זכרון עולם בהיכל ה׳

לכבוד ולעילוי נשמת

איש מופת מורם מעם, תלמיד חכם מופלג ומרביץ תורה

הרה״ח ר׳ **יהושע השיל רייזמן** ז״ל

אוד מוצל מאש משרידי דור דעה ומחבר ספרים בהלכה במחשבה ובחסידות

אשר כל חייו מיזג ושילב תורה עם דרך ארץ

ועשה מלאכתו ארעי ותורתו קבע בהתעמקות ובריתחא דאורייתא

נלב״ע בעשרה בטבת תשס״ט

* * *

האשה החשובה עדינת הנפש ואצילת הרוח

מרת **הלינה שיינדל רייזמן** ע״ה

אשת חיל עטרת בעלה רודפת צדקה וחסד

נלב״ע ערב שבת ה׳ מנחם אב תשנ״ז

* * *

איש דגול מרבבה ואציל נפש, אוהב ספר ויודע ספר,
ראש וראשון לכל דבר שבקדושה

הרה״ח ר׳ **אהרן יעקב קורנווסר** ז״ל

רב פעלים לתורה ולצדקה, אוהב חסד ומרבה להיטיב

נלב״ע ז׳ תמוז תשס״ב

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

ת.נ.צ.ב.ה.

הונצח על ידי
צבי רייזמן, איש עסקים ומחבר ספרי רץ כצבי (ח׳ חלקים)
ובני משפחתו, לוס אנג׳לס

שו"ת

באהלה של תורה

חלק ששי

מאמרים ותשובות

באבן העזר וחושן משפט

מאת
הרב יעקב אריאל
רמת גן

בהוצאת
מכון התורה והארץ
כפר דרום – שבי דרום ת"ו
ניסן תשע"ו

עורך: הרב יעקב אפשטיין

הספר יצא לאור
בסיוע משרד התרבות והספורט – מינהל התרבות
המחלקה למכוני מחקר תורניים

©
כל הזכויות שמורות

סדר ועימוד:
א"א 077-3535047

הדפסה:
דפוס העיר העתיקה – ירושלים

תוכן העניינים

החוסן והחושן 7

אבן העזר

סימן א הולדת ילדים פגומים 11
סימן ב השתלת רקמות לצורך פוריות 16
סימן ג השתלת שחלה 24
סימן ד פרו ורבו בהזרעה מלאכותית 31
סימן ה לבורנטיות במעבדות הפרייה 35
סימן ו ברירת מין עובר ע"י PGD 38
סימן ז מניעת הריון לפני ילד ראשון 39
סימן ח סתימת חצוצרות ע"י essure 46
סימן ט חיסון לסרטן צואר הרחם 55
סימן י כריתת רחם לאשה הסובלת מדימום כבד 64
סימן יא הולדת ילד לצורך רפואת אחיו 67
סימן יב הפלה למעוברת העומדת להינשא 80
סימן יג הפסקת הנקה לצורך לידה 84
סימן יד אנדרוגינוס 86
סימן טו סירוס אשה שיש לה כרומוזומים זכריים 89
סימן טז הפיכת זכר לנקבה 97
סימן יז אמצעי מניעה 98
סימן יח נישואי גבר ואשה בעלי נטיות הפוכות 103
סימן יט גרושה המבקשת לחזור לבעלה לאחר שתתעבר 107
סימן כ בעלת תשובה לספק כהן 112
סימן כא גיורת לכהן 119
סימן כב גרושה מנישואין אזרחיים לכהן שתוקי 125
סימן כג ילד שנולד מבנק הזרע 136
סימן כד נישואי בעלת תשובה לבועלה לאחר שנכשלה בזנות 137
סימן כה נישואי גיורת לכהן מסורס 148
סימן כו נוכחות בשירת נשים 151
סימן כז קול באשה 158
סימן כח קידושין ללא הסכמה מפורשת 164

סימן כט	נישואי חרש בימינו	179
סימן ל	פונדקאית – האם רשאית להינשא?	196
סימן לא	צרוף נשים לשבע ברכות	202
סימן לב	הסכם ממון קדם נישואין	206
סימן לג	כיסוי ראשה של כלה	216
סימן לד	כיסוי ראש לאשה חולה	219

חושן משפט

סימן לה	סמכות הנהגה ציבורית בענייני מוסר	224
סימן לו	זכות השתיקה	243
סימן לז	מעמדה ההלכתי של ההוצאה לפועל	257
סימן לח	פריעת חוב בשמיטה ע"י היורשים	265
סימן לט	שמיטת כספים בבנקים	271
סימן מ	שכיר שהזיק	278
סימן מא	נגזל שהזיק לחפץ גזול	280
סימן מב	מתן זכות חניה לאחר	284
סימן מג	העלאת שיעור המס על רווחי גז ונפט	289
סימן מד	השגת גבול	304
סימן מה	זכויות עובדים – (דינא דמלכותא דינא)	312
סימן מו	מסיק זיתי נוכרים הנטועים בתחום ישוב יהודי	324
סימן מז	ירושת בנות נוכריות	347
סימן מח	גבאי שאיבד את רשימת התורמים לבית כנסת	358
סימן מט	קנס פיגורים	362
סימן נ	האם מארח נושא באחריות לרכוש האורח?	368
סימן נא	ישוב שנבנה על אדמה גזולה	369
סימן נב	מונית שהעלתה נוסע נוסף	377
סימן נג	שכיר שהזיק	384
סימן נד	גניבת ביציות מגופה של אשה	386
סימן נה	עסקת קרקעות	396
סימן נו	שאל כדור משואל	402
סימן נז	שחרור ממאסר של חולה מסוכן	408
סימן נח	גזל מגוי במלחמה	413
סימן נט	עובר שמת כתוצאה מתאונת דרכים	421
סימן ס	הגנה עצמית ("האינתיפאדה בהלכה")	430

החוסן והחושן

הקדמה לכרך ו של "באוהלה של תורה" על אה"ע וחו"מ

החוסן

"חוסן – זה סדר נשים" (שבת לא ע"א)

"מה טובו אוהליך יעקב משכנותיך ישראל".

הבית היהודי, גם אם אינו אלא אהל ארעי, הנע ונד ברוח מצויה, בנוי על יסודות איתנים וחסינים. לכן החופה המצויה, הפרושה על ראשי בני זוג ביום הקימם את ביתם, אינה בית ממש, אלא ארבעה כלונסאות ויריעה מעליהם. מטרתה להעביר מסר לזוג הצעיר, שלא הקירות והתקרה הם החוסן, אלא הרוח הממלאת את הבית. הקשר הנפשי, הקבוע והמוחלט, הוא החוסן. אוירת הטהרה והקדושה היא ענן הכבוד החופף על האהל והיא מקור עוצמתו. ברגע מקודש זה החתן מקדש את כלתו ושניהם הופכים את ביתם למקדש מעט, שחומותיו מבוצרים יותר מכל מבצר.

כל בית זקוק למחיצות, לשם הגנה מכל פגע רע טבעי או אנושי. אך בבית היהודי יש ליריעות מטרה נוספת – לחצוץ בין החוץ לבין הפנים וליצור בפנים אוירה שונה. זו משמעותה של הצניעות הישראלית – ההפנמה. הבית פנימה הוא העיקר. יש לנו תרבות ייחודית. היא אינה מוחצנת ואינה ראוותנית כלפי חוץ. זה ההבדל בין תרבות יעקב לתרבותו של עשיו. הקול הבוקע מבפנים הוא קול יעקב. והידיים, הפרושות לצדדים ומחצינות החוצה, הן ידי עשיו. אפילו בלעם שחיפש רק חסרונות ע"מ לקלל את ישראל לא יכול היה שלא להתפעל מתופעה ישראלית ייחודית זו ובעל כורחו ברך "מה טובו אוהליך יעקב משכנותיך ישראל". ודווקא משום שהכיר בחוסן ישראלי זה יעץ לערער אותו, ע"מ לחסל חלילה זכר לשונאיהם של ישראל. הוא ידע את הסוד שרק בית יהודי צנוע ומקודש הוא הערובה להמשך קיומו של עם ישראל. לצערנו, עצת בלעם ממשיכה לפעפע גם בדורנו. סופות עזות מטלטלות את אוהלינו ויש שקורעות אותו לגזרים ומעיפות אותו לכל רוח. אולם מובטחנו שנצח ישראל לא ישקר ולא ינחם. חוסנך לעולם, לדור ודור משפחותייך.

חוסנו של הבית היהודי תלוי בעיקר באמון ההדדי ובאמונה המשותפת של כל בני הבית בייעודו. אך היהדות מפוכחת וריאליסטית היא. אין לבנות בית רק על הצהרות גבוהות ורעיונות נשגבים. החוסן חייב להיות מעוגן בחושן משפטי המבטיח מסגרת חוקית מסודרת שעל פיה מתנהלים חיי המשפחה. לכן אסור לו לאדם לשהות עם אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה. ועם זאת אני נוהג להמליץ לכל זוג מתחת לחופה, לגנוז את הכתובה במקום שמור ולא להשתמש בה. זוגיות אמיתית אינה בנויה על חוזים משפטיים, אלא על רצון טוב, הבנה, ערבות הדדית, אהבה ואחוה שלום ורעות.

טבעת הקידושין היא חוליה בשרשרת הזהב של עם ישראל לדורותיו. חוסנה של השרשרת כולה תלוי בחוסנה של כל חוליה שבה. הבית הפרטי הוא הנדבך שעליו מבוסס הבית הלאומי כולו. והבית הלאומי תלוי בחושן.

החושן

כשם שהבית הפרטי זקוק למסגרת משפטית, כך על אחת וכמה וכמה הבית הלאומי. חברה אינה יכולה לסמוך רק על הצהרות של רצון טוב ועל נדיבות, אלא על מערכת של חוקים ומשפטים המסדירים את מערכת היחסים שבין אדם לחברו ושבין אדם לחברה.

המשפט הוא השפה בה החברה מדברת עם אזרחיה. וכשם שלכל חברה יש שפה המבטאת את תרבותה, כך גם המערכת המשפטית שלה. 'חושן המשפט' הוא השפה בה החברה הישראלית צריכה לדבר עם חבריה. זו התרבות הייחודית שלנו, שמקורה בתורה ובמעתיקי השמועה מסיני ועד עתה. אין בעולם תרבות משפטית כה ארוכה וכה עשירה כמו חושן המשפט שלנו. הוא החוסן התרבותי והחברתי שלנו.

מדינת ישראל עלולה להתנתק משורשיה, בהתעלמותה והתאלמותה מחושן המשפט שלנו. עצמאותה התרבותית תלויה בין היתר בכך. אל תשלה את עצמה החברה הישראלית שתחיית השפה עברית, על אף פלאה, תוכל לבדה לקיים תרבות ישראלית עצמאית. השפה הבין-אישית לבדה לא תוכל להחזיק מעמד ללא שורשיה העמוקים, שאחד ומיוחד מהם הוא שפת המשפט הישראלי המקורי. חוסנה של מדינת ישראל תלוי בחושנה.

ב"ה שלא אלמן ישראל והבטחת התורה שלא תישכח מפי זרעו מתקיימת. לימודי חושן משפט בישיבות, בכוללים והמכונים פורחים ומתעצמים. מאות רבות של בוגרי ישיבות עברו במשך השנים האחרונות בחינות בחושן משפט מטעם הרבנות הראשית לישראל, וחלקם משמשים כדיינים במסגרת בתי הדין לדיני ממונות המתרבים והולכים. ולא רק בכמותם, אלא גם באיכותם. הם מתקדמים ומשתכללים ומתייעלים בתקנות פנימיות וגם בצורתם החיצונית, שאינה נופלת מבתי המשפט הרשמיים (בעיקר יש לשבח את מערכת בתי הדין של "ארץ חמדה" ו"גזית"). הציבור הולך ומכיר יותר ויותר את בתי הדין התורניים, המצטיינים בתבונתם, יעילותם, זריזותם והתמחותם בנושאים כלכליים וחברתיים חדישים, ומזדקקים להם.

למרבה התמיהה והעלבון משרד המשפטים אוסר (!!!) על רבני ישראל לדון דיני ממונות במסגרת תפקידם. אולם לא מפיו אנו חיים. רבני ישראל יונקים את סמכותם מכוח מורשת הדורות, אותה הם ממשיכים ברצף, שהיא בת אלפי שנים לפני שהוקמה מערכת המשפט החדשה במדינת ישראל. אחריותם היא להציל עשוק מעושקו ולהביא שלום בין איש לרעהו במסגרת דיני הממונות. חלק מדיונים אלו רוכזו בספר זה.

לתורת ישראל הנצחית יש יכולת להתיישם בכל דור ודור, בכל החליפות והתמורות שה' מחדש בעולמו בכל יום ויום. החוסן המשפחתי והחושן הציבורי הם דוגמאות לכוחה הנצחי של תורת ישראל. על שלושת אלו העולם עומד על האמת (=התורה) על הדין (=המשפט) ועל השלום (=הבית). חלק זעיר מנושאים מעשיים אלו הגיעו לשולחני ואני משתף בזאת את ציבור הלומדים בדיוני, שאינם מחייבים, בספר זה.

מזמור לתודה לה' יתּ' שהצילני מכל מיני מרעין בישין ונתן לי בריאות גוף ומנוחת נפש, לשבת באוהלה של תורה, ללמוד תורה וללמדה, וליישמה, עד כמה שידי – יד כהה מגעת – בחיי המעשה ובעבודת הרבנות. וזיכני להוציא לאור כרך ו של 'באוהלה של תורה' על אה"ע וחו"מ. כן יזכנו ה' להמשיך בעבודת הקודש ללמוד וללמד ולהוציא לאור ספרים נוספים.

יישר כוח גדול לעורך הספר ידידי הרב יעקב אפשטיין, מחבר ספרי "חבל נחלתו", שעבר על כל תשובה, העיר וביקר והעמידני על טעויותי. שגיאות מי יבין מנסתרות נקני.

כמו כן אני מודה למכון 'התורה והארץ' ולמנהלו הנמרץ אליעזר ברט הי"ו שנטלו על עצמם את המשימה להוציא ספר זה לאור. זה יותר מעשור שהם נודדים ממקום למקום, מאז עקירתם מכפר דרום שבגוש קטיף, ועדיין לא מצאו מנוח לכף רגלם. ינחילם ה' במקום יציב עד אשר ישיבם לגבולם בבי"א.

ומודה אני לרעייתי נחמה שתחי', שהיתה לי גם לחוסן משפחתי וגם לחושן בעצותיה הטובות, וסייעה לי לעסוק בתורה. שלי ושלכם שלה. יה"ר שיהיו כל צאצאינו וצאצאי צאצאינו כולם יודעי שמך ולומדי תורתך לשמה.

ונזכה כולנו לראות בחוסנו של כל בית פרטי בישראל ובחוסנו של בית ישראל הכללי בשובו אל נווהו ואל צור מחצבתו בצניעותו ובחושן משפטו. ויקויים בנו הכתוב (ישעיהו א):

ואשיבה שפטיך כבראשנה ויעציך כבתחלה אחרי כן יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה.

כרך זה מוקדש לעילוי נשמתם של הקדושים
שנרצחו ע"י מחבלים במרחבי ארצנו
ארץ אל תכסי דמם
ואל יהי מקום לזעקתם
כי דם עבדיו יקום
ונקם ישיב לצריו
וכפר אדמתו עמו

חלק אבן העזר

סימן א

הולדת ילדים פגומים

שאלה

זוג שבבדיקות גנטיות התברר שילדיהם ייוולדו פגומים באופן קשה מאוד פיזית או נפשית. האם חייבים במצות פו"ר?

א. אין מצוה ללדת ילדים פגומים

האם יש בכלל מצוה להביא לעולם ילדים פגומים?

בברכות (י ע"א):

> אמר ליה (ישעיה לחזקיה): משום דלא עסקת בפריה ורביה. אמר ליה: משום דחזאי לי ברוח הקדש דנפקי מינאי בנין דלא מעלו. אמר ליה: בהדי כבשי דרחמנא למה לך? מאי דמפקדת איבעי לך למעבד, ומה דניחא קמיה קודשא בריך הוא – לעביד. אמר ליה: השתא הב לי ברתך, אפשר דגרמא זכותא דידי ודידך ונפקי מנאי בנין דמעלו.

מתשובתו של ישעיה לחזקיה יש ללמוד שאדם **אינו רשאי** להיפטר ממצות פריה ורביה בגלל בנים לא ראויים, אלא המצוה מוטלת עליו בכל תנאי. (אמנם אין למדין מן האגדות, אך כן למדין מהטיעונים ההלכתיים המובאים באגדה. לא יתכן שהאגדה תשים בפיו של ישעיהו טענות המנוגדות להלכה. ואכן הפוסקים דנים בהלכה הנלמדת מאגדה זו). **אך** המהרש"ל (ים של שלמה יבמות פ"ו סי' מד) **כתב:**

> אשה אינה מצווה על פריה ורביה, ויכולה לשתות כוס של עקרין, היכא דאית לה צער לידה, או שמתייראה מפני בנים שאינם הגונים.

האיש מצווה על פ"ו (ס"ה ע"ב) אבל לא האשה... ומותרת לשתות אף כוס של עיקרין, וכ"כ הסמ"ג (לאוין ק"כ) וראייתו מסוגיא דסוף האי פירקא (ס"ה ע"ב) דדביתהו דר' חייא דקשתי' כו', ואומר אני, דאין ראייה מזו, אלא למי שיש לה צער לידה, כעין דביתהו דר"ח, וכ"ש אם בניה אין הולכין בדרך ישרה, ומתייראה שלא תרבה בגידולים כאלו, שהרשות בידה.

לכאורה דבריו נסתרים מדברי ישעיהו בברכות שמצות פריה ורביה קיימת גם כאשר הבנים אינם הולכים בדרך ישרה?

אך מתוך עיון בדבריו משמע שמחלק בין האיש לאשה. חזקיה הוא איש שחייב במצות פריה ורביה בכל תנאי, והיה עליו לחפש אשה שתסכים ללדת לו ילדים, גם אם לא יהיו ראויים. המהרש"ל מתיחס לאשה שפטורה מפ"ו. היא לא חייבת ללדת ילדים שאינם ראויים.

אם כי צ"ע, בשלמא חזקיה ראה ברוה"ק שייוולד לו מנשה, לכן סבר להיפטר ממצות פריה ורביה, אך סתם אשה אינה יכולה לדעת מראש שייולדו לה ילדים לא ראויים ומדוע שתיפטר מהמצוה? וק"ו בתו של ישעיה הנביא שמן הסתם ידעה מאביה שתלד את מנשה שירצח את אביה.

אם כי גם על חזקיה ק' הרי הכל ביד"ש חוץ מיר"ש, וכמו שהוא עצמו אמר "הב לי

ברתך, אפשר דגרמא זכותא דידי ודידך?"

וצ"ל מכיון שהוא ראה ברוה"ק שלמרות הבחירה החופשית התוצאה תהיה שמנשה יהיה רשע, שימלא את ירושלים דם מפה לפה, לא רצה להולידו (ואולי היה בזה גם צד של פיקו"נ).

ואכן אין ללמוד מחזקיה לנ"ד, כי באשר ליראת שמים הדבר תלוי בבחירה, ורק על זה אמר ישעיה "בהדי כבשי דרחמנא למה לך" ונתן לו את בתו לאשה. משא"כ מחלה טבעית קשה. זו אינה תלויה בבחירה ובמקרה של מחלה טבעית קשה גם ישעיה היה פוטרם ממצות פריה ורביה.

ב. אין מצוה להרבות סבל בעולם

מיהו גם במקרה בו ייולדו ילדים חולים, הרי גם לחולה יש זכות קיום על אדמות. אדרבה, ניתן לזכות את הרבים באמצעותו שיקיימו בו את מידת החסד, למה שלא יולידוהו?

אולם מצד הילד החולה י"ל שאין מצוה להביאו לעולם ע"מ שיתייסר קשות ויזדקק כל הזמן לעזרת זולתו.

וצ"ע אם ללמוד זאת מהאב עצמו. אם נניח שהאב חייב במצות פריה ורביה בכל מצב, א"כ גם חובת הילד להיוולד, הן כדי לזכות את אביו במצוה, והן מצד חובת האדם לחיות (אם נניח שיש מצוה גם להיוולד, ר' להלן). במק"א (באהלה של תורה ח"ב סי' צב) הוכחנו שאדם פטור ממ"ע הגורמת לו יסורים קשים. ואילו היה האב עצמו סובל מיסורים גדולים כתוצאה מקיום מצות פ"ו מסתבר שהיינו פוטרים אותו ממנה. למרות שזו מצוה דרבים, אך אין חובה על הפרט להתייסר ביסורים קשים למען אחרים. כי דרכיה דרכי נועם. (אמנם מאשה הסובלת מיסורים שפטורה ממצות פריה ורביה אין להביא ראיה וכמו שכתבנו לעיל לחלק בין מצות האשה למצות האיש). אם נכונה הנחתנו שהאב עצמו פטור מהמצוה במקום שהוא מתייסר ביסורים קשים, א"כ לכאורה ה"ה הבן, אין מצוה שייוולד ע"מ לסבול כל ימיו. אמנם אדם לעמל יולד, אך לא לעמל חריג, השונה בהרבה מדרך כל הארץ. האם יש חובה לקיים מצות פריה ורביה בילד שיסבול יסורים קשים?[1]

נלענ"ד שאדרבה, וכי אומרים לאדם קיים מצוה ע"ח יסורי זולתך? כלומר, האם האב רשאי לקיים מצות פו"ר על חשבון הסבל של הבן שיוולד? הרי אפילו במקום פיקו"נ אסור לאדם להציל את עצמו בממון חברו ק"ו בצער גופו של חברו. ואפילו לשיטת התוס' בב"ק ס ע"ב שאסור להציל את עצמו בממון חברו, רק כשאין דעתו לשלם, אך במקום שדעתו לשלם מותר, אולם בצער גופו של חברו גם הם יודו לרש"י שם, שהרי לא יתכן לומר שאדם יצער את חברו כדי לקיים מצוה ע"מ לשלם לו. והחובל בחברו כדי לקיים מצוה הוי מצוה הבאה בעבירה. אמנם כאן צ"ע אם זו מצוה הבאה בעבירה, כי הוא לא חובל בבנו בידים, אך בעצם הבאתו לעולם

1. איוב וירמיה קללו את יומם והתלוננו על הוריהם שילדו אותם. אמנם אין אדם נתפס על צערו, ואין ללמוד מרגעים קשים בחייהם, אך מי שכל ימיו סבל ויסורים קשים עלול גם הוא לקלל את יומו ואת הוריו. וכבר היה ילד חולה שתבע את הוריו בבית המשפט על שילדו אותו...

הוא גורם לו סבל. מיהו גם אם נניח שיש כאן מעין חבלה צ"ע אם זו מצוה הבאה בעבירה, כי לא העבירה גורמת את המצוה. אדרבה, המצוה גורמת לעבירה. כי ע"י מצות ההולדה נגרמת עבירה של יסורי הילוד. וצ"ע אם בכה"ג אמרינן מצוה הבאה בעבירה. מה גם שבמצות פריה ורביה לא אמרינן מצוה הבאה בעבירה ר' מנ"ח מצ' א שהוכיח מזה שמוליד ממזר מקיים מצות פריה ורביה שלא אמרינן מצוה הבאה בעבירה בפריה ורביה, כי את העבירה הוא עבר בביאה האסורה, אך המצוה מתקיימת רק בהולדה. אך בנ"ד גם העבירה תתקיים רק בהולדה יחד עם המצוה. וא"כ אולי בכ"ז יש כאן מצוה הבאה בעבירה. וצ"ע. עכ"פ מצוה פשוטה אין כאן.

וגם אם נדחה את הראיה מסבל האב, שאין לפוטרו ממצוה בגלל סבל בנו, הראיה מהאשה היא כן ראיה. הרי אשה המתייסרת יכולה לשתות כוס של עקרין כי היא אינה מצווה. וק' אמנם היא פטורה אך בעלה הרי חייב בפ"ו מי התיר לה לשתות כוס של עקרין כדי למנוע מבעלה את קיום המצוה? (ודוחק לומר שעשתה זאת בלי ידיעת בעלה. נניח שהוא לא ידע, אך מי התיר לה להפקיע את בעלה ממצוה ללא ידיעתו?) אלא ע"כ אדרבה, בעלה אינו חייב במצוה על חשבון אשתו המתיסרת. ולכן גם הוא פטור מהמצוה. וא"כ ה"ה בנ"ד. אין הצדקה להוליד ילדים שיסבלו סבל רב רק כדי שהאב יקיים מצוה.

והעיר לי הרב יעקב אפשטין שיש לפטור את האב במקרה זה ממצות פו"ר גם משום דרכיה דרכי נועם. התורה לא ציוותה עלינו לקיים מצוה הכרוכה בסבל רב (ר' סוכה לב ע"א ואנ"ת בערך זה).

ג. עולם חסד יבנה

יש טוענים שבהבאת ילדים בעלי יסורים לעולם הם מזכים את האחרים שמקימים בהם מצוות רבות של חסד. תפיסתנו היא לא הן ולא שכרן, ויש בעולם מספיק בעלי יסורים המזכים את הרבים במצוות ואין צורך להוסיף עליהם.

כמו כן יש לחלק בין מי שכבר קיים בעולם לבין מי שעדיין לא נולד. מצות וחי בהם חלה רק על מי שכבר נולד, אולם אין מצוה להביא ילד לעולם ע"מ לקיים 'וחי בהם'. המצוה היא פריה ורביה בלבד ולא 'וחי בהם'. (ר' תוס' ב"מ קיד ע"ב שלא היה דין פיקו"נ בהחייאת בנה של הצרפית וכמו שהסביר הנצי"ב בהעמק שאלה שאילתא קסז אות יז).

ובזה יש לדחות את ראיית הפת"ש נגד המהרש"ל. הפת"ש (אה"ע סי' ה ס"ק יא) הביא ראיה נגד המהרש"ל מב"ב קל"ג ע"ב שאסור להיות מעבורי אחסנתא, אפילו מברא בישא לברא טבא, דדלמא אתיין מיני' זרע מעליא עיי"ש, וה"ה לעניין הבאת ילדים לעולם למרות שיסטו מהדרך. לענ"ד אין ראיה. שם מדובר בבן שכבר קיים, שאין לקפח את זכותו בירושה, משא"כ להביא לכתחילה בן לעולם כשידוע לנו מראש (אם אכן ידוע לנו) שיסטה מהדרך הישרה.

וכן דעת המנחת יצחק (ח"ו סי' קמד) בתשובתו לגר"ש זלטרנרייך אבד"ק שטשקובה (עיירת משפחת אמי, אוד מוצל מאש, הוריה וכל אחיה ואחיותיה וצאצאיהם נספו בשואה, ה' יקום דמם) אלא שהוא עוסק בזוג שכבר נולדו להם בן ובת וקיימו בהם מצות פריה ורביה וכל הדיון הוא על מצות "לערב אל תנח ידיך".

לעומת זאת בשו"ת שבט הלוי (ח"ד סי' קסא) דן בזוג שגר במקום שבו יש סיכוי קלוש לחנך את הילדים חינוך יהודי כשר, ועל האשה מוטל למעשה עיקר עול החינוך, שרצו להימנע מקיום מצות 'לערב אל תנח ידך'. הגר"ש ווזנר לא מקבל את טענת האשה ודוחה את הראיה מחזקיה, ש'מיפקדת' הכוונה היא רק לגבר שחייב במצוות פריה ורביה ולא לאשה, לדעתו גם אשה נחשבת כמצווה (וכמש"כ הר"ן בקידושין ריש פ"ב) וכן מצות 'אל תנח' אף היא ככל מצוה לענין זה ובתוך דבריו כתב:

> דשאני התם שהי' חזקי' המלך בעל רוה"ק אמיתי, וידע בברור גמור שבניו יהי' רשעים... וגלגולי סבות כל החינוך בזה"ז הם הרבה ולא קצרה ידו להושיע, ובפרט במקום שהאב והאם רוצים בחינוך הבן הגם שאין בתי ספר טובים... ואם הוא ירא שמים בדרך שאדם רוצה לילך מוליכין אותו.
>
> ומה דאיתא בשו"ע אה"ע סי' א' ס"ח בהג"ה בשם התה"ד דאם יש לו בנים הרבה מותר לישא אשה שאינה בת בנים מחשש דיבואו לקטטה... הנה הרבה יש לחלק בזה דקטטה מבנים שונים מאמהות שונות בבית הוא דבר טבעי ורגיל, ואינו מחויב להכניס מריבה לתוך ביתו שהיא קשה ממלחמת גוג ומגוג, משא"כ ענין חינוך שבידו תלוי.
>
> ועוד, והוא העיקר דאיפכא יש לדייק מזה דדוקא לישא מעיקרא אשה שאינה בת בנים הוא דמותר הא לעשות פעולות שלא תלד אשה בת בנים עדיין לא שמענו.

לענ"ד יש להעיר על דבריו:

א. מהיש"ש משמע שמחלק בין האיש לאשה.

ב. וכן משמע מדבריו שלא רק הימנעות מלשאת אשה שאינה בת בנים מותרת, אלא גם מניעת הריון מותרת מסיבה זו.

ג. ההנחה שרוה"ק קובעת בצורה מוחלטת שהבנים יצאו לתרבות רעה צ"ע, האם ננעלו דרכי תשובה ובחירה חופשית גם ממי שרוה"ק מודיעה לנו שיהיה רשע? הרי ידוע שגזרה רעה עשויה להתבטל. עכ"פ מדבריו למדנו שקטטה בין משפחות היא דבר טבעי שיש להתחשב בו יותר מאשר חשש שהבנים יצאו לתרבות רעה. וא"כ ק"ו יסורי גוף ונפש של הילדים שייוולדו ושל הוריהם. וקי"ל שבמשפחות שכל תשומת הלב ניתנת לילד אחד, בגלל מחלתו, יתר האחים מרגישים עצמם מקופחים והדבר עלול להרבות קטטה בבית.

אם כי גם מדבריו משמע שהוא דן רק במצות 'לערב' ולא בעיקר מצות פריה ורביה.

ד. מצוה ללדת ילדים פגומים

לעומת הפוסקים, הנוטים למנוע את לידתם של ילדים פגומים, יש פוסקים הנוטים להתיר ואף לחייב את לידתם, אם כי הם דנים בשאלה אחרת, של נישואי קרובים או משפחות בהם יש חשש גבוה לילדים פגומים. לדעתם אין להתחשב בחששות הגנטיים. ובין היתר הם מוכיחים מהגמ' בברכות שישעיה אמר לחזקיה, 'בהדי כבשי דרחמנא למה לך?' ומזה יש להסיק גם לנ"ד שאל לנו להתחשב בחששות שהועלו ע"י מדעני הגנטיקה.

בשו"ת משנה הלכות (חי"ב סי' רסה) מערער על הנוהג שהתקבל על דעת גדולי

התורה לעשות בדיקה גנטיות לפני שידוכין הנקראת 'דור ישרים' ובין היתר הוא טוען שאין להתחשב בשיקולים מדעיים ויש לסמוך על הרוב ולא לחוש למיעוט, גם אם הן מיעוט מצוי (יתכן לומר שגם לדעתו, אם לדעת המדענים **רוב** הבנים יהיו חולים מותר להימנע מלהולידם).

וכן האדמו"ר מקלויזנבורג בשו"ת **דברי יציב** (חלק אה"ע סי' ז) מתיר נישואי בת דודתו וקורא לא להתחשב בדעת הרופאים.

ויש גם הטוענים שאדרבה מצוה להביא ילדים פגומים לעולם כי הם בעלי נשמות גדולות ואולי יש בהם מגלגולים אחרים. ועל כך אנו משיבים: אדרבה! בהדי כבשי דרחמנא למה לך? אין לדיין אלא מה שעיניו הטבעיות רואות ואל לנו לערב בהלכה שיקולים מעולם הנסתר שאיננו מבינים בו.

ואכן דעת רוה"פ שלא כדעתם של המתירים, אלא אדרבה הם ממליצים על בדיקות גנטיות והימנעות משידוכים שעלולים להביא ילדים פגומים לעולם. ולדעתם יש מקום לשקול הימנעות מהולדת ילדים כאלה.

ה. ערבות האשה לבעלה

בשו"ת **בצל החכמה** (ח"ד סי' סה) מתיר מניעת הריון במקום שיש חשש להולדת ילד מפגר. את דברי היש"ש הוא מיישב שלא יקשה עליהם מחזקיה, שלא בעיית התנהגותם השלילית של הילדים גורמת להיתרו של היש"ש אלא צער ההורים ועגמת הנפש שתהיה להם מהתנהגות ילדיהם וא"כ ק"ו ילד מפגר.

בתחילת דבריו הוא מדבר באשה שבעלה קיים כבר מצות פריה ורביה וכל הדיון הוא רק לעניין מצות בערב. אך שם באות ז כתב:

> נלענ"ד שאין חילוק בזה בין לא קיים לערב אל תנח ידך ובין לא קיים מצות פריה ורביה, דכיון שמדין ערבות אין חובה על האשה לדאוג לקיום מצות פריה ורביה של בעלה, דאשה אינה בכלל ערבות... ממילא אינה בכלל ערבות דמצות פריה ורביה של בעלה כיון שהיא פטורה ממצוה זו. ומשמע דעת האחרונים שגם לגבי בעלה אינה בכלל ערבות דאין חילוק בין בעלה לאחר.

ולענ"ד נראה שמצות פריה ורביה שאני. שהרי א"א לקיימה אלא ע"י נשיאת אשה ומכיון שבלעדיה אין בעלה יכול לקיים את המצוה על דעת כן היא נישאה לו שתהיה שותפתו לקיום מצות פריה ורביה וא"כ היא ערבה לו וכמש"כ הר"ן בקידושין ריש פ"ב.

אלא שי"ל שלא השתעבדה לבעלה אלא במצב רגיל של רוב הנשים בעולם, אך במקרה חריג של סבל גדול הרבה יותר מהמקובל על דעת כן לא השתעבדה לו. ומכיון שאינה מצווה בעצמה על מצות פריה ורביה היא רשאית להימנע במקרה זה.

גם דעת **הגרשז"א** (מנחת שלמה סי' קג, א) נוטה לפטור זוג הסובל ממחלה תורשתית, שמחמתה ילדיהם יהיו בצער, ממצות פריה ורביה.

ו. הפריה מלאכותית

הדרך שהרופאים ממליצים למנוע הולדת ילדים פגומים היא באמצעות הפריה מלאכותית. יש סיכוי שבאמצעות הפריה מלאכותית יבודדו את הילדים הבריאים ישתילו אותם ברחמה של האם והיא תלד רק אותם (יש מחלות גנטיות שניתן למונען ע"י

ברירת הביצית והזרע והפריה מלאכותית). אמנם בדרך זו ספק אם הם מקיימים מצות פריה ורביה (ר' באהלה של תורה ח"א סי' סט) אולם כאמור בדרך הטבעית אינם חייבים לקיים מצות פו"ר ולכן עדיף שיקיימו את המצוה בדרך מלאכותית אע"פ שמבחינת קיום המצוה הדרך הטבעית עדיפה. כי אין הצדקה לקיים מצוה בהידור על חשבון סבלו של הילד שייוולד.

ואם האשה מעדיפה הפריה טבעית, כי בהפריה מלאכותית עליה לעבור טיפולים הורמונאליים לא קלים, ושאיבת הביציות היא פעולה כירורגית שיש בה סיכונים, לכאורה אין הצדקה שהיא תסבול רק כדי למנוע סבל מהילד שייולד. מאי חזית דדמא דההוא גברא סומק טפי מדמא דידה? לא מצינו שאדם חייב לסבול כדי למנוע סבל מחברו. מ"מ אין לדמות את הסבל שלה שהוא חד-פעמי לסבלו של הילד שהוא סבל ממושך לכל החיים. ואין לך אם בעולם שאינה מוכנה לסבול עבור בנה.

א"כ יש להמליץ על הפריה מלאכותית למרות הסבל שייגרם לה על פני הפריה טבעית שבה היא עלולה להביא לעולם ילד שחייו יהיו מלאי סבל.

מסקנה:

א. אם הם קיימו כבר מצות פריה ורביה הם פטורים ממצות 'לערב אל תנח ידך'.

ב. אך באשר למצות פריה ורביה עצמה אם רוב הסיכויים ללדת ילד בריא שינסו ללדת ילד כזה ואם ייוולד בריא שילדו עוד אחד וגם אם יהיה מאותו מין אין לחייבם יותר וכמש"כ הנמוק"י ביבמות (סד א):

> ולכו"ע מיהת אם לא ילדה אלא (כולם) זכרים או נקיבות אעפ"י שזכר ונקיבה היא המצוה אין כופין אותו להוציא.

ובשו"ת בצל החכמה (שם) הביא שכן פסק גם בשו"ת מעיל צדקה (סי' לג ד"ה איברא) והמהרי"ט לא היו לו אלא רק בנים זכרים ולא נשא אשה אחרת עליה.

ג. אך אם ייוולד חלילה ילד חולה צריך לשקול היטב לפי מצבם הנפשי והבריאותי האם הם מסוגלים לנסות שנית, כי אם הדבר קשה להם מאד הם פטורים.

ד. אם יש חשש סביר שהילד יהיה חולה אל להם ללדת אותו בדרך טבעית אלא רק ע"י הפריה מלאכותית.

סימן ב

השתלת רקמות לצורך פוריות

שאלה זו נחלקת לשתים: א. השתלת שחלות מאשה פוריה לאשה עקרה. ב. השתלת רקמות של אשך מגבר פורה לגבר עקר.

השאלה המשותפת היא אחרי מי יתיחס הילד שייוולד, אחרי התורם/ת או המושתל/ת? אך מכיון שיש הבדל בין שתי הרקמות יש לחלק את השאלה לשתיים. נדון תחילה בהשתלת שחלות.

א. השתלת ביציות

אמנם השתלה מועילה בדרך כלל

להיחשב כחלק מגופו של המושתל, כגון אבר מן המת שהושתל בגופו של אדם חי חוזר להיות חי ואינו מטמא יותר. אולם לעניין יוחסין נראה לענ"ד שהרקמה לא תיחשב לכזאת. בספרי באהלה של תורה ח"א סי' ע כתבתי לעניין פונדקאית, שהקובע את הייחוס היא בעלת הביצית ולא בעלת הרחם. יעוי"ש.

אמנם אז היתה זו דעת מיעוט. לאחרונה רבו הפוסקים הסוברים שלא הפונדקאית קובעת אלא בעלת הביצית. הוכחה לכך מפירושו הארוך של הטור על התורה **בראשית** (מו, י) עה"פ "ושאול בן הכנענית" (וכן כתבו במושב זקנים לבעלי התוס' שם)

ותימה איך נשא שמעון אחותו מן האם? ולפי המדרש אתי שפיר שעיקר הריון של דינה היה בבטן רחל.

[אמנם ההנחה שדינה התעברה תחילה ברחמה של רחל היא דברי אגדה ואין למדין מן האגדות. אכן אין למדין מן האגדות את העובדות אם היו בדיוק כמסופר באגדה, שדינה הוחלפה ביוסף או לא. אולם הטור שאל על ההנחה של סיפור האגדה שאלה **הלכתית** וענה תשובה **הלכתית**. הדיון ההלכתי אינו אגדה אלא **הלכה**!]

אמנם יש להקשות עליו שלדבריו יוסף לא היה בנה של רחל אלא של לאה. וכל המקרא מלא מזה שהוא היה בנה של רחל?

וי"ל ששאלת יוסף אם הוא בכור פטר רחם של רחל תלויה בסוגית מדביק שני רחמים בחולין ע ע"א שם הבעיה עלתה בתיקו. כי העובר הוצא כשהוא כבר יצור גדול ע"י הרועה מרחם האם האחת והועבר לרחמה של האם השנית. אך בנ"ד שהמעבר לא היה בשלב כל כך מאוחר הוא נעשה מיד עם ההפריה ע"י הקב"ה, תוך מ' יום ואולי אפילו תוך ג' ימים, ולכן הוא נחשב לבנה בכורה של רחל. ומכיון שלעניין גדר בכור הוא בכורה של רחל גם לעניין יחוס הוא מתיחס אחריה, דמיגו דהוי בן לעניין בכור הוי בן גם לעניין יחוס. אמנם בבהמה אין שאלה של יחוס אלא רק שאלה של בכורה, אך באדם א"א להפריד בין הדבקים.

עכ"פ יהיה התירוץ על הקושיה מיוסף אשר יהיה, דברי הטור ברור מיללו שדינה היא בתה של לאה, למרות שהיא הופרתה תחילה אצל רחל.

וכן מסר לי הגר"א שרמן שלמרות שהגרי"ש אלישיב היסס בעבר באשר ליחוס העובר, האם יש ליחסו לאמו הביולוגית או לפונדקאית, לאחרונה הוא הכריע שבעלת הביצית היא הקובעת את היחוס ולא הפונדקאית. כי א"א להתעלם מהמטען הגנטי של הביצית המושתלת. וכן מוסרים בשם הגר"ע יוסף ועוד (ר' במאסף "השתלת שחלות" בעריכת הגר"צ רייזמן מלוס אנג'לס המביא עדויות מפי הפוסקים שדנו בדבר).

ב. השתלת שחלות

אלא שיש לחלק בין ביצית להשתלת שחלה. הביצית אינה מושתלת ממש ואינה הופכת לחלק קבוע של הגוף. היא רק מוכנסת לרחם זמנית לצורך ההריון, והרחם משמש לה כאינקובאטור בעלמא. ואפי' למ"ד עובר ירך אמו זהו ירך זמני בלבד ועומד להיפרד מאמו ולכן אין לתת לו דין של אמו לעניין יחוס. משא"כ השתלת רקמה, זו הופכת לחלק קבוע של הגוף. ושם חילקנו בין ביצית להרכבה. השתלת רקמה לכאורה דומה ממש להרכבה כשם שהרוכב מתאחה עם הכנה והופך לעץ אחד כך גם השתלת שחלה.

בספר "עץ הדר" למרן הרב קוק זצ"ל פרק ו פשיטא ליה כביעתא בכותחא שלעניין

הגדרת המין בעץ מורכב קובעת הכנה "והוכחה זו הפשוטה והברורה והמוטבעת בשכל הישר א"א שתזוז ממקומה". אמנם שם בפ"ז הוא מתקשה מהעובדה שמראה הפרי דומה יותר לרוכב ולא לכנה, אך הוא עונה על כך: "דמה שנראה המראה החיצונה זהו רק הלבוש של הפרי אבל עצם הפרי עצמותה וסגולתה הפנימית ודאי בתר העיקר אזלא... והרי היא כפרה שילדה מין חמור."

וע"ד זו כתב בשו"ת אבן יקרה (תליתאי סי' כט) בנושא השתלת שחלות. לדעתו הייחוס נקבע לפי האשה המושתלת, ולא לפי בעלת השחלות.

עיקר הסתמכותם היא על הגמ' בסוטה (מג ע"ב) "ילדה שסיבכה בזקנה בטלה". מבואר איפוא שגיל הכנה הוא הקובע לעניין ערלה. ולענ"ד יש לחלק בין גיל העץ, למנין שנות הערלה, לבין קביעת מין הפרי. מנין השנים נקבע לפי השתרשות העץ בקרקע. ההרכבה אינה נטיעה חדשה, כי היא לא נעשית בקרקע אלא בעץ שהוא כבר זקן. (לעניין שמיטה למשל הרכבה היא תולדה ולא נטיעה ממש, למרות שלעניין שבת הרכבה ונטיעה וזריעה הם אב אחד, ר' שבת עג ע"ב).

ועוד, יש המסבירים את הדין של ילדה שסיבכה בזקנה מדין זה וזה גורם ולא משום הולכים אחר העיקר. כלומר באמת לא הולכים אחר העיקר (רש"י ע"ז מט ע"א ד"ה והבריך ושאג"א החדשות סי' יד).

וראה חזו"א (כלאים סי' ג, ז) שסובר שהמין נקבע עפ"י הרוכב. וכך מסתבר יותר, כי עינינו הרואות שלא רק המראה החיצוני של הפרי תלוי ברוכב, אלא כל מהות הפרי נקבעת ע"י הרוכב. הרוכב אינו הופך להיות ממין הכנה לא מבחינה בוטאנית ולא מבחינה הלכתית. אמנם החת"ס (ח"ו סי' כה) סובר שמותר לשתול יחור שהורכב והתאחה, כי לדעתו הרוכב והכנה הפכו לעץ אחד לכל דבר ועניין. וכנראה למד זאת מכלאי בהמה, כגון פרד, שאין איסור לרכב עליו, כי פנים חדשות באו לכאן ואין כאן שני מינים אלא מין חדש (וידועה הבחנת התשב"ץ בין פרד שהוא הרכבה מזגית לחציו עבד וחציו בן חורין שהוא הרכבה שכונית) ולדעתו ה"ה אילן המורכב שהתאחה. אולם החזו"א (כלאים סי' ב, ט) חולק עליו וסובר שעץ המורכב לעולם לא הופך למין חדש, אלא הוא נשאר שני עצים שונים המחוברים יחד, והשותל שתיל מורכב עובר על איסור שתילת כלאים.

ולכאורה הצדק עם החזו"א. מי שיש לו עין חדה יכול להבחין בעץ המורכב שיש בו שני חלקים, כנה ורוכב. וכשלא מטפלים כראוי בעץ המורכב הכנה עלולה להתפרץ ולנוון את הרוכב (וזו כוונת ירמיהו "איך נהפכת לי סורי הגפן נוכריה" וישעיהו "ויקו לעשות ענבים ויעש באושים") וא"כ מוכח ששני עצים שונים הם ולא עץ אחד[1]. וצ"ל בכוונת החת"ס, מכיון שלמראית עינו של הדיוט עץ אחד

1. **הערת עורך**: בישובנו שומריה (לשם עברנו לאחר הגירוש מגוש קטיף) מצאנו עץ מבוגר מקודמינו בישוב, שענפים מסוימים היו לימון וענפים מסוימים היו תפוז. עשינו אף 'מבחן' טעימות וכך העידו הטועמים.

הוא, מראית העין קובעת (ומצינו בהלכות רבות שמראית העין קובעת, עיין מש"כ בתשובתנו על שינוי המין להלן סי' טז). ובכלאים במיוחד נאמר במפורש שאין הולכים בכלאים אלא אחר מראית העין. (עיין כלאים פ"ה מ"ג ורמב"ם הל' כלאים פ"ג ה"ה).

ומסתבר שלכו"ע יהיה אסור להרכיב על הרוכב את המין של הכנה. וגם החת"ס יודה לזה. כי הפרי הצומח על העץ המורכב הוא הפרי של הרוכב ולא של הכנה. הכנה נותנת רק את הכוח החיוני, אך את המין קובע הרוכב (ר' מש"כ באהלה של תורה שם. ור' מאמרו של פרופ' אליעזר גולדשמידט בתחומין ב', ומה שפסלו אתרוג המורכב הוא או בגלל שנעשה בו איסור או שבכ"ז מכיון שהאתרוג הרוכב יונק גם מהכנה יש חסרון מסוים בטהרת מינו של האתרוג).

וא"כ ה"ה בשחלה המושתלת. היחוס ייקבע לפי השחלה, כי דינה כמו הרוכב, ולא לפי האשה המושתלת, שאינה דומה אלא לכנה.

במאסף הנ"ל שערך הר"צ רייזמן הובאה סברה המסתמכת על דברי החזו"א (ערלה סי' ב אות טו) שילדה שבטלה בזקנה הוא מדין ביטול ולכן האשה שבה הושתלה היא הקובעת את מין העובר. ולפי"ז יסתרו דברי החזו"א את עצמם ממש"כ בהל' כלאים. אך המעיין היטב בלשון החזו"א בהל' ערלה יראה שהוא לא דן כלל בשאלת המין, אלא בשאלת הזמן, שאותו יש למנות לעניין ערלה וז"ל:

> זמן ערלה מתייחס כל הרכבות לנטיעה הראשונה שהרי סיבת הצמיחה של הענף המורכב הוא הנטיעה הראשונה וכשם שהענפים החדשים שהאילן מצמיח אינם צריכים למנות משעה שצמחו אלא מנטיעה ראשונה הכי נמי זה המורכב – שורש הישן מחייהו.

וזה כמו שכתבנו לעיל שאין לדמות את מין העץ לעניין כלאים לגיל השנים לעניין ערלה.

יתרה מזאת, אין לדמות את השתלת השחלה לסתם ענף של ילדה, אלא לענף הנושא פירות. שהרי יש בשחלה כבר ביציות (היא דומה לשלל של ביצים ר' ביצה ז ע"א). הדבר דומה לילדה שסבכה בזקנה ויש בילדה פירות, שאפילו אם הוסיפו מאתים אסורים (נדרים נז ע"ב). כלומר הפרי הקיים נשאר באיסורו, למרות שהוסיף פי מאתים. ורק הפירות החדשים שיגדלו מכאן ולהבא מותרים כדין הזקנה. ומכיון שהביציות כבר קיימות דינן כפירות שהיו מכבר.

אולם יש לדחות השוואה זו, כי בפרי אסור השאלה היא איסורית, משא"כ בנ"ד השאלה שייכת לתחום אחר, היא אינה איסורית אלא קביעת היחוס, כאן חלים כללים אחרים. והראיה מיניה וביה, שהרי אותו ענף של הילדה ללא פירות בטל בזקנה, כי הדיון שם הוא למנין שנות הערלה, ואילו הפירות שהיו עליה אסורים, גם כשגדלו פי יותר ממאתיים. משמע שדין איסור הנאה של ערלה שונה מדין מנין שנות הערלה. אלה שני נושאים שונים ועל כל אחד חלים כללים אחרים. וא"כ י"ל שכמו"כ אין להביא ראיה מאסורי הנאה של ערלה לדין יחוס.

מיהו, הרשב"א והמאירי בנדרים (נז ע"ב) כתבו שהפירות אסורים רק מדרבנן, כי זה נראה כמבטל איסור לכתחילה, אך מעיקר הדין הם מותרים (וכ"מ מהשטמ"ק). משמע שמה"ת דין הענף ודין הפרי שווים.

אך באמת גם מהתורה שני דינים נפרדים הם. היתר הפרי מהתורה הוא לא בגלל ביטול הפרי בזקנה, אלא משום זה וזה גורם, וכמש"כ התוס' שם ד"ה והכי

קמיבעיא ליה בשם הר"מ (וכ"כ בשטמ"ק ור' ע"ז מט ע"ב שנחלקו רש"י ותוס' בזורע אגוז של ערלה, לדעת התוס' לא אמרינן זוז"ג כי שני הגורמים אינם שווים וא"כ יש רק גורם אחד – האגוז, ואילו הקרקע רק מסייעת לאגוז לגדול, אך היא אינה גורם בעצם הגידול. אך שיטת רש"י שגם אגוז הוי זוז"ג. וכן דעת רוב הראשונים. וא"כ גם בילדה הנושאת פירות, מעיקר הדין היה מקום לומר זוז"ג והם מותרים).

וידועה סברת הר"ן (על רי"ף ע"ז כא ע"ב) שזוז"ג הוא מדין ביטול, למרות שאין רוב של היתר לעומת האיסור, גזרה התורה שרק כאשר דבר נוצר כולו ע"י איסור הוא אסור, אך כאשר ביצירתו מעורב גם גורם של היתר התורה לא אסרה אותו. ומבואר אפוא שמן התורה האיסור עצמו לא בטל בזקנה, אלא רק מדין זה וזה גורם, ואלמלא כן היה אסור, כי כל המשך גידולו של הפרי הוא מהפרי עצמו שהיה ערלה בתחילתו. ואע"פ שרבו גידוליו על עיקרו הם עצמם מכוח העיקר גדלו (איננו אומרים קמא קמא בטיל ר' תוס' ב"ק ק ע"ב ד"ה האומר, ובסוגיה העמוקה בנדרים נז ע"ב–ס ע"א). אך ענף הילדה עצמו בטל בזקנה לגמרי ולא אמרינן בו זוז"ג, כי הענף עצמו אינו אסור ולא חלים עליו כללי איסור והיתר, אלא דין אחר לגמרי, דין מנין שנות הערלה.

א"כ מצינו ששני דינים נפרדים הם באותו ענף, דין האיסור בפירות שעליו, ודין מנין שנות הערלה בענף עצמו. ואע"פ שאין לדמות את הביציות שבשחלה לאיסור ערלה, כי שם קובע דין זוז"ג משא"כ בנ"ד, שהרי אין לומר שעל הביציות שבשחלה יחול דין זוז"ג, כי הוא דין מיוחד באיסורים ולא ביחוסים. מ"מ יש רק להוכיח שלא כל הדינים שווים, ולכן אין גם להקיש ממנין שנות הערלה ליחוס. וא"כ ההשתלה לא קובעת בהכרח גם את יחוסה של השחלה, אלא רק את היותה חלק מגופה של המושתלת לעניין הלכות אחרות, כגון טומאה וטהרה וכדו'. ואדרבה, אם יש מקום לדמות נראה שיחוס דומה יותר לאיסור שאין בו זוז"ג (ר' תוס' נדרים שם ד"ה והכי וכנראה נפל שיבוש בדבריהם, ר' חי' חת"ס שם) כלומר, מכיון שהביציות היו כבר של אשה אחרת ורק המשיכו לגדול ברחמה של המושתלת לא פקע מהם שמם הקודם והן מתייחסות לאשה התורמת.

דוגמא להבחנה בין הל' איסור והיתר לבין קביעת המין יש להביא מסברת הגר"ח (חי' ר' חיים הלוי הל' מאכלות אסורות פ"ג) שדן בשאלה מדוע אפרוח שיצא מביצת טריפה כשר ואינו טריפה. למרות שהיוצא מן הטמא טמא. הוא מחלק בין קביעת מינו של האפרוח לאיסור טריפה.

לפי זה יתבאר היטב החילוק שבין הך דינא דחוששין לזרע האב ובין הדין דזה וזה גורם מותר. הא דחוששין לזרע האב ולא שרינן ליה מטעמא דזה וזה גורם, דהא זה וזה גורם מותר לא נאמר אלא היכא דלית ביה איסורא מעצמו, ואיסורו הוא רק מחמת שיוצא מן האסור והאיסור שיצא ממנו הוא דהוי גורם לאיסורו, בזה הוא דהוי הילכתא דזה וזה גורם מותר, משא"כ בהך דחוששין לזרע האב דחייל ביה דין איסורו מחמת עצמו, ואין כאן גורם, כי אם גופו של איסור עצמו הוא דאית ביה מחמת אבוהי', וע"כ שפיר נוהג בו דינא דאבוהי' אם לאיסור אם להיתר וכמו שנתבאר.

לדבריו המין נקבע עפ"י הדבר עצמו. אם הוא שייך למין מסוים, כגון שאביו הוא מין מסוים חל גם עליו שם אותו המין. ולא

מתייחסים לאיסור הטריפה של הביצה. כי אנו דנים בקביעת המין וזה נקבע ע"י מין התרנגולת ולא ע"י הביצה הספציפית. וא"כ ה"ה הביצית. יש לה הגדרה עצמית שנקבעה ע"י אמה. והיותה שתולה כרגע בגופה של אשה אחרת אינה יכולה לשנות את הגדרת יחוסה.

מסקנתנו היא: יש להפריד בערלה בין איסור הפירות למנין השנים. וה"ה דין היחוס שונה ממנין השנים. ואין להקיש מילדה שבטלה בזקנה לעניין מנין שנות הערלה לדין יחוס ולא חל דין המושתלת על השחלה גם כשיש בה ביציות.

ולכן נראה שהשתלת שחלה דינה כמו הרכבה לעניין כלאים, שהקובע את המין הוא הרוכב. ואם מדובר בשחלה של נוכרית דין העובר יהיה כדין אמו הביולוגית – דהיינו נוכרי. כלומר דין השתלת שחלות כדין השתלת ביציות.

לאור האמור שלא ניתן ללמוד דיני השתלת שחלה מהלכות ערלה בלבד אלא יש להקיש גם להלכות כלאים לא יהיה הבדל בין מצב שבו כל פוטנציאל הביציות נמצא בתוך השחלה ואין ייצור חדש של ביציות בגופה של המושתלת והשחלה רק **מבשלת** את הביציות הקיימות לבין מצב שבו השחלה המושתלת **מייצרת** ביציות חדשות. כי גם אם נניח שהשחלה המושתלת מייצרת ביציות חדשות (ר' תחומין לא עמ' 51 הע' 12) דינה דומה ליחור ללא פירות ממין אחד המורכב על כנה ממין אחר, הפירות שיצמיח הרוכב יהיו ממין הרוכב למרות שעינינו הרואות שהרוכב התאחה לגמרי עם הכנה וכל הפירות הן מהייצור החדש כתוצאה של ההרכבה. שהרי ביחור הרוכב לא היה שום רמז לתחילת פרי אלא היה ערום מכל. כל הפוטנציאל של הפרי שיצא אח"כ גנוז כולו ברוכב ולא בכנה. וא"כ ה"ה שחלה. גם אם נניח שאחרי ההשתלה יווצרו ביציות חדשות שלא היו בשחלה לפני כן, מ"מ הפוטנציאל שלהן היה בה, וכן המטען הגנטי, עד כמה שהוא משפיע על פסיקת ההלכה, בדומה להרכבת יחור לעניין כלאים כנ"ל (ועדיין יש לברר את הנושא גם מבחינה מדעית).

ג. השתלת רקמת אשך

לאור שתי הגישות שהבאנו בפרק הקודם יש לדון בהשתלת רקמת אשך לזכר עקר. יש הבדל גדול בין נקבה לזכר. בנקבה הביציות כבר קיימות בשחלה והן רק מבשילות כל אחת בחודשה. משא"כ זרעוני הזכר, הם מיוצרים כל פעם מחדש. אם נקודת המוצא שלנו היא השוואה להל' ערלה, שדינה של השתלה כזו הוא כדין ילדה הנושאת פירות שסיבכה בזקנה, וכשם שחל על הפירות דין ערלה כך חל על הילדים דין האם בעלת השחלה המקורית, שונה יהיה דינה של רקמת אשך. אותה יש לדמות לילדה **שאינה** נושאת פירות שסיבכה בזקנה, שלא חל עליה דין ערלה ומונים לשנותיה של הזקנה וה"ה ברקמת אשך, כל זרעוני הזכר שייוצרו יתייחסו לזכר המושתל.

אך אם נדמה דיני השתלה באדם להלכות כלאים נראה לומר שגם אם הרקמה המושתלת תייצר זרעונים חדשים דינם יהיה כשל הרקמה ולא כשל המושתל. כי דינה של רקמה זו כדין יחור של מין אחד המורכב על מין אחר, למרות שהיחור אינו נושא פירות כרגע, הפרי שיצא אח"כ יהיה ממין הרוכב (חוץ מאתרוג לברכה וכנ"ל). וה"ה גם ברקמת אשך יחוסו של בעל הרקמה המקורית הוא הקובע.

אמנם מה שנאמר להלן אינו ראיה הלכתית, לכאורה, אך בכל זאת יש בו בכדי לסבר את האוזן. הגע בעצמך שתושתל אצלו רקמה של כושי (אנו משתמשים בדוגמת הכושי כי ההבדל ניכר יותר לעין). הילד שייוולד ייראה כמו כושי, האם ניתן לומר שהוא לא בנו מבחינה גנטית? אמנם יש להשיב על זה שההלכה אינה מתחשבת במראית העין אלא בהגדרות הלכתיות. כי האדם יראה לעיניים וה' יראה ללבב. וכושי שהתגייר הוא יהודי כשר לכל דבר (ובלשון המהר"ל ההלכה אינה טבעית אלא שכלית) ואם מבחינה הלכתית הרקמה המושתלת נחשבת לחלק מהאדם המושתל אין שום נפ"מ לכך שהילד ייראה ככושי. ור' לעיל שהבאנו את דברי הראי"ה קוק לעניין אתרוג המורכב, שאע"פ שמראהו אתרוג, מבחינה הלכתית חל עליו שם לימון. כך גם בנ"ד לעניין יחוס לא מראה העין יקבע אלא הדין. אך כבר הבאנו לעיל, שדעת הפוסקים שא"א להתעלם מהמטען הגנטי גם באשר לקביעת היחוס (גם כאן הנושא טעון עדיין מחקר מדעי).

אי לכך ההצעה להשתיל רקמת אשך בגופו של גבר עקר לא תפתור את בעייתו ולכה"י היא תרגיע את דמיונו. הוא ישלה את עצמו שהילד שייוולד הוא בנו, אך באמת הוא לא יהיה בנו. לכל היותר ניתן להתייחס אל הילד שייולד כאל בן מאומץ. אין הצדקה לחבול בעצמו בגלל שיקול זה.

אמנם גם באשה יש בהשתלה חבלה והילד לא יתיחס אחריה, ובכ"ז אנו מתירים להשתיל שחלה בגופה ע"מ שתלד ילד משלה, למרות שגם אצלה אין זו אלא אשליה, כי בעצם הילד אינו שלה. אולם מכיון שאשה אינה מצווה בפו"ר, אלא זכותה לגדל ילד שבעיניה ייחשב כבנה, יש מקום להתיר לה את הדבר לשם הרגשתה הטובה, סו"ס היא תגדל את הילד ברחמה ותניק אותו ומבחינת תחושת האמהות היא תחוש את עצמה כאילו היא אם ממש לכל דבר. יש בכך כדי להרגיע אותה, ולכן יש מקום לאפשר לה את הדבר. אך גבר לא יחוש תחושה דומה, ומבחינתו אין הבדל כל כך גדול אם אשתו תהרה ישירות מאדם זר, ע"י הפריה מלאכותית, או שתהרה מרקמת אדם זר שהושתלה בגופו. (ר' להלן שאין נפק"מ להלכה בין שתי האפשרויות)

לכאורה י"ל כמו שגר שמתגייר עם בניו פטור מפו"ר, משום שהם בניו הביולוגיים, למרות שמבחינה הלכתית אינם בניו, כי גר שהתגייר כקטן שנולד דמי, א"כ ה"ה אולי גם אדם זה אם יוליד ילדים ע"י השתלת רקמת אשך יהיה פטור ממצות פו"ר. כי עשה מעשה להוליד ילדים משלו למרות שאינם מיוחסים אחריו. אך באמת גם גר אינו מקיים בכך מצות פו"ר אלא רק נפטר מהולדת בן ובת בישראליותו (ר' הר-צבי על טור אה"ע סי' א) וא"כ גם אדם זה מצות פו"ר לא יקיים אלא לכה"י אולי ייפטר מקיום המצוה. אך גם בלא"ה הוא פטור מקיום המצוה, כי אינו יכול להוליד. ומעיקר הדין נראה שאינו חייב להשתיל רקמה זרה בגופו לשם כך (ר' מש"כ באהלה של תורה ח"א סי' סט). ואין לדמות לגר, שם הם בניו הביולוגיים לכל דבר משא"כ כאן הילדים שייולדו אינם ילדיו. אלא שהאלטרנטיבה של זוג כזה היא שאשתו תופרה מתרומת זרע של גוי (כדי למנוע תקלה שאח יישא חלילה את אחותו ומלאה הארץ זימה וכן ע"מ למנוע חשש ממזרות, לדעת הגרשז"א הסובר שילד הנולד לאשת איש מישראל זר יהיה ממזר). לדברינו, שהזרע שייווצר ע"י השתלת הרקמה באשך דינו כשל גבר זר,

אין נפק"מ בין אם ההפריה תהיה ישירות מגוי לבין אם תיעשה בצורה טבעית ע"י הבעל סו"ס הילד שייווצר ברחמה של האשה הוא מגוי. מבחינה זו היה אולי מקום להעדיף השתלת רקמה ישראלית בגופו, כי בכל זאת יהיה בילד שייוולד קצת ישראליות ושייכות מסוימת לאב המושתל. כשם שאתרוג מורכב פסול בגלל חלקה הזעום של הכנה, כך גם כאן בגלל חלקו של הישראל יהיה בילד גם קצת דין ישראל. והדבר עדיף על פני תרומת זרע מגוי גמור. אלא שאז אנו נכנסים לחשש זימה וממזרות, וכן לחשש שאשתו תיפטר מיבום. אנו תקועים במילכוד בין האפשרויות וכל זה לשם מה, רק כדי ליצור אשליה שהילד הוא כביכול שלו? האם לשם כך מותר לו לחבול בעצמו?

מסקנתנו היא שלא זה הדרך ולא זו העיר לפתור את בעייתו. אימוץ עדיף או הפריית אשתו מתורם גוי.

ד. פתרון לרווקה מבוגרת

האפשרות להשתיל שחלה מהווה פתרון לרווקה מבוגרת שעדיין לא זכתה למצוא בן זוג מתאים וחוששת שתחמיץ את הזדמנותה להרות. ניתן להוציא ממנה שחלה ולהקפיאה וכעבור זמן לחזור ולהשתילה ברחמה, גם בגיל מבוגר יותר לאחר תקופת הבלות, לכשתינשא אי"ה. זהו הפתרון הראוי לרווקה כזאת. לעומת זאת הפרייה מגבר לא ידוע אסורה, מלבד היותה מכוערת. אם מדובר בגבר ישראלי יש חשש לזימה שאח יישא את אחותו, ואם מדובר בגוי אין לחלל את קדושת עם ישראל בזרעו של גוי. מה גם שייוולד ילד יתום ללא אב ואף חמור יותר מיתום רגיל, הוא יסבול מחסך אבהי, בהעדר אב שניתן להזדהות אתו. ובפרט שהוא ידע רק את העובדה שיש לו אב נוכרי, ידיעה זו עלולה לשבש את זהותו הישראלית. כמו"כ סיכוייה של רווקה שהרתה, להינשא, יוקלשו כתוצאה מכך שיש לה כבר ילד ובפרט ילד בעייתי. ואם תעבור את תקופת הפוריות ייקלשו יותר סיכוייה להינשא. משא"כ בהקפאת שחלה אין שום בעיה מהבעיות הנ"ל. היא תוכל להרות גם בגיל מבוגר יותר ותוכל למצוא בן זוג שידע שייוולד להם ילד משותף בדרך טבעית.

בשולי הדברים

בכל מהלך תשובתנו עסקנו בהשוואה להל' ערלה וכלאים. בשם הגרש"ז אוירבאך מוסרים שפקפק בדימוי אדם לעצי השדה. אולם למרות זאת רוב הפוסקים שדנים בנושא מדמים להל' ערלה, ולטעמייהו יש לטעון עד שאתם לומדים מהל' ערלה בואו ונלמד מהל' הרכבה בכלאים, שהדמיון בינם לבין השתלה באדם לענ"ד קרוב יותר. אלא שהשאלה עקרונית, ואולי צודקים הדברים הנמסרים בשמו של הגרשז"א. וכי אדם הוא עץ השדה? (כפשוטו של מקרא לרוב הפרשנים שהאדם **אינו** עץ השדה). מותר האדם מן הצומח גדול לאין שיעור ממותר האדם מן הבהמה. כי בצלם אלקים עשה את האדם! אדם אית ליה מזלא בהמה לית לה (ר' ב"ק ב ע"ב) וק"ו עץ. אלא שבכ"ז גם האדם נברא מן העפר ויש צדדי דמיון מסוימים בינו לבין החי והצומח (ויש פרשנים המפרשים את הפסוק במשמעות חיובית שהאדם הוא כעץ השדה. ודברי תורה כפטיש יפוצץ סלע נחלקים לכמה ניצוצות. התורה נקטה בכוונה לשון דו-משמעית, כי אלו ואלו דברי א-להים חיים).

לענ"ד נראה שהקב"ה הטיל עלינו אחריות להורות הלכה לרבים ונתן לנו את התורה ללמוד ממנה הלכה למעשה בכל נושא המתחדש בעולם. ליכא מידי דלא רמיזא באורייתא. כל עוד אין הלכות דומות יותר לנידוננו חובתנו ללמוד מההלכות הנראות לנו כקרובות ביותר עד כמה שאפשר. לכן אין לנו ברירה אלא לדמות אדם לעץ. שאלמלא כן, מהי האלטרנטיבה, לומר סברות פורחות באוויר ללא בית אב? הקב"ה בכבודו ובעצמו הוא שחייב אתנו לדחוק את עצמנו וללמוד ממה שבידינו. וכלשון הגמ' בכמה מקומות: "בעל כורחיך שבקיה לקרא דהוי דחיק ומוקי אנפשיה" (כגון קידושין סח ע"א ועוד).

גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך.

סימן ג

השתלת שחלה

שאלה

ניתן לטפל באשה עקרה ע"י השתלת חלק משחלה של תורמת שרקמותיה תואמות ע"מ למנוע דחייה של השתל (מבחינה זאת יש מקום להעדיף קרובת משפחה).

אולם נטילת אותו חלק של השחלה מהתורמת מצמצמת את מספר הביציות של התורמת ועלולה להשפיע על הקדמת תקופת הבלות.

1. האם יש כאן איסור עריות, במידה ומקבלת מקרובת משפחה?
2. האם יש בהקטנת מספר הביציות של התורמת איסור סירוס?
3. האם מותר לאשה לפצוע ולפגוע בעצמה כדי לתרום לחברתה?
4. מה דין הוולד?

א. אין איסור עריות בעצם השתילה

רבים מהפוסקים סבורים שהזרעת זרע זר ברחמה של אשת איש אין בה משום גילוי עריות והוולד אינו ממזר. לדעתם ק"ו שהשתלת שחלה ברחמה של אשת איש אין בה משום ג"ע. כי הזרקת זרע דומה במידה מסוימת לביאת איסור שנאמר בה: "אֶל־אֵשֶׁת עֲמִיתְךָ לֹא־תִתֵּן שְׁכָבְתְּךָ לְזָרַע לְטָמְאָה־בָהּ" (ויקרא פרק יח). השתלת שחלה אינה זרע אלא מאגר ביציות, ההופך להיות חלק אורגאני מגופה של המושתלת. כך משמע מהגהת הסמ"ק והב"ח הביאה (יו"ד סי' קצה) שאשה מוזהרת שלא תשכב על סדין ששכב עליהן איש אחר פן תתעבר משכבת זרע של אחר גזירה שמא הנולד מהתעברות זו יישא אחותו. אולם הוא לא חשש לאיסור זנות ולממזרות אף אם השוכבת היא אשת איש. כי אין כאן ביאת איסור.

וגם לדעת הסוברים שבהזרעת אשה מגבר זר יש לחשוש לממזרות, איסור עריות אין כאן (עיין מנחת שלמה חלק ב-ג סי' קכד). וק"ו לשחלה מאשה אחרת. לא מצינו איסור עריות מאשה לאשה. ונשים המסוללות אין בהן אלא פריצותא (יבמות עו ע"א) ואף שם רק בנשים השוכבות זו עם זו, אך לא בהעברת שחלה מאחת לחברתה.

ב. סירוס אשה

סירוס אשה אסור לרוב הפוסקים רק מדרבנן, אך לדעת הגר"א האיסור מדאורייתא שנאמר 'משחתם בהם'.

האם סירוס חלקי מסוג זה אסור?

יש ללמוד זאת מכריתת חלק מאשך של גבר. אדם שניקב באשך נחשב כפצו"ד ומסתבר שאסור לנקב את האשך. אולם שם מדובר שאינו מוליד. אך אם הנקב אינו מונע הולדה אינו פצו"ד וממילא אין איסור לנקוב. בשו"ת ציץ אליעזר (ח"כ סי' מח) מביא כמה פוסקים גדולים שהתירו:

היש"ש (יבמות פ"ח סי' ח), שו"ת יהושע (חאה"ע סימן פח) שכותב בהסברת דברי היש"ש, דעיקר נראה בהיש"ש דאם נחתך ע"י הרופאים בדעת שלמה בכדי שיהי' ראוי להוליד כשר ע"ש, והסכים לכך גם בשו"ת אמרי יושר להגר"מ אריק ז"ל (ח"ב סימן ו), האגרות משה (אה"ע ח"ב סימן ג), שו"ת מנחת יצחק (ח"ג סי' קח), שו"ת חלקת יעקב (ח"ג סימן מ).

יתרה מזאת כתב הר"י אלחנן בשו"ת עין יצחק (ח"א אה"ע סימן יא) שמותר לכרות ביצה שלמה ואין בכך משום איסור סירוס וז"ל שם:

> המקנה קידושין כד מקשה אמאי יוצא העבד לחירות בסירסו הא אינו לוקה ומשלם? אמנם לשי' הר"ת והתוס' דס"ל דניטלה ביצה א' מוליד אף בניטלה ביד"א שפיר מתורץ בפשטות קושיות המקנה, דהא דקאמרו סירסו בביצים מהו י"ל דקאי על א' מביציו.

מבואר איפוא שאין איסור סירוס בכריתת ביצה אחת מכיון שהוא יכול עדיין להוליד וא"כ ק"ו לסירוס חלקי של אשה שסירוסה קל יותר.

נטילת חלק מהאשך באיש מפחיתה את כמות הזרעונים שניתן לייצר, והדבר בכ"ז מותר משום שאינו מתעקר בכך. ויש להסיק ממנה גם לנ"ד. כריתת חלק מאשכי האיש דומה להפחתת מספר הביציות באשה. ואם באיש שסירוסו אסור מהתורה הדבר מותר ק"ו באשה שסירוסה הוא רק מדרבנן. מיהו נראה לחלק, גם אם נניח שכמות הזרעונים באיש עלולה לרדת, אולם הדבר לא חייב להשפיע בהכרח בצורה משמעותית על הפוריות. כי תיאורטית די בזרעון אחד להפרות את הביצית, אלא שכמות זרעונים גדולה יותר מגדילה את אחוז הסיכויים להפרייה טובה יותר. וכשהכמות יורדת הסיכויים פוחתים, אולם אין כאן צמצום ממשי של ההפריות. משא"כ הפחתה בכמות הביציות באשה היא לכאורה הפחתה משמעותית של מספר הילדים שתוכל ללדת.

מאידך י"ל שבכ"ז ה"ה באשה. מספר הביציות באשה בזמן לידתה הוא כמה מאות אלפים, הרבה מעבר ליכולתה ללדת את כולן. ואע"פ שבמשך הזמן חלק גדול מהן מתנוון וכמות גדולה זו פוחתת והולכת. בכ"ז עדיין מספרן רב בהרבה מיכולתה של אשה ללדת את כולן. וכשהאשה מתקרבת לגיל הבלות הסיכויים ללדת פוחתים בצורה משמעותית. ומהשאלה אנו למדים שהפחתת כמות הביציות רק עלולה להקדים את הבלות אך אין הכרח שהדבר ישפיע על מספר הילדים שתוכל ללדת. מה גם שרוב נשים אינן יולדות בגיל גבוה, וא"כ הקדמת הבלות לא תפגע בהכרח במספר הילדים שהיתה יכולה ללדת (יעויין שבת קיא שלפי ההו"א אין איסור סירוס בזקנה. וצ"ע מהו גדר זקנה שם, מסתבר שהמדובר באשה שפסק לה אורח כנשים). אך כנגד זה יש לטעון שאלמלא

הקדמת הבלות היתה אפשרות פוטנציאלית שבכ"ז תלד עוד ילדים. וניתוח אשר מפחית את כמות הביציות מפחית את האפשרויות ללדת ויתכן שיהיה אסור משום סירוס.

ג. גרם סירוס

ונראה שמכיון שנטילת חלק מתוך השחלות לא משפיעה מיד אלא עלולה להשפיע רק לאחר זמן רב דינה כגרמא ועל גרמא אינו לוקה. כמבואר ברמב"ם (הל' איסורי ביאה פט"ז):

המשקה עיקרין לאדם או לשאר מינים כדי לסרסו ה"ז אסור ואין לוקין עליו, ואשה מותרת לשתות עיקרין כדי לסרסה עד שלא תלד, הרי שכפה את האדם ושסה בו כלב או שאר חיות עד שעשאוהו כרות שפכה או שהושיבו במים או בשלג עד שביטל ממנו איברי תשמיש אינו לוקה עד שיסרס בידו וראוי להכותו מכת מרדות.

(באשר לאיסור סירוס בגרמא בכלל ובאשה בפרט ר' בתשובה על גרם סירוס.)

מיהו יש לחלק בין גרמא של שתיית כוס של עקרין לבין נטילת חלק מהשחלה. המעשה הוא לכאורה מעשה סירוס ממש, ולא גרמא בלבד. הסירוס אמנם לא מורגש עתה אלא לאחר זמן בתקופת הבלות, וצ"ע אם גם כה"ג נחשב לגרמא.

עיין תוספות (ביצה כב ע"א ד"ה והמסתפק ממנו חייב משום מכבה):

אינו ר"ל מפני שממהר כבוי דלא הוי אלא גרם כבוי וגרם כבוי ביום טוב שרי אע"פ שממהר כבויה, ובשבת נמי אינו חייב אלא היינו טעמא הואיל דבאותה שעה שהוא מסתפק ממנה מכבה קצת ומכהה אורו.

מבואר בדבריהם שגם מקרב כיבוי נחשב גרמא. ויש לחלק בין מסתפק מן השמן שאינו עושה מעשה כיבוי כלל אלא רק מקרב את זמן הכיבוי לנ"ד שעשה מעשה סירוס ממש אלא שהתוצאה אינה מורגשת מיד.

ועוד, הרא"ש (ביצה פ"ב סי' יז) חולק על התוס':

נראה לי טעמא דמסתפק מן הנר משום שממהר כיבויו. ואף רבנן דרבי יוסי (שבת קכ ב) מודו בהאי גרם כיבוי דחייב. דעד כאן לא פליגי התם אלא משום דאינו נוגע בדבר הדולק אלא עושה דבר חוצה לו הגורם את הכיבוי כשתגיע שמה הדליקה. אבל הכא השמן והפתילה שתיהן גורמים את הדליקה והממעט מאחד מהן וממהר את הכיבוי חייב... הממהר הכיבוי על ידי שנסתפק מן הנר הוי כאילו כיבה הוא.

ונ"ד דומה ממש למסתפק משמן שבנר. ואולי י"ל עפ"י סברת הגהות אשרי שם:

אבל אם חתיכה קטנה של חלב בנר דולק ונוטל אחת מן החתיכות מן הנר הרחוקות מן הפתילה אין נראה שיהא חייב... (מא"ז).

וכן בנ"ד אם נניח שחיתוך חלק מהשחלות הוא נטילת חלק מהביציות ואינו כשֶׁמן שהוא כולו יחידה אחת לכן הוצאת חלק ממנו אינה גרמא. הביציות דומות אולי יותר לחלקי חלב נפרדים שנטילת חלק מהם היא גרמא מותרת. מאידך, הביציות מעורות בשחלה והשחלה היא יחידה אורגאנית אחת. וצ"ע.

להלכה פסק הרמ"א באו"ח תקיד ס"ג כדעת התוס'. אך המשנ"ב בשעה"צ (ס"ק כט) כתב שהרשב"א, המאירי והמנהיג סוברים כד' הרא"ש.

ובב"ק (י ע"ב):

ה' שישבו על ספסל אחד ולא שברוהו, ובא אחד וישב עליו ושברו – האחרון חייב... לא צריכא, דבלאו איהו הוי מיתבר בתרי שעי, והשתא איתבר בחדא שעה.

ופסק הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ו הט"ו):

וכן חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא האחרון וישב עליו ונשבר אף על פי שהיה ראוי להשבר בהן קודם שישב הואיל וקירב את שבירתו האחרון חייב.

אך מהרא"ש שם משמע שקירוב הזמן לבדו לא מחייב, ורק אם האחרון סמך על הראשונים ומנען לעמוד, הוא לבד חייב לשלם. ולכאורה הרא"ש סותר את מש"כ בביצה. ודיני נזיקין חמורים יותר מדיני כיבוי ביו"ט שהרי גרמא בנזקין אסור וחייב בידי שמים בעוד שגרמא ביו"ט מותר ולכל היותר אסור רק מדרבנן. ואולי המקרה של הספסל לא נעשה בידיים אלא רק ע"י עצם הכובד. מיהו זו לא סיבה מספקת לפטור בגרמא דווקא. וגם אם נמצא חילוק בין יו"ט לנזיקין עדיין צ"ע למי להשוות סירוס ליו"ט או לנזיקין. וצ"ע.

באג"ט (זורע אות כב ג-ו) **הביא מביצה לד ע"א**: "אחד מביא האור כו' ואחד מגיס כולן חייבין... וחיוב מגיס הוא ע"כ משום קירוב בישול". **וע"כ אין זה גרמא כי גרמא בשבת מותר.**

ועיי"ש שחילק בין בישול לזריעה, רק בבישול הקירוב נחשב למלאכה כי תולדות מלאכת האופה הן כל דבר המביא לתוצאה הסופית שהאוכל יהיה אפוי ומבושל.

והק' משבועות (יז ע"ב):

לא צריכא, דאי לא הפך בהו מיעכלי בתרתי שעי, והשתא מיעכלי בחד שעתא, והא קמ"ל, דכל קרובי עבודה – עבודה היא.

ותרץ עפ"י הריטב"א שם מדכתיב בספר שמות (כז, ג): **'ומזלגותיו' והם** "צנורות להפך בהם האברים" **מוכח שהיו צריכים כלי שרת ומשמע שגזה"כ היא שהיפוך איברים, דהיינו קירוב עיכולם, עבודה היא. ואין לך בו אלא חידושו.**

אין להסיק איפוא ממלאכת שבת ומעבודת המקדש להלכות אחרות בהן יתכן שקירוב הדבר אינו אלא גרמא.

יתר על כן, מכיון שקירוב הבלות אינו סירוס, אלא צמצום האפשרות ללדת בגיל מבוגר לא ברור איזה איסור יש בכך. ויש נשים שכבר בגיל ארבעים אינן מסוגלות ללדת. ויש שרק בגיל חמישים, ובלא"ה הרבה נשים קשה להם ללדת בגיל גבוה. ואשה פטורה מפו"ר וא"כ לא ברור מה האיסור בקירוב הבלות.

ד. סירוס אשה

והנה ההבדל בין סירוס איש לסירוס אשה אינו משום שאין דין סירוס באשה. בעצם גם אשה היתה אמורה להיות אסורה אלא שאין לה אברי הולדה זכריים והתורה הגדירה את איסור הסירוס באברים זכריים מסוימים, הניכרים בחוץ, ולא באברים פנימיים. ולו יצוייר שיהיו לאשה אברים זכריים יהיה אסור לסרסם. דבר זה למדנו משני גדולים:

א. מהחתם סופר (ח"ג, אה"ע א', סי' כ):

צריכי' להבין איך יליף ר' יהודה ממשחתם בהם למעוטי נקבה וכי קרא בזכרים איירי דנמעט נקבה מבהם? אבל האמת יורה דרכו דקרא בגיד וביצים איירי... כאילו מבואר בקרא בהדי' בשלש איברים הללו לא נעשה בארצנו. ושוב כ' משחתם בהם ולא באחריני

באלו איברים ולא באיברי נקבה. אף על גב דמסתרסה ע"י כך מ"מ התורה פרטה בפירוש אלו איברים דוקא ולא אחריני. והני נמי לא נאסרו מטעם מניעת הלידה שהרי אפי' מסרס אחר מסרס חייב אלא גז"ה הוא ודוקא בהם ולא באחריני והיינו איברי נקבות.

(ובזה תובן יותר פסיקת החזו"א אה"ע יג בניתוח ערמונית מותר לנתק את שביל הזרע, כי הוא עובר בתוך הגוף ואינו חלק מאברי ההולדה החיצוניים. להלן סי' יד בעניין אנדרוגינוס הבאנו את המשך דבריו של החת"ס שהתיר כריתת אברי הנקבות של אנדרוגינוס למרות שיש לו/ה גם דין זכר.)

ב. מביאור הגר"א על דברי השו"ע (אה"ע סי' ה סי"ב):

המשקה כוס של עיקרין לאדם או לשאר בעלי חיים כדי לסרסו, הר"ז אסור, ואין לוקין עליו. ואשה מותרת לשתות עיקרין כדי לסרסה עד שלא תלד.

ופירש הגר"א (ס"ק כח ד"ה ואין לוקין):

דליתנהו בכלל ומעוך כו'. אלא בכלל משחתם דלהכי לא נפקי אשה אלא ממשחתם כיון דלא שייך בה ומעוך כו' בגיד וביצים ואין לוקין כנ"ל.

ועל דברי השולחן ערוך סי"ג:

הרי שכפה את האדם ושסה בו כלב או שאר חיות עד שעשאוהו כרות שפכה, או שהושיבו במים או בשלג עד שיבטל ממנו איברי תשמיש, אינו לוקה עד שיסרס בידו.

ופירש הגר"א (אות כט):

כנ"ל שכל שאינו נוגע באיברי הזרע אינו לוקה שהרי לר"י אף בביצים אינו לוקה אע"ג שמסתרס כנ"ל ועבה"ג ור"ל מדמצרכינן שם או לרבות את המצמצם.

לדעתו, יש שני דינים בסירוס:

א. פגיעה באברי ההולדה הזכריים ומקורו של איסור זה בפסוק "ובארצכם לא תעשו".

ב. השחתת יכולת ההולדה. מקורו בפסוק "משחתם בהם".

האיסור השני כולל גם גרמא וגם באשה ושניהם מהתורה. ומדבריו למדנו שאם אינו פוגע באברי ההולדה הזכריים אמנם אינו עובר על 'לא תעשו' אך עובר מהתורה על 'משחתם בהם'. וא"כ פלגינן דיבורא. באשר למש"כ שגם באשה יש 'משחתם בהם' רוב הפוסקים סבורים שאין איסור באשה מהתורה. אך באשר להגדרתו של איסור לא תעשו, שהוא מתיחס רק לאברי ההולדה הזכריים אין חולק.

וא"כ הדר דינא שהוצאת חלק משחלת האשה אינו מעשה סירוס כלל אלא רק גרמא שמקדים את תקופת הבלות. וכמו שמותר לאשה לשתות כוס של עקרין מותר גם ליטול חלק משחלתה. ולכן נראה שיש להקל בנ"ד.

ובפרט כאן שהוא צורך מצוה רבה. ואפילו אם היה צד איסור בדבר היה מקום לומר בכה"ג חטא כדי שיזכה חברך במצוה רבה כזו, כמש"כ התוס' בשבת ד ע"א שהוכיחו זאת מחציו עבד וחציו בן חורין שכופין את רבו לשחררו ע"מ שיקיים מצות שֶׁבֶּת שהיא קיום העולם, ק"ו כשאין איסור כלל לענ"ד.

ה. המשך תפקוד השחלה

ויש לומר סברה מחודשת, שאין כאן סירוס כלל. כי סירוס הוא ביטול אברי ההולדה של האדם, משא"כ כאן, השחלה המושתלת ברחמה של האשה העקרה תמשיך לפעול ומעתה גם העקרה תוכל ללדת. וא"כ לא סירוס יש כאן אלא אדרבה ריבוי ילודה יש כאן. אמנם מבחינתה

האישית של התורמת יש ביטול חלקי מסוים של שחלותיה, אך אותה שחלה תשמש במקום אחר להגברת הילודה. אין כאן סירוס כלל ועיקר. וצ"ע מהו גדר סירוס, האם ביטול כוח ההולדה **האישי** של המסורס או צמצום הילודה **בעולם**. כי אם נתיחס לכלל אין כאן סירוס כלל. וצ"ע בסברה מחודשת זו. בפרט אם נניח שהוולד שייווצר מתרומה זו יישא את המטען הגנטי של התורמת, וגם מבחינה הלכתית יתכן שהילד יתיחס אחריה, א"כ אין כאן סירוס גם מבחינתה האישית של התורמת. (ר' לעיל מש"כ בסי' ב שהשווינו השתלת שחלה להרכבת כלאיים, שהמין של הרוכב לא משתנה עקב השתרשותו בכנה.)

ויש לסתור סברה זו מזה שאשה אינה אסורה בסירוס מהתורה, ואם כוונת התורה היתה לאסור מיעוט הילודה בעולם גם אשה שאינה מצווה על פו"ר היתה צריכה להיות בכלל האיסור. בפרט לסוברים שאשה חייבת בשֶׁבת כי גם היא מצווה על קיום העולם. אלא ע"כ האיסור הוא אישי ולא כללי. אך לפמש"כ החת"ס שבעצם גם אשה היתה אמורה להיות מוזהרת על הסירוס, ורק משום שאבריה מוסתרים לכן אינה בכלל האיסור, י"ל שבאמת האיסור הוא כללי, אלא שהוא חל רק על אברים גלויים.

איסור סירוס באשה, שהוא מדרבנן, אינו באותו גדר סירוס של האיש. לא מצינו שרבנן חייבו אשה באותם איסורים שאיש חייב בהם (דוגמא לכך הן מצוות עשה שהזמן גרמן שאשה פטורה מהן גם מדרבנן).

ו. איסור חבלה

לכאורה התורמת עוברת על איסור חבלה, שהרי אסור לאדם לחבול בעצמו. אך מכיוון שאין כאן דרך נציון (עיין רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ה ה"א) ואדרבה, היא מקיימת בכך מצוה, החבלה מותרת.

אמנם אשה פטורה מפו"ר ורק משום שהיא משועבדת לבעלה לקיום המצוה היא נחשבת כמחויבת כמש"כ הר"ן קידושין רפ"ב. ובודאי שאינה אחראית לבעלה של המושתלת. מ"מ היא מסייעת בכך לקיום מצוה רבה שהתירו למכור ס"ת עבורה ולצאת לחו"ל בשבילה ועוד. (ועיין אתוו"ד סי יג שמצות שֶׁבת היא מצוה חפצית שהעולם יהיה מיושב ולא רק מצוה אישית.)

ואין להקשות מדוע אנו מכניסים בכלל את ראשנו בשאלה סבוכה זאת, ניתן לומר שהבעל יגרש את אשתו ויישא אשה אחרת ע"מ לקיים מצות פו"ר. ולא היא. כרגע זו אשתו וחיוב המצוה של פו"ר חייב להתקיים בה דווקא ולא באחרת. וכל עוד הוא יכול לקיים את המצוה בעזרת אשתו הנוכחית, הוא לא חייב לגרשה. אדרבה יש כאן מצות גמילות חסדים גדולה לסייע לאשה ללדת ולקיים גם מצות שלום בית. וגדול השלום.

ז. ייחוס הוולד

דעת הפוסקים היום נוטה לסברה שבפונדקאות בעלת הביצית היא האם (ר' מש"כ בסי' ב) ולכאורה גם בנ"ד תורמת חלק השחלה היא האם.

בסי' א השווינו את השתלת השחלה להרכבת כלאים והסקנו שמין הרוכב נשאר בעינו ולא מתבטל לכנה. ובנ"ד מכיון שהרקמה צריכה להיות זהה, כדי שהשתל ייקלט. לכאורה מבחינה זו אין כאן שני מינים, ולכאורה השחלה המושתלת תתבטל לרחמה של האשה העקרה. אמנם אין כאן **איסור** אך מכלאים למדנו שהרכבת מין

בשאינו מינו משאירה את היחור הרוכב במינו הקודם והוא לא הופך להיות כמין הכנה. אך מין במינו הרוכב הופך להיות כמין הכנה וזהו בדין ערלה – ילדה שסיבכה בזקנה. ואפילו אם ישתילו שחלה של אשה כושית באשה לבנה כיון שהרקמות צריכות להיות זהות הרי זה מין במינו. ולכל היותר תתעורר בעיה של שחלת נוכרית בגופה של ישראלית, גם אם שתיהן מאותו צבע. כי מבחינת הייחוס ההבדל ביניהן גדול. ואעפ"כ יש אולי מקום לומר שמכיון שע"י גיור ניתן לטשטש הבדל זה אין להחשיב הבדל זה להבדל עמוק כל כך. ואע"פ שבקידושין (סב ע"ב) משמע שההבדל הוא מהותי ביותר שנאמר:

> הנותן פרוטה לשפחתו, ואמר הרי את מקודשת לי לאחר שאשחרריך, ה"נ דהוו קידושין! הכי השתא, התם מעיקרא בהמה, השתא דעת אחרת.

א. דבר זה נאמר בשפחה ולא בנוכרית.

ב. שם הדיון במקדש דבר שלא בא לעולם. אך בדבר הנמצא כבר בעולם ואנו רק דנים אם הם שני מינים מנוגדים מכיון שחסר רק גיור להשוות ביניהם צ"ע אם הם נחשבים כשני מינים מנוגדים. ובפרט אם נדרוש גיור ממש של הילד שייוולד יתכן שאין כאן שני מינים שהרי סופם להיות מין אחד. אך אם מדובר בהשתלת שחלות מאחות אחת לשנייה מסתבר יותר שזהו מין אחד ויתכן שפה יהיה הדין שילדה בטלה בזקנה, כלומר הייחוס יהיה לפי המושתלת שהיא תהרה ותלד את הילד.

מאידך י"ל שבני אדם שאני. עפ"י הגמ' בסנהדרין (לז ע"א):

> לפיכך נברא אדם יחידי, ללמדך שכל המאבד נפש אחת מישראל – מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא... ולהגיד גדולתו של מלך מלכי המלכים הקדוש ברוך הוא שהוא טבע כל אדם בחותמו של אדם הראשון – ואין אחד מהן דומה לחבירו. לפיכך כל אחד ואחד חייב לומר: בשבילי נברא העולם.

זהות אנושית לא בטלה ודין הרכבה זו כדין הרכבת אתרוג בלימון שלמרות הדמיון ביניהם הם נחשבים לכלאיים זה בזה וכל מין שומר על זהותו (ולעניין מצוה הוא פסול). ואפילו אם מדובר בשתי אחיות תאומות בכל זאת יש שוני מסוים ביניהן. וצ"ע.

מכמה סיבות נלענ"ד שיש להעדיף השתלת שחלה מאחות לאחותה, הוולד יהיה דומה עד כמה שאפשר לאם, גם סכויי הקליטה טובים יותר, במסגרת המשפחה אין חשש שאח יישא את אחותו, כי נישואי בני דודים נדירים ביותר ובמסגרת המשפחה כולם יודעים על ההשתלה וימנעו את הנישואין האסורים וממילא גם בעיית הייחוס לא תתעורר שהרי שתיהן יהודיות ממשפחה אחת (כגון אם הן בנות כהן או לוי לעניין פדיוה"ב).

ח. חילוק בין חלק מהשחלה לבין כולה

בשו"ת אבן יקרה (לרבה של צ'רנוביץ ח"ג סי' כט) אוסר תרומת שחלה בגלל איסור סירוס. אולם מסתימת שאלתו משמע שהמדובר בנטילת **כל** השחלה והשתלתה ברחמה של המושתלת, לכן הוא התיחס לכך כאל סירוס. אך גם הוא יודה שאם המדובר בנטילת חלק קטן של השחלה, הגורמת רק להקדים את הבלות, אולם לא מסרסת אותה לגמרי, אין בכך משום סירוס (ולעניין היחוס, דעתו שיש לדמות השתלת שחלה לילדה שסיבכה בזקנה שכבר נהגה ערלה שבטלה הילדה בזקנה. לענ"ד יש מקום לדון בדבר כמש"כ לעיל).

סיכום

א. נטילת חלק מהשחלות אינה סירוס כי אין פגיעה ממשית בכושר ההולדה של התורמת.

ב. לכל היותר זהו גרמא וגרם סירוס באשה מותר.

ג. קירוב הבלות אינו איסור ברור.

ד. אין כאן סירוס כי השחלה ממשיכה לתפקד.

ה. יש בתרומה מצוה רבה גם סיוע לאשה ללדת וגם קיום לשבת יצרה.

ו. ספק אם הוולד יתיחס לאם המושתלת או לאשה התורמת.

לאור כל הנ"ל מותר לתרום חלק משחלה ע"מ להשתילה ברחמה של אשה עקרה שאינה יכולה להורות בעצמה. ועדיף שהתרומה תינתן ע"י אחותה של האשה.

סימן ד

פרו ורבו בהזרעה מלאכותית

בס"ד ו' מרחשון התשס"ט

לכבוד הגאון הרב יעקב אריאל שליט"א

שלום רב,

לאחרונה יצא לי לקרוא את תשובתו של כת"ר על פריה ורביה בהזרעה מלאכותית, שהתפרסמה בספר השו"ת שלו 'באהלה של תורה' ח"א סימן סט. נהניתי מאד לקרוא את הדברים שכתב כת"ר בעומק עיונו ופלפולו, ואף על פי כן, תורה היא וללמוד אני צריך, ועל כן אשמח אם יוכל כת"ר לענות על שאלותי בהקשר לדברים שנכתבו שם.

תמצית הדברים שנכתבו בתשובה היא, שעל פי דברי ה'הר צבי' שקיום מצות פריה ורביה הוא במעשה הביאה עצמו, והולדת ילדים מהווה רק פטור מהמצוה אך אין בה קיום מצות פריה ורביה, ממילא בהזרעה מלאכותית נפטרים מהחובה לעסוק בפריה ורביה, אך את עצם המצוה עצמה לא קיים.

כת"ר בודאי יודע שה'הר צבי' עצמו פסק (שו"ת אבן העזר סי' ד) שבהזרעה מלאכותית כן מקיימים פריה ורביה, כיון שהעיקר אינו מעשה הביאה אלא עשיית מעשה של השתדלות בקיום המצוה. וכך כתבו גם פוסקים נוספים (שו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' קח; שו"ת יביע אומר ח"ב אהע"ז סי' א ועוד), שאף לשיטת הט"ז (אהע"ז סי' א ס"ק ה) שבנתעברה באמבטי לא מקיים מצות פריה ורביה, הסיבה היא שלא עשה שום השתדלות, אך בהזרעה מלאכותית, בה הבעל עושה השתדלות להבאת ילדים, יש קיום פריה ורביה.

אמנם כת"ר מסיק שדווקא במעשה ביאה טבעי מקיימים את המצוה ולא באמצעים מלאכותיים, ונותן לדבריו ארבעה נימוקים:

א. גם בהזרעה מלאכותית עדיין אין ודאות שמדובר בבנו, כיוון שזקוקים אנו לנאמנות הרופאים בעניין זה והדבר תלוי בדעת אחרים, בניגוד לאבהות רגילה הנובעת מחזקה.

ב. יש צורך בהתקשרות נפשית בין אב לבנו, ובהזרעה מלאכותית יש חשש שלא ייווצר קשר זה.

ג. התורה התחשבה בצורת קיום המצות בדרך טבעית ולא מלאכותית, ולכן אין צורך להשתמש במיקרוסקופ על מנת לרבע את התפילין וכו'.

ד. גדר מצות פריה ורביה הוא על פי דרך החיים הטבעית, והראיה היא שהחיוב לפרות ולרבות אינו מעבר לחיוב העונה הרגיל.

קטונתי מלהתווכח עם כת"ר, אבל לענ"ד אין טעמים אלו מספיקים כדי לחלוק על שיטת מרבית הפוסקים, ואשתדל לפרט את הדברים:

א. מה שכתב שאין ודאות מוחלטת מצד החזקה, הרי גם בילד רגיל אנו זקוקים לנאמנות של מיילדת כדי לקבוע את היחוס (קידושין עד ע"א), ואף כאן: ברגע שהיה פיקוח חיצוני על מעשה ההזרעה, שוב יש לנו ודאות שזהו בנו ואין לנו ספק בכך (יש להעיר שמדברי הדר"ג היה ניתן להבין שחזקה עדיפה אפילו על עדות, ובודאי שלא זו היתה כוונתו, שהרי למרות ש'חזקה רוב בעילות אחר הבעל', אם יבואו עדים ויעידו שהבעל לא היה בתקופה הראויה לעיבור עם אשתו וכד', הרי שלא נחזיק את הוולד כבנו, ופשוט שעדות של שני עדים כשרים עדיפה על חזקה, ולכן גם אם הימצאות של משגיחה לא תספיק לדעת כת"ר, בודאי יודה שלעניין זה יספיקו שני עדים כשרים[1]).

ב. מה שכתב הדר"ג על ההתקשרות הנפשית, נראה שכתב זאת רק לשם הפלפול בעלמא, שכן היכן מצינו סברא כזו, ואף החולקים בדין נתעברה באמבטי לא כתבו משהו מעין זה. מעבר לכך, מניין להדר"ג שבהזרעה מלאכותית אין התקשרות נפשית בין האב לבנו? בטוחני שאם נשאל הורים לילדים שנולדו באופן כזה אם הם קשורים כלפיהם נפשית, רובא דרובא מהם ישיבו בחיוב (ואולי אף מעבר להורה רגיל, שכן ילדים אלו נולדו לאחר קשיים מרובים).

ג. הנימוק של הצורך בקיום טבעי של המצוה נכון באשר לעובדה שלא נחייב אדם לקיים מצוה באופן לא טבעי, אך אם הידר במצוה ועשאה מעבר לגדר הטבעי, האם נאמר שלא קיים בכך מצוה? וכי יעלה על הדעת שמי שכן ריבע את התפילין שלו עם מיקרוסקופ אינו מקיים מצות תפילין? כאשר שאלתי בעבר פוסק מסוים מדוע הוא בודק אתרוג עם זכוכית מגדלת, הוא השיב לי שהואיל והסוחרים מבקשים מחירים לפי ההנחה שהאתרוג נבדק בזכוכית מגדלת, הוא עושה זאת. מדבריו הבנתי שאף שאין שום צורך בזכוכית מגדלת לקביעת כשרותו של האתרוג, הרי שאתרוג שנמצא נקי גם לאחר שנבדק בזכוכית מגדלת, הוא אתרוג ברמת הידור גבוהה יותר מאתרוג רגיל. ואף בנידון דידן הדין כן – מסתבר שלא ניתן להכריח בעל לקיים מצות פרו ורבו באמצעות הזרעה מלאכותית, אך אם הוא מסכים לכך, מדוע אין בכך קיום מצוה? (ואולי אף נגדיר זאת בתור הידור מצוה, שכן הוא עושה מעבר למה שהתורה חייבתו).

1. **הערת עורך**: אין כאן לדעתי עדות ואולי אף פחות מעד א' באיסורים. הרי לא יעלה על הדעת שהעדים יעקבו אחרי כל התהליך מתחילתו, עדותם מצטמצמת רק על ההפריה במבחנה. צריך עדות על הביצית שהיא מאשה זו ואף על זה אין עדות ישירה. ולכן יותר נראה שיש כאן לכל היותר עדות חזקה ותו לא.

ד. באופן דומה ניתן להשיב על הראיה מגדרי עונה: גדרי עונה קובעים את המינימום הנדרש לחיובו של הבעל. וכי יעלה על הדעת שבעל שהחליט להדר בקיום מצות פריה ורביה, ולכן שימש מיטתו מעבר לחיובי העונה שלו ואשתו נתעברה, לא קיים מצות פריה ורביה?

הדברים אינם נכתבים לשם פלפול בעלמא, שכן המציאות היא (על פי נתוני משרד הבריאות), שרק בשנת 2006 (למניינם) לבדה, נולדו בישראל למעלה מ-5,000 ילדים מטיפולי הפריה חוץ-גופית (והדברים בתשובתו של כת"ר שייכים גם כלפיהם), שהם למעלה מ-3.5% מכלל הילדים שנולדו בשנה זו בישראל, והמספרים (הן המוחלטים והן באחוזים) נמצאים במגמת עלייה כל הזמן.[2]

מצפה לתשובתו של כת"ר
בברכת התורה
אריה כץ
רב משיב מכון פוע"ה

תשובה

בס"ד י"ח מרחשון תשס"ט
לכבוד הרב אריה כץ, מכון פוע"ה
שלום וברכה וכל טוב

תודה לך על הערותיך. הן חייבוני לבדוק את דברי מחדש, והרי תשובתי:

יש בהבאת ילדים לעולם שני חיובים: חובת גברא המוגדרת על ידי מצות 'פרו ורבו', וחובת חפצא של קיום העולם המוגדרת על ידי מצות 'לשבת יצרה'.

חובת הגברא דינה ככל מצוות התורה, ואדם צריך לקיימה בגופו באופן טבעי. ואם הוא אינו מסוגל, הוא פטור ממנה, והתורה לא חייבתו לקיימה באופן מלאכותי. מה שאין כן מצות שבת – העיקר בה הוא התוצאה, ולא הדרך כיצד קוימה, ולכן אדם חייב לקיימה גם באופן מלאכותי (עיין אתוון דאורייתא, כלל יג וב'הר צבי', אה"ע סי' ב. דמיון להבחנה זו הוא גרמא, עיין שבת קכ ע"ב. באיסור חפצא גם גרמא אסור, ובאיסור גברא גרמא מותר, ולכן גם גרמא בנזיקין אסור ובשבת מותר; עיין חזו"א שבת סי' לו ס"ק א).

לכן, איני מבין את סוף דבריך. ב"ה הרפואה מאפשרת היום לזוגות רבים יותר להביא צאצאים לעולם. אכן, יש בכך מצות שבת, ולא הטלתי ספק במצוה זו. אני התמקדתי בחובת הגברא שהיא מצות פרו ורבו.

קושיותיך מהידור מצוה אינן קושיות על דברי. וכי בגלל שאדם מהדר ומקיים את אותה מצוה באמצעים מלאכותיים, שאינו חייב בהם, לא יוצא ידי חובת המצוה עצמה? הרי בכלל מאתיים מנה. זה שאתרוג מהודר יותר, גם מעבר לנדרש, אינו פוסל את אותו אתרוג, וכן תפילין אם הוא ריבע

2. מאז שנכתבה השאלה, פורסמו נתונים חדשים, המאששים את המגמה האמורה בשאלה: בשנת 2011 נולדו במדינת ישראל קרוב ל-7,000 ילדים מטיפולי הפריה חוץ-גופית, שהם 4.1% מכלל היילודים.

אותם ע"י קליבר, שבעצם אין בו צורך, האם לא קיים מצות תפילין? אך לו יצויר שאדם משותק בידיו ואינו יכול לקיים מצות אתרוג, ובאמצעים טכנולוגיים יצליחו להניע את ידיו עם האתרוג, האם יקיים מצוה בכך? בתפילין לעומת זאת, יש להסתפק אם חובת הקשירה היא חובת גברא, או העיקר שהתפילין יהיו מונחות עליו[3]. אך במצות אתרוג מסתבר יותר שאם המצוה תקוים על ידי מכשיר מלאכותי, לא יוכל לברך עליה, מכיון שאינו מקיים מצוה בכך, ולכן גם אינו מחויב לטרוח ולחפש טכנאי כזה.

והוא הדין למצות פרו ורבו: המקיימה בדרך מלאכותית אמנם יש לו בנים ויצא ידי חובת שבת, אך מצות פרו ורבו יתכן שלא קיים (דוק בדברי שכתבתי זאת בלשון 'יתכן', כי הדבר תלוי בשאלה האם מצוה להוליד ילדים או שיהיו לו ילדים – ראה מנ"ח מצ' א. שאם המצוה שיהיו לו ילדים יש מצוה לקיימה גם באמצעים מלאכותיים.).

אמנם הגרצ"פ כותב שחייב להוליד בדרך מלאכותית משום מצות פרו ורבו, והוא מסיק מהט"ז שאם עשה מעשה, גם אם באופן מלאכותי, יצא ידי חובה, אך לא פשוט לי שכוונתו למצות פרו ורבו, ואולי כוונתו למצות שבת, שהיא חלק ממצות פרו ורבו (ודעתו שם שהמצוה להוליד).

הנפקא מינה תהיה לעניין בזבוז חומש מנכסיו על מנת לקיים מצות פרו ורבו בדרך מלאכותית. לענ"ד אין חיוב בכך, כי מצות שבת לא כתובה במפורש בתורה אלא מדברי קבלה. איני בטוח שהגרצ"פ יחייב הוצאת חומש לשם כך. וכמו"כ לא נראה שאדם חייב להשתמש בשיטת P.G.D כדי ללדת בן ובת (ראה להלן סי' ד).

ותנא דמסייע לי מצאתי בדברי מלכיאל (ח"ד סי' קז) וזו לשונו שם:

> ...ואין כדאי להתחכם ביותר וישליכו יהבם על ד' אשר יזכה אותם עוד בזרע של קיימא... ונצטוינו לקיים פו"ר כדרך בני אדם ולא ע"י התחכמות....

נימוקי העיקרי הוא, שהתורה לא ציותה אותנו לקיים מצוות בהמצאות מלאכותיות. יתר הנימוקים הם רק סניפים לטענה המרכזית. למרות שאינם מבוססים על מקורות הלכתיים, אין לפסול אותם על הסף. לדוגמא, אתה טוען שגם בהפריה מלאכותית נוצר קשר הדוק של ההורים עם ילדים. אמת ויציב, גם עם ילד מאומץ נוצר קשר הדוק, וכשקורה אסון חלילה, ההורים

3. שאלה זו תלויה במחלוקת רש"י ור"ת במנחות לו ע"א "סח בין תפלה לתפלה חוזר ומברך". דעת רש"י כשלא סח די בברכה אחת על של יד 'להניח' ולפטור בה גם את תפלין של ראש. אך דעת ר"ת שגם כשלא סח מברך על של ראש 'על מצות' וכשסח מברך על של ראש שתי ברכות. שיטת ר"ת, שמברכים על תחילת המצוה ועל סיומה, לא מובנת. היכן מצינו ברכה על סיום עשיית המצוה? עכצ"ל שרש"י סובר שהמצוה להניח לכן די בברכה אחת. ור"ת סובר שהמצוה היא גם שהתפלין יהיו מונחות לכן מברך בתחילה להניח ובסוף על מצות, על היות התפילין מונחות. והדבר רמוז כנראה בתורה שנאמר **"וקשרתם** לאות על ידך **והיו** לטוטפות בין עיניך". ולשון הרמב"ם ברמזי המצוות בהקדמה להלכות תפילין (א) **להיות** תפילין על הראש. (ב) **לקשרם** על היד. וכן בהל' א שם: **ומניחין** אותן על הראש **וקושרין** אותן על היד. והאריך בחקירה זו הצ"פ הל' תפלין פ"ד ה"ד יעוי"ש שהתיחס גם לאשת החבר והמוכס בבכורות ל ע"ב.

המאמצים לענ"ד הם רשאים לקרוע עליו ולשבת 'שבעה' כמו על ילד ביולוגי. כי אין אנינות אלא בלב. ולב יודע מרת נפשו. אך איננו בקיאים בעומקה של הנפש: האם תחושות אלו זהות לילד שנולד בדרך טבעית? איננו מוסמכים להבין את כבשונו של עולם, אולם מותר לנו לשאול: מדוע ברא ה' בעולמו את החוק שקיום המין יבוא בדרך של זיווג זכר ונקבה על כל מרכיביו? האם לא כדי ליצור קשר חזק יותר בין ההורים ובינם לבין ילדם?[4]

ובאשר לתלמיד חכם הבודק אתרוגים בזכוכית מגדלת: וכי בגלל שסוחרים מעלים מחירים של אתרוגים בתואנות שווא, צריכים גם תלמידי חכמים להיגרר אחריהם ולהפיץ חומרות שאין להם שחר, הנוגדות את תפיסה ההלכה כולה? אמנם יש מקום לברר אם הנקב באתרוג מפולש או לא ע"י זכוכית מגדלת, או כל ספק אחר. אך לבדוק לכתחילה כל אתרוג ע"י זכוכית מגדלת – מאן דכר שמיה? ישתקע הדבר ולא ייאמר! הרב מנשה הקטן (שו"ת בעהמ"ח משנה הלכות) שולל מכל וכל בהרבה מתשובותיו שימוש באמצעים מלאכותיים, גם לא לחומרא, כי לדעתו הדבר מערער את כל סמכות ההלכה. לא כל דבריו מוסכמים, אך תפיסתו העקרונית נכונה. (ועי' מה שכתבנו ב'הלכה בימינו', עמ' 125-137).

ושוב, תודה על עיונך בדברי ועל הערותיך החשובות.

בברכת התורה
הרב יעקב אריאל

סימן ה

לבורנטיות במעבדת הפרייה

נשאלתי ע"י מכון פועה האם לא עדיף שנשים לבורנטיות הן שתעבודנה במעבדה להפריה חוץ-גופית (IVF) ולא גברים. במעבדה כזאת נוטלים ביציות מהאשה וזרעונים מבעלה ובצורה מלאכותית, בתנאי מעבדה, מחדירים זרעון לתוך ביצית ומניחים במבחנה שבה תנאים דומים לרחם האשה. בדרך זו מאפשרים לביצית המופרית להתפתח עד שלב שבו שותלים את הביצית המופרית ברחמה של האשה כדי שהעובר יתפתח כדבעי וייולד כדרך כל הנולדים.

מעבדה זו עונה על כמה בעיות, כגון נשים שאינן יכולות להרות בדרך טבעית מסיבות שונות, או במקרים של מחלות גנטיות, שניתן למונען ע"י ברירת הזרעונים והביציות התקינים מאלו הבעייתיים. כך ניתן לוודא שייוולד ילד בריא שיגדל כילד רגיל ללא סבל מיותר.

4. ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר יש כאמור ברש"י (בראשית ב, כד): "לבשר אחד – הולד נוצר על ידי שניהם, **ושם** נעשה בשרם אחד". ושמעתי ממשפחה שאמצו ילדה בנוסף לילדיהם הטבעיים ובכ"ז הקשר הפנימי למאומצת קטן מלשאר ילדיהם.

כמות הזרעונים המגיעה למעבדה גדולה פי כמה וכמה מהזרעים הבודדים הנחוצים להפריה. את יתרת הזרעונים ניתן לשמר לאותו זוג לצורך הפרייה נוספת, או להפריית נשים אחרות (וכאן חומרת הבעיה!) ולחילופין, ניתן לכלותם, כדי שלא ישמשו למטרות פסולות.

וזאת תשובתי:

לכבוד מכון פועה!

לשאלתכם האם לא עדיף שאשה תעבוד כלבורנטית במעבדת הפרייה, כי את עודפי הזרע יש להשמיד, ואם גבר[1] יעשה זאת הוא יעבור על השחתת זרע, בעוד שאשה אינה עוברת, לחלק מהראשונים.

מאידך, הבאתם את שיטת תוס' הרא"ש ביבמות (יב ע"א) שלאחר שהזרע יצא כבר מגופו של האיש אין איסור השחתה וגם לגבר הדבר מותר.

לעומת זאת, למ"ד שגם האשה מצווה על השחתת זרעו של האיש הדבר אסור, גם אחרי שהזרע יצא כבר מגופו. א"כ ממנ"פ אין הבדל בין איש לאשה, לשניהם הדבר אסור.

לענ"ד יש להתיחס לבעיה מנקודת ראות שונה.

לא רק היתר יש להשחית את עודפי הזרע אלא **מצוה גדולה** יש בכך. כי עודפי זרע עלולים לשמש להפריית נשים אחרות ודבר זה אסור, כדי שהארץ לא תימלא זימה, שאח עלול חלילה לשאת את אחותו (שכן נשים אחרות שהופרו מאותו זרע תלדנה אחים ואחיות מאותו אב). וא"כ אין כאן השחתה כלל אלא אדרבה תיקון גדול. וגם מי שסובר שהשחתה לשם תיקון אולי אסורה יודה שאם ההשחתה עצמה היא היא התיקון יודה שהדבר מותר.

ר' חילוק דומה לזה בבה"ל סי' שמ:

> מצדד הפמ"ג בזה והוא דאם בהמחיקה לבד היה שום תיקון... חייב משום המחיקה לבד אע"פ שלא היה ע"מ לכתוב... ומ"מ היכא שבהמחיקה גופא יש תיקון נראה דכע"מ לכתוב דמי.

ובגיטין (מה ע"ב) "ס"ת שכתבו מין יישרף" ולא מצינו שהעדיפו שם שריפה ע"י גוי או קטן. אדרבה, אם זו מצוה אולי עדיף שתיעשה בגדול.

אך בשו"ת חתם סופר (ח"ו ליקוטים סי' ח) כתב שעדיף שקטן ימחק שם קודש, אע"פ שבעצם המחיקה יש תיקון. הוא דן בשאלה חמורה:

> אפיקורס ישראל כתב פסוק זה השער לה' צדיקים יבואו בו ודבקו בפתח בית כסא באופן שאי אפשר להסיר הקלף וגם לא לגרד ולקלוף כלל, היש מקום

1. **הערת עורך**: לכאורה איש מצווה על השחתת **זרעו שלו** אבל לא של אחר, וכמו שלפי ר"ת אין אשה מצווה על השחתת זרע בעלה, ק"ו לאיש אחר שאינו בעלה אינו מצווה על פריה ורביה של אחר?! ועי' שו"ת דברי מלכיאל (ח"ג סי' צא) שעל עודפי זרע שנשארו בנרתיק האשה, והרופא רוצה לבודקם, אין איסור השחתה וק"ו לכאן.
תשובת הרב: סברה זו טעונה הוכחה. ר"ת לא התייחס ל"בעלה" דווקא לא בכתובות לט ע"א ולא ביבמות יב ע"ב אלא להשחתת זרע בכלל בין של בעלה בין של אדם אחר. והסברה נותנת שאין להבחין בין זרע בעלה לזרע אחר. זה וזה אינם שלה.

להתיר למחוק השם הקדוש הזה?

החת"ס הביא ראיות שונות לכך שמותר למחוק דבר קדוש לצורך תיקון, וכן מס"ת שכתבו מין יישרף (שבת קטז). בין היתר הביא ממס' שבת (עה ע"א):

> יריעה שנפל בה דרנא קורעי' בה ותופרי' בה... ומדילפי' הקורע ע"מ לתפור לחייב בשבת מתופרי יריעות ש"מ שלא ע"י גרמא בעלמא אלא קריע' להדיא קרעו, וגם פשוט דתופרי יריעות לא עשו ע"י אמירה לנכרי, וא"כ מוכח מזה שפיר היתר מחיקת השם לצורך תיקון.

כלומר במקום שמותר למחוק דבר קדוש אין צורך לעשות זאת ע"י גרמא או ע"י גוי, אלא מותר גם ע"י ישראל גדול לכתחילה. למרות זאת במסקנת דבריו הוא כותב:

> ומ"מ נ"ל להלכה ולמעשה כנ"ל לצוות לגוי קטן למחוק ואם א"א ע"י קטן יעשה ע"י גדול, ואם א"א יעשה ע"י ישראל גדול ולא ע"י קטן שלא אתי למסרך להקל במקום אחר כמו בפ"נ בשבת.

וצ"ע מדוע לא נאמר כמו בפיקו"נ בשבת שאדרבה מצוה בישראל גדול לכתחילה?

וכנראה דעתו שפ"נ בשבת הותרה, ולכן מצוה בגדולי ישראל דוקא, אך מחיקת שם קדוש במקום צורך היא רק דחויה. ולכן עדיף קטן. כי עצם המעשה של מחיקת שם ה' אסור ורק הכוונה לש"ש מתירה, משום 'עת לעשות לה' הפרו תורתך'. והכונה אינה ניכרת לעין. לכן אין במחיקה היתר גמור. ואם מישהו ימחק פה את שם ה' ללא כוונת היתר, אמנם בדיעבד לא נצטער על התוצאה, אך לכתחילה עצם מחיקת שם קדוש, גם ללא כוונה, אסורה, לכן העדיף במחיקת שם ה' גוי קטן.

ועדיין צ"ע שמסקנתו מנוגדת למה שהוכיח הוא עצמו מהגמ' בשבת (עה ע"א) שאין צורך בגוי או בגרמא, משמע שזו הותרה ולא דחויה, ומדוע ממליץ על קטן? ואולי ר"ל שבאמת אין זו הלכה, אלא המלצה טובה.

וצ"ע מה דינה של השחתת זרע במקום צורך, האם היא הותרה או דחויה?

יתכן לומר שהשחתת זרע לצורך שונה ממחיקת ה' לצורך. בהשחתת זרע אין צורך בכוונה להתיר את ההשחתה. עצם הרחקת הזרע מהמעבדה מותרת, כי אסור להשאיר את הזרע במעבדה. וגם אם יושחת הזרע ללא כוונת תיקון תהיה בכך מצוה. וא"כ אין כאן השחתה לבטלה כלל.

עכ"פ הדעת נוטה לומר, שמכיון שיש מצוה בדבר, אין נפק"מ מי יקיים אותה, גבר או אשה. מ"מ מהיות טוב אל תהיה רע ולכן אשה עדיפה. ובפרט אם נשים מצויות יותר במעבדה מאשר גברים, לכן ראוי להשתמש לכתחילה במצוי ולהעדיף נשים לבורנטיות ע"פ גברים. אולם אם אין הנשים מצויות באותו מקום אין להתאמץ יותר מדי ולמנוע מגבר לעשות זאת, אלא זריזין מקדימין למצוה.

סימן ו

ברירת מין עובר ע"י PGD

שאלה

אבחון גנטי טרום השרשתי (PGD Pre-implanetation Genetic Diagnosis) הינה טכנולוגיית אבחון גנטי מולקולרי, המבוצעת לפני השרשת ביצית מופרית ברחם אשה העוברת הפריה חוץ גופית (IVF). הטכנולוגיה מאפשרת לזהות שורה של מחלות גנטיות בביצית המופרית וכן את מין העובר, טרם השרשתה ברחם האשה. בשיטה טכנולוגית חדישה זו ניתן להפרות אשה ע"מ שתלד ילדים רק ממין אחד[1], זכר או נקבה[2]. בשיטה זו משתמשים כאשר יש בעיה גנטית העוברת רק דרך מין אחד. באמצעות ה-PGD מאפשרים לאשה ללדת רק מהמין שהגנים הבעייתיים אינם פוגעים בו.

זוג שיש להם 4 בנים. אחד מהם סובל מגן X שבור שיגרום לפיגור שכלי עמוק. מבחינה גנטית הסבירות היא כזאת: אם תלד זכר יש חשש של 50% שיסבול מפיגור שכלי עמוק, אם תלד נקבה לא ידוע בדיוק מה יקרה לה וגם אם תיפגע הסבירות היא שתסבול מפיגור שכלי קל יחסית.

