיד רבני, וכן שכאילו התובע ראוי למלא מקום אביו וכו' " (הציטוטים מתוך פסה"ד). כב' ביה"ד לאחר שמיעת הטענות, העדים ובודקת המסמכים, קבע ביום ד' אייר תשל"ב, כי:

„אין כל ספק שאביו המנוח ז"ל של התובע מילא אצל הנתבעת, המועצה הרתית לתל-אביב—יפו, תפקיד רבני מובהק".

וכן:

„כי לפי הדין המבואר (בעקבות פסקו של הרמב"ם) ברמ"א ליו"ד סי' רמ"ה סכ"ב, כל מי שהחזיק בעיר בתפקיד רב, בנו ואפי' בן בנו, לעולם קודמים לכל אדם אחר, במדה והם ממלאים מקומו ביראה והם חכמים קצת".

וכן כי:

„פסק זה של הרמ"א ז"ל נתקבל ע"י רובם המכריע של גדולי האחרונים ונהגו לפיו בישראל, בארץ ובכל תפוצות הגולה, ללא יוצא מן הכלל (עיי' בין היתר גם בתשו', „חתם סופר" אר"ח סי' י"ג), ובהתאם לזה החליט ופסק:

א. לאחר שהתובע ימציא תעודת כושר מהגורמים הרבניים הנ"ל למילוי תפקיד רבני, וזה תוך זמן סביר של שלשה, ארבעה חודשים, ידוי על הנתבעת, המועצה הרתית לתל-אביב, למסור לו את משרתו ומקום כהונתו של אביו המנוח ז"ל בכל היקפה, בהתאם לכל האמור לעיל. ב. צווי המניעה שניתנו ע"י ביה"ד נשארים בתוקפם עד לכל הוראה אחרת".

על פסק-דין זה הוגשו הערעורים מטעם התובע והנתבעת. המועצה הרתית הנתבעת חוזרת בערעור על טענותיה בפני ביה"ד האזורי וקובלת שסב' ביה"ד טעה בהערכת העובדות ובהסקת המסקנות, ובהתאם לזה יש לבטל פסה"ד.

אף התובע הגיש ערעור על המסקנות שאינן תואמות לרעתו את ההנחות שעליהן מבוסס פסה"ד. אין מקום לדעת התובע לדרוש תעודת כושר מהרבנים הראשיים של המקום, ומספיקה תעודת כושר מהרבנות הראשית לישראל, מה שכבר הומצא ע"י התובע.

שאר פרטי הערעזרים והטענות ומענות בקשר להוצאת מכרו וצו עיכוב בנידון זה, מבוארים בכתבי הערעור והחומר שבתיק שהוגשו לפנינו. אחרי עיון בפסק הדין, בטענות הצדדים ובסיסודות ההלכתיים, נראה לי שיש לקבל את הערעור של הנתבעת ולבטל התביעה, אם כי לא מטעמה. פסק"ד מסתמך על פסקו של הרמ"א בס"י קנ"ה ש"נתקבל ע"י רובם המכריע של גדולי האחרונים ונתגו לפיו", ומזכיר בקשר לזה, "בין היתר גם תשו', חתם סופר" אר"צ סי' י"ג.

הבה ונראה איפוא את דברי "חתם סופר" שם. לאחר שדן באריכות בענין ירושה ברבנות בס"י י"ב, שב ומעלה שמה שגלמד בספרי ממה שנאמר במלך בקרב כל ישראל, שבא לרבות כל המינויים בישראל שהבן קם תחת אביו: "לא נאמר דבר זה אלא במלך וכדומה לו, ככל אותם המנויים בפרט הירושה, אבל כל מינויי קדושה אינם בכלל זה".

ומסביר בזה מש"כ המהרשד"ם (יו"ד סי' פ"ה ומייתי לה, "מגן אברהם" סו"ס נ"ג) דהרשב"א מודה בכל מינויי התורה והוראה ורבנות שאינה בירושה, ומייתי לה ממה שאמרו במס' יומא דף ע"ב ע"ב: "ג' זרים הם וכו' כתר תורה עדיין מונח הוא כל הרוצה ליקח יבא ויקח". וממשיך:

"וכן פשיטא ליה להרמ"ע דמייתי מגן אברהם שם לפסק הלכה, ושפתיו ברור מללו דמעולם לא הורישו כתר תורה לבניהם אלא מהלל ואילך, לא משום כתר תורה אלא להיות המלכות בישראל".

ועל פי זה מסיק שם:

"אי אין רוב ציבור מסכימים להיות להם לרב ותופס ישיבה וכדומה, אין לו להשתתר עליהם מחמת נחלת אבותיו. ומש"כ הרמ"א ביו"ד סו"ס רמ"ה בניו קודמים, נמי אהחזיק עצמו בשררה, אבל לא אתוראה ורבנות", היינו שרצה לומר שאין דברי הרמ"א קיימים להלכה רק בחזקת שררה. ואעפ"י שברבנות יש גם מן השררה, הרי חלק ההוראה ורבנות אינו נמסר בירושה. מדברים אלה, ורק מאלה — חזר בו, בס"י י"ג, שעם שהוא תורר ומחזק את עיקר דבריו בס"י י"ב שמצד כתר תורה לא שייך ירושה, עפ"י דברי הרשד"ם והרמ"ע שהובאו ב"מגן אברהם" סי' נ"ג כנ"ל:

"ולא ילפינן ממלך מינוי קדושה ממינוי מלכות... הנהיגו מהלל ואילך למנות נשיא תורה מזרע דהמע"ה לגמרי, לקיים לא יסור שבט מיהודה, ומשום הכי היה להם מן אז והלאה בירושה מטעם מלכות לא מטעם התורה".

חזר ואמר שמכל מקום יש לקיים דברי הרמ"א, כי גם ברבנות כיום יש לראות גדרי שררה מכח מלכות, ואשר ע"כ יש ירושה ברבנות בכל היקפה כי לא ניתן בזה לחלוקה. ואלה דבריו:

"ואמנם היום חזרתי ועיינתי בזה לקיים דברי הרמ"א סס"י רמ"ה דודאי נשיא התורה בזמן הג"ל היה כעין מינוי קדושה לבד, לא שירות, וזה אינו בירושה, אך עכשיו הוא כמשועבד לקהל לעשות צרכיהם בשכר, ולא גרע מש"ץ, ואטו מפני שהוא ג"כ שר

התורה מגרע גרע? — הרי קמן דמהלל ואילך, אעפ"י שהיה גשיא התורה, מ"מ כיון דפתיך בהו ג"כ זכר למלכות בית דוד ירשו בניהם, ה"נ דכוותיה".

הרי דבריו ברורים, שרבנות יש בה מהנהגת הציבור, וזהו שררה מסוג מלכות. וכיון דפתיך בה ענין של מלכות, ע"כ יש בכל מינוי הרבנות מגדרי ירושה, כשם שבנשיאות שמזמן הלל ואילך (מש"כ בלשונו, "משועבד לקהל לעשות צרכיהם" ודאי כוונתו לסמכות זו שעניני הקהל נחתכים על פיו, על דרך ביטוי תז"ל (הוריות י'): "כמדומין אתם ששררה אני נותן לכם — עבדות אני נותן לכם").

וכן הבין דבריו ב"אבני נזר" (יו"ד סי' שיי"ב אות נ"ג), לאתר שהסביר (שם אותיות נ"א-נ"ב) שרבנות בזמן הזה, שגדר דיני תורה בזמן הזה שאין סמוכים, הוא מצד הצורך של תיקון העולם, "דומיא דמלך ממש, שבמשפט יעמיד ארץ", וע"כ גם לרשד"ם והרמ"ע שייך דין ירושה ברבנות מעין זו:

"אף שבכלל המינוי הוא נמי תוראות איסור והיתר וגייטין וחליצה, הא ודאי גיטין וחליצות הוי מידי דלא שכיח בגד דינים, ותוראות ג"כ שואלים לכל בן תורה יודע להורות, וזולת שאלות ריאה ששייך דוקא לרב שבעיר, והכל מיעוט בגד דינים", — כתב שכן נוקט, "חתם סופר" במסקנתו:

"...שחתם סופר בעצמו סי' י"ג חזר וכו' משום שהרב ממונה להנהגת העיר. ואטו משום דממונה לתורה ג"כ מיגרע גרע, ועיי"ש שהביא עוד ראיה לזה ממה שהנהיגו ירושה מהלל ואילך משום דפתיך ביה כתר מלכות וכו'".

ויצא מזה שאם אמנם צדק כב' ביה"ד בקביעת העובדה שהרב המנוח ז"ל שימש כרב פוסק במחלקת השבת, כפי שמשתקף מכל התומר שבתיק, מכל מקום אין מקום לתביעת ירושה מכוח זה, לפי מה שנוקט, "חתם סופר" שכתר תורה אינו בירושה, וזה כולל תוראות איסור והיתר גיטין וחליצה, כמו שכתב, "אבני נזר". ורק מכוח היות הרב, ממונה להנהגת העיר" הוא שפוסק, "חתם סופר" דשייך ירושה ברבנות, וזה בעקבות פסקו של הרמ"א, כמו שכ' שם, "חזרתי ועיינתי בזה לקיים דברי הרמ"א". א"כ דברי הרמ"א, וכן מה, "שנהגו לפיו בישראל ובכל תפוצות הגולה ללא יוצא מן הכלל", כעדות כב' ביה"ד בפסק דינו, הכל הוא ברבנות עיר, שמלבד פסיקת הלכה בעניני איסור והיתר גיטין וחליצה, היתה עליהם הנהגת העיר. אבל על עצם פסיקת הלכה כאשר שאר הצדדים של ההתעסקות אין בהם משום שררה אלא עניני פקידות, שבהם ודאי אין דין ירושה, בזה דעת, "חתם סופר" ברורה, שלא זו ממה שנאמר בתשו' סי' י"ב. וכן הבין גם דעת הרמ"א שבכתר תורה לחדד אין דין ירושה, וכל הבא ליטול יבא ויטול".

וא"כ נידון דידן, דלית מאן דפליג, שלא היה במינוי של הרב המנוח ז"ל ובמה שהחזיק משום הנהגת העיר, שזה מסור לרבנים הראשיים, ורק עניני הלכה שהיו בהקשר למחלקתו שימש בהם פוסק (אם כי ודאי מסתבר, כי גם בזה, בענין שדרש הכרעת, לא היה זה אלא בסמכות הרבנים הראשיים), מצד פסיקת הלכות גרידא אין דין ירושה. והרי הצדדים האחרים שבפעולתו, כגון להשגיח על העירובין, ולפעול למניעת פעולות שיש בהם משום תילול שבת, בזה לדעת הכל אין משום ירושה, שזהו עבודה פקידותית,

שיש בה אמנם מן השעבוד, אבל אין בה מן השררה ולא כלום. ואף התביעה עצמה לא מכח זה באה, רק מכוח היות הרב המנוח פוסק הלכות במחלקת השבת. אך הרי גם זה, כאמור, אין בה דין ירושה לפי „חתם סופר“ ולפמש"כ לקיים דברי הרמ"א. אכן כל האמור הוא לפי „חתם סופר“. ברם ב„אבני נזר“ (יו"ד סי' ש"ב הנ"ל) תאריך להשיג על „חתם סופר“ בקביעתו שמצד כתר תורה גרידא אין שייך ירושה ומסיק כי:

„מהרשד"ם והרמ"ע מיעוטא נגד הריב"ש והמבי"ט ומהר"ש אלקבץ. בפרט שהריב"ש הוא מתקיפי קמאי. והראיה שהביא מהרשד"ם מ„תרומת הדשן“ אינו ראוי לרבנים שבזמננו כנ"ל (כנראה הכוונה למש"כ לעיל אות ל"ו לחלק בין שנתמנה ובין שהוחזק בלבד).“

אך דבריו אלה שיש כאן מחלוקת בין הפוסקים מגדולי האחרונים, הם לפי מה שדחה דבריו של „חתם סופר“ שהעלה לחלק בין שררה שהיא מגדר כתר תורה לבין היכא דפתיך בה משרת מלכות, של הנהגת העיר. אבל לפי „חתם סופר“ הנ"ל שמחלק בזה, אין סתירה ביניהם, שהרי דברי מהרשד"ם וכן הרמ"ע הם בענין הרבצת תורה או פסקי הלכות, גיטין וחליצות וכיו"ב. ובזה י"ל דכו"ע מדור דאין שייך בזה ירושה, ואילו דברי הריב"ש הם באופן שיש בידו שררה, וכלשונו שם:

„קבלותו עליהם לשר ושופט, רב ודיין לבל ימרו את דברו, וכל היוצא מפיו יעשו במשפט בין איש ובין אחיו, ולתורות את בני ישראל, וכל מעשיהם יהיו נחתכים על פיו, וגם המלך שמו אדון עליהם ומשל בכל משפטיהם, וכל ימי חייו נתג רבנותו ממשלחו ונשיאותו ברמים במלכות התיא, ולא היה נודד כנף ופוצה פה ומצפצף.“

וכן דברי מבי"ט ומהר"ש אלקבץ באו בכהאי גוונא שהיה „חכם הקהל“ ו„טורח הציבור“ עליו, כמבואר בדבריהם. ואם כן כל כהאי גוונא הרי פתיך בה גם ענין שררה, ע"כ גם מהרשד"ם מודה ובוה מתבאר שאין סתירה בין פסקו של הרשד"ם הנ"ל לבין מה שהביא ממנו ב„אבני נזר“, שהביא „אבני נזר“ שם (אות נ"ד) שהרשד"ם עצמו מסתמך על הריב"ש, שהמדובר שם על „מי שהיה זקנו רב וגדול חידין“, אלא שגם הוא מחלק כחילוקו של „חתם סופר“, אבל כתר תורה מצד פוסק הלכות גרידא ל"ש ירושה, וכל בן תורה יכול לפסוק לו ולאחרים, וכמש"כ „אבני נזר“ עצמו (אות נ"ג שהו"ל):

„והוראות ג"כ שואלים לכל בן תורה יודע להתרות, וזולת שאלת ריאה ששייך דוקא לרב שבעיר.“

דברי „חתם סופר“ הרי יסודם ב„מגן אברהם“ סי' נ"ג וכן"ל שהביא הרשד"ם והרמ"ע שכל המינויים שהם כתר תורה אין בניהם קדמים.

והנה הרשד"ם מייחל לה מש"ס יומא ע"ב ע"ב: „שלשה כתרים הם, כתר מלכות וכהונה מורשיים לבניהם אבל כתר תורה הפקר הוא“, שמכאן נראה שאין בזה ירושה והביא שמצא כן ב„תרומת הדשן“ שכתב כהאי גוונא בסי' קכ"ח מפסקי: כתר תורה ושררתה ידידה הרי היא מונחת ומתפקדת לכל מי שרוצה לזכות בה.

וע"ז כתב ב„אבני נזר“ (אות ל"ו) שמבואר ב„תרומת הדשן“ שם שהמדובר במי שלא נתמנה מן הציבור רק מעצמו:

„ובזה הראיה מהנמרא כתר כהונה וכה בה אחרן, כתר מלכות

זכה בה דוד, כתר תורה עדיין מונח ועומד. אבל מי שנתמנה מהקהל על עיר אחת ודאי שאין ליקח התמנותו".

אך דבריו תמוהים לענ"ד שהרי בגמרא המדובר על כתר תורה בדומה לאידך כתרים, ובוזה הוא שבא לחלק ביניהם, והרי כתר כהונה ומלכות זכו בהם ע"י מתני' ובכהאי גוונא אמרו דבכתר תורה אין זה כן, הרי משמע שאין חילוק, ואף אם נתמנה ג"כ עדיין לא זכה בו להורישו לבניו.

ולענין זה של ירושת הבן שררת האב, אין בכלל הבדל בין שנתמנה לבין שהחזיק מעצמו, כדפסק הרמ"א עפ"י הריב"ש בס"י רמ"ה הנ"ל:

„מי שהחזיק לרב בעיר, אפי' החזיק בעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו אעפ"י שבא לשם יותר גדול ממנו".

ומה שמסתמך על מה שחילק „חתם סופר" (י"ד סי' ד"ל), בין שמינהו לבין שהחזיק מעצמו, דברי „חתם סופר" הם רק לענין של קיפוח פרנסתו, כמש"כ שם מדברי המהרי"א ומהרי"ו:

„אין אלו נאמרים אלא בימיהם שלא קבלו הרב כפועל אלא כל ת"ח הגהיג בני עירו שהי' דר שם, וממילא הי' לו פרס... מ"מ כיון שלא שכרוהו כפועל אלא שבחא דאתא ממילא, אי"כ אם יבא לשם אחר ייגהיג גם הוא ברבנות מי ימחה בידו, אבל בזה"ו שמקבלים רב ועוקר דירתו ממקומו ובא לכאן וקוצבים לו שכירתו כמו שמשכירים פועל... אי"כ פשוט שהבא בגבולו, לא טוב עושה בעמיו וגרע מיוחד לאומנות חברו וכו'".

ע"כ כל זה אמור לענין קיפוח פרנסתו, שבוזה כשנתמנה וקבעו לו קיצבת באיזו צורה שהיא, הרי זה התחייבות מהקהל, ואין לאחר זכות לקחת ממנו מה שנתחייבו. ולא כן כשהחזיק מאילו, והקהל לא קיבל על עצמו שום התחייבות כלפיו. אבל לענין השדרה אין הבדל בין שמינהו לבין שהחזיק מעצמו, כנ"ל מהריב"ש.

א"כ שפיר הוכיח מהרשד"ם מדברי „תרומת הדשן" שכ' שאין למנוע מאחר לנהוג ברבנות במקום שכבר החזיק חכם אחר, ונימק זאת מפני שכתר תורה הפקר הוא וכל הבא ליטול יבא ויטול, ונראה מזה שסובר שאין ירושה בכתר תורה ואפילו במינוחו הקהל. אכן כל זה בשררת התורה, היינו לענין שפוסק הלכות ומסדר קידושין גיטין וחליצות. אבל אם נוסף ע"ו נתמנה (או אפילו החזיק) בשררה שהיא מגדרי מלכות בהנהגת הקהל, שעל פיו כל מעשיהם נחתכים וכל היצא מפיו יעשר כהא דהריב"ש, בזה באמת יש לו דין ירושה גם לפי הרשד"ם, וכנ"ל דלא פליג על הריב"ש שהוא עצמו פסק כמותו, וכנ"ל בתשו' „אבני נזר" משמו.

אכן אם זו גם דעת הרמ"א בביאור כוונת „תרומת הדשן", לכאורה צ"ע. דב„שואל ומשיב" ק' (ח"ב סי' ל"ג), השיב על שאלת השואל בדברי הרמ"א שכאילו סותר את עצמו, שהביא להלכה פסקו של „תרומת הדשן", שבין בהחזיק ובין בקבלו הראשון עליהם לרב, „יכול השני לבא לדור שם ולהחזיק ברבנות וכל דבר כמו הראשון ואינו יכול למחות בידו. ואח"כ הביא פסקו של הריב"ש שאפילו בהחזיק ברבנות וכן באיזו שררה אין להורידו מגדולתו ואפי' בנו ובן בנו לעולם קודמים לאחרים. ולכאורה הדברים סותרים זה את זה וביאר „שואל ומשיב" שהרמ"א לחלק יצא בין להורידו לגמרי מגדולתו, לבין ששניהם ישמשו כאחד, דמניו או החזקתו של הראשון מהני רק

לענין שלא להורידו כליל, ואילו כשאין מורידים הראשון, רק שהשני ג"כ ישמש ברבנות, בזה אין מניעה.

ולפי זה כל עיקר דברי „תרומת הדשן“ הם רק בכהאי גוונא שהראשון ממשיך לשמש ברבנות, ובוה י"ל דגם בנו יורש ואין לסלקו ממנה. וא"כ אין לזה שייכות לדעת הרשד"ם, שלדעתו הבן אינו יורש כלל ועיקר, וצ"ע לכאורה.

אך לפי זה אינו מובן מה שנימק ב„תרומת הדשן“ בהבדל ממי שהחזיק במצוה שאין לסלקו: „דשאני התם דרגילים לקנות חזקה... להניח להם ולירשיהם לחזקה אבל כתר תורה ושררתה דידה, הרי היא מונחת ומופקרת לכל מי שרוצה לזכות בה.“ שהרי לפי סברת „שואל ומשיב“ אין חילוק בין כתר תורה ושררתה לבין שאר שררות, דכולהו איתנהו בירושה, ורק להתחלק אפשר, כיון שאינו מורידו מגדולתו. א"כ מה זה שכתב „כתר תורה ושררתה דידה, הרי היא מונחת ומופקרת לכל מי שרוצה“, כיון שדומה היא שררה זו בכל לכל שררות ואינה הפקר כלל. ו„שואל ומשיב“ עצמו פירש „תרומת הדשן“ שמשום כן מותר לשני לנהוג ברבנות, „דבתורה ל"ש השגת גבול.“ ומה שכתב „שואל ומשיב“ שאין סתירה בין „תרומת הדשן“ לריב"ש:

„דתרומת הדשן כתב דאין השני כמסיג גבול להראשון, דבתורה ל"ש השגת גבול, אבל זהו פשיטא דאין השני הבא בגבולו של ראשון בכחו לדחות לגמרי להראשון... ושם בהיפך דהריב"ש דרצה השני להוריד הראשון מגדולתו... בזה שפיר כתב דאין בכחו לדחותו להראשון מגדולתו, וז"פ.“

לא הבנתי בעניות דעתי, דלפי „תרומת הדשן“, „דבתורה ל"ש השגת גבול“, א"כ אינו דומה לשררה דמלכות וממילא אין לנו שהבן יורש גדולתו גם לענין זה שאי אפשר לדחותו לבן לגמרי, ורק לגבי עצמו שייך לומר דאי אפשר לדחותו מדין מעלין בקדש ואין מורידין (כהא דברכות כ"ח ע"א), אך ירושה לא שייכת בזה, ואילו הריב"ש הרי פסק דיש דין ירושה במי שהחזיק ברב ומכל שכן במי שנתקבל לרב, א"כ בהכרח דזה דומה לשררה דמלכות.

וכן צ"ע עצם היסוד להבדיל בין שמורידו כליל לבין שבא להתחלק עמו, כי גם בחלוקה יש פגיעה ומיעוט בשררתו של הראשון, ומאי נפקא מינה בין שמורידו לגמרי לבין שמקטינו וממעטו, ובע"כ שאין בזה גדר שררה כלל (ואין ראי' מהא דר' אלעזר בן עזריה (ברכות כ"ח ע"א) שמצד מעלין בקדש ואין מורידין אמרו שידרוש שבת אחת ורבן גמליאל שלש שבתות, כי שם עיקר הנשיאות היתה של רבן גמליאל ולא הורידהו אלא לפי שעה, ומעיקרא נמי היה ידוע שלכשיתפייסו יחזירוהו לנשיאותו, כמ"ש ר' אלעזר בן עזריה לדביתהו: „לשתמש איניש יומא חדא בכסא דמקרא וכו'“. תדע שהרי לא מצינו שבני ראב"ע ירשו גדולתו, אפילו לענין מה שנשאר בידו, ואעפ"י שהיו לו בנים ראויים, ע"י יבמות ט"ז ע"א; יומא פ"ה ע"ב; מנחות ע"ג ע"א).

וכבר העיר ב„אבני נזר“ (אות ל"ז תנ"ל) במה שהביא הרמ"א מ„תרומת הדשן“ לענין דחיקת רגליו של רב שנתקבל בעיר:

„ומעולם לא שמענו שיחייש רב בעיר שיש שם רב שנתקבל

מהקהל“.

ע"כ נראה שגם הרמ"א נוקט כהבנת הרשד"ם ב„תרומת הדשן“, שהמדובר שם שלא נתמנה אלא לדברים שהם מגדרי כתר תורה ושררתה, ולא להנהגת כל עניני

הציבור ולא פתיך בגדולתו מעין שררת המלכות. וזה כמש"כ „חתם סופר" סי' י"ג על זמן חז"ל „שהיה כעין מינוי קדושה לבד, לא שירות". וכן הוא לשון הרמ"א בראש דבריו שם „רב היושב בעיר ולומד לרבים", שכל ענין רבנותו הוא לענין הרבצת תורה ופסקי הלכות. ובוה קאי דברי „תרומת הדשן". ואילו דברי הריב"ש הם כשנהגו בעניני שררה של הנהגת הציבור וכנ"ל מדבריו ש„כל מעשיהם נחתכים על פיו", ולפ"ז אין באמת הברל בין לסלקו לגמרי, לבין לסלקו רק חלקית, כפי שהבין „שואל ומשיב", דבכל גווני לענין שקיבלוהו לשררה ואפילו החזיק מעצמו אין לסלקו ולא להתחלק עמו, ובוה גם בניו יורשים גדולתו. משא"כ כשכל מינויו או חזקתו הם רק לענין הרבצת תורה ופסיקת הלכה, בזה פוסק הרמ"א כ„תרומת הדשן" שאין ירושה ואין יכול למחות בידי אחר לנהוג כמותו, ואתי שפיר דברי הרמ"א, ואין סתירה ממה שהביא פסקו של „תרומת הדשן" יחד עם פסקו של הריב"ש, והכל עולה בקנה אחד עם מסקנתו של „חתם סופר".

ב„אבני נזר" (אות ל"ז הנ"ל) יחד עם תמיהתו על הרשד"ם שראה ב„תרומת הדשן" תנא דמסייע ליה, תמה גם על הרמ"א סי' רמ"ה הנ"ל שהעתיק „תרומת הדשן" להלכה, וכ' שהוא גם כשנתקבל הראשון לרב:

„ובאמת נפלאו ממני דברי רמ"א סי' רמ"ה שכ' כגון שהקהל קבלו הראשון עליהם לרב, וב„דרכי משה" מקור הדין מבואר להיפוך כנ"ל. ומ"ש בשם „אור זרע" דאפי' קבלו ראשון עליהם, היינו לענין חזקת יושב, כמבואר בדבריו להדיא. ודברי רמ"א צע"ג. וכבר נחלק חת"ס יו"ד סי' ר"ל כנ"ל. וגם המנהג הפשוט להיפוך, ומעולם לא שמענו שיתיישב רב בעיר שיש שם רב שנתקבל מהקהל".

והנה תמיהתו שאינו מחלק בין החזק מעצמו לבין שקבלוהו, לגבי רשותו של „חכם אחד לבא ללמד ג"כ שם", וכן „להחזיק רבנות בכל דבר כמו הראשון" — מיושב כנ"ל ברשד"ם, כי הרמ"א שהביא שם גם את הריב"ש להלכה שלענין שררה אין חילוק בין שקבלוהו עליהם לבין שהוחזק, ולא ראה סתירה בין דברים אלה לפסקו של „תרומת הדשן". וחילק כנ"ל דהא ד„תרומת הדשן" המדובר בכתר תורה ושררתו, מבלי שיהא שם גם שררת הנהגת הציבור, ובוה נוקט כהרשד"ם שכתר תורה הפקר הוא וכל הבא ליטול יבא ויטול. ואין בזה חילוק לבין שקבלוהו הראשון לרב לבין שהוחזק מעצמו, דאילו בקבלוהו היה אסור לפגוע בשררתו, גם בהחזקתו מאליה היה אסור, וכהא דהריב"ש. וע"כ בכתר תורה גרידא אינו יכול למחות בידי החכם האחר.

ואם מצד שמקפח פרנסתו, שבוה העלה „חתם סופר" לאיסור דוה גרוע מדיוור לאומנות חבירו, הרי הרמ"א הדגיש שהמדובר כשאינו אלא מקפח קצת פרנסתו. ובש"ך שם סקט"ו ביאר, „כגון בשכר חופות וקידושין". ונראה כוונתו שהחכם הקודם מקבל עיקר פרס שלו ממקורות אחרים, כגון שיש לו פרס קבוע וכיוצא בזה, ואילו שכר חופות וקידושין אינו אלא מקרי ואינו קבוע. באופן שבוה אינו אלא מקפח קצת מפרנסתו מדברים שאינם קבועים. ואין לזה סתירה מזה ד„חתם סופר", כי אצלו המדובר כשזה היה חלק, ואולי כל עיקר הפרס שקבעו לו הקהל, כדבריו שם:

„לאחר ששכרוהו הקהל כפועל והביאוהו ממקומו לכאן, והראו לו מקום לפרנסתו מגיטין וקידושין, א"כ הוא אינו נוטל פרס שלא כדין כלל. אולם הקהלות פעלו און שהטילו פרנסת הרב

על אלו היחידים. אבל הוא אינו נוטל פרס מקידושין וגיטין כלל, אלא שזהו שכרו על עיקר ישיבתו בכאן, והראו לו מקום לגבות מבעלי חתנות וכדומה".

ודין זה עולה בד בבד עם המבואר בשו"ע ורבותינו האחרונים לענין בן אותה עיר הבא לעסוק באומנות חבריו (ח"מ סי' קכ"ו ס"ה):

„היתה שם מרחץ או חנות או ריחיים ובא חבריו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו אתה פוסק חי... אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנות של זה... יש להם למונעו. ואם ה' נותן עמהם מנת חלק אינם יכולים למונעו" (ועיי"ש בסמ"ע ביאור השיטות).

וב„משאת בנימן" סי' כ"ו:

„...אלא כהאי גוונא דריחייא דאינו מבטל הראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד בריחיים שלו וכו'. אבל היכא שבא השני לדחות את הראשון לגמרי ולבטל אותו ממחיתו... כו"ע מדוד דמצי מעכב אפילו אבר מבואה דדידה, דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי".

וקרוב לזה כתב ב"חתם סופר" (ח"מ סי' ס"א):

„...כתבו הפוסקים טעמא דבר מתא אינו מעכב, משום שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו, וא"כ לא מיקרי יורד לתוך אומנות חבריו וכו'. אך בכעין ניד"ד * דע"י שיורד לאומנותו מדחהו לגמרי, שאי אפשר לשניהם שיקצבו, ונמצא מדחה משלו לגמרי, וזה יורד לאומנותו חבריו ממש וכו'".

וממש בהתאם לזה פסק הרמ"א בנידון שלנו שבחכם שבא לדור בעיר, ונעשה בן אותה עיר, אין אסור כשאינו מדחה הראשון מפרנסתו, והרי זה בגדר „זה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו", וכלשון הר"י מיגאש בסוגיא דב"ב דף כ"א ע"ב ששם המקור להלכות אלה:

„מצי אמר ליה את מטי לך מה דפסקי לך מן שמיא, ואנא מטו לי מאי דפסקו לי מן שמיא".

וכל זה בחכם הבא לדור בעיר זו בקביעות. ואילו בחכם אכסנאי שבא לעיר, והיינו שאינו בגדר „בר מתא", בזה פוסק הרמ"א שם:

„אין לו לקפח שכר הרב הדר שם לעשות חופות וקידושין וליטול השכר מהם, הואיל והוא פרס הרב הדר שם, אבל מותר לעשות החופה ולתת השכר לרב הקבוע".

הנה מחלק במפורש לבין עריכת חופה וקידושין שזה מותר גם לרב אכסנאי, אבל השכר אסור לו לקחת מפני קיפוח הפרס של הראשון, ואעפ"י שאינו אלא מקפח במקצת.

והיינו כנ"ל, כי לענין צד השררה שבדבר, מאחר שאין זה מגדרי שררה דמלכות, אעפ"י שגם בסידור חופה וקידושין צריך הוא לפעמים לפסוק הלכה בנידון, שהרי מי שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יתא לו עסק עמהם (קידושין ר' ע"א), שמא

* המדובר שם באיש שתפס איטליוו של קצב ומוכר בו בשר, הערה ד.

יתיר איסור ערוה וזהו עיוות שא"א לתקן" (רש"י שם), אין הראשון יכול למחות, ואפילו ברב אכסנאי, כי בזה אין דין שררה, וכל תבא ליטול יבא ויטול. אך בקיפוח פרנסתו של הראשון, הרי זה ככל בר מתא שיכול לעכב אבר מתא אחריתי, ואפילו גם אינו מקפח פרנסתו אלא במקצת.

היוצא מכל הג"ל, דדברי, "תרומת הדשן" הם יסוד איתן לפסקו של הרשד"ם, ואין סתירה מדברי הריב"ש ל, "תרומת הדשן" ולא לרשד"ם. והיה הכל לאחדים בפסקי הרמ"א בס' רמ"ה, והכל עולה בקנה אחד בהארת הדברים ע"י מרן, "חתם סופר". וכלל הדברים, שאין בכתר תורה ושררותה דין ירושה, וגם החכם עצמו אינו יכול למחות בידי חכם אחר, רק מצד גדר קיפוח פרנסה. ובזה יש חילוק בין חכם הבא בתור אכסנאי לקבוע בעיר. אך כל זה לגבי החכם עצמו מגדרי האיסור של היורד לאומנות חבירו, אבל לגבי הבן ל"ש כל זה, כיון שאינו בירושה, ועניני אומנות אין בהם ירושה.

ואף, "אבני נזר" ג"כ לא פסיקא ליה לפסוק נגד הרשד"ם והרמ"ע, אלא שצירף עוד שני נימוקים נוספים כמבואר בדבריו (אות ג"ד הג"ל: "בקיצור, יש ג' טעמים בני"ד להעמיד הירושה ברבנות"). ולעיל מזה שם טרח להעמיד דבריו אף לפי הרשד"ם והרמ"ע עפ"י מה שחידש דהוראת דיני תורה בין אדם לחבירו הוא בזמן הזה מגינוני מלכות, וכן מכוח הנהגת העיר. ואלה דבריו בסכמו החילוק שבינו לבין, "חתם סופר", מצד שעיקר הרבנות הם הנהגת העיר והדינים, והשאר אינם אלא מעוטא ואולינן בתר רובא (אות ג"ג):

„ואף שבכלל המינוי הוא נמי דהוראות איסור והיתר וגייסין וחליצה, הא ודאי גייסין וחליצות הרי מידי דלא שכיח נגד דינים וכו', והכל מעוט נגד דינים וכו'. ובפרט שחתם סופר בעצמו בס' י"ג חזר בו משום שהרב ממונה להנהגת העיר וכו' משום דפתח ביה כתר מלכות. אך לפ"ו אפשר אינו מדאורייתא. אך לפמש"כ הא פשיטא שאם יצורף עוד הנהגת עיר אל דין שיהיו הם רוב רבנות ואולינן בתר רובא, והבן יורש".

א"כ בנידון שלנו שעיקר התביעה היא רק מצד פסיקת ההלכה בעניני שבת, ולא שייך לדון מצד ממונה להנהגת העיר, וכן לא היה תפקידו בדינים בין אדם לחבירו, אין לנו שגם, "אבני נזר" היה מכריע לפסוק נגד, "חתם סופר" והני קמאי, שכנ"ל אין הכרח דאיכא מאן דפליג עלייהו מקמאי.

(ומקום אתנו ליישב דברי מרן, "חתם סופר" מהשגותיו של, "אבני נזר" ולהצדיק הצדיק דמעיקרא, אולם בכל הג"ל מספיק לדינא, ואכמ"ל בפלפולי דאורייתא).

וחיילים אנו להוסיף, שבתשובה זו כותב בנו של, "אבני נזר" הוא ניהו הגה"צ ר' שמואל בעל „שם משמאל" (שהוא המביא לדפוס את ספרי „אבני נזר"), שכל האמור בתשובה זו אינו אלא מהדר"ק, אבל אחר זמן העלה בעל „אבני נזר" נקודה חשובה נוספת בכל הדין על ירושת רבנות, והיא הסכמה מהציבור:

„כשדיבר עמי אודות דין ירושת הרבנות שמחוררת... הדין בירושת הרבנות, דאם היורש יש לו רוב מגין לבד או רוב בגין לבד אין מפקיעים ממנו ירושתו, אלא א"כ אין לו לא רוב בגין ולא

רוב מנין או פקע ירושתו. וע"ז אמרו בזמן ששלום בישראל ולא בזמן שיש מחלוקת".

ומביא שם מעשה רב בשאלת ירושת רבנות בעיר לויביטש, שישבו בדין הגאונים מקוטנא ומקאליש ופסקו, "שאם יהיה לבן הרב הנ"ל רוב מנין או רוב בנין, או זכה ברבנות מכח ירושת אביו, ואם לא — אין לו שום טענה ע"ז".

ומזכיר שם: „ובאתי וסיפרתי הדברים לפני כ"ק אבי אדמו"ר זצלה"ה ואמר: ב"ה ששם בפיהם דבר אמת שכיוונו את ההלכה לאמיתתה של תורת" (שם אותיות כ'), כ"א). ואחרי שתאריך הגר"ש שם בתירוץ הקושיות שעורר „אבני גזר" שם לעיל עפ"י, הוא מסיק (אות כ"ט):

„דבריו זלה"ה האחרונים שקבע לפסק הלכה הם כמסמרות נטועים דאין דין ירושה אא"כ יש לו רוב בנין או רוב מנין. אבל באין לו לא זה ולא זה בטלה דין ירושה, וקם דינא, וכמו שהזכיר כן הלכה למעשה עוד גאוני המדינה הגאון מקוטנא והגאון מקאליש זלה"ה כנ"ל ומעשה רב".

„אמנם ב, שואל ומשיב" ח"ב תשרי י"ז העלה שאין מחלוקת מבחין מבטלת דין ירושה, אך ב, אבני גזר" שם וכן במש"כ בנו הגה"צ ר' שמואל מיישב הדברים בטוב טעם, עיי"ש).

ובניד"ד שהנתבעת היא המועצה הדתית בתור באת כח ושלוחי כל הציבור דק"ק תל-אביב—יפו, בכדי שיהא דין ירושה ברבנות, צריך שתהיה הסכמת רוב בנין או רוב מנין של המועצה. ובהרכב המועצה נראה שיש להחשיב את ההנהלה כרוב בנין, והמועצה כולה כרוב מנין. ואם יהיה רוב באחד מגופים אלה, רק אז יש מקום לירשת הרבנות. אבל הרי המצב כיום הוא שהמועצה כולה, על הנתלתה ועל חבריה, הם בדיעה שאינם מסכימים למינוי אלא דרך מכרז, א"כ אין כאן לא רוב מנין ולא רוב בנין, ובכחאי גוונא הרי בטל דין ירושה, כפי מסקנת „אבני גזר". א"כ הרשות בידי המועצה להוציא מכרז ולחון לפיו, ורק לאחר מכרז בבורא המועצה להכריע בין המועמדים השונים; תהיה חייבת לבחור את התובע כמלא מקום אבותיו, אם ימצא שהמועמדים האחרים לא עולים בהרבה על הבן-התובע, כי בכחאי גוונא גם המתרשד"ם מודה כפי שהעלה „אבני גזר" בתשרי הנ"ל.

עפ"י כל הנ"ל יש לפסוק:

א. מקבלים את הערעור של הנתבעת — המועצה הדתית לת"א-יפו, ודוחים הערעור של התובע — הרב א.

ב. הרשות בידי הנתבעת — המועצה הדתית להוציא מכרז על מילוי מקום הרב הנפטר ז"ל במחלקת השבת. ברם בהכרעה בין המועמדים יצטרכו להתחשב גם עם עובדת היות התובע בנו של הרב הנפטר, ולהכריע לטובתו אם המועמדים האחרים אינם עולים עליו בהרבה.

ג. אם יוצר רוב בהנהלה או במעצה כולה לטובת התובע יהיו חייבים למנותו.

שואל ישראלי

דעת הרוב

לפינו שני ערעורים של התובע והנתבעת על פסק דין של בית הדין האזורי

בתל-אביב מיום ד' באייר תשל"ב, וכבר הובא פסה"ד לעיל בדבריו של הגר"ש ישראל שליט"א.

ראשית נאמר מיד, כי מה שטענה המועצה הדתית שאבי התובע לא שימש כרב במועצה, הוכח מעל לכל ספק שהוא שימש כרב מנהל מחלקת השבת והעירובין. ומה שנשאר לנו לברר הוא, אם תפקיד זה שמילא אביו נכנס לתוך סוגי המשרות שעוברים בירושה מאב לבן לפי הדין. וכן בהיות ולפי החוק והתקנות יוצאים לפנסיה בגיל מסויים הרי כאילו הוגבל לזמן, כי בבוא הזמן הוא יוצא, וא"כ אז אין לו זכות להודיש לבנו מה שאין לו והוא לעצמו. דבר זה היה ניתן לבירור בנקל אם כל ראשי המחלקות או מנהלי המחלקות או בדומה להם עזבו את תפקידם בהגיעם לגיל או אעפ"כ הם המשיכו לעבוד מתוך שלא חששו לתקנת הגיל או משום שהיו צריכים להם, ועינינו הרואות, ולמפורסמות אין צריך ראייה, כי במועצה הדתית בתל-אביב עד לפני זמן מסויים היו ונמצאים רבנים מנהלי מחלקות, הגם שהם מעבר לגיל, וא"כ הרי שתקנה זו לא חלה על כגון דא, וא"כ לא נבחר ולא נתמנה לזמן. ועוד אפילו אם נאמר שבהגיע הזמן הוא צריך לעזוב, הוא מועבר מפני שאינו מסוגל לעבוד כדבעי, והוי כמו שהועבר מחמת מום שלפי הדין בנו יורשו, כמו מי שהועבר מחמת אונס, ועיין לאחרונים בזה.

והנה מעיקר הדין אם שייך בכגון זה דין ירושה והבן קודם, וכן בענין אם הדין שייך גם בזמן הזה שאין כעת דין מלוכה וכהנה, רבו הפוסקים וכולם נמנו וגמרו שדין זה שייך גם כיום. ועיין „חקרי לב" או"ח סי' ט"ו, ט"ז, י"ח, ששם הוא כתב ותמה על הרי"ף, הרא"ש, והטור ו, בית יוסף" שלא הביאו ולא הזכירו דין זה כמו שהזכירו הרמב"ם, ורצה לתרץ שלדים הש"ס שלנו מצריך את הפסוק „בקרב ישראל" לענין אחר, שאין צריך למשוך מלך בן מלך רק אם יש מחלוקת. עיין כריתות ה'; תוריות י"א, ואילו בספרי שממנו למד הרמב"ם דין ירושה לכל השררות, למדו ודרשו דין זה מ, בקרב ישראל". אבל אח"כ כתב שאין מחלוקת בין הש"ס לספרי ואין הבדל בין מלכות וכהונה גדולה לשאר שררות. וע"כ:

„נ"ל כדברי הספרי והרמב"ם וסיעתיה, ועל הראשונים שהשיטו

דין זה אני תמה, והדבר צריך אצלי תלמוד".

אבל כל האחרונים שדנו בזה לא חלקו, וכתבו דין זה גם על שאר שררות כדברי הרמב"ם.

בהלכות כלי המקדש פ"ד הלכות ט"ז—כ', מנה הרמב"ם את הממונים שבמקדש והם שמונה מעלות זו למעלה מזו, כהן הדיוט עד כהן גדול, ובאמצע התפקידים המינהליים כגון גזברים או פותח השערים וכו', ובהלכות כ', כ"א כתב:

„כשימות הכהן הגדול או אחד משאר הממונים, מעמידין תחתיו בנו

או הראוי ליורשו, וכל הקודם לנחלה קודם לשררות המה, והוא שיהיה ממלא מקומו בחכמה או ביראה, אע"פ שאינו כמותו בחכמה, שנאמר במלך הוא ובניו בקרב ישראל, מלמד שהמלכות ירושה, והוא הדין לכל שררה שבקרב ישראל שהזוכה לה זוכה לעצמו ולזרעו. משיח מלחמה אין בנו מתמנה תחתיו לעולם, אלא הרי הוא כשאר הכתנים, אם נמשח למלחמה נמשח ואם לא נמשח לא נמשח, וכשהכהן ממשח מלחמה משמש במקדש משמש בד' כלים כשאר כתנים, מעלים משררה לשררה גדולה

ממנה ואין מורידין אותו לשררה שהיא למטה ממנה, שמעלין בקודש ולא מורידין, ואין מורידין משררה שבקרב ישראל אלא אם סרח".
 הרי שהרמב"ם כשראה להביא הוכחה שבנו של הגובר בבית המקדש או שאר הממונים הוא יורשו והוא קם תחתיו אם ממלא מקום אבותיו, הביא הוכחה מפסוק של המלך בקרב ישראל, ולא הביא את הפסוק המובא ב', תורת כהנים אחרי מות פרק ט"ו פסוק ל"ב: „לכהן תחת אביו מלמד שהבן קודם לכל אדם. יכול שאין ממלא מקום אביו, ת"ל ואשר ימלא את ידיו, בזמן שממלא מקומו הוא קודם ואם לאו יבוא אחר וישמש תחתיו", כי שם איירי בכהן גדול ובתפקיד כהונה בלבד ולא בתפקיד מינהלי או שררה אחרת.

ולכן הוצרך הרמב"ם להביא את הלימוד ממלך בקרב ישראל, ובוה סמך על הספרי (המובא ב', כסף משנה" וברדב"ז הלכות מלכים) שחפטים י"ז:
 „הוא ובניו בקרב ישראל, ללמד שאם מת, עומד בנו תחתיו. ואין לי אלא מלך, מנין לכל פרנסי ישראל שבניהם עומדים תחתיהם, ת"ל בקרב ישראל כל שהם בקרב ישראל בנו תחתיו".

ומזה למד הרמב"ם שכל מינוי שבישראל ויתא אפי' של שררה בלבד או כבוד של פתיחת שער כמו האמריכלים, הכל הוא בכלל בקרב ישראל, ובנו קודם. ולכן כתב והדגיש בלשונו כל שררה בלי יוצא מהכלל, פרט למזה שהתורה מיעשה ודיינו כהן משוח מלחמה, כמובא בימא ע"ב ע"ג.

ואפשר להביא מקור נוסף לזה שכל תפקיד של שררה ואפי' של כבוד בלבד שאינו מנהיגות או מלכות ממה שמובא בתורת כהנים שמיני:

„וימת גלב ואביתו... ובגים לא היו להם, ויכהו אלעזר ואיתמר. הא אם היו להם בנים הם היו קודמים לאלעזר ואיתמר שכל הקודם בנחלה קודם לכבוד".

הרי שאפילו אם היתה המעלה מעלת כבוד בלבד, בנו קודם. ואפשר שלכן לא הביא הרמב"ם מקור זה, כי זה איירי בכבוד כהונה או סגני כהונה גדולה, ולא תפקיד אחר של בקרב ישראל דהיינו תפקיד לא של כהונה, וכהונה נקראת כבוד כבדי כהונה „לכבוד ולתפארת". וכן בלשונו בהלכות מלכים פ"א ה"ז:

„ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המינויין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם, והוא שיהא הבן ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה. היה ממלא ביראה, אע"פ שאינו ממלא בחכמה מעמידין אותו במקום אביו ומלמדין אותו".

וכתבו „כסף משנה" ותרדב"ז מקור לזה מהספרי המובא לעיל, והוסיף „כסף משנה" את המקור מתורת כהנים המובא לעיל ועיי"ש בהגמ"א. ואע"פ שנדב ואביתו לא היו כהנים גדולים כי אביהם עוד היה חי, אבל הם שימשו תפקיד של כהונה כסגני כהנים, או שעצם תפקיד הכהונה לכבוד הוא ולכן למדו מזה שאפי' שררת כבוד בלבד, האב מוריש לבנו.

ויתכן ולכן הוצרכה התורה להביא שני לימודים לירשת בן את האב, לימוד אחד הוא של כהן גדול שבנו יורשו, מפסוק המובא ב', כסף משנה" הלכות כלי מקדש פי"ד הלכה כ' מתורת כהנים אחרי מות „לכהן תחת אביו" המובא לעיל, ולימוד נוסף הוא לענין מלך שבנו יורשו, והוא מהפסוק „בקרב ישראל" המובא לעיל, ומדוע לא מספיק

לימוד אחד בלבד, אלא לפי תאמור לעיל שהספרי הביא מהפסוק בקרב ישראל ללמד על כל פרנסי ישראל ולאו דוקא מלך, היה אפשר לאמר שזה אי אפשר ללמוד לכהן גדול, שזה ענין של קדושה וכפרה על עם ישראל, ולכן צריך לימוד מיוחד לכהן גדול, וכן אי אפשר ללמוד מדין כהן גדול לדון מלכות ומנהיגות או שאר שררות, ולכן צריכים שני לימודים. ולפי זה הר"ר הלימוד שלמד הספרי מהיתור „בקרב ישראל“, היינו לכל המשרות ולכל התפקידים התל מתפקיד המלך וכלה בתפקיד שומר השער, או כלשון הרמב"ם: „כל שררות וכל המינויים“. או כמו שאמר תורת כהנים „כל הקודם לנתלה קודם לכבוד“, וצריך מינוי או משהו של כבוד ולא סתם פועל שעובד, כי שם אין בנו יורשו.

וכבר כתב „כנסת הגדולה“ באור"ת נ"ג הגב"י:

„ה"ה לכל שררה מן הצבור הן מלך הן חכם הן חזן הן שופט הן מוחל הן גבאי, במקום שלא נהגו למנותן לזמן ידוע, שאין מסלקים אם לא נמצא בהם פיסול, וה"ה נמי דאם יש לו בן ממלא מקום אבותיו שיורש את מקומו כמו שכתבו הרמב"ם ו"ל פ"ו מהלכות כלי המקדש ופ"א מהלכות מלכים, הרשב"א ו"ל בתשובה סימן ש, הריב"ש ו"ל בתשובה סי' רע"א, פסקים וכתבים סי' קכ"ת, מהר"ם מטראני ו"ל חלק ג' סי' קי"ה, וכתב הרשד"ם ו"ל בחלק יו"ד סי' פ"א דלענין מינוי ת"ח להרביץ תורה או לדון או להורות, אין דין זה אמור כדאמרינן צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב"ד יפה, ואין כן דעת מהר"י אדרבי ו"ל סי' ס"ח, ומהר"ם מטראני חלק ג' סי' ק"כ והרש"ך חלק ג' סי' מ"ו, וצראין הבריתם.“

הבאתי את דברי „כנסת הגדולה“ באורך עם כל הספרים שציינ כדי לקצר ולא להזכיר שאר הספרים שהביאו אחד מזה ומזה, ולא במרוכז את סברת הסוברים שאפי' בתלמיד חכם ודיין כן, ולאפוקי סברת הרשד"ם שגם עליו כתב „גינת ורדים“ שהיא סברת יחיד. אבל כד נענין בסברת מהרשד"ם הגו', נראה שסברתו לאו סברת יחיד היא, והוא הביא סמוכין לכך מש"ס ערוך מהר"ן ומפסקים וכתבים שהוא ב„תרומת הדשן“ קכ"ת, וכן הביא „גינת ורדים“ מהר"מ"ע בספרו „עשרת מאמרות“. אבל אעפ"כ רבים הם הפוסקים וההלכים אחר דברי הרמ"א, שכתב בס' רמ"ה:

„מי שתוחזק לרב בעיר, אפי' החזיק בעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו אע"פ שבא לשם אחר גדול ממנו (הריב"ש רע"א) אפי' בנו ובן בנו לעולם קודמים לאחרים כל זמן שממלאים מקום אבותיהם ביראה והם חכמים קצת (הרמב"ם פ"א מהלכות מלכים).“

ועיין שם הגר"א ס"ק ל"ח שהביא את המקורות מספרי כלעיל. וכן הביא מקור מתוספתא שקלים המובא שם ב„חקרי לב“ סי' ט"ו.

לפי זה צריכים להבין את דברי מהרשד"ם, ואלו דבריו ביו"ד סי' פ"ה:

„ואע"ג דכתב הרשב"א בתשובה סי' ש' ח"ל כלל גדול אז"ל בכל עניני המינויים שאם היה הבן ראוי, הוא קודם לכל אדם, פשיטא דהיינו שהבן גדול והאחר גדול ממנו קצת, אמנם אם האחר גדול והבן אין לו יחס עמו, פשיטא דלכ"ע הגדול קודם... עד שלבי אימר לי בלי ספק שלא דבר הרב בענין תלמיד חכם, כי הרי כתוב: צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב"ד יפה, ואמרו: המעמיד דיין על הצבור וכו' ועל

צדקו חז"ל במס' יומא שאמרו ג' זרים הם וכתר תורה אינה ירושה אלא כל הרוצה ליטול וכו'... ובסוף התשובה כתב, ולהיות כי האיש הגו' טוען כי אבותיו היו למרביצי תורה, ובטענה זו נראה להם כי כבר החזיקו וכו', לזה אני אומר שטענה זו אין בה ממש, כמו שמכת מתשובת פסקים וכתבים של תרומת הדשן סי' קכ"ח, וה' יודע והוא עד כי כאשר כתבתי מה שכתבתי למעלה והבאתי מאמר ג' זרים הם וכו', לא ראיתי דבר זה בשום פוסק, אחר זמן ראיתי התשובה הגו', ושמחתי כשמחת הקציר כי כוונתי לדעת גדולים קדישין עילאין ונתגלה לי שהאמת כמו שכתבתי שלא עלה על דעת הרשב"א ז"ל רק במגורים אחרים, אבל מינוי התורה נשאר ליודעים אותה ואינה ירושה. גם נראה בעיני ראייה מה שהביא הר"ן ז"ל פרק הבונה במסכת שבת ירושלמי, א"ר אמי והקמות את המשכן וכו', ומשם ראייה ברורה שאין לך שום חוקה בענין כבוד התורה כלל, ואפי' ממזר תלמיד חכם קודם לכהן עם הארץ, ס"ל לפדות ולהחיות ולכסות הא לשיבה לא, אמר ר' אבין אף לשיבה, שנא' יקרה היא מפנינים מכהן גדול שבכנס לפני ולפנים".

לכאורה אין הוכחה מדברי הר"ן, ששם איירי שהסגניא הלכו ולמדו תורה ואילו הבולטייא נשארו עמי הארץ, ובוה לית מאן דפליג שאין דין חוקה נגד תלמיד חכם, שמה שאמרו הבן קודם בירושה, היינו בממלא מקום אבותיו ביראה או בחכמה ולא שהוא עם הארץ מוחלט, ריק מתורה ומיראה, בזה אפי' בסתן גדול אין בו דין ירושה ולא בדין מלך, כי צריך שיהא ממלא מקום אבותיו בחכמה או ביראה, הגם שלא הגיע לערכו ולמעלתו של אביו. ולית מאן דפליג וסובר שאם תלמיד חכם נפטר והניח בן בור, שלא ממנים אותו ופקע ממנו דין ירושה (ורק אם אח"כ הלך ולמד, יש לעיין ב, חקרי לב" סי' כ"ה). וזו לשון הר"ן שבת פרק הבונה, הביא משם הירושלמי הלכה ג': „א"ר אמי והקמות את המשכן כמשפטו, וכי יש משפט לעצים, אלא קרש שזכה ליתן בצפון ינתן בצפון לעולם וכו', ולפיכך רשמיין עליהם שלא יחלפו. דבי ר' הושעיה ודבי רב פזי הוי אזלי ושאלו, בשלמא דנשיאה כל יומא והווי אלן דברי ר' הושעיה עלין קדמאי וכו', אזלין אלן דרבי פזי ואתחתנון בנשיאותא, אתון בעיון מיעל קדמאי, אשתאלו לר' אמי, א"ל ר' אמי כתיב והקמות את המשכן וכו', אח"כ מביא הירושלמי מעשה אחר, והווי בולטייא אזלין ושאלין, בשלמא הנשיאה בכל יומא ועיילין קדמאי והווי סגניא עיילין ונפקין בתריהון, אזלין סגניא וזכין באורייתא ואתו למיעל קדמאי דבולטייא, אשתאל לרבנן על ר' יוחנן ודרש בבי מדרשא, אפי' ממזר תלמיד חכם וכהן גדול עם הארץ, ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ. סברי מימר לפדות ולהחיות ולכסות, הא לשיבה לא אמר ר' יוחנן, אמר ר' אבין אף לשיבה, מנ"ל יקרא היא מפנינים מכהן גדול שבכנס לפני ולפנים".

הרי שתלמיד חכם עדיף מכהן גדול אפי' לשיבה, רק אם הכהן גדול הוא עם הארץ ובכל אין לו יחס לתלמיד חכם בלימדו, ואינו ממלא מקום אביו. לכאורה ראיית מהרשד"ם היא רק אם הניח בן עם הארץ או שבא אחר שהוא גדול ממנו בתורה הרבה ואין שום ערך והשוואה ביניהם. וכן יש לעיין ממה שהזכיר

מדברי הגמרא ביומא ע"ב ואח"כ גם מ"תרומת הדשן", שלשה זרים הם: זר מזבח זכה אהרן, זר שלחן מלכות זכה דוד וזרעו, זור של תורה מונח הוא וכל הרצפה ליקח יבא ויקח. ולכאורה אין מכאן הוכחה לסתור את כל המפרשים, כי כל הלומד יכול להקרא תלמיד חכם, ולא מזכיר שהוא ישמש בתפקיד מסויים במקום שיש בו יורש, ואילו כהן לא יקרא רק מזרע אהרן, ומלך לא ימלוך ולא נקרא מלך רק מזרע דוד. ועיין ב"שד"י חמד" מערכת חזקה סי' ו' אות מ"א ומ"ב משם, "שואל ומשיב" שכתב ליישב כעין זה, אבל הוא הוסיף סברא אחרת והוא שאם הבן הוא ראוי קצת או יסייעתו מהשמים שיהא ממלא אח"כ גם בתורה. וכן הביא להקשות על מהרשד"ם ממה שגמרא מקשה בכתובות ק"ג ומשוה את הנשיאות למלכות, והבין נשיאות של תורה. ועיין למבי"ט המוזכר לעיל, שכתב:

„שאלה. חכם ממונה בקהל מרביץ תורה ביניהם זה ארבעים שנה ויש לו בן הגון, וראה החכם שגדל טורח ציבור וראה שקפצה עליו זקנה, מינה את בנו בקהל זה י"ט שנה, והמינוי היה במעמד גדולי הקהל ובהסכמת הקהל וחתמו רוב הקהל וקבלו אותו עליהם במקום אביו, והביאו את נוסח ההסכמה. והנה עתה קצת מהקהל שלא חתמו בהסכמה הגו' מערערים לומר, כיון שיש בקהל הגו' אחר שהוא יותר בקי ממנו שיכנס עמו בקהל הגו' ורוצים לשתפו עמו בקהל הגו' וכו'.

תשובה. אין כח לשום אדם מן הקהל אפי' מאותם שלא חתמו להעבירו ולא לשתף תלמיד חכם אחר עמו מכמה טעמים: ראשית, כיון שהסכימו ראשי הקהל למנותו תלמיד חכם על הקהל... שדין הוא שמי שעלה למעלה א' לא ירד... שמי שיש לו מינוי של שריה הן מלך הן חכם, בנו יורש מקומו, כמו שכתוב הוא ובניו בקרב ישראל, כ"ש הוא עצמו שמנותו... אם לבניו זוכה כ"ש לעצמו; טעם שני, אעפ"י שהקהל לא היו ממנים אותו עליהם ולא היו כותבים... הם חייבים לקבלו מצד הדין שהוא יורש שררת אביו... ואפי' יש ראוי אחר יותר ממנו, שבכל הדורות שעברו היו מלכי ישראל וכהנים גדולים בקצתם היו כמה אנשים ראויים למלכות... שהיה אחד ראוי יותר מכהן גדול (ולא היו רשאים להעביר מי שהיה כבר מלך ולא לשתף עמו אחר לטעם שהוא כבר החזיק ברבנות), כי המינוי של חכם א' בקהל כל איזה חכם שבדור הזה יכול להיות חכם ללמוד פסוק בכל יום, ואם מצד הדיניות אם יש מי שמתרעם עליו יכולים אחר פטירת אביו לשתף ב' אחרים שיהיו ב"ד של ג' לאיזה מן הקהל שלא יתצו לעמוד לפניו בדין לבדו".

יוצא שלדעתו אפי' בתלמיד חכם המלמד הלכות יש דין ירושה ואפי' בדין יש דין זה, ואפי' שיש בקהל ובציבור ובעיר משהו הגדול ממנו, והוכחתו ממלך וכהן גדול, ובדאי שדיו בדורים עדיפים מהם, ואעפ"כ הם נשארו או משום שעלו ולא ירדו או משום שהם זכו לכך מדין ירושה ואי אפשר להעבירם.

ועיין ב"חתם סופר" או"ח י"ג שכתב מתחילה שאין ברבנות דין ירושה, משם מהרשד"ם ו"מגן אברהם" או"ח סי' נ"ג, ואח"כ חזר וכתב:
„ואמנם היום חזרתי ועיינתי בזה לקיים דברי הרמ"א בסי' רמ"ה

חודאי נשיא התורה בזמן חז"ל היה כעין מינוי קדושה לבר לא שירות וזה איננו בירושה, אך עכשיו הוא כמשועבד לקהל לעשות צרכיהם בשכר ולא גרע מש"צ, ואילו מפני שהיו ג"כ שר התורה, מגרע גרע. הרי קמן דמהלל ואילך אע"פ שהיה נשיא תורה מ"מ כיון דפתח בהו ג"כ זכר למלכות בית חזק, ירשו בניהם, ה"נ דכוותיה, וב"ה שזכיתי להפך בזכותיה דתלמיד חכם ובניהם אחריהם.

אך מ"מ בענין רבנות דמדענה שעיקרו שיהיה גדול מכל רבני המדינה ושישאלו ממנו וע"פ יצאו ויבואו, ואם איננו גדול מהם בחדאי לא יועיל ירושת אבותיו, ואי גדול מכולם, אזי אפי' איכא בעלמא גדול מזה, מ"מ זכות אבותיו יעמדו לו להקדימו, אבל אי איכא במדינה גדולים ממנו, א"א לומר שיש דין קדימה וכו'."

למדנו ממנו שיש חילוק והבדל בין תלמיד חכם המורה תורה (זהו הוי כעין מה שכתב המבי"ט המובא לעיל), לבין רבנות של מדינה אם נתרנס לענין דידן מנהל מחלקה לבין רב עיר. ועיין ל, גינת ורדים" יו"ד כלל ג' ס"ז שכתב בענין:

„ראובן שהיה לו מינוי גבאות תארגו של קבורת מתים, ועוד לו מינוי אחר שהיה ראש על חבורה של מצות של גומלי חסדים, ונפטר ראובן והשאיר אחריו ברכה זרע קודש בן הגון... ואען ואומר, דדבר פשוט הוא ושלא בלבד לענין מלכות, הבן זוכה וקודם לכל אדם, אלא הוא הדין לכל שאר מינויים, כדכתב הרמב"ם בפ"ד מה' כלי מקדש ובפ"ה מה' מלכים (צ"ל פ"א), ובוזה אין אומר ואין דברים, הנה עינינו הרואות כמה מעלה וכבוד בשני מינויים הללו, והדיבור בזה אך למותר... ואפי' שלא היה שם כבוד מרובה רק מעט מזער גם בכהאי גוונא הבן זוכה וקודם לכל אדם...".

וכן כתב שזה ירושה מדברי תורה, ומובא לקמן בתוך תשובת „שמחת יו"ט", ולחולקים הוי ספק דאורייתא, ואח"כ כתב ששוחט ומוהל אין בו דין שררות, וע"ז כתב על דבריו שם מהר"י אריפול בסימן ח' שם — בענין שמנע מהר"ש אלקבץ את מהר"ם אלשיך מלכתו כראש במקומו של מהר"א שלום עד הגיע בנו לגיל המצוות ומינוהו במקום אביו:

„ועל מה שנטה דעת הרב הפוסק לומר דחוקא במילתא דאית ביה קצת שררה ולאפוקי שוחט ומוהל, לא נהירא לי, משום שראיתי ברשב"א שכתב הכלבו, הביאה הב"י, וכלל בין חזן בין גבאי הממונה על הצדקה, בין הממונה על המס, בין שאר דברים הצריכים לציבור, בין שנוטלים שכר עליהן בין שאין נוטלים, וקא אתי עליה, וכן נראה מדברי הרמב"ם דלאו במידי דשררה בלבד אמרו אלא אפי' במידי דלית בה שררה, מדכתב כל השררות והמינויים, משמע דמינויים אפי' שלא יהיה בהם שררה, הבן קודם וכו'."

ואח"כ כתב את הדין של משוח מלחמה שאין בו דין ירושה כמוכא בימא ע"ב, וכתב הטעם משום שהכהן הזה צריך להיות בעל הבטחה גדולה שיבטיח את העם שלא יפחדו מהמלחמה ולא כל אנפי שוין, ולכן אין בו דין ירושה, והוי כעין מינוי לזמן וכו'. ועיין ב, שמחת יו"ט" ס' ו' שכתב בדין זה באורך:

„הנה ידוע ומפורסם מפי סופרים וספרים פתיחו, כי בכל עניני שררות והמנוין שבישראל, ירושה היא לבנו ולבן בנו עד עולם וכו', וכמ"ש הרמב"ם פ"א מהלכות מלכים... ומתבאר מדברי הריב"ש בס"י רמ"א דדין זה הוא אפי' בכתר תורה שאם אביו היה מורה הוראה הוא הדין בנו, וכן הסכימו רוב הפוסקים, ואף דמדברי מהרשד"ם ח"ד פ"ה מתבאר דס"ל שלא דבר הרב בענין כתר תורה, יע"ש, מ"מ יחידאה הוא בסברא זאת, ורבים חולקיו עליו, וכמ"ש כנסת הגדולה בא"ח סי' י"ג (צ"ל סי' נ"ג), וכבר הרב דבר משה בחלק א"ה בתשובה הראשונה האריך הרחיב בענין זה וקבץ כל הדעות, וכתב דלענין הדין אין דברי מהרשד"ם עומדין בפני כל הני רבונות... וכן הסכים הרב המפה ביו"ד סס"י רמ"ה".

ובפרט שלפי הענין יוצא שהתובע דידן הוא המוחזק בענין בשררה, אלא שהם טוענים שקי"ל כסברת מהרשד"ם או שבמקרה ידידה לא דברו הפוסקים, עליהם — הנתבעים — להוכיח זאת ולא עליו, וכמו שכתבו „גינת ורדים" והביאה „שמחת יו"ט" הגו', בענין קהלה שהיתה מסתופפת בצל רב ומנהיג, ונפטר, ומינו בנו במקומו וילעזו עליו והלכו בצל ב"ד אחר ונשבעו להיות תחת ממשלתו. ועתה מתברר שהבן כל העם תהלתו יספרו והלעז הוא רק לעז. וכתב שם:

„ונראה לכאורה דדין דהבן זוכה בכל שררות אביו הוא מן התורה, וכו'... דמיתורא דקרא דכתיב „בקרב ישראל" שהוא מיותר קא דריש ליה, אלמא דהוי מדאורייתא. וכן נראה מדברי „גינת ורדים" חז"י"ד כלל ג' סי' ז' שכתב וז"ל, ובר מן דין נראה לומר שאפי' שיהיו פנים מטין לומר כן, מ"מ לא ימלט מלהיות ספק בדבר, והו"ל ספק בדאורייתא, ונקטינן לחומרא שאם נעמיד אחר יש להסתפק אי קא עברי על דברי תורה. ואם נעמיד הבן, אין הפסד בדבר, שאם הבן זוכה מדין תורה, מוטב, ואם אינו זוכה מדין תורה, אין עוון והפסד בדבר, עכ"ל. הרי מתבאר דס"ל בפשיטות דדבר תורה הוא... וקרוב לומר לא חלה השבועה שנשבעו משום דחשיב כנשבע לבטל את המצוה... אלא שיש לדחות זה, דדין זה לאו מקרה מפורש... ואח"כ הביא מספר עשרה מאמרות מאמר חיקור דין פרק י"ט דמ"ד ע"א (הוא הרמ"ע מפאנו), והא דאמרינן בספרי שכל פרנסי ישראל בניהם עומדים תחתיהם, הני מילי בכתר כהונה וכתר מלכות, וכל דדמי ליה כגון שררותא דמתא, אבל גבי נשיא ואב"ד כיון שכתר תורה מונח בקרן זוית, הרוצה יבא ויטול, אין הדבר כן מדין התורה. לפיכך לא מצינו בנשיאים הראשונים שהיו מנחילים כתריהם לבניהם. אלא מהלל ואילך וכו'. ואפשר כיון שקלקלו עבדי חשמונאים בבית שני וכו', התקינו שיהא כתר תורה משלים לכתר מלכות להושיב הבן על כסא אביו, עכ"ל. הרי מפורש דס"ל דכתר תורה אינה ירושה לבן מדין תורה כי אם מדרבנן וכו'. אף דמסתמא דברייהם שלמדו דין זה מדברי הר"מ דס"ל דכל השררות שוים הם בדינא, וכיון דבשאר שררות הוא מן התורה, הוא הדין בשררה דמורה הוראה".

הרי בזה הוא סבירא ליה שהוא הירוש המוחזק אם מהתורה או כדברי הרמ"ע מפאנו ב, "עשרה מאמרות" מדרבנן, ואחרים הם נכנסים, בספק גזל הם ולא הוא. אך מה שהביא הרה"ג ישראל שליט"א משם בנו של "אבני נזר", הוא מופלא ממני וחשבתי מראש ששם איירי שהבן לא בר הכי הוא. אבל כשעיניתי בתוך התשובה סי' ש"ב אות כ"א נראה שהבן היה כבר אב"ד בעיר אחרת, ואעפ"כ כתב שם שאם יש לבן רוב בנין או רוב מגין או זכה ברבנות מכח ירושת אביו. ועיי"ש שהוצרך להאריך ולהסביר כיצד זה מתיישב עם כל התשובה שכתב שם, ואפשר לאמר שחזר בו ממה שכתב, וזה דוחק. ועיי"ן ב, "חקרי לב" שהביא כעין מה שמוכא ב, "אבני נזר", וכתב שם באר"ח סי' י"ט לתקור אם הקדימה חזו של בן אם כל הקהל או רובו אין רוצים בבן הש"צ, או שבני העיר אינם מרצים בשאר מינויים שהבן יקח את השררה אם יש בכוחם להפקיע זכות ירושת הבן או לא, וכתב שמצד הסברא נראה פשוט שלא יכולים להפקיע. אך מה שמביא אותו לבית הספק הוא מהגמרא בכריתות ה' ובהוריות י"א, שאם יש שלום, אין צורך במשיחה, ואם יש מחלוקת, צריכים למשוך, שכתב שם רש"י וז"ל: "ירושה היא בזמן ששלום בישראל".

וביתר פירוט כתב רש"י בכריתות:

"בזמן ששלום בישראל הוי המלכות ירושה ולא בעי משיחה, אבל אי איכא מחלוקת לאו ירושה היא ובעי משיחה בתחילה".

משמע שאם אין שלום, פקעה הירושה, וע"כ צריכים משיחה כמלך שמולך בהתחלה. והוסיף וכתב ע"ז ב, "חקרי לב" שם להסביר ולהוכיח את סברת רש"י, ואח"כ הביא את סברת הרמב"ם שכתב בפ"א מהלכות כלי מקדש ה"א: "ואם היה מלך בן מלך. לא בעי משיחה שהמלכות ירושה למלך, ואם היה שם מחלוקת, מושחין אותו כדי לסלק המחלוקת ולהודיע לכל שזה הוא המלך לבדו". וא"כ לסברתו המשיחה היא רק לתקן המחלוקת לא הפקיעה את כוחו בירושה (וכעין זה כתב "אבני נזר" שם). ואח"כ כתב:

"נחזי אנן אלו האנשים שאין רוצים בבן המלך, הרי הם באים לעקור דבר מן התורה, והשאר שהם רוצים בבן המלך, הם באים לקיים דבר תורה, שצוה לנהוג דין ירושה. וכל כה"ג הדין ג'ותן שאע"ג שבכל הענינים כאלו יש לילך בתר רובא כדכתיב אחרי רבים, בזה אף אם תרי רובי מסכימים שלא למנות לבן המלך ומיעוט דמיעוט רוצים בבן המלך, יש לנו לילך אחר המיעוט דקשר רשעים אינו מן המגין, וזהו דומה לרבים שהסכימו לבטל מצוה מדברי תורה, כגון לאכול חלב וכיוצא. מי שם פה לאדם לומר דרבים כאלו אלימי לגרור המיעוט אחריו, דבר זה ישתקע ולא יאמר... וא"כ בענין זה קשה לשמוע איך באה התורה להתיר הצועה ולהחזיק ידי עוברי עבירה להפקיע כח ירושתו של זה על ריב בני ישראל...".

ואח"כ כתב שלדעת הרמב"ם פירוש אחר בסוגיא שמלך בן מלך לא בעי משיחה ממה שכתוב הוא ובניו בקרב ישראל, דהו"ל למכתב על ממלכתו בבנין, ומה שכתב בקרב ישראל, לאמר שמלך בן מלך לא בעי משיחה, אה"פ עכ"פ אף כי איכא מחלוקת בישראל דבעי משיחה אף הוי מדין ירושה.

והביא את הרמב"ם בפירוש המשניות בכריתות שכן משמע מדבריו. ואח"כ הביא שאפשר לחלק בין אם יש מחלוקת, דינו של בן מלך כמקבל מתנה, ואם אין מחלוקת, דינו כירוש. ולבסוף הביא מהרשב"א בתשובה שסובר שאפי' שיש מחלוקת, הבן יורש, ודלא כרש"י. ולבסוף כתב:

„ולענין הלכה נראה לי דבכהן גדול אף שיש מחלוקת, עיקר ירושה לא וזה ממקומה, דלכל הדברות אף אם רש"י חולק, להר"מ הו"ל ספק תורה ולהתמיר, ומה גם לשאר המינויים שיש לומר דכי גלי קרא דלענין ירושה זו בעינן שיהיה שלום בישראל ולא כשיש מחלוקת, ה"ד במלך ולא בשאר מינויים, כנ"ל“.

יצא שלפי סברתו שענין ירושת הבן במינויים היא מהתורה ויש להחמיר ולא להפקיע כוחו מדין זה, ולא חשיב לא רוב מנין שמתנגד ולא רוב בנין. ובענין שאר המינויים סברתו שגם רש"י יודה בזה שיש לו דין יורש ואין להפקיע זכותו.

ויתכן ש„אבני נזר“ לאחר שחזר בו סבירא ליה כסברת רש"י בכריתות, שאם יש מחלוקת, טקעה הירושה במקצת, ולכן מספיק רוב מנין או רוב בנין, ולא מחלק בין דין מלך לשאר המינויים, או שהוא סובר שדין זה אינו מהתורה אלא מדרבנן, ולכן היקל בו. ועיין שם מה שהסביר בנו את המחלוקת בין רש"י להרמב"ם. אבל כבר הבאנו לעיל מ„גינת ורדים“ ומ„שמחת יו"ט“ ומ„חקרי לב“ ששמע שיש לזה דין ירושה מהתורה, ואין להפקיע כוחו אפי' מספק דאורייתא כמובא לעיל.

וא"כ בנידון דידן הרי אם נאמר שאביו היה משמש במשרת רב ומנהל מחלקה, יש לבנו זכות ירושה, כי הלכות שעל הרב לפסוק במקום זה, הגם שהם שכיחות, עם כל זה פסק הוא ויש לו בו שררה ורבנות, ואם נאמר שרק ענין של מנהל הוא, הרי שיש לו בזה שררה של כבוד שאחרים סרים למשמעתו. וא"כ חזרנו לכל המינויים והשריות הבן קודם. ובפרט ששניהם ישנם כאן, וחייבים הממונים ע"ז לעזור לו ולסייעו לבחור בו ולמנותו, ואין לאחר להשיג את גבולו.

ולאחר שהוא המציא תעודת כושר מאת הרבנים הראשיים לישראל, אין צורך להמציא תעודת כושר מהרבנים המקומיים, אא"כ המועצה הדתית תוכיח בעליל לפני ביה"ד שאין הוא ראוי כלל ועיקר, וביה"ד ימצא שדבריהם אמת, או אין לו שום זכות תביעה ולא ירושה, כי לא ממלא מקום אבותיו הוא. אך כאמור, עד כה לא הוכח כן בפני ביה"ד, ואדרבא מנוסח המכתב שכתב עליו הרב הראשי הרב אונטרמן שליט"א, משבחו ומהללו, והרי הוא מכירו עוד בהיותו רב ראשי בתל-אביב ומעיד עליו שראוי הוא למשרה זו.

ולעתיד אם תרצה המועצה הדתית למנוע דבר כזה, עליה להתייעץ עם הרבנים הראשיים לתל-אביב—יפו, והם יקראו לאסיפת רבנים של העיר בשיתוף עם כל הדיינים של העיר, ואם יחליטו שכל מינוי הוא רק לעצמו של אדם ולא לאחריו, יש להם לעשות כן. ועיין בתקנות ירושלים שהביא מספר „מזבח אדמה“ דף ל"ו ע"ד, מה שכתב ע"ז, וז"ל:

„גם יש לאמר דמ"ש מורם ב"ד סי' רמ"ה, לא כתב אלא רב שהוא ענין שררה או שהחזיק אפי' מעצמו, אזי בנו קודם, אבל בדיינות לבד, ובהיות שיש רבנים בעיר בכל הפרטים, מי יאמר דבנו קודם אפי' לגדולים

ממנו, אדרבה אינו שררה אלא עבדות... כ"ש לדעת הפוסקים ז"ל דלענין דינינות שהוא כתר תורה אין בו משום ירושה. וברשד"ם הביא מס' תרומת הדשן בפסקים וכתבים... א"כ פעה"ק ירושלים ת"ו דנהגו הפך זה, כי אדרבה כל אשר בוחרים בו וגם דיש להם אמתלא גדולה, דיד אומות העולם תקיפה ואומרים שמבטלים ערכאותיהם וכו', ופקידי עה"ק מפזרים ממון לפייסם, דודאי הרשות בידם, ומשום הכי נוהגים לבחור את אשר מכירים בו... אלא פקידי עה"ק והרבנים הם יבחרו, יען הם מתחייבים בכל נזק שיבא ח"ו על הדיינים בעד הדינים כמ"ש כ"ז בשטר מהקדמונים, והם רשאים לעשות מה שיהיה ראוי לדעתם... ומנהג ירושלים ת"ו כמ"ש הרשד"ם ז"ל שהרי כמה וכמה רבנים לא הניחו כתרם לבניהם ושמו אחרים תחתם אפי' שהיו ראויים להיות ב' או ג' לב"ד... ובפרטות כי כשנפטר אביו ז"ל לא שאל בנו שאלה זו, והיו אחרים משמשים... הרי כבר מתלו. א"כ אפי' איזה פוסקים דחולקים על הרשד"ם והכנסת הגדולה כתב דנראים דבריהם וכו', באחד הפרטים אשר יש בני"ד אחד לאחד, כ"ע יודו".

הרי שאם ישנן סיבות מסויימות כמו שמוזכר שם שיש הפסד לפקידים ולצבור, או מטעמים אחרים, יכולים לתקן בזה לסבור כמהרשד"ם בתנאי שהתקנה תהא, כאמור לעיל, במעמד הרבנים והדיינים כדין.

לאור האמור לעיל, יש לדחות את הערעור של הנתבעת, המועצה הדתית, ולקבל את הערעור של התובע, וקם דינא שמספיק לו התעודות שהמציא לביה"ד על כושרו.

מדרכי אליהו

קראתי בעיון רב את דברי חברי לדין כב' הגר"ש ישראל והגר"מ אליהו שליט"א, והריני בדעה אחת עם כב' הגר"מ אליהו במסקנתו, כי דין ערעורה של המועצה הדתית לתל-אביב — להידחות, ודין ערעורו של הרב א. להתקבל.

ובקצרה אומר:

א. צודק בית הדין האזורי כי: „אין כל ספק שאביו המנוח ז"ל של הנתבע מילא אצל הנתבעת... תפקיד רבני מובהק...".

ועוד דבר אין בו כל ספק, שמשרה כגון זאת שבנידון, הרי היא בכל אופן: „לא גרע מש"ץ", והמחזיק בה: „הוא כמשועבד לקהל לעשות צרכיהם בשכר" (כלשונו של „התם סופר" בתשובה הנזכרת בפסק הדין נשוא הערעור). ועיין בדברי „כנסת הגדולה" בטור אורח חיים סימן נ"ג, תגהות ב"י, כי: „הוא הדין לכל שררה מן הצבור, הן מלך... הן חזן...".

ולכן נכללת המשרה הזאת בכלל המשרות שבמסגרת דין ירושה, ונוהגים בה על פי ההלכה הפסוקה ברמב"ם בהלכות כלי המקדש ובהלכות מלכים, ובפסקו של הרמ"א ביורה דעה סימן רמ"ה, וכנהגו בישראל מדרדור דור. וכל הבא להוציא את הפרט מכלל זה עליו הראיה, וכל הבא לבטל מנהג זה, ידו על התחתונה.

וכאן עלי להבהיר שתי נקודות:

(א) מסתייג אני מהנהגה של כב' הגר"מ אליהו שליט"א כי די הוא באלו המיעוטים בדבריו כדי לשנות את המנהג. לא מסתבר כלל וכלל שמעצמה דתית, אשר למעשה אינה נבחרת כולה על ידי העיבוד בעיר, היא המייצגת את העיר, ובכוחה הוא, גם אם יצטרפו לה כל דייני ארבעי העיר, לשנות או לקסוע נהגים בשביל בני העיר. הבעיה איך ובידי מי מסורה הסמכות להנהגת מנהגים בשביל אנשי העיר, צריכה בירור יסודי ומקיף. אולם לא עלינו כעת המלאכה לגמור, והאיל ולענין הנידון שלפנינו אין כל נפקותא בדבר זה, כי גם אם ישונה אי פעם, כדת וכדין, המנהג בעיר תל-אביב, לא יתא זה אלא ביחס לעתיד, ולא תהא לזה כל השפעה שהיא בנוגע לזכויות העבר.

(ב) עלי להביא פה את דברי „חתם סופר" הכותב בתשובה הנ"ל:

„אך מכל מקום בענין רבנות במדינה שעיקרו שיהיה גדול מכל רבני המדינה ושישאלו ממנו ועל פיו יצאו ויבואו, ואם אינו גדול מהם, בודאי לא יועיל ירושת אבותיו“.

ולכן דברי אלו אינם אלא במשרה כגון זו שבנידון דידן, ואינם מתייחסים למשרת רב ראשי של ארץ או של עיר שמסתנים בה כמה רבנים, והרב הראשי הוא העומד עליהם.

ב. אין ספק כי די הוא באישור הרבנים הראשיים לישראל, או באישור הרבנים הראשיים במקום, כדי לקבוע שהיורש הוא ממלא מקום אבותיו.

אליעזר גולדשמידט

לאור האמור אנו מחליטים ברוב דעות:

א. דוחים את ערעור המערערת המרעצה הדתית לתל-אביב—יפו.

ב. מקבלים את ערעורו של המערער הרב א.

ולפיכך אנו פוסקים:

על המרעצה הדתית לתל-אביב—יפו למנות ללא דיואי את הרב

א. במקומו של אביו המנוח ז"ל, לאותה המשרה של אביו בכל היקפה.

גיתן ביום ט' בסיון תשל"ה.

תיק מס' 1453/לג

בבית הדין הרבני האזורי לנפת אשקלון—אשדוד

בפני כב' הדיינים: הרבנים שלמה ילון — אב"ד, חיים ריזן, משה טופיק

בענין :

העותרים: א. וב.

הגידון: היתר נישואין

עתירת זוג נשואים בנישואין שניים אורחיים להתיר להם להינשא כדין תורה, מאחר שלדברי האשה נהרג בעלה הראשון בעת המלחמה מהפצצת אווירונים לפני שנים רבות וזמן רב לפני שנישאה לגבר זה ומאחר שגבר זה התגרש מאשתו הראשונה כדת וכדין. — האם נאמנת אשה לומר מת בעלה לאחר שנישאה לאחר בנישואין אורחיים. — מתי אשה ועד נאמנים להעיד שמת במלחמה. — האם עד שמעיד שפלוגי מת במלחמה מפי עד אחר צריך לשמוע מפי הראשון שקברו. — מה הדין בשנים שהעידו שמת במלחמה ומה הדין כשאמרו ששמעו מפי אחרים. — האם עדות על השתתפות בהלוויה יש לה אותו הדין כמו עדות על קבורה. — מה הדין אם כל הידיעה על מצב מלחמה באה מפי האשה. — מה הדין שמעידים שמת לא בשדה הקרב כי אם רחוק ממערכת המלחמה. — מה הדין כשנעלם אדם בתוך הישוב ולא הגיעו ממנו כל ידיעות במשך שנים רבות. — מה דינה של אשה שאמרה שמת בעלה וחייתה עם אחר לא בחופה וקידושין ואח"כ חזר בעלה. — האם דין „שויא נפשה חתיכא דאיסורא" הוא מדאורייתא או מדרבנן. — מה הדין בעד שבא להעיד שמת בעלה של אשה לאחר שנישאה לאחר.

מסקנות המיעוט

- א. יש סוברים למרות שהאשה נאמנת להעיד שמת בעלה, אבל במת במלחמה איננה נאמנת אף כשהיא אומרת שהיא בעצמה קברה אותו.
- ב. שני עדים נאמנים להעיד על אדם שמת ואף כשאינם אומרים שקברו אותו, במה דברים אמורים שהם מעידים שבעצמם ראו שמת, אבל כשאומרים ששמעו שמת גם כשהם מאה דינם כעד אחד.
- ג. 1) הטעם שהאשה נאמנת להעיד שמת בעלה הוא משום שמתוך שתחמרת עליה

בסופה הקלת עליה בתחילתה, והיינו הואיל והיא יודעת שאם יתגלה שהיא משקרת ובעלה חי הרי תיאסר גם על בעלה הראשון וגם על השני שעומדת להינשא לו עכשיו, יש לה חזקה שמדייקת בדבריה, אבל במקרה שהאשה כבר נישאה לאיש אחר שלא כדיון והיא רוצה עכשיו להינשא לו כדת משה וישראל אין לה עוד חזקה זאת, כי בין כך ובין כך היא כבר נאסרה גם על בעלה הראשון וגם על בעלה השני ואינה נאמנת, ורק לגבי אחר נאמנת, משום שלגביי יש לה החזקה שהיא מדייקת בדבריה כרי שלא תיאסר עליו.

(2) אף אם בא עד לאחר שנישאת האשה לאחר והעיד שבעלה מת לפני שנישאת לו אין להתיר נישואיה, ואם כי בעדות אשה נאמן עד אחד, אבל אין מתירין אותה למפרע משום שחוששים לחיפוי, והיינו שיבוא אחד מקרוביה לאחר שנישאת ויעיד שמת בעלה כדי לחפות עליה.

מסקנות אב בית הדין

- א. (1) רוב רובם של הפוסקים הראשונים והאחרונים סוברים, שאשה האומרת שנהרג בעלה במלחמה וקברה אותו נאמנת.
- (2) וכן עד אחד שמעיד שפלוני נהרג במלחמה ותוא קבר אותו נאמן, ורבים הפוסקים הסוברים שעד אחד נאמן אף בשלא אמר קברתי.
- (3) אף לדברי האומרים שגם עד אחד במת במלחמה צריך לאמר קברתי, יש סוברים שעד מפי עד לא צריך העד לאמר קברתי, כי מניחים שהראשון קברו ולא דקדק לספר לו כל הפרטים. אולם יש מחלקים שאם הראשון היה שונאו של המת וסיפר בשמתה שמת אין להניח שקברו, ובמקרה כזה אין לסמוך על העד השני אם לא יודע להעיד שקברו אותו.
- (4) שנים שהעידו שמת, פסקו כמעט כל הפוסקים שנאמנים אפילו לא אמרו קברוהו.
- (5) העידו השנים שלא ראו בעצמם שמת, אלא אמרו שמענו, דינם כעד אחד. אבל אם אמרו שמענו מפי אנשים או מפי אחרים, דינם כשני עדים.
- ב. אומרת האשה שנהרג ע"י הפצצה מאוירונים והשתתפה בהלווייתו, מקבלים עדותה לדברי הכל, אפילו אם היה זה במלחמה, מפני שאין כאן כל תחששות שחששו באומרת מת במלחמה וקברתי. ואין לחשוש בסיפורה על לוויה שמשתתפים בה רבים, שהיא משקרת בזדון, או מחמת שהיא בתולה לברוח תחליפה אותו באחר, ואין כאן תועם שדמינה חזק שבתוך קרב המלחמה בדאי לא הצליח להימלט.
- ג. אם כל הידיעה שהיתה באותו הזמן מלחמה בעולם באה מפי האשה, היא נאמנת לומר שנהרג בעלה וקברה אותו אף לדברי הסוברים שאינה נאמנת לומר מת במלחמה וקברתי, משום שיש לה מינו שיכולה לומר שהיה שלום בעולם ומת על מיטתו.
- ד. הדין באשה או בעד שאינם נאמנים לומר מת במלחמה, אינו אלא כשאומרים

שמת בשדה הקרב, אבל כשאומרים שמת רחוק ממקום מערכת המלחמה נאמנים, אפילו כשאננם אומרים שקברו אותו. והוא הדין כשהמזכיר לגבי אנשים שתפקידם לעסוק בשירותים של הצבא שטיפולם הוא סמוך למקום המלחמה ושאינם נוטלים חלק במעשה הקרב עצמו.

ה. (1) נעלם אדם בתוך העיר ועברו שנים רבות ולא חזר לביתו ואין כל ידיעה ממנו למרות כל שירותי התקשורת התקינים בימינו, אימדתה הנוכחה גדולה היא שאיננו בחיים ואין זה דומה למים שאין להם סוף, שיש לומר שמא ניצל ויצא מצד אחר, וגם לא דומה לאבד במלחמה, כי יתכן שנפל בשבי, ואם נוסף לזה גם אבד זכרו מודים הכל שיש להתיר את אשתו.

(2) יש סוברים שבאבד זכרו יותר משנים עשר חודש מתירים את אשתו אף בעדות שמת במלחמה בלי שיעידו שקברו אותו, אבל רק לאחר שתסתיים המלחמה ויתחששו שרותי התקשורת.

ו. הפוסקים עומדים על כך שראוי לכל מורה לחפש כל הדרכים והצדדים להקל בעניני עגונות ולסמוך על המקילים, כדי למצוא להם היתר, וחברט בימינו שרבו הפרצות, ויש חשש שהחומרות עלולות להביא לידי תקלות.

ז. (1) אשה שאינה ידועה לנו שהיא אשת איש רק מפיה בלבד, נאמנת להעיד שמת בעלה כשהיא אומרת שמת במלחמה ואומרת קברתי, משום שיש לה מיגו שהיא יכולה לומר פגויה אני. וזה אף לדעת הפוסקים דמת במלחמה וקברתי אינה נאמנת.

(2) אשה זו הרי איסורה להינשא לאחרים, היא מטעם דשיות נפשה חתיכא דאיסורא, ולדברי רוב הפוסקים אין איסור זה אלא מדרבנן וא"כ לא חל כאן הדין האיל ונאסרה לבעל נאסרה גם לבעל.

ח. (1) הגזירה באשה שאמרה שמת בעלה ונישאת לאחר, שאסור לה לחזור לבעלה הראשון היא משום שלא יאמרו שהוא מחזיר גרושתו לאחר שנישאה לאחר. ולפי זה יש סוברים שדין זה אינו אלא בשישאת לאחר בחופה וקידושין שצריכה ממנו גט, אבל אם חיתתה עם אחר בזנות שלא צריכה ממנו גט, אינה אסורה לחזור לבעלה הראשון.

(2) לפי שיטה זו אם אף לאחר שהאשה נישאה לאחר בנישואין אזרחיים, העידה שמת בעלה לפני נישואיה לזה, יש לה עוד החזקה שמותר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחילתה ומדייקת בדבריה, כי הואיל ונישאה לזה שלא כדין הרי זה כזנות ולא נאסרה עד עכשיו על בעלה הראשון, ואם תינשא עכשיו לשני כדין, הלא תיאסר גם על הראשון וכן מדייקת כדי שלא יהיו בניה מהשני ממזרים.

ט. המסקנא להלכה היא שאם בא עד אחד לאחר שנישאה האשה לאחר והעיד שמת בעלה לפני שנישאה לשני מתירים אותה לבעלה השני, כי לא פקעה ממנה חזקת, „דייקא ומינסבא“ כלומר שלא היתה נישאת לו אם לא היה ברור לה שהראשון מת.

פסק-דין

דעת המיעוט

בתיקו האישי ממשרד הפנים של המבקש מצויה תעודת גירושין מאשתו ד. שנתגרש ממנה ביום י"ג בתמוז תשכ"ד, ע"כ נותר לברר רק המצב של המבקשת בפרוטוקול מיום ח' כסליו מזכרת האשה כי היתה נשואה בחו"ק לג. שנפגע מפצצה ומת וכי היא היתה בלדיה שלו, ומאז 1953 היא חיה עם המבקש בנישואין אזרחיים.

ביום ח' שבט העידו שני עדים שהבעל הנ"ל מת בזמן הפצצה, שניהם איכרים ששמעו זאת מאחרים.

הגנה בשו"ע סי' י"ז סעיף מ"ח פסק כדעת הרמב"ם דבאמרה מת במלחמה אינה נאמנת אפי' אומרת קברתיו ותריעה השניה הביא בשם י"א דנאמנת, א"כ אין להתירה ע"פ דבריה.

השאלה אם יש להתירה ע"פ עדות שני עדים, שהרי כתב הרמ"א שם בסעיף נ' שבשני עדים אפי' לא אמרו קברנהו, נאמנים. אך ראה, „באר היטב" שם ס"ק קנ"ב משם תשובת „בית יוסף" סי' א' מדיני יבום וחליצה והא דשנים נאמנים בלא קברנהו, דווקא כשאמרו שראו שמת, אבל אמרו ששמעו שמת אפי' מאה כחד דמו, ובגידון דידן העדים לא ראו מאומה רק שמעו מאחרים.

ואמנם אילו באה האשה להינשא טרם שחיתה עם המבקש שהיא נשואה לו בנישואין אזרחיים זה כעשרים שנה, היה מקום לדון ולמצוא אולי צדדי היתר, אך במצב זה שהיא כבר חיה עמו, הדבר קשה מאוד, דהטעם דנאמנת אשה לומר מת בעלי וכן מאמינים לעד מפי עד, הוא משום דאשה דייקא ומינסבא, דמתוך חומר שהחמרת עליה בסופה שתצא מזה ומזה וכו' הקלת עליה בתחילתה. ואשה זו אין לה מה להפסיד, דאם בעלה חי, כבר נאסרה עליו, וכן על המבקש. ולוא היתה מבקשת להינשא לאחר, היה מקום לומר שאינה רוצה לאסור עצמה על השני, אף שעל הראשון כבר נאסרה, ולפחות בנישואיה תיאסר על השני, וע"כ דייקא ומינסבא, משא"כ כשמבקשת להינשא לזה שכבר חיה עמו, אין לה מה להפסיד. ראה שו"ת רעק"א סי' קכ"ד שכתב שם בתחילת התשובה להגאון ר"י מליסא בעל „תוות דעת" ח"ל: „מ"ש רומשכ"ת על חב"י... שרציתי לומר דאשה הנישאת בלא עדים ואח"כ בא ע"א והעיד שמת בעלה הראשון קודם שנישאת לזה, די"ל דאינו נאמן להתירה לעמוד עם בעלה זה דל"ש דייקא, כיון דכבר ניסת לו ולא יתרויה אם תצא ממנו עתה, דמ"מ יהיה כל התומך כיון דניסת שלא ברשות, הע"ז כתב רומשכ"ת די"ל דבלאו הכי אינו נאמן למפרע דבעל שאמר גרשתי נאמן משום דבידו ומ"מ אינו נאמן למפרע. הע"ז ובבבוקי יוסף דהטעם דיכול לחפות עליה וה"נ כן הוא, דאם נאמן העד אחד למפרע א"כ לעולם יכול קרובה לחפות עליה לומר שידוע שמת".

הרי לנו שני טעמים שאין בו"ד לקבל דבריה: טעמו של רעק"א דלא שייך דייקא, וטעמו של „תוות דעת" משום חיפוי, והא דדאי לאחר שחיה כעשרים שנה עם המבקש מחפה היא על עצמה. וכן אין לסמוך על דברי העדים, כמ"ש מתרי טעמי: א. שלא ראו אלא שמעו מאחרים, ובוזה כתב „בית יוסף" דלא מהני; ב. דלא שייך דייקא. וע"כ לענ"ד איני מצא מקום להתיר לאשה להינשא למבקש.

דעת אם בית הדין

לפני שנפרט את נימוקי פסק הדין, נציין את פרטי העתירה, העותרת א. היתה נשואה לר"ר ג., לדברי העותרת התחתנה אתו בחו"ק בעיר בוקרשט וגרו שם. הוא היה רופא.

היא מספרת שבעת המלחמה בשנת 1940 הופצצה העיר בוקרשט וכשבעלה הלך באחד הימים לקליניקה שלו, נפלה פצצה ובעלה נפצע ומת, היא השתתפה בהלוויה שלו, לא השאיר בנים ולא היו לו אחים, בשנת 1953 נישאה בנושואין אורחיים למר ב' והיה אתו עד היום, היא מבקשת היתר להינשא אתו כדת וכדין, העיד עד אחד בשם ד.: „בעלה של המבקשת ד"ר ג. נפטר בבוקרשט מהפצצת אוירונים, לא הייתי בהלוויה שלו, חורי גרו בשכנות והם סיפרו לי. לא היו לו אחים ולא בנים“.

העיד עד שני בשם ה.: „בעלה ד"ר ג., רופא, נפטר בזמן המלחמה בהפצצת אוירונים בבוקרשט, לא הייתי בהלוויה שלו, היינו שכנים והשכנים כולם אמרו שמת, לא היו לו ילדים ולא היו לו אחים“.

ביחס לעותר ב' נעשו הברורים בבית ד בתל-אביב שנתגרש מאשתו ר' כד"ת ב"ג תמוז תשכ"ד. נשאר לברר רק אם העותרת א. מותרת להינשא וללא זיקת חליצה על פי הצהרתה ועל פי עדותם של שני העדים הנ"ל, וכן אם היא מותרת להינשא לעותר ב. שנישאה לו בנישואין אורחיים כשלוש עשרה שנה לאחר הזמן שלדבריה מת בעלה ד"ר ג. מהפצצה בזמן המלחמה כנ"ל.

א. דעת הרמב"ם ז"ל בפרק י"ג מהל' גירושין אשה שאומרת מת בעלי במלחמה וקברתיו אינה נאמנת, והביא מרן השו"ע דבריו בס"י י"ז סעיף מ"ח בסתם וז"ל: „וכן אם היתה מלחמה בעולם ובאה ואמרה מת בעלי במלחמה, אינה נאמנת וכו' ואפי' אומרת קברתיו, וי"א שאם אמרה קברתיו נאמנת“.

החולקים על הרמב"ם ז"ל הם הרשב"א והריטב"א והטור ו, „נימוקי יוסף“ והרמב"ן והמאירי בחידושיה, דבאומרת קברתיו לא שייך בדדמי כמ"ש „באר היטב“ שם ס"ק קמ"ו, ועי' „אוצר הפוסקים“ שם ס"ק שע"ח אות א' שהביא „מאמרי דוד“ סי' י"ט דכ"ב טור ב' שכן דעת „בעל המאור“ בריש פ' האשה שלום וכ"ד הריב"ש בס"י שע"ז וכן בתוס' חד מקמאי הנדפס בש"ס וילנא דאשה נאמנת לומר מת במלחמה וקברתיו, וכן ב,ים של שלמה" פט"ו סי' ב' פסק כהרשב"א ודעיימיה דמת במלחמה וקברתיו נאמנת, ודלא כדעת הרמב"ם שכ' דאינה נאמנת, ועיקר. וכן ב,צמח צדק" סי' ק"א כתב, הביא דבריו ב,אוצר הפוסקים" שם אות ב' אי אומרת, נהרג במלחמה וקברתיו נאמנת לדעת כל הפוסקים האחרונים ושלא כדעת הרמב"ם. וכ"כ ב,ערוך השולחן" סי' י"ז אות רכ"ט דבאומרת מת במלחמה וקברתיו נאמנת לרוב הפוסקים. ועי' במרן, „בית יוסף“ בס"י י"ז שלאחר שהביא דברי הרב המגיד על הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' גירושין כתב: „כך נראה מן ההלכות (הרי"ף) כשיטת רבינו דהיא במת וקברתיו אינה נאמנת, דדוקא ע"א נאמן אבל היא אינה נאמנת“, כתב על דבריו: „ול"נ דאין הכרע וכו', ואדרבא אי איכא למידק מדברי הרי"ף, איפכא איכא למידק... העד אחד מהזמן משום דמילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר, וכ"ש דהיא עצמה לא משקרת דבלא טעמא דעבידא לאיגלווי, מתוך חומר שהתמרת עליה בסופה לא משקרת“; ונמצא ע"כ למרן, „בית יוסף“ שהרמב"ם ז"ל דס"ל דאינה נאמנת במת במלחמה וקברתיו הוא יחידאה בזה, דגם

הרי"ף ז"ל דס"ל דהיא נאמנת מכ"ש מעד אחד דנאמן באומר קברתי דלא משקר במילתא דעבידא לאיגלווי, מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה לא משקרת. ועי' ב,אוצר הפוסקים ס"ק שע"ח אות ב' שהביא מ,בני משה" ס"י נ"ט שכתב למיעבד סניף בנ"ד דסברת הרמב"ם ז"ל היא סברא יחידית, ועי"ע שם שכתב בין צדדי היתיר גם זה דהוי ספק ספיקא: ספק אי הלכה כהרמב"ם ז"ל או שמא כרוב הפוסקים ואת"ל כהרמב"ם אעיקרא דדינא הוי ספק אי אמרה בדדמי, דלא בודאי אמרינן דאמרה בדדמי אלא חששא הוא דאיכא דילמא אמרה בדדמי, והו"ל ספק ספיקא שמא לאו בדדמי אמרה אלא כך האמת שמת כפי שאמרה.

יב. נ"ל פשוט דאפי' להרמב"ם ז"ל דס"ל דאינה נאמנת במת במלחמה וקברתי, אומרת נפגע בהפצצה ונהרג והייתי בהלוויה של נאמנת, דטעמא דאינה נאמנת במת במלחמה וקברתי מבואר בתשו' הר"ן שהביא ,,בית יוסף" ובתשו' הרא"מ שהביא בכ"מ בפ"ג מה' גירושין זב, בית שמואל" ס"י י"ז ס"ק קמ"ו והובא ב,ערוך השולחן" ס"י י"ז ס"ק ר"ל, אע"ג דבקברתי לא שייך בדדמי, מ"מ חיישינן דמשקרת משום דאין דרך להמתין במלחמה ולקבור אותו שהיא בתולה לברוח, משא"כ באומרת שהיתה בתלויה שלו כנ"ד, שבשעת התלויה אינה בתולה לברוח שהרי אחרים מאנשי הקהל וכן אנשי החברא קדישא שערכו לו הלוויה הלכו אחרי מיטתו מילאו בזה חובתם המוטלת עליהם לקבור את הנפגעים לאחר פינוי ההריסות ולא יעזבו כדומן על פני האדמה, ומה"ת לחוש דמשקרת מאחר שכך הוא הדרך לקבור המתים לאחר ההפצצה? גם לטעם שהביא הלבוש והובא בערוך השולחן שם ובאוצה"פ שם ס"ק רל"ז אות ט"ו, דהא דלא מהני באומרת מת במלחמה וקברתי, אינו משום דמשקרת אלא מחשש בדדמי, דמתוך שהיא בתולה להימלט על גפשה, שמא קברה איש אחר וחשבה שהוא בעלה, טעם זה שייך דווקא במת במלחמה שהיא בתולה להימלט על גפשה ולא כן בני"ד שנערכה לו הלוויה ע"י אנשי החברא קדישא ומסתמא, בהיותו רופא רבים הלכו אחרי מיטתו כאדם חשוב, ודרך הוא שלאחר פינוי הגויות מהריסות ההפצצות ושיבים החיים למסלולם מטפלים בקבורת הנפגעים ובאים בני המשפחה ומוזים את קרוביהם ומוליכים אותם לקבורה, אם היא אומרת שהיתה בתלויה של בעלה, שעה שאינה בתולה להימלט על גפשה למה נחוש דאמרה בדדמי? ושמא אדם אחר שאינו בעלה היה שהלכה אחרי הלוויתו?

גם לטעם שהביא ,,בית חדש" שם וז"ל: ,,אבל באומרת מת במלחמה שהיה מאנשי המלחמה, אפי' אומרת נמי וקברתי אינה נאמנת, ולא משום בדדמי דהא ודאי בדאמרת וקברתי אין לחוש לבדדמי, אלא אנן חיישינן באשה כיון דחזק הוא בדעתה דמת במלחמה דקאמרה ס"ד בכל הני דאיסטול איהו פליט, ומתוך אותו דמיון שחזק בדעתה משקרה וקאמרה וקברתי", י"ל ג"כ דדווקא באומרת שהיה מאנשי המלחמה ומת במלחמה וקברתי, דחזק הדמיון בדעתה שמת במלחמה, דקאמרה ס"ד בכל הני דאיסטול איהו פליט, בתמימה, ומתוך דמיון שהוא חזק בדעתה משקרת וקאמרה נמי קברתי, משא"כ בני"ד שבעלה היה הולך בדרך לבית הרופאים ופתאום הופצצה העיר מאוירוני האויב בזמן המלחמה, ובדרך כלל האויב מפציץ רק מטרות שיש להן ערך צבאי, ואע"פ שלפעמים מפציץ האויב גם אזרחים ללא אבחנה לזרוע בתולה בקרב התושבים, לא שייך לומר כאן משום דכמה אנשים נפגעו ונהרגו בהפצצה מסויימת שכל מי שהיה באותה העת

מהלך בדרך גם הוא נפגע ונחרג, ודאי שלא כל העיר כולה נהרסה בהפצצה ונהפכה לעיי חורבות ולמפולת, דרך אותו המקום שנפלה בו הפצצה מאוירתי האויב הוא שנהרס לבדו ורק אותם האנשים שהיו שם במקרה נפגעו ויש מהם שנפצעו ויש מהם שנהרגו, ואילו מקומות אחרים בעיר עצמה שלא נפלו בהם פצצות ואויב נשאר והם ואנשיהם בריאים ושלמים, ומאן ספין ומאן רקע שבעלה שהיה בדרכו לבית הרופאים הזדמן לאותו מקום, הא ודאי לא ידעה שמת רק לאחר שפוגו ההריסות ואנשי החברא קדישא באו ומיינו את הגויות ולקחום לחדר המיון לבית החולים ושם נקבע מותם של הנפגעים וזיהויים, ורק אז הודיעו על ההרוגים וערכו להם לוויה, ואם האשה אומרת שהיתה בהלוויה של בעלה לא שייך לומר בזה חזק עליה הדמיון שמת ומשקרת, דלמה יש לה הדמיון לומר שמת, שהרי לא היה בתוך בית ידוע שנהרס בהפצצה מהאויב דאז אם כך היה יש מקום לומר דחזק עליה הדמיון שמת, דקאמרה כולו איקטול ואיהו פליט? ומשקרת, אבל לא כך הוא המצב, שבעלה לא היה רק בדרכו לבית הרופאים, ובעת ההפצצה היא לא ידעה היכן היה בכלל, ולא דמי למפולת שאומרת שהיה בתוך בית ונפל עליו הבית ומת, שבוה י"ל חזק עליה הדמיון שמת עם כולו דאיקטול ולא פליט, כיון שהיה בבית שהיה בו מפולת, משא"כ במהלך לדרכו בעיר והיתה הפצצה בעיר והיא לא יודעת בעת ההפצצה היכן היה בעלה, יש לה לומר חזקה שלא מת כרוב אנשי העיר שלא נפגעו מאותה הפצצה ונשארו בחיים, הא לא אמרה שמת רק לאחר שאנשי החברא קדישא באו ופינו את הנפגעים וקבעו את זיהויהם של הפצועים ושל ההרוגים והובילו את האחרונים לקבורה ועשו להם הלוויה, ואם היא אומרת שהיתה בהלוויה של בעלה שנפגע ונהרג בהפצצה לאו בדדמי קאמרת, ולאו משום דחזק עליה הדמיון קאמרה ולאו משקרת היא אלא אמת קאמרת.

ע"כ נלע"ד פשוט דבנ"ד שאומרת שהיתה בהלוויה של בעלה שנפגע בהפצצה מהאויב בזמן המלחמה גם לדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל במת במלחמה וקברתיו אינה נאמנת, מהני כולו טעמי שכתבו, „בית שמואל" והלבוש ה, „בית חדש" כנ"ל אומרת הייתי בהלווייתו נאמנת וכנ"ל, מלבד דסברת הרמב"ם ז"ל דא סברה יחידה וכל הפוסקים (לדעת מרן בב"י דגם הר"ף ז"ל ופליג על הרמב"ם וס"ל דבאומרת מת וקברתיו נאמנת בכ"ש מע"א דנאמן באמר מת וקברתיו, חבלא טעמא דבמילתא דעבידא לאיגלווי לא משקרא יש להאמינה עוד מטעם נוסף דמתוך שהחמרת עליה בסופה לא משקרה כנ"ל) או רוב ככל הפוסקים חולקים עליו וס"ל דנאמנת בקברתיו, ומכ"ש באומרת הייתי בהלווייתו דנאמנת.

ועי' בב"ח שם שלאחר שהביא שני הטעמים כתב דיש נ"מ בין הטעמים לאומרת מת תחת המפולת: דלטעם הראשון דמתוך הדמיון שהוא חזק עליה שמת משקרת ואומרת מת וקברתיו, גם באומרת מת תחת המפולת וקברתיו אינה נאמנת, אבל לטעם השני שכתב ועוד דמסתמא יראה במלחמה לשהות עד שתקברנו ויחשינו דמשקרא, במים שאין להם סוף ומפולת ונחש דאין שם מורא כי אמרה מת וקברתיו נאמנת, ומינה, לנ"ד דאומרת הייתי בהלוויה שלו דאין שם מורא גם לטעם השני דהב"ח נאמנת אפי' להרמב"ם ז"ל, וגם לטעם הראשון.

נוסף למה שרשמתי לעיל דיש להאמינה באומרת הייתי בהלוויה שלו, אני בענ"ד אומר ודוקא אומרת מת במלחמה וקברתיו, שהיא בעצמה ואין אחרים עמה קברה אותו, בזה הוא דמעוזה לשקר לחזק דבריה, שאין מי שיבחישינה, כי לא היה שום אדם עמה

לזהות אותו אם היה בעלה, ולא כן באומרת שהיתה בהלוויה שלו והיינו שהלכת עם אחרים ויש להניח כי היו רבים שהלכו אחרי מיטתו ובהיותו רופא ואדם חשוב, הריהי כאומרת רבים ויהו אותו שהיה בעלה ולא על עצמת בלבד היא סומכת, אלא על אנשי החברה קדישא ואנשי הקהל שהלכו אחרי מיטת בעלה ומסתמא ג"כ שכל הנקברים ע"י הקהילה והחברה קדישא נרשמים בפנקסי הקהל בציון השם ותאריך הקבורה והמקום כמקובל ומפיהם היא יודעת שהולכת אחרי מיטת בעלה, כמו בכל מקרה מות שאין בני המשפחה יודעים שמת מתוך שראו פני מתם, אלא רק המטפלים בדבר, והרופא, אנשי התב"ק וכדו', הם שקובעים שמת פלד' והולכים אחרי מיטתו, וכן בג"ד שאומרת שהיתה בהלוויה שלו, אין לך קביעת ודאי גדולה מזו שמת וז"פ.

ג. אומרת מת בעת ההפצצה על העיר בזמן המלחמה לא הוי החזקה מלחמה בעולם לענין זה שלא תהיה נאמנת להרמב"ם ז"ל באומרת מת וקברתי, ודחוקא אומרת שבעלה מת במערכת המלחמה והחזקה מלחמה בעולם הוא דס"ל להרמב"ם ז"ל דאינה נאמנת בקברתי, אבל אם היא החזיקה מלחמה בעולם ואומרת מת וקברתי אפילו לדעת הרמב"ם נאמנת דשייך מיגו דאי בעיא אמרה שלום בעולם, וכמ"ש „בית שמואל" שם ס"ק ק"ג ו, „באר היטב" שם ס"ק קמ"ט, דאע"פ שבזמן שמת בעלה היתה מלחמה בעולם (מלחמת העולם הב') לא כל מי שמת בשנות המלחמה, גם אם מת על מיטתו או בדרכו בתוך העיר מכדור תועה של האויב או הפצצת אויב על העיר מת במלחמה הוא, דאע"ג דמלחמה בעולם ולפעמים האויב מפציץ את העיר להטיל מבוסה ולעורר פאניקה על התושבים ואזרחים שאינם חיילים לוחמים, כל שלא ידענו שבעלה מת בעת ההפצצה רק מפיה ודאי שיש לנו לומר בחזקת שמת על מיטתו, דמה מוסיף שהיה מהלך בדרך בעת ההפצצה, אימור מחוץ לאזור ההפצצה היה באותה שעה כרוב בני העיר והוא עמהם ושפיר אית לה מיגו, וא"כ גם לדעת הרמב"ם, אומרת קברתי נאמנת, מכ"ש אומרת הייתי בהלוויתו דעדיף מקברתי כנ"ל. ועי' ב, „אוצר הפוסקים" סי' י"ז סמ"ט ס"ק שפ"ד אות ד' שהביא משו"ת „בני דוד" תשרי אחת למתרי"ח אזולאי באשה שנפדית מנשביה ואח"כ העידה שבעלה נהרג במלחמה ע"י הקונאקים ואותה לקחו בשביה, שכתב דאין ספק דנ"ד מיקרי שהחזיקה היא מלחמה, דאנן לא ידעינן אם באו הקונאקים רק מפיה, דאע"פ שהרב השיגו שם מתשרי הרדב"ז סי' רי"ט דאם האשה שבויה לפנינו, אין לך חזקת מלחמה גדולה מזו שהרי לא שבו אותה רק מתוך המלחמה, הנה בנידון דידן דלא ידעינן שהיתה הפצצה רק מפיה, ודאי מיקרי דהיא החזיקה הפצצה בעיר ושפיר אית לה מיגו, ושפיר יש לומר דאפילו להרמב"ם דס"ל אומרת קברתי אינה נאמנת בג"ד נאמנת מכ"ש אומרת הייתי בהלוויתו דעדיף טפי מקברתי במלחמה דנאמנת. וכ"כ „באר היטב" ס"ק קמ"ט והחזיקה היא מלחמה בעולם נאמנת בקברתי אפי' לדעת הרמב"ם מטעם מיגו.

ד. מת רחוק ממקום המלחמה אעפ"י שיש מלחמה בעולם לאו מת במלחמה הוא ואצ"ל קברתי, לדברי הכל, כמ"ש במדרכי ב' תאשה בתרא משם ראבי"ה והרמ"א בתגה"ה שם סעיף מ"ח וכן מרן הב"י העתיק דבריו בארוכה, וז"ל: „וכתב עוד מה שאמרנו שאין נאמן במלחמה, כגון שהולך להילחם או להרוג או ליהרג וזהו בתוך המלחמה, אבל אם היה סמוך למערכי המלחמה לקנות שלל וביזה, בזה לא אמרה בודמי וכו', ועוד לא אמרנון מת במלחמה, אא"כ נהרג או מת במלחמה וכו', ואם מת או נהרג בריחוק מקום שלא היתה המלחמה אינו כמת במלחמה". ומשעתיק מרן

דבריו ב, ובית יוסף" אע"פ שלא הביאם בשולחנו הטחור, ע"כ צ"ל דהכי נמי ס"ל, דגם לדעת הרמב"ם ז"ל דבאומרת קברתיו במלחמה אינה נאמנת, במת רחוק ממקום המלחמה נאמנת, וסמך על המורה שלא יפסוק עד שיראה דבריו ב, בית יוסף" כי שם ביתו, דאי לא הכי לא שתיק מינה בב"י להודיע דלהרמב"ם לאו הכי הוא. ועי' "חלקת מחוקק" שם דנסתפק בזה לדעת הרמב"ם, ה, בית שמואל" שם ס"ק קמ"ט כתב על ח"מ דלא דק, וכן ב, באר היטב" שם ס"ק קמ"ה. ואנן בדין מזהזכיר מרן בב"י דברי הראב"ה וצטטם בארוכה בלי חולק ולא העיר עליהם דבר, ע"כ צ"ל, דגם לדעת הרמב"ם נמי נאמנת דלאו מת במלחמה הוא, שלא בא לסתום אלא לפרש ואי לאו הכי הוא, לא הוה שתיק כנ"ל. הנה ע"כ בנ"ד שבעלה לא הלך להילחם להרוג או ליתרג, רק בדרכו למקום העבודה נפגע ונהרג, ובריחוק מקום ממערכת המלחמה, לאו כמת במלחמה הוא ונאמנת אפי' אינה אומרת קברתיו, דמידי הוא טעמא משום דלאו מת במלחמה הוא, והרי היא כאומרת מת על מיטתו דאינה צריכה לומר קברתיו אע"פ שיש מלחמה בעולם, וכמ"ש ברבינו ירוחם נכ"ג ח"ג הביא דבריו ב, אוצר הפוסקים" שם ס"ק ש"פ, מכ"ש השתא דאומרת מת והייתי בהלווייתו דעדיף מקברתיו. ועי' בית אפרים" ס"ל דהביאו דבריו ב, אוצר הפוסקים" שם אות ב' בע"א במלחמה שאמר על פלוני שמת אצל חיל הצבא וידוע היה ע"פ עדים שפלוני זה היה במלחמה בצבא במלאכת הרקמה, וכתב להתיר ע"פ דברי הרמ"א בשם מרדכי הנ"ל, כיון שידוע שאנשים כאלה אינם באים לאסור מלחמה, רק נוסעים באחרונה קרוב לאנשי הצבא, והעד שאמר שמת אצל חיל הצבא ר"ל סמוך לחיל הצבא, ואפי' אם אומר שנהרג במקום ההוא, אין לחוש, כיון שאינו במקום המלחמה, עכ"ל. ודוק מדבריו ואוקי באתרין דנהרג לא אצל חיל הצבא ולא סמוך לחיל הצבא רק בתוך העיר בלכתו בדרך דעדיף טפי.

ה. המדובר בנ"ד באדם רופא לפי מקצועו ושלום בינו לביתו, ובלכתו בדרך למקום עבודתו לבית הרופאים, הטילו אוירוני האויב פצצות על העיר בוקרשט (רומניה) לפני שלשים וחמש שנה, ובנסיבות אלו אילו לא נפגע ונהרג, כדברי אשתו והעדים אלא חי וקיים הוא, היה צריך לחזור לביתו, ומשלא חזר אומדנה גדולה מסברה, שנהרג דכחוקה דמיא דעדיפא מרוב אפי' להוציא עליה ממון. ולא דמי לטבע במים שאין להם סוף, ד"ל שמא ניצל ויצא במקום אחר, ולא למת במלחמה, ד"ל שנא לא מת וברח או שמא נלקח בשבי ולא היה בידו לחזור. אבל בנ"ד שהלך בדרכו בתוך העיר, אילו לא נפגע ומת, היה צריך לחזור לאחר ההפצצה בו ביום דמי עיכב בידו לחזור, מה גם שעדיין לא חזר ולא שמעו עליו עד היום, אין לך חזקה גדולה מזו שאכן כדברי אשתו והעדים שנהרג. ועי' "מנחת יצחק" ח"א ס"א א' אות ז', הובאו דבריו ב, אוצר הפוסקים" שם סעיף ל"ב ס"ק ר"ס אות י"ז, דבזה"ז בעולם הטלגרף והטלפון הוי אומדנא גדולה זו דאילו היה קיים היה מודיע לביתו, כחזקה דאתיא מכח סברא דעדיפא מרוב אפי' להוציא ממון, והסיק לצרף סברא זו להתיר העגונות שנשארו באושוויץ אף בלא אבד זכרם. מכ"ש בנ"ד דאיכא תרתין, אומדנא גדולה דמוכח שמת משלא חזר לביתו, ועוד דאבד זכרו.

ו. זה שלשים וחמש שנה מאז הפצצת העיר שלא שמעו עליו שנשאר בחיים אי שם בעולם ואבד זכרו. עי' ב, אוצר הפוסקים" שם ס"ק ר"ס אות י"ז ואות כ' שהביא להקת הפוסקים המקילים באבד זכרו כדעת הר"א מוורדון, דמרן הב"י בס"י י"ז שכתב

דאין לדון ע"פ האומדנא דהר"א מוורדון, היינו רק באופן שכתב דר"א מוורדון להתיר מפאת האומדנא לבד, אבל לצורך האומדנא להתיר ודאי יש לנו, מאחר דכלל עניין האומדנא יש לו סימוכין גדולים. וע"ש שהביא דב, ויחי יעקב" סי' ג' אות כ"ז לומד דבר חדש דלגבי דידן אין שום נפקותא במחלוקת על הר"א מוורדון, דעיקר טעם החולקים הוא רק מכח הסוגיא דבכורות (סוף דמ"ו ע"ב) בענין הזכרת מת לפי הפרצוף, דאיתא שם: „כי אקילו רבנן (בעדות אשה) בסופה (לאחר שכיוונו יפה שזה הוא הקילו חכמים, פירש"י), בתחילתה לא אקילו רבנן (אבל בתחילת העדות דהיינו ראית המת לא אקילו, פירש"י). ואי בעית אימא כיור לחד, והזכרת פנים לחד". כלומר דין כיור לגבי לידה לחד ודין הזכרת פנים של מת לגבי זהאי המת לחד. הרי שללישנא בתרא אפי' בתחילתה אקילו רבנן. והחולקים על הר"א מוורדון פסקו אינהו בלישנא קמא ומשום הכי החמירו כמבואר במרדכי להדיא (בפ' האשה יתרא סי' צ"ב) שכתב שם: „ומה שלפעמים הקילו משום עיגונא, מפורש בפ' יש בכור כי אקילו בסופה וכו'". ומזה, עיקר טעמם של החולקים על הר"א מוורדון, אבל לפי המבואר באחרונים מובהקים דהרא"ש והרי"ף והרמב"ם ז"ל ומהרי"ו והנימוקי ותרשב"א ז"ל כולוהו ס"ל כתירוץ בתרא דאף בתחילתה, אקילו בה רבנן, וכן העלו, „תוספות יום טוב" בתשו' גאוני בתראי סי' יור, והרב מלארי בתשו', וכן העלה ב, עזרת יהודה" סי' מ"ב בראיות נכוחות דכל „הנהו ראשונים עליונים למעלה הכי ס"ל דהלכה כתירוץ בתרא. מעתה קמה וגם נמצאה שיטת הר"א מוורדון ושוב מצינו למיסמך עלה לדנא, דמדעת החולקים אין ראיה, דאינהו בשיטתם אולי לפסוק כלישנא קמא משא"כ אנו בדידן יכולים להקל שפיר".

ולענין אורח הזמן כדי שייחשב אבד זכרו, עי' ב, אוצר הפוסקים" שם ס"ק ר"ס אות כ' והלאה שהביא דברי להקת הפוסקים מגדולי האחרונים: „חתם סופר" ח"א סוס"י צ"ב, „חיים ושלום" ח"ב סי' ב', „יד ימין" סי' יור, „אור המאיר" סי' ד' אות י"ד, ומהרש"ם ח"א סי' ו'. רבומנס נשתנו התנאים ואם היה קיים, היה מודיע בטלגראף ובדואר, ובעברו י"ב חודש סגי לעניין אבד זכרו להוציא מאיסור תורה. מכ"ש בזמננו היום שכלי התקשורת בעולם נשתכללו עוד יותר ויותר מאז זמנם של החת"ס וכל הפוסקים הנ"ל, ונוסף לזה שידוע לכל כי מאז מלחמת העולם השניה לאחר השואה, נוסד בכל תפוצות ישראל המוסד המפורסם שע"י הסוכנות היהודית הידוע בשם: מדור לחיפוש קרובים, ואין היום מקום בעולם שאין בו יהודים, וכל אדם אם עדיין קיים יכול היה לאתר את קרוביו באמצעות המדור הזה בכל מקום בעולם, ונוסף לזה שעברו שנים רבות, שלוששים וחמש שנה ולא רק י"ב חודש בלבד, ולא נשמע ממנו ואבד זכרו, י"ל בשופי' רגם החולקים על הר"א מוורדון יורו בני"ד בנסיבות הנ"ל בזה"ו דעברו עליו ל"ה שנה לצורך אומדנא גדולה זו להתיר, כיון דמת במלחמה מדרבנן הוא ולא תינשא לכתחילה, דמשנישאת לא תצא ע"כ צ"ל דמרבנן הוא, ובאבד זכרו אפי' י"ב חודש סגי להוציאה מאיסור תורה כנ"ל והו"ל תרי דרבנן. ובצירוף אומדנא גדולה דמוכח רחוקה שמת, שאם לא נפגע ונהרג היה מיד תזרז לביתו לאחר שנגמרה ההפצצה כיון שהיה בתוך העיר בלכתו לעבודה, וכן בצירוף הנסיבות המיוחדות של נ"ד שעברו זה שלוששים וחמש שנה וכלי התקשורת נשתכללו הרבה בעולם וכן שקיים בכל התפוצות ישראל מדור לחיפוש קרובים, בצירוף כל הני טעמי יש להתאמנה בשופי' שמת אע"פ שאינה אומרת קברתיו, ומכ"ש באומרת הייתי בהלווייתו דעדיף מקברתיו,

ומכ"ש דלא מת במלחמה במקום הצבא להילחם להרוג או ליהרג, אלא רחוק ממקום המלחמה, ומכ"ש שלא הוחזקה מלחמה בעולם בנ"ד רק מפיה אנו יודעים שהיתה הפצצה על העיר דאית לה מיגו לומר שלא היתה הפצצה ומת על מיטתו דאצ"ל קברתיו וכו"ל, ומכ"ש דאית לה עדים שמת דיש להתירה בשופי.

ז. זאת ועוד, דאיכא ס"ס בתרי דרבנן: דדעת הרמב"ם דאינה נאמנת באומרת קברתיו היא סברא יחידאה, ורוב ככל הפוסקים חולקים עליו וס"ל דנאמנת גם באומרת מת במלחמה במערכי המלחמה, ואת"ל דהלכה כהרמב"ם, דמת במלחמה וקברתיו אינה נאמנת, דילמא אמרה בדדמי, מ"מ ספיקא הוא דאיכא, דילמא אמרה בדדמי ודילמא אמת קאמרה, והו"ל ספק ספיקא ועוד דילמא הלכה כהר"א ומוורדון באבד זכרו, ואת"ל דאין הלכה כמותו, דילמא הלכה כדעת הפוסקים בדבומן הזה דאיכא בי דואר וטלגראף, מה גם בזמננו אנו שנשתכללו כל כלי התקשורת יותר ויותר מאז עד ימינו, גם לדעת המחמיר שאין לדון ולהקל כהר"א ומוורדון, בימינו שנשתנו הזמנים ואילו חי וקיים היה מודיע, יש להקל ולפסוק כהר"א ומוורדון, וא"כ הו"ל ארבעה ספיקי בדרבנן: ספק דאין הלכה כהרמב"ם, ואת"ל דהלכה כמותו, שמא אמת קאמרה ולא בדדמי אמרה, ואת"ל דבדדמי קאמרה, שמא הלכה כהר"א ומוורדון כיון דאבד זכרו, ואת"ל דאין הלכה כהר"א ומוורדון, שמא בזה"ו שנשתכללו כלי התחבורה והתקשורת, גם המחמיר יודה דעתה יש להקל כהר"א ומוורדון כסניף להיתר; כל זה אני בענ"ד אומר גם באומרת מת במלחמה בתוך המלחמה וקברתיו, אבל בנדרון ודון כבר נתבאר לעיל דאומרת הייתי בהלוויה שלו, עדיף מאומרת קברתיו, וכן מת בתוך העיר בלכתו לעבודה לבית הרופאים בהפצצה שהיתה בזמן המלחמה ונפגע וגהרג, לאו מת במלחמה הוא ואינה צריכה לומר וקברתיו וכמו שנתבאר, מכ"ש באומרת הייתי בהלוויתו דעדיף טפי מקברתיו כו"ל. ומכ"ש דאיכא בה עוד הנהו ספק ספיקי לטיבותא דיש להתירה בלי שום פקפוק בשופי.

ח. זאת ועוד, ע"י בשו"ת הרא"מ סי' ל"ו, ואע"פ שאין הדבר צריך בנ"ד, מוצאני לנכון להעתיק דבריו כדי להתלמד במקום אחר, וזו"ה"ט באמצע התשובה דף פ"ו סדר א':

„ואע"כ מכיון דאיכא עיגונא דאיתתא דנפיק מינה חורבא, אין ראוי להניח כל התנאים והגאונים המקילים בזה ללכת אחרי המחמירים, שזרי שנינו במס' עדיות למה נזכרו דברי היחיד במקום הרבים, אלא אם יראה בנ"ד דברי היחיד ויסמוך עליו כגון בשעת הדחק כדפירש בעל אור זרוע, שאין בנ"ד יכול לבטל דברי בנ"ד חבירו עד שיהיה גדול ממנו בהכמה ובמניין ואין לך שעת הדחק מזה, שאם תשאר האשה עגונה כל ימיה ודאי נפיק מינה חורבא, ומכל שכן בזמנים אלה שבעונותינו רבו הפרוצות ונתמעטו הצנועות, כל שכן כשהיו המקילים רבים ואחרונים שבודאי ראוי לפסוק כמותם וכו' וכו', אלא שאנחנו הולכים אחרי הגאונים האחרונים וז"ל שפסקו להקל... מכ"ש היכא דאיכא תרתי לטיבותא הראיות והפוסקים יחד לית דין ולית דיין ודאי סמכינן עליהו ופסקינן כוותיהו, ואע"פ שזה הגוי וכו'... שוב מצאתי לרבינו אשר ז"ל בתשובה שכתב, וראוי לכל מורה לחזר על כל הצדדים להתיר עגונות ותביא ראיה ע"ז מכמה קולות שהקילו חכמים משום עיגונא דאיתתא, וחד מהם דאמרינן

בשלהי יבמות מעשה בישראל וגוי שהיו מהלכים בדרך ובא הגוי ואמר חבל על יהודי אחד שהיה עמי בדרך ומת וקברתיו, והשיאו חכמים את אשתו, והרי הגוי הזה לא ידע את שמו, אלא שאמר יהודי נתלוות עמי ומת והיו עדים יודעים שאותו יהודי נתלוות עם זה הגוי, והרי הגוי אומר שמת והתירו את אשתו ולא הצריכו בי"ד לחקור מן הגוי אם היה אותו היהודי שנתלוות עמו, כי שמא אותו היהודי שנתלוות עמו הלך לדרכו ושוב נתלוות אחר עמו ואותו אחר מת, אלא כיון שאותו היהודי נתלוות עמו תלינו בודאי שאותו היה שמת משום עיגונא דאיתתא, וגבי איש פלוני בן איש פלוני נשכו בתש וכו' ופריך בגמ' וכו' ומשני תנא ר' ישמעאל בשעת הסכנה כותבים ונותנים אע"פ שאין מכירים, ופירש"י והאי גמי כשעת הסכנה המיא כי צריכה להתעגן כל ימיה אם לא בתינה עכ"ל ו"ל וכו'... שמע מינה אין ראוי להתמיד בה אלא להקל".

דבריו אלה בקילורין לעינים בזה"ל, ונידון מהם וגוקי באתרין דירדו הדורות פלאים, ואם על בנות דורו אמר הרא"מ דרבו הפרוצות ונתמעטו הצנועות, מה נענה אנן בדור הזה? דודאי יש לנו לעשות כל טעדיק להתיר את העונות הזאת ולסמוך על המקילים, גדולים ורבים הם ולא לעגן בת ישראל בשביל דעת יחיד המחמיר ומשום עיגונא דאיתתא, מ"ש ומכ"ש בני"ד מכל הגי טעמי דאיתנהו לטיבותא וזכמי שגתבאר לעיל, ועי' ב, אוצר הפוסקים" שם ס"ק ר"ס אות י"ז שהביא מתשר' הר"מ אורבאך בס', אגודת אגוד מדברי" ס' י"ז דכיון דיצאה מאיסור תורה בנידון ידיה שהעונות צעירה והדבר נוגע לה עד דכדוכה של נפש, שפיר נוכל לסמוך על דברי יחיד כדעת הר"א מורחגי הג"ל דהיכא דאיכא פלוג' דרבוותא אולינו לקולא, דבשעת הדחק יש לסמוך על דעת יחיד בעיגונא דאיתתא. וכ"כ בתשר' מהר"ש ועליג מבריסק ב, דברים אחדים" אות מ"ג באנשים שאבד זכרם במלחמה י"ב שנים, צירף הא דשעת הדחק כדיעבד דמי. וכן שם ב, אוצר הפוסקים" סוף אות כ"א הביא מתשר' אחיעזר ס' י"ז להתיר בזמן המלחמה אף בלא קברתיו, בצירוף הסברא דאבד זכרו י"ב חודש, רק הצריך שתכלה המלחמה לגמרי ויתחדש הדואר והטלגראף בין מדינה למדינה כשנים כתיקונן, ורק אז אם לא יהיה שום ידיעה, יש לצרף ולהקל באבד זכרו, והנה ע"כ בני"ד שכלתה המלחמה זה שלושים וחמש שנה ואין שום ידיעה ממנו, לית דין ולית דיין להחמיר עליה ומותרת היא לינשא בשופי בלי פקפוק כלל, כצירוף להיתר גם מטעם זה, דשעת הדחק כדיעבד וכל מה שמותר כדיעבד מותר בשעת הדחק, וזכ"ש, שבות יעקב" ח"ג ס' ק"י, הובאו דבריו ב, אוצר הפוסקים" בארוכה בס"ק ר"ס אות כ"א ט. לדעת רבים מגדולי הפוסקים, בעד אחד אומר מת במלחמה א"צ לומר קברתיו. וכ"ה בתשר' מהריב"ל ח"א בלל א' תשובה ב' דף י"ד ע"א: , וזכ"ש ד' ויחזיקו האחרונים הביאו ראיות והסכימו, דאין צריך לומר קברתיו אלא דווקא באשה ולא בעד אחד, ועי' ב, אוצר הפוסקים" ס' י"ז סעיף ל"ג ס"ק רע"ד שם שהביא שיטת גדולי הראשונים דהכי ס"ל דע"א אינו צריך לומר קברתיו חם: רמב"ן, רשב"א, ראב"ד, רא"ש, שאלתות, שלטי גבורים", וכ"כ דעת, נמוקי יוסף". והריב"ש בס' שע"ן כתב דודאי לפי ההלכה ועיקר השמירה בעד אחד במלחמה או במים שאין להם סוף, לא בעינן קברתיו. וכ"כ הר"ן בתשובה ס' ג', כולו ס"ל דבע"א אומר מת במלחמה תינשא לכתחילה אפי' אינו אומר קברתיו. ועי' , אוצר הפוסקים" שם בסוף אות ב' דהביא מ, חזון איש"

חאהע"ז סי' נ"א אות י"ג, דלענין הלכה יש להקל כהרי"ף, כיון דהכריע בשו"ע דבלא קברתיו לא תצא, נוכל לסמוך על דעת הרי"ף שתינשא לכתחילה, ולדעת, ובית שמואל" גם כוונת הרמב"ם קברתיו היינו בשביל חקירת העד שנדע דאינו אומר מאומד תדעת, וא"כ קברתיו לאו דווקא. ושם ב"אוצר הפוסקים" סוף אות ג' הביא מ"לבוש מרדכי" סי' מ"ג, שכתב דבע"א שלא אמר קברתיו יצאה כבר מאיסור א"א בין מדאורייתא בין מדרבנן, דרק משום תקנת העולם אסרו לה הנישואין לכתחילה. וע"ע שם באות ד' לצרף דעת המקילים במת במלחמה בלא אמר קברתיו לס"ס, ע"י בדברי האחרונים שהזכיר שם. ובסוף אות ד' שם הביא סברת „פרח מטה אהרן" ח"ב סי' כ"א בע"א אומר מת במלחמה שלא הזכיר קברתיו בין שאר הטעמים להתיר מחמת ס"ס: ספק אי הלכה כמ"ד דבעינן אמר קברתיו, ואת"ל שכך היא הלכה דבעינן שזכיר קברתיו, הא החשש אינו אלא משום דשמא אמר בדדמי, ואפשר דעד זה יודע תדבר באמת כפי שאומר שמת ולא בדדמי קאמר, וכתב שכן הסכימו על ס"ס כזה מהרח"ש ו, „פני משה" ו, בדרכי גועם" בסי' ס"ד בתשובה ממח"א ברוחו כ' ס"ס זה לסניף, והביא כן מהרח"ש ו, „פני משה" כנ"ל.

ואולם בנ"ד לא עד אחד העיד אלא שני עדים העידו שסיפרו להם השכנים של הנעדר שכולם אמרו שבעלה של המבקשת מר ג. נפטר בזמן המלחמה בהפצצת אוירונים בבוקרשט והשכנים כולם אמרו שמת. ובשנים מעידים שמת במלחמה אפי' לא אמרו וקברנוהו מזותרת לינשא לכתחילה לכל הפוסקים, וזולת הרי"ף ו"ל דמחמיר ומצריך עד דאמרו וקברנוהו וכל הפוסקים חלקו עליו, וכ"פ הרמ"א בתנ"ה"ה שם סעיף ב': „אבל שנים אפי' לא אמרו קברנוהו נאמנים", דבשנים לא אמרינן בדדמי. וע"י ב"אוצר הפוסקים" שם ס"ק שצ"ה אות י"ז עמ' ל"ז טור ב' שהביא מתשו' מהגרא"י קוק ו"ל שב, משפטי עזריאל" סי' ל', דאפי' לא פירש העד המעיד מפי שנים, רק שמע מאנשים, משמע דלפחות משנים שמע, וכבר פסקו מהר"מ מלובלין ו, „צמת צדק" דאחד ששמע מפי שנים הוי כאילו הם העידו לפנינו ולא בעינן שיאמרו קברנוהו. א"כ מכ"ש בנ"ד דאיכא תרי עדים שאמרו ששמעו משכנים, פירוש כל אחד אומר ששמע מפי שנים אותם עצמם או אחרים, עכ"פ שנים מעידים ששמעו מפי שנים שמת במלחמה אפי' לא אמרו קברנוהו מתירין אותה לינשא, מכ"ש בנ"ד דספי שנתבאר לעיל דנפגע ונהרג בהפצצה בתוך העיר רחוק ממקום המלחמה לאו מת במלחמה הוא, דאפי' באשה עצמה נאמנת בלא אומרת קברתיו, מכ"ש בשני עדים ששמעו משני עדים דמיעוט שכנים שנים וכל השכנים לכה"פ שלושה, דמותרת לינשא גם מטעם זה לבדו בשופי בלי צירוף סניפי ההיתר המבוארים לעיל.

אך מה שיש לעיין בהיתר זה דשני עדים, הוא מה שהביא „באר היטב" סי' י"ז ס"ק קנ"ב תשו', „בית יוסף" סי' א' מדיני יבום וחליצה, והזכיר דבריו אלה עמיתי דהא דשנים נאמנים בלא קברנוהו דווקא כשאמרו שראו שמת, אבל אמרו ששמעו שמת אפי' מאה כחד דמי, ומוזה העתו שלא להתיר, ואנא בענ"ד אמינא דאי משום הא, אפי' בעד אחד כבר נתבאר לעיל שדעת רוב ככל גדולי הפוסקים דנישאת לכתחילה אפי' במת במלחמה בלא קברתיו, ומכ"ש דג"ד דנהרג בתוך העיר רחוק ממקום המלחמה, לאו מת במלחמה הוא דגם היא עצמה נאמנת בלא קברתיו, וכ"ש עד אחד דלא אמר בדדמי טפי מאשה, ומכ"ש דאיכא שעת דחק ועיגון וכל מה שמותר בדעבד מותר בשעת דחק ועיגון דיש לסמוך אפי' על דעת יחידים כדברי תרא"מ ו"ל בתשו' סי' ל"ו

כנ"ל, ומכ"ש דרבים הם גדולי הפוסקים דהכי ס"ל ובנ"ל. אלא דעכ"ו דעת מהריב"ל בח"א כלל א' תשובה ט' (יוד) דף ל"ח ע"א בר"ה, ונידון דידן" אינה כדעת, בית יוסף" שהזכיר, באר היטב" בס"ק הנ"ל משמו. וז"ל מהריב"ל שם: ,דהעד לא אמר קברתיו ויש להזכיר להעד הרמב"ם והרי"ף ז"ל וכו', אלא כיון שזה הוא עד מפי עד תלינן להקל לומר העד הראשון קברו. ואפי' היה העד הראשון ישראל אינו מקפיד לספר כל אלה הפרטים וכו', תלינן להקל דדילמא העד הראשון שינה אותו ממקום למקום או שינה אותו ואחרים לפניו ולא חש לומר זה הפרטיות כשסיפר המעשה לעד השני". וכן"ה מתשר מהריב"ל ח"א סי' ט' שהביא דבריו בקצרה, "משנה למלך" בה' גיררשין פ"ג ה"ט דעד מפי עד דכיון דלא בעינן קברתיו דווקא אלא כל שטלטלו סגי תלינן שהעד הראשון קברו או טלטלו. וכן כתב משמו, "כנסת הגדולה" בהגה"ט סי' י"ז ס"ק קע"ב בעד מפי עד תולין להקל שהראשון אמר קברתיו או טלטלתיו (אלא שבכנה"ג ציין על מהריב"ל סי' א' ס"ב סי' י"ג וי"ד ואני חיפשתי ולא מצאתי התשובה כפי שציין ובלא ספק טעות המדפיסים היא) וכן ציין, "כנסת הגדולה" על מהר"י קארו בתשובה י"א (ולא מצאתיה) וכן על תשר מהר"י בצלאל סי' ל"ב והר"א ששון בס"י ט"ו העוד אחרים. ועכ"פ הדבר תמוה ד, "כנסת הגדולה" כתב שמהר"י קארו בתשרי סי' י"א כתב, דעד מפי עד בלא אומר קברתיו מהני ועדיף טפי מעד המעיד בעצמו ומשום דתלינן שהעד הראשון קברו או טלטלו או ראה אחרים שטלטלוהו ושינוהו ממקום למקום כדברי מהריב"ל, שלא כדברי, "באר היטב" שכתב משמו להיפך. וראה, "אוצר הפוסקים" ס"ק שצ"ה אות י"ח ש, "הבצלת השרון" עמד על הסתירה בדברי, "בית יוסף" ומכוח הסתירה בדבריו מסיק דבמעיד ששמע לא חיישינן לבדדמי, "תדא דדברי הב"י סוחרין זא"ז שבתשובה י"א (זו שהזכיר הכנה"ג משמו כנ"ל) בדיני עכו"מ מסיח לפי תומו כתב להיפך דבמעיד ששמע ל"ח כלל לבדדמי וגם הא איכא דעת מהריב"ל דבעד מפי עד לא חיישינן לבדדמי".

וכן ראיתי בתשרי הראנ"ח סי' ע"ה דבעד מפי עד אפי' לא אמר קברתיו מהני וסמך על תשרי מהריב"ל הנ"ל שכתב בסוף התשרי וז"ל: ,אלא שראיתי מגדולי האחרונים שהורו הלכה למעשה בעד המעיד מפי גוי ולא פירש אם א"ל קברתיו דתלינן שהגוי אמר לו דברים המספיקים מחשש בדדמי כמו שתמצא למהר"ר בן לב ז"ל בתשובותיו ולפי דבריו מותרת האשה הזאת". ולשיוב הסתירה בדברי הב"י נלע"ד פשוט דגם מרן הב"י לא יחלוק על מהריב"ל דבעד מפי עד תלינן דהעד הראשון ידע דברים המספיקים להוציא מחשש בדדמי כגון שטלטלו הוא או אחרים טלטלוהו בפניו או שהיה בהלוותו ולא חש לומר הפרטים האלה איך נודע לו שמת פלו' לעד השני, אבל היכא דאין לתלות בכך כגון שהעד הראשון סיפר לעד המעיד כמי שהיה שמח עליו שמת שתוך כדי סיפורו היה מקללו ומוזכירו בגאווה וכו' דשם רשעים ירקב ובאבוד רשעים רנה וכיוצא בביטויים אלה, דעיי' אין לתלות שקברו או טלטלו או שהיה בהלוותו, גם מהריב"ל יחדא דמטבע העניינים בנסיבות אלו ודאי דלא תלינן שהראשון קברו או טלטלו, באופן זה הוא שכתב, "בית יוסף" בתשרי בדיני יבום סי' א' שהזכיר, "באר היטב" בס"ק קנ"ב הנ"ל, "אבל אמרו ששמעו שמת אפי' מאה כחד דמי" ואינם נאמנים בלא קברנהו, ועי' בתשרי הראנ"ח הנ"ל דבעד מפי עד היכא שהיה מקללו ומוזכירו בגאווה וכו', לקבורה ממש אין לספק. ועכ"פ אינני קובע מסמרים בחילוק זה ליישב הסתירה בדברי, "בית יוסף" כי גוף התשובות אינן תחת ידי לעיין בהן.

מוצאני לנכון להזכיר כאן, שבדרך עיוני בספר „תשובות הראנ"ח" מצאתי שהוא עצמו ובתשובה אחרת בס' ס"ה שקיל וטרי טובא בדברי מהריב"ל, דחה ראיותיו וחלק עליו, והעלה דגם בעד מפי עד לא סגי עד דאמר קברתי להרמב"ם; וכן המהרי"ט ח"א חאהע"ז ס' קל"ט (הנכפל) הביא גם הוא דברי מהריב"ל וחלק עליהם ומצא לו סימוכין בתשרי הראנ"ח ס' ס"ט (ט"ס צ"ל ס' ס"ה) שהעמיק והרחיב בביאור הענין וחלק על מהריב"ל; וכן מהרשד"ם בח"א חאהע"ז ס' נ"א הביא גם הוא דברי מהריב"ל גר"ו „תכם גדול שבדורנו" דלפי דעתו אשה זו מותרת דחה ראיותיו וחלק עליו דאין להקל בעד מפי עד באיסור תורה ע"ש. וגראה לכאורה דדברי הראנ"ח בשתי תשובותיו זו דס' ס"ה וזו דבס' ע"ה הן תרתי דסתרין; גם „כנסת הגדולה" בדברי המאסף שהבאתי דבריו לעיל הזכיר תשרי הראנ"ח זו דס' ע"ה בין להקט הפוסקים דס"ל כמהריב"ל דבעד מפי עד לא בעי קברתי אפי' להרמב"ם, ולא זכר תשרי הראנ"ח גופיה בס' ס"ה דפליג על מהריב"ל כנ"ל.

וליישוב הענין דלא תיקשי מדברי הראנ"ח מדידה אדידה י"ל בפשיטות, והדבר הלמד מעניינו הוא, דבס' ס"ה בחשש איסור אשת איש דאורייתא איירי וכתא הוא דפליג על מהריב"ל דס"ל דאפי' בחשש איסור דאורייתא בעד מפי עד לא בעינן קברתי (ועי' ב, פתחי תשובה" אהע"ז ס' י"ז ס"ק ל"ג (ראשון) שכ"כ דמהריב"ל הכי ס"ל דאפילו בחשש איסור אשת איש דאורייתא לא בעי קברתי בעד מפי עד), אבל בחשש איסור אשת איש דרבנן כגון מים שאין להם סוף וכדומה דרוב נטבעים למיתה דמשום הכי אם גישאת לא תצא דיצאה מחזקת איסור תורה וכדו' מודה הראנ"ח דיש לסמוך על מהריב"ל להקל בעד מפי עד דאין צריך לומר קברתי ובהכי איירי הראנ"ח בס' ע"ה.

והרואה יראה דחילוק זה בין חשש איסור דאורייתא לדרבנן, דבר הלמד מעניינו הוא בשתי תשובות הראנ"ח הנ"ל: דבס' ס"ה לא נשאל הרב להשיב הלכה על איזה מעשה שהיה רק בלא שנשאל כתב עיקרי הדינים, כפי שכותב בתחילת התשובה: „ראיתי לכתוב כאן דברים אחדים בדרך כוללת בדת הנשים השוממות" וכו', והיינו היכא דהאשה בחזקת איסור אשת איש מהתורה דבעד המעיד שראה שמת במלחמה דצריך לומר קברתי וכן בטבע בים לדעת הרי"ף והרמב"ם דמדמים מים למלחמה, או בחסרון אחר בעדות כגון במקום שצריך לומר סימנין, אם היה העד בפנינו בזה ס"ל דגם בעד מפי עד הדין כן לדעתו, דלא כמהריב"ל, דמקל בעד מפי עד בזה כאשר יראה המעיין. בגוף התשובה שבה הרחיב הדיבור לדחות דברי מהריב"ל מהלכה וכמ"ש שם: „כיון שיש בעדות ריעותא, ואילו היינו שומעים את העדות מפי הרואה לא היינו מתירין ע"פ עדות סתם בלא קברתי, לא עדיף עד שני זה מגברא דאתי מחמתיה", אבל דברי הרב בתשרי ס' ע"ה מיירי ובעדים שהעידו שהגוי מסיח לפי תומו אמר: „שהיכה יאודי אחד בסכין שהיה צף על פני המים ולקח הבריל מידו והמיתו ובפניו מת, שכיון שאמר שראהו מת בים וכל שהוא בתוך הים לא מיתפת, ומטעם זה נמי לא שייך סברת הרי"ף ז"ל והנמשכים אחריו דבמים בעינן קברתי כמו מת במלחמה... ומשום דנידון זה לא חשיב מים כלל אלא הריגה בעלמא כדכתיבנא... אבל כיון שהמעיד הוא גוי מסיח לפי תומו דעת הרמב"ם ז"ל שהגוי המסיח לפי תומו בעי קברתי, ואיני אומר לחוש לדברי הסוברים דהרמב"ם ז"ל בכל גוי המסיח לפי תומו בעי קברתי שסברא זו נדחת מגדולי הראשונים והאחרונים...", בנידון זה דלא חשיב מים אלא הריגה

בעלמא, כיון שאמר שהכהו בסכין והמיתו בתוך המים ולקח הבריל מידו וראהו מת לפניו ובכגון זו אפי' להרמב"ם ז"ל לא בעינן קברתיו, בזה הוא שהביא דעת מהריב"ל "אחד מגדולי האחרונים שהורה הלכה למעשה בעד המעיד מפי גוי ולא פירש אם אמר לו קברתיו, דתלינן שהגוי אמר לו דברים המספיקים להוציא מחשש בדדמי", זאת כסנף נוסף להיתר בנידון דידיה (לחוש לסברת הסוברים דהרמב"ם ז"ל בכל גוי מסיח לפי תומו בעי קברתיו אע"פ שסברא זו נדחית מגדולי הראשונים והאחרונים כמו שכתב), דבלא"ה אשה זו מותרת לדעתו, אבל אין הכי נמי חולק הוא על מהריב"ל בעיקר הדין דהיכא דהאשה בחשש איסור אשת איש דאורייתא, בעד מפי עד נמי צ"ל קברתיו וז"פ בדברי הראנ"ח בשתי התשובות הנ"ל ודבר הלמד מעניינו הוא.

ועי' במהרשד"ם סי' נ"א הנ"ל דאיתו גופיה חסיק שם דבחשש איסור דרבנן יש לסמוך על מהריב"ל כמ"ש שם וז"ל: "...אשה זו מותרת שיש לסמוך על טעם מהריב"ל, שאפי' תימא שיש לדחות ראייתו כמו שדחתיו מ"מ בנ"ד שאין חשש אלא איסור דרבנן אין לדחותו". גם המהר"ט בתשו' סי' קל"ט הנ"ל סיים: "ודקוק בעדות אשה דאורייתא, אבל באשה זו הרי יצאתה מחזקת אשת איש מהתורה שאין להעמידה בחזקת איסור דיינו שנעמוד במה שהורו רבותינו הרא"מ ומהריב"ל ז"ל אפי' בחזקת אשת איש, כ"ש בזה שאפי' המחמיר וכו'...", אשה זו שיצאתה מחזקת אשת איש מהתורה כ"ע מחדו דתלינן להקל". ועיין עוד בזה בקונטרס, "בת עמי" לתגרי"מ טולדיאנו ז"ל, פ"א אות ט"ז בדין אמירת קברתיו, הביא דברי מהריב"ל בת"א סי' א' וח"ב סי' י"ד והרשד"ם הנ"ל, וכתב שכן נפסקה הלכה כלהקת הפוסקים האחרונים אספם וקיבצם הרב, "שער אשר" אה"ע"ז סי' כ"ז, ו"פתחי תשובה" סי' י"ז ס"ק ל"ג (ראשון) שפקפק בדבר לא ראה דברי האחרונים בזה. ועכ"פ דבר הנוגע לענייננו, גם "פתחי תשובה" עצמו שם כתב דבחשש איסור דרבנן כגון מים שאין להם סוף דרוב הנשבעים למיתה דמשום הכי אם נישאת לא תצא וכדו', יש לסמוך על מהריב"ל בזה דלא כתשו' מהר"ב אשכנזי סי' כ"א ומהרש"ך סי' קפ"ג שנמשכו אחריו להקל בעד מפי עד אפילו בחשש איסור תורה, ע"ש.

נקטינן איפוא דבחשש איסור דרבנן כ"ע מחדו דתלינן להקל כסברת מהריב"ל בעד מפי עד שאין צריך לומר קברתיו, ומינה לנ"ד דאיכא תרתי לטיבותא: חדא דמזכר מסברא שמת משלא חזר לביתו, ועוד דאבד זכרו זה שלוששים וחמש שנה שלא שמעו עליו, ובפרט בזמננו זה דכלי התקשורת נשתכללו יותר ויותר ואילו היה קיים היה מודיע בטלגרף ובדואר, ויצאה ע"כ מחשש איסור תורה ואינה היום אלא בחזקת חשש איסור דרבנן וכמו שנתבאר לעיל, כו"ע מחדו דבנ"ד יש לסמוך על מהריב"ל להקל בעד מפי עד שאין צ"ל קברתיו אפי' להרמב"ם ויש להתיר בשופי אשה עלובה זו גם מטעם זה לבר, מחוץ למה שנתבאר לעיל שאין בנידון זה דין מת במלחמה כלל, וכן דאומרת, "הייתי בתלויתו בתוך העיר עדיף טפי מקברתיו במלחמה אפילו להרמב"ם וכמו שנתבאר.

ועי' עוד בדברי המאסף ב, כנסת הגדולה" שם דציין להקת הפוסקים שהקלו בעד מפי עד בלא קברתיו אפי' להרמב"ם והם: "חומת ישרים" סי' קמ"ז, הראנ"ח ח"א סי' ע"ה הנ"ל, ובתשובה להרב מהרי" קארו ז"ל, סי' י"א מדיני גוי מסיח לפי תומו (והיא התשובה עצמה שהזכיר, כנסת הגדולה" לעיל דמסכים עם מהריב"ל כנ"ל), הרש"ך בח"ג סי' ק"ד. ובעל, "משפט צדק" בח"א סי' ז', כתב דאין לדחות דברי מהריב"ל, וכן

כתב שם שכן מוכיח מדברי הרא"ש ז"ל בתשובותיו סי' ה' ט' ל' וכו', והר"א ששון ז"ל סי' א' נ"ה התיר מטעם ס"ס ומהרר"א בוטון בתשובה כ"י כתב דבאיסורא דרבנן כל מקום דאיכא פלוגתא דרבנותא אי בעינן קברתינו נקטינן לקולא. וע"ש עוד שכתב שראיתי למהרש"ך בחלק א' סי' ז' שכתב דאע"ג דאיכא ס"ס אין להקל מפני שאינו מתהפך, וכתב עליו: „ולא הבינותי זה דתא ס"ס מתהפך שפיר הוא, ספק לא החמירו לומר קברתינו אלא בעד הרוחה, ואת"ל אפילו בעד השומע, שמא הלכה כמ"ד דלא בעינן קברתינו. וכן מצאתי בתשובה כ"י לרב מהרש"ש ז"ל, וא"כ תורה יוצאה בהינזמא להתיר בעד השומע אפי' בלא אמר קברתינו וכמהריב"ל ז"ל, תדא דבאיסורא דרבנן הלכה כדברי המיקל בעיגונא דאיתתא כמהרר"א בוטון, ועוד דהו"ל ספק ספיקא באיסורא דרבנן ומתהפך הוא כנ"ל, ועוד כפי שנתבאר לעיל אפי' לדעת המחמיר במת במלחמה בע"א דצריך לומר קברתינו, גידון דידן לאו מת במלחמה הוא דאפי' אשתו נאמנת בלא אמרה קברתינו כנ"ל.

יוד. זאת ועוד דבגוף הדין שהביא „באר היטב" ס"ק קנ"ב מתשו', „בית יוסף בדיני יבום דבעדים ששמעו שמת אפי' מאה כחד דמו, נלע"ד לומר דבר פשוט מסבירא דדיוקא היכא שיש להניח שכולם שמעו מעד אחד כגון בנמצא הרוג בשדה או בטבע בים והעיד עליו שמת או שמת במלחמה בשדה המלחמה דאין עוברים ושבים שם ולפעמים אחד ניצל ומספר שפלוני נמצא מת וזמי ששמע ממנו מספר לאחרים ואחרים לאחרים באופן העיקר השמועה שמת מעד אחד באה, אבל היכא דידע ודאי שהשמועה שמת באה מפי שנים או יותר שכולם אמרו שמת כבנידון דידן ששני העדים לא רק אמרו ששמעו שמת ותו לא אלא הוסיפו לבאר בעדותם, שהעד הראשון אמר שהוריו היו שכנים עם הנפטר והם סיפרו לו, וכן העד השני הוסיף עוד שהוא עצמו היה שכן שלהם ואם כי לא היה בתלוויה שלו, אבל כל השכנים כולם אמרו שמת וכדבריו בגביית עדותו אמר: „היינו שכנים והשכנים כולם אמרו שמת", והיינו שהוא היה שכן עם הנפטר והיו עוד שכנים נוספים, ובאומרו „השכנים כולם" ע"כ צ"ל כשמע מדבריו שהיו עוד שלושה שכנים אחרים לכה"פ שאמרו לו שמת, שאם היו רק שני שכנים נוספים ולא יותר, היה צריך לומר „השכנים אמרו", ובאומרו „השכנים כולם אמרו שמת" משמע מדבריו שהיו שלושה שכנים או יותר לפחות, ויש להניח שדרו כולם בבנין רב קומות והיו שכנים רבים, ואין לך עדות מבוררת דאין בה חשש דבדמי גדולה מזו, שמאחר שהמדובר במי שנפגע בהפצצה בעיר גדולה כבוקרשט הכל יודעים שהשלטונות אינם מניחים את הנפגעים עוזבים כדומן על פני האדמה כאלה שמתים בשדה המלחמה בדלית ברירה, אלא באים מפנים את הגויות ולוקחים אותם למיון מי לטיפול אם נשאר בחיים, ומי לקבורה, ואלה האחרונים נמסרים לקרובי המשפחה ולקהילה ולחברא קדישא לטפל בהלוויותם ובהבאתם למנוחת עולמים כמקובל, ואם „כל השכנים כולם אמרו שמת" לא אמרו כך רק מתוך ידיעה ברורה שהם או אחדים מהם גם השתתפו בהלוויותיו כיון שהיה אדם חשוב רופא במקצועו ושכן שלהם ג"כ שיצא מביתו ובלכתו לעבודה בדרך נפגע בהפצצה ונהרג. הנה ע"כ בנסיבות הענין בנידון דידן שני העדים שהעידו ששמעו מכל השכנים כולם לאו כחד דמו, גם למרן „בית יוסף" כיון שידע שנפגע בהפצצה בעיר ועדים הראשונים שאמרו שמת היו שכניו וכל אחד מהם סיפר לעדים השניים דברים שהוא ידע בעצמו ולא כדברים ששמע מאחרים ואחרים מאחרים וכגון שהוא עצמו היה בתלוויה שלו וז"פ לענ"ד דגם ל„בית יוסף" לאו כחד דמו.

יא. אם כי מכל הני טעמי תריצי דלעיל מותרת האשה לינשא בשופי מה גם דאיכא עדות ברורה דשני עדים כנ"ל, מוצא אני חובה שלא להתעלם מהערה חשובה שהעיר עמית, והיא דכיון שאשה זו נישאת בנישואין אורחיים בשנת 1953, כשלוש עשרה שנה לאחר שנהרג בעלה לדבריה, עם מר ב. זה שרוצה היא להתיר לה לינשא עמו בחו"ק, איבדה חוקת אשה דייקא ומינסבא דמתוך חומר שהחמרת עליה בסופה דתצא מזה ומוזה וכו' הקלת עליה בתחילתה, דכיון שהיא חיה עמו אין לה מה להפסיד. דאם בעלה חי בלא"ה נאסרה עליו ועל השני ואין לה מה להפסיד וצ"ל לתשו' הרעק"א סי' קכ"ד שפלפל שם עם הגאון הר"י מליסא בעל „חוות דעת" באשה שנישאת בלא עדים ואח"כ בא ע"א והעיד שמת בעלה הראשון קודם שנישאת לזה די"ל דאינה נאמנת להתירה לעמוד עם זה דלא שייך דייקא כיון דכבר נישאת לו ולא תרויח אם תצא ממנו עתה דמ"מ יודה כל החומר כיון שנישאת שלא ברשות וכו'... הרי לנו שאין לקבל דבריה וע"כ העלה דאין מקום להתיר לה לינשא למבקש.

ואע"פ שיש חילוק גדול בין הנושאים, דנ"ד שאני: חדא דאין אנו יודעים שהיתה נשואה לראשון בחו"ק כדת רק מפיה, ואדרבא הדעת נותנת דכשם שנישאת לשני בנישואין אורחיים בלבד כך היתה נשואה לראשון בלי חו"ק, שלשאלת ביה"ד למה היתה נשואה לראשון בחו"ק ולשני בנישואין אורחיים בלבד, עתה והסבירה כי אז לפני שנים רבות התחתנו ברומניה בחו"ק כדת ככל שלומי אמוני ישראל, ואולם כשנישאת לשני והיו הקומוניסטים בשלטון נישאת לו בבוקרשט רק בנישואין אורחיים כי הקומוניסטים התנגדו לנישואים דתיים בעת נישואיה לשני בשנת 1953, וא"כ יש לה מיגו דאי בעיא אמרה שגם לראשון היתה נשואה רק בנישואין אורחיים בלי חו"ק, ועוד דלא נאסרה לשני רק משום דשוויא נפשה חתיכה דאיסורא עליו, בזה שאומרת שהיתה נשואה לראשון בחו"ק כנ"ל, ולרוב הפוסקים עניין איסור שוויא אנפשא חתיכה דאיסורא מדרבנן הוא ולא שייך לומר עליו אסורה לבועל מונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל מדאורייתא, וכעין שאמרו בהאשה רבה (סוף דצ"ד ע"ב): אשתו דבמזיד אסירא מדאורייתא גזרו בה רבנן, אחות אשה דבמזיד לא אסירא מדאורייתא לא גזרו בה רבנן, וכן עיקר; ועוד י"ל: דדווקא בנישאת לשני הוא די"ל דאסורה לראשון דכיון דצריכה גט משני מדבריהם, שלא יאמרו גירש שני ונשא ראשון והו"ל מחזור גרושתו לאחר שנישאת, אבל בוינתה דאינה צריכה ממנו גט, י"ל דלא אסורה חכמים לראשון ואם יגרשנה ראשון אף דאסורה לשני לראשון מיהא שריא.

ומצאתי שכן כתב „משנה למלך" בפ"י מה' גירושין ה"ד וז"ל: „ומהו נראה דנ"מ להיכא דוינתה דסברה שמת בעלה דבונות פשיטא דלא בעיא גט, וא"כ אליבא דרבינו אף דאסורה לשני לראשון מיהא שריא דהא ליכא שום חששא".

וא"כ בנ"ד שנישאת לשני בנישואין אורחיים בלי חו"ק אפי' את"ל דשוויא אנפשא חתיכה דאיסורא מדאורייתא, הנ"מ היכא דנישאת לשני בחו"ק כדת הוא דנאסרה על הראשון, אבל בנישואין אורחיים דכונות דמיא ואינה צריכה ממנו גט, לראשון מיהא שריא, לדעת רבינו כדברי „משנה למלך", וא"כ יש לה עדין חוקת דייקא ומינסבא בחו"ק כדת דתצא מזה ומוזה וכן לענין בניה שלא יהיו ממזרים מהשני, אם הראשון חי וקיים הוא, את"ל מצאתי ב„אוצר הפוסקים" סי' י"ז סעיף ב' ס"ק ת"כ אות ז' שהביא דברי „משנה למלך" הנ"ל ובהערה בשולי הדף הביא מ„חבלים בנעימים" ח"ג סי' ע"ו דבוינתה לא שייך להצריך גט מהנואף דונות ידעו דפריצותא היא ומסתיע גם

מרש"י (גיטין ד"פ ע"ב), וכן, בית מאיר" לסענ"ח שכתב גם הוא דבזינתה ע"פ עדות שמת בעלה דל"ש גזירה דמחזיר גרושתו דגירשה מותר להחזירה, וע"ש שהביא דעות הפוסקים בזה וכן, תזון איש" סי' כ' (בהוצ' תשי"ח) אות ה' דכן מעיקר הדין בזינתה מותרת לבעלה רק כתב דמ"מ נראה דלא פלוג, וא"כ שפיר י"ל בנ"ד דעדיין יש לה חזקת דייקא כנ"ל.

יב. אלא דגם מעיקר הדין בבא ע"א לאחר שנישאת בחו"ק (ולא כנ"ד שנישאת רק אזרחית בלי חו"ק) והעיד שמת בעלה לפני שנישאת לזה, יש להתבונן, דנהי דכבר נישאת, אכתי יש לומר דלא נישאת רק אחרי דדייקא שפיר שמת בעלה, ומתחבא תיתי לבדות חילוק מלבנו בין בא העד לפני שנישאת לבא לאחר שנישאת ולאוסרה עליו והוא עיגונא דאיתתא שהקילו וכו' חכמים? ועוד, דעיקר הטעם דתאמינו ע"א, ולכמה פוסקים נאמן הוא מדאורייתא, משום דבמילתא דעבידא לאיגלוזי לא משקרי אמינשי מ, לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת" —, לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא בעדות אשה", כדאיתא בסיפרי (דברים יט, טו), אלא משום דדייקא לא אחמירו בה רבנן, ונהי דצריכים לשני הטעמים טעמא דעבידא לאיגלוזי וטעמא דדייקא, מנ"ל לומר דהיכא דכבר נישאת ל"ש טעמא דדייקא, אדרבא כל שלא נתפרש בגמ', יש לנו לומר דגם בכבר נישאת, לא נישאת רק אחרי דדייקא שמת בעלה ויש לנו להתאמין לעד אחד גם בבא לאחר שכבר נישאת כיון דנאמן הוא מהתורה משום מילתא דעבידא לאיגלוזי, ועוד גם לאחר שנישאת, דייקא כדי שלא תעשה בניה ממזרים ממנו, ולא הונח לי עד שעיינתי בכל שלוש התשובות דרעק"א סי' קכ"ג וסי' קכ"ד וסי' קכ"ה, וב"ה שכוונתי לדעתו בסוף דבריו, כאשר יראה הרואה בתשובות הנ"ל דלהלכה הסיק לבסוף דלגבי האשה עצמה אף שנישאת בלי שום עדות והעד בא לאחר שנישאת ויושבת תחת בעלה בלי שום דיוק מהני, וכן גם לגבי בניה לאחר מיתתה, אע"פ שהעד אינו בא להתירה היא עצמה שכבר מתה ולא שייך לומר בה משום עיגונא ולגבי בניה להוציאם מחשש ממזרות צריך עדות גמורה, אפ"ה התיר לבסוף גם את בניה כמ"ש בתשו' סוס"י קכ"ג ד"ה, "אמנם יש לצדד" וז"ל: "דאף במעיד לאחר מיתתה מהני, כיון דחזינן דחז"ל תאמינו לע"א מחמת סיועה דדייקא דמחזיק לאמת העד ומשום עיגונא אף שמעיד אחר מיתתה, מ"מ יש בפנינו ב' הסברות א' עדות העד, ב' סיועה דייקא דאמרנן אין דרך אשה להינשא לאחר מחמת החומר בסופה וניכר לאמת שר"ש * אמר כן והיא דייקא ונישאה, ובצירוף שתי הסברות (עדות העד וסיועה דייקא) כמו דמקילין משום עיגונא, ה"נ במקום דחק ועיגון לפוסלו מקהל דאין לך עיגון גדול מזה... ואם יסכימו להתיר וכו'... הנני נטפל להעדפה יתירה בכוחא דהיתרא כנלע"ד". וכן בסוף התשובה סי' קכ"ה כתב וז"ל: "ומ"מ ביסוד הדין בנ"ד יש לדון הרבה בהיתר, די"ל דמ"מ יש על האשה חזקת היתר דדייקא, כיון דנישאת מסתמא דייקא, ואף דאין אנו דנין על האשה סעת (שהעדות היה לאחר מיתתה בנידון השאלה כנ"ל), מ"מ כמו דמקילין בעדות ע"א משום עיגונא בצירוף דייקא, ה"נ י"ל דאין לך עיגון גדול מזה להתיר הוולד בישראל ע"י ע"א בצירוף חזקת דייקא, וכיון שהעיד עתה שמאז קודם שנישאת אמר אחי בעלה דשמע שמת, י"ל דמסייע לזה שבדאי כך היה, דאילו לא כן לא היתה נישאת לאחר והוי סיועה דייקא וכו'...

וכאשר אצל ידידי מעכ"ת הגאון נ"י בתחלט להתיר הגני נטפל להתיר ונימשיי כשיבא מכשורא", והמעין ג"כ בכל התשובה דסי' קכ"ד יראה כי כל התשובה נכתבה לפלפולא בנושא ונותן בשאלה ולא שדעתו להלכה לאסור, ואדרבא מסוף התשובה דסי' קכ"ד יראה הרואה דדעתו להלכה להתיר כמ"ש שם בסוף: „ואך עדיין י"ל למ"ש במכתבי הראשון (תשובה דסי' קכ"ג) כיון דחז"ל האמינו לע"א בצירוף דייקא במקום עיגון, ה"נ כיון דהעד אמר כן קודם שנישאת (פירוש שהעד העיד לאחר שנישאת אבל אמר בעדותו שמת בעלה קודם שנישאת לזה כמפ' בגוף השאלה בריש סי' קכ"ד), ובפרט כפי דברי מעכ"ת הגאון נ"י דהנישואין בעצמם היו דייקא, י"ל במקום סברת דייקא ועדות עד אחד כמו דהקילו במקום עיגון, ה"נ הקילו במקום עיגון לפוסלו לקהל". ועי' עוד בתשו' הרעק"א עצמו סי' ק"ל שהשיב להחכם המובהק רבי מאיר גבאי בד"ה „עוד יש לדון" (וציין על תשובה זו בן הרב המחבר בסי' קכ"ג בסוד"ה וביותר בסוגרים פוק חזי ועיין וכו'): „דזה איזה שנים... עובדא באשה שבעלה הרחיק ממנה זמן רב והיא זנתה תחתיו ואח"כ בא עד אחד והעיד שמת בעלה... והרהרתי דאולי עיקר דייקא, היינו מה שתצא מבעלה הראשון אבל בזינתה דאסורה לו... לא מיקרי חמור וכו'... אך אח"כ היה לי ויכוח בזה היסוד עם הגאון אב"ד דליסא מ' יעקב וצ"ל בעל חוות דעת והסכים דזה מיקרי חומר, וכן הסכים חתני הגאון רבי משה נ"י אב"ד דק"ק פרעשבורג, ואני בעוניי הוכחתי זה בראיות ברורות"; ועי' בסי' קכ"ה לרעק"א ז"ל בויכוח שהיה לו בזה עם הגאון מליסא ז"ל מד"ה „תו כתב מעכ"ת", דבזינתה תחת בעלה חלך למדה"י והעיד ע"א שמת בעלה וניסת להבועל באיסור א"כ יהיו הבנים ממזרים כיון דבלא"ה תצא מזה ומוזה, אלא ודאי דמכל מקום דייקא שלא תעשה בניה ממזרים ומשום כתובה ושאר דברים שיש לה מהשני", ע"ש דמועיל עדותו שלא יהיו הבנים ממזרים ומשום חזקת דייקא בשבילם שלא ייעשו ממזרים.

עכ"פ למאי דקמן כפי שנתבאר, הרעק"א ז"ל בסוף חבריו העלה להלכה במי שנישאת בלי עדות ואח"כ בא הע"א והעיד שמת בעלה קודם שנישאת לזה דאכתי אית לה חזקת דייקא ומינסבא בצירוף עדות העד דלא נישאת אלא לאחר דייקא שבעלה מת שלא תעשה בניה ממזרים משני, ולא רק לגבי האשה עצמה אמרינן הכי דאיכא עיגונא דאיתתא, אלא אפי' כבר מתה ואנו דנים על הבנים, אפי' גם בהם אמרינן אין לך עיגון גדול מזה לפוסלם בקהל. מה גם דכפי שהזכרתי לעיל דלדעת „משנה למלך" כה' גירדשין ה"ד דווקא נישאת הוא דאסורה לראשון, משא"כ בזינתה דיוצאה בלא גט משני דמותרת לראשון דל"ש חששא דמחזיר גרושתו מאחר דמגרש ראשון ויוצאה משני בלא גט כנ"ל, ושפיר דייקא לינשא בחו"ק כדת שלא תיאסר עליו אם נשאר בחיים. ועיין „פתחי תשובה" אבה"ע סי' י"ז ס"ק י"ג שהביא דברי רעק"א ז"ל בג' התשובות הנ"ל להתיר כנ"ל, וציין עליו בקצרה „אוצר הפוסקים" ס"ק כ"ט אות י"ג ע"ש. יג. לאור כל הגי טעמי תריצי הנ"ל מחליט אני בענ"ד להתיר למבקשת א. לינשא בחו"ק כדת עם ב. וכלי פקפוק בשופי בלי זיקת חליצה, ואוסף להזכיר מ"ש „שבות יעקב" ח"ג סי' ק"י הביא דבריו באורך ב„אוצר הפוסקים" סי' י"ז ס"ק ר"ס אות כ"ה שכתב דשעת הדחק עדיף מדיעבד, וכתב שם עוד משמו ששעת הדחק גמור אולי לא מיקרי אלא בפרוצה ביותר דחיישינן שתצא לתרבות רעה וקלקלתה תקנתה יותר מבת ישראל צנועה דאינה חשודה על כך, ואע"פ שאין הדבר צריך לנ"ד, דלאו

משו"ה ח"ו הוא דשרינן לה, דשהתה י"ג שנים לאחר שנהרג בעלה ונישאת בנישואין אורחיים כי במקומה בעליית הקומוניסטים לשלטון בבוקרשט בשנת 1953 נבצר ממנה לינשא בחו"ק כדת כפי שנישאת לבעלה הראשון כנ"ל, אלא מכל הטעמים הנזכרים ע"פ ההלכה כנ"ל, בכ"ז מצאתי לנכון להזכיר דברי „שבות יעקב" כדי להתלמד במקום אחר.

שלמה ילון — אב"ד

על יסוד הצהרת המבקשת וגביית עדות המצורפות לתיק, ביה"ד קובע כי המבקשת א. נתאלמנה מבעלה ג. בלכתו לעבודה בעיר בוקרשט (רומניה) שנפגע בהפצצת אוירונים על עיר זו במלחמת העולם השנייה ונהרג ולא השאיר בנים, אבל גם אחים לא היו לו.

לאור האמור ביה"ד פוסק ומחליט ברוב דיעות ומתיר למבקשת א. הנ"ל להתחתן בלי זיקת חליצה עם מר ב. שעמו חיה מאז מות בעלה ג. הנ"ל.

ניתן היום י' באלול תשל"ה.

תיק מס' 925/92

בבית הדין הרבני האזורי רחובות

בפני כב' הדיינים: הרבנים זבולון גרז — אב"ד, אברהם יצחק לנאל, עזרא בצרי

בענין :

התובעת : א. (ע"י ב"כ עו"ד ירון)

נגד :

הנתבע : ב. (ע"י ב"כ עו"ד מרדכי גוטליב)

הגידון : חלוקת רכוש ותוספת כתובה במחוסר כח גברא

תביעת אשה נגד בעלה לאחר שהסכימו להתגרש משום שהוא מחוסר כח גברא, שישלם לה גם תוספת כתובה וחצי הדירה הרשומה ע"ש שניהם ועוד תביעות כספיות שונות. — טענת

הבעל שלא מגיעה לה תוספת כתובה ושאת הדירה קנה מכספו. — מה היא ההגדרה של חוסר כח גברא. — בחינת הדיינים בכנות טענות הצדדים. — דרך הפשרה של ביה"ד. — האם המגרש את אשתו בגלל חוסר כח גברא חייב בתוספת כתובה.

מסקנות

- א. בית הדין הפוסק בחלוקת רכוש בין בני זוג המתגרשים בדרך פשרה עליו להביא בחשבון את הכתובה ותוספת כתובה.
- ב. בדין חוסר כח גברא אין הבדל אם הסיבה היא גופנית או נפשית, או שסובל מפליטה מהירה.
- ג. קובעים דין, מחוסר כח גברא לבעל שאינו מסוגל לחיות עם אשתו, אף כשהוא ראוי לחיות עם נשים אחרות באורח תקין.
- ד. בית הדין אינו מתחשב במי שפתח ראשון תיק לגירושין או לשלום בית כהוכחה חותכת שזו רצונו, אלא בוחן את טענות הצדדים ומברר לפיהן את המצב לאמתו מי פניו לשלום ומי מעונין בגירושין.
- ה. כשעושה בית הדין פשרה בין בעלי הדין אינו חייב לפשר בין טענותיהם אלא קובע להיכן נוטה שורת הדין ולפעמים מקבל לגמרי התביעות של צד אחד.

דעת הרוב

חולקים הפוסקים כשהבעל מודה שאין לו כח גברא ויש לו פליטה מהירה אם חייב בתוספת כתובה ולכן יכול המחזק לטעון „קים לי כדעת הפוסקים לטובתו“.

דעת המיעוט

כשהבעל מודה שאין לו כח גברא, ובמרט כשיש לו קישי אלא שהפליטה מהירה, דעת כל הפוסקים שחייב בתוספת כתובה, ואף אם יש חולקים אינו יכול המחזק לאמר קים לי כמותם, מאחר ורב האי גאון מחייב ויתכן שלא ראו דבריו ולוא הין רואים דבריו, היו משנים דעתם.

פסק-דין

הוגשה בפנינו תביעת גירושין מהגב' א. מבעלה ב. עילת התביעה היא חוסר כח גברא. ואף הבעל מודה שאינו יכול לקיים יחסים מאז שנישאו בני הזוג ביום 20.6.72. וכן הובאו עדויות רופאים בקשר לכך. אחר דין ודברים פסקנו ביום י"ח כסלו תשל"ה (2.12.74) שהבעל חייב לגרש את אשתו ועליהם להגיע להסכם תוך שלשה חדשים, ובמידה ולא יגיעו להסכם ייקבע תאריך לדיון להשגת פשרה בין הצדדים. שגי הצדדים מסכימים עקרונית להתגרש, אולם באשר לחלוקת הרכוש חלוקים ביניהם, ומאחר והצדדים לא הגיעו לפשרה נערך דיון שבו התאמץ מאד ביה"ד להשיג פשרה בין הצדדים, אולם ללא הצלחה. ועל כן הוחלט שכל צד יגיש סיכומי טענותיו וביה"ד יחליט על חלוקת הרכוש.

הרכוש כולל:

א. דירה בת שני חדרים וחצי, מטבח ונוחיות, שיש עליה משכנתא בסך 15.000 ל"י לבנק טפחות.

ב. ריהוט ומטלטלים, שיש למנות את החשובים שביניהם ארון קיר, מטה, שלחן וכסאות, תנור בישול ואפיה, פריג'ידר, טלוויזיה ופריטים שונים.

יש לציין שהדירה רשומה בטאבו על שם שני בני הזוג בחלקים שווים ונקנתה לפני הנישואין על שם שניהם, ונרשמה אחר הנישואין בטאבו על שם שניהם ובכדי לחסוך אגרת טאבו בהיות האשה בתו של חלל צה"ל.

עיקר טענות הבעל לחלוקת הרכוש הם:

א. ללכת אחר מי שהשקיע את הכספים, ולדבריו בכספו בלבד נקנתה הדירה במחיר 51.000 ל"י ועם התוצאות אחרות בסך 3.590 ל"י והריהוט נקנה על ידו בלבד במחיר 11.348 ל"י.

ב. אמנם האשה הביאה סך 10.000 ל"י, אולם כסף זה הוצא להתוצאות תהלוואה, לעריכת התחננה בסך 6.000 ל"י והיתר להתוצאות שוטפות.

ג. הדירה נרשמה על שמה מתוך לחץ עוד לפני הנישואין, כי הרישום היה תנאי לנישואין ונראה שרצתה לסחוט רכוש,

ד. באשר לכתובה בסך 50.000 ל"י, חתם מבלי לחשוב על התוצאות ועוד שזו פשרה ונהוג שמוותרת, ועוד שלא מגיעה לה כתובה ותוספת כתובה, ואף ביה"ד לא געתר לבקשת האשה לגבות כתובתה מיד ומשמע שהפסידה כתובתה.

ה. מאחר והאשה לדבריו לא השקיעה דבר בדירה ובריהוט, רצונו שהדירה כולה תועבר לשמו ומוכן לתת לה סך 30.000 ל"י ומהמטלטלין את תנור הבישול ומכונת הכביסה או שווים.

עיקר טענות האשה הן:

א. כתובתה בסך 50.000 ל"י, כי מעולם לא פסק ביה"ד שאין לה כתובה ותוספת.

ב. באשר לדירה, אין סמכות לביה"ד להתערב ברישום הטאבו אלא אם כן הוכח שהושג שלא כדין, ולחילופין היתה זו מתנה מצד הבעל ואין הוא יכול לחזור בו.

ג. ואלה הכספים שהביאה האשה לדבריה:

1. עשרת אלפים ל"י שנתנה לבעלה;

2. חפצים בסך 5.000 ל"י;

3. חסכון אגרות טאבו ומס-קניה 3.500 ל"י;

4. מתנות מקרוביה 2.500 ל"י;

5. צ'קים דחויים 2.000 ל"י למכונת כביסה ותנור;

סה"כ 23.000 ל"י.

ד. האשה עבדה אחר הנישואין והכניסה 7.000 ל"י והקבלות של הדירה שולמו בחלקן אחר הנישואין. ולמעשה מסכימה היתה האשה לחלוקת כל הרכוש שזה בשווה.

אלה הם הטענות בקצרה. ומתוך פסק הדין יתבארו עוד טענות ועובדות. בתחילה נבאר שלא היה מקום להאריך בהם, בתקנה לשלום בית, ומאחר ובית הדין נוכח שאין סיכוי לכך, ובפרט מאחר שהבעל שהיה צריך לנקוט יומה לטפל בעצמו, לא בלבד שלא עשה כן, אלא אעפ"י שאשתו לאחר השפעות לקחה אותו לרופאים, לא עשה מה שהורו לו לעשות, והרופא העיד בפנינו שהסיכוי להתרפאות זה כשטר ללא תאריך, על כן אין ספק שלטובת הצדדים, הגירושין הם הכרחיים ומועילים ויפה שעה אחת קודם.

נבאר עתה אם מגיעה לאשה כתובה ותוספת כתובה. אמנם טען ב"כ הבעל שביה"ד כבר פסק שלא מגיעה לה והתבסס על זה שב"כ תאשה דרש מיד את הכתובה והתוספת וביה"ד בפסק דינו לא התייחס לבקשה זו, ומה למד שלא מגיעה לאשה כתובה אולם אין צורך להאריך בזה שכתובה לא ניתנה לגבות רק לאחר הגירושין או מיתת הבעל וכמ"ש בשו"ע אבהו"ז סי' צ"ג סעי' א'. וזוהי הסיבה שלא התייחסנו לבקשת גביית הכתובה אולם ביה"ד לא פסק כלל אם מגיעה לאשה זו כתובה ותוספת או לא.

ואף מה שכתב, שלפנינו הסדר פשרה וידוע שהאשה מוותרת על כתובתה, ואין היא יכולה לדרוש אותה, אף זו טעות בידו, כי בכל פשרה שעושה בית הדין כשמגיעה לאשה כתובה ותוספת, מביאים בחשבון בפשרה זכותה זו, ומה שנהגים כשעושים הסכמים אצל עורכי דין בכל תביעות הממון לרשום שהאשה ויתרה על כתובתה, הוא מחמת שפיצו את האשה בממון שמקבלת בצורות שונות ולזה היא מוותרת על כתובתה, ואין צורך להאריך שאף אם נפסק בממון בדרך של פשרה, יש להביא בחשבון תמיד בגובה הפשרה זכות האשה לכתובה ותוספת, ועל כן נדון עתה בזכויות אלה. דין זה נשאל מרב האי גאון (,תשובות הגאונים", תורתם של ראשונים סי' י"ט) וראוי להביא לשונו ולבארו כי דברי הגאונים דברי קבלה הם, וז"ל:

„רששאלתם פנוי הנושא אשה ואינו יכול לבעול אותה והיא בבתוליה. והוא אימר אסרו אותי הריני בודק את עצמי באשה אחרת, והיא אומרת לו מה אעשה לך הרי מסרתי לך עצמי, תצא ממנו בכתובה ותוספת ובדוניה שלה או לא?

כך ראינו שתצא ממנו בכתובה ותוספת ונדוניה, שכיון שמסרה עצמה לו והוא אינו יכול לבעול, נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו, ונותן לה כתובה ותוספת ונדוניה שהביאה עמה מבית אביה ומגרשה ומה שאמר אבדוק את עצמי באחרת, אם רוצה, מנחת אותו. ואם לאו, אין מנחת, שכך אמרו חכמים אמר איזול ואבדוק נפשאי באתתא אחרייתי אמר ר' אמי אף בזו יוציא ויתן כתובה. הלכך אשה זו נוטלת כתובה ותוספת ונדוניה ורוצאה.”

המונה ל, אמרו אותי” שטוען הבעל הוא מין ממני הכישוף שהיו עושים למנוע קיום יחסים בין הזוג, כמו שכתב יונתן בן עוזיאל על התורה (דברים כ"ד ז): „ולא יהיו גבר אסר וחתניו וכלין בחדשין”, כלומר, שלא יהיה אדם קושר חתנים וכלות בכישופים. אולם במה שפסק הגאון כר' אמי ביבמות ס"ח, קשה, שהרי רבא חולק עליו וסובר שנושא אדם כמה נשים על אשתו ובלבד שיכול לפרנסם, וכן פסקו כל הראשונים, דרבא בתראה הוא.

ויש ליישב בדוחק שכוונת הגאון בנידון ידידה אף לרבא הדבר תלוי ברצונה. שבגמרא מבואר שהיתה מחלוקת בין הבעל לאשה, שהבעל טוען שהיא הגורמת, והיא טוענת שהוא הגורם, וכיון שיש הכחשה ביניהם כשרוצה לבדוק עצמו ולברר הדבר במי מוטלת האשמה, פסק רבא שבדיו הדבר כיון שיכול לשאת אחרת. אבל בנידון הגאון שהוא מודה שאינו יכול לבעול אותה, רק שטוען שהסיבה אינה ממנו אלא מחמת הכשפים, אחר שהודה שאינו יכול לבעול אותה, אין היא חייבת להמתין עד שישא אחרת. ומה שכתב דברי ר' אמי כן דרך הגאונים לקצר ולכתוב הראיה הפשוטה הקודמת, וכדאי לסבול דוחק זה מלעשות מחלוקת חדשה. ועי' ב, גתיות המשפט" על רבינו ירוחם דף רכ"ה מה שפלפל בתשרי הרא"ש כלל ל"ג סי' א' שנראה שפסק כר' אמי.

ויש לדקדק עוד בתשובה זו, דלשם מה רוצה הבעל לבדוק עצמו באשה אחרת, שהרי אפילו נתייחס שיכול לבעול אשה אחרת, סוף סוף אשה זו אינו יכול לבעול וחייב לתת לה כתובתה, דבגמרא שהבעיה היא מי עקר, הבעל יכול להוכיח שאינו עקר והיא עקרה כשישא אחרת. אבל כשאינו יכול לבעול אותה מה איכפת לה כשיכול לבעול אחרת, הרי כתב, "בית יוסף" בס' קנ"ד משם, "אורחות חיים" שאפילו יכול הבעל לבעול אחרת, יוציא ויתן כתובה שאומרת לו מה אעשה לך, ולא מציינו חולק על זה.

ויש ליישב כמו שכתב בס', "גבורת אנשים" סי' ס"ו, והובא ב, פתחי תשובה" ס"ק י"ח, שפירש דינו של ה, "אורחות חיים" שמדובר באדם שיש לו קצת גבורת אנשים ואשה זו רחמה צר, ואילו היתה לו גבורת אנשים לגמרי היתה יכול לבעול, ועל כן אומרת האשה מה אעשה לך, אבל אם היתה לבעל גבורת אנשים לגמרי ואינו יכול לבוא על אשתו מחמת שאינה ראויה לביתה, כמ"ש בשו"ע סי' קי"ז ס"ב כיון שהיא הגורמת אין לה כתובה. ואף בנידון הגאון יש לומר שכאשר יכול הבעל לבעול אשה אחרת, יאמר לה את היא הגורמת מחמת הכישוף שפעל בך שאיני יכול לבעול אותך. ואף שאין זה דומה לגמרי להא דסי' קי"ז ששם אינה ראויה לאיש שבדקה נשים, מה שאין כן בכישוף שיכולה לומר שאעפ"י שיכול לבעול אחרת, אין זה מוכיח שהיא הגורמת, שאפשר שהכישוף פועל ששניהם בלבד לא יוכלו לקיים יחסים, אף שכל אחד בפני עצמו בריא, אם כן מדוע תפסיד כתובתה. לזה יש לומר שכל שהסיבה ששניהם יחד אינם מתאימים אין לה כתובה, וראיה לזה מגמרא יבמות הנ"ל כאשר הבעל נושא אשה אחרת ויכול ללדת, זו הוכחה נגד האשה ומפסידה כתובתה, אף שיש לומר שאין האשמה בה ואולי הם אינם מתאימים להוליד זה מזה, שכל שאינם ראויים אף שאין אשמה באחד מהם אין לה כתובה, ועל כן אף בנידון הגאון אף שיש לומר שלא תלויה אשמה באחד מהם, כל שאין ראויים זה לזו אין לה כתובה, שתשלום הכתובה הוא כאשר מגרשה מרצונו והסיבה תלויה בו. ועי' ב, גתיות המשפט" על רבינו ירוחם דף רכ"ד שכתב משם התשוב"ץ שהיא מקבלת תוספת כתובה כשמגרשה לרצונו, אבל כל שלא לרצונו אף שהיא שלא לרצונה כגון שחייב לגרשה אין לה תוספת.

ולפי זה אין מחלוקת בין הגאון ל, "אורחות חיים", דב, "אורחות חיים" מדובר כשהאשמה בבעל אף שגם באשה יש חסרון מועט, ואילו הגאון מדבר, אילו היה הבעל בודק את עצמו היה מוכיח שאין בו אשמה כלל. ועי' עוד לקמן יישוב אחר לקושיא זו בס"ד.

ומדברי הגאון למדנו, שכל שאינו יכול לבעול, תהיה הסיבה איזו שתהיה, הרי

זה כהגדרת הגאון, „נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו“ ואף שהסיבה היא חיצונית והוא הדין לנידון דידן אף שהבעל יכול להתקשות, כיון שאינו יכול לבעול עקב הפליטה המהירה, נחשב כאין לו גבורת אנשים, ואף שהדבר פשוט מסברא שלא חשובה הסיבה שאינו יכול לבעול אם היא פסיכולוגית או גופנית, או סיבה אחרת, עם כל זה מצאנו לרדב"ז ח"ד סי' אלף קפ"ח (ק"ח) שכתב כן בהדיא וז"ל:

„ואפילו אי טענה ישען על ביתו ויעמוד ויפרוץ הגדר ונכנס ומיד סר כחו ומשמש באבר מת, מהימנא לפום האי שיטתא וכו' דאין זה קיום עונה דאדרבה מצטערת היא יותר, ואף על גב דהערהא כביאה לכל הדברים, לקיום עונה לא מקריא ביאה“.

וכן נראה מהתוס' ביבמות דף ס"ה ע"ב, ד"ה כ', כפי שנכתוב לקמן ואין צורך להאריך בדברים ברורים.

ולענין הכתובה ותוספת ונדוניה כתב הגאון במפורש שחייב לתת לה. אולם נראה שאין סברתו זו מוסכמת שהתוספות ביבמות שם כתבו:

„והיכא שהחיה הבעל שאין יכול לבעול פסק (ריצב"א) דצריך ליתן גט וכתובה אפילו אינה באה מחמת טענה, כיון דאין יכול כלל לקיים לה עונה. ודוקא מנה ומאתים, אבל תוספת לא יתן. והא בנכנסה לחופה ולא נבעלה עמד בתיקו בריש אעפ"י (כתובות ג"ו) דשמא לא כתב אלא על מנת חיבת ביאה ולרב דאי גאון דכל תיקו חולקין שייך כאן דין חולקין. אבל נדוניתה שהכניסה לו יחזיר הכל מה שידעו שהכניסה לו, אבל מה שכותבים נדוניה גדולה לכבוד הכלה נראה לו דהוי כעין תוספת. ומיהו אם יכול להתקשות ויש כאן לכל הפחות הנכנס עטרה אבל אין לו כח למרק, על זה נראה לו דיש תוספת, דיש כאן חיבת ביאה בהכנסת עטרה וכו' ואף על הקשוי כתב שאין לה למהר לסתור בנינה כי רחמי שדי מרובים. ומטעם הפסק רבינו חננאל דאין תוספת בבאה מחמת טענה משום דאדעתא למיפק לא כתב לה, זה הטעם אין שייך באין יכול לבעול דמידע ידיע דנישאת לו מתחילה לכד“.