מומלץ להם להיבנות ע"י בדיקת PGD, שבאמצעותה תלד רק בנות. הם ניסו כבר כמה פעמים להיבנות בדרך זו אולם ללא הצלחה. הם מוכנים לוותר על ה-PGD וללדת ילדים כדרך כל הארץ. האם חובה עליהם להיבנות רק באמצעות PGD או שהם רשאים, או אפילו חייבים, ללדת כדרך כל הארץ.

תשובה

כבר הנחנו בתשובות אחרות שתי הנחות:

א. יש ספק אם מקיימים לכתחילה מצות פו"ר בילד הסובל מפיגור שכלי עמוק (ר' סימן א).

ב. כמו"כ אין חובה להביא לעולם ילד שיסבול ויגרום סבל קשה למשפחה (ר' תשובתנו בענין הולדת ילדים פגומים סימן א) מה גם שיש להם כבר ילד אחד חולה לא נראה שרצון התורה להטיל עליהם עול כה כבד של טיפול בשני ילדים חולים, כי דרכיה דרכי נועם.

1. השיטה היא או ע"י הפריה חוץ גופית הן של הביצית והן של הזרע – ואח"כ בדיקת אחד התאים מהגוף הקדם-עובר (ביצית מופרית) קודם השרשתו ברחם האם. או הוצאת הביצית המופרית מגוף האם בדיקתה באמצעים שונים והשבתה לגוף האם במידה ואין ליקויים גנטיים. שתי השיטות עלולות ליצור בעיה בעדות על יחוס הולד. אמנם לפי הדרך השניה אין חשש של עירוב זרע מאב אחר אבל יש חשש להעברת ביציות מופרות מאם לאם. אם ההפריה חוץ גופית יש גם חשש הכנסת זרע מאב אחר. כדי למנוע כל חשש לתקלה יש ללוות את התהליך ע"י פיקוח צמוד. לשם כך יש להעזר במכון פועה.
2. בסתם ברירת מין עובר לרצון ההורים יש בכך המתת ביציות מופרות, כאשר המין אינו המין הרצוי וודאי שזה אסור. לעיל בסי' ה הסברנו שרצוי לחסל את העודפים כדי למנוע תקלות.

אלא שמאחר ועד כה הנסיונות לא עלו יפה הם היו מעדיפים להיבנות בדרך רגילה ולוותר על ה-PGD. לענ"ד, לא נראה שהם חייבים להיבנות בדרך רגילה כשיש חשש כה גדול שאם יוולד בן קיים חשש גדול שיהיה פגוע פגיעה כה קשה. מה גם שעדיין לא יצאו ידי חובת פריה ורביה כי אין להם בת אלא רק בנים. אמנם כבר כתבנו במקום אחר (בסימן ו) שאין חובה לקיים מצות פו"ר ע"י PGD, מכיון שבלא"ה מומלץ להם ללדת בת דווקא באמצעות PGD, בדרך זו ירוויחו שני דברים, גם ילדו בת ויקיימו מצות פריה ורביה וגם סיכוייה להיות בריאה גדולים יותר. אמנם גם אם תלד בת יש חשש לתופעה הבעייתית, אולם החשש נמוך יחסית לעומת החשש שתלד בן פגוע. וגם הבעיה קלה יותר. ויש בהולדתה תרתי למעליותא.

ואע"פ שהנסיונות עד עתה לא הועילו וא"כ יש חשש שאם ימשיכו הלאה בשיטת ה-PGD תעמוד מלדת, בהדי כבשי דרחמנא למה לך. הם יעשו את ההשתדלות הראויה עפ"י ההלכה וה' הטוב בעיניו יעשה. זה שהנסיונות לא הצליחו עד כה, הדבר ביד"ש.

לכן נראה שהם חייבים להשתמש בשיטת ה-PGD כדי למזער את הנזק שעלול להיגרם בלעדיה[3].

סימן ז

מניעת הריון לפני ילד ראשון

בח"א מספרי 'באהלה של תורה' (סי' סז) צידדנו להתיר לסטודנטית בשלבי סיום לימודיה, לאחר שילדה ילד אחד להימנע מהריון נוסף עד גמר לימודיה (ר' שם נימוקי ההיתר). בסוף דברינו כתבנו "אך לפני לידה ראשונה אין להתיר מניעת הריון".

והעירו עלי כמה הערות:

א. מאי שנא ילד ראשון מילד שני הרי גם בילד ראשון עדיין לא מקיימים מצות פריה ורביה?

ב. דין זריזין הוא רק הידור מצוה ומעיקר הדין מותר לדחות לזמן אחר. והראיה ממילה. מנהג רוב העולם למול במשך היום ואפי' אחה"צ ולאו דווקא בבוקר.

3. יש השוללים את עצם השימוש ב-P.G.D. בגלל התערבות בטבע הבריאה. ואכן במקום שאין צורך רפואי, אין מקום ללדת ילדים בשיטה זו. אמנם מצינו בגמרא עצות כיצד ללדת ילדים זכרים כגון ע"י השקאת מי סוטה (ברכות לא ע"ב) או ע"י תפילה בזמן הנכון (שם ס ע"א) אלו דרכיהמסורות בידי ה' אך התערבות בבריאה שאינה הכרחית אינה לרצון ה'.

ג. האשה פטורה מפריה ורביה ואם אינה חפצה כרגע בילדים אין מקום לחייבה.

ד. באהלה של תורה (ח"א סוף סי' סו) כתבנו שיש להתיעץ עם רב בנושאים אלו. מדוע?

א. זריזין מקדימין

בפסחים (דף ד ע"א) "וביום השמיני ימול בשר ערלתו ותניא: כל היום כולו כשר למילה, אלא שזריזין מקדימים למצות שנאמר וישכם אברהם בבקר".

ובכ"ז רוב העולם לא נוהג למול מיד בבוקר אלא דוחים לשעות נוחות יותר כדי לאפשר השתתפות קרובים הגרים רחוק וברוב עם הדרת מלך. אמנם יתכן שזה מנהג מוטעה ואין ללמוד ממנו אך בכ"ז נלענ"ד שניתן להליץ עליו.

השאלה הראשונה שיש לשאול האם זריזין מקדימין הוא דין, או רק הנהגה טובה שניתן להגדרה כלפנים משוה"ד.

לכאורה יש להוכיח זאת בעצם הלימוד מאברהם אבינו ע"ה איך לומדים הלכה מלפני מ"ת? אלא ע"כ אין זו הלכה אלא הנהגה טובה. ולכן ניתן ללומדה מלפני מתן תורה.

ואכן זו דעת המאירי יומא כח ע"ב. שזו הנהגה טובה ולא דין. אך מרש"י בחגיגה (ז ע"ב) הוכיחו שהוא חיוב דאורייתא (רד"ק בית ב חדר ה).

אך גם אם נניח שזו רק הנהגה ראויה, ירא שמים לא דוחה מצוה הבאה לידו. התרשלות בקיום מצוות יש בה זלזול במצוה בתורה ובקב"ה. זהו בכלל ויראת מאלקיך.

לכאורה אפשר לחלק בין מילה שהיא מצוה שזמנה מוגדר ולכן מחייבת זריזות, למצוות שאין להן זמן מוגדר, כגון פריה ורביה. אלא שלפי"ז מילה שלא בזמנה שאין לה זמן מוגדר אין בה מצות זריזין. ולא היא. אדרבה, הדבר אברהם סובר שמילה שלא בזמנה חמורה יותר ועובר בכל רגע ורגע משא"כ מילה בזמנה, מכיון שזמנה כל היום אין בהקדמה אלא זריזות בלבד.

בשבת קלב ע"ב מבואר שמילה שלא בזמנה דוחה צרעת ואם ניתן לדחותה מדוע לא נמתין עד שהצרעת תירפא? (ר' באהלה של תורה ח"א סי' לד האם האב עובר בכל רגע ורגע שלא מל את בנו).

ב. שהוי מצוה

בשני מקומות במס' יבמות למדנו ששהויי מצוה לא משהינן. בדף לט ע"א:

> ביאת קטן וחליצת גדול – פליגי בה ר' יוחנן ור' יהושע בן לוי, חד אמר: ביאת קטן עדיפא... תנן: תלה בקטן עד שיגדיל – אין שומעין לו; ואי ביאת קטן עדיפא, אמאי אין שומעין לו? נינטר דלמא גדיל ומייבם! וליטעמיך, ובגדול עד שיבא ממדינת הים – אין שומעין לו, אמאי? נינטר דלמא אתי וחליץ! אלא, כל שהויי מצוה לא משהינן.

למרות שמצות יבום אין לה זמן מוגדר. וכן בדף מז ע"ב:

> קיבל [הגר להתגייר כהלכה] מלין אותו **מיד**. נשתיירו בו ציצין המעכבין את המילה, חוזרים ומלין אותו שניה. נתרפא, מטבילין אותו **מיד**; קיבל, מלין אותו מיד. מ"ט? שהויי מצוה לא משהינן.

גם למצות גיור אין זמן מוגדר [אמנם לא ברור בכלל מה המצוה בגיור? לדעת היראים יש מצוה לגייר כחלק ממצות 'ואהבתם את הגר']. אך יתכן שזו מצוה שבין אדם לחבירו.

הגר מעוניין להתגייר ויש לעשות עמו טובה ולגיירו. אמנם לפני גיורו הוא עדיין גוי ולא חלה כלפיו מצות 'ואהבת לרעך כמוך', אך מכיון שעם גיורו תחול כלפיו המצוה חיובו ומצוותו באים כאחת. לפי הגדרה זו מובן יותר מדוע אין להשתהות כי הגר מעוניין להתגייר וכל דחיה פוגעת בו.

יתכן להליץ על המאחרים ברית מילה על סמך גליוני הש"ס להר"י אנגל (פסחים ד ע"א) שהביא מרש"י (יומא לד ע"א ד"ה ביום) שכל מקום שכתוב 'ביום' משמע באור עצום ולא בבוקרו של יום. (ועיי"ש הביא משו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרי"ד שגם הוא דייק מלשון 'וביום' שאדרבה יש עניין לאחר את הברית לאמצע היום. אלא שלפי"ז אין הצדקה לדחיית המילה לאחה"צ).

אלא שקשה על כך מהגמ' בפסחים שהשוותה מילה להשכמת אברהם אבינו לעקדה שנאמר וישכם אברהם בבוקר משמע שזריזין מקדימין בהשכמה.

ואם יכולים לאחר מה הזריזות?

ולכן נלענ"ד שרש"י והרדב"ז התכוונו למשנה במגילה דף כ ע"א:

> אין קורין את המגילה, ולא מלין, ולא טובלין, ולא מזין, וכן שומרת יום כנגד יום – לא תטבול עד שתנץ החמה. וכולן שעשו משעלה עמוד השחר – כשר.

ופרש"י שם: "עד הנץ החמה – שיצא מספק לילה".

ולכן מחכים עד שיהיה אור גדול (אולי לאפוקי יום המעונן).

ור' שם בטורי אבן שה"ה לכל המנויים שם במשנה בע"ב.

הנוהגים לאחר מילה לשעות מאוחרות יותר סומכים כנראה על הבנתם ברש"י שיש מקום לקיים את המילה באור גדול ולא מיד עם בוקר. אך הנוהגים לדחות את המילה לשעות אחה"צ, לכאורה אין להם על מה שיסמוכו. ואם אכן אין למנהג זה בסיס אין ללמוד ממנו.

אך יש מקור ברור יותר שניתן לסמוך עליו והוא תרוה"ד (סי' לה) שראוי לדחות קידוש לבנה למוצ"ש שאז הוא מבושם ויקיים את המצוה בהידור. הוא דחה את הראיה מיבמות לט ע"א שלא משהין ביאת קטן לעומת חליצת גדול הנמצא במדה"י.

> מוכח התם, דדוקא בדראוי להסתפק שתעבור המצוה, אז לא משהינן לה, אבל בשאין ראוי להסתפק לא.
>
> ותדע, דאמאי נקט תנא ובגדול עד שיבא ממדינת הים, ליתני עד שיבא ממדינה למדינה בארץ ישראל, דלא משהינן, אלא דוקא נקט בקטן עד שיגדיל, ובגדול עד שיבא ממדה"י לא משהינן, משום דשמא ימות הקטן, והגדול לא יבא לעולם ממד"ה, ותעבור המצוה, לכך לא משהינן, אבל ממדינה למדינה דקרוב הדבר שיבא, משהינן.

וה"ה בנ"ד.

(מעניין שהגר"א בשו"ע מסכים לפסיקה זו ומביא את המקור ביבמות למרות שבמעשה רב כתב שאין לדחות קידוש לבנה למוצ"ש).

אך מכאן נלמד שרק דחייה של ימים ספורים מותרת אך לא לחודשים ושנים. בפריה ורביה דחיית המצוה לזמן רב אסורה שמא לא יספיקו לקיים את המצוה בכלל.

וכבר כתבו התוס' ביומא (ב ע"א ד"ה וחכ"א) שלזמן מועט לא חוששין למיתה. אך הם לא הגדירו כמה הוא זמן מועט. ובשעה"מ (הל' סוכה פ"ד) הוכיח שתוך שבעה ימים נחשב עדיין זמן מועט. וא"כ מובן מדוע דחייה של כמה שעות במילה ושל פחות משבוע בקידוש לבנה מותרות. וכן דחיית הטבילה בגר אחרי המילה, הזמן הוא עד שתחיה

המכה גם שם זו דחייה של ימים ספורים בלבד. אך דחייה של חודשים ושנים מנא לן?

ועדיין מנהג העולם במילה לא ברור. כי ק' מר"ה לב שקורין הלל בשחרית ולא ממתינים לרוב עם הדרת מלך אחרי מוסף.

וי"ל ששם אם היינו מאחרים את הלל למוסף היינו דוחים את ההלל בידים, כי היינו מתפללים מוסף לפני הלל ודוחים את ההלל לאחר מוסף. ולא כמו במילה שהדוחה אותה לשעות מאוחרות יותר לא מקיים מצוה אחרת לפניה, אלא רק נמנע מלקיימה בבוקר, בשב וא"ת. דחייה בידים בקו"ע חמורה יותר מהימנעות בשוא"ת. ועוד, שם אילו היינו מקדימים את תפילת המוסף להלל היה זה בגדר מעבירין על המצוות, דהיינו שהוא מקדים מצוה אחרת למצוה העומדת לפניו זה איסור אחר מאשר החיוב של זריזין מקדימין (ר' טו"א מגילה ד ע"ב).

מכל הנ"ל עולה חילוק ברור בין מילה לבין פריה ורביה:

א. שם יש סיבה לדחות משום ברוב עם, ובקידוש לבנה כדי לקדשה בשמחה, פה אין סיבה מוצדקת.

ב. שם דוחין רק בכמה שעות ולכל היותר בימים ספורים. פה דוחים בחודשים ושנים.

ג. שם לא דוחים בידיים, כאן הזוג דוחה את המצוה בידיו. כאן כו"ע יודו שאסור. מניעת הריון היא לא הימנעות פסיבית מקיום המצוה, היא ביטול המצוה בידיים! אא"כ נמנעים מחיי אישות בזמנים מסוימים. אלא שאז עוברים על מצות עונה, דבר שאינו רצוי דווקא לזוג צעיר. אמנם פה הסכמת האשה מועילה. כי מצות עונה היא לטובת האשה ואשה יכולה למחול על עונתה לזמן מה, אולם גם זאת בתנאי שלא תתבטל מצות פריה ורביה, כמבואר ברמב"ם הל' אישות פט"ו הל' א. שימוש באמצעים מלאכותיים למניעת הריון היא דחייה אקטיבית של המצוה. וזאת לא מצינו.

ג. פרנסה קודמת

יש שרצו ללמוד מעצם מצות הנישואין שמותר לדחותה בגלל קשיי פרנסה ודיור וכמש"כ רמב"ם הלכות דעות (פ"ה הל' יא):

> דרך בעלי דעה שיקבע לו אדם מלאכה המפרנסת אותו תחילה, ואחר כך יקנה בית דירה, ואחר כך ישא אשה, שנאמר מי האיש אשר נטע כרם ולא חללו, מי האיש אשר בנה בית חדש ולא חנכו, מי האיש אשר ארש אשה ולא לקחה, אבל הטפשין מתחילין לישא אשה ואחר כך אם תמצא ידו יקנה בית ואחר כך בסוף ימיו יחזור לבקש אומנות או יתפרנס מן הצדקה, וכן הוא אומר בקללות אשה תארש בית תבנה כרם תטע, כלומר יהיו מעשיך הפוכין כדי שלא תצליח את דרכיך, ובברכה הוא אומר ויהי דוד לכל דרכיו משכיל וה' עמו.

לדעתם, כשם שמותר לדחות נישואין בגלל פרנסה ודירה כך מותר לדעתם לדחות את מצות פריה ורביה מנימוקים אלו. ומכיון שפרנסה תלויה היום בדרך כלל בהשכלה אקדמית ניתן לדחות לידת ילדים עד גמר הלימודים וההתמחות.

מצות נישואין אינה תלויה בהכרח במצות פריה ורביה. אמנם לד' הרמב"ם א"א לקיים פריה ורביה אלא במסגרת הנישואין (שלא כדעת הרא"ש כתובות פרק א סי' יב שאפשר תאורטית לקיים מצות פריה ורביה גם ללא נישואין). ואם מותר לדחות את הנישואין ממילא נדחית גם מצות פריה ורביה התלויה בה. ולא היא. מצות פריה ורביה עצמה לא ניתנת לדחייה, ורק בגלל דחיית הנישואין

נדחית ממילא גם מצות פריה ורביה, כי אונס רחמנא פטריה.

ואין להקשות, לד' הרא"ש שמצות פריה ורביה ניתנת לקיום ללא נישואין, מדוע לא נחייב מי שלא נשא אשה שיוליד ילדים באמצעות פילגש. כי גם לדעת הרא"ש פילגש היא גנות גדולה, ואינה לרוח התורה. וחזקה ידועה בש"ס היא שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

וגדולה מזו. דחיית נישואין היא בשב וא"ת אך דחיית פריה ורביה היא בקו"ע שהרי הם נוהגים כדרך כל הארץ אלא שמשתמשים באמצעי מניעה.

אך עצם דברי הרמב"ם אינם רלבנטיים לדורנו. כי השתנו הטבעים ובימינו א"א לדחות את הנישואין עד שאדם יעמוד על רגליו מבחינה כלכלית ועד שתהיה לו דירה משלו. כי ההתמקצעות בימינו אורכת זמן רב, וגם דירה אין אדם יכול לרוכשה אלא כאשר הוא כבר מתפרנס בכבוד. האם רופא שגומר את ההתמחות שלו רק בשנות השלושים ויכול לרכוש דירה אולי רק בשנות החמישים לחייו לא יישא אשה עד אז? אין לך דרך טפשים גדולה מזו, גם לדעת הרמב"ם.

לכן הטענה שניתן לדחות נישואין בגלל רכישת השכלה אינה טענה (אגב, האם גם ה"טיול הגדול" וההשתכרות למענו שהפכו להיות "חובת גברא" גם במחוזותינו, ובגללם נדחית התחלת הלימודים, האם גם הם נכללים במסגרת שנות הלימודים הדוחה נישואין?!)

ד. האשה פטורה מפריה ורביה

ולכאורה האשה אינה מחוייבת להזדרז במצות פריה ורביה (מכיון שהיא פטורה ממנה) וממילא גם בעלה לא יכול להזדרז כל עוד אשתו לא מסכימה לכך.

ראשית, ההנחה שאשה פטורה ממצוה זו מכל וכל אינה נכונה. היא פטורה רק ממצות פריה ורביה, אך חייבת במצות לשבת יצרה כמש"כ התוס' בגיטין (דף מח). וההפלאה בריש פ' האיש מקדש כתב שכן משמע ג"כ בסוגיא דב"ב פ' יש נוחלין (דף קיט ע"ב) ובפי' הרשב"ם שם.

והר"ן על הרי"ף קידושין בתחילת פ"ב הוכיח מהגמ' שגם אשה מקיימת מצוה וכ"כ בתשובותיו סי' לב:

> דאע"ג דקיימא לן דאיתתא לא מפקדא אפרייה ורבייה מ"מ מצוה קא עבדא כשהיא מתקדשת ונשאת וראיה לדבר מדאמרינן בריש פרק האיש מקדש... וזו ראיה ברורה שהאשה כשהיא מתקדשת מצוה קא עבדא.

ועוד, היתכן לומר שמצוה שא"א לקיימה ללא אשה אין לאשה שום חלק במצוה? הרי בעלה לא יכול לקיים את המצוה בלעדיה!

דמיון לסברה זו כתב הטו"א בחגיגה (ב ע"ב) שהכשר מצוה שא"א בלעדיו נחשב כמצוה עצמה, כגון: מצות ציצית שא"א לקיימה ללא התעטפות בטלית. גם ההתעטפות היא חלק ממצותה ולכן הברכה היא להתעטף בציצית. ומצות קידושין עצמה תוכיח את סברת הטו"א. ר' רא"ש כתובות פ"א סי' יב שלדעת הרמב"ם שא"א לקיים מצות פריה ורביה ללא קידושין כדת משה וישראל לכן גם הקידושין עצמם מצוה. כלומר דבר שמבלעדיו לא ניתן לקיים מצוה הוא חלק מהמצוה. והרי לשם כך נשא אדם אשה, כדי לקיים איתה את מצות פריה ורביה, ומכיון שהאשה שותפה לקיום המצוה לכן גם היא מקיימת מצוה, א"כ

כיצד ניתן לומר שהיא יכולה להיפטר ממצוה זו?

הפטור של האשה ממצות פריה ורביה הוא רק פורמאלי, כמש"כ ה'משך חכמה' בפרשת נח, שדרכיה דרכי נועם, ולכן לא רצתה התורה להטיל על האשה במפורש מצוה שיש בה סבל, צער ואף סיכון (ואכן במצבים מיוחדים רשאית האשה להימנע מהריון). אך אין זה פטור בעצם.

ה. דחיית המצוה עלולה לגרום לביטולה

כידוע ככל שהגיל עולה כך סיכויי הפוריות יורדים. וגם החששות להפלות עולה. נמצא שדחיית תחילת הולדת ילדים עשויה למעט את מספר הילדים. אם נביא בחשבון שבדרך הטבע אשה מניקה שנתיים-שלוש וא"כ היא יכולה ללדת אחת לשלוש-ארבע שנים, אם תתחיל ללדת בגיל 30 היא תלד אולי רק שני ילדים וגם זאת בספק בגלל החשש לתקלות. וגם אם תתחיל ללדת לפני כן, ככל שהיא דוחה את תחילת הלידות כך היא גם עלולה למעט אותן.

ו. אחרי ילד ראשון

אמנם מצות פריה ורביה מתקיימת במלואה רק בהולדת בן ובת, וילד אחד הוא רק חצי שיעור וספק אם מקיימים מצוה בחצי שיעור (ר' מל"מ הל' חמץ ומצה פ"א ה"ז ובמקורות שצויינו באנצ' תלמודית ערך חצי שיעור הע' 828-832). הזוג אמנם עדיין לא נפטר מחיובו בילד אחד, אך יש בכך לפחות השתדלות לקיים את המצוה. וזוג שהזדרז להתחיל את המצוה גם אם משתהה בהמשך קיומה אינו מואס במצוה. עליו להשלים את המצוה ואף להוסיף עליה בבוקר זרע זרעך ובערב אל תנח ידך, ולעניין השלמת המצוה צ"ע אם ההלכה של זריזין מקדימין למצוה חלה גם על המשך קיומה של המצוה או רק בתחילתה.

ובפרט מצוה זו שבדרך הטבע לא ניתן לקיימה בבת אחת, אלא לשיעורין, רק לאחר שילד אחד גמר את הנקתו והאשה שבה לאיתנה. לכן יש מקום לשיקול דעת רחב יותר באשר להפסקה, וגם זאת רק כאשר יש לכך סיבה מוצדקת. אך לפני הילד הראשון, לפני שהזוג החל בהשתדלות מינימאלית לקיים את המצוה אין מקום להתחשב בשיקולים כל שהם (אלא במקרים חריגים כגון פיקו"נ וכדו').

ז. האם צריך לשאול רב

אמנם לא בכל דבר צריך לשאול רב. אם אדם מסוגל לשקול בעצמו בצורה אובייקטיבית אם דחיית המצוה היא מוצדקת הוא אינו זקוק לרב, הוא יכול לסמוך על שיקול דעתו. אך בדרך כלל שיקוליו של האדם סובייקטיביים. והראיה נושא זה. הטוענים שאין צורך ברב מעלים טענות סרק חסרות שחר ודווקא הם זקוקים לפנות לרב שיעמיד אותם על טעותם.

יש הרואים את עצמם בני סמכא לקבוע לכל זוג לכמה זמן הוא יכול לדחות את ההריון הראשון, חדשים ספורים או אפילו לשנים. לא זכיתי להבין על סמך מה הם קובעים זאת?! איני מכיר מקור אחד בהלכה שמאפשר לנו לקבוע זמן מוגדר לפני הילד הראשון. אלא כל זוג מבקש דחייה לפי רצונו האישי. א"כ לשם מה יש צורך ברב שיסכים לגחמותיו של כל זוג?

אני מעדיף להימנע מלהיכנס לשאלה שאין לי יכולת לענות עליה. בדרך כלל המניע לשאלה אינו רצון לבנות בית נאמן

לערכי התורה והמצוה, אלא היגררות אחרי אופנות חיצוניות. אני מוכן להסביר לזוג מדוע דווקא קיום המצוה בונה את הזוגיות טוב יותר, אך לא להיכנס לשאלה שאינה במקומה.

ח. מהות החיים

השאלה הגדולה המרחפת מעל לנושא זה הוא לשם מה מקימים משפחה, סיפוק צרכים או קיום ערכים?

האופנות העולמיות יוצאי מנקודת הנחה שהקמת משפחה נועדה לסיפוק צרכים (ומכאן גם המסקנה שאם ניתן לספק צרכים אלו ללא הקמת משפחה תקנית אין צורך להקים משפחה, או שניתן להקים גם משפחה לא תקנית, כגון חד-מינית או חד-הורית וכדו'). מתוך הנחה זו של סיפוק צרכים, כל עוד ילדים אינם צורך חשוב יש לדחות את הולדתם. לא רק שהם עדיין אינם צורך, אלא הם מהווים נטל, כביכול.

תפיסת היהדות היא שהקמת משפחה היא **מצוה**. כלומר, היא ערך. היא לא נועדה לשם סיפוק צרכים אישיים בלבד, אלא היא קיום האדם, איש ללא אשה אינו אדם, וזו הדרך שהקב"ה טבע בנו לקיום מין האדם. בתוך המשפחה מתקיימים ערכים של נתינה וקבלה בין הבעל לאשה ולהיפך, וביניהם לילדיהם, ובהעמדת הדור הבא מתקיימת המשפחה, העם והאנושות כולה. 'לא תוהו בראה לשבת יצרה'.

זאת השאלה המרכזית. בעצם היא מסתעפת מהשאלה על מהות החיים בכללם. ועל שאלה כזאת ראוי להתיעץ עם מי שהשיקול הערכי עומד בראש שיקוליו, דהיינו ת"ח בר סמכא.

יש להיאבק באופנות העולמיות המתיחסות לילדים כאל נטל והמפרידות בין זוגיות להורות. זוגיות טובה היא גם הורות. והורות טובה מחייבת זוגיות. יש מפרידים בין הדבקים, זוגיות ללא הורות, או הורות ללא זוגיות. כאן שורש הבעיה. היהדות כורכת את שתיהן יחד בחוברת. זוגיות אינה רק שותפות אינטרסנטית של חיים נוחים, אלא מחויבות של שניהם לזולתם, האיש לאשתו והאשה לבעלה, ושניהם לילדיהם.

אמנם אין להתעלם מקשיים אובייקטיביים. זוג צעיר זקוק למחסה מעל ראשו, למעון זול לילדיו הקטנים, למשענת כלכלית שתאפשר גם לאיש וגם לאשה לסיים את לימודיהם ולסייע להם למצוא פרנסה.

אולם הפתרון אינו דחיית נישואין או דחיית לידות. הפתרון צריך להיות חברתי. על החברה לפתור את בעיותיה, ובראש – המשך קיומה. במקום לחפש היתרים דחוקים לדחיית לידות יש לפנות למנהיגי הציבור שימלאו את תפקידם כראוי ויעמידו נושא זה בראש מעייניהם וידאגו למחסה, למעון ולמשענת לזוגות צעירים. הם העתיד שלנו. ומכיון שאין אדם יוצא י"ח פריה ורביה עד שייוולדו לו גם נכדים, מן הראוי שההורים יסייעו לילדיהם. לשם כך יש לחסוך למענם ולהשקיע פחות בחתונות מפוארות ויותר בתמיכה בהם בשנות נישואיהם הראשונות.

סימן ח

סתימת חצוצרות ע"י essure

הקדמה

במצבים חמורים של אשה המסתכנת בלידה הרופאים דורשים הפסקה מוחלטת של הריונות בגלל פיקו"נ. השיטות המקובלות של מניעת הריון לא באות בחשבון, או בגלל שאינן יעילות ב-100% או משום שהאשה לא מסוגלת להשתמש בהן (כגון הגלולות, עם כל יעילותן הגבוהה, לא כל אשה רשאית להשתמש בהן). הרופאים ממליצים לקשור את החצוצרות. שיטה זו יעילה באופן מוחלט. דא עקא שהיא נחשבת לסירוס, אך משום פיקו"נ מותר להשתמש בה (ר' בתשובת הציץ אליעזר אלי בחי"ד סי' צו).

לאחרונה פותחה שיטה חדשה, נוחה יותר, למניעת הריון ע"י סתימת החצוצרות. לשם כך מחדירים סליל מיוחד הנקרא essure לחצוצרותיה של האשה, ללא ניתוח. הסליל גורם לתהליך שנמשך כמה שבועות שבסופו נוצרות הדבקות החוסמות את החצוצרות ואינן מאפשרות את מעבר הביציות. כלומר הן גורמות לסירוס האשה. התהליך הוא בלתי הפיך.

לעומת זאת קשירת חצוצרות המקובלת עד כה, הנעשית ע"י ניתוח, אינה משנה את מבנה החצוצרות, אלא רק קושרת אותן ובכך מונעת את מעבר הביציות. התוצאה היא מיידית, אך התהליך הוא הפיך, כלומר, ניתן, בחלק מהמקרים, ע"י ניתוח חוזר, לשחרר את החצוצרות ולהחזירן למצבן הקודם, שבו האשה מסוגלת שוב להרות. יש מי שטען ששיטת ה-essure עדיפה כי היא אולי נחשבת לגרמא. ולא רק אשה בסיכון גבוה תוכל להשתמש בה, אלא גם אשה שאינה רוצה או אינה יכולה ללדת מסיבות אחרות תוכל להשתמש בה. האם יש ממש בטענה זו?

א. סירוס זמני

שתי הפעולות נחשבות לסירוס, אמנם באשה הוא לכל היותר מדרבנן אך בכ"ז הן אסורות (ר' שבת קיא ע"א). גם הקשירה, גם אם נניח שהיא נועדה לזמן מוגבל, אולם מכיון שכדי להחזיר את המצב לקדמותו יש צורך בניתוח ובהתרת הקשירה, יש כאן חסרון מעשה, לכן גם הקשירה נחשבת לסירוס (מה גם שלא תמיד ניתן להחזיר את המצב לקדמותו). וכן הוכיח בשו"ת מנחת יצחק (ח"ה סי' יג):

> דפשיטא להפוסקים, דאף סירוס ארעי אסור, דהנה בדרכי משה (א"ע סי' ה אות ה) כתב בזה"ל, בהגהת אלפסי (פרק במה בהמה) וכן אמרו (שבת נ"ב), האילים יוצאין לבובות, דהיינו שקושרין עור על זכרותן, שלא יעלו על הנקיבות, ש"מ דכל שאינו עושה מעשה באיברי הזרע שרי עכ"ל, והרי מוכח ממה דהביא ראי' מהא דאילים יוצאים לבובות, דאף אם הוי רק סירוס ארעי, הוי סירוס, דאל"כ מנ"ל הטעם, משום שאינו מעשה באיברי הזרע, דלמא משום דהוי רק סירוס ארעי, דבכל עת שרוצה, מסיר הקשר, אלא עכ"ח פשיטא לי', דגם סירוס ארעי, הוי סירוס.

אמנם בשו"ת דברי יציב (אה"ע סימן כט) **רצה לחדש שבאשה מסוכנת אין איסור סירוס כלל:**

> כשהאשה מסתכנת אם תחזור ותתעבר, יש לצרף מ"ש המנ"ח שם מהא דבזקן לא שייך מסרס, דהתורה לא אסרה הסירוס אלא בראוי להוליד אבל אם בלא זה אינו ראוי להוליד לא שייך סירוס כלל.

לדבריו אין נפ"מ באיזו שיטה תסורס האשה. בכל שיטה שתהיה אין איסור סירוס כלל. אך לענ"ד אינה דומה 'אשה בסיכון' לזקן. זקן אינו ראוי להוליד כלל, ולכן י"ל שאין בו סירוס, משא"כ אשה המסתכנת בלידה, היא ראויה בעצם להוליד, אלא שאריא הוא דרביע עלה, שאסור לה להסתכן. נראה אפוא יותר שאיסור סירוס חל על אשה גם בדרך זו.

בשתי השיטות הסירוס מותר רק כאשר יש הכרח למנוע הריון בצורה מוחלטת, בגלל חשש סכנה, כשהאמצעים האחרים אינם מתאימים לאשה. השאלה היא רק איזו מהן עדיפה? האם ה-essure בגלל שהוא אולי רק גרמא, או הקשירה בגלל שהסירוס הוא זמני והפיך?

ב. גרם סירוס

נאמר בשבת (קי ע"ב):

> לירקונא תרין בשיכרא ומיעקר. ומי שרי? והתניא: מניין לסירוס באדם שהוא אסור – תלמוד לומר "ובארצכם לא תעשו"... אלא באשה.

למסקנת הסוגיה הותר כוס של עקרין רק לאשה, ורק משום שהוא גרמא. לעומת זאת גרם סירוס באיש אסור וכמש"כ הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה (פט"ז הי"ב):

> המשקה עיקרין לאדם או לשאר מינים כדי לסרסו ה"ז אסור ואין לוקין עליו, ואשה מותרת לשתות עיקרין כדי לסרסה עד שלא תלד. הרי שכפה את האדם ושיסה בו כלב או שאר חיות עד שעשאוהו כרות שפכה או שהושיבו במים או בשלג עד שביטל ממנו איברי תשמיש אינו לוקה עד שיסרס בידו וראוי להכותו מכת מרדות.

וכתב המגיד משנה:

> המשקה עיקרין וכו'. מהסוגיא ששם (דף ק"י) מתבאר זה דכל היכא דלא נגע באברים ממש לא מיחייב... העמידוה דוקא באשה.

[כאן נוספה הגהה בתוך המגיד משנה:

> ה"ה לא הביא מוצא דין זה, ונראה לי דיצא לו לרבינו מהא דתנן בסנהדרין (דף עו:) שיסה בו את הכלב שיסה בו את הנחש פטור, ואעפ"י שפטור מדיני אדם אינו פטור מדין שמים ומינה דאם שיסה בו את הכלב ועשאו כרות שפכה דאעפ"י דאינו חייב מלקות מכת מרדות מיהא חייב. לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו.

כלומר לדעת המגיה גרמא אסור מהתורה, אלא שאין לוקין עליו משום שאין בו מעשה. וצ"ע, האמנם משסה לא עשה שום מעשה? בשבת הצד ע"י כלבים נחשב כצד בידיים גם אם הוא עצמו לא סייע להם, ר' פרמ"ג (א"א סי' שטז ס"ק ד) **מיהו המג"א שם סובר שללא סיוע האדם השיסוי אסור רק מדרבנן. אך באמת גם לד' הפרמ"ג י"ל שרק בשבת השיסוי נחשב למעשה, כי זו דרך מלאכתם של ציידים, לשסות כלבים בחיות. וכמו זורה, שאינו עושה מעשה ובכ"ז חייב, כי זוהי צורת המלאכה וכמש"כ הרא"ש בב"ק בפרק הכונס. אך משסה ע"מ לסרס יתכן שאינו נחשב למעשה. עכ"פ**

מתחילת דבריו של הרמב"ם משמע שכוס של עקרין אסור רק מדרבנן. ואולי יש לחלק בין הגרמא של כוס עקרין לבין משסה שהוא כמו גרמי, וצ"ע.]

ואכן דעת הר"י אלגאזי בארעא דרבנן שגרם סירוס אסור רק מדרבנן. אולם שיטת המבי"ט בקרית ספר שם שגרם סירוס אסור מה"ת.

כנראה שמחלוקת זו יסודה במחלוקת הראשונים. הריא"ז סובר שגרם סירוס אסור מהתורה. אך מרוב הראשונים משמע שהוא רק מדרבנן. הרמב"ן, הרשב"א, הריטב"א והר"ן והמ"מ (שהובא לעיל) כולם סוברים שהגמ' בקושייתה הניחה שרק פגיעה ישירה באברי הרבייה אסורה. אך פגיעה עקיפה, דהיינו גרמא, מותרת.

אמנם יתכן לומר שרק בתחילת הסוגיה סברה הגמ' שגרמא מותר, אך כאשר רב אשי טען שהסרת הכרבולת היא רמות רוחא, ואינה סירוס כלל, יתכן שגרם סירוס יהיה אסור. אך המאירי כתב שם "אפשר שדחייה היא ודרך סוגיא נאמרה" ובאמת גם למסקנה הגמ' נשארה בדעתה שגרם מותר מהתורה. וכך גם הבין המ"מ מהרמב"ם. ונ"ל שיש להוכיח הסבר זה בדעת הרמב"ם שכן לא הביא את הסרת הכרבולת. משמע כהמאירי, שכל גרם סירוס אסור רק מדרבנן, גם גרם שפוגע בסוף באברי הרבייה, ולא רק הסרת הכרבולת. (אם כי יש מדייקים מלשון הרמב"ם שכ' "אין לוקין עליו" שגרמא אסור מהתורה אלא שאין בו מלקות. אך לא מובן, אם גרם סירוס אסור מה"ת מדוע שלא ילקה הרי עשה מעשה? ול"ד למשסה שיש האומרים שאין בו מעשה, וכדלעיל, אך שותה כוס של עקרין הוא מעשה גמור, מדוע שלא ילקה? אלא ע"כ הוא מדרבנן ומש"כ "אין לוקין עליו" בא להוציא מדעת האומרים שהוא איסור תורה ולוקין עליו).

וידוע שהמ"מ הוא תלמיד הרשב"א. ומסתבר שגם הרשב"א, שהבאנו לעיל את פירושו, הבין אף הוא שהגמ' לא חזרה בה. ומסתבר שה"ה יתר הראשונים הנ"ל. כולם התבטאו באותה לשון. הוכחה מפורשת אין, אך כך מסתבר. אך לפחות המ"מ והמאירי סוברים כן ולכך נוטה דעת הרמב"ם.

גם בדעת התוס' (ד"ה תלמוד לומר) אפ"ל שסוברים כן. כי כל הראשונים הנ"ל מסבירים את הסוגיה בשבת שמותר לשתות כוס עקרין לרפואה, למרות שבפסיק רישא דעת ר"ש שאסור, וע"כ היתר שתיית כוס של עקרין הוא משום שהוא רק גרמא, וע"כ גם תוס' שנקטו באותו מהלך יתכן שמפרשים שגם בתירוץ נשארת הגמ' בהנחתה שגרמא מותר. אם כי יש פוסקים שהבינו מדבריהם שגרמא אסור מהתורה. ר' שו"ת יביע אומר (ח"ח אה"ע סי' יד אות ג) שהביא משו"ת תורת חסד מלובלין (חאה"ע סי' לח אות ה) שהבין כך מהתוס' והרא"ש, וכן כ' בשו"ת בית יהודה (ח"ב סי' מז דק"כ ע"א) דלכאורה מדברי התוס' והרא"ש מוכח דהשקאת כוס של עיקרין הוי מדאורייתא. כאמור, אין מהתוס' ראיה מוכרחת.

כאמור, גם המאירי מחלק בין סירוס בידיים לסירוס עקיף. אלא שמדבריו משמע שאם הוא מתכוון לסרס את האברים עצמם יתכן שגם גרמא אסור מהתורה. ור' תשובת ר"א גורדון מטלז בקונט' 'באר בשדי' (אות יג עמ' 49 בתחילת כרך ו של 'שדי חמד'). יתר הראשונים שלא חילקו בין מתכוון ללא מתכוון ע"כ מפרשים את לשון הגמ' שם "היכא דקמכוין" במשמעות של פגיעה ישירה באברי הרבייה, שכן רק כך ניתן לפגוע בהם. וכך משמע מהמשך הגמ' שההנגדה ל"קא מכוין" היא "הכא מעצמו" כלומר גרמא ולא באופן ישיר. ומלשון

הרמב"ם ניתן ללמוד שגרמא מותר מהתורה גם כשמתכוון וז"ל שם: "המשקה עקרין לאדם... **כדי לסרסו**, הרי זה אסור ואין לוקין עליו, ואשה מותרת...".

ג. גדרי גרם סירוס

המנ"ח (מצוה רצא אות ב) שאף הוא הבין מהרשב"א ויתר הראשונים הנ"ל שגרמא מותר מה"ת, הקשה, מנין להם החילוק בין מעשה באברים עצמם לגרמא? מהסוגיה שם משמע שרק הסרת כרבולת הוא גרמא המותר, כי הוא אינו מסרס כלל, אלא רק יוצר רמות רוחא בתרנגול המונעת הזדווגות. משא"כ סירוס ע"י כוס של עקרין, הוא פוגע באברי הרבייה, וא"כ הוא איסור גמור, למרות שאינו פועל ישירות אלא בעקיפין.

אפשר להעיר גם על המנ"ח עצמו, שפשיטא ליה שגרם סירוס אסור מהתורה, זאת מנין לו, הרי גרמא באיסורין, כגון שבת, מותר?

אפשר היה להוכיח מרש"י שגרמא אסור מהתורה כי בפירוש הסוגיה בשבת שם, על הדרשה: "ובארצכם לא תעשו – בכם לא תעשו", פירש"י: "לא תעשו – קרי ביה לא תיעשו".

החילוק בין "תעשו" ל"תיעשו" מבואר בגמ' שבת שם בדף קכ ע"ב "לא תעשון כן לה' אלהיכם, עשייה הוא דאסור, גרמא – שרי". הגמ' שם מחלקת בין ציווים בלשון לא תעשה, בבניין קל, שהחיוב על הגברא, לבין ציווים בלשון לא תיעשה, בבנין כבד, שהחיוב על החפצא. בחיוב גברא רק המעשה עצמו אסור, גרמא מותר. אך אם הוא חיוב חפצא האיסור הוא בתוצאות ולכן גם גרמא אסור (ר' צל"ח החדש לדו"ז ר' אלתר שטיגליץ סי' א). ולפי"ז שאלת הגמ' בדף קי ע"ב היא, האיך מותר לחולה ירקונא לשתות כוס של עקרין, הרי בסירוס אנו קוראים לא **תיעשה**, בניין נפעל, דהיינו שהאיסור הוא בתוצאה וא"כ גרמא אסור מן התורה.

(מעניין שהמנ"ח עצמו מקשה באות ה מדוע גרמא אסור, הרי כתוב בתורה ובארצכם לא **תעשו**, בבנין קל, כלומר, שהאיסור הוא רק על המסרס בידים ולא בגרמא. וחידש שגרם סירוס אסור משום חובל. את רש"י לא הזכיר. וצ"ע).

אך קשה על הנחה זו מהמשך הגמ' שם שמסרס אחר מסרס אסור מהתורה, והרי סריס אינו מצווה על פו"ר ובכל זאת אסור לסרסו?

מאידך, בדף קיא ע"א הגמ' מעלה אפשרות להשקות כוס של עקרין לזקן שאינו מוליד. ע"כ הטעם להתיר לזקן הוא בגלל שכל האיסור הוא רק בגלל התוצאה, שלא יוכל להוליד, וזקן שבלא"ה אינו מוליד מותר. וכבר התקשו הראשונים, מה ההבדל בין סירוס אחר סירוס שאסור, לבין זקן? ר' רשב"א ותוס' הרא"ש שתירצו, אך עדיין השאלה במקומה עומדת, אם בסירוס עצם המעשה אסור בלי קשר לתוצאות, שגם זקן ייאסר?

וי"ל שאדרבה, אם נניח שגרם סירוס מותר מהתורה הסוגיה תובן. בסירוס זקן לא מדובר בסירוס ישיר, אלא בשתיית כוס עקרין שהוא גרמא ואסור רק מדרבנן. ובאמת סירוס ישיר אסור גם בזקן (ואכן הרמב"ם לא הזכיר כלל שזקן מותר). רבנן גזרו על גרמא בסירוס למרות שבדרך כלל באיסורין גרמא מותר, כגון בשבת, שהיא עבירה חמורה יותר מסירוס, וע"כ גרמא נאסר לא רק כסייג לאיסור סירוס עצמו, אלא בגלל ביטול פו"ר, ובמקום שבלא"ה אין אפשרות לקיום פו"ר לא גזרו. הראשונים שהקשו מסירוס אחר סירוס כוונתם

להקשות, הרי גזרת גרמא באה להחמיר יותר מעיקר הדין, והאיך יתכן שבזקן, שאף הוא אסור בסירוס ישיר, גרמא מותר, ומאי שנא מסירוס אחר סירוס שגם גרמא יהיה אסור? ותירצו שבזקן ניכר עליו שאינו יכול להוליד ולכן לא גזרו בגרמא, כי כל איסור גרמא הוא רק כדי שיוכל להוליד. משא"כ סריס, כשגורם לסירוסו החדש לא ניכר סירוסו הראשון וכאילו עתה ביטלו אותו מפו"ר ולכן אסור.

אמנם למסקנה אין הבדל ביו זקן לצעיר כי גם זקן יכול להוליד, אך הסברה נשארה בעינה, איסור סירוס מה"ת הוא רק פגיעה ישירה באברי הרבייה. גרמא נאסר רק מדרבנן משום פו"ר.

ד. גרם סירוס באשה

גרמא באשה מותר משתי סיבות: א. הסירוס עצמו לא נאסר באשה מהתורה, לכן גרמא שהוא מדרבנן אף הוא לא נאסר. ב. אשה פטורה מפו"ר ואין מקום לאסור עליה גרם מדרבנן שכל מטרתו היא קיום מצות פו"ר.

לכשתמצי לומר נחלקו בדבר רש"י ותוס'. רש"י בדף קיא (ע"א ד"ה אלא באשה) מפרש שאין איסור גרמא באשה משום שאינה מצווה בפו"ר.

אך **בתוס'** (ד"ה בזקנה ובעקרה) כתבו: "באשה נמי לא שייך בה מסרס אחר מסרס דאין שייך בה סירוס".

ר"ל באשה אין דין סירוס כלל לא רק משום שאינה מצווה בפו"ר אלא משום שהתורה לא אסרה לסרס אלא את אברי הזכר. וכ"כ הרשב"א שם (ור' להלן את הסברו של החת"ס לכך) כלומר למסקנה באמת אין צורך לומר שסירוס אסור בגלל התוצאות.

וכן מבואר בשו"ת **בית אפרים** (חאה"ע סי' ב, דף ז ע"ב הביאו הגר"ע יוסף בשו"ת יביע אומר ח"ח אה"ע סי' יד). **שכתב** להסביר טעמו של הרמב"ם **שכתב** "כדי לסרסו" דמשמע דלרפואה שפיר דמי. כי בשתיית כוס עיקרין יש שהוא חד וחריף מאד עד שפוגע **בגיד או בביצים** ושדי זיהריה בהו ומקלא קלי להו ויאכל חצי בשרו, ויש שאינו גורם קלקול כל כך ואינו פוגע ממש באיברים הנ"ל רק שגורם **לסתום שבילי הזרע**, וע"י כך אינו ראוי להוליד, והתורה לא אסרה אלא כגון מעוך וכתות ונתוק וכרות שנעשה מעשה בגיד או בביצים, הלא"ה אלא רק שסותם שבילי הזרע ע"י שתיית כוס עיקרין אינו אלא מדרבנן, ולכן כתב השאילתות דהך סוגיא דשבת (קי ע"ב) אזלא לר' יהודה ולא אליבא דר"ש, אף על פי שגם השאילתות יודע שמודה ר"ש בפסיק רישיה, וכמו שתירצו התוס' והרא"ש, משום דס"ל דלא הוי פסיק רישיה, כיון שע"י שתיית כוס עיקרין יכול להיות שלא יתקלקלו איברי הזרע כלל, ומשום הכי חשיב דבר שאינו מתכוין בלבד.

הגרע"י מוסיף: גם בדעת הרמב"ם י"ל כן, דס"ל דלרפואה מותר, דלא חשיב פסיק רישיה, והא דפריך (שבת קי ע"ב) ומי שרי וכו', משום דהתם אמרינן, ואי לא לייתי רישא דשיבוטא, וכיון שאפשר בתקנה אחרת אין להתיר דבר שאינו מתכוין.

[אמנם אין להסתמך על סברה זו להתיר לאשה להסתרס מסיבות רפואיות. כי אצלה זה לא רק פס"ר אלא כוונה מפורשת להסתרס. אך במקרה של סכנה, כאשר אין

פתרון אחר, יש מקום להתיר סירוס, כמש"כ לעיל בשם הציץ אליעזר.]

ה. גרמא ע"י אחר

בשו"ת פסקי עוזיאל (בשאלות הזמן סי' נה) **רוצה לחלק בין גרם סירוס הנעשה ע"י האדם עצמו לבין זה נעשה ע"י אחרים. וכתב שם הראשל"צ הרב עוזיאל:** "הרמב"ם והשו"ע פסקו: המשקה כוס עיקרים לאדם **כדי לסרסו** אסור ואין לוקין עליו (ה' אסורי ביאה פט"ז הי"ב ושו"ע אה"ע סי' ה סי"ב)".

הגרב"צ עוזיאל מקשה, מדברי הרמב"ם והשו"ע למדנו שלא נאמר דבר זה אלא במתכוין לסרס אבל אם אינו מתכוין לסרס, אלא שותה להנאתו או לרפואתו, הדבר מותר בהחלט. אולם דבריהם צריכים ברור ועיון דמסוגיא דגמרא מוכח שאפילו אם מתכוין לרפואה אסור. שהרי הגמ' מקשה שם על הצעת התרופה לירקונא שהיא תרין בשיכרא ומיעקר:

ומי שרי? והתניא: מניין לסירוס באדם שהוא אסור ובארצכם לא תעשו?

כלומר, למרות שכוונתו לרפואה ממחלת הירקונא, מכיוון שהתרופה מעקרת היא אסורה?

הגרב"צ עוזיאל מתרץ דברי הרמב"ם אלה, אחרי שמדקדק בלשונו שכתב:

המשקה כוס עיקרין לאדם או שאר מינים כדי לסרסו, ומדלא תני כדינא דגמרא: **השותה** כוס עיקרין, או: אסור לשתות עיקרין כדי לסרסו בין בגופו בין בגוף של אחרים... מזה מוכח דסובר הרמב"ם דשותה כוס עיקרין **הוא עצמו** אסור דהיינו הפסד איברי זרע... אלא שאם אחד מפסיד אברי הזרע בגופם של אחרים סובר הרמב"ם שאם נגע באברי הזרע הוא לוקה שהרי הכתוב אמר לא תעשו וזה הוא מעשה האסור; אבל המשקה את **אחרים** כוס עיקרים הואיל ואין בזה מעשה סירוס אין בו מלקות ולא איסור, אלא אם היתה **כוונתו לסרסו**, אבל אם לא כיון אלא לרפואה אין כאן לא מלקות ולא איסור שהרי לא עשה מעשה ולא כיון לעשות סירוס, ועל כן לא יתחייב מלקות ולא יהיה זה חמור ממכה את האדם ושסה בו את הכלב עד שביטל ממנו אברי תשמיש שאינו לוקה עד שיסרס בידו... שהכוונה מחשיבה את ההשקאה למעשה לאסור ולא למלקות, שהרי הוא בכלל לאו שאין בו מעשה, וזהו במשקה עיקרין לאחרים, אבל אם שותה **הוא עצמו** אעפ"י שמכוין לרפואה אסור ולוקה משום דשתייתו היא מעשה סירוס שנאמר בה "ובארצכם לא תעשו", והיינו כל מעשה שמביא לידי סירוס, הלכך אפילו אם כיון לרפואה אסור מדין אין מתרפאין באסורים. **עכת"ד.**

ולדבריו, בנ"ד הרופא הוא שסותם את החצוצרות של האשה וכוונתו לרפואתה. ואילו היה מעשה זה נחשב לגרמא היה מותר. אלא שלענ"ד אין זה גרמא, אלא סירוס בידים ואין נפ"מ בינו לבין אחרים.

[ובלא"ה נלענ"ד שדבריו של הגרב"צ עוזיאל מוקשים. אפילו המשקה בהמה, שאינה בת דעת, בכוס של עיקרין, לא נחשב לעושה מעשה בידיים, אלא לגרמא, כמבואר בב"ק מז ע"ב "הוה לה שלא תאכל". ק"ו למשקה אדם בר דעת. הרי אין שום אפשרות להשקות אדם בעל כורחו. השותה עצמו מודע למה שעושה והוא העובר עבירה (המושיט לו את הכוס עובר רק על לפני עיוור). ואפילו אם השותה לא ידע שהמשקה

מכיל חומר מעקר, המשקה אותו לא עשה מעשה אלא לכה"י ייחשב כגרמא. לכן הבחנתו בין המשקה אחרים לשותה בעצמו מוקשית.

ונלענ"ד שהרמב"ם פירש את תירוץ הגמ' "הני מילי – היכא דקא מיכוין, הכא – מעצמו הוא" מי שמתכוון לרפואה, למרות שהתוצאה היא סירוס, הדבר מותר, כי הסירוס נחשב כבא ממילא. ורק כשמתכוון במפורש להתעקר הדבר אסור. כי אז הסירוס נעשה בידים. ולמרות שלא מחבל באברי הרבייה בידיו, אלא ע"י משקה, הדבר אסור. ורק אם גורם בעקיפין לכך שלא יוכל להוליד, מבלי שאברי הרבייה ייפגעו, הדבר מותר.

ובנ"ד שהרופא מסרס בידיים בודאי שהוא עובר על איסור סירוס, לפחות מדרבנן, אא"כ נאמר שמדובר בגרמא ולמטרות רפואיות. אולם כאמור אין זה גרמא].

מסקנתנו היא שבין אם נאמר שגרם סירוס באיש אסור מהתורה ובין אם נאמר שהאיסור רק מדרבנן גרם סירוס באשה מותר לכו"ע.

ו. האם ה-essure הוא גרמא?

וצ"ע מהו דין ה-essure? האם זהו רק גרמא, משום שאינו מעשה מיידי, אלא תהליך ממושך. או שמא הוא מעשה של סירוס **ישיר באברי הרביה עצמם**, ולפי המ"מ יתכן שהדבר אסור?

אם כי עצם ההנחה, שסתימת החצוצרות, מכיון שהיא תהליך מתמשך, היא גרמא, צ"ע לענ"ד מהסוגיה בסנהדרין (עז ע"א) שם משמע שאם רוצח החל בתהליך המתה של אדם, למרות שהתהליך נמשך זמן רב הוא נחשב רוצח **בידים**.

איתמר, כפה עליו גיגית ופרע עליו מעזיבה, רבא ורבי זירא, חד אמר: חייב, וחד אמר: פטור. תסתיים דרבא הוא דאמר פטור, דאמר רבא: כפתו ומת ברעב – פטור. אדרבה, תסתיים דרבי זירא הוא דאמר פטור. דאמר רבי זירא: האי מאן דעיליה לחבריה בביתא דשישא, ואדליק ליה שרגא ומת – חייב. טעמא – דאדליק ליה שרגא, הא לא אדליק ליה שרגא – לא! – אמרי: התם בלא שרגא – לא מתחיל הבלא בשעתיה, הכא – בלא שרגא נמי מתחיל הבלא בשעתיה.

וכן כתבו התוספות שם ד"ה כפה עליו גיגית כו':

לא דמי לסוף חמה לבא לסוף צינה לבא דהתם ליכא חמה וצינה כלל ולא מתחיל ביה בשעתיה ולא דמי נמי לכפתו בחמה וצינה דהתם כבר אתו עליה מקודם חמה וצינה שיש בהן כדי להמית אבל הכא ליכא אלא הולך ומתחזק עליו ודמי לכפתו ברעב שכבר יש רעב מעט ותמיד מתחזק[1].

מבואר אפוא שסתימת חצוצרות בדרך הדרגתית אינה גרמא, אלא מעשה בידים.

1. **הערת עורך:** יש ללמוד מק"ו, כי יש צד לומר שהסירוס הנ"ל הוא מעשה בידים הרבה יותר מגיגית או נר וכד' שאינם פעולה בגופו של האדם, אלא לכל היותר היא מחזיקה את האדם כדי שהחיצים ששלח בו אמנם יפגעו בו. ובכ"ז מכיון שהחל תהליך רציחה הוא אינו גרמא, ק"ו בנ"ד.

ולדעת האחרונים שהבאנו לעיל, גם סם המוזרק לגוף ולא ישירות באברי ההולדה, אם הוא מסרס לבסוף את אברי הרבייה, הוא אסור, למרות שמדובר בתהליך הדרגתי. ק"ו תהליך הדרגתי באברים עצמם.

ואין לומר שסתימת המעבר לביציות דומה לסתימת שבילי הזרע בגבר, שהותרה ע"י הפוסקים האחרונים, לצורך ניתוח ערמונית (ר' אוצר הפוסקים סי' ה). שבילי הזרע מוסתרים ורחוקים מאברי הרבייה של האדם ונמצאים בעומק הגוף. משא"כ החצוצרות באשה הם חלק בלתי נפרד של הרחם. וסתימתם היא סירוס גמור.

[ההבחנה בין האיברים הגלויים לבין אלו המוסתרים מובנת עפ"י סברת הט"ז אה"ע סי' ה ס"ק ו שהחילוק בין זכר לנקבה הוא שאברי הרבייה של הזכר גלויים, בעוד שאברי הרבייה של הנקבה מוסתרים. ולענייננו היא הנותנת. בין למ"ד שסירוס נקבה אסור רק מדרבנן ובין למ"ד שסירוסה אסור בעשה של "משחתם" בין כך ובין כך אין חילוק בין רחמה של האשה לחצוצרותיה, כולם מוסתרים ושווים לאותו איסור.]

ז. גדרי גרמא

בשו"ת מנחת יצחק (ח"ב סי' טז) מיין את הגרמות שמצינו בהלכות שבת לכמה סוגים:

א) גרם עקיף הנוצר ע"י גורם חיצוני – מחיצה בכלים מלאים מים בשביל שלא תעבור הדליקה, והוא במס' שבת (קכ ע"ב). הדלקה עצמה היא שתגרום לכיבוי.

ב) גרם ישיר, אולם ע"י גורם חיצוני – טלית שאחז בו את האור, רשאי ליתן מים מצד אחר, היינו אף דליכא הפסק כלי בין המים והאש. והירושלמי מתיר גם לעשות מחיצות של מים ממש בלא הפסק כלי (כגון קרח) וכן פתיחת דלת ליד נר דולק כשהרוח עדיין לא נמצאת אלא עלולה לבוא אח"כ.

ג) גרם ישיר ע"י מעשה האדם – ליתן מים תחת הנר ממש לקלוט את הניצוצות שעלולים ליפול מהנר (מחלוקת רש"י ותוס' בשבת מז ב).

ד) תחילת תהליך – פתיחת דלת ליד נר דולק כשהרוח כבר נושבת. זו אסורה מהתורה. כי עם פתיחת הדלת מתחיל תהליך הכיבוי, למרות שהכיבוי הסופי עצמו ייעשה מאוחר יותר. הפרש הזמן בין תחילת התהליך לסופו אינו נחשב לגרמא. אש המתפשטת אינה גרמא כי היא תהליך מתמשך ולכן אשו משום חיציו.

נ"ד אינו דומה לכל אחד מהגרמות הנ"ל, הוא חמור יותר. כי בכל המקרים שהבאנו גורם חיצוני הוא העושה את המלאכה ואעפ"כ לא תמיד זה גרמא. בנ"ד התהליך מתחיל **בדבר עצמו**, אין זה גרמא כלל. לכל היותר יש אולי לדמותו למסתפק משמן שבנר שמקרב בכך את תהליך הכיבוי (ביצה כב א) ולדברי הרא"ש, מכיון שממעט מגופו של חומר הבעירה, אין זה גרמא. גם החולקים על הרא"ש יודו כאן. כי המסתפק מהשמן עדיין לא התחיל בכיבוי עצמו. הלהבה עדיין לא מתמעטת. משא"כ כאן סתימת החצוצרות היא תחילת התהליך של הסירוס **עצמו**. עם התחלת ההידבקות מעבר הביציות נעשה קשה יותר, עד שבמשך הזמן הוא הולך ונסתם לגמרי. ומעבר הביציות הוא באברי ההולדה ממש, ודומה למה שהבאנו מסנהדרין (עז ע"א).

ובשו"ת הר צבי (אה"ע סי' כח) דן בשאלה של סירוס תרנגולים ע"י זריקת סם בגופם. השואל, הגר"י וועלץ סובר שזהו גרמא. אך הגרצ"פ דוחה זאת:

נידון דידן לאו גרמא הוא, אלא דתליא אם סם זה דרכו להחליש ולבטל לחלוטין כח ההולדה – דאיברי ההולדה נפסדים מכח הסם, י"ל דלאו גרמא הוא, ומלבד מה שאסור כמשקה כוס עקרין, נראה דהזריקה גרע טפי, דכוס עקרין אינו פועל אלא לאחר העיכול, ולפי זה עוד אפשר להחזירו ע"י הקאה, אבל זריקה זו מתערבת בדם עם הזרקתה ומתחילה תיכף לפעול, ואפשר דככורת ונותק ממש בידים הוא. דבמזריק בשאר חלקי הגוף נמי מסרס בידים הוא, דכל אברי האדם גוף אחד הם.

וק"ו כשהחסימה נעשית בחצוצרות עצמן.

ח. הקל הקל תחילה

לאחר שהוכחנו שמבחינת איסור סירוס אין נפקא מינה אם הקשירה תיעשה בשיטה הקודמת או ע"י חסימה בשיטת ה-essure. שתי השיטות שוות לאיסור כי הן מסרסות בצורה ישירה ולא בגרמא, יש מקום אולי להעדיף את שיטת הקשירה הקודמת. אמנם בנ"ד הצורך בסירוס הוא משום פיקו"נ, וכמו שהבאנו בשם הצי"א, אך בהלכות פיקו"נ הכלל הוא הקל הקל תחילה (יומא פג א). ולכאורה קשירת חצוצרות עדיפה, כי יש מקרים שהקשירה ניתנת להתרה. ואע"פ שכתבנו לעיל שלמרות אפשרות ההתרה הקשירה נחשבת לסירוס, בכ"ז סירוס ע"י קשירה קל יותר מאשר ע"י סתימה, כי יש סיכוי, אמנם לא ודאי, להחזיר את המצב לקדמותו, משא"כ בשיטת ה-essure.

אלא שיש הבדל משמעותי נוסף בין שתי השיטות, קשירת חצוצרות צריכה ניתוח ממש, בעוד שהשיטה החדשה של ה-essure אינה צריכה ניתוח, אלא הסתימה נעשית ע"י חדירה דרך הרחם. השאלה היא אם הבדל משמעותי זה מצדיק לעבור על איסור הסירוס החמור יותר שיש בשיטת ה-essure? אמנם הניתוח שבאמצעותו נעשית הקשירה אינו נחשב כסיכון חמור, אך אין ספק שמדובר בחבלה. ואע"פ שמותר לאדם לחבול בעצמו לצורך, השאלה היא, האם יש צורך בחבלה זו כאשר יש פתרון אחר ללא ניתוח. אלא שמבחינה הלכתית יש עדיפות מסוימת לשיטת הקשירה שהיא אולי הפיכה, לבין שיטת ה-essure שהיא בלתי הפיכה? אמנם אשה רשאית ואולי אף חייבת לחבול בעצמה ע"מ שלא לעבור על איסור דרבנן, אולם ניתן לשאול את השאלה בצורה אחרת, האם מותר לה לעבור על האיסור שיש בסתימת החצוצרות בשיטת ה-essure, שיש בה איסור סירוס לאשה מדרבנן, לעומת קשירתן, שאמנם גם היא אסורה מדרבנן, אלא שהיא יחסית מהודרת יותר מבחינה הלכתית? הידור מצוה מצדיק מאמץ והוצאת ממון, אך האם גם היתר חבלה בכלל? אמנם מותר לאדם לחבל בעצמו לצורך ריפוי, ובפרט במקום פיקו"נ הוא חייב לחבול בעצמו ע"מ שלא להסתכן, אך כשהוא יכול להגיע למטרה דומה ללא חבלה החבלה אסורה, אלא אם כן יש הבדל משמעותי בין שתי השיטות המצדיק את החבלה. לא ברור שאכן ההבדל הוא כה משמעותי המצדיק חבלה.

סירוס אשה לרוב הפוסקים הוא רק מדרבנן. וגם לדעת הגר"א שיש בו איסור עשה מ'משחתם בם' כשהדבר נעשה לצורך ריפוי, ובפרט משום פיקו"נ, אין בכך השחתה. ומכיון שאת הסירוס חייבים לעשות בכל אופן. וההבדל בין שתי

השיטות הוא לא ברור כל כך, כי גם קשירה היא סירוס, אלא שיש בה צד קולא מסוים לעומת שיטת הסתימה של essure, וא"כ לכה"י יש כאן ספקא דרבנן. ניתוח פולשני לקשירת חצוצרות הוא בודאי לא פחות מחולי, הן בגלל הצורך בשכיבה והרדמה והן משום שעצם הניתוח הוא בודאי חמור יותר מחולי. לחולה מותר לעבור על איסור דרבנן. וה"ה לשם מניעת חולי מותר לעבור על איסור דרבנן. לכן נראה שמותר לעבור על ספק איסור דרבנן כדי למנוע את הניתוח.

מסקנה

לאחר כתיבת הדברים העירו לי ממכון פועה שהנחתנו שהסתימה מתחילה מיד אינה מדויקת, אלא הסתימה מתחילה רק לאחר זמן. אמנם התהליך המביא לסתימה מתחיל מיד אך הסתימה עצמה מתחילה רק לאחר זמן. אלא שעדיין יש להסתפק בדבר אם אכן זהו גרמא. כי מאחר והתהליך כולו רציף הדבר דומה לאש שמתחילה בחצרו ואח"כ עוברת לחצר זולתו. בנזיקין חייב מדין אשו משום חציו. וגם אם יש גדר, אלא שהיא מעץ ונפלה מחמת הדלקה, חייב. כי הכל המשך רציף אחד. ולא גרמא. אם כי הדבר תלוי בסוגיית אשו משום חציו, האם זהו דין מחודש בנזקי אש, או שהוא דין כללי גם בהלכות אחרות. הדבר תלוי בשתי לשונות רש"י בב"ק (כג ע"א) ובמהרש"ל שם. שיטת הר"ן בסנהדרין (עז ע"ב) שאשו משום חציו הוא דין מחודש בנזיקין אך בשבת זהו גרמא ופטור (והארכנו בדבר באהלה של תורה ח"ב סי' מ ו-מא).

מסקנתנו היא, שבמקרה של פיקו"נ המצדיק סירוס באשה, עדיפה שיטת ה-essure על פני קשירת החצוצרות. אמנם היא סירוס גמור ולא גרמא והיא בלתי הפיכה, לעומת שיטת הקשירה, אך מאידך היא פחות פולשנית מאשר הקשירה ולכן למעשה ראוי להעדיף את שיטת ה-essure.

סימן ט

חיסון לסרטן צוואר הרחם

(במקום בו יש חשש להתרת איסור פנויה)

שאלה

סרטן צוואר הרחם הוא קטלני. כשליש מהנפגעות ממנו אינן שורדות בחיים. המחלה נוצרת בדרך כלל כתוצאה מהידבקות באמצעות יחסי אישות לא מבוקרים. הומצא חיסון נגדו שהוכח כיעיל ביותר. הרופאים בעולם הרחב ממליצים לכל אשה להתחסן. גיל החיסון הרצוי לדעתם הוא עם תחילת ההתבגרות (יש אפילו ממליצים החל מגיל 9). הסיבה לקביעת הגיל הצעיר היא החשש להדבקה כתוצאה מחיי אישות (כידוע, צעירים רבים חיים חיי הפקרות ללא נישואין וללא מחויבות והחשש להדבקה הוא גדול).

האם לפי ההלכה ראוי לעודד נערות צעירות להתחסן מפני הנגיף הקטלני? לכאורה, זו שאלה של פיקוח נפש והנשאל הרי זה מגונה. ולא היא. כאמור, החשש

להידבקות קיים בעיקר אצל מי שחי חיי הפקר. זוג נשוי כדמו"י מחוסן ועומד וכמעט ואין לו ממה לחשוש ("חוסן זה סדר נשים" – שבת לא ע"א). ההצעה לעודד גם צעירות דתיות להתחסן יוצאת מנקודת הנחה שגם בקרב הצעירות הדתיות מצויות פה ושם כאלו שאינן שומרות על טוהר חייהן והן עלולות להידבק במחלה. קשה לאתר אותן, לכן מוצע לפרסם את הדבר בכל מוסדות החינוך ולעודד את חיסונן של **כל** הצעירות, גם את הדתיות, כדי להציל את אותן נערות העלולות לחלות במחלה המסוכנת. האם יש הצדקה לגישה זו?

א. חסימה מפני עבירה

לענ"ד לא ראוי לחשוף נערות צעירות ותמימות לנושא החיסון, אלא א"כ הן עומדות ערב נישואיהן. הסיבה לכך היא שלפי ההלכה, אם יש מחסום מפני עבירה אין להסירו. כי הסרת המחסום עלולה להכשיל בעבירה[1]. דוגמא קרובה לנ"ד היא האיסור לאשה פנויה לטבול במקוה כדי שלא יבואו היא ובועלה לידי עבירה של איסור פנויה. כל עוד הפנויה אסורה המחסום של איסור נידה, שעונשו כרת, מונע אותה ואת בועלה מלעבור עבירה. הטבילה מסירה את המחסום ועלולה להכשילה באיסור קדשה.

נושא זה של איסור הטבילה לפנויה בואר ע"י הריב"ש (סי' תכה):

> ומה שנפלאת: איך לא תקנו טבילה לפנויה, כדי שלא יכשלו בה רבים? אדרבה! אם היתה טובלת, היה בה מכשול: שהיו מקילין באיסורה; כיון שאין איסורה, אלא מדרבנן. כמו שאירע לאותו תלמיד שמת בחצי ימיו; שהיה מיקל בימי לבונה, ולא בימי נדותה. כדאיתא בפ"ק דשבת (י"ג:). וכתב ר"ת ז"ל, ודאי טובלת היתה לטהרות לאחר שבעה מתחלת ראייתה. ואחר כן, היתה סופרת שבעה נקיים, וחוזרת וטובלת לבעלה. ואותו תלמיד, כיון שטבלה טבילה ראשונה, והיא טהורה בדין תורה; היה מיקל לישן עמה בקרוב בשר, קודם מלאת לה שבעה נקיים.

1. **הערת עורך**: איני מעריך את המצב כמו הרב. לענ"ד גדר 'דתי' או 'מסורתי' הטשטש מאד בציבור הדתי. הנוער הדתי שאינו עובר בישיבה גבוהה או באולפנא הוא רב מאד. חיים משותפים לפני חתונה מצויים אף בציבור הקרוי דתי (לצערנו). **במצב בימינו אין חוסר החיסון מהווה גורם מונע**. ולכן בקהילות סגורות מאד כמו בציבור החרדי, אולי ניתן להבטיח שהבת לא תקיים יחסי אישות לפני החתונה, אבל בציבור הדתי לאומי בכללו, אולי מן הראוי לתת את החיסון אפילו בגיל צעיר. ואז למי שאינה מקיימת יחסי אישות יהא שמור לה לחיי הנישואים, למי שאינה שומרת עצמה לפחות יבטיח שלא תקבל מחלה זו.
תשובת הרב: יש בעיה חינוכית באמירה שהתופעה נפוצה ולכן קיים סיכון גבוה ומשום כך יש מקום לחיסון. רוב הבנות הדתיות שומרות את עצמן ואמירה כזאת נותנת לגיטימציה לתופעה ועלולה לעודד צעירות תמימות להידרדר. אמנם יש צורך להסביר ולהזהיר ולא להתעלם מתופעות שליליות קיימות אולם במידה שקולה.
הוספת העורך: אף אם נסכים שראוי שלא לחנך בציבור לקבלת הזריקה הזאת, אולם במוסדות חינוך דתיים **בהם יש חשש אמיתי להתדרדרות הבנות** (כגון 'רטורנו' ועוד) ראוי לקבל חיסון כזה.

ופרץ גדרן של חכמים. ולכן מת בחצי ימיו...

אמנם טבילה בזמנה מצוה. ואעפ"כ כתב הרמב"ן ז"ל שבטלוה בדורות האחרונים, משום דהויא חומרא דאתיא לידי קולא: שיבאו בה לידי מכשול, להקל באיסורא דרבנן; כמו שנכשל אותו תלמיד (ריב"ש סוף סי' תכה הו"ד בשו"ת רב פעלים ח"ד יו"ד סי' טז).

הרב-פעלים (יו"ד ח"ג סי' יב) **אוסר טבילה, אפילו לאשה נשואה, לצורך טיפול בבעלה החולה, אם הטבילה לא בזמנה, טבילה שלא תתיר אותה לגמרי, אלא רק תקל מעליה את איסור התורה. למרות שהדבר יאלץ אותה לטפל בו בזמן איסורה. עדיף לדעתו להסתמך על היתר הטיפול בזמן האיסור מאשר לטבול לפני הזמן** (למרות שיש אוסרים את הטיפול והעברה מידו לידה וכד' משום אביזרייהו של גילוי עריות ר' ב"י סי' קצה). **וז"ל:**

ברם מה שרצה השואל לומר שתטבול בתוך ז' נקיים בעבור הטיפול בלבד ולאו להיתר ביאה... נראה דלא אריך למיעבד הכי אלא תשמשנו בטומאה בלתי טבילה, ולא מצאתי כתוב המצאה זו שתטבול תוך ז' נקיים בעבור שמוש בלבד. והיינו טעמא ודאי משום דחיישינן כיון דידע שטבלה יתגרה בו יצה"ר בעת שיהיה בו קצת כח ויבא עליה על סמך טבילה זו ולא ימתין עד שתטבול אחר ז' נקיים, ואע"ג דזו האשה דנ"ד טומאתה היתה מכח שראתה טיפת דם וזו חומרא שקבלו עליהם בנות ישראל, מ"מ אחר דקבילו עלייהו נתחייבו מן הדין ואסורה לטבול תוך ז' נקיים מחמת חששה הנז' דשמא יבא עליה על סמך טבילה זו.

לעומת זאת, במקום אחר הוא דן בטבילת פנויות ונשים נשואות לפני מלאת להן ז"נ בעיוה"כ והוא מתיר משני נימוקים. הראשון, בגלל שהאשה טובלת לכבוד יוהכ"פ אין חשש שתעבור עבירה. נתמקד כרגע בנימוק זה, וז"ל שם (יו"ד ח"ד סי' טז):

מנהג הנשים של בני בתינו וקרובינו לטבול ערב ר"ה וערב יוה"כ משום טהרה, ולא עוד אלא גם האשה שהיא לא טבלה מנדתה כי עודנה בתוך ז' נקיים שלא שלמו ג"כ טובלת בתוך ז' נקיים בשביל טהרה בלבד כדי שתבוא לבית הכנסת ותתפלל בימים נוראים בטהרה ואחר ז' נקיים אז תטבול כהלכה בשביל בעלה. ולא עוד אלא שגם הבתולות שבבית ג"כ עושים כן לטבול קודם ר"ה בשביל שיבואו לבית הכנסת ויתפללו בטהרה.

והנה ממ"ש הריב"ש ז"ל טעם על הפנויות שלא תקנו להם טבילה אין הוכחה מזה לערער על נ"ד, די"ל התם הפנויות אין להם סיבה וטעם לטבול... והרי כאלו הם נותנים אצבע בין שיניהם להיכשל, משא"כ בנ"ד דהיא טובלת משום סיבה, וטעם יש לה בזה כדי שתתפלל ותכנס לבית הכנסת בטהרה לכן, ודאי לא תבא לידי מכשול...

עכ"ז לאינשי משמע להו דאיסור זנות עם הפנויה הוא איסור תורה וידוע דחמיר להו לאינשי איסור זנות דפנויה טפי מאיסור נדה שהוא כרת, ועל כן י"ל דבפנויה ליכא למיחש חששת קולא הנז' וכ"ש בבתולה דמתרחקת טפי מן הזנות גילוי קלונה בהשרת בתוליה.

הנחתו היא שאיסור זנות עם הפנויה חמור בעיני הבריות ולכן אין לחשוש לתקלה, שתתיר לעצמה ביאת פנויה מחמת שטבלה. אולם מה נאמר ומה נדבר בדורנו

אנו, שמבחינה זו הוא דור יתום, שבו המצב הפוך, איסור פנויה קל בעיני קלי הדעת יותר מאיסור נידה. אמנם יש רגלים לסברה זו, שהרי נידה היא בכרת בעוד שפנויה היא לכל היותר רק בלאו. אך בימי הרב-פעלים גם איסור לאו היה חמור בעיני הבריות, משא"כ בימינו שהאווירה המתירנית גורמת להקל ראש גם באיסור לאו וגם באיסור כרת. עם זאת בציבור הדתי עדיין איסור כרת נראה חמור יותר, אך איסור לאו הוקל לצערנו בעיני פריצי הדור (שמענו על פנויות הטובלות כדי להתיר לעצמן לחיות חיי אישות, ל"ע, ללא קידושין. תקנת הריב"ש היא אפוא אקטואלית מאוד בימינו).

ולענייננו, כשם שאין להתיר טבילה לפנויות, כך אין להמליץ על חיסון שעלול לעודד פריצות.

ב. טבילה לצורך הזרעה מלאכותית

יש פוסקים שהתירו לאשה נשואה לטבול לאחר ז' ימים מיום תחילת ראיית הוסת, תוך ז"נ, לצורך הפרייה מלאכותית כדי שהולד לא יהיה בן נידה (כגון הצ"א שיובא להלן). הגר"מ פינשטיין התנגד לכך. בשו"ת אגרות משה (אה"ע ח"ב סי' יח) השיב:

> אבל כפי שמשמע הוי הנידון לזלף זרע הבעל לתוך בטנה שלא בתשמיש אלא ע"י שפופרת שעושין הרופאים, אין צורך לטבילה בזה כי איסור וכרת דנדה הוא רק ע"י תשמיש דביאה ואם תתעבר מזרע הבעל בנידתה ע"י הזילוף שהוא כאמבטי שאיתא בגמ' אין שום פגם על הולד. וממילא אין להחמיר ולהצריכה לטבול אחר שבעה ימים בלא ספירת שבעה נקיים, משום שיכול לבא מזה קלקול להקל גם לשמש עם בעלה והוי חומרא דאתי לידי קולא...

הציץ אליעזר אמנם חולק עליו ואינו חושש לתקלה, משום שאיננו מתירים לה שום דבר בינה לבין בעלה אלא טבילה בלבד עיי"ש (ח"ט סי' נא – קונ' רפואה במשפחה פרק ד):

> ולפענ"ד לא אבין דהיכן מצינו בכזאת... ומתי יש לומר שחששו לזה הוא דוקא באם נתיר לו לאחר טבילה נגיעה בה... אבל כשאנו לא מתירים לו שום דבר איסור ולא כל קירבה אליה, אלא מורים לו את ההלכה שבאופן כזה לא היה ואין בכלל שום איסור א"כ מהיכי תיתי נבוא לגזור גזירות מדעתנו ולומר שיש לחוש שע"כ יבוא גם להורות לעצמו היתר לעשות עמה גם האסור לו, אתמהא.

עכ"פ דבר אחד למדנו מהאג"מ. אפילו לסוברים, שיש פגם בבן הנידה, שנולד ללא ביאת איסור, בכ"ז לא התירו טבילה שלא בזמנה, ואפילו לבעלה שפיתו בסלו, ובעוד כמה ימים היא תטבול שנית ותטהר לגמרי, בכ"ז חששו.

אך אפשר לצאת ידי שני הצדדים ע"י עצה שהציע הרב-פעלים לנשים הטובלות לכבוד יוהכ"פ וז"ל:

> ועוד כי כאן כאשר טובלין בתוך הז' נקיים בשביל טהרה לתפלה נקייה וכיוצא אין מסירים השער של אותו מקום גם אין קוצצין הצפרניים וגם אין סורקין את שער ראשם והרי בזה חסרו כמה דברים הנהוגים בטבילת אשה לבעלה, וזה היכר גדול להם שזאת הטבילה לא תועיל לטהר האשה לבעלה, אלא רק משום טהרת הנפש ונקיות לעבודה ותפלה של ימים נוראים ולכן אין למחות בידם על זאת.

וכך אני נוהג להורות לנשים הנזקקות להזרעה מלאכותית בתוך ימי ליבונן, והן מעוניינות לטבול כדי שההזרעה תיעשה בטהרה, להימנע מחפיפה יסודית עובר לטבילתן, ומודיע לבלנית במקוה שלא תדרושנה מטובלות אלו לגזור ציפורנים, וכמו"כ שתטבולנה ללא ברכה. ע"מ שתדענה שטבילה זו מטרתה רק להסיר מהן את חומרת הכרת מדאורייתא אך אינה מתירה אותן לבעליהן.

לכאורה יש להקיש מהערתו של הצי"א: "מהיכי תיתי נבוא לגזור גזירות מדעתינו ולומר שיש לחוש שעי"כ יבוא עליה מישהו?!" גם לנ"ד. הרי יש חשש סיכון ואנו מצווים על שמירת הנפש. מי אנו שנחדש גזרות חדשות ונבטל חיוב מהתורה?

אלא שתמיהה זו היא על הריב"ש עצמו. גם טבילת פנויה אין בה שום היתר מעשי אלא רק טבילה בעלמא ובכ"ז חשש הריב"ש לפריצת גדר וגזר גזרה חדשה. גם עליו תסתער קושית הצי"א. כיצד גזר גזרה זו? ויש לחלק, הריב"ש אסר טבילת פנויה שמטרתה המוצהרת להקל על החוטאים שלא ייכשלו באיסור נידה אך ירשו לעצמם איסור פנויה. גם ללא היתר מעשי, עצם המטרה היא חמורה כשלעצמה. זו סמכותם ואחריותם של גדולי הפוסקים לגזור גזרות בכל דור ודור לפי מצבו ואפשרויותיו. לכן נראה שגם בנ"ד מטרת החיסון לסלק את חשש הסיכון ולהתיר גם איסר פנויה וגם איסור נידה. מה גם שאיננו גוזרים גזרות חדשות אלא רק נמנעים מלעודד צעירות להתחסן תוך כדי חשיפתן לתרבות הקלוקלת.

ג. הצלה מסכנה

איסור פנויה הוקל, לצערנו, בעיני הבריות, וגם איסור נידה, שהוא חמור יותר, גם הוא נחשב אצל חלק מבני הדור, החשופים לרוחות זרות, איסור קל כביכול. אחד המחסומים שנותרו הוא החשש מסרטן צוואר הרחם. ומכיון שיש בו סכנה, סכנתא חמירא מאיסורא. ואם איסור נידה לא מהווה, לצערנו, מכשול מפני העבירה, האם עלינו להסיר במו ידינו את המכשול של החשש מפני הסכנה?!

אין ספק שהדרך העיקרית לחנך את הדור הצעיר לשמירת תורה ומצוות צריכה להיות לכתחילה דרך החינוך וההסברה של ערכן של מצוות ולא ע"י הפחדות ואיומים. אולם מאידך אין גם היתר להסיר מהם את החשש לסכנה (כשאין יראה עילאה אין הצדקה לסלק את היראה תתאה. ור' עין איה למרן הראי"ה קוק שבת פ"א אות עא).

עצם חשיפתן של בנות צעירות לנושא זה בטרם עת עלול להזיק יותר מאשר להועיל. אמנם אין להסתיר מבנות צעירות את המידע החשוב הזה, על סכנתו של הסרטן בכלל ושל זה בפרט. אדרבה, יש להסביר לצעירות את הסיכונים הפיזיים והנפשיים שבחיי אישות מחוץ למסגרת הנישואין. אולם בשום פנים ואופן אין להמליץ ולעודד את החיסון בטרם עת. רק לפני החתונה יש להדריך כלות, העומדות להינשא לבעלי תשובה, להתחסן, כדי למנוע סיכונים.

הטענה שיש בנות מופקרות וצריך להצילן מפני פיקו"נ אינה משכנעת, מסיבות אלו:

א. האחוז זניח. בס"ה יש בארץ 180 מקרי סרטן צואר הרחם בשנה ו'רק' כשליש מהן מתות. אמנם אחוז המוות גבוה ביחס למחלה עצמה, אולם אין שום פרופורציה בין אוכלוסיה של רבבות בנות לכמה בודדות העלולות להימצא בסיכון. [בואו חשבון: מול כ 10,000 בנות דתיות בכל שנתון, גם אם כולן היו חלילה נוהגות כפי הנורמות של הציבור החילוני היתה סכנת מוות רק לתריסר(!) בנות דתיות בלבד לכל היותר. אך מכיון שהנורמות ברובו של הציבור הדתי ב"ה שונות, נגיע לכל היותר למספר שאינו עובר את אצבעות היד האחת! האם בגלל חשש למספר כה זעום נחשוף רבבות בנות לנורמות הירודות של הציבור הכללי? אין כאן אפילו מיעוט המצוי השרוי בסכנה לעומת חשיפת כל יתר הבנות לנזק חינוכי חמור. הוא מיעוט שבמיעוט.

ב. כמו"כ אין לומר שבגלל פיקו"נ אפילו של בת אחת נתיר לרבבות בנות להיחשף לנזק חינוכי. לא רק שלא מצינו היתר גורף כזה, אלא יתרה מזאת, המדובר באביזרייהו של גילוי עריות. אמנם איסור פנויה אינו גילוי עריות, לא מיבעיא לראב"ד וסיעתו שפנויה אינה קדשה, אלא גם לשיטת הרמב"ם פנויה אסורה מן התורה אולם אינה גילוי עריות. מיהו נידה נחשבת לגילוי עריות ואפילו פנויה טהורה היא אביזרייהו דגילוי עריות כמבואר בסנהדרין (עה ע"א).

יתרה מזאת, מאותה גמ' במס' סנהדרין ניתן להסיק כדברינו. גם אם נניח שכמה בנות עלולות ללקות במחלה וחלק מהן אולי למות חלילה ממנה, הפקרת רבבות בנות תמימות וצנועות לאווירה המתירנית היא בבחינת אביזרייהו דגילוי עריות, ויש לדחות פיקו"נ מפניו.

ג. "הלעיטהו לרשע וימות"[2]. איננו אחראים לבנות מופקרות. דוגמא לדבר ב"ק (סט ע"א):

> כרם רבעי היו מציינין אותו בקוזחות אדמה, סימנא כי אדמה, מה אדמה איכא הנאה מינה, אף האי נמי כי מפרקא שרי לאיתהנויי מינה; ושל ערלה – בחרסית, סימנא כחרסית, מה חרסית שאין הנאה מינה, אף האי דלית ביה הנאה מיניה; ושל קברות – בסיד, סימנא דחיור כעצמות, וממחה ושופך כי היכי דניחוור טפי; אמר רבן שמעון בן גמליאל: בד"א – בשביעית, דהפקר נינהו, אבל בשאר שני שבוע – הלעיטהו לרשע וימות.

מפרש רש"י:

> בשביעית שהוא הפקר ובהיתר הן באין לאכול, אבל בשאר שני שבוע שהן באין לגזול, יניחם ויאכלו דבר האסור, והלעיטהו לרשע וימות.

ההלכה נפסקה כרשב"ג. כלומר, איננו אחראים לפושעים.

ד. מצינו מקרה דומה לשלנו בשו"ת יוסף אומץ לחיד"א (סי' קג):

2. ביחס לענין 'הלעיטהו לרשע וימות' – עי' אנ' תלמודית כרך ט בערך זה, 'תחומין' כרך ט עמ' 156, כרך יד עמ' 238, 'המעין' טבת תשע"א במאמר הרב יהודה לוי.

בעיר מערי איטליה יש להם הסכמה קדומה בחרם חמור, שלא לרקד אנשים עם נשים כי אם בעל עם אשתו, אח ואחותו וכו'. וההסכמה היא לה' שנים. ויהי היום, כמו ט"ו בחורים חילו פני מעלת אנשי הועד, שיבטלו ההסכמה הנ"ל בכלות הה' שנים. ומעלת אנשי הועד הנ"ל, כאשר נודע להם שיש איזה בחורים שלא בחר ה' בהם, שעוברים על ההסכמה ומרקדים עם נכריות ונשים אסורות חשבו בלבם שמא טוב הדבר למלאת שאלת הבחורים הנ"ל לבטל ההסכמה בכלות הזמן, כדי שלא יעברו על החרם... אם כן טוב להתיר ההסכמה, כדי שלא יכשלו בעוון החרם. או דילמא, ניזיל לאידך גיסא, ונאמר שיש לקיים ההסכמה, כדי להציל מהאיסור אותם שעד עכשיו נזהרים מחמת החרם, שהם המרובים, שבהתרתו ירקדו עם הנשים ויעשו איסור.

וכתב ר' משה חיים סוסקינו מפירנצה, בקיום ההסכמה, איכא חדא לטיבותא, שהיראים לנפשם מחמת החרם, נזהרים, וחדא לריעותא, שהמורדים בזדון עוברים גם על החרם, מלבד האיסור. לתקנתא דפושעים – אין לנו לחוש כלל. שהרי כבר פסק הרמב"ם כרשב"ג בפ"ט מהלכות מעשר שני, והא הכא ליכא פסידא כלל, ואפילו הכי אמרינן 'הלעיטהו לרשע וימות'.

פי כפיו, והריני מסכים לכל דבריו. ואפילו לא היתה הסכמה כלל, ראוי שמחדש יעשו הסכמה בכל תוקף לבטל הריקוד עם נשים, אפילו פנויות מכל וכל... ואם ימצאו מיעוטא דמיעוטא וצעירי"ם ירקדו שם, הם ישאו את עוונם, ואין אנו אחראים לפרוצים ולקלי הדעת.

בנ"ד הבעיה חמורה יותר לא מדובר בגנב יחיד, הנכנס לכרמו של אדם פרטי ללא רשות. כאן מדובר בנושא ציבורי. כשהציבור פונה לכל הבנות הצעירות ומשכנע אותן שתתחסנה הוא נותן לגיטימציה פומבית וכללית למתירנות. וגם אם המטרה היא להציל חלק, הלגיטימציה הציבורית למתירנות חמורה יותר ולא ניתן להצדיקה בהצלת יחידים. חומרת המעשה הציבורי הובעה ע"י ר' יצחק עראמה ב'עקידת יצחק' (וירא שער כ):

> כמה פעמים נתחבטתי אודות הנשים הקדשות שהיה איסורן רופף ביד שופטי ישראל שבדורנו, ולא עוד אלא שבקצת קהילות מספיקין להם פרס מהקהל באומרם שכיון שמצילות את הרווקים או הסכלים מאיסור אשת איש החמור, או מסכנת הגויות, מוטב שיעברו על איסור זה משיבואו לידי איסור מיתה. ואני הסברתי להם פעמים רבות, כי החטא הגדול שיעבור עליו איש מבית ישראל בסתר ושלא לדעת הרבים ובלי רשות בית דין, חטאת יחיד הוא, והוא בעוונו ימות ע"י ב"ד של מעלה, וכל ישראל נקיים. אמנם, החטא הקטן כשיסכימו עליו דעת הרבים והדת ניתנה בבתי דיניהם שלא למחות בו, הנה הוא זימה ועוון פלילי וחטאת הקהל כולו ולא ניתן למחילה אם לא בפורענות הקהל.

עיי"ש שהביא ראיה מפילגש בגבעה ומסדום.

וצ"ע לענ"ד האם דין זה של 'הלעיטהו לרשע וימות' נאמר רק במקרה הנ"ל של גנב העובר על איסור גנבה, שאיננו חייבים להזהיר אותו מפני איסור ערלה, או שגם

אם עלולה להיות תקלה חמורה יותר ג"כ לא איכפת לנו ממנו. כגון, מי שריסס את כרמו בחומר מסוכן, האם צריך להזהיר גנבים מפני הסכנה, או שגם כאן נאמר 'הלעיטהו לרשע וימות' דהיינו ימות כפשוטו?

אמנם מצינו בבהמה כעין זה שאם אכלה סם המוות בחצר שאינה שלו פטור משום דהוה לה שלא תאכל (עיין ב"ק מז ע"ב, ושם אפילו הכניס את הפירות לחצר חברו שלא ברשות וק"ו לנ"ד) אך אדם שאני, ניתן להזהירו שלא יאכל, וחובתנו להזהירו כדי להצילו מסכנת מוות, משום "לא תעמוד על דם רעך" וגם גנב בכלל זה. אך מהלשון הלעיטהו לרשע וימות. משמע שאיננו מחוייבים להצילו מסכנת מוות, כי מי אמר לו להיכנס לכרם חברו ולאכול שלא ברשות? אם כי כי כאמור יתכן שלשון "וימות" אינה כפשוטה.

אולי יש לפשוט זאת מהרמב"ם שהביא להלכה את הדין של הלעיטהו לרשע, אולם בלי הנימוק של הגמ' 'הלעיטהו לרשע וימות' וז"ל בהלכות מעשר שני ונטע רבעי (פ"ט ה"ז):

> מי שהיה לו נטע רבעי בשנת השמטה שיד הכל שוה צריך לציינו בקוזזות אדמה כדי שיכירו בו, ולא יאכלו ממנו עד שיפדו, ואם היה בתוך שני ערלה מציינין אותו בחרסים כדי שיפרשו ממנו, שאם ציינו בקוזזות אדמה שמא יתפררו, שאיסור ערלה חמור הוא שהיא אסורה בהנייה, והצנועין היו מניחין את המעות בשנת שמטה ואומרין כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחולל על המעות האלו שהרי אי אפשר לפדותו במחובר כמו שביארנו.

ויתכן שהרמב"ם השמיט בכוונה את נימוק הגמרא כדי שלא נלמד מכאן גם לסכנת מוות. וכן משמע מהחזו"א (דמאי סי' ח אות ט) שאין כונת הגמ' כפשוטה שימות ממש. וז"ל שכתב:

> הא דאמר הלעיטהו הוא לישנא בעלמא, שאינך זקוק למעשהו ולשקוד על הצלתו... אלא טעמא דרשב"ג דכל שנוטל באיסור לא מיקרי שאני מכשילו שהרי הדבר מנוע מחמת איסור.

לעומת זאת יש מקום להסיק מפוסקים אחרים, שאפילו במקום מיתה איננו אחראים למיתתו וז"ל הר"ש סיריליאו על המשנה בירושלמי (דמאי פ"ג ה"ג):

> וקאמר רשב"ג דבשאר שני שבוע אין מציינין, דכיון דאין רשות לגעת בהן גזלנין הן, והלעיטהו לרשע וימות. וכל היכא דאיכא איסורי טפי, עדיף טפי, **כדי שימות מהרה.**

משמע שאיננו אחראים למותו. מיהו שם מדובר במיתה בידי"ש בעוד שסם הוא מיתה בידי אדם ואחריותנו להצילו ממוות. (עיין מנח"ש ח"ב סי' קלג שפסק שאין להטמין מלכודת לגנב שעלולה לגרום לו לחבלות גופניות. עיי"ש שיישב את המסופר במס' דרך ארץ רבה פ"ה שר' יהושע סילק את הסולם לעליית ביתו כדי למנוע מאורח שהלינו שם שלא יגנוב, והגנב לא ידע מכך, ונפל). אך בנ"ד באותן בנות שבגלל התנהגותן ממיטות על עצמן אסון, המדובר במיתה בידי"ש, שלא אנו גרמנו לה ולפיכך איננו אחראים להן.

ד. החשש לסיכונן של הבנות שתחלינה ותמותנה ח"ו הוא לא מיידי. אראנו ולא עתה אשורנו ולא קרוב. בדרך כלל המחלה מופיעה בשנות הארבעים לחיי האשה, גם אם ההדבקה היתה בגיל צעיר. נמצא אפוא שחשיפת כל הבנות הצעירות לתופעת ההפקרות והנזקים החינוכיים היא מיידית, בעוד שהחשש למיתתן של המודבקות הוא

לאחר זמן רב. וגם ספק אם יש כאן הצלה מיידית מסכנה ודאית. כי בימינו כשהרפואה מתפתחת במהירות רבה יתכן שעד שאותן המודבקות עתה תחלינה אולי תימצא תרופה למחלה. לכן אין הצדקה לחשוף אותן עתה למצבי עבירה ע"מ להציל כמה נשים מספק סכנה שעלולה להיווצר בעתיד.

רק לכלה ערב נישואיה, אם היה לה, או לחתן, עבר לא טהור, מומלץ לעודד את קבלת החיסון.

כמו"כ מומלץ לכל אשה לעבור בדיקת 'פאפ' אחת לכמה שנים כדי לוודא שאינה נגועה במחלה. גילוי מוקדם עשוי להציל את חייה. אין לסמוך על הנס.

צריך להסביר לצעירינו את הסיכונים המוסריים וההיגייניים שבחיים מופקרים ולהציג בפניהם את האידיאל הטהור והקדוש של חיי משפחה מונוגמיים, שבהם לא היה, לא הווה ולא יהיה, לא לאיש ולא לאשה, שום קשר אחר מלבד שניהם בלבד. ואין הכוונה לתלות את כל הלכות הצניעות בסיבת הרפואה המונעת. הצניעות היא ערך עצמי. אלא שמותר וצריך להדגיש גם את התוצאות החיוביות של חיי תורה, לעומת התוצאות הבלתי נמנעות של חיי הפקר. כי תורתנו תורת חיים תרתי משמע, היא גם חיינו הרוחניים וגם אורך ימינו הפיזיים (אורך גם במשמעות של ארוכה ומרפא).[3]

ד. חיסון רוחני

למרות שהבענו התנגדות לחיסון הביולוגי, בגלל נזקיו החינוכיים, אנו ממליצים על חיסון אידיאולוגי. חשיפה מבוקרת ועניינית, תוך כדי העמדת הצעירים על מעלותיה של המשפחתיות הטהורה לפי התורה, מול פגמיה הקשים וסיכוניה של המתירנות, לא רק שאין בה סכנה, אלא ככל חיסון היא אף מועילה. מידע מבוקר ומתודרך מסוג זה יש בו בכדי לחסן את בנותינו מבחינה נפשית. מעניין שהעקרונות של שני החיסונים זהים. התמודדות הגוף עם גורמי מחלה מוחלשים והתגברות עליהם לא זו בלבד שאינה מזיקה, אדרבה היא מחסנת. וה"ה בחיסון אידיאולוגי, התמודדות רעיונית עם מידע בעייתי, המובא בצורה מבוקרת, בעזרת מחנכים טובים, מחסנת את הצעיר ומסייעת לו במלחמת החיים. וז"ל של הגרמ"ש מדוינסק בספרו משך חכמה על פרשת חוקת (יט, ג), שעמד על קרבנות הקרבים כביכול מחוץ למקדש ובכ"ז מכפרים ומטהרים:

> הנה מצאנו 'חוקה' בסתרי הטבע, שארס המחלה, בהתרכבה בדמי החולה, אז יהיה זה מזור, כאשר נתפשט כעת הרפואה נשוכי כלב שוטה ובחולי אסכרה, ועוד מחלות שונות, אשר זה

3. אחרי פרסום הדברים התבררו דברים נוספים:
א. יש מקרים (אמנם חריגים) שגם בזוגות כשרים עלולה להתגלות המחלה.
ב. יש מוסדות חינוך שבהם יש אחוז ידוע של בנות מופקרות.
אי לכך סוכם עם המינהל לחינוך דתי שבגיל 11–12 בעת חיסון נגד אדמת ינתן גם החיסון נגד הסרטן הנ"ל כשההסברה משותפת שאשה בהריון לא תחלה במחלות המסכנות את העובר.

שיטת ר׳ מתיא בן חרש בסוף יומא. כן בסתרי התורה, כי הפרה האדומה והשעיר המשתלח, כאשר יעשו, זה משתלח מבפנים, וזו נוכח פתח אהל מועד, זה מכפר וזה מטהר. ומי יבא בסוד ה׳?!

סימן י

כריתת רחם לאשה הסובלת מדימום כבד

שאלות

א. אשה כבת 40 אם ל-4 ילדים שסובלת כבר שנים מדימומים רבים כתוצאה משימוש בעבר בהתקן 'מירנה'[1]. כל התרופות לא עוזרות. היא מצליחה להיטהר רק יומיים שלושה בחודש. כתוצאה ממצבה היא סובלת מחרדות נפשיות וזקוקה לתרופות מרגיעות. לדעת הרופאים רקמת הרחם פגועה ללא תקנה. מוצע לה לעבור טיפול שבו תגורד שכבה מהרחם. כתוצאה מהטיפול סיכוייה להרות יהיו קלושים. כלומר מדובר במעין סירוס.

ב. שאלה דומה, אך הנתונים שונים. מקרה זה חמור יותר מקודמו. אשה מבוגרת הסובלת משתי וסתות בחודש. ויוצא שהיא טהורה לכל היותר רק יום אחד בחודש ולפעמים גם זה לא. הדבר מפריע מאד לשלום הבית. כמו״כ היא סובלת גם מהפרעות הורמונאליות המשפיעות עליה נפשית וזקוקה לתמיכת בעלה. אך מכיון שרוב הזמן הם אסורים הם נמנעים מתמיכה, חוץ ממצבים חריגים. בגלל ההפרעות ההורמונאליות הרופאים אוסרים עליה להשתמש באמצעים הורמונאליים לויסות וסתותיה. הפתרון היחיד שמוצע לה הוא כריתת רחמה. האם הדבר מותר?

תשובה

צריך לברר אם נשים אלו מוגדרות כחולה שאין בו סכנה. כי אם נניח שדינן כשל חולה, התירו לחולה לעבור על איסור דרבנן (רמ״א יו״ד סי׳ קנה ס״ג), וסירוס של אשה לרוב הדעות אסור רק מדרבנן.

השאלה היא א״כ מהו גדר חולי? והאם העובדה שאשה מעוגנת מבעלה זמן רב נחשבת למחלה.

הגדרת חולה היא מי שנופל למשכב. כמבואר באו״ח (סי׳ שכח סי״ז):

> חולה שנפל מחמת חליו למשכב ואין בו סכנה, הגה: או שיש לו מיחוש שמצטער וחלה ממנו כל גופו שאז אע״פ שהולך כנפל למשכב דמי (המגיד פ״ב).

אמנם אשה זו אינה צריכה לשכב במיטה כל היום. היא מתהלכת לכאורה על בוריה, אולם צערה הנפשי גדול מאוד. ומבואר בהגה הנ״ל שגם מצטער, אם הצער גדול עד שכל גופו סובל ממנו, גם אם אינו נופל למשכב, הוא נחשב לחולה.

1. התקן המפריש הורמונים ולעתים בעיקר בהתחלה גורם ליציאה בלתי פוסקת של דם מהרחם.

והנה צריך להבין מדוע התירו איסורי דרבנן לחולה שאין בו סכנה?

נלענ"ד שמלשון המ"מ שהובא להלכה ע"י הרמ"א בסי' שכח סי"ז חולה הוא בגדר מצטער. אלא שצערו גדול יותר ממי שיש לו מיחוש בעלמא, וקנה המידה לצער גדול הוא שכל גופו סובל והוא צריך בעצם לשכב. ומצטער פטור משום שדרכיה דרכי נועם. ראה סוכה (לב ע"א) שאפילו במצות לולב שהיא מהתורה, אנו אומרים שלא יתכן שהתורה חייבה ליטול לולב קוצני שכאבו גדול. וק"ו למצוות דרבנן. חכמים לא העמידו את דבריהם במקום צער גדול.

אמנם אם מדובר בצער קטן, המאפשר עדיין לקיים מצוות, אם כי בדוחק, לא התירו לעבור אפילו על איסור דרבנן. אך מי שצערו גדול יותר עד שאינו יכול לקיים מצוות אלא מתוך צער גדול מאוד דין חולה יש לו. קנה המידה לצער גדול הוא שאדם צריך לשכב וקשה לו ללכת כאחד האדם, למרות שאינו שוכב בפועל. לפי הנחה זו השכיבה אינה **סיבת** ההיתר, אלא היא **סימן** לצער הגדול שבו האדם נמצא עד כדי כך שהוא היה מעדיף לשכב. ולכן למרות שהוא מתהלך על בוריו, מכיון שבעצם הוא היה צריך לשכב, אלא שהוא עושה מאמץ גדול לקום ממשכבו ולהתהלך, הוא בגדר חולה. ולפי"ז כל צער גדול כל כך שנראה שחכמים לא העמידו את דבריהם במקרה כזה, התירו משום דרכי נועם.

והנה בסכנת אבר התירו איסור דרבנן גם במקום שאינו חולה גמור. כי חסרון אבר נחשב בעיני חכמים לא פחות משכיבה במיטה אם לא למעלה מזה. ולפי"ז נראה שחשש לעיגון דומה קצת לחסרון אבר. שהרי אשתו כגופו ובעל כאשתו ואם יש חשש לפירוד ביניהם לא גרע מחסרון אבר. ור' פ"ת (אה"ע סי' קנו) שכדי למנוע פירוד בין בעל לאשתו מותר לבטל עשה של פו"ר. ובחולין (קמא ע"א):

> הואיל ואמר מר גדול שלום שבין איש לאשתו שהרי אמרה תורה: שמו של הקדוש ברוך הוא שנכתב בקדושה ימחה על המים, והאי מצורע כיון דכמה דלא מטהר – אסור בתשמיש המטה, דכתיב (ויקרא יד) וישב מחוץ לאהלו שבעת ימים, אהלו – זו אשתו, מכאן שאסור בתשמיש המטה, מהו דתימא: כיון דאסור בתשמיש המטה, ליתי עשה דידיה ולידחי עשה דשלום הקן, קמ"ל.

אמנם למסקנה אין עשה דוחה עשה משום דמאי אולמיה דהאי עשה מהאי עשה ושב וא"ת עדיף, אך עצם ההו"א שעשה של גדול השלום, שלא לעכב בעל מלשוב לביתו, היה דוחה עשה, מראה לנו מה משקלו של שלום הבית. ושם יתכן שמדובר במצורע שהורחק מביתו רק שלושה שבועות שבוע הסגר, שבוע מוחלט ושבוע של טהרה. ויש סיכוי שימצא שתי ציפורים חיות גם ללא קן זה בו הוא רוצה להשתמש. הרי לא כלו ציפורים מן העולם. ובכ"ז היתה הו"א להתיר נטילת אם על הבנים לצורך השבת המצורע לביתו בהקדם האפשרי. לכן יש אולי מקום להתיר עבורו איסור דרבנן.

במקרה השני מדובר באשה שנוסף לצערה הגדול היא סובלת מבעיה נפשית. כבר הרמב"ם (ח' פרקים פ"ג) קבע "לנפש בריאות וחולי כמו שלגוף בריאות וחולי".

אמנם כוונתו למי שמידותיו לא ראויות אך ק"ו למי שלוקה בנפשו ודעתו משובשת או עלולה להשתבש.

כדמות ראיה שמצב נפשי קשה נחשב

למחלה אפשר אולי להביא מב"ב (קנו ע"ב):

קונין קנין משכיב מרע אפי' בשבת... שמא תטרוף דעתו עליו.

משמע שטירוף דעת מצדיק חילול שבת באיסור דרבנן. כלומר יש לו דין חולה. אמנם יש לדחות ראיה זאת כי השכ"מ נחשב למסוכן מצד עצמו, גם ללא טירוף הדעת, ולכן יש מקום להקל ולהתיר קניין בשבת. אלא שהדבר תלוי אם פקו"נ הותר בשבת או רק נדחה. שאם הותר בשבת עושים למענו גם דברים שאינם צריכים לרפואתו כגון להדליק לו מדורה בחודש תמוז, כמבואר במ"מ פ"ב מהל' שבת הי"ד. אך למ"ד פיקו"נ רק נדחה, ע"כ מה שהותר לחלל שבת משום טירוף דעת הוא משום שמצב נפשי קשה דינו כחולה. מיהו בכ"ז עדיין יש לדחות שחולה מסוכן שאני כי כל הרעה במצבו הנפשי עלולה להשפיע על מצבו הבריאותי.

ור' שו"ת חתם סופר (או"ח סי' קמה) שדן בשאלה האם מותר לחלל יו"ט שני לשם התרת עגונה והביא ראיה מהר"ן בגיטין (עז ע"ב) שהתירו קניין משום טירוף דעת של שכ"מ, אך לא משום חשש עיגון. מבואר אפוא שטירוף דעת של שכ"מ נחשב למחלה אך עיגון אינו נחשב למחלה ולא כמש"כ לעיל. ומצד העיגון אין מקום להתיר איסור דרבנן. אך מצד המצב הנפשי אולי כן התירו. אלא שכאמור, שם מדובר בשכ"מ ויתכן שרק בטירוף דעת של שכ"מ התירו אך בסתם טירוף דעת לא התירו.

ולענ"ד מרש"י בגיטין שם ניתן להוכיח שלא כהר"ן שכתב בד"ה תקף ליה עלמא:

והיה ירא פן ימות ותזקק ליבם ואסור לטלטל גט בשבת ולמוסרו לה.

משמע להיפך, שלא מחמת מחלתו התירו אלא משום עיגון בלבד. ומשמע שבגלל טירוף דעת לבד לא התירו.

וידידי הגר"א אבידן בספרו דרכי חסד (עמ' קמ) הביא בשם ידידי הגר"י הלפרין שציטט את גליון מהרש"א (ר' שלמה איגר) שם שמהרשב"א משמע שגם כשאינו ירא שמא תיפול ליד יבם מותר לקנות בשבת. כלומר, גם בטירוף דעת לבד סגי. וז"ל הרשב"א:

וא"ת היאך התירו להקנות לו רשותו בשבת והא אמרי' בעירובין (ס"ט ב') ב"ש אומרים אין מבטלין רשות בשבת וב"ה מתירין ומפרש טעמא התם משום דסלוקי מסלק נפשיה משמע דסלוקי נפשא אין אבל אקנויי רשותא לא, וי"ל דשכ"מ שאני כי היכי דלא ליפול קמי יבם א"נ כדי שלא תטרף דעתו עליו.

וז"ל הר"ש איגר בגל' מהרש"א שם:

בשכ"מ הקלו שלא תפול... בהר"ן כאן כ' שלא תטרוף דעתו שירא שתיזקק ליבם ונ"מ לכאורה באינו ירא והגט ביד שליח מתמול שלשום וערש"י כאן כ' ג"כ היה ירא ועי' בח"ר (חי' הרשב"א) כאן שני הטעמים.

הרשב"א נקט שני טעמים ובגלל כל אחד מהם לחוד מותר היה להקנות בשבת. הנפ"מ בין שני טעמי הרשב"א היא כאשר אין חשש לטירוף דעת אלא רק לעיגון. וכגון במקום שאין שכ"מ ויש רק חשש לעיגון מותר לעשות מלאכה דרבנן.

גם בחי' הריטב"א (מכת"י הוצ' מוסה"ק) הביא שני טעמים אך פרט יותר:

וא"ת האיך התירו דתיזיל ותיחוד ותפתח והא קי"ל קונה קניין בשבת ואסור? ...וי"א דמשום שלא תטרף דעתו

עליו התירו. וזה תימה דהכא מאי חששא איכא שהרי הוא לא היה מחזר אחר הקניין והאשה [היא ש]היתה מחזרת אחריו. אלא י"ל דהכא כיון שהוא לא היה עושה אלא אמירה בעלמא לא גזרו בהא דאיכא חששא שלא תיזקק ליבם.

לדעה זו אכן די בחשש שלא תזדקק ליבם ע"מ להתיר קנין בשבת. אולם הוא עצמו אומר שמדובר בקניין באמירה בלבד ואין להסיק מכאן שהתיר כל איסור דרבנן (ר' עירובין סח א שאמירה קלה יותר מכל מלאכה דרבנן). ועוד, הריטב"א לא הכריע כדעה זו. הוא מביא אותה בשם י"א ומביא גם דעות אחרות. וכשנעמוד למנין נמצא שמכל הראשונים רק רש"י הביא את הנימוק של חשש לעיגון בלבד. הרמב"ן הר"ן והמאירי הביאו רק את הנימוק של טירוף הדעת. והרשב"א והריטב"א הביאו את שני הנימוקים ולא הכריעו.

ובנ"ד יש גם עיגון וגם חשש לטירוף הדעת, וא"כ ממנ"פ יש היתר לעבור על איסור דרבנן. אלא ששתי הסיבות לא מוחלטות:

א. אין להסיק מהיתר עגונה גמורה, שאינה יכולה להינשא בשום אופן, לעגונה שלנו, שאמנם היא מעוגנת מקשר עם בעלה, אך בכל זאת יש לה בעל ואינה דומה לעגונה שאין לה בעל בכלל.

ב. אין להסיק מטירוף הדעת של שכ"מ למצבה הנפשי של האשה בנ"ד שאינה במצב הדומה לשכ"מ.

מ"מ יש מקום לסברה שהחשש שלא תיפול לפני יבם דיו כדי להתיר איסורי דרבנן מסוימים. ואולי יש כאן פתח להתיר בשעה"ד גם איסורי דרבנן אחרים. וכן יש לומר שכאשר יש חשש לטירוף הדעת גם מי שאינו שכ"מ דין חולה יש לו. אמנם משכ"מ אין להוכיח, אך מוסכם על הפוסקים שמחלת נפש גם היא מחלה.

ולכן נלענ"ד להתיר את הסירוס. וה' יצילנו משגיאות.

סימן יא

הולדת ילד לצורך רפואת אחיו

ילד חולה במחלה קטלנית. הפיתרון הוא השתלת מח עצם מרקמות זהות. מוצע להורים ללדת אח כדי להשתמש ברקמותיו לריפוי אחיו (כדי שהילוד יהיה באמת מתאים יש צורך בהפריה מלאכותית שבה יימיינו את העובר בעל הרקמות הזהות ואותו ישתילו ברחמה של האם לשם המשך ההריון). האם מותר להוליד ילד למטרה זו כדי שתאי גופו ישמשו כהצלה לאחיו?

פתיחה

מסתבר שאין חיוב להביא ילד נוסף לעולם רק לשם הצלת אחיו. יש גבול להשתדלויות שהתורה חייבה אדם לשם הצלת הזולת. ראה למשל ב"ב ג ע"ב שאדם או ציבור לא חייבים למכור בית בנוי לשם מצות פדיון שבויים. למרות חומרתה של מצוה זו והסכנות בהן נמצא השבוי, המחייבים לטרוח בגוף ובממון ע"מ

להצילו. וכן בתשובת הרדב"ז (ח"ג סי' תרכז) שפטר הצלת אדם ממוות במחיר כריתת יד של חברו משום דרכיה דרכי נועם. השאלה היא האם **מותר** להביא ילד לעולם לא לשם עצמו אלא רק לשם זולתו. הדבר תלוי אם יש בהולדת ילד כזה גם מצות פו"ר. אם אין בכך מצות פו"ר נראה שהדבר אסור הן משום הוצאת ז"ל והן בגלל שאין הצדקה להביא אדם לעולם לשם מטרה אחרת חוץ מעצמו. אך אם מקיימים בכך מצות פו"ר אין כאן הוצאת ז"ל ויש הצדקה להבאת יצור כזה לעולם.

בשאלות אלו יתמקד הדיון בתשובה זו.

א. לא תעמוד על דם רעך

אמנם פיקוח נפש דוחה את כל התורה כולה, אולם הבאת אדם לעולם רק לשם מטרה זו של הצלת אחיו – צריכה עיון. לכאורה, כשם שאין לאדם למסור את נפשו למען זולתו כך לא מסתבר שמותר להוליד אדם רק לשם כך. אמנם יש הבדל עצום בין רציחת אחד לשם הצלת חייו של אחר, לבין הבאתו לעולם לשם הצלה, אם נניח שהבאה זו אינה אסורה מצד עצמה. אולם בכ"ז יש מקום לומר שכשם שאין למסור נפש להצלת נפש אחרת כך אין להוליד נפש לשם נפש אחרת.

מאידך, לכאורה אין כאן איסור מפורש. וגם אם היה, הרי פיקוח נפש דוחה כמעט את כל מצוות התורה.

מצות פריה ורביה נועדה לשם הילדים עצמם ולא למטרה אחרת. וא"כ המוליד ילד למטרה אחרת לכל היותר יש כאן מצוה שלא לשמה, אמנם כוונתו לשם מצות "לא תעמוד על דם רעך" אך זו לא כוונת מצות פריה ורביה, ומבחינה זו האב לא מקיים את מצות פריה ורביה לשמה. אלא שיש הסוברים שמצוות אינן צריכות כוונה, וגם ללא כוונה יוצא י"ח. ואע"פ שכאן לא רק שחסרה כוונה אלא יש כוונה אחרת (ר' רבנו יונה סוף פ"א בברכות ואתוון דאורייתא להר"י אנגל סי' כג) לכל היותר הוא לא יצא יד"ח, אולם גם לא עבר עבירה. (אלא א"כ נניח שיש איסור בהוצאת ז"ל שלא לשם מצות פו"ר). ועוד, גם למ"ד מצוות צריכות כוונה פריה ורביה שאני. כמש"כ המנ"ח מצ' א שהעיקר במצוה זו הוא הוויית הילדים בעולם ולא מעשה ההולדה. ולכן **גם המוליד ממזר קיים את המצוה**. וק"ו אם הוליד ללא כוונה. אמנם כוונה אחרת חמורה יותר כמש"כ לעיל, אך לא תהא כוונה אחרת חמורה יותר מאיסור עריות שממנו נוצר ממזר ובכ"ז קיים מצוה.

ומצינו בכמה מקומות בתלמוד שאדם עושה מעשה מתוך כוונה מסוימת ועולה בידו מצוה שלא התכוון אליה:

א. ב"מ (פב ע"ב):

> במלוה צריך למשכון קמיפלגי. מר סבר: מצוה קא עביד שהלוהו, והוי שומר שכר.

מדובר שם במלוה לחברו הלוואה על המשכון. המלוה מעוניין להשתמש במשכון ולנכות בכך את החוב. כוונתו אמנם לתועלתו האישית, אך מבחינת הלווה הוא עשה עמו מצוה שהלוה לו. לכן הוא נחשב לשומר אבדה שדינו כשומר שכר כי הוא מקיים מצוה.

ב. מגילה (ז ע"ב) "קיימת בנו משלוח מנות ומתנות לאביונים" משמע שאפשר לקיים במעשה אחד שתי מצוות ואין כאן חסרון של חבילות חבילות (ר' טו"א שם. אם כי לגירסת הירושלמי, הר"ח הב"ח והגר"א אין ראיה משם. ור' תפא"י שבת פ"ב בועז על הדלקת נר שבת

בשמן שריפה שאין במעשה אחד מצוות חבילות חבילות).

ג. ב"ב (י ע"ב) **לגבי מצות צדקה** – "האומר סלע זה לצדקה ע"מ שיחיה בני הר"ז צדיק גמור" (ר"ל צדקה גמורה). **אמנם יש לומר שמצות צדקה שאני, שהעיקר הוא התוצאה שיש לעניים מה לאכול. וראיה לכך הריטב"א לכתובות** (מט ע"ב) **המתרץ את קושית התוס'** (שם)**: כיצד כופין על הצדקה, וז"ל:**

> אבל לענין צדקה כייפינן מפני מחסורם של עניים.

וכן כתב הרדב"ז (הלכות מתנ"ע פ"י ה"ז). **גם המהר"ל בחידושי אגדות לב"ב** (ח ע"ב) **כתב בלשון דומה:**

> בודאי אין ב"ד [מוזהרים] על **הנותן**, אבל איך יפרנס העני?! ...צעקת עניים שהיה [צריך] להם חיות היו כופין... שהם אמרו גדול המעשה מן העושה, ולפיכך בצדקה מצוה לכוף, והיינו בשביל **חיות העניים**. ואם אין כופה הרי מעלים עינו מן העני אשר אין לו פרנסה.]

אולם גם במצות פריה ורביה יש צורך קיומי של "לא תוהו בראה לשבת יצרה". **ר' אתון דאורייתא** (כלל יג) **שהסיק מהגדרה זו שגם עבד שאנוס ואינו יכול לקיים פריה ורביה לא נפטר ממצות שבת וז"ל:**

> במצות פריה ורביה נמצאים שני עניינים: "פרו ורבו" היא מצוה מחויבת בינינו ובין המקום לבד. אבל בקרא ד"לא תהו בראה לשבת יצרה" גילה הכתוב דתכלית העולם שתהי' מיושבת מבני אדם וא"כ מזה הכתוב נודע שיש חיוב על כל אדם עבור תיקון העולם לפרות ולרבות.
>
> עשה דפרו ורבו דהוי עשה בלשון חיוב האונס פוטר ממנה לגמרי. אבל עשה דשבת דהוא עבור תיקון העולם ולא שייך לומר בזה דכיון שהוא אנוס אין הדבר בעצמותו נצרך, דוודאי נצרך הוא לתיקון העולם ולייישובו וא"כ כל אדם חייב בזה ולפי"ז יבואו כמין חומר דברי התוס' בב"ב יג א ד"ה שנאמר יעו"ש[1].

ולענינינו, כשם שהאדון מחויב לשחרר את עבדו כדי שיוכל לקיים מצות שבת, כך אולי י"ל שההורים מחויבים להביא ילד לעולם כדי לקיים מצות לא תעמוד על דם רעך.