מבואר בתוספות שהריצב"א חולק על הגאון וסובר שכל שאין לו גבורת אנשים, אינו חייב בתוספת, וטעמו ממה שהסתפקה הגמרא בכתובות ונשארה בתיקו. וצריך לבאר מה יפרש הגאון בגמרא זו, שאעפ"י שדעתו שבתיקו חולקים, היה לו לפסוק שהתוספת חולקים ומדוע פסק שחייב בכל התוספת.

ובגמרא שהיא יסוד הדין שפסק ריצב"א איתא:

„בעי רבין נכנסה לחופה ולא נבעלה מהו. חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה וכו' בעי רב אשי נכנסה לחופה ופירסה נדה, מהו. אם תמצי לומר חיבת חופה קונה, חופה דחויא לביאה, אבל חופה דלא חויא לביאה לא, או דלמא לא שנא, תיקו“.

והדבר ידוע שדרך הגאונים לפסוק כאם תמצי לומר, נמצא שהספק הראשון אם חיבת ביאה או חיבת חופה קונה נפשט שחיבת חופה קונה וכן פסק הרמב"ם בפ"י מהל' אישות ה"י ועוד ראשונים. ואף הריצב"א לא נתכוון לספק זה אף שתפס בלשונו בנכנסה לחופה ולא נבעלה עמד בתיקו, הוא קיצר במובן והביא תחלת הסוגיא וכוונתו לספיקו של רב אשי אם החופה שקונה היא הראויה לביאה או לא, וכשארין לו גבורת

אנשים הרי זו חופה שאינה ראויה לביאה (ועיין עוד לקמן מה שכתבנו בסברא זו). נראה ליישב שדעת הגאון לחלק בין פירסה גדה לבין אין לו גבורת אנשים, שהסיבה בפירסה גדה שלא קונה החופה, הוא משום שאין כוונתו של הבעל לקנות אותה בחופה זו מאחר שאינו יכול לבוא עליה ובאותה חופה אין בדעתו להסכים לתוספת, וימתין עד שתתהר ואז יקנה אותה לגמרי ויתחייב בתוספת, אבל במי שאין לו גבורת אנשים, כשנכנס עמה לחופה יודע הוא שאין לו גבורת אנשים, דומה למה שכתבו התוס' הג"ל בסוף דבריהם לדעת ר"ח דמידע ידיע דנישאת לו מתחילה לכך. נמצא שבכוונתו לקנות אותה בחופה זו קנין גמור, שאם לא כן מדוע עושה החופה, אלא שהוא מעוניין בחיי הנישואין ולהתחייב בכל מה שנובע מהם, ועל כן כשאין לו גבורת אנשים החופה קונה ואין ספק בזה שלא צריכה להיות ראויה לביאה.

ועל פי הסבר זה יש ליישב מה שהוקשה לנו לעיל על תשובת הגאון שמאי נפקא מינה בזה שיבדוק עצמו באחרות, כיון שאשתו זו אינו יכול לבעול, שהנפקא מינה הוא, כיון שעל פי טענתו סיבת הדבר שאינו יכול לבעול הוא שעשו לו כשפים, אם כן עד שלא נכנס עמה לחופה לא ידע שאין לו גבורת אנשים והדבר נתגלה בעת הזכירה לחופה שהרי אין הדבר נובע מחסרון גופני או נפשי שידע עליו לפני כן, נמצא שחופה זו אינה קונה לתוספת, ועל כן ביקש בדיקה זו לא עבור עצם הטענה, אלא בכדי להפסידה את התוספת, ואם תאמר א"כ מדוע לא פסק לו שיבדוק עצמו, י"ל שכישוף הוי מילתא דלא שכיחא, ואף שלא כתב הגאון טעם זה אלא כתב הטעם כר' אמי, י"ל שקיצר בטעמים, כדרכם של הגאונים, וכיון שמצא כעין זה בגמרא שהאשה יכולה למונעו מלישא אחרת ולבדוק עצמו כתב ראה זו.

ואף שב, משפטים ישרים" סי' ל"ו הביאו הגאון, "שער המלך" בקונטרס, חופת חתנים" סוף סעיף ד' כתב סברא הפוסה מהסברא שכתבנו ליישב דעת הגאון מהגמרא, שדוקא גבי גדה שיש לה זמן מוגבל לנדוניה על כן יש ספק שנחשב חופה כיון שיש חיבת ביאה אחר זמן, מה שאין כן כשאין חיבת ביאה כלל לכל הדעות לא נחשב החופה כלל, והנידון שלו היה במי שאין לו גבורת אנשים, כבר הקשה על סברא זו ב, "שער המלך" שם מהברי הר"ן ו, "נימוקי יוסף" משם הריטב"א שמשמע מדבריהם שאין לחלק בכך, וכן תמה עליו מתשובת הריצב"א הג"ל שדימהו לחופת גדה ונשאר הדבר בספק, אם כן לא נפלות ורחוקה הסברא שכתבנו ליישב דעת הגאון מהגמרא בכתובות.

ומלשון התוספות נראה, לכאורה שדעת רבינו חננאל כדעת הגאון שיש תוספת לאשה שלבעלה אין גבורת אנשים, אולם כשנדייק היטב בלשון התוספות נראה שכוונתם לומר שמדברי ר"ח אין ראיה לא כדעת ריצב"א ולא להיפך, שהם מתבו ומהטעם דפסק ר"ח (באשה שטוענת שרוצה בנים) שאין לה תוספת, כיון שלא כתב לה תוספת על דעת זה שיצטרך להוציאה, ואם כן מטעם זה היה נראה לומר שגם במי שאין לו גבורת אנשים יטעון טענה זו ויפטר מתוספת, לזה כתבו שאין יכול לטעון כן כיון שכשאין לו גבורת אנשים הוא הגורם וידוע שעל דעת עונת נישאת לו, אולם י"ל שדעת ר"ח כדעת הריצב"א שמהטעם השני מהגמרא בכתובות יכול לסבור שאין לה תוספת, וא"כ אין לדייק מר"ח כאחת הסברות. והמעין היטב בתשו' הריצב"א שהובאה בלשונה בתשו' מיימוניות שבסוף ס' נשים ס' ו', ימצא דברים אלה מבוארים יותר וכל הלשון בדעת ר"ח הוא לשונו של הריצב"א עצמו.

וברור הדבר שאף מר"ת דפליג על ר"ח כנראה מהתוספות שם וסובר שבבאה מחמת טענה שרצונה בבנים יש לה תוספת, אין ראיה למי שאין לו גבורת אנשים, ששם הרי היתה חיבת ביאה מעיקרא והחופה קנתה. ועי' ב,אור זרע" ח"א סי' תרנ"ג דף צ"א.

אולם מהרלב"ח בסי' ל"ג דייק מדברי רבינו חננאל הג"ל שאין לה תוספת, ודימה אין לו גבורת אנשים לבאה מחמת טענה דחד טעמא אית להו דאדעתא למיפק לא כתב לה, וכתב שכן דעת הר"ף, ואע"ג דר"ת חולק, כתב דאין לנו לזון מר"ח והר"ף ז"ל, וכן דעת הרמב"ם והסמ"ג. הרגיש בדברי הריצב"א הג"ל שכתב שאין ראיה מרבינו חננאל, עם כל זה, לא דחה סברא זו של הריצב"א, אלא שכתב שאף לדעת הריצב"א אין לה תוספת מטעם אחר.

ולכאורה קשה על מהרלב"ח כיון שאין ראיה מר"ח כמו שדחה הריצב"א מדוע הביא ממנו ראיה, ועוד הרי יש נפקא מינה לדינא בין טעמו של הריצב"א שהוא מטעם תיקון שבתלמוד שבוה הדין מי שתפס אין מוציאין ממנו, לטעמו של ר"ח דאדעתא דמיפק לא כתב לה, שבוה אף אם תפסה מוציאין מידה, ואיך סמך על ר"ח אף שיש לחלק בעיתם.

שאלה זו מתיישבת למעין בתשובה שם שלא חש לחילוק זה של הריצב"א, מאחר הביא את דברי הרא"ש בתשובה כלל מ"ג ו' שכתב שאין לה תוספת מטעם דאדעתא דמיפק לא כתב לה דקדק מהרלב"ח שם שאעפ"י שהרא"ש ראה דברי הריצב"א שהביא ראיה ממנו באותה תשובה, עם כל זה כתב טעם זה. וכן הביא ראיה מתשובת הרשב"א (נראה בח"א אלף רנ"ח) שהזכיר את הריצב"א וסיים שתוספת אפילו תפסה מוציאין ממנה ונותנים לו, שלא כתב לה שתקח ממנו ותתן לבעל אחר (בתשובה הג"ל אין סיוע זה, רק שתוספת אין לה). וסיים שכן דעת הריב"ש ז"ל (לא מצאתי שכתב כן בתשובותיו לענין התוספת, עי' בסי' קכ"ז), וכיון שראה להרשב"א והרא"ש שראו דברי הריצב"א וחילוקו ועם כל זה כתבו טעמו של רבינו חננאל דאדעתא דמיפק לא כתב לה, תפס סברתם עיקר, כיון שדריצב"א לא כתב אלא בדרך דחיה ואילו הם החליטו כן.

ורב האי גאון ז"ל בתשובתו הקצרה דחה טעם זה של על דעת להוציאה לא כתב לה, שכתב „נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו" שכל שאינו יכול לבעול אין זה שהיא הפצה להתגרש ממנו וללכת לאחר, אלא המצב הזה גורם להיפך כאילו הוא הרצה לגרשה, ועל כן אין בטעם זה להפסיקה תוספת.

לפי זה שלש דעות בדבר, דעת הגאון ז"ל שמי שאין לו גבורת אנשים חייב בתוספת, דעת הריצב"א שזה כתיקו שבתלמוד והולכים אחר המוחזק (אף שדעת הריצב"א דבתיקו חולקים כמ"ש בתשרי שהובאה בסוף ס' נשים הנה קיי"ל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, והתוס' ביבמות השמיטו שדעת הריצב"א כן, אפשר משום שסוברים שאין ההלכה כן). דעת הרשב"א והרא"ש שאין תוספת כלל אפילו אם תפסה, כיון שעל דעת להוציא לא כתב לה ודמא דסברת ר"ח דלא כר"ת. והמאירי בסוף גדרים כתב כדעת ריצב"א. והטור בסי' קנ"ד כתב כדעת הרא"ש, ואולם כפי שיתבאר בסי' ד לקמן שבמורה הבעל, מחדים הרשב"א והרא"ש שיש לה תוספת כתובה, יש לומר שאין כאן שלש דעות, דרב האי גאון סובר כדעת הרשב"א והוא בתשובה מדבר באופן שהבעל מודה.

ובנידון שלפנינו יש לומר שלכל הדעות יש לה תוספת כתובה, שמשני הטעמים שנאמרו בזה שמפסדת תוספת כתובה אינם שייכים בנידון דידן. הטעם שכתבו הרשב"א והרא"ש דאדעתא דמיפק לא כתב לה, לא שייך כאן, כיון שהוא מודה ואינו מכחישה, וטעמו של הריצב"א שאין כאן חיבת ביאה הרי הוא כתב שם שאם מתקשה והערה בה רק שלא יכול לגמור חייב בתוספת שיש כאן חיבת ביאה, והרי הוא טוען כל הזמן שיכול להתקשות רק שיש לו פליטה מהירה וכן הוא בעדויות הרופאים. ונבאר סברת אלה בהרחבה.

מה שכתבנו לחלק בטעמם של הרשב"א והרא"ש בין מכחיש הבעל לבין שמודה, שבוה לא שייך לומר אדעתא דמיפק לא כתב לה, שהרי הוא מוציאה, כן כתב, „בית שמואל“ בס' קנ"ד ס"ק כ', שאעפ"י שכתבו הפוסקים שכשמכחישים היא נאמנת, א"כ מה זה משנה אם הוא מודה או לא, בכל זאת יש לחלק ביניהם כמ"ש בשו"ע שם ס"ז: „אם טוענת אין לו גבורת אנשים וכו' והוא מכחישה, י"א שהיא נאמנת וטוען אותו להוציא מיד ולא יתן לה כתובה, ואם מגרשה מעצמו בלא כפייה יתן לה כתובה“, הרי שאפילו שהיא נאמנת וטוען לגרש, י"ל שעל הממון אינה נאמנת ואין לה כתובה, ועכ"ז כשמגרשה מעצמו חייב לתת לה כתובה. ועי' הגר"א שם ס"ק מ"א, וזרע אברהם" ס"י י"א.

ולפי זה היה נראה לומר שאין מחלוקת בין הריצב"א להרשב"א, דהריצב"א מיירי כשהבעל מודה וכמו שכתוב להדיא בתוספות ובתשובות, ובוה הרי לא שייך הטעם דאדעתא דלמיפק לא כתב לה ועל כן היתה ראויה לגבות תוספת, ולכן נתן טעם אחר הריצב"א שאין כאן חופה דסלקא בתיקו. ודוקא כשמודה הולכים אחר התפוס, אבל כשמכחיש, מודה הריצב"א שמוציאים ממנה מטעם אדעתא דמיפק לא כתב לה. אבל ב„בית שמואל“ שם ס"ק י"ט כתב שיש מחלוקת ביניהם.

ונראה שמדברי הריצב"א עצמו דקדק ב„בית שמואל“ שיש מחלוקת ביניהם, שאם נאמר שהריצב"א מודה לדעת הרשב"א שכל שיש הכחשה ביניהם אפילו תפסה מוציאים ממנה מטעמו של ר"ת דאדעתא דמיפק לא כתב לה, למה הוצרך לתת טעם ולומר שאין ראיה לדינו מרבינו חננאל כיון שהוא ידע שעל מנת כן נישאת לו, הרי יכול היה לומר שרבינו חננאל מדבר דוקא במכחיש, שבוה שייך הטעם אדעתא דמיפק, ואילו הוא מדבר במודה הבעל שבוה לא שייך טעמו של ר"ת, אלא ודאי ממה שלא תירץ כן, הבין ב„בית שמואל“ שהריצב"א שכתב הטעם של חיבת חופה הוא בין במודה ובין במכחיש. ואפשר שמעשה היה במודה וכתב הדין במודה, אבל לעולם אף במכחיש אין לו הטעם של ר"ת רק הטעם של חיבת חופה, ומה שדחה הריצב"א הראיה מר"ת הכוונה לצד כשמכחיש.

ולא נראה ל„בית שמואל“ לומר להיפך, דר"ת מדבר גם במודה, וריצב"א דחה ראיית ר"ת באופן כשהבעל מודה, כיון שהוא תופס לעיקר כל שהבעל מודה לא שייך לומר אדעתא דמיפק לא כתב לה, ואם כן לא שייך לומר שר"ת דיבר כשהבעל מודה. לפי זה פליגי ריצב"א ורשב"א כשהבעל מכחיש אם הטעם הוא משום אדעתא דלמיפק לא כתב כמ"ש הרשב"א, א"כ אפילו תפסה מוציאים ממנה, ואילו לטעמו של הריצב"א לא שייך טעם זה, אלא הטעם משום חסרון החופה וכיון שעלתה בתיקו הולכים אחר המוחזק. ועי' פסקי דין בתי הדין כרך ה' עמוד 256.

אם כן לפי טעמם של הרשב"א והרא"ש דאדעתא דמיפק לא כתב לה, יצא לנו

שבנידון דידן שהבעל מודה וחפץ לגרשה אלא שהמחלוקת ביניהם הוא על הרכוש חייב לתת לה תוספת כתובה.

וכאן ראוי להעיר שאין בית-הדין מתחשב בזה לומר שמי שפתח את תיק הגירושין והגיש ראשון תביעה זו הוא המעוניין בגירושין וחבירו בשלום בית, ולזה יש שנרתעים לפתוח ראשונים שמא יאבדו איזה זכויות, אלא העיקר לפני בית-הדין אחר שמיעת טענות הצדדים במספר פעמים ובחינות רבות להוציא דין אמת לאמתו ולגלות את מסתרי הלב לדעת מי באמת מעוניין להתגרש ומי טוען לשלום בית מן השפה ולחוץ. לא אחת קורה שמתוך כבוד עצמי, כביכול, או כאילו לשם עונש פותחת האשה תיק גירושין, ובסתר לבת מעוניינת לדחוף את הבעל לשלום בית, ואותו הדבר להיפך, ויש ששניהם חפצים או בגירושין או בשלום בית, ורק הכרת האמת לאמתה עומדת לבירור בפני הדיינים. מעתה אין זה משנה בנידון שלפנינו מי הגיש תחלה את תביעת הגירושין, וברור לנו ששניהם עקרונית מעוניינים בגירושין.

ונבאר עתה איך לפי דעת הריצב"א, שטעמו משום חסרון בחופה, בנידון דידן יש לומר שיוודה שמגיע לה תוספת. שהרי הוא כתב להדיא, העתקנו דבריו לעיל מהתוס' ביבמות שכל שיכול להתקשות יש חיבת ביאה בהכנסת העטרה ומתחייב בתוספת. אלא ש, "בית שמואל" שם ס"ק כ' כתב דהתוספות סוף נדרים כתבו אע"ג העראה כגמר ביאה, מכל מקום לענין חיבת ביאה לא הוי ביאה, ואין לה תוספת כתובה. נמצא שיש מחלוקת בזה מהתוס' ביבמות לנדרים. ואמנם לא יפלא שיש מחלוקת בין תוספות ממסכת זו לאחרת. שידוע שיש כמה בעלי תוספות ולפעמים חולקים בעיתם, ע"ב, שם הגדולים "'מע' תוספות. אולם המעיין בתוספות סוף נדרים יראה להדיא שכתבו דבריהם על פי פסק הריצב"א שסיימו: „כך פסק ריצב"א", ואף התוספות ביבמות הם על פי פסק הריצב"א, אם כן לא יתכן שהריצב"א יסתור את עצמו. ואעפ"י שהיה נראה ליישב בדוחק דביבמות מיירי כשהיתה הכנסת עטרה עם הקישוי ונדרים מיירי שהיתה העראה בלבד, לא מסתבר לחלק ביניהם שמי מפסיק איך היה ומשמע שכל שיש לבעל קישוי אנו תולים לומר שהיתה הכנסת עטרה. אמנם בתשובות מיימוניות שבסוף סי' נשים סי' ו' שם הובאה תשובת הריצב"א כלשונה ובסדר שנכתבה ומבלי השמטות. ומי שמעיין שם ויעיין בדברי התוספות יראה כיצד קיצרו בלשון הריצב"א והעתיקו חלקים מדבריו. וכיון שיש לנו אפשרות לראות את תשובת הריצב"א עצמה, אין צורך להיכנס לכל מיני דוחקים. והמעייין יראה שבענין זה התוספות ביבמות העתיקו לשונו כמו שהוא, ולכן מסתבר יותר שיש אולי איזה טעות סופר בתוספות שבנדרים ואם כן אין כאן מחלוקת כמ"ש ב, "בית שמואל".

ואף ב, "דרכי משה" סי' קנ"ד ס"ק י', נראה שיש טעות סופר, שכתב משם תשובת הריצב"א שאם לא יכול לבוא עליה לגמרי, שיש לה תוספת, ואם יכול לבוא קצת רק שלא יכול למרק, אין לה תוספת. ודבר זה הוא היפך מה שכתוב בתשובת הריצב"א ודלא כתוס' יבמות ונדרים ואף היפך הסברא, ובלי ספק שיש טעות סופר ובמקום „יש" נכתב „אין" ובמקום „אין" „יש".

לפי זה בנידון דידן שיש לבעל קישוי וניסה לבעול רק שיש לו פליטה מהירה, ודאי היתה לו חיבת ביאה, כמ"ש הריצב"א, ועל כן אף לדעת הריצב"א, שבמודה, אין לו תוספת, מכל מקום, כיון שהיתה כאן חיבת ביאה חייב בתוספת לכל הדעות. ולפי מ"ש שבמחזה הבעל, אף לדעת הרשב"א והרא"ש יש לה תוספת כתובה,

אין סתירה לזה מתשובת מהרלב"ח סי' ל"ג, אף שהשאלה דומה לשאלתו של הגאון שהבעל טוען אסרו אותי ועשו לי כשפים, משמע שמודה, המעיין היטב יראה שמדובר שם במכחיש, שהרי כתוב שם שאחר עשרה ימים טרען שהוציא דם, נמצא שחושב עצמו כשאר בני אדם. ועי' בתשרי הרדב"ז ח"ב אלף קפ"ח (ק"יח) ומיירי בהדיא במכחיש.

וב, דינא דחיי' עשין מ"ט דף ע"ב ע"ד הקשה על מ"ש הריצב"א דמידע ידיע דנישאה לו מתחילה לכך, דאעפ"י שנישאה לו מתחילה לכך, היינו כדי שתשב תחתיו ולא תצא ממנו, אבל אם היא רוצה להתגרש אדעתא דמיפק לא כתב לה. ויש ליישב שכוונת הריצב"א לומר שאין ראייה מר"ח לדין שלפנינו, דהר"ח איירי במי שאינו מוליד, אבל מקיים עונה, על כן אין לה הכרח להתגרש ממנו, מה שאין כן כשלא יכול לקיים עונה הוא הגורם להוציאה וכמ"ש הגאון.

והסיק ב, דינא דחיי' שם כשמכחיש הבעל, דכופין על הכתובה והנדוניא אבל לא על התוספת דאדעתא דמיפק לא אוסיף לה, ונראה לי דאם תפסה אין מוציאים מידה, כיון דסלקא בתיקו בריש אעפ"י אי חופה קונה או לא, וק"ל דכל תיקו, חומרא לתובע, וקולא לנתבע.

וקשה כיון שכתב בתחלה טעמו של הרשב"א משום דאדעתא דמיפק לא כתב לה, אי"כ אפילו תפסה מוציאים מידה, ואיך כתב אחר כך שאין מוציאים מידה מטעמו של הריצב"א, ולכאורה הוא מוכח שטרא לבי תרי, ונראה שאעפ"י שכתב טעמו של הרשב"א דמסתבר לו יותר שהרי הוא הקשה על הריצב"א ומכל מקום כיון שהריצב"א סובר שאם תפסה אין מוציאים מידה, יכולה האשה לומר קים לי כדעתו, ואעפ"י שהכלל ידוע שאין לומר קים לי כיחיד וכ"כ ב, דינא דחיי' שם בסוף עשין מ"ט משם מהר"ק, נראה דס"ל דהתוס' ביבמות ס"ל ג"כ כריצב"א שהביאו דבריו, וכבר כתבנו דאף מהמאירי סוף נדרים נראה כדעת הריצב"א, נמצא שאינו יחיד. ובמהריב"ל ת"ג סי' ק"ב פסק כדעת הרשב"א שאין לה תוספת מטעם אדעתא דמיפק לא כתב לה. וכן דעת מהרש"ך ת"ג סי' מ"ב, וכתב, "כנסת הגדולה" סי' קנ"ד הגהות הטור מ"ג שכן הסכמת כל המפרשים. והמעייין בדבריהם יראה שמדובר כשהבעל מכחיש, אבל כל שמודה חייב בתוספת וכמ"ש לעיל. ועיין ב, בעי חיי' אבהו"י סי' כ"ג.

וכן כתב מהר"א יצחקי בתשובה ב, זרע אברהם" סי' י"א דבמודה שאין לו גבורת אנשים, לכל הדעות יש לה תוספת, בין לשיטת ר"ת וכמ"ש הריצב"א בתוס' ויש לה תוספת, ולשיטת ריצב"א שאין כאן חובת חופה כתב, כיון שבהלכות גדולות פסק כאם תמצוי לומר שחובת חופה קונה, וכמ"ש ב, בית יוסף" סי' ס' שכן דרך הגאונים והרמב"ם לפסוק כאם תמצוי לומר, ועיי"ש שנסתפק אם דעת רב האי גאון ז"ל ג"כ כשיטה זו. אולם כבר הוכחנו לעיל מתשובת רב האי גאון ז"ל שיש לה תוספת שכי"כ בפירוש. ובמה דפשיט ליה ל, זרע אברהם" דלשיטת הפוסקים כאם תמצוי לומר שחובת חופה קונה ודאי שיש לה תוספת, אנו מסופקים בדבר, כיון שמי שאין לו גבורת אנשים אפשר לדמותו לחופת נדה שגשאר הדבר בספק וכמו שכתבנו לעיל. אולם בעל, זרע אברהם" לא נחית לסברא זו דפשיטא ליה לסוברים שחובת חופה קונה יש תוספת למי שאין לו גבורת אנשים לשיטת ריצב"א, ורק לחולקים וסוברים שחובת חופה לא קונה, כתב שלסברתם הולכים אחר המתוק שיכול לומר קים לי.

אולם בנידון דידן, אף לשיטה זו כתבנו שלא שייך לומר קים לי, מהטעם

שכתב הריצב"א שכשיש העראה יש חזית ביאה והרי הוא מתקשה, וודאי הערה בה. ועי' מ"ש בסוף התשובה שב, זרע אברהם" סי' י"א.

וכתב עוד ב, זרע אברהם" שם, דמ"ש הרא"ש שבמה תשובות שאין לה תוספת, הוא מדבר כשמכחישה, ובסי' י"ב השיב עוד בנידון הג"ל לספקות שנסתפק מהר"ר יהושע זיין במ"ש בסי' י"א, עיי"ש, בדף ל"ט ע"ג, שנראה דאף מהר"י זיין ס"ל דלפוסקים הסוברים דחזית חופה קונה, יש לה תוספת, ואף הוא לא דימה לחופת גדה. עוד העיר מהר"י זיין ז"ל מתשו' הרלב"ח הג"ל סי' ל"ג שפסק שאין לה תוספת, וכתב עליו מהר"א יצחקי שדכרי הרלב"ח הם כשהבעל מכחיש, ואין לדמות מדה למכחיש. ועי' עוד מה שפלפל שם בדעת הרמב"ם וש"ע ויישוב תשובות הרא"ש שנראות סתירות.

וכתב עוד מהר"י זיין משם חמיו (מטה יוסף" ח"ב) כמ"ש לעיל דעד כאן לא פליגי, אלא כשהוא מכחישה, אבל אם אינו מכחישה או שהוא ידוע לכל שאינו איש ואינו יכול לשמש, מחדו דיש לה תוספת, וכן נראה מהרמב"ם פט"ו מהל' אישות וכו'. עי' מה שפלפל שם בדעת הרמב"ם. ועוד טעם נתן מהר"א יצחקי שם שבמדה יש לה תוספת שכתב ח"ל:

„ודמיה הא למאי דאמרינן בפ' האומנים היכא דשכר חמרים להביא לו תבואה והלכו ולא מצאו תבואה, פועלים להשקות את השדה והלכו ומצאו שדה כשהיא לחה דקיי"ל דנותן להם שכרם משלם, דאע"ג דאמרינן התם אינו דומה הבא טעון לבא דיקם, תבא לא שייך למימר תכי, דאדברה צערא דגופא אית לה בביטול עונה וכדאמרינן בעלמא האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי עונה, תנאו בטל, משום דצערא דגופא לא ניתן למחילה, הכא נמי דכוותה וכו' דבבואה מחמת טענה מ"מ יש לה עונה, ולכן לר"ח אין לה תוספת וכו' אבל היכא דלית לה עונה, ודאי דיש לה תוספת, דאדעתא דהכי נשאת לו מתחלה, ואין לך מקח טעות גדול מזה, והרי היא מסרה עצמה ומה בידה לעשות עוד“.

וכתב עוד ב, זרע אברהם" שם דמה שב, מטה יוסף" הרבה להשיב ולהוכיח שאם תבעל מדה שאינו יכול לבוא עליה, דמדה תרשב"א הרא"ש ז"ל דיש לה תוספת, נאמנו מאד דבריו, וכדכתיבנא לעיל, ובפרט שדברי הרב הפרישה מסכים לדבריו. ואף מהר"י זיין ז"ל בנידון דידה דעתו היא שיש לה תוספת והביא ראיה מהר"ף ז"ל, עיי"ש בדף מ"א ע"ג. וסיים מהר"א יצחקי ז"ל דכיון שהוברר הדבר שאינו יכול לבעול, יש לה כתובה ותוספת לכולי עלמא.

נמצא שאין חולק שכל שמדה שאינו יכול לבעול, שיש לה תוספת, מלבד שיטת ריצב"א עפ"י הסוברים שלא נפשטה הבעיה אם חזית חופה קונה או לא, או אם נצצה לדמות את זה לחופת גדה, בזה יש ללכת אחר המוחזק ואם תפסה אין מוציאים מדה. אולם כל שיש העראה אפילו לשיטה זו יש לה תוספת, ואין מי שחולק בזה. ובנידון דידן שהוא מדה, וגם יש לו קישור רק שאינו יכול לבעול ובלי ספק שהערה בה, אם כן אין חולק בזה שיש לה תוספת.

והנה בשו"ת „רב פעלים" ח"ד אבהע"ז סי' י"ב כתב בנידון שתבעל מדה שאין לו גבורת אנשים ח"ל:

„אך לענין תוספת כתובה יש בזה מחלוקת בין הפרוסקים, וכיון דאיכא פלוגתא בזה ולא נתברר בזה דעת מרן ז"ל בשר"ע שקבלנו התראותיו, על כן אין יכולים להוציא תוספת כתובה מן הבעל כי הוא מוחזק ויש לו טענת קים לי. ועי' בספרי האחרונים באבהע"ז מ"ש בזה, ועיין להרב „זרע אברהם" אבהע"ז סי' י"א וי"ב ובדברי מהר"י זיין ז"ל שם ויש מה לדבר בזה עוד ואין פנאי עתה להאריך.

דברי הרב סתומים מאד ולא זכינו שיפרש לנו מי הם רבגי האחרונים באבהע"ז החולקים וסוברים שאין לה תוספת כתובה במודה. שהרי כבר ביררנו שדעת הרב „בית שמואל", „פרישה", „מטה יוסף" ה„זרע אברהם" לחלק בין מכחיש למודה, שבמדה לכו"ע יש לה תוספת, וא"כ מי הם החולקים, ומה שרמז שם ל„זרע אברהם" ולמהר"י זיין, כתבנו דבריהם לעיל, והמעייין יראה ומהר"י זיין לא פליג על סברא זו, ואדרבה בסוף בנידון ידידיה הביא ראיה שיש לה תוספת, אם כן איה הם החולקים.

ואם נאמר שכוונת הרב ז"ל לשיטת הריצב"א ולפי הסוברים שהבעיא של חיבת חופה אם קונה לא נפשטה, א"כ מדוע כתב שמרן לא גילה דעתו בדין זה, הרי מרן פסק להדיא דחיבת חופה קונה, וכבר כתב ב„זרע אברהם" דלדידן לא שייך לומר קים לי כחולקים.

ונראה ליישב שנתכוון הרב ז"ל לשיטת הריצב"א, ומה שהקשינו שהרי פסק מרן דחיבת חופה קונה אם כן אין ספק יותר ואין לומר קים לי כשיטה זו, אפשר שדעת „רב פעלים" לרמות אין לו גבורת אנשים לחופת נדה, והרי בחופת נדה נשאר הדבר בספק ולכן כתב בנידון ידידיה שיש לבעל המוחזק לומר קים לי.

ולפי זה בנידון דידן שהיתה העראה ולשיטת הריצב"א הרי יש בזה חיבת ביאה, א"כ אף לשיטה זו יש לה תוספת וכמ"ש לעיל. נמצא שבנידון דידן אין מחלוקת כלל ולא יכול הבעל לומר קים לי שלא מצינו חולק בזה שמגיע לאשה תוספת, א"כ זכאית היא לכל סכום כתובתה הכוללת תוספת ונדהניא בסך 50.000 ל"י.

ומה שטען הבעל שלא ידע במה שהתם בכתובה, אין בטענה זו בכדי לפוטרו, שכבר בפסקה ההלכה בשו"ע חו"מ סי' ס"א סעי' י"ג שאין שומעין לטענה כזו שכל החותם על שטר, חזקה שידע מה שכתוב בו, או שהסכים בחתימתו למה שכתוב בו, שודאי לא היה חותם אם לא שהיה מסכים לכך ואין צורך להאריך בזה ואין בזה מחלוקת, ופשוט הוא שאם לא כן יתבטלו כל השטרות. ועי' בשו"ע סי' מ"ה סעי' ג'. ועתה נבאר אם מגיע לאשה חצי הבית הרשום על שמה שלטענת הבעל היא לא השקיעה בו דבר, אלא שעקב לחצה לפני הנישואין גרשם על שמה, וטענתה שזו מתנה מצד הבעל ואינו יכול לחזור בו.

מה שטען הבעל שהיתה לאשה מטרה לסחוט כספים, אין זה אלא דברי הבל, שלכל אשה יש זכות להתנות לפני נישואת איזה זכויות ממניות יהיו לה, שהרי אין האשה מתקדשת אלא לריצונה, וביכולתה להתנות תנאים כאוות נפשטה על זכויותיה בממון וכל תנאי שבממון קיים. ובלי ספק שהאשה לא ידעה ממחלתו של בעלה שאין לו גבורת אנשים, שאילו ידעה, ודאי שלא היתה נישאת לו, ואדרבה אחר הנישואין השתדלה היא לשמור על שלום הבית ולהשפיע עליו לקבל טיפול מתאים אצל רופאים. והבעל במקום שהיוזמה לכך היתה מצדו, לא רק שהיה אדיש אלא שזלזל בטיפול הרפואי, כך שחיי האשה נעשו לעינוי קשה שאי אפשר לסובלו ואף נגרם לה נזק

על ידי שעשתה ניתוח להוצאת הבתולים, ע"י בשו"ת, זרע אברהם" סי' י"א שקרא לבעל מזיק בנידון דומה, וכשתתגרש נפסלה מהכהונה, על כן אין להעלות על הדעת טענה כזו שנישאה בשביל הרכוש, ובעצם העלאת טענה כזו ולו ברמז יש ללמוד עד היכן הרחיק הבעל מהבנה פשוטה כיצד לחיות ולכבד אשה.

ומה שביקשה לפני נישואיה מחצית הדירה, אין זה, "לחץ וסחיטה" אלא זו זכותה של כל אשה להתנות תנאי ממון כרצונה, ואם תנאים אלה לא מצאו חן בעיניו, מי לחץ אותו להינשא לאשה זו, יכול היה לחפש אשה אחרת שתסכים לתנאים שלו, ואם הוא הסכים לתנאיה לא שייך כאן שום לחץ. והבעל היה זה שלא נהג כראוי שחייב היה להודיע לה ממצבו לפני הנישואין ולקבל טיפול רפואי מתאים ואחר כך להינשא.

ומאחר שהאשה נהגה ביושר לפני ואחרי הנישואין והשתדלה שהנישואין ימשיכו בצורה תקינה, אלא כשראתה שלא איכפת הדבר לבעל, לא יכלה להמשיך בעיניו זה, וכדאיתא בגמרא שאין להתנות על מחילת עונה שזה צעד הגוף שלא ניתן למחילה, ורק בממון תנאים קיים אם כן מהי הסיבה שבגללה תפסיד מה שנתן לה הבעל מתנה. ובפרט שהודה הבעל שלא היה זה סתם מתנה אלא שזו היתה דרישת האשה להסכים לחיי נישואין עמו, והרי נישאה לו אלא שהוא הגורם להריסת חיי הנישואין אם כן מאיזה טעם יש להפסידה מה שקיבלה הצי הדירה ונרשם על שמה בטאבו. ומה שטוען הבעל שלא השקיעה דבר, אין זה משנה שאין אנו באים לחלק קרן ורווחי שותפות.

ולענין הלכה כל אשה שמתגרשת וזכה במתנות שנתן לה הבעל וגובה אותם חוץ מכתובתה אלא אם כן היא מורדת, כמו שפסק בשו"ע סי' פ"ה סעי' ו"ח. ולאחר שהעלנו שאשה זו זכתה בתוספת כתובה, אם כן קל וחומר הוא למתנה שהוא שלה, שהרי אפילו בתוספת שהיה שייך לומר טעם דאדעתא דמיפק לא כתב לה, העלינו בנידון דידן שזכתה, כל שכן במתנה שלא שייך טעם זה, כמ"ש הר"ן משם הגאונים בסוף פ' נערה שנתפתתה :

„וכתבו הגאונים ז"ל דדוקא מלברשים וכיוצא בהם אמרינן דלא אקני לה אדעתא למיפק, אבל הנותן מתנה לאשתו ודאי אית לה, וכי נפקא לא מפקינן מינה, וראיה לדבר דתא איכא מאן דאמר בבבא בתרא (דף נ"א ע"ב) בבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה והבעל אוכל פירות, אלמא במתנה לא אמרינן דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה, דאם איתא למאן דסבירא ליה הכי הרי לא קנתה כלום, שהרי הוא אוכל פירות בחייה ואם תתאלמן או תתגרש הא אמרת דחזרה מתנתו אלא ודאי כדכתיבנא.”

וגדולה מזו כתב הטור בס"י צ"ט משם הגאונים שאפילו סדחה עליו, כשמגרשה וזכתה במתנתה. וטעמו של דבר הוא כמו שכתב הריב"ש בס"י ש"א מס', „העיסור” משם הגאונים שמי שנותן מתנה לאוהבו, האם צריך לקבל ערב ממנו שיאבהבו לעולם? ואם רבו ביניהם ונעשו שונאים זה לזה האם חייב להחזיר לו מתנתו?

וכן פסק הרמ"א בס"י צ"ט ס"ב שאפילו סדחה, וזכתה במתנות שנתן לה, וע"י „פתחי תשובה” שם ומ"ש משם, „חתם סופר” סי' קמ"א ובפסקי דין בתי הדין כרך ה' עמ' 27, וכ"כ מהרלב"ח בתשרי סי' פ"א ומהר"א ששון בס"י נ"ה. ועיי"ש בס"י נ"ד תשרי מהר"ר צבי ובס"י נ"ו שהסכים לזה מהר"ש הלוי.

מעתה בנידון דין שלא סרחה עליו אלא להיפך הוא תגורם ו, נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו" כמ"ש רב האי גאון, אין ספק שזכותה במתנה שנתן לה הבעל בחצי הדירה הרשום על שמה ואין זה משנה אם השקיעה כסף ברכישת הדירה. ובאשר למתנות שקבלו, היה מקום לדון בזה וכן בעשרת אלפים ל"י שהודה הבעל שקיבל ממנה ובעוד סכומים אחרים שחלקו ביניהם, אולם מכיון שהעלנו שזכותה בכל סכום כתובתה בסך 50.000 ל"י ובחצי הדירה, מצד הדין אין צורך להכנס ולדון בחשבונות הקטנים.

והנה כל מה שכתבנו בזה, הוא לענין דינא לראות כיצד להטות את הפשרה, אולם מאחר שהסכימה האשה לחלוקת הנכסים שזה בשוה, אף שמצד הדין העליון שמגיע לה יותר, בתור פשרה יש לפסוק לחלוקת הנכסים ביניהם.

ואין לתמוה שבתור פשרה מקבילים אנו את הצעת האשה מבלי להתקרב להצעת הבעל כלל, שכבר בארתי בספרי „דיני ממונות" ח"א שער י' פרק ב' סעי' א' שמהותה של פשרה היא לא סתם לפסוק בין טענות התובע והנתבע, אלא לעמוד על הדין להיכן שורת הדין נוטה, ולפעמים יש לפסוק לגמרי כתביעת התובע או הנתבע. ולמעשה בנידון דידן מה שהסכימה האשה לחלוקת הנכסים שזה בשוה, היה רק בתור פשרה בלבד ולא שזה עונה על כל תביעותיה.

ועל הבעל לדעת שבהצעתה זו היא ויתרה על סכומים רבים המגיעים לה על פי הדין כמו שכתבנו, ועליו לקבל את הדין, ולגרש בהקדם בכדי שלא נצטרך לנקוט באמצעים אחרים שיש לנקוט בהם בנידון כזה.

על כן נראה לפסוק:

חלוקת הרכוש ביניהם תהיה שוה בשוה ועליהם להתגרש בהקדם.

קורא בצרי

א. כבוד הרב בצרי שליט"א חברי בבית"ד קובע בפסק דינו שבנידון שלנו קיימים שלשה דברים עיקריים, ולאורם הוא מגיע למסקנא, שמגיע לאשה עם מתן הנט לא רק עיקר הכתובה אלא גם התוספת, ואלו הם: א) הבעל מודה לטענת האשה שלא מסוגל לחיי אישות תקינים, ולפי"ז גם לדעת הרא"ש והרשב"א מגיעה לאשה גם התוספת כתובה; ב) קיים כאן הכנסת עטרה ולפי"ז גם לפי דעת הריצב"א המובא בתוס' יבמות דף ס"ה ע"ב מגיעה התוספת משום שקיים על ידי זה חיבת ביאה; ג) שבנידון דידן הבעל בעצמו עומד ומגרש ולא על ידי חיוב ביה"ד ואז אין טענה מצד הבעל כלפי תוספת כתובה דאדעתא למיפס לא כתב לה.

ב. וכעת אנתח כל אחד מהשלשה היסודות שעליהם מסתמנת המסקנה האמורה. דאם נגיד כדעת חברי שליט"א שבמחזה גם דעת הרא"ש והרשב"א שאין מקום לטענת הבעל דאדעתא למיפס לא כתב לה, אין דרך אחרת להסביר את זאת, כי אם לפי דברי הריצב"א המובאים בתוס' יבמות הנ"ל דבאין יכול לבעול לא שייך הטעם הזה בכדי לפטור את עצמו מהתוספת מכיון „דמידע ידיע בנישאת לו מתחילה לכך", ונצטרך לקבוע ושגם הרא"ש והרשב"א הסכימו לסברא הזאת, ומה נעשה שמתשובת מהרלב"ח סימן ל"ג המובאים בדברי חברי בפסה"ד נראה ברורות שהרא"ש והרשב"א חולקים על הריצב"א בסברא הזאת, והמהרלב"ח קובע להלכה בניגוד לדעת הריצב"א בסברא

זו כיון שהריצב"א לא כתב אלא בדרך דחיה לפי דברי הר"ח, והרא"ש והרשב"א קבעו מסמרות שגם בטענת גבורת אנשים שייד הטעם הזה דאדעתא למיפק לא כתב. ג. ומה שחברי שליט"א מיישב את דבריו שאין שום סתירה מהמחל"ב לזה מאחר שבגידון של המחל"ב מדובר במכחיש, אין היישוב האמור גיתן להאמר אפילו מזהחק, מטעם ממה נפשך דאם נקטינן כסברת הריצב"א במודה משום דמידע ידע לה מתחילה, מדוע לא נשתמש בסברא זאת גם במכחיש, דהלא התלכה קובעת שמאמינים לאשה בטענת חסר כח גברא, ואזית לא היתה מקבלת אפילו עיקר כתובה ושמאמינים לדברי האשה, יוצא שהבעל ידע מזה ונישאה מתחילה על דעת כן שיצטרך לגרש אותה ובכל זאת הוא כתב לה תוספת אם כן היאך הוא יכול עכשיו לבוא בטענה דאדעתא למיפק לא כתב ולפטור את עצמו מתוספת כתובה.

ד. ומה שחברי שליט"א מסתמך כאילו דעת ה"פרישה" היא גם בדעה זו שקיים הבדל בין מכחיש למודה לענין התוספת, תמוהה מסקנא זו, דהלא הפרישה בא ליישב את הסתירה בדברי הטור סי' קנ"ד שבתחילה אומר הטור שמאמינים לאשה על טענת גבורת אנשים אבל כתובה לא מקבלת, ולאחר מכאן אומר הטור שכן מקבלת כתובה מכח טענה הנ"ל, שבתחילה מדובר כשהבעל מכחיש ולכן אין לה כתובה, ואחרי כן מדובר באינו מכחיש ולכן מגיעה לה כתובה, ועל הלכה זו המדברת באינו מכחיש, כתוב במפורש בטור שהיא מקבלת כתובה אבל לא תוספת כתובה, ואם כן היאך אפשר להבין שהפרישה שבא ליישב את דברי הטור יתכוון בדבריו בניגוד לדעת הטור ויגיד שבמודה לא רק עיקר כתובה מקבלת אלא גם התוספת. ומה שחברי מסתמך בהבנת דברי הפרישה ממה שמובא בספר „זרע אברהם" לא מקטין את התמיה במאומה כל עוד שאני לא אראה ישוב לתמיהה זו בספר „זרע אברהם" עצמו.

ה. וכמו כן מה שחברי שליט"א מסתמך כאילו ב"בית שמואל" סימן קנ"ד נאמר כן, ואמת היא שבתחילה בסעיף קטן י"ח מוכיח „בית שמואל" בלשון סתמא שבמודה מגיעה לאשה גם תוספת כתובה, אבל בס"ק י"ט מגדיר „בית שמואל" ברורות למה הוא התכוון מה שאמר בסעיף הקודם דאין הבדל בין מכחיש למודה אלא יש הבדל בין עומד ומגרש מעצמו לבין שהוא מגרש עפ"י חוב ב"ד, דבמגרש מעצמו אין הבעל יכול לבוא בטענה כלפי תוספת כתובה שאדעתא למיפק לא כתב לה, משום שאף אחד לא מכריח אותו למיפק אלא הוא בעצמו בחר לו את הדרך של גירושין, ולפי"ז לדעת הרא"ש והרשב"א מגיעה לאשה גם תוספת כתובה ורק לפי הריצב"א לא מקבלת תוספת כתובה אם היא אינה מוחזקת, מאחר שזה ספיקא דדינא אם חיבת בראה קונה את תוספת הכתובה או שמספיק לזה חיבת תופה בלבד, וכפי הנראה דייק „בית שמואל" את היסוד הזה שבעומד ומגרש כן מגיעה לה תוספת כתובה מדברי המחבר בסימן הנ"ל שמקודם הוא מדבר מה הדין של נאמנות ואשה בטענת כח גברא אם הבעל מכחיש, וקבע דלענין חיוב גט מספיקה הנאמנות של האשה, אבל בכדי לאפקועי ממנה מבעלה צריכים ראיה ועדים כל עוד שהבעל מכחיש, כמבואר בבבאור הגר"א, ולפי הנושא היה צריך המחבר להגיד שאם הבעל אינו מכחיש, דינה של האשה לקבל יחד עם הגט גם כתובתה, ולמה שינה המחבר בסיפא ואומר שאם מגרשה מעצמו בלא ספיה יתן לה כתובה כמה שלא מדובר ברישא, בכדי להשמיע לנו שאם מגרש מעצמו לא רק שהיא מקבלת עיקר הכתובה אלא גם תוספת כתובה, משום שאז לא קיימת הטענה דאדעתא למיפק לא כתב לה, ובדרך כלל אם הוא מגרש מעצמו בודאי

הוא מודה לדברי האשה ולזה התכוון „בית שמואל“ מה שהזכיר סתם בסעיף י"ח שבמודה קיימת אפשרות שהיא תקבל גם תוספת כתובה באם כתוצאה מההודאה הזאת עומד הבעל ומגרש בעצמו.

ו. ומה שחברי שליט"א, בשכנוע כשמש בצהרים שבנידון דידן הבעל עומד ומגרש מעצמו הוא, ולפי"ז לדעת „בית שמואל“ מגיעה לאשה תוספת כתובה לדעת הרא"ש והרשב"א, דעתי אחרת לגמרי, כי כל עוד שביה"ד לא פסק שחייב לגרש, ותבעל לחם על שלום בית וחכה בסבלנות אולי ביה"ד יגיע למסקנא שאין עילה לגירושין וכשהאשה תיווכח שהיא לא מקבלת סעד מביה"ד היא תחזור, ובהמשך טיפול רפואי יתזור הבעל להיות מסוגל לחיי אישות תקינים, ורק לאחר שביה"ד פסק חיוב גירושין במקום ללכת לערעור קבל על עצמו את הדין של ביה"ד, ומכיון שביה"ד הכריע את הכף לגירושין, וכדאי שהבעל יכול לטעון הדאעתא למיפק לא כתב לה.

ז. ומה שחברי שליט"א מבסס את דבריו מדברי „כנסת הגדולה“ על הטור באות מ"ג האמור שם שכן הסכמת כל המפרשים, וכן הסכים מהרלב"ח וכו' ושכולם מדברים במכחיש ולא במודה תמוה למאוד דהלא „כנסת הגדולה“ מתייחס לדברי הטור הנאמרים בסיפא ששם נאמר שכתובה היא כן מקבלת ורק לא תוספת כתובה, ולא לדברי הרישא של הטור שבו אמור שגם כתובה לא מקבלת, והישוב לסתירה הזאת בטור הוא מה שאמור שבסיפא מדובר באינו מכחיש, ועל דברי הטור הנ"ל שמדברים במודה, אומר „כנסת הגדולה“ שכן הסכמת כל המפרשים וכו', א"כ היאך אפשר לבוא ולהפריך בין הדברים בו בזמן ש„כנסת הגדולה“ בא לאחד את דברי הטור עם הסכמות כל המפרשים.

ח. מה שחברי שליט"א דוחה במתי כפים את דברי „בית שמואל“ הקובע שקיימת מחלוקת בין התוס' דיבמות ובין התוס' דנדרים אם העראה נחשבת כגמר ביאה לענין חיבת ביאה, והעיקר הוא מה שנאמר בתוס' יבמות, ולמה שאמור בתוס' נדרים בשם הריצב"א אחרת למה שביבמות, כאילו שזו היא ח"ו טעות סופר שם בנדרים ומסתמך חברי בדבריו על התשובה המובאת במילואה ב, תשובות מימזניות" בסוף ספר נשים, עיינתי גם אני בתשובה המלאה הנ"ל ונוכחתי עד כמה צודק „בית שמואל“ שקיימת כאן מחלוקת בין יבמות לנדרים איך לפרש את דעת הריצב"א בתשובתו הנ"ל, דהנה שמה נמצא דבר מפליא, בהתחלה שמדבר על עיקר הדין אם האשה מקבלת גם תוספת כתובה בטענת חסר כח גברא אומר במפורש שזו היא ספיקא דדינא ולא יתכן דהא בנכנסה לחופה ולא נבעלה מיתוקם בתיקו דשמא לא כתב לה אלא על חיבת ביאה וכאן לא מביא הריצב"א את היסוד שלו שבאם יכול להתקשות, אלא שאין בו כח במירוק דיש כאן חיבת ביאה ומגיעה לה תוספת כתובה, אלא כשהוא מגיע להתחלוקת של הר"ח והר"ת בבאה מאמת טענה אם מגיעה לה תוספת כתובה והר"ח סופר שלא מגיעה לה הדאעתא למיפק לא כתב וזמכחי הריצב"א שאין לדמות אינו יכול לבעול לבאה מאמת טענה וכת' המידע אדעך אומר ולסוף מזה אם יכול להתקשות וספר ע"ז דאורי' לומר שיש לה תוספת דיש כאן חיבת ביאה וכו' סוברים התוס' דנדרים שזה רק כסניף לשיטת ר"ת שאין בכלל טענת הדאעתא למיפק לא כתב לה משום דתוספת כתובה ככתובה גם לענין זה, אבל לאילו החלוקים על ר"ת האנחנו צריכים לפסוק תוספת כתובה מטעם חיבת ביאה בלפי ע"ז אגור אומרים שגם הריצב"א ידחה שהעראה לא נחשבת כגמר ביאה לענין חיבת ביאה וכו' ומה שכתבנו

ט. זאת ועוד סוברים התוס' דנדרים שהריצב"א במהדורא בתרא חזר למה שהוא אמר במהדורא ראשונה כפי שאנחנו רואים שהרא"ש חזר בפסקיו על זה שהוא פסק בתשובות ואנחנו הולכים לפי פסקיו שזו היא המהדורא בתרא.

י. ומה נהירים כעת דברי שו"ת „רב פעלים" שבנידון שתבעל מזה שאין לו גבורת אנשים, לענין תוספת כתובה הוי ספיקא דדינא וכו', וע"כ אין יכולים להוציא תוספת כתובה מן הבעל כי הוא מוחזק ויש לו טענת קים לי, ודבריו לא סתומים כי אין שום סתירה לא מ, בית שמואל" שמדבר בעומד ומגרש, ולא מהפרישה, וגם לפי שיטת הריצב"א הוי ספיקא דדינא משום שקיימת סתירה בין תוס' דיבמות לתוס' דנדרים בשיטת הריצב"א, לענין ביאה בלי מירוק, אם זה נקרא חיבת ביאה לענין תוספת כתובה. יא. ואפשר להגיד שגם על עומד ומגרש לא ברור אם מגיעה לה תוספת כתובה לדעת המחבר, מאחר ש, בית שמואל" מדייק את זה מלשוננו של המחבר ולא ממה שנאמר במפורש. אבל למעשה אין אנו זקוקים לזה בנידון דידן, מאחר שאצלנו הנידון הוא שמודה ולא שעומד ומגרש וכפי שביארנו.

יב. אחרי שהבעתי את דעתי בנידון בארוכה שאין מקום לחייב את הבעל בתוספת כתובה לאשה עם מתן דגט, מאחר שקיים ביחס לזה ספיקא דדינא כמסקנת ספר „רב פעלים" וממילא יכול הבעל לטעון קים לי וכו'.

יג. העיר חברי הרב בצרי שליט"א שיש לומר שאפילו נפטור את הבעל מתשלום תוספת כתובה מכח טענת קים לי, משום שהוא המוחזק היחיד על תוספת הכתובה מה שאין כן כלפי רד"י הבית שהאשה מוחזקת בהם לא פחות מהבעל מאחר שהם נמצאים בבית המשותף לשניהם, ולפי"ז גם האשה זכאית לזכות במחצית הרהיטים מכח טענת קים לי ואין להוציא ממנה את המחצית שהאשה מוחזקת בו, ולאור זה הגיע חברי שליט"א בפס"ד שהוצא על ידו שעם מתן הגט צריכים הבעל והאשה להתחלק ברהיטי הבית שוות בשווה.

יד. ועל זה ברצוני להשיב שלפי דעתי צריכים להפריד בין הדבקים, שאינו דומה טענת קים לי של האשה לטענת קים לי של הבעל כלפי תוספת כתובה.

ידעתי שיטת התוס' ב"ק דף כ"ז ע"א מדוע אין אנו הולכים אחרי הרוב בטענת כדא וחביתא משום שהמוחזק יכול לטעון קים לי בנפשאי שאני מן המיעוט, ולפי"ז שואלים התוס' באותו הדף ע"כ אם בשאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אולגין בתר רובא, מדוע אמרה התורה גביה דיינים אחרי רבים להטות, והתוס' מתרצים דהתם גבי דיינים שאנו, דחשיב מיעוט ידיהו כמי שאינו וכו' ומובא הסבר קולע ב, קונטרס הפסקות". שתמיד הרוב והמיעוט הרוב לא משתלט על המיעוט, אלא המיעוט נמצא תמיד מוגדר בפני עצמו ונבדל מיעוט זה תמיד המוחזק יכול לטעון קים לי, מה שאין כן גבי דיינים אחרי שהתורה פסקה אחרי הרבים אין המיעוט נשאר מוגדר בפני עצמו כי עליו החובה להצטרף להרוב ומיעוט שאינו מוגדר לעצמו, אין בכת מיעוט כזה לחת כח למוחזק למעוטים, לי ולאר, זה אמת שנפסק על ידי כל הפוסקים שחצר השותפין אינו קנינה אלא שותף קונים כל אחד מהם מזה אחדים, אבל אינו עכ"ל, אחד מהם מזה השותף והשני מזה השותף, כלפי השותפים עצמם אין השותף מוגדר לכל אחד מהם בפני עצמו אבל מקום שהוא נמצא גם תחת משותף אחר ויש שם קים לי יוצא מראשית השותף, ושם אינו יוצא מראשית השותף, הלא קונת לקנות ומשום הלא אנו אחרים זה מזה ואינם חסר זה, ואם יצא זה חסר זה על חסר זה חסר זה

יסוד ההסבר שכדי לטעון קים לי כדעת המיעוט צריך להיות המיעוט מוגדר שלטענת קים לי צריכים להיות למיעוט רשות מוגדרת לעצמה שאין להתובע שום שייכות לרשות זו, מה שאין כן בדיינים שאין טענת קים לי, מכיון שיש לתובע זכות גם ברשות של המיעוט מכח הדין, דהא ב"ד מפקי מינה, ולפי"ז דחצר השותפין שאין רשות מוגדרת לנתבע שאין לתובע זכות בו, אין למוחזק זה כח לטעון טענת קים לי, ומשום הכי שבנידון דידן שאין רשות מוגדרת לאשה שאין לבעלה רשות בו אין באפשרותה לזכות במחצית הרהיטים מכח טענת קים לי.

טו. זאת ועוד ב, משנה למלך" פ"ד מה"ל מלוה ולוה תל' ו' בענין מחלוקת הראשונים, דאם העדים התתומים על שטר שיש בו רבית פסולים ובאם יכול הלוח לומר קים לי כהרמב"ן ו"ל הפסיל לעדים ומתימנן לומר פרעתי או להד"מ, זה תלוי במחלוקת רש"י ובעל המאור בסוגיא דפ"ב דכתובות דערער דגולנותא תרי ותרי נינהו וכו', וכעת השאלה אם אפשר ללוה לזכות מכח פעמיים דטענת קים לי פעם ראשונה כהרמב"ן ופעם שנייה כרש"י, ואף דמהריב"ל כתב דבתרי ספיקי קים לי מפקינן מיד המוחזק, ולפי"ז בנידון דידן האשה באה לזכות במחצית הרהיטים מכח פעמיים קים לי, ראשונה קים לי על הבית לפי ה, חלקת מחוקק" ושונייה קים לי על הרהיטים, וכשאנחנו לא מזכים את המוחזק מכח פעמיים לפי המהריב"ל מאבדת האשה זכותה על הרהיטים, ואף ש, משנה למלך" מביא שרוב האחרונים חולקים על המהריב"ל וכן מביא פסק ברור מת, כנסת הגדולה" שיכול המוחזק לומר פעמיים קים לי, אבל לפי מה שמסיק, משנה למלך" בנידון שלו מכיון שקיימת חוקה נגד המוחזק בודאי שלא אומרים פעמיים קים לי. ולפי זה בנידון דידן שנגד טענת קים לי ביחס לבית, קיימת חוקה מרא קמא של הבעל משום דאפילו לדברי האשה הבעל העביר את מחצית הבית על שמה אחרי שהדירה עמדה לגמרי מקודם ברשותו של הבעל בלבד. וכשקיימת חוקה נגד טענת המוחזק, מסיק, משנה למלך" שבודאי לא זוכים על ידי פעמיים קים לי אליבא דכ"ע, ולאור זה אין האשה זוכה במחצית רהיטי הבית מכח טענת קים לי. טז. ולסיכום הדברים אנו קובעים כדלהלן:

א. האשה עם מתן הגט מקבלת מחצית הדירה ועיקר הכתובה.

ב. על הבעל לגרש את אשתו בהתאם להתחלטה שניתנה על ידינו והועברה לצדדים בזמנו.

זבולון גרז — אב"ד

ראיתי מש"כ ידידי חבר ביה"ד הרב בצרי שליט"א באורך להכריע בסניא חריפא בשיטות הפוסקים הראשונים והאחרונים בענין שאין לו גבורת אנשים שיש לחייב גם בתוספת כתובה. לדעתי דין זה עדיין אינו מזכרע והוא בגדר ספיקא דדינא, ויש לי הרבה לדון בדבריו ואין להתאריך במה שכבר האריכו כל האחרונים.

ובעיקר לא נראה לי מה שנקט בפשיטות שכשתבעל מודה שאין לו גבורת אנשים, שאליבא דכו"ע לא שייך הסברא דאדעתא דמישקל ולמיפק לא כתב לה, חילוק זה אינו מסתבר כלל שהרי גם כשהבעל מכחיש, הדין הוא שהוא נאמנת, ואפילו הכי דעת כמה ראשונים שאין לה תוספת משום דאדעתא דמישקל ומיפק לא כתב לה, וא"כ גם כשהוא מודה לה למה תזכה בתוספת כתובה, ומה שמביא בשם, "בית שמואל" שכשמגרש מרצונו יש לה תוספת, אינו ענין לכאן, ש, "בית שמואל" מירי כשהאשה

אינה דורשת כלל גט מחמת טענה זו של גבורת אנשים, אלא שהבעל בא לגרשה מרצונו הטוב, משא"כ בנידון דידן הרי האשה תבעה את בעלה לגט בטענת אין לו כח גברא, בודאי שייכת בזה הסברה דאדעתא דמשקל ומיפק לא כתב לה גם לפי „בית שמואל“.

וכן מה שכתב בפשיטות לענין מתנות שנתן הבעל לאשה שהאשה זוכה בהן, אין כן דעת „חלקת מחוקק“ בסימן צ"ט ס"ק ו' שכתב וז"ל: „ואם הוא מאותן שכופין אותו להוציא, דין המתנה כדין התוספת שהוסיף לה“. הרי דס"ל דלשיטת המוברים שאין לה תוספת כתובה משום דאדעתא דמשקל ומיפק לא כתב לה, אין לה גם המתנות, אמנם מאחר ונתבאר שדין התוספת כתובה באין לו גבורת אנשים הוי ספיקא דדינא, א"כ נראה שגם המתנות הם בגדר ספיקא דדינא, וכיון דבנידון דידן חצי הבית רשום ע"ש האשה, הרי היא מוחזקת ואין להוציא מידה, וביחוד בנידון דידן שיש לאשה גם טענה שהשקיעה כספים בבית.

אכן בריהוט ומטלטלי הבית, אין להוציא מהבעל המוחזק כל עוד שלא הוכח כי האשה קנתה אותם מכספים שהיו לה לפני הנישואין.

לאור זה לדעתי יש לפסוק:

א. יש לחלק הדירה הרשומה ע"ש בני הזוג חלק כחלק.

ב. הרהיטים ומטלטלי הבית ישארו ברשות הבעל.

ג. על הבעל לשלם לאשה עיקר הכתובה בסך מאתיים זוז.

אברהם יצחק לנאל

אחר שגמרתי לכתוב את פסק הדין, חלקו עלי כבוד אב ביה"ד הרב גרז שליט"א וידידי הדיין הרב לנאל שליט"א וטעמם ונימוקם עמם כמבואר למעין בדבריהם ואשיב בקצרה.

א. מדברי כבוד אב ביה"ד מבואר שבהתייחסו לתוס' יבמות ס"ה ע"ב הנ"ל שכתבו „ומטעם דפסק ר"ח דאין תוספת בבאה מחמת טענה משום דאדעתא למשקל ומיפק לא כתב לה, זה הטעם אין שייך באין יכול לבעול דמידע ידיע דנישאת לו מתחילה לכך“ — הבין שכוונתם היא שכשאין יכול לבעול הרי הוא יודע על כך לפני הנישואין שאינו מסוגל, וכשנשאה, על דעת כן נשאה לתת לה תוספת, וכך כוונת הלשון „דמידע ידיע“, כלומר ידע הוא שאינו יכול לבעול, ולזה הקשה מה שהקשה. ולכאורה על התוס' שחילקו כן היה אפשר להקשות אטו מברכתא חביטא ליה שידע לפני הנישואין אם ראוי הוא ויש לו גבורת אנשים, ובפרט כשמתקשה אולם ישען על ביתו ולא יעמוד, מהיכן ידע דבר זה למפרע?

ועוד מזה לשון התוספות שכתבו בסוף „דנישאת לו מתחלה לכך“, הרי כל החילוק תלוי בו אם ידע לפני הנישואין או לא, ומה שייך לתלות בה שנישאת לו מתחלה לכך, ומה כוונת התוספות בלשון זו.

אולם נראה שכוונת התוספות לחלק בין דינו של ר"ח בבאה מחמת טענה, ששם הוא מקיים לה עונה אולם בנים אין לה ולזה הבעל בא בטענה שלא יתן לה תוספת שהרי את חובתו הוא מקיים, ואם רצונה בבנים, תתגרש בלי תוספת, שעל דעת שיוכרח לגרשה לא כתב לה תוספת, וטעם זה אין שייך באין יכול לבעול, שהרי

יודע הוא שכל הנישואין מושתתים על זה שיקיים לאשה מצוה זו של עונה שזהו יסוד הנישואין, וכשאין יכול לקיים את חובתו הראשונה בחיי הנישואין אינו יכול לבוא אליה בטענה שתוספת לא כתב לה על מנת שיוציאה, שהרי הוא למעשה הגורם להוציא וכמ"ש הגאון, "נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו" וכיון שהוא יודע למפרע שזה תנאי הנישואין שיוכל לקיים עונה ולבעול והוא אינו יכול, אינו יכול לטעון נגדה טענה זו שעל דעת להוציאה לא כתב לה, כי הוא הגורם ולא היא, היא נאלצת בעקבות מצב זה לבקש גירושין. ובוזה מתבאר היטב לשון התוס', "דמידע ידיע דנישאת לו מתחילה לכך" דבחדא מחתא מחתינהו ואין פסיק בין מידע ידיע להמשך דברי התוספות. שהדיעה היא שנישאת לו מתחילה לכך. ועוד הלשון מידע ידיע אינו על הבעל אלא מידע ידיע שכולם יודעים והדבר מפורסם שכן הוא הדבר (ועיין פסקי דין בתי הדין כרך ה' עמ' 240).

ב. לענין המתנות אין זו השגה מ, חלקת מחוקק" אחר שהעלתי שיש לה תוספת כתובה.

ג. ומה שכתבו דהוי ספיקא דדינא, כבר העליתי שבנידון דידן אין בזה מחלוקת, ויתבאר עוד לפנינו, ובפרט שדעת הגאון כן, שיש לומר, אפילו נאמר שיש חולק בזה, אילו היה רואה דברי הגאון לא היה חולק עליו, ומאחר שלא הביאו דברי הגאון, ודאי שלא ראוהו שלא נדפס בימיהם.

ד. ומה שהקשה מה ההבדל בין מודה למכחיש, שכיון שהאשה נאמנת הרי זה כמודה, ואם יש בזה תוספת, למה לא נשתמש כן בסברא זו במכחיש.

עיין בשו"ע סי' קנ"ד סעי' ז' שפסק: "אם טוענת אין לו גבורת אנשים לבוא עליה ושואלת גט והוא מכחשה, יש אומרים שהיא נאמנת וכופין אותו להוציא מיד ולא יתן לה כתובה, ואם מגרשה מעצמו בלא כפייה יתן לה כתובה", ויש להקשות על דין זה גם כן מדוע כשהיא נאמנת אין לה כתובה הרי האמינות חכמים, עיין הגר"א מ"ש בזה וב, זרע אברהם" סי' י"א, ורמזותים לעיל עיין מה שהקשו שאף מרן סותר עצמו ממה שפסק בסי' י"ז וק' באומרת לבעלה גירשתני נאמנת, והאריך ב, זרע אברהם" ליישב שאין כל ההעזות דומות, ובוזה כיון שהיא רוצה גט, ההעזה אינה גדולה כמו בגירשתני שאשה מפחדת מאיסור אשת איש, ולזה אף שלגירושין האמינות, מכל מקום לממן לא האמינות, א"כ אף לענין תוספת כתובה להעת הרשב"א והרא"ש, יש לחלק בין מודה למכחיש, וחילוק זה אינו מדעתי אלא שכך כתבו גדולי עולם וכמבואר בפסקי, ובמכחיש יש לומר שלא האמינות לענין התוספת מה שאין כן במודה.

ה. ומה שתמה אב ביה"ד שליט"א על הגאון, "זרע אברהם" ז"ל, עי' בחידושי הגהות שנדפסו על הטור בסי' קנ"ד א' שכתבו, "זהו מדברי הרא"ש וכו', ותימה שבתשובה שם סי' ד' העתיקה הטור בסמוך, כתב ויתן כתובה מנה ומאתיים ותוספת וכו' (כה"ג בשם רלב"ח) וע"ש ועי' בפרישה אות י"ט ולא קשה מידי". נראה ברור שכן היתה גירסתם בדברי הטור, נמצא שהפרישהאף על תוספת כתובה כתב כן.

ו. ומ"ש שכוונת, "בית שמואל", "ואם הוא מודה" הכוונה שאניו מגרשה אלא מרצונו, אין הלשון מורה כן. וכיון דנחית להכי יש לי בנידון דידן הרהורי דברים. שהבעל רצונו היה להתגרש והאשה היא שעשתה מצדה מאמצים לבנות את הבית עד שפקעה סבלנותה, והממן הוא שעיקב בידו לגרשה וזה דומה לרצונו להתגרש, ומעולם לא עשה הבעל מצדו צעדים מעשיים לשלום בית. ואנו יודעים שבמקרים רבים אין

הטענה לשלום בית רק תכסיס ביד הבעל לסחוט זכויות ממנויות מהאשה ובפיהם בביה"ד אומרים כן, ובביתם עושים צרות לאשה עד שתדרוש את הגט.

ז. ומה שתמה הגאון שליט"א מדברי „כנסת הגדולה" כבר כתבתי לעיל דה, כנסת הגדולה" גירסא אחרת היתה לו בטור.

ח. ומה שכתב מעלת האב"ד שליט"א שיש מחלוקת בין התוס' ביבמות לגדרים בפירוש דברי ריצב"א, עיי' מה שהאריך, אין הדבר גראה כן, שהריצב"א בתשובה, אחר שגמר לכתוב דעות הפוסקים, כתב במסקנא עוד דין לכולי עלמא וכתב את זה בסוף, לומר שאין בזה מחלוקת ואין דברים אלו תוורים על סברת ר"ת בלבד, ומגין לתוס' בגדרים דהריצב"א עצמו פליג על דברים אלו.

ט. ומה שכתב עוד, דהריצב"א במהדורא בתרא חזר בו ממהדורא ראשונה, לא ידעתי איה מקומה של המהדורא בתרא? ומי אומר שקיימת מהדורא בתרא, אדרבה בסוף התשובה הניח מונח זה, וודאי בתוך התשובה אין שתי מהדורות, ומוטב לומר שהסופר טעה בהעתקתו ודבר זה קורה בכל הספרים כידוע שאין הסופר צריך להיות ת"ח וכל מעתיק יש לו שגיאות, באשר אדם הוא ואין בזה פגיעה ח"ו בכבוד התוספות, וזה נוח יותר מלעשות דוחקים שאינם מתקבלים.

ומ"ש ליישב דברי „רב פעלים" עיין בדברי שיישבתי ג"כ דבריו.

י. מה שהאריך בדין קים לי באשה, הנה הערתי היא לפי דעת הרוב, שחלקו עלי בטענה שיש לבעל מקום לומר קים לי ולדבריהם הערתי כן. אולם לענ"ד כל הפוסקים מודים בנידון דידן שאין הבעל יכול לשעון קים לי כמבואר בדברי לעיל, ומאחר שכן, לא ראיתי צורך לשאת ולתת במה שכתב והאריך בזה, כיון שאין נפקא מינה בזה לדינא.

עזרא בצרי

אחרי שמיעת טענות הצדדים וב"כ והעיון בסיכומים שצורפו לחיק, ביה"ד פוסק:

א. יש לחלק את הדירה הרשומה ע"ש בני הזוג חלק כחלק.

ב. הרהיטים ומטלטלי הבית ישארו ברשות הבעל (סעיף זה ניתן ברוב דעות; לדעת המיעוט: יש לחלק גם את הרהיטים ומטלטלי הבית בחלקים שווים).

ג. על הבעל לשלם לאשה עם מתן הגט עיקר כתובתה בסך מאתיים זון.

ניתן ה' תשרי תשל"ו.

תיק מס' 1794/לה

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ש. ב. ורנר — אב"ד, ע. אזולאי, ח. ג. צימבליסט

בענין :

התובעת : א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב סורקיס)

נגד :

הנתבע : ב. (ע"י ב"כ עו"ד גוטסמכר)

הנידון : חוב גירושין במחוסר כח גברא

תביעת אשה נגד בעלה שיתן לה גט פיטורין משום שאין לו כח גברא ולא מסוגל לחיות אתה. — טענת הבעל שהסיבה היא מצד האשה שכל הזמן משתמטת מלחיות אתו. — האם אשה נאמנת לומר על בעלה שאין לו גבורת אנשים ובאילו תנאים. — האם נאמנותה קשורה בדרישת כתובה. — מה היא האומדנה המחזקת את דבריה. — האם רופאים מוסמכים לקבוע מצב כח גברא. — האם האשה חייבת לעזור לבעל בהכראתו בזה. — האם מחייבים אותה להמתין עד שיבריא.

מסקנות

- א. (1) מצד הדין אשה האומרת בפני בעלה שאין לו גבורת אנשים נאמנת, משום שחוקה שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה כל שהבעל יודע שהיא משקרת, אולם כתנאי כשאינה תובעת כתובה, וכופין אותו להוציאה בלי כתובה.
 - (2) יש סוברים שבזמן הזה שיש גשים חצופות אינה נאמנת, אלא אם כן יש אמתלאות ואומדנות שכנים דבריה. להלכה פוסקים שאם היא אומרת בפירוש שאיננה דורשת כתובה, נאמנת גם בזמן הזה אף בלי אמתלא.
 - (3) אם עברו שנים, שלוש שנים והאשה עדיין בבתוליה הרי זו אומדנה שכנים דבריה והיא נאמנת אף כשלא הזכירה כלום על דבר הכתובה. ואין צורך בזה באומדנה גמורה דוקא אלא די באיזו אומדנה שהיא או בקצת רגליים לדבר.
- ב. אין סומכים על רופאים בענין כח גברא כי אין בדיקה מוסמכת היכולה לקבוע זאת.
- ג. כשישנם סיכויים שהבעל יבריא במשך הזמן ויחזק כח הגברא שלו, אין סופים אותו לגרש. אבל אם האשה מסרבת להמתין עד שיתרפא מחייב יים אותו לגרש.

ד. אין מחייבים את האשה לגלגל עם הבעל ולעזור לו מבחינה נפשית שיתרפא מחולשת כח הגברא שהוא לקוי בה.

פסק-דין

הצדדים הם זוג נשוי זה למעלה משנה. ביום כ' תשון תשל"ה הגישה האשה תביעה לגירושין ומוזנות. בשיבת ביה"ד הראשונה בר' טבת תשל"ה הופיעו הצדדים ותגיעו להסכמה לגירושין. האשה ויתרה על כתובתה (בסך 100 אלף ל"י), ואין לה שום תביעות נגד הבעל. על סמך זה ניתן פס"ד לגירושין ואף בקבע תאריך לסידור הגט. אלא שאח"כ התחרט הבעל מהסכמתו ליתן גט ודורש שלום בית.

בישיבתנו מיום כ' אדר תשל"ה הופיעו הצדדים וב"כ טוען ב"כ האשה: תביעתנו שהבעל יתן גט לאשתו. העילה, שהבעל אינו יכול לקיים יחסים עם האשה. האשה עצמה אומרת לביה"ד: בחיי האישות הבעל לא היה מכניס את האבר, היה גומר לפני כן, והיה מתקשה אבל לא היה נכנס אלי. כשניסה לחיות עמי בזמנו לא הלך לו. הלכתי לרופא, ד"ר שוורץ בחיפה, ונתן לי כדורים ומשחה (שמא אולי מקום הבתולין הוא קשה ויש לרככו), ניסיתי לחיות עמו אחרי שלקחתי הכדורים וחמשחה וזה לא הלך לו.

הבעל הכחיש את כל דברי האשה. אומר: ביקשתי ממנה כמה פעמים לחיות עמי ותמיד ברחה לי, אמרתי לה שיש לי נסיון יותר ממנה. תמיד דחתה למחר, כך זה נמשך 4 חדשים, אמרה לי תמיד שמפחדת.

להצעת ביה"ד שהבעל יבדק אצל רופא, אומרת האשה: אפילו אם יאמר הרופא שהוא בסדר אינני מוכנה להשלים, אינני יכולה להסתכל עליו. התחתנתי שיתיה לי גבר ולא אשה.

בישיבה מיום י' תמוז תשל"ה הופיעו שוב הצדדים וחזרו על אותן הטענות. הבעל מצרף מכתב מד"ר ש. פרימו מיום 9 במרץ 75, וז"ל: „בדקתי את מר ב. ומצאתי שהוא באופן גופני בריא בהחלט, אברי המין בבדיקה הם בסדר, ולפי דעתי הוא יכול להיות מוכשר באופן מיני“.

האשה חזרה על טענותיה, אומרת: לא הכניס אף פעם האבר שלו. התקשה במקצת אבל שפך בחוץ. אחרי שקבלתי מחזור וטבלתי ניסה שוב ולא הלך לו. בכלל לא הכניס ושפך הכל בחוץ. הוא לא רצה ללכת לרופא בשום אופן. עכשיו אפילו אם יאמר הרופא שהוא בסדר, הוא שגוא עלי.

ב"כ הבעל: אם האשה תעזור לו מבחינה נפשית, יש סיכויים שיתגבר על מחלתו ויצליח. הבעל מסכים כעת ללכת לבדיקה. אח"כ אמר ב"כ הבעל: היא התנגדה לחיי אישות ונמלטה ממנו. יש לציין עוד פרט אחד, שבשתי הישיבות אמרו שני הצדדים שהאשה עדיין בבתוליה, אלא שכל אחד מנמק זאת לפי דרכו, האשה, מפני שאינו יכול, והבעל, מפני שהתנגדה לחיי אישות.

עד כאן טענות ומענות הצדדים וב"כ, ועכשיו נבוא אל העיון בהלכה.

נהג הלכה פסוקה היא בשו"ע אהע"ז סי' קנ"ד ס"ז: „אם טוענת אין לו גבורת אנשים לברא עליה ושראלת גט והוא מכחישה, י"א שהיא נאמנת, ואפילו לא שהתה

עשר ימים, וכופין אותו להוציא מיד ולא יתן לה כתובה. במה דברים אמורים כשאמרה תובעת כתובה? וטעמו של דבר הוא, משום דחזקה אין אשה מעזזה פניה בפני בעלה כל שהבעל יודע שהיא משקרת ולכן היא נאמנת. ולכאורה הוא הדין בנידונו כיון שאמרה זאת בפניו, הרי היא נאמנת שאינו יכול לבוא עליה. אלא שיש לדון ממה שכתב הרמ"א בהגה"ה שם וז"ל: "וה"א דבזמן הזה שיש נשים חצופות אינה נאמנת, ומכל מקום במקום שיש אמתלאות ואומדנות שאומרת אמת נאמנת", ולפי"ז יתכן שגם בנידונו אין להאמינה. אולם עי' בס' „גבורת אנשים" לבעל הש"ך סי' ס"ז שכתב שדינו של הרמ"א מקורו במרדכי בשם מהר"ם אבל כל הפוסקים וכל האחרונים כתבו בסתם דנאמנת, ולא חילקו בין זמן הש"ס לזמן הזה. ועיי"ש בס' עי' שמסיק הש"ך לדינא בזה"ל: „וא"כ נ"ל דינא, דהיכא דאמרה בפירוש איני רוצה כתובה, נאמנת אף בזה"ז, דהרי כל הפוסקים חולקים על מהר"ם, וגם מהר"ם יכול להיות דמודה באמרה כן בפירוש, ובפרט שיש להקל כיון שהעליתי לעיל סי' מ"ב דאין כופין בטענת גבורת אנשים, א"כ ליכא כאן חשש איסורא דאורייתא". ולפי"ז ה"ה בנידונו כיון שאמרה בפירוש אינה רוצה כתובה, שהרי עוד בישיבתנו הראשונה מיום ד' שבט תשל"ה ויתרה האשה על כתובתה והצהירה שאין לה שום תביעות כספיות מהבעל ואין היא תובעת אלא גט, א"כ יש להאמינה ולקבל את טענתה שהבעל אינו יכול לבוא עליה, וממילא יש לחייבו לגרשה.

וזאת ועוד, הנה בהמשך דבריו שם כתב הש"ך וז"ל: „והיכא דתובעת גט סתם ולא הזכירה כתובה, בכה"ג נאמנת היכא דאיכא אמתלא וכו'. ונ"ל דאם היא עדיין בתולה סגי בב' או ג' שנים והוי אמתלא ואומדנא דמוכחא. וה"ה כל היכא דאיכא אמתלא או רגלים לדבר, נאמנת ואין צריך אומדנות דמוכחות רק ברגלים לדבר קצת סגי". ונראה דגם בנידונו איכא רגלים לדבר קצת שטענתה נכונה, שהרי שני הצדדים מודים שהיא עדיין בתולה, ויותר מסתבר לקבל גירסת האשה שסיבת הדבר משום שלא הצליח לבוא עליה בדרך כל הארץ, ויותר רחוק להעלות על הדעת גירסת הבעל שפשוט האשה לא הסכימה לקיים עמו חיי אישות וברחה ממנו, כי הרי הם הזכירו וא"ז שנתיים וחצי לפני החתונה, והתכוונו לגישואין ו, הכל יודעים כלה למה בסנסת לחופה", היתכן איפוא שתיכף אחרי החופה תברח האשה ולא תתן לו להתקרב אליה? לא יתכן הדבר באשה נורמלית, והאשה שלפנינו נראית נורמלית בהחלט. יש לנו איפוא קצת רגלים לדבר שאמת בפי האשה. (ומה שהש"ך ב, „גבורת אנשים" שם כתב, „דאם היא עדיין בתולה סגי בב' או ג' שנים" משמע שקודם ב' שנים לא הוי „רגלים לדבר" בזה גופא שהיא בתולה — נראה דהיינו משום שהש"ך שם איירי שטוען שבא עליה בדרך כל הארץ אלא שלא הצליח לשבור בתוליה, וזה שפיר יתכן כל שלא עבר זמן מסוים, ולכן קבע הש"ך זמן של ב' או ג' שנים, משא"כ בנידונו שטוען שהיא לא הסכימה כלל לקיים עמו יחסים, זה אינו מתקבל כלל כמו שכתבנו, והוי רגלים לדבר שטענתה נכונה, אעפ"י שלא עברו עדיין ב' שנים).

ואף גם זאת, ב"כ הבעל אמר בפנינו בישיבת האחרונה: „אם האשה תעזור לו מבחינה נפשית יש סיכויים שיתגבר על מחלתו ויצליח, הבעל מסכים כעת ללכת לבדיקה". והנה דברים אלה הם סתירה לכל מהלך טיעונו של הבעל ויש בהם משום הודאת בעל דין שאמנם יש מחלה בבעל וזקוק הוא לעזרה מבחינה נפשית, אלא שטוען,

שהאשה יכולה לעזור לו מבחינה זו (ולחלן גידון אם אמנם האשה חייבת לעזור לו בכך). על כל פנים גם מזה יש אומדנא ורגליים לדבר שנכונים דברי האשה ולפי"ז גם אם לא היתה מוותרת בפירוש על כתובתה, היתה נאמנת, כמסקנת הש"ך הנו', ומה גם שבנידונו ויתרה האשה בפירוש על כתובתה כנ"ל, ואפילו בלי שום רגליים לדבר היא נאמנת, וכנ"ל מהש"ך.

ועכשיו גידון אם יש להסתמך על התעודה מד"ר פרימו שהציג תבעל. והנה כבר דנו בבית"ד הגדול על מכתב מסוג זה, וז"ל (כרך ג' עמ' 82): „אולם מבחינה אחרת אין לתת משקל רב למכתבו של ד"ר ה' הואיל ומן המפורסמות הוא כי במקרה והגבר הוא בסדר במובן התיצוני ואינו סובל ממחלה מסויימת, הרי בדבר זה אם ועא כן סובל מהפרעות פונקציונליות או לאו לא ניתן לאבחנה, ובתי הדין כבר שמעו בהזדמנויות שונות עדות מפי רופאים מומחים כי אין בריקה היכולה לקבוע אם יש כח גברא או לא, ולכן אין לראות במכתבו של ד"ר ה' כעדות קובעת בקשר לכח גברא של המערער". ועיין שם. והוא הדין בנידונו, אין לסמוך על מכתבו של ד"ר פרימו שכתב, „שהוא באופן גופני בריא בהחלט“, כי יתכן שהוא אמנם בריא באופן גופני אבל בכל זאת אין לו כח גברא, כמו שנתבאר.

ועכשיו עלינו לדון בטענות תבעל שאם האשה תעזור לו מבחינה גפשית, יש סיכויים שיתגבר על מחלתו ויצליח. והשאלה היא, האם יש מקום לחייב את האשה שתנסה לעזור לו מבחינה גפשית שמא יתרפא. והנה מצינו כעין זה בתשובת הריב"ש סי' קכ"ז שכתב וז"ל: „ולגידון שלפנינו באשה זו שטוענת על בעלה שאין לו גבורת אנשים ושכבר שחתה עמו ביחד שמונה חדשים רצופים וכו' ועדיין היא בתולה וכו' ובאין לה דרך בקשה ואומרים לה תני דעתך על בעלך וכו', וכ"ש בתולה שצריך להמתין זמן וזמנים, כי יש בחורים שאינם יכולים בבחולה אם מחמת חולשת מזגם וצריכים לרפא מעשה להם תרופות, שהרי אפילו בזקן שסר כחו יש לו רפואה כדאמר רבי יוחנן הן הן החזירוני לצערותי וכו'*. ודרך בנות ישראל הצנערות הוא לסבול דבר זה לא שיבואו לפני ב"ד לתבוע פרוד חבורן ולומר שאינם יכול וכו'. אמנם אם היא תאמץ לבבה ולא תרצה להיות עמו עוד, אין חוסמין אותה כל שאמרה כן בב"ד ובפני בעלה ויוציא ויתן כתובה“. הנה מפורש בדברי הריב"ש שאמנם מבקשים כן מן האשה, אבל אם היא מתעקשת אין חוסמין אותה ומחייבים אותו לתת לה גט.

ועי' בפס"ד מבי"ד הגדול (כרך ג' עמ' 84 ואילך), שכתבו שגם התשב"ץ שהובא ב„בית יוסף“ סי' קנ"ד אינו חולק על הריב"ש והנו', אלא שהוא מדבר לענין כפייה לגט ובזה כל שיש לו סיכויים לרפא אין כופין אותו, אבל לענין לחייבו לגט כולי עלמא לא פליגי דאם מתעקשת ומסרבת להשלים עמו מחייבים אותו בגט ואינה חייבת לגלגל עמו שמא יתרפא, וכמו שכתב הריב"ש. (וע"ע פסה"ד כרך ה' מעמ' 240 וכרך ט' מעמ' 95). הצי"ש עוד (כרך ג' עמ' 89) שכתבו וז"ל: „ולכן במקרה שלפנינו מצד אחד יש להעמיד את המערער על חוקתו שעוד לא שב לאיתנו וכו' ומצד שני, אין האשה יכולה להתגבר על רגשי שנאה שהתפתחו אצלה, אשר זה כשלעצמו גורם מפרע להתלמתו של תבעל, ועי"ז הסיכויים להתבראתו עם אשה זו יותר קלושים הרי בנידון

זה אין הבעל זכאי לטעון „איזיל ואבדוק נפשאי“, לכן נראה שמן הדין יש מקום לחייב את הבעל לגרש את אשתו ולחייבו במזונות כל זמן שלא יפטרנה בגט“. ועיי"ש שהביאו דברי הרמב"ם „שאינה כשבויה שתיבעל לשנוא לה“, ואין איפוא לחייבה לחיות עמו ולעזור לו להבראתו. ולפי"ז הוא הדין בנידוננו שאמרה שהבעל שגוא עליה ואינה יכולה להסתכל עליו, אין לחייבה לעשות נסיון לשלום ולעזור לו להבריא וממילא הוא עומד בחיובו לתת גט.

לאור כל המבואר פסקנו:

הבעל חייב לתת לאשתו ג"פ כד"ת.

אשר לתביעתה למזונות, קובעים ליום כ"ד אלול תשל"ה שעה 10 ועל הצדדים להופיע אישית.

תיק מס' 1794/לה

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ע. אזולאי, ח. ג. צימבליסט, י. נדב

בענין:

התובעת: א. (ע"י ב"כ טר"ר הרב סורקיס)

נגד:

הנתבע: ב. (ע"י ב"כ עו"ד גוטמכר)

הנידון: חיוב מזונות במחוסר כח גברא

המשך מפסה"ד הקודם של ביה"ד הרבני האזורי תל-אביב—יפו במחוסר כח גברא אם הוא חייב במזונות אשתו. — אימתי הבעל חייב במזונות אשתו כשאינם יכולים לחיות ביחד. — מה דינה של חופה במחוסר כח גברא. — מה דינה של ארוסה מגורשת ואינה מגורשת ביחס למזונות. — האם יש אותו דין למחוסר כח גברא. — מה דינו של מחוסר כח גברא הנתון להתרפא. — האם מוציאים ממון בחיוב שיש בו ספק ספיקא.

מסקנות

- א. (1) אין הבעל חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו. במה דברים אמורים כשהמניעה היא ממנה, אבל כשהמניעה היא ממנו, חייב במזונותיה.
- (2) זהו הדין בכל מקרה שהבעל חייב לגרש את אשתו, וכל שכן במקום שראוי לכופו לגט כגון מחוסר כח וגברא, נכפה וכדו', שחייב במזונותיה.
- ב. (1) חלוקים הפוסקים בחופת נדה, האיל ואינה ראויה לביאה אם חלה החופה ריש לה דין בשואה או לא חלה החופה ועודנה ארוסה.
- (2) י"א שבמחלוקת זאת יהיה גם תלוי הדין בחופה שנערכה למי שאין לו כח גברא ואינו ראוי לביאה.
- (3) אך מסתבר שאף לדברי האומרים שחופת נדה איננה חלה, מודים במחוסר כח גברא שחלה החופה, משום שהיא ראויה לביאה והעיקוב הוא מצידו.
- ג. אולם אף לשיטת הסוברים שאין זו חופה, יש לדון במחוסר כח גברא שלמרות שהיא עודנה ארוסה, יתכן שיהא חייב במזונותיה, משום שכל עוד שאינה מגרשה היא קשורה בו ודינה כארוסה מגורשת ואינה מגורשת שהארוס חייב במזונותיה. ויש מפרשים שהדין בארוסה מגורשת ואינה מגורשת אמור רק לאחר שהגיע הזמן לסניסה והיא מעוכבת להינשא מחמתו, מה שאין כן במחוסר כח גברא שאינו יכול למנסה ואין לחייבו במזונותיה.
- ד. פוסקים להלכה שכלה שנכנסה לחופה ולא נבעלה יש לה תוספת כתובה ומסתבר שהוא הדין לנושא אשה ואין לו גבורת אנשים, שיש לה תוספת כתובה.
- ה. במחוסר כח גברא שניתן להתרפא יש מקום לתמר שחופתו חשובה כראויה לביאה לדברי הכל.
- ו. חלוקים הפוסקים אם מוציאין ממנו מהמחזק בדיוב שיש בו ספק ספיקא. אולם אם סיבת הספק ספיקא היא בגלל מחלוקת הפוסקים, הכל מודים שאין מוציאין.

פסק-דין

הדיון שלפנינו יסודו בפסק דינו מיום י"ד אלול תשל"ה, שבו קיבלנו את טענת הנאשה שאין לבעלה גבורת אנשים וחייבונהו במתן גט, וקבענו ישיבה לדון בתביעתה למזונות, והוא הגידון שלפנינו.

ולכאורה נראה פשוט שחייב במזונותיה, דכיון שהחלטנו שחייב לגרשה, שוב לא יוכל הבעל לטעון „שאינ האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו" (אה"ע סוף סי' ע'), דרך כשהמניעה היא ממנה, הוא דפטרחו כשאינה עמו, אבל לא כשהמניעה ממנו, כמבואר בשו"ע שם, וכל שיש בו חסרון כזה שבגללו הוא חייב לגרשה, הרי המניעה היא ממנו, וממילא חייב במזונותיה. וכן מבואר בתשובות מהרי"ט ח"א סי' קי"ג שדן שם בבעל נכפה וגם אינו מפרנס, החליט שם דראוי היה לכפותו לגרש, אלא דלמעשה חשש מכפייתו, וכתב וחייב במזונותיה, וז"ל: „ומזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט, שהרי גדולה מזו אמרו בפ"ק דמציעא (י"ב ב') כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת, נבעלה חייב במזונותיה אעפ"י שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא מעוכבת להינשא מחמתו". והוא הדין בנידוננו כיון שחייב לגרשה, הרי היא מעוכבת להינשא מחמתו ויש לחייבו במזונותיה.

אלא שנתעוררה שאלה בניהן דידן, שלפי דבריה מתחילת הנישואין לא היה לו כח גברא ולא היה יכול לבעול, ואנו האמננו וקיבלנו דבריה, א"כ הרי זו חופה שאינה ראויה לביאה, ומצינו מחלוקת בין הרמב"ם והרא"ש בחופת נדה, דלדעת הרמב"ם כפ"י מהלכות אישות ה"ב לא הויא חופה והיא עדיין כארוסה, ולדעת הרא"ש ריש פרק אעפ"י (ס"ו ו') הויא כנשואה גמורה, ורק לענין תוספת כתובה איבעי לן שם בגמ' אי מיחשבא כנשואה, עיי"ש ברא"ש, והובאו שתי הדעות בטוש"ע אה"ע ס" ס"א. ולכאורה הוא הדין בניהוננו כשהחופה אינה ראויה לביאה מצד תוסר כח-גברא דג"כ תליא במחלוקת הרמב"ם והרא"ש, ולדעת הרמב"ם היא עדיין כארוסה, וא"כ אין לחייבו במוזנותיה. וכן מצאנו בתשובות רעק"א החדשות ס"ו נ"א בניהון הדומה ממש לניהוננו, שהאשה טענה שאין לו גבורת אנשים ודן שם הרב השואל אם הבעל חייב במוזנותיה עד הגירושין, ותלי לה במחלוקת הרמב"ם והרא"ש אם חופת נדה הויא חופה, (ועי' ב, עין יצחק" ח"א ס"ו כ"ד אות ל"ב שרצה ג"כ לומר שבאין לו גבורת אנשים לא חשיבא כנשואה לדעת הרמב"ם).

אלא שבהמשך דבריו שם בתשובות רעק"א כתב בשם הרב השואל, דגם להרמב"ם בניהון דידן חייב במוזנות, אף דהויא כארוסה, מ"מ הא אגידה ביה מחמתיה, ודומה זה לארוסה מגורשת ואינה מגורשת דחייב במוזנות, לשיטת רש"י כתובות צ"ז. וביאור הדבר דסבירא ליה דהדין דמעוכבת להינשא מחמתו יוצר עליו חיוב חדש דמוזנות, ואף בארוסה שאינו חייב במוזנותיה, מ"מ אם היא מגורשת ואינה מגורשת שמעוכבת מחמתו, הטילו עליו חז"ל חיוב מוזנות, וזה מבואר ברש"י כתובות צ"ז ע"ב, עיי"ש. ברם הגרע"א שם דחה דברי הרב השואל, וז"ל: „לענ"ד אינו דומה, התם נתחייב במוזנות כיון דמטיל עליו לכנסה כשהגיע זמן, וחסבותו רבנן כאשתו דבידו לכונסה, ומש"ה בגירושין כזה דלא נפסק אגדה ממנו לגמרי, לא פסק החיוב מוזנות ממנו, מה שאין כן בניהון דידן דאין עליו חיוב לכונסה, דמה יעשה ומשמים עכבהו, י"ל המשום מגיעת הגירושין לחד לא מחייב במוזנות. וכפי הנראה דעת הגרע"א דההיא דרש"י כתובות צ"ז ע"ב איירי בארוסה שהגיע זמן ולא נישא, דכבר נתחייב במוזנותיה, ולכן במגורשת ואינה מגורשת, לא פסק חיוב המוזנות ממנו, מה שאין כן בניהון דידן דלדעת הרמב"ם אינה אלא כארוסה ומעולם לא נתחייב במוזנותיה, אי אפשר להטיל עליו חיוב חדש דמוזנות רק על סמך מה שמעוכבת לינשא מחמתו. וכדעת הגרע"א איתא גם במהר"ם שייף וב, הפלאה" וב, בית יעקב" מעוכבת" שם שמפרשים ברש"י דאיירי בהגיע זמן, עיי"ש. (אולם עי' במהר"ם שייף וב, הפלאה" שרצו לפרש גם קודם הגעת זמן, ובכל זאת איכא עליו חיוב מוזנות, מטעם „מעוכבת"). (יש מקום לפרש דכוות הגרע"א בתשובה שם היא שאפילו אם נאמר שגם קודם הגעת זמן יש עליו חיוב מוזנות, הרי זה דוקא כשהיא באה עליו בטענה כפולה: או כנוס או פטור, וכלשון מהר"ם שייף שם: „שבחייו יש לה כאן מזוני יותר מארוסה אחרת כיון דאגידא ביה ומעוכבת בשבילו מלהנשא, וגם הוא אינו רוצה לכונסה", אבל באין לו גבורת אנשים, אינה יכולה לבוא עליו בטענה זו דאו כנוס, דהא מוכן לכונסה אלא שאינו יכול, ומה יעשה ומשמים עכבהו". אולם הרבה יש לפקפק בסברא זו, ודא מאידך גיסא יש לומר דכיון שאינו יכול לכונסה שוב עומדת בתוקף טענתה: אם אין אתה יכול לכונסני, פטריני בגט, ומאי נ"מ אם אינו כונסה משום שאינו רוצה או משום שאינו יכול).

והנה במהרש"א כתובות שם מחק ברש"י את המילים, "מן האירוסין", ומפרש דלא איירי אלא במגורשת ואינה מגורשת מן הנישואין, דבארנסה דאי אינו חייב במזונותיה. אולם במהר"ם שי"ף שם דחה דברי מהרש"א וכתב: "ואין נראה כלל לשבש הספרים ולמחוק מן האירוסין" וכו', עיי"ש. וכן ב, שיטה מקובצת" שם הביא מרש"י מהדורא בתרא בנוסח אשר לפנינו. ושם ב, שיטה מקובצת" הביא בשם הרא"ש שהסביר דברי רש"י וז"ל:

וידע מקשים היכי מצי לפרש מן האירוסין, הא אפילו כשאינה גרושה, ארוסה לית לה מזוני, ונראה לי דלא קשה, דכיוון דהויא מגורשת ואינה מגורשת ואגידא ביה ולא מציא לאינסובי לעלמא, חייב במזונותיה, ואין חילוק בין מן האירוסין בין מן הנישואין, והוי כמו הגיע זמן ולא נישאו.

ומבאר בדבריו דאפילו קודם הגעת זמן, נתחייב במזונות מטעם דמעוכבת על ידו, וכ"כ ב, פני יהושע", עיי"ש.

אולם גם אם נפרש ברש"י כהרא"ש וה, פני יהושע" דדין, מעוכבת" יוצר עליו חיוב חדש דמזונות, מכל מקום יש מהראשונים שחולקים עליו בזה, דבתידושי הרמב"ן (שנדפסו בחי' הרשב"א) הקשה על רש"י איך אפשר לפרש מן האירוסין, הא ארוסה לית לה מזונות, ולכן מפרש דאיירי מן הנישואין. וכ"כ ב, שיטה מקובצת" בשם הרמב"ן ובשם תלמיד הרשב"א. הרי דסבירא להו דדין, מעוכבת" אינו מטיל עליו חיוב חדש, אלא הוא ממשיך את חיוב המזונות שהיה עליו עד עכשיו. ועי', נתיבות משפט" על רבינו ירוחם דף רס"ג שהכיא דברי רש"י וביאור הרא"ש הנו, וכתב שהוא דין מחדש ולא נמצא בשאר הפוסקים מי שסובר כן, והביא שהרמב"ן ותלמידו הרשב"א חולקים בזה על רש"י, וכנ"ל. והנה בפסקי הדין הרבניים שבכרך א' עמ' 74, כרך ג' עמ' 47, וכרך ד' עמ' 161, נקטו כולם בפשיטות דדין, מעוכבת" יוצר עליו חיוב חדש דמזונות, וכדברי רש"י כתובות הנ"ל, וחייבוהו שם במזונות אפילו במקרים שמדין מזונות הרגיל אין לחייבו, עיי"ש בדבריהם. ולכאורה תמוה, שהרי יש חולקים על רש"י, וגם ברש"י גופא יש מפרשים דאיירי בהגיע זמן וכנ"ל, וכיון שיש בזה פלוגתא, איך אפשר להוציא מן הבעל מזונות?

והנה בנידוננו יש שני ספיקות לחייבו במזונות: (א) שמא תלכה כהרא"ש דגם חופה שאינה ראויה לביאה היא חופה; (ב) אפילו אם תלכה כהרמב"ם דאינה חופה, שמא תלכה כהרא"ש וה, פני יהושע" אליבא דרש"י דאפילו בארוסה חל עליו חיוב מזונות מדין, מעוכבת" וכנ"ל. וכבר כתבו התוס' כתובות דף ט' ע"ב דמוציאין ממון בספק ספיקא. וכן כתב, בית שמואל" סי' נ"ג ס"ק י"ג. אולם עי', פתחי תשובה" שם ס"ק ו' בשם הרבה אחרונים דאין מוציאין ממון בספק ספיקא, והביא בשם, ברכי יוסף" חו"מ סי' כ"ה: "דכבר פשטה הוראה דכל שאתה מרבה ספיקות וספקי ספיקות אין מוציאין מיד המחזיק". ועיין עוד ב, קיצור תקפו כהן" להתומים סי' כ"ה שכתב דאפילו לדעת הסוברים דבספק ספיקא מוציאין ממון, מכל מקום בספק ספיקא שמצד מחלוקת הפוסקים, לדברי הכל אין מוציאין ממון. ועי' סי', משפטים ישרים" לר"ש גאון סי' ל"ו. ולפי"ז בנידוננו לא נוכל להוציא מזונות מתבעל על יסוד ספק ספיקא.

והנה לעצם הדבר שהבאנו למעלה דבאין לו גבורת אנשים אם היא כנשואה, תליא בפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש בחופת נדה, מצאנו ב, שער המלך", קונטרס חופה

התנים סוף סעיף ד', שהביא בשם מהר"ש גאון בס', "משפטים ישרים" סי' ל"ו שכתב דאף לדעת הרא"ש ושחופת נדה היא חופה, היינו דוקא בנדה שיש לה זמן מוגבל לנדהתה ואיכא חיבת ביאה לאחר זמן, מה שאין כן באין לו גבורת אנשים דאין לזה זמן מוגבל מתי יתרפא, בהא ודאי לא חשיבא חופה כלל אף לדעת הרא"ש (וכ"כ ב"בשמים ראש" בכסא דהרסנא סוף סי' ש"מ, והביאו ב, עין יצחק" ח"א סי' כ"ד). אולם, "שער המלך" שם דחה דבריו מתשובת הריצב"א (שבתוס' יבמות דף ס"ה ע"ב ובתשו' מיימוניות הל' אישות סי' ו') שכתב דבאין לו גבורת אנשים אין לה תוספת כתובה משום דהוי כנכנסה לחופה ולא נבעלה דעמד בתיקו בריש אעפ"י דשמא לא כתב לה אלא על מנת חיבת ביאה, ולרב האי גאון דכל תיקו חולקין, שייך כאן דין חלוקה. עכ"ד. ואם נאמר דכל שאין לו גבורת אנשים לא היא חופה כלל, הא אין זה ענין כלל לבעיא דנכנסה לחופה ולא נבעלה, ואיך כתב הריצב"א שלרב האי גאון חולקים, עיי"ש ב, "שער המלך". גם בתשו' הגרע"א הנ"ל ד"ה גם, רצה לומר מתחילה דבאין לו גבורת אנשים יתכן שגם להרא"ש לא הוויא חופה, כיון שאי אפשר לו לבוא עליה, והוי כמו קטנה פחותה מבת ג', ודחי לה הגרע"א מההיא דתשובת הריצב"א, וכנ"ל.

והנה הגרע"א שם כתב דהריצב"א מדמה לה לחופת נדה דקיימא בתיקו בריש אעפ"י, ועפ"י כתב דמוכח דדמיא לחופת נדה ותליא בפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש וכנ"ל. אולם יש להתפלא דבתוס' שם בשם הריצב"א איתא בלשון אחרת, וז"ל: "ודוקא מנה ומאתים אבל תוספת לא יתן, וזהו בנכנסה לחופה ולא נבעלה עמד בתיקו בריש אעפ"י דשמא לא כתב אלא ע"מ חיבת ביאה". הרי מפורש דלא קאי על בעיית הגמ' דנכנסה לחופה ופרסה נדה, אלא קאי על הבעיא שקדמה לה כגמ' שם: בעי רבין נכנסה לחופה ולא נבעלה מהו. והיינו משום דסובר הריצב"א שגם בעיא זו עמדה בתיקו, וכמפורש בדבריו שבתשובות מיימוניות סי' ו' שכתב כנ"ל והוסיף וז"ל: "ובה"ג פוסק דחיבת חופה קונה מדפשט רב אשי אם תימצי לומר חיבת חופה קונה, ולא הבנתי". ומשמע מדבריו דלבה"ג שפוסק כאת"ל דנכנסה לחופה ולא נבעלה יש לה תוספת, הוא חדין דיהיה לה תוספת גם באין לו גבורת אנשים, אלא דאיהו פליג על בה"ג וס"ל דגם בעיא ראשונה עמדה בתיקו וכנ"ל (ועי' תשו' הראנ"ח ח"א סי' ס"ז), ועפ"י כתב דגם באין לו גבורת אנשים אין לה תוספת, ומשמע דאין לו גבורת אנשים עדיפא מחופת נדה ולא הוי אלא כנכנסה לחופה ולא נבעלה.

וכמו כן צ"ע בדברי, "בית שמואל" סי' קנ"ד ס"ק י"ט שהעתיק דברי הריצב"א בזה"ל: "מהו בתו מבואר דהטעם דלא יתן תוספת, משום דהוי כנכנסה לחופה ולא נבעלה ועלתה בתיקו כמ"ש בס"י ס' [צ"ל, "סי' ס"א"]". וכ"כ "בית שמואל" שם ס"ק כ'. ותמזה, דהא בס"א מבואר דנכנסה לחופה ולא נבעלה יש לה תוספת כתובה, ורק בפירסה נדה הוא דאיתא שם דלית לה תוספת. ואולי לא דקדק, "בית שמואל" בלשונו וכוונתו לדמותו לחופת נדה, כיון שאינו יכול לבוא עליה, ואולי פירש כן גם בדברי הריצב"א, שכוונתו לבעיית הגמ' דפירסה נדה. וכך כנראה פירש הגרע"א בד' הריצב"א, וכנ"ל. אולם בלשון הריצב"א, ובמיוחד בדבריו שבתשובות מיימוניות הנ"ל, מבואר דכוונתו לבעיא הראשונה שבגמ' שם בנכנסה לחופה ולא נבעלה, וכמו שנתבאר.

והנה, "בית שמואל" שם בס"ק כ' כתב וז"ל: "ואם מגרשה מעצמו בלא כפייה יתן לה כתובה, ולענין תוספת כתובה משמע מתשובת הרא"ש שהביא הטור דצריך

ליתן לה כיון דמגרש מעצמו, כי דקא כשכופין אותו לגרש כתב דאין צריך ליתן תוספת כתובה דאדעתא למשקל ולמיפק לא אוסיף לה, כמ"ש בכלל מ"ג סי' ג' ד' [צ"ל סי' ה']. מהו למ"ש תוס' סי' ה' הבא על יבמתו אין צריך ליתן תוספת כתובה כיון דאינו יכול לבוא עליה הוי כנכנסה לחופה ולא נבעלה". והנה אם נאמר דבאין לו גבורת אנשים דמי לחופת נדה, א"כ באמת צ"ע על הרא"ש בתשובה הגו' שלא כתב בטעם שאין לה תוספת כתובה אלא זאת דאדעתא למיפק לא כתב לה, ומשמע דאם מגרשה מעצמו יש לה תוספת, וכמו שדייק, "בית שמואל" [וכן בתשובות מהר"ל"ח סי' ל"ג ותשובות מהר"י בן לב ח"ג סי' ק"ב כתבו בטעם שאין לה תוספת רק הטעם דאדעתא למיפק לא כתב לה, עיי"ש. ומשמע ג"כ שאם מגרשה מעצמו יש לה תוספת], וקשה אמאי, הא הוי כנכנסה לחופה ופירסה נדה שעלתה בתיקו, ומספק אין לחיבו, אלא על כרחך באין לו, גבורת אנשים" עדיפא מחופת נדה, ולא דמי אלא לבעיא הראשונה שבגמ' בנכנסה לחופה ולא נבעלה, דעת הרא"ש הרי היא כדעת רוב הראשונים שבעיא הראשונה נפשטה דיש לה תוספת (עי' ברא"ש כתובות שם), ולכן סובר הרא"ש שגם באין לו גבורת אנשים אם מגרשה מעצמו יש לה תוספת כתובה אך הריצב"א סובר שגם הבעיא הראשונה לא נפשטה, וכנ"ל, לכן סבר שגם באין לו גבורת אנשים אפילו במגרשה מעצמו אין לה תוספת. (עי' בתשובות הרא"ש שם סי' ה') באין לו גבורת אנשים ועדיין היא בתולה, שמסתמך על תשובת הריצב"א, ובכל זאת השמיט שם את מש"כ הריצב"א דדמי לנכנסה לחופה ולא נבעלה שעלתה בתיקו, וחינו משום דהרא"ש לשיטתו, וכמו שכתבנו).

הנה להלכה קי"ל כדעת הרא"ש ורוב הראשונים שבעיא הראשונה נפשטה, וכן פסקו בטוש"ע סי' ס"א ללא חולק. ודעת הריצב"א שגם בעיא הראשונה לא נפשטה, היא לכאורה דעת יחיד. ועי' הגהות הגרע"א לס"א שם שדחה דברי הראנ"ח שכתב דהוי ספיקא דדינא. [אמנם בתשובות הרשב"א ח"א סי' אלף רנ"ה משמע דס"ל ג"כ כהריצב"א, וכן משמע בחי' הרשב"א סוף נדרים, אולם בחי' הרשב"א לכתובות שם (ירושלים תש"ג) לא הביא אלא דברי הר"ח והר"ף דבעיא הראשונה נפשטה]. עכ"פ כטוש"ע לא הזכירה דעת הריצב"א כלל, וכנ"ל. ועי' מש"כ ב, עין יצחק" ח"ב סי' ג"ז אות ח' וז"ל: "כלל מסור בידנו דדעת הפוסקים שלא הובא בשו"ע כלל אף בלשון יש אומרים, ולא חיישינו להו כלל". נמצא דאין לנו לחוש כלל לדעת הריצב"א, ונכנסה לחופה ולא נבעלה יש לה תוספת כתובה. והוא הדין באין לו גבורת אנשים אם מגרשה מעצמו, וכנ"ל. והוא הדין בנידונו הרי היא כנשואה גמורה אף לדעת הרמב"ם ואפשר לחיבו במזונותיה.

וטעמו של דבר דאין לו גבורת אנשים עדיפא מחופת נדה, יש לומר כמו שכתב ב, באר יצחק" סי' ג' ענף ד' שצידד גם כן לומר דמודה הרמב"ם באין לו גבורת אנשים דהוא כנשואה, וז"ל: "ומוכח מזה דהרמב"ם מודה באשת סריס דאף דלא הוי בר שכיבה, מכל מקום מקרי חופה ראויה לביאה, כיון דהיא מצד עצמה ראויה לביאה לכן הוי חופה מעליא". וסעין סברא זו מצינו בתשובות "בית יהודה" למהר"י עייאש סי' י"א בנידון שהחתן היה חולה ואינו ראוי לביאה, וז"ל שם בסוף דבריו: "ונתור לדין דלפענ"ד נראה פשוט דלא מבעיא למה שהעלינו דחולי דידה אינו מבטל חיבת חופה כיון דליכא דבר איסור, דבדאי כל שכן בהיא בריאה דהוא חולה דלא

בא העיכוב מחמתה דאיכא חיבת חופה הראויה לביאה, דאמרה ליה הא קאימנא קמך". ועיין שם עוד בהמשך דבריו שכתב: „אלא אפילו אם תימצי לומר דגם בחלתה היא מקריא לא חזיא לביאה כמו פירסה נדה וכו', מכל מקום בחלה הוא עדיף טפי וכו' אע"פ שאינו יכול לבוא עליה כדרך כל הארץ, דתשות כח ידיה מונעו מתשמיש וכו', מ"מ מקוה הוא לפרקים אם יקל מעליו החולי שימצאנה מוכנת לפניו להשלים תאות יצרו, ושפיר איכא חיבת ביאה". ולפי"ז י"ל שהוא הדין בנידונו אף שאין לו גבורת אנשים מכל מקום מקוה הוא להתרפא. ובפרט שלפי מכתב הרופא שבדק אותו הרי באופן גופני הוא בריא בתחלט ואברי המין שלו הם בסדר, וגם האשה עצמה הודתה שהיא מתקשה אלא שטוענת ששפך בחוץ ולא נכנס אליה, וכפי הנראה חוסר כח גברא שלו גובע ממעצורים נפשיים, וזה דבר שניתן להירפא. וכאשר באמת טען כן ב"כ הבעל שתשלים עמו ותעזור לו להתרפא, ואף שלא קיבלנו טענתו וחייבנוהו במתן גט, היינו משום שאין האשה חייבת להמתין עד שיתרפא, וכמו שביארנו בפסק דינו הקודם, אבל מכל מקום כיון שסוף סוף ניתן הדבר להירפא שפיר יש להחשיב את החופה כראויה לביאה, לפי סברת „בית יהודה" הנו'. (ועי' תשו' הגרע"א הנ"ל שהזכיר שם סברא זו ד,אי מבררא ליה סמא יהיה עכשיו מיד חזי לביאה").

עוד יש לחלק בין חופת נדה לאין לו גבורת אנשים, דבנדה הא אסורה גם בחיבוק ונישוק, מה שאין כן באין לו גבורת אנשים הא ראוי לחיבוק ונישוק, ושפיר יש לומר שיש כאן חיבת חופה. (ועי' בתשו' „שבות יעקב" ח"א סי' ק"א שכתב בדומה לזה לאפוקי ממז' שרצה לומר שבאין לו גבורת אנשים הוי קידושי טעות, וז"ל: „דאפשר דאע"ג דאינו יכול לבעול, מ"מ בכל דהו היה ניתן לה דרך אברים וחיבוק ונישוק" וכו'. ועי' ב,אוצר הפוסקים" סוף כרך ב' בהערת המערכת לתשובת הגר"י אברמסקי שם). וע"ע בתשובות „משיב דבר" ח"ד סוף סי' ע"ז שמבואר בדבריו דבאין לו גבורת אנשים הוי נשואה ונתחייב לזונה ולפרנסה.

עלה בידינו דמסתבר לומר דבנידונו אפילו לדעת הרמב"ם היא כדאי נשואה, וממילא הרי הוא חייב בכל חיובי בעל לאשה, וא"כ מכיון שהחלטנו בפסק דינו הקודם שחייב לגרשה, יש לחייבו במוזנותיה אעפ"י שאינה עמו, כמו שנתבאר למעלה.

אי לכך פסקנו:

על הבעל ב. לתת לאשה א. למוזנותיה סך 400 ל"י לחודש, החל מהיום עד להוראה אחרת מאתנו.

ניתן היום כ"ב חשוון תשל"ו.

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: כ"ג הרב הראשי לישראל הרב שלמה גורן — נשיא,
הרבנים אברהם שפירא, שלום מזרחי

בענין:

המערערת

א. (ע"י ב"כ עו"ד גירון)

נגד:

המשיב

ב. (ע"י ב"כ עוה"ד רותם וינובסקי)

הנידון: חזרה מהסכם לגירושין ולמזונות

ערעור אשה על פסק דין של ביה"ד האיזורי ירושלים שלמרות שערכה הסכם עם בעלה לסידור גט וגם לחיוב מזונות לה ולילדיה וההסכם קיבל תוקף של פס"ד ע"י ביה"ד הרבני הגדול החליט ביה"ד הנ"ל שהואיל והבעל חזר מהתחייבותו למתן גט אין תוקף גם להתחייבותו למזונות, טענת הבעל שאין להפריד בין חלקי ההסכם שהוא כחטיבה אחת ואם בטל מקצתו בטל כולו. — האם בהסכם גירושין בין איש לאשה צמודה התחייבותו למזונות לאשה ולילדים להתחייבותו למתן הגט. — האם חל קצין במתן גט. — מה הדין כשאחד מקנה לשני בני אדם את נכסיו בקנין אחד והקנין מתבטל אצל אחד או חלק מהנכסים אינו ראוי לקנין, האם חל הקנין לגבי החלק הראוי או שהוא מתבטל לגמרי. — האם השאלה הנ"ל חלה גם לגבי הסכם הכולל קנין למתן גט והתחייבות למזונות. — האם הסכם שקיבל תוקף של פס"ד עדיף לגבי דין זה. — האם בכפייה על הבעל לשלם לאשתו תשלומין שחייב בהן מצד הדין שמאלץ אותו לגרש את אשתו יש כזה חשש של גט מעושה. — האם מחילת אשה על כתובתה כדי שבעלה יגרשנה ונמצא פיסול בגט יכולה לחזור ממחילתה. — אימתי יכול אדם לחזור ממכירת נכסיו או מעריכת הסכם מסויים. — אימתי האשה חייבת להחזיר כסף קידושין כשהקידושין לא חלו. — אימתי חייב הכהן להחזיר כסף פדיון הבן כשהפדיון לא בוצע. — האם חייב הבעל בתוספת כתובה כשהנישואין לא בוצעו. — מה הדין בנדוניא ובסבלונות כשהנישואין לא התקיימו. — מה הדין בבגדים שהמעביד נותן לשכירו

זפיטרו. — מה הדין בבגדים שהבעל נותן לאשתו והוא מת או גירש אותה. — מה הדין בשוכר פועל או מלמד לבנו ולא העסיקם מאיזה אונס שהוא האם חייב לשלם להם שכרם. — האם משעבד את עצמו בקנס לגרש את אשתו ואינו מגרשה חייב לשלם את הקנס והאם יש כזה דין גט מעושה. — מתי יכול התובע שפתח תיק בבית"ד לדרוש לכגור אותו. — האם הזכרת ענין הגירושין בפתיחת ההסכם קושרת את כל ההתחייבות שבהסכם לביצוע הגירושין.

מסקנות

א

א. (1) התחייבויות שנעשו בין בני הוג בהסכם לגירושין, כל עוד שלא בוצעו הגירושין, אין להן תוקף.

(2) במה דברים אמורים בהתחייבויות הנובעות ישירות מביצוע הגירושין, אבל התחייבויות אחרות שבין בני הוג שבהסכם זה, כגון מוונות האשה והילדים וכדומה, נשארות בחוקפן אף אם לא בוצעו הגירושין.

ב. המתחייב לתת גט לאשתו ואפילו עשה כזה קנין, יכול לחזור בו, מפני שלא חל קנין על בתינת גט.

ג. המקנה לשני בני אדם נכסיו בקנין אחד או בשטר, אעפ"י שהקנין התבטל אצל האחד, חבירו קונה את המחצית שהקנה לו. ומכאן למדים בכל קנין נכסים שחלק מהם אינו ראוי לקנין, או שביחס אליו לא חל הקנין. אין זה מצב שיחול הקנין על החלק השני של הנכסים. יש מחלקים בהלכה זו בין אם הקנין נעשה לשני בני אדם והאחד אינו ראוי לקנין, לבין אם הקנין עצמו לא היה ראוי לחול בחלק מן הנכסים שאז כל הקנין מתבטל, וכן הסכם שבטל מקצתו בטל כולו. יש סוברים שמה שראוי לחול עליו הקנין הוא שריר וקיים, אבל למעשה יש לחשוש לדעת גדולי הפוסקים, ביניהם הנודע ביהודה, שזלכה היא שהאומר „קנה אתה וחמור" לא קנה כלל, היינו שאם לא חל חלק מהקנין, לא חל כל הקנין. והואיל והוא ספיקא דדינא אין מוציאים מידי המחזק.

ד. (1) הסכם גירושין בין בני זוג הנעשה בבית"ד, הכולל התחייבויות מצד הבעל בין לגט ובין לענייני ממון, אף על פי שהתחייבות לגבי הגט אינה חלה, כאמור, אין בו חשש ל„קני את וחמור“, מפני שלגבי גט לא נעשה כלל קנין באשר קנין כזה הוא בניגוד להלכה והיה פוסל את הגט מדיון גט מעושה, וכל הקנין בהסכם נעשה לגבי ההתחייבויות הממוניות בלבד.

(2) זכל שכן כשההסכם קיבל תוקף של פסק דין לכל הנגוע לחיוב מזונות לאשה וילדים, שאין חיוב המזונות בא רק מכח ההסכם אלא גם מכח ביה"ד, חזקה על ביה"ד שמדייק שהכל יהיה לפי הדין ללא חשש של גט מעושה וללא חשש של „קני את וחמור“, ושכל הקנין יחול רק לגבי המזונות.

ה. גם אין לומר שהסכם זה הוא כחטיבה שלימה אחת שאם בטל מקצתו בטל כולו, היינו שאם לא נותן הגט והואיל שבטל לגבי הגט הוא בטל גם לגבי חיוב

המזונות, משום שחייב המזונות אינו תלוי כלל בהסכם והוא גורע מכח זכותו לאשתו ולבניו אף מבלי זתייכותו של הבעל בהסכם, וכדאי לא התכוון בית הדין לקשר את חלק ההסכם שבהתחייבות למזונות לחלק ההסכם שבהתחייבות למתן הגט, וכ"ש בגידון שהורשה לגט במשך כל הדיונים באה מצד תבעל ולא מצד האשה.

ו. אם כופים את הבעל לשלם לאשתו תשלומין שהוא חייב בהם מצד הדין, אף על פי שזה גורם שהבעל יהיה נאלץ בגלל זה לתת גט לאשתו, אין לזה דין גט מעשה.

ב

א. אשה שמחלה כתובתה לבעל לפני שכתב לה את הגט וכתבו את הגט ונתגרשה בו ולאחר מכן גמא פסול בגט, יכולה האשה לחזור ולתבוע כתובתה, מפני שכל כונתה במחילת הכתובה היתה כדי שיגרשנה.

ב. (1) המוכר נכסיו וידוע לכל שכונתו היא כדי שיוכל לבצע פעולה מסוימת ולבסוף הפעולה הזאת לא יצאה לפועל, הדין הוא שאם הסיבה שלא בוצעה הפעולה היא משום שחזר בו מרצונו, אינו יכול לחזור ממכירת נכסיו, אבל אם לא בוצעה משום אונס, יכול הוא לחזור ממכירתו.

(2) אולם אם עדיין לא עשה מעשה ורק התחייב בלבד על יסוד כונה מסוימת כגון שכתב הסכם לאשתו והתחייב בו בסכום מסוים וכונתו ברורה שיתגרשו, אף אם הוא תווד בו ממנו הגט ללא אתם יכול הוא גם לחזור מהתחייבותו, אלא אם כן הוברר בפירוש שהתחייבות הכספית תחול מיד או שמוכן מאליו שכך היתה כונתו.

ג. (1) הנותן לאשה כסף לשם קידושין על תנאי ולא נתקיים התנאי ולא חלו הקידושין, חייבת האשה לכל הדעות להתזיר לו את הכסף, כי כשם שקידש אותה על תנאי כך גם נתן לה את הכסף על תנאי זה.

(2) הנותן לאשה כסף לשם קידושין והתנה אותה שהקידושין יחולו לאחר שלשים יום, אם האשה חוזרת בה, עליה להחזיר לו את הכסף. אם האיש חוזר בו, יש טוברים שאין היא צריכה להתזיר לו את הכסף, כי הכסף נקנה לה מיד וללא כל תנאי. ויש שחולקים על כך וטוברים כי גם בזה יש אותו דין כמו בקידושין על תנאי.

ד. הנותן לכהן חמש סלעים לפדיון בנו לפני שמלאו לו שלשים יום, אם מת הבן תוך שלשים, על הכהן להחזיר לו את הכסף. אם לא מת הבן, תכל מהדים שאין הכהן חייב להתזיר לו את הכסף אף אם האב תווד בו, שהרי הלכה היא שגם אם הכהן תפס מעצמו אין מוציאין מידו.

ה. הכותב כתובה לארוסתו והוסיף לה תוספת כתובה ולא הספיק לכנסה עד שמת או שגירשה, היא איננה גובה את התוספת, שהאומדנא היא שכונתו היתה שהתחייבותו כזה תחול רק לאחר שישא אותה.

ו. הנותן נדוניה לזתנו לפני הנישואין ולא הספיקו להינשא עד שמת החתן או מתה הכלה, חייבים להחזיר את הנדוניה, משום שניתנו על דעת שינשא, וכן

חתן השולח סבלונות למשדכתו והוא מת או היא מתה, או שחזרה מלהינשא לו, חייבים להתחזיר לו את הסבלונות.

ז. בעל הבית שקונה בגדים לשכירו, הדין הוא שלאחר שפיטר אותו מעבודתו, על השכיר להתחזיר לו את הבגדים או לשלם לו את תמורתם, מפני שהבעלים נתנו לו את הבגדים רק לזמן המוגבל של שכירותו.

ח. בגדים שקונה הבעל לאשתו והוא מת או גירש אותה, יש סוברים שהיא חייבת להתחזירם, או ששמן אותם בדמי הכתיבה, משום שהאומדנא היא שלא נתן לה אלא ע"מ שתשמשנו בהם. ויש סוברים שאם גירש אותה אינה חייבת להתחזירם, משום שהיא יכולה לומר שמצידה אין עיכוב שתמשיך לשמש אותו.

ט. (1) המקדש אשה בטבעת ומת, סוברים הפוסקים שהיא אינה חייבת להתחזיר לו הטבעת, משום שיכולה לומר שהעיקוב להינשא לו איננו מצידה.

(2) וכן השולח שושבינות לנישואיו ע"י בנו ומת הבן, אין מקבל השושבינות חייב להתחזיר שושבינות, אעפ"י שהיה נהוג שהיו מחזירים זה לזה, מפני שיכול לומר שאין העיקוב מצידו.

י. השוכר פועל לעבודה ונאנס המעביד ונמנע מלהעסיקו, חולקים הפוסקים אם פטור לשלם לפועל, כי הפועל יכול לטעון שהוא מוכן להוציא את העבודה לפועל ואין המניעה מצידו. והוא הדין בשוכר מלמד לבנו ומת הבן.

יא. העושה קנין לגרש את אשתו ומתחייב בקנס אם לא יגרש, לא חל הקנין לא על הגט ולא על הקנס, משום דהוי "קני את וחמור", ולכן צריך להודיעו שהקנין לא מחייב אותו כדי שלא יטעה, שהוא אנוס לגרש ויהי גט מעושה. אבל אם שעבד את עצמו בקנס לגרש, חל השעבוד לגבי הקנס שאם לא יגרש יהיה חיים לשלם את הקנס. ובהו לא נעשה הגט מעושה משום שבידו לשלם את הקנס ולא לגרש.

יב. (1) קביעת מזונות סבירים לילדים קטנים בהסכם גירושין אינה תלוי בקנין הגט, אלא תוקפה עם חתימת ההסכם ואינה תלויה בביצוע הגירושין.

(2) קביעת מזונות לילדים בגירים בהסכם גירושין או מזונות מגודלים גם לקטנים תלויה ועומדת עם קיום הגירושין.

(3) קביעת מזונות לאשה לפני הגירושין כשאין טענה של הבעל שמהרין הוא פטור בכלל, יתכן שתוקפה עם חתימת ההסכם בלבד.

יג. (1) תיק תביעה לגירושין או למזונות או להתחזקת ילדים אינו נסגר אוטומטית על פי דרישת התובע, כי הנתבע רשאי לפעמים לתבוע לסיים הדין ולהוציא פסק דין.

(2) אולם בהסכם של הצדדים רשאי כל צד לבקש סגירת התיק בהודעה שחזר בו, וזה מתנאי שבהסכם אין סעיפים בקשר לזכות הצד השני למזונות וכדו' שאז הדין שונה.

(3) כשיש כבר פס"ד המאשר את ההסכם בענין המזונות, הוא נשאר בתוקפו גם לאחר הצהרת של הצדדים על חרטה מההסכם הגירושין עד שיצא פסק דין אחר.

יד. (1) הזכרת ענין הגירושין בפתיחה להסכם גירושין קושרת את כל ההתחייבויות

שבהסכם לביצוע הגירושין ואם מטל הביצוע של הגירושין בטלים גם ביצוע ההתחייבויות שבהסכם הן משום שיש אומדנה שבאופן כזה לא היה חיוב והן שזמן הביצוע קבוע לזמן ביצוע הגירושין.

(2) כשההתחייבות מוגדרת בהסכם כעומדת לעצמה, יש לדון לפי הנסח ולפי המסיבות אם יש אומדנה ברורה שהגירושין הם תנאי לביצוע ההתחייבות.

פסק-דין

לפנינו ערעור שני של הגב' א. על פסק הדין של ביה"ד האזורי בירושלים מיום ד' בניסן תשל"ה (16.3.76).

בני הוגג נישאו זל"ז לפני כ-19 שנה ולהם 3 ילדים קטינים. לפני שנים נתגלעו סכסוכים מרובים ביניהם, האשה טוענת בכל הודמנות שהבעל בגד בה וחי עם אשה אחרת, טענה שלא הוכחה ע"י הבעל במשך כל הדיון בפנינו.

בתאריך 1.7.73 נערך הסכם גירושין בין הצדדים בו באו הצדדים לידי הסכם בכל הבעיות, כולל דמי החזקת ילדים אצל האשה בסך 800 ל"י לחודש, פרט למוזנות האשה מיום חתימת ההסכם עד קבלת הגט. בשאלה זו לא באו הצדדים לידי הסכם ונקבע כי „בוזה יקבע ביה"ד הרבני".

הסכם הגירושין הוגש לביה"ד האזורי בירושלים בישיבתו מיום ה' בתמוז תשל"ג. בישיבה זו נתנה האשה את הנימוק הרשמי להסכם הגירושין „משום שהבעל בגד בה וחי עם אשה אחרת והבעל עזב את הבית”. היא תבעה פס"ד למוזנות עבודה 500 ל"י לחודש עד למתן הגט וזה בנוסף ל-800 ל"י עבור מוזנות הילדים כפי ההסכם. הבעל הסכים לתת לה 500 ל"י לחודש למשך חדשים.

ביה"ד האזורי החליט לדחות את הדיון בביצוע הסכם הגירושין עד שיגיעו להסכם מלא. בתאריך י"ב בטבת תשל"ד (6.1.74) הוגשה לביה"ד האזורי בירושלים בקשה מטעם האשה לביטול הליך וסגירת התיק בנימוקים דלהלן:

1. מאחר וכבר ביום 8 לחודש יולי 1973 הגעתי להסדר עם בעלי והתיק נדחה ללא קביעת תאריך.

2. (א) עד היום לא הגעתי לשום הסדר עם בעלי, ולכן אני מבקשת לבטל את התביעה ולסגור את התיק.

(ב) עד כמה שידוע לי גם עו"ד אנגל (ב"כ האשה באותו זמן) פנה בבקשה דומה לסגירת התיק.

3. תביעתי למוזנות נידונה כיום בבית המשפט המחוזי בירושלים משום שבעלי לא משלם מוזנות.

4. אין בדעתי לקבל גט, ולכן יש לראות את ההסכם כבטל ומבוטל גם משום שהבעל לא נתן על פי ההסכם הנ"ל.

על יסוד הסכם הגירושין שנערך לאחר סכסוכים מרובים בין בני הוגג ולאחר שהגיעו לכלל הסכמה כי עליהם להפרד בג"פ, הגיש ב"כ הבעל לביה"ד האזורי בירושלים התנגדות לסגירת התיק, ולחילופין לקבוע ישיבה לדון בענין.

בי"כ"ו בטבת תשל"ד (21.1.74) הגיש ב"כ האשה עו"ד א. גירון תשובה לטענות הבעל בה טוען בסעיף 1, „הסכם הגירושין שכביכול נחתם בין הבעל והאשה נעשה

תוך רמאות וקנוניה מצד הבעל ותוך הפעלת לחצים ואיומים ומעשי אלימות מצד הבעל". ובסעיף 3 נאמר, "האשה לא רצתה ואינה רוצה להתגרש והיא לא עשתה שום מעשה שיחייב אותה לקבל גט". ובסעיף 7 נאמר, "הסכם הגירושין בטל מזה זמן רב אף צד לא נהג על פיו וכולם ראו אותו כבטל ומבוטל, והיום לאחר 8 חודשים שהתיק בבית דין נכבד זה היה סגור וגנוז, נזכר פתאום הבעל להחיות אותו, על אף שידוע לו שאין שום הסכם בינו לבין אשתו".

כתוצאה מדיון בביה"ד האזורי שהתקיים בו' בשבט תשל"ד, החליט ביה"ד האזורי בא' בניסן תשל"ד כדלהלן:

"היות וביום ה' תמוז תשל"ג הופיעו הצדדים לפנינו ותוך הברור, דרשה האשה פס"ד למוזנות, וביה"ד דחה הברור עד שיגיעו להסכם מלא, לכן מקבלים טענת ב"כ הבעל כי החל לפגינו דיון במוזנות, ודוחים בקשת ב"כ האשה לסגירת התיק".

בתאריך י' תמוז תשל"ד (30.6.74) שוב הגיש ב"כ האשה (החדש) בקשה לביטול התביעה, "כי כתב התביעה לא כלל שום עתירה למוזנות נגד הבעל ואם לא יבטלו את ההחלטה הקודמת, מבקש ב"כ האשה רשות לערער על ההחלטה של ביה"ד האזורי". ביה"ד האזורי בירושלים דן בבקשה חדשה-ישנה זו בישיבתו מיום י"א בתמוז תשל"ד, ובכ"ח תשרי תשל"ה החליט ביה"ד האזורי בירושלים כדלהלן:

א. חוזרים על ההחלטה מיום א' ניסן תשל"ד.

ב. גותנים רשות לב"כ האשה לערער על ההחלטה אם רצונו בכך.

בט"ו מרחשון תשל"ה (31.10.74) הגיש ב"כ האשה בקשה למתן רשות ערעור לביה"ד הרבני הגדול, וביה"ד הגדול החליט ב"י כסלו תשל"ה (24.11.74) להיעתר לבקשה. ביה"ד הרבני הגדול דן בערעור בישיבתו ביום כ"א שבט תשל"ה 2.2.75 ואחר מו"מ בין הצדדים באו הצדדים לידי הסכם בכל הבעיות שהיו שנויות במחלוקת. שני הצדדים חתמו על הסכם גירושין וקבלו עליהם את קיום ההסכם בקאג"ס, וביה"ד הרבני הגדול נתן להסכם שביניהם על הנספח שלו תוקף של פסק דין. והרי נוסח ההסכם:

בישיבת בית הדין הגדול שהתקיימה ביום כ"א בשבט תשל"ה, הגיעו הצדדים — אחרי מו"מ ביניהם בעזרת בית הדין — לידי הסכמים כדלהלן, החתומים על ידיהם, אשר הוגשו על דם לביה"ד וביקשו לתת להם תוקף של פס"ד.

ההסכמים הוכנסו לחיק וצורפו כחלק מהפרטי-כל.

הצדדים קבלו בקנין אגב סודר על כל הנאמר בהסכמים הנ"ל. הסכם גירושין שנערך ונחתם בירושלים ביום 1 ביולי 1973, בין ב. (להלן הבעל) לבין הגב' א. (להלן האשה).

הואיל הבעל והאשה נשואים זה לזו 17 שנה; והואיל ומנשואיהם תנ"ל נולדו להם 3 ילדים: ג. בת 15, ד. בן 13, ה. בן 4. והואיל והצדדים בגלל טבעם השונה לא יכולים להמשיך ולחיות כבעל ואשה, למרות שניסו פעמים רבות, לכן באו הצדדים על החתום:

1. המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

2. הבעל מסכים לתת גט לאשה והאשה מסכימה לקבל את הגט.

3. כל שלוש הילדים הנזכרים במבוא להסכם זה ישארו לחינוכה ולכלכלתה של האשה. הבעל זכאי לראות את הילדים בכל עת ובכל מקום איפוא שהצדדים יסכימו על כך אלא חוץ מביתה של האשה. אסור לאשה להוציא את הילדים ו/או כל אחד מהם מהארץ אלא בהסכמת ההורים.
4. הבעל מתחייב לשלם מזונות לילדים לידי האשה בסך של — 800 ל"י לחודש מראש מהיום.
5. מזונות לאשה מהיום עד קבלת הגט, יקבע בית הדין הרבני, כי בשאלה זו לא הגיעו לידי הסכם.
6. הבעל עוד היום עוזב את הדירה המשותפת של הצדדים. הוא זכאי לקחת את החפצים האישיים שלו בלבד, כל הריהוט של הבית ישאר לאשה.
7. הדירה שברח"ו ו. ושרכשו הצדדים אבל טרם רשומה על שםם במשרד ספרי האחוזה תישאר בשלימותה לאשה, הבעל מתחייב לחתום על כל המסמכים הדרושים למטרה זו ולשאת בכל ההוצאות הקשורות בהעברת הדירה על שם האשה.
8. המניה שיש לבעל ב"אגד" תישאר בשלימותה לבעל.
9. האשה מוותרת על כתובתה.
10. אין לצדדים ביניהם כל דרישות נוספות חוץ מאלה הרשומים בהסכם זה.
ולראיה באו הצדדים על החתום:

א.

ב.

נספח להסכם

- הואיל וביום 1.7.73 נחתם בין הצדדים הסכם לגירושין, והואיל והצדדים טרם נתגרשו, והואיל וברצון הצדדים להתגרש זמ"ו, והואיל ושני הצדדים תסכימו לכל האמור לתלן, אי לזאת מעיד הסכם זה:
1. הסכם זה בא להוסיף על ההסכם מיום 1.7.73 ולא לגרוע ממנו.
 2. הבעל ישלם לאשה למזונותיה החל מיום 1.7.73 ועד למתן הגט סך של — 600 ל"י לחודש, סכום זה אינו צמוד למדד יוקר המחיה. סכום זה שהצטבר עד כה ישולם לאשה ב-4 תשלומים חדשיים שווים החל מיום מתן הגט, שאז באותו יום ישולם השיעור הראשון.
 3. למזונות הילדים ישלם הבעל את הסך — 800 ל"י לחודש, כשהסכום הנ"ל צמוד למדד יוקר המחיה כפי שנתפרסם ליום 1.7.73 (דהיינו מדד חודש יולי 1973). סכום זה מתחייב הבעל לשלם גם לאחר הגיעה של הבת ג. לגיל 18, בעד הילדים ג. ד. ה. והסכום הנ"ל יהיה סכום מזונותיהם כשהוא צמוד כאמור עד לנישואים של הבת ג.
 4. האשה מתחייבת לפרנס ולכלכל את הילדים ולשאת בכל הוצאותיהם. אם ובמידה ותוגש ע"י הילדים או אחד מהם תביעה למזונות נגד

- הבעל, כי אז מתחייבת האשה לשפות ו/או לפצות את הבעל על כל סכום שיחוייב בו.
5. הצדדים מתחייבים להופיע בפני כב' ביה"ד האזורי על מנת לקבל את הגט פטורין.
6. אם ובמידה והאשה לא תופיע ו/או תסרב לקבל את גיטה במועד שייקבע, האשה מצהירה שתבטל את הערעור.
7. הוצאות עריכת הגט ואגרת בית דין מתחייבים הצדדים לשלם בחלקים שווים.
- ולראיה באו הצדדים על החתום:
- א. ב.

החלטה

מאשרים את ההסכם מיום 1.7.73, וכן את הנספח להסכם הנ"ל, שהוגשו היום לביה"ד, שחתמו עליהם שני הצדדים וקבלו עליהם בקנין אגב סודר, ונותנים להם תוקף של פסק דין.

ניתנה במעמד הצדדים וב"כ ביום כ"א בשבט תשל"ה.

שלמה גורן אברהם שפירא שלום מזרחי

בישיבת ביה"ד האזורי בירושלים בכ"ט אדר תשל"ה שנקבע לביצוע ההסכם חזר בו הבעל מן ההסכם על סמך סעיף 6 הנ"ל. וב"כ הבעל הודיע, "ההסכם כפי שהוא, היות שנעשה בבית"ד נעשה תוך כדי דיון בלי שהבעל שקל את הדברים לפני כן, בהתאם להסכם זה בסעיף 6 לנספח נאמר (מצטט). כיום הערעור תלוי ועומד בבית"ד הגדול והערעור יתקיים בבית"ד הגדול ואם רצונם בכך ימשיכו בערעור, אנחנו מבקשים לתת החלטה, הואיל והבעל לא מוכן להתגרש כפי ההסכם הזה, והוא מבקש לתת צו שלא לפעול כפי הפס"ד של ביה"ד הגדול, כל עוד לא נשמע הערעור".

לעומתו טען ב"כ האשה, "כיום יש בפניכם הסכם שגערך בשני חלקים, הסכם שנעשה בזמנו, והסכם שנעשה בבית"ד הגדול. ולשניהם ניתן תוקף של פס"ד, כל אחד ואחד מהאופרציות והתנאים הסעיפים שבפס"ד שבהסכים תקיף ומחייב". "יש פס"ד בדבר תגירושין, יש פס"ד למונות האשה והילדים, יש פס"ד בדבר תרכוש של הצדדים, אם הבעל חוזר בו, יכול לחזור בו מתגירושין, אבל לא מההסכם ולא מפס"ד".

בתאריך ד' בניסן תשל"ה החליט ביה"ד האזורי בירושלים כדלהלן: "היות והבעל חוזר בו מהסכם תגירושין שנעשה בבית הדין הגדול, מחליטים:

- א. ביה"ד בהחלטתו מיום י"ט אדר תשל"ה, הדגיש מפורש שההסכם על כל נספחיו יקבל תוקף חוקי של פס"ד רק עם מתן הגט, ומכיון שכעת חוזר בו הבעל, אין לנו מה לדון בזה כעת.
- ב. אודות פסק בית הדין הגדול מיום כ"ח שבט תשל"ה לאשר את ההסכם, עליהם לפנות בקשר לזה לבית הדין הגדול לקבלת החלטה סופית.

ג. כמו כן אם רצונם בכך, ימשיכו בערעור שהגישו".

על פסק דין זה של ביה"ד האזורי הוגשה בקשה למתן רשות ערעור ע"י ב"כ

האשה בתאריך כ"ז בניסן תשל"ה — 8.4.75, ובט"ז באייר תשל"ה החליט ביה"ד להיעתר לבקשה הג"ל.

בערעור טוען ב"כ המבקשת, כי ההחלטה מיום י"ט אדר תשל"ה הגזכרת בפסק הדין, לא ידועה למבקשת ולבא כחה ולא הומצאה להם ולא הובאה לידיעתם כל החלטה כזאת. המבקשת טוענת, כי „בית הדין האזורי חרג מסמכותו כאשר החליט בהחלטה הג"ל, שהבעל חזר בו מהסכם הגירושין, ואין ביה"ד יכול או זכאי לתת תוקף חוקי להפרכת הסכם. לכל היותר חזר בו הבעל מהסכמתו לתת ג"פ, אולם אין הוא יכול לחזור בו מהסכם כלשהו שניתן לו כבר תוקף של פסק דין חוקי וסופי ע"י בית הדין הנכבד הזה". המבקשת מוסיפה וטוענת כי ההסכמים שבין הצדדים אשר קבלו תוקף חוקי של פסק דין לא ניתנים לביטול, ודינם ומעמדם לכל דבר הנו כשל כל פסק דין סופי, הגם שהבעל הזהיר שחזר בו מהסכמתו לתת גט לאשה, שכן פסק הדין שההסכמים מהווים חלק בלתי נפרד ממנו, כוללים התחייבויות נוספות ואחרות, על הסכמתו של הבעל לתת גט לאשתו.

בישיבת בית דין זה בח' סיון תשל"ה (בהעדר המשיב שלא הופיע מבלי לתת שום סיבה לכך), טען ב"כ המערערת נגד ב"כ המשיב, שטען בביה"ד האזורי שכאילו הערעור תלוי ועומד ויש המשך של דיון, וחודש ימים לפני כן ביקש ב"כ הבעל מביה"ד האזורי לסדר את הגט במהירות בהתאם להסכם שנעשה בין הצדדים. הבעל יכול אמנם לחזור בו מהגט אבל לא משאר חלקי ההסכם, „שדנים בענינים כספיים והם ניתנים להוצאה לפועל". לשאלת ביה"ד עונה ב"כ המערערת: „הבעל הוא שדרש את הגט וההסכם עונה על דרישתו, עתה הוא חוזר ורוצה לקעקע את כל ההסכם, ולדעתי אינו יכול עתה לפי המצב שנוצר לחזור בו מההסכם שקיבל תוקף של פס"ד. המקרה זמור מאוד והאשה סובלת עם שלושת ילדיה".

ביה"ד החליט לתת שהות של שבוע ימים למשיב וב"כ לענות בכתב על כתב הערעור ועל הטענות שנשמעו בישיבת ביה"ד זה, וב"כ המשיב ניצל זכות זו ושלח את תשובתו בכתב לטענות המערערת וב"כ. ובתשובתו טוען ב"כ הבעל: „הסכם זה לא חיסל את הערעור שבפני כב' ביה"ד אלא אם ולאחר שהצדדים אמנם יתגרשו ע"פ אותו הסכם. וראיה מוכחת לדבר האמור בסעיף 6 בנספח להסכם הג"ל הקובע לאמר: „אם ובמידה והאשה לא תופיע ו/או תסרב לקבל את גיטה במחעד שייקבע, האשה מצוהירה שתבטל את הערעור" והלא הדברים ברורים, אם חיסל פסה"ד את הערעור, מה ראו הצדדים לציין כי בהפרכת ההסכם מצידה, תבטל את הערעור. ברור מאידך שלגבי אי ביצוע ההסכם ע"י הבעל, מתחילה הערעור, הצדדים יחזרו להתדיין בערעור המקורי בפני כב' ביה"ד הרבני הגדול בערעור תשל"ה/26. ועוד כותב ב"כ הבעל-המשיב, „הסכם הגירושין כשמו כן הוא היינו הסכם המותנה בגירושין. מדרכם של בתי הדין הרבניים שאין הם מאשרים את ההסכם אלא במעמד הגט". אמנם נכון כי ביה"ד הרבני הגדול אישר את הסכם הגירושין כפס"ד, אלא שברור כי אף שקורא לאישור זה „פס"ד", לא היה כאן פס"ד, שהרי כב' ביה"ד הגדול לא התכוון ליתן פס"ד המחייב את הצדדים לקבל ו/או לתת את גט הפטורין כאמור בסעיף 5 להסכם שנוערך בפני כב' ביה"ד הרבני הגדול".

ב"כ המשיב טוען, „אין להפריך בין ההסכם הכספי שנוערך בין הצדדים ובין נתינת הג"פ מהבעל לאשה והא בהא תליא. ואם כפי שציננתי לעיל לא מתקיים החלק

של מתן הגט, הרי שממילא נופלות כל ההתחייבויות והכספיות שבהסכם ואין להם בה מחייב במידה ואחד הצדדים רוצה לתזור בו".

על טענות אלו של ב"כ המשיב, טען בכתב ב"כ המערער: "כלל הוא והוא יסוד מוסד בכל שיטה משפטית שפסק דין של הערכאה העליונה, ובמקרה זה בית הדין הגדול, הוא סופי לא ניתן לערעור ואין אחריו כל דיון נוסף". "אין כל אפשרות בנמצא לערער על ספק-דין המאשר הסכם וניתן לו תוקף", באשר להסתמכות של ב"כ המשיב הנ"ל על סעיף 6 בנספח להסכם, טוען ב"כ המערער בסעיף 6 לנספח להסכם... ניתנת אפשרות לאשה בלבד לחדש את ערעורה הקודם (ל"ה/26). אך אפשרות זו לא נתונה למשיב (לבעל). כך עולה מן המוסכם. האשה הופיעה לקבל את גיטה ומשום כך אין מקום לחדש את הדיון בערעור ל"ה/26. ועוד טוען ב"כ המערער: "יכול הבעל לתזור בו ממתן הגט בלבד, וחזרתו איננה מבטלת את ההסכם כולו ואף לא חלק ממנו. ההסכם שריר וקיים על כל תנאיו".

עד כאן השתלשלות הדיונים וטעו"מ של הצדדים וב"כ.

כעת נחזי אנן. החלטת ביי"ד זה בערעור הראשון של האשה, היתה על סמך ההסכם מרצון בין הצדדים שקבלו בקנין אגב סודר ובהתימת ידם של שני הצדדים, וביה"ד נתן לו תוקף של פסק דין. ההסכם מורכב משני סוגי התחייבויות: התחייבויות הנובעות ממתן הגט והן: ההסדר בענין החזקת הילדים שבסעיף 3 להסכם, והתחייבויות הבעל לעזוב את הדירה המשותפת של הצדדים שבסעיף 6, וכן סעיף 7 הדין בהעברת הדירה הנזכרת ע"ש האשה וסעיף 9 וויתור האשה על כתובתה. ביצוע סעיפים והתחייבויות אלו, תלוי במתן הגט ע"י הבעל ובקבלת הגט ע"י האשה, ואם חזר בו אחד הצדדים או שניהם גם יחד ממתן הגט, אין תחולה להתחייבויות אלו. זה מעין האמור בירושלמי במס' יבמות פ"א הל"א, "ר' לעזר בשם ר' אבון כל דבר שהוא בא מזמנת הגורם, בטל הגורם בטל האיסור, ודבר שאינו בא מזמנת הגורם, אע"פ שבטל הגורם, האיסור במקומו". הוא הדין בנידון דידן, ההתחייבויות הנ"ל, נקבעו אד ורק על רקע של ההסכם לגירושין, וכל עוד שלא בוצעו הגירושין, אין תוקף להתחייבויות הללו. הסוג השני של התחייבויות הכלולות בהסכם, הן ההתחייבויות שאינן נובעות

ממתן הגט והן: תובת המזונות לאשה וילדים, שללא כל קשר עם הגירושין, מחייב הבעל ועומד לזון ולפרנס את אשתו ואת ילדיו, כל עוד שלא התגרשה האשה ולא הוכרזה כמורדת, או כמי שהפסידה מזונותיה. ואם ביה"ד האזורי לא מצא משום מה לנכון להכריע בענין גובה המזונות לאשה עד מתן הגט, אין בכך כל הצדקה להשאיר את האשה וילדיה רעבים ללחם. כי לפי כל הדעות, לא הפסידה האשה הנידונה מזונותיה, ואל לנו לאלץ את האשה לחפש את מזונותיה וזכויותיה בבית משפט אזורי... בעקבות זאת, שביה"ד הרבני האזורי לא הגיע לידי הכרעה בענין זה, נשארה האשה ובאופן מעשי גם שלושת ילדיה ללא פרנסה ומזונות. והרי תורתנו הקדושה, "ורכיה דרכי גועם וכל תביעותיה שלום". היא מעניקה את הצדק המוחלט לכל דורשיה הבאים בשעריה. לכן ברור שאין לקשור את ההתחייבויות שבסעיפי ההסכם והנספח שלו הדנים בענין גובה המזונות לאשה וילדיה וסדרי התשלום, בחבילה אחת עם שאר התנאים שבהסכם על כל סעיפיו כולל מתן הגט פטורין, ביחוד כאשר היזום להסכם זה התאבצע העיקרי את הגירושין בכל ההליכים היה הבעל ולא האשה.

ברור גם כי חזרתו של הבעל מן ההסכם, אינו משום שהוא מבקש כעת שלום

בית, אלא כדי לאלץ את האשה לוותר על תנאים כספיים שהסכימו ביניהם הצדדים בהסכם זה ואשר ניתן לו תוקף של פסק דין ע"י בית דין זה.

ומה שניסה ב"כ הבעל להוכיח מסעיף 6 שבנספח שאין ההסכם ופסק הדין שמילא אחריו סוף פסוק, אדרבה אם נעיין בסעיף זה ניווכח ההיפך מטענה זו, כי התייחסות סעיף 6 למקרה של אי קבלת הגט ע"י האשה, מוכיחה שהוא בא לערתיע את האשה שלא תצא נשכרת מהפרת ההסכם שלא תתגרש. לכן נקבע במפורש שבמקרה כזה יחזור מצבה לסטטוס-קוו. אבל ההסכם לא דן כלל באפשרות של חזרת הבעל מביצוע הגירושין, כי במקרה כזה יחזור ההסכם ופסק הדין שניתן לו תוקף של פסק דין, שריר וקיים, אלא שבכל הנוגע להתחייבויות הנובעות ישירות ממתן הגט כנ"ל, ברור שאינן חלות כל עוד שלא בוצע האקט של הגירושין. מה שאין כן התחייבות המזונות האשה וילדיה וכיצא בזה, בודאי שהן שרירות וקיימות הן מצד ההסכם שהתחייב עליו הבעל בקנין אגב סתדר ובחתימת ידו, והן מצד פסק הדין עצמו.

אמנם בסעיף 2 בנספח להסכם, נקבע שסכום המזונות לאשה שהצטבר מתאריך 1.7.73 עד תאריך חתימת ההסכם, יושלם לאשה ב-4 תשלומים חדשיים שווים החל מיום מתן הגט, כלומר שבאותו יום יושלם השיעור הראשון, ויכול לכאורה הבעל לבוא ולטעון שמכיוון שהגט לא ניתן, אין עדיין תוקף להתחייבות זו שבהסכם, כי גם ביחס למזונות האשה וילדיה אין לנו אלא מה שההסכם קובע, ובמתן תוקף של פסק דין לא שינה בית דין זה את ההסכם בשום סעיף. התשובה לטענה זו היא שקביעת התאריך הראשון של התשלום למזונות האשה ביום מתן הגט באה כדי להבטיח את ביצוע ההסכם ע"י האשה. לאחר שבמשך כל הדיונים סירבה לקבל ג"פ מבעלה, התעורר חשש שמא לאחר שתקבל את המגיע ממזונותיה על העבר תסרב גם כעת לקבל גיטה. לכן נקבע שהחוב הגדול שהצטבר למזונות האשה, וזמן פרעונו יתול מיום מתן הגט ואילך. אבל כעת שהתהפך הגלגל, והאשה מוכנה לקבל את גיטה בתנאים להסכם שביניהם, הבעל הפר אותו בטענות סרק, חייב בית דין זה לדאוג שלא יבולע לאשה, שתישאר שוב ללא מחיה, בעקבות סירובה של הבעל לתת לה ג"פ, כאשר מכל הדיונים מתברר שהאשמה לפירוד שביניהם הוא הבעל, הוא אשר עזב את ביתו וחי עם האשה אחרת. לכן יש לחייב את הבעל במזונות האשה בכל החוב שהצטבר על העבר, ואנו רואים את היום כ"ט באדר תשל"ה, היום בו הוזמנו הצדדים לבוא לבי"ד כדי לקיים את הסכם הגירושין, הבעל הפר את ההסכם והכתוב וחתום ושקיבל אותו בקנין אגב סודר, וכן לא ביצע את פסק הדין של בי"ד זה, וסירב לתת גט לאשתו, — כיום קובע לפרעון החוב של מזונות האשה. יום זה יש לראות לענין פרעון חוב המזונות לאשה כבא במקום יום מתן הגט, כפי שנקבע בנספח להסכם. ולכל היותר יש לקבוע את יום הפרעון בד' בניסן תשל"ה הוא היום בו קבע ביה"ד האזורי בהחלטתו שהבעל חור בו מהסכם הגירושין שנעשה בבית הדין הגדול, וזאת לאחר שסעיף 5 בנספח להסכם קובע: „הצדדים מתחייבים להופיע בפני כב' בי"ד האזורי על מנת לקבל את גט פטורין". ולכן ביום בו הוזמנו הצדדים לקבל ג"פ והבעל חור בו, הוא היום לתחולת פרעון החוב שלו למזונות האשה.

טענת הבעל בפני ביה"ד האזורי כי „כיום הערעור חלוי ועומד בבית הדין הגדול הערעור יתקיים בביה"ד הגדול", אין בה ממש. מכיון שביה"ד הגדול כבר פסק את הדין והחליט שההסכם על כל סעיפיו ונספחיו יקבל תוקף של פסק דין, אין

בכוחו של הבעל לבטלו, ואין לנו אלא מה שכתוב בהסכם הזהה במקרה זה עם פסק הדין. שכל שהאשה תחזור בה מהסכם הגירושין היא מבטלת את הערעור. ומובן מאילוי שההסכם במקרה כזה היה מתבטל על כל סעיפיו, אבל אין כל רמז בהסכם ובפסק הדין שגם הבעל רשאי לבטלו או להפיר אותו בנקודה איוו שהיא.

באשר לטענה שיש לראות את ההסכם כשלמות אחת ואם בטל מקצתו בטל כולו, ומכיון שאמרנו שההתחייבויות הנובעות ממתן הגט או שקשורות לתנאי ביצוע הגירושין, אינן בתוקף עד למתן הגט, אולי ע"י כך מתערער כל תקפו של ההסכם משום שנאמר הסכם שבטל מקצתו בטל כולו? שלוש תשובות בדבר:

הקנין קיים, וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלין, ובטל אצל המעות. והרי כאן מדובר באדם אחד, ואעפ"כ תלה אותה היש אומרים האחרון בקני את וחמור, כמו שבי' שם בסמ"ע באריכות, והביא שם מכתבי מהר"א בסי' קע"ג שנסתפק בכה"ג אי אמרינן מיגז דלא חל הקנין על זה לא חל גמי על זה כמו בקני את וחמור או לא.

ב, דרכי משה" אהע"ז סי' קל"ד אות ז' ציטט את פסקי מהר"א סי' קע"ג שהביא ב, בבית שמואל" הנ"ל, אלא שב, דרכי משה" הביאו לענין אחד שקיבל לגרש את אשתו והעמיד עליו קנס שכתב המהר"א שיש לספק בקנס אי חייב או לא דחזי כקני את וחמור, ומסיק שם, דרכי משה": „ונ"ל דלפי דברי המרדכי הלעיל חייב לתת הקנס". וגם הסמ"ע בסי' ר"ג ס"ק י"ח הנ"ל מסיק להלכה כשיטה ג' ברמ"א שהקנין קיים אצל הקרקע והמטלטלין ובטל אצל המעות, משום דקני את וחמור קנה מחצה.

ולכן גם בנידון דידן גם אם נאמר שהסכם הגירושין הוא כמו קני את וחמור ולא חל על הגירושין, עשאר ההסכם בתוקף בכל הנוגע לחיובים שאינם באים מכח הגט ולא תלויים בביצוע הגירושין.

אלא ש, נודע ביהודה" בחו"מ סימנים כ"ה—כ"ח מאריך מאוד בנושא זה של קני את וחמור והביא שם חבילות של ראיות לכאן ולכאן, וכן הביא ראייה מהרמ"א באהע"ז סי' ק"ח ס"ג דטובר דקני את וחמור קנה מחצה אפי' באדם אחד. ולמסקנה יוצא מ, נודע ביהודה" שדין זה קני את וחמור הוא ספיקא דדינא ואין להוציא ממנו מן המחזק בזה, כמו"ש בשמו ב, פתחי תשובה" סי' ר"ג אות ד' שהביא את דברי ביהודה" בזה, ואת דבריו של ה, נודע ביהודה" במהדו"ת סימן מ"ז שדחתה את דברי „דרכי משה" הנ"ל בשיטת המרדכי שכתב שחייב ליתן את הקנס בקנו מידו לגרש ולקנס, ושיטת „נודע ביהודה" היא בניגוד לדעת „דרכי משה", הסמ"ע, הגר"א והרמ"א באהע"ז ובחו"מ. אבל מ"מ קשה להתעלם מאריה דבי עילאי זה גדול הפוסקים שמפיו אנו חיים ומימיו אנו שותים.

הנה גם לשיטת „נודע ביהודה" שהעלה שאין להוציא ממנו מן המחזק בקני את וחמור, משום שהוא ספיקא דדינא, אין זה נוגע לענינו, ואע"פ שדעת „נודע ביהודה" בקיבל קנין על גט ועל קנס אי אפשר לחייבו בקנס, אין זה דומה לעובדה דידן, כי בנידון דידן הבעל רצה כל הזמן לגרש את אשתו, וע"ז לא היה צריך לקבל כלל קנין, וכל הריב שלו היה על סכום המזונות ותנאים כספיים אחרים שעליהם נעשה הקנין, ומתן הגט היה התנאי כלפי האשה שסירבה כל הזמן להתגרש, ולכן הקנין כלפי הבעל היה רק על התחייבויות כספיות, בלבד ולא על מתן הגט שהוא בניגוד להלכה, כי אסור לנו לחייבו בקנין על הגט כנ"ל, וכשהוא חוזר בו, לא חוזר בו ממתן הגט, ואינו דורש גם כעת שלום בית, אלא חוזר בו מהתחייבויות הכספיות שלו שבהסכם, וע"ז הקנין וההסכם כולו בתוקף ולא נתבטל ממנו מאומה, אלא שלא קיים אותו עדיין הבעל, ולכן כל התחייבות שבהסכם התלוייה במתן הגט, תלויה ועומדת ותתבצע עם מתן הגט בכל עת שיינתן, אבל ההתחייבויות של מזון לאשה והילדים שאינן נובעות ולא תלויות במתן הגט, בתוקפן הן עומדות וחייב למלא אחרי ההסכם ופסק הדין שעמו לדעת כל הדעות והשיטות הנ"ל.

תשובה שניה לטענה הנ"ל, שהסכם שתלוי במתן הגט, כל שלא ניתן הגט בטל כל ההסכם, כי הסכם שבטל מקצתו בטל כולו שתוקפו של הסכם בשלימותו שלו. טענה

מעין זו יכולה אולי להיות בת תוקף כאשר בלי ההסכם וקנין אגב סודר שעמו לא היתה חלה עליו ההתחייבות שכוחה באה מכוח ההסכם. אבל בגידון דידן חובת המזונות חלה על הבעל גם בלי הסכם, ואם היתה האשה מעודעת בפני בית דין זה על אי הקצבת מזונותיה בביה"ד האזורי גם בלי הסכם היינו מחייבים את הבעל במזונותיה מתאריך א' בתמוז תשל"ג 1.7.73 ולהבא, כפי שבאמת מגיע לה, שברוב יאוש באה לפנינו בבקשה לסגור התיק כדי לאפשר לה לתבוע מזונותיה בערכאה אחרת, וכאשר הסכימה לתתום על ההסכם נטשה האשה את דרישתה זו כליל והסתפקה במתן תוקף של פסק דין להסכם שע"י כך הבטיחה את מזונותיה לה ולילדיה, לכן אין לבא כאן בטענה קני את וחמור למ"ד לא קנה כלל, כי חובת המזונות שלה תוקפה מכוח חובת המזונות של כל בעל לאשה שלא הפסידה מזונותיה.

תשובה שלישית יש להשיב לטענות הנ"ל של המשיב, שהדין של קני את וחמור לא שייך כלל בהסכם שקבל תוקף של פסק דין בבי"ד, מכיון שכעת התחייבויות של שני הצדדים אינן באות מכוח ההסכם, כי אם מכוח בית דין, וחוקה על בי"ד שכל שעשה כדין היה, לא חייב את הבעל לגדש שלא ברצונו ולא תלה את החובות הכספיות והאחרות בקנין אגב סודר שקבל הבעל בגירושין של הבעל, מכיון שקבלת הקנין נעשה לא רק בבי"ד כי אם בעצתו ובהדרכתו של ביה"ד, ובי"ד לא בא מעולם לחייב את הבעל בגירושין באמצעות קבלת קנין. כי אז היה על זה חשש של גט מעושה והקנין לא חל עי"ן כלל כמבואר באהע"ז סי' קל"ד וב"ב, בית שמואל" הנ"ל והרי אמרו בגמ' בית דינא בתר בית דינא לא דייקי, ומפרש הרשב"ם במס' ב"ב דף קל"ח ע"ב: „משום דקמו ב"ד במילתא ושפיר עבוד חליצה ומיאונין". ה"ה הכא בית הדין שנתן תוקף של פסק דין להסכם, דייק ופסק כהלכה ולא החיל כלל את הקנין אגב סודר, על מתן הגט, כי אם על החובות הכספיות שהתחייב בהם הבעל. לכן אין כאן טענה של קני את וחמור וההסכם שריר בריר וקיים.

טענה אחרת של ב"כ הבעל „כי כל גט שינתן לאחר ולאור האיום בחיובים הריהו גט מעושה, וכל מזונות הרי הם כמזונות הפחדה שלא עפ"י דין“, אין בה ממש, גם ליש מתמירין שברמ"א אהע"ז סי' קל"ד סעיף ה' הנ"ל במי שקבל עליו קנסות אם לא יגרש, משום שכבר כתב הרשב"ץ בתשובתו שהביא הב"י שאם כפו אותו בדברים שהדין נותן לכופו, כגון פריעת כתובתה דפריעת בע"ח מצוה, ומכין אותו עד שתצא נפשו ולהצילו מאותו עישוי נותן גט, לא הוה גט מעושה, ותשובת הרשב"ץ מובאת ב"פתחי תשובה" אהע"ז שם סי' ט', הוא הדין בגידון דידן שמחייבים אותו במזונותיה שחייב בהן עפ"י דין אין בזה משום גט מעושה.

לכן מחליטים שההסכם שבין הצדדים שקבלו אותו בקנין אגב סודר ובחתימת שני הצדדים וקבל תוקף של פסק דין ע"י בית דין זה, שריר וקיים על כל סעיפיו, וזמן פרעונו של סעיף המזונות שהבעל חייב לאשה מאז 1.7.73 נקבע בד' בניסן תשל"ה, הוא היום בו נקבע ע"י ביה"ד האזורי למתן גט והבעל סירב, תאריך זה בא במקום יום מתן הגט שבהסכם, וכן סכום המזונות שהבעל חייב לאשה עבור הילדים, הכל נשאר בתוקף לפי תנאי ההסכם ופסק הדין שעמו.

זהו גלגול שני של דיון שכבר התקיים בפני ביה"ד הגדול.

הצדדים שהם זוג נשואים קרוב לעשרים שנה, ויש להם ילדים מבוגרים, לא חיים ביחד כמה שנים. הבעל עזב את אשתו ואת ילדיו ועבר לגור עם אשה אחרת. הוא המשיך לשלם לאשה מזונות עבור הילדים בצורה לא סדירה לפי דברי האשה, אבל לא שלם מזונות עבור האשה. בסופו של דבר הסכימה האשה להתגרש ממנו והם ערכו הסכם גירושין מפורט. אולם בסעיף שבו מדובר על תשלום מזונות האשה משנת 1973, נאמר, שכיון שהצדדים לא הגיעו לידי הסכם על גובה הסכום, הם מוסרים את ההחלטה על קיצוב הסכום לביה"ד. מתוך הפרוטוקול נראה שהבעל הסכים לשלם רק 500 ל"י לחודש, והאשה דרשה 700—800 ל"י.

ביה"ד האזורי שלפניו הופיעו הצדדים כדי לדון על ההסכם, החליט לדחות את הדיון בקיצוב הסכום והחזיר אותו לצדדים שיבואו לידי הסכם גם על כך. הצדדים לא הגיעו גם בהמשך הומן לידי הסכם, אולם ביה"ד האזורי דחה את מתן ההחלטה לפי ההסכם, ודרש שהצדדים יגיעו לידי הסכם. כך נשאר הדבר תלוי ועומד הרבה חדשים, עד שהאשה דרשה מביה"ד לסגור את התיק, כדי שתוכל לפתוח תיק תביעה של מזונות בבית המשפט. ב"כ הבעל תתנגד לסגירת התיק. לפי דעתו אין זה תלוי ברצון האשה בלבד, משום שביה"ד החל כבר לדון בהסכם הגירושין הכולל סעיף על מזונות האשה. ביה"ד האזורי קבל את טענת ב"כ הבעל, ועל החלטה זו ערער ב"כ האשה לפנינו, בדיון הראשון.

בדיון שהתקיים לפנינו ביה"ד בשבת, הסכימו הצדדים שביה"ד הגדול ידון ויחליט בסידור סופי של המזונות. ביה"ד הגדול הביא את שני הצדדים להסכם נוסף, ושם נקבע סכום המזונות לאשה, ונקבע שהגט יסודר בהקדם ועד אז ישלם הבעל מזונות לאשה כפי שהוסכם.

כשהצדדים הופיעו בפני ביה"ד האזורי לשם סידור גט, ולאחר שהצדדים חתמו שם גם על שאלון הגט, הודיע ב"כ הבעל שהבעל מתחרט ממה שהסכים, כי לפי דעתו לא היה שקול טוב בדעתו ומסרב לתת ג"פ לאשה לפי מה שהוסכם. כמו כן הודיע לביה"ד שהערעור תלוי ועומד לדיון מביה"ד הגדול.

ביה"ד האזורי החליט שמכיון שהבעל אינו מסכים לתת את הגט, אין לסדר גט. ולבקשת ב"כ הבעל החליט שההסכם על כל נספחיו יקבלו תוקף חוקי של פס"ד רק עם מתן הגט. ועל כן עוכב שוב מתן המזונות לאשה. כתוצאה מכך חזר המצב לקדמותו לפני הערעור, והאשה נשארה בלי מזונות. על כך מערער ב"כ האשה שנית לפנינו. יש לציין שהבעל עשה מעשה אשר לא יעשה. כפי שרשום בפרטיבל של ביה"ד האזורי, הוא הצהיר בפני ביה"ד, שכיום הערעור תלוי ועומד מביה"ד הגדול, והערעור יתקיים מביה"ד הגדול, ואם רצונם בכך ימשיכו בערעור. ועל סמך זה ביקש שכל עוד הערעור לא נשמע, לתת צו לא לפעול כפי פסה"ד של ביה"ד הגדול.

כל זה לא מדויק, הבעל ושני ב"כ היו נוכחים אישית מביה"ד הגדול, וידעו שהערעור נגמר, ולא דובר על המשך ולא נקבע זמן על תופעה נוספת של הצדדים. היה זה הטענה מצדו שהטעה בדבריו את ביה"ד האזורי כאילו קיימת כבר ישיבה נוספת של ביה"ד הגדול, ועל כן בקשו צו זמני סביכול עד שמיעת הערעור, כפי שביה"ד האזורי הזכיר זאת בהחלטתו מיום ד' בניסן תשל"ה.

למעשה לא היה מקום לבקש בכלל מביה"ד האזורי צו זמני על עיכוב ביצוע

פס"ד של ביה"ד הגדול. פסה"ד של ביה"ד הגדול היה סופי. התיק הוחזר לביה"ד האזורי אך ורק לשם סידור הגירושין כאמור בהסכם, ובמקרה כזה כשהצדדים מופיעים לפני ביה"ד רק לשם סידור ג"פ — והם אף חתמו על הבקשה לסידור ג"פ — אין ביה"ד האזורי מוסמך להחליט על עיכוב ביצוע פס"ד — לא של ביה"ד הגדול ולא של ביה"ד אזורי אחר. ואם אחד מהצדדים מבקש לעכב ביצוע פס"ד, עליו לפנות לאותו ביה"ד שפסק את פסה"ד.

למעשה, לאור הנ"ל היה מקום להסתפק רק בקבלת הערעור של האשה, ולבטל את החלטת ביה"ד האזורי משום חוסר סמכות בלבד.

אולם מכיון שנימוק על עיכוב הביצוע הוזכר כבר בבית"ד בהחלטתו, והוא שהבעל חזר בו ממתן ג"פ, לא מהראוי להחליט על ביטול ההחלטה רק מכוח חוסר סמכות, ומשום ההטעאה שב"כ הבעל הטעה את ביה"ד האזורי, ויש לברר את הנימוק כשהוא לעצמו.

הנה בכל הסכם גירושין המקיף התחייבויות שונות בעניני כספים, מה דינן של התחייבויות אלו כשאחד הצדדים מתחרט לפני ביצוע הגירושין, מעצם הסכמתו לגירושין, ובגלל כך כמובן פעולת הגירושין מתבטלת לגמרי, או נדחית ואינה מתקיימת. זוהי בעיה שכיחה החוזרת פעמים רבות לפני בתי הדין, ושורר בזה קצת עירפול, ויש להבהיר בקצרה יסודות עיקריים שיתכן לדון בהם במקרים כאלו.

כשתובע הגירושין מתחייב כלפי הצד השני התחייבויות מסוימות כדי שיבטל את התנגדותו ויסכים לגירושין, ואח"כ המסרב חוזר לסירובו לעצם הגירושין, זה פשוט שעם חזרתו מהסכמתו, מתבטלת ממילא ההתחייבות הכספית שהתובע הסכים להתחייב תמורת ההסכמה.

אולם אם תובע הגירושין חוזר בו מרצונו להתגרש, והצד השני טוען עכשיו אני מוכן לקיים התחייבותי לגירושין ואתה חייב לבצע את ההתחייבות הכספית שהתחייבת בה, זה תלוי בכמה גורמים, כמו מתי היה זמן ביצוע ההתחייבות הכספית אם לפני הגירושין או לאחר הגירושין, ואם ההתחייבות היא תמורת הסכמה בלבד או תמורת הגירושין עצמם, או אם החזרה היא מכוח שיש כעת מקום להמשיך חיי שלום וכל מעשה הגירושין היא כעת מעשה לא מוצדק, או שרוצה בגירושין, ורק אינו רוצה בקיום ההתחייבות, או שרוצה והוא אנוס בקיום החיובים ההדדיים, ועוד ועוד. כל הבעיות האלו פתרון תלוי בדיני תנאי ואומדנות של תנאי דיני אונס, שהם מסובכות בבחיורים מרובים בדברי הש"ס והפוסקים.

ונסביר כמה מבעיות אלו מן המקורות.

בעיא כזו נפסקה בפשטות ב,גודע ביהודה" תניינא סי' ל"ב באשה שמחלה כתובתה קודם הגט והתגרשה בגט שנתברר אח"כ שהוא גט פסול, והיא חזרה ותובעת כעת כתובתה, ואחרי שה,גודע ביהודה" דן בדבר משום ששטר הכתובה נשאר בידי האשה ולא מעיל מחילה בדיבור, כתב בסוף, „אך לפי מה שפסקתי שהגט פסול צריך גט מחודש, פשיטא שהיא מחילה בטעות, שהרי כל עיקר המחילה היתה כדי שיגרשנה". הנה כתב זאת בפשטות מבלי לנמק יותר.

(ועיי"ש בהגהת בנו הגר"ש שזה מוסב על המקרה בתשובה אבהע"ז ק"ה, ולכאורה שם מוזכר שהאשה חזרתה שזינתה, וא"כ מה מקום יש לחייב כתובה. וכנראה כוונת „גודע ביהודה" על מקרה אחר).

לכאורה מוכח מזה שהדיון לביטול ההתחייבות הוא משום ואתחייבות בטעות, היינו שאדעתה שלא יבוצעו הגירושין לא היתה התחייבות, ודינה כדין התחייבות בטעות, וזה דומה לדיון שבקידושין דף מ"ט בההוא גברא שמכר נכסיו אדעתא לעלות לארץ ישראל, ולבסוף לא עלה דהוי דברים שבלב ואינם דברים. ועיי"ש בתוס' ובראשונים שאם גילה בדעתו קודם שהנימוק שהוא מוכר נכסיו הוא משום שרוצה לעלות לא"י ואח"כ גאנס ולא יכול לעלות, באמת גילוי הדעת מרעיל שהמכר יבוטל מתמת שנאנס, אבל אם לא גאנס אעפ"י שגילה דעתו שעכ"פ מחמת רצונו לעלות לארץ הוא מוכר, אין המכר בטל, דכידו לקיים מה שרצה. כ"ז מבואר בשו"ע חו"מ סי' רכ"ז ובסמ"ע שם.

ומזה יש להסיק לכאורה בנידון דידן והפתיחה להסכם הגירושין מראה, שההתחייבות היא בגלל הגירושין, ולכן אם הגירושין בוטלו בגלל אונס, ההתחייבות בטלה, אבל אם לא היה אונס, אלא בגלל רצון הבעל לא יבוצעו הגירושין, ההתחייבות חופסת.

אכן באמת אין הדמיון עולה יפה לגמרי, דבקידושין שם מדובר שהעיסקה שהיה בין הצדדים בוצעה כבר למעשה, שהמכר הועבר שם לידי הלוקח והוא כבר החזיק בהם, והדיון שם הוא שגילוי הדעת המוקדם על גימוקי המכירה הוא כה חזק שיש לו כח של תנאי מפורש, ובכל מקום תנאי מבטל מעשה, ולכן המעשה שבוצע כבר מתבטל. ועי"ז אמרינו שכל מה שיש כח בגילוי דעת לפעול כתנאי על מצת לעלות, ולא עלה, זה רק אם לא יכול לעלות, ואדעתא דהכי שיהא מנוע מלעלות וישאר בעל כרחו במקום, לא רצה למכור את נכסיו שבמקום. אבל כשיכול לעלות, אין בכלל אומדנה שהעיסקה שבוצעה תהי' תלויה ברצונו הוא, שאם ירצה לעלות ויעלה העיסקה קיימת, ואם לא ירצה ויתחרט מרצונו הקודם, העיסקה אינה קיימת, דעל כהאי גוונא אין בכלל אומדנה כזו, אלא להיפך, האומדנה היא ששום אדם לא יקח נכסים ויהי' תלוי גסלאחר המכר ברצונו של המוכר, שאם ירצה יקיים המכר ואם לא ירצה יבוטל. אבל בהסכם גירושין, הספק הראשון הוא שהוכרת הגירושין בתחלת ההסכם, לא רק מעוררת עילה לעקירת עיסקה שבוצעה כבר, אלא עי"ז תוכרת הגירושין, תכונתה היא שזמן הביצוע של ההתחייבות חל לא בזמן חתימת ההסכם, אלא מכא אומדנה דוחים זמנה עד ביצוע הגירושין בין הצדדים. שכל עיקרו של ההסכם בא להסדיר את הענינים של בני הוגג העומד להתגרש, על אחר הגירושין, וכל עוד שלא התגרשו לא הגיע בכלל זמן ביצוע ההתחייבות, ואין בכך התחייבות ממשיית כלל לפני הגירושין. ועל כן כשמישהו מהצדדים חוזר בו מהסכמה לגירושין, אין כלל מקום לדון לחייבו בחיוב הכספי שבהסכם הגירושין, שהחייב אינו בר תוקף כלל לפני הגירושין, אלא אם כן היבחר בפירוש שההתחייבות הכספית חלה מיד, או שזה מובן מאליה שבהסכם הכספי הוקפו לחול מיד.

הנה דיון על ביטול הסכם מפורש עי"י שדוחים מכא אומדנה את זמן הביצוע, מצינו במשנה בכתובות (דף נ"ד) ריש פרק אף על פי שפליגי שם ת"ק ורבי אלעזר בן עזריה במי שכתב כתובה גדולה לארוסתו והוא מת לפני הגישואין דלת"ק גובה את הכל שתרי זהו הכתובה שכתב לה, אבל ראב"ע אומר שגובה רק מאתים שלא כתב לה אלא על מצת לכונסה. והיינו שזה אומדנה, אם כי לא פירט תנאי או הגבלה שלא יתחייב רק אחרי הגישואין, מ"מ הוי אומדנה ברורה שתוספת הכתובה התחייב

רק ע"מ שישאנה לאשה. וקיי"ל דהלכה כראב"ע דסומכין על אומדנה כזאת, לבטל את השטר שכתוב באופן סתמי.

ובכתובות דף מ"ז שם יש דין במקרה הפוך שאבי האשה התחייב גרוניה לבעל ואמרי שם: „כתב לה פירות כסות וכלים שיבואו עמה מבית אביה לבית בעלה, מתה לא זכה הבעל, משום ר' נתן אמרו זכה הבעל". ומפרש בגמ' דאפילו לראב"ע יש לומר שזכה בהם, דראב"ע קאמר חיוב הבעל לאשה שלא כתב אלא ע"מ לכנסה, אבל חיוב מרידה לדדידה, מודי ד, משום אחתוני הוא והא איתתני להו". ועיי"ש בתוס' מתלוקת רש"י ותוס', דלרש"י הכוונה דבאשה אפילו מאירוסין זכה בהם הבעל מיד, היינו דכאן האומדנה דהחיוב ידועה באמת בתאריך שהתחייב ולא שידחה לאחר קיום הנישואין, ולר"ת לכר"ע כאן יש אומדנה דהא אינו מתכוין להנות את הבעל אלא א"כ תהנה גם הבת עיי"ש, ובחידושי הרמב"ן והרשב"א שם.

אמנם במקרה שהתחייבות הכספית מוגדרת לגמרי כעומדת לעצמה ולא באה להסדיר את עניני הממון לאחר הגט, בזה יש כבר מקום לדון מה תוקף ההתחייבות כשאתה הצדדים מתחרט. וזה תלוי בנסיבות המקרה ובנוסף כתב ההתחייבות, כדי שנוכל לקבוע אם יש כאן עכ"פ גדר שהגירושין חס לכל הפחות תנאי למילוי ההתחייבות.

והנה בתשובת הרא"ש כלל י"א דין במקרה כזה שהיבמה והיבם ערכו הסכם על הכתובה בהנחה שהוא יחלוץ לה ואח"כ התחרט. ושם מפורש דברי הרא"ש הכוונתו שכיון שהאשה שילמה לו עבור ויתורו על הכתובה, ור"ל שהיו לה אצל בעלה נכסי צאן ברזל ונכסי מלוג שבאמת זה ממונה, ויש רק שעבדים של היבם, וע"כ כשבאו לידי הסכם והאשה שילמה לו עבור היתור, כבר נחתכו החברים והיתור תפס מיד עם קבלת התמורה, ושוב לא יוכל לבוא לתבוע הנכסים משום שעכשיו רוצה ליבם, שהנכסים עכשיו שלה ופקע מהן כבר דיני צאן ברזל ונכסי מלוג, שהרי מהות ההסכם בומנו היה שלא יהיה יבום וממילא מיד צריך לחתוך עניני הממון, ועל כן מובן שזמן הביצוע הוא מיד, וממילא ברור שעם מתן הכסף זכתה בנכסים, ולאחר זמן כשמתחרט, אינו יכול לזכות מחדש.

ועיין בריש פ"ג דקידושין במקדש אשה לאחר שלשים יום, ששניהם יכולים לתזור בהם לפני שלשים, ואם האשה חזרה, מחזירה לו את כסף הקידושין שקיבלה. אמנם אם האיש חזר בו למרות שיש לו רשות לחזור מדינא לפני תחילת הקידושין, כתב הר"ן שהאשה מחזיקה בכסף הקידושין ואינה מחזירה. והר"ן לא כתב הסבר לכך אלא רק כתב שזה מוכרח מעצם הדין שכסף הקידושין האלו פועלים גם כשנתאכלו ודבר אין בידה, ואם נימא שלפני חלות הקידושין עדיין אין זה שלה, א"כ אינה מתקדשת כשהגיע שלשים, עיי"ש.

ו„בית שמואל" כתב באבהע"ז סימן מ' שהרא"ש בתשובה חולק על כך וסובר, שצריכה להתזיר לו כסף הקידושין. ועיין בהגרעק"א שכתב, שהרא"ש שם מיירי שהיו קידושין בתנאי, וזה"ל שגם הר"ן מודה שצריכים להתזיר. ודבר זה צ"ב, שהרי בתרוויחיהו הקידושין בטלים, משום שצר אחד מתחרט ומבטל את ההסכם, ורשאי להתחרט ומ"ש אם יש תנאי או אין תנאי.

וצ"ל שאם זה תנאי מפורש שהקידושין ניתנו לשם מלך תנאי זה, כמו שהתנאי כולל ביטול הקידושין בהפרת התנאי, כך הוא כולל החזרת הכסף בהפרת התנאי שחכל

נכלל בדיבורו ע"י התנאי שהותנה, דהתנאי בשעת הנתינה לקידושין מוסב גם על הקידושין וגם על הנתינה עצמה.

אבל אם בכלל לא היה תנאי מפורש והכל בנוי על אומדנות בלבד, היינו מכח הסכם בכללם שהמדובר בקידושין שיחולו לאחר זמן, לכן אעפ"י שהקידושין בטלו משום שחסר רצון הבעל בזמן חלות הקידושין, לא סגי בזה לתור לבטל גם את עצם נתינת הכסף שכבר נתן לה שהיא' שייך לה לעולם, ומטעם שכתב הר"ן כנ"ל.

ועכ"פ לכאורה מוכח מהר"ן, שאם נתן כסף לעיסקת הקידושין ולא פרט תנאי אלא בסתמא, אמרינן כיון שהאשה מוכנה לקיים את העיסקא והבעל הוא שמתחרט, הכסף קנוי לה גם כשהוא מתחרט. ושאר הראשונים חולקים בזה משום שעצם קיצוב הזמן של הקידושין לאחר ל', דין קיצוב הזמן כדין תנאי מפורש, שהרי עכ"פ לפני שלשים אין רצון לקידושין ואין חלות קידושין, ואיך תזכה האשה בכסף של קידושין כשאין קידושין כלל. עכ"פ חזינן מהר"ן שאם הבעל מתחרט וגם רשאי להתחרט, יתכן שהאשה תאמר מכיון שאני מוכנה לקיים מה שהוסכם איני מפסידה הכסף שנתן לי.

ולכאורה י"ל בדעת הר"ן שהיא זוכה בכסף וזה שייך לה בגלל הסכמתה בלבד להתקדש לו. והיינו דמלבד שהכסף פועל קידושין. ולכן שייך לה מדין כי יקח איש אשה וכו', הרי הכסף נתון לה מהבעל עבור הסכמתה להתקדש, באופן שאם כי הקידושין לא תפסו, זה נשאר שייך לה כשכר עבור הסכמתה בשעת הנתינה ובפרט לשיטת הר"ן בגדרים ל' שאשה בקידושין משווה עצמה כדבר של הפקר שהבעל יכניסה לרשותו ע"י הקידושין. ולא קשה אם יש כאן נתינה משום הסכמה, איך זה יתעיל גם לשם קידושין, שעדיפא מזה אמרינן במקדש בגזל דידה שנתקבלה קידושין ונתקבלה גזילתה, עיין ר"ן קידושין נ"ב, ואכמ"ל.

ועיין, "אבני מלואים" סי' ט' שכתב להוכיח כהר"ן מהמשנה דבכורות בפדיון הבן, אם האב נתן ה' סלעים לכהן לפני שלשים ומת הבן, יחזיר לאב, ומשמע שאם לא מת לא יחזיר, ומדייק ה, "אבני מלואים" שגם אם האב רוצה אינו יכול לחזור. ולמ"ש בהסבר הר"ן שהממון שייך לה עבור הסכמתה כיון שהיא מוכנה לקיים את מה שהוסכם להנשא לה, זה לא א"ש בפדיון. ועיין בספר "המקנה" קר"א סימן מ' שהסתפק אם זה רק בקידושין, אבל במכר מחדה הר"ן, ואכמ"ל.

אבל באמת נראה דיש הפרש בין פדיון הבן ובין קידושין, וגם בין ממר לפי דברי ספר "המקנה", דהרי בפדיון הבן כשהבן חי, הוא מחייב ועומד במצות פדיון, ולא תלי ברצונו כלל כמו בקידושין, שהרי אם תפס הכהן מעצמו אין מוציאין ממנו, ועיין תוס' ב"מ דף ר' שאפשר לתבוע רק טובת הנאה למ"ד טובת הנאה ממון, וכ"ש כאן שנתנו מעצמנו לידו. ועוד דבקידושין וכן במכר אם הקנין חל לאחר שלשים, פירושו שעדיין לא הוחלט בכלל סופית על קיום הקנין, ועל כן יש לדון שיש שיעור גם בעיקר הנתינה, לפי שיטת הראשונים החולקים על הר"ן. אבל בפדיון הבן שהאב חייב במצוה, וזמן של שלשים יום הוא לא הגבלה שלו, אלא שהתורה קבעה את זמן המצוה, לכו"ע אין כאן הגבלה בקנין אלא נתינה גמורה, והפדיון חל כשיגיע זמן המצוה.

ובכתובות דף נ"ד במחלוקת דרב ושמואל אם שמין באלמנה את הבגדים שעליה, פסק הר"ף כרב ושמין הבגדים שעליה ומגכים את הסכום מהכתובה משום שנתן לה הבגדים רק כדי שתעמוד לפניו ולא שתקח אותם לאחר יציאתה. וכתב הר"ף דמזה נשמע

שאם הבעל פטר אשתו בג"פ מדעתו, אין שמין לו מה שעליה, דלא איהי בעי למיפק אלא איהו בעי לאפוקה.

וב„המאור“ הקשה ממ"ש בגמ' דגם בלקיטו שעובד אצלן, אם קנה לו בגדים ויצא ממנו צריך להחזיר משום הטעם הזה, ושם אין הבדל אם השכיר מתפטר או הבעלים מפטרים אותו ואיהו לא רוצה למיפק. ותירץ הרמב"ן דלא דמי, דבשכיר זהו זמנו לצאת דעל מנת כן שכרו, אבל באשתו כיון שקנאה כדי לעמוד לפניו ועכשיו יוצאת בעל כרחיה, תימא לנו לי בעלי ואעמוד לפניו, דהא לאו למיפק קאי.

והנה לכאורה כל האי דינא דאדעתא למיפק קמיה אקני לה, תרי זה בנוי על דין של אומדנה, שהרי לא היו תנאים מפורשים, ולכאורה זה מיוסד על דין של ראב"ע הנ"ל שאמרו שם דאזיל בתר אומדנה לבטל המעשה. וא"כ לכאורה מוכח מריש אעפ"י כהמאור שהרי מפורש שם לראב"ע שאין הבדל בין מת או גירשה ובתרווייהו פטור מכתובה משום דאדעתא דתכי לא כתב לה, וכן הדין בנדונה של אבי האשה כנ"ל. וקשה מכאן על הרמב"ן.

וא"ל בשני אופנים, או שהרמב"ן דן בחילוק זה מפני שכבר נתן בידה, ואילו בכתובה אין זה אלא רק התחייבות על לאחר זמן. ולכאורה זה מוכח מהמשך לשון הרמב"ן במלחמות שזה דומה לנותן מתנה לחבירו ע"מ שישמשנו שמתנתו מתנה, כיון שהעכבה אינה שלו (הרמב"ן לא הזכיר המשנה בגיטין ע"מ שתשמישי את אבי, יעו"ש בר"ן מחלוקת הראשונים רש"י והרמב"ם, ועיין „בית יוסף“ חו"מ סי' של"ה מ"ש משו"ת תרשב"א, ואכמ"ל). וכוונתו כנראה שאח"כ זה אינו רוצה בשימוש של מקבל המתנה, דפשיטא ליה לרמב"ן שסירוב זה אינו מבטל המתנה, משום שזה מוכן לקיים התנאי ואין הקנין בטל.

והנה באמת בהאי מתנה — גם „המאור“ יודה, דשמה היה קנין גמור, וכל יסוד דברי „המאור“ הוא שאם באלמנה שמין, מוכח מזה שמעולם לא היה קנין גמור, דא"כ גם באלמנה לא סגי בזה שעכשיו אינה עומדת לפניו, שהרי גם כאן הפרת התנאי לא בא על ידה, ולא היא פשעה בקיום התנאי, אלא מוכח מזה שלכתחילה לא היה קנוי לה אלא לשם כך שתעמוד לפניו, וכשאינה עומדת לפניו אלא לפני אחרים לא היה קנוי לכתחילה ולא משום ביטול התנאי. ודברי הרמב"ן צריכים ביאור שהתם נתינת המתנה היתה מתנה גמורה וזה לא בטל מחמת ביטול התנאי ע"י הגותן, ואילו הכא אי נימא שאת הבגד נתן במתנה על תנאי, לכאורה גם באלמנה הרי אנוסה היא לקיים את התנאי. ולכאורה זה תלוי במחלוקת אם אונס כמאן דעביד או לא. עיין חו"מ סי' כ"א ובש"ך שם.

ולכאורה נראה שאין זה אומדנה של מתנה שתשמש בפניו, אלא זהו הגבלה של המתנה — שניתן לשם שימוש משותף, וע"כ אם אינה יכולה להשתמש בזה השימוש המשותף, משום שלפי הדין אחר הגירושים שניהם אסורים אפילו לגור ברחוב אחד, אין כאן בעיא של אונס רחמנא פטריה, אלא דסוף סוף הבגד אינו ראוי שתשתמש בה האשה למה שיועד בנתינה. וע"כ סובר „המאור“ שאין הבדל בזה בין אלמנה לגרושה. ומחלוקת הרז"ה והרמב"ן היא אם הוי קנין גמור בתנאי, או קנין מוגבל לשימוש מסוים.

ונראה שעיקר סברת הרמב"ן לחלק בין אומדנה דבגדי האשה ואומדנה דתוספת כתובה הוא, שהתם האומדנה היא שומן התחייבות התוספת כתובה הוא רק לאחר

הנישואין ולא מומן הכתובה, ולכן אין הבדל בין מת או גירש שעכ"פ לא הגיע זמן ההתחייבות, ולכן גם אם גירשה פטור מתוספת כתובה. אבל באומדנה בקנה בגדים לאשתו, אין כלל מקום לומר לדחות את חלות זמנה קנין לאחר זמן, וע"כ האומדנה היא בהגבלת הקנין, אם בתנאי שתשמש בפניו אם מכח התחייבות נגדית של האשה, וכיון שכבר זכתה בהם ועתה הדיון להפקיע ממנה מה שכבר זכתה, כה"ג סובר הרמב"ן שאין לבטל מה שכבר זכתה, משום שהאשה טוענת אני הרי מוכנה לקיים גם להבא את התחייבותי והבעל הוא שאשם שאני לא אקיים וכה"ג לא פקע הקנין. וזהו שהרמב"ן מדמי לדין שאמרו בב"ב שהאשה טוענת תנו לי בעלי ואשמח עמו. ולכאורה זה מוכרח מעצמו, שאל"כ תיקשי לרמב"ן שבב"ב שם אין חילוק בין גירש למת וע"כ כנ"ל.