מה גם שאולי יש כאן אפילו מעין קיום מצות פריה ורביה לשמה. כי אם נניח כמש"כ המנ"ח שהוויית הילדים היא המצוה, גם בהמשך גידולם וקיומם מתקיימת המצוה (עיין אתון דאורייתא כלל כב שגם המשך קיומו והתפתחותו של ילד הוא בכלל מצות פריה ורביה; אם כי נראה שדבריו נכתבו לפלפולא בעלמא. ובכ"ז ליכא מידי דלא רמיזא באורייתא). **יתרה מזאת, הבן החולה נמצא בסכ"נ ואם ימות לא יקיים האב מצות פריה ורביה** (אם יש לו מלבדו רק עוד בת. וגם אם יש לו ילדים נוספים הרי בכל ילד נוסף יש מצוה קיומית). **וע"י הולדת הבן החדש הוא יציל את אחיו החולה**

1. סברה דומה כתב האבני נזר (או"ח סי' תקא) לעניין נר חנוכה שאדם חייב למכור את כסותו לקיום מצות נ"ח ולא נפטר בגלל שהוא אנוס, כי אע"פ שהוא אנוס ופטור אך סו"ס התוצאה היא שאין פרסומי ניסא לאחרים. ובזה יוסבר לענ"ד מדוע אדם מועד לעולם בענייני נזיקין בין אונס בין רצון. ולדעת הרמב"ן אפילו באונס גמור חייב, כי סו"ס הזולת ניזק.

ויקיים בעצם הצלתו גם מצות פריה ורביה. וא"כ מה לי ילד זה או ילד אחר, סו"ס בהולדת הבן החדש הוא יקיים פריה ורביה באח החולה וא"כ זו מצוה לשמה. וכי גט הוא שיש צורך לשמה של אותה האשה דווקא?

מאידך י"ל אדרבה, מסתבר שלא יתכן ללדת ילד אחד לשם ילד אחר. גם אם מצות פו"ר מתקיימת בהמשך הגידול, הדברים אמורים **באותו ילד עצמו** שבו התקיימה מצות ההולדה. אך לא מסתבר לומר שהמשך קיומו של ילד אחד הופך הולדת ילד אחר למצוה. מה גם שמצות פו"ר היא בהולדת ילד שתהיה לו אישיות עצמית. אולם הולדת ילד אחד לשם אישיותו של ילד אחר סותרת משנה מפורשת בסנהדרין (לז ע"א):

> לפיכך נברא אדם יחידי... ואין אחד דומה לחברו. לפיכך כל אחד ואחד חייב לומר: בשבילי נברא העולם.

מהותו של האדם היא יחידותו[2]. הגדרה זו כלולה בצלם האלקים של האדם. כשם שה' הוא יחיד ומיוחד ואין דומה לו, כך כל אדם דומה במידה מסוימת לקב"ה שאף הוא יחיד ומיוחד, בעל אישיות עצמאית ייחודית משלו (ר' להלן בשם צרור המור)[3], מיהו י"ל שהיא הנותנת. באותה משנה נאמר:

> ללמדך שכל המאבד נפש אחת מישראל – מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת מישראל – מעלה עליו הכתוב כאילו קיים עולם מלא.

וא"כ צריך לעשות הכל כדי להציל נפש אחת מישראל שהיא עולם מלא. אלא שאפ"ל מאי חזית שעולם מלא אחד יקריב את יחידותו למען יחידותו של האחר? האם יחידותו של האדם היא עקרון הלכתי הדוחה מצות הצלת חיים? ועוד, הילוד שיוולד יהיה בכ"ז אישיות יחידאית, לא יהיה כמוהו בעולם אלא שהוא יובא לעולם כדי להציל את אחיו. אמנם פגם יש כאן, אך איסור – לא. מה גם שהמטרה היא הצלת חיים, גם זו ייחודיות.

(נשוב לדון בנושא הייחודיות בסוף דברינו.)

ב. היתר הסיכון לאשה

וצ"ע מה ההיתר לאשה להסתכן בכניסה להריון בעבור לידה שאינה לצורך פו"ר ולשם מטרה אחרת? תלמוד מפורש בכתובות (לט ע"א):

> אחת זו ואחת זו משמשת כדרכה והולכת, ומן השמים ירחמו, משום שנאמר: שומר פתאים ה'!

אמנם שם ההלכה שמותר לשמש במוך ואין לאשה היתר להסתכן. אלא שהיתר זה לא נאמר אלא במקרה פרטי של אשה

2. **הערת עורך**: נראה שיחידיות היא שלא יהיה עוד יצור זהה לו בכל (כגון הסיכון שמפנים אליו המומחים בגידול תאומים זהים זה בצד זה), אבל כאן זה עוד יותר בבחינת 'ועתה שנוצרתי כאילו לא נוצרתי' – כי בעצם הוא לא נוצר לצורך עצמו אלא לצורך אחרים. וזה קשה עוד יותר מיחידיות משותפת אלא אין לקיומו מטרה עצמית! ואדם שנולד כשזו הווית חייו עלול לסיבוכים נפשיים עד כדי אובדנות. אא"כ יבנו לו אישיות נפשית חזקה מאד, וגם אז כולי האי ואולי.
3. יש המשתמשים בסברה זו לאסור את השיבוט. כי בשיבוט כל היילודים יהיו זהים ואף אחד מהם לא יהיה שונה מחברו. ואדם ללא ייחודיות עצמית משלו אינו אדם.

המסתכנת בסיכון אישי מיוחד, ולא בסכנת לידה רגילה הקיימת בכל הנשים. אשה רגילה שאין לה סיבה מיוחדת אסורה להשתמש במוך בגלל חשש סכנה שיש בלידה. כי עם כל הסיכון שבלידה רגילה כבר דשו בה רבים ואינה סיבה להימנע מלידה (ר' שבת קכט ע"ב לעניין הקזת דם בימים מסוימים אמרו: "כיון דדשו ביה רבים שומר פתאים ה'").

ואכן כל אשה בעולם נוטלת על עצמה סיכון מסוים ע"מ ללדת ילדים. אולם כל זה ע"מ לקיים את העולם, לא תוהו ברא לשבת יצרה (וה' חקק זאת בטבע הנשים ולא רק בבנות ישראל שומרות מצוות, שתהיינה מוכנות להסתכן לשם הבאת זרע). אך להסתכן בלידה למטרה אחרת מי התיר לה?

הדבר דומה קצת לפועל שמותר לו להיתלות באילן כדי להביא טרף לביתו, כי אליו הוא נושא את נפשו, אך לאדם אחר שאינו עושה זאת לשם פרנסה אסור להסתכן כל כך[4]. אף כאן כדי ללדת ילדים לשם קיום העולם והמשך המשפחה כל אשה מוכנה ורשאית להסתכן, אך לא למטרה אחרת (עי' משך חכמה בראשית ט, ז).

אלא שלפי"ז יהיה לכאורה אסור לפונדקאית להסתכן כדי ללדת ילד למישהי אחרת. ולא מצינו שאסרו זאת. וא"כ ק"ו להולדת ילד כדי להציל את אחיו. וא"כ י"ל שמותר ואולי אף מצוה לאם ליטול סיכון רחוק כלידה כדי להציל נפש מישראל. וכמש"כ הרדב"ז (ח"ג סי' תרכז [אלף נב]). נידון שאלתו שם היה, האם חייב אדם להקריב אבר מאבריו ע"מ להציל את זולתו מסכנת מיתה. הוא מחלק שם בין סיכון רחוק לסיכון חמור. אלא שבין היתר הוא אומר:

> ותו דכתיב דרכיה דרכי נועם והסברא ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חבירו הלכך איני רואה טעם לדין זה אלא מדת חסידות.

מצד הסיכון לאם, כמעט כל אם היתה מוכנה להסתכן בלידה נוספת כדי להציל את בנה, ואין זה כנטילת איבר להצלת אחר. מאידך נראה, שאדרבה, אם נקבל את הנחתו של הרדב"ז שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל יתכן שנ"ד חמור יותר. השכל הישר לא רואה בעין יפה, בלשון המעטה, הולדת ילד אחד למטרת גידולו של ילד אחר. (ר' עולת ראיה לראי"ה ח"א עמ' עא "שלא עשני עבד". ורעיון זה מקובל על השכל, והראיה שגם חכמי האומות סבורים שכל אדם שבא לעולם זכותו לחיות בו לשם עצמו ולא לשם אדם אחר. להלן נאריך בסברה זו).

ג. תרומת מח עצם מקטן

יש לדון בשאלתנו מנקודת ראות אחרת. מטרת ההולדה של האח היא ליטול ממנו מח עצם כבר בקטנותו. כי אם נמתין עד שיגדל עלול אחיו למות חלילה. תרומה זו מלווה בייסורים. אם היה מדובר באח בוגר, שניתן היה להשתמש במח העצם שלו, והיינו פונים אליו בבקשה שיתרום מח עצם לאחיו. הוא היה יכול לסרב ולא היה ביכולתנו לכוף אותו לקיים מצוה.

4. **הערת עורך**: ומכאן הערה ואזהרה לכל מיני עיסוקים בספורט סיכוני שאין לכאורה היתר לעסוק בכך.

ובפרט כאשר קיום מצוה זו מלווה ביסורים לא ניתן לדרוש מכל אחד להתייסר לשם הצלת הזולת. ובסנהדרין (עג ע"א):

> מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באין עליו שהוא חייב להצילו תלמוד לומר לא תעמד על דם רעך. והא מהכא נפקא? מהתם נפקא: אבדת גופו מניין – תלמוד לומר והשבתו לו! – אי מהתם הוה אמינא: הני מילי – בנפשיה, אבל מיטרח ומיגר אגורי – אימא לא, קא משמע לן.

התורה חייבה אדם **לטרוח** בגופו ולהוציא ממון כדי להציל את זולתו, אך להתייסר לא מצינו. אמנם אין ספק שהמתייסר מקיים מצוה, אולם זו אינה חובה.

מה הדין באח קטן, האם מותר לקחת ממנו מח עצם בלי ידיעתו?

לשיטת רש"י שאסור לאדם להציל את עצמו בממון חברו ק"ו שאין להציל אדם ע"י גופו של אחר. אמנם זכות האדם על עצמו אינה ממון, אך מבחינה מסויימת היא יותר מממון, היא עצמו של האדם. ואדם לא חייב להקריב את עצמו למען זולתו.

ואמנם רוב הראשונים חולקים על רש"י וסוברים שמותר לאדם להציל את עצמו בממון חברו כשכוונתו לשלם אח"כ. אך גם הם יודו לרש"י שאין אדם רשאי להציל את עצמו בגופו של חברו. ור' שטמ"ק (ב"ק קטז) בשם הראב"ד שמעיקר הדין רק בפני בעל הממון רשאי אדם להציל את עצמו בממון זולתו, משום שכשם שבעל הממון חייב להצילו כך גם ממונו חייב. אך להציל את עצמו בממון חברו שלא בפניו אינו רשאי, משום שבעל הממון עצמו פטור, שהרי אינו כאן, ולכן גם ממונו פטור. ומתקנת יהושע בן נון חייב ממונו להצילו גם שלא בפניו (ע' ב"ק קיד ע"ב). אבל חיוב ההצלה המוטל על ממונו הוא להצלת גופו של חברו או ממונו של חברו, אבל לא מצינו חיוב להתייסר **בגופו** ע"מ להציל את גופו של חברו. ולפי"ז א"א להשתמש בגופו של קטן שלא מדעתו, שהרי הוא עצמו אינו חייב במצות הצלה, הן מחמת שהוא קטן והן מחמת שאין חיוב על האדם לייסר את גופו להצלת חברו. כיצד ניתן אפוא להשתמש בגופו שלא מדעתו?! התקנה היתה בממונו, אולם לא בגופו. כי צער הגוף קשה יותר מהפסד ממון.

ומהרדב"ז (שהובא לעיל), שפטר אדם לכרות את ידו כדי להציל את חברו משום דרכיה דרכי נועם, יתכן שיש להסיק שה"ה בכאב גדול. התורה לא חייבה אדם להתייסר עבור חברו ולא דמי לממון שחייב גם לשכור מצילים כדי לקיים מצות לא תעמוד על דם רעך אפילו בממונו, כי יסורים קשים מממון כמבואר בכתובות (לג ע"ב) "אלמלא נגדוה לחנניה מישאל ועזריה פלחי לצלמא".

ד. זכין לאדם וזכין מאדם

ולכאורה קשה על הראב"ד מדוע שלא בפניו אסור לאדם להציל א"ע בממון חברו, הרי זכין לאדם שלא בפניו? ואפ"ל שלדעתו לא זכין **מאדם** אלא רק זכין **לאדם**. ולכן א"א לקחת את ממונו של אדם שלא מדעתו כדי לזכותו במצוה.

ר' קצות (סי' רמג, ז) שכתב שזכין לאדם

אמרינן, זכין **מאדם** לא אמרינן[5], ר"ל א"א לזכות אדם בהפרשת מעשרות מפירותיו שלא מדעתו, או לפדותו אם הוא בכור קטן על חשבונו. כלומר, אי אפשר ליטול מאדם דבר שלא מדעתו למרות המצוה שבדבר. זו זכות שיש בה גם חובה ואין חבין לאדם שלא מדעתו, גם אם מעורבת בכך זכות. אך כבר חלקו עליו והוכיחו שגם זכין מאדם, כגון ר' יצחק אלחנן בשו"ת באר יצחק (או"ח סי' א) שכתב שאפשר למכור את חמצו של אדם שלא מדעתו, למרות שבמכירה החמץ יוצא מרשותו, אך מכיון שבכך אנו מצילים אותו מאיסור בל יראה ובל ימצא זו זכות וזכין לאדם שלא בפניו. (ור' להלן בפרק הבא שכנראה מחלוקתם של הקצות ור' יצחק אלחנן היא מחלוקת ראשונים.)

ולכאורה קשה למ"ד זכין מאדם מנרדף בסנהדרין (עד ע"א) שאסור לאדם להשתמש ברכושו של אדם ע"מ להציל נרדף השרוי בסכנת חיים אלא א"כ יפצה אותו על כך? מדוע לא ייפטר מתשלום הרי השימוש בממונו של אדם ע"מ להציל נפש מישראל היא זכות וזכין לאדם שלא בפניו, גם כאשר הדבר נעשה על חשבונו, משמע שאין זכין מאדם שלא מדעתו?

וע"כ צ"ל שדין 'לא תעמוד על דם רעך' נאמר רק על האדם עצמו ולא על ממונו. אם הממון מציל אין לו מצוה, וממילא אין לו זכות בכך. אמנם אדם חייב למיטרח ולאגורי כדי להציל נרדף, אולם זה אינו חיוב ממוני, החיוב הוא חיוב אישי בלבד ובמפורש לא על חשבונו. התורה דורשת מהניצל שהוא יממן את הצלתו ולא הזולת, ולכן כתב שם הרא"ש שהנרדף צריך לשלם. כלומר, אם המציל הוציא הוצאות לצורך הצלת הנרדף הוא בעצם מלוה לנרדף את הממון לצורך הצלתו. אך רק הוא גופו מצווה על כך. אמנם גם אם אין לנרדף ממון כדי לשלם, מצות הצלה לא פקעה. הנרדף לא נפטר מלשלם אלא הוא חוב עליו וחייב לפורעו.

אולם כל זה בחיוב ממון משא"כ במקום צער גדול אין חיוב הצלה שלא מדעתו של המציל. וממילא אין זכין לקטן במצוה שיש בה צער גדול. מיהו הגרשז"א פסק שמותר ליטול מח עצם מקטן ועל כך נדון בפרק הבא.

[הרב יעקב אפשטיין הפנה אותי למאמרו של הגר"מ הרשלר ב"הלכה ורפואה" (ח"ב עמ' קכז) שם הוא דן בתרומת כליה מאח מחוסר דעת, שרקמותיו הן המתאימות ביותר לאחיו החולה במחלת כליות קשה. והביא ראיה מכתובות (מח) שמי שנשטתה בי"ד יורדין לנכסיו וזנין את בניו ובנותיו וכתב הר"ן שם למרות שהוא שוטה כיון שרובא דאינשי ניחא להו בכך שילדיהם יתפרנסו על חשבונם מסתמא גם שוטה זה ניחא ליה. וזכין לאדם שלא בפניו. אך דחה ראייה זאת בחילוק שחילק בין נטילת ממון לנטילת אבר. נטילת אבר מאדם ללא הסכמתו אינה זכיה. אם כי הוא תלה זאת בסיכון שיש בנטילת כליה. לדעתנו גם ללא סיכון, עצם נטילתו של דבר מגופו של אדם ובפרט כשיש בכך צער, אין אומרים זכין לאדם שלא מדעתו.

5. ור' קצות (סי' רצ, ג) לעניין כפיית צדקה שחילק בין בפניו לבין שלא בפניו.

באשר לראייתו מיורדין לנכסי שוטה ע"מ לזון את בניו, אמנם מהר"ן משמע שהוא מדין זכיה. אך הסבר זה מוקשה. אם זכיה היא מדין שליחות, בין אם נאמר כרש"י (ר' רש"י גיטין ט ע"ב ד"ה יחזור) שאילו היה יודע שמפרנסין את בניו היה מסכים למנות את ביה"ד כשליחו, בין אם נאמר כקצות סי' קה שהתורה מינתה אותו שליח, בשוטה אין שליחות. והר"ן עצמו בנדרים (לו ע"ב) סובר שזכיה מטעם שליחות. ובקדושין ריש פ"ב הביא הר"ן את שתי הדעות. גם אם נאמר שזכיה מדין אחר היא חלק משליחות ובשוטה אין שליחות (לא הוא לאחרים ולא לאחרים בשבילו), ואכן מתחילת דברי הר"ן שם משמע שהוא מדין שעבוד לצדקה וכ"כ הכס"מ בהל' נחלות שהוא מדין שעבוד. ור' קצוה"ח סי' רצ ס"ק ג. ובשיעורנו לכתובות (שם) הסברנו שחיוב מזונות אינו רק מצוה אלא גם חוב וממונו של שוטה לא פטור מפריעת חובות, לכן חל השעבוד. אך שעבוד לתת מגופו של אדם לרפואת אחר לא מצינו.]

ה. זכיה לקטן במקום צער

נחלקו הט"ז והש"ך ביו"ד (סי' שה) האם אפשר לפדות קטן שאין לו אב מדין זכין לאדם שלא בפניו. הט"ז הוכיח מלשון התוס' בכתובות (דף יא) בעניין גר קטן שמטבילין אותו על דעת בי"ד:

> דאין שליחות לקטן בשיש קצת חובה מדנקטו "חובה קצת" ולא נקטו סתם חובה משמע דלגבי קטן לא אמרי' דיכול לעשות שליח אלא בזכות גמור בלי שום קצת חוב מזה.

ובפדיוה"ב הפודה גורם לקטן הפסד שלא יוכל לקיים את המצוה בעצמו, בגופו ובממונו. הלכך אין זו זכיה גמורה, ואין זכין לו שלא בפניו. אך הש"ך סובר שזכין לו. ר' שם בדבריו הארוכים בנקוה"כ שגם במקום שיש קצת חובה המעורבת בזכות, בכל זאת זכין לקטן שלא בפניו. והוא מביא ראיה לדבריו מאותה סוגיה בכתובות (יא ע"א) שעליה הסתמך הט"ז. הרי מטבילין גר קטן משום שזכין לאדם שלא בפניו אע"פ שיש גם חובה בדבר. ומעניין, שניהם לא הזכירו את צער המילה שיש לקטן בשעת גיורו ולמרות שצער המילה גדול בכ"ז הגיור נחשב לזכות. וי"ל שאין מצער המילה ראיה, כי יתכן שמדובר שם בקטן שכבר נימול בעבר ועתה רק מטבילין אותו.

אלא שבשאלה זו אם יש זכיה במקום צער מילה נחלקו הראשונים.

הרשב"א (כתובות יא ע"א) כתב:

> הא דנקט רב הונא גר קטן מטבילין ולא קאמר מלין איכא למימר דמילתא דשייכא בזכרים ובנקבות נקט, אי נמי משום דטבילה גמר מלאכתו כדקיי"ל (יבמות מ"ו א') מל ולא טבל כאילו לא מל נקט מטבילין, אי נמי נ"ל לומר דרבותא נקט משום דמילה דין הוא שתעלה לו כשיגדיל ויתרצה דישנה בעולם בשעת רצונו, אבל טבילה דבשעתה לא היה בן דעת ובשעה שנתרצה אינה בעולם אימא לא כיון שגירותו מסופק שהרי יכול הוא למחות כשיגדיל קמ"ל.

מכל תירוציו משמע שאינו רואה בעיה בעצם הזכייה במילה למרות הכאב (והרי מדובר בגר קטן, לאו דווקא בן ח' ימים, אלא גם בן כמה שנים, שהוא בר דעת ומודע לצער) וצ"ל בגלל שהגר, למרות קטנותו, מוכן לסבול ע"מ להתגייר. הגיור יקר בעיניו, למרות היותו קטן, יותר מצער המילה. כלומר,

כאשר מזכים קטן במצוה, יש בכך זכות, למרות שהיא מלווה בצער גדול. וא"כ ה"ה בנ"ד מותר ליטול מהאח שייוולד מח עצמות, למרות הצער הכרוך בכך, כי זכות המצוה בהצלת אחיו חשובה יותר מהצער.

אך בשטמ"ק שם הוסיף תירוץ אחר:

ואפשר דלהכי נקט טבילה משום דחשיבא זכות גמור, אבל מילה כיון שמצטער לא חשיבא זכות ולא שייך ביה למימר על דעת בית דין.

יתכן לומר שהם נחלקו במחלוקת הקצות והבאר יצחק (בפרק הקודם) האם זכין לאדם או מאדם. הרשב"א סבור שזכין מאדם וכד' הר"י אלחנן, וזכות היא לקטן להתגייר גם במקום צער. והשטמ"ק סובר שזכין לאדם אך לא מאדם, וכד' הקצות.

בנשמת אברהם (במהדורה החדשה ח"ד סי' רמג) מוסר בשם הגרשז"א שמותר ליטול מח עצם מקטין ללא דעתו. כלומר הגרשז"א הכריע כשיטת הרשב"א ולא כהשטמ"ק. או בגלל שסמכותו של הרשב"א כראשון גדולה יותר מזו של ר' בצלאל אשכנזי בעל השטמ"ק, או שנפסקה הלכה שזכין מאדם כמו שהאריך הבאר יצחק (או"ח סי' א). או אולי הזכות שיש בהצלת חיים גדולה יותר מזו שיש בגיור.

נראה שהדבר תלוי בגדר הצלת חיים, ראה יומא (פד ע"א). אם הטעם משום 'חלל עליו שבת אחת כדי שיקיים שבתות הרבה', גר שיתגייר יקיים שבתות הרבה. ולכן מותר לצערו במילה ע"מ לזכותו בהרבה שבתות. הוא **בעצמו** יקיים שבתות הרבה וכדאי לו לסבול לשם כך. אך התרמת קטן במח עצם, שאנו דנים בו, הוא לא יקיים בכך אלא רק מצוה אחת, אם כי גדולה, של הצלת חיים. למרות שעי"כ יקיים אחיו שבתות הרבה, אולם הוא עצמו יקיים רק מצוה אחת. ואולי אינו מוכן לסבול עבור כך, ולפי האמור לעיל גם אינו חייב בכך. אך אם נאמר שהצלת חיים היא משום "וחי בהם" מצוה זו שקולה יותר מכל מצוות התורה, ולכן גם למ"ד שגר קטן לא מוכן לסבול כאב עבור גיורו, יתכן שאח קטן יהיה מוכן לסבול כדי להציל את חיי אחיו.

ונלענ"ד שיש לחלק בין גר קטן לנ"ד. הזכות של גר קטן נוגעת לכל המשך חייו. כשיגדל ויהיה בר חיובא יקיים את כל מצוות התורה כמצוה ועושה. לא כן נ"ד. את עיקר מצות ההצלה יקיים דווקא בקטנותו כשאינו בר חיובא וא"כ אינו מקיים מצוה בכך וא"כ איזו זכות יש לו?

מיהו אפ"ל שגם קטן שאינו בר חיובא בכ"ז אם מקיים מצוה סו"ס נעשתה מצוה על ידו ויש לו זכות. וכעי"ז כתבו החלקת יואב (או"ח סי' א) והאור שמח (הל' איסו"ב פ"ג ה"ב) שאף שקטן אינו בר חיובא ואינו נחשב כעובר עבירה מ"מ במצוות שגם בני נח חייבים גם הוא נחשב כעובר עבירה. כגון עריות ראה סנהדרין (נג) בסוגית תקלה וקלון. וא"כ ה"ה מצות הצלת נפש. אמנם בני נח אינם חייבים במצות 'לא תעמוד על דם רעך', אך אין ספק שגם בן נח בר דעת ירוץ להציל אדם הנמצא בסכנה והדבר יחשב לו כמצוה, למרות שמצד הדין אינו חייב בה. ודוגמא לכך היא מצות צדקה. הר"ן בחידושיו לסנהדרין (נז) כתב שב"נ חייב במצות צדקה וק' הרי מצוה זו אינה כלולה בז' מצוות ב"נ? אלא ע"כ הצורך שהעניים יקבלו אינו תלוי בחיוב מפורש. גם מי שאינו מצווה אינו יכול להתעלם מצרכי העניים. וכל אדם שנברא בצלם יש בו ממידותיו של הקב"ה – מה הוא רחום אף אתה רחום, ולכן הוא מרגיש צורך טבעי לעזור לאומללים. וראיה לר"ן מב"ב (י ע"א)

שאין לקבל צדקה מגוי משום 'ביבוש קצירה תשברנה', כלומר יש זכות לגוי הנותן צדקה. משמע שאע"ג שאינו מחויב בצדקה קיום מצוה יש בכך. וא"כ ק"ו הצלת נפשות.

הר"ן הוכיח את דבריו מסדום שנענשה על שלא החזיקה יד עני ואביון. ומידת סדום היא מידה מגונה שכופין עליה. למרות שמצד הדין יכול אדם לומר 'שלי שלי ושלך שלך'. אולם לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה. ק"ו הצלת נפשות, שהיא חמורה יותר מצדקה, למרות שגוי פטור ממנה, אך התוצאה שהציל נפש בעולם היא זכות גדולה עבורו. וא"כ ה"ה יש לקטן זכות גדולה שבעטיה ניצלה נפש מישראל.

ו. חיוב מצוה במי שלא נולד

אולם כל זאת כשהקטן כבר נולד וזכות היא לו להציל את חיי אחיו. אך להביאו לעולם רק לשם כך מי אמר?

אמנם מצינו שמצוה להיכנס למצב שבו אדם יתחייב במצוות כגון להתעטף בבגד של ד' כנפות ע"מ להתחייב ציצית, או לשבת בארץ ישראל ע"מ להתחייב במצוות התלויות בה (ר' תוס' שבת לב ע"ב). וכנראה דעתם היא שעיקרה של מצות ישיבת הארץ הוא קיום המצוות התלויות בה (ראה סוטה יד ע"א ורשב"ם ב"ב צא ע"א). אך כל זה כשאדם כבר חי, הוא מצווה לרדוף אחרי המצוות. אך כשהוא עדיין דבר שלא בא לעולם, האם יש מצוה להביאו לעולם כדי שיקיים מצוות?

מצינו כעי"ז בתוספות בבא מציעא (קיד ע"ב ד"ה אמר ליה):

> תימה לר"י היאך החיה [אליהו] בנה של האלמנה כיון שכהן היה דכתיב (מלכים א יז) ויתמודד על הילד וגו' וש"ל דהיה ברור לו שיחייהו לכך היה מותר משום פיקוח נפש.

ולכאורה הילד מת ואין מצות פיקו"נ להחיות מתים, וא"כ מדוע נטמא אליהו ע"מ להחיות אותו?

ור' בהעמק שאלה (סי' קסז) שדייק בלשונם שכתבו "שהיה **ברור** לו שיחייהו", והק' הנצי"ב מדוע כתבו התוס' שהיה ברור לו, הרי גם ספק פיקו"נ דוחה איסורים? ותי' כיון שמת אינו אדם ואין מצות "וחי בהם" חלה עליו. אך הנימוק של "חלל עליו שבת אחת כדי שיקיים שבתות הרבה" חל גם על מי שכרגע מת, כי סו"ס יקום כאן אדם שיקיים הרבה מצוות. אלא שלפי נימוק זה ההחייאה מוצדקת רק אם ברור שיקיים מצוות. אך אם יש רק ספק אם יקיים מצוות אין הצדקה להיטמא בוודאות לשם ספק מצוה. לכן כתבו התוס' שהיה ברור לו שיחיה. ועיי"ש שהשווה מת לעובר. גם עובר לא נקרא אדם לדעת בה"ג ובכ"ז מחללים עליו את יוהכ"פ, לא משום "וחי בהם" אלא משום "חלל עליו שבת אחת" וכו'.

ואם אכן עובר אינו אדם הרי הוא כמי שאינו בעולם עדיין, ובכ"ז יש מצוה להביאו לעולם, כלומר להולידו חי, כדי שיקיים מצוות, ומחללין עליו שבת. וא"כ ה"ה גם מי שאפילו עובר איננו יש מצוה להביאו לעולם כדי שיציל את אחיו.

מיהו יש לחלק בין עובר במעי אמו למי שלא נוצר עדיין. אמנם עובר אינו אדם, אך זהו רק יחסית לאדם ממש, שנולד כבר ואינו ירך אמו. אך סו"ס העובר כבר קיים במציאות והוא אדם **בכוח** ולכן מצוה ל'שדרגו' ולהחיותו ע"מ שיהיה אדם גדול ומקיים מצוות בפועל. והבה"ג יודה בודאי שאמנם עדיין לא חלות עליו הלכות מסוימות אך אין ספק שהוא יצור שקיים

בעולם ויש הלכות רבות שחלות גם על עובר. ודוגמא לכך הוא עצמו מביא בסי' מט בהלכות הלוואה:

והילכתא מזכה לעובר לא קנה, לכשתלד קנה. קא אמרי רבנן המזכה לעובר לא קנה עובר דאחריני, אבל דיליה קנה לפי שדעתו של אדם קרובה אצל בנו[6].

משא"כ מי שעדיין לא נוצר כלל ועיקר. האם יש מצוה להולידו ע"מ שיקיים מצוה? ואין לומר שכל אדם שמח על הבאתו לעולם ולכן צריך להולידו. ואולי הדבר תלוי בגמ' עירובין (יג ע"ב):

שתי שנים ומחצה נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, והללו אומרים: נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא. נמנו וגמרו: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, עכשיו שנברא – יפשפש במעשיו. ואמרי לה: ימשמש במעשיו.

וכן מצינו לירמיהו ואיוב שקללו את יומם ואת יום היולדם, את מולידיהם, ומבשרי לידתם.

כלומר, הבאת אדם לעולם אינה בהכרח זכות. **מצוה** להביא ילדים מבלי לשאול את דעתם. לא בגלל זכותם, אלא בגלל **חובת** מולידיהם. אמנם יש להניח שרוב רובם של בני האדם מודים למולידיהם ומכירים להם טובה על שהביאום לעולם, אך לא תמיד. והסיבה למצות פריה ורביה אינה בגלל הזכיה שיש בה לנולדים, אלא משום "לא תוהו בראה לשבת יצרה".

אמנם יש פוסקים הסבורים שאין מצוה להביא לעולם ילדים חולים, אולם לא בגלל שאין זו זכות. זו לא סיבה להימנע מלהביא ילדים אלא **שלמרות מצות פריה ורביה** אם כל חייו של הילד יהיו חיי סבל, צערו וצער הוריו דוחים את המצוה והדבר מצדיק את ההימנעות מקיום המצוה (דנתי בכך במק"א).

אמנם בנ"ד יתכן שהילד שייוולד יהיה מאושר, אך יתכן גם שלא, אדרבה, יש חשש שהידיעה, שכל הבאתו לעולם היא רק לצורך הצלת אחיו, תפגע עמוקות בנפשו, והרי זה כקטיעת אבר, שלדעת הרדב"ז אין אדם רשאי לקטוע את ידו כדי להציל את חברו מסכנת מוות[7].

וכאמור, מצות פיקו"נ קיימת רק במי

6. בגדר עובר מצינו סתירות, רק תינוק בן יום אחד נוחל ומנחיל בנכסי האם להנחיל לאחיו מן האב אך עובר לא (ב"ב קמב ע"א) אולם בכ"ז הוא נחשב ליורש עיי"ש, וביבמות סז ע"א. ור' בית האוצר ח"א כלל י שדן באריכות אם עובר נחשב אדם. וראה חי' ר"ח הלוי (הל' תרומות פ"ח ה"ד) שמעיקר הדין העובר נחשב יורש אלא שאין לו זכיית ממון. ומכיון שהנצי"ב דימה מת לעובר יש להקיש ממת לעובר כשם שמת יורש מדין משמוש כך גם עובר.
[ומכיון שהנצי"ב השווה החייאת מת להצלת עובר צ"ל שלדעתו עובר הוא אדם בכוח בגלל עתידו, מת הוא אדם בכוח בגלל עברו, וישוב להתחייב במצוות וכשיטת הרשב"א בנדה (סא ע"ב) שהמת פטור ממצוות רק בעודו מת, אך לכשיקום לתחייה יתחייב במצוות. לא כהריטב"א שם שהמיתה פוטרת את האדם מקיום מצוות לגמרי גם לכשיקום לתחייה.]

7. נמסר לי שבספר "שומר אחותי" מתוארת אחות שהובאה לעולם כדי להציל את אחותה ואת הבעיות הנפשיות הקשות שעברו עליה עד כדי חשש לאובדנות.

שכבר חי, ואז היה אולי מקום לדון האם הוא חייב במצוה זו כאשר הוא מקריב עבורה קרבן כבד מאוד. אך מי שעדיין לא נולד ואינו חייב בפיקו"נ אין שום מצוה להביא ילד לעולם ע"מ שיסבול כדי שיקיים מצות פיקו"נ.

ז. שעבוד לזולת

"עבדי הם ולא עבדים לעבדים" – אסור לאדם מישראל להשתעבד לזולתו. לא רק השכרת עצמו לעבודה אסורה, אלא מרצונו ולזמן מוגבל, אלא גם כל שעבוד אדם לזולת כלול באיסור העבדות שנאמר עבדי הם ולא עבדים לעבדים. ושעבוד ילד שלא מרצונו ולזמן בלתי מוגבל חמורה יותר.

אמנם הקצות (סי' קצ) כתב שאפוטרופוס ליתומים אינו יכול לחזור בו משום שהוא עבד ה' ולא עבדים לעבדים. ולכאורה, אף כאן י"ל ששעבוד למצוה אינו שעבוד לאדם (ר' מש"כ באהלה של תורה ח"א סי' קו), אולם גם שם כבר כתב המ"מ (פי"א מהל' נחלות ה"ה) שלא ניתן לכפות על אדם להיות אפוטרופוס. רק אפוטרופוס שהסכים מרצונו הטוב לשמש בתפקיד, וכבר משמש בפועל בתפקיד זה והיתומים תלויים בו, אינו יכול לחזור בו, משום שהוא עבד ה'. משא"כ לשעבד אדם לכתחילה שלא מרצונו למצוה – זאת לא מצינו. ומה שכופין על המצוות (ר' כתובות פו ע"א) המדובר בכפייה חד פעמית, לעשות לולב או לשבת בסוכה וכדו', אך שעבוד מוחלט של כל אישיותו של האדם לצורך מצוה לא מצינו. ולכן א"א לכפות אפוטרופוס אלא רק משום שהשתעבד כבר להיות עבד ה'.

ויש לטעון שרק פועל העושה מעשה נחשב כעבד, אך מי שאינו עושה מעשה אלא רק זקוקים לדמו, כשהוא פאסיבי, ומה שנדרש ממנו הוא לא להתנגד, אין בכך שעבוד. וראיה לכך שומר אינו יכול לחזור בו כי לא נחשב עבד לדעת הראב"ד (הו"ד בחי' הרשב"א קידושין יג ע"א ובשו"ע חו"מ רצג ס"א). ור' קצות (סי' עד ס"ק א) שאין אדם יכול לחזור בו מקבלת אחריות. אולם כאן לא הילד שייוולד מקבל על עצמו אחריות, אלא הוריו. והם משעבדים אותו לצרכי אחיו, יש כאן שעבוד אסור. ור' מחנ"א (שומרים סי"ח) ששומר בגלל שהוא פאסיבי אינו נחשב לעבד, אולם נלענ"ד שאם אחרים משעבדים אותו הרי זה בכלל עבדות. ואין מקום לשעבד אדם לכל ימי חייו אפילו לא לצורך פיקו"נ, משום דרכי נועם. וגם אם נאמר שאיסור השעבוד נדחה מפני פיקו"נ אך מי שעדיין לא בא לעולם אינו חייב בשום מצוה ואין להולידו בתורת עבד לאחרים.

[חיזוק לדברי שכל שעבוד לזולת הוא בכלל עבדות, לפחות מבחינה רעיונית, מצאתי בעולת ראיה (חלק א עמ' עא) למרן הראי"ה בביאורו לברכת 'שלא עשני עבד':

> גדולה היא ההודאה על אשר נתת לי נשמה עצמית, נשמה תכליתית שחפצה החפשי נתון בידה, שהיא עצמה יש לה מטרה בחיים ובמציאות, שהיא נשמת החופש והחירות המפעמת בי בקדושתה, ולא נשפלתי להיות נוצר בתכונה של עבדות, שאין לה חיים עצמיים ורצון מקורי, ולא נוצרה כי אם להיות לכלי שמוש להכשיר על ידה את

> הרצון העצמי הקדוש והנשגב שבנשמת החופש הטהורה[8].

דבריו משתלבים עם דעת צרור המור, וז"ל:

> וזה שאמר ויברא א-להים את האדם בצלמו וידוע כי הש"י אין לו צלם (וא"כ איך יאמר שבראו בצלמו?) אבל פירושו כי כמו שבמין האדם אין אחד דומה לחברו כן ה' אין דומה לו וא"כ אין לו צלם, אבל זה להורות כי כמו שה' יחיד ויכול בעליונים ובתחתונים כן האדם הוא יחיד בעליונים ובתחתונים[9].

נלענ"ד שיחידותו של האדם מתבטאת לא רק באישיותו היחידאית, אלא גם באישיותו הבלתי תלויה באחרים. האדם חייב להיות יצור אוטונומי, הוא נוצר לשם עצמו ולא לשם אדם אחר. מי שנוצר מראש לשם אדם אחר אינו אדם! האם רשאים אנו לעשות זאת? כשם שאין אדם חייב להקריב אבר מגופו לשם הצלת זולתו כך ק"ו אינו חייב להקריב את כל אישיותו האוטונומית להצלת אחר.]

ח. מסקנה

לאור מה שכתבנו, אין להוליד ילד רק לשם שימוש באבריו, או בדמו, למטרה אחרת, גם לא לשם הצלת אחיו. אולם בגלל הצורך הגדול להציל את האח החולה, יש אולי מקום בכ"ז להתיר את הבאת הילד הנוסף לעולם, בתנאי ברור שהולדתו תהיה בעיקר לשם **עצמו**, ורק כמטרה משנית תהיה הצלת האח. מצות פו"ר משמעותה הבאת יצור אנושי לעולם שעליו להיות אישיות בפני עצמה ואם חלילה יחוש (ויש לנפש האנושית חיישנים רגישים ביותר) שהבאתו לעולם לא היתה לשם עצמו הדבר עלול לפגוע קשות בדימויו העצמי ואף לסכן את חייו ואין מצות פו"ר במצב כזה.

זאת ועוד. כל הריון ולידה יש בהם סיכון מסוים. מה ההיתר לאשה להסתכן בלידה מיותרת? אשה רשאית לסכן את עצמה סיכון סביר של הריון רגיל רק כדי להביא חיים לעולם. שאל"כ ההריון היה צריך להיות אסור. ובנ"ד, ממנ"פ, אם יש סכנה לאשה ללדת ילד נוסף מה ההיתר להסתכן עבור הצלת ילדה החולה? ואם אינה מסתכנת, מדוע שלא תקיים מצות פריה ורביה ככל אשה בריאה המצווה לסייע לבעלה ללדת ילד נוסף? המטרה צריכה להיות הבאת עוד ילד **לשם עצמו**, כלומר לשם קיום מצות פריה ורביה, ככל ילד רגיל. אמנם מצות פו"ר מתקיימת גם ללא כוונה, כי אפילו הסוברים שמצוות צריכות כוונה מודים שמצוה שעיקרה בתוצאותיה אינה צריכה כוונה. ובמצות

8. רעיון דומה תולים בהגותו של הפילוסוף עמנואל קאנט. אם אכן דבר זה מקובל על השכל האנושי יש להכלילו במש"כ הרדב"ז: "וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל".
9. המשמעות של "צלם" בימינו, כתעתיק מדויק של דמות, אינה כמשמעותה המקורית של המילה, ר' מו"נ ח"א פ"א. אלא שבעוד שהרמב"ם פירש את היות האדם נברא בצלם כיצור תבוני, פירש צרור המור כייחודיות ור' נפה"ח שער א שאצלו הצלם הוא שליטה של בעל בחירה חופשית בכוחות הטבע העליונים והתחתונים, הפיזיים והרוחניים. גם לדעתו י"ל שאם יולדים אדם כדי לנצלו למטרה מסוימת, כלומר לשלוט בו, יש בכך פגיעה בצלם.

פו"ר המטרה היא לשבת יצרה. כל מי שמקים משפחה יודע שעל מנת כן הוא עושה זאת – להעמיד צאצאים. וגם אם הגיע צאצא בהיסח הדעת, מכיון שבאופן כללי ע"מ כן האיש והאשה החליטו להקים משפחה עדיין דעתם גם עליו והא יגדל כילד רגיל. אולם בנ"ד, אם הכוונה היא הפוכה, לא לשם הולדת הילד עצמו אלא לשם מטרה אחרת, גם אם נניח שלפחות מצות "לשבת יצרה" התקיימה בכך, אך כוונה הפוכה עלולה ליצור בעיה נפשית חמורה אצל הילד שייוולד וא"כ אין מצוה בהולדתו.

על ההורים לעבור טיפול נפשי יסודי לפני הולדת ילד נוסף. ורק אם נשתכנע שמטרתם **העיקרית** היא הילד הנוסף, והצלת האח היא רק מטרה נלווית ומשנית, והדבר לא יפגע בתדמיתו, והדבר לא ייוודע לו **לעולם**, רק כך יופגו החששות שהעלינו לגבי הפגיעה בנפשו של האח החדש.

ולכן רק הורים אחראים שהודרכו כראוי רשאים לעשות כן. הם יעשו את שלהם לשם מצות פו"ר וה' ישלח את מלאכו לרפא את האח החולה. זכות המצוה, בהבאת חיים ישראליים חדשים לעולם, תעמוד להם להחיות גם את האח החולה וה' ישלח לו רפואה שלמה מן השמים ע"י שלוחיו הנאמנים.

סימן יב

הפלה למעוברת העומדת להינשא

שאלה

זוג עומד להינשא כדת משה וישראל בקרוב. האשה זינתה והתעברה מגבר אחר. החתן מוכן לחפות עליה, להסתיר את העובדה שכלתו זינתה עם מישהו אחר ולקבל את הילד שייוולד כשלו.

היא שואלת מה עדיף? שתסתיר את זהות הילד, ולשקר לו ולכל המשפחה, או שתפיל את העובר כדי למנוע תקלה (מדובר תוך מ' יום)?

תשובה

א. בפתח הדברים אי אפשר להתעלם מדברי חז"ל (גיטין לו ע"ב) על הפסוק "עד שהמלך במסִבו נרדי נתן ריחו" כמה "עלובה כלה שזינתה בקרב חופתה". האם כך עומדת אשה להקים בית בישראל? האם לאפשר לה לקיים "אכלה ומחתה פיה ואמרה לא פעלתי אָוֶן" (משלי ל, כ)?!

וגם על החתן יש לתמוה, איך הוא מוכן להתחתן עם כלה בוגדנית כזו, לחפות עליה ולהכיר בילד שאינו שלו?! כנראה שגם הוא חשוד בעבירה דומה ושניהם אינם נאמנים זל"ז. ובכ"ז הם עומדים להתחתן. נשגבה מבינתנו ההידרדרות המוסרית של הדור...

ולגופו של עניין. הפלת עובר אסורה. אמנם תוך מ' יום יש להקל במקרה של צורך גדול (ר' באהלה של תורה ח"א סי' קטו) אולם השאלה היא מהו הצורך הגדול במקרה דנן?

מניעת הצורך לשקר לא נראה כצורך כה גדול יחסית להפלה. אמנם שקר הוא דבר חמור אך גם הריגת עובר היא דבר חמור. ושב ואל תעשה עדיף.

אלא שהבעיה החמורה היא שאם תסתיר את זהות האב, יש חשש שהאשה לא תזדקק לחליצה (ויבום) אם בעלה ימות ללא ילד משלו. וכמו"כ יש חשש שהילד הזה לכשיגדל ייחשב כאח לאחיו ויחלוץ ליבמתו והיא תינשא לשוק על סמך חליצתו הפסולה. א"כ הדרך היחידה למנוע זאת היא הפלה.

ב. והרי מטעם זה חייבו ג' חודשי הבחנה אחרי גירושין ואלמנות וגזרו גזרות חמורות, ראה שו"ע (אה"ע סי' יג ס"א):

כל אשה שנתגרשה או שנתאלמנה, הרי זו לא תנשא ולא תתארס לאחר עד שתמתין תשעים יום... כדי שייודע אם היא מעוברת או אינה מעוברת, להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של אחרון. וגזירת חכמים שאפילו אשה שאינה ראויה לילד, ואפילו נתגרשה או נתאלמנה מן האירוסין, צריכה להמתין צ' יום. אפילו קטנה או זקנה או עקרה או אילונית, ואפילו בעלה במדינת הים או סריס אדם או חולה או חבוש בבית האסורים, והמפלת אחר מיתת בעלה, ואפילו בתולה מהאירוסין, צריכות להמתין תשעים יום.

ק"ו בן בנו של ק"ו כשהיא מעוברת ממש ותסתיר את זהות האב, הרי יש כאן יותר מחשש בעלמא, אלא תקלה של ממש!

אלא שהשאלה היא האם כל זה עומד מול הפלה, אפילו תוך מ' יום?

כי אם נשקול זה לעומת זה, הפלה, מול חשש של יבום אסור וממזרות, בימינו שאיננו נוהגים לייבם יש רק חשש של איסור שומרת יבם לשוק. וגם זה הוא רק חשש, מי יימר שימות לפניה, ואם ימות מי יימר שימות ללא זרע של קיימא? ומי יימר שהיא תרצה ותוכל להינשא לאחר? ומי יימר שלא תגלה אז את האמת, כי רק ממשפחתה היא מעוניינת להסתיר את הריונה, מסיבות מובנות, אך יתכן שלא תסתיר זאת מאחיו אחרי מות בעלה.

ועל אף חוצפתה, שזינתה תחת חתנה ערב חופתה, רואים שהיא אינה מנותקת לגמרי ממסגרת של הלכה, שהרי באה לשאול האם להפיל את עוברה או לא. ואפשר להזהיר אותה שאם בעלה ימות ללא זרע של קיימא עליה לגלות זאת לאחיו.

לעומת החששות הרחוקים עומד איסור הפלה ודאי, שגם אם נאמר שאינו חמור כהפלה אחרי מ' יום, בכ"ז בודאי שהוא אסור לא פחות מהשחתת זרע אם לא יותר, שכן יש בכך קטיעת חיים פוטנציאליים שמחללים עליהם שבת ויוכ"פ, לדעת הבה"ג שהלכה כמותו!

ג. ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת המחבר והרמ"א (שם ס"ו). לדעת המחבר:

וכן המזנה אינה צריכה להמתין, מפני שמהפכת עצמה בשעת תשמיש כדי שלא תתעבר. וכן אנוסה ומפותה אינן צריכות להמתין.

אמנם לא מדובר בהפלה ממש אלא רק בהשחתת זרע ולא ברור אם כוונתו לומר שמותר לה להתהפך, בי"כ ובי"כ בגלל עצם האפשרות שמזנה עלולה להתהפך לא גזרו (מה גם שהתהפכות אינה מונעת הריון בהכרח, והגמ' עצמה אומרת שמא לא נתהפכה יפה יפה ובכ"ז לא גזרו) וא"כ ה"ה גם כאן לא גזרו עליה להמתין ג"ח.

אך לדעת הרמ"א שם:

י"א דכל אלו צריכין להמתין, אם הם

גדולות וראויות להתעבר (טור).

ולדעתו גם בנ"ד היא חייבת להמתין. וצ"ע אם לדעתו תועיל ההפלה, כי לא פלוג רבנן, וגזרו המתנה על מזנה, גם אם ידוע לנו שהתהפכה, ואפילו אם הפילה.

וא"כ ממנ"פ ההפלה אסורה. לדעת הרמ"א לא תועיל ההפלה, ולכן אסור לה להפיל, אלא עליה להודיע לחתנה שהיא בהריון ויש צורך לדחות את הנישואין גם אם הדבר יעלה לה במחיר נטישתו אותה. ואין צורך לחפש דרכים למנוע זאת כי איננו אחראים להתנהגותה הפרוצה. ולדעת המחבר אין מקום להפלה כי בלאו הכי היא מותרת ולא גזרו במקרה כזה.

ד. השאלה היא רק, אם היא מעדות המזרח, הנוהגות כמחבר, האם מותר לה להינשא כשהיא מעוברת מאחר. ואח"כ היא צריכה להמתין כ"ד חודש עד לסיום תקופת ההנקה.

והנה גם כדי למנוע איסור מעוברת חברו ומינקת חברו אין שום הצדקה להפיל. איסור מעוברת חברו היא משום שמא תתעבר והעובר השני ידחוס את הראשון. שם החשש להפלה רחוק מאוד ובכ"ז גזרו. וא"כ אין שום הגיון בכך שנהרוג את העובר כבר עתה בוודאות, רק כדי למנוע חשש רחוק של הריגה יותר מאוחרת.

וכן גזרו במינקת שמא תתעבר ולא יהיה לה חלב להניק את ילדה, אין שום הגיון להרוג אותו עתה בודאי בכדי למנוע חשש רחוק שמא ימות ברעב אחר כך.

אלא שגם כאן לפי המחבר (שם סי"א):

> גזרו חכמים שלא ישא אדם ולא יקדש מעוברת חבירו, ולא מניקת חבירו, עד שיהיה לולד כ"ד חדשים... בין שהיא אלמנה בין שהיא גרושה בין שהיא מזנה.

ורק הרמ"א מביא ש"**יש מקילין במזנה** (הגהות מרדכי פרק החולץ בשם י"א). ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה (תשובת ר"י מינץ סימן ה)".

והרי כל מה שהתרנו לה להינשא תוך ג"ח הוא רק אם היא נוהגת כמחבר, כיצד נתפוס את החבל בשני ראשיו ונתיר לה לסמוך על הרמ"א בניגוד לדעת המחבר?

אמנם יתכן שגם הפוסקים כמחבר יתירו אם יש חשש שתצא לתרבות רעה, או חשש חמור אחר וכמהר"י מינץ. ובנ"ד אולי יש מקום להתיר לה להינשא, גם לדעת המחבר, למרות היותה מעוברת חברו ע"מ שלא תפיל.

אך שאלתה הפוכה, האם להתיר הפלה רק בכדי שתוכל להינשא כשהיא אינה מעוברת, הרי גם אם תפיל הגזרה במקומה עומדת כמבואר שם בשו"ע:

> אבל אם מת בנה, מותרת לינשא ואין חוששין שמא תהרגהו.

וכאן הרי זה בדיוק החשש שתהרגהו. כיצד נתיר לה להרוג את בנה כדי למנוע חשש שמא תהרגהו? הרי זה דבר והיפוכו!

לכן נראה שאין להתיר לה את ההפלה, אלא שמטפל מקצועי המכיר אותם היטב ימסור את חוות דעתו שהמדוברים מסוגלים ללמוד לקח ממה שארע, ולקחת אחריות על עצמם ולהיות נאמנים זל"ז. וללא הפלה יוכלו לשקם את עצמם כראוי.

הערה

העירוני שיש אולי אפילו מקום **לחייב** הפלה בגלל החשש שאח יישא את אחותו. וכן בגלל החשש ליבמה שתינשא לשוק. אכן התורה חששה שחיי הפקרות עלולים למלאת את הארץ זימה ואח עלול לשאת את אחותו. אמנם בנ"ד אין חשש שישא

את אחותו מאותה אם, אך יש חשש שילד זה יישא את אחותו מהאב הלא ידוע (ואיסורה שווה לאחותו מאמו).

אמנם זו סיבה לאסור לכתחילה הפריה מגבר זר, אולם בדיעבד לאחר שהתעברה לא נראה שיש חובה או אפילו היתר להפיל את העובר. כי אפילו ממזר ודאי לא כל הפוסקים התירו את הפלתו, וגם היעב"ץ (שאילת יעבץ ח"א סי' מג) לא התיר אלא בא"א שזינתה, בגלל חומר העבירה שעברה, אך לא בפנויה יעו"ש. ילד שנולד מאב לא ידוע הוא שתוקי, וכשיש רוב כשרים הוא רשאי לשאת כל אשה ולא מצינו שיאסרו עליו לשאת כל אשה (חוץ מגיורת) בגלל חשש שמא ישא את אחותו. כי בכלל ההסתמכות על רוב כשרים נכלל גם רוב נשים שאינן אחיותיו. ורק לכתחילה אסרה התורה:

אַל תְּחַלֵּל אֶת בִּתְּךָ לְהַזְנוֹתָהּ וְלֹא תִזְנֶה הָאָרֶץ וּמָלְאָה הָאָרֶץ זִמָּה.

וביבמות לז ע"ב:

ר' אלעזר בן יעקב אומר, הרי שבא על נשים הרבה ואינו יודע על איזו מהן, וכן היא שבאו עליה הרבה אנשים ואינה יודעת מאיזה מהן נתעברה, נמצא אב נושא בתו ואח אחותו ונתמלא כל העולם כולו ממזרים... וכן לא ישא אדם אשה ממדינה זו, וילך וישא אשה ממדינה אחרת, שמא יזדווג זה אצל זו ונמצא את נושא אחותו, וממלא כל העולם כולו ממזרים, ועל זה נאמר ומלאה הארץ זמה.

אך בדיעבד לא נאסרו שתוקי ואסופי אלא רק מדרבנן, ואף הם לא נאסרו במקום שיש רוב או תרי רובי. החשש לנישואי אח ואחות הוא רחוק הרבה יותר מתרי רובי. (ואפשר אולי לומר בגדר האיסור לכתחילה שהוא מעין איסור ביטול לכתחילה ואע"פ שביטול איסור לכתחילה הוא רק מדרבנן, בגלל קדושת עם ישראל האיסור הוא מהתורה).

וכן החשש לאיסור יבמה לשוק הוא חשש רחוק. לעומת זאת הריגת עובר היא ודאית, אין ספק מוציא מידי ודאי.

לכן לא נראה לי שיש חובה להפיל. אמנם תוך מ' יום האיסור קל יותר משום מיא בעלמא ואין כאן הריגה ממש. ואילו היה מדובר באונס היינו מקילים ע"מ שהנאנסת לא תישא ברחמה עובר שלא רצתה בו והוא רק מזכיר לה את הטראומה שעברה עליה, ולא מאפשר לה להירפא ממנה. משא"כ בנ"ד שהאשה זינתה ברצון ועתה רוצה למחות את פיה. סו"ס מדובר ביצור חי שמחללין עליו שבת ויוהכ"פ אפילו בתוך מ' יום, וק"ו שאסור להפילו, אם משום שסופו לחיות ואם משום השחתת זרע. ולכן נלענ"ד להמליץ על מניעת ההפלה.

סימן יג

הפסקת הנקה לצורך לידה

שאלה

אשה כבת ארבעים, שילדה את ילדה הראשון ומניקה אותו זה כשלושה חודשים, רוצה להפסיק את ההנקה ע"מ שתוכל להרות שוב וללדת ילד נוסף. לטענתה, היא אשה מבוגרת וחוששת שלא תספיק ללדת ילדים רבים אם תמשיך להניק ותגרום להפסקה ארוכה מדי בין לידה ללידה.

האם ראוי שתעשה כן?

תשובה

א. מסתבר שהתורה לא חייבה אדם לקיים מצוה ע"י מאמץ על-אנושי. הקב"ה ברא את עולמו בדרך מסוימת, לפיה על התינוק לינוק. אין חובה לשנות מדרכו של עולם כדי לקיים מצות פריה ורביה. השאלה אינה אם יש חיוב להפסיק את ההנקה. פשיטא שאין חיוב כזה. השאלה היא, האם יש איסור להפסיק את ההנקה.

ב. בשאלה זו יש לדון משתי פנים: א. מצד חיוב ההנקה כלפי הילד. ב. מצד זכותה של האשה ללדת ילדים נוספים בהקדם, וחובתם של בני הזוג לקיים מצות פריה ורביה.

אשה משועבדת להניק את בנה עד כ"ד חדשים, וזאת משום שחלב האם נחוץ מאוד לתינוק, וסתם תינוק מסוכן הוא אצל חלב, ויש מקום לחשש שמא ימות. ומטעם זה התירו לו לינוק אפילו דבר אסור. כידוע חלב אשה אסור לְגדול מדרבנן, משום שהוא כיונק שקץ כמבואר בכתובות ס' ע"א. ובכל זאת מותר וצריך להניק תינוק בידיים, משום ש"סתם תינוק מסוכן הוא אצל חלב" (יבמות קיד ע"א). ואפילו תינוק גדול יותר מג' שנים, שגמלוהו יותר ג' ימים, אם הוא מסוכן חוזרים ומניקים אותו. וגם אילו היה האיסור מה"ת לא היו מונעים חלב מהתינוק (שכשמו כן הוא "תינוק" בגלל שהוא חי בעיקר מיניקה).

ומצאנו שחכמים החמירו מאוד בשעבוד זה של האשה להנקה בתוך כ"ד חודש, ואסרו עליה להינשא בתקופה זו מחשש שמא תתעבר ויתעכר חלבה, וכל שכן שאסור לה להפסיק את ההנקה בידיים.

אמנם גם בלא הפסקה יזומה של ההנקה ישנו חשש שמא תתעבר, ובכ"ז לא אסרו אותה על בעלה במשך תקופה זו. וכבר הגמרא (יבמות מב ע"ב) עמדה על קושיא זו, וז"ל:

> אי הכי דידיה נמי, דידיה ממסמסא ליה בביצים וחלב.

וכוונתה בתירוץ זה לתחליפי חלב אם כאלו ואחרים, שהיא יכולה להסתמך עליהם במקרה שתתעבר. והא קמ"ל שלא התירו לאשה לסמוך על תחליפי חלב אלא בזמן שהיא מצויה תחת בעלה, אך לא התירו לה להינשא לבעל אחר, מחשש שמא תתעבר לו, ומצידו הוא יתרשל לספק אותם לבנה. ובנידון דידן צריך עיון אם מותר לה להפסיק באופן יזום את יניקתו של תינוק זה, כדי ללדת אח נוסף.

ג. ואע"פ שאשה אינה מצווה בפו"ר, היא שותפה לבעלה במצוה זו, והיא יכולה לתבוע ממנו שיקיים את המצוה והיא תסייע לו. ומכיון שהבעל עדיין לא קיים את

מצות פו"ר והוא תלוי באשתו, ואם היא לא תוכל ללדת ילדים רבים גם הוא לא יוכל לקיים את מצות פו"ר ומצות "לערב אל תנח ידיך". ומלבד זאת, זכותה לתבוע מבעלה ללדת משום חוטרא לידה.

אך מאידך, כבר הוכחנו שחכמים לא הסתמכו לכתחילה על תחליפי חלב והתירו להניק את התינוק בחלב אֵם אע"פ שהוא שקץ עבורו. וכמו כן מצאנו שהקלו בתענית של מינקת ביום הכיפורים כשהצום גורם לה למחסור בחלב, ולא אמרו שתמסמס לו בביצים וחלב או שתתן לו תחליפי חלב אחרים. ועל כרחך ביצים וחלב אינם מוציאים לגמרי את התינוק מכלל סכנה. כי כל תחליף אינו מועיל כמו חלב האם עצמו, שהוא המאכל המתאים ביותר שהקב"ה התאים לתינוק, ובלעדיו הוא מצוי בסיכון מסוים (ר' חזו"א או"ח נט, ג).

ד. ומה שהתירו לסתם מינקת לחיות עם בעלה, היינו משום שסתם מינקת אינה מתעברת, ובכי האי גוונא אמרינן "שומר פתאים ה'", כי זו דרך כל הארץ. וגם אם תתעבר ויתעכר חלבה עדיין אין כאן סכנה ודאית, כי חזקה על בעלה שימסמס לו בביצים וחלב. ואע"פ שהחשש שתתעבר הוא רחוק עם כל זה גזרו חז"ל על נישואי המינקת, משום שחששו שהעובר החדש עלול לסכן ולקפח את זכותו של התינוק. אמנם הסיכון קטן אך בכ"ז חששו לו.

והשתא דאתית להכי, נמצא שגם במשפחה רגילה יש לחשוש שמא העובר הנוסף עלול לסכן את התינוק הקודם, אלא שלא גזרו מחמתו. אבל חשש כל דהוא ישנו, ואם כן אין הצדקה לסכן אפילו בחשש כל דהוא תינוק זה על מנת ללדת תינוק אחר, ואסור להפסיק את ההנקה בידיים.

ה. ובשו"ת בית מאיר (סי' ה, הו"ד בפ"ת אה"ע סי' יג, ס"ק יח) הוסיף עוד טעם לדין זה על פי המקור שהובא בירושלמי (סוטה פ"ד ה"ד) לתקנה שלא ישא אדם מינקת חבירו, משום שעליו הכתוב אומר "אל תסג גבול עולם... ובשדי יתומים אל תבא" (משלי כג, י). ויש ללמוד מכאן שאין זו רק **תקנה איסורית** הנוגעת לספק פקו"נ אלא זהו **דין גמור** כלפי התינוק, שכיון שזכה בשָׂדֵי אמו – זכה, ואסור לעובר אחר לקפח את זכותו ולקפח את פרנסתו, מדין "פסקת לחיותי" כעין האיסור ליטול דגים מן המצודה שחבירו פרס. ולפי טעם זה ודאי שאין הצדקה שהאשה תעסוק בקיום מצות פריה ורבייה על חשבונו של התינוק.

ומסתבר לומר שגם לפי טעם זה לא אסרו למניקה לחיות עם בעלה, משום שלא חששו שמא תתעבר ותפסיד את זכותו של בנה התינוק. שהרי סתם מניקה לא מתעברת, וגם אם תתעבר ניתן לסמוך על האב שימסמס בביצים וחלב, ורק במי שאינו אביו חששו שלא יעשה כן. וממילא, זכותו של התינוק קודמת לזכות אמו להינשא לאדם אחר, אך באשה תחת בעלה לא חששו. אולם להפסיק את ההנקה בידים לצורך ילד אחר אפילו מאותו הבעל, מאי חזית?!

ו. אלא שמאידך מצינו שנשים מפסיקות להניק את תינוקן מסיבות כלכליות, וכגון הצורך שלהן לחזור לעבודה. וכי מצות הולדת ילד נוסף תהיה גרועה מחזרה לעבודה?

אך יש להדגיש שאין הכי נמי, אין הצדקה להפסיק את ההנקה מסיבות כלכליות, והנוהג המצוי הוא שנשים מצמצמות את מספר ההנקות, אך לא מפסיקות אותן

לגמרי. והרופאים ממליצים להניק לפחות שישה חודשים.

מסקנה

לכן נלענ"ד שראוי לאשה זו להמתין עד להפסקת ההנקה לפחות **עוד** שלושה חודשים, ובפרט שאין בהמתנה זו עיכוב גדול. ואע"פ שחז"ל קבעו שזמן הנקה הוא שנתיים, לאחר חצי שנה יש להקל, וזאת מכיון שבלאו הכי כיום דרך העולם היא להסתפק בהנקה של שישה חודשים, וכבר דשו רבים בדרך זו ושומר פתאים ה'. ולכן יש להורות [לכל אשה] להניק שישה חודשים לפחות, ולא להפסיק את ההנקה קודם לכן מחשש לבריאותו של התינוק. מה גם שעל היולדת להתחזק יותר לפני הלידה הבאה, ויש תועלת נוספת בהמתנה גם לבריאותה שלה.

סימן יד

אנדרוגינוס

שאלה

ילד נולד עם אבר הדומה לשל נקבה, אך במישוש ניתן לחוש באשכים טמירים. הוא נושא הורמונים זכריים. יש סיכוי שאם ינתחוהו ויבנו לו אבר זכרי שיוכל אולי להוליד. לעומת זאת אם יכרתו את אשכיו ויהפכוהו לנקבה כפי שהוא נראה מחוץ, יש כאן בעיה של סירוס והיא בודאי לא תוכל ללדת. ומכיון שההורמונים שגופו מפריש הם זכריים, הוא יסבול כל ימיו מזהות כפולה. מה עדיף, לעשותו זכר או נקבה, או שעדיף מבחינה הלכתית להניחו כך?

לא ברור שיש כאן סירוס כי במצבו הנוכחי הוא לא יכול ללדת.

כמו"כ סובר המנ"ח שאין איסור מהתורה לסרס אנדרוגינוס. השאלה היא איך להגדיר מקרה זה.

א. גדרו ההלכתי של הילד

האם הוא אנדרוגינוס?

הרמב"ם (הל' אישות פ"ב הכ"ד) כתב:

> מי שיש לו איברי זכרות ואיברי נקבות הוא הנקרא אנדרוגינוס והוא ספק אם זכר אם נקבה, ואין לו סימן שיודע בו אם הוא זכר ודאי או נקבה ודאית לעולם.

וראה פסקי הלכות לגר"ד פרידמן שציין מספר מקומות בש"ס (יבמות פב ופג, בכורות מא, חגיגה ד ועוד) שלאנדרוגינוס יש אברים גם של זכרות וגם של נקבות. אך בנ"ד נראה מבחוץ רק אבר אחד וא"כ אינו אנדרוגינוס אלא הולכים לכאורה לפי מראית העין והיא נקבה. וכלל גדול בתורה שמראית העין קובעת (ר' בתשובה על אשה שאין כרומוזומים) אך באמת י"ל שלא רק מראית העין בלבד קובעת אלא גם יתר החושים. רק דבר שלא ניתן לשום השגה מוחשית, מכל סוג שהוא, לא מוגדר עפ"י ההלכה כקיים, כי לא ניתנה תורה למלאכי השרת. אולם מה שניתן למישוש הוא עדיין בגדר האנושי. ובמישוש ניתן לחוש באברי זכרות. וכאמור חוש המישוש הוא חוש טבעי.

אלא שעדיין לא ברור שזהו האנדרוגינוס שעליו דברה התורה. נראה יותר לומר שמבחינת זכרותו הוא טומטום. כי כרגע זכרותו אינה ניכרת, אך אם ינתחוהו ויגלו את אשכיו ויבנו לו גיד של זכר תהיה זכרותו ניכרת. וא"כ גדרו כשל טומטום שדינו ספק עד שיתברר מינו.

אולם, טומטום כשמו כן הוא, שהוא אטום ואין לו שום סימני היכר חיצוניים של אף אחד משני המינים. בעוד שבנ"ד יש לו סימן היכר חיצוני של נקבה, אלא שבמקביל יש לו גם סימן היכר פנימי של זכר. לכן נראה שבכ"ז גדרו הוא של אנדרוגינוס, אלא שניתן להופכו לזכר ואז הוא יהיה זכר גמור ולא אנדרוגינוס.

זאת ועוד. לפי דברי הרופאים ילד זה יש לו הורמונים זכריים. לכשיגדל תהיה לו זהות זכרית. ואם יעשוהו נקבה יסבול מכך. לכן נראה שדרכיה דרכי נועם ולא יתכן שנגרום לו סבל מיותר. מה גם שאם יהיה זכר יקיים יותר מצוות ויש גם סיכוי שיוכל לקיים פו"ר בעוד שאם יהיה נקבה היא לא תוכל ללדת.

ב. ריבוי מצוות

אמנם נושא המצוות הוא תוצאה של הגדרת המין, ולכן עלינו להגדיר קודם כל את המין. אך אילו היה המצב מאוזן, דהיינו שהוא גם זכר וגם נקבה, בצורה שווה, וכל הטייה שתיעשה תקבע לבסוף את זהותו הברורה, נושא המצוות מכריע את הכף והוא גם משמעותי לעצם הזהות. כי קיום מצוות כגון טלית ותפילין, צירוף למנין וכדו' הם הקובעים את זהותו של יהודי נורמלי. אך אם הוא בעצם נקבה ומקיים מצוות כגבר יש בכך תסכול עמוק ומסוכן. השאיפה לקיום מצוות רבות ככל האפשר היא עקרון חשוב, אלא א"כ הדבר עלול לפגוע בזהותו שאז יצא שכרנו בהפסדנו. ואין תועלת בריבוי מצוות כאשר האדם בעצם פטור מהן והדבר גורם לו לתסביכים נפשיים וצלקות שלא ניתן לרפאן. ריבוי המצוות בגברים לעומת הנשים מתבטא בברכה 'שלא עשני אשה' וכתב הבית יוסף (סימן מו):

"ומשמע מדבריו (של רש"י מנחות מג ע"ב) דהני ברכות על חיוב המצוות הן, דגוי לא נתחייב במצות כלל, ואשה ועבד אף על פי שנתחייבו בקצת מצות לא נתחייבו בכולן... ואח"כ אנו מברכים שלא עשני אשה שאע"פ שהיא חשובה מן העבד מכל מקום אינה חייבת בכל המצות: וכתב ה"ר דוד אבודרהם (עמ' מא) שהשיב הרמ"ה... שלא תקנו ברכה זו מפני העבדות עצמה אלא מפני שאין העבד חייב במצות כישראל".

וכ"כ הלבוש שם:

"אע"פ שהיא טובה ומעולה הרבה מן העבד, מ"מ אינה חשובה כמו הזכרים בישראל שהרי אינה חייבת בכל המצוות, שפטורה ממצוות עשה שהזמן גרמא, וגדול המצווה ועושה ממי שאינו מצווה ועושה".

כלומר אנו רואים בחיוב אדם במצוות רבות יותר ערך נשאף.

ובכלל ראוי לאדם להכניס את עצמו לחיוב במצוות, ראה סוטה (יד ע"א):

"א"ר שמלאי: מפני מה נתאוה משה רבינו ליכנס לא"י? וכי לאכול מפריה הוא צריך? או לשבוע מטובה הוא צריך? אלא כך אמר משה: הרבה מצות נצטוו ישראל ואין מתקיימין אלא בא"י, אכנס אני לארץ כדי שיתקיימו כולן על ידי";

וכ"כ הרשב"ם ב"ב (צא ע"א ד"ה אין יוצאין) שאסור לצאת לחו"ל משום שהוא "מפקיע את עצמו מן המצוות" וממילא חובת העלייה ארצה, לדעתו, היא כדי להתחייב במצוות רבות יותר (אם כי לגופה של מצות ישיבת הארץ רבו החולקים על הרשב"ם וסוברים שמצות ישוב א"י היא מצוה עצמית ללא קשר למצוותיה).

ונראה, שגם אם נלך לפי מראית העין והוא כרגע נקבה, הרי אם ננתח אותו ונבנה לו אבר זכרי הוא גם ייראה זכר ונחשיב אותו כזכר. ואע"פ שנקבה גמורה שהפכה את מינה לזכר אינה יכולה להפקיע את מינה הטבעי ולעולם תישאר נקבה (כמ"ש במק"א). יש הבדל גדול בין הנושאים. מי שנולד בטבעו ממין אחד אינו יכול לשנות את טבעו. השינוי הוא מלאכותי ולא טבעי וההלכה נקבעת לפי הטבע ולא עפ"י מעשים מלאכותיים. היהפוך כושי עורו?! אך מי שטבעו בזמן לידתו לא היה ברור כל כך והוא ספק טומטום ספק אנדרוגינוס, גם אם נראה מבחוץ כנקבה אך היו גם לו גם סימני זכר והפכוהו לזכר, שם זכר עליו, לפחות בדיעבד.

לכן נראה שמותר לנו להכניס את עצמנו לכתחילה למצב שיתברר בדיעבד כמועיל.

ג. כניסה למצב שבדיעבד יהיה בר תוקף

ומצינו בהלכה שמותר להיכנס לכתחילה למצב שבדיעבד יהיה בר תוקף.

במנחת חינוך (מצוה ד – אות טו) כתב:

> עוד אני מסתפק, אם ביום שלשים של אדר באו עדים כשרים שראו את החודש כדי לקדשו היום, ובאו עדים שנולדו י"ג שנה קודם בראש חודש ועתה בראש חודש ניסן נעשו גדולים, ומזימין את העדים הכשרים... האיך לדון בדין זה, אם לא יקבלו בית דין את העדים הכשרים מטעם זה, כיון דאיכא עדים שפוסלין אותם, הא אם לא יקדשו א"כ היום עוד אדר ולא ניסן ולא נעשו הפוסלין גדולים, וקטנים אינם יכולים לפסול עדים, וא"כ עוברים על המצוה שיש כאן עתה עדים כשרים ואין מקבלין אותם, ואם יקבלו בית דין העדים ויקדשו החודש, א"כ המזימין והפוסלין נעשו גדולים למפרע ואיפסלו להו הכשרים, וקידשו על פי עדים פסולים, והיאך יקבלו אותם בית דין שיודעים דשלא כדין יקדשו דהם עדים פסולים. נהי דבדיעבד מקודש, מ"מ היאך יעשו לכתחלה לקדש ע"י פסולים, ואם באמת לא יקדשו דהעדים פסולים, הלא כיון שלא יקדשו אינם פסולים, והמזימין קטנים והמעידים כשרים לכל עדות שבתורה, והיאך לדיינוה דייני להאי דינא.

ונראה לענ"ד, כיון דבשעה שהעדים הכשרים באים ודורשין וחוקרין אותם הם כשרין גמורין, כי מצוה על בית דין לקבל עדותן... ואי משום דיודעים דאם יקבלו עדותן יהיו פסולים ויקדשו שלא כדין, זה אינו, דהא באמת אם יקדשו אף שהעדים יפסלו, מ"מ אין לבית דין שום מכשול, כי החודש מקודש בדיעבד, אפילו ע"י זוממים ופסולים, כמבואר בר"מ פ"ב ה"ב. ועתה בשעת קבלת עדות הם כשרים וראוי לקדש על פיהם. אף שלאחר זמן יתגלה למפרע דהיו פסולים מ"מ מקודש החודש כדינו. א"כ כיון דבדיעבד כשר ולכתחלה כשרים ומצוה לקבל אותם, נראה דמקיימים המצוה ויקבלו אותן, ואחר זמן אף

שיפסלו אין כאן שום קלקול ע"י עדותן.

ודוגמא לזה מבואר בר"ן בכתובות פרק הכותב פ"ו ע"א...

וא"כ ה"ה גם כאן מכיון שבדיעבד לאחר שינתחו אותו ויעשוהו זכר הוא יהיה זכר מותר לנו להכניס את עצמנו לכתחילה למצב שבדיעבד יועיל. אמנם יש לכאורה לחלק. שם יש מצוה לקדש את החודש וכאן אין מצוה להפוך את המין. אך הראיה שהביא מאשה ובע"ח דומה לנ"ד. אין מצוה להקדים את הבע"ח ובכ"ז אנו מקדימים אותו ויוצרים מצב שמועיל בדיעבד. ק"ו כאן יש צד מצוה להעדיף את זכרותו על נקבותו.

אם כי יש לטעון שאם טבעו הוא אנדרוגינוס הוא גם זכר וגם נקבה וזה שמו לעולם גם אם ינתחוהו ויהפכוהו לזכר שמו וגדרו לא ישתנו. וצ"ע.

ונראה שהדבר תלוי בגדר אנדרוגינוס. אם הוא בריה בפני עצמה (כלשון המשנה – בכורים פ"ד) אין אפשרות להופכו לבריה אחרת. כשם שאין אפשרות להפוך זכר לנקבה, ולהיפך, כך א"א להפוך אנדרוגינוס לזכר או לנקבה, כי הוא מין בפנ"ע כמו זכר או נקבה. אך אם הוא חצי זכר חצי נקבה (כד' הראב"ד הל' שופר פ"ב ה"ב) אין כאן מהפך גמור ואפשר להופכו לזכר. וק"ו אם הוא ספק זכר ספק נקבה שהיא דעת רוה"פ (רמב"ם מילה פ"ג ה"ו, טוש"ע או"ח סי' שלא ס"ה ויו"ד סי' קצד ס"ח) אין כאן שום מהפך אלא בירור הספק וניתן להופכו לזכר. ובפרט למ"ד שהוא זכר ודאי (טור יו"ד סי' רסה ואהע"ז סי' מד וסי' קעב, בשם הר"י והרא"ש; רמ"א אהע"ז סי' מד ס"ה בשם י"א) בודאי שמן הראוי לעשותו זכר גמור. ובפרט שלדעת הרופאים ההורמונים שלו זכריים א"כ גם זהותו היא זכרית, לכן ראוי להתאים את אבריו החיצוניים לנפשו הפנימית כדי שאישיותו תהיה הרמונית.

מסקנה

יש לבנות לילד זה גיד כאיש ולגרום לאשכים הטמירים לרדת לשק האשכים, ולבטל את אבריו הנשיים החיצוניים.

סימן טו

סירוס אשה שיש לה כרומוזומים זכריים

שאלה

אשה בעלת כרומוזומים של גבר XY. יש צורך לכרות את הגונדות (מעין איברי מין) שבשחלותיה, האם הדבר מותר?

א. האם בריה זו היא גבר או אשה?

ראשית כל עלינו לברר מה מינה של 'אשה' זו, האם היא גבר או אשה. כי אם היא אשה סירוסה קל יותר כפי שיתבאר. גם אם נניח שהיא נחשבת לגבר, צ"ע אם סירוס של 'גבר' כזה אסור?

לענ"ד אשה זו היא אשה לכל דבר. אין לנו בהלכה אלא שלוש אפשרויות של הגדרת מינו של אדם: איש, אשה ואנדרוגינוס (טומטום הוא ספק זמני עד שיתברר אם הוא איש או אשה). סימני ההיכר של שלושתם ברורים עפ"י הרמב"ם:

"אנדרוגינוס והוא הילוד שיש לו זכרות

כזכר ונקבות כנקבה" (הל' מילה פ"א ה"ז).

"מי שיש לו איברי זכרות ואיברי נקבות הוא הנקרא אנדרוגינוס והוא ספק אם זכר אם נקבה, ואין לו סימן שיוודע בו אם הוא זכר ודאי או נקבה ודאית לעולם". (הל' אישות פ"ב הכ"ד).

ובפירוש המשניות לביכורים (פ"א מ"ה):

"ואנדרוגינוס מי שיש לו אברי הזרע הידועים לזכר ולנקבה".

וכן מצינו בכמה מקומות בש"ס: טומטום שנקרע. מבואר אפוא שרק קריעת האוטם יכולה לברר לנו את מינו ולא שום סימן אחר. המין נקבע אפוא עפ"י אברי ההולדה בלבד.

ואפילו איילונית שכל הסימנים מעידים שהיא יותר גבר מאשר אשה היא בכל זאת נחשבת אשה לכל דבר. ואלו הן סימניה:

"כל שאין לה דדים, ומתקשה בשעת תשמיש; רבן שמעון בן גמליאל אומר: כל שאין לה שיפולי מעים כנשים; רבי שמעון בן אלעזר אומר: כל שקולה עבה ואינה ניכרת בין אשה לאיש" (יבמות פ ע"ב).

כל הסימנים מעידים שהיא גבר ולא אשה ושמה מעיד עליה "איילונית" וכדברי הגמ' בכתובות (יא ע"א): "איילונית – דוכרנית דלא ילדה". **וברש"י** (כתובות לה ע"ב): "איילונית – שאין לה סימני נערות לעולם ואינה יולדת לשון איל זכר דוכרניתא דלא ילדה".

ובכל זאת מי שהכיר בה ונשאה היא אשתו לכל דבר כמבואר ביבמות יב ומותרת לו גם בחיי אישות ולא חיישינן למשכב זכור (דבר האסור באנדרוגינוס עיין יבמות פג ע"ב). **הוא חייב בכתובתה, היא נאסרה על כל העולם כאשת איש וכל דיני אשה חלים עליה.**

ואפילו אשה שאין לה וסת עדיין אינה מוגדרת כאילונית. וכאמור גם אם נגדירנה ככזו היא אשה לכל דבר.

ובקידושין (לה ע"ב) **למדו מ"'זקנך' – ולא זקן אשתך", שאין בזקנה של אשה איסור השחתה. למרות שלטומאת נגעים אמרו** (קידושין שם): "זקן אשה והסריס שהעלו שער – הרי הן כזקן לכל דבריהם". **מבואר אפוא שאשה המגדלת זקן** (ומשמע אפילו זקן גברי גדול, דבר המעיד כנראה על כרומזומים גבריים) **דינה כאשה ומותר לה להשחית את זקנה ורק לענין נגעים דינה הושוה לאיש. ואף זאת בגלל ריבוי מיוחד שהתורה ריבתה לעניין זה. כלומר הדבר היחיד הקובע את מין האדם הוא אברי ההולדה החיצונים.**

והנה בנ"ד אמנם הבדיקה הגנטית העלתה שהכרומוזומים של האשה הנידונה הם כשל גבר, דהיינו X ו–Y אולם מסיבה כל שהיא היא נולדה עם כל הסימנים של אברי ההולדה של אשה, עד כדי כך שהרופאים מציעים לה לשמש כפונדקאית וללדת ילדים כדרך כל הארץ. א"כ אין מנוס מאשר לקבוע את מינה כאשה, למרות שמבחינה גנטית היא נחשבת כאיש. כי מה שקובע בהלכה הוא מראית העין, כפי שיוסבר להלן.

וכבר דן במקרה דומה הציץ אליעזר (חי"א סי' עח), **לגבי תינוק שנולד כנקבה אך נמצאו גם כמה סימני זכר ומבחינה גנטית התברר שהוא זכר, אך יותר נוח לנתחו ולהופכו לנקבה. הוא פסק שהולכים אחר מראית העין.**

ב. מראית העין קובעת להלכה

ההלכה מתחשבת בעיקר במראית העין. אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. הכרומזומים הם סמויים מן העין הבלתי

מזוינת, לכן לא הם הקובעים. דוגמא לכך הוא יחס ההלכה לחיידקים. מכיון שהם סמויים מן העין איננו מתחשבים בהם להלכה (עיין בינת אדם הל' שחיטה כלל לה, מט וערוה"ש יו"ד סי' פד).

מכאן למדנו שההלכה מבוססת על הראיה הטבעית. ולהלן כמה דוגמאות (הציטטות המובאות להלן הן תמציות מספרות השו"ת של דורנו):

1. שו"ת יביע אומר (ח"ד, יו"ד סי' כ) – כתבי הקודש שנראים רק ע"י זכוכית מגדלת

בשו"ת אבן יקרה ח"ב (סי' לג), נשאל אם מותר ליכנס לבית הכסא עם תנ"ך שנעשה ע"י צילום פוטוגראפי באותיות קטנות מאד, עד שא"א לקרות בו אלא בעזרת זכוכית מגדלת, והעלה שאין שום קדושה כלל בתנ"ך כזה. אין לזה דין כתב כלל. שאנו אין לנו בכל מקום אלא מה שעינינו רואות במראה ולא בחידות.

גם הגר"ש קלוגר בשו"ת טוב טעם ודעת תנינא (בקו"א סי' נג) כתב שאין בדיקה בזכוכית מגדלת מעלה ומורידה. וכן מצינו עוד כיוצא בזה בתפארת ישראל (פ"ב דע"ז מ"ו, בועז סק"ג), שהביא שגדול אחד חשב להתיר דגים שאין הקשקשים שלהם נראים לעין אלא ע"י מיקרוסקופ, ואוושי עליה כולי עלמא, ונפיק שיפורי דידהו לאיסורא, ונשתקע הדבר ולא ייאמר.

2. שו"ת משנה הלכות (חי"א סי' קיד) **– אין צריכים בדיקות מעבר לנראה בעין.**

אנן שותין חלב בכל יום ואוכלין בשר וסמכינן ארוב בהמות כשרות אע"פ שאפשר כהיום לבדוק ע"י מכונת עקסריי (=קרני רנטגן) הבהמות אם אין בהם טריפות הריאה מפני שהתורה סמכה על הרוב ואין צריך לבדוק יותר ולא אצריכוהו בדיקה כלל לא בידי אדם וכ"ש במכונה עקסריי בלע"ז ואנן לא נתנה לנו תורה רק לעינינו...

התורה לא ניתנה לנו אלא בלי תחבולות וכבר כתב המבי"ט הביאו המג"א סי' תרמ"ח סקי"ח כעין זה לענין האתרוגים אי צריך להשתדל למצא עליהם נקודות שחורות וכיוצא בו דכל שאין נראה לעין לא פסול. ולא ניתנה תורה לרואי בזכוכית מגדלת...

ומה נמתקו בזה דברי הגאון פוסק הדור מרן ר' משה פיינשטיין זצ"ל שהביאו בשמו שהגם שהיה פוסק לכל הדור לפי השעון וכיוצא בו, עוד לעצמו בבוקר היה פותח חלונו ובודק לראות אם הגיע כבר זמן עטיפת טלית, ולעת תפילת נעילה היה מביט החוצה אם החמה עומדת על ראש האילנות וכן בשאר דברים כי התורה העידה לנו על קיומה בלי מכשירים וה' נתן חכמה לשכוי להגיד לן דרכי התורה ולהבחין בין יום ובין לילה ולעורר אותנו הכל ע"פ דרך הטבע מה' ית"ש ולא מהמכונות... לא להם נתנה התורה אלא לנו בעלי גוף וחוש וטבע.

3. שו"ת עטרת פז (ח"א כרך ג, אה"ע סי' ב) **– מי שפגיעתו אינה ניכרת לעין אינו פצוע דכא**

אדם נשוי מזה כעשר שנים ונולדו לו ב' בנים ובת אחת. עיסוקו הוא טכנאי רנטגן שנים רבות. כעת נודע לו ע"י בדיקה רפואית שניזק באשכיו מקרני הרנטגן באופן שאינו יכול להוליד יותר רח"ל, ולכן נפשו לשאול הגיעה אם יש לו דין פצוע דכא שאסור לו לבוא יותר

בקהל ועליו להפרד מאשתו.
לדעת החלקת יעקב כל שאין הפעולה ניכרת לעין לא חשיב פצו"ד ומדבריו נראה שזהו חילוק של הגר"י אונטרמן. חילוק זה מבואר כבר להדיא בדברי תורת חסד מלובלין (אה"ע סי' לח סוף אות ה) שכתב חילוק זה גבי כוס של עקרין, והיינו דגבי מש"כ לחלק דלא מקרי סרים אדם אלא בששלטה יד אדם ממש באברי ההולדה. ובכוס של עקרין, אע"ג שכח המשקה מגיע עד אברי ההולדה, צ"ל שאין ניכר לעין שינוי באברי ההולדה ולהכי שרי. יעו"ש. ומה שציין החלקת יעקב די"ל דהכא הוי שינוי כיון שנראה ע"י מקרוסקופ, הנה בעלמא קי"ל דאין לנו אלא מה שעיננו רואות וכי הא דכתב בשו"ת אבן יקרה. ברם הנה הלום ראיתי בשו"ת תשובות והנהגות להר"מ שטרנבוך ח"ב תאבה"ע (סי' תרפו) שכתב שם אודות אחד שהיה לו פציעה באחד מהאשכים דרק במכונת צילום [כלומר רנטגן] רואים היטב שיש כאן פציעה וגם לדעת הרופא במישמוש היטב ממש דוקא מכיר הפציעה, אבל עדיין לא ברור שזהו כדי גדר פציעה שפסול. ע"ש.

4. הזרם החשמלי

השאלה האמורה מוצאת את ביטויה בהתייחסות להזרמת זרם חשמלי בחוטים בשבת, גם כאשר לא נעשית מלאכה, כגון בהפעלת מאוורר חשמלי. הבערה אין כאן. לדעת הבית יצחק יש בהפעלת מכשיר חשמלי משום איסור מוליד מכיון שהוא יוצר דבר חדש ומפיח מעין רוח חיים במכשיר הדומם, אולם בהעברת זרם בחוטים ללא הפעלת מכשיר אין גם מוליד. אמנם סו"ס החוטים מעבירים זרם, ואם אדם ייגע בהם הוא יתחשמל. אלא שזרם זה אינו ניכר לעין (ואכן הגר"נ לוין, רבה של רישא וחתנו של הבית יצחק טוען טענה זו לדו"ז ר' אלתר שטיגליץ בסוף ספרו "הצל"ח החדש"). לעומת זאת דעת החזו"א שכל סגירת מעגל חשמלי אסורה משום בונה. אולם גם לדעתו, אם אני מבין אותה נכון, העברת זרם בלבד, אילו לא היתה מורגשת כלל, באף אחד מחושינו הטבעיים, לא היה כאן איסור בונה. אך מכיון שאדם הנוגע בחוט המחושמל חש בזרם לכן גם הידיעה שהזרם זורם בחוטים כמוה כתחושה.

5. נורה חשמלית

הגרש"ז אוירבאך מתיחס בכמה מקומות לנושא זה של דבר הסמוי מן העין. השאלה שהתעוררה עם המצאת הנורה החשמלית היתה, איזו מלאכה יש בהדלקת נורה כזו? להבה ממש אין כאן. אין התחמצנות המביאה לכילויו של חומר בעירה. (יש סבורים שאיסור הבערה מותנה בכילוי חומר הבעירה עיין אב"נ או"ח סי' רלח). היה מי שטען שבנורה חשמלית, החומר כלה, שהרי לכל נורה חשמלית יש קיצבת חיים מוגבלת עד שהיא נשרפת. הגרשז"א דוחה טיעון זה. כי כילוי החוט אינו מורגש בעין המוחשית. (לדעתו הדלקת נורה כזו נחשבת בכל זאת כהבערה כי יש בה גחלת של מתכת, למרות שהחומר לא כלה מנחת שלמה ח"ב סי יט).

באותה תשובה דן הגרשז"א בנושא אחר. המדענים טוענים שגם בנורה כבויה המחוברת למצבר זורמים כל הזמן אלקטרונים, אלא שאין בכוחם להעלות אור בנורה עד שהאדם מחבר אותה למצבר ע"י המתג. חיבור זה רק מגביר את זרימתם של האלקטרונים ולכן הנורה

מאירה, אולם אין כאן הצתה חדשה. לדעתו של הגרשז"א ההגדרה המדעית אינה רלבנטית להלכה. אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. האלקטרונים אינם מורגשים בחושינו, ורק כשהאדם מחבר את המתג הוא חש בעליל שהוא בעצמו הצית את הנורה. (ועיי"ש סי' צז אות כז שנשאל האם מותר להשתיל חומר גנטי מיצור אחד ליצור אחר וליצור ע"י כך משהו שונה. תשובתו היא שאמנם מדובר בחומר מיקרוסקופי, אך מאחר שאנשים מתעסקים בפועל בחלקיקים אלה ומעבירים אותם ממין אחד לחברו, יש להתייחס אליהם כאל חומרים מוחשיים).

(לעומת זאת במנחת שלמה ח"א סי' נא הוא שואל מדוע לא נאמר שקדושת ירושלים וא"י תגיע גם לעבר השני של כדור הארץ המכוון מול ירושלים וא"י? ולענ"ד נראה שרק מבחינה מדעית ניתן לכוון שתי נקודות אלו ע"פ כדור הארץ, אך העין הטבעית לא מסוגלת לראות זאת. עובדה שגם בעבר השני של כדור הארץ האנשים נראים מהלכים כשרגליהם למטה וראשם למעלה... כנראה שכוונת הגרשז"א לומר שאפילו אם יבוא יום ויקדחו חור מעבר זה של כדור הארץ לעברו השני ויראו בעליל את המקבילה לירושלים בעבר השני של העולם הקדושה לא תעבור את מרכז כדור הארץ).

6. קביעה בצורה טבעית ולא בדרכים מלאכותיות

מצינו בהלכות רבות שהתורה התחשבה בצורת קיומן הטבעית ולא בצורה מלאכותית. עי' למשל בשו"ת ארץ-צבי (סי' י"ב אות ב') שכתב שאין צורך לרבע את התפילין ע"י מכשיר מדוייק ביותר (קליבר). וכמו כן כתב בשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סי' קמו) שאין צורך להשתמש במיקרוסקופ כדי לבדוק את הריבוע של התפילין. וכל הפוסקים הסתפקו במדידת הריבוע בתפילין עפ"י הכלל הקבוע בש"ס: "כל אמתא בריבוע, אמתא ותרי חומשי באלכסונא", אע"פ שכידוע החשבון המתמטי מדוייק יותר עפ"י משפט פיתאגורס. עי' משנ"ב וערוה"ש (סי' לב סעי' עה), וב'תחומין' כרך ט' (עמ' 419-421). ולכן במצות פריה ורביה התורה לא מצוה אלא בהפריה טבעית ולא בהפריה מלאכותית. (ור' באהלה של תורה ח"א סימן סט, ג, ג).

7. פריה ורביה בכינים

הכינים הוגדרו ע"י חז"ל כבעלי חיים שאינם פרים ורבים ולכן אין איסור להורגם בשבת. ר' יצחק למפרונטי (פחד יצחק ערך בהמה) טען, מכיון שכיום ניתן לראות במיקרוסקופ שהכינים פרות ורבות יש צורך להתייחס אליהן כאל בעלי חיים רגילים ולאסור את הריגתן בשבת. ואכן מאז פסטר ואילך הוכח מעל לכל ספק שאין בריאה ספונטאנית. אך מכיון שכל תהליך ההפריה סמוי מהעין הבלתי מזוינת יש מקום להשאיר את הגדרת חז"ל, ביחס לכינים, במקומה.

8. העלאת גרה בארנבת

הארנבת נחשבת כמעלת גרה כי כך היא נראית למראית העין, למרות שבבדיקות מדעיות התברר שאינה מעלת גרה באמת. (רד"צ הופמן ויקרא יא, ו).

9. קביעת מות אינה תלויה בראיה טבעית

לכאורה, יש סתירה לכל מה שכתבנו ממש"כ האגרות משה (יו"ד ח"ב סי' קמו) במי שבמראית העין נראה כמת, אך בבדיקות אלקטרוניות במוח נמצאו סימני חיים, לדעתו אין לסמוך על מראית העין אלא

על המכשירים האלקטרוניים הרגישים יותר וז"ל:

"ומה שכתר"ה דן להקל באם הרופאים רואים תגובות בעלעקטריק ראדיאגרם לומר שאינו כלום ונחשב מת אם אך הפסיק לנשום, ודימה זה למה שמותרין לאכול תולעים שרואים אותם במיקראסקאפ, מפני שהתורה לא אסרה אלא תולעים ושקצים ורמשים שנראו לעינים וכן דימה למה שזקנו הגרש"ז ז"ל אמר שאין להתחשב במראות דמים עם מיקראסקאפ, וכן לא ברבוע של תפילין ופגימת סכין לשחיטה וכדומה... נראה לע"ד שאינו כן. במי שרואין העלעקטריק ראדיאגראם שיש לו איזה חיות הרי על אופן זה ליכא שוב אפילו רוב לומר שהוא מת, והוא החי ממש אף שאינו נושם, כאיש ההוא שנקבר בהכוך מחמת שפסקה נשימתו וחי אח"כ כ"ה שנה, ולכן יהיה אסור לקבוע [=את מותו] של איש כזה ואדרבה יהיו מחוייבים להשתדל ברפואות אם אפשר ומסתבר שגם בשבת".

נלענ"ד לחלק עפ"י מש"כ הרמב"ם בהל' רוצח (פ"ב ה"ח):

"ההורג את הטריפה אע"פ שאוכל ושותה ומהלך בשוק הרי זה פטור מדיני אדם, וכל אדם בחזקת שלם הוא וההורגו נהרג עד שיודע בודאי שזה טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות אם לא ימיתנו דבר אחר".

חיי אדם נקבעים לפי המקובל ברפואה. לרופאים ניתנה הרשות לרפא ועל סמך הבנתם המקצועית יש לקבוע אם האדם חי או מת.

[אם כי יש להעיר שאם השאלה היא לא רפואית-מקצועית אלא מוסרית-משפטית אין הדבר מסור בידי הרופאים. כגון: חולה הנוטה למות שמצבו אנוש ובלתי הפיך, כל עוד הוא חי לפי הקריטריונים הרפואיים המקובלים אין לרופא רשות לקצר את חייו בצורה אקטיבית, רק משום שהוא סבור שהחולה חסר סיכוי. יש להפעיל כאן שיקול דעת ערכי-מוסרי וממילא הלכתי ולא רפואי-מדעי.]

לעומת זאת בהל' שחיטה פסק הרמב"ם (פ"י הל' יב):

"ואין להוסיף על טריפות אלו כלל, שכל שאירע לבהמה או לחיה או לעוף חוץ מאלו שמנו חכמים הדורות הראשונים, והסכימו עליהם בבתי דיני ישראל – אפשר שתחיה, ואפילו נודע לנו מדרך הרפואה שאין סופה לחיות".

"וכן אלו שמנו חכמים ואמרו שהן טריפה, אף על פי שיראה בדרכי הרפואה שבידנו שמקצתן אינן ממיתין ואפשר שתחיה מהן, אין לך אלא מה שמנו חכמים, שנאמר: 'על פי התורה אשר יורוך' ".

בהל' טרפות קובעים כללי ההלכה המקובלים הנקבעים עפ"י מראית העין הטבעית. שאלת הכשרות אמנם תלויה בחיי הבהמה אולם זו לא שאלה של פיקוח נפש, אלא שאלה הלכתית רגילה. התורה אסרה לאכול טרפה, לא בגלל שהבהמה לא חיה אלא משום שרצתה לקדש אותנו. העובדה שהבהמה לא יכולה לחיות כשהיא טרפה

מהווה רק **סימן** לכשרות אולם לא **הסיבה** לאיסור. (עיין צפנת פענח תרומות השמטות עמ' ס ואג"מ אה"ע ח"ב סי' ג).

ג. סירוס אשה

לאחר שהנחנו שהאשה האמורה היא אשה לכל דבר, צ"ע האם מותר לכרות את הגונדות שב'שחלותיה'. כריתת שחלות באשה רגילה נחשבת לסירוס. ובשו"ע אה"ע סי' ה נפסק שעל סירוס אשה אמנם לא חייבים, אך הדבר אסור. רוב הפוסקים פירשו שהאיסור הוא רק מדרבנן. לדעת הגר"א האיסור הוא עשה מדאורייתא שנאמר "משחתם בהם".

אולם השאלה היא, האם בכלל יש כאן מעשה סירוס?

א. לדעת המנ"ח אין איסור סירוס במי שאינו יכול להוליד. ראייתו משבת (קיא ע"א) שם משמע שלפי ההו"א זקן שאינו מוליד אין איסור לסרסו. ובשו"ת ציץ אליעזר (חי"א סי' עח) הסתמך על המנ"ח הנ"ל להתיר ניתוח באברי ההולדה בתינוק שאין לו סיכוי להוליד. אמנם האחרונים דוחים את ראייתו. החזו"א והגרשז"א (ח"ג סי' קג אות י) סוברים שרק שתיית כוס של עיקרין מותרת לזקן ועקר שהיא סירוס בגרמא, אך סירוס בידים אסור גם למי שאינו מסוגל להוליד.

מיהו יתכן שאשה שאינה יכולה ללדת יהיה מותר לסרסה משום שכל איסור סירוסה הוא רק מדרבנן לרוב הדעות. ואפילו לדעת הגר"א שאיסור סירוסה הוא בעשה אין איסור סירוסה דומה לסירוס האיש, ואם בלא"ה אינה יכולה ללדת לא נאסר סירוסה.

ומצאתי סברה זו בשו"ת אגרות משה (חו"מ ח"ב סי' עג):

"לכן ילפינן אשה מאיש מאחר שהיא נמי מצווה על פו"ר כהאיש, אבל על מה שנאמר חידוש באיש לאסור גם מסרס אחר מסרס שהוא גזה"כ בעלמא לא שייך למילף, וכ"ש דלרבנן שהאשה אינה מצווה על פו"ר דהאיסור סירוס באשה הוא רק איסור מדרבנן שודאי אין לאסור. דבלא טעם לאסור ודאי לא יאסרו. ומאחר שמוכרחין לחתוך את הרחם משום מחלתה ליכא שום איסור לנתח גם את השחלות ואת צנורות הרחם. ואף להגר"א באה"ע סימן ה' ס"ק כ"ח שאיכא איסור דאורייתא גם בנקבה מקרא דמשחתם, מסתברא דההשחתה שנאמר באברי הזרע ולא באברים אחרים הוא משום שנשחת עי"ז ענין הולדת בנים, וכיון שנוטלין ממנה הרחם בשביל סכנה ליכא שום חשיבות ושם השחתה על מה שנשארו השחלות וצנורות הרחם והוי זה כצער וחבלה בשאר אבריה שלטובתה אין לאסור אף למ"ד אסור לחבול בעצמו".

ד. אברי הולדה גבריים בגופה של אשה

והנה בנ"ד המדובר הוא בגונדות שהרופאים מתקשים בהגדרתן. הן ספק שחלות ספק אשכים. כלומר, אין מדובר בסירוס אברי הולדה ידועים, אלא בניתוח דבר דמוי שחלה או דמוי אשכים ובעצם אינו אלא גידול בשר מיותר בן בלי שם. אם נניח שגונדות אלו הם אברי הולדה זכריים יתכן שכריתתם תיאסר מהתורה. עשו"ת חתם סופר (אה"ע ח"א סימן כ) שכתב:

אבל האמת יורה דרכו דקרא בגיד וביצים איירי... כאילו מבואר בקרא בהדיא בשלש איברים הללו לא נעשה בארצנו... התורה פרטה בפירוש אלו

איברים דוקא, ולא אחריני... אלא גז"ה הוא ודוקא בהם ולא באחריני והיינו איברי נקבות".

"ולע"ד אנדרוגינוס שיש לו זכרות ונקבות אם מסרס בזכרות שלו לוקה אע"ג דספק נקבה הוא מ"מ חייב, שלא נתמעטה נקבה אלא **איברי** נקבה אימעטו אבל איברי זכר הנמצאים בנקבה לוקה עלי'... וה"ה בהיפוך מותר להאנדרוגינוס לסרס איברי נקבה שלו אפי' יבוא אלי' ויאמר שזכר גמור הוא מ"מ איברי' אלו אימעטו".

ונראה לומר שגם אם נניח שהמדובר באשכים זכריים אין זה מקומם הקבוע. וגם אם היה מדובר בזכר, ודאי לא היה איסור בכריתת אשכים הנמצאים בתוך הגוף שלא במקומם הקבוע מחוץ לגוף. משום שלא אסרה תורה אלא סירוס אברי הולדה של זכר כשהם במקומם ולא כשהם במקום אחר. עיין נשמת אברהם (אה"ע סי' ה אות ה) בשם הגרשז"א שביצה שלא ירדה אל האשך מותר לכרותה במקומה בגלל חשש סרטן ואין בכך משום סירוס, משום שאין לה דין ביצה אלא בשר בעלמא. וכן פסק הגר"מ פינשטיין (אג"מ אה"ע ח"א סי' יב).

וזכורני שמביאים בשם הגרשז"א שרק אם אחרי הסירוס יהיה הגבר מסורס הדבר אסור, אולם אם אחרי הסירוס היא תהיה נקבה אין כאן סירוס. (כנראה סברתו משום באין כאחד וכמו עוקר חוליה מבור עיין שבת צט ע"ב).

ה. חשש לפיקו"נ

יש כאן חשש לסרטן. אמנם כדי להגדיר זאת כפיקו"נ יש צורך בנתונים סטטיסטיים. מיעוט המצוי מחושב בדרך כלל בשיעור של 10%. אין ספק שבחשש של פיקו"נ יש להתחשב באחוז נמוך יותר. כך אמר לי הגרשז"א. וכן כתב הגרמ"פ אה"ע שם:

"וגם הא שעלול להעשות סרטן אף שהוא רק בסך חמשה אחוזים יש להחשיב סכנה להאשה להתיר זה דהוא חשש גדול, ואף אם נימא דאין לעשות מתחלה נתוח בשביל חשש דאחד מעשרים הוא משום שגם הנתוח בעצמו נמי יש בזה חשש סכנה, אבל באופן זה שהוא בשעת הנתוח ההכרחי דהרחם שמסתבר שלא נוסף לה אלא הצער בשביל זה לבד שחתכו יותר מעט, וגם אפשר שלא ניתוסף לה שום צער יותר מלחתוך הרחם לבד וכמסתבר כן".

כפי שהבנתי משיחתי עם הגרשז"א דעתו להתחשב בפיקו"נ גם באחוז נמוך, אם כי לא קבע מהו אחוז זה (במקום אחר ניסינו לחשב את המיעוט המצוי בפיקו"נ כ-0.7% כי יולדת נחשבת למסוכנת שמחללין עליה את השבת ואחוז הנשים שמתו בלידתן במקום בו הרפואה לא התקדמה עדיין הוא 0.7% והדבר עדיין צ"ע). המקרה שלנו הוא בלא"ה נדיר ביותר והשאלה אם אפשר להכלילו במסגרת של הסטטיסטיקה של גידולים אחרים מסוגו. ויש בכך גם להקל וגם להחמיר. מיהו הסברה נותנת שכל גידול בשר מיותר באדם עלול לסרטן.

כאמור לעיל גם לשיטת הגר"א האוסר סירוס באשה משום "משחתם בהם" משמעותו של ביטוי זה דומה לאיסור "בל תשחית", ודון מינה ואוקי באתרה שרק כאשר הדבר נעשה למטרות השחתה, כלומר לסרס אשה שלא תלד, הוא זה שאסור, אך כאשר הדבר נעשה מתוך הכרח גדול, אע"פ שאינו פיקו"נ, יתכן שהוא מותר.

מסקנות

א. מכיון שלפי מראית העין המדובר באשה דינה כנקבה לכל דבר.

ב. גם אם נניח שדינה כגבר מכיון שאין מדובר במקום הקבוע לאברי הולדה של הגבר אין לאסור את הסירוס.

ג. איסור סירוס באשה שונה מאיסור סירוס בגבר, משום שבאשה האיסור רק מדרבנן ואפילו אם נניח שהאיסור באשה הוא מהתורה, במקום שאין השחתה מותר.

ד. מכיון שאשה זו אינה מסוגלת ללדת אין איסור לסרסה.

ה. אם יש חשש לסרטן צריך לנתחה.

סימן טז

הפיכת זכר לנקבה

שאלה

מי שנולד כזכר ואף עבר ברית מילה, אולם לאחר זמן בבדיקה פנימית של אולטראסאונד נמצאו בגופו אברים נקביים דהיינו רחם ושחלות ובבדיקה גנטית התברר שיש לו כרומזומיים נקביים דהיינו xx. האם מותר לנתח אותו ע"מ להופכו לנקבה, האם אין בכך משום סירוס?

תשובה

בתשובתי לעיל (סימן טו – אשה שיש לה כרומוזומים זכריים) נשאלתי שאלה דומה, של מי שנולדה אשה עפ"י אבריה החיצוניים אך בבדיקה פנימית נמצאו גם אברי זכר, אך יש לה גם רחם. אמנם יש לה כרומוזומים נקביים דהיינו xx אולם אלו סמויים מן העין. שם נטיתי לומר שעדיף לעשותה נקבה על סמך אבריה החיצוניים. כי מראית העין קובעת יותר. ובאשר לאותם אברים הדומים לזכריים יש לנתחם ואין בכך משום סירוס, כי לאחר שקבענו שהיא נקבה אין אברים אלו אברי זכר ומותר לסלקם.

בנ"ד המצב שונה. אמנם מבחוץ הוא נראה כזכר אך בפנים ברור שהוא נקבה. אמנם הבדיקה הפנימית נעשתה רק במכשיר הדמייה ולא בעיניים טבעיות, אולם א"א להכחיש את עובדת קיומם. ולא דמי ליצורים מיקרוסקופיים שלא ניתנים להיראות בכלי מצד עצמם, אברים אלו נראים ואילו היו לנו עיניים טובות יותר היינו יכולים לראות בעצמנו. או אילו יכולנו לחדור לתוך הרחם היינו יכולים לראות במו עינינו שמדובר בנקבה. (מכשיר ההדמיה מציג בפנינו במדויק את מה שניתן היה לראות בעצמנו). ולפחות יש בכך בכדי לערער את הנחתנו שמדובר בזכר. וכשגם הכרומוזומים מצדיקים את קביעת המין של האברים הפנימיים יש בהם בכדי להכריע את הספק ולקבוע את מינה כנקבה. ואע"פ שהכרומוזומים אינם ניתנים לראיה טבעית מצד עצמם אך מכיון שלדעת הרופאים יש סיכוי גדול שתוכל

להרות וללדת כנקבה יש בהם בכדי להכריע את הספק ולקבוע שמדובר בנקבה.

ומאחר שקבענו את מינה כנקבה אין איסור לסרס את אברי הזכר. אלו אינם אבריה האוטנטיים אלא אברים מיותרים שיפריעו לה לתפקד כנקבה ולכן אין בהם משום איסור סירוס. אמנם כל עוד לא סילקנו אותם היא נראית כזכר ולכאורה אסור לסרסו, אך מכיון שלאחר שנסלקם היא תהיה נקבה ואברים אלו לא ייחשבו כאבריה מותר לסלקם.

ומצינו בהלכה שמותר להיכנס לכתחילה למצב שיתברר בדיעבד שהיה מותר לעשותו. ר' מנ"ח מצוה ד בענין עדים קטנים שיהיו בני מצוה בר"ח שיש לקבלם לעדות החודש. ראה שם ראייתו. (הבאנו לעיל תשובה על אנדרוגינוס.)

סימן יז

אמצעי מניעה

שאלה

אשה אחרי לידה ומומלץ לה להימנע מהריון למשך שנה.

בתקופת ההנקה השתמשה בגלולות מתאימות. עם גמר ההנקה כעבור חצי שנה עליה להחליף את הגלולות באחרות. אולם הללו אסורות לה. הרופא ממליץ על התת"ר (=התקן תוך רחמי). אלא שזה ניתן רק לתקופה ארוכה של שנה לפחות, מעבר לזמן שהיא זקוקה למניעת ההריון.

הפתרון המעשי יותר הוא ספוגיות, קצף או דיאפרגמה, שבהן ניתן להשתמש לתקופה קצרה, אלא שמבחינה הלכתית הן בעייתיות יותר מהתת"ר כי הן דומות למוך המוזכר ביבמות (יב) ובכתובות (לט ע"א) שנחשבות לדעות מסוימות כמשליך זרעו על עצים ואבנים.

מה עדיף, אמצעי גרוע מבחינה הלכתית לתקופה קצרה, או אמצעי כשר יותר מבחינה הלכתית לתקופה ארוכה.

ניתן לנסח שאלה זו אחרת: מה עדיף, ריבוי **כמותי** של אמצעי טוב, כלומר בעל **איכות** טובה יותר מבחינה הלכתית, למרות שכמות הזמן של השימוש בו תהיה ארוכה יותר, או אמצעי גרוע, דהיינו ש**איכותו** גרועה יותר מבחינה הלכתית, אך **כמות** השימוש בו תהיה מעטה יותר?

בקיצור, השאלה היא מה עדיף מבחינה הלכתית, איכות או כמות?

וכבר נשאלה שאלה דומה בבית המדרש, מה עדיף, איסורים חמורים מעטים או איסורים קלים רבים?

תשובה

בספר לקח טוב לר"י אנגל (כלל טו) דן בנושא זה אם ריבוי כמות מכריע את האיכות, הוא מביא עשרים וחמש מקורות בש"ס ובפוסקים שיש ביניהם גם סתירות וקשה להכריע בשאלה זו.

נדון בחלק מהן ע"מ להראות שגם הראיות שהביא אינן חד-משמעיות.

א. הר"י אנגל פותח בסברת הר"ן על הרי"ף בסוגיית יומא (פג ע"א):

תנו רבנן: מי שאחזו בולמוס – מאכילין

אותו הקל הקל... טבל ונבילה – מאכילין אותו נבילה.

וכתב הר"ן שם שבשבת עדיף לשחוט, למרות שזו עבירה חמורה יותר מאשר להאכיל נבלה, שהיא עבירה קלה יותר. והטעם הוא משום שבנבלה עובר על כל כזית ממנה. ובפחות מכזית איכא נמי איסור דאורייתא אע"פ שאין בו מלקות. והוי הרבה לאוין וחמירי מלאו אחד דשבת.

כלומר ריבוי כמותי חמור יותר ממיעוט איכותי. עדיף לעבור על איסור חמור אחד, מאשר לעבור על כמות איסורים גדולה למרות שחומרתם קלה יותר. ולענייננו עדיף להשתמש באמצעי שאיסורו חמור זמן קצר יותר, מאשר באמצעי קל זמן ארוך יותר. וכן נפסק בשו"ע או"ח (סי' שכח ס"ד):

היה חולה שיש בו סכנה וצריך בשר, שוחטים לו ואין אומרים: נאכילנו נבילה.

מיהו עיין ב"י שם וט"ז מג"א ומשנ"ב שאין הכרח לומר שהלכה מטעמו של הר"ן, כי יש שם סיבות נוספות.

וז"ל המשנה ברורה (סי שכח ס"ק לט):

הרבה טעמים נאמרו ע"ז, י"א משום דשבת הותרה אצל פק"נ ולכן שוחטין לו כדרך ששוחטין ביו"ט (=וכן משמע קצת מהגר"א שהעדיף הסבר זה), ואפילו איסור דרבנן אין מאכילין אותו במקום שאפשר לו לשחוט מטעם זה. אבל הרבה ראשונים כתבו דשבת רק דחויה היא. אלא הטעם הוא דשמא יהיה קץ באכילת נבילה ולא יאכל ויסתכן. ובב"י הביא עוד טעם בשם הר"ן דבנבילה עובר על כל כזית ממנה וחמיר מאיסור לאו דשבת ועוד טעם עי"ש.

כלומר, לא ניתן להוכיח מהלכה זו לנ"ד.

ב. באות כב כתב הר"י אנגל:

ביומא פ"ה ב' אמרה תורה חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה וכו', ואף דבשמירת שבתות הרבה הרי יקיים רק הרבה פעמים עשין דביום השביעי תשבות זכור ושמור ולאוין דלא תעשה כל מלאכה, וא"כ ודאי דחילול שבת דבסקילה פעם אחת חמור מכל אחד מהפרטים הנ"ל [הרי ודאי דבר גדול הוא באיכות יותר מקיום כל אחד מפרטים הנזכרים דהיינו עשין דביום השביעי תשבות זכור ושמור ולאוין דל"ת כל מלאכה], ועל כרחך דרק ריבוי הכמות בזה מכריע את האיכות וז"פ וברור בס"ד.

ויש להעיר על כך שבגמ' שם מובאים עוד נימוקים להיתר פיקו"נ ויש מקום להניח שהם חולקים על סברה זו, אלא סבורים שהאיכות מכריעה את הכמות. וההלכה נפסקה כמו הדעות האחרות. נפק"מ לגוסס, או חולה סופני מחוסר הכרה במצב בלתי הפיך, למרות שאין סיכוי שישמור עוד שבתות, בכ"ז מצוה לחלל עליו את השבת.

ר' משנ"ב (ביאור הלכה סימן שכט סעיף ד ד"ה אלא לפי שעה):

ואף על גב דלא שייך הכא הטעם חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה משום דלאו דוקא שבת ה"ה שאר מצות כמו שכתב המאירי ביומא, וז"ל: ואעפ"י שנתברר שאי אפשר לו לחיות אפילו שעה אחת שבאותה שעה ישוב בלבו ויתודה עכ"ל. אמנם באמת נראה דכל זה הוא לטעמא בעלמא אבל לדינא לא תלוי כלל במצוות דאין הטעם דדחינן מצוה אחת בשביל הרבה מצות, אלא דחינן כל המצות בשביל חיים של ישראל וכדיליף לה שמואל

מוחי בהם כדכתב הרמב"ם פ"ב מהלכות שבת שאין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלום בעולם, וכמו כן לכל הני תנאי דילפי לה ממזבח וממילה וממחתרת מוכרח דאחיים של אדם קפיד רחמנא (בר מההיא דחלל שבת אחת וכו').

ר' שם הוכחותיו.

מיהו גם הסברה של חלל עליו שבת אחת וכו' נפסקה להלכה ע"י המשנ"ב עצמו למרות ששם אין סברות אחרות להתיר חילול שבת. המדובר בפיקוח נפש רוחני בסי' שו סעיף יד:

מי ששלחו לו שהוציאו בתו מביתו בשבת להוציאה מכלל ישראל מצוה לשום לדרך פעמיו להשתדל בהצלתה.

וכתב המשנ"ב שם בס"ק נז:

כתב המ"א צ"ע אם הבת קטנה ורוצים להוציאה מכלל ישראל אם יעשה הגדול חטא בשבילה דהא קי"ל דאין ב"ד מצווין להפרישה מאיסור, או דילמא מידי דהוי אפקוח נפש שמחללין על הקטן דאומרים חלל עליו שבת אחד כדי שישמור שבתות הרבה ה"נ כן. ובא"ר דעתו להקל דאם לא ישתדל להצילה תשאר כן גם בגדלותה.

מיהו שם לא מדובר באיכות מול כמות אלא כמות מרובה של שבתות רבות, שקטנה זו תחלל לכשתגדל כמשומדת, לעומת חילול שבת אחד. ואכן הפוסקים השתמשו שם בנימוק של חטא בכדי שיזכה חברך.

כלומר להלכה לא נפסק שהכמות מכריעה את האיכות. וצ"ע.

ג. בפירוש המשניות לרמב"ם (אבות פ"ג מט"ו):

המעלות לא יושגו לפי שעור גודל המעשה, אלא לפי רוב מספר המעשה. וזה, שהמעלות אמנם יושגו בכפול מעשי הטוב פעמים רבות, ובזה יושג הקנין, לא בשיעשה האדם מעשה אחד גדול ממעשי הטוב, שבזה לבדו לא יושג קנין. משל זה, שהאדם אם יתן למי שראוי אלף דינר, בפעם אחת ולאיש אחד, לא תושג לו מעלת הנדיבות בזה המעשה האחד הגדול, כמו שתושג למי שיתנדב אלף פעמים באלף דינר, ויתן כל דינר מהם על צד הנדיבות, לפי שזה ייכפל על ידו מעשה הנדיבות אלף פעמים, ויושג קנין חזק, וזה פעם אחת בלבד התעוררה הנפש התעוררות גדולה למעשה טוב, ואחר כן פסקה מזה. וכן בתורה אין שכר מי שפדה אסיר במאה דינר, או נתן צדקה לעני במאה דינר שהיו די מחסורו, כמו מי שפדה עשרה אסירים, או השלים חסרון עשרה עניים, ואפילו בעשרה דינרים. ולזה תקיש. וזה הוא ענין אומרו: לפי רוב המעשה אבל לא על פי המעשה.

הרמב"ם לא העדיף את רוב המעשה בגלל שריבוי הכמות מכריע את האיכות אלא משום שריבוי הכמות מחזק את המידה הטובה, אך אלמלא כן היה מעדיף את האיכות על הכמות.

בלקח טוב אות ו עמד על כך ולדעתו:

לסברת הר"ן הנ"ל הרי אין הכרח לטעמו של הרמב"ם ז"ל רק יש לפרש המשנה כפירושו ולא מטעמי' רק מטעמא דהר"ן ז"ל דריבוי הכמות עדיף מגודל האיכות וע"כ אמרו והכל לפי רוב המעשה ולא אמרו לפי גודל המעשה.

משמע שהרמב"ם חולק על הר"ן וסובר שהאיכות מכריעה את הכמות.

אך באמת אין הכרח לומר שהר"ן היה חולק על הרמב"ם. וגם לשיטתו שהכמות מכריעה את האיכות יתכן שהיה מעדיף לתת צדקה גדולה למספר קטן של עניים. כי השאלה העקרונית היא מהי מצות צדקה, זכות המקבל או חובת הנותן? הרמב"ם מדגיש את חובת הנותן. אך מצד המקבל – לעניים אין תועלת בסכום זעום כל כך לכל אחד מהם. הם היו מעדיפים שיינתן סכום גדול יותר למספר קטן של עניים ע"מ שישוקמו (ר' מהר"ל דרך חיים שם, ובנתיב הצדקה פ"ד שחולק עליו). וא"כ ניתן לומר שגם הרמב"ם יכול לסבור כמו הר"ן שהכמות מכריעה את האיכות ורק במצוה זו לא סבר כן. אם טובת העניים היתה עיקר היה הרמב"ם מעדיף את האיכות על הכמות למרות שבדרך כלל הכמות עדיפה.

(מדבריו בהל' מתנ"ע פרק י הלכה ז שהמעלה הגדולה ביותר בצדקה היא החזרת העני למעגל העבודה משמע שחזר בו וטובת העניים היא העיקר, ולכן שִׁיקום העני היא הדרגה הגבוהה ביותר, וכשמחלק להרבה עניים הכמות בע"כ היא קטנה שאינה מאפשרת שיקום.)

נמצא איפוא שגם לדעת הרמב"ם הכמות מכריעה את האיכות. וצ"ע.

ד. **בלקח טוב** (אות כא) הביא מיבמות (דף יד ע"א):

> יש שם פלוגתא אי עשו ב"ש כדבריהם או לא עשו וכו' דמ"ד לא עשו משום דב"ה רובא ומ"ד עשו אמר דכי אזלי' בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו הכא ב"ש מחדדי טפי ע"ש. והרי זו פלוגתא לענין דעות בני אדם אם האיכות בזה מכריע את ריבוי הכמות או להיפוך דמ"ד עשו ס"ל דנהי דב"ה רוב בכמות עכ"ז כיון דב"ש מחדדי טפי מכריע מעלה איכותית דחידוד שכלם את רוב הכמות דב"ה, ומ"ד דלא עשו ס"ל להיפוך דרוב הכמות מכריע וכו' וכמובן.

נראה לענ"ד שיש לדחות ראיה זו. התורה קבעה אחרי רבים להטות לא בגלל שהאמת עם הרוב אלא משום שצריכה להיות הכרעה למעשה והדרך היחידה להכרעה היא ע"י כימות. כמות ניתנת למדידה, איכות לא ניתנת למדידה ולא ניתן להכריע באמצעותה. רוב אינו מברר את האמת, הוא בא רק להכריע, על סמך סבירות מסוימת, כיצד יש לנהוג למעשה (ר' שערי יושר שער ג פרקים א, ג ועוד).

הלכה כב"ה לא בגלל שהכמות מכריעה את האיכות אלא בגלל גזירת הכתוב שהרוב הכמותי יקבע את ההלכה למעשה.

ה. בס' **מפענח צפונות** פי"א סי' ט מביא מפי' גבעת המורה על מו"נ ח"א פע"ד "מריבוי הכמות לא תתרבה האיכות". ובגליון הצ"פ על מו"נ ציין כמה מקורות בש"ס שדנים בנושא של כמות ואיכות אך את נושא דיונו וראיותיו של הר"י אנגל לא הביא.

ומכיון שלא הרמב"ם עצמו כתב זאת אלא רק בעל גבעת המורה לא מפיו אנו חיים.

לענ"ד נראה להביא ראיות אחרות:

ו. **בשבת** (קכז ע"א):

> איבעיא להו: הני ארבע וחמש קופות דקאמר, בארבע וחמש קופות – אין, טפי – לא, אלמא: למעוטי בהילוכא עדיף. או דילמא: למעוטי משוי עדיף? תא שמע, דתני חדא: מפנין אפילו ארבע וחמש קופות של כדי שמן ושל כדי יין. ותניא אידך: בעשר ובחמש עשרה. מאי לאו בהא קמיפלגי – דמר סבר: מעוטי בהילוכא עדיף, ומר סבר: מעוטי במשוי

עדיף? – לא, דכולי עלמא מעוטי בהילוכא עדיף. ומי סברת בעשר ובחמש עשרה אקופות קאי? אכדין קאי. ולא קשיא, הא – דמשתקלי חד חד בקופה, והא – דמישתקלי תרי תרי, והא – דמשתקלי תלתא תלתא, ובדקורי דהרפניא.

והלכה נפסקה שלמעט בהילוך עדיף בשולחן ערוך (או"ח סי' שלג ס"ב):

כשמפנה אלו ארבעה או חמשה קופות לא יחלקם בקופות קטנות להוליכם בהרבה פעמים כדי להקל המשאוי, מפני שמרבה בהילוך ואווושא מלתא טפי.

ז. וכן נפסק בשולחן ערוך (או"ח סי' שא ס"ג):

היה הולך והגיע לאמת המים יכול לדלגו ולקפוץ עליה אפילו אם היא רחבה שאינו יכול להניח רגלו ראשונה קודם שיעקור שנייה, ומוטב שידלג ממה שיקיפנה מפני שמרבה בהלוך.

למרות שדילוג וקפיצה חמורים יותר מאשר הליכה בכ"ז עדיף לעבור איסור חמור חד-פעמי מאשר כמות רבה של איסורים קלים יותר (ר' בה"ל שם שהתקשה בכך ולדברינו מיושב).

משמע שריבוי כמותי חמור יותר ממיעוט איכותי.

ח. ולכאורה יש להביא מקור נוסף לנושא בו אנו דנים ממשנה בתרומות פ"ב הובאה בברכות (לט ע"ב):

תורמין בצל קטן שלם אבל לא חצי בצל גדול. רבי יהודה אומר: לא כי, אלא חצי בצל גדול.

לכאורה ר"י מעדיף את הכמות ות"ק את האיכות. אך א"א לומר כן שהרי בתרומות פי"א מ"א הסברות מתהפכות:

אין מבשלין יין של תרומה מפני שהוא ממעיטו ר' יהודה מתיר מפני שהוא משביחו.

ת"ק מעדיף את הכמות ור' יהודה את האיכות. אך באמת אין סתירה בין הדברים טעמי המחלוקת הראשונה מבוארים בגמ' ברכות שם:

היכא דאיכא כהן – כולי עלמא לא פליגי דחשוב עדיף, כי פליגי – דליכא כהן. דתנן: כל מקום שיש כהן – תורם מן היפה, וכל מקום שאין כהן – תורם מן המתקיים, רבי יהודה אומר: אין תורם אלא מן היפה.

לכאורה המחלוקת בבצל בין ת"ק לר"י היא מחלוקתם של הרמב"ם והרמב"ן, האם שתי מצוות הן, הפרשה ונתינה, או אינה אלא מצוה אחת. ת"ק סובר שזו מצוה אחת, לכן כבר בהפרשה עליו להביא בחשבון את הצורך לתת את התרומה לכהן ולכן צריך להפריש מן המתקיים. ר"י סובר ששתי מצוות הן ולכן יש צורך לקיים כל מצוה בשלמותה מבלי להתחשב בחברתה. ולכן יש להפריש את החלק הגדול, כי בכך מתקיימת עתה מצות ההפרשה בהידורה אע"פ שהוא לא ישתמר לכהן. ואכן הרמב"ם פסק לשיטתו שלא מנה במנין המצוות שתי מצוות נפרדות להפרשת תרו"מ ולנתינתם בהל' תרומות (פ"ה הל' ב):

תורמין בצל שלם, אף על פי שהוא קטן, אבל לא חצי בצל אף על פי שהוא גדול.

מיהו הרמב"ן סובר בסהמ"צ שורש י"ב ששתי מצוות הן, וצ"ע איך יפרש את המחלוקת, אם כי בשכחת העשין לא מנה מצוה נוספת (ור' נוב"י יו"ד מה"ת סי' רא).

עכ"פ מחלוקתם השניה ביין בודאי היא בשאלה כמות או איכות. ת"ק מעדיף את

הכמות ור' יהודה את האיכות. והלכה כת"ק שהכמות קובעת. כלומר, עדיף לקיים מצוה כמותית ע"ח הפגיעה באיכות, מאשר מצוה איכותית. ובמקביל בעבירות, עדיף להימנע מאיסורים רבים למרות שמבחינה איכותית הם חמורים יותר מאשר להשתמש באיכות גבוהה יותר אולם כמות האיסורים רבה יותר, ומשמע מהמקורות שהבאנו שלכך הדעת נוטה. אולם קשה להכריע בשאלה זו כי ראינו סתירות בנושא זה.

אך מכיון שבלא"ה האשה אינה מצווה בעצמה בפו"ר והדבר תלוי ביכולתה, ומכיון שזה עתה היא ילדה והיא עדיין מניקה, דחייה של כמה חדשים אינה נחשבת כ"כ לביטול עשה בתנאים אלו. כי י"א שהפסקה של שנתיים עדיין מותרת כי כך ברא ה' את האשה שתניק שנתיים בערך ובדרך כלל אינה יכולה בלא"ה להיכנס להריון בתקופת ההנקה (ר' שו"ת בני בנים ח"א סי' ל-לא וח"ב סי' לח). אדרבה, אם תתעבר בתוך ימי הנקתה היא תפסיק להניק ויש בכך פגיעה מסוימת בגידולו של התינוק שעדיין יונק (ר' משיב דבר ח"ב סי' פח). אמנם לא גזרו על מניקה להימנע מלהתעבר מבעלה בתוך ימי הנקתה כמו שאסרו עליה להינשא לאחר. ור' יבמות מב שהטעם לכך משום שבעלה ימסמס לתינוק ביצים וחלב. אך אין ספק שיותר בריא להמשיך את ההנקה עד שהילד ייגמל בגיל שנתיים לכל המוקדם. לכן יש מקום להתחשב בשיקול זה של עד שנתיים מהלידה ולהימנע מהריון בתקופה זו בשעת הצורך, גם אם אינו פיקו"נ. וראוי נימוק זה לאיצטרופי ליתר הנימוקים שכתבנו להעדיף את ההת"ר למרות שזמנו ממושך יותר, מאשר אמצעים אחרים גרועים יותר, למרות שזמנם קצר יותר.

סימן יח

נישואי גבר ואשה בעלי נטיות הפוכות

שאלה*

איש ואשה בעלי נטיות הפוכות שאינם מסוגלים להינשא, במצבם הנוכחי, לבני מין אחר, נפשם בשאלתם, האם הם יכולים להביא צאצאים לעולם בדרך מלאכותית?

תשובה

שתי אפשרויות קיימות:

א] שיינשאו כדת משה וישראל, ללא מחויבות לחיות חיי אישות, אלא רק לצורך יצירת מסגרת משפחתית להולדת ילדיהם בדרך מלאכותית, קיומם וגידולם.

ב] שלא יינשאו, אלא יישארו רווקים, והאשה תופרה בדרך מלאכותית.

א. דרך א – נישואין כדת משה וישראל

בשו"ת הרא"ש (כלל נד סי' ב) כתב:

* שאלת הרב אהרל'ה הראל.

ראובן שחלק נכסיו, והניח קרקע לבתו לנדוניתה, בתנאי, שאם תמות קודם נישואין, שישאר הקרקע להקדש. וחלתה חולי מות; וכדי להפקיע הקרקע מיד הקדש, הלכו קרוביה והושיבוה במיטה, בחליה, עם קרוביה, ועשו שבעה ברכות, כדי שיירשנה; ומתה מחולי זה, ולא קרב אליה; הורני אם יירשנה. ונראה דלא; אע"ג דמצינו שהבעל יורש את אשתו קודם שתכנס לחופה, כגון שמסרה האב לבעל, או לשלוחו, ומתה בדרך, התם היתה ראויה לביאה, אבל הכא, לא היתה ראויה לביאה, מידי דהוה אנכנסה לחופה ופירסה נדה.

תשובה: נראה דאין באותה חופה כלום; חדא, כמו שכתבת, כיון שלא היתה ראויה לביאה. ועוד, דאזלינן בתר דעתא דראובן, שרצה לעשות טובה לנשמתו, ליתנו להקדש, ולא שיירשוהו יורשיו, רק שיירו כדי שתנשא בו בתו; וכ"ש שלא היה בדעתו שיבא לידי נכרי ע"י הערמה; הלכך, אומדנא דמוכח והקרקע הוא הקדש.

והו"ד ברמ"א (שו"ע אה"ע סי' סא ס"א):

אשה חולנית חולת מות, אע"פ שכונסה עם המטה תחת החופה כדי שיירשנה בעלה, אינה חופה כלל, מאחר שאינה ראויה כלל לביאה, ואין בעלה יורשה.

הרא"ש נקט שני נימוקים: א. חופה שאינה ראויה לביאה אינה חופה. ב. הערמה לא מועילה.

וצ"ע בדעתו, האם כל נימוק מועיל לכשעצמו, או רק צירוף של שני הנימוקים הוא שמועיל? ונפק"מ לנ"ד, שאין כאן הערמה, אלא הם באמת ובתמים רוצים להינשא באופן פורמאלי, אלא שאינם מסוגלים כרגע לחיות ביניהם חיי אישות ודינם כחולים לעניין זה. האם מספיק הנימוק הראשון של חולים למנוע את חלות הנישואין?

כתב החלקת מחוקק (שם ס"ק ד):

אשה חולנית חולת מוות – הרא"ש בתשוב' פסק כן מתרי טעמי הטעם הא' דהוי דומיא דחופת נדה ולפי מה שפסקו האחרונים דחופת נדה הוי חופ' א"כ ה"ה חופת חולה... והטעם האחר שכתב הרא"ש מטעם אומדנא... ובד"מ הכריע כדעת האחרונים דחופת נידה הוי חופה...

כלומר להלכה גם חופה, שאינה ראויה לביאה מחמת חולי, שמה חופה.

אלא ששם מדובר שהיא ראויה לפחות להעראה (ר' שו"ע סי' לג ס"ב "אבל אם הערה בה ופירש מיד, או שאמר תחלה שדעתו לקנות בהעראה, קנה מיד"). **משא"כ בנ"ד שאולי אף להעראה אינה ראויה, כי אין לו משיכה לנשים כלל. ואי"ל שיערה בה באבר מת, כי העראה באבר מת אינה העראה. מיהו קישוי יש לו וא"כ הוא ראוי להעראה, ולכן החופה קונה.**

ור' מש"כ באהלה של תורה (ח"א סי' כו) **שגם לדעת הרמב"ם חופת נידה קונה לכמה דברים. וא"כ למעשה יש אפשרות שיינשאו גם אם לא יקיימו חיי אישות טבעיים.**

וגם אם נניח שאינם נחשבים כנשואים, כי החופה אולי אינה ראויה לביאה, אך הקידושין בודאי תופסים והרי הם כארוס וארוסה שאינם נשואים. לכל היותר אין כאן כתובה, הכוללת את כל ההתחייבויות שלהם זל"ז. בעיה זו ניתנת לפתרון ע"י הסכמת שניהם לחתום על חוזה הדומה לכתובה על כל מחויבויותיה וזכויותיה, חוץ ממצות עונה. ואע"פ שאין יכול להתנות על

עונה, שהרי מתנה על מה שכתוב בתורה, כי צער הגוף לא ניתן למחילה, בכ"ז יכול להתנות על מנת שתפטרנו כי אין לה צער מזה ומוחלת על מצות עונה.

הדרך היחידה לזוג כזה להיבנות היא בהזרעה מלאכותית, דהיינו שיזריקו את זרעו של הבעל לרחמה של האשה בזמן הנכון. ונלענ"ד שגם אם נאמר שאין אדם יוצא י"ח פו"ר בהזרעה מלאכותית (ר' מש"כ במק"א), בנ"ד שאין דרך אחרת אלא ע"י הזרעה מלאכותית אולי יוצא לפחות במצות עֹשֶׂבת.

ב. דרך ב – ללא נישואין

לדרך זו הם לא יינשאו זל"ז אלא רק ילדו ילדים משותפים באמצעות הזרעה מלאכותית.

אמנם הזרעה מלאכותית מרווק לרווקה אין בה מעשה זנות. אך בכל זאת אין לך כיעור גדול מזה. ואין ללכת בדרך מעוקלת זו. ראה גיטין (עט ע"ב) "שלא יאמרו גיטה קודם לבנה". אמנם אילו כולם היו יודעים שאינה יכולה להינשא לאיש ולכן עשתה מה שעשתה בדרך מותרת אין כאן פגם, אך לא כולם יודעים ויצא עליה לעז. וגם אם היו כולם יודעים, עצם הולדת ילד ללא נישואין, גם אם בדרך מותרת, היא פגם. צא ולמד מהסוברים שאין איסור מהתורה לבוא על פנויה (ר' ראב"ד הל' אישות פ"א הל' ד ורמ"א אה"ע סי' כו ס"א) א"כ מה בכך שיאמרו גיטה קודם לבנה, הרי אין כאן איסור? אלא ע"כ גם לסוברים שאין איסור בפנויה, לידת ילד ללא נישואין היא פגם.

ואם יוולד בן, הוא יזדקק לחינוך ע"י אביו. ואין חינוך מרחוק. חינוך הוא הזדהות של הבן עם אביו, הרואה אותו יום ושעה שעה והולך בדרכו ולומד מאורחותיו, וגם האב יכול לשים עינו עליו. וגם אם תיוולד בת, האב לא פטור מחינוכה וגידולה כדרך כל בנות הארץ הגדלות במשפחה נורמאלית (ר' מש"כ באהלה של תורה ח"ה סי' ג על חובת האב בחינוך בתו). ללא מסגרת משפחתית מסודרת זהותו של הילד שייוולד תהיה מבולבלת, יתום בחיי אביו. וגם אם אביו מולידו יכיר באבהותו אך הוא יגדל ב'משפחה פרודה' לא תקנית, הדבר לא יוסיף לבריאותו הנפשית בלשון המעטה. הוא יגדל בצלו הכבד של יחוס לא מוכר, הוא יראה את עצמו חריג ועלול לסבול קשות בחברה ובשידוכים. אין מצוה להביא לעולם ילד שיסבול (במק"א[1] כתבנו שאין מצוה להביא לעולם ילד שיסבול, אפילו בהורים שיקיימו בו מצות פו"ר ויתכן שגם איסור יש בכך).

כשם שיש מצוה להוליד ילדים יש גם מצוה לגדלם. ר' אתוון דאורייתא לר"י אנגל (כלל כב). גם אם נדחה את ראיותיו, הסברה נותנת שלא יתכן שאדם יוליד ילדים ולא יהיה אחראי לגידולם, עי' כתובות (מט ע"א).

וגם אם יתחייב במזונות בחוזה מיוחד, זהו פתח לתקלות רבות. לא את כל האפשרויות אפשר לכלול בחוזה, והחיים עשירים בהפתעות לא צפויות. וכי בכל פעם שתתעורר בעיה חדשה ילכו לבי"ד ע"מ

1. עי' לעיל סי' יא הולדת ילד לצורך רפואת אחיו.

לכפות זה את זה לקיים כל אחד את חלקו בחוזה?

לכן נראה שהדרך הראויה יותר היא דרך א' שיינשאו זל"ז כדת משה וישראל ויגדלו את ילדיהם במשותף ככל המשפחות המיוחסות בישראל.

ג. נאמנות משפחתית בבעלי נטיות הפוכות

הבעיה שעלולה להתעורר היא, אם נשיא אותם כדת משה וישראל והם יימשכו לבני מינם מחוץ לנישואין, מלבד האיסור החמור שבדבר, הדבר יפגום בנישואין ובשלום הבית ועלול להביא למחלוקת ושנאה. לכן נראה שרק אם מובטח לנו שהם מסוגלים להיות נאמנים למסגרת המשפחתית שייצרו, חרף חסרונותיה, יש מקום לעודד את הנישואין. אך אם לא – ראוי למנוע את הנישואין הללו. אולם אז גם לא ראוי לאפשר להם הזרעה מלאכותית מחוץ למסגרת הנישואין.

מסקנה

במידה ויקבלו עליהם שלא ילכו אצל בני מינם ויבנו משפחה נורמאלית יש מקום להשיאם ולתת להם להביא ילדים לעולם בהפריה מלאכותית[2].

2. **הערת עורך**: אף אם מבחינה פורמאלית-הלכתית יש אפשרות לנישואין אלו, **יש כאן בעיה חמורה** והיא שאין שום קשר אמיתי בין איש ואשה אלה, אלא לצורך הבאת ולדות לעולם, היינו, אפילו ינשאו זל"ז ותיווצר כביכול 'משפחה', הרי אין קשר רגשי בין ההורים אלא הנישואין אצלם היא התחייבות עסקית לגדל ילדים יחדיו. איני חושב שנישואין יכולים לעמוד ולהתקיים לאורך ימים על בסיס כזה. היסוד הנפשי **חסר**. וכיון שכל הבסיס רעוע כל היחסים בבית יהיו בהתאם, כל יחסי איש ואשתו וההקרנה על הילדים יחסרו, וילד שיגדל בבית כזה יצא מסובך ומעוות נפשית כיון שגדל בבית מעוות. ולכן לא הייתי מייעץ לבנות בית כזה שידוע מלכתחילה שלא יהפוך לבניין עדי עד. כמו"כ ההתחייבות שלא ללכת אצל בני מינם אינה משמעותית והם לא יעמדו בכך כיון שיצר לב האדם רע מנעוריו...

תשובת המחבר: אין ספק שלכתחילה משפחה נורמאלית בנויה על בסיס של קשר הדדי בכל התחומים. אך יש מצבים לא נורמאליים שבהם משפחה מתפקדת גם בצורה חלקית, כתוצאה של מחלה קשה וכדו', ובכ"ז הזוג מחליט להמשיך את החיים המשותפים מסיבות שונות ולשמור על נאמנות זל"ז.

סימן יט

גרושה המבקשת לחזור לבעלה לאחר שתתעבר

שאלה (ממכון פועה)

זוג חשוך ילדים למעלה מ-10 שנים. כיום, הדרך היחידה המוכרת לאפשר לה להיכנס להריון היא ע"י הפריה מלאכותית, בה נשאבים תאי זרע מאשכיו של האיש ומפרים באמצעותם ביצית ממנה. מכיון שעד כה לא הצליחה האשה להיבנות מבעלה, הזוג התגרש. האשה מוכנה לחזור ולהינשא לבעלה רק אם תנוסה הפריה חוץ גופית בדרך הנ"ל, והיא תהרה ותוליד. היא עומדת על כך שאם ההפריה לא תצליח, יקחו זרע מתורם נכרי; ואם גם זה לא יצליח, היא תינשא למישהו אחר או תביא ילד לעולם בדרך אחרת. האם מותר לה לעשות זאת?

לגופו של ענין, קשה להבין את דרישתה לניסוי. הרי אם גם ההפריה מגוי לא תצליח, מה התועלת בכך שתינשא לאיש אחר? מי יאמר שתמצא גבר כזה בקלות, ומי יאמר שתתעבר ממנו אחרי שגם ההפריה מגוי לא הועילה?

ובכלל כל גישתה למוסד הנישואין נראית מוזרה. אמנם מטרת הנישואין היא הקמת דור המשך, לרוב הראשונים מצות נישואין אינה מסתיימת אלא בקיום מצות פו"ר. אך כדי לקיים מצוה זו כהלכתה יש צורך בזוגיות טובה וקשר נפשי עמוק בין בני הזוג. אין אפשרות להתייחס לזוגיות אך ורק כפונקציה טכנית של הולדה בלבד. למרות ההלכה שכעבור עשר שנים האדם חייב לגרש את אשתו ולשאת אשה אחרת ע"מ לפרות ולרבות כתבו הפוסקים שאם הזוגיות חזקה אין חובה לעשות זאת, (ראה פ"ת אה"ע סי' קנד). עם זאת ההלכה היא שבהעדר ילדים יש מקום לפרק את הזוגיות. נצא מנקודת הנחה שמדובר באשה קשת יום האומרת "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי" ואינה מוכנה לחזור ולשקם את בניין ביתה אלא בתנאי שיתברר שיוולדו להם ילדים. מתוך ההנחה שאין סיכוי להחזיר את שלום הבית אלא בדרך זו, נדון בשאלות אחת לאחת.

א. הפריה מלאכותית בפנויה

כעיקרון, הפריה מלאכותית לרווקה אסורה, בגלל שילדים צריכים להיוולד בדרך טבעית לאב ואֵם נשואים כהלכה; ילודה בדרך טכנולוגית פוגעת במושג המשפחה הנורמטיבי. (להוציא מקרים חריגים ביותר שהמשפחה תתפרק אם לא תתאפשר ילודה בדרך זו). ועוד, יש חשש לזימה בכך שאח יישא את אחותו, (אלא א"כ האב היה נכרי, אולם עצם המחשבה לערב זרע נכרי בעם ישראל היא מחשבת פיגול, אא"כ הדבר בא להציל משפחה מפירוק במקרים חריגים), אם תיולד בת מזרע של נכרי היא תהיה פסולה לכהן וכדי למנוע זאת נאלץ לברור את מין העובר (P.G.D.) דבר שהוא בעייתי הן מבחינת ההלכה והן מבחינת החוק. ומלבד זאת הילדים יסבלו מחסכים נפשיים חמורים בכך שלא תהיה להם דמות אב להזדהות איתה; דבר שהוא קשה הרבה יותר מאשר בילדים שאביהם נפטר לפני שהספיקו להכירו. ועוד, יש כאן פרצה חמורה להפרדה בין זוגיות למשפחתיות שהיא תופעה חולנית בחברה המתירנית

ובהשלכותיה על החברה הדתית, היא גם מעודדת רווקות מאוחרת על כל מגרעותיה. אולם כאן מדובר במקרה חריג, שרק כך יש סיכוי שהזוג יחזור לחיות כדמו"י. וכדי למנוע זימה, ניתן לדאוג לכך שההפריה תיעשה מזרע של גוי. ואם יש צורך גם בביצית, תילקח אף היא מגויה מהטעם הנ"ל.

ב. איסור 'מינקת חבירו'

הבעיה העיקרית היא שאם היא תתעבר, לכאורה ייאסר עליה לחזור לבעלה עד לאחר כ"ד חודש מלידת הילד כדין מינקת חבירו.

מקורה של הלכה זו – במסכת יבמות (מב ע"א):

> תניא: לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו, ואם נשא – יוציא ולא יחזיר עולמית! ...סתם מעוברת למניקה קיימא, דלמא אירעה ומעכר חלבה וקטלה ליה. אי הכי, דידה נמי! דידיה ממסמסא ליה בביצים וחלב. דידה נמי ממסמסא ליה בביצים וחלב! לא יהב לה בעל. וליתבעיניה ליורשים! אמר אביי: אשה בושה לבא לבית דין, והורגת את בנה.

על כך מובאת מחלוקת בין בעלי התוס' (תוד"ה סתם):

> רבינו שמשון זקנו של רשב"א היה אומר **דגרושה מינקת** מותרת לינשא משום דלא משעבדא להניק כדאמרי' בפ' אע"פ (כתובות נט: ושם): נתגרשה, אינו כופה.
>
> ואין נראה לר"ת... ועוד, אלמנה גופה, אי אמרה איני ניזונית ואיני עושה או תבעה כתובתה לא משעבדא. וכן פוסק בשאילתות דרב אחאי דלא שנא גרושה ולא שנא אלמנה.

לכאורה המחלוקת בין הר"ש ור"ת היא כלפי מי חל השעבוד של האשה להיניק את בנה, לאבי הבן או לבן עצמו. הר"ש סובר שהשעבוד הוא לאבי הבן. מסיבה זו, יש לומר שרק אלמנה משועבדת, כי היא ממשיכה להיות ניזונית מנכסי בעלה, ותמורתם היא חייבת בהנקה של בנו. אך גרושה אינה משועבדת כלל לבעלה לשעבר. וא"כ ה"ה לפנויה שהתעברה, שאינה משועבדת להניק את הבן המשותף, ולכן מותר לה להינשא תוך כ"ד חודש. ובמיוחד אמורים הדברים במי שנתעברה מתרומת זרע, שהאב מתנער מכל אחריות כלפי בנו. לעומת זאת, לדעת ר"ת, היא משועבדת לבן עצמו, ולכן בין פנויה בין אלמנה אסור לה להינשא תוך כ"ד חודש.

אך באשר לפנויה שנתעברה, מובא בהגהות מרדכי (פרק החולץ סי' קו) בשם רבנו מרדכי מטורמושא שהתיר לה להינשא מייד. וכך מובא גם ברמ"א (אה"ע סי' יג סעי' יא). לדעתו, גם ר"ת שאוסר בגרושה, מודה בפנויה שזינתה. וההבדל ברור: בגרושה יש לתינוק אב שיכפה עליה ע"י בי"ד להניקו, אך בפנויה שזינתה אין לו אב ידוע שיכפה עליה להניק, ולכן מותרת להינשא לאחֵר תוך כ"ד חודש. מדברים אלו משמע, שסברת ר"ת היא לא כמו שכתבנו, שיש לאשה אחריות כלפי הבן עצמו. לדעה זו, גם ר"ת סובר שהאחריות היא כלפי האב, אלא שגם בגרושה יש עדיין כח לאב לכוף את האם שתניק את בנה. ונפק"מ לפנויה שזינתה, שאז אין לבן אב ידוע, ושם גם ר"ת מודה שאינה משועבדת לאף אחד, ולכן יכולה להינשא תוך כ"ד חודש.

למעשה, גם מרן בשו"ע וגם הרמ"א לא פסקו כדעה זו, ולדעתם גם בפנויה חל

האיסור להינשא תוך כ"ד חודש ללידתה, וכמו שכתבנו לעיל, שלדעת ר"ת היא משועבדת לבן עצמו.

ולפי"ז אין מקום לסמוך על מש"כ הנוב"י (מהדו"ת, אה"ע סי' לח) שאם אבי הבן הוא נכרי, אינה משועבדת לו. הנוב"י מדייק זאת מן הלשון 'מינקת **חבירו**' – ולא נכרי. אולם לדברינו, אם השעבוד הוא לבן עצמו, מה איכפת לנו אם אביו גוי?

ג. 'מינקת חבירו' בזרע נכרי

בשו"ת רעק"א (סי' צה) חלק על הנוב"י, ולדעתו גם באב נכרי יש לה דין של מינקת חבירו; אולם הוסיף שאם העובר גוי, כגון בגויה מעוברת שהתגיירה לאחר העיבור ולפני הלידה, מותר לה לינשא תוך כ"ד חודש, כי בנה הוא גוי[1].

וא"כ, הדין יהיה תלוי במחלוקת הפוסקים בדינה של פונדקאות ובהבחנה בין מצבים שונים: אם תורמת הביצית תהיה ישראלית, ממה נפשך יהיה הילד יהודי, ולפי רעק"א גזרו במקרה זה. ואילו אם תורמת הביצית תהיה נכרית, יהיה הדין תלוי במחלוקת שבין הפוסקים אם אמו של הילד היא בעלת הרחם או בעלת הביצית; שאם אמו היא בעלת הרחם, הרי הוא ישראל, ואילו אם אמו היא בעלת הביצית, הרי הוא גוי[2]; וכפי שכתבנו, אין דין 'מינקת חבירו' בילד גוי.

ומכיון שבלאו הכי יש הסבורים שרצוי שהן הביצית והן הזרע יהיו מנכרים, כדי למנוע מצב בו אח נושא את אחותו, יש להקל בשאלה זו מספק: אם הולכים אחר השעבוד של האשה לילדה, הרי ספק ממון לקולא; ואם זהו ספק איסור, הרי ספיקא דרבנן לקולא.

עוד יש טעם לומר שלא גזרו כאן גזרת מינקת ומעוברת, למ"ד שבעלת הביצית היא האם ולא הפונדקאית. אמנם י"ל שחז"ל קמו לישע הוולד וכאביהם של יתומים חייבו אותה להניק את ילדה, אולם יתכן שדינה כדין מינקת זרה שאינה האם[3], ולדעת הרמ"א סי' פב ס"ה כופין אותה להניק תמורת שכר. ואע"פ ששם מדובר בתינוק המכיר את המינקת ורוצה לינוק רק ממנה לכן כופין אותה להניקו, משא"כ בנ"ד שאנו דנים כרגע על דבר שעדיין לא בא לעולם ואפשר למנוע בכלל את הנקתו של ילדה וממילא לא תיאסר להינשא מיד, מ"מ נראה שמכיון שהיולדת היא שיכולה להניק, ובימינו לא קל למצוא מינקת אחרת, לכן נטיל על היולדת את חובת ההנקה, וא"כ יש לדמותה למינקת זרה שהתינוק מכיר רק אותה. ובכל זאת לא מצינו שמינקת זרה אסורה להינשא תוך

1. עי' רמב"ם, הל' יבום וחליצה פ"א ה"ו-ה"ח.
2. עי' מש"כ באהלה של תורה ח"א סי' ע שיש להסתפק בדבר. אך ראה לעיל סימן א שכיום מוסכם יותר בין הפוסקים שבעלת הביצית היא האם.
3. **הערת עורך**: עפ"י טבע הבריאה, תורמת הביצית בפונדקאות אינה יכולה להניק מפני שהעובר לא התפתח ברחמה וגופה אינו מייצר חלב. ניתן להוסיף הורמון שיגרום לה ליצירת חלב. וא"כ אין טעם לגזור עליה גזירת מינקת, אלא מצד לא פלוג כאילו היתה יולדת. ואף לפי הרמ"א המוזכר להלן לא נראה שיכופו אותה ליטול הורמונים כדי שתוכל להניק את הילד.

כ"ד חודש, אפילו למ"ד שמינקת פנויה אסורה להינשא. כי כל החשש, שמא תתעבר ולא תוכל להניק, הוא רחוק, כי סתם מיניקה היא בחזקת שאין לה וסת ולכן סיכוייה להרות נדירים, אלא שרבנן חששו למיעוט וגזרו לדעת ר"ת גם על פנויות שלא תינשאנה כ"ד חודש, ואין לך בו אלא חידושו. ועוד נראה אולי לומר שגם פנויות שאין להן בעל בכ"ז השתעבדו לבועליהן להניק את בניהם[4]. אך אשה זרה לא השתעבדה כלל ואינה בכלל הגזרה. וה"ה פנויה שהרתה ע"י תורם/ת זר/ה שאין לה כל קשר עמהם, ואדרבה, התנאי העקרוני של כל תורם הוא שלא תהיה לילד שייולד שום זיקה אליו, וא"כ אין כאן שעבוד כלל ולכן הגזרה לא חלה עליה.

ד. 'מינקת חבירו' במקום מצוה

כל זה מסתמך על ההנחה שהבן גוי. אולם גם על הצד שהוא ישראל, יש אולי מקום לצדד להתיר על פי מה שכתב מהר"י מינץ (סי' ה; הו"ד ברמ"א שם) שאם יש חשש לתקלה שהאשה תידרדר לפריצות, יש להתיר. ובגוף תשובתו הוא מסתמך על דברי הראשונים, שלצורך הצלת אדם מחטא, אומרים לאדם "חטא כדי שיזכה חברך" אם לא הגיע לכך בפשיעה.

והנה בנד"ד מדובר בגרושה, המציבה כתנאי לחזרתה לבעלה שתהרה קודם לכן, ויש צד של מצוה להחזיר את גרושתו (עי' ירושלמי כתובות פי"א ה"ג ור' שו"ת רדב"ז מכת"י ח"ח סי' קנג ובהערה 10 שהובאה בפרויקט השו"ת מר"ש ויטל). וא"כ, מוטב שיעבור על איסור דרבנן של מינקת חבירו כדי שיקיים את מצות החזרת גרושתו. אלא שצ"ע איזו מצוה יש כאן? מצות שלום בית שבה נאמר גדול השלום שהתורה התירה שיימחק שם ה' למענו קיימת רק בזוג נשוי ושם היה אולי מקום להתיר גם את איסור מינקת חבירו. אך בזוג שכבר התגרש, אמנם יש מצוה להחזיר גרושתו אך זו אינה דומה למצות שלום בית בזוג נשוי. מיהו י"ל שמכיון שכבר היו נשואים זה לזו והתגרשו רק בגלל שלא הצליחה להרות, וההריון הוא שיאפשר להקים מחדש את הבית – אולי בכל זאת יש מקום להתיר איסור מינקת חברו. ואין צורך דווקא במצוה רבה כמו שלום בית. וצ"ע.

והנה סברת מהר"י מינץ טעונה הסבר. בנישואי 'מינקת חבירו' יש פגיעה בילד, וכי בכדי להציל את אמו מעבירה נפגע בילד? וצ"ל שהחשש לסכנה הוא רחוק, שהרי במינקת נשואה לא חששו לכך שתתעבר וסמכו על בעלה שימסמס לה בביצים וחלב. ומה תעשה אשה ענייה שאין לבעלה יכולת זו? אלא שבמסגרת הנישואין הרגילה לא חששו כל כך. ורק אם תינשא לאדם אחר חששו חז"ל אפילו לחשש רחוק. ומכיון שאין מדובר בסכנה ממשית אלא רק בחשש פגיעה, בנ"ד המדובר בטובת הילד עצמו שיגדל בבית נורמאלי שבו יש אב ואם, ולא יסבול באופן חמור מכך שאין לו אב ידוע,

4. אנוסה לא השתעבדה לבועלה כנאמר בירושלמי יבמות פ"ג הי"ב: "אנוסה אינה צריכה להמתין", ועי' או"ש הל' גירושין פי"א הכ"ד וזכר יצחק ח"א סי' כד שפרשו זאת לא רק לענין הבחנה אלא אף לגבי המתנת כ"ד חודש.

דבר שיפגע בגידולו כילד בריא בנפשו. וא"כ, בנ"ד אין לומר שבגלל חשש שהילד ייפגע נאסור על אמו לחזור לבעלה, אדרבה טובת הילד דורשת שהיא תחזור לבעלה ולכן יש מקום להתיר כאן.

ה. איסור 'מינקת חבירו' בהפריה מלאכותית

עוד יש לומר, שהפריה מלאכותית היא נדירה. וגם בימינו שדרך זו היא שימושית לזוגות לקויי פוריות, ובכל זאת אין זו דרך המלך שבה מביאים ילדים לעולם, אלא רק במקרים חריגים. ומכיון שזה דבר שאינו שכיח, הוא לא נכלל בכלל גזרת חכמים.

על סברה זו עמד כבר בברכי יוסף (אה"ע סי' יג אות ו) וכתב להסתפק באשה שנתעברה באמבטי, אם מותר לה להינשא כשהיא מעוברת ומניקה, או שהיא אסורה כדין מעוברת ומינקת חבירו.

בראשונה רוצה לפשוט את ספיקו ממה שנאמר במסכת חגיגה (יד ע"ב – טו ע"א):

> שאלו את בן זומא: בתולה שעיברה, מהו לכהן גדול? מי חיישינן לדשמואל, דאמר שמואל: יכול אני לבעול כמה בעילות בלא דם, או דלמא דשמואל לא שכיחא? – אמר להו: דשמואל לא שכיח, וחיישינן שמא באמבטי עיברה...

וא"כ בתולה זו, המעוברת ע"י אמבטי, משיאין אותה לכהן גדול ולא חיישינן שמא נתעברה בביאת חבירו, אלא בנתעברה באמבטי, והיתה בתולה בשעת עיבורה.

והברכ"י מוסיף להסביר את הדבר מדוע אין לחוש בזה למעוברת חבירו, ומנמק שכן בדין; שכיון שגזירת חכמים היא, הא קיי"ל דמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן.

אולם לאחר מכן הוא כותב שיש לדחות את הראיה, שמא דברי בן זומא נאמרו לפני שנגזרה גזירה זו; אבל לאחר שגזרו, הגזרה מתייחסת גם למצב נדיר כזה, שכיון שיש כאן סכנה לתינוק, "חמירא סכנתא", ולכן לא פלוג רבנן. עוד כותב הברכ"י שיתכן שבעייתו של בן זומא עוסקת אך ורק בדין דאורייתא ולא בהלכה למעשה.

לעומת הברכ"י, שמסתפק בשאלה זו, בשו"ת ציץ אליעזר (ח"ד סי' נא, קונטרס רפואה במשפחה, פרק ד) מכריע לאיסור, ואלו דבריו:

> ומילתא דמספקא ליה להברכ"י מצינו דפשיטא ליה לבעל ישועות יעקב... מדי דברו בדינא דמזנה, כותב בתוך דבריו וז"ל: עוד נראה לפענ"ד, והוא ענין ברור מאד, ודבר זה הוא כלל גדול בכמה מקומות, דיש לחלק בין היכא שהאיסור הוא מילתא דלא שכיח ובין היכא שהיתר הוא לא שכיח, כגון שאנו אוסרין מינקת חבירו בכ"מ, ונימא דהיכא דהולד נולד ע"י דבר דלא שכיח תהיה מותרת – חלילה לומר כן, דלא חילקו חז"ל בגזירה זו, ואדרבה, כיון דהדבר לא שכיח לא פלוג רבנן בשביל מילתא דלא שכיח, משא"כ היכי שכל האיסור הוא מילתא דלא שכיחא לא גזרו ביה רבנן עיי"ש.

ומכאן מסיק הצי"א:

> בכי האי הוא דמסתפק להוכיח מההיא דחגיגה, שהמדובר ג"כ בכגון זאת; אבל בעיבור ע"י הפריה מלאכותית, שהעיבור לא בא במקרה שנכנס הזרע מאליו לתוך גופה, אלא מתעברת היא ע"י פעולת רופא המכניס לתוך רחמה הש"ז באמצעות מכשיר המיוחד לכך, והוא מילתא דשכיחא שתתעבר מכך, ובדרך שהפעולה נעשית אין שום עיכוב לזה במה שהש"ז לא נכנס באופן ישר ע"י שכיבת איש אתה, בכל כגון האי

יש לומר שגם הברכ"י יודה בפשיטות שיש בזה הגזירה של מעוברת ומינקת חבירו ואסורה להינשא עד כלות ימי העיבור וההנקה.

אך מכיון שהברכ"י מסתפק בדבר, אפשר לצרף זאת כסניף לנימוקים האחרים.

תשובה

נראה לענ"ד להתיר את ההריון הנ"ל אם זו הדרך היחידה להחזיר את שלום הבית למקומו.

מסקנות

א. האיסור לשאת 'מינקת חבירו' נובע מאחריותה של האשה גם כלפי בנה, ולא רק כלפי אבי הבן. מסיבה זו, האיסור קיים גם בפנויה שנתעברה בזנות (פרט לאנוסה) וגם כאשר האב אינו יהודי.

ב. איסור זה לא קיים כאשר הבן עצמו הוא גוי (כמו מעוברת שנתגיירה או באם פונדקאית כאשר הביצית של גויה, לדעה שהולכים אחר בעלת הביצית).

ג. במצב של ספק, ניתן להקל באיסור 'מינקת חבירו'.

ד. לצורך מצוה – של הצלת האם מעבירה, או לטובת הילד – יש מקום להקל באיסור 'מינקת חבירו'.

ה. יש מקום להסתפק אם איסור 'מינקת חבירו' נאמר במי שנתעברה בהפריה מלאכותית, מפני שזהו מקרה נדיר, שיתכן שלא גזרו בו.

סימן כ

בעלת תשובה לספק כהן

שאלה

אדם שנקרא בשם כהן (אביו בעל תשובה, המתהדר בכהונתו ומקפיד לשאת כפיים כל יום), הכיר בעלת תשובה ושניהם רוצים להקים בית נאמן בישראל. דא עקא, שהכלה סיפרה לתומה שבהיותה חילונית היו לה קשרים עם גברים שונים וביניהם גם גוי שעמו קיימה יחסים, לדעתה לא מלאים, עם כובעון. נפשם בשאלתם האם רשאים להינשא כדת משה וישראל?

א. גדר ביאת נכרי האוסרת לכהונה

הכובעון לא מעלה ולא מוריד. אין להחשיבו כחציצה, כי כל מטרתו שהביאה תהיה רגילה ועם זאת ההריון יימנע. אמנם הפוסקים אוסרים את השימוש בו, אולם מכיון שלצערנו בכל זאת שימושו נפוץ בעולם הוא נחשב כדרך ביאה.

אמנם פסול כהונה אינו כדין עריות אך בכל זאת גדרי ביאה בפסולי כהונה הוקשו לגדרי ביאה בעריות כגון העראה ביבמות (נה ע"א), חוץ מאלמנה לכהן גדול בגלל לימוד מיוחד (קדושין עח ע"א).

אף לעניין ביאה שלא כדרכה הוקשו פסולי כהונה לעריות כמבואר ביבמות נט ע"א (הלכה כר"א ור"ש שם).

ומסתבר שמשמש מת כשם שאינו חייב בעריות כך אינו פוסל לכהונה. (ר' שער המלך הל' אישות פ"א שכל שהוקש להעראה הוקש גם למשמש מת).

ומכאן לכובעון, בעריות פשיטא שחייב גם בכובעון כי ההנאה שוה. ובעריות עיקר האיסור הוא ההנאה. והראיה ממשמש מת בעריות שהלכה כרבא בשבועות (יח ע"א) שמשמש מת בעריות פטור. כי ביאה ללא קישוי וללא הנאה אינה ביאה. וכן בקידושין (מג ע"א) שאפילו שמאי הסובר יש שלד"ע:

> מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב – שהוא חייב, ושולחיו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב. (גם שם רבא הוא שאומר זאת, כנראה הולך לשיטתו בשבועות).

ובכל התורה כולה מתעסק פטור, חוץ מחלבים ועריות, משום שנהנה. כלומר, ההנאה היא מהות האיסור ולמרות שהיה מתעסק סו"ס נהנה.

ור' תוס' ב"ק (לב ע"א ד"ה איהו) "איהו קעביד מעשה – ומיהו לענין חטאת ולענין מלקות חייבת דרחמנא אחשביה להנאה מעשה". כלומר, לא מעשה הביאה הוא המעשה המחייב, אלא ההנאה שבו היא המעשה. ואף בנ"ד אין נפק"מ בכובעון, כי ההנאה היא האסורה.

מיהו מביאה שלא כדרכה מוכח לכאורה שגם ללא הנאתה היא עוברת עבירה. וי"ל מכיון שנאמר "משכבי אשה" התורה הקישה את כל המשכבות זל"ז. אך לעניין כובעון אין צורך בכך. כי עיקר האיסור הוא ההנאה. ומכיון שההנאה בכובעון שווה לביאה רגילה היא אסורה הן בעריות והן בפסולי כהונה.

ואין להביא ראיה מירושלמי יבמות (פ"א ה"א):

> אבא שאול אומר הכונס את יבמתו לשום נוי או לשום דברים אחרים הרי זו בעילת זנות וקרוב להיות הוולד ממזר... אתיא כר' יוסי בר חלפתא דרבי יוסי בן חלפתא ייבם את אשת אחיו חמש חרישות חרש וחמש נטיעות נטע ודרך סדין...

ובעל שו"ת שואל ומשיב בהגהות ציון וירושלים (על הירושלמי שם), ציין למש"כ בשו"ת שגם דרך סדין זו ביאה אסורה.

ואין לפרש שסדין אינו דרך ביאה כלל, שא"כ א"א לקיים באמצעותו מצות יבום. אלא עכצ"ל כמו שפירש הפני משה שמטרתו היתה רק **למעט** הנאתו שלא תהא כוונתו אלא לשם מצוה, אך קישוי היה והנאה מסוימת היתה ולכן הביאה היתה ביאת יבום כהלכה (ומשמע מהפנ"מ שהביאה היתה רגילה והסדין נועד רק לגלות טפח ולכסות טפחיים). וק"ו כובעון שהנאתו גמורה וא"כ זו ביאה גמורה גם לעניין פסילת כהונה.

ועוד, יש לדמות זאת קצת להלכות חציצה. לא זו בלבד שהמשתמשים בכובעון לדאבוננו לא מקפידים עליו, אדרבה, הם מקפידים שלא לשמש בלעדיו. וא"כ הוא חלק בלתי נפרד מהגוף לעניין ביאה ודינו כביאה רגילה לכל דבר ועניין. וראה בשו"ת יביע אומר (ח"ג אה"ע סי' ז) שהביא פוסקים רבים שדנו בנידון הכובעון ודעת רוב רובם שיש לאסור אשת איש על בעלה שזינתה ע"י כובעון.

א"כ א"א להסתמך על הכובעון ולטהר את האשה לכהונה.

ביאה חלקית אף היא לא פותרת את הבעיה, כי די בהערכה של הגוי כדי לפסול את האשה לכהן.

נחלקו הדעות בגמ' אם הערכה היא נשיקת שמש או הכנסת עטרה, היינו ביאה חלקית. להלכה נפסק שזו הכנסת עטרה, ראה רמב"ם איסורי ביאה פ"א ה"י; טוש"ע אהע"ז סי' כ, ועי"ש בט"ז ובית שמואל

שנחלקו אם אף הכנסת מקצת עטרה בכלל או שאין העראה אלא בהכנסת כל העטרה. ועי' שו"ת נו"ב מהדו"ת סי' כג שר"ל שכשהאבר הוא בין השפיות הוא נושק בפתח הפרוזדור

גם לדעת הנו"ב המיקל וסובר שהעראה היא הכנסת עטרה עד הפרוזדור, האשה לא יכולה להגדיר במדויק עד היכן נכנס השמש. לא ניתן לסמוך על כך ע"מ להתיר איסור דאורייתא.

ב. מסורת הכהונה במשפחה

הפתח היחיד שנלענ"ד להתירם הוא בגלל שאביו בעל תשובה. לדבריו הם משפחה אלג'יראית שלא שמרה מצוות, אם כי שמרה מסורת, שהיגרה לצרפת. סבתו אם אביו התנהגה באלג'יר כמנהג החברה הצרפתית, שהיהודים היו חלק ממנה. אביו חזר בתשובה בגיל מבוגר. גם אמו לא שמרה מצוות בצעירותה, אם כי אין לדעת עד היכן הרחיקה לכת, והחתן ביקש לשמור על כבוד אמו ולא לתחקר אותה.

יש אפוא מקום לפקפק בכהונתו של האב.

מכיון שאמו של האב חייתה כחילונית בתרבות הצרפתית, שהיתה ידועה מקדמת דנא במתירנותה, סביר להניח שסבתו לא שמרה על צניעותה, ובאה במגע עם נוכרים, שהם רוב החברה, והתחללה ע"י ביאת נוכרים, וא"כ גם אביו חלל ואינו כהן.

ומכיון שהכהנים בימינו הם רק כהני חזקה, כאשר יש ערעור חמור על חזקתם פקעה כהונתם.

וכאן ניתן לצרף כסניפים נוספים את הספקות הנוספים, האֵם אמו כשרה לכהונה, והאם ההעראה של הגוי היתה גמורה או חלקית, ואולי בכ"ז ניתן לצרף כסניף קלוש ביותר גם את הכובעון, אע"פ שזו דעה דחויה ע"י כל הפוסקים, אך לדעת יחידים יתכן שהוא מועיל לחצוץ, ודעה זו חזי לאיצטרופי ליתר הספקות.

ג. תוצאות הסתרת החללות

מאחר שהערעור הוא על עצם כהונת משפחתו, גם אביו יופקע מכהונתו. נפשו של החתן בשאלתו, כיצד יסתיר מאביו את פסק ההלכה שאינו כהן. האב בעל תשובה המתגאה בכהונתו, ועולמו יחרב עליו אם ייוודע לו שאינם כהנים. אמנם אצל האב יש רק ספק אחד, של אמו, בעוד שאצל הבן צרפנו ספק נוסף, יתכן שגם אמו נפסלה לכהונה, אולם ספקה של האם הוא העמוד העיקרי והאב הוא לכל היותר ספק כהן ולא כהן ודאי. הוא לא יוכל לשאת את פניו ולהסביר לציבור שהוא בעצם חלל, בגלל התנהגות אמו, ושהדבר נודע לו רק עתה דרך בנו העומד לשאת פסולת כהונה. אין לך הלבנת פנים גדולה מזו. האם הבן יכול להימנע מלספר לאביו שבעצם אינו כהן?

הבן עצמו אחרי נישואיו, כשיגור במקום אחר, יוכל להימנע מלעלות לדוכן. וכן מומלץ לו שאחרי החתונה ישנה את שם משפחתו, כדי שלא ייקרא 'כהן'. וגם לפני כן, כל עוד הוא בבית אביו, כשיעלה עם אביו לדוכן יוכל לברך בלא שם ולהבליע את השם בנעימת אחיו הכהנים, כמו בקידושין (עא ע"א). אך האב עצמו ימשיך להשלות את עצמו שהוא כהן. איזו עבירה עובר מי שסבור שהוא כהן ובאמת אינו כהן?

זה שהוא עולה ראשון לתורה אינו אלא מפני המחלוקת. גם אם אינו כהן אמיתי,

די בכך שהוא נחשב ככהן כדי לסלק את חשש המחלוקת ואין שום נדנוד עבירה אם אינו כהן. הבעיה החמורה יותר היא נשיאת כפים. ראה תוספות (שבת קיח ע"ב ד"ה אילו היו):

> לא ידע ר"י מה איסור יש בזר העולה לדוכן אם לא משום ברכה לבטלה, שלכהנים אמרה תורה לברך את ישראל.

אם הבן לא יספר לאביו על נימוקי הפסיקה שמתירה לו לשאת את כלתו, ע"י פסילת כהונתו, הוא יבטל את מצות אפרושי מאיסורא שהיא בעצם מצות "הוכח תוכיח את עמיתך" בשב ואל תעשה. אך משום כבוד הבריות של פגיעה קשה בכבוד המשפחה, אם יוודע לכל שכהונתו מחוללת (מפני שאמו מחוללת), הוא רשאי להימנע בשב ואל תעשה מלספר את האמת.

אך האב הרי עובר על איסור ברכה לבטלה בקום ועשה. וכיצד הוא לא מונע את אביו מלעבור על לא תשא בקו"ע?

ד. מחלוקת הרמב"ם והרא"ש

הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש. דעת הרמב"ם בהלכות כלאים (פ"י הכ"ט):

> הרואה כלאים של תורה על חבירו אפילו היה מהלך בשוק קופץ לו וקורעו עליו מיד, ואפילו היה רבו שלמדו חכמה, שאין כבוד הבריות דוחה איסור לא תעשה המפורש בתורה... אבל דבר שאיסורו מדבריהם הרי הוא נדחה מפני כבוד הבריות בכל מקום, ואף על פי שכתוב בתורה לא תסור מן הדבר הרי לאו זה נדחה מפני כבוד הבריות, לפיכך אם היה עליו שעטנז של דבריהם אינו קורעו עליו בשוק ואינו פושטו בשוק עד שמגיע לביתו ואם היה של תורה פושטו מיד.

הרא"ש במס' נדה הל' כלאי בגדים ס"ס ו חולק עליו:

> אם אדם רואה כלאים בבגדי חבירו והלובש כלאים אינו יודע אין לומר לו בשוק עד שיגיע לביתו דמשום כבוד הבריות ישתוק ולא יפרישנו משוגג.

ופירש מרן הראי"ה קוק (בהסכמה לקונטרס "שם משמעון" להר"ש הלפרין) שמחלוקתם תלויה בקשר שבין מצות ערבות למצות תוכחה, מה הסיבה ומה התוצאה, האם מצות תוכחה יוצרת את הערבות וכשהוא פטור מממצות תוכחה בשב ואל תעשה אין ערבות, או שהערבות יוצרת את התוכחה. ולדידן מכיון שאביו עובר בקו"ע גם הוא עובר עבירה מדין ערב בקו"ע, ולא נפטר ממצות תוכחה בשב ואל תעשה.

לפי הסבר זה נלענ"ד שהדבר תלוי בפירוש הפסוק בתורה: "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא" מהו החטא? אונקלוס תרגם: "ולא תקביל על דיליה חובא".

ובעקבותיו פירש הרמב"ן:

> 'ולא תשא עליו חטא' שיהיה עליך אשם כאשר יחטא ולא הוכחת אותו. ולזה יטה לשון אונקלוס שלא תקבל אתה עונש בחטא שלו.

ר"ל יש קשר בין הערבות לבין התוכחה. אך ניתן לפרש קשר זה בשני אופנים: א. שאם לא תוכיח את עמיתך אתה תישא את חטאו. כלומר מצות תוכחה היא היוצרת את הערבות (כדעת הרא"ש). ב. להיפך, שבגלל שאתה ערב לעמיתך ונושא את חטאו עליך להוכיחו (כדעת הרמב"ם).

יונתן (כידוע זהו תרגום ירושלמי) תרגם: "בְּרַם אֵין מֵיבְהֵית לָא תְקַבְּלוּן מְטוּלְתֵּיהּ חוֹבָא". ובעברית: גם אם הוא מתביישׁ לא

תקבלו בְּשבילו חטא. כלומר, חובת תוכחה קיימת בכל מצב, גם אם עמיתך מתבייש. אם לא תוכיחו אתה חוטא. ר"ל, אינך פטור מלהוכיחו גם במקום הלבנת פנים, משום כבוד הבריות, כי אתה נחשב חוטא בקום ועשה ולא פטרה התורה משום כבוד הבריות רק בשב ואל תעשה ולא בקום ועשה.

אולם רש"י פירש להפך: "ולא תשא עליו חטא – לא תלבין את פניו ברבים".

ומקורו בערכין (טז ע"ב) "הוכיחו ולא קבל מנין שיחזור ויוכיחנו? תלמוד לומר: תוכיח, מכל מקום; יכול אפי' משתנים פניו (מפני הבושה)? ת"ל: לא תשא עליו חטא". ויתכן שזו מחלוקת בבלי וירושלמי. כלומר, הרא"ש סובר כבבלי והרמב"ם כירושלמי.

אך באמת הרמב"ם סובר כבבלי ומביאו להלכה. אלא שלדעתו גם הבבלי סובר שרק בתחילת התוכחה צריכה להתחשב בכבוד הבריות אך בהמשכה אין להתחשב בה. ראה רמב"ם (הל' דעות פ"ו ה"ח):

> המוכיח את חבירו תחלה לא ידבר לו קשות עד שיכלימנו שנאמר ולא תשא עליו חטא, כך אמרו חכמים יכול אתה מוכיחו ופניו משתנות ת"ל ולא תשא עליו חטא, מכאן שאסור לאדם להכלים את ישראל וכל שכן ברבים... במה דברים אמורים בדברים שבין אדם לחבירו, אבל בדברי שמים אם לא חזר בו בסתר מכלימין אותו ברבים ומפרסמים חטאו ומחרפים אותו בפניו ומבזין ומקללין אותו עד שיחזור למוטב כמו שעשו כל הנביאים בישראל.

אולם כל זאת לאחר שהוכיחו בצינעה ולא קיבל שאז יש להוכיחו גם בפרהסיא. וק' ממש"כ בהל' כלאים "קופץ לו וקורעו עליו מיד" וכתבו המפרשים שאפילו בשוגג ונראה אולי לומר שהלובש כלאים בשוגג אם ייוודע לו שעובר עבירה הוא לא מצטער על שהצילו אותו מהעבירה ואינו מתבייש בכך. אך במקום שהוא מתבייש יתכן שגם הרמב"ם יודה שאין לקפוץ ולקורעו מעליו.

והרא"ש סובר שכל אדם מתבייש בקריעת בגדיו, גם כשמקיים מצוה, אלא שהמצוה מחייבת אותו להתגבר על כלימתו ולקיים מצוה.

[ולכאורה הרא"ש הולך לשיטתו בב"מ פ"ב סי' כא בזקן ואינה לפי כבודו:

> ויראה לי כיון שפטרה תורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו, איסור הוא לגבי דידיה שמזלזל לכבוד תורה במקום שאין חייב. ומשום ספק ממון חבירו אם הוא מחויב בו לא יזלזל בספק איסור. והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין יוותר מממונו ויעשה כמו שעשה רבי ישמעאל ב"ר יוסי, אבל אין לו רשות לזלזל בכבודו.

כלומר זלזול בכבוד האדם בשעת קיום מצוה נחשב זלזול. אלא שאדם פשוט, שזו דרכו בהרמת משאות ברה"ר, אינו מזדלזל בכך, אך זקן שאינה לפי כבודו מזדלזל בכך ואל לו להזדלזל גם לצורך מצות השבת אבידה.

אך מהרמב"ם בהל' גזילה ואבידה (פי"א הי"ג) משמע שחולק:

> מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו **אינו חייב** להטפל בהן

ומשמע **שרשאי** להיטפל בה כי זקן המקיים מצוה זהו כבודו ואין בכך זלזול בכבודו.

אמנם מהרא"ש אין ראיה שהרי בברכות (יט ע"ב) היתה הו"א ללמוד את ההלכה שכבוד הבריות דוחה מצוה מהלימוד

'והתעלמת... פעמים שאתה מתעלם, כגון זקן ואינה לפי כבודו', והגמ' דחתה דלא ילפינן איסורא מממונא. ר"ל במצוות שבין אדם לחבירו מדובר ביחסים שבין אדם לאדם, מאי חזית שאדם אחד יזלזל בכבודו למען אדם אחר? כבוד שניהם שווה ואין הצדקה לכך שהאחד יזלזל בעצמו למען זולתו. אך במצוות שבין אדם למקום עצם העיסוק בכבוד שמים הוא כבודו של האדם. וא"כ אין הכרח לומר שהרא"ש הולך לשיטתו.]

יתכן לומר ששורש מחלוקתם של הרמב"ם והרא"ש הוא האם קיום מצוה שכרוך בזלזול באדם הוא בכ"ז זלזול, או שאינו זלזול כלל, אלא אדרבה יש בו כבוד. וצ"ע.

נמצא א"כ שלדעת הרמב"ם, מכיון שהאב עובר בקו"ע, על הבן להפרישו מאיסור, למרות שהדבר פוגע בכבוד המשפחה. כי אין עצה ואין תבונה נגד ה'. אך לדעת הרא"ש, מכיון שהאב עובר בשוגג, הבן יכול לשתוק, כי הוא מבטל את מצות תוכחה בשב ואל תעשה, למרות שהאב עובר בקו"ע.

ה. הלכה למעשה בהפרשת אביו

בשו"ע יו"ד סי' שג פוסק המחבר כרמב"ם והרמ"א כרא"ש. ומכיון שהשואל הוא ספרדי, לכאורה, עליו לנהוג כדברי המחבר ולהפריש את אביו מאיסור, גם במקום כבוד הבריות. עם זאת יתכן לפרש את הרמב"ם בדרך שונה.

בספרנו באהלה של תורה ח"ב סי' כב עמדנו על הסתירה ברמב"ם בין הל' כלאים להל' דעות ותירצנו שבהל' כלאים מדובר בבעיה דחופה, כל רגע ורגע הלובש עובר על איסור כלאים. לכן אין ברירה אלא לקפוץ מיד ולקורעם מעליו. אך כשיש זמן, מצוה להוכיח בנחת. וצ"ע איך להגדיר את הדין שלפנינו, כדחוף, או כסובל זמן. מכיון שבכל ברכה לבטלה האב עובר על איסור יש דחיפות במניעה.

ור' שם שהבאנו את דעת הצפנת פענח שלא אמר הרמב"ם שחייב לקפוץ ולקרוע מיד, אלא בכלאים ולא בעבירות אחרות. כי הרמב"ם לשיטתו שם בסוף הל' כלאים שהמלביש את חבירו כלאים עובר כמי שלובש כלאים בעצמו. ולכן הוא חייב גם למנוע מחברו ללבוש כלאים, כאילו הוא עצמו לובש כלאים. והרא"ש לשיטתו שהמלביש את חברו אינו עובר כאילו לובש בעצמו.

ומכיון שניתן לפרש כך את הרמב"ם הוא יכול אולי לסמוך על פירוש זה ולהימנע מלספר לאביו.

ו. חשש ברכה לבטלה

אם נניח שברכה לבטלה היא רק איסור דרבנן בלא"ה אין צורך להפריש את האב מאיסור, כי איסור דרבנן נדחה מפני כבוד הבריות כמבואר בברכות (כ ע"א) וברמב"ם הנ"ל. אולם דווקא הרמב"ם, הסובר שחייב למחות בגלל שהאב עובר בקו"ע, סובר שברכה לבטלה אסורה **מהתורה** משום "לא תשא את שם ה' אלקיך לשוא" (פ"א מה' ברכות הט"ו והל' שבועות פי"ב) ואילו מהרא"ש בר"ה (פ"ד סי' ז) משמע שאינו עובר אלא מדרבנן (ראה הגהות אשרי שם) וא"כ תלויים אנו במחלוקת אחרת בין הרמב"ם והרא"ש, לדעת הרמב"ם הוא חייב להפריש את אביו, משום שהוא עובר באיסור דאורייתא בקו"ע, לדעת הרא"ש אינו חייב הן משום שהוא בשב ואל תעשה והן משום שהוא איסור דרבנן.

ומכיון שכל נושא עומד בפנ"ע ואין קשר בין שיטת הרמב"ם בכלאים לבין שיטתו באיסור "לא תשא", וכן הרא"ש, אפשר לעשות ס"ס, ספק אם יכול להימנע בשב ואל תעשה, ואת"ל שחייב, אולי איסור ברכה לבטלה אינו אלא מדרבנן, ואיסור דרבנן נדחה מפני כבוד הבריות גם בקום ועשה, לכן הוא יכול להימנע מלהודיע לאביו.

אך כאמור, מכיון שהוא ספרדי עליו לנהוג כד' הרמב"ם שברכה לבטלה היא איסור תורה, ועליו להפריש את אביו מאיסור. אלא א"כ נפרש את הרמב"ם כמו הרוגאצ'ובי שרק בכלאים חובה לקרוע את הבגד ולא להתחשב בכבוד הבריות. אך באיסורים אחרים שיש בהם בעיה של כבוד הבריות שב ואל תעשה עדיף.

בעיה אחרת היא פדיוה"ב, שמכשילים את אבי הבכור והבכור בכך שהוא לא נפדה. אמנם גם כאן אפ"ל שמצות פדיוה"ב מתבטלת רק בשב ואל תעשה ומשום כבוד הבריות אנו רשאים להשאיר את הבן לא פדוי ואין בכך אלא שב ואל תעשה. אלא שהכהן עושה זאת בקו"ע, הוא עושה מעשה פדיון שאינו פדיון כלל, וגם כאן הברכה לבטלה.

והכשלה חמורה לא פחות היא שאם הכהן הפודה יקבל ה' סלעים מאבי הבן הוא גוזל אותו בקו"ע. אמנם אם יקבל את הסלעים במתנה ע"מ להחזיר, כפי שהרבה כהנים נוהגים, אולי לא יעבור על איסור גזל. (ר' שו"ת יד אליהו סי לז הו"ד בפ"ת סי' שה ס"ק ה דמסתמא לא שביק איניש היתרא ואכיל איסורא ובודאי כשהחזיר הסלעים לאבי הבן לא כיוון ליתן לו אותם במתנה, והוא יאכל גזל, אלא החזיר לו מן הסתם בתורת השבת גזלה. וגם אם אינו מודע לכך אנו אומדים את דעתו אילו היה מודע לכך שאינו כהן, היה מתכוין להחזיר את הסלעים בתור השבת גזלה). וגם אם לא נהג עד כה להחזיר אפשר ללמדו לנהוג כך, כמנהג כהנים רבים, מבלי לפרט לו מדוע ראוי שינהג כך.

אולם בשאלה זו של כהן שנמצא חלל הפודה את הבכור נחלקו הפוסקים. בפתחי תשובה (יו"ד שם) בשם יד אליהו כתב: אחד שהחזיק עצמו לכהן ונתברר שהוא בן גרושה צ"ע אם צריכים לחזור ולפדות ולכן א"צ הכהן לחזור הדמים. הדבר תלוי במחלוקת במכות דף י"א אם מתה כהונה או בטלה כהונה, לעניין חזרת רוצח מעיר מקלט בכה"ג שנפסל מכהונתו. וה"ה פדיון הבן, שאף הוא אינו עבודה במקדש. אם מתה כהונה הוא פסול רק מכאן ולהבא. אך אם בטלה כהונה הוא פסול למפרע. ויש הפוסלים אותו בוודאות גם למפרע (באר יצחק חיו"ד סי' כה, ע"ש שהוכיח כן מבכורות מז ב בכהן שמת).

אלא שיש להסתפק מהו הגדר של כהן שנודע שהוא חלל. בגמ' קידושין סו משמע שנפסל בעדים. אך כאן רק הבן יכול לפוסלו וחוץ ממנו אף אחד לא יודע שהוא פסול. יתכן שאין זה ככהן שנודע שהוא חלל, והוא יכול להמשיך בעבודתו גם הלאה, בפרט לדעת הרמב"ם המכשיר בדיעבד עבודה שעבד כהן, שנודע שהוא חלל, גם אחרי שנודע שהוא פסול (ר' רמב"ם ביא"מ פ"ו ה"י).

אך באמת שאלה זו נוגעת לעצם מעמד הכהונה בזה"ז, שהכהנים אינם מיוחסים אלא רק מוחזקים, וקשה כיצד הם מברכים על נשיאות כפיים ופודים את הבכורות? ובפרט קשה לפוטרים מטעם ספק זה נתינת תרומה לבהמת כהן וכן נתינת מעשר ראשון ללוי כי הם סוברים שמכיון שהכהנים והלויים אינם ודאיים הממע"ה ופטורים

מלתת להם מתנות. ובכ"ז הכהנים נושאים כפיים ופודים בכורות בברכה. כי הם מחזיקים את עצמם ככהנים (ר' חזו"א שביעית סי' ה אות יב שהיו גם כהנים שהחזיקו את עצמם ככהנים באלימות ואין כוח ביד ב"ד להפרישם והם וזרעם משתקעים בכהונה. וצ"ע מדוע לא הפרישום? וצ"ל שמפני המחלוקת הניחום על טעותם ולא מיחו בהם. ויתכן שסברו שברכה לבטלה אסורה רק מדרבנן וגם מדובר בשב ואל תעשה).

אם כי דווקא לעניין פדיוה"ב יכול הבן להמליץ לאביו שיימנע מלפדות בכורות, מבלי לנמק לו את הסיבה האמיתית. אלא ששמע מת"ח חשובים שלא כדאי שכל כהן יפדה. כי מאחר ויש משפחות כהונה שיש בידיהן מגילות יוחסין, עדיף שהם יפדו. ומכיון שמצוה זו נדירה, ומתקיימת רק בחוג המשפחה, ויש כהנים הנחשבים מיוחסים, אין בכך הלבנת פנים אם לא יפדה.

לסיכום, מאחר שבכל הנושאים הנ"ל יש ספקות וספקי ספקות נראה ששב ואל תעשה עדיף. ואפילו לדעת הרמב"ם שברכה לבטלה מה"ת ויתכן שחייב לאפרושי מאיסורא גם כשהדבר פוגע בכבוד האדם, מכיון שלדעתו סד"א לחומרא הוא רק מדרבנן וכבוד הבריות דוחה איסור דרבנן, עדיף שיהיה פיקח וישתוק.

סימן כא

גיורת לכהן

שאלה

כהן נשא גויה בנישואין אזרחיים ולאחר זמן חזר בתשובה, וגם אשתו התגיירה ומקיימת מצוות כהלכה. אך אינם יכולים להיפרד כי נפשם קשורה זו בזו, וגם יש להם ילדים משותפים. ועתה הם רוצים להינשא כדת משה וישראל. מה הדין?

א. איסור גיורת לכהן

ראשית, חובה עלינו להבהיר שגיורת אסורה לכהן באיסור גמור כפי ששנינו במסכת קידושין (סט ע"א), או משום שיש לה דין זונה (למרות שלא זינתה בפועל) או משום שנאמר "כי אם בתולות מזרע ישראל". ומשום כך אין לנו דרך להתיר לו לשאת אותה לאשה, אלא חובה עליו להיפרד ממנה, ועם כל הכאב והשבר המשפחתי "אין עצה ואין תבונה נגד ה'".

יתרה מזו, כיון שנישואים אלו אסורים יש להקדים ולהקשות על עצם התוקף ההלכתי של הגיור. שהרי הגיור מותנה בהתחייבות כנה של הגר לקבל עליו עול מצוות, אך במקרה שלפנינו אנן סהדי שהגיורת לא היתה מוכנה לקבל על עצמה איסור גמור זה, שמחלל את הכהן ואת זרעו.

אלא שכבר ידועה תשובתו של הגאון ר' חיים עוזר (שו"ת אחיעזר ח"ג סי' כו), שהתיר גיור לאשה החפצה להנשא לכהן, אם היא מקבלת עליה את שאר המצוות בשלמות. וזאת משום שבעקרון הגיורת מוכנה לקבל עליה תרי"ג מצוות, ורק מצוה זו קשה לה ואינה יכולה לקיימה והרי היא כמומרת לתיאבון למצוה זו. רק שיקול מעין זה נותן

מקום לדון בשאלה שלפנינו, כיון שהכהן אינו מסוגל לגרשה.

השאלה היא מה עדיף: האם עדיף שימשיכו לחיות כפנוי ופנויה בלא למסד קשר של נישואין ביניהם, או שאדרבה עדיף שיישא אותה לאשה, שהרי כהן שנשא גיורת הקידושין תופסים.

ב. ביאה באיסורי לאוין מחוץ לנישואין

היה מקום לתלות את שאלתנו במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, האם איסורי קדושה של הכהן נוהגים רק בדרך של נישואין בלבד, או גם בחיים משותפים ללא נישואין. הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פי"ז ה"ב) סובר שכהן אינו אסור בגרושה זונה וחללה אם בא עליה בדרך זנות, עד שיקח אותה לאשה ויבעלנה. והראב"ד (שם) השיג עליו ונקט שאיסורי קדושה נאמרו אפילו בדרך זנות, והנישואין אינם מעלים ואינם מורידים בחומרת האיסור.

ולכאורה תהיה נפקא מינה ביניהם בנד"ד. לדעת הרמב"ם ניתן להציל אותם מאיסור של גיורת לכהן אם ימשיכו לחיות ללא נישואין, ומצד זה עדיף אפוא שלא יישאנה כדת משה וישראל, כדי שלא תיאסר עליו. ואילו לדעת הראב"ד אדרבה, עדיף שיישאנה, כי לשיטתו אף על ביאה לבד לוקה.

ושורש מחלוקתם הוא בביאור שיטת רבא בסוגיא זו (קידושין עח ע"א), וז"ל הגמרא:

> אמר אביי קידש לוקה, בעל לוקה. קידש – לוקה משום לא יקח, בעל – לוקה משום לא יחלל. רבא אמר בעל לוקה, לא בעל אינו לוקה. משום דכתיב לא יקח ולא יחלל, מה טעם לא יקח – משום לא יחלל...
> ומודה רבא בכהן גדול באלמנה שאם בעל ולא קידש שלוקה, ולא יחלל זרעו בעמיו אמר רחמנא – והרי הוא חילל.

והלכה כרבא שאינו לוקה על עצם הליקוחין עד שיבעול. ונחלקו בביאור דבריו. הרמב"ם למד מסוגיא זו שאיסורי קדושה תלויים בשני התנאים גם יחד – ליקוחין וביאה, ורק בכהן גדול התחדש שיש איסור בביאת זנות גרידא, אפילו בלא ליקוחין. ואדרבה, מכהן גדול נלמד **לחלק** בינו לשאר איסורי קדושה שלא נאסרו משום "ולא יחלל זרעו", שאין איסור בביאה גרידא בלא נישואין. ולעומתו, הראב"ד הסיק מסוגיא זו לאידך גיסא שיש **להשוות** בין הדינים, שהרי כל איסורי קדושה בכהן הדיוט הוקשו לאיסורי כהן גדול. ויש ללמוד מכהן גדול לשאר איסורי קדושה שאף הם אסורים בביאה בלבד בלא ליקוחין, ורבא לא בא לפטור את הכהן על ביאת זנות אלא על הליקוחין בלבד.

וכשם שהרמב"ם והראב"ד נחלקו באיסורי כהונה, כך נחלקו גם בשאר חייבי לאוין. הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פט"ו ה"ב) קבע מסמרות בהלכה זו: "שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה", ואזיל לשיטתו שאין לוקין באיסורי כהונה על ביאה לכשעצמה אלא אם עשה בה ליקוחין, וה"ה באיסורי לאוין. והראב"ד השיג עליו גם בהלכה זו דאיסורי לאוין מאותו נימוק עצמו שהשיג עליו באיסורי קדושה, שיש ללמוד מכהן גדול באלמנה לשאר איסורים. ואדרבה, לשיטתו יש לאסור ביאת זנות באיסורי לאו בקל וחומר מאיסורי קדושה, שהרי באיסורי קדושה כתוב "לא יקח" ובכל זאת חייב על הביאה בלא ליקוחין.

ג. האם יש איסור דאורייתא לפי הרמב"ם בחייבי לאוין ללא קידושין

אך עדיין יש להסתפק בדברי הרמב"ם, האם אין איסור דאורייתא כלל בביאת חייבי לאוין מחוץ לנישואין, או שהאיסור במקומו עומד אלא שהבועל אינו לוקה עד שיקדש ויבעול. כי אם נניח שאיסור כהונה הוא רק כשנושאה לאשה, רק אז יש להתלבט מה עדיף, שלא יישאנה כדי שלא יעבור על איסור כהונה, אלא שאז יעבר על איסור פנויה. או שיישאנה ואז לא יעבור על איסור פנויה אך יעבור על איסור כהונה. והיה מקום לשקול מי מהם חמור יותר. אך אם נניח שעל איסור כהונה עובר גם ללא נישואין, נמצא שאם לא יישאנה יעבור על שני איסורים, גם פנויה וגם כהונה, משא"כ אם יישאנה לא יעבור אלא על איסור אחד – כהונה.

האחרונים נחלקו בדבר. המקנה (קידושין נא ע"א) סובר שיש איסור תורה בבעילה לכשעצמה, גם ללא קידושין, אלא שהבועל אינו לוקה, ולדעת המנחת חינוך (מצוה תקסג[1]) והאו"ש (פט"ו מהל' איסו"ב ה"ב) הבועל אינו עובר מהתורה.

אמנם לענין איסור בעולה לכהן גדול כתב המ"מ בפי"ט מהל' איסו"ב ה"ד:

> פשוט הוא דאע"ג דקי"ל יש חלל מנושא את הבעולה כנזכר למעלה דוקא בנושא לפי שעבר על עשה דוהוא אשה בבתוליה יקח והוא עשה דכהונה אבל אם בא על הבעולה שלא כדרך נישואין **אינו מוזהר בה יותר מאדם אחר**.

אך האבני מילואים (סי' ז אות יא) דייק מל' השטמ"ק (כתובות ל) שגם ללא נישואין הוא מחלל את האשה בביאתו בלבד, כלומר יש איסור מה"ת גם בביאה ללא נישואין. אמנם המ"מ דיבר רק בבעולה לכהן גדול שאין בה אלא עשה, אך זונה וגרושה שיש בהן גם לאו יתכן שיודה שיש איסור גם ללא נישואין. אלא שהאב"מ (סי' ז ס"ק ט) תמה על כך, מה ההבדל ביניהן?

ור' סהמ"צ לרמב"ם (לאוין קסב) שכתב במפורש שעובר גם בביאה לבד:

> כהן הדיוט נאסרו עליו הנישואין כמו שאמר "לא יקחו" וליקוחין הם הקדושין (עמ"ע ריג) אבל אינו לוקה עד שיבעול כמו שקדם באורו. אמנם אם בעל בלא קדושין ואע"פ **שזה אסור עליו ומוזהר ממנו ופסלה לכהונה** אינו לוקה משום זה כי לא התבארה האזהרה מזה.

ומסתבר שהאיסור מן התורה שהרי בסהמ"צ עסקינן, שבו בדרך כלל אין מביאים דינים מדרבנן. ודוחק לומר שכוונתו לאיסור פנויה, כי מהקשר דבריו משמע שכוונתו לאיסור כהונה.

אם כנים דברינו שלדעת הרמב"ם הוא עובר מה"ת גם על ביאה לבד ללא נישואין, אולי עדיף שישאנה ע"מ שיעבור רק על איסור כהונה.

אם כי עדיין יש מקום להסתפק, שאם יישאנה יתחייב מלקות אך אם לא יישאנה לא יתחייב מלקות. אמנם אין מלקות בזה"ז אך בכ"ז איסור שיש בו מלקות חמור יותר. (דוגמא לדבר חצי שיעור, מכיון שאין בו כרת

1. **הערת עורך**: אם כי במצוה רסו אות יא כתב שעובר מן התורה, ור' במקורות שצויינו ברמב"ם-פרנקל, ס' המפתח שם.

ומלקות הוא קל יותר משיעור שלם לעניין הקל הקל תחילה.)

ד. האיסור בביאת פנויה

עד עתה עסקנו באיסורה של הגיורת לכהן מצד איסור זה בלבד, והסקנו שלדעת הרמב"ם עדיף שלא ינשאו כהלכה אלא ימשיכו לחיות כמשפחה המוכרת בנישואין אזרחיים בלבד. אך יש לדון גם באיסור הכרוך בעצם החיים המשותפים של כל זוג מחוץ למסגרת הנישואין.

גם בענין זה נחלקו הרמב"ם והראב"ד, אלא שדעותיהם מתחלפות. דעתו של הרמב"ם ידועה, שיש איסור דאורייתא בעצם הביאה על הפנויה משום "לא תהיה קדשה", וז"ל הרמב"ם (הל' אישות פ"א ה"ד):

כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה, מפני שבעל קדשה[2].

ומטעם זה אין להתיר לאיש ואשה האסורים זה לזה לחיות חיי אישות בלא חופה וקידושין. נמצא אפוא שממה נפשך יש בזה איסור דאורייתא: אם יינשאו יעברו על איסורי כהונה בכל ביאה וביאה, ואם לא יינשאו יעברו על לאו דקדשה בכל ביאה וביאה. וההצעה שלא יינשאו נאחזת בסבך, בבחינת 'אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי'.

אך הראב"ד משיג על הרמב"ם וסובר שאין איסור דאורייתא בקדשה אם יחדה את עצמה לאיש אחד, ולדעתו זו הפילגש שהתורה התירה, כיון שלא מפקירה את עצמה לכל. ואם כן, מצד איסור פנויה אין איסור דאורייתא בזוג שחי בנישואין אזרחיים, אלא שלשיטתו אין די בפתרון זה להציל את הכהן מאיסורו בגיורת, מאחר שאינו תלוי בליקוחין אלא בביאה וגם אם בעל ולא קידש חייב.

נמצא, שבין לשיטת הרמב"ם ובין לשיטת הראב"ד המשך החיים המשותפים כרוך באיסור דאורייתא. לשיטת הראב"ד הגיורת אסורה על הכהן באיסור זונה מדאורייתא בין אם ינשאו ובין אם לאו, ולשיטת הרמב"ם איסור זה נוהג רק במסגרת הנישואין, אך מאידך עצם קיומם של חיי אישות מחוץ לנישואין גם היא אסורה באיסור דאורייתא. ואין עצה ואין תבונה נגד ה'.

ואי אפשר לתפוס את החבל בשני הקצוות, דהיינו – לנקוט כרמב"ם לקולא שאיסורי כהונה נוהגים רק בתוך מסגרת הנישואין ולא מחוצה להם, ולנקוט כראב"ד לקולא שאיסור פנוי בפנויה אינו נוהג באשה המיוחדת לאיש – דהא בהא תליא. שהרי הגמרא בכתובות (לא ע"ב) נקטה שאונס ומפתה שבא על הממזרת לוקה, והשאלה היא רק מאיזה דין ילקה מדין ממזרת או מדין פנויה. והרמב"ם אזיל לשיטתו שהבא על פנויה לוקה, ופירש שגם חיוב המלקות האמור במפתה אינו אלא בגלל איסור קדשה. ולשיטה זו יש מקום לסברא שאין לוקין על הממזרת בעודה פנויה, וכן בשאר איסורי ביאה וקדושה – בעל ולא קידש לא לוקה. אך אם ננקוט כראב"ד שהבא על הפנויה אינו לוקה, בהכרח יצא שהבא על הממזרת לוקה משום

2. ועיין באהלה של תורה ח"א סי' עג שהארכנו לדון בשיטת הרמב"ם, והסקנו שאין איסור דאורייתא בביאה אקראית אלא כשהכינה את עצמה לכך, ובנד"ד ודאי שתנאי זה מתקיים.

עצם האיסור, והא קמ"ל שהבועל לוקה אע"פ שלא קידש. ואין דרך לצרף את הקולא של הרמב"ם עם הקולא של הראב"ד, משום שהן מנוגדות בהכרח זו לזו.

מיהו, בנד"ד אין אנו מציעים לו לרכב אתרי רכשי. אלא אומרים שעדיף לנקוט את הרע במיעוטו, ולכן אנו סבורים שעדיף שלא יקדשנה. כי איסור הביאה על פנויה היא עבירה קלה יותר, ועדיף שלא יקדשנה כדי שלא יעבור עבירה חמורה יותר. והדבר תלוי במה שיבואר להלן.

ה. פירוש ר' אברהם והכס"מ בדעת הרמב"ם

דעת הרמב"ם באיסור הביאה על הפנויה אינה פשוטה, והאחרונים נחלקו בביאור שיטתו.

שהרי הרמב"ם עצמו נקט שהמפתה אינו לוקה משום איסור קדשה אלא בפנויה המוכנה לזנות (הל' נערה בתולה פ"ב הל' יז), והראיה שאם היה חייב מלקות לא היה משלם את הקנס. וכבר הקשה הכס"מ (שם) שדבריו סותרים את מה שכתב בהל' אישות, שכל ביאת זנות בפנויה אסורה מדאורייתא.

וכדי ליישב קושיא זו הכס"מ נדחק, שדברי הרמב"ם בהל' אישות נסמכים על מה שכתב בהל' נערה בתולה. ואם כן, גם לדעת הרמב"ם האיש אינו עובר על איסור פנויה אלא במופקרת לכל, אך פילגש אינה אסורה לדעתו. והכס"מ מוסיף, שכל המחלוקת שבין הרמב"ם לראב"ד מצטמצמת להגדרתה של המופקרת לזנות, ואינה נוגעת לאיסור ביאה על הפנויה בכלל. הרמב"ם מרחיב מעט גדר זה וכולל בו כל פנויה "שהיא מוכנת לזנות עם כל הבא אליה" – היא זו שנקראת קדשה, שהתנהגותה גורמת לאנשים לזנות עימה. ולעומתו, הראב"ד סובר שאין קדשה אלא העומדת בקובה של זונות, וממציאה את עצמה לזנות בפועל. אך סתם ביאת פנויה אינה אסורה מן התורה, וכל שכן כשהיא מייחדת את עצמה לאיש אחד וחיה איתו כפילגש. וכן דעת המהרי"ט (בחי' לקידושין תחילת פרק ב), שהבא על הפנויה אינו עובר על איסור קדשה אלא במופקרת לכל.

לעומתם, ר' אברהם בן הרמב"ם (הובא בכס"מ שם) קיבל את דברי הרמב"ם בהלכות אישות כפשוטם, ויישב את הסתירה בפסקיו בדרך אחרת. לדעתו, יש לחלק בין חיובו של האיש הבא על הקדשה לבין הקדשה עצמה. הבא על הפנויה לוקה בכל מקרה, ואילו היא אינה לוקה אלא כשממציאה את עצמה לזנות. ואין הכי נמי, דין אונס ומפתה לא נאמר במקום שהיא חוטאת וממציאה את עצמה לזנות, אלא במקום שהוא חוטא ובא על הפנויה בדרך מקרה.

ויש נפ"מ גדולה במחלוקת זו לענייננו, כיון שמדובר באיש ואשה המיוחדים זה לזה דרך קבע. לדעת הכס"מ הם אינם עוברים על איסור מן התורה כל עוד לא ינשאו כדת משה וישראל. איסור פנויה אין כאן משום שהיא מיוחדת לו, ואיסור גיורת לכהן אין כאן לדעת הרמב"ם כיון שאינם נשואים, ולדעתו בעל ולא קידש אינו לוקה.

[ובפרט שהוא נשאה בנישואין אזרחיים והתחייב במזונותיה, ועיין רמב"ם (הל' מלכים פ"ד ה"ד) שפילגש היא בלא כתובה ובלא קידושין. והק' הלח"מ מה עניין כתובה לכאן הרי כתובה היא רק מדרבנן? עיי"ש תירוצו. ויתכן לומר שהכתובה מעידה על כך שאין זו פנויה מופקרת לגמרי אלא מיוחדת לו

ואם כי עדיין אינה נשואה כדת משה וישראל אך גם קדשה גמורה אולי איננה, וצ"ע.]

ולכן מוטב להמליץ להם שלא יינשאו כדי להמעיט באיסור, מה גם שלדעת ראשונים רבים אין איסור בפילגש. ואע"פ באיש ואשה המיוחדים זל"ז ביאותיהם נחשבות ביאות זנות שהרי כל הש"ס מלא מהגדרה זו שבעילת איש מאשתו כשהקידושין פוקעים למפרע זו ביאת זנות. זהו דבר מכוער אך לא איסור לאו מפורש בתורה. ועוד, היתר נישואין הוא הכרה מפורשת בכך שכהן רשאי כביכול לשאת בקום ועשה גיורת לכתחילה, משא"כ ללא נישואין.

ו. הולדת חללים

ביבמות (סט ע"א) **נאמר:**

> אמר קרא 'לא יחלל זרעו בעמיו' מקיש זרעו לו, מה הוא פוסל, אף זרעו נמי פוסל. ואימא: משעת הויה! דומיא דכהן גדול באלמנה, מה כהן גדול באלמנה בביאה, אף האי נמי בביאה. ואימא: עד דאיכא הויה וביאה! דומיא דכ"ג באלמנה, מה כהן גדול באלמנה בביאה לחודה, אף האי נמי בביאה לחודה.

וכן פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה (פי"ט ה"ג):

> כיצד כהן בן תשע שנים ויום אחד שבא על הגרושה או על הזונה, וכהן גדול שבא עליהן או על האלמנה או שנשא בעולה ובא עליה הרי אלו נתחללו לעולם, ואם הוליד ממנה בן בין זה שחללה בין כהן אחר הולד חלל.

דוק בלשונו שרק בכה"ג בבעולה כתב: "נשא... ובא עליה" משא"כ ביתר פסולי כהונה ביאה לבד מחללת (ר' אב"מ סי' ס"ק יא).

וא"כ בנ"ד גם אם נתעלם מכך שהוא ממשיך לחיות עם הגיורת, צ"ע אם יש מקום להורות להם שלא יביאו ילדים נוספים לעולם, ע"מ שלא להרבות בחללים. אלא שלא מצינו איסור מפורש להוליד חללים. ומה שנאמר בתורה "ולא יחלל זרעו בעמיו" נאמר רק לכהן גדול. אמנם למדו מכהן גדול ליתר הכהנים, אך גם לכהן גדול אין הכרח לפרש את הכתוב כאיסור להוליד חללים.

ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת רש"י והרמב"ן בפירוש הפסוק. רש"י פירש:

> הא אם נשא אחת מן הפסולות זרעו ממנה חלל מדין קדושת כהונה.

כלומר לרש"י אין איסור מפורש להביא חללים לעולם. האיסור הוא נישואי פסולות והטעם לכך הוא החללות. אם כי אפשר להבין מדבריו שאם הטעם לאיסור הנישואין הוא חללות משמע שיצירת חללים היא דבר לא רצוי בעיני התורה. אך איסור מפורש אין כאן.

אולם הרמב"ן (ויקרא כא, טו) **כתב:**

> ועל דעת רבותינו (קידושין עח, א) הוא לאו שני. וכך אמרו, קידש ובעל לוקה שתים, אחת משום לא יקח ואחת משום לא יחלל, ואמרו בעל ולא קדש לוקה משום לא יחלל, והנה הם שני לאוין. ונדרש להם גם כן, בטעם קידש ולא בעל אינו לוקה, מה טעם לא יקח משום לא יחלל, אם כן פירושו 'את אלה לא יקח' כי אני מזהירו ב'לא יחלל זרעו', ומאלינו נלמוד שהזרע מן הפסולות הוא מחולל.

מבואר בדבריו שיש איסור מפורש מן התורה להוליד חללים. ואולי יש לדייק כן גם מלשון הרמב"ם (הל' איסו"ב פי"ז הל' ג):

והוא מוזהר שלא יחלל כשרים לא אישה ולא זרעו.

אולם אף אחד ממוני המצוות לא מנה איסור זה במנין המצוות, גם לא הרמב"ן עצמו. מיהו כפי שראינו בדעת רש"י אין הדבר ראוי בעיני התורה, ולכן יש להמליץ להם להימנע מללדת ילדים נוספים.

מסקנה

אם נבוא לסכם את הצדדים ההלכתיים השונים, הרי שאנו עוסקים באיסור של גיורת לכהן, שהוא מדאורייתא ולכל הפחות מדברי קבלה שהם כעין דאורייתא. ומאחר שעיקר חומרתו של איסור זה הוא רק לאחר שנתקדשה כדת משה וישראל, ולדעת הרמב"ם אם לא יישאנה לא יתחייב מלקות, עדיף שלא יישאנה. אמנם מצד שני הרמב"ם החמיר באיסור הביאה על הפנויה, אך רבים חולקים עליו. וגם הוא עצמו אינו אוסר מדאורייתא את הפילגש המיוחדת לו. וכל שכן כשהם נשואים בנישואים אזרחיים והוא חייב במזונותיה. לכן עדיף שלא יישאנה לאשה[3].

סימן כב

גרושה מנישואין אזרחיים לכהן שתוקי

שאלה

אשה שהיתה נשואה לישראל בנישואין אזרחיים והתגרשה ממנו כדת משה וישראל הכירה עתה אדם (וגם כבר חיה אתו חיים משותפים), שם משפחתו הקודם של מי שחיה עמו עתה היה 'כהנא', כלומר שם מובהק של כהן ועל פניו הוא כנראה כהן. אמנם שמו הקודם של האיש היה "כהנא" כי זה היה שם **אביו**. אך בתעודת הלידה של אביו, סבו לא מוזכר כלל. ושם הוא נקרא ע"ש משפחת אמו בלבד "מזרחי" (שם בדוי). אם החתן מסבירה זאת שבעלה נולד לאמו, כשהיתה פנויה, מאדם לא ידוע. אח"כ נישאה אמו לאדם בשם 'כהנא' ולכן קראה את שם בנה על שם בעלה. סבתו של החתן (אמו של הקרוי כהנא) נפטרה ולא ניתן לברר על ידה פרטים על יחוס אבי החתן שאף הוא נפטר.

ואכן רגלים לדברי אֵם החתן, שכן בתעודת הלידה של אבי החתן לא מוזכר שם הסב כלל. ותאריך לידתו הוא לפני תאריך הנישואין של אמו. האם מותר לגרושה מנישואין אזרחיים להינשא לו?

א. ריח הגט בנישואין אזרחיים[1]

הנוהג בנישואין אזרחיים הוא לגרש בגט כדת משה וישראל למרות שלרוה"פ

3. **הערת העורך**: מן הראוי שישנה שם משפחתו אם הוא מוכיח על כהונתו (כהן, כהנא וכד'), וכן אינו עולה לתורה בתור כהן ולא נושא כפיו כאמור בשו"ע (או"ח סי' קכח ס"מ), וכן בניו ובנותיו לפני גיור אשתו טעונים גיור.

1. שאלת תוקפם של הנישואין האזרחיים נדונה רבות בספרות ההלכה ולא עת היאסף. נזכיר רק את

נישואין אזרחיים אינם נישואין כלל, אך לחומרא מצריכים גט. האם גט שניתן לחומרא אוסר את הגרושה לכהן?

באבן העזר (סי' ו ס"א) **נפסק:**

כהן אסור מן התורה בגרושה, אפילו אינה אלא ספק גרושה צריך להוציא, בין שנתגרשה מן האירוסין בין שנתגרשה מן הנשואין. ואפילו ריח גט פוסל בכהונה וכופין אותו להוציא. והיכי דמי ריח גט, כגון שאמר לה: הרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם, ואע"פ שלא הותרה בזה הגט, נפסלה לכהונה. (ואפילו לא נתגרשה רק משום קול קידושין בעלמא, אע"פ שהוא ברור שאין ממש באותן קידושין ואין נותנין גט רק מכח חומרא בעלמא, אפילו הכי פסולה לכהונה). (תשובת הרשב"א סימן תק"נ). אבל אם נתן לה גט על תנאי ולא נתקיים התנאי, אינו כלום ואינו פוסל. ורשאי הכהן לכתחלה לגרש על תנאי.

וכתב הבית שמואל (שם ס"ק ג, ד):

(ג) מבואר דוקא אם הבי"ד הצריכו גט אע"ג שהיה מחמת קול בעלמא חיישינן אבל אם הוא נתן גט מעצמו ולא היה נצרך ע"פ הדין לא הוי גט והביא ד"מ שם וכ"כ בית הלל. אלא בתשובת רשב"א סי' תק"ן משמע לכאורה דסותר לזה דהא שם היה ג"כ שידוכים וגירש מעצמו בלא דעת הב"ד ומ"מ פוסק שם דהוי גט. ואפשר בתשו' סי' תק"ן שאני דאע"ג ע"פ הדין לא היה צריך לגרש וגירש מעצמו אמרינן שמא אמת הדבר דקידש, משא"כ בתשובות שהביא הב"י לא היה שם אלא ב' עדים וא' מת א"כ תו ליכא חשש כלל וא"צ גט כלל.

(ד) פסולה לכהונה – כתב ב"ח היינו לכתחילה אבל לא תצא. לפ"ז צ"ל בתשובת רשב"א הנ"ל איירי בשידך לכהן ולא קדש ולא נשא, מש"ה פסק שם דאסורה לו, וצ"ע גם בט"ז חולק עליו.

וז"ל הרשב"א בתשובותיו (ח"א סי' תקנ):

שאלת, יש תקנה בעיר הזאת בחרם וקנס שלא לקדש שום בת ישראל אלא בעשרה ושליח ציבור. וראובן שידך בתו עם שמעון ואחר כך נתבטלו הקידושין (=צ"ל שהיו בוודאות שידוכין, אלא שקיים חשש שהיו גם קידושין). וכשנתבטלו לחשו את ראובן שיתן שמעון גט כדי שלא יוציא קול עליה שהיא מקודשת. וראובן הנזכר היה עם הארץ ושמע לקול המלחשים ההם ונתן שמעון גט לבתו. אבל לא יצא עליה שום קול הברה שהיתה מקודשת. אחר כך שידך ראובן הנזכר את בתו לאלעזר הכהן. אם יכול אלעזר לישאנה?

תשובה, גט זה פוסל לכהונה. חדא דמאן לימא לן דלא נתקדשה לו כהוגן? אע"פ שיש תקנה בעיר ובקנס שלא לקדש אשה שם אלא בעשרה ובש"צ,

תשובותיו של הציץ אליעזר בחלק ב סימן יט; בחלק יא סימן פא; חלק טו סימן נב; וחלק יח סימן מט, ובתחומין ח"ב מאמר הרב דיכובסקי, ובחלק ג מאמר הרב שאר ישוב כהן, ובחלק ו מאמר הרב שילה רפאל.

דילמא עבר וקדש, או לא ידע, או שקדש על ידי שלוחו, או שלוחה חוץ מן העיר.

ואפי' אם לא נתקדשה לו כמו שאמרת מכל מקום אין זה ידוע לכל ואיכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא. וכדאמרינן ביבמות ברי' פרק החולץ (דף ל"ה ב').

וצ"ע אם לדמות נישואין אזרחיים למקרים הנ"ל.

הרשב"א דן באשה שיש חשש מסוים לקידושין, וכמו כן הציבור לא יודע אם נתקדשה או לא, רק שמעו שהתגרשה כדין ויצא עליה שם גרושה כהלכה. משא"כ בנישואין אזרחיים לדעת רוה"פ בנישואין אזרחיים הגט הוא לחומרא בלבד. וזאת רק כאשר ניתן להשיג גט. אך כאשר לא ניתן להשיג גט מתירים את האשה גם ללא גט. והציבור יודע שנישאה בנישואין אזרחיים בלבד ומחמת נישואין אלו נתגרשה לחומרא. ואחת הסיבות לאלו הנוסעים לקפריסין להינשא בנישואין אזרחיים היא כדי שלא יזדקקו לגירושין כהלכה. וא"כ הכל יודעים שנישואין אזרחיים אינם קידושין כדת משה וישראל וממילא גם הגירושין אינם מעיקר הדין.

והנה בנישואין אזרחיים יש דרגות שונות. יש מדינות שבהן אין כמעט רבנים מסדרי קידושין והדרך היחידה להתחתן היא דרך הערכאות. שם יש יותר חשש לקידושין. כי הסיבה לחשש לקידושי תורה בנישואין אזרחיים היא החזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ואנן סהדי שמסתמא התכוון לקדשה בביאה כדת משה וישראל. בפרט אם המדובר בתינוקות שנשבו והם גם קצת שומרי מסורת יש לחוש שבעילתם אינה בעילת זנות, אלא לשם חיי אישות יהודיים. אם כי גם שם נוהגים להתיר, בשעת הדחק, לאשה שנישאה בנישואין אזרחיים, להינשא ללא גט כדת משה וישראל. ויש מדינות שבהן יש רבנויות מסודרות ובכ"ז יש זוגות ישראליים המעדיפים נישואין אזרחיים, כי אינם רוצים, בדרך כלל בגלל ריחוקם מחיי תורה ומצוות, להינשא כדת משה וישראל. שם הסברה נותנת יותר לומר שאין דעתם לקידושי תורה כלל ועיקר. ויש דרגה שלישית, כגון בנ"ד. כל אדם החי בארץ יודע שהנישואין בישראל הם רק כדת משה וישראל ואם הוא בכ"ז מעדיף לטרוח ולנסוע לקפריסין להינשא שם בערכאות, אין לך גילוי דעת גדול יותר שאינו רוצה כלל להיות נשוי כדת משה וישראל[2].

בשו"ת 'שפתי כהנים' דן במקרה של קידושי שחוק, שהדעת נותנת שלא היו קידושין אמיתיים, אך אבי האשה דרש לתת

2. כשהועלתה השאלה האם לאפשר בארץ הקמת ערוץ של נישואין אזרחיים למעוניינים בכך סברתי לומר שאם אדם יירשם בעירייה ויצהיר ויחתום במפורש שעושה זאת **שלא** כדת משה וישראל לא יהיה שום חשש לקידושין. נישואין אזרחיים כאלה לא יצריכו גט אפילו לחומרא. אמנם מו"ר הגרא"א שפירא זצ"ל אמר לי שהחוששים לקידושין יחששו גם כאן, שמא בכ"ז אח"כ בהמשך חייהם המשותפים דעתם של זוגות כאלו תהיה לשם קידושין כדת משה וישראל. ולפי הבנתי הדלה זהו חשש רחוק, ועיקר ההתנגדות להצעה נבעה מכך שעצם ההצעה לאפשר נישואין אזרחיים עלולה למוטט את כל מערך הנישואין הדתיים בישראל.

לה גט, ליתר הידור, כדי שלא יהיה עליה שום חשש לקידושין. הוא פסק שהיא מותרת לכהן כי הגט ניתן לחומרא בלבד.

אמנם החשש לריח הגט הוא רק גזירה מדרבנן, מ"מ חביבין דברי סופרים מיינה של תורה. אלא שבנ"ד ריח הגט עצמו הוא רק בגלל חשש. ובנ"ד יש גם צד נוסף להקל, מצד החתן, שספק אם הוא בכלל כהן. כי לדברי אמו אינו כהן. ורגלים לדבריה, שכן בתעודת הלידה לא מוזכר שם אביו כלל ולכן מסתבר לומר כדבריה שאביו האמיתי הוא לא בעלה שהיה כהן, ויש לסמוך על הרוב שאביו האמיתי לא היה כהן כלל. וגם אם לא נקבל את דבריה, לפחות ספק יש כאן, כי בתעודת הלידה אין זכר לאב. והוי ס"ס, ספק כהן וספק ריח גט שאינו אלא מדרבנן. (ולהלן נדון בהרחבה במעמדו של החתן).

והנה גם הב"ח, המתיר ריח גט מסוג של הרשב"א, הוא רק בדיעבד, שאם נשאת לא תצא. ואפילו אם היתה כבר משודכת לו, לא התיר לשאתה לכתחילה. ואילו כאן מדובר להתיר נישואין לכתחילה.

דעת הבית שמואל שאם האשה ביקשה גט לחומרא ולא חוייבה ע"י ביה"ד, שאז מותרת לכתחילה לכהן. וצ"ע אם לדמות את הנ"ד למש"כ הבית שמואל. אמנם ביה"ד הוא המחייב בנישואין אזרחיים את הגט לחומרא. אך ביה"ד לא מחייב לכתחילה כל מי שנישא בנישואין אזרחיים בגט לחומרא, רק כאשר האשה באה להינשא לאחֵר ביה"ד דורש ממנה גט לחומרא. בנ"ד אם לא היתה הגרושה באה מיוזמתה לביה"ד לא היה יכול לחייבה בגט. היא מיוזמתה היתה מוכנה להישאר פנויה, הפרודה מבעלה הקודם, ללא גט כדת משה וישראל. היא יכלה גם להינשא לבעלה החדש בנישואין אזרחיים כפי שעשתה עם בעלה הראשון. ורק משום שבאה בכ"ז להינשא ברבנות כהלכה נדרשה לקבל גט מבעלה הקודם. נמצא שגם מצד ביה"ד הרבני היא המבקשת את הגט. וצ"ע בהגדרה זו.

ועוד, המצב בנ"ד שונה ממשודכת (בה עסק הרשב"א). במקרה הנוכחי הם כבר חיו חיים משותפים כאיש ואשתו. וגם אם לא נתיר להם להינשא כדת משה וישראל הם לא ייפרדו זמ"ז. וא"כ דמי אולי לדיעבד. (ומצאנו התחשבות במצב זה כאל דיעבד בנושא אחר, כגון כהן עם בת נוכרי ואמה ישראלית ר' דבר יהושע לגרי"מ אהרנברג ח"ג אה"ע סי' ח).

ועוד, לשיטת הרמב"ם, כל עוד אינם נשואים הם עוברים עבירה כל יום על איסור קדשה. אמנם לד' הרמב"ם עצמו בפי"ח הל' אסו"ב היא הנותנת, שמכיון שאינם נשואים כדת משה וישראל לא עוברים על איסורי כהונה, אולם לפי הנ"ל איסור הכהונה הוא רק ס"ס בדרבנן, בעוד שאיסור הקדשה הוא איסור דאורייתא ודאי (לד' הרמב"ם). וצ"ע האם להתירם להינשא זל"ז לכתחילה.

והנה הגרעק"א בהגהותיו לשו"ע (סי' ו) ציין לעיין בשו"ת לחם רב (סי' לג). שם מבואר שהרשב"א, שעל פיו נפסק שגם גט שניתן לחומרא יש בו דין ריח הגט, סותר את עצמו. וא"כ דין זה לא מוסכם כ"כ להלכה. וכן משמע מהמרדכי (פ' האומר רמז תקלא) שלא כל ריח גט פוסל לכהונה וז"ל:

> והרא"ם כתב: נראה לי כל גט שאינו מתיר לא לאיש ולא לאשה אינו פוסלה לכהונה והוי ככותב ונותן גט לפנויה... אפילו ריח גט אין בו.

וה"ה בנ"ד מכיון שמתירים נישואין אזרחיים גם ללא גט, והגט הוא רק לחומרא, ניתן להתירה לכהן. וכן שמעתי שהיושבים על מדין סומכים על גדולי

הפוסקים שריח גט שניתן לחומרא לא פוסל לכהונה. ויש לצרף גם דעות אלו להקל בנ"ד.

ב. שתוקי

אלא שגם אם נניח שהיא אינה גרושה ממש ומותרת לפחות לספק כהן. יש כאן ספק חמור יותר, האם בעלה החדש הוא בכלל ישראל כשר? העובדה שלא ידוע מי היה סבו של החתן מטילה עליו כתם של שתוקי. וספק זה הוא כלהט החרב המתהפכת, מצד אחד, אולי הוא פסול לבוא בכלל בקהל, בגלל חשש ממזרות, מאידך, אדרבה, יש להטיל ספק בכהונתו וספק זה מצטרף לספק הקודם להתירו לשאת ספק גרושה.

נדון ראשית כל בפסול הקהל.

שנינו בכתובות (יד ע"ב):

א"ר יוסי: מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה, אמר רבי יוחנן בן נורי: אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה – הרי זו תינשא לכהונה.

וצ"ב האם אותה תינוקת ידעה מי אנס אותה, והאם היא טענה שהוא כשר או שאינה מכירה אותו ולא יודעת. הגמ' מפרשת שהיא לא ידעה מי אנס אותה, אלא שהיו שם רוב סיעה שעברה שם וגם רוב העיר ושניהם של ישראלים כשרים. הצורך בתרי רובי מוסבר ע"י ר' חנינא:

הולכין אחר רוב העיר והוא דאיכא רוב סיעה בהדה, ואין הולכין אחר רוב העיר גרידתא, ולא אחר רוב סיעה גרידתא, מ"ט? גזרה רוב סיעה אטו רוב העיר. ורוב העיר נמי, אי דקא אזלי אינהו לגבה, כל דפריש מרובא פריש! לא צריכא, דקא אזלא איהי לגבייהו, דהוה ליה קבוע, וא"ר זירא: כל קבוע כמחצה על מחצה דמי.

וצ"ע האם רק היא צריכה תרי רובי, להתירה להינשא לכהן, או שמא גם הוולד צריך תרי רובי להתירו בקהל?

וכתבו התוספות (טו ע"א ד"ה דלמא):

פי' לתוך ביתם דאפילו בתוך העיר לא חשיב קבוע דדמי לנמצא בין החנויות דלא חשיב קבוע וכן גבי תינוק מושלך בעיר לא חשיב קבוע הואיל ולא נמצא בבית ולכך פירש בקונטרס שפירש בועל מביתו.

מדבריהם משמע שרק אם התינוק נמצא בשוק הולכים אחר הרוב, אך אם נמצא בבית הוא קבוע. וצ"ע בדבריהם, האם גם כשהתינוק נמצא בבית לבדו הוא נחשב קבוע, או שרק אם הוא נמצא יחד עם אמו בביתה, הוא קבוע, מכיון שהיא אסורה מדין קבוע גם התינוק נאסר יחד עמה?

עוד יש לשאול, אפי' אם התינוק נמצא מושלך בעיר ולא נמצא בבית (אם נניח שדינו כשתוקי ר' מהרי"ט קידושין עג וכן הנוב"י מה"ק אה"ע סי' ז. או אם אין לו סימני אסופי. שאם יש רוב כשרים בעיר הוא כשר) מכיון שהספק הוא על אמו ולה יש דין קבוע מדוע לא ייאסר התינוק מחמתה?

ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת ר' יוחנן ור"א (כתובות יג ע"ב) אם חזקת האם מועילה לבת או לא, כלומר האם האיסור של הבת נמשך מכוח האם או שהוא איסור בפנ"ע. ולר' יוחנן שהלכה כמותו התינוק ייאסר כמותה. מיהו יש לחלק בין קבוע, שהוא רק ספק, לחזקה שדינה כודאי. רק בחזקה אומר ר"י הפוסל בה פוסל בבתה. כי חזקה מכריעה את הספק, משא"כ קבוע, הוא אינו מכריע ספק, אדרבה, הוא עצמו אינו אלא ספק, אפילו כשיש רוב, ואין לך בו אלא

חידושו. ולכן אין דין הקבוע של האם חל על התינוק.

אולם בשו"ת נודע ביהודה (מהדו"ק אה"ע סי' ז) חולק על הנחה זו וסובר שדין הקבוע, החל על האם, חל גם על הוולד (את המחלוקת של ר"א ור"י הוא מעמיד במקרה של ספק שקול) אלא שהוא מחלק בין מצב שהאם לפנינו ואנו דנים בעיקר על האם, והדיון על הוולד מסתעף מהדיון על האם, לבין מצב שבו האם לא לפנינו ואז הדיון הוא רק על הולד.

> יש הפרש בין פנויה שילדה ולא ידעינן ממי נתעברה ובין תינוק הנמצא בשוק... שאם ילדתו פנויה וידעינן את אמו שהיא ילדתו והוא אצל אמו ויש לנו לדון על האם עצמה ממי נתעברה שאז אפילו ברוב כשרים חיישינן דלמא אזלא איהי לגבייהו וה"ל קבוע וכמחצה דמי, אבל בתינוק הנמצא בשוק ואין אנו יודעים את אמו מי היא, ואין לנו עסק לדון על האם כלל... תינוק זה שנמצא בשוק ה"ל פירש וכל דפריש מרובא פריש.- — -

ולענייננו, מאחר שסבתו של החתן, שהיא אם אביו השתוקי, כבר איננה בחיים, וגם האב השתוקי כבר נפטר, יש מקום לדעת הנוב"י ללכת אחר הרוב ולהתירו ברוב רגיל. ואי"ל שמכיון שגם אבי החתן אינו חי עוד הספק חל עליו ועל אמו ביחד, ומכיון שהאם אסורה גם בנה אסור, י"ל שמכיון שהספק מתעורר כרגע רק על החתן הולכים אחר הרוב.

אלא שעל עצם חידושו של הנוב"י, שאִם האם אינה לפנינו והדיון על בנה בלבד הולכים אחר הרוב ואין חוששין לקבוע, רבים חולקים עליו. עיין פ"ת (אה"ע סי' ד ס"ק מא) שהביא את הקהילת יעקב והחמדת שלמה החולקים על הנוב"י. והש"ש ש"ד פי"ח הביא את המהרי"ט שגם הוא חולק על הנוב"י (עי' בפרק הבא).

ג. מחלוקת הנו"ב והשב שמעתתא

הש"ש (ש"ד פי"ז) הביא בשם הבית מאיר (סי' ד סכ"ו) שהשיג על דברי הנוב"י ותמה, גם כאשר האם לפנינו, מה ההגיון לדון את הוולד כמו האם? שני דיונים נפרדים הם. עם מציאת התינוק מתעוררת שאלת זהותו, האם הוא ישראל כשר או לא. דינו כבשר הנמצא שהולכים אחר הרוב. משא"כ הדיון על האם, השאלה אינה זהותה, אלא כשרותה, האם נבעלה לפסול או לכשר ואז השאלה היא, מי הלך אצל מי, היא אל הבועל והוא קבוע או שהבועל בא אליה והוא פריש. ר"ל, אין לומר שנדון את התינוק כקבוע מה"ת רק בגלל שבמקרה אמו נמצאת עמו בבית, הרי אין שום חשש שהתינוק הלך אל הפסולים. הוא נמצא כאן ובכל מקרה חל עליו דין פריש, אפילו כשנמצא עם אמו בבית. אלא ע"כ זוהי גזרת חכמים לאסור את התינוק הנמצא בבית עם אמו, למרות שעל התינוק עצמו אין חשש קבוע, א"כ ה"ה כשאמו אינה לפנינו נגזור על התינוק אגב אמו.

ניתן ליישב את תמיהתו של הב"מ על הנוב"י. הרי כל דיון על זהותו של הוולד מתחיל בשאלה ממי נבעלה אמו, ולכן אם האם לפנינו ודנין בה דין קבוע **בפועל** ממילא גם עליו דנין דין קבוע. כי איך אפשר להפריד בין הדבקים? אך כשהאם אינה לפנינו, אמנם גם אז הדיון **התיאורטי** הוא ממי נבעלה אמו, אך מכיון שהאם אינה לפנינו, הדיון מתמקד למעשה רק בוולד בלבד ולא באם. ומכיון שדין קבוע הוא חידוש אין לך בו אלא חידושו ודיינו

שאנו מחילים דין קבוע רק בפועל כאשר האם לפנינו, וממנה מסתעף הדין גם על הוולד. אך כשהאם אינה לפנינו איננו דנים דין קבוע בפועל, לכן אין צורך לדון גם את הוולד בדין קבוע, אלא די ברוב רגיל וכל דפריש מרובא פריש.

הב"מ הוכיח מהתוס' בכתובות (טו ע"א ד"ה דלמא) שגם לתינוק הנמצא בבית, לבד ללא אמו, יש דין קבוע בגלל אמו, ורק אם נמצא לבדו בעיר יש לו דין פריש, במנותק מאמו. אולם הש"ש דחה את ראייתו, שלא מסתבר לחלק בין תינוק הנמצא בבית לבין הנמצא בעיר. סו"ס לא הוא הלך לבועל אלא אמו, ולכן רק אצלה יש מקום לחלק בין המצבים, אך לא בתינוק עצמו.

בפי"ח הביא הש"ש את המהרי"ט החולק על הנוב"י:

> אמנם בשו"ת מוהרי"ט נראה דהולד לעולם חשוב קבוע ואפילו היכא שאין אנו דנין על האם ע"ש בחלק אה"ע סימן י"ח... דספיקא קביעא ביה בכל מקום שילך, ומבואר דס"ל למוהרי"ט דולד לעולם חשיב קבוע משום דנולד בקביעות כל מקום שהולך ספיקו עמו.

ר"ל ספקו של התינוק אינו מצד עצמו, אלא מכוח אמו שאולי זינתה עם פסול. ומכיון שאמו אסורה בגלל חשש קבוע גם הוא אסור. וצריך לחלק בין זה לבין ביצה. ביו"ד (סי' קי ס"ו) כתב הרמ"א:

> ואם נתערבה תרנגולת טריפה בכשרות, ונמצא ביצה ביניהם, הביצה מותרת.

למרות שהביצה הוטלה ע"י אחת התרנגולות, והן נחשבות כקבועות בגלל חשיבותן, בכ"ז הביצה נחשבת פריש והולכים בה אחר הרוב והיא מותרת. וא"כ ה"ה ולד הנמצא נלך בו אחר הרוב למרות שבאמו יש חשש לקבוע.

ונלענ"ד לחלק. ביצת טרפה אסורה כחלק מאמה, **היא עצמה** נטרפה, כאשר התרנגולת נטרפה כל אבריה נטרפו יחד אתה והביצה אף היא כאחד מאבריה. (ובחולין נח ע"א גירסת הרמב"ן: "ומודים בביצת טרפה שאסורה מ"ט כיון דאגידא בגופה". בעוד שעובר במעי אמו מוגדר כעובר ירך אמו ולא כמי שהוא חלק מגופה) ולכן הביצה אסורה מצד עצמה, וכשהספק הוא על הביצה לבדה דינה כפריש. משא"כ ביוחסין, הפסול של התינוק אינו פסול עצמי. הפסול נמשך מכוח האם. ולכן לדעת המהרי"ט כל דיון על הוולד מתחיל בעצם בדיון על אמו. והראיה לחילוק זה, ביצת טרפה אסורה גם לאחר יציאתה מהתרנגולת ואילו ולד טרפה כשר לאחר המלטתו, כמבואר בחולין (עה ע"א). וה"ה ולד לעניין יוחסין הוא דומה יותר לולד טרפה מאשר לביצת טרפה (אם כי טרפה היא דין מיוחד ואין להשוותה ליוחסין כמש"כ התוס' ב"ק [מז ע"א ד"ה מאי טעמא] שבטרפה לא אמרינן עובר ירך אמו, כי יש לו חיות עצמאית. עכ"פ ביצת טרפה שונה מוולד טרפה ויתכן שכמו"כ היא שונה מדין יוחסין. ור' שערי יושר [ח"ד פ"ד]. וראש יוסף [חולין נח]).

אך כאמור, הנוב"י סובר שכאשר האם אינה לפנינו הדיון הוא רק על הוולד ולא על האם. וב'רווחא דשמעתא' (שם אות נג) הביא בשם משפטי יעקב שגם המהרי"ט לא דיבר אלא במקום שהספק על האם, אך כשהאם אינה לפנינו והספק הוא רק על הוולד גם הוא מודה לנודע ביהודה.

הש"ש (שם) עצמו חולק הן על המהרי"ט והן על הנוב"י וסבור שהאם בעצם התעברותה דומה למי שקונה בשר ואינו יודע מאיזו חנות קנה שיש לבשר דין קבוע. אך גם לדעתו, אם הקונה אינו לפנינו ואנו דנים רק על הבשר עצמו דינו כבשר הנמצא והולכים אחרי הרוב. וז"ל:

משום דהאשה שנתעברה במקום הקביעות אית לה לאשה דין לוקח על העובר, והוי ליה כלקחה את העובר ממקום הקביעות, וכיון דהאשה היא הלוקח לפנינו אסור לכולי עלמא, אבל אם אין האם לפנינו דהיא הלוקח אע"ג דהעובר ודאי ממקום קביעות בא כיון דלדידן הוי ליה פירש ונולד הספק כד פירש, א"כ הוי ליה כנפל מן הלוקח, דכיון דאין הלוקח לפנינו מותר בפירש,

וא"כ בנ"ד שגם אמו של השתוקי וגם השתוקי עצמו כבר מתו ועברו מן העולם השאלה היא רק על החתן, בנו של השתוקי – דינו כמי שפירש ואין לו דין קבוע ואין צורך בתרי רובי.

גם הקה"י בחידושיו לאה"ע (סי' ו סעי' יח, כ) **חולק על הנוב"י וסובר שעובר ירך אמו ומיד שהאם התעברה נולד הספק עליה ועל עוברה ואין אפשרות להפריד בין הדבקים.**

אולם ר' יצחק אלחנן בשו"ת עין יצחק (ח"א אה"ע סי' ז ענף ג אות יב) **חולק על סברת הקה"י והש"ש שהאם נחשבת כאילו לקחה מן הקבוע ומעלה טענה חדשה,**

בעת שנבעלה הוי הולד רק בשם עובר בעלמא וגם בשם עובר אינו אז בעת שנבעלה ורק כמיא בעלמא. ומבואר ביו"ד סי' ק"י סעי' ג' ובש"ך ס"ק י"ח דלקחו קטן במקום הקביעות דינו כבשר הנמצא דאזלינן בתר רובא. וכש"כ בנ"ד דגרע מקטן דהא עובר מקרי דשלב"ל, ולכן בעת שנתגדל הולד אז הוי נולד הספק אצלו אם מותר בקהל או לא. והוי אז כפריש ואזלינן בוודאי בתר רובא וכמו בבשר הנמצא.

הרי"א סובר שאין כאן בכלל לקיחה מן הקבוע. האם לא לקחה דבר, אלא מיא בעלמא. לכה"י י"ל שהעובר הוא הלוקח את עצמו. אולם גם זה אינו, ולכן הספק על העובר הוא ספק עצמי ואין צורך בתרי רובי גם כשהאם לפנינו, וק"ו כאשר האם אינה לפנינו.

הפוסקים האחרונים סומכים על הנוב"י ומתירים את הבת גם ברוב רגיל. ר' שו"ת יביע אומר (ח"ח, אה"ע סימן ט, ב). **ובפרט בנ"ד שגם האם וגם בנה כבר אינם לפנינו, אלא רק בן הבן, לא בעינן תרי רובי.**

ד. תרי רובי בישראל

חידוש נוסף חידש שם הנוב"י שרק ליחוסי כהונה יש צורך בתרי רובי, אך להחזיקו בכשרות ישראל די ברוב רגיל. לחידוש זה מסכים הש"ש (שמעתא ד פ"כ) **וז"ל:**

אמנם נראה לענ"ד להוכיח דסגי בחד רובא, שהרי אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי ואם אמרה לכשר נבעלתי נאמנת ואפילו ברוב פסולין כו'... ומעתה אני אומר אם מועיל להולד אמירה דידה בלי רוב כשרים כלל ואפילו ברוב פסולים, קל וחומר דמהני רוב כשרים אפילו בלא אמירה דידה.

ולענ"ד גם פשטות דברי הרמב"ם מוכיחה דלא בעינן תרי רובי אלא לכהן, אך לישראל לא בעינן תרי רובי. שכן כתב (הל' אסו"ב פט"ו הי"ב):

ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר וזה הוא הנקרא שתוקי

שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי.