אכן בגוף הדין שהרמב"ן מדמי לה לדין תנו לי בעלי ואשמח עמו, מקורו בב"ב דף קמ"ה בדין מקום שנהגו להתזיר טבעת קידושין, ואמרו שם: „לא שנו אלא שמתה היא אבל מת הוא אין מחזירין, מאי טעמא, יכולה היא לאמר, תנו לי בעלי ואשמח עמו. והגמרא מדמה שם לדין שושבינות שמחזירין זה לזה. ופריך בגמ' שגם במת בן השולח ייפטר הצד השני משום „תנו לי שושביני ואשמח עמו“, מדובר שם בשולח שושבינות לחבירו לנישואיו ע"י בנו וכפי שהיה נהוג, היה חייב מקבל השושבינות להחזיר השושבינות לבן השולח לנישואין שלו, ונאמר שם בגמרא שאם מת בן השולח צריך להיות פטור מקבל השושבינות להחזירה משום שיכול לאמר תנו לי שושביני ואשמח עמו. כלומר שהוא מצידו מוכן לתחזיר לבן שושבינות ואין העיכוב ממנו, והקושיה היא שהרי זה דומה לאשה שיכולה לאמר אני מזומנת להשלים תנאי קידושי דהיינו נישואין ואין העיכוב תלוי בי. והנה לגבי שושבינות וקידושין לדעת הר"י"ף והרמב"ם הלכה שאינם חוזרים, משום שיכול לומר תנו לי שושביני ואשמח עמו. אמנם הרמב"ן בעצמו שם פסק בדבר משום שלהלן נפסק בגמרא להלכה דסבלונות היינו מתנות ששלח לה הבעל חוזרות בין שמת הוא בין שמתה היא ואפי' הדרי בהו, הרי שהרמב"ן בעצמו לא פסק האי דינא דתנו לי בעלי ואשמח עמו.

ולכאורה יש לומר שבטענה זו של תנו לי בעלי ואשמח עמו מועיל לאשה בין אם הבעל אינו מקיים מחמת אינס, כגון שמת, ובין שלא מתמת אונס כגון שגירש אותה, ובסוגיא דשושבינות מדובר שהיה אונס דמיתה וע"ז נדחקו בגמ' למה מחזירין, וי"ל שרק לגבי טענת אונס כה"ג מפסק הרמב"ן בפסקו של הר"י"ף אם פטור מלהחזיר, אבל שלא בטענת אונס סובר שמהני הטענה להיפטר מלהחזיר, לכן לגבי בגדים של גרושה סובר בפשטות כהר"ף דאין שמין לה משום שיכולה לאמר אני מוכנה לקיים את ההסכם ותנו לי בעלי ואשמח עמו.

אמנם הגמ' שם מסיקה: „מהרי הדרי קידושי לא הדרי“, דבקידושין הוא דין מיוחד שמא יאמרו קידושין תופסין באחותה, אבל מהרי הדרי, הנה זה למ"ש לעיל, הוא לכונ"ע משום דהחזרת המוהר הוא שיה לדין אומדנה דראב"ע, דהתם כל עצם חיוב המוהר וכן סבלונות הוא לשם נישואין, וכמו שכתב לה האב נדוניה הגם לרש"י עצם החיוב הוא משעת נישואין, ואעפ"י ששלח קדם, אבל האומדנה היא שזה בשביל הנישואין שלהם, וכשזה לא התקיים לא היה מקום לקנין לכתחילה, וע"כ ל"ד לבגד דגרושה שלכו"ע האומדנה בא רק להפקיע הקנין להבא ולא שלכתחילה לא היה מתנה

בשבילת, ונראה דלזה התכוון הרמב"ן שם בב"ב שכתב שיש לחלק בין סבלנות לשושיבנות ולא פירש החילוק.

והנה בטבעת קידושין דמתוירה יש הכרח לומר שעכ"פ קנתה לזמן עד שתחזיר, שאם לא כן איך חלו הקידושין והרי היתה אשת איש כל הזמן. וכבר כתב כן הרשב"א בחידושו ב"ב. וראה, "חזון איש" כתובות דף ס"ד שנתעורר בזה שהרי לכו"ע אסור באמה ובבתה, ועיי"ש מה שכתב. ולא נעלם דבר מרבנותינו הראשונים. וזו היא קושיית הרשב"א והריטב"א בספרהם על ב"ב שיצאו כעת לאור. והרשב"א תירץ שלגבי קידושין סגי במה שקנתה עד הגירושין או עד מיתת הבעל, וכח"ג מתנה לזמן ע"מ להחזיר הוי קידושין גמורים גם מדרבנן. והריטב"א תירץ דכל מה שצריכה להחזיר, זה העודף על פרוטה אחת לשם קידושין שפרוטה זו שלה לעולם.

שוב ראיתי שזה מפורש בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה אות ח' שהאב שהתחייב נדוניה וכבר נתן לחתן ואח"כ הבת נישאה לאחר, אעפ"י שהפשיעה היתה מצד האשה, מ"מ חייבין להחזיר, ואין החתן יכול לומר אנא הא קאימנא לקיים התנאי של הנישואין, דפסקינן הלכה דמוחרי הדרי בין מת הוא בין מתה היא וגם אם היתה חזרה ממשי, ולא מצי למימר הא קאימנא להינשא לך, משום שאדעתא שתינשא לו שלחם, וכשחזרה בה צריך להחזירם לה, והביא לעיל האי דכתובות דף מ"ז דלא נכתב אלא על מנת שתינשא לו.

והיינו דאעפ"י שהבת פשעה, אבל נדוניה אין זמן ביצועה רק בנישואין, ואם לא היו נישואין אפילו מחמת פשעותה ואפילו כבר בוצעה למעשה, הכל בטל ותחזור למתחייב, שכאן ענין של קביעת זמן החיוב, ולא תלוי כלל אם זה פשיעה או אונס. והנה ביסוד הזה של הסכם שצד אחד מפר ההסכם אפילו מאונס והצד השני טוען אני מוכן לקיים ואנא קאימנא, הגת יש בכה"ג מחלוקת לגבי שכירות בקבלן ובפועל שצד אחד נאנס מלקיים התחייבותו, ועיין בהגהות מיימוניות פ"ה מהל' שכירות אות י' בשוכר מלמד ומת הבן, שדעת רבינו יואל הלוי דהמלמד אומר אייתי בנך ואלמדנו אנא הא קאימנא ומת"ם חולק עליו עיי"ש. ועיין, "מחנה אפרים" הל' שכירות סימן ד'.

ולבאורה, זו סוגיה מפורשת בריש כתובות בדין הגעת זמן דנישואין והאשה חלתה דיכול הבעל לומר אנא קא קאימנא. אולם פשוט דבהאי דכתובות כו"ע מדיס, שהתם הדיון הוא דכשהגיע הזמן ולא כנס, קנסו אותו להיות חייב במוזנותיה, וכדי להיפטור מחיוב קנס זה ודאי טענה היא אנא הא קאימנא והצד השני הוא שלא מקיים התחייבותו, אם כי רק מאונס, משום שמה שנוגע לבעל הוא קיים ומוכן לישא אותה ואין סיבה שבגלל אונס של האשה יקנסו את הבעל הנתבע לחיובו במוזנות, אבל במחלוקת הראשונים הנ"ל הפועל הוא התובע, ואם כי הפועל מוכן לעבוד, אבל סוף סוף מחמת אונס מובהק של המעביד לא עבד, ושכר לפועל משלמים לא על מה שמוכן לעבוד אלא על מה שעבד, וע"כ נחלקו אם אונס המעביד שלא למסור לו עבודה מספיק בכדי לפטור המעביד מחיובו, ממילא זה גם נימוק מספיק שאין לשלם שכר לפועל שלא עבד, או שעצם הדבר שהעובד טוען הא קאימנא ומוכן לקיים ההסכם, מספיק ליזכותו בשכר, גם אם למעביד יש טענת אונס.

הנה חזינן דיש דינים שונים בהסכם שצד אחד מוכן לקיימו, והביטול הוא מהצד השני.

והנה בטו"מ הצדדים הוזכר פסה"ד כרך ה' של ביה"ד הרבני עמ' 208—218, ושם הוזכרו תשובות הרא"ש כלל י"א הגו' לעיל ושו"ת המבי"ט ושו"ת, „קול אריה“ עיי"ש, ולכאורה יש מזה סתירה ליסוד ה„גודע ביהודה“ שמחילת האשה על כתובה בהסכם גירושין תלויה בקיום הגירושין, והנה אין לנו לדון בכל אלו בעובדות המיוחדות שבאותו תיק אלא עד כמה שנוגע למקרה דילן ולמסקנות דלעיל.

כבר אמרנו לעיל שהדיון ברא"ש שם הוא על תביעות שיש ליבם לפני שיבם על נכסי צאן ברזל ונכסי מלוג של האשה. עיסקא זו שונה ממחילה של אשה על כתובה שכאן הרי הנכסים שלה גם כשהיו אצל בעלה וכ"ש לאחר שמת, דכל זמן שלא היה יבום הרי אין לו ליבם כל זכויות של ממש בנכסים. ולפי הרמב"ם אין לו כלל פירות לפני שיכנס, ומה שאינם עוברים מיד לאשה זה בגלל שעומדת ליבום ותהיה אשתו, אבל כשאינה עומדת ליבום, ממילא אז הגיע זמנם של נכסים לעבור לאשה, מחמת עצם הדבר שבעלה מת והיבם לא ישא אותה והנכסים חוזרים לבעלים. אבל במחילת כתובה באשת איש כחלק מהסכם גירושין, זה קשור עם הגירושין עצמם, ומחמת עצם הדין לא תגיע זמן של כתובה להיגבות ולא היה בכלל ענין הפקעת חוב הכתובה רק עם הגירושין, וכשום קיום מהסכם הגירושין קם סעיף של מחילת הכתובה. והמעין בשו"ת המבי"ט יראה שזוהי אותו דיון של הרא"ש בנכסים של האשה.

ועוד חילוק, שבנכסי צאן ברזל ומלוג ניתן הדבר שימסרו ליד האשה גם בזמן הנישואין כשרוצים בכך, שאין זה הכרח לחיי נישואין שלבעל יהא נכסי צאן ברזל ומלוג, ולכן עיסקא זו היא שלמה מיד עם ההסכם ואין לבטלה משום שאחר זה חזר מדעתו, אבל בכתובה הרי אסור לגור בלי כתובה, וע"כ מחילת כתובה היא בדרך כלל רק משום שסוברים שלא ימשיכו לגור ביחד, וע"כ מחילת כתובה בהסכם גירושין דעת „גודע ביהודה“ שהמחילה היא משום שדעתה שיתגרשו והיו כתנאי ברור ומפורש. ואם היה הסכם על מחילה, והגירושין רק כתנאי י"ל דחלת המחילה מיד, אבל כשהמעשה היא גירושין והמחילה טפילה למעשה — כל זמן שלא התגרשו אין מחילה.

עוד חילוק יש בהג"ל, שהרי קיימ"ל בחו"מ סי' כ"ז ס"ב דבמכר דברים שבלב אינם דברים, אבל במתנה הרי דברים. ומקור הדין בריא"ז ובאריכות בתוס' רי"ד קידושין דף ג' ע"א והגר"א בביאורו הביא שיטת התוס' כתובות דף מ"ז וכתב אחרי הדוחק הוצרכו התוס' ג"כ לחלק כן וכו', והמבואר הוא לענ"ד דיש ב' חילוקים בין מכר למתנה, דבסתמא אין אדם נותן מתנה בלי נימוק וכל שיש נימוק סביר יש לו כח של תנאי, אבל במכר נקטינן שהנימוק הוא רק מה שמקבל כסף תמורה ולא מהני אומדנא אחרת לבטל המקח וזה שיטת הרא"ז. ולתוס' יש הבדל משום שדעת צד אחד לא מהני לחייב השני אבל במתנה הכל תלוי ברעת הנותן ואכמ"ל, וע"כ הרא"ש והמבי"ט שדנים שהיבם קבל כסף עבור ויתורו לא מהני מה דאכ"כ נתגלה שרוצה ליבם כדי לבטל את המקח, אבל „גודע ביהודה“ הרי מיירי במחילה בחינם והיו אימנדא ברורה שרק כדי להתגרש, מחלה האשה על הכתובה (עיין „חתם סופר“ אבה"ע ב' סימן נ"ו).

כמו כן נראה ברור שבהבטחה של אשה להתגרש אינה מפסידה שכ"ו. והאמור ב„קול-אריה“ ניתן להאמר רק כבאותו מקרה שעברו י' שנים ולא ילדה והסכימו להתגרש וגשבעה להתגרש וב"ד פסק כפי שהסכימו. וגם ע"ז חולקים הפוסקים עיי"ש ב„אוצר הפוסקים“, ואכמ"ל.

וכל הנזכר כאן הוא רק ראשי פרקים בבעיא זו, ויש בהם הבדלים וסוגים שונים ולא ניתן לדון בהם כאן. ועיין במ"ש „טורי זהב" ו, „בית שמואל" אבהע"ז סי' נ"ג סעיף ד' בדין הפוסק מעות לחתונה, והגהות רעק"א שם, ואריכות הדברים בשו"ת „חתם סופר" חו"מ סי' ד.

והנה באבהע"ז סי' קל"ד סעיף ד' מביא הרמ"א שאם קבל קנין לגרש צריך להתיר לו הקנין לפני זה. ועי"ש ב, „בית שמואל" וכן בהגר"א שזה תמוה דמקור הדין הוא ב, „תרומת הדשן" שדעתו שם שאין הקנין כלום ולמה צריך להתיר. וב, „תרומת הדשן" שם דן בזה שהסכימו בקנין לגט ולקנס אם לא יקיימו את הגירושין, שמכין שהקנין לא חל על עצם הגירושין, לא חל גם על הקנס וממנו שבהסכם, מדין קני את וחמור עי"ש. ולפי"ז צ"ע גם בגידון דידן שמדין זה לא יחולו כל סעיפי ההסכם על הגירושין מדין קני את וחמור, לפי „תרומת הדשן".

והנה קושית „בית שמואל" והגר"א הוא לפי מ"ש ב, „תרומת הדשן" לפנינו, אבל מהלשון שהביא ה, „דרכי משה" בשם „תרומת הדשן" נראה שם אחרת. דו"ל „דרכי משה", וכן משמע בפסקי מהרא"י קע"ג דאם קיבל קנין לגרש אשתו הוי אונס, אבל אם שעבר עצמו בקנס לגרש, חייב בקנס, אבל אם עשה הכל בקנין אחד הכל בטל, הואיל ואין הקנין חל לענין הגירושין אינו חל ג"כ לענין קנס.

ולכאורה הרישא ד, „דרכי משה" הוא לא בדיוק כפי שכתוב ב, „תרומת הדשן" לפנינו. אבל עכ"פ „דרכי משה" מפרש ב, „תרומת הדשן" אם כך היתה הגירסא לפני הרמ"א, שהתחייב עצמו בקנין לגרש הוי אונס, ור"ל שאדם שמחייב עצמו בקנין והוא חרש שהקנין מחייב אותו בגירושין, אין נפקא מינה לנו אם זה באמת בניגוד לדין שקנין אינו מחייב לגירושין דהוי קנין דברים, דסוף סוף הוא מגרש מכוח שחושב ונדמה לו שהקנין כן מחייב אותו, וע"כ הוי דינו כדין נשבע לגרש, וע"כ צריך להחדיעו קודם הגירושין שידע שהקנין אינו מחייב.

וזהו שכתב הרמ"א אחרי שהמחבר הביא הדין שנשבע לגרש שצריך שיתירו לו, וה"ה אם קבל קנין לגרש, היינו שצריך להחדיע לו קודם שהקנין אינו מחייב, וממילא אם הוא מגרש מרצונו מגרש.

ואח"ז כתב דאם קיבל בקנס אם לא יגרש, אם כי הקנין מחייבו בקנס, וממילא לכאורה מגרש כדי להיפטר מהקנס, מ"מ זה לא פוגע בכשרות הגט, שאין זה כפיה לגט מכיון שיכול לא לגרש ולשלם קנס. ואח"ז מוסיף שאם עשה קנין על הגירושין ועל הקנס, אין כלל חיוב קנס כיוון שהקנין אינו מועיל על הגירושין אינו מועיל על הקנס מדין קני את וחמור, ואפילו לא גירש פטור מקנס.

ול"ד למ"ש קודם דיש להתיר לו בפניו את הקנין, חלמ"ש, באמת גם קודם לא מהני ורק הוא נדמה לו דמהני ולגבי אונס הוי חשש, אבל בקנין מחייב — לעולם אינו קיים. ומירשבת קושית „בית שמואל" והגר"א.

והנה הדין של „תרומת הדשן" צ"ע, ולכאורה לא דמי לקני את וחמור, שמיידי בקנין על שני ענינים וכמו שלא מהני על זה לא מהני על זה, אבל בגידון של „תרומת הדשן" לכאורה הקנין או על הגירושין או על קנס הממון, ואינו חייב בשניהם כאחד אלא דוקא על אחד מהם בלבד. וצ"ל דאפ"ה סובר „תרומת הדשן" שכל הדיבורים על קנינים כה"ג פוגמים את הקנין עצמו.

והנה בדין קני את וחמור נראה דיש שני טעמים: (א) דהוי חסרון משום כוונת המקנה, שדוצה שהקנין יהיה על כל מה שאמר ולא על חלק ממנו ואם לא יחול על הכל, לא יחול כלל; (ב) משום חסרון בקנין שהקנין פועל בשניהם ואם בטל במקצת, בטל כולו, ועיין ברשב"ם ב"ב קמ"ג ובמש"ש במקדש שתי אחיות. והנה אם משום שכוונתו ששניהם יחולו ביחד, באמת ל"ש כאן שענין הקנס הוא שיחול במקום הגירושין ולא ששניהם יחולו ביחד, אבל ליסוד שהקנין צריך לפעול בשלימות ואם בטלה מקצתה בטלה כולה, שייך גם כה"ג.

אכן בגידון של הסכם גירושין, הרי באמת הוי גם על הגירושין וגם על הממון, ולכאורה כה"ג יש לדון מדין קני את וחמור שדן ב, תרומת הדשן.

אבל באמת נראה שלא שייך לגידון דידן בעיא של קני את וחמור, חדא דבהסכמי גירושין דידן, הרי אנן קפדינן כבר לפי „תרומת הדשן“ והרמ"א, שאין הקנין נעשה על עצם הגירושין עצמן, רק על עניני הממון בלבד. ועוד דכאן הבעל כלל לא נתבקש להתחייב לתת ג"פ, דהרי האשה אינה דורשת גט ולא רוצה כלל שיתחייב לתת לה ג"פ, וממילא אין כאן קני את וחמור. ותו דלמעשה כבר כתב שם ב, תורת גיטין דלדידן דפסקינן בחו"מ דקני את וחמור קנה מחצת, אין כבר נפקא מינה בזה למעשה, אם כי כמה מהאחרונים חולקים על כך, עיין ב, משפט שלום.

ועוד דעצם חיוב המזונות לאשה ולילדים לא קיים ע"י ההתחייבות אלא מדינא, וההסכם שנקבע אינו אלא ההסכמה שזהו ההסכם שהם זקוקים לכך, וע"כ ל"ש לבטל מכח קני את וחמור. ונוסף לכך ההסכמה הזו נחלטה לא מכח ההסכמה בלבד, אלא מכח פסק ב"ד. וע"כ אין כאן ענין של קני את וחמור.

היוצא מכל הנ"ל הוא, שבכל הסכם גירושין שבו מודגש עכ"פ בכותרת ההסכם שכל הסעיפים הם סעיפי הסכם גירושין, כיון שזמנם הוא עם מתן הגט, ואדעתא דגירושין התחייבו מה שהתחייבו, לכן כל ועיכוב בביצוע הגירושין הוי עיכוב לתוקף של הסעיפים של ההסכם, שרק לשם סידור הענינים אחרי הגירושין בין בני הזוג התחייבו מה שהתחייבו, ואפילו אם ביצוע הגירושין נתעכב או בוטל בפשיעה של אחד הצדדים, אין זה גורם לחייבו בהתחייבות הממונית. וגם אם נקבע התחלת ביצוע לפני הגירושין יש לדון בהם עד כמה הם נהיו ע"י כך מצותקים מהגירושין עצמן, ומהו נימוק עיכוב הגירושין עצמן, וכנ"ל.

אותן התחייבויות כספיות שמעצם טיבן אינם קשורים עם הסכם גירושין, כגון מזונות אשה, שהגירושין הם, אדרבא, גורם להפסקת התחייבות כזו, וכן מזונות ילדים, שאמנם קשורים וחייבים להיות מובהרים ומפורטים על תקפם אחרי הגירושין, אבל עצם החיוב קיים ועומד גם לפני הגירושין, במקרים אלו אין לומר שקיום ההתחייבות כרוכה בביצוע הסופי של הסכם הגירושין — היינו עם קבלת הגט. אוזכרתו בהסכם הגירושין, בפרט במזונות אשה שכאמור גירושין באים לסיים חיוב מזונות ולא להיפך, אינה באה בדרך כלל אלא גם כדי לסיים חילוקי דעות בין הצדדים בקשר לכך לפני הגירושין, כדי שעם ההסכם לא ישאר שום סכסוך כל שהוא בין הצדדים מזמן שעבר, וכמבואר בשו"ע אבהע"ז שלפני הגירושין יש להסדיר את כל סכסוכי הזוג בממון. אי לכן אין בכך מקום לומר שמתן הגט היא עילה לעצם החיוב או שזה קביעת זמן לעצם החיוב, אין זה גם מסתבר בדרך כלל, שסכסוך ממוני קיים שהצדדים סידרו

אותו בהסדר סביר בהסכם גירושין, יתחיל להיות לא סביר עם חרטתו של אחד הצדדים מעצם הגירושין, אלא רק אם זה נראה על פני השטח שאמנם היתה הגומה בולטת בסעיפי ההתחייבות האלו, שאז יש מקום להניח שרק בגלל הגירושין עצמן, הוא שהחליט צד אחד שכדאי להתחייב בהתחייבות מופרזת ולא צודקת לפי הדין. אבל כשלא ביצר שיש כאן איזה גוומא בהתחייבות, יש לראות בהסדר שהושג בהסכם סופי ומסתבר לסכסוך — בלי שיהי' תלוי בביצוע הגירושין בזמן.

כל זה מה שיש להבהיר באופן כללי בהסכמים כגון אלו.

ועתה נפנה לנידון דיון ומה שיש לעיין בטענות ב"כ הבעל. אין צורך להאריך בפרטי פרטים של ההסכמים. יש לפנינו הסכם גירושין מתאריך 1.7.73 ונספח להסכם מיום כ"א בשבט תשל"ה. ההסכם היסודי נערך לא על פי דרישת האשה, אלא עיקרו על פי דרישת הבעל להתגרש. הבעל הוא שזנח את אשתו והילדים וגר עם אחרת. המשכה של הונחה זו גרמה שהאשה תוכרח להסכם לפירוד והסכימה להסכם המקורי. כעת הבעל התוודע בו מקיום ההסכם אינו חוזר בו מעצם הגירושין, אלא חוזר בו מהסכמתו לאמור בנספח להסכם.

ברור אמנם שכל עוד הבעל אינו מסכים לקבוע תאריך של מתן גט וכל זמן שהוא אינו נותן גט, אין לבצע חיובים שזמנם נקבע לזמן הגט, כאמור לעיל. אולם כל זה לחיובים שזמנם בזמן מתן הגט, דהיינו סעיפים 6, 7, 8, 9 מהסכם הגירושין, משום שמתן הגט היא העילה לחיובים, אולם לא כן לגבי האמור בהסכם ובנספח בנוגע למוזנות האשה והילדים.

סכום מוזנות הילדים שלפנינו פשיטא שאין כל יסוד לקשרם עם מתן הגט דוקא וכאילו הן מהוות תמורה על הסכמה לקבל גט, שהרי לדעת שניהם ההתחייבות הזאת מבוצעת למעשה כמה שנים גם לאחר שהבעל לא לחץ כלל על קבלת הגט. בנוגע למוזנות האשה שבסעיף 2, לכאורה לפי האמור בסעיף 2 של הנספח להסכם, המוזנות מיום 1.7.73 ועד למתן הגט בסך של 600 ל"י לחודש, ישולמו ב-4 תשלומים חדשיים מיום מתן הגט, הרי יש לכאורה לדון שגם זה בכלל ההתחייבות של בעל הקשורה במעשה הגירושין דוקא, ועל כן עם סירוב הבעל לתת גט, אין קיום לסעיף המוזנות לאשה כלל.

אבל באמת לא היא, הדגשת חיוב המוזנות לאשה מתאריך לפני שנתיים מזמן שהפסיק ליתן לה מוזנות שהיה חייב בהן, מראה על חיוב מוזנות מחמת עצמם. וגם המסיבות שהביאו לכתיבת סעיף זה בנספח זה מצביעות על כך שהיה כאן חיוב מוזנות גמור לא פחות מחיוב המוזנות לילדים.

כאמור לעיל, כל עצם הבאת הדבר לבית"ד הגדול כערעור, היה מיוסד על כך שהאשה טענה שבהסכם המקורי נקבע סכום המוזנות לילדים, ונקבע חיוב מוזנות לאשה ולא נקבע הסכום אלא נשאר להתלט בית"ד האזורי. משום מה בית"ד האזורי לא נכנס לעובי הקורה להחליט בדבר והשאירו שוב לצדדים וזה נמשך חדשים רבים, וכתוצאה מכך גשורה האשה בלי מוזנות כל הזמן, ועל כן ביקשה לסגור את תיק הבירור בזה בבית"ד, ולתבוע מוזנות בבית המשפט. ואז התעוררו חילוקי דעות בין הצדדים בקשר לסמכות, ובית"ד האזורי פסק כטענת ב"כ הבעל, ועל זה הוגש הערעור לפנינו.

תוך כדי ערעור על סמכות הסכימו שני הצדדים שביה"ד הגדול גופו ידון בתביעת המזונות לאשה, ולאחר שזה יסודר, לא יהיה כבר מפריע לקיום ההסכם כולו. שהרי ביצוע הסכם הגירושין עוכב רק ע"י שסעיף המזונות נשאר סתום. לאחר מ"מ, הביא ביה"ד את שני הצדדים להסכם על סכום המזונות, ולאור ההסכמה נערך הגספח להסכם שבתיק. ויוצא מזה שסעיף 2 של הגספח להסכם, אינו אלא הבהרה של סעיף המזונות לאשה בהסכם הראשון מתאריך 1.7.73.

ברור מתוך כך שדין מזונות האשה לפני הגירושין שבהסכם כדין מזונות הילדים שבהסכם, שביצעו אינו קשור עם ביצוע הגט עצמו, אלא חל מיד עם חתימת ההסכם. אולם מכיון שמאז חתימת ההסכם הראשון עברו שנה וחצי ומתוך כך נצטבר סכום גדול של אלפי ל"י, ולטענת הבעל לא יוכל לשלם לפני מתן הגט בבית אחת, ע"כ סוכם בסיוע ביה"ד שישולם ב-4 תשלומים אחר הגט, כי היה מובן לשני הצדדים, ואף הובטח לבעל, שחברי ביה"ד הגדול ידאגו לכך שהגט יבוצע תוך חודש ימים. ואכן נקבע תאריך למתן ג"פ תוך חודש ימים, ורקב יום שנועד לסיידור הגט הודיע ב"כ הבעל שהבעל אינו מוכן לתת גט כי התנאים נראים לו כקשים ובזמנו כשהסכים לא היה יכול לשקול זאת היטב.

טענה כזו מפי הבעל, ברור שאין בכחה לפסול תוקף של הסכם חתום ונעשה בקנין. ומכיון שבכל החומר שבכל התיקים לא נמצא שקיימת טענה של הבעל שהוא פטור בכלל ממזונות האשה והילדים, הרי שגם דחיית מתן הגט ע"י הבעל או חרשתו של הבעל ממתן גט, או עם דרישה של שלום בית, אין בה משום עילה שלא יתירב במזונות אשתו וילדיה, ואין כל קשר ישיר של תשלום מזונות אלו עם מתן הגט עצמו. לא נראה משהו לא סביר בקביעות של 800 ל"י לחודש עבור מזונות הילדים, שהוא אינו חולק על עצם חיובו לזונם, פרט לתנאי שבגספח להסכם שהיא יוסיף לשלם סכום זה גם לאחר שהבת הגדולה תגיע לגיל שפטור ממזונותיה לפי החוק. בתנאי זה יש מקום לומר שהסכים לכך רק כדי להגיע לידי הסכם גירושין, וכשהגירושין לא יתקיימו החיוב אינו קיים, וע"כ כשהקטינה תגדל יהיה צורך להפחית חלק שליש מהמזונות של הילדים כעת.

גם לגבי מזונות האשה, לא נראה שום נימוק שסכום של 600 ל"י לחודש עבור מזונות האשה שהוא זנחה ועבר לגור עם אחת, הוא סכום לא סביר שנקבע רק מתוך לחץ של הגירושין. סכום של 500 ל"י היתה הצעת הבעל בהתחלת המשפט, האשה לא הסכימה ותבעה סכום של 700—800 ל"י לחודש, הבעל לא הוכיח, ואף לא טען טענה, שזה לא מגיע לה. ולא עוד אלא שהבעל אחרי ההסכם שבפנינו, לא פנה כלל לביה"ד בטענה כזו, ואף מצא לנכון לא להופיע בכלל לשיבתו, לא הוא ולא עו"ד שלו. וגם בטענות בכתב שהואיל ב"כ הבעל לשלוח לביה"ד אחרי הישיבה השנייה, ושניתנה לו רשות לכך רק לפני משורת הדין, לא פרט שום נימוק שיש לפטרו מסכום זה של מזונות. וע"כ נראה שכל ענין המזונות הן לאשה והן לילדים הוא מנותק ואינו תלוי כלל בהסכם הגירושין, וכל עצם מה שהוכנס כסעיף הגירושין לא בא אלא, כרגיל וכאמור לעיל, שבהסכם גירושין רצוי תהאג שיהי מפורט כל מה שהצדדים סידרו ביניהם ולא ישאר שום בעיא כספית תלויה ועומדת אחר הגירושין. אבל גם אם הגירושין לא יתקיימו, והחיוב לאשה וילדיה, שלא הגירושין הן עילת החיוב שלהן, נשאר תקף ומחייב גם לפני הביצוע של הגירושין.

הבעל רשאי אמנם לבקש דיון מחודש ועל גובה המזונות אם יהיה שינוי במצבו הכלכלי, שלו או של אשתו, וביה"ד ידון בבקשה זו כמו שדן בכל בקשה כזו אחרי פס"ד של מזונות. אותו הדין חל כלפי האשה שרשאית לדרוש הגדלת מזונות עם שינוי המסיבות. אבל כל עוד הצדדים אינם פותחים תיק לשינוי שיעור המזונות, הרי האמור בהסכם הגירושין לגבי מזונות האשה והילדים תקיפים ועומדים.

כל האמור בטענות שהגיש ב"כ הבעל בכתב לא ניתן להתקבל.

הבעל אוחז בחבל בשני קצוות סותרות. לפי דבריו הערעור עדיין קיים ועומד, והוא, הבעל, צודק בטענות שאין האשה רשאית לפתוח תיק חדש למזונות מכיון שקיים הסכם גירושין. וזה לפי דעתו בין אם סעיף המזונות שם נשאר פתוח להחלטת ביה"ד, ובין שסעיף המזונות הושלם ע"י בית דין, בכל המקרים הסכם הגירושין קורש את האשה מלפתוח תיק תביעה למזונות. ועל כל זה הוא שוב מוסיף וטוען, שגם אם הבעל אומר שאין הוא חושב ורוצה לקיים את הסכם הגירושין במילואו, ואינו משלם מזונות כפי שנפסק לפי ההסכם, אין האשה רשאית לתבוע מזונות. ההסכם של סעיף המזונות הוא לפי דבריו הסכם שלא ניתן לבצע אותו בכח אם הבעל מסרב לקיימו, משום שהוא חלק מהסכם גירושין, הגירושין אין כופין. אולם הסכם זה גם כשהוא, לפי תוצא מדבריו, הסכם מת ולא עומד לקיום, בכל זאת הוא די חי וקיים כדי לקשור את האשה מלתבוע מזונות בתביעה מיוחדת. וע"כ הוא סובר שעדיין קיים ועומד ערעור של ב"כ האשה, והוא מבקש לדחותה ולהחליט כפי דעת הבעל, שאין האשה רשאית להגיש תביעה נפרדת למזונותיה. התוצאה היא שהאשה תלויה ועומדת על בלימה, המזונות שנקבעו בתיק ההסכם, אינם בני ביצוע בגלל סירוב הבעל לקיים ההסכם, ואילו לתבוע תביעה מיוחדת למזונות, היא מנתעה בגלל עצם קיומו של הסכם גירושין, וכך לפי דעתו תשאר האשה תלויה ועומדת בלי מזונות עד שיעלה רצון טוב מהבעל, היינו שתסכים לתנאי הגירושין שלו.

כל זה לא רק מנוגד לצדק, אלא הוא נכבד מבחינה הגיונית, והוא אבסורדי מכל הבחינות.

כל טענתו של הבעל בפני ביה"ד האזורי שאין לסגור את התיק כפי דרישת האשה, בנוי על כך משום שכבר הוגשה ע"י שניהם בקשה לדון בהסכם משותף ולהחליט על מזונות האשה, כפי האמור בהסכם. זו היתה טענה ראויה לעיון כל זמן שלא נוקב סכום המזונות בהסכם או ע"י שניהם או ע"י ביה"ד, שאז היתה טענתו שקיים דיון בביה"ד בתביעות שני הצדדים ואין להפסיק את הדיון לפני החלטה. אבל משתכסום נתמלא בהסכם ונחתם ע"י שניהם, הרי אם הבעל מצהיר שכעת גם הוא מסרב לקיים את כל האמור בהסכם, וההסכם אינו קיים לדידו, נשמט ממילא ע"פ זה הנימוק העיקרי להתנגדותו לבקשת האשה לסגור את התיק כולו, וממילא אין כל יסוד ובסיס לעצם התנגדות הבעל לסגירת התיק.

מה היתה נקודת היסוד בהתנגדות הבעל לבקשת האשה לסגור את התיק?

לכאורה הרי הדבר פשוט שכל תיק של הסכם גירושין, ביה"ד אינו מתחיל לדון ואינו ממשיך לדון בו אלא כל זמן שההסכמה של הצדדים לקיום ההסכם קיימת. בו בזמן שאחד הצדדים מודיע שמתחרט על ההסכם, ואין הסכם על גירושין ומבטל את חתימתו על ההסכם, שוב לא קיים תיק של הסכם גירושין. ביה"ד לא רק שאינו דן בדבר אלא גם אינו מזמין את הצדדים לשיבות, שדין הגשת הסכם של גירושין אינו

דומה לתגשת תביעה של גירושין וכל שכן לתביעת מזונות או החזקת ילדים, שרשאי הנתבע לתבוע שהמשפט יגמר בפסק-דין גם אם התובע רוצה לסגור את התיק התביעה. משום שבמקרים מסוימים, הנתבע צודק בדרישתו שאין זכות לתובע לנתק את המשפט שכבר התחיל — באמצע, ולהשאירו תלוי ועומד, אלא הענין יחתך סופית בפסק דין, ואין להאריך בזה כעת, אבל כשהדבר הובא לביה"ד לא ע"י תביעה של צד אחד, אלא ע"י הסכם של שני הצדדים, פשיטא שעם הרטת אחד הצדדים מההסכם לפני שאושר כפס"ד, לא קיימת בפני ביה"ד שום עילה של משפט שיהא זקוק לדון בו.

במקרה שלפנינו, היה יסוד להתנגדות הבעל לדרישת האשה לסגירת תיק הסכם הגירושין רק ועל סמך הסעיף של המזונות שבהסכם. לפי אותו סעיף, הצדדים מסרו לביה"ד סמכות להכריע ועל שיעור המזונות לאשה עד הגירושין. בזה גילו הצדדים שיש סכסוך ביניהם על מזונות עוד לפני מתן ג"פ, ומסרו את ההכרעה בסכסוך זה לביה"ד. ועל כן היה יסוד משפטי חזק להתנגדות הבעל להפסקת הדיון ולסגירת התיק, שדין סעיף זה כדין תביעה ברורה של מזונות גרידא, והבעל רשאי לדרוש שביה"ד יחליט על כך, גם אם האשה חוזרת מהתביעה באמצע הדיון. וזה היה יסוד מספיק לעין גם אם האשה היתה מודיעה שבכלל אינה מסכימה להתגרש, וכל שכן כשהצדדים לא טוענים שיש חזרה מעצם הגירושין אלא שיש לדחות את הגירושין עד למילוי דרישות כספיות מסוימות.

זה היה היסוד הממשי של התנגדות הבעל לסגירת התיק, וכנראה שכך היתה דעתו של ביה"ד האזורי שבענה לו.

ועל כן כעת, כשהתפכו היצירות, והבעל הוא שמעכב את קיום הסכם הגירושין, הרי אותו היסוד של התנגדותו לסגירת התיק, משמש כעת קשת רמיה להתנגדותו עתה לקיום תשלום המזונות, שאם יש להתייחס לסעיף המזונות כתביעה למזונות, ועל כן אינה בטלה עם הצהרות האשה על ביטול הסכם הגירושין, הרי ממילא מה שהוסכם כתביעה זו, שוב אינה תלויה כלל בביצוע הגירושין עצמן. ולא רק שנשמש היסוד לטענתו להיפטר מתשלום המזונות משנת תשל"ג עד ר"ח ניסן תשל"ה, הוא היום שהודיע על עיכוב הגירושין, אלא גם על הזמן שלאחר כך, חיוב המזונות הנה הוא בר תוקף. גם אם יצהיר שמהיום והלאה הוא מתחרט מהגירושין עצמן והוא מבקש לסגור את התיק, ואם ביה"ד אמנם יסגור את התיק, הבעל רשאי אז לדון שוב בקביעת סכום המזונות מחודש רק בגלל שינוי מסיבות, וביה"ד ידון בדבר. ועד אז הסכם המזונות קיים כל זמן שהאשה רוצה בו.

וכל זה אם היה רק הסכם של שני צדדים והבעל מתחרט, וכל שכן כשיש כבר התלטת בית הדין המאשרת את ההסכם כפסק דין, הרי נראה שלא רק הבעל אינו יכול להתחרט מסעיפי המזונות, אלא סעיפים אלו הן בני תוקף גם לגבי האשה, ועכ"פ בביה"ד אינה יכולה לכאורה לתבוע מזונות מוגדלים גם אם תבקש לסגור את התיק העיקרי של הסכם גירושין, וספק אם יש לה פתח פתוח לעורר שוב ענין המזונות אלא רק אם יהיה כרוך בטענה של שינוי מסיבות, וכגון דא גם הבעל רשאי לבקש דיון חדש.

אין זה נכון מה שטוען ב"כ הבעל שההסכם שהושג בביה"ד הגדול, לא חיסל את הערעור אלא אם יתגרשו עפ"י ההסכם. כבר נאמר בזה לעיל בפירוש ההסכם. אבל משום בחינה אין להימנע מלראות עם חתימת ההסכם בפני ביה"ד הגדול ואשורו

ע"י בית"ד הגדול, שהערעור הראשון מחוסל לחלוטין, ובית"ד לא יוסיף לשמוע יותר את הצדדים ולבדוק מי הוא הצדק בערעור.

התוספת של הצהרת האשה בהסכם באה דוקא כדי לאשר כי הסכם המזונות בתקפו עומד בכל תנאי. הבעל טען במו"מ אחרי שהסכים להתחייבות המזונות, כי הוא חושש שהאשה תתחרט מכל ההסכם ותחזור לדרישתה בערעור לבטל את ההסכם ולסגור את כל התיק, כדי לתבוע בבית"ד מזונות גבוהים. וע"ז הצהירה האשה שאם היא לא תקיים את הבטחתה להתגרש, היא תפסיד את זכות הערעור, ופסה"ד של בית"ד האזורי שאין לסגור את תיק הסכם הגירושין ישאר בתקפו סופית.

כל מה שמוסיף ב"כ הבעל בטענתו בקשר לאיום שעל ראשו של הבעל ע"מ שיתן גט, אין בהם ממש. מי כאיים על הבעל שיתן גט? הרי האשה אינה רוצה כלל להתגרש ולא איכפת לה שכל ההסכם על גירושין יבוטל אם הבעל ירצה בכך. הבעל הוא שמעונין והוא שתובע ולוחץ על גט, ואם לא ירצה ליתן גט, אין משהו מעונין ללחוץ עליו שישנה את דעתו. מה שהאשה תובעת, הוא מזונות לעצמה המגיעים לה לפי הדין, והיא כשלעצמה מעונינת לקבל את המזונות לעולם ולא להתגרש כלל. הבעל הוא שיכול להיות אולי מעונין גרשה נגד רצונה — כדי להיפטר מלזון את אשתו, אולם לחץ לגירושין אין כאן. זה יתכן בכל גירושין בעל ואשה וזה לא שייך להסכם הגירושין.

ההוצאות המיותרות שנגרמו לאשה בגלל הישיבות המיוחדות, בפרט בישיבה האחרונה שהבעל וב"כ לא הופיעו, ולא ניתן שום נימוק משביע רצון להעדרם, מזכות ללא ספק את האשה לקבל מהבעל את ההוצאות.

לאור הנ"ל יש להתליט לקבל את ערעור האשה. עיכוב ביצוע של הסכם גירושין שאושר כפס"ד יצומצם רק לסעיפים 6, 7, 8, 9 של ההסכם, ואילו הסעיפים בנוגע למזונות האשה וכן לילדים לפני שיגיעו לגיל 18 יעמדו בתקפם, ולחייב את הבעל בהוצאות.

אברהם שפירא

לאחר העיון בחומר שבתיקים ושמיעת טענות ומענות הצדדים, מחליטים כדלהלן:
(א) מקבלים את הערעור וקובעים שסעיפי המזונות בהסכם סעיף מס' 4 ו-5, ובנספח להסכם סעיפים מס' 2, 3, 4, עומדים בתקפם, ויש להם תוקף של פסק דין.

(ב) לאור הסעיפים הנ"ל שבנספח להסכם, מחייבים את הבעל:

(א) לשלם לאשה למזונותיה 600 ל"י לחודש החל מיום א' בתמוז תשל"ג (1.7.73) ולהבא. סכום זה אינו צמוד למדד יוקר המחיה על העבר, אבל הוא צמוד למדד יוקר המחיה החל מיום א' בניסן תשל"ה, הוא הזמן שבו ביטל הבעל את ההסכם.

(ב) לשלם לאשה למזונות הילדים הקטינים 800 ל"י לחודש צמוד למדד יוקר המחיה כפי המדד של תודש יולי 1973.
בסך הכל על הבעל לשלם לאשה למזונותיה ולמזונות הילדים

סך 1400 ל"י לחודש כששמונה מאות ל"י מהם צמודים למדד יוקר המחיה של חודש יולי 1973, ושש מאות ל"י מהם צמודים למדד יוקר המחיה — 13.3.75.

(ג) יתור סעיפי ההסכם יקבלו תוקף לביצוע עם מתן הגט כפי ההסכם והנספחים להסכם שקבלו תוקף של פס"ד ע"י בי"ד זה.

(ד) מחייבים את הבעל לשלם לאשה סך חמש מאות ל"י עבור שכ"ט והוצאות.

ניתן ביום כ"ט בסיון תשל"ה.

תיק מס' 314/שי"ט

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ש. ב. ורנר — אב"ד, ש. טנא, י. הלוי אפשטיין ו"ל

בענין :

המבקש : א. (ע"י ב"כ עו"ד משה אורנשטיין)

נגד :

המשיבה : ב. (ע"י ב"כ עו"ד רוניק)

הנידון : עיכוב הוצאה לפועל

עתירת אב לשחררו מהתחייבותו בהסכם הגירושין עם אשתו לפרנס את בנו עד הגיעו לגיל שמונה עשרה מאחר שהבן התחיל לעבוד ולהרויח ומאחר שהוא חולה ואין בכוחו כעת לעבוד ולהשתכר כדי לקיים התחייבותו. — טענת האם המשיבה שהבן נמצא ברשותה שרוותיו של הבן מספיקים בקושי לכלכלתו ביחד עם הקצבת האב. — מה הדין במתחייב לפרנס את חבריו ללא הקצבת זמן ומה הדין בהקצבת זמן. — מה הדין במתחייב לזון את בת אשתו לאחר שנפרד מאשתו ובמקרה שיש לבת מזונות ממקום אחר. — מה הדין במתחייב מזונות לבנו ולכלתו אחר מות בנו. — מה הדין באב המתחייב לפרנס את בנו עד גיל שמונה עשרה והבן התחיל לעבוד ולהרויח. — מה הדין בעשיר שהתחייב לפרנס עני וירד מנכסיו. — מה הדין באב שהבטיח לתת נדוניה לבתו והעני.

— האם יש הבדל בין נדר להתחייבות. — מה היא הכוונה בתקנת החכמים שהבנות ניוונות משל האחים. — מה הדין בסמוכין על שולחן אחרים לגבי רוחיהם. — האם מפרנס את חבריו יכול לתבוע ממנו דמי המזונות ומה הדין ביתום קטן. — האם מועיל קנין של התקשרות אומנים ביחס לרווחיהם. — מה הם האמצעים שמותר לאדם לנקוט כדי לגבות את החובות שחייבים לו. — ומה הדין בזה לגבי מזונות שהבעל חייב לאשתו וילדיו.

מסקנות

א. המתחייב לזון את חבריו ולא הקציב לו זמן, סוברים פוסקים רבים שזמן המשך התחייבותו תלוי בנסיבות האיש שלגביו התחייב בזמן ההתחייבות. אם היה האיש בזמן ההתחייבות במצב שהיה זקוק להתפרנס מאחרים, נמשכת ההתחייבות כל עוד לא חל שינוי במצבו, אבל מיד שחל שינוי במצבו ואיננו זקוק עוד לפרנסת אחרים פג תוקף ההתחייבות. אם היה האיש בזמן ההתחייבות במצב שלא היה זקוק לפרנסת אחרים. יש להניח שכוונת המתחייב לזון אותו היתה להעניק לו מזונות במתנה ללא קשר עם מצבו.

ב. 1) המתחייב לזון את חבריו למספר שנים קצובות, אין להתחייבות זו קשר עם הנסיבות של האיש שלגביו התחייב. ואף אם היה באותו זמן עני והעשיר נשארת ההתחייבות בתוקפה.

2) ויש סוברים שגם בהתחייבות לזמן תלויה בנסיבות האיש שלגביו התחייב בזמן ההתחייבות שאם חל שינוי במצבו ואיננו זקוק עוד לפרנסת אחרים, בטלה ההתחייבות תוך הזמן.

ג. המתחייב לזון את בנו עד הגיעו לגיל שמונה עשרה ולפני שהגיע לגיל זה התחיל הבן לעבוד ויכול לקיים את עצמו בטלה ההתחייבות.

ד. המתחייב לזון את בת אשתו מספר שנים קצובות חייב לפרנסה במשך כל השנים שהקציב. אף אם אינה זקוקה לכך ואף אם מתה אשתו או גירש אותה. ויש אומרים שהוא הדין כשמתחייב לזון אותה ללא הקצבת זמן.

ה. המתחייב לזון את בנו וכלתו בסכום מסוים ומת הבן לאחר נישואיו, חייב האב לעמוד בהתחייבותו. ויש חולקים על כך.

ו. עשיר שהתחייב לפרנס עני וירד מנכסיו, אינו נפטר מהתחייבותו אלא שדוחים את קיום התחייבותו עד שיוטב מצבו.

ז. אב שהתחייב להשיא את בתו ולתת לה סכום מסוים עליו לקיים את התחייבותו אף כשחל שינוי במצבו ויהיה נאלץ למכור נכסיו.

ח. הנודר לתת מתנה לחבירו או לפרנסו וירד מנכסיו פטור מלקיים נדרו, כי אומרים דעתו כי לא נדר אלא על מנת כן שתהיה לו האפשרות לכך, ואין זה דומה למתחייב לחבירו, כי במקרה כזה הר"י תלוי גם בדעת חבירו ואין ההתחייבות מתבטלת על ידי אומדנה אלא כשהחבירו הסכים לכך.

ט. חלוקים הפוסקים אם ספק אומדנה, כלומר אם התעורר ספק באומדן דעתו של

אדם אם על תנאי זה התחייב בכחה לבטל התחייבות שנעשתה בזמנה ללא תנאים וסייגים.

י. חלקים הפוסקים בתקנת חכמינו שבת תזא נזונת מן האחים, אם הכוונה היא שלא יחסר לה מזונות, ואם כן במקרה שיש לה פרנסה ממקום אחר אין האחים חייבים במזונותיה, או שזו היא הטלת חובה מיוחדת על האחים לפרנסה ללא כל תנאים.

יא. (1) בנים הסמוכים על שולחן אביהם אף לאחר שהתבגרו, כל מה שמרווחים בסחורה, בעבודה, או שמצאו מציאה וכדו', הם של אביהם כדי שלא תהיה איבה ביניהם.

(2) התחייב האב לפרנס את בניו, אינו זוכה ברווחים שלהם, והוא הדין בכנות שמתפרנסות משל אחיהן שאין האחים זוכים ברווחיהם משום שהם חייבים לפרנסם.

(3) אנשים זרים הסמוכים על שולחנות אחרים, רווחיהם לעצמם.

יב. המפרנס את חבריו יכול לתבוע ממנו דמי מזונותיו. אבל המפרנס יתום קטן אין זה אלא מתנה ולמצוה ואינו יכול לתבוע ממנו תמורתם אף אם יש ליתום נכסים משלו ויש חולקים על כך.

יג. אומנים שהתקשרו לעבוד יחד ולהתחלק ברווחים, יש טוברים שחל קנין ההתחייבות ביניהם ויש טוברים שלא חל הקנין משום שזה דבר שלא בא לעולם.

יד. (1) חייב אדם לחבירו כסף והגיע זמן פרעונו ומשתמט לפורעו, שלח בית-הדין רשאי להיכנס לביתו למשכנו כדי לגבות ממנו את החוב, אבל אין בופין אותו להשכיר עצמו למלאכה אף שהתנו בתחילה על כך.

(2) אולם אם ירדע שיש לו ממה לשלם והוא משתמט, בית הדין חושבין אותו במאסר ונוקטים בגדו אמצעי כפייה.

(3) אם לא ירדע שהלוח הוא בעל אמצעים והוא משתמט, אפשר להשביעו על טענתו שאין לו לפרוע. אבל מי שהוא רמאי ודאי או מי שהוא מוחזק לאדם עני וכשר אין משביעין אותו.

טו. מותר לבית הדין להוציא פסק דין המחייב את הבעל לשלם מזונות לאשתו וילדיה אף שזה עלול לגרום שאם לא ישלם ישימו אותו במאסר, כי מבררים תמיד בשעת הדיון את הכנסותיו ואפשרויותיו.

טז. לפי דעת רוב הפוסקים חייב הבעל להשכיר את עצמו כפועל ובפרט אם הוא רגיל בכך, כדי לפרנס את אשתו וילדיו.

פסק-דין

הצדדים הם זוג מגורש ולדם ילד משותף.

בעת גירושי הזוג נערך הסכם ביניהם הכולל בתוך השאר סעיף כי הילד נשאר בהחזקתה של האם עד הגיעו לגיל שמונה עשרה ועל האב לשלם לאם לכלכלתו — 15 ל"י לחודש עד הגיעו לגיל הג'ל. סכום זה היווה בשעתו התמורה המלאה לכלכלת הילד, מלבד סכום נוסף שהתחייב להלבשה והנעלה. הילד התבגר והגו כעת כבן שש עשרה, עובד כמתלמד במקצוע ומשתכר חמישים

לירות לחודש בערך. עתירתו של המבקש לפטרו מחיובו לכלכלת הילד מאחר שבנו משתכר ומרויח לכלכלתו.

המשיבה טוענת כי משכורתו הרלה של הילד אינה מכסה את הצריכה שלו, והשתתפותו של האב בסך 25 ל"י לחודש משלימה בקושי הוצאות הכלכלה, על כן יש לדחות בקשתו של האב.

בין הצדדים התקיימו דיונים ממושכים בפני בית"ד ביחס לחובות בעבר וניתנו פסקי דין שונים.

מכלול הבעיות העומדות לדיון הן כדלהלן:

א. אם שינוי בנסיבות — כשהבן עובד ומשתכר — מהווה עילת לבטל

התחייבותו של האב בשעתה לפרנסו עד גיל שמונה עשרה;

ב. מהי זכותו של האב בדיווחיו של הבן כשהאב מפרנסו בתורת התחייבות כג"ל;

ג. אם בנידון דידן נאמר הכלל „דעתו של אב קרובה אצל בנו“, והתחייבות בשעתה נעשתה ללא הסתייגות;

ד. ביצוע פסק דין או התחייבות — על ידי הוצאה לפועל, כיצד?

בחו"מ סי' ס' סעיף ג' פסק הרמ"א: „וי"א דהמקבל עליו לזון חבירו סתם,

כל ימי חייו, או כל זמן שצריך משמע“. ופירש הסמ"ע בס"ק ט"ו:

„אפשר לומר דה"ק אם נדר לו כן בשעה שצריך סתמא דעתו

היה כל זמן שצריך ואם נדר לו בשעה שאינו צריך או דעתו היה אצל ימי חייו וצ"ע“.

פירוש הדבר הואיל והתחייבות היא בלתי מפורשת, הרי קנה המדה הוא המטרה

אשר לשמה התחייב לגבי המקבל, ולכן אם נעשתה ההתחייבות כשהמקבל היה זקוק

לעזרתו של הנותן, יש לראותה כמוגבלת לזמן מסוים ובמדה שחל שינוי בנסיבות

מתבטלת היא מאלית, אך אם נעשתה בעת שהמקבל אינו זקוק לכך, דינה של ההתחייבות

כמתנה אשר נאות הנותן להעניק מתנה להמקבל ללא שום קשר עם מעמדו ומצבו של

המקבל. ואם נצא מתוך הנחה זו שהמטרה אשר לשמה נוצרה ההתחייבות היא קובעת

את גבול ההתחייבות, הרי לכאורה יש גם לדון בנידונו שהאב התחייב לפרנס את הבן,

שאמנם נקבע בשעתו בתוך ההסכם שמתחייב עד הגיעו הבן לגיל 18, אך מקובל נותג

כזה לציין בכל הסכם הנערך בשעת הגירושין כשהילד נשאר בהחזקתה של האם,

מתחייב האב לכלכלו עד הגיעו לגיל 18, הואיל ולפי ההשערה עד הגיעו לגיל זה

יבקר בבית ספר ולא יהיה בבחינת חי נרשא את עצמו. ריתכן מאד שלא ידעו מראש

שהבן בהגיעו לגיל 16 יכול להשתכר ולהיות יציב במעמדו מבלי שיהיה זקוק לעזרתו

של האב, האב לא היה מתחייב לפרנסו, ועל כן יש אומדנה לשחרר את האב מחיובו

כלפי הבן על אף שהתחייב בשעתו עד גיל שמונה עשרה. אך מדברי „טורי זהב“ יש

סתירה להנחה הנ"ל. ועי' „טורי זהב“ חו"מ סי' תנ"ל:

„או כל זמן שצריך משמע, צ"ע מ"ש ממי שקבל עליו לזון את

בת אשתו דאמרי' כפ' הנושא דאעפ"י שיש לה מזונות אח"כ צריך לתת

לה דמי מזונות. א"ה, לענ"ד אין כאן קושיא דשאני החם שקצב ה' שנים,

לאפוקי הכא מיירי במחייב עצמו סתם כמבואר, וכבר היה אפשר לחלק

בענין אחר דשאני הנושא את האשה דלאו בדידה לחד תליא מילתא

אלא ג"כ בדעת האשה והיא דעתה אפילו אם לא תצטרך הבת למונות... אבל אין צורך לזה כי העיקר כמ"ש לחלק בין קוצב למתחייב סתם, כי בקוצב כל כך שנים לית דין ולית דיין ח"ב".

אכן בשו"ת הרמ"א סימן ס, וכן בשו"ת, "שבות יעקב" ח"ג סימן קמ"ב כתבו כתירוצי השני.

והסבר הדבר הוא כי אמנם בכחה של אומדנה לבטל התחייבות משום שאדעתא דהכי לא התחייב, אך כל זה היא בהתחייבות בלתי מפורשת לזמן מוגבל הראיל ולא נקבע זמן לחיובו, יש מקום לתנאי שכוונתו להתחייב רק לעת הצורך של המקבל, ברם כשהתחייב במפורש לזמן של חמש שנים אינה מתבטלת ההתחייבות כלל וכלל גם כשחלו אי אלו שנתיים בנסיבות הענין נשארת היא בעינה עד תום המועד שהתחייב מראש, כי אין בכחה של אומדנה לבטל התחייבות מפורשת שהתחייב מראש ללא תנאי כלל וכלל.

אך טרם נקבע שדעת כל הפוסקים נוטה לדעת המגיה בט"ז, ועי' בקונטרס אחרון הפלאה כתובות ס"י קי"ד שחולק על כך, ח"ל:

„בח"מ ס"י ס' כתב הרמ"א דהמקבל עליו לזון כל זמן שצריך משמע. והק' הט"ז מ"ש מנישאת הבת שא"צ למונות... והגאון ח"צ בהגה"ה שם כתב דשאני התם שקצב ה' שנים... והעיקר נראה דאין כאן קושיה כלל די"ל דס"ל לאותה דעת, דמתני' דר"פ הנושא מיירי בענין שהיה לה מוזנות מיוחדשי בעלה הראשון שצריך ליתן לה מוזנות אצל אמה כדדייק הש"ס שם על משנה זו וכיון שלא היה צריכה ואפ"ה התחייב, ממילא אפילו גיסת צריך ליתן לה מוזנות אבל אם בשעה שהתחייב היה צריכה למונות, יש לומר דאומדנא הוא שלא התחייב אלא כל זמן שצריכה".

לדעת בעל ההפלאה גם כשהתחייבות מפורשת לזמן מסוים, מתבטלת היא מאלה עם שינוי הנסיבות כשהמקבל אינו זקוק עוד לעזרתו ותמיכתו של הנותן, וביאור מחלוקת הפוסקים הנ"ל היא, כאמור, אם אומדנה מבטלת התחייבות מפורשת לדעת „הכם צבי" כיון שהתחייב לזמן ולא היה מותנה מראש שאם לא יצטרך המקבל לתמיכתו של הנותן תבטל ההתחייבות, ע"כ יש לקבוע שהתחייב הנותן לגבי המקבל בכל אופן שהוא ללא יוצא מהכלל; ואילו בעל ההפלאה סובר שאין צורך להתנות על כך כיון שאנו קובעים שאדעתא דהכי התחייב, היינו מפני שהמקבל מחוסר אמצעים, ועל כן השינוי במעמדו ובמצבו של המקבל מהווה עילה לבטל התחייבותו של הנותן.

ואם כי אין אנו יכולים להכריע בין הרים גדולים (כביטוי של „חתם סופר" בחי"מ סי' ז' שזן בענין כעין זה ולהלן נביא את דבריו), אך לפענ"ד נראה שפירשו של בעל ההפלאה במשנה כתובות אינו מובן כל צרכו ולכאורה, כי לדעת ההפלאה למה להביא במשנה הנ"ל את הסיפא בה משמיע התנא שאם ניסת לאחר ופסקה עמו שיוון את בתה חמש שנים לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אוזנה אלא מוליך לה מוזנותיה למקום שאמה, וכן לא יאמרו שניהם ורי אנו זנים אותה כאחד, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מוזנות, הלא דין זה אפשר להשמיע מיד ברישא דמתניתין בהנשוא את האשה ופסקה עמו... היה לו לתנא להסיק מסקנא לא יאמר לכשתבא אצלי, כיון שלדעת בעל ההפלאה גם ברישא מיירי שהבת נזונית מן האחין ויש לה מוזנות משלה

ואותו הדין שמשמיע לנו בסיפא אפשר לפרש גם ברישא של המשנה וע"כ צ"ל כי ברישא עוסק התנא במקרה שאין לה מזונות ממקום אחר ובעל האשה הוא היחידי שמפרנס את הבת (ועיי' בכתובות בהגהות דרי"ף על משניות שכבר עמד על זה ועיי"ש מה שתירץ אך לא הביא את דברי ההפלאה שנוגדים את דבריו).

אכן נראה שאין סתירה לשיטת בעל ההפלאה, והתשובה לכך היא, כי יתכן מאד שלאחר שהבת מקבלת מזונות ממקור אחר מפסידה היא את מזונותיה שמקבלת מן האחין ועיי' ב, נודע ביהודה" מה"ת סי' צ"ה שעוסק בשאלה מעין זו:

„ע"ד אחד שמת והניח שני בנים ובת קטנה ... ואם הבת התזיקה את בתה אצלה ופרנסתה ... ועכשיו הבת באה לתברע מזונות שהיה מגיע לה בקטנותה ופסק מעלתו שלא תקנו מזונות אלא שלא יצטרכו לחזור על הפתחים ... ולדעתי דבר זה תלוי באשלי רברבי בכתובות דף נ"ג ארוסה יש לה מזונות מן האחין ... ופירש רש"י אם יש לה מזונות מן האחין ... הרי מבואר דאם יש לה מזונות מארוס אין לה מזונות מן האחין, אבל הרי"ף מפרש אם יש לה מזונות מן הארוס ... וראיתי בכנה"ג ... אם נתחסד אחד עמה לזונה אין לה מזונות מן האחין הרי"ף הלוי סי' ב' ... ולדעתי תליא בפלוגתא שבין הרי"ף והרמב"ם עם רש"י ותוס' והרא"ש והמחבר פסק בסי' קי"ב כהרי"ף והרמב"ם, ו"בית שמואל" כתב דיכול הארוס לומר קים לי כרש"י.

לדעת „נודע ביהודה" הלכה זו כשיש לבת מזונות ממקום אחר במחלוקת שנויה בין גדולי הראשונים הנ"ל, וכשאנו תולכים בעקבותי הרי תירוצו של ההפלאה על ה"טורי והב" כנ"ל תלוי במחלוקת הראשונים. כי לדעת רש"י מיד שמקבלת מזונות ממקום אחר מפסידה מזונות מן האחין ועל כן אין להקשות קושיתנו לדעת ההפלאה למה להביא את הסיפא במשנה, כי הרי עם קבלת מזונות ממקום זה היא מפסידה את המזונות מאחין (ואין להקשות כיון שמיד היא מפסידה מזונות הרי תירוצו של ההפלאה אינו מתיישב כי יוצא איפוא שמתחייב מזונות לזאת שלא תהיה לה מזונות בעתיד כי אם ממקור אחד. אבל אין בזה משום לסתור את דבריו כי בעיקר עלינו להסתכל על שעת התתחייבות אם היתה לזה שמחוסר אמצעים שאז יש אומדנא שדעתו להתחייב רק לעת צרכו ולא כשהיה לו מקור פרנסה, אבל באם התחייב לאחר שיש לו מזונות אלא שעל ידי חיובו החדש מתרוקן המקור הראשון למזונות יוצא איפוא שגם בלעדו אינו מחוסר אמצעים להתפרנס ממקור אחר ועל כן יש לראות שהתחייב לזה שיש לו הדינה של התתחייבות אינה אלא כמתנה). אך כל זה אמור לשיטת רש"י, ברם לשיטת הרי"ף והרמב"ם קשה לקיים תירוצו של בעל ההפלאה כי למה לתנא לחזור בסיפא בעוד שגם ברישא דמתניתין מיידי שיש לה מזונות משני מקורות ותהיה זאת הוכחה שלשיטת הרי"ף מוכרחים לתרץ כמגיה ב, טורי והב" כיון שהתחייב לזמן של חמש שנים אין בכחה של האומדנה לבטל את החיוב גם כשישי שינוי בנסיבות הענין וגם בנידוננו יש לחייב את האב אף שהבן משתכר ומרזיח את לחמו.

אכן יש לבחון אם אין הבדל בין הנושאים, כי לכאורה יש לחלק בין הנידונים, כי בבית אשתו שאמנם התחייב לזמן של חמש שנים, אך אין בפנינו הוכחה ברורה שכל כוונתו לפרנסה רק לעת הצורך, כי הלא עצם הזמן של חמש שנים אינו קובע את מעמדה של הבת כלל וכלל, ויתכן שגם לאחר שתעבורנה חמש שנים לא יהיה לה

מקור פרנסה ובמשנה לא צויין הגיל שעומדת אז הבת, ועיי' בהפלאה כתובות על האתר : „נראה לפענ"ד דנקט בכח"ג חמש שנים... משום דמתני' אשמעי' דמוזנות תבת אצל האם... ובדאי לא גשא מיניקת חברו... והיתה הבת בשעת הנשואין בת שתי שנים ושפיר מוכח משנה הישבעית" (ראה בתוס' יו"ט על האתר שפירש כך).

הרי לדעת ההפלאה עוסקת המשנה בקטנה שגם לאחר חמש שנים לא יהיה מעמדה יציב, ואף אם נצא מתוך הנחה שהמשנה עוסקת בכל אופן שהוא, עכ"פ אין לנו שום הוכחה שלאחר חמש שנים יחול שינוי יסודי במעמדה ובמצבה של הבת, ברם בנידון דידן שנקבע עד גיל 18, שזהו הגיל המקובל אשר קובע את מעמדו של הבוגר, שלפני הגיעו לגיל זה, הריהו עוסק בלימודים או במקצוע שאינו יכול לפרנס את עצמו, ורק עם הגיעו לגיל 18 מתבסס מעמדו ביציבות המאפשרת לו להיות בבחינת חי נושא את עצמו, ועל כן יש לנו הוכחה גלויה וברורה שכוונתו היחידה של האב בהתחייבותו עד הגיעו לגיל 18 היא לפרנס את בנו הזקוק למוזנות האב, ולכן אם חל בינתיים שינוי שהבן משתכר לכלכלתו, מתבטלת בזה התחייבותו של האב מאליה מכח אומדנה שבאופן כזה לא התחייב כלל וכלל, וכאמור הרי לדעת ההפלאה בודאי שיש לשחרר בנידוננו את האב מחיובו, ויתכן שלדעת המגיה ב„טורי זהב" ג"כ יש לשחררו מכיון ששונה נידון בת אשתו מנידוננו.

אך האמת יורה דרכו, שאם אמנם קו דק מבריל בין הנידונים, אבל לגופו של דבר אין להכניס פירוש זר בדעת המגיה ב„טורי זהב" וסברתו ברורה וגלויה כאמור לעיל, שאין בכחה של אומדנה גרידא לבטל התחייבות מפורשת לזמן מוגבל, וכל עוד שלא הותנה במפורש שאדעתא דהכי אינו מתחייב — היינו אם תקבל הבת מוזנות ממקום אחר ישוחרר מחיובו — נשארת ההתחייבות עד תום המועד. ועיי' ב„טורי זהב" בחו"מ סי' הג"ל שהרחיב את הדיבור בעובדא אחרת ומשם ג"כ נוכיח כסברתינו הג"ל, וז"ל :

„מעשה אירע במקומנו שכתב לבנו ולכלתו שיתן להם מוזנות ודירה סך קצוב ומת בנו אחר הנשואין, ותובעת כלתו חלקה במוזנות ודירה, והיו בזה בעלי סברות לומר דפטור, דאנן סהדי שלא כתב לה מוזנות ודירה אלא כל זמן שהיתה כלתו... ולענ"ד נראה שהדין שלפנינו היא משנה מפורשת ר"פ הנושא דשנר שם שאם פסקה עמו לזון את בתו חמש שנים חייב לזונה אף שאשתו נתגרשה ממנו, אפילו לאחר מיתתו חייבים תיורשים לזונה ולא אמרי' שלא קיבל עליו אלא כל זמן שהיתה בת אשתו. ולא עוד אלא אפילו כתב בהדיא בלשון שאני חייב לזון בת אשתי... דאלי"כ אמאי אמרי' בסיפא שם הפקחים והיו כותבים כל זמן שאת עמי, ש"מ אין מועיל פטור בזה אלא כתיבת לשון זה דוקא, ה"נ אע"פ שכתב בשטר שיתן להזוג, אין לומר כל זמן שהזוג קיים... הוא אותו הדין שזכר הרמ"א כאן (סוף סעיף ג') ובאהע"ז סי' קי"ו.

עיי"ש במגיה מה שהעיר על דברי „טורי זהב", אך למסקנת הדבר אינו חולק עליו והסכים לדינא כמו „טורי זהב".

ויאמרו הדברים בק"י, אם בנידון הג"ל של ט"ז מחייב האב לתת לכלתו את חלקה במוזנות מאחר שהתחייב במפורש, ולמד את זה מבת אשתו, על אחת כמה

וכמה במתחייב לזון את בנו עד גיל מסוים, שאין לבטל את חובו מכח אומדנה גרידא לאחר שקבל עליו בהתחייבות מפורשת לכלכלו עד גיל 18.

אכן עיי' ב,חתם סופר" חו"מ סי' ז' שדן שם בשאלת הט"ז והגיע למסקנא אחרת:

„אומר אני דודאי הפוסק לבנו הנ"ל, הבעל הלוקח והאשה נקנית לו, ע"כ אם מת הבעל אמרינן אומדנא ע"מ לבנוסה, וכן האשה הפוסקת או אביה שפסק להתתן לענין זה הוא קונה את הבעל... ומתה האשה, ה"ל מת הלוקח, ואמרינן עמי אומדנא ע"מ שתתנה, משא"כ הפוסק לזון בת אשתו דה"ל החתן הקונה ואשתו היא נקנית לו ומחיר תקנין הוא מזונות הבת הי' שנים, א"כ אי מתה האשה הנקנית, ה"ל כנטרפה הפרה שצריך לתת מחירה לתמוכר... וה"ב אמרה תתן את בתי במחירת קנין האשה ושוב מת קנינו. היינו, תאשה, מ"מ צריך ליתן מחירה... וזה אמת וצ"ב ואינו ענין לכאן וא"כ ליתא להט"ז וח"צ כלל".

בחדושינו לכתובות שם מביא דברי הט"ז והח"צ וכתב ע"ז דברי פי חכם חן. לאור דברי ה,חתם סופר" הדוחה את שיטתו של הט"ז מהלכת מאחר שיש אומדנה המבטלת את חיובו ושאינו הנידון בבת אשתו שהחיוב מהווה מעין תמורה לקנין האשה בשעתו, לפי זה מתערער יסודו של „טורי זהב" בנידון הראשון שהתחייב וקצב מראש את מספר השנים לפרנסו ואף שחל שינוי במסיבות כגון שהעשיר סובר הט"ז שהחיוב אינו מתבטל ושורש הלכה זו היא מנידון בת אשתו, אך כאמור לדעת ה,חתם סופר" גופל כל היסוד בין שהחיוב לבת אשתו גובע מקנין הקדושין הנעשה בשעתו ומהווה כעין תמורה עבור קנין הקדושין. ועל כן אין להתחייבות בטילה בכל אופן שהוא. (ראה שם ב,טורי זהב" שהמגיה בעצמו הרגיש ונגע בסברתו של ה,חתם סופר" שאין צורך לזה) ואם צודקים אנו בהנחה זו, הרי ניתן לומר ש,חתם סופר" סובר כשיטת ההפלאה שגם אם ההתחייבות היתה מפורשת לזמן מסוים בכחה של האומדנה לבטלה כיון שכל חיליה של ה,טורי זהב" הוא מנידון בת אשתו ואילו לדעת ה,חתם סופר" אין להוכיח מנידון זה, כיון שהחיוב של חמש שנים מהווה כעין תמורה עבור הנישואין ואם כי בנידון בת אשתו אינם זהים, חתם סופר" והפלאה במסקנותיהם, כי לדעת ההפלאה כשהבת היתה מחוסרת כל בשעת הנישואין של האם ואחר כך חל שינוי במצבה, מתבטלת ההתחייבות מאליה, ואילו לדעת ה,חתם סופר" נשארת ההתחייבות עד תום המועד של ההתחייבות. אך כל זה אמור ביחס לנידון בת אשתו, אבל בנוגע לנידוננו שהתחייב לזמן מסוים לפרנס את בנו, שכאמור, לדעת „טורי זהב" עליו לעמוד בהתחייבותו כמבואר לעיל, אולם לדעת ה,חתם סופר" יתכן שאם הבן מרויח את לחמו, משוחרר האב מלפרנסו כדעת ההפלאה שאדעתא דהכי לא התחייב למותר להוסיף שאף שההסכם נעשה בשעתו בין האב למגורשתו שהתחייב לשלם לה 15 ל"י לחודש, יוצא איפוא שגם היא קשורה להסכם והחיוב היה כלפי האשה המגורשת, כי הדברים ברורים שהאשה אינה צד בדבר והאב התחייב רק לגבי תבן ולא לגבי האשה, ולא נמסר רק ההחזקה והטיפול, ועיקר ההתחייבות נעשתה רק לגבי הבן שעליו אנו דנים, כמפורש בריב"ש סימן מ"ד.

ועי' „תומים" סי' ס' שהאריך בהלכות אלו ושיטתו קרובה לשיטת ה,חתם סופר", ודן בדברי תרמ"א חו"מ סי' ס', „ראובן שקבל עליו לזון שמעון ואשתו והתחיל לזונן ומתה אשת שמעון, פטור ממזונותיה", ומוזה דעת ה,טורי זהב" להוכיח שהפוסק מזונות

לבנו וכלתו... ומת בנו חייב לתת לכלתו חלקה וה, טורי זהב" הק' דאמאי לא יהיה כנידוניית חתנים, מ"מ פטור דאומדנא דלא כתב אלא אדעתא שתהנה בתו, והוסיף להקשות: „דכתב לזון בת אשתו ומתה אשתו חייב לזון חורגתו, ולא אמרינן אומדנא... ואני לא הבנתי הקושיא שלהם כלל דהא בגמ' מדמי אומדנא דר' נתן שחזא לפי ר"ת אפילו לאחר נישואין לאומדנא דראב"ע דכל מן האירוסין לית לה תוספת אבל מן הנישואין אית לה אפילו נשאה רק שעה אחת... דכתב לה בשביל חיבת חופה והא הג"ל חופה, ולפי' שכותב לה תוספת אלף דינרים או דכתב לה להספיק בתה במזונות, אף זו בכלל תוספת כתובה דמ"ש זו מזו, ואם בשביל דכתובה בלתי נגבית במות אשה בחיי בעלה וזו נגבית, מה בכך, סוף סוף איכא אומדנא דכתב בשביל חיבת חופה והא היה לו, וכיון שנישאת אפילו שעה אחת כבר פסקה אומדנא כל מה שתתחייב הבעל לתת לה... מ"מ אולי יש לחלק, אלא שראיתי הדבר מוכרח לפי בעל העיטור אות המחאה... דפרכינן בירושלמי הנשוא את האשה, ולא כן אמר ר"י ור"ל הכותב שטר לחברו בחזקת שחייב לו ונמצא שאינו חייב דפוטרי ומשני עשהו כתוספת כתובה... והוא הדבר שכתבתי דוזה בכלל תוספת כתובה".

לדעת ה, תומים" שהוכיח מהירושלמי שהתחייבות זו לגבי הבת נובעת מחיובו של הבעל לגבי האשה ודינה כתוספת כתובה, שחיבת החופה מהווה גורם לחיובה ודיה שעה אחת של חיבת חופה לחייבו בתשלום כל התוספת כתובה, ולפירוש זה מתיישבת גם כן קושיתו של ה, טורי זהב" הג"ל מבת אשתו. וממילא יתכן שגם ה, תומים" יסבור כבעל ה, הפלאה" שאף אם השנים קצובות מתבטלת ההתחייבות, אכן נראה שה, תומים" אינו סובר כה, הפלאה", שהרי בסי' הג"ל סעיף ה' טרח ליישב את קושית ה, טורי זהב" באופן אחר, ולפי דבריו סובר הרשב"א שאינו צריך לפרנסו לאחר שהתעשר העני מפני שחיובו נובע מטעם צדקה, וכיון שהתעשר אינו מחויב לתת לו צדקה.

בסיכום הדבר ההלכה כשהבן מרויח את לחמו אם על האב לעמוד בחיובו, במחלוקת שנויה בין המגיה ב, טורי זהב" וה, הפלאה". לדעת הראשון נשאר החיוב על האב גם עם שינוי במסיבות, ואילו לדעת האחרון, ישוחרר האב מחיובו, ויתכן כאמור לעיל שגם דעת ה, חתם סופר" כדעת ה, הפלאה".

עתה עלינו להבהיר את השאלה השניה מה זכותו של האב ברווחי הבן כשהבן סמוך על שלחן האב ועובד ומשתכר.

בשו"ע חו"מ סי' ע"ר סעיף ב' נפסק הדין:

„מציאת בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אע"פ שהם גדולים...

הרי אלו שלו... וה"ה אם הרויחו בסתורה או במלאכה".

ועיין בסמ"ע ס"ק ב':

„עיינ דרישה שכתבתי הטע משכך היה ונראה ישר לחכמים לשלם הטוב לעושה עמו טוב שמזין אותו אע"פ שאינו חייב לפרנסו כ"א עד ר' שנים, משא"כ אחיהן המפרנסים אחותיהן אחר מיתת אביהם דמחויבים לפרנסם משום הכי מציאתם לעצמן".

ובעקבותיו הולך גם „טורי זהב" בסי' הג"ל:

„פירש"י משום איבה וכתבו התוס' דל"ש איבה אלא בבנו שדרכו לזונן תמיד... אבל אדם אחר מעלמא הסמוך לשלחן חבירו חנם, כגון תום קטן וכיוצא בו, אין סברא שמציאתו לחבירו... ובכלל זה הוא ג"כ

מי שפסק לבנו מזונות על שלחנו דמציאתו לעצמו דהא דרך חיוב הוא נותן לו וכעין שאמרו דבת הגזונית מן האחין מציאתה לעצמה".
לאור ההלכה הנזכרת הרי ברור כי בנידוננו כשהאב התחייב בקנין לזון את בנו אין האב זוכה במעשה ידיו של הבן.

ועיין בריב"ש סי' ת"פ שעוסק ג"כ בענין כזה ומסיק כנ"ל:

והלענין הספק השני אם מעשה ידיה ליתומים כיון שגזונית מנכסיהם, נראה ג"כ שהדין עם האלמנה דכיון שאוכלת מכח מתנת בעלה ולא בכח תקנת חכמים... ובהא ליכא למימר מע"י שלו משום איבה, דליתה להאי טעמא אלא כשאוכלת מן התקנה... אבל כשאוכלת מן הדין שרצה ליתן לה מתנה, ליכא למימר משום איבה וכמו הפוסק עם אשתו לזון את בתה שאין מעשה ידיה שלו".

וכסמוכין ליסוד הנ"ל יש לציין את סוגית הירושלמי בפ' הנזשא:

"תמן תנינן בנן ניקבין דיהוון ליכי מינאי יהון יתבון בבית ומיתונו מנכסי ותני עלה ומתכסיין בכסותי, מעשה ידי הבת של מי נשמיעניה מן הדא נישאת הבעל חייב במזונותיה ותן נותנין לה דמי מזונות הדא אמרה זנה ומעשה ידיה של בעלה".

הביאור בירושלמי הואיל והבעל חייב במזונותיה הרי בודאי זוכה במעשה ידיה כי זה ברור שאצל הבעל חיוב המזונות ומעשי ידיה קשורים אחד עם השני ואם לא היה זוכה במעשי ידיה לא היה על הבעל חיוב לזונה, וע"כ יש להוכיח מהמשנה שמעשה ידי הבת שייכים לה, והבעל זוכה במעשה ידיה. בבבלי כתובות מ"ג מסתפקת הגמ' באותו הספק כמו הירושלמי, בת הגזונית מן האחין מעשי ידיה למי? והבבלי אינו מוכיח מהמשנה דלקמן מהנזשא את האשה. ומורגש כאן שיש פלוגתא בין הבבלי והירושלמי (מהמשנה י"ל דחייב לזונה ומגבין מזה מה שעולה שכר המלאכות שעליה לעשות לבעלה). כמש"כ "חלקת מחזקק" בסי' פ' ס"ק כ"ו.

כאמור לעיל אפשר להבין כי הבבלי סובר שאין להוכיח מהנזשא את האשה שפסקה עמו שיוון את בתה חמש שנים, הואיל ועליו לזונה מטעם חיוב המוטל עליו לאחר שהתחייב בשעת הנישואין, לכן אינו זוכה במעשה ידיה, ברם בבת הגזונית מן האחין שהבת גזונית מתקנת חכמים והם לא התחייבו במפורש כלפי הבנות, יתכן על כן שהעניקו להאחין גם מעשה ידיה. אכן כנראה כי הירושלמי אינו מחלק בכך וסובר שאין הבדל בין התחייבות מצד הנותן לחיוב שהטילו חכמים, ועיין ברא"ש פרק הנזשא את האשה וז"ל:

"ומה שהביא הירושלמי ראיה ממתניתין לבנו נוקבין, לא דמי, דמתניתין בחוב קא אכלה".

סברתו של הרא"ש ברורה מאד, כי הוא מחלק בין חיוב שהתחייב מעצמו לחוב המוטל רק מתקנת חכמים. בראשון ההתחייבות דינה כמו נותן מתנה שהמקבל אינו מחייב לתת כל תמורה שהיא לתנותו, ואילו התחייבות הנובעת מתקנת חכמים, יש מקום לאמר שמלכתחילה העניקו לתנותן זכויות תמורת חיובו כגון מציאתה ומעשי ידיה של המקבלת היא הבת שייכים להאחין, ברי שבנידוננו שהתחייבותו של האב לגבי הבן דינה כמו מתנה רגילה שאין האב הנותן זוכה במעשה ידיו של הבן.
כאמור לעיל, הגענו למסקנא בהתחייבות לענין לפרנסו לשנים קצובות במספרן

ותוך הזמן התעשר העני, אם משוחרר הנותן מהתחייבותו, הלכה זו במחלוקת שניה בין ה, חכם צבי" המחייב ובעל ה, הפלאה" הפוטר. ובנוגע לנידון דידן אנו נתקלים באותה הפלוגתא מבלי שנוכל להכריע להלכה ולמעשה. וכדאי לציין את חרדת ה, תומים" לאחר שהאריך בסברא מבוססת לסתור את שיטת ה, טורי זהב" בנידון התחייבות לבנו וכלתו, מסיים: „ומ"מ למעשה אני הוכיח הואיל וכבר הורה זקן הט"ז והסכים עמו חכם צבי הגאון ז"ל", ובעקבותיו הולך ה, ישועות יעקב" בזה"ע"ז סי' קי"ד, ולאחר שבירר את ההלכה מסיים ואומר, בגלל כן לא נראה בעיני דברי הט"ז ובפדט להוציא, ומ"מ כבר בא מעשה לידי ועשיתי פשר דבר. וכן עיין „חתם סופר" חו"מ סי' ז'. ועל כן בנידוננו טרם נגיע לידי ההכרעה נגד הט"ז ו, חכם צבי". ויש להוסיף לגופו של דבר, שיתכן שבנידוננו חסרה אותה האומדנה כמו בבית אשתו וגם בעל ההפלאה יסבור שעל האב לעמוד בהתחייבותו, הואיל ודעתו של אדם קרובה לבנו, יש להצניח שהתחייבות בשעתה לתמוך עד גיל 18, מטרתה לשקם ולבסס את מעמדו של הבן ולאפשר לו סידור בעתיד כי זהו אמנם מחובתו של האב לדאוג לבנו. והדעת נוטה שאם הבן מתלמד במקצו ומשתכר סכום פעוט, האב בתור אב המסור לבנו ושש לראותו בסידור יציב, אין עינו צרה ברווחיו של הבן. אדרבא מעונין האב שהבן יחסוך איזה שהוא סכום אשר יעזור את שיקומו בעתיד, ויתכן מאד שגם עכשיו עתירת האב לשחררו מחיובו, נעוצה בתנאים הקשים שלו ושלפי טענתו הוא מחוסר עבודה וסובל ממחלה השוללת ממנו את האפשרות לעמוד בחיובו, ויוצא איפוא שסיבת העתירה היא חוסר אפשרות לשלם. נקח לדוגמא התחייבות מעשיר לגבי עני אשר תוך הזמן ירד העשיר מנכסיו ומחוסר כל, והשאלה תצדונה אם לשחררו מחיובו הואיל ואין לו ממה לשלם, התשובה לכך היא ברורה שתוסר אפשרות לסלק את החיוב אינו פוגם את עצם ההתחייבות והחוב נשאר חוב ולכשירתיב ד' את גבולו עליו לסלקו ועל כגון זה לא נאמר אדעתא דהכי לא התחייב, כיון שלמעשה עקב מצבו הנוכחי הירוד החיוב אינו מתבצע אלא להלכה. משאירים את החוב לכשיהיה לו אפשרות, שבמקרה כזה אין אומדנה לבטל כיון שהגביה מתקיימת בזמן שיש לו יכולת לשלם. כמו כן בנידון דידן, מה טוען האב, שהנו מחוסר עבודה וסובל ממחלת לב ומאידך משתכר הבן לקיומו הוא, והנה אומר, שלולא היה מחוסר עבודה וסובלני היה ממשיך בתשלום החוב, אשר על כן לכל היותר יש לעכב את ביצוע פסק הדין לפי הדרכים המקובלות, כמו על ידי הוצאה לפועל ולהחשיבו במאסר, ויש לשחררו עד שישגי מקור פחגסה ויוכל לעמוד בחיובו. אבל אין לפטור אותו מחיובו, כיון שאין לנו אומדנה ברורה שאדעתא דהכי לא התחייב.

אכן עלינו להרחיב את הדיבור בנקודת הלכה הנ"ל, באם ירד מנכסיו ומחוסר אמצעים לשלם את ההתחייבות, שייצאנו מתוך הנחה הואיל והגביה אינה מתבצעת למעשה, הרי לא איכפת להתחייב שהחוב נשאר להלכה. אך טרם ביררנו את הנידון בכל היקפו, כי יש מקרה שעדיין נשאר לו נכסים לשלם את החוב ולכשישלם ישאר עני ונקי מנכסיו (כמובן במסגרת שמסדרין לבעל חוב) וברי שאדם במצב ירוד כזה אינו נותן מתנות לאחרים, ונשאלת על כן שאלה אם לקחת בחשבון את מצבו הנוכחי ולקבוע שאם ידע מראש שייגיע למצב ירוד, לא היה מתחייב לתת מתנה, ואומדנה כזו מבטלת את התחייבותו, או שאין בכחה של אומדנה מעין זו לבטל את ההתחייבות שנקבעה ללא הסתייגות מפורשת.

ותנה בשאלה מעין זו דן הרא"ש בשו"ת כלל ז' תשובה ד':

„וששאלת ראובן ששידך בתו לשמעון ונשבע לו ע"ד רבים שיתן לה עמה חמשת אלפים זהובים... וחתה לו לראובן ממון רב בחובות ועל סמך שיגבה מחובותיו נדר, ועתה נתקלקלו החובות, אם בקרא עובר על שברעתו... תשובה, אם אין לראובן ממה לפרוע לא מחובותיו ולא מקרקעותיו וחפצים... אז הוא פטור משבועתו, דאין לך אונס גדול מזה, כי היה לו ממון רב בשעה שנשבע ועתה הפסידו ואונס גמור הוא. ואין לומר אם הפסיד חובותיו, אף אם יש לו קרקעות אדעתא דהכי לא נשבע... כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו להשיא בתו, אבל ביתו וכלי תשמישיו אפילו עני המתפרנס מן הצדקה אין מחייבין אותו למכור ביתו דאדעתא דהכי לא נשבע“.

לדעת הרא"ש נשארת ההתחייבות קיימת אף כשירד מנכסיו ויש לבצעה מאיזה שהם נכסים שנשארו לו, דברי הרא"ש נקבעו להלכה ביו"ד סימן רל"ב. אך יש להעיר מתוך דברי הרא"ש שכתב, „ואין לומר אם הפסיד חובותיו וכו' אדעתא דהכי לא נשבע כי דבר הווה הוא שאדם מוכר מקרקעותיו וחפציו להשיא בתו“, הרי תשובתו של הרא"ש היא מפני שהיחס של האב לגבי הבת הוא קרוב ורגיל האב למכור מנכסיו לשוכת בתו, אולם טרם הוברר מה הדין קובע בנידון שהנזון והמקבל אין להם קירבה כנ"ל, ולכאורה יש ללמוד מדברי הרא"ש שאם ההתחייבות היתה לאיש זר והנזון ירד מנכסיו אף שנשארו לו נכסים, כיון שלא רגיל למכור כל נכסיו למטרת מתן מתנה כמו אב הנותן לבת, יש לפוטרו מחיובו.

אכן אין ללמוד מדברי הרא"ש ולקבוע מסמרות גם לנידון אחר, כיון שהידיו נסב על התחייבות כזאת שנשבע לתת מתוך בטחון שיגבה מחובותיו ועל סמך זה נשבע, ואחר כך נתקלקלו החובות, משום כך זקוק היה הרא"ש להגיד למסקנא שרגיל האב לתת לבתו גם מקרקעותיו ועל כן עליו לעמוד בהתחייבותו בכל אופן שהוא, ואמנם יתכן שבהתחייבות כזו הנזכרת לגבי איש זר, אינו מחייב למכור קרקעותיו, ברם אם התחייבותו נעשתה בלי גילוי דעת על סמך מה הוא מתחייב, בין כשנעשתה לגבי בת ובין לגבי זר עליו לעמוד בהתחייבות זו גם על אף שירד מנכסיו. וכן יש ללמוד מדברי הרא"ש בתשובה אחרת כלל ח' תשו"י י"ח:

„וששאלת, ראובן עני חייט... ואמר לו שמעון למדני אמנות ותחלק עמי כל מה שתרויח בחמש שנים ואתן לך שלשים זהובים ועתה אין מספיק לראובן לפרנס אשתו ובניו בחצי הירח ואשתו תרבעת מזונות... אפילו אם מכר אדם נכסיו אין מוציאין למזון אשתו, כ"ש אם שיעבד גופו לאחר... מחמת שבועה צריך לקיים“ (דברי הרא"ש מובאים בטור אהע"ז סי' קי"ח וראה שם בדרישה ופרישה וראה פסק דינו שביארנו את דברי הרא"ש, נדפס בכרך ג' עמוד 111).

הרי לדעת הרא"ש על המתחייב לעמוד בהתחייבותו אף כשירד מנכסיו ורווחיו אינם מספיקים לפרנס אשתו ובניו.

אך האמת היא שנידונו של הרא"ש שונה מהתחייבות רגילה כמו מתנה והדומה לה, כי החייט שעשה הסכם לשתף את שמעון ברווחיו, קיבל ממנו מראש שלשים זהובים על מנת ללמוד את האמנות, ועיסקא כזו לכאורה דומה לשותפות של שני

אנשים המתקשרים להיות שותפים בעסק מסוים, שברור הדבר שהרווחים מתחלקים שווה בשווה אף שלשותף אחד הרווחים אינם מספיקים לפרנס אשתו ובניה. אך טרם נחליט שאכן דעת הרא"ש היא שעיסקא זו דינה כשותפות על כל מסקנותיה, כיון שהרא"ש הדגיש גם שהקנין אינו חל משום שנתן לו דבר שלא בא לעולם ורק משום שנשבע לתת לו מהרווחים חייב לקיים את שבועתו. ועיין בחו"מ סי' קע"ו סעיף ג': „האומנים שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם, אינם שותפים. כיצד? שני חיישים... שהתנו בניהם... אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וי"א דיכולים להקנות זה לזה אפילו בדבר שלא בא לעולם" (טור בשם הראב"ד והרא"ש).

הרי לשיטת הרא"ש אומנים משתתפים בחלוקת הרווחים גם בדבר שלא בא לעולם, א"כ למה כתב הרא"ש בעובדא של החייט שנתן לו דבר שלא בא לעולם, משום כך עלינו לפרש את דברי הרא"ש שלא היתה עיסקא של שותפות כיון ששמעון התחיל רק ללמוד את האומנות ועבד בשוליא והתחייבות בחלוקת הרווחים היתה תמורת קבלת שלושים זהובים, ועל כן דינה כנותן דבר שלא בא לעולם תמורת סכום כסף שקיבל ממנו מראש שהקנין אינו חל כלל וכלל.

אולם אף אם נניח שעיסקא זו אינה כמו שותפות, אבל ברור שדינה כמו מקח וממכר ולא כהתחייבות לתת מתנה או נדוניא, ועל כן אין לקחת בחשבון את מצבו שירד מנכסיו ואין לו לפרנס את אשתו. כיון שדינה כמקח וממכר מפני שלקח ממנו סכום כסף, הרי אין אומדנה יכולה לבטל החוב שעליו לשלם כתמורה עבור מה שקיבל בעבר.

ועיין „משנה למלך" פ"ו מהלכות זכיה ומתנה שהרחיב את הדבור לבאר דיני אומדנה תלזיה רק בדעת הנותן לבין אומדנה דאיכא דעת אחרת, ובתוך דבריו מביא דברי הרא"ש.

וכן נראה קצת מדברי הרא"ש כלל ח' סעיף ד', במי שנדר לנשואי בתו סך מה ונתקלקלו החובות... „דאדעתא דהכי לא גדר" ושואל „משנה למלך" על תשובת הרא"ש:

„והרי התם איכא דעת המשדך דאפשר דלא היה מתרצה לשדך בלתי אם יקיים גדרו ואף אם יצטרך למכור את ביתו... אך אין ראיה מחברי הרא"ש... דלא היה שום חיוב בדבר כי אם מכח שבועה וכיון שכן הם דברים שביעו ובין קונו שייך לומר אדעתא דהכי לא נשבע, אבל היכא דאיכא חיוב כגון בלוקח... יודה הרא"ש דהיכא דאיכא דעת אחרת, לא אמרינן אדעתא דהכי".

דבריו של „משנה למלך" מיוסדים על התגיון שאימתי אומדנה מבטלת התחייבות, אם היא תלזיה רק בדעת הנותן והוא היחיד הקובע את ההתחייבות, ברם אם ההתחייבות תלזיה בדעה משותפת של הנותן והמקבל, הרי עלינו להתחשב עם דעתו של המקבל, ועל כן אין אומדנה מצד הנותן גרידא מבטלת את ההתחייבות, דעתו של „משנה למלך" שגם נידוניית חתנים, אינה כמתנה רגילה אלא היא תלזיה גם ברצונו של המקבל שאדעתא דהכי הוא מסכים לקשרי הנישואין. ראה בס', „אילת אהבים" שמתפלפל על האומדנה שכתב רבינו תם במתובות מ"ו, משום כך מפרש „משנה למלך" את דברי הרא"ש שלא היה חיוב בקנין כי אם מכח שבועה, ושייך לומר אדעתא דהכי לא נשבע.

ועיין ב„שער המשפט“ חו"מ סי' ס' שאם התחייב בשטר דינו כמו שאר בעל חוב ומסדרין לו דין סידור בעל חוב. וכן כתב „בית הלל“ אהע"ז סי' נ' עיי"ש בדבריהם. ועיין „חתם סופר“ יורה דעה סי' רכה שהביא את הרשד"ם יו"ד סימן קד שפירש דברי הרא"ש:

„דהרא"ש לא מטעם נדרי שגגות פטר ליה אלא מטעם אגן סהדי, והוי כאילו התנה בפירוש שאם יארע לו כך פטור משבועתו, וכזה לא הוי דברים שבלב שה"ז מבואר לכל... אבל הכא אע"ג עניות שכיח, לא בעי להתנות שאם יעני לא יתן לה, דכ"ע ידעי דאין אדם לן בחוצות ומשיא בתו ואין זה דברים שבלב וכאילו התנה דמי“.

לדעת הרשד"ם ו„חתם סופר“ שאין צורך להתנות שאם יעני לא יתן לה נידוניא כיון שכ"ע יודעים את זאת, וכאילו התנה דמי, לפי זה הרי גם אם ההתחייבות היתה בקנין המחייב, יש לשחררו מחיובו, מכיון שכאילו התנה בפירוש שאדעתא דהכי אינו מתחייב.

ועיין בתשב"ץ חלק ב' קל"א שדן בשאלת ממון הנ"ל:

„אדם שנדר בעת צרתו ואמר כל אשר יתן לי אעשר אעשרנו... ורוצה להישאל על נדרו כי גם הוצאתו מצומצמת הרבה... ואינו יכול לעמוד בנדרו. תשובה, כיון שאמר מכל עשר פרוטות אתון מעשר... והוא לא נתנה אלא אכלה, פטור הוא מלשלם כדון ממון שאין לו תובעין... ומכאן ולהבא מה שמרויח הוא חייב לצמצם ולהפריש לעניים, ואם יש לו בנים הם קודמים... ואפילו אין לו בנים והוא צריך למונותיו להתפרנס, הוא קודם לכל אדם... אפס כי לא יתהיך בדאביון... שלך קודם... ומ"מ אם לצאת ידי ספק, רוצה להישאל על נדרו, מתירין לו בפתחים או בחרטה“.

דברי התשב"ץ צריכים הסבר במה שקשר את שאלתו לדין מוזיק מתנות כהונה, כי לכאורה יש לחלק בין מוזיק מתנות כהונה לנדר ואין כאן מקומו להאריך, אבל בנוגע לחלק השני שהחליט שאם הוא צריך לפרנסתו הוא קודם לכל מעיקר הדין, דבריו משמשים כדוגמא להדברים הנזכרים. כמובן יש הבדל בין נידון זה לנידון של הרא"ש הנ"ל.

אכן אין לנו ראייה חותכת לבופה של ההלכה שהעמדנו למעלה באם התחייב לתת מתנה וירד מנכסיו, אמנם נשארו לו נכסים לסלק את החוב, אך לכשישלם יצא נקי מנכסיו, אם אומדנה כזו מבטלת מתנה, וצ"ע. ועיין „חתם סופר“ חלק יורה דעה סי' רל"א שדן בשאלה מעין זו. ועיין בשו"ת מהר"ם מרוטנברג סי' תתקמ"ב שדן בענין הדומה לזה של התשב"ץ הנ"ל:

„ואשר שאל על ראובן שנתן ממון לצדקה ואמר זה הממון ינתן לצדקה בריות, ומן הרייח ישלחו הקהל אחר רב אחד הישר בעיניהם ואחר מותו השכיר הקהל רב שהיה קרובם, ונמצא אחד נשוי מבנותיו שהיה גדול כמותו, אם שייך כאן אומדנא דר' שמעון, או אם יתמטטו ב' או ג' מבניו, אם שייך אומדנא דר' שמעון... נ"ל אחר שנתנו לקהל וכבר בא ליד גבאי, אין לבניו וליורשיו בהן שום כח יותר משאר עניים... ומה ששאלת אם שייך אומדנא דר' שמעון גבי נדרים וצדקות לא שייך

אומדנא דלאחר זמן, ודאי אם באותה שעה טובה... סבור שתא כך ואינו כך... כדאיתא בפרק ב"ש בנויר... אבל בההיא שעתא לא טעה על הנדר ולא בטיל בשום מילתא דלאחר זמן, דהא חזינא כלבא שובע... אע"פ דאין לך אומדנא גדולה מזו שאדעתא דגברא רבא לא נדר, אבל בנידון דידן דהוי דבר הבא לאחר זמן, מילתא דשכיתא שבני אדם מתמוטטין, שגלגל החזור בעולם הוא, וכיון דמילתא דשכיתא שבני אדם מתמוטטין וגלגל החזור בעולם הוא... איבעי ליה לאתנוייה, ואי לא אתני איהו דאפסיד אנפשיה... וגדולה מזו נ"ל אפילו בחייו אם כבר תודיעו לקהל שהוא נותן כך וכך ליד גבאי לעניים שבעיר ושוב העני, אפילו הוא גופו לא מצי למיעכבא לנפשיה".

לכאורה קיימת פלוגתא בין התשב"ץ ומהר"ם מרוטנברג, לפירושו של התשב"ץ אם נדר לתת מעשר מהרווחים והעני, אינו מחוייב להפריש מעשר, ואילו לדעת המהר"מ אין העניות מהווה עילה לפטור מקיום נדר, ואם כי הגידתנים אין חזמים בכל פרטיהם, כי המהר"ם עוסק במקרה שהבטיח לתת כך וכך ליד גבאי וזהו כעין דבר מסוים שתקנה לעניים, ואילו התשב"ץ עוסק שנדר לתת מעשר מהרווחים שאין בפניו דבר מסוים אלא קבלת נדר לקיימו להבא, אבל לכאורה אין הבדל גדול ביניהם וצ"ע.

נחזור לבידוננו שכאמור לעיל הגענו למסקנא שלכל היותר יש לעכב את ההוצאה לפועל, אבל אין לפטור אותו מחיובו כיון שאין לנו אומדנא ברורה שאדעתא דהכי לא התחייב ויש מקום להניח שדעתו של האב קרובה לבן ורצונו לתת לו עד הגיעו לגיל שמונה עשרה גם כשיתחיל בינתיים להרויח. כסמוכין להג"ל יש לציין את דבריו של "ישועות יעקב" אה"ז סי' נ"ג:

"ובגוף הענין בעסק האומדנא זה זמן רב אמרתי דהכי דאנו מסופקין באומדן דעת האדם ממילא הדין נותן שאין באומדנא זו ממש... וטעמא דמילתא דבאמת דברים שבלב אינן דברים, אלא דהיכי דהדבר נודע לכל, יצא מכלל דברים שבלב, וכמו שכתב הרב מוהרי"ט, אבל היכא שאנו מסופקין א"כ, אף אם האמת שכן דעתו, מ"מ לא יצא מכלל דברים שבלב כיון שהדבר ספק אצלינו איך היה כוונתו".

לדעת "ישועות יעקב" אומדנא שאינה ודאית והתחלטית ושיקול הדעת נוסה לכאן ולכאן, אין בכחה לבטל התחייבות אשר בשעתה נעשתה ללא תנאי והסתייגות כל שהיא. כאמור לעיל, בנידון דידן אין לנו אומדנא ודאית שהתחייבותו של האב נעשתה בהסתייגות לזמן שהבן יתחיל לעבוד ולהרויח, כי יתכן שדעתו של האב לדאוג לבנו שיקבץ סכום כסף למען ביטוס מצבו הכלכלי בעתיד, ואמנם נזכר בית הדין שתביעתו של האב נובעת מהתנאים הקשים בהם גמצא ואשר על כן דורש את ביטולה.

ואם כי אין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, אבל כסברתו של "ישועות יעקב" מובא גם ב"קצות החושן" בסי' ר"ב, ועיי"ש בחו"מ סעיף ג':

"ואם הקדיש כל נכסיו ולא שיר כלום, או הפקירם או חילקם לעניים, אם עמד (השכיב מרע) נתבטל הכל כדון נותן מתנה... ודלא כחברי החולקים".

ועיי"ש ב"קצות החושן" ס"ק ה' :

„דלא כדברי התולקים, והמה הרא"ש והטור דסבירא להו דאינו חוזר מספיקא, ובאשר"י הטעם משום דלא אמרינן אומדנא לבטל המתנה אלא אומדנא תברור אבל בספיקא לא אמרינן אומדנא... ונראה ביאור הדברים משום דקיי"ל דברים שבלב אינן דברים, והא דמהני אומדן דעתיה שהיה לזה התנאי, אע"ג דלא פירש, היינו משום דכיון דאומדנא כך, הו"ל דברים שבלב כל אדם דמהני... וא"כ היינו דוקא אומדנא דבריירי ה"ל דברים שבלב כל אדם, אבל באומדנא דמספיקא, אע"ג דהנותן מחשבטו היה לתנאי, ה"ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם".

דבריהם של „קצות החושן" ו„ישועות יעקב" בדין אומדנה שאינה ברורה עולים בקנה אחד שדינה כמו דברים שבלב.

אולם מתעוררת שאלה, מאחר שהסברו של „קצות החושן" מוסב לשיטת הרא"ש אשר פוסק שאם השכיב מרע הקדיש אינו חוזר, ואילו להלכה נפסק בשו"ע כשיטת הפוסקים שאם עמד השכיב מרע מחליו מתבטל ההקדש, יוצא איפוא שהלכה זו במחלוקת שנויה, ואנו פוסקים שמספק יש לבטל את ההתחייבות. ואמנם כך כותב „תרומת הדשן" שאלה שכ"א בנוגע להפלוגתא של רש"י ור"ת בנידוניית חתנים וז"ל :

„אך קצת קשה אם נאמר דבהכי פליגי... א"כ פליג הוא אסברת אשר"י פרק מי שמת גבי ש"מ שהקדיש כל נכסיו או הפקיר או חילק לעניים דסלקא בתיקו אי עמד חוזר, וכתב ודאשרי דכיון דהמתנה ודאי ומכח אומדנא אתינן לבטלה בעינן אומדנא דאי, וכיון דסלקא בתיקו לא אומדנא ודאי הוא... וא"כ בנ"ד הואיל והאב כתב ודאי לחתנו ואפילו לפירוש רבינו תם לא אתיא לבטל המתנה אלא מכח אומדנא... ואפילו לאור זרוע דפסק התם גבי ש"מ הואיל וסלקא לא מפקינן ממנו ואע"ג דאומדנא ספיקא, אפשר לומר דחוקת ממון עדיפא כל כך דאפילו ספק אומדנא מהני ליה".

לדעת „תרומת הדשן", הפלוגתא בין הפוסקים הנ"ל היא, אם אומדנה שאינה ודאית בכחה לבטל התחייבות ודאית, ולדעת „שולחן ערוך" אין להוציא ממון כל עוד שיש אומדנה ושיקול דעת הנוטה לכאן או לכאן.

אכן יש מתפוסקים אשר נותנים הסבר אחר בשיטת הרא"ש. ועיין בשו"ת מהר"י ווייל סי' קע"ח :

„איתתא דנתאלמנה והתניקה בכסי בעלה ולא נשבעה על כתובתה... וצוותה לתת... ושלושים זהובים לצדקה וכו'... בפרק הכותב במדרכי מייתי פלוגתא... ולא נשבעה על כתובתה אם מתנתה קיימת... הנראה בנידון דידן נכסים בחזקת ירתי קיימי והבא להוציא מידם צריך להביא ראיה, ואם יש גפוש... כיון שאמרה לתת לצדקה הוי כמו איסור וספא לחומרא, כדאמר בפרק מי שמת ש"מ שהקדיש כל נכסיו מהו וקיימא בתיקו, וכתב האשר"י דמספיקא לא מבטלינן ההקדש, התם דהקדיש כל נכסיו בסתם, איכא לספוקי דדעתו היה בין יחיה בין ימות ומחיים התחיל ההקדש ולא לאחר מיתו, אבל הכא בנידון דידן דפירשה האשה לאחר מותה, איכא למימר משלא התחיל הצדקה מעולם והנכסים

בחזקת יורשים" (עיין „דרכי משה" חו"מ סי' ר"ע מה שהביא מהלכות אלו).
 לדעת מהר"י ווייל המפרש את דברי הרא"ש שמטעם ספק איסור לחומרא חל
 ההקדש מספק, נופלת ההזכחה האמורה בדבר ספק אומדנה (אם כי חברי המהר"י ווייל
 קשים להולמם בזה) שדרא"ש פוסק לחומרא לא רק בהקדש אלא גם בהפקר, ועיין
 ב„פלוטא חריפתא" על האתר ו„באר יצחק" אהע"ז סי' י' ענף ד' שעמד על כך, וכן
 עיין „מרדכי" ב"ב שפוסק מטעם ספק איסור). ועיין בטור חו"מ שהביא את דעת
 הרא"ש. ו„בית יוסף" כתב וז"ל:

„ומ"ש בשם הרא"ש שאין מבטלין ההקדש וההפקר אלא היכא
 דבריר לן האומדנא... ודבריו תמוהים הם בעיני הובא ודאי איכא אומדנא
 ברורה הלא עבד איניש דהייב כל נכסיו לאחרינא והוא יחזור על הפתחים,
 אלא משום דלדבר מצוה ניהו מספקא לן דילמא גמר ומקני, הילכך
 מספקא אין מוציאין מידו כדברי הרמב"ם והרמ"ה ז"ל וכדברי הריב"ש
 בס' ק"ס."

לדעת „בית יוסף" הפלוגתא בין הראשונים אינה סובבת על הציר של ספק
 אומדנה, כי לדבריו סוברים הפוסקים החולקים על הרא"ש שמצד אחד יש אומדנה
 הלא עבד איניש דהייב כל נכסיו לאחרינא וזאת היא אומדנה ברורה, אלא שאנו מסופקין
 דילמא שאני הקדש שגמר ומקני בכל אופן שהוא, על כן דינו של הספק כמו ספק
 רגיל שאין להוציא מן המוחזק. והסבר דברי „בית יוסף" הוא, כי שונה ספק הנעוץ
 באומדנה עצמה מספק שאינו נעוץ בה אלא בדבר צדדי, כלומר, אומדנה כשלעצמה,
 כחה יפה רק כשאנו יוצאים מתוך הנחה ודאית שאמנם כן זיתה דעתו בעת ההתחייבות
 וגלויה היא לכל באופן שאינה משאירה ספיקות, ומשום כך כל ספק, הנוצר בתוך
 האומדנה, הוא פוגם אותה והתחייבות או הקנין נשארים בשלימותם. אולם כשהספק
 אינו מתייחס לאומדנה, כמו בשכיב מרע שהקדש שאמנם יוצאים מתוך הנחה שאין
 אדם רוצה למסור את נכסיו ולהיות חוזר על הפתחים, אלא בכל זאת אנו מגיעים
 לידי ספק אולי שאני הקדש שגמר בדעתו להקדיש בכל אופן שהוא (ראה שם רשב"י
 קמ"ח דגמר והקדיש הכל בלב שלם בין יהיה בין ימות), ומפך זה אינו נוגע ישיר
 לאומדנה הכללית שאינו רוצה להישאר בלי נכסים ולחזור על הפתחים כי על אף
 אומדנה זו, אנו מסופקים שמה רצתנו חזק להקדיש גם כשישאר בחיים, והספק אינו
 באומדנה הכללית אלא בכוונת הנותן המקדיש, ועל כן אין להוציא מהמוחזק כדון כל
 ספק אחר. ועיין ב„באר יצחק" אהע"ז סי' י' ענף ה' שהאריך הרבה בדיון ספק אומדנה,
 אך אין כאן להתאריך בזה.

כאמור לעיל, בנידוננו אין הנחה מוחלטת שהתחייבותו של האב בשעתו נעשתה
 בהסתייגות לזמן שהבן יתחיל להריח את לחמו, כי יתכן שדעתו של האב שהבן
 יקבוץ על יד איוה שהוא סכום למען ביטוס מצבו בעתיד, וכאמור, נוכח ביה"ד שתבעתו
 נובעת מהתנאים הקשים בהם נמצא, ואשר על כן דורש את ביטולה של ההתחייבות.

כדוגמא, אם כי רחוקה, ישמשו דברי רבותינו שעוסקים באחד שפרנס יתום
 קטן, ועיין בתגרעק"א פסקים קמ"ו:

„באחד שפרנס יתום קטן ותובע דמי מוונות... הנה בון איניש
 דעלמא ובסתם... דחייב לשלם. אבל בון ליתום כתב הר"ף דא"צ לשלם.

גם מבואר דאפילו יש ליתום נכסים אפילו הכי סתמא לשם מתנה ולא מצינו חולק מפורש על הרי"ף... ואף דמדברי תרומת הדשן (סי' שמ"ח) גראה דס"ל דזון יתום גובה ממנו בדיו נכסים ליתום, מ"מ כיון דלא הביא דברי הרי"ף, בודאי י"ל דלא היה שמיעא ליה, ואילו שמיעא ל"י הדר בית... והעיקר דסתמא מחזקינן ודעתו למצוה לפרנס יתום אלא אם כן פירש בהדיא חנותן דרך הלוואה".

אין כוונתנו להוכיח מהג"ל לגידוננו כי הבדל רב ביניהם, רצוננו לחזק את ההסבר שבמקרים ידועים קיים רצון לפרנס לשם צדקה או מתנה גם כשהמקבל אינו זקוק לכך, ובמיוחד כשהדבר נוגע לאב המפרנס את בנו.

ועיין בכתובות מ"ג בסוגיא דבת הניזונת מן האחין דלגבי בתו נאמר הכלל שגיחא ליה בהרוותה, אם כי זה נאמר רק ביחס מהבת לגבי האחין ולא ביחס מהאב לגבי הבת, אבל אין זו סתירה כי שם המדובר בשורש התקנה התמידית שעל כן מעשה ידיה לאבית, אבל שונה הדבר כשהאב התחייב מרצונו הטוב ורוצים לבטל מצד אומחנה, שאז ברורה האומדנה שהאב רוצה בהרוותה של הבת או הבן והתחייב בשעתו בטל אופן שהוא, ועל כן על האב לעמוד בהתחייבותו גם כשהבן עובד ומרויח.

ועיין בספר „מקצוע בתורה" על חו"מ סי' ס' (להגר"י מפלוצק):

„או כל זמן שצריך משמע, כבר כתבתי קושית הטי"ו מריש הנושא אע"פ שיש לה מזונות ממקום אחר, צריך ליתן לה מזונות ובחכם צבי מחלק בין שקצב זמן, אבל באמת תיזתא חוינא הכא שלא מצאתי שורש לזה, דודאי לעולם צריך הוא למזונות, ואם יש לה מזונות ממקום אחר, יכול למוכרו או לתבוע דמי מזונות... וא"כ אין צריך לחלק כלל... אין לחלק כלל בין עני והעשיר וכדומה אם לא שגילה דעתו שבשביל עניו הוא נותן לו... סוף דבר לא מצאתי מקור לדברי הרמ"א בזה, דלדיעה זו נראה, דלעולם בסתם כל ימי חייו".

אין צורך להסביר את דברי הג"ל, כי ברורים הם לכל מבין.

יש להוסיף נקודה אחת הנוגעת לעניננו ושהיה זה ברור כי התחייבות זו של האב לזמן שהילד כבר התבגר, דינה כהתחייבות רגילה לתת מתנה לבנו, כיון שבפיר עבר את גיל שהאב מחויב לזונו וההתחייבות היא מרצונו הטוב. אמנם ההתחייבות זו כוללת את כל השנים יחד, אך עלינו לראותה בחלקה מתורת צדקה כאב המחויב לפרנס את בנו, ובחלקה מתורת מתנה. דבר זה נוגע לביצועה של ההתחייבות כמבואר להלן.

ומכאן עלינו לברר ביצוע פסק דין או ההתחייבות כיצד?

בשו"ע חו"מ סי' צ"ז סעיף ט"ז נפסק הדין:

„כשהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו וזה אינו רוצה לפרוע והוא בחזקת שיש לו מטלטלין ומברית, שלח ביה"ד גכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו, שפירעת בעל חוב מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו אבל אין סופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע, ואפילו התנה על עצמו שיחפוש המלוה את גופו, ואינו יכול לא לאסרו ולא להשתעבד בו".

והרמ"א הוסיף, "ודוקא שאין לו לשלם, אבל אם יש לו ואינו רוצה לשלם, ביה"ד חובשין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו".

וב, "תומים" ס"ק י"ג הוסיף בהלכה זו:

"ביה"ד חובשין, ובשו"ת הרשב"א חולק. והכל לפי עיני ביה"ד, ובזמננו פשט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו מה לשלם ואין מוחזק, ואולי הכל בחזקת שמבריחין נכסים וצ"ע, כי אין להם על מה שיסמוכו".

לדעת הרמ"א יש לדון את הלוה למאסר כשיש לו לשלם ומסרב, כי המאסר אינו קנס לאי תשלום החוב, אלא אמצעי כפיה על מנת שישלם את החוב אם יש לו נכסים, על כן כשאין לו ממה לשלם הרי גם על ידי המאסר המטרה לא תושג, ואף ש, "תומים" הוסיף שבזמננו פשט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו מה לשלם, אבל מנמק את זאת מפני שכולם בחזקת מבריחין נכסים ותשוד הוא הלוה שמא הבריח את נכסיו, ועונש המאסר אינו אלא כמבחן שיודה על ההברחה, אבל אם ידע שאינו חשוד על הברחה, אין טעם לדונו למאסר.

וראה בריב"ש סי' תפ"ד שדבריו הם המקור להרמ"א תג"ל, וכך כותב הריב"ש: "וכיון שאפשר לבי"ד להכותו כדי שיקיים מצוה זו, גם כן אפשר להם לאסורו, כדאמר' בפרק ואלו מגלחין, מנא לן דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה... אבל אם הלוה עני ואין לו מה לשלם, הדבר ברור שאסור לתפשו בגופו ולענותו בנפשו, ואף אם נתחייב בזה בשטר והיה התנאי מועיל מן הדין, שהרי אפילו לעבור לפניו כדי לביישו אסור כדאמרינן בפרק איזהו נשך, מגיין לנושה בחברו מנה ויודע בו שאין לו שאסור לעבור לפניו, תלמוד לומר לא תהיה לו כנושה, ואיך ידעו בי"ד נזקקין לסייעו בדבר האסור, וכ"ש שאין התנאי מועיל בכיוצא בזה... ואיני רואה שום צד אחר שיהיה מן הדין לתופסו בגופו כיון שאין לו ממה לשלם, אלא א"כ נשבע לשים עצמו בבית הסודר עד יפרע חובו".

לדעת ריב"ש, קשורה כפייה על ידי מאסר באיסורים שאסור לענותו שלא לצורך, באיסור שלא יהיה לו כנושה, ועל כן סיים ה, "תומים" את דבריו על מנהגינו שאין על מה שיסמוכו, תואיל ולא הוברר שאכן הבריח את נכסיו אף שאנו מתחזקים אותם במבריחין, אבל אין לעבור על איסור לאו מספק שמא הבריח, כי סוף סוף זו אינה מבוררת אם אמנם כשנרצה לדקדק מלשון הנגמ' ב"מ ע"ה נוכל להסיק מסקנא לכאורה שגם מספק אפשר לחדשו, שהרי כן אמרו:

"מגין לנושה בחבירו מנה ויודע שאין לו שאסור לעבור לפניו ת"ל לא תהיה לו כנושה".

מלשון זו של הנגמ' ויודע שאין לו, משמע שדוקא אם יודע שאין לו, אבל אם מסופק הרי הוא בחזקת שיש לו. אך הדבר לא מובן כל צרכו, חזקה זו מה טיבה ומה מקורה, וכי כל אדם בחזקת שיש לו?

ועיין ברמב"ם פ"ב מהל' מלוה ולוה הלכה א':

"דין תורה שבזמן שיתבע המלוה את חובו אם נמצאו ללוה נכסים מסדרים לו ונותנין לבע"ח... ואם לא נמצא ללוה כלום... ילך

הלזה לדרכו ואין אוסרין אותו ואין אומרים לו הבא ראייה שאתה עני לא משביעין אותו כדרך שדנים העכו"ם שנאמר לא תהיה לו כנושה... טען שיש לו והחביא אותן... מחרימין על מי שיש לו ולא יתן לבעל חובו. כשראו הגאונים... שחבו הרמאים, התקינו שמשביעין את הלזה שבועה חמורה כעין של תורה בנקיטת תפץ שאין לו כלום... ושלא החביאן ביד אחרים... מי שהחזיק שהוא עני וכשר והולך בתום והדבר גלוי ויודע לדין ולרוב העם ובא בע"ח להשביעו בתקנה זו... יראה לי שאסור לדין ירא שמים להשביעו שבועה זו, ואם השביעו, ביטל לא תעשה של תורה לא תהיה לו כנושה... שלא תקנו אלא מפני הרמאין... וכן אני אומר שמי שהחזיק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמיד וטען שאין לו... שאין ראוי להשביעו, אלא אם יש כח בדין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן".

וכן עיין „נמוקי יוסף" שלהי איזהו נשך שהביא בשם בעל התרומות, וראה גם בשו"ע חו"מ סי' צ"ט מהלכות אלו.

מדברי הרמב"ם אנו למדים אופן הגבייה מבע"ח, וההסדר הוא כמו כמפורש דין תורה שבזמן שיתבע המלוה את חובו אם נמצאו וכו' ואם לא נמצאו ילך הלזה לדרכו, פירוש הדבר שמוכותו של המלוה לתבוע מהלזה את חובו גם אם לא יודע בודאות שהלזה יש לו ממה לשלם, כי התורה לא שללה מהמלוה את הזכות לתבוע חובו, אמנם אם הלזה טוען שאין לו אין מחייבין אותו להביא ראייה על כך והואיל ונאמר „לא תהיה לו כנושה", וזהו הפירוש בגמ' ב"מ הג"ל מנין לנושה בחבירו מנה ויודע שאין לו שאסור לעבור לפניו, כי כאן המדובר ביחס לתביעת החוב שאז דוקא אם יודע שאין לו אסור לתבוע, אבל כל עוד שאינו יודע את מצבו של הלזה, מותר להמלוה לתבוע את חובו, אכן תקנו הגאונים להשביע את הלזה מאחר שהמלוה טוען שיש לו (שהרי כן כתב הרמב"ם טען שיש לו משמע שהמלוה טוען כך), ואנו מסופקים אולי הנכון כדבריו שהלזה הברית והשתמט מלשלם את החוב. אך כל זה ביחס לשבועה שמטילים על הלזה גם אם לא ברור לנו אם יש לו נכסים אלא שהמלוה טוען כך, ומצאו הגאונים לנכון להטיל שבועה על פי טענתו לבד, אבל לכופו באמצעי מאסר וכדומה, משמע שרק אם החזיק רמאי ודרכיו מקולקלין והרי הוא אמיד שיש לו ממון וטוען שאין לו כלום, כי מצד הספק אין לכופו באמצעי מאסר וכדומה, ועל זה נאמר לא תהיה לו כנושה, ואף שהלאו לא תהיה לו כנושה מוסב בין על תביעת החוב כשאין ללזה לשלם ובין על צורת הכפיה לשלם החוב, אך כאמור קיימים תבדלים בגניהם ולא הרי תביעת חוב ללא אמצעי כפיה כדרי תביעת בנקיטת אמצעי כפיה, כמבואר לעיל שלא שללה התורה זכות מהמלוה לתבוע את החוב מהלזה באשר זאת היא הדרך הרגילה והצדקה המקובלת, ועל מנת כן ניתנה ההלואה שהמלוה יתבע את כספו ועל הלזה להענות בתשובה משכנעת אם יש לו לשלם או אין לו, ואכן אם המלוה יודע שאין ללזה לשלם שאז אם תובעו הרי הוא מתכוון להציקו, על זה נאמר „לא תהיה לו כנושה", אך בנוגע לנקיטת אמצעי כפיה מאחר שהלזה טוען שאין לו ממה לשלם ואנו רוצים לכופו על ידי מאסר או בדבר הדומה לכך, עלינו לברר מראש אם אעפ"י שיש לו לשלם והוא משתמט, כי אין להטיל עונש על גופו כל עוד שאנו מסופקים שמה

הנכון כדבריו שאין לו ממה לשלם. וזו היא כוונתו של ה"תומים" הנ"ל שסיים את דבריו ואולי הכל בחזקת מבריהין נכסים ואין להם על מה שיסמוכו, כלומר שאין להטיל עונש ולעבור על "לא תהיה לו כנרשה" אם לא ברור הדבר שהברית הלוה את הנכסים.

ועיין מהרשד"ם חו"מ סי' ש"צ:

"ראובן שיש עליו חובות ואין ידו משגת לשלם אם יש להם רשות לחובשו בבית האסורים... תשובה, דין זה מרגלא בפי הכל כי אין לשום ישראל לחבוש לחברו בבית האסורים בשביל חוב, הן אמת שיש רמז שיש לחבוש. מ"מ זה ודאי למי שידענו שיש לו במה לשלם, אבל כשידעו שאין לו או אפילו שאינו ידוע ותכרנו באיש שהוא ששא ונתן באמונה אלא שעתה אומר שאין לו... וכמ"ש הרמב"ם... ונמצא למדנו שמן התורה אפילו להכלימו אין רשות לביה"ד אם לא הוחזק ברמאי אלא חרם סתם למי שיש לו ולא יפחז, ואם נסתפקו בזה אם הוא רמאי, או ניתן רשות לביה"ד להכלימו לדרוש וכו', ותקנת הגאונים שעתה משביעין".

וכך כותב גם הטור בחו"מ סי' צ"ט:

"ואם נסתפקו ביד בענין הלוה ועסקיו, יש להם לדרוש אם רמאי הוא".

לדעת הפוסקים הנ"ל, יש לדרוש ולחקור היטב אם מתכוון הלוה להשתמש בהברחת הנכסים, ואם יבורר שיש לו, מותר להשתמש באמצעי כפיה של מאסר.

הנהוג המקובל בבתי הדין לפסוק מוזנות לאשה ומוזנות לילדים ועם מתן פסק דין על ידי בית הדין, הוא עובר לביצוע על ידי הוצאה לפועל, וזו האחרונה משתמשת באמצעי כפיה על ידי מאסר ופסק הדין. ביה"ד יודע מראש שפסק דינו עלול להיות גורם למאסרו של הנתבע ואינו נרתע במתן פסק דין, למרות שלא חקר על יכלתו של הנתבע לעמוד בחיובו, וכמו שהעיר ה"תומים" שאין לנו אסמכתא בהכרח להרשיב במאסר על אי קיום פסק דין כל עוד שלא הובררה אפשרותו של הנתבע לשלם את החוב. אמנם יש להצדיק נהוג זה שאינו סוטה מהלכה כלל וכלל ובמיוחד כשהענין נוגע למוזנות אשה והילדים שבדרך כלל ביה"ד חוקר על מקום עבודתו ותתעסקותו של הבעל שזה משמש כקנה מידה לחייב את הבעל במוזנות בני ביתו, וברוב מקרים ראש המשפחה מועסק בעבודה המאפשרת לו לפרנס את התלויים בו, ועל כן כשאינו משלם יש לראותו כמשתמט מתשלום החוב שעליו, ואמנם אין ביה"ד מתעלם ממקרים שהבעל סובל ממחלה או מחוסר עבודה שאין לו אפשרות למלא את חובותיו כלל וכלל, אבל כאמור עומד ראש המשפחה בתור שכזה שיכול לפרנס ונטל ההוכחה מוטל עליו שהנו מחוסר אמצעים למלא את חובותיו כלפי בני ביתו (וראה ב"התורה והמצוה" כרך ז.א. עמוד קל"ב שמוזב בשם "נתיבות המשפט" כל שאינו עני מקרי אמיד לגבי מוזנות בניו).

קורה גם לפעמים שהבעל אינו ציית דינא ומתעצל לעבוד ומשאיר את התלויים בו ללא קיום, שאמצעי כפיה על ידי מאסר מזהוה עליו לחץ לחפש מקום עבודה על מנת לקיים את משפחתו, במקרה כזה אנו נתקלים במחלוקת הפוסקים אם מחייב הבעל

להשכיר את עצמו לפרנסת אשתו (עיין בשו"ע אהע"ז סי' ע' סעיף ג'), וכבר ביררנו הלכה זו במקום אחר (ראה פסק דינו מאורי-מאורי) שיתכן בזמן הזה שכל פרנסתו מבוססת על עבודה ומלאכה ואכן עבד הבעל כל הזמן במלאכה אלא שכעת הוא משתמש מתוך סירוב לשלם למזונות הבית, בדין כזה יתכן שכל הפוסקים סוברים שיש לכופו לעבוד ולפרנס, כיון שרגיל בכך לעבוד, אלא שכעת מעונין בהפסקת העבודה מפני שאינו רוצה לפרנס את האשה, והכפייה אינה אלא להחזיר את המצב לקדמותו. וכך מורין דברי הר"ת מובאים בטור סי' ע"ו:

„כתב הר' אליהו, חייב אדם להשכיר עצמו כפועל לפרנס את אשתו... ור"ת היה אומר שא"צ, ומכתובה אין ללמוד, דאנא אפלה, אין פירושו שישכיר את עצמו אלא עבודה שדרך האדם לעשותו בביתו כמו לחרש ולזרע“.

לדעת ר"ת, מתפרש ואנא אפלה בעבודה הרגיל בה לעבוד בביתו ועל כן הדעת נוטה שאם היה רגיל לעבוד כפועל אצל אחרים, גם ר"ת מודה שיש לכופו על כך שימשיך בעבודה על מנת לפרנס את אשתו ובניו, (ועיין בשו"ת הרא"ש כלל ע"ח). אולם כל זאת אמור כשדנים במזונות לאשה ולילדים, אך שונה הדבר כשדנים בתשלום חובות מהלואות או מאיזה שהוא חוב אחר, או על ביה"ד לברר את האפשרות של הלוה לסלק החוב וכאמור לעיל אין להשתמש באמצעי כפייה על הספק שמא יש לו ללוה, אם לא כשהוא מוחזק כרמאי המבריק את נכסיו.

מסקנת הדברים הנוגעים לגידוננו היא שהתחייבות זו לגבי הבן לפרנסו עד גיל שמונה עשרה חורגת ממסגרת החיוב הכללי שאב מחוייב לפרנס את בנו, הואיל והבן עובד ומשתכר והוא כבר למעלה מהגיל שחובת המזונות מוטלת על האב, ודינה של התחייבות כמתנה הודממה לה, ועל כן אין לנקוט נגד האב אמצעי כפייה כמו להשיבו במאסר כנ"ל, אלא אם יבורר בראיות שהאב הנו בעל יכולת לעמוד בחיובו ולסלק את החוב.

ביה"ד נוכח לראות אישורים מרופאים המאשרים שהמבקש טובל ממחלה השוללת ממנו את האפשרות לעבוד וזקוק למנוחה. ובמקרה כזה בודאי יש להטיל את חובת ההוכחה על המשיבה והבן שהאב משתמש מתוך העדר רצון טוב לשלם את התחייבותו ולסלק את החוב, אין ביה"ד מסתכל בעין יפה על הבן המשתמש ביד החזק ורוחף את אביו להשיבו במאסר, בעוד שהבן מרויח את לחמו ויכול להשביע את נפשו כי ירעב ואינו זקוק לעזרת האב, על כן בודאי ובדאי שעל הבן להמנע מלהשתמש באמצעי כפייה נגדו.

ועיין ביורה דעה סי' ר"ס ס"ק ח':

„עד היכן כיבוד אב? אפילו נטלו כיס... וי"א דאם רוצה לזרוק מעות של בן לים דיכול למונעו... ודוקא קודם שזרקו... אבל אם כבר זרקוהו אסור להכלימו, אבל יוכל לתבעו לדינא“.

עיין ב,ברכי יוסף“.

וב„ספר חסידים“ סי' תקפ"ד כתב דלא יתבע לאביו עדיף אף שחייב לו. מבלי להכריע אם להתנהג כהרמ"א או כה,ספר חסידים“, אבל זה ברור כל

עוד שהבן לא הוכיח בהוכחות המניחות את דעת ביה"ד שאכן יש לאב אפשרות לסלק את החוב, אין ביה"ד יכול לתת יד שהבן ישתמש נגד האב באמצעי כפייה רגילים כמו מאסר, מאידך ביה"ד מחזיר את המבקש שרובץ עליו חוב, והדאגה מוטלת עליו לסלקו.

יש לציין נקודה אחת המוגעת לענינו ועיקר בספר „כסא אליהו“ על הו"מ סי' צ"ה בקונטרס אחרון:

„דין הסידור לבע"ח היא ועל חוב דוקא, אבל אם התחייב עצמו בדבר שאינו חייב, אין בו סידור לבע"ח וא"צ לישבע שבעת אין לי, כן מתבאר מתשובת הרא"ש בסידורין דנתקלקלו החובות“.

כוונתו לתשובת הרא"ש שהבאנו לעיל, שם מבואר שאינו מחויב למכור את ביתו וכלי תשמישו ולסלק את הנידונאי, אף שבגביית מלוח והדומה לה מחייבין אותו למכור ומשאירין לו רק לסידורו ההכרחי ביותר, ולמד על כן ה,כסא אליהו“ לכל התחייבות כמו מתנה שאין בה דין סידור כמו בבעל חוב, אכן יש לדון ביסוד הדבר אם עומד בפני הבקורת, כי מדברי הרא"ש אין להוכיח, הואיל ולא היתה התחייבות בקנין כמבואר ב,משנה למלך“. הלכה זו יכולה לשמש בנידוננו כסניף שלא להכביד על המבקש בכפייה כל עוד שלא הוכח שאמנם משתמט הוא לסלק את החוב ללא סיבה מוצדקת.

לאור כל המבואר מחליט ביה"ד ופוסק:

- (א) לעכב ביצוע פסק הדין שניתן ביום י"ג טבת תשי"ח.
(ב) הזכות בידי המשיבה להוכיח על אפשרות המבקש לסלק את החוב וביה"ד ישוב וידון בדבר.

ניתן ביום כ"ט אדר ב' תשי"ט.

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: כ"ג הרב הראשי לישראל הרב שלמה גורן — נשיא,
הרבנים אברהם שפירא, שלום מזרחי

בענין:

א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב קולר) המערערת

נגד:

ב. (ע"י ב"כ עו"ד קלמנסון וטו"ר הרב סרלואי) המשיב

הנידון: היתר נישואין

ערעור של אשה על פס"ד של ביה"ד האזורי לנפת אשקלון, לתת לבעלה לשאת אשה אחרת משום שהיא סירבת לציית לפסה"ד לקבל גט ממנו. — טענות האשה שלא היתה כל עילה הלכתית לחייב אותה לקבל גט מבעלה ולא להתיר לבעלה לשאת אשה אחרת, ובפרט שהבעל לא הגיש כלל בקשה להיתר נישואין. — האם היתר נישואין שנותנים לבעל במקרה שהאשה לא מקיימת את פסה"ד של ביה"ד לקבל גט בא במקום כפייה לאשה לגט או בתור עונש על אשר אינה מצייתת לפסק הדין או אולי אין במקרה זה החדר"ג והשבועה לשאת שתי נשים. — האם רשאי ביה"ד לתת היתר נישואין אף כשלא ביקש זאת. — האם מנדים מי שלא ציית דינא אם התובע לא מבקש זאת. — האם נידוי למי שנתחייב בדין לשלם ואינו מציית הוא משום כבוד ביה"ד או לשם כפייה לשלם. — האם דנים ומנדים ברגל. — האם כופים בזמן הזה לשאת אשה. — האם חייבת אשה לקבל גט מבעלה במקרה שמותר לו לגרשה בעל כרחו. — האם דין השבועה שמקבלים עליהם בני עדות המזרח לא לשאת אשה שגיה שונה מדין כל השבועות. — האם יש מקום לערער על היתר נישואין שנאסרו ע"י שבועה.

מסקנות

א

- א. רשאי ביה"ד לנקוט באמצעי כפייה לקיים פסקיו כדי למנוע זילותא דבי דינא אף כשהצדדים לא בקשו זאת.
- ב. פוסקים רבים סוברים שאף במקרה שאשה מסרבת לציית לביה"ד לקבל גט אין כופים אותה לקבל גט בעל כרחו ובמקום זה מתירים לבעל לשאת אשה על

אשתו. ומכאן מוכח שהיתר הנישואין לבעל במקרה זה, אינו בא ככפיה על האשה לגט, או בתור עונש שלא מצייתת לדינא כי לא יתכן ש,,הטפל יהיה חמור מהעיקר", אלא זו הלכה מיוחדת המקנה לבעל זכות להשתחרר מאשתו, ומשום כך אין גותנים לו היתר זה אלא אם כן ביקש זאת מביה"ד.

ג. השבועה שבני עדות המזרח מקבלים עליהם בכתובה לא לשאת אשה על אשתו, היא חמורה כמו החדר"ג ואין להתיר אותה אלא באשה שהוכרזה כמורדת עפ"י ביה"ד.

ד. פסקו של הגר"ח פלאג'י שקבע שיש לכופ כל זוג על גט לאחר שעברו ח"י חדשים כשהם חיים בנפרד, אין לסמוך עליו ללא צירוף נמוקי הלכה אחרים שיש בהם כדי לכופ אותו להתגרש.

ב

א. אין לקבל טענת „מאוסה עלי" אלא אם כן היא מבוססת לחלוטין ומוכחת לעין כל ולאחר מיצוי שמיעת כל טענות הצדדים והוכחותיהם.

ב. החדר"ג לא לגרש אשה בעל כרחא יש לו אותו דין של החרם שלא לשאת שתי נשים שאפשר להתירו ע"י מאה רבנים.

ג. (1) מגדים אדם על שלא ציית דינא אף כשהתובע לא דרש שינדר אותו, אבל רק לאחר שהתובע יתבע שיקיים את הדין.

(2) והוא הדין בהיתר נישואין לבעל במקרה שהאשה מסרבת לציית דינא לקבל גט, שאף אם נסכם שהיתר זה בא ככפיה על האשה שתקבל גיטה או כעונש על שאינה מצייתת את הדין, אין לתת לו את ההיתר אלא אם כן יתבע את האשה לקיים את פסה"ד.

ד. מי שביה"ד מחייבים אותו לשלם ואינו מקיים את פסה"ד, ביה"ד מגדין אותו עד שישלם, וחולקים הפוסקים אם טעם הנידוי הוא בתור כפיה שישלם את חובו או משום כבוד ביה"ד.

ה. הלכה היא שלוח האומר שלא יבוא לביה"ד כלל, כותבים מיד אדרכתא על גכסיו ולא מגדים אותו, אבל אם הוא בא וטוען שיביא ראיות לבטל השטר, מגדין אותו משלושים עד תשעים יום, והטעם הוא משום בזה שאינו סומך על השטר היוצא מביה"ד לשלם מיד יש ביוזי ביה"ד, ולאחר תשעים יום כותבים עליו אדרכתא ומתירים הנידוי.

ו. יש לדון אם ביה"ד יושבים בדין כשלא יכולים לכופ לקיים את פסה"ד.

ז. דנים ברגל, ואם מי שנתחייב בדין אינו מציית, מגדים אותו אף ברגל עד שישלם.

ח. אין כופין אדם בזמן הזה לשאת אשה, וכמו כן אין כופין בעל שאשתו לא ילדה לו בנים לשאת אשה שניה. וכל שכן שאין כופין אם יש לו אשה ובנים והוא נפרד מאשתו, ובפרט לאחר שהוא קיבל עליו בחרם או בשבועה שלא לשאת שתי נשים.

ט. (1) אף במקרה שפוסקים שהבעל יכול לגרש את אשתו בעל כרחא, אין האשה חייבת לקבל גט, כי רק תעמידו את הדבר על דין תורה, וביטלו והסירו

ממנו את החרם לא לגרש בעל כרחו. אולם לא הוטל כל חיוב עד האשה לקבל את הגט.

(2) וכל שכן אם כל הזכות של הבעל לכופף את אשתו לגט היא מכח טענת „קים ליי“, שבדאי אינה מחייבת את האשה כלל וכלל, והיא יכולה לסרב לקבל גט.

י. יש הבדל בין חרם דרבינו גרשום לשבועה שמקבלים עליהם עדות המזרח שלא לשאת שתי נשים, שחרם דרבינו גרשום אין מתירים אלא ע"י מאה רבנים, ואילו השבועה דינה ככל השבועות שמספיק להחירה בפתח חרטה ובפני ג' ; ומצד שני יכולים ביה"ד להתיר חדר"ג גם מבלי שיבקש כי זה ענין של ביה"ד, ואילו בשבועה הרי זה ענין פרטי של הנשבע ורק על פי בקשתו וחרטתו מתירים לו ביה"ד.

יא. (1) יתכן שאין מקום לערעור על פס"ד בהיתר השבועה לבני עדות המזרח בענין גישואי שתי נשים, הואיל וכוונת הערעור היא לברר אם פסק דינו של ביה"ד האזורי איננו מוטעה ואילו בשבועה הרי הלכה היא שגם היתר שניתן בטעות קיים.

(2) אולם אם היתר הגישואין ניתן על יסוד פסק דין של ביה"ד האזורי, הואיל והערעור מבטל את פסה"ד, בטל איפוא גם היתר השבועה של הגישואין.

(3) בכל אופן אף אם הבעל פנה בבקשה לביה"ד האזורי לדיון עם אשתו אין לתת לו היתר לישא אשה שניה שנאסר עליו ע"י שבועה אלא אם כן פנה במפורש להתיר שבועתו.

פסק דין

לפנינו ערעור של הגב' א., על פסק הדין של ביה"ד האזורי באשדוד, שדן בתביעת הגירושין של בעלה ב., ופסק בתאריך כ"ח בכסלו תשל"ד (תיק 489/לא):

„לאור האמור ביה"ד פוסק ומחליט ומתיר לבעל ב. לגרש בג"פ את אשתו א., ובמידה ותסרב לקבל הגט או תזמן להופיע בביה"ד לסידור הגט בהזמנה עם אישור מסירה, ויווכח לביה"ד, כי אכן סירבה האשה לקבל הגט, או הזמנה ולא הופיעה כנ"ל, ביה"ד מתיר לבעל הנ"ל לישא אשה עליה הכל לפי התנאים הנ"ל.“

ובנמוקים לפסק הדין מתאריך ז' בטבת תשל"ד, מסכם ביה"ד האזורי: „על האשה ע"כ לקבל את הגט ובמידה ותסרב לקבלו, יינתן לבעל היתר גישואין בהתאם להתחייבות הבעל המפורטת בפס"ד שביה"ד אישר אותו כפס"ד מחייב.“

פסק דין זה ניתן ברוב דעות, כאמור בפסה"ד עצמו. אבל כנראה שדעת המיעוט חולקת רק על סכום הפיצויים שעל הבעל לתת לאשה, ולא על הפסק דין עצמו ביחס להיתר גישואין שיש לתת לבעל.

על כך בא הערעור של האשה בעיקרי הטענות דלהלן:

(א) לא היתה כל עילה הלכתית אשר לפיה ניתן היה לחייב את האשה לקבל גט פטורין מבעל נעוריה.

(ב) אין כל הצדקה הלכתית להיתר הנישואין שניתן לבעל.

בנוסף לאמור בכתב הערעור טען ב"כ המערערת בפנינו שתי טענות נוספות:

(א) לא מצינו בתיקים כל בקשה מאת הבעל להיתר נישואין, ובשאלת השאלה על סמך מה ניתן היתר נישואין ע"י ביה"ד, מה שלא נתבקש לעשות כן ע"י בעלי הדין עצמם.

(ב) ב"ח בחשון תשל"ב פסק ביה"ד האזורי: „ביה"ד קובע כי למרות שבישיבת היום הופיע הבעל ללא הוכחות, יש לקבוע ישיבה לפי היומן לשמיעת הוכחות הבעל בהבהרה והדגשה כי במדה שהבעל יופיע לישיבה הבאה כפי שהופיע היום ללא הוכחות נוספות, ביה"ד יסגור את התיק", וזה לא נעשה.

בהחלטת ביה"ד ביי"ז בטבת תשל"ב אמנם ביטל ביה"ד את ההחלטה הנ"ל וקבע בניגוד להחלטה בתיק מיום ח' בחשון תשל"ב לסגור תיק הגירושין במדה והבעל יופיע בישיבה הבאה (היום) ללא הוכחות. עכ"ז נותן אפשרות לבעל להוכיח טענותיו.

גם בישיבת ביה"ד מיום כ"ד בסיון תשל"ב, כפי שכתוב בפרוטוקול, הודיע ביה"ד לבעל: „בהתאם להחלטה הקודמת נדחית תביעתך לגירושין אם לא תביא הוכחות לטענותיך", ושוב נאמר בפרוטוקול מהתאריך הנ"ל: „ביה"ד מבהיר לו שאין בטענותיו אלו בכדי לכופ אשתו לגירושין מחוסר הוכחות. אם רצתו לזרז הענין במקום להתווכח עם ביה"ד, מוטב שיפנה לביה"ד הגדול ואולי יוכלו הם לסדר לו הגירושין".

ולבסוף נאמר לו ע"י ביה"ד (כפי הרשום בפרוטוקול) „יש לך שתי ברירות או לסגור התיק, או שיביא הוכחות, ויבקש מביה"ד שיפסוק לפי החומר שבתיק".

ובהחלטת ביה"ד מתאריך הנ"ל בסעיף ב' נאמר: „אשר לתיק הגירושין לקבוע תאריך לדון בנפרד... ובהבהרה נוספת מפורשת, שבמדה ולא הצליח הבעל להביא הוכחות לצידוק תביעתו לגירושין, ביה"ד ידון ויפסוק בתביעתו לגירושין על יסוד החומר שבתיק".

הנה על אף שהבעל לא הביא שום הוכחות לטענותיו ולזכות תביעתו לגירושין, ולמרות שביה"ד קבע וחזר וקבע במפורש „שאין בטענותיו אלו בכדי לכופ אשתו לגירושין מחוסר הוכחות", חל לפתע מפנה בהשקפת ביה"ד ובישיבתו ב"ה' באלול תשל"ב פסק וקבע: „ביה"ד מחליט באופן עקרוני לאחר שנוכח כי אין מנוס ומפלט מהפרדתם בגט להתיר לבעל להשליש גט לאשה וכמו"כ סכי כתובתה בבית"ד, ובמדה ותסרב לקבל גיטה יינתן לו היתר נישואין לישא אשה אחרת עליה".

פסק דין זה שניתן עוכב למעלה משנה על אף שנאמר בו כי „פסה"ד יינתן לפרסום רק לאחר החגים", הובא פסק הדין לידיעת הצדדים ב"כ"ה בכסלו תשל"ד, דהיינו כעבור שנה וארבעה חדשים. וזה מבלי שהבעל ידרוש לפני כן בבית"ד היתר נישואין ומבלי להביא כל הוכחות לטענותיו כפי שנדרש ע"י החלטות ביה"ד.

אמנם בישיבת ביה"ד מתאריך כ"ח בשבט תשל"ב (כפי הרשום בפרוטוקול)

נאמר, „ביה״ד מבהיר שיאלץ לחשוב על אפשרות מתן היתר נישואין לבעל כדי שלא יהיה באיסור מאחר שהיא גפרדת ממנו 3 שנים״, והאשה ענתה: „לא איכפת לי שישא אפי׳ אשה אחרת״. כל הדיאלוג הזה היה רק בין ביה״ד לאשה מבלי שהבעל ידרוש זאת איי-פעם. נשאלת השאלה אם רשאי ביה״ד לפסוק לבעל מה שלא נדרש ע״י הצדדים.

הנהגה לטענה שהיתר הנישואין ניתן ע״י ביה״ד האזורי מבלי שהבעל דרש זאת, מתעוררת לכאורה שאלה הלכתית עקרונית, במקום שההלכה מאפשרת או מחייבת להוציא היתר לבעל לישא אשה על אשתו, האם זה בא במקום כפיה לגט, או כעונש על האשה דלא צייתא דינא, ולכן במקום לכופ אותה לקבל גט בע״כ, מתירים לו לישא אשת אחרת, או שמא, אין זה שייך כלל לכפיה על ג״פ או כעונש לאשה, אלא ההיתר לישא אשה על אשתו במקום שלפי חרם דרבינו גרשום מותר, הוא יסוד הלכתי בפני עצמו, שבוזה לא גזר רבינו גרשום וחזר המצב אצלו כמו לפני חרם דרבינו גרשום שמותר היה לשאת נשים רבות.

ואעפ״י שכאן מדובר בעדות המזרח שהעיכוב לשאת אשה אחרת הוא בכח השבועה, יתכן שהשבועה הנכללת בכתובה היא במקום חרם דרבינו גרשום, ומעין חרם דרבינו גרשום לא להוסיף עליו ולא לגרוע ממנו. והנה אם נאמר שההיתר לשאת אשה על אשתו, במקום שההלכה מאפשרת זאת, היא במקום כפיה על גט או כעונש על דלא צייתא לדינא. אפשר להפעיל את ההיתר גם ללא תביעת הבעל, מכיון שזו מאחריותו של ביה״ד שחייב לדאוג שפסק דינו יקויים, ויש בזה משום זילותא דבי דינא, וגם מעין המצוה לעשות ככל אשר יורוך. וכשם שבי״ד רשאי לנדות על מאן דלא ציית דינא, כך בענינים שבינו לבינה, רשאי להשתמש באמצעי כפיה אחר של הוצאת היתר נישואין.

אבל אם נסיק למסקנה שהיתר נישואין אינו במקום כפיה או עונש על האשה דלא צייתא דינא, אלא הלכה מיוחדת המקנה לבעל זכות במקרים מסויימים לשאת אשה אחרת, משום שמופקע השיעבוד שלו לאשה מכח חרם דרבינו גרשום או מכח השבועה שלא לישא אשה על אשתו, אזי זה תקיף רק כאשר הבעל תובע זכותו מביה״ד, אבל אין בכח ביה״ד להעניק לו זכות זו ללא תביעה מצדו. ואל לנו לעשות עצמינו כעורכי הדיינים, לזכותו במה שלא דרש.

ראיה לכך שההיתר לישא אשה על אשתו במקום שניתן להוציא היתר, אינו ככפיה או כעונש על האשה, אפשר להביא משיטת גדולי הפוסקים הסוברים כי גט בע״כ של האשה, חמור יותר על פי חרם דרבינו גרשום ועל פי דין תורה מאשר לשאת אשה על אשתו, כמו שכתב, „גודע ביהודה״ מהדורא קמא בסימן א׳ דגירושין בע״כ חמור טפי מלישא ב׳ נשים. וכן כתב, „חתם סופר״ בח״ו ריש סי׳ ע׳, וכן ב, זכרון יעקב״ בסי׳ כ״ג בשם „משכנות יעקב״ וכן היא דעת רבים מבין הפוסקים הראשונים והאחרונים, ויש אשר קבעו שגם עדות המזרח שלא קבלו עליהם את חרם דרבינו גרשום ביחס לנשיאת ב׳ נשים, קבלו עליהם את חרם דרבינו גרשום נגד גט בעל כרחיה של האשה. ואם איתא שכל עיקרו של ההיתר לשאת אשה על אשתו לפי תקנות חרם דרבינו גרשום במקום שמותר הוא ככפיה על האשה לקבל ג״פ, היאך יתכן שלכוף אותה לקבל ג״פ אין אנו רשאים, והתוצאה שלו אנו מפעילים, ונמצא טפל חמור מן העיקר. אלא ודאי שהיתר לישא אשה אחרת אינו קשור כלל לכפיה על גט ולא בא כעונש על דלא

צייתא לדינא אלא כהלכה מיוחדת המקנה לבעל זכות להשתחרר משיעבודו לאשה לפי חרם דרבינו גרשום או עפ"י השבועה.

גם אין להסתמך בנידון דידן על הגר"ח פלאגי שקבע זמן של ח"י חדשים לכל זוג שחיים בנפרד, שכל שלא השלימו במשך ח"י חדש כופין על גט, כי כבר בררנו באריכות בפסק דין אחר את דבריו של הגר"ח פלאגי, והוכחנו כי דבריו בנושא זה תמוהים עד מאד ואין לקבל אותם כמות שהם, ולא לעשות מעשה על פיו, בלי בסיס הלכתי מספיק שעל פיו יש לכוף על גט.

האשמה היחידה שהוכחה נגד האשה ע"י הודאתה היא שבירת הזכויות של המכונות והצדיקה זאת בטענה שזה היה בעת תירונו כשעזב אותה לנפשה והלך להתרועע עם צעירה אחרת. ומכיון שכל האשמה הזו מבוססת על הודאתה של האשה, יש גם לקבל את הסברותיה לכך, ועל כך נאמר, „אין אדם נתפס בשעת צערו“.

באשר לשאלה שמא הוחזקה כפרנית בנושאי ההפקדות שלה בבנק, קשה לקבוע שעל סמך זה יש לחייבה לקבל ג"פ בעל כרחיה. ביחוד כאשר לא הוכח כלל שהכסף היה שלו ושנלקח ממנו שלא ברשות.

גם לגופו של ענין אין כל סיבה הלכתית שבכחה אפשר לכוף על האשה לקבל ג"פ או לתת לבעל היתר לישא אשה אחרת על אשתו על אף ששניהם מעדות המזרח שלא קבלו עליהם חרם דרבינו גרשום. הרי מפורש בכתובה שהבעל התחייב בשבועה חמורה שלא לשאת אשה על אשתו, ועל סמך מה נתיר לו את שבועתו. הרי מפורש ב„כנסת הגדולה“ סי' א' הגהות ב"י אות ל"ג דהמורד על אשתו דאמר מאוסה עלי אין לו לישא אחרת משום חרם דרבינו גרשום ובמקום שנשבע אסור משום השבועה. וכאן (א) האשה לא הוכרזה כמורדת; (ב) אין כל סיבה להכריז עליה כמורדת מכיון שתבעל הוא שעזב את הבית והיא תובעת כל הזמן שלום בית; (ג) טענת הבעל מכללא מאוסה עלי לא הוכחה כלל בב"ד. אדרבה, קיים חשש סביר, כפי שמתברר להלן, שענינו נתן באחרת או באחרות, והוא הגורם לכל הריב והמדון שביניהם, וכיון שנשבע שלא לישא עליה אחרת ככתוב בכתובה כבר פסק ב„כנסת הגדולה“ סי' א' שאסור לישא אחרת עליה משום השבועה כמו חר"ג; (ד) מחוות דעת של מחלקת הסעד באשקלון אנו למדים (א) שהבעל „אינו מכחיש את יחסיו עם אשה אחרת ואת רצונו לשאתה לאשה“; (ב) „כל טענותיו והאשמותיו נגד אשתו, אין להם בסיס“; (ג) „הגב' א. למרות היותה הבודדה בנטל האחריות והטיפול בילדים, ממלאה את תפקידה בצורה הטובה ביותר“. ולעומת זאת מותח הרו"ח הנ"ל בקורת קשה על הבעל ביחסו הצונן כלפי הילדים.

אי לזאת מחליטים:

(א) מקבלים את הערעור ומבטלים את פסק הדין נשוא הערעור המחייב את האשה לקבל ג"פ מבעלה, וכן מבטלים את היתר הנשואין שניתן ע"י ביה"ד האזורי לבעל.

(ב) מחזירים את התיק לביה"ד האזורי כדי להמשיך לדון בתביעת הבעל ולשמוע הוכחות וראיות משני הצדדים, וכן לדון בתביעת האשה לשלום בית ולהחליט בהתאם.

שלמה גורן — נשיא

ערעור זה מן הדין שיתקבל.

מבלי לקבוע כל עמדה עקרונית בקשר לכל מה שנאמר בפסה"ד, נראה לי שהפגם בדרך של מתן פסה"ד, היא רצינית כל כך שאין מוצא אלא לקבל את הערעור ולהחזיר את התיקים לביה"ד האזורי להשלמת תהליכי המשפט בין הווג ע"י שמיעת לכל הפחות עדי האשה.

בהחלטת ביה"ד האזורי האחרונה לפני מתן פסה"ד, שהתקיימה ביום כ"ד בסיון תשל"ב, נאמר:

„אשר לענין הגירושין לקבוע תאריך לדון בנפרד מתיקי המזונות ובהבהרה נוספת מפורשת שבמדה ולא הצליח הבעל להביא הוכחות לצידוק תביעתו לגירושין, ביה"ד ידון ויפסוק בתביעה לגירושין על יסוד החומר שבתיק".

זאת היא ההחלטה השלישית על חובת הבעל להביא הוכחות לתביעתו, והבעל לא הביא עדים ממילא גם האשה לא יכלה להביא עדויות שלה.

המשפט נקבע ליום כ"ו בתשרי תשל"ג. בתיק יש בקשה מב"כ הבעל מיום כ"ה בתשרי תשל"ג לדחות את הישיבה הנ"ל, ובאמת נקבע תאריך אחר, ה' בטבת תשל"ג, והצדדים הוזמנו לאותו תאריך.

אולם למרות שתי הישיבות שנקבעו לשמיעת הוכחות, מצאנו לפתע בתיק פס"ד שנכתב ביום ה' באלול תשל"ב, ובו נקבע שהבעל ישליש ג"פ וכתובה, ואם האשה תסרב לקבל הגט ינתן לו היתר נשואין.

בסוף פסה"ד נכתב שפסה"ד ינתן לפרסום רק לאחר החגים.

מאז יש הפסק גדול בתיק, ואין כל פעולה של ביה"ד, לא היתה ישיבה, ופסה"ד מאלול תשל"ב לא נשלח כלל לצדדים. ורק ביום כ"ח בכסלו תשל"ד אנו מוצאים לפתע פרוטוקול על ישיבה, ואז הוקרא לצדדים פסה"ד הנ"ל שניתן ביום ה' באלול תשל"ב בקשר להיתר נישואין לבעל, ואח"ז נאמר שם שהוסבר לצדדים כי פסה"ד עוכב משום שהיו שמעות שיש סיכוי לשלום ביניהם.

אח"ז ניהל ביה"ד מו"מ עם הבעל בקשר לפיצויים הכספיים לאשה, ובסופה של אותה ישיבה ניתן פס"ד חדש, הוא פסה"ד נשוא הערעור שלפנינו.

הפגמים היסודיים גלויים לעין. ישיבה שנקבעה להוכחות לא נתקיימה, לא נשמעו בכלל הוכחות הבעל כפי שהוחלט, לא נשמעו כלל הוכחות האשה, לא הושמעו סיכומים של הצדדים, ניתן פס"ד והוחלט לעכבו באופן זמני, ולמעשה לא נשלח כלל לצדדים, אלא הודע עליו באופן מפתיע לצדדים כעבור שנה ורבע.

אם בישיבה האחרונה נקבע תאריך לשמיעת עדים המוכיח שהדיון לא נגמר, לא יתכן שלפתע פתאום המשפט נהיה בשל לגמרי, עד שאפשר לוותר על עדים. וגם אם היתה התעוררות פתאומית ושכנוע פתאומי של כבוד ביה"ד לתת את הדין בתביעת הגירושין משום שטענות הבעל אינן זקוקות לסיוע של הוכחות, על כל פנים אי אפשר היה לוותר על שמיעת עדי האשה, הן לגבי עצם תביעת הגירושין, והן לכל הפחות, לגבי בירור ענין הפיצויים.

אין בדעתי להכנס בבירור יסודי של הגקודות ההלכתיות שבפסה"ד, כי, כאמור, הפגמים היסודיים מוכיחים שהמשפט לא היה בשל לגמרי לשם מתן פס"ד. אומר רק

זאת, הנימוקים ההלכתיים של ביה"ד היו יכולים להיות משכנעים רק אם תהליכי הדיון היו נגמרים כרגיל וכאמור בתקנות הדיון, ובלעדי זאת חסר להם גם בשכנוע.

הנימוק החזק ביותר שיש לפסה"ד הוא הנימוק על טענת הבעל מאיסה עלי, ונימוק כזה כידוע אינו מספיק אלא במקרים נדירים ביותר, כשהנימוק של מאיסה עלי הוא מבוסס לחלוטין ומוכח לעין כל, ולא ניתן הדבר בשום אופן לקבוע באופן יסודי אלא אך ורק אחרי מיצוי שמיעת כל טענות הצדדים והוכחותיהם וזה חסר כאן לחלוטין, בפרט כשמתוך התיק מציצה דמות של אשה אחרת צעירה יותר, השופך אור אחר על נימוק הבעל לתבוע גט ויש צורך בבירור חמור.

כמעט שאין לפנינו בעיה הלכתית שצריכה ליבון כעת. אולם מכיון שכבוד הנשיא בפסה"ד האריך קצת בענין אם ביה"ד רשאי לדון בהתרת חרם דרבינו גרשום של ב' נשים אם לא נתבקש לכך ע"י הבעל, אוסיף קצת בנידון.

הנה זה פשוט וגירושין בע"כ ולישא ב' נשים הן שתי חרמות שונות, כמו שמפורש בסוף שר"ת מהר"ם מרוטנבורג בד"ה צץ המטה וכו'. ועיי"ש שמפורש דב' החרמות אפשר להתירן ע"י מאה רבנים, ולא כמו"ש כמה מגדולי הפוסקים שכאילו היתר של מאה רבנים זה רק ~~ב' נשים~~ ~~ב' נשים~~ ולא בחרם של גט בע"כ. וע"כ אין כלל מקום לומר שהיתר חרם דרבינו גרשום בב' נשים הוא בא רק במקום גט בע"כ כדי לכופה להתגרש. וכן מפורש בראשונים שחרם דרבינו גרשום של ב' נשים קיים אפילו האשה הראשונה מסכימה שבעלה ישא אשה נוספת. והמקרה הרגיל של היתר חרם דרבינו גרשום בב' נשים הוא בבשתטית ואינה ראויה בכלל לקבל ג"פ ולא שייך לומר שיש כאן קנס לשוטה, ובודאי אין מקום לומר שהיתר זה בא רק כדי לכופה לקבל ג"פ.

אם יש מקום בסברה לכך — הרי זה רק בנוסף על כך שיש נימוק להיתר לישא ב' נשים מחמת עצמו, כגון נשתטית או שלא ראויה לילד. הרי היתר לישא ב' נשים הרי גם דרך כדי לכופה האשה להתגרש, במקום שהדין אומר שחייבת להתגרש, והיינו שזה גופא הרי גם מדרכי הכפיה. אבל אם כן הוא, הרי שוב חזר הדבר שגם בנידון דידן, אם נימא שיש לכופה, ממילא כדי לכופה צריך להתיר לו ב' נשים.

וכ"ז אם נניח שכדי לכופה מה שחייבת לקבל גט, ב"ד מעצמו יכול להתעורר להחליט על כך משום שלא ציית דינא. ואם נניח דכדי לכופה למאן דלא ציית דינא, ב"ד כופין מעצמן, בלי שהבע"ד יבקש זאת מהם, וכמו שמצאנו שבי"ד מנדין למאן דלא ציית דינא, שהפירוש שמנדין מעצמן בלי שבע"ד פונה אליהם.

אולם באמת בזה שבי"ד מנדין למאן דלא ציית דינא, לכאורה גם התם י"ל דבי"ד מעצמו אינו מוזדק לנדות אלא רק כשהוא קובל לפני ביה"ד שלא ציית דינא. אבל מעצמן לכאורה מסתבר דאין ביה"ד מנדין על סמך ידיעה שהגיעה אליהם.

ולכאורה יש להוכיח כן מתוס' מרעד קטן דף י"ד שכתבו בד"ה, "דאי לא ציית דינא משמתנין ליה, תימא לימא דיורדין לנכסיו". ולכאורה בענין יורדין לנכסיו פשיטא דאין ב"ד יורדין לנכסיו בלי שהמלוה יבוא לפניו לקבול על הלזה, וא"כ הוא הדין גם בנדין.

והנה בבבא קמא דף ק"ב אמרינן דשלחו ליה ולא בא מנדין אותו ומחכין תשעים יום וכו' עיי"ש. ועיי"ש ב, שיטה מקובצת" שהביא מתוס' הרא"ש שהקשה כיון

שמחכים תשעים יום אולי משתדל להשיג כסף לפרוע החוב א"כ למה מנדין, ותירץ דזה משום בזיון ביה"ד שהוזמן ולא בא, — והיינו כי גם אם דעתו לשלם הר"ל לבוא לביה"ד. הגה התם הגידוי הוא לא משום תביעת בעל הדין אלא משום כבודו של ביה"ד גופא. והתם י"ל שינדו אפילו התובע יותר עכשיו על התביעה. אבל במקום שהעידון הוא זכות של בע"ד, י"ל להכל תלוי בתביעת בעל הדין.

ועיי"ש בב"ק דף קי"ב הגידוי על דלא אתי לדינא קורעים רק כשבא לדין, אבל גידוי על שלא ציית דינא מספיק שיאמר שהוא יציית, עיי"ש ובר"מ הלכות ת"ת והל' סנהדרין, ועיי"ש ב, כסף משנה". והפירוש הוא שהגידוי הוא באמת עד שישלם, אבל אם מצהיר שיקיים סגי לבטל הגידוי. ולכאורה למה בגידוי דלא בא לביה"ד לא סגי בהצתרה שיבא? ולפי הרא"ש הנ"ל נראה לכאורה דגם כי עכשיו מבטיח לקיים המוטל עליו יש להאמין לו, אבל הגידוי שנעשה, לכבוד ביה"ד נעשה, ולא כדי שיבוא לביה"ד, ולכן לא סגי במה שאנו עכשיו בטוחים שיבוא לביה"ד דלא נתכפר חטא הבזיון עד שיבוא ממש, אבל נדוי למאן דלא ציית תכליתה לכופו לשלם למלוה, וכיון שבטוחים שישלם אין צורך לכופו. ועיי"ש בחידושי הרשב"א.

ובאמת נראה שכל מה שהוזכר שם בסוגיא גידוי דבי"ד הוא לא כדי לכופו לקיים הדין, אלא הכל הוא משום כבוד ביה"ד. וגם גידוי על דלא ציית דינא הוא משום בזיון כבוד ביה"ד, וזה בין שאמר לבי"ד מיד עם פסה"ד שלא יקיים את פסה"ד, ובין שאמר אקיים ולא קיים, דשתי האפשרויות האלו הן הנזכרות בפירש"י ב"ק שם, שכתב: „שאמרו לו צא תן לו ולא קיים". וברמב"ם הל' סנהדרין פכ"ח ה"א: „מי שבא לביה"ד וקבל הדין ואמרו לו לשלם והלך ולא שלם... מנדין אותו עד שיתן מה שהוא חייב". וברמב"ם פ"ו מהל' ת"ת ה"ד, „מי שלא קבל עליו את הדין וכו' וכמו"ש לעיל, אבל משום עצם דין קיום פס"ד גרידא אין מקום לגידוי בכלל, אלא יכופו אותו בדרכים אחרות לקיים פס"ד לשלם הכסף ולא בדרך של תרחוקה וגידוי.

ולכאורה זה מוכרח ממ"ש הרמב"ם פכ"ב מהל' מלוה ת"ד בד"א כל הסדר של גידוי שלשים עד תשעים יום כשאומר אבוא ואביא ראייה לבטל השטר, אבל אמר איני בא לבי"ד, מיד כותבין אדרכתא על נכסיו. וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' צ"ה. ועיי"ש לעיל ברמב"ם ושו"ע ושמנדין לפני שכותבין אדרכתא, אבל משכתבו אדרכתא מתירין לו הגידוי. ועיי"ש בהגר"א וכן משמעות הלשון כתבין תשעים יום עיי"ש. ומשמעות הדברים שהרי כל התשעים יום אנו מניחים שמחפש כסף לשלם החוב ועל כן נמנעים מלכתוב אדרכתא, והגידוי הוא על שלא נתג כבוד בבי"ד שקבעו לו זמן ולא בא, אבל כשנצטרך לכופו לקיים פסק הדין כופין ע"י ירידה לנכסיו ולא דרך גידוי.

ומ"ש הר"מ בה' ת"ת עד שישלם, ועיי"ש ב, כסף משנה", היינו שמחלק בין שאמר שיבא הוכחות ולא בא שאז סגי בגידוי של תשעים יום על שבזיוה ביה"ד בזה, ובין ביזה ביה"ד שאמר במפורש שלא ישלם, שהגידוי אינו פוקע ממנו אלא א"כ שילם בין מעצמו ובין בדרך של אדרכתא.

ועכ"פ ממ"ש הרמב"ם בהל' מלוה ששלח להודיע שלא יבוא לביה"ד וכותבין מיד אדרכתא, אין מנדין כלל, והביאור הוא שבכה"ג אין בזיוה לבי"ד, שכיון שהמלוה מחזיק בשטר ועדים התחומים על השטר נחקרה עדותו, ורק מדרבנן צריך קיום או טענת פרעתי, וכשהלוה אינו טוען כך, ממילא מדינא צריך לגבות השטר ואין צריך

כלל לשמוע טענות הצדדים. ובאמת אינו צריך כלל לבוא לביה"ד, ואין על מה לנדות, אבל כשבא לבי"ד ושמעו טענות ואמר שלא יציית לביה"ד ולא ישלם, אז יש מקום לנידוי שמבזה צו ביה"ד לשלם.

והנה מ"ש תוס' מועד קטן הנ"ל, "תימא גימא דיורדין לנכסיו". הנה לשיטת הרמב"ם הג"ל דנידוי הוא עד שירדו לנכסיו, ומוכח שנידוי לחוד משום כבוד בי"ד ולא לכופו לשלם, וירידה לנכסיו הוא דין לחוד. וא"כ יש לתרץ קושית התוס' דהרי הגמ' מקשי שצריך לקיים הדין של נידוי וזה לא משום כפיה לתשלום, וא"כ לא סגי במה שיכולים לכופו לשלם, כיון שעכ"פ דין נידוי בטל ברגל. אבל מהתוס' משמע דסבירי דכל דין נידוי ללא ציית דינא הוא ג"כ רק דין של כפיה לשלם, וע"כ מקשי שיש עוד דרך של כפיה לשלם.

והנה עצם הדיוק בגמ' (עיי"ש ברש"י) דמזה שדנים ברגל מוכח שאם לא ציית דינא משמתינן ליה, לכאורה צ"ב מה דיוק והוכחה יש כאן שמא דנים רק כדי לדון דין אמת לאמתו. ועל עצם הוצאת פס"ד לזכות הזכאי ולחייב החייב לחוד תני בבביתא שדנין ברגל. ומוכח לכאורה מהגמ' שפשיטא שמצוה לדון הוא לא רק שבי"ד יפסקו את הדין אלא שבי"ד יכופו לקיים את פסה"ד, וזה בלי זה אינה מצוה שלימת.

ונראה עוד שאם מיירי בשני בעלי דינים שאינם רבים ביניהם, אלא באו לשאול שאלה מבית"ד איך הדין נוטה, הרי זה דומה לשאלה של איסור והיתר שהבביתא לא היתה צריכה לשנותה שמותר ברגל. וע"כ שבריתא מיירי בחיוב להציל עשוק מיד עושקו, וע"כ פשיטא לגמ' שיהא אפשר ברגל לכופו את המחויב לשלם, וע"כ מדייק שאם לא ציית מנדין אותו. ומוכח כפי התוס' שהנידוי הוא כפיה לתשלומים.

שוב נזכרתי שבשור"ת, "עזרת ישראל" מהגאון ר' ישראל איסר ממזריטש הביא ראיה בשם רבו הגאון ר' יהודה בכרך למ"ש האחרונים שאם הנתבע אינו מוכן לחתום על שטר בוררות באופן שאם יסרב יכופו אותו לקיים הפס"ד, אין חיוב לבי"ד להזדקק לדון, שאל"כ מאי פריך הגמ' ואם לא ציית דינא משמתינן ליה, דילמא דנים רק על הצד שמא יציית לדינא. וע"כ שאם לא יציית לא נוכל לכופו, לכתחילה אין דנים גם בחול. אבל זה צ"ע שהרי זה פשיטא לגמ' שיכופו אותו אחר הרגל, וא"כ זה לא בגלל שפטורין לדון מבלי שיוכלו לכופו לקיים פסה"ד, דבזה ביה"ד בטוח שיכופו, והגמ' רק דנה שהנידוי צריך להיות עכשיו. אבל לגבי מקרה של אי אפשרות בכלל לכופו לקיים פסה"ד אין ראיה מכאן.

ולמ"ש גיחא יותר שהכוונה בגמ' שכל המצוה לדון היא להציל עשוק מיד עושקו, והמצוה היא לדון ולכופו. ואם עתה לא יוכלו לכופו לא קיימו עכשיו גם המצוה לדון. וא"כ למה דנים ברגל, ידחו הכל לאחר הרגל.

ומ"ש שבלי חתימת שטר בוררות אין דנים, זה רק בזמנם שהיה איסור מטעם הממשלה לא לנדות אדם, וא"כ אין כל אפשרות של כפיה. אבל במקום שאין איסור לנדות מוכח מהגמ' לפי הנ"ל שגם זה הוי כפיה. אלא שזה פשוט שאם גם מותר לנדות, אבל לא נזהרים בנידוי המנודה, שוב אין זה כפיה, וגם אסור לכתחילה לנדות כה"ג שמכשילין הרבים. ועיין תשובת הר"מ מגור בענין חיזוק קופת ר"מ בעל הגס שהצטרף לגדולים שחידשו את התקנה המיוחדת לבי"ד ולאלישיך, אבל סירב לכתוב איסור לשנות, משום טעם הנ"ל דיש בזה משום הכשלת רבים שיכשלו ע"י כך באיסור חרם.

והנה מ"ש תוס' אח"ז ראי' לשיטתם מדלא פשיט דמגודה גוהג ברגל, שהרי כה"ג כל השנה כרגל ואפי' דנים אותו כל השנה, וע"כ דאין ראי'ה, משום דנוכל לומר למיחת לנכסיה. לכאורה זה פשוט דגם למ"ש בשיטת הר"מ, אין להוכיח מכה"ג דאם כי פשוט לגמ' שאם לא תהא נידוי ברגל אפשר לדחות הדין לאחר הרגל, אבל בכה"ג שכל השנה כרגל, פשיטא שדנים אותו גם אם לא יהא אפשר לנדותו. וגם מוכח מלשון הר"מ פי"ז מסנהדרין ה"ח דכה"ג שחטא לפני שמתכפר בעונשו ירד מגדולתו, עיי"ש.

ועכ"פ פשוטת הסוגיא במועד קטן היא כמו"ש שמצוה לדון הוא להציל עשוק מיד עושקו, ומוכח שהנידוי הוא מעשה כפיה לקיים הדין. ונראה שאם כי מהרמב"ם מוכח שיסוד הנידוי הוא משום כבוד ב"ד וזה פקע משירדו לנכסיו, אבל מכיון שבאומר בפירוש לבי"ד שלא יציית, גם דעת הרמב"ם שהנידוי הוא עד שישלם. וע"כ אם כי כנ"ל לא דומה בזמן זה של ב"ד באומר בפירוש לבי"ד שלא יציית, לבזיון ב"ד ע"י שלא בא להביא עדותו כפי שהבטיח, שהבזיון הוא שגרם לבי"ד להתעכב מלדון על ביצוע פסק הדין, או שמודיע מיד שלא יבוא, שאז בכלל אין מקום למושב ב"ד, וע"כ אין מקום לנדותו אלא רק לחייבו לפרוע השטר. משא"כ כשבא ומתדיין ואח"ז אומר לא אשלם שהיו בזיון ב"ד כל זמן שלא משלם, וע"כ מנדין עד שישלם. אבל סוף סוף הוי בנידוי זה גם משום כפיה לשלם, שעכ"פ הנידוי עד שישלם כופה אותו להשתדל לשלם כפסה"ד, ועל כן גם להרמב"ם נוחא שמנדין ברגל כדי לקיים מצות דין להציל עשוק מיד עושקו.

והוצא מזה שי"ל שאין ב"ד נזקקים לכופ בעל דין הן בנידוי והן בכפיה אחרת רק אם הבעל דין השני דורש זאת מביה"ד.

לכאורה יש אולי לדון שבסמכות ביה"ד לתחליט מעצמו על מתן היתר נשואין בלי שידרש לכך ע"י בע"ד, משום שיסוד היתר לישא אשה אחרת במקרים כגון זה הוא משום שיש ענין של עבירה כשהבעל יושב זמן רב בלי אשה. ולכאורה י"ל דמדינא ב"ד מעצמם צריכים לכופ בעל השרוי בלי אשה כשאין לו בנים, כמו שמדינא כופין לקיים עשה דפרו ורבו, כנפסק בשו"ע אבהע"ז סימן א', ועיי"ש בהגר"א.

אבל באמת כל זה אינו ומכמה טעמים, חדא שהרי להלכה נפסק בשו"ע שבזמן הזה נהגו לא לכופ, והוא מדברי הריב"ש, ואם על נשיאת אשה שמפורש בכו"ל שבי"ד מצווין לכופו נהגו בזמן הזה שלא לכופ, כ"ש שאין כופין על בעל זה שיש לו אשה ובנים. וכל הטעמים שהזכירו בפוסקים בטעם שלא נהגו שייך גם הכא. וכל שכן הוא שהרי אשתו רוצה לחיות אתו והוא לא רוצה, ואם תבעל הוזה רוצה מאד מאד לא להכשל ח"ו באיסורים הכרוכים בשהייתו גלמוד, הרי בידו להנצל מזה, ואין ביה"ד צריך להזדקק לכך ולחפש עצות בשבילו. ובפרט שלפי האמור בתיק אין הבעל גלמוד כל עיקר, וביה"ד אינו יכול לקבוע אם זה נכון או לא נכון, משום שזה נאמר רק בחוות דעת לשכת הסעד וזה לא בא ליד בידור במשפט.

ועוד, שעד כאן אמרו ביבמות שבי"ד כופין את הבעל לישא אשה כשאין מניעה לדבר עקב שבועה או חרם, אבל כשיש שבועה שלא ישא אשה אחרת, הרי כל זמן שהשבועה קיימת אין חיוב לבי"ד לכופו לישא אשה, ועל כן אין עליהם להזדקק מעצמם לדבר.

וגם בעיקר הדבר נראה שאם מצד חובת בית הדין לכופ אדם לקיים המצוה, הרי

במקרה דילן היו צריכים לכוון את הכפיה לבעל, המצוה על המצוה. ולא לכוף את האשה לדבר שאינה רוצה בה, בשביל שהבעל שלה יקיים את המצוה שלו או הימנעותו מעבירה, וביה"ד רוצה שהוא יקיים אותה.

ובאמת מלבד כל הנ"ל, הנה בכלל יש ספק אם בכלל יש לכוף את האשה לקבל ג"פ, דגם אם נקבע סופית שהבעל צודק בטענותיו בתביעתו לגירושין ויש לפסוק שיש מקום לגירושין בע"כ של האשה, הנה כל זה מוסב כולו על הבעל בלבד שהוא רשאי לגרש בע"כ של האשה, אבל אין כל חיוב על האשה לקבל גט, ועל כן לכאורה אין לומר שבי"ד יכופו אותה לקבל גט.

כל דין גירושין בע"כ בזה"ז, פירושו לכאורה שמכיון שמדין תורה הבעל מגרש את האשה לרצונה ושלא לרצונה, וע"י חרם דרבינו גרשום הוגבל שאסור לו לגרשה אלא מרצונה, ולכן במקרים מסויימים, כפי שנפסק בשו"ע, שבהם לא חל חרם דרבינו גרשום, חזר הדין לדין תורה, היינו שהבעל רשאי לגרשה גם שלא מרצונה, ואם ימסור הגט בידה בעל כרחא אין עליו כל איסור חרם. אבל שיש מצוה וחייב על האשה לקבל גט בע"כ, זה לא מצינו גם לפי דין תורה, דאין עליה כל מצוה לקבל גט, כשבעלה רוצה לגרשה והוא רשאי מה"ת לגרשה בע"כ, וע"כ אין מקום לומר שבי"ד יכופו אותה כמו שכופין על שאר מצות עשה, שאין כאן עליה בכלל מצות עשה כדי לכופה לקיימה.

ובזה האשה לא דמיא לאיש שאותו כופין לגרש במקרים שמפורשים בדין שכופין, משום שהרי הבעל הוא שנותן הגט והוא המגרש ברצונה, ובמקום שכופין לגרש — שהדין הוא שמצוה לגרש, לכן יש לכוף לקיים המצוה עד שיאמר רוצה אני, ולסלק השעבוד שלה שאסורה לכל אדם, כמו כפיה בכל המצות, אבל אשה שמן התורה מתגרשת בע"כ, לא שיש בזה מצוה לקבל גט, אלא רק זכות של הבעל להתגרש הימנה, אבל אין עליה מצות עשה לקבל הגט כל זמן שהבעל רוצה. ועל כן לא שייך כפיה כבכל כפיה למצות.

ועל כן גם בזמן הזה שיש חרם דרבינו גרשום לא לגרש בע"כ, אבל במקרים שזאת התרם לא נתחדש דבר אלא רק שחזר הדבר ליושנו לדין תורה, שרשאי לגרשה בע"כ. אבל מצוה על האשה לא נתחדש.

ולכאורה וזה הספק שהרא"ש נסתפק בתשובה כלל מ"ב סימן א', אם אחרי חרם דרבינו גרשום אין כל היתר ליתן ג"פ לאשה בע"כ אפי' במקרים של מומים גדולים, שגם לבעל היו כופין לגרש, אלא שכמו שכופין את הבעל לתת ג"פ מרצון, כן כופין את האשה לקבל הגט מרצונה. עיי"ש וב, פתחי תשובה" אבהע"ז סימן קי"ז ס"ק ה' פירושו של ה, גודע ביהודה" בדברי הרא"ש.

אכן כל זה שייך אם יסוד דין הגירושין הוא מוחלט והחייב לגירושין הוא ברור. אבל בנידון דידן שכנ"ל הנימוק ההלכתי החזק ביותר הוא מה שהבעל טוען מאיסה עלי, ויכול לטעון קים לי כדעות שכת"ג רשאי לגרשה גם לאחר חרם דרבינו גרשום, הנה כל תוקף הקים לי של הבעל אינו בר תוקף כלל לגבי האשה שטענותיה הפוכות משל הבעל, ואין כל מקום לומר שהיא חייבת לרצות להתגרש, ויש לכופה על כך, על היסוד של קים לי של הבעל.

ועדיין יש לדון אם היתה בקשה מצד אחר מהבעל להתיר לו נשואין או לא, בנידון דידן, לגבי עצם היתר השבועה, וזה אפילו אם הבעל פתח תיק להיתר נשואין, וגם

אם עו"ד שלו היה טוען על כך, דמכל מקום יש הכרח שהבעל בעצמו יבקש היתר השבועה.

הזוג הזה שהם בני עדות המזרח שאין נוהגים באיסור חרם דרבינו גרשום של ב' נשים, אלא תאיסור הוא מכח שבועה בשעת החופה, וההיתר הוא שונה מהיתר דחרם דרבינו גרשום, שבחרם דרבינו גרשום דין ההיתר כמו"ש בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ובכלבו ועוד שמתירין החרם בהסכמת מאה רבנים, ואילו השבועה שלא ישא אחרת דינה כדין כל שבועה שאדם נשבע, ודרך ההיתר של השבועה הזו היא בפתח ובחרטה בפני ג', ויש בזה הבדל יסודי, דלהתיר חרם דרבינו גרשום הוא כולו ענין של פס"ד של מומחין בדין בהסכמת מאה רבנים, ואילו התרת השבועה לכאורה אינו ענין של פס"ד, אלא היתר שבועה ככל דיני התרת נדרים ושבועות.

ולפי"ז לכאורה פשוט די"ל חומרא יתירה בהיתר שבועה שלא ישא אחרת מהיתר חרם דרבינו גרשום, דבשבועה הדין דצריך להתחרט על השבועה ואז יתירו לך בי"ד, אבל בלי חרטה אין היתר שבועה. ורק בהיתר חרם דרבינו גרשום י"ל דבי"ד מעצמן מתירים החרם, דמחמת עצם התרת החרם כפי שתקן רבינו גרשום מאור הגולה, אין זה תלוי בבקשתו הוא, דלא הוא הוא שעשה את החרם.

וא"כ בנידון דידן שיש איסור שבועה, אם תבעל לא תבע התרת השבועה, אין בי"ד מעצמם יכולים להזדקק להתיר השבועה והשבועה במקומה עומדת.

ולכאורה לפי"ז יש מקום לעיין אם יש מקום לערעור על היתר שבועה של בי"ד אזורי, דבכל פס"ד יש שני יסודות שעל פיהן בי"ד לערעורים מבטל פסקידין של ביה"ד האזורי, חדא מכח תקנות הדיון ואדעתא דהכי הצדדים מתדיינים, שבית"ד לערעורים יבדוק מחדש את הבעיה אם יש כאן פס"ד בטעות, ואין כאן דין של "בי"ד בתר בי"ד לא דייקי", ומכיון שנשפטים מחדש ניתן פס"ד מחדש, ושנית שמכיון דכך נתקנו תקנות הדיון לכתחילה, י"ל דביה"ד פסק אדעתא דהכי שלא יעורער בבית הדין הגדול.

וא"כ לכאורה זה שייך בדין ובפס"ד, אבל בהיתר נדרים ושבועות לכאורה אין הדיון בהיתר שבועה בטעות. וכן יש לעיין אם שייך לומר התרת נדרים ושבועות בתנאי. ועיין ברשב"א ובריטב"א גיטין דף ל"ה ע"ב דנראה לכאורה מדבריהם דאפילו התרת בטעות הוי התרה. עיי"ש מה שכתב בדין צריך לפרט את הגדר, ומ"ש אח"ז בריטב"א בשם רבינו מנחם אחי הרא"ה, דמוכח לכאורה דאפי' רימו את החכם ההיתר קיים וי"ל, ואכמ"ל.

אבל באמת בהיתר לישא אשה אחרת אין זה רק היתר שבועה כסתם שבועה, אלא שההיתר תלוי בפס"ד קודם, שלפי דעת בי"ד הבעל זכאי לפי הדין שיתירו לו השבועה. ואין זה כשאר שבועות שכל שלשה מתירין לו — אלא רק בי"ד דמתא. ועיין „כנסת הגדולה" אבהע"ז סימן א' הגהות ב"י אות ס"ה מ"ש משו"ת ר"א מזרחי, ורק עם קיומו של פס"ד של בי"ד דזכאי לישא אשה אחרת משום פשיעת האשה זכו, או בי"ד יכולים להתיר לו. וע"כ אם אין פס"ד כזה, או שפס"ד כזה הוא מוטעה, ממילא אין מקום גם להתרת השבועה. ועיין בסוף שו"ת מהר"א ששון סימן רכ"ח שהאריך בזה ומוכח מדבריו להדיא שצריכין גם פס"ד וגם התרת השבועה, והוה פירוש האמור בכתובה שלא ישא אשה אלא ברשות בי"ד.

ועל כן ברור שאם גם נניח שעל היתר נדרים ושבועות לא שייך ערעור לפני ביי"ד אחר, אבל כיון שהתרת השבועה של לישא ב' נשים תלוי בתנאי מוקדם שיהי פס"ד שיש צורך בהתרת השבועה, ועל פס"ד אפשר לערער כנהוג וכנ"ל.

ולפי"ז יוצא במה שיש לפנינו הוא רק פס"ד על צורך להתיר את השבועה, ובוודאי הוא שיתכן לעיין אם ניתן לפסוק בלי שהבעל יבקש פס"ד כזה, משום שיתכן שביי"ד פוסקין מה שרואים נכון גם בלי שבעל הדין דרש זאת בטענותיו נגד הצד השני. אבל לכאורה לבו"ע התרת שבועה ע"י ביי"ד, לא יתכן אם הנשבע לא בקש מהם להתיר לו השבועה, וזה לא מכח חוסר סמכות של ביי"ד הדנים בין איש לאשתו, אלא מכח דין היתר שבועות שאין להתיר שבועה אלא אם הנשבע ביקש להתירה. ומכיון שלא היתה בקשה כזו אין בכלל יסוד של היתר שבועה, והשבועה במקומה עומדת.

לאור הנ"ל יש לקבל את ערעור האשה, ולבטל את פסה"ד של בית"ד האזורי.

אברהם שפירא

הוחלט איפוא :

(א) מקבלים את הערעור ומבטלים את פסק הדין בשוא הערעור המחייב את האשה לקבל ג"פ מבעלה, וכן מבטלים את היתר הנשואין שניתן ע"י ביה"ד האזורי לבעל.

(ב) מחזירים את התיק לביה"ד האזורי כדי להמשיך לדון בתביעת הבעל ולשמרע הוכחות וראיות משגי הצדדים, וכן לדון בתביעת האשה לשלום בית ולהחליט בהתאם.

אין צו להוצאות.

עיתון ביום י"ז בטבת תשל"ו.

ערעור תשל"ג/24

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: הרבנים אליעזר גולדשמידט, שאול ישראלי, מרדכי אליהו

בענין:

כולל קוסוב (ע"י ב"כ טוען רבני הרב וינמן) המערערים

נגד:

הועד הכללי כנסת ישראל (ע"י ב"כ עו"ד מיכאלי) המשיבים

הנידון: תביעת כולל לצרפו לועד הכללי

ערעור של כולל קוסוב על פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי ירושלים שדחה תביעתם לחייב את ועד הכללי "כנסת ישראל" להמשיך לתת להם את ההקצבה השנתית ככל יתר הכוללות בירושלים. — תשובת ועד הכללי שעוד לפני כמה שנים גפרד כולל קוסוב מהם ואין להם חלק ונחלה ברכוש של "כנסת ישראל". — טענת כולל קוסוב שלאחר שנפרדו חזרו והצטרפו שוב לועד הכללי של "כנסת ישראל". — ההוכחות של הכולל על הצטרפותם מהעובדה שחברים מסויימים של הכולל קבלו תמיכה מהועד הכללי ומוזה שאחד מחברי הכולל קיבל מהם דירה. — האם רשאים האחראים לאגודה מסויימת לסטות מהתקנון שלה. — האם רשימות של אדם בפנקסו מחייבות אחרים. — מה דינם של "מכירי כהונה ולויה" לגבי תורת הבעלים ולגבי חזרת הכהנים והלויים. — מאימתי מוחזק הכהן במתנות כהונה של מכירי הכהונה. — האם יש אותו דין שיש למכירי כהונה ולויה גם למכירי עניים לגבי מתנות עניים. — האם יש דין מכירי כהונה ולויה לגבי דבר שלא בא לעולם. — האם חלה הבטחת האב לאדם שיהיה מוהל או סנדק לבניו, לאחר שנולד ובעוד שאשתו בהריון. — האם חל קנין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם או בענין שאין בו אלא דברים בלבד. — האם יש חזקה על מנהלי מוסד שהם נוהגים לפי תקנות המוסד.

מסקנות

- א. אגודה שנוסדה לניהול ענייני צדקה כפופה לתקנון שלה, ולאחראים לכך מטעם האגודה אין רשות לסטות ממנו.
- ב. חלק מאגודה שנוסדה לצרכי צדקה שפרש מהאגודה, אם טוען שחזר לאגודה ותובע זכויות בהתאם לכך, צריך להוכיח שאכן חזר ונתקבל לאגודה.

ג. העובדא שהאגודה שנוסדה לצרכי צדקה הושיטה עזרה ל י ח י ד י ם המשתייכים לחלק שפרש ממנו בשעתו, אינה יכולה לשמש הוכחה מספקת שאותו חלק שפרש חזר ונתקבל לאגודה, גם כשבזמן מתן הצדקה לאותם יחידים צויינה השתייכותם לגוף שפרש, אם בתקנון האגודה מפורש שיש רשות בידי הממונים לכך להפריש לצדקה גם לאלה שאינם שייכים לאגודה, לפי ראות עיניהם.

ד. עני מסויים שהיה רגיל לקבל מכספי צדקה של בעה"ב, אין לו זכות לתבוע ש י פ ר י ש מממנו צדקה ויתן לו.

ה. אם בתקנון אגודה לצרכי צדקה נאמר שרשות בידי הממונים להפריש לצרכי דת וצדקה גם שלא במסגרת התקנות הקבועות לעניינים החורגים מן הרגיל, אין רשות בידם להתחייב בצורת ק ב ע לאדם או מוסד מסויים, שכן זה עומד בסתירה למגמת תקנה זו, שהיא — להפריש לצרכים דחופים שלא גיתן לחזותם מראש.

ו. אם גם התחייבו הממונים לכך, בניגוד לאמור בסעיף ה' הנ"ל, אין התחייבותם חלה. אולם מן הסתם יש להגית שאכן לא חרגו מסמכותם, ומה שנתנו לא נתנו אלא בתור גתינה שאין עמה התחייבויות לעתיד.

ז. אגודה לצרכי צדקה של ציבור מסויים חייבת בפירסומיה לציין את הציבור שלשמו מיועדים כספי הצדקה, כדי למנוע הטעיית התורמים.

ח. אם בפירסומי האגודה מדובר על הושטת הסיוע מבלי פירוט מי ומי בין מקבליו, הנגיגות מחייבת לקבל לתוך האגודה כל גוף ציבורי המתאים כללית למטרות האגודה, בתנאי אחד ויחיד שאותו גוף יקבל על עצמו את כל תקנות האגודה.

ד ע ת ה מ י ע ו ט

א. אין לדון על פי פנקסו של אדם לחייב אחרים, כי אם לחייב את הכותב עצמו בלבד.

ב. (1) כהנים ולויים שיש להם מכירים שרגילים תמיד לתת להם את התרומות והמעשרות הם מוחזקים בהם. והטעם הוא, לדעת רש"י משום ששאר כהנים ולויים מסיחים דעתם מהם, ולדעת תוספות ואחרים משום שיש לזה דין מתנה מועטת שאסור לנותן לחזור בו.

(2) דינם של מכירי כהונה ולויה שרק אסור להם לחזור, אבל אם חזרו בהן הוי חזרה ולא זכו כהנהנים והלויים.

ג. דין זה של מכירי כהונה חל גם לגבי מתנות הורוע והלחיים והקיבה ואף אם מת תכהן מיד לאחר שחיטת הבהמה בעוד שלא הספיקו לתת לו את המתנות זכו בהם יורשיו, והכן תבכור נוטל פי שניים כבשל מוחזק ולא כבשל ראוי.

ד. לדעת הרמב"ם יש הדין תבכור במכירי כהונה ולויה, גם במכירי עניים לגבי מתנות עניים, ולדעת „משנה למלך" לא משמע כן מדברי הירושלמי.

ה. מכירי כהונה ולויה המלוים לכהנים וללויים מעות על חשבון תרומות והמעשרות זכאים לגבות חובותיהם מהתרומות והמעשרות שחייבים לתת להם אף שלא הגיעו לידי הכהנים והלויים, אולם אם רצה תכהן לחזור בו ולשלם לו את החוב במעות רשאי, אבל המלוים אינם יכולים לחזור בהם.

ו. יש מהפוסקים הסוברים שדין מכירי כהונה זלויה חל אף בדבר שעדיין לא בא לעולם. ויש סוברים שדינו כדין קנין רגיל שבדבר שלא בא לעולם הוי קנין דברים.

ז. אב שהבטיח לאדם להיות מוהל או סנדק לבנו והבן כבר נולד התחייבותו תופסת. ת. (1) אב שהבטיח למוהל או לסנדק בעוד האשה בהריון חלוקים הפוסקים אם חלה התחייבותו.

(2) לדעת „חתם סופר“ אם נהגו בני העיר להזמין מוהל גם כשהאשה עודנה בהריון יש בזה משום קנין סיטומתא ואסור לחזור.

(3) אם האב רגיל למול בניו ע"י מוהל מסויים, המוהל מוחזק בזה כבשל דין מכירי כהונה, ואם האב אמר לו למול את בנו יכול המוהל לכופו ע"י ב"ד, ויש חולקים על כך וסוברים שזה הוי כקנין דברים ואינו יכול לכופו.

(4) יש סוברים שמכל מקום אין לאב לחזור בו משום ד„שארית ישראל לא יעשו עולה“.

ט. חלוקים הפוסקים בקנין סיטומתא אם חל גם בדבר שלא בא לעולם.

י. יש פוסקים הסוברים שאף קנין דברים אם הוא מנהג הסוחרים, יש בו דין קנין מטעם סיטומתא, ויש אומרים שאין בקנין דברים אלא משום ד„שארית ישראל לא יעשו עולה“ אבל אם חזר בו הוי חזרה.

יא. עניים הרגילים לקבל תמיכה ממוסד מסויים, יש להם הזכות כבשל מכירי כהונה ואין למוסד להפסיק את תמיכתם.

יב. על מנהל מוסד לנהוג לפי הכללים והתקנות של המוסד, ואם יש תקנה שמוחר להם להוציא סכום כסף למטרה מסויימת וזאת רק בהסכמת אנשים מסויימים, וכן שהכל ירשם בפרוטוקול, חזקה עליהם שכן נהגו.

פסק דין

הערעור שלפנינו הוא על פסק דין של כב' ביה"ד האזורי בירושלים מיום ל' בתשרי תשל"ג (תיק 348/תשל"ב), לפיו נדחתה תביעת המערערים „להמשיך לתת לו את ההקצבה השנתית שהוענקה לו כליתר הכוללות בירושלים“.

אחרי שמיעת הטו"מ של ב"כ המערערים — כולל קוסוב, וב"כ המשיבים — „הועד הכללי כנסת ישראל“, שנטענו לפנינו בע"פ ובכתב, ואחר עיון בחומר הדיונים שהיה בפני כב' ביה"ד האזורי, אנו מוצאים שאין ממש בערעור ודוחים אותו.

מתוך ספר הפרוטוקולים של המשיבים, בפרוטוקול מיום י"ד באלול תער"ב, שהעלתו נמצאת בתיק, יוצא ברור שכולל קוסוב — המערערים, בתור אחד מכוללות עסטרייך, נפרד מהועד הכללי — המשיבים, ועל כן „אין להם חלק ונחלה בבתים של כנסת ישראל“. ואם אכן חזרו והתאחדו, כטענת ב"כ המערערים, הרי עליהם להביא ראיה, וראיה זו לא הומצאה, והעובדא שבמשך כל השנים, מאז ועד להגשת התביעה, לא היה להם כל ייצוג במוסדות המשיבים — „ועד הכללי כנסת ישראל“, אומרת ההיפך.

צדק כב' ביה"ד האזורי, שלא החשיב כהוכחה לטובת המערערים, מה שיחידים מכולל קוסוב, קיבלו לפעמים תמיכה מאת המשיבים, שזה ניתן להם בגלל השתייכותם

לכולל קוסוב ועל חשבון זכותו, שכן, כפי שציין כ"ב ביה"ד, היתה הרשות נתונה לוועד הפועל של „הועד הכללי" עפ"י סעיף 12 של תקנות האגודה, להשתמש בכספי האגודה גם למטרות דתיות או צדקתיות אחרות. ומה שהוזכרה השתייכות המקבל לכולל קוסוב, עדיין אין בו כדי להוכיח שזה ניתן לו בגלל אי-אילו זכויות שהן שיש לכולל קוסוב, ועל חשבון כולל זה וזכויות אלה, שכן אפילו נייחס אינו משמעות שהיא לציון השתייכותו של המקבל לכולל קוסוב, הרי ניתן להתפרש, שבהיות המקבל משתייך לכולל זה שאינו נמנה בין הכוללים העשירים, שאשר על כן חזקת המקבל שאין לו כדי סיפוק, וראוי הוא לתמיכה נוספת עפ"י סעיף 12 הנ"ל.

ואשר להוכחה מזכות הדיור שניתנה בשעתו ל-א. המנות, ואשר לפי דברי בנו ב. בפני ביה"ד, היה זה בגלל זכות כולל קוסוב, כלשונו: „הדירה היתה שייכת לוועד הכללי והזכות לכולל קוסוב. אני גר בכנסת א' פעמיים 3 שנים, בזכות כולל קוסוב". דבריו אלה, לפחות בנוגע לזכות הדיור שניתנה לו פעם שנית, נסתרים מהאמור בפרוטוקול של הוועד הכללי מאד ב' תרפ"ט, בו נאמר: „מחליטים היות כי הרה"ג ג. ז"ל נדב בית בשכונת כנסת ישראל, מהראוי להתחשב עמו ולהשאירו בבית עוד על משך 3 שנים".

וטענת ב"כ המערערים, שהאמור הוא כאן רק על „להשאירו בבית", דהיינו על המשך דיוורו בבית שלש שנים נוספות, ואילו הזכות הראשונה אכן ניתנה לו מכוח זכות כולל קוסוב, טענה זו — לא זו בלבד שלא הוכחה, אלא גם נסתרת מתוכה, שכן אילו זכות זו היתה אכן לכולל קוסוב, כי אז לא היה לו „ועד הכללי" שום זכות להשאירו בדירה בהתחשבות עם היותו גיסו של נדבן שתרם לטובת הוועד הכללי, והיה צורך לקבל הסכמה לזה, בראש ובראשונה, מאת כולל קוסוב, שהם הם הבעלים, לדברי המערערים, על זכות הדירה, ואילו הפרוטוקול אינו מזכיר מזה אפילו ברמז רמזא.

אף הטענה לחילופין שטען ב"כ המערערים, שמאחר שהשייכים לכולל קוסוב קיבלו תמיכה מהוועד הכללי, הרי זה מקנה לכולל קוסוב זכות מכוח „מכירי כהונה", אין לה על מה שתסמוך:

א. סעיף 12 מתקנות האגודה אינו מחייב את הוועד"פ לחלק „למטרות דתיות וצדקתיות", ורק נותן לו רשות לעשות זאת, לפי מה שהוא רואה ומעריך את חשיבות המטרה, ואת הכספים העומדים לרשותו באותה שעה. ואילו זכות „מכירי כהונה" (גם אם נכלל בזה „מכירי עניים" עי' מל"מ פ"ז מה' מעשר ה"ד) היא במה שנמצא בעין ידיו בעה"ב התורם, תבואה או כספים מופרשים. אבל אין בכוח זכות „מכירי כהונה" או „מכירי עניים" לחייב להפריש ולתת להם מהתבואה, כשאינו רוצה עדיין לאכול מהם או למוכרם, או להפריש מעות לצדקה כדי שיוכו בהם עניים אלה, מפני שאיזה פעמים נתן להם מעות הצדקה שלו, שהרי כל עיקר מכירי כהונה הוא מדין מתנה מועטת (ב"ב דף קכ"ג ע"ב, תוד"ה תכא) כיון שאין לו בהם אלא טובת הנאה גרידא, דזה שייך רק בגוונא שהם מעות צדקה או תרומות ומעשרות (עי' רש"י גיטין דף מ"ז ע"ב, ד"ה מדאורייתא, ותוס' ב"מ דף י"א ע"א, ד"ה עישור).

ב. הוועד הפועל של האגודה לא הוסמך מעולם לפי סעיף 12 הנ"ל לתת הקצבת קבע לאלה שאינם שייכים לוועד הכללי; הכוונה היתה רק לתת יד חופשית לוועד הפועל לחלק „למטרות דתיות וצדקתיות" כשרואה צורך מיוחד בזה, לפי הענין העומד לפניו. מתן הקצבת קבע עפ"י סעיף זה עומדת איפוא בסתירה למגמת הסעיף הנה

עצמו, שכן עי"ז לא תתאפשר הקצבה, גם כשיבואו לפני הועד הפועל, צרכים דחופים מסוג זה, שלא ניתן היה לחזותם מראש.

ג. ועל הכל — מתן התמיכה לפי סעיף 12 הנ"ל, שניתן ליחידים, לא בתור באי כח הכולל שאליו הם משתייכים, אינה מקנה זכות לכולל שאליו משתייכים ואין לו שום זכות תביעה בשמו הוא. יתר על כן — הכנסת איזה, „כולל“, שהוא מחוץ להללו העומדים באגודה במעגל התמיכה הקבועה הניתנת ע"י ה„ועד הכללי“, סותרת את סעיף 13 של תקנות האגודה, לפיו כל „כולל“ הכולל ב„ועד הכללי“ מקבל עליו גם חובות כמפורט בסעיף 13 זה, ואילו כולל זה פטור מהם.

אי לכל הנ"ל איננו רואים מקום לתביעה.

אולם, יחד עם כל האמור, אנו מסכימים לטענת ב"כ המעדערים שהשם „ועד הכללי כנסת ישראל“ של המשיבים, וכפי שגם מצוין על גבי טפסיו המודפסים הוא משמש בתור: „מרכז סיוע כללי לעניים פליטים, רבנים, תלמידי חכמים, זקנים, אלמנות ויתומים בארץ ישראל“, אכן נותן מקום להטעות את התורמים, שהמדובר במוסד שמטרתו לתמוך בכל הנצרכים מסוגים הנ"ל, ללא הבדל וללא תפליה כל שהיא בין נצרך לנצרך.

אי לזאת, אנו ממליצים לתזור ולקבל את כולל קוסוב לחברות מלאה ב„ועד הכללי כנסת ישראל“, עפ"י בקשתו של כולל קוסוב. וזה בתנאי, המובן מאליו, שיקבל על עצמו את כל תקנות האגודה, כולל סעיף 13, האומר שמזכויות האגודה ומכספיה נהנים הכוללים:

„רק בתנאי ששום אחד מהם לא יקבע קופות לעצמו ולא ישלח שדרים מיוחדים לעצמו בשום מקום, חוץ מהמחוז המיוחד לו שזכה בו מכבר — מבלי רשות בכתב מהנהלת האגודה. כל כולל... שיעבור על תנאי עיקרי זה יאבד את כל זכותו באגודה“.

יש להעיר כי כל עוד לא מאוחדים ב„ועד הכללי“ כל הכוללים בארץ ישראל, מן הראוי הוא שה„ועד הכללי“ יפרט בטופסיו את שמות הכוללים המאוגדים בו.

לכן יש לדעתי לדחות את הערעור, ויחד עם זה להמליץ לפני ה„ועד הכללי“ לדון מחדש ולהיענות לבקשת כולל קוסוב, לצרפו מחדש ל„ועד הכללי“ — כנסת ישראל.

ש א ו ל י ש ר א ל י

המעדערים הם חברי הקדש כולל קוסוב בהתאם להחלטת בית הדין האזורי בירושלים מיום כ"ב בסיון תשכ"ז (תיק 1622/תשכ"ז), והגישו תביעה לבית הדין האזורי כדלהלן (תיק 348/תשל"ב):

1. „התובע הוא הקדש המגוהל ע"י אפוסדופוס שמונה ע"י כב' ביה"ד

הרבני האזורי ביום בתיק 1622/כו.“

במשך שנים רבות קבל התובע מהנתבע הקצבות קבועות כל שנה, לחלוקה בין בני כוללו.

הנתבע הפסיק לתת את ההקצבה, ללא כל עילה.

כב' ביה"ד מתבקש לחייב את הנתבע לתת לתובע הקצבה חדשה

של 300 ל"י, והקצבה של 2500 ל"י, אחת לחצי שנה בתקופת החגים.
2. זכותו של התובע ככולל, להימנות על חברי הנהלת הועד הכללי, ולקחת חלק בהנהלתו המעשית.

כב' ביה"ד מתבקש לחייב את התובע לצרף להנהלת הועד הכללי כחברים שורי זכויות וחובות, שני נציגים מטעם התובע.

בהופיעם לפני ביה"ד האזורי הוסיפו וטענו שהם היו מקבלים מה, וועד הכללי מענקים, והם היו קובעים למי לתת את הכסף, ולפעמים הם הורו לוועד לשלם ישירות לאדם מסוים מהכולל, וכן הם היו מקבלים זכות לגור בדירות של ה, וועד הכללי.

הביאו עדים המעידים שה"ה א. שהוא מכולל קוסוב, קיבל דירה מה, וועד הכללי, וזה לדיוק טענתם שה, וועד הכללי היה תומך בהם, ומשום מה הפסיק, וע"כ הם תבעו להמשיך לתמוך בהם. וכן לצרף שני נציגים ל, וועד הכללי. התובעים טענו לעומתם שהם פועלים לפי תקנות. ואמנם מידי פעם הם נתנו לאנשים מסוימים מאנשי כולל קוסוב, אך הם תמכו בהם כאנשים פרטיים ולא מקצבה המגיעה לכולל קוסוב, כי ה, וועד הכללי מייצג מספר כוללים מסוימים בירושלים שתתאחדו וביניהם היה כולל קוסוב, אך אח"כ הם נפרדו, וע"כ לא מגיע להם תמיכה ככולל. ובענין הדירה של ה"ה א. הוא קיבלה בהיותו קרוב לנדיב שנדב בנין מסויים ל, וועד הכללי.

התובעים הוסיפו שכיום ה, וועד הכללי אוסף כספים מכל הארצות בעולם, וכולם שמעו על האיחוד שנעשה בקולי קולות, והנדיבים חושבים שהכסף שהם תורמים הולך לעניים בלי יוצא מהכולל. וביה"ד החליט ביום ל' בתשרי תשל"ג לדחות את תביעת המערערים על כל סעיפיה מהטעמים המפורטים שם. ומכאן הערעור.

לפנינו חזרו שוב על אותם הדברים שנאמרו ונטענו בפני ביה"ד, והוסיפו שאם יש צורך הם מוכנים לחזור ולהתאחד ומוכנים לקבל את החובות והזכויות, ככל חברי הועד.

ביום ט"ו באלול תשל"ג המליץ ביה"ד זה ללכת בדרך זו, ואמנם פנו המערערים ביום כ' באלול תשל"ג במכתב ל, וועד הכללי, והעתק גשלה לביה"ד, ובו הם מבקשים לחזור ולהצטרף, ובו הם כותבים שזה נעשה בהמלצת ביה"ד. ה, וועד הכללי דן בזה ביום ו' בתשרי תשל"ד ודחה את הבקשה. בין הנימוקים הם טוענים שכולל קוסוב נפרד מה, וועד הכללי, והוכח דבר זה בפני ביה"ד בירושלים. והמשיבים אינם חושבים שאם ביה"ד זה ממליץ לקבלם, אז ראה את כל הדברים והתוכחות שלפניו, ואעפ"כ לא ראה בזה נימוק מספיק לאי קבלתם בחזרה, ויש לציין שעל אותו טופס של ה, וועד הכללי לא נרשם שהם מטפלים רק בכוללים מסוימים ולא ידוע מי כן זכאי ליהנות מהם ואיזה כולל לא מקבל מהם.

ועתה נבוא לגופו של דבר.

נתחיל מענין הדירה של ה"ה א. נראה שצדק ביה"ד האזורי בזה שלא קבל את זה כהוכחה, אמנם הוא גר שם שהוא טען שיש זכות לכולל קוסוב והניהול בידי ה, וועד הכללי. אבל אין בזה שום הוכחה וסימוכין לכך. האחראי לכך מהועד אמר, כי חמיו של ה"ה א. היה עובד ב, וועד הכללי, ולכן קיבל את הדירה מה, וועד הכללי בזכותם ולא בזכות כולל קוסוב. וכן ניתן לו להמשיך לגור בזכות גיסו שנדב בית לוועד, והוא הביא את הפרוטוקול משנת תרפ"ט, ששם כתוב, ואני מצטט:

„ב. ע"ד דירת הד' א. מכולל קאסוב, מבקש גיסו הר"ר ד. נ"י מצפת לתת לו הריזה עוד על משך שלש שנים.

מחליטים היות כי גיסו הרה"ג ג. ז"ל נדב בית בשכונת כנסת ישראל מהראוי להתחשב עמו ולהשאירו בבית זו עוד על משך שלש שנים.

אמנם נראה לכאורה שמודגש כולל קאסוב, וכן מודגש עוד על משך שלש שנים, ובהחלטה נכתב ולהשאירו עוד על משך שלש שנים, עכ"ז אין בזה הוכחה שאת הדירה קיבל בהיותו מכולל קאסוב או ע"ח זכות כולל קאסוב, כי יתכן וכדברי האחראי מה, ועד הכללי" שהתחיל לגור בה בזכות חמיו והמשיך לגור בה בזכות גיסו. ובאותו פרוטוקול יש עוד פרטים על אנשים אחרים, ושם כתוב בצורה מפורשת שהם נותנים לגור עוד שלש שנים. בסעיף א' נכתב ע"ח הועד הכללי, ובסעיף ב' כתוב ע"ח כולל וילנא, ובסעיף ה' כתוב ע"ח כולל ואלין ומחציתו ע"ח ה, ועד הכללי. וא"כ בסעיף ב' שבו מדובר על זכות של א. היו צריכים לכתוב ע"ח כולל קאסוב או ע"ח ה, ועד הכללי. אך נראה שסתמו כפירושו ממה שלא כתבו ע"ח ה, ועד הכללי" הוי כאילו כתבו. אבל, כאמור, אין בזה הוכחה מוחלטת שהוא גר שם מתחילה ע"ח כולל קאסוב. רק מה שמודגש שהוא מכולל קאסוב, ובאחרים לא כתוב, אומר „דרשני". אך הדרשני הזה אין בו כדי להקנות זכויות, אך יש בו כדי להצטרף לעוד הוכחות.

הנתבעים הודו שהם נתנו סכומי כסף לאנשי כולל קאסוב, אך הם טוענים שזה ניתן להם כאנשים פרטיים, וזה בהסתמך על פרק ז' סעיף 12 של התקנות (שעוד יובא להלן), כי כולל קאסוב פרש מה, ועד הכללי" והוכחה לדבריהם נמצא בספר הפרוטוקולים שלהם מיום כ' באלול שנת תער"ב, ואני מצטט:

„לכוללות עסטרייך שנפרדו מהוועד אין להם חלק ונחלה בבתי כנסת ישראל".

(והסביר האחראי שכולל קאסוב שייך לכוללות אוסטרייך).

זה אמנם כתוב בספרי הפרוטוקולים שלהם, ואין חשש של זיוף. ועיין חו"מ סי' צ"א סעיף ה' שיש לדון ע"פ פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו עניניו, והוא מתשובת הרא"ש כלל פ"ו, ועיין שם בנושאי כליו שזה רק לחייב את עצמו ולא לחייב את חבריו. ועיין „נודע ביהודה" סי' ט"ו, ועיין „באר היטב" שם ס"ק י"ט, ו„פתחי תשובה" שם ס"ק ט', ולמה שמצינים שם. וכבר הם המציאו לביה"ד עוד פרוטוקולים (אך אינם נמצאים כיום בתיק), שבו רשום שהם נתנו סך מסויים לאנשים מכולל קאסוב.

בביה"ד האזורי נשאל הרב ז. האחראי מטעם הועד שהביא את הפרוטוקולים והעיד מטעמם, לאחר שהוא אמר שלא נתנו להם ככולל לאנשי קאסוב, והוא המציא פרוטוקול משנת תרפ"ח, והוא תקריא ממנו, וכן כתוב בפרוטוקול של ביה"ד האזורי מיום כ"ו בניסן תשל"ב, „על תמיכות בלירה אחת לא"י מכולל קאסוב עפ"י המלצת ז. ו"ח. ו"ט. מקוסוב 1 לא"י. כולל קאסוב אינו ברשימת הכוללים המאוחדים. לשאלה מדוע נתנו ליחידים ונרשם ככוללים, עונה, „תפנה בבקשה ל„ועד הכללי" שישנה את הנוסח" ... כלומר שע"ז אין לו תשובה, מדוע נרשמו ככוללים התמיכות שנתנו סתם כצדקה לאנשים פרטיים. ושוב זה אומר „דרשני".

אין הכחשה מצד ה', ועד הכללי" בזה שהם נתנו ותמכו באנשי כולל קוסוב, ואפי' בשנת תשל"א הם תמכו. והוגש לביה"ד רשימה של אנשים שקבלו. ולכאורה הם יכולים לבוא ולתבוע שימשיכו לתת להם מדין מכירי כהונה ומכירי עניים, עיין גיטין דף ל' המלוה מעות את הכהן וכו' ואת העני, והגמרא מעמידה זאת למכירי כהונה והוא הדין מכירי עניים. ועיין להרמב"ם הל' מעשרות פ"ז הלכה ה' ו' שהוא כלל מכירי עניים עם מכירי כהונה. ועיין, "משנה למלך" שם מה שהביא מהירושלמי שלא משמע כן. והטעם כתב רש"י בגיטין דף ל', ד"ה מכירי כהונה:

„הלכך כיון דמילתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו אסחי להו שאר כהני דעתייהו הוה כמאן דמטו לדידהו דהני”.

ולפי הדין הכהן יכול לחזור בו ואילו בעל הבית אינו יכול לחזור בו, כך מסקנת הש"ס שם. ואילו התוס' ב"ב דף קל"ג, וכן הגהות אשר"י בגיטין, וכן משמע מהמרדכי בגיטין, והביאו „בית יוסף ביו"ד סי' רס"ד, שכתבו הטעם משום דהוי כמתנה מועטת. וז"ל התוס' שם, לאחר שהגמרא אמרה שהבכור נוטל פי שנים בורע ולחיים וקיבה באופן שלאביהם היה מכיר שנותן לו תמיד את המתנות, ונפטר אביהם לאחר שחיסה ולפני שנתנו לו את המתנות, הוי כאילו נתנו. והבכור אין לו בזה דין ראוי אלא דין מוחזק ונוטל פי שנים. ועיין לרשב"ם שם באורך. וכתבו התוס':

„בכל דוכתא עביד מכירי כהונה מוחזק. בפרק כל הגט (ל') המלוה מעות את הכהן והלוי, והיינו טעמא שזו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפי' בדברים בעלמא ואע"פ שאם רצה יכול לחזור בו, מכל מקום כל כמה דלא הדר הוי כמוחזק”.

ומשמע לכאורה מדבריהם שבעה"ב יכול לחזור, ואילו בגיטין משמע שבעה"ב אינו יכול לחזור. הטעם הוא פשוט, בדיני מעשרות לכהן וללוי ולעני שהיו הם „מכירים” עשו אתם עוד עסק והלוו לו כסף ואז לדידם העסק נגמר וזכו במתנות. וע"כ אין בעה"ב יכול לחזור. ואילו בדין מתנות כהונה או בסתם תרומות ומעשרות במכירי כהונה אמנם הוי כמוחזק, אבל אין שום התחייבות שאינו יכול לחזור בו הבעה"ב, אלא שמסתמא אנו אומרים שלא חזר בו והוי המכיר כמוחזק. ועיין לרש"י בגיטין שם, ד"ה בעה"ב: „אם בא לחזור בכהן אין יכול שהרי כספו בידו וזה לא היה לו למשוך ממנו כלום דלימא ליה לא משכתי. אבל כהן חזר בו, דכיון דעשאוהו כזוכה יכול לטעון לא משכתי ממני פירות”.

ומזה משמע שרק באופן זה בלבד אין בעה"ב יכול לחזור בו, כי „כספו בידו”. הא בעלמא יכול לחזור בו, וכדברי התוס' ו„הגהות אשרי” שאיסורא מיהא איכא. ועיין למרדכי שלמד מכאן במי שהבטיח למוהל למול. וכן עיין בהג"א שם, ועיין ל„בית יוסף” ביו"ד סי' רס"ד ובשו"ע שם ונרשאי כליו.

(ויש לעיין אם הטעם שהביא רש"י בגיטין בענין מכירי כהונה והטעם של התוס' בגמרא בתרא אינו שונה, ונ"מ לדינא.

ודין מכירי כהונה שייך אפי' שהפירות של המעשרות והמתנות עוד לא בא לעולם. ועיין למה שכתב „בית יוסף” ביו"ד, וז"ל: „ובתגהות אחרונות דמרדכי פ' ר"א דמילת כתב בלשון הוה, מהר"מ

אומר מי שנדר לתבירו להיות בעל בריתו או למול את בנו צריך לקיים לו ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מ"מ הואיל ומנהג בני אדם שנודדים ביניהם זה לזה ומקיימים גם כן צריך לקיים, וראיה מדאמרינן ב"ב האי סיוממא (ע"ד ע"א) וכו' ומיהו ר' יחיאל אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת אינו כלום דהרי דבר שלא בא לעולם דלא דמי לסיטוממא, דהתם בא לעולם דמועיל בה קנין הלכך מועיל המנהג להתשיבו כקנין גמור, אבל דבר שלא יועיל כמו בדבר שלא בא לעולם לא מצינו שיועיל בו המנהג להתשיבו כקנין גמור".

ועיין שם שהביא את התשובה באורך ברין אדם שאמר לתבירו שימול את בנו ונתאחר זמן המילה כי הבן היה חולה ואבי הבן ראה שהמזהל הלך לעיר אחרת הוזמן מזהל אחר ובאו שניהם, והשיב משם ר"ת:

„ודאי אותו שנדר לו תחילה הוא קודם דלא גרע ממכירי כהונה ולויה דפרק כל הגט, תשיב להו כאלו אתא לידיהו. ואמרינן בהתוב (מ"ט) ישראל שאמר לבן לוי וכו'... הכא גמי אין במילת בנו אלא טובת הנאה ולא מצי למיהדר ביה וליתנו לאחר. מיהו אי הדר ביה פירש ריב"ם שאין בית דין יכולים לעכבו מלחזור, אבל הוא עובר משום שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ומותר לקרותו רשע".

ועיין שם שהביא מתשובת הרא"ש כלל י"ב, שקנין לא מועיל בזה משום דהוי קנין דברים, היינו כפירוש ה"דרכי משה" שם ס"ק ד' לענין לכופו ע"י ביה"ד, אבל לא מדין איסור של שארית ישראל שזה עוד נשאר עליו. ואסור לו לחזור בו לכתחלה אלא שאם חזר הוי תורת. ולפי זה אפשר לומר שהמחלוקת שבין המהר"מ ולר' יחיאל, איירי באופן שאם הוא חייב לקיים לפי הדין ואפשר לכופו ע"י ביה"ד כי הרי דיבורו כקנין וכסיטוממא, לדעת המהר"ם, ואילו לדעת ר' יחיאל לא הוי קנין מדין סיטוממא כי לא בא לעולם ואין לכופו, אבל נשאר החוב של שארית ישראל ואסור לחזור בו. אבל לא משמע כן מהרדב"ז ממה שכתב בס' רע"ח, בענין השאלה אם אדם הבטיח לתבירו שיהא סנדק ועכשיו הוא חוזר בו ורוצה ליתן את המצוה לאדם אחר. וע"ז ענה הרדב"ז שם:

„תשובה, לא פרשת אם הוא קודם שנולד הולד או לא. אם הוא קודם שנולד הדבר ברור שיכול לחזור בו דלא עדיף מקנין דק"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל אחר שנולד אין יכול ליתנו לאחר לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצוה ע"י דיבור בעלמא. וכבר ידעת כי המנהג עיקר גדול בכל כיוצא בדברים אלו. ראיה מהא דאמרינן במציעא האי סיטוממא, פירוש רשום שרושמים בחביות קניא ובאתרא דקניא ממש קניא. הא קמן דאע"ג דלא קנה באחד מדרכי הקנין, קנה מפני המנהג, הכא גמי הואיל וכן הוא המנהג צריך לקיים דשארית ישראל לא יעשו עולה וגו', ומינה גמי דהמנהג הוא מה שאינו קנין לעשותו קנין מפני המנהג אבל בדבר שאין מועיל בו קנין כגון דבר שלא בא לעולם לא מצינו שיועיל המנהג. וכן ראיתי כתוב בשם רבינו יחיאל ז"ל".

נמצא דאפי' אם הבטיח לאחר תלידה נשאר דינו רק משום שארית ישראל

ולא משום קנין סיטומתא דדאי קנין מוחלט. ולא כמו שאנו רצינו לאמר שאפי' ר' יחיאל מודה שאם היה לאחר הלידה חייב מדין קנין ואפשר לכופו ע"י ביה"ד, ואם היה בעת שהיא מעוברת אין הקנין חל דהוי דבר שלא בא לעולם, אבל חייב מדין שארית ישראל.

ואפשר לאמר שכולם מדברים באופן שהמהל אין בו דין של „מכירי כהונה“, אלא הזמין אותו באופן חד פעמי, אבל אם היה המהל מ„מכירי מילה“, דהיינו „אנשי העיר קרוביו ומכיריו של מהל זה“ (כלשון הרשב"ם ב"ב דף קכ"ג), אז כ"ע מדין שיש כאן מדין שארית ישראל לא יעשו עולה, ואין הכי נמי שאם חזר בו הוי חזרה, אבל רשע מיקרי ואיסורא איכא. וכעין זה כתב המהר"ק שורש ע"ו, המובא ב„בית יוסף“ שם, שכתב:

„מ"מ מאחר שהורגל ראובן למול בני יעקב יש לו יד ושם במצוה יותר משמעון כל זמן שיעקב לא הפקיע את זכותו של ראובן. וראיה מפרק כל הגט (גיטין ל') גבי מתניתין דהמלוה מאת הכהן דפריך והא לא משך ומוקי לה במכירי כהונה, ופירש רש"י שם וז"ל במכירי כהונה כמו איש מאת מכרו שהם מכיריו ואוהביו ואין רגיל לתת תרומה ומעשר אלא להם... ודכוותא איתא גם בפרק יש נוהלין (ב"ב קכ"ג)... דלא חשיב ליה ראוי אלא מוחזק... וכתב במרדכי בפרק כל הגט... וטעמא משום דכל מתנת כהונה חשיב מתנה מועטת ואסור לחזור בו... ומיהו אם בדיעבד חזר בו חזרה גמורה היא. וכן פסק הר"מ בנתינת מצוה דמהל ובעל ברית. עכ"ל (המרדכי), מדמדמה נתינת מצוה דמהל להתיא דמוקי במכירי כהונה, משמע דכי היכי דאסור לחזור בו לענין תרומה ומעשר ואפילו בהיכרא בעלמא כדפרש"י וכמו שמוכיח הלשון. הכי נמי בנתינת מצוה דמהל אסור לחזור בו היכא שהמהל רגיל למול בניו, ואפי' מן הסתם כ"ש וכ"ש בנדון הזה ששלח יעקב לראובן מכירו שיבוא למול בנו... וכו'...“

נמצא שלדעת המהר"ק שאם הוא במכירי מילה יש בו משום שארית ישראל לא יעשו עולה, אא"כ חזר בפירושו. וא"כ אפשר שבוה לא יחלוקו המהר"ם והר"ר יחיאל כי הם אמרי רק באופן שהוא רק אמר לו ולא איירי במכירי כהונה. ויש עוד לעיין. ועצם חידושו של הרדב"ז שלא מועיל קנין בדבר שלא בא לעולם בסיטומתא, וכן סברת ר' יחיאל היא גם מחלוקת המובאת ברע"א חו"מ סי' ר"א בין רש"ל ב„ים של שלמה“ פ"ה ב"ק סי' א' דס"ל כר' יחיאל, ואילו הרא"ש כלל י"ב סי' ב' שכתב דגם בדבר שלא בא לעולם מהני. ועיין שם ב„פתחי תשובה“ שהביא משם „חתם סופר“ חו"מ סי' ס"ו שאפי' לדעת ר' יחיאל אי נהגו בפירוש להזמין מהל אפי' בעוד האשה מעוברת הוי כקנין סיטומתא, אלא שר' יחיאל איירי שלא נהגו לידור בעת שהיא מעוברת, וזה גר, א"כ לא הוי כסיטומתא, ועיי"ש.

בנידון דידן, הוברר הובהר שבשנת תרכ"ז החליטו כל אנשי הכוללים בירושלים להתאחד בועד כללי אחד, כדי שתהא הגביה מרוכזת, וכן כדי למנוע פילוג וקנאה בעניים. וע"כ נוסד הועד הכללי. ואילו תקנות של הועד מאז לא המציאו לנו, אלא רק תקנות מיום כ' בשבט תשי"ד לאגודה שנוסדה בשנת תרכ"ו. יתכן והיו תקנות אחרות וזם שזנו או שתקנות אלה נתקנו ביום כ' בשבט תשי"ד, רק כדי לקבל אישור

רשמי לאגודה הקיימת מכבר. בכל אופן, כאמור, לפנינו מונחים רק התקנות הנו, ושם בפרק ג' מוזכרים שמות הכוללים, ושם הכולל של התובעת לא מוזכר. בפרק ו' סעיף 5, המדבר בענין תפקידי ועד הפועל, כתוב בס"ק 6: „לנהל את כל עניני האגודה בלי יוצא מהכלל ע"פ החלטותיו שתכתבנה בספר הפרטי-כל בזמנו". וכן שם בס"ק 7, נאמר: „לנהל... ספר פרטי-כל של החלטות האספות הכלליות ואסיפות ועד הפועל"... ובפרק ז' סעיף 12, נכתב: „הועד הפועל כוחו יפה להשתמש בכספי האגודה גם לשם מטרת דתיות או צדקתיות אחרות שאינן נזכרות בתקנות אלו בהסכם של חמשת מחבריו באספתו". יוצא איפוא, שאם הועד הפועל רוצה לתת סכום כסף לכולל שאינו חבר אתם, וזאת עפ"י סעיף 12 הנו, עליו לקבל החלטה מפורשת ע"כ. וחייבים לרשום זאת בפרטי-כל לפי פרק ו' סעיף 5 הנ"ל. ולבית"ד לא המציאו עד היום פרטי-כל הרשום בו שהוחלט לתת לכולל קוסוב סכום מסוים, הן לכולל באופן כללי, והן לאנשי הכולל באופן פרטי, ושוב זה אומר „דרשני".

למעשה אנשי ה„ועד הכללי" מוכיחים שכולל קוסוב יצאו מהועד, על סמך פרטי-כל שלהם משנת תרע"ב, והתקנות שלהם משנת תשי"ד. ואילו כולל קוסוב מכחישים עצם היציאה וטוענים מכללא שאם יצאו הרי הם הוחזרו או חזרו, ועצם קבלת תקציב או דיור לכולל קוסוב תוכית. וכאמור שענין הדיור זה לא הוכח באופן מוחלט. אבל ענין התקציב כולם מודים שנתנו להם, והמשיכו לתת, אלא שהתובעים טוענים שנתנו להם ככולל, ואילו הועד טוען שנתן להם כיחידים, אבל כן נתנו.

כאמור, יש לעניי כולל קוסוב דין „מכירי עני", ואין לחשוב באנשי ה„ועד הכללי" שרוצים לחזור בהם ולהיות בכלל שארית ישראל וכו', ואנשי כולל קוסוב מכירים את העניינים שבהם יותר מאשר אנשי הועד הכללי. וע"כ היה מקום להחליט שעליהם להמשיך לתת את ההקצבה שהיו גותנים, ומשום מה הפסיקו. אולם, בהיות וועד כולל קוסוב טענתם בפייהם שהם שייכים ל„ועד הכללי", ובכל אופן רוצים לחזור ולהתקבל, אבל הועד אינו מסכים, ע"כ כדי לא לתת ליד המחלוקת לפרוץ, וכל אחד יעשה קופה לעצמו שזה היה אבן יסוד ופנה ליסוד ה„ועד הכללי", וכן כדי להתרבות אחדות בישראל, והייתי מוסיף שיתכן שעתה לאחר השואה, שאין ישוב יהודי בארצות המוצא וכולם עברו לארה"ב ולמקומות אחרים בעולם, והכספים נגבים ממקומות אלו, יש מקום לדון שאפי' אם יצאו באופן מוחלט, ואפי' אם לא היה ה„ועד הכללי" היה מקום ליסד אותו מחדש, וע"כ בהצטרף כל הג"ל יש להענות לסעיף ב' לתביעה בחלקו, דהיינו זכות כולל קוסוב להמנות על חברי הנהלת הועד הכללי, וכולל קוסוב יבחר נציג אחד מטעמו שישמש כחבר ועד המועצה, ואין צורך בהסדר שנקבע בפרק ו' סעיף 8, ואין צריך לומר שעליהם לשמור על התקנות ולהתנוג ככל חברי הועד.

לכן, יש לדעתי להחליט לקבל את הערעור בחלקו, ולחייב את ה„ועד הכללי" לצרף את נציג כולל קוסוב לועד המועצה.

על חברי הנהלת הקדש קוסוב לבחור נציג אחד מטעמם שישמש כחבר ועד מועצה של ה„ועד הכללי".

מרדכי אליהו

הריני מצטרף למסקנתו של כב' הגר"ש ישראלי שליט"א, שיש לדחות את הערעור.
אליעזר גולדשמידט

לפיכך אנו פוסקים ברוב דעות:

- א. דוחים את הערעור.
 - ב. ממליצים לפני ה"ועד הכללי כנסת ישראל" לדון מחדש, ולהיענות לבקשת המערער כולל קוסוב לצרפו מחדש לאגודה, "ועד הכללי כנסת ישראל", עם כל הזכויות והחובות הנובעים מזה.
 - ג. אין צו להוצאות.
- ניתן ביום י"א בטבת תשל"ו.

תיק מס' 1016/לד

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כבוד הדיינים: הרבנים ח. ג. צמבליסט, ע. אולאלי, ש. דחובסקי

בענין:

המבקשת: א.

הנידון: גיור של חרשת אלמנת

עתירת אשה שהיא חרשת אלמנת להתגייר. — האם מועילה גירות ללא קבלת מצוות. — איך חלה גירות בקטן והאם זו מן התורה או מדרבנן ועד אימתי יכול למחות. — מה דין הגירות בעבד קטן או שוטה. — האם תנאי קבלת גירות היא דוקא ביום ובפני שלושה והאם יש בזה הבדל בין גדול לקטן. — סוגי החרשים השונים ודיניהם. — האם מקבלים חרשים לגירות.

מסקנות

- א. קבלת מצוות היא מדות הגירות וכל שאינו בכלל קבלת מצוות אינו בכלל גירות.
- ב. גר קטן שמטבילים אותו על דעת בית דין, אעפ"י שקטן אינו בר קבלת מצוות, הטעם הוא משום שהקטן יגיע לכלל מצוות, ועיקר הגירות הוא כשיגדל ויתנהג ביהדות. ברם חרש ושוטה כיון שלעולם לא יגיעו לכלל מצוות אין מקום לגיירם.
- ג. עבד קטן או שוטה מטבילים אותו על דעת בית דין, ואעפ"י ששוטה לעולם לא יגיע לכלל מצוות — יתכן שטעם הדבר הוא משום ששוטה גירותו של עבד שאין צריך דעתו וקבלתו בפועל ודי בכך שאינו מתנגד לגירותו.

- ד. אין בית דין נזקקים לגירות אלא אם כן יש בדבר זכות למתגייר.
- ה. (1) נחלקו הראשונים בדין זכין לקטן אם הוא מן התורה או מדרבנן.
- (2) יש אומרים שלדעת הסוברים שאין זכין לקטן אלא מדרבנן, אין גירותו של קטן עד שיגדיל אלא מדרבנן ואין להתירו בבית ישראל. ולפי זה אין לגייר קטנה או חרשת כשלא נוכל להגביל גירותו ויש חשש שתיגשא לבני ישראל. אולם יש אומרים שגם אם הגירות אינה אלא מדרבנן, מכל מקום תיקנו חכמים שתוכלנה להיגשא לבני ישראל.
- (3) גם אם נאמר שמדרבנן מותרות להיגשא לבני ישראל, מ"מ בחרשת שלעולם לא תגיע לשיטה זו לכלל גירות מן התורה, אין מקום לגיירה, כי לא מצינו גירות כזו שתישאר רק מדרבנן ולא תגיע לעולם לכלל גירות של תורה.

דעת המיעוט

- א. (1) מילה וטבילה לכל הדיעות הם עצם מעשה הגירות, ומעכבים את הגירות.
- (2) מי שאין לו גיד דינו כאשה ומועילה לו הגירות בטבילה בלבד.
- ב. (1) חלוקים הפוסקים אם קבלת מצוות היא מעשה גירות ומעכבת, או אינה אלא תנאי למעשה הגירות ואינה מעכבת.
- (2) ויש מחלקים בין קבלת מצוות להודעת מצוות, שאף הסוברים קבלת מצוות מעכבת, הודעת מצוות אינה מעכבת.
- ג. (1) יש אומרים שגם לדעת הסוברים שקבלת המצוות היא עצם מעשה הגירות, אין צורך בגירות קטן בקבלת מצוות משום שעדיין אינו מחוייב במצוות.
- (2) אולם הואיל וכל גירות, נעשית ע"י מילה וטבילה, אין גירותו חלה אלא כשהמילה והטבילה היא ביום ובפני שלושה, בניגוד לגר גדול שהעיקר בו הוא קבלת מצוות, שגירותו חלה בדיעבד אף כשהמילה והטבילה הן בלילה ובפני שנים.
- ד. יש אומרים שגירות קטן שמטבילים אותו על דעת ב"ד, אינו אלא מדרבנן, אבל מסקנת הפוסקים שהיא מן התורה.
- ה. ב"ד אינו נוקט יוזמה בגרירות, אבל אם בא אף גוי קטן מעצמו מקבלים אותו.
- ו. גם בחרש ושוטה שייכת גירות אלא אין מי שמביא אותם לב"ד לשם כך, אבל עבד שוטה שרשות רבו עליו יש לו אותו דין כמו גר קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד.
- ז. טעם הסוברים שגירות קטן היא מדאורייתא הוא משום שזכות היא לו, ולפי זה יתכן שגם גירות של חרש היא מדאורייתא אעפ"י שאין לו זכות קיום של מצוות שהרי חרש טטור מהן, אבל יש לו זכות מבחינה חברתית וחומרית.
- ח. (1) חרש אילם שלמד לדבר כאחד האדם דינו כפיקח לכל דבר.
- (2) חרש אילם המדבר בתנועות ידים ובקול עילג, לדעת רוב הפוסקים דינו כפיקח.
- (3) חרש אילם המדבר בתנועות ידים בלבד אינו בר דעת ובר מעשה.
- (4) חרש אילם שאינו מדבר בתנועות ידים, אף שמדבר מתוך הכתב דינו משוטה.
- ט. בגיורו של חרש אילם יש לקבלו בכל אופן, אם הוא נחשב לבר דעת הרי יש

לקבלו להליכי גיור ככל המבקשים להתגייר, ואם אינו בר דעת יש לקבלו על ידי מילה וטבילה בלבד כגד קטן.

פסק־דין

נראה שאין לגייר את המבקשת כיון שהיא חרשת-אילמת, ולפי ההלכה דינה כלאו בת דעת, ונמצא שאינה בת קבלת מצוות, וכל שאינו בכלל קבלת מצוות אינו בכלל גירות, שהרי כידוע קבלת מצוות היא מהות הגירות. ואין לדמות לגד קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד (כתובות דף י"א ע"א), אע"ג דגר קטן אינו בר קבלת מצוות, דשאני קטן שיגיע לכלל מצוות, ועיקר הגירות היא כשיגדל ויתנהג ביהדות, וזהו שאמרו בגמ' שם: „הגדילו יכולים למחות“. ורק אם נהג ביהדות אחר שהגדיל שוב אינו יכול למחות, כמבואר בשו"ע יו"ד סי' רס"ח ס"ח. ועי' רשב"א וריטב"א שם שכתבו בשם התוס' שאינם גרים גמורים עד שמודיעים אותם מתן שכרן ועונשן של מצוות כשהגדילו. וכן משמע בתוס' סנהדרין דף ס"ח ע"ב שכתבו זו"ל: „דמצייל לזה מילה וטבילה של קטנות שהיתה בגופם, ואין חסרים אלא קבלת מצוות, ומתוך שגדלו ולא מיחו היינו קבלה“. ולפי"ז בנידונו שלעולם לא תגיע המבקשת לכלל קבלת מצוות וחיובו, אין מקום לגיירה.

ויש להביא סמך לזה ממה שכתב בה"ג הלכות מילה (והובא בטור יו"ד סי' רס"ו) זו"ל: „חרש שוטה וקטן שבאו להתגייר אין מקבלין אותן מפני שאינן כשרים להתנות עליהן, וכל מי שאין כשר להתנות אין מקבלין אותו, אבל קטן אעפ"י שאין בו דעת מלין אותו עפ"י אבותיו“ [מה שכתב „להתנות עליהן“ נראה דהיינו מה שמודיעים לגד מתן שכרן ועונשן של מצוות, ור"ל דחרש שוטה וקטן אינם בני קבלת מצוות]. ויש לדקדק למה לא כתב בה"ג שגם חרש ושוטה מלין אותם עפ"י אבותיהם, משמע כמו שכתבנו, דחרש ושוטה כיון שלעולם לא יגיעו לכלל מצוות לא שייכא בהו גירות. ומצאתי שכבר דייק כן מדברי בה"ג — בגליון מהרש"א על השו"ע סי' רס"ח ס"ו.

אלא שצ"ע ממה שכתוב בשו"ע שם סי' רס"ו ס"ו: „עבד קטן או שוטה מטבילין אותו על דעת ב"ד“. ומקורו בדברי רב יהודאי גאון שהובאו בטור שם. והרי דעת השו"ע שם ס"ג וס"ה שאין להטביל נכרי לשם עבדות בעל כרחו, כי אם מדעתו ובקבלת מצוות, וכמש"כ הטור שם לשיטת הר"ף, ונשאלת השאלה איך אפשר להטביל עבד שוטה על דעת ב"ד, הרי לעולם לא יגיע לכלל מצוות, וכנ"ל.

ואולי יש לומר דאפילו לשיטת הר"ף דגם בטבילה לשם עבדות בעינן דעתו וקבלתו מ"מ אינו דומה לקבלת מצוות של גר גמור, דהתם קבלת המצוות היא מהות הגירות, וכמו שכתבנו, משא"כ בטבילה לשם עבדות לא בעינן אלא שלא יתא בעל כרחו ובניגוד לרצונו, ולכן בעבד שוטה שאין בו דעת, אף שאין כאן קבלת מצוות, אבל אין גם דעת המתנגדת, הלכך אפשר להטבילו ע"ד ב"ד. והרי גדולה מזו מצינו דלדעת רש"י והרמב"ן יבמות דף מ"ח ע"א, אפשר להטביל לשם עבדות בעל כרחו, חזינו דשאני טבילה לשם עבדות מטבילת גר, ושפיר י"ל דגם להר"ף לא בעינן בעבד קבלת מצוות ממש כמו בגר, אלא עיקר הקפידא היא שלא יתא בעל כרחו, וכנ"ל [ועי', ערוך השולחן] סי' רס"ו ס"ח שכתב דעבד קטן שהטבילוהו ע"ד ב"ד, אם הגדיל אינו יכול למחות, וטעמו דהא לר' שמעון בן אלעזר, יבמות שם, אפשר להטביל עבד כע"כ (גם

לשיטת הרי"ף), ולא משוינן ביניהם פלוגתא רחוקה כ"כ עיי"ש]. אלא שעדיין צ"ע, למה אמר בשו"ע שמטבילין העבד על דעת ב"ד, היה לו לומר בפשיטות שכיון שהוא קטן או שוטה ואין כאן דעת המתנגדת שפיר אפשר לגיירו. ומוכח מזה דגם בעבד בעינן קבלת מצוות ממש כמו בגר, ולכן צריך ע"ד ב"ד, וכ"כ ב"ח שם. וא"כ משמע לכאורה דשוטה אפשר לגיירו על דעת ב"ד לא רק לשם עבד אלא גם לשם גר גמור.

אולם נראה דכיון דמצד הסברא אין לגייר גוי שוטה או חרש, כיון שלעולם לא יגיע לכלל מצוות, וכנ"ל, הרי אף דמציינו לענין עבד שוטה שאפשר להטבילו ע"ד ב"ד, אין לך בו אלא חידושו, לענין עבד, ולא לענין גירות גמורה.

עוד נראה שאין לקבלה, דהנה התוס' בסנהדרין דף ס"ח ע"ב כתבו וז"ל: „ונראה דזכייה דגירות לא דמי לשאר זכיות וכו', והא דפריך בכתובות תנינא זכין לאדם שלא בפניו וכו' היינו משום דאם היתה חובתו לא היה לביה"ד להתמצע ולהכניס גופו בדבר שיש לו חובה". ולפי"ז י"ל דרק לענין קטן שסופו להגדיל ולהיות בר מצוות שפיר יש כאן זכות גדולה שבגינה יש לביה"ד להתמצע ולהכניס גופו בדבר, משא"כ בנידונו שלעולם לא תגיע לכלל מצוות, הרי גם אם נאמר דמ"מ עצם היותה גירות זכות היא לה, מאן לימא לן דזכות כזאת גם היא מצדיקה את „התמצעות" ביה"ד בדבר, ובפרט שבדרך כלל מגמתנו היא שלא לחפש גרים, וקשים גרים לישראל וכו'. [ומה שמצאנו בס"י רס"ז ס"ו שמטבילים עבד שוטה ע"ד ב"ד, אין להקשות למה ביה"ד מתמצע בדבר, דהתם יש טעם בדבר, והיא: טובת האדון].

עוד נראה שאין לגיירה מהטעם שיתבאר. הנה יסוד הדין דגר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד הוא משום דזכין לאדם שלא בפניו, כדאיתא בגמ' שם, וידוע שיש מחלוקת הראשונים אם הא דזכין לקטן הוא מדאורייתא או מדרבנן, ותלוי בשתי הגירסאות בב"מ דף ע"א ע"ב, עיי"ש. ועי' תוס' כתובות שם שכתבו דלהסוברים שאין זכין לקטן אלא מדרבנן, הא דגר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד, אינו אלא מדרבנן. והא דהוי גר למילי דאורייתא, היינו כמ"ד יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה. והנה אנו קיי"ל דאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, כדאיתא ביבמות דף צ' ע"א, ולפי"ז אין מועילה גירותו של קטן אלא למילי דרבנן. וכ"כ הריטב"א שם וז"ל: „ויש שפירשו שאין גירות זו אלא מדרבנן ואין סומכין לדונו כישראל אלא לענין יין נסך וכל שהוא מדרבנן וכו', וכ"כ רבותינו בעלי התוס'". [וכן יש לדייק מרש"י שם שכתב: „והרי הוא גר על ידיהן ומגעו ביין כשר", משמע רק לענין זה, שהוא ענין דרבנן. וכן דייק תב"ח ס"י רס"ח וב, פני יהושע" שם]. אמנם מסקנת הריטב"א היא שהוא גר מן התורה ושכן דעת הרמב"ם, עיי"ש. אולם עי' ב"ח ס"י רס"ח שכתב דלמעשה יש להתמיר כשיטה זו שאינו גר אלא למילי דרבנן ואין להתירו בבית ישראל.

ולפי"ז בנידונו שאם נגיירה לא נוכל להגביל גירותה רק למילי דרבנן, וקרוב לודאי שאחר הגירות תנשא לבן ישראל, ולדעת תב"ח הא אין להתירה בזה, נמצא שאי אפשר לנו לגיירה.

והנה לכאורה דברי תב"ח צ"ע, דהא מפורש במשנה כתובות שם: „הגירות והשבוייה וכו' שנפדו ושנתגיירו פחותות מבנות שלש שנים ויום אחד כתובתן מאתיים", משמע שהשיאו שפיר את הקטנות שנתגיירו. אולם לא קשה מיד, דאפשר לפרש

שנתגיירו בקטנותן אך לא עישרו עד שגדלו ונהגו ביהדות, דאו גירותן מן התורה. ומה שאמרו בגמ' שם: „ואי ס"ד הגדילו יכולין למחות, יתבינן לה כתובה דאזלה ואכלה בגיותה“, הרי מבואר שהשיאון בקטנותן, יש לומר דהגמ' קאי אליבא דמ"ד יש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקום ועשה, וכמש"כ התוס', משא"כ להלכה דקיי"ל שאין כח ביד חכמים וכו', בעל כרחנו נפרש המשנה הג"ל דאיירי שנישאה בגדלותה אחרי שחל בה גירות מדאורייתא, אבל בקטנותה שאין הגירות אלא מדרבנן, אין להשיאה לבן ישראל, כד' הב"ח.

אולם לא כן כתוב ב„פני יהושע“ כתובות שם, שכתב על התוס' הג"ל, וז"ל: „כבר כתבו התוס' ביבמות (פ"ח ע"א, ד"ה מתוך) דהיינו דוקא היכא שיש סברא [אז יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה], וה"ל כיון דאמדינן דעתיה דקטן וקטנה דודאי ניחא להו בדת ישראל, הוצרכו נמי לתקן נשואין לקטנה, כי היכי דתקנו לקטנה בת ישראל כדי שיהא בעלה משמרה“. עיי"ש. ולפי דבריו קיימי דברי התוס' גם אליבא דהלכתא, דאע"ג דקיי"ל דאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, מ"מ „בדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מן התורה“ (לשון התוס' יבמות שם), וה"ה בעניננו יש טעם וסברא לתקנת חכמים, שתקנו שתהא מותרת בבית ישראל, כמו שתקנו נשואין לקטנה כדי שיהא בעלה משמרה. וכן צריך לומר בדעת הגהות אשרי שם שכתב ג"כ כהתוס' דאין הגירות אלא מדרבנן, ומ"מ כתב שם שקטנה גירות מותרת לישראל. וכ"כ ב„ים של שלמה“ שם, עיי"ש. ובע"כ צ"ל דהיינו טעמא, משום דחכמים תיקנו לה נשואין, ויש כח ביד חכמים לתקן כן, כיון שיש טעם וסברא בדבר, וכנ"ל.

[הריטב"א ב„שיטה מקובצת“ שם, אחרי שהביא שיש שפירשו שאין גירות זו אלא מדרבנן, הקשה ג"כ איך מתירים הגירות הקטנה בבן ישראל, ותיירץ דגם בגויה ליכא אלא איסור דרבנן משום נשג"ז (ע"ז דף ל"ו ע"ב). והנה באמת יש בדבר מחלוקת הראשונים, עי' אה"ע ריש סי' ט"ז, דלדעת הרמב"ם הבא על הנכרית דרך אישות עובר בלאו דלא תתחתן בה, והטור שם חולק עליו. אולם עי' ב„אוצר הפוסקים“ שם בשם אחרונים דבפרהסיא גם הטור מודה שאסור מן התורה, שהרי קנאים פוגעים בו. ועי' „אבני מלואים“ שם בשם הר"ן. ולפי"ז אי אפשר להתיר לגירות קטנה להנשא לבן ישראל אלא אם כן נימא שיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת, וכמש"כ התוס'].

והנה אם נאמר כדברי „פני יהושע“ יוצא שבנידוננו, אף אם נאמר שהגירות אינה אלא מדרבנן, תוכל שפיר להנשא לבן ישראל. אולם נראה דלשיטה זו שאין הגירות אלא מדרבנן בכלל לא יתכן לגיירה, דלא מצינו גירות כזו אלא בגר קטן שסופו להגדיל ויהי גר מן התורה, מה שאין כן בנידוננו שהגירות תישאר רק מדרבנן לא מצינו גירות כזו. ולא עוד אלא שיכולים לצאת מזה כמה מכשולים. כגון אם תנשא ותלד בנים, הרי הבנים לא ייחשבו כיהודים אלא מדרבנן, ואילו מדאורייתא נכרים הם, זכיון שאיש לא ידע מן הדבר, יוכלו לצאת מזה כמה וכמה קלקולים. אי לכך אין ראוי לגיירה. ואף שהרבה מן הראשונים סוברים דגר קטן הוי גר מן התורה, מ"מ למעשה ראוי לחוש לדעת הסוברים שאין הגירות אלא מדרבנן, וכמו שכתב הב"ח.

לאור כל המבואר נראה שאין לגייר את המבקשת דגן.

נושא הדיון הוא בקשתה של הנ"ל להתגייר. המבקשת היא חרשת-אילמת מלידה ומדברת בתנועות ידיים בלבד.

הבעיות לדיון:

(א) האם קבלת מצוות מעכבת בחרש-אילים?

(ב) האם חרש-אילים המבטא עצמו ב"שפת ידיים" נחשב כחרש, להלכה?

נברר את הדברים, אחת לאחת.

(א) קבלת מצוות בגירותו של חרש-אילים.

בנושא זה יש לברר תחילה את המשמעות של קבלת מצוות בגר. הרמב"ם

(פי"ג מהל' איסורי ביאה הל' א—ד) כתב:

„בשלושה דברים נכנסו ישראל לברית, במילה וטבילה

וקרבן... וכן לדורות, כשירצה העכו"ם להכנס לברית ולהסתופף

תחת כנפי השכינה ויקבל עליו עול תורה, צריך מילה וטבילה

והרצאת קרבן."

המעין בדברי הרמב"ם יחוש בבעיה עקרונית: מילה וטבילה הן מעשה הגירות.

האם קבלת מצוות היא מעשה הגירות כמילה וטבילה, או שהיא תנאי

בגירות בלבד?

דיוק זה יש לו לסמוך על לשון הרמב"ם שהגדיר תחילה את הכניסה לברית

במילה וטבילה וקרבן בלבד, ולא הזכיר קבלת מצוות, ורק אח"כ (בהלכה ד')

ציין הרמב"ם את קבלת המצוות כתנאי קודם למעשה: „כשירצה העכו"ם

להכנס לברית ולהסתופף תחת כנפי השכינה ויקבל עליו עול מצוות,

צריך מילה וטבילה והרצאת קרבן". כלומר, מעשה הגירות הוא מילה

וטבילה והרצאת קרבן, אלא שתנאי קודם למעשה הוא שיקבל עליו עול תורה.

מצד שני ניתן לפרש בדברי הרמב"ם שקבלת מצוות היא מהות הגירות,

ועל כן „אחר שיקבל עליו עול מצוות" — קרי: את מהות הגירות — אזי יש מקום

לבצע את מעשה הגירות שהוא מילה וטבילה והרצאת קרבן. [ועיין ב"שרידי-

אש" ח"ב סי' ק"ט ובחוברת „מוריה" ניסן תש"ל במאמרו של הר"י רוזנטל בנושא זה].

שתי התגדרות השונות במהותה של קבלת מצוות — תנאי או מהות — תלויות

בשאלה אם קבלת מצוות מעכבת או לאו. דעת הב"ח (יור"ד סימן רס"ח) בדברי

הרמב"ם שאין קבלת מצוות מעכבת. כך פירש את דברי הרמב"ם (בפי"ג מהל' איסורי-

ביאה תי"ז): „גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעוהו המצוות ועונשן

ומל וטבל בפני ג' הדיוטות, הרי זה גר". ופירש הב"ח שהכוונה היא לגר שלא

קיבל עליו מצוות.

אמנם בשו"ת „חמדת שלמה" (יור"ד סימן כ"ט) הבדיל בין הודעת מצוות

לבין קבלת מצוות. ופירש שהודעת מצוות נועדה להודיע ענין המצוות ועונשן,

וזה אינו מעכב, כי גם אם האינפורמציה לוקה בחסר לא נפגעת הגירות. אבל קבלת

מצוות נועדה לקבל על עצמו עול מצוות, וזהו עיקר הגירות שנכנס לדת

יהודית, לכן קבלה מעכבת. ועיין בנושא זה ב"אחיעזר" ח"ג סימן כ"ו.

ברור ומוכן שאם נגדיר את קבלת המצוות כמהות הגירות, לא יתכן שהיא לא

תעכב. אולם אם הקבלה היא תנאי בלבד, אזי יש מקום לומר שהתנאי אינו לעיכוב.

ראוי לשים לב לשינוי הסגנון בין הש"ד לט"ו בנושא זה. הרא"ש (פרק תחולק סימן ל"א) כתב בטעם שקבלת מצוות צריכה ג': „א"נ קבלת מצוות הוי כתחילת דין". הט"ו (יור"ד סימן רס"ח סק"ט) הביא את דברי הרא"ש בסיגנון זה: „חוץ מקבלת מצוות שמעכבת אם אינה ביום ובג', שזהו גוף הדבר והתחלתו, אבל מילה וטבילה הוה כגמר דין דמן התורה הוה אף בלילה". הש"ך שם הביא את דברי הרא"ש בסיגנון שונה: „אבל בקבלת מצוות אם לא קיבל בפני ג', אפילו בדעבד מעכב, כמש"כ תוס' והרא"ש דקבלת מצוות הוי כתחילת דין". יתכן והוספת הדברים של הט"ו על האמור בדברי הרא"ש, עומדת בסוד ההבחנות הללו במושג „קבלת מצוות".

בחוברת „מוריה" (שצויינה לעיל) דייק הכותב מן „דרכי משה" שבטור כדברי הב"ח, שכן על מש"כ הב"י (ריש סימן רס"ח): „וכתב בני" סברא דרבוותא שאם לא הודיעוהו אינה מעכבת", כתב „דרכי משה": „ולקמן בדברי רבינו לא משמע כן, שהרי מעכב אפילו בג'". והרי שם עוסק הטור בקבלת מצוות שצריך בה ג'. אי"כ אין לדעת „דרכי משה" כל הבדל בין קבלה לבין הודעה.

אם קבלת מצוות נחלקת לשתי הגדרות שונות: תנאי או מהות, אשר תלויות בשאלה אם הקבלה מעכבת או לאו — הרי מילה וטבילה הן בודאי מעשה הגירות, ועל כן אי אפשר בלעדיהם. יש, אפוא, להבין את דברי הפוסקים שהתירו בנכרת הגיד לטבול בלבד, כמו שפסקו הטור והשו"ע (יור"ד ריש סימן רס"ח), וזאת על יסוד דברי התוס' (יבמות דף מ"ו ע"ב, ד"ה דרבי יוסי) והרא"ש (שם אות ל"ג ובשבת פ"ט אות ה), והרי אונס כמאן דעביד לא אמרינן, וכיצד תיתכן גירות ללא מילה שהיא חלק ממעשה הגירות?

בפשטות נראה ליישב את הרברים לפי דקדוק לשונו של הטור (שם), שהביא הלכה זו והוסיף:

„וכן כתב גאון, סריס שבא להתגייר, נכנס תחת כנפי השכינה

כאשה".

אמור מעתה: אמנם מילה היא חלק ממעשה הגירות, אולם במה דברים אמורים באיש, אבל באשה טבילה לבדה נחשבת למעשה הגירות, ללא מילה. מי שנכרת הגיד נחשב כאשה, לגבי גירות, ועל כן די בטבילה.

ואמנם רק בנכרת הגיד יכול להתגייר ע"י טבילה בלבד כי נחשב לאשה אבל במתו אחיו מחמת מילה או במסוכן שאסור למול, אין לו תקנה, כי היות ויש לו גיד, נחשב לאיש, ואין לבצע את מעשה הגירות ללא מילה. וראה בשו"ת „מלמד להועיל" (יור"ד סימן פ"ו) שכתב: „הוריתי שאין לקבל גר שאי אפשר להימול מחמת שיהיה ע"י זה בסכנת נפשות, ועיין בספר „אות ברית" להלכות גרים להרב ר' שמעון זיראן" (שנסתפק בזה). ובספר „שרידי אש" (ח"ב סימן קכ"ג) הביא את תשובתו של רבי חיים עוזר בעל ה„אחיעזר" שהורה שאין לקבלו.

עסקנו עד עתה בגדדי המרכיבים השונים של הגירות: מילה וטבילה הן מעשי הגירות, וקבלת מצוות היא תנאי בגירות או מהות הגירות.

הגדרתה של קבלת מצוות כתנאי או כמהות בגירות, יוצרת נפקא מינה בגירותו של קטן.

נאמר במסכת כתובות (דף י"א ע"א): „גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד".

מה ביחס לקבלת-מצוות של גר קטן?

ב, שיטה מקובצת" שם הביא: „עוד מקשה הריטב"א, היאך מטבילין אותה, והא גר בעלמא בעינן שידעוהו קלות וחמורות? ותירץ, דהוא למצוה ואינו לעכב, והתא דלאו בר הודעה הוא אינו מעכב. וזה לשון שיטה ישנה: גר קטן וכו', ואע"ג דצריך קבלה, הני מילי היכא דאפשר, אבל בקטן לא אפשר". מתבאר מדבריהם שקבלת מצוות אינה מהות הגירות שאם כן אין מושג של גירות ללא קבלת מצוות — אלא היא תנאי בלבד, לכן קטן שאינו מחוייב במצוות, אין קבלתו מעכבת בגירותו.

נושא זה מתבאר גם בדברי „דגול מרובבה". השו"ע (יור"ד סי' רס"ח, ג') פסק: „כל עניני הגר בין להודיעו המצוות לקבלם בין המילה בין הטבילה, צריך שתהיו בג' הכשרים לדון וביום. מיהו דוקא לכתחילה, אבל בדיעבד אם לא מל או טבל אלא בפני ב'... הוי גר". וכתב „דגול מרובבה" שם:

„אבל בדיעבד וכו', היינו בגר גדול שאצלו קבלת המצוות עיקר, ולכך המילה והטבילה אינו אלא גמר הדבר וסגי בלא שלושה ואפילו בלילה. אבל גר קטן שלא שייך בו קבלת מצוות, והטבילה היא עיקר שמטבילין אותו על דעת ביד, לכו"ע צריך להיות ביום ובפני שלושה".

משמעות הדברים היא שאמנם קבלת מצוות היא מהות הגירות, אולם במה דברים אמורים, במי שמחוייב במצוות, אבל בקטן שאינו מחוייב במצוות, סובבת כל גירותו על מילה וטבילה בלבד, ללא קבלה.

א"כ, בין אם נגדיר את קבלת המצוות כתנאי בגירות ובין אם נגדירנה כמהות הגירות — אין הקבלה מעכבת במי שאינו בר הכי.

בדרך אחרת הובנו הדברים ב, שרידי אש" (ח"ב סימן ק"ט):

„הא דאמרינן גר קטן מטבילין אותו על דעת ביד, הוא רק על המילה והטבילה דמהני מטעם זכות, דבלא זכות אין במילה ובטבילה ממש ולא נעשו לשם גירות שקטן אין לו דעת, ולפיכך אמרינן שדעת ביד מהני לעשות אותם לשם גירות, אבל קבלת מצוות זו דבר שבלב המקבל, ולא שייך לומר שקבלה זו מהני משום שזכין לאדם שלא בפניו, שהרי מכל מקום חסרה כאן קבלה בלב של גר, ועל קבלה שבלב לא שייכת זכות... יש לחקור אם הא דהגדילו יכולים למחות הוא מטעם דאיגלאי מילתא שהגירות היא לו חוב, או הטעם דחסרה לו כאן קבלת מצוות, שקבלת מצוות היא רק כשהגדיל ויש לו דעת".

מתבאר בדבריו תפיסה אחרת בגירותו של קטן: אמנם קבלת מצוות מעכבת גם בקטן — ואין בה זכין לאדם, כי אין זכיה על דברים שבלב — על כן יכול למחות משום שאין גירות ללא קבלת מצוות.

תפיסה זו היא בניגוד לדברי ה, שיטה מקובצת" שבקטן שאינו בר הכי אין

צורך בקבלת מצוות, וגירותו מתקיימת ע"י מילה וטבילה בלבד. ומה שיכול למחות משתגדל הוא משום שחוב הוא לו. לדברי ה"שריד" אש" אי קבלת המצוות גורמת לחוסר יציבותה של גירות קטן.

יתכן ויש מקום לתפיסה זו אם נניח שהגירות בקטן היא רק מדרבנן (עיין ברש"י וב"ש"ט מקובצת" שם), אולם אם הגירות היא מן התורה, כפי שתפסו רוב הראשונים, קשה להבין, כיצד תיתכן גירות כזו ללא לב הגירות, שהוא קבלת המצוות, ועל כרחך צריך להניח שאין צורך בקבלה במי שאינו בר הכי.

קבלת מצוות היא נקודת התורפה בגירויות בזמן הזה, משום שבמקרים רבים אין הקבלה כנה ורצינית. וכבר עסקו האחרונים רבות ביחס לקבלת מצוות בזמן הזה (עיין „אחיעזר" ח"ג סימן כ"ו, ועוד). בנידון דידן, חרש-אילמת פטורה מן המצוות, כדין חרש שאינו שומע ואינו מדבר, על כן יש כאן גירות ללא „נקיפת מצפון", הגירות המעולה ביותר — זאת בהתאם לאמור לעיל, שאין צורך בקבלת מצוות במי שאינו בר הכי.

דברים מפורשים יותר ביחס לגירות חרש, מצאנו בטור (יור"ד סי' רס"ח):
„כתב בעל הלכות, חרש שוטה וקטן שבאו להתגייר אין מקבלין אותן, מפני שאין כשרין להתנות עליהן. אבל קטן, אע"פ שאין בו דעת מלין אותו על פי אבותיו. ואיני יודע למה פסק דלא כרב הונא דאמר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד".

בעל הלכות הבדיל בין חרש ושוטה שאין מקבלין אותן, לבין קטן שמקבלין אותו, ואילו הטור השווה ביניהם והתפלא מדוע פסק בעל הלכות שלא כרב הונא, וזאת למרות שבקטן מסכים הבה"ג שמקבלין אותו.

לכאורה אפשר אולי לומר שחולקים כאן הבה"ג והטור אם יש לדמות חרש ושוטה, לקטן אשר מגיירים אותו על דעת ב"ד. ואילו היו כך פגי הדברים, אזי היה ניתן לפרש שהמחלוקת היא באמור לעיל, במה שגירותו של קטן תופסת ללא קבלת מצוות — אם הטעם משום שאין צורך בקבלת מצוות כיון שאינו בר הכי, או הטעם שאכן יש צורך בקבלת מצוות אלא שאנו ממתינים לכך עד שיגדיל. לטעם הראשון, חרש ושוטה דינם כקטן; לטעם השני יש להבדיל ביניהם, היות וקטן עתיד לקבל מצוות לכשיגדל, ואילו חרש ושוטה אינם בני קבלה כלל.

אולם אם גדיק בדברי הבה"ג, נמצא שאין כאן כל מחלוקת עקרונית. שכן הבה"ג סותר את דבריו מרישא לסיפא: בתחילה אמר — „חדש שוטה וקטן שבאו להתגייר אין מקבלין אותן", ולבסוף סיים: „אבל קטן אע"פ שאין בו דעת מלין אותו ע"פ אבותיו". בתחילה כלל את הקטן יחד עם החרש והשוטה, ולבסוף הפריד ביניהם?

על כרחק שמבחינה עקרונית שוים חרש שוטה וקטן — שלושם בני גיור. אבל מבחינה טכנית שונים הם, כי הקטן מובא ע"י אבותיו, על כן בית דין נזקקים לו, ואילו החרש והשוטה, שהם מסתמא גדולים, באים לבדם, ובי"ד אינם נזקקים להם, היות ואינם בני דעת ואין בי"ד יוזם גירות מעצמו.

ואמנם כן פירש „בית יוסף" שם את דברי הבה"ג, וז"ל:

„רבינו (הטור) סובר דבעל הלכות דחה לדרב הונא... ואני אומר דהא מילתא דפשיטא היא ובעל הלכות נמי הכי סבר וכדרב הונא פסק,

אלא שהוא מפרש דרב הונא לא בכל קטן הבא להתגייר קאמר, אלא בשאמו מביאתו להתגייר איירי וכדפירש"י, וזהו שאמר מלין אותו ע"פ אבותיו... ודע דבסימן רס"ז כתב רבינו בשם רב יהודאי דעבד קטן או שוטה מטבילין אותו על דעת ב"ד. ואין זה סותר למה שכתב כאן בשם בה"ג... דכיון שרשות רבו עליו, הרי הוא כגר קטן שמטבילין אותו על פי אבותיו. ובכן, דברי ה"ב ברו"ר שערקוניה גם לדעת הבה"ג שייכת גירות בחרש ובשוטה כמו שבקטן, וכל הקושי הוא מסביב למביאים אותם להתגייר. על כן עבד שוטה שרשות רבו עליו הוא כגר קטן שמטבילין אותו על דעת ב"ד.

ואע"פ שבגליון מהרש"א: (יור"ד סי' רס"ח, סעי' ז') כתב: „וחרש ושוטה — עיין חו"מ סימן רמ"ג ט"ז ודברי בה"ג שהביא הטור כאן — משמע דיש חילוק בינם לקטן" — אין כוונתו לחילוק מהותי, אלא לחילוק מעשי, כי לקטן יש מי שיביאותו, ולחרש ושוטה (שהם בדרך כלל גדולים) אין מי שיביאם.

יש עוד להוסיף, הצורך בקטן שיובא להתגייר ע"י אביו או אמו (כפי שמבואר ברש"י כתובות שם), מוסבר ב„שיטה מקובצת" בשם הרשב"א: „לומר דאין ב"ד מחזירין למול ולטבול את הגויים הקטנים מעצמם".

והכוונה היא שהצורך שיביאותו אחרים, אינו משום שהבאת אחרים תורמת לעצם הגירות, אלא אך ורק משום שבי"ד אינו גוקט יזמה בגידויות. ואכן כתב „כסף משנה" (פ"י מהל' מלכים ה"ג):

„וכתבו המפרשים, דרב הונא לא קאמר שיהו ב"ד מצווים לחזר ולמול את העכו"ם מעצמם, אלא שאם בא התינוק מעצמו או שהביאתו אמו או שעשו כן ב"ד מעצמן מהני". כלומר, הבעיה אינו מהותית אלא טכנית-מעשית. לכן אם בא התינוק מעצמו — אפילו קטן שאין לו דעת — או שבי"ד הביאותו בדיעבד, מקבלים אותו. וכן פסק שו"ע (יור"ד סי' רס"ח, ס"ז):

„עובד כוכבים קטן, אם יש לו אב יכול לגייר אותו, ואם אין לו אב ובא להתגייר או אמו מביאתו להתגייר, ב"ד מגיירין אותו". כלומר, אין גפקא מינה בין אם מובא ע"י אחרים או שבא מעצמו להתגייר, ב"ד אינם צריכים לזוהר את הגירות.

ראוי לציין, כי דעת התוס' רי"ד (כתובות שם) שבי"ד יוזמים גירות: „גר קטן — פירוש, אע"פ שאין לו אב ואם כגון תינוק שנמצא מושלך או ששבו ישראל קטני פלישתים".

בגידונו, לא ב"ד יום את הבקשה לגיור. המבקשת באה מעצמה יחד עם פקד, על כן אין לחשוש מבחשתה זאת.

אחרי כתבי זאת ראיתי את דברי הגר"ח ג' צימבליסט שליט"א שהסיק שאין לקבל את תאשה להליכי גיור. וגימקו הוא לדעת הסוברים שגירות קטן הוא מדרבנן (רש"י, ותוס' בתירוצם הראשון), והב"ח בסימן רס"ח כתב „שאין להקל לענין מעשה". לכן, אם נקבלנה לגירות לא נוכל להבדיל בין מילי דאורייתא למילי דרבנן. ואע"פ שגם לסוברים שהגירות מדרבנן, מותרת להנשא לבן ישראל (כפי שמוכח בסוגיא), מ"מ צאצאיה יהיו יהודים מדרבנן בלבד. משא"כ בקטן, לכשיגדל תהיה גירותו דאורייתא.

אמנם, לאחר העיון, נ"ל שאין דברי הב"ח מוסכמים. וכבר הסיק הש"ך ב, נקודות
הכסף" (יור"ד סימן ש"ה) שגירורו של קטן הוא מן התורה.

וה"ל הש"ך שם (אחר שהביא את דברי התוס' בכתובות שגיר קטן הוא מדרבנן):
„ולדיד לא קשיא מידי, דבית דין שאני, דאפילו במקום
שאינן שליחות זכיה לקטן יכולים ב"ד לזכות לקטן. ותו קשיא לי אמר
שחיצו התוס' שם דהא דמטבילין אותו היינו מדרבנן... והא דדאי
ליתא כמבואר בש"ס קדושין הנ"ל... שוב מצאתי בדברי בתוס' ר"פ
בן סורר ומורה שכתבו דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא היכא דדעת
אחרת מקנה אותו, וחפשתי בשאר פוסקים ומצאתי שכ"כ עוד התוס'
בגיטין פרק התקבל והרשב"א בחדושו שם, וכ"כ עוד התוס' בקדושין
דף י"ט ע"א והרא"ש שם סימן כ"ה, ונתתי שמחה בלבי, וגם
שהתוס' ופוסקים הנ"ל הביאו ראיות אחרות לזה".

כדברי הש"ך כתב גם „פני יהושע", וכן הסיק „חתם-סופר" (שו"ת יור"ד סי'
רג"ג). לדבריהם, גירות קטן היא מן התורה, כדעת רוב הראשונים. ויתכן שגם הב"ח
לא נתלק עקרונית על כך, אלא שלא רצה להקל לענין מעשה. לכן יש צורך בעיון
נוסף כדי לשקול למעשה גירות שכזו.

נקודה נוספת שהעיר הגר"ג צימבליסט שליט"א: הפוסקים הסוברים שהגירות
היא דאורייתא מסתמכים, בין השאר, על כך שהגירות היא זכות גמורה. האם
ניתן לראות כזכות גמורה את גירותה של חרשת-אילמת שבין כך תהיה פטורה
מכל המצוות?

אמנם, מדברי „חתם-סופר" גראה שזכות גמורה אינה נמדדת ברוחניות בלבד
אלא גם בגשמיות, ואלו דבריו (יור"ד סי' רג"ג):

„כתב מורי כהפלאה דהטף במלחמת מדין כיון שהיה להם זכות
גדול שלא נהרגו, אם הגדילו אין יכולים למחות, ע"ש. וא"כ הכא נמי
כשאבותיו מתיהדים, אם ישאר הוא בגויותו, קשה
להם להיות עמו באגודה אחת שהרי עושה יין
נסך, וכשהיו אבותיו נפרשים ממנו, מפרשים
אותו מחיותו, על כן זכות גדול הוא לו זאין יכול
למחות".

מפורש בדבריו שאם אי קבלתו לגירות תגרום בעיות גשמיות לקטן, יש בזה
זכות גמורה וגירותו מן התורה ולא יוכל למחות לכשיגדל.

בנידון דידן, אין לפקפק בזכות הגמורה שיש למבקשת בגירות, שכן היא בחדה
בארץ, עובדת וגרה בין יהודים. בלי ספק, „לא מיתדר" לה במצבה הנוכחי. כך גם
כתבה העובדת הסוציאלית: „מצבה הנוכחי מקשה ומסבך את חייה". על כן יש לראות
את הגירות כזכות גמורה עבירה, אשר תועיל מן התורה.

עד כאן עסקנו בנושא זה מתוך הנחה שהמבקשת אינה בת דעת ודינה כקטן.
עתה נבוא לבירור הנושא השני: האם לחרש-אילם שלמד להביע עצמו בתנועות ידים,
יש דין שוטה?

במסכת תרומות (פ"א מ"ב) נאמר:

„חרש שדברו בו חכמים בכל מקום שאינו לא שומע ולא מדבר“,
ופירש הרע"ב:

„שנולד חרש ממעי אמו, וכיון שלא שמע מעולם מה שמדברים לו,
אי אפשר לו שידבר“.

משמעות דברי הרע"ב, לכאורה, שנקודת התורפה בחרש היא חוסר האפשרות
להתקשר עם בני אדם, לכן בא מתוך חרשות ליד אילמות, וכתוצאה מכך, דעתו קלושה.
אם כך הם פני הדברים, מי שנתחרש בגיל מאוחר או שלמד להתקשר עם בני אדם
למרות חרשותו, דינו כפיקח.

ואמנם כך פירש „פרי מגדים“ (או"ח פתיחה כוללת ח"ב ד"ה ויור"ד סימן א')
את דברי הרע"ב:

„וכתב תב"ח ביור"ד א' דאפילו נתחרש אח"כ הוי כשוטה לכל

דבריו... ובפריי שם כתבתי דהרע"ב ריש תרומות כתב הטעם ממי היה
לו ללמוד — והוא אף נתחרש אח"כ כשוטה הוא? ואני מסופק בזה, אף
שאמרו בגיטין ויבמות פרק חרש, נתחרש אח"כ אין מוציא בגט, שמא רק
מספק הוא, ולא ודאי, דאף בחרש ממעי אמו אמר ר"א דספק הוא ואין
הלכה כן, אבל נתחרש אח"כ י"ל ספק הוא. ונפקא מינה
טובא באה"ע סימן מ"ד קידש פיקח וגרש וגשא חרש, וכה"ג לא. וכמה
נפקא מינה“.

על פירושו של „פרי מגדים“ על הרע"ב, השיגו בקונטרס „מלאכת חרש“ (לר'
יהודה בר"ח אב"ד טאפליא — וינה 1865) ובספר „מלאכת חרש“ (לר' יחזקאל חפץ),
שכוונת הרע"ב אינה שסיבת הפסול בחרש היא משום שאין בידו ללמוד, אלא כוונתו
לפרש, מדוע קראוהו חכמים בשם חרש, למרות שהוא גם אילם? לזה כתב
הרע"ב שהאילמות היא תוצאה מן החירשות. וכן כתב הרמב"ם בפירוש המשנה שם:

„חרש בלשוננו הוא שאינו שומע, ורז"ל קוראים ג"כ לאילם חרש,
לפי שסיבת האילמות היא חרשות נתחרש בעובר בבטן אמו
ולא ישמע מה שמדברין לו. וכבר נתבאר זה בספר השאלות הטבעיות —
נקרא לאילם בסיבת האילמות: חרש“.

ואכן הסיק „צמח-צדק“ (מלויבאוויטש, אבהע"ז סימן ל"ה, ד') שפיקח ונתחרש,
ועתה אינו מדבר ואינו שומע, דינו כחרש. ואלו דבריו:

„ומה שהעיר עוד בחרש זה שאינו חרש ממעי אמו רק שנתחרש
אח"כ, ואינו שומע ואינו מדבר, אם דינו כחרש גמור שדברו בו חכמים,
דאולי חרש גמור היינו שהוא ממעי אמו“.

„צמח-צדק“ הביא מספר ראיות שגם חרש שאינו מלידה נחשב לחרש. העיקרית
שבהן היא מן הסוגיא בגיטין (דף ע"א ע"ב):

„... דאפילו בחרש שיכול לדבר מתוך הכתב אמרינן דחלוקים
רבנן ארשב"ג בגיטין, וס"ל דהוי כחרש ממש, ולכן יש פוסקים שם באה"ע
סימן ק"כ, דבנפקא כותבים גט ע"י כתב ידו, משא"כ בחרש שיכול לדבר
מתוך הכתב, לכו"ע אין כותבים גט ע"י כתב ידו“.

ואכן מבואר שם בסוגיא שלדעת רבנן גם פיקח ונתחרש לא יוציא עולמית, ואפילו
אם „חזינא ליה דחריף“, וכמו שנאמר שם:

„אמר אביי אף אנן נמי תנינא, נשטית לא יוציא, נתחרש הוא או נשתטה לא יוציא עולמית (רש"י: דאפי' פיקח ונתחרש אינו יכול לגרש ואפילו יודע לכתוב). אמר רב פפא, אי לאו דאשמעינן ר' יוחנן, הוה אמינא רשב"ג לפרושי טעמא דת"ק הוא דאתא, ומאי עולמית, אע"ג דחזינא ליה דחריף".

ראהו זו מהווה גם את אבן הפינה לדיון ההלכתי ביחס לחרשים-אילמים הלומדים בבתי ספר מיוחדים להתבטא בשפת ידים או בריבור עילג. חרש-אילם המדבר בתנועות ידים היה ידוע עוד בתקופת הבית השני, כפי שמסופר בירושלמי (שקלים פ"ה ה"א) באותו חרש-אילם שתיאר את המקום „גגות-צריפין", ע"י ששם יד אחת על גג ויד שניה על צריף. שפת ידים שלומדים חרשים-אילמים בימינו מבוססת על עיקרון זה. הטיפול בחרשים-אילמים בצורה יסודית ומסודרת החל בעיר וינה. זכר לזה נמצא בדברי הרש"ש (גיטין דף ע"א) שהשיג על דברי „חכמת שלמה" שחרש מלידה אינו יכול לכתוב, וציין:

„בומנינו נמצא בוויין הבירה בית תלמוד על הכתיבה לחרשים

מלידה".

הריון המקיף בנושא זה הוא בקונטרס „מלאכת חרש" (מה"ר יהודה ליבש בר"ח אך כאשר המה הולכים ללמד בבית החרד הנקרא טויבשטומשולע, ושמה אב"ד טאפליא — וינה 1864), אשר פתח בשאלה:

„אלו הם הגולרים חרשים מבטן, אינן שומעים ואינם מדברים, לומדים לקרוא בלשון עברי ואשכנזי, וכשיצאים משם יודעים להתפלל ומבינים היטב בלשון אשכנזי וגם מלומדים המה לדעת רעליגיאן ומבינים דברי המדברים אליהם כמעט בהברה ובחיתוך הלשון וגם המה מדברים בלשון עלגים באמת קשה עד למאוד, מ"מ יש היכולת בידם לדבר כזה אשר חשומע יודע ומבין מה שמדברים. אשר כעת היום השאלה להלכה ולמעשה מה דינם של אלה בענין קדושין וגירושין חליצה שחיטה ועדות, אם המה גם אחרי הלימוד כהנ"ל עוד בכלל חרשים שאמרו חז"ל או לא, כי אף שאינם שומעים מ"מ הרי מבינים ויודעים ואנו רואין שיש בהם דעת ותבונה, גם הרי מדברים בלשון עלגים, ואם בכבוד פה, מ"מ הרי אנחנו יודעים ע"י דיבורם מה שאומרים ומבקשים".

גם בסוף ספר „מלאכת חרש" (לר' יחזקאל חפץ, וילנא תרל"ה ונדפס מחדש בא"י תשל"ג), כתב המחבר „קול קורא":

„כאשר בומנינו חדשה נשמע בארץ, אשר המציאו בתי לימוד ללמד לחרשים שאינם שומעים ואינם מדברים לכתוב ולקרות בספר ולדבר כאחד האדם... ועתה יש לחקור מה משפט החרשים האלה, אם יש להם עדיין דין חרש גמור שאינו שומע ואינו מדבר... או שנאמר מאחר שהם מדברים כאחד האדם בדעת ובהשכל, יש להם דין חרש המדבר ואינו שומע שהוא כפקח לכל דבריו, וא"כ יש להם קדושין וגירושין מן התורה וחייבים בכל המצוות האמורות בתורה. וזנה אנכי בענייני העליתי כי יש להם דין חרש המדבר ואינו שומע שהוא כפקח לכל דבריו, ותבאתי בעה"י ראיות לזה".

בתמשך הדברים מציין ששאל שאלה זאת מגדולי הדור וקיבל תשובות שונות אשר מפורטות בספרו „אבני חפץ” — ספר שלא זכינו לאורו.

גם בקונטרס „מלאכת חרש”, שהובא לעיל, מסיק בסופו:

„חובה עלי לפרסם כואת בישראל כי אלה החרשים שרים לשחיטה, לצירוף עשרה, לתפילה ולענין עדות במקום שאין צריך דרישה וחקירה, וקידושיהם קידושין דאורייתא וגם ביום לגרש דהרי הקידושין ג"כ מדאורייתא, אך לענין חליצה יש לדון בזה”.

שורשו ההלכתי של דיון זה הוא בתשובת „דברי חיים” מצאנו (בתשובה לה"ר ליבוש תנ"ל בקונטרס „מלאכת חרש”, ובשו"ת „דברי חיים” אבה"ע ח"ב סימן ע"ב ע"ג). ראייתו העיקרית היא מן הגמ' בגיטין (דף ע"א ע"ב שהובאה לעיל), וכתב:

„וא"כ לפי מסקנת הגמ', לרבנן דפליגי ארשב"ג, לא מהני אפילו בחריפי ויודעים טובא וגם כתבו בכתב ידם לא מהני ואינו גט כלל... וא"כ לדידן, כתב אינו מוציא מידי אינו בן דעת, לכן אפילו אם חזינן דהוא פקח חריף וגם כותב, לא מהני, דכיון דכתב לדידן אין כלל תועלת בו להוציא מידי אינו בן דעת, גם הכתיבה אינה מועילה ומחשב לדידן כמו שארי הענינים החריפות שרואין בו וגם זה מהחריפות שבו, אבל מ"מ אינו יוצא מכלל אינו בן דעת”.

בעקבות „דברי חיים” יצא גם המהרש"ם (ח"א סימן ק"מ), וז"ל:

„באשה שנפלה לפני יבם חרש שאינו שומע שומע ואינו מדבר מתולדתו וע"י שלמד בבתיים המיוחדים לחרשים בזמן הזה, יודע ומכיר בתנועות שבכלי המבטא של המדברים עמו ע"י תנועות השפתים ומבין כל מה שמדברים עמו, וגם הוא מדבר בלשון נלעג, ובכל זאת מבינים השומעים את דבריו, והוא עוסק במלאכתו בחכמה ובדעת ככל האדם”.

וכתב המהרש"ם:

„והנה בגוף דין חרש כבר הביא בשו"ת דברי חיים מהש"ס דגיטין דמפורש דאף שיכול לדבר מתוך הכתב וחזינא ליה דחריף, אפ"ה לא מהני תגט כלל. וראיתי בשו"ת הלק"ט ח"ב סי' ל"ח שהאריך... וכתב, וכפי הנודע החרש אין לו גרעון אלא חוש השמע, ומצינו חרשים פקחים מאוד, ובעירנו היה חרש כהן חייט גדול שבעיר והיה לוקח סידור בשעת תפילה והיו רומזים לו וידע ובקי בו ועומד בשעת התפילה ונושא כפיו והיה נקל ללמדו כל הדברים, וקשה למה יהא נחשב כבהמה? וצידד דלא גרע מסומא, דגם זה חסר לו רק חוש אחד ותלוי בפלוגתא אם פטור מהמצוות וסיים דמסתפינא לומר כן, דבכל מקום חרש שוטה וקטן שנויים יחד. עכ"ד. ולפלא שלא הביא מהש"ס גיטין תנ"ל דמפורש דגם בחזינא ליה דחריף לא מהני כלום. וגם בתשובות צמח צדק (סימן ע"ז) הביא כמה עובדות בחרשים שהיו פקחים, ושראה בקרקא חרש שהיה חייט ופקח גדול והיה סוחר עם מלבושים, וכמה פעמים תבע מאחרים בפני ב"ד, ולפעמים היה הוא נתבע והיה פקח גדול ובקל היה מבין הרמזות, ומ"מ דינו ככל

חרש, דאין לחלק בין החרשים, ע"ש. וגם בשו"ת מהר"ם שיק אבהע"ז ע"ט האריך בזה וגם בשו"ת פני יצחק הספרדי אבהע"ז י"ג האריך בזה".

גם בשו"ת, "נאות דשא" (לבעל, "לבושי-שרד", אבהע"ז סי' קלב) דן בזה: "אנו צריכים לברר בחרש שעושה תנועות בשפתיו ומוציא קול בעת תנועותיו אלו ועל ידי זה נושא ונותן עם בני אדם, אם נימא דחשיב זה כקול או כהרכנה. והדבר פשוט דאין זה קול כלום, דאינו קול בן דעת אלא קול כסיל בעלמא, ולא חשיב קול אלא קול דברים ממי שמדבר, משא"כ קול הברה הוה ודאי שאינו כלום. והרי הקפיצה גופא בלי הקול, ג"כ כקולו חשוב, כיון שהוא מעשה בגופו כמו הרכנה, רק שהחסרון הוא שאינו סימן ניכר, ומה יועיל קול זה. וזה פשוט כי ידעתי שלא יסופק כל שום אדם בזה".

"נאות דשא" הפליג בדבריו שאפילו חרש המדבר בקול נלעג דינו כשוטה, כי אין זה קול בן דעת אלא קול כסיל בעלמא. אולם ה, "דברי חיים", מהרש"ם ושני בעלי "מלאכת חרש" הגיעו למסקנה שונה.

וזה לשון "דברי חיים" (בתשובה שבקונטרס, "מלאכת חרש", אשר שונה מעט בסיגנונה מן התשובה בשו"ת, "דברי חיים"):

"אבל בנידון דידן באם מדברים קצת, ואפילו בלשון עלגים, הוי בגדר המדבר... בכתאי גוונא לפע"ד כפקחים הם. ואי משום שאינן שומעים, הנה לפי מה שכתב הרמב"ם דעל פי טבעי הרפואה אי אפשר לדבר מבלי שמוע, ולכן אם הם מדברים מסתמא הם שומעים קצת עכ"פ, דזה מהני להיות נחשב כשומע ומדבר, כמבואר בתשובת ר' אשר ז"ל, מביאו הטור בחו"מ סימן רל"ה... ולכן בנידון דידן אם הם מדברים קצת, ואף בלשון עלגים המה בגדר מדברים, ודאי יכולים לקדש וקדושיהן קדושין דאורייתא וכן יכולים לגרש לכולי עלמא. אך להרמב"ם י"ל דכל ענינם הוי דק מדרבנן, ונפקא מינה לכמה ענינים".

וכן הסיק מההרש"ם (ח"א סימן ק"מ): "והנה מכוח דיבורו בלשון נלעג כבר הארכתי בתשובה להתייר".

גם, "מלאכת חרש" בקונטרסו הג"ל הסיק כן:

"ומאחר שכבוד אדם" (, "דברי חיים") העלה דיש להם יד לקדש ולגרש וגם בשחיטה רק מצד חומרא, ממילא מובן כי כבוד אדם"ו הסכים על ידי בעיני צירוף לעשרה דבני מצוות המה וכמו כן לא בא לחלוק עלי לענין עדות, כמש"כ שם. לזאת מאחר דכבוד אדם"ו הסכים וביאר את דבריו ואין בינינו רק פלפול דברים... חובה עלי לפרסם כזאת בישראל, כי אלה החרשים כשרים לשחיטה לצירוף עשרה ולתפילה ולענין עדות במקום שאין צריך דרישה וחקירה, וקידושיהן קידושין דאורייתא וגם בידם לגרש דהרי הקידושין

ג"כ דאורייתא, אך לענין חליצה יש לדון בזה".
 כך גם הסיק בספר „מלאכת חרש" (לר"י חפץ).

העולה מן האמור שישנם ארבעה סוגי חרש-אילם:

(א) חרש אילם אשר למד לדבר כאחד האדם, דיבור שלם ותקין — דינו כפיקח לכל דבר. חרש-אילם כזה הוא מן הסוג המתואר ב„קול קורא" שבספר „מלאכת חרש" (לר"י חפץ):

„בית ספר לאילמים חרשים ליהודים בלונדון הראה פעולתו על החניכים בימים האלה עד להפליא, ובהגיע אחד מהם לבר-מצוה, עלה ויברך בקול את ברכת התורה אף קרא בעצמו את הפרשה. כל השומעים השתוממו ולא האמינו למשמע אזניהם".

ראוי לציין שלפני בית הדין שלנו הופיע תורגמן אשר תירגם את דבריה של המבקשת בשפה ברורה ברורה וצוה, ולאחר מכן הוברר לנו שגם התורגמן הוא חרש-אילם מלידה, וכי הוא שולט בדיבור צח וברור בארבע שפות. ברור שחרש-אילם זה הוא פיקח לכל דבר.

(ב) חרש אילם המדבר בתנועות ידים ובקול עילג — לדעת „דברי חיים", מהרש"ם ושני בעלי „מלאכת חרש" — דינו כפיקח. לדעת „נאות דשא" דינו כשוטה.

(ג) חרש אילם המדבר בתנועות ידים בלבד — אינו בר מעשה לפי המתבאר בסוגיא בגיטין שאין מקבלים את דבריו מתוך הכתב אע"פ שחויגה ליה דחריף. ובשו"ת „הלכות קטנות" נסתפק בדבר.

(ד) חרש אילם שאינו מדבר אף בתנועות ידים, הוא החרש מתוך „חרש שוטה וקטן", ודינו כשוטה לכל דבר.

מהו הבסיס ההגיוני להבחנה בין הסוגים הללו?

חרש אילם — כפי שהתבאר לעיל מדברי הרמב"ם בפירוש המשנה — חסר את הנתונים הבסיסיים להתפתחות שכלית. היות ואינו שומע, אינו מדבר, ועל כך הוא נטול אפשרות לקלוט דעת. הדיבור והשמיעה הם הכלים העיקריים לקליטת דעת, ואילולי כן, מותר האדם מן הבתמה אין.

היות וזהו הנתון הבסיסי בחרש-אילם, על כן זקוקים אנו לראיה אלימה, כדי לדעת שהוא התגבר על מיגבלותיו והינו בר דעת. דיבור ממש משמש ראיה ברורה לכך. דיבור נלעג, לדעת רוב הפוסקים משמש כראיה מספקת, אולם לדעת „נאות דשא" אין זו ראיה מספקת. תנועות ידים ללא דיבור אינן ראיות, לפי דברי חז"ל משום שיכולת ההבעה באמצעותו היא מצומצמת למדי, ואין הן מאפשרות לנו לדעת את טיבו.

קיצורו של דבר, חרש אילם עליו הראיה להוכיח שהוא בר-דעת, כי נתוניו הבסיסיים מורים לנו את ההיפך.

בלי ספק ישנם חרש-אילמים המדברים בתנועות ידים בלבד, ורמתם השכלית היא תקינה. אולם חז"ל לא חילקו בין חרש לחרש, ואמת המידה להוכחת פיקחותו של החרש-אילם חייבת להיות אחידה. הסופרת האמריקאית הידועה, בעלת פרס נובל הספרות: הלן קלר, שהיתה עורת-חרש-אילמת, מהווה יוצא מן הכלל, מוסל ביותר, שאינו בא ללמד על הכלל.

נחזור לנידון דידן. האשה שבאה לפנינו דיברה בתנועות ידיים בלבד. לא שמענו קול הברה מפיה. אמנם נמסר לנו לאחר מכן שהיא דוברת פרסית בצורה עילגת מאוד. לאמור לעיל, יש לדון בה: „ממה נפשך” — אם היא בת דעת ובת קבלת מצוות, אזי יש לקבלה להליכי גיור כמו כל המבקשים להתגייר. ואם אינה בת דעת ואינה בת קבלת מצוות, אזי יש לקבלה להליכי גיור על יסוד טבילה בלבד, כדין גר קטן. ובנידון זה תהיה גירוזתה עדיפה, משום שנהיה פטורים מן החשש שמא קבלת המצוות היא למראית עין בלבד.

אעפ”כ, אינני תוקע עצמי לדבר הלכה, והדבר מחייב שיקול דעת נוסף.

שלמה דיכופסקי

החלטה

אחרי העיון ולאור הנמוקים המצורפים החלטנו שאין לגייר את המבקשת.

תיק מס' 791/תשל”ו

בבית הדין הרבני האזורי רחובות

בפני כב' הדיינים: הרבנים א. י. לנאל, עזרא בצרי, סעדיה שרעבי

בענין:

התובע : א.

נגד:

הנתבעת: ב.

הנידון: עסק משותף לבני זוג מגורשים

עתירת בעל ואשה שעומדים להתגרש שיתירו להם להמשיך לנהל את עסקם המשותף לאחר הגירושין עד שיספיקו להסדיר את פירודו. — האם מותר לבני זוג שנתגרשו מן הנישואין לדור בחצר אחת או במבוי אחד, ואם יש הבדל כשהאשה נישאה לאחר או לא נישאה. — מה הדין בחצר שרבים עוברים ושבים בה. — מה הדין בחנות משותפת. — מה הדין בכהן. — מה הוא האיסור בבא על פנויה. — האם מותר למגורשים שיתיה להם עסק משותף.

מסקנות

א. בני זוג שנתגרשו עליהם להתרחק זה מזו, ולא יגבו חובותיהם זה מזו אלא

באמצעות אחרים.

ב. רוב הפוסקים סוברים שאם נתגרשו מן הנישואין אף שהאשה לא נישאה לאחר

אסור להם לגור בחצר אחת, ואם האשה נישאה לאחר הגירושין לאחר, אסור לה לדור עם המגרש אפילו באותו מבוי, ויש אומרים שאף בחצר אחת לא אסור להם לגור אלא כשהאשה נישאה לאחר. ונקטינן להלכה כדעת רוב הפוסקים.

ג. אם המגרש הוא כהן חל דין זה אף בגרושה מן האירוסין ואסור להם לדור אף באותו מבוי.

ד. (1) חלוקים הפוסקים בבא על הפנויה אם זה איסור מדרבנן או שעובר בלאו דאורייתא. בחילוקי דעות אלו תלויה המחלוקת בדברי האוסרים לבני הזוג שנתגרשו לדור בחצר אחת אף כשהאשה לא נישאה לאחר אם מותר להם לדור בחצר שרבים עוברים ושבים בה וכשיזהרו שלא יבואו לידי יחוד. ויש סוברים שמותר אף אם לא נזהרים. ויש לסמוך בשעת הדחק על דעת המתירים כשנזהרים, במקרים מיוחדים.

(2) אולם כל השאלה היא בבתים נפרדים אבל בבית אחד לכל הדיעות אסור אף כשיש שומרים ובשעת הדחק, וכמו כן חנות משותפת אף שרבים נכנסים ויוצאים בה, יש לה דין כמו בית אחד ואסור.

ה. בומנינו שהדור פרוץ יש לאסור לדור בחצר אחת בכל האופנים, משום שהפנויות אינן טובולות ויש חשש משום נידות, דהוי איסור תורה.

ו. אסור למגורשים להתחזק חנות משותפת, מלבד האיסור שנמצאים בבית אחד, משום שבעצם עסקם המשותף יש ביניהם דין ודברים יחד, ויש לחשוש שיבואו לתקלה.

פסק דין

הוגשה בפנינו בקשה משותפת לגירושין מהזוג א. ו., לעצם הבקשה אין התנגדות מצד ביה"ד אחר שהתדיינו בפנינו כבר לפני שלש שנים בערך ונסיגנום לשלום בית נכשל וכבר שנה שחיים בנפרד, ואין צורך להאריך בזה במסגרת זו.

הבעיה העומדת לפנינו הוא אחד מסעיפי ההסכם החתום ע"י שניהם, וזה לשונו:

„החנות תשאר בניהול משותף על בסיס של שותפות ושל בעלות

50% לבעל ולאשה מתוך מגמה להגיע לפירוד מוחלט גם בשותפות

החנות תוך פרק זמן הקצר ככל האפשר, כדי לא לפגוע בקיום החנות. האוטו

מהווה חלק מהחנות. זכות ראשונית לאשה להתחזק בחנות בתנאים כדלקמן.

בעת חלוקת הרכוש אשר בחנות ילקחו בחשבון החובות אצל הספקים

וחובות משותפים אחרים (הלוואות בל"ל הלוואה על האוטו). בכל תקופת

ניהול החנות במשותף יתחלקו הבעל והאשה חצי חצי ברזוחים”.

בקשת הצדדים היא להתגרש על פי ההסכם ושיקבל הסכם זה תוקף של פסק דין.

אין צורך לפרט כאן סעיפי ההסכם באשר אין בעיה בהם.

השאלה העומדת בפנינו היא, אם מותר להם אחר הגירושין לנהל עסק משותף

ולשבת בחנות יחד ולו באופן זמני עד שיוכלו לחלק אותו ביניהם.

הלכה זו ניתן ללמודה מהגמרא בכתובות דף כ"ו ע"ב: „דתניא המגרש את אשתו

לא תינשא בשכונתו ואם היה כהן לא תדור עמו במבוי”.

„תנו רבנן להימנה בנכסי אביה אינה נפרעת אלא ע”י אחר אמר רב ששת ואי אתו לקמן לדינא לא מדקצינן

ללו רב פפא אמר שמותי משמתינן ללו וכו' במה דברים אמורים שנתגרשה מן הגישואין

אבל כשנתגרשה מן האירוסין נפרעת ע"י עצמה שאין לבו גס בת וכו' הגי מילי היכא דלא גייסי בהודי' וכו'.

ופירש רש"י: „לא תינשא בשכונתו לפי שמכירה ברמיזותיו וקריצותיו שמא יבואו לידי עבירה, ואם היה מהן אפילו לא נישאת, לא תדור עמו במבוי שמא יבוא עליה וכהן אסור בגרושה אבל ישראל כל זמן שלא נישאת תדור בשכונתו. לה היתנה בהיותה תחתיו בנכסי אביה שהיו בידה נכסי מלוג ובכהן שגירש את אשתו קא מיירי, אינה נפרעת הימנו ע"י עצמה שלא יקרבו בדברים — דגייסי בהודי' מכירין זה את זה ברמיזות וקריצות". ושכונה כתבו התוס' שם דהיינו שלשה בתים. ועי' בר"ן שם וברא"ש דסבירא להו דשכונה גדולה ממבוי, ועי' מהר"י קצבי סי' י"ד וב"ב בית דוד אבהע"ז סי' פ"ה תאריך בזה, ועי' ב"זקן שמואל" ד"ט.

נראה מפירוש רש"י שהמגבלות הנאמרות בגמרא הם או לאשה שהתגרשה ונישאת לאחר או לאשת כהן שנתגרשה, ומה שלא פירש כן על אשת ישראל שנתגרשה ולא נישאת לאחר, טעמו של דבר הוא כיון שמותר לו להתחזירה לא חששו חכמים אם יהיו קרובים זה לזו. אולם אף לפי דרך פירושו של רש"י דייק הר"ן שם שיש איסור אף באשת ישראל שלא נישאת לאחר לדור עמו בבית אחר בחצר אחת אלא אם כן יותרו שלא יבואו למצב שהיו ביחידות בחצר. וכן דייק בחדושי „אנשי שם" מפירוש רש"י שכתב אבל ישראל כל זמן שלא נישאת תדור בשכונתו משמע אבל לא בחצרו. וכן דייק ב"פרי חדש" אבהע"ז סי' קי"ט מרש"י, וכ"כ הב"ב בסי' קי"ט.

ועם כל זה השאיר הר"ן דין זה בצריך עיון אחר שהביא מהירושלמי גיטין פרק הזורק הלכה ט', וז"ל:

„המגרש את אשתו לא תדור עמו לא באותו חצר ולא באותו מקום, אם היתה חצר של אשת איש מפנה, ושל איש, אשה מפנה וכו' במה דברים אמורים בזמן שנישאו, הא לא נישאו לא. ובכנהת אפילו לא נישאו. והארוסה שביהודה כנשואה היא. החולץ ליבמתו אף על פי שעשה מאמר הרי זה לא יפנה שאין מאמר קונה קנין גמור".

חדיק מזה הר"ן שבלא נישאו לאחר אפילו בחצר מותר כי הוא מפרש כוונת הירושלמי בזמן שנישאו הכוונה שנישאו לאחרים, וכתב שהברייתא השנויה בגמרתנו חולקת עם הירושלמי, שבירושלמי השווו כהן לישראל, ובבבלי חילקו בהן ולפיכך הדבר צריך עיון.

אולם ב"אור זרוע" הל' יבום סי' תרי"ח פירש את הירושלמי באופן אחר, שכוונתו לא נישאו ונישאו, אין הכוונה שנישאו לאחר אלא הפירוש הוא כך, במה דברים אמורים בזמן שנישאו והתגרשו מן הנישואין, אבל לא נישאו והתגרשו מהאירוסין אין צריך לפנות ויכול לדור עמה בחצר אחת שאין לבם גס זה בזה, ובכנהת אפילו אין אסורות עליהם בלאו אפילו לא נישאו ואין לבם גס, התמידו חכמים שלא ידור עמה לא בחצר ולא במבוי. על פי פירוש זה אין סתירה מהירושלמי לדין שהשאירו הר"ן בצריך עיון והוא אם בנתגרשה מן הנישואין אשת ישראל ולא נישאת אם מותרת לדור בחצרו שאדרבה לפי פירוש זה יצא שהירושלמי עצמו כותב דין זה ופוסק שאסור לדור בחצירו שהרי הכל מדובר בפנויה ולא בנישאת לאחר כמ"ש ב"אור זרוע" לענין הכנהת שאפילו היא פנויה אסור אפילו מהאירוסין, נמצא שהירושלמי עצמו מבואר דין זה שאשת ישראל שנתגרשה אף שלא נישאת לאחר אסור להם לדור בחצר אחת.

ובשו"ת הראנ"ח סי' ו פירש דברי הירושלמי כמ"ש ב"אור זרוע" וכתב על דברי הר"ן אפשר שיש בלשון הירושלמי דברים שמתוכם הוכרח הר"ן לפרש כן, דאם לא כן לשון הירושלמי שהביא קשה לפירושו זה וקאמר במה דברים אמורים בזמן שנישאו הא לא נישאו לא, ולפירוש הר"ן נושא המתגרשת אין לו ענין בזה כלל להזכיר אותו ולומר נישאו, שאין לנו עסק אלא במגרש ובמתגרשת ולא היה לו לומר אלא בכמה דברים אמורים בזמן שנישאת, הא לא נישאת לא. ועי' מ"ש בס"י צ"א.

וליישב דברי הר"ן נראה כיון שבירושלמי לא כתוב נישאו עם יו"ד אחר תנ' שיהיה הניקוד בנו"ן חריק אלא כתוב נשאו, ואפשר לקרוא בניקוד נ' קמץ והש' בשבא, ולפי זה הלשון הוא רק בנושא המתגרשת ובמקום נישאת בלשון יחיד תפס הירושלמי לשון רבים במתגרשת עצמה. ועי' במהר"י קצבי סי' י"ד מה שפלפל בדברי הר"ן.

ו"פרי חדש" בס"י קי"ט כתב ג"כ שיש לפרש דברי הירושלמי וכמ"ש ב"אור זרוע", ודייק ג"כ כדברי מהראנ"ח הנ"ל, וכן כתב עוד דיוק אחר לפרש כן. עם כל זה לענין פירוש כתב שפירוש הר"ן העיקר בירושלמי כיון שבמס' שמחות פ"ב ה"ד משמע מפורש כדברי הר"ן, אבל להלכה העלה לאסור. וכ"כ ב"גט פשוט" סי' קי"ט אחר שהביא דברי הר"ן והירושלמי והראנ"ח הנ"ל.

הסמ"ג בלאוין קכ"ה הביאו ב"שלטי גבורים" פ"ב דכתובות כתב דלפי פירוש רש"י אין לנו ראיה בישראל שיאסר לדור עמה בחצר אחד, וכתב על זה ב"גט פשוט" שם שמדקדוק דברי רש"י שכתב בשכונתו משמע אבל חצר לא וכמ"ש לעיל.

על כל פנים, אף לשיטת רש"י אין ראיה להתיר לדור בחצר, ואף שממסכת שמחות נראה שמותר עכ"פ לא מצינו ברש"י להדיא שיתיר בזה ואפילו הר"ן לא התיר רק שנשאר בצריך עיון מחמת הפירוש בירושלמי. אולם הריטב"א בחידושו לכתובות דף כ"ז י"ב כתב בהדיא שישראל שגירש את אשתו כל עוד שלא נישאת יכולה לדור עמו בחצר כיון שאינה נאסרת עליו, ואין כאן אלא משום יחוד דפנויה בעלמא. והביאו ב"שיטה מקובצת" וכתב שם דבליקוטי הגאונים כתוב שאסור לה להיות עמו בחצר שמא יבוא עליה לשם קידושין. ועי' ב"שדה יהושע" גיטין דף ק"ו ע"א ומ"ש עליו ב"עמודי ירושלים" על הירושלמי. ומ"ש ב"ידי דוד" סי' ק"א דלסמ"ג מותר, תמזה שהרי הסמ"ג לא כתב רק שאין ראיה לאסור אבל גם להתיר לא הביא ראיה. ועי' ב"פרח מטה אהרן" ח"ב סי' י"ז מה שהשיג על הב"ח ובוזה נסתלקה השגתו. ועי' ב"זקן שמואל" דף כ'.

והרמב"ם בפרק כ"א מהל' איסורי ביאה הל' כ"ז פסק, דמי שגירש את אשתו מן הנישואין לא תדור עמו בחצר שמא יבוא לידי זנות. וכתב הרב המגיד, דממ"ש לא תדור ולא כתב לא תינשא נראה שהוא היה גורס שם המגרש את אשתו לא תדור עמו וכו' דלא כגירסת ספרינו, ואף לפי גירסא זו (כלומר גירסתינו) אפשר שבחצר אחד אפילו בלא נישואין אסורין לדור וכן משמע הסוגיא שם" (אפשר שכונתו למשמעות הסוגיא כפי שכתב הר"ן ז"ל ממה שנזכר אח"כ חצר). וכ"כ הר"ן דגירסא אחרת היתה להרמב"ם.

וכתב על זה הר"מ הכהן בהשגותיו, "תימה דבגמ' שלנו לא אמרינן כי אם לא תינשא בשכונתו מפני שהיא ערוה וכיון דגיס בה גזרינן שמא יבוא עליה. אבל אם לא

נישאת מאי איכפת לן אם תדור בשכונתו כי לא יעשה איסורא בביאתו" וכו' והביאו הר"ן שם.

ויש לדקדק בדברי הר"ן והרב המגיד דמדוע הוצרכו לומר דלהרמב"ם היתה גירסא אחרת, כיון שאף לפי גירסתנו יש לומר דאסור לדור בחצר כמ"ש הרב המגיד בהדיא וכן דקדק הר"ן מהגמ'. ויש לומר שהוכרחו לפרש כן בדעת הרמב"ם מכיון שאילו היה גורס כגירסתנו „היה לו להביא הדין שאם נישאת אסור לדור בשכונתו, שדין זה מפורש בבביתא ולא היה לו להרמב"ם לכתוב דין שלמד מדקדוק הגמרא לענין חצר שידוע שהרמב"ם דרכו לכתוב יותר הדינים המפורשים בש"ס, ולזה הוכרחו לומר דגירסא אחרת היתה להרמב"ם שגרס לא תדור בשכונתו, וממילא מסתלקת השגת הר"מ הכהן מהרמב"ם כיון שגירסא אחרת היתה לו שממנה למד שאין לחלק בין נישאת לאחר לבין לא נישאת לאחר. ואף שהיה אפשר לומר דהרמב"ם מפרש הירושלמי כמ"ש ב„אור זרוע" וכמ"ש לעיל, וממנו למד לומר דאפילו פנויה שלא נישאת לאחר אסורה, מכל מקום מוכרחים לומר שגירסא אחרת היתה לו בגמרא שאם לא כן לא היה מניח הדין לענין שכונה שלא כתבו. ועי' במהר"י קצבי סי' י"ד.

ומדברי הרמב"ם נראה שהוא מפרש כל הסוגיא גם באשת ישראל ולא רק באשת כהן כמו שפירש רש"י וכ"כ הר"ן. מעתה מה ששאל אב"י מהו לעשות בגרושה כן, הכוונה לבת ישראל. ואם כן יש להבין הרי אב"י שאל מהו לעשות כן בחצר, והגמרא הביאה מהבביתא לענין שכונה, והרי יש לחלק ביניהם כמ"ש הר"ן שבחצר יש להחמיר יותר, ואם כן היה לו להרמב"ם להשמיענו רבותא דאפילו בשכונה אסור וכ"ש בחצר, ומדוע תפס הרמב"ם הדין בחצר דוקא. ובפירוש ר"ד עראמה ז"ל להרמב"ם שם כתוב שחצר ושכונה דבר אחד הם ושכן נראה מהגמ'. וכן נראה מהר"מ הכהן שתפס בלשונו שכונה על מ"ש הרמב"ם חצר, אם כן להרמב"ם שכונה וחצר דין אחד להם שאפילו באשת ישראל שנתגרשה והיא פנויה אסור להם לדור בחצר אחת.

עוד דקדק הרב „פרי חדש" בסי' קי"ט על דברי הרמ"ד תנ"ל שכתב „כי לא יעשה איסור בביאתו", וכתב ע"ז „פרי חדש", „על כורחך כלומר שלא יעשה איסור דאורייתא דאילו איסור דרבנן אפילו על יחוד פנויה גזרו כל שכן על ביאתה. ואין דינו מחזור, דאי לדעת הרמב"ם משמע דכל אשה שנבעלה ברצונה בלי פיתוי מקריא קדשה ולוקה עליה מלאו דלא תהיה קדשה, וכן לדעת הרמב"ן בהשגותיו לספר המצות בשורש החמישי וכו' וגם „מגיד משנה" סבור בפ"א מה' אישות דתבא על האשה שלא לשם אישות עובר בעשה דרחמנא אמר כי יקח איש אשה" וכו'.

ותקשה ב„זקן שמואל" דף כ', דא"כ שיש איסור לאו גם בפנויה, מדוע חלקו בגמרא בין גרושת ישראל לכהן הרי בשניהם יש לאו ומדוע הם הרחיקו בכהן למבוי, ויישב דבישראל יכול לבעול לשם קדושין ותהיה מותרת לו וע"כ לא הרחיקו כל כך, אבל באשת כהן שאף לשם נישואין אסור להם לחזור, עשו הרחקה יתירה, ולפי זה נסתלקה השגת הרמ"ד. והיה אפשר לומר שזה יסוד מחלוקת רש"י והרמב"ם בפירוש הגמרא, דרש"י מפרש דוקא בכהן דס"ל דאיסור פנויה הוא רק מדרבנן וע"כ לא גזרו בזה חכמים, והרמב"ם ס"ל דהוה איסור תורה, ועל כן אין לחלק בין נישאת לאחר או לא נישאת שגם בלא נישאת יש איסור לאו, ואף שנישאת חמור יותר, מכל מקום כיון דהוה איסור תורה, מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת. ואכמ"ל במחלוקת זו של איסור פנויה. וכן נראה ממהר"י קצבי סי' י"ד.

ופשוט שאיסור פנויה למאן דאמר דהוי דרבנן, המדובר בימים הקודמים שהיו טובלות הפניות ולא היה בזה איסור כרת, אבל בימינו אלה שאין דרכן של הפניות לסבול רק הנשואות, לכל הדעות איסור תורה יש בהם ולא רק איסור לאו אלא איסור כרת.

עוד יש ליישב דעת הרמב"ם מהשגת הרמ"ך כפי שכתבנו לעיל, משם הגאונים שלא יבואו לידי חשש קידושין, שהרי הבא על גרושתו אינו דומה לבא על פנויה דעלמא, אלא שהרמב"ם לא כתב טעם זה אלא כתב הטעם שמא יבואו לידי זנות. ואפשר שאינו חולק על טעמם של הגאונים והסתפק בטעם אחד.

והטור בס"י קי"ט לא כתב דין אשת ישראל שלא נישאת אם מותרת לדור בחצר, אלא שהב"ח שם כתב, „דלדעת הטור אסור לדור בחצר אחד דדוקא לדור יחד דרך מקרה לא חיישינן, וטעמו של דבר דכיון דדברים יחד, שמא יבוא עליה באיסור צוה, דומה למ"ש הרא"ש בפלגש שהיא בושה מלטבול כדלעיל סי' כ"ו. אי נמי משום פריצותא".

וב„שלחן ערוך" סי' קי"ט סעי' ז' פסק כדעת הרמב"ם שבאשת ישראל אף שלא נישאת לאחר אסורה לדור בחצר שמא יבואו לזנות. ואף הרמ"א לא כתב דיעות הריטב"א והרמ"ך החולקים בזה. משמע שהכי נקטינן להלכה. וכ"כ ב„פרי חדש" שכן דעת רוב הפוסקים והכי נקטינן, וכן פסק ב„גט פשוט" סי' קי"ט.

ואין להקשות על שיטה זו ממסכת שמחות פ"ב הי"ד, „ב"ש אומרים המגרש את אשתו לא ישרה עמה לא במבוי ולא בחצר וכו', במה דברים אמורים בזמן שגישאו והכהנת אע"ג שלא גישאו, במה דברים אמורים מן הגישואין, אבל מן האירוסין לא", משמע דוקא כשגישאו וכמ"ש „פרי חדש" לסייע מזה, שכבר דחה מהר"י קצבי ז"ל סי' י"ד ראייה זו שיש לומר מה שכתוב „גישאו הכוונה למבוי, אבל לחצר אפילו לא גישאו וכדוחק שכתב הר"ן עי"ש. ומה שלא חילק הרמב"ם בדין זה בין נישאת ללא נישאת, דבנישאת אף במבוי אסורה, כתב על זה מהר"י קצבי ז"ל שם, „כיון דלדידיה לא הוזכר בשום מקום כי אם חצר ומבוי, וסבירא ליה דבישראל ולא נישאת, בחצר אסור, ולכנה דחמיר טפי, אסור במבוי, קל וחומר הוא דבנישאת בין בישראל בין בכתן שאסור במבוי, ומלתא דאתיא בקל וחומר לא טרח וכתב לה".

וב„זקן שמואל" דף כ' כתב שיש לומר שלהרמב"ם הגירסא כגמ' שלפנינו ושכונה וחצר הם דבר אחד, ומה שכתב לא תינשא לרביתא גטא הברייתא כן שאפילו שיש לה בעל שהוא משמרה אסורה בשכונה וכ"ש כשלא נישאת עי"ש.

לפי זה נידון שלפנינו שישבו יחד בעסק, יש לדמותו לדברים יחד בחצר אחד, שפסק הרמב"ם ושו"ע שיש חשש שיבואו לזנות, ומה עוד שיש להוסיף חששת הגאונים שיבוא עליה לשם קידושין ותהיה אשת איש. ואף לדעת הרמ"ך והריטב"א שמקילים כל שלא נישאת, הרי טעמם הוא דהוי איסור דרבנן, ואילו היום שלא טובלות הרי יש איסור תורה וכרת וכמ"ש הב"ח, על כן יש לומר שבזמנינו לכל הדעות אסור לדור בחצר, ומה עוד שהדור פרוץ.

אלא שיש לחלק ולומר, דמה שאסרו בחצר הוא משום יחוד, שאף שכל אחד נמצא בביתו שבחצר, כיון שאין רבים בחצר יבואו לידי זנות, אבל בחנות שאינם מתיחדים יחד שהרי הוא פתוח לרשות הרבים וכל הרוצה להכנס נכנס יש לומר שבוה לא גזרו. אף שבחנות באים גם כן לידי יחוד לאחר גמר העבודה וכשיש עבודה פנימית

בחנות, מכל מקום אין הדבר דומה לחצר, ומנין לנו לאסור בחנות? ויש לומר לאידך גיסא, שבחנות חמור יותר שנמצאים יחד בחדר אחד, מה שאין כן בחצר שכל אחד בביתו. על כן עלינו לברר אם חצר זה שאסרו לדור בו, הכוונה לחצר שדירים בו הם לבדם ובאים לידי יחוד, או בחצר שרבים בוקעים ודירים בו וממילא אין חילוק בינו לבין חנות.

בחקירה זו עומד מהר"י קצבי ס"י י"ד, וכתב דלדעת הר"ן הנ"ל אין איסור לדור בחצר אם נזהרים שיהיו אחרים עמם ולא יבואו לידי יחוד, וכמו שעשה ר' זכריה בן הקצב המובא בגמרא שם. אבל מהרמב"ם משמע שאפילו שיכולים להתוודע אסור, שהרי כל שאלת הגמרא אם מותר במגרש לעשות כמו שעשה ר' זכריה בן הקצב הוא, כשיכולים להתוודע, ועל זה פשטא הגמרא שם לאסור, משמע שאפילו שיכולים להתוודע אסור. אבל להר"ן השאלה היתה באשת כהן בגמרא וכפירוש רש"י, וע"כ י"ל שמה שאסור בחצר דוקא כשלא נזהרים. ולהרמב"ם אף שבשבויה מותר לדור בחצר כל שנזהרים שלא יתיחדו, שבויה שאני, שהוא רק מחשש שמא נבעלה, מה שאין כן באיסור לאו של לא תהיה קדשה שהוא מהתורה. אבל הר"ן ז"ל סובר, דלאו לא תהיה קדשה דוקא במופקרת, וא"כ הוי איסור דרבנן בפנויה כמו בשבויה וכשם שבשבויה הקילו, אף באשת ישראל שלא גישאת לאחר אם נזהרים שלא יתיחדו, מקילים.

הראנ"ח בתשובה ס"י ז' כתב, „מהגמרא בכתובות הנ"ל משמע שבגרושה אסור לעשות כן, כלומר להיות יחד אפילו כשנזהרים, ואילו בגיטין דף ע"ג איתא לא תתיחד עמו אלא בפני עדים (פירש רש"י זה שנתן לה גט ואמר לה מהיום אם מתי לא תתיחד עמו שמא יבוא עליה, דאיכא למ"ד חיישינן שמא בעל לשם קדושין וצריכה גט שני, ולמאן דלא חייש גמי מ"מ פנויה היא ואסור להתיתחד עם הפנויה) משמע שעל ידי רואים מותר. וכתב לחלק ביניהם, דמה שכתוב בכתובות שאסור, הוא בדירת קבע, וזהו דגישין דלא תתיחד אלא בעדים וביחוד עדים מעיל, הכוונה ליתוד עראי. אלא שמדברי הרשב"א בהתא דשכיב מרע, נראה דאפילו בדירת בבית ובקבע שרי, ועוד דאפילו באקראי בעלמא ובפני ב"ה, אשכחן דאסור גבי התא ארוס וארוסתו. ועל כן כתב לחלק חילוק אחר דבכתובות מדובר, באיסור כהונה או אשת איש, וכוה מחמירים, ואילו בגיטין מדובר באיסור פנויה.

ובעצם דין השמירה כתב מהראנ"ח שם שאין הכוונה שיהא שומר יושב ומשמר, אלא כל שהוא חושש שמא יראנו השומר די בכך, וכ"כ בס"י צ"א שכן נראה מהרשב"א ז"ל.

ובדברי הראנ"ח הנ"ל עמד הגאון מהר"י קצבי ז"ל שם דכשהקשה הראנ"ח וכתב שמהגמרא בכתובות נראה דאפילו כשנזהרים אסור אם כוונתו להקשות לפי שיטת רש"י, הרי רש"י מפרש כל הסוגיא בכהן, וי"ל לשיטתו שבישראל מותרים לדור בחצר, ואף אם נאמר דלשיטתו אסורים, י"ל דוקא כשאין נזהרים אבל מנא לן לדייק לשיטת רש"י דאפילו כשנזהרים יהיה אסור, ועיי"ש מה שהסיק בדעת רש"י דכשאין נזהרין אסור לדור בחצר אבל בנזהרין מותר. ואף שמותר בנזהרין, זה דוקא בחצר ובבתים נפרדים, אבל בבית אחד לא. ואם מוכרחים לחלק לשיטת רש"י שבגיטין התירו אפילו בבית אחד, ששם מדובר באדם חולה לא התמירו עליו להוציא אשתו מביתו, ובפרט שבאותם ימים הרי היא כהונה לכל דבר רק שדינה כספק מגורשת, וסתם חולה אין יצרו תוקפו, ולכן הקלו חכמים אפילו בבית אחד ע"י שמירה.

ואם נאמר שכוונת הראנ"ח להקשות כן לשיטת הרמב"ם, א"כ איך תירץ לבסוף דבכתובות מדובר באיסור כהונה ואשת איש ובגיטין בפנויה, הרי להרמב"ם אין חילוק כיוון שגם הפנויה אסורה מהתורה בלאו, ולא זכינו לסיום דברי מהר"י קצבי ז"ל בזה. על כל פנים, לשיטת הרמב"ם לא קשה מהמשנה בגיטין שהתיר להתיחד ע"י רואים, ואילו בכתובות משמע שאסור, שיש לחלק כמ"ש מהר"י קצבי ז"ל בדעת רש"י שהקלו להתיחד אפילו בבית אחד, דחולה שאין יצרו תוקפו ועוד שהרי היא אשתו אלא שגירשה על תנאי ואין זו מגורשת ודאי רק ספק, ונראה לומר ג"כ דהוי שעת הדחק, שהרי החולה זקוק הוא לסעד ולעזרה, לא רצו חכמים להוציא אשתו מביתו.

נמצינו למדים שבחצר אחד ובבתים שונים יש שמירה שלא יתיחדו וכמו שהיה עושה ר' זכריה בן הקצב בשבויה, לדעת הרמב"ם כמ"ש מהראנ"ח ומהר"י קצבי ז"ל אסור, ולדעת רש"י והר"ן מותר. אולם בבית אחד, אף שיש שומרים, אסור לכל הדיעות, ורק בחולה שגירש אשתו על תנאי והיא ספק מגורשת, הקלו חכמים בזה.

אולם מ"ש מהר"י קצבי ז"ל לדעת רש"י די לאסור בחצר כשאין שמירה, אין הדבר מוכרח, וי"ל דהראנ"ח ס"ל בדעת רש"י שאפילו כשיש שמירה אסור בחצר, ודלא כמ"ש הר"ן, וכל דברי הראנ"ח יהיו לשיטת רש"י. ואם תאמר בשלמא להרמב"ם דס"ל דפנויה הוי דאורייתא, יש לחלק דשבויה הרבנו היתיר ע"י שמירה, אבל בפנויה אפילו בשמירה אסור. אבל לדעת רש"י שכתבנו לעיל שנראה שסובר דפנויה הוי דרבנן, אם כן מאי שנא משבויה, דבר זה נתיישב לנו מדברי הריב"ש בס"י ש"ס דבשבויה דוקא הקלו או משום שהדבר ספק, או משום דמנוולא נפשה לגבי שבאי, אבל באיסור אחר אף שהוא דרבנן, כל התקון רבנן כעין דאורייתא תקון. א"כ לשיטת רש"י אף שאין הכרח מהגמרא בכתובות לאסור שהרי הגמרא מדברת רק באשת כהן, אבל לסוברים לשיטת רש"י דבחצר אסור והיתיר הוא בשכונה דוקא, יש לומר שבחצר אסור לא רק כשאין שמירה אלא אפילו יש שמירה, ואין ללמוד דין זה להקל משבויה. ובוזה נתישבו דברי הראנ"ח. ומ"ש ב"י דה"י ס"י ק"א דמהראנ"ח יצא דכשיש אחרים לכר"ע מותר, קשה הדבר דהמע"י במהראנ"ח, יראה דלא אליבא דהרמב"ם כתב כן אלא אליבא דרש"י דוקא ולשיטתו.

וב"פרי חדש" ס"י קי"ט כתב שיש לפסוק כדברי הריב"ש שאפילו כשיש שמירה אחרים, לא מועיל, דבשבויה דוקא הקלו. וב"גט פשוט" ס"י קי"ט מדקדק ג"כ דלהרמב"ם מפשט הגמרא משמע שאפילו בשמירת אחרים אסור. וכן משמע מסתמות דברי הרמב"ם ומר"ן שאפילו שיש אחרים בחצר ולא באים לידי יחוד אסור. וסיים דכן דעתו נוטה אלא שבעת הדחק מהתצרות והבתים יש לסמוך על הר"ן כיון שיש אחרים בחצר, עיי"ש. וכ"כ ב"י, משנה למלך" פכ"א מה"ל איסורי ביאה הל' כ"ז דלהרמב"ם אין חילוק בין נזוהרים ללא נזוהרים, דאף בנזוהרים אסור, וכמו שדייק כן לדעתו מסוגית הגמרא, עיי"ש. אולם מה שכתבו המפרשים לאסור לדעת הרמב"ם בנזוהרים, אין הדבר מוסכם, דב"חלקת מחוקק" סעי' י"ז כתב על דברי מר"ן שהם כלשון הרמב"ם, ומ"מ אם נזוהרים שיהיו אחרים עמם בחצר וכמו שעשה ר' זכריה בן הקצב נראה דשרי, וכן כתב הר"ן דאין איסור בגרושה יותר מבשבויה. אולם, בבית שמואל" סעי' י"ג השיג עליו וכתב דלהרמב"ם ושו"ע אפילו נזוהרים אסור, ולא כ"חלקת מחוקק" שהביא דברי הר"ן על דברי המחבר בפשיטות ולא דק, כי לכל אחד יש שיטה אחרת בזה, כלומר שיטת הר"ן

היא אליבא דרש"י, ולרש"י יש לומר כן, מה שאין כן להרמב"ם, והרי להרמב"ם איסור גרושה הוא בלאו, ושבויה האיסור הוא מדרבנן. ואפשר ש"חלקת מחוקק" דעת עצמו כתב שיש לסמוך על הר"ן בזה ולא נתכוין לומר על דברי השו"ע כך. אלא שאם כן, היה לו לפרש שזה דעת עצמו ולא להביאו בפשיטות על דברי השו"ע. וכן יש להקשות על הרב שמעיא די מאיו הובאה תשובתו ב"בית דוד" אבהע"ז סי' פ"ה שכתב כדעת "חלקת מחוקק" בהרמב"ם והביא דברי הר"ן עליו, והרי הר"ן בשיטת רש"י אמרה. וקשה ליישב סוגית הגמרא להרמב"ם לפי מ"ש, "חלקת מחוקק" שהרי אביי שאל מהו לעשות בגרושה כן והכוונה שנותרים ופשטא הגמרא לאיסורא. וכמ"ש ב"בית שמואל" ו"גט פשוט" ו"משנה למלך" ויתר המפרשים בדעת הרמב"ם. אבל הראנ"ח בסי' צ"א פירש דמה ששאלה הגמ' מהו לעשות כן בגרושה, אין המדובר כשלא מתיחדים, אלא על ייחוד לה דירה בחצרו ועל עיקר הדין של דירה בעי' עיי"ש. ואפשר ליישב בזה דעת "חלקת מחוקק".

וב"די דוד" סי' ק"א מתוך מחלוקת זו עשה בזה ספק ספיקא להתיר באתרא דלא קבלו הוראות השו"ע כל שנותרים שלא יתיחדו. וכתב שם משם מהר"י הכהן בס' "גט מקושר" דף י"ד ע"ב, וז"ל: "ולענין הלכה באתרא דקבילו עליהו הוראות מר"ן או הר"ם וז"ל יש להחמיר ולאסור אפילו בשעת הדחק, אכן בשאר מקומות, יש להקל בשעת הדחק ולסמוך על סברת הר"ן להתיר בחצר כשנותרים, וכמ"ש ב"גט פשוט" והיא סברא אמצעית, דלהרמב"ם ומר"ן אסור אף בנותרין, ולהריטב"א מותר אף בלא נותרים, ואמצעי שלם הוא סברת הר"ן" וכו'. וכתב עליו ב"די דוד" דכיון שיש ספק בדעת הרמב"ם כמו שפירש דבריו, "חלקת מחוקק", יש לעשות ספק ספיקא ולהקל בזה. ובסיום תשובתו כתב אם יסכימו עמו עוד רבנים. ובסיום התשובה כתבו הגאונים מהר"א גאטיניי, ומהר"ד יוסף ז"ל כתבו בהסכמתם לעיקר הדין אחר שהסכימו בגידון ההוא, וראנ"ן בידן חזינא דהוה ראוי לעמוד, כיון דאיכא רוב הפוסקים דס"ל בדעת מר"ן דאפילו דאיכא דרים אחרים אסור וכמ"ש מע' הפוסק נר"ו, אלא דקדמה לנו הידיעה דאתתא דא אין לה בית מנוח רק בית אביה אי משום מזוני אי משום דירה הא והא גרמא לה וכיון דהוי שעת הדחק כזה ראוי להתיר בפשיטות" וכו'. ועי' "שבות יעקב" סי' קי"ט וב"משנה למלך" שם.

נמצא שאין להורות היתר לדור בחצר אחד בבתיים גפרדים וכמו שכתבו רוב הפוסקים בדעת הרמב"ם ושו"ע שאפילו בנותרים שאין חשש ייחוד אסור. ודוקא בשעת הדחק כשאין אפשרות אחרת לאשה, אפשר לסמוך על המקילים וכדעת הר"ן, ולצרף סברת הריטב"א וכן לצרף סברת "חלקת מחוקק" דאף לדעת השו"ע כל שנותרים מותר. אף שדעת רוב הפוסקים לאסור גם בזה, יש לומר שבשעת הדחק יודו.

ובגידון שלפנינו אף אם נאמר שאין לחוש ליחוד כיון שיוצאים ונכנסים והוי כנותרים, מכל מקום אין כאן שעת הדחק כזו שנצטרך להתיר להם בדוחק, שהרי יכולים הם לחסל העסק ולהמתין לגט עד שיחסלו העסק. אבל תאמת היא שכאן חמור הדבר יותר מבתיים שבחצר ולכל הדיעות נידון דידן אסור אפילו בשעת הדחק, אף אם נאמר שאין לחוש ליחוד (שאין הדבר ברור כ"כ שלפעמים מתיחדים בגמר העבודה בענינים הפנימיים שבחנות), והטעם שבבתיים שבחצר אין הם נמצאים יחד בבית אחד, מה שאין כן בחנות שנמצאים בבית אחד. הרי כתבנו דאף לשיטת רש"י אסור הדבר ולא התירו כן רק בחולה מכמה טעמים שאין יצרו גובר ושהיה רק ספק גירושין, אבל בחנות אחת

במקום אחד לכל הדיעות אסור אף במקום שאין חשש יחוד, שהרי בגיטין אסור אף בחולה והתירו רק כשאין חשש יחוד, משמע שבבית אחד אף כשאין חשש יחוד אסור להם להיות יחד לכל הדיעות. ועוד שבומגם היו טובלות ועל כן לשיטת רש"י לא גזרו דהוי איסור דרבנן, מה שאין כן עתה שיש איסור כרת.

ועוד טעם נוסף יש לומר שבנידון שלפנינו כל הפוסקים מחדים שאסור להם לנהל העסק יחד. והוא מהדין השני המובא בבביתא בגמרא שם שאם לזה הימנה בנכסי אביה אינה נפרעת אלא ע"י אחר ושם אין החשש משום יחוד אלא כמ"ש רש"י שלא יקרבו בדברים. וכשבאים לטעון יחד לבית דין אין נזקקים להם רק ע"י שישמו שליח ביניהם, נמצא שיש איסור מיוחד שלא יהיה להם עסק ביחד זה עם זה.

אמנם רש"י לשיטתו סובר שבביתא זו מדברת רק באשת כהן א"כ באשת ישראל מותר, ושוב נכנסים אנו למחלוקת שבין רש"י להרמב"ם הנ"ל, עם כל זה בנידון שלנו, יודה רש"י לאסור ששם זה מקרה חד פעמי, אבל בקביעות לעסוק יחד, י"ל דגם לשיטת רש"י אסור. ומה גם אם נצרף מה שכתב לעיל שנמצאים בבית אחד, וכתבנו דאף לרש"י בזה אסור ונוסף לזה האיסור שעוסקים יחד, ודאי אין מי שיקל בזה. ויש להוסיף ג"כ שאם האשה תנשא לאחר ולא הספיקו לחלק, שבוזה לית דין ולית דיין שיקל אפילו בשעת הדחק, וכיצד נוכל להפריש אותם מהעסק.

וע"י להראנ"ח בתשרי ס"י צ"ו שאסר אפילו בחצר שעשויה לכניסה ויציאה והם רק עוברים משם לאשת ישראל אף שלא נישאת לאחר, וכתב אף שיש חשש שתתער חזקתה לא מפני חשש זה תדור במקום האסור, וק"ו לחנות משותפת. ודברי הראנ"ח הביאים ב,גט פשוט" שם להלכה.

והרמב"ם בפ"ו מהל' ת"ת הל' י"ד כתב: „מי שגירש את אשתו ועשה בינו ובינה שותפות או משא ומתן המביאים להם להזקק זה לזה כשיבואו לבי"ד מנדין אותם". וכתב ע"ז ב,גט פשוט" ס"י קי"ט נ"ה, „דאמאי נקט דאחר שגירשה עשו שותפות בינו ובינה אפילו עשאוה קודם גירושין, אם באו לדין אחר גירושין מנדין אותם. ותו דאם עשו שותפות אחר גירושין, אפילו לא באו לבי"ד היה מן הראוי לנדותם. ומלישנא דהגמ" והפוסקים מוכח בהדיא דכשעשו התלוואה או העסק קודם גירושין קאמר דעושה שליח לתובעו ואם באו לדין מנדין אותם".

ואפשר לומר שכוונת הרמב"ם לאסור דוקא משא ומתן כזה שיביאם להזקק יחד לבית דין, אבל אם עשה איזה משא ומתן ע"י שליח ולא נזקק להביאה לבית דין ואינם באים יחד לשם מותר, ודומה הדבר למה שכתבו הפוסקים שמצוה לזון גרושתו כמובא בבבאשית רבה פ' ל"ג ובירושלמי כתובות פ' אלמנה (ע"י ברמ"א ס"י קי"ט ס"ק ח' ומ"ש ב,חלקת מחוקק" שם, ע"י „יד אהרן" שם). והדין שכתב הרמב"ם בהל' ת"ת הביאו הרמב"ם בהל' איסורי ביאה פ' כ"א הכ"ז בנוסח אחר הקרוב יותר למ"ש בגמרא. ואיך שנרצה לפרש דברי הרמב"ם, עכ"פ למדנו ממנו שאין להניח לגרוש וגרושתו אף בישראל ולא נישאת לאחר שיהיה להם עסק משותף.

ואם בפגישות מקריות בבית הדין כשיש להם תביעות זה על זה אסרו חכמים שיבואו יחד אף שאין חשש יחוד שמא יתקרבו זה לזה ויבואו לידי עבירה, על אחת כמה וכמה לנהל חנות במשותף אף שרבים נכנסים ויוצאים בו, בעצם עסקם המשותף הרי יש להם דין ודברים זה עם זה ויבואו לידי תקלה.

אם כן, מאחר שלא מצינו מי שיקל בזה אפילו נאמר שאצלם זה בבחינת שעת

הדחק, אין לאשר סעיף כזה בהסכם, ויש להתמקד עד שיחסלו את העסק או שאחד מהם יקנה אותו מחבירו ולא יהיה להם עסק משותף. ואחר שניווכח שבטלה שותפותם אפשר לסדר להם גט.

עזרא בצרי

אחרי העיון בבקשת הצדדים ובהסכם הגירושין, ביה"ד פוסק:
אין באפשרותנו לתת להסכם הגירושין תוקף של פסק דין, כל עוד לא ישנו את הסעיף בקשר לשותפות ביניהם לאחר הגט.
ניתן היום כ" בתמוז תשל"ו.

תיק מס' ל"ז/145

בבית הדין הרבני האזורי טבריה

בפני כב' הדיינים: הרבנים שמואל שפירא, אריה ליפשיץ, שלמה בן-שמעון

בענין :

התובעת : א.

נגד :

הנתבע : ב.

הנידון : חיוב אב ברפואת בנו

תביעת אשה החיה בנפרד מבעלה לחייב אותו בהוצאות ריפוי בנם הנמצא ברשותה. — האם מקבלת אלמנה דמי ריפוי שאין לו קצבה מנכסי בעלה. — מה הדין בזה לגבי בנים קטנים ביחס לחיוב האב ומה הדין בזה במתחייב לזון את חבירו. — האם אלמנה מקבלת דמי ריפוי שיש לו קצבה מנכסי בעלה. — האם אשה בחיי בעלה מקבלת מבעלה דמי ריפוי כזה. — מה הדין בזה בבנים קטנים בחיי האב ובבנות לאחר מותו. — האם חייב האב לפדות את בנו הקטנים. — האם חייב האב בקבורת בנו הקטנים.

מסקנות

- א. אלמנה הגיונית מנכסי בעלה מקבלת הוצאות רפואתה שאין לה קצבה, משום שזה נכלל בדין מזונות שחייבים לתת לה מתנאי ב"ד.
- ב. כמו כן כשם שזאב חייב במזונות בניו הקטנים מתקנת חכמים הוא גם חייב ברפואתם שאין לה קצבה.
- ג. המתחייב לזון את חבירו חייב רק במזונותיו ואינו חייב ברפואתו.
- ד. רפואה שיש לה קצבה אינה נכללת בדין מזונות, ואין אלמנה מקבלת הוצאותיה מנכסי בעלה.
- ה. אשה בחיי בעלה מקבלת ממנו הוצאות רפואתה אף שיש לה קצבה משום שדומה לפירקונה או משום תקנה מיוחדת.

1. (1) לא תקנו חכמים שאב יהיה חייב לפדות בניו הקטנים, וכן אין האב חייב ברפואתם שיש לה קצבה, ויש מפקפקים אם חייב האב לפדות בניו הקטנים עד גיל שש.

(2) ויש סוברים שלגבי רפואת בניו קטנים האב חייב בהם כמו לכל צרכיהם.

(3) הואיל וישנם חילוקי דעות בחיוב זה אין להוציא ממון מאב מספק. ויש

אומרים שברפואה יש בזה משום סכנה, והולכים בזה בספק לחומרא כמו באיסור וחמירא סכנתא מאיסורא.

ז. לאחר מות האב הכל סוברים שאין הבנות מתרפאות מנכסיו.

ח. חולקים הפוסקים אם האב חייב בקבורת בניו לא רק בגופו אלא גם בממונו.

ט. בכל אופן חייב האב ברפואת בנו הקטן לכל הדעות מדין צדקה.

פסק דין

לזוג בן בגיל חמש, הזוג חי בנפרד והבן ברשות האשה. תילד חלה והאשה הגישה בקשה לבית-הדין לחייב את בעלה ברפואת בנה, כי זקוק לרפואה שיש לה קצבה, השאלה היא אם האב חייב ברפואת בנו. נראה דאב חייב לרפאות את בנו ברפואה שאין לה קצבה, שהיא בכלל מזונות, כמבואר בגמ' כתובות דף נ"ב ע"ב: „רשב"ג אומר: רפואה שאין לה קצבה, הרי היא כמזונות". וכתב הרא"ש פרק מציאת האשה ובפרק הנושא, שאם חייב לזון מתנאי ב"ד, חייב גם ברפואה שאין לה קצבה. א"כ בבנו, אע"ג שאין חייב לזון מתנאי ב"ד, כמבואר בשו"ת רשב"א ח"ב סי' שצ"ו, מ"מ כיון שחייב לזון מתקנת חכמים כלשון הרא"ש בפרק גערה סי' י"ד, הוי דינו כדיון חיוב מתנאי ב"ד לענין רפואה, שלא מסתבר לחלק בין אם החיוב מתנאי ב"ד, לבין אם החיוב מתקנת חכמים לענין רפואה שאין לה קצבה, ורק במתחייב לזון כתב הרא"ש דאין רפואה בכלל מזונות, שבלשון בני אדם, אין רפואה בכלל מזונות, אבל בחיוב מתקנת חכמים, רפואה בכלל מזונות כמו בחיוב מתנאי ב"ד. ועיין בתשובות הבה"ח סי' מ"ו, ובמהרש"ך ח"א סי' קט"ז. ויש להביא ראיה שגם במזונות בנו, רפואה שאין לה קצבה בכלל המזונות, מהרא"ש פ' גערה סי' י"ד, שכתב דחייב האב במזונות בנו: „ואפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם, פסק רבינו מאיר דחייב לזונם, דכיון דתקנת חכמים היא, זכו במזונותיהם, אפילו יש להם להתפרנס משלהם, דומיא דמזונות האשה, מדכלל מזונות האשה, דקתני ומוסיפים לה על מזונותיה בשביל הקטן, אלמא דין אחד להם”.

א"כ הוא הדין לענין רפואה שאין לה קצבה, כיון שבמזונות האשה נכללים מזונות הקטן, דין אחד להם, ובשניהם רפואה שאין לה קצבה הוי בכלל מזונות. ויש לדחות שהמשנה לא מדברת רק במזונות ממש, ובזה מזונות האשה כוללים, גם מזונות הקטן.

ויש לעיין אם האב חייב ברפואת בנו, שיש לה קצבה. איתא בכתובות דף נ"ב: „לקתה חייב לרפאותה ת"ר אלמנה גזונת מנכסי יתומים, וצריכה רפואה, הרי היא כמזונות. רשב"ג אומר רפואה שיש לה קצבה נתרפאת מכתובתה. שאין לה קצבה, הרי היא כמזונות”. ונפסק הלכה כרשב"ג. וכתב בעל העיטור שאף באשת איש הדין כן, ונחלקו עליו רוב הפוסקים, שדוקא באלמנה הדין כן, אבל באשת איש אפילו רפואה שיש לה קצבה בעלה חייב לרפאותה. וכן נפסק הלכה בשו"ע אהע"ז סי' ע"ט סעי' א'.

ובטעמו של דבר נחלקו הראשונים, הרא"ש כתב, דסברת רשב"ג היא שרפואה שיש לה קצבה דומה לפירקונה דאתי בבת אחת. „וכי היכי דאין היורשים חייבים בפירקונה הכי נמי לא מחייבי בה, אבל בחיי הבעל שחייב בפירקונה, חייב אף ברפואה שיש לה קצבה“. אולם הריטב"א כתב: „ועוד אמרו ז"ל בשם רבנו הגדול ז"ל, דאפילו ברפואה שיש לה קצבה חייב לרפאותה, שלא חלקו בין רפואה שיש לה קצבה אלא באלמנה לגבי יורשים, שאין חיוב רפואתה עליהם, אלא מטעם מזונות, אבל בעלה חייב הוא לרפאותה משום תקנה דרבנו ולא מדין מזונות וכו'. וכן דעת הרא"ה וה, נמוקי יוסף“ דבחיי בעלה, יש תקנה מיוחדת שחייב לרפאותה. אם כן לפי שתי שיטות אלו, האב פטור מרפואת בנו ברפואה שיש לה קצבה, דלשיטת הרא"ש דלכן חייב הבעל ברפואה שיש לה קצבה מדין פרקונה. אם כן בבנו שאין חייב לפדותו, כדאיתא בגמ' כתובות דף מ"ו ע"ב: „ת"ק סבר בשלמא הבעל תקנו ליה רבנן פירי, דאם כן מימנע ולא פריק. אלא אב מאי איכא למימר דמימנע ולא פריק, בלאו הכי פריק“, וכתב ב, שיטה מקובצת: „בלאו הכי פריק לה, אינו רוצה לומר שחייבו אותו בית דין לפדותה, דכיון דאינו אוכל פירות, אין מחייבים אותו לפדותה, אלא מדרר רחמנות, קאמר שאין דרך בני ישראל להיות אכזרים ולתניח זרעם בין עובדי גילולים“, ואם לא חייב לפדותו כן גם אינו חייב ברפואתו. וכן כתב התשב"ץ חלק ב' סי' רצ"ב תקון ג' והביא תוספתא מפורשת כתובות פרק ד' ב' יפה כח האב שהבעל חייב במזונותיה בפרקונה ובקבורתה וכו'... מה שאין כן באב ע"כ, והוא הדין שאין חייב ברפואה שיש לה קצבה. וכן לשיטת שאר הראשונים שיש תקנה מיוחדת שהבעל חייב לרפאות את אשתו, בבנו לא מצינו תקנה זו.

אמנם הרא"ה כתב שם „ודאי בחיי בעלה לא שנא שיש לה קצבה ובין שאין לה קצבה, דפרקונה ורפואה שניהם תנאי בית דין ולא חלקו בהם, שאם אי אתה אומר כן, אלא מעתה לקתה בחיי בעלה ברפואה שיש לה קצבה, במה תתרפא והלא כתובה אין כאן וכו'...“, אם כן לכאורה בבנו ג"כ שייכת סברה זו שחייב ברפואה שיש לה קצבה, כיון שאין לו במה להתרפאות. אבל נראה דכוונת הרא"ה דכיון שיש תקנה שהבעל חייב ברפואה, לא מסתבר שתקנו רק ברפואה שאין לה קצבה, כיון שאין לה במה להתרפאות, אבל בבנו כיון שלא מצינו בכלל תקנה של רפואה, האב פטור מרפואה שיש לה קצבה אע"ג שאין לבן במה להתרפאות.

ובעיקר דברי הרא"ש נחלקו אחרונים בפירושו, „בית שמואל“ סי' ע"ג כתב דדעת הרא"ש דרפואה שיש לה קצבה בכלל פרקונה היא, שבא בבת אחת ונתקן כנגד פירות כמו פרקונה, וכן דעת הפרישה ס"ק ב'. והב"ח, וכן דעת רע"א בחידושו. אבל „אבני מילואים“, כתב דדעת הרא"ש בפרק הנושא ובפרק מציאת האשה דגם רפואה שאין לה קצבה אינה בכלל מזונות, אלא שתנאי בי"ד שיספק לה כל צרכיה. ובאשתו שחייב בפירקונה תקנו גם רפואה שיש לה קצבה שדומה לפירקונה שהוא בכלל צרכיה, אבל ברור שאין רפואה בכלל פדיון. אם כן ברפואת בנו שיש לה קצבה יהיה תלוי במחלוקת הגמ"ל, ל, בית שמואל“ ולפרישה והב"ח ורע"א פטור כיון שכל החיוב בבעל מדין פירקונה, ובבנו שאין תקנה לפירקונו, פטור מרפואה שיש לה קצבה, ולשיטת „אבני מילואים“ שחיוב הבעל לרפאות את אשתו ביש לה קצבה הוא מדין תנאי בי"ד שמחויב לספק לה כל צרכיה, יש לומר דחייב האב ברפואת בנו אף שיש לה קצבה, דהרי בגמרא שהבאנו לעיל מבואר שגם בתו היו צריכים לתקן פירקונה, אלא שלא תקנו כיון שבלאו הכי יפדנה, ובלי טעם זה היו מחייבים את האב אף שיש לה קצבה, א"כ הוא הדין

שיש לחייב האב מתקנת חכמים לספק לה כל צרכיה אף רפואה שיש לה קצבה כמו באשתו.

אבל צ"ע דכל מחלוקת ת"ק ורבי יוסי ברבי יהודה רק בביתו, אבל בבנו אפילו רבי יוסי ברבי יהודה מודה דפטור מלפדות, ותטעם לענין פדיון בתו עדיפה, כמבואר בגמרא הוריות. ועיין, "בית מאיר" ו, "הפלאה", ו"הגהות", "חתם סופר" על ש"ע אה"ע סי' ע"ט. ונראה לשיטת הרא"ש דבבתו, לאחר מיתת האב בודאי פטורים מרפואה שיש לה קצבה דדינה כאלמנה מכיון שפטור מפירקונה, ועיין בתוס' כתובות דף נ', ד"ה ומאי, וברא"ש פרק מציאת האשה אות י"ב, שכתבו לגבי מזונות הבנות לאחר מיתת: "ואם תאמר אין קצבה למזונות, שמא תלקה ותתא צריכה רפואה, ואמרין לעיל דרפואה שאין לה קצבה בכלל מזונות". משמע דוקא רפואה שאין לה קצבה חייב, אבל יש לה קצבה פטור. ומיהו כל הראיה רק לדעת, "אבני מילואים", דחייב רפואה שיש לה קצבה הוא מדין מזונות, אבל ל"ב, בית שמואל" דחייב רפואה מדין פירקונה אין ראיה, דיש לומר, דחייב ברפואה שיש לה קצבה, מ"מ לא נחשב מזונות אין לה קצבה מחמת רפואה שיש לה קצבה, כיון דלא נכלל בכלל מזונות, אבל נראה דודאי פטור כמו שכתבנו, וגם ל"אבני מילואים" אין ראיה בביתו ובנו מחיים כיון ששייך היה חיוב פירקונה כמו שכתבנו לעיל וי"ל דחייב ברפואה, מה שאין כן בביתו לאחר מותו, שלא שייך חיוב פירקונה, אין חיוב רפואה שיש לה קצבה, ועיין בריטב"א וז"ל, גימזקי יוסף" כתובות דף נ"ב, דהביאו מחלוקת ר"י ורמב"ן, אם כסות היא בכלל מזון האשה והבנות, דכתב הרמב"ן ראיה שכסות בכלל מזון האשה והבנות, דהא רפואה שאין לה קצבה, חייבו מפני שהוא כמזונות, וכל שכן לבוש וכסות. משמע שאין לחייב בבנות אלא רפואה שאין לה קצבה, ועיין ב"גימזקי יוסף" שמציין את דברי הרמב"ן לגבי מתזונ מנסקי, המדובר במשנה על בנות. ויש לדחות, דהראיה מרפואת אלמנה.

אמנם אם חייב האב בפדיון בנו נסתפק בזה, "כנסת הגדולה" בספרו, "דינא דתיי" לאוויין פ"א דכתב: "ונסתפקתי אם האב חייב בקבורת בנו, כל עוד שהם צעירים ממנו, או אינו חייב. ואפילו שאינו חייב בגדולים מבני שש שנים, פחות מבני שש אם חייב או לא, וכן גמי נופל תספק בפדיונם. ואיברא דמדקאמרינן באשה תקנו קבורתה, תחת כתובתה, ופרקונה תחת פירות, הוי משמע, דבנים אינו חייב, כיון דליתא להאי טעמא, ומסתברא לי, דבקטנים עד בני שש חייב, אבל בגדולים משש אינו חייב, ויש סמך לדברי, מדברי הר"ן שכתב בסוף פ' אעפ"י, דנראה לו, דהא שהאב חייב במזונות בניו ובנותיו קטני קטנים, הני מילי כשאמם קיימת, אבל מתה אמם, לא. ודייק לה מלישנא דגמרא, דמזונות תבן הנגרר אחריה, הרי הן כמזונותיה. ומשום מזונות שלה נגעו בה וכו'..." ע"כ, הרי נראה מדבריו דחייב שצריך לזון בניו ובנותיו קטני קטנים הוא משום חיוב מזונותיה כדי שיתפרנסו בגיה עמה, ואל תראה ברעם. וה"ג שייך האי טעמא, כיון שהוא נסרר אחריה, אין היא יכולה לראות שבנה מוטל בבזיון, אע"ג דלענין קבורה לפי זה ליכא חילוק בין קטנים מבני שש, לגדולים מבני שש, מ"מ כיון שגדולים מבני שש אינו נגרר אחריה לענין מזונות, אף בקבורה הזי, והבו דלא להוסיף עליה. ושאלתי את פי מורי הרב נר"ו ונסתפק דאפשר ואפילו בגדולים חייב בקבורתם ופדיונם כיוון שחייב להתאבל עליהם, ולפי זה היה אפשר לומר, אף כל שבעה מתים האמורים בפרשה חייב בקבורתם. ולבסוף העלה דעה דחייב להתאבל עליהם ולאונן, היינו משום דמוטל עליו לקברו בגופו אבל לא בממונו, והעלה כדברי. ומיהו נראה

דמספיקא לא מפקינן ממזונא, דומיא שהבעל דלא רצה לקבור את אשתו זבא אחר וקברה דפליגי בירושלמי, וכתבו מקצת גדולי הפוסקים מספיקא לא מפקינן ממזונא, וכמו שיתבאר לפנינו.

א"כ כל השאלה אם חייב ברפואת בנו, אינה אלא אם נאמר שפטור מפדיון בנו, אבל אם נאמר שחייב, חייב גם ברפואת בנו. ואע"ג שפטור בביתו לאחר מיתה מרפואה שיש לה קצבת, מחיים חייב מטעם מזונותיה, כמו שכתב, "דינא דחיי". ומה שהסתפק אם חייב בפדיון בנו אפילו למעלה משש צ"ע דהרי גמרא ערוכה, פרק נערה, דף מ"ז, "ת"ק סבר בשלמא בעל תקנו לה רבנן פירי, דאם כן מימנע ולא פריק, אלא אב בלאו הכי פריק לה", כמו שכתבנו לעיל. הרי מפורש שאינו חייב לפדות בנו. ובשלמא למה שאמר שרק לפני שש חייב, אפשר לומר, שהגמרא מדברת לאחר שש. ומצינו כה"ג במשנה, תאב אינו חייב במזונות בתו, ולפני שש חייב. אבל מה שרצה לומר שחייב אפילו לאחר שש הרי גמרא מפורשת שפטור. וכן צ"ע מה שנסתפק רבו, שאפשר דאפילו גדולים חייב בקבורתם ובפדיונם כיון שחייב להתאבל, מה שייך אבלות לפדיון. ועיין מהרי"ו סי' ע"ח, ומה שמסיק, שאינו חייב לקבור בנו ממזונו לאחר שש, עיין ב, בית שמואל סי' קי"ח ס"ק כ' בשם מהר"מ מינץ, והוא מדברי הראב"ן, שחייב לקבור במזונו. ועיין שם ב, הפלאה"ו, וב, בית יעקב, ועיין ביורה דעה סי' שמ"ח וב, בית הלל, ועיין מה שהבאנו לעיל מהתוספתא ובעיקר דבריו צ"ע, דאשה גופא תוכיח שאף שחייב בעלה במזונותיה, מ"מ הוצרכו לתקנה מיוחדת שחייב לפדותה, ולא אמרינן שיתחייב בעלה מדין מזונותיה, כיון שודאי תקח ממזונותיה לפדות עצמה, כמו שכתב לגבי בנה למעשה אין להוציא מיד תאב רפואה שיש לה קצבה, אע"ג שיש כאן ספק ספיקא, ספק אם חייב בפדיון, ואפילו אם תמצי לומר שפטור, אפשר שברפואה חייב. מ"מ גם מספק ספיקא אין מוציאין ממון. ועיין, כנסת הגדולה" חו"מ על ה, בית יוסף" סי' כ"ה אות פ"ב אבל מדין צדקה אם אמיד ודאי חייב.

אמנם בעיקר דברי "דינא דחיי" דמספק פטור מלפדות בנו, וכתבנו דהוא הדין, דפטור מרפואה מספק, עיין, "בית אפרים" אהע"ז סי' ס"ה, דכתב בנידון ידידה, שהתחייב לזון את הילדתו, ונחלקו הפוסקים אם חייב גם ברפואה, "נראה ברור בעיני, דבספק כי הא, אולינן לחומרא, אע"ג דבכל ספק ממון אולינן לקולא, לנתבע, מ"מ נידון דידן, אינו ספק ממון אלא ספק נפשות. וכל ספק נפשות להחמיר. וגדולה מזו מצינו דעת כמה פוסקים לענין ספק צדקה, וספק ריבית, אולינן לחומרא, דהוא ספק איסורא, ואף הסוברים דה"ל ספק ממון ואולינן גם בזה לקולא, כבר נאמרו בזה חילוקין. ולענ"ד זה לא נאמר רק לענין לירד לנכסיו, אבל מ"מ לחיוב אקרקפתא דגברא מנת, להזתר בגפשו שלא יכנס לבית הספק, ואין זה ענין לספק ממון, אעפ"י שיש פה ג"כ לאו דלא תגזול, שכך אמרה תורה, המוציא מחברו עליו הראית, ואין כאן איסור גזל כלל, ומצאתי שכך כתב, "אורים ותומים" בסוף קיצור, "תורת כתנים" עיין שם, אך כל זה באיסור מדברים הנוגעים בממון, מה שאין כן בגוונא דנידון דידן שע"י מניעת דרכי הרפואה, וכך... וספק סכנתא לחומרא."

א"כ לדבריו הוא הדין בנידון דידן, כיון שיש ספק אם חייב תאב ברפואת בנו ברפואה שיש לה קצבה, יתחייב חיוב גברא לרפאות מספק, דהוא ספק סכנתא לחומרא. אבל מדברי "דינא דחיי" מוכח דלא מחייב מספק, אע"ג שבפדיון שבויים ג"כ הוי סכנתא, כדאיתא בגמרא ב"ב דף ח' ע"ב, שבי קשה מכולן, דכולהו איתנהו ביה, ועיין ביו"ד

סי' רנ"ב סעיפים ב', ג', אמנם בתוס' גיטין דף נ"ה ד"ה כל... מבואר דלא כל פדיון
הוי סכנת נפשות, אבל מפשטות לשון ה', דינא דחיי' משמע דפוטר את האב מספק,
בכל פדיון שבויים, אבל מ"מ אין ראיה מדבריו כיון שכל מה שמחייב לפדות הוא
מדין מזונותיה אין כאן חיוב של פיקוח נפש, מה שאין כן, אם הספק אם חייב לרפואה,
מדין רפואה. ועיין ב', תומים" בחו"מ סי' ס' ס"ק ז' שכתב דאם התחייב לזון חברו
הוי ספיקא דדינא אם חייב לרפאותו. משמע דהוי ככל ספק ממון, וכן נראה בחובל
בחבירו שחייב ברפואתו, אם יש ספק אם חייב ברפואה, לא נחייבו מטעם ספק פיקוח
נפש, אלא דינו ככל ספק ממון, ובהתחייבות איכא תרי דינא דין התחייבות דיש לו דין
ממון, ומספק פטור ככל ספק ממון לקולא, ולכן בספק אם קבל עליו רפואה פטור
בהתחייבות זה, ודין פיקוח נפש דחל על כל ישראל, ואין חיוב זה של פיקוח נפש
משנה חיוב שקבל עליו שהוא חיוב ממון, וספק לקולא. והוא הדין בנידון דידן, איכא
תרי דינא, דין חיוב האב לגבי בנו, ויש לו דין ממון, וספיקא לקולא ככל ספק ממון.
ולכן כיון שיש ספק אם האב חייב ברפואה בנו, תאב פטור, ככל ספק ממון לקולא.
וחיוב פיקוח נפש דחל על כל ישראל, אלא שהאב קודם בחיוב זה, דקרוב קרוב קודם,
כדאיתא בשו"ע יו"ד סי' רנ"ב סעי' י"ב, לענין דמי פדיון. וה"ה לענין דמי רפואה.
וראיית ה', בית אפרים" מספק צדקה דאזלינן לחומרא לא דומה, בצדקה החיוב הוא
מדין צדקה, מה שאין כן במקבל עליו לזון הוי חיוב ממון, ואזלינן לקולא. ונראה
עוד ראייה שבבנו פטור האב מרפואה שיש לה קצבה. והרמב"ם כתב בפרק ד' מהלכות
חובל הלכה ט"ו, "החובל באשת איש, השבת והריפוי לבעלה", וכן בתלכה ט"ז כתב:
"הבעל שחבל באשתו וכו'... והבעל מרפא אותה, כדרך שמרפא כל חוליה", וכתב
המגיד משנה, "והרפוי ג"כ מפני שהוא חייב לרפאותה. ואילו לגבי בתו הקטנה, כתב
הרמב"ם שם בתלכה י"ד: "החובל בבית קטנה של אחרים, אם נזק הפוחת אותה מכספה,
תרי הוא של אב וכו'... אבל תצער ותבשת והריפוי תרי הוא שלה. וכן החובל בביתו
משלם צער וריפוי ובושת". משמע דמדובר בכל קטנה אפילו פחותה ממש, ואע"ג שלעיל
אמרנו שהמשנה והברייתא מדברים בקטנה למעלה ממש, מ"מ תכלל הוא שהפוסקים
צריכים לפרט, ואם היה האב חייב לרפאות בתו, היה לרמב"ם לכתוב גם בביתו כמו
שכתב באשתו, שהריפוי לאב, מפני שחייב לרפאותה, אלא מוכח מכאן, שהאב פטור
מרפאותה. ואע"ג שחייב האב ברפואה שאין לה קצבה, מ"מ סתם תכלול היא רפואה
שיש לה קצבה, וכן השו"ע באה"ע סי' פ"ג, ובחו"מ סי' תכ"ד פסק מהרמב"ם, וכן
המאירי בכתובות פרק מציאת האשה, ובב"ק דף פ"ז כתב כדברי הרמב"ם. אמנם לפי
דברי, "דינא דחיי" כל החיוב ברפואה בנו הוא מדין מזונות אשתו, וי"ל דרק אם אשתו
קיימת חייב, מ"מ מסתימת הרמב"ם והשו"ע והמאירי משמע, דתמיד רפואתה לעצמה
אפילו אשתו קיימת, ועוד הרי הר"ן מסיק דמדברי הראשונים מוכח שאין לחלק בין
אשתו קיימת לאינה קיימת, ועיין בפסקי דין כרך ב' דף 91, אם כן אם חייב ברפואה
בנו מדין מזונות אשתו, החיוב הוא גם אם אינה קיימת. אבל מסתימת לשון "בית-
אפרים" שהבאנו לעיל משמע שהאב חייב אפילו ברפואה שיש לה קצבה וצ"ע למעשה,
ובעובדא דידן יש לחייב האב לרפאות את בנו אפילו רפואה שיש לה קצבה, מדין
צדקה ופיקוח נפש.

לאור כל האמור לעיל מחליט בית-הדין שיש לחייב את האב

ברפואה שיש לה קצבה, רק מדין צדקה, ומדין פיקוח-נפש.

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ש. ב. ורנר — אב"ד, ש. טנא, י. הלוי אפשטיין (ז"ל)

בענין:

התובעת-האשה: א. (ע"י ב"כ עו"ד הוכמן וזמיר)

נגד:

הנתבע-הבעל: ב. (ע"י ב"כ עו"ד זינגר, רונת)

הגידון: פטור מזונות במורדת ועיקולים למזונות

תביעת אשה נגד בעלה לחייב אותו להמשיך בתשלום מזונותיה כפי שנקבע בפסק דין הקודם. — טענת הבעל היא מורדת ממלאכת הבית ומחיי אישות ולא מגיעים לה מזונות. — על מי להוכיח טענת המרידה כשבני הזוג מאשימים זא"ז. — מתי האשה נאמנת בקשר לחיי אישות עם בעלה. — מה הדין באשה במרידתה ממלאכה. — מה הדין כשהבעל טוען שאינו חייב במזונות אשתו. — מה הדין כשהבעל טוען שאשתו מחלה לו על מזונותיה. — אימתי מטילים עיקול על נכסי הלוה. — אימתי מטילים עיקול על נכסי הבעל למזונות האשה. — לכמה זמן מבטיחים מזונות האשה והילדים. — אימתי ניתנת כתובה לגבות מחיים.

מסקנות

א. (1) בני זוג שכל אחד מהם טוען כלפי השני שהוא מורד מחיי אישות ואי אפשר לברר במי האשמה, יש פוסקים הסוברים שמהרימים את מי שהוא מורד, ויש חולקים על כך וסוברים שאין מקום לחרמות ועל בני הזוג להתפשר בעצמם.

(2) אם אחד מבני הזוג מאשים את השני ואילו השני מכחיש אבל אינו מאשים את חברו, נוטה דעת הפוסקים כדעה הראשונה שעל הנתבע להוכיח את צדקתו על ידי שבועת היסט או על ידי בירור אחר.

(3) פוסקים רבים סוברים שאם האשה טוענת שבעלה מורד מחיי אישות, או שאין לו גבורת אנשים, נאמנת, ואף על פי כשהיא טוענת שאינו יורה כחץ אינה נאמנת, הטעם שם שהיא מעיזה הואיל ואינו יודע להכחיש אותה, אבל כשהיא טוענת שלגמרי מרחק ממנה נאמנת משום שחזקה עליה שאין היא מעיזה בדבר שהוא יכול להכחיש אותה.

- ב. (1) אשה מורדת ממלאכות שהיא חייבת בהן, רשאי בעלה לעכב מזונותיה.
 (2) אם האשה מכחישה טענת בעלה שהיא מורדת ממלאכה, מושיבים אשה ביניהם שחזיר על כך והיא כשירה לעדות זו.
- ג. כל אלה שדינם שנשבעים ונטילים, אם חשודים על השבועה, יש אומרים שכנגדו נשבע ופטור, ויש אומרים שאם יש לו שטר מקיים נטל בלי שבועה, לפי דעה תאחרונה גם בטענות של בני הזוג על מרידה, אם אין אפשרות להשיב אשה ביניהם, נאמנת האשה בלא שבועה.
- ד. כשהמלוה מוציא שטר מקיים והלוה טוען פרעתי, יכול הוא לחייב את המלוה שישבע שבועת היסת שלא פרע, אבל כשהלוה אינו תובע ממנו שישבע גובה המלוה בלא שבועה.
- ה. (1) לפי הלכה זו גם בבני זוג שכל אחד טוען כנגד השני שהוא מורד, אם אינם תובעים שיבררו את הדבר ע"י חרם, מעמידים את הדין על חזקתו.
 (2) אולם יתכן שבאיש ואשה הדין הוא שונה ותמיד מטילים חרם על המורד כדי להבטיח את שלום הבית.
- ו. (1) בעל שטוען שאשתו מחלה לו על מזונותיה, אינו נאמן רק על הזמן שעבר ולאחר שישבע שבועת היסת, אבל על המזונות להבא אינו נאמן.
 (2) ויש סוברים שאף שהאשה נאמנת על מזונותיה להבא, היא חייבת להישבע שבועת היסת, ודין זה דומה לטוען פרעתי תוך הזמן.
- ז. בעל שמחל לאשתו על המלאכות שהיא חייבת בהן, יכול לחזור בו מויתור זה בכל עת שירצה.
- ח. (1) אם יש חשש למלוה שהלוה יברית נכסיו ולא יהיה לו מקום לגבות חובו, מצווה ביה"ד לעקל את נכסי הלוה אף טרם שהגיע זמן פריעת החוב.
 (2) על יסוד זה נודעים בתי הדין שבכל תביעה מטילים עיקול על נכסי התובע עד לבירור המשפט, אם אין חשש שעל ידי זה יתמוטט מקור פרנסתו.
 (3) אם אין שום חשש שהחוב לא ישולם, אין ביה"ד נזקק להטיל עיקול על הנכסים.
- ט. (1) בעל שיצא לחו"ל ונכסיו נמצאים בידי אחרים, ביה"ד מוציאים מהם למזונות אשתו למשך ששה חודשים ומפרנסים אותה מהם, אבל לא יותר מלששה חודשים אף כשאין חשש שיגרם לו הפסד.
 (2) במקרה שיש חשש שהבעל יברית נכסיו או יבזבז אותם ולא ישאר כלום למזונותיה, יתכן שמעקלים נכסיו למזונותיה ליותר מלששה חודשים. והוא הדין לגבי מזונות הילדים.
 (3) וכן כשרואים שהבעל מבזבז נכסיו וכוחו לגרש את אשתו ושתצא ממנו בלא כתובה, יכולים ביה"ד לגבות כתובתה מנכסיו אף שלא הגיעה עדיין זמן חיובה.
 (4) ויש סוברים שאף כשאין חשש מבוסס שהבעל יבזבז נכסיו, יכולה האשה לדרוש שיטילו עיקול על נכסיו כדי שיעזר כתובתה, אם זה לא יגרום לו הפסד.

פסק-דין

הצדדים הנם זוג בגיל הזקנה שנישאו בשנת תשי"י.

הוגשה תביעה לחייב את הבעל למזונות התובעת האשה בסך 120 ל"י לחודש וכן הוגשה עתירה לעקל את הכספים בסכום של למעלה מארבעת אלפים לירות המופקדים בבנקים על שם הבעל בכדי להבטיח את המזונות, מאחר שעלול להעלים את הכספים ולקפח את זכויות התובעת למזונותיה.

ביה"ד נתן צו לעקל את הכספים עד בירור בידון.

בדיון שהתקיים ביום י"ז טבת תשי"ח קובלת האשה שהבעל אינו משלם למזונותיה ומתעלם מחובותיו כלפיה, הכנסותיו מסתכמות כשלש מאות לירות לחודש ובאפשרותו לשלם למזונותיה בסך 120 ל"י לחודש.

כמו כן עוררה האשה בעית הכספים אשר בעבר היו מופקדים על שם שניהם ובזמן האחרון העביר אותם על שמו.

הבעל משיב, כי האשה אינה ממלאה את חובותיה כלפיו, הנו חולה שחפת וזקוק לטיפול מיוחד והיא מתעלמת מזאת כלל וכלל, זה חמש שנים שחיי האישות הופסקו ביניהם בעטיה של האשה וכתוצאה מכך הפסיק לתת המזונות. ביחס לכספים בבנק משיב שאמנם בשעתו הופקדו על שם שניהם, אף שכל הסכומים שייכים לו — מתוך כוונה להשכין שלום בית, ומאחר שהשלום נעדר מהבית העביר את הכספים על שמו.

ביה"ד בזמנו פסק שעל הצדדים להשלים וחייב את הבעל לשלם סך 40 ל"י לשבוע למזונות הבית מלבד מסים וחשמל, ועל האשה לנהל משק בית מסודר ומסירת דו"ח על הוצאות הכלכלה, אם ידרוש את זאת.

השלום בין הזוג לא היה בר קיימא וכעבור תקופה של שלשה חרשים הגיש הבעל ע"י ב"כ עו"ד רונת תביעה להפחתת מזונות, התביעה מבוססת על הנימוקים כי האשה אינה ממלאה אחר הוראות ביה"ד והיגה מורדת ממלאכה ומחיי אישות וממשיכה למרר את חייו, לאחר מתן פסק הדין כשהנתבע הועבר לבית חולים עקב מחלה למשך ששה שבועות, בוצע פסק הדין הקובע — 40 ל"י לשבוע למזונות הבית וקיבלה את הסכום לעצמה, כן הוציאה מהבעל בלי ידיעתו סכום של — 733 ל"י ועוד סכום של 100 ל"י שאינו מגיע לה כלל וכלל. על כן טוען, לעת עתה שהאשה אינה מבשלת עבורו יש להעמיד את גובה המזונות על סכום של — 20 ל"י לשבוע ויתכן כי אחר כך יטעון על ביטול המזונות בכללם.

האשה טוענת שממלאה את חובותיה כלפיו, גם בזמן היותו בבית חולים היתה מבקרת אצלו, ומספקת לו בשר עוף, פירות, ושקולדה, נוסף על המזון שקבל בבית"ח, ואם הבעל מוותר על הבישול בעבורו ניתא, אבל אין להפחית את המזונות על מחצית הסכום שחוייב בשעתו ויש לחייבו 30 ל"י לשבוע.

ביה"ד חייב את הבעל לשלם 25 ל"י לשבוע למזונות האשה ועל הצדדים לתוכיח את טענותיהם ביחס למזונות העבר.

ביה"ד קיים מספר ישיבות לשמירת טו"מ הצדדים. ב"כ הבעל המשיך בטענותיו שיש להכריז על האשה כמורדת מאחר שמסרבת לחיות עם הבעל חיי אישות ואינה ממלאה את החובות המוטלים עליה, כן יש להסיר את העיקול כיון שמשלם למזונותיה

מרצונו הטוב, אכן הציע להשאיר את העיקול על סכום של 2000 ל"י ולהשכין שלום בין הווג. ההצעה לא נתקבלה על דעת האשה, טוענת שהבעל מסרב לחיות אתה חיי אישות, ומתיחס אליה בכל רע.

ביה"ד שמע עדים על חיי הווג והיחסים ביניהם.
הער ג:

"שמעתי מאנשים וזה קלא דלא פסיק שהתובעת אינה מבשלת עבור הבעל ואינה גותנת לו לבשל בעצמו, שמעתי שמתיחסת אליו ביחס רע".
הער ד:

"ביקרתי אצל הצדדים בבית בשעות הבוקר, הבעל בעצמו עשה את הכביסה, שמעתי את בקשתו של הבעל שתבשל עבורו והאשה סירבה".
הער ה:

"רואה את הבעל לעתים קרובות כשהוא בתפקידו כשומר בנין, ותמיד אוכל מאכלים יבשים ומתאונן שהאשה אינה מכינה לו אוכל, פעם כשביקר אצלם בבית, האשה הרימה עליו צעקות".
בסיכומים שהוגשו על ידי הצדדים, טוען ב"כ הבעל:

יש לבטל את פסק הדין למוזנות ולהכריזה כמורדת על כל מסקנותיה, ביום כ"ב אייר תשי"ח ביקש אמנם בין היתר להפחית את סכום המזונות עד לסכום של 20 ל"י לשבוע וכן הצהיר שמוכן לוותר על הבישול עבור הבעל, אך עתירה זו פורשה באופן מוטעה כהסכמה מצדו לתת עשרים ל"י לשבוע, אין העתירה מתכוונת להבטיח לתובעת מזונות 20 ל"י לשבוע אלא לקבוע את המגיע לה לפי פסק הדין הראשון בתקופה המוגבלת שמיום פסק הדין הראשון ועד למתן פסק דין אחר, מטרתה של העתירה היא לקבוע כי בתקופה זו לא הוציאה האשה סכום כזה לצרכיה הואיל והנתבע היה בבית החולים, וכן בהצהרתו שמוותר על הבישול התכוון שכדאי לו לוותר על הבישול מאשר לשלם מזונות, ועל כן יש לבטל את פסק הדין למוזנות ולחייב את התובעת להחזיר את הפרשי הסכומים שקיבלה שלא כדין. וכן לבטל את העיקול שהוטל על כספי הבעל. אין הצדקה לעקל את הפיצויים שקבל מגרמניה כפיצויים ולתת מזונות לאשה לחיי מותרות.

ב"כ האשה משיב בסיכומיו:

האשה מילאה את כל חובותיה, גם באותה התקופה שהבעל שכב בבית החולים לא חסכה האשה כל מאמץ והיתה מביאה לו מדי יום ביומו פירות ושוקולדה. העתירה להפחתת המזונות מארבעים ל"י לעשרים ל"י לשבוע היתה מובנת לביה"ד שהכוונה היא למוזנות בעתיד ואין מקום היום לבא ולאמר שהדבר לא הובן בשעתו. הבעל אין פניו לשלום והוא מבטא את זאת במעשים כמו הכאות והשמצות, באם פניו לשלום, מה איכפת לו אם יש עיקול, אלא כל כוונתו להבריח את הכספים ולשלול אפשרות לקבל ממנו מזונות, העדים העידו מתוך השמועה ואינם אובייקטיביים בענין. ועל כן יש לדחות את כל תביעותיו.

ביחס לכספים מראה חשבון שהוציאה באופן ישיר סך 733 ל"י ובאמצעות הוצ"פ 732.270, תשאר עוד חוב המגיע לאשה, כן זכאית לקבל מזונות והוצאות שהוציאה לרפואה ולמשקפים ותשלום המסים עבור הדירה.

ביה"ד לאחר שמיעת טו"מ הצדדים דן במכלול הבעיות הקשורות בגידון, אך

לאור ההכחות שביניהם נשארה הפרשה סתומה, גם לאחר שמיעת העדים לא נעזרנו הרבה הואיל והעידו רק מפי השמועה ולא העידו על דבר מסויים, ועל כן עלינו לדון לאור הטענות ששמענו מפי הצדדים.

עלינו לדון לגופו של הענין אם יש מקום בהלכה לפטור בעל ממזונות האשה לאור טענותיו גרידא שהאשה הינה מורדת ממלאכה ומחיי אישות.

כאמור לעיל לא נעזרנו הרבה מהעדים וחומר הראיה אשר לפני ביה"ד על היחסים שבין הצדדים, אין זה מהווה עילה מספקת לחרוץ את גורלה של האשה כמורדת על כל מסקנותיה, ומה מעידים העדים, כי שמעו קלא דלא פסיק שהאשה אינה מבשלת וכן העידו שביקרו בדירתם של הצדדים ובנוכחותם התקוטטו ביניהם, מובן הדבר שאין לקבוע עובדא מביקור חטוף אשר לפיה יכול ביה"ד להוציא מסקנא והחלטה על הכרזתה של האשה כמורדת, לא העידו העדים על הנסיבות ושוור המריבות שבין הצדדים, על כן לאור עדותם אין לקבוע שאכן תלוי הקולר בצואר האשה והיא היא בעלת הריב והמדון אשר בעטיה הופר שלום הבית, לכן ביה"ד דן לאור הטענות של הצדדים. והנה בשו"ע אהע"ו סי' ע"ז סעיף ז' נפסקה הלכה:

„איש ואשתו שבאו לבית"ד 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... מחרימין תחלה על מי שהוא מורד ולא יודה בבית"ד, ואחר כך אם לא הודו אומרים להם התיחדו בפני עדים, נתיחדו בפני עדים ועדיין הם טוענים, מבקשים מן הנטען, ועושין פשרה כפי כח הדיין“.

לאור הלכה זו יש להטיל חרם או לבקש מן הנטען שיסכים לפשרה. ועיין בהמבי"ט ח"א סי' רס"ז שדן בעובדא שצד השני טוען שאתה המורד ולא אני — כמו בנידוננו — ומסקנתו שאותה ההלכה של הטלת חרם נהגת כששני הצדדים מאשימים אחד את השני, וכך כותב בשאלה רס"ז:

„ילמדנו רבינו בחור נשא בחורה בתולה ובלייל החופה לא יכול לה... ואח"כ כשהיא רוצה תבחר לבא עליה צעקה הנערה... עד שנתגלה הדבר כי היה בא עליה באין אונים ואמיץ כח כי אין גבורת אנשים בו... ואף הוא לפעמים מודה כי אין כח אנשים לו... ולפעמים אומר שכח אנשים בו והנערה מורדת... הכלל שהוא אומר ממנה והיא אומרת ממנו“.

„תשובה. מה שכתב הרמב"ם שמחרימים, הוא הדין בנדון זה שמכחישים זה את זה... דאע"ג דהתם אחד מהם אומר לא כי אלא כדרך כל הארץ אני עמו והכא בנדון זה כל אחד אומר אתה המורד סוף סוף הכחשה יש ביניהם... ולכן מחרימין ביניהן בתחילה על מי שהוא מורד... ואח"כ יתיחדו בפני עדים. וכפי מה שבא השאלה כבר נתיחדו כמה פעמים ועכ"ז ראוי לחזור ליחדם בפני עדים עד שיחרימו על העבר ויכללו ג"כ העתיד... ומגלגלין ביניהם על כך כי אין הדין נותן להאמין את הא' יותר מן האחר אלא א"כ יראה לדיינים איזו היא אמתלאה“.

הלכה הנ"ל היא כדעת הרמב"ם בפי"ד מהל' אישות, אולם הראב"ד חולק עליו ודעתו שאין מקום לחרמות וכך כותב בהשגות על הרמב"ם:

„אין אני רואה כאן פשרה לדיין ומשנתינו היא השמים בני לבניך

ואמרו בירושלמי כמה דרחיקא שמיא מן ארעא... כלומר שהוא פרוש ממנה, ואם כמשנה ראשונה הרי האמינות מפני שיכולת לאמר אינו יורה כחץ, ואם כמשנה האחרונה הרי אמרו יעשה סעודה והן מתרגלים זה עם זה ואין כאן מקום לתרמות מפני שהוא גנאי להן".

הפלוגתא שבין הרמב"ם והראב"ד מוסברת כדלהלן:

אם לאור ההכחשות שבין הצדדים בכחו של ביה"ד להטיל חרם על אחד הצדדים, והדבר מובן מאליו כי על ידי הטלת חרם נפגעת לפעמים זכותו אם לא במישרין הרי בעקיפין, כשצד אחד מוכרח לוותר לטובת צד השני כשהוא מסרב לקבל עליו את החרם מאיזו סיבה שהיא, אבל כחו של ביה"ד יפה להטיל חרם, אף כי מעצם הדין אין עדיפות בטענות מצד אחד לגבי צד השני, בכל זאת מטילים חרם על מנת שיוכיח שטענות של הצד שכנגדו אין להן יסוד, או שאין בכח ביה"ד להתערב במקרים מעין אלו אשר קיימות הכחשות ומעצם הדין אין לתת עדיפות לצד אחד על צד השני ועל כן עוזב אותם ביה"ד לנפשם ומיעץ להם לעשות סעודה ולהתפייס כשכל אחד נשאר במלא זכויותיו. הרמב"ם סובר שאכן מוטל על ביה"ד להתערב הן על ידי הטלת חרם והן על ידי פשרה, והראב"ד סובר שביה"ד רק מיעץ להם שיתפשרו מעצמם.

הסבר זה היה יפה כשכל צד מטיח אשמה לגבי צד השני, אבל במקרה שצד אחד אינו מאשים את השני אלא שטרען שאינו מורד, נראה לכאורה שהסברא נוטה כדעת הרמב"ם, כיון שיש כלל שאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו ואינו נטפל לחנם לצד השני, ואם כן תובע, הרי בודאי יש דברים בגו ועל הנתבע להוכיח על ידי שבועת היסט או באיזו שהיא בידור אחר. ועיין „מגדול עוז" מה שתירץ על קושייתו של הראב"ד.

ועיין „מגיד משנה" שהסביר את דעת הרמב"ם:

„ואני אומר שדברי רבינו הם ממה שאמרו במשנה (שלהי נדרים) יעשו דרך בקשה, ואע"פ שבירושלמי פירש יעשו סעודה, בירושלמי הזכירו אחת מדרכי הפיוס והפשרה שהיא ע"י סעודה, ועיקר הכוונה היא שיתפשרו ביניהם באיזו דרך שיהיה ולזה סתם רבינו, ומ"ש הראב"ד שאין כאן מקום לתרמות שהוא גנאי להן, אני אומר שכיון שהם טוענים דברים אלו בביה"ד, אין חוששין לגנאי להוציא הדין לאמתו, וכבר הזכרתי שלא נזכר בגמרא בשום מקום חרם סתם, אבל הגאונים ז"ל כתבו כן".

לפי הסברו של „מגיד משנה" פירש הרמב"ם את הכוונה במשנה יעשו דרך בקשה, היינו שביה"ד יחפש עצות ותחבולות שהצדדים יגיעו לכלל פשרה הן בצורה של חרם והן בצורה של פשרה כל שהיא.

ועיין בריטב"א בפירושו על נדרים:

„השמים ביני ובינך יעשו דרך בקשה, כלומר אין ביה"ד נזקקין אליה ואין מאמינים אותה אלא שיעשו דבריהם דרך פיוס הן לפייסה שלא תאמר כן ותתן לבה על בעלה, הן לפייסו אם רואים שקטטה מתרבה ביניהם, ובירושלמי אמרו יעשה סעודה ויפייס".

וכן עיי"ש ב„נמוקי יוסף":

„יעשו דרך בקשה, מפורש בירושלמי יעשו סעודה, ועצה טובה

קמ"ל, וגם פשוטו של לשון בא שאין לביה"ד לדונה כמורדת ולא לכוף

אותו לגרשה אלא שיעשו הם ביניהם דרך בקשה לפייס זה לזה הן לפייס אותה שלא לחוש לכך, והן לפייס אותה שלא תשא את עוונה עליו".
דברי הראשונים הנ"ל מבוארים וברורים שאין ביה"ד מקבל את טענות הצדדים, וכל צד נשאר במלא זכותיו ללא התערבות של ביה"ד להרם או לפשרה ונוטים לכאורה דברי הראשונים כדעת הראב"ד.

אך טרם נחליט שאכן חולקים אלו הראשונים על שיטת הרמב"ם הואיל וגם הרמב"ם בפירושו על המשניות לא הזכיר הטלת חרם בנידון זה והזכיר את זאת רק ב"יד החזקה", וכן הזכיר בפירוש המשניות בנידון אחר, אמנם בפשטות הדברים נוטין יותר לדעת הראב"ד מאשר לדעת הרמב"ם.

ועיין, "פרישה" סי' ע"ו שהראה את הסתירה מהלכה זו להלכה שנפסקה בסי' קנ"ד בטענה שאין לבעל גבורת אנשים האשה נאמנת, משום שהוא יודע אם משקרת, ותירץ שהיא נאמנת לאו לענין ממון אלא שצריך להוציאה, ועיין, "בית שמואל" סימן ע"ז ס"ק ל"ב ו', דגול מרבבה".

וכן עיין, "לחם משנה" פי"ד מהלכות אישות הלכה ט"ז:

"איש ואשתו שבאו לביה"ד, היכא שאמרה שהוא מרוחק ממנה הוא דבר דקים ליה וקים לה, והוי דומיא דר' המנונא דאינה מעיזה, וכבר תמה כן בתש' הרשב"א סי' תרכ"ח, ולדידן דקיימ"ל כר' המנונא היא נאמנת, ונראה לי לאמר דסובר רבינו... דהך טענה דהוא מרוחק ממנה אינה מוציאה עצמה מבעלה עכ"פ דהא אפשר לו להתפייס ואל ימרוד בה עוד דהרי יש בידו לתקנו".

ועיין, "ישועות יעקב" אהע"ז סי' ע"ז שגם כן עמד על מדוכה זו ותירץ את שתי ההלכות בדרך אחרת ואכמ"ל.

כל המבואר לעיל הוא כשקיימות הכחשות בנוגע למורדת בחיי האישות, ומעתה עלינו לברר את ההלכה הנוגעת למורדת ממלאכה.

בשו"ע אהע"ז סי' פ' סעיף ט"ז:

"טען הוא שאינה עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשותו,

מושיבין אשה ביניהם או שכנים".

הלכה זו עוסקת כשהבעל טוען שהאשה הינה מורדת ממלאכה, ויש להוסיף אם כי לא מוזכר במפורש, אבל הדבר מובן מאליו שבכך, הוא רוצה לשלול את זכותה לקבלת מזונות שהרי כן נפסק הדין בסעיף מ"ו:

"כל אשה שתמנע מלעשות מלאכה... שהיא חייבת לעשותו כופין

אותה לעשות, ואינו זנה עד שתעשה".

ועיין, "חלקת מחוקק" ס"ק כ"ח ו', "בית שמואל" ס"ק כ"ב:

"מושיבין אשה, ולא תיקנו שהיא תשבע היסת, דא"כ בכל עת ובכל

שעה יהיה עסק שבועה ביניהם ואין שלום בביתו, וע"כ האמינו לאשה

היושבת ביניהם אע"ג דאשה פסולה לשאר עדיות".