הרמב"ם לא התיחס כלל לדין הולד במקרה שיש רוב כשרים. אלא רק לטענת האשה או הבועל. משמע שאם יש רוב כשרים היא נאמנת. ורק בפי"ח שבו הוא עוסק ביחוסי כהונה הוא מתיחס לולד. ראה בפרק יח (הי"ג):

פנויה שראוה שנבעלה לאחד והלך לו, ואמרו לה מי הוא זה שבא עליך ואמרה אדם כשר הרי זו נאמנת, ולא עוד אלא אפילו ראוה מעוברת ואמרו לה ממי נתעברת ואמרה מאדם כשר הרי זו נאמנת ותהיה מותרת לכהן.

בד"א בשיהיה המקום שנבעלה בו פרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם, והיו רוב העוברים שם כשרים, ורוב העיר שפרשו אלו העוברין ממנה כשרים, שהחכמים עשו מעלה ביוחסין והצריכוה שני רובות, אבל אם היו רוב העוברים פוסלים אותה כגון עכו"ם או ממזרים וכיוצא בהם אע"פ שרוב המקום שבאו ממנה כשרים או שהיו רוב אנשי המקום פסולין אע"פ שרוב העוברין שם כשרים חוששין לה שמא למי שפוסל אותה נבעלה ולא תינשא לכהן לכתחלה ואם נשאת (לא) תצא.

ושם הלכה טז:

היתה אלמנת או חרשת או שאמרה איני יודעת למי נבעלתי, או שהיתה קטנה שאינה מכרת בין כשר לפסול הרי זו ספק זונה, ואם נשאת לכהן תצא אלא אם כן היו שני הרובין המצויין אצלה כשרים.

כל הדיון הוא רק בכהן ולא בישראל. כלומר כדי להגדיר שתוקית כישראלית ולהתירה לישראל אין צורך בתרי רובי אלא די ברוב אחר.

ה. דעת הטור

בש"ש (שם פכ"ג) **סמך גם על דברי הטור באה"ע** (סי' ו) **שכתב:**

ונראה דאפילו נתעברה בעיר אם הלך הבועל אליה תנשא לכתחילה כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעת כשרים. אלא א"כ הלכה היא אליו. וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי נראה דתנשא לכתחילה עכ"ל.

עיי"ש שהוכיח כדעת הטור. מיהו הראי"ה בשו"ת עזרת כהן (סי' ח אות ג) **אמנם נוטה לפסוק כדעת הרמב"ם שחושש שמא היא הלכה אליו וא"כ הוי קבוע, ולא כדעת הטור. אך בכ"ז הוא מוצא פתח להתיר חשש ממזרות גם ברוב אחד דווקא לשיטת הרמב"ם. וזת"ד:**

דעכ"פ לדעת הרמב"ם, דספקא דאורייתא לקולא מה"ת, י"ל דספק ממזר מותר גם באיקבע איסורא, ולפ"ז אין ראי' כלל מתרי רובא דגזרו בפסולי כהונה לגבי ספק ממזר, משום דבפסולי כהונה הגזירה משום דילמא אזלא איהי לגבייהו הויא גזירה משום לתא דאורייתא... אבל בספק ממזר התורה התירה, דממזר ודאי אסרה תורה ולא ספק. וא"כ לדעת הרמב"ם, דמחמיר בנבעלה בעיר, י"ל דבממזר לא בעינן כלל תרי רובא.

ו. תרי רובי בכהן

הש"ש (ש"ד פ"כ) **מוסיף סניף לקולא, את שיטת רש"י ובעהמ"א. לדעתם, הסוגיה בכתובות יד ע"ב המצריכה תרי רובי היא רק אליבא דר' יהושע שלא מאמינים לה,**

אך לר"ג שבדיעבד מאמינים לה גם ברוב פסולים, מכיוון שהוְלד הוא תמיד בדיעבד, אפילו אם אמו אינה טוענת ברי מכשירים אותו גם ברוב רגיל ואין צורך בתרי רובי אפילו לכהן.

אמנם דעת הרמב"ם שגם בדיעבד אם אין תרי רובי תצא וא"כ גם העובר פסול לכהונה. אך מלשון הנוב"י דייק שבשעה"ד כשיש חשש לתקלה יש לסמוך על שיטת רש"י ובעהמ"א ולהתיר את הולד. ועי"ש שלמד מדברי רש"י בכתובות (שם):

> י"ל הוראת שעה צורך שעה היתה שם. או ראו שם שאר צדדי היכר דברים להתיר. אבל לדורות תרי רובי בעינן.

והוכיח מכאן הש"ש:

> משמע דלצורך שעה ג"כ מותר אפילו לא היה שאר צדדי היתר. וא"כ בנדון האמור בתשובת נודע ביהודה שיצא כמה מכשולים אם באנו לפסול הולד אין לך צורך שעה יותר והוראת שעה אליבא דכולי עלמא מותר ודוק.

ועוד חידש שם בפרק כב:

> ועוד נראה אפילו לדעת הפוסקים דלא מהני חד רוב לא חיישינן למיעוטא אלא היכא דאיכא מיעוט פסולים בעיר. אבל היכא דליכא מיעוט פסולין בעיר כולי עלמא מודו דכשר הולד. וכמ"ש ב"ש סימן ו' ס"ק ל"א ע"ש. והאידנא לא שכיח כלל אפילו מיעוט דמיעוט מפסולי קהל מצרי ואדומי ונתיני כולם נתבלבלו, ומשום חשש ממזר נמי לא חיישינן היכא דלא קביע ממזר בעיר והכל כשרין אצלה. וא"כ הולד שנולד מפנויה אפילו לא נבדקה אימיה כשר.

עיי"ש שלד' הנימוקי יוסף (סוף פרק אלמנה לכ"ג) דהיכא דאיכא אביה או אחיה בעיר דהוי ליה לדידה חייבי כריתות והולד ממזר וחיישינן למיעוטא. אלא דהפוסקים לא חששו לכך. ובנ"ד היא עלתה לבדה ארצה וקרוביה לא היו איתה וא"כ אפילו לדברי הנמו"י אין לחוש. וכמו"כ איננו יודעים אם היה ממזר באותה עת באותו מקום. כי ממזרים נדירים מאוד בימינו. נשים נזהרות מאוד לא להביא ממזר לעולם. ולא ידוע לנו על ממזר שם.

ובנ"ד שאין סיכוי להפריד ביניהם ולכה"י הכלה תינשא לו שנית בנישואין אזרחיים (והיא הרי חשודה על כך עקב נישואיה הקודמים), והם כבר חיים יחד כאיש ואשתו הוי כדיעבד וכשעה"ד דמי. ובלאו הכי כתב שם הש"ש שלדעת הטור כיון שאין דלתות מדינה (דהיינו העיר) נעולות ורוב העוברים דרך העיר כשרים הו"ל תרי רובי. והאידנא מסתמא הו"ל תרי רובי.

ובנ"ד ידוע לנו שסבתו של החתן התעברה בירושלים בשנת תרצ"ג. וא"כ ממנ"פ, אם היה כבר היה רוב יהודי בירושלים, ואולי גם בכל הארץ, הוי תרי רובי. וגם אם נניח שלא היה רוב יהודי בירושלים באותה עת, גוי אינו פוסל את הולד לכהונה אלא רק פוגם אותו לכתחילה. ובדיעבד אין מוציאים אותה ממנו (וכבר הבאנו לעיל את פסיקתו של הגרי"מ אהרנברג שזוג שכבר חי כמה שנים ביחד ולא ניתן להפריד ביניהם כדיעבד דמי).

אולם לאמיתו של דבר ידוע לנו שכבר החל מתחילת המאה ה-19 למניינם וק"ו מהמאה ה-20 למניינם היה רוב יהודי

בירושלים. מאידך ידוע לנו שבאותה עת לא היה עדיין רוב יהודי בא"י וא"כ רוב אחד בודאי היה כאן אך תרי רובי לא. אולם גם לפי מידע זה, הרוב השני היה של לא ישראלים אך לא של פסולי כהונה גמורים.

ז. פריש ע"י מי שאינו שומר תו"מ

ולולי דמיסתפינא אמינא מילתא חדתא. הסבתא שזינתה וילדה את השתוקי הרי לא שמרה מצוות. וכן הכהן שנישאה לו אח"כ לא התעניין אם היתה כשרה או לא. ומכיוון שכל הצורך בתרי רובי הוא רק בגלל החשש שמא היא הלכה אליו והוי קבוע, אם היא אינה שומרת מצוות אין לה דין קבוע. כי לה לא היתה שום שאלה אם הבועל כשר או לא. השאלה התעוררה רק אצלנו. עיין תוס' פסחים (ט ע"ב ד"ה היינו תשע) שאם המושך מן הקבוע היה גוי מקרי פריש ולא קבוע. והחזו"א (דמאי סי' א אות טז) הוסיף עליהם שגם ישראל החשוד על הדבר שמשך מן הקבוע מקרי פריש. וא"כ גם אם נחשוש שמא הסבתא הלכה אליו, מכיון שהיא לא קיימה מצוות אין לה דין קבוע אלא פריש ואין צורך בתרי רובי.

אמנם בשו"ת יביע אומר (ח"ו יו"ד סי' כד) כתב על דברי החזו"א הללו שהם חידוש גדול, ושמדברי קצוה"ח (סי' רצב סק"ב) נראה דלא ס"ל הכי. ולענ"ד אין מהקצות ראיה. הקצות חילק בין גוי שמשך בשר מהקבוע, שבו יש גם נבלה, שדינו כפריש, כי הגוי לא מצווה על איסור נבלה, לבין גוי שמשך ממקום שיש בו גזל, שדינו כקבוע, משום שגם גוי חייב באיסור גזל. כנראה שהגרע"י מניח שסתם גוי חשוד על איסור גזלה ודמי לישראל חשוד על איסורי תורה, אולם זאת מנא ליה? אולי מדובר בגוי גדור בגדרי הדתות, השומר על איסור גזל? ואה"נ גוי שחשוד על הגזל לא ייחשב קבוע. ולענייננו, באשה שאינה מקיימת מצוות אין צורך בתרי רובי.

לענ"ד יש מקום לדמות, לפחות לחלק מהמפרשים, מי שאינו מקיים מצוות לקטן, שאף הוא אינו מקיים מצוות בפועל, למרות שגם הוא בר חיובא בכוח (הדבר תלוי בגדר קטן האם קטן הוא בר חיובא בעצם במצוות אלא שאינו נענש או שהוא לאו בר חיובא כלל. עיין חלקת יואב [או"ח סי' א] ואו"ש [הל' איסו"ב פ"ג ה"ב]).

מסקנה

אמנם אביו של החתן הוא שתוקי, אך הולכים אחרי הרוב שהם כשרים ואינם פסולים לישראל. ואולי יש כאן גם תרי רובי, רוב ירושלים ורוב הארץ. א"נ אין כאן חשש לקבוע, הן משום שלא ידוע לנו אם ישב ממזר בירושלים באותה העת והן משום שאין חשש לקבוע לדעת הנוב"י וחלק מהאחרונים. ובלא"ה מדובר בדיעבד ובשעה"ד. ולכן יש להתיר את החתן לשאת ישראלית. מאידך, זה שהוא אולי שתוקי מצטרף לכך שגם אם היה אביו כהן, החתן אינו כהן ודאי, כי יתכן שאמו נפסלה לכהונה. אמנם אנו הולכים אחרי הרוב והרוב כשרים אצלה, אולם מאחר שלכהונה לכו"ע בעינן תרי רובי יש כאן צד ספק, אם כי קלוש, שאינו כהן. ואע"פ שתרי רובי בעינן רק לחומרא ואילו פה אזלינן לקולא לעניין כהונה, מיהו סו"ס יש כאן רוב שאינו כהן. ומכיון שגם הכלה אינה גרושה ממש אלא לכה"י יש בה רק ריח גט, וגם זאת רק מספק, יש מקום לצרף גם ספק זה ולהתיר את נישואיהם, כדי למונעם מחיי הפקר.

סימן כג

ילד שנולד מבנק הזרע

בעקבות התשובה הקודמת 'גרושה מנישואין אזרחיים לכהן שתוקי' יש לנו מענה גם לשאלה בדבר ילד שנולד מבנק הזרע בביה"ח במרכז הארץ (בתשובה זו נקצר בהבאת המקורות. הארכנו בהם בתשובה הקודמת).

הילד הוא שתוקי כי לא ידוע מי אביו, ומאחר שאמו ניגשה לביה"ח ע"מ להתעבר לכאורה יש לה דין קבוע. ולמרות שמדובר ברוב ישראל כשרים מ"מ כל קבוע כמחצה על מחצה דמי. ולא היא. אמנם היא הלכה לביה"ח ע"מ שיפרו אותה, אך תורם הזרע גם הוא בא לביה"ח, והוא פרש מן הרוב, ורוב ישראל כשרים.

אלא שלפי הסוגיה בכתובות (טו ע"א) יש צורך בתרי רובי בגלל גזרה שמא הלכה לקבוע ונבעלה בעילה אסורה. אלא שגזרה זו נגזרה רק על האם. על הילד אין מקום לחשש זה. הוא נמצא לפנינו וכל דפריש מרובא פריש. ובאמת גם על האם עצמה אין מקום לשאלה בנ"ד, שכן אין חשש שנבעלה באיסור, אלא רק הופרתה בצורה מלאכותית, וזו לא אוסרתה. השאלה מתיחסת לילד לבדו. והגזרה היתה רק שמא האם נבעלה באיסור ולא על עצם ההליכה לקבוע, כשאין בדבר איסור עריות מפורש. ועוד, מכיון שעל האם אין שום שאלה, לפי הנוב"י (מהדו"ק, אה"ע סי' ז) אם הנדון הוא הילד לבד בלי אמו לא חוששים לקבוע.

ונלענ"ד שגם המהרי"ט שסובר שספקו של הילד הוא ספקה של אמו, כי כשרותו תלויה בכשרות אמו, יודה שבתרומת זרע – האֵם אינה צד כלל בדיון, שהרי לא נפסלה כלל, וכשרותו של הילד אינה תלויה כלל באמו, והוא בודאי לא קבוע, אלא פריש. ואע"פ שכשרותו של הילד תלויה בכשרותו של אביו, לא מצינו שגזרו בספק מי אביו, רוב אטו קבוע.

ובלא"ה דעת רוב האחרונים לפסוק כהשב-שמעתא שהילד נדון בפנ"ע כמש"כ בשו"ת יביע אומר (ח"ח אה"ע סי' ט אות ב). ועוד, מכיון שתרומת זרע היא דבר שאינו שכיח (גם בימינו זו תופעה נדירה) י"ל שבדבר שלא שכיח לא גזרו.

ולכאורה כל דיוננו מיותר שהרי יש תרי רובי, רוב האזור (המכונה בלשון חז"ל 'מדינה') ורוב המדינה (בלשוננו). אלא שיש להסתפק בימינו שהתחבורה נוחה מאוד, מהו גדרה של 'מדינה'. כגון ביה"ח 'תל השומר' משרת אוכלוסיה רחבה ומגיעים אליו תורמי זרע בתחבורה נוחה ומהירה מכל רחבי המדינה, האם בגלל שהוא נמצא סמוך לרמת-גן, רמת-גן היא ה'מדינה' או אולי כל גוש דן, ואולי מדינת ישראל כולה היא ה'מדינה'. לכן הארכנו להוכיח שאין צורך בתרי רובי. אך באמת מסתבר שגם בימינו כל מדינת ישראל היא תרי רובי. שהרי תרי רובי הם גם רוב סיעה ורוב העיר, וביה"ח דומה לרוב סיעה, שהרי כל המגיעים אליו אינם תושביו אלא מעין שיירה עוברת, זהו רוב אחד. ורוב העיר הסמוכה הוא רוב שני. עיר בימיהם, שהתחבורה בה היתה רגלית, שווה לעיר גדולה בימינו שהתחבורה בה

נוחה ומהירה. ובפרט שתרי רובי הוא רק גזרה, אין לנו לגזור גזרות חדשות ולומר שגדר ה'מדינה' השתנה בימינו.

ועוד יש להוסיף סניף, שאם המושכים מן הקבוע אינם שומרי מצוות דין פריש להם. ומן הסתם תורמי הזרע אינם מכשרי ישראל, וגם המטפלים בנושא זה אינם שומרי מצוות, שהרי אינם מתיעצים עם פוסקי הלכה, אלא מקבלים תרומות מכל הבא לתרום, ואינם בוררים רק תורם שההלכה ממליצה עליו (כגון גוי, כדי שלא תימלא הארץ זימה ואח יישא את אחותו, וכמו כן בהפריית אשה נשואה עדיף תורם גוי כדי למנוע חשש ממזרות). וכפי שאמרנו בתשובה הקודמת, במקרה כזה אין לדעת החזו"א דין קבוע אלא פריש.

לדברי הנוב"י רק ליחוסי כהונה יש צורך בתרי רובי, אך להחזיקו בכשרות ישראל די ברוב רגיל. וא"כ לעניין כשרות בן זכר די ברוב רגיל ע"מ להשיאו אשה, שהרי אפילו אם הוא חלל, כל הנשים כשרות לו. אך גם אם מדובר בבת, שיש לחשוש שמא התורם חלל או גוי, והיא עלולה להינשא לכהן, כבר מילתנו אמורה שגם לדעת המחמירים יש כאן תרי רובי, אם בכלל גזרו בנ"ד תרי רובי.

(ור' שו"ת יביע אומר חלק י – אבן העזר סימן י שהתיר הן לבן והן לבת. ואין ביהמ"ד ללא חידוש.)

סימן כד

נישואי בעלת תשובה לבועלה לאחר שנכשלה בזנות

שאלה

אשת איש היתה פרודה מבעלה והחליטה להתגרש. לאחר החלטה זו ופתיחת התיק בביה"ד, היא זינתה עם שלושה גברים, שהראשון שבהם היה גוי והשניים האחרים ישראלים. בעלה לא ידע על אף אחת מבגידותיה. מכיון שהיתה אז רחוקה מתורה ומצוות, סברה לתומה שלאחר החלטתה להתגרש ותחילת ההליכים לגירושין בביה"ד היא כבר גרושה בעצם וההליכים בביה"ד הינם פורמאליים גרידא ולכן אין לה כבר שום מחויבות לבעלה והיא רשאית לעשות ככל העולה על רוחה[1].

1. יש לציין שהיא היתה באותה עת במשבר נפשי עמוק ואף אושפזה בבית חולים לחולי נפש זמן מסוים. אולם מצבה לא היה חמור עד כדי לומר שלא היתה שפויה באותה עת שעשתה את מעשיה ודינה כשוטה גמורה. ועל כן אין לדון בשאלה זו מן ההיבט הזה. אם כי יש מקום להוסיף זאת כסניף.

יש להעיר, שאחד מעדי הנישואין שלה, היה בן דוד של הבעל – שהיה בן אחות אביו (ההשלכה על הדין במקרה זו תידון להלן). החופה נערכה על אי בתוך בריכה, ומתחת לחופה היו קרובי משפחה בלבד. רק הרב מסדר הקידושין, ששימש כעד נוסף, לא היה קרוב משפחה, והצלם היה גוי.

האשה והגבר השלישי חזרו בתשובה שלמה ורוצים להקים בית כשר לכל דבר. האם היא מותרת לו?

א. איסור אשה לבעלה ולבועלה כשזינתה בשגגה

הלכה פסוקה היא, שאשת איש שזינתה, אסורה לבעלה ולבועלה (משנה סוטה כח ע"א, רמב"ם הל' שוטה פ"ב ה"ב). אולם אשה זו זינתה משום שסברה שהיא כבר מותרת. האם היא אסורה לבועלה גם במצב של שגגה מעין זו?

שאלה מעין זו נידונה בתשובת המהרי"ק (שורש קסז):

> ואשר שאל מהררי"ל יצ"ו באשה שזינתה תחת בעלה ברצון והיא לא ידעה אם יש איסור בדבר, אם יחשב שוגג.

וזו תשובתו:

> לענ"ד נראה דאין לזו דין שוגגת להתירה לבעלה, כיון שהיא מתכוונת למעול מעל באישה ומזנה תחתיו, דהא לא כתיב איש איש כי תשטה אשתו **ומעלה מעל בה'**, דלשתמע דוקא במכוונת לאיסור, אלא ומעלה **בו מעל** כתיב.
>
> ומה שכתב רבינו משה (בפרק כד דהלכות אשות) מאשה שזנתה תחת בעלה בשגגה או באונס שהיא מותרת לבעלה – היינו דווקא כגון ששגגה בגוף הזנות, ולא ששגגה באיסור... והיכי דמי מזנה בשגגה? כגון שהיא סבורה שהוא בעלה ונמצא שהוא אדם אחר...
>
> וכה"ג נמי מיירי רבינו משה... שהרי רבינו משה עצמו כ' (בפ"ב דהל' סוטה), דקטנה שהשיאה אביה אם זנתה לרצונה שהיא אסורה לבעלה ופשיטא שאין לך שוגגת שלא לידע שיש איסור בדבר כקטנה בת שלוש או ארבע שנים, ואפ"ה קאמר דאם זנתה לרצונה אסורה על בעלה. אלא ודאי דכל שהיא מתכוונת לזנות אסורה לבעלה...

לפי סברת המהרי"ק, איסור אשה שזינתה על בעלה הוא משום ש"מעלה מעל באישה". וכך נפסק להלכה בשו"ע (אה"ע קעח, ג). ולפי זה, בנד"ד, שהיא סברה לתומה שבעלה כבר אינו אישה – לכאורה לא מעלה בו מעל. אולם לפי"ז גם אשה שסברה שבעלה מת לא מעלה בו מעל לפי טעותה, ובכל זאת נאמר עליה "תצא מזה ומזה" (משנה יבמות פו ע"ב, רמב"ם הל' גירושין פ"י ה"ה; שו"ע סי' יז סעי' נו).

ומצאתי בשו"ת אגרות משה (אה"ע ח"א סי' נד) **שדן בדבר דומה:**

> הנה בדבר האשה אשר נודע אחר שכבר ניסת בתור אלמנה, שהיה לה בעל קודם שניסת לזה שמת ולא נתגרשה ממנו בגט כדת משה וישראל, והוא חי, והשתדל כתר"ה והשיג גט מהראשון. ועתה השאלה אם מותרת לזה שניסת עתה, אף שהוא בועל, משום שאומרת שחשבה שהיא מגורשת.

ובתשובתו כותב הגר"מ פיינשטיין:

> והנה זה ודאי שאין זה ענין לזינתה שהיתה סבורה שמותרת לזנות, שאיפסק ברמ"א (סי' קעח סעי' ג) שהוי כמזידה ואסורה לבעלה. דהטעם הוא משום

דלא כתיב ומעלה בה' אלא ומעלה **בו**, כדאיתא בב"ש (סי' קעח ס"ק ד) ובהגר"א (סי' קעח ס"ק ו), והוא ממהרי"ק. דהכא מה שאמרה מותר, הוא משום שחשבה שהיא מגורשת ואינו שוב בעלה, ואין זה מעילה בו, וא"כ ליכא בשוגגת כזה איסור דאורייתא להבועל.

אבל הא יש לדון בזה לאוסרה אף אם האמת כדבריה, מהא דכתב לשם מלכות שאינה הוגנת ובשינה שמו ושמה ובטעה ונתן הסופר גט לאשה ושובר לאיש ובגט קרח שהדין תצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה (בגיטין דף פ, א) אף שהיתה סבורה שהיא מגורשת, מצד קנס.

והגרמ"פ מוסיף, שאף לפי מה שנחלקו הרמ"א (סי' יז סעי' נח) והט"ז (ס"ק עא) באשה שנישאה בהוראת בית דין והתברר שנתקדשה קודם לאחר – נ"ד שאני, כי הטעות היתה שלה, שלא על פי הוראה, ולכן היא אסורה לכאורה לכו"ע. ובכל זאת סובר הגרמ"פ שיש מקום להקל:

> וכיון שהוכחתי שבטעתה שהיא מגורשת אינו מטעם קנס אלא מצד שלא יאמרו שהיה גט כשר – אין שייך זה בטעתה על איזה מעשה שנעשה... אפשר אין לאוסרה... מאחר שהיתה שוגגת, שלא נאסרת מדין סוטה. וכיון שהוא רק איסור דרבנן היה ראוי לסמוך ע"ז...

מיהו על סברה זו בלבד קשה לסמוך, וגם האג"מ לא סמך עליה, אלא בצירוף סניף נוסף שאף הוא קיים בנד"ד (לקמן, אות ג).

ב. בעל שאינו יודע מזנות אשתו

שיקול נוסף להתיר אותה לבועל, הוא, שבעלה לא ידע שבגדה בו, וא"כ למעשה לא נאסרה עליו, ומתוך כך יש לשאול אם נאסרה על הבועל[2].

שיקול זה מבוסס על מה שנאמר במסכת כתובות (ט ע"א), שם דנה הגמרא באיסורה של בת שבע לדוד, ומביאה שני נימוקים לכך שלא נאסרה עליו:

> וכי תימא, מעשה שהיה מפני מה לא אסרוה? התם אונס הוה.
>
> ואיבעית אימא...: כל היוצא למלחמת בית דוד – גט כריתות כותב לאשתו.

לפי התירוץ הראשון, מכיון שדוד נחשב כאונס ביחס לבת שבע, היא לא נאסרה על בעלה אוריה, וממילא גם לא נאסרה על דוד עצמו. אולם התירוץ השני סובר שהיתרה של בת שבע לדוד נבע משום שלא היתה כלל אשתו של אוריה באותה שעה. תירוץ זה חולק על קודמו, ועל כורחך – משום שלדעה זו, איסורו של הבועל אינו תלוי בבעל, אלא הוא איסור העומד בפני עצמו.

ועי' רש"ש שם, שכתב:

> הא חזינן דבאונס מותרת לבועל, אף דלפי הסברה היה ק"ו מרצון דתיאסר, אלא כיון דאינה אסורה לבעלה, לכן גם לבועל מותרת. וא"כ ה"נ לאוריה לא היתה נאסרת עפ"י עדותו של דוד, דאין אדם משים עצמו רשע. ואפי' את"ל דפלגינן דיבורא... וכמש"כ הרמ"א (באה"ע סי' קטו סעי' ו) מ"מ הרי אינו אלא עד אחד. וצ"ל משום דאוריה החתי היה מאמינו לדוד והיתה נאסרת

2. עי' מה שכתבנו על כך בספרי 'באהלה של תורה' (ח"א סי' עט אות ו).

עליו, כדכתב הח"מ שם (ס"ק כה).
והעיקר נראה לענ"ד, דע"כ אכתי לא הוה אסיק אדעתיה הא דבאונס שרי לבועל, אף דזה הוה ידע דלבעל שריא, מקרא ד"והיא לא נתפשה". ולכן גם בזה הוה ס"ד דאף דאינה נאסרת לבעל, מ"מ לבועל מיהא אסורה. אבל לפי מה דמסיק דאונס שריא גם לבועל, מטעמא דאינה אסורה לבעל... וכן נראה לי להורות הלכה למעשה.

הרש"ש מדמה, מצב שבו בעל לא יודע מזנות אשתו, למצב של אונס, כי בשניהם אינה אסורה לו ולכן מותרת לבועל. אמנם מסברה היה מקום לחלק בין השנים: אנוסה אינה אסורה כלל על בעלה כי לא מעלה בו מעל. מה שאין כן כשהבעל לא יודע, בעצם היא אסורה עליו, כי מעלה בו מעל, ואין כאן אלא חסרון ידיעה בלבד. הרש"ש בכל זאת השווה בין שני המקרים, משום שבשניהם האשה לא נאסרה על בעלה למעשה. ומכיון שלדעתו האיסור על הבועל מסתעף מהאיסור על הבעל, כל עוד הבעל לא נאסר למעשה גם הבועל לא נאסר.

ולדבריו נמצא שגם בנד"ד, מכיון שהבעל לא ידע שאשתו זינתה עליו, היא לא נאסרה עליו למעשה, ולכן אין לאוסרה על הבועל. לכך יש להוסיף, שאפילו אילו היתה מספרת על כך לבעלה, הרי לפי הדין אין לו להאמינה. מיהו כאן יש רגליים לדבר שעיניה נתנה באחרים, מאחר שנפרדה כבר מבעלה (עי' נדרים צ ע"ב, שו"ע אה"ע סי' קטו ס"ו). אך בכ"ז הבעל לא יודע דבר, אמנם הבועל יודע שזנה איתה; אך מאחר שהבעל לא נאסר, גם הבועל לא נאסר, אם אכן איסורו מסתעף מהאיסור שחל על הבעל.

וכבר קדם לרש"ש – החלקת מחוקק (אה"ע סי' יא ס"ק י). **הח"מ דן בדברי השו"ע** (סעי' ב), **שכתב:**

כל אשה שבאו שני עדים והעידו שזינתה עם זה כשהיתה תחת בעלה הראשון – הרי זו תצא מזה...

ועל כך כתב החלקת מחוקק:

שזינתה... – היינו ברצון; אבל אם אנסה – לא אוסרה על בעלה ואינה אסורה עליו, דכל שלא נאסרה על בעלה לא נאסרה על בועלה.

והוא מביא ראיה לדבריו מן הסוגיא בכתובות, ומעיר שאף שיש בגמרא שני תירוצים, התירוץ הראשון עיקר לדינא (ומוכיח את דבריו מן התוס' שבת נו ע"א ד"ה לקוחין).

אולם הבית שמואל שם (ס"ק ג) **חולק על כך, וכותב:**

אבל בירושלמי (סוטה פ"ה ה"א) איתא... ובתוס' בסוטה ר"פ כשם (כז ע"ב ד"ה כשם) הביאו תניא שם: הוא שוגג והיא מזידה – אסורה לו, הואיל ותצא מחמתו. הוא מזיד והיא שוגגת – מותרת לבעלה, ואם גירש – אסורה לזה. – נשמע, **לבועל אסורה לעולם** בין אם בא עליה בשוגג ובין אם בא עליה במזיד והיא מותרת לבעלה, מ"מ אסורה לו כיון שאצלו היה במזיד. א"כ אם ישראל בא עליה באונס אסורה לבועל ומותרת לבעלה. וצ"ל דס"ל תירוץ אחרון בש"ס עיקר...

שאלתנו תלויה אפוא במחלוקת הח"מ והב"ש. וצ"ע על הרש"ש, שעיניו כיונים על אפיקי הש"ס והפוסקים, שלא הביאם. ואולי לא הביאם בגלל שהדיון שלו שונה. הוא דן

בבעל שאינו יודע, בעוד שהפוסקים דנו בבעל שיודע, אלא שהיא היתה אנוסה. (ור' שו"ת יביע אומר אה"ע ח"ב סי' ב).

ג. דינה של אשה שזינתה עם שני אנשים

עוד יש לשאול בדינה של אשה שזינתה פעמיים, וכבר נאסרה על בעלה מכוח הבועל הראשון, אם אסורה גם לבועל השני, שלא נאסרה על בעלה מכוחו.

בשאלה זו דן המהר"א ששון (שו"ת תורת אמת ס"ס קצו). **בתשובתו** הוא מביא ראיה ממעשה דר"ת (תוס' כתובות ג ע"ב ד"ה ולדרוש; סנהדרין עד ע"ב ד"ה והא), שדן בגוי שבא בזנות על בת ישראל נשואה, ולאחר מכן הוא התגייר והיא התגרשה מבעלה, והתיר לו לשאתה, מפני שביאת גוי כביאת בהמה. ועל כך כתב הרא"ש (כתובות פרק א סי' ד):

> ונ"ל לקיים פסק ר"ת, ולא מטעמיה, אלא משום דאמרינן (סוטה כו, א) ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל, היינו היכא שלא היתה אסורה לבועל אלא על ידי ביאה זו; אבל בביאת עובד כוכבים, דבלאו הכי היתה אסורה לו – לא קרינן ביה ונטמאה אחד לבועל.

ומכאן רצה מהר"א ששון ללמוד, שכמו כן, אם האשה היתה אסורה בלא"ה על בעלה בשל זנות קודמת, לא נאסרת על הבועל השני, ועל כורחך – מפני שהאיסור על הבועל מסתעף מאיסורו של הבעל. אולם מהר"א ששון דוחה את ראייתו מהרא"ש, שרק אם **הבועל** כבר היה אסור מקודם לא חל עליו איסור מחמת הבעל; אך אם **הבעל** הוא שהיה כבר אסור – חל האיסור על הבועל. ואדרבה, הראיה שהביא הרא"ש מסוטה מוכיחה זאת, שכן במצב כזה רק הבועל לא נאסר, אולם הבעל עצמו נאסר בה.

ואלו דברי הרא"ש (כתובות פרק א סי' ד):

> וכן מוכח בסוטה פרק ארוסה (שם) גבי מקנין ע"י עובד כוכבים דפריך: פשיטא, מהו דתימא ונטמאה ונטמאה אמר רחמנא אחד לבעל ואחד לבועל, הנ"מ היכא דבהך ביאה אסורה ליה, אבל עובד כוכבים דבלא"ה אסורה ליה וכו'. כלומר, סלקא דעתך אמינא האי דאמרינן ונטמאה לבעל היכא דקרינא ביה ונטמאה לבועל, לאפוקי עובד כוכבים דלא קרינא ביה ונטמאה לבועל כיון דבלא"ה אסורה ליה, לא קרינא ביה ונטמאה לבעל – קמ"ל, אע"ג דלא קרינן ביה ונטמאה לבועל, קרינן ביה ונטמאה לבעל.

וי"ל שהרא"ש לשיטתו בתשובתו (כלל לב סי' יג, מובאת בב"י אה"ע סי' יא ד"ה כתב הרא"ש, ובב"ש שם ס"ק ג) שאיסורי הבועל והבעל אינם תלויים זה בזה, ולכן כתב שאומרים לנחשד, שאם אכן בא עליה היא אסורה עליו, אף אם אין עדים לאוסרה על בעלה.

והנה גם שאלה זו תלויה בחקירה היסודית בה אנו דנים, האם האיסור על הבועל מסתעף מאיסור הבעל או שהוא איסור עצמי, וא"כ הדבר תלוי במחלוקת שבין שתי הלשונות בסוגיא בכתובות, בין הבבלי שם לבין ירושלמי בסוטה, ובין התוס' בשבת (שהובא לעיל, אות ב) לבין הרא"ש.

עם זאת, נראה שאין הכרח לתלות את השאלה, אם הבועל השני אסור, במחלוקת הנ"ל. גם מי שסובר שהאיסור על הבועל מסתעף מהבעל יוכל לסבור שהבועל השני אסור, משום שבעצם גם הבעילה השניה אוסרת, אלא שמכיון שהבעל כבר אסור אין נפק"מ מעשית לאיסור זה. והדבר דומה לדין 'אין איסור חל על איסור' לר' יוסי. לדעתו,

כלל זה לא נאמר אלא לענין עונש בלבד, שהעובר עליו אינו נענש אלא על האיסור הראשון, אבל מכל מקום חל האיסור השני והעובר עליו נקרא רשע שעובר על שני איסורים ונקבר בין רשעים גמורים (עי' יבמות לב ע"ב – לג ע"ב).

אך בשו"ת בית הלוי (ח"א סי' מד) כתב על פי התוס' (חולין צ ע"א ד"ה קדשים), שרבא בלבד הוא שסובר שנחלקו ר' יוסי ור' שמעון בדבר, אבל אמוראים אחרים חולקים על כך וסוברים שלדברי הכל אין האיסור השני חל כלל, אפילו לענין איסור בלבד. וא"כ ה"ה כאן, מכיון שהבעל לא נאסר כלל, אם האיסור על הבועל מסתעף מאיסור הבעל – היא תהיה מותרת לבועל.

שאלה זו נדונה רבות בין האחרונים. המשל"מ (הל' סוטה פ"ב הי"ב) דן באריכות בשאלה זו, אם האיסור על הבועל הוא איסור עצמי או שהוא נובע מהאיסור שחל על הבעל, ומסיק שאיסוריהם תלויים זה בזה (ד"ה נמצא). ובברכי יוסף (אה"ע סי' יא אות ג) מסקנתו לאסור.

בשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' צד) מביא ראיה לאסור את הבועל השני ממסכת סנהדרין (מא ע"א), ותמה על המהר"א ששון שהסתפק בדין זה ולא הביא ראיה משם. אולם השער אפרים (מובא בפת"ש אה"ע סי' יא ס"ק ד) דוחה את הראיה.

החלקת יואב (אה"ע סי' א) סובר שאין על הבועל השני איסור מהתורה, אלא רק מדרבנן. ואילו האבני נזר (ח"ב סי' רה) דוחה את ראיותיו, אולם גם דוחה את הראיה שיש בכך איסור דרבנן. (ור' מש"כ הרב משאש בתחומין כא).

ובשו"ת שואל ומשיב (תנינא, סי' פד) מחלק בין מקרה בו עדים העידו שזינתה, שאסורה על הבועל השני, לבין מקרה שאסורה רק עפ"י הודאתה, שלא נאסרה לבועל השני.

ולענ"ד כוונתו לומר שאם האשה לא נאסרה לבעלה ממש ע"י עדים גמורים – האשה לא נאסרת על הבועל. כי רק כאשר הבעל נאסר ממש ע"י עדים חל איסור זה גם על הבועל. אך אם האיסור הוא רק אצלה, משום שהיא 'שויא עליה חתיכא דאיסורא' אך הבעל עצמו לא נאסר בפועל, אין איסור על הבועל.

וזהו גם בנד"ד, הבעל לא נאסר ע"י עדים, כי רק האשה ובועלה יודעים מהמעשה. אמנם הבעל היה צריך להיאסר, כי אשתו מעלה בו מעל, אך סו"ס הבעל לא נאסר בפועל.

היסוד לכל סברות אלו הוא שהאיסור על הבועל מסתעף מהאיסור על הבעל; ובמצב בו הבעל לא נאסר באשתו מחמת אותו מעשה של זנות, גם הבועל לא נאסר בה.

במקרה כגון זה דן גם הגר"מ פיינשטיין (בתשובתו שהובאה לעיל):

> יש בזה עוד צד היתר גדול מחמת שבעל זה הוא בועל שני, והבועל היה ודאי שוגג. דהנה מהר"א ששון... מסתפק בכל בועל שני, אף במזיד, שמא לא נאסרה לו מאחר שלא אסרה על הבעל, שכבר היתה אסורה מבועל ראשון. אבל חולקים עליו... מהא דסנהדרין (דף מא), שמפורש שנאסרה לבועל שני.
>
> אבל כשהבועל היה שוגג מביא הפת"ש (ר"ס יא ס"ק א) מס' ברכי יוסף, שלהירושלמי (סוטה פ"ה ה"א) שהביאו התוס' ר"פ כשם (סוטה כז ע"ב) שהאיסור בהוא שוגג והיא מזידה הוא מטעם אפשר יצאת מתחת ידו ואת אמרת הכין?! א"כ הוא רק משום דעל ידו

איתסירא לבעל, שלכן יש להתיר בבועל שני. אך שמסיק דלגמ' דידן זה הדבר תלוי ומיתסרא עיי"ש.
ולי בעניותי לא ידוע היכן הוא בגמ' דידן... וגם עצם הדין דבועל שני, שהרבה אוסרין מהא דסנהדרין, לא ברור כ"כ...
ונמצא שאף אם נימא שלא היתה שוגגת... כיון שכבר היא נאסרה על בעלה מבועל הראשון היא להרבה אחרונים מותרת לזה שהוא בועל השני. ואף להאוסרים בבועל שני, מ"מ בכאן, שהיה הוא שוגג, נוטה יותר שלא נאסרה לו, כדהיה סבור לומר הברכ"י מהירושלמי...
ולכן בצירוף שיותר נוטה להתיר מצד שהוא בועל שני ובשוגג יש להתירה לו אם הוא צורך גדול.

ובנד"ד הבועל המעוניין לשאתה לאשה אמנם לא היה שוגג, אך בכל זאת הוא בועל שני.

שאלה בסיסית זו, האם האיסור על הבועל מסתעף מהאיסור על הבעל, היא שאלת מפתח בנ"ד, כי כל שלושת הסעיפים שדנו בהם בנויים על כך:

א. אולי היא היתה שוגגת ולא נאסרה לבעלה, ואם האיסור על הבועל מסתעף מהאיסור על הבעל הוא לא נאסר בה.

ב. הבעל לא ידע מבגידתה של אשתו וא"כ לא נאסרה עליו בפועל ומשום כך אולי לא נאסרה על הבועל.

ג. השואל הוא בועל שני ולא הוא הגורם לאיסורה של האשה על הבעל וא"כ אולי גם הוא לא נאסר בה.

ומכיון שהחקירה העקרונית לא הוכרעה סופית קשה להתיר על סמך סברה זו בלבד, אלא בצירוף סניפים נוספים.

[ד. בעילת גוי

עוד יש לשאול, האם בעילתה לראשונה ע"י גוי גורמת לכך שלא תיאסר לישראלים שבאו עליה לאחר מכן?

אמנם אין כאן נפק"מ לשאלה, האם זנות גוי אוסרת על הבועל, כי היא זינתה גם עם ישראל אחר לפני הבועל האחרון, השואל. אולם תורה היא ולימוד היא צריכה, מה יהיה הדין אם השואל היה הבועל הישראלי הראשון אחרי הגוי. האם היתה נאסרת ע"י הגוי וביאת הישראל לא אסרתה על בעלה, או שמא ביאת הגוי אסרתה וממילא ביאת הישראל לא היא שאסרה אותה על בעלה.

בתוס' (כתובות ג ע"ב ד"ה ולדרוש; סנהדרין עד ע"ב ד"ה והא) נחלקו ר"ת וריב"ם בדבר: לדעת ר"ת, בביאת גוי, האשה לא נאסרת על הבועל, ולדעת ריב"ם האשה אכן אסורה על בועלה במקרה כזה, גם אם נתגייר לאחר מכן. ובשו"ע (אה"ע סי' קעח סעי' יט) נוטה מרן לפסוק כר"ת, וכותב:

> י"א שאשת איש שזינתה עם עובד כוכבים וגירשה בעלה, ונתגייר העובד כוכבים – שמותרת לגר הזה, דלא שייך למימר "אחד לבועל" בביאת העובד כוכבים.

אולם לרוב המפרשים, ר"ת שכתב שבעילת גוי היא כבעילת בהמה לא התיר

אלא את הבועל, אך לא את הבעל[3]. והדבר מוכח ממסכת סוטה (כו ע"ב), שם נאמר:

> אמר רב המנונא: עובד כוכבים מקנין על ידו... פשיטא! מהו דתימא נטמאה נטמאה שתי פעמים – אחד לבעל ואחד לבועל, היכא דקמיתסרא בהא זנות, אבל הא הואיל ואסורה וקיימא – אימא לא, קמשמע לן[4].

ובפרט לפי סברת המהרי"ק (שהבאנו לעיל, אות א), גם אם נאמר שבעילת גוי כבעילת בהמה לעניין ייהרג ואל יעבור, הרי לעניין מעילה, גם כשגוי בא עליה היא מעלה באישה, ואינו דומה לבהמה, שאינה מהמין האנושי ואין בה כל כך מעילה באישה[5].

אם כי יש שפירשו את דעת ר"ת שבביאת גוי אינה נאסרת על בעלה[6].

ולדעת הרא"ש שפסק כר"ת אך לא מטעמו, שהבעל נאסר אך הבועל לא נאסר צריכים לומר שהאיסור על הבועל לא מסתעף מהאיסור על הבעל; ומכיון שהאיסור לא חל עליו מיד, לא יוכל לחול גם לאחר מכן. אך הריב"ם סובר שהאיסור על הבועל מסתעף מאיסור הבעל, והוא איסור מתמיד הנמשך כל הזמן, וכל עוד הבעל אסור גם הבועל אסור. ואע"פ שבזמן חלות האיסור הוא היה גוי והאיסור לא חל עליו באותה שעה, אך עתה, כשהתגייר, והבעל עדיין אסור בה – האיסור של הבעל **עתה** יוצר חיוב על הבועל.

ומאחר שלרוב הפוסקים ביאת גוי אוסרת על הבעל, השאלה אם נאסרה על הבועל הישראלי שבא אחריו זהה לשאלה של שני בועלים ישראלים, אם נאסרה גם לבועל השני. מי שמתיר את הבועל השני כששניהם ישראלים, יתיר גם את הבועל הישראלי שבעל אחרי הבועל הגוי.

אך כאמור אין צורך לדון בשאלת הבועל הגוי כי היא זינתה גם עם ישראל לפני השואל.]

ה. ספק קידושין בעדים פסולים

בנד"ד ישנו סניף נוסף להקל, והוא הספק על עצם קידושיה לבעלה, בשל כך שאחד העדים היה קרוב משפחה של הבעל.

נאמר בשו"ע (אה"ע מב, ב):

> המקדש שלא בעדים, ואפילו בעד אחד – אינם קדושין.

על כך מוסיף הרמ"א:

> ויש מחמירים אם מקדש לפני עד אחד

3. עי' ריטב"א כתובות ג ע"ב ד"ה משום; שטמ"ק ד"ה ואיברא; רא"ש כתובות פרק א סי' ד; פנ"י ד"ה בא"ד ומתוך; זרע יצחק ד"ה בא"ד נאסרה; חתם סופר ד"ה ולדרוש; ערוך לנר סנהדרין עד ע"ב ד"ה בד"ה והא אסתר.
4. המאירי, כתובות שם, מביא ראיה גם מהמשנה (כתובות כו ע"ב): "האשה שנחבשה בידי גויים... על ידי נפשות אסורה לבעלה". וכן מאיסורה של אסתר למרדכי בהליכתה לאחשוורוש, במסכת מגילה (טו ע"א).
5. וכך כתב החתם סופר בחידושיו לכתובות שם, ד"ה ולדרוש. ור' שו"ת בית הלוי ח"ב סי' מ.
6. מאירי כתובות ג ע"ב ד"ה אשת ישראל; סנהדרין עד ע"ב ד"ה ויש מתרצים. וכן משמע מלשון הריב"ם בתוס' שם "**דהא** ע"י ביאת גוי נאסרה לבעלה" כלומר ר"ת סובר לדעתו שאינה נאסרת כלל בביאת גוי אך מלשון הרא"ש שכתב "**דכיון** דאסורה..." לא משמע כן.

(טור בשם סמ"ג)... ובמקום עיגון ודוחק, יש לסמוך אדברי המקילין.

ומבאר הגר"א (ס"ק ט):

ויש מחמירים כו'. כרב פפא [קידושין סה, א]. וכבר כ' הרשב"א [מובא בב"י] שיחידאה הוא הסמ"ג [עשין מח] וכל הפוסקים חולקים עליו ולית דחש לה.

וצ"ל שגם לדעת הסמ"ג זוהי רק חומרא מדרבנן.

והנה כאן היה גם עד פסול, וקי"ל שאם נמצא אחד מן העדים קרוב או פסול, העדות בטלה[7]**. אלא שהרמ"א** (שם) **כבר פסק במקרה כגון זה, שדינו כמקדש בפני עד אחד. וא"כ לדעת הסמ"ג יש להחמיר.**

וכבר הקשו המפרשים: מדוע עדות הקידושין לא בטלה במקרה זה?

על כך כתב הבית שמואל (ס"ק ח):

והא דלא נפסל השני בצירופו (כאשר מבואר בחושן המשפט סי' לז) דשניהם נפסלים אפילו אם יבוא השני להעיד מחדש לא מהני. וכ"כ הסמ"ע (סי' לז, ובסי' מה), אלא דווקא כשחתומים העדים, אז מהני כשהכשר מעיד מחדש, אבל בע"פ לא מהני.

שוב ראיתי לשיטות הרא"ש... אע"ג דנתכוונו לשם עדות והעידו כבר – ס"ל דנתבטלו העדות, היינו לענין דהבי"ד אינו יכול לפסוק על פיהם; אבל כאן בעת הקידושין עדיין לא נתבטלו עדותן, א"כ הקדושין היו קידושין כשרים.

וכן החלקת מחוקק (ס"ק ו):

ולא נפסל השני בצירופו לקרוב (כמבואר בח"ה סי' לו), דמיירי שלא נצטרף בשעת ראייה, לדעת הרא"ש[8] דבעי תרתי (כיוון בשעת ראייה כדי להעיד ובא לבי"ד והעיד), או לדעת הרי"ף[9], שנאמן לומר שלא הכיר בקורבתו. ומשום חומרא דקידושין חיישינן לכתחילה.

והנה הנוהג הוא שעדי הקידושין הם גם עדי הכתובה והם גם חותמים עליה, והחתימה הרי מצרפת את שניהם ופוסלת את העד הכשר, כמו שכתב הב"ש.

מיהו החתימה על הכתובה היא עדות אחרת. היא לא העדות של הקידושין, אלא של הכתובה, והיא שייכת לנישואין ולא לקידושין. אמנם הנוסח הוא: "אנן סהדי איך פלוני אמר לפלונית הוי לי לאינתו" - **דהיינו:** "הרי את מקודשת לי" – **אולם זו לא בהכרח עדות הקיום של הקידושין. גם אם היו עדי קידושין אחרים עדי הכתובה מעידים על הקידושין כעדי ראייה. וא"כ אין הקידושין תלויים בהם. כוונת הב"ש היא רק לעדים החותמים על שטר קידושין, שאז הם עדי הקיום של הקידושין ובלעדיהם הקידושין לא חלים. שם החתימה מצרפת אותם לפסול את הקידושין, כי עדות בשטר נעשתה כמי שנחקרה בבי"ד, ולכן אם היה שם ע"א פסול כל העדות נפסלת. אך חתימה על הכתובה אמנם פוסלת את הכתובה, אולם לא את הקידושין! וגם אם הם היו עדי הקידושין, הרי הקידושין לא**

7. מכות פ"א מ"ז; ה ע"ב.
8. מכות פרק א סי' יא, מובא בב"י חו"מ סי' לו.
9. בתשובה, מובאת בטור וב"י חו"מ סי' לו.

נעשו בשטר, אלא בטבעת, והם היו עדים בע"פ ולא בכתב ולא היה מה שיצרף אותם. והעד הכשר לא נפסל. וא"כ הדר דינא שיש כאן עד אחד, ולדעת הרמ"א יש לחוש לקידושין!

והנה בנד"ד האשה היא מעדות המזרח, ומרן לא חשש כלל לעד אחד בקידושין. מיהו הבועל האחרון, המעוניין לשאתה לאשה, הוא אשכנזי הנוהג כדעת הרמ"א. וא"כ השאלה היא אם יש להתחשב בכך, או שמא מכיון שהאשה, שהיא בעלת הדבר לא צריכה לחשוש לקידושין, גם הוא אינו צריך לחשוש. וצ"ע[10].

אלא שכאמור לעיל, הגר"א נוקט שאין לחשוש כלל לדעת הסמ"ג, והרמ"א עצמו אומר שבשעת הדחק ניתן להקל. ובנד"ד, ששניהם חזרו בתשובה, יש לפתוח להם פתח שיקימו יחד בית נאמן וכשר בישראל ולהתירם זה לזו.

ו. דינו של עד הקרוב מצד אמו

אולם עדיין לא ניתן להסתמך על כך שהקידושין פסולים בשל העד הפסול, מפני שאותו עד פסול בו מדובר היה קרוב לחתן מצד אמו, ולדעת הרמב"ם אינו פסול לעדות מן התורה. ואלו דבריו (הל' עדות פי"ג ה"א):

> אין פסולין מדין תורה אלא **קרובים ממשפחת אב בלבד**, והם האב עם הבן ועם בן הבן, והאחין מן האב זה עם זה ובניהן זה עם זה, ואין צריך לומר הדודים עם בן אחיו, אבל שאר הקרובים מן האם או מדרך האישות – כולן פסולין מדבריהם.
>
> ולדבריו, מהתורה העדות כשרה והקידושין תקפים מהתורה, ואינם פסולים אלא מדרבנן.

על פי זה נפסק להלכה בשו"ע, בהלכות קידושין (אה"ע סי' מב ס"ה):

> מקדש בפסולי עדות דאורייתא, אינן קדושין. אבל בפסולי עדות דרבנן, או בעדים שהם ספק פסולי תורה, אם רוצה לכנוס – חוזר ומקדש בעדים כשרים. ואם לא רצה לכנוס, צריכה גט מספק.

ובהלכות עדות (חו"מ סי' לג ס"ב) פוסק השו"ע:

> אלו הם הפסולים: האחים, זה עם זה, **בין מן האם בין מן האב**...

ועל כך מוסיף הרמ"א:

> וי"א דקרובי האם נמי אינן פסולים אלא מדרבנן.

על כך כותב הש"ך (ס"ק א):

> משמע מדברי הר"ב דהיש אומרים אלו מקילין וס"ל דאינן פסולים אלא מדרבנן, ונפק"מ ג"כ לענין עדי קידושין.
>
> ולפענ"ד זה אינו, דהא על כרחך טעמו של הרמב"ם כמ"ש בכסף משנה... דס"ל שכל מה שאנו דורשים מהי"ג מידות שהתורה נדרשת בהן הוא מדבריהם... וכ"כ הריב"ש (סי' יד). והביא שם ג"כ

10. הערת בני הרב עזריאל: לכאורה זה חוזר לשאלה האם האיסור חל עליו או עליה. ועי"ל, שהאיסור אינו בקידושין אלא בבעילה, וזו נעשית לאחר שנישאה לו ונכנסה לרשותו, וכבר קיבלה עליה את פסקי הרמ"א.

תשובות הרשב"א[11], שזהו טעמו של הרמב"ם, שהולך לשיטתו, שאמר בעיקר השני של ספר מנין המצוות שחיבר, שכל הדברים הבאים באחת מי"ג מידות שהתורה נדרשת בהן אינן דאורייתא אלא דרבנן כו'... וכ"כ הרמב"ם ג"כ בריש הלכות אישות, שקדושי כסף הם מדבריהם...

א"כ לפי"ז פשיטא דאף להרמב"ם גם בקרובי האם דינן כקרובי האב. וכ"כ הב"י ודרכי משה גופיה (באבן העזר סוף סי' מב)... דמה שכתב הרמב"ם דקרובי האם הם מדברי סופרים, אינו אלא... לענין מנין המצוות, אבל מ"מ דין תורה יש להם, וא"כ המקדש בפניהם אינה מקודשת.

וכן נ"ל עיקר שגם הרמב"ם סובר בקרובי האם שדינן דין תורה לכל דבר, ולא נפק"מ בינייהו לענין דינא...

והוא מוסיף שאף אם נאמר בדעת הרמב"ם שהפסול של קרובים מצד האם אינו אלא מדרבנן, הרי רוב ככל הראשונים חולקים ופוסלים מן התורה, עי"ש. וכדעת הש"ך סבורים גם הגר"א (ס"ק יב) **ונתיבות המשפט** (חידושים, ס"ק ד).

[**אם נקבל את ההסבר הפשטני בדעת הרמב"ם** (שהש"ך דחאו) **ש"דברי סופרים" הם מדרבנן א"כ ממה נפשך: הרי הבעל קידש את אשתו בטבעת, שהיא 'שווה כסף', ולפי הבנה זו בדברי הרמב"ם** (הל' אישות פ"א ה"ב), **קידושי כסף אינם אלא מדרבנן, ומהתורה אינה מקודשת. אמנם מדרבנן היא מקודשת, אך עדות קרובים מהאם פסולה לדעתו ג"כ מדרבנן, וא"כ די בעד הפסול מדרבנן כדי לפסול קידושין שאינם אלא דרבנן. וממנ"פ אינה מקודשת לא מהתורה ולא מדרבנן; אלא שספק אם אומרים ממנ"פ מסוג זה[12]. אך האמת כמש"כ הש"ך, המונח "דברי סופרים" ברמב"ם אין משמעותו מדרבנן. הוא מהתורה, אלא שנלמד באחת המידות שהתורה נדרשת ואכמ"ל[13].**]

בשאלה זו של פסול עד הקרוב מצד האם, דנים נושאי כליו של השו"ע גם באה"ע (סי' מב). **וכ"כ החלקת מחוקק** (ס"ק יב):

הרמב"ם כתב... דקרובים מן האב הן מן התורה אבל הקרובים מן האם או מדרך אישות פסולים מדבריהם. אבל הרמב"ן והרשב"א ס"ל דכל הנלמדים מן המדרש הן הן מן התורה, בין קרובי אב בין קרובי אם. וכ"כ המ"מ בשמם. והר"ר יהודא בן הרא"ש כתב ג"כ שרבים חולקים על הרמב"ם וס"ל דקורבת אישות מן התורה...

וגם הוא סובר שלמעשה הקרובים מן האם פסולים מן התורה.

ובקרית ספר כתב שגם לפי פשטות דברי הרמב"ם, אם תחילת הקירבה היא דרך האב, הפסול הוא מהתורה. וכאן הקירבה של העד היא דרך אחות אביו של החתן; א"כ הקירבה התחילה מהאב, ולכן הפסול הוא מהתורה גם לדעה זו.

11. ח"ב סי' רל.
12. ר' לקח טוב להר"י אנגל כלל יג שהביא מקורות רבים שדנים בשאלה כגון זו, אם אומרים ממנ"פ.
13. ר' מש"כ בספרי "יושב אהלים" על כתובות שיעור ג.

וא"כ, מכיון שרוב הראשונים חולקים על הרמב"ם וסוברים שהפסול הוא מן התורה, וגם בדעת הרמב"ם הרבה סוברים שהם פסולים מהתורה, ולדעת הקרית ספר גם הרמב"ם מודה במקרה בו מדובר, נראה שיש להקל בשאלה זו.

תשובה למעשה

בהסתמך על כל הסניפים דלעיל, ומכיון שהמדובר בבעלי תשובה העומדים לפתוח דף חדש בחייהם, יש מקום לסייע בידם ולהתירם זה לזו.

[אולם למעשה, לאחר שכבר נקבע תאריך לחתונה, היא בוטלה משום מה. וכנראה משמים עיכבו אותם מלהינשא... אך מאחר ש"לא בשמים היא", העליתי בכל זאת את הדיון על הכתב.]

מסקנות הלכתיות

א. יסוד האיסור של אשה שזינתה תחת בעלה הוא ה'מעילה באישה'. ולכן יש סברה לומר שאשה שזינתה תחת בעלה בשגגה, כשסברה בטעות שאיננה מחוייבת לו יותר – אינה אסורה לבעל ולבועל (ואילו אשה שזינתה כשסברה בטעות שאין איסור הלכתי לבגוד בבעלה – אסורה עליהם). אולם אין לסמוך להתיר על סמך סברה זו בפני עצמה.

ב. השאלה אם איסורה של האשה לבועל נובע מאיסורה לבעל או שעומד בפני עצמו – שנויה במחלוקת בין הפוסקים.

ג. יש להסתפק בדינו של בועל שני, שהאשה לא נאסרה על בעלה מחמתו, אם אותה אשה אסורה עליו.

ד. בשעת הדחק, אין מקום לחשוש לקידושין שנעשו בפני שני עדים שאחד מהם פסול.

ה. קרוב משפחה מצד אמו פסול לעדות מן התורה.

סימן כה

נישואי גיורת לכהן מסורס

שאלה

כהן נולד מהול. המוהל, שכנראה לא היה מומחה במילה מסוג זה חתך עמוק מדי ופגע באשכים. חבישת הפצע היתה רשלנית ולא מקצועית וכתוצאה מכך הכהן נעשה מסורס ולא מסוגל להוליד.

עתה הכיר גיורת המוכנה להקים עמו בית. הקשר ביניהם טוב ואמיץ. סיכוייו למצוא אשה מתאימה אחרת מעטים. והמצב הוא שעה"ד.

האם הוא רשאי לשאת את הגיורת כדת משה וישראל?

[יתכן שניתן להוציא ממנו זרעונים ולהפרות באמצעותם את האשה. לענ"ד נראה מכיון שהזרעה כזאת אינה טבעית, אלא מלאכותית, אינה מחשיבה אותו

כראוי להוליד. רק מי שראוי להוליד בדרך הטבע נחשב כראוי להוליד. וכלל גדול בתורה הוא שלא דברה תורה אלא בדרך הטבע. ור' מש"כ בזה הרב יעקב אפשטיין בחבל נחלתו ח"ו סי' כ.]

א. הכהן הוא פצוע דכא וסריס

בשו"ע (אה"ע סי' ה ס"א) **נפסק להלכה:**

פצוע דכא וכרות שפכה אסורים לישא ישראלית ומותרים בגיורת ומשוחררת. ואפילו כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת ומשוחררת, לפי שאינו בקדושתו. איזהו פצוע דכא, כל שנפצעו הביצים נכרתו הביצים או אחת מהם, או שנפצעה אחת מהם, או שנידוכה אחת מהן, או שהיא שחסרה, הגה: או שניקבה נקב מפולש (ב"י בשם נ"י בשם תוס' פ' הערל), הרי זה פסול.

בגדר ניקב כתבו התוספות ביבמות (עה ע"ב ד"ה ניקב):

ונראה דנקב מפולש בעינן דאין לומר אפילו לא ניקב אלא עד חלל הגיד ואפילו למטה מעטרה פסול כיון שאם היה נקב מעבר אל עבר היה בצד אחד למעלה מעטרה דהא מכשרינן בסמוך כקולמוס וכמרזב וכיון דאפי' נחתך לגמרי כשר כל שכן ניקב.

מבואר אפוא שמפולש כאן הוא כמו במבוי, דהיינו מעבר אל עבר. בנ"ד הנקב אינו מעבר אל עבר. מיהו התוס' הוכיחו שנקב צריך להיות מפולש, מקולמוס ומרזב שנאמרו בכרות שפכה. שם הנקב הוא בגיד ויתכן שבפצ"ד שהנקב בביצים יהיה הדין שונה. אך הפוסקים לא חילקו בין הגיד לבין הביצים בשניהם אין צורך בנקב מפולש מעבר אל עבר.

אולם דעת התוס' אינה מוסכמת. ר' תשובת שב יעקב (אה"ע סי' ד, הובאה בפ"ת) **שכתב כמה השגות על התוס':**

דעת המרדכי בשם ר"י אינו כן, וגם מהרש"ל בס' המצות שלו כ' דלא צריך מפולש לגמרי, ועוד דאפי' לדברי תוס' כתב הב"ש דאם ניקב בתחתיתו י"ל דפסול וכ"כ בדרישה. ועוד דגם בתוס' לא הזכרו להיות מפולש אלא אם אינו מזריע מתוך אותו נקב אבל אם אינו מזריע אלא מאותו נקב מודו דפסול.

הכהן בנ"ד אינו מזריע כלל. מסתבר שגם נקב לא מפולש פוסל אותו מלבוא בקהל.

והנה נקב זה אמנם עדיין ניכר בעין אולם הוא כבר הגליד, כלומר נסתם, וצ"ע אם חזר להכשרו. בגמ' יבמות עו ע"א:

נסתם – כשר, מפני שהוא מוליד, וזהו פסול שחוזר להכשירו. זהו למעוטי מאי? למעוטי קרום שעלה מחמת מכה בריאה דאינו קרום.

מבואר אפוא שרק אם הסְתִימה מאפשרת לפצוע הדכא לשוב ולהוליד כאדם רגיל הוא חוזר להכשרו. משא"כ אם הוא נשאר מסורס אין הסתימה מכשירה אותו. ובנ"ד הוא נשאר מסורס לכן אין הסתימה מכשירה אותו.

ומשמע מהסוגיה שגדר פצו"ד וכרו"ש הוא שאינו מוליד. ואע"פ שיש סוברים שסריס שאינו פצו"ד וכרו"ש כשר לבוא בקהל (כגון מי שעבר הקרנות ר' חבל נחלתו ח"ד סי כג) **אך פצו"ד וכרו"ש שהמום ניכר בו ואינו מוליד הוא פסול קהל.**

וראה שו"ת אגרות משה (אה"ע ח"ב סי' ג):

ביבמות דף ע"ה מקשה על ניקב הביצה שאסור וניקב לא מוליד והא ההוא גברא דחרזיה סילוא בביצים ואוליד, ומתרץ רב: צא וחזר על בניו מאין הם.

ואחר זה אמר רבא על קושית ההוא מרבנן אימא מראשו מדלא מנה ביה דורות, ואף שמסיק מטעם אחר אבל על מה שבפצוע בגיד וביצים אינו מוליד לא פליג.

ואין לומר שבנ"ד הוא לא סריס אדם אלא סריס חמה, כי מן הסתם המוהל לא התכוון לסרסו לכתחילה, אלא הדבר נעשה בטעות; אך מכיון שמדובר במילה חריגה שהמוהל לא היה מנוסה בה הוא לא היה צריך לעשותה, וא"כ היתה פה פשיעה, והכהן הוא סריס אדם שפסול לבוא בקהל ורשאי לשאת גיורת.

ב. איסור גיורת לכהן

אפילו את"ל שיש מקום לאוסרו בגיורת בגלל כהונתו מספק (לחומרא) י"ל שגם איסור גיורת אינו ברור שהוא מן התורה. ויש לצרף כסניף את הסוברים שגיורת שלא זנתה אינה אסורה לכהן אלא מדרבנן, ובספק פצוע דכא יש מקום להקל משום ספיקא דרבנן, ראה שו"ת יביע אומר (ח"ז אבן העזר סי' יא).

וכן משמע מהרמב"ם (בפרק טז מהלכות איסורי ביאה הלכה א ו-ב) שכתב בזו הלשון:

פצוע דכא וכרות שפכה שנשאו ובעלו בת ישראל לוקים, שנאמר לא יבוא פצוע דכא וכרות שפכה בקהל ה'. ומותרים לישא גיורת ומשוחררת, **ואפילו כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת** ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו... אבל פצוע דכא אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה **מן התורה**.

וכלשון הזו כתב מרן בשלחן ערוך (סימן ה ס"א).

הריטב"א ביבמות (עו ע"ב בד"ה הדר) דייק מל' הרמב"ם שכתב פצוע דכא כהן מותר בגיורת, ומ"מ אסור בממזרת מפני שאסורה מן התורה, משמע **שגיורת לכהן אסורה רק מדבריהם**, ולא התירו לפצוע דכא אלא איסור של דבריהם. אך הריטב"א עצמו חולק על הרמב"ם כי מוכח מסוגיין במסקנה שהתירו גם איסור תורה, וגיורת נמי אסורה לכהן מן התורה.

וכן דעת הראב"ד החולק על הרמב"ם ומתיר פצוע דכא בממזרת, כי לדעתו גיורת אסורה לכהן מן התורה ובכ"ז לפצוע דכא כהן היא מותרת, וא"כ ה"ה לממזרת.

רש"י ביבמות (סא ע"א וע"ב) ג"כ כתב, כי מה שאמרו חכמים שם, אין זונה אלא גיורת ומשוחררת, היינו משום **שמא** נבעלה לעכו"ם בגיותה, שעכו"ם ועבד שאינם בני קידושין פוסלים בביאתם, ומשמע שגיורת אסורה לכהן רק מדרבנן.

וכן כתב הרשב"א בחידושיו ליבמות (ס ע"ב) שדעת הרמב"ם בזה כדברי רש"י, אך הוא חולק עליו וסובר שהיא אסורה מן התורה. ומשמע מדבריו ששורש מחלוקתם היא לשיטתם בספיקא דאורייתא לחומרא. דעת הרמב"ם שספיקא דאורייתא לחומרא מדרבנן, ולכן גיורת שהיא ספק זונה אסורה לכהן רק מדרבנן. והרשב"א לשיטתו שספיקא דאורייתא לחומרא מן התורה, ומשום כך גם ספק זונה אסורה מהתורה.

יתכן לומר שגם לדעת הרשב"א שסתם גיורת אסורה מהתורה הוא רק מספק שמא זינתה. אך מי שהתגיירה כשהיתה קטנה ואין ספק שלא זינתה אולי אסורה לכהן רק מדרבנן.

עכ"פ לפחות לשיטת רש"י, הרמב"ם והשו"ע מי שהתגיירה כשהיתה קטנה ולא

זינתה, אסורה רק מדרבנן. אך לדעת ראשונים אחרים משמע שהאיסור הוא מוחלט מהתורה, כי כל גויה שהתגיירה שם זונה עליה אע"פ שלא זינתה.

ולכן נלענ"ד מכיון שמדובר בסריס אדם שאינו מוליד, יש להוסיף כסניף את שיטת הרמב"ם ורש"י שאיסור גיורת, שלא זינתה, לכהן הוא מדרבנן ולהתיר לו לשאתה לאשה כדת משה וישראל.

מסקנה

מותר לכהן פצוע דכא שהוא סריס לגמרי לשאת גיורת.

סימן כו

נוכחות בשירת נשים

יש מעמדים רשמיים כגון ביום השואה או יום הזכרון וכדו' בהם מופיעות גם זמרות. קשה להשתמט מהם כי הדבר עלול להתפרש כפגיעה בנופלים ומשפחותיהם וכדו'. האם הנוכחות בהם מותרת, או שבזמן הופעת הנשים יש לפרוש מן הציבור, גם אם הדבר פוגע בכבוד הנופלים ומשפחותיהם. בנושא זה היה לי מו"מ עם רב חשוב וזו תשובתי אליו.

לכב' הרב הגאון....

ראיתי את תשובתך המלאה והגדושה בנושא של נוכחות בשירת נשים. אני מסכים עם מסקנתך המעשית, אולם מכיוון אחר.

א. הערות קצרות

ראשית הערות קצרות על הנחותיך.

א) הארכת להוכיח שאיסור ערוה הוא רק במתכוון ליהנות, אך כשאינו מתכוון מותר. לענ"ד לא מתכוון ר"ל מי שעסוק בנושא אחר ואז אינו שם לב כ"כ לקולה של האשה, כגון מי שלומד תורה, או קורא קריאת שמע, או שהוא שר בעצמו וכד' (כידוע כשאדם שקוע בנושא מסוים אינו שומע קולות אחרים), אך מי שנוכח באירוע ואין לו במה לעסוק יש לחשוש שלא יוכל להסיח דעתו ואולי יתכוון להאזין לקולה של האשה.

וזו כוונת רבינו יונה (ברכות יז ע"א):

> וכן אין לו לקרות בשעה שמנגנת דקול באשה ערוה... ואפי' בשעה שמנגנת אם הוא יכול לכוין בלבו לתפלתו בענין שאינו שומע אותה ואינו משים לבו אליה מותר, ואין לו להפסיק קריאתו.

יש רק שני מצבים:

1. קורא שמע ללא כוונה עמוקה ואז הוא עלול לשים לב לקולה של האשה וזה אסור.
2. כשהוא קורא ק"ש בכוונה עמוקה ואינו שם לב לקולה – מותר.

ב) הַסְבָרָה של הגרי"א הנקין בדבר קולה של אשה דרך מיקרופון לא מוסכמת על רוב רובם של הפוסקים. ההבחנה בין קול טבעי למלאכותי נכונה במקום שצריך לשמוע קול טבעי, כגון שופר ומגילה וכדו' וברמקול אין זה הקול הטבעי. אך קול באשה ערוה הוא בגלל הרהור, ולכן אין נפק"מ בין גורם טבעי לגורם מלאכותי. כשם שראיית ערוה דרך

טלויזיה אינה שונה מראיה טבעית, בגלל הרהור. וזהו דין ערוה בעששית בברכות (כה ע"ב).

את ראייתך שמותר לשמוע קול של פנויה, שאינה אסורה באיסור נידה, ניתן לדחות. ראשית כל, מדובר בדרך כלל בילדות קטנות. הן עדיין לא אובייקט להרהור. אולם גם אם נניח שמדובר בפנויה גדולה שטבלה, אין ספק ששמיעת קול אינה עומדת באותה דרגת חומרא כמו ראיית גופה של אשה. התורה אסרה בעיקר את מראית העין "ולא תתורו... **אחרי עיניכם**". (האיסור של "לא תתורו אחרי לבבכם" מתיחס בעיקר לע"ז כמבואר בברכות יב ע"ב. אינה דומה שמיעה לראייה. שמיעת קול רק גורמת הרהור ואינה כראייה ישירה. ומשום כך יש שהתירו קולה של אשה שאינו רואה אותה ואינו יודעה ומכירה. אין יצה"ר שולט אלא במה שעיניו רואות. ולכן מי שאינה אסורה עליו באיסור של ערוה חמורה גם קולה לא נאסר.)

ולכן לא אסרו חיקוי קולה של אשה ע"י גבר כי אין איסור להרהר בו. וגם האוסרים שמיעת קול אשה שאינו יודעה ואינו מכירה וא"כ אין במי להרהר, מודים ששורש האיסור הוא הרהור ועל פיו הגדירו את האיסור גם במקום שאין הרהור. אך ברמקול שהוא רואה אותה מול עיניו יש הרהור לכו"ע, כי אין מי שמבחין בין הקול הטבעי לקול המלאכותי. בעיני ב"ו זהו אותו הקול.

ג) ההרגל לראות נשים נשואות שאינן מכוסות ראש אינו דומה לנ"ד. שער באשה אינו ערוה בעצם. הצורך לכסותו וההרגל לראותו מכוסה הוא היוצר את האיסור ולא להיפך. ראיה לכך, מותר לראות את שערה של פנויה גם כשהיא נידה וכן של נוכרית כי הן אינן מחוייבות בכיסוי הראש ולכן שערן אינו נחשב ערוה. וזוהי סיבת היתרו של ערוה"ש באו"ח סי' עה לומר דבר שבקדושה מול אשה שאינה רגילה לכסות את ראשה (ור' מש"כ בסימן הבא).

ההוכחה מזה שהקלו בתערובות מסוימות של נשים בימינו, משום שנשים מצויות יותר בינינו, אינה רלבנטית לנדוננו. אמנם צדקת בדבריך שבעבר נשים כמעט ולא היו מצויות בחוץ. וכדברי הרמב"ם שלא ראוי שאשה תצא מביתה יותר מפעמיים בחודש (הל' אישות פי"ג ה"א). ובימינו גם בחברות חרדיות ביותר אשה יוצאת יותר מפעמיים ביום! אולם יש להבחין בין כמות לאיכות. שם לא מדובר באיסור ערוה. הרי אין איסור לראות בדרך מקרה אשה צנועה הלבושה כהלכה. האיסור שלא ללכת אחרי אשה הוא המלצה טובה. כמות הנשים שנראו בחוץ היתה קטנה וקל היה לעמוד בהמלצה. והיא הנותנת. מכיון שכמות הנשים היוצאות מביתן היתה קטנה וכמות הפעמים שהיו רגילות לצאת היתה מעטה, לכן כל אשה עוררה תשומת לב. היום רבתה הכמות גם כאן וגם כאן. ומכיון שלא מדובר באיסור בעצם, אלא המלצה, שהיתה גם בעייתית בעבר, ומאידך גם אפשרית, עקב תנאי החיים שהיו. בימינו שיציאה מרובה של הנשים מביתן היא תופעה טבעית היא אינה אסורה, כי זה הנוהג המצוי. זהו תהליך טבעי שנוצר ע"י ההתפתחויות הכלכליות וההשכלתיות בעולם. ולכן בימינו הדבר אינו חריג ולא חייב למשוך תשומת לב מיוחדת. (עם זאת נשים היוצאות בלבוש פרובוקטיבי עוברות עבירה וההרגל לא יתיר את הדבר.)

לעומת זאת, שמיעת שירתה של אשה אסורה בעצם. אי לכך ריבוי השירה אינו תוצאה של תהליך טבעי הכרחי, שההלכה

מכירה בו, אלא שינוי תרבותי, שנגרם אמנם בין היתר ע"י כלי התקשורת המודרניים, אולם יש לנו עימות איתו. מעניין, מדוע מעדיפים הגברים זַמֶּרֶת על זַמָּר? האם לא בגלל שקולה נחשב ערב יותר באוזניהם?[1] אל נהיה תמימים. יש דברים בגו. ההרגל לא יכול להתיר את האיסור.

ד) הטעמים האחרים שהבאת נראים יותר. כגון שירה רצינית וערכית באווירה של כובד ראש. אמנם היא אינה שירת קודש שעליה דיבר הגרי"י וינברג בשרידי אש, אך בכל זאת היא אינה דומה לשירה בידורית, ויש מקום להתיחס אליה ביחס שונה, מיקל יותר (בתנאי כמובן שהזמרת לבושה ומתנהגת כהלכה).

ה) הנימוק של "הכל לשם שמים" שהבאת עפ"י הגמ' בקידושין (פא ע"ב), שעל פיו האמוראים התירו לעצמם מגעים מקריים בקרובות משפחה, נראה בעיני כנימוק מרכזי, אלא שצריך להרחיב אותו.

ולכך מכוונים דברי הבאים.

ב. בדיעבד – לשם שמים

יש להבהיר שלא מדובר בהיתר של לכתחילה, אלא במצב של **בדיעבד**. לו היה הדבר תלוי בנו היינו מעדיפים שירת גברים במעמדים רשמיים אלו על שירתן של נשים. המדובר במצב של בדיעבד, שבו רגילות נשים שגדלו על ברכי התרבות המערבית המעורבת על כל מרכיביה, להופיע בפני גברים, ולפי הרגלי עירוב המינים מזמינים זמרות לשיר בפני החיילים וקשה למנוע זאת מהם.

השאלה היא האם על שומר מצוות לפרוש מאירועים כאלו?

כאן יש מקום להשתמש בדברי חז"ל "הכל לשם שמים". מי שאינו פורש מהמעמד אינו עושה זאת בגלל נוחיותו והנאתו. כוונתו לשם שמים כדי למנוע איבה ופגיעה בכבוד הנופלים ובמכבדיהם.

כמו"כ יש מקום לשקול כאן שיקול של כבוד הבריות, כי אין ספק שפרישה מהמעמד תפגע קשות באנשים אחרים המתיחסים למעמד בכבוד הראוי, לפי הבנתם והרגלם, והפורש מזלזל ופוגע בהם ובכבוד הנופלים.

אולם משום כבוד הבריות לא הותרו אלא שני מצבים, או איסור דרבנן, או איסור דאורייתא בשב ואל"ת, כמבואר בברכות (יט ע"ב).

וצ"ע האם קול באשה במצב כזה, הוא מדרבנן, או שהוא מהתורה, ואם הוא מהתורה האם הימנעות מפרישה מהמעמד נחשבת לשב ואל"ת? לכאורה י"ל שהתורה דברה במפורש רק על ראיית העיניים. הן בפסוק "ולא תתורו אחרי עיניכם" והן בפסוק "ולא יראה בך ערות דבר" שלפיו אסור לומר דבר שבקדושה כשהוא רואה את הערוה (אם כי הפסוק עוסק בראיית ה' אותנו, אך כשם בא לראות כך בא ליראות), אך

1. **הערת העורך** (י.א.): סימן לדבר האמור בתפארת ישראל (יכין מסכת ערכין פרק ב) לגבי הקטנים צועקי הלויים: "שע"י שקולם דק מצערים את לויים הגדולים שיתחזקו גם הם להרים קולם כדי להנעים כמותן, שכשישורר בנמיכה יהיה קולם עב ובלתי מקובל ונעים נגד קול הקטנים [כך נ"ל, ודלא כמשמע לכאורה מרש"י ומהר"ב שהגדולים מצטערים שאינן יכולין לבסם כמותן, דאדרבה ע"י עירוב קולות שניהן ינתן תבלין בנעימה]". וקול הילד לפני התחלפותו בבגרותו דומה לקול אשה.

שמיעת קול יתכן שאינה אלא מדרבנן. אמנם הבאת את דעת ה"דברי חפץ" שהאיסור הוא מהתורה, אך ה"חיי אדם" סובר שהוא מדרבנן (ר' שד"ח כרך ה עמ' 282 כלל מ).

והנה בעינים למשפט למו"ר הגר"י אריאלי (ברכות כד ע"א סוף אות ט) הפנה את המסתפק בשאלה זו, אם ראיית ערוה היא מה"ת או מדרבנן, למש"כ בקידושין (פא ע"ב אות ה). שם הביא את מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן אם איסור קריבה לערוה הוא מה"ת או מדרבנן. ונמצא שלדעת הרמב"ם שאיסור קריבה של חיבוק ונישוק הוא מה"ת שנאמר "לא תקרבו" יש מקום לומר שה"ה ראיית ערוה היא מה"ת. (הדבר ספק כי יתכן שרק ראיית ערוה דומה אולי לחיבוק ונישוק והיא אסורה מן התורה, משא"כ שמיעת קול אינה דומה לחיבוק ונישוק ולכן אולי אינה אלא מדרבנן). אך לדעת הרמב"ן, שגם חיבוק ונישוק אינם אסורים אלא מדרבנן, הכרח לומר שגם ראיית ערוה מדרבנן.

ואכן לקושיה גדולה על הרמב"ן – רמז הגר"י אריאלי. מכיון שהסתכלות בערוה אסורה מהתורה משום "לא תתורו" איך יתכן שחיבוק ונישוק, שהם חמורים יותר, יהיו אסורים רק מדרבנן?! הלא הדברים ק"ו! ולכן יש מקום לומר שאמנם התורה אסרה באופן כללי ראיית ערוה אולם הגדר המדויק של ערוה, כגון טפח ואברים מסוימים וה"ה קול, אינו אלא מדרבנן.

ועדיין צע"ג, איך יתכן שהאיסור הוא מדרבנן, הרי חז"ל למדו זאת מהפסוק בשה"ש "כי קולך ערב". ואם נניח שדברי קבלה הם כדברי תורה (ר' טו"א על מגילה ה ע"א) א"כ גם שמיעת קול אסורה מהתורה? מיהו י"ל שהפסוק בשה"ש לא עוסק כלל באיסור עריות. אלא שאנו לומדים משבחי הדוד את רעייתו שאברים ופעולות אלו מעוררים את הרהורו של הגבר, ולכן חכמים אסרו את ראייתם. יתכן אפוא שבכ"ז האיסור נשאר מדרבנן. וא"כ משום כבוד הבריות מותר להישאר במקומו ולא לפרוש.

ג. השארות במצב שעובר – מעשה?

אך אם נאמר שלדעת הרמב"ם האיסור הוא מהתורה, לכאורה חובה לפרוש ולהימנע מלשמוע את הזמרת ואין מקום להסתמך על כבוד הבריות, כי אין עצה ואין תבונה נגד ה' למרות שפרישה מהמקום תפגע קשות בכבוד הנופלים ובמכבדיהם. אלא שי"ל שמשום כבוד הבריות מותר לעבור על איסור תורה בשב ואל תעשה. והשאלה היא, האם הישארות במקום נחשבת לשב וא"ת ומשום כבוד הבריות מותר לעבור גם על איסור תורה?

ולכאורה גמרא מפורשת היא בברכות (יט ע"ב):

> אמר רב יהודה אמר רב: המוצא כלאים בבגדו פושטן אפילו בשוק.

ההישארות בבגד האסור אינה נחשבת לשב וא"ת, כי לבישתו בתחילה היתה בקו"ע. וא"כ ה"ה כאן הליכתו למסדר היתה בקו"ע ולכן הישארותו במקום אף היא נחשבת קו"ע.

אמנם יש לחלק בין המקרים. עצם לבישת הכלאים היא מעשה אסור. וגם אם נעשתה בשוגג היא מעשה אסור מצד עצמו, אלא שהוא לא ידע. משא"כ כאן. ההליכה לאירוע עצמה אינה מעשה אסור. ולכן אין לצרף את המעשה האקטיבי של ההליכה להישארות הפאסיבית אח"כ. אך השאג"א בסי' לב הוכיח מכניסת נזיר לבית הקברות (נזיר מג ע"א) וטמא למקדש (רמב"ם הל' ביאת מקדש פ"ג הי"ט) בשידה תיבה ומגדל שגם

עשייה המותרת מצטרפת לשהייה. לעומת זאת המל"מ הל' ביאת מקדש (פ"ג הי"ט) כתב שאם המעשה ההתחלתי היה בהיתר גם המשך השהייה מותר, והוכיח זאת מתפילת כהן גדול ביוהכ"פ. הרי אחרי שסיים את הקטרת הקטורת המשך שהייתו במקדש היא ביאה ריקנית ואסורה. ומדוע התירו לו להשתהות שם לתפילה? אלא ע"כ מכיון שכניסתו היתה בהיתר, לצורך עבודה, גם המשך שהייתו מותר. את הוכחת השאג"א מנזיר וטמא יתרץ המל"מ ששם היתה כוונה מראש לעבור עבירה, לכן יש לצרף את המעשה הראשוני להמשך השהייה.

ונראה שנ"ד, האם שהייה מותרת משום כבוד הבריות תלויה במחלוקת הפוסקים ביו"ד (סי' שעב ס"א):

> כהן שהוא ישן, ומת עמו באוהל, צריכין להקיצו ולהגיד לו כדי שיצא (תשובת מהרי"ל סימן ס"ה).

ובאר הש"ך (ס"ק ג) את סיבת הדבר:

> דאפילו בלא שהייה קעבר הכהן ואע"ג דלא ידע מ"מ איסורא עביד בשוגג ואף על גב דאינו עושה מעשה – איסורא איכא, ולאחריני דידעי מצוה להפרישו עכ"ל תשובת מהרי"ל סי' ס"ט ס"ל אע"ג דאינו מעשה ולאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו איסור דאורייתא מיהא איכא.

אך בפ"ת שם ס"ק ד מביא חולקים על כך.

> עי' בס' משנת חכמים ריש הלכות יסוה"ת בצפנת פענח שם אות ט"ז שכתב דממרוצת לשון הרמ"א מבעל תה"ד בתשובה וממהרי"ל מבואר דאף שנכנס תחלה בהיתר שהיה חי בעת ההיא ומת אח"כ ואף שמת פתאום דלא עשה שום איסור בהליכתו לבית. ולכאורה יש לדון בזה כיון דתחלת כניסתו בהיתר לא יהא השהיה ששוהה אח"כ כמעשה ובשב ואי"ת אמרינן דגדול כבוד הבריות ודוקא אם הכניסה היה באיסור אף שהיה שוגג חשיב השהיה כמעשה, אבל אם היה בהיתר לגמרי לא חשוב השהיה כמעשה עיין ביבין שמועה שם שהאריך בזה.

המשנ"ח הוכיח כדבריו מדברי החינוך (מצוה תק) לגבי ישיבה במצרים:

> ועובר על זה וקבע דירתו שם עבר על לאו זה, אבל אין לוקין על לאו זה לפי שבשעת הכניסה מותר הוא, ובהשתקעו שם אין בו מעשה.

גם בזוהר הרקיע (לאוין קפה-קפז) והרדב"ז על הרמב"ם (הל' מלכים פ"ה הל' ז) נמקו את היתר ישיבתם של יהודים במצרים, בגלל הפאסיביות שבהמשך הישיבה.

[ונלענ"ד שהיתרם של זוהר הרקיע והרדב"ז אינו זהה לסברת החינוך. החינוך לא דיבר על **היתר** הישיבה במצרים אלא על **פטור** ממלקות, בגלל שזהו לאו שאין בו מעשה. הוא פטור ממלקות גם כשירידתו מצרימה היתה באיסור (ולא כמש"כ לעיל בדעת המל"מ. ואכן תסתער עליו קושית השאג"א מנזיר וטמא וצ"ע). גדר האיסור לדעתו הוא לא הירידה מצרימה אלא עצם השהייה במצרים (אמנם לשון התורה הוא "לא תוסיפון לשוב בדרך הזה עוד" משמע שעצם הירידה מצרימה אסורה, אולם יגיד עליו רעו "כי אשר ראיתם את מצרים היום לא תוסיפו לראותם עוד עד עולם" כלומר, ראיית המצרים היא האסורה ולא עצם הירידה מצרימה). ולשיטתו, מי שירד באיסור אינו רשאי להמשיך ולגור במצרים. לעומת זאת זוהר הרקיע והרדב"ז התירו לכתחילה להמשיך ולגור במצרים למי שירד בהיתר לצורך פרקמטיא. ומסתבר שגם ס' החינוך

יסכים לכך שמי שירד בהיתר לשם פרקמטיה גם המשך ישיבתו שם אינו אסור, משום שאינו עושה מעשה. ואע"פ שתחילת ביאתו למצרים היתה ע"י מעשה, אולם מכיון שהמעשה הראשוני היה מותר גם ההמשך הפסיבי מותר. אלא שהחינוך לא דן בהיתר המגורים במצרים אלא בנושא אחר של חיוב מלקות למי שירד באיסור.]

על סמך סברה זו הם מתירים איסור מפורש מן התורה – לשכון בארץ מצרים. וק"ו לנ"ד. איננו באים להתיר איסור לכתחילה, אלא דנים רק בהיתר של שב וא"ת משום כבוד הבריות. יתרה מזאת, בנ"ד ההולך לכתחילה לאירוע עושה זאת בהיתר. הוא לא הלך ע"מ לשמוע זַמָּרֶת. אדרבה הוא לא מעוניין לשמוע אותה. הוא הולך לאירוע ע"מ לכבד את הקדושים שמסרו נפשם למען עם ישראל וארץ ישראל. וא"כ עצם ההליכה למעמד של כבוד לנופלים יש בו גם צד מצוה, הזכרת נשמות בכלל ושל קדושים בפרט. הימנעות מעצם ההשתתפות במעמד גם היא יש בה פגיעה בכבוד הנופלים ובמכבדיהם, אלא שאח"כ כשהזמרת מופיעה הוא נאלץ להישאר. ולמרות ההבדל בין הנושאים יש לדמותו במידה ידועה למש"כ המל"מ בהיתר תפילתו של הכה"ג.

אמנם המהרי"ל חולק על היתר זה אך מהחינוך, התשב"ץ, הרדב"ז והמל"מ משמע שחולקים עליו ויש לסמוך עליהם בשעת הדחק.

ד. עוצם עיניו מראות ברע

א. דוגמא קרובה יותר לנידוננו היא הסוגיה בב"ב (נז ע"ב):

ועוצם עיניו מראות ברע – א"ר חייא בר אבא: זה שאין מסתכל בנשים בשעה שעומדות על הכביסה. היכי דמי? אי דאיכא דרכא אחריתא, רשע הוא! אי דליכא דרכא אחריתא, אנוס הוא! לעולם דליכא דרכא אחריתא, ואפ"ה מיבעי ליה למינס נפשיה.

ופירש הרשב"ם:

היכי דמי – דמשתבח ביה קרא אם עוצם עיניו דמשמע שאם לא יעצים עיניו אינו לא צדיק ולא רשע.

רשע הוא – ואף על פי שעוצם עיניו שלא היה לו לקרב אלא להרחיק מן העבירה דקיימא לן חולין (דף מד:) הרחק מן הכיעור.

אנוס הוא – אם מסתכל דרך הליכתו ואונס רחמנא פטריה ולמה מזקיקו הכתוב להעצים עיניו דמדמשתבח ביה קרא שמעינן דצריך לעצום עיניו.

למינס נפשיה – להטות עיניו לצד אחר והיינו דמשתבח ביה קרא דאי אניס נפשיה חסיד הוא.

משמע שלמרות שאינו עוצם את עיניו, מכיון שאין לו דרך אחרת אלא רק בדרך זו, אינו עובר עבירה, אלא שממידת חסידות ראוי לו שיעצום את עיניו.

ק"ו בנ"ד שהאדם שומע קול של אשה, וכאמור הוא קל יותר ממראה גופה, מכיון שאין לו דרך אחרת מותר לו להישאר במקום ולא לפרוש. עצם הליכתו למעמד למרות הידיעה שזמרת תשיר שם דומה ממש למי שאין לו דרך אחרת ונאלץ לראות ערוה.

בגמ' בב"ב לא מדובר במי שהולך רק לדבר מצוה דווקא, אלא גם מי שהולך לעסקיו או כל צורך אחר ואין לו דרך אחרת. וק"ו לנ"ד, כאן הצורך להשתתף עם כולם במעמד לכבוד הנופלים הוא ערך חשוב. הימנעות מוצהרת מכך עלולה לגרום

איבה קשה (ור' מש"כ באהלה של תורה ח"א סי' כג על עמידה בשעת הצפירה).

ה. הנאה מעברה בעל כרחו

היתר מרווח יותר יש להביא עפ"י מה שציין בקובץ שעורים לב"ב שם למש"כ החפץ חיים (כלל ו בבאר מים חיים אות יד). החפץ חיים דן במי שנמצא בתוך חבורה המדברת לה"ר, ואינו יכול להישמט ממנה ובע"כ הוא שומע לה"ר. החפץ חיים מביא את הסוגיה בב"ב והקשה סתירה מהסוגיה בפסחים (כה ע"ב) הלכה כרבא שהנאה הבאה לאדם בע"כ מותרת. כגון מי שמריח ריח של ע"ז אם א"א ולא מכוון, או אפילו אפשר ולא מכוון, מותר. ומדוע לא אמרו כן גם במס' ב"ב שאע"פ שיש לו דרך אחרת, יכול ללכת בדרך הכובסות ולהשתדל להימנע מלראותן? ותירץ, שעריות חמורות יותר משום שהלב נמשך אחריהן.

ולפי"ז צ"ע האם גם בקול של אשה, אע"פ שהוא אסור, האם הוא חמור כהסתכלות בעריות, או שמא הוא קל יותר, ודומה יותר לריח ע"ז שאז גם אם יש לו דרך אחרת די לו שלא יתכוון ליהנות מקולה.

מיהו דבר זה אפשרי רק למי ששקוע בנושאים אחרים כגון בלימוד תורה וכדו' אך לא כל אדם המשתתף באירוע כזה נמצא בדרגה רוחנית כזאת שיהיה שקוע בנושא תורני. אם כי מי שנמצא בדרגה כזו ראוי לו שיעשה כן.

סוף דבר הקול נשמע, שאין חובה לפרוש מן המקום, ואם מדובר בבן תורה רצוי מאוד שישקיע את עצמו בנושא תורני ולא להקשיב לקולה של הזמרת.

אולם כל זה רק בדיעבד. לכתחילה בודאי ראוי שיופיע זמר לכבוד הקדושים (שישיר כמובן שיר ההולם את מעמדם) ולא זמרת.

[בשולי הדברים – שירת נשים במחנה צבא.

כל האמור לעיל היה יכול להיות מתאים לכאורה גם לחייל המשתתף בטקס צבאי. אלא שקדושת מחנה ישראל יש לה ערך מוסף והיה ראוי שיתיחסו למחנה צבאי כמו לביכנ"ס. שהרי את איסור ערוה בזמן תפילה וק"ש לומדים מפרשת מחנה צבא (ר' ברכות כה ע"ב) ושם נאמר "והיה מחניך קדוש" ובעיקר במעמד של העלאת זכרם של קדושים. ולשמחתנו יש חיילים המעוניינים לקדש את מחניהם לכתחילה ולא לסמוך על היתר שבדיעבד. והיה ראוי לפחות, להתחשב ברגשותיהם של החיילים המעוניינים לשמור על רמת קדושתם ולא לאלצם לשמוע זמרת. זו כפיה מצפונית לא ראויה.

אלא שלצערנו מנסחים פקודה **המחייבת** חיילים לשמוע שירת נשים דווקא. (ותימה, וכי אין לצבא נושאים בוערים יותר, שיש לאכוף עליהם משמעת צבאית חמורה, מאשר אירוע לא חיוני כגון דא?...) והעיר אחד הרבנים שפקודה כזאת, אם אכן תוטל על החיילים, מחייבת מסירות נפש כי דינה כגזרת שמד חלילה שחייבים למסור עליה את הנפש אפילו על ערקתא דמסאנא. ר' אגרות הראיה (כרך א, אגרת רלח):

> שידע שכל יסוד ההיתר של ההפקעה, שבו משתמשין רוב בעלי הישוב, בנוי הוא רק כשלא תהי' כפיה על זה, אבל אם יכופו לעבור אז ניקח את הענין כמין שעת הגזירה ח"ו... יהי' הענין לא גרע מ"ערקתא דמסאנא", שנודיע בגלוי שצריך לעמוד ע"ז במסירת נפש.

מיהו צ"ע, האם כוונת הצבא באמת להעביר על דת, כפי שנראה לכאורה, או שמא הלחץ של הנשים שלא תודרנה

מהפעילות הצבאית השוטפת על כל גווניה, היא הגורם לפקודה מוזרה זו? אמנם הא גופא שהנשים לוחצות להיות מעורבות בכל יחידה צבאית, היא עצמה מנוגדת לגישת ההלכה, ופוגעת בקדושת המחנה, אך אולי ניתן להגדיר זאת כהנאת עצמן ואין חובה למסור את הנפש על כך? וצ"ע.

ויש מקום להתייחס לבעיה זו של שירת נשים בצבא בראיה כלל-מערכתית. קדושת המחנה מתבטאת בנושאים רבים. למשל שירותן של חיילות ביחידות קרביות מעורבות חמור הרבה יותר מנוכחות פסיבית בשירת נשים. יש הישגים מסוימים בנושא השילוב הראוי. פתיחת חזית נוספת בתחום שירתן של נשים צריך שיקול דעת, האם הדבר יחזק את קדושת המחנה בתחומים אחרים, או שמא תפשת מרובה לא תפשת? ואולי יש ללכת בקידוש המחנה קמעא קמעא. (ר' ב"ק פ ע"א רועה שעשה תשובה, אין מחייבין אותו למכור מיד, אלא מוכר על יד על יד, וכן סוטה מח ע"א "לבטולי הא מקמי הא"). עוד חייל דתי ועוד קצין בן תורה הם שישפרו את המצב, יותר מהדרת החיילים הדתיים משירות צבאי, הדבר מחייב שיקול דעת רחב וסייעתא דשמיא גדולה.]

סימן כז

קול באשה*

ראשי פרקים

א. מהו קול הרגיל בו?

ב. ערוה היוצרת נוהג ונוהג היוצר ערוה

ג. מצבים גבוליים

ד. שירה ערכית מעורבת

* * *

כל דיון בנושא כזה אינו יכול להצטמצם בדקדוק בפרטי ההלכה בלבד. דיון כזה עלול להטעות. השומע שהתירו פרושים את הדבר, עלול להשליך מכאן השלכה מוטעית ולהסיק מסקנות גורפות מרחיקות לכת, שלהן בודאי לא התכוון הכותב. הנושא של "קול באשה" אינו מנותק מחיי התרבות בכלל. הוא חלק בלתי נפרד מסגנון התרבות המערבית, שאינה עולה בקנה אחד עם תרבותו של עם ישראל. תרבותנו מתאפיינת אמנם בקול, אולם ב"קול יעקב" – בקול עדין וצנוע, המבטא את מעמקי הנשמה של האדם, שמטרתו לעדן את האוירה, לבסם את החיים, ולהכניס בהם תוכן ערכי ורוחני. תרבות זו מנוגדת באופיה לתרבות החוץ של עשו – הצעקנית, הקולנית, החושנית

* תגובה למאמרו של הרב יונתן רוזנצוייג, "קול אשה בימינו", תחומין כט עמ' 138-143, התגובה נדפסה בתחומין ל עמ' 212.

והיצרית[1]. לכן על כל הדן בנושא זה לסווג מראש את דבריו לבל יישמו אותם שלא כהלכה.

המקורות היחידים שניתן אולי להסתמך עליהם (בדוחק) להתיר קול באשה הם שירתן של מרים ושל דבורה (אם אכן היו בנוכחות גברים, ובשירת דבורה אם אכן מדובר בשירת זמרה), כפי שהביא בעל שדי-חמד (מערכת ק כלל מב) בשם ספר דברי-חפץ. אמנם זו דעת יחיד, אך ניתן להסתמך עליה בשעת הדחק, כפי שעשה בעל שרידי-אש בח"א סי' עז. אך לא היה פוסק שהעלה על דעתו הוה אמינא של הופעת זמרת בפני ציבור לשם בידור, כשהלבוש, צורת ההופעה ותוכן השירים רחוקים כרחוק מזרח ממערב ממה שנחשב במורשת עמנו כתרבות ישראלית ראויה.

וכבר הגיעו הדברים לתוצאות קשות. דוברים שלא סייגו את דבריהם כראוי גרמו תקלות חמורות, עד כדי אילוץ חיילים להשתתף בערב יחידתי, שבו היתה האוירה רחוקה מאד ממה שראוי למחנה ישראל, שעליו דיברה התורה "והיה מחניך קדוש ולא יראה בך ערות דבר". ועל כך נאמר: "חכמים הזהרו בדבריכם... וישתו התלמידים הבאים אחריכם... ונמצא שם שמים מתחלל". אני מניח שהרב יונתן רוזנצווייג לא התכוון להבנות מוטעות שיתפרשו מדבריו. אולם מכיון שהדברים לא סויגו דיים, הם עלולים להטעות. ולא באתי אלא למנוע הבנות מוטעות כאלו.

א. מהו קול הרגיל בו?

עצם הכותרת "קול באשה בימינו" עלולה ליצור אי הבנה (ואין לי ספק שלא לכך התכוון המחבר) שכאילו חל שינוי בהלכה בגלל תנאי ימינו, שההרגל לראות ולשמוע דברים האסורים משום ערוה משנה את הדין. ולא היא! חרף כל השינויים בתנאי חיינו המודרניים (ורבים הם, והפוסקים בימינו שוקלים ללא הרף כיצד ליישם את ההלכה בתנאים אלו[2]) דיני ערויות לא השתנו, למרות התמורות שחלו בחברה. אדרבה, דווקא הפריצות בגדרי הצניעות בימינו מחייבת אולי שמירה מרובה יותר של הלכות אלו. דברי יתייחסו לטיעונים המועלים לכאורה מדברי הכותב שכאילו כל הדין של קול באשה בימינו נעקר מעיקרו על סמך הטענה שזהו קול שהורגלנו בו.

מהיכן לקוחה הסברה שההרגל מפקיע כביכול את דיני ערוה?

נפסק בשו"ע (או"ח סי' עה ס"ג): "יש ליזהר משמיעת קול זמר אשה בשעת קריאת שמע. הגה: ואפי' באשתו, אבל קול הרגיל בו אינו ערוה". המקור הוא בהגהות מיימוניות (הל' ק"ש). הכותב מסתמך על דיוק בלשונו של הגה"מ, שהשווה קול באשה לשיער באשה; וכמו ששיער באשה שהורגלנו בו אינו ערוה, ה"ה קול באשה. אולם השוואה זו עצמה טעונה הסבר. הרי לא יתכן לומר בדעת הגה"מ שבגלל הרגל עבירה נעקרה הלכה שלמה מהתורה. על כך אמר רב הונא

1. עיין על כך בספרי 'הלכה בימינו' במאמר 'על חירות האומנות'.
2. עי' על כך בספרי 'הלכה בימינו' בהקדמת הספר.

(קידושין מ ע"א): "כיון שעבר אדם עבירה ושנה בה – הותרה לו. הותרה לו סלקא דעתך?! אלא נעשית לו כהיתר". וכי בגלל שרבו הנשים הלבושות לבוש שהפרוץ בו מרובה על העומד בטלו דיני צניעות?! ישתקע הדבר ולא יאמר.

הגה"מ לא התייחס כלל לקולן של כלל הנשים ולכל דיני צניעות, אלא ע"כ כוונתו לקול **מסויים** של אשה **מסויימת**, שאדם רגיל לשמוע אותו, כגון קול של אשתו. והשוואתו של הגה"מ לשיער באשה תוכיח. שיער של אשה יהודית נשואה שונה מהותית מכל ערוה אחרת, כפי שיבואר. אך גם הוא נשאר באיסורו, למרות ההרגל שהורגלו בו. ההרגל אינו מפקיע שום איסור מאיסורי העריות. האם בגלל שיש נשים שאינן מכסות את ראשן בטל דין שיער באשה של כל יתר הנשים?! לא ולא! רק באותן נשים שהורגלנו לראותן מגולות ראש, כגון בתולות ונוכריות, אין לשערן דין ערוה. וכן אותו חלק בשיער שנשים נהגו להשאיר מגולה אינו ערוה (והר"מ פינשטיין באגרות-משה אה"ע ח"א סי' נח שֵׂיערו בשיעור טפח רבוע), וכעין מה שכתב מהר"ם אלשקר (סי' לה). אך אשה יהודית נשואה שחייבת בכיסוי ראש – לפחות אותו חלק שהיא חייבת לכסותו, לכל הדעות נחשב ערוה, גם אם היא רגילה לגלותו בניגוד לדין. (באשר לפסיקתו של ערוה"ש ראה להלן).

וה"ה קול של אשה מסויימת, יש לדמותו במידה מסויימת לאותו שיער שהורגלו לגלותו. ולכן רק אותה אשה שהוא הורגל לקולה אינה ערוה עבורו, אך יתר הנשים קולן נשאר באיסורו. והרי לא יתכן לפרש את דברי ההגה"מ שהציבור הורגל לשמוע את קולן של כל הנשים. כי מהיכי תיתי? הרי רדיו ותקליטורים לא היו להם, ואין להניח שבחברה היהודית דאז היתה מצויה שירת נשים עד כדי הרגל לשירתן. אלא ע"כ מדובר באשה **אחת** שאיש מסויים הורגל לשמוע את קולה, כגון אשתו של אדם וכדו'.

ב. ערוה היוצרת נוהג ונוהג היוצר ערוה

וכאן יש להסביר את השוני המהותי שבין שיער באשה יהודית נשואה לבין יתר חלקי הגוף שהצינעה יפה להם. ביתר חלקי הגוף שקבעו חז"ל – גילויים הוא גילוי ערוה **בעצם**, ולכן הצניעות מחייבת את הסתרתם. משא"כ שיער באשה נשואה, שבו הגישה היא הפוכה. הוא לא ערוה בעצם; אדרבה, חובת הסתרתו היא שיצרה את איסור הערוה שלו. והראיה מבתולות ונוכריות. הרי אין ספק שגם עליהן חל איסור ערוה באשר לחלקי גופן האחרים. רק שערן אינו ערוה, כי התורה לא חייבה לכסותו. ומכיון שאנו רגילים לראותו גלוי, כי זהו הדין, אין בו ערוה כלל, כי אינו ערוה מצד עצמו. רק אשה יהודית נשואה חוייבה בכיסוי הראש; ומכיון שהורגלנו לראותה מכוסה, גילויו של שערה הוא ערוה **עבורנו**. ולדעת מהר"ם אלשקר אותן נשים שלא נהגו כמנהג הזוהר לכסות את כל שערן, אותו שיער המבצבץ מכיסויו אינו ערוה, כי הורגלנו לראותו גלוי. לעומתו, סבור החתם-סופר שנשים הנוהגות לכסות את ראשן כיסוי מלא כמנהג הזוהר, מכיון שהורגלנו בכיסויו, כל

גילוי שבו הוא ערוה עבורנו[3]. וממילא אין להקיש משיער לדיני עריות אחרים שערוותם מצד עצמן, חוץ מקול מסויים, כפי שהתבאר. ואין הכי נמי, במקום שנשים נוכריות רגילות לכסות את ראשן גם שערן ערוה[4].

וזוהי כוונתו העמוקה של ערוך השולחן (או"ח סי' עה ס"ז) שהתיר לומר דבר שבקדושה מול אשה נשואה, שאינה נוהגת לכסות את ראשה, למרות שהיא אינה נוהגת כדין, ועוברת על דת משה ויהודית, אך סו"ס **למעשה** איננו רגילים לראות את שערה מכוסה, ולכן יש מקום לומר שבדיעבד אין דינו כדין ערוה. יש לדמותו קצת לשערן של בתולות ונוכריות, ושל אותו חלק שיער שאפילו נשים יהודיות נשואות אינן רגילות לכסותו. הוא לא אמר זאת ביחס לחלקי גוף אחרים. דוק בלשונו, שכתב: "והוי כמקומות **המגולים** בגופה" – ר"ל, אותם מקומות שלפי הלכה אין צורך לכסותם, כפנים וכדו', שגם בהם המנהג קובע. הרי זה כמקום שנשים נהגו לכסות את פניהן ברעלה כמנהג הנוכריות שם, באותו מקום גילוי הפנים – אסור, אך במקום שלא הורגלו בכך הוא מותר, כמש"כ הרמב"ם בהל' אישות (כה, ב). כי אין בפנים עצמם משום ערוה בעצם, רק הרגל הכיסוי הוא שיוצר בהם דין ערוה. כאמור, זהו דין מיוחד בשיער, כי לא מדובר בערוה בעצם, ורק לערוה כזו ההרגל גורם. אך לערוה בעצם ההרגל אינו משנה דבר.

קול באשה אמנם שונה משיער, כי הוא ערוה בעצם. אך במידה ידועה יש דמיון מסויים בין קול לשיער, כי לא כל קול באשה הוא ערוה. קול דיבורה הרגיל של אשה אינו ערוה (אלא ממידת חסידות בלבד ר' קידושין ע סוף ע"א ויש"ש שם, פ"ד סי' ד). רק קול זמרתה של אשה, שאינו קול שגרתי, הוא שאסור משום ערוה.

הפוסקים שהשוו קול באשה לשיער התכוונו לומר, שאדם הרגיל לשמוע את קול זמרתה של אשה מסויימת, עבורו (בלבד) קולה (של אותה אשה בלבד) נחשב שגרתי עבורו, כמו דיבורה. והרי דיבור רגיל של אשה אינו ערוה, וה"ה זמרתה של אשה מסויימת. אך לא כל זמרה של כל אשה.

ג. מצבים גבוליים

גם יתר הדוגמאות שהביא הרב רוזנצוייג אינן עוסקות בערוה ממש, אלא בדברים גבוליים, שבהם ההרגל אכן משנה. בגלל השיגרתיות של הימצאות נשים בחברתנו ההגדרה של "כבודה בת מלך פנימה" שונה כיום מבעבר. בתקופה שאשה היתה יוצאת

3. אין כאן מחלוקת בהלכה עצמה, אלא מר כאתריה ומר כאתריה. במקומו של המהר"ם אלשקר לא התפשט מנהג הזוהר בעוד שבמקומו של החת"ס התפשט המנהג, וכתוצאה מהבדלי המנהגים נוצרו שינויי ההרגלים שהשלכותיהם הן התייחסות הלכתית שונה.

4. ר' אגרות-משה ח"ד סי' טו. ועיי"ש, שהשוה קול באשה לחלקי גוף אחרים, ולדעתו היתר שערן של נוכריות ובתולות כמקום שלא רגילים לכסותו. ודבריו צ"ע לקו"ד, כי יוצא מהם לכאורה שנשים הרגילות לגלות חלקי גוף אחרים דומות לנשים הנוהגות לגלות את שערן – האם הדבר יהיה מותר?! ור' אג"מ ח"ד ס"ס קיב, שחילק כדברינו בין קול שאינו ערוה בעצם ליתר חלקי הגוף. וכן משמע מדבריו באה"ע ח"א סי' נח. וצ"ע.

מביתה רק פעם עד פעמיים בחודש, יציאה נוספת נחשבה לחריגה מהנורמה המקובלת (רמב"ם הל' אישות יג, יא), אך בימינו גם בחברות הסגורות ביותר אשה יוצאת מביתה כמה פעמים ביום! ואין מי שטוען שהדבר אסור (ר' מש"כ בספרי 'באהלה של תורה' ח"ה סי' ט אות ה). וכן הקדמת שלום לאשה – מעיקר הדין היא אסורה, אך בימינו אמירת שלום שגרתית לנשים המצויות בינינו אין בה שום התייחסות אישית. אפילו המשפט 'מה שלומך', אם אינו מבטא התעניינות מיוחדת, הוא בדרך כלל חסר משמעות בימינו. אדם שואל 'מה שלומך', וממשיך הלאה בדרכו מבלי להתעניין באמת אם שלומו של הנשאל טוב. הרגל כזה הוא בחינת 'השתנו הטבעים'. אדרבה, אי אמירת שלום לאשה בימינו יש בו משום פגיעה בנימוס האלמנטארי (אם כי אפשר גם להתיר זאת משום כבוד הבריות, אולם אין צורך בכך). וכן נושא התערובת של גברים ונשים. עקב העובדה שתערובת נשים בחיינו מצויה יותר מבעבר, י"ל שהורגלנו בכך ולכן ההתייחסות לכך שונה. אך אין הכי נמי, גם בימינו אם מדובר באיסור ממש, כגון במקום שצורת הדיבור וההתנהגות בין גברים לנשים אינה צנועה, או שלבושן של נשים הוא פרובוקטיבי, שום הרגל אינו מתיר זאת. אדרבה, ההרגל עלול להביא לתקלה גדולה יותר מאשר ללא הרגל. אם יש היתר, הוא רק בגלל שאין לאדם דרך אחרת וכד' (ר' ב"ב נט ע"ב) אך לא מצינו מי שהתיר במקרים אחרים. האם בגלל שהרבה אנשים הורגלו לרחוץ בים ובבריכה מעורבים יתירו פרושים את הרחצה המעורבת?!

וכן מה שהביא בשם הבן-איש-חי (שנה א' פר' כי תבוא), שמותר לבעל לומר דבר שבקדושה מול אשתו המניקה – מדובר באשתו שהיא כגופו. ובגמ' היתה הוה אמינא שמשום כך אין דין ערוה באשתו (ר' ברכות כד ע"א). לכן יש כאן מקרה מיוחד שבו ניתן לסמוך על ההרגל בשעת הדחק.

ד. שירה ערכית מעורבת

ואכן יש מקום לסמוך בשעת הדחק על ה"ר י"י וינברג בשרידי-אש, ולא למחות בשירת נשים, כגון בתנועת נוער, או במוסד חינוכי של בנות בסעודות שבת ובהזדמנויות אחרות. וכן בציבור שתרבות הפנאי שלו אינה דף יומי, אלא עתון וטלויזיה, ותרבותו הטובה והערכית היא שירה בציבור או שמיעת מקהלה. החכם שעיניו בראשו לא יאסור דברים אלו עליו, כי כל אלטרנטיבה עלולה להיות רק גרועה יותר. וגם כשמתירים את הדבר, אין להתיר אלא רק שירת מקהלה של שירים חינוכיים ואיכותיים, כגון שירי קודש או שירי ארץ ישראל וכדו' (לא השפה קובעת אלא התכנים; שירי עמים ערכיים – מותרים, שירים עבריים פסולים – אסורים). ואע"פ שגם היתר זה דחוק הוא, כי הסברה שתרי קלי לא משתמעי אינה תופסת במקום של חביבות (כמבואר בר"ה כז ע"א) וגם מלשון הסוגיה בסוטה מח ע"א משמע שגם קולן של נשים רבות אסור מעיקר הדין, כי הגמ' נקטה לשון רבים: "עני **נשי** פריצותא וזמרי **נשי** אש בנעורת" – המילה "נשי" נאמרה בלשון רבים. אלא שיש להסתמך על הגמ' שם "לאפוקי האי מקמי האי", ששירת מקהלה קלה יותר משירת סולו, וכשאין אפשרות לבטל לגמרי שירת נשים, עדיפה שירת מקהלה. אך שירת סולו של אשה נשארה באיסורה.

כמו כן קשה לסמוך על הסברה שבהגברה חשמלית אין זה קולה הטבעי של האשה. סברה זו נאמרה רק לעניין קריאת מגילה ותקיעת שופר, שאין יוצאים ידי חובה בקול שהוגבר ע"י רמקול, כי הוא קול הברה ולא קול שופר או מגילה (בשם החזון-איש מוסרים שלא אסר זאת, אך רוב הפוסקים לא נוהגים כמותו). אך לעניין הרהור אין נפקא מינה בין קול טבעי ממש לבין קול מלאכותי הנשמע כטבעי, כי גם קול הדומה לקול הטבעי גורם הרהור. וכשם שצפייה דרך ראי, תמונה, סרט קולנוע או טלוויזיה אינה מתירה את איסור הערוה (ודינה כערוה בעששית), כך גם שמיעת קול ערוה דרך רמקול ורדיו אסורה (ורק אם אינו רואה ואינו מכירה יש מקום להתיר שמיעה דרך רדיו). ואדרבה, השימוש בהגברה נועד להשמיע את הקול בצבור רחב יותר, ואם כן הא גופא מחמיר את האיסור[5].

מסקנה

קול באשה אסור עקרונית גם בימינו[6]. ההרגל לא זו בלבד שאינו סיבה להתיר, אלא אדרבה, בימינו שנושא הצניעות מעורער כל כך והורס את קדושת הבית היהודי, היה אולי מקום דווקא להחמיר יותר. מאידך, אין להתעלם מהמציאות שבה נשים מעורבות יותר בכל תחומי החיים. תופעה זו כשלעצמה אינה פסולה, ה' ברא את עולמו כעולם דינאמי, המשתנה כל הזמן, והתמורות הכלכליות, המדעיות, הטכנולוגיות, החברתיות והמדיניות יצרו מצבים חדשים שבהן נשים יוצאות ממסגרת הבית החוצה. ועם זאת, ודווקא משום כך, זאת התורה לא תהיה מוחלפת. והיא הנותנת, נושא הצניעות צריך חיזוק יותר דווקא במצבים החדשים שנוצרו בימינו. ומכיון שלא ניתן לחסום

5. אמנם בשו"ת ציץ-אליעזר ח"ה סי' ב הסתמך על סברה זו, אולם דוק היטב בדבריו שם, שלא כתב כן אלא רק להקל, בדיעבד, על השומע קול רדיו בעל כורחו, בזמן שקרא ק"ש, שיצא י"ח. אולם לא הסתמך על סברה זו לכתחילה.

6. **הערת עורך**: עי' שו"ת ציץ אליעזר (חי"ד סי' ז) שכתב: "והעולה על כלנה (ומה ששייך ביותר לענייננו) הוא מה שמצינו שהעלה בזה בספר מטה אפרים בדיני קדיש יתום שער ד' סעיף ח'. הוא פוסק שם, דמי שאין לו בנים רק בת וצוה לפני פטירתו שילמדו עשרה בביתו בשכר ואחר הלימוד תאמר הבת קדיש, דאין לשמוע לו ויש למחות **שלא לעשות כן** ומכ"ש שאין להניח שתאמר קדיש של תפלה, ואפילו אם היא פנויה אסורה ומכ"ש אשת איש חלילה לשמוע קולה לרבים באמירת קדיש בין בביהכ"נ בין במנין. ובאלף למטה שם מצטט מהחות יאיר, ומזכיר גם מדברי השבות יעקב שנראה סובר שבביתו במנין שפיר דמי, ומעיר עלה וכותב, **דבזה"ז דשכיח פריצותא אין לעשות כן אפילו במנין בביתו ואפילו אחר הלימוד** וכו' כי קרוב שתכוין לבסומי קלא ואמרינן זמרן נשי ועני גברי פריצותא, ומביא לזה דברי הבאר שבע שבא"ר סימן ע"ה, ועל כל האמור, מוסיף האלף למטה וכותב בזה"ל: 'ושמעתי שלכך לא כתיב ששרתה יעל לפי שאמרו יעל בקולה מביאה לידי הרהור וזנות, משא"כ דבורה שפיר אמרה לפמ"ש הפוס' דדוקא לק"ש איתמר. אמנם נראה דבלא"ה אין ראיה מותשר דבורה שעיקרא לא נאמר אלא נוסח השירה והמליצה הנפלאה אבל לא נזכר ששרתה בקול לפני אנשים, ועכ"פ בזה פשיטא שאין לעשות כן שקרוב הדבר שיצא שכרה בהפסידה שבמקום אשר חשבה לזכות שם שמים על ידה ברבים בא מכשול לרבים וגם מימינו לא ראינו כך' וכו' עכ"ל".

את מעורבותן של הנשים, א"כ אדרבה, יש לעשות להן נחת רוח ולחזקן באמונה ובתורה ולעודדן לשמור על צניעותן גם בתחום התרבותי והאומנותי, המתבטא בין היתר בהשמעה ראויה וצנועה של קולן.

סימן כח

קידושין ללא הסכמה מפורשת

תיאור המקרה

בחור ובחורה הכירו זמן ידוע והבחור כבר דיבר על אפשרות לנישואין, אולם הבחורה היססה וביקשה להתייעץ עם משפחתה. הבחורה עבדה במלון באילת. הבחור הפתיע אותה והגיע אליה עם זר פרחים גדול בנוכחות שני עדים ואמר לה לעצום את עיניה ולהגיש את אצבעה. הוא ענד לה טבעת קידושין ואמר לה "הרי את מקודשת לי...."

לדבריו עשה זאת בתור הצעת נישואין, כי ידע שהיא מהססת וסבר שע"י העמדתה בפני עובדה מוגמרת היא תאות להינשא לו.

הבחורה היתה בהלם וביקשה שהות, ולמחרת החזירה את הטבעת וניתקה את קשריה אתו. לדבריה היתה עדיין רחוקה מהחלטה אם להינשא לו, והמעשה שעשה גרם לה להחליט סופית שאינה רוצה בו.

תיאור הפרטים הנ"ל נמסר ע"י שניהם בדמיון מלא, ע"י כל אחד לחוד, ללא תיאום ביניהם.

מאז נותקו הקשרים ביניהם. הבחור עדיין מעוניין בנישואין עם הבחורה. ואף הודיע שאם יחייבו אותו בגט יסרב ולא יתן לה גט. הבחורה רוצה להתנתק ממנו לחלוטין.

כאמור, היו למעשה שני עדים.

עד א', מנהל מסעדה במלון בו עבדה הבחורה באותה עת, מעיד שהיה במשרדו כאשר הגיע הבחור עם הזר והטבעת. הבחור לא מינה אותו במפורש לעד, רק חיפש עד שני. הוא לא זוכר אם עיניה היו עצומות, אך הוא זוכר את ההפתעה הגמורה של הבחורה ואת עיניה הדומעות שאינו יודע איך לפרשן, אך הן לא היו דמעות שמחה, אלא יותר של צער.

העד השני בר-מן (=מגיש משקאות) באותו מלון, מספר שהבחור קרא לו לחדרו של מנהל המסעדה בו היתה הבחורה על-מנת לשמש כעד קידושין.