מדבריהם של "חלקת מחוקק" ו', "בית שמואל" יש ללמוד כי משורת הדין על האשה

לישבע שבועת היסת, אלא בכדי למנוע קטטות ומריבות לא הטילו שבועת היסת ומסרו

עדות זו לנשים. אולם ב', קונטרס אחרון" לבעל ה', "הפלאה" הלכות כתובות סי' פ' חולק

על, "חלקת מחוקק" ו', "בית שמואל":

„ולפענ"ד נראה ליתן טעם כיון דנאמר בגמ' שבועות דף מ' ע"ב
 דטעם תקנת שבועת היסט משום חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו.
 והכא איכא חזקה כנגדו דחזקה אין אשה מעיזה בפני בעלה".
 לדעת ה"הפלאה" החזקה שאין אשה מעיזה, פוטרת מחיוב שבועת היסט, ודיה
 ההוכחה על ידי אשה היושבת ביניהם אשר תעיד על היחסים שביניהם.
 וכן עיין „ישועות יעקב" אהע"ז סי' פ'.

„הח"מ נדחק בדבר אמאי לא תשבע היסט, ובאמת לקמן סי' פ"ה
 מבואר דבאומרת אהא נתת לי במתנה, נאמנת, משום חזקה דאין אשה
 מעיזה... א"כ כ"ש בזה לענין לפטר מחיבת דמהני חזקה זו, ואף דשם
 מבואר דעכ"פ היסט צריכה לישבע חזקת דלא מהני חזקה לפוטרה משבועה,
 ואמנם הדבר פשוט דבאמת יש לנו חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו
 עליו, וא"כ שם עיקר הנאמנות אף בשבועה, הוא רק משום חזקה דאין אשה
 מעיזה, א"כ לא מהני חזקה זו לפוטרה משבועה, אבל היכא שבלאו הכי
 לא היתה מחויבת רק שבועת היסט, מהני חזקה דאין אשה מעיזה לפוטרה
 משבועה זו"פ".

גם לדעת „ישועות יעקב" אין להטיל מעיקר הדין על האשה שבועת היסט,
 ולכן הקילו שהיא תוכיח על ידי אשה היושבת ביניהם, אכן יש לעורר את השאלה
 במקרה של קטנות בין הזוג שאז מתעוררת נאמנות האשה, (וראה איסוף פסקי דין
 פרק א, עמ' 85) אבל פטורים אנו להרחיב את הדברים בשאלה זו, והאיל ולדעת כל
 הפוסקים דיה הוכחה על ידי אשה, והפלוגתא היא רק בנימוקי ההלכה.
 ועיין בתשובת הרא"ש כלל מ"ג י'.

„אשה המורדת צריכה עדים והתראה להפסידה כתובתה, ואין הבעל
 נאמן, ואם היא כופרת תשבע שהיא כדבריה, וכן דין האישה המורדת".
 לכאורה משמע כי דעת הרא"ש שיש להטיל שבועת היסט על האשה, וחולק על
 הדין שנפסק בשו"ע שמושיבין אשה ביניהם כנ"ל.
 אכן הרא"ש לא הבהיר את דעתו אם כוונתו שעל האשה לישבע גם כשהחבר
 נוגע למוזנותיה, או שהכוונה שצריכה לישבע היא רק כשהיא תובעת את כתובתה שאז
 אין שאלה של שלום בית, אבל כשתובעת מוזנות, גם הרא"ש סובר כדעת השו"ע שדיה
 ההוכחה על ידי נשים או שכני המקום.
 וכן פוסק הרמב"ם בפ' כ"א מהלכות אישות הלכה י'.

„טען הוא שאינה עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשות,
 מושיבין אשה ביניהם או שכנים ודבר זה כפי מה שיראה הדיין שאפשר
 בדבר".

הוסיף הרמב"ם בסוף דבריו ודבר זה כפי שיראה הדיין (וצ"ע משום מה השמיט
 מרן המחבר פיסקא זו). כי יתכן מאד שכונת הרמב"ם במלים אלו להורות כי משורת
 הדין פטורה האשה לישבע שבועת היסט כמבואר לעיל דעת „הפלאה" ו„ישועות יעקב",
 אלא הדבר מסור לדיין כפי ראות עיניו אשר יקבע את החלטתו על ידי אשה או
 שכני המקום.

לאור שתי ההלכות הנזכרות לעיל, כשקיימות הכחשות בין איש לאשתו והוא
 טוען שהינה מורדת ממלאכה ומתשמיש והיא כופרת, או להיפך כשהיא טוענת נגד

בעלה שהוא מורד, הטילו חובת ההוכחה על הנטען על ידי קבלת חרם או שכני המקום, ובמקרה שכל צד טוען נגד השני שהנו המורד, יש להטיל חרם על שניהם כמבואר במחבי"ס הע"ל.

אכן עלינו לברר את ההלכה במקרה שלא קיימת אפשרות להטיל חרם על הצדדים כגון ובחשודים על שבועה וחרם שעל ביה"ד למנוע את הטלת החרם, או כשאין אפשרות להושיב אשה ביניהם מתוך נסיבות מיוחדות, מה קובעת ההלכה בנידון זה אם מפסידה האשה את זכויותיה עקב טענותיו של הבעל גרידא כיון שאין אפשרות לבצע את תקנת חכמים שהטילו עליה, או שבמקרה כזה עלינו לתחזיר את הדין למקומו, כלומר הואיל ומשורת הדין הרי בכלל האשה פטורה לישבע מפני שאינה מעיזה, ואף לדעת „חלקת מחוקק" ו„בית שמואל" שיש עליה חיוב של שבועת היסת, אבל גם שבועה זו אינה אלא תקנתא של חכמינו ומעיקר הדין אין בכחה של טענת הבעל לפגוע בזכויותיה של האשה, כיון שיש על הבעל חזקת חיוב, וטענה גרידא אינה יכולה לגרום את ביטולה של החזקת חיוב ונשארה האשה במלוא זכויותיה, וכן כשהדבר נוגע לזכויות הבעל כשיש לו לקבל מאזשה והיא טוענת שהוא מורד.

הנה בשו"ע חו"מ סי' צ"ב סעיף ט' בפסקה ההלכה:

„נתחייב החשוד שבועה מדבריהם, אם היה מהנשבעים ונוטלים, אין יכול לישבע וליטול, אלא הנתבע שכנגדו ישבע ויפטר. וכן פוגם שטור, הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מהשטר, וי"א שכיון שהשטר מקויים בידו גובה בלא שבועה".

ועיין בש"ך ס"ק י"ד:

„בתשובת מהרש"ך ס"ב ס"ק ק"ב פסק דיוכל המוחזק לאמר קים לי כסברא ראשונה וכה"ג פסק הב"ח ... ו"ל עיקר להלכה כ"א אלו וכן כתבו הטור והתחבר עצמם לעיל סימן פ"ב סעיף ח' דהכי מסתברא".

לדעת הש"ך כשאין אפשרות לישבע שבועת היסת כגון שהמלוה חשוד על השבועה אינו מפסיד בכך וגובה על ידי השטר בלי שבועה ואינו יכול לטעון קים לי, הואיל ותיובו של הלוח ברור, הרי העדר השבועה אינו מהווה גורם לביטול החזקת חיוב. ואם נצא מתוך הנחה זו הרי גם בנידוננו כשקיימת חזקת חיוב על הבעל הרי העדר ההוכחה על ידי חרם או על ידי שכנים אינו מבטל את החזקת חיוב וכל צד נשאר במלוא זכויותיו אם כי יש לחלק בין הנידונים, כי הרי התם המלוה מחזיק בשטר והשטר הוא הגובה וזו חזקת גמורה של שטרך בידו מאי בעי.

אך יש לציין כאן את הש"ך בסימן פ"ב ס"ק י"ט:

„הקשה הסמ"ע באהע"ז סי' צ"ו פסק הטור באשה החשודה שכנגדה נשבע ונפטר, ותרץ דחוקא באשה שיש לה משל בעלה בידה ויש לחוש שלקחה מבעלה ... ולי נראה לתרץ דשאני כתובה משאר ... בהלואה ... פשיטא דמדאורייתא חייב לשלם אפילו בלא שבועה דשבועה זו תקנת חכמים ובחשוד אוקמה אדאורייתא, אבל בכתובה, מדאורייתא לית לה כתובה, אלא דרבנן תיקנו כתובת לאשה ... הילכך תם אמרו ותם אמרו, לא תפרע אלא בשבועה ואם היא חשודה אוקמה אדאורייתא ולית לה כתובה".

לדעת הש"ך יש הבדל בין חוב המוטל על הלזה שסיבתו נעוצה בדין מן התורה, ואמנם בכדי לקבל את החוב הטילו רבנן על המלוה שבועת היסט, אבל במקרה שאין אפשרות לקיים את התקנת מדרבנן, מחזירים את ההלכה למקומה ונוטל בלי שבועה, לבין — חוב שאינו אלא מתקנת חכמים שאם אין אפשרות לישבע שבועת היסט, נפטר המחייב לשלם, הואיל וגם החיוב אינו אלא מדרבנן, הרי תקנתא מקמי תקנתא לא דחינן ואין להוציא מן המוחזק בלי שבועה.

ואם נצא מתוך הנחה זו הרי מתעוררת שאלה כשקיימות הכחשות בין איש ואשה מי הוא הצד המורד ולא קיימת אפשרות לברר ע"י חרם או שכני המקום, אם יכול ביה"ד לחייב מזונות בלי הוכחה כנ"ל, הואיל ולדעת הרבה פוסקים החוב של מזונות לאשה אינו אלא מדרבנן.

ונראה כי התשובה לשאלה זו היא, שאף בהעדר הוכחות הנ"ל אין הצדדים מפסידיים זכויותיהם שהעניקו להם עם הנישואין, כי לא הרי הוכחות אלו כתקנת שבועת היסט אשר פוגמת את עצם החיוב ובלעדה אין להוציא מן המוחזק, ולא מיבעיא לשיטת ה"הפלאה" ו"ישועות יעקב" שמעצם הדין האשה נאמנת ובכל זאת הטילו עליה קבלת חרם ליתר בהירות הדבר, ובאותה הצורה הטילו גם על הבעל כשאשה טוענת בגדו שהוא המורד בכדי להגיע לבירור הדבר, אבל לא התכוונו בתקנה זו לשלול את זכויות תאיש או האשה, וגם לשיטת "חלקת מחוקק" ו"בית שמואל" שמעצם הדין מחוייבת האשה שבועת היסט אבל מכיון שחכמים לא תיקנו שבועת היסט, — תהיה הסיבה אשר תהיה, הואיל ולא הטילו חובת הוכחה על ידי שבועה מסתבר שאין אנו דנים בהלכה של גשבע ונוטל, וכל צד נשאר במלא זכויותיו, גם כשאין לו אפשרות להוכיח על ידי החרם או שכני המקום.

יש להוסיף עוד נקודה אחת הנוגעת להלכה זו.

הנה בשו"ע חו"מ סימן פ"ב סעיף ה' נפסקה הלכה:

"אם אמרו ביה"ד ללזה שלם לו ולא טען השבע לי, אלא אמר הלזה לביה"ד מה חייב לי אומרים מה אתה רוצה שיתחייב לך, אם אמר רוצה אני שישבע לי משביעים אותו ואם לאו, אין פותחין לו".

ביאור הדבר הואיל והמלוה מחזיק שטר בידו, ואמנם הטילו עליו חוב שבועה, אבל כל עוד שהלזה אינו תובע את השבועה אין ביה"ד נוקק להטיל את השבועה. מסתבר לכאורה שגם בנידון מורד ומורדת כשקיימות הכחשות וכל צד נשאר במלא זכויותיו, אם אין הצדדים תובעים הטלת חרם או בירור של שכנים, אין ביה"ד נוקק להטיל חרם אם לא קדמה דרישה כזאת על ידי אחד הצדדים, ויש להשוות את שני ההלכות על כל דיניהן, וכאמור לעיל הרי התקנה של הטלת חרם לא היתה הכוונה לפגוע בחזקת החיוב ובזכויותיהם שהעניקו להצדדים עם הנישואין. ויאמרו הדברים בקל וחומר, אם בנידון של שבועת היסט לא מתערער החיוב בלי טענת הלזה וביה"ד אינו מחייב שבועת היסט, על אחת כמה וכמה בנידון של איש ואשה שהתקנה להטלת חרם אינה פוגעת את החזקת חיוב כלל וכלל. אכן הדעת נוטה שיש הבדל בין מלוה ולוה ובין הטענה ביחס למורד ומורדת.

בנידון הראשון כשאין דרישה מצד הלזה, אין ביה"ד מתערב אלא פוסק לפי התנאים הקיימים שעל הלזה לסלק את החוב, בהתאם לשטר שביד המלוה, ברם בנידון של איש ואשה ביחס למורדת כשקיימות הכחשות ביניהם, היתה כוונת התקנה להטיל

חרם בכדי להבטיח בכך את שלום הבית ולסלק את הטענות של צד אחד נגד השני, וביה"ד מחפש עצות ותחבולות לברר באשמת מי הופר שלום הבית וזה מתפקידו להתערב לטובת הענין, ולכן יתכן אף כשאין תביעה מצד המעונין ברבר, וביה"ד מטיל חובת ההוכחה כפי ראות עיניו אשר על ידיה תושג המטרה המבוקשת. אך טרם נחליט על כך, כי יש מקום לומר שדינם דומה למלוה ולוה וצ"ע.

כסמוכין לכך יש לציין את ההלכה שהביא הרמ"א באהע"ז סי' פ':

„וכל אשה יש לה מזונות אע"פ שאין כתובתה בידה ואינו נאמן לאמר שמחלה לו רק בראיה ברורה, ואפילו על מזונות שעברו, אם לא טען לא טענינן ליה, וצריך לישבע שמחלה לו“.

ועיין „חלקת מחוקק" ס"ק ל"ה:

„וצריך לישבע שמחלה לו, כלומר מזונות להבא אינו נאמן בלא ראי', אבל מזונות שעברו נאמן לטעון וצריך לישבע היסת, והיה נראה דמזונות להבא אף שהיא נאמנת מ"מ צריכה לישבע היסת, אבל הרשב"א כתב בשם הרי"ף דהיא נאמנת בלא שבועה“.

ועיין „בית שמואל" ס"ק כ"ו שהעיר על דברי „חלקת מחוקק“:

„וכתב בח"מ אפשר שבועת היסת צריכה היא לישבע, ונראה, דין זה תלי בדין הטוען פרעתי תוך הזמן“.

ולכאורה יש להעיר מהדין המבואר לעיל שאם הוא טוען שאינה עושה מלאכה, לא תקנו שהיא תשבע היסת מתוך נימוק שבכל עת ובכל שעה יהיה עסק שבועה ואין שלום בבית, ולמה לא קיים חשש זה כשהבעל טוען שמחלה לו המזונות, אם כי יש לומר שבטענת מחילה אי אפשר לברר בצורה אחרת, ועל כן בלית ברירה אחרת הטילו שבעת היסת, אבל כשקיימת אפשרות לברר ע"י אשה הנמצאת ביניהם, מצדיקים וברור כזה מאשר להשביע שבועת היסת. אך נראה להוסיף שאין אנו זקוקים לחילוק זה, כי לפי המבואר לעיל יש להבחין בצורת הטענות וההכחשות, כשקיימות הכחשות בין איש ואשה על עצם תשלום המזונות שהבעל טוען שכבר נתן מזונות והאשה טוענת שעדיין לא קיבלה, הרי טענות מעין אלו הן טענות רגילות הדומות ביותר לטוען ונטען ולמלוה ולוה, ועלינו לנהוג בנידון כזה כבשאר דיני מזונות, אך שונה הדבר כשקיימות הכחשות בדיני האישות שביניהם שטענה כזו אינה טענה ממונית גרידא והדברים נוגעים יותר ליחסי האישות שביניהם, או דאגו חכמים לשלום הבית ועשו כל ההקלות בכדי להשכין שלום הבית, וזו מטרת התקנה של הטלת חרם וההוכחה של אשה ושכני המקום.

כשאנו מגיעים למסקנה בנידוננו לאור הטענות וההכחשות, כשהבעל טוען שהאשה הינה מורדת והאשה טוענת שהבעל הנו המורד, ואין לתאמן צד אחד נגד צד השני כל צד נשאר במלא זכויותיו, ואין לפטור את הבעל ממזונות האשה, אלא יש להושיב אשה ועל ידה יבורר אם אכן מורדת האשה ממלאכות, כי אף שהבעל הצהיר בשעתו שמוותר על המלאכות שהאשה חייבת בהן, אבל מזכותו לחזור מוותר זה שמלכתחילה לא היה לעד ולתמיד, וביה"ד סובר הואיל ולא הוגשה תביעה לגירושין מאף אחד מהצדדים, הרי יש להניח שטובת הצדדים דורשת להחזיר את השלום על כנו שיהיה לטובה ולברכה לשניהם, על כן על שני בני הזוג לעשות נסיון לשלום ושכנים הגרים בקרבת המקום יעקבו על היחסים שבין הצדדים ויקבעו מי הוא הצד האשם

בהפרת שלום הבית, ובכך נצליח גם לברר בנוגע למרידה בשטח חיי תאישות, ולעת עתה אין צורך בהטלת חרם.

וכאן עלינו לברר את טענתו של ב"כ הבעל להחזרת הפרשי הסכומים המתיחסים לזמן ששכב בבית חולים.

דעת ביה"ד שאכן יש מקום לתביעה זו, ולא מתקבל על הדעת שבאותו הזמן הוציאה סך 40 ל"י לשבוע למזונות כאילו הוא היה בבית, וכל עוד שלא הוכיחה בראיה המניחה את הדעת, יש לחייבו רק בסכום של 25 ל"י לשבוע. כפי שמתברר מהאישור של בית חולים הדסה, שכב הנתבע בביה"ח שבעה שבועות, ועל כן זכאי הנתבע לקבל סך 105 ל"י (אם כי הנתבע טען, ששכב רק ששה שבועות כרשום בפרטיכל, כגראה שחלה טעות בטענתו).

אין ביה"ד מקבל את הטענה לבטל את פסק הדין למפרע ולהעמיד את סכום המזונות על עשרים ל"י לשבוע, מכיון שהנתבע לא הוכיח בראיה מספקת שהתובעת לא מילאה אחר הוראות ביה"ד, על כן פסק הדין מיום י"א טבת תשי"ח עד יום כ"ב אייר תשי"ח גשאר בתקפו פרט לסכום של 105 ל"י המתיחס לזמן שהיה בבית חולים, מסי העיריה וחשמל לאותה התקופה על הנתבע לשלם כמבואר בפסק הדין, כן גשאר בתקפו פסק הדין החל מיום כ"ב אייר עד יום כ"ח חשוון תשי"ט ועל התובעת לשלם את מסי העיריה וחשמל ויתר ההוצאות עבור התקופה שבין כ"ב אייר תשי"ח עד כ"ח חשוון תשי"ט.

ביה"ד דוחה את הטענה שהתובעת לא עשתה את המלאכות המוטלות על האשה לעשות לבעל, הואיל והנתבע הצהיר בשעתו שמוותר על הביטול, הרי כל עוד שלא ניתן פסק דין סופי, הסתמכה התובעת על הצהרתו לפני ביה"ד כנ"ל.

ומעתה תחובה לברר את התביעה בקשר לעיקול שב"כ הנתבע דורש במפגיע את ביטולו.

בחו"מ סי' ע"ג סעיף ו' נפסקה ההלכה:

„מי שיש לו שטר על חברו לזמן, ובא בתוך הזמן לב"ד ואמר מצאתי מנכסי פלוני ואני ירא שאם יבואו לידו יבירחם ממני ולא אמצא מקום לגבות חובי, אם רואה הדיין שום אמתלא לדבריו שלא יוכל לגבות חובו כשיגיע הזמן, מצוה על הדיין לעכב הממונ... וה"ה בכ"מ שגראה לביה"ד לעכב מעות הנתבע... ומוזה נשתרבע המנהג לעקל המעות אע"פ שאין בו צורך כולי האי".

ועיין בש"ך ס"ק ל"ד לאחר שהביא חבל פוסקים שעוסקים בדיני עיקול, מסיים את דבריו:

„ולפי שדינים אלו תלויים במנהג המקומות ולפי ראות עיני הדיינים, לא הארכתי בזה".

מקובל בבתי הדין בהתאם להלכה הג"ל כשהוגשה קובלנה נגד הנתבע שקיים חשש שיבריך את נכסיו ויעלים את כספו, מטילים עיקול עד לבירור המשפט ובמיוחד כשאין חשש של התמוטטות מקור פרנסתו של הנתבע על ידי העיקול. ברי כי בנידוננו לא נגרם הפסד לנתבע כלל וכלל, הכספים היום מופקדים בבנק ללא תנעה, והא ראייה כי התקיימו מספר ישיבות בנידון הצדדים ולא שמענו דרישה על ביטול העיקול,

וכאמור לעיל הועלתה הצעה מצד ב"כ הנתבע להשאיר את העיקול על סך 2000 ל"י, על מנת להשכין שלום בין הזוג, וגם בכתב התביעה של הנתבע לא תבע את ביטולו של העיקול, ורק בישיבות האחרונות של ביה"ד טען ב"כ הנתבע, שעל ידי העיקול מאפשרים את התובעת להוציא לפועל את פסק הדין למוזנות באותו הגובה שקבע בית הדין, הדבר מובן מאליו שטענה זו אין לה יסוד, כי העיקול אינו מהווה גורם לחיוב המוזנות אלא להיפך, סיבת העיקול נעוצה בחיוב המוזנות, על כן יש להתרכז בעיקר בטענה להפחתת מוזנות והטענה נגד העיקול תיפול מאליה, מאידך הטענה להסרת העיקול מעוררת חשד שאכן קיים חשש של העלמת כספים בכדי לעכב את ביצוע פסק הדין.

כאמור לעיל נקבע גובה המוזנות לפי הצעתו של ב"כ הבעל אשר ביה"ד לקח הצעה זו כקנה מידה, ובקחתנו בחשבון את ההכנסה החדשית של הבעל העמדנו את גובה המוזנות על סך — 25. ל"י לשבוע, מבלי לקחת בחשבון את חסכוניותו ואם אינו משלם מרצונו הטוב מוציאים לפועל באמצעות הבנק בו מופקדים הכספים, ומה היא כעת טענתו של ב"כ הבעל שהכספים קיבל כפיצויים מגרמניה ואינם מיועדים למוזנות האשה, אין רצוננו לשלול את זכויותיו בכספים השייכים לו, ולוא היה משתמש בהם למטרת סידור בית עסק מתאים שימש כמקור פרנסת קבוע, הרי בודאי שיש לקדם זאת בברכה, ואכן פנינו לנתבע ולב"כ פעמים רבות בשאלה אם הדרישה לביטול העיקול היא למטרה מסוימת, על מנת לנצל את הכספים לסידור קבוע ולא קיבלנו תשובה על כך. ולכן לא ראה ביה"ד את הנחיצות לבטל מיד את העיקול כל עוד שהדיונים נמשכים בין הצדדים.

והחובה לברר מה קובעת ההלכה במקרה כמו בנידוננו שהנתבע תובע ביטולו של העיקול ללא נימוק על הצורך בכספים, וללא נימוק שעל ידי העיקול צפוי לו הפסד, אלא טענתו היחידה היא: אין רצוני שרכישי יהיה מעוקל על ידי מי שהוא, זה רכושי והטוב בעיני אעשה, והחוב המוטל עלי לשלם בעתיד, אשלם מרצוני הטוב. כמבואר לעיל מטילים עיקול על נכסי הנתבע אע"פ שאין בו צורך כולי האי. הגדרה זו היא סתמית, והפירוש „שאין בו צורך כולי האי" — ניתן לפירושים שונים, אבל ברור הדבר שמטרת העיקול היא, הבטחת גביית החוב, ובאם אין אמתלא שהיא שקיים חשש שהחוב לא ישולם, אין ביה"ד נזקק להטיל עיקול, שהרי כן כתוב בהלכה הנ"ל: „אם רואה הדיין שום אמתלא להבריז", משמע שאם אין שום אמתלא, אין צורך להטיל עיקול, אכן יתכן שהמדובר הוא כשעם הטלת העיקול נגרם איזו שהוא הפסד לנתבע, ועל כן מותנה העיקול באמתלא, ברם כשאין שום הפסד, יתכן לקיים עיקול באם התובע דורש זאת, אף שהנתבע דורש את ביטולו. אך הדעת נוטה שכל עוד שאין לעיני ביה"ד איזו שהיא אמתלא וחשש להברחת הרכוש וכדומה, אין ביה"ד נזקק לתובע כלל וכלל, ובמיוחד בחוב שטרם הגיע זמנו לפרעון, שדעת גדולי הראשונים שאין להטיל עיקול כשיש אמתלא ועיין בטור סי' ע"ג מה שהביא בשם הרמב"ן.

ומצינו כעין הלכה זו בשו"ע אהע"ז סי' ע' סעיף ד':

„מי שהלך למדינת הים והפקיד כלים ביד אחר או השאילום לו מוציאים מיד הגפסד למוזנות אשתו... והוסיף הרמ"א, וכשמציאין מן

הנפקד אין מוציאין רק לששה חדשים, אפילו אם ירצה הנפקד אין מעכבין ממנו של בעל יוטר."

המקור להלכה זו הוא המרדכי כתובות פרק שני דיני גזירות וזה לשונו:
 ,,פוסקין מזונות לאשת איש... ואם יש ביד אדם מטלטלין דבעל,
 חיישינן להברחת ממון ולפסידה, כדחשו בפ' שור שנגח את הפרה שנוקסין
 לנתבע תחלה כגון דזיילי נכסי... ואם היא תובעת את הנפקד לדין היו
 כופין אותו בית הדין לתת מדר' נתן... ולששה חדשים יוציאו מן הנפקד
 למוזונותיה, אבל יותר אין כח לבי"ד לכופו ולעכב, ואם בא הבעל ותבע
 לדין, אין יכול לעכב לו ממנו, אך לששה חדשים יתן לאשה ויעכב ויתן
 ע"פ בי"ד."

ועיין ,,חלקת מחוקק" ס"ק כ"ג:

,,אין מוציאין רק לששה חדשים ומ"מ אין נותנין לידה כל הממון
 רק מעכבין הממון ביד הנפקד או ביד אחר ומפרנסין וזנין אותה מן
 המעות."

מדברי המרדכי אנו למידין שבכחו של בי"ד להוציא מן הנפקד למוזונות האשה
 רק לששה חדשים, ואף שבהתחלת דבריו הוא יוצא מתוך הנחה דחיישינן להברחת
 ממון ולפסידה ובכל זאת הוא מגיע למסקנא שביה"ד מוציא מן הנפקד לתקופה של
 ששה חדשים, ואף שעם הוצאת הסכום לא נגרם הפסד למפקיד שהרי לא מוסרים ישר
 לידי האשה, אלא מפרנסין אותה מן המעות ויתכן מאד כשהבעל יבא ויחזור לאשתו,
 הרי אפשר להחזיר לידו את הסכום שהוציאו בשעתו מן הנפקד, ומדוע לא יקציבו לה
 מכספי הנפקד לזמן יותר ממושך, מוכח על כן שגם ביה"ד מוגבל בכחו כשהדבר נוגע
 להקפאת ממון של הבעל.

ומהלכה זו אנו מגיעים למסקנא שביחס לעיקול על נכסיו של הבעל, הומן
 מוגבל רק לסכום המזונות של ששה חדשים.

אולם טרם נחליט שהלכה זו תשמש כיסוד לכל דיני עיקול לגבי מזונות אשה,
 כי יש להבחין בין הגידון של המרדכי שהלך למדינת הים, לבין אם קיים חשש שהבעל
 יבזבז את הנכסים, והאשה תשאר בחוסר כל כשלא יהיה נכסים לגביית המזונות.

ועיין באהע"ז סי' צ"ג סעיף א':

,,הכתובה הרי היא כחוב שיש לו זמן, ואינה נגבית אלא לאחר
 מיתת הבעל או אם גירשה, וה"ה מה שקבל בנדוניא."

ועיין ,,באר היטב":

,,כתב מהר"י הלוי סי' י"ז אם אנו רואים כוונת הבעל לאכול לה
 כל הממון ואח"כ לקום וללכת חוץ מהעיר כדי שתצטרך על כרחך להתרצות
 ממנו בגט בלבד, ניתנה כתובה לגבות מחיים."

ועיין שם ,,טורי זהב" ס"ק א':

,,כתובה שיש לה זמן, נראה מזה אם רואין שהבעל מבזבז נכסיו,
 תוכל האשה למחות... כמו בלוה שמבזבז נכסיו, דיכול המלוה לתבוע
 אפילו תוך זמנו, אלא שיש לחלק דשאני בכתובה דאפשר שלא תבא לעולם
 לידי גביה דשמא תמות היא, וצ"ע למעשה."

דעת הפוסקים הנ"ל שיש מקום לגביית הכתובה מחיים, כשקיים חשש שהבעל יבזבז את הנכסים, ואז ניתנת כתובה לגבות מחיים, ואותו הדין נראה לכאורה, בנוגע לגביית מזונות, שאם מבזבז את הנכסים, יש להטיל עיקול ולהבטיח את המזונות בעתיד. וראה מהרש"ם ח"ג סימן רפ"ב:

„אם רוצה האשה להבטיח דמי מזונותיה, וכן אם יש לו בנים קטנים שחייב לזונם, יש ביד בית דין לעכב שלא יבזבז נכסיו, כיון שלא יהיה אחר כך בדינו לגבות ממנו דמי המזונות, אם לפי ראות עיני בית הדין רוצה לבזבז נכסיו ולילך למדינת רחוקה... מהראוי לעכב בידו במה דאפשר“.

בשאלה מעין זו דן גם הר"י מיגאש בתשו' סי' קי"ח:
„ראובן נתן תוספת כתובה לאשתו ויש לו קרקעות וחששה האשה שמא ימכור קרקעותיו לגוים ובעת הגביה לא תמצא מאין תגבה, ובקשה מראובן שיעיד לה על עצמו בערכותיהם בכל כתובתה כדי שאם ירצה למכור קרקע תוכל למנוע מזה... תשובה, אם אפשר שיעיד על עצמו בערכאותיהם בסך כתובה ויתנה שיהיה משפט גבייתה ממנו בדיני ישראל, אז ראוי להכריח את ראובן שיעיד על עצמו עדות זה הואיל ואין עליו מזה היזק“.

לדעת הר"י מיגאש מטילים עיקול אף על ידי ערכאות אך מותנה שלא לגרום הפסד לנתבע, לא בהחיר אמנם הר"י מיגאש אם החשש שמא ימכור קרקעותיו היה נובע מתוך איזו שהיא חשש מבוסס, או שלא היה חשש מבוסס והעיקול נעשה לפי דרישת האשה מבלי חקירה נוספת אם האמת כדבריה, ומפשטות הדברים שכתב שם וחששה האשה שמא ימכור קרקעותיו משמע שהעיקול נעשה על פי האשה ללא חקירה מצד ביה"ד אם אכן יש יסוד לחשוש שימכור או יברח את נכסיו.

כאמור לעיל השאיר „טורי זהב“ בספק אם ניתן לעקל כספים למטרת גביית כתובה, ולכאורה הפתרון לספק זה יש למצוא בתשו' הר"י מיגאש הנ"ל, אך לפי המבואר יש לחלק בין נידון הר"י מיגאש שעוסק במקרה שלא היה צפוי הפסד לנתבע, לנידון „טורי זהב“ שעוסק במקרה רגיל שעל ידי הטלת העיקול שוללים את זכויותיו של הנתבע בנכסיו ונגרם לו גם הפסד, ועל כן הספק במקומו עומד כיון שיתכן שהכתובה לא תגיע לידי גבייה הרי אין לגרום הפסד על צד הספק.

בנידון דין כשלא נגרם הפסד לנתבע, יש להשאיר את העיקול בכדי להבטיח את מזונות התובעת, ויתכן גם שקיים חשש שלא ישלם מזונות, מכיון ששרויים בסכסוכים ומריבות והנתבע הנו איש חולני, וזאת עלולה לשמש לו כאמתלא להפסקת עבודתו ובכך לגרום הפסד לתובעת, לכן אין להסיר את העיקול מכל הסכום המופקד בבנק, אך מכיון שב"כ הנתבע טוען שהנתבע זקוק לסכום מסויים למטרת ריפוי בבחינת פיקוח נפשות, מחליט ביה"ד לשחרר חלק מהסכום, וחלק ישאר מעוקל, בכדי להבטיח את סכום הכתובה וסכום לששה חודשים מזונות, כמבואר לעיל בנידון מי שהלך למדינת הים, ואע"פ שאין ראייה לדבר כי יש הבדל בין הנידונים, אך זכר לדבר יש כאן.

מכל המבואר אנו מגיעים למסקנא, כי הבעיה המרכזית עליה סובב הדין בנידוננו היא הפחתת המזונות או ביטולם ושאו בעית העיקול תיפול מאליה, אולם

כאמור. טרם נחליט על הכרזתה של התובעת כמורדת, ובמעמד זה לא הפסידה את זכויותיה שעליה לקבל מן הנתבע.

אכן לאור הטענות מצד ב"כ הנתבע החוזרות ונשנות שהרווחים של הנתבע, אינן מאפשרות לשלם סך של למעלה ממאת לירות לחודש למוזונות התובעת, ומאידך לא הוכיחה התובעת את טענתה שהנתבע מרויח 250 ל"י לחודש, על כן ביה"ד מחליט להפחית את סכום המזונות, והחל מיום כ"ה חשון תשי"ט, ישלם הנתבע למוזונות התובעת סך — 70 ל"י לחודש, מלבד מסים וחשמל שעליו לשלם, ואם התובעת תוכיח בראיה מספקת את מדת אפשרותו של הנתבע, ביה"ד ידון בדבר.

אשר לתביעה בסך 75 ל"י לצורך רפוייה של התובעת, הואיל והנתבע טוען שהוציאה רק 45 ל"י, ביה"ד מחייב את התובעת להמציא אישור מביה"ח ששילמה סכום של 75 ל"י.

וראה בשו"ת הריטב"א סי' קנ"א הדן בשאלה מעין זו ומסקנתו שעל האשה להוכיח על הוצאות רפוייה.

כן ביה"ד מחייב את הנתבע לשלם את הסכום ששילמה התובעת בעד המשקפים. לפני השמעת פסה"ד, ביה"ד דיבר עם הצדדים וקיבל הסכמתם המלאה לשלום בית, ולאור המבואר בפסק דיננו, ביה"ד מחליט ופוסק:

(א) על הצדדים להשלים ולחיות חיי שלום ואישות תקינים, ושכנה מהמקום הגב' ו. תעקוב על היחסים ביניהם מי שהוא הצד האשם בהפרת שלום הבית, ומחייבים את הבעל לשלם לאשתו למוזונות הבית סך — 30 לשבוע ועל האשה להראות חשבונות על הוצאות לכלכלת הבית בסך — 25 ל"י לשבוע מתוך השלושים הנ"ל.

(ב) מזכים את הנתבע הבעל בסך — 105 ל"י שהתובעת האשה קיבלה סכום יתר מעל המגיע לה בתקופה שהנתבע שכב בבית החולים.

(ג) מחייבים את הבעל לשלם למוזונות האשה סך — 70 ל"י לחודש החל מיום כ"ה חשון תשי"ט ועד היום. ויש לנכות סך — 90 ל"י שהאשה קבלה על החשבון וכן לנכות סך — 105 ל"י כאמור בסעיף ב'.

(ד) על האשה לשלם את המסים עבור התקופה שבין כ"ב אייר תשי"ח עד ליום כ"ה חשון תשי"ט, מחוץ לתקופה זו, על הבעל לשלם כל מסי הבית והחוקתו.

(ה) על הבעל לשלם לאשתו סך — 25 ל"י למשקפים עבור האשה.

(ו) הכסף שעוקל על ידינו ביום י"ב חשון תשי"ח ישאר בתוקפו על סך — 1000 ל"י בלבד והיתר ישוחרר לזכות הבעל.

ניתן בנוכחות הצדדים וב"כ — ביום ט' אדר א' תשי"ט.

תיק מס' 7121/ל"ה

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ח. ג. צימבליסט, ע. אזולאי, ש. דיכובסקי

בענין :

התובעת : א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב אורבך)

נגד :

הנתבע : ב. (ע"י ב"כ עו"ד רבשטיין)

הנידון : תביעת גירושין מסיבת עקרות

תביעת אשה לגירושין בטענה שבעלה עקר ורוצה בילד להישען עליו. — טענת הבעל שהוא במצב תקין ואין לסמוך בזה על דעת רופאים. — האם סומכים על דעת רופאים בקביעת עקרות. — האם כופין בעל עקר לגרש את אשתו והולכים בזה אחר הרוב. — האם יש ספק בקידושין כשמתגלית עקרות לאחר הנישואין באיש או באשה. — מה תדין כשהבעל רימה את האשה ולא גילה לה על מומיו. — על מי להוכיח כשהבעל טוען שכן גילה על מומיו. — האם יש חזקה על הרופאים שזהירים בשעת ניתוח לא לגרום קלקולים.

מסקנות

א. בעל שהוא עקר, ואשתו באה בטענה שרצונה בילד שתוכל להשען עליו ((מרא לידא וחוטרא לקבורה)), כופין אותו לגרשה.

ב. נהוג ומקובל בבית הדין שבקביעת מצב עקרות סומכים על דברי הרופאים. ג. 1) אם קבעו הרופאים שרוב בני אדם מסוגו של הבעל אינם מסוגלים להוליד, יש לראותו כעקר וכופין אותו לגרש את אשתו.

2) אין הדבר דומה לדיני ממונות שאין הולכים בהם אחר הרוב, שבממונות ישנה חזקה וע"י רוב אין להוציא מן המוחזק, אבל אשה אינה „מוחזקת" אצל בעלה.

3) יתכן שאפשר גם להוציא ממון מן המוחזק ע"י רוב גמור ומחלט.

ד. 1) מי שאין לו בנים, שקידש אשה, ואח"כ נתברר שאינה ראויה ללדת, הרי אלו ספק קידושי טעות.

2) יתכן שאין הדברים אמורים אלא באיש שמצוה על מצות פריה ורביה, אבל אשה שאינה מצוה על כך, אם נתגלה שהבעל אינו ראוי להוליד, אפשר שאין אלו קידושי טעות.

- ה. (1) מי שקידש אשה ברמאות ובתחבולות ואח"כ אומרת האשה שמואסת בו, הואיל ועשה שלא כהוגן, כופין אותו לגרשה.
- (2) אם יש לבעל מומים ולא גילה על כך לאשה לפני הקידושין, הרי זה בבחינת „עשה שלא כהוגן” וכופין אותו לגרשה כנ"ל.
- (3) אם טוען הבעל שגילה לה את מומיו והאשה מכחישתו, עליה להביא ראיה שהעלים ממנה ורק אז נוכל לקבוע ש„עשה שלא כהוגן”. אולם אם אנו באים לקבוע דין קידושי טעות על יסוד המומים, בזה על הבעל להוכיח שגילה לה המומים, שכל שהיא טוענת טענת קידושי טעות, הרי הוא בבחינת המוציא מחבירו שעליו הראיה.
- ו. (1) מי שעשו לו נתיח באבר המין אין לפסולו לבוא בקהל מחשש שמא קלקלו הרופאים בשעת הנתיח ועשאוהו לפצוע דכא, שחזקה על הרופאים שיודעים לתקן הדבר ולא לקלקל.
- (2) גם אם יש בו ריעותא שאינו מוליד, עדיין אין לקבוע שהרופאים קלקלו, כי יתכן שהריעותא היא מלידה, והכלל הוא ש„פצוע דכא בידי שמים כשר”. ולא עוד אלא שגם כשיש ריעותא ממשית, מעמידים אותו בחזקת כשרות ואין פוסלים אותו.

פסק דין

הצדדים נישאו בי"ג שבט תשל"ד. בניסן תשל"ה הגישה האשה תביעה לגירושין. בישיבתנו מיום " בתמוז תשל"ה הופיעו הצדדים וב"כ. ובה טען ב"כ האשה: כשהציעו את השידוך ראו הורי האשה שאין זקנו של הבעל מלא וחששו על גבריותו, ולשם כך שלתתו לבדיקה אצל ד"ר פרוה, הוא בדקו חיצונית ואמר שהאברים הם בסדר. ועל סמך זה נישאו. אחרי שעברה שנה וראתה האשה שאינה נכנסת להריון הלכו לבדיקה אצל ד"ר מור. הוא קבע שאין לבעל זרע כלל, וזאת על סמך שתי בדיקות זרע שהוצאו מגוף האשה אחר תשמיש, ובדיקה נוספת ישירה מהבעל. בבדיקות לא נמצאו זרעונים כלל. אז הודה הבעל שבצעירותו עבר נתיחים באשכים. הרופא אמר שהמקרה הוא אבוד. האשה טוענת שהוא עקר. כן היא טוענת שרימה אותה בכך שלא סיפר לה על דבר נתיחיו בעבר ויש כאן גם מקח טעות. וכמו כן יתכן שע"י הנתיחים נעקרו שבילי הזרע והוא אסור לבוא ובהל.

צורף לתיק מכתבו של ד"ר מור לביה"ד מ-28.8.75, ובו הוא כותב כדלקמן:
 „3, בדיקות זרע שנעשו אצל מר ב. (אחת ישירה ושתיים כתבחין לאחר משגל), לא הראו זרעונים חיים או מתים. בבדיקה גופנית נמצאו אשכים קטנים מהרגיל. סימני מין מישיניים אינם מפותחים כראוי. בעבר סבל מטמירות האשכים ונזק פנימי בתל-השומר. קיבל טיפול שבוצע בבני ברק, וביום 23.5.75 בבדיקה אצלי לא היו שום שרידים באברי המין. הוזמן לבדיקת זרע חוזרת ולא בא. לפי הבדיקות שעשה עד כה לדעתי אין סיכויים להפריה”.

בישיבה מ' טבת תשל"ו ענה ב"כ הבעל לטענות האשה כדלקמן: האשה נכנסה לפניקה ולחוסר סבלנות, היא הפסיקה ללכת למקוה, אולם הבעל מבקש שלום

בית. נכון שהבעל נולד כשאשכיו טמירים, זה דבר מקובל ברפואה ונחגים לנתח ולהוריד האשכים במקומם הטבעי. מורידים אותם שלמים בלי לפגוע בהם. הוא עבר הניתוח בהיותו בן 10, בשעת הניתוח לא נגרם לו כל נזק. מצרף מכתב מפרופ' מוזס מנהל מחלקה לכירורגיה בתל השומר, מתאריך 18 באפריל 1975, כדלקמן:

„מר ב. נותח במחלקתנו בשנת 1961, בהיותו בן 10 שנים. בניתוח נמצאו שני אשכים קטנים מהנורמה, כלואים בתעלת המפשעה אשר לא ירדו למקומם. בניתוח הורדו האשכים לשק האשכים מבלי שנגרם להם כל נזק. מר ב. נותח אצלנו פעם נוספת בשנת 1972 — אז תוקן בקע מפשעתי מימין, ללא פגיעה באברי המין“.

ב"כ הבעל: ד"ר פרדו שבדק את הבעל לפני הנישואין התקשר עם תל השומר ובדק את כל המסמכים בקשר לניתוחיו של הבעל ומצא שהוא במצב תקין. גם הד"ר מור, שאליו הלכו לטיפול אחרי שנה מהנישואין, עדיין לא קבע מצב סופי. לפי ד"ר מור צריך הבעל עוד בדיקות וטיפולים.

ב"כ האשה: יתכן שד"ר פרדו ידע על ניתוחיו בעבר, אך לא גילה דבר על כך לאשה. היא רק סיפר לאשה שמבדיקה חיצונית הוא בסדר.

ד"ר מור הופיע לעדות בביה"ד ומעיד: „לפי הבדיקות שעשיתי עד כה יש סיכויים קלושים מאד להפרייה. יש לעשות בדיקות נוספות, הורמונים וניקור האשכים, וזה יראה לנו איזה טיפול לתת הלאה, ואם זה יכול לעזור. לאחר ניקור האשכים נוכל לידע אם נפגעו שבילי הזרע בזמן הניתוח של שנת 1961 או 1972. היום סבורים הרופאים שיש לעשות הניתוח בקשר לטמירת האשכים בגיל 6. אם עושים בגיל יותר מבוגר הסיכויים גרועים מאד ביחס ליצירת זרע להפריה. את הסיבה לאי-זרע אצלו נדע רק בזמן הניקור אחרי בדיקות הורמונליות. רק 30 אחוז מצליחים בטיפול הזה. במקרה הנוכחי האחוזים להצלחה הם 10—20 אחוז. מידת האחוזים המדוייקת נדע רק אחרי ניקור האשכים ובדיקות הורמונליות.

ב"כ האשה: אנו מבקשים שיחוייב הבעל לעבור הבדיקות הנ"ל של ניקור האשכים וכו', ואז נדע גם אם לא נותקו שבילי הזרע. עליו לחזיח זאת, הואיל והזחוק שאין לו זרע.

הבעל: ניקור האשכים אסור עפ"י דין, הואיל ויש כאן תוצאת זרע מהביצה. כמו"כ יכול הניקור לגרום לפציע דכא.

ביה"ד לבעל: אם הרבנים יתירו לך לעשות את הניקור, התסכים לעשות? הבעל: אחרוב על כך. ביה"ד שמע גם עדותו של ד"ר א. יעקב המעיד: לפי הסטטיסטיקה יוצא ש-90 אחוז של ילדים שביצעו ניתוח טמירות האשכים מגיל 10 ומעלה אינם מסוגלים להוליד. אם מנתחים עד גיל 5, ההצלחה היא עד 50—60 אחוז. אם ניתחו בגיל 10 והאשכים לא התפתחו לגודל הטבעי, וכן הסימנים המשניים כגון שערות זכו' אינם מתפתחים בהתפתחות הטבעית, הרי זה סימן שהוא מן ה-90 אחוז הנ"ל שהניתוח לא הצליח. ב"כ הבעל מקריא לעד את דברי ד"ר מור שאמר שיתכן שע"י כדורים וטפולים יהיה פורה, עונה העד: לי לא ידוע על כך. אני הייתי קובע בנידון זה עקרונות. וזאת על סמך: (א) בדיקות הזרע השליליות; (ב) הורדת האשכים בגיל 10; (ג) אי הפריית האשה. אני לא חושב שבדיקת זרע חוזרת תתן תוצאות אחרות, אולם אם יש איזה שהוא ספק יש לבצע ניקור.

הופיע לעדות גם הד"ר צבי הומנאי ומעיד: „מוגום לומר ש-90 אחוז של ילדים המנותחים מגיל 10 ומעלה ישארו עקרים. הייתי אומר רק 70 אחוז. הבעל דנו במצבו הנוכחי אינו פורה. אבל צריך עדיין בדיקות, כי יתכן ואפשר לעזור לו להתרפא. מה שלא נמצאו זרעונים בבדיקה האחת שנעשתה אין זו עדיין בשבילי הוכחה אבסולוטית. צריך לפחות 2 בדיקות זרע סמוכות זו לזו. יש לעשות: (א) 2 בדיקות זרע; (ב) בירור הורמונלי; (ג) ניקור האשכים. ואז נדע: אם האשכים אינם מוציאים זרע או שיש סתימה המונעת בעד הזרעונים מלהגיע לשופכה. אם זוהי סתימה, דרוש ניתוח. הצלחת הניתוח היא נמוכה בסביבות 20—25 אחוז. אני יכול להטיל ספק ביחס לעקרותו. עקרות זוהי קביעה סופית. אמנם במצבו הנוכחי לא יוכל להתפרות אשה, אבל אם יעבור הבדיקות ייתכן שיתרפא.”

הצדדים הגישו גם סיכומים בכתב.

והנה תביעת האשה לגירושין מבוססת על שלש טענות: (א) תבעל הינו עקר, והאשה באה בטענת בעינא חוטרא לידא וכו'; (ב) הבעל העלים במנה את דבר הניתוח שנעשה בו בילדותו, ויש כאן משום קידושי טעות. או עכ"פ משום מעשה שלא כהוגן; (ג) קיים חשש איסור ד, לא יבוא וגו' בקהל ה'.

הבה נברר טענות אלו אחת לאחת.

(א) הטענה שהבעל הוא עקר. טוען ב"כ האשה בסיכומיו: הואיל ואפילו לדברי ד"ר הומנאי, העד שהובא מטעם הבעל, 70 אחוז של ילדים המנותחים ניתוח כזה מגיל 10 ומעלה ישארו עקרים. והבעל דנו, יש עוד סימנים לעקרותו, והם: חוסר זרעונים בבדיקת זרעו, מיעוט שיער, אשכים קטנים קצת מהרגיל. א"כ באנשים מסוגו הרבה יותר מ-70 אחוז הם עקרים. גם ד"ר מור בעדותו אמר שהסיכויים לרפא את הבעל הם רק עד 10 עד 20 אחוז. נמצא שיש כאן ענין של רוב ומיעוט והכלל הוא שהולכים אחר הרוב. יש איפוא לקבוע שהוא עקר.

על כך השיב הבעל בסיכומים באריכות. לדבריו אין בכלל לסמוך על קביעת הרופאים. מה גם שהם מבססים דבריהם על יסוד סטטיסטיקה ואין לסמוך על כך. לחלופין הוא טוען שגם אם יש כאן ענין של רוב ומיעוט הרי הכלל הוא אין תולכין בממון אחר הרוב, והוא הדין להוציא אשה מבעלה הרי זה כהוצאת ממון, שהרי האשה קנויה לבעלה. לא מצאנו לנחוק להכנס לדיון בדבר טענתו שאין לסמוך על רופאים ועל סטטיסטיקה. נהוג ומקובל בכל בתי הדין לסמוך בענינים אלה על קביעת הרופאים, וקביעתם היא על יסוד בדיקות וסטטיסטיקה שנלקחות מקבוצות אנשים שונות ברחבי העולם כולו. ועל מי נסמך בעניני עקרות אם לא על רופאים?

ברם טענתו שלחייב את הבעל במתן גט הרי הוא כמי לחייבו ממון שאין הולכים בו אחר הרוב, טענה זו ראויה להישמע. אולם מצאנו שאין הדבר כן, אלא מחייבים במתן גט עפ"י רוב או חזקה, וכדלקמן.

ביבמות דף ע"ה ע"א: אמר ר' ישמעאל וכו' כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו אלא סריס חמה וכשר. והתוס' והרא"ש שם הביאו שיטת ר"ת דאיירי גם בנכרת הביצה בידי אדם. ומ"מ כשר, שאנו רואין כמה בני אדם שנכרת מהן ביצה אחת ומולידין. וכתבו שם דבירושלמי נמי משמע שהוא כשר לבוא בקהל, אבל משמע בירושלמי שאינו מוליד. והרא"ש שם מסיק דאין ראיה מירושלמי, דאיירי בניסלה הביצה

בידי שמים. „וכן צריך לומר דאי ביד אדם איירי ואינו מוליד, היאך יהיה כשר“ עיי"ש. ומהרש"ל וב"ם של שלמה" שם דחה דברי הרא"ש וז"ל: „ומה שהקשה הרא"ש מאחר שאינו מוליד למה הוא כשר, נוכל לומר דלאו דוקא קאמר שאינו מוליד לעולם, אלא הוא בחזקת שאינו מוליד, כלומר ואם אח"כ תבוא לב"ד בטענה שיגרש אותה לפי שאינו מוליד, כדאייתא בסוף פרק הבא על יבמתו, אמר לה: „אין ברתי דאת שריא אלא הרי ידעית שאינו מוליד“. ואם תנשא מעתה לא תוכל לכופו אח"כ. וכן משמע לישנא דהרי ידעית“.

מבואר בדברי מהרש"ל שמי שנכרתה ממנו ביצה אחת הוא אמנם בחזקת שאינו מוליד, אבל מ"מ יתכן שילד, וכמש"כ התוס' והרא"ש, „שאנו רואין כמה בני אדם שנכרת מהו ביצה אחת ומולידיו“, ומ"מ אם תבוא האשה בטענה שיגרשנה לפי שחפצה בבן שיהיה לה חוטרא לידא וכו', טענתה טענה וכופין אותו לגרשה ולכן הוצרך ר' אמי בירושלמי שם להדיע לה לפני הנישואין שהוא בחזקת שאינו מוליד ושוב לא תוכל לכופו לגרשה (והוא עפ"י דברי התוס' ביבמות דף ס"ד ע"א וכתובות דף ע' ע"א דבטענת חוטרא לא אמרינן כסבורה הייתי שאני יכולה לקבל ועכשיו איני יכולה, עיי"ש). ונשאלת השאלה: גם אם לא היה ר' אמי מדיע לה על כך מראש ורק אחרי הנישואין נודע לה שהוא בחזקת שאינו מוליד, היאך תוכל לכופו לגרשה, הרי אין כאן ודאות גמורה שלא יוליד, ויתכן שיוליד כדחוינן בכמה בני אדם וכנ"ל, ואין חזקה זו שאינו מוליד אלא בגדר רוב, שרוב בני אדם בעלי ביצה אחת אינם מולידים. הרי מבואר שעל סמך רוב כזה מוציאים אשה מבעלה.

ומה שטען הבעל שלהוציא אשה מבעלה דמי להוצאת ממון שאין הולכין אחר הרוב, יש לומר שאין לדמות זה לזה, דהוצאת ממון שאני, שאין להוציא מידי המחזק, משא"כ באשה שאינה „מחזקת“ אצל בעלה, וכל היכא שרוב הצדדים מראים שהבעל הוא עקר, אין היא חייבת לגלגל עמו על סמך תקוה קלושה שמא הוא מן המיעוט, וזכאית לדרוש ולחייבו במתן גט. והרי גם בעברו עשר שנים ולא ילדה יש סיכויים קלושים שעדיין תלד, ומ"מ כיון שהחזקה שאינה יולדת כופין אותו לגרשה.

(ויש לומר עוד שגם בממון מוציאים בכגון זה, דמצינו כמה חזקות שמוציאים על פיהם ממון, כגון חזקה אין אדם פורע תוך זמנו (בבא בתרא דף ה'), או חזקה אין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול (כתובות דף י"ט, ועי' שו"ת, נחלת חד"ס סי' כ"ו), והם חזקות המיוסדות על מנהג רוב בני אדם, שהרי מ"מ יתכן מיעוטא דמיעוטא שפורעין תוך זמנם (ועי' מהרי"ט חאה"ע סי' כ"ז וכ"ח), הרי שבכתאי גזונא מוציאים ממון. ועי' תוס' סנהדרין דף ג' ע"ב ולדבריהם אוליגן בתר רוב מעליא אפילו בממון. אמנם לדעת התוס' בבא קמא דף כ"ז ע"ב לעולם אין מוציאים ממון ברוב, ועי' קונטרס הספקות" כלל ו' אות ד', ו"ש, שמעתתא" שו"פ פרק ח' ט'. אכן ב"שערי יושר" ש"ג פ"ג ביאר דהיכא דאיכא רוב מכריע גם לשיטת התוס' בבא קמא מהני להוציא ממון, עיי"ש. ועי' „שדי חמד“ מערכת האלף בשם מוהרמב"ח דהיכא דהוי מיעוטא דמיעוטא אין לילך אחר המיעוט אפילו בממון).

ולפי"ז ה"ה בדידונגו כיון שהעידו הרופאים בפנינו שהרוב המכריע של אנשים

מסוגו של הבעל אינם מולידים, הרי שאף אם יש מיעוטא דמיעוטא מסוגו שמולידים, אינה חייבת לעמוד עמו ויש לחייבו לגרשה.

ויש להוסיף עוד (וכבר טען ב"כ האשה בסיכומיו), שגם מה שאמרו הרופאים שיש סיכויים של 10 או 20 אחוזים שיתרפא הרי זה רק אחרי שיעבור את הטיפולים שפורוהו הרופאים, והרי התנאי היסודי לטיפול הרופאים הוא בדיקת זרע או ניקור האשכים, והבעל הרי אינו מסכים לכך בטענו שיש איסור בדבר, וא"כ לא יוכלו הרופאים לטפל בו, ונמצא דגם הסיכויים המעטים שמבטיחים הרופאים אינם קיימים בנידונו.

(ב) הטענה שיש כאן קידושי טעות: הבעל טוען שגילה לצד האשה את הניתוח שנעשה בו בגין טמירות האשכים, אלא שלא היתה לו כל ידיעה שיש ספק בענין הפוריות. האשה מכחישה דבריו ואומרת שלא סיפר להם על כך כלל. והנה גם אם נכונים דברי הבעל שלא העלים מהם דבר, עדיין יש לדון בדבר מצד קידושי טעות, כיון שלדבריו לא היתה לו ידיעה על דבר אי הפוריות, ויש לומר אילו ידעה האשה על אי הפוריות לא היתה מסכימה להינשא לו.

והנה מצאנו בתוס' יבמות דף ס"ה ע"א בשם התוספתא דאשה שאינה ראויה לילד שנשאת למי שאין לו בנים, נישואיה נישואי טעות. אולם יש לומר דהני מילי באיש שמצווה על פריה ורביה משא"כ באשה שלא מיפקדא, ומהאי טעמא הא אין כופין את הבעל לגרשה אלא בבאה מחמת טענה, יתכן שאצלה לא חשוב מקח טעות. ועי' „חוות יאיר" סי' רכ"א שרצה לחדש שבאין לו גבורת אנשים הוי קידושי טעות. וכתב שם דמ"ש הרמב"ם פ"ד מהל' אישות הלכה י' דסריס שקידש הרי אלו קידושין גמורים, איירי בידעה בו שהוא סריס, או בסריס שיכול לבעול, ובאופן זה הוא שאסרה תורה פצוע דכא, עיי"ש. מבואר דס"ל דאם יכול לבעול, אף שאינו ראוי להוליד לא הוי קידושי טעות.

ועי' ב"ח אה"ע סי' קנ"ד שכתב בדעת הרמ"ה שמ"ש במשנה כתובות דף ע"ז ע"א: „האיש שנולדו בו מזמים אין כופין אותו להוציא". היינו בהיו בו מזמים והיא לא ידעה, ולא אמרינן דהוי מקח טעות. ועי' „חזון איש" אה"ע סי' ס"ט ס"ק כ"ג שביאר דלא הוי מקח טעות משום דאיתתא בכל דהו ניחא לה, כדאמרינן בבא קמא דף ק"י ע"ב עיי"ש. אולם, „בית שמואל" סי' קנ"ד ס"ק כ' חולק על הב"ח וכתב דאמנם הוי קידושי טעות וכופין אותו להוציא, עיי"ש. וניתן לומר שגם עקרות הוי כמזמים אלה דמשווי קידושי טעות, ומה שאין כופין אותו אלא בבאה מחמת טענה, היינו בידעה דליכא קידושי טעות, ואז אין כופין אלא במזמים הגדולים כגון מוכה שחין וכו' שבמשנה השניה בכתובות שם, ובוה אמרינן דרק בבאה מחמת טענה חשיב כמזמים הגדולים, אבל כשלא ידעה שגם במזמים שאינם גדולים כופים אותו להוציא מטעם קידושי טעות (לדעת „בית שמואל"), יתכן שגם בעקרות יכופו מצד קידושי טעות, ואף בלא טענת חוסר.

והנה גם אם נאמר דבעקרות הוי קידושי טעות, מ"מ בנידונו אין לנו ראיה ברורה שהיה עקר בזמן הנישואין, והא מצד מה שנתחווה בגיל 10 אין כאן — לדברי ד"ר הומנאי — רק 70 אחוז עקרים, אלא שאנו הוספנו את חוסר הזרעונים שנתגלה אצלו, ויתכן שזה נתחווה אצלו אחרי הנישואין, ובשעת הנישואין עדיין לא היה עקר, וכל שאינו בחזקת עקר ממש, יתכן שאין לתת עליו דין קידושי טעות. אולם מאידך

גיסא יש לומר שגם גבר ש-70 אחוז מסוגו הם עקרים, גם זה בכלל קידושי טעות ייחשב, שאילו ידעה כן לא היתה נישאת לו. ומלבד זאת מתוך עדויות הרופאים מסתבר שהקלוקל כבר היה קיים בו עוד מלפני הנישואין. ולפי"ז יש מקום בנידוננו לחייבו לגרשה גם משום קידושי טעות (וזאת לדעת שגם אם נאמר דהוי קידושי טעות אין זה אלא ספק קידושי טעות, וכדאמר רבא בכתובות דף ע"ג ע"ב לענין מומים באשה וה"ה במומים שבו (עי' "בית הלוי" ח"ג סי' ג'). אולם גם בספק קידושי טעות כופין אותו להוציא לדעת, "בית שמואל" הנ"ל), אלא שלמעשה לא נוכל לחייבו לגרשה על סמך דברי "בית שמואל" הנז', שהרי כאמור הב"ח חולק עליו, גם "בית מאיר" שם כתב שלא כ"בית שמואל", וכן "חזון איש" שם כתב שד', "בית שמואל" צ"ע, עיי"ש. ועי' מה שהאריך בזה, "אור גדול" סי' ה'.

אולם גם אם לא נוכל לחייבו בגט מטעם קידושי טעות, עדיין יש מקום לחייבו מטעם שעשה שלא כהוגן, שלא גילה לה לפני הנישואין ע"ד ניתוחו, וכהא דכתב הרמ"א בסי' ע"ז סעי' ג': "ואם עשה שלא כהוגן שקידשה ברמאות ובתחבולות, כופין אותו לגרש". ויסודו בתשובות הרא"ש כלל ל"ה סי' ב', עיי"ש. ואף דשם אידי בטרענט מאיס עלי, י"ל שגם בנידוננו, הוי כטרענט מאיס עלי, כיון שאינה חפצה להשלים עמו בשום פנים ואופן, וכמו שביארנו בפסה"ד שנדפס בכרך ט' עמ' 182 עיי"ש. אמנם לפי דברי הבעל, גילה למשפחת האשה את דבר הניתוח ושוב אין כאן משום, "עשה שלא כהוגן", אלא שלכאורה אין הבעל נאמן בזה ועליו הראיה שגילה להם, וכדמצינו כן באה"ע סי' קי"ז סי"ז לענין טענת קידושי טעות שעל האב להביא ראיה שידע הבעל ונתרצה, עיי"ש. ולכאורה הוא הדין לענין עשה שלא כהוגן, על בעל המומין להביא ראיה שגילה לצד שני.

אלא שיש לחלק בדבר, דשאני התם (באה"ע סי' קי"ז סעי' ז') שהבעל הוא המוחזק, שהרי באים להוציא ממנו כתובה, ובוה אמרינן שפיר שעל האב להביא ראיה שידע הבעל ונתרצה, והוא הדין בעניננו, אם היינו דנים בדבר מצד קידושי טעות שפיר י"ל דהאשה היא המוחזקת בעצמה, שהרי טרענט שהם קידושי טעות ולא גתקדשה לו, והוא בא להוציא ממנה ולומר שידעה והרי היא מקודשת לו, הרי הוא המוציא ועליו הראיה (דוגמא לכך מש"כ הר"ן בקידושין דף ס"א ע"א בשם הרמב"ן במקדש אשה על מנת שיתן לה מאתים זוז, היא נאמנת לומר שלא קיבלה ואינה מקודשת לו, דהמוציא מתבירו עליו הראיה). אולם בטענה שעשה שלא כהוגן, הרי לא מצד קידושי טעות אנו באים עליו, אלא אנו באים לחייבו בגט על סמך מה שהתנהג עמה ברמאות, א"כ אדירבא באים להוציא ממנו, ועל האשה להביא ראיה שאמנם רימה אותם ולא גילה לה, מה גם שהבעל הצהיר שמזכין להישבע על כך שכן גילה להם.

אולם מאידך גיסא קשה מאד לקבל את דברי הבעל בזה. הוא טוען שד"ד פרדו התקשר עם ביה"ח תל השומר ובדק את כל המסמכים הקשורים עם ניתוחו, וסיפר על כך לאשה, ואילו במכתבו של ד"ר פרדו מ-13.4.75 הוא כותב שלא היה יכול לקבל פריטים על דבר הניתוח מד"ר מוזס. גם מה שכתב ד"ר פרדו, "אז דובר על ניתוח שבר" המשמעות הפשוטה היא ששני הניתוחים הם בשבר ולא בהודדת אשכים. ומלבד כל זאת איך יתכן שד"ד פרדו ידע על ניתוח האשכים, שהרי כתב לפני הנישואין שיש להניח שלא תהא מגיעה מבחינת הפוריות שלו, ואילו ידע על טמידות האשכים עד גיל 10, הרי לכל הפחות יש כאן ספק (וספק גדול!) בענין הפודיות, וכפי שאמר ד"ר הומנאי

שֶׁ-70 אחוז מאלה אינם מולידים. המסקנא המתבקשת, לכאורה, היא, שהבעל לא גילה את הדברים אף לד"ר פרדו, וכל שכן שהאשה לא ידעה על כך. ואם כן: יש כאן משום, "עשה שלא כהוגן" וכנזכר לעיל. אך אולי י"ל שהבעל בעצמו לא ידע שיש קשר בין ניתוח האשכים ובין פוריות, כך שאין להאשימו כל כך בזה שלא גילה לה. וצריך עיון בדבר.

ג) הטענה שיש חשש איסור של "לא יבוא וגו' בקהל ה'". נראה שיש לקבל דברי הבעל בסיכומיו שאין לפוסלו על סמך הבעת חשש גרידא שמא קלקלו הרופאים בשעת הניתוח, דאדחבא יש להעמידו בחזקת כשרות ולומר שהרופאים לא קלקלו, שהרי הרופאים יודעים לתקן הדבר היטב וכו', כלשון מהרש"ל ב"ם של שלמה" פ' הערל סי' ה', עיי"ש. ומה שטוען ב"כ האשה שבנידונו איכא ריעותא בכך שהוא אינו מוליד, ומזכר שאמנם קלקלו הרופאים בשעת הניתוח, נראה שגם בזה צודק הבעל בטענתו שאין זו ריעותא כלל, דהא שפיר יתכן שמה שאינו מוליד בא מטמירות האשכים, וכדברי ד"ר הומנאי שהבאנו לעיל. ומלבד זאת הרי מבואר בתשו' "תמדת שלמה" סי' מ"ה (והובא ב"פתחי תשובה" אה"ע סי' ה' ס"ק ה'), שמעמידים בחזקת כשרות אף היכא דאיתיליד ריעותא, עיי"ש.

ומה שטוען ב"כ האשה שבנידונו דברו הרופאים גם על אפשרות של "סתומה", אין בזה עדיין כדי לפוסלו, דגם אם ישנה אצלו סתומה, מאן יימר לו שהדבר נגרם כתוצאה מן הניתוח, אולי היה כן בשעת לידתו, והכלל הוא שפצוע דכא ביד שמים כשר. אך מלבד זאת הסתומה בשבילי הורע שעלמה דברו הרופאים אין אלה אותם "שבילי זרע" הנזכרים לענין פצוע דכא, וכמו שביאר בארוכה בס', "חלקת יעקב" ח"ב סי' כ"ב, והובאו דבריו ב"אוצר הפוסקים" כרך ט' במדור, "השמטות והוספות", דף קכ"ט, עיי"ש (דרך אגב: עי', "אוצר הפוסקים" בכרך הנז' דף ר"ח ע"ב לענין אם מותר לעשות גיקור האשכים. ועי' עוד בענין זה, "אוצר הפוסקים" כרך א' דף קט"ז ע"ב בשם, "חיבת הקודש" סי' כ"ד, וב"אגרות משה" אה"ע ח"ב סי' ג').

כללו של דבר נראה שאין לפסול את הבעל מלבוא בקהל.

העולה מהמבואר, שבנידונו יש לחייב את הבעל במתן גט לאשתו, וזאת על סמך טענתה שהבעל הוא עקר, והלכה פסוקה היא בשו"ע אה"ע סי' קנ"ד סעיף ו':, "ובכל גוונא אם ידוע שהוא עקר והיא באה מחמת טענה יוציא מיד". ומה שהרופאים אמרו שיש סיכויים קלושים שיתרפא עדיין אינו מציאז מחזקת עקר, כמו שהוכחנו למעלה מדברי "ים של שלמה" כנ"ל. וכמו כן יש לצרף טענת האשה בדבר קידושי טעות ומעשה שלא כהוגן. ואף שפסקנו אם יש לחייבו על סמך טענות אלו גרידא, מ"מ ראיות הן להצטרף אל הטענה העיקרית של עקרות, שמשום זה לבד יש לחייבו לגרשה, כמו שנתבאר.

לפיכך פסקנו:

הבעל חייב לגרש את אשתו בג"פ כד"ת.

ניתן ביום ג' כסלו תשל"ו.

בבית הדין הרבני האזורי רחובות

בפני כב' הדיינים: הרבנים א. י. לנאל, עזרא בצרי, סעדיה שרעבי

בענין:

התובע : א. (ע"י ב"כ טו"ר מ. רבלסקי)

נגד:

הנתבעת: ב. (ע"י ב"כ עו"ד ח. פוברסקי)

הנידון: גירושין במחלת נפילה

תביעת בעל לגרש את אשתו מחמת מחלת נפילה. — הגדרת מחלת הנפילה וסוגיה. — האם כופין את הבעל לגרש בגלל מחלת נפילה ומה הדין בזה באשה. — מה הדין כשידע הבעל לפני הנישואין ממחלת אשתו לעניני ממון ולעניני גירושין. — האם מוטל חיוב על הבעל לרפואתה ממחלה זו. — האם יש חשש ל"בני נשואה" כשבי"ד מחייבים אותו לשלום בית נגד רצונו.

מסקנות

א. מנתג הספרדים להשביע את הבעל שלא ישא אשה על אשתו ולא יגרשנה בעל כורחה, והאשכנזים קיבלו עליהם חרם דרבינו גרשום על כך ויש מקומות שמצד המנהג בלבד אינם נושאים שתי נשים, והכל כותבים מנהגם בכתובה. ולכן על רשמי הנישואין ועורכיהם להקפיד שלא להחתים בן עדה ספרדית על נוסח כתובה אשכנזית וכן להיפך, שדבר זה עלול לגרום תקלות חמורות במקרה התדיינות.

ב. מחלת הנפילה נחשבת למום גמור מדין התלמוד.

ג. במחלת הנפילה יש סוגים שונים: יש שרק בעת התקף הנפילה מאבד החולה דעתו ולאחר מכן הוא חוזר לגמרי להכרתו. ויש שהשפעת מחלה זו טבועה בו תמיד ואין בו דעת כשאר הבראים; וכן באשה, יש שהמחלה גורמת לעזוזה בעת קיום היחסים ומתוך כך היא רואה דם, ויש שהיא באותה עת כשאר הבראים; יש סוג קל מאד שיתכן וניתן לרפאותו, ויש שאין לו תרופה כלל.

ד. יש מהאחרונים שכתבו שיש סכנה במחלה זו והשווה לסוג מסוגי השחין, ואין יסוד לזה בדברי התלמוד או הראשונים. ולכן ניתן לקבל הנחת הרופאים שאין בזה חשש לסכנה או הידבקות.

ה. יש מחלוקת בין הראשונים בבעל שיש לו מחלת הנפילה אם כופין אותו לגרש. 1. אשה שיש לה מחלת נפילה, יש סוברים שדינה כדין האיש; ויש סוברים

שהואיל שבכפיית האשה אין חשש איסור תורה, כופין אותה לכל הדיעות לקבל גט, או שמתירים לבעל לשאת אשה על אשתו, ואין בזה חרם דרבינו גרשום או שבועה.

(2) אשה שיש לה מחלת נפילה, יכול לבעול למנוע ממנה שאר כסות ועונה עד שתסכים להתגרש.

(3) במה דברים אמורים, כשהבעל לא ידע לפני הנישואין שיש לה מחלת נפילה, אבל אם ידע תבעל לפני כן, יש סוברים שמחל ואינו יכול לבוא עוד בטענות. ויש חולקים וסוברים, שאף שלענין הממון אין היא מפסידה, יכולים לכופה להתגרש מתשש סכנה. ואולם לפי האמור שאין יסוד לחשש סכנה במחלה זו, יש לקבוע שאין לכופה כיום להתגרש או לתת לבעל היתר נישואין.

ז. כל אשה שיש אפשרות לרפאותה, חייב הבעל בריפוייה ואין כופים אותה לקבל גט ולא מתירים לו לישא אחרת.

ח. במקרה שהאיש והאשה מתדיינים ביניהם בביה"ד והאשה מקווה שבעלה ישוב אליה לשלום, אין חשש בזה ל"בני שנואה", שהרי הבעל חשב שיוכל לגרשה על פי הדין וכיוון שהבית דין פוסקים שאינו יכול לגרש, במשך הזמן יתפייס עמה וישובו לשלום.

פסק דין

בני הווג א. וב. הכירו זה את זה במשך שבע שנים לפני הנישואין. בזמן זה נודע לבעל שחולה האשה במחלת הנפילה, ושוחח על גרשא זה עם הרופא המטפל בה. וכשנודע לו שאין המחלה תורשתית נישאו זה לזה וחיו יחד במשך אחד עשרה שנים. עתה מבקש הבעל לחייב את אשתו לקבל גט ומסכים למסור להכרעת בית הדין להחליט על חלוקת הרכוש ביניהם, או להתיר לו לישא אשה אחרת, מאחר ולטענתו חשב שיוכל לסבול את מחלתה, אולם התברר לו עתה שאינו יכול לסבול יותר. בסיכומים אף הוסיף שאף חיי האישות נפגעים מזה. נוסף לזה אין בכחה לטפל בבית כעקרת בית ולדאוג לילדים.

לטענת האשה, מחלתה היא קלה ולעתים רחוקות וההתקף הוא לשניה בלבד, ולא חל שינוי במחלתה, ותביעת הבעל נובעת מהיכרות עם בחורה וזה שנמשך עתה אחריה, ומקווה שיחזור עוד לשלום בית. היא מתפקדת כראוי כעקרת בית ושני בניהם מטופלים כראוי, ואין פגיעה בחיי האישות.

דו"ח מחלקת הסעד של עיריית ראשון לציון מסייע לטענת האשה שהיא עקרת בית טובה וחלדים מטופלים כהוגן.

הרופא והרופא המטפל בה, ד"ר ישראל גוטין, מזוהר ומעיד, ותמצית דבריו: מחלתה היא מהסוג הקל ומוקד המחלה ידוע ויש דרכים לטיפול וריפוי על ידי תרופות ובפיקוח ומתוך הרגעה. ויחזקים לו מקרים בעבר שגרפאו ממחלה כזו לגמרי ולדבריו מסוגלת האשה לטפל כראוי בבית ובילדים.

בסיכומים הוסיפו באי כח הצדדים להביא ראיות משו"ע ומפסקי דין בתי הדין להוכחת טענתם ויתבארו ראיות אלה בדברינו להלן. אולם עיקר הבעיה העומדת לפנינו היא אם נאמן הבעל לומר כסבור הייתי שאני יכול לקבל ועתה נזכחתי שאני יכול.

לפני שנבאר עיקר בעיה זו, יש לדעת שמדין תורה יכול להבעל לגרש את האשה אף שלא ברצונה. אולם מנהג הספרדים הוא להשביע את הבעל שלא ישא אשה על אשתו ולא יגרשנה בעל כורחה. והאשכנזים קבלו על עצמם חרם דרבינו גרשום על כך. ועל כן מתעוררת הבעיה, אם אף על דעת כן נשבע או קיבל חרם.

בנידון דידן הבעל מהעדה הספרדית, יליד טורקיה, והחתמו אותו שלא כדיון על כתובה אשכנזית (ובלי ספק שרושמי הנישואין גורמים לתקלות ע"י כך, וכבר העירו על כך חברי בית הדין הרבני הגדול בפסקי דין בתי הדין כרך ט' 152), ולפי זה יש לומר לכאורה שאין עליו מניעה שלא לשאת אחרת, שחרי מה שהחתמוהו על כתובה אשכנזית אין זו נקבלת חרם דרבינו גרשום כמו שהכריעו רוב חברי ביה"ד הגדול בפסקי דין בתי הדין הנ"ל, ומסתבר טעמייהו דאנן סהדי שאינו יודע על מה שמחתמים אותו, ואילו שבועה כמנהג הספרדים לא קיבל עליו, א"כ איזו מניעה יש לו שלא לישא אחרת.

עם כל זה נראה שמצד הדין אינו יכול לשאת אחרת, והוא על פי מ"ש הריטב"א ביבמות דף מ"ד, הובא בפסח"ד שם עמ' 167 וז"ל:

„אומר רבי ז"ל בשם רבותיו דבמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אין לו רשות לישא אחרת על אשתו דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי אינסבא ליה דלא לינסוב אחריתי והו"ל כחמר שאינו רשאי לעשות גמל".

וודאי זוג זה שנישא בארץ על דעת המנהג נשא, ואין הבעל יכול לזכות מטעותו של רושם הנישואין, ורק בית-דין אם מוצא טענה מוצדקת יכול לחייב אשתו לקבל גט או להתיר לו לישא אשה על אשתו.

ונשוב לבאר אם יש חיוב וכפייה לאשה לקבל גט או לתת היתר נישואין לבעל, ואם נאמן לומר חשבתי שאוכל לסבול ונוכחתי שאי אפשר לי לסבול יותר.

עיקר הדבר שנכפה נחשב למום, מבואר בגמ' כתובות דף ע"ו: „אמר רב נחמן ונכפה כמומין שבסתר דמי, והני מילי דקביע ליה זמן אבל לא קביע ליה, כמומין שבגלוי דמי". ופירש רש"י: „נכפה, חולי שממנו נופל לארץ ויש לו זמן לבוא, כמומין שבסתר דמי, לפי שנוהרת ביום זמנה מלצאת בין הבריות". אולם כוונת הגמרא לענין הממון, שהרי ביארנו דמדינא בלאו הכי יכול היה לשאת אשה אחרת עליה או לגרשה בע"כ, אלא הנפקא מינה הוא לענין הממון וכמבואר במשנה שם.

ומחלה זו נחשבת לתורשתית ולזה ציוו חכמים יבמות דף ס"ד ע"ב, „לא ישא אדם אשה ממשפחת נכפין" והובא להלכה ברמב"ם פכ"א מהל' איסורי ביאה הל' ל' וטוש"ע סי' ב' ס"ו: „והוא שהוחזק ג' פעמים שיבואו בניהם לידי כך". ועי' רש"י שם שלא פירש המחלה.

ומצינו עוד חילוק במחלה זו שיש עקב מחלה זו, דעתם משובשת תמיד, ויש שרק בעת הכפייה אין בו דעת ואח"כ בריא לגמרי, וכמבואר ברמב"ם פ"ט מהל' עדות ושו"ע חו"מ סי' ל"ה ס"ט: „הנכפה (המוכרח) ליפול לארץ מחמת חולי המשגע אותו לעתים), בעת כפייתו פסול, ובעת שהוא בריא כשר (לעדות), אחד הנכפה מזמן לזמן, או הנכפה בלא עת קבוע, והוא שלא תהיה דעתו משובשת תמיד, שהרי יש נכפים שגם בעת בריאותם דעתם מטורפת, וצריך להתיישב בעדות הנכפים הרבה". ויש לבאר כיצד יוכל להעיד בעת שהוא נכפה הרי באותה שעה כמעט ואין

לו הכרה, וצריך לומר שהכוונה לא ממש בעת נפילתו שאז ודאי הוא משתתק, אלא כשעוד השפעת הנפילה על מוחו יגפשו וכל זה נקרא בעת כפייתו. עכ"פ למדנו שיש שני סוגים, האחד שעקב מחלתו תמיד דעתו משובשת ויש שהוא בריא כשאין לו התקפה, וזה נפקא מינה לעדות, אבל לעצם המום נראה שאין חילוק ביניהם כי רק בהלכות עדות הובא חילוק זה.

ומצינו עוד חידוש במחלה זו ל,התם סופר" אבהע"ז סי' קט"ז שהביא מחלוקת ראב"ה שבמרדכי פ' המדיר סי' ר"א שסובר שאין לכפות לגרש בעל נכפה להרא"ש שכתב בתשו' כלל מ"ב שכופין אותו להוציא וכתב דמחלוקתם בדיעות הרופאים, אם הוא חולי המתדבק כי, בשנים קדמוניות היו נשמרים מד' אמות שלו שלא יתדבק חוליו באחרים, ורופאי זמנינו מחליטים שאינו מדבק כלל ואינו מזיק אפילו לאשת חיקו וכו'."

ולא ידעתי מה המקור למ"ש דבשנים קדמוניות היו גזהרים מד' אמותיו שהיו מחשיבים מחלה זו למדבקה. ובגמ' כתובות דף ע"ז ע"ב מצינו התרחקות מ,בעלי ראתן" ומהגמרא שם משמע שזה אחד ממיני השחין והצרעת והקשה שבהם. ואף שיש גורסים בברייתא שם במקום הוויין לו בנים ויתקין (חלשים) בנים נכפים. עי' "פחד יצחק" מע' בעלי ראתן, אבל אין הכרח מזה שגכפה תהיה מחלתו כבעלי ראתן, והם מחלות שונות.

ומתשו' הרא"ש ומראב"ה שבמרדכי הג"ל אין ראייה ג"כ שזה יסוד מחלוקתם אם נכפה מחלה מדבקה או לא. ואפשר שיסוד מחלוקתם הוא אם נכפה נחשב למום קשה שאין לסובלו שכופין את האיש כמוכה שחין ובורסקי וכו' המובאים במשנה כתובות דף ע"ו. וזה דעת הרא"ש שיכולים לכופו וראב"ה ורבינו יואל מסופקים בזה, וכבר העירו על זה בפסקי דין בתי הדין כרך ב' עמ' 135.

ומדברי הפוסקים נראה שאין למחלה זו תרופה, שאם לא כן עד שיכפוהו לגרש יטפל בעצמו ורפא, אף שאין ראייה מכרעת, ש"ל שדגים באופן שאינו רוצה לטפל, אולם ראיתי באחרונים שכתבו שפשט הדברים מורה שאין לזה רפואה.

ובנידון שלפנינו טוען הרופא שיכול לרפאותה עד שלא יישאר לה כל רושם מהמחלה, מאחר וסוג מחלתה הוא מהקל ביותר, ולפי זה היה לכאורה מקום לפסק בעיקר מחלת אשה זו שמא אין זו כמחלת הנפילה הנזכרת בגמרא ובפוסקים.

אולם אם נרצה להעמיק בזה, לא יעלה בידנו דבר ברור, רק דמיונות ודמויים מילתא למילתא, ואי אפשר לפסוק דין על פי השערות. על כן אחר שמחלתה באופן מעשי נראית כמחלת הנפילה ואף הרופא מגדירה כן רק שאומר שזה מהסוג הקל, נידון בה כחולה במחלה זו בהחלט, ולפי זה נראה להיכן שורת הדין נוטה.

יסוד הדין שאשה נכפית יכול לגרשה בעל כורחה ואין בזה משום חרם ורבינו גרשום, כתב הרא"ש בתשובותיו כלל מ"ב, ונביא מלשוננו בקיצור כי יש לבאר בו, וז"ל: "ראובן שנשא אשה ושהה עמה יותר משנתיים ונודע לו שהיא נכפית והוציאה מביתו והיא תובעת שאר כסות ועונה והוא משיב שהדבר ידוע שאין הדעת סובלתה להסתופף אצלה, גם סכנה יש בדבר וחפץ לגרשה וליתן לה את כל אשר לו ועני הוא ואינו משיג וכו'. אמת הוא שחכמי הגמ' אמרו בין שנולדו בו מומין גדולים בין שנולדו מומין קטנים כופין אותו להוציא ור"ג מאור הגולה ז"ל פ' בתשובה אחת דנכפה הוי מום גדול" (מ"ש דבגמ' אמרו, לא יכולתי להלום דבכתובות דף ע"ז איתא להיפך

דבין במום גדול ובין במום קטן אין כופין לאיש לדעת רבא משמיה דרב נחמן שפסקו הפוסקים כמותו, וכן פסק הרא"ש עצמו שם בפסקיו כמותו, ובכלל הוה, ואילו היינו חוצים להגיה, „אין כופין“ קשה לבאר המשך התשובה שרוצה להוציא דבמום גדול כופין אף את האיש וצ"ל. „ומהרה"ש בסי' ל"ג הגיה אין כופין, ועי' נוב"י מהדו"ת סי' ק"ד מ"ש בזה).

וממשיך הרא"ש שם: „ובימי חכמי הגמ' אם אירע מום זה באשה בעלה היה מגרשה ומתחייב לה כתובה ויפרע מה שנמצא בידו והשאר באשר תשיג ידו, ועתה שתיקן הגאון ר"ג ז"ל שאין לגרשה בעל כורחה אין יתכן שיתחייב לה שאר כסות ועונת, אם כן יפה כח האשה הרבה מכח האיש, דאילו נולד זה באיש, כופין אותו להוציא ויתן כתובה, ואם נולד באשה יכפוהו להיות אצלה ולפרנסה, השתא באיש שאינו מציא אלא לרצונו, כופין אותו, אשה שמתגרשת בע"כ לא כ"ש וכו' לא יתכן כלל לומר במקום שהאיש כופין להוציא לא יגרשנה בע"כ וכו'“.

וראה בתשו' הרא"ש הג"ל שכן הסכים כה"ר יצחק ב"ר מאיר, וכה"ר חיים בר יוסף ז"ל כתב וז"ל: „כדברי רבינו כן ג"ל, ומה שפירש רבינו יואל ז"ל, היה נראה שכל שכן הוא ולא הוצרך למנותו, אך מאחר שרבינו יואל ז"ל היה מסופק אין לי להכריע ולהכניס ראשי בין הגדולים“. וראה עוד שם בתשובת כה"ר מרדכי בר יוסף ז"ל. ודבריו הקצרים טובלים שני פירושים שיש לפרש כוונתו, „כדברי רבינו כן ג"ל“ כלומר להלכה סברתי כסברת הרא"ש ויש לכופו בין באיש ובין באשה בנכפה, ומה שכתב: „ומה שפירש וכו'“, כוונתו דרבינו יואל נסתפק אם כופין האיש כשהוא נכפה כיון שלא נזכר בין המומים שכופין עליהם את האיש הנוכרים בכתובות שם, ולזה משיג שכל שכן הוא מום הנכפה ולא הוצרך למנותו שאין בו חידוש ומה שמנה שם, זה דברים שיש בהם חידוש. ושוב מסיק כיון שרבינו יואל מסופק אינו יכול להכריע למעשה כסברת הרא"ש באיש, וממילא י"ל שגם באשה, אחר שנפל היסוד שבנה עליו הרא"ש שכופין האשה על אף חרם דרבינו גרשום וראייתו מזה, ואם נאמר שבאיש אין כופין, אף באשה י"ל כן.

או שאפשר לפרש כוונתו, „כדברי רבינו כן ג"ל“, כוונתו לאשה, שבה מכריע כדעת הרא"ש שיכפו אותה, ומ"ש שאין לו להכריע במה שנסתפק רבינו יואל, כוונתו שיש להסתפק אם כופים באיש דוקא, שכן אם יכפוהו שלא כדין, נמצא גט מעושה שלא כדין ודגט בטל, אבל באשה שאין חומר זה עליה רק חרם דרבינו גרשום, י"ל שבזה לא החרים רבינו גרשום, וא"כ באשה יכולים לכפותה אף שבאיש לא רצה להכריע כדעת הרא"ש. וקשה לי להתחילט איזה פירוש מדויק. ויתר.

ובשו"ע אבן העזר סי' קי"ז סעי' י"א פסק כדעת הרא"ש לענין הכפיה באשה ובדין האיש לא פסק. והרמ"א שם הגיה שדוקא במום גדול כזה שאילו היה באיש היו כופין אותו וכו' ובסי' קנ"ד ס"ה לענין האיש כתב הרמ"א דעת המרדכי בשם ראבי"ה שאין לכופו ודעת הרא"ש שיש לכופו ולא הכריע. ויש לתמוה אחר שלא הכריע אם לכופו איש נכפה, מדוע החליט לכופו את האשה דהא לדברי הרא"ש הא נהא תליא. ואם נאמר שזו הכרעתו לחלק בין איש לאשה וכמ"ש „חלקת מחוקק“ סי' קנ"ד סק"ט דאשה בכל דהו ניהא לה מה שאין כן באיש, א"כ לשם מה הוצרך הרמ"א בסי' קי"ז להגיה, ודוקא במום גדול כזה שאילו היה באיש היו כופין, הרי לא החליט אם כופין בזה לאיש. ושנא י"ל שכוונתו לומר דבמום זה שיש בו לפחות מחלוקת באיש,

י"ל דבאשה כופין, אבל מום אחר שלכל הדיעות אין כופין את האיש, אף את האשה אין כופין.

אולם אף שנראה מתשובת הרא"ש שכופין את הנכפית לקבל גט וכן נראה משו"ע הג"ל, כתב, "חלקת מחוקק" שם, סק"כ, דמסוף תשובת הרא"ש נראה שלא ברור לו הדין אם לכפותה לקבל גט, שהרי סיים הרא"ש, "ואת"ל שר"ג השווה מדותיו ששום אדם לא יגרש אשה בע"כ (אפילו נכפית), מ"מ אם תמאן לקבל גט ברצון ימנע ממנה שאר כסות ועונה", משמע דלא בריא ליה להרא"ש שיגרש אותה בעל כורחה ושתהיה מותרת לשוק בגט זה, דהא כתב דרך את"ל שרבינו גרשום השווה מדותיו וכו'. א"כ סובר, "חלקת מחוקק" דלהלכה למעשה הרא"ש סובר שאין לכוף אותה לקבל גט וממילא ודאי שאין לתת לו היתר נישואין רק שיכול למנוע ממנה שאר כסות ועונה.

ו, "בית שמואל" שם ס"ק כ"ב חלק עליו וסובר דדעת הרא"ש היא שיכול לכופה אפילו בשוטים כשם שלדעתו יכולים לכוף את האיש, וכתב דמה שהביא הרמ"א לקמן מחלוקת באיש ולא הכריע, זה מחמת שי"ל שאשה בכל דהו ניהא לה, ועוד שבכפיית איש יש חשש דאורייתא, ובכפיית האשה אין חשש איסור רק תקנת רבינו גרשום, וכתב שכן דעת מהר"ם לובלין בס"א.

ואף ש, "בית שמואל" לא ביאר כיצד נפרש סוף תשובת הרא"ש לשיטתו, אפשר שסמך על המעיין במהר"ם לובלין שרמזו שם שכתב דמשום דהשאלה היתה שהבעל הוציאה היא תבעה שאר כסות ועונה, לכך השיב בלשון זה. אולם ביאר זה נראה דחוק כי המעיין בתשובה יראה שעיקר הדגש הוא על רצונו של הבעל לגרשה אף שאין לו לשלם כל כתובתה כי עני הוא ועל זה בעיקר מסתובבת התשובה.

אולם אף מהר"ם לובלין ז"ל נראה שלא היה ברור לו שכן כוונת הרא"ש שכתב שם: "ואף את"ל שדברי הרא"ש הם כפשוטם דמ"ש ואם תמאן וכו' שהוא בא לבאר מהות הכפיה ושאין לאשה כפיה אחרת אלא זו וכו' ". ואפשר שלזה דקדק הרב "בית שמואל" בלשונו וכתב דבמהר"ם לובלין תמצא רוב דברים אלו, כתב רוב כי לא תחליט ממהר"ם לובלין מהי כוונת הרא"ש אף שדעתו נוטה יותר לדעת, "בית שמואל". וכן חילק מהר"ם לובלין שם בין איש לאשה וכתב דאף לדעת ראב"ה שמסתפק באיש עכ"ז באשה י"ל שכופין לדעתו, ואף שר' חיים בר יוסף כתב על תשו' הרא"ש שאין לו להכריע (עי' לעיל שכתבנו שני פירושים בדבריו) ראוי ללכת אחר החכמים שהסכימו עם הרא"ש כי רבים הם, וכן נראה מהב"י ושו"ע עיי"ש.

ובהגהות רעק"א בגליון השו"ע שם כתב, "דבתשו' הרא"ש שנקרא בשמים ראש סי' קס"ח מבואר להדיא כ, "חלקת מחוקק" דלא פסיקא ליה להרא"ש לזרוק לה גט בע"כ אבל מעשים אותה עד שתאמר רוצה אני". ולכאורה היה נראה לסמוך על זה בהחלט אחר שהרא"ש עצמו ביאר שם דבריו, אולם כידוע יצאו פקפוקים על תשובות אלה אם כולם הרא"ש אמרם עי' ב, שם גדולים" ערך בשמים ראש, על כן אין להכריע בהחלט כן מתוך תשובה זו. ועי', "פתחי תשובה" סי' קי"ז סק"ה משם, נודע ביהודה" מהדו"ת סי' ק"ד שפירש בדברי הרא"ש דלא כח"מ וב"ש, ופירשו ממוצע בין שניהם, עיי"ש. ועי' בהגהות, "שי למורא" בגליון השו"ע, ובשו"ת רעק"א מהדו"ת סי' ע"ד.

והרדב"ז בתשו' ח"א נ"ג הבין בכוונת הרא"ש שיכולים לכפותה וכתב דמותר

לישא אחרת שלא נשבע על מנת לישב בטל. ומחמת ספיקו של רבינו יואל כתב הרדב"ו שאין להניח ודאי של הרא"ש וחביריו מפני ספקו של רבינו יואל. וכן נראה דעת מהרמח"ש בתשו' ל"ג ומהריט"ץ סי' ג' ו"פאת נגב" אהע"ז סי' י"ד כתב דכל האחרונים כתבו דמגרשה בע"כ ומלבד הפוסקים הנ"ל רמז ל"תומת ישרים" קל"ט, "תורת חסד" סי' ע"ה, "פני משה" ח"א סי' ע"ז וח"ב סי' קי"ז, "דבר משה" סי' ע"ה, "כחנות עולם" סי' נ"א, והרב, "הזן רב" באבהע"ז סי' ט' דעתו ג"כ לפרש תשרי הרא"ש כן. ועי' מה שפירש סוף תשובת הרא"ש שלא תסתור לזה, אולם למעשה כתב, "דאין אני מקע בזה אם לא בראיה ברורה ומה גם בספק דרגמ"ה דק"ל ספק חרם להחמיר כמ"ש, "כנסת הגדולה" חו"מ סי' ק"מ הגה"ט יו וכו', ומה גם שרבינו יואל מספקא ליה וכו' /, ועי' ב"שבט בנימין" סי' ש'.

ובתשובת מהר"ם מרוטנבורג ח"א (בלאך) סי' קנ"ד, נשאל אם יש לכפות את הבעל בחולי הכפיה והשיב שדעתו נוטה כסברת הסוברים שיש לכפות, אבל סיים דאין נכון לסוף בשו"ע, כי מרבתינו שלפנינו ע"ה לא שמענו שום כפיה ואנן נתמנ' דיתמי איך נעשה כפיה ועישי מה שלא נעשה ברורות הראשונים, עיי"ש. אולם כל זה לענין כפיית האיש. ועכ"ז הבאנו דעתו כי יש סוברים דכפיית האשה תלויה בכפיית האיש וכנ"ל.

מכל זה למדנו שלכפות אשה שיש לה חולי הכפיה להתגרש בעל כורחה, או להתיר לבעל לישא אחרת כשאין היא רוצה לקבל הגט כשיש לבעל חרם דרבינו גרשום או כשנשבע שלא לישא אחרת, וה"ה כשהמנהג כן, במחלוקת הדבר שנוי. ואף שמדברי מרן בשו"ע נראה, שדעתו נוטה לכפות, מ"מ סבר כתב מהרי"ט אלגזי ב"שמחת יו"ט" וכ"כ האחרונים דבעיני גיטין וקידושין ואישות, חוששים לכל הסברות, אם לא במקום שיש חשש עיגון. אלא שלכל הדיעות יכול למנוע ממנה שאר כסות רעונה.

וכל מה שכתבנו עד עתה, הוא במקום שאין הדבר ידוע אם הבעל מחל וסבר וקביל עליו מחלתה כנידון שלפנינו, ועם כל זה הארכנו ברין זה כי אילו היתה הלכה פסוקה שאין לתת היתר נישואין אף במקום שלא נתברר שידע, אם כן קל וחומר במקום שידע ומחל, ולא היה צורך להאריך בזה. אולם אחר שהסקנו שבמחלוקת הדבר שנוי ויש צדדים לכאן ולכאן והפוסקים נחלקו בזה ואין לנו להכריע, על כן עלינו לברר כאשר ידע הבעל לפני הנישואין ממחלתה אי סבר וקביל, או יכול לומר כסבור הייתי שיכולתי לקבל, ונתברר לי שאיני יכול לקבל.

בביאור תשובת הרא"ש הנ"ל שהיא היסוד לדעת הפוסקים ושו"ע שכופים תאשה בחולי הכפיה כתב, "חלקת מחוקק" שם ס"ק י"ט דמייירי, "כשאינו יכול לברר שקודם שנתארסה היתה נכפית וא"כ אין יכול להוציאה בלא כתובה כי נסתחפה שדדו, וגם היא אינה יכולה לברר שידע ומחיל, דאלי"כ אין יכולת בידו להוציאה בעל כורחה מאחר דסבר וקביל וכמו שיתבאר לקמן סי' קנ"ד, ובתשו' הרא"ש כלל מ"ב משמע דנכפית סכנה הוא, וגרע ממוכה שחין דלא מהני תגאוו".

ולכאורה דבריו סותרים טופס לתחלתם, שהרי בתחילה כתב שהיא לא יכולה לברר שידע ומחיל, משמע, שאם ביררה או אם הודה הבעל, אין יכול לגרשה בע"כ, ובסוף כתב דמתשו' הרא"ש משמע דנכפית סכנה וגרע ממוכה שחין, א"כ אפילו ידע כופין אותה.

אמנם מ"ש דמתשו' הרא"ש משמע דנכפית סכנה, כן ראיתי שכתבו עוד אחרונים,

אמנם איכא למשדא ביה נרגא, דהמעין יראה, שדברים אלה הם דברי הבעל השואל שחזר עליהם הרא"ש, ולא דברי הרא"ש עצמו, אלא נראה שכיון שחזר על טענה זו ולא דחאה שאין בזה סכנה, הבינו דהרא"ש מורה שיש בזה סכנה, אף שיש לפקפק בזה כמו שכתבנו. אבל מ"ש, "חלקת מחוקק" דגרע ממוכה שחין, לא נמצא כן בתשו' הרא"ש שם אלא ש, "חלקת מחוקק" דן כן מתשו' הרא"ש.

עוד קשה במ"ש, "חלקת מחוקק" בסוף דבריו הנ"ל דנכפית סכנה וגרע ממוכה שחין ממה שכתב בסמוך לזה ס"ק כ' זכ"א דהרא"ש בתשו' לא למעשה אמרה, רק למנוע ממנה שאר כסות ועונה וכמ"ש דבריו לעיל, ואם נכפית סכנה וגרע ממוכה שחין, אם כן מדוע אין לכפותו למעשה בשם שכופין מוכה שחין, הרי סכנה להשאיר הדבר כן, ע"י בסי' קנ"ד ס"א והרי זה חמור לדעתו ממוכה שחין.

ועל השאלה הראשונה בסתירת חברי, "חלקת מחוקק" היה נראה ליישב דבריו דמ"ש בתחילת דבריו שאם ידע ומחיל אינו יכול לגרש בע"כ, כתב כן בדעת השו"ע שלשונו הוא, "מי שנודע לו שאשתו נכפית ורוצה לגרשה" ופשט לשון זה מורה שלא ידע לפני כן, ואח"כ סיים דמתשובת הרא"ש משמע שאפילו ידע יכול לגרש בע"כ, אלא שזה דוחק, שהרי יסוד השו"ע הוא מתשו' הרא"ש הנ"ל, ומעין לנו לעשות מחלוקת בין מרן להרא"ש. ועוד מה נאמר לשאלה השניה, שהרי מסקנת, "חלקת מחוקק" שאף הרא"ש בתשובה לא למעשה אמרה, אלא על כורחינו צריכים להתחק ולפרש דכוונת "חלקת מחוקק" היא, שיש משמעות מתשו' הרא"ש שכתב שיש סכנה לומר סברא אחרת, אבל להלכה אין דעת הרא"ש כן, אלא שאין לכפות אותה. עכ"פ הדבר ברור שדעת, "חלקת מחוקק" להלכה שאין לגרשה בע"כ או לתת לו היתר נישואין והדבר ק"ו, שהרי כתבנו לעיל שבעיקר הדין בלא שידע ומחיל דעת, "חלקת מחוקק" שאין לכפותה.

אבל, "בית שמואל" שם ס"ק כ"א כתב דהשו"ע מיירי כשנולד אחר אירוסין ונישואין, והוא הדין אם היה בה קודם לכן וידע, חייב לתת כתובה, אבל יכול לגרשה בעל כורחה כי יש סכנה בדבר, ורמז לתשו' הרא"ש, כלומר, שיש שם משמעות שיש סכנה בדבר.

אולם, "תומת ישרים" סי' קל"ט הביא מתשובת הרא"ש שבס', "חזה התנופה", וז"ל: "שאשה נכפית יכול לגרשה בעל כורחה ואין בזה חרם דרבינו גרשום שאין לה יפוי כח יותר מהאי, ואם נולד בה מום זה תחתיו או שמחל, אינו יכול לגרשה בעל כורחה" וכו', וכתב על זה, "ונראה שבספק היו בה מומין מתחילה פסק כן וכדמשמע מתשו' ריב"ם שפסק אחריו". כלומר, דבתשו' ריב"ם כתב, "ועוד שמא היתה נכפית קודם קדושו" משמע דתשובת הרא"ש מיירי כשיש ספק אם היה לה חולי זה לפני הנישואין ולא ידע. וזה סיעתא לדעת, "חלקת מחוקק" שכתב דאם ידע אינו יכול לגרשה בע"כ, אף שתחילת התשובה היא כסברת, "בית שמואל" לענין שדעת הרא"ש לכפות את האשה. ועיין מה שפלפל, "תומת ישרים" שם שאם נאמר דהרא"ש מיירי בספק איך מציאים ממון מספק, וכתב דיש כאן חזקת הגוף וחזקת אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו נגד חזקת ממון, ע"י מה שהאריך בהסברת הדברים. ומה שכתב לענין שאר כסות ועונה, עיי"ש.

ומחברי הרב, "פני משה" ח"א ע"ו דף קפ"ו נראה דס"ל דהרא"ש בתשובה מיירי, אפילו בידע, שכתב על גידון שלו, דכיון דידע ומחל למה יגרשנה בעל כורחה,

וכדכתב מהר"ק שורש ק"ה ואף כי הרא"ש בכלל מ"ב כתב לענין הגירושין אם ירצה מגרשה אף לאחר תקנת ר"ג, היינו דוקא לגבי נידון הרא"ש שהאשה נכפית שהוא מום גדול דאף אם האיש הוא נכפה שכופין אותו וכו', משמע מזה שהבין תשובת הרא"ש דמיירי אפילו בידע, שאם לא כן לא היה צריך לחלק בין חולי הכפית לחולי אחר, והיה כותב דאף הרא"ש מיירי כשספק אם היה קודם, אבל אם ידע ודאי מחיל.

והרב מהר"י ששון ז"ל בתשובה ח' ב, בני יעקב, אחר שהביא דברי, חזוה התנופה" ו, תומת ישרים" הנ"ל ופילפל בדבריהם בדין אם נולד לה המחלה אחר כך ומיד צווח שדעתו נוטה שיכול לגרשה בע"כ, כתב מכל מקום בידע ומחיל נראה דס"ל (להרא"ש) דלאו כל כמיניה לחזור ולטעון, וכמ"ש כן בפי, חזוה התנופה", והביא דעת, פני משה" הנ"ל וכתב עליו: ,ולא ידעתי זו מנין לו, שהרי בנידון הרא"ש לא היתה שם טענת מחילה כנראה מדבריו שלא נודע לו עד אחר ששהה ב' שנים וכנראה ג"כ מתשו, חזוה התנופה" וא"כ היכא דאיכא טענת מחילה אפילו בנכפית אפשר שאינו יכול לגרשה וכו', ושוב צידד שאפשר לומר כיון שאין חרם דרבינו גרשום אף במחיל, אינו חייב למחול כל הזמן כיון שאין חרם דרבינו גרשום. מ"מ סיים בתשו, חזוה התנופה", ודעת, תומת ישרים" אינה כך, ,ומי יוכל לדון שיכול לגרשה במקום דאיכא איסורא דרבינו גרשום מאור הגולה", ואח"כ דן שכל שכן כשיש איסור שבועה עליו וסיים דכיון דהוי מום בגלוי, ,הא ודאי דנודע ונתפייס ואדעתא דהכי נשאה, ואדעתא דהכי נשבע, ושוב לאו כל כמיניה לגרשה".

ו, בני אברהם" אבהע"ז סי' י"ח הביא דעת, בית שמואל" ו, פני משה" ו, תומת ישרים" ו, בני יעקב" הנ"ל וסיים, שכשהחולי היה קודם וידע ומחיל על דעת כן נשבע, ובכהאי גוונא כולי עלמא מודים שאינו יכול לגרשה בע"כ ולא לישא אחרת וכמ"ש ב, בני יעקב", עיי"ש. ולא ידעתי איך אפשר ד, בית שמואל" יודה בזה, שהרי כתב בפירוש שאפילו היה קודם אירוסין וידע יכול לגרש בע"כ כי יש סכנה בדבר.

והרב, פאת נגב" באבהע"ז סי' י"ד אחר שהביא כמה סברות בנידון ידידת הסיק כדעת הרב, בני יעקב" דכל שידע קודם אינו יכול לגרש בע"כ (ומ"ש שם דלדעת הרא"ש נכפה בכלל מוכה שחין, עי' לעיל מ"ש בדברי, חלקת מחוקק" ושמא מדברי, חלקת מחוקק" הבין בדעת הרא"ש כן).

והרב בנימין פונטרמילי ז"ל ב, שבט בנימין" סי' ש' הביא דעת, בני יעקב" הנ"ל והרבה להקשות עליו, ואין כאן מקום להאריך בזה. ועיקר דבריו לחלוק על הרב, בני יעקב" הוא, מחמת שסובר דמחלת הנפילה מהווה סכנה והיאך נגזור עליו שישאר בסכנה שמום זה זר וקשה משאר מומים ובודאי שבזה לא תיקנו ואין חרם דרבינו גרשום. וכן לענין השבועה כתב דכל שהחמיר מצב המחלה יש לומר דעל דעת כן לא נשבע שהוא נשבע על מצב קל ולא על מצב חמור. ואמנם בנידון שלו לא היה ברור שידע ומחיל, לכן למעשה לא ידענו אי פליג הרב, שבט בנימין" על, בני יעקב", אולם מתוך המשא ומתן בתלכה נראה בהדיא דפליג וסובר שאפילו כשידע לפני הנישואין, מעילה ידיעה זו לחיבו בממו, אבל לא לענין שלא לגרשה, כיון דהוי סכנה.

אולם סבר כתבנו שאין הוכחה מהגמרא שבמחלת הנפילה יש סכנה או שהיא מין ממיני השחין וכל מה שמצאנו שנקרא סכנה הוא בדברי השואל שבתשובת הרא"ש, ושיש לומר שכל מה שכתבו הרא"ש הוא רק לכתוב טענת השואל ולא שבדעת הרא"ש

שהאמת כן ושה אחד ממיני השחין אין לזה רמז בתשובת הרא"ש. ועל כן כל מה שנשמך עליו ב„שבט בנימין“ לחלוק על „בני יעקב“ אינו מוכרח דסובר הרב „בני יעקב“ שאין זה אחד מיני השחין ואין בו סכנה וממילא כיון שידע ומחיל אינו יכול לבוא בטענות אחר כך ולגרש, והחרם או השבועה קיימים. ועי' „חיים ושלום“ אמהע"ז סי' ק"ט שהקשה על ס', „חזה התנופה“ הנ"ל שאם יש בזה סכנה מה לי קודם גישואין לאח"כ. וא"כ לפי מ"ש נ"חא דבאמת הרא"ש סובר שאין בזה סכנה ורק לשואל כתב כן.

ומאחר שאין הוכחה בגמרא לומר שיש בזה סכנה דמ"ש בגמ' שתבאנו לעיל שלא ישא אדם ממשפחת נכפין הכוונה שזה מום גדול ולא מחמת סכנה, ואף מהרא"ש אין ראיה מכרעת לכך, הרישות נתונה לנו לראות מה דעת הרופאים בזה שהרי זה דבר טבעי ולא סגולי. והדבר ידוע שאין מחלוקת בזה בין הרופאים שאין זו מחלה מדבקת, או שיש בה סכנה אחרת. אמנם אין חולק שזה מום גדול אבל אין לדמותו למכות שחין, ואילו היה הדבר ברור שאין סכנה, בלי כל ספק לדעת „בית שמואל“ ו„שבט בנימין“ לא היו מתירים לגרש אשה בעל כורחה מחמת חרם דרבינו גרשום או מחמת השבעה. ואף במקום שיש מנהג יש לבית דין להתיר ולאסור בהתאם לכללי ההלכה ובדומה למקום שיש חרם דרבינו גרשום או כשנשבע.

עוד נראה שמחלת הנפילה יש לה מינים רבים החל באופן הקל וכלה באופן קשה, אמנם כל מחלה היא כך ולא מצינו חילוקים בנכסה, עכ"ז מתוך עיון בספרי הפוסקים, ימצא המעיין לא בלבד חילוק בין קושי המחלה לבין קולתה, אלא אף באופן מעשי שינוי רב בין חולה במחלת הנפילה למשנהו. עיין לדוגמא להרב אליעזר גחמיאש ז"ל בספרו „הזן רב“ ח"ב אמהע"ז סי' ט' דף נ"ג במקרה של נכפית שבקירוב הבעל לעשות מצותו בא לה רתת ותחללה ומתוך הבעיות בה לה אורח כנשים. וכבר הבאנו ג"כ לעיל מדברי הרמב"ם רש"ע בה' עדות שיש נכפה שדבר זה גורם לו להיות בלתי שפוי כל הזמן אף שאין עליו באימה יענה התקפה, ואין צורך להאריך בדבר שהמציאות והחוש מעיד עליו, ובלי ספק שכשיבאיים לפסוק בדין זה, יש לדעת היטב טיב המחלה והתוצאות הנלוים ממנה, שיש תוצאות לוואי למחלה כמ"ש במקרה של הרב „הזן רב“ שודאי שזה נראה כשני מחלות שיש לה ואפשר שהכל גובע מתוך מחלת הנפילה, אף שלא כל מי שחולה במחלת הנפילה קורה לה שמחמת פחדה תקבל אורח כנשים. ועי' בשו"ת רעק"א מהדו"ת סי' ע"ד ופסקי דין בתי דין כרך ב' עמ' 138 וכרך ז' עמ' 214.

והנה הנידון שלפנינו אף כשאנו מגדירים אותו כמחלת הנפילה מכל מקום הרי הוא מהסוג הקל ביותר עד שבבטחון גמור אומר הרופא שיוכל לרפאו, וכבר כתבנו דנראה מהאחרונים שלמחלת נפילה אין תרופה. והעובדא היא שהבעל הביר את אשתו שבע שנים לפני הגישואין וראה אותה בעת אחת ההתקפות, ולאחר הגישואין חי עמה בשלום אחד עשרה שנים, ודאי אילו היה מקרה קשה ומום גדול של המחלה, לא היה מתפייס כל כך הרבה שנים להיות עמה, וגיכרים דברי אמת שאחר שנתן עיניו באחרת, בא בטענה זו של המחלה, ואף בא בעלילה שאינה מתפקדת כעקרת בית ואינה מגדלת הבנים כראוי דבר שהוכח ע"י הסעד שאין הדבר כן, והרי היא נהגת ככל יתר הנשים ומגדלת בניה כראוי.

לפי זה יש לומר שבגידון דידן אף „בית שמואל” ו„פני משה” ו„שבט בנימין” דס”ל שאפילו בידע כיון שיש בזה סכנה יכול לגרש, בגידון דידן יודו.

ובפרט אחר שכתבנו לעיל שבצעם הדין של כפיית האשה במחלת הנפילה יש מחלוקת גדולה בין הפוסקים, ואף לדעת הפוסקים שיש לכופ בזה דוקא כשלא ידע לפני כן הבעל, אבל אם ידע, הרבה פוסקים סוברים שאין לנו לכופה לקבל גט. ואף החולקים גם בזה כבר כתבנו שטעמם משום דהוי סכנה. ובגידון דידן אין כל סכנה.

ועי' בפסקי דין בתי הדין כרך ב' מדף 130 ואילך מ”ש בזה, ובדף 132 כתבו דלדעת הרב „אגודת אוזב” סי’ כ”ב שסובר שאפילו אם ידע אח”כ הבעל אין זה נחשב למחילה. מ”מ אם ידע לפני הנישואין, י”ל דאין הבעל יכול לטעון אח”כ שאינו יכול לסבול.

ומלבד הטעם שכתבנו לעיל שבגידון דידן כל הפוסקים יודו שאין לגרשה בע”כ או לתת לו היתר נישואין, יש טעם נוסף לומר ד„בית שמואל” ו„פני משה” ו„שבט בנימין” יודו בגידון דידן, והוא על פי מ”ש ב„פני משה” בסוף התשובה הנ”ל וז”ל: „כיון שבא בשאלה שאשה זו אינה יכולה לטבול ואינה כדרך כל הארץ מום גדול הוא זה, דכיון דחולי זה מונעו מתשמיש אין לך מום גדול מזה ועדיף ואלים מנכפית שכתב הרא”ש בכלל מ”ב הגו’ דמצי לגרשה בע”כ אף אחר תקנת רבינו גרשום מאור הגולה. אמנם פרט זה יצדק אם במונח שחולי זה אין לו שום רפואה, אמנם הוגד אלי מפי מביא השאלה ושמעתי כי הרופאים אומרים כי אם ישתדלו ברפואה יעלה ארוכה לה וחבעל חייב ברפואה וכו’”, ותביאו „בני יעקב” בסוף תשובתו הנ”ל וסמך ג”כ עליו והסכים עמו הרב אליעזר בן שנגי ז”ל שם. למדנו מדבריהם שאפילו במחלה שהיא קשה יותר מחולי הנפילה עם כל זה כל שיש אפשרות לרפואה אין מתירין חרם דרבינו גרשום, וודאי, דה”ה לשבועה וחייב לרפאותה.

והנה בגידון שלפנינו העיד הרופא בבטחון גמור שעם טפול בתרופות ומנוחה נפשית לאשה היא תבריא לחלוטין ממחלתה ודאי בגידון כזה אף „בית שמואל” סובר כן, שהרי „פני משה” בשיטת ה„בית שמואל” אויל וכמ”ש לעיל, והוא גופיה ס”ל כל שיש רפואה חייב הבעל לרפאותה, וודאי שאין לחייבה לקבל גט. ועליו להשלים ולחיות עמה כשם שחיו שנים רבות בשלום.

ואם תאמר וכיצד נחייבנו לחיות עמה בשלום ולהוליד בני שנאות, כבר עמד בכיוצא בזה בתשו’ „הזן רב” ס”ס ט’ כשעמד על סתירת תשו’ מהרי”ק משורש ק”ה לק”ז וחילק בין מום למום אף דאיהו עסיק במומים אחרים, עכ”ז מ”ש שם, יפה גם לגידון דידן וז”ל: „היום או למחר יתפייס עמה וליכא למיחש לבני שנאות וכו’” והוא היה סבור מתחלה דע”י טענה זו יוכל לגרש אותה וכו’ אבל כשהבית-דין יאמרו לו אין אתה זכאי בדינך אין ספק כי בהמשך חימים יקבל פיוסים וליכא למיחש לשום דבר”.

ואף בגידון שלפנינו שרגליים לדבר שעיקר טענותיו הם עקב זה שנתן עיניו באחרת, כל שהאשה מקווה שהבעל יחזור עמה לשלום ויש לה תקווה שכל מה שעושה הבעל עתה אינו אלא דבר זמני וחולף, וסיכויים רבים ישנם שישבו לביתו ולבניו, יש להמתין ולא לסתור בגינם, ואין חשש בזה מבני שנאות.

מכל מה שכתבנו התבאר שבגידון שלפנינו לא מצינו לאחד מהפוסקים שורה לעבור על חרם דרבינו גרשום או על השבועה, ואף שבמקרה זה יש לדון שאין עליו חרם דרבינו גרשום אחר דהוא יליד טורקיה, עי' „פני משה" ח"ב סי' קי"ז מ"ש לענין העיר קושטא ואחריו עוד אחרונים, ומה שחתם על הכתיבה, זה עקב פשיעתו של עורך הגישואין שאינו יודע להבחין בין מנהגי האשכנזים למנהגי הספרדים וקלקולים רבים גורמים עקב זה, כידוע, נמצא שאין עליו חרם דרבינו גרשום, ולא הטילו עליו שבועה כמנהג הספרדים, עכ"ז יש לסמוך על דעת הריטב"א שכל שיש מנהג אין לבי"ד להתיר ורק באופן שלא היה חרם דרבינו גרשום או שבועה היינו מתירים, יש להתיר ג"כ מצד המנהג, אף שיש לדון שמצד המנהג זה קליש מחרם ושבועה, אין צורך להאריך בזה מכיון שבגידון דידן כל הפוסקים כולם מודים שאין לחייבה בקבלת גט ולהתיר לו לישא אחרת אם מצד שאין סכנה ומחלתה קלה, ואם מצד שחייב לרפאותה כל שיש אפשרות לכך.

על כן יש לדחות תביעת הבעל לחייב את אשתו להתגרש ולקבל היתר גישואין. ולהיפך עליו לשלם לביתו ולחיות עם אשתו ובניו באהבה ובשלום כפי שהיה לפני ששוב את ביתו.

עזרא בצרי

אחרי שמיעת טענות הצדדים וב"כ והעיון בסכומיהם שצורפו לתיק, ביה"ד פוסק:
דוחים את תביעת הבעל לחייב את אשתו לקבל גיטה, ועליו לחזור לחיי שלום בית עם אשתו וילדיו.

ניתן היום כ"ז תשרי תשל"ז.

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: כ"ג הרב הראשי לישראל הרב שלמה גורן — נשיא,
הרבנים אברהם שפירא, שלום מזרחי

בענין:

א. (ע"י ב"כ עו"ד ברשלטון) תמערערות

נגד:

ב. (ע"י ב"כ טו"ר הרב קולר) המשיב

ערעור אשה נגד פס"ד של ביה"ד האיזורי ת"א-יפו שפסק לה מזונות ביחד עם שלושת ילדיה, ועתירתה שיפסקו לה את מזונותיה בנפרד מאחר שבית המשפט המחוזי כבר פסק מזונות לילדיה והבעל הסכים לשיפוטו, ולא עוד אלא שהסכום שביה"ד קבע למזונותיה ולמזונות הילדים בסך 350 ל"י לשבוע אינם מספיקים אף לצרכיה בלבד, מאחר והבעל מרויח לפחות כ-5000 ל"י לחודש. — קביעת ביה"ד שכל התביעות שהוגשו מצד האשה לביה"ד היו גם למזונותיה וגם למזונות הילדים. — תביעה נוספת של האשה שהבעל אין לו כח גברא ושהוא מרביץ לה ודורשת גט. — הכחשת הבעל ביחס כח גברא, ותביעת נגד מצדו שהאשה אינה זכאית למזונות ולשום זכות הנובעת מנישואין מאחר שהיא מורדת בו, מקללת ומבזה אותו, ומפירה את שלום הבית, וכמו כן הוציאה כספים רבים משלו והעבירה אותם לרשותה. — מה הדין בטענת האשה שאין לבעל כח גברא. — האם חייב ביה"ד בפסיקת מזונות לאשה ולילדים לקבוע בנפרד כמה מהם מגיעים לאשה וכמה לילדים. — מתי נזקקים לתובע תחילה ומה הדין בזה לגבי תביעת האשה במזונות אם הבעל טוען שתפסה נכסים משלו.

מסקנות

- א. (1) אשה הטוענת שאין לבעלה כח גברא נאמנת, ואף לדברי האומרים שבזמן הזה שיש נשים חצופות אינה נאמנת, אבל במקום שיש אמתלאות ואומדנות שאומרת אמת, נאמנת.
- (2) רוב הפוסקים סוברים שאף כשהיא נאמנת, אין למהר בגירושין ושהבעל יעסוק ברפואות אולי ישנם סיכויים שיבריא. אולם אם אין הבעל מוכן לעסוק ברפואות כופין אותו מיד לגרש.

- ב. אין לביה"ד לאפשר לאשה לגבות מזונות מרובים לפי פס"ד של בית משפט מחוזי, מאחר שביה"ד הרבני פסק שמגיע לה פחות מזה בהתאם לד"ת.
- ג. מזונות האשה מד"ת, ואילו מזונות הילדים למעלה מגיל שש אין חיובם אלא מדין צדקה, או מכח התקנה. ולכן יכולה האשה לדרוש מביה"ד לקבוע בנפרד כמה מגיע לה למזונותיה וכמה לילדיה, כדי לתת עדיפות למזונותיה על פני מזונות הילדים במקרה שאין אפשרות לגבות שניהם.
- ד. (1) מי שתובע מחבירו ממון והנתבע טוען כנגדו שתפס נכסים משלו נזקקים תחילה לטענת התובע וגובין לו את חובו ולאחר מכן נזקקים לטענת הנתבע. (2) כמו כן כשאשה תובעת מזונות מבעלה והבעל טוען שתפסה נכסים משלו, מחייבים את הבעל תחילה לפרוע מזונותיה ואח"כ דנים בתיבעתו.
- (3) במה דברים אמורים כשהיא תובעת חוב מזונותיה לשעבר, אבל כשהיא תובעת מזונות לעתיד, יש לדון מיד גם על טענותיו. מאחר שחיוב מזונותיה חל בכל יום ויום ובידו לשלם לה מכסף שבירה.
- (4) ההלכה שנוזקים לתובע תחילה, אינה אלא כשהתביעה מוכחת או שהנתבע מודה בה, אבל כאשר התביעה של הנתבע נגד התובע גם היא באותה דרגת ודאות כשל התובע, דנים על שתי התביעות בבת אחת.
- (5) והוא הדין במזונות אשה, כשטענת הבעל כנגדה שתפסה מנכסיו היא ודאית, אין לחייבו במזונותיה כל זמן שלא הפריכה את הוכחותיו.

פ ס ק - ד י נ

לפנינו ערעור על פסק הדין של ביה"ד האזורי בת"א-יפו מתאריך ט' חשוון תשל"ו (תיק 6440/לה), בו פסק:

„על הבעל לתת לאשה למזונות הבית כולל הילדים סך — 350.

ל"י לשבוע".

האשה א. מערערת על פסק הדין שכרך מזונות הבית עם מזונות הילדים, ולא פסק מזונות לאשה בנפרד. והמערערת מבקשת מביה"ד הגדול לפסוק „מזונותיה של המבקשת בלבד", והסיבה לכך היא משום שהמבקשת פנתה לבית המשפט לפסוק מזונות לילדים ובית המשפט המחוזי פסק בתאריך 14.12.75 מזונות לשלש הילדים הקטינים של בני הזוג סך 1,800 ל"י לחודש, בנוסף לכספי הבטוח שהאשה מקבלת עבור הילדים. ולכן כל עוד שביה"ד האזורי לא יפריד את מזונות האשה ממזונות הילדים, ולא יקבע הסכום שנקבע, כמזונות עבור האשה בלבד, אינה יכולה לממש את מזונותיה, כאשר פסק הדין של ביה"ד האזורי ע"ס 350 ל"י לשבוע, הוא למזונות הבית כולל הילדים.

ב"כ המערערת טוען בנמקי הערעור כי ב"כ המשיב הכיר בסמכות בית המשפט וביטל את בקשתו למחיקה על הסף של מזונות הילדים. ב"כ המערערת טוען עוד בכתב הערעור „כי הסכום שנפסק כולו אינו מכסה את צרכיה היא, כאשר מן העדויות של רואה החשבון עולה, כי המשיב משתכר אפי' על פי חשבונות בלתי מושלמים, סכום של 5,000 ל"י לחודש".

עוד טוען כי „המשיב הודה בבית המשפט המחוזי וחזר והודה בביה"ד קמא כי

עד לפני שנתיים נהג לתת לאשתו סכום של 1,900 ל"י, אשר לא כלל הוצאות החוקת הבית. ופסיקת סכום של 350 ל"י לשבוע, לאחר שנתיים כאשר יוקר החיים עלה כדי כפליים הנה לעג לרש".

ב"כ המערערת טען בפני ביי"ד זה. פס"ד נשוא הערעור הוא פסה"ד השני בתביעה זו. כי הראשון היה על סך 250 ל"י לשבוע. בינתיים הגישה בקשה לקביעת מזונות לילדים לבית המשפט המחוזי שם חתמו הצדדים על הסכם גירושין וקבלו בקנין על כך, והתיק הועבר לביה"ד האזורי לשם ביצוע הגירושין. הבעל התחרט מההסכם, וטען שאינו רוצה לתת גט לאשתו. הדיון נמשך בבית המשפט בענין תביעת המזונות לילדים וניתן פס"ד למזונות בסך 1,800 ל"י לחודש. פניתי לביה"ד האזורי ובקשתי להפריד בין מזונות האשה ומזונות הילדים ולקבוע רק מזונות לאשה, כי מזונות לילדים יש לי כבר מביהמ"ש, אבל הם לא נענו לבקשתי.

ואכן בתאריך כ"ג אדר"ב תשל"ו (25.3.75) נרשמה בקשת ב"כ האשה מביה"ד האזורי בת"א, לפסוק את מזונותיה של האשה בלבד, מתוך פסק המזונות שניתן ביום ט' חשבון תשל"ה, ונימוקיה עמה:

1., ביום 14.10.75 נפסקו, "מזונות המשפחה" חרף העובדה כי ב"כ

האשה ביקש כי ביה"ד יפסוק את מזונותיה של האשה בלבד".

2., ביום 14.12.75 ניתן פסק דין למזונות הילדים בסכום של 1,800

ל"י לחודש, למעט כספי הביטוח לאומי אשר יתוספו למזונות הילדים".

3., עתה משנפסקו מזונות הילדים בבית המשפט המחוזי יש לפסוק את

מזונות האשה, ותאלץ להוציא שני פסקי הדין לפועל יחדיו".

והנה כשאנו מעיינים בתביעות האשה בביה"ד האזורי להגדלת המזונות כפי שהוגשה בב' סיון תשל"ה (12.5.75), שעל סמך תביעה זו ניתן פסה"ד בט' חשון תשל"ו (14.10.75) נשוא הערעור, אין שם שום תביעה או בקשה לפסוק את מזונותיה של האשה בלבד, כפי האמור בטענת ב"כ האשה הנ"ל. אדרבה בכל התביעה שהוגשה לביה"ד האזורי מדובר על, "כלכלת כל בני המשפחה", והדרישה היא, "לפיכך אבקש לחייב את בעלי לתת לי לכל כלת הבית סך 2,000 ל"י לחודש צמוד לאינדקס יוקר המחיה". וכן הוא נוסח סכום התביעה שם.

גם נציגת ויצ"ו שהופיעה בביה"ד בשם האשה לפי הפרוטוקול מתאריך כ"ו ניסן תשל"ה, הודיעה שהתביעה למזונות היא בשם האשה ובשם הילדים. וגם בישיבה שהתקיימה בג' סיון תשל"ה לא נזכרת כלל הדרישה לפסוק מזונות לאשה בלבד, אלא הכל נסוב על הגדלת המזונות באופן כללי.

יתר על כן, בישיבת ביה"ד האזורי שהתקיימה בכ"א בתמוז תשל"ה, לאחר שנתגלה כבר כי האשה הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי למזונות הילדים, עונה ביה"ד לב"כ הבעל ביחס לפסק הדין הראשון למזונות שניתן ע"י ביה"ד האזורי בט' סיון תשל"ד 25.5.74 על סך 250 ל"י לשבוע, "פסה"ד שניתן בבי"ד זה הוא למזונות הבית, כולל מזונות האשה והילדים, ואם תובעים מזונות בערכאה אחרת או אפשר לטעון שם שהסמכות למזונות היא בביה"ד בלבד". הרי שלכתחילה לא היתה כלל בביה"ד תביעה לפסיקת מזונות לאשה בלבד.

בפעם הראשונה בה נשמעה בביה"ד תביעה לקביעת מזונות לאשה ולא לבית, היה בישיבת ביה"ד בט' חשון תשל"ו ביום הוצאת פסה"ד נשוא הערעור. אחרי שסיפר

על הסכם הגירושין שנערך בין הצדדים בבית המשפט המחוזי, והבעל חזר בו מן ההסכם, נאמר לפי הפרוטוקול „ואנו תובעים כאן מזונות האשה“. ואחרי כן נאמר ע"י ב"כ האשה „הער הוזמן להעיד על הכנסות הבעל בקשר לתביעת האשה למזונות“. וב"כ הבעל טען „בזמנו פסק ביה"ד 250 ל"י לשבוע, זה היה למזונות האשה והילדים, ובזמנו ענתה האשה שהמזונות הם עבור האשה והילדים וכו'“. גם לאחר מיכן כתוב בפרוטוקול שב"כ האשה אמר אני דורש הגדלת מזונות לאשה, אלא שגם מטענות אלו אין דרישה מפורשת מביה"ד להפריד את המזונות של האשה ממזונות הילדים.

עיקר טענותיה לגירושין בביה"ד האזורי בט' מרחשון תשל"ו, מבוסס על כך ש, הבעל הודה שהוא מחוסר כח גברא... „וכבר כמה שנים לא באנו במגע, קיימנו יחסים לפני איזה 3 שנים ולא היה בסדר“. טענה זו של חוסר כח גברא השמיעה עוד בישיבת ביה"ד בא' סיון תשל"ד באמרה „בעלי מרביץ, בעלי סובל מחוסר כח גברא, אני אמרתי לבעלי שאני אה' מוכנה לסבול שילך לרופא, זה שלש שנים שאין בינינו יחסי מין“. ועוד טענה בביה"ד באותה ישיבה, „הרופא אמר שאין תקוה לרפאותו“.

טענה שניה שעוברת כחוט השני בדברי האשה וב"כ שעד לפני שנתיים נהג לתת לאשתו סכום של 1,900 ל"י לחודש, ואשר לא כלל הוצאות החזקת הבית, ולכן לא יתכן שעכשיו ישלם רק 350 ל"י לשבוע שהוא בסה"כ 1,400 ל"י לחודש, בנוסף לטענות אחרות שהבעל משתכר לפחות 5,000 ל"י לחודש כנ"ל.

מן הראוי לציין שגם בתביעה הראשונה של האשה למזונות 1,000 ל"י לחודש שהוגשה בכ"ו ניסן תשל"ב היתה התביעה כללית ללא שום הפרדה בין מזונות האשה למזונות הילדים, וכן התביעה ע"ס 1,500 ל"י לחודש למזונות שהוגשה בתאריך כ"א סיון תשל"ד (11.6.74), התביעה מבוססת על כך: „בעלי מרביץ לי ולילדים, מקלל אותי ממרר לי החיים שובר כלים בבית, ביום שבת פצע הילד ביד, פניתי למשטרה כמה פעמים, במוצאי שבת עזב את הבית ואמר שלא יתן לי כסף למזונות יותר. מבקשת מכת"ר לחייבו בדמי מזונותינו בסך אלף וחמש מאות ל"י לחודש באופן רחוף“. הרי שכללה את עצמה והילדים.

לעומת תביעותיה וטענותיה של האשה, הגיש הבעל תביעה לביה"ד שנרשמה בכ' אלול תשל"ה (27.8.75), בה הוא דורש:

„א. לקבוע כי הנתבעת אינה זכאית למזונות מהתובע, וכן לכל זכות שהיא הנובעת מקשר הנשואין.

ב. לקבוע כי הילדים יעברו לרשותו ולהחזקתו של הבעל ועד אשר יעברו הילדים לרשותו של הבעל, לקבוע את גובה הסכום שעל התיבעת-הבעל לשלם עבור החזקתם של הילדים יהי סך — 250 ל"י לחודש עבור כל ילד.

ג. לקבוע כי כל הרכוש שבידו כולל הדיירה והתכולה שבה וחלקו במפעל סופרכרום והמכונות, הינם רכושו הבלעדי של התובע, ולאשה אין כל זכות בהם“.

נמוקי התביעה הם כפי כתב התביעה של ב"כ הבעל, שהאשה הפרה את שלום הבית עם התובע, מקללת אותו, מבזה ומשפילה אותו, ואינה ממלאה חובותיה כלפי בעלה התובע. לפי דבריו היא אשת ריב ומדון עם כל השכנים ועם קרובי המשפחה,

והיא אינה מסוגלת לחנך ולהחזיק בילדים, ואף מסיחה אותם נגד התובע, היא יורדת לחייו של הבעל, ואף מורדת בו.

הבעל מאשים את אשתו בהוצאת כל הכספים שהיו מופקדים על שם שני בני הזוג כולל ניירות ערך ושמירתם בכספת שלה ששכרה למטרה זו. המדובר בערך בסכום של 60,000 ל"י, ולפי דעת הבעל התובע: „הנתבעת כפי הנראה גם עובדת ומשתכרת מעל לצרכיה ומוזנותיה, אך מסתירה זאת מהתובע”.

בביה"ד האזורי כפי הרשום בפרוטוקול מכ"ו ניסן תשל"ה, טען הבעל ש, הוא קנה אגרות חוב בסך 32 אלף ל"י, והאשה הכחישה אותו וטענה ש, הבעל לקח במוצאי שבת והוציא מהבית כל ניירות הערך, ניירות הערך הם על שמו. האשה אמרה, „יש בידי מסמך על 4,000 ל"י שקנתי בזמני, וזו קנייה של אגרות חוב למכ"ו ומגישתו לביה"ד וזה מכספים של שנינו”, והוסיפה ואמרה בביה"ד, „אני לא יודעת מה נעשה בקשר לעוד 28 אלף ל"י שקנה בהם אגרות חוב”.

לעומת זאת, בישיבת ביה"ד מיום ג' בסיון תשל"ה הודתה האשה ואמרה, „מהכסף הזה של 28 אלף ל"י שלמתי שכ"ט לעוה"ד ברשלטון, וכן בזבזתי להוצאות הבית ולכל מיני תשלומים”. ואכן בתיק ביה"ד האזורי ישנו מסמך בנקאי, המעיד „שסכום של 28,000 ל"י הוצא מחשבונו של הבעל בבנק לאומי לישראל ע"י אשתו א. ביום 25.3.75”. וכן הובא מסמך שני מבנק ישראלי לתעשייה בע"מ כי בתאריך 28.3.74 נרכשו בחשבונו של הבעל ב-28,000 ל"י ניירות ערך מ, פתוח סדרה 3003 מוכ"ז לפי שער 100, והתעודות נמסרו לגב' א. ב-31.10.74. הערך הכספי ב-13.4.75 היה 40,264 ל"י. באשר לטענות האשה על מצבו הנפשי המעורער של הבעל, ישנו בתיק מכתב הפנייה לבריאות הנפש מטעם קופת חולים, התום ע"י ד"ר י. יולורי, הקובע כי הבעל „סובל ממחלת עצבים זמן ממושך, מרביץ לאשתו וילדיו, מאיים על אשתו באם תתגרש, אינו מקיים יחסים עם אשתו זה שש שנים”.

אולם בישיבת ביה"ד האזורי מתאריך ט' חשון תשל"ו, הכחיש הבעל מכל וכל את טענות האשה שהבעל הודה שאין לו כח גברא ושהוא הודה שהלך לרופא והרופא אמר לו שעליו לעבור טיפולים, ולשאלת ביה"ד ענה הבעל: „אני רוצה להתגרש אני נשוי הרבה שנים ויש לי ילדים, ואני רוצה בשלום”, וכן אמר „לא הייתי אצל רופאים בכלל וצחקתי מכל זה, אני בסדר במאה אחוז, למה אלך לקבל טיפולים”, והוסיף „האשה מסרבת לקיים יחסים, ולכן לא קיימנו יחסים”.

כעת נחוי אנן מה דעת ההלכה בנידון דידן. הבעיה מתחלקת לשלשה חלקים: א. תביעת האשה לגירושין מטעם חוסר כח גברא של הבעל, תבואת וקללות וכיוצא בזה.

ב. תביעת האשה לקביעת מזונות עבורה בלבד, והפרדת מזונותיה ממזונות הילדים.

ג. טענות הבעל שהאשה מורדת בו, העלימה ממנו אגרות חוב בסכום שלמעלה מ-60 אלף ל"י באלול תשל"ה. וטענותיו שאין בכוחו להוסיף על מזונותיה. והנה ביחס לטענותה של האשה על חוסר כח גברא של הבעל, הרי מבורר בשו"ע אהע"ז סי' קנ"ד ס"ו אם טרענת אין לו גבורת אנשים לבא עליה ושואלת גט והוא מכחישה, י"א שהיא נאמנת. וכן מבואר בטור אהע"ז שם. וכן נקטו הפוסקים להלכת ואע"פ שכתב שם הרמ"א בשם המרדכי, וי"א דבזמן הזה הוזה שיש נשים חצופות

אינה נאמנת, וביחוד בנידון דידן שיש לה ממנו ג' ילדים, הרי זה דומה למה שמוסיף שם המרדכי בפ' עשרה יוחסין, ועוד שיש קצת סברא ואמתלא שמשקרת שהיו לו כבר בנים מאשה אחרת, ואע"ג דשמא שוב נתקלקל, אע"פ כן לא מתימנא לה בדורות הללו.

הרי מסיק הרמ"א, "ומ"מ במקום שיש אמתלאות ואומדנות שאומרת אמת, נאמנת". ובנידון דידן יש סיוע לדבריה מהמסמכים הרפואיים המעידים שלמעלה משש שנים אינם מקיימים יחסי מין ביניהם. וב"כ האשה הגיש לביה"ד צילום מסמך שהבעל הודה לרופא שהוא מתוסר כח גברא, ולפי הפרוטוקול, זאת רשם הרופא מפני הבעל, ב"כ האשה ביקש מביה"ד, להזמין את הרופא שיעיד, והאשה הודיעה לביה"ד שהבעל הודה שהלך לרופא בענין זה, ובעלי אמר לי שהרופא הזה רוצה למשוך כספים. ואע"פ שהאשה הצהירה בביה"ד, היתתי מסכימה שהבעל יקבל הטיפול הרפואי, אבל הוא היה מכה, וגם את הילדים הכה ולא רצה לקבל הטיפול הרפואי. ויתכן שיש רפואה למחלתו זו של הבעל.

והרי, גודע ביהודה במהדורא הניינא סי' פ"ט הסכים לפסק, שימתינו איוה זמן, ובתוך כך יעסוק הבעל ברפואות, אולי יש תרופה. וכתב שם, גודע ביהודה, "וכן כתבו כל הגאונים הראשונים, שלא למהר הגירושין בזה, ולדבר על לב האשה אולי יש תקנה ברפואות". וגם הב"י באהע"ז בס"י קנ"ד הביא מחשובות הרשב"ץ שאם טען הבעל שזה מום עובר ע"י רפואות קרובות להועיל, אין כופין אותו לגט.

כל זה כשהבעל מוכן ללכת לרופא ולקבל רפואות, אבל בנידון דידן מתברר גם מהמסמך של קופ"ח שהבעל אינו מתנהג בצורה נורמלית גם לא בחיי האישות שלו, וגם עברו כיום למעלה משבע שנים שאין ביניהם יחסים, יש לקבל את טענותיה הברורות בפני הבעל ובפני ב"ד שאין לו כח גברא, וכי גם הבעל הודה על כך לפי דבריה, גם בפני הרופא.

רוב הפוסקים חולקים על המרדכי וסוברים שבטענת שאין לו גבורת אנשים, כיון שהבעל יודע אם היא אמת או לא, לא היתה מעוה פניה כנגדו, וגם בלי שום אמתלא נאמנת, כמו שהביא, פתחי תשובה בס"י קנ"ד סי' ק"ט, מספר, גבורת אנשים, שהעתיק דברי הר"ל בן חביב סי' ל"ג והר"י יוסף בתשובת רש"י סי' ק"ט והמהרי"ק שורש ע"ב ו, בנימין זאב" סי' קס"ו ומהריב"ל סי' ג' סי' ק"א, והמהרי"ק כתב, אשה שישבה שש שנים עם בעלה ולא ילדה, היא אמתלא לדבריה שדבריה אמת, והגהות אשר"י הצדיק שיטה זו, וה"ה בנידון דידן מכיון שכבר עברו למעלה משש שנים ללא יחסים ביניהם, וזה"ל ג"כ ראה לדבריה, אע"פ שיש לחלק בין זה לדברי המהרי"ק אשר חולק עליו מהר"ם אלשקר, מכיון שכאן יתכן שמריחתה גרמה לכך, ולא שאין לו גבורת אנשים, מ"מ המסמכים הג"ל שהביאה בודאי שעדיפי מאמתלא.

באשר לטענותיה החוזרות ונישנות בדבר הכאות וקללות של הבעל לאשתו ולילדיו, והאשה טוענת שהיא פנתה למשטרה כמה פעמים על כך, וגם ביה"ד ביקש מהמשטרה לתת לאשה הגנה הדרושה, לא הביאה הוכחות מספיקות כדי לחייבו בשל כך בג"פ.

התביעה השניה של האשה בפני ביה"ד האזורי, שהיא נשוא הערעור של המבקשת, להפריד בין מזונות האשה למזונות הילדים, מכיון שמזונות הילדים כבר

נפסקו ע"י בית המשפט המחוזי. ומביה"ד היא מבקשת להקציב מזונות לאשה בלבד. עלינו לברר ראשית כל, אם לפי החומר שבתיקים מגיע מזונות לאשה. והנה מפסק הדין עצמו נשוא הערעור נראה שמזונותיה כלולים בסך 350 ל"י לשבוע שפסק ביה"ד, "למזונות הבית כולל הילדים", ותלשון, "למזונות הבית" הכוונה לאשה, בהתאם לאמור במס' שבת קי"ח ע"ב מימי לא קריתי לאשתי אשתי ולשורי שורי אלא לאשתי ביתי ולשורי שדי. ואם אין ראתה מלשון זו של פסק הדין, — הרי בפרוטוקול מיום כ"א תמוז תשל"ה, אנו למדים שביה"ד האזורי ענה לבעל, כי פס"ד שניתן בבי"ד זה, הוא למזונות הבית כולל מזונות האשה והילדים, כלומר גם לאשה.

ואם כן, לכאורה מוצדקת בקשתה של האשה להקציב מזונות האשה בנפרד ממזונות הילדים, כדי שתוכל לממש את זכויותיה למזונות כפי שמגיע לה עפ"י דין, משא"כ מזונות הילדים שהם כעת למעלה מגיל שש, תוקפם הוא מכח צדקה או תקנה בלבד, כמבואר באהע"ז סי' ע"א ס"א. וע"י הכללת מזונותיה בסכום הכולל של מזונות הילדים מבלי לגקוב כמה מגיע לה בלבד, יוצאת נפסדת לגמרי ממזונותיה, מכיון שלמזונות הילדים היא גובה לפי פסק הדין של בית המשפט המחוזי הגבוהה יותר מכל הסכום שהוקצבה ע"י ביה"ד האזורי לה ולילדיה גם יחד. וגם אם אין עלינו חובה לאפשר לאשה לגבות ממון שלא מגיע לה עפ"י דין תורה, לאחר שביה"ד האזורי פסק כבר לה ולילדיה פחות מאשר פסק ביהמ"ש לילדיה בלבד. הרי עפ"י דין תורה מגיע לה רק מה שנפסק בביה"ד האזורי, רשאית היא לבקש הפרדת מזונותיה ממזונות הילדים, גם בדיננו, כדי לתת עדיפות למזונותיה על פני מזונות הילדים, במקרה שאין אפשרות לגבות שניהם, ושתדע כמה מגיע לה וכמה מגיע לילדים.

אלא שכאן מתעוררות שתי בעיות ביחס לזכותה לתבוע מזונות בנוסף למה שמקבלת עבור הילדים.

א. לא הוכח בביה"ד האזורי שהבעל מרוויח סכום כזה שבכחו לשלם יותר ממה שנפסק ע"י ביהמ"ש המחוזי לילדים בלבד, שהוא 1,800 ל"י לחודש, ועם ביטוח הלאומי שהיא מקבלת עבור הילדים, הסכום מגיע לסך 2,200 ל"י לחודש, והרי בעיה זו ניתנת לבירור נוסף בביה"ד האזורי ע"י מסמכים, תלושי משכורת, ראיות ועדים. ואם יתברר שאין בכוחו לשלם יותר מהסכום שנפסק בביהמ"ש לילדים, אין להטיל עליו יתרת מזונות לאשה, אע"פ שעפ"י דין תורה קודמים מזונותיה למזונות הילדים מטעם חוב, הרי כחו של בית המשפט מביא לידי כך שמ"מ אין לו ממה לשלם יותר לאשה וכאין לו דמי.

ב. הוכח בביה"ד האזורי באמצעות מסמכים מהבנקים כי האשה משכה סכומי כסף גדולים מהחשבון המשותף בבנק והכסף נמצא בידה, וכן נרכשו ע"י האשה המערערת גיירות ערך בסך 26,208 ל"י, וערך התעודות היה בתאריך 13.4.75, 40,264 ל"י, ולא הוכח שהכסף הזה תגיע לה לאשה, או שהוחזר לבעל.

אמנם לפי ההלכה, כל כהאי גוונא אמרו אין נזקקין אלא לתובע תחילה, כמבואר במס' ב"ק דף מ"ו ע"ב, ולפירש"י שם, המדובר כגון ראובן תובע משמעון מנה שהלחזו בעדים או בשטר, ושמעון משיבו תפסת משלי החזר לי מה שתפסת וכו', נזקקין לטענת ראובן ומוציאים לו המנה משמעון, ואח"כ נזקקין לטענת שמעון לדון על דבר התפיסה והמשכון. וכן מפורש בהגהת הרמ"א בחו"מ סי' כ"ד ס"א.

ולפי"ז גם בנידון דידן יש לכאורה להודקק תחילה לתביעת האשה למוזנות, ואחרי כן לברר את תביעות הבעל ביחס לפקדונות שהוציאה האשה מהבנקים.

אולם יש לומר, שלא אמרו אין נזקקין אלא לתובע תחילה, אלא כאשר התביעה של התובע מוכחת, או שהנתבע מודה בה, והנתבע בא מכח טענת שהתובע אינו מודה בה ויש להוכיח אותה, לכן אין לדחות את תביעת התובע הוודאית ע"י התביעה הנגדית של הנתבע שטרם הוכחה, אע"פ שטוען שהוא יכול להוכיח תוך זמן מרובה, כפי שיטת פוסקים רבים, אבל כאשר התביעה הנגדית של הנתבע נגד התובע גם היא באותה דרגת ודאות כמו של התובע, אין אומרים בה שאין נזקקין אלא לתובע תחילה כמו שכתב להדיא ב"שיטה מקובצת" במס' ב"ק מ"ו ע"ב בשם הר"י ישעיה ז"ל, לאחר שהקשה על הלכה זו שאין נזקקין אלא לתובע תחילה, אמאי מטרחינן בית דין תרי זימני, ושמא יש לומר, הואיל ושמעון מודה, אין לדחות את דינו משום טענה בעלמא דקאמר שמעון.

ולכן בנידון דידן שטענת הבעל-המשיב מבוססת לכאורה על מסמכים בנקאים כפי שראינו בתיקים, אין לחייבו במוזנות אשתו, כל עוד שהאשה לא סתרה את הוכחות הבעל שיש בידה סכומי כסף גדולים של הבעל משום אטרוחי בי דינא תרי זימני למה לי.

ועוד נראה שיש לחלק בין תביעת המוזנות לשעבר לבין תביעותיה להבא, כי לשעבר ככל הנראה, הרי זה כמו כל חוב דעלמא, שזו תובעת החוב למוזנותיה לשעבר, והבעל תובע ההפקדות שהוציאה האשה, וע"ז יש לומר שנוזקקין לתובע תחילה, לפי הפירוש של רש"י וסיעתו, וכמו שפירש רבינו ישעיה ז"ל ב"שיטה מקובצת" במס' ב"ק הנ"ל.

אבל בכל הנוגע למוזנות לעתיד, כל שטוען הבעל שיש בידה סכומים גדולים מכספו, ורשאי לזקוף את זה לחשבון המוזנות. אין לחייבו במוזנותיה לעתיד, כי זה דומה כמו שהיה טוען צררי אתפסה, מאחר שבידו שלם לה כעת לקראת העתיד בכסף שבידה, ואין כאן שתי תביעות נפרדות, תביעת חוב כנגד תביעה אחרת של הנתבע, מכיון שהיוב המוזנות חל מחדש בכל רגע, כל שטוען הבעל טענה מבוססת שיש בידה מכספו והוא זוקף את זה כפרעון מוזנותיה לעתיד, רשאי לעשות כן, אלא א"כ האשה תוכיח שאין בטענותיו אמת. וזה דומה למה שכתב בנתיבות ביאורים, בחו"מ סי' כ"ד ס"ק א' „דודאי כשטענת הנתבע הוא לפטור מטענת התובע אין שייך לומר אין נזקקים אלא לתובע תחילה, אבל במקום שהדין דוח גובה וזה גובה נזקקין, להגבות לתובע תחילה". והוא הדין בנידון דידן לפי טענת הנתבע הוא פטור מן טענת התובעת, אין לבוא כאן בכח אין נזקקין אלא לתובע תחילה.

אי לזאת מחליטים להחזיר את התיק לבית"ד האזורי כדי לברר:

א. גובה המשכורת של הבעל.

ב. האם האשה זכאית למוזנותיה, ואם כן, על ביה"ד לפסוק הסכום שעל הבעל לשלם לאשתו למוזנותיה, בנפרד ממוזנות הילדים.

ג. כמה כסף משכה האשה מכספי ההפקדות של הבעל, ואשר נמצא בידה שלא ברשות הבעל.

שלמה גורן — נשיא

הערעור שלפנינו הוא ערעור על פסק דין של בית הדין האזורי תל אביב שלא הפריד בין מזונות האשה לילדים.

הפרטים של המשפט נמסרו כבר בפרוטוקול בפסה"ד של כב' נשיא בית"ד הגדול, ואני אצטמצם איפוא, רק בחו"ד על גוף הערעור.

פסק הדין נשוא הערעור שלפנינו נכתב בקיצור נמרץ. כל פסק הדין מכיל שמונה שורות, ובו שני סעיפים. סעיף ראשון החלטה על מזונות הבית. סעיף שני דיחוי הבירור על הטענה שהאשה הוציאה כספים של הבעל, לישיבה אחרת. וזהו לשון פסק הדין:

„א. על הבעל לתת לאשה למזונות הבית (כולל הילדים) סך 350 ל"י לשבוע תחל מהיום עד להוראה אחרת מאתנו. סכום זה בא במקום הסכום שבפס"ד הקודם מיום א' סיון תשל"ד שעומד בתקפו עד היום.
ב. אשר לטענת הבעל בקשר לכספים שלקחה האשה אנו מוצאים שעל כך עומד בחוקה ההסכם שביניהם שקבלו עליו בקנין. אולם מכיון שההסכם הנו' קשור עם ענין הגירושין, אי לכך אנו קובעים ישיבה לעצם ענין הגירושין ליום ה' טבת תשל"ו שעה 11. ואז נשמע עדות רופא מטעם האשה". ניתן ביום ט' חשון תשל"ו.

האשה מערערת רק על הסעיף הראשון בלבד, ואני מצמצם את דברי רק בסעיף זה, שמכיל שלש שורות בלבד. בכתב הערעור יש שתי טענות. האשה מערערת על כך שבית הדין האזורי קבע מזונות במעורב עבור האשה והילדים כאחד, בעוד שהיא בקשה מבית הדין שיחליט רק עבור מזונותיה היא בלבד, משום שעבור מזונות הילדים יש כבר בידה פסק דין מבית המשפט.

טענה שניה היא שהסכום שנקבע ע"י בית הדין האזורי עבור כלכלת הבית כולו בסך של 350 ל"י לשבוע, הוא לא רק סכום מועט עבור כלכלת הבית, אלא זה גם מועט עבור כלכלת האשה לבד.

על הטענה הראשונה ענה ב"כ המשיב שבית הדין לא היה צריך להתחשב עם קיום פסק דין נפרד עבור מזונות הילדים, כי הוא לא חוקי, מכיון שענין המזונות של הילדים נכרך בתביעת הגירושין, ועל בית הדין האזורי היה לפסוק במסגרת זו גם על מזונות הילדים.

ב"כ המערערת המציא לבית הדין הגדול העתק של הצהרת ב"כ הבעל בבית המשפט, שהוא מסכים, שענין מזונות הילדים יתברר לחוד אצל השופט שיינבלום. וכפי הנראה זה היה בהעלם מצד ב"כ הבעל בערעור לפנינו, מכיון שלא הוא ייצג את הבעל בבירור הנפרד על מזונות הילדים, ועל כן טען בפנינו מה שטען.

מכיון שמוכח ששני הצדדים כאחד הסכימו להפריד את ענין מזונות הילדים שיתברר לחוד, ממילא לכאורה לא נראה נימוק שבית הדין האזורי יודקס לדון ולהחליט לחוד על מזונות הילדים, בזמן שהמזונות מובטחים, ואין מי שיתבע מבית הדין שיחליט בהם.

נכון הוא שבכתב התביעה המקורי של בית הדין האזורי, נתבקש בית הדין האזורי להחליט על מזונות הילדים והאם ביחד, אבל מכיון שעוד לפני מתן פסק הדין נודע לבית הדין שענין מזונות הילדים הופרד למעשה בהסכמת שני הצדדים מהתביעה של כלכלת הבית, וב"כ האשה הבהיר בפירוש בדבריו לפני בית הדין את העובדה שכבר

קויים דיון נפרד על מזונות הילדים, והדגיש בטענות האחרונות שלו שבית הדין מתבקש להחליט רק על מזונות האשה בלבד. אי אפשר לכאורה להסתמך רק על מה שנכתב בכתב התביעה בזמן הגשת התביעה, ולפסוק מזונות לילדים, כשאיש אינו הובע כבר אותו למעשה בשעת פסק הדין.

אכן יש להצדיק את פסק הדין שניתן על ידי בית הדין האזורי. דכל הנ"ל היה נכון אם ההפרדה היתה על תביעת מזונות האשה שידונו במקום אחר, ואז ודאי מסתבר שאין בית הדין צריך להזדקק להחליט על חיוב מזונות לאשה, כשהיא מצהירה שהיא כוונתת ואינה רוצה בפסק דין כזה, ואדם יכול לחוב לעצמו כפי שנראה לו. אבל הכא הרי הנידון שהאשה ויתרה לא על תביעת מזונות שלה, אלא על תביעת מזונות עבור הילדים, ולא שייך לומר שאדם יכול לחוב לילדיו, משום שהוא אפוטרופוס על ילדיו. וכשבית הדין סובר לפי שיקול דעתו, שפעולת האפוטרופוס הוא לא לטובת הילדים, אין היא משוחרר לגמרי מלדון מה שנראה לו כטובת הילדים בניגוד לשיקול האפוטרופוס, דהובת בית הדין לדון לטובת הילדים לא פחות, ואף יותר מאשר חובתו של האפוטרופוס.

והנה כל יודעי דת ודין מתריעים כבר מזמן, על התוצאות העגומות הנובעים מניצול הסמכויות המקבילות של בתי הדין ובתי המשפט, הכרוכים שנשים מסכנות מכרכרות מבתי הדין לבתי המשפט וחזרה, והמביאות לידי פיצול תביעות אחידות לתביעות נפרדות בערכאות שונות, גורמות לתקלות מרובות בחיי המשפחה על ידי העדר ריכוז כל הבעיות במקום אחד, מופרעה, ולפעמים נעשית מנועה לגמרי, האפשרות לפתור באופן החלטי את הסכסוך בין בני הזוג לשלום או לגירושין. האשה המסכנה נשמעת כפעם לפעם ליועצים שונים, וסוברת שבמקום זה תרויח יותר בבעיה פלונית, ובמקום אחר תרויח יותר בבעיה אלמונית, ולכן היא מכרכת חליפות מערכאה לערכאה אחרת. ולא מעלה בדעתה שהריכוז של כל הבעיות המשפחתיות במקום אחד, טובה יותר לה מכל רווחים שתשיג על ידי פיצול התביעות במקומות שונים. אנו עדים לתקלות גדולות הנובעות מכך, הן מבחינת המציאות והן מבחינת ההלכה, ואפילו עד כדי חשש של גט מעושה שלא כדין.

למעשה נידון משפטי זה של תביעה מיוחדת של מזונות הילדים, שכאן מופיעה האשה בשם עצמה, ובמקום אחר היא מתנערת מעצמה ומתלבשת בדמות של ילדיה, אינו רק פיצול משפטי פיקטיבי, אלא נהפך לפיצול פנימי ממשי, המסבך במדה עצומה את אפשרות הפתרון הנכון והתועלתי לזוג המסוכסך.

המסקנה מכל הנ"ל הוא שקיים שיקול רציני ביותר שפיצול תביעה שהיא אחת בפני שתי ערכאות, אינו, על כל פנים במקרה של מזונות ילדים, פעולה לטובת הילדים בכל המקרים, ורשאי היה בית הדין האזורי לקבוע עמדה כזה בתיק זה.

אלא שאם היה כבר נעשה מעשה בנידון, דהיינו שכבר ניתן פסק דין למזונות הילדים, הרי לא היה כל טעם ממשי להפעלת שיקול זה. דאיך שלא יהיה, אם זה לטובת כל הצדדים או לא, אבל מכל מקום כיון שלמעשה יש כבר מזונות ילדים, אין נימוק ממשי לדון על מזונות שיש כבר לילדים ממקום אחר.

אבל בנידון דידן כפי שהצדדים מודים, בשעת הוצאת פסק הדין, עדיין לא חוייב תבעל במזונות הילדים, ורק הוגשה תביעה למזונות נפרדים, והענין היה תלוי ועומד עדיין, ובמקרה כזה רשאי היה בית הדין להחליט לא להשאיר את הילדים בלי

פסק דין של מזונות, אפילו ליום אחד, ולא להסתמך על הרצון הטוב של האפוטרופוסית של הילדים, כשבית הדין מוצא שהשיקולים שלה אינם לטובת הילדים דוקא, אלא אולי לטובתה היא בלבד, ועל כן אין לאמר שבית הדין ביום שהוציא את פסק הדין לא היה מוסמך להוציא את פסק הדין כפי שהוציא.

אכן כל זה כשאנו דנים על מתן פסק הדין ביום שהוצא, אבל כיון שהתברר שלמעשה כעבור חודשים כבר ניתן פסק דין למזונות הילדים והו' למעשה מקבלים מזונות לפי אותו פסק דין, שוב חזרו הדברים כפי שנתבאר לעיל, שאין טעם שלא להיעתר לבקשת האשה לתת פסק דין נפרד למזונותיה היא לבד, ומהטעמים שנתבאר לעיל.

ועל כן יש לקבל את בקשת האשה שיש להחליט על מזונות האשה לחוד. והנה אם כל ענין חיוב מזונות לאשה היה ברור לגמרי מתוך פסק הדין או מתוך החומר שבתיקים של בית הדין האזורי, היה מקום להיענות לבקשת האשה שבית הדין הגדול עצמו יפסוק את שיעור המזונות המגיע לאשה, אם נגיה שפסה"ד ניתן בטעות.

אולם כאמור לעיל הרי ביום מתן פסק הדין שעדיין לא היה קיים פסק דין מזונות עבור הילדים, ובית הדין לכאורה לא היה יכול להימנע מלתת פסק דין על מזונות הילדים כאמור לעיל, והשינוי שחל בדבר, חל רק אחרי מתן פסק הדין של בית הדין האזורי, ועל כן יש להתוויר את התיקים לבית הדין האזורי לשם השלמת פסק הדין לאור העובדא שיש כבר מזונות לילדים.

אבל האמת היא שגם בעצם החיוב למזונות האשה בלבד, החומר שלפנינו אינו מספיק כדי לתת אפשרות לבית הדין הגדול שהוא בעצמו יחליט בדבר.

מהנוסח המצומצם של פסק הדין נראה שבעיקרון קבע בית הדין שחלק מסכום המזונות שבית הדין קצב הוא עבור האשה, אבל לא ברור מנוסח מקוצר זה, אם זה סכום שמגיע לאשה עבור צרכיה כפי שהיא זקוקה לכך מעצם חיוב הבעל לזון את אשתו, ואם כי האשה חיה בנפרד מהבעל, סבר בית הדין האזורי שלא היא אשמה בפירוד זה אלא הבעל אשם, ועל כן נשאר חייב בחיוב מזונותיה, או מכיון שהיא גרה בנפרד מגיע לה כסף רק עבור שכר טיפול בילדים, וזה סכום פחות מצרכיה הכלליים, נוסף על כך אם מגיע לה רק עבור טיפול בילדים, יש ספק אם במזונות שמקבלת עבור ילדיהם כלול כבר תשלום עבור הטיפול בהם.

כל עוד שלא יובהר דעת בית הדין האזורי בשאלה זו, ויוסבר אם בסכום שקצב כלול מזונות מלאים של האשה, או שזה עבור טיפול כשכר פועל, אין אפשרות להורקס לדון בערעור האשה על גובה שיעור המזונות שיש לקצוב לה.

כמו כן נשאר ללא הבהרה בפסק הדין, דעתו של בית הדין האזורי והכרעתו בחילוקי הדעות בין הצדדים על התכנסות החדשית של הבעל בזמן מתן פסק הדין, כי גם בפרוטוקול של ישיבות בית הדין האזורי, נשאר סתום מה שנאמר על ידי רואה החשבון של החברה שהבעל שותף בה, שתבעל מרויח 60,000 ל"י לשנה, אם זה כמשכורת להוצאות פרנסתו לבד, כפי טענת ב"כ האשה, או שבזה כלול גם סכומים שעליו להשקיע מהן בהוצאות השוטפות של העסק המשותף כפי טענת ב"כ הבעל, כל עוד שתי נקודות אלו לא יובהרו, לא יתכן לבית הדין הגדול להחליט סופית בערעור. בנוגע לבעיה האם האשה מחזיקה כיום כסף של הבעל בידה, שיש לנכות מזה,

כל סכום מזונות שהאשה דורשת, הרי מעצם הדבר שבית הדין האזורי קבע עיקרונות תשלום כספי עבור האשה, נראה שדעת בית הדין, שאין על כל פנים לעכב מתן המזונות ליד האשה בשלב זה, אם כי למעשה נקודה זו נשארה עלומה ולא מוסברת, אבל מסעיף ב' של פסק הדין נראה שבית הדין דחה את הבירור הגמור בזה לישיבה אחרת שידונו בה לעצם גוף הגירושין כאמור לעיל. בית הדין הגדול לא יכול להחליט בזה עכשיו, כי נוסף לכך לא הוגש ערעור על זה מצד הבעל. ועל כן נראה שיש להשאיר את ההחלטה בסעיף ב' של פסק הדין כפי שהוא. ואין כל מקום להזדקק לדון בדבר וכנ"ל. וממילא כתוצאה מכך אין לדון על הפחתת המזונות ליד האשה בגלל נימוק זה של החזקת כספים של הבעל בידה, עד שבית הדין האזורי ידון בדבר כפי שכתב בפסה"ד.

כמו כן נראה פשוט שאין לנו לדון ולברר אם נשאר לבעל סכום מספיק מרווחיו כדי להוסיף לאשה על הסכומים שחוייב בהם, כי כאמור לעיל בית הדין האזורי החליט עיקרונית שיש להוסיף תשלום מזונות עבור האשה והילדים. הבעל לא ערער על כך. ועל כן כשיש החלטה עיקרונית על חיוב תוספת מזונות, אין טענה כזו של רווחים מועטים משפיעה לבטל את עיקרון שבהחלטה לתוספת מזונות, כי מכיון שהוא חייב במזונות האשה, עליו להתחלק במה שנשאר לו מרווחיו כפי צרכי האשה, ולא להשאירה בלי מזונות כלל.

היוצא מכל הנ"ל הוא שהאשה צודקת שכעת כשהילדים יש להם מזונות יש להפריד את בעיית מזונותיה היא ממזונות הילדים. ועל כן יש להחזיר את הדיון לבית הדין האזורי שיבחיר אם מגיע לאשה מזונות עבורה, או רק בעד טיפול בילדים. ואם לפי שיעור המזונות שמקבלים הילדים אין כבר מקום לחייב את הבעל לשלם לאשה עבור הטיפול, וכמו כן, יבחר כמה מרווח הבעל כדי לחייבו במזונות האשה לפי כבודה במדה שמגיע לה מזונות. ואני מסכים לנוסח ההחלטה כאמור בפסק הדין של כב' נשיא ביה"ד.

על שאר הבעיות שהצדדים עוררו בטענותיהם לפנינו, ביה"ד האזורי ידון בהם כפי החלטתו בסעיף ב' של פסה"ד, ואני מחווה דעתי בזה בשלב זה.

אברהם שפירא

מחליטים איפוא, להחזיר את התיק לביה"ד האזורי כדי לברר:

- א. גובה המשכורת של הבעל.
- ב. האם האשה זכאית למזונותיה ואם כן, על ביה"ד לפסוק הסכום שעל הבעל לשלם לאשתו למזונותיה, בגפרד ממזונות הילדים.
- ג. כמה כסף משכה האשה מכספי ההפקדות של הבעל, ואשר נמצא בידה שלא ברשות הבעל.

ניתן ביום ח' ניסן תשל"ז.

תיק מס' 11183/ל"ב

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ש. ב. ורנר — אב"ד, ע. אוולאי, ח. ג. צימבליסט

בענין :

התובע : א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב וינמן)

נגד :

הנתבעת : ב. (ע"י ב"כ הרב שלמה מישקובסקי)

הנידון : דמי תיווך

תביעת תשלום מאת חברה בעלת מניות על תיווך רכישת חלקת קרקע לבניית קריה ועל הסיוע בשנאי יעד השטח. — טענת הנתבעים שלא ידוע להם שום דבר מתיווכו וסיועו של התובע מאחר שמי שטיפל בתחילת ברכישת השטח איננו עוד בחיים. — טענה נוספת של הנתבעים שמא המנוח שילם בשעתו את דמי התיווך. — מה דינם של תיורשים במלוה על פה. — האם יש נאמנות או חשש לפרעון בחיוב שאינו ברור. — מה הדין בזה לגבי דמי תיווך. — האם טוענים ליתומים טענות שיש להם חשש רחוק.

מסקנות

- א. (1) מלוה על פה אפילו בעדים לא גובים מהיורשים, משום שחוששים שמא אביהם פרעו.
- (2) אם יש קצת רגליים לדבר שאביהם לא פרע החוב, נוהגים בדורות האחרונים להחמיר על היורשים להישבע. אולם בזמננו בתי הדין נמנעים מלהשביע ככל האפשר ויש לעשות פשרה.
- ב. (1) התובע מחבירו סכום כסף שלא היה ברור אם מן הדין חייב בו, אין הנתבע נאמן לטעון פרעתי כדין מלוה תוך זמנו.
- (2) והוא הדין שיכול לגבות כסף כזה מיתומים אף בלי שבועה, משום שאין חשש שאביהם פרעו.
- (3) ניתן לומר שדמי תיווך לאדם שאינו מתווך מקצועי דינם כחוב לא ברור, ולא נאמן הנתבע לטעון עליהם פרעתי כל זמן שביה"ד לא חייבו אותו ואין חשש לגבות גם מן היורשים.
- (4) הדין שבחוב לא ברור אין הנתבע נאמן לטעון פרעתי, אינו אלא כשהוא טוען שבא מעצמו ופרע, אבל כשאומר שבא לידי הסכם עם התובע ופרע נאמן.
- ג. חלוקים הפוסקים אם טוענים ליתומים טענות שאינם מצויות ושיש להם חשש רחוק, אולם אם יש הוכחה כנגדן הכל מודים שאין חוששים להם.

פסק-דין

לפנינו תביעה כספית מאת א. נגר האלמנה ב. ויורשי המנוח ג. התובע טוען שהוא עסק בתיווך הקרקע שנרכשה ע"י המנוח לבניית קרית ד. נוסף על כך סייע בשינוי יעוד הקרקע הנ"ל לקרקע הראויה לבניה. מבקש לחייב את הנתבעים לשלם לו בגין פעולותיו הנ"ל.

התקיימו בביה"ד מספר ישיבות ובהן הופיעו ב"כ הצדדים. טוען ב"כ התובע: הרב ג. פנה בזמנו למר ה. — גיסו של התובע — לחפש לו מגרש עבור בניית קריה. מר ה. פנה לתובע והתובע פנה לשם כך להרב ו. כעבור זמן הודיע הרב ו. לתובע שראש מועצת ז. מר ה. הציע קרקע חקלאית ויש לשנות היעד של הקרקע. התובע מסר זאת למר ה. ומר ה. ומר א. ומר ג. יצאו אל השטח. המקום מצא חן בעיני ג. ובכדי לשנות היעד הפגיש התובע את ג. עם אביו הרב המנוח ט., וקבעו פגישת עם שר הפנים דאז מר שפירא, והיעד שונה. המנוח אמר בזמנו למר ה. שיעשה עמו טובה מסוימת עבור תיווכו, בתנאי שהתובע לא ידרוש דמי תיווך. על כך ענה לו מר ה.: אינני מוסמך לוותר בשביל התובע; זאת אומרת שהמנוח הבין שיש לו התחייבות כספית לתובע. אחרי זה חלה המנוח ושבק חיים לכל חי. באייר תשל"ב פנה התובע לאלמנה ב' וטען את מה שטען כאן, אך היא ענתה לו שלא ידוע לה על הבטחה כל שהיא. ע"כ דברי ב"כ התובע. ב"כ הנתבעים: אני מטפל בזה שמונה שנים ולא שמעתי שמו של מר א. ולא של שר הפנים שפירא, האלמנה ב. אמרה לי שלא יודעת דבר. הנכס עבר ע"ש החברה ד. בשנת תשכ"ד ועד היום לא היתה כל תביעה בעל פה. המנוח נפטר בשנת תשכ"ז. היה מספיק זמן לתביעה, אילו היתה עילה לכך. האלמנה ב. לא מצאה כל סימוכין לתביעה ולכן אין לה מקום. שינוי יעד אינו דבר מקצועי אלא ענין ממשלתי, אם מישוהו דיבר מילה טובה לא מגיע ע"ז שום שכר. התובע איננו מתווך מקצועי. הנכס רשום ע"ש החברה, לאלמנה ב. ולילדים יש 95% מהמניות. היתר ליהודי אחד. לב. 40% מהמניות. בזמן יסוד החברה היו רוב רובם של המניות ע"ש המנוח. עוד בחייו העביר המנוח המניות ע"ש הגב' ב. והילדים.

ביה"ד קבע ישיבה לשמיעת עדים מטעם התובע. אולם באותה ישיבה לא הופיעו העדים. ב"כ התובע ביקש שאחד העדים — י. — ימסור עדותו לביה"ד מתוך הכתב, והואיל וקשה לו להופיע בביה"ד.

לאחר פניית ביה"ד אל הרב ו., הגיעה עדותו בכתב כדלקמן:
כבוד בית הדין,

בתשובה לפנייתכם בנוגע להידוע לי בדבר פעולתו של מר א. בעזרה ליד. ול-ג. זכרני שמר א. טילפן לביתי כשהייתי רב של ז. ושאל אם ידוע לי על חלקת קרקע עבור ג. הרוצה לבנות שיכון. עניתי לו שראש המועצה ח. מחפש דבר כזה ויש לו חלקה כזו. מר א. הפגיש את הצדדים ואח"כ יצא הרבר אל הפרעל.

על זה באתי על החתום ב' שבט תשל"ד,

הרב ו.

לאחר מיכן, ביום ה' אב תשל"ד, הופיע בפנינו העד השני, מר י. שהיה בזמנו בן בית אצל ג. מעיד שהתובע הציע את הקרקע ל-ג. בקשר לשינוי יעד אין העד זוכר. צורפו גם סיכומים בכתב של הצדדים.

והנה לכאורה הוכחה טענת התובע שהוא הציע את הקרקע ל"ג, ומגיע לו איפוא דמי תיווך, כפי הנהוג. אולם יש לשים לב לפיסקא אחת בדברי ב"כ הנתבעים בסיכומי, וז"ל: "... ובפרט כשלא הוכח כלל כי ג. לא פרע את החוב, באם אכן היה קיים חוב". ולכאורה יש להתחשב בטענה זו, שהרי הלכה פסוקה היא בשו"ע חו"מ סי' ק"ח ס"א וז"ל: "מלת ע"פ אינה נגבית מהיורשים אלא באחד משלשה דרכים וכו' אבל אם באו עדים שהיה אביהם חייב לזה מנה אינו גובה מהיורש כלום, שמא פרעו". וה"ה בנידונו יש לטעון שמא כבר פרע המנוח לתובע את דמי התיווך.

אולם ע"י בש"ע שם סי' ס"ט ס"ה שכתב וז"ל: "הוציא כתב יד הלוה על יורשיו, אע"פ שמזדים שהוא כתב יד אביהם או טוענים להם שהוא פרוע ופטורים אף משבועת היורשים, אבל מחרימין סתם במעמד היורשים אם שום אדם יודע שאביהם לא פרעו. הגה: וכן עיקר וכו', ומ"מ נהגו בדורות אחרונים להתחמיר על היורשין לישבע אם יש קצת רגלים לדבר ויש להסתפק אם חייב לו (פסקי מהרא"י סי' ק"ח)".

והנה בנידונו איכא רגליים לדבר טובא שלא פרעו לו. שהרי ב"כ הנתבעים אמר בפנינו (בח' השון ובה' טבת תשל"ג), "אני מטפל בזה שמונה שנים ולא שמעתי שמו של מר א.; הגב' ב. אמרה לי שלא יודעת", "הגב' ב. אמרה שידוע לה שטיפלו כל מיני אנשים אבל לא ידוע לה על מר א.". משמע שהגב' ב. היתה בתוך הענינים ואם לא ידוע לה על מר א., כוונתה לומר שמר א. לא טיפל בזה, וא"כ עכ"פ מסתבר שלא שילמו למר א., שאם כן היתה יודעת על כך! [לכאורה היה אפשר לומר עוד דחשיב כאילו אומרת בוודאות: מר א. לא טיפל בזה, וא"כ בכה"ג בכלל לא טענינו ליורשים כמבואר בהגהת הרמ"א סי' ק"ח ס"א: "ומיהו אם טענו היתומים לא לזה אבינו מעולם הוי כאילו אמרו לא נפרע החוב, ומאחר דאיכא עדים שלוח חייבים לשלם". והוא הדין בנידונו שיש עדים שמר א. אמנם טיפל בזה. אלא שמ"מ יש לומר שמה שאמרה, שלא ידוע לה על מר א." לא חשיבא כטענת ברי שמר א. לא טיפל, וא"כ שוב או יכולים לטעון עבורם פרעתי (ועי' סמ"ע סי' ק"ח ס"ק ה'). אלא שעכ"פ הוי רגלים לדבר שלא פרע וחייבים להישבע]. עוד טען בפנינו ב"כ הנתבעים, "לא ידוע לי אם רשום בספרים שניתן למישהו שכר תיווך. אני חושב שלא. אני אברר אם שילמו למישהו דמי תיווך, מי קיבל וכמה קיבל". וביום ב' אדר תשל"ג השיב ב"כ הנתבעים, "עד היום לא מצאנו ששולמו דמי תיווך. או מחפשים זאת. עד הישיבה הבאה נברר הדבר בל"נ". ולמרות שביה"ד החליט באותה ישיבה ש"על ב"כ הנתבעים לחביא לישיבה הבאה תשובה סופית בנידון דלעיל", הרי עד היום לא השיב ב"כ הנתבע על כך! והרי מדבריו משמע שאפשר לברר בספרים אם שולמו דמי תיווך וכמה שולמו, ואם שילמו למר א. דמי תיווך היה כתוב על כך בספרים. וכל זה הוא רגלים לדבר שלא שילמו למר א., ועליהם איפוא להישבע שאין ידוע להם שמר א. לא קיבל שכרו (עי' סמ"ע סי' ס"ט ס"ק י"ט). עוד יש לדון בנידונו אם בכלל טענינו להו שמא פרע, והוא תפ"י מה שכתב ב"שער משפט" סי' ק"ח ס"ק ד' וז"ל: "והיכא שהדין אינו ידוע, שהנתבע אינו נאמן לומר פרעתי כדלקמן סי' קנ"ז וקנ"ח ושע"ה — נראה דתליא בפלוגתא דרבוותא, דלשיטת הרמב"ם והמחבר לקמן סי' קנ"ז סעי' י"א דצריך התובע לישבע בנקיטת חפץ ונוטל, ה"ה דאין נפרעין מיתומים קטנים, אבל לשיטת הרמב"ן והש"ך שם בס"ק ט"ז דטפי הוי בכה"ג בחזקת שלא נתן מתוך זמנו, א"כ ה"ה דנפרעין מיתומים קטנים בכה"ג כמו בתוך זמנו, נ"ל".

וכוונתו לדין הנאמר בשו"ע סי' קנ"ז סעי' י"א: „אם זה שבנה הכותל גבוה בא לתברע לחבירו שיפרע חלקו בהוצאת שאר הגובה שהוסיף על ד' אמות מפני שמך לו כנגדו, ואמר נתתי — אינו נאמן". והיא משנה מפורשת בבבא בתרא ה' ע"א: „סמך לו כותל אחר וכו' מגלגלין עליו את הכל. בחוקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן". ופרש"י „אינו נאמן אלא בעדים, שאין משפט זה גלוי לכל, ועד שיחייבוהו ביד אינו עשוי ליתן". וכנה בגמ' שם: „דאמר מי יימר דמחייבו לי רבנן". וכן הא דאיתא בש"ע סי' שע"ה סעי' ט': „כל ששמין לו ונוטל, שטען בעל השדה ואמר נתתי, והיורד אומר לא נוטלת, היורד נאמן ונשבע שלא נוטל כלום, שהרי אומרים לבעל השדה עדיין לא שמו לך, ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן, היאך נתת". והוא לשון הרמב"ם פ"י מגזילה ה"א, ועי' מ"מ שם שמקורו בגמ' ב"ב ה' ע"ב כנ"ל דהיכא דאמר מי יימר דמחייבי לי רבנן אינו נאמן לומר פרעתי, ועי' „קצות החרשן" סי' שע"ה שם. וחיידש „שער משפט" דבאופנים הנזכרים כיון דהמוריש לא היה נאמן לומר פרעתי, תו לא טענינן כן ליורשים.

ויש מקום לומר דגם שכר סרסרות הוא מן הדברים שיכול לומר „מי יימר דמחייבו לי רבנן", דגם על החיוב לשלם שכר סרסרות לאדם שאינו מתווך מקצועי, אפשר לומר כלשון רש"י הנ"ל „שאין משפט זה גלוי לכל". והרי ב"ב הנתבעים באמת טען כן בפנינו (בכ' שבט תשל"ג): „מר א. אינו מתווך מקצועי", (ועי' בס' „דברי גאונים" כלל פ"ב סי' ט"ז שהעתיק מס', וזכיר לאברהם" בזה"ל: „מי שעשה איזה פעולה לחבירו או סרסרות, דעל הרוב אין דרך בעיר הזאת ליטול שכר סרסרות", וכו', עיי"ש), ואם נאמר כן יוצא שגם אם היה מר א. תובע את ג. עצמו לא היה נאמן לומר פרעתי בלא ראיה, וממילא לא טענינן כן ליורשים.

ועל עיקר דברי „שער משפט" העיר אחד מגדולי הדיינים שליט"א כדלקמן: הרי אם היה טוען המוריש כבר העמדתני בדין בבי"ד אחר ונתחייבתי באותו בי"ד ופרעתי לך הא ודאי היה נאמן, דתו לא שייך לומר „מי יימר דחייבו לי רבנן" [ומצאתי בתשו' מהר"א ששון סי' רל"א שנסתפק בכגון זה ונעתיק לשונו לקמן בהמשך דברינו], וא"כ למה לא נטען גם ליורשים שהמוריש נתחייב בבי"ד אחר וכבר פרע. אולם נראה בדעת „שער משפט" דס"ל דטענה זו רחוקה היא, דאם איתא שכבר תבעו בבי"ד אחר היה קול לדבר, וטענה כ"כ רחוקה לא טענינן ליתמי. ולא מיבעיא לדעת התוס' ב"ב ע' ע"ב דלא טענינן ליתמי טענה דלא שכיחא, אלא אפילו לדעת הפוסקים דטענינן להו גם טענה דלא שכיחא (עי' ש"ך סי' ק"ה ס"ק ח' ובתומים שם), יש מקום לומר דמ"מ טענה דלא שכיחא כלל ורחוקה מאד לכו"ע לא טענינן ליתמי. ומצאתי שכן כתב בשו"ת „נאות דשא" סי' כ"א (והובא ב„פתחי תשובה" סי' ק"ח ס"ק ה'), וז"ל: „מ"מ י"ל דבטענות אלו דטפי לא שכיחי מנאנסו מודים הם ואפשרי פלוגתא לא מפשינן", אולם דברי „נאות דשא" נסתרים מדברי הרמב"ן במלחמות ב"ב שם שהיכח דטענינן ליתמי טענה דלא שכיחא מהא דאמרינן בב"ב כ"ג ע"א „בלקח חצר ובה זיוין וגזוזטאות, שהד בר רחוק מאד מאד לפייס את הרבים דמאן מחיל ומאן פייס, ואעפ"כ טענינן. ויורש ולוקח שוין כדמפורש בגמ'". הרי מפורש בדברי הרמב"ן, שהוא אבי השיטה שטוענים ליורשים גם טענה דלא שכיחא, דגם בטענה דלא שכיחא כלל ורחוקה מאד מאד ג"כ טענינן להו. ועי' עוד בחידושי רעק"א לשו"ע סי' פ"ב סעי' י"א, דמבואר גם בדבריו דלהרמב"ן טענינן ליתמי טענה דלא שכיחא כלל. וכל זה דלא כדברי „נאות דשא".

אולם עדיין י"ל דכל זה איירי רק כשאין לנו שום הוכחה נגד הטענה אלא שהטענה עצמה היא לא שכחא זרחוקה מאד, ובוה הוא דסברי תרמב"ן וסייעתו דמ"מ טענינן להו, אבל היכא דיש לנו הוכחה נגד הטענה, אף אם אינה הוכחה גמורה, תו לא טענינן כן ליורשים. ולכן בנידון „שער משפט" לא נטעון להם שאביהם כבר עמד בדין ונתחייב בבי"ד, דמסתבר דלא היה כדבר הזה, דאילו כן היה קול לדבר, ובוה יתכן דגם לתרמב"ן לא טענינן כן ליתמי. [ויסוד לזה בסוגיא דב"ב ע' ע"ב שם בשטר כיס היוצא על היתומים דנחלקו דיני גולה ודיני א"י אם נשבע וגובה כולו או גובה מחצה, ומפרש בגמ' דהא פליגי: מר סבר אם איתא דפרעיה מימר הוה אמר, ומר סבר אימור מלאך המות הוא דאנסייה. מבואר דלכו"ע אם איכא הוכחה נגד הטענה לא טענינן כן ליתמי, ולכן מר סבר אם איתא דפרעיה מימר הוה אמר ואיכא הוכחה שלא פרע, ולכן אע"ג דאביהם היה נאמן לומר החזרתי, לא טענינן כן ליתמי, דאיכא הוכחה נגד טענה זו, ומר סבר אימור מלאך המות הוא דאנסייה ואין זו הוכחה שלא פרע. אבל כו"ע מודו לעצם היסוד שכל שיש הוכחה נגד הטענה לא טענינן כן ליתמי]. ואע"ג דהתוס' שם כתבו על טענת נאנסו, „דמילתא דלא שכיח היא לא טענינן ליתמי, דנאנסו קלא אית ליה", וא"כ נמצא דתרמב"ן דפליג על התוס' וס"ל דטענינן להו גם טענת נאנסו, סבר דאע"ג דקלא אית ליה ואיכא הוכחה דלא נאנסו, בכל זאת טענינן להו ליתמי! אולם י"ל דקלא אית ליה דנאנסו אינה כ"כ הוכחה, דלפעמים יתכן אונס שאין קול לדבר; משא"כ לומר שהנתבע הזה כבר נתבע ע"י התובע בבי"ד אחר וכבר נתחייב שם, והדבר לא נשמע בין תחיים, זה דבר יותר רחוק, ויש כאן הוכחה יתירה דלא היה כדבר הזה, ובוה יתכן דגם תרמב"ן מודה דלא טענינן כן ליתמי. [רע"י תשובות הרא"ש כלל פ"ו ס"א שכתב בתוך דבריו: „וכ"ש בדבר הניכר לדיינים שהוא שקר דלא טענינן להו". ועיי"ש היטב].

וה"ה בנידוננו, לומר שמר א. תבע את ג. בבי"ד אחר וג. יצא חייב בדין ושילם לו — כל זה הוא כ"כ רחוק מלהעלות על הדעת, דאם כן היה הדבר ידוע ומפורסם, והגב' ב. וב"כ הנתבע הרי טענו שלא שמעו כלל שמר א. טיפל בזה! וכמו"כ היה מוזכר הדבר בפנקסי החברה, והרי ב"כ הנתבע אמר שיברר בספרים אם רשום ששולמו דמי תיווך וכמה שילמו, משמע שפעולה מעין זו היתה נרשמת בפנקסי החברה, וכל שכן אם היתה תביעה בבי"ד ושילם עפ"י פסק דין של בי"ד, בודאי היה נזכר הדבר בפנקסי החברה. נמצא דיש הוכחה שלא היה כדבר הזה, ולא טענינן כן ליורשים. אולם בעיקר דברי „שער משפט" שהבאנו לעיל יש לדון עפ"י מה שמצאנו בתשו' מהר"א ששון ס"י רל"א לענין הדין הנאמר בשו"ע ס"י שע"ה סעי' ט' שהבאנו לעיל, וז"ל שם: „ונ"מ לנ"ד אם יטעון שמו לי פלוני ופלוני והלכו למדינת הים ופרעתוך וכו' או אם יטעון ביני וביניך נתרצינו בכך ופרעתוך וכו'. גם בגמ' עצמה שממנה למד תרמב"ם כמ"ש המגיד יש לספק בזה דהא אמרי' התם טעמא מי יימר דמחייבי לי רבנן וכו', דאיכא לאסתפקי אם יאמר כבר חייבני רבנן או ביני לבין עצמך נתרצינו, ובכל זה צריך להתיישב". והנה מה שכתב „אם יאמר כבר חייבני רבנן" כבר כתבנו כן בדברינו לעיל, אך מה שכתב „או ביני לבין עצמך" נראה ביאור דבריו שמסתפק לומר דכל מה דאמר בב"ב ה' ע"ב דאינו נאמן לומר פרעתי היינו דוקא באופן שאומר אני מעצמי באתי ופרעתיך, דבוה אמרינן שאין אדם עשוי לפרע בכה"ג, כיון שאין החיוב גלוי לכל, ואדם עשוי לומר „מי יימר דמחייבו לי רבנן", משא"כ אם יטען „ביני לבין

עצמך גתרציגו", והיינו שתבעת ממני לשלם והגענו לעמק השווה לשלם לך כך וכך, כזה י"ל שנאמן, דיתכן שאחרי שתבע ממנו התעניין אצל ידעי דת ודין והוברר לו שעפ"י דין חייב לשלם, ושילם לו. וכלום אין אדם עשוי לשלם לפני שנתבע בבית דין? ואם נאמר כן, הרי גם בנידון, "שער משפט" למה לא נטען ליתמי שאביהם נתבע ע"י התובע והגיעו לידי הסכמה ושילם לו. וכל שכן בנידונו שהנתבע היה ת"ח, אם היה מר א. תובעו בחייו והיה עונוהו: אתה תבעת ממני מכבר והגענו לידי עמק השווה ושילמתי לך כך וכך, הית נאמן לפי הצד האחד של מהר"א ששון. וא"כ בדין הוא שנטעון כן ליורשי.

אלא שעדיין יש לברר אם בזמן תיווכו של מר א. היתה החברה רשומה רק ע"ש ג. או שמא גם ע"ש הגב' ב. דכפי שאמר בפנינו ב"כ הנתבעים הרי, "בזמן יסוד החברה היו רוב רובם של המניות ע"ש ג., בחייו העביר ג. המניות ע"ש הילדים וע"ש הגב' ב.". לפי המסמך המצורף לתיק נרשמה החברה ב-27.4.62 ואז כבר היה רשום ע"ש הגב' ב. הרבה יותר מאשר ע"ש ג. (המניות שע"ש ג. — 50,000 ל"י וע"ש הגב' ב. — 200,000 ל"י), גם התיווך הנידון היה בערך בשנת תשכ"ב (או תשכ"א). והנה אם יתברר שבזמן התיווך היה לגב' ב. חלק במניות הא מסתבר דיש לזה דין נכסי מלוג. וכשפעל ג. בענין רכישת האדמות פעל גם כשליח שלה בענין נכסיה, ונמצא דהיא נתבעת עתה לא מדין יורשת אלא כבעל דין עצמו. ובוזה לא מצינו שנטעון בשבילה: ימא פרע בעלה המנוח, דרך ביורשים הוא דמצינו כן בסי' ק"ח ס"א הנ"ל.

עלה בידינו מכל האמור דיש מקום לומר דבנידון דידן לא טענינו להם שמא פרע אביהם. ולכן נראה דבצירוף עם מ"ש הרמ"א בסי' ס"ט הנ"ל דגם כשטענינו ליורשים שמא פרע נהגו להשיבע היורשים, וידוע שבתי הדין נמנעים מלהשיבע כל כמה דאפשר וכבר נפסקה הלכה בחו"מ סי' י"ב סעיף ב': "ואם חייבו ב"ד שבועה לאחד מהם רשאי הבי"ד לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה". הלכך נראה לענ"ד שיש להזמין הצדדים ולפשר ביניהם.

ניתן ביום כ"ו כסלו תשל"ו.

ה מ ש ר ה ד י ו ן

בפני כב' הדיינים: הרבנים ח. ג. צימבליסט, ע. אזולאי, ש. דיקובסקי

המשך הדיון בתביעת התיווך בחברה בעלת מניות בהרכב ב"ד אחר. — האם מגיעים לשדכן דמי שדכנות ולמתווך דמי תיווך בעד יוזמתם הראשונה או בעד ההמשך וגמר הענין. — האם בתי הדין מחייבים לפרוע חובות בצמוד לדולר או למרד. — כמה הוא שיעור דמי התיווך. — האם כל בעל מניה בחברה אחראי לפעולות החברה שיש בהם איסור. — מה דינם של בעלי מניות שהם יתומים. — מה ההבדל בין רכוש של שותפים לרכוש של ציבור. — האם

יכולים חכמים ליצור מושגים בעיני ממונות שאינם בתורה.
— מה דינה של אלמנה שהיא בעלת דבר מכח עצמה.

מסקנות

א

א. מתווך חובב זכאי לתשלום דמי תיווך, גם אם תיווך ללא פניה ישירה, אלא רק בעידודו ובידיעתו של אחד הצדדים.

ב. המהנה את חברו סתם, אינו מכוין לשם מתנה ויכול לדרוש שכר על טרחתו.

ג. פעולת תיווך המוכה בדמי תיווך, מורכבת משני שלבים: יצירת הקשר בין הצדדים, והבאת העסקה לידי גמר.

ד. (1) במקום שמתווך או שדכן יצר את הקשר בין הצדדים, והשני הביאם לידי גמר, זכאי המתחיל לחלק מדמי התיווך.

(2) מתווך הפועל מכוח שליחות ומינוי, זכאי לדמי תיווך אם יצר את הקשר בין הצדדים, למרות שהגומר לא היה זקוק לו.

(3) מתווך הפועל מיוזמת עצמו זכאי לדמי תיווך, כשהיה „מתחיל“ בלבד, רק במקום שהגומר היה זקוק לו.

ה. (1) דמי תיווך יש לשלם לפי מנהג המדינה.

(2) לפי מנהג המדינה זכאים המתחיל והגומר, כל אחד, למלוא דמי התיווך.

ו. דמי התיווך המקובלים הם 2% מכל צד לעסקה. בעסקות גדולות, התשלום קטן יותר.

ז. (1) „חברה בע"מ“ נחשבת לאישיות משפטית גם לפי משפטי התורה. יש לדבר השלכות הלכתיות כשהחברה עוסקת במלאכות אסורות בשבת, מלוה בריבית, מחזיקה חמץ בפסח וכדומה, שהאחריות לכך אינה מוטלת על בעלי המניות של החברה.

(2) יש פוסקים המבדילים בין בעלי מניות שיש להם זכות הצבעה — האחראים, מבחינה הלכתית, למעשי החברה — לבין בעלי מניות שאין להם זכות הצבעה וזכאים רק ליטול חלק ברווחי החברה.

ח. (1) חכמים יכולים ליצור בדברים שבממון מושגים חדשים שאינם קיימים בתורה, כגון שעבוד נכסים (שהוא „קנין לחצאין“ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא) או קנין סיטומתא המועיל גם בדבר שאין בו ממש או שלא בא לעולם.

(2) „חברה בע"מ“ יכולה להחשב כ„אישיות משפטית“, גם אילו לא היה מושג כזה בתורה ובחז"ל.

(3) ניתן להגדיר „חברה בע"מ“ במושגים המצויים בדברי חז"ל, ע"י ראייתה כיצירת שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף.