גם הוא לא זוכר את העיניים העצומות, אלא בעיקר את הדמעות שנקוו בהן ואינו יודע כיצד לפרשן. גם הוא מעיד על כך שהדבר בא לה כהפתעה גמורה, אך נדמה לו שלכאורה היא שיתפה פעולה עם הבחור. עם זאת הוא מעיד על עצמו כמבין בתנועות הגוף, והתרשמותו היתה שהבחורה לא היתה מעוניינת בכלל בטקס, ושהוא נכפה עליה בניגוד לרצונה. שמחה לא היתה שם. הבחור יצא מן החדר והבחורה נגררת אחריו בחוסר רצון.

שני העדים מתנצלים שאינם זוכרים פרטים רבים, כי עברו כשנתיים מאז האירוע

והם נקרו לו במקרה. הוא נמשך כחצי דקה בסך הכל. שניהם עובדים במלון גם בשבתות, ודבר ידוע הוא שלא ניתן לשמור שבת במלון אילתי רגיל (תעודת הכשרות ניתנת למזון בלבד).

האם היא מקודשת?

הקדמה

בחלק גדול מן העדויות יש הסכמה מלאה בין העדים ובין הבחור והבחורה. כולם מעידים שענידת הטבעת באה לה כהפתעה גמורה ושהיא היתה בהלם. לא ניכר רצון מצידה. לפי עד ב' אמנם היא שיתפה פעולה, אך לפי התרשמותו הדבר היה בניגוד לרצונה. עד א' לא ראה שיתוף פעולה. כלומר מבחינתו רק שתיקתה יש בה אולי בכדי להעיד על קידושין. אם כי גם הוא מעיד שלא ראה בה הבעת שמחה.

שני העדים אינם זוכרים את הפרט של העיניים העצומות שעליו מצהירים גם הבחור וגם הבחורה. לדבריהם, הם היו במקום באקראי והתבקשו להיות עדים. כל הענין היה עבורם מילי דכדי דלא דכירי אינשי (רש"י, סנהדרין כט ע"ב: "דברים של חנם"). בעוד שלבחור ולבחורה הוא היה משמעותי ביותר, לכן יש לסמוך יותר על הצהרתם בנקודה זו. מה גם שכל אחד מהם העיד לחוד והדגיש נקודה זו של עצימת העיניים כמסיח לפי תומו. הקשר ביניהם נותק והם לא תיאמו את הצהרתם.

השאלות שצריך לברר:

א. האם שתיקתה היתה הסכמה, או לא, והאם יש צורך בקידושין בהסכמה חיובית או די באי התנגדות שלילית?

ב. אם נניח ששתיקתה נחשבת כהסכמה, האם היא נאמנת לומר שלא הסכימה לקידושין?

ג. מה דינם של עדים מחללי שבתות?

ד. האם עדים מוכחשים בחלק מעדותם מצטרפים לעדות?

א. שתיקה לאחר מתן מעות

נאמר בקידושין (יב ע"ב):

ההוא גברא דקדיש בציפתא דאסא, אמרו ליה: והא לית בה שוה פרוטה! אמר להו: תיקדוש בארבע זוזי דאית בה, שקלתא ואישתיקא; אמר רבא: הוה שתיקותא דלאחר מתן מעות, וכל שתיקותא דלאחר מתן מעות לאו כלום היא.

אמר רבא: מנא אמינא להו? דתניא: אמר לה כנסי סלע זו בפקדון, וחזר ואמר לה התקדשי לי בו, בשעת מתן מעות – מקודשת, לאחר מתן מעות, רצתה – מקודשת, לא רצתה – אינה מקודשת... לא רצתה – דאישתיקה משתקה, ושמע מינה: שתיקה דלאחר מתן מעות ולא כלום היא.

קשו בה בפום נהרא משמיה דרב הונא בריה דרב יהושע: מי דמי? התם בתורת פקדון יהבינהו ניהלה, סברה, אי שדינא להו ומיתברי מחייבנא בהו, הכא בתורת קידושין יהבינהו ניהלה, ואי איתא דלא ניחא לה לישדינהו.

פריך רב אחאי: אטו כולהו נשי דינא גמירי? ה"נ סברה, אי שדינא להו ומיתברי מיתחייבנא באחריותייהו.

שלחה רב אחא בר רב לקמיה דרבינא: כה"ג מאי? שלח ליה: אנן לא שמיע לן הא דרב הונא בריה דרב יהושע, אתון דשמיע לכו חושו לה.

לדעת רבא שתיקה לאחר מתן מעות לשם קידושין אינה הסכמה לקידושין וכן דעת רב אחאי. אך לדעת ר"ה בריה דרב

יהושע יש לחוש לקידושין. משמע שגם הוא חושש רק מדרבנן. אך מעיקר הדין גם הוא מסכים ששתיקה לאחר מתן מעות לשם קידושין ללא שידוך ביניהם וסיכום מוקדם בין החתן לכלה אינה מלמדת על הסכמה לקידושין.

הרי"ף פסק כרב הונא בריה דרב יהושע שיש לחוש לקידושין. וכתב הר"ן:

> אבל הר"מ במז"ל פסק בפרק חמישי מהלכות אישות דלאו כלום הוא בשתיקה דלאחר מתן מעות בפקדון כרבא. ובכי האי גוונא ליכא לאפלוגי בין שדיך ללא שדיך דהא בהאי עובדא דציפתא גופיה כבר נתרצית לו שהרי קבלה ציפתא דאסא לשם קידושין ומשמע ודאי דלא גרע הא משדיך ואפילו הכי אמרינן דאף על גב דאמר לה התקדשי בארבע זוזי דאית בה דהויא שתיקה דלאחר מתן מעות ולא הוו קידושין.

כלומר אפילו בשדיך שתיקה לאחר מתן מעות אינה קידושין.

השו"ע בסי' כח ס"ה פסק כרב הונא בריה דרב יהושע:

> אמר לה: התקדשי לי בחפץ זה, ואמרה לו: והרי אינו שוה פרוטה, ואמר: התקדשי לי בארבע זוזים שבתוכו, הרי זו ספק מקודשת.

אולם כפי שכתב הר"ן מדובר בשדיך, אך בלא שדיך כו"ע יודו שאין אפילו ספק קידושין. וכן מבואר בתשובת מהר"ם פדואה שהביא הרמ"א שם (סי' כח ס"ה):

> הגה: אשה שחטפה מעות מאיש א', והוא בקש ממנה שתחזירם לו, ולא רצתה, ואמרה[1]: הרי את מקודשת לי בהם, ושתקה והחזיקה המעות, לא הוי קידושין, דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות ולאו כלום הוא (תשובת מהר"ם פאדואה סי' כ"ד).

ור' אבני מילואים (שם ס"ק יד).

מעיון בתשובת המהר"ם פדואה עולה שלמרות שסבר שאין חשש לקידושין בכ"ז לחומרא הצריך גט. הרמ"א לא הביא זאת להלכה. וכ' הב"ש ס"ק טז שסמך על תשו' ש"י שאין להחמיר.

ב. זרק לה טבעת ושתקה, שיטת הרמ"ה

בנ"ד יש לכאורה תרתי למעליותא: א. לא שדיך. כולם מודים שהאשה לא הביעה את הסכמתה לקידושין לפני הקידושין. (חוץ מע"א שאומר שנדמה לו שהסכימה אולם לדעתו לא מרצונה).

שדיך הוא רצון ברור של שניהם, של הבעל – לקדש, ושל האשה – להתקדש. רק אז ניתן לפרש את השתיקה לאחר מכן כהסכמה לקידושין ואע"פ שלא הסכימה במפורש מכיון שידוע לנו שהיא היתה מעוניינת בקידושין סביר להניח ששתיקתה מהווה הסכמה. אך בנ"ד אמנם הם הכירו זא"ז, והבחור אף דיבר עימה על קידושין, אך מצידה לא היתה עדיין הסכמה מפורשת להתקדש לו. אדרבה, משום כך עשה את מה שעשה, כדי לאלצה להסכים להתקדש לו. זה לא נחשב לשדיך.

1. **הערת עורך:** בדרכי משה 'ואמר לה' וכן הנכון אבל בהגהת הרמ"א על השו"ע כתוב 'ואמרה'.

ב. היא לא עשתה מעשה, אלא היתה פסיבית במשך כל התהליך וכתב הטור סימן כח בשם הרמ"ה:

וי"א דווקא כשנטלתו בידה, אבל באומר כנסי סלע זה לפקדון וחזר ואמר התקדשי בו דוקא דשקלתינהו ושתקה מקודשת אבל זרק לה אפילו לחיקה ולא שקלתינהו אלא שתקה ואזלה לעלמא שתיקה כה"ג לאו כלום היא.

משמע דוקא כשעשתה מעשה ונטלה את הפקדון בידיים מקודשת, למרות ששתקה, אך אם היתה פסיבית אינה מקודשת. כלומר, גם הרי"ף שחושש לקידושין, יודה שבמקרה שזרק לה והיא לא הגיבה בצורה אקטיבית, אע"פ שלא השליכה את הסלע מידה אינה מקודשת.

נ"ד דומה לזרק לה. אמנם הוא לא זרק לה, אלא הניח על אצבעה, אולם הוא דרש ממנה לעצום עיניים ורק אח"כ גילתה שהטבעת בידה. הרי זה כזרק לה. בנ"ד הוא לא אמר לה לשם פקדון אך גם לא רמז לה שעומד לקדשה. הדבר דומה למי שסברה לתומה שנותן לה מתנה בעלמא. ובלא"ה כבר כתבו החלקת מחוקק והבית שמואל שגם אם לא אמר לה לשם פקדון לדעת הרמ"ה אינה מקודשת.

הרמ"א באה"ע סי' כח ס"ד הביא את הרמ"ה בשם י"א:

י"א דוקא שנטלתו בידה, אבל אם זרק לה הקידושין, אפילו לתוך חיקה, שתיקה כה"ג לאו כלום היא, הואיל ולא נתרצית תחלה לקדושי ליה (טור בשם הרמ"ה). ואם אחר שנטלתו בתורת פקדון אמר לה: הרי את מקודשת לי בו, ושתקה, אינו כלום.

האם הבאת דעה זו כי"א רומזת לכך שאין לפסוק הלכה על פיה?

החלקת מחוקק ס"ק יב כתב:

אבל מדברי הרמ"ה משמע דקאי אכל הזורק קידושין לתוך חיקה בלא שידוכין ובלא גילוי דעתה שהיא רוצה בקידושין דאינה מקודשת.

אלא שהחלקת מחוקק ממשיך ומביא בשם הב"ח והריב"ש שאם לא השליכה את הטבעת מיד הר"ז ספק מקודשת.

הבית שמואל (ס"ק יב) **הבין מהריב"ש שאין לחוש לקידושין:**

פי' בח"מ בסימן זה ורסמ"ב אפילו לא אמר לה בתחלה כנסי פקדון זה גם לא ניערה את הקידושין מ"מ לא הוי קידושין כיון שלא גלתה דעתה שנתרצתה בקידושין ולא עבדה מעשה דניחא לה כן הוא המשמעות בריב"ש.

גם הגר"א שם ס"ק טו מיקל:

וי"א כו' כה"ג כו'. דהא דתנן זרק לה קידושין קרוב לה מקודשת דווקא דאתרצתה מעיקרא לשם קידושין אבל סתמא **אפילו ספק קידושין לא הוי** שם. ונ"ל ראיה ממש"ש בגמ' לגיטין אמרו כו' איתביה וכן לענין החוב כו' וי"ל דשאני התם דא"ל זרוק לי חובי אלא דגם בקידושין צריך שתתרצה בקידושין ועח"מ וב"ש.

כלומר, ללא הסכמה מפורשת לקידושין שתיקה לאחר מתן מעות אינה קידושין.

המקנה בקונט"א שם כתב שהב"ח לא חשש לקידושין אלא רק במקרה שהתרצתה תחילה להתקדש לו וסברה שיתן בידה ולא יזרוק לחיקה.

אבל אם לא הי' אלא שידוכין שנתרצית להתקדש לו והוא זרק לחצרה קידושין שלא בפני' ואח"כ אמר הרי את מקודשת במעות שנתנו בחצרך דלא מהני דהוי שתיקה לאחר מתן מעות דלא מהני אפי' שדיך כמ"ש הר"ן

וכמ"ש הט"ז בסי' ל'. הרי מוכח דיש חילוק ביניהם דריצוי קידושין לא הוי כריצוי הזריקה מטעם הנ"ל ועוד יבואר בריש סי' ל' בטעמים דהב"ח הנ"ל.

וא"כ בנ"ד שלא שדיך וענידת הטבעת היתה ללא ידיעתה גרע טפי מזרק לחיקה.

משמע שרוה"פ סוברים כדעת הרמ"ה שאין לחוש לקידושין.

ג. דעת הגהות מרדכי

אולם מהגהות מרדכי שהו"ד ברמ"א (אה"ע סי' מב ס"א) משמע לכאורה שחולק על הרמ"ה.

> לקח יד האשה בחזקה שלא ברצונה וקידש, והיא לא זרקה הקידושין, הוי מקודשת. אף על פי שמתחלה באונס היה, ונתן לה סתם ולא אמר לה כלום, הואיל ובתחלה דבר עמה מקידושין (הגהות מרדכי סוף גיטין).

מבואר בדבריו שאי השלכת הטבעת נחשבת כהסכמה ושתיקה לאחר מתן מעות מועילה. בנ"ד אמנם הבחור לא החזיק בידה בחוזקה, אך ההערמה שהערים עליה שאמר לה לעצום את עיניה כמוה כאחיזה בחוזקה. מה לי כוח גופני או כוח תכסיסי. זה וזה לא היה מעשה מרצונה.

וכ"כ בשו"ת משיבת נפש (לבעל גט מקושר סי' לו) וז"ל:

> כל שהוא שלא ברצונה ולקח הוא ידה מבלי שפשטה ידה מקרי בחזקה והיינו דמפרש רמ"א שלא ברצונה עכ"ל.

זאת ועוד, כבר העירו כל המפרשים שהרמ"ה, שפסק ששתיקה לאחר מתן מעות אינה מקודשת, דיבר במקרה שלא דובר ביניהם על קידושין. משא"כ במקרה של הגמ"ר, הוא דיבר איתה תחילה על קידושין, לכן שתיקתה ואי השלכת הטבעת נחשבות להסכמה.

באב"מ (שם ס"ק ב) הביא את הב"ש שמדובר שהתרצתה בקידושין. וכן באר את המהר"ם פדואה הנ"ל והמהרש"ך (ח"ב סי' קלד). דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום ואפי' להרי"ף שכתב כמ"ד חוששין לה וה"ל ספק וצריכה גט היינו כיון דשידכו תחלה דהיינו שאמר תחלה לשון קידושין, משא"כ כאן שלא הי' לשום קידושין.

האב"מ חיזק את דבריו מהרשב"א והר"ן דציפתא הוי כמו שידך ולדעתם אפי' בשדיך שתיקה לאחר מתן מעות אינה מקודשת. ולד' הרי"ף יש רק ספק קידושין וכ"כ מוהרש"ך (ח"ב סי' קלד) אם לא שדיך לית ביה ספיקא. ובנ"ד לא שדיך. אלא שהביא את המהרי"ט שחולק:

> אך מוהרי"ט נחלק עליו וכתב עלה ולא נתחוורו לי דבריו דא"כ מאי מייתי רבא ראי' מהאי דכנסי סלע זו לפקדון דבשתיקה לא מקדשה, שאני התם דלא גליא דעתה דניחא לה בקידושין דאף רב הונא ברי' דרב יהושע לא מפליג בכך אלא מטעם דסברה אי שדינהו מחייבה בהו עכ"ל ע"ש.

כלומר, לדעת המהרי"ט, גם אם לא דיבר איתה על קידושין היא מקודשת, אלא א"כ עשתה מעשה המוכיח שאינה מעונינת בקידושין. אך גם הוא יודה שאם יש לה אמתלא מבוררת – מדוע לא השליכה מיד את הטבעת, אינה מקודשת. ובנ"ד היא היתה בהלם ולכן לא השליכה את הטבעת מיד.

גם בשו"ת חוט המשולש (ח"א סי' א) התיר הגר"ח מוולאז'ין בנידון דומה. אדם קידש את המשודכת לו בבית בפני ב' עדים ולא ברור אם השליכה את הטבעת מיד, או רק

לאחר זמן. והמשודכת טוענת שלא רצתה להתקדש בצורה כזאת, אלא רק מתחת לחופה כמנהג ישראל. וזה תורף דבריו:

הלכה כרבא ששתיקה לאחר מתן מעות אינה מקודשת ואין צורך לחוש לר"ה בדר"י שהחמיר. וגם הרי"ף והרא"ש שחששו לדעתו כתב בתשו' ב"י (סי' ב) ה"מ בההיא דציפתא דמעיקרא קבלה לשם קידושין. אבל היכא דלא קבלה מעיקרא לשם קידושין כמו בנ"ד גם להרי"ף והרא"ש אינה מקודשת.

ומהבה"ג משמע שדוקא בההיא דציפתא חש ר"ה בדר"י לקידושין אך לא במקרים אחרים. וכן הרי"ף והרא"ש לא כתבו דין זה אלא גבי ציפתא. והבו דלא להוסיף עלה.

ועוד, כשלא קבלה מעיקרא לשם קידושין גם ר"ה בדר"י מודה דלא חיישינן להא דלא שדתינהו. ואין חולק על הרמ"ה שרק אם לקחה את המעות מקודשת. אך אם נשארה פסיבית אינה מקודשת. וכן דעת הרמב"ם והטוש"ע. דאין האשה מקודשת אלא מדעתה. מש"ה בעינן דוקא שיהא מוכחא מילתא שלשם קידושין היא קבלתה.

בנ"ד היא לא קיבלה את הטבעת בתורת קידושין והיתה פסיבית כל הזמן וא"כ אינה מקודשת.

ד. החזקת טבעת ללא מעשה

המקנה שם בקונט"א כתב לחלק:

אך העיקר בזה דאין זה ענין לפלוגתא דר"ה ור"א וחיישינן לחומרא כר"ה אלא דר"ה מיירי בעובדא דציפתא דאמר שם **שקלתא** ואישתיקא דהיינו **שעשתה מעשה המוכיח** להכי איכא למיחש שנתרצית אף על גב דאישתקא. אבל בההיא דסי' ל' ס"ו הם דברי הרמ"ה בטור סי' כ"ח דדייק דוקא שקלתינהו אבל לא שקלתינהו כיון דליכא מעשה המוכיח אין לחוש כלל. והכא מיירי שלאחר שנתן לה בחזקה **החזיקה בו ולא השליכה כלל** וזהו מעשה המוכיח והוי ממש כההיא דר"ה ואין כאן סתירה כלל. ונראה דגם דעת הב"ח כן ומ"ש דמיירי שניערה היינו כיון שזרק לתוך חיקה **ולא שקלתה** ממילא כשעמדה והלכה לה ניערה אותו, וכ"ש בזרק לה תוך ד' אמות כיון ששתקה ולא עשתה מעשה כלל לא הוי קידושין אלא כשנתרצית בתחילה כמ"ש הרמ"ה שם ובזה סרה תלונות הב"ש עליו בסי' כ"ח ע"ש.

משמעות דבריו היא שאם האשה היתה פסיבית בהחזקת הטבעת אינה מקודשת. אך אם עשתה מעשה אע"פ ששתקה מקודשת.

ונלענ"ד לחלק בין קיבלה סלע לפקדון בהסכמתה לבין ענד לה טבעת שלא בהסכמתה. בפקדון **עשתה מעשה** כשקבלה את הפקדון אמנם לא היה זה מעשה קידושין, אך היה שם מעשה אקטיבי שקיבלה סלע. וכשאח"כ אמר לה שתקבל אותו לקידושין, אע"פ שנשארה פסיבית, זהו המשך של מעשה הלקיחה הראשונה שקיבלה את הסלע לפקדון, לכן יש בכך חשש קידושין לדעת ר"ה בדר"י. משא"כ כשנתן לה טבעת בחוזקה, או בהערמה, לא היה מצידה שום מעשה. היא היתה פסיבית מתחילה ועד סוף, ולכן גם ההמשך הפסיבי אינו מעשה. ואע"פ שיכלה לעשות מעשה ולהשליך את הטבעת והיא בכ"ז השאירה את הטבעת על אצבעה אין הדבר נחשב למעשה. ואין לחוש לקידושין לכו"ע. ראיה לדבר מנזיר יז ע"א:

בעי רבא: נזיר והוא בבית הקברות, מהו? בעי שהייה למלקות או לא? ...כגון שנכנס בשידה תיבה ומגדל ובא

חבירו ופרע מעליו מעזיבה, כי גמירין שהייה – בבית המקדש, אבל אבראי לא, או דלמא לא שנא? תיקו.

ובתוספות שם ד"ה אילימא:

דלאו שיש בו מעשה הוא במה שאינו יוצא משם כשנודר בנזיר.

וכ' המשנה למלך הלכות ביאת המקדש פרק ג:

נראה דאליבא דתוספות כל שתחלת הדבר היה ע"י מעשה אף שהיה בהיתר חשיב כמעשה אם נעשה איסור אח"כ בלתי מעשה ומש"ה נזיר שנכנס לבית הקברות בשידה תיבה ומגדל ובא חבירו ופרע מעליו המעזיבה לוקה על השהייה אף על פי שאין מעשה בשהייה לפי שתחילת ביאתו לבית הקברות ע"י מעשה היתה ואף שהיתה בהיתר...

אך לכ"ע אם נטמא באונס שבא חבירו וזרק עליו השרץ לכולי עלמא לא לקי דהא תחלת הטומאה לא באה על ידי מעשה.

גם השאג"א בסי' לב כתב סברה דומה למל"מ והוכיח אותה מהסוגיה בשבועות (יז) כנ"ל וממכות (כא) בעניין כלאים וכ"מ מהריטב"א מכות (כא).

משמע שרק אם בתחילה היה מעשה אקטיבי, גם אם היה מעשה מותר, יש להחשיב את ההמשך הפסיבי כמעשה. אך בנ"ד בענידת הטבעת על אצבעה היא לא עשתה שום מעשה, את הכל עשה הבחור. לכן המשך החזקת הטבעת על אצבעה אינה מעשה.

אולם על סוף דבריו של המל"מ מקשה הקרן אורה על נזיר שם. עי' בסוף דבריו שם שמסיק דאם נטמא באונס על ידי חבירו לכולי עלמא לא לקי כיון דתחלת הטומאה לא באה על ידי מעשה. והמה סותרים תחלת דבריו ז"ל שכתב לדברי התוספות ז"ל דהכניסה חשיב מעשה אפילו היתה בהיתר.

אך לדברינו צדקו דברי המל"מ ואין בהם סתירה. אונס כגון זה שמישהו זרק עליו טומאה הוא אונס גמור שאינו נחשב כמעשה כלל, ולכן א"א לצרף את המשך הישארותו בביה"ק ואי היציאה שלו למעשה הראשון. משא"כ הנכנס לבית הקברות בשידה תיבה ומגדל הוא עשה מעשה, אמנם בהיתר, אך מעשה כזה ניתן לצירוף ע"י אי היציאה. ודוק.

א"כ מבואר שאם בתחילה לא היה מעשה – ההמשך אינו נחשב כמעשה.

אמנם כאן היא הגישה את אצבעה, כשהיתה עצומת עיניים, אך מכיון שלא ידעה כלל שהוא יענוד לה טבעת קידושין ויקדשה בה, אין להחשיב זאת כמעשה קידושין מצידה.

אח"כ מצאתי שגם הצ"צ (לובאוויטש) בחאה"ע סי קב הגיע למסקנה דומה על סמך הדין של הנכנס לביה"ק בשידה תיבה ומגדל. ובש"כ לדעתו הרמה. אולם גם אם נניח שיש להמשך ההחזקה **דין מעשה** סו"ס הסכמה מפורשת לא היתה כאן. ונראה שאף זה כלול בדברי הגמרא בדף יג ע"א "אטו כולהו נשי דינא גמירי". כלומר סתם אנשים (לא רק נשים) אינם בקיאים בש"ס ואינם יודעים את ההלכה (אם נניח שזו ההלכה) המכירה בהמשכת המצב כאילו היא מעשה. סתמא דאינשי לא בקיאים בהלכה זו ואינם פועלים עפ"י כללי ההלכה ומבחינתם לא התכוונו לעשות מעשה ולא להביע בכך הסכמה כל שהיא. הצ"צ עצמו בסימן צז סובר שאין להוכיח מגדרי מעשה עפ"י ההלכה לתגובות אנושיות ספונטאניות.

וגם אם נאמר שהמניח טבעת בכף ידה של אשה, כשבתנועה קלה היא יכלה להשליך את הטבעת ולא השליכה, יש בכך אולי מעשה והסכמה, אך בנ"ד שענד על אצבעה, שבתנועה קלה לא ניתן להסירה, אלא בשליפה, השארת הטבעת במצב זה אינה הסכמה. וכן מבואר בשו"ת אבני נזר (אה"ע סי' קיט אות פא). וז"ל:

ונשוב לדין הרמ"ה, והנה לפי מה שביארנו דברי הרשב"א בהא דאי לא ניחא לה תשדינהו דחשוב מעשה מהא שאוחזת החפץ בידה שאילו היתה מניחה כחה הי' נופל מאליו והיא משמרתו במה שאוחזת ידי' סגורים או פשוטים כדי שלא יפול החפץ, וכיון שמשמרת החפץ בידה בכחה חשוב עושה מעשה, וכדברים האלה כתובים בתשו' חמדת שלמה סי' מ"ח בפירוש דברי הרמ"ה בזרק לתוך חיקה לא חשוב מעשה כיון שאינה אוחזתה בידה, דכשאוחז החפץ בידו צריך להיות בידו בכוונה מיוחדת שלא תפול, והגאון מהר"י מליסא כתב שנכון הוא [עיין שם בחמדת שלמה סי' מ"ט], ולפי"ז אין חילוק כלל בין בא לידה תחילה ע"י מעשה או לא, רק החילוק בין אוחזתו בידה בין החפץ מונח ממילא בחיקה, וזה ברור.

משמע שרק אם החזיקה **בידה** נחשב הדבר למעשה. כי בכך שמונעת מהטבעת ליפול מידה כאילו עושה מעשה. אך אם הטבעת הונחה על **אצבעה** היא לא יכולה למנוע את נפילתה ולכן אינה נחשבת כעושה מעשה. גם באוצה"פ בסי' מב ס"א אות יב מביא חילוק בין הניח את הטבעת בידה לבין הניח על אצבעה, כי מהאצבע קשה יותר להשליך את הטבעת מאשר מכף היד.

ועוד, כל הנוכחים במעשה מעידים שהיא היתה בהלם ולא ידעה כיצד להגיב, ורק לאחר שהתאוששה הסירה את הטבעת, אם כי זה היה רק למחרת, אין להחשיב את שתיקתה והשארת הטבעת על אצבעה כמעשה מצידה.

היא הוסיפה עוד דבר, שבנוכחות אחרים לא רצתה להתנגד לו, אך אח"כ כשהיו לבד רצתה לחזיר לו את הטבעת אך הוא לא הסכים לקבלה, ולכן רק למחרת החזירה לו. יש לה אמתלא טובה המסבירה מדוע לא השליכה את הטבעת מיד. וא"כ לא היתה פה שתיקה שניתן לפרשה כהסכמה. וראה צ"צ שם שסמך על הסברה שהוכיח סופו על תחילתו באמתלא.

ה. ענידת טבעת על האצבע

בפתחי תשובה (אה"ע סי' כח ס"ק טז) **הביא תשו' שיבת ציון** (סי' סט):

אבל אם נתן חפץ לידה ולא אמר לאיזה כוונה הוא נותן לה והיא קבלה החפץ בסתם ותיכף אחר הנתינה אמר לה התקדשי לי בו ושתקה אין זה בגדר שתיקה שלאחר מתן מעות כו' והאריך בזה דלא כרב אחד שטעה בזה.

ולכאורה נ"ד דומה קצת למקרה של השיבת ציון וא"כ שתיקתה כהסכמה והיא מקודשת. מיהו י"ל שם שתיקתה היא הסכמה, כי מיד כשנודע לה שהוא מתכוון לקידושין היתה צריכה להביע מחאה. אולם בנ"ד היא היתה בהלם ולכן לא מחתה אלא לאחר זמן וא"כ שתיקתה לא מהווה הסכמה.

וכבר הקשו הראשונים על הגמ' בקידושין (יג ע"א) שהיא סברה שאם תשליך את הפקדון תצטרך לשלם ולכן לא השליכה, מ"מ היתה צריכה לומר בפירוש "לא בעינא להתקדש לך" מדוע לא נאמר ששתיקתה מלומר כן מהווה הסכמה לקידושין? הריטב"א במסקנתו כתב שהמקדש היה נתעב וגם נאלח בעיניה עד כדי כך שהיה לה מגונה ומיאוס אפילו מלדבר ולומר "לא בעינא להתקדש".

וכבר אמרנו שכאן היא היתה בהלם ולכן שתקה. שתיקה זו דומה לסברת הריטב"א שמרוב מיאוס לא היתה מסגלת לפצות פה.

עוד שם בפתחי תשובה:

נ"ל דהכא ששמה הטבעת על אצבעה להתקשט גרע טפי כו' ע"ש עוד בסימן פ"ד ויובא קצת לקמן סי' מ"ב ס"ק ד' דמשמע אפילו לא עשתה מעשה חדש רק שהחזיקה הטבעת על אצבעה להתקשט ותחילת השימה על אצבעה היה ממנו לאונסה הוי נמי כאמרה הן עש"ה.

ולכאורה בנ"ד היא השאירה את הטבעת על אצבעה ושתקה. וא"כ יש לחשוש לקידושין. ולא היא! התקשטות בטבעת שניתנה לשם קידושין כמוה כהסכמה לקידושין או לפחות להמשך ההתקשרות עמו, כי אשה לא מתקשטת בדבר שניתן לה למורת רוחה. אך בנ"ד היא לא השאירה את הטבעת לשם קישוט, אלא לשם שמירה ע"מ להחזיר, אין בכך שום הסכמה לקידושין.

ובסי' מב כ' הפתחי תשובה (ס"ק ד) בהתיחסו לאשה שקבלה טבעת והשאירה אותה על אצבעה ושתקה:

דהכא בתחב הטבעת באצבעה דרך קישוט אפילו נאמר דלא שדיתי' שהיתה סבורה דחייבת באחריות מ"מ היה לה להסירה מאצבעה ולשמור בתוך ידה ולכיסה ולא להתקשט במה שהוא על אפה וחמתה.

וציין לחת"ס סי' קא, וז"ל החת"ס שם:

מה שלקחה הטבעת ונתנו על אצבעה להתקשט בו הוי כאלו אמרה הן, כי כן פסק רשד"ם סי' ע"ו ואפי' לסברת הריטב"א שהיה כ"כ מאס בעינא עד שלא יכלה אפי' לומר לא בעינא מ"מ לא היתה מתקשטת בו לתתה באצבעה.

אך בנ"ד, לדבריה, היא לא הסירה את הטבעת מיד, בגלל נוכחות אנשים אחרים. כוונתה היתה להסירה יותר מאוחר. א"כ יש לה אמתלא סבירה ולכן גם אם החזירה את הטבעת רק למחרת הוכיח סופו על תחילתו.

ו. תשובת הצמח צדק

בשו"ת צמח צדק (לובאוויטש, אה"ע סי' קב) דן באריכות במקרה דומה לשלנו:

אדם אמר לאשה הבי ידך לי ואתן לך מדעם (רובל כסף). ופשטה ידה אליו ונתן את הטבעת באצבעה ואמר (הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדמו"י) ואחז בידה משך מה ואמר להעומדים שם. אתם עדים. והתחילו כולם לשחוק עליה לומר הרי את אשתו. אז השליכה את טבעתו מעל ידה לארץ.

הצ"צ הביא את דעת הרמ"ה שאינה מקודשת ואת דעת הגמ"ר דפליג על הרמ"ה.

ומ"מ בנד"ז שי"ל דאחז ידה בחזקה יש לצדד שגם הגמ"ר מודה שלא היתה לה כוונה להתקדש. ובשו"ת משיבת נפש להגט מקושר סי' ל"ו כ' וז"ל: כל שהוא שלא ברצונה ולקח הוא ידה מבלי שפשטה ידה מקרי בחזקה והיינו דמפרש רמ"א שלא ברצונה עכ"ל.

ומכיון שפשיטת ידה היה ע"ד לקבל

רובל כסף ולא לענין קידושין ואח"כ מתחלת נתינת הטבעת עד גמר הענין אחז ידה ויש סברא שאחז ידה בחזקה כמו שאמרה היא והוא א"כ לא עבדה שום מעשה שיהי' הוראה שמסכמת על קידושין. ולכן גם הגמ"ר שחולק על הרמ"ה, מ"מ כיון שאחז ידה בחזקה יש לצדד להתר.

אמנם היא לא השליכה את הטבעת עד לאחר ששחקו עליה לדעת הפנ"י לרבא בכל ענין שתיקותא דלאחר מ"מ לאו כלום הוא (משום שהעדים לא ראו מעשה קידושין ברור) י"ל דלא איכפת לן במה שאינה משלכת הכסף דה"ל כשב ואל תעשה לדעת התוס' דיבמות (דף צ' ע"ב) אף כי לדעת המל"מ פ"ג מהל' ביאת מקדש הכ"א נקרא זה מעשה אטו נשי דינא גמירי וסברה דזהו שוא"ת.

דאף את"ל דנקרא שוא"ת מ"מ אין דרך האשה לאחוז הקידושין אם אין רצונה להתקדש, מ"מ מהריטב"א יש להוכיח דבשתיקה דלאחר מ"מ אף שאין תירוץ ליכא רק ספק קידושין מיהו לשא"פ (=לשאר פוסקים) אין זה מוכרח.

וכ"ז בסתם שתיקה. אבל בנ"ד דאחז ידה ומחמת זה לא השליכה והרי הוא הודה שאחז ידה בחזקה והעדים לא אמרו בהפך עכ"פ. א"כ לכ"ע י"ל דאין לחוש.

ועוד יש טעם להקל כיון שהשליכה אח"כ אמר בהגמ"ר דקידושין סי' תקל"א דהוכיח סופה על תחלתה היכא דאיכא למיתלי השתיקה באמתלא.

בנ"ד דהשתיקה אחר מ"מ יש להקל אפילו השליכה אחר כ"ד היכא שיש אמתלא על השתיקה כמ"ש הרא"ם בהגמ"ר הנ"ל.

המקרה שלנו דומה לשלו, אך בשני הבדלים: א. שם הוא החזיק בידה ומנע ממנה להשליך את הטבעת. אצלנו הוא לא החזיק בידה כל הזמן. ב. השלכת הטבעת אמנם לא היתה תוכ"ד, אך היתה באותו מעמד שבו העדים ראו את ההשלכה. אצלנו החזרת הטבעת היתה רק למחרת. אך בכ"ז הדמיון רב מהשוני. לדעת המשיבת נפש הערמה שהערים עליה שאמר לה לעצום את עיניה כמוה כאחיזה בחזקה. מה לי כוח גופני או כוח תכסיסי. זה וזה לא היתה קבלה מרצונה. וההלם גרם לה לאלם עד כדי כך שלא יכלה להחזיר את הטבעת באותו יום. אמנם אצלנו עבר יום עד החזרת הטבעת, אך גם בנדון הצ"צ ההחזרה לא נעשתה מיד, אלא לאחר שקלטה שהיא מקודשת כביכול.

ז. עדי הקידושין

הגרמ"פ באגמ"מ (אה"ע ח"א סי' פב) התיר אשה שהתקדשה בקידושי שחוק. בעיקר על סמך סברת הפנ"י בקידושין (יג ע"א ד"ה שם שלח להו) שאם לעדים לא היה ברור שהיה מעשה קידושין אין אלו קידושין כלל, ואפי' ספק אינם. עדי קידושין צריכים לראות קידושין ודאיים. הרקע לשאלה היה:

> נער פוחז לקח יד נערה אחת ונתן עליה טבעת ואמר לה הרי את מקודשת לי ולא השליכה מידה, והיו שם שני נערים חשודים בעריות ובחלול שבת... אחד העדים העיד שהיה זה רק לשחוק וליצנות וזה ששתקה ולא השליכה או גם נתנה ידה הוא מחמת שרצתה לשחוק ולהתלוצץ. והיא אומרת ג"כ שרצתה לשחוק ולהתלוצץ.

זו תמצית תשובתו:

מוכרחין לפרש מש"כ הח"מ אף אם האמת שכיוונה לקידושין אינו כלום משום דהעדים צריכין לידע אמיתת הקידושין וראיית ספק אינו כלום. כיון שבעינן שיהיו עדים לקיומא וראיית עדים לא נחשב אלא אם רואין דבר ברור שהיה ודאי ברצון שניהם... ואם ראו דבר שהוא ספק לא הוי זה כלל ראיית עדים.

ולפ"ז לא שייך ספק קידושין בעצם, דאם העדים שראו הקידושין היו מסופקים ברצון או ספק נפל קרוב לו וכן בכל דבר ששייך לקידושין אינו כלום.

ורק בשני כתי עדים בהכחשה יש להיות דין ספק קידושין משום דלהאומרים שהיה קרוב לה ליכא ספק דהרי ראו קידושין ודאי ורק אצלינו מצד הכחשת כת הב' נעשה לנו ספק. אך בכת אחת שהעדים עצמם מסופקים לכאורה אינה מקודשת כלל, אך ביבמות ל"א הוי ספק קידושין. וי"ל דרק מדרבנן נחשב לספק מאחר דעל זריקת הקידושין הוו שנים. עכ"פ מסתבר לדינא שראיית ספק אינו כלום. ולכן בעובדא דידן אין לחוש כלל אף אם העד היה חושב שכיוונה לקידושין וכ"ש שהעד אומר שברור לו שלא כיוונה לקידושין שתהא נאמנת אף להב"ש.

אף אם לא נימא כסברתי בשני עדים ונסבור שהוא ספק וראיית ספק הוא ראיה מ"מ בע"א ודאי מהני אמירתה לברר הספק בזה שיכולה להכחישו... וגם לדידי מסתבר שאף בשני עדים שאומרים שלפי ידיעתם אותם א"א שתתרצה להתקדש אינם קידושין ולכן מכל הלין טעמים התרתי אשה זו לעלמא.

אמנם בנ"ד לא מדובר בקידושי שחוק אלא בכוונה רצינית, לפחות מצד הבחור, אך לדעת עד אחד האשה לא רצתה בקידושין. ואע"פ שלדעתו היא קיבלה את הטבעת ביודעין, אך הוא לא ראה מעשה קידושין. כי ללא רצון מצד האשה אין קידושין. וא"כ יש כאן רק עד אחד, שגם הוא לא ראה רצון ברור.

ואפילו לפי מש"כ האב"מ (סי' כז ס"ק ו) **שהעדים צריכים להעיד רק על רצון המקדש ולא על רצון האשה, אך כאשר העד מעיד שהאשה לא רצתה, רצון המקדש לבד לא מעלה ולא מוריד. רק כאשר לא ידוע לנו מהו רצון האשה מועיל רצון הבעל לבד, אך לא כאשר לדעת העד היא לא רצתה בקידושין, אין זו עדות קידושין.**

ח. עד אחד בקידושין

לפחות עד אחד אומר שהתרשם מתנועות גופה שאינה מעוניינת בקידושין ומבחינת ראייתו הסוביקטיבית הוא לא ראה מעשה קידושין. ונשאר רק ע"א שאולי ראה מעשה קידושין (גם הוא לא ראה שמחה בפניה, אך אינו יכול לומר בוודאות שהדבר היה בניגוד לרצונה) **והמקדש בפני עד אחד אינה מקודשת לדעת המחבר בשו"ע סי' מב ס"ב. אמנם לדעת הרמ"א שם בהגה:**

> ויש מחמירים אם מקדש לפני עד אחד (טור בשם סמ"ג) אם שניהם מודים; אבל אם אחד מכחיש העד, אין לחוש (כך מפרש הרשב"ץ לדעת הסמ"ג). ובמקום עיגון ודוחק, יש לסמוך אדברי המקילין.

לא מיבעיא בנ"ד שגם הבחור וגם הבחורה הם מעדות המזרח ולד' המחבר אין לחוש לע"א בקידושין, אלא אפי' לדעת

הרמ"א הרי היא מכחישה וטוענת שלא הסכימה להתקדש. ואע"פ שדברים שבלב אינם דברים, במקום שמתנועות גופה ניתן להבין שלא רצתה להתקדש הוי כדברים שבליבה ובלב אחרים. אמנם רק ע"א התרשם מתנועות גופה שלא רצתה, אך גם העד השני מעיד שרצון מפורש לא היה מצידה אלא לכל היותר הסכמה שבדיעבד. וא"כ אין דברים שבליבה סותרים את מה שהוא ראה. וכ' הרשב"א בקידושין נ ע"א:

> כי אמרי' דברים שבלב אינן דברים היינו שאינן דברים לבטל מה שאמר בפיו... אבל כל שהדברים שבלבו אינן מבטלין מעשיו אלא מקיימין... שאין דברי לבו מבטלין שום דבר, הוו דברים.

וגם הבחור טען שרצה להפתיע אותה ובכך לבקש את ידה. כלומר גם הוא לא היה בטוח שהיא רוצה, אדרבה הוא סבר שרק ע"י שיעמיד אותה בפני עובדה קיימת היא תתרצה ותיאות להינשא לו. ובעצם גם הוא תכנן חתונה מסודרת, כמנהג גוברין יהודאין, ע"י רב מתחת לחופה. ומה שעשה היה רק כדי לאלץ אותה להסכים להתחתן כמקובל. ואינו בן תורה שיודע להבחין בין אירוסין לנישואין, אלא סבר שע"י שייתן לה טבעת בנוכחות עדים תהיה זו 'מעין חתונה' אך גם הוא לא סבר שבכך נגמרו קידושיה באופן מוחלט. וכבר כתבו על כך הרבה פוסקים, שבימינו שכו"ע נוהגים לקדש רק תחת לחופה וע"י רב מוכר, כל שלא עושה כן לא מתכוון לקידושין ממש ואינה מקודשת.

ט. עדים מחללי שבת

לכאורה הלכה פסוקה היא שמחללי שבתות פסולים לעדות. אלא שכדי לפוסלם צריכים להעיד עליהם בפני בי"ד וכ' התומים (סי' פז ס"ק כו) שכל זמן שלא העידו עליהם שני עדים לא נפסלים. אך במקום שאנן סהדי שהם מחללים שבת בפרהסיא א"צ בעדות מפורשת לפוסלם.

אלא שכידוע פוסקי הדורות האחרונים הולכים בעקבות ר' יעקב אטלינגר שפסק (בבנין ציון סי' כג) שמחללי שבתות בימינו יינם אינו יי"נ, כי דינם כתינוקות שנשבו. האם הם גם כשרים לעדות קידושין?

האג"מ (שם ענף יא) סבור שלמרות זאת הם פסולים לעדות:

> אע"פ שכתב הרמב"ם שם בה"ג אבל בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם הרי הוא כתינוק שנשבה שה"ה כאנוס, מ"מ לענין פסול לעדות גם הם פסולין דנהי דלא גרע מעכו"ם אבל לא עדיף מעכו"ם לענין עדות דעכ"פ אינו בכלל ישראל לעדות דאנוס אינו כמאן דעבד ולכן כמו שעכו"ם פסול לעדות כ"כ פסולין בני הכופרים.

אלא שהוא פסל את העדים גם משום שחשודים על העריות.

באחיעזר (ח"ג סי' כה) הכשיר גט, במקום עיגון, שנחתם ע"י עדים העוסקים במסחר בשבת. משום שהם אינם מודעים לכך שחילול שבת פוסל לעדות.

עפמש"כ הסמ"ע והב"ח בסי' לד דאינו נפסל רק באופן שיודע שהוא נפסל לעדות בעבירה זו, וכן תפס הגרעק"א בתשו' סי' צ"ו בגלוח זקן, ואם כי הנתיבות שם חולק על זה, דזה אינו אלא בפסול מדבריהם שהם אמרו והם אמרו, משא"כ באיסור לאו מדאורייתא, מ"מ יש לסמוך במקום עיגון ע"ד רבותינו הסמ"ע והב"ח והגרעק"א.

הוא אמנם מסיים שזו הוראה חריגה, ובמקום עיגון, אך מ"מ הוא לא פסל על הסף מחללי שבתות לעדות גיטין וקידושין מכל וכל.

גם בשו"ת שרידי אש (ח"א סי' פח) לא פסל קידושין שנעשו ע"י עד מחלל שבת.

א. הוא סמך בין היתר על התומים הנ"ל (סי' פז ס"ק כו) שכ"ז שלא העידו שני עדים לא נעשה פסול. (למרות שלדעת הגרמ"פ גם אנן סהדי מועיל לפסול).

ב. על דעת הסמ"ע (סי' לד ס"ק נז) שאם העד לא מודע לכך שהוא עובר עבירה לא נפסל, והגרע"א (סי' צו מסכים) להסמ"ע.

ג. על דעת הקצוה"ח (חו"מ סי' לד) שעכשיו ליכא מומחין וקבלת עדות בזה"ז אינה אלא מתקנת חז"ל וא"כ מה"ת עדיין הם כשרים. ויש דעות שהמקדש בפסולי עדות דרבנן חוששין לקידושיו.

אמנם בפד"ר ח"ז בעמוד 175 התיחס ביה"ד אל עדים מחללי שבת בימינו כאל עדים פסולים שהקידושין בנוכחותם אולי אינם קידושין אולם ביה"ד לא פסק שהקידושין בטלים, אלא הוא רק נמנע מלהצהיר שהאשה שהתקדשה בפניהם נשואה כדת משה וישראל, אך גם לא קבע להיפך שקידושיה אינם קידושין להתירה ללא גט.

י. חשודים על איסור פנויה

גם אם נאמר שמחלל שבת בימינו, הוא תינוק שנשבה ואין חשש שמשקר, אך ידוע שנושא העריות פרוץ מאוד בדורנו ואינו חמור בעיניהם ולכן הם מזלזלים בו וכיצד נסמוך על עדותם בדבר שבערוה להפוך אשה מפנויה לאשת איש שהרי כל החשוד על הדבר אינו דנו ואינו מעידו?! וגם אם העד אינו חשוד על איסור אשת איש, (למרות שגם הוא פרוץ בדורנו), ואפשר לומר שרוב הזוגות הנשואים שומרים על נאמנות. אך איסור פנויה הוא לצערנו פרוץ לכל. וכל מי שמחלל שבת הוא יותר מסתם חשוד על איסור פנויה. ניתן אף לומר שהוא בחזקת עובר על איסור פנויה, כי זאת הנורמה היום בחברה המתירנית. וא"כ עדותו על קידושין לוקה בחוסר רצינות וממילא בחוסר נאמנות, כי מבחינתו הקידושין לא התירו אותה לבעלה, היא היתה "מותרת" לו גם לפני כן. וגם אם נסבור כשיטת הראב"ד והראשונים הסוברים כמותו שפנויה מיוחדת לאיש אינה אסורה מהתורה (וכך גם פסק הרמ"א בסי' כו) אך אין ספק שהוא גנאי גדול. שהרי לדעת חז"ל יש חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ובין אם נגדיר זאת כאיסור תורה, או גנאי גדול, באוירה המתירנית השוררת לצערנו בעולם סתמא דאינשי מתיחסים למצב זה בקלות ראש. ועדי קידושין שאינם מתיחסים בכובד הראש למשמעות הקידושין, לכאורה אין לסמוך עליהם כעדי קידושין. מיהו עיקר העדות בקידושין הוא לא על היתרה לבעלה, זה אינו דבר שבערוה המצריך שני עדים, לא מיבעיא לשיטת הראב"ד בהל' אישות פ"א שפנויה אינה אסורה מה"ת, אלא אפי' לדעת הרמב"ם שהיא אסורה מהתורה אולם אינו דבר שבערוה. אלא עיקר העדות בקידושין הוא על איסורה על כל העולם כמבואר בקידושין ב ע"ב דאסר לה אכו"ע כהקדש. איסור זה הוא דבר שבערוה. ור' פנ"י (קידושין סה ע"ב) שכ':

עיקר ענין קידושין היינו לאסרה אכולי עלמא כהקדש דליקו עלה באיסור וחזקת אשת איש והכא (כשהאיש והאשה

מודים ללא עדים) כיון דלענין לחייב לאחריני לא מהני הנך קידושין לפי ש(האחרים) אינן יודעין כלל מקידושין והיא בחזקת פנויה לגבי אחרינא מג"ש דדבר דבר, ממילא דלא הוו קידושין כלל אף לגבי דנפשייהו שאין קידושין לחצאין.

ומכיון שניאוף עם אשת-איש נחשב כדבר פסול בעיני רוב הבריות, עד שגם מחללי שבתות והחיים עם פנויות לא בהכרח חשודים עליו, לכן עדותם אולי כשרה. גם בשו"ת שרידי אש (ח"א סי' פח) כתב שמחלל שבת לא חשוד על איסור אשת איש.

מ"מ מכלל ספק לא יצאנו והמקדש בפני עדים מחללי שבת היא ספק מקודשת וחייבת גט. אך אפשר לצרף ספק זה כסניף להקל כי היא רק ספק מקודשת.

יא. חרם

בשו"ת יביע אומר (ח"ז אה"ע סי' יח אות ז) הוסיף סניף נוסף להיתר:

על פי מה שכתב בשו"ת פרי הארץ (ח"ג חלק אבן העזר סימן ב), שנודע לכל שיש הסכמה קדומה בחרמות ובנידויים שלא לקדש בת ישראל אלא בשעת הנישואין, וכל העובר על זה, הקידושין ההם יהיו מופקעים ועומדים, והסכמה זו בחרם ונידוי תנהוג עד יבוא מורה צדק. ע"כ. וכן כתב בשו"ת שדה הארץ חלק ג' (חלק אבן העזר סימן ג), ומקרוב נתחדשה הסכמה זו בחרם על ידי נשיאי הרבנות הראשית בדור שקדמנו זצ"ל. ובה נתבאר שגם העדים נלכדים בחרם, ולדעת כמה פוסקים הם נפסלים לעדות בזה, וכמו שכתב המהרשד"ם (חלק אבן העזר סימן כא ו-ל). ועיין בשו"ת נדיב לב (חלק אבן העזר סימן ח) שכתב, שמכח ההסכמה להפקעת הקידושין, יצאנו מחשש קידושי תורה לדעת רובא דרובא דרבוותא, ואינה צריכה גט אלא משום חומרא דרבנן, ובהצטרף עוד ספקות יש להתירה אפילו לכתחלה.

ר' קצוה"ח (סי' נב) שהביא בשם שו"ת מהרי"ט (ח"א סימן קלח ד"ה אלא שיש) שהשיג על המהרשד"ם הנ"ל ועל שו"ת מהרש"ך בתחלת ספר שלישי (סי' א ד"ה ועל) שאף הוא פסל קידושין בגלל החרם הנ"ל. לדעתם העדים נפסלו בגלל שעברו על החרם וממילא הקידושין אינם קידושין.

אלא שהמהרש"ך הוקשה בעיניו שמעשים בכל יום נעשין קידושין כאלו בפני הרבנים הקדושים אשר בארץ המה ולא אחד מהם שהורה היתר מטעם זה, לכך אמר דאפשר דטעמא דמלתא שאנו מקיימין עדותן לפי שלא נפסלו אלא מכאן ולהבא אחר שנתקדשה, אבל בשעת הקידושין כשרין היו. אלא שהקשה על עצמו מהשוחט בשבת שנפסל כבר משעה שהתחיל לשחוט כדי נטילת נשמה שאז עבר על חילול שבת, ושחיטה כשירה לא הוי עד גמר שחיטה.

והמהרי"ט השיג עליו מב"ק עג ע"א שלאביי עד זומם נפסל מיד עם עדותו כי הוא נפסל למפרע, וכן כל עד חמס.

הקצות חולק על המהרי"ט ומחלק בין עד חמס שנפסל למפרע לבין עד רשע שאינו של חמס (ואין בו נטילת ממון) שנפסל רק מכאן ולהבא. ועדי קידושין שעברו על החרם הם פסולים מדין רשע ולא מדין חמס וא"כ עדותם לא נפסלת למפרע.

ואפילו לסברת העמודי אור (סי' צט) שכל עדות חלה רק לאחר כדי דיבור אם לא חזר בו וא"כ הפסילה קדמה לחלות העדות והעדות נפסלה, אך בעדי קדושין שהם עדי קיום אינם יכולים לחזור בהם וגם

הקידושין עצמם אינם בני חזרה כי אין חזרה תוכ"ד בקידושין אין הקידושין נפסלים למפרע בגלל שהעדים עברו על החרם.

עוד העיר הרב יעקב אפשטיין שהחרם שהרה"ר החרימה על מי שהעיד בקידושין פרטיים לא ידוע. עכ"פ העדים בודאי לא ידעו על כך, וא"כ אין לפוסלם לעדות עקב כך.

ואכן לא הבאתי סברה זו אלא כסניף נוסף להתרתה של אותה אשה.

סיכום

יש לפנינו עשרה סניפים להתיר את האשה. אמנם חלק מהם לא מוסכמים על כל הפוסקים אך בכ"ז הם חזי לאיצרופי. ומצינו תקדימים דומים בספרות השו"ת שגדולי הפוסקים הסתמכו על חלק מהם להתיר קידושין כאלו ללא גט.

א. פסק השו"ע ששתיקה לאחר מתן מעות אינה מקודשת.

ב. דעת הרמ"ה שאם זרק לה טבעת ושתקה אינה מקודשת וה"ה כשהערים עליה.

ג. לא שדיך, גם הבחור מודה שהיא עדיין לא הסכימה להתחתן אתו.

ד. החזקת הטבעת על האצבע אינה הוכחה שרצתה להתקדש.

ה. יש לה אמתלא טובה – שהיתה בהלם וגם לא רצתה להסיר את הטבעת בנוכחות זרים.

ו. לדעת אחד העדים האשה הביעה התנגדות.

ז. גם העד השני לא העיד על רצון מפורש מצד האשה.

ח. ללא חופה כמקובל, מן הסתם לא התכוונה לקידושין כדת משה וישראל ויתכן שגם הוא לא ראה בכך קידושין ממש.

ט. העדים מחללי שבתות ונושא הקידושין כדת משה וישראל אינו נראה חשוב כ"כ בעיניהם.

י. חרם קדמונים על קידושין פרטיים.

מסקנה למעשה

מכל הנ"ל נלענ"ד שאין כאן קידושין. אמנם בגלל חומרת איסור אשת איש היה מקום להחמיר ולדרוש גט. אולם החתן הצהיר שלא יסכים לתת לה גט. (אמנם אין צורך להתרגש מאיומיו, כי יתכן שברגע אמת כאשר יחייבוהו לתת לה גט יסכים לתת. ובפרט אם יחשוש שמא יכפו עליו גט.) ובנ"ד יש מקום לכפות עליו גט ואין לחשוש לגט מעושה, כי מדובר רק בגט לחומרא, ועוד, משום שהוא עשה שלא כהוגן ולכן ראוי שנעשה עמו שלא כהוגן ר' ב"ב מז ע"א. ובכלל יתכן שלא יצטרכו לכפות עליו גט, כי יש אמצעים אחרים לשכנע אותו לתת גט מרצון, כגון הרחקות דר"ת. אולם הפרוצדורה המשפטית ארוכה והבחורה רוצה לפתוח דף חדש בחייה ולהקים בית בישראל, ואם אפשר להתירה בלא גט מדוע נאסור אותה לכהן ללא צורך?

ובמקרה דומה כתב בשו"ת מנחת יצחק (ח"ט סי' קסז):

> ואי"ל דלמה לא נחוש לחומרא בעלמא להצריכה גט, חדא דהאשה אינה רוצית לקבל גט רק בעד סכום רב אשר אין ביכולתו, ועיין בשו"ת מהר"י אסאד חאה"ע (סי' י"ח) שכתב דהיכי דהיא דחק ועיגון כתב הרמ"א דא"צ להחמיר בקידושין ע"א, ה"ה היכי שאין להם על הוצאות הגט והם דלים ורקים מקרי דוחק ועיגון עש"ה, ועוד הא כתב

הכנה"ג בהגהות הטור (סי' כ"ד אות כ"ג) כ"מ שאינה צריכה גט אין נותנין לה גט לרווחא דמילתא שלא לפסלה מן הכהונה ומשום פריצי הדור שלא יתנו עיניהם בבנות ישראל לענגם (משאת בנימין סי' ק"י).

ויש מקום לחזק פסיקה זו, שבמקום שאין לחשוש לקידושין אין להחמיר ולהצריך גט, כדי שלא לאוסרה לכהן שלא לצורך, וכדעת רבי ביבמות (מד ע"א): 'לא ישפוך אדם מי בורו ואחרים צריכים להם'.

סימן כט

נישואי חרש בימינו

שאלה

בדורות האחרונים פותחה שפת הסימנים שבה החרשים מתקשרים גם בינם לבין עצמם וגם עם יתר בני האדם. שפה זו מאפשרת לחרשים להתפתח ולהתקדם בכל תחומי החיים ולהשתלב בחברה בצורה מלאה.

בין היתר יש חרשים בימינו הלומדים גם לדבר. אמנם דיבורם אינו שוטף כאחד האדם, אך בכ"ז ניתן להבין את מילולם. האם דינם שונה?

לפי ההלכה נישואי חרש אינם תקפים מהתורה אלא מדרבנן. האם העובדה ששפת הסימנים בימינו מאפשרת לחרשים להגיע לרמת הבנה גבוהה ולרכוש השכלה כיתר בני האדם משנה את גדרו של החרש? האם נישואי חרש בימינו יהיו בעלי תוקף חזק יותר?

א. סוגיית הש"ס

נאמר ביבמות (קיב ע"ב):

חרש שנשא פקחת, ופקח שנשא חרשת, אם רצה להוציא – יוציא, ואם רצה לקיים – יקיים; כשם שהוא כונס ברמיזה, כך הוא מוציא ברמיזה.

גמ'. אמר רמי בר חמא: מאי שנא חרש וחרשת דתקינו להו רבנן נשואין, ומ"ש דשוטה ושוטה דלא תקינו להו רבנן נשואין? דתניא: שוטה וקטן שנשאו נשים ומתו – נשותיהן פטורות מן החליצה ומן היבום; חרש וחרשת דקיימא תקנתא דרבנן – תקינו להו רבנן נשואין, שוטה ושוטה דלא קיימא תקנתא דרבנן, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת – לא תקינו רבנן נשואין.

לפי המשנה חרש אינו יכול לשאת אשה מהתורה אלא רק מדרבנן. אמנם בדרך כלל חרש מוזכר יחד עם שוטה וקטן, אך בכל זאת חרש בר דעת יותר מקטן ולדעת ר' אלעזר (שם קיג ע"א) חרש הוא רק ספק שוטה ותרומתו לא מתירה את הטבל, אך גם לא יוצאת לחולין. הלכה כסתם משנה שחרש דינו כשוטה ותרומתו אינה תרומה כלל. וכמו"כ קדושיו תקפים רק מדרבנן.

ב. סיבת פסולו של החרש

הרע"ב בתרומות (פ"א מ"ב) הסביר את פסולו של החרש (אשר יכול לדבר):

שנולד חרש ממעי אמו, וכיון שלא שמע מעולם מה שמדברים לו א"א לו שידבר.

כלומר, כל חסרונו של החרש משום שלא יכול היה ליצור תקשורת עם סביבתו לכן לא למד ולא התפתח מבחינה שכלית. אך הוא אינו שוטה בעצם. ואם ניתן לתקשר אתו וללמדו הוא יכול להיות כאחד האדם. ואכן בימינו חרשים לומדים בבי"ס לחרשים ומסוגלים לתקשר עם בני אדם, הן בשפת הסימנים ליודעיה, והן בכתב עם כל בני האדם, לכאורה דינם שונה. ואכן ראינו חרשים בעלי רמה גבוהה (אחד המקרים הידועים הוא של הלן קלר שהיתה גם עיוורת וגם חרשת ובכ"ז הגיעה לרמה גבוהה ביותר).

ולכאורה בתורה האדם מוגדר כמי שמדבר **בדיבור מילולי** בלבד. ושפת הסימנים או כתב אינם שפות מדוברות. ראה **תרגום אונקלוס** (בראשית ב, ז) על הפסוק "לנפש חיה – ל**רוח ממללא**".

ובסנהדרין (סה ע"ב):

> רבא ברא גברא (רש"י: ברא גברא – על ידי ספר יצירה שלמדו צרוף אותיות של שם), שדריה לקמיה דרבי זירא. הוה קא משתעי בהדיה, ולא הוה קא מהדר ליה (רש"י: שלא היה בו דבור). אמר ליה: מן חבריא את (רש"י: הנבראים על ידי החברים אתה), הדר לעפריך.

מבואר אפוא שגדרו של אדם שהוא מדבר ומי שאינו מדבר אינו מוגדר כאדם לגבי חיובו בקיום מצוות.

אך אפשר לומר שהדיבור אינו סיבת גדרו המיוחד אלא סימן. כי מי שאינו מדבר אינך יודע אם הוא בר דעת או לא. וגם אם יש בו סימני דעת אולי זו דעת קלישתא. וא"כ עלינו לברר ראשית כל אם הדיבור הוא מהות או סימן. וברש"י עה"פ 'נפש חיה' כתב "**דעה ודבור**" משמע שלא רק הדיבור קובע את מהות האדם אלא גם הדעה, והדיבור אולי אינו אלא סימן.

ג. דעת הרמב"ם

הרמב"ם במילות הגיון (פרק י):

> וייקרא הדבור – הבדל לאדם, כי הוא יבדיל מין האדם ויכירהו מזולתו, וזה ה'דבור', רוצה לומר, הכוח אשר בו יצויירו המושכלות; הוא המעמיד לאמיתת האדם.

א"כ הדיבור הוא רק סימן ולא מהות וממילא מי שהסימנים מעידים על פקחותו הוא לכאורה אדם רגיל.

ובמורה הנבוכים (ח"א פ"א):

> "צלם" הוא נופל על הצורה הטבעית, ר"ל על הענין אשר בו נתעצם הדבר והיה מה שהוא, והוא אמתתו, מאשר הוא הנמצא ההוא אשר הענין ההוא באדם, הוא אשר בעבורו תהיה ההשגה האנושית. ומפני ההשגה הזאת השכלית נאמר בו, בצלם א-להים ברא אותו...
>
> וכאשר ייוחד האדם בענין שהוא זר בו מאד, הוא ההשגה השכלית אשר לא ישתמש בו חוש ולא מעשה גוף ולא יד ולא רגל, דימה אותה בהשגת הבורא אשר **אינה בכלי**...

כלומר לא הגיית השפתיים מגדירה את האדם כאדם, אלא יכולת החשיבה המופשטת שלו. זוהי "צורתו עצמית" ובה הוא נברא בצלם א-להים. וכשם שה' גם כש"דיבר" או "אמר" כביכול הוא לא ביטא זו בשפתיו חלילה, אלא רצה וחשב, כך גם האדם שנברא בצלמו. וכמו שכתב במורה הנבוכים (ח"א פרק סה):

> הדבור והאמירה מלה משותפת נופלת על הדבור בלשון, כאומרו משה ידבר,

ויאמר פרעה, ונופלת על **הענין המצוייר בשכל מבלתי שידובר בו,** אמר, ואמרתי אני **בלבי,** ודברתי **בלבי...** ויפול על הרצון, **ויאמר** להכות את דוד, כאלו אמר **ורצה** להרגו, כלומר חשב בו להרגו, הלהרגני אתה **אומר,** פירושו וענינו ה**תרצה** להרגני....

הרמב"ם מוסיף נקודה חשובה לנידוננו, שיש לדיבור תפקיד מרכזי בתקשורת הבין-אישית. רצון מופשט לא יוצר תקשורת, אלא רק דיבור מפורש.

כי לא יבין האדם בתחלת המחשבה איך יעשה הדבר אשר ירצה הרוצה לעשותו ברצון לבד, אבל אי אפשר בתחלת הדעת מבלתי שיעשה עושה הדבר אשר ירצה להמציאו או יצוה **לזולתו** לעשותו, ולזה הושאל לשם הצווי בהיות מה שרצה היותו, ואמר שהוא צוה שיהיה כך, והיה כל זה על צד הדמיון בפעולותינו, (שם).

והדברים מודגשים יותר שם בפרק מו:

וכן ההשגה הנודעת אצלנו הוא בחושים, ר"ל השמע והראות, וכן לא נדע ולא נצייר העתק הענין מנפש איש ממנו לנפש איש אחר, אלא בדבור והוא הקול אשר יחתכוהו השפה והלשון ושאר כלי הדבור.

ובעיקר שם ח"א פרק עב:

הדבר שייוחד בו האדם הוא הכח המדבר, ר"ל השכל ההיולאני, אשר זה הענין לא ימצא באחד ממיני בעלי חיים זולתו. ובאור זה כי כל איש מאישי בעלי חיים לא יצטרך בהמשכת מציאותו אל מחשבה והשתכלות והנהגה, אבל ילך ויעשה לפי טבעו... ואינו צריך כלל לאיש אחר ממינו יעזרהו ויסמכהו על עמידתו עד שיעשה לו דברים לא יעשם הוא בעצמו. אמנם האדם לבד אילו ישוער איש ממנו לבדו, נמצא שיהיה נעדר ההנהגה ושב כבהמות. והיה אובד לשעתו, ולא היה מתקיים אפי' יום אחד... ומפני זה נמצא בו זה הכח הדברי, אשר בו יחשוב ויסתכל ויעשה ויכין ויזמן במינים מן המלאכות מזוניו וכנו ולבושו...

ובכמה מקומות חוזר הרמב"ם על המשפט הידוע "האדם מדיני (=חברתי) בטבע".

(גם בהלכה מצינו דיונים על המונחים מחשבה ודיבור ר' תוס' ב"מ מג ע"ב ד"ה החושב דהיינו מדבר[1]).

כלומר הדיבור הוא הכלי שבאמצעותו נעשית העברת מסרים הגיוניים מאיש לרעהו. הדיבור הוא אפוא המחבר ויוצר חברה אנושית המסוגלת ללמוד וללמד, להעביר מידע מאחד לשני, לצבור ניסיון וכך להתקדם ולהתפתח. החרש היה בעבר מנותק מהחברה ולא ניתן היה לתקשר אתו. ולכן גם אם היה לו פוטנציאל של דעת לא ניתן היה לפתח את דעתו ולהביאה לנורמות מקובלות. אך בימינו שהצליחו ב"ה לקדם את החרשים, לפתח ולטפח את

1. **הערת עורך:** עי' מאמר 'על המחשבה ועל הדיבור' למו"ר הרצי"ה קוק בס' לנתיבות ישראל ח"ב.

כשרונותיהם הפוטנציאליים ולאפשר להם תקשורת רצופה עם יתר בני האדם, אולי יש לראותם כבני אדם רגילים.

ד. שפה אזוטרית

מיהו גם שפת הסימנים, עם כל התפתחותה המרשימה, היא שפת סתר לרוב בני האדם. רוב רובם אינם מסוגלים לתקשר עם החרש, אלא באמצעות מתורגמן המתרגם את שפת הסימנים לשפת יתר אישי החברה.

האם שפה אזוטרית שמה שפה? כגון, האם אספרנטו, שרק קומץ אינטלקטואלים משתמשים בה, נחשבת לשפה?

אולי הדבר תלוי במחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בנדרים (י ע"א):

> כינויין – ר' יוחנן אמר: לשון אומות הן, ר"ש בן לקיש אמר: לשון שבדו להם חכמים להיות נודר בו.

ריש לקיש סובר שגם שפה מלאכותית של קבוצה קטנה (שהרי גם בעם ישראל לא כולם ת"ח היודעים כל תקנות חכמים) נחשבת שפה, ור' יוחנן סובר שרק שפה טבעית של עם מוגדרת כשפה גם אם היא מעין שפת 'סלנג'.

הרמב"ם פסק כר' יוחנן (הל' נדרים פ"א הט"ז):

> יש מקומות שאנשיהם עלגים ומפסידין את הלשון ומכנין על דבר בדבר אחר הולכין שם אחר הכנוי... הולכין אחר לשון כלל העם באותו מקום ובאותו זמן.

התוספות בריש נדרים (ב ע"א ד"ה כל כנויי נדרים) הקשו:

> למ"ד לשון נכרים אמאי נקט הני לישני לימא בכל הלשונות שהם נודרים בלשונם יהא נדר? ואומר ר"י ודאי אם יהא כלשונם יהא נדר אחרי שהם מבינים והני דמתני' אפי' לא יבינו האי לשון הרי הוא נדר, ולמ"ד לשון שבדו חכמים קשה דה"נ כנויי דנזיר בדו חכמים והיכי יביא קרבן על לשון חכמים, ובנדרים לא קשה אי עבר בבל תאחר על לשון חכמים, וי"ל דהא דאמר לשון בדו לא קאמר אלא גבי נדרים אבל לא גבי נזיר.

וצ"ע בכוונתם מאי שנא נדרים מנזירות, אכן הר"ן והרשב"א שם חולקים עליהם:

> ולר"י דאמר לשון נכרים הם ודאי הנודר בהם כנודר בעיקר קרבן שהנדרים נאמרים הם בכל לשון, ואפי' לר"ל נמי דאמר שהם לשון שבדו להם חכמים הרי הם ג"כ כנדר גמור מדאורייתא, שהרי כל הלשונות אינן אלא הסכמת אומה ואומה ולא גרעה הסכמת חכמים ז"ל מהסכמתם הלכך הוו להו מדאורייתא.

מיהו בנדרים ונזירות יש צורך בהפלאת שפתיים, ומסתבר שלא ניתן לנדור או להישבע בשפת הסימנים שאינה דיבור בשפתיים. ראה שו"ת נודע ביהודה (מהדו"ק יו"ד סי' סו) שהוא תולה זאת בשאלה, האם נדר בכתב תופס או לא. ואפילו למ"ד נדר בכתב תופס, מדובר שכתב בשפה מדוברת, אך שפת הסימנים אינה מדוברת, ולכן גם אם נניח שאפשר לנדור בכתב, לר' יוחנן שהלכה כמותו, לא ניתן לנדור בשפת הסימנים. אך באשר לקביעה שחרש נחשב בר דעת י"ל שגם שפת הסימנים היא סימן לרמתו האינטלקטואלית של החרש, ורק בדבר בו צריכים מילול שפתיים, כגון תפילה וברכות, קריאת התורה ומגילה וכדו', לא יוכל החרש להוציא אחרים, גם אם כל הרואים יבינו את סימניו. בכל אלו צריך

הגיית שפתיים ומשמע אוזניים ולא לראות את הקולות בלבד.

אך באשר להגדרת החרש כאדם המתקשר עם סביבתו ומפתח את חשיבתו מסתבר שגם שפת סימנים מועילה. ובפרט שכך הוא לומד קרוא וכתוב ובאמצעות הכתב הוא יכול לתקשר עם כל בני האדם לא רק עם יודעי הסימנים.

ה. בין שפה ללשון

מסתבר שלמרות ששפת הסימנים מכונה כיום "שפה" אין ספק שהיא שונה מכל השפות המדוברות בעולם, כי אינה דבור היוצא מן השפתיים. היא אולי נקראת בלשון העם "שפה" אך אינה "לשון" (ר' מלבי"ם תהלים פרק נא: הלשון מציין הדבור הפנימי, והפה והשפה מציינים הדבור החיצוני). אמנם הכתב נחשב כדיבור לדעת הנודע ביהודה (מהדו"ק, יו"ד סי' סו) אך שפת הסימנים שונה גם מן הכתב. וז"ל הנודע ביהודה:

> ובנדון גוף הדבר אם השבועה חלה ע"י הכתב אשר לא בטא בשפתיו. בדבר זה כבר הארכתי בכמה תשובות ובמס' שבועות דף כ"ו ע"ב אמר שמואל גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו דכתיב לבטא בשפתים. ומעתה יש עלינו לדון אם הכתב מיחשב ביטוי בשפתים. ולפום רהיטא תליא באשלי רבובי הרמב"ם ורבינו תם. דהרי בעדות כתיב הגדה אם לא יגיד וכן כתיב על פי שנים וילפינן מפיהם ולא מפי כתבם, ולדעת הרמב"ם בפ"ג מהלכות עדות אין שום עדות בשטר כשר מדאורייתא וכל השטרות רק מדברי סופרים, וא"כ הכתב אינו כדיבור להרמב"ם. אמנם לרבינו תם דכל שאינו אֵלם וראוי לבילה וכו' יכול להעיד מפי כתבו, א"כ גם גבי שבועה הוי הכתב כדיבור אם אינו אֵלם. ויותר מזה בארתי בתשובות האחרות דאפילו להרמב"ם הכתיבה כדיבור אלא שמעשה הכתיבה בשעה שכותב הוא כדיבור [רק] באותו רגע ולכך גבי עדות שאפילו הגדה בפה לא מהני אם לא העיד בפני ב"ד דאל"כ הוי עד מפי עד ולכן אין השטר מהני דבשעה שבא השטר לפני ב"ד כבר חתמו ואין כאן הגדה לפני ב"ד ושעת החתימה לא היתה בפני ב"ד אבל אם העיד בפני ב"ד בכתב ידו שפיר מהני דכתיבה הגדה היא במי שאינו אלם.
>
> אומר אני בשלמא גמר בלבו ודאי לא מהני דבכל מקומות כתיב בשבועה לשון ביטוי אבל כתב ידו כיון דמקרי הגדה ודיבור וכפשטא דמימרא דרב כהנא בגיטין דף ע"א ע"א חרש שיכול לדבר מתוך הכתב ועיין שם בתוספות ד"ה אמר ר' זירא וכו'. הרי דמתוך הכתב הגדה ודבור חשיב וא"כ אם נימא דג"כ חשיב ביטוי והרי מצינו לכל אשר יבטא האדם ושם לא נזכר אשר יבטא **בשפתים** א"כ ג"כ יש לומר דביטוי ודאי בעינן ולכך גמר בלבו לא מהני אבל בשפתים הוא רק דבעינן ראוי ולאפוקי אלם אבל בפקח מהני שבועה בכתב ידו.

ויש לחלק בין כתיבה לשפת הסימנים. בכתיבה משתמשים באותן אותיות שבהם מדברים, אלא שבמקום להוציאן מן הפה מוציאים אותן בכתב. בעצם הכתב הוא אותה שפה מדוברת. משא"כ שפת הסימנים. היא שפה שונה לחלוטין. עכ"פ גם הנודע ביהודה מודה שהלכה כר' יוחנן שחרש אינו יכול לגרש בכתב.

[ראייתו של הנודע ביהודה מרב כהנא בגיטין עא ע"א צ"ע, הרי אין הלכה כמותו אלא כר' יוחנן שם בע"ב שחרש אינו יכול לגרש בכתב. אך כנראה ר"ל שלא בזה נחלקו ר"כ ור"י אם כתיבה כדיבור, אלא לכו"ע כתיבה כדיבור ובכ"ז לר"י לא יכול לגרש בכתב, כי חרש אינו בר חיובא משום שאין שפתו כשפת יתר בני האדם, ר' להלן. ור' שו"ת רעק"א סי' כט-לב בעניין ספירת העומר ושבועה בכתב. ור' שו"ע או"ח סי' מז ס"ג: 'הכותב בדברי תורה, אף על פי שאינו קורא, צריך לברך'. ובט"ז, מג"א ובי' הגר"א שם ואכמ"ל, ועי' בספרי שו"ת 'באהלה של תורה' ח"ה סי' עב בענין נדר בכתב.]

ו. האם החרש בימינו נחשב למדבר

מדברי הרע"ב במס' תרומות משמע שחסרונו של חרש הוא רק משום שלא למד, כי ללא תקשורת לא ניתן ללמוד. ולדבריו יוצא שאם הוא בכ"ז מצליח לתקשר הוא יכול ללמוד. ולפי"ז קשה מדוע פיקח שנתחרש נחשב לחרש הרי עד שנתחרש הספיק ללמוד? ובכל זאת שנינו בגיטין עא ע"ב "נתחרש הוא או נשתטה – לא יוציא עולמית". בין אם יכול ל'דבר' ברמז ובין בכתב.

וכן פסק הרמב"ם בהלכות גירושין (פ"ב הי"ז):

> מי שנשא כשהוא פקח ונתחרש ואין צריך לומר נשתטה אינו מוציא לעולם עד שיבריא, ואין סומכין על רמיזת החרש ולא על כתבו אף על פי שדעתו נכונה ומיושבת עליו, אבל אם נשא כשהוא חרש מגרש ברמיזה שאין קידושיו קידושין מן התורה כמו שביארנו וכשם שכונס ברמיזה כך מוציא ברמיזה.

וצ"ע הרי בעקרון סומכים על כתבו של אדם כגון באילם וכמש"כ הרמב"ם שם בהלכה טז:

> מי שנשתתק והרי דעתו נכונה ואמרו לו נכתוב גט לאשתך והרכין בראשו בודקין אותו שלשה פעמים בסירוגין אם אמר על לאו לאו ועל הין הין הרי אלו יכתבו ויתנו, וצריכין לבדקו יפה יפה שמא נטרפה דעתו, וכן אם כתב בידו כתבו ותנו גט לאשתי הרי אלו כותבין ונותנין לה אם היתה דעתו מיושבת עליו, שאין דין מי שנשתתק כדין החרש.

מדוע אין לסמוך על כתבו כשהיה פיקח ונתחרש?

ויתכן לומר שהחרשות מעידה על בעיה מוחית ולכן יש לחוש שנשתטה. (ר' מאמרו של הגר"י וינברג 'שנה בשנה' תשכ"ה). **מיהו דבר זה ניתן לבדיקה ע"י כתב אם הוא שוטה או בר דעת. ואולי י"ל שזו גזרת חכמים בגיטין משום חומרא דא"א שחרש לא יכול לגרש בכתב שא"כ נתת דבריך לשיעורין. אלא שלפי"ז צ"ל שזהו דין מיוחד בגיטין, אך לדברים אחרים הוא כפיקח לכל דבר. וצ"ע.**

וראה ר"ן (ס"פ ששי בגיטין ד"ה אמרו) **בשם התוס' "שאין כתיבתו מוציאה אותנו מידי ספק שטותו".**

כיו"ב כתב הפמ"ג (הקדמה הכוללת ח"ב אות ד) **כמו הר"ן:**

> וכתב הב"ח ביור"ד סי' א' דאפילו נתחרש אח"כ הוה כשוטה לכל דבריו, ועי' ש"ך שם אות כ"ב, כדמסיק בגיטין פרק מי שאחזו ובפריי שם כתבתי דהרע"ב ריש תרומות כתב הטעם ממי היה לו ללמוד והא 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 וודאי, דאף בחרש ממעי אמו אמר ר' אלעזר דספק הוא ואין הלכה כן, אבל נתחרש אח"כ י"ל ספק הוה ונפקא מינה טובא באבהע"ז סי' מ"ד קידש פקח יגרש וישא חרש וכהאי גוונא לא, וכמה נפקא מינות.

(ר' שו"ת דברי חיים אבן העזר ח"ב סימן עב מה שהק' על הסבר זה לר"ן והפרמ"ג.)

דברי הר"ן והפרמ"ג האלו יכולים לשמש מפתח להבנת סוגית החרש בימינו.

לדעתם יש להסתפק אם חרש זה (שהיה פיקח ונתחרש) הוא בר דעת או שוטה. והבדיקה ע"י כתיבה אינה יכולה לברר לנו את מצבו. למרות שהוא היה פיקח ובר דעת גמור יש חשש שחרשותו פגעה בפקחותו והכתיבה לא יכולה לברר זאת[2]. אפשר היה לומר לכאורה שהבדיקה לא מספיק יעילה. כי בסוגיה בגיטין מדובר בבדיקות של הרכנת ראש ג"פ, או כתיבה, שלפיהן אנו יודעים שאכן הוא רוצה לגרש את אשתו. בדיקות שטחיות כאלו אינן יעילות דיין. ולפי"ז היה אולי מקום לומר שחרש הכותב חידושי תורה מסובכים ומדבר בשפת הסימנים בדברים העומדים ברומו של עולם ניתן לסמוך על כך ולהכשירו כפיקח גמור.

גם בזמן חז"ל מן הסתם ניתן היה לבדוק בצורה ודאית, לפחות מי שהיה פיקח והתחרש, אם הוא כותב דברים של טעם, כמו בימי פקחותו, ומתנהג ככל אדם מן הישוב, ובכ"ז לא מצינו שהתירו למי שנתחרש שיגרש את אשתו שנשא בימי פקחותו. אין פוסק שחילק בין סוגי הכתיבה, גם הר"ן לא חילק. אלא **כל** הפקחים שנתחרשו אינם יכולים לגרש את נשותיהם. ואולי לא פלוג. מכיון שיש מקרים שלא ניתן להוכיח את פקחותו ומאחר שאשתו נשואה לו כהלכה כדת משה וישראל אין ספק מוציא מידי ודאי. לא רצו לתת את דבריהם לשיעורין וגזרו על כל מי שנתחרש שלא יוכל לגרש. כלומר זהו רק דין מספק או מדרבנן.

וצ"ע אם כל פסילתו היא רק מדרבנן, או מספק, מאי שנא פיקח שנתחרש מחרש מלידה. בחרש האחרון נחלקו ר"א וחכמים והלכה כחכמים שלחרש דין שוטה גמור **מהתורה** ואין מקום לספק כלל, לכן תרומתו אינה תרומה כלל, למרות שגם חרש מלידה יתכן שהוא פיקח, כגון שהוא כותב כאחד

2. **הערת עורך:** לכאורה יש מקום לחלק בין פיקח ונתחרש לבין חרש מלידה. האחרון לא שמע מימיו, ולכן אחד מאפיקי ההשגה האנושית חסרים לו. וכפי שכתב הרמב"ם (פה"מ סנהדרין פ"י מ"א): "דע כי כשם שלא ישיג הסומא את הצבעים, ולא ישיג החרש את הקולות... כך לא יודע בעולם הזה הגשמי תענוגי העולם הרוחני, לפי שאין אצלינו כלל עונג זולת עונג הגופות בלבד והשגת החושים... וכל שהוא חוץ מזה הרי הוא אצלינו בלתי מצוי ולא נכירהו ולא נשיגהו בעיון ראשון אלא אחרי חקירה מרובה". החילוק בין חרש שלא שמע מימיו לבין מי ששמע ונתחרש הוא מהות שלא ניתנת להשלמה או לגישור כיון שלא ישיג זאת לעולם.
אולם דוקא משום שלא חילקו ביניהם, הרי זה סימן שהפגם אינו מצד חשש בעיה שכלית, אלא מצד ההגדרה ולא מצד ספיקות או רמת I.Q.

הפקחים, מאי שנא מפיקח שנתחרש שאנו מסופקים בגדרו?

ז. גדרו של חרש

ואולי יש ליישב קושיא גדולה זו בהסבר אחר של דברי הר"ן. מש"כ הר"ן ספק שטותו אינו ר"ל שהוא ספק פיקח ספק שוטה, אלא ספק **בעצם גדרו של כל חרש**. כל חרש הוא בגדר שוטה, לא משום שהוא שוטה באמת, אלא מכיון שאינו מדבר כמונו חל עליו **גדר** שוטה. וא"כ הספק הוא במהות החרש, האם גם כשידוע לנו שהוא בר דעת הוא יצא מכלל חרש, או שמכיון שאינו מדבר כאחד האדם הוא בגדר חרש, ולכן מספק א"א להתיר את אשתו. וזהו ההבדל בין חרש מלידה לפיקח שנתחרש. רק בפיקח שנתחרש אנו מסופקים אם להגדיר אותו כרגע בגדר שוטה או לא. כי היתה לו חזקת פיקח. אך חרש גמור מלידה מעולם לא היה לו חזקת פיקח. לא משום שהוא שוטה באמת, אלא משום שמעולם הוא לא הוגדר כפיקח במונחים המקובלים בחברה האנושית.

אמנם פירוש זה דחוק בלשון הר"ן, אך כפשוטו, הר"ן מוקשה מאד. מדוע כל חרש מלידה שהוא בר דעת לא יהיה בגדר ספק כמו פיקח שנתחרש? אפשר היה לומר שבימי חז"ל סתם חרש מלידה לא היה מסוגל כלל לכתוב. כי לא למד מעולם קריאה וכתיבה. אין הוכחות לכך. ועוד, א"כ מדוע כתב הר"ן שאין כתיבתו מוציאה אותו מיד ספק שטותו, אם חרש רגיל אינו כותב וחרש זה כותב א"כ היא כן מוציאה אותו מכלל חרש. אלא עכצ"ל שכתיבה, למרות שהיא הוכחה טובה על פקחותו אינה מוציאה אותו מגדר שוטה, כי עצם חרשותו נותנת לו דין שוטה למרות שהוא פיקח. וצ"ל בדעת הר"ן שפיקח שנתחרש מכיון שהיה בר דעת עד עתה, ורק עתה יצא מכלל המקובל בין בני האדם, לכן הוא בגדר ספק, כלומר, האם הוא נכלל בכלל החרשים, ויש לו גדר שוטה או מכיון שהיה פיקח עד עתה ונשאר בר דעת שמא נשאר בכלל בני האדם הרגילים. ומכיון שאשתו היא בחזקת א"א גמורה א"א להוציאה בגט. אך חרש מלידה מלכתחילה לא היה בכלל בני האדם הרגילים.

אמנם פירוש זה דחוק קצת בלשון הר"ן אך מסתבר שזו כוונתו.

פוסקים רבים קבעו שחרש שלימדוהו לדבר והוא מצליח להוציא הגהים מפיו דינו כפיקח. ר' שו"ת דברי חיים (מצאנז, אה"ע ח"ב סי' עב) שאם מדבר בשפת עלגים הוא נחשב כמדבר. וכ"כ הגרשז"א במנחת שלמה (ר' להלן) והגר"י וינברג ב'שנה בשנה' (שם) הביא עוד פוסקים שקבעו כן. אך חרש אילם גמור שאינו מדבר מילולית אלא בשפת הסימנים בלבד אין דיבורו כפיקח רגיל. משמע שהדיבור המילולי הוא הקובע את מעמדו ההלכתי של החרש.

ח. בין טבעי למלאכותי

והדברים טעונים עדיין הסבר.

לפמש"כ לעיל שהאדם נחשב מדבר, לא בגלל שהדיבור הוא מהות אלא רק סימן, מדוע שפת סימנים וכתב ברמה גבוהה לא יוכיחו שהוא נחשב 'מדבר'? ומדוע הוצאנו אותו מכלל ה'מדברים'? הרי לא הדיבור קובע את גדר האדם, אלא התבונה?

אמנם אפשר לומר שקצב התגובות בכתב אינו כמו בדבור שוטף. וכן בשפת הסימנים הקצב איטי יותר וא"כ אין הוכחה מוחלטת שהבנתו דומה ממש להבנתנו. אולם דוחק לומר כן. יש בני אדם קשיי

תפיסה ודיבור הרבה יותר מחרשים ובכ"ז דינם ככל יתר בני האדם.

וצ"ל שאמנם אין ספק שהוא בר דעת, אך בכ"ז הוא שונה מכל בני האדם. כל בני האדם מתקשרים זה עם זה בדיבורם המילולי ואילו החרש אינו מתקשר כמונו. לכן לא חל עליו שם "מדבר" רגיל. כלומר, "דיבורו" אינו טבעי אלא מלאכותי. הפסול הוא פורמאלי. כי ההלכה מגדירה את גדריה רק לפי הנורמות הטבעיות המקובלות. וכל מה שאינו טבעי אינו נכלל במסגרת ההגדרות ההלכתיות.

דוגמאות לך רבות מאד בהלכה, אך ניקח רק דוגמאות מספר בהקשר לענייננו. מי שאינו שומע אלא ע"י מכשיר שמיעה אינו נחשב כשומע בצורה טבעית. רמקול אינו דיבור טבעי, למרות שהוא דומה לו מאד. יש הסבורים שגם חרש ששתלו בו שתל קוכלארי, שבאמצעותו הוא שומע, דינו עדיין כחרש, כי זו שמיעה מלאכותית. החולקים על כך מודים לעקרון האמור אלא שהם סבורים שמכיון שהשתל הוחדר לתוך הגוף ואינו ניכר לעין הטבעית, ומשמש כתחליף לפעולת האוזן הטבעית דינו כאוזן טבעית (ר' בתחומין כד מאמרו של ד"ר ישראל ברמה ושם כרך ל ולא). שפה מלאכותית שאינה באמצעות דיבור השפתיים אינה דיבור טבעי. למרות שהיא שפה חשובה, המאפיינת את כל הגדרים המקובלים של שפה, אך אינה דיבור מילולי. (היא אולי "שפה" כמי שמבטאת בצורה מוחשית מושגים מחשבתיים, אולם אינה "לשון" שהיא המשמעות של ביטוי השפתיים דווקא, כפי שפירש המלבי"ם).

כלל גדול קבעו חכמים בראש השנה (יג ע"א):

כל מדות חכמים כן הוא, בארבעים סאה הוא טובל, בארבעים סאה חסר קורטוב – אינו יכול לטבול בהן. כביצה מטמא טומאת אוכלין, כביצה חסר שומשום – אינו מטמא טומאת אוכלין. שלשה על שלשה מטמא מדרס, שלשה על שלשה חסר נימא אחת – אינו מטמא מדרס.

ט. החרש הוא אדם

הגרשז"א חידש שחרש חייב לפחות במצוות כב"נ. ר' שו"ת מנחת שלמה (ח"א סי' לד):

בנוגע לאיש שמדבר ואינו שומע כמדומני שאך למותר הוא להאריך בזה כי להלכה נקטינן ודאי שאפי' אם אינו שומע כלום מ"מ אם הוא בר דעת הרי הוא כפיקח לכל דבר פרט לאותם הדברים שצריך האדם להשמיע לאוזניו (ראה שד"ח מערכת ח כלל לא),

אולם בחרש שאינו שומע ואינו מדבר ואעפ"י כן הוא יודע בטיב משא ומתן והוא מבין ומכיר בכל הדברים וגם יודע בעניני מצוות מה מותר ומה אסור, חשבתי לכאורה שלענין בני נח כיון שהוא בר דעת שפיר חייב בכל הז' מצוות וגם נהרג עליהם, דאף שפסק הרמב"ם בפ"י ממלכים ה"ב לענין בני נח "ולעולם אין עונשין מהם לא קטן ולא חרש ולא שוטה לפי שאינן בני מצוות" מ"מ נראה כיון שעיקר הטעם דחרש ושוטה פטורין ממצוות הוא רק מפני שאין להם דעת והרי הם כאנוסים וכמו"ש רש"י במס' שבועות דף מ"ב ע"א ומפני "שהחרש והשוטה כקטנים הם בלא דעת" ואילו בנוגע לקטן ממש מבואר בחת"ס חיו"ד סי' שי"ז דכיון שהרמב"ם עצמו פסק שם בפ"ט ה"ט

"שלא ניתנו השיעורים אלא לישראל בלבד" ולא לבני נח לכן צריכים לומר דדוקא בישראל יש שיעור של י"ג שנה ושתי שערות לענין גדלות משא"כ בבן נח רק בודקין אותו ואם שכלו שלם כראוי דינו כגדול.

[בהמשך דבריו כותב הגרש"ז בשם הדברי חיים (אויערבאך, נזקי ממון סי' יא, תשובה לבן המחבר בעל ס' אמרי בינה) **שישראל קטן חייב בשבע מצוות ב"נ כי כל ההבדל בינינו לבינם בגדר קטן הוא השיעור. שהרי לב"נ אין שיעורין. ובמצוות ב"נ גם אנו חייבים כמותם. לכן גם אצלנו אין שיעור גדלות למצוות אלו. כדבריו מצינו גם בחלקת יואב** (או"ח סי א) **ובאור שמח** (הל' איסורי ביאה פ"ג ה"ב). ולהלן נדון בחקירה, האם הרובד של דיני ב"נ מחייב גם אותנו, אלא שהתורה הוסיפה עליהם רובד נוסף של תרי"ג מצוות, או שגם בדיני ב"נ דיננו שונה, וחיובם אצלנו הוא מדיני ישראל המיוחדים ולא מדיני ב"נ.]

אמנם בהמשך דבריו שם הוא חוזר בו וסובר שאולי גם בדיני ב"נ אינו נחשב כבן דעת. אך לענ"ד נראה שאם נשאל גוי בימינו, מה דעתו על חרש הלומד בבי"ס לחרשים, הוא יענה שלדעתו הוא אדם רגיל, אלא שאינו יכול לדבר בשפתנו. ובמק"א הארכנו בדוגמאות רבות שהגדרותיהם של ב"נ שונות מהגדרותינו. אצלנו ההלכה קובעת, בעוד שאצלם השכל האנושי קובע (ר' באהלה של תורה ח"ד סי' כד בעניין כלאיים לב"נ). **ובעצם אחד ממקורי הסמכות לחיובם של ב"נ במצוותיהם הוא השכל האנושי כמבואר במכות** (ט ע"ב) "מכאן שבן נח נהרג, שהיה לו ללמוד ולא למד". **וכן פסק הרמב"ם** (הל' מלכים פ"י ה"א):

אבל אם ידע שהוא אשת חבירו ולא ידע שהיא אסורה עליו, אלא עלה על לבו שדבר זה מותר לו, וכן אם הרג והוא לא ידע שאסור להרוג, הרי זה קרוב למזיד ונהרג, ולא תחשב זו להם שגגה מפני שהיה לו ללמוד ולא למד.

(ר' "אמרות מלך" לגר"א אבידן על הל' מלכים שם אות ד שציין לכלי חמדה נשוא אות יג, ולשו"ת אבני נזר או"ח סי' שמה, ד-ה. ור' עמוד הימיני למו"ר הגר"ש ישראלי סי' טז פ"ב).

[עקב כך מסתבר שהגירסא הנכונה ברמב"ם הל' מלכים פ"ח הי"א היא "אם עשאן מפני הכרע הדעת אין זה גר תושב ואינו מחסידי אומות העולם **אלא** מחכמיהם"[3] (ולא כמו שנדפס "ולא" מחכמיהם)].

י. החרש הוא אדם מישראל

ולענ"ד נראה שמסתבר לומר שחרש לדידן הוא לא פחות מסומא לר' יהודה, שאף הוא פטור מכל המצוות, ובכ"ז כתבו התוס' **בב"ק** (פז ע"א ד"ה וכן היה ר' יהודה פוטרו מכל המצות [האמורות] בתורה):

ונראה דאף ע"ג דפטר ר' יהודה סומא

3. **הערת עורך:** בחידושי בן אריה על הלכות מלכים (פ"ח הי"א) העיר: "ואינו מחסידי אומות העולם ולא מחכמיהם. נ"ב צ"ל אומות העולם אלא מחכמיהם כצ"ל כן הגיה הגאון ר' זלמן ז"ל (=אחי הגר"ח מוולוז'ין) הובא בספר תולדות אדם והביא שם סמך לזה ממדרש ע"ש. וכן העתיק מהר"ם אלשקר סי' קי"ז ע"ש ב' פעמים באותה תשובה [בד"ה אמר הכותב כבר פירש לנו רבינו כו' ובד"ה אמר הכותב כמה פעמים כו' וע"ע מגילה ט"ז א' כל האומר דבר חכמה אפי' באומות נקרא חכם ע"ש]".

מכל המצות מ"מ מדרבנן חייב דאע"ג דאשה מיפטרא במצות עשה שהזמן גרמא ולא מחייבינן אפילו מדרבנן משום שיש מצות הרבה דמחייבת בהו אבל סומא אי פטרת ליה מכל המצות אפילו מדרבנן א"כ ה"ל כמו נכרי שאין נוהג בתורת ישראל כלל.

הנחת היסוד של התוס' היא שלא יתכן שיהיה אדם מישראל שאין לו זיקה תורנית כל שהיא, לפחות מדרבנן.

אולם על כך שואל הטורי אבן (מגילה כד ע"א) איך אפשר לחייבו במצוות מדרבנן אם הוא פטור בעצם **מכל** מצוות התורה, כולל המצוה לשמוע בקול חכמים? מה הסמכות לחייבו במצוות דרבנן? והוא משיב שסומא פטור לדעת ר' יהודה רק ממצוות עשה, אך במצוות ל"ת הוא חייב, וביניהן גם במצוות "לא תסור" וממילא רבנן יכולים לחייבו במצוות.

במק"א (באהלה של תורה ח"ה סי ג) הסברנו באופן אחר, שיש חיוב מצוות גם לא פורמאלי. האבות קיימו מצוות עוד לפני מ"ת, כי כליותיהם יעצו להם לחוש מחויבות לתורה עוד בטרם ניתנה, כגון תפילה. אמנם לא כל אחד ראוי להיחשב בדרגתם הרוחנית של האבות שכליותיהם יעצו להם לקיים תורה ומצוות. אך רשאי אדם לומר מתי יגיעו מעשי למעשי אבותי, וכמו שהאבות ראו את עצמם מחויבים במצוות לפני מ"ת, למרות שלא התחייבו, כך גם סומא לדעת ר' יהודה. סו"ס הרי בן אברהם יצחק ויעקב הוא ורגליו עמדו על הר סיני. לא יתכן שהוא לא יחוש מחויבות כלשהי לתורה, לא רק כסתם אדם לתורת בני נח, אלא גם כאדם מישראל לתרי"ג המצוות. ומכאן חיובו במצוות מדרבנן. זהו לא רק חיוב מכוח גזרה דרבנן. זהו חיוב עצמי על סמך הוראתם של רבנן.

חרש אינו גרוע מסומא דר"י. הוא מכיר את עצמו כיהודי לכל דבר ורק בגלל הפגם הטכני גדרו שונה מבחינה פורמאלית, אך באמת הוא יהודי כשר שעמד כמונו בהר סיני וקיבל את התורה כמונו (וגם אם לא שמע הרי נאמר "רואים את הקולות" וגם אם לא יכול היה לומר "נשמע", קיבל עליו עם כל הקהל "נעשה") הוא אמנם שונה, אולם רק מבחינתנו, בגלל שאינו מתקשר כמונו, אך מבחינתו שלו הוא יכול לראות את עצמו כבר חיובא.

[ומצינו חיובים עצמיים ללא חיוב מפורש מה"ת בכ"ד, הבאנו לעיל את הרמב"ם בסוף פ"ח מהל' מלכים וכמו"כ ראה חזקוני בראשית ז, כא ורמב"ן שם ויג ובית האוצר להגר"י אנגל מערכת א' קלא, ואבני מילואים סי' א ס"ק ב, ובחי' סוגיות להגרמ"מ מלובאביץ' נשא תשע"ג.]

יא. קידושי חרש ברמיזה

אמנם חרש אינו בר קידושין כדת משה וישראל, אך גם הוא אסור בפנויה ובעריות, כי בלאוין הוא חייב לדעת הטו"א. וגם מדיני ב"נ הוא יכול לשאת אשה וקונה אותה בביאה לא פחות מכל אשת ב"נ. (ואכן שיטת הירושלמי יבמות פ' חרש הל' א שביאה שונה מכסף ושטר וגם חרש יכול לקדש בביאה מה"ת אך לא בכסף ושטר. אלא שאין הלכה כמותו ר' דברי חיים אה"ע ח"ב סי' עב מ"מ יש מעשה קידושין מסויים בביאת חרש).

וידועה דעת הרוגאצ'ובי (בשו"ת צפנת-פענח ח"א, דווינסק ת"ש סי' א-ד; דפוס וורשא סי' כו-כז) שגם בישראל יש רובד של אישות המשותף לנו ולבני נח. עד כדי כך

שחייב משום כך גט מנישואין אזרחיים. אמנם הפוסקים לא קיבלו את מסקנתו זו ובשעת הדחק שאי אפשר להוציא גט פוטרים את האשה גם ללא גט (ר׳ דבר אברהם ח״ג סי׳ כט, ותחומין כז מאמר הרב שלמה דייכובסקי).

אך לעצם הסברה שיש רובד משותף מסוים לאישות שלנו ושלהם יש סימוכין (ובמק״א הארכנו) אך למרות זאת תוקפם של קידושי חרש הם רק מדרבנן.

יש בעיה מסוימת באשר לברכת האירוסין. אמנם נוסח הברכה הוא ״מקדש עמו ישראל בחופה וקידושין״ והחרש הרי אינו מחויב כישראל מהתורה, אלא לכל היותר כבן נח. אך נוסח הברכה כולל גם איסורי עריות מהתורה ואיסור ארוסות מדרבנן, והחרש חייב בכל אלו. מיהו כל זה רק לדעת הרא״ש, שברכת האירוסין היא ברכת השבח (ר׳ רא״ש כתובות פ״א סי׳ יב) לכן יש מקום לברך ברכה זו, גם אם לא מדובר בקידושי תורה כדת משה וישראל, בכ״ז מדובר בישראל שחייב במצוות לפחות מדרבנן וקי״ל שמברכים 'וציונו' גם על חיובי דרבנן, כגון נר חנוכה, מגילה, לולב כל שבעה וכהנה רבות. וסומא לר״י מברך 'וציונו' כמו שכתבו התוס׳ בכ״ד.

יתירה מזאת, כאמור, החרש קדוש בקדושת עמו ישראל, מחללים עליו את השבת כאשר מצבו פיקו״נ ואותו עצמו חייב אביו למולו ולפדותו בפדיון הבן, וכן החרש מעביר את קדושתו לבנו, ואפילו האב הכהן חרש – בנו ג״כ כהן, ולכן הוא רואה עצמו כמחוייב במצוות וא״כ לא מיבעיא לשיטת ר״ת שאשה יכולה לברך וציונו על מ״ע שהז״ג, למרות שהיא פטורה, אלא גם לשיטת הרמב״ם, שאשה אינה יכולה לברך וציונו, כי אינה מצווה, בחרש יודה שיכול לברך. כי בעצם הוא בר דעת ורק בגלל שאינו מדבר דינו שונה, וכאמור הוא רואה את עצמו מחוייב ככל אדם מישראל א״כ הברכה אינה לבטלה.

[ויש לדמות זאת בדרך דמיון רחוק לשויא אנפשיה חתיכא דאיסורא. הוא יודע את האמת ולכן לדידו הדבר אסור מה״ת. ורק אנו שדנים עפ״י ראיית עינינו דנים אותו כמי שמותר. עבורו קובעת האמת הפנימית שלו כמש״כ הפנ״י בכתובות כב ע״א. גם חרש זה המקבל על עצמו תורה ומצוות ומחייב את עצמו בהן, כלפי עצמו הוא בר חיובא. כאמור, זהו רק ע״ד דמיון רחוק.]

וגם משום כבוד הבריות שלא ינהגו בחופתו בצורה שונה מיתר החתנים יש לברך את הברכה הרגילה. אמנם שיקול זה נכון רק למ״ד שברכה לבטלה אסורה רק מדרבנן, אך לשיטת הרמב״ם שהיא אסורה מהתורה אין היתר לעבור עבירה בקו״ע משום כבוד הבריות. אך כאמור, מכיון שרבנן תקנו לו קידושין יש לברך עליהם.

אולם לשיטת הרמב״ם פ״ג מהל׳ אישות שברכה זו היא ברכת המצוות, ולכן יש לברכה עובר לעשייתן, החרש עצמו הרי לא יכול לברך וממילא גם הרב המקדש לא יכול לברך ע״מ להוציאו י״ח. כי הרב מוציא את החתן מדין שומע כעונה ואילו כאן החתן אינו שומע. וגם אילו היה שומע כיון שאינו יכול לדבר אינו בר חיוב בברכה ואין מה להוציאו יד״ח. וברכת הרב היא לכאורה לבטלה.

ואכן הנודע ביהודה (מה״ת אה״ע סי׳ א) הסתפק אם בקדושי חרש יש מקום לברך את ברכת האירוסין. אך הגרעק״א בהערותיו לשו״ע (יו״ד סי׳ א על ט״ז ס״ק יז) כתב שיש לברך כמו שמברכים לכל חתן. הוא פוסק כנראה שזו ברכת השבח, ומה שכתב באה״ע

סי׳ לד שלפי הנודע ביהודה אין לברך הוא תמוה שהרי הנודע ביהודה רק הסתפק. וי״ל שלמעשה אין לברך מספק לדעת הנודע ביהודה. ויתכן שהגרעק״א באה״ע בא רק לציין לתשובת הנודע ביהודה אך אין הכרח שמסכים עמה (ר׳ אוצר הפוסקים סי׳ לד ס״ק א).

ויש לחלק בין ימי הנודע ביהודה לימינו. בימי הנודע ביהודה רוב רובם של החרשים עדיין לא למדו ונחשבו כשוטים גמורים. וגם אם היה חרש בר דעת הוא היה חריג ולא הרגיש את עצמו פגוע מזה שחופתו שונה. אך בימינו, שהחרשים לומדים ונחשבים בעיני הבריות כבני דעת, קשה לקדש אותם ללא ברכה. הדבר פוגע בהם, שדוקא בנושא כה חשוב של הקמת משפחה דינם שונה. ולכן משום כבוד הבריות יש מקום לברך. אלא שדוקא הרמב״ם הסובר שברכת האירוסין היא ברכת המצוות הוא גם שסובר שברכה לבטלה היא איסור תורה משום לא תשא, ואסור לעבור על איסור תורה בקום ועשה משום כבוד הבריות.

והנה מי ששלח שליח לקדש אשה השליח מברך. וא״כ אפשר לבקש מהחרש שימנה את הרב לתת את הטבעת לאשה ומכיון שהרב הוא שיעשה את מעשה הקידושין כשליחו של החרש הוא יוכל גם לברך. (אלא שבדרך כלל הרב אומר לחתן לומר אחריו מילה במילה את הנוסח של ״הרי את מקודשת לי״ ואילו כאן יצטרך הרב לומר נוסח שונה ״הרי את מקודשת לו״. אך מכיון שבלא״ה אין אמירה מפורשת של החתן, אלא הכל נעשה בשפת הסימנים, על הרב להסביר לחתן שיבאר לכלה בשפתו את משמעות המעשה, והרב באמת יאמר הרי את מקודשת לו. והציבור לא יבין שמדובר בשליחות).

החרש ימנה את הרב כשליח בשפת הסימנים או בכתב. כי מינוי שליח אינו צריך להיות בפה דווקא. ניתן למנות שליח לגט בכתב. ולמ״ד זכיה מטעם שליחות המינוי נעשה ללא ידיעת המשלח, אלא די בכך שניחא לו שיזכו עבורו. ושפת הסימנים מכילה את המונחים שליחות ונישואין ומדובר בחרש שיודע לפחות קצת תורה ומבין שהכוונה לשליחות לקידושין כדת משה וישראל

אמנם מצוה בו יותר מבשלוחו ובפרט כאן כאשר החתן עצמו עומד ליד הכלה, ולא הוא מוסר את הטבעת לכלה אלא הרב, אך כדי להרויח את הברכה וגם למנוע הלבנת פנים עדיף שהרב ימסור את הטבעת בשם החרש והוא גם יברך. (ויש להוסיף על דרך פלפול, מכיון שברכה שווה עשרה זהובים כמבואר בחולין פז ע״א נמצא שכשהרב מברך הוא כאילו מרויח עשרה זהובים ודינו כשליח בשכר ומעמדו כפועל ולא כשליח רגיל – ראה ב״מ י ע״ב – וידו כיד המשלח. ובמקרה כזה אולי לא אמרינן מצוה בו יותר מבשלוחו).

ואילה״ק איך יתכן שהמשלח לא היה מברך ואילו שלוחו כן יברך? השליח לא מברך כדי להוציא את המשלח, שהרי שליח מברך גם אם נמצא רחוק מהמשלח, אלא מכיון שלמעשה הוא זה שמקיים את המצוה והוא יכול לברך הוא מברך על מצותו **שלו** ולא של המשלח. וגם אם היה החתן אילם בר דעת היה השליח יכול לברך כמבואר ביו״ד סי׳ א סז.

יש עוד פתרון לבעיה שהרב המקדש יהיה מיוצאי אשכנז ולדעת הפוסקים האשכנזים אין איסור תורה בברכה לבטלה אלא רק

איסור דרבנן ומשום כבוד הבריות מותר לעבור על איסור דרבנן. ועוד, האשכנזים פוסקים כדעת הרא"ש והראב"ד שברכת האירוסין היא ברכת השבח וא"כ הם יכולים לברך בשופי.

ולמעשה כתבו הפוסקים (החלקת מחוקק והבית שמואל בסי' לד) שבדיעבד אם לא ברכו לפני האירוסין יכולים לברך אחר האירוסין. ודוחק לומר משום שהמצוה נמשכת, כמו בציצית ותפילין שאפשר לברך גם אח"כ. כי שם באמת כל רגע ורגע הוא ממשיך לקיים את המצוה, אך באירוסין המצוה נגמרה עם מעשה האירוסין. ועכצ"ל שאנו פוסקים כדעת הרא"ש שזו ברכת השבח, ורק לכתחילה אנו מברכים עובר לעשייתן כדי לצאת גם ידי חובת דעת הרמב"ם. ומכיון שנישואי חרש הם שעת הדחק כדיעבד דמי ויש לברך כברכת השבח.

ועוד, פוק חזי מאי עמא דבר. חתנים רבים לא יודעים מהי משמעות הברכה ולא מכוונים לצאת, וגם אם אומרים להם לכוון לצאת, דעתם לא נתונה לכך ויש גם ביניהם כאלו שלדאבוננו אינם מאמינים כלל והברכה לא אומרת להם דבר. ובכ"ז מברכים את ברכת האירוסין לכל החתנים בעולם. וע"כ משום שלמעשה אנו נוהגים שזו ברכת השבח. חרשי דעת ואטומי לב חמורים יותר מחרשי אוזן, ולא ייגרע החרש מכל יתר החתנים.

ובאשר לשבע הברכות כיון שתקנו לו נישואין מדרבנן יש לברכן כמו לכל חתן מישראל, והן ברכות השבח.

יב. קידושי חרש בכתב וברמיזה

שנינו ביבמות (קיב ע"ב):

> חרש שנשא פקחת, ופקח שנשא חרשת, אם רצה להוציא – יוציא, ואם רצה לקיים – יקיים; כשם שהוא כונס ברמיזה, כך הוא מוציא ברמיזה.

ומסתבר ששפת הסימנים המוכרת לחרשים היא לא פחות מרומז ונרמז. ויש צורך שגם העדים יבינו לפחות את הסימנים הרלבנטיים לקידושין.

השאלה היא, האם יכול גם לכתוב את המלים "הרי את..." בכתב בנוכחות העדים ולמסור לה עם הטבעת?

לדעת הב"ח הדבר אפשרי, ואדרבה כתב עדיף. אך הט"ז חולק עליו זו לשונו בסי' קכא ס"ק י:

> וכתב מו"ח ז"ל דבחרש מעיקרא דאמרינן דמוציא ברמיזה כל שכן כתב יד דמהני דאיכא הוכחה שמבין בטוב יותר מהרכנה כדכתבו התוס' ריש דף ע"א בד"ה א"ר יוסף עכ"ל.
>
> ולא דק בהוראה זאת... רק לדעת רב כהנא יכול לגרש מתוך כתב ידו ורב יוסף נמי ס"ל כן, אבל לפי המסקנא בדף ע"ב דאמרינן עד שישמעו קולו שיאמר לסופר וכו' ואמרינן דהך קולו לאפוקי מדרב כהנא דאמר יכול לגרש מתוך כתב ידו, ובכ"ז הרכנה מהני אפילו למסקנא. וטעמא דהרכנה היא ע"י גופו ואמרינן בירושלמי היא השמעת קול היא הרכנה... הרכנה עדיפא מכתב ידו.

לדעת הט"ז שפת הסימנים עדיפה מכתיבה, כי היא מעשה בגופו ודומה לקולו. ולענ"ד יש לחלק בין מי שמינה סופר בכתב ידו שלא בפניו, שהסופר המקבל את כתב היד רואה רק את כתב היד ולא את מעשה הכתיבה, אין כאן מינוי מפורש (ראה רמב"ן סוף פרק האומר), כת"י זה נחשב פחות מהרכנה. אך כשהחרש ממנה את הסופר בכתב ידו לעיניו זהו מעשה בגופו של

הכותב ממש, לא פחות מהרכנה, אם לא יותר, וכמש"כ הנודע ביהודה שכתיבה כזו כדיבור דמי. וא"כ אם החתן החרש יכתוב מתחת לחופה לעיני העדים את המילים "הרי את מקודשת לי..." מסתבר שזה עדיף משפת הסימנים.

ועוד, בגט יש צורך באמירה דוקא של הבעל לסופר (ראה חלקת יואב אה"ע סי' ל שהסביר זאת באריכות), משא"כ בקידושין אין צורך באמירה, אלא די בכך שכולנו מבינים לשם מה ניתנה הטבעת וכמו שמצינו בהיו עסוקים באותו עניין ואפי' מעניין לעניין באותו עניין (קידושין ו ע"א). אמנם יש לדחות ששם היתה אמירה לפני כן (וראה ר"ן שם וצ"ע מהי מסקנת דבריו).

אך מכיון שהט"ז סתם ולא חילק וגם יותר קל וקצר לדבר בשפת הסימנים מאשר לכתוב ולכן די בשפת הסימנים[4]. אלא שיש צורך שהעדים ישבו לפני כן עם החתן והמתורגמן וילמדו לזהות את משמעות הרמזים השייכים לנושא הקידושין.

יג. הכתובה

ביבמות קיג ע"א:

> תניא: חרש ושוטה שנשאו פקחות, אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה – אין להם עליהם כלום,

ופירש"י (ד"ה אין להן עליהם כלום):

> דאין להם דעת ואין תנאו הראשון תנאי ואף על גב דתקון רבנן נשואין לחרש לא תקינו לה רבנן כתובה מיניה כדמפרש לקמן יותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא.

והריטב"א שם הוסיף:

> ומסתברא דשוטה וחרש וקטן אעפ"י שכתבו אין מעשיהם כלום כשם שאין מעשיהם כלום בחוב ומשא ומתן דעלמא, וסתמא קתני לעיל שאין עליהם כלום ואעפ"י שכתבו להם... הילכך אין לנו אלא כשכתבו ב"ד קיום כתובה בשביל חרש דתקון ליה רבנן נשואין, אבל כתובת חרש אינה כלום.

ואכן הנוהג הוא לכתוב לחרש כתובה מיוחדת ע"י בי"ד, שהם כאפוטרופוס של החרש, מחייבים אותו לפרוע את חובותיו לאשתו.

וראה רש"י ביבמות שפי' שחרש אין לו כתובה משום שאינו בר דעת. והריטב"א הוסיף שגם אם החרש כתב מעצמו כתובה אין לה ערך כי אינו בר דעת. וכתבו התוס' שם שדוקא במטלטלי תנן בהניזקין (גיטין דף נט ע"א) חרש רומז ונרמז, אבל במקרקעי לא, ורק אפוטרופוס יכול לשעבד קרקעות בכתובה, אך החרש עצמו אינו בר דעת לעשות כן.

ונלענ"ד שכל זאת אמור רק בחרש של ימיהם שלא היה בר דעת, כי לא למד לתקשר בשום צורה שהיא. אך חרש בימינו, שלמד לתקשר, הוא בר דעת לעניין זה ויכול לכתוב כתובה ככל אדם. אמנם גם בימינו גדרו נשאר כשל חרש כמש"כ, משום שאינו מדבר כמונו. אך לעניין מו"מ הוא בר דעת

4. **הערת עורך:** כדאי שהרבנות תכשיר שני מתורגמנים שיהיו עדים כשרים לחתונה מיוחדת כזו, כיון שהעדים הרגילים הרי לא מבינים מאומה, ולכן עדותם מאומדנא בלבד. וכן ראוי שיכשירו כמה רבנים לסידור חו"ק לחרשים אלמים שיהיו מצויים בכל פרטי הלכותיהם המיוחדות.

ולא גרע מבן נח שיכול לכתוב כתובה לאשתו. וראה רש"י (בראשית כה, ו) ד"ה הפילגשים:

> נשים בכתובה, פילגשים בלא כתובה, כדאמרינן בסנהדרין (כא, א) בנשים ופילגשים דדוד.

מבואר בדבריו שיש לנשות ב"נ כתובה. והרמב"ן העיר עליו:

> ואין הדבר כן, כי לא תקרא פילגש אלא כשהיא בלא קדושין, כי הכתובה מדברי סופרים, והגירסא בסנהדרין פילגש בלא כתובה וקדושין. אבל אפשר שגם בני נח כאשר ישאו להם נשים כמשפטן בבעילה היו נוהגים לכתוב להן מֹהר ומתן, ואשר רצונה שתהיה להם פילגש וישלח אותה כאשר ירצה ולא יהיו בניה בנוחלים את שלו, לא היה כותב לה כלום.

לדעתו, אמנם כתובה מדרבנן אך בכ"ז הנוהג היה שגם ב"נ כותבים כתובה. ויתכן שגם רש"י מודה לרמב"ן שבב"נ לא היה חיוב כתובה מעיקר הדין, אלא היה זה רק נוהג מקובל.

ולפי"ז חרש בימינו הכותב כתובה לא יוכל לכתוב לפי נוסח אשכנז שכותבים בכתובה "דחזי ליכי **מדאורייתא**" כי היא אינה אשתו מהתורה. אך יכול לכתוב כתובה בנוסח ספרד, או בנוסח של כתובה של אלמנה וגרושה שבה אין כותבין "דחזי ליכי מדאורייתא" ואע"פ שאמרנו לעיל שיש לו מהתורה נישואין של ב"נ, אך כאמור בנישואי ב"נ אין **חיוב** כתובה מהתורה, לכן יש להשמיט פסקה זו.

ואדרבה, עדיף לכתוב כתובה רגילה ולא כתובת מעשה בי"ד, כי התחייבות אישית של החרש עדיפה ממעשה בי"ד. ועוד, משום כבוד הבריות שהחרש לא ייפגע מכך שמתיחסים אליו כאל שוטה וקטן. דיינו בכך שגדרו שונה לעניין עצם הנישואין, אך הכתובה שהיא חיוב ממוני אם אפשר לכותבה ככל הכתובות – עדיף.

נספח / גיורו של חרש

כאמור לעיל, בדיני ב"נ חרש הוא בר דעת לכל דבר ועניין. כשהוא בא להתגייר הוא עדיין ב"נ. נמצא שבכל תהליך הגיור, כולל קבלת המצוות והמילה דינו עדיין כב"נ. רק עם הטבילה הוא נכנס לכלל ישראל. ומצינו בכמה הלכות שכל עוד לא נגמר גיורו מתיחסים אליו עפ"י הלכות ב"נ, כגון בכתובות יא ע"א גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין וכשיגדל יוכל למחות. מתי הוא יכול למחות? לפני בר מצוה הוא קטן עדיין ומחאתו אינה מחאה. אחרי בר מצוה הוא כבר בן ישראל גדול ואינו יכול עוד למחות. אא"כ נאמר שבמשך כל תהליך התבגרותו הוא נהג כגוי ובכך מחה על גיורו.

אך התוס' רי"ד אומר שהוא יכול למחות "בין הזמנים" בין שיעור בגרותו לפי דיני ב"נ לבין שיעור בגרותו לפי דיני ישראל:

> ודוקא שלא הגיעו לכלל שתי שערות, אבל אם הגדילו ולא מיחו שוב אין יכולין למחות, ואם מיחו הרי הם כישראל משומד וקידושיו קידושין. והגדילו דרב יוסף לאו דוקא שבאו לכלל עונשין אלא שבאו לכלל דעת ועדין לא באו לכלל עונשין.

ר"ל שדנים אותו עדיין כדיני ב"נ שאין שיעור קבוע לבגרותם, אלא כל אחד לפום דעתו דידיה (חת"ס יו"ד סי' שיז). משמע שלמרות שמל וטבל מכיון שיכול למחות עדיין משערים את בגרותו לפי דיני ב"נ.

מיהו ראשונים אחרים (השטמ"ק בשם הראב"ד והמאירי) חולקים וסוברים שהולכים לפי דיני ישראל.

מאידך, יש להוכיח, לכאורה, להפך, מקושיה שהק' הגר"י אנגל (איני זוכר היכן) האיך מקבלים גרים הרי יש לחשוש שכל מי שבא להתגייר הוא צאצא של עמלק ולפי המכילתא אין מקבלים גרים מעמלק שנ' מלחמה לה' בעמלק מדור דור?

ותירץ שהולכים אחר הרוב ורובם אינם עמלקים. והקשה הרי בגוי אין הולכים אחר הרוב (פרמ"ג שער התערובות ח"א חקירה ג)? וצ"ל שכבר בבואו להתגייר דנים אותו כדיני ישראל ולא כדיני ב"נ.

אך באמת אין מכאן סתירה. האיסור לגייר חל על בית הדין, לא על הגר עצמו וביה"ד הוא המקבל את הגר לכלל ישראל, הגר אינו יכול להתגייר בעצמו, בית הדין הוא המגייר אותו. וא"כ כל השאלה היא על בית הדין ובית הדין מחויב לדיני ישראל לכן הוא הולך אחר הרוב ואינו חושש לעמלקיותו של הגר. משא"כ מחאתו של הקטן היא תלויה אך ורק בו וכל עוד יהדותו לא נקבעה סופית שיעור בגרותו כב"נ.

אך כאמור, לדעת הראב"ד והמאירי כבר בתהליך הגיור דינו כישראל. ובאמת איננו זקוקים לכך, כי גם אם ביה"ד דן את הגר לפי דיני ישראל הרי גם חרש יהודי דינו לפי תורתנו לפחות כב"נ אם לא למעלה מזה. ובעם ישראל גופו יש שני רבדים, תשתית כלל אנושית כב"נ ומכוחה קומה נוספת של יהדות. אולם הקומה השניה של כלל ישראל משדרגת גם את התשתית ועי"כ התשתית מתקדשת בקדושת ישראל. אפילו ב"נ שרוצה לקיים מצוות כישראל רשאי, אמנם הוא בגדר אינו מצווה ועושה, אך ברגע שהוא נכנס לכלל ישראל הוא נעשה גם מצווה ועושה מכוח יהדותו וגם המצוות של ב"נ מקבלות מעתה תוקף ישראלי.

זאת ועוד, כשהיובל נוהג אילו היה גוי חרש בא לפנינו ורוצה להתגייר כגר תושב היינו מגיירים אותו כדיני ב"נ. אמנם כיום איננו יכולים לגייר ג"ת אך יכולים לגייר גר צדק. כשבא אלינו גוי חרש ורוצה להתגייר כג"צ, לפחות את התשתית של גר תושב הכלולה בגיורו אנו יכולים לקבל. אמנם בג"צ אין הפרדה בין התשתית לקומה השניה הכל יחידה אחת אך לא תיגרע התשתית של ב"נ שבו מהקומה השניה שבו ואע"פ שגוי שבא להתקבל כג"ת בלבד אנו מנועים מלקבלו בגלל מניעה חיצונית, שאין היובל נוהג, אך את עצם גיורו אנו יכולים לקבל. ומכיון שהוא בא להתגיר כג"צ איננו מנועים מלקבלו לפחות כב"נ, שבאמת אינו רק ב"נ בלבד, אלא ב"נ שהוא חלק מכלל ישראל. חרש גוי שבא להיכנס לכלל ישראל אינו שונה מכל חרשי ישראל שדינם כיהודים לפחות בתשתית הכללית שמכוחה הם מתחייבים ביתר המצוות. גם גר עובר תהליך דומה. הוא מתחייב במצוות לפחות כב"נ, אולם ע"י גיורו הוא מתחייב בהן וביתר המצוות מכוח קדושת ישראל.

מסקנות

א. החרש בימינו מסוגל לתקשר עם בני אדם ללמוד ולהתפתח ולכן דינו שונה מהחרש בימים עברו בהם היה מנותק לגמרי מהחברה ונחשב כשוטה.

ב. עם זאת, מכיון שצורת התקשרותו עם סביבתו אינה מילולית כדרכם הטבעית של כל בני האדם, אלא בשפת הסימנים, מבחינה פורמאלית נשאר דינו כדין חרש ולכן קידושיו, לדוגמא, אינם קידושין מן התורה אלא מדרבנן.

ג. כמו"כ הוא חייב בכל המצוות מדרבנן.
ד. בנושאים כלל אנושיים[5] דינו כבן נח.
ה. גם בישראל קיים רובד כלל אנושי וברובד זה חיובו כאחד האדם.
ו. הרב העורך חו"ק לחרש ייקח את הטבעת מידו של החרש וימסור לכלה ויאמר שהיא מקודשת לחרש כדת משה וישראל.
ז. על עדי הקידושין להבין את שפת הסימנים שבה החרש מקדש את אשתו.
ח. כתובת חרש בימינו יכולה להיות כתובה רגילה (ולאשכנזי ישמיטו 'דחזו ליכי מדאורייתא').
ט. ניתן לגייר חרש.
י. חרש שלמדוהו לדבר, גם אם דיבורו כבד דינו ככל אדם מישראל.

סימן ל

פונדקאית – האם רשאית להינשא?

שאלה

אשה פונדקאית שחיה עם גבר אחר, שאינו אבי העובר שברחמה, ורוצה להינשא לו כדמו"י. האם היא רשאית להינשא למי שאינו אבי העובר? ואם תמצי לומר שלא, האם יש מקום להתיר אם יש חשש שאם לא תינשא לו כהלכה תמשיך לחיות אתו ללא נישואין?

הרקע ההלכתי לשאלה הוא הגמ' במסכת יבמות (מב ע"א-ע"ב):

> לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו, ואם נשא – יוציא ולא יחזיר עולמית!... משום דחסה... אלא סתם מעוברת למניקה קיימא דלמא אינעברה ומעכר חלבה וקטלה ליה.

ובלשון הרמב"ם (הל' גירושין פי"א הכ"ה):

> וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו ואף על פי שהזרע ידוע למי הוא, מעוברת שמא יזיק הולד בשעת תשמיש שאינו מקפיד על בן חבירו, ומניקה שמא יתעכר החלב והוא אינו מקפיד לרפאות החלב בדברים המועילין לחלב כשיתעכר.

פונדקאית זו אמנם לא התעברה בעצמה מאבי העובר שברחמה, אלא העובר נוצר בדרך מלאכותית מזרע האב ומביצית האם ומכיון שהאשה אינה מסוגלת להרות בעצמה בדרך טבעית הושתל ברחם הפונדקאית. אולם הבעיה דומה, שהרי העובר עלול להינזק אם בתקופת ההריון ואם בתקופת ההנקה. האם דינה דומה למעוברת חברו ומינקת חברו שאסורה

5. **הערת עורך:** עי' אורות אורות ישראל פ"ה סעיף ח, וחוב' ג' אלול סעיף יא שההשוואה לנכרי היא לסבר את האוזן אבל כל דיניו כישראל.

להינשא במשך כל תקופת ההריון וההנקה, או שמא דינה שונה, כי העובר אינו שלה אלא של אשה אחרת?

א. מניקה

דן בשאלה דומה לזו החיד"א בברכ"י (אה"ע סי' יג אות י). הוא הסתפק באשה שהתעברה באמבטי, האם מותר לה להינשא כשהיא מעוברת? ופשט את ספקו מחגיגה (יד ע"ב) שהתירו בתולה שעיברה לכהן גדול, משום דחיישינן שמא נתעברה באמבטי. וקשה, הרי עדיין היא אסורה משום מעוברת חברו? ואין לומר שלא התירו אלא לאחר שילדה ועבר זמן ההנקה, שא"כ הרי נאסרת לו אחר שילדה משום שאינה בתולה. ומכאן יוצא שמעוברת ע"י אמבטי, הואיל והוא דבר דלא שכיח, לא גזרו בו רבנן.

ויש להעיר מגירסת הר"ח (הודפסה בחגיגה טז ע"א) שלא גרס "מהו לכה"ג" אלא רק "מהו":

> שאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו... וחיישינן שמא באמבטי עיברה כו',

ופירש הר"ח:

> פירוש – אשה הרה שנבדקה ונמצאת בתולה מי אמרינן מביאה נתעברה כשמואל והריני קורא בה אשה כי תזריע וילדה זכר וטמאה וחייבת [קרבן] לידה או דלמא אימור באמבטי של מרחץ נתעברה... ואינה טמאה לידה שאין אני קורא בה אשה כי תזריע... ולא איפשיטא, ושמעינן שנמצאת אשה הרה ובעת לידה לא היתה יכולה לילד שאמרו כי היא בתולה וקרעו לה הנשים בדינר של זהב אותם המסוככין המלואין דם בתולין וילדה.

מדוע לא פי' הר"ח שנפק"מ לנישואין שהיא שאלה מעשית יותר לימינו מאשר טומאה, שאינה נוהגת בזה"ז. האם ניתן להוכיח מכך שלדעתו אין נפק"מ לנישואין כי בלא"ה היא מותרת? ויתכן לומר שיש נפק"מ בטומאה גם לזה"ז לעניין איסור לבעלה ומשמע א"כ שמותרת להינשא. ואינו מוכרח, כי יכול להיות שנקט נפק"מ לדאורייתא ולא רצה לנקוט נפק"מ לגזרת חכמים. וגם הנפק"מ לטומאת לידה יש לה השלכות מעשיות לזה"ז לעניין מילה בשבת.

עכ"פ קשה להוכיח מדבריו לכאן או לכאן.

לכאורה בנ"ד אין לאוסרה משום מינקת, מסיבה נוספת. כי בהסכם הפונדקאות נקבע במפורש, לא זו בלבד שאינה חייבת להניק, אלא לא יתנו לה להניק אפילו פעם אחת! כי מיד ימסרוהו לאמו הביולוגית. וא"כ היא אינה בכלל הגזירה. ומקור לכך בכתובות (ס ע"ב):

> נתנה בנה למינקת, או גמלתו, או מת – מותרת לינשא מיד. רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע סבור למיעבד עובדא כי הא מתניתא, אמרה להו ההיא סבתא: בדידי הוה עובדא ואסר לי רב נחמן. איני? והא רב נחמן שרא להו לבי ריש גלותא! שאני בי ריש גלותא, דלא הדר בהו.

ובאבני מילואים (שם ס"ק י):

> בשטה מקובצת שם בסוגי' ז"ל שאני דבי ר"ג דלא הדרי בי' שאין המניקה חוזרת בה לאחר שקיבלתו להניק משום אימתם, וגם הם אין חוזרין בהם מתוך חשיבותן, וליכא למיחש למיתת הבן עכ"ל וא"כ אי לאו דמשום חשיבותן לא הדרי הוי חיישינן שמא תחזור אם הילד – – -

וכבר כתב הרא"ש בזה [שם סי' כ'] ז"ל ואפי' נתנה בנה למניקה או גומלתו אסורה לינשא דחיישינן שמא תמהר לגומלו כדי שתנשא ויסתכן הולד וכן נתנה בנה למניקה חיישינן שמא תחזור בה המניקה. והא דשרי רב נחמן לנשי דבי ר"ג אלמים וחזקי' היו ולא הי' רשאות לחזור ודבר ידוע ולא אתי למשרי באשה אחרת, אבל שאר נשים אפי' נשבעה המינקת או הדירה ע"ד רבים שלא תחזיר בה אסור דאתי למיחלף באשה אחרת היכא דלא נשבעה כו' והיכא שגומלתו בחיי בעלה נראה שמותרת לינשא דליכא למיגזר מידי ולא גזרינן אטו לא גומלתו בחייו דכי ה"ג לא גזרינן דא"כ היכי שרי לדבי ר"ג, לגזור אטו לא נתנה למינקת.

ובנ"ד אין שום חשש שמא תחזור בה, וא"כ אין הדבר תלוי בה כלל והדבר דומה יותר למה שנפסק בשו"ע אה"ע סי' יג סי"א:

אם שכרו לו מינקת בחיי בעלה, או שנתנה בנה למניקה שלשה חדשים קודם מיתת בעלה והיא לא הניקה כלל תוך הג' חדשים, מותרת לינשא.

ואף כאן הותנה מראש שהיא לא תניק. וכן יש לדמות זאת לצימוק שדיים ולחלב ארסי שהפוסקים התירו למינקת להינשא לאחר.

ב. מעוברת

אלא שעדיין יש להסתפק אם התירו במקרה זה גם איסור מעוברת?

הברכ"י שם כתב בתחילה לחלק בין מינקת למעוברת. **מעוברת אינה רק גזירה, אלא חשש אמיתי לסכנת הולד, כמבואר ביבמות מב ע"א משום דיחסא. וכ"כ בשו"ת בית מאיר** (סי' ד) **שמעוברת חמורה יותר שאין זו סתם גזירה אלא חשש חמור לחייו של העובר. ובשו"ת חתם סופר** (ח"ג, אה"ע א' סי' לג) **כתב:**

ומעתה מ"ש האחרונים דזנות לא שכיחא דתתעבר משום דהפכא ומזנה והוא לקוח מנימוק"י יבמות ספ"ד אחין. ולכאורה לא דמי התם לענין הבחנה שפיר י"ל לא שכיחא שתתעבר ולא חיישינן למיעוטא שלא נתהפכה יפה יפה, אבל הכא לענין מעוברת ומינקת שהרי היא מעוברת ומינקת לפנינו צריכים לחוש לתקנת הולד. אלא שהגאונים חשבו כיון דבזונה לא שייך איסור מינקת דהרי לא נשתעבדה להניק וליכא רק משום לא פלוג רבנן בשם מינקת בעולם, ועל זה יפה דנו לומר דמזנה לא שכיחא ולא נכנס בגדר וסוג מינקת חבירו ולא שייך לא פלוג, אך לפי מה שהנחנו דמ"מ הוה יורד לתוך אומנות חבירו אם כן הך תינוק בעי חיותא ועליו תסוב איסורא דרבנן כמו בכל הולדות.

אך הברכ"י בהמשך דבריו נוטה להתיר גם מעוברת משום דלא שכיחא. משמע שלא חשש לסכנה ממשית לעובר. מעוברת אסורה רק משום שסופה להניק ומכיון שזוהי רק גזירה בלבד, ולא חשש ממש, במילתא דלא שכיחא לא גזרו.

ג. שיטת ר"ש הזקן

ולכאורה שאלה זו, אם במעוברת יש חשש סכנה לעובר, או שאיסורה רק מחמת שסופה להניק, תלויה במחלוקת גדולה במסקנת הסוגיה ביבמות (מב ע"א) **ובדברי התוס' שם.**

לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו, ואם נשא – יוציא ולא יחזיר

עולמית! גזרה משום דחסה. אי הכי, דידיה נמי! דידיה חייס עילויה. הכא נמי חייס עילויה! אלא, סתם מעוברת למניקה קיימא, דלמא אינברה ומעכר חלבה וקטלה ליה.

משמע שלמסקנת הגמ' איסורה של מעוברת הוא רק בגלל הנקה, וכשאין הנקה כלל אין מקום לאסור מעוברת. אלא שנחלקו בדבר הר"ש ור"ת בתוספות (שם ד"ה סתם מעוברת למניקה קיימא):

רבינו שמשון זקנו של רשב"א היה אומר דגרושה מינקת מותרת לינשא משום דלא משעבדא להניק כדאמרי' בפ' אע"פ (כתובות נט: ושם) נתגרשה אינו כופה. ואין נראה לר"ת דהא למאי דהוה בעי למימר דטעמא משום סנדל או משום דיחסא לא היה חילוק בין אלמנה לגרושה, וה"ה להאי טעמא דאינו חוזר בו אלא מהטעם בלבד, ועוד אלמנה גופה אי אמרה איני ניזונית ואיני עושה או תבעה כתובתה לא משעבדא, וכן פוסק בשאלתות דרב אחאי דלא שנא גרושה ולא שנא אלמנה.

לדעת ר"ת אין קשר בין הטעם לגזירה. גם כשאין טעם, הגזירה לא בטלה. ולדעתו איסור מעוברת קיים בעינו גם לאחר שהגמ' דחתה את טעם הדיחסא. אך הר"ש יסבור שהגזירה תלויה בטעם. ולדעתו י"ל שמכיון שהגמ' דחתה את טעם הדיחסא בטל איסור מעוברת מצד עצמו ואינו אלא משום שסופה להניק, וכשאין מקום לגזור משום הנקה אין גם לאסור מעוברת.

מיהו ר"ש הזקן לא הזכיר מעוברת, אלא רק גרושה. ויש מקום לדייק בדבריו לכאורה שרק מינקת גרושה מותרת, אך מעוברת אסורה. ואכן הנוב"י (מהד"ק אה"ע סי' יח) הבין מדבריו שמעוברת גרושה אסורה משום דאתיא למיחלף באלמנה, משום שהשם 'מעוברת' שווה בין באלמנה בין בגרושה. משא"כ מינקת חברו, אלמנה אכן נקראת בשם מינקת חברו, אך גרושה אינה מינקת חברו (שהרי אינה מחוייבת להניק ואם היא רוצה בכ"ז להניק אינה עושה זאת עבור בעלה הקודם, אלא עבור עצמה. לכן אינה נקראת 'מינקת חברו').

אך הרא"ש הביא בשם ר"ש הזקן שהתיר גם מעוברת גרושה. ומכיון שהרא"ש פירש והתוס' סתמו אזלינן בתר הרא"ש שלדעת ר"ש הזקן גם מעוברת מותרת.

וכ"כ בשד"ח (אס"ד מערכת אישות אות ז) בשם כנה"ג שהתוס' לא הזכירו מעוברת, כי במינקת גרושה יש חידוש גדול יותר, לא מיבעיא מעוברת גרושה, שספק אם תלד, אלא אפילו מינקת שכבר ילדה אינה משועבדת להניק ולכן מותרת.

החת"ס בסי' לג (ח"ג אה"ע א) אוסר גם זונה וגם גרושה בגלל סכנת התינוק וממילא גם מעוברת שאינה נשואה תהיה אסורה בגלל הצורך בהנקת התינוק שייוולד:

אני מרחיק מאוד מאוד מלהצטרף להתיר בענין מינקת חבירו כי יראתי מקרא מלא דמייתי תוס' סוטה כ"ז ע"א בשדי [קרי: בשין ימנית. ר"ל יניקת שדיים] יתומים אל תבוא כי ה' יריב ריבם וקבע קובעיהם נפש רחמנא לצלן...

עיקר טעמא דקרא משום שמסיג גבול עניים היינו שמקפח פרנסת הילד הזה והו"ל יורד לתוך אומנות חבירו. אע"ג די"ל מ"מ כיון שאין לנו לכוף אותה להניק ממילא אין להיונק שום מערופיא (=זכות קדימה) כי מי יאמר לאם מה תעשה ולא תניקהו כלל, נמצא הנושא אותה איננו יורד לאומנות חבירו, זה אינו כיון דעכ"פ סתם אימא

מרחמא על ברא וסתמא תיניקהו ה"ל האב כיורד לתוך אומנתו... דה"ל כמסיג גבול עולם ובא בשדי יתומים. ויתומים לאו דוקא ה"ה גרושה וזונה.

צ"ל בדעת הר"ש הזקן שלא חושש כל כך לחייו של התינוק. ואינו רואה בנישואיה של אמו משום השגת גבול.

עכ"פ בנ"ד שמראש הותנה עם הפונדקאית שלא תניק את הילד אפילו לא יום אחד גם החת"ס יודה שאין לאסור עליה להינשא לאחר.

ד. שיטת הרמב"ם

מיהו הרמב"ם (הל' גירושין פי"א הל' כה) פסק כמו ההו"א של הגמ' ולא כמסקנתה:

וכן גזרו חכמים שלא ישא אדם מעוברת חבירו ומניקת חבירו ואף על פי שהזרע ידוע למי הוא, מעוברת שמא יזיק הולד בשעת תשמיש שאינו מקפיד על בן חבירו, ומניקה שמא יתעכר החלב והוא אינו מקפיד לרפאות החלב בדברים המועילין לחלב כשיתעכר.

עיין כס"מ שהביא הסבר לד' הרמב"ם מהמהרי"ק והוא עצמו כותב שלרמב"ם היתה גירסא אחרת (ונראה דוחק לומר כן שהרי גי' הרי"ף היא כמו בגמ' שלנו. אמנם קורה שהרמב"ם חולק על הרי"ף מסברה. אך את המסורת וגירסאותיה הוא קיבל מהרי"ף. אם כי מצינו שהיו לו גירסאות שונות משל הרי"ף, ר' למשל קידושין ה ע"ב גי' הרי"ף חיישינן מדרבנן אך מהרמב"ם משמע שהוא ספקא דאורייתא. ואינו מוכרח).

והמגיד משנה שם כתב:

ז"מ ז"ל (כוונתו לר"ש הזקן) שהיו סבורים דוקא במניקה דנתארמלה אבל אם נתגרשה כיון שהאב קיים הוא ישתדל בבנו. ואין כן דעת רבינו אלא בכל גוונא אסור. וכ"נ מן הגמרא דמניקה דומיא דמעוברת.

ר"ל כמש"כ ר"ת שמעוברת אסורה משום דיחסא, ואין נפ"מ בין אלמנה לגרושה וא"כ ה"ה מינקת. וכ"כ הלח"מ. אך מקושיתו משמע שהבין בדעת ר"ש הזקן שאין הבדל בין גרושה לאלמנה וז"ל:

עוד כתב ה"ה וכן נראה מן הגמרא דמניקה דומיא דמעוברת כו' קשה דהא בגמרא אמרו סתם מעוברת למניקה קיימא אם כן מי שאמר במניקה דאם נתגרשה הוא ישתדל בבנו ה"ה במעוברת דטעמא משום מניקה הוא.

ועל זה הביא את הסבר ר"ת הנ"ל. עכ"פ מדבריו משמע שלר"ש הזקן, מכיון שכל איסורה של מעוברת הוא רק משום דלהנקה קיימא, אין לאסור במעוברת יותר מאשר בגרושה.

אך לדעת הרמב"ם יש להחמיר במעוברת יותר מאשר בגרושה, בגלל סכנה לעובר.

ה. שיטת הרשב"א

ויש לענ"ד להביא ראיה מהרשב"א (יבמות מב ע"א):

אלא סתם מעוברת למניקה קיימא. והא דלא פי' לעיל טעמא דג' חדשים מהאי טעמא דדילמא נמצאת מעוברת וסתם מעוברת למניקה קיימא, איכא למימר משום דכולי האי לא גזרינן בספק מעוברת.

מבואר בדבריו שאין לחשוש במעוברת יותר מאשר במינקת. נהי דבספק גזרת מינקת אזלינן לקולא, אולם בספק מעוברת הרי יש לחשוש לסכנה ממשית וספק פיקו"נ אסור בודאי. אלא ע"כ הרשב"א לא חשש לכך.

אמנם איני רשאי לחלוק על הבית מאיר, עליו מסתמך החת"ס, אך מכיון שהרשב"א

והחיד"א לא חששו לכך יש לומר שהסברה נותנת שחשש דיחסא במעוברת לא נראה חמור כ"כ כמו הפסקת הנקה. הרי עינינו הרואות שבהפסקת הנקה יש יותר סכנה מאשר בחשש להריון של מעוברת. אמנם יש תחליפי חלב. אך אין בכל היצירות המלאכותיות הללו תחליף אמיתי לחלב-אם טבעי שברא ה' (ר' אסון רמדיה. וגם לפני כן הרבנים התירו לאשה, שיש חשש חמור להפסקת חלבה, לשתות ביוכ"פ ולא הסתמכו על כך שיש תחליפים). לעומת זאת מעטים מאוד המקרים שבהם עובר מת מחמת דיחסא. ואין הנחיות מעשיות כיצד אדם צריך להיזהר בעובר שלו יותר משל אחרים.

וערש"י ביבמות (שם ד"ה ה"נ) שבעובר שלו אין אדם מתכוון להרוג ממש. משמע שהדבר תלוי יותר בכונה. מסתבר שגם אם העובר אינו שלו הוא לא מתכוון להורגו. חשש זה רחוק מאוד שאדם יתכוון להרוג עובר, אפילו של אחרים, והוא יעשה זאת ע"י תשמיש. ועכצ"ל שגם חשש דיחסא הוא בעיקר גזירה. לא מיבעיא לשיטת הראשונים ולגירסתנו שכל גזרת מעוברת היא רק בגלל הנקה, אלא אפי' לשיטת הרמב"ם י"ל שאיסור מעוברת הוא לא בגלל סכנה ממשית, אלא רק בגלל חשש. וא"כ גם איסור מעוברת הוא רק בגלל גזירה, בגלל חשש רחוק ובמילתא דלא שכיחא כלל, כגון בנ"ד לא גזרו. (וצ"ע מדוע רק במתכוון יש חשש להריגה, וכי הריגה בלא כוונה אינה הריגה?).

ומצאתי בשו"ת פסקי עוזיאל (בשאלות הזמן סי' נג) ובציץ אליעזר (ח"ג סי' כז פ"ד) שדנו באשה שהתעברה בדרך מלאכותית ואסרוה להינשא, בגלל חשש לחיי העובר. ובצ"א כ' שהריון מלאכותי הוא מילתא דשכיחא (ר"ל אמנם הטכניקה היא חדשה אך העקרון אינו חדש) ונראה שהם חששו בעיקר להנקה ואילו בנ"ד אין חשש להנקה, אלא רק לעיבור. ולדברינו, אין במעוברת חשש אלא בעיקר גזירה, ובדבר שלא שכיח לא גזרו. וגם אם נניח שהפריה מלאכותית שכיחה, ולכן אסרו, פונדקאות בודאי לא שכיחה כלל.

ו. צד להקל כיון שמקיימת חיי אישות

והנה בנ"ד יש לצרף שיקול נוסף שהיא כבר חיה עם אדם ללא נישואין. ובשו"ע סי' יג סי"א בהגה:

> ויש מקילין במזנה (הגהות מרדכי פרק החולץ בשם י"א).

ולכאורה הטעם במזנה הוא כמו בגרושה. אך לפי מה שפסק השו"ע כר"ת שגרושה אסורה לינשא ה"ה מזנה, ולכן מובא נימוק נוסף:

> ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה (תשובת ר"י מינץ סימן ה').

אלא ששם אמרו שבעלה משמרה שלא תזנה וכאן הוא להיפך הרי היא חיה איתו. אולם י"ל שהוא הדין. מה לי שהוא מצילה מאחרים שלא תזנה עמהן ומה לי שהוא מצילה מעצמו שלא תחיה עמו בזנות אלא כדמו"י. ועוד, אם נאפשר לה להינשא היא גם תטבול לצורך הנישואין ומכיון שהיא מעוברת נציל אותם מאיסור נדה לפחות

בתקופת ההריון, ואולי אף מעבר לו[1].

אח"כ מצאתי שכיונתי בפסיקה זו לגר"מ פינשטין באג"מ (אה"ע ח"א סי' לב) ובש"כ.

במאמר מאת הרב גדעון ויצמן בתחומין ל עמ' 229 הוא דן בנושא זה מצד "הלעיטהו לרשע וימות" כלומר מכיון שהיא חיה עם אדם באיסור איננו מחויבים להצילה מן האיסור ולכן מצדנו שתמשיך הלאה לחיות באיסור. אולם מיניה וביה שדי בה נרגא, שהרי דווקא בנושא זה של מינקת ומעוברת מביא הרמ"א בשם הר"י מינץ "ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה".

מדוע לא נאמר גם כאן הלעיטהו לרשע? שם מדובר בגנב שבא לאכול איסור. אנו איננו אחראים לו ובעלי הכרם לא צריך לטרוח ולהצילו מאיסור.

כאן היא באה להציל את עצמה מאיסור ומעוניינת להינשא כדמו"י. מדוע נמנע ממנה לעשות תשובה?

אמנם הביטוי "הלעיטהו לרשע" משמעותו לכאורה שאנו עושים מעשה בידים להאכילו איסור. אך בודאי שאין זו כוונת חז"ל בשימושם בפסוק זה. לא מצינו היתר להאכילו איסור בידים.

מסקנה

מותר להשיא פונדקאית כדת משה וישראל בתוך תקופת הפונדקאות.

סימן לא

צרוף נשים לשבע ברכות

ערב חג מתן תורה תשס"ג

לכבוד הגב' ...

רוב שלומות

ניכר עליך שלנת בעומקה של הלכה זו העוסקת בברכת חתנים והרשי לי להעירך כמה הערות:

א. הנחתך הבסיסית היא שהמנין בברכת חתנים הוא משום **פרסומי מילתא** ולכן יש להשוותו **לפרסומי ניסא** בפורים, שבו גם נשים מצטרפות למנין. הנחה זו לא מדויקת. הפוסקים הסתפקו, האם עשר נשים נחשבות כציבור לעניין קריאת מגילה. אמנם נשים חייבות בקריאה (או שמיעה) של מגילה כגברים וא"כ יש כאן פרסומי ניסא (במרחשת ח"א סי' כב הסביר שחיוב שמיעה באשה עיקרו משום פרסומי ניסא), עם זאת, לא היה ברור לפוסקים שדי בכך

1. **הערת עורך**: ועוד טעם להקל, כיון שאף אם חוששים לדיחסא הרי סו"ס חיה עמו – והנישואין לא ישנו שום דבר לגבי העובר. ומה לי כך ומה לי כך. ומוטב שתאכל תמותות שחוטות ולא נבלות.

כדי להגדירן **כציבור**, כי לצורך הגדרת ציבור יש תנאים נוספים שנעמוד עליהם בהמשך.

עצם השוואתך פרסומי מילתא בנישואין לפרסומי ניסא בפורים בנויה על מילה משותפת "פרסומי".

אולם אין התכנים דומים. את מסתמכת על האמור במס' כתובות (ז ע"ב) ומן הראוי ללמוד סוגיה זו בעיון.

מהו המקור לברכת חתנים בעשרה? נחלקו בדבר רב נחמן בשם הונא בר נתן ור' אבהו:

אמר רב נחמן אמר לי הונא בר נתן: תנא מנין לברכת חתנים בעשרה? שנאמר ויקח עשרה אנשים מזקני העיר ויאמר שבו פה. ורבי אבהו אמר מהכא: במקהלות ברכו א-להים ה' ממקור ישראל.

הגמ' שואלת על ר' אבהו:

ורבי אבהו בהאי קרא דרב נחמן מאי דריש ביה? ההוא מיבעי ליה למידרש עמוני ולא עמונית מואבי ולא מואבית. דאי סלקא דעתך לברכה לא סגיא דלאו זקנים.

ואידך (כלומר, רב נחמן, מה הוא דורש מהפסוק בבועז שהובא ע"י ר' אבהו) אי סלקא דעתך למידרש לא סגיא דלאו עשרה?

ותשובתו של ר' אבהו היא:

אין, לפרסומי מילתא. וכדאמר ליה שמואל לרב חנא בגדתאה פוק ואייתי לי בי עשרה ואימא לך באנפייהו המזכה לעובר קנה והלכתא המזכה לעובר לא קנה.

כלומר, לרב נחמן אין צורך בעשרה לפרסומי מילתא, אלא ככל דבר שבקדושה.

כל דבריך מבוססים על דברי ר' אבהו, אך אולי הלכה אינה כמותו, אלא כרב נחמן והמנין בבועז לא נועד לפרסומי מילתא כלל אלא לצורך הברכה ככל דבר שבקדושה.

ב. הגמ' לא אומרת "מאי בינייהו", משמע שגם לר' אבהו למסקנה המנין לא נועד לפרסומי מילתא. וגם לר' אבהו יש לומר שאלמלא הפסוק "במקהלות" לא היינו יודעים כלל שיש צורך בעשרה בברכת חתנים. ומבועז לא היה יכול ללמוד. כי העשרה שם הוצרכו לפרסומי מילתא ולא לצורך הברכה. אולם אחרי שלמדנו מ"במקהלות" שיש צורך בעשרה בברכת חתנים יש לומר שגם בועז לא הקהיל עשרה לשם פרסומי מילתא אלא לצורך מנין בברכת חתנים ככל דבר שבקדושה[1].

ג. גם לר' אבהו פרסומי מילתא נועד לפרסם את ההיתר של 'מואבי ולא מואביה'

1. **הערת עורך**: כך דברי הר"ן על הרי"ף (כתובות ב ע"א): "על ברכת מקור צריך קהל והיינו י' כמו הקהל את העדה ואין הקהלה פחותה מעדה ועדה [מגילה דף כג, ב] היינו י'". עולה שפרש את ר' אבהו שצריך עשרה משום עדה ככל דבר שבקדושה.

וא"כ רק בועז נזקק לכך, אך בחתונה רגילה שבה אין נושאים מואביה אין צורך לפרסם ע"י עשרה.

ד. גם אם נניח שבשעת החופה עצמה יש צורך בעשרה לפרסומי מילתא, אולם בשבעת ימי המשתה, מספר ימים **אחרי** החופה, מה יש עוד לפרסם?

ה. זו לשון השיטה מקובצת (כתובות ז ע"ב):

> מנין לברכת חתנים בעשרה שנאמר: ויקח בועז עשרה אנשים. פי' סתמא דמילתא שלא כנסן אלא לברכת חתנים דאי משום עדים או קניין בתרי סגיא ליה, הא לא כנסן אלא לברכה בלבד ומפני **שדבר שבקדושה** הוא לברך את השם כינס עשרה. לשון הגאונים ז"ל.

ובעקבותיהם הולך הריטב"א שם:

> לא סגי דלאו זקנים. פירוש דהא וודאי לא מסתברא דתהווי עשרה זקנים ומיהו ודאי בעי שיהיו גדולים **וגברים** מדכתיב עשרה אנשים או מדכתיב עשרת אנשים או מדכתיב במקהלות ואין קהל פחות מעשרה אנשים גדולים וכן כתב הרמב"ם ז"ל דצריך גדולים **ובני חורין**.

וכשם שעבדים אינם מצטרפים למנין כך, להבדיל, נשים.

כך פסק הרמב"ם בהלכות ברכות (פ"ב ה"ט):

> ואין מברכין ברכה זו לא עבדים ולא קטנים.

וכתב הכסף משנה (שם):

> ומ"ש וחתנים מן המנין. שם (דף ח') מימרא דר' יצחק אמר ר' יוחנן אך מ"ש ואין מברכין ברכה זו לא עבדים ולא קטנים [נראה פשוט דהא אפילו צרופי לא מצרפינן עבד וקטן בדבר הצריך עשרה כדאיתא ברכות (מ"ז) כ"ש שהם לא יברכו].

[אמנם בנות ישראל אף הן חלק מגוי קדוש והן קדושות בקדושת ישראל, לא פחות מגברים. וכבר עמד על כך הגר"מ פיינשטיין (או"ח ח"ד סי' מט), אולם בכ"ז עשר נשים אינן מהוות מנין. כי מנין הוא תקנת חכמים שכל דבר שבקדושה ייעשה במנין גברים החייבים באותה מצוה. כשהם מצטרפים עתה יחד למעשה מצוה נוצר מכנה משותף ביניהם, צירוף זה יוצר קדושה. נשים, שאינן מחויבות במצוות מסוימות, אינן יכולות להצטרף למנין, כי אין בצירופן את אותו מכנה משותף היוצר את הקדושה. ואפילו בתפילה, בה אשה חייבת, היא לא חוייבה להצטרף עם אחרים לתפילה בציבור. ולכן גם אם עשר נשים תקיימנה "מנין" הוא לא ייחשב מנין לפי ההלכה, כי אין כאן צירוף מחויב ומהותי, אלא צירוף מקרי, לא מחויב ואינו בגדר **ציבור**. ולכן לא תוכלנה לומר קדיש וקדושה וכדו'. ומכיון ששם מנין לא חל על ציבור של נשים, אפילו במצוות שנשים חייבות בהן לא נתנו לצירופן גדר מנין].

ו. ספקם של הפוסקים אם עשר נשים נחשבות למנין בפורים, נובע כנראה אף הוא מכך, שמנין אינו רק מספר כמותי של עשרה אנשים, אלא גם מהגדרה נוספת, שבעשרה גברים יש גם קדושה[2]. אולם גם לפי הצד

2. **הערת עורך**: ראיה לדבר: אע"פ שנשים מזמנות בסעודה בפני עצמן, אינן מוסיפות 'א-לקינו' בעשר

שעשר נשים נחשבות למנין לענין קריאת מגילה, יש להבחין בין פרסומי **ניסא** בחנוכה ופורים לפרסומי **מילתא** בנישואין. פרסומי ניסא בחנוכה ופורים הוא **מגוף המצוה**. המצוה תוקנה מעיקרה לשם פרסומי ניסא, נר חנוכה בחוץ וקריאת המגילה ברוב עם. אמנם בשעת הסכנה מדליק נר חנוכה על שולחנו ודיו, אולם גם אז יש צורך בפרסומי ניסא לפחות לבני הבית ולכן אם בני הבית ישנים אין להדליק נר בברכה כמש"כ הפוסקים בסי' תרעב. וכן במגילה, אמנם גם יחיד חייב לקרוא מגילה, אולם שלא בזמנה יש לקרותה רק בעשרה ולא ביחיד (מגילה ה ע"א). וגם בזמנה לכתחילה יש לקוראה בעשרה ורק בדלית ברירה יחיד קורא אותה לבדו. נשים אף הן מפרסמות את הנס ולכן הן נחשבות למנין לעניין זה. משא"כ חופה. המנין אינו ממהות החופה אלא רק תוספת בגלל הקדושה שיש בה ('**המקדש** עמו ישראל ע"י חופה וקידושין') וכמו **שכתב** השטמ"ק **בשם הגאונים**, וא"כ דינו של מנין זה ככל דבר שבקדושה.

ז. את מתייחסת לחשש לפריצות שעלולה להיגרם בשמחת הנישואין וטוענת שאינה קיימת כיום. אשרייך וטוב לך שאת נמצא כנראה בחברה סגורה של לומדות תורה המתנהגות בקדושה ובטהרה. לעומתך, בתוקף תפקידי אני נמצא הרבה בחתונות רגילות, ולצערי המצב הפוך! הלבוש – פרוץ מרובה על העומד, וכן הריקודים. ולצערי ההשפעה מחלחלת גם לחברה הדתית. יש צורך לעצור את הסחף ולומר אמירה ברורה: צריך ליצור הפרדה ולהניח מחיצה בין גברים לנשים בשמחת הנישואין. הצעתך רק תחריף את הבעיה.

ח. יש מקום להסתפק אם אשה חשובה שחפצים ביקרה ומרבים עבורה בסעודה נחשבת פנים חדשות[3].

הריטב"א (כתובות ז ע"ב) **סובר** שרק מי שיכול לברך בעצמו ז' ברכות נחשב כפנים חדשות. וז"ל:

> ועוד כתבו בתוספות שאין קרוי פנים חדשות אלא כשבא לשם אדם חשוב דלא הוה תמן מעיקרא שראוי להרבות שמחה בשבילו, ואשה לאו בת הכי היא אף על פי שהיא חשובה שאין פנים חדשות אלא למי שראוי להמנות בעשרה של ברכת חתנים.

וצ"ע אם דעתו מוסכמת על כל הפוסקים. כי החת"ס בחי' לכתובות שם כתב שגם אשה חשובה נחשבת כפנים חדשות. וכנראה הריטב"א לא הגיע לידיו[4].

נשים, כאמור בשולחן ערוך (או"ח סי' קצט ס"ו): "נשים ועבדים וקטנים אין מזמנין עליהם, אבל מזמנין לעצמן... **ובלבד שלא יזמנו בשם**". ומנמק המשנה ברורה (סימן קצט ס"ק טו): "בשם – דהזכרת השם הוא דבר שבקדושה **וכל דבר שבקדושה איננו בפחות מעשרה זכרים ובני חורין** וכדלעיל בסי' נ"ה".

3. **הערת עורך**: בחי' פרי האדמה (לר' מיוחס רפאל בכר, הל' ברכות פ"ב ה"י) כתב: "גם לענין אשה חשובה אפי' הכי לא מיקרי פנים חדשות לענין זה כיון שאינה ראויה להמנות בעשרה של ברכת חתנים יעו"ש". ומכוון לחידושי מהריק"ש לאבן העזר סי' סא. וכ"כ בחי' על הרמב"ם ס' אהל יצחק (לר' חיים יצחק הכהן חסיד, הל ברכות פ"ב ה"י).

4. **הערת עורך**: הריטב"א הובא להלכה בשו"ת יביע אומר (ח"ג אה"ע סי' יא) והוסיף: "וכ"פ בס' פרי

ט. עייני בספר חוות בנימין למו"ר הגר"ש ישראלי (ח"ב סי' פ) שדן בנושא קרוב לשלך: ברכת חתנים ע"י נשים.

אני מאחל לך שתזכי ללמוד תורה לשמה וה' יאיר עינייך בתורתו.

בברכת התורה לשמה
יעקב אריאל

סימן לב

הסכם ממון קדם נישואין

יש זוגות שעורכים הסכם ממון ביניהם לפני נישואיהם. יש הסכמים הנוגעים לצורת הפירוד ביניהם לפיהם כל צד מחייב את עצמו בתשלומים גבוהים במצב של פירוד ללא גירושין. ויש הסכמים הכוללים ויתור על זכויות כגון שהבעל מוותר על זכותו בנכסי האשה, הן בחייה והן לאחר פטירתה (בעיקר מצויים הסכמים כאלה בזיווג שני שבהם כל צד רוצה להשאיר את רכושו לצאצאיו מהזיווג הראשון).

אנו נעסוק כאן בסוג השני של ויתור הבעל על זכויותיו בפירות ובירושה.

א. שיטת הר"ן

שנינו בכתובות (פג ע"א):

הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן בחייך ובמותך – אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה – אינו יורשה.

ובגמרא:

וכי כתב לה הכי מאי הוי? והתניא: האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו, ואין לי עסק בה, וידי מסולקת הימנה – לא אמר כלום! אמרי דבי רבי ינאי: בכותב לה ועודה ארוסה.

מהסוגיה עולה שלאחר הנישואין מועיל הויתור על הפירות רק ע"י קניין. בתקופת האירוסין מועיל הויתור גם ללא קניין. אך באשר לזכות הירושה אין אפשרות לוותר עליה אחרי הנישואין אלא רק בעודה ארוסה.

וכתב הר"ן:

ודוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת, אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל, **סילוקו לאו כלום הוא**.

דברי הר"ן הובאו להלכה ע"י הרמ"א בשו"ע (אה"ע סי' צב ס"א):

הכותב או האומר לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך, אם

האדמה ח"א (דכ"ד ע"א) ע"פ השטמ"ק שכ"כ. ע"ש. ומעתה הדבר ברור שגם קטן שאינו נמנה בכלל עשרה לברך ז"ב, כמ"ש הרמב"ם והש"ע, ה"נ שאינו נחשב פנים חדשות". וכן הביא ופסק בשו"ת משנה הלכות (ח"ז סי' רמו). וכ"כ הגר"פ עפשטיין בתשובה לגר"מ קליין בשו"ת משנה הלכות (ח"ב סי' מז).

מכרה או נתנה, קיים... ואם מתה יורשה. אם כתב לה כן אחר הנשואין, צריך לקנות מידו ואז יהיה מכרה ומתנתה קיים.

הגה: ולא מהני סלוקו אלא לאחר אירוסין, אבל קודם אירוסין לא מהני סילוק (ר"ן ריש פ' הכותב ורשב"א סימן תתק"ס).

וז"ל הבית שמואל (שם אות ו):

הדין סילוק נתחלק לג' אופנים, א' קודם אירוסין אין לו שום זכות בנכסיה – לא מהני אפילו סילוק בקנין וכ"כ בח"מ, ואחר הנשואין דידו כידה צריך סילוק בקנין ואז לא מהני סילוק על נכסים שיפלו אח"כ, דהא קנין לא חל על דבר שאינו בידה, וכן כתבו הרא"ש והר"ן לפרש הירושלמי דתני': ויש אדם מתנה על דבר שברשותו וכו' אירי בסילוק אחר הנישואין ש"מ סילוק אחר הנישואין לא מהני לנכסים שיפלו אח"כ ובח"מ משמע דמסופק בזה, ובשעת אירוסין דיש לו זכות בנכסים מהני סילוק שלו אפילו על נכסים שנפלו אח"כ.

בימינו שאין נוהגים לארס אירוסין של תורה אלא מתחת לחופה יש אפשרות לוותר על הפירות ע"י קניין רק אחרי הנישואין. אך אין אפשרות לוותר על הירושה, לא לפני הנישואין ולא אחריהם.

כיצד א"כ ניתן לערוך הסכם ממון בר תוקף בימינו?

שאלה זו נידונה כבר בדורות קודמים.

ב. דעת החוות יאיר

כתב בשו"ת חוות יאיר (סי' מז):

בזמנינו שאין לנו אירוסין על מה סומכין? דאם על הקנין שקונין מן הבעל לפני החופה הרי קי"ל דלא מהני סילוק רק בעודה ארוסה, לא מקמי הכי כמ"ש הר"ן... או נאמר דסמכינן בזמנינו על הקנינים הנעשים תחת החופה אחר הקדושין, ...ומימי א"א הגאון זלה"ה היה אחד מתיקוני הקהלה שכל הקנינים היו נגמרים ונעשים לפני החופה. וא"כ הוא דעל אותן הקנינים סמכינן, קשה לי עוד דהיו צריכים להזכיר אז תחת החופה בקנין דסילוק גם הסילוק מפירות והירושה מה שלא ראינו ולא שמענו מעולם.

ואם נאמר לקיים המנהג מצד הקנין שתחת החופה דמקרי אחר הנשואין א"כ לא יועיל בשום פנים להסתלק מירושתה דהוי מתנה על מ"ש בתורה והרי מנהג פשוט לא הכי הוא, רק כותבין סילוק גם מירושתה ואם מתה אינו יורשה וא"כ נשאר המנהג בלי שורש.

לע"ד דבר נכון ומתקבל לישב בו מנהגינו דלא מקרי אחר נשואין רק עד אחר שאוכלים החתן והכלה יחד אחר החופה, וכדאיתא בהגה' בסי' נ"ד ומפורש יותר בספר ח"מ שם דלא נגמרו הנשואין מקמי הכי, ומ"מ עכ"פ מקרי אירוסין לפחות אחר שכבר נתקדשה, ולכך מהני סילוק בקנין אפי' סתם גם לפירות כדעת הרי"ף והרמב"ם שני עמודי גולה כמ"ש בש"ע סי' צ"ב ס"א.

כוונתו למש"כ הרמ"א בסי' נה ס"א:

והמנהג פשוט עכשיו לקרות חופה מקום שמכניסים שם יריעה פרוסה על גבי כלונסות, ומכניסים תחתיה החתן והכלה ברבים, ומקדשה שם ומברכין שם ברכת אירוסין ונישואין, ואח"כ מוליכים אותם לבית ואוכלים ביחד

במקום צנוע, וזהו החופה הנוהגת עכשיו.

וכתב על כך החי"מ (ס"ק ט):

עיין בב"ח שאנו נוהגין כדברי כולם ובבוקר כשמכסין ראש הכלה זה הינומ' ונקרא חופה לדעת התו' עיין עליו מ"ש בזה, ומ"מ נראה פשוט כל זמן שלא נתקדשה אין חופה קונה קודם הקידושין רק כשנתקדשה נקראת למפרע נשואה לדעת התוספת ולדעת שאר הפוסקים לא נגמרו הנשואין עד שמתייחדין יחד אחר החופה ואוכלין שם במקום צנוע.

משמע שאנו רוצים לצאת ידי חובת כל השיטות, לכן אנו עושים כמה קנייני חופה. ולפי המנהג לכסות את הכלה בהינומא, או המנהג לפרוס יריעה על כלונסאות, הנישואין חלים בו זמנית עם האירוסין, וההסתלקות אחרי החופה לא מועילה. רק אם נניח שהנישואין חלים בשעת האכילה במקום צנוע יש הפרש זמן בין האירוסין לנישואין. ומכיון שאנו עושים את כל הקניינים מספק לא ברור שיש פסק זמן בין האירוסין לנישואין. וא"כ יש כאן ספק אם ההסתלקות מועילה.

ואולי סובר החו"י שצירוף כל השיטות אינו משום ספק איזה מעשה קונה, אלא זהו תהליך מתמשך המתחיל בכיסוי ראש הכלה בהינומא נמשך בעמידה מתחת לחופה ומסתיים באכילה במקום צנוע. ודעתם של החתן והכלה שהקניין לא יחול עד סוף התהליך.

וראה בית שמואל (ס"ק ה) שכתב אף הוא כשיטת הב"ח שהכוונה היא לצאת ידי חובת כל הדעות, וכתב שהאכילה בחדר הייחוד היא עיקר החופה. [אלא שהוא כתב שהאכילה צריכה להיות בייחוד גמור ללא נוכחות אף אדם אחר. ולכאורה לא זו משמעות דברי הרמ"א שכתב במפורש שחופה אינה ייחוד, כי אם היה סובר שחופה היא רק ייחוד, כדעת הרמב"ם, לשם מה יש צורך ביריעה פרוסה על כלונסאות ואכילה? מיהו לאור האמור שחופה היא תהליך מתמשך יש צורך בכל המעשים. אולם לא משמע שזו כוונת הב"ש וצ"ע.]

פשט דברי הב"ח והח"מ הוא שהחופה אינה תהליך הכולל בתוכו את כל השיטות השונות. יש רק פעולה אחת שהיא החופה, אלא שאיננו יודעים איזוהי. וחלק מהן חלות מיד עם אירוסין. ולכן פוסקים רבים לא קבלו את הסברו של הבית שמואל כפי שיובא להלן.

ג. עבודת הגרשוני

בשו"ת חוות יאיר (סימן נ) מובאת תשובתו של ר' גרשון ממיץ בעל שו"ת עבודת הגרשוני:

לדעתו, מתקני הסילוק לפני האירוסין הסתמכו על דעת מהר"ם מרוטנבורג במרדכי פ' הכותב שאדם יכול להסתלק מדבר שלא בא לעולם, גם כשאין לו עדיין שום זיקה לאותו דבר. ואע"פ שהרשב"ם והרשב"א סוברים כדברי הר"ן שאין אדם יכול להסתלק מדבר שלבל"ע וכן פסק הרמ"א, וא"כ המנהג הוא שלא כדין, בכ"ז כיון שכבר נהגו להסתלק מהפירות והירושה לפני החופה יש למנהג על מה לסמוך. והרמ"א שכתב שאין סילוק מועיל לפני האירוסין כתב זאת במקום שאין מנהג.

אמנם הוא מעיד שראה בפולין מנהג אחר, להסתלק מהנכסים בחרם מתחת לחופה, אחרי הקידושין, אך הוא מטיל ספק בכוחו של החרם לעניין היורשים. לדעתו, מנהג זה הוא רק ליתר בטחון.

עיקר הסילוק נעשה לפני החופה. אך לגבי עצם האפשרות, להקנות מתחת לחופה, לפני שהחתן והכלה אכלו ביחד, הוא מסכים. אם כי לדעתו לא האכילה קובעת אלא הברכות. כלומר, הנישואין נגמרים רק עם תום שבע הברכות. ונלענ"ד בהסבר דעתו, מכיון שכלה ללא ברכה אסורה לבעלה, נמצא שהברכות הן שמתירות אותה, ומשום כך הנישואין חלים רק באותה שעה. אמנם החופה שלנו אינה ייחוד וא"כ מה איכפת לנו שהכלה אסורה. מ"מ י"ל שמכיון שאסרו לנו את הארוסות והתירו לנו את הנשואות לנו רק ע"י חופה, החופה היא המתירה את הכלה וללא ברכות הכלה אסורה, לכן יש סברה לומר שדעת החתן לקנות את הכלה בחופה חלה רק עם סיום הברכות. (ור' להלן בשם החת"ס הסבר אחר לדעה זו).

בסימן נב כותב החוו"י:

אחר כל הנ"ל כתבתי לק"ק ורנקפורט שיודיעוני איך המנהג שם וזאת השיבני. והנה בדבר הקנינים הנעשים בעת החתונה. הן בין הזוגות עצמם והן בין אבי החתן ואבי הכלה מה שמוטל עליהם לקיים או לשלם אחר החתונה, כולם יחד נעשים בצל החופה אחר הקידושין דהיינו תכף אחר קריאת הכתובה.

רק בקנין סילוק כשמסלק הבעל מנכסי אשתו עושה החתן ק"ס תכף אחר ברכה הראשונה ברכת האירוסין וקודם הקידושין.

וכן כותבים בזה הלשון בשטר סילוק. איך אמת הוא לאחר שארסתי מרת פלונית הנ"ל וקודם שהכנסתי אותה לחופה ואין מזכירין תיבת ירושה רק השתי תיבות 'ראוי ומוחזק'.

מנהג זה צ"ע, כיצד עושים הפסק בין הברכה לאירוסין ואיך כותבים "לאחר שארסתי" לפני שארס באמת? ונלענ"ד שט"ס נפלה בדפוסים ור"ל "תכף אחר ברכה הראשונה ברכת האירוסין וקודם הנישואין (ולא קודם הקידושין)". וחילא דידי ממנהג פרנקפורט שיובא להלן בשם החת"ס. ומנהג זה מבוסס על ההנחה הנ"ל של עה"ג שהנישואין אינם חלים עם החופה עצמה אלא רק עם הברכות.

ד. האבני מילואים

האבני מילואים (סי' צב ס"ק ה) סובר שבימינו הנישואין והאירוסין באים כאחת, ואין מצב ביניים בין האירוסין לנישואין. הוא מביא את החוו"י ועה"ג ומעיר:

ולפי מ"ש ב"ש סי' נ"ז סק"א דלדידן שהבעל הולך עמה מן החופה לבית נשואין קונה אותה מחמת מסירה לרשותו ע"ש, א"כ ה"ה דזוכה בירושתה במסירה לרשותו... [אך] המנהג אינו כן לעשות שטרי סילוק אחר החופה מיד.

ואחרי דיון בהצעותיו של עה"ג, מציע האבנ"מ פתרון חדש:

ולפענ"ד נראה דהסילוק שפיר מהני לדידן קודם החופה והקידושין אע"ג דעדיין לא נתארסה וקודם אירוסין לא מהני סילוק, כי יש דברים שנקנין באמירה אם נאמרו סמוך לקידושין דאפילו דברים שאין קנין מועיל בהן אפ"ה נקנין באמירה בשעת נשואין... כיון שבידו לסלק עצמו והתנו התנאי קודם שנתקדשה ועמדו וקידשו, הן הן דברים הנקנין באמירה. אע"ג דגמר קנין דברים הנקנין באמירה הוא בשעת נשואין וכמ"ש הרמב"ם, וכשנשאת אינו מועיל סילוק, אפ"ה משום דברים

הנקנין באמירה אפי׳ דבר שאין קנין נתפס בו מהני ומש״ה מהני אפי׳ לירושה ודו״ק.

ועוד דעיקר דברים הנקנין באמירה בעת קידושין נגמרו כשעמדו וקידשו על התנאי׳ שהתנו קודם הקידושין ובשעת קידושין כשנתרצו לקדש על דברי התנאי׳ דקודם א״כ הקידושין על דעת כך נעשו ובשעת קידושין והחופה מסלק עצמו שלא יזכה לירושה ולפירות. ואע״ג דאחר נשואין לא מהני סילוק משום דידו כידה אבל בשעת נשואין דמקדש ונושא בבת אחת על דעת שלא יזכה בודאי מהני הסילוק, וכיון שמתנין עמו קודם הקדושין והחופה לסלק עצמו מזכותה ועמדו וקדשו על דעת הסילוק שפסקו עמו אדעתא דהכי עמדו וקדשו ונשאו שלא לזכות בה ודו״ק.

לפי הצעתו של האב״מ אם ערכו את ההסכם סמוך לקידושין ההסכם תופס גם בדברים שלא מועיל בהם קניין. ולפחות ההסכם תופס מדין תנאי שעל דעת כן נערכים הנישואין.

בנ״ד החוזה נחתם אצל נוטריון או ברבנות שבועות או ימים לפני הקידושין. אך לא סמוך ממש לקידושין. וא״כ קשה לומר שהקידושין נעשים על תנאי. אמנם אפשר להציע לזוג לחתום על ההסכם ברגעים האחרונים לפני החופה. אולם הדבר לא כל כך מעשי. מ״מ א״א לדעתו לחתום על ההסכם מתחת לחופה כי החופה חלה מיד עם האירוסין.

ובהערה שם (מאת עורך הספר, תלמידו הגריא״ז ענזיל?) **הוא מחזק את הרעיון בדבר הנישואין על תנאי, ומשמע לדעתו שאין צורך שההסכם יחתם סמוך לחופה, אלא גם אם הוא יעשה זמן רב לפני החופה, אם יכתב בהסכם במפורש שהנישואין ייערכו על תנאי, ההסכם יהיה תקף.**

ואני בעניי מצאתי דרך פשוט לפענ״ד שיועיל הסילוק שנוהגין עכשיו אף ע״ג שאנו עושין חופה וקדושין בבת אחת, והוא דבתוס׳ שם ריש הכותב ד״ה כדרב כהנא כתבו וז״ל וא״ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בעודה ארוסה מידי דהוי אשאר כסות ועונה דלר׳ יהודא בדבר שבממון תנאו קיים... ומבואר מדברי תוס׳ דהיכא דהוי דרך תנאי מצד האשה בשעת קידושין פשיטא דמהני... וא״כ לדידן דעושין חופה וקידושין בבת אחת מהני סילוקו מצד התנאי ולא מכח סילוק בעלמא אלא מדין תנאי גמור, אלא דלפ״ז צריכין לכתוב בשטר סילוק שהיה תנאי גמור באופן המועיל קודם הנישואין שלא יהיה לבעל פירות וירושה ושקידש על דעת התנאי, ובהכי סגי.

ה. דעת החתם סופר

בחי׳ חתם סופר לכתובות שם כתב על דברי הר״ן:

אלא שצל״ע לפמ״ש הגאוני׳ דטעמא דהר״ן משום שאין אדם יכול לסלק מדבר שלא ב״ל. והעלו לפ״ז להר״מ שבמרדכי שיכול לסלק מדבר שלב״ל מהני הסילוק קודם אירוסי׳ ושעל זה אנו סומכי׳ שכותבי׳ שטרי סילוק קודם אירוסי׳ (ולא סגי בלא״ה במדינתינו שאין מארסי׳ אלא תחת החופה. אלא שנוהגי׳ לקבל הקנין בין ברכת אירוסי׳ לברכת נישואי׳ וכולי האי ואולי ע״ש בתשו׳ מנהג פ״פ דמיין).

וצל״ע אהר״ן דהא ר׳ ינאי דס״ל אדם מקנה דבשלב״ל ומכ״ש שיכול להסתלק

מדבר שלב"ל וצריך לומר דס"ל לר"ן דקודם אירוסי' דלא הוה עבידי דאתי... וא"כ זכינו דלדידן דנוהגין בשידוכי' וחרם וקנסות הוה אירוסי' עבידי דאתי. ובמדינתינו אירוסי' ונישואי' כחדא נינהו וכנ"ל וצדק מנהגנו דכיון דעבידי דאתי הוה כארוסה בזמן התלמוד דאפי' למ"ד אין אדם מקנה מועיל הסילוק מדרב כהנא.

החת"ס בחידושיו ציין לתשובתו. כנראה כוונתו לתשובתו המודפסת בשו"ת חת"ס אה"ע (ח"ב סי' קסו) **בה כתב:**

האמת כמ"ש דהתוס' והרשב"א בתשו' והר"ן ברי"ף ובתשו' כולם ס"ל דקודם אירוסין הוי כמו לא עבידי דאתו ואפי' למ"ד אדם מקנה [דבר שלא בא לעולם] לא מהני לא קנין ולא סלוק וכמ"ש תוסי בכתו' נ"ח ע"ב ד"ה לאחר וכו'. ועוד מתרץ דכל הני דהכא איכא לאוקמי בעבידי דאתו כגון ששמע מרבו שישחררנו וכו' יע"ש, וה"נ דכוותי' לא מהני אלא או אחר אירוסין לדידהו או לכה"פ אחר שכבר נתקשרו בשידוכין בחרם וקנס... ובמקום שנוהגין לקבל קניני הסלוק בכניסתם לתחת החופה הוא נמי מטעם זה שאז הוא יותר קרוב ועביד דאתי כמו שמע מרבו שישחררנו ושמע שחפצו להתגייר.

ואמנם מנהג ק"ק פפד"מ דהסכים עמהם חו"י סי' נ"ג (צ"ל נב) נכון מאוד דמסלק עצמו בין ברכת אירוסין לברכת נשואי' דאפי' למ"ד תחלת חופה גומרת הנשואי' מ"מ בעי' שהי' דעתו שתגמור לו החופה... והשתא אע"ג שכבר קדשה בטבעת ואילו הי' רוצה שתגמור לו חופה זו היתה תחלת חופה גומר להרא"ש ואפי' בלא ברכה כי ברכות אינם מעכבות מ"מ השתא דמברכי' ורוצה שהי' עובר לעשייתן ומכ"ש זה שרוצה לסלק עצמו ואין הסלוק מועיל בין אירוסין לנשואי' אין דעתו שיגמור עד אחר הברכות ויפה הנהיגו חכמי פפד"מ.

ולפי"ז זוג שלא הטילו חרם וקנסות (ואכן במקומותינו לא נהגו להחרים ולהטיל קנסות) **והחופה קונה מיד איך עושים הסכם ממון לפני האירוסין?**

אמנם י"ל שגם מי שאינו עושה שידוכין בחרם וקנס מכיון שגמרו בדעתם להתחתן וכבר עשו את כל ההכנות לחתונה, הזמינו אולם והדפיסו הזמנות דמי למש"כ החת"ס שהדבר דומה לעבד ששמע מרבו שעומד לשחררו שזהו נחשב לעבידי דאתו ולא הוי דבר שלא בא לעולם ואפשר להסתלק לפני הנישואין.

אך מנהג פפד"מ, לסלק בין האירוסין לנישואין, לענ"ד, לא תקף בזוג שאינו מודע לנושא ההלכתי שקניין חופה הוא תהליך מתמשך ואפשר לכוון שלא יחול אלא בסוף התהליך, כדי שניתן יהיה להסתלק לפני סוף הקניין. אמנם גם בפפד"מ מן הסתם לא כל זוג ידע את כל ההלכות הסבוכות, אך מכיון שזה היה המנהג הקבוע שהונהג שם ע"י גדולי התורה מדורי דורות, כל הנכנס לחופה על דעתם נכנס. אך במקום שהמנהג הזה לא מוכר צ"ע אם רק ת"ח מובהק יכול לסמוך על כך, או גם הדיוטות.

והנה רבו של החת"ס בעל ס' המקנה שהיה מרא דאתרא בפפד"מ כותב במפורש בקונט"א סי' נ שהחופה קונה מיד עם האירוסין ואין רווח זמן ביניהם, וז"ל:

ואפשר דמזה הטעם כתב הב"ש לעיל סימן כ"ז דאין לקד' במטבע אף דבמשנה קמייתא תנן בדינר ובפרוטה

וכן כמה דוכתי, היינו משום דבזמן הש"ס הי' נוהגין לקד' בשעת שדוכין להמתין י"ב חודש עד הנישואין ושייך בי' הנאת פירות עד הנישואין, אבל בזה"ז שהקדושין וחופה כאחד ע"כ נוהגין לקד' בטבעת ומשום דבטבעת אע"פ שהדין הוא שחוזר מ"מ מתקדשת בהנאת קישוט דאיתא לעיל ריש סי' כ"ט אבל במטבע כיון דהבעל אוכל פירות בשעת נישואין והמנהג לקדש סמוך לנישואין אין בפירות שבין ארוסין לנישואין שוה פרוטה.

מבואר בדבריו שאין רווח זמן בין האירוסין לנישואין. וקשה כיצד כ' החת"ס שמנהג פפד"מ לסלק בין אירוסין לנישואין הרי אין זמן כזה לדעתו. ואולי המקנה כתב את מש"כ לכל העולם, כי מנהג פפד"מ היה מנהג מקומי בלבד, ולא מוסכם על כל העולם. וכן משמע מהחוו"י שהבאנו לעיל. ובפפד"מ היה מועיל הסילוק מתחת לחופה, כי רק שם החתן והכלה נכנסו לחופה על דעת המנהג ולא קנו מיד. אך במקום אחר אין אפשרות לעשות זאת.

ו. מנהג הספרדים

ולכאורה לנוהגים כמנהג ספרד יש הפרש זמן בין האירוסין לנישואין, כי לדעת מרן הייחוד הוא הקונה וכן לדעה שהביא הב"י שפריסת טלית על הזוג היא החופה ואותה עושים לאחר האירוסין. וא"כ בין כך ובין כך יש זמן ביניים בין האירוסין לנישואין.

ונחלקו גדולי הספרדים מהו המנהג הראוי. הגר"ע יוסף (יבי"א ח"ה אה"ע סי' ז-ח) סובר שהייחוד, כשהם באים לביתם אחרי החופה, הוא הקונה, אולם הגר"ע הדאייה (ישכיל עבדי ח"ז אה"ע סי' י) כותב שמנהג הספרדים שפריסת טלית קונה. אך למעשה רק בני תורה מעטים נוהגים לפרוש טלית על ראש שניהם. וגם הם עושים זאת מתחת לחופה הרגילה. וצ"ע האם הזוג התכוון לקנות בחופה הרגילה או בטלית. וגם לשיטת הגרע"י שייחוד קונה, הרי רובא דרובא של החתנים אינם מתכוונים לקנות בייחוד. בשלמא החופה הרגילה קונה, גם ללא כוונה, כי ע"ד כן נכנסים לחופה, כדי לצאת ממנה נשואים כדמו"י, אך הייחוד בביתם אח"כ מתפרש אצל רוב רובם כענין טבעי, שהחופה כבר נגמרה ואיש לאהליך ישראל. ובשלמא למנהג אשכנז שהחתן והכלה נכנסים לחדר ייחוד הנמצא באולם, גם אם אינם מתכוונים במפורש לקנות, מכיון שהם מבינים שזהו חלק מטקס החופה, ע"ד כן נכנסים לחדר הייחוד, כהמשך ישיר לחופה. אולם הגרע"י שם סי' ח מתנגד לכך שזוגות ספרדיים ינהגו כן ונמצא שגם רוב רובם של הספרדים סומכים על הירי'עה והכלונסאות שהן החופה.

[ואכן איני מבין מה רע במנהג הייחוד באולם כמנהג האשכנזים? אדרבה הגרע"י עצמו שואל מדוע לא נסמוך את הייחוד לברכה? ותי' שזו ברכת השבח ולכן אין צורך לסמוך. אולם גם לדבריו, איסור מנא לן? מדוע לא נזדרז ונקדים את הייחוד ולהסמיכו לחופה ומדוע לדחותו לסוף הערב? ושמעתי מפי בנו שהייחוד לעיני כל ישראל לא צנוע. ולא זכיתי להבין מהו חוסר הצניעות בכך שזוג נכנס לחדר ייחוד? ואולי טעמו הכמוס בגלל בעיית כיסוי הראש שהכלה לא תתחייב בכיסוי ראשה מיד עם החופה. ור' מש"כ בתשובה על כיסוי הראש בחופה. (ראה סי' לג)

וכאן ראוי להעיר על שעוריה שנעשתה בחתונת זוג ספרדי שנכנסו לייחוד באולם כמנהג אשכנז ועקב כך הורה ראש הישיבה לתלמידיו, חברי החתן, לנטוש את המקום. ותמהני עליו בתרתי: א. מה חורי האף הגדול הזה, מה האיסור להקדים את הייחוד? ב. אם לדעתו היתה הכלה צריכה לכסות את ראשה לאחר הייחוד היה צריך להסתפק בהוראה זו ותו לא. ג. גם אם הזוג עבר על דבריו, מי התיר לו להלבין את פני הזוג ברבים ולהשבית את שמחתם? הרי כבוד הבריות דוחה לא תעשה שבתורה. וידועה תשובת הרמ"א סי' קכה שערך חתונה בליל שבת(!) משום כבוד הבריות.]

וא"כ גם לספרדים, מכיון שגם הם נוהגים כיום לקדש מתחת לחופה כמנהג האשכנזים, ורובם אינם פורסים טלית על ראש שניהם, אלא לכל היותר החתנים מתעטפים בטלית ומברכים שהחיינו. וגם אינם נוהגים להתייחד באולם וכשהולכים אח"כ לביתם אין עדים ואין כונה לקנות, וא"כ צ"ל שגם הם סומכים על מנהג אשכנז שהיריעה על הכלונסאות היא הקונה יחד עם האירוסין.

ואולי אפ"ל שייחוד קונה גם ללא כוונה, וממילא גם ללא עדים, דהא בהא תליא כפי שיבואר. כי עצם העובדה שזוג נכנס לבדו למקום מיוחד היא תחילה מעשית של חייהם המשותפים וזה עצמו מהווה חופה, גם ללא כוונה. ולכן גם אין צורך בעדים. שהנה נחלקו האחרונים, האם חופה צריכה עדי קיום לחלות הנישואין כמו קידושין. מצד אחד י"ל שנישואין הם דבר שבערוה כמו קידושין, כי הנישואין משנים את מעמדה של האשה, ממצב של אירוסין, בו היא חייבת סקילה, למצב חדש בו היא חייבת חנק. ומטעם זה כתב האב"מ (סי' לח ס"ק יז) שנישואין צריכים עדים. אך מאידך החלקת יואב (אה"ע סי' ו) חולק עליו והוכיח שחופה אינה צריכה עדים מדברי הרא"ש בב"ב (פ"ט סי' טז) שלדעתו המעשה בתותרנית (ב"ב קמו ע"א) שנכנס איתה לחורבה ומתה ר"ל שנכנס עמה לשם נישואין, ומשמע שלא היו איתם עדים (ויש לדחות שאולי היו עדים מבחוץ שראו אותם נכנסים לחורבה). ור' אור שמח (פ"י מהל' אישות ה"ב). והאב"נ (חאה"ע סי' שצה) כתב שמעשים בכל יום שאין מייחדים עדים לנישואין. ובאנצ' תלמודית (ערך חֻפה הע' 147-8) הביאו דעות לכאן ולכאן, אך בשם שולחן העזר כתבו שלא נהגו ליחד עדים לחופה.

ובהסבר המנהג שאין מייחדים עדים לחופה יש לומר, שאמנם הנישואין באופן כללי נעשים מרצון, וכל מעשה רצוני היוצר חלות בענייני ערוה מחייב עדים, ר' להלן. אך לחופה עצמה אין צורך בדעת. ודבר שבערוה המצריך עדי קיום הוא רק במקום שבו יש צורך בדעת על עצם המעשה, שהוא ייצור חלות אישות, או יפקיע חלות אישות. הגמ' בכתובות (ט ע"א) דנה בשאלה האם יש צורך בעדים לאסור אשה שזינתה על בעלה והמסקנה שאשה נאסרת גם ללא עדים. הסבר הדברים הוא עפ"י מש"כ האחרונים (חי' ר"ח הלוי הל' יו"ט פ"ד הט"ז, עונג יו"ט סי' ב, שערי יושר שער ז פ"ד, אב"נ אה"ע סי' ריב אות ד) שגיטין וקידושין חלים מכוח הרצון לקדש ולגרש. כדי שהם יחולו יש צורך בעדי קיום לעצם החלות. משא"כ זנות, האשה לא נאסרת מכוח רצונה להיאסר על בעלה. היא נאסרת ממילא, ע"י התורה, בגלל מעילתה בבעלה, גם אם סברה שמותר לזנות

והתכוונה להישאר אשתו של בעלה (ר' סי' קעח ס"ב בהגה בשם המהרי"ק). ואסתר נאסרה למרדכי שנאמר "כאשר אבדתי אבדתי" למרות שעשתה זאת כדי להציל את עם ישראל כדרישת מרדכי בעלה. ואשת כהן נאסרת גם באונס. לכן אין צורך בעדי קיום לאסור אשה שזינתה, אלא רק בעדי בירור. וחליצה אינה צריכה רצון להתיר את זיקתה ליבמה אלא כוונה בלבד ככוונת המצוות. והשאלה היא, האם חופה קונה מכוח הרצון לשנות את מצב האירוסין למצב של נישואין, או שהייחוד של החופה קונה מצד עצמו, גם ללא דעת מכוונת, אלא מעצם העובדה שהזוג נכנס לביתם המשותף, ולכן אין צורך בעדי קיום לחלות הנישואין. (ואכן זו דעת הגר"ח מבריסק הובאה ע"י נכדו הגרי"ד סולוביצ'יק בהערה 4 להספדו על דודו הגרי"ז "מה דודך מדוד") ולשיטת הגרע"י שעיקר החופה הוא הייחוד בביתם, הרי שם אין עדים. ואם כנים דברינו שהטעם שאין צורך בעדים הוא משום שחופה אינה צריכה דעת עכצ"ל שגם אין צורך ברצון להטיל חלות נישואין, אלא עצם המגורים המשותפים, גם ללא כל מחשבה, הם היוצרים את הנישואין. וצ"ע אם למרות כוונתם לקנות בעמידתם מתחת לחופה באולם, בכ"ז עיקר הקניין ייעשה בהיכנסם לביתם, גם ללא כוונה.

מיהו י"ל שאע"פ שהנוהגים לסמוך על הייחוד בביתם הפרטי אינם מייחדים עדים, אינו משום שאין צורך בדעת. באמת יש צורך בדעת לחלות הנישואין ומה שאין מייחדים עדים הוא מכיון שכל העולם יודע שהם דרים יחד בבית אחד והקניין מועיל מדין אנן סהדי. ראה רש"י גיטין (פא ע"ב ד"ה הן עדי ייחוד הן הן עדי ביאה). ועל סמך אנן סהדי אנו מחייבים בגט את המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, למרות שאין עדי ביאה (ור' ערוה"ש אה"ע סי' נה שאין צורך בעדי חופה כי כולם יודעים). אלא ששם יש עדים על הייחוד ורק על הביאה אנו אומרים אנן סהדי, משא"כ כאן גם על ייחוד לבד אנו אומרים אנן סהדי. אך מסברה אין לחלק ביניהם ראה בית שמואל (סי' קנה ס"ק לב) שכתב:

> אבל מסתמא כל שדר עמה כדרך איש עם אשתו אמרינן שבעיל אע"ג דליכ' עידי ייחוד כמ"ש ר"ס קמ"ט.

ובאנצ' תלמודית (ערך אנן סהדי הע' 8) כתבו שבשו"ת משכנות יעקב (חאהע"ז סי' קט) הוכיח שכן דעת הרבה ראשונים. וא"כ יתכן לומר שבאמת ייחוד צריך עדים, אלא שאנן סהדי מועיל במקום עדים. וכ"כ הגרע"י שם סי' ח. ולפי"ז חופה צריכה דעת וסתמא דמילתא רוב רובם של הזוגות ההולכים לביתם אינם נותנים את דעתם לקנות קניין חופה בכך, אלא רואים בחופה את עיקר הנישואין.

אך יש אופן אחר להסבר המנהג שאין מיחדים עדים לנישואין, משום שאפשר לומר אה"נ חופה צריכה דעת ובכ"ז אין צורך בעדים כמש"כ האב"נ (אה"ע סי' שצה) שהנישואין לא משנים מהותית את מעמדה של האשה. היא כבר אסורה לעולם מרגע האירוסין, והנישואין רק מפחיתים את רמת הענישה. ולפי"ז חופה אינה צריכה עדים למרות שהיא צריכה דעת.

ולכאורה ראיה לכך שחופה צריכה דעת ממה שהבאנו לעיל את מנהג פפד"מ והסבר החו"י והחת"ס שכוונתם לא לקנות עד אחר הברכות. משמע שחופה לא קונה מאליה, אלא צריך דעת לחלות הקניין ולכן יכול הזוג להתנות שהחופה לא תחול מיד. מיהו כבר כתבנו לעיל שמנהג פפד"מ שאני, מכיון שכך היה המנהג, על דעת כן כל זוג נכנס

שם לחופה ע"מ שהקניין לא יחול מיד. אך בכל העולם, רוב המתחתנים, גם הספרדים, אינם מתכוונים לקנות בייחוד, והם מתייחסים בעיקר למעמד החופה כאל קניין הנישואין העיקרי וא"כ הדר דינא שהחופה והקידושין באין כאחת, גם לדעת הספרדים, וכמש"כ רוב הפוסקים.

ז. הצעת פתרון

לכן נלענ"ד שהפתרון לבעיה הוא להתנות במפורש בתוך ההסכם שהקניין יחול בין האירוסין לנישואין. אמנם זהו רגע כמימריה אך הקב"ה יודע עיתותיו. ובפרט שע"י חתימה על תנאי מפורש זה עכצ"ל שעל דעת כן הם חותמים על ההסכם שיהיה רגע כזה בין האירוסין לנישואין, כלומר שהחופה תחול קצת אחרי האירוסין כדי שתהיה אפשרות להחיל את ההסכם. וא"כ אפילו לדעת הפוסקים שהובאה במל"מ בהל' אישות (פ"י ה"ב) שחופה תופסת גם לפני הקידושין ואין אפילו רגע כמימריה בין הנישואין לאירוסין, הכנסת תנאי זה במפורש בהסכם דוחה את חלות הנישואין עד אחרי האירוסין.

אח"כ מצאתי שכעין דברינו כתב בשו"ת אשר לשלמה (סימן ח):

> ומה שנתעורר הרב הפוסק נר"ו מתשו' המבי"ט ח"א סי' ש"ט שכתב וז"ל אם מתנה אדם עם אשתו בין אירוסין לנישואין תנאי שיחזור הנדונייא קצתה או כולה ליורשים וכו' מהני ואפי' בלא תנאי אם יש תקנה באותו מקום וכיוצא בזה שהרי תקן ר"ת שאם תמות האשה תוך שנתה וכו'. וכן בתק' מליאה וטוליטולא וכן בתקנות האלגזאייר. ואע"פ שכתבו הפוס' שאין תנאי מועיל בזה כ"א בין ארוסין לנשואין וכו' תקנת צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני כדאמרי' בפי"ן וכמ"ש הרשב"א בתשו' דדין תק' צבור כדין תנאי ב"ד וכמו שהביא כ"ז הרשב"ץ בפי' תקנות של האלג'יר ונר' כי הטעם הוא כי על **הסתם כוונת מתקני התק' הוא שתחול תנאי התק' בין אירוסין לנישואין בזמן הראוי לחול**.

לכן נלענ"ד שיש לכלול בהסכם הממון פיסקה זו: הסכם זה ייכנס לתוקף בין האירוסין לנישואין.

סימן לג

כיסוי ראשה של כלה

שאלה

מאימתי חייבת הכלה בכיסוי שיער ראשה[1]?

א. חיוב כיסוי שיער בנשואה

בשו"ע אה"ע (סי' כא ס"ב) נפסק:

לא תלכנה בנות ישראל פרועות[2] ראש בשוק, אחת פנויה ואחת אשת איש.

ובחלקת מחוקק (ס"ק ב):

א' פנויה וא' א"א – פנויה בעולה קאמר אבל בתולה אמרי' דיוצאה בהינומ' וראשה פרועה וכן הוא בב"ח ועיין במרדכי.

ומראייתו מנישואי בתולה עולה לכאורה שאפילו נשואה בתולה אינה חייבת בכיסוי הראש. אך אפשר לדחות ראיה זו, משום שיציאתה מבית אביה עדיין אינה נחשבת לנישואין עיי"ש בכתובות (מח ע"ב) שרק כשמסרו שלוחי האב לשלוחי הבעל דינה כנשואה, אך הוצאתה מבית אביה בלבד אינה נישואין.

ועיי שדי חמד (אסיפת דינים מערכת הד' אות א ח"ז עמ' 295 בהוצאת בית הסופר ב"ב תשכ"ד) שהביא בשם מוהר"י הלוי אחי הט"ז שהמדובר בנשואה, ובכ"ז התירו לה לצאת כשראשה פרוע, כדי לחבבה על בעלה. משמע שהחופה נערכה בבית הכלה לפני יציאתה לבית בעלה. אך השד"ח דחה ראייתם, אלא החופה נערכה בבית החתן וא"כ הוצאתה מבית אביה היתה בעודה ארוסה, וארוסה בתולה אינה חייבת בכיסוי הראש, כמבואר בירושלמי (כתובות רפ"ב). וז"ל:

וחש לומר שמא בתולה מן הנישואין היא?

[פירוש: וניחוש שמא היתה כבר נשואה בעבר, אלא שעדיין לא נבעלה ולכן יצאה בראש פרוע?] אך איננו חוששין לכך ולכן רק בתולה מאורסה יוצאת כשראשה פרוע ואילו נשואה אע"פ שהיא עדיין בתולה חייבת בכיסוי הראש.

וא"כ הדבר תלוי מתי היא נחשבת לנשואה? הדבר תלוי בחילוקי מנהגים בעיקר בין הספרדים לאשכנזים.

ב. מנהג הספרדים

הספרדים הולכים לכאורה בדרכו של המחבר בשו"ע (סי' נה ס"א) שפסק:

הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים, כל זמן שהיא בבית אביה; והבא על ארוסתו בבית חמיו, מכין אותו מכת מרדות... עד שיביא אותה לתוך ביתו ויתייחד עימה ויפרישנה לו, ויחוד זה הוא נקרא כניסה לחופה, והוא הנקרא נשואין בכל מקום.

1. מעמד החופה בימינו כולל קידושין, הפסקה בקריאת הכתובה ונישואין. מנהגי הנישואין שונים מעדה לעדה, השאלה היא מאימתי הכלה חייבת בכיסוי ראש ככל אשה נשואה.
2. המונח "פרוע" כולל שתי משמעויות: א. מפוזר. ב. מגולה. משמעות המונח בתשובה זו היא השניה.

דעת המחבר היא כשיטת הרמב"ם בפ"י מהל' אישות שהחופה היא יחוד ועד היחוד אינה נחשבת כנשואה. ומכיון שהנוהגים כמרן המחבר לא מתייחדים באולם בו חוגגים את הנישואין, הכלה אינה נחשבת לנשואה עד שיביאה לביתו, וא"כ אינה צריכה כיסוי ראש עד סוף הערב. וכך הם נוהגים למעשה על פי פסיקת רבניהם.

מיהו למעשה לא כל הספרדים נוהגים כדעת המחבר. אלא גם ההולכים בעקבות מרן נוהגים למעשה כמו שכתב הרמ"א בשם הב"י שהחופה היא שפורסין סודר על ראשם בשעת הברכה (הב"י הביאו). ואכן ידוע מנהג הספרדים בני התורה להתעטף בציצית ולפורסה מעל ראשי בני הזוג. א"כ גם לדעת מרן פריסת הטלית היא החופה, וא"כ הכלה חייבת בכיסוי הראש מיד מתחת לחופה.

ועיין שו"ת ישכיל עבדי להגר"ע הדאיה (ח"ז אה"ע סי' י) שהספרדים לא קיבלו עליהם למעשה את פסיקת מרן, שחופה היא יחוד כשיטת הרמב"ם, אלא את המובא בב"י והרמ"א שפריסת טלית היא החופה.

לאור הנחה זו שפריסת הטלית היא החופה מדוע אין הכלות הספרדיות מכסות את ראשן מתחת לחופה, הרי הן נשואות כבר באותה שעה?

אמנם הגר"ע יוסף בשו"ת יביע אומר (ח"ה אה"ע סי' ז-ח) הולך לשיטתו הידועה לפסוק כמרן המחבר, גם במקום שמנהג הספרדים שונה, והוא חולק על הגר"ע הדאיה וסובר שהלכה כמרן בשו"ע שחופה היא יחוד. לדעתו החתן והכלה אינם מתייחדים אלא רק בבואם לביתם. אולם גם הוא לא יכול להתעלם מכך שרבים מהספרדים (בעיקר בני התורה שבהם) נהגו גם לפרוס טלית. וא"כ הם מתייחסים לכך כאל נישואין, לפחות לחומרא. ומדוע הוא אינו חושש לכיסוי ראשה של הכלה כבר מרגע החופה, הלא זוהי דת משה וחיובה מדאורייתא? (עיי"ש ביבי"א שלעניין מנין שבעת ימי המשתה גם הוא חושש שמא פריסת הטלית היא החופה ויש למנות את שבעת הימים מאותו רגע).

ג. מנהג האשכנזים

דעת הרמ"א שם בהגה:

> וי"א דחופה אינה יחוד, אלא כל שהביאה החתן לביתו לשם נשואין (כ"כ הר"ן בשי"א ריש כתובות).

ועיין ביאור הגר"א שההבאה אל ביתו נעשית כיום ע"י העמדת החופה בחצר ביהכנ"ס. א"כ לדעת הרמ"א כבר מיד עם הכנסת הכלה לחופה היא נשואה וחייבת בכיסוי ראש מיד. אולם לא נהגו כך, והמחמירות ממתינות עד היחוד. ורובן אינן מכסות את ראשן עד למחרת. וצ"ע על סמך מה נהגו כך?

מיהו הרמ"א שם בהמשך דבריו כתב:

> והמנהג פשוט עכשיו לקרות חופה מקום שמכניסים שם יריעה פרוסה על גבי כלונסות, ומכניסים תחתיה החתן והכלה ברבים, ומקדשה שם ומברכין שם ברכת ארוסין ונשואין, ואח"כ מוליכים אותם לבית ואוכלים ביחד במקום צנוע, וזהו החופה הנוהגת עכשיו.

כלומר החופה נגמרת בכניסתם של החתן והכלה למקום צנוע. היום קוראים לכך "חדר יחוד" אולם לדעת הרמ"א אין צורך ביחוד גמור אלא רק במקום צנוע. אמנם הבית שמואל (שם ס"ק ה) העיר שמן הראוי שהחתן והכלה יתיחדו ביחוד גמור שבו אין כניסה לאף אחד, ולא די במקום צנוע. אך הרמ"א הסתפק במקום צנוע ולא דרש יחוד גמור. כי בתחילת ההגהה כתב במפורש

שחופה אינה יחוד גמור, ובחלקת מחוקק (שם ס"ק ו) כתב על כך:

נראה דכ"ע מודו בדין זה דהא הר"ן הביא ראיה לדין זה מן הגמרא דאמרינן אלמנה מן הנשואין אין לה אלא מנה אף על פי שעדים מעידים עליה שלא נסתר' ולא נבעל' וא"כ להדי' נקראת נשואה אף על פי שלא נתיחדה.

הרמ"א לא חזר בו מקביעתו זו, שהיא דעת כל הראשונים חוץ מהרמב"ם. ולכן עשה פשרה ואימץ את שיטת הרמב"ם למחצה. החופה היא אמנם יחוד, אולם לא גמור אלא מקום צנוע. ואף זאת רק ליתר הידור ע"מ לצאת גם ידי חובת שיטת הרמב"ם.

לכן המנהג המתפשט לאחרונה, שיש כלות אשכנזיות המכסות את ראשן רק ביציאתן מחדר היחוד, תמוה בעיני. הרי היחוד לדעת הרמ"א אינו מעיקר הדין אלא תוספת הידור בלבד והחופה העיקרית היא לפני כן, מדוע לא נחייב אותה בכיסוי ראש כבר מתחת לחופה? ואפילו אם נניח שהעמידה מתחת לחופה קונה רק מספק (למרות שמדברי הרמ"א לא משמע כן), מדוע לא נחוש שהחופה היא העושה אותה נשואה וספיקא דאורייתא לחומרא? (וכמו שהערנו לעיל לשיטת הגר"ע יוסף לספרדים).

ד. השיטות השונות באשר לחופה

בתשובה הקודמת, הדנה בהסכם ממון, הבאנו דעות שונות באשר לקניין החופה, ואלו הן:

א. כיסוי הכלה בהינומא לפני החופה (של פריסת הטלית). לדעה זו יתכן שחופה קונה לפני האירוסין אך לא יאוחר מהם (ר' מל"מ פ"י מהל' אישות ור' חלקת מחוקק סי נה ס"ק ט שנקראת נשואה למפרע) וא"כ הכלה מגיעה לחופה כשהיא כבר נשואה.

ב. הכלונסאות והחופה עליהן. זו דעת הרמ"א הראשונה והיא המקובלת ביותר על דעת רוב הפוסקים האשכנזים ולפיה הנישואין חלים מיד עם האירוסין.

ג. פריסת הטלית של החתן כמנהג הספרדים.

ד. סוף שבע הברכות כמנהג פפד"מ כפי שמובא בשו"ת חו"י (סי' נב) ובשו"ת חת"ס (אה"ע ח"ב סי' קסו). כפי שבררנו שם רק בפפד"מ החתן והכלה נכנסו לחופה על דעת כן שהחופה לא תחול עד סוף שבע הברכות.

ה. חדר היחוד. (כאמור, זו שיטת הרמ"א ליתר הידור, אך גם לדעתו יתכן שהחופה קונה כבר מרגע האירוסין).

ו. כניסת הזוג לביתם. (הגר"ע יוסף רואה בכך את החופה העיקרית ומתנגד לחדר היחוד באולם כמנהג האשכנזים. בתשובה הנ"ל הוכחנו שרוב הספרדים לא מתייחסים לכך כאל קניין, והמקובל ביותר הוא העמידה מתחת לחופה כמנהג אשכנז).

נמצא אפוא שמן הראוי היה לחייב את הכלה לכסות את ראשה, לפחות מספק, כבר מתחת לחופה. כלומר, עליה לבוא לחופה מכוסת ראש. אך לא שמענו ולא ראינו שנהגו כך בדורות הקודמים.

ה. תהליך הנישואין

יש לחלק בין מה שדנו באותה תשובה לנדון דידן. שם הנדון היה קניין להסתלקות מזכויות ממוניות בין האירוסין לנישואין. שם הדעה נוטה שהנישואין חלים יחד עם האירוסין מתחת לחופה. בנ"ד אנו דנים לעניין כיסוי הראש. גם שם כתבנו שהחופה היא אולי תהליך מתמשך,

אך בנ"ד יותר פשוט לומר כן, שהנישואין הם תהליך ארוך, המתחיל בחופה ומסתיים בהגיע הזוג לביתם. והחיוב לכסות את הראש לא חל עד הסוף.

והטעם לכך הוא עפ"י מש"כ הישועות יעקב (אה"ע ח"א סי' כא) בתשובת נכד המחבר שחיוב כיסוי ראש מהתורה הוא רק בנשואה בעולה. ומה שנאמר בירושלמי נשואה אע"פ שהיא בתולה חייבת בכיסוי ראש, הוא רק משום שסתם נשואה בחזקת בעולה, כמבואר בכתובות (יא ע"ב ויב ע"א) לענין כתובה מנה. ולכן נראה שכל עוד לא נבעלה אין עליה חיוב כיסוי הראש מהתורה, ורק מדרבנן היא חייבת, וגם זאת רק כשחל עליה שם נשואה.

יתירה מזאת, גם מדרבנן, רק אשה שנישאה כבר ועתה באה לינשא שנית אין פורעין את שערה כי היא בחזקת בעולה. ואע"פ שידוע לנו שלא התיחדה מעולם, מכיון שסתם נישואין כוללים בדרך כלל יחוד וחיי אישות כדרך כל הארץ, שם בעולה עליה, כמבואר בכתובות (שם). בד"א במי שבאה לפנינו כששם נשואה כבר עליה. אך כלה בתולה באמצע תהליך החופה ברור לנו שלא נבעלה. ואפילו אם היה באולם יחוד גמור הראוי לביאה לא מקובל לבוא עליה בחדר היחוד, ומבחינה זאת לא הסתיים לגמרי תהליך הנישואין ועדיין לא ניתן לה שם נשואה.

ונלענ"ד להביא דמיון לכך שחזקה חלה רק לאחר שנעשתה ולא מיד עם עשייתה, מהסבר התוס' בחולין (יד ע"א) שהשוחט בשבת שחיטתו כשרה, אע"פ שהמחלל שבת מומר לכל התורה, הוא לא נעשה מומר רק מאחרי השחיטה ואילך. גם כאן י"ל מכיון ששם נשואה לעניין כיסוי הראש תלוי בחזקת בעולה לא חל עליה שם נשואה מיד עם תחילת החופה אלא רק מאחרי החופה ואילך. אך במהלך החופה עצמה לא ניתן לה עדיין שם נשואה, ולכן אין מקום לחייבה בכיסוי הראש עד סוף החופה, כולל סעודת הנישואין. (בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס פסק שאין מונים לחתן שבעת ימי המשתה אלא מהסעודה. משמע שהסעודה היא חלק מתהליך הנישואין לעניין זה) ורק למחרת היא חייבת בכיסוי הראש. ולכן יש מקום לומר שלעניין כסוי הראש, שבעצם מעיקר הדין, חיובו לא חל אלא משנבעלה, רק גמר תהליך הנישואין כולו וכניסת הזוג לביתם הוא המחייב כיסוי ראש.

וכך נהגו בישראל מדורי דורות.

סימן לד

כיסוי ראש לאשה חולה

שאלה

אשה חולה מחלת עור קשה ואינה יכולה בשום פנים ואופן לכסות את ראשה, האם מותר לה לגלות את ראשה? והאם מותר לומר דבר שבקדושה מול שערה הגלוי? לא מדובר בפיקו"נ, אלא בסבל גדול, האם מותר לעבור על איסור תורה לשם כך?

תשובה

א. מותר לחולה לעבור על איסור דרבנן, אך לא על איסור תורה כמבואר ביו"ד סי' קנה:

> י"א דכל איסורי הנאה מדרבנן מותר להתרפאות בהן אפילו חולה שאין בו סכנה. (ר"ן פכ"ש בשם י"א וריב"ש סי' מ"ה /רנ"ה/). ואפי' יין נסך, בזמן הזה, מותר להתרפאות בו ולעשות ממנו מרחץ אע"פ שהוא כדרך הנאתן, ובלבד שלא יאכל וישתה האיסור, הואיל ואין בו סכנה.

כיסוי ראשה של אשה הוא מהתורה. אך צ"ע מה גדרה של מצוה זו.

נניח שזו מצות עשה ולכאורה ביטול מ"ע בשב ואי"ת דומה לאיסור דרבנן בקו"ע. מצינו השוואה כזו לעניין כבוד הבריות בברכות (כ ע"א).

ומסתבר שגם כבוד הבריות הותר במקום איסור דרבנן או מ"ע משום שהוא צער נפשי גדול. וא"כ ה"ה צער גופני גדול. ודרכיה דרכי נועם (ר' סוכה לב – לא יתכן שהתורה תחייב ליטול לולב שיש לו קוצים דוקרניים). אך לא מצינו השוואה מפורשת כזו לעניין חולה.

ב. אולי יש מקור להשוואה זו בין כבוד הבריות לחולה ממשנה במס' ב"מ לב ע"א בדין פריקה וטעינה "אם היה זקן או חולה – חייב". כלומר, אם בעל החמור היה זקן או חולה, שאינו מסוגל לפרוק ולטעון בעצמו, חייבים לטעון ולפרוק במקומו. המשנה משווה חולה וזקן זל"ז. האם מדובר בזקן בגלל חולשתו, א"כ הוא בגדר חולה. אך אפ"ל ש"זקן" האמור כאן מי שקנה חכמה, כמו "זקן" המוזכר שם דף ל ע"א זקן שאינה לפי כבודו. והוא פטור מהשבת אבדה משום כבוד הבריות. וא"כ דין חולה ודין כבוד הבריות שווים. אמנם בדף לב לא מדובר בפטור זקן וחולה מלפרוק ולטעון, אלא בזקן שאינו פורק וטוען לעצמו אולם הא בהא תליא. אין לחייב אדם לפרוק ולטעון לאחרים אם גם הוא אילו היה בעלי הבהמה לא היה פורק וטוען לעצמו. "ואהבת לרעך **כמוך**" נאמר ולא יותר ממך. וכן אמר הלל הזקן 'מאי דעלך סאני לחברך לא תעביד'. אדם לא מחויב לסייע לחברו יותר משהיה מסייע לעצמו. ולכן זהו גם גדרו של זקן שאינה לפי כבודו, שאם אין דרכו ליטול לעצמו אינו חייב לאחרים. אם כנים דברינו, כשם שזקן שקנה חכמה פטור מלטעון ולפרוק לחברו, כי אינן לפי כבודו, כך גם חולה פטור בגלל חולשתו וצערו. וי"ל עוד שחילול כבודו של האדם הוא צער נפשי גדול, לא פחות מצער גופני, אם לא יותר. ומכאן הדמיון של מצטער וחולה לזקן שאינה לפי כבודו. ונמצא ששני דינים אלו של זקן וחולה שווים. מיהו מצוות שבאדל"ח שאני, כמש"כ, שאין אדם מחוייב לחבירו יותר משמחויב לעצמו אך במצוות שבאדל"מ יתכן שחולה חייב. וצ"ע.

ג. אפשר אולי להביא ראיה לפטור חולה ממ"ע מעליה לרגל[1] שחולה פטור מקיום מ"ע. אך שם זהו דין מיוחד. התורה חידשה הלכה שמי שאינו יכול לעלות ברגליו פטור,

1. **הערת עורך**: עי' אנ"ת ערך 'חולה' עוד כמה מקרים שחולה נפטר ממצוות או נפטר מחלקי מצוות.

למרות שהוא בריא, כגון פיסח שניתן להעלותו באלונקה, מכיון שאינו יכול לקיים את המצוה ברגליו ממש הוא פטור.

ראיה אחרת אפשר להביא מפטור חולה מסוכה. אמנם גם שם הוא דין מיוחד בסוכה שנאמר בה "'תשבו' כעין תדורו" ולכן כל מצטער פטור מסוכה כגון שירדו גשמים. אך יש להביא ראיה מהלילה הראשון שלמרות שמצטער חייב בכ"ז חולה פטור. כפי שהוכיח הגרח"פ שיינברג (קובץ הלכה ורפואה כרך ד' עמ' קכט) מסי' תרמ ס"ג שחולה שאין בו סכנה פטור מסוכה, ומסתימת המחבר שם משמע שה"ה בלילה הראשון, שחיוב סוכה בו אפילו למצטער, בכ"ז חולה פטור (ור' באהלה של תורה ח"ב סי' צב שצער גדול דינו כחולה).

ד. אלא שהשוואת הגמ' בברכות את ביטול עשה למצוה דרבנן היא משום שהמבטל עשה הוא בשב וא"ת. ובנ"ד צ"ע אם אשה שאינה מכסה את ראשה אמנם נחשבת כשב וא"ת. אילו היתה מ"ע מפורשת לכסות את ראשה היתה ההימנעות מכיסוי הראש נחשבת כשב וא"ת. אך לא כן הדבר. אין מצוה מפורשת בתורה לכסות את הראש. יש איסור לאשה לצאת מביתה כשראשה מגולה. וא"כ כשהיא יוצאת מביתה ללא כיסוי ראש היא עוברת בקו"ע. ואולי יש מקום להשוות זאת למצות ציצית שמי שלובש בגד של ד' כנפות בלי ציצית לא נחשב כעובר בקו"ע, אלא בשב וא"ת כמבואר בשו"ע (או"ח סי' יג):

> ה"ה אם נפסק אחד מן הציציות ומתבייש לישב בלא טלית, דיוכל ללובשו בלא ברכה, מכוח כבוד הבריות. ודוקא בשבת, דאסור לעשות ציציות, אבל בחול כהאי גוונא, אסור. (מרדכי פ"ק דף צ"א ע"ב)".

וראה מג"א (סי' יג ס"ק ח) שכתב בהסבר הלכה זו:

> הא אמרינן בברכות ד' כ' דכבוד הבריות דוחה עשה דאורייתא בשב ואל תעשה ע"ש, ומוכח שם דאם לובש סדין בלא ציצית מקרי שב ואל תעשה. וכ"ה בתוס' יבמות דף צ' דאי מקרי קום ועשה ה"ל כמו כלאים דפושטו אפי' בשוק, אלא ע"כ הוא שב ואל תעשה. כמ"ש המרדכי דבלבישתו אינו עובר וא"כ אף בחול לישתרי מפני כבוד הבריות.

וראה שם שחילק בין גנאי קטן לגנאי גדול. אך בנ"ד מדובר בצער גדול.

הלובש טלית ללא ציצית נחשב כעובר בשב וא"ת למרות שהוא עושה מעשה. ולכאורה ה"ה גם שער של אשה, יציאתה החוצה ללא כיסוי ראש תיחשב לשב וא"ת.

ה. ויש לחלק, שם המצוה היא בקום ועשה שנאמר "ועשו להם ציצית". אין איסור ללבוש בגד בלי ציצית אלא רק מצוה לעשות ציצית. ולמרות שלבישת הבגד היתה בקו"ע המצוה מתבטלת בשב וא"ת. משא"כ כיסוי ראש שאסור לאשה לצאת מביתה כשראשה מגולה. וכשהיא יוצאת היא עוברת בקו"ע.

וזו לשון הגמ' בכתובות (עב ע"א):

> איזוהי דת יהודית? יוצאה וראשה פרוע. ראשה פרוע דאורייתא היא! דכתיב: "ופרע את ראש האשה", ותנא דבי רבי ישמעאל: **אזהרה לבנות ישראל שלא יצאו בפרוע ראש**!

משמע שהוא כעין לאו מפורש מן התורה. מיהו י"ל שלשון "אזהרה" אינה לאו ממש. אין כאן מצוה או עבירה במשמעויות המקובלות. עובדה היא שאף אחד ממוני המצוות לא מנאה במנין המצוות. התורה

רק אמרה "ופרע את ראש האשה" ומכאן למדנו שגנאי לאשה נשואה להיות פרועת ראש, וממילא חובתה לכסות את ראשה (במק"א כתבנו לעניין שיער באשה ערוה שלא הערוה יצרה את החיוב אלא להפך החיוב יצר את הערוה, עי' לעיל סי' כז). משום כך שיער פנויה אינו ערוה כי התורה לא חייבה אותה לכסות את ראשה. ומכיון שהתורה רואה בפריעת הראש גנאי ממילא חל על השיער דין ערוה. (אמנם גם אם נניח שחולה אינה חייבת בכיסוי הראש עדיין שערה ייחשב ערוה, כי אין זה פטור בעצם כמו פנויה אלא מקרה חריג של התחשבות במחלתה. ור' להלן).

ולכן הלכה זו מוגדרת כ"דת משה ויהודית" כלומר מנהג כשר של בנות ישראל, שיסודו בתורה, לכסות את ראשן. ואשה הפורעת את ראשה פורצת גדר שנבנתה ע"י משה רבנו. ומכיון שחיוב זה לא מוגדר כלא תעשה, אולי אין לראות את העוברת עליה כעוברת בקו"ע. וצ"ע.

ו. ואולי זו מחלוקת בין ר' ישמעאל וחכמים בספרי (במדבר פיסקא יא):

> ופרע את ראש האשה, כהן נפנה לאחוריה ופורעה כדי לקיים בה מצות פריעה דברי ר' ישמעאל ד"א לימד על בנות ישראל שהן מכסות ראשיהן.

ר' ישמעאל סובר שאשה מצווה לכסות את ראשה והכהן מצווה לבטלה ממצותה. אך החולקים סוברים שאין כאן מצוה ועבירה במשמעויות המקובלות, אלא זהו נוהג ראוי, וביטולו הוא הוצאת הסוטה מגדר בנות ישראל הנוהגות לכסות את ראשן כדין.

ואכן הרמב"ם לא הביא את דברי ר' ישמעאל אלא כתב בהל' אישות (פכ"ד הי"ב):

> ואיזו היא דת יהודית, הוא מנהג הצניעות שנהגו בנות ישראל, ואלו הן הדברים שאם עשת אחד מהן עברה על דת יהודית: יוצאה לשוק או למבוי מפולש וראשה פרוע ואין עליה רדיד ככל הנשים,

אמנם היא עשתה זאת בקו"ע אך אינה עוברת על עשה מפורש בתורה אלא על מנהג שהתורה נתנה לו תוקף. אין לומר שזהו רק איסור מדרבנן, שהרי הוא מפורש בתורה. אך מאידך גם מצוה מפורשת בתורה אינו. הוא לא נאמר בלשון עשה ולא תעשה, אלא כאמור, זהו מנהג המחויב מן התורה. האם חולה ומצטערת מותרות לבטל מנהג חשוב כל כך שהתורה מזכירה אותו במפורש?

ז. אמנם בשו"ת תרומת הדשן (סימן רמב), כתב שלדעת הרמב"ם איסור פריעת ראש אינו אלא מדרבנן, ולדעתו מה שנאמר בגמ' "דאורייתא היא" ר"ל רמז מדאורייתא. וכ"כ הגר"י בורלא בשו"ת וישב יוסף (יו"ד סי' ב דף י"ד ע"ב), שאיסור פריעת ראש אינו מה"ת ממש אלא רק יש לו רמז דאורייתא. ע"ש.

אבל דעת פוסקים אחרים שהוא מה"ת ממש. ר' שו"ת באר שבע (סי' יח). וכ"כ בפשיטות בשו"ת מהר"ם שיק (חיו"ד סי' ריז) שהנודרת שתלך בפריעת ראש אין הנדר חל משום שאיסור תורה הוא (מקורות אלו הובאו ע"י הגרע"י ביחוה דעת ח"ה סי' סב).

אך גם לדעת הפוסקים שהוא חיוב גמור מהתורה לא ברור מה גדרו, האם מ"ע או ל"ת. ויש פנים לכאן ולכאן.

ח. עוי"ל שמכיון שמדובר במחלת עור קשה, שהכיסוי מונע את ריפויה, אולי יש לראותה כסכנת אבר, ויש שהתירו משום סכנת אבר לחלל שבת אפילו באיסור תורה. וזכר לדבר ששיער הראש נחשב לאבר שלם בהלכות חציצה, שרוב שיער דינו כרוב למרות שביחס לגוף כולו הוא רק מיעוט.

ור' שו"ת מלמד להועיל (ח"ב יו"ד סי' לב) שדייק מלשון התוס' בסוכה (כו ע"א ד"ה ואפילו) שסכנת אבר אחד כסכנת נפשות אפילו לחלל עליו את השבת כדמוכח בפ' אין מעמידין גבי עין שמרדה. וגם האוסרים לחלל שבת בגלל סכנת אבר (ר' או"ח סי' שכח) מודים לדעתו באיסורים אחרים:

> ולענין סכנת אבר בשאר איסורין נראה מדברי הש"ך בי"ד סי' קנ"ז סק"ג דיש להקל, וכ"כ שם בבית לחם יהודה. וכתב הפרי מגדים במשבצות זהב או"ח סי' שכ"ח ס"ק ז' וז"ל ומינה (מדברי הש"ך) בשאר ל"ת בחולה סכנת אבר י"ל דמותר לרפאות באיסור תורה ושאני שבת דחמיר.

אם כי יתכן ששיער אינו אבר כה חיוני כאברים אחרים. אך מאידך, גם כיסוי הראש אינו דומה לאיסורים אחרים וכנ"ל.

נראה לכאורה שיש כאן כמה סניפים להקל: גם למ"ד שהחיוב מהתורה לא ברור מה גדרו ויתכן שמותר לחולה לעבור עליו בשב וא"ת. יש כאן מעין סכנת אבר שמותר למונעה גם ע"י עבירה על איסורי תורה.

ט. אלא שיש קושי גדול להתיר לה לצאת מביתה ללא כיסוי ראש. ואין הדבר דומה להיתרים אחרים שהתירו לחולה. כאן הדבר ניכר לרבים ביותר ואילו חולייה אינו ידוע לרבים. אמנם יש לה צער גדול בכיסוי הראש, אך עד שנתיר לה לצאת מביתה ללא כסוי ראש בגלל צערה, מדוע לא נאמר לכאורה שתיכבד ותשב בביתה ללא כיסוי ראש ולא תצטער כל כך? אמנם ההסתגרות בבית גם היא צער גדול, אולם מאי חזית להתחשב בצער מחלתה ולהתיר לה גילוי ראש יותר מצער הסתגרותה בביתה? לא יהא כיסוי ראשה פחות מיציאתה מחוץ לבית. אך בכ"ז נראה שאין לך צער גדול מהסתגרות מוחלטת בבית והפיכתה לשבוית חרב. מאסר נחשב לעונש גופני כבד ביותר.

לכן נראית לי הצעתו של הרב יעקב אפשטיין שלפחות עליה לצמצם את ההתר ע"י שתכסה את שערה במשהו קל ומעשה רשת, כדי שלא תיראה בעיני הציבור כעבריינית וכדי שתזכיר לעצמה את חובתה.

כי בגדר "ופרע את ראש האשה" יש שני דינים: א. גילוי השיער. ב. פריעת השיער. המג"א בסי' עה כתב שפרועת ראש היינו שסותרת קליעת שערה והולכת בשוק – זה אסור אף בפנויה, משא"כ גילוי השער, אסור רק בנשואה. והשבות יעקב (חלק אבהע"ז סי' ק"ג) מתיר (עפ"י ד"ת) לאשה נשואה ללכת בגילוי הראש אם שערותיה מקולעות. אמנם רוה"פ אינם מבחינים בין שתי המשמעויות (ר' שרידי אש ח"א סי' עח), אך אם אפשר למזער את האיסור מהיות טוב אל תהיה רע. ולכן גם אם אינה יכולה למנוע את גילוי השיער אך עדיין היא יכולה למנוע לפחות את פריעת השיער. וניתן להשיג מעשה רשת צפוף שבקושי השיער נראה דרכו ועם זאת הוא מספיק אווירירי שיאפשר את הבראת העור. וה' ישלח לה רפו"ש בקרוב.

חלק חושן משפט

סימן לה

סמכות הנהגה ציבורית בענייני מוסר ('פורום תקנה')*

ראשי פרקים

א. הצלה מפגיעה נפשית

ב. הפרשה מאיסור על ידי אדם פרטי

1. לכך לא דרוש דוקא בית דין
2. הפרשה מאיסור בכוח

ג. סמכותה של מנהיגות ציבורית

1. מרותה על עובדים
2. שליח בית דין לביצוע דין
3. שוטרים למניעת תקלות מוסריות

ד. מי הוא 'בית הדין'?

1. כל ישראל
2. המנהיגים

ה. בית דין ממש

ו. שיתוף נשים

1. בגדר דין
2. בגדר מנהיגות ציבורית

ז. הודאת בעל דין

1. בפני בית דין
2. בפני מנהיגות ציבורית

ח. סיכום

* * *

פורום 'תקנה' התפרסם בציבור כגוף המבקר תופעות של סטיות והטרדות, בעיקר במערכת החינוך הדתית. הגוף מורכב מרבנים, ראשי ישיבות, ראשי מוסדות חינוך (גם נשים), פסיכולוגים/ות, משפטנים/ות עובדים/ות סוציאליים/ות ועוד. על כך כמה שאלות:

1. ממה נובעת החובה להקים גוף כזה?
2. מהו מקור סמכותו של גוף ציבורי זה?
3. מה כלול בסמכות זו?

א. הצלה מפגיעה נפשית

נאמר **בתורה** (ויקרא יט, יז): "לא תעמוד על דם רעך", ו**פירשו רבותינו** (סנהדרין עג ע"א):

> תנו רבנן: אחד הרודף אחר חבירו להרגו, ואחר הזכר, ואחר נערה המאורסה, ואחר חייבי מיתות בית דין, ואחר חייבי כריתות – מצילין אותן בנפשו. אלמנה לכהן גדול, גרושה וחלוצה לכהן הדיוט – אין מצילין אותן

* נדפס בתחומין לא, תשע"א.

בנפשו. נעבדה בה עבירה – אין מצילין אותה בנפשו. יש לה מושיע – אין מצילין אותה בנפשו. רבי יהודה אומר: אף האומרת הניחו לו שלא יהרגנה. מנא הני מילי? אמר קרא: "ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מוות" נער – זה זכור, נערה – זו נערה המאורסה, חטא – אלו חייבי כריתות, מות – אלו חייבי מיתות בית דין.

על כך כתב הרמב"ם (הל' רוצח ושמירת הנפש פרק א):

(ו) הרודף אחר חבירו להרגו – אפילו היה הרודף קטן – הרי כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של רודף.

(י) אחד הרודף אחר חבירו להרגו או רודף אחר נערה מאורסה לאונסה, שנ' "כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה", והרי הוא אומר: "צעקה הנערה המאורסה ואין מושיע לה", הא יש לה מושיע מושיעה בכל דבר שיכול להושיעה, ואפילו בהריגת הרודף.

(יא) והוא הדין לשאר כל העריות חוץ מן הבהמה. אבל הזכור מצילין אותו בנפש הרודף כשאר עריות.

(יד) כל היכול להציל ולא הציל עובר על "לא תעמוד על דם רעך".

המושג 'רודף' מצטייר בדמיוננו כאדם הרודף ממש אחרי ערוה לאונסה באופן מיידי, שאז מותר להצילה אפילו במחיר הריגתו. בנדון שאנו עוסקים בו לא מדובר בציור כזה, ולכן איננו דנים בשאלה של הריגה חלילה. אלא אם ידוע לנו שבמוסד חינוכי עובד אדם שאינו שולט ביצריו והוא עלול לנצל את מרותו וסמכותו להיטפל לתלמידים ולעבור בהם עבירות, גם אם הם בני מצוה ובני דעת המתפתים לשתף פעולה מרצונם כביכול, הכשלתם קרובה לאונס ויש להקיש במידה מסוימת את אותו חשוד לדין 'רודף'[1]. כאמור, איננו רשאים להורגו, כי אין מדובר בשעת מעשה, ולא תמיד מדובר בעריות ממש, וגם יש לנו כלים יעילים למונעו מביצוע זממו, בעיקר ע"י הרחקתו מהמסגרת, שבה יש חשש שיעבור בה עבירות, למסגרת שבה אין חשש לכך.

גם מי שאינו חשוד על גילוי עריות ממש, אלא רק על הטרדות, אמנם אין דינו כרודף האונס ערוה, ואין היתר להורגו, אך חיוב הצלה יש גם במצב כזה. עי' ספר המצוות **לרמב"ם** (ל"ת רצז):

שהזהירנו מהתרשל בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת המוות **או ההפסד** ויהיה לנו יכולת להצילו. כמו שיהיה טובע במים ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו. או יהיה גוי משתדל

1. עריות כוללות אשת איש וזכור, ר' רמב"ם הל' רוצח א,יא. באשר לנידה, וזאת המציאות של סתם אשה בימינו, ספק אם יש להגדירה כעריות. ר' ש"ך יו"ד קצה, כ ואתוון דאורייתא להר"י אנגל סי' כ. אולם מכיון שאיננו דנים כאן בדין רודף ממש, שמותר להורגו, אלא רק למונעו מעבירה, אין נפק"מ לשאלה זו, כי בין כך ובין כך חובת המניעה קיימת. כמו"כ לא כל הטרדה היא איסור עריות גמור שיש בה פגם חמור כמבואר בסנהדרין עג ע"א, אלא במקרים רבים רק אביזרייהו דעריות. ובכ"ז הם חמורים כעריות עצמם ר' סנהדרין עה. אנו כוללים במסגרת העריות את כל מערכת היחסים שבין גברים לנשים (וכן בין גברים לגברים).

להרגו ואנחנו נוכל לבטל מחשבתו או **לדחות ממנו נזקו**. ובאה האזהרה מהימנע להצילו באמרו יתעלה "לא תעמוד על דם רעך". וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה, כי הוא רואה **ממון** חבירו אובד והוא יכול להחזירו אליו באמרו האמת.

הרמב"ם כולל בלאו זה גם הצלה מהפסד ממון (ומקורו בספרי)[2]; **וא"כ ק"ו לנזקים נפשיים וחינוכיים הנגרמים כתוצאה מהטרדות. פעמים אלו הם נזקים בלתי הפיכים, או ששיקומם מחייב טיפול מקצועי ממושך. אלו חמורים יותר מנזקי ממון שניתן לשלמם. התורה השוותה אונס לרצח** – "כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה". **חז"ל למדו מכאן את ההיתר להרוג רודף אחרי ערוה** (סנהדרין עג ע"א). **אולם אין מקרא יוצא גם מידי פשוטו. התורה לימדתנו שפגיעה נפשית חמורה הנוצרת ע"י אונס הושוותה לפגיעה גופנית קשה הנוצרת ע"י רצח. מה לי הורס חיי גוף, ומה לי הורס חיי נשמה**[3]. **וכשנוריד דרגה, נגיע למסקנה, שגם הטרדה, הפוגעת פגיעה נפשית, פוצעת את נפש הנפגע ומקבילה לחבלה גופנית. וממילא גם חובת ההצלה היא בהתאם. כשם שמצוה להציל אדם מידי הרודף אחריו לחובלו ולהזיקו בגופו, כך מצוה להצילו מיד העומד להזיקו בנפשו. וגם אם לא ידוע לנו אם יש קרבן מסויים, העובדה שיש אפשרות סבירה לקרבנות פוטנציאליים מחייבת אותנו להצילם.**

א"כ גם מדין 'רודף' חובה למנוע פגיעות כאלו, וכמש"כ הרמב"ם שם (הל' טו):

> הרואה רודף אחר חבירו להרגו או אחר ערוה לבועלה ויכול להציל ולא הציל – הרי זה ביטל מצוות עשה, שהיא "וקצותה את כפה" ועבר על שני לאוין: על "לא תחוס עינך" ועל "לא תעמוד על דם רעך".

הרמב"ם הסמיך למצות "לא תעמוד על דם רעך" **את מצות** "וקצותה את כפה". **אמנם שם מדובר בסכנת נפשות, עי' ספרי** (סוף פר' תצא):

> "במבושיו" – מה מבושיו מיוחד שיש בו סכנת נפשות והרי הוא ב"קצותה את כפה", כך כל דבר שיש בו סכנת נפשות הרי הוא ב"קצותה את כפה".
>
> "וקצותה את כפה" – מלמד שאתה חייב להצילו בכפה. מנין שאם אין אתה יכול להצילו בכפה שאתה חייב להצילו בנפשה? תלמוד לומר: "לא תחוס עינך".

לפי הספרי יתכן מצב שהפסוק "וקצותה את כפה" **יתפרש כפשוטו, אם אין דרך להציל את הנרדף הנמצא בסכנת נפשות אלא ע"י קציצת כפו של הרודף. גם הרמב"ם** (בסהמ"צ, מ"ע רמז) **הביא דרשה זו, ועליה הסמיך בהל' רוצח את המצוה הזאת למצות** "לא תעמוד על דם רעך". **וכשם שמצות**

2. וכן: ס' החינוך מצוה רלז; סמ"ק ל"ת פב; חפץ חיים, הל' רכילות כלל ט, באר מים חיים ס"ק א.
3. בגמרא, סנהדרין עג, מדובר על פגם. אמנם שם הכוונה לביישה ולזלזלה (רש"י שם) אך הסברה נותנת שמצות הצלה חלה על כל נזק נפשי שנגרם לאדם.

"לא תעמוד על דם רעך" מחייבת הצלת נרדף גם מחבלה גופנית ונפשית, הוא הדין למצות "וקצותה את כפה". ואדרבה, במצוה זו אמרה התורה במפורש שפגיעה נפשית, גם אם אינה אונס ממש, חמורה כמו פגיעה גופנית. שהרי אין מקרא יוצא מידי פשוטו ואשה השולחת את ידה למבושי אדם, גם אם כוונתה רק לפגוע בצניעותו, מצוה להצילו מידי הרודפת (אם כי לא במחיר קציצת כפה ממש, אלא ע"י הרתעתה באמצעות קנס גבוה, כמו שפירש"י עפ"י דעת ר' יהודה בספרי שם).

ובמסכת סנהדרין (עג ע"א): "אבידת גופו מנין? – תלמוד לומר: והשבותו לו". הרחקת נזק מאדם היא בכלל מצות השבת אבידה. נזק נפשי חמור יותר מנזק ממוני וגופני, ולכן מצוה על כל מי שהדבר ביכולתו, למנוע תקלות מסוג זה. ומכיון שלַפֶּרט אין כלים לטפל בכך, אזי מצוה להקים גוף ציבורי ומקצועי שיציל את הלומדים במוסדות החינוך מפני תקלות אפשריות, ובפרט מוטלת האחריות לכך על מנהיגי הציבור, רבניו, מחנכיו ומנהלי מוסדותיו (ויש להדגיש, שלפי התורה חובת הצלה מוטלת על כל אדם מישראל, ולא רק על שופטים ושוטרים).

ב. הפרשה מאיסור על ידי אדם פרטי

1. לכך לא דרוש דוקא בית דין

כאשר מדובר בפגיעות מיניות, לא מדובר רק בנזק נפשי הנגרם לנפגעים, אלא גם בעבירה על איסורים הלכתיים בתחום הצניעות. ביחס לכפייה על קיום מצוות נאמר במסכת כתובות (דף פו ע"א):

במה דברים אמורים – במצוות לא תעשה, אבל במצוות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה – מכין אותו עד שתצא נפשו.

ופירש רש"י: "במה דברים אמורים – דלוקה ארבעים".

לכאורה משמע שכפייה זו על המצוות היא רק בבי"ד, כשם שארבעים מלקות ניתנות רק ע"י בי"ד. אם כי מסתבר שלא מדובר באותו בי"ד. כי בי"ד המלקה מ' הוא רק בי"ד של סמוכין, בעוד שכפייה על המצוות יכולה להיעשות בכל בי"ד. הרי מדובר שם בגביית חוב, הנוהגת בכל בי"ד, גם בימינו. וכן הבין בעל קצות-החושן (סי' ג ס"ק א) שהכפייה יכולה להיעשות דוקא בבי"ד, ולא כל אחד יכול לכפות על חבירו קיום מצוה. ואלו דבריו:

אבל לכופו לקיים מצוות עשה, כגון מי שאינו עושה סוכה או אינו נותן צדקה – לזה צריך בי"ד דוקא, ואנן שליחותייהו דקמאי עבדינן. וגם להפרישו מאיסור נמי אינו אלא הכאה בעלמא, אבל בי"ד שכופין לקיים עשה מכין אותו עד שתצא נפשו, כגון באומר סוכה איני עושה, ואילו באיסורא אין מכין עד שתצא נפשו.

עם זאת, גם הוא מודה שלאפרושי מאיסורא, אין צורך בבי"ד. כגון, מי שרואה את חבירו לובש שעטנז יכול לפושטו מעליו אפילו בשוק, והראיה, ממה שנאמר (ב"ק כח ע"א):

מניין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? ת"ל: "לא תקחו כופר... לשוב" לא תקחו כופר לשבו!... בעבד שמסר לו

רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירא, והשתא איסורא[4].

אך לדעת נתיבות-המשפט (סי' ג ס"ק א) **כל אחד יכול לכפות גם על מצוות עשה, לא רק בי"ד:**

גם מה שכתב [בקצה"ח]... בעי בית-דין דוקא לכפותו, דהדיוטות לאו בני עישוי נינהו, נראה לי... דליתא... דכל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור, אפילו מי שאינו בכלל בית-דין, כדמוכח בב"ק כח גבי נרצע שכלו ימיו, דיכול רבו להכותו כדי להפרישו מאיסור שפחה[5].

בעל קצוה"ח משיג במשובב-נתיבות על מש"כ בעל נתה"מ:

ותמהני, כי כוונתו להשיג על דברינו והוא מתעסק בהשגה על דברי התוס' שכתבו [סנהדרין ב,ב ד"ה ליבעי] דמילי דעישוי ילפינן מאשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות, ולדברי המחבר א"כ הדיוט בעלמא יכול לכוף אגיטא במקום שכופין להוציא, וזה ודאי פסול דאורייתא אם הדיוט מעשה אגיטא... ובעישוי אגיטא צריך בי"ד של שלושה... אבל הדיוט בעלמא שאינו בי"ד דמעשה אגיטא, פסול הגט דאורייתא והיא אשת איש, ואע"ג דמצותו ליתן גט. אלא ודאי דבי"ד בעי אעישוי.