(2) ניתן גם להגדיר את מהותה של „חברה בע"מ“ בהשוואתה למושג „ציבור“.

(3) יש הבדל בין רכוש של שותפים לרכוש של ציבור. ברכוש של שותפים

יש לכל שותף חלק, ואילו רכוש של ציבור שייך לרשות חדשה של הכלל,

ולא לכל פרט ופרט. לכן נפסקה הלכה שאין ציבור מתים וכן מקריבים

קרבן ציבור בערב פסח אע"פ שיש חמץ ליחידים.

י. „חברה בע"מ" שמת אחד מבעלי מניותיה, אין ליורשיו דין יתומים, היות והחברה, שהיא גוף משפטי נחשבת לבעלת הדין, ולא בעלי מניותיה.
יא. עיסקה שנעשתה בדולרים, יקבעו דמי התיווך בלירות ישראליות, לפי שער הדולר בזמן ביצוע העסקה.
יב. אין בתי הדין מחייבים לפרוע חובות בצמוד לדולר או למדד.

ב

א. אף אם נקבע שבטוען „לא לויתי" כאומר לא פרעתי דמי, אבל כשהוא טוען שלא שמע על החיוב הזה, אין זה אומר שהחוב לא נפרע.
ב. אין להתייחס לחברה בעלת מניות כאל גוף דומם אלא כאל בעלי החברה, פרט לזה שהם אינם אחראים לה ברכושם הפרטי, ולכן אם בין בעלי החברה נמנים יתומים, חל עליהם הדין כלכל היתומים וטוענים להם כל הטענות שטוענים ליורשים.
ג. אלמנה שהיא בעלת דבר מכח עצמה, אין לגבה כל הדינים של אלמנה בנכסי בעלה.

נושא זה נידון בבית"ד במשך זמן רב, ואף ניתן פס"ד בתאריך כ"ו כסליו תשל"ו שבו נאמר שיש לפשר בין הצדדים. בינתיים הגישו הנתבעים מסמך של בוררות בין מר ה. (מחותנו של מר א.) לבין המנוח הרב ג. במסמך זה נאמר (סעיף 2):
„בפנינו הצהיר מר ה. שאין לו שום טענות או תביעות מאיזה סיג שהוא בקשר לקריה ד., לא נגד כב' הרב (המנוח) ולא נגד החברה ד. ולא בעניינים כספיים ולא בענייני תיווך, ולא לו אישית ולא למחותנו מר א..”

מזה הסיקו הנתבעים שמר ה. שילם למר א. את דמי התיווך או הסתדר אתו בדרך אחרת, ואילו התובע הסיק מסקנה הפוכה, כי ישנה הודאה בחיוב למר א. ביחס להצחתו של מר ה. טוען התובע שמעולם לא הסתדר עמו ולא שילם מאומה.
יש לציין כי בסעיף ב' לפסק הבוררות נאמר:

„מר ה. מחוייב לקבל על עצמו כל תביעות, טענות או מענות שיפנו אל כב' הרב (המנוח) או חברת ד. בע"מ בקשר לדמי טרחה ועמלה או דמי תיווך או קומיסיון וכיו"ב שיבואו מצד אנשים שבאמצעותם טיפל מר ה. בעניני קריה ד. או שבאו ע"י השפעתו או קירבתם המשפחתית למר ה..”

בפסק דין של המיעוט מבין הבוררים נאמר:

„בסעיף ב' הייתי מוסיף חיוב, שעל מר ה. להשליש בידי הבוררים סכום של 25000 ל"י במוזמנים, לשם הבטחת ביצוע סעיף זה.”
הנרשאים שעמדו לבירור במהלך הדיון, הם אלו:

(א) האם נחשב מר א. למתווך, ואם כן, האם הוא מתווך יחיד או היו מתווכים נוספים?

(ב) האם שולמו דמי תיווך למר א. או למתווכים אחרים?

(ג) מהו גובה דמי התיווך בעסקה שנעשתה בדולרים ובסכום גבוה?

(ד) האם הנתבעים הם יורשי המנות ג. או חברת קרית ד. בע"מ?
(ה) האם יש לשלם עבור ההשתדלות בשינוי יעוד הקרקע (מחלקאות לבנין)?

הבה נברר את הנושאים אחד לאחר.

(א) האם נחשב מר א. למתווך? אין ספק שמר א. עסק בפעולת התיווך, כפי שהעיד הרב ו. במכתבו לביה"ד:

„וזכרני שמר א. טילפן לביתי ושאל אם ידוע לי על חלקת קרקע עבור הרב (המנוח) שרוצה לבנות שיכון. עניתי לו שראש המועצה מר ה. מחפש דבר כזה ויש לו חלקה כזו, מר א. הפגיש את הצדדים, ואח"כ יצא הדבר אל הפרעל“.

גם מר י. משמשו של האדמו"ר העיד:

„אני זוכר ש"קראו ביום אחד לרב לטלפון של השכן ואמרו לו שמר א. קורא לו לטלפון, לא שמעתי מה היתה השיחה שם בטלפון של השכן, ויצא אח"כ הרבי בשמחה ואמר שהציעו לו קרקע, והזכיר הרבי שמו של מר א. ושמו של הרב ו., וזהו שטח חדש בשכונה יא... ולמחרת נסענו ויצאנו למקום, ונדמה לי שיצאו למקום הרבי ואני ומר א. ומר ה. והרב ו.... ולקחנו את ראש המועצה מר דובין... וזהו המקום שעליו הוקמה הקריה“.

אין נפקא מינה, איפוא, אם מר א. הוא מתווך מקצועי או לא (כטענת הנתבעים), שכן מר א. פעל בעידודו ובדירבונו של הרב ג., כך ששירות התיווך ניתן לבקשתו העקיפה ולידיעתו הישירה.

גם מבחינת הנוהג המקובל, מנהג הסוחרים כפי שקבע בית המשפט המחוזי (ע"א 246/52 פסקים מחוזיים י"א, תמציות עמ' 82, בתיק אלאלוף—אלקנה) — וכך הנוהג המקובל בארץ — שאין ההזמנה למתווך חייבת להיות מפורשת אלא גם מכללא, אם הקונה או המוכר עודד את המתווך, ביקש להפגישו עם הפרטנר וכדומה. אין גם לומר שהיות ולא דובר על תשלום דמי תיווך, עשה מר א. את מעשהו שלא על מנת לקבל פרס, כי כבר קבע הר"ן בכתובות בשם הרשב"א (בדף ק"ז ע"ב): „המהנה את חבירו סתם לאו לשם מתנה קא מכוי“.

כאן המקום להבהיר נקודה עקרונית: מיהו מתווך? האם כל מי שסייע סיוע קל כלשהו להשלמת העסקה יחשב למתווך ויהיה זכאי לדמי תיווך?

„נודע ביהודה“ (מהד"ת חו"מ סימן ל"ו) כתב:

„והנה בעסק שידוכים ידוע שהפרש גדול יש בין שידוך למקח. כי בעסק המקח אין שם דברים אמצעיים והמקח תלוי רק בדמים, וכשנתרצו שני הצדדים בדמי המקח שזה רוצה למכור בסך זה וזה רוצה לשלם סך זה, אין שם שום פרטים אחרים. זכיון שהסרסור הביא אותם לעמק השווה בסך הדמים כבר נגמר הדבר ולא נשאר שום עיכוב רק הקנין. ולכן אם המוכר דחאו לסרסור בדברים ובין כך הכניס עוד סרסור, בזה נסתפקתי קצת אם רמאות הוה מחייב את המוכר לשלם לסרסור הראשון הפסדו. אבל בשידוכים, הדבר ידוע שיש הרבה פרטים, כי אף שנתרצו שני הצדדים בסך הנדון, שלכל אחד ואחד יש עוד הרבה פרטים כמו התחייבות מזונות ודירה להזוג ובגדים ומתנות.

והדבר ידוע שאפילו כבר באו הצדדים יחד, לפעמים בשביל איזה דבר קטן מאוד מתפרדת החבילה ומתבטל השידוך. ולכן כל זמן שלא השווה אותם השדכן הראשון על כל הפרטים עד שלא נשאר שום דבר גדול או קטן שצריך לדבר בזה, עדיין לא נגמר השידוך ע"י השדכן. ואם אחד מהצדדים מכניס את אהבו או קרובו לגמור הדבר, אפילו היה ביכולת של השדכן הראשון להשוותם ג"כ בפרטים הללו והצדדים הכניסו את אהבם או קרובם, בזה אין כאן רמאות כלל וכזה נעשו מעשים בכל עת, ואין לשדכן הראשון על הצדדים רק תרעומות אבל לא שום דין ומשפט כלל".

מתבאר כי פעולת תיווך המזכה בדמי תיווך, מזרזת משני אלמנטים יסודיים:

(1) יצירת הקשר בין הצדדים.

(2) הבאת העיסקה לידי גמר.

יש צורך בשני האלמנטים גם יחד בכדי לזכות לדמי תיווך. אחד מהם, אינו מזכה, ללא רעהו.

אולם ב"פתחית-שובה" (חו"מ סימן קפ"ה ס"ק ג') הביא את דברי, "נודע ביהודה"

והעיר עליהם:

"ג"ל כוונתו שאין יכול לתבוע כלל חלק הגומר, אבל ודאי שצריך לשלם לו חלק המגיע למתחיל, כפי תקנת המדינה שם".

דברי, "פתחית-שובה" מבוססים על האמור בתשובות, "שב-יעקב" (חו"מ סימן

י"ג) — המובאים בחלקם ב"פתחית-שובה" שם. ואלו דבריו:

"ואני כאשר ראיתי המנהג בעיר מולדתי בק"ק פראג לתת למתחיל חלק שליש, כן נהגתי מיום שהייתי פה במדינה זו. ואם היה מתחיל רק אצל צד אחד יש לו החצי, דהיינו חלק שישית... וכבר פסקתי כמה פעמים דהיינו אף דהמתחיל לא היה יכול לגמור הדבר, ונגמר ע"י אחרים, מ"מ אותו המתחיל היה הממציא לשידוך הנ"ל שע"י המתחיל נתגלה הדבר, ובאו שדכנים אחרים... באופן שאפשר לומר אילולי שהיה זה המתחיל שהתעורר לזה לא היה עולה על דעת אחרים לדבר שידוך הלז, וא"כ הוא ודאי מחוייב ליתן למתחיל כפי המנהג. משא"כ אם השדכנים הגומרים נתעוררו לאותו שידוך מעצמם והם סוברים באמת לפי דעתם שהן הנה הראשונים הממציאים, א"כ המתחיל לא עשה שום פעולה טובה... א"כ לא ידעתי שום טעם ליתן לו דבר".

מתבאר מדברי, "שב-יעקב" ש"מתחיל" פירושו מי שעל ידו נתגלה הדבר, ואילולי הוא לא היה הדבר עולה. עוד מתבאר שהתשלום למתחיל תלוי במנהג המדינה. נוסף על כך חידש, "שב-יעקב" שבמדינה והגומר לא היה זקוק למתחיל, אין למתחיל דבר. על חידושו האחרון של, "שב-יעקב" העיר ב"אגרות-משה" (ר"מ פיינשטיין,

חו"מ ח"ב, סימן מ"ט):

"מסתבר שהוא רק בשלא שלחו להיות סרסור, אלא שמעצמו

סרסור, שהחייב רק לשלם מה שהתנהו, ולכן כיון שהוצרך להגומר, והגומר היה כזה שלא הוצרך למתחיל, הרי לא נתנה אבל כששלחו להיות סרסור, הרי עשה שליחותו והועיל, שמעתה לא יצטרך אלא לגומר, יש לחייבו, אף שאח"כ השיג גומר כזה שלא הוצרך למתחיל.

כלומר, ישנם שני סוגים של סרסור: (א) סרסור הפועל מכוח שליחות ומינוי, וכאן לדמי סרסרות אם התחיל, למרות שהגומר לא היה זקוק לו; (ב) סרסור הפועל מעצמו, וכאן לדמי סרסרות משום שהתנה את בעה"ב. לכן לא זכאי המתחיל לתשלום, אם הגומר לא היה זקוק לו.

לאור זאת, הבה נבדוק את מעמדו של מר א. כמתווך.

תחילה, הצד העובדתי, הרב (המנוח) פנה למר ה. שיחפש עבורו חלקת קרקע. מר ה. פנה למחותנו מר א., מר א. פנה לרב ו. והלה הפגישו עם מר ח. ראש המועצה. מר א. הציע להרב (המנוח) את הקרקע שהציעה לו ע"י מר ח., הפגיש את הצדדים וסיים את העיסקה. עובדות אלו עולות ממכתבו של הרב ו. ומעדותו של מר י.

כפי שראינו לעיל, ה"מתחיל" בפעולת תיווך הוא מי שיצר את הקשר בין הצדדים (בין המוכר לבין הקונה). ה"גומר" הוא מי שהביא את העיסקה לידי גמר. מר א. הית, איפוא, המתחיל, שכן הוא יצא את הקשר בין שני הצדדים, והוא היה גם הגומר כי הוא נפגש עם הצדדים מספר פעמים, טרח בדבר שינוי יעוד הקרקע והביא את העיסקה לידי גמר.

תפקידו של מר ה. זהה לתפקידו של הרב ו. הוא לא היה המתחיל, כי לא הוא יצר את הקשר בין הצדדים. הוא לא ידע כלל על קיומה של קרקע זו. הוא לא היה הגומר, כיון שהמו"מ בין הצדדים נוהל ע"י מר א., הרי מר ה. רק הראה להרב את המתווך הרצוי, כשם שהרב ו. הראה למר א. את האדם הרצוי, ראש המועצה. אף אחד מהם לא יצר את הקשר בין הצדדים ולא הביא את העיסקה לידי גמר. על כן, אינם זכאים כלל לדמי תיווך. כך שיש לראות את מר א. כמתווך יחיד. ואע"פ שמר א. לא הוזמן ע"י הרב במפורש, מ"מ היתה כאן הזמנה מכללא, בזה ששוחח עמו ועודדו, וגם אילו לא היתה הזמנה כלל, יש לחייב את הרב לשלם את מה שהתנהו מר א., כאמור לעיל.

יש להעיר דבר נוסף. היות והתשלום למתווך תלוי במנהג המדינה, ופסיקת בתי המשפט האזרחיים — בהעדר חוק בענין זה — מעוגנת במנהג, וכבר פסקו;

„שכלל הוא שאף העסקתו של מתווך נוסף לגמר העיסקה, אינה

שוללת בהכרח את זכותו של המתווך הראשון לדמי תיווך”.

כלומר, המתחיל והגומר זכאים, כל אחד בנפרד למלוא דמי התיווך [ועיין בספרו של חיים הילצמן: „דיני תיווך בישראל“].

כך שגם אם נראה את מר א. כמתווך חלקי בלבד, הוא זכאי למלוא דמי התיווך. (ב) האם שולמו דמי תיווך למר א. או למתווכים אחרים? ב"כ הנתבעים הצהיר (פרוטוקול מיום כ' שבט תשל"ג):

„אני מנהל החברה הזאת קרוב ל-7 שנים. לא שמעתי אף פעם מאף גורם שהוא שמר א. יזם את כל הדבר הזה של הקרקע ושל הקריה. גם החברה לא גדרשה אף פעם, לא בע"פ ולא בכתב לפצות את התובע פיצוי כל שהוא“.

היות והכלל הוא: „כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי” — הרי הצהרת ב”כ הנתבעים בשם הנתבעים, מהווה הודאת בעל דין ברורה שמר א. לא קיבל כל תשלום עבור פעולת התיווך.

גם רואת החשבון של החברה העיד (פרוטוקול מיום ו' תמוז תשל”ו), שאם הרב היה משלם דמי תיווך מכספי החברה היה הדבר משתקף במאזנים.

אין להניח שהרב שילם את דמי התיווך מכיסו הפרטי כשכל הפעולות נעשו עבור חברת קריה ד. בע”מ. החווה על הקרקע נעשה באדר תשכ”ג (פרוטוקול מיום כ’ שבט תשל”ג), ואילו חברת „קריה ד. בע”מ” נרשמה אצל רשם החברות ביום 27.4.62. יש להביא ראיה מנוסח פסק הבוררות שבין הרב לבין מר ה., שמר א. לא קיבל דמי תיווך ושמר ה. לא היה זכאי לקבל דמי תיווך.

בפסק הבוררות (סעיף ב’) נאמר:

„מר ה. מחוייב לקבל על עצמו כל תביעות טענות או מענות שיופנו אל כב’ הרב או חברת קריה ד. בע”מ בקשר לדמי טרחה ועמלה ו/או דמי תיווך ו/או קומיסיון, וכיו”ב, שיבואו מצד אנשים שבאמצעותם טיפל מר ה. בעניני קריה ד. או שבאו ע”י השפעתו או קרבתם המשפחתית למר ה.”

בפסק דינו של המיעוט נאמר:

„בסעיף ב’, הייתי מוסיף חיוב שעל מר ה. להשליש בידי הבוררים סכום של 25000 ל”י במזומנים לשם הבטחת ביצוע סעיף זה”.

הסכום הנ”ל, 25000 ל”י אינו סכום מקרי. הוא מהווה 2% ומשהו מן הסכום הכולל של העיסקה שהסתכמה ב-1.170.000 ל”י. זהו הסכום המקובל לתשלום דמי תיווך. הצורך להפקיד סכום זה במזומנים, מלמדינו שדמי התיווך לא שולמו, ועל כן מר ה. שעשה עיסקת חבילה עם הרב, היה צריך להבטיח — לפי פס”ד המיעוט — את תשלום הסכום הזה. דעת הרוב הייתה שאין צורך בהפקדה, ואפשר לסמך על דיברתו של מר ה. שידאג לסילוקו של החוב. מכאן גם ראיה שלמר ה. לא הגיעו כלל דמי תיווך, כי אם הגיעו לו דמי תיווך, אזי מדוע היה צורך שהוא יפקיד בידי הבוררים את הכסף שבעצם מגיע לו?

ג) מהו גובה דמי התיווך בעיסקה הנ”ל? פשוט וברור, שהעובדא שהרב שילם עבור הקרקע בדולרים, אינה מקנה למתווך אורח ישראל את הזכות לקבל דמי תיווך בדולרים — דבר המהווה עבירה על תקנות המטבע. המתווך זכאי לדמי תיווך בלירות ישראליות לפי הערך היחסי של דולר — לירה באותה תקופה. היות ושער המטבע אז היה 3 לירות — 1 דולר, הרי שיש להפוך את סכום העיסקה ללירות ישראליות, והוא 1.170.000. ומסכום זה יש לחשב את אחוזי התיווך המקובלים. אין בתי הדין מצמידים את החיוב לדולר או למדד, ומשום כך זכאי מר א. לאחוזי התיווך המקובלים מן הסכום 1.170.000 ל”י.

מה הם אחוזי התיווך המקובלים? כבר נהגו במשך כל השנים שמכירים בזכות המתווך לקבל שכר ראוי בעד תיווך במכירת מקרקעין בשיעור של 2% מכל צד לעיסקה. המתווך זכאי איפוא לקבל כדמי תיווך 2% מן הקונה + 2% מן המוכר. אמנם במקום אחר קבע ביה”מ העליון (ע”א 270/66 כרך כ’ ח”ד עמ’ 38):

„בעיסקות גדולות, אין ודאות שהנהוג הוא לשלם 2% יתכן ודי ב-1% בלבד.“ [עיין הולצמן — דיני תיווך בישראל עמ' 70 שקבע כי עיסקה שלמעלה מ-100.000 ל"י נחשבת לעיסקה גדולה].

עיסקת רכישת הקרקע לקריה ד. היתה בודאי עיסקה גדולה, בפרט באותם הזמנים, ולכן יתכן שדמי התיווך הנהוגים הם 1% בלבד. עכ"פ, המציא מחבירו עליו הראיה, ועל מר א. להוכיח שגם בעיסקה גדולה דמי התיווך הם 2%.

ד) האם יש לראות ביורשי הרב את הגתבעים, או שמא הגתבעת היא „חברת קריה ד. בע"מ בלבד? להשלכותיה של שאלה זו יש נ"מ אם תביעת חוב דמי התיווך היא מיתומים — על כל הבעיות ההלכתיות מסביב לגביית חוב מיתומים — או מן החברה. במשפט הכללי מקובל לראות „חברה בע"מ" כגוף בפני עצמו, אישיות משפטית, שאינה תלויה ברכושם הפרטי של בעלי המניות. חברת קריה ד. בע"מ נרשמה ביום 27.4.62, כשבעלי המניות הם הרב, והאלמנה ב., צאצאיהם ומר י"ב, ואילו חווה הרכישה של הקרקע נעשה באדר תשכ"ג — זאת אומרת, שהחברה היא שרכשה את הקרקע.

נרשא זה נדון בספרות המאוחרת של הפוסקים מסביב לשאלות מעשיות: האם יהודי שיש לו מניות בחברה בע"מ, עובר על איסור חמץ בפסח, או על חילול שבת או על איסור ריבית, כשהחברה מחזיקה חמץ, מחללת שבת ומלוה בריבית.

היטיב להתגדיר את הבעיה הרב שאול וינגורט וצ"ל (ספר זכרון „רד שאול" עמ' ל"ה-נ'), ואלו דבריו:

„אין ספק שצדק המהרי"א הלוי ז"ל [דבריו יובאו להלן] כשראה שלא הרי השותפות הזאת כהרי שותפות אחרת... כי למשל כשיש לו למי שהוא תביעה נגד החברה, ולחברה אין לשלם, או אין לו לתובע רשות לתבוע את בעלי המניות לדיו, ולכל היותר יוכל לקחת את נכסי החברה... אבל בשום אופן אין לו רשות לנגוע בנכסיו הפרטיים של בעל המניה. וכל החילוקים הללו אפשר לבאר וכלול בקיצור אם נגדיר ככה: הבעלות של בעלי המניות אינה אינדיבידואלית, כלומר מקושרת עם הבעל כשם שמצינו את המושג „ממוניה" בב"ק שפירשו הוא אחראי בכל מובן בעד ממונו ונכסיו אינון ערבין ליה, בעוד שהבא כל בעלותו מוגבלת בחלק שיש לו במניות כאילו הוא קיבל את החלק הזה מאחר וכל אחריותו תלויה רק בחלק שקיבל, וביותר אחראי הוא אותו האחר שנתן לו את החלק ואותו האחר אינו במציאות כלל, אלא זהו כלל הנכסים השייכים לחברה, וכאילו הנכסים האלה היו אישיות בפני עצמה, וזו הנקרא במשפט של היום: אישיות משפטית. אכן השאלה עומדת בפנינו אם מושג כזה היה ידוע לחז"ל... ברם אם המושג הזה נמצא בש"ס או לא, בכל אופן זקוקים אנו בע"כ לחלק בסברה זאת, דהגע בעצמך, אם יש לו למישהו חלק בניירות של הבנק הממשלתי, והבנק תמיד ערשה עסקים ומרווח על ידי חמץ — אטו מש"ה נאסור עליו הרייות? ויותר על זה, הרי לכל אותה במדינה יש חלק בנכסים השייכים לשלטון, והמעות של גייר הן בעצם תעודה על זה החלק, וא"כ מה יעשו אם הממשלה נרשאת ונותנת בדגן

ותבואה גם בפסח? אלא ודאי שאין לדמות את החלק הזה כלל לשותפות, וה"ה בחברה דידן".

המהרי"א הלוי (ר' יצחק אהרן איטינגא הלוי — למברג תרנ"ג, ח"ב סימן ככד, הובאו דבריו ב, יד שאול"), עמד ג"כ על ההבדל בין בעלי מניות לבין שותפים, וכתב: „כבר ביארתי דגוף החמץ אינו של בעלי האקציען ואין להם שום רשות לא לאכלו ולא למוכרו או לבערו, רק שהאחריות עליהם, ובכחאי גוונא לא נאסר לאחר הפסח... ומעתה בנידון דידן כיון דאי אפשר לו לבעל האקציען לבער גוף החמץ, וכמש"כ לעיל, תו אינו מחוייב כלל למכור את האקציע, משום דכל שאין יכול לקיים מצות ביעור בגופו, תו אמרינן בממונו לא אטרחוהו רבנן".

גם ה, איגרות משה (ח"ג יור"ד סימן ס"ג) הבחין בין שני הסוגים הללו, לגבי ריבית שמשלם בנק שבעלי מניותיו הם יהודים, וכתב:

„וממילא נראה שרק בסתם מלוה שעושה חיוב תשלומין על הלוה, נאסרה בתורה מליקח ריבית. אבל מלוה כזו שאינו עושה שום חיוב על גוף האדם לשלם, שאף שיש לו ממון הרבה אין על גופו שום חיוב לשלם וליכא עליו העשה דתשלומין ולא יהיה רשע כשלא ישלם, לא נאמר ע"ז איסור ריבית... וכן הוא בדבר החברות מנכסי דלא ניידי, אם השעבוד הוא רק על הנכסים שיש להקאמפניע, ולא על הנכסים של כל יחיד ויחיד בעצמו, ליכא איסור ריבית... דההיתר הוא דוקא כשהבעלים עצמן לא יתחייבו בכלום, אלא אותה הקאמפניע בכספיה ובקרקעותיה בלבד".

נושא זה נידון גם ב, מנחת יצחק (רי"י יס, ח"ג סימן א'), והוא הציג חילוק מעניין:

„תבנא לדינא דבעלות מוגבלת הוי בעלות לפי דין תורתנו הקדושה, וע"כ בסתם מניות שיש עכ"פ בעלות מוגבלת לבעלי המניות, יש להם דין בעלות. ובאותן מניות שאין להם שום דעת בעלים לא מיניה ולא מקצתיה ואף לא לחוות דעתם עכ"פ בישיבה המתקיימת בין חברי החברה מומן לזמן וכמו בניירות של הממשלה, בזה י"ל דלא הוי אפי' בעלות מוגבלת ונחשב רק כהלוואה בקבלת אחריות כנ"ל".

הבחנה זו, בין בעלי מניות שיש להם זכות הצבעה לבין אלו שאין להם זכות הצבעה, היא מלאכותית ואינה מתקבלת על הדעת. כי אם נקבל את ההנחה שקיימת „אישיות משפטית" בחברה בע"מ — מה הנ"מ בין מניות שיש להם זכות הצבעה למניות שאין להן. יציין ב, מועדים וזמנים (לר"מ שטרנבוך ח"ג סימן רס"ט בהג"ה) בענין זה.

אמנם, עדיין חלה עלינו חובת הביאור, היכן מצאנו בדברי חז"ל בסיס לקביעת המושג „אישיות משפטית", שאינה בשר ודם?

ונראה לומר שהמושג של „אישיות משפטית" מתבטא בדברי חז"ל בהפרש שיש בין „שותפין" לבין „ציבור".

שורשם של מושגים אלו הוא בדברי הרמב"ן (ויקרא א', ב') שהביא את דברי רש"י שם, וכתב:

... פירש הרב כן, לומר שאם יתנדבו רבים להביא עולה, עולת השותפין היא, מה בין שנים המשתתפין ובין עשרה זאלף שנשתתפו בו... ואפשר שנאמר שאם רצו ציבור להפריש בתחילה לנדבה ויגבו אותה כאשר יגבו השקלים לתמידין ומוספין, שתהיה נדבת ציבור בעולת בהמה ואין בה סמיכה".

חולקים, איפוא, רש"י והרמב"ן אם ישנה אפשרות לשותפים ליצור יצירה חדשה הנקראת ציבור — ויש נימ' הלכתית בין „קרנן שותפין" ל„קרנן ציבור" — או שקרבן ציבור הוא רק מה שנקבע בתורה.

התבדל המשפטי בין „שותפין" לבין „ציבור" הוא, ששותפות היא בעלות מליאה שישנה לכל אחד מן השותפים, ואילו ציבור הוא גוף משפטי שהשותפים נמנים עליו. ועיין בספרו של אבי מורי ז"ל „נאות דשא" ח"א בענין „גדרי ציבור ושותפין בהלכה ובאגדה" (עמ' מ'—נ"ו), שהאריך בראיות רבות לבאר את ההבדל בין שני המושגים הללו. גם הרב מ"א עמיאל בספרו „דרכי משה" — „דרך הקדוש" (ספר א', חלק א', שמעתתא ה' פרקים י"א—י"ד), עמד על התחלוק בין ציבור לשותפין, והגדירו כך: „כבר הארכתי במקום אחר לבאר את ההבדל שבין גדר שותפות לגדר ציבור, דלא רק הבדל כמותי יש בזה, דבשותפות שייך הדבר רק ליחידים ובציבור הוא לרבים, אך הבדל איכותי יש בכאן, והמושג דבר ציבורי הוא מכלל לפרט, כלומר דהדבר שייך לכלל בתור סוג ומהות בפני עצמו, ורק ממילא כיון דכל אחד הוא פרט בכלל, יש לו זכות בשייך לכלל".

הרב עמיאל השתמש בהגדרה זו בכדי להסביר ענינים שונים, עיי"ש בדבריו. עכ"פ, כאמור לעיל, המושג „ציבור" מהווה בנין־אב למושג המתודש של חברה בע"מ, או של „אישיות משפטית".

גם במושג „תפיסת הבית" ניתן לראות מעין אישיות משפטית. כאמור במשנה במסכת בכורות (דף נ"ו ע"ב): „האחין השותפין שחייבין בקלבון פטורין ממעשר בהמה... קנו מתפיסת הבית חייבין". ובגמ' שם: „ת"ר, יהיה לך ולא של שותפות. יכול אפילו קנו בתפיסת הבית, ת"ל יהיה".

כלומר, „תפיסת הבית" היא מצב ביניים, בין מות המוריש לבין חלוקת הירושה. בתקופה זו נחשב הרכוש בבעלות של גוף מיוחד הנקרא „תפיסת הבית", ולא בבעלות היורשים. על כן אע"פ ששותפין פטורים ממעשר בהמה, תפיסת הבית חייבת.

מעמדה ההלכתי של „חברה בע"מ" נידון במאמרים שונים של חכמי זמנינו [עיין במאמרו של הרב שמחה מירון: „מעמד החברה בע"מ במשפט העברי" — „סיני", כרך נ"ט, אביאלול תשכ"ו. ועיין תשובת הגאון מהרש"ג הובאה ב„נועם" כרך ב' עמ' ל"ג ובמאמר השגה של הרב זסרמן ב„נועם" כרך ג' עמ' קצ"ה]. נרחיב מעט את הדיבור בנושא זה.

ב„נועם" ח"ב הובאה תשובת הגאון מהרש"ג ביחס לשאלה אם יש חשש ריבית במלחה ממשלתית. ואלו דבריו שם:

„בהלואות שמלוין לבנק או לאיזה חבורה אחרת באופן דאינו יכול לתבוע לשום אדם מכיסו לא בתחילה ולא בסוף... וכן בחבורות אינו יכול לתבוע רק מנכסי החבורה לא בתחילה ולא בסוף, דבכת"ג הרי

באמת אין כאן לה כלל, רק אותן הנכסים שהם משותפים ביחד הם הם החייבים. ואם ישתדפו אותם נכסים בין ע"י אונס בין ע"י פשיעה וגניבה ואבידה כל בני החבורה פטורים, הרי באמת אין כאן לה. ושפיר י"ל... דכל ריבית שאין כאן לה לא על הקרן ולא על הריבית, בזה לא אסרה התורה ואף רבנן לא אסרו כנ"ל".

בנועם ח"ג השיג על כך הר"י וסרמן, וכתב:

„ואף שקטנו של הגאון (מהרש"ג) עבה ממותני, הרי תורה היא וללמדה אנו צריכים. ברור הוא, דאין שום אפשרות לחדש גדרי בעלות שלא מצינו בש"ס. וגם דינא דמלכותא ל"ש שיחדשו גדרי תורה חדשים, ויכולים רק להכלל בגדרים הקיימים".

התנחה ש, אין שום אפשרות לחדש גדרי בעלות שלא מצינו בש"ס, היא תנחה בלבד, ולא הלכה. שכן מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון, תנאו קיים, וכמו שהביא „קצות החושן" (סימן ר"ט ס"ק י"א) בהסבר הדברים בשם הרמב"ן, שאפילו באומר ע"מ שאין לך עלי דין אונאה חל המעשה, כי „לא אמרה תורה שיתחייב אלא ברצונו של זה". וכבר כתב רש"י במסכת יבמות (דף פ"ט ע"ב): „הפקר ביד היה הפקר", וכל מידי דממונא לאו עקירה היא".

וזו אולי גם כוונת התוס' בכתובות (דף נ"ז ע"ב) שכתבו: „ועוד יש לומר דנוקין לא דמו לקדושין, דהכא היינו טעמא דאין קדושין לחצאין, דאין לך קדושין שאין לה עליו שאר כסות ועונה". כלומר, בקידושין ודומיהם אין אפשרות ליצור יצירה חדשה: „קידושין לחצאין", בעוד שבדיני ממונות ניתן ליצור יצירה כזו, היות ובדבר שבממון תנאו קיים.

מצינו גם שחז"ל חידשו מושגים חדשים בדיני ממונות, גם במקום שמושג כזה לא קיים כלל מן התורה. „קצות החושן" (סימן ל"ט ס"ק א'), כתב:

„והנראה לענ"ד... דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא, אפילו שעבדן בפירוש לא מהני, וכמ"ש התוס' ס"פ גט פשוט דאע"פ שיכול למכור אינו יכול לשעבדן, וכ"כ הריטב"א בפ"ק דקדושין דאפילו שעבדן בפירוש לא מהני, ואף שיכול למכור, לפי שאין הקנאה לחצאין".

כלומר, מן התורה לא קיים מושג „שעבוד" שהוא בבחינת „שעטנו": הקנאה לחצאין. ומכל מקום חידשו רבנן מושג זה, אע"פ שאין לו בסיס בתורה. שורשו של ענין זה טמון בהסבר שיטות הפוסקים הסוברים שקנין סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש. [עיין „קצות החושן" ג, גתיבות המשפט" סימן ר"א ס"ק א' ג, „פתחיתשובה" וגליון הרע"א שם, ובשו"ת רע"א סימן קל"ד]. בתשובת מהרשד"ם (ח"מ סי' ש"פ) בענין קניית חובות, השיב לאנשי אנקונא, וז"ל:

„הרי מוכח בהדיא דכל דבר שבממון יש לו שתי פנים במה שיתקיים, או באחד מהדברים הברורים כדין תוה"ק או בחז"ל שתקנו בתלמוד, או בכל תנאי שאינם כתובים בתורה ואינם מן הדין... ומטעם זה אמרין בגמ' פ' איזהו נשך, אמר רב פפא משמיה דרבא האי סיטומתא קניא... א"כ נתברר לנו ממש שאם הדבר אמת שדרך התגרים

כמנהג פשוט בעיר אנקונא לקנית חובות חבריהם... מחוייב מדין העיר
והוא לפרוע תחוב לקונה, אע"פ שכפי דין תורה אין במשא
ומתן כזה ממש, מכל מקום כיון שנדגו התגרים לקנות באופן כזה,
הקניין קיים".

דברי מהרשד"ם אמורים בהקנאת דבר שאין בו ממש, דבר שהוא בבחינת "יצירה
חדשה" שלא מצאנוה לא בתורה ולא בחז"ל. ומ"מ מנהג הסוחרים יוצר מושגים חדשים
בדבר שבממון.

כיוצא בזה כתב בשו"ת, "דברי חיים" (ח"ב חו"מ סימן כ"ו), לענין סטומתא
בדבר שלא בא לעולם. ואלו דבריו:

... "הנאי שנא בדבר שאינו קנין כלל לא מהתורה ולא מדרבנן
אמרינן דמנהג התגרים מבטל הדין, וכמ"ש בש"ס בכמה מקומות מנהג
מבטל הלכה... ולמה בדבר שלא בא לעולם לא יאמרז אם המנהג כן,
מנהג מבטל הלכה".

כלומר, מנהג הסוחרים יוצר מושגים חדשים בדבר שבממון ומבטל הלכה,
ועל כן הוא מועיל גם במקום שאין כלל מושג של קנין. ועיין בפסקי דין רבניים ח"ג
עמ' 368 ובספרו של הרב דב כץ שליט"א: "פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים" 37—57.
ואכן ביה"ד הרבני בת"א בהרכב אחר הגדיר את מעמדה של חברה בע"מ, והסיק
(פסקי דין רבניים ח"ו, עמ' 322):

"אמנם נראה דאף לדעת הרא"ש, מאחר והמנהג (גם מצד דינא
דמלכותא) דכל התחייבות של חברה ציבורית בע"מ מקבלת תוקף ומחייבת
את נכסי החברה, לפיכך אף שמצד הדין לא יתכן שעבוד נכסים בלי שעבוד
הגוף, בכל זאת יועיל בנידוננו מדין סטומתא, כיון דדרך העולם שזה
מחייב ולא גרע ממנהג התגרים... גם מצד המנהג וגם מצד דינא
דמלכותא תופס החיוב".

ובכן, אע"פ שלא מצינו מושג, "חברה בע"מ" לא בתורה ולא בחז"ל, קיימת
אפשרות ליצירת מושגים חדשים בדיני ממונות בין ע"י יחיד (באמצעות תנאי) ובין
ע"י ציבור מדין סטומתא ודינא דמלכותא. [עייין גם ב,מנחת חינוך" סוף מצה מ"ב
שכתב שאע"פ שלדעת הרמב"ם אין אשה גדולה יכולה למכור עצמה לאמה עברה, מ"מ
אם מדינא דמלכותא אפשר, אזי יהיה גופה קנוי מדין המלכות, ע"ש].
לעצם הגדרתה של, "חברה בע"מ", הרי ניתן להגדירה כשעבוד נכסים ללא
שעבוד הגוף (כפי שהגדירה ביה"ד הרבני לעיל). ועיין במאמרו של הרב שמחה מירון
הנ"ל שהאריך בהגדרה זו). ניתן, כמו כן, להגדיר, "חברה בע"מ" כציבור, כמו שהעלינו
בראשית הדברים. יצוין שעל הגדרת, "חברה בע"מ" כציבור, השיג הר"י בארי
ב,התורה והמדינה" יא—יג עמ' תס"א:

"יש חילוק גדול בין רשות ציבור להא דחברה מאוגדת ולא קרב
זה אל זה, ולפי הגדרת המחוקק הרי חברה היא רשות לעצמה מבלי כל
זיקה לבעלים אלא כלשונו זוהי יצירה מלאכותית של אישיות משפטית
הקונה ומסכרת, מבלי כל קשר לבעלים של ממש והרי היא בדיוק כמו
גוף אחר לגמרי; ודבר זה לא אישכחן בדיני ישראל, שלא מצינו גוף משפטי
בלי בעלים שהוא בעל הממון, אלא תמיד יש יחס ידע של הבעלים, אם

בתור בעלים ממש וכמו שותף, ואם בתור זכות הציבור שכולם יחד מהווים רשות ציבור... וציבור אינו רשות מוסמכת בלבד, אלא שותפות של ציבור אנשים כללי".

לאמור, אכן ישנה אפשרות ליצור מושג חדש בדיני ממונות, אע"פ שלא נמצא בתורה ובחז"ל. נוסף על כך גם הגדרת המושג, "ציבור" אינה, "שותפות של ציבור אנשים כללי", כי יש הבדל ברור בין שותפות לבין ציבור, כפי שהובא לעיל בשם הרמב"ן המבדיל בין קרבן שותפין לבין קרבן ציבור. "ציבור" הוא רשות בפני עצמה שיש לבני אדם זכויות בה, כמו שיש זכויות לבעלי המניות ב, חברה בע"מ".

כך גם מטים דברי הסוגיא במסכת הוריות (דף ו' ע"א):

"אמר רב פפא כי גמירי חטאת שמתו בעליה במיתה, הני מילי ביחיד, אבל לא בציבור, לפי שאין מיתה בציבור. מגא ליה לר"פ הא? אילימא מדכתיב תחת אבותיך יהיו בניך, אי הכי אפילו ביחיד נמי? אלא דוקא דר"פ משעיר ראש תודש דאמר רחמנא מייתי מתרומת הלשכה, והא מייתי להו מישראל והנך דפיישי היכי מייתו, אלא ש"מ חטאת שמתו בעליה בציבור קרבה. מי דמי, שעיר ר"ח דלמא לא מייתו מציבור, אבל הכא ודאי מייתו? אלא טעמא דר"פ מהכא, דכתיב כפר לעמך ישראל אשר פדית ה', ראוייה כפרה זו שתכפר על יוצאי מצרים מדכתיב אשר פדית. מי דמי, התם כולוהו איתינון, מיגו דמכפרה אחיים מכפרה נמי אמתים, אלא הכא מי הוו חיים? אין הכי נמי, דכתיב ורבים מהכהנים והלוויים וראשי האבות וגו'".

ההלכה שאין מיתה בציבור נפסקה גם ברמב"ם (פ"א מהל' פסולי המוקדשין ה"א):
 "ואין אתה יכול לומר בחטאת ציבור... שמתו בעליה... ואין כל ישראל מתים".

אם ננתח את האמור בסוגיא במסכת הוריות, נוכל ללמוד ממנה גדרים יסודיים במהות "ציבור":

מלכתחילה נקטה הגמ' שאין ציבור מתים משום שכל דור מהווה המשך של קודמו: תחת אבותיך יהיו בניך, הגדרה זו נדחתה משום שאם כן גם ביחיד קיימת אותה המשכיות. אח"כ נקטה הגמ' שאין ציבור מתים, הוא משום שאין אפשרות מעשית שדור שלם יסתלק בבת אחת, כי דור הולך והור בא נעשה בהדרגה. ועל כך הביאה ראייה משעיר ר"ח שקרב, אע"פ שבין חודש לחודש ישנם הנפטרים לבית עולמם. גם הגדרה זו נדחתה כי, "דלמא לא מייתו מציבור", אולי אף אחד לא מת בתוך החדש. לבסוף הביאה גמ' מעגלה ערופה המכפרת גם על יוצאי מצרים, אע"פ שכולם כבר נסתלקו מן העולם, ומכאן שאין ציבור מתים. אלא שמהלכות כפרה יש צורך שהחטאת תכפר גם על אנשים חיים.

למסקנת הגמ' ההלכה ש, "אין ציבור מתים" אמורה גם כשכל הדור חלף מן העולם כמו דור יוצאי מצרים, ומ"מ אין ציבור מתים.

אם נניח שציבור אינו, "גוף משפטי" בפני עצמו, אלא שהוא, "התאגדות יחידים", מדוע במות דור שלם לא נאמר שהציבור הזה מת, ואילו הדור הבא הוא ציבור חדש? על כרחך עלינו להגדיר את הציבור כ, "גוף משפטי" שאינו תלוי באנשים מסוימים,

אע"פ שנוצר על ידם, ואותו ציבור חי וקיים לעולם. אלא שמהלכות כפרה יש צורך שהקרבן יכפר גם על אנשים חיים כיום בתוך העם.

אחרי העיון מצאתי שהגאון ר' מנחם זמבה בשו"ת „זרע אברהם" (סימן ד' אותיות כ"א—כ"ד) דן באריכות בהגדרת המושג „ציבור" לעומת שותפין. אחת מן הראיות הנפלאות שבדבריו היא מדברי התוס' במסכת מנחות (דף ע"ח ע"ב, ד"ה או), ביחס לשוחט פסח על החמץ, ואלו דבריו:

...אולם בתוס' מנחות כתבו: אפסח קאי, אבל אתמיד פשיטא דלא מחייב משום אחד שבישראל, ע"כ. ומבואר, דאף לרבי יהודה בפסחים (ס"ג ע"א) דאסור לשחוט אתמיד שהוא קרבן ציבור על החמץ, מ"מ אינו עובר ע"י זה שיש לאחד מישראל חמץ. ונראה סברתם דמקרבן ציבור פקע דין היחיד ונסתלק שמו ואינו כלל בעלים, דנעשה שם חדש: ציבור, ותו לא. ואין ליחיד תורת שותף כלל רק תורת ציבור, וכיון דהציבור אין להם חמץ, לא איכפת לן מה שיש ליחיד חמץ".

אמנם, מדברי הרמב"ם, דייק לא כך, ואלו דבריו:

...למאי דכתב רמב"ם ז"ל (בפ"א מתמורה ה"א): ואחד מן השותפין שהמיר או מי שהמיר בקרבן בקרבנות הציבור, הואיל ויש לו בהן שותפות, הרי זה לוקה ואין התמורה קודש, עכ"ל. ומבואר מזה דבכל קרבן ציבור, אף דשם ציבור עליו, מ"מ מיקרי שיש ליחיד שותפות בו, ומיקרי איפוא בשני השמות שותפות וציבור".

אולם גם הדיוק מדברי הרמב"ם אינו מבטל את ההגדרה המחודשת לשם „ציבור", כפי שהובאה לעיל, אלא בא להוסיף עליה, שבכל ציבור יש גם ענין שותפות. וראה עוד באריכות בדברי ה, זרע אברהם" שם.

נמצא איפוא שאכן „ציבור" הוא שם בפני עצמו ופקע ממנו דין היחיד. ועל כן גם הגדרת „חברה בע"מ", „ציבור", אינה, איפוא, דבר שאין לו שורש בתורה ובחז"ל, כי כאמור בשני הדברים גם יחד נוצר גוף משפטי המוקם ע"י יחידים, ולאחר הקמתו הינו ניצב על רגליו שלו מבלי שליחידים יש שותפות בו.

קריה ד. נרשמה כ„חברה בע"מ" בתאריך 24.7.62, ואילו החוזה על רכישת הקרקע נעשה באדר תשכ"ג, כך שיש לראות את ה„חברה בע"מ" כנתבעת, ולא את הרב המנוח, האלמנה וצאצאיהם באופן אישי. על כן, אין בנושא זה בעיה של גבית חוב מיתומים, כי חברה בע"מ אינה מתה.

כמו כן כבר נתבאר שישנה הודאת בעל דין של ב"כ הנתבעים והחברה שהחוב לא נפרע, וכך גם עולה מן החומר בתיק.

ה) האם יש לשלם עבור ההשתדלות לשינוי יעוד הקרקע (מחקלאית לבנין)? התשלום עבור תיווך שורשו במנהג המדינה. לא מצאנו מנהג לשלם עבור השתדלות לשינוי יעוד של קרקע. יתר על כן, הרב המנוח חיפש קרקע בכדי לבנות עליה קריה; הוא לא חיפש קרקע בכדי לנטוע בה פריס. הצעת אדמה חקלאית במקרה זה דומה להצעת שעורים למי שמחפש חטים. על מנת לזכות בדמי התיווך היה חייב מר א. להציע להרב המנוח את מה שהוא מחפש: קרקע לבנין. לכן הטיפול בשינוי יעוד הקרקע, אינו מלאכה נוספת, אלא לשם כך נעשה התיווך, בכדי להמציא קרקע לבנות

קריה, ואילו היה מר א. ממציא אדמת בנין מלכתחילה, לא היה כל צורך לדבר על שינוי יעוד ולא היה מקום לדרוש דמים בשביל זה.
סיכומם של דברים:

- (א) מר א. נחשב למתווך יחיד של הקרקע לבנית קריה ד.
- (ב) בעיסקה זו, לא שולמו כלל דמי תיווך.
- (ג) את העיסקה שנעשתה בדולרים, יש לתרגם ללירות ישראליות לפי השער באותם הימים (1 דולר = 3 לירות), על כן סכום העיסקה הוא 1.170.000 ל"י. מסכום זה זכאי מר א. לקבל דמי תיווך.
- (ד) בעיסקות בסכומים גבוהים לא ברור אם הנוהג הוא לשלם 2% כדמי תיווך או 1% בלבד, והמוציא מחבירו עליו הראיה. לכן, כל זמן שלא יוכח אחרת, על חברת „קריה ד. בע"מ" לשלם למר א. סך 11.700 ל"י, שהוא אחוז אחד משווי העיסקה דאז.
- (ה) חברת „קריה ד. בע"מ" זכאית לתבוע את יורשי הרב ג. לפצותם בסכום שחוייבו בו, בתתאם לפסק הבוררים — המצורף לתיק.

שלמה דיכובסקי

עיינתי בדבריו של הרב הגר"ש דיכובסקי שליט"א, והנני להעיר כדלקמן:

(א) איני מבין איך אפשר לבוא לידי קביעה מוחלטת שמר א. היה מתווך יחיד ואילו מר ה. אין לו שום דין מתווך. הרי אנחנו לא היינו שם ואין אנו חיים אלא מפי העדים, וכלום העידו העדים שמר ה. לא היה מתווך? והלא מתוך פס"ד הבוררים משתמע שמר ה. היה מתווך לא פחות ממר א. (וכפי שיתבאר לקמן). העד הרב ו. במכתבו לבית"ד אמנם אינו מתייחס אלא למר א. ולא למר ה., אך אין זאת אלא משום שלא נתבקש להעיר אלא על דבר מר א., ואין מכאן שום הוכחה על חלקו או אי חלקו של מר ה. בתיווך. אשר לעדותו של מר י. הרי אמר בפירוש שהפגישה הראשונה בין הרב המנוח ומר ה. הייתה בנוכחות מר א. ומר ה. והרב ו., וא"כ אם נניח ש„המתחיל" היינו מי שיצר את הקשר בין הצדדים, הרי כאן יצרו את הקשר שלשה אנשים: א. ת. ו. ומאן יימר לן שמר א. הוא שיצר את הקשר ואילו מר ה. והרב ו. סתם נלוו אליהם, אולי הדבר הוא להיפך. ואם תאמר ש„המתחיל" אינו מי שיצר את הקשר בין הצדדים אלא מי שיצר את הרעיון לראשונה, הרי הרב ו. היה אבי הרעיון — ולא מר א. — וא"כ אין מר א. המתחיל אלא הרב ו. אשר ל„גומר" אין לנו כל הוכחה שמר א. טיפל בזה יותר ממר ה. וכבר הוכחנו שמפס"ד הבוררים משתמע שמר ה. היה מתווך לא פחות ממר א. וכך נאמר באותו פס"ד: „בפנינו הצהיר מר ה. שאין לו שום טענות וכו' בענייני תיווך לא לו אישית ולא למחתנו מר א.", הרי הושוו שניהם, מר ה. ומר א. לענייני תיווך.

מסקנת הדברים: אין לראות את מר א. כמתווך יחיד, כי עכ"פ מר ה. היה מתווך כמוהו. ויתכן שגם הרב ו. נחשב למתווך. כך שאין מגיע למר א. אלא מחצית דמי התיווך או שליש מהם.

(ב) מה שכתב הרב דיכובסקי שהואיל וב"כ התבעים הצהיר, שלא שמע אף פעם שמר א. יום את הדבר, וכן טען שהחברה לא נדרשה לשלם אף פעם למר א.

פיצוי כל שהוא — דבר זה מהווה הודאה מצד הנתבעים שלא שילמו, שהרי הכלל הוא „כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי“. אינו מובן, שהרי לא אמרו בבירור „לא לויתי“ אלא אמרו „שלא שמעו“, ולא שמענו אינה ראיה. מה גם שלאחר מיכן טען ב"כ הנתבעים בעצמו בסיכומיו ש„לא הוכח כלל כי הרב המנוח לא פרע את החוב באם אכן קיים היה חוב“.

אמנם מהעובדה שהדבר לא נרשם בפנקסי החברה, וכן מפס"ד הבוררים, משמע לכאורה שלא שילמו למר א. כלל. ברם סוף סוף יש לנו הלכה מפורשת בשו"ע סי' ק"ח שטוענים ליורשים שמא פרע אביהם, ורק כשברור לנו שלא שילם, כגון בשלשת הדרכים האמורים בשו"ע שם, אז מחייבים את היתומים. ובנידוננו ספק אם הדבר הוא כל-כך ברור שלא שילם כמו בשלושת הדרכים הנז' בשו"ע שם. שהרי יתכן שאחרי שנפתר הרב המנוח עם מר ה. שילם מר ה. למר ג. את המגיע לו, נמצא שגם בנידוננו יש לטעון ליתומים: שמא נפרע מר א. אולם מאחר והרמ"א בסי' ס"ט ס"ה כתב שאם יש קצת רגלים לדבר שלא נפרע נהגו להשביע את היורשים, א"כ בנידוננו ראוי לפשר ביניהם, וכפי שכתבנו בפסק דין הראשון.

ג) ומה שכתב הרב דיכובסקי שבנידוננו אין בכלל מקום ל„טענין ליתמי“ כיון שאין כאן תביעה על היתומים בתור יורשים אלא על החברה בתור חברה בע"מ, ולפי דבריו חברה בע"מ שמתו בעלי מניותיה ויצא שטר חוב על היתומים לא נטען להם שמא פרע אביהם, אין הדברים נכונים, כי לא מצינו בתורה חיובים על דבר דומם כמו חברה, אלא על אנשים חיים, ואם יש שטר חוב על החברה, פירשו של דבר: על בעלי החברה, — חוץ מזה שאין לגבות משאר גכסים שלהם כי אם מן הנכסים של החברה, שזהו פירושו של „בערבון מוגבל“ — ואם מתו בעלי החברה הרי היתומים דינם כיוורשים לכל דבר ופשיטא שטוענים להם כל הטענות שטוענים ליורשים.

אולם בנידוננו שפיר יש לטעון טענה אחרת שאין אנו באים לחייב את היתומים בתור יורשים, אלא את האלמנה, שרוב מניות החברה היו על שמה בזמן חתימת החוזה, ונמצא שהיא נתבעת מצד עצמה ולא בתור יורשת, וכל שהיא נתבעת מצד עצמה לא מצינו שטוענים לה: שמא פרע בעלה. וכבר העלינו טענה זו בפס"ד הראשון.

אולם נראה שאין הדבר כן, שהרי פעולת התיווך היתה בשנת תשכ"א או תשכ"ב כשעדיין לא היתה חברת קריה ד. קיימת בעולם. נמצא שכל מה שנעשה אז, נעשה לטובת הרב המנוח באופן אישי (אא"כ נאמר שגם לפני כן היו מאוגדים באיזו חברה שרוב המניות לא היו ע"ש הרב המנוח, אך זה לא הוזכר במהלך הדיונים), ואם אח"כ יסד הרב המנוח חברה, ובה רוב המניות ע"ש אשתו הרבנית, ועשה את החוזה על הקרקע ע"ש החברה, הרי זה כאילו נתן אח"כ מתנה לחברה. כלומר, את טובת התיווך שקיבל מהמתווכים מסר במתנה לחברה. וזה אינו פוטרו מלשלם את דמי התיווך אשר תיווכו עבורו, שהרי בזמן פעולת התיווך נעשה הדבר עבורו והוא הוא שנתחייב בדמי התיווך, ולא הרבנית, שלא קיבלה שום טובה ממר א. כי אם מבעלה המנוח, שמסר לה את הטובה שקיבל הוא ממר א. נמצא שאין אנו יכולים לחייב אלא את היתומים בתור יורשי הרב המנוח, ובוז כאמור טענינו להו שמא פרע, אלא שלהימנע משבועה יש לפשר ביניהם וכן"ל.

העולה מן הדברים שאין לראות את מר א. כמתווך יחיד, ועל כל פנים יש כאן עוד מתווך והוא מר ה. נמצא שאם יש לגבות לדמי התיווך שני אחוזים מגיע למר א.

אחוז אחד, ואם נאמר שלעסקא כעין זו מגיע לדמי התיזוך רק אחוז אחד (כדברי הרב דיכובסקי בנימוקי), הרי אין למר א. אלא חצי אחוז. ומכיון שתעלינו שיש כאן גם טענה שמא נפרע ויש לפשר ביניהם, אי לכך נראה לי שבתור פשרה יש לחייבם בשליש האחוז, דהיינו סך 3,900 ל"י.

חיים גדלי' צימבליס

אחרי העיון ובהסתמך על הנימוקים המצורפים פסקנו ברוב דעות:
על הנתבעים לשלם לתובע סך 3,900 ל"י.

ערעור תשל"ג/205

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: הרבנים אליעזר גולדשמידט, שאול ישראלי, יוסף קאפח

בענין:

א. (ע"י ב"כ הרב א. גולובנצ'יק) המערערת

נגד:

ב. המשיב

הגידון: מעשי ידיה של מעוכבת להינשא

ערעור אשה על פסה"ד של ביה"ד האיזורי בחיפה הפוטר את בעלה ממזונות מטעם שהיא עובדת, בטענה שהואיל וביה"ד פסק שהוא חייב לגרשה לא מגיעים לו מעשי ידיה ואין לקזז מזונותיה בגלל מעשי ידיה. — הבעל משיב שרוצה שלום בית ועומד בסירובו לציית לפס"ד לגרש את אשתו. — מה הדין של יבמה ביחס למזונותיה. — מה דינה של אשה שהיא ספק מגורשת ביחס למזונותיה ומעשי ידיה. — מה הדין בזה ביבמה שהיבם מסרב לכונסה ואינו פוטר אותה בחליצה. — מה דינה של אשה שבעלה אינו מציית לפסה"ד לגרש אותה והיא מעוכבת להינשא בגללו. — מה הוא ההבדל בחיוב המזונות של מגורשת ואינה מגורשת לבין חיוב המזונות של יבמה שהיבם אינו כונסה או של אשה שהבעל אינו מציית לפסה"ד לגרשה. — מה היא רמת המזונות באשה המעוכבת להינשא. — מה דינה של אלמנה הגיוזנית מנכסי היתומים ביחס למעשי ידיה. — מה דינה של אשה שהתגרשה מבעלה ועדיין לא קיבלה כתובתה ביחס למזונותיה ולמעשי ידיה.

מסקנות הרוב

- א. (1) אשה שנתעורר ספיקות בגירושיה מבעלה והיא „מגורשת ואינה מגורשת“, הואיל והיא מעוכבת להינשא בגללו, דינה מפורש בגמרא ובפוסקים שהוא חייב במזונותיה.
- (2) והוא הדין ביבמה, שהיבם מסרב לכונסה וגם אינו פוטר אותה בחליצה שהוא חייב במזונותיה.
- (3) לפי דעת הרא"ם הדין הוא באשה מעוכבת להינשא, למרות שמעכב נישואיה חייב במזונותיה, אינו זוכה במעשי ידיה, ואין שום מקור בראשונים החולק עליו, ויש לפסוק איפוא להלכה כדעת הרא"ם.
- (4) ושני טעמים בדבר: א. חיוב המזונות במעוכבת להינשא הוא משום קנס, ואין תקנת החכמים שמעשי ידיה תחת מזונות אלא באשה היושבת תחת בעלה והוא חייב בהם מצד הדין; ב. תקנת מעשי ידיה לבעל הוא שלא תהיה עליה איבה, ובאשה שאינה יושבת תחת בעלה לא קיים הטעם הזה.
- ב. אשה שבעלה חייב בפסק ב"ד לגרש אותה והוא אינו מציית לפסק הדין, יש לה דין של מעוכבת להינשא בגללו, ולמרות שהוא חייב במזונותיה, אינו זוכה במעשי ידיה, ואין לקזז איפוא ממזונותיה את הכנסותיה ממעשי ידיה.
- ג. הלכה שאשה עולה עם בעלה ברמת מזונותיה, אינה אלא ביושבת תחתיו, אבל אשה שמקבלת מזונותיה משום שהיא מעוכבת להינשא ואינה יושבת תחת בעלה, אינה עולה עמו, ומקבלת מזונותיה לפי הרמה הרגילה המקובלת.
- ד. אלמנה הניזונית מנכסי יתומים, דינה מפורש בגמרא שמעשי ידיה של היתומים, והטעם בדבר משום שיש בה תקנת איבה, כדי שלא יעכבו מזונותיה ויטריחוה כל פעם לבוא לבי"ד, וכמו כן משום שחיוב היתומים במזונותיה הוא מצד תנאי כתובה: „את תהא יתבת בביתי ומיתוגא מנכסי כל ימי מיגר ארמלותיך בביתי“ והאומדן הוא שלא היה בדעתו לתת לה הרווחה יותר מאשר היתה לה בחייו.
- ה. אשה שנתגרשה מבעלה ועדיין לא נתן לה כתובתה, הוא חייב במזונותיה ומעשי ידיה שלו, מאחר וכל התקנה לחייב אותו במזונותיה הוא כדי שלא יפרע לה כתובתה בשיעורים חלקיים ולשם תיקון הדבר מספיק חיוב המזונות תחת מעשי ידיה וימשך המצב כמו שהיה לפני הגירושין וגם האשה אינה מפסידה בזה שמתגרשת.

מסקנות המיעוט

- א. (1) שלשה החדשים הראשונים אחרי מות בעלה גיוזנית היבמה מנכסי בעלה, ומעשי ידיה הם ליבם.
- (2) בתום שלשת החדשים האלו, אם היבמה תבעה את היבם לדין ליבום או לחליצה, חייב היבם במזונותיה, ומעשה ידיה הם שלה.
- (3) המבחן להבדיל בין המזונות של ג' החדשים ובין המזונות שלאחריהם הוא: מזונות של ג' החדשים הם המשך ללא הפסק של המזונות הקודמים מתקופת הנישואין, וכל ההלכות של המזונות הללו חלות עליהן, ודין „מעשה ידיה תחת מזונות“ בכלל זה.
- חיוב המזונות של היבם, שהוא לאחר שהסתיים ונפסק חיוב מזונות הנישואין

הקודם, הרי הוא בגדר חיוב חדש שאינו בתחום דין המזונות של בעל לאשתו. ולכן אין להתחיל על מזונות אלו את ההלכה של המזונות מדין הברייטא: „תיקנו מעשה ידיה תחת מזונות“.

ב. (1) ספק מגורשת, — „מגורשת ואינה מגורשת“, מעשה ידיה הם שלה, אף על פי שהיא זכאית למזונות, שמכיון שהיא ספק מגורשת, הרי אין המזונות הללו מכח דין הכללי של מזונות אשה מבעלה, כי מכיון שספק הוא, שמא היא מגורשת, הרי אין לה מזונות, שמספק אין מוציאין, אלא שהמזונות הללו הם מכח הלכה אחרת: „מעוכבת להינשא“, חיוב חדש שנוגד על ידי מתן גט הספק. כלומר: אף על פי שבשעת חתימת הגט פקע ונפסק חיוב המזונות — לסוברים כך, חזרו ותיקנו מזונות, משום קנס, היינו שעבד מתן הגט חל חיוב חדש של מזונות. ומכיון שהמזונות מכח חיוב חדש הן, אין הן בכלל ההלכה „מעשה ידיה תחת מזונות“.

(2) המזונות ומעשה ידיה, כמו הפירות והפדיון, תלויים הם זה בזה, ואין לשלול מהחייב במזונות או פירות את הזכות הנגדית למעשה ידיה ופדיון; אולם תלות זו היא רק במקום שהחייב הוא מכח הדין, שורת הדין מחייבת שהחייב והפטור יגוררו אחריהם חיוב ושלילת הזכויות שהם תמורת המזונות והפדיון ונתקנו תחתיהם.

אבל במקום שהחייב אי הפקעת הזכות היא לא מצד הדין אלא מסיבת קנס, דרכו של קנס הוא שאין לו מיגבלות הדין, ומי שעבד אשמתו ראוי להקנס שיפסיד זכויותיו, יתכן גם לקונסו „לפנים משורת הדין“: זה שהוא האשם יוטל עליו חיוב ויחד עם זה לא יזכה בזכות הנגדית, כך שהאשם הוא לבדו שייקנס ויפסיד, והלא אשם לא יפסיד כלל.

(3) גם לדעת הפוסקים שלא יתכן להפקיע את הזכות ולהשאיר את החייב על כנו, גם כאשר ההפקעה משום קנס היא, זה הוא רק כאשר עצם החייב הוא מכח הדין, אף שההפקעה היא משום קנס, אבל אם גופו של החייב, הורתו ולירתו, משום קנס הוא, ומעיקרו לכך נוצר, ואיננו מכח דין המזונות הכללי, הרי חיוב זה אחר הוא במהותו, ואיננו כלל בתחום התקנה שבברייטא: זה תחת זה. ולכן אין חיוב הקנס הזה גורר אחריו כל זכות שכנגדו.

(4) החייב במזונות במגורשת ואינה מגורשת, הוא אינו המשך החייב מתקופת הנישואין, אלא חיוב חדש לגמרי, כמבואר. לכן גם באדושה שהיא מגורשת ואינה מגורשת, אף שלפני הגט טרם חל חיוב המזונות מכח הדין הכללי למזונות נישואין, חייב המגרש הזה במזונותיה, כי עקב הגט הזה חל חיוב חדש למזונות, אחד ושונה בעיקרו ובמהותו מהחייב הכללי. חיוב מכח קנס, שקנסו את הבעל בגלל מתן הגט — לא גט זה, הגורם לאשה להיות „מעוכבת להינשא“ — כי מבעלה כבר נותקה ולאחר היא לא יכולה להינשא, מספק.

ג. אף שהחייב ביבם אינו במסגרת חיוב המזונות הכללי של הבעל לאשתו ובתחומם, גם חיוב זה משום סרך אישות הוא, ורואים את היבמה אשר „סופו לייבם“ כאילו היא „כאשתו“. כי חיוב מזונות הוא מאופיו חיוב אישות, ואין מזונות ללא אישות. אבל אין זה החייב הכללי של מזונות נישואין, בו „תיקנו מעשה ידיה תחת מזונות“.

ד. ולכן: במזונות הבעל לאשתו, אשר חיובם הוא מכח הדין המזונות הכללי, חיוב מכח נישואין הקיים ועומד מיום הנישואין ונמשך מאותו יום ללא הפסק וללא התחדשות, על המזונות הללו חלה התקנה: „מעשה ידיה תחת מזונות“. ולפיכך בשעה שמחייבים את הבעל במזונות אלו, חל ממילא הדין מעשה ידיה לבעל, גם כאשר טעמו של הדין הזה הלך מן העולם ואיננו כבר.

פסק-דין

לפנינו ערעור על החלטת כב' בית הדין האזורי בחיפה מיום ד' לחודש תמוז תשל"ג, (תיק שלג/2120), בו נאמר:

„בפסק דיננו מיום כ"ז באייר תשל"ב (11.5.72) בתיק שלב/2071 חייבנו את הבעל לשלם לאשה מזונותיה סך 200 ל"י לחודש נוסף למזונות שחייב עבור בתם.

ציינו בפסק הדין הנ"ל כי עד עתה לא חייבנו הבעל במזונות האשה מאחר והיא עבדה, וכעת שאינה עובדת יותר, יש לחייב הבעל גם במזונות האשה.

בעתירה שבפנינו מבקש הבעל לפטור אותו ממזונות אשתו, מאחר והיא שוב עובדת ויש לה מספיק כדי מחיתתה, יחד עם זאת הוא כותב בעתירתו הוא שוב מזמין האשה לחזור לחיים משותפים.

הדיון התקיים ביום כ"ז בניסן בתשל"ג, ולאחר שמיעת הטענות וכרשום בפרטיכל, החלטנו לברר בקשר למשכורתה, לאור התשובה שנתקבלה ממשרד החנוך (האשה א. מורה), מתברר כי הכנסתה נטו כ-1250 ל"י לחודש. כאמור לעיל, נוסף לטעונו שהאשה שוב עובדת, הוא חוזר ומציע לאשה לחזור לחיי שלום אתו. בדרך כלל אם בעל מציע לאשתו לקיים שלום בית והאשה מסרבת, הוא לא חייב במזונות אשתו, אולם במקרה שבפנינו שפסקנו שהבעל חייב לגרש את אשתו בג"פ כד"ת, אין כלל להתייחס לטענה זו, נשארה רק הטענה שהאשה שוב עובדת ומשתכרת כדי מחיתתה.

בדרך כלל, יש לקזז מעשה ידי האשה ביחס למזונות, אולם במקרה שלנו התעוררה השאלה בין הדיינים אם יש לחייבו במזונות למרות שהיא עובדת, מאחר שחיוב המזונות היה מדין מעוכבת לתנשא — מאחר שחייב ע"י ביה"ד לגרש את אשתו — וכדין מגורשת ואינה מגורשת (ב"מ דף י"ב ע"ב).

הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף ריש פרק שני דייני גזירות (כתובות פ' י"ג) כתב דבמגורשת ואינה מגורשת הבעל זוכה במעשה ידיה. ואם כי בתשובות הרא"ם ס"ס ל"ד כתב שבכה"ג אין הבעל זכאי במעשה ידיה, אולם מאחר ותבעל מוחזק, אין להוציא ממנו עבור מזונות אשתו כשהיא משתכרת כדי מחיתתה.

ועיין בזה בשיטה מקובצת בבא מציעא דף י"ב ע"ב, וראה גם בפסקי דין רבניים כרך ג' עמוד 44 ואילך שדנו הרבה בנידון זה.

לכן הוחלט ברוב דעות להיענות לדרישת הבעל והננו קובעים:
פסק דיננו הנ"ל והמחייב הבעל במזונות אשתו, לא ניתן יותר
להוצאה לפועל, ואין להמשיך בהוצאתו לפועל.
העתק החלטה זו יש להעביר לצדדים".

בערעור בכתב וב"פ נטען, שבהיות האשה מעוכבת להינשא בשל סירוב הבעל
למלא אתר פס"ד של ביה"ד שלפיו חוייב לתת ג"פ לאשתו-המערערת, יש לחייבו
במזונות, למרות שהאשה עובדת ומרויחה כדי מחייתה. כן נטען, שהאשה התחילה לעבוד
רק מפני שהמזונות שנקבעו לה בשעתו ע"י ביה"ד, אינם מספיקים למחייתה.
המשיב, הממשיך לעמוד בסירובו למתן ג"פ, בטענותיו בכתב, שצורפו לתיק עפ"י
בקשתו בהופיעו לפנינו, ממשיך בטענתו שרוצה בשלום בית, ומבקש לאשר את החלטת
ביה"ד נשואת הערעור.

התרשמנו קשות מהופעות הבעל וטענותיו בפני ביה"ד האזורי ובפנינו, שבעוד
שלפי העדויות שנמצאות בתיק ביה"ד, אין הוא ראוי לחיי אישות וממאן לקבל טיפול
רפואי כפי שהומלץ, מעגן את האשה זה מספר שנים, בנצלו באכזריות את העובדא
שביה"ד למרות שהחליט שחייב לתת ג"פ, עדיין לא החליט על נקיטת אמצעי כפיה
לזה, וממשיך לסרב למלא אחרי פסה"ד. דבר שאין צריך לומר, שהחלטת ביה"ד נשואת
הערעור, לפיו עוכבה גם ההוצאה לפועל של פס"ד המזונות, מקילה עליו ומעודדת
אותו להחזיק בסירובו.

ההחלטה האמורה, נשואת הערעור, שניתנה ברוב דעות, מסתמכת על מה שביה"ד
רואה בגידון זה, שהמזונות הן בגלל היות האשה מעוכבת מלהינשא מחמתו, מחלוקת
הפוסקים, אם יש לבעל זכות במעשי ידיה. ותואיל וכן, פסק שכיון שהבעל מוחזק אין
להוציא ממנו מזונות מספק.

עיינו בדברים, והגענו למסקנא שאין יסוד לעכב לאשה מזונות בגידון כגון זה.
לשם בירור הלכה זו, נסורה נא ונראה הדברים במקורם.

במתני' ב"מ דף י"ב: „מציאת אשתו שגרשה ולא נתן לה כתובתה, הרי זו
שלה". ואוקי לה בגמרא, במגורשת ואינה מגורשת דא"ר זירא דבעלה חייב במזונותיה.
ואשמעינן מתני' דמציאתה של עצמה „טעמא מאי אמור רבנן מציאת אשה לבעלה —
כי היכי דלא תיהוי לה איבה, הכא אית לה איבה ואיבה".

ופירש"י (כתובות צ"ו ע"ב): „הא דחייב במזונותיה, הוא משום דמעוכבת
בשבילו להינשא".

וכה"ג פוסק הרמב"ם ביבם שנתבעתו לדין לייבם או לחלוץ וברח או חלה, שניזונת
משל יבם. וכ' הב"י (א"ע סי' ק"ס) בטמו „משום דכל שנתבעתו לדין, אם אינו פוטרה
משל יבם. וכ' הב"י (א"ע סי' ק"ס) בטעמו „משום דכל שנתבעתו לדין, אם אינו פוטרה
וחיוב זה ביבם הוא ודאי רק מטעם קנס, שהרי אין לומר בכה"ג שאין המדובר
על ייבום אלא גם על אפשרות של חליצה, שהחשיבו חכמים כאילו כנסה, כיון שאינה
עומדת כלל לייבום, אלא ודאי מטעם קנס הוא שעל ידו היא מעוכבת מלהינשא.

לדעת התוס' (יבמות מ"א ע"ב, ד"ה עמד) והרא"ש (שם, פ"ד כ"ד) אין חייב
במזונות אלא כשנתרצה לייבם. אך נראה שגם לדעה זו הוא מצד שמעוכבת בכה"ג
מלהינשא שהרי כתבו שם שנראה שהוא מחמת קנס „שקנסוהו חכמים שלא כנסה, תקנו
מזונות". והוכיחו זאת ממה „שאין מעשה ידיה שלו". הרי שלדעתם ג"כ הוא מצד

שמעוכבת על ידו מלהינשא, שעל כן קנסוהו, בכדי ללחוץ עליו שיכנסנה או יפטרנה. ומה שנחלקו עם הרמב"ם ולא חייבוהו אלא כשנתרצה לייבם, נראה פשוט, מפני שסוברים שאין לקנסו, כיון שנפלה לו ממילא ע"י נשואי אחיו, נמצא שהאגידות בו, לא הוא שגרם לה. וע"כ רק לאחר שהסכים לייבם יש לראות העכבה מחמתו, ויש לקנסו. ואף ספיקם של בעלי התוס' והרא"ש אם החיוב בכה"ג הוא מטעם קנס, הוא ג"כ מטעם זה דשמא גם בשנתרצה לייבם אין מקום לקנסו, כיון שסוף סוף כל עיקר הויקה לא באה עליו אלא מכח אחיו, דאשר ע"כ יתכן, שאין זה מטעם קנס, אלא מפני שנחשבת כנשואה לו, כאילו כנסה כבר.

הוכיחו התוס' והרא"ש שמסתבר שהחיוב הוא מטעם קנס, דהא אין מעשה ידיה שלו, והיינו שאילו היה זה מפני שזה כאילו כנסה, כי אז היו מעשה ידיה שלו, כמו בנשואה דעלמא, אע"כ הוא רק מטעם קנס, וע"כ לא תקנו מעשה ידיה כנגד המזונות, שכיון שזו קנס עליו, לא שייך שיתנו לו משהו בתמורה (בפרט, שאם מעשה ידיה מספיקים למזונותיה, נמצא שאין עליו שום קנס).

יצא מזה בפשיטות, שבמגורשת ואינה מגורשת, שחיובו הוא ג"כ כנ"ל, מצד שמעוכבת על ידו מלהינשא, והוא הוא הגורם לזה, ודאי הוא משום קנס, אין מקום לזכותו בתמורה למזונות במעשה ידיה, כי כיון שהוא קנס אין מקום לזכותו בתמורה כל שהיא. והא דאיצטריך בסוגיא דב"מ הנ"ל למיהב טעמא אמאי אין תבעל וזכה במציאתה —, הכא אית לה איבה ואיבה, ולכאורה מאחר שהוא מטעם קנס, גם בלי טעם זה אין לזכותו בתמורה, הוא משום דכיון שהמדובר בספק מגורשת, היה מקום לומר שמצד הספק שמא לא נתגרשה, והרי היא אשתו, שאז החיובים ההדדיים עדיין קיימים, ממילא היה מקום לומר שיוכל לעכב ממזונותיה (או מכתובתה) כנגד המציאה, כדין מוחזק מספק. ולזה אמרו, שגם אם עדיין לא נתגרשה, מ"מ כל כה"ג לא שייכת תקנת מציאתה שלו, כיון דלא תיקנו אלא משום איבה, וכאן לא שייך טעם זה.

עוד כתב שם הרא"ש: „וכן נראה לי, אע"ג דניזונת משלו אין מעשה ידיה שלו, דקי"ל מזוני עיקר ותקינן רבנן שיהא מעשה ידיה שלו משום איבה, וכל זמן שאינה יושבת תחתיו אין לחוש לאיבה“.

פשוט, שאין דבריו מוסבים לפי מה שכ' קודם שנראה שהחיוב הוא מצד קנס. שהרי לפני כן הוכיח שהוא מטעם קנס מזה שאין מעשה ידיה שלו. הרי, שאם תנימוק הוא מצד קנס, פשוט הוא למה אין מעשה ידיה שלו. אלא שבא לומר, לפי מה שכתב שם שאפשר לפרש מ"ש בגמרא אי משום מעשה ידיה, לא משעבדא ליה, שאין הכוונה שאין לו מעשה ידיה, אלא מפני שאין צריך לחשוש שאמר לה צאי מעשה ידך במזונותיך, כל עוד שלא נתחייב במזונותיה בב"ד (אלא שכ' שאין לשון הגמרא משמע כן, ומ"מ לא נדחה פירוש זה באופן מוחלט). לזה הוסיף, שאף אם נאמר שאין החיוב משום קנס, ג"כ הפירוש בגמרא הוא שאין לו עליה מעשה ידיה. וזה, כי כל כה"ג שאינה תחתיו אין חשש איבה כלל. ממילא גם אם נפרש שחיובו במזונות, הוא משום שזה כאילו כנסה, מ"מ אין מעשה ידיה שלו.

ב, בית יוסף (סי' ק"ס) שהביא דברי הרא"ש הללו העיר עליו: דאי מהא לא אירא, שהרי אלמנה דעלמא תוכיח שניזונת משל יתומים ומעשה ידיה שלהם. היינו, דחזינון שגם בגוונא שאין חשש איבה, שהרי אינה יושבת תחתיו, ומ"מ

מעשה ידיה שלהם. לכאורה דבריו תמוהים שהרי התוס' (דף מ"ז ע"א, ד"ה משום) כתבו שגם באלמנה שייך התקנה משום איבה, „שלא יטריחוה כל שעה לבי"ד". וודאי שאין כוונת „בית יוסף" לומר שמטעם זה עצמו שלא יטריחוה לבי"ד, יש לתקן גם ביבמה שהיה מעשה ידיה שלו, כי החילוק מבואר, שכל שבידו לסלק העיכוב, שהרי זה שאינה יושבת תחתיו הוא הגורם לזה, לא שייכת בזה איבה, ולא כן הדבר באלמנה.

ע"כ נראה יותר בכוונת „בית יוסף", כי דברי התוס' הנ"ל שגם באלמנה איכא הטעם משום איבה, לכאורה אינם מוסכמים, שהתוס' מחלקים לפ"ז בין איבה דמעשה ידיה לבין איבה דמציאה, דבמציאה הוי איבה דקטטה, ובקטטה דידה דיתומים... לא חיישינן. ואילו איבה דמעשה ידיה הוא שיטרידוה במזונותיה, ע"כ שייך חשש זה גם לגבי יתומים, ומשום"כ מעשה ידיה דאלמנה הוי של יתומים.

אולם לא כן נראה שיטת התוס' להלן (דף ס"ו ע"א, ד"ה מציאתה) שהקשו בהא דנקטינן בפ' האשה רבה שני טעמים שונים באשה שבא בעלה ממדינת הים לאחר שנשאת לאחר שאין מעשה ידיה ומציאתה שייכים לו, „ואי מציאתה תחת מזונות הו"ל למינקט בתריותיו חד טעמא". וזה לפי מה שהוכיחו שם מהסוגיא „דמציאתה תחת מזונות כמו מעשה ידיה". עיי"ש ב,פני יהושע" שהקושיא היא דמסוגיא שם הוכיחו „דמציאה והעדפה גמי משום חדא טעמא הוא, והיינו ע"כ איבה דמזונות".

ועי', „פני יהושע" (ר"פ מציאת האשה) שכן הוא דעת הרמ"ה שהובאה ברא"ש שם שכ' דהא דמציאתה לבעלה היינו דוקא בניזונת, אבל באינה ניוזנת „תיהוי לה איבה ואיבה". ועי' ריטב"א ב,שיטה מקובצת" לב"מ דף י"ב ע"א שכ' ג"כ שהחיוב במציאתה הוא רק כשניזונת הימנו. והשיג עליו הרא"ש שגם באומרת איני ניוזנת ואיני עושה, „כיון דברשות קעבדה חיישינן לאיבה ומציאתה לבעלה". וכ', „פני יהושע" דדעת הרמ"ה שבמציאה חשש האיבה הוא כמו במעשה ידיה, היינו שיעכב מזונותיה, וזה אינו שייך כשניזונת משל עצמה.

ובדעת הרא"ש כתב דיש לומר דס"ל כהתוס' דף מ"ז ע"א הנ"ל דאיבה דמציאה „לאו משום איבה דמזונות אלא משום איבה דקטטה". ע"כ זה שייך גם בניזונת משל עצמה, וכן העלה „קרוב נתנאל" על הרא"ש אות ד. (וכ"ה ב,קונטרס אחרון" להפלאה ס"י פ"ד, ה,בית מאיר" ס"י פ"ד עיי"ש). תו כתב שם די"ל דגם הרא"ש סובר דאיבה דמציאה הוא איבה דמזונות וכמו מעשה ידיה. ומ"מ הקשה על הרמ"ה „דנתי דהאשה יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה, אפ"ה אם תחזור בה ולהיות ניוזנת ועושה, הרשות בידה, כשיטת כמה פוסקים, וא"כ יפה כתב, דכיון דברשות קא עבדה, חיישינן לאיבה". ועפ"י נראה כוונת „בית יוסף" בהשגתו על הרא"ש, דלפ"ז הרי חוינן באלמנה, דאעפ"י דהטעם דאיבה לא שייכא בהו, דמשו"כ מציאתה לעצמה. ואעפ"כ מעשה ידיה של יתומים, הרי דלענין מעשה ידיה, לא פלוג בתקנתם, וכל היכא שניזונת חייבת במעשה ידיה, אעפ"י שעיקר טעם התקנה אינו, דע"כ אפ"ל גם ביבם כן.

ועיי"ש בדרישה שתירץ דברי הרא"ש „דשאני אלמנה דעלמא שהבעל כתב לה את תהא יתבת בביתי וכו' והוי כאילו הבעל עדיין קיים, ולכן הואיל שבחיינו מעשה ידיה שלו משום איבה, גם לאחר מיתתו הם ליורשים".

דבריו הם ג"כ, שלא כפי שהעלו התוס' בדף מ"ז ע"א הנ"ל, שטעם איבה דמזונות שייך גם אצל היתומים, ולא אתי עלה אלא משום שאצלם הרי זה „כאילו הבעל עדיין

קיים, אעפ"י שלגביהם לא שייך טעם התקנה משום איבה, אלא שמחלק בין יתומים דשייך לומר בהם שהמשך חיובם הוא במתכונת של חיוב אביהם. ולא כן ביבם שחיובו הוא עצמי, ע"כ אין לו במעשה ידיה, כיון דלגבי ידיה לא שייך טעם התקנה משום איבה. ויש לתת סימוכין לדבריו ממה דאמרינן בגמרא (לעיל דף מ"ג ע"א), „אלמנתו לא ניחא ליה בהרווחה, בתו ניחא ליה בהרווחה“ (שתרויה מעשה ידיה לבד מפרנסתה, רש"י). והיינו שחכמים בתקנתם מזונות בתנאי כתובה, ירדו לסוף דעתו של אדם שרוצה שתהא אלמנתו ניוזנת מנכסיו, אבל לא היה ברצונו להרוויח לה נוסף ע"ז את מעשה ידיה, דאשר ע"כ כשתקנו לה מזונות, מ"מ תקנו כנגדם שמעשה ידיה של יתומים, אעפ"י שטעם איבה אין לגביהם. ויוצא לפ"ז דלעולם אוליגן לענין מעשה ידיה בטר טעמא דאיבה, וכל היכא דליכא טעמא דאיבה אין לו במעשה ידיה, אעפ"י שתקנו חכמים לחייבו במזונות. אלא שבאלמנה שאני, שכל עיקר החיוב הוא מפני שירדו לסוף דעתו שרוצה שתהא ניוזנת מנכסיו, אבל לא היה בדעתו, אלא שכנגד זה יהיו מעשה ידיה של היתומים, וע"כ ביבם, כיון שחיובו במזונות הוא מצד תקנת חכמים ולא מצד דאמרו חכמים את רצון היבם, ע"כ אין לו במעשה ידיה, כיון דלא שייכת שם איבה. ומינה, דגם במגורשת ואינה מגורשת דחיובו מצד שמעוכבת להינשא בגללו, וכן בכל מי שחייב על פי דין לגרש ומסרב לגרשה, דחייב במזונותיה מתקנת חכמים, דאין מעשה ידיה שלו, כדכתב הרא"ש לגבי יבם, „דקי"ל מזוני עיקר... וכל זמן שאינה יושבת תחתיו אין לחוש לאיבה“.

והאמת אגיד, שמה שנוקט בפשיטות ב„פני יהושע“ וכן בהפלאה ו„בית מאיר“ כנ"ל ששתי שיטות הן בתוס' בביאור איבה דמציאתה, ושיטת הרמ"ה שהוא מצד איבה דמזונות כמו במעשה ידיה, והטעם לזה גם שיטת הרא"ש, לענ"ד שיטת התוס' אחת היא, וכן לא ניתן להסביר הרא"ש עפ"י דבריו, דשיטת הרמ"ה אכתי לא מיושב, דאם איתא דהא דמעשה ידיה הם של היתומים אע"ג דליכא בהו טעמא דאיבה. מצד שלגביהו כאלילו נמשך החיוב שהיה אצל אביהם ובמתכונתו, אינו מובן, דא"כ למה אין מציאתה גמי שלהם. ובגמרא ר"פ אלמנה ניוזנת אמרינן בגמרא שהוא משום דלגביהו לא חיישינן לאיבה, דמה בכך, הא גם במעשה ידיה אין חשש איבה ואעפ"כ הרי זה שלהם מצד המשך החיוב במתכונת שהיה לגבי האב, א"כ מהאי טעמא הול"ל גמי לענין מציאתה שהיא שלהם. ואיך יתכן להפריד ביניהם, מאחר שטעם תאיבה שבשניהם שיה ממש. והוא הדין שקשה על התוס' דפ' מציאת האשה אי נימא דלא ס"ל להא דכתבו התוס' בדף מ"ז ע"א. מאידך קשה על התוס' בדף מ"ז מסוגית הגמרא ר"פ מציאת האשה. כן לא נראה לפרש שיטת הרא"ש שזה מצד שיכולה לחזור בה ולהיות ניוזנת, דע"כ יש עדיין חשש איבה. חדא, דהרא"ש עצמו לא פסיקא ליה באומרת איני ניוזנת ואיני עושה, אי מצית לחזור בה, כמבואר בדבריו בפ"ד (ס"י י). ותו דהא דאמרינן דיכולה לחזור בה בכל שעה, הרי הוא משום שתקנת מזונות ומעשה ידיה של כל יום, הם תקנה בפני עצמה, ולא שייך יום אחד לחבירו, א"כ משום מה נימא דבאומרת איני ניוזנת ואיני עושה מ"מ מציאתה שלו משום דמצית חדרת בה, הרי אז כשהחזרת חוזרים גם שני החיובים ההדדיים — מזונות מצד הבעל, ומעשה ידיה יחד עם מציאתה שמאותה שעה, ומה לנו לזכותו במציאתה של אותם הימים שבהם לא היתה ניוזנת, ומאי שנא מציאתה של אותם ימים ממעשה ידיה של אותם הימים, דכשם שלגבי מעשה ידיה דאז לא שייכת איבה, כיון שבאותם הימים לא היתה ניוזנת, כמו"כ יש לנו לומר לגבי מציאתה.

וביארור התוס' דרך מ"ו ודרך ס"ז עולים בקנה אחד, דאמנם איבה דמציאה הוא לא מצד החשש שע"ז יעכבו מזונותיה, הן לגבי הבעל והן לגבי היתומים, כי זו אינה אלא הרווחה מקרית בלתי קבועה, ובגלל זה לא חיישינן שמצד האיבה יעכב מזונותיה, אולם עכ"פ גם לגבי המציאה, אין האיבה שייכת אלא כשניזונת, דאז הוא דיש חשש קטטה עכ"פ, מבלי שיעכבו המזונות. אבל בשאינה ניזונת כלל אין מקום גם לאיבה דקטטה, כיון שאינה לוקחת משלהם כלום. והוא שהקשו בתוס' ר"פ מציאת האשה, דכיון דגם הדיון על מציאתה כרוך בזה שאינה ניזונת, דמשו"ה לא שייך לתקן דמציאתה שלו, וכן לטעם איבה, לא שייך באשה זו שאסורה עליו, וע"כ זה טעם מספיק לענין מעשה ידיה, א"כ שני הטעמים כאחד שייכים הן לגבי מעשה ידיה והן לגבי מציאתה.

וכן מבוארת השגת הרא"ש על הרמ"ה, שגם באומרת איני ניזונת ואיני עושה יש לחשוש לאיבה אעפ"י שאינה ניזונת משלו, כיון שלא הבעל הוא שהוריד מעל עצמו חיוב המזונות אלא בזימתה היא שויתרה על התקנה, יש חשש קטטה, שהרי זה כאילו ממשיך לזון אותה. ואעפ"י שלא שייך כאן חשש שיעכב מזונותיה, הרי כנ"ל הא דמציאתה שלו הוא לא מחמת חשש שיעכב מזונותיה, אלא שמ"מ יבא אתה לידי קטטה. (והרמ"ה אולי ס"ל, דכל שנפקע מעליו חיוב מזונות מכל וכל, שוב גם חשש איבה דקטטה לא שייכא, כיון שאינה לוקחת כלום משלו בזה ובבא).

מסקנת הדברים, כשהחיוב במזונות הוא מצד שמעוכבת על ידו מלהינשא אין מעשה ידיה שלו, וזה משני טעמים: א', מכיון שבכה"ג החיוב הוא משום קנס, ובזה אין מקום לזכות אותו בתמורה שהיא. וב', שמעשה ידיה אינם שלו אלא במקום שיש חשש איבה, וכל כה"ג שאינה יושבת תחתיו, והסיבה היא ממנו, אין מקום לאיבה. ואלמנה שמעשה ידיה של יתומים ולא מציאתה, הוא, או מפני שלגבי מעשה ידיה יש חשש איבה גם באלמנה, או מפני שהתקנה היתה על פי מה שאמדו חכמים רצונו של אדם, שרוצה שתהא ניזונת באותה מתכונת שבחיייו. מטעמים אלה אין היבם זוכה במעשה ידיה בשעמד בדין וברח. וטעמים אלה קיימים גם במגורשת ואינה מגורשת. והוא הדין במי שחייב לגרש ואינו מגרשה, שמעוכבת על ידו מלהינשא.

מכל האמור נמצאנו למדים, שמה שמובא בפס"ד נשוא הערעור משו"ת הרא"ם ס"ו ל"ד שבמגורשת ואינה מגורשת, "מציאתה שלה, והוא הדין נמי מעשי ידיה, דחד טעמא הוא" היא דעה מוסכמת, ויוצאת בהכרח מסוגיות הגמרא והראשונים שבנידון. (רע"ע ב, שיטת מקובצת" לב"מ י"ב ע"ב בשם הרמ"ך שכ' וז"ל:

„מציאת אשתו שהיא מגורשת ואינה מגורשת הרי היא שלה, ואעפ"כ הוא חייב במזונותיה. והוא הדין שחייב בכל תנאי ממון של כתובה. ואם מתה יורשה מכל מה שתחת ידו — מספק".

והנה ממש"כ ש, יורשה ממה שתחת ידו מספק", מוכרח לומר שחייב בקבורתה, שהרי לא יתכן לומר שיחזיק בירושתה מספק שמא עדיין לא נתגרשה, ואילו לגבי קבורתה יבא לפטור עצמו מספק שמא כן נתגרשה. או שהחיוב בקבורתה הוא משום שהוא בכלל „תנאי ממון של כתובה", ומ"מ אינו זוכה בירושה שתקנו נגד חיוב הקבורה, רק במה שמוחזק, מצד הספק שמא לא נתגרשה. ומכאן, שחיוב הבעל בכל תנאי ממון של כתובה, מצד שמעוכבת מחמתו להינשא אין פירושו שעשו אותה חכמים כאילו ממשיכה להיות אשתו, גם לגבי החיובים של האשה, שא"כ תול"ל שכשם שחייב בקבורתה כן יורש אותה גם במה שאינו מוחזק. אע"כ כנ"ל, ומכאן, שלגבי מעשה ידיה שאין לזכותו

מספק, ואפילו לגבי מה שמוחזק דהיינו המזונות או הכתובה אינו יכול לעכב, כיון דאין כאן חשש איבה, דומיא דמצאאתה.

ומש"כ שם עוד בא"ד: „ואפשר לומר כיון שאינה מגורשת ודאי עדיין אשתו היא לכל דבר חוץ ממצאאתה" (צויון שם ב, שיטה מקובצת" שכאן חסר בערך י' תיבות). הוא שנסתפק, שמא בספק מגורשת יש להעמידה בחזקת אשת איש, שמשום זה הם החיובים. ולפי זה נראה שכל החיובים ההדדיים קיימים, וכיוצא בזה תקשה על רש"י בס' הפלאה לכתובות צ"ז ע"ב עיי"ש. ומסתבר, שבמלים שחסרות נאמר שהוא הדין למעשה ידיה שלזה אעפ"י שהחיובים ההדדיים קיימים, מ"מ הם שלה כמו מצאאתה, כיון דלא שייך בכה"ג חשש איבה, וצ"ע(ק).

אלא דבפסה"ד הנ"ל מציינים מהאמור בפסקי דין רבניים (כרך ג' עמ' 55) שדעת הראב"ד במגורשת ואינה מגורשת מעשה ידיה שלו. ועפ"י מסיקים שכיון שהבעל מוחזק אין להוציא ממנו מזונות, בכה"ג שהאשה מרווחה כדי מחיתה.

ונביא בזה את מה שנאמר משם הראב"ד ובהסברו, מפסקי דין רבניים כרך ג', שהוזכר בפסה"ד נשוא הערעור, ונעיר מה שיש לנו להעיר בזה. וז"ל שם: „ובהשגות הראב"ד על הרי"ף בכתובות פ' שני דיני גזירות כתב דבספק מגורשת זוכה הבעל במעשה ידיה תחת מזונות וכו' וכו'. ונראה שטעמו של הראב"ד בזה הוא, משום דכל שלא סילק לה כתובתה, השאירו אותה בזכותה הקודמת למזונות, כפי שהיה מגיע לה לפני שגירשה בעלה, ולהכי זוכה הבעל במעשה ידיה כמו לפני הגירושין, ואותו הטעם הוא גם במגורשת ואינה מגורשת. ואינו דומה ליבם שעמד בדין וברח שהוטל עליו חיוב מזונות חדש, לא כהמשך לזכותה למזונות שהיה לה לפני כן משום קנס, ומשום שמעוכבת על ידו ומעגנה, ולהכי לא תקנו ביבם שיזכה במעשה ידיה.

וחנה, ראשית יש לציין שמה שנאמר שכאילו הראב"ד „כתב דבספק מגורשת זוכה הבעל במעשה ידי תחת מזונות", דברים אלו לא אמרם הראב"ד, שדבריו נסבים על הירושלמי כפי מה שפי' המשנה דב"מ דף י"ב ע"א, שהמדובר במגורשת ממש, אלא שלא סילק לה כתובתה, ואינם אלא נלמדים בפס"ד הנ"ל על דרך היקש לענין מגורשת ואינה מגורשת, כפי שהמשנה מתפרשת בגמרא דילן. אולם כפי שנראה להלן, אין ללמוד מזה על זה כלל.

הנה כך הוא לשון הראב"ד שם: „ושמעתא דבני מערבא... ובפ' שנים אוחזין בטלית מייתי להא מתני' דקתני מציאת אשתו שגירשה אעפ"י שלא נתן לה כתובתה, מציאתה לעצמה. הלא אמרת, אדם שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובה חייב לזונה עד שיפרענה משלם. כלומר, מדקתני אעפ"י שלא נתן לה כתובה, אלמא כל זמן שלא נתן לה כתובתה שייכא ביה ואית ליה זכיה עליוה. ומאי ניהו — מעשי ידיה תחת מזונותיה, ואפ"ה מציאתה שלה. דאי לא שייכא בה דיא כלל, מאי אעפ"י שלא נתן כתובתה".

מדבריו, אנו רואים שדיוקו לפי הירושלמי שמעמיד המשנה במגורשת ממש, אלא שעדיין לא סילק כתובתה, שבכה"ג מעשה ידיה שלו תחת מזונותיה, דיוק זה אינו ממה שבמשנה לא הוזכר אלא דין מציאה, ולא דין מעשה ידיה (ועי', „אור שמח" פ"י מה' אישות ה"ט, אך מהראב"ד לא נראה כן. וקצ"ע). כי זה באמת אינו דיוק כלל, שהרי המשנה דנה בעניני מציאה, א"כ לא היה לה להזכיר ענין מעשה ידיה, אלא דיוקו הוא ממה שנראה שהעובדא שלא סילק כתובתה עדיין השאירה לבעל (ולא רק לאשה)

זכויות על קניני האשה, כמו שכ', „דאי לא שייכא בהדיה כלל, מאי אעפ"י שלא נתן כתובתה". ובע"כ הכוונה למעשה ידיה שזוכה בהם, כי מאחר שהיא מגורשת גמורה, הא דלא סילק כתובתה דמשו"כ מחייבים במוזנות, עדיין אין בו שום סיבה לזכותו בשלה, אע"כ העובדא של חיוב המזונות אכן מזכה אותו בשלה — דהיינו במעשה ידיה. אכן דיוק זה הוא רק לפי מה שהירושלמי מפרש שהמדובר במגורשת באופן מוחלט. ולא כן לפי הבבלי שהמדובר במגורשת ואינה מגורשת, שלפ"ז מתפרש האמור במשנה „אעפ"י שלא נתן לה כתובתה" — אעפ"י שאינה ראויה לגתנית כתובה, כלומר — שהיא רק ספק מגורשת, כדפי' בתוס' שלנו והרא"ש ב„שיטה מקובצת" שם. א"כ לפ"ז אין שום דיוק מהמשנה שבכה"ג נשארו לבעל באשה זכויות שהן, כפי שדייק הראב"ד לפי פירוש הירושלמי של המשנה. (וממה שהמשנה לא הזכירה מעשה ידיה רק מציאתה, הרי כנ"ל אין שום דיוק, כיון שעיקר כל דיני המשנה אמורים בענין מציאה). א"כ הדרינן ליסוד הסברא שכל שהתקנה היא משום איבה, אין לבעל זכויות בספק מגורשת וכמ"ש הרא"ם — „דחד טעמא הוא".

ומגוף ההלכה של הירושלמי אין ללמוד לגידון של ספק מגורשת, שכשם שבמעוכבת תשלום הכתובה דניזונת לפי הירושלמי ומ"מ מעשה ידיה שלו, כמו כן בספק מגורשת — אליבא דהבבלי, דג"כ יהיו מעשה ידיה שלו. דהטעם של החיוב בדנינו של הירושלמי הוא אחר, מטעם החיוב בהא דספק מגורשת, ואין ללמוד מזה על זה. דהא דחייב, אליבא דהירושלמי בשלא סילק הכתובה מביא ברא"ש ב"מ שם (אות ל"ג, שפוסק גם להלכה כירושלמי). „דטעמא דבני מערבא דחיוב במוזנותיה עד שיפרע לה כל כתובתה, כדי ליפות כח האשה, שיפרעו לה כתובתה בעין יפה בבת אחת, ולא יתנו לה על יד על יד, תקנו חכמים שיתחייב במוזנות עד שיתנו לה פרוטה אחרונה. דאל"כ אמאי חייב לזונה יותר מכל בעלי חובות".

ונראה להוסיף הסבר דהא דיפו כח האשה יותר מכל בעלי חובות, כדי שלא תשאר בחוסר כל עם גירושיה, כשיסלק לה הכתובה על יד על יד ותוציא הכל למוזנותיה. ואילו כשתקבל הכל בבת אחת תוכל להשקיע הכתובה בנכסים עושים פירות שתוכל להתפרנס מהפירות, והקרן קיימת. וכיון שכן, דייגו בתקנה שתהא בטוחה במוזנותיה, כדרך שהיתה מקבלת בעודה תחתיו, דהיינו שזוכה במעשה ידיה והרי זה בדומה לאלמנה גיזונת כל עוד לא נפרעת כתובתה, שמעשה ידיה של יתומים, כי אין צורך לתת לה הרווחה, וכנ"ל. משא"כ בספק מגורשת, שחיובו הוא מצד שמעוכבת מחמתו להינשא, והוא משום קנס. ע"כ אין לתת לו תמורה, וכן אין לזכותו במעשה ידיה שהם מצד איבה, כשם שאינו זוכה במציאתה מהאי טעמא.

וי"ל עוד שאין ללמוד לענין זה מהירושלמי לבבלי. כי נראה שהירושלמי חולק על הבבלי בטעם דמעשה ידיה משום איבה, וכדנקטינן כרב הונא (כתובות נ"ח ע"ב), דמשום זה יכולה אשה שתאמר איני גיזונת ואיני עושה. ואילו בירושלמי אמרו (רפ"א דכתובות): „אשת איש שאמרה יצאו מעשה ידי למוזנותי אין שומעין לה" (וב, קרבן העדה" שם: דקסבר משועבדת היא לו למעשה ידיה, וחכמים תקנו מזונות תחת מעשה ידיה). בעוד שלפי הבבלי מציאתה ומעשה ידיה לבעל הם שניהם משום איבה, וממילא בגוונא שמציאתה שלה, דלא שייך חשש איבה, גם מעשה ידיה שלה „דחד טעמא הוא", לפי הירושלמי אין קשר בין שני אלה. ע"כ אפילו אילו היתה דעת הירושלמי מפורשת שבספק מגורשת מעשה ידיה שלו (מה שאין הדבר כן, וכנ"ל), גם אז אין ללמוד מזה

להלכה דנקטינן כפי הבבלי, שמעשה ידיה לבעל רק בגוונא שיש חשש איבה, וזה איננו בספק מגורשת.

ויוצא מהנ"ל שאין שום יסוד, לראות מחלוקת אליבא דהבבלי, ולפי האוקימתא שבבבלי בפירוש המשנה דב"מ, שהמדובר בספק מגורשת, וגם הראב"ד אינו חולק שבספק מגורשת, אליבא דהבבלי מעשה ידיה של עצמה, וכן"ל מהרא"ם. ולפי"ו בנידונו, שנקבע על הבעל חיוב לגרשה, והוא מסרב למלא פסק ביה"ד, שהרי האשה בגדר מעוכבת להינשא מחמתו, הוא חייב במוזנותיה, ואין מעשה ידיה שייכים לו.

ואשר לגובה המזונות שיש לחייבו, אם כי נראה שבכה"ג אין הדין של,,בעלייתו של בעל" שהרי לא מצר חיובו בתור בעל ואשה שגרים יחד, אנו באים לחייבו. אולם גם בחיוב זה שהוא מכוח תקנת חכמים מיוחדת יש להתחשב עם הרמה הרגילה המקובלת, כדרך שגם בצדקה, החיוב הוא לפי הרגלו, כנאמר,,די מחסורו אשר יחסר לו" (יו"ד סי' ר"ג).

ע"כ ביחס למזונות לשעבר עד היום, יש לבטל את העיכוב להוצאה לפועל שנקבע ע"י החלטת ביה"ד נשואת הערעור, והאשה תגבה את הסכום שנצטבר מאז העיכוב עפ"י חשבון של 200. ל"י לחודש כפי פסה"ד מיום כ"ז באייר תשל"ב. ובאשר למזונות להבא, יש לחייב את הבעל בסך שש מאות ל"י לחודש.

שאלו ישראל

עיינתי במה שכתב הגר"ש ישראלי שליט"א ומנמוקים הלכתיים נוספים אני מסכים למסקנא.

יוסף קאפח

עיינתי בדברי כב' הגר"ש ישראלי שליט"א. ומה אעשה ולא אוכל להצטרף לו, אף שגדול הכאב ורב הוא הצער בענין הזה שלפנינו. אין לדעתי כל דרך להוציא מזונות לאשה מבעלה, ויחד עם זה להשאיר לה את ההכנסה שהיא מקבלת ממעשה ידיה שהרויחה באותה התקופה שהיא ניוזנית מבעלה. עיין פסק הדין בערעור כה/34, (פורסם בפד"ר כרך ה' עמוד 353 ואילך). וכהמשך לאמור בפסק הדין שהוא נוסף כאן.

בשולחן-ערוך אבן העזר סימן ק"ס סעיף א' נפסק:
,,יבמה ג' חדשים הראשונים ניוזנת משל בעלה ומעשה ידיה ליבם".
ולהלן בשולחן-ערוך, לענין תבעתו לדין לאחר ג' החדשים הראשונים, ולא ייבם, שהיבם חייב או במוזנותיה, נפסק, בדבר מעשה ידיה, בסעיף ד' שם:
,,מעשה ידיה שלה לעולם אפילו היא ניוזנית".

ועיין ב,,בית יוסף" שם המביא הלכה זו בשם התוספות והרא"ש בפסקיו, ותמה,,בית-יוסף":

,,ויש לתמוה על הרא"ש, שבתשובה, שכתבתי בריש סימן זה, כתב שבג' חדשים שהיא ניוזנת, מעשה ידיה של יבם. ושמה יש לומר דשאני ג' חדשים מדין עמד בדין וברח".

על התימא הזאת, מה בין המזונות של ג' החדשים ובין המזונות שלאחריהם, לענין מעשה ידיה, משיב,,בית-יוסף" בקצרה,,דשאני", מבלי להסביר מדוע שאני.

ועיין בדרישה שם המיישב את תמיהת „בית-יוסף“:

„ולו נראה דלא קשה מידי, דשאני אלמנה דעלמא שהבעל כתב לה... וזהו כאילו הבעל עדיין קיים, ולכן הואיל שבחיינו מעשה ידיה שלו משום איבה, גם לאחר מיתתו הם ליורשים, הואיל שלא הפסיקו מלוונה אפילו שעה אחת מכח תנאי כתובה דאביהם, והעיקר היה מכח טעם דאיבה. אבל גבי יבם שפסק מלוונה מיד לאחר שלשה חדשים, כל זמן שלא תבעתו לדין, כנ"ל, והשתא לא שייך הטעם דאיבה, לכן אין מעשה ידיה שלו“.

כלומר, המבחן להבדיל בין המזונות של ג' חדשים ובין המזונות שלאחריתם, הוא בזה, שהמזונות של ג' החדשים, מכיון שהם המשך של המזונות הקודמים, ללא הפסק בין אלו לאלו, הם נכללים במסגרת דין המזונות שבין בעל ואשה, והם בגדר המזונות הללו, וחלים עליהם כל ההלכות של מזונות אלו, ודין מעשה ידיה תחת מזונות בכלל זה, אף כאשר טעם הדין של מעשה ידיה — איבה, איננו כבר.

אבל חיוב המזונות של תבעה לדין ביבם, שהוא בא לאחר שנפסק ותסתיים חיוב המזונות הקודם, הרי הוא בגדר חיוב חדש שאיננו בתחום דין המזונות שבין בעל ואשתו, ואין להחיל על מזונות אלו את דין מעשה ידיה תחת מזונות, מכח התקנה שבברייתא (כתובות מ"ז ע"ב ונ"ח ע"ב) במזונות בעל ואשה: „תיקנו מעשה ידיה תחת מזונות“. ומכיון שהטעם לתקנה — „משום איבה“ אינו כאן, לכן מעשה ידיה שלה. ועיין בב"ח שם וב„בית-שמואל“ ובט"ז שם, ס"ק א'.

וכך הוא גם במגורשת ואינה מגורשת, שהוא חייב במזונותיה, כמבואר בבבא-מציעא י"ב ע"ב, ולשיטת רבינו אליהו מזרחי, בתשובותיו חלק א' בסיומן ל"ד, מעשה ידיה שלה, אף על פי שניזונית מבעלה. כי מכיון שהיא ספק מגורשת, הרי אין המזונות הללו מכח דין מזונות אשה מבעלה, כי לצד הספק שמה היא מגורשת, הרי אין לה מזונות אלו, כי היא כבר לא אשתו. אלא שהמזונות הללו הם מכח הלכה אחרת, דין מעוכבת להנשא, חיוב חדש שנוגד על ידי גט-ספק זה, ואינם כלל במסגרת התקנה שבברייתא „מעשה ידיה תחת מזונות“. ולכן מעשה ידיה שלה לדעת רבינו אליהו מזרחי. ולהוציא ממנה מעשה ידיה מכח הדין הכללי, אולי היא עדיין אשתו, אין הבעל יכול, כי אין מוציאין מספק, כמו שהיא לא יכולה להוציא ממנו מזונות מספק מכח הדין הכללי.

ועיין בספר „בני-יעקב“ לרבינו יעקב ששון, דף ד' ע"ב, הדין במגורשת ואינה מגורשת אשר, כמבואר בבבא-מציעא י"ב ע"ב, הבעל חייב במזונותיה — אם הוא זוכה במעשה ידיה תחת מזונותיה, ואם הוא אוכל פירות נכסיה אחרי שהוא חייב בפרקונה. ובמהלך הדיון שם מביא הר"י ששון ראיות שאין הוא זוכה במעשה ידיה ובפירותיה, ולפי זה הוא מקשה:

„ועל פי הדברים האלה קשה על הר"ף ז"ל, דמאי מייתי ראיא דלא קיימא לן כריש לקיש מדלא זכי בפרקונה עד דמטי גיטא לידה, והרי מצדה תברא, דהא הכא בספק מגורשת דחייב בפרקונה ואפילו הכי לא אכיל פירות.“

וצריך לומר דסבירא ליה דהכא גמי מדינא הוי אכיל, אלא דרבנן קנסוהו משום דגירשה מספק, ותקון דיהא חייב בפרקונה ולא יאכל פירות. אבל במאי דסבירא ליה לריש לקיש דמפסיד פירות משעת חתימה לאו

מטעם קנס הוא אלא מדינא. וכיון דמדינא הוא, אינו דין שיתא חייב בפרקונה ולא יאכל פירות".
ועיין בדבריו לעיל שם, בהסבירו למה קנסו את הבעל במגורשת ואינה מגורשת יותר מאשר בנתן עיניו לגרשה:

"דהכא קנס הוא... כדי שלא יהא כל אחד זורק גט לאשתו בספק ומעכבא מלינשא. וגרע טפי מהיכא שנתן עיניו לגרשה...".
"מכיון דהוא עשה שלא כהוגן... אי בעי לגרשה, יתן לה גט במוחלט, ואי לא, לא ליגרשה כלל ותישאר אצלו. והשתא בשבילו מעוכבת לינשא לזר, ואפילו בבעלה הראשון לא אגידא ביה בודאי. וגמצא קרחת מכאן ומכאן, קנסוהו...".

החסבר הדברים הוא, כי אף על פי שהמוזנות ומעשה הידים, והפדיון והפירות, תלויים הם זה בזה, תלות זו היא במקום שאנו דנים מכת הדין, כלומר במקום שהחויב והפטור במוזנות ופדיון הוא על פי הדין, הרי שורת הדין מחייבת שהחויב והפטור יגררו אחריהם חיוב ושלילת הזכויות שהם תמורת המוזנות והפדיון ונתקנו תחתיהם.

אבל במקום שהחויב או הפקעת הזכות היא לא מצד הדין, אלא מסיבת קנס, דרכו של קנס הוא שאין לי מיגבלות הדין ואין לצמצמו בתחום כללי הדין. ומי שעקב אשמתו בדבר ראוי הוא להקנס בחיוב זכות או בהפסדה, יתכן גם לקונסו, "לפגים משורת הדין": זה אשר פשע הוא שייקנס, שיוטל עליו חיוב ויחד עם זה לא יזכה בזכות שכנגד, הוא שיפסיד זכותו ויחד עם זה לא ייפטר מהחייב שהוא תמורת הזכות הזאת. כך שהאשם הוא לבדו הוא שיפסיד, והצד שכנגד הלא אשם הוא לא יפסיד כלל.
הבדלה זו בין כאשר החיוב הוא מכת הדין ובין שהוא מכת קנס, יסודה הוא בדברי התוספות ביבמות מ"א ע"ב, ד"ה עמד, לענין חיוב היבם במוזנות היבמה לאחר ג' חדשים. וכתבו התוספות:

"וקצת נראה דמחמת קנס, שקנסוהו חכמים שלא כנסה, תיקנו לה מוזנות, דהא אין מעשה ידיה שלו".
וכן מבואר בתוספות בכתובות ק"ז ע"ב, ד"ה עמד. וכן כתב הרא"ש בפסקיו ביבמות בפרק החולץ סימן כ"ה, וזה לשונו:
"ונראה דמחמת קנס הוא דתקינו לה מוזנות, דהא אין מעשה ידיה שלו, אף על פי שניזונת משלו... קנסוהו דלא איבעי ליה לשהויי, אלא דהוי ליה לייבם לאלתר...".

כלומר: לוא היה חיוב המוזנות מכת הדין, לא יתכן היה לשלול מהחייב במוזנות את תזכות למעשה ידים שהם תחת המוזנות. ומוזה שאין החייב במוזנות זכאי למעשה ידיה של הניזונת, ראייה שחיוב המוזנות כאן הוא משום קנס, ובקנס יתכן הוא לקנסו כך, שגם יוטל חיוב וגם לא תוענף לחייב תמורתו של חיוב זה.
ולפי זה מוסברת שיטת הרשב"א המובאת בפסק הדין הנ"ל. כי אף על פי שביבם דעתו היא שהפדיון והפירות תלויים הם זה בזה, במורדת דעתו היא שהפסד זכות האשה לפדיון, אינו גורר אחריו הפסד הבעל לפירות, כי במורדת, לדעת הרשב"א הפסד זכות האשה לפדיון, הוא, כהפסד כל זכויות תנאי הכתובה, משום קנס, לכן אין הבעל מפסיד את זכויותיו שכנגד, עקב הקנס שקנסו לאשה מחמת מירדת. אבל ביבם הפטור מפדיון

הוא מכח הדין, לכן גורר אחריו הפטור הזה שלילת הזכות הנגדית לפירות. אלא שאם כן טעונה ביאור שיטת הרא"ש. ביבם לאחר ג' חדשים סובר הרא"ש, כמובא לעיל, שאין חיוב המזונות שהוא משום קנס, גורר אחריו את הזכות הנגדית למעשה ידיים. ובמורדת דעת הרא"ש היא, כמובא בפסק הדין הנ"ל, שהחיובים והזכויות הנגדיות נגזרים זה אחרי זה.

ושתי דרכי ביאור בדבר. האחת היא, הדרך בה הלכנו בפסק הדין הנ"ל: לפי תסבירו של הרלב"ח בשיטת הרא"ש, שבמורדת אין זה קנס בעלמא, אלא שלענין הזכויות והחובות רואים כאילו „נעקרה האישות מביניהם“. ובאין אישות, הרי בהכרח הוא שכל הזכויות והחיובים של שניהם נפקעים לחלוטין יחדיו, כמבואר שם.

הדרך השנייה בשיטת הרא"ש, וזו הדרך לפתרון הבעיה בה אנו דנים בפסק דין זה ביחס לשאלה שלפנינו, היא: כי ההבדל הוא במהותו ועיקרו של החיוב והזכות. כי אם עצם החיוב הוא מכח הדין, במסגרת התקנה שבבירייתא בכתובות דף מ"ז, „תיקנו מזונותיה תחת מעשי ידיה וכו'“, דעת הרא"ש היא שלא יתכן להפקיע את הזכות ולהשאיר את החיוב על כנו, גם כאשר התפקעה היא משום קנס. אבל אם גופו של החיוב, הורתו ולידתו, משום קנס הוא, ומעיקרו לכך נוצר, ואיננו מכח דין המזונות הכללי, הרי חיוב זה אינו כלל בתחום התקנה שבבירייתא, זה תחת זה. לכן אין החיוב שהוא קנס לשם קנס גורר אחריו כל זכות תחתיו.

ועיין ב„שיטה מקובצת“ כתובות צ"ז ע"ב בשם הרא"ש, וזה לשונו:
„לאתויי מגורשת ואינה מגורשת. פירש"י ז"ל: מן הארוסין... ויש מקשים היכי מצי לפרש מן הארוסין, הא אפילו כשאינה גרשה, ארוסה אין לה מזוני. ונראה לי דלא קשה, דכיון דהויא מגורשת ואינה מגורשת ואגידא ביה ולא מציא לאינסובי לעלמא, ואין חילוק בין מן הארוסין בין מן הנישואין, הוי כהגיעו זמן ולא נישא“.

כלומר: תחיוב למזונות במגורשת ואינה מגורשת אינו המשך החיוב מתקופת הנישואין, אלא חיוב חדש לגמרי, ולכן גם בארוסה אף שלפני הגט הזה טרם חל חיוב המזונות מכח הדין הכללי למזונות, חל עכשיו עקב הגט הזה חיוב חדש למזונות שונה בעיקרו ובמהותו מהחיוב הכללי, והוא קנס שקנסו את הבעל בגלל הגט — לא גט שנתן לה. ועיין ב„נתיבות משפט“ דף רס"ג הדין בדברי הרא"ש אלה. ועיין בתוספות ד"ה דהני ביבמות ג"ח ע"א. ועיין בהגהות רבי עקיבא איגר לאבן העזר סימן נ"ו סעיף ג', ובתשובתו לר' מאיר ווייל, בכתבים שבסוף חלק א' דרוש וחדוש, בסוף התשובה. ועיין „בנייעקב“ שם, המקשה על דעת הרמב"ן אליבא דרשב"ם שבנתן עניו לגרשה אין לה מזונות:

„דאם כן היכי משכחת לה מגורשת ואינה מגורשת, דהיינו זרק לה גט ספק קרוב לו ספק קרוב לה, שחייב במזונותיה, — והרי משעה שנתן עניו לגרשה הפסידה מזונות“.

ומיישב „בנייעקב“ קושיתו על פי דברי הרא"ש הנ"ל, וזה לשונו:
„דהבא קנס הוא... וגרע טפי מהיכא דנתן עניו לגרשה... דאף על גב דמשעת חתימה פקע חיוב מיניה, כיון דגירשה מספק, חזרו ותיקנו משום קנס שיתחייב במזונותיה“.

כלומר: אף על פי שבשעת חתימת הגט פקע חיוב המזונות מכח הדין, חל עקב הגתינה הזאת של הגט חיוב חדש למזונות, חיוב אשר „חזרו ותיקנו משום קנס“. אמנם הרא"ש בפסקיו שם, מסביר את גדרו של חיוב המזונות בינם אחרי ג' חדשים:

„...דכיון דסופו לייבם הרי היא כאשתו וחייב במזונותיה“.

משמע שגם חיוב זה הוא בגדר חיוב אישות. אין כוונת הרא"ש שחיוב זה הוא במהותו אותו החיוב של מזונות בעל לאשתו במסגרת חיובי הנישואין לפי התקנות שבברייתא. אלא שהראיל וחיוב מזונות הוא מאופיו חיוב אישות, ואין מזונות ללא אישות. מגדיר הרא"ש גם את המזונות האלו, אף שהם חיוב חדש, מכח תקנה חדשה, משום קנס, כי גם הם משום סרך אישות הם, ורואים את היבמה ש„סופו לייבם“ כאילו היא „כאשתו“, אבל אין זה החיוב הכללי של מזונות מדין הברייתא. ועיין בחידושי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ביבמות מ"א ע"ב, ד"ה עמד.

ועיין ב„שיטה מקובצת“ כתובות דף צ"ז שם בשם תלמיד הרשב"א, החולק על שיטת רש"י וסובר דדוקא בנשואה חייב במזונותיה במגורשת ואינה מגורשת ולא בארוסה. ועיין ב„שיטה מקובצת“ בבא-מציעא י"ב ע"ב בשם הרמ"ך, ובריטב"א כתובות ג"ז ע"א, וב„שיטה מקובצת“ כתובות דף ק"ז ע"ב בשם הרא"ה. ועיין בהשגות הראב"ד על הרי"ף כתובות בריש פרק שני דיני גזירות, ובתשובת רבינו אליהו מזרחי הנ"ל. ועיין ב„אור-שמח“ הלכות אישות פרק י' הלכה י"ט.

ועיין היטב בפסק הדין בערעור הנ"ל. וראה מאמרינו בירחון תורני „מוריה“ אב תשל"ה, עמוד ק"י ואילך, וחשון תשל"ו, עמוד כ"ז ואילך. שם נידון בהרחבה מכלול תביעות הללו.

המסקנא העולה מכל הדברים, היא, כי במזונות שבנידון דנן שהם מזונות של בעל לאשתו, אשר חיובם הוא מכח דין המזונות הכללי, חיוב הקיים ועומד מיום הנישואין, ונמשך מאז ועד היום, ללא הפסק וללא התחדשות, על המזונות הללו חלה התקנה: „מעשה ידיה תחת מזונות“, ולכן בשעה שמחייבים את הבעל במזונות אלו, חל ממילא הדין מעשה ידיה לבעלה, גם כאשר טעמו של דין זה הלך מן העולם ואיננו כבר. אליעזר גולדשמידט

לפיכך אנו מחליטים ברוב דעות לקבל את הערעור, ופוסקים:

א. על המשיב ב. לשלם למערערת א. למזונותיה, החל מהיום, סך שש מאות ל"י לחודש.

ב. (א) עיכוב ההוצאה לפועל של פסק הדין למזונות מיום כ"ז באייר תשל"ב — בטל.

(ב) את חוב המזונות על פי פסק הדין הנ"ל מיום כ"ז באייר תשל"ה, שהצטבר מאז עיכוב ביצועו של פסק הדין ועד היום, ישלם המשיב למערערת בתשלומים חדשיים של שלש מאות ל"י לחודש. וזה בנוסף למזונות החדשיים שעליו לשלם לפי סעיף א' בפסק דין זה.

ג. אין צו להוצאות

ניתן ביום ח' באייר תשל"ו.

ערעורים לה/218, לו/290

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: הרבנים אליעזר גולדשמידט, יוסף קאפח, מרדכי אליהו

בענין:

א. (ע"י ב"כ עו"ד י. פוזננסקי וי. חובב) המערערת

נגד:

ב. (ע"י ב"כ עו"ד א. אליגון) המשיב

הפידון: שיפוט ביה"ד בענינים הכרוכים לגירושין

ערעור אשה על החלטת ביה"ד האזורי רחובות לדון בעניני דכוש שבינה לבין בעלה, בטענה שאין לביה"ד סמכות לכך. — תשובת הבעל שיש לביה"ד סמכות לכך הואיל ותביעתו היא בעניני גירושין. — שיפוט בכרוך לתביעה חילופית לגירושין. — כרוך לתביעה לכפייה לגט, לתביעה לחיוב גט, לתביעה למצוה לגרש, לתביעה לגירושין בהסכמה. — דירת מגורים של בני הזוג רהיטית וחפציה. — הבירור היעיל בתביעה לגירושין יחד עם התביעות הכרוכות לה. — כרוך כאשר הכרוכים הם דבר והיפוכו.

מסקנות

- א. גם תביעה לגירושין שהיא חילופית לתביעה לשלום בית, תביעה כשרה לגירושין היא ומקנה שיפוט לבית הדין לכל הכרוך בה: כי דרכה של תביעת גירושין לעולם כך היא, שטרם היציאה למערכות המלחמה לגירושין, מקדימים לשלום.
- ב. (1) תביעה לגירושין, לענין כריכה, היא לאו דוקא תביעה לכוף לגט, אלא אף תביעה לחיוב גט וגם תביעה לקבוע שמצוה לגרש, כך הוא.
- (2) גם בקשה מוסכמת לגירושין, תביעה לגירושין היא לענין זה, כי הואיל ולפי התקנה „אין בית הדין מסדר גט אף בהסכמת הצדדים אלא אם נתקיים דיון כמו במשפט רגיל וניתן פסק-דין לגירושין“, הרי פניה לבית הדין לזאת, אף על ידי שני בני הזוג, תביעה לגירושין היא.
- ג. דירת המגורים של בני הזוג רהיטית וחפציה, הם לכולי עלמא מהדברים הכרוכים לגירושין, גם אם לא נכרך במפורש.
- ד. (1) השיפוט הייחודי הוא „בכל ענין הכרוך לתביעת גירושין“, ואין צורך שיהא כרוך לפסק-דין לגירושין.
- (2) הדרך לבירור יעיל בתביעת גירושין ובכל הכרוך בה, הוא שהדיון בתביעה לגירושין ותביעות הכרוכות יתקיים ויתברר בד בבד, ושלא יידחה הבירור

בענינים הכרוכים עד לאחרי פסק הדין לגירושין, כי מלבד קיצור זמן המשפט על ידי הדיון יחדיו, הרי במקרים רבים אחוזים ודבוקים יחד הם, מבחינת הדין, הדברים הכרוכים זה לזה, כך שאין להפרידם.

(3) גם אם אחרי הדיון, נדחתה התביעה למתן גט, חייב בית הדין לפסוק בכל הענינים הכרוכים לגירושין, עליהם נסב הדיון לפניו.

ה. "כרוך" הוא לאו דוקא כאשר הכרוכים זה לזה באים בבית אחת. אלא גם כאשר הדברים האלו מנוגדים הם זה לזה, בבחינת דבר והיפוכו, כגון גירושין ומוננות, והתביעה היא בדרך זה או זה: או מוננות או גירושין, גם אז בבחינת כרוכים הם הנוגדים זה לזה. וזאת דוקא בגלל ניגודם והיפוכם — כבר המוננות וספר הכריתות ירדו כרוכים.

החלטה

אלו הם שני ערעורים, שהם אחד, על שתי החלטות, שהן למעשה אחת, של בית הדין האזורי ברחובות, בתיק לב/250.

בעלי הדין הם בעל ואשה, נישאו זו לזה בשנת תש"י ברבנות בחיפה. להם מנישואיהם שני בנים שהם כבר מבוגרים, ושתי בנות קטנות תאומות, שהן כיום כבנות עשר.

תחילתו של דין זה, בתביעה שהוגשה על ידי המשיב בבית הדין האזורי נגד המערערת, בה הוא דורש:

"לחייבה לחזור לבית בעלה, יחד עם הילדים, וכן להחזיר כל הרהיטים והתכשיטים שנטלה מהדירה, וכן לחייבה למלא כל חובותיה כלפי בעלה, כהלכות נשין יהודאין, ואם הנתבעת תסרב לעשות כן מתבקש בית הדין להכריז על הנתבעת כמורדת וכן לחייבה לקבל גט פיטורין. יחד עם תביעה זו לגירושין מתבקש כב' בית הדין לדון ולהחליט בענינים הכרוכים לגירושין".

בהמשך כתב התביעה מפרט התובע את דברי הרכוש הכרוכים בתביעתו: דירה ואשר בה, מכונת, ועוד. לפי הצהרת שני הצדדים לפנינו עיקרו של הרכוש שבמדובר, היא הדירה בעיר ג', בה גרו הצדדים עד עזיבת המערערת את הבית וכן הרהיטים ותכשיטי בית שהיו בדירה זו בעת מגוריהם יחדיו.

במהלך הדיונים לפני בית הדין האזורי, הוגשה לפנינו על ידי המערערת תביעה נגד המשיב, לבעלות על מחצית הרכוש של המשיב, הכולל, בפירוטה של התובעת, את הדירה הנ"ל, המכונת הנ"ל ועוד.

לבקשותיהם של שני הצדדים ניתנו על ידי בית הדין האזורי צווי עיקול על הרכוש, כולל הדירה והמכונת הנ"ל.

בישיבת בית הדין האזורי ביום ד' בניסן תשל"ה ביקשה המערערת לבטל את תביעתה לרכוש, מתוך כוונה, לדברי בא כחה לפני בית הדין האזורי, לתבוע תביעה זו לפני בית המשפט. ובא כח המערערת טען כי אחרי הביטול תהא אין לבית הדין סמכות לדון בעניני הרכוש. המשיב התנגד לביטול התביעה, וביום ז' בניסן תשל"ה ניתנה על ידי בית הדין האזורי החלטה, לאמור:

„דוחים את הבקשה לביטול התביעה, מאחר והבעל כרד את ענין חלוקת הרכוש עם תביעתו לשלום בית ולחילופין לגירושין. וזאת מבלי להתייחס לטענות בא כח האשה על התביעה שהוגשה על ידי האשה לבית הדין“.

עקב ההחלטה הנ"ל ביקש ב"כ המערערת לדחות את הדיון בעניני הרכוש. וביום י"ד בתמוז תשל"ה, החליט בית הדין, לאחר שמיעת הצדדים בענין בקשה זו: „דוחים את בקשת ב"כ האשה לדחיית הדיון, ובית הדין יתחיל היום בשמיעת תוכחות הבעל בקשר לרכוש“.

לאחר דיון נוסף בישיבת זו, החליט בית הדין, מהסכמת הצדדים, שלא לדון באותה ישיבה בענין הרכוש, כדי לאפשר למערערת לערער על ההחלטה. ב"כ המערערת הגיש לפניו, ערעור על ההחלטה מיום י"ד בתמוז תשל"ה. לא נדע מדוע השמיט ב"כ המערערת את ההחלטה מיום ז' בניסן תשל"ה, לא ערער עליה וגם לא הזכירה בכתב הערעור הזה.

למען הסיר ספק פנ ההחלטה האמורה מיום י"ד בתמוז תשל"ה, אינה אלא החלטה בדבר מתלך הדיון, אשר לפי סעיף קכ"א בתקנות הדיון תש"ך, אין עליה ערעור, ניתנה על ידי בית דין זה ביום י' באב תשל"ה החלטה, כדלהלן:

„החלטת בית הדין האזורי ברחובות מיום י"ד בתמוז תשל"ה (בתיק 850/לב) בדבר הדיון בענין הרכוש, יש לראותה כהחלטה בענין סמכות, ולכן היא נתונה לערעור ככל החלטה אחרת בדבר סמכות“.

כלומר: בתוכה של ההחלטה מיום י"ד בתמוז כלולה ההחלטה מיום ז' בניסן: כי בית הדין הוא המוסמך לדון בענין הרכוש.

שמענו את טענות הצדדים ובאי כחם בערעור. נסינו להביא את הצדדים לידי הסכם לגירושין בדרך פשרה בעניני הרכוש. דחינו בגלל זה את מתן פסק הדין בערעור, אולם לא הצלחנו.

ביני לבניי הגישה המערערת לפני בית המשפט המחוזי תביעה וזהה לזו שהוגשה על ידה לפני בית הדין האזורי, שהיא לבעלות על אותו הרכוש עליה נסבה תביעתה לפני בית הדין האזורי. וביום ל' בחשוון תשל"ו ניתנה על ידי בית המשפט המחוזי החלטה, בה מקבל בית המשפט:

„את טענתו של ב. על פיה נמצא ענין הבקשה הוז בדיון לפני בית הדין הרבני במסגרת התביעה לגירושין ועל כן ידון בענינים אלו בית הדין הרבני“.

על החלטה זו של בית המשפט הגישה המערערת ערעור לפני בית המשפט העליון (ע.א. 866/75). בית המשפט העליון, בהחלטה מיום א' בתמוז תשל"ו, ראה לראות לדחות את מתן פסק-דינו בערעור שלפניו, עד לאחר מתן פסק הדין בערעור שהמערערת הגישה נגד המשיב בבית הדין הרבני הגדול. המערערת ביקשה, בעקבות החלטת בית המשפט העליון, לתקן את כתב הערעור הקודם שלה על ההחלטה מיום י"ד בתמוז תשל"ה, ולהכליל בו גם ערעור על ההחלטה מיום ז' בניסן תשל"ה. תעתק הבקשה הזאת הועבר למשיב, והוא הגיש בכתב התנגדות לבקשה זו. בית הדין הגדול בראותו את שתי ההחלטות כאחת ממש, שענינן הוא הקביעה בדבר הסמכות, נעתר לבקשת המערערת וצירף את הערעור האחרון לראשון, והם היו לאחד.

בישיבה מיום ט' בחשון תשל"ז שמענו וקראנו את טענות ב"כ המערערת ואת טענותיו של המשיב.

אחרי העיון, נוכחנו כי אין עלינו להכנס בגידון זה לכל תביעות שבפסיקה העניפה בבעיא זו בבית המשפט העליון, אשר המשיב הגיש לפנינו בבקאות רבה כמו משפטן מנוסה, דבר שהיה מצריך בירור רב ומקיף, לדמות מילתא למילתא, לסתת בהרים וליישר הדורים, כי לענין התכרעת בגידון שלפנינו אין אנו רואים צורך בזה. ובפשטות בקצרה נאמר:

א. בין הצדדים תלויה ועומדת תביעת הגירושין של המשיב. ואף על פי שהתביעה לגירושין כאילו „חילופית“ היא לתביעה לשלום בית, הרי גלוי וידוע הוא כי דרכה של תביעת גירושין לעולם כך היא, שטרם היציאה למערכות המלחמה לגירושין, מקדימים בפתיחה לשלום. ואין ב„חילופין“ לגרוע ולפגום בכוחה של תביעת הגירושין. ואם לא כן, אלא ש„תביעת גירושין“ אינה ראויה לתואר זה, אלא רק כאשר היא מוחלטת, בלי פתיחה לשלום, והרי יגיע הדבר לידי כך שכאשר בעל או אשה, יתבע גט, ויבקש שכל עניני תביעה זו יתבררו במקום אחד, כפי שהוא זכאי לכך, למען לא יוכרח לכתת רגליו מבית הדין לבית המשפט ומבית המשפט לבית הדין וחזור חלילה, עם כל ההרפתקאות הכרוכות לגלגולים אלו, לא תהיה לו לתובע זה כל ברירה אלא להיות לא כגה בתביעתו, להטמין בחובו את תזהוריים לשלום, ולדרוש, בניגוד לרצונו, אך ורק גירושין, ללא פתח לשלום, ולוא גם כחודו של מחט. וחוששני גם למקרה שתביעה לגירושין כגון זו, ללא דברי שלום ואמת — שלא לשמה, תביא לידי זה שיקויים בו בתובע הזה „שמתוך שלא לשמה בא לשמה“: לגירושין במוחלט ללא מוצא לשלום. ב. בישיבה הראשונה של בית הדין האזורי בדיון בתביעת המשיב, אחרי שבית הדין שמע את הצדדים, והבעיא הראשונה שעמדה לפניו: חובת ההוכחה על מי היא, החליט:

„אין אנו יכולים לחייב את האשה לחזור לבית בעלה וכתוצאה מכך אם היא מסרבת לדון בהכרזת מורדת, כל עוד לא הוכיח בעדות שמצב בריאותו מאפשר זאת“.

ב"כ המערערת רצה להתלות בהחלטה זו ולנחש על פיה שכאילו לעולם ועד לא יכריזו בית הדין האזורי על אשה זו כמורדת. ולכן, הוא טוען, כי אין מקום לדיון בעניני הרכוש.

טענה זו אין בה כל ממש. החלטה זו אינה אלא כאמור לענין חובת ההוכחה בלבד, ואין בה כל הגדרת עתידות על מה שהיה אחרי הבאת הראיות. ואדרבה, אם בדרכו של בא כח המערערת נלך ונראה החלטה זו כדחיית התביעה לשלום בית, הרי היא חוצצת מראש לשלילה את גורלה של התביעה הזאת ונשארה או התביעה לגירושין בלבד, ורק בה הוא שימשיך בית הדין לדון. וממילא אין היא עוד חילופית כלל, וקיממת אך ורק תביעה „טהורה“ לגירושין בלבד. אלא שהדבר למותר הוא, כי התביעה שלפנינו לפי נסיבותיה וטענותיה, היא תביעה כשרה לגירושין למהדירן, אף וגם כאשר התביעה לשלום-בית טרם בוטלה לחלוטין על ידי בית הדין.

ג. וכאן עלינו לציין, כי תביעה בבית הדין לגירושין, היא, לענין זה, לאו דוקא תביעה לכוף לגט, אלא אף תביעה לחיוב גט כך היא, וגם תביעה לקבוע שמצוה לגרש, כך הוא.

ולא עוד, אלא אפילו בקשה מוסכמת המוגשת על ידי שני בני הווג לפסק-דין לגירושין, בכלל הוא, ראה תקנה קל"ט בתקנות הדין תש"ך, בה נאמר:

„אין בית הדין מסדר גט אף בהסכמת הצדדים אלא אם נתקיים דיון כמו במשפט רגיל וניתן פסק דין לגירושין“.

ואם לפי התקנה אין גירושין, אף במוסכם, אלא אך ורק אחרי דיון כמו במשפט רגיל ואחרי פסק-דין לגירושין, אם כן פניה לבית הדין לזאת, אם על ידי אחד מבני הווג או על ידי שניהם, הרי תביעה לגירושין היא.

ד. תביעת הגירושין בנדון דגן תלויה ועומדת היא לפני בית הדין הרבני. בסעיף 3 בחוק בתי דין רבניים תשי"ג לא נאמר „בכל ענין הכרוך בפסק-דין לגירושין“, אלא „בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין“. ולכן, כל עוד התביעה לגירושין קיימת, אין חולק שהכריכה קיימת ועומדת היא.

ה. הרכוש נשוא הנידון הוא, לדברי שני בעלי הדין, בעיקרו דירת המגורים של בני הווג, וכן רהיטי וחפצי הדירה הזאת. ענין דירת מגורים וחפציה, הוא מהדברים אשר לכולי עלמא מתחילתם „יורו כרוכים“ עם ספר הכריתות, גם אם לא היה נכרך, ומכל שכן כאשר נכרך מפורשות בכתב התביעה.

ו. וכאן עלינו להעיר, מתוך הנסיון, כי הדרך לבירור יעיל בתביעת גירושין ובכל הכרוך לתביעת, הוא שהדיון בתביעה לגירושין והדיון בתביעות הכרוכות יתקיים ויתברר בד בבד, ושלא יידחה הבירור בענינים הכרוכים עד לאחר מתן פסק הדין לגירושין. כי מלבד קיצור זמן המשפט על ידי הדיון יחדיו, הרי במקרים רבים אחוזים ודבוקים יחד הם, הדברים והכרוכים זה לזה, כך שאין להפרידם.

זאת ועוד, כידוע הוא שרבים מפסקי הדין לגירושין ניתנים בדרך פשרה, אם הנעשית על ידי הצדדים עצמם בסיוע בית הדין, ואם בפסק-דין בית הדין בדרך פשרה. ואם כן, הרי כאשר בית הדין עוסק בבירור, ומגיע לפסיקה בענין הגירושין גופם, צריכים להיות ברורים לפניו גם הענינים הכרוכים. ואז בפוסקו בענין הגירושין גופם, כוחו של בית הדין יפה, לפסוק יחד גם בענינים הכרוכים, בדרך פשרה, הצריכה לפי הדין להיות קרובה לדין. וכי יעלה על הדעת שבית הדין יפסוק בענינים הכרוכים לגירושין כסומא בארובה.

ועלינו להוסיף ולומר, כי כאשר ימוצה הבירור בתביעת הגירושין ובכל הכרוך לה, ותגיע שעת הסיום במתן פסק-דין, הרי גם אם הפסק-דין הוא לדחיית תביעת התובע לגירושין, חלילה לו לבית הדין להמנע מלמלא תפקידו לפסוק בכל הענינים שנידונו בתביעה ובכרוך לה. כי כאשר השיפוט בענינים הללו, געשה על ידי בית-דין בר-סמכות כדת וכדין, אין הסמכות הזאת נשמטת מידי בית הדין עקב זה שהתובע לא זכה בדין. כלל הוא שסמכותו של בית-דין לשפוט, נקבעת לפי תחילת הדין, שהוא הגשת התביעה לפניו, ואם מתחילתו ובכל מהלך המשפט ועד סמוך לסופו, מוסמך הוא בית הדין לדון, ודאי וודאי הוא, שמוסמך וחייב הוא לגמור את מלאכתו ולסיים את הדין עד הסוף ועד בכלל.

וגם כאשר אין בפסק הדין חיוב לגירושין, גם אז אין הפסק-דין בענינים הכרוכים, בגדר „להלכה ולא למעשה“. כי אף אם נידחת התביעה לחייב גט, הרי ענין מעשי הוא בתחלט, לבעלי הדין בני הווג, לדעת מה הם זכויותיהם וחובותיהם בעתיד בכל הדברים הכרוכים שהיו בדינוי המשפט. ואין הבדל בין אם העתיד הזה הוא להמשיך יחדיו

לשלום-בית, אם יחליטו כן אחרי פסק הדין, בהשפעתו או בהשפעת בית הדין; או שהעתיד שלהם הוא גירושין, אם יגיעו למסקנא כזאת אף שלא חוייבו לכך.

ז. „מצות עשה לשפוט משפט צדק, שנאמר: בצדק תשפוט עמיתך” — אי זהו צדק המשפט? זו השוויית שני בעלי דינים בכל דבר. — לשון הרמב”ם בהלכות סנהדרין פרק כ”א הלכה א’. הצדק שבמשפט הוא, כששני בעלי הדין שווים הם לפני בית הדין, ללא יתרון וללא גריעות בכל שהוא לבעל דין אחד. וזה, בכל דבר, בהליכי הדיון, בסדריהם ובניהולם. ומכל שכן בנתינת פסק הדין גופו. אי שוויון יסודי הוא, אם כח בית-דין לתת, וינתן, פסק-דין, רק כאשר הפסק הוא לטובת בעל-דין אחד והכח הזה ייפסק ולא ינתן פסק-דין, כאשר, ועקב זה, שעל בית הדין לפסוק לטובתו של בעל הדין שכנגדו.

ואיה הוא העמל הרב אשר בעלי הדין השקיעו במשפט ובהרפתקאותיו, בטיעון ובראיות, בטורח ובצער, בזמן ובדמים — תרתי משמע, וכו’. ואיה היא העבודה של בית הדין ודייניו. והיתכן שהכל בכדי יהא, והכל ילך לטמיון ולתהוה, רק בגלל זה שההכרעה בדין זה היא כך ולא כך, לטובתו של הצד האחד, ולא לטובתו של הצד השני. ואם אחרת נחשוב, עלולים אנו להדחף לכדי אבסורד ללא כחל. כאשר פסק הדין בכרוך יינתן בערכאה הראשונה ביחד עם פסק-דין לגירושין — בסמכות שיפוט ללא פקפוק גם למהדרין מן המהדרין; ובאם יבוטל בערעור פסק הדין הזה בחלקו המחייב גירושין, גם אז, עקב עקביות, נגיד עוד כי פסק הדין בחלקו השני, בכל הכרוך, נופל מאיליו, אף שהחלק הזה בפסק הדין אושר בערעור.

ח. ומדי דברי ב, „כרוך” זה הכרוך על עקבנו, אזכרנו עוד — אם כי במאמר המוסגר: את המלה הזאת „כרוך”, אין להוציא מידי פשוטה ולפרשה בהגבלה, ש, „כרוך” הוא אך ורק כאשר הדברים הכרוכים זה לזה באים בבת אחת כצמד יחדיו, ולא כאשר הדברים האלו מנוגדים הם זה לזה, והם בבחינת דבר והיפוכו. למשל: כאשר השאלה היא בפירוש הלשון „כרוך” במשפט „ענין הכרוך לתביעת גירושין”, והנידון הוא ביחס בין ענין גירושין לענין מזונות. וכגון במקרה אשר, לפי נסיבותיו, אין שני הדברים הללו יכולים לדור בכפיפה אחת, והדין הוא בדרך: זה או זה: או מזונות, שהם בתקופת הנישואין ומפני קיומם, ולא גט; או גט ולא מזונות, הבטלים עקב ביטול הנישואין. לא כך הוא פירוש המלה „כרוך”, אלא גם הנוגדים זה לזה כרוכים הם זה לזה. וזאת דוקא בגלל ניגודם. וזה הן מטעמי מעשה, לפי הגיונו של דבר „הכרוך”: מניעת התדיינות כפל, ולפעמים גם סותרות זו את זו, בשתי מערכות משפט; והן להלכה, לפי פירוש הלשון של המלה „כרוך”.

ראה בספרי דברים פרשת עקב מ’:

„רבי שמעון בן יוחאי אומר: ככר ומקל ירדו כרוכים מן השמים. אמר להם הקדוש ברוך הוא לישראל: אם תעשו את התורה הרי ככר לאכול, ואם לאו הרי מקל ללקות בו. רבי אליעזר אומר ספר וסיף ירדו כרוכים מן השמים. אמר להם: אם עשיתם את התורה הכתובה בזה, אתם ניצולים מזה. ואם לאו הרי אתם לוקים בו”.

הרי לפנינו: נוגדים הם זה את זה הככר והמקל הספר והסיף, והם דבר והיפוכו, ואף על פי כן ומשום כך כרוכים הם זה לזה.

וכך אנו נאמר: ככר וספר ירדו כרוכים: אם ספר כריתות יש, ככר מזונות לאכול אין. ואם ספר כריתות אין, ככר מזונות יש, ולכן ולפיכך כרוכים הם ככר המזונות וספר הכריתות זה לזה.

אליעזר גולדשמידט

לפיכך אנו מחליטים:

א. דוחים את הערעור על החלטות בית הדין האזורי ברחובות מיום ז' בניסן תשל"ה ומיום י"ד בתמוז תשל"ה, וקובעים שהשיפוט הייחודי בעניני הרכוש של הצדדים הוא לפני בית הדין הרבני.

ב. אין צו להוצאות.

ניתנה ביום ט"ז בחשון תשל"ז.

תיק מס' 355/ל"ז

בבית הדין הרבני האזורי לנפת אשקלון—אשדוד

בפני כב' הדיינים: הרבנים שלמה ילזו — אב"ד, חיים ריוז, משה טופיק

בענין:

המבקשת: א.

נגד:

המשיב: ב.

הנידון: בירור קידושין

עתירת צעירה שיבטלו את הקידושין שהמשיב כאילו קידש אותה בטבעת שלקח מחברתה לשם שחוק בעלמא. — מה דינם של קידושין בפני עדים פסולים אם הם אומרים אמת. — מה הדין אם אחד משני העדים קרוב. — מה הדין בנמצא אחד משני העדים פסול. — אימתי נאמן אדם להשיב עצמו רשע ולפסול את עצמו לעדות. — מה הדין בספק ספיקא לגבי איסור אשת איש ולגבי הוצאת ממון מחזקה. — מה הדין בקידושין של שחוק והאם בני הזוג נאמנים על כך. — מה הדין במקדש בטבעת שלקח מאחרים. — מה הדין בקידושין בפני עדי ידיעה ולא עדי ראיה.

מסקנות המיעוט

- א. המקדש אשה בפני עדים פסולים אף שעדותם אמת, אין הקידושין חלים משום שאין הקידושין תופסין אלא בפני עדים כשרים.
 - ב. אף על פי שההלכה היא שאין אדם נאמן להשיב עצמו רשע, אבל אם נתערערה חזקת כשרותו כגון שיש הוכחה לדבריו או שיש בו איזה ריעותא, נאמן.
 - ג. מי שמשלים עצמו דשע ויש גם עד אחד המעיד על כך, סוברים פוסקים רבים שנאמן לפסול עצמו.
 - ד. יש אומרים שמי שהוחזק כרשע אף על פי שאין עליו עדים פסול לעדות.
 - ה. ישנם גם דיעות שמי שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ דפסול לעדות מדרבנן — בכל זאת הקידושין בפניו אינן קידושין, משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. ואף על פי שאין הלכה כמותם יש לצרף אותם כסניף להיתר לשאר ספיקות.
 - ו. חלוקים הפוסקים בהוחזק איסור אשת איש אם מתירים בספק ספיקא, אבל בלא הוחזק האיסור, הכל מודים שמתירים בספק ספיקא, וכן הכל מודים שמוציאים ממון מיד המוחזק בשלושה ספיקות.
 - ז. סוברים הפוסקים שמצרפים דעות שונות להתיר משום ספק ספיקא, שספק הלכה כזה וספק הלכה כזה, אף על פי שמטעם שמתיר האחד אינו מתיר האחר.
 - ח. המקדש בעד אחד סוברים רוב הפוסקים שאין חוששים לקידושין, ואף כשעד אחד מעיד שקידש בפני שנים והלכו למדינת הים. ויש פוסקים שחוששים לקידושין.
 - ט. המקדש בפני שני עדים ונמצא אחד מהם קרוב והמקדש והמתקדשת מאדים שנעשו קידושין, יש סוברים שחוששים לקידושיהן כדין המקדש בעד אחד, ויש חולקים על כך. אולם אם נמצא אחד מהעדים פסול, אף כשהעד השני לא ידע בפסלותו, הכל מודים שנפסלה כל העדות ולא חלים הקידושין.
 - י. איש ואשה שנתקדשו בפני שני עדים, הם אינם נאמנים לטעון שלא היתה כוונתם אלא לשחוק. אבל אם נתקדשו בפני עד אחד חלוקים הפוסקים אם נאמנים.
- יא. (1) המקדש אשה בערמה לשם שחוק, אף שאמר לה, „הרי את מקודשת לי“ והיא שתקה, יש פוסקים שאינה צריכים גט.
- (2) וכן סוברים הפוסקים שבזמננו מי שמקדש לא בדרך המקובלת, דהיינו, בלי חופה בלי עשרה ובלי כתובה ובלי ברכה, נאמנים לומר שלא כיוונו לשם קידושין אלא לשחוק.
- יב. (1) אם יש אומדנא דמוכח לגבי האיש והאשה שלא כיוונו לשם קידושין, יש לומר שאין לחשוש לקידושין.
- (2) ומכאן שנישואין פיקטיביים שנעשו רק כדי לקבל מהשלטונות זכויות מסויימות, אף אם נערכו בפני רב אין לחשוש לנישואין אלה.
- יג. המקדש אשה לא בנוסח, „הרי את מקודשת לי“, כי אם בלשון גרועה, אף על פי שמשמעותה קידושין, סוברים הפוסקים שאם היא מודה שהבינה שהכוונה היא לשם קידושין היא מקודשת, ואם היא אומרת שלא הבינה, אינה מקודשת. והוא הדין בנתינה גרועה שלא נתן לה טבעת או מתנה אחרת אלא כסף עודף שהגיע לה.

- יד. (1) הליקח טבעת מאחרים והם לא כיוונו להקנותה לו, ולא אמר להם שלוקח אותה כדי לקדש בה אשה, וקידש בה אשה, הקידושין אינם חלים.
- (2) אבל אם כיוון לגזול מהם את הטבעת והם התיאשו ממנה, חלים הקידושין, מפני שהאשה קנתה את הטבעת ביאוש ושינוי רשות.
- טו. חולקים הפוסקים שאם ישנם על הקידושין עדי ידעיה בלבד ולא עדי ראיה אם חלים הקידושין. במה דברים אמורים כשהמקדש והמתקדשת מודים על הקידושין, אבל כשאינם מודים, הכל סוברים שלא חלים הקידושין.

פ ס ק - ד י ן

העובדות המסתכמות מדברי כולם, המקדש והמתקדשת ושני העדים מר ג. ומר ד., כעובדות שאין עליהן חולק, שארבעתם ועוד שתי בחורות אחרות עבדו במשמרת לילה במפעל, וכל הששה בשבתם יחד מסביב לשולחן האוכל בשעת ההפסקה לאחר הצות לילה שותחו ביניהם על נושא נישואין כללי, ולא על נישואין בין המקדש והמתקדשת כלל. אין העדים זוכרים בדיוק באיזה יום בחודש היה הדבר, רק זאת יודעים שהענין היה לפני כשלושה חודשים בערך ואינם זוכרים תאריך מדויק. מר ג. העד הראשון נשאל להסביר לבני התבורה איך הוא קידש את אשתו, ומשהגדים להם בדרך שחוק והיתול כי שם טבעת באצבע אשתו ואמר לה: הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל, לקח מר ב. את הטבעת מאצבע אחת העובדות, תלמידת ב"ס שעבדה בימי החופש עמיהם במשמרת לילה, מבלי לומר לה לשם מה הוא לוקחה ממנה, ובעיקר שלא אמר לה שלוקחה ממנה כדי לקדש בה את הגב' א. כלל, הכניס את הטבעת באצבעה של זו ואמר לה: „הרי את מקודשת לי וכו'“.

המקדש והמתקדשת וכן שני העדים מר ג. ומר ד. הנ"ל כולם עונים ואומרים שהכל היה בכוונה לשחוק וליצנות. והעדים מוסיפים כרשום בפרוטוקול בגביית עדות מפייהם, שהם ידעו מתחילה שמר ב. המקדש הולך לקדש את הגב' א. בדרך שחוק וליצנות. העד מר ג. מעיד על עצמו שהוא מחלל שבת, ומר ב. גם הוא מעיד עליו שהוא מחלל שבת, מעשן סיגריות ונוסע בשבת. ולחיווק דבריו, כי אכן הוא מחלל שבת מוכיר העד שמות שנים מתבריו: מר ה. ומר ו. ומקום מגוריהם היודעים בו שהוא מעשן סיגריות ונוסע בשבת וכדבר הידוע ומפורסם בין כל חבריו בפרהסיא.

הקידושין נערכו בלי חופה, בלי כתובה, בלי כוס של ברכה ובלי עשרה שלא כמקובל בכל קהלות ישראל.

ועוד שהמתקדשת משודכת היא לאחר ועומדת להתחתן עמו כפי שנקבע ביניהם בעוד כחודש ימים, וכן גם הוא כרשום בפרוטוקול עומד להתחתן עם אחרת ולא עמה. אלו הן העובדות.

לאחר עיון פוסק ביה"ד ברוב דיעות:

על הגב' א. לקבל גט לחומרא מאת מר ב.

לדעת המיעוט: אין כאן קידושין, ואפילו לחומרא אין להצריכה

לקבל גט שלא לאוסרה לכהן בחינם.

נ י מ ו ק י ד ע ת ה מ י ע ו ט

לענ"ד אין להצריכה גט אפי' לחומרא, הן משום שנתקדשת בעדים שאחד מהם

פסול מחמת עבירה, הן משום שקידשה בטבעת שאינו שלו, והן בעיקר שלדברי כולם: המקדש והמתקדשת ושני העדים, קידושי שחוק וליצנות היו, ודי בכל אחד משלוש ריעותות אלו להתירה בלא גט, מה גם בהצטרף שלושתם יחד כמו בנידון דידן, לית דין ולית דיין שאין להצריכה גט אפי' לחומרא וכדלקמן:

1. ואתחיל בהיתר הראשון: שנתקדשה בשני עדים שאחד מהם פסול. הנה ב„כנסת הגדולה“ חו"מ סי' ל"ד אות ס"ג כתב בשם הר"מ מלמד שכתב: דכשיש הוכחה לדבריו יש אומרים שאדם משים עצמו רשע ע"ש, ועי"ע ב„שדי חמד“ מערכת אלף כללים ב„פאת השדה“ אות קכ"ג עמ' 302 (הוצאת בית הסופר, בני-ברק תשכ"ג) ובעמ' 50 אות קס"ט בערך אין אדם משים עצמו רשע, שהביא בשם הרב „יד מלאכי“ בכללי דינים אות צ"ה שכתב בשם הרב „חכם צבי“ סי' ג' דלא אמרינן הכי היכא דאיכא ריעותא, וכן הוא ב„ים של שלמה“ פרק החובל סי' כ"ג, הביא דבריו ב„שדי חמד“ ח"א עמ' 303 טור א' וציין על דבריו באנציקלופדיה תלמודית כרך א' עמ' תקנ"א, דכשנתערערה חזקתו נאמן להשים עצמו רשע ע"ש, וא"כ בנידון דידן בעד זה שכל הריעותות איתנהו בית דמר ב. שהוא המקדש מעיד עליו שמחלל שבת, ועוד שהוא עצמו לא רק אומר אלא גם מביא כהוכחה לדבריו, שהוא מעשן סיגריות ינוסע בשבת, ששנים מחבריו, ומוכיר את שמותיהם ומקום מגוריהם, יודעים כדבר הידוע ומפורסם בעירו שמעשן ונוסע בשבת הוא, והא ודאי לא הזכירים בשמותיהם ומעניהם רק לענין בירור אמיתות דבריו שאינו משקר, בכגון זה שהדבר ניתן לבירור בקלות ע"י הזמנת העדים לבית"ד להעיד, והעד גם לא איכפת לו מבירור זה, שאומר זאת בלי רתיעה ובלי הסתייגות וכן שחותם על עצמו שמחלל שבת הוא ואינו נרתע מזה כלל וכפי שטען, „איש בחטאו יומת כתוב בתורה ואין לשום אדם להתערב בענייניו“ וכרשום בפרוטוקול, עד זה ודאי נתערערה חזקת כשרותו, ובדידיה אמרינן משים עצמו רשע, דבמילתא דעבידא לאגלויי לא משקרי בה אינשי.

ועי"ע ב„כנסת הגדולה“ אבהע"ז סי' מ"ב בהגהות על ה„בית יוסף“ אות קע"ט שכתב משם מהר"מ אלבילא בתשו' כתב יד ושכ"כ הר"מ איסרלן בתשו' סי' י"ב בהחזק לרשע שאין צורך לקבלת עדות, שמפני חזקתו פוסלין אותו, אע"פ שהוא אינו מעיד על עצמו כלל, ו„החזק“, על כרחק צריך לומר שאין עדים מעדיין עליו שרשע הוא מדכתב „שאינ צורך לקבלת עדות“, אלא חזקה בעלמא שהוא רשע, (כמ"ש ברש"י קידושין דס"ד ע"ב, ד"ה דמוחזק לו, וברשב"ם בב"ב דקל"ד ע"ב, ד"ה הכא אע"ג דמוחזק לו — „חזקה בעלמא בלי עדים“), ובנידון דידן אע"פ שעדיין לא החזק שרשע הוא, מ"מ כיון שהוא מעיד על עצמו ומחזיק את עצמו בעדים שמחלל שבת הוא, ועד אחר מעידו, וכן שחותם על עצמו בפרוטוקול שהוא מחלל שבת ולא איכפת לו כנ"ל וכן שתעד גם הוא גברא ערטילאה שאינו לא במקרא ולא במשנה שגם מטעם זה יש לפוסלו כדלקמן, — אני משוכנע שהאמת בפיו כי הוא מעשן סיגריות ונוסע בשבת, ועדותו על עצמו ועל האשה שנתקדשה דברי אמת הם, אבל הקידושין אינן קידושין כיון דעד פסול הוא, ולאו משום דמשקר דגזירת הכתוב היא, דבממון הוא דאמרינן לא איברו סתדי אלא לשקרי, אבל בקידושין אע"פ שהדבר אמת שנתקדשה, אם נתקדשה בעדים פסולים לאו כלום הוא אע"פ ששניהם מודים וכמ"ש הרד"ך ז"ל בית כ"ד חדר ד', הביא דבריו ב„כנסת הגדולה“ אבהע"ז בהגה"ט סי' מ"ב אות כ"ח: „דאפי' ידענו בפסולי עדות דלא משקרי אינן קידושין“, הנה ע"כ בעד דנידון דידן בצירוף כל האמור, לא עדיף

מהחזק שאין צריך לקבל עדות על רשעותו כדי להעמיד האשה בחזקת פנויה דידת.
 2. זאת ועוד דעד כזה בכלל עמי הארץ, שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ. שחזקתו פסול עד שיוחזק שהולך בדרכי הישרים כמ"ש הרמב"ם בה' עדות פ"א ה"ג. ועי' בהרדב"ז שם שכתב: „ובזה טועים מקבלי סהדותא שיקבלו עדות מכל הבא לפניהם מבלי שישאלו עליו וסומכים לומר כל ישראל בחזקת כשרים הן והא ודאי ליתא, דאע"ג דכל ישראל בחזקת כשרים שאינם עוברים עבירות, אבל אינם בחזקת כשרים להעיד." ועי' ברמב"ם שם ה"ד שכתב: „וכל מי שיקבל עדות עם הארץ טרם שתהיה לו חזקה זו וכו' הרי זה הדיוט ועתיד ליתן את הדין שהרי מאבד ממונו של ישראל ע"פ רשעים." מכ"ש שאין לקבל עדותם בעדות אשה להוציאה מחזקת פנויה ולאסור בת ישראל בעדות רשעים.

וכן כתב הרדב"ז בתשו' ח"א סי' שי"ב (הוצאת ווארשא): „ותו דאפי' היה לשון הקידושין כתיקונו הריהם פסולים לעדות, שאינם לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ, וזה לשון הרמב"ם ז"ל פ"א מה' עדות: וכל מי שיקבל עדות עם הארץ טרם שיהיה לו חזקה וכו' ה"ז הדיוט וכו' „ וסיים הרדב"ז בתשו' שם וכתב: „וכ"ש לענין קידושין, וצ"ל דאע"ג דאין עם הארץ פסול לעדות אלא מדרבנן וכמ"ש בקידושין (דף מ' ע"ב) א"ר יוחנן ופסול לעדות, והיינו מדרבנן, מ"מ י"ל דלענין קידושין ס"ל להרדב"ז דאף בפסולי עדות דרבנן אין הקידושין קידושין, דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, וכמ"ש בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ר"ל (הוצאת ספריתי — תל-אביב): „שמקצת הגאונים ז"ל כתבו בתשובותיהם כל הני דפסילי מדרבנן כגון תרועין והמוכסין אם קידש בפניהם אפי' שניהם מודים, לא תפסי קידושין כלל ואינה צדיקה הימנו גט, דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיעניהו רבנן לקידושין מיניה, וכן הוא בתשו' תשב"ץ ח"ג סי' ו' דפסל אותו משרת משום שהוא עם הארץ ממ"ש בקידושין (דף מ' ע"ב) כל שאינו במקרא וכו' ואמר ר"י ופסול לעדות, ע"ש. ואע"פ דלהלכה אין אנו פוסקים כהרדב"ז וכמקצת הגאונים שהביא הרשב"א דבפיסול קידושין דרבנן אין להתירה בלא גט כמ"ש באהע"ז סי' מ"ב ס"ה, כסניף להיתר מיהת ודאי דיש לנו לסמוך על דבריהם, וכפי שיבואר להלן, איכא הכא בנידון דידן כמה ספק ספיקי, דאפי' באיתחזק איסורא דאשת איש כתב „גורע ביהודה" תניינא חאהע"ז סי' קנ"ו (בד"ה ועכ"פ): „דגראין דברי הש"ך בסי' ק"י דמתיר בטעמן. והט"ז שם ס"ק ט"ו דמחמיר, אינו רוצה לומר שהוא דין תורה, אבל טעמו שלא רצו חכמים לחלק בין שני ספיקות לשלושה, והוא חומרא דרבנן, והרי הרבה מחכמי הספרדים (המקדש והמתקדש ספרדים הם) נשתמשו בספק ספיקא אפי' בספק אשת איש והתירו אפי' בשני ספיקות. וכן הוא ב, שב שמעתתא, שמעתתא א' פכ"א דהיכא דאיכא תלתא ספיקי מהני אפי' באיתחזק איסורא. וע"ש שהביא המהריב"ל בס"ג סי' ל"ג שכתב דבתלתא ספיקי לכו"ע מפקינן ממונא מיד המוחזק, ומכל שכן בנידון דידן דלאשה יש לה חזקת פנויה דהיתרא ולא בחזקת איסור קיימא; ועי"ע ב, שער המלך הלכות מקוואות סוף כלל ג' שכתב: „דדעת רוב הפוסקים ז"ל אפי' באיסור אשת איש מקלינן בספק ספיקא כנודע. ואמנם ב, שרי חמד" אסיפת דינים מערכת גט סימן ל' אות ו' הביא מחלוקת הפוסקים בזה, אבל המדובר שם באיתחזק איסורא, ולא כן בנידון דידן שהאשה בחזקת פנויה דהיתרא, דעל הקידושין עצמם אנו דנים, דיש לומר אוקמה אחזקת פנויה שלה דהיתרא, לית דין ולית דיין דאין להתמיר

ולתצריכה גט אפי' בתרי ספיקי מכ"ש בתלתא ספיקי דאיכא חכא בנידון דידן וכפי שיבואר להלן.

3. זאת ועוד, דבנידון דידן שהעד מעיד על עצמו והמקדש גם הוא מעיד עליו שמעשן סיגריות ונוסע בשבת, לדעת הראב"ן במדרכי בפי' חזקת הבתים גבי נסכא דרבי אבא סי' תקכ"ח, אמרינן אדם משים עצמו רשע ונאמן. ועי', "פתחי תשובה" חו"מ סי' ל"ד ס"ק מ' שציין עליו ושם ציין ל"כנסת הגדולה" בהגה"ט שם אות נ"ז שכן דעת הרשב"א, מהרי"ק, מהרשד"ם ו"משפטי צדק" דכולהו ס"ל כדעת הראב"ן דאם מודה לדברי העד נפסל בעד אחד ע"ש; ועי' בתומים סי' פ"ז ס"ק כ"ו וב"שדי חמד" כרך א' מערכת אלף כלל שני"ה עמ' 90 (הוצאת בית הסופר, בני-ברק תשכ"ג) ובפסקי דין רבניים כרך ה' עמ' 117 שהזכירו דעת החולקים בזה ואולם ודאי שאין להתעלם עכ"פ מדעת גדולי הפוסקים דס"ל כראב"ן ודעימיה שכשהוא מודה לדברי עד אחד נפסל בהודאת פיו מחמת עבירה כסניף להיתר מיתה. אלא דבענ"ד אני אומר דבנידון דידן גם החולקים על הראב"ן ודעימיה, מודים כאן דנפסל בהודאת פיו עם עדות העד, דטעמם של החולקים הוא, כדכתב ה"שדי חמד" שם, משום דהודאתו לדברי העד אינה מועילה כיון שאדם קרוב אצל עצמו והו"ל כשני עדים אחד כשר ואחד פסול דאמרינן אוקי חד לגבי חד ואוקי גברא אחזקת כשרות ידיה, ודברים אלה לא ניתנו ליאמר בעד דנידון דידן, שאומר על עצמו שמחלל שבת הוא ועד אחד מסייעו, וגם מזכיר שמות שניים מחבריו בשמותיהם ומקום מגוריהם היודעים שהוא מעשן סגריות ונוסע בשבת וכדבר הידוע ומפורסם, זאת ועוד כשהכנס העד הזה שנית לאולם הדיינים כדי לשאול העד השני (שהעיד על קידושי המקדש והמתקדשת) אם הוא מכירו. ואם יודע שהוא מחלל שבת וענה שאינו יודע ומכירו רק כעובד יחד עמו במפעל, התקצף וענה לאומר: „אני בעצמי אמרתי ואומר שאני מעשן ונוסע בשבת“, „ועי' באתי על התתום“, וחתם בדברים אלה על הפרוטוקול יחד עם חבריו העד השני, וכאומר למי לכם להביא עדים על כך? וחרה לו על הבריור המיותר בזה כדבר שאין בו צורך לדעתו, וכמפורש בפרוטוקול; אשר על כן עד כזה חזקת כשרותו נתערערה לדעת, הן ע"י חתימתו בפרוטוקול בעזות בלי רתיצה ובלי שמץ הסתייגות דמחלל שבת הוא ולא איכפת לו, והן עי' שמוכר שמות עדים ומענם שביה"ד יוכל לברר מפייהם אם ירצו, כהוכחה לדבריו שמחלל שבת הוא, לא הויא עדותו על עצמו ועדות העד עליו כחד לגבי חד עד שנאמר אוקי חד לגבי חד ואוקי גברא אחזקתיה, דאיתרע חזקתיה. ועוד דלא רק מפיו אנו חיים עד שתאמר קרוב הוא אצל עצמו אלא גם מפני שניים מחבריו שהזכיר, ואע"פ שביה"ד לא נזקק לגבות עדות מפייהם עליו, יש לומר בזה דברי אמת ניכרים בדבר העשוי להתברר ע"י ביה"ד בקלות לא משקרי אינשי. ועכ"פ ודאי שחזקתו נתערערה בזה לגבי חזקה אלימתא של העד הכשר, בכגון זה גם החולקים על הראב"ן יחדו כאן דנאמן בעדות עצמו ועדות עד אחד עמו (המקדש) דמחלל שבת הוא ופסול.

4. ואם נפשך לומר דגם בכדאי גוונא יעמדו החולקים בדעתם דאין אדם משים עצמו רשע בכל ענין, מ"מ הא איכא ארבע ספק ספיקי: ספק, אם הלכה כדעת הר"מ מלמד שהביא „כנסת הגדולה" חו"מ סי' ל"ד כנ"ל דכשיש הוכחה ורגליים לדבר אדם משים עצמו רשע; ואם תימצא לומר דלא קי"ל כוותיה, שמא הלכה כדברי „ים של שלמה" בפי' החובל סי' כ"ג כנ"ל דכשנתערעה חזקתו אמרינן, משים עצמו רשע ונאמן לפסול את עצמו; ואם תימצא לומר שאין הלכה כך, שמא הלכה כדברי הרדב"ז

בתשׁו' ח"א סי' ש"ב וכדעת מקצת גאונים שהביא הרשב"א בתשׁו' ח"ב סי' ר"ל, כנ"ל דעם הארץ שאינו לא במקרא ולא במשנה וכו' פסול לעדות והקידושין בפניו לאו כלום הם ואפי' גט אינה צריכה, דאפקיעניהו רבנו לקידושין מיניה; ואם תימצוי לומר דלא קי"ל הכי, שמא הלכה כדעת הראב"ן ושאר גדולים דעימיה דבהודאת פיו ועד אחד מעיד עליו כנידון דידן נאמן לעשות עצמו רשע, ואע"פ שמתיר זה אינו מתיר זה, ויש מקום לומר דאפשר דהראב"ן פליג אהרדב"ז ומקצת גאונים שהזכיר הרשב"א, ושניהם אפשר דפליגי על „ים של שלמה" בפ' החובל, ושלושתם אפשר דפליגי על הר"מ מלמד שהביא „כנסת הגדולה" וא"כ אזל ליה הס"ס, ושאיני ס"ס במציאות מס"ס בפלוגתא דרבנותא, דמתעם דמתיר זה אינו מתיר זה כנ"ל, הנה מצאתי בתשׁו' הראב"ח סי' מ"ה עמ' רל"ח (הוצאת ירושלים תש"כ) בנידון ממורות שצירף ספק ספיקא משיטות הראשונים להתיר הולד אע"פ שמתעם שהתיר זה לא התיר זה ע"ש שכתב שכ"כ מהרי"ק ז"ל „דכשיש שני פוסקים מתירים הגם שמתעם שמתיר האחד אינו מתיר האחר, מצרפינן דברי שניהם להתיר". ועי' בתשׁו' רעק"א סי' קכ"ח הביא דבריו „פתחי תשובה" אבהע"ז סי' ד' ס"ק ל"ז שהזכיר תשׁו' הראב"ח סי' מ"ה הנ"ל להתיר בספק ספיקא דדינא. ודוק מדבריהם ואוקי באתרין דאיכא כמה ספיקי כנ"ל, ועוד דהאשה בחזקת פנויה היא דמותרת בלי גט מכת הני ספק ספיקי בפשיטות.

וחוץ מזה אני בענ"ד אומר שבוה"ז שחילול שבת בעישון סיגריות חסיעות לטיול ולבידור נעשה חזון נפרץ בימינו דור יתום, האומר על עצמו היום שהוא מעשן סיגריות ונוסע בשבת והוא אומר זאת בלא איכפתיות ובלי כל הסתייגות, הגני משוכנע שאומר אמת כי מעשן ונוסע בשבת הוא, ואין הוא בכלל זה דאין אדם משים עצמו רשע, דאינו רואה הוא את עצמו רשע בזה, וה"ז דומה למ"ש בתשׁו' „השב יעקב" הביא דבריו ב„קצות החושן" סי' פ' ס"ק ב', דגבי שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, אם לא ידע שהוא אסור לא שייך ביה שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ו„קצות החושן" אמנם חלק עליו, אבל בפסד"ר כרך ב' עמ' 157 מביה"ד הרבני הגדול הסתמך על תשׁו' „השב יעקב" בנידון הערעור שהבעל אמר שראה אשתו שזינתה שבאה במגע מיני עם גבר זר בשם. ... „אלא שמסתבר שהבעל לא ידע שאסר אותה עליו במה שאמר שראה שזינתה כי הוסיף וטען שהבעל דורש שאשתו תחזור אליו מפני שהוא אותב אותה, וע"כ מאחר שאינו יודע שהיא נאסרת עליו לא שייך לומר שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא כמ"ש כה"ש יעקב", ואני מדגיש שאיני אומר דעתי בזה להלכה כי ודאי הרבה יש לחלק בין תנושאים: דבשוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, כל שאינו יודע שהוא אסור הרי הדבר היתר בעיניו בשבילו, משא"כ במעיד על עצמו שעושה עבירה יודע שהדבר אסור אלא דלא איכפת לו, בזה י"ל דאינו נאמן דגזירת מלך היא, ועי' ברמב"ם הל' סנהדרין בסוף פ"ח, שאחר שניסה להסביר מה הטעם אין אדם משים עצמו רשע: „שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות" וכו' סיים וכתב: „וכללו של דבר גזירת מלך היא", דלפי הטעם שכתב, תינח בחיוב מיתה, חיוב מלקות ילקה על פי עצמו, וכמו שהקשה בהרדב"ז שם וגם הוא ניסה ליתן טעם וסיים: „ועם כל זה אני מודה שהיא גזירת מלכו של עולם ואין להתיר" דלכל הטעמים תיקשי, שא"כ בזה"ז דאין ביה"ד ממיתין ולא מלקין עוברי עבירות, יהא אדם נאמן לפסול את עצמו בעבירה, ונמצא שכל דין זה דאין אדם משים עצמו רשע בטל בזה"ז, אלא דע"כ צ"ל דגזירת מלך היא,

ואין אנו יודעים טעמו של דבר עד שנוכל לחדש חידושים בהלכה זו ולומר דלפי טעם זה וטעם זה יש לנו לפסוק כך וכך בהלכה זו, דמאן ספין ומאן רקיע שהטעם הוא אמת לאמתה ולזה נתכווין מלכו של עולם בהלכה זו, וזה פשוט.

אלא דעם כל זה רוצה אני בענ"ד לומר, דכיון דמצינו להר"מ מלמד שכתב בשם יש אומרים דכשיש הוכחה לדבריו נאמן אדם להשים עצמו רשע כנ"ל וכן ל"ם של שלמה" בפ' החובל סי' כ"ג כנ"ל דכשנתערערה חזקתו גם בזה אמרינן דנאמן להשים עצמו רשע, א"כ בזה"ל שעישון סיגוריות ונסיעות בשבת נעשו כהיתר לרבים והוא חזון נפרץ בימינו דור יתום, כל אדם שאומר על עצמו בלי איכפתיות ובלי הסתייגות שמעשן ונוסע בשבת, עבירות שרבים בעוה"ר דשים בהן בימינו, יש לנו להתאמינו, כי חזקת כשרותו בעבירות אלו נתערערה, שאיך נרמה את עצמנו לומר שמשקר הוא בעדות עצמו על עצמו ואנו לפי דעתנו, מכח אומדנא גדולה דמוכח שדבר אמת דיבר העד, מה גם בעדי קידושין הבאים להוציא אשה מחזקת פנויה ולאוסרה, דיש לנו להתאמינו בכל מה שמעיד הן על עצמו שעשה עבירה שהוא נפסל מחמתה, והן על האשה שאכן נתקדשה בפניו כד"ת, אלא דגזירת מלך היא דעד פסול מחמת עבירה פסול הוא בקידושי אשה אע"פ שאינו משקר, וכמ"ש הרד"ך בית כ"ד חדר ד' דאפי' ידענו בפסיולי עדות דלאו משקרי, אינו קידושין כנ"ל.

כ"ז אני אימר מסברא, ולפי שלא מצאתי לסברה זו ראייה בספרים הנמצאים תחת ידי, על כן איני סומך על דעתי בזה לדינא דכיון דגזירת מלך היא מי זה שיוכל לחדש דין מדעתו מכח סברא, אלא דבגידון דידן אין אנו צריכים לזה שההיתר יוצא מהני טעמי תריצי כנ"ל ומטעמים אחרים שיתבארו להלן, ועי' "משנה למלך" הל' מלוה ולוה פ"ד ה"ו (בד"ה וכתב בעל "כנסת הגדולה" שם) וב"נודע ביהודה" תניינא חא"ו"ח סי' ס"א (ד"ה ומה שכתבתי) וב"שדי חמד" כרך א' עמ' 90 ערך אין אדם משים עצמו רשע אות דש"ן (ד"ה וכן וד"ה ומ"ש המל"מ) דכשיש אומדנא שעשה מעשה רשע משים עצמו רשע ע"ש, אלא דפשוט שאין כל האומדנות שוות, ועי' י"ל: וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה? ואנן אשינוי ניקום וניסמוך? מה גם בדבר שהוא גזירת מלך, אם לא שנמצא ראייה ברורה ממקורות ההלכה בזה ואילו על הסברא גרידא, בענין זה שלא נתפרש טעמו ודאי שאין לסמוך על סברות בעלמא וכנ"ל, ולא העליתי סברא זו בענין זה רק כדי שהגדולים שקטנם עבה ממותני אולי יזהירו להתיישב בעניין ולהביא עי"כ מזור וארוכה לרבות מבנות ישראל הנלכדות לצערנו בעדות עדים כאלה דיש אומדנא גדולה דפסולי עדות הם מחמת עבירה כפי שהם אומרים, והיה זה שכרי.

5. אלא דאחר כל זה יש לומר: דל העד הפסול מהכא, אכתי יש לחוש לקידושין, דהו"ל כקידשה בשני עדים ונמצא אחד מהם קרוב דהוי כקידשה בעד אחד, כמ"ש הרמ"א ו"ל באהע"ז סי' מ"כ ס"ב בהגהה, דליש מחמירין כדעת הסמ"ג בקידש בעד אחד שהביא הרמ"א שם, גם בזה יש לחוש לדעתם, אבל הא ודאי ליתא: חדא, דגם לדעת המחמירין, דזוקא בשניהם מודים לדברי העד, ובגידון דידן המקדש והמתקדשת שניהם אינם מודים בקידושין, שאומרים בדרך שחוק וליצנות הוי, "ולאו דזוקא במכחישינו עצם הקידושין שאומרים להר"מ אלא אפי' הוא אומר נחתי והיא אומרת קיבלתי אלא שטוענים שלא נתכוונו לקידושין, אלא להשטות או לשחוק והיתול, בטענה זו נמי אינו מודה מיקרי", כמ"ש הב"ח בסי' מ"ב שם מתשו' התשב"ץ ח"א סי' ע' באשה טוענת שמשטה היתה, ומרן בב"י הוכירה; והן אמת ד, חלקת מחוקק"ו, בית שמואל" בס"ק ד' ובס"ק

ו' שם לא ס"ל כתב"ח, דדילמא דכשם בנתקדשה בשני עדים אינם נאמנים בטענת השטאה, כן גם בעד אחד, דדברים שבלב אינם דברים עי' בדבריהם. מ"מ רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים והפוסקים המאחרים יותר ציינו עליהם ב, "אוצר הפוסקים" שם ס"ק כ"ב אות ז' מתשו' מהרש"מ ת"ג סי' נ"א ומאות ח' והלאה, עשרות מהפוסקים ראשונים ואחרונים רוב מגין ורוב בגין דהכי ס"ל דמהני טענת השטאה נגד עד אחד כדעת התשב"ץ והב"ח, וכן ראוי לנו להורות לענ"ד, מה גם בנידון דידן דבלאו הכי איכא כמה ריעותות בקידושין.

זאת ועוד דבנמצא עד אחד פסול גרע מנמצא קרוב כמ"ש, "באר היטב" שם ס"ק ח' מתשו' מהר"מ מפדואה סי' ל"ז: "שאם קידש לפני שניים ונמצא אחד פסול, אפי' לא ידע העד הכשר בפסולותו אין עדותו עדות", והטעם מפורש בתשו' מהר"מ מפדואה שם: דקרובים כל אחד מהם כשר להעיד לבדו ובר עדות הוא, משא"כ הפסול דלאו בר עדות הוא כלל, לכן בהימצא אחד מהם פסול בטלה כל העדות ע"ש, ובנידון דידן העד פסול הוא מחמת עבירה ולכן גם עדות הכשר עמו בטילה. ועי' "אוצר הפוסקים" שם ס"ק כ"ה שהביא להקת הפוס' בקידש לפני שניים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול דאין חוששין לקידושין כלל אפי' לדעת המחמירין בקידש בעד אחד.

ועי' בתשו' מהר"מ מפדואה סי' ל"ז הנ"ל דהא דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא, גם כשהאשה שהיא בעלת דבר מכחישה אותו, וכ"ה ברמב"ם פ"ט מהל' אישות הלכה ל"א: "אמר עד אחד מקודשת היא זו והיא אומרת לא נתקדשתי ה"ז מותרת", וכ"כ ב, תרומת הדשן" סי' ר"י וכ"ה בתשו' מהרי"ט ח"א סי' ט"ו דגם כשהאשה מכחישה את העד מהני ולא כלום הוא, ועי' "שער המלך" הל' אישות שם, ובנידון דידן שניהם מכחישין את העד שאומרים דלשחוק והיתול היו הקידושין, אלא שאין אנו צריכים גם לזה, כי גם שני העדים שניהם אומרים שהקדושין היו לשחוק וליצנות כנ"ל דלא הוו קידושין, וכפי שיבואר בהיתר השלישי להלן.

(ב) ההיתר השני, שקידשה בטבעת שאינה שלו.

כרשום בפרוטוקול בגביית העדות, כשלקח המקדש את הטבעת מאחת מבנות החבורה שהסיבו יחד על שולחן האוכל, לא אמר לה שלוקח ממנה את הטבעת כדי לקדש בה, עד שנאמר שנתנה לו באופן שיועיל לקדש בה את המתקדשת, שאם לא יועיל ליתנה לו בלשון שאלה הריהי נותנת לו אותה בלשון מתנה על מנת להחזיר, ואם לא יחזירנה אותה עצמה יחזיר דמיה, וכמ"ש הרא"ש ז"ל בריש מס' קידושין, וכן לא גולה ממנה וקידש בה עד שנאמר שנתיאשה היא ממנה דהו"ל קידשה בגזל דאחרים דאם קנאה ביאוש ה"ז מקודשת, דבנידון דידן כיון שהוא עצמו וכן העדים כולם יודעים שהולך היה לקדשת בדרך שחוק וליצנות לבידוח החבורה, הוי אומר שעל מנת כן נלקחה הטבעת מבעליה לשעתה, להדגים היאך מקדשין אשה לשעשוע החברים והחבורות על מנת להחזירה מיד לאחר מכן, ואין מקום בטבע העניינים לא להקנותה למקדש באופן שיועיל לקדש בה ולא לגזילתה, וא"כ יוצא שקידשה בטבעת שאינה שלו דלאו כלום הוא וכמפורש בריש סי' כ"ח, המקדש אשת בגזל וכו' ונודע שקנתה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת ואם לאו אינה מקודשת".

(ג) ההיתר השלישי שקידשה בדרך שחוק והיתול.

המקדש והמתקדשת שניהם אומרים כרשום בפרוטוקול שהכל היה בכוונה לשחוק וליצנות, ושני העדים מוסיפים כרשום מפיהם בפרוטוקול שהם ידעו מתחילה שמר ב.

המקדש הולך לקדש את הגב' א. בדרך שחוק וליצנות. וכבר העליתי להתיר בענ"ד בענין דומה לנידון דידן. ואלו הם הנימוקים.

ע"י באוצר הפוסקים אבהע"ז סי' מ"ב ס"א ס"ק י"א אות ד' (מד"ה ויש שכתבו ומשם והלאה) שהביא דברי הפוסקים שכתבו: „להתיר מטעם זה שהקידושין היו בלי קהל או בלי חופה וכדו' גם כשלא אמרו שלכן חשבו שהקידושין אינם חלים, כי מאחר שאין זה נהוג עתה במדינות אלו בזמנינו לקדש שום אשה כי אם בעת כניסתה לחופה, וכ"ש בת נכבדים כזו, מפורסם ופשוט שהכל דרך שחוק ובדיחותא וכו' ואנן סהדי שלא היה הכל כי אם דרך שחוק ואין כאן בית מיחוש של קידושין כלל".

וכ"ה ב„מילואי אבן" סי' כ"ד ובספרו „מילואים" סי' כ"ה וב„באר משה" (להגרי"מ ירושלמסקי) סו"ס כ"ב וב„הליכות אליהו" (להגר"א פיינשטיין) סי' י"ג סוף היתר ג': „דכיון שאין הדרך לקדש בלי חופה ובלי ברכה נאמנים לומר שלא כיוונו לשם קידושין". וכן הביא „אוצר הפוסקים" שם מתשו' הרב קלמן העלר ב„חרות עולם" עמ' כ"ה שכתב בנידונו: „לצדף שהיה בלי חופה ובלי עשרה ובלי כתובה ובלי ברכה ושמחה וכו' וכן כשהיתה חופה אלא שהיתה בלי ברכה וכתובה, הביא שם מתשו' „בית משולם" סי' ט' אות ב', דאף שכתב הרמ"א דאין תולכין בתר אומדנות, היינו בגוונא שהיו קידושין גמורים, אבל בנידון דידן שהכל ידעו שנכנסה לחופה להתלוץ באיש שיכור וגם בלי ברכה ובלי כתובה, הוי אומדנא דמוכה טובא דכוונתם לשחוק... ואנו מעידים שהיה כן לשחוק בעלמא".

וכן הביא ב„אוצר הפוסקים" שם בסמוך מתשו' הראשונים, תשו' הרב גתן בר משה בתשובות חכמי פרובינצא סי' ב' עמ' י"ג שכתב: „דכל קידושין שניתנו דרך שחוק וקלות ראש אינן קידושין, מפני שהאשה אינה סבורה להיות מקודשת בכך, אפי' קיבלה הדבר ושתקה, וכ"כ הראב"ד ז"ל על קידושין שניתנו בעורמה דרך שחוק, ובא מעשה לפניו והתיר האשה בלא גט, אע"פ שאמר לה הרי את מקודשת לי".

ועיין עוד באות ב' שם שהביא מה„צמח צדק" (מליבאוויטש) סי' ק"ז אות ד' שכתב: „והראשונה, דכשהאמירה גרועה שאמר בטבעת זו וקידשה במטבע, והשניה שגם הנתינה גרועה שנתן לה כסף עורף שהגיע לה, יש לומר דאם טוען שכיוון לשחוק בעלמא מבטל זה את הקידושין, וכיוצא בזה מצינו בחידו' הרשב"א ז"ל ריש קידושין גבי לשוגות דהוו קידושין רק דסתם נשים לא ידעי לה, דאי אמרה דידעה ולשם קידושין קיבלה מקודשת, ואם אומרת שלא ידעה ולא הבינה אינה מקודשת וכו', אלמא דכשהאמירה גרועה תלוי הענין בה דע"י הדאתה תוכל לעשותם קידושין וכשהאינה מודה אינם קידושין כלל, והכא האמירה והנתינה גרועים, לכן אפי' אם תימצי לומר דאם היה טוען שנתכוון לקידושין הוי קידושין, מ"מ עכשיו שטוען שכיוון לשחוק בעלמא יש לומר דאינה מקודשת כלל". ושם באות ה' כתב „צמח צדק" על טעמי ההיתר שבנידונו „דכל אחד בפני עצמו מספיק להקל". ומינה לנידון דידן דגרע עוד טפי שלא היתה נתינה כלל שקידשה בטבעת שאינה שלו דגם כשהם לברם אומרים דלשחוק נתכוונו דלא הוו קידושין, מכ"ש שגם העדים שניהם אומרים שהכל היה לשחוק והיתול כנ"ל.

ועי' בתשו' „גודע ביהודה" ריש סי' ג"ט, הובא ב„פתחי תשובה" אבהע"ז סי' מ"ב ס"ק ג' שכתב: „דלמא לא נאמין לה שלא כיוונה לקידושין, והא עד אחד נאמן באיסורין אפי' בשלו ולא בעינן שיהא בידו כי אם היכא דאיתחוק איסורא, והכא לא איתחוק דעל תחילת הקידושין אנו דנין, ואשה בחזקת פגיה עומדת וכו' ", והאריך

בזה, ומסיים: „יצא לנו מזה שלענין נאמנות בדבר שאינו נגד חוקה, בין המקדש ובין המתקדשת נאמנים, ואפי' וכו' דאי אפשר לסתור סוגיית הש"ס דעד אחד נאמן באיסורין היכא דלא איתחזק", מכ"ש הכא דאין אנו צריכים לנאמנות שלהם, כי גם שני עדי הקידושין מעידים שכפי שהם אומרים כן הוא, שידעו מתחילה שהכל היה לשחוק והיתול כנ"ל ואין כאן בית מיחוש.

ועיין עוד ב„אוצר הפוסקים" שם ס"ק ל' (בד"ה ובתשובת הר' שמ"ח גאגין) שכתב: דהפוסקים רובם ככולם תפסו להתיר בנידונם שהעדים לא ראו הנתינה ממש כדברי הרמ"א, ושם באות ח' הביא, כשהאשה אומרת שלא נתקדשה, שבתשובת „גור אריה" סי' כ"ט כתב: „דעד כאן לא פליג המרדכי על הרשב"א וס"ל דעדי ידיעה בלא ראייה מהני, רק בהיא מודה שקיבלה לשם קידושין, אבל במכחשת, לא הוה קידושין ובוזה לא מצינו מחלוקת". והביא עוד שם דגם „דברי חיים" (להגר"י אורבך) סי' ו' כתב „דהמרדכי מירי בשניהם, המקדש והמתקדשת, מודים, אבל באינם מודים גם המרדכי מודה דלא מהני". וכן שם באות ט' הביא מתשו' הרא"מ (להגר"מ מרגליות) ח"ג סי' מ"ט דעד כאן לא אמר הרא"מ המובא במרדכי דעדי ידיעה לבד בלי ראייה מהני, רק היכא דידוע שנתרצו לקידושין, אבל הכא שהיה דרך שחוק אפי' דבעלמא לא מהני להתיר ע"פ מה שאומרים שהיה דרך שחוק משום דהוי דברים שבלב, מ"מ כאן אין כל דבר מוכיח שנתקדשה. וכ"כ רעק"א מהדו"ת סי' נ"ה ונ"ו בנידונו דאם מבורר באומדנא דמוכח דהוי לשחוק, לא מיקרי ידיעה כלל על הנתינה". וע"ש עוד שהביא מ„תשובה מאהבה" סי' קע"א ומתשו' „אחיעזר" ח"א סי' כ"ד בנידונם לסמוך על האומדנא דמוכח שלא היתה דעתו לקדש, גם למחר"מ בן ברוך שבתשו' מיימוניות סוף סדר נשים דס"ל בעלמא לא מהני אומדנא דלשחוק נתכוון. כללו של דבר דהיכא דידוע כנידון דידן דלשחוק וליצינות לשעשוע החבורה היו הקידושין כפי שהעידו העדים, ולא רק מחמת אומדנא, אין מי שיחוש להצריך גט אפי' לחומרא, וזה פשוט וברור.

וכן הביא שם ס"ק י"א אות ח' דגם באומדנא, „במקום שהאומדנא כוללת גם את האיש שלא כיוון לשם קידושין, י"ל גם מהר"מ לא החמיר שלא לסמוך על האומדנא כי אם בנידונו דעל המקדש לא היתה שום אומדנא שלא רצה בקידושין וכו', אבל במקום שהאומדנא כוללת גם את האיש שלא כיוון לקידושין, יש לומר שאין לחוש", ומזה הביא שם כשהקידושין היו רק כדי שהשלטונות ירשמו אותם נשואים ותוכל לגור במקום מגורי המקדש, וכן כדי לקבל רשיון כניסה לישראל ותוכל לנסוע עמו, וסידרו חו"ק בפני רב ושניהם אומרים שלא כיוונו לקידושין רק בשביל המטרה הנ"ל וכו', ע"ש שהסיק: „דבכגון דא מסתברא דלכל הדיעות אנן סהדי שלא היה כאן כוונה לקידושין, ודבר זה יוצא מכלל אומדנא ונכנס בכלל דבר ברור ומוחלט".

מכל האמור נידון ונוקי באתרין, שמעשה הקידושין היה כדבר ברור ומוחלט לשם שחוק וליצינות לבידוח ולשעשוע מתחילה כדברי העדים והמקדש והמתקדשת, אין כאן בית מיחוש לקידושין כלל מטעם זה לבדו ומכ"ש דכ"ש בהצטרף שני הדוברים הראשונים דאחד מעדי הקידושין פסול מחמת עבירה וכן שקידשה בטבעת שאינה שלו כבנידון דידן, דבר פשוט וברור שאין להצריכה גט אפי' לחומרא, והמחמיר בזה להצריכה גט לחומרא עשוי לעגנה בחינם, כי מאחר ששניהם אומרים וכן שני העדים דלשחוק וליצינות היו הקידושין וכן שקידשה בעד פסול ובטבעת שאינה שלו, ה"ו כאמר לא קידשתיר והיא גם היא אומרת לא קידשתני שאי אפשר לכופו על הגט דאמר לא ניתא

לי דאיתר בקריבה, כמ"ש בקידושין (דף ס"ה ע"א), וכן שפוטלה לכהונה בחינם, וכן גם שהיא משודכת ואם נצריכנה גט לחומרא, בלי טעם וצריכה להמתין צ"א יום לאחר הגט, ומי יודע מתי תקבלנו ואם בכלל יתנונו לה עד שתצטוו ברצי כסף, בינתיים יעזובנה משדוכה שלא ירצה לחכות כי גם אינו יודע עד כמה זמן יחכה לה, ועוד שלא ירצה באשה גרושה. מכל זה לדעתי לא רק שאין להצריכה גט אפי' לחומרא, אלא גם אסור להצריכה גט בחינם כנ"ל והי"מ.

שלמה ילזו — אב"ד

ערעור תשל"ו/137

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: כ"ג הראשל"צ הרב הראשי לישראל הרב עובדיה יוסף — נשיא, הרבנים בצלאל זולטי, אליעזר גולדשמידט

בענין:

המערערת

א.

נגד:

המשיב

ב.

הנידון: בירור קידושין

ערעור של הצעירה על פסה"ד הנ"ל של ביה"ד הרבני האיזורי לנפת אשקלון ברוב דעות המחייב אותה לקבל גט מתמשיב שקירש אותה למרות שלפי דבריהם לא היו אלא לשם שחוק. — מתי נאמנים לאמר שהקידושין היו לשם שחוק. — האם יתכן שיחולו הקידושין בחפץ שהמקדש לקח מאחרים. — מה הדין אם לא ייחדו את עדי הקידושין ונמצאו שם פסולים או נשים. — מה דינם של בזויים לגבי עדות. — מה הדין בעדי קידושין ובעדים בדיני ממונות לגבי דרישת וחקירה.

מסקנות

א. זרק איש כסף לתוך חיקה של אשה ואמר לה הרי את מקודשת לי, אף על פי שהאשה גיערה את בגדיה להשליך את הכסף ואמרה שלא כיוונה מתחילה אלא לשחוק, בכל זאת היא מקודשת, כי דברים שבלב אינם דברים ומשום חומרא דאשת איש אין הולכים בזה אחר אומדנא אף על פי שהיא מוכחת. אולם אם גם המקדש מודה שזה לשם שחוק אינה מקודשת.

ב. יש סוברים שאם יש רגליים לדבר שהקידושין נעשו לשם שחוק אינה מקודשת.
ג. חולקים הפוסקים במ' שלוקח חפץ מחבירו ואומר לו שלוקחו כדי לקדש בו
אשה, אם האשה מתקדשת בחפץ זה.

ד. אם לא ייחדו עדים לקידושין, ונמצאו באותו מעמד גם פסולי עדות, סוברים
פוסקים רבים שאין הקידושין חלים, ולדברי פוסקים מסויימים, חל דין זה גם
אם היו נוכחות שם נשים.

ה. (1) מדברי חכמים פסולים הבוויים לעדות.

(2) ויש אומרים שקידושין שנערכו בפני עדים הפסולים מדברי חכמים אין
הקידושין חלים, ולפי זה יש מקום לפסול בוויים לעדי קידושין.

ו. יש אומרים מי שמשים את עצמו כרשע אף על פי שאינו נאמן, מקבל דין
של בוויים.

ז. סוברים פוסקים רבים שעדי קידושין צריכים דרישה וחקירה משום שיש בזה
דיני נפשות. ולפ שיטה זו, אם אינם יודעים להעיד על תאריך הקידושין אין
לקבל עדותם.

ח. סוברים פוסקים רבים שאף כדיני ממונות שעדים אינם צריכים דרישה וחקירה,
אם הם אומרים אין אנו יודעים בדרישות וחקירות עדותם בטילה, משום שהיא
עדות שאי אתה יכול להזימה.

פ ס ק - ד י נ

זהו ערעור על פסק דין שניתן על ידי בית הדין האזורי בנפת אשקלון (תיק
355/לז), בו פוסק בית הדין, ברוב דעות, כי על המערערת, „א. לקבל גט לחומרא מאת
ב.“. לדעת המיעוט „אין כאן קידושין, ואפילו לחומרא אין להצריכה לקבל גט“.

אחרי שמיעת הערעור והעיון ברישומי בית הדין, דברי המערערת הנ"ל, דברי
המשיב הנ"ל, לפני בית הדין האזורי ולפנינו, ודבר העדים שהעידו לפני בית הדין האזורי,
ועל סמך הנימוקים בתלכזה המצורפים לתיק ערעור זה,
אנו קובעים ופוסקים:

המערערת א. מותרת להינשא, ואינה צריכה גט אפילו לחומרא.

ניתן ביום ט' באייר תשל"ו.

נ י מ ו ק י מ

זהו ערעור על החלטת הרוב בבית"ד אשדוד שהצריכו את המערערת גט לחומרא.
לדעת המיעוט אין המערערת צריכה גט כלל.

אחר העיון בחומר שבתיק נראה לנו שצדק המיעוט בקביעתו שאין המערערת
צריכה גט כלל, ומטעמים דלהלן:

אמנם נכון שאין המתקדשת נאמנת לומר שנתכוונה לשחוק בעלמא, וכמ"ש
הרמ"א (סי' מ"ב סעיף א'): „ואין חולכים בענין קידושין אחר אומדנות והוכחות
המוכחות שלא נתכוונה לשום קידושין, ולכן אם אמרה תחלה קדשני, ודק קידושין
לתוך חיקה, ואמר לה הרי את מקודשת לי, וניערה בגדיה בתוך כדי דבור להשליך
הקידושין, ואומרת שלא כיונה מתחלה אלא רק לשחוק בעלמא אפ"ה היא מקודשת“.

ובמקור דברי הרמ"א בתשובת מהר"ם (דפוס פראג סי' תחקצ"ג) מבואר הטעם, משום שדברים שבלב אינם דברים, ואע"פ שיש לומר אנו סהדי שלא נתכוונה אלא לשחוק בעלמא, מ"מ גבי קידושין משום חומרא דאשת איש לסמוך על אומדן הדעת דמוכח, כיוון שיש לומר איתתא בכל דהו ניחא לה, ע"כ.

אולם בנידון דידן הרי גם המקדש והעדים אומרים שכל מעשה הקידושין הללו לא היו אלא לשחוק בעלמא, וכבר כתב בתשובה לאחר מגדולי רבני איטליא מהר"ר יעודה יצחק, הובאו דבריו בס', „פחד יצחק" מערכת קידושין, שאם גם המקדש אומר שנתכוון לשחוק בעלמא, שפיר נאמן, ולא שייך ביה הטעם הנ"ל דאיתתא בכל דהו ניחא לה. וכ"כ בשו"ת „צוף דבש" (סי' כ"ה) שנאמן הבחור לומר לשחוק כיוונתי, במיגו שיכול לגרשה, ואין אדם חוטא ולא לו, דהא באירוסין ליכא כתובה, וכל שיש רגליים לדבר שזיה דרך שחוק אינה מקודשת כלל, ע"ש. וכאן בודאי שיש רגליים לדבר שלא נתכוונו לקידושין גמורים, וכמ"ש בשו"ת מהר"ם מלובלין (סי' ס"ד) בד"ה הטעם הנ", שמכיוון שנהגים עתה במדינות אלו שלא לקדש שום אשה אלא בחופה ובברכות, ברור שבנידון דידן הדבר נעשה דרך שחיק ובדיחותא בעלמא, ואין כאן בית מיחוש לקידושין כלל, ע"ש. וכ"כ בשו"ת „הליכות אליהו" פיינשטיין (סי' י"ג דף מ"ו ע"ד) ושכ"כ כיו"ב הגר"ח הכהן רפפורט (תאה"ע סי' מ"ג), ע"ש. וכ"כ הגר"א קלצקין בשו"ת „מלואי אבן" (סי' כ"ד), ועוד אחרונים.

נוסף להנ"ל, הנה מבואר בדברי הבחור המקדש בפני ביה"ד (ביום י' אדר תשל"ז, פרוטוקול עמוד 54), שהטבעת שקידש בה דיתה שאולה מבחורה אחרת, ולא אמר לה שתשאל לו הטבעת כדי לקדש בה, וכן אמרה המבקשת בעדותה (שם, עמוד 58), וכן העיד אחד מהעדים מר ד. (בפ"כ עמוד 47).

והרי מבואר בהרא"ש (פ"ק דקידושין סי' כ'), ובמאירי (קידושין ו' ע"ב) שהמקדש בחפץ שאול מתבירו ולא הודיעו שרוצה לקדש בו אשה אינה מקודשת. וכ"כ בשו"ת הריב"ש (סי' ק"ע). וכתב בשו"ת מהר"ם אלשקר (סי' מ"ח) שכן מטין דברי הרמב"ם, ע"ש. ואף למרן הש"ע (סי' כ"ח סעיף י"ט) שכתב שבכיוצא בזה הרי זו ספק מקודשת, לא יצאנו מידי ספק קידושין, וראוי להצטרף לזה ספק אחר להקל, כיון שהיא בחזקת פנויה עומדת. ובשו"ת הרשב"א ח"ד (סי' רע"ג) כתב שאפי' בהודיעו ששואל ע"מ לקדש בו אשה אינה מקודשת, וכ"כ בתשובת הר"ש בשו"ת מהר"ם (דפוס לבוב סי' תק"ד). וכתב בשו"ת „אבני נזר" (סי' קל"ו) שאע"פ שמרן הש"ע סתם בזה כדי הרא"ש שאם הודיעו ששואל ע"מ לקדש מקודשת, ברור שאילו היה דואה מרן דברי הרשב"א, לא היה פוסק כן בפשיטות, ולכן אינה אלא ספק מקודשת, וכ"ש בנידון דידן. ועכ"פ הו"ל ספק ספיקא, שמא המקדש בטבעת שאולה אינה מקודשת, ושמא בכי האי גוונא שרגליים לדבר שנעשו לשחוק בעלמא אינה מקודשת. וכיוצא בזה כתב בשו"ת „אבני נזר" (תאה"ע סי' קי"ט אות ס"ד).

נוסף לכל הנ"ל הרי לכל הדעות לא ייחדו עדים לקידושין, ושם היו שני אנשים מר ג. ומר ד. (שהעידו בפני ביה"ד) ועוד שלש נשים, והו"ל נמצא אחד מהם פסול, ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ואע"פ שהתומים (סי' ל"ז סק"י) ס"ל שהאשה שאינה בת עדות כלל, לא אמרינן בה נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותה בטלה. וכ"כ בשו"ת „שם אריה" (תחו"מ ס"ס י"ג), אולם מדברי ה, טורי אבן, בחי' לר"ה (כ"ב ע"א) מוכח להדיא דבאשה נמי אמרי' נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותה בטלה, וכן הוכיח במישור

הגרי"צ אלחנן ב, נחל יצחק" ח"א (סי' ל"ה ענף ז', וכן העלה בשו"ת "שער אשר" (חאה"ע סי' ל"א). ושכן פסק בשו"ת "אביר יעקב" (סי' כ"ד). וכן העלה ג"כ בשו"ת "ברית יעקב" (חאה"ע סי' מ"ג), וכתב שדברי התומים אינם נכונים להלכה. ומבואר בחי' הריטב"א (גיטין י"ח ע"ב) בשם רבו הרא"ה, שבקידושין שאין הדבר תלוי אלא בראית העדים, כל זמן שהיה שם קרוב או פסול אין הקידושין כלום, שעדות הכשרים בטלה, שכיון שעיקר עדותם היה בראיה כמי שבאו כולם להעיד בבית דין דמי. ומ"מ שפיר דמי להצריכה גט לחומרא. וע' ב, ערך השלחן חו"מ (סי' ל"ו סק"ו) שהרא"ה עשה מעשה להקל בזה, אלא שהריטב"א חשש לשאר המפרשים להצריכה גט לחומרא, ע"ש ולפי' שפיר מצטרף לספק ספקא הנ"ל להקל.

מלבד הנ"ל הרי עדי הקידושין מר ג. ומר ד. לפי מה שנראה בתיק, הנה הנם ארחי פרחי, והמערערות טוענות עליהם שהם מחללי שבת, והעד מר ג. הודה בפני ביה"ד שהוא אמנם מעשן סיגריות בשבת ונוסע בשבת, ושיש לו חברים היודעים על כך, והם: מר ה. ומר ו. וכן אמר המקדש על העד מר ג. (ראה בפ"כ עמוד 49). ואע"פ שלא נתקבלה עדות עליו בפני ב"ד לפוסלו, וקי"ל אין אדם משים עצמו רשע, הרי כ' הגאון מפלאצק בשו"ת "משיבת נפש" ח"א (סי' מ"ג), שאף שאין העד נפסל ע"פ עצמו, מ"מ לא נפיק מכלל הבזויים שפסולים לעדות, כמבואר ברמב"ם ובש"ע, ופשוט שאין בעדותו ממש לאסור אשה על בעלה. ובאמת שבדעת הרמב"ם (פי"א מה' עדות ה"ה) ובש"ע (חו"מ סי' ל"ד סי"ח) מבואר שהבזויים פסולים לעדות, מדבריהם". ורק לדעת הרי"ף שפסולי עדות מדבריהם פסולים לעדות קידושין, יש מקום לפסול הבזויים לעדות קידושין. ומ"מ לפמ"ש ה"בית מאיר" בשו"ת רעק"א (סי' ק') שפסולי עדות מדבריהם, דינם כספק פסולי תורה, ובמה יכשרו להוציא אשה מחזקת פניה, הרי אם חשודים הם לשקר פשוט שפסולים לעדות מן התורה. וסיוע לסברתו מדברי התומים (סי' ל"ד ס"ק י"א) שחמסן שפסול לעדות מדרבנן, איתרע כשרותו לגמרי, וחזר להיות ספק פסול מן התורה. ושכן מצא בשו"ת "פני משה" ח"ב (סי' ק"ח). וכ"כ בשו"ת, "חסד לאברהם" תאומים (קמא, חו"ד סי' ס'). ושכן כתב המהרי"ט בתשו' ח"א (סי' מ"א). וממילא חזי לאצטרופי לספקות הנ"ל.

ועוד יש לדון להקל בנידון דידן הואיל וחסרה דרישה וחקירה בעדות עדי הקידושין, והעד מר ד. (בפ"כ עמוד 48) אמר: "אני לא זוכר את התאריך של הקידושין, זה היה לפני שלשה חדשים". גם העד מר ג. לא ציין תאריך, והמערערות והמשיב אמרו אז בפני ביה"ד תאזורי שזה היה לפני שבעה חדשים. וע' בשו"ת מהרי"ט (חאה"ע סי' ל"ח) שבי' שבעדי קידושין בעינן דרישה וחקירה כיון שיש בהם דיני נפשות, ושאף הרמב"ן יודה לזה. וכ"כ מרן הב"י (בתשובה לאה"ע סי' ד') בדעת הרמב"ן. ושכן דעת הסמ"ג והגמ"י והמרדכי. ואע"פ שיש חולקים לא נפקא מספקא. ועוד שמבואר בש"ך חו"מ (ס"ס ל"ג), "שאפי' בדיני ממנות שאין צריך דרישה וחקירה, אם אמרו העדים אין אנו יודעים בדרישות וחקירות עדותן בטלה, והו"ל עדות שאי אתה יכול להזימם". ולזה הסכים, "חתם סופר" (בחה"ע סי' ק"ג). וכן העלה, "שואל ומשיב" תליתאה ח"א (סי' רע"ח), ודלא כ, גודע ביהודה" (סי' ע"ב) שחולק על הש"ך. וע' בשו"ת "פני יצחק" אבולעפיא ח"ב (דף ס"ט ע"ד) שעכ"פ יש לצרף סברא זאת לספק נוסף ולהתיר המקודשת בלא גט ע"פ ספק ספקא להיתרא. וכ"כ הג"ר שמ"ח גאגין בשו"ת "וישב יוסף" (סי' ג'). וכ"כ עוד הרבה אחרונים. גם יש לצרף בנידון דידן מ"ש האחרונים

לצרף לסניף את ההסכמה שלא לעשות קידושין אלא בשעת החופה, ואם לאו אפקעניהו לקידושין מגיה. ע' בשו"ת "פרי הארץ" ח"א (סי' ב') ובשו"ת "שרה הארץ" ח"ג (סי' ג). ובשו"ת "ויקרא אברהם" (סי' ו'). ובשו"ת מהרש"ם ח"א (סי' ק"ס). ובשו"ת "פני יצחק" אבולעפיא ח"א (סי' י"ג). ובשו"ת "שער אשר" קובו (סי' ל"א), ועוד.

לפיכך נראה שהצדק עם סברת בעל המיעוט בביה"ד האזורי שאין המעוררת צריכה גט כלל אפי' לחומרא, ושלא כדעת הרוב בביה"ד האזורי שכתבו להצריך גט לחומרא, מבלי להביא לדבריהם שום נימוק בהלכה, וכן לא יעשה, וכבר כ' בשו"ת המבי"ט ח"ג (סי' ק"ל) שחומרא כזאת מביאה לידי קולא לתת יד לפושעים להתעלל בבנות ישראל, וכ"כ בשו"ת מהרש"ל (סי' כ"ה) שכל שיש להתיר האשה לפום דינא, המחמיר להצריכה גט וכו' מפני שפוסלה מן הכהונה וכו', וכ"כ "משאת בנימין" (סי' ק"ו), ועוד אחרונים.

עובדיה יוסף — נשיא

ערעור תשל"ז/85

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: הרבנים שאול ישראל, יוסף קאפה, מרדכי אליהו

בענין:

א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב קולר) המערערת

נגד:

ב. (ע"י ב"כ עו"ד הוכמן) המשיב

הנידון: חלוקת הנכסים עם הגירושין

ערעור אשה על פס"ד של ביה"ד האזורי ת"א שאין שום סיכוי לשלום בינה לבין בעלה ועליהם להתגרש מיד ושמכיר בזכות הבעל על מחצית הדירה שהאשה העבירה על שמו לאחר נישואיהם, למרות שלפי דברי האשה, הבעל התחייב להעביר לה כתמורה לכך את מחצית הבית הרשום על שמו ולא קיים התחייבותו. — טענת הבעל המשיב שכתמורת מחצית דירתה ריהט את דירת מגוריהם. — מה הדין במתנות שאשה נותנת לבעלה בעת האירוסין או הנישואין ומה הדין במתנות שנתנה לאחר הנישואין במקרה של גירושין. — האם ריהוט הדירה הוא מחובת המדור שהבעל חייב לאשתו. — מי נקרא מוחזק בדירה הרשומה ע"ש הבעל והאשה.

מסקנות

א. (1) מתנות שהאשה נותנת לבעל עם האירוסין או עם הנישואין, כיון שהוא הנותן המקובל למתן מתנות בשעה זו, הן שלו באופן מוחלט, ואינו חייב להחזירם גם אם מגרשה אחר כך. ודינם כדין מתנות, שהאחד נותן לרעהו תוך ידידות, שגם אם נפסקה ידידותם, אין המתנות חוזרות.

(2) אולם מתנות שהאשה נותנת לבעלה תוך זמן הנישואין, שאין בזה נותן מקובל, אומדן הדעת הוא שלא נתנם לו אלא על דעת כן שימשיכו לחיות יחד ולא על מנת שתצא ממנו.

(3) החזרת המתנות כנ"ל אינו קשור בביצוע הגט בפועל, אלא כל שקשרי האישות שביניהם נותקו, גם אם ביצוע הגט מתעכב בשל איזו סיבה שהיא. וזה גם אם הגירושין באים בגלל מרידת האשה, וכל שכן אם זה עפ"י תביעת הבעל.

ב. (1) חייב הבעל במתן מדור לאשתו, כולל גם ריהוט הדירה בדרגה המתאימה למעמדם.

(2) ריהוט שהבעל הכניס למקום דיורם המשותף, אינו יכול להיחשב כמתן "תמורה", בפרט כשגם הוא דר באותה דירה יחד אתה.

מסקנות המיעוט

א. תביעה שהוגשה צריכים לבררה עד הסוף, ואין התובע יכול להפסיק את התביעה אלא בהסכמת הצד השני, או לפי ראות עיני ביה"ד שלא יצא מזה נזק לצד השני. ב. במתנות שנותן הבעל לאשה יש הבדל אם המתנה היא תכשיט לשימוש בלעדי לאשה, או מתנה מסוג אחר כקרקע. ויש פעמים שיכול תבעל לטעון שלא נתן לה מתנה על דעת שתתגרש.

ג. גם בין בעל ואשה יש אפשרות לעשות עיסקות של מקח וממכר.

ד. אשה הטוענת שרשמה רכוש על שם בעלה ע"מ שיתן לה תמורה והיא תוכנה ממנו תמורה, והוא טוען שנתן לה תמורתה, הרי זו שאלה של מקח וממכר, ויש לה דין של מי שטוען מכרתי לך והלה אומר לא מכרתי, או שמכרתי ולא קבלתי דמים, וכו' שהמוציא מחבירו עליו הראיה.

ה. דירה שרשומה ע"ש שני הצדדים כל אחד נקרא מחזיק במחצית והמוציא מחבירו עליו הראיה.

פסק-דין

זהו ערעור על פסק דין של כב' ביה"ד האזורי לתל אביב מיום כ"א כסלו תשל"ז תיקים: 11235/לג, 10579/לר, בו נפסק כדלהלן:

א. אחרי שלדעת שני הצדדים פניהם לגירושין, ואף האשה מודה שלאור המסיבות והפירוד המוחלט הנמשך שנים, אין באפשרותה להכריח בעלה שישלים וגם היא מוכנה להתגרש, לכן דעת ביה"ד, שלא נראה כל סיכוי לשלום ביניהם, ועל הצדדים להתגרש מיד ללא דיחוי, ובפרט שתבעל טרם הוליד ילדים. אף שדבר זה אינו מטרידו, וגם לא טיפלו

בזה ויתכן שגם אחרי הגירושין לא ישא אשה בת בנים, בכ"ז דעת ביה"ד שעליו לקיים מצוה כהלכתה ולהתגרש כד"ת.

ב. אשר למניות החברה ג. בע"מ הרשומים רק ע"ש האשה ואפילו אם נקבל טענות הבעל על השקעותיו ברכישת חלק ממניות אלו, אבל עצם הדבר שרשם רק ע"ש האשה, מקנה לה הזכות על בעלות המניות האלו.

ג. בקשר לדירת המגורים שהיה רשום בעת הנישואין רק ע"ש האשה וכעבור מספר שנים העבירה מחצית הדירה ע"ש הבעל, לא הוכחה טענתה שכאילו הבעל הבטיח לה כתמורה רישום ביתו גם על שמה, אף שלא נראית לביה"ד טענתו שכאילו נתן לאשה, "תמורה" על קבלת חלק בדירתה, ואין הגיון, בזה שזוג שלכל אחד רכוש משלו רק צד אחד יעביר רכושו לצד שני, בכ"ז אין הוכחה ברורה שנוכל להפקיע חלק הבעל בדירה, אבל זכות ראשונה לאשה ברכישת חלקו של הבעל ואם האשה לא תקנה החלק של הבעל, הזכות לבעל לקנות חלק האשה, או שהדירה תימכר והצדדים יתחלקו בשוה בכסף שיתקבל מהמכירה.

ד. כל צד שיקנה חלקו של השני, תיחשב הדירה כפנויה לצורך חשבון המחיר שעליו לשלם, והמחיר ייקבע ע"י ב"כ הצדדים בדרכים המקובלות במקרה כזה.

ה. לאור זה נופלת טענת האשה שכאילו היא שותפת בתמורה שהתקבל ממכירת הבית שהיה רשום רק על שם הבעל, דהיינו המכוננית שנרכשה בחלק מהכספים האלו, לכן המכוננית הרשומה ע"ש הבעל תישאר בבעלות הבעל.

ו. אשר לרתיטי הבית, "הפער" בטענותיהם גדול. בזמן שלדברי הבעל הוא השקיע הרבה כספים בזה, ולדברי האשה בזמן הנישואין היה כבר קיים החלק העיקרי של הריהוט, ידון ביה"ד בזה בדיון האמור לקמן, בסעיף י'.

ז. ואשר לטענת האשה על משיכת הבעל כספים רבים מהחשבון המשותף בבנק, הרי שכפי שצויין כבר לעיל, רוב הכספים שנמשכו הם מכספים שהוכנסו ע"י הצדדים, גם אחרי שהבעל משך מהם סכומים נכבדים, ולמרות זה הכניסה האשה עוד כספים לחשבון המשותף ואף על משיכות הבעל שיש מקום לטענתה בזה, טוען הבעל שהוא היה זה שהכניס הכספים לבנק, לכן אין ביה"ד יכול לחייב הבעל בהחזרתם מבלי כל הוכחה שהיו שייכים לאשה, או שלפי הדין היו שייכים לה, ולא היו מעשי ידיה ששייכים לבעל אם היה זן אשתו בזמן ההוא. ואשר לטענת האשה בקשר למטבע זר שנעלמו מהבית, הרי שגם לדבריה לא טענה טענת ברי שהבעל לקחם, והבעל מכחיש מכל וכל שיש לו קשר לזה, אין לחייב הבעל בהחזרתם, או כל דבר שיכול לחייב הנתבע כשהוא כופר הכל.

ט. הבעל חייב לשלם לאשה את כתובתה, נוסף לזה עליו לשלם לאשה

את הכספים שהאשה נתנה לבעל לפדיון המשכנתא על הבית שלו, ושהיה בסכום של אלפיים וארבע מאות ל"י, ולביה"ד לא ברור מה היה שיווי של הבית בזמן פדיון המשכנתא, ומה היה אחוזו של הסכום הנ"ל בשיווי הבית, ועל הבעל להחזיר את אחוז השווי מתוך העשרים וחמש אלף שקיבל ממכירת הדירה הזאת. ועל הצדדים למהל מו"מ בזה. ואם לא יבואו לידי הסכם בזה, יחליט ביה"ד על הסכום שעל הבעל לתת לאשה.

ג. קובעים תאריך לדיון ביום שלישי י"א אדר תשל"ז (1.3.77) שעה 10.30 ועל האשה להביא כתובתה.

יא. להעביר פס"ד זה לב"כ הצדדים וזה ישמש להם כהזמנה לדיון.

השתלשלות הענינים עד להוצאת פסק הדין נשוא הערעור מפורטת בפסק הדין. בערעור שהוגש ע"י ב"כ האשה נטען הן על קביעת ביה"ד שמאחר שלדעת ביה"ד לא נראה כל סיכוי לשלום, „על הצדדים להתגרש מיד ללא דיחוי" (סעיף א' מפסה"ד), והן באשר לסעיף ג' וד' של פסה"ד בקשר לדירת המגורים, לפיו הוכרה זכות הבעל על מחצית הדירה שהועברה על ידי האשה על שם שניהם לאחר הנישואין. כמו כן נשמעו טענות באשר לסעיפים ז'–ט' של פסק הדין, כפי שמובא להלן.

אחר העיון בטענות הצדדים ובחומר שבתיקים דעתנו היא כדלהלן:

א. לא נתערב בשיקול דעת כב' ביה"ד שדן בדבר, שאין נראה כל סיכוי לשלום בית ושאל האשה, למרות שהגישתה בשעתה תביעה לשלום בית הגיעה למסקנא זו בהגישתה אח"כ תביעת גירושין מצדה היא. תביעה זו האחרונה שלא נאמר בה שהיא לחילופין, וכן דברי בא כוחה, כרשום בפרטיכל מיום ב' ניסן תשל"ה, שגם האשה השכילה להבין שצריכים להתגרש, אכן מוכיחים בעליל כמסקנת ביה"ד הנ"ל. ועל כן צודק כב' ביה"ד שלא ראה את התביעה לשלום בית, שניסה ב"כ האשה לעורר מחדש, כראויה לדיון כיון שהיא בבחינת „אטרופי בי דינא בכדי לא מטרחינן" (ב"ק ע"ט ע"ב).

ברם מאחר שהאשה וב"כ הצהירו במפורש בהמשך הדיונים שחזרת מתביעת הגירושין, אין אנו רואים שיש מקום למה שנאמר בסעיף א' של פסה"ד, „שעל הצדדים להתגרש מיד ללא דיחוי". לפי תנאי הנידון, ראוי הוא אמנם שהצדדים יתגרשו, אולם אין לחייב האשה לקבל ג"פ.

ב. ואשר לסעיף ג'. ביה"ד קובע שלא נראית טענת הבעל, „שכאילו נתן לה תמורה על קבלת חלק בדירתה". ואף אנו בדעה זו, שהרי הריהוט שלפי דבריו קנה, אין לראות בו שום תמורה, שאם גם נכונה טענתו בזה, דבר שהוא כשלעצמו שנוי במחלוקת בין הצדדים, וכפי שנקבע בפסה"ד (סעיף ו') ביה"ד ידון בדבר, מכל מקום היה בשימוש הבעל לא פחות משימושה של האשה, ואף הבעלות על הריהוט לא הועברה לאשה, א"כ איך יתכן לראות זאת כתמורה, והרי הבעל חייב במדור האשה, והריהוט הוא חלק מתנאי הדיון. יש לראות איפוא את העברת הדירה שהיתה לפני הנישואין של האשה — על שם שניהם, כמתנה מצד האשה, גם אם לא נקבל את טענת האשה, שלא הוכחה, שהיה מדובר מפורש שהבעל יעביר מצדו את הדירה שהיתה שלו בשעת הנישואין, אף היא על שם שניהם, מה שלא בוצע, ודין מתנה שהאשה נותנת לבעל אחר הנישואין, כשהוא בא להוציאה, עליו להחזירה לאשה, כי לא נתנה על מנת למיפק.

דבר זה יוצא ברור ממה שכ' בס', מקור ברוך" והובאו דבריו ב"באר היטב" לסי' ע"ז (סעיף י') שגם במורדת שטוענת מאיס עלי דין המתנות שנתנה תאשה כדין נכסי צאן ברזל, שאם תפסה תפסה (לדעת הי"א שבסי' ט"ז ס"ב, ברמ"א). (וסברתו נראית, אעפ"י שלכאורה אין זה דומה לנכסי צאן ברזל, שהללו ניתנו מעיקרא בתנאי מפורש שאם יגרשנה חייב להחזירם לה. שהרי זה שנפסק בזה (לדעת הי"א שהביא הרמ"א) שאם תפסה בלאותיה קיימים — תפסה, ואין מוציאים מידה, הוא מפני שענין זה, אם הפסידה או לא הפסידה בלאותיה הקיימים, הוא במחלוקת בגמרא, ובעיני דלא איפשטא. והרי גם מאן דאמר שלא הפסידה בלאותיה הקיימים ומוציאים גם מיד הבעל המוחזק, אינו מפני שרואים כאילו מגרשה מרצונה ויוזמתו, שאם כן היה לומר לדעה זו שעליו להחזיר גם מה שכילה מנכסי הצאן ברזל. אלא ע"כ כל עיקר שלא הפסידה הוא מפני שאמר דין לדעתה שלא הכניסה לו אדעתא למיפק, ואעפ"י שהמרידה היא מצדה. וזה רק באשר למה שעדיין קיים מנכסיה. מה שאין כן במה שכילה הבעל, ואנו באים להוציא ממנו, קיימת סברא הפוכה, שעל דעת שתמרוד ותצא ממנו שלא ברצונו, לא התחייב.

וכיון שכן, שלא מכוח התנאים המפורשים אתינן עלה, אלא מכוח האומדנא, שעל מנת למיפק לא הכניסה לו, אומדנא זו הרי קיימת שפיר גם כלפי מתנות שנתנה תאשה לבעל ללא כל תנאי במשך הנישואין, שלא נתנתם על מנת למיפק, ע"כ פוסק "מקור ברוך" שדין מתנות אלה הוא כדין בלאות הקיימים שבנכסי צאן ברזל).

ודון מינה, שכל זה כשהיא המורדת, שבזה נשאר הדבר ספק שלא הוכרע בגמרא, גם באשר לנכסי צאן ברזל, וע"כ רק אם תפסה תפסה, אבל אין מוציאים מידי הבעל. אבל בנידון שהבעל תובע הגירושין, ואין סיבה מספקת להיענות לתביעתו, בזה פשוט שגם מה שבידו עליו להחזיר, כי על מנת למיפק לא נתנה לו. והרי זה בדומה למ"ש במורדת שכל המתנות שנתן לה הבעל עליה להחזיר.

וכל זה לפי האמור ב"מקור ברוך". אך במאירי מבואר שדין המתנות שהאשה נותנת להחזירם לה גם במורדת דמאס עלי. שכן מבואר בדבריו בסוגיא דמורדת, "שאם תפסה בלאותיה תפסה. וכן מחזיר לה מה שנתנה לו במתנה, שלא נתנה לו על דעת כן" (עיי"ש בדבריו והערת המו"ל). הרי שרואה כוח האשה עדיף במתנות שנתנה לו אחר הנישואין מאשר נכסי צאן ברזל, שהדין להחזירם לה, אעפ"י שהם בידי הבעל, א"כ מכל שכן וק"ו, כשיוצאת ממנו במרידת הבעל ומרצונו ויוזמתו.

ונראה שהחזרת המתנות לאשה ככה"ג, אינו תלוי במתן הג"פ בפועל, בדומה למה שתפסה בלאותיה, שאינה מחזירתם, גם אם הבעל מעכב את מתן הגט, שהטעם שעל מנת למיפק לא נתנה, קיים במצב שקשרי האישות אינם קיימים בפועל. וכש"כ בנידון שהמרידה היא מצד הבעל (ועי', "שבוע יעקב" ח"א סי' ק"ח נידון דינא דמתיבתא כשעוד לא בתגרשה).

אלא שלכאורה אין זו דעה מוסכמת אליבא דכו"ע. כי בתשו' מהר"א מורחי סי' ט"ז שהובאה ב"חתם סופר" (אה"ע א, סי' קמ"א, וצוטטה ב"פתחי תשובה" סי' צ"ט סק"ז) כתב בענין מתנות שנתנה האשה או קרוביה לבעל, "אפי' אם מגרשה לדעתו בלי שסרחה עליו הכל שלו, ומייתי לה בק"ו דנותן לאשה מסתמא דעתו למיקם קמיה אפ"ה זכתה במתנה, מכש"כ מתנות שנתנום לחתן דמשום אקרובי דעתיה הוא דודאי הם שלו".

והעיר בזה, "חתם סופר", ולא היה צריך לק"ו כי פשוט הוא מאותו טעם שכ' הגאונים דאטו מאן דיהיב מתנה למאן דרחים, ערבא שקיל שיהיה אותבו לעולם וה"צ דכוותיה, אפי' נושא היום ומגרש למחר הכל שלו".

אך נראה שאין מזה סתירה למה שכ' המאירי, כי הדברים אמורים שם במתנות שניתנו לבעל בזמן האירוסין והנישואין, ובוזה גם סובבים דבריו של "חתם סופר" שמסיק על פי הג"ל:

„לכן דעתי מה שנוהגים ליתן להחתן חלוק לבן שלובשו בימים נוראים שקוראים קיטע"ל וגם טלית של יו"ט, שאינו צריך להחזיר כשמגרש אשתו, שכן הם דבריו של מהר"א מורחי בנידון, במתנות דחתנא, דאיכא למיתלינהו משום איקרובי דעתא, אי נמי משום מנהגא דאי אפשר בלא מתנות אי לא יהיב ליה מידי יתבטל חיתונה לגמרי. ואנן סהדי, דמשום חיבת חיתון גמר והקנה".

הרי ברור שרק במתנות שבזמן החיתון הדברים אמורים, דאי אפשר בלא מתנות, דבזה יש, "אנן סהדי". אבל לא במה שנותנת האשה לבעלה במשך הנישואין דלא שייך הני טעמי, בפרט כמו בנידון דידן שנתנה לו חצי דירתה, דאנן סהדי שאין לו שום אשה שתתן לבעלה חצי דירת מגוריה, ולהיות תלויה בו שיגרשנה, ותצטרך לשלם לו דמי דירתה או ישליכנה לרחוב. (ובזה נראה דתחיישב גם הערת "חתם סופר" שלא הי' צריך לק"ו. וכן כ' שם דאי מצד הק"ו, "הק"ו הג"ל פריכא הוא כיון שהוא מוציאה שלא לרצונה".

אכן י"ל בכוונת המהר"א מורחי, דודאי אין לדון בזה ק"ו ממש, כיון שמוציאה שלא לרצונה, ועכ"פ הדבר בידו תלוי, שאם לא ירצה לא יגרשנה.

אלא שכוונתו להשוות וללמוד בק"ו על שעת החיתון שאז מנתג העולם לתת מתנות ו, אי לא יהיב ליה מידי יתבטל חיתונה לגמרי". בכגון דא עכ"פ אפשר ללמוד בק"ו שודאי ניתן על דעת שלא להחזיר.

אכן אכתי קשה לתאם לזה מש"כ ב, מקור ברוך" הג"ל. שהרי דבריו סובבים גם הם על מה שהאשה נתנה בזמן השידוכים.

ואולי המדובר שם במקום שאין רגילות שהאשה תתן מתנות, רק אבי האשה (וצע"ק שהדברים סתומים ולא העיר בזה לא, "באר היטב" ואף לא, "פתחי תשובה" על אתר).

עכ"פ דברי המאירי ברורים ומפורשים לפנינו. וכאמור אין הם נסתרים ממש"כ המהר"א מורחי, כי דבריו מתיחסים רק על מתנות שנותנים בשעת החיתון, וכפי המנהג המקובל. ואינו ענין למה שהאשה נותנת לבעל זמן רב אחר הנישואין. (וק"ו אין כאן כנ"ל, שכן אין יציאתה ממנו בג"פ תלויה ברצונה).

ואם כן נידון שלנו, שהאשה העבירה את חצי הדירה של מגוריהם על שם הבעל, זמן רב אחר הנישואין, אינו ענין למה שהעלה המהר"א מורחי ובהסתמך עליו — "חתם סופר". ויש לדון בו עפ"מ"כ במאירי, וק"ו ממה שכ' בנידון, וכנ"ל. שדין מתנה זו להחזירה לאשה, שלא נתנה לו על דעת כן שיוציאנה.

ג. אשר לטענת האשה שנתנה סכום כסף לפדיון המשכנתא שהיה על הבית

שלו, שלדבריה היה מדובר על מנת שיעביר חציו על שמה, ובמקום זה מכר את הבית וקנה בחלק מן הכסף מכונת, ואשר ע"כ יש לזכותה בשותפות במכונת.

עצם טענתה באשר לבית שלו לא הוכחה, ואילו מכירת הבית וקניית המכונת היו גם לפי טענת האשה, שלא בהסכמתה. אין איפוא שום יסוד לזכותה בחלק מהמכונת. ולו גם יהא כדבריה שהשתמש בכסף הפדיון שלא ברשות, ואף אם נראה את השימוש בכסף זה כגזל, אין הגזל משלם אלא כשעת הגזילה.

(היה מקום לדון על החלק בפדיון הדירה כפי שזיכרה כב' ביה"ד בפסה"ד (סעיף ט') אולם לא ניכנס לסוגיא זו, מאחר שלא בא ערעור ע"ז מצד הבעל).

כן אין אנו רואים ממש בטענה על העלם סכום כסף בדולרים שהיה בבית לפי טענת האשה, וזה היה ודאי על ידי הבעל, מהנימוק שנתפרש בפסה"ד, וגם משום שעיקר הטענה על העלמות הכסף עלה בפני בי"ד על ידי הבעל דוקא, (פרטיכל מיום א' ניסן תשל"ה עמ' ב'): ב"כ הבעל: בבית היה עשרת אלפים דולר והיא הוציאה מתבית וכו' האשה מכחישה את סכום הדולרים, ומודה על 2750 דולר, וזה נעלם, נראה שהיא לקת, „אני לא לקחתי“ (לא ברור אם מלים האחרונות הוא המשך דברי האשה, או שהיא תשובת הבעל).

מנוסח הדברים הללו נראה שאז לא עלה על דעת האשה להעלות זאת כתביעה נגד הבעל, אדרבא הבעל הוא שהזכיר לראשונה את ענין הדולרים כתביעה נגדה, והאשה אמרה דבריה כהתגוננות.

לא נוכל להתערב גם במה שפסק כב' ביה"ד בענין הבעלות על המניות והכספים שבבנק, שפסקו מדין ספק המוציא מחבירו עליו הראיה.

עפ"י כל הנ"ל אנו פוסקים:

א. אין האשה חייבת לקבל ג"פ, אלא א"כ יבואו לידי הסכמה, וסעיף א' של פסה"ד נשוא הערעור בטל.

ב. כן מתבטלים סעיפים ג' וד' מפסה"ד נשוא הערעור, ועל הבעל להחזיר לאשה את החלק שנתנה לו בדירתה, ורישום חצי דירת האשה שגרשם במשרד ספרי האחווה על שם הבעל בטל, והאשה רשאית וזכאית להחזיר רישום כל הדירה על שמה בלבד.

ג. שאר הסעיפים שבפסק הדין שרירים וקיימים.

יוסף קאפח

שאו"ל ישראל

בשנת תשל"ג פתח הבעל תיק תביעה לגירושין 11235/לג. בדיון הראשון שהתקיים ביום כ"ו תשרי תשל"ד תבע הבעל גט, והאשה דרשה שלום בית, וסירבה להסכים לגירושין, ונקבע המשך הדיון ליום כ"ט טבת תשל"ד, בכ"ז טבת תשל"ד פתחה האשה תיק לשלום בית 3138/לר. היו דיונים רבים בשני התיקים ולבסוף ביום א' אייר תשל"ד פסק ביה"ד כדלהלן:

„אחרי שמיצת דברי הצדדים בתביעת הבעל לגירושין ובתביעת האשה לשלום בית ואחרי הדיון מחליט ביה"ד:

א. מאחר והאשה מסרבת לקבל מבעלה ג"פ ולא נשמעו מצד הבעל כל טענות שיש בהם כדי לחייב האשה לקבל ממנו ג"פ שלא ברצונה לכן דוחים התביעה.

ב. אשר לתביעת האשה לשלום בית, דעת ביה"ד שעל הבעל להיענות לבקשת האשה ולעשות נסיון לשלום בית וקובעים הדיון בגידון ליום שלישי י"ט תמוז תשל"ד (9.7.74) שעה 9:30.

הבעל סירב לנסיון לשלום בית, ובשני הדיונים שהתקיימו אח"כ הוא סירב לבוא להסדר, אח"כ ביום כ"ה תמוז תשל"ד, פתחה האשה תיק לגירושין, ובו היא מזכירה שהבעל מסרב לשלום בית, וכרכה את הרכוש אגב תביעה זו, ובדיון הראשון שהתקיים ביום ז' חשון תשל"ה, הודיע ב"כ האשה „למעשה יש לנו שני תביעות קודם לשלום בית" „אני רוצה להתייחס לראשון ראשון לאחרון אחרון, תחילה אתייחס לשלום בית". במהלך הדיון עמד ב"כ האשה שביה"ד יפסוק שיש מקום לשלום בית והבעל הוא המורד. וב"כ הבעל ביקש שביה"ד יפסוק שהתביעה לשלום בית אינה כנה, ויש רק תביעה לגירושין מצד האשה. ביה"ד האזורי פסק ביום "א חשון תשל"ה כדלהלן:

„שלאור הצהרת ב"כ האשה שכל רצונה של האשה הוא רק להשלים עם הבעל ותובעת שביה"ד יכריז על הבעל כמורד, וכל תביעת הגירושין הוא רק אם ביה"ד לא יצליח להשכין שלום ביניהם, לכן ידון ביה"ד בשני התיקים במשולב ודינם כתיק אחד ועל המזכירות לקבוע תאריך לדיון בתביעת האשה לשלום בית או לגירושין".

יצויין שבנתיים פנה הבעל למקום אחר שיפסקו בענין חלוקת הרכוש, ושם טענה האשה שיש תיק לגירושין בביה"ד וכרוך בו תביעת הרכוש. ואמנם החליט השופט להעביר את תביעת הבעל לחלוקת רכוש לפני כבוד ביה"ד האזורי. תוך כדי הדיונים פנתה האשה לביטול תיק הגירושין ורצתה שיבררו רק ענין שלום בית, וזאת עקב הצעת ביה"ד האזורי שיסכימו שני הצדדים לגירושין ויתנו את הסמכות לפסוק בעניני רכוש לביה"ד. ב"כ הבעל הודיע שאם האשה רוצה לסגור את תיק הגירושין הוא יפנה בחזרה לבית המשפט בענין הרכוש. ביה"ד פסק ביום י"ח טבת תשל"ו כדלהלן:

„א. לאור כל האמור לעיל שביה"ד התמיד בדיונים ארוכים הגיע לשלב של לפני פסק דין, לא יתכן שצד ידרוש לסגור תיק מתוך ההנחה שלנוחיותו כעת, טוב שהתיק יהיה סגור כמו שעמד בתוקף בשעתו בדוקא, שתיק הגירושין של האשה ישולב עם תיק שלום בית אחרי שביה"ד דחה את תביעת הבעל לגירושין.

ב. ביה"ד מחליט לקיים את הדיון שנקבע ליום י"ג שבט תשל"ו (15.1.76) שעה 11 וביה"ד ישמע סיכומי הצדדים וביה"ד יקבע תאריך למתן פס"ד בכל התיקים.

וע"כ אין מקום כיום לבוא ולחזור ולעורר בעיות שיגרמו לאחד הצדדים הוצאות כספיות מיותרות ודיונים ממושכים וריצה מבית דין לבית משפט וההוצאות והתוצאות

מי ישרם. ולכן יש לדחות את הבקשה לסגירת תיק הגירושין, והדיון בתביעת האשה הוא לשלום בית ולחילופין לגירושין. ואם אחרי מתן פס"ד תסרב האשה לגירושין, זו היא זכותה, אך אינה יכולה להפריע לביה"ד למלא חובתו ולפסוק בענין. ולעומת זה אין מקום לפסוק שהיא חייבת להתגרש רק מפני שהיא היתה פעם מוכנה לגירושין, כחלופין לשלום בית, ואח"כ הגיעה למסקנה שהיא רוצה רק שלום בית ולא גירושין. וביה"ד לא מצא שום עילה לחייבה בגט ובפרט שפעם פסק אחרת, והבעל זכאי לדעת בענין הרכוש מה דינו עתה, ומה דינו אם הם יסכימו או יחייבו אותה בגירושין, ולא יצטרך כל פעם לדיון מחודש ולהוצאות מיותרות לדעת היכן הוא עומד, או שיחכה לחסדה של האשה מתי שתרצה היא תגיש בקשה שביה"ד ידון בענין הרכוש, ועיין ברשב"ץ המובא ברמ"א חו"מ סי' כ"ד, ובסי' פ"ו סעיף כ"ד ו"ו, פתחי תשובה" שם ובאורד ב, ברכי יוסף" שם להסביר את שני הסעיפים שלא יהיו סותרים. הדבר השווה שאם זיליה נכסיה, ויש היוק לשני, חייבים לברר כל התביעות וע"כ צדק ביה"ד שלא סגר את תיק הגירושין וראה את התביעה כחילופית, ומה שהחליט שאין מקום לשלום בית ויש מקום לגירושין, אינו נראה לנו ואין מקום לחייבה להתגרש.

בענין הרכוש, לצדדים רכוש, וכל אחד שם עינו על רכוש הרשום ע"ש הוולת, והאשה מוסיפה ומבקשת שיפסקו גם שיחזיר לה הבעל מחצית הדירה שרשמה על שמו, ולקבוע כי האשה היא הבעלים היחידים במניות שיש לה בבית מלאכה, וכו'. לעומתה תבע הבעל שהרכוש שעל שמה יהא על שמו ולפחות מחציתו. ובתביעות ההודיות פסק ביה"ד וע"ז האשה מערערת, ואילו הבעל קיבל את פסה"ד ולא ערער עליו, מה שפסק ביה"ד שכל מה שרשום ע"ש האדם שלו הוא כדין פסק. ומה שנשאר לברר היא מה שטוענת האשה שרשמה חצי הדירה ע"ש הבעל ועל דעת שהוא יגרשנה לא הסכימה. אם נבדוק נראה שאין הענין דומה לא לסי' ע"ז ולא לסי' צ"ט, שם מדובר במתנה או במתנות אם הם לשימוש כמו תכשיט או הם קרקע או חפץ דאינו תכשיט שניתן במתנה וע"ז כתבו אדעתא למיפק, ודנו בזה חילוקים אחרים. אבל אם אדם מוכר חפץ לחבירו ואח"כ צהיה שונאן, האם בזה תתא מחלוקת או חילוק בין חפץ ותכשיט, הרי כולם יודו שבמכר שקיבל תמורה, זווי ותתמורה אנסוהו שימכרה. ובנידון דידן הרי האשה טוענת וחוזרת וטוענת, שהבעל היה חייב לרשום את חצי הדירה שלו על שמה כי היה תנאי ביניהם, היא תרשום מחצית דירתה על שמו כדי שהוא ירשום מחצית דירתו על שמה כלומר חילופין שדינם כמכר. אלא שהבעל טוען שכאן היתה מכירה וחליפין בצורה אחרת, היא רשמה את הדירה על שמו והוא נתן לה תמורה ריהוט בדירה וכן שיפוצים ותיקונים. הצד השווה שביניהם שכולם מודים שהיתה כאן מכירה ולא מתנה, וע"כ אין כאן דין אדעתא למיפק לא כתבינן. והמחלוקת שביניהם אם קבלה תמורה זו או תמורה אחרת, היא מחלוקת על התמורה ולא על עצם הקניה. וביה"ד פסק לפי ראות עיניו (כשכל צד אינו מביא הוכחות) מה שפסק. ע"כ נראה שיש לדחות את הערעור וביה"ד ימשיך וידון כאמור בסעיף; ט' לפס"ד.

ועיין ברמב"ם פ"כ מהלכות מכירה ה"ה: „הרי שטען על חבירו ואומר מכרת לי, וזה אומר לא מכרתי, או מכרתי ולא נתת לי דמים, או שטען הלוקה ואמר שנתן דמים ועדיין לא משך, או משכתי ולא ראיתי מום זה, והמוכר אומר לו הודעתיו לך,

או שאומר אחד מהם כך וכך תנאי היה בינינו, והאחד אומר לא היה שם תנאי כלל, בכל אלו הטענות וכיוצא בהם המוציא מחבירו עליו הראיה, לא היתה שם ראיה גשבע וכו'". והלכה זו נפסקה גם בשו"ע חו"מ סי' רכ"א ס"ד וכתב ע"ז ה"ה שדין זה פשוט שהמוציא מחבירו עליו הראיה ועיין להגאון שם ס"ק ד'.

ואין זה דומה לטענו חיטים והודה לו בשעורים (שברעות ל"ט) שפטר גם משעורים, כי כאן איירי שהבעל טוען שהוא נתן תמורה שיפוצים ודיהוט והיא טרענת שהתמורה היתה חלקו בדירתו, והיא מכחשת מפורשות שהריהוט הוא שלו, אלא אומרת מפורשות שהריהוט כולו שלה, וא"צ להודאה שלו, וזה לדעתה נמצא ברשותה, וגם הבעל אינו טוען שהוא מודה בשעורים שהוא חייב אלא שכבר נתן ואין זה דומה לטענו חיטין והודה לו בשעורים ולא דומה לטעמים שנתן הש"ך, סי' פ"ח סי"ב ועיין שם במפרשים ועיין „קצות החושן" שם ס"ק ז' וס"ק ח', ולדברי הכל בנידון דידן היא אומרת שלי והוא מודה ששלה, אלא חלוקים כיצד הגיע החפץ הזה לרשותה, היא טוענת בכה והוא בכה וחזר הדין שהמוציא מחבירו עליו הראיה. ובהיות וחלקו בדירה נשארת ברשותו מדין זה, וא"כ הוא מודה שתמורת חלקו הוא נתן ריהוט, ואין כאן עסק שבועה ולא בירור והוכחה, וע"כ יש לדחות את הבירור בענין הריהוט כנפסק בסעיף ו' ובסעיף י' מפס"ד. לפיכך יש לקיים את פסה"ד בנידון זה וכדלהלן:

- א. האשה אינה חייבת לקבל גט.
- ב. הדירה הרשומה ע"ש שני הצדדים, תישאר כך.
- ג. שאר סעיפי פסה"ד בתוקפם, פרט לסעיף ו' וסעיף יו"ד שיש לבטלם.

מרדכי אליהו

אנו פוסקים, איפוא, כדעת הרוב כאמור לעיל.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום י"ד חשוון תשל"ח.

תיק מס' 5450/ל"ג

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים ש. טנא — אב"ד, א. הורביץ, ג. בן שמעון

בענין :

התובעים : א. (ע"י ב"כ עו"ד שוב)

נגד :

הנתבעת : חברה ב. (ע"י ב"כ עו"ד שמעון ארליך)

הנידון : חוזה בחתימת אחד השותפים

תביעת קונה דירה מחברה מסוימת שיעבירו את הדירה על שמו בטאבו מאחר שעבר הזמן שהתחייבו לכך בחוזה שביניהם ושיבצעו בדירה את כל השיפוצים הדרושים. — תשובת הנתבעים שעל סעיף בחוזה המחייב העברה בטאבו בתאריך מסויים חתמה אחת מהשותפים של החברה ולפי תקנות החברה חתימה אחת אינה מחייבת את החברה, וגם שזו שחתמה לא הביגה את תוכן הסעיף הזה, ובאשר לשיפוצים, אין לחייב אותם לאחר שבעל הדירה כבר גר בה כמה שנים, וגם לא הוברר שי שצורך בכך. — הבאת עד אחד מצד התובע שזו שחתמה היא מוסמכת לחתום לבדה וחתמתה מחייבת, ושהיא חתמה הוד הכרה והסכמה לאחר משא ומתן ממושך. — טענת זו שחתמה בסיוע עד אחד שלא היתה מוסמכת לחתום לבדה ושלא שמה לב לתוכן הסעיף הנ"ל שחתמה עליו משום מצבה המיוחד באותה שעה. — האם שותף אחד יכול למכור סחורה משותפת בלי ידיעת השותף השני ומה דינו כשנתג בזה לא כדין. — האם יכול אדם לטעון שלא הבין את תוכן הדברים שחתם עליהם. — מתי סומכים על גאמנות השליש. — האם עד אחד מחייב שבועה על טענה שאין התובע יודע לטעון אותה. — האם יתכן לחייב שבועה על תביעה שאין גופה ממון.

מסקנות

- א. (1) כל שותף רשאי לפעול בעסק המשותף על דעת עצמו בדרך המקובלת. כגון שאם הגיע זמן מכר הסחורה רשאי כל שותף למכור בלי דעת חבריו.
- (2) אם השותף טעל בעסק על דעת עצמו שלא בדרך המקובלת כגון שהקדים למכור לפני שהגיעה עונת המכירה חלקים הפוסקים אם צריך לשלם את ההפסד.

- (3) ויש סוברים שאם שותף אחד מוכר שלא מדעת חבריו המכר בטל. ואפילו השותף השני שתק לא אומרים בזה שתיקה כתודאה.
- ב. אין אדם יכול לטעון לאחר שמודה בחתימתו שלא הבין את תוכן הדברים שחתם עליהם אף שאיננו יודע לקרוא.
- ג. (1) בעל שהפקיד גט ביד שלישי והשליש מסר את הגט לאשתו והבעל טוען שמסר לו רק לפקדון, נאמן השליש לאמר שאמר לו לגרש בו את אשתו, משום שאנו אומרים שהבעל מסר לו את הגט בתחילה ע"מ שיעשה בו כרצונו.
- (2) אולם יתכן שדין זה אינו אלא בשליש סתם, אבל אם השליש הוא פקידו יש לומר שאין המפקיד שממונה עליו מכוון לו לעשות על דעת עצמו והפקיד כפוף להוראותיו המפורשות.
- ד. חלוקים הפוסקים אם עד אחד מחייב שבועה להכחישו בתביעה שאין התובע יודע לטעון אותה.
- ה. תביעה לרישום רכוש דלא בידי בטאבו אף שאין גופה ממון ואין ברישום אלא פעולה בלבד, יש לחייב עליה שבועה, הואיל ויש בזה דין קנין מדרבנן מטעם סיטומתא.

פ ס ק ד י נ

התובע רכש דירה בקריה ג. — קריה זו נוסדה על ידי הרב המנוח ד. למשתכנים שומרי דת תורה ומצוות — ביום ט"ו מנחם אב תשכ"ה נערך הסכם בין התובעים לבין הנתבעת ובסעיף ז' נאמר:

„המוכר יעביר את הדירה על שם הקונה כיחידת בעלות נפרדת לפי חוק בתים משותפים חפשית מכל חוב משכנתא... מיום רישום הבעלות של השטח על שם המוכר או מיום כניסת הקונה לדירה. התאריך המאוחר שבין שני תאריכים אלה, אך לא יאוחר מראש חדש אלול שנת תשכ"ז וכל זה כפוף לסעיף 7 דלהלן“.

התובע טוען כי עד היום לא העביר המוכר הדירה על שמו, הדירה יורדת מערכה כשאינה רשומה בטאבו, לכן מבקש להוציא פסק דין שעל המוכר לבצע מיד העברה בטאבו בהתאם להסכם שנחתם ביניהם.

כן מבקש לחייב הנתבעת לבצע את כל התיקונים הדרושים בדירה, ובשטח שמסביב לדירה. כן טוען כי הנתבעת מכרה חלק מהמגרשים לחברת אפריקה למטרת הקמת שיכונים וחברה אפריקה אינה מגוועה למכור את הדירות למשתכנים שאינם שומרי תורה ומצוות, ושכנות זאת תפגע קשות במשתכנים בקריה ג. ובאופיה הדתי של הקריה, מבקש על כן לצוות על הנתבעת לבטל את החוזה עם חברת אפריקה.

ב"כ הנתבעת משיב כי החוזה שבידי התובע אינו מחייב חברה ב, הואיל והחוזה חתום רק על ידי הרבנית ה, ולפי התקנות של חברה ב. יש צורך בשתי חתימות של שני חברי הנהלה על כל חוזה ללא יוצא מהכלל, לכן אין לראות את החוזה שיש לו תוקף, הרבנית ה. לא תבינה את תוכנו של החוזה ולכן חתמה עליו, סעיף 7 המחייב את החברה להעביר את הדירה לא יאוחר מאולול תשכ"ז. לא קיים בחוזים אחרים של המשתכנים, ורק בחוזה זה של התובע הוכנס הסעיף 7 מתוך לחץ על הרבנית ה. שלא ידעה את תוכנו של הסעיף, ב"כ הנתבעת עו"ד ארליך מצהיר — והתובע אינו מכחיש

זאת, — כי בזמנו הופיע התובע למשרדו בקשר לרכישת הדירה וביקש להכניס בחוזה את הסעיף הקובע את המועד להעברת הדירה, ועו"ד ארליך אמר לו במפורש שאינו מסכים להוסיף את הסעיף שהתובע מעונין להוסיף דבר שאין בשאר החוזים, ולכן פנה המבקש לפקיד אחר לסידור הדבר. ואם אמנם שאינם מתכששים לעצם מכירת הדירה, אך בשום פנים ואופן אין לראות בהסכמה זו שמסכימים על הגבלת המועד להעברה הדירה, מצהיר שמטפלים כעת בהעברת כל הדירות בטאבו על שם הרוכשים, אך אין לקבוע בדיוק את התאריך, הואיל והדבר קשור בגודמים אחרים. אשר לתביעה על ביצוע התיקונים בדירה, טוען ב"כ הנתבעת כי התביעה אין לה יסוד. מגוחך שאחרי שמונה שנים מגודים בדירה, יבואו כעת לבקש תיקונים בדירה, ולא הוכח כלל שיש צורך בתיקונים.

ואשר לחברת אפריקה, לא קיים חשש שיפגעו באופיה הדתי של הקריה, הואיל והחברה שעליהם למכור את הדירות למשתכנים שומרי דת. לא נגרם לתובעים נזק כלל ואין לתבוע תביעת נזיקין.

ביה"ד שמע עדות ממר ו. שלדבריו טיפל בזמנו בהכנת החוזה למכירת הדירה למר א., וכן טיפל בעריכת החוזים עם שאר המשתכנים. הוא יודע להעיד כי הרבנית ה. ועו"ד ארליך ידעו על הסעיף המיוחד שהקונה דרש להוסיף בהסכם ובהסכמתם הוכנס הסעיף בהסכם, והרבנית ה. היתה מוסמכת לחתום על החוזה לבדה למכירת הדירה מבלי שיצטרכו להוסיף חתימה שניה, בראשונה היה הרב המנוח ד. חתם לבדו ללא חתימה שניה, וכשהרב חלה הוחלט — שהרבנית תחתום על חוזים והסכמים ללא צורך. חתימה שניה מחברי ההנהלה. עקב נסיבות מיוחדות הוסכם להוסיף הסעיף 7 שלא קיים בשאר החוזים כי באותו הזמן היו סיכויים להעביר את הדירות בטאבו על ידי אחד בשם לוין שטיפל בענין. מעיד שהגיש לרבנית ה. את החוזה וידעה על הסעיף הנוסף, הדבר לא נעשה באופן פתאומי, היה משא ומתן ממושך ולבסוף הסכימו להוסיף הסעיף 7 כבקשתו של הקונה.

הרבנית ה. מכחישה שידעה על הסעיף הנוסף, לדבריה הגיש לה מר ו. את החוזה שתחתום עליו ולא הבינה את תוכנו היא הסתמכה על הנוהג המקובל שעו"ד ארליך מכין את החוזים למכירת הדירות, טוענת שהיתה לה רק זכות חתימה אחרי שחתמו הרב ד. והרב ו., באותה התקופה היה הרב ד. חולה אנוש והיא היתה על ידו בבית"ח הרסה ולא ידעה על מה שהיא חותמת.

הופיע לפני ביה"ד מר ח. הממשש בתפקיד רואה חשבון של חברה ב/ מעיד כי לפי תקנות חברה ב. יש צורך בשתי חתימות והטבעת חותמת כדי לחייב את החברה, הרב ד. היה מוסמך לחתום לבד, גם הרבנית מוסמכת לחתום להסבת שיקים, אך לא היתה לה זכות לחתום לבדה על חוזים, החלטות שהנהלת החברה החליטה עליה עברו על ידו, על זכויות חתימה היה צריך לאשר, הבנקים ומוסדות היו דורשים את האישור, איגו זוכר אם נוכח פעם לראות חוזה בחתימה אחת.

ב"כ הצדדים הגישו סיכומים בכתב וצורפו לתיק.

הבעיה הראשונה והיא עיקרית אם החוזה שנערך וחתום על ידי הקונה והרבנית מחייבת את חברה ב. הואיל ולפי התקנות יש צורך בשתי חתימות ואם יש רק חתימה אחת מצד הנהלה אינה מחייבת את חברה ב. כן טוענת הרבנית ה. שלא הבינה את תוכן החוזה ולא הביאו לידיעתה את הסעיף 7 שהוסיפו בחוזה זה, ולכן גם החתימה

שלה אינה בעלת משקל, ועקב הנסיבות המיוחדות שהרב ד. היה שוכב על ערש דוי והרבנית היתה על ידו בבית החולים ולא היתה יכולה להתרכז ולנהל את הענינים כפי הצורך, וחתימה על החוזה בלי תשומת לב ומבלי לבחון החוזה בבחינה מדוקדקת על כל סעיפיו, והיא לא ידעה את האחריות שבדבר.

ואם כי טענה זו אינה סבירה שהרי באותו הזמן היתה הרבנית חותמת על שיקים והפעולות בבנקים נעשו בחתימתה היחידה, ואם היתה במצב כזה שלא היתה יכולה להבחין תוכן הענין וחתימה מבלי לבחון את הדברים, הרי בודאי לא היו חברי ההנהלה מוסרים לידה משיכת שיקים בחתימתה היחידה כי הרי על ידי חתימתה היתה צפוי להם כשלון מוחלט, ואמנם יש שני צדדים למטבע וניתן להבין שהיתה נתונה במצוקה נוכח מצבו הקשה והמסוכן של הרב המנוח, אך כאמור תמוה הדבר משום מה נמסר לה דבר כה אחראי שחתימתה היחידה על שיקים תחייב את החברה, ולכן יש לבחון מה המשקל לטענה זו מבחינה ההלכה, ואם נגיע למסקנה שטענה זו אין לה משענת בהלכה, הרי עלינו לפתור את הבעיה מה המשקל של החוזה, אם יש לו תוקף בחתימתה היחידה של הרבנית, הואיל וחוזה זה חתום בניגוד לתקנות החברה שיש צורך בשתי חתימות.

לכאורה התשובה היא לשאלה זו שחברה ב. אינה אחראית כלפי הקונה כי חתימה יחידה אינה מחייבת את החברה, יתר על כן הרי עו"ד ארליך הביע התנגדות להכנסת סעיף 7 בחוזה ונאמר במפורש לקונה שאינם מסכימים לסעיף זה המתייחס להעברת הדירה במועד קבוע, לכן אין לחייב את חברה ב. בקיום החוזה כולל סעיף 7, ואם אמנם שלא הביעו התנגדות לעצם המכירה לאחר שהרבנית חתמה על החוזה, והדירה נמסרה לקונה בהתאם לחוזה, ויש לכאורה לראות שכל חברי ההנהלה הסכימו לחתימה שחתמה הרבנית, אך הדעת נוטה שהסכמה זו אינה מהווה הסכמה החלטית על כל סעיפי ההסכם, כי הרי בזמנו הביעו התנגדות על הכנסת הסעיף האמור וסירבו לחתום על ההסכם שהגיש להם הקונה, ואם כי לאחר מכן עברו בשתיקה, אך שתיקה זו אינה יכולה לשמש כהסכמה מלאה על כל מה שכתוב בחוזה, הואיל והם לא חתומים על ההסכם, הרי ההסכמה שלאחר מכן היא בבחינת כחומר ביד היוצר, רצה נותן את הסכמתו על כל סעיפי ההסכם, לא רצה, יכול לטעון הסכמתו היתה על חלק אחד מההסכם, ואילו על חלק השני הבעתי כבר את התנגדותי, והואיל ולעצם המכירה אינו מתנגד, לכן העמיד את הדירה לרשות הקונה, אך לגבי המועד שנקבע להעברה בטאבו, אף פעם לא הסכים עליו, והשתיקה שלאחר מכן אינה מהווה הוכחה, הואיל וכבר הביע התנגדות מראש שאינו מסכים עליו, עיי' „משנה למלך" הלכות שותפין פרק ה' הלכה א', שהביא פלוגתא בין הפוסקים אם שתיקה מהווה כהסכמה.

אך כל זה אמור לגבי חברה ב. כשלעצמה, אולם יש לברר מה מדת האחריות של הרבנית שהיא חתמה יחידה על ההסכם, האם מוטלת עליה כל האחריות לקיים את ההסכם על כל סעיפיו, הואיל והיא היחידה שחתמה על החוזה, הרי יש להטיל עליה לקיים על כל מה שהתחייבה והיא האחראית כלפי הקונה, כי סוף סוף אין להתייחס אליה כאילו שמכרה גכס שאינו שלה שהחתימה על החוזה אינו תופס כלל וכלל, אלא הרי היא בעלת זכות חתימה על החוזה, וגם היא בעלת זכות להציע למכירה את הדירות שהוקמו למטרה זו, ועל עצם המכירה אין התנגדות מצד חברה ב., לכן יתכן שחתימתה על החוזה מחייב אותה לקיים כל מה שקבלה עליה והתחייבה כחוזה ומוטלת עליה

החובה לדאוג שהחוזה יבוצע על כל סעיפיו.
ויש לציין מקורות ההלכה מה היא קובעת לגבי הבעיות עליהן סובבות הדיון.
בשו"ע חו"מ סי' קע"ו סעיף י"ד נפסקה ההלכה:

„אחד מן השותפין שבא לישן פירות עד הזמן הידוע למכור אותם
פירות, אין חברו מעכב עליו, אבל משהגיע זמן המכר, יכול כל אחד מהן
למכור ... אבל אם מכרה קודם זמנה, הוי פשיעה וחייב לשלם לחברו חלקו.”
הלכה זו קובעת כי שותף חייב לפעול ברכוש המשותף לשניהם בדרך המקובלת,
ואם עשה דבר בניגוד לזוהג וחרג מהמסגרת המקובלת, כגון שמכר סחורה משותפת
והקדים את מועד המכירה ועל ידי כך נגרם נזק לשותפות, הרי על שותף זה לשאת
בהפסד על ידי הקדמת מועד המכירה, וחייב לשלם לשותף השני על גרימת ההפסדים.
נתעכב כאן בבירור ההלכה ששותף חייב על גרימת ההפסד, ולאחר מכן נברר
אם יש תוקף למכירה על ידי שותף אחד.

ואכן יש להבהיר מהות החיוב והתשלום לשותף על גרימת הפסד, אם חיוב זה
יסודו מדיני מזיק וניזק של כל אדם בין אם הוא שותף ובין אם הוא אינו שותף, הרי
הוא חייב לשאת בהפסדים שגורם לשני, או שחיוב התשלום נובע מצד דיני שותפות
וחיובים הדדיים שביניהם שכל שותף נושא באחריות של השותפות וחייב כלפי השני
כל הפסד שנגרם על ידו, וחיוב זה של שותף טומן בחובו יותר מאשר מזיק וניזק
שאינם שותפים.

ועיי' „קצות החושן" הנ"ל ס"ק ז':

„מכרה קודם זמנה הוי פשיעה, בב"י כתב שכן דיקדק ר"י מפירושו
רש"י והיינו מדברי רש"י פרק כל הגט ל"א בשלשה פרקים מוכרים את
התבואה ... למאי לשותפי ופי' רש"י שאין האחד יכול למכור שלא מדעת
חברו חוץ לפרקי, אבל בפרקים תללו, אין צריך לימלך. ואם מכר ונתייקר
השער לאחר זמן אין עליו כלום ... ומוזה דיקדק דקודם זמן הוי פשיעה,
ותמהני בזה הא קיימל"ן דכל הגולנין משלמין כשעת הגזילה וכן כל
השומריין משלמין כשעת הפשיעה, ולא גרע מהזיק בידים דמשלם כשעת
הזיקן, ואפשר דגם רש"י לא קאמר דקודם הזמן יש עליו תביעת ממון ...
אלא יש עליו תרעומת, ויותר נראה דרש"י לטעמיה דכל כה"ג משלם
כיוקרא דלקמיה דאמרינן בהשואל צ"ט הני שקולאי דתבריה חביתא
דחמרא ביומא דשוקא מזדבני בחמשא ... בשאר יומא מהדרי ליה
חמשא ... אי הוי גבאי ביומא דשוקא חמשא הוי שוה ... אבל הרא"ש
שם כתב דמיירי דתברא ביום השוק, דאי בשאר יומי לא משלם אלא
ארבעה.”

לפי פירושו של „קצות החושן" החיוב של שותף אחד כלפי שני שנגרם נזק על
ידו כגון מכירת סחורה לפני הזמן המיועד על ידי שותף אחד מבלי הסכמתו של
השני, אין לחיוב זה אופי מיוחד מדיני חיובי שותפים, אלא החיוב הוא מדיני מזיק
וניזק שהתורה חייבה בעד גרימת נזק, ולכן אינו משלם רק כפי הערך בשעה
שנעשה הנזק וההפסד. ועיי' „נתיבות" סי' הנ"ל ס"ק לא:

„חייב לשלם לחברו ... לכאורה קשה לא יהא אלא מזיק, הא א"צ
לשלם רק כפי ששוה בשעת הנזק ... כמבואר בסי ד"ש, ונראה דכאן

בקבלן גרע, דהא קבלן חייב לשלם אף מה שישבח כמבואר בסימן ש"ו, והוא מטעם דהוי כאם אוכיר ולא אעביר אשלם במיטבא, ואף שלא התנה, כדמוכח בב"מ ע"ג דמשלם כדאזיל אפרוותא בצולשפט".

לפי פירושו של הנתיבות, תחייב לשלם לשותף את ההפסד, נובע מהתחייבות הדדית של השותפין אף שאין חיוב לשלם מצד דיני מזיק, אבל החיוב של שותף כלפי השני הוא בעל אופי שונה מדין מזיק אלא כאילו שקבלו עליהם לשאת בהפסד אם ייגרם על ידי אחד מהם וגם לשלם יותר מאשר מזיק שאינו שותף משלם.

ועיין במהרש"ך חלק א' שאלה ל"ב שהרחיב את הדיבור בענין זה והעיר ממה שאמר רבא: „מאן דגזל חביתא דחמרא ותברא או שתיה, לא מחייבינן ליה כיוקרא דלקמיה", וכן העיר מתהיא דשקולאי, ויצא לחלק בין שותף לגזלן. ועיי"ש בהסברת הדברים.

ועיי' „בית שלמה" חו"מ סי' נ"ב בהגה"ה מבין המחבר שהוכיח מהרא"ש כלל פ"ח סי' ד' דמשלם השותף כשעת הגולה כדעת „קצות החושן".

אכן יש לחלק בין הנושא של הרא"ש לבין שותפין, כי הנידון של הרא"ש הוא שראובן נתן כסף לשמעון לקנות חטה ויהיה לראובן חלק בריווח והפסד וכן לשמעון, והתנה ראובן שלא ימכור החטה בלא דעתו, ואכן קנה שמעון חטה ושם בעלייתו, חל קלקול ולקחה החטה והיה צורך למכור את החטה, ומכר שמעון בלא דעת ראובן והיתה באותה שעה בוזל, ואמר ראובן כאשר מכרת החטה בלא רשותי יש לך לשלם כל הקרן, על כך השיב הרא"ש ששמעון עבר על דברי ראובן שצוהו שלא ימכור החטה עד שיודיענו, ונמצא ששלח יד בממונו שלא ברשות ונעשה עליו גזלן ומשלם כשעת הוצאתו מן העולם, אל במה שנתייקרה אחר כן אינו משלם, דמשעה שגולה נתחייב בדמי החטה.

המשמעות היא שלא היו שותפין באותה החטה, אלא ששמעון קנה בעבור ראובן ועל שמעון היה לטפל בסחורה ולהתחלק ברווחים, ולכן סובר הרא"ש שאם שמעון עבר על דעתו של ראובן אף שכוונתו היתה לטובה, עם כל זאת דינו כמו ששלח יד בממון חבירו. אך שונה הדבר בשותף המוכר שיש לו זכות ממונית בכל סחורה, וכאמור הרי מסביר ה„נתיבות" כאילו יש התחייבות הדדית לשלם את כל מה שייגרם הפסד על ידי אחד מהם, לכן חייב לשלם כל הפסד במחיר היוקר שתיה אפשר לקבל בעתיד, וסביר שהתחייבות הדדית היא רק כשהם שניהם שותפין שוים בכל העיסקה. אכן עיי' בשו"ת הרא"ש כלל פ"ט סי' ז' שדן בענין שותפין:

„ששאלת שני שותפין שהיה להם שטר אחד והגיע זמן גבייתו, ואמר האחד לחברו ששטר השותפות בידו אל יוקף חוב זה לכותי לזמן אחר כי אני צריך מעות, ועבר על דבריו וזקף החוב עד השנה הבאה ותבעו לדין וכו' ואמרו לו הדיינים תן לו מעותיו כיון שזקפת שלא מדעתו ואמר אין לי מעות... אבל יש לי שומא וישומו לו בעד מעותיו, ונסתפקת אם יקבלו ממנו השומא, לא ידעתי מקום לספיקת, וכי עשה שלא סהוגן יותר מהגזול מה שביד חברו דקיימ"ל כל כד' אבות (נוקין) משלמין או כסף או מיטב ואין מחייבין אותם לפרוע מעות, דכל מילי מיטב הוא". מדברי הרא"ש יש ללמוד, ששותף דינו כגזלן או כמזיק, ולכן פסק שמזכותו לשלם בשוה כסף, כי הדעת נוטה אם נצא מתוך הנחה כשיטת הנתיבות שהתשלומין

שהשותף חייב כלפי השני הוא מטעם התחייבות מיוחדת והדדית שלא ייגרם הפסד כלל וכלל, הרי מזכותו של השותף לתבוע שישלם לו מעות במזומן אם היה יכול לתבוע מהכותי מעות בעין, ולמה הרא"ש פוסק כדבר החלטי שדינו לגבי התשלום כדין גזול, הרי הקנה מידה של התשלומים צריך להיות באותה המידה שהיה יכול להוציא מהכותי, ואם היה יכול לקבל מהכותי כסף מזומן, הרי לפי ה"נתיבות" יש לחייבו לשותף שגדם נזק שישלם כסף מזומן, מוכח מזה שהרא"ש סובר כאמור שגרימת הפסד על ידי שותף אחד דינו כמו מזיק וגזוק בכל התורה כולה ואין זאת התחייבות מיוחדת, לכן משלם כדין גזול.

וכאן אנו מגיעים לגבי תבעיה של המכירה שנעשתה על ידי שותף אחד ללא ידיעה של השותף השני, והשאלה היא, אם מכירה על ידי שותף אחד אינה בעלת תוקף ודינו של שותף זה שמכר כאילו שמכר דבר שאינו שלו, ולכן כל עוד שהשותף השני לא נתן את הסכמתו על המכירה אין לה תוקף כלל וכלל, או שיש צד לומר כיוון שהמכירה נעשתה בדבר השייך לשניהם, לכן יש לה למכירה תוקף, אלא שאם נגרמו הפסדים על ידי מכירה זו, חלים כל ההפסדים, על זה השותף שמכר על דעת עצמו כיוון שהוא אשד גרם להפסדים אלו.

לכאורה הדעת נוטה, שלפי מסקנתו של הנתיבות שמשלם כדין קבלן על ההפסדים שנגרמו וזאת היא מעין התחייבות הדדית מדיני השותפות, סביר גם לומר שהשותף אינו מקפיד אם ימכור ללא ידיעתו, כיוון שהרי שותף זה שמכר ישא בכל הפסד הצפוי על ידי המכירה, ולכן יש להניח שבדאי יתן את הסכמתו על המכירה שהרי הרב עומד למכירה, אלא שעדיין לא הגיע הזמן למכירת סחורה זו ומחכים לזמן היקור או עקב נסיבות אחרות מעכבים את המכירה, אבל אם לא ייגרם לו הפסדים, הרי יתכן שלא איכפת לו מה שעשה השותף, אך כל זה לדעת ה"נתיבות", אבל לפידושו של "קצות החושן" שמשלם כדין גזול, הרי עלול הרב שייגרם לו הפסד, ולכן יש להניח שאם המכירה נעשתה ללא ידיעתו, אין המכירה בעלת תוקף.

עיי' באבן העזר וב"בית שמואל" סי' פ"ו ס"ק י"ט שהביא בענין זה:

„וכתב ב"ח שני שותפים בסחורה אחת ומכר אחד סחורה בלי

ידיעת חברו אין צריך חלוקה להחזיר הסחורה הואיל הוא דרכו למכור, רק זה השותף חייב לשלם לחברו מה שהפסיד לו כשמכרו קודם הזמן כמו שכתוב בחו"מ סי' קע"ז."

דעת הב"ח היא כששותף אחד מוכר אף בטרם שתגיע זמן המכירה בכל זאת היא בעלת תוקף, אלא שעליו לשאת בהפסד שנגרם על ידי מכירה זו.

ועיי' „בית מאיר" סי' הג"ל ס"ק ב':

„הנה חידוש זה שיהא המכר קיים במכר קודם הזמן ושלא יחא

כשליח שעבר על דעת משלחו דהמקח בטל כדאיתא בחו"מ קפ"ב, אלא שהב"ח למדו ממה דאיתא בחו"מ קע"ו שאם מכרה קודם הזמן חייב, א"כ נראה שהלוקח אינו חייב להחזיר למוכר ואין השותף מעכב תואיל שדרכו בכך למכור... והראיה יש לדחות דאידי שמכר במקום שאי אפשר למיתרד, אמנם אף הש"ך בחו"מ סי' ע"ז ס"ק י"ח כתב דיש לחלק בין שליח לשותף, רכש שליח שטעה אפילו בכל שהוא המקח בטל, ובשותפין לא שייך לתקוני שדרתיך דהוי כאילו התנה בין לתיקון לגבי אחרים ולא

לגבי שותף חבירו, הרי מסביר מפני מה שותף עדיף משליח, דאל"כ אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השני...".

מסקנתו של „בית מאיר" היא שהמקח קיים, וכמו שפסק הרמ"א שאם מכר קודם הזמן וצפוי הפסד ממכירה זו, על זה שמכר לשאת בהפסד, נראה מכאן שהלוקח אינו מחזיר את המקח.

ועיי' בשו"ת „אבני צדק" חו"מ סי' י"ב שדן בענין:

„ראובן ושמעון קנו יער בשותפות ולא היה חתום על הקונטרסקט רק ראובן, וזמן המכירה של העצים הוא בימות החורף, וקדם ראובן ומכר כל העצים בקיץ... ועמד השותף השני לצווח שאינו רוצה במכירה זו... ואתפלא על מעלתו שרצה לומר דשותפין דומה לשליח... ולא ראה הבי"ש שכתב ששותף שמכר בלא ידיעת חברו א"צ הלוקח להחזיר, הואיל הוא דרכו למכור... רק חייב לשלם מה שהפסיד".

מסקנתו של „אבני צדק" כי המכירה יש לה תוקף אף שנעשתה על ידי שותף אחד ולפני הגעת המועד למכירה זו.

ועיי' במהרש"ם חלק ה' סי' כ"ח שדן בענין מעין זה:

„שני שותפים שקנו עצים למכור לאחרים, וקדם שותף אחד ומכר כל העצים ביחד קודם זמן המכירה וכשנודע להשותף צווח על המכירה... ורי"מ הביא דברי „בית שמואל"... אמנם לדינא נראה דבנידון דידן הדין עם השותף המעכב, חדא דנראה אף שמכר קודם זמנו הו"ל כהתנה בין לתיקון היינו כשלא היה מדובר ביניהם באופני השותפות למכירת הסחורה, אבל בנידון דידן שהיה הקנוי בשותפות בפירוש למכור לאחרים, א"כ לא נשתתפו כלל אדעתא למכור הכל ביחד, ולכונ"ע אם אין השותף השני מסכים, יוכל לבטל המקח...".

ועוד הא מבואר בשו"ת „פרח מטה אהרן" ח"א סי' פ"ט בדין ראובן ושמעון שהיו שותפין עם לוי ויהודה... ושמעון חלק את עצמו בחלקו וחלק ראובן מהשותפות, וראובן היה בעיר ושתק, ורצה חכם אחד לדמותו לירד בדין ואיתא במתא', וכתב הוא לדחות... דהתם כיון דירד שותפו לדין והיה בעיר ולא בא לטעון, ודאי קיבל עליו כל מה שגזרו הדיינים... אבל מה שעשה שותפו בעצמו יכול שותפו לסתור, ואף שלא מיחה בשעת חלוקה, מה בכך, יכול לסתור אח"כ, וא"ל מדרשתק הוי כהסכם למעשיו, הא כבר כתב הסמ"ע דלא מהני בזה שתיקה וכו' במהריב"ל ח"א סי' ל"ט... ועוד הא דמהני הסכמה למעשיו, זה רק אם השתדל לטובת השותפות אע"פ שבא אח"כ להפסד הרי סביר וקבל... אבל כל שהשותף בא לחלוק... לא אמרינן בזה ששתק שהסכים למעשיו...".

גם המהרש"ם נוטה לדעת הבי"ש שהביא הבי"ח כי המכירה שנעשתה על ידי שותף אחד, אינה בטילה, אלא שזה תלוי בנסיבות הענין, ויש שהמכירה בטילה כשהיא נעשתה בניגוד לתנאי השותפות.

אכן ברור הדבר מה שהבהרנו שהמכירה קיימת, זה רק מה שנוגע לשותף אשר מכר ללוקח, וכל מה שנעשה ביניהם לא ניתן לביטול, אבל ביחס לשותף השני, אף שאינו יכול לבטל את המכירה, אך הלוקח אינו יכול לתבוע ממנו שום דבר, כיון שאין

לו שום קשר אתו ולא הוא שמכר לו, ואף שיש ללוקח איזו שהן תביעות ביחס למוכר, הרי עליו לבא רק לזה השותף אשר מכיר אותו כמוכר, ואילו השותף השני הרי יכול לטעון לאו בעל דברים ידידי את, כי אני לא מכרתי ומעולם לא הכרתי את הלוקח, אלא שאינו יכול למחות בעיסקא שנעשתה על ידי חבריו השותף, אבל מצדו לא נעשתה התחייבות כל שזא לגבי הלוקח.

ולכן בנידוננו מוכותה של חברה ג. לטעון שאינה אחראית על מה שנאמר בסעיפי החוזה, ולגבי החברה יש לראות את החוזה מכר כנטול ערך, מאחר שמנהלי החברה לא חתומים על החוזה, ואם אמנם שבזמנו לא גילו יחס שלילי לגבי עצם המכירה שהרי ברור שדבר זה לא נעלם מעיני כל מנהלי החברה שהדירה במסרה לקונה ללא שום תגובה שלילית מצדם. אך היחס שגילו לגבי עצם המכירה, אין לו השלכות לגבי כל תנאי המכירה שיכירו אותם כצד אשר קבל עליו התחייבות ואחריות על כל סעיפי החוזה, וכבר הבאנו לעיל בשם הסמ"ע והריב"ל כי השתיקה אינה מהווה כהסכמה מלאה על המכירה ותנאי המכירה. ועיי' "משנה למלך" פרק ה' מהלכות שותפין, ומה גם שבנידוננו גילו לקונה מראש שאינם חותמים על חוזה אשר בו נאמר סעיף הקובע מועד מסויים להעברת הדירה בטאבו.

אך כל זה אמור לגבי חברה ג., אבל לגבי הרבנית ה. אשר היא חתמה על החוזה יש לראותה לכאורה כאחראית על כל תנאי המכירה ועליה לקיים כל סעיפי החוזה, וכמו שהבהרנו כי שותף שמכר על דעת עצמו, הרי הוא האחראי היחידי לגבי הלוקח.

אכן יש לבחון, אם חברה ג. יכולה לנער את חצנה מכל העיסקא כי הרי מר ו. אשר היה בזמנו מטפל בהכנת החווים למכירת הדירות, והוא אשר טיפל גם בהכנת חוזה זה שבנידון שלפנינו, הוא העיד בפנינו כי באותה התקופה היתה הרבנית מוסמכת לחתום על חווים למכירת הדירות, וכל עוד שהער לא הוכחש בשבועה, הרי דינו כשנים. ואם כי הרבנית טוענת, שלא הבינה תוכן החוזה ולא הביאו לידיעתה כל סעיפי החוזה, אך טענה זו מוכחשת על ידי מר ו., ומלבד זאת אין לקבל טענה זו, שהרי כך נפסק בשו"ע ח"מ סי' מ"ה סעיף ג' וסי' ס"ח:

„הודאה בחת"י... והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו.".

הלכה זו מקורה בתשרי הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' ע"ז והוא מגמק: „כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנותו של אחרים, הלא הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שתאמין על עצמו והיינו טעמא דשליש, וגדולה מזו אמרו, בעל אומר לפקדון, ושליש אומר לגירושין נאמן, וטעמא דכיון שיודע בשעה שהשליש הגט, שהשליש יכול לתת לאשה, אף הוא גמר בדעתו וכתבו לשמה ונתנו לגרושין.".

לאור הלכה זו, גם אם נקבל טענת הרבנית שלא הבינה תוכן החוזה עליו חתמה ולא ידעה על הסעיף הקובע את המועד להעברת הדירה בטאבו, אך כיון שמר ו. הגיש לה את החוזה וחתמה עליו והוא אשר טיפל בהכנת חווים למכירת הדירות, הרי עצם החתימה כמות כהסכמה על כל מה שכתוב בחוזה. יתר על כן אף אם מנהלי חברה ג. יסכימו להכחיש את עדותו של מר ו. על ידי

שבועה, אך לגבי התחייבות של הרבנית שחתמה בעצמה על החווה כפי שהוגש על ידי מר ו. וכאמור הרי חתימתה מהווה הסכמה מלאה על כל מה שכתוב ועל כל שנעשה על ידי מר ו., כיוון שהוא הכין את השטר והוא אשר הגיש לרבנית לחתום, ומאחר שהיא מצהירה שלא הבינה את תוכן החווה, הרי בודאי שהסתמכה על זה שהגיש לה לחתום והכין לה את התוכן ואף שלא ידעה על מה שהיא חותמת, אך הדין הוא כאילו שהתחייבה לקיים כל מה שנעשה על ידו של מר ו., והרי כך המשמעות בדברי הרמב"ן שהבאנו לעיל שאם חותם על השטר מבלי להבין על מה שחותם, הרי זה נחשב כהבעת הסכמה לזה שהכין לו את השטר, ואף שהוא בעצמו לא חשב על הדבר כלל וכלל, כי הרי לכאורה קשה ההוכחה שהרמב"ן מוכיח שאף שלא הבין, מ"מ הוא מתחייב לכל מה שכתוב בשטר, והוכיח זאת ממה שאמרו שאם הבעל אומר לפקדון והשליח אומר לגירושין השליש נאמן, לכן גם בכתיבת השטר, סומך על זה שכותב השטר, אך לכאורה יש להבדיל בין שתי ההלכות, כי הרי כשהשליח אומר לפקדון, אנחנו מאמינים שכך אמר הבעל וידע מה שאמר ..., אבל כשחתם על דבר שאינו יודע כלל וכלל, אולי לא מועילה התחייבות כזאת ללא ידיעה, ובהכרח לומר כי הרמב"ן מפרש שיתכן אמנם שתבעל אמר בזמנו לפקדון, אלא שעם כל זאת אנו יוצאים מתוך הנחה שהבעל מסכים מראש שאם לאחר מכן יאמר השליח לגירושין, הרי הוא מביע הסכמתו מראש לכל מה שיאמר השליח, כיון שהשליח מחזיק את הגט ובידו לעשות כרצונו, הרי הוא גומר ברעתו לעשות כדברי השליח. כמו כן כשחותם על דבר מבלי שידע על כך אנו יוצאים מתוך הנחה שיש לו סמיכות דעת על כל מה שכתוב, כי אחרת לא היה חותם. ועיי' בתוס' הרא"ש גיטין ס"ד:

„שאני ממון דאיתיהיב למחילה, וכיון שהאמינו ומסר בידו נתרצה עליו למחול ממנו ואפילו הוא משקר, אבל במילתא דאיסורא, אין בידו להאמינו, ורב חסדא אמר דבגט נמי, שליש נאמן... דעל דעת כן הוא נתן לו שיהא לגרושין אם יאמר לגרושין אע"פ שהוא משקר".

לאור הסבר זה, אף אם השליש משקר ואומר ההיפך ממה שנאמר לו, בכל זאת סובר רב חסדא שהשליש נאמן דעל מנת כן נמסר לו הדבר שיעשה כרצונו וכאמור הבעל הסכים לכך מראש, שסומך על אמירת השליש, אף אם הוא אומר ההיפך מזה שנאמר בעת מסירת השלישות.

ואם צודקים אנו בהנחה זו שהרבנית אינה יכולה להישבע ולהכחיש את העד, תרי החתימה שלה היחידה נשארה קיימת ומחייבת את השותפות כדין שותף שמכר ללא דעת חבירו שהמכירה היא בעלת תוקף.

אכן טרם נחליט על כך כעל דבר ברור ובשים לב לעומק הדברים, יש להבדיל בין הנדונים, כי אף אם אמנם נצא מתוך הנחה זו שהרבנית חתמה מבלי שתדע את תוכן הדברים וסמכה על מר ו. על כל מה שכתוב, אך כל זה נאמר לגבי התנאים הכתובים במפורש ומשתקפים מהחווה, אך לגבי חתימת היחידה שהרבנית חתומה עליו, ואילו יתר חברי ההנהלה לא חתמו, שמוזה אנו נסיק מסקנה כאילו שחתימה אחת מחייבת את חברה ג., או שנאמר שהרבנית לא התייחסה ליתר חברי ההנהלה ועשתה מה שעשתה על דעת עצמה בניגוד לרצונם, דבר זה אין החווה משקף כלל וכלל, כי הרי יתכן מאד שאמנם חתמה הרבנית בידעה שמר ו. יחתים על החווה גם את יתר חברי ההנהלה כרגיל ומקובל. הוא אמנם הגיש לה את החווה שתחתום עליו הראשונה, אך

סביר מאד שסמכה על מר ו. שיתנהג בהתאם למקובל שיחתים את כל חברי ההנהלה, כי דרי לדבריה לא היתה מוסמכת לחתום לבדה ויחידה על החוזה, וכאמור הרי החוות אינו משקף כלל שהיא רוצה להיות המוכרת היחידה למרות שיתר חברי ההנהלה לא הסכימו לתנאים שבחוזה. והרי התובע לא ניהל משא ומתן עם הרבנית על רכישת הדירה ותנאי הרכישה, אלא ניהל משא ומתן עם מר ו. והוא אשר תבטיח לו לסדר את הדברים, וההסכמה של הרבנית ידועה לנו רק מחתימתה על החוזה, ולכן אנו יכולים לייחס אליה רק הדברים הכתובים מפורש בחוזה, אך מה שאינו מפורש בחוזה אין לייחס כלל וכלל, ולכן גם היא יכולה להישבע ולהכחיש את עדותו של מר ו.

יש להוסיף עוד נקודה בענין זה, כי יתכן שכל התלכה ששליש נאמן ותבהרנו לעיל, שהטעם הוא שכיון שמסר בידו את הדבר והוא השליש יכול לעשות כפי שיעלה על רוחו, לכן אנו יוצאים מתוך הנחה שכאילו הביע את הסכמתו מראש על כל מה שיעשה, אך שונה הדבר כשאחד מחזיק פקיד ואשר הפקיד נתון למרותו ועליו למלא את תפקידו בנאמנות ובדייקנות ולמלא את רצונו של מעבידו ואסור לו לעשות דברים כפי שיעלה על רוחו כי סטייה כל שהיא בניגוד לדעתו של מעבידו, יש לראות כמעילה בתפקידו, כי הרי היחסים בין העובד למעבידו מחייבים את העובד לעמוד תחת מרותו של המעביד, לכן אין להניח שאם פקיד במשרד של חברה יכין הסכם חוזה או מסמך כל שהוא ויגיש את החוזה לחברי ההנהלה או לאחד מחברי ההנהלה להחתימו ואמנם חתמו על המסמכים מבלי שיבדקו אם תוכן החוזה הוא בהתאם לתקנות של החברה ולפי רוחם של חברי ההנהלה ואחר כך מתברר שהיתה סטייה מצד הפקיד שהכין את המסמכים, האם נאמר בזה הואיל וחתמו מבלי שיבדקו ויעברו על תוכן הדברים שחם בודאי הסכימו על כל מה שנאמר, ודעתו של הפקיד היא תקובעת הואיל וחתמו על דברים שנכתבו על ידי עובד שלהם מבלי שיבדקו אותם. דבר זה אינו מתקבל על הדעת כלל וכלל, אדרבה במקרה כזה הדעת נוטה שהמעביד סומך על העובד שלו שבודאי ממלא את תפקידו במסירות ונאמנות ולא יעשה דבר בניגוד לרצונו של המעביד, כי הרי גם העובד מעונין על שמירת היחסים שביניהם שלא יבגוד במילוי תפקידו לא לעשות דברים שחם בניגוד לרצונו של מעבידו, לכן נראה כי בניגוד כזה לא נאמרה התלכה שהחותרם סומך על זה שהכין לו את השטר לחתימה ומתחייב על כל מה שכתוב בשטר. לאור האמור, אין להתחיל בנידונו את האלכה שהחתימה מחייבת אף אם לא הבינה הרבנית את תוכנו כפי שטוענת בפנינו, אלא הסבירות היא שסמכה על מר ו. שבודאי הכין את החוזה בהתאם להחלטת ההנהלה ללא סטייה כל שהיא, ולכן אין לשלול ממנה את הזכות להישבע ולהכחיש את העד מר ו.

אכן כבר צויין שטענה זו של הרבנית היא לא סבירה שלא הבינה את תוכן הדברים, ויש להניח שאדם אחראי מכבד את חתימת ידו ויודע מה שמשקף מהחוזה, אך מאידך יש מקום לומר שלא התכוונה להיות כמוכרת לחותמת לבדה, אלא חתמה מתוך מחשבה שמר ו. יגיש את החוזה להחתים עליו יתר חברי ההנהלה בהתאם לתקנות החברה, ודבר זה כאמור שהיא המוכרת והחותמת היחידה אינו משקף מהחוזה, ולכן גם לה הזכות לטעון שחתימתה היחידה על החוזה אינו מחייב את החברה ולהישבע להכחיש את העד.

יש להבהיר עוד נקודה בהלכה, אם בנידונו השבועה שמחייב העד היא מן התורה או מדרבנו, כי הרי התובע אינו יודע לטעון שאכן היתה החלטת כזאת שחתימתה

היחידה של הרבנית מחייבת את חברה ג', ורק העד גילה את הדבר הזה ובנידון כזה יש פלוגתא בין הפוסקים כשהתובע אינו יודע להעלות את הטענה, אלא העד אשר העיד גילה את התביעה או הטענה, האם העד מחייב שבועה מן התורה כדין עד אחד, ויש פלוגתא אם העד מחייב את השבועה בצירוף עם התביעה של הבעל דין או שבכחו של העד לחייב שבועה גם כשבעל דין אינו יודע לטעון את הטענה, וכמו בשני עדים המעידים שפלוגי חייב לשני אף שהתובע אינו יודע שפלוגי חייב לו אך העדים הם המחייבים, כמו כן יש מקום לחייב שבועה על פי עד אחד מבלי טענת התובע.

בשו"ע חו"מ סי' ע"ה סעיף כ"ג נפסקה הלכה:

„טענו ספק על פי העד, כגון פלוני אמר לי שנטלתי משלי מנה,

והוא כופר והביא העד, משביעו שבועה דאורייתא כאילו היה טענו ברי'.

ועיי' בש"ך ס"ק פ':

„משביעו שבועה דאורייתא כן הסכמת רוב הפוסקים הראשונים

והאחרונים וכן עיקר וכן הלכה רווחת בישראל ודלא כבעל גידולי תרומה

שכתב דהמוחק יכול לומר קים לי כרבוותא דפטרי משבועה".

לאור הנ"ל קיימת פלוגתא בין הפוסקים, אם העד מחייב שבועה מן התורה

במקרה כשהבעל דבר אינו יודע לתבוע מהנתבע וכל התביעה מבוססת רק על דברי

העד שגילה לתובע שפלוגי חייב לו, והבעל „גידולי תרומה", לא הכריע את ההלכה,

ודעתו שיכול הנתבע לטעון קים לי.

ועיי' בטור כאן סי' ע"ה שהביא את הפלוגתא בין גדולי הראשונים:

„ואם טענו בספק על פי העד... בהא איכא פלוגתא רבי יוסף

מיגאש כתב שעל פי העד אין נשבעין אלא בטענת ברי, וכן כתב

הר"ר אפרים...".

ועיי' ב„בית יוסף" שהביא את הפלוגתא והגיע למסקנה:

„ולענין הלכה כיון שהר"ף והרמב"ם והרא"ש מסכימים לדעה אחת,

והרמב"ן והר"ן גמי סברי כוותיהו, הכי נקטינן".

ודעת מרן הב"י יש להכריע את ההלכה כאותם הפוסקים שמחייבים שבועה

דאורייתא גם אם התובע אינו יודע לטעון שהנתבע חייב לו ממון.

ועיי' „מגיד משנה" פ"ג מהל' טוען ונטען שהביא את הפלוגתא של הפוסקים

ימסיים:

„ולא נתבאר זה בדברי רבינו".

לדעת „מגיד משנה" לא מבואר דעת הרמב"ם, אך „כסף משנה" ציין הלכה

ברמב"ם מהל' גזילה שנוטה לדעת המחייבים.

ועיי' „גחל יצחק" בס" ע"ה שהרחיב את הדברים בענין זה.

ונראה לחוסף כי יתכן שבנידונו לדעת כל הפוסקים העד מחייב שבועה

דאורייתא, והדעת נוטה שהפלוגתא בין הראשונים היא, שהתובע אינו יודע שפלוגי חייב

לו ואינו תובע כלל וכלל והעד הוא אשר גילה לו את הדבר שפלוגי חייב לו, ולכן

טוברים אלו הראשונים כי עדותו של העד אינה בעלת משקל מאחר שהבעל דין בעצמו

אינו יודע לתבוע, אך שונה הדבר בנידונו שהבעל דין הרי טוען שהחווה הנו בתוקפו,

והרבנית היתה מוסמכת לתתם עליו לבדה וחתימתה מחייבת את חברה ג', והעד חוסף

שאמנם קיימת החלטה כזאת שחתימתה של הרבנית נותנת תוקף לחווה ומחייבת את

הברה ג. יוצא איפוא שדברי התובע ודברי העד זהים והעד תומך בתביעתו של התובע שתחוזה הנו בעל תוקף, ולכן נראה שלדעת כל הפוסקים העד מחייב שבועה דאורייתא ולא חסרה התביעה מצד התובע.

יש לציין שאמנם שמענו עדותו של מר ח. שהנתבעת הביאה אותו לסתור את עדותו של מר ו. אך ביה"ד, לא רואה את עדותו כבעלת משקל אשר סותרת את עדותו של מר ו. כי על רוב השאלות הנוגעות לענין השיב מר ח. שאינו זוכר, וגם לא ידעה לו ידיעה ברורה שלא נתקבלה החלטה כזאת שהרבנית מוסמכת לחתום לבדה, אלא שמעיד הואיל שכל החלטה צריכים להביא לידיעתו, והואיל והחלטה כזו לא הובאה בפניו, הרי זה מהות הוכחה שלא היתה החלטה כזאת מצד ההנהלה, אך בתוך השאר נשאל על כמה דברים ותשובתו היתה שלא ידוע לו, פירוש הדבר שנעשו דברים בניגוד לנוהג המקובל, ויתכן שגם החלטה זו נתקבלה על ידי חברי ההנהלה מטעמים משלהם, אך לא מצאו לנכון להביא אותה לידיעתו של מר ח. ולרשום אותה, כהחלטה רשמית, עכ"פ כדי לסתור ולהכחיש את עדותו של מר ו. יש צורך בעדות בעלת משקל ומתוך ידיעה ברורה אשר סותרת את העדות, ואין אנו רואים את עדותו של מר ח. כבעלת משקל אשר בכוחה לסתור ולהכחיש את עדותו של מר ו.

לכן יש להגיע למסקנה, כי עדותו של מר ו. לא הוכחשה, ודינה לחייב שבועה כדין שבועת עד אחד.

אכן יש להבהיר אם תביעה זו עליה סובב הדיון היא תביעה ממונית אשר יש בה כל התנאים הדרושים כדי לחייב שבועה מן התורה, כי הרי לפי כללי השבועה מן התורה, אין נשבעין על הקרקעות ועל השטרות שאין גופן ממון, ויש לבחון תנאי התביעה בנידונו אם היא תביעה ממונית שנחשבת כגופה ממון, או שהיא תביעה שאין גופה ממון ודינה כמו שטר שאין נשבעים על שטרות. שאין גופן ממון, והרי לכאורה יש לראות את התביעה שאינה טומנת בחובה ממון ממש שניתנה לתשלומין, אמנם יש לה לתביעה השלכה ממונית כי לא הרי ערסה של דירה אשר רשומה בטאבו כערכה של דירה שאינה רשומה בטאבו, וידוע הדבר שכל קונה דירה מעונין שיהיה לו רישום בטאבו, ואם אינו בטוח שהמוכר יעביר לו את הרישום בטאבו מסתייג לקנות וערכו של הרכוש יורד, לכן ברור שעצם הרישום בטאבו יש לו השלכה ממונית, אך כשאנו דנים על התביעה של הקונה, הרי אין לתביעה זו של הקונה הגדרה ממונית, אלא תובע ממנו עשיית פעולה אשר על ידה הוא מבטיח את הרכוש שלו שיהיה לו ערך גדול. על כן לכאורה הדעת נוטה שתביעה כזו, דינה שאין גופה ממון ולא עליה חלה שבועה דאורייתא.

יש להוסיף אם נצא מתוך הנחה שעצם התביעה אמנם טומנת בחובה זכות ממונית אך אין דינה כגופה ממון, הרי אנו נתקלים בבעיה נוספת אשר מערערת את התחייבות לעשות את ההעברה בטאבו תוך תקופה מסויימת, כיוון שזאת היא לא התחייבות ממונית אלא התחייבות לעשיית פעולה מצד המוכר לטובת הקונה והקנין לגבי התחייבות כזאת דינו כקנין דברים.

אכן כבר נגענו בשאלה מעין זו בפסק דין שנדפס בכרך ו' עמוד 353. אך המסקנה בבעיה זו כיון שיש להתייחס לעריכת חוזה כדין סיטומתא אשר מועיל גם לקנין דברים, ועיי', „ברית יעקב" חו"מ סי' ק' שהוכיח שסיטומתא קונה גם בדבר שאין בו ממש, ובמיוחד בזמננו שכל העסקות מכירות וקניות רואים אותם

כמושלמות וגמורות רק לאחר שערוך חוזה בכתב וחתום על ידי הצדדים, וזאת מחייב אותם למלא את ההתחייבות ולקיים את הדבר שעליו נערך החוזה בכתב.

בשולי פסק הדין ביה"ד מוצא לחובה לציין כי ההתדיינות בין הצדדים נמשכה זמן רב ובצורה בלתי רגילה בבית דינו, ולא פעם היה התובע בוטה נגד ביה"ד כמדרקות, אך גילינו סבלנות כלפיו כי הרגשנו שנגרם סבל רב לתובע כשצד השני מעונין לסחוב את הענין, אולם לעומת זאת צר לנו מאד שהתובע לא הרגיש כי הסחבת בדיונים לא נגרמה במאומה מצד ביה"ד אלא מצד הצדדים בעצמם, ואם אמנם כי החלק הגדול לסחבת תרמה הנתבעת אך גם חלקו של התובע לא נגרע. והמעין בתיק יראה שלא פעם נדחה הדיון בגלל התובע וב"כ מטעמים ונימוקים משלהם, זמן רב היה התיק מונח ללא תנועה, והתובעים הוניחו את התביעה ורק לאחר שביה"ד הודיע לתובע שאם לא תוגש בקשה לחידוש הדיון יובא התיק לסגירה, ורק אז בקשו תאריך לחידוש הדיון.

לכן ביה"ד מתפלא על התובע שגילה כלפי ביה"ד יחס שאינו הולם את כב' ביה"ד.

לאור כל האמור החלטנו:

(א) מאחר שחברה ג. בע"מ אינה מכירה בחוזה המכר מתוך נימוק שהחוזה לא חתום על ידי שני חברי הנהלה בהתאם לתקנות החברה ומכח טענה זו אין לחייב את הנתבעת. אולם לאחר שביה"ד שמע את עדותו של מר ו. שהוחלט על ידי הנהלת חברה ג. כי חתימת יחידה של הרבנית תחייב את החברה, לכן על הנהלת חברה ג. להישבע ולהכחיש את דברי העד.

(ב) מחייבים את הרבנית להישבע שלא היתה מוסמכת לחתום לבדה על החוזה כחותמת יחידה המחייבת את החברה.

(ג) וכמו כן היא תכלול בשבועתה שלא הובא לידיעתה כי שאר חברי ההנהלה מתנגדים לסעיף המיוחד שבחוזה וכי לא היתה לה כוונה לחתום על החוזה על כל הסעיפים שבו למרות שיתר חברי ההנהלה מתנגדים כאמור לחוזה על כל סעיפיו (סעיף זה הנו ברוב דעות).

(ד) אשר לתיקונים בדירה כדרישת התובע, ביה"ד יהיה מוכן לבקר במקום ולבדוק אם אמנם לא נעשו התיקונים הדרושים בהתאם לחוזה.

(ה) ביה"ד מוצא לחובה להסב את תשומת לב הנתבעת כי גם לדבריהם שהסעיף המתייחס לתאריך העברת הדירה בטאבו אינו מחייב את החברה, אך מאחר שכבר עברו שנים רבות מאז שנמכרה הדירה, הרי זה לא הוגן מצד חברה ג. שלא נעשו הצעדים הדרושים להעברת הדירה בטאבו וכל שהייה מצדה יש בה משום גרימת עוול לקונה הדירה.

ניתן היום כ"א בסיון תשל"ו.

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

בפני כב' הדיינים: הרבנים שאול ישראל, יוסף קאפח, מרדכי אליהו

בענין:

א. (ע"י ב"כ טו"ר הרב גולובניצ'ץ) המערערת

נגד:

ב. (ע"י ב"כ עו"ד רגירר) המשיב

הנידון: דיור עם קרובות הבעל

ערעור אשה על פסה"ד של ביה"ד הרבני האזורי חיפה שפטר את הבעל ממזונותיה משום שהיא עזבה את הדירה בגלל התנגדותה לגור יחד עם חמותה וגיסתה. — תשובת הבעל שבשעת הנישואין האשה הסכימה לגור יחד עם חמותה וגיסתה, ושאינו לו אמצעים לשכור בשבילה דירה מיוחדת. — טענת האשה שהסכימה לגור יחד אתן שנה אחת בלבד, ולא לתמיד. — האם אשה שטוענת שקרובי בעלה מציקים לה, חייבת להוכיח טענותיה. — מה הדין כשאשה הסכימה בשעת הנישואין, לגור עם קרובי בעלה. — מה הדין כשנתעורר ספק ביחס למדור שהבעל חייב לאשתו. — מה הדין כשנתעורר ספק במשמעות השטר. — מה הדין כשנתעורר ספק בהלכה בגלל מחלוקת הפוסקים.

מסקנות

- א. (1) אשה שקרובי בעלה גרים במקום מגוריה המשותף עם בעלה ודורשת שיעזבו את דירתם, משום שהם מציקים לה שומעים לה.
- (2) יש סוברים שאין זה אלא כשנראה לבי"ד שיש ממש בדבריה, ויש מחלקים בין אם הבעל ואתותו שאינה חייבת להוכיח טענותיה, לבין שאר קרובי הבעל שצריכה להוכיח טענותיה, או שבית הדין ישתכנע שיש ממש בדבריה.
- ב. (1) הסכימה האשה במפורש לדור עם קרובי הבעל, ואפילו עם אותן נשים שסתמן שונאות אותה, טוב אינה יכולה לבוא בטענה, שכן סברה וקיבלה.
- (2) לא פורש בשעה שהסכימה משך הזמן שעליו נותנת הסכמתה, יש לפרש זאת כאילו הותנה על משך זמן של שנה אחת בלבד.
- ג. אשה שעזבה בית בעלה בגלל שמציקים לה הבעל חייב ממזונותיה, בכל מקום שהיא.
- ד. ספק שמתעורר בהלכה בגלל מחלוקת הפוסקים, יש לדנו ככל ספק, שהמוציא מתבירו עליו הראיה.
- ה. המוציא שטר על תבירו ונתעורר ספק במשמעות השטר, יד בעל השטר על התחלתו ואינה גובה אלא הפחות שבמשמעות השטר.

ו. (1) הבא מכות תקנת חכמים דינו כמוחזק, והטוען נגדו הוא בגדר המוציא מחבירו עליו הראיה.

(2) לפי זה בעל שכתב לאשתו שאין לו דין ודברים בנכסיה, והוא טוען שכוונתו היתה רק לענין מכירה, הואיל והבעל מוחזק בחיובים שלה כלפיו בנכסים מכת תקנת חכמים ידה על התחתונה, וכל עוד לא מכרה את הנכסים, הוא אוכל פירותיהם וגם יורש אותה לאחר מותה.

ז. חיוב הבעל במדור תקין לאשתו, כולל בתוכו גם שלא יהיה הדיור כרוך בצער והצקה בגלל שכנים המציקים לה.

ח. נחשורר ספק את הדירה תקינה, או ספק אם האשה הסכימה לדירה זו למרות מגרעותיה, על הבעל להביא ראיה להוכיח צדקת טענתו.

פ ס ק ד י ן

לפנינו ערעור על החלטת כב' ביה"ד הרבני האזורי בחיפה מיום כ"ו אב תשל"ז (תיק 4155/לז) בה נאמר:

„אחרי שביה"ד עיין במו"מ הצדדים מחליט: אחרי שביה"ד הוציא החלטת ביום י"ח אדר תשל"ז בה לא חייב ביה"ד את הבעל לשכור דירה בנפרד, לאחר העובדה שהאשה קיבלה על עצמה לגור עם חמתה, ואחרי שהאשה לא הוכיחה שחמתה ואחות בעלה מציקים לה באופן מיוחד, והיות שהאשה עזבה את בית בעלה.

אי לכן ביה"ד אינו פוסק מזונות לאשה, כמבואר באה"ע סי' ע סע"י יב דאשה שעזבה את בית בעלה, אין לה מזונות ורק אם מביאה ראיה שאינה יכולה לגור שם או לא הפסידה מזונותיה, וראיה כזו לא הביאה האשה.

להעביר העתק מהחלטה זו לצדדים”.

החלטה זו מסתמכת, כאמור בה, על החלטה קודמת של ביה"ד הנ"ל, בתיק 1631/לז מיום י"ח אדר תשל"ז בה נאמר:

„לאחר שביה"ד עיין בטענות הצדדים, ביה"ד בא לידי החלטה כדלהלן: אין בידי ביה"ד לפי"שעה לאור הטיעונים שנשמעו לחייב את הבעל לשכור דירה בנפרד, והאת לאור העובדה שהאשה קיבלה על עצמו לגור בבית חמותה. עם כל זאת ביה"ד מציין שבאם לאשה הוכחות שהתנהגות החמות כלפי' הנה חריגה ביותר, ביה"ד יחזור וידון לאור עתירה כזו.

הנימוק להחלטת ביה"ד, שללא כל ספק קיבלה האשה על עצמה כל המגרעות הנוגעות מחיים משותפים עם חמותה. אך מה שקיבלה על עצמה הנו הסיכון הרגיל, וכפי שדעת „בית-מאיר“, הובא ב„פתחי תשובה“ סימן ע"ד, שעל זה אין צורך אף בהוכחות, וכפי שדייק מדברי הרמב"ם. אמנם באם המגרעת הנה מעל המדורס המקובל, וכותה שמורה להגיש בקשה בהתאם.

להודיע לצדדים ההחלטה”.

ואלו הן העובדות, כפי שמשתקף מטענות הצדדים שבתיקי בית"ד ומטענותיהם

בפנינו :

הצדדים הם בעל ואשה שנישאו כדמו"י בערך לפני שנתיים וחצי. אחד כשנה וחצי מנישואיהם הגישה האשה תביעה לשלום בית ומזונות. וזה לאחר שעזבה את מקום מגוריהם שהיה בחדר בדירה משותפת להם יחד עם אם הבעל ואחותו. לטענתה, עזבה את הדירה בגלל קשיים במגוריה יחד עם חמותה וגיסתה. כפי שמתברר, היתה לה גם שותפות בעסק (מספרה) יחד עם גיסתה זו, ואף שותפות זו נתפרקה בגלל מריבות.

לטענת הבעל, היה מדובר ביניהם בעת הנישואין שמגוריהם היו בדירה המשותפת והאשה הסכימה. אין לו אפשרות לעזוב את אמו שהיא אשה חולנית וזקנה, וכן אין משכורתו מאפשרת לו שכירת מקום מגורים נפרד.

האשה מודה אמנם שהסכימה בשעת הנישואין לגור בדירה זו יחד עם חמותה וגיסתה, אולם לדבריה, „לא הסכמתי לגור שם כל החיים“. יש לה בעיות ע"י המגורים המשותפים, והיא חסרה את הפרטיות של חיי משפחה רגילים, ולא יכלה להמשיך לגור שם, ומעולם לא חייבה עצמה לגור בדרך זו, „רק לתקופה של שנה ולא לכל הזמן“.

נציין, שמנוסח טענת האשה נראה, שגם לדבריה לא התנתה במפורש שהסכמתה היא רק לזמן, אלא שניתן להבין שאין הסכמה מעין זו ניתנת אלא לתקופה קצרה שלאחר הנישואין, „ולא לכל הזמן“.

בשעת קיום הדיון שעליו ניתנה ההחלטה שהיא נשוא הערעור, היתה האשה לדבריה בסוף תקופת הריון, ואכן בינתיים נולדה להם בת, אלא שזה אינו נרשא לערעור שלפנינו.

בשמינית הערעור שלפנינו, חזר ב"כ האשה על הטענות שהושמעו בפני בית"ד האזורי, והוסיף, שהאשה מסכימה ומסתפקת בשכירת דירה קטנה וגם אם תתיה בקרבת מקום לדירת אמו, כך שיוכל לבקרה לעתים מזומנות, רק שלא יגורו יחדיו, ובכ"ל, כדי שיוכלו לחיות בשלום ושלחה.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר שבתיקי, וזה אשר עלה בדיון :

וגדון לראשונה, כשלא היה תנאי מפורש על מקום מגורים משותפים עם חמות ואחות בעלה. הלכה זו מברארת בשו"ע (אה"ע סי' ע"ד סעיף י') :

„היא שאמרה אין רצוני שיבואו לביתי אביך ואמך אחיך ואחיותיך

ואיני שוכנת עמם בחצר אחת מפני שמריעים לי ומציקים לי, שומעים לה“.

מלשון זה של המחבר, שהיא כלשונו של הרמב"ם נראה שאין צורך בהוכחות,

ודי בטענה בעלמא. אולם ברמ"א שם הוסיף :

„ודוקא שנראה לבי"ד שיש ממש בדבריה שהן מריעים לה וגורמין

קטטה בינה לבעלה וכו'. ונהגין להושיב עמם איש או אשה נאמנים

ותדור עמם עד שיתברר על ידי מי נתגלגל הריב וקטטה“.

וכ' ע"ז „בית מאיר“ (הו"ד ב, פתחי תשובה" שם) ;

„ברמב"ם לא נזכר כ"א אמו ואחותו, והיינו משום דסובר דמן הסתם

נאמנת שמריעין לה. וזה דוקא באמו ואחותו שהן מן הנשים השונאות

אותה. אבל הטור והשו"ע אולי בשיטת הרב המגיד שהביא הרמ"א בהגהה,

דדוקא שנראה לבייד שיש ממש בדבריה, ולהכי אפילו אביו ואחיו. אולם מסתבר לעיני דעת הרמב"ם דעל אמו ואחותו סתמא יכולה לטעון.
אכן מהרמ"א שסתם הדברים וקאי על כל דברי המחבר שנקט גם, „אמר ואחיותיך“ משמע בבירור שנקט שגם באלו הנשים למרות שסתמן שונאות אותה, גם כן לא סגי באומדנא זו אלא צריך בירור, „על ידי מי נתגלגל הריב והקטטה“. ואין שומעין לאשה בטענתה, רק לאחר שמוכיחה זאת. וא"כ לכאורה להלכה, זהו ספיקא דדינא, אם יש לפסוק כ„בית מאיר“ נגד דעת הרמ"א, שהיא עפ"י תשרי הרי"ף שהובאה ברכינו ירוחם כפי שציין ב„דרכי משה“ על הטור, וכ"ה דעת הרב המגיד.

אלא שעצם סברת הרמ"א היא מוקשה מאד לכאורה וכטענת „בית מאיר“, שכיוון שהן מהנשים השונאות אותה, לשם מה יש צורך בהוכחה נוספת, וצ"ע לכאורה. והנראה בזה שמות שסתמן שהן שונאות אותה עדיין אין ראיה שאכן הן הן הגורמות לקטטה, שהרי כשם שהן שונאות אותה, לפי הגדרת חז"ל, כך גם היא שונאתן, אם כי מי שיאמר לנו שהן הגורמות, שמה היא הגורמת לקטטה, ואף תביעתה זו שאינה רוצה שיגורו אתה בחצר, היא מדרכי ההצקה שמציקה להן. על כן יש צורך להושיב ביניהם נאמן שיתברר בשל מי הרעה הזאת, ועל ידי מי נתגלגל הריב והקטטה.

אכן בדעת הרמב"ם שכתב בסתמא „שומעין לה“ ומשמע בבירור שאינו מצריך שום בירורים נוספים כדנקט „בית מאיר“ בדעתו, ונראה שסובר, שגם אם כך הדבר, והיא המגלגלת הקטטה, כיוון שעל כל פנים הגורם המביא לידי קטטה עם בעלה היא העובדא, שנשים אלו גרות בקרבת מקום עמהם ששנאתן ההדדית שהיא טבעית, כפי שקבעו חז"ל, גורמת לכך, ואשר על כן שומעין לה. שרשות בידה לתבוע מדור שלא יתערבו אחרים עמהם, מאחר שע"ז נמצא מופר שלום הבית שבינה לבין בעלה, ולחיים ניתנה ולא לצער (כתובות ס"א ע"א), על כן סובר שאין צורך בשום בירורים, וסגי בטענתה שאינה יכולה לחזר עמהן.

(ועפ"ז אפשר אולי להבין מה שהטור והמחבר, למרות שנוקטים כהרמב"ם ששומעין לה, תוסיפו שזה גם בטענת נגד אביו ואחיו, ושלא כ„בית מאיר“ שהבין שדברי הרמב"ם הם בדיוקא כשטוענת נגד נשים אלה שסתמן שונאות אותה. כי מאחר שלדעת זו גם אם היא המגלגלת הקטטה מ"מ שומעין לה, אם כן טענתה טענה בכל גווני. אכן אין זה מוכרח, וי"ל שלדעת הרמב"ם שבדיוקא בנשים אלה ששנאתן ההדדית היא אורחא דמילתא, ולא כן כשבאה בטענה נגד הללו, שבדרך כלל אין שם סיבה לשנאה, א"כ אם היא המגלגלת הקטטה, הרי היא אשה קטרגנית, שאינה יכולה לבא בטרתיא על בעלה בקשר לזה).

ומכל מקום נראה להשוות קצת הדעות. העד כאן לא ס"ל להרמ"א ואידך דקיימי בשיטה זו שעל האשה להוכיח צדקת טענתה, אלא בגוונא שתובעת הרחוקת נשים אלה מביתה, שבה המבואר בראב"ד בהשגתו על הרמב"ם שכ': „... אבל אם היא באה בגבול, אין מוציאין אותן בשבילה ממקומן“. ולזה מתייחסים דברי הרב המגיד שם, וכן היא השאלה שעליה באה תשובת הרי"ף ברכינו ירוחם: „אם נתקטטה אשה עם חמותה ולא רצתה לדור עמה... יש מן הדין להתציאן או לא“. שבה דעת הני רבוותא, שיש צורך לברר מי המגלגלת וגורמת הקטטה. מה

שאינ כן, כשאין האשה תובעת שיידחו מפניה, ואינה אלא דורשת שתבעל יתן לה מדור נפרד, שבוה אין לחשוש שתביעתה זו היא קטרגנית, ובאה רק מתוך רצון לצער, שתי אין היא פוגעת בהן, והן במקומן נשארות, ואדרבא היא היא המטלטלת עצמה ממקום למקום. בזה כו"ע מודים לסברת „בית מאיר“, שיש לשמוע לה בטענתה שהגורם לתביעתה לשינוי קום המגורים, הן נשים אלה מתוך שנאתן לה, וגם אם הקטטה נתגלגלה בשל האשה, מכל מקום העובדא שמציקין ומריעין לה דיה לחייבו לתת לה מדור נפרד, כי טענתה שקשה לה לגור אתן יחד בכפיפה אחת מתקבלת על הדעת שנאמרה בכנות, ואין היא חייבת לסבול, מאחר ששנאתן התחדית אינה בחינת יוצאת דופן, והיא נחלת רבים.

(ולהלן נברר עוד בע"ה, שגם אם לא נקבל חילוק זה, וגראה זאת כספיקא דדינא, אם הלכה כהמחבר ואיך רבותא, או כהרמ"א וכל הגי דקיימי בשיטה זו, מכל מקום יש לפסוק למעשה כדעת המחבר, שהאשה היא בגדר מחזק ותבעל הוא בדין הממע"ה, ויש לקבל טענתה שאינה יכולה לדור שם מבלי צורך בהוכחות מי המגלגלת הקטטה).

ועתה נעתיק עצמנו לדון באופן שהיתה הסכמה מהאשה לדור יחד עם נשים אלה, — כגידון דידן, שגם האשה מודה שבשעתו הסכימה, אלא שטוענת שאין זה הסכמה לכל החיים, וכנ"ל.

בזה לפנינו משי"כ ב, דינא דחיי" (על הסמ"ג מבעל, „כנסת הגדולה“) וז"ל:

„והרי יודע דאם התנו בשעה קידושין שידור חמותה עמה... אין שומעין לה. ודבר זה נלמד משאלה ששאלו לרי"ף ז"ל בלשון הזת אם נתקוטטה אשה עם חמותה ולא רצתה לדור עמה... ולא התנו בשעת קידושין שידורו עמה, יש מן הדין להוציאן או לא. והרב ז"ל השיב עפ"י שאלתו, ולא אמר דאפילו אם התנו בשעת קידושין יכולה לומר סבורה הייתי לקבל, עכשיו איני יכולה לקבל“ (דינא דחיי ח"א לאוין דף פ"ג א' והובא בפסקי דין רבניים ח"א עמ' 214, וח"ד עמ' 138).

אכן גם אם נקבל דיוקו של ה, דינא דחיי", אכתי יש לדון מה דינה של הסכמה סתמית, שלא נאמר בה למשך כמה זמן היא מסכימה, כגידון דידן, שכאמור נראה שאין האשה טוענת שהוסכם על זמן מסוים, רק כאילו שזה צריך להיות מתוך מאליו, שאין זה „לעולם“.

וגראה שיש לדון ממה שמצינו כיצא בזה לענין מי שחייב עצמו לזון חבירו. הלכה זו מובאת ברמ"א (חו"מ סי' ס' ס"ג):

„וי"א והמקבל עליו לזון חבירו סתם, כל ימי חייו, או כל זמן שצריך משמע. וי"א דאם קיבל עליו לזון סתם, או יתן לו ק' והובים לשנה, נפטר בשנה אחת מנדורו“.

בפשטות נראה, כדנוקטים המפרשים שם, שאלו הן שתי דעות חלוקות; דעה שניה, שהיא דעת הרא"ש, נוקטת שזה ספק על משמעות משך הזמן, וע"כ נקטינו דחמוציא מחבירו עליו הראיה.

(ויש גם לומר שאין בלשון זה אלא התחייבות לזון שעה אחת בלבד, אלא שבמקרה הנידון גילה דעתו למשך שנה לפחות, ממה שאמר „או יתן ק' והובים לשנה“). ואילו לדעה ראשונה, שהוא דעת הרשב"א, משמעות לשונו היא שכל זמן

שהוא צריך, ואשר על כן יש הברל לדעה זו, אם זה שהתחייב כלפיו היה עני באותה שעה, שאז מסתבר שחייב למשך זמן שהוא עומד בעניו, ואם נתעשר שוב אינו חייב לזנוג, ואם לא היה נצרך בשעת ההתחייבות, סתמא שהיא התחייבות לכל החיים. (ע"ש בסמ"ע ובש"ך). ולהלכה יש לנקוט כהרא"ש, וכדין המוציא מחבירו עליו הראיה. גם מצד האי פלוגתא דרבנותרא.

וב"תומים" (הובא ב"פתחי תשובה" שם) העלה שאין כאן מחלוקת, וגם הרשב"א מודה בהתחייבות ממונית דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה. אלא שהרשב"א דן שחייב עצמו מדין נדרי צדקה, דכזה בקטינן סתם נדרים להחמיר. [ונראה מהתומים, שאין המדובר דוקא כשטוען שלא היה במחשבתו להתחייב אלא לזמן של שנה וכיוצא בזה, אלא שבא לפטור עצמו מצד עצם הלשון שאינו ברור, ושעל כן יש לחייבו רק בפחות שבלשון זה, שהרי בתא דאמרינן סתם נדרים להחמיר, המדובר כשאינו אומר שכיוון בלשונו לצד הקולא, שאז הוא נאמן להקל גם בנדרים, כמבואר ביו"ד (סי' ר"ח ס"א). אלא שדנים מצד סתימות לשונו, בזה הוא דאמרינן ספק נדרים להחמיר].

ומעתה עלינו לדון בדין שהיתה הסכמה סתמית לגור עם חמותה ואחות בעלה, אם נאמר שהתחייבות זו היא לתמיד, או ניתן לפרשה לזמן מצומצם בלבד, וכזה דהמחייב עצמו לזון את חבירו, שמצד המוציא מחבירו עליו הראיה מפרשים לשונו לקולא לנתבע, לשעה אחת או לשנה אחת בלבד וכנ"ל.

ונראה שכל כהאי גוונא שהדבר ספק, אם מקיים הבעל התחייבותו במדור או לא, יש לדון את האשה כמותנות והבעל הוא שהוא בגדר המוציא מחבירו עליו הראיה. וזה עפ"י המבואר בגמרא במס' כתובות (דף פ"ג ע"ב) על האמור במשנה שם שאם כתב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיו, הרי זה אוכל פירות בחייה ואם מתה — יורשה, ופריך בגמרא ותימא ליה מכל מילי סליקת נפשה, אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה, ופחש"י וז"ל:

„כל המוציא שטר על המוחזק בדבר, מה שמפורש בשטר יכול לתבוע עליו, ואם השטר סתום מורידים אותו לפחות שבמשמעות השטר. וכאן הבעל בא בתקנת חכמים על נכסי אשתו בג' דברים: לאכול פירות ולירש, ואם תמכור מכה בטל. וזו מוציאה עליו שטר שכתבת לי דין ודברים אין לי בנכסיו, 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“.

וב"שיטה מקובצת" שם ד"ה יד בעל השטר על התחתונה:

„וא"ת, הא דיד בעל השטר על התחתונה, היינו משום דבעל השטר הוא המוציא, והבא אחרבא היא הויא מוחזקת? — ותירץ רש"י דהבעל מקרי מוחזק, כיון דזיכו לו חכמים שלשה דברים: לאכול פירות ולירש, ואם תמכור מכה בטל, והיא באה להוציא מידו זכות זו מכח שטר זה, וידה על התחתונה, כנ"ל“.

הרי שבכל מקרה שהחייב הוא ברור מכוח תקנת חכמים, הרי זה בגדר מוחזק, והבא להוציא הוא בדין המוציא מחבירו עליו הראיה. בדין דידן שהחייב במדור הוא ברור, דכל כהאי גוונא שמציקין לה אין זה מדור שהבעל חייב לאשתו,

ונוסוף עוד, שלפי מה שהסקנו, שבכל מקרה של ספק אם נפטר מתקנת חכמים או לא, יד הבא מכוח תקנת חכמים על העלייה והבא לפטור עצמו הוא שנחשב למוציא שעליו הראיה. א"כ גם אם לא נרד לחילוק האמור לעיל בין שתובעת הרחוקת הנשים הללו, לבין שתובעת מדור לעצמה, ונראה שהדבר עדיין תלוי במחלוקת, אם כהמחבר בשו"ע, עפ"י דעת הרמב"ם, ואם כהרמ"א עפ"י דעת הרב המגיד שמקורו ברי"ף, ואף אם לא נקבל הכרעת „בית מאיר" להלכה כהרמב"ם, עכ"פ הן מידי ספק לא יצא; וגם אם אינו אלא ספק, הרי יש לראות האשה כמחזיקת כיוון שבאה מכח תקנת חכמים. והבעל כמי שבא להוציא, ודינינו ביה המוציא מחבירו עליו הראיה. וא"כ אין ביד הבעל להכריח האשה לדור עם חמותה ואחותה, מבלי צורך שתוכיח שהן הן המצירות ומרעיות לה. ויש עליו חיוב להעמיד לרשותה מדור בנפרד מנשים אלה. (ועיין עוד ב„פסקי דין רבניים", ח"א עמ' 201 ואילך אריכות גדולה ענין המנהג בענין זה).

מסקנא דמילתא:

אף על פי שהאשה הסכימה בשעת הקידושין והנישואין לדור יחד עם חמותה ואחות בעלה, כל שלא נפרש במפורש אורך הזמן, יש לפרש הסכמתה לזמן הפחות ביותר, שהוא שנה אחת. וכל שעברה שנה, הרשות ביד האשה לתבוע מדור בנפרד, ושומעין לטענתה בזה כשטוענת שמציקין לה ומרעין לה, אף אם אינה מוכיחה שלא היא המגלגלת הקטטה. ואם כן בנידון דידן שכבר עברה למעלה משנה מזמן הנישואין, (ונוסף על זה נולד תינוק, וזה גם משמש גורם מכביד בבית מנזרים משותף), טענת האשה למדור בנפרד מתקבלת, והבעל חייב להעמיד לרשותה דירה נפרדת. וכל עוד אין הוא עושה כן, עויבתה את הדירה המשותפת מוצדקת וחייב במזונותיה בכל מקום שהיא.

בהתאם לכל הנ"ל אנו פוסקים:

- א. הערעור מתקבל, והבעל חייב לשכור דירה על מנת שיגור שם עם אשתו ובתם בשלום ושלוה.
- ב. כל עוד אין הבעל ממלא האמור בסעיף א' הבעל חייב במזונות אשתו, למרות עויבתה את מקום מגוריהם הקודם שהיה יחד עם חמותה ואחות בעלה.
- ג. התיק מוחזר בזה לכב' ביה"ד האזורי בחיפה על מנת לקבוע את גובה המזונות לאשה שחייב בהם, בהתאם לצרכי האשה והכנסות הבעל.
- ד. עד לקביעת ביה"ד את גובה המזונות, כאמור בסעיף ג', אנו פוסקים לאשה מזונות זמניים, כולל המדור, סך אלף (1,000) ל"י לחודש החל מיום י"ח אלול תשל"ז (1977).
- ה. אין צו להוצאות.

יוסף קאפה

שאל ישראלי

מסכים למסקנות.

מרדכי אליהו

אנו פוסקים איפוא, כנ"ל.

ביתן היום י"ח טבת תשל"ז.

תיק מס' 10662/ל"ו

בבית הדין הרבני האזורי תל-אביב—יפו

בפני כב' הדיינים: הרבנים מרדכי אילן — אב"ד, ש. ת. רובינשטיין, ה. פרדס

בענין :

התובע : הבעל א. (ע"י ב"כ הרב א. אורבך)

נגד :

הנתבעת : האשה ב. (ע"י ב"כ הרב משה קולר)

הנידון : הסכם גירושין בלשון „אשלם”

תביעת בעל נגד הסכם שעשה עם גרושתו בשעת הגירושין, שאין לו תוקף מצד ההלכה משום שכתוב בלשון אשלם שאין בו דין קנין; שלא חלה התחייבותו למוזנותיה שהיו צמודים ליוקר המחיה; שמחלה לו התחייבותו להצמדה מאחר שלא תבעה אותו מספר שנים. — מה דינו של חזב ישן שלא תבעו אותו במשך שנים רבות. — מה הדין בזה בכתובת אלמנה, בכתובת גרושה, ובתחייבות של גידוניה. — האם אומרים בטענת מחילה יד בעל השטר על התחתונה. — האם יש תוקף לשטר הכתוב בלשון „אתן”. — מה הדין בשטר שכתוב בלשון „אשלם”, „יטול”, „יזכה”, „יכניס”. — מה הדין האומר בלשון „אתן” ובקנין סודר. — מה הדין באומר „אמכרנו” ובקנין סודר. — האם יתכן קנין בדברים בלבד. — האם יש צורך במעשה קנין בהסכם שנעשה בבי"ד. — האם מועיל קנין בהתחייבות לפעולה בלבד כגון ללכת, לבנות, וכדומה. — האם יש במעשה שנעשה בבי"ד דין אסמכתא. — מה הדין בקנין „אתן” כשיש נגדו תמורה. — האם הגט נחשב כתמורה. — האומר הן שתייב לקיים דיבורו מטעם הן צדק האם כופין אותו. — מה הדין בהתחייבות בדבר שאינו קצוב. — מה הדין במתחייב למוזנות אם התיקרו.

מסקנות

- א. הסכם גירושין הבא לפני ביה"ד לאישורו ולקבלת תוקף של פס"ד, על ביה"ד לשקוד שיהא מנוסח כדן שלא יהיו עליו עוררין, מאחר דע"י נתנית תוקף של פס"ד להסכם זה חל עליו דין שטר, ולא גרע משטר שנעשה ע"י עדים שעליו נאמר: „אין עדים חותמים על השטר אלא א"כ קראתו”.
- ב. עיקרון המנחה את ביה"ד הוא שבביה"ד שמאשר את ההסכם ונותן לו תוקף של פס"ד, עליו גם החובה לשמור על קיומו של פס"ד כל זמן שאפשר ליישבו שלא יהיה נוגד את ההלכה.

ג. בעל חוב שלא תבע את חובו רבות בשנים, אין רואים זאת כמחילה, והנתבע חייב לשלם.

ד. הדין שלאחר מספר שנים חלה מחילה, אינו אלא בחיוב כתובת אלמנה, וגם זה רק בהגבלה כשהיא בבית אביה, ולא כשהיא בבית בעלה, והטעם משום כשהיא בבית בעלה והיתומים מכבדים אותה, ברשה היא למחות על כתובתה.

ה. גרושה הרי היא כבעלת חוב וגובה כתובתה לעולם. וכן הנידוניה הרי היא כתובת רגיל ולא נידון כדין הכתובה.

ו. (1) כל שטר ישן המוצא לגבייה, יש לבית"ד לחקור על סיבת אי הגבייה אם אין רמאות בדבר.

(2) נתעורר ספק בשטר אם היתה מחילה, אין אומרים יד בעל השטר על התחתונה והשטר בתוקפו.

ז. הכותב לחבירו בשטר, "אתן" לפלוני, חולקים התנאים אם לשון זו מועילה או לא. וההלכה היא שלשון זו אינה מועילה, והטעם הוא כפי שכתבו הראשונים, דהוי הבטחה גרידא ואין בזה כוונת הקנאה.

ח. יש מן הראשונים שכתבו דלשון, "אשלם" היא כלשון, "אתן" ולא מועיל.

ט. יש מחלוקת הראשונים בלשון, "יטול", "יזכה" אם נידון כדין, "אתן" או לאו. וכן בלשון, "יכניס" שכותבים בתנאים אם הוא לשון, "אתן".

י. להסוברים דלשון, "אתן" לא מהני, אדם הרוצה להקנות לחבירו לפתיד, צריך לכתוב לשון התחייבות ובקנין, או בלשון, "אתן" מעכשיו דהוי שעבוד הגוף.

יא. (1) חולקים הראשונים אם אמר, "אתן" והקנה לו בקנין סודר, אם זה מועיל. ולהלכה, יש מחלוקת בין הפוסקים, יש אומרים דלא מהני, ויש אומרים דהוי ספיקא דדינא ואם תפס אין מוציאים מידו.

(2) יש מתאחרנים שהעלו שאף לדעת הסוברים שאותו בקנין מועיל והטעם הוא משום שהקנין מתקן את הלשון כאילו מחייב את עצמו, אין זה אלא ברבר שאין בו ממש כגון שאומר אתן דיור וכדו', אבל לא בדבר שלא בא לעולם.

יב. (1) הכלל בקנינים היא שתהיה גמירות דעת להקנאה מצד המקנה ושחבירו יסמוך עליו בזה. ולפי זה אם יש גמירות דעת בריבור בלבד לא צריך מעשה קנין, וחלה ההקנאה.

(2) לאור זה ולפי הראשונים הנ"ל דקנין, "אתן" מועיל, המבקש מבית-הדין לתת תוקף להסכם שכתוב בו, "אתן", יש לומר דמהני, משום ד, "אתן" בשטר הנעשה בבית הדין הוי כקנין אתן, דמה שנעשה בבית הדין לא צריך מעשה קנין דזה גופו הוי קנין, וכשמבקש מבית הדין לתת לו תוקף של פסק דין לקנין, "אתן", הרי זו התחייבות גמורה ולא הבטחה בלבד.

(3) ולא עוד אלא שהחותם על הסכם בבית הדין אף שלא ביקש תוקף של פסק דין לא צריך לאחד מדרכי הקנינים כי יש סמיכות דעת גמורה להקנאה ויש לזה דין של, "אתן" בקנין.

יג. קנין „אתן“ מועיל רק בדבר שיש בו מונח של חיוב ממון כגון הלוואות והודאות, אבל לא בהתחייבות כגון „ללכת“ או „לבנות“ שאינו אלא קנין דברים.

יד. לדעת הסוברים דקנין „אתן“ אינו מועיל, חלוקים הראשונים אם הטעם הוא משום דהוי דבר שאין בו ממש או משום דין אסמכתא דלא קניא.

טו. דבר שאדם מתנה עם חברו בדרך קנס, הוי בזה ריעותא דאסמכתא, אבל אם נעשה בבית דין ליכא בזה משום אסמכתא. ולפי זה הסכם גירושין שנעשה בבית דין, לדברי הראשונים דקנין „אתן“ אינו מועיל משום אסמכתא, חל הקנין משום שבבית דין ליכא ריעותא דאסמכתא.

טז. אף להסוברים דקנין אתן לא מהני, אין זה אלא כשאינו מקבל תמורה, אבל אם מקבל איזה תמורה שהיא, לכולי עלמא מועיל קנין „אתן“, דכל כהאי גוונא אין זו הבטחה גרידא.

יז. מחלוקת הראשונים בביא האומר לאשתו אם תלד זכר יטול מנה, ואם נקבה מאתיים אם זה קנין „אתן“. ויש לפרש את דברי הראשונים שסוברים שמועיל, שהטעם הוא משום דהוי כעין תנאי ולא הוי ריעותא דקנין דברים. או משום שיש כאן איזה תמורה נגד התחייבותו.

יח. האומר לחבירו עשה דבר פלוני ואתן לך מנה, כשעשה שליחותו חלה התחייבות בלי שום קנין.

יט. האומר לחבירו חייב אני לך מנה בשטר שחייב לתת לו, נחלקו הראשונים אם החיוב הוא משום הודאה או שוואי התחייבות מעכשיו.

כ. יש מגדולי הפוסקים שדעתם דאף להסוברים דקנין „אתן“ אינו מועיל, מכל מקום צריך לקיים דבריו משום „הן צדק“ ומשום „שארית ישראל לא יעשו עולה“. אמנם זה תלוי באשלי רברבי אם דין „הן צדק“ זהו דין בין אדם למקום וממילא אין בזה כפייה, או דין שבין אדם לחבירו ויש בזה כפייה כפי שמשמע מהראשונים דסבירא להו דמקרא זה לומדים פריעת בעל חוב מצוה, והרי מכה דין זה ישנם שעבדים.

כא. הלכה פסוקה שקבעה גדולי האחרונים, והכי נהוג בבתי הדין בארצינו הקדושה שחלה התחייבות בדבר שאינו קצוב, ואינו יכול לטעון טענת קים לי כשיטת הרמב"ם.

כב. הסכם גירושין שנעשה בבית הדין חל גם בדבר שאינו קצוב, שהטעם שלא חל קנין בדבר שאינו קצוב היא לפי דעת גדולי האחרונים משום דהוי אסמכתא, והרי בבית הדין אין ריעותא דאסמכתא.

כג. המתחייב במוזנות חבירו ונתיקרו המוזנות, אם זה יוקר דשכיח עליו להוסיף על המוזנות לפי היקרי. אם נתיקרו ביוקר ולא שכיח, חלוקים הפוסקים אם עליו להוסיף, ולסוברים שאינו חייב להוסיף, פטור מלשלם אף את חלק היקרי שהוא שכיח.

כד. התחייבותו של בעל למוזנות גרושתו הרי היא כתוב רגיל ואינו מקבל את מעשי ידיה.

כה התחייב לזון את גרושתו עד שתנשא בלי הגבלת זמן, ועבר זמן רב ולא נישאה, אינו יכול לטעון שלא עלה על דעתו לתקופה ארוכה כזאת.
כו. בתנאי שאדם מתנה עם חבירו אין חולכים אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה.

פ ס ק - ד י נ

הצדדים א. ו-ב. שהיו נשואים 14 שנה ולא היו להם ילדים הגיעו בשנת תשכ"ד לידי הסכם גירושין, הואיל ואין ביניהם הבנה ולא יכולים להמשיך בחיי משפחה תקינים. כן ביקשו שביה"ד יאשר את הסכם הגירושין ביניהם ולתת לו תוקף של פס"ד. ביה"ד הסכים לגירושין, כמו"כ נתן להסכם תוקף של פס"ד, ואמנם אחד מסעיפי הסכם גירושין זה המסומן בסעיף 4 שקבל תוקף של פס"ד, הוא נשוא הדיון שלפנינו. בסעיף זה נאמר: „עד להנשאה בשנית ישלם הבעל לאשה סך — 250 ל"י בראשון של כל חודש. סכום זה צמוד לאינדקס יוקר המחיה". במשך מספר חדשים לאחר הגירושין, שילם המבקש למשיבה את הסך של — 250 ל"י לחודש, ואח"כ החל לשלם סכום של — 300 ל"י לחודש, וכך שילם סכום זה תקופה של כ-12 שנה, עד שהתובעת החלה לדרוש הפרשי הצמדה בגין העבר, ותשלומים שוטפים בהתאם לאינדקס כיום.

הנה ב"כ התובע הגיש תעצומותיו לביה"ד לערער את ההסכם הנ"ל שנעשה בשעתו בין הצדדים.

בתביעה המקורית של התובע, טוען שמבחינה הלכתית ההסכם אינו בר תוקף ואין עליו לשלם ההצמדה מעל לסכום של — 250 ל"י; כמו"כ חץ טענתו מכוון כלפי העבר שאין על התובע לשלם, הואיל וע"י אי תביעתה של הנתבעת יש בזה ויתור על העבר. ב"כ התובע ותרב א. אורבך: ביסס טענותיו ותביעותיו בהלכה והסיק שלש אלטרנטיבות בזה:

א. אין ההסכם תקיף ומחייב עפ"י דין הן ביחס לסכום המקורי, והן ביחס להצמדה;

ב. לחליפין, אין ההסכם תקיף כלל ביחס להצמדה;

ג. לחילופי חילופין, אין לחייב את התובע בהפרשי הצמדה בגין אותו סכום שלא דרשה זאת הנתבעת.

והנה עובר לכל הטיעון המשפטי שמתנהל בפני ביה"ד, הריני להעיר במאמר מוסגר — כי כל הסכם גירושין הבא בפני ביה"ד לאישורו ולקבלת תוקף של פס"ד, על ביה"ד לשקוד שיהא מנוסח בדת לרבות קנין, כדי שלא יהיו עוררים עליו לאחר מכן, כפי שקורה הרבה פעמים, והלא הלכה פסוקה היא: „אין העדים חותמים על השטר אלא א"כ קראוהו, אבל הדיינים חותמים אע"פ שלא קראוהו" (כתובות ק"ט, טור שולחן ערוך חושן משפט סי' מ"ה ס"ב, ה, וסי' ס"ה ס"ב וסי' מ"ו ס"ב וסי' קמ"ו ס"ד) ופחש"י גבי עדים: „שהרי על דברי השטר המה מעידים, ולפיכך צריכים לקרוא, אבל דיינים אינם מעידים, אלא שטר זה בא לפנינו והעדים הכירו שהוא חתימתם". והנה זה ברור דכ"ז הוא בקיום שטרות, שהשטר נעשה ע"י העדים, משא"כ בהסכמי גירושין בנידון דידן שניתן על ידי בית הדין תוקף של פסק-דין, הרי על ידי מעשה בית דין זה, נעשה עליו תורת שטר, והדיינים הוו בנידון זה

כעדים הצריכים לקרוא מה שמאשרים בתורת פס"ד שיש עליו דין שטר, ועל כגון זה יש לאמר כלשון הריב"ש סי' רנ"ב, "דאין מעשה ביי"ד דיבורא בעלמא". הומן הרב שעבר, שיכול היה להיות קודש להקלת סבלם של הפונים לבית הדין שהוא עמוס, התבוננו במערכת משפטית זו, מלבד דררא דממונא שיש להצדדים והגדיש בזה עוד הסאה בסחבת המערכת טיעונו הכושל — ודוקא של ב"כ האשה הקודם — ע"י הגשת בג"צ שאין לבית"ד סמכות לדון בהסכם זה, היות שלאחר שבית הדין אישר והסכם סיים את מלאכתו ואינו יכול לדון בענין אלא בהסכמת שני הצדדים שלא קיימת בנידון. ב"כ הבעל הפריך טענה זו בטוב טעם, ובית הדין פסק כי הסמכות היחודית בנידון הוא רק בבית"ד, הואיל וכל הטיעון ההלכתי כרוך בהסכם הגירושין שקיבל תוקף של פסק דין. ואמנם הבג"צ פסק שהסמכות היחודית נתונה בזה לבית הדין הרבני.

הנהגה הניחו מקום לבית הדין להתגדר בטיעון ההלכתי של ב"כ התובע, להבהיר נקודות הלכתיות הטעונות בירור ומיצוי.

הנהגה תנאי ראשוני המנחה את ביה"ד, הוא לא לתת יד לשבירת ההסכם שאושר על ידי בית-הדין, וגם קיבל תוקף של פסק-דין, אלא לשמור על רוח וכוונת ההסכם לקיימו במחזה שלא יהא נוגד את ההלכה. בין הטיעונים ההלכתיים שהעלה ב"כ הבעל יש מהם שאפשר לדחותם על הסף, הואיל והתשובה להם מעוגנת בהלכה, או בהליכות בית-הדין כמבואר, וכנראה שהרגיש בזה ב"כ הבעל שהעלה בנידון שלש האלטרנטיבות שלו, אף על פי שנראה כמתאמץ לשבור את ההסכם. ויש לציין כי כמה דברי טיעון של ב"כ התובע אינם עומדים במבחן ההלכה, וגם נראה בהם טעות בשיקול הדעת, אולם יש גם בטיעון זה המצריך ליבון ומיצוי ביסודם של דברים לפי ההלכה.

ונתחיל מהסיפא כלפי הרישא של הטיעון. ב"כ התובע טוען דאין לחייב בהפירשי ההצמדה בגין אותם שנים שלא דרשה זאת התבעת, ובהסברו בסעיף 5, הוסיף בזה מעין מחילה, וגם יוצר ריעותא בעצם הדרישה, וכשם שחזקה שאין אדם תובע אלא א"כ יש לו, כך חזקה ויותר מזה שאם אין אדם תובע, סימן שלא חייבים לו. הנה חזקה זו שהמציא ב"כ התובע נסתרת מההלכה מפורשת בשולחן-ערוך חושן משפט סי' צ"ח ס"א:

„סדר גבית החוב כך הוא, כשהמלוה מוציא שטר חוב שקויים, אומרים ללוה שלם, אפילו שהיה כמה שנים ולא תבעו אין אומרים מחל לו, כיון ששהיה כל כך שנים ולא תבעו, ואפי' שמענו שנתיאש וכו' ואפילו אין שטר חובו יוצא מתחת ידו אם החייב מודה“.

ומקור הדין הוא בכתובות ק"ד: „בע"ח גובה שלא בהזכרה“, ופרש"י: „אם שמק בה שנים ולא מיחה על חובו לא הפסיד בכך“. הרי להדיא דאם אין אדם תובע חוב אינו כלל סימן שלא חייבים לו.

דין מחילה, קיים רק באלמנה שלא תבעה כתובתה, לרבנן דהלכה כמותם, כשהיא בבית אביה גובה כתובתה עד כ"ה שנים וכשהיא בבית בעלה גובה כתובתה לעולם, ופרש"י: „דהתאיל חתקה כל השנים הללו מחלה, הלכך כל זמן שהיא בבית בעלה אין שתקחה מחילה, אלא מפני שמכבדין אותה היא בושה למחות על כתובתה,

אבל בבית אביה מששתקה כ"ה שנים מחילה היא. והנה בכתובות שם איתא: „וגרושה הריה כבעלת חוב“, וכן נפסק בשולחן-ערוך אבן העזר בס"י ק"א סק"ד: „גרושה לעולם אינה מוחלת אפילו שהתה כמה שנים“. וגם באלמנה דיש בה דין מחילה, הרי כששטר כתובתה בידה גובה כתובתה לעולם, כדאיתא בשולחן ערוך שם ס"א ע"פ הגמרא בכתובות שם. וכן הגידונוא אינה מוחלת אפילו שהתה כמה שנים כדאיתא בשו"ע שם ס"ד. ועי' „בית שמואל“ שהביא דברי „מגיד משנה“ דנידונוא היא כחוב ולא מחילה.

א"כ בנידונו המדובר בחיוב של גרושתו, לא שייכת כאן ענין מחילה בזה שלא תבעה ואף לגבי הפרשי הצמדה לא הוי מחילה דהוה חלק מהחוב ונכלל בהחוב עצמו, כמבואר להלן.

והנה בשו"ע חו"מ סי' ס"א סק"ט איתא: „הרוצה לפסול שטר שלא הוציא בחיי אביו וכו', אין השטר נפסל בכך. אמנם יש לדין לחקור ולדרוש להוציא הדין לאמתו“. וברמ"א שם: „וכן כל שטר ישן יש לב"ד לחקור ולשפוש אחריו“. ועי' הגר"א שציין להגמרא כתובות כ', דכותב אדם עדותו וכו' ואף בתר ששים שנה מהני בזה. והנה בנידונו לא נראה ע"י אי גביית השטר כל רמאות, כי לשאלת הבית דין על אי גבייתו ע"פ השטר נימקה כי לא ידעה זכויותיה בהסכם הנ"ל (וזה בנוגע להפרשי התצמחה, דהרי הסכום המקורי התובע שילם ואף בתוספת ניכרת; ויש לציין שהיא הופיעה בשעת הסכם הגירושין בבית"ד בלי עו"ד, והסכם גירושין הצולע הנ"ל סידר התובע שהיה בעלה, שהוא עו"ד במקצתו) עוד יש להעיר בנדון, דב"כ התובע הזכיר הדין דבספיקות יד בעל השטר על התחתונה, הרי בספק מחילה הדין הוא דיד הנמחל על התחתונה. ועי' „ערך השולחן“ הספרדי חו"מ ס"ט ס"ה.

ולאור הנ"ל הרי הטענה העיקרית של המערער, והיא טענת „מחילה“ מצד הנתבעת נפלה לבירא כי זה נוגד הלכה מפורשת בשו"ע.

אמנם יש לדון באופן עקרוני בטענה השניה של ב"כ התובע שהיא לכאורה בעלת משקל בהלכה, דאין כאן כלל התחייבות, הואיל ובכתב ההסכם לא נזכר כלל התחייבות, ומאחר שבכתב ההסכם לא נזכר לשון התחייבות אלא לשון אשלם דהוא לשון „אתן“ ולא מהני כיבואר להלן, והנה ב"כ התובע כתב כן מסברא, ד„אשלם“, יש לו דין „אתן“ ולא הביא אסמכתא לכך. גם מה שציין בשם „יביע אומר“ להגמרא ב"ק ו' ע"ב וברש"י שכתב ה בדל בין לשון „ישלם“, דזה ע"י אחרים לבין „ישלם“ דמדעתו הוי, אכתי אין משם הוכחה דהוא דין „אתן“. אמנם מצאתי מרגניתא בזה בד"ן נדרים כ"ז ע"ב שכתב: „דליכא אסמכתא אלא באומר אתן או אשלם וכיוצא בהן וכן דעת הרמב"ם ז"ל“.

הרי זכיל הר"ן „אשלם“ בהדי „אתן“ והוסיף וכיוצא בהן. ונראה אולי דהתכוין למחלוקת הראשונים במס' בבא בתרא ק"מ ע"ב במתני' דשם: „אם ילדה אשתי וזכר יטול מנה ואם נקבה מאתיים, ילדה וזכר יטול מנה“ ונחלקו אם מתני' מיירי בשכיב מרע או אפילו בבריא, ובהרב המגיד פ"ה מוכיח ומתנה הביא מחלוקת זו, וכתב דהרמב"ם דחזימי' דמפרשים דמיירי בשכיב מרע דבבריא לא משכחת לה, והביא כמה נימוקים (ויבואר זה להלן), ואחד מהם דהוא קנין דברים בעלמא, דהא יטול קאמר,

וכוונתו דהרי קנין „אתן“. והביא דנחלקו עליו לומר דאפילו בבריא משכחת לה, וכו' וקנין „אטול“ לא מקרי קנין דברים וכו'. ע"כ הצריך לעניינו.

ואמנם מצינו במקום אחר דהרמב"ם לשיטתו בזה בלשון „יטול“ אם הוי לשון קנין דלהבא וממילא לא מהני. וז"ל בפ"ב ממכירה ה"ח: „האומר לחברו משוך ותקנה או חזק ותקנה וכיוצא בדברים אלה וכו', לא קנה, שמשמע תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו“. והראב"ד השיג עליו דזהו דבר תימא, שהרי מצינו „אחת מכם תתקדש לי, שהקידושין מקוימים וכן עקץ תאנה וכו' ותקנה לי גניבתך וכן מצינו יטול וזכה ויחזיק ויקנה כלן לשון הקנאה הם“.

ועי' הרב המגיד ו, לחם משנה" שם, ובהגר"א חו"מ סי' קנ"ג שציין להתוספתא פ"ט דב"ב הלכה ה' דמבואר להדיא דמהני לשון „יטול“, וע"כ דהראשונים דס"ל דלא מהני לשון „יטול“ יפרשו הך תוספתא דמירי בשכיב מרע, והנה בשו"ע חו"מ שם ה"ב איתא: „שכיב מרע שאמר יטול פלוני כל נכסי, או מקצת נכסי, או יחזיק או יזכה או יקנה, כולם לשון מתנה הם“, ובהלכה ג' שם:

„לשונות אלו של מתנה המועילים בשכיב מרע י"א שהוא הדין שמועילים בבריא וי"א שאינם מועילים“.

ועי' חו"מ סי' רנ"ג ס"ב מש"כ בשם הרמב"ן ובשו"ת „פרח מטה אהרן“ שאלה ט' ו, בדברי אמת" קונטרס ו' סי' ב' ועי' חו"מ סי' רנ"ג ס"ב מש"כ בשם הרמב"ן ובשו"ת „פרח מטה אהרן“ שאלה ט' ו, בדברי אמת" קונטרס ו' סי' ב' מש"כ בזה, הרי דמחלוקת הראשונים והפוסקים היא בלשון „יטול“ אם הוי קנין דברים כדין „אתן“ או לאו, וצ"ע אם יחלקו נמי בדין ולשון „אשלם“ והר"ן הנ"ל דכיל „אשלם“ בהרי „אתן“ והוסיף וכיוצא בזה, י"ל דכוונתו לכל הני לישני דלעיל וכן ללשון „יטול“ ושאר לשונות שהזכיר הראב"ד הנ"ל.

ועי' שו"ת „פרח מטה אהרן“ הנ"ל מש"כ בשם הרמב"ן: „דאתננו" הוי קנין דברים, דפרעל הנתינה הוא לעתיד ואינו מקנה עתה בקנין זה, משא"כ „יטול“ ו, „יזכה" שפרעל הנתינה הוא מעתה בקנין זה, אלא דכשיצאה יזכה ויטלנו מקבל המתנה, לפיכך זכה בקנין זה, ול"ש למי קנין דברים ובקנין „לבנות" הוא ג"כ הוכיח מעתה אלא שהבין יהיה לעתיד, ומש"ה לא הוי קנין דברים דלא גרע ממשוך חפץ לקנותו דמהני. ועד כתב בשו"ת הנ"ל „דמש"כ הרמ"ה דבקנין לתת או לקנות הוי קנין דברים, אין הטעם דהוי לשון לעתיד כ"א דקנין לא קאי אלא על פרעל הנתינה, ולא על גוף הממון, והרא"ש דחולק ס"ל דקאי על גוף הממון משא"כ ב, אתן" הטעם דהוי לעתיד, ובה הרא"ש מודה להרמ"ה דלא מהני, ונ"מ בזה הת"י באומר קנו מידי לתת, אע"ג דאמר מעכשיו לא מהני, ומש"ה לא קאמר הרמ"ה בסי' קנ"ז דמהני במעכשיו אלא כהוא דסי' רמ"ה דהיינו באתן וכו' ע"כ.

ועי' תשובת מיימוני ספר משפטים סי' ס"ז שכ' דכל מי שאומר אעשה לך כך, ואתן לך כו"כ בלשון להבא קנין דברים הוא ע"כ, הרי דתפס דחסרון דאתן הוא משום דהוי לשון דלהבא, וא"כ לדידי' בכל לשון דהוי להבא דינו דלא מהני. והנה ב, שו"ת רשב"ש" סי' רמ"ג (הובא בדברי גאונים כלל מ"א אות ס"ז) הביא דלשון קיבל עליו לעשות או ליתן מהני אף לדבר שלא בא לעולם דהוי לשון חיוב ושעבוד הגוף והוכיח כן מרש"י כתובות ק"א ע"ב, ד"ה

מאי, וכן הביא ה, ערך השלחן" סי' ס' אות ל"א (והעיר מרשב"ש עצמו בס"ס קכ"ב דלא משמע כן ע"ש).

ובספר „פתח הבית" סי' ל"ח ענף ג' כתב דהלשון „יכניס" הוא לשון „אתן", והשיג בזה על ה, נחלת שבעה" דדעתו דמהני ע"ש. ולכאורה היה אפשר לתלות — אם לשון „אשלם", „יטול", „יכניס" וכדומה יש לו דין אתן או לאו — במחלוקת הראשונים בטעם ד, „אתן" לא מהני אם הטעם הוא דהוי הבטחה גרידא, ונגידון כדבר שאין בו ממש ומשום הכי הוי קנין דברים, א"כ אפשר היה לחלק בין הלשוניות. והר"ן לשיטתו דס"ל דאשלם לא מהני, הוא משום דאתן הוי ריעותא מדין אסמכתא, וא"כ אין נ"מ באיזה לשון שהוא אומר ולחכי בלשוניות אשלם, אכניס, ויטול ג"כ הוי אסמכתא.

אמנם נראה דלא שייך למחלוקת הנ"ל, אלא להסוברים דיטול או אשלם לא מהני היינו דרך בלשון התחייבות ושעבוד הגוף מועיל חיוב אדם לחברו ורק זה מפקיע דין אתן, וכל דלא נכלל בהתחייבות ושעבוד הגוף, הוי עלה ריעותא דאתן כיבואר, וז"ל השו"ע חו"מ סי' ס"ו סק"ו:

„המתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו חייב, אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הני מילי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה ואפילו כתב לו שעבדך על שדה או קיבל אחריות על כל נכסי וואפילו נתן לו משכון אינו כלום, אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוי עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך ובכך חייב, והוא שקנו מידו".

ועיין „נתיבות" סי' ר"ו סק"א מש"כ לגבי דין ולשון „אמכרנו" דהוי קנין אתן ותלוי במחלוקת הראשונים בקנין אתן אם מהני ואם צריך „מעכשיו", והביא מהר"א ששון דאם אמר בלשון חיוב מהני בלא מעכשיו, וה"ה אם כתב בסוף השטר וקנינא מינ"י שתחזיר הקנין בשטר, מהני כמו לשון חיוב. והע"ע מש"כ בביאור שו"ת הרשב"א המובא בב"י סי' קצ"ה, ויבואר עוד להלן בזה, והא דאיתא בשו"ע חו"מ סי' מ' סק"א דבאומר חייב אני לך וכו' דא"צ קנין, היינו דשם התחייב הוא מדין הודאה, שמורה בזה שהוא חייב לו וכ"כ „כסף משנה" בפ"א מחלוקת מכירה הלכה ט"ו ומקור הדין הוא במס' ב"ב קמ"ט ע"ב, „וליקנינהו באודיתא" ועי' „קצות החושן", „ישיבות ישראל", וב, ערך השלחן, בזה.

הנהגה בנקודה הבסיסית הזאת אם לגידונו יש לשוות דין „אתן" דלא מהני או לאו, הנהגה מסקנת הדברים שלאחר בקשת התובע בבית"ד לאשר התסכם ולתת לו תוקף של פסק דין, אין לגידון זה מעמד של „אתן" אלא דין „אתן" בשטר, וגם עדיף מ„אתן" בקנין, ואפשר ביתר הרחבה כדלהלן.

הנהגה לפי יסודות דברינו דלהלן נראה דיש שלשה סוגים של דין „אתן": (א) „אתן" בשטר. (ב) „אתן" בקנין. (ג) כשמבקש המתחייב בדין „אתן" לתת תוקף של פס"ד. והנה בדין „אתן" בשטר נחלקו ר' מאיר וחכמים בגיטין מ' ע"ב דלרבי מאיר מהני אתן בשטר, (ומרש"י שם משמע דהכוונה דמקנהו בשטר זה שמוסר לו עכשיו) וחכ"א לא קנה, וההלכה כחכמים כמו שכתב הרמב"ם בפ"ד מחלוקת מכירה הלכה י"א ובשו"ע סי' רמ"ה סק"ד. (ומבואר ברש"י שאין זה אלא מבטיח שיתנהג

לו לאח"ז ובשטר אחר ועדיין לא עשה ולפיכך לא קנה. וכן מבואר בהרב המגיד ה"ל מכירה שם, ריטב"א ומאירי שם).

הנהגה נחלקו ראשונים בדיו אתן, „בקנין“ אם מהני ועדיף מאתן בשטר, או לאו. וז"ל הטור חו"מ סי' קנ"ז סעי' כ':

„ומיהו דוקא בקנו מיניה דמחוייב ליתן כך וכך בדרך תודאה הוא, א"נ דרך שעבוד דמשעבד נפשי 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, ומצי הדר ב', ואיכא מרבוותא דס"ל דקנין לתת לאו קנין דברים הוא, ולא מקרי קנין דברים, אלא במי שקנו מידו לחלוק או להשתתף או לילך, ויראה מדברי א"א הרא"ש דלבנות לא הוי קנין דברים“. ועי', „בית יוסף“ מה שכתב על דברי הרא"ש. והנה בטור סי' רמ"ה נשנו דבריו של הרמ"ה, אך לא הביא דעת החולקים עליו, כמובא בסי' קנ"ז. ועי', „בית חדש“ שם בזה ועיין עוד רמ"ה מסכת בבא בתרא דף ג' ע"א אות כ"ו ובספר העיטור מאמר א' קנין כ', כ"א, ויבואר להלן עוד בזה. ועי', „דברי אמת“ קונטרס ז' סי' ב' מה שכתב בנידון.

והנה להלכה בקנין, „אתן“ לאחר שהובאו בו הדעות בשו"ע סי' רמ"ה, כתב הרמ"א בשם המהרי"ו דפסק כסברא הראשונה והיינו דלא מהני קנין אתן כתרמ"ה. אמנם דעת „חלקת מחוקק“ בשו"ע אה"ע סי' נ"א אות י"ב השיג על הרמ"א בזה וכתב שדברי הרמ"א והסמ"ע שם מגומגמים ומוסיף: „דבמהרי"י משמע דקנין „אתן“ מהני, רק דלא זכתה מיד, וע"כ אם היה הקנין לבן או לבת מהני, אף שהוא קנין אתן“. עי', „בית שמואל“ סק"י שהשיג על „חלקת מחוקק“ הנ"ל, וכי' דמהרי"י לא הכריע בדיון קנין „אתן“ וכ"כ ה"ח. ומתוך כך השיג גם על הרמ"א דס"ל בדעת המהרי"ו דלא מהני. וכן הסיק „פתחי תשובה“ חו"מ סי' רמ"ה אות ב' והוי ספיקא דדינא, ואין להוציא מיד המוחזק.

והנה במחלוקת בדיו „אתן“ הנמצאת בתל' חושן משפט ביחס למבטיח לתת מתנה בלשון „אתן“, וכן בתל' אבן העזר לגבי חיוב כתובה ושאר חיובי האשה בלשון הנ"ל, כמבואר בחו"מ סי' רמ"ה, ובאה"ע סי' נ"א ברמ"א שם, ולהסבורים דקנין אתן לא מהני, הכותב לאשתו בשעת שידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה אלא מכה הקנס, [ולכן החיוב הוא דוקא אם המתתיב, קיים, ואין חיוב קנס על היושרים, סמ"ע שם סק"ה] ולכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה (שו"ע אה"ע חו"מ שם) ועי', „פתחי תשובה“ חו"מ מש"כ בזה בשם שו"ת חוט השני.

והנה בתשובת הרשב"א ב,תולדות אדם" סי' כ' (הובא ב,בית יוסף" חו"מ סי' קצ"ה סעי' כ' שהביא מה ששאלוהו בקנין „אתן“ וז"ל:

„מי שיצא עליו שטר שכתוב בו אתן לך כך וכך, וכל אתן ואעשה

אינו כלום, והשיב דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בלשון חיוב חייב, דקנין מילתא אלימתא הוא ומתקן הענין, וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן, וכדאסיקנא בריש הכותב (כתובות פ"ג ע"א). דמגופה של קרקע קנו מידו, ובפרק חזקת התנאים (בבא בתרא מ"ג) גבי השותפים מעידים זה לזה, ובפנתרין כ"ד בענין נאמן עלי אבא באתן לך מחלוקת, ואסיקנא דלפני גמר דין קנו מידו,

אין לאחר קנין כלום, הרי שאפילו ב„אתן“ לך וקודם גמר דין אפילו למד בלא קנין יכול לחזור בו, בקנין מודה שהקנין מחזק הענין כאילו מחייב עצמו ליתן מה שאמרו הם.”

ועי' כעין זה בתשובות הרמב"ן סי' ס"ז (הובא בב"י סי' קצ"ה) דהקנין מתקן הענין גם לגבי דבר שאין בו ממש דלא מהני, מ"מ ע"י קנין מהני, וכשמקנה דירה לא דירה לבד מקנה אלא גם בגופא של קרקע מקנה לדירה. ועי' „פתח הבית“ סי' ל"ח דתיקון והלשון מועיל רק בדבר שאין בו ממש, ולא בדבר שלא בא לעולם וע"ע שו"ת „פרח מטה אהרן“ סי' ח' מש"כ בארוכה בענינים אלה.

הרי מבואר ברשב"א וברמב"ן דס"ל דקנין „אתן“ מהני, דהוי כמתחייב עתה. וזהו מסגולתו ותקפו של ה„קנין“ דמועיל באתן, אע"פ שאין זה תקנה בלא זה, וכן מבואר בכתובות שם באשה נשואה דידה כידו, מועיל קנין באומר דין וחברים אין לי בנכסים המגופה של קרקע קנו מידו. אמנם צריך להוסיף דתיקון הענין והלשון שכתב הרשב"א שאינו מועיל אלא בהתחייבות של ממון, כמש"כ, כאילו מחייב עצמו ליתן מה שאמרו אבל לא מהני קנין לחלוק וכיצא בזה. וע"ע להלן טעם נוסף בנדידון.

והנה שיטת הרשב"א בדין קנין אתן מבוארת היטב במה שכתב הרב המגיד בשמו בפרק ח' מהלכות זכיה ומתנה הלכה ו'. דבמתני' דמס' בבא בתרא ק"מ ע"ב דאיתא שם באומר אם ילדה אשתו זכר יטול מנה ואם נקבה מאתיים הביא הרב המגיד הג"ל מחלוקת הראשונים אם המתני' מיירי בבריא או בשכיב מרע. וטעם הסוברים דמיירי בשכיב, דבבריא הוי עלה תלתא ריעותא, ואנקוט שתיס הנוגעים לעניננו: א) דאסמכתא היא דהא אם תלד קאמר. ב) דקנין דברים הוא ד„יטול“ קאמר, והרב המגיד הביא: דנחלקו. עליו דאפי' בבריא משכחת לה זכר וכן קנין ו„יטול“ לא מקרי קנין דברים, ויש מן הגדולים שאמרו דאפילו באתן לך כך וכך לא מקרי קנין דברים ועיקר עכ"ל הרשב"א. ואמר הרב המגיד: „דבאתן לך איך יקנה שהרי נתבאר בפ"ד דהכותב בשטר אתנו לא קנה ואפשר לדעתי דטפי עדיף קנין משטר“.

והנה צ"ע לשון הרב המגיד במש"כ ואפשר להעתו דטפי עדיף קנין משטר, והרי להדיא מבואר דיש חילוק בזה דב„אתן“ בשטר ההלכה כחכמים דלא מהני, ובאתן בקנין מהני ומהו הספק בזה והנה „קצות החושן“ סי' דמ"ה ס"ק א' ר"ל בזה: דיתכן דקנין שטר וקנין אתן שוים, דאף להסוברים דקנין אתן מהני ולא הוי קנין דברים, היינו דמהני להתחייב ליתנו, אבל עדיין לא קנה בשעת הקנין, ויסוד זה מבואר בתשובות מהרי"ו סי' קמ"ג על מי שכתב לאשתו בשעת קנס שיעשה כך וכך לכתובה, כיון דקיבל עליו בקנין סודר צריך לקיים מה שקיבל עליו בקנין סודר, וכו' אבל כל זמן שלא נתן לא זכתה (וזהו להסוברים דקנין אתן מהני). והביא את „בית שמואל“ באת"ע סי' ע"ט (וזה ט"ס וצ"ל סי' ג"א) וז"ל: „אפי' עשה קנין סודר ליתן מתנה לפלגני, אין שום זכות למקבל, אלא כופין את הנותן לקיים את הקנין, ואם מת ולא נתן אין מוציאים מידו.“ [דברי הב"ש הג"ל וביאורו מבואר להלן בזה דיש חולקים עליו] וא"כ אפשר לפרש דמחלוקת רבי ורבנן בדין אתן בשטר בגטין מ' ע"ב אינו אלא דלרבי הוי קנין מעכשיו, ולרבנן לא קנה מעכשיו כיון דהוא לשון להבא, אבל מודים חכמים דמחייב ליתן כמש"כ בשטר, וכ"כ בשם ספר „בני יעקב“ דמפרש כן.

ועיין עוד מה שהעיר, אמנם מהרמב"ן וה"נימוקי יוסף" במס' בבא בתרא ג' דהביא הגמרא דמסכת עבודה זרה ע"ד, בהוא דאמר לתבריה כי אובן להאי ארעא, לדידך מזבנינא במאה, אול וזבנה במאה ועשרים, בתרא קנה ולא קמא דוויזי אנסוהו, ומבואר דאילו מכרה להשני במאה, היה הראשון קונה ולא השני, הרי לתראשונים דס"ל דקניו אתן הוי קנין דברים ולא מהני, מיירי דא"ל מעכשיו, דאליה הוי קנין דברים. וכ"כ הרמב"ן בשם הר"ף, וכן הוא במאירי ע"ז שם, וכ"כ הגר"א בחו"מ סי' רמ"ה פ"י"ש. (עכ"פ מבואר בזה, דלא כ"קצות החושן" הנ"ל, אלא דלהסוברים דקנין אתן מהני, אין זה רק תחייבות לקיומו של דבר אלא הוי קנין ממש, וביותר מבואר בזה חו"מ סי' ר"ג סק"ט שכ' דקנין אתן כמעכשיו דמהני. וע"ע בביאורי הגר"א חו"מ סי' קנ"ז אות כ"ב דמדמה זה למש"כ התוס' כתובות נ"ד ע"ב ד"ה אעפ"י דהקשו:

„תימא דעכשיו נתנו שכותב חתן לכלה מאת ליטרינ אעפ"י שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב, וחואיל ונתחייב, אפי' נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים, משתעבדים אעפ"י שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום אדם משעבד דבר שלא בא לעולם כיון דכתב דעתיר אנה למיקניי אלא אותו שאין לו, איך ישתעבד נכסיו שיקנה אחר כך כיון שלא נתחייב, היינו דבר שלא בא לעולם.”

ומשמע גם מהתוס' דשייך שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, והנה אמרי' בקדושין ח' ע"ב מנה אין כאן משכון אין כאן, דל"ש שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, ועי' תוס' שם ובראשונים בס"י דין זה. ועי' „קצות החושן" ו"ג, ג' תיבות" חו"מ סי' ס' מש"כ על התוס' הנ"ל, אלא שאין כאן מקום להרחבת העניינים. ועי' ברא"ש כמה שנוי לשון בקושיא זו דהתוס' הק' רק מחמת שאין לו עכשיו, והרא"ש כתב, חואיל ולא נשתעבד לשלם רק לכשתתאלמן. הרי דאם היה משתעבד עכשיו, היה מהני, ועמד ע"ז ב, פתח הבית" סי' ל"ח ע"ש. וכתבו התוספות שם, „שאל ר"י לרבי אליהו, והשיב לו דאין זה קנין דברים, דמצינו כעין זה במס' ב"מ צ"ד ע"א במתנה שומר חנם להיות כשואל ופרך במאי, בדברים, ומשני כשקנו מידו, ומשמע בכל ענין, אעפ"י שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה, ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא סתמיא דב"ב ג' שקנו מידם לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משתעבד ואין זה קנין דברים בעלמא.”

הרי בדמיו של רבי אליהו לחתן המשתעבד, הרי שעבוד הגוף מעכשיו, וממילא חל גם שעבוד נכסים. ועיין בב"י חו"מ סי' קצ"ה (ועי' „פתח הבית" סי' ל"ח ענף ב').

ומדברי רבי אליהו הללו נראה דהוא דלא כמש"כ „בית שמואל" בדין זה בש"ע אה"ע סי' נ"א (והובא גם ב„קצות החושן" חו"מ סי' רמ"ה) דאפי' קנין „אתן" מהני, מכל מקום אין שום זכות למקבל כל זמן שלא נתן, וחיינו דהקנין מתעיל לבופו לתת, אבל כל זמן שלא נתן אין חיוב עליו, וממילא ל"ש חיוב להיורשין. הרי דלדבריו ע"כ דאין זה שעבוד הגוף דבמתנה שומר חנם להיות כשואל, או בחתן המשתעבד דהתוס' מדמין לדין זה. ע"כ התחייב חל גם על היורשים דהוי שעבוד הגוף. (ומהתוס' משמע דאם יש לו נכסים הרי השעבוד חל על הנכסים בלא שעבוד הגוף ובחזאי גם

היורשים מחוייבים בזה. וי"ל למסקנת התוס' גם בכה"ג הוי' עלה שעבוד הגוף. וב"הפלאה" כתובות פ"ד, ד"ה שכולן, העלה, דשעבוד הגוף אינו מן התורה אלא בהלואה דילפי' מקרא והאיש אשר אתה גורשה יוציא העבט, דמיירי בהלואה, ולא במחייב עצמו, דשעבוד הנכסים אינו בזה מן התורה ועיין עוד, "קצות החושן" סי' סק"ה, וחזקתו זה מסוגיא דיכיר בב"ב קס"ז דמוקי בנכסים הבאים לאחר מכאן, ופריך לרבנן דלא מהני התקנות, והרי מהני גם לדידהו להתחייב אלא דשעבוד נכסים זהו רק מדרבנן. ועיין עוד, "אמרי בינה" הלכות הלואה סי' א'.

ועוד נראה להוסיף בביאור מחלוקת הראשונים בדין קנין אתן, אם מהני או לאו, די"ל דהרי בקנין לבנות או ללכת דהוי קנין דברים כמבואר ריש ב"ב, הטעם הוא דלא מצינו בתורה חיוב כזה שאדם מחייב ללכת או לבנות לחברו, משא"כ התחייבות של ממון, הרי מצינו חיובי כסף בהלואות או הודאות וקיים מושג של מלות הכתובה בתורה או אפילו בהתחייבות סתם כדאיתא בכתובות ק"א ע"ב בדין חיוב אני לך מנה בשטר, ונחלקו בזה הראשונים דהסוברים דלא מהני קנין, "אתן" ס"ל, דזהו כמו קנין לילך, דהוי קנין דברים, דאין לו חיוב לתת לפלוני, והראשונים דס"ל דקנין, "אתן" מהני ס"ל, כיון דזהו חיוב ממוני מהני, ולא דמיא לקנין לילך כדפי'.

והנה נתבאר שיטת הראשונים דקנין, "אתן" עדיף מאתן בשטר והרשב"א לשיטתו כתב דקנין, מילתא אלימא ומתקן הענין כאילו מחייב עצמו באותו דבר שאומר ליתן. אמנם עדיין לא מבואר ההבדל בין קנין, "אתן" דמהני ל, "אתן" בשטר דלא מהני, ובמה עדיף דין אתן שנעשה בקנין סודר, מדין אתן שנעשה בשטר, והרי הם שניהם מדרכי הקנינים הם. אמנם י"ל על פי מה שכתב, "ערוך השלחן" בש"ע סי' רמ"ה סק"ב בטעם הדבר דבשלמא שטר, אף שאינם קנויים עתה, מ"מ היא לראיה ביד המקבל שהבטיחו לתת לו, וזהא ביכולתו להראות ברכים, כדי שיתבייש הנותן ויזכרה ליתן לו, אבל מה ענין קנין על הבטחה בעלמא, אלא ודאי כיון לקנותו עתה ע"כ.

והנה לראשונים דס"ל דקנין, "אתן" לא מהני צ"ל דדין קנין, "אתן", הוא כדין, "אתן" בשטר דלא מהני דהוי הבטחה גרידא כמש"כ הראשונים, וזה י"ל גם בדין, "אתן" בקנין דהוי ראיה על ההבטחה ע"י הקנין. אמנם לנידחוני יש להסתייע מדברי הרשב"א במש"כ למ"ד דקנין, "אתן" מהני דע"י הקנין דמילתא אלימא הוא ומתקן הענין כאילו מחייב עצמו באותו דבר שאומר ליתן, וי"ל ד, "אתן" בשטר בפני ביה"ד עדיף מכל קנין בשטר אלא דהוי, "אתן" בקנין, דמה שנעשה בביה"ד, ל"צ מעשה קנין, דזהו גופא מעשה קנין ומטעם דיבואר להלן, וכשמבקש בביה"ד לתת תוקף של פס"ד לקנין, "אתן", נראה דהאומדנא הוי להתחייבות גמורה ולא להבטחה גרידא, דזה הרי מתקיים, בלא שבית הדין יתן תוקף של פס"ד, ומה שמבקש מבית הדין לתת תוקף של פס"ד, י"ל כלשון הרשב"א הנ"ל להסוברים דקנין אתן מהני, דזהו מלחא אלימא בזה שמבקש לתת תוקף של פס"ד וזהו כמתקן הדבר וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאומר ליתן, לפיכך נראה שבנידחוני מבקש לתת תוקף של פס"ד מהני לכ"ע כדין התחייבות גמורה.

ובמש"כ דמה שנעשה בביה"ד ל"צ לדרכי הקנינים, לפיכך גם בשטר שנעשה בפני בית הדין (אפילו באינו מבקש לתת לזה תוקף של פס"ד) יש לו דין קנין, "אתן"

יש להביא בזה יסוד גדול בגדר קנינים מה שכתב בזה „חזון איש“ חו"מ ס"ס כ"ב דף נ"א וז"ל:

„כלל גדול יהיה לך בקנינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחברו וחברו יסמוך דעתו עליו, ויש דברים שקשו להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחברו, ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מהז"ל ודוק היטב והפוך בה דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא בן הזכורני שדברים אלה כתב הגאון רא"מ מפניסק בהסכמתו לשס"ם הילנא הנדפס במס' ב"ב ודוק בדבריו כי נכונים הם במאד“.

ואמנם הדברים מפורשים ברשב"א ב"ק ק"ע ע"ב תובאו דבריו גם ב,שיטה מקובצת" שם ד"ה הא, גבי דין דאמר"י שם המקדיש נכסיו נעשה כמו שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא, דקשה איך הקנה ומי זוכה להם.

וי"ל דכל שדעתו קרובה להם הרבה, גמר דעתו בהקנאה וזכיה לקנות ואפילו להפקיע מיד הקדש דאורייתא ודכות"י איתא בריש השוכר את הפועל במס' ע"ז גבי חנוני המקיפו כיון דאורחי' לאוקפי', מהני לי' וכו' ועי' תוס' בכורות י"ח ע"ב שם כע"ז דגמר ומשעבד נפשי' וזהו בלא קנין, אמנם ה,מנחת חינוך" (שמ"ב) כתב דזהו מחמת חשיבות המצוה גמר ומשעבד, וכן גראה ב,אבני מילואים" סי' ל' ע"ש דנחלקו הראשונים בזה. וע"ע כע"ז בתוספות כתובות ק"ב, ד"ה אליבא שם דמה"ט אינו יכול לחזור במתנה מועטת דגמר ומשעבד נפשיה, וכ"כ דאע"ג דאין מטלטלין נקנים בשטר מ"מ מדטרח שם גמר ומשעבד נפשיה, שהרי אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים וכו', ויש לדון בדיחוננו גם מדין קנין סיטומתא, בכה"ג בחותם בפני בית"ד ומבקש לתת תוקף של פס"ד דלא גרע נידחוננו מתקיעת כף דמהני מדין זה, ועי' „אמרי ברוך“ חו"מ סי' ר"א דמועיל זה לגבי התחייבות במקום שנהגו כן (ועי' רמ"א חו"מ סי' קכ"ט דאף במקום שאין מנהג לקנות בתקיעת כף, כופין אותו לקיים הבטחתו מדין שבעה). ועי' „ערוך השלחן“ חו"מ סי' רמ"ה בסופו דכל המתחייב, מתחייב ע"פ המנהג, והרי מנהג בתי הדין לאשר הסכם הנעשה בבית הדין בלא קנין. ועי' מהרשד"ם חו"מ סי' ש"פ שהעלה דאם מנהג התגרים לקנות מהני אע"פ שמדין תורה לא מהני.

ולאור הנ"ל יש להעיר על הפוסקים דס"ל דקנין סיטומתא אינו אלא מדרבנן, כמש"כ ה,נתיבות" סי' ר"א דהרי יש בזה אומדנא להקנאה. אמנם ב,פתחי תשובה" שם הביא מראשונים (הרמב"ן) וגדולי הפוסקים דס"ל דהוי קנין מה"ת (ובביאור הגר"א חו"מ ר"א הביא התרגום יונתן בן עוזיאל דמתרגם חותמך, סיטומתא).

ויש להביא כלל נוסף בדרכי הקנינים מה דמבואר בשו"ת הירב"ז ח"א סי' תק"ג וז"ל סאה"י שם (וכן יש לדקדק מלשון הרמב"ם וז"ל פרק ו' מהלכות גיטלה ואבידה) לאחר שמנה כמה דברים דחויבם מדרבנן וכופין ויורדים לנכסים כמו דין גרמי, מכירת שטרות, וכתובת אשה למ"ד דהוי מדרבנן, וכן קנין סודר דהוי מדרבנן ומתורת חליפין דהא מדברי קבלה ילפי' דכ' שלף איש נעלו וגו', הסיק:

„והרי כל הקנינים שלנו בסודר הם וכופין עליהם ונחתין לנכסי ולא נמצא פרוצה פה ומצפצף ע"ז ולא כרוכלא אול"י למימני' וכו', אלא גדר הדבר הוא כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דליהי קנין אית להו דינא

דאורייתא, דעל סמך זה נושאים ונותנים בני העולם ולא גרע מהמנהג
דאמר רשב"ג מנהג מבטל הלכה וקיי"ל כותי, הלכך כל
הנושא ונותן או קונה ומוכר או נושא אשה אדעתייהו דרבנן הוא עושה
ונגזר ומקנה, ולפיכך מוציאים מידו ויחדים לזכסיו כאילו ה' מדין תורה
ממש וכו'. וע"ע, "משפט שלום" סי' קצ"ח להמהרש"ם.

ובעמדתו בגמירות דעת בקנינים, יש להוסיף, מה שמסתמן ע"י הג"ל, עוד
חילוק בין קנין, "אתן" בשטר דלא מהני להלכה, לבין קנין, "אתן" להסוברים דמהני,
דזה תלוי במחלוקת הראשונים כפי שהביאו הרא"ש בכתובות ק"א ע"ב בדין חייב
אני לך מנה בשטר, דלר' יוחנן חייב, דרש"י מפרש דמייירי בשטר הודאה בלא חתימת
ידו, ודבינו תם מפרש, דלא איירי בהודאה אלא בשכתב לו בכתב ידו אני חייב לך
מנה ומשעבד עצמו להתחייב לו מנה בזה השטר, ר' יוחנן סבר אלימא מלתא
דשטרא להתחייב לו ממון כאילו הודה לו בפני עדים ואמר אתם עדי, וכ' עוד להלן
הרא"ש ח"ל:

„ואין לתמוה היאך מתחייב בשטר זה, הא אין מטלטלין נקנים
בשטר, והואיל וטרח למכתב בלישנא דחיובא גמר ומשעבד נפשי, שהרי
אפילו באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדאמר' בסמוך (היינו שטרי
פסיקתא דהן הן הדברים הנקנים באמירה, „קרבן נתנאל" שם) וה"ע מתוך
שטרח ליתן לו בשטר גמר ומקני, דחוקא מטלטלין
המיוחדים אינן נקנים אלא במשיכה, אבל שעבוד וחוב מהני בשטר וכן
פ"י רב אלפס". וע"ע תוספות כתובות הג"ל מה שכתבו בזה.

והנה בדעת רש"י י"ל דלא מפרש כר"ת הוא, מטעם קושית הרא"ש דלא מועיל
כה"ג קנין שטר, אמנם קנין סודר שפיר מהני, דהרי קנין סודר מהני בכל דוכתא
ואף במטלטלין, וה"ג מועיל מה"ט קנין, "אתן" לשעבד את האדם ולחייבו בחיוב הגוף,
סדין התחייבות גמורה. [אלא דלפי פ"י זה יש לדון בנידונו אף דמעשה ב"ד
א"צ קנין, כמבואר לעיל, מ"מ צ"ע לסברא הג"ל אם יש לשוות לזה דין קנין, "אתן"
דלא מהני אלא בקנין סודר ולא בשטר]. ויש להעיר בשיטת הרא"ש עצמו דהוא ס"ל
כהרמ"ה דלא מהני קנין, "אתן" כמו שהביא הר"י בשמו בתו"מ סי' רמ"ה וצריך
לחלק להרא"ש בין קנין, "אתן" לדין חייב אני לך מנה בשטר דיש בזה דין התחייבות
והנה ביאתי דאף להראשונים דמדמו דין, "אתן" בקנין לדין אתן בשטר, מ"מ בזה
שמבקש לתת תוקף של פס"ד לקנין, "אתן" עדיף בזה דהוי כמתקן לשון, "אתן"
כלשון הרשב"א והרמב"ן הג"ל הובא בב"י, ויש בזה כעין התחייבות חדשה.

אמנם י"ל עוד דבנידונו ליכא חסרון משום קנין, "אתן" דלא מהני, דהנה
הבאתי לעיל מחלוקת הראשונים בב"ב ק"מ ע"ב: במתני' דאם תלד זכר יסול
מנה, ואם נקבה מאתיים אם מייירי בשכיב מרע, אבל בבריא לא מהני דהוי קנין
„אתן", וחסרון דאסמכתא, או דמייירי גם בבריא והובאו דעותיהם בהרב המגיד פ"ו
מהל' זכ"י ומתנה, והנה הדברים מבוארים גם במאירי שם, ולאחר שהביא מחלוקת
הראשונים הג"ל כתב לישב הקושיא מדין קנין, "אתן" דהוי קנין דברים, דלא
מהני, ח"ל:

„שהרי הוא מקנה לו מנה אם תלד, ודין אסמכתא אין כאן שהרי

אין כאן שום גיזום וכו'".

וצ"ב בכוונת דבריו אלז במש"כ שהרי הוא מקטה לו מנה אם תלד, ואמנם בגמרא מבואר דהקנאה היא לא לאם אלא להעובר, דהרי דנו שם ע"ז מדין המזכה לעובר, וכן מבואר שם בגמרא קמ"א ע"ב באומר המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי אם זכר יטול מנה וכו' אם נקבה יטול מנה, והרי זוכה בזה המבשר, וי"ל תרתי בכוונת המאירי לסלק הריעותא דקנין, „אתן" דלא מהני, חדא דהוי כעין תנאי בזה שאומר אם תלד אשתי וכו' ובתנאי אין ריעותא דקנין, „אתן", דהרי מקור דין תנאי הוא בתנאי דבני גד ובני ראובן דמהני ולא הוי חסרון דקנין, „אתן", ועי' רמב"ן ריש ב"ב שם כע"ז בדין „אמכור" הנזכר במס' ע"ז ע"ב ע"א, אמנם יש לעין גם מטעם נוסף לא הוי בזה חסרון מדין קנין, „אתן" דהרי כתבו הראשונים דהא דלא מהני „אתן" בשטר הוא, דהוי הבטחה גרידא ודין קנין, „אתן" להסוברים דלא מהני, ע"כ דדין קנין, „אתן" הוא כדין אתן בשטר דהוי הבטחה גרידא, ולא מעשה קנין, כמבואר לעיל. ולפי"ז י"ל דל"ש דין זה אלא במתנת, שתנותן אין לו שום תמורה נגד הבטחתו, והרי דין קנין, „אתן", מבואר ברמב"ם ובש"ע בדיני והלכות — ולהדיא מפורש כן בב"ח שהקשה מס' קנ"ז במש"כ הטור בשם הרמ"ה וכו' בתו"ד דדוקא בנותן מתנה לא מהני אתן דאינו אלא מבטיח משא"כ כשאינו מתנה עי"ש משא"כ כשתנותן אומר „אתן" ומקבל איזה תמורה עבור זה, נראה דל"ש זה לגדר קנין אתן, וזהו הכונה דמאירי דהא אם תלד קאמר, דהיינו דהמנה והמאתיים נותן כתמורה עבור הלידה. ולפי"ז פשוט דזה יועיל רק בבעל האומר אם תלד אשתי כפשוטו לשון המתני ולא באחר האומר כן. ולתנ"ל י"ל דהנך ראשונים דמפרשים דמתני' מיירי בבריא, יכולים לסבור בכל דוכתא בקנין, „אתן" לא מהני, רק בכה"ג דאם תלד, דאמירת „אתן" הוא נגד איזה תמורה דאם תלד ולכן מהני שפיר דין „אתן", ויש להוסיף בזה דינים הללו יסודם בדין אומדנא, והאומדנא בכה"ג דמקבל תמורה אין זה הבטחה גרידא אלא כהקנאה כדין מעכשיו.

ולפי"ז להך ראשונים י"ל דדין „אתן" בהסכם גירושין כבניהון דידן ל"ש כלל לדין קנין „אתן" הכללי דהרי מש"כ הבעל „אש"לם" דהוא דין „אתן" הוא תמורת הנט, דאצת לו הדרך לגט כמו שניסח בבקשה לסדור ג"פ, וא"כ תמורת קבלת הנט אמר „אש"לם" ה"ז לא גרע מדין אם תלד אשתי אם נאמר דאין זה מילתא דתנאי, אלא מדין הבטחה בתמורה, דאין להך ראשונים ריעותא דדין „אתן". ויש להביא בזה את שו"ת המהר"ט סי' כ"ב שם:

„האומר לחברו עשה דבר פלוני ואתן לך מנה משעשה שליחותו מתחייב בלא קנין בשעה שמקים את דבריו".

ואם כי המהר"ט כתב לשון שליחות, מ"מ יש להסתייע גם לנידונונו, [ובזה ישוב הסוגיא הנ"ל של מבשרני במס' ב"ב הנ"ל, ואיך זכה, והרי שעבודו הוא במילי דעלמא, וכן ישוב בזה הסוגיא דסנהדרין פ"ב גבי דוד שקידש את מיכל בממון שגזר אביה לתת למי שיכה את גלית, שנא' „האיש אשר יכה יעשרנו המלך", וזהו מדין שליחות עי"ש].

עוד מבואר מחלוקת בראשונים הנ"ל לפי פירושו של הרב המגיד אם לשון יטול הוא דין „אתן" או לאו וזהו מקביל למת שהובא לעיל מהר"ן נדרים דאש"לם דין „אתן" עלה, אך צ"ע להסוברים ד"טול" לא הוי קנין דברים, אם ה"ג חולקים בדין „אש"לם" ודלא כהר"ן, או דיש לחלק בין הלשונות. ולפי מה שכתבתי י"ל

דמש"כ הרב המגיד ו"יטול" לא הוי קנין דברים, הוא דוקא בדין זה דאם תלד לא הוי קנין דברים כדפי' לעיל, אבל בעלמא, "יטול" הוי קנין דברים כדין, "אשלם" וכהר"ן תנ"ל.

ועוד מבואר חידוש להנך ראשונים מפרשי מתנ"י דאם תלד דמיירי בבריא דליכא בזה דין וחסרון דאסמכתא וכמש"כ הרב המגיד להנך ראשונים דס"ל דמתנ"י מיירי בשכיב מרע מחסרון דאסמכתא דכ', "נימוקי יוסף" שם בשם הראשונים דליכא בזה משום אסמכתא שהרי אינו קונס את עצמו כלל ורוצה שיתקיים התנאי, ודוקא באומר אם לא אתאי ליבטלן זכויותיו וכיוצא בזה, שקונס עצמו ואינו רוצה בקיום התנאי ובקיום המעשה, הלכך אין זו אסמכתא אלא כתנאי בני גד ובני ראובן, ומסיק ד"זה כפתור ופרח למדתי מפי מורי הרשב"א ומפי מורי הרא"ה ז"ל, ומזה הטעם אין אסמכתא בגטין באומר אם מתי ולא באתי ואע"ג דלא נחא לי' בקיום התנאי כיון דאין האיש מגרש לא לרצונו, אנו סתדי כי רוצה הוא בלב שלם שאם יתקיים התנאי שתתא מגורשת ולא תהא עגובה ולא זקוקה ליבום הריטב"א ז"ל". ועכשיו שזכינו להופעת הריטב"א על מס' ב"ב, הרי אמנם הדברים מפורשים שם. ועי' ב"ב שם תוספת דברים בזה, וז"ל שם בזה: "דאין אסמכתא, אלא שיש בו שלשה דברים, והשלישי שהוא מתנה על עצמו דרך קנס למיגום ולמעבד מלתא יתורתא כדי לרצות לחברו ולאפוקי כל שעשה מעצמו בלא שום דחוק, ולפיכך אין במתנה ולא בגטין צד אסמכתא בכל התלמוד וכו' וכן קבלתי מפי רבותי הרא"ה ותרשב"א והוא כלל יציב וקים".

ואמנם הדברים מפורשים בזה בחנוך מצוה שמ"ג וז"ל:

"דרך כלל למדני רבותי בענין דיני אסמכתא, שכל שיתנה האדם עם חברו דרך קנס, כלומר אם לא יהיה כן יענש בממון כך וכך. זה נקרא אסמכתא דאמרו חז"ל דלא קניא, אבל כל תנאי שיתנה אדם עם חברו ויאמר אם אתה תעשה כך אף אני אעשה כך כדרך בני אדם שמתכוון בלשון זה, אין זה בכלל אסמכתא כלל, שא"כ איך נמצא ידינו ורגלינו על כל תנאי ב"א בזה ע"ה, שכלם בלשון אם הם ודאי התנאים האלו א"א בלא"ה, ועוד הנזכר בענין גטין וקידושין, שכולן בלשון אם מה נאמר בהם אלא שלא נא' אסמכתא לא קניא אלא במה שיתנה ב"א זע"ז דרך קנה כגון אם לא פריעתוך עד יום פלוני תהא השדה שלך או המשכון וכו' וכל כיוצא בזה, אבל לא בכל שאר התנאים שמתנים בני אדם כגון אם תלד במקום פ' אתן לך מאתים וזו וכל כיוצא בזה".

והסיק שזה ענין גדול בדעת הגמרא במקומות רבים וכו'. ועי' רמב"ן ב"ב שם ובמאירי שם ובסנהדרין, וברמב"ן נדרים כ"ז, וכן בב"י חו"מ סי' ר"ז מה שכתבו בשם הראשונים בדין אסמכתא. והנה בנימוקי הפס"ד הבאתי את הר"ן בנדרים כ"ז ע"ב מש"כ בדין קנין, "אתון" דהריעותא הוא מדין אסמכתא, ונראה דיש בזה מחלוקת בחסרון דדין, "אתון", דלשאר הראשונים דלעיל החסרון הוא משום דבר שאין בו ממש כמש"כ הריטב"א והרב המגיד ועוד ראשונים, דהקנין אינו חל על חיוב ממון, אלא על הנתינת דוהו דבר שאין בו ממש דלא חל הקנין, והרי הרב המגיד לשיטתו, מבואר בפ"ה מהל' זכיה דדוקא אם תלד אשתי וכנ"ל יש מהראשונים דס"ל דהוי חסרון מדין אסמכתא ולהכי מפרשי דמתנ"י מיירי בשכיב מרע, ומשמע דבכל קנין, "אתון"

לא הוי חסרון מדין אסמכתא. א"כ להר"ן דהחסרון הוא משום אסמכתא, הרי מבואר בראשונים דיש גדרים מה נכלל בדין אסמכתא, וכל דלא גזים ליכא משום אסמכתא. כמו דהבאתי בדין אם תלד אשתי מהראשונים דמפרשים דמירר בבריא וע"כ, דליכא מה"ט חסרון דאסמכתא.

וע"ע רמב"ן ב"ב שם שהביא מהרמב"ם ש"כ שכל האומר אם תעשה,,אתן" לך שדה פלוני, זו היא אסמכתא, אבל אם אמר אם תעשה, שדי נתונה לך זהו תנאי בני גר.

וכ' הרמב"ן ע"ז ואינו נכון שהאומר,,אתן" קנין דברים הוא כדברי רבינו הגדול בתשובה וכו' הרי להדיא דהרמב"ן ס"ל דחסרון ד,,אתן" הוא לא כדין אסמכתא וזה דלא כהר"ן הנ"ל.

עוד יש להביא לנידונו דלא יהא חסרון,,דאתן", דהנה הר"ן כתב שם דאתן לא מהני מדין אסמכתא דלא קניא והסיק לפ"ו לשיטתו,,הכל שנעשה בב"ד אנו סהדי דלא מחייב בבי דינא".

והנה אע"פ דבגמרא גדרים שם מבואר דאסמכתא דקניא בב"ד אינו אלא בב"ד חשוב. הנה בהגדרת מושג זה מובא ברמ"א חו"מ סי' רמ"ו ג' דעות י"א דכל שלשה דבקאי כדניי אסמכתא מקרי ב"ד חשוב (טור בשם הרא"ש ובשו"ת כלל ע"ב סי' ה' ובהגר"א שם אות מ' כ' שהוא מדין הפקר ב"ד) וי"א דבעינן ב"ד חשוב שיעידו וכו' (רמ"א שם בשם המרדכי והמ"מ סי"א מכירה) ולפ"ו י"ל דמהני בנידונו בקנין אתן שנעשה בפני ביה"ד וי"ל דבזה שביקש שביה"ד יאשר את ההסכם יש להתיל לשון הר"ן ש"כ דלא מחייב בב"ד דינא וכו' ולא לשם פטומי מילי בעלמא ביקש התובע לאשר את ההסכם, ואף אם נאמר לפ"מ ש"כ לצדד,,הסמ"ע שם אות מ' דהא דמהני אתן בביה"ד הוא דוקא מעכשיו, וסתם קנין הוא מעכשיו אם לא שהתנה מפורש החיפך, ואז י"ל דבנידונו לא יהני, מ"מ נראה לחדש גם בנידונו דיתני, אף דמשוי לה לכל הסכם גירושין עצמו כדין אתן, מ"מ לאחר בקשתו בביה"ד לאשר ההסכם, ובית הדין אישר ההסכם, הרי נתן תוקף להתחייבות חדשה זו של התובע, וזה מראה על גמירות דעת שלו דמתנה בענינים אלה כמבואר, ולפ"ו יש לדחות לגמרי הטיעון על עיקר ההתחייבות דלא יהני מדין אתן.

[ויש לדון לאור הנ"ל במש"כ,,ערך השלחן" הספרדי לדייק מהרמב"ם פ"א מכירה ש"כ התנה ואמר אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני,,אתן" לך או אמכרנו בכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק בבית אחר וכו' לא קנה שזו היא אסמכתא וכן כל היוצא בזה — דדוק בתנאי הוי אסמכתא ובלא תנאי משמע דקנה אע"פ דהוי קנין,,אמן" והוא קנין דברים ולפ"ו דיה מהני גם בנידונו ולא הוה ריעותא מדין,,אתן"].

וממוצא דברינו יש להקיש גם דין דבר שאינו קצוב, ובנידון דידן לא תועיל התחייבותו לשיטת הרמב"ם כטענת ב"כ התובע. והנה,,קצות החושן" סי' ט' סק"ב כתב דידן דבר שאינו לו קצבה דלא מהני, הוא מגדר אסמכתא דלא קניא. וכן נראה מ,,משנה למלך" פ"א מחלכות מכירה הלכה ב' ולפ"ו העלה,,קצות החושן" דבכל מקום שאין חסרון משום אסמכתא, היינו דבמקום דבלמו להקנות דליכא משום אסמכתא, מועיל גם בדבר שאינו קצוב. א"כ בנידון דידן דליכא חסרון מדין אסמכתא כמבואר,

ליכא גמי חסרון מדין דבר שאינו קצוב (אמנם ה"שער המלך" בפ"א מהל' מכירה תלכה ב' שדי ביה נרגא בדבריהם).

והנה בש"ע חו"מ סי' ר"ו סק"א כתוב: „האומר לחברו בשאמכור שדה זו, הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה וקנה מידו על כך, ולאחר זמן מכרה לאחר במנה, קנה הראשון". וכתב הרמ"א שם דאם לא אמר מעכשיו אעפ"י שקנו מידו וכו' לא קנה דהוי קנין דברים ועוד זהו אסמכתא. והנה כבר הבאתי לעיל הרמב"ן והרבה ראשונים בריש מס' ב"ב ובמס' ע"ז ע"ב (והרמב"ן הביאו בשם הר"ף) דמירי במעכשיו וקנו מידו דלאו קנין דברים הוא, אלא מוכר על תנאי הוא וע"י טש"ע שם.

אמנם הב"י חו"מ סי' ר"ו הביא בשם בעל העיטור דהסוגיא בע"ז מירי בלא מעכשיו, ולאור הנ"ל מבואר דאין זה קנין דברים וגם אין בזה חסרון דאסמכתא דהוי ריעותא בענין זה מהנך תרי טעמא, כמבואר ברמ"א הנ"ל. ונ"ל דס"ל לבעל העיטור דלא הוי ריעותא דקנין דברים, דהוי התחייבות וככל התחייבות בקנין דליכא בזה החסרון דקנין דברים, וגם מדין אסמכתא ליכא בזה חסרון. וזה לפי הראשונים שהבאתי לעיל.

והנה ה"בית יוסף" סי' ר"ו מחדש הביא תשו' הרשב"א בקנה מידו למכור ביתו דהוא קנין דברים, אלא בהקנה מעכשיו מהני, וצ"ע דהרי שיטת הרשב"א דקנין „אתן" מהני, ולא מקרי קנין דברים כמש"כ הב"י סי' קצ"ה בשמו וכן הביא הרמ"א סי' רמ"ה, והובאו דבריו כבר לעיל.

ואולי החילוק הוא בזה דבאומר „אתן" ס"ל דהוי התחייבות ושעבוד של האדם, משא"כ כשאמכור בית זה דהתחייבות אינה על גוף האדם, אלא על חפץ מסויים. ובזה ס"ל לרשב"א דלא מהני והוי בזה קנין דברים.

ויש להביא בזה יסוד גדול בדין קנין „אתן" המבואר בתשב"ץ ח"א סי' צ"ד בנידון דיד' דקנו מבעל שלא ישא אשה על אשתו, דהעלה בזה, דלא מהני דהוי קנין דברים וסיים בזה:

„דחייב לקיים דבריו משום הן צדק ומשום שארית ישראל לא יעשו עולה וכו'.

והנה רש"י והר"ן בכתובות פ"ו. כתבו בדין פריעת בעל חוב מצה וזה לשונם: „מצה עלי לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב הן צדק שיהא הן שלך ולאן שלך צדק". ומבואר מרש"י ומהר"ן דמדין הן צדק והו' חלות דין שבין אדם לחברו, דהרי בהלואה ישנו שעבוד ממון. אמנם מהתשב"ץ הוזה מבואר דאין זה אלא חלות דין שבין אדם למקום ואיסור גרידא, דהרי כתב דאם לא רצה להיות מהכשרים, לא תוכל למחות בידו, וי"ל דהתשב"ץ חולק על רש"י הנ"ל, וס"ל כהראשונים החולקים רש"י הנ"ל, ומבואר זה ב"שיטה מקובצת" כתובות שם בשם הריטב"א, הר"י והרא"ה, דפריעת בע"ח ילפי' מקרא והאיש אשר אתה נושה יוציא אליך את העבט (דברים כ"ד, י"ז) שעליו להוציא. ועי' באורך ברמב"ן במס' ב"ב דף קע"ה ע"ב בזה, ועי' „שערי יושר" שער ה' פ"ב מש"כ בנידון. וע"ע שו"ת הרדב"ז ח"ב סי' ת"ח דהביא קרא דהשיב את הגזילה דקרא זה, כולל כל עניני ממון שיש לו אצל חברו. ובעיקר דברי התשב"ץ, הנה ב"הלכות קטנות" לרבנו יעקב חגיז חולק, והסיק דמהני התנאי, ולא הוי קנין דברים והביא את ה"בית יוסף" חו"מ בשם ר"ת דבמלוה

יש שני שעבודים, שעבוד הגוף של הלזה שחייב לפרוע, ושעבוד נכסים מדין ערב. הרי בבעל חשבינו ל"י כלזה מן האשה ובשעת ההללצה התנה שלא יקח אחרת הרי בקנין כל שהוא, סגי להיות נקרא דשעבד גופי' לה. ותנאי דבממון תנאו קיים. ויש לדון בדברי התשב"ץ, לאור הסוגיא בב"מ מ"ט ובראשונים שם דמובא הך קרא דהן צדק, ע"ש. וכבר ציין לכך בגליוני הש"ס.

ועי' ב"י אה"ע סי' נ"א שהביא מהתשב"ץ בענין נדר לתת לבת אחותו בשעת נישואין, וחילק בין מתנה מרובה דלא קנתה, לבין מתנה מועטת דקנתה, ובעניה קנתה אפילו במתנה מרובה בלא קנין, והביא הירושלמי שהובא ברי"ף כתובות פרק אע"פ ע"ש [ולעיל מש"כ דבמקום דגמיר דעת' קנה בלא אחד מדרכי הקנינים ע"ש]. והנה דברי התשב"ץ הללו הם מדין קנין ואין סותר דבריו הנ"ל דמש"כ דצריך לקיים מדין הן צדק וגר.

ובמהרשד"ם אה"ע סי' כ"ג דן בדבריו וכ' דבבנו ובתו דדעתו של אדם קרובה מהני קנין אתן [והתשב"ץ מיירי שם בנודר לתת לבת אחותו] אמנם בנידוננו באשתו לא מצינו כלל זה ולכש"כ לגבי גרושתו ועי' כתובות צ"ו ע"ב דאמרי' אין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד, ונחלקו בממרא אם אמרי' גבי גרושה הדין כן, אבל הטעם ש, דעתו של אדם קרובה" דיהני לשון אתן ל"ש גבי אשתו וכל שכן לא לגבי גרושתו.

גם ביחס לטיעון דלא מהני ההתחייבות מחמת דבר שאינו קצוב, דיכול לומר קים לי כדעת הרמב"ם דלא מהני בזה התחייבות, הנה לפלפולא י"ל דבנידון דידן תועיל ההתחייבות גם להרמב"ם, והוא לפי מה שהביא, משנה למלך" פי"א מהל' מכירת, דדוקא במתנה אינה מועילה התחייבות כלשוננו של הרמב"ם שם בתלכה ט"ו שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה". וכן העלה, אורים ותומים" שכ' דעשה כך מעשה בהסכמת חכמי פראג ע"ש — וזהו דלא כהריטב"א כתובות גם דהוכיח שהיפך ממש"כ רמב"ם בתלכה י"ז גבי הפוסק עם אשתו שיהיה זן את בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נישואין והדבר דומה לדברים הנקנים באמירה והרי אין זה מתנה, דאיכא בזה שכר נישואי אשתו ולכן י"ל דמהני ההתחייבות שלו. ועי', אמרי בינה" מש"כ לישב קושית הריטב"א — היינו דהתחייבות בדבר שאינו קצוב דאינו מועיל זהו בהתחייבות בלי קבלת תמורה, משא"כ התחייבות נגד איזה תמורה שהיא שמקבל, גמר ומשעבד נפשו וכן הביא ב, ערך השלחן" סי' ס' אות י"ד, בשם גדולי הפוסקים דס"ל הכי, כהמהרשד"ם, "שיטה מקובצת" המהרש"ק ועוד. ולפ"ז יש לדון דבהסכם גירושין דהמתחייב מעוניין בגירושין הללו, לא דמי כלל למתנה, וגמר ומשעבד נפשו, גם יש לדון דבנידון דידן שעצם ההתחייבות הוא על דבר קצוב והוא הסכום ע"ס 250 ל"י הרי משום ההצמדה לבדה יש לדון דלא הוי חסרון מדין אינו קצוב מכמה טעמים.

אמנם כל הדיון הזה יש בו משום דרוש וקבל שכר, ה, פתחי תשובה" סי' ס' אות ג' הביא מה, בית אפרים" חו"מ סי' ה' שכ' דכל בתי הדין שהיו בישראל פוסקים לחייב בדבר שאינו קצוב כהש"ך והנהיבות, ו, גט פשוט" שפסק דיכול לומר קים לי, לא ראה את הש"ך, ואמנם כך גם נתנו ונותנים בתי הדין בא"י לחייב בדבר שאינו קצוב כמוכן באוסף פסקי דין דף קנ"א ואורשר בבית"ד לערעורים (מובא בכרך ד' עמוד 302 ע"ש) וכן העלה, "ערוך השלחן" סי' ס' אות ב' וכתב דמלתא דפשיטא דהמחזיק א"י לומר קים לי כהרמב"ם

(ולהמבור דלא אמרינן קים כהרמב"ם אין כאן מקום לדון במש"כ, ערוך השלחן" בשיטת הר"ם בדין דבר שאינו קצוב), וכ"כ ב, דברי גאונים" כלל מ"א אות ח' בשם שו"ת, "חוות יאיר" סי' קכ"ח.

גם בנוגע טענת ב"כ התובע ע"פ הט"ז באה"ע סי' קי"ד (הובא גם ב, בית שמואל") שכ' בהא דאיתא בש"ע דבתחייב לזון בת אשתו לחמש שנים חייב אפילו המזונות ביוקר, דהיינו ביוקר דשכית, משא"כ ביוקר דלא שכית ע"פ המבור בש"ע חו"מ סי' רכ"ה יש לדחות מכמה טעמים, דהרי ה, שער משפט" נראה דחולק על עיקר דברי, "טורי זהב" וכ"כ ב, דברי גאונים" כלל ג"ה אות י"ג, כיון דחייב עצמו בלא שום תנאי, דינו כשאר בעל חוב דחייב למכור כל בכסיו, ועי' "בית מאיר" אה"ע שם דנראה ג"כ חולק על הט"ז הנ"ל, ועוד נראה דבנידון דידן הוי בגדר התחייבות מפורשת דמבור בש"ע חו"מ סי' רכ"ה ס"ג, "במה דברים אמורים בשלא התנה עמו, אבל אם התנה עמו שכל אונס שיוולד בקרקע יהי' חייב לשלם וכו', חייב לשלם". והסיק בש"ע: "והוא הדין לכל תנאי ממון שאומדים דעת המתנה, ואין כוללים באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי, והם שהיו בדעת המתנה בשעת התנאי".

אמנם בעיקר הדין, הרי תנודות המחירים עקב פיחותים תכופים, הם למעלה מן הנורמה הטבעית לפחות מתקופת הזמן שבו נערך ההסכם, והרי התובע עורך הסכם לגירושין שהוא עו"ד מקצועי, ואינו בבחינת, "תם" כלכלי שאינו מכיר צורת מטבע (תמדינה) ואם חתם על התחייבות בהצמדה, הרי סביר וקיבל על עצמו לכל מצב בתנודות המדד וזהו בגדר יוקרא דשכית ול"ש כלל לנידון, "טורי זהב".

מפי השמועה, יש מפוסקי ודייני דורנו שרצו לחלק לפי יסוד דברי, "טורי זהב", בין הצמדה למדד יוקר המחיה, דזהו יוקרא דלא שכית, לבין מדד הצמוד להעלאת משכורתו של העובד דזהו בגדר יוקרא דשכית. אמנם נראה להוכיח דאין לעשות פשרה זאת מה, "טורי זהב" עצמו, דהרי כתב שהוא פטור משום דהוי יוקר דלא שכית, ומשמע דפטור מכל וכל ותיפוק ליה דיתא חייב לפחות בסכום של יוקר דשכית, אלא פשוט דאינו חייב בזה, דלזה לא נתחייב, דהוא התחייב על כל היוקר אף דלא שכית, ואם נפטרנו בכך דלא סלקא דעתיה ידי' לקבל על עצמו יוקר דלא שכית, הרי לא קיבל חיוב אחר אף מנימולי ביותר, והכי נמי בנידוננו אין לעשות פשרה זאת ולחייבו במדד יוקר של שכר העובדים, דעל זה לא נתחייב כלל, ואם הוא חייב הרי זה כפי התחייבותו, ואם אי אפשר לחייבו כפי התחייבותו מטעם דנחיל עלה סברת, "טורי זהב", הריהו פטור על הכל. ועכ"פ מבור דל"ש זה כלל לנידון, "טורי זהב" וממילא חייב על הכל. וכן הביא ב, ערך השלחן" סי' ס' אות י"ד, בשם גדולי הפוסקים דס"ל הכי סהמשרד"ם, "שיטה מקובצת" והמחש"ך ועוד פוסקים.

ויש להוסיף פרט חשוב בהתחייבות זו ולאומדנא בהתחייבות זו, כי הסעיף, "סכום זה צמוד לאינדקס יוקר המחיה" לא היה בהסכם המקורי אלא נוסף אח"כ, וחתומה בראשי תבות של הצדדים, כנראה באי הסכמת הנתבעת לגירושין בלי הצמדה, והתובע הרי היה מעונין בגירושין כבקשתו להקדמת הדיון וז"ל, "בהתחשב בכך שהבעל עו"ד לפי מקצועו צריך לצאת את הארץ בימים הקרובים, אבקש לקבוע

הדיון במקום הגירושין באופן דחוף" וברור דלאור הנתונים הנ"ל שהתחייב הבעל
הוי בגדר יוקרא דשכיח.

עוד יש לציין, כי התובע בעצמו הכיר בהתחייבותו זאת לרבות ההצמדה, כי
הרי שילם כל הזמן סך שלוש מאות ל"י לתודש, והיינו הוספה של חמישים ל"י,
וסכום זה ביחס לסכום העיקרי ע"ס — 250. ל"י ביחוד בתקופה שלאחר ההסכם אינו
סכום מבוטל כלל. הרי דהכיר בהצמדה זו, כהתחייבות גמורה ונסתתמו עי"ו כמה
מטענותיו כדי לבטל התחייבותו זאת.

ויש לי לומר בזה נקודה נפלאה (כלשון הרמב"ם בפירוש המשניות פ"ג במס'
כריתות) השייכת לגידוננו, ובהקשר לדברי הט"ו בד"ן יוקרא דלא שכי אשר רבים נתלים
בדבריו, ותולים בו דברים אשר לא כן הם, הוא דבמקום דרווחיו של התובע המתחייב
הם ג"כ למעלה מן הנורמה הטבעית — כבידון דידן דהמתחייב הוא עו"ד ממקצועו,
וברכת שכר טרחתו מצויה בפעולו, וזהו מן המפורסמות שא"צ ראייה לדבר — הרי
הריוות שלו הוא ג"כ לא שכיח במדה לא פחותה ממדת התחייבותו הצמודה, ושניהם
הרווחים וההתחייבות תואמים יחדיו — וכל אחד שמתחייב בידון לפחות לפי מעשיו,
וא"כ ל"ש גידוננו כלל לבידון הט"ו דמדבר ביוקרא דלא שכיח, שכוונתו בודאי
בגונא דשייפון או בצורת וכדומה דיש כאן יוקרא דלא שכיח גרידא בלי ררוחיות
של המתחייב, וא"כ בגידוננו נאחו החבל בצמידות בשני הראשים כאחד, היינו
היוקרא דלא שכיח וגם הרווחים של התובע המתחייב, ועכ"פ נראה ברור כחמה
שחידושו של הט"ו ל"ש לבידון דידן.

גם בטענה שהבעל חשב לתומו שהאשה תיגשא תוך תקופה סבירה ולא עלה
על דעתו שימשך 12 שנה, אין בה ממש, מדלא קבע זמן להגבלת החיוב, וגם הטיעון
שהאשה מרויחה, ואילו היתה אשתו לא היה ביה"ד פוסק מזוונות, טענה זו אין לה
אחיזה, ועקרה היא בסברא כי המדובר הוא בהתחייבות של הבעל לשלם לגרושתו,
וא"צ לחטט בנבכי הבעל על סמך מה נטל על עצמו ההתחייבות, אם כפיצוי על
קבלת תגט או מסיבה אחרת — ועכ"פ לא שייך זה לטיעונו של ב"כ התובע לדמות
בידון דידן לאשה היושבת תחת בעלה, דכשיש לה מעשה ידיה הבעל פטור ממזונותיה,
ואין לביה"ד אלא מה שעיניו ראות, והיא התחייבות התובע לשלם לגרושתו בלי
שום תנאים ובלי שום מגבלות כל שהן. ודינה ככל ההתחייבות שאינה תלויה במעשה ידיה.

ולתוספת לכל תאמור יש להביא מש"כ המחבר בש"ע חו"מ סי' ס"א סעי' ט"ז
וז"ל: „יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חברו אין הולכין אחר הלשון הכתוב
בו אלא אחר הכוונה". מקור הדברים הם ברבנו ירוחם נכ"ג ח"י כמוכא בב"י.
ועי' ביאור הגר"א דאחד המקורות שציין לדברי הש"ע, היא הגמרא במס' ב"ק
פ' ושם איתא:

„מעשה באשה אחת שהיה בנה מיצר לה וקפצה ונשבעה כל מי
שיבא איני מחזירתו וקפצו עליה בני אדם שאינם מהוגנים, וכשבאו
הדברים לפני חכמים אמרו לא נתכוונה זו אלא להגון לה".

ועי' „נחל יצחק" סי' ס"א שהאריך בדעת הש"ע ותיבא הג"ה מיימנית חל'
שבועות ונדרים סי' ד' דכ' לדמות והוא דב"ק לשטר מברחת ולהא דוכין ולא איצטריך
ל'י וזו, ולהא דר"ש בן מנסיא בב"ב (קל"ב ע"א) במי שכתב גכסיו לאחר שחשב שבנו

מת ואח"כ בא בנו, שאין מתנתו מתנה דמשום אומדנא דמוכח הוא דאתי עלה ולא כיוון לכך.

וה"ב בנידון דידן כשמבקש לתת תוקף של פס"ד לאחר שנתחייב בקנין, „אתון“ בשטר הרי אומדנא דמוכח דהתכוון להתחייבות גמורה דמהני כמבואר לעיל, ולא דמי כלל לקנין „אתון“, וכן אין בזה ריעותא דאסמכתא כמבואר, לפי יסודות מהראשונים.

לאור המקורות הנ"ל, אין ספק דיש לקיים את הסכם הגירושין הנ"ל שניתן לו תוקף פס"ד, ואשר לפיו נהג גם הבעל בחלקו בתקופה של כשתים עשרה שנה, וזה כאומדנא מוכחת דחשב זה כהתחייבות גמורה.

לאחר סדרי כל הנ"ל הובא לתשומת לבי מה שצין ב"כ התובע לשו"ת יביע אומר ח"ה חלק חרשן משפט סי' ה' אות ח', הן אמנם דלאור מה שהעליתי במצודתי הנ"ל יש לדון בכמה ענינים מס' הנ"ל. ובמיוחד ביסוד שקבע כבוד מרן הרש"צ דבי"ד העותן דידן הוא דלא כתפיסת המחבר הנ"ל. אמנם גם כב' הראשון לציון המחבר שליט"א כתב זה, מלביד הנ"ל, והיינו כסניף נוסף וכו', ועוד דהרי בנידון דידן הדיון הוא רק מלביד הנ"ל, והיינו כסניף נוסף וכו', ועוד דהרי בנידון דידן הדיון הוא רק על הגדלת מזונות, ולא על עצם החיוב שהוא קיים, משא"כ בנידון דידן אם ניתן לו דין „אתון“ בשטר, הרי בטלה כל ההתחייבות שגם עד עתה שקיבלה י"ב שנים הלכה ותוספת דיליה, ולכש"כ דיבטל כל החיוב גם מכאן ולהבא, ונראה דיש לקיים פס"ד זה גם לאור דבריו ה', יביע אומר הנ"ל. ועוד דהרי העליתי דין „אתון“ בנידוננו, שניתן לו תוקף של פס"ד הוא צמוד וכפוף לענין הגירושין, ולאור המקורות הנ"ל הרי זה עדיף מכל דין „אתון“ בשטר וא"ש.

ה ר ב מ ר ד כ י א י ל ן

הנהגה לאחר שו"ט בכל הנ"ל ולאור המקורות המצוטטים, ביה"ד פוסק בזה לדחות טענות התובע וב"כ, וההסכם שאושר ע"י ביה"ד הוא בתקפו, ועל התובע א. לשלם לגרושתו ב. הפרשי ההצמדה, מיום חתימת ההסכם והוא מתאריך ד' תמוז תשכ"ד (14.6.64), בנכוי סכום של שלושת מאות ל"י לחודש ששילם לה משך התקופה הנ"ל עד היום.

ניתן בתאריך ח' טבת תשל"ה.

א. רשימת פסקי הדין לפי סדר פרסומם

3	.	.	הוצאות המשפט	—	ער/תשלד/49	—	בית"ד הרבני הגדול		
			תביעת חוב עפ"י פתק	—	ער/תשלג/100	—	"	"	"
17	.	.	שנמצא בעזבון						
			הטוען שאינו יודע אם	—	תשלד/6686	—	האזורי ת"א"יפו	"	"
25	.	.	החזיר התמורה						
35	.	.	ירושת משרת רבנות	—	תשל/4-6893	—	האזורי ת"א"יפו	"	"
38	.	.	ירושת משרת רבנות	—	ער/תשלב/144-147	—	הגדול	"	"
62	.	.	היתר נישואין	—	תשלג/1453	—	האזורי לנפת אשקלון	"	"
			חלוקת רכוש ותוספת כתובה	—	תשלג/925	—	האזורי רחובות	"	"
82	.	.	במחוסר כוח גברא						
			חיוב גירושין במחוסר	—	תשלה/1794	—	האזורי ת"א"יפו	"	"
104	.	.	כוח גברא						
			חיוב מזונות במחוסר	—	תשלה/1794	—	האזורי ת"א"יפו	"	"
108	.	.	כוח גברא						
			חזרה מהסכם לגירושין	—	ער/תשלה/26	—	הגדול	"	"
115	.	.	ולמזונות						
145	.	.	עיכוב הוצאה לפועל	—	תשיט/314	—	האזורי ת"א"יפו	"	"
168	.	.	היתר נישואין	—	ער/תשלד/67	—	הגדול	"	"
			תביעת כולל לצרפו	—	ער/תשלג/24	—	"	"	"
182	.	.	לועד הכללי						
193	.	.	גמר חרשת אילמת	—	תשלד/1016	—	האזורי ת"א"יפו	"	"
			עסק משותף לבני זוג	—	תשלו/791	—	האזורי רחובות	"	"
209	.	.	מגורשים						

219	— תשלו/145 — חיוב האב ברפואת בנו .	ביה"ד הרבני האזורי טבריה	"	"
241	— תשלה/7121 — תביעת גירושין מסיבת עקרות	האזורי ת"א-יפו	"	"
225	— תשיח/3-4044/692 — פיטור מזונות במורדת ועיקולים למזונות .	האזורי ת"א-יפו	"	"
249	— תשלו/561 — גירושין במחלת נפילה .	האזורי רחובות	"	"
261	— ער/תשלו/37 — תביעת מזונות לאשה בנפרד ממזונות הילדים .	הגדול	"	"
273	— תשלב/11183 — דמי תיווך	האזורי ת"א-יפו	"	"
294	— ער/תשלג/205 — מעשה ידיה של המעוכבת להינשא . .	הגדול	"	"
310	— ער/תשלה/218, תשלו/290 — שיפוט בענין הכרוך בגירושין	"	"	"
316	— תשלו/335 — בירור קידושין	האזורי לנפת אשקלון	"	"
327	— ער/תשלו/137 — בירור קידושין	הגדול	"	"
331	— ער/תשלו/85 — חלוקת הנכסים עם הגירושין	"	"	"
341	— תשלג/5450 — חוזה בחתימת השותפים .	האזורי ת"א-יפו	"	"
355	— ער/תשלו/264 — דיור עם קרובות הבעל .	הגדול	"	"
363	— תשלו/10662 — הסכם גירושין בלשון אשלם	האזורי ת"א-יפו	"	"

ב. מקורות שהוזכרו בפסקי הדין *

- אבני מלואים**
 סי' ט' — 133
 סי' ט"ז — 197
 סי' ל' — 375
 סי' ע"ג — 222, 221
- אבני נזר**
 יו"ד סי' ש"ב, אות נ"ג — 43, 44, 46, 47, 49, 50
 יו"ד סי' ש"ב, אות נ"ד — 49
 אה"ע סי' קי"ט, אות ס"ד — 329
 אה"ע סי' קל"ו — 329
- אבני צדק**
 חו"מ סי' י"ב — 348
- אגודת אוזב**
 סי' ר"ב — 259
- אגרת משה**
 חו"מ חלק ב' סי' מ"ס — 282, 283
 יו"ד חלק ג' סי' ס"ג — 286
- אוצר הפוסקים**
 אה"ע סי' ט"ז — 197
 " סי' י"ז ס"ק כ"ט, אות י"ג — 81
 " סי' י"ז ס"ק רל"ז, אות ט"ו — 67
 " סי' י"ז ס"ק ר"ס, אות י"ז — 70, 73
 " סי' י"ז ס"ק ר"ס, אות כ"א — 71, 70
 " סי' י"ז ס"ק ר"ס, אות כ"ה — 73
 " סי' י"ז ס"ק רע"ד, אות ב' — 81, 73
 " סי' י"ז ס"ק רע"ד, אות ג' — 73
 " סי' י"ז ס"ק רע"ד, אות ד' — 74
 " סי' י"ז ס"ק שע"ח, אות א' — 74
 " סי' י"ז ס"ק שע"ח, אות ב' — 66, 67
 " סי' י"ז ס"ק שפ"ה, אות ב' — 70
 " סי' י"ז ס"ק שפ"ד, אות ד' — 69
 " סי' י"ז ס"ק שצ"ה, אות י"ז — 74
 " סי' י"ז ס"ק שצ"ה, אות י"ח — 75
- אה"ע סי' י"ז ס"ק ת"כ, אות ז' — 79**
 " סי' מ"ב ס"ק ב' — 325
 " סי' מ"ב ס"ק ה' — 326
 " סי' מ"ב ס"ק ט' — 326
 " סי' מ"ב ס"ק י"א, אות ד' — 325
 " סי' מ"ב ס"ק כ"ב, אות ו' — 325, 324
 " סי' מ"ב ס"ק כ"ה — 324
- אור זרוע**
 הלכות יבום סי' תרי"ח — 211
 חלק א' סי' תרנ"ג — 89
- אור שמח**
 הלכות אישות סוף הל' ט' — 303, 309
- אחיעזר**
 חלק ג' סי' כ"ו — 198, 201
- אליהו מורחי**
 תשובות חלק א' סי' ל"ד — 306
- אמרי בינה**
 הלכות הלואה סי' א' — 374
- אמרי ברוך**
 חו"מ סי' ר"א — 375
- באר היטב**
 אה"ע סי' י"ז ס"ק קמ"ח — 70
 " סי' י"ז ס"ק קמ"ט — 69
 " סי' י"ז ס"ק קנ"ב — 65, 74, 75, 78
 " סי' י"ז ס"ק קנ"ו — 66
 " סי' ע"ז סעיף י' — 335
 " סי' צ"ג סעיף א' — 238
 " סי' קנ"ד ס"ק מ"א — 90
 חו"מ סי' צ"א סעיף ה' — 188
- באר יצחק**
 סי' ג' ענף ד' — 113
 אה"ע סי' י' ענף ד' — 161

סור אה"ע סי' ק"ס — 305, 306, 299, 286

באר משה

" חו"מ סי' י"ד — 13

סי' כ"ב — 325

" " סי' ס"א סעיף ט"ז — 383

" " סי' צ"ה — 352

" " סי' קצ"ה — 372, 371, 360

" " סי' ר"ז — 380

" " סי' ר"ג — 161

" " סי' רנ"ז — 378

בית יעקב

מסכת כתובות דף צ"ז — 110

בית מאיר

אה"ע סי' ס"ד — 301, 300

" סי' פ"ז — 347

" סי' קי"ד — 382

" סי' קנ"ד — 247

" סי' קע"ח — 30, 28

בית שלמה

חו"מ סי' ג"ב — 346

בית שמואל

אה"ע סי' י"ז ס"ק קמ"ז — 68, 67

" סי' י"ז ס"ק קמ"ט — 70

" סי' י"ז ס"ק קי"ג — 69

" סי' מ' — 132

" סי' מ"ב ס"ק ו' — 324, 323

" סי' נ"ג ס"ק ד' — 137

" סי' נ"ג ס"ק י"ג — 111

" סי' ע"ג — 231

" סי' ע"ז ס"ק ל"ב — 231

" סי' פ' ס"ק כ"ב — 231

" סי' פ' ס"ק כ"ז — 235

" סי' פ"ז ס"ק י"ט — 347

" סי' צ"ב ס"ק א' — 361

" סי' קי"ח ס"ק כ' — 223

" סי' קי"ט ס"ק י"ג — 217, 216

" סי' קל"ד ס"ק ו' — 138

" סי' קל"ד ס"ק ז' — 126

" סי' קנ"ד ס"ק ב' — 100, 98, 97, 90

102, 101

" סי' קנ"ד ס"ק י"ט — 112, 90

" סי' קנ"ד ס"ק כ' — 113, 112, 91

בני אברהם

אה"ע סי' י"ח — 257

יו"ד סי' רס"ח — 202, 198, 196

אה"ע סי' י"ז — 68, 67

" סי' מ"ב — 323

" סי' "עג — 221

" סי' קי"ט — 214, 211

" סי' קנ"ד — 246

" סי' ק"ס — 307

חו"מ סי' רמ"ה — 371

ביאור הגר"א

יו"ד סי' רמ"ה ס"ק ל"ח — 53

אה"ע סי' א' — 178

" סי' קל"ד סעיף ד' — 138, 126

חו"מ סי' י"ד ס"ק ד' וס"ק ו' — 16, 13, 9

" סי' ס"א סעיף ט' — 368

" סי' ס"א סעיף ט"ז — 369

" סי' צ"ה — 76

" סי' קנ"ג — 369

" סי' קנ"ז אות כ"ב — 373

" סי' רמ"ה — 373

בית אפרים

אה"ע סי' ס"ה — 224, 223

בית דוד

אה"ע סי' פ"ה — 217, 211

בית הלוי

חלק ג' סי' ג' — 247

בית הלל

יו"ד סי' שמ"ה — 223

אה"ע סי' ג' — 158

בית יהודה

סי' י"א — 114, 113

בית יוסף

סור יו"ד סי' רס"ד — 191, 190, 189

" סי' רס"ח — 202, 201

" אה"ע סי' ד' — 330

" " סי' י"ז — 69, 67, 66

" " סי' נ"א — 381

" " סי' קנ"ד — 266, 86

דברי חיים

אה"ע חלק ב' סי' ע"ב — 206, 207
חז"מ סי' כ"ז — 289

גול מרובה

יו"ד סי' רס"ח ס"ק ג' — 200
אה"ע סי' ע"ז — 231

דינא דחיי

עשין מ"ט — 92
לאווין פ"א — 222, 223

דיני ממונות

חלק א' שער י' סעיף א' — 96

דרך הקודש

ספר א' חלק א' שמעתא ה' פרקים י"א —
287

דרישה

טאה"ע סי' ק"ט — 306, 300

דרכי משה

טור אה"ע סי' ע"ד סעיף י' — 358
" " סי' קל"ד סעיף ד' — 138
" " סי' קל"ד ס"ק ז' — 127
" " סי' קנ"ד ס"ק י' — 91
" חז"מ סי' ר"ג — 161

הגהות מימוניות

הלכות שכירות פרק ה' אות י' — 136

הון רב

חלק ב' אה"ע סי' ט' — 259, 258

הליכות אליהו

סי' י"ג, חיתר ג' — 325, 329

המאירי

מסכת כתובות פרק מציאת האשה — 224
" גדרים סוף — 89
" קידושין דף ו' ע"ב — 329
" בבא קמא דף פ"ז — 224
" בבא בתרא דף ק"מ ע"ב — 376

המקנה

קו"א סי' מ' — 133

בני יעקב

תשובה ח' — 257, 259
דף ד' ע"ב — 306, 307, 308, 309

בעי חיי

אה"ע סי' כ"ג — 92

בעל המאור

מסכת כתובות דף נ"ד — 134

ברית יעקב

אה"ע סי' מ"ג — 330
חז"מ סי' ק' — 353

בשמים ראש

כסא דהרסנא סי' ש"מ — 112

בת עמי

פרק א' אות ט"ו — 77

גבורת אנשים (ש"ך)

סי' ט"ז — 106
סי' ע' — 106

גינת ורדים

יו"ד כלל ג' סעיף ז' — 56

גט פשוט

סי' ק"ט — 212, 214, 216, 217, 218

גליון מהרש"א

יו"ד סי' רס"ח סעיף ז' — 202

דברי הגאונים

כלל י"ב אות ד' ואות ז' — 14
כלל מ"א סי' ח' — 382
כלל מ"א סי' ט"ז — 369
כלל נ"ה סי' י"ג — 382
כ"ל פ"ב סי' ט"ז — 276

דברי אמת

קונטרס ז' סי' ב' — 369

דברים אחדים

תשובות, אות מ"ג — 73

הפלאה

אה"ע סי' נ"א ס"ק י"ב — 371

" סי' ע' ס"ק כ"ג — 238

" סי' פ' ס"ק כ"ז — 154

" סי' פ' ס"ק כ"ח — 231

" סי' פ' ס"ק ל"ה — 235

" סי' צ"ט ס"ק ז' — 101

" סי' קי"ט סעיף י"ז — 217, 216

" כתובות דף פ"ד — 374

" כתובות דף צ"ז — 303, 110

קונטרס אחרון כתובות סי' פ' — 232, 231

קונטרס אחרון כתובות סי' קי"ד — 151, 149

הרא"ה

כתובות דף נ"ב ע"ב — 221

הרא"מ

שו"ת סי' ל"ז — 74, 73, 72

חמדת שלמה

יו"ד סי' כ"ט — 198

חקרי לב

אור"ח סי' ט"ז, ט"ז, י"ח — 51

" סי' י"ט — 59, 58

הרמ"ך

רמב"ם, הל' איסורי ביאה פרק כ"א הל' כ"ז —

213, 212

חתם סופר

אור"ח סי' י"ב — 42

" סי' י"ג — 61, 56, 55, 47, 42, 41, 36

" יו"ד סי' רכ"ה — 158

" סי' רנ"ג — 203

אה"ע ב' סי' נ"ז — 137

" חלק ו' סי' ע' — 172

" סי' ע"ט (תגהה) — 222

" סי' ק"ג — 330

חומ"מ סי' ד' — 138

" סי' ז' — 155, 153, 152

" סי' ס"א — 48

" סי' קפ"ז — 29

ושב הכהן

שו"ת סי' פ"ז — 30

זכרון יעקב

סי' כג — 172

זקן שמואל

דף כ' — 214, 213, 212

זרע אברהם

סי' ד' אותיות כ"א—כ"ד — 291

סי' י"א — 102, 97, 95, 94, 93, 92, 90

טור

יו"ד סי' רס"ו — 195

" סי' רס"ח — 201, 199

אה"ע סי' נ"ג סעי' ד' — 138

" סי' ס"א — 113, 110

" סי' ע"ג — 237

" סי' ע"ז — 166

" סי' צ"ג ס"ק א' — 238

" סי' צ"ט — 95

" סי' קי"ט — 214

" סי' קנ"ד — 265, 113, 112, 89

חומ"מ סי' י"ד — 10

" סי' ע"ה — 352

" סי' צ"ט — 165

" סי' קנ"ז ס"ק כ' — 371

" סי' רמ"ה ס"ק ד' — 371, 370

חוות יאיר

סי' רב"א — 246

חזון איש

אה"ע סי' ק"ט ס"ק כ"ג — 246

חומ"מ סי' כ"ב — 375

מסכת כתובות דף ס"ד — 136

הוצאת תש"ח סי' כ' אות ה' — 80

חידושי אנשי שם (על המרדכי)

מסכת סנהדרין פרק ג' הלכה תש"ז ס"ק ב' —

13, 12

חיים ושלום

אה"ע סי' ק"ט — 258

חלקת מחוקק

אה"ע סי' י"ז סעיף מ"ח — 70

" סי' מ"ב ס"ק ד' — 323

טורי אבן

חידושים ראש השנה דף כ"ב ע"א — 329

כסף משנה

- הלכות מלכים פרק א' הל' ו' — 52
 הלכות מלכים פרק י' הל' ג' — 202
 הלכות גירושין פרק י"ג — 67
 הלכות בלי מקדש פרק י"ד הל' ב' — 52
 הלכות מכירה פרק י"א הל' ט"ו — 370

לבוש

- חוי"מ סי' ק"ז — 32

לחם משנה

- הלכות אישות פרק י"ד הל' ט"ז — 231
 הלכות מכירה פרק ב' הל' ח' — 369

מבי"ט

- יו"ד סי' שי"ב — 56, 55
 חלק א' סי' רס"ז — 229
 חלק ג' סי' ק"ל — 331

מגיד משנה

- הלכות אישות פרק י"ד הל' ט"ז — 230
 הלכות טוען ונטען פרק ג' — 352
 הלכות זביחה ומתנה פרק ח' — 372, 368
 הלכות מכירה פרק ב' הל' ח' — 369

מגן אברהם

- יו"ד סי' נ"ג — 42

מהר"א ששון

- תשובות נ"ד, נ"ה, נ"ו — 95
 תשובה רכ"ח — 180
 תשובה רל"א — 277, 276

מהר"י בן לב

- תשובות חלק ב' סי' נ' — 33
 חלק א' כלל א' תשובה ב' — 73
 חלק א' כלל א' תשובה ט', י' — 75
 חלק ג' סי' ק"ב — 92, 113
 סי' ס"ג סעיף ק"א — 266
 סי' ס"ג סעיף ל"ג — 320

מהר"י הלוי

- סי' מ"ג — 35

מהר"י ווייל

- סי' קע"ח — 160

- יו"ד סי' רס"ח ס"ק ט' — 199
 אה"ע סי' צ"ב סעיף א' — 361
 " סי' קי"ד — 382
 " סי' ק"ס — 306
 חוי"מ סי' ס' — 149, 148, 151
 " סי' ע"א — 20, 22, 24
 " סי' ע"ה — 27, 28, 30
 " סי' ע"ר — 153, 154

יביע אומר

- חוי"מ סי' ה' אות ח' — 384

די דוד

- סי' ק"א — 212, 216, 217

יד שאול

- עמ' ל"ה-ג' — 285, 286

ים של שלמה

- פרק ט"ו סי' ב' — 66
 מסכת יבמות דף ע"ה ע"א — 245

ישועות יעקב

- חלק אה"ע סי' נ"ג — 159
 " סי' ע"ו — 231
 " סי' פ' — 232
 " סי' קי"ד — 155

ישועות ישראל

- חוי"מ סי' י"ד (בעין משפט ס"ק י"ד) —
 9, 15, 16

כנסת הגדולה

- או"ח סי' נ"ג הגב"י — 53
 אה"ע סי' א' הגב"י אות ס"ה — 180
 " סי' י"ז ס"ק קע"ב — 76, 77, 98
 " סי' מ"ב הגב"י אות כ"ה, אות קע"ט —
 319
 " סי' קנ"ד הגהות הטור מ"ג — 92
 חוי"מ סי' כ"ה אות פ"ב — 223
 " סי' ל"ד אות ס"ג — 319

כסא אליהו

- חוי"מ סי' צ"ה (קונטרס אחרון) — 167

כסף הקדשים

- חוי"מ סי' ע"ה סעיף ט' — 28, 32

מהרש"ט

חלק אה"ע סי' ט"ז —	325
סי' כ"ז, כ"ח —	247
סי' ל"ה —	330
סי' מ"א —	330
סי' קי"ג —	109
סי' קל"ט —	77, 76

מהרש"ך

חלק א' שאלה ל"ב —	346
חלק א' סי' קט"ז —	220
חלק ג' סי' מ"ב —	92

מהרש"ט

סי' כ"ב —	377
-----------	-----

מהרש"ק

שורש ע"ב —	266
שורש ק"ה —	257

מהרש"ל (ים של שלמה)

מסכת בבא קמא פרק ח' סי' כ"ג —	323, 322, 321
בבא קמא פרק י"י סי' י"ד —	15, 11
ש"ת סי' כ"ה —	331

מהר"י קצבי

סי' י"ד —	216, 215, 214, 213, 211
-----------	-------------------------

מהרש"ם

חלק א' סי' ק"מ —	207, 206
חלק א' סי' ק"ס —	331
חלק ג' סי' רפ"ב —	239
חלק ה' סי' כ"ח —	348
(משפט שלום) סי' קצ"ח —	376

מהרלב"ח

תשובות סי' ל"ג —	113, 97, 96, 92, 89
תשובות סי' פ"א —	95

מהר"ם אלשקר

סי' מ"ח —	329
-----------	-----

מהר"ם מלובלין

סי' ס"ד —	329
-----------	-----

מהר"ם מפדואה

סי' ל"ז —	324
-----------	-----

מהר"ם מרוטנברג

סי' תתקמ"ב —	159, 158
ש"ת, ד"ה צץ המטה —	175

מהר"ם שיק

מסכת כתובות דף צ"ז —	111, 110
----------------------	----------

מהרש"א

מסכת כתובות דף צ"ז —	111
----------------------	-----

מהרשד"ם

יו"ד סי' פ"ה (מגן אברהם סו"ס נ"ג) —	53, 42
אה"ע סי' כ"ג —	381
סי' נ"ד —	77
ח"מ סי' ל"ה —	13
סי' פ' —	29, 28
סי' ש"פ —	375, 289, 288
סי' ש"צ —	165

מסכת יבמות פרק האשה בתרא סי' צ"ב —	71
כתובות פרק שני דיני גזירות —	238
בבא בתרא חוקת הבתים סי' תקכ"ח —	321
סנהדרין פ"ק ג' הלכה תש"ז —	12

משאת בנימין

סי' כ"ו —	48
-----------	----

גימוקי יוסף

מסכת כתובות דף צ' ע"ב — 230, 231
 בבא בתרא דף קמ"א ע"ב — 378

משיב דבר

חלק ד' סי' ע"ו — 114

משיבת נפש

חלק א' סי' מ"ג — 330

נקודות הכסף (ש"ך)

יו"ד סי' ש"ה — 203

נתיבות המשפט

חידושים סי' מ"ג ס"ק כ' — 35
 על רבינו ירוחם דף רכ"ה — 86
 דף רס"ג — 308
 חו"מ סי' קצ"ו ס"ק ל"א — 345
 " סי' ר"א — 375
 " סי' ר"ו ס"ק א' — 370

משנה למלך

הלכות גירושין פרק י' הל' ד' — 79
 הלכות מלוה ולוה פרק ד' הל' ו' — 323, 100
 הלכות זכיה ומתנה פרק י' — 157
 הלכות מכירה פרק י"א — 381
 הלכות מעשר פרק ז' הל' ד' — 185
 הלכות איסורי ביאה פרק כ"א הל' כ"ז — 216

סמ"ג

לאוין קכ"ה — 212

משפטים ישרים (ר"ש גאון)

סי' ל"ו — 111, 112

סמ"ע

טוחו"מ סי' ס' ס"ק ט"ו — 148
 " סי' ע"א — 20, 24
 " סי' ק"ז — 32
 " סי' ק"ח ס"ק ה' — 275
 " סי' קכ"ו — 48
 " סי' רמ"ו ס"ק מ' — 379
 " סי' ע"ר ס"ק ב' — 153

נאות דשא (לבושי שרד)

אה"ע סי' קל"ב — 207
 חלק א' — 287

נודע ביהודה

מהדורא קמא סי' א' — 172
 מהדורה קמא סי' ט"ו — 188
 מהדורה תנינא או"ח סי' ס"א — 323
 מהדורא תנינא אה"ע סי' צ' — 14
 מהדורה תנינא אה"ע סי' קנ"ו — 320
 חו"מ סי' ב"ה—כ"ה — 127
 מהדורה תנינא סי' ל"ב — 130
 מהדורה תנינא חו"מ סי' ל"ו — 281, 282
 מהדורה תנינא סי' מ"ז — 127
 מהדורה תנינא סי' פ"ט — 266
 מהדורה תנינא סי' צ"ה — 150

ספר החנוך

מצות שמ"ג — 378

ספרי

דברים פרשת עקב — 315
 שופטים י"ז — 52, 53

עדות ביהוסף

סי' י"ט, כ"ב — 14

עזרת יהודה

סי' מ"ב — 71

עין יצחק

חלק א' סי' כ"ד אות ל"ב — 110, 112
 חלק ב' סי' ג"ז אות ה' — 113

נחל יצחק

חלק א' סי' ל"ה ענף ז' — 330
 סי' מ"ג ס"ק ד' — 35
 סי' ס"א — 383
 סי' ע"ה — 352

נחלת דוד

סי' כ"ו — 245

ערוך השולחן

יו"ד סי' רס"ז סעיף ח' — 195
 אה"ע סי' י"ז אות רכ"ט — 66
 " סי' י"ז אות ר"ל — 67

נחלת שבעה

תקנת מהר"ם — 22, 23

כרך ה' עמ' 27 — 95
 " " עמ' 117 — 321
 " " עמ' 208 — 137
 " " עמ' 240 — 107
 " ו' עמ' 322 — 289
 " ז' עמ' 214 — 258
 " " עמ' 345 — 14
 " " עמ' 353 — 353
 " ס' עמ' 95 — 107
 " " עמ' 182 — 247

פרח מטה אהרן

חלק ב' סי' י"ז — 212
 שאלה ח' — 372
 שאלה ט' — 369

פרישה

טור אה"ע סי' ע"ו — 231

פרי חדש

אה"ע סי' ק"ט — 216, 214, 213, 212, 211

פרי מגדים

או"ח ח"ב סי' ד"ה — 204

פתח הבית

סי' ל"ח ענף ג' — 373, 372, 370

פתחי תשובה

אה"ע סי' ד' ס"ק ל"ז — 322
 " סי' ה' ס"ק ה' — 248
 " סי' י"ז ס"ק י"ג — 81
 " סי' י"ז ס"ק ל"ג — 77, 76
 " סי' מ"ב ס"ק ג' — 325
 " סי' נ"ג ס"ק ז' — 111
 " סי' ע"ד ס"ק י' — 357
 " סי' פ"ו ס"ק ב"ד — 339
 " סי' צ"ט ס"ק ב' — 95
 " סי' צ"ט ס"ק ז' — 336, 335
 " סי' קי"ז ס"ק ה' — 179
 " סי' קל"ד ס"ק ט' — 128
 " סי' קנ"ד ס"ק י"ח — 86
 " סי' קנ"ד ס"ק י"ט — 266
 " סי' ר"א — 191
 " סי' ר"א ס"ק א' — 288
 " חו"מ סי' ל"ד ס"ק מ' — 321
 " סי' ט' ס"ק ג' — 381, 360
 " סי' ט"ט ס"ק ד' — 23, 22, 18

חו"מ סי' ס' אות ב' — 381
 " סי' ע"א סעיף א' — 24
 " סי' ע"ה — 31, 30
 " סי' רמ"ה — 375

ערך השולחן (הספרדי)

חו"מ סי' ט' סעיף ה' — 379, 368
 " סי' ל"ו ס"ק ו' — 330
 " סי' ס' סעיף י"ד — 381

סאת נגב

אה"ע סי' י"ד — 257

פחד יצחק

מערכת קידושין — 329

פני יהושע

מסכת יבמות דף צ' ע"א — 197, 196
 " יבמות ריש פרק האשה — 300
 " כתובות דף י"א ע"א — 197
 " כתובות דף צ"ז — 111

פני יצחק

חלק א' סי' י"ג — 331
 חלק ב' דף ס"ט ע"ד — 330

פני משה

חלק ב' סי' ק"ה — 330
 חלק ב' סי' קי"ז — 260

פנים מאירות

חלק א' סי' ט' — 28

פסקי דין של בתי הדין הרבניים

כרך א' עמ' 74 — 111
 " " עמ' 201 — 361
 " " עמ' 214 — 359
 " ב' עמ' 130, 132 — 259
 " " עמ' 138 — 258
 " " עמ' 157 — 322
 " ג' עמ' 18, 81 — 14
 " " עמ' 44 — 298, 297
 " " עמ' 47 — 111
 " " עמ' 55 — 303
 " " עמ' 82, 84, 89 — 107
 " " עמ' 368 — 289
 " ד' עמ' 161 — 111
 " " עמ' 302 — 381

הלכות איסורי ביאה פרק כ"א הל' כ"ו —

213, 212

גירושין פרק י"ג — 66

מעשרות פרק ז' הל' ה', ו' — 189

כלי המקדש פרק ד' הל' ט"ו, כ', כ"א —

52, 51.

פסולי המוקדשין פרק א' הל' א' — 290

גזילה ואבידה פרק י' הל' י"א — 276

מכירה פרק ב' הל' ח' — 369

מכירה פרק ד' הל' י"א — 370

מכירה פרק ה' הל' י"א — 126

מכירה פרק כ' הל' ה' — 340, 339

מכירה פרק כ"ג הל' י"ב — 126

חובל ומזיק פרק ד' הל' י"ד, ט"ו — 224

מלוה ולוה פרק ב' הל' א' — 164, 163

מלוה ולוה פרק כ"ב הל' ד' — 176

סנהדרין פרק ו', ו' — 9

סנהדרין פרק י"ז הל' ה' — 178

סנהדרין פרק י"ח סוף — 322

סנהדרין פרק כ"א הל' א' — 315

סנהדרין פרק כ"ה הל' י"א — 176

עדות פרק י"א הל' ג', ד' — 320

עדות פרק י"א הל' ה' — 330

מלכים פרק א' הל' ו' — 52

רמב"ן

על התורה ויקרא א' ב' — 287, 286

מסכת יבמות דף מ"א ע"ב — 309

יבמות דף מ"ח ע"א — 195

כתובות דף ג"ד — 135, 134

נדרים דף כ"ו — 378

בבא בתרא דף ב' — 379, 377

בבא בתרא דף ה' ע"ב (מלחמות) —

277, 276

בבא בתרא דף קע"ה ע"ב — 380

רמ"ע

שו"ת סי' פ"ח — 14

ר"ן

מסכת שבת פרק חבונה — 54

כתובות דף כ"ז ע"ב — 213, 212, 211

כתובות סוף נערה שנתפתה — 95

כתובות דף פ"ו — 380

נדרים דף כ"ז ע"ב — 378, 368

קידושין דף ג"ב — 134, 133

קידושין דף ו"ט — 133, 132

סי' רמ"ה — 44, 43

סי' ש"א — 95

סי' ש"ס — 216

סי' שע"ו — 73

סי' ת"פ — 154

סי' תפ"ד — 163

ריטב"א

מסכת יבמות דף ז' ע"א — 196

כתובות דף י"א ע"א — 197, 195

דף כ"ז ע"ב — 212

דף מ"א ע"ב — 309

דף נ"ב ע"ב — 222, 213

דף נ"ז ע"א — 309

דף צ' ע"ב — 230

גיטין דף ל"ה ע"ב — 180

בבא בתרא דף קמ"א ע"ב — 378

רי"ף

מסכת כתובות דף נ"ד — 134, 133

בבא קמא דף קי"ח — 27

ריצב"א

מסכת בבא בתרא דף כ"ב ע"ב ד"ה „זאת” — 10

תוספות יבמות דף ס"ה ע"ב — 112, 87

תשובות מיימוניות סי' נשים סי' ו' —

112, 103, 97, 92, 91, 90, 89, 88

רמ"א

שו"ת סי' ס' — 149

שו"ת סי' ק"ח — 13

רמ"ה

מסכת בבא בתרא דף ג' ע"א — 371

רמב"ם

פירוש המשניות תרומות פ"א מ"ב — 204

פירוש המשניות כריתות פרק א' — 59

הלכות תלמוד תורה פרק ו' הל' י"ד — 218, 176

אישות פרק ד' הל' י' — 246

אישות פרק ט' הל' ל"א — 324

אישות פרק י' הל' ב' — 10

אישות פרק י' הל' י' — 87

אישות פרק י"ד הל' ט"ו — 229

אישות פרק כ"א הל' י' — 232

איסורי ביאה פרק י"ג הל' א"ד' — 198

איסורי ביאה פרק י"ג הל' י"ז — 198

רש"י

- מסכת יבמות דף מ"ח ע"א — 195
 " יבמות דף פ"ט ע"ב — 267
 " כתובות דף כ"ו ע"ב — 211
 " כתובות דף פ"ג ע"ב — 360
 " כתובות דף פ"ו — 380
 " כתובות דף צ"ו ע"ב — 298
 " כתובות דף ק"ד — 367
 " גיטין דף ל' — 189
 " גיטין דף מ"ז ע"ב — 185
 " קידושין דף ו' ע"א — 49
 " קידושין דף ס"ד ע"ב — 319
 " בבא קמא דף מ"ו ע"ב — 267
 " בבא קמא דף קי"ב — 176
 " בבא מציעא דף י"ב — 298
 " סנהדרין דף ל"א ע"ב — 9, 10, 15, 16
 " כריתות דף ה' — 58

ש"ב שמעתתא

- שמעתתא א' סעיף כ"א — 320
 שמעתתא ו' פרק ח', ס' — 245

שבות יעקב

- חלק א' סי' ק"א — 114
 חלק א' סי' ק"ח — 235
 חלק ב' סי' קמ"ה — 30
 חלק ג' סי' ק"י — 81, 82
 חלק ג' סי' קמ"ב — 149
 סי' קי"ט — 217

ש"ב בנימין

- סי' ש' — 257, 258, 259

שדה יהושע

- מסכת גיטין דף ק"ו ע"א — 212

שדי חמד

- מערכת חזקה סי' ז' אות מ"א, מ"ב — 55
 מערכת האלף — 245
 מערכת אלף כללים אות קכ"ג — 319
 מערכת אלף כללים אות קס"ט — 319
 מערכת גט סי' ל' אות ו' — 320
 כרך א' מערכת אלף כלל שנייה — 321, 323

שואל ומשיב

- מהדורא קמא חלק ב' סי' קל"ד — 28
 מהדורא קמא חלק ג' סי' מ"א — 31, 33
 מהדורא תנינא חלק א סי' נ"ג — 28

מסכת קידושין דף ס"א ע"א — 247

תשובה סי' ג' — 73

רעק"א (רבי עקיבא איגר)

- תשובות סי' ק' — 330
 " סי' קכ"ג — 81, 80
 " סי' קכ"ד — 80, 79, 65
 " סי' קכ"ה — 81, 80
 " סי' קל"ל — 81
 " סי' קל"ד — 288
 " סי' ק"ב — 93
 " התחדשות סי' נ"א — 110, 112
 " מהדורא תנינא סי' נ"ה ס"ק י"א — 326
 " מהדורה תנינא סי' נ"ה, נ"ו — 326
 " מהדורה תנינא סי' ע"ד — 258
 חידושים חו"מ סי' ס"ט סעיף ב' — 18
 דרוש וחידוש חלק א' — 308
 פסקים סי' קמ"ו — 161, 162
 הגהות אה"ע סי' מ' — 132
 " " סי' נ"ג סעיף ד' — 138
 " " סי' נ"ו סעיף ג' — 308
 " חו"מ סי' פ"ב סעיף י"א — 276
 " " סי' ר"א — 191

רשב"א

- תשובות אלפיים סי' תתק"מ — 10, 11
 " אלף סי' רנ"ה — 113
 " חלק ב' סי' ר"ל — 320
 " חלק ב' סי' שצ"ו — 230
 " חלק ד' סי' רע"ג — 329
 " סי' ע"ז (מיוחסות לרמב"ן) — 349
 חידושים יבמות דף מ"א ע"ב — 309
 " כתובות דף י"א ע"א — 195
 " גיטין דף ל"ה ע"ב — 180
 " בבא קמא דף ק' ע"ב — 375
 " בבא קמא דף קי"ב — 176
 " בבא בתרא דף קמ"ה — 136
 תולדות אדם סי' ב' — 371

רשב"ם

- מסכת בבא בתרא דף קכ"ג — 191
 " בבא בתרא דף קל"ד — 319
 " בבא בתרא דף קל"ה ע"ב — 128

רשד"ם

- יו"ד סי' ק"ד — 158

אה"ע סי' קנ"ד סעיף ז' —

266, 265, 106, 105, 90

סי' ק"ס סעיף א' — 305

חור"מ סי' י"ב סעיף ב' — 29

סי' י"ד סעיף ה' — 8

סי' כ"א — 134

סי' כ"ד — 339

סי' כ"ד סעיף א' (רמ"א) — 267

~~סי' כ"ד סעיף ב' — 137~~

סי' ל"ד סעיף י"ח — 330

סי' מ' סעיף א' — 370

סי' מ"ה סעיף ג' — 349, 94

סי' ס' סעיף ג' — 359, 148

סי' ס"א — 48

סי' ס"א סעיף ט' (רמ"א) — 368

סי' ס"א סעיף י"ג — 94

סי' ס"א סעיף ט"ז — 383

סי' ס"ו סעיף ו' — 370

סי' ס"ט סעיף ה' (רמ"א) — 278, 275

סי' ע"א סעיף א' — 20

סי' ע"א סעיף ז' — 20

סי' ע"ג סעיף ו' — 236

סי' ע"ה סעיף ט' — 32, 29, 27

סי' ע"ה סעיף כ"ג — 352, 32

סי' פ"ב סעיף ב' — 21

סי' צ"א סעיף ה' — 185, 32

סי' צ"ב סעיף ט' — 233

סי' צ"ה — 176

סי' צ"ו סעיף ט"ו — 163, 162

סי' צ"ח סעיף א' — 367

סי' צ"ט — 164

סי' ק"ו — 32

סי' ק"ה סעיף א' (רמ"א) — 275

סי' ק"ה סעיף ה' — 26

סי' קכ"ו סעיף ה' — 48

סי' קכ"ט (רמ"א) — 375

סי' קנ"ג סעיף ב' (רמ"א) — 369

סי' קנ"ו סעיף י"א — 276

סי' קע"ז סעיף ג' — 157

סי' קע"ז סעיף י"ד — 345

סי' ר"ג — 127, 126

סי' ר"ו סעיף א' (רמ"א) — 380

סי' ר"ט סעיף ד' (רמ"א) — 126

סי' ר"י סעיף ג' — 126

סי' רכ"א סעיף ד' — 340

סי' רכ"ה סעיף ג' — 382

סי' רמ"ה (רמ"א) — 371

סי' רמ"ו (רמ"א) — 379

חלק ב' סי' י"ז — 50

חלק ב' סי' ל"ג — 46, 45

חליתא חלק א' סי' רע"ה — 330

שולחן ערוך (ורמ"א)

יו"ד סי' ר"ח סעיף א' — 360

סי' רל"ב — 156

סי' רמ"ה סעיף כ"ב (רמ"א) —

53, 47, 41, 36

סי' ר"ע — 305

סי' רנ"ב סעיף ב', ג' — 224

סי' רנ"ב סעיף י"ב — 224

סי' ר"ס סעיף ה' — 166

סי' רס"ו סעיף ו' — 196, 195

סי' רס"ח סעיף ז' — 202

סי' רס"ח סעיף ח' — 196, 195

סי' שמ"ה — 223

אה"ע סי' א' — 178

סי' ט"ו — 197

סי' י"ז סעיף מ"ח — 69, 66, 65

סי' י"ז סעיף ב' (רמ"א) — 65

סי' כ"ה — 325

סי' כ"ה סעיף י"ט — 329

סי' מ"ב סעיף א' — 328

סי' מ"ב סעיף ב' (רמ"א) — 323

סי' מ"ב סעיף ה' — 320

סי' נ"א (רמ"א) — 371

סי' ע' — 109

סי' ע' סעיף ז' — 238, 237

סי' ע"ד סעיף י' (ורמ"א) — 357

סי' ע"ז סעיף ג' (רמ"א) — 247

סי' ע"ז סעיף ז' — 229

סי' ע"ט סעיף א' — 220

סי' פ' סעיף ט"ו (רמ"א) — 235, 231

סי' פ"ב סעיף ה' — 234

סי' פ"ג — 224

סי' פ"ה סעיף ז', ח' — 95

סי' פ"ו — 347

סי' פ"ז סעיף כ"ד — 339

סי' צ"ב סעיף א' — 361

סי' צ"ג סעיף א' — 238

סי' צ"ט סעיף ב' (רמ"א) — 95

סי' ק"א סעיף ד' — 368

סי' קי"ז סעיף ב' — 86

סי' קי"ט — 214

סי' קי"ס סעיף ח' (רמ"א) — 218

סי' קל"ד סעיף ד' — 138, 126

סי' קל"ד סעיף ה' — 128

סי' (ס"ד) 3 — 127

מסכת יבמות דף ס"ד ע"א — 245

דף ס"ה ע"ב — 87

דף ע"ה ע"א — 244

דף צ' ע"א — 196

דף צ"ד ע"ב — 79

כתובות דף ב' — 136

דף י"א ע"א — 199, 195

דף י"ט — 245

דף כ"ז ע"ב — 211, 210

דף מ"ג ע"א — 301, 162, 154

דף מ"ז ע"ב —

132, 222, 223, 305

דף נ"ב ע"ב — 320

דף נ"ד — 133, 131

דף נ"ח ע"ב — 306, 304

דף ס"א ע"א — 358

דף ע' ע"א — 245

דף פ"ג ע"ב — 360

דף צ"ג ע"ב — 381

דף ק"א ע"ב — 374

דף ק"ג — 55

דף ק"ד — 367

גדרים דף כ"ז — 379

גיתין דף ו' ע"ב — 370

דף ע"א ע"ב — 205, 204

קידושין דף ו' ע"א — 49, 48

דף נ"ט ע"א — 132

דף ס"ה ע"א — 327

בבא קמא דף מ"ז ע"ב — 267

דף פ' — 383

דף קי"ב — 176, 175

בבא מציעא דף י"ב ע"ב — 306, 298, 297

דף נ"ב ע"א — 32, 28, 27

דף ע"א ע"ב — 196

דף ע"ה — 164, 163

דף צ"ד ע"א — 373

בבא בתרא דף ה' ע"א — 277, 276

דף ו' ע"ב — 361

דף ח' ע"ב — 223

דף ע' ע"ב — 277

דף קל"ב — 383

דף קל"ח ע"ב — 128

דף ק"מ ע"ב — 368

דף קמ"א ע"ב — 377

דף קמ"ג ע"א — 126

דף קמ"ה — 135

דף קמ"ט ע"ב — 370

סנהדרין דף ל"א ע"ב — 16, 15, 9

חול"מ ס' רנ"ג סעיף ב' — 369

ס' ע"ר סעיף ב' — 153

ס' שע"ה סעיף ט' — 276

ס' תכ"ד — 224

שיטה מקובצת

מסכת כתובות דף י"א ע"ב — 202, 200

כתובות דף פ"ג ע"ב — 360

כתובות דף פ"ז — 380

כתובות דף צ"ז — 309, 308, 111

בבא קמא דף מ"ז ע"ב — 268

בבא קמא דף קי"ב — 175

בבא מציעא דף י"ב ע"ב —

309, 303, 302, 300, 297

ש"ך

יו"ד ס' רס"ח — 199

חול"מ ס' כ"א — 134

ס' ל"ג — 330

ס' ע"א — 24, 21, 20

ס' ע"ג ס"ק ל"ד — 236

ס' ע"ה ס"ק ז' — 29

ס' ע"ה ס"ק כ"ז — 34

ס' ע"ה ס"ק פ' — 352

ס' ע"ז ס"ק י"ח — 347

ס' פ"ב ס"ק י"ט — 234, 233

ס' פ"ח ס"ק י"ב — 340

ס' צ"א ס"ק כ"ה — 32, 29

ס' צ"ב ס"ק י"ד — 233

ס' ק"ה ס"ק ח' — 276

ס' קל"ב ס"ק כ"ו — 30

ס' רמ"ה ס"ק ט"ו — 47

שם משמואל

יו"ד ס' ש"ב — 50, 49

שמחת יו"ט

ס' ו' — 57, 56

שם הגדולים

ערך, תוספות — 91

ש"ס (תלמוד בבלי)

מסכת ברכות דף כ"ה ע"א — 46

תרומוות פרק א' משנה ב' — 204, 203

יומא דף ע"ב ע"ב — 52, 42

דף פ"ה ע"ב — 46

יבמות דף ט"ז ע"א — 46

מסכת יבמות דף ג"ח ע"א — 306
 " " דף ס"ד ע"א — 245
 " " דף ס"ה ע"א — 246
 " " דף ס"ה ע"ב ד"ה „כ"י" —
 102, 101, 91, 88, 87

" כתובות דף ט' ע"ב — 111
 " " דף כ"ז ע"ב — 211
 " " דף מ"ז ע"א — 301, 300
 " " דף נ' ד"ה „ומאי" — 222
 " " דף נ"ד ע"ב ד"ה „אעפ"י" — 373
 " " דף נ"ז ע"ב — 288
 " " דף ס"ז ע"א ד"ה „מצאנה" —
 301, 300, 299

" " דף ע' ע"א — 245
 " " דף ק"ב ד"ה „אליבא" — 375
 " " דף ק"ז ע"ב — 307
 " " גדרים סוף — 99, 91
 " " גיטין דף ג"ה ד"ה „כל" — 224
 " " קידושין דף ח' ע"ב — 373
 " " בבא קמא דף כ"ז ע"א — 9
 " " " דף כ"ז ע"ב — 245
 " " בבא מציעא דף י' ע"א ד"ה „והא" —

133
 " " דף י"א ע"א ד"ה „עישור" —
 185
 " " דף צ"ז ד"ה „והלה" —

34, 33, 31
 " " בבא בתרא דף קכ"ג ע"ב ד"ה „הכא" —
 185

" " דף קל"ג — 189
 " " סנהדרין דף ג' ע"ב — 245
 " " דף ל"א ע"ב ד"ה „ווציא" — 9
 " " דף ס"ח ע"ב — 196, 195
 " " בכורות דף י"ח ע"ב — 375

תוספות יום טוב

תשובות גאוני בתראי סי' י' — 71

תוספות רי"ד

מסכת כתובות דף י"א ע"א — 202
 " קידושין דף ג' ע"א — 137

תורת כהנים

פרשת שמיי — 53, 52

תלמוד ירושלמי

מסכת כתובות פרק הנושא — 154
 " " פרק אחד עשר — 304, 230

מסכת שבועות דף ל"ט — 340
 " עבודה זרה דף ל"ז ע"ב — 197
 " הוריות דף ו' ע"א — 290
 " " דף י"א — 58
 " שמחות פרק ב' הל' י"ד — 214, 212
 " כריתות דף ה' — 58
 " מנחות דף ע"ג ע"א — 46
 " בכורות דף ג"ז ע"ב — 287

שער אשר

אה"ע סי' כ"ז — 77

שער המלך

חופת חתנים סעיף ד' — 112, 111, 88
 הלכות מקואות כלל ג' — 320

שער המשפט

ח"מ סי' ס' — 158
 " סי' ע"א סעיף א' — 20, 23, 33
 " סי' ע"ה ס"ק ו' — 31
 " סי' ע"ה ס"ק ס' — 34
 " סי' ע"ט ס"ק ב' — 34
 " סי' ק"ח ס"ק ד' — 276, 275

שערי יושר

שער ג' פרק ג' — 245
 שער ה' פרק ב' — 380

שרידי אש

חלק ב' סי' ק"ט — 200, 198
 חלק ב' סי' ק"ב"ק"ג — 199

תומים

ח"מ סי' ל"ד ס"ק י"א — 329
 " סי' ל"ז ס"ק י"א — 329
 " סי' מ"ג ס"ק ו' — 35
 " סי' ס' — 152, 153, 155, 224
 " סי' ע"ה ס"ק כ"א — 27, 33
 " סי' פ"ז ס"ק כ"ז — 321
 " סי' צ"ז ס"ק י"ג — 163
 " סי' ק"ה — 276

תוספות

מסכת מועד קטן דף י"ד ד"ה „ואי" —

178, 177, 175
 " יבמות דף מ"א ע"ב ד"ה „עמד" —
 298, 299, 307
 " " דף מ"ז ע"ב ד"ה „דרבי יוסי" —
 199

פסקים סי' ר"י — 324

שאלה שכ"א — 160

תשב"ץ

חלק א' סי' צ"ד — 380

חלק ב' סי' קל"א — 158

חלק ב' סי' רצ"ב — 221

חלק ג' סי' ר' — 320

תשובות הגאונים

תורתם של ראשונים סי' י"ט — 85, 89

תשובות מימונית

ספר נשים סי' ר' — 91, 88

ספר משפטים סי' ס"ז — 369

מסכת גיטין פרק הזורק הל' ט' — 211

" בבא מציעא פרק א' — 303, 304

תקנות הדיון תש"ך

תקנה ק"ח — 14

תקנה קל"ט — 314

תקנות ירושלים (מזבח אדמה דף ל"ו) — 59

תקפו כהן (תומים)

סי' כ"ה — 111

תרומת הדשן

פסקים סי' קכ"ח — 46, 44

אבן העזר סי' קל"ד סעיף ד' — 138, 139

ג. תוכן הענינים

אגודה

אין רשות למנהלי אגודה שנוסדה לצרכי
צדקה לסטות מן התקנון 184, 182

חברים שפרשו מהאגודה והטוענים שחזרו
אליה חייבים להוכיח טענתם 184, 182

מתן עזרה לכמה אנשים של הקבוצה שפרשה
אין בו הוכחה שהקבוצה חזרה להיות
חברה באגודה 185, 183

עניים שקבלו כמה פעמים תמיכה מן האגודה
אינם יכולים לדרוש שימשיכו לתת להם
185, 183

מנהלי האגודה אינם יכולים להתחייב לתת
הקצבה בדרך קבע לאנשים שתקנון
האגודה מרשה לתת להם רק במקרה
שיש צורך מיוחד בזה 185, 183

מתן תמיכה ליחידים השייכים לכולל אינו
מקנה זכות לכולל לתבוע התמיכה 186

אגודה כמו „ועד הכללי" חייבת לציין
בטופסיה את שמות הכוללים המאוגדים
בה 187, 186

אומדנה

המוכר נכסיו ולפני המכירה גילה דעתו
שהוא מוכר משום שרוצה לעלות לישראל
ואחר כך איננו יכול לעלות מחמת אונס
יש כאן אומדנה שאדעתא דהכי לא רצה
למוכר 131

אך אם הוא אינו רוצה לעלות פועלת
אומדנה לטובת הקונה שאיננו רוצה

שתוקף המכירה יהיה תלוי ברצונו של
המוכר 131

התחייבות שניתנה בהסכם גירושין האומדנה
היא שכל עוד שלא התקיימו הגירושין
אין לבצע את ההתחייבות 131

כתב כתובה גדולה לארוסתו ומת לפני
הנישואין אינה גובה אלא מאתיים וזו
שאומדנה היא שכתב לה תוספת כתובה
רק על מנת לכונסה, אף אם לא חתנה
זאת במפורש 132, 131

כתב לה אביה נדוניא ומתה בעודה ארוסה
מחלוקת הפוסקים אם האומדנה היא
שהאב רצה שיוכה הבעל מיד או להיפך
שהאומדנה היא שרצה ליהנות את הבעל
רק כאשר גם הבת תהנה 132

בתוספות כתובה האומדנה היא שזמן
ההתחייבות הוא רק לאחר הנישואין ואם
מת או גירשה לפני כן פטור 135, 134

בעל שנתן בגדים לאשתו האומדנה שנתן
לה רק כדי שתעמוד בפניו היא אומדנה
בהגבלת קנינה אך היא זוכה בבגדים מיד
ולכן אם גירשה בעל כרחא אינה חייבת
להחזיר לו את הבגדים 135

במכר, הנימוק הוא קבלת הכסף כתמורה
ולא מהני אומדנה אחרת לבטל המקח
137

כשמחלה כתובתה משום שרוצה להתגרש
יש אומדנה ברורה שמחלה רק אם תתגרש
137

לבטל התחייבות אשר נעשתה ללא תנאי

והסתייגות 159

לא אמרינו אומדנה לבטל המתנה אלא

אומדנה הברורה אבל מספיקא לא אמרינו

אומדנה 160

שכיב מרע שהקדיש או הפקיר או חילק

לעניים את כל נכסיו ועמד מחליו האם

מתבטל המעשה שעשה? 159, 160

ספק אומדנה מהני אם יש חזקת ממון 160

האומדנה היא דלא עביר איניש דיהיב כל

נכסיו לאחריו 161

אך בהקדש אנו מסופקים דילמא גמר ומקני

בכל אופן שהוא 161

ספק הנוצר בעצם האומדנה אין היא מבטלת

ההתחייבות או הקנין 161

כאשר הספק הוא צדדי, כגון ספק בכוונתו

של המקדיש אין להוציא מן המוחזק 161

בהתחייבות האב לפרנס את הבן אין אומדנה

ברורה שדעתו היתה רק עד שהבן יתחיל

להרויח 161

אדם זר שפרנס יתום האומדנה היא שפרנסו

בתורת צדקה או מתנה 162

אומדנה היא שהאב רוצה בהרווחה של הבן

או הבן ולכן חלה ההתחייבות לפרנסם

גם כשהם מרוויחים 162

אין לחלק בין בן עני לבן עשיר לגבי

התחייבות האב לפרנסו אלא אם גילה

דעתו שהוא עושה זאת בגלל עניו 162

כאשר היו קידושין גמורים אין הולכין בתר

אומדנה 325

אם הכל ידעו שהחופה היתה לשם הלצה

כאשר ניתנה התחייבות ללא זמן מוגבל

האומדנה, שכוונת המחייב היתה רק לעת

הצורך של המקבל יש בכוחה לבטל את

ההתחייבות כאשר עת הצורך עברה 149

אך אם התחייב לזמן קצוב הואיל

וההתחייבות היא ללא כל תנאי מחלוקת

הפוסקים אם יש בכוחה של האומדנה

לבטלה 149, 151

התחייב לפרנס את בנו וכלתו ומת הבן

מתבטלת ההתחייבות בגלל האומדנה שלא

התחייב במקרה כזה 152

אשה שפסקה, או אביה שפסק, לחתן ומתה

אומדנה היא שפסקו על מנת שתהנה 152

התחייב אדם לתת מתנה לחברו וירד מנכסיו

האם קיימת אומדנה שאילו ידע שמצבו

יהיה כך לא היה מתחייב?

155, 156, 158

אין מחייבים אדם למכור ביתו וכל תשמישיו

כדי לעמוד בהתחייבותו כי אדעתא דהכי

לא התחייב 156

אומדנה מבטלת התחייבות אם היא תלויה

ברעת הנותן 157

אם היא תלויה ברעת הנותן והמקבל אין

אומדנה מצד הנותן בלבד מבטלת את

ההתחייבות 157

נדוניא לחתנים תלויה גם ברצון המקבל

שארעתא דהכי הוא מסכים לנישואין 157

התחייב לתת נדוניא לבתו וירד מנכסיו

אין הוא חייב למכור ביתו כדי לעמוד

בהתחייבותו כי ידוע לכל שאין אדם לן

בחוצות ומשיא את בתו 158

אומדנה שאינה ודאית ומוחלטת ושיקול

הדעת נוטה לכאן ולכאן אין בכוחה

„אשלם“ ואושר בבית הדין אין בזה משום
379 אסמכתא

התחייבות בדבר שאין לו קצבה לא מהני
379 כי זו אסמכתא

בזיון בית הדין

האם בית דין מנדין למאן דלא ציית דינא
אף כשבעל הדין השני לא דורש זאת?
175

האם בית הדין יכול לכוף אדם לציית לדינא
בלי שבעל הדין יבקש זאת?
175

שלחו לו ולא בא מנדין אותו ומחכים תשעים
יום
176, 175

אם בא לדין קורעים את הנידוי
176

מבטלים הנידוי על שלא ציית דינא כאשר
הוא אומר שיקיים את הדין
176

אך הנידוי על שלא בא לדין לא מבטלים
עד שיבוא לבית הדין
176

נידוי על דלא ציית לדינא הוא משום בזיון
כבוד בית הדין
176

החסדר של נידוי שלושים עד תשעים יום
הוא רק כשאומר „אבוא ואביא ראיה“
176

אמר „אינני בא לבית דין“ מנדין אותו מיד
176

כתבו אדרכתא מתירין לו את הנידוי
כפייה לקיים פסק הדין נעשית על ידי
ירידה לנכסיו ולא דרך נידוי
176

הודיע שלא יבוא לבית הדין כותבים
אדרכתא מיד (במלוה בשטר)
176

הבטיח להביא עדותו ולא בא יש בזה משום
בזיון בית הדין
178

בלי ברכה ובלי כתובה הרי זה אומדנה
דמוכת טובא שזה היה לשחוק בעלמא
325

אם מבורר באומדנה דמוכת דהקידושין היו
לשם שחוק, אין כאן ידיעה של העדים
שהיתה נתינה לשם קידושין
326

במקום שהאומדנה היא שהאיש לא התכוון
לשם קידושין אין כל חשש למעשה
הקידושין
326

אין הולכים בענין קידושין אחר אומדנות
המוכיחות שלא נתכוונו לשם קידושין
328

משום חומרא דאשת איש אין לסמוך על
אומדן הדעת דמוכת
329

אשה הנותנת מתנות לבעלה אומדנה היא
שעל מנת למיפק לא נתנה לו
335

כתב נכסיו לאחר בחשבו שבנו מת ואח"כ
בא בנו אין מתנתו מתנה
384

אסמכתא

האם בלשונות „אשלם, יטול“ יש משום
אסמכתא?
370

אמר „אם תלד אשתי וזכר יטול מנה ואם
נקבה מאתיים“ האם יש בזה משום
אסמכתא
378, 377, 376

אמר „אם לא יהיה כן אענש בכך וכך ממון“
הרי זו אסמכתא
378

אמר „אם תלך למקום פלוני אתן לך מאה
זוז“ הרי זה תנאי מחייב ואין בזה משום
אסמכתא
378

כל דלא גזים אין בו משום אסמכתא
379
אמר „אם תעשה כך שדי נתונה לך“ אין
זאת אסמכתא
379
הסכם גירושין שכתוב בו לשון „אתן“ או

אין לאסור הלווה כל עוד שיש ספק אם יש
לו לשלם 165, 166

גירושין, גט

בעל מחוסר כוח גברא שלא נקט כל יזמה
לשאול ברופאים אשתו זכאית לגירושין
85

אשה שבעלה מחוסר כוח גברא תצא
בכתובה, בתוספות ובנדוניא שהכניסה לו
85

אם יש הכחשה לגבי מי הגורם רשאי הבעל
לאמר אבדוק עצמי באחרת 86

אינו יכול לבעול משום פליטה מהירה דינו
כמחוסר כוח גברא 87

בטענת מחוסר כוח גברא מאמינים לאשה
97

יש אומרים שבזמננו אין מאמינים לה 106

אם גם תובעת כתובתה אינה נאמנת 106

אמרה שמוותרת על הכתובה אפשר שכולם
מודים שהיא נאמנת 106, 107

אם יש רגליים לדבר נאמנת 106

הוברר שהיא עדיין בתולה יש בזה רגליים
לדבר 106

אם גירסתה מתקבלת על הדעת יותר
מגירסתו מאמינים לה 106

אין בדיקה הרפואית היכולה לקבוע שאין
כוח גברא 107

אין לחייב את האשה לעזור לבעלה מבחינה
נפשית ואולי יתרפא ויהיה לו כוח גברא
107

בא המלווה לגבות חובו והלווה אינו רוצה
לפרוע לו, שלח בית דין ממשכן
המטלטלין שלו 162

פריעת בעל חוב היא מצוה ואם אינו מקיימה
מכין אותו עד שתצא נפשו 162

אין כופין את הלווה להשכיר עצמו או
לעשות מלאכה כדי לפרוע החוב 162

אפילו התנה שהמלווה יתפוס את גופו אין
המלווה רשאי לאסרו או להשתעבד בו 162

אך אם יש לו ואינו רוצה לשלם חובשין
אותו 163

פשט המנהג שהובשין גם כשאינם יודעים
אם יש לו מה לשלם 163

אך אם אינו חשוד על הברחה וברור שאין
לו אין טעם לאסרו 163

נשבע לשים עצמו בבית הסוהר אם לא
ישלם את החוב אוסרים אותו 163

יודע המלווה שאין הלווה יכול לשלם החוב
אסור לו לעבור לפניו 163

כל זמן שהמלווה אינו יודע מצבו של הלווה
מוותר לו לתבוע תשלום החוב 164

טען הלווה שאין לו אין מחייבין אותו
להביא ראיה על כך 164

טען המלווה שיש לו משביעין את הלווה
שאין לו כלום 164

אך אם הלווה הוחזק כעני ואדם כשר הולך
בתום אין משביעין אותו 164

אם הוחזק כאמיד וכרמאי ודרכיו מקולקלין
כופין אותו על ידי מאסר 164, 165, 166

לתת לאשתו גט אך לא כופין את האשה
לקבל גט כי אין עליה המצווה הזאת 179

במקרים של מומים גדולים שכופין את הבעל
לגרש ספק אם כופין גם את האשה לקבל
גט כשיש לה מומים כאלה 179

מחלוקת החכמים אם כותבים גט על פי כתב
ידו של הבעל 204

בחרש היכול לדבר מתוך הכתב כולים מודים
שאין כותבים גט על פי כתב ידו 204

פיקח ונתחרש לא יוציא עולמית 204, 205
מה דינו של חרש היודע לקרוא ולכתוב
ולדבר בלשון עלגים? 205, 206, 207

חרש שנושא ונותן על ידי תנועותיו דינו
כשוטה 207

ישנה דעה שחרשים המדברים בלשון עלגים
ראויים לגרש ולקדש מדאורייתא
207, 208

ספק אם הם יכולים לתת חליצה 208
חרש אלם שלימדוהו לדבר כאחד האדם
דינו כפיקח 208

מדבר בתנועת ידיים בלבד, אף על פי
שהוא חריף אינו ראוי לגרש 208

מדבר בתנועת ידיים וגם בשפת עלגים
מחלוקת הפוסקים אם דינו כפיקח 208

חרש אלם עליו הראיה שהוא כשר לקדש
או לגרש 208

כהן המגרש את אשתו לא תדור עמו במבוי
אף כשלא נישאה לאחר 210, 211

ביהודה הוא הדין אפילו אם נתגרשה מן
האירוסין 211

במקרה כזה אין כופין את הבעל לתת לה
גט 107

טוענת שבגלל שבעלה מחוסר גברא הוא
נעשה שנא עליה ולא רוצה בו אין
לחייבה לחיות עמו ולעזור לו להבריא
107, 108

מחלה כתובתה כדי שתתגרש אין המחילה
חלה אלא אם בוצעו הגירושין 137

חזרה בה האשה מהבטחתה לקבל גט אינה
מפסידה מזונותיה 137

נשבע לגרש מתירין לו השבועה לפני
הגירושין כדי שלא יהא גט מעושה 138

הסכם גירושין שנאמר בו שכל סעיפיו הם
סעיפי גירושין עיכוב בביצוע הגירושין
מעכב ביצוע שאר הסעיפים 139

אם בשאר הסעיפים נאמר שהביצוע יהיה
לפני הגירושין יש לדון בנימוק העיכוב
ובקשר שיש להם עם הגירושין 139

מזונות האשה והילדים אינם קשורים עם
הגירושין 139

יש להסדיר כל סכסוכי ממון שבין בני הזוג
לפני הגירושין 139

גם כאשר בני הזוג חיים בנפרד יותר מ"ח
חדשים אין כופין גירושין 173

חוייבה לאשה לקבל גט האם אפשר לכפותה
לכך משום שלא ציית דינא? 175

גם כשיש מקום להתיר גירושין בעל כרחו
ספק אם יש לכופה לקבל גט 179

אין לכופה לקבל גט כדי שבעלה ייקיים
מצוה או יימנע מעבירה 179

במקרה שמצווה לגרש כופין את הבעל

ואין הבעל יכול לטעון שאינו יכול לסבול
259

כאשר התביעה היא לשלום בית או
לגירושין, תביעת גירושין היא לגבי
הסמכות היחודית של בית הדין 313

גם תביעה לחיוב גט או לקבוע שמצווה
לגרש תביעת גירושין היא 313

גם בקשה לפסק דין לגירושין בהסכמת
הצדדים נחשבת כתביעה לגירושין לגבי
סמכות בית הדין 314

כל עוד התביעה לגירושין קיימת, גם כל
שכרוך בה קיים 314

גם אם נדחתה תביעת הגירושין סמכות
השיפוט בענינים הכרוכים בגירושין היא
לבית הדין 314

כאשר התביעה היא למזונות או לגירושין
יש סמכות לבית הדין לדון בתביעת
המזונות גם כאשר דוחה תביעת הגירושין
315

האם מותר לזוג שהתגרש לגור בחצר אחת
שרבים דרים בה? 215

האם מותר להם לגור בחצר אחת כשנוהרים
לא לבוא לידי ייחוד? 215, 216, 217

ייחוד עראי מותר בפני עדים 215

כשהמדובר הוא באיסור כהונה או אשת
איש אסור להתייחד אפילו בעדים 215

בבית אחד אסור להם לגור אפילו אם
נוהרים בפני ייחוד 215, 216

בחולה הקילו משום שאין יצרו תקפו
215, 216

חייב לה המגרש כסף משלם על ידי אחר
210, 211

אשת כהן שנתגרשה אפילו מן האירוסין לא
תדור עמו באותה חצר 211

קיימת דעה שלגבי זה דין אחד לחצר
ולשכונה 213

דעת רוב הפוסקים שגם לאשת ישראל
שנתגרשה אסור לגור בחצר אחת עם
המגרש גם כשלא נישאה לאחר 214

בזמננו אסור לה לגור בחצר אחת לכל
הדעות 214

אשת עקר הטוענת שרצונה בילד כופין
אותו לגרשה 241, 244

בקביעת עקרות יש לסמוך על הרופאים 244

בקביעת עקרות הולכים אחר הרוב או
חזקה 244, 245

אם ידעה בעת הנישואין שבעלה עקר אין
כופין אותו לגרשה בטענה שרוצה בילד
245

כאשר רוב הצדדים מראים שהבעל הוא
עקר אין אשתו חייבת לגלגל עמו על סמך
תקוה קלושה שאולי הוא מן המיעוט 245

עברו עשר שנים ולא ילדה כופין אותו
לגרשה אף אם יש סיכויים קלושים
שעדיין תלד 245

האם בעלה של חולה במחלת הנפילה יכול
לטעון שחשב שיוכל לסבול ונוכח שאיננו
יכול לסבול? 251, 255

אפשר לגרש אשה נכפית בעל כרחא 252

אם ידע בשעת הנישואין שהיא נכפית אין
כופין אותה לקבל גט 259

לתת לה תמורה ולא נתן, אין כאן מתנה
אלא מכר 339

גירות

קבלת מצוות היא מהות הגירות 195, 198
עיקר הגירות של קטן הוא לכשיגדיל 195
אם כשהגדיל נהג ביהדות שוב אינו יכול
למחות 195

קטן אינו גר גמור עד שהגדיל והודיעו לו
מותו שכרן ועונשו של מצוות 195

המילה והטבילה שעשה בקטנות מועילות
לו לאחר שהגדיל 195

חרש שוטה וקטן שבאו להתגייר אין מקבלין
אותן 201, 195

קטן מלין אותו על פי אבותיו 201, 195

עבד קטן או שוטה מטבילין אותו על דעת
בית דין 202, 195

אין לגייר גוי שוטה או חרש-אלם
195, 196, 197

גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין
משום שזכין לאדם שלא בפניו 196

האם גירות של קטן היא מן התורה או רק
מדרבנן 203, 201, 197

האם מותר לגר קטן לישא בת ישראל? 197

לפי השיטה שגירות קטן היא מדרבנן, אין
לגייר גוי שוטה 197

האם קבלת מצוות מעכבת בחרש-אילם?
198

האם הוא נחשב כחרש אם הוא מבטא עצמו
ב"שפת ידים"? 204, 203, 198

בשעת הדחק מותר להם לגור בחצר אחת,
כשנזהרים מפני ייחוד 217

אך בבית אחת אסור תמיד 217

לשבת יחד בחנות אסור להם אפילו שאין
חשש ייחוד 218, 210, 214, 215, 217

איסור מיוחד הוא שיהיה להם עסק ביחד
218

מי שגירש את אשתו ועשו ביניהם שותפות
או משא ומתן המביאים להם להזקק זה
לזה, כשיבואו לבית הדין מנדין אותם
218

אין בית הדין ממהר לפסוק גירושין בעילת
חוסר כוח גברא אלא ממתינים והבעל
יעסוק ברפואות 266

אך אם אין הבעל מוכן להתייעץ ברופאים
ולקחת תרופה מחייבים אותו לגרש 266

מגורשת ואינה מגורשת אף על פי שחייב
במזונותיה ובפרקונה אינו זוכה במעשה
ידיה ובפירותיה 207, 306

אם אפשר להתיר אשה על פי דין אסור
להצריכה גט לחומרא 331, 327

כאשר אין סיבה מספקת לתביעת הבעל
לגירושין והאשה מסכימה לגירושין, על
הבעל להחזיר לה כל המתנות שנתנה לו
335, 334

הריהוט שהבעל קנה בבית המגורים המשותף
אינו "תמורה" בעד המתנות שנתנה לו
334

אשה שהסכימה לגירושין והתחרטה אין
לחייבה לקבל גט עקב הסכמתה 339

אם האשה טוענת שהיא העבירה מחצית
הדירה על שם הבעל משום שהוא הסכים

במתנה דברים שבלב הוי דברים 137
הוצאות המשפט

המפסיד במשפט אינו חייב לשלם לצד
שכנגד את הוצאות המשפט 8, 3

אם התביעה היא טרדנית במטרה לגרום
הוצאות לנתבע חייב התובע לשלם לנתבע
הוצאות המשפט 5

אם במהלך הדיון התברר שהתובע שיקר
והנתבע אינו חייב לו כלום ייתכן שהוא
חייב להחזיר לנתבע את הוצאות המשפט
10, 9

נתבע שסירב להתדיין והתובע הוציא
הוצאות כדי לכופו להתדיין עמו דעת
רוב הפוסקים שהנתבע חייב להחזיר לו
הוצאותיו 14, 13, 11, 10, 4

אם הנתבע אלם והתובע קיבל רשות מביה"ד
לתבעו בערכאות ואמרו שכל ההוצאות
יהיו על הנתבע, זכה התובע רשאי הוא
לדרוש הוצאותיו 11

תובע שאמר לנתבע, „גלך לביה"ד הגדול”
ובא הנתבע והתובע לא בא אם אחר כך
תבעו בעירו יכול הנתבע לדרוש שיחזיר
לו הוצאות הנסיעה לביה"ד הגדול 12

בא התובע והנתבע לא בא, אעפ"י שאמר
„לך ואבוא אחריד” מחלוקת הפוסקים אם
הנתבע חייב בהוצאות שהוציא התובע
15, 13, 4

בא התובע במרמה חייב הוא לשלם ההוצאות
לנתבע מדינא דגרמי. אך אם התביעה
היתה כנה והנתבע רצה לגוולו אין הנתבע
חייב לשלם ההוצאות כי זה רק גרמא,
לדעת רוב הפוסקים 16, 15, 5

בית הדין ייחייב את הצד שגרם להוצאות

השאלה אם קבלת מצוות היא מהות הגירות
או רק תנאי בגירות תלויה בשאלה אם
קבלת מצוות מעכבת 198

הודעת המצוות אינה מעכבת 198

קבלת מצוות צריכה להיות ביום ובפני ג'
199

מי שנכרת לו הגיד נחשב כאשה לגבי גירות
199

מתו אחיו מחמת מילה אין מגיירין אותו
כי אין לבצע גירות ללא מילה 199

קטן הואיל והוא לא בר הודעה אין קבלת
מצוות מעכבת גיורו 200

גר שטבל בפני ב' הוי גר בדיעבד 200

גר קטן שטבל בפני ב' לא הוי גר 200

בענין קבלת מצוות לא שייך זכות כי אין
זכיה על דברים שבלב 200

קטן שנתגייר יכול למחות כשהגדיל משום
שחוב הוא לו 201

אין בית דין יזום גירות מעצמו 201

אין בית דין מחזרין למול ולטבול את הגויים
הקטנים מעצמם 202

תינוק שנמצא מושלך מגיירין אותו על דעת
בית דין 202

זכות גמורה נמדדת גם בגשמיזת 203

לגר קטן שאבותיו מתגיירים זכות גדולה
היא להתגייר ואינו יכול למחות כשהגדיל
203

דברים שבלב

במכר דברים שבלב אינם דברים 137

אומרת, „מת בעלי במלחמה והייתי בהלוויה“
ייתכן שהיא נאמנת 67, 68, 69

לא היה בעלה איש צבא והיא אומרת
שנהרג במלחמה ייתכן שהיא נאמנת
67, 68, 69, 70

אמרה, „נפל עליו הבית ומת“ אינה נאמנת
68

אך אם אמרה „וקברתיו“ ייתכן שגם במסולת
היא נאמנת 68

הסוברים שאין האשה נאמנת לומר „מת
בעלי במלחמה“ זה רק בזמן שהוחזקה
מלחמה בעולם והיא אומרת שנהרג
במערכת המלחמה 69

אך אם היא החזיקה מלחמה בעולם היא
נאמנת לכל הדעות מטעם מיגו 69

גם כשהיא אומרת שנהרג מפצצה ולא
יודעים שהיתה פצצה היא נאמנת מטעם
מיגו 69

אמרה שמת במקום רחוק ממקום המלחמה
נאמנת אף כשהוחזקה מלחמה בעולם
70, 69

ישנה דעה שבזמננו יש אומדנא גדולה
שאיילו היה בחיים היה מודיע לביתו
ולכן נאמנת האשה לומר „בעלי מת
במלחמה“ 70

עברו שנים רבות ולא שמעו עליו אפשר
לסמוך על המקילים באבד זכרו בצירוף
האומדנא הנ"ל 70, 71

עברו י"ב חודש ולא שמעו עליו נחשב
כאבד זכרו להוציאה מאיסור התורה 71

אמרה „מת במלחמה“ לא תינשא לכתחילה
מדרבנן ואם נישאת לא תצא 71

מיותרות לשלם לצד השני ובמיוחד
כשהוצאות נגרמו בשל אי-הופעתו לדין
מבלי כל נימוק סביר 144

היתר גישואין

ההיתר לישא אשה שניה אינו קשור לכפייה
על הגט אלא כהלכה המסירה את החדר"ג
או מתירה את השבועה 172, 173

אין ביה"ד מתיר לבעל לקחת אשה שניה
אלא אם הוא הגיש בקשה להיתר זה
172, 173

טענת מאוסה עלי אינה מספיקה לקבל היתר
גישואין כשיש חדר"ג או שבועה 173

המקרה הרגיל להיתר לשאת אשה שניה הוא
כשהאשה נשתתת 173, 175

ההיתר יכול להיות גם דרך כפייה על האשה
לקבל גט אם לפי הדין יש לכופה 175

האם מוסמך בית הדין לתת לאיש היתר
לישא אשה שניה בלי שידרש לכך?
178, 181

האם יש לתת היתר גישואין לבעלה של
נכספית? 251, 254, 255

היתר עגונה

מחלוקת הראשונים אם האשה נאמנת לומר
„בעלי מת במלחמה וקברתיו“ 65, 66, 67

ספק אם האשה נאמנת לומר „מת בעלי“
לאחר שנישאה לאחר בגישואין אורחיים
65, 79

מה הדין במקרה הנ"ל כשיש לה עד אחד
או עד מפי עד? 65

שהיה עמי בדרך ומת וקברתיו" והישיאו
73 חכמים את אשתו

כותבים וגותנים אעפ"י שאין מכירים, כי
73 עיגון האשה כשעת סכנה דמיא

בזמנו כשנתמעטו הצניעות, יש לעשות כל
73 טעדי להחיר העגונה

אין לעגן בת ישראל בשביל דעת יחיד
73 המחמיר

אם יצאה מאיסור תורה אפשר להתיר
73 העגונה על סמך דעת יחיד

בעד שאמר ששמע לא חיישינו בדדמי 75

עד המגיד מפי גוי ולא פירש אם אמר
75 „קברתיו" יש להתיר האשה על פיו

אם העד הראשון סיפר לעד המעיד כמי
שהיה שמח שהבעל מת כגון שקללו ודיבר
75 עליו בבזו אין להתיר אשתו

באיסורא דרבנן כל מקום שיש מחלוקת אם
78 בעינו „קברתיו" הולכים לקולא 77

בחשש איסור אשת איש דאורייתא, עד מפי
77 76 עד צריך לומר „קברתיו"

אשה שיצאה מחזקת אשת איש מהתורה
77 כולי עלמא מודו דתלינן להקל

עדים ששמעו שמת אפילו מאה כחד דמי 78
אך אם הם אומרים ששמעו מפי רבים שמת,
78 ייתכן שאין הם כחד דמי

אשה שנישאה בלא עדים ואחר כך בא עד
79 אחד שבעלה מת ייתכן שאין להתירה

לרוב הפוסקים איסור דשוויא אנפשא חתיכה
דאיסורא הוא מדרבנן ולא שייך לומר
בזה כשם שאסורה לבעל כך אסורה
79 לבעל

אשה שבעלה לא היה איש צבא האומרת
שבעלה נהרג מפצצה והיתה בהלווייה
ועברו שנים רבות שלא שמעו עליו יש
להתירה להינשא כי יש כאן ספק ספיקא
72 בתרי דרבנן

ישנה דעה שגם בזמן מלחמה וגם כשלא
אמרה „וקברתיו" יש להתירה להינשא
לאחר שעברו י"ב חודש לאחר המלחמה
73 ולא קיבלו שום ידיעה עליו

כל מה שמותר בדיעבד מותר בשעת הדחק
73

לדעת רבים מגדולי הפוסקים עד אחד האומר
„מת במלחמה" נאמן אף כשלא אמר
73 „וקברתיו"

אמר העד ששנים אמרו לו שראו שמת
במלחמה מתירים לאשתו להינשא אף אם
לא אמר שאמרו לו „וקברנוהו" 74

אם אומר ששניים אמרו לו ששמעו שמת
74 אין מתירים את אשתו

עד מפי עד נאמן גם כשאיננו אומר
75 „קברתיו"

ראוי לכל מורה לחזר על כל הצדדים להתיר
72 עגונות

אם איכא עיגונא דאיתתא דנפיק מינה
חורבא אין ראוי להניח כל התנאים
והגאונים המקילים בזה וללכת אחרי
72 המחמירים

למה נזכרו דברי היחיד במקום הרבים אלא
שאם יראה ביד דברי היחיד ויסמוך
עליו בשעת הדחק ואין שעת הדחק גדולה
מזה שתישאר האשה עגונה כל חייה 72

מעשה בישראל וגוי שהיו מהלכים בדרך
ובא הגוי ואמר „חבל על יהודי אחד

תלוי במתן הגט ונשאר בתוקף אף אם
הגירושין לא בוצעו 124

כאשר הבעל רצה בגירושין ניתן לומר
שלגביו לא היה צורך להתחייב בקנין
בדבר מתן הגט אלא בדבר ההתחייבויות
הכספיות ואין זה דומה לקני את וחמור
127

כאשר חובת המזונות חלה על הבעל גם
בלי הסכם אין לטעון שהסכם שבטל
מקצתו בטל כולו 127, 128

הסכם לגירושין ולמזונות שקיבל תוקף של
פסק דין לאחר שנעשה קנין אין בו דין
של קני את וחמור 128

הסכם מפורש אפשר שיתבטל על ידי
אומדנא בנוגע לזמן הביצוע 131

נעשה הסכם בין היבם ליבמה והיא שילמה
ליבם עבור ויתורו על הכתובה בהנחה
שהוא יחלוץ אותה אין היבם יכול
להתחרט במה שנוגע לעניני ממון
132, 137

האם הצד שהפר מהסכם באונס חייב לקיים
התחייבותו כלפי הצד השני? 136

נכסי צאן ברזל ונכסי מלוג אינם הכרח לחיי
נישואין ועיסקא שנעשתה בנכסים אלה
נשלמת עם ההסכם 137

אם ההסכם הוא בדבר המחילה והגירושין
רק תנאי יש לומר שהמחילה חלה מיד
137

אך כאשר ההסכם הוא בדבר הגירושין
והמחילה רק טפלה לגירושין, אין מחילה
כל זמן שהגירושין לא בוצעו 137

הסכם גירושין בו נאמר שכל הסעיפים שבו

אשה שזינתה בסברה שמת בעלה האם
מותרת לו? 79, 80

מה הדין אם נישאה לשני רק בנישואין
אורחיים? 79

באו עדים שמת בעלה וזינתה ואחר כך
בא בעלה אפשר שהיא מותרת לו 80

אפילו אם בא עד אחד שמת בעלה לאחר
שנישאה לשני יש סברה לומר אשה דייקא
ומינסבא ומותרת לשני 80, 81

נישאה לשני ומתה ואחר כך בא עד אחד
שמת בעלה בניה מהשני כשרים 80

אין לך עיגון גדול מזה להתיר הוולד
בישראל על ידי עד אחד בצירוף דייקא
80, 81

זינתה תחת בעלה ואחר כך בא עד אחד
שבעלה מת ונישאה לבעול יש לומר
דייקא שבניה לא יהיו ממזרים 81

הסכם

הסכם לגירושין שנעשה בין הבעל והאשה
אינו מחייב אף אם ניתן לו תוקף של
פסק דין 123, 124

התחייבויות שיש בהסכם הנובעות ממתן
הגט בטלות כאשר צד אחד חזר בו ממתן
הגט 124

אך התחייבויות שאינן נובעות ממתן הגט
הן בתוקף אף אם לא סודר הגט 124

הסכם בדבר החזקת הילדים, והסכם בענין
הדירה המשותפת הם התחייבויות הנובעות
ממתן הגט וכל עוד שלא בוצעו הגירושין
אין להן תוקף 124

הסכם בדבר מזונות האשה והילדים אינו

משום גט מעושה אם הוא חייב במוזנות
על פי דין 128

כאשר תובע הגירושין מתחייב התחייבויות
מסוימות כלפי הנתבע כדי שלא יתנגד
לגירושין, מתבטלות ההתחייבויות האלה
כאשר הנתבע מסרב אחר כך לבצע
הגירושין 130

אך כאשר התובע חוזר בו והנתבע דורש
קיום ההתחייבויות מתעוררות כמה בעיות
שפתרון תלוי בדיני תנאי ואומדנות של
תנאי אונס 130

התחייב אביה לתת נדוניא לבעל והיא מתה
אחרי הנישואין זכה הבעל בנדוניא 132
מחלוקת הפוסקים אם הוא זכה גם כשמתה
לפני הנישואין 132

התחייב לזון את חברו בזמן שהיה זקוק
לכך, ההתחייבות מתבטלת כאשר מצבו
הוטב ואינו זקוק לעזרת החבר
148, 150, 153

התחייב לזון את חברו בזמן שהוא לא היה
זקוק לכך, שינוי במצבו אינו משפיע על
ההתחייבות 148, 149

התחייב אב לפרנס את בנו עד הגיעו לגיל
18, והבן מרויח כדי מחייתו האם חייב
האב להמשיך לפרנסו? 148

התחייב אדם לזון את חברו לתקופה
מסוימת, האם ההתחייבות קיימת משך
כל התקופה אף אם מצב חברו השתפר?
148, 149, 152, 155

האם יש להבדיל בין המתחייב לזון את בת
אשתו חמש שנים ובין המתחייב לזון את
בנו עד גיל 18? 150, 151

הם סעיפי גירושין, כל עיכוב בביצוע
הגירושין מעכב ביצוע שאר הסעיפים
139

הודיע צד אחד שהוא מבטל הסכם הגירושין,
תיק של הסכם גירושין אינו קיים יותר
ובית הדין לא ידון בו 142, 143

עצם החתימה על הסכם או חוזה נחשבת
כהסכמה על כל הכתוב בו אפילו
כשהחותם לא קרא או לא ידע לקרוא
אותו 349, 350

החתימה בתנאים אלו מחייבת רק מה
שכתוב שם במפורש 351

הסכם גירושין שניתן לו תוקף של פסק דין
תורת שטר עליו והדיינים שחתמו עליו
בוודאי קראוהו 366, 367

בית הדין לא יתן יד לשבירת הסכם שאושר
על ידו 367

ייתכן שבהסכם גירושין לא שייך דין „אתו”
כי הגירושין הם התמורה 377

התחייבות

התחייב הבעל לגרש את אשתו רשאי הוא
לחזור בו אפילו אם נעשה קנין 126

אם יחייבו אותו לגרש בשביל הקנין שעשה
יהיה חשש של גט מעושה 126

התחייבויות הנובעות ממחן הגט בטלות
בביטול ההתחייבות לגירושין 124

התחייבויות שאינן נובעות ממחן הגט הן
בתוקף גם כאשר הגירושין לא בוצעו 124

התחייב הבעל לשלם קנס אם לא יגרש
ייתכן שיהיה בזה משום גט מעושה 128

התחייב לשלם מוזנות לאשתו, אין בזה

בהתחייבות האב לפרנס את בנו אין להניח
בוודאות שכוונתו היתה רק עד שהבן
יתחיל להרויח 161

התחייבות לפרנס את בנו לאחר שהתבגר
דינה כהתחייבות לתת לו מתנה 162

ואין לכופו במאסר אם לא ידוע אם יכול
לעמוד בהתחייבותו 166

כל עוד שהבן לא הוכיח שלאב יש אפשרות
לסלק את החוב שהתחייב לו לא יחייב
בית הדין את האב לסלק את החוב ושוה
יביא למאסר 167

התחייב עצמו בדבר שאינו חייב אין בו
סידור לבעל חוב ואינו צריך להישבע
שבועה שאין לו 167

האם הלשון „אשלם” יש לו דין לשון
„אתן”? 368

מחלוקת הפוסקים את לשון „יטול” מהני
369

כל לשון להבא קנין דברים הוא ואינה
מחייבת 369

קיבל עליו לעשות או ליתן הוי לשון חיוב
ומהני אף לדבר שלא בא לעולם 369

האם בלשונות „אשלם, אכניס, יטול” יש
משום אסמכתא? 370

אמר „חייב אני לך” אין צריך קנין וחייב
מטעם אדיתא 370

מחלוקת הראשונים אם לשון „אמכרנו”
מחייבת 370

אמר „אתן” ועשה קנין מחלוקת הראשונים
אם מהני 371

אם אמר „אתן” בשטר לא קנה 370

המתחייב לזון את בת אשתו חמש שנים
חייב לזונה אף אם התגרש מאשתו 151

מת — חייבים היורשים לפרנס אותה 151

התחייב לפרנס את בנו וכלתו זמן קצוב
ומת הבן אחר הגישואין האם חייב לפרנס
את כלתו? 151

חוסר האפשרות לקיים את ההתחייבות אינו
פוגם בהתחייבות, לכל היותר יש לעכב
את הביצוע עד שיוכל לעמוד בה 155

אך יש לדון אם קיימת אומדנה שאילו ידע
שיגיע למצבו האומלל לא היה מתחייב
ובכוחה של האומדנה לבטל את
ההתחייבות 155, 156

התחייבות מצד המוכר שנכתבה בחוזה,
לעשות פעולה לטובת הקונה מחייבת מדין
סיטומתא 353

התחייב אדם לאדם הקרוב אליו כגון לבנו
או לבתו וירד מנכסיו, חייב למכור
קרקעותיו ולקיים התחייבותו 156

התחייב לאדם זר ונעשתה בגלוי דעת על
סמך מה הוא מתחייב אין הוא חייב
למכור קרקעותיו 156

נעשתה ההתחייבות בלי גלוי דעת עליו
לעמוד בהתחייבותו אפילו אם ירד מנכסיו
156

אין מחייבין אדם למכור ביתו וכלי תשמישיו
כדי לעמוד בהתחייבותו 156

אדם שניתנה לו התחייבות בשטר דינו כמו
שאר בעל חוב 158

התחייבות שנעשתה ללא תנאי והסתייגות
אינה מתבטלת על ידי אומדנה שאינה
ודאית ומוחלטת ושיקול הדעת נוטה לכאן
ולכאן 159

חברה בעלת מניות בע"מ

במשפט הכללי רואים את „החברה בע"מ"

285 כאישיות משפטית עצמאית

האם יהודי שיש לו מניות בחברה עובר

285 עבירה כשהחברה עושה דבר איסור ?

חברה בע"מ איננה שותפות של בעלי

285 המניות

נכסי החברה אינם בשותפות של בעלי

המניות ואין להם רשות להשתמש בהם

286

בעל המניות היהודי אינו יכול לבטל את

286 החמץ של החברה

ולכן איננו עובר על החזקת חמץ בפסח

286 מותר לקחת הרבית שהבנק משלם לבעלי

286 המניות שלו

כמו כן מותר לקחת רבית מחברה שיש לה

286 נכסי דלא נידי

ייתכן שאם יש לבעלי המניות זכות הצבעה

בישיבות החברה הם נחשבים כבעלים של

286 החברה

ייתכן שהמושג „ציבור", בהבדל מן

שותפים, הוא הבניין-אב למושג של

אישיות משפטית של חברה

287, 290, 291

גם במושג „תפיסת הבית" אפשר לראות

287 מעין אישיות משפטית

האם יש חשש ריבית בהלוואות שמלווין

287, 288 לבנק או לחברה אחרת ?

התחייבות של חברה בע"מ אף שאין בה

שעבוד הגוף היא בעלת תוקף מדין

289 סיטומתא וגם מצד דינא דמלכותא

האם „אתן" בקנין עדיף מ„אתן" בשטר ?

372, 374

התחייבות לתת שנכתבה בשטר מחייבת אך

372 הזכייה היא בשעת קבלה

התחייבות שנעשתה בקנין תופסת

373 ייתכן שגם היורשים חייבים לקיים התחייבות

373 כזאת

התחייבות לבנות או ללכת הוי קנין דברים

374 ואינה תופסת

כתב „אתן" בשטר בפני בית הדין הוי כמו

374 שצעה קנין

התחייבות שנעשתה בתקיעת כף מחייבת

375 משום סיטומתא

ייתכן ש„אשלם" אין לו דין „אתן" ודומה

377 ל„יטול"

התחייבות בדבר שאין לו קצבה נגד תמורה

381 מהני

התחייב בשעת נישואין לזון את בת אשתו

חייב לזונה כי הנישואין מהווים תמורה

381

כל בתי דין בישראל פוסקים לחייב בדבר

381 שאינו קצוב

התחייב לזון את בת אשתו חייב אפילו

כשהמוזנות התייקרו ביוקר דלא שכיח

382

עליית המחירים עקב פחותים הם בגדר

382 יוקרא דשכיח

התחייבות בהסכם גירושין לשלם מוזנות

צמודים למדד תופסת אם ההסכם אושר

383, 384 בבית הדין

המקרה הרגיל של היתר החדר"ג לישא
שתי נשים הוא בנשתטית 175

אשה נכפית ייתכן שאפשר לגרשה בעל
כרחא ואין בזה החדר"ג 257, 252

אשה שמחמת מחלתה אינה יכולה לטבול
ואין מזור למחלתה יכול בעלה לגרשה
בעל כרחא ואין בזה חדר"ג 259

חופה

מחלוקת הפוסקים אם חופת נדה הוי חופה
111, 110

האם חופת איש שאין לו גבורת אנשים הוי
חופה ? 112, 110

האם חופת איש שאין לו גבורת אנשים
דינה כדין חופת נדה ? 113, 112

ההלכה היא שחופת נדה הוי חופה 113
חופת סריס מקרי חופה הראויה לביאה לכל
הדעות 113

חופת אשה חולה ספק אם הוי חופה 113

חופת איש חולה הוי חופה לכל הדעות 113

חופת איש שאין לו גבורת אנשים עדיפא
מחופת נדה ואשתו נחשבת כנשואה 114

כתב תוספות כתובה לארוסתו ומת אין לה
תוספות שלא כתב אלא משום חיבת
חופה 153

מת לאחר הנישואין אפילו שעה אחת יש
לה תוספות שהרי היתה לו חופה 153

חזקה

מוציאים ממון על פי חזקות מסוימות 245

ניתן להגדיר „חברה בע"מ" כ„ציבור" 291
אם תובעים „חברה בע"מ" שבעלי המניות
שלה הם אלמנה ויתומים האם יש לזה
דין של גביית חוב מיתומים ? 293, 291

חדר"ג

לחת גט לאשה בעל כרחא חמור יותר
מאשר לשאת אשה על אשתו 172

יש אומרים שגם עדות המזרח, שלא קיבלו
עליהם את החדר"ג בדבר נשיאת שתי
נשים קיבלו עליהם החדר"ג לא לגרש
בעל כרחא 172

ההיתר לישא אשה שניה אינו קשור לכפייה
על הגט אלא כהלכה המסירה את החדר"ג
או המתירה את השבועה 173, 172

השבועה הנכללת בכתובה אצל העדות
הספרדיות ייתכן שהיא במקום החדר"ג
שאצל העדות האשכנזיות 172

אסור לישא אשה על אשתו משום השבועה
כמו חדר"ג 173

אין מתירין את החדר"ג או השבועה בטענה
מאוסה עלי 175, 173

גירושין בעל כרחא ונשיאת שתי נשים הן
שתי חרמות שונות 175

יש צורך במאה רבנים להתיר כל אחת
מהן 175

אין מקום לומר שהתרת החדר"ג לישא
שתי נשים היא רק במקום גט בעל כרחא
175

החדר"ג של שתי נשים קיים גם כשאשה
מסכימה שבעלה ישא אשה נוספת 175

ירשם על שמה אין לראות כל לחץ או
סחיטה 95

כשהוברר שהבעל מחוסר כוח גברא ועליו
לגרש את אשתו חצי הדירה שנרשמה על
שמה נשארת שלה כי היא נישאה לו 95

כל אשה המתגרשת זוכה במתנות שנתן לה
הבעל בנוסף לכתובתה אלא אם היא
מורדת 95

אפילו אשה שסרחה על בעלה והוא מגרשה
זכתה במתנות שנתן לה 95

רהיטים הנמצאים בבית המשותף של בני
הזוג ספק אם האשה נחשבת כמוחזקת
במחצית הרהיטים ויכולה לטעון „קים ליי”
100, 99

אם יש ספק לגבי זכות האשה במחצית
הדירה אין היא יכולה לטעון „קים ליי”
גם בנוגע לדירה וגם בנוגע לרהיטים
101, 100

אשה המתגרשת בעילה שלבעלה אין כוח
גברא ספק אם מגיע לה תוספת כתובה
והמתנות שנתן לה בעלה 101

אם הבעל רשם מחצית הדירה על שמה היא
נחשבת מוחזקת ומספק אין להוציא ממנה
101

חרם

הבעל טוען שאשתו מורדת מתשמיש והיא
טוענת שהוא המורד מטילים חרם על מי
שהוא מורד ואיננו מודה בבית הדין 229

מחרימים על העבר וכוללים גם את העתיד
229

יש פוסקים האומרים שאין מקום לחרמות
230, 229

הוחזק הלזה כאיש אמיד וכרמאי כופין אותו
לשלם את החוב על ידי מאסר
164, 165, 166

כשיש חזקת ממון מהני גם ספק אומדנה
160

כאשר הספק הוא צדדי כגון ספק בכוונתו
של המקדיש אין מוציאים מן המוחזק 161

עד שהוחזק כרשע אין צורך קבלת עדות
לפוסלו כעד 319

עם הארץ שאינו לא במקרא ולא במשנה
ולא בדרך ארץ הוא בחזקת פסול עד
שיחזק שהולך בדרכי ישרים 320

כשאיתחזק איסורא מחלוקת הפוסקים אם
אפשר להתיר בספק ספקא 320

אך בשלושה ספיקות מתירים לכל הדעות
320

אין להוציא אשה מחזקת פנויה על פי עדותו
של עם הארץ האומר שנתקדשה 320

עד שנתעברה חזקתו נאמן לשים עצמו רשע
319, 321

אם איתחזק איסורא אין עד אחד נאמן
באיסורין אלא אם זה בידו 325

בענין נאמנות בדבר שאינו נגד חזקה גם
המקדש וגם המתקדשת נאמנים לומר
שלא התכוונו לשם קידושין 326

חלוקת הרכוש

אשה יכולה להתנות לפני הנישואין על
זכויותיה בממון 94

כל תנאי שבממון קיים 94

בבקשת האשה לפני הנישואין שחצי הדירה

שכר מלמד לבנו ומת הבן מחלוקת הפוסקים
אם חייב לשלם למלמד שכר לימוד 136

מעביד ששכר פועל ונאנס ואינו יכול למסור
לו עבודה האם חייב הוא לשלם לפועל
שכר העבודה? 136

ירושלם, יורשים

אין היורשים נוטלים בלי שבועה אפילו אם
מוציאים שטר חתום בעדים, אלא אם
כתוב בו נאמנות גם להם 17, 20, 21

אין היורשים נשבעים שבועת היורשים
ונוטלים אלא אם יש בידם שטר מעליא
חתום על ידי עדים 17, 21, 22

שטר היתר עיסקא אפילו אם כתוב בו
שנעשה על פי תיקון מהר"ם אין בו
נאמנות גם ליורשים אך ייתכן שיש בו
נאמנות למלוה עצמו 22, 23

פתק בכתב ידו ובחתימתו של הלוה יש לו
דין של מלוה על פה לגבי יורשי המלוה
והלוה נאמן לטעון פרעתי ואינו חייב
שבועת היסט 18, 24

האם יש דין ירושה במשרת רבנות? 35, 36

קיימת דעה שהרבנות אינה עוברת בירושה
42

כאשר הרבנות היא שרות והרב משועבד
לקהל לעשות צרכיהם בשכר יש בה דין
ירושלם 42, 43

בעיר שיש בה רב ראשי שהנהגת העיר
מסורה לו אין לרבנים האחרים דין ירושה
43

רב הממונה על פסיקת הלכות גדיא אין
שייך בו דין ירושה 43

כאשר כל צד טוען שהשני הוא המורד יש
להטיל חרם על שניהם 233

מה הדין כאשר אין אפשרות להטיל חרם
על הצדדים? 233

אין בית הדין מטיל חרם ביוזמתו אלא לפי
דרישת הצד שכנגד 234

ספק אם בית הדין יטיל חרם ביוזמתו לשם
בירור הענין 235

יורד לאומנות חבירו

היה לאדם מרחץ, חנות או רחיים ובא חבירו
ועשה מרחץ וכו' כנגדו אינו יכול למונעו
ולומר לו אתה פוסק חיי 48

אם האיש שבא לעשות חנות בצד חנות של
זה בא ממדינה אחרת יש לו למונעו 48

אבל אם היה נותן מנת חלקו אינם יכולים
למונעו 48

בר מתא העושה חנות בצד חנות של חבירו
לא נקרא יורד לתוך אומנות חבירו 48

אך אם הוא מדחהו משלו לגמרי נקרא
יורד לאומנות חבירו 48

חכם שבא לעיר ונעשה בן אותה עיר ואינו
מדחה את רב העיר מפרנסתו לגמרי אין
איסור כי „זה עושה בתוך שלו וזה עושה
בתוך שלו” 48

חכם אכסנאי שבא לעיר מותר לו לסדר
חופה וקידושין אך חייב להעביר השכר
לרב הקבוע 48

יחסי עבודה

מעביד קנה בגדים לעובד והעובד התפטר או
פוטר חייב להחזיר את הבגדים 134

אם לאחר המכרו יימצא שהמועדים האחרים
לא עולים בהרבה על הבן היורש על
המועצה הדתית למנות אותו למשרת
אביו 50

אפילו אם ישנה תקנה שרב יוצא לפנסיה
בגיל מסויים הרי זה כמי שהועבר מחמת
מום או מחמת אונס ולבן יש זכות ירושה
51

הפוסקים נמנו וגמרו שגם בזמן הזה שאין
דין מלוכה יש דין ירושה לכל השררות
51

מת הכהן הגדול או אחד משאר הממונים
מעמידין תחתיו בנו או הראוי ליורשו 51

משות מלחמה אין בנו מתמנה תחתיו והרי
הוא כשאר הכהנים 51

כל מינוי בישראל ואפילו של שררה לבד
או כבוד של פתיחת שערים בלבד כמו
האמרכלים, אם מת בנו עומד תחתיו 52

כל פרנסי ישראל בניהם עומדים תחתיהם
53, 52

כל השררות וכל המינויין שבישראל ירושה
לבנו ולבן בנו עד עולם והוא שיהא הבן
ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה

53, 52

כל שררה מן הצבור הן מלך הן חכם הן
חזן הן שופט הן מוהל הן גבאי, במקום
שלא נהגו למנותן לזמן ידוע אין מסלקים
אותם אלא אם נמצא בהם פסול, ובנו
יורש מקומו 53

במינוי של תלמיד חכם להרביץ תורה או
לדון ולהורות אין דין ירושה 53, 54

נפטר תלמיד חכם והניח בן ריק מתורה
ויראה פקע ממנו דין ירושה 54

רב המשגיח על העירובין ולמנוע חילול
שבת אין שייך בו דין ירושה 43

פקידות אין בה משום שררה ואין בה דין
ירושה 43, 44

כל המינויים שהם כתר תורה, אין בניהם
קודמים 44

כתר מלכות וכהונה מורישים לבניהם אבל
כתר תורה הפקר הוא 44, 47

רב הפוסק הלכות ומסדר גיטין וקידושין
ובנוסף הוא פועל בהנהגת הקהל יש לו
דין ירושה 45

נתמנה הרב גם להנהגת כל ענייני הצבור
בניו יורשים גדולתו 47

אין בכתר תורה ושררותה דין ירושה 49

ענייני אומנות אין בהם ירושה 49

אם הנהגת העיר מצורפת אל המינוי
להוראות איסור והיתר הבן יורש 49

רב שתפקידו לפסוק הלכות בענייני שבת
ואינו שייך לענייני הנהגת העיר ואינו
דן בין אדם לחברו אין שייך בו דין
ירושה 49

בירשת רבנות אם יש ליורש רוב מגין או
רוב בנין (מן הקהל) אין מפקיעים ממנו
ירושותו 49, 50

בהרכב המועצה הדתית נחשבת ההנהלה
כרוב בנין והמועצה כולה כרוב מגין ואם
יש רוב באחת מהן יש מקום לירושות
הרבנות 50

כאשר המועצה כולה מחליטה שאין למנות
רב אלא בדרך של מכרז בטל דין ירושה
50

הבעל שלא יכול להוליד ונשא אחרת
והוליד, הראשונה מפסידה כתובתה 86

בעל שאינו יכול לבעול עקב הפליטה
המהירה נחשב מחוסר כוח גברא 87

מחלוקת הראשונים אם אשת בעל מחוסר
כוח גברא זכאית לתוספת כתובה

87, 88, 89, 94

ישנה דעה שבענין זה הולכים אחר המוחזק
ואם תפסה אין מוציאין מידה

89, 93, 94, 99

אם הבעל מודה, אפשר שלכל הדעות יש
לה תוספת

90, 91, 92, 93, 99

אם הסיבה היא פליטה מהירה ייתכן שכולם
מודים שחייב בתוספת

91, 98

כאשר ישנה העראה אפשר שכולם מודים
שיש לה תוספת

93, 94

בעל שטען שלא ידע מה שכתוב בכתובה
אין שומעין לו

94

ידע הבעל שאין לו כוח גברא אין הוא
יכול לפטור עצמו מהתוספות כתובה
שכתב לאשתו

97

אשה שטענה שלבעלה אין כוח גברא, אם
הבעל מכחישה אין לה כתובה ואם אינו
מכחישה יש לה כתובה אבל לא תוספות

97

אם הוא מגרש את אשתו מדעת עצמו יש
לה גם תוספת

97

בכדי להוציא ממון מבעלה בטענת חוסר כוח
גברא היא צריכה להוכיח טענתה בראיה
ובעדים

97

כפה אותו בית הדין לפרוע כתובת אשתו
אין בזה משום גט מעושה

128

הוא הדין אם בא תלמיד חכם אחר הגדול
בתורה הרבה מן הבן ואין שום ערך
והשוואה ביניהם

54

לפי דעת כמה פוסקים אין משרת שוחט או
מוהל עוברת בירושה

56

רוב הפוסקים סוברים שבמשרת מורה הוראה
יש דין ירושה

57

לפי דעת כמה פוסקים התקינו רבנן שגם
כתר תורה עובר בירושה

57

ספק אם אפשר להפקיע זכות הירושה של
הבן להיות ש"ץ או שררה אחרת כאשר
הקהל או רובו אינם רוצים בו

58

כאשר יש מחלוקת ספק אם המלכות עוברת
בירושה

58, 59

לדעת כמה פוסקים יש דין ירושה במינויים
אחרים אף כשיש מחלוקת

59

משרת רב ומנהל מחלקה היא משרה של
שררה ורבנות ויש בה דין ירושה

59

ענין דיינות לבד הוא כתר תורה ואין בו
משום ירושה

59, 60

מגורשת ואינה מגורשת שמתה בעלה יורשה
במה שיש תחת ידו

302

כתובה

בכל פשרה שבית הדין עושה בדבר הרכוש
מביאים בחשבון זכות האשה לכתובה
ולתוספת כשיש לה זכות זו

85

אשה שבעלה מחוסר כוח גברא תצא ממנו
בכתובה, בתוספת ובנדוניא

85

כאשר הסיבה שאינו יכול לבעול היא
בשניהם אין לה כתובה

86

על רושמי נישואין להקפיד להחתים הבעל
על כתובה של עדתו, אשכנזית או
ספרדית 251

ספרדי שחתם על כתובה אשכנזית אין לומר
שקיבל על עצמו החדר"ג 251

ידע שאשתו נכפית חייב לתת לה כתובה
256

מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב בכל
תנאי ממון שבכתובה 302

מועצה דתית

בהרכב המועצה הדתית נחשבת ההנהלה
כרוב בנין והמועצה כולה כרוב מנין (של
הקהלה) ואם יש רוב באחת מהן יש
מקום לירושת הרבנות 50

כאשר המועצה הדתית כולה מחליטה שאין
למנות רב אלא בדרך של מכרז בטל דין
ירושה 50

הרשות בידי המועצה להוציא מכרז למשרת
רבנות ולדרון לפיו כי אין בכגון זה זכות
ירושה 50

אם לאחר המכרז יימצא שהמועמדים
האחרים לא עולים בהרבה על הבן היוורש
על המועצה למנות אותו למשרת אביו 50

מומים

נכפה שיש לו זמן קבוע נחשב כמומין
שבסתר, אין לו זמן קבוע — כמומין
שבגלוי 251

מחלת נפילה היא מחלה תורשתית 251
יש חולה נופל שהוא בריא ודעתו מיושבת
עליו שלא בשעת הנפילה 251

מחלה כתובתה ונתגרשה והתברר שהגט
היה פסול, המחילה היא מחילה בטעות
130

כתב לארוסתו כתובה גדולה ומת לפני
הנישואין אינה גובה אלא מאתיים
131, 132

האם באלמנה שמין את הבגדים שנתן לה
בעלה ומנכים את הסכום מכתובתה? 133

גירש הבעל את אשתו מדעתו אין מנכים
לה את הבגדים 134

מחילת האשה על הכתובה תלויה בקיום
הגירושין 137

כתב לארוסתו תוספות כתובה ומת אין לה
תוספת 153

מת לאחר הנישואין אפילו רק שעה אחת,
יש לה תוספת 153

כתב לה לזון את בתה יש לזה דין תוספת
כתובה 153

טען הבעל שאשתו מורדת ממלאכה והיא
מכחישתו אינה נאמנת לגבות כתובתה
231

במקום שהיא חייבת להישבע והיא חשודה
על השבועה אינה נוטלת כתובתה 233

כתובה אינה נגבית אלא לאחר מיתת הבעל
או אם גירשה 238

אם רואים שהבעל מכבזו נכסיו ייתכן
שגובים את הכתובה מחיים 238, 239

בית הדין יטיל עיקול לגביית הכתובה לפי
בקשת האשה ללוא חקירה אם אמת בפיה
כאשר לא צפוי כל נזק לבעל על ידי
העיקול 239

על בית הדין לחפש עצות שהצדדים יגיעו
לפשרה באיזה אופן שהוא 230

לפי דעת פוסקים רבים אין בית הדין מתערב
בדבר ואינו מחליט בענין 230, 231

מורדת ממלאכה אין לה מזונות, כל עוד
שהיא עומדת במרדה 231

טען הוא שהיא אינה עושה המלאכה והיא
מכחישה אותו מושיבין ביניהם אשה או
שכנים 231, 235

אין הבעל חייב בפרקונה של אשתו המורדת
אף על פי שזכאי לפירותיה 307

מורדת הטוענת „מאיס עלי“ המתנות שנתנה
לבעלה דינן כנכסי צאן ברזל שאם תפסה
תפסה 335

מורדת שתפסה בלאותיה הקיימין — תפסה
335

ספק אם הבעל חייב להחזיר לה המתנות
שנתנה לו 335

מתנות שנתנה לו בזמן האירוסין והנישואין
אין הבעל חייב להחזירן 336

אך מתנות שנתנה במשך חיי הנישואין
חייב להחזירן 336

מזונות

אין הבעל חייב במזונות אשתו אלא כשהיא
עמו 109

אך אם המניעה היא ממנו חייב במזונותיה
109

כאשר הוא חייב לגרשה חייב במזונותיה
כל עוד שלא גירשה 109

אם מתחילת הנישואין לא היה לבעל כוח

ויש כאלה שדעתם תמיד משובשת 251, 252
החילוק הזה הוא רק לגבי עדותם 252

שאלה אם מחלת נפילה היא מחלה מתדבקת
252

מחלוקת הפוסקים אם כופין את הנכפה
לגרש 252, 253

ייתכן שיסוד המחלוקת היא אם נכפה נחשב
למום שאין לסובל 252

נכפה נחשב כמום גדול ואפשר לגרש אשה
נכפית בעל כרחא 252

אשה גכפית אין בעלה חייב בשארה
כסותה ועונתה 253, 255

במום גדול שכופין אותו להוציא, כופין
בעלת מום כזה לקבל גט 253

האם נכפה מהווה סכנה ? 255, 256, 257

אם ידע בשעת הנישואין שאשתו נכפית
חייב לתת לה כתובה 256

אם נולד המום של נכפה לאחר הנישואין
איננו יכול לגרשה בעל כרחא 256

הוא הדין אם מחל על המום 256

אם ידע על המום בוודאי מחיל 257

הואיל ונכפה הוא מום שבגלוי יש לומר
שאדעתא דהכי נשאה 257

מורדת

טען הבעל שאשתו מורדת מתשמיש והיא
טענה שהוא המורד מטילים חרם על מי
שהוא מורד ואינו מודה בבית הדין 229

יש אומרים שאין כאן מקום לחרמות אלא
יעשו סעודה ויתפייסו 230

הוסכם שתשלום המזונות יהיה ביום מתן
הגט והבעל חור בו יש לחייבו בתשלום
המזונות ביום שצריך היה לתת הגט 125

כאשר חובת המזונות חלה על הבעל גם בלי
הסכם אין לטעון שהסכם שבטל מקצתו
בטל כולו 139, 128, 127

הסכם לגירושין ולמזונות שקיבל תוקף של
פסק דין לאחר שעשו קנין אין בו דין של
קני את וחמור 128

התחייב הבעל לתת לאשתו מזונות שהוא
חייב על פי הדין אין בזה משום גט
מעושה 128

הגיע זמן הנישואין והאשה חלתה פטור
הבעל ממזונותיה 136

הבטיחה האשה לקבל את הגט וחזרה בה
לא הפסידה מזונותיה 137

עברו עשר שנים ולא ילדה והסכימה
להתגרש ובית דין פסק גירושין ואחר כך
התחרטה מחלוקת הפוסקים אם הפסידה
מזונותיה 137

מזונות האשה והילדים אינם קשורים עם
הגירושין ואין לומר שקיום ההתחייבות
בדבר המזונות כרוך בביצוע הגירושין
141, 140, 139

אך אם ההתחייבות היא מופרזת ואינה
צודקת לפי הדין יש מקום להניח שהיא
באה בגלל הגירושין עצמן 140

התחייבות לשלם מזונות לילד גם אחרי גיל
18 באה רק לשם ביצוע הגירושין והאיל
ואינו חייב בזה לא מצד הדין ולא מצד
החוק 141

הצדדים רשאים לבקש דיון מחדש בדבר
סכום המזונות בנימוק שיש שינוי במצב

גברא ייתכן שהיא נחשבת כארוסה ואין
לה מזונות 110

אך ייתכן שהיא כארוסה המעוכבת על ידו
וחייב במזונותיה 110

ארוסה מגורשת ואינה מגורשת חייב
במזונותיה 111, 110

העובדה שהיא מעוכבת על ידו מלהינשא
יוצרת חיוב חדש עליו למזונות 110

אך יש ראשונים החולקים על זה 111

מחלוקת ראשונים אם חופת נדה עושה אותה
לנשואה 110

כשהבעל חייב לגרש את אשתו מטעם חוסר
כוח גברא יש ספק ספיקא אם הוא חייב
במזונותיה עד שיגרשנה 111

מחלוקת אם מספק ספיקא מוציאין ממון 111

בספק ספיקא שמצד מחלוקת הפוסקים לדברי
הכל אין מוציאין ממון 111

ישנה דעה שבאין לבעל כוח גברא אין כאן
חופה 112

וישנה דעה שחופת מחוסר כוח גברא עדיפא
מחופת נדה ודמי לנכנסה לחופה ולא
נבעלה 113

חופת סריס היא חופה לכל הדעות 113

חופת איש חולה אין ספק שהיא חופה הואיל
והיא מצד עצמה ראויה לביאה 113, 114

חופת איש מחוסר כוח גברא היא חופה והוא
חייב במזונות אשתו 114

הסכם בדבר מזונות האשה והילדים שנעשה
בהסכם גירושין הוא בתוקף אף אם
הגירושין לא בוצעו 124

כי ידוע שישתמשו באמצעי כפייה של
מאסר לקיים הפסק
165

חוקה על ראש המשפחה שיכול לפרנס את
משפחתו
165

בית הדין לא יתעלם ממקרים שהבעל חולה
או מחוסר עבודה ואין לו אפשרות לפרנס
את משפחתו
165

אך לגבי מזונות כל שאיננו עני מיקרי
אמיד
165

מחלוקת הפוסקים אם מחוייב הבעל להשכיר
עצמו כדי לפרנס את אשתו
165, 166

אך בזמננו, אם הבעל עבד מקודם ועכשיו
הפסיק, ייתכן שכל הפוסקים מסכימים
שיש לכופו לעבוד ולפרנס
166

המורדת ממלאכה אין לה מזונות כל עוד
היא עומדת במרדה
231

טען הבעל שאשתו מורדת והיא מכחישתו
היא נאמנת לגבי מזונות
234

הוא טוען שהיא מורדת והיא טוענת שהוא
המורד ואין אפשרות לברר עם מי האמת
האם יש לחייב אותו במזונותיה?
234

אשה גובה מזונותיה מבעלה גם כשאין
כתובתה בידה
235

אין הבעל נאמן לטעון שאשתו מחלה על
מזונותיה
235

תבעה מזונות לשעבר נאמן הבעל בשבועה
לטעון שמחלה לו
235

בתביעת מזונות מטיל בית הדין עיקול על
גכסי הבעל על סכום מזונות של ששה
חדשים
238

פסק בית הדין „מזונות לבית“ הכוונה היא
מזונות לאשה
267

הכלכלי של אחד הצדדים 142, 143

תביעה למזונות אין התובע יכול לבטלה
מדעת עצמו
143

התחייב לפרנס את חברו בזמן שהיה מחוסר
פרנסה, מתבטלת ההתחייבות כשמצבו
השתפר
148

התחייב לפרנסו בזמן שהיתה לו פרנסה
שינוי במצבו אינו משפיע על ההתחייבות
ואם לא פירש את הזמן חייב לפרנסו
כל ימי חייו
148

התחייב לפרנסו לזמן קצוב וחל שינוי
לטובה במצבו מחלוקת הפוסקים אם
ההתחייבות קיימת
149, 152, 155

בת שיש לה מזונות ממקום אחר מחלוקת
הפוסקים אם האחים חייבים לפרנסה
150

התחייב האב לפרנס את בנו עד הגיעו לגיל
18 והבן התחיל להרויח כדי פרנסתו האם
ההתחייבות קיימת או בטלה?
148, 150, 153

האם יש להבדיל בין המתחייב לזון את בת
אשתו חמש שנים ובין המתחייב לזון בנו
עד גיל 18?
150, 151, 152

המתחייב לגזון את בת אשתו חמש שנים
חייב לזונה אף אם התגרש מאשתו
151

מת — חייבים היורשים לפרנס אותה
151

התחייב לפרנס את בנו וכלתו זמן קצוב
ומת הבן לאחר הנישואין האם חייב
לפרנס את כלתו?
151, 152, 153

אדם זר שפרנס קטן חייבים לשלם לו
161

פרנס יתום פטורים מלשלם לו
בית הדין פוסק מזונות לאשה ולילדים אם

לדעת כמה פוסקים מגורשת ואינה מגורשת
יש לה מזונות אפילו מן האירוסין
309, 308

מחילה

מחלה כתובתה ונתגרשה והתברר שהגט היה
פסול המחילה היא מחילה בטעות 130

מחילת האשה על הכתובה תלויה בקיום
הגירושין 137

אם ההסכם הוא בדבר מחילת הכתובה
והגירושין רק תנאי יש לומר שהמחילה
חלה מיד 137

אך אם ההסכם הוא בדבר הגירושין והמחילה
טפלה לגירושין אין מחילה כל עוד
שהגירושין לו בוצעו 137

תבעה האשה מזונות לשעבר נאמן הבעל
בשבועה לטעון שמחלה על מזונותיה
235

האשה התובעת מזונות והבעל טען שמחלה
מחלוקת הפוסקים אם היא חייבת לישבע
שלא מחלה לו 235

מחל הבעל על המלאכות שאשתו חייבת
לעשות יכול לחזור בו 235

הוציא המלוה שטר חוב שקויים, אפילו שלא
תבעו כמה שנים אין אומרים שמחל ללוה
367

דין מחילה קיים רק באלמנה שלא תבעה
כתובתה עד כ"ה שנים והיא בבית אביה
367

לגבי גרושה לא שייך מחילה 368

התעוררה שאלת מחילה בשטר חוב אין יד
בעל השטר על התחתונה 368

על פי דין תורה קודמים מזונות האשה
למזונות הילדים 267

האשה רשאית לדרוש שבית הדין יפסוק לה
מזונות בנפרד ממזונות הילדים 267

לגבי תביעות מזונות לשעבר אפשר לומר
שנוקקין לתובע תחילה 268

אך לגבי מזונות לעתיד אם הבעל טוען
שיש לה כסף משלו אין לומר שנוקקין
לתובע תחילה 268

הציע הבעל לאשתו לקיים שלום בית והיא
מסרבת אינו חייב במזונותיה 297

אם פסק בית הדין שהבעל חייב לגרשה
אין מקום לתביעת שלום בית 297

אם האשה עובדת יש לקזז משכורתה,
בתורת מעשה ידיה נגד המזונות 297

אם היא מעוכבת על ירו מלהינשא יש לה
דין של מגורשת ואינה מגורשת 297

מחלוקת הפוסקים אם הבעל זוכה במעשה
ידיה של מגורשת ואינה מגורשת
306, 297

במקרה כזה אין לחייב את הבעל במזונות
הואיל והוא המוחזק 298, 297

יבמה שתבעה לדין את היבם לייבם או
לחלוק וברח או חלה, ניוזנית משל יבם
298

מחלוקת הפוסקים אם הוא חייב במזונותיה
גם כשלא נתרצה לייבם 299, 298

גירש אשתו כל עוד שלא נתן לה כתובתה
חייב במזונותיה 304, 303

יבמה, ג' חרשים הראשונים ניוזנית משל
בעלה 305

מנהג

בת הניזונית מן האחין מציאתה לעצמה

154, 153

אדם הסמוך על שולחן חבירו מציאתו לעצמו

153

יתום קטן הסומך על שולחן אחרים מציאתו

153

תבעה ליבם לייבם או לחלוץ וברה או חלה

מעשה ידיה לעצמה אף על פי שהיא

ניזונית משל יבם

305, 301, 299

חייב המזונות הוא רק מטעם קנס ובזה לא

תיקנו מעשה ידיה תחת מזונות

299

אלמנה הניזונית מן היתומים מעשה ידיה

שלהם

300, 299

האם מציאת האשה לבעל רק כשהוא נותן

לה מזונות?

300

מגורשת ואינה מגורשת מעשה ידיה שלה

אף על פי שבעלה חייב במזונותיה

306, 301

כל מי שחייב לגרש ומסרב לגרש אף על פי

שהוא חייב במזונותיה מעשה ידיה שלה

302, 301

מציאת האלמנה לעצמה אף על פי שהיא

ניזונית מן היתומים

301, 300

אמרה „איני ניזונית ואיני עושה” האם

יכולה לחזור בה?

301

מעוכבת על ידו מלהינשא אף על פי שיש

לה מזונות מעשה ידיה לעצמה

302

מגורשת ואינה מגורשת מציאתה לעצמה

302

מציאת אשתו שגירשה אף על פי שלא נתן

לה כתובה מציאתה לעצמה

303

במקום שנהגו לישא רק אשה אחת אין לו

רשות לישא אחרת על אשתו

251

זוג שנישא בארץ על דעת מנהג הארץ

251

נישאו

המנהג בארץ לישא רק אשה אחת ולכן גם

לבעל ספרדי אסור לקחת עוד אשה אפילו

251

אם לא נשבע על כך

המנהג הוא שמשלמים למתווך דמי תיווך

אפילו אם לא היתה הומנה מפורשת אליו

287, 279

כמו כן יש לשלם דמי תיווך אפילו אם לא

היה מדובר על כך מראש

281

בעניני ממון אפשר הדבר להתקיים גם לפי

288

המנהג בלבד

סיטומתא קניא הואיל וזהו מנהג הסוחרים

288

מנהג סוחרים יוצר מושגים חדשים ברבר

שבממון ומבטל הלכה

289

מעשה ידיה ומציאתה

התחייב לזון את בת אשתו מעשה ידיה

154

שלה

בת הניזונית מן האחין מעשה ידיה של

154

מי?

התחייב האב לפרנס את בנו הגדול מעשה

ידיו ומציאתו לעצמו

155, 154

בניו הסמוכים על שולחן אביהם אפילו

גדולים מעשה ידיהם ומציאתם לאב

154, 153

ההשתדלות לשינוי קרקע חקלאית לקרקע

לבנייה איננה פעולת תיווך 291

נאמנות

התנה המלוה עם הלוח שיהא נאמן לומר
שלא פרעו, הרי הוא נוטל בלי שבועה
אפילו במלוה על פה 20, 17

אין היורשים נוטלים בלי שבועה, אפילו אם
מוציאים שטר חתום בעדים, אלא אם
כתוב בו נאמנות גם להם 17, 20, 21

במלוה על פה או בכתב יד אין היורשים
פטורים משבועה, אף אם ניתנה להם
במפורש תורת נאמנות, אלא אם טוענים
ברי שהלוה לא שילם 22, 17

שטר היתר עיסקא אפילו אם כתוב בו
שנעשה על פי תיקון מהר"ם אין בו
נאמנות ליורשים אך ייתכן שיש בו
נאמנות למלוה עצמו 23, 22

מחלוקת ראשונים אם האשה נאמנת לומר
„בעלי מת במלחמה וקברתיו" 65, 66, 67

שני עדים שאמרו „ראינו שמת" נאמנים 65

אמרו „שמענו שמת" נאמנים כעד אחד 65

הנאמנת אשה לומר „מת בעלי" לאחר
שנישאה לאיש אחר בנישואין אורחיים?
79, 65

בעל שאמר „גרשתי את אשתי" אינו נאמן
למפרע 65

בטענת חוסר כוח גברא מאמינים לאשה 97

אם תובעת הכתובה אינה נאמנת 106

אם אמרה בפירוש שמוותרת על הכתובה
אפשר שכולם מודים שהיא נאמנת 106

האם מעשה ידיה שלה? 303, 304

יבמה מעשה ידיה ליבם בשלושה החדשים
הראשונים למות בעלה אף על פי שניזונית
משל בעלה 305

מתווך

לפי הנוהג המקובל אין ההזמנה למתווך
חייבת להיות מפורשת 279, 281

אין צורך שהמתווך יהיה מקצועי די אם
השירות ניתן לפי בקשת אחד הצדדים
ובידיעתו 281

אין צורך לדבר מראש על דמי התיווך
והסכום 281

פעולת התיווך הוא ליצור קשר בין הצדדים
המביא את העיסקה לידי גמר 282

מתווך הפועל כשליח אחד הצדדים זכאי
לדמי תיווך אם התחיל בעיסקה אפילו אם
נגמרה מבלי שהיה צורך בו 283

אך אם המתווך פעל מעצמו הוא זכאי לדמי
תיווך רק אם העיסקה לא היתה נגמרת
בלעדו 283

העסקתו של מתווך נוסף לגמר העיסקה אינה
שוללת את זכותו של הראשון וכל אחד
זכאי לדמי תיווך מלאים 283

נעשתה העיסקה במטבע חוץ אין המתווך
זכאי לקבל דמי תיווכו במטבע חוץ 284

הנוהג המקובל הוא שהמתווך מקבל 2%
מכל צד 284

בעיסקה גדולה אין ודאות אם הנוהג הוא
לשלם 2%, ועל המתווך הדורש 2%
להוכיח טענתו 285

בזמן הזה שחילול שבת הוא חזון נפרץ
אפשר שיש להאמין לאדם שמעיד על
עצמו שהוא מחלל שבת 323

כשיש אומדנה שהעדים הם פסולים מחמת
עבירה ייתכן שנאמנים לפסול עצמם 323

בזמננו שאין הדרך לקדש בלי חופה ובלי
ברכה נאמנים לומר שלא כיוונו לשם
קידושין 325

עד אחד נאמן באיסורין אפילו בענין שלו
326, 325

אם איתחזק איסורא נאמן רק כשזה בידו
325

בדבר שאינו נגד חזקה בין המקדש ובין
המתקדשת נאמנים לומר שלא התכוונו
לשם קידושין 326

נאמן הבחור לומר שעשה הקידושין רק
לשם שחוק במיגו שיכול לגרשה 329

נדוי, שמתא

מאן דלא ציית דינא מנדין אותו 175

הומיגוהו לדין ולא בא מנדין אותו 175, 176

בא לדין אחר כך מבטלים את הנדוי 176

אמר המגודה שיקיים את הדין מבטלים
הנדוי 176

נדוא על דלא ציית לדינא הוא משום בויון
כבוד בית הדין 176

אמר אינני בא לבית הדין מנדין אותו מיד
176

כתבו אדרכתא מתירין לו הנדוי 176

אם לא נזהרים בנדוי אסור לנדות 177

אם יש רגליים לדבר היא נאמנת 106

הוברר שהיא עדיין בתולה מאמינים לה 106

כשגירסתה מתקבלת על הדעת יותר מאשר
גירסת הבעל מאמינים לה 106

אמר הבעל שיש סיכויים שיתגבר על מחלתו
יש בזה רגליים לדבר שנכונים דברי
האשה 107

האשה נאמנת בטענתה שאין לבעלה כוח
גברא 231

מאמינים לה לחייבו להוציאה אך לא לחייבו
ממון 231

קידש אשה על מנת שיתן לה מאתיים וזו
היא נאמנת לומר שלא קיבלה ואיננה
מקודשת לו 247

מחלוקת הפוסקים אם בזמן הזה נאמנת אשה
לטעון שאין לבעלה כוח גברא 261, 265

אם יש אמתלה או אומדנא שאומרת אמת
מאמינים לה לכל הדעות 261, 266

אם לא גלוי לכל שעילת התביעה מחייבת
אין הנתבע נאמן לטעון שכבר שילם
לתובע 276

אך אם הנתבע טוען ששילם לו לאחר
שחייבוהו בית הדין אפשר שהוא נאמן
276

עד שנתערה חזקתו נאמן לשים עצמו רשע
319, 321

עד אחד מעיד שהאיש פסול לעדות והלה
מודה לדבריו הוא נפסל בהודאת עצמו
לפי דעת פוסקים רבים 321

יש אומרים כשיש הוכחה לדבריו נאמן אדם
לשים עצמו רשע 323

עבד קטן שהטבילוהו על דעת בית דין אינו
יכול למחות לאחר שהגדיל 195

מאן דלא ציית דינא מנדין אותו אפילו
ברגל 178, 177

עדות

שני עדים שאמרו שראו שמת (בעל האשה)
נאמנים 65

אמרו ששמעו שמת נאמנים כעד אחד
78, 65

האם מאמינים לעד אחד או עד מפי עד
שמת הבעל לאחר שנישאה לאחר
בנישואין אורחיים? 79, 65

לדעת פוסקים רבים עד אחד האומר „מת
במלחמה“ נאמן אף כשלא אמר „וקברתי“
73

אם העד אומר ששמע מפי שניים שראו שמת
במלחמה מתירים את אשתו אף כשלא
אמרו „וקברנוהו“ 74

עד מפי עד נאמן גם כשלא אמרו „קברתי“
75

בעד שאומר ששמע לא חיישינן בדדמי 75

עד המעיד מפי גוי ולא פירש אם אמר לו
„וקברתי“ יש להתיר האשה על פיו 75

אך אם העד הראשון סיפר לעד המעיד כמי
שהיה שמח שהבעל מת כגון שקללו ודבר
עליו בבוז אין להתיר אשתו 75

בחשש איסור אשת איש דאורייתא עד מפי
עד צריך לאמר „קברתי“ 77, 76

הקידושין שנעשו בפני עדים פסולים אינם
תופסים אפילו אם ידוע שהם אומרים אמת
323, 319, 317

עד קידושין המצהיר שהוא מחלל שבת

זוג שנתגרשו משמתינן להם אם באו שניהם
לבית דין לדון בתביעות שיש להם אחד
על השני 210

גרוש וגרושה שעשו ביניהם שותפות או
משא ומתן המביאים להם להוקק זה לזה
מנדין אותם 218

נדוניה

כתב לה אביה נדוניה ומתה בעודה ארוסה
מחלוקת הפוסקים אם זכה בה הבעל 132

מתה לאחר הנישואין זכה הבעל בנדוניה
לדעת רוב הפוסקים 132

חתן שקיבל נדוניה מאבי הכלה ואחר כך
הלכה ונישאה לאחר חייב להחזיר הנדוניה
136

נשבע לתת נדוניה לבתו כשהיה לו ממון רב
וירד מנכסיו פטור משבועתו כי אין לך
אונס גדול מזה 156

אם יש לו קרקע חייב למכרה ולקיים
שבועתו 156

אבל אין מחייבים אותו למכור ביתו וכלי
תשמישיו 156

עבד

עבד קטן או שוטה מטבילין אותו על דעת
בית דין 195

שאלה אם אפשר להטביל לשם עבדות בעל
כרחו 195

האם בטבילה לשם עבדות יש צורך בקבלת
מצוות? 196, 195

עיקול

כאשר יש חשש שהמלוה לא יוכל לגבות
חובות כשיגיע זמן הפרעון מטיל בית
דין עיקול על כספי הלוה 236

תובע הטוען שקיים חשש שהנתבע יבריה
נכסיו, מטיל בית הדין עיקול על נכסי
הנתבע עד לבירור המשפט 236

לא יטיל בית דין עיקול אם זה עלול
לגרום להתמוטטות מקור פרנסתו של
הנתבע 237, 236

כל עוד שאין לעיני בית הדין איזו חשש
להברחת הרכוש לא יטיל בית דין עיקול
237

בתביעת מזונות מטיל בית הדין עיקול על
נכסי הבעל רק לסכום מזונות של ששה
חדשים 239, 238

פדיון הבן

כהן שקבל חמשה סלעים לפני שלושים
ומת הבן, חייב להחזירם לאב 133

אך אם האב חזר בו אין הכהן חייב להחזיר
לו את חמשה הסלעים 133

תפס הכהן מעצמו אין מוציאין מידו 133

בפדיון הבן שהתורה קבעה את זמן חמצוה
נתינת דמי הפדיון לפני שלושים היא
נתינה גמורה והפדיון חל כשיגיע זמן
המצוה 133

פדיון שבויים

הבעל חייב בפרקון אשתו 221

אין חיוב על האב לפדות בנו
223, 222, 221

ומזכיר שמות אנשים בעירו שיודעים
שהוא מחלל שבת הוא עד פסול 319

עד שהוחזק כרשע אין צורך לקבלת עדות
לפסולו כעד קידושין 319

עד עם הארץ חוקתו פסול עד שיוחזק
שהולך בדרכי ישרים 322, 320

אין להוציא אשה מחוקת פנויה על פי
עדות של עם הארץ האומר שנתקדשה
320

לדעת רוב פוסקים עדים הפסולים רק
מדרבנן פסולים להיות עדי קידושין 320

מעיד עד אחד שנתקדשו ושניהם מורים
בזה חוששים לקידושין 323

טענת „משטה הייתי“ מהני נגד עד אחד
אבל לא נגד שני עדים 324

קידש בפני שני עדים ואחד מהם נמצא
פסול בטלה כל העדות אפילו כאשר העד
הכשר לא ידע שהשני פסול 324

לדעת פוסקים רבים, העיד אחד שנתקדשה
והיא מכחישתו הרי היא מותרת 324

אף על פי שאין העד נפסל על פי עצמו
הוא נחשב בין הבוויים שפסולים לעדות
מדרבנן 330

פסולי עדות מדרבנן דינם כספק פסולי
תורה 330

חמסן שפסול לעדות מדרבנן איתרע חזקת
כשרותו והוא ספק פסול מן התורה 330

מחלוקת הפוסקים אם בעדי קידושין צריך
דרישה וחקירה 330

אם בדרישות וחקירות אמרו העדים שאינם
יודעים עדותם פסולה אף בענין שאין
צורך בדרישה וחקירה 330

אם אין לו כוח גברא הקידושין הם בטעות,
אם האשה ידעה שהוא סריס הרי אלו
קידושין גמורים 246

היו לו מומים אין הקידושין קידושי טעות
אף אם היא לא ידעה מהם 246

יש אומרים שהם קידושי טעות וכופין אותו
להוציא 246

ייתכן שבעקרות יכופו להוציא מטעם קידושי
טעות אף אם לא טוענת בעינא חוסדא
246

אם לא ברור שהיה עקר בזמן הנישואין
ספק אם יש כאן קידושי טעות 246, 247

קיימת דעה שגם בספק קידושי טעות כופין
אותו להוציא 247

קידש אשה ברמאות ובתחבולות כופין אותו
לגרש 247

טען האב שהבעל ידע על מומי האשה על
האב להביא ראיה 247

טען הבעל שהוא גילה מומו לאשתו ספק
אם אפשר לחייבו לגרש בטענה שעשה
שלא כהוגן 247

קידש אשה על מנת שיתן לה מאתים וזו
היא נאמנת לומר שלא קיבלה ואינה
מקדשת לו 247

קידש אשה בפני עדים פסולים אין הקידושין
חלים, אף אם יודעים אנו שאינם משקרים
317, 319, 323

עד קידושין המצהיר שהוא מחלל שבת
וידוע בעירו שמעשן ונוסע בשבת ומוזכר
שמות אנשים שידוע להם שהוא מחלל
שבת, הוא עד פסול 319

עד שהוחזק כרשע אין צורך לקבלת עדות
לפוסלו כעד קידושין 319

מחלוקת החכמים אם האב חזב לפדות את
בתו 222

אין היורשים חייבים לפדות את האלמנה 221

ייתכן שהאב חייב לפדות בניו הקטנים עד
גיל שש 222, 223

האם הספק אם חייב בפדיון שבויים הוא
ספק סכנתא שאולינן בו לחומרא ?
223, 224

קידושין

המקדש אשה לאחר שלושים יום שניהם
יכולים לחזור בהם תוך שלושים 132

חזרה בה האשה היא חייבת להחזיר כסף
הקידושין 132

חזר בו האיש מחלוקת הפוסקים ם היא
חייבת להחזיר כסף הקידושין 132, 133

אם הקידושין נעשו בתנאי מפורש שיחולו
לאחר קיום התנאי כולם מודים שהיא
חייבת להחזיר כסף הקידושין גם כשהאיש
חזר בו 132, 133

קידש אשה ומת לפני הנישואין דעת רוב
הפוסקים שאינה חייבת להחזיר כסף
הקידושין 135

שלח לה הארוס מתנות (סבלונות) בין שמת
הוא ובין שמתה היא לפני הנישואין
המתנות חוזרות 135

הוא הדין אם נתן לה מוהר 135

אשה שאינה ראויה ללדת שנישאה למי שאין
לו בנים הנישואין הם נשואי טעות 246

האם הוא הדין כאשר הבעל אינו ראוי
להוליד ? 246

אם הוא יכול לבעול אין הקידושין קדושי
טעות אף אם אינו ראוי להוליד 246

ברכה נאמנים לומר שלא כיוונו לשם
קידושין 325

כל קידושין שניתנו דרך שחוק וקלות ראש
אינם קידושין 325

באמירה גרועה כגון שאמר „בטבעת זו”
ונתן לה מטבע, נאמן לומר שהתכוין
לשחוק בעלמא 325

מחלוקת הפוסקים אם עדי ידיעה בדבר
הנתינה מהני אף בלי ראיית הנתינה 326

אם האשה טוענת שלא קיבלה לשם קידושין
כולם מודים שאין הקידושין תופסים 326

אם יש עדי ידיעה בלי ראייה וטוענים שהיה
דרך שחוק בעלמא אין לחשוש לקידושין
326

לדעת כמה פוסקים קידושין שנעשו כדי
שהאשה תורשה לגור במקום המקדש או
שתוכל לקבל רשיון כניסה לארץ ישראל
וכדומה, אין לחוש להם כלל 326

במקום שאין לחוש לקידושין אסור להצריך
גט לאשה בחנם 327

כל שיש רגליים לדבר שהקידושין היו דרך
שחוק אינה מקודשת כלל 328

לא ייחדו עדים לקידושין ויהיה בקהל אנשים
פסולי עדות חל הכלל עדות שבטלה
מקצתה בטלה כולה 329

מחלוקת הפוסקים אם הכלל הנ"ל חל גם
כאשר נמצאו נשים בקהל והגברים כולם
היו כשרים 329, 330

אף על פי שאין אדם משים עצמו רשע עד
המצהיר שהוא מחלל שבת נחשב בין
הבזויים ופסול לעדות מדרבנן ופסול
לעדות קידושין 330

פסולי עדות מדרבנן דינם כספק פסולי תורה

נתקדשה בעדים פסולים אין הקידושין
תופסים אפילו כששניהם מודים 319

אין להוציא אשה מחוקת פנויה על פי
עדותו של עם הארץ האומר שנתקדשה
320

לדעת רוב הפוסקים אין הקידושין תופסים
אפילו בעדים שפסולים רק מדרבנן 320

קידש בעד אחד ושניהם מודים יש לחוש
לקידושין 323

אם אינם מודים אין לחוש לקידושין 323
כשטוענים שלא נתכוונו לשם קידושין הם
נחשבים כמו אינם מודים בקידושין 323

רוב רובם של הפוסקים סוברים שטענת
„משטה הייתי” מהני נגד עד אחד 324

אין טענת השטאה מהני כנגד שני עדים 324
קידש בפני עדים ונמצא פסול אפילו לא
ידע העד הכשר בפסולותו של השני בטלה
כל העדות 324

לדעת פוסקים רבים אמר עד אחד מקודשת
והאשה מכחישה אותו הרי היא מותרת
324

המקדש אשה בגזל אם נודע שקנה אותו
דבר ביאוש הרי זו מקודשת 324

המקדש בטבעת שאולה ולא אמר למשאל
שלוקח הטבעת כדי לקדש בה אשה אין
הקידושין תופסים 324, 329

הוא הדין אם אומר שלוקח הטבעת לקדשה
בדרך שחוק וליצנות 324

יש פוסקים הסוברים כי בזמננו קידושין
שנעשו בלי קהל ובלי חופה אין לחוש
להם 325

הואיל ואין הדרך לקדש בלי חופה ובלי

עשה קנין להתחלק עם אדם אחר את רווחיו
האם הקניין חל אף אם זה דבר שלא בא
לעולם? 157

במקום שמועיל קנין מועיל סיטומתא
להחשיבו כקנין גמור 190

אך במקום שקנין אינו מועיל כגון בדבר
שלא בא לעולם גם סיטומתא אינה מועילה
190

אמר אדם לחבירו שימול את בנו יכול לחזור
בו גם כשעשו קנין כי זה קנין דברים
190

אך אסור לחזור בו משום שארית ישראל
לא יעשו עולה 190

המנהג יכול לעשות את מה שאינו קנין
לקנין (סיטומתא) 190

לדעת כמה פוסקים מהני סיטומתא גם בדבר
שלא בא לעולם 191

האם „אתן” עם קנין מועיל יותר מאשר
„אתן” בשטר? 372

כתב לאשתו כך וכך לכתובה וקיבל עליה
בקנין סודר חייב לקיים 372

מה שנעשה בבית דין אינו צריך לדרכי
קנינים 374

כל שדעתו קרובה להם הרבה כגון אשה
וילדים גמר דעתו להקנות ולזכות אותם
אף בלי מעשה קנין 375, 381

האם קנין סיטומתא הוא מדרבנן או
מדאורייתא 375, 376

קנין סודר מהני גם במטלטלין 376

„אתן” בקנין שנכתב בהסכם שניתן לו תוקף
של פסק דין מחייב לכל הדעות 376

ייתכן שקנין „אתן” מהני כשהמקבל נותן
תמורה 377

ואין בכוחם להוציא אשה מחזקת פנויה
330

מחלוקת הפוסקים אם בעדי קידושין צריך
דרישה וחקירה 330

קנין

קנין לא חל על התחייבות לגירושין 126

אם הבעל קיבל בקנין לגרש את אשתו
צריכים למחול לו הקנין שלא יהיה כאונס
126, 138

עשה קנין לגרש וליתן קנס האם חל הקנין
על הקנס? 126, 127, 138

אם הקנין הוא לשני אנשים אם אחד לא
קנה השני קנה מחצית 126

בקנין של קני את וחמור מחולקים הפוסקים.
לפי דעה אחת כל הקנין בטל, לפי דעה
שניה כל הקנין קיים, לפי דעה שלישית
קנה מחצה 126, 127

קני את וחמור הוא ספיקא דדינא ואין
להוציא מן המוחזק 127

כאשר הבעל רצה בגירושין אפשר לומר
שהקנין בדבר הגט היה רק לגבי האשה
ולגבי הבעל היה הקנין רק על
ההתחייבויות הכספיות 127

קנין שנעשה בבית הדין לגירושין ולמוזנות
אין בו דין של קני את וחמור 128

קיבל קנין לגרש את אשתו הוי אונס 138

שעבד עצמו בקנין לשלם קנס אם לא יגרש,
גירש — הגט כשר, לא גירש — חייב
לשלם את הקנס 138

עשה קנין אחד לגרש או לשלם קנס, הקנין
בטל לגבי שני הדברים מדין קני את
וחמור 138

45 אעפ"י שבא לשם יותר גדול ממנו
בזמן הזה שמקבלים רב וקוצבים לו שכירתו,
הבא בגבולו גרע מיוֹרד לאומנות חבירו
45

רב הפוסק הלכות ומסדר גיטין וקידושין
ובנוסף הוא פועל בהנהגת הקהל יש לו

45 דין ירושה
מינויו או החזקתו של רב מהני שלא
להורידו ממנו אך רב שני יכול לבוא
46, 45 ושניהם ישמשו כאחד

אד אם הרב נתמנה גם להנהגת כל ענייני
הציבור אין לסלקו ואף לא להתחלק עם
47 רב אחר וגם בניו יורשים גדולתו

רב שנעשה בן אותה העיר ואינו מרחק את
רב העיר מפרנסתו אין איסור כי זה עושה
48 בתור שלו וזה עושה בתוך שלו

רב שבא לעיר כאכסנאי מותר לו לסדר
חופה וקידושין אך חייב להעביר השכר
48 לרב הקבוע

אם הנהגת העיר מצורפת למינוי של הוראות
איסור והיתר שיהיו הם רוב הרבנות, הבן
49 יורש

רב שתפקידו לפסוק הלכות בענייני שבת
ולא שייך לענייני הנהגת העיר ולדרון בין
49 אדם לחבירו אין שייך בזה דין ירושה

בירושת רבנות אם יש ליורש רוב מנין או
רוב בנין (של הקהל) אין מפקיעים ממנו
50, 49 ירושתו

בהרכב המועצה הדתית נחשבת ההנהלה
כרוב בנין והמועצה כולה כרוב מנין ורק
אם יש רוב באחת מהן יש מקום לירושת
50 הרבנות

כאשר המועצה כולה מחליטה שאין למנות
רב אלא בדרך של מכרז, בטל דין ירושה
50

אמר „כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך
מעכשיו". והלך ומכרה לשני, הראשון
קנה 380

לא אמר מעכשיו לא קנה משום דהוי קנין
דברים 380

רבנות

היש דין ירושה במשרת רבנות?

36 כל מי שהוחזק בעיר בתפקיד רב, בנו ואפילו
בן בנו לעולם קודמים לכל אדם אחר
במידה והם ממלאים מקומו ביראה והם
חכמים קצת 41, 36

קיימת דעה שהרבנות איננה עוברת בירושה
42

אם אין רוב בציבור שמסכימים להיות להם
לרב אין לו להשתרר עליהם מחמת נחלת
42 אבותיו

כאשר הרבנות היא שרות והרב משועבד
לקהל לעשות צרכיהם בשכר יש בה דין
43, 42 ירושה

בעיר שיש רב ראשי שהנהגת העיר מסורה
לו אין לרבנים האחרים דין ירושה 43

רב הפוסק הלכות גרידא אין שייך בו דין
44, 43 ירושה

רב המשגיח על העירובין ולמנוע חילול
שבת אין שייך בו דין ירושה 43

כל המינויים שהם כתר תורה אין בניהם
44 קודמים

כתר מלכות וכהונה מורישים לבניהם אבל
45, 44 כתר תורה הפקר הוא

מי שנתמנה מהקהל על עיר אחת ודאי שאין
45 ליקח התמנותו

מי שהוחזק לרב בעיר אין להורידו מגדולתו

התחייב לזון את חבריו הוי ספיקא דדינא
224 אם חייב לרפאותו

האב קודם לאחרים לקיים בבנו דין פיקוח
נפש ולכן חייב לרפאותו גם ברפואה שיש
224 לה קצבה

ספק אם אדם חייב ברפואת בניו הקטנים
224 למטה מגיל שש

אך יש לחייבו מדין צדקה ומדין פיקוח נפש
224

אשה התובעת מבעלה להחזיר לה דמי רפוי
שהוציאה חייבת להוכיח את ההוצאה 240

שבועה ונדד

התנה המלוה עם הלוח שיהא נאמן לומר
שלא פרעו הרי הוא נוטל בלי שבועה
20, 17 אפילו במלוה על פה

אין היורשים נוטלים בלי שבועה אפילו אם
מוציאים שטר חתום בעדים, אלא אם
כתוב בו נאמנות גם להם 21, 20, 17

אין היורשים נשבעים שבועת היורשים
ונוטלים אלא אם יש בידם שטר מעליא
חתום על ידי עדים 22, 21, 17

במלוה על פה או בכתב יד, אין היורשים
פטורים משבועה אף אם ניתנה להם
במפורש, תורת נאמנות אלא אם טוענים
22, 17 ברי שהלוה לא שילם

פתק בכתב ידו ובחתימתו של הלוח יש לו
דין של מלוה על פה לגבי יורשי המלוה
והלוח נאמן לטעון פרעתו ואינו חייב
24, 18 שבועת היסט

מי שמודה שהיה חייב לחבירו מנה צריך
להישבע שבודאי פרע לו ואם איננו יודע
28 שפרע חייב לשלם

נשבע על דעת רבים לתת נדוניה לבתו וידד

אם לאחר המכרו ימצא שהמועמדים האחרים
אינם עולים בהרבה על הבן היורש, על
המועצה הדתית למנות אותו למשרת אביו
50

אפילו אם ישנה תקנה שרב יוצא לפנסיה
בגיל מסוים הרי זה כמו שהועבר מחמת
מום או מחמת אונס ולכן יש זכות ירושה
51

במינוי של תלמיד חכם להרביץ תורה או
לדון ולהורות אין דין ירושה 54, 53

משרת רב ומנהל מחלקה היא משרה של
שררה ורבנות ויש בה דין ירושה 59

רפואה

האב חייב ברפואת בנו ברפואה שאין לה
220 קצבה

היה חייב לזון מתנאי בית דין חייב גם
220 ברפואה שאין לה קצבה

הוא הדין אם חייב לזון מתקנת חכמים
220 כגון בנו

אם התחייב לזון אין ההתחייבות כוללת
220 רפואה

אלמנה אינה זכאית לרפואה שיש לה קצבה
220

לדעת רוב הפוסקים חייב הבעל ברפואת
אשתו גם ברפואה שיש לה קצבה
221, 220

רפואה שיש לה קצבה היא בכלל פרקונה
221

יתומה אינה זכאית לרפואה שיש לה קצבה
222

האם הספק אם אדם חייב ברפואה הוא ספק
223 נפשות ואולינן לחומרא?

מי שגדר לחבירו להיות בעל בריתו או
למול את בנו צריך לקיים 190

אם הוא מתנה בעוד אשתו מעוברת אינו
כלום 190

אמר אדם לחבירו שימול את בנו ונתאחר
זמן המילה והאב הזמין מוהל אחר ובאו
שניהם זה שגדר לו תחילה הוא קורם 190

אך אין בית הדין יכול לעכב את האב
מלחזור בו אפילו אם נעשה קנין 190

אדם שהבטיח לחבירו שיהיה סנדק, אם
ההבטחה ניתנה קודם שנולד הילד יכול
לחזור בו לאחר שנולד הילד — אינו יכול
לחזור בו 190

אם יש מנהג קבוע ומפורש להזמין מוהל
בעוד האשה מעוברת, הזמנת המוהל היא
כקנין סיטומתא 191

טען הבעל שאשתו מורדת והיא מכחישתו
אינה חייבת לישבע שבועת היסוד
231, 232, 235

אם היא תובעת כתובתה היא חייבת לישבע
232

תובע שהוא מן הנשבעים ונוטלים החשוד
על השבועה נשבע הנתבע ונפטר 233

מחלוקת הפוסקים בפוגם שטרו אם הנתבע
נשבע ונפטר או שהתובע לוקח בלי
שבועה 233

אך כאשר האשה חייבת שבועה והיא חשודה
על השבועה היא לא נוטלת כתובתה
233, 234

אין בית דין מחייב שבועה אלא לפי דרישת
הצד שכנגד 234

האשה שתבעה מזונות לשעבר נאמן הבעל
בשבועה לטעון שמחלה על מזונותיה 235

מנכסיו ואיננו יכול לקיים שבועתו הוא
פטור מן השבועה כי אין לך אונס גדול
מזה 156

התחייב אדם בשבועה וירד מנכסיו אין
מחייבים אותו למכור ביתו וכלי תשמישיו,
כי אדעתא דהכי לא נשבע 156

גדר אדם לתת מעשר לעניים ממה שירויח
והוא צריך כסף למוזנות האם הוא קודם
לכל אדם? 158, 159

אך אם רוצה להישאל על גדרו ולצאת ידי
כל ספק מתירין לו הגדר בפתח או
בחרטה 158

אלמנה שהחזיקה בנכסי בעלה ולא נשבעה
על כתובתה ובמותה ציוותה לתת סכום
כסף לצדקה, אין היורשים חייבים לקיים
צוואתה 160, 161

נשבע הלווה לשים עצמו בבית הסוהר עד
שיפדע חובו אוסרים אותו 161, 163

טען הלווה שאין לו לשלם את החוב והמלווה
טוען שיש לו משביעין את הלווה שאין
לו 164, 165

אך אם הוחזק כעני וכאדם כשר אין משביעין
אותו 164

השבועה הנכללת בכתובה אצל העדות
הספרדיות ייתכן שהיא במקום החדר"ג
אצל העדות האשכנזיות 172

כשיש שבועה לא לקחת אשה על אשתו
אין כופין את הבעל לישא אשה כשהוא
יושב גלמוד 178

שבועה שלא ישא אשה על אשתו אין
להתירה בלי חרטה ואין הדין מתירין
אותה ללווה בקשתו של הנשבע 180, 181

האם אפשר להגיש ערעור על התרת
השבועה? 180, 181

שהריווח יהיה לשניהם והלה התנה שלא
ימכור בלי לשאלו והלך ומכר הרי הוא
גזול 346

שאלה אם מכירה כזאת יש לה תוקף
347, 348

אם הרבר שנמכר רדכו להימכר המכירה
תופסת 347

שותף אינו כשליח שטעה שאפילו בכל
שהוא המקח בטל 347

היה מרובר בין השותפים שמה שיקנה יימכר
לאחרים והלך אחר מהם ומכר הכל ביחד
קורם זמן המכירה רשאי השני לבטל
את המקח 348

אם נעשתה המכירה בניגוד לתנאי השותפות
המכירה בטלה 348

אף במקום שהמכירה קיימת אין הלוקח
יכול לבוא בטענות לשותף שלא מכר לו
348, 349

שתיקת השותף השני אינה מהווה הסכמה
מלאה על המכירה ותנאיה 349

שטר

האם לפתק, כתוב בכתב ידו של הלוה
שחייב למלוה סכום כסף, וחתם עליו,
יש רין שטר, ואין הלוה יכול לטעון
„פרעת“? 17, 19

האם בשטר היתר עיסקא ניתנה למלוה
נאמנות הפוסרת אותו משבועה? 17, 19

אין היורשים נוטלים בלי שבועה, אפילו
אם מוציאים שטר חתום בעדים אלא
אם כתוב בו נאמנות גם להם 17, 20, 21

שטר היתר עיסקא פילו אם כתוב בו שנעשה
על פי תיקון מהר"ם אין בו נאמנות

האשה התובעת מזונות והבעל טען שמחלה,
האם חייבת היא לישבע היסת שלא מחלה
לו? 235

הביא התובע עדים שאבי הנתבע היה חייב
לו חוב, ויש קצת רגלים לדבר שלא פרעו
מחייבים את היורש לישבע שלא ידוע לו
שהחוב לא נפרע 275, 293

אך כבר נהגו שבית הדין נמנע מלחייב
שבועה 278

אם חייבו בית דין שבועה לאחד הצדדים
רשאי בית הדין לעשות פשרה ביניהם
278

תבע אדם בטענה שאחר אמר לו שהנתבע
לקח מכספו והוא העיד על כך, מחלוקת
הפוסקים אם הנתבע חייב שבועה
דאורייתא 352

האם התביעה לרשום דירה בטאבו על שם
הקונה נחשבת כתביעת ממון שחייבים
עליה שבועה? 353

שותפות

התחייב אדם לחלק רווחיו למשך זמן מסוים
עם אדם אחר וקיבל כסף בעד זה האם
הוא נעשה שותף לרווחיו? 156, 157

אך אין ספק שהענין הזה דינו כמקח וממכר
הואיל וקיבל כסף 157

שותף חייב לפעול ברכוש המשותף בדרך
המקובלת 345

מכר סחורה משותפת וגרם הפסד על ידי
הקרמת מועד המכירה, חייב לפצות את
השותף השני 345

האם החיוב לפצות הוא משום שדינו כמזיק
או משום חיובי השותפות? 345, 347
קיבל אדם כסף מן השני וקנה סחורה

שהוא צריך לתת לו, יש באי-רשומה
רגלים לדבר שהוא נתן לו מזומנים
וייתכן שזאת היא טענת ברי שפרע

29, 31, 32

הטוען, „איני יודע אם נתחייבתי או אם
פרעתי” חייב לשלם 34

נפקד שנתחייב לשלם בעד הפקדון והלוה
סכום כסף למפקיד וטוען שהפקדון היה
שווה פחות מסכום ההלוואה והמפקיד אינו
יודע את שווי הדין עם הנפקד 34

אם הנתבע מסרב לחתום על שטר בוררות
שבית הדין יוכל לכופו לקיים פסק הדין
אין בית הדין חייב להזקק לדין 177

מוציאים ממון על פי חזקות מסוימות 245

מוציאים ממון על פי רוב מכריע 245
אין הולכין בממון אחרי המיעוטא דמיעוטא
245

הכלל שנוקקין לתובע תחילה הוא רק כאשר
התביעה מוכחת או שהנתבע מודה בה
וטענת הנתבע טרם הוכחה 268

אך אם טענת הנתבע היא באותה דרגת
ודאות כמו טענת התובע לא אומרים
שנוקקין לתובע תחילה כי „אטרוחי בי
דינא תרי זימני למה לי” ? 268

כאשר לפי טענותיו של הנתבע הוא פטור
מתביעת התובע אין שייך לומר בזה
שנוקקין לתובע תחילה 268

הביא התובע עדים שאבי הנתבע היה חייב
לו חוב אינו גובה מהיורש כי חוששים
שלא נפרע החוב 275

אם יש קצת רגלים לדבר שלא פרעו נהגו
בדורות האחרונים לחייב את היורשים
לישבע שאינם יודעים שלא פרע את החוב
275

גם ליורשים אך ייתכן שיש בו נאמנות
למלוה עצמו 23, 22

פתק בכתב ידו ובחתימתו של הלוה אשר
לפי חוקי המדינה אפשר לגבות על פיו
ייתכן שיש לו דין שטר 24, 18

אדם שעשה התחייבות בשטר דינו כמו שאר
בעל חוב 158

כשמתעוררת שאלת מחילה בשטר חוב יד
הנמחל על התחתונה 368

אין מטלטלין נקנים בשטר 371

אם כתב שטר על מטלטלין גמר ומשעבד
נפשיה 376, 375

תביעות ממון

נתבע הטוען „איני יודע אם נתחייבתי”
פטור, „איני יודע אם פרעתי” חייב
27, 25

נתן לו התובע צ'ק וביקש תמורתו מזומנים
והנתבע טוען שמא נתן לו המזומנים
ספק אם זאת היא טענה, „אם נתחייבתי”
או „אם פרעתי”

25, 26, 27, 28, 30, 33, 34

האם במקח וממכר שייך לומר „איני יודע
אם פרעתיך” ? 28

טען המלוה שבפרעון שקיבל מהלוה היו
מטבעות מזויפים והלה אינו יודע חולקים
הפוסקים אם יש לו דין „איני יודע אם
נתחייבתי” או דין „איני יודע אם פרעתי”
29, 28, 26

נתבע שהודה שקיבל מעות מהתובע אך
איננו יודע אם היתה הלוואה או מתנה
ייתכן שחייב לשלם 34, 33, 31

אדם שקיבל צ'ק מחבירו והיה רגיל לתת לו
התמורה במזומנים מיד או לרשום בפנקס

אליבא מאן דאמר ששעבודא לאו דאורייתא
אפילו אם שיעבד במפורש לא מהני 288

בדיני ממונות אפשר לחדש מושגים שאינם
קיימים בדין התורה 288

כל דבר שבממון אפשר לו להתקיים או לפי
דין התורה או תקנות חז"ל וגם אם אינו
כתוב בתורה ואינו מן הדין אלא לפי
הנוהג 288

מטעם זה סיטומתא קניא ולכמה פוסקים
מועילה גם בדבר שלא בא לעולם ובדבר
שאינו בו ממש 288, 289

מנהג סוחרים יוצר מושגים חדשים בענינים
שבממון ומבטל הלכה 289

אלמנה הנתבעת מצד עצמה אין טוענים לה
שמה פרע בעלה 293

כאשר אחד טוען שחבירו מכר לו חפץ, או
שטוען שמכר חפץ והקונה לא שילם לו
או שהקונה טוען שנתן הכסף ולא משך
את החפץ, או שלא ידע ולא ראה המום
שבחפץ, או שאחד הצדדים טוען שהעיסקה
נעשתה על תנאי מסוים, והצד השני
מכחיש — הדין הוא המוציא מחבירו
עליו הראיה 339, 340

באין ראייה משביעין את המכחיש שבועת
היסת 340

תנאי

כאשר תובע הגירושין נתן התחייבויות
כספיות וחוזר בו מתביעתו והנתבע דורש
ממנו לקיים התחייבויותיו מתעוררות
בעיות שפתרוןן תלוי בדיני תנאי
ואומדנות של תנאי אונס 130

אם היורשים טוענים שאביהם מעולם לא
לזה הרי זה כאילו אמרו שהחוב לא נפרע
275

אם לא גלוי לכול שעילת התביעה מחייבת
ההנחה היא שהנתבע לא שילם לתובע
עד שיחייבוהו בית הדין 276

במקרה כזה גם בית הדין אינו טוען פרעתי
ליוורש 276

אך אם הנתבע יטען ששילם לאחר שבית
הדין חייבוהו אפשר שהוא נאמן 276

אך נראה שבית הדין לא יטען טענה כזאת
בשביל היוורש 276

כאשר ישנה הוכחה לא טענינו טענה רחוקה
ליוורשים 277

טען הנתבע שהענין הוסדר בינם לבין עצמם
והוא פרע נאמן 277, 278

ייתכן שטוענים טענה זו ליוורש 278

לפי הנוהג המקובל אין ההזמנה למתווך
חייבת להיות מפורשת 279, 281

אין צורך שהמתווך יהיה מקצועי די אם
השירות ניתן לפי בקשת אחד הצדדים
ובדיעתו 281

גם אין צורך לדבר מראש על דמי התיווך
281

פעולת התיווך היא ליצור קשר בין הצדדים
ולהביא את העיסקה לידי גמר 282

מתווך הפועל כשליח של צד אחד זכאי
לדמי תיווך אם התחיל העיסקה אף אם
נגמרה בלי שיהיה צורך בו 283

אך אם המתווך פעל בעצמו אינו זכאי לדמי
תיווך אלא אם העיסקה לא היתה נגמרת
בלעדו 283

תקנות

גלוי דעת על נימוקי המכירה יש לו דין
של תנאי מפורש וכשמתברר שהנימוק
איננו עוד בטלה המכירה
131

נתן מתנה על מנת שישמשנו ואחר כך אינו
רוצה שישמשנו אין סירובו מבטל את
המתנה הואיל ומקבל המתנה מוכן לקיים
את התנאי
134

בתנאי אין הולכים אחר הלשון אלא אחרי
הכוונה
383

תקנות הדיון תש"ך של בתי הדין הרבניים
ייתכן שיש להם תוקף של תקנות הקהל
14

שאלה אם המועצה הדתית אפילו בהתייעצות
עם הרבנים והדיינים, רשאית להתקין
תקנה שכל מינוי של רב יהיה רק לעצמו
ולא לאחריו
59, 61