קושייתו של קצוה"ח על נתה"מ מעישוי גט ניתנת ליישוב, כפי שכתב החת"ס (ר' להלן ד/1) **שיש לחלק בין חוקים למשפטים. במשפטים, של הוצאת ממון מבעליו ואשה מבעלה, רק בי"ד מוסמך לכפות. משא"כ בקיום מצוות, כגון לולב וסוכה, לדעת נתה"מ, כל אחד יכול לכפות.**

לא נחלקו שני אחרונים אלו אלא בכפייה על מצוות עשה כגון לולב וכדו'. אבל כאשר מדובר באפרושי מאיסורא, גם קצוה"ח מודה שלהפריש מאיסור כל אחד יכול ואין צורך בבי"ד כלל. ואלו דבריו במסקנתו:

ודאי דבית דין בעי אעישוי [=כפייה]... ומה שאמרו בנרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו להפרישו מאיסור שפחה — היינו להפרישו מאיסור... אבל לכופו לקיים מצוות עשה... **לזה צריך בית דין דוקא**...

במאמר זה אנו עוסקים בהפרשה מאיסור ובהצלת קרבנות מפגיעה, ובכך אין מחלוקת בין קצוה"ח לבין נתה"מ שכל אחד יכול להפריש אדם מאיסור; וקל וחומר לגוף ציבורי, המוגדר כבי"ד לעניין זה כפי שיבואר בהמשך.

4. וכך פוסק הרמב"ם (הל' עבדים פ"ג ה"ח). יש להביא ראיה נוספת מברכות (יט ע"ב – כ ע"א): "המוצא כלאים בבגדו, פושטן אפילו בשוק. מאי טעמא? אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד השם". וכך פוסק הרמב"ם (הל' כלאים (פ"י הכ"ט). ובשו"ת שאילת-יעבץ (ח"ב סי' קנט) כתב: "הך שטרא דאית ביה ריבית, לכו"ע מקרע נמי קרעינן ליה. וטעמה מאי? משום דעובר הוא בקיומו... לפיכך אם המוצאו אינו קורעו, גורם לעצמו כמו למלוה מכשול עוון, שמא יבוא עוד לידי המלוה ויעבור ע"י כך בלאו, ויהיה עוון תלוי גם בראשו של מוצאו. מש"ה דטבא ליה עבדינן וקרעינן ליה". ומקורו בתוספתא (ב"מ פ"ה הכ"ג).

5. בעל נתה"מ מדבר בציטוט זה רק על מצוות לא תעשה, ולכן השגתו על בעל קצוה"ח אינה מוכרחת, ואמנם הקצות עצמו אומר זאת כפי שהבאנו בהמשך.

2. הפרשה מאיסור בכוח

לפי האמור לעיל ניתן להפריש אדם מאיסור גם בכוח. וצ"ע, מה מקור סמכותו של אדם פרטי להשתמש בכוח כדי להפריש את חבירו מאיסור? למקור החיוב העקרוני לאפרושי מאיסורא ישנן שתי אפשרויות:

א. מצוות תוכחה.

ב. הערבות ההדדית שבה כל ישראל ערבין זה בזה.

מהרמב"ם משמע ששתיהן הן שני צדדים של מטבע אחד. ואלו דבריו בהל' דעות (פ"ו ה"ז):

> הרואה חבירו שחטא או שהלך בדרך לא טובה – מצוה להחזירו למוטב ולהודיעו שהוא חוטא על עצמו במעשיו הרעים שנאמר הוכח תוכיח את עמיתך... וכל שאפשר בידו למחות ואינו מוחה הוא נתפש בעון אלו כיון שאפשר לו למחות בהם.

משמע שהא בהא תליא – הערבות והתוכחה. חובת התוכחה יוצרת ערבות[6].

והדגיש זאת המבי"ט בקרית ספר (הל' דעות פ"ו הי"א):

> להוכיח חוטא או מי שרוצה לחטוא והולך בדרך לא טובה. ואין ראוי שיאמר אחר שאין אני חוטא, מה לי שיחטא אחר, אלא אנו מצווים שלא נחטא ושלא נעזוב זולתינו שיחטא, אלא שנוכיח ונשיב אותו.

וכן דייק הרמב"ן (ויקרא יט, יז) מן הלשון בתרגום אונקלוס:

> ואמר הוכח תוכיח את עמיתך... ללמדו תוכחת מוסר, "ולא תשא עליו חטא" שיהיה עליך אשם כאשר יחטא ולא הוכחת אותו. ולזה יטה לשון אונקלוס שאמר: "ולא תקבל על דיליה חובא" – שלא תקבל אתה עונש בחטא שלו.

בין למר ובין למר אין זו חובה המוטלת על בי"ד, אלא על כל יחיד ויחיד. גם בעל קצות-החושן מודה שמצות התוכחה מוטלת על כל יחיד ויחיד, ורק באשר לכפייה הוא סובר שאין ליחיד סמכות לכפות על מצות עשה, אלא לבי"ד בלבד. ואם כן, מצות התוכחה עיקרה הוא מילולי, לנסות ולשכנע את החוטא שיחזור בו. ולפי"ז אפשר שהיתר ההכאה שהוזכר בגמ' (ב"ק כח ע"א) הוא רק בדיעבד, שהחובל **פטור**, אולם לכתחילה אין מצוה, ואולי אף לא היתר, להכותו על מנת למנוע ממנו מלעבור עבירה.

וגם לדעת קצות-החושן, שדין הכפייה במצוות עשה נאמר רק בבית דין, י"ל שגם בית דין רק **רשאי** להכות. אך אינו מחוייב. ופוק חזי, כמה בתי דין בישראל השתמשו בהלכה זו למעשה. אך המנחת-חינוך (מצוה ח אות י) כתב שבעוד שבי"ד חייב להשתמש בכוח, הרי יחיד רק רשאי לעשות זאת. וכך כתב לאחר הביאו את דברי קצוה"ח:

> ואף דמבואר בב"ק כח, א דנרצע וכו' יכול להכותו לאפרושי מאיסורא, היינו דה**רשות** בידו, אבל **אין חיוב** כלל על איש מישראל להפריש את חבירו מאיסורא עד שתצא נפשו. אבל הבית דין, נ"ל ברור: אם מוזהרים להכות על

6. ואפשר שהערבות היא היוצרת את התוכחה – עי' הסכמת הראי"ה לקונטרס "שם משמעון" להר"ש הלפרין.

מצוות עשה עד שתצא נפשו, מכל שכן שלא להניחו לעבור בקום ועשה.

ג. סמכותה של מנהיגות ציבורית

1. מרותה על עובדים

פורום 'תקנה' עוסק, כמדובר, בהפרשה מאיסור ובהצלת קרבנות מפגיעה. א"כ אין מחלוקת בין קצוה"ח לבין נתה"מ שכל אחד יכול להפריש אדם מאיסור; וק"ו לגוף ציבורי, אף שלא קיבל מינוי פורמלי, שהוא מוגדר כבי"ד לעניין זה. עוד נדון להלן (פרק ד) אם 'בית דין' האמור כאן הוא דוקא בי"ד של שלושה, הדן דיני ממונות, או שמא הכוונה להנהגה הציבורית, שהיא אחראית יותר על טוהר המחנה ולכן רשאית גם להכות. אך גם אם הכוונה לבי"ד ממש, בנידוננו פורום 'תקנה' הוקם ע"י מוסדות חינוך, והוא מטיל את מרותו על עובדיהם[7]. על כך חלים דבריו של תרומת-הדשן (סי' ריח), הלומד מפטורו של האדון שחבל בעבדו העברי כדי להפרישו מאיסור שפחה כנענית -

> הא קמן **כל מי שהוא תחת ידו של אדם ורואה בו שעושה דבר עבירה רשאי להכותו ולייסרו כדי להפרישו מן העבירה**, ואין צריך להביאו לבי"ד שיפרישוהו המה בכוחם בגזירותם, דאל"כ גבי נרצע אמאי רשאי לחבול בו יביאנו לבי"ד!

וכן בשו"ת הרדב"ז (ח"ג סי' תמז/תתפח):

> ומ"מ, אם היא עושה דברים בלתי הגונים לפי תורתנו, יש לו רשות לייסרה ולהכותה ולהחזירה למוטב, כיון שהיא ברשותו; אבל אינו רשאי להכותה בשביל הדברים הנוגעים אליו, שהרי אינה שפחתו.

אמנם לא כל מוסדות החינוך מיוצגים בפורום 'תקנה', אך מכיון שיש גוף-על שבו מכהנים אישים המוכרים ע"י רוב בניין ורוב מנין של המוסדות, יש לפחות הסכמה מכללא לסמכותו של הפורום.

2. שליח בית דין לביצוע דין

הדיון במסכת בבא קמא, בעניין הכפייה לאפרושי מאיסורא, נפתח בשאלה "אי עביד אינש דינא לנפשיה". את הראיה מהכאת עבד עברי המסרב לצאת דוחה הגמרא, שמדובר בעבד המסרב לפרוש מאשתו הכנענית, שהיא אסורה עליו מכאן ואילך. ופירש"י: 'האי דינא לאו לנפשיה הוא'. כלומר, גם אם אין אדם מוסמך להיות דיין למען עצמו, מכל מקום כדי להפריש מאיסור נתנה התורה סמכות לאדם להיות דיין ולהשתמש בכוח נגד חבירו.

7. ישאל השואל: הרי אפילו עבד עברי, שגופו קנוי, מרותו של אדוניו עליו היא רק לגבי התחייבותו לעבוד שש שנים ולהיתר שפחה כנענית, ואילו ליתר הדברים העבד הוא בן חורין גמור. אין לאדון שום אחריות להתנהגותו האישית של עבדו. גם על שביתתו בשבת אין הוא מצווה, כי עבד עברי אחראי על עצמו לשמור שבת ככל אדם מישראל. וכן אשה נשואה, אין לבעלה שום אחריות להתנהגותה האישית, אא"כ זו פוגעת בו (ר' כתובות עב ע"ב). אולם עניינו הוא בעובדים במוסדות חינוך הנמצאים במסגרת מסוימת ועוברים בה עבירות. אם ראש המוסד יודע עליהן וביכולתו למנוע את המעשה, רובצת עליו אחריות יתרה להתנהגותם של הנמצאים במסגרתו, וחובתו היא למנוע את העבירה גם בכוח (לסוברים כן).

נמצא שבאמת בי"ד הוא הכופה לאפרושי מאיסורא, אלא שאין צורך בבי"ד רשמי דוקא. יש מצבים שלכל אדם מישראל יש מעמד של מעין שופט, או מעין שוטר הפועל מטעם ביה"ד. על פי זה ניתן להבין את ההלכה של 'עביד איניש דינא לנפשיה', שעליה דנה הגמרא שם: אין הכוונה שכל אדם יוכל ליטול את החוק לידיו, שאם כן איש את רעהו חיים בלעו; רק מי שיש לו הוכחות ברורות, שניתן לשכנע באמצעותן באופן חד-משמעי את ביה"ד, יכול לפעול בעצמו, מבלי להטריח את ביה"ד. הוא עצמו משמש כשליח בי"ד. לדעת הרא"ש (ב"ק פ"א סי' כ) הוא יכול לגבות אפילו קנס בדרך זו גם בזה"ז, שאין לנו בתי דין הדנים דיני קנסות; כי כשאין צורך בבי"ד רשמי אין גם חיסרון של סמוכין[8].

כל אחד מישראל הוא שופט ושוטר בפוטנציאל. על פי זה באר מרן הראי"ה קוק (משפט-כהן סי' קמג) את מעשה אסתר, שסיכנה את חייה ומיוזמתה הלכה להתמסר לאחשורוש. היא הורתה לעצמה הוראת שעה לעבור על עברות חמורות הגובלות בשפיכות דמים וגילוי עריות, למרות שהוראת שעה מסורה רק לביה"ד הגדול. אולם בהעדרו, יכול כל אדם מישראל להחליט במקום ביה"ד הגדול ולהורות לעצמו הוראת שעה, אם הוא משוכנע שאילו ביה"ד היה במקום היה מורה לו היתר בהוראת שעה. במקרים כגון אלו על ההדיוט לגלות מנהיגות ולשמש גם כשופט וגם כשוטר. על כך נאמר בפרקי אבות (פ"ב מ"ה): "במקום שאין אנשים השתדל להיות איש". וק"ו אם הוא משמש בתפקיד ציבורי, אסור לו להתחמק מאחריותו לציבור.

3. שוטרים למניעת תקלות מוסריות

אחד מתפקידיו של בית הדין הוא הנזכר ברמב"ם (הל' יום טוב פ"ו הכ"א):

> חייבין בית דין להעמיד שוטרים ברגלים שיהיו מסבבין ומחפשין בגנות ובפרדסים ועל הנהרות כדי שלא יתקבצו לאכול ולשתות שם אנשים ונשים ויבואו לידי עבירה, וכן יזהירו בדבר זה לכל העם כדי שלא יתערבו אנשים ונשים בבתיהם לשמחה, ולא ימשכו ביין שמא יבואו לידי עבירה.

על הרגישות בנושא זה במיוחד אין צורך להכביר במלים. וכבר כתב הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פכ"ב הי"ט): "גזל ועריות נפשו של אדם מתאוה להן ומחמדתן, ואין אתה מוצא קהל בכל זמן וזמן שאין בהן פרוצין בעריות וביאות אסורות". וזו הסיבה לבחירת פרשת העריות כנושא לקריאת התורה ביום הקדוש, במנחה של יום הכיפורים. וכמו שכתב הט"ז (או"ח סי' תרכב ס"ד): "כיון דנפשו של אדם חשקה בעריות טפי מכל עבירות, על כן מזהירין על זה ביום כיפורים, שהוא יום נורא וחקוק בלב האדם טפי משאר ימות השנה".

תופעת ההטרדות בחברה הכללית ידועה. אחוז התלונות הוא נמוך מאוד ביחס לעובדות עצמן. הרמה המוסרית הנדרשת על ידי התורה גבוהה יותר מההגדרה

8. הדבר אינו מותנה בקיומו של בית דין פעיל במקום, אלא שהסמכות הכלל ישראלית, הנתונה לדיינים שבכל דור ובכל מקום, נתונה גם לו.

המשפטית של המונח 'הטרדות'. החברה הכללית אינה רואה הטרדה כאשר החריגה מהנורמה נעשית בהסכמה, או בהעדר תלונה; ואילו לפי התורה כל חריגה מהנורמה שנקבעה בתורה היא פסולה, גם אם היא נעשית בהסכמה, או בהעדר תלונה ואפילו אם היא מקובלת כ"נורמטיבית" בחברה הכללית. לא מפיה אנו חיים. בפרט כאשר מדובר במוסדות חינוך, בהם יש בעלי סמכות, הנחשבים גם כסמכות רוחנית בעיני חניכיהם, ומערכת יחסים כזו עלולה להיות מנוצלת לרעה ע"י מי שיצריהם גוברים עליהם. יש צורך בגוף ציבורי שיטהר את המחנה מתופעות כאלו.

מוסדות החינוך צריכים להיות טהורים מכל שמץ של ניצול לרעה את תמימותם של החניכים. אלו צריכים לראות במחנכיהם דמויות הראויות לשמש דוגמא אישית טובה. "אם דומה הרב למלאך ה' צב-אות יבקשו תורה מפיהו ואם לאו אל יבקשו תורה מפיהו" (חגיגה טו ע"ב) , **ומכאן פסק הרמב"ם** (הל' תלמוד תורה פ"ד ה"א) ש"הרב שאינו הולך בדרך טובה, אע"פ שחכם גדול הוא וכל העם צריכין לו, אין מתלמדין ממנו עד שובו למוטב". **ביעור המחנה ממחנכים לא ראויים הוא צו עליון – והיה מחניך קדוש!**

ד. מי הוא 'בית הדין'?

1. כל ישראל

לכאורה 'בית דין' הוא גוף שיפוטי מוכר וקבוע שאליו באים אנשים להתדיין. "מי בעל דברים יבוא אליהם" (שמות כד,יד); "מאן דכאיב ליה כאיבא ליזיל לבי אסיא" (ב"ק מו ע"ב). **בין אם התביעות הן אזרחיות ובין אם הן ציבוריות ופליליות, ביה"ד דן רק כאשר באה תביעה לפניו. פעמים שהוא מוסמך לדון רק בהסכמת שני הצדדים, ואין בסמכותו לכפות על צד אחד לבוא ולהתדיין דוקא בפניו, כגון שהנתבע גר בעיר אחרת.**

בנד"ד, לא תמיד הקרבן בא להתלונן. פעמים שמישהו אחר מתלונן על תופעה שלילית הידועה לו. במקרים רבים מדובר בהטרדות שבתי הדין הרגילים לא דנים בהם, בהיותן בתחום העבירות הפליליות, שבהן דנים, לצערנו, רק בתי המשפט, לפי חוקי המדינה, ולא בתי הדין הרבניים. פורום 'תקנה' בא למלא חלל זה. כאמור, אף בתי המשפט לא תמיד דנים בהם – כגון שחלה עליהם התיישנות, או שהם נעשו ע"י בוגרים מתוך הסכמה.

מדברי הרמב"ם משמע שביה"ד שחובתו לבער נגעים מסוג זה אינו בי"ד רגיל. מדובר בבי"ד מסוג אחר, לא בבי"ד פאסיבי המצפה לתביעה שתבוא אליו, אלא בבי"ד אקטיבי, הנוקט מצידו פעילות יזומה למניעת תופעות לא ראויות. **המושג 'בית דין' מופיע בש"ס גם במשמעות זו. כך בקידושין** (כט ע"א): "והיכא דלא מהליה אבוה – מיחייבי **בי דינא** למימהליה, דכתיב: 'הימול לכם כל זכר' ". **ומכאן פסקו של הרמב"ם** (הל' מילה פ"א ה"א):

> עבר האב או האדון ולא מל – ביטל מצות עשה... **ובית דין** מצווים למול אותו הבן או העבד בזמנו, ולא יניחו ערל בישראל ולא בעבדיהן.

וכתב בספר המקנה על קידושין שם:

> נראה פשוט דהא דקאמר "מחייבי בי דינא" הוא לאו דוקא, אלא **כל ישראל** מצווין ע"ז דהא קרא סתמא כתיב: "הימול לכם כל זכר". וכן הוא בלשון הרא"ש (בפרק כיסוי הדם): היכא דלא מהליה אבוה מחויב כל ישראל

למוהלו, ע"ש. והא דנקט 'בי דינא' – דהם ממונים על הציבור להזהיר את העם.

סוגיית הגמרא ביבמות קיד ע"א הדנה בשאלה **אם קטן אוכל נבלות בית דין מצווים להפרישו, מסכמת שאף שבדרך כלל אין בי"ד מצווה להפרישו, מכל מקום בטומאת כהן הם כן מצווים, שכן נדרש:** "אמור ואמרת – להזהיר גדולים על הקטנים", **הרי שכל אדם מישראל, אם גדול הוא נחשב לבית דין, ולא רק בית משפט היושב על מדין.**

המונח 'לב **בית דין** מתנה' המתייחס **לשיירי הלשכה ולבגדי כהונה שיצאו לחולין** (קידושין נד ע"א) **ולתמידין שלא הוצרכו לציבור** (שבועות יב ע"א) **אינו מכוון לבית דין במשמעות הרגילה, אלא לאחראים על סדרי המקדש. וכך פירש רש"י בזבחים ו ע"ב:** "שאני קרבנות ציבור, דלב בית דין קמתנה עליהן – (העם) העוסקים בצרכי ציבור".

אפילו מנהג שנהגו הציבור (הנחת סידורי תפילה וספרים אחרים על מפת שולחן הקריאה של ספר תורה) **נחשב ע"י הבית-יוסף** (או"ח סי' קנד) **כאחד המנהגים** ש"לב בית דין מתנה עליהם". **כלומר, מנהג העולם מהווה הסכמה ציבורית וכתנאי בית דין, למרות שמעולם לא נערך דיון בבי"ד כלשהו בנושא.**

הב"י מסתמך על תרומת-הדשן (סי' רעג), **שכתב:**

> כיון דהכי הוא, לב **בית דין** מתנה עליהם כי היכי דלא ליתו בהו איניש לידי תקלה. וכל מאן דיהיב כי הני מילי לבית הכנסת אדעתא **דחבר העיר וגדולי הציבור** יהיב, ולכן מתנה שלא יחול קדושה עלייהו כלל.

נמצא שמנהיגות הציבור היא זו שמכונה כאן 'בית דין'.

כך עולה גם מלשון תשובת הרא"ש (ו, לב):

> רשאין **בני העיר** להסיע על קצתן לפי צורך השעה למיגדר מלתא... אלמא רשאין **בית דין** בכל עיר ועיר לרדות ולייסר בכל מיני רידויין ונידויין המסרב על תקנתם."

פתח בבני העיר וסיים בבית הדין.

הדברים מפורשים יותר בשו"ת חתם-סופר (חו"מ סי' קעז), **המביא את דברי הרמב"ן על הפסוק** "ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת" (דברים כז, כו) **שהם מכוונים לבית דין, והוסיף החת"ס:**

> ומ"ש אשר לא יקים זה ב"ד של מטה – לאו דוקא ב"ד אלא כל אדם מישראל קטן וגדול שם הוא אם יש בידו לעשות. וכתיב "ואם העלם יעלימו עם הארץ בתתו מזרעו למולך", משמע שהיה על עם הארץ שלא יעלימו, ועם הארץ איננו בי"ד, כדמוכח... ד"עם הארץ בעשותה" היינו הדיוט, ובי"ד היינו "עיני העדה", וא"כ על כל עם הארץ הטיל הכתוב שלא יעלימו... מ"מ אמת נכון שאין בין בי"ד ובין כל שום איש מישראל שיכול למחות ולפגוע בעוברי עבירה ולא כלום... ובי"ד שהזכירו בכל מקום לישנא בעלמא הוא **ואורחא דמלתא שיש כוח בידם** כמו קטן אוכל נבילות בי"ד מצווין להפרישו, וכמו במילה בי"ד מצווי' למולו... דבר זה מוטל על כל ישראל ובי"ד שליחותיהו דכל ישראל עבדי, שנתמנו שלוחא דישראל, ועי"ז נפטרו כל אחד ואחד

מלהשגיח כי העמידו גברי רברבי בחריקוהו.

כמקור לכך הביא החת"ס את המובא בגמ' שבת נה ע"א בסוגיה העוסקת בחובת מחאה:

רב יהודה הוה יתיב קמיה דשמואל, אתאי ההיא איתתא קא צווחה קמיה, ולא הוה משגח בה. אמר ליה: לא סבר ליה מר, אוטם אזנו מזעקת דל גם הוא יקרא ולא יענה? אמר ליה: שיננא, רישך בקרירי, רישא דרישיך בחמימי; הא יתיב מר עוקבא אב בית דין. בית דוד כה אמר ה' דינו לבקר משפט והצילו גזול מיד עושק פן תצא כאש חמתי ובערה ואין מכבה מפני רע מעלליהם וגו'.

והמאירי כתב שם (והחת"ס זכה לכוון לדעתו):

אעפ"י שהגדול ראוי למחות ביותר והוא הראוי ליענש ביותר, מ"מ אף הקטנים ממנו הואיל ובידם למחות נענשים, אלא שהגדול נענש יותר. וכן בכל דבר שראוי להם לפקוח עין עליו ומעלימים עיניהם הימנו... רישך בקרירי ורישא דרישך בחמימי – כלומר, אני שאני ראש שלך נענש מעט, אבל מי שהוא ראש שלי ואב ב"ד קבוע הוא נענש יותר.

המאירי (וכך גם בתשובת החת"ס שם) **מבחין בין חוקים ומצוות לבין משפטים, וביאר שחובת המחאה חלה:**

בחלק חוקים ומצוות, אך משפטים – כגון להוציא ממון מיד המוחזק בו – כתיב: אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות דאלהים כתיב בפרשה וצריכים מומחים ולולי דעבדינן שליחותיהו דקמאי במידי דשכיחי לא הוי דנין גזילות בזה"ז. אבל לפגוע בעוברי עבירה לא נכלל בכלל זה.

חובת המחאה חלה אפוא על כל אדם מישראל (בחינת קרירי), **אולם המנהיגות שהסמכות בידה אחראית יותר** (בחינת חמימי).

2. המנהיגים

הבאנו לעיל את דברי הרמב"ם בהל' יו"ט (פ"ו הכ"א) **שתפקידו של בית הדין הוא להעמיד שוטרים שימנעו תופעות שליליות בחברה, בעיקר בזמן ובמקום המועדים לפורענות, ובמיוחד בנושא שבו היצרים שולטים יותר והוא תחום העריות. כמקור לכך ציין הגר"א** (בביאורו לשו"ע או"ח סי' תקכט ס"ק טו) **את המשנה בסוכה** (נא ע"א) **על אודות 'תיקון גדול' שעשו בעזרה, שהקיפוה בשמחת בית השואבה בגזוזטרא, והיו הנשים יושבות מלמעלה, ואנשים מלמטה. הגמ' שואלת על כך:** "היכי עביד הכי, והכתיב הכל בכתב מיד ה' עלי השכיל?", **ותירץ רב:** "קרא אשכחו ודרוש", **ומביא פסוק שאנשים צריכים להיות לבד ונשים לבד.**

ב'תחומין' (כרך יט עמ' 353) **הקשה על כך הרב אורי דסברג** (ז"ל): **בכל הסוגיה הזו כלל לא הובא שחובת בית הדין נובעת מדין התוכחה, ושעליהם לצאת למקום שמועד לפורענות ולמנוע שם אנשים מעבירה. ועוד, אם זהו מקור החובה, מדוע הוא מוטל דוקא על בית הדין, ולא על כל אדם? הנחתו היא שמדובר ב'בית דין' במשמעותו הרגילה, שדן דיני ממונות. אולם כפי שהסברנו אין**

הכוונה לבי"ד רגיל, אלא לכל מי שאחריות ציבורית מוטלת עליו. חובתו לגדור את החברה מכשלים בנושא זה.

'בית דין' אינו רק מוסד שיפוטי, אלא הוא גם מוסד מנהיגותי. במסכת סנהדרין שלכאורה עוסקת רק במוסד השיפוטי הנושא שם זה, מובאים (במשנה הראשונה) תפקידים נוספים המוטלים על בית הדין: עיבור החדש, סמיכת זקנים, עריפת עגלה, הוצאה למלחמת הרשות, הוספה על העיר ועל העזרות ומינוי סנהדריות לשבטים. במקורות אחרים נוספו גם שריפת פרה אדומה, מינוי מלך וכהן גדול ועוד.[9] בכל אלו אין תובע ונתבע, אין נידון ואין חיוב או עניינו כל שהם, ומה עניינו של בי"ד לכאן? אלא על כורחך בי"ד משמש בכל אלו בתפקיד מנהיגותי המייצג את כלל ישראל.

בכך יוסבר גם תפקיד ביה"ד בדברים נוספים המנויים במשנה, שאין תובע ונתבע ולא חיוב או ענישה, כגון: חליצה ומיאונין. כך גם הפרוזבול, שעניינו הוא מסירת השטרות לביה"ד, היינו לציבור כולו, בדומה למסירת הפירות בשביעית ל'אוצר בית דין'. התורה הפקיעה, הן בפירות והן בהלוואות בשביעית, את הבעלות הפרטית[10]. וכן בגיור – המתגייר מצטרף לכלל ישראל ומכח זה הוא מתחייב במצוות, וכדברי רות "עמך עמי ואל-להיך א-להי". לשם כך יש צורך בבית דין המייצג את כלל ישראל, שיקבל את הגר ויכניסנו למסגרת הכלל ישראלית[11].

השימוש במונח 'בית דין' למוסד המייצג את הציבור כולו אינו מושאל, כיון שגם הדיין היושב על מדין יונק בעצם את סמכותו מהציבור. זוהי התשתית לפוטרו מתשלום כשהוא טועה (ר' תוס' סנהדרין ה ע"א ד"ה דן) ומכאן סמכותו לאכוף על הנדון לבוא לפניו לדין – שהרי הציבור הוא שמינה אותו, כמבואר בגמ' בענין "דיין שהמחוהו רבים עליהם" (סנהדרין ה ע"א).

לדעת הרמב"ם, חידוש הסמיכה תלוי בהסכמת הציבור. בהל' סנהדרין (פ"ד ה"א) הוא אומר: "נראין לי הדברים שאם הסכימו **כל החכמים** שבארץ ישראל למנות דיינים ולסמוך אותם הרי אלו סמוכים". אבל בפירוש המשנה למסכת בכורות (פ"ד מ"ד) הוא לא מדבר על החכמים, אלא על תושבי ארץ ישראל, וכך הוא כותב: "אין נקרא בית דין בסתם אלא סמוך בארץ ישראל, בין שהיה סמוך מפי סמוך או בהסכמת **בני ארץ ישראל** למנותו ראש ישיבה, לפי שבני ארץ ישראל הם אשר נקראין 'קהל', וה' קראם 'כל הקהל' ואפילו היו עשרה אחדים, ואין חוששין למי שזולתם בחוצה לארץ כמו שביארנו בהוריות". ובפירוש המשנה לסנהדרין (פ"א מ"ג) כתב: "אני סבור שאם תהיה הסכמה מכל **התלמידים והחכמים** למנות איש בישיבה כלומר שיעשוהו ראש...".

צריך לומר בהסבר דבריו, שכוח הסמיכה, שבה תלויה כל מערכת המשפט בישראל,

9. ר' תוס' יומא יב ע"ב ד"ה כהן גדול, ותוס' זבחים יח ע"א ד"ה כה"ג עפ"י הירושלמי, ור' חי' הגרי"ז זבחים שם.
10. עי' מאמרנו בספר 'באהלי שדה', סי' ט: 'אוצר בית דין (הדרך לשמירת שמיטה כהלכה)', וסי' יא אות כט, 'עקרונות הפרוזבול'.
11. ר' חוות בנימין סי' סז. ור' מה שכתבנו בשו"ת באהלה של תורה ח"ב סי' כח אות ה.

נמצא באופן פוטנציאלי בציבור הארץ-ישראלי, שהוא עיקר הקהל. ולכן יש צורך בהסכמת כל הציבור. אלא שלמעשה, מכיון שמדובר במינוי תלמידי חכמים הבקיאים בכל התורה כולה, אי אפשר להטיל זאת על פשוטי העם, שאין להם כלים לבדוק זאת. נמצא שבית הדין משקף את סמכות הציבור, גם בעת שהוא עוסק בתביעות אזרחיות או פליליות, וגם בעוסקו בתפקידים מנהיגותיים.

גם השופט בימי השופטים היה בעיקר מנהיג ציבור, שהוציא את העם למלחמותיו (כגון יפתח), ורק חלקם ישבו בדין כדיינים[12]. בדרך כלל היו אלו שופטים שהתמנו מראש על ידי הציבור, כמו יפתח, שהזקנים העמידוהו בראש, ודבורה שהעם היה עולה אליה למשפט. במקרים ספורים הם הוכרו ע"י הציבור כמנהיגים רק לאחר מעשה, כגדעון.

על תפקיד 'בית הדין' בתור שררה וממשלה, האריך הדבר-אברהם (ח"א סי' א), בהגדירו את הכלל "הפקר בית דין הפקר". זוהי הלכה הנלמדת מהפסוק "וְכֹל אֲשֶׁר לֹא יָבוֹא לְשָׁלֹשֶׁת הַיָּמִים כַּעֲצַת הַשָּׂרִים וְהַזְּקֵנִים יֶחֱרַם כָּל רְכוּשׁוֹ" (עזרא י, ח), וכתב הדבר-אברהם:

> לא נאמרה הלכה זו על בי"ד של ישראל בתור בי"ד, אלא בתור שררה וממשלה, שהרי "שרים וזקנים" כתיבי בקרא. ובאמת היינו הך, והכי מתבאר להדיא מסנהדרין (ה, א) כדתניא: לא יסור שבט מיהודה – אלו ראשי גלויות שבבבל שרודין את ישראל בשבט, ופירש"י: שבט לשון שררה ויש להן רשות להפקיר דהפקר ב"ד הפקר... הרי מבואר דהפקר ב"ד מטעם שררה הוא, ולאו מטעם בית דין במובן ההוראה.

מנקודת המבט הזו, יש לפורום 'תקנה' גם סמכויות כפייה של ממש. אולם למעשה, פורום 'תקנה' פועל בדרך שונה. גוף זה אינו משתמש בכוח. הוא לא מעניש. כאשר מתבררת תקלה דורשים מבעל התקלה ומהמוסד בו הוא עובד להפסיק את עבודתו. גם אם דורשים ממנו לפצות את קרבנותיו, הדרישה היא למלא התחייבות שהוא חייב ממילא. כוחו של הפורום הוא בעיקר מוסרי. וכוח זה דיו לאלץ את הנדון לפרוש מעבודתו ולפצות את הראוי לפיצוי.

ה. בית דין ממש

ניתן לדון בנד"ד גם מנקודת ראות של בית דין ממש. לפי ההלכה, כל שלושה יכולים לשמש כבי"ד. אלא שאם יש בי"ד ממונה במקום אל להם להזדקק לכך. אך כשאין בי"ד אחראי לכך, אזי "במקום שאין אנשים השתדל להיות איש" (אבות פ"ב מ"ה), וכבר הבאנו לעיל (ד/2), שכל אדם מישראל הוא דיין בכוח, וחלה עליו אחריות לדאוג לצדק בחברה.

הדברים מפורשים בשו"ע חו"מ סי' ג ס"א:

> אין בית דין פחות משלושה. וכל שלושה נקראים בית דין, אפילו הדיוטות... והם דנים את האדם בעל

12. ועי' דרשות הר"ן, דרוש יא, והקדמת האברבנאל לספר שופטים, שפירשו את מונח השופט כפשוטו, אך גם לדבריהם סמכות בית הדין היא גם סמכות שלטונית ומנהיגותית.

כורחו, אם הנתבע מסרב לירד לדין או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו; אבל אם רוצה לדון עמו בעירו, אלא שאינו חפץ בשלושה שבירר התובע, אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד.

הגה: ונ"ל דוקא בדיינים שאינם קבועים, אבל אם דיינים קבועים בעיר, לא יוכל לומר: לא אדון לפניהם אלא ב'זה בורר'.

בנידון דידן ייתכנו שני מצבים:

א. כשמישהו נפגע ותובע את הפוגע לדין, אזי מוסמך הפורום לפעול כבי"ד רגיל לכל דבר. וצ"ע אם יכול הנתבע לומר: 'לבי"ד קבוע אני יורד'. מסתבר לומר שבגלל מעמדו הציבורי הבכיר של הפורום, התמנותו והכרתו ע"י מוסדות החינוך והתמקדותו בנושא אחד בלבד, לנושא זה הפורום הוא בי"ד קבוע, וטבעי הדבר שהוא יהיה עדיף על כל בי"ד אחר, ולא יוכל הנתבע לומר: 'לבית דין קבוע אני יורד'.

עכ"פ ברגע שהנילון מסכים להופיע בפני ביה"ד, הוא מקבל עליו את מרותו. ומכיון שמרותו של הפורום היא בעיקר מוסרית, אין צורך בפרוצדורה הנהוגה בבתי הדין הרגילים. אמנם התביעה במקרה כזה יכולה לכלול גם פיצוי ממוני. אלא שבאשר לפיצוי זה יש ב"ה בתי דין לממונות בכל אתר ואתר ואפשר להפנות את הצדדים, אחרי פסיקתו העקרונית של הפורום, לביה"ד המקומי. אלא שיש בכך משום סרבול מיותר. ובסמכותו המוסרית יכול הפורום לדרוש מהפוגע לפצות את הנפגע/ת.

ב. כשאין תובע מסוים, אלא הגיעה ידיעה על אדם הפוגע בנתונים למרותו, אמנם יש נפגע מסוים התובע את הפוגע, אך הוא לא תובע אותו באופן אישי, אלא פונה לפורום בתביעה ייצוגית, כגוף המסוגל לטהר את האווירה, לצוות על הרחקת הפוגע מהנתונים לפגיעותיו. הפורום יכול לדון בתביעות כאלו כבית דין לכל דבר.

גם אם נאמץ את הגדרת הפורום כבית דין רגיל, סמכותו רחבה ביותר, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' ב ס"א:

כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא"י, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה), היו[13] דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם, חובטים אותו על ידי גויים,[14] ויש להם כוח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור. וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודוקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחום ב"ד עליהם[15].

נמצא אפוא שכל שלושה תלמידי חכמים יכולים לשמש כבית דין לעניין זה, אם אין בי"ד אחר במקום הממלא פונקציה זו.

פורום 'תקנה' התמנה ע"י נציגי ציבור, רבנים, ראשי ישיבות ומוסדות חינוך וגופים ציבוריים אחרים. לכל הגופים הנ"ל יש

13. השימוש בלשון עבר הוא כתוצאה מהצנזורה, כי באמת סמכות זו קיימת ועומדת גם בזה"ז.
14. מדובר במקומות שבתי הדין של ישראל לא היו רשאים להטיל עונשי גוף.
15. כתב הסמ"ע ס"ק ט: "לשון הטור 'שהמחום רבים עליהם'. ולפי מ"ש המחבר 'בית דין' נראה דר"ל שהמחום הציבור לבי"ד עליהם".

סמכות במקומם. הרבנים התמנו ע"י נציגי הציבור בעריהם. לראשי ישיבות ומנהלי מוסדות חינוך יש סמכות מצד תלמידיהם והוריהם שבחרו ללמוד אצלם, ובכך מינו אותם כרבותיהם. וכן אישי ציבור וגופים ציבוריים האחרים יש מאחריהם קהלים רחבים התומכים בהם והרואים אותם כמייצגיהם. א"כ יש לפורום כל תורת בי"ד שציבור המחוהו עליהם.

ו. שיתוף נשים

1. בגדר דין

לפי הגדרה זו, שיש לפורום גדר של בית-דין, נשים אינן יכולות לשמש כחברות רשמיות של ביה"ד, אלא בהסכמת הצדדים. אולם ביה"ד יכול לצרף אותן אליו כיועצות המומחיות במקצוען, כגון עובדות סוציאליות וכדו', או לצורך גביית עדות ממתלוננות שאינן רוצות להיחשף ע"י גברים.

אולם לכאורה נשים כשרות לעדות רק במקום שאין גברים, כמבואר בשו"ע חו"מ (סי' לה סי"ד) (ר' להלן), ובדומה לזה נפסק גם בשו"ע אה"ע (סי' קנה סט"ו):

> כשבודקין אותה (את הממאנת) בודקין ע"י נשים כשרות ונאמנות, ואפילו אשה אחת בודקת, ושומעין לה אם הביאה ואם לא הביאה, ואפילו היא קרובה.

אולם הרמ"א על אתר הפנה למה שנפסק בשו"ע אה"ע (סי' קסט סי"א), שכדי לוודא שיבמה היא כבר גדולה וראויה לחליצה, "אין סומכין במנין השנים לא ע"פ קרובים ולא ע"פ נשים, אלא ע"פ עדים כשרים להעיד".

הגר"א (אה"ע סי' קנה ס"ק סא) באר שהחילוק ביניהם הוא שסימני הבגרות הנדרשים מממאנת הם בגדר "מילתא דעבידא לגלויי", ואילו גילה של יבמה אינו בגדר זה. דוגמאות ל"מילתא דעבידא לגלויי" מצויות בגמ' ראש השנה כב ע"ב לגבי נאמנות על קידוש החודש וביבמות לט ע"ב לגבי בירור קרבתם של יבם ויבמה, שלכך נאמנים אפילו קרוב ואפילו אשה (וכן עבד או קטן, כפי שפסק הרמב"ם בהל' ייבום פ"ד הל' לא).

בנד"ד, העובדה שהמתלוננות אינן מוכנות (ובצדק!) למסור פרטים חסויים אלא לנשים מסוימות בלבד, היא דבר שלא עשוי להתגלות, וא"כ נשים אינן נאמנות על כך. אלא שא"כ יקשה עלינו מההלכה בשו"ע חו"מ סי' לה סי"ד, שנשים נאמנות במקום שאין גברים. הרי גם שם אין הדבר עשוי להתגלות!

המקור להלכה זו הוא תשובת תרומת-הדשן (סי' שנג) המסתמך על הגמרא בקידושין (עג ע"ב), שלפיה "חיה נאמנת לומר זה יצא ראשון וזה יצא שני... נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי, זה נתין וזה ממזר". והרי שם הוא דבר שלא ניתן להתגלות, כי רק החיה יודעת של מי הילד ומי הבכור! והיא הנותנת, מכיון שאין מי שיכול להעיד על כך אלא החיה בלבד, דוקא משום כך היא נאמנת. הרי לנו שגם במקום שאין הדבר עשוי להתגלות אשה נאמנת, בהעדר איש שיכול להעיד.

אלא שבעל תרומת-הדשן עצמו מערער על פסק זה, ממה שכתב הרמב"ם בהל' נזקי ממון פ"ח הי"ג:

> אין הניזקין משתלמת אלא בעדות ברורה, שלא תאמר הואיל ואין מצויין באורוות סוסים וברפתות הבקר אלא העבדים והרועים יהיו נאמנים אם יעידו שהבהמה זו הזיקה את זו, וכן אם יעידו קטנים או נשים שאדם זה חבל

בזה או בשאר נזיקין נאמין להן.

מבואר אפוא שבגלל שעלולים להסתמך על עדים פסולים במקום שאין עדים אחרים אין לקבל את עדותם. ותרוה"ד משיב על כך:

נראים דבריו של הרמב"ם שרוצה לתת טעם למה הוצרכו לגבי נזיקין להוציא עבדים ונכרים מכלל עדות טפי מכל התורה כולה, דמילתא דפשיטא היא דפסולין לעדות, ואהא יהיב טעמא דס"ד דנהימנינהו משום דאין מצינן שם אלא הן... דהרבה פעמים נמי אין עדים כשרים מצויין גבי חבלות נזיקין, קמ"ל רמב"ם דבעינן עדות ברורה... הני מילי גבי נזיקין, משום דאי הימנינהו א"כ לא שביק חיי לכל בריה, דכל חשוד גזלן ישכיר עבדים או נכרים או יפתה נשים או קטנים שיעידו לו שחבירו או בהמת חבירו הזיקו בק' מנה בכל יום. אבל לעולם נימא במילי אקראי, כגון בגדי אלמנות או מקומות בבהכ"נ של נשים, יש לנו לתפוס סברת התנא דיש להכשיר הפסולים.

ולכן פסק בשו"ת מהרי"ק (סי' קעט) **בשם ר"ת:**

אשה או קרוב נאמנים על זה, וכן בכל דבר קטטה שאין עדים רגילין להיות בדבר מזומנים, וכן למוסר מאומד נאמנים עליו לפי שכשהלשין לא היו שם עדים.

וכמו כן הביא בשם המרדכי בפרק החובל:

נשאל נשאלנו על דבר הריבות והמחלוקת והחרופים אם הנשים והקרובים יכולין להעיד. ודאי הוא דנאמנת אפילו בדבר שיש בו ממון, כדאמרינן התם: "החיה נאמנת לומר זה בכור", אפילו יש בו הוצאות ממון ה' סלעים לכהן.

לשון זו מלמדת לכאורה שנאמנותן של נשים במקרים אלו היא תקנה מיוחדת שתיקנו הקדמונים. וכן משמע מלשון הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' לה סי"ד, שכתב: "יש אומרים דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות... נשים נאמנות". **אבל אם כך, בשלמא להוציא ממון יש תוקף לתקנה מצד הפקר בי"ד, אך הרי נאמנותה היא גם לאיסורי דאורייתא! וצ"ל, מכיון שאין אפשרות אחרת יש כח בידי חכמים לעקור ד"ת אפי' בקום ועשה.**

אבל מלשון הרמב"ם (הל' איסורי ביאה פט"ו הל' לב) **עולה שנאמנותה של חיה היא מעיקר הדין, ולא מתקנה בלבד. וזאת, מכיון שאין חזקה. שכן כתב:** "נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר, מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסן". **ועל סמך זה כתב בעינים-למשפט** (קידושין שם)**, שהרמב"ם, שפסל עדותן של נשים בהל' נזקי ממון, אף במקום שלא מצויים אחרים, הלך בזה לשיטתו שנאמנות החיה היא רק משום שאין חזקה, ובעדות ממון הרי יש חזקה לנתבע. מסתבר שהמחבר הלך בזה לשיטתו של הרמב"ם, ולכן הוא לא הביא את התקנה בחו"מ סי' לה, אלא הרמ"א הוא שהביאה.**

עכ"פ לדעת רבנו תם, מרדכי, תרומת-הדשן, מהרי"ק ורמ"א, יש תקנה המאפשרת לנשים להעיד במקום שאין אפשרות לגברים להעיד. על כך סומך פורום 'תקנה', ובפרט אם הנילון מסכים לקבל על עצמו את העדויות המובאות בפניו, ואף מודה בעובדות. ור' להלן.

2. בגדר מנהיגות ציבורית

כל זאת, אם נגדיר את פורום 'תקנה' כ'בית דין'. אולם לפי התפיסה שהוצגה בפרקים הקודמים, שאין מדובר בבי"ד רשמי, אלא בגוף ציבורי, אין מניעה שנשים תשתתפנה בפורום. אדרבה, כאשר מדובר בטיפול בתלונה על פגיעה באשה, הרי נושא הנוגע לנשים באופן כה מובהק, מוטל ראשית כל עליהן. וכשיש צורך לברר את פרטי הפגיעה באשה, לא ראוי שגברים יעסקו בכך, אלא עדיף שנשים תעשינה זאת.

אם נתקנה התקנה לקבל את עדותן במקום שאין אנשים רגילים להיות (כמובא לעיל בסעיף 1 בשם הרמ"א חו"מ סי' לה סי"ד), הרי שכך גם לגבי תפקידים ציבוריים שראוי שלא יתבצעו על ידי גברים. הרי משום כך רוב אנשי המקצוע המתמחים בטיפול בפגיעות כאלה הן נשים, ולא ניתן לוותר על שיתופן בתהליך, בשל מקצועיותן וניסיונן.

מכיון שגם נשים חייבות במצות תוכחה, וגם הערבות חלה עליהן (כפי שהוכיח רעק"א בשו"ת סי' ח) אין שום מניעה שנשים תשתתפנה בפורום. אדרבה, עדיף שהן תעסוקנה בנושאים שבהם הן מבינות ורגישות להם יותר.

ז. הודאת בעל דין

1. בפני בית דין

לשאלה, האם זהו בית דין במובן השיפוטי, או בית דין במובן של גוף הנושא באחריות ציבורית-מוסרית, ישנה השלכה נוספת. חקירת המתלוננים/ות לא נעשית תמיד ע"י הנילון. הם מעדיפים לפעמים להעיד שלא בפניו. אולם הניסיון מראה, שכאשר מביאים בפני הנילון את העובדות הברורות שאין להכחישן, הוא בדרך כלל מודה בהן. לכאורה, הודאת בע"ד במקרה כזה אולי אינה תופסת משום ש"אין אדם משים עצמו רשע". אולם כבר במקום אחר (במאמרי על זכות השתיקה, תחומין כד עמ' 16-17, לקמן סימן לו) הארכנו להסביר שאמנם ביה"ד אינו יכול להסתמך משפטית על הרשעה עצמית, ולכן אינו יכול להטיל על המודה עונש (ומשום כך מודה בקנס פטור[16]), אולם אין זאת אומרת שהודאתו אינה נכונה, שהרי סוף סוף "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". נאמנות עצמית יש כאן, אלא שביה"ד מוגבל בסמכותו להעניש על פיה[17].

מפשט הגמ' (סנהדרין ט ע"ב) המסמיכה לכלל שאין אדם משים עצמו רשע את הכלל "אדם קרוב אצל עצמו", משמע שלא מחמת

16. אם כי למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ההודאה לא רק מונעת חיוב אלא גם פוטרת באופן חיובי.

17. במאמרי שם (עמ' 17) הצבעתי על נפקא מינה אם פסול הרשעה עצמית הוא מדין 'קרוב', כלומר פסול פורמאלי, או בגלל חוסר נאמנות – בשאלה אם יש לנדות אדם על הודאתו בעבירה. לדעת רבנו ירוחם (אדם וחוה, נתיב יח) אינו נאמן כלל; ולדעת הרשב"ש (סי' תקלא) נאמן, לפחות כדי לחייבו נידוי (ועין עוד בשו"ת הריב"ש סי' שנא, שו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרז, שו"ת הרא"מ ח"א סי' עא, שו"ת הב"ח החדשות סי' פד, ברכי-יוסף חו"מ לד,לג ועוד). כמו כן הבאתי (שם פרק ד, עמ' 18-19) נפק"מ נוספת אם הרשעה עצמית תהיה קבילה בפלילים בדיני המלכות, שאם סיבת פסילתה של ההרשעה העצמית היא משום שאדם קרוב אצל עצמו – סיבה שהיא ייחודית למשפט התורה - אין סיבה זו מחייבת את דין המלכות.

חוסר נאמנות הוא פסול להעיד על עצמו, אלא בגלל היותו קרוב, דהיינו פסול פורמאלי. ולכן, אם סמכותו של הפורום היא מדין הנהגה ציבורית יש מקום להסתמך על הרמב"ם בהל' סנהדרין (פי"ח ה"ו):

> גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו אלא על פי שנים עדים. וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר עמלקי בהודאת פיהם הוראת שעה היתה או דין מלכות היה[18], אבל הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין המודה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה, שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג וכללו של דבר גזירת מלך היא.

לא רק המלכות יכולה להסתמך על הודאת בע"ד, גם כאשר אדם משים עצמו רשע, משום שאין בכך חוסר נאמנות, אלא גם מנהיגות ציבורית מוסמכת לעשות כן. וראיה לכך מיהושע ודוד שדנו את עכן ואת הנער העמלקי עפ"י הודאתם, כפי שכתב הרמב"ם שם, והרי שניהם, גם יהושע וגם דוד, לא היו מלכים. יהושע לא נתמנה מעולם למלך, אלא שימש כמנהיג (הוא היה בעצם השופט הראשון), ודוד עדיין לא התמנה למלך באותה שעה (למרות שנמשח; אולם ללא הסכמה ציבורית אין למשיחה תוקף ר' אבני-נזר יו"ד סי' שיב). מעמדו באותה שעה היה פחות משל יהושע, כי עדיין לא זכה להכרה מלאה מצד כל חלקי הציבור. אך למרות שלא היה להם גדר של 'מלך', מכל מקום היו שניהם מנהיגי ציבור[19], שהיו רשאים להסתמך על הודאת בעל דין.

2. בפני מנהיגות ציבורית

גם אם נגדיר את סמכותו של פורום 'תקנה' כבית דין רגיל, שלגביו חל הדין ש"אין אדם משים עצמו רשע", בכל זאת הוא יכול לקבל את הודאתו של נילון. כי כאמור, פורום 'תקנה' אינו רואה מתפקידו להעניש דוקא, אלא בעיקר להסיק מסקנות מהעובדות, ולמנוע את הישנות התקלה, ע"י הרחקת הנילון ממסגרות שבהן עלולה התקלה לחזור על עצמה וכדו'. לעניין זה

18. לדעת ספר החינוך (מצוה כו) גוי מתחייב בהודאת פיו, ומשום כך הרג דוד את הנער העמלקי, שגוי היה. על כרחך גם הוא סובר שאין אדם משים עצמו רשע הוא בגלל היותו קרוב, אלא שבגוי לא חל דין זה. כי אם הטעם הוא חוסר נאמנות, מהי סיבת ההבדל בין גוי לישראל? באשר לעכן, גם החינוך יודה שהטעם לקבלת הודאתו היה מדין המלכות. ועי' אור-שמח הל' מלכים פ"ג ה"י, שדיני המלכות ודיני בני נח זהים, וכבר רמז לכך המאירי בסנהדרין נז ע"א ד"ה וכן לעניין.

19. אמנם ביחס לנבל הכרמלי נשללה מדוד האפשרות להורגו כדין מורד, משום שעדיין לא יצא טבעו של דוד כמלך בעולם (מגילה יד ע"ב), וכך לכאורה גם בעת שהרג את הנער העמלקי, מכל מקום בזמן נבל הכרמלי היתה עדיין לחלוחיתו של שאול בתוקפה, והוא היה המלך החוקי בישראל; משא"כ בנער העמלקי, שאחרי מות שאול נוצר חלל ריק והיה צורך דחוף למלא אותו. וגם אם עדיין לא מונה דוד בפועל ע"י כל העם, לא היתה גם התנגדות לכך מצד רוב העם שחיבב את דוד עוד בחיי שאול. (ועי' מאמרי "הגנה עצמית – 'האינתיפדה' בהלכה" (פרק ז; תחומין י עמ' 73-74; להלן סימן ס).

די בכך שהנילון מודה בעובדות, הודאתו אמינה לעניין זה. וגם אם אינו מודה, אם העובדות הוכחו, האחריות להגנת חניכי המוסד מחייבת את הרחקת הפוגע מתחומם.

זאת ועוד, אחת הסיבות לכך שהרשעה עצמית פסולה היא החשש מהפעלת לחץ סמוי או גלוי על חשודים להודות בדבר שלא עשו[20]. ואכן, תופעה מצויה היא שחשודים שהודו במרתפי המשטרה חוזרים בהם בבית המשפט וטוענים שהודו תחת לחץ. גם במערכת משפט מודרנית ודמוקרטית עדיין יש למשטרה כלים להפעיל לחץ כבד על נאשמים להודות בדבר שלא עשו. ואילו פורום 'תקנה' אינו פועל באמצעים משטרתיים, ואין שום חשש שאדם יודה בעל כורחו, לכן הודאתו קבילה. ורק באשר לענישה אין אפשרות להסתמך עליה. כאמור, פורום "תקנה" אינו מעניש. הוא מציג בפני הנילון את המסקנות המתבקשות מהעובדות ועיקר סמכותו היא מוסרית. לכן אין מניעה מלהסתמך על הודאת בעל דין בפני הפורום, גם אם יש בה הרשעה עצמית.

ח. סיכום

א. חובת הציבור לשמור על טוהר המחנה ולמנוע תקלות מוסריות בחברה.

ב. האחריות על כך נופלת בעיקר על ראשי הציבור, רבנים, מחנכים, אישי ציבור, וראשי מוסדות.

ג. לשם כך יש להקים בית דין שיטול עליו את האחריות. בית דין זה אינו חייב להיות בית דין במשמעותו הרגילה, אלא מנהיגות ציבורית. עם זאת יש מקום גם להגדירו כבית דין שהמחוהו רבים עליהם. לשם כך אין צורך במינוי מיוחד ובהסכמה ציבורית. סמכותם נובעת מעצם מעמדם הציבורי וממחויבותם להגן על תלמידיהם, והנתונים תחת חסותם, ולשמור על רמתו המוסרית של הציבור.

ד. בין כך ובין כך גם נשים יכולות להיות חברות בפורום כזה. אדרבה, יש נושאים רגישים שרק הן יכולות לטפל בו, ובמקום שאין אנשים הן נאמנות בעדותן.

ה. בנושאים בהם מטפל הפורום ובאמצעים שהוא נוקט, אין מניעה מלקבל עדות או חוות דעת מקצועית של נשים, ואין מניעה מלהסתמך על הודאת בעל דין.

"והיה מחניך קדוש"

20. ראייה לכך מהתוספת שהוסיף הרמב"ם: "שמא מן העמלין מרי נפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג" - כלומר, קיימות סיבות לשלילת האמון מאדם שמשים עצמו רשע.

סימן לו

זכות השתיקה*

ראשי פרקים
פתיחה
א. בדין האזרחי[1] (דיני ממונות)
1. כהודאה רק כשקדמה לה הודאה מחייבת
2. שתיקה מחוץ לכותלי בית הדין
3. שתיקה המנומקת באמתלה
4. השתיקה כהוכחה נסיבתית
ב. בדין הפלילי (דיני נפשות)
1. אין אדם משים עצמו רשע
2. הוכחה נסיבתית (אומדנא)
ג. סיבת החיסרון שבהפללה עצמית
ד. דין המלכות
ה. הבחנה בין משטרה לבין בית משפט
ו. הצגת מסמכים
ז. מסקנה

* * *

פתיחה

המושג "זכות השתיקה" לקוח ממערכת המשפט הכללית. בהלכה יש מושג הפוך "שתיקה כהודאה דמי". אלא שכלל זה אינו גורף. לא בכל מקרה שתיקה כהודאה, ובדינים מסוימים השתיקה אמנם אינה 'זכות' מוקנית, אך גם אינה לחובת הנתבע.

יש להבחין בין דיני ממונות (הדין האזרחי) לדין הפלילי (כגון דיני נפשות). בדין האזרחי, העוסק בתביעות ממוניות שבין אדם לחברו, הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. מיהו, גם שם יש לברר עד כמה שתיקה כהודאה דמי; ומאידך גיסא, עד כמה שתיקתו לפחות מחשידתו (ואז דנים אותו מדין ברי ושמא ומי שאינו טוען, טענתו היא לכל היותר שמא, ואם אינו מוחזק ברי עדיף).

אך בעיקר קיים הבדל מהותי בין דיני ממונות לדינים פליליים. הודאת בע"ד תקפה רק בדיני ממונות. בעבירות פליליות הכלל הפוך "אין אדם משים עצמו רשע".

לכן אין צורך בכלל לחקור את הנאשם אלא להביא עדים שיעידו נגדו. הודאתו, וממילא גם שתיקתו, לא מעלות ולא מורידות. יש עבירות פליליות שיש בהן מרכיב ממוני, כגון גניבה, חבלה וכדו'. שם הדין מתפצל, על הצד הממוני הודאת נאשם מתקבלת, על הצד הפלילי – לא (ר' כתובות מא ע"א).

[וכאן יש להעיר על הבדל מהותי בין שיטת השיפוט הפלילי, הקיימת כרגע במדינה, לעומת גישתו של השיפוט התורני. לפי **תפיסת התורה** הקרבן הוא העיקר. על הפושע לפצותו, ולשקמו. גם כאשר יש חיוב קנס הוא מגיע כולו לקרבן, כפיצוי על העוול שנעשה לו, כפל, ארבעה וחמישה, חמישים כסף לאונס ומפתה, בנוסף לריפוי

* נדפס בתחומין כרך כד, העריכה של מערכת תחומין.

1. מונחים אלו מקורם במערכת המשפט הכללית, והשימוש בהם נועד להקל על מי שאינו מכיר את מונחי ההלכה. אולם הם מקבילים להבחנה ההלכתית שבין דיני ממונות לדיני נפשות. כל ענישה גופנית יש להכלילה במסגרת דיני נפשות.

פיזי ונפשי וכדו'. אמנם יש מקום גם לענישה נוספת, אך זכותו של הקרבן היא העומדת בראש, ולכן הוא גם צד במשפט. לעומת זאת השיפוט הפלילי הנוהג במדינה רואה בעיקר את הפושע, יש להענישו ולהרחיקו מהחברה. הקרבן בדרך כלל אינו צד במשפט, ובמסגרת השיפוט הפלילי כמעט ולא מגיע לקרבן דבר. לאחרונה נוטים בתי המשפט להטיל על הפושע גם פיצוי מסוים לקרבן, אך פיצוי זה רחוק מפיצויו ומהוצאות ריפויו ושיקומו. זכותו של הקרבן רק לתבוע את הפושע בתביעה אזרחית פרטית, על חשבונו.]

במשפט המלוכה, הִרְשעה עצמית עשויה להתקבל, ויתכן ששתיקתו עלולה להתפרש כהודאה. חשוד בעבירה, השומר לעצמו את זכות השתיקה בחקירתו, מתכוון מן הסתם להסתיר משהו. שאם לא כן, אדרבה, היה עליו להפר את שתיקתו על מנת להוכיח את חפותו. אין להסיק בהכרח משתיקתו שדינה כהודאה, אם כי היא בודאי מחשידה. אולם צ"ע מה המשמעות המשפטית-התורנית של חשד זה. ניתן אולי לצרף חשד זה להוכחות נסיבתיות נוספות שעלולות להפלילו.

במצב הנוכחי במדינת ישראל שיפוט פלילי קיים רק בבתי המשפט הכלליים. ההלכה מכירה בהם מדין משפט המלוכה אך יש לה מה לומר בתחום זה על סמך מקורותינו.

א. בדין האזרחי (דיני ממונות)

1. שתיקה כהודאה רק כשקדמה לה הודאה מחייבת

הכלל "שתיקה כהודאה דמי" אינו גורף. הוא מוגבל במגבלות רבות בסנהדרין כט ע"ב:

> ...שמע מינה... צריך שיאמר אתם עדיי – לא שנא כי אמר לווה, ולא שנא כי אמר מלוה ושתיק לווה. טעמא דאמר לווה – לא; אבל אי שתיק – הכי נמי.

ובשו"ע חו"מ (סי' פא ס"ו):

> אם כשתבעו, הודה בפני ב"ד – או שהודה בפני עדים, וייחדום לעדים, בין שאמר להם הנתבע: אתם עדי בהודאה זו, או שאמר התובע: אתם עדים, ואמר הנתבע: כן תהיו עדים, או ששתק הנתבע – שוב אינו יכול לומר: משטה אני בך. אבל יכול לטעון: פרעתי.

מכאן עולה לכאורה ששתיקה כהודאה דמי. כלומר, אין לנתבע זכות שתיקה, כי שתיקתו תיחשב להודאה בתביעה. אולם כפי שנוכיח, מסקנה זו היא פשטנית ואינה מדוייקת. לדעת רבנו יונה (סנהדרין כט ע"ב, מהדורה חדשה) **שתיקה נחשבת להודאה רק כאשר קדמה לה הודאה מפורשת:**

> אבל בשתיק בעיקר ההודאה, דאמר ליה ק' לי בידך ושתיק, ואמר מלוה לעדים אתם עדי ושתיק, בכי הא אמרי' דהאי דשתיק אשגוחי הוא דלא משגח ביה, ולא אמרי' בכי הא שתיקה כהודאה דמיא דאפוקי ממונא הוא **ובשתיקה לחודה לא מפקינן ממונא**.

ולא דמי למאי דאמרי' (קידושין סה):

> אכלת חלב והלה שתיק א"נ נטמאו טהרותיך דהתם עד הוא ולאו להנאתו קאמר וזה אין יודע בדבר, וכששתק ודאי האמינו עליו, אבל הכא ליכא למימר הכי. ולא דמי לגזל מא' מה' בני אדם, דאפי' מ"ד התם (דלא) [הלה] צווח א' (=אמרינן) התם הוא משום דודאי גזל, אבל הכא לא יעיד.

ובדומה לזה כתב בספר העיטור (אות ה' – הודאה דף עא ע"ב):

ודוקא דשתק בתר דאמר הין; אבל לא אמר הין ושתק – לא הודאה היא. והוא הדין אם אמר מלוה "כתובו!" ושתק לווה, דכותבין – דלא גרע האי שתיקה משתיקה דתחילת הודאה.

וכן נפסק להלכה בשו"ע (חו"מ סי' פא ס"ז):

הא דמהני אתם עדי – דווקא כשתבעו מנה, ואמר ליה: הן, ואחר כך אמר: אתם עדי, ושתק ליה. אבל אם אמר לו: מנה לי בידך, והלה שתק, ואמר התובע לעדים: אתם עדי, ושתק הנתבע – אין שתיקתו כלום, דלא הוי שתיקה כהודאה אלא שכשהודה לו תחלה, ואמר ליה: הן, וכשאמר התובע: אתם עדי, שתק. אבל כששתק מתחלה ועד סוף, יכול לומר: לא חששתי להשיבך.

ועל כך הוסיף הרמ"א בהגה:

מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו, בפני אבי הבן, ואבי הבן שתק – שתיקה כהודאה דמיא, ואע"פ שלא דיבר האב כלום. דהוי ליה לאב לאסוקי אדעתיה ולמחות.

העולה מכל הנ"ל הוא, ששתיקה נחשבת להודאה, רק כאשר היתה הודאה מפורשת מוקדמת בעצם החוב. אך אין אדם חייב להתייחס לכל תביעה הנראית בעיניו קנטרנית. שתיקתו במקרה זה לחכמה תיחשב, ולא להודאה.

2. שתיקה מחוץ לכותלי בית הדין

שתיקה תחשב להודאה, רק כאשר קיימת תביעה המחייבת את התייחסותו של השותק. אולם כאשר אין לנתבע מחוייבות להתיחס לדברי התובע, כגון מחוץ לביה"ד, שתיקתו אינה אומרת כלום. הודאת בע"ד בפני עדים נחשבת להודאה, רק כאשר הוא אומר "אתם עדי". ללא אמירה זו הוא יכול לחזור בו מהודאתו, בטענת "משטה אני בך". כאמור, שתיקתו במקרה זו נחשבת להודאה, רק בגלל שקדמה לה הודאה מפורשת בעצם החוב. לעומת זאת, בהודאה בפני בי"ד אין צורך לומר "אתם עדי". מעמד ביה"ד מחייב את הנתבע להתייחס באחריות לאמירותיו. ולכן אין הוא יכול לטעון "משטה אני בך", כי בכך הוא משטה כביכול בביה"ד עצמו.

האם זכות השתיקה עומדת לאדם גם בחקירה משפטית בתוך ביה"ד? מסתבר שעל הנתבע להתייחס לחקירת בי"ד בצורה רצינית יותר מאשר לתביעת תובע מחוץ לביה"ד, ולכן שתיקתו בביה"ד עלולה להתפרש כהודאה[2].

3. שתיקה המנומקת באמתלה

שתיקה כהודאה נחשבת רק בדבר שהוא אמור לדעת; אך כשאינו אמור לדעת, שתיקה לאו כהודאה דמי. וכן כשיש לו אמתלא מדוע שתק. הרא"ש הביא זאת בשם הריצב"א (תוס' הרא"ש גיטין נד ע"ב):

דאפי' היכא דהיה לו לידע – אם שתק מעיקרא ולבסוף צווח ומכחישו, אם נותן אמתלא לדבריו דמה ששתק מעיקרא לא בשביל שהודה אלא מתיישב ומחשב בדבר לדעת אם הוא אומר אמת אם לאו – הך שתיקה לאו כהודאה דמיא, כיון שיש לתלות השתיקה דלא להודות שתק. כי ההיא דאמרינן (ב"מ לז, א) גבי גזלתי אחד מכם

2. אשר לחקירה משטרתית הקיימת בתביעות פליליות – ראה להלן, פרק ה.

ואיני יודע איזה הוא – כל אחד אומר: אותי גזל. ומוקי לה כגון ששתק בשעה שכולן תובעין אותו. לא הויא שתיקה כהודאה, משום דמימר אמר: אכל חד וחד אמינא, דלמא האי הוא.

וכן כאשר אדם חושש שאם לא ישתוק, הצד שכנגד יכפור יותר, או יטען פרעתי – שתיקתו אינה כהודאה (תורת-אמת סי' לח).

4. השתיקה כהוכחה נסיבתית

דוגמא מאלפת לשלילתה של זכות השתיקה מובאת בתשובת הרא"ש (כלל קז סי' ו). **הוא נשאל בדבר שני שותפים, שהאחד תבע את חברו שהתחייב לו סכום כסף גדול, והשטר אבד; והנתבע טען שפרע לו את החוב:**

רבי שלמה טען על רבי ישראל, שיש לו שנים עשר אלף זהובים מהמטבע היוצא עתה, בשטר מקויים, בענין שותפות להתעסק בממון הנזכר בחובות על כותים, ובענינים אחרים, כדי להרויח בהם. ואחר כך תפסוני כותים, ושהיתי בתפיסה ימים רבים; וכשיצאתי מהתפיסה וחזרתי לביתי, לא מצאתי כל חפצי שהנחתי בביתי, ובכלל אבדתי היה זה השטר של י"ב אלף זהובים שעל ר' ישראל... ונתברר לי באמת, שהגיע השטר ליד רבי ישראל הנזכר. ואמר רבי ישראל, אחר שהטילו כל החרמות, שפרע לי השטר והחזרתיו לו וקרעו. ואמרתי לו: מתי פרעת לו זה הממון הנזכר? או היאך היית יכול לפרוע סכום גדול כמותו? ובפני מי פרעת? ובאיזה מטבע פרעת – בכסף או בזהב, או בענין אחר? ועל כל זה אמר: איני רוצה להשיב על דברים הללו.

הרא"ש כותב:

הדיינים חקרו ודרשו היטב... ושאלו בכמה דברים שהיה ראוי שישיב רבי ישראל על כל שאלה ושאלה, כדי שיתברר הדבר ויצא הדין לאמתו. והוא הסתיר במחשך מעשיו ודבריו, ולא רצה להשיב על שאלותם, פן יתפס בדבריו ויתברר השקר, ומן הדין היה לו להשיב על כל חקירות ודרישות שעשו.

והוא מוסיף וכותב:

ואני אומר, כי היה לו להשיב וליתן טעם וראיה, למה לא השיב לשלוחו ששלח להתרות בו; ראוי היה, כשהתרה בו שלוחו של רבי שלמה ההתראה הנזכרת, שהיה לו לרבי ישראל לקרוע בגדיו ולזעוק זעקה גדולה ומרה להרעיש כל העולם, על ממון כזה שפרע ותבע ממנו פעם אחרת! והיה לו להשיב לשליח: היאך אתה אומר לי דברים הללו, והלא הוא יודע כי פרעתי לו כל זה הממון, והחזיר לי שטרי וקרעתיו והרי הוא לפניך קרוע, ולא היה לו להפרד מהשליח בשתיקה, שהיא כהודאה. ואם יאמר ר' ישראל שכך השיב לשליח, היה לו לומר לפני הדיינין, כששאלוהו: למה לא השיב, כך וכך השבתי! ואף אם היו שואלין לו אלף פעמים, על כל פעם ופעם היה ראוי שישיב ויוסיף צעקות ותלונות על תמהון כזה, שיפרע אדם ממון גדול, ויחזרו ויתבעוהו ממנו! אלא שניכרין דברי אמת, ששתק בשביל שהתחלת השקר ועזות הפנים קשה לו לאדם, והעלים והסתיר שקרו עד שהטילו החרם, ואז לא היה יכול לטעון [כלום ליתן אחר, כי אם היה אז שותק לא היה יכול לטעון, וגם כך] כלום.

עוד הוא כותב שם:

והדיינים חקרו ודרשו להוציא הדין לאמתו, והיה צריך להשיב על כל חקירות ודרישות שלהם, כי היה נראה להם שהיה טוען ברמאות, **וכיון שלא השיב**, היה להם לדיינים לחייבו לאלתר. **כי היכי דעדים שלא השיבו** על חקירות ודרישות, עדותן בטלה. בין בדיני ממונות, היכא שהנתבע טוען ברמאות, ובענין דרישה וחקירה לברר הדבר **והוא אינו רוצה להשיב**, **כדי שלא יתברר הדברים**, כל דבריו בטלים וחשובין כאין, וחשיב כטענות התובע, והדיין יש לו לחייבו.

הרא"ש כותב, שבדין מעין זה:

נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות – פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.

כאשר:

הדבר ידוע שהנתבע טוען ברמאות... – לזכותו אי אפשר, כמו שאמרו רז"ל: מדבר שקר תרחק; להסתלק אי אפשר, כמו שכתבתי. אם כן, על כרחו זקוק הדיין לדונו לפי אומד דעתו.

אף שהרא"ש השתמש בנימוק של שתיקה כהודאה, בכל זאת הוא התמקד בהוכחות שביה"ד רשאי לדון גם עפ"י אומדנות. מדוע לא הסתפק הרא"ש בנימוק ששתיקה כהודאה? דוחק לומר שהרא"ש סובר שהשתיקה עצמה אינה הודאה, אלא מהווה רק הוכחה נסיבתית – שא"כ למה לו להרא"ש להביא ממרחק לחמו, שביה"ד רשאי במקרים חריגים לדון באומד הדעת, הרי ממקומו הוא מוכח, מדין שתיקה כהודאה?

בתשובת הרא"ש מדובר על שתי שתיקות – שתיקה אחת לשלוחו של התובע, שהנתבע סירב לענות לשאלותיו. שתיקה זו אינה כהודאה, כי המדובר מחוץ לבי"ד. אולם יש כאן הוכחה נסיבתית, שהנתבע לא מחה בפני השליח בכל תוקף על עצם תביעתו. השתיקה השניה – או ליתר דיוק: השתיקות המרובות – בחקירתו בביה"ד יתכן שאינן כהודאה, שהרי ישראל טען במפורש שפרע את החוב, אלא שסירב לענות על השאלות הרבות שהופנו אליו בדבר צורת הפרעון, הזמן, המקום, שיעורי התשלום ואיכותם. לכן הנימוק העיקרי הוא ההוכחות הנסיבתיות, ששכנעו את הרא"ש, ולא משום ששתיקה כהודאה.

הרא"ש הסתמך בכל זאת גם על הנימוק ששתיקה כהודאה, משום שגם הוא בנוי על אותה הנחה – חזקה שאדם שנתבע לשלם, מגיב ספונטאנית בהכחשה. העדרה מעיד על הסכמה. אלא שכאשר התביעה היא ישירה – כגון זו שבגמ': "אתם עדי" והלה שותק – שתיקתו נחשבת כהסכמה למינוי העדים, וכן כל כיו"ב. אך כאשר הנתבע אינו נדרש להתייחס ישירות לתביעה, שתיקתו אינה נחשבת להודאה, אך נחשבת להוכחה נסיבתית.

סוף דבר: הכל תלוי בהתרשמות ביה"ד, וכמו שכתב הש"ך (חו"מ סי' פא סי"ז):

כתב בפסקי מהר"מ רקנטי... פסק ריא"ז, דשתיקה כהודאה דמיא. וכל היכא דיש לתלות שתיקתו בעבור שחשב בלבו מה לומר, לא אמרינן ששתיקה כהודאה. והכל כפי מה שבית דין יכולים להבין דעתו של שותק, כך דנין... ויש סעד לזה ממאי דאמרינן [ב"מ לז,ב] ומאן דאמר הלה שותק שתיקה דהכא לאו כהודאה, מצי אמר

ליה: האי דשתיקי לכל חד וחד דאמינא האי הוא.

ועיין בשו"ת **דברי-ריבות** (סי' קמא), שהכל תלוי באיכות השתיקה[3].

ב. בדין הפלילי (דיני נפשות)

הדוגמאות שנביא בפרק זה הינן בעיקר מדיני נפשות, אך הוא הדין לכל המערכת הפלילית שבה אדם מואשם בעבירה חמורה.

1. אין אדם משים עצמו רשע

בדין הפלילי הודאת בע"ד אינה קבילה – אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע. שתיקתו לא יכולה לשמש אפוא כהודאה. אי לכך יש מקום לומר, שלנאשם שמורה **זכות השתיקה**, כי בין יודה בין יכחיש – אין דבריו מעלים ולא מורידים. יתכן, שמכיון שהודאה בפלילים בלאו הכי אינה קבילה, אין הוא רואה צורך להגיב, ולכן הוא שותק[4].

האם גם הוכחה נסיבתית אין כאן? מסתבר שדווקא בתחום הפלילי לא יתכן שאדם לא יגיב על האשמה בפרט אם היא חמורה. אדרבה, שם עליו לזעוק שבעתיים, שכל מה שטפלו עליו הינו עלילת שקר וכזב. שתיקתו צריכה לשמש אפוא כהודאה, לפחות כהוכחה נסיבתית. אלא שאפילו אם נתייחס לשתיקתו כהודאה, הרי אין אדם משים עצמו רשע, ולכן הוא שותק. במה דברים אמורים? בלמדן, היודע את ההלכה שאין אדם משים עצמו רשע, ולכן הוא שותק, בחינת סייג לחוכמה שתיקה. אך הדיוט מן הישוב, שאינו בקי בהלכה, מגיב מן הסתם באופן ספונטאני, ושתיקתו מעוררת חשד. אם כי מסתבר, שגם למדן מן הסתם לא ישתוק, כי לפי האמור לעיל, דרכו של אדם – כל אדם – להגיב באופן ספונטאני על האשמה שהוא מואשם, ומן הסתם הוא צריך להיות מעוניין לשמור על שמו הטוב ולהסיר כל חשד מעליו, ולכן עליו להגיב. העדר תגובה מצידו מעורר חשד. אכן, זהו חשד בלבד; אולם הודאה אין כאן, כי בדין הפלילי הודאה לא קבילה.

2. הוכחה נסיבתית (אומדנא)

גם באשר להוכחה נסיבתית, הדין הפלילי חמור מהדין האזרחי. אמנם דעת התוס' (שבועות לד ע"א ד"ה דאי) היא, שאין הבדל בין דיני ממונות לבין דיני נפשות, שכן כתבו:

> משמע הכא, דר' אחא אית ליה אומדנא בדיני נפשות. ותימה, דבפ' אחד דיני ממונות (סנהדרין לז,א) גבי "כיצד מאיימין על דיני נפשות, שמא תאמרו מאומד ראיתם", ודייק בגמ' (שם ע"ב): הא בדיני ממונות אמרינן. כמאן? כר' אחא כו' – משמע דלא איירי רבי אחא בדיני נפשות?

3. **הע' מערכת תחומין:** ראה עוד: הרב שלמה אישון, ראיות נסיבתיות בדיני ממונות, תחומין יט עמ' 239-254.

4. ראה: יצחק בראז, הרשעה עצמית במשפט האנגלו-אמריקאי, jewish law and current legal problhms, עמ' 166: הכלל האנגלו-אמריקאי נגד הפללה עצמית נבע מהכלל ההלכתי שאין אדם משים עצמו רשע. John Selden נימק שהכלל ההלכתי בא למנוע סחיטת הודאות שקריות.

וי"ל, דודאי מעיקרא דס"ד דלא מיתוקם כרבנן, ע"כ מוקי לה כר' אחא, ואית לן למימר דלא איירי אלא בדיני ממונות דוקא, ולא בדיני נפשות, כי היכי דתיתוקם מתני' כוותיה. אבל לפי המסקנא, דמוקי לה כרבנן, מצי למימר דר' אחא אית ליה אומדנא אפי' בדיני נפשות.

אבל עוד תימה, דמשמע משום דאית ליה בדיני ממונות אית ליה נמי בדיני נפשות. וא"כ, אפי' לית ליה דר' אחא, משכחת לה אומדנא בדיני נפשות לכולי עלמא, כמו שעלתה לו נשיכה על ראשו ונקב קרום של מוח, דאפי' רבנן מודו בהאי אומדנא...

אך מהרמב"ם בספר המצוות (ל"ת רצ) **לא משמע כן, כיון ששם כתב:**

שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק, ואפילו היה קרוב אל האמת. כמו שיהיה אדם, ירדפהו שונאו להרגו, ולהנצל ממנו יכנס בבית אחד. ויכנס הרודף ההוא אחריו, ונכנס אנחנו אחריהם, ונמצא הנרדף הרוג והוא מפרפר, ושונאו שהיה רודפו עומד עליו והסכין בידו, ושניהם מנטפין דם. הנה זה הרודף לא יהרגוהו הסנהדרין על צד חתוך הגדר, אחר שאין שם עדים מעידים שראו ההריגה. ובאה האזהרה בתורת האמת מהרוג זה, והוא אמרו יתעלה (שמות כג,ז): "ונקי וצדיק אל תהרוג כי לא אצדיק רשע".

ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין, כי הדברים האפשריים – מהם קרובי האפשרות מאד, ומהם רחוקי האפשרות, ומהם אמצעיים בין זה לזה. ולאפשר רוחב גדול מאד. ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות באפשר הקרוב מאד, שאפשר שיהיה קרוב מן המחוייב המציאות, כגון זה שהמשלנו – היינו חותכים הגדר במה שהוא רחוק מזה מעט, ובמה שהוא יותר רחוק גם כן, עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד, לפי דמיון הדיין ומחשבתו. **ולכן סגר יתעלה את הפתח** הזה, ואמר שלא ייחתך גדר העונש **אלא כשיהיו העדים מעידים**, שהם ידעו בודאי שזה עשה המעשה ההוא באמת בלא ספק ובלא דמיון כלל. וכאשר לא נחתוך הגדרים בדמיון החזק מאד, הנה תכלית מה שיהיה שנפטור החוטא; וכאשר חתכנו הגדרים בדמיון ובאומד, הנה פעמים נהרוג נקי יום אחד. ולזכות אלף חוטאים, יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד.

דברי הרמב"ם ברור מיללו שבדיני נפשות אין שום דרך לדון עפ"י אומדנות, ואפילו תהיינה המשכנעות ביותר, אלא רק עפ"י שני עדים.

ג. סיבת החיסרון שבהפללה עצמית

במה דברים אמורים? במערכת המשפט הקונבנציונאלית, הדנה עפ"י דין תורה הרגיל. אולם, כידוע, התורה מכירה במערכת משפט נוספת, לא קונבנציונאלית – דין המלכות – ושם הכללים שונים: גם קרוב כשר לעדות, וגם הוכחה נסיבתית קבילה. האם גם שם שמורה לאדם זכות השתיקה?

האם הודאת בע"ד אינה קבילה בדין הפלילי בגלל העדר נאמנות, או בגלל פגם פורמאלי משום שאדם נחשב כקרוב לעצמו? פסול קרוב אינו פסול נאמנות, שהרי אפילו משה ואהרן פסולים, כדברי הגמרא בב"ב קנט ע"א: "גזירת מלך הוא

שלא יעידו להם", וכן קרוב המעיד לחובת קרובו אינו חשוד על אי-נאמנות, וק"ו לאדם המעיד לחובת עצמו. פסול קרוב הוא משום שהתורה מנעה מקרוב להיות מעורב בענישת קרובו, כמבואר בסנהדרין כז ע"ב: "לא יומתו אבות על בנים – בעדות בנים; ובנים לא יומתו על אבות – בעדות אבות"[5].

זו גם הסיבה שאין אדם יכול להעיד על עצמו, כמו שכתב הרדב"ז בהל' סנהדרין (פי"ח ה"ו):

> לפי שאין נפשו של האדם קניינו, אלא קניין הקב"ה, שנאמר: "הנפשות לי הנה". הלכך לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו, ומלקות פלגא דמיתה הוא. אבל ממונו הוא שלו, ומשום הכי אמרינן: הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. וכי היכי דאין אדם רשאי להרוג את עצמו, כך אין אדם רשאי להודות על עצמו שעבר עבירה שחייב עליה מיתה, לפי שאין נפשו קניינו.

הנפ"מ בשאלה, אם פסול הרשעה עצמית הוא מדין קרוב או בגלל חוסר נאמנות, תהיה לנידון בדין המלכות. אם הרשעה עצמית אינה קבילה בפלילים בגלל חוסר נאמנות – שיקול זה הוא אוניברסאלי, ולא חל רק בדין תורה, אלא גם במערכות משפט אחרות, לא תורניות. אך אם סיבת פסילתה של ההרשעה העצמית היא מסיבות פורמאליות – משום שאדם קרוב לעצמו – סיבות אלו הן ייחודיות למשפט התורה, ואינן מחייבות את דין המלכות, כי כלליה שונים. שם אדם יהיה נאמן להעיד לחובת קרובו.

מפשט הגמ' (סנהדרין ט ע"ב) המסמיכה לכלל שאין אדם משים עצמו רשע את הכלל "אדם קרוב אצל עצמו", משמע לכאורה שלא מחמת חוסר נאמנות הוא פסול להעיד על עצמו, אלא בגלל היותו קרוב לעצמו. אולם לא כל הראשונים סוברים כן. הרמב"ם בהל' סנהדרין (פי"ח ה"ו) כתב בהסבר הלכה זו:

> גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין, ולא מלקין את האדם בהודאת פיו, אלא על פי שנים עדים... שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלין מרי נפש הוא, המחכים למות, שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל

5. דרשת חז"ל אינה אסמכתא בלבד. ועם זאת אין היא עוקרת את הפסוק מפשוטו, שאין להעניש את הבנים בגלל אבותיהם, כמבואר במל"ב יד, ו: "ואת בני המכים לא המית, ככתוב בספר תורת משה, אשר צוה ה' לאמר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, כי אם איש בחטאו יומת". דרשת חז"ל היא עומק פשוטו של מקרא; היא מרחיבה את תחום ההימנעות מלהעניש אדם בעטים של קרוביו (הערת העורך, הרב יעקב אפשטיין: ר' משפט החרם לרמב"ן בסוף חידושיו למו"ק). הצדק התורני מחייב הרחבה זו: כשם שאין להעניש בן בחטאו של אביו, כך אין להעניש בן בעדותו של אביו. יתרה מזאת: בגמ' (סנהדרין שם) מובאת סברה, ששני אחים פסולים לעדות מאותה סיבה, שלא ייגרם עונש לאחד מהם – ולו בעקיפין – בגלל אחיו. כמו"כ אין להשתמש בקרובי משפחה על מנת להטיל עונש על אחד מהם. ולכן אין הבן נעשה שליח להכות את אביו. אמנם שם הסיבה משום כיבוד אב, אך מסתבר שהצדק מחייב שנימנע גם מלשלוח אח להכות את אחיו.

הגגות. שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה, כדי שייהרג. וכללו של דבר: גזירת מלך היא.

הרמב"ם פתח את דבריו ב"גזירת הכתוב" המשיך בטעמו של חוסר הנאמנות, וסיים שוב בגזרת הכתוב. כנראה, שאין הדבר ברור לו.

בתוך דבריו צירף הרמב"ם שני הסברים להריגת הגר העמלקי ע"י דוד, אע"פ שעל הריגת שאול נודע לדוד מפי הנער עצמו. הרמב"ם כתב: "וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר עמלקי בהודאת פיהם – הוראת שעה היתה, או דין מלכות היה". **שני ההסברים תלויים בשאלה הנ"ל. ההסבר הראשון – משום הוראת שעה – מבוסס על חוסר נאמנות; אלא שפה היתה הוראת שעה**[6]. **ההסבר השני – משום דין המלכות – מתבסס על גזה"כ, ואלמלא גזה"כ היתה הודאת בע"ד קבילה גם כאשר אדם מפליל את עצמו. ומכיון שלפי הסבר זה אין כאן חוסר נאמנות, אלא פסול קרוב, אין הוא מחייב את דין המלכות.**

מספר החינוך משמע שהרשעה עצמית פסולה משום חוסר נאמנות, וז"ל במצ' כו:

וזאת המצוה היא מכלל השבע מצוות שנצטוו כל בני העולם בכללן. אבל מכל מקום חילוקין יש בפרטים בין ישראל לשאר האומות, והכל מבואר שם בעבודה זרה. ומן החילוקין שבין ישראל לשאר האומות בענין המצוות המוטלות על הכל הוא, שישראל לא יתחייב לעולם בלא עדים והתראה; ושאר האומות אין צריכין התראה, לפי שאין חילוק בהן בין שוגג למזיד. וכן יתחייבו גם כן בהודאת פיהם; מה שאין כן בישראל, שצריך עדים.

משמע מדבריו שזוהי גזה"כ, ולכן גוי חייב בהודאת פיו. כי אם הטעם הוא חוסר נאמנות, מהי סיבת ההבדל בין גוי לישראל?[7]

כבר האריכו האחרונים בגדר אין אדם משים עצמו רשע, ולא עת היאסף. נזכיר רק נפ"מ אחת המובאת בפוסקים: האם יש לנדות אדם על הודאתו בעבירה. רבנו ירוחם (אדם וחוה נתיב יח) **סבר שאינו נאמן כלל; והרשב"ש** (סי' תקלא) **סובר שנאמן, לפחות כדי לחייבו נידוי.** (ועין עוד בשו"ת הריב"ש סי' שנא; שו"ת הרדב"ז ח"ב סי' תרז; שו"ת

6. אולי בגלל עצם התפארותו של הנער, שסבר שדוד ישמח לשמוע ממנו את "הבשורה" ששאול מת והוא הרגו. ואכן לפי המסופר בסוף שמואל א, לא הוא הרג את שאול, וכל סיפורו היה התרברבות שווא.

7. יתכן שמקור דבריו של החינוך הוא הנער העמלקי, אלא שלדעתו גוי היה ולא גר צדק. ההנחה שהגר העמלקי לא היה גר צדק אלא גוי מתבססת על המכילתא (בשלח), שדוד הרג את הנער מכיון שאמר "בן איש גר עמלקי אנכי" – "נזכר דוד באותה שעה מה שנאמר למשה רבינו: אם יבא אחד מכל האומות שבעולם להתגייר שיקבלוהו, ומביתו של עמלק שלא יקבלוהו. מיד: 'ויאמר אליו דוד: דמך על ראשך, כי פיך ענה בך'." ובזה נחלקו הרמב"ם והחינוך, האם מקבלים גרים מעמלק. הרמב"ם לשיטתו לא הביא את המכילתא הנ"ל להלכה. אך החינוך כנראה סובר כמותה להלכה.

הרא"מ ח"א סי' עא; שו"ת הב"ח החדשות סי' פד; ברכ"י חו"מ לד,לג; אנ"ת ערך אדם קרוב אצל עצמו ועוד).

ד. דין המלכות

נמצא שבדין המלכות יש רגלים לסברה שהרשעה עצמית קבילה, ואי לכך לא עומדת לנאשם זכות השתיקה. אם נניח שגם בדין הפלילי המלכותי שתיקה כהודאה דמי, הוא יואשם למרות שתיקתו, ואולי דווקא בגללה.

קיומה של מערכת ענישה נוספת, שבה אין צורך בדיני הראיות המחמירים של התורה, נשנה ונשלש ברמב"ם בדרגות שונות:

דרגה ראשונה – מכניסן לכיפה. עונש זה הוא עדיין במסגרת בתי הדין הרגילים, אם כי העונש חריג. עי' רמב"ם הל' רוצח ד, ח:

> ההורג נפשות ולא היו שני העדים רואין אותו כאחת, אלא ראהו האחד אחר האחד, או שהרג בפני שני עדים בלא התראה, או שהוכחשו העדים בבדיקות ולא הוכחשו בחקירות – כל אלו הרצחנין כונסין אותן לכיפה, ומאכילין אותן לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מיעיהן, ואחר כך מאכילים אותן שעורים עד שכריסם נבקעת מכובד החולי.

דרגה שניה – במסגרת גואל הדם. עי' רמב"ם (הל' רוצח פ"ו ה"ה):

> ומה יעשה זה? ישב וישמור עצמו מגואל הדם. וכן כל הרצחנים שהרגו בעד אחד או בלא התראה וכיוצא בהן – אם הרגן גואל הדם, אין להם דמים. לא יהיו אלו חמורים מההורג בלא כוונה[8].

דרגה שלישית – במסגרת דיני המלכות. עי' רמב"ם (הל' מלכים פ"ג ה"י):

> כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה – יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם, כפי מה שהשעה צריכה. והורג רבים ביום אחד, ותולה ומניחן תלויים ימים רבים – להטיל אימה ולשבר יד רשעי העולם.

דרגה מקבילה לדין המלכות היא הוראת שעה. עי' רמב"ם (הל' רוצח פ"ב ה"ד):

> וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין – אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם, הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרוג אותן בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך – הרי יש להם רשות, כפי מה שיראו.

הדוגמאות שהבאנו לקוחות כולן מדיני רוצח שהיחס אליו חמור במיוחד. אך גם בעבירות פליליות אחרות יש לביה"ד סמכות לענוש בעונשים נוספים וכן המלכות. ר' רמב"ם הל' סנהדרין (פכ"ד ה"ד):

> יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות, ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה. ולא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג לתורה. וכיון שרואים בית

8. אמנם הראב"ד השיג עליו: "תימה הוא! ואיך נאמין בעד אחד להתיר דמו של זה לגואל הדם?! אך הרמב"ם סובר שבעקרון ע"א נאמן, אלא שא"א לדון על פיו.

דין שפרצו העם בדבר, יש להן לגדור ולחזק הדבר, כפי מה שיראה להם. הכל הוראת שעה – לא שיקבע הלכה לדורות. מעשה והלקו אדם שבעל אשתו תחת אילן; ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים, והביאוהו לבית דין וסקלוהו; ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון, ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה, ולא בעדות ברורה, אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

הריב"ש (סי' רלד) **מעיד שנהגו לדון דיני נפשות בהוראת שעה ע"פ הודאת בעל דין:**

אבל עתה אין הרשות נתונה ביד בית דין לדון בדיני נפשות, רק בהורמנא דמלכא. וצריך לאמת הדין אף בעיני שופטי הארץ שלא מבריתנו, למען לא יחשדונו בדנים לא בצדק ולא במשפט. גם כי עתה בזמנינו זה, מה שדנין בדיני נפשות הוא לפי צורך השעה, שהרי בטלו דיני נפשות. אלא שב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין, לפי צורך השעה, ואף שלא בעדות גמורה, כל שידעו באמתלאות ברורות שעבר העבירה. **לזה נהגו לקבל הודאת פי העובר אף בדיני נפשות, למען יתברר הדבר גם מתוך דבריו, עם קצת אמתלאות, אם אין עדות ברורה.** ולפי שמן הדין צריך לחקור יפה יפה, כמו ששנינו (אבות פ"א): "הוי מרבה לחקור את העדים"; וכל המרבה בחקירתם הרי זה משובח, כדתנן במסכת סנהדרין (דף מ) ... לזה נראה, שלכתחלה ראוי לקבל הודאת פי העובר, קודם קבלת העדים, כדי שיוכלו לחקור את העדים על פרטי דברי העובר. אך אם לא נעשה בדרך זה, וקבלו העדים תחלה, אין קפידא בזה, ויכולין לקבל אחר כן הודאת פי העובר.

אולם גם אם נניח ששתיקה בדיני המלכות נחשבת כהודאה, צ"ע אם היא דומה בעקרונותיה לשתיקה בדיני ממונות, וא"כ יש צורך בהודאה מפורשת בגוף האשמה, כשם שמצינו בתביעות ממוניות, שרק אם הודה בעיקר החוב, אלא שטוען שפרע וכדו', רק אז שתיקתו כהודאה. וא"כ הוא הדין בעבירות פליליות. וצ"ע.

אלא שגם אם אין לפרשה כהודאה אפילו בדיני המלכות, עדיין יש מקום לראותה לפחות כהוכחה נסיבתית; ומסתבר שהוכחה כזו קבילה בדיני המלכות, ומשפט שלמה יוכיח.

נמצא אפוא שבדיני המלכות לא עומדת לנאשם זכות השתיקה – או משום ששתיקה כהודאה דמי; או משום ששתיקתו מטילה עליו צל כבד של חשד. אלא שדבר זה מותנה בצירוף הוכחות נוספות.

ה. הבחנה בין משטרה לבין בית משפט

זכות השתיקה שמרבים לדבר עליה בכלי התקשורת אמורה בעיקר בחקירה משטרתית. נלענ"ד שלמשטרה אין מעמד של בי"ד, והודאה בפניה אינה הודאה, ולנאשם עומדת אפוא זכות השתיקה. חוק המדינה אמנם מאציל לקצין משטרה סמכות לחקור נאשמים, אולם מבחינה הלכתית יש לבקר האם חוק זה תקף, והאם הוא עומד בכללי הצדק התורניים.

נלענ"ד שההלכה אינה נוטה לתת מעמד של בי"ד לשום אדם או גוף אחר, מלבד לביה"ד עצמו. במסכת סוטה מה ע"א למדו מהפסוק, שרק ביה"ד הגדול בעצמו יוצא למדוד את העיר הקרובה אל החלל –

"ויצאו, הן ולא שלוחיהן" גם בעיר הנידחת נאמרה דרשה דומה (סנהדרין קיא ע"ב). ולכאורה, היא הנותנת – מכיון שהתורה הוצרכה לכתוב זאת גם בעגלה ערופה וגם בעיר הנדחת, הרי אלו שני כתובים הבאים כאחד שאינם מלמדים. מאידך גיסא י"ל, שאם נעשה צריכותא בין שני כתובים אלו, נוכל לבנות מבין שניהם בנין אב, ונלמד מהם לכל התורה כולה.

הסברה נותנת, ששפיטה (והחקירה היא חלק מהותי של השפיטה) דינה כמצוה שבגופו, שמן הראוי שתיעשה ע"י השופטים עצמם ולא ע"י שלוחיהם. וכן מוכח מזה שהסנהדרין צריכה לדעת שבעים לשון, שלא תשמע מפי המתורגמן. משמע שאין שליחות בחקירת עדים, אלא השופטים צריכים לחקור בעצמם[9].

ומה שהדיינים בזה"ז פועלים מכח שליחותייהו דקמאי – אין זו שליחות ממש, שהרי בתי הדין הסמוכים אינם קיימים עוד, ואין משלח[10]. אלא ע"כ צ"ל כמש"כ הר"ן בשם הרמב"ן בריש סנהדרין, ששליחותייהו אינו שליחות ממש, אלא מתן רשות להדיוטות לדון, ואין בכך משום נטילת כתרם של המומחים, שהיא אסורה משום "לפניהם – ולא לפני הדיוטות".

מצינו שיש פונקציה הקרויה 'שליח בית דין', המקבילה בעצם לזו של השוטר. במקום אחר (שו"ת באהלה של תורה ח"ד סי' יז) הארכנו בגדרה של המשטרה, שלפי ההלכה היא שליחת בית הדין; אולם הוכחנו שם, שאין זו שליחות בהגדרה ההלכתית של שליחות, אלא במשמעות אחרת – היא רק הזרוע הביצועית של ביה"ד, אולם לא במעמד של סמכות משפטית[11]. ולכן אין לחקירה משטרתית תוקף של בי"ד.

מה גם, שלא בית המשפט האציל מסמכותו למשטרה, אלא הרשות המחוקקת היא שעשתה זאת, והיא המחייבת את בית המשפט לקבל את ההודאה שניתנה במשטרה כהודאה קבילה. ואכן, הנוהג הקיים הוא שהמשטרה חוקרת את הנאשם, אך חקירה זו אינה פוטרת את השופטים מלחקור בעצמם. החקירה המשטרתית רק מסייעת למשטרה ולפרקליטות להגיש תביעה כנגד החשוד, אך ביה"ד צריך

9. **הערת עורך תחומין** (א. ד.): צריך עיון מפירושו של רס"ג לפסוק "על פי שנים עדים או שלושה יומת המת" (דברים יז, ו מובא שם בפי' הרמב"ן), שהשלושה הם שלושה דיינים הגובים עדות מפי שני עדים, ומביאים את מימצאיהם לבית דין של עשרים ושלושה.
תגובת המחבר: שלושה מהווים בי"ד זוטא, ודי בהם כדי לקבל עדות אפילו בדיני נפשות. הם לא פועלים כשליחי ביה"ד, אלא כבי"ד גמור לענין קבלת עדות.

10. אמנם עי' קצות-החשן סימן קפח, ב, שלדעת הרמב"ם יש שליחות מהתורה גם לאחר מות המשלח. אולם גם השלוחין שמונו בזמנו כבר מתו, ולא מסתבר לומר ששליח עושה שליח עד סוף כל הדורות. עי' שו"ת הריב"ש סי' רעא ושו"ת חתם-סופר או"ח סי' פד.

11. **הערת עורך תחומין** (א.ו.): אולם ראה הרמב"ם סוף פ"ח מהל' גניבה, שלשליח בי"ד (שוטרים) יש גם סמכות שפיטה ועניש. ולעצם העניין אינני רואה בחקירת המשטרה, בדיני מלכות, שינוי כה משמעותי מדין תורה. נראה שענין זה תלוי בהחלטת מוסדותיו הנבחרים של הציבור, כפוף לבקורת צבורית, ובהתאם לנסיבות המלחמה בפשע. סוף סוף גם הודאה במשטרה אינה מחייבת את בית המשפט, כאמור בפנים.

להחליט האם לקבל את הודאת הנאשם במשטרה או לא.

לכאורה, אם בדיני המלכות עסקינן, יש אולי בכוחה של המלכות לתקן גם תקנה שהמשטרה תהיה שלוחת בית המשפט לצורכי חקירה, ויינתן לה מעמד של בית משפט. אולם נראה שאין למלכות סמכות כה גורפת לשנות שינוי משמעותי במערכת המשפט (עי' ש"ך חו"מ סי' עג ס"ק לט), מה גם שיש בכך עיוות הצדק.

זאת ועוד: חקירה משטרתית נעשית ללא כללי הפרוצדורה המקובלים בבית המשפט. הנאשם עומד לבדו מול חוקריו, ללא יכולת להתעמת ישירות עם המתלוננים עליו. אין לו יכולת להגן על עצמו הגנה משפטית מקצועית, ולברר את מקורות המידע של חוקריו. המשטרה משתמשת באמצעים מתוחכמים כדי להוציא מהנאשם הודאות, ובין היתר גם לחץ נפשי. יש מצבים שהוא נתון במעצר מבודד בתנאים קשים של חוסר שינה ודיס-אינפורמציה[12].

אין בדברים אלו להטיל דופי חלילה בחשיבותה של החקירה המשטרתית. יש לה תפקיד חשוב ביותר לגלות פושעים, לחשוף שותפים לפשע ולהפר תוכניות פשיעה עתידיות. אולם היא הנותנת: המשטרה אינה גוף שיפוטי אובייקטיבי. היא בהחלט צד מעוניין; מכיון שהיא האחראית על בטחון הפנים, היא חייבת להצליח במשימתה, לפעמים גם בכל מחיר, כולל במחיר זכויותיו האלמנטאריות של חשוד, למרות שלפי ההלכה (וגם המשפט הכללי) הוא בחזקת זכאי עד שיוכח אחרת. יש שהיא גם להוטה להרגיע את הציבור ולהוכיח לו שהיא מצליחה במשימתה להבטיח את שלומו, ולכן יש לה אינטרס להטיל אחריות על מאן דהו, ולהראות בכך לציבור את יעילותה בתפיסת האשמים.

תופעה מצויה היא שנאשמים חוזרים בהם בביהמ"ש מהודאתם במשטרה, וקרה לא אחת שאף אחרי שנאשם ריצה את עונשו הוכח שהוא לא היה אשם כלל, וההודאה נגבתה ממנו שלא כדין. אולי גם לכך התכוון הרמב"ם באומרו: "שמא נטרפה דעתו בדבר זה; שמא מן העמלין מרי נפש הוא, המחכים למות, שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכין עצמן מעל הגגות; שמא כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה, כדי שייהרג" – אדם מוכן להודות בחקירה המשטרתית, ובלבד להיפטר מהלחץ המופעל עליו, שהוא כה כבד, עד שהוא יסכים להיות ממרי הנפש המוכנים להיענש על עבירה שלא עשו, ובלבד שהחקירה תסתיים.

גם אם ירצה הטוען לטעון שחקירה משטרתית מועילה כשליחת בי"ד, הודאה בודאי לא תיחשב להודאה אלא בפני ביה"ד, וכמו שכתבנו לעיל בדיני ממונות, שרק הודאה כזו נחשבת להודאה רצינית ומחייבת. מן הראוי אפוא שהדבר ייעשה במעמד ביה"ד. לכן, גם אם יש למשטרה מעמד היונק את סמכותו מביה"ד ממש היא אינה. לכן נראה שאין ערך להודאה בחקירה

12. עי' הרב נחום לאם, הרשעה עצמית (אנגלית, בתוך ספרו Faith and doubt), עמ' 274: חסרון בשיטה האנגלו-אמריקאית שפוסלת רק הודאה כפויה כדי למנוע עינויים.

המשטרתית, והנאשם רשאי לשתוק בה בלא ששתיקתו תחשב כהודאה.

ו. הצגת מסמכים

האם יש זכות לנחקר להימנע מהצגת מסמכים שברשותו?

לאור האמור לעיל, השתיקה נחשבת לכל היותר כהודאת פיו. ולכן, אין הדבר נוגע אלא לדברים היוצאים מפיו של החשוד, ולא להצגת מסמכים שברשותו. אדרבה, אם המסמכים יכולים לסייע לקידום החקירה, חובתו להציגם על מנת שהאמת תצא לאור. גם אם אין בכך משום קיום המצוה של הגדת עדות, כי עדות בכתב אינה עדות ואין בהימנעות כזו משום עבירה על "ואם לא יגיד ונשא עונו" (מה גם שמצוה זו אינה חלה על עדויות בפני דין המלכות, ובודאי שלא על המשטרה) – אך הוכחות יש כאן, ופעמים שיש בהם כדי לסייע למשטרה להפליל חשוד או לזכותו. מסתבר, שחובתו של אדם לסייע למערכת המשפטית לבער את הרע מקרבנו, או לטהר חשוד שנחשד בטעות.

"זכות השתיקה" אינה חלה אפוא על מסמכים. מיהו, אם הצגת המסמכים עלולה להפליל קרוב משפחה – י"ל שאין הוא מחוייב להמציאם בעצמו, וכמו שהבאנו לעיל שהתורה מעוניינת למנוע מאדם מלגרום ענישה לקרובו[13]. מאידך גיסא, נראה שהמחזיק במסמכים אינו רשאי להסתיר אותם מפני חוקרי המשטרה.

מסקנות

א. בדיני ממונות אין לאדם זכות שתיקה, ושתיקתו עלולה להתפרש כהודאה.

ב. בדין הפלילי התורני יש לאדם זכות שתיקה, כי הודאתו בלאו הכי אינה קבילה.

ג. בדיני המלכות אין לאדם זכות שתיקה, ושתיקתו עלולה להתפרש כהודאה או כהוכחה נסיבתית.

ד. בחקירה המשטרתית יש לאדם זכות שתיקה.

ה. על מסמכים לא חלה זכות השתיקה, אלא א"כ הם נוגעים לקרוב משפחתו.

13. **הערת עורך תחומין** (א. ו.): לא ברור מדוע האדם עצמו חייב להמציא מסמכים, ואילו לקרובו מותר להימנע מכך.

תגובת המחבר: בן אינו חייב למסור מסמכים שעלולים להפליל את אביו, כשם שאין בן נעשה שליח להכות את אביו (סנהדרין פד ע"ב). והסברה נותנת שאדם רשאי להימנע גם מלגרום צער לאחיו ובנו וכדו'. משא"כ לצער את עצמו מדעת – את זאת הוא רשאי לעשות.

סימן לז

מעמדה ההלכתי של ההוצאה לפועל

שאלה

האם פנייה להוצאה לפועל היא בגדר ערכאות?

ערכאות הם בתי המשפט הדנים שלא לפי דין תורה. הוצאה לפועל אמנם פועלת במסגרת של מערכת המשפט הכללית, אולם היא אינה בית משפט אלא מנגנון של אכיפה.

ושני סוגי אכיפה הם:

א. אכיפת פסק דין, כולל של בי"ד תורני במסגרת חוק הבוררות. כידוע, אין לביה"ד הדן עפ"י התורה יכולת לאכוף את פסק דינו, בעוד שלהוצאה לפועל יש יכולת כזאת.

ב. גביית חיובים שונים כגון חובות וכדו' ללא פרוצדורה של בי"ד.

א. אכיפת פסקי דין

לפי ההלכה האכיפה היא חלק ממערכת המשפט ולא רשות בפנ"ע כמבואר בסנהדרין ז ע"ב:

"ואלה המשפטים אשר תשים" אשר תלמדם מיבעי ליה! – אמר רבי ירמיה ואיתימא רבי חייא בר אבא: אלו כלי הדיינין. רב הונא, כי הוה נפק לדינא אמר הכי: אפיקו לי מאני חנותאי: מקל ורצועה, ושופרא וסנדלא.

משמע שאמצעי האכיפה הם חלק ממערכת המשפט (ר' מאמרנו "מקור סמכותה של המשטרה" באהלה של תורה ח"ד סי' יז), וכן מנו מוני המצוות את הפסוק "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך" כמצוה אחת ובס' החינוך מצוה ז הסביר ששני החלקים הם תוכן אחד. ובספרי ריש פ' שופטים: אם אין שוטר אין שופט.

אולם בכ"ז שני תפקידים שונים הם, שופטים לחוד ושוטרים לחוד. השופטים ממונים על הפסיקה והשוטרים על ההוצאה לפועל. תפקידם של האחרונים הוא ביצועי לבד ולא שיפוטי ולכן לא חל איסור ערכאות על השוטרים.

איסור ערכאות מקורו בפסוק "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם". ונדרש: "לפניהם ולא לפני עכו"ם, לפניהם ולא לפני הדיוטות". ופשיטא שאין איסור למנות הדיוטות לשוטרים כי אין להם תפקיד שיפוטי המחייב רמה תורנית גבוהה. אדרבה לדעת ר' יהודה (מכות כג ע"א) הדיוטות עדיפים בתפקיד זה על חכמים:

אין מעמידין חזנין אלא חסירי כח ויתירי מדע; רבי יהודה אומר: אפילו חסירי מדע ויתירי כח.

אמנם הלכה כרבנן אולם לא משום שהם פוסלים הדיוטות לתפקיד ביצועי. הם דרשו יתרי מדע רק במלקות, שעיקר מטרתם אינה הכאב שבהכאה אלא "ונקלה אחיך לעיניך" כמבואר שם במשנה כב ע"ב שאם נתקלקל ברעי או במים – פטור. וכמו שהדיוטות לא פסולים מלשמש כשוטרים כך אין איסור למנות נוכרים כשוטרים. ראיה לדבר ממשנה בגטין פח ע"ב:

גט מעושה, בישראל – כשר, ובעובדי כוכבים – פסול; ובעובדי כוכבים, חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך (וכשר).

משמע שמותר לשלוח שוטר גוי לכפות גט וה"ה לכל אכיפה שיש בה צורך בהפעלת כוח.

אח"כ מצאתי שכיוונתי בראיה זו לשו"ת הרשב"א (ח"א סי' שנז). השואל שם הניח בשאלתו שבדיני נפשות אין נראה לומר דנטילת נשמה תהא נעשית על ידי גוים. דהיכן מצינו שנוכל לקיים מצות עשה ע"י גוים? והרשב"א השיב:

> חיי דמר שכך אני סבור שיכולין בית דין לצוות לגוי לזרוק פתילה לתוך פיו. שאין הגוי אלא שלוחו של בית דין ואין מיתת בית דין צריך גופו של בית דין. ובפרק בתרא דגיטין (דף פ"ח ב') שנינו גט המעושה בישראל כשר ובגוים פסול. ובגוים חובטין אותו ואומרי' לו עשה מה שישראל אומר לך. כלומר ובגוים פעמים שהוא כשר אם אומר לו עשה מה שחכמי ישראל אומרים לך. לפי שאין כופה הגוי אלא במקל ורצועה לב"ד של ישראל וכן פי' בהלכות גדולות.

את לשון הרשב"א "שאין הגוי אלא **שלוחו** של בית דין" אין לפרש כשליחות במשמעותה ההלכתית, שהרי אין הגוי נעשה שליח, כמבואר בקידושין מא ע"ב. אלא כוונתו לשלול את הנחתו של השואל, שהוצאת נידון להורג היא מצות עשה שבגופו, ויש לקיימה רק ע"י ישראלים בני מצוה. ולא היא. המצוה היא שהנידון למוות ייענש, אולם אין הכרח שהדבר ייעשה ע"י ישראל דווקא. לא המעשה עיקר אלא התוצאה.

סברה זו ידועה בשם המחנ"א (הל' שלוחין סי' יא) שמי ששכר פועל גוי לבנות לו מעקה מברך על המצוה, למרות שלכאורה לא הוא קיים את המצוה, אלא הפועל הגוי. כי המצוה אינה עצם המעשה, לבנות מעקה בגופו, אלא **התוצאה**, שיהיה לגגו מעקה, שלא ייפול הנופל ממנו. ומשום כך, אפילו אם המעקה נבנה ע"י גוי, הבנייה מתיחסת לבעל הבית ששכרו. וה"ה ענישת רשע. מטרת המצוה היא "ובערת הרע מקרבך". התוצאה היא העיקר. ולכן, גם גוי יכול להיות המבצע. ואדרבה ראוי שגוי יעשה זאת ולא ישראל, כפי שיתבאר (ור' מאמרנו על מקור סמכותה של המשטרה שם).

הרשב"א בהמשך דבריו כותב: "וכי היה סבור שבארץ ישראל המומחה בעצמו היה מכה וחובט? אלא מומחה מצוה והדיוט חובט על פיו ולא קרינא ביה לפניהם ולא לפני הדיוטות".

ולכאורה, מהי תמיהתו של הרשב"א על המומחה שלא יכה. אדרבה, מצוה בו יותר מבשלוחו? אלא ע"כ הרשב"א לא מסוגל להעלות על דעתו שהשופט עצמו יכה במו ידיו. והכרח לומר שלא ראוי ששופטי ביה"ד הישראלים יכו בעצמם את מי שחייב מלקות. למרות שנאמר "והפילו השופט" הכוונה היא שהמלקות יינתנו במעמד בית הדין, אך לא ראוי שהשופט עצמו יכה את מי שחייב מלקות, או שהוא עצמו יתיז בסייף את ראשו של מי שחייב מיתה, כשם שהמלכות עושה. ויש להביא ראיה לדבריו מסנהדרין (מב ע"ב) "עבדינן בית הסקילה חוץ לבית דין, כי היכי דלא מיתחזי בית דין רוצחין".

והייתי מוסיף ואומר שלא רק שופט, אלא אפילו ישראל הדיוט, אין זה מן הראוי שהוא יהרוג נידונים למוות. גם אם אין ספק שמגיע להם עונש חמור בכ"ז סימניה של אומה זאת שהם רחמנים בני רחמנים וגומלי חסדים ואינם שופכי דמים. וכן נאמר לדוד המלך עליו ע"ה (דבה"י א כב, ח) "דָּם לָרֹב

שָׁפַכְתָּ וּמִלְחָמוֹת גְּדֹלוֹת עָשִׂיתָ לֹא תִבְנֶה בַּיִת לִשְׁמִי כִּי דָמִים רַבִּים שָׁפַכְתָּ אַרְצָה לְפָנָי". וזאת למרות שלדוד נאמר זאת רק בהקשר לבניין המקדש, ומלחמותיו מלחמות ה' היו, כלומר מלחמות מצוה, ולא שפך דם אלא עפ"י הוראותיהם של עיני העדה הם הסנהדרין, מ"מ אין ספק ששפיכות דמים, גם לצורך, מגונה היא ולא ראוי שישראלים ישפכו דם. עדיף שנוכרי, שידיו ידי עשיו, יעשה זאת (רק במלקות יש להעדיף ישראלי חסר כוח ויתר מדע, כמו שהסברנו לעיל)[1].

ואילה"ק מהבבלי בקידושין (עו ע"א) "וכל שהוחזקו אבותיו משוטרי הרבים וגבאי צדקה – משיאין לכהונה ואין צריך לבדוק אחריהן". ומבואר שם בעמוד ב שהכוונה לשופטים ולא לשוטרים, וגם זאת רק בירושלים שבה הקפידו למנות אפילו לדיני ממונות ישראלים מיוחסים. לדעת הבבלי

1. **הערת עורך** (י. א): אע"פ שנמוקיו המוסריים של הרב מובנים, מצינו בסקילה 'יד העדים תהיה בו בראשונה' – והם ודאי מישראל. כמו"כ בהשקאת סוטה כהן משקה אותה, ובקנאים פוגעים ודאי שהם ולא שלוחם. ויש מקום גדול לומר שהמבצע הריגה עפ"י דין יהיה דוקא אדם מישראל, מפני שהוא המבער את הרע מישראל. ולהביע את מלוא הסלידה הפנימית של עם ישראל מחומרת המעשה ופגיעתו בהתגלות ה' ובישראל.
ואע"פ שנצרכת תכונת אכזריות, אכזריות לשמה – היא גם כן חלק מן התכונות הנצרכות לאדם מישראל ברדיפתו את אויבי ה'. עי' באורי הראי"ה חא"ג רבב"ח – מאמרי ראיה עמ' 429.
וכן השוטרים נראה שצריך שיהיו לפחות לכתחילה מיוחסים ולא נכרים.
וכן שמואל שיסף בעצמו את אגג.
במסילת ישרים פרק יט:
"הענף הג' הוא הקנאה, שיהיה האדם מקנא לשם קדשו, שונא את משנאיו ומשתדל להכניעם במה שיוכל, כדי שתהיה עבודתו ית' נעשית וכבודו מתרבה, והוא מ"ש דוד ע"ה (תהלים קל"ט): הלא משנאיך ה' אשנא ובתקוממיך אתקוטט תכלית שנאה שנאתים וגו'. ואליהו אמר (מלכים א' י"ט): קנא קנאתי לה' צבאות וגו', וכבר ראינו למה זכה בעבור קנאתו לאלהיו, כמאמר הכתוב (במדבר כ"ה): תחת אשר קנא לאלהיו ויכפר על בני ישראל, וכבר הפליגו חז"ל (שבת נ"ה): לדבר במי שיש בידו למחות ואינו מוחה, וגזרו דינו ליתפס בעון החוטאים עצמו"...
המענישים בבית דין אינם עושים זאת בהתפרצות רגשית אלא מתוך קנאה ונקמה שכלית כראוי לאויבי ה'.
כמו"כ מחלוקת בבבלי (סנהדרין מט ע"א): "דאמר רב יהודה אמר רב: ארבע מאות ילדים היו לו לדוד, כולן בני יפת תואר היו, ומגדלי בלורית היו, ומהלכין בראשי הגייסות היו, והן הן בעלי אגרופין של דוד. ופליגא דרבי אבא בר כהנא, דאמר רבי אבא בר כהנא: אילמלא דוד לא עשה יואב מלחמה, ואילמלא יואב לא עסק דוד בתורה. דכתיב ויהי דוד עשה משפט וצדקה לכל עמו ויואב בן צרויה על הצבא. מה טעם דוד עשה משפט וצדקה לכל עמו – משום דיואב על הצבא. ומה טעם יואב על הצבא – משום דדוד עשה משפט וצדקה לכל עמו".
משמע נחלקו מי הראוי שיהא בראשי גייסות: בני יפ"ת או מיוחסים שבישראל. (ואולי זה שייך להקבלה בין שבט יהודה לשבט דן ויש על כך במעייני הישועה לרב חרל"פ.)
תשובת המחבר: אין ספק שיש צורך גם בישראלים שיעסקו בתפקידים כאלו ואף יראו בכך מצוה ובעיקר מי שנולד במזל מאדים שזו הסובלימציה שלו (ר' שבת קנו, א) אך אם לא יימצאו ישראלים כאלו, אין ברירה אלא להשתמש בגויים, והכרח כזה לא יגונה.

המשנה כינתה את השופטים בשם "שוטרים" משום שהשוטרים מהווים חלק ממערכת המשפט, כמו שפתחנו, עד כדי כך שגם השופטים נקראים שוטרים. ובכ"ז תפקידים שונים הם זה מזה ורק בשופטים עצמם הקפידה התורה על איסור ערכאות, כי המשפט לא-להים הוא וכל המעדיף שיפוט זר מפנה עורף לא-להי ישראל ותורתו ומחלל שם שמים.

אולם הוצאה לפועל אין בה מעשה שיפוטי אלא אכיפה טכנית בלבד. אכיפה זו לא רק מותרת אלא ראויה לכתחילה, כי זאת הדרך לקיים את הדין ולהביא צדק לעולם.

[העורך הרב יעקב אפשטיין, העמידני על כך שלפי הירושלמי מדובר באמת בשוטרים. וזו לשון הירושלמי (קידושין פ"ד ה"ה):

> מתני' אין בודקין לא מן המזבח ולמעלה ולא מן הדוכן ולמעלה וכל מי שהחזיקו אבותיו **משוטרי הרבים**...
>
> גמ'. כתיב [דברים יז טו] שום תשים עליך מלך. אין לי אלא מלך מניין **לרבות שוטרי הרבים** וגבאי צדקה וסופרי דיינין **ומכין ברצועה** מניין. ת"ל מקרב אחיך תשים עליך מלך. **כל שתמניהו עליך לא יהא אלא מן הברורין שבאחיך**.

לענ"ד יתכן לומר שהירושלמי מיחס לשוטרים מעמד של שופטים, משום שלדעתו השוטר אינו רק זרוע ביצועית של בית הדין, אלא עליו לשקול גם שיקול דעת משלו. ובכך מיושבת קושיית הקצות בסי' שמח מדוע שליח בי"ד שהוסיף מכה אחת משלו גולה והרי לשיטת התוס' בב"ק עט בשוגג יש שלד"ע וא"כ המשלח שהוא ביה"ד צריך לגלות ולא שליח ביה"ד. לד' הירושלמי השוטר המכה חייב להפעיל גם שיקול דעת משלו ולא לפעול בצורה עיוורת אחרי הוראת השופט ולכן הוא גולה ור' מש"כ בספרי באהלה של תורה ח"ד סי' יז.]

ב. גביית חובות

הוצאה לפועל לא רק אוכפת פסקי דין, ניתן באמצעותה גם לגבות חיובים שונים, כגון המחאות ללא כיסוי ושטרי חוב. במקרים אלו לכאורה היא אינה שוטר, הפועל בשליחות ביה"ד, אלא מעין שליח של בעל החוב. האם מותר לפנות להוצאה לפועל גם במקרים אלו שאינם פסקי דין?

לכאורה אפשר להגדיר מקרים אלו כעביד איניש דינא לנפשיה, בשינוי קל, התובע אינו עושה את הדין לעצמו בעצמו, אלא ע"י שליח שהוא ההוצאה לפועל. עביד איניש דינא לנפשיה מותר רק במקרה שזכותו של עושה הדין ברורה לו ולאחרים והוא יכול היה לממש את זכויותיו גם בביה"ד אלא שהתורה אפשרה לו לוותר על הצורך להטריח את עצמו לביה"ד ולבצע את הגביה בעצמו. וזהו בעצם תפקידה של ההוצאה לפועל.

אלא שלעביד איניש דינא לנפשיה יש תחומים מוגדרים המפורטים בשו"ע חו"מ סי' ד, ולהלן כמה מגדריהם:

א. לדעת תרוה"ד סי' שד דווקא הוא בעצמו יכול למעבד דינא לנפשיה, אבל אסור לעשות על ידי עובדי כוכבים. ורק אם עבר ועשה על ידי הגוי, אם לא היה יכול להציל שלו בענין אחר, מה שעשה עשוי (עיין במהרי"ק שורש קסא).

אמנם יתכן שבין המוציאים לפועל יימצאו גם נוכרים אך יש לסמוך על הרוב שהם ישראלים.

וצ"ע מה האיסור להוציא לפועל ע"י נוכרים? לפי מש"כ לעיל מותר להסתייע

בשוטרים נוכרים ומאי שנא? ואכן בתרוה"ד מנמק זאת בכך "דמכוער הדבר לעשויי על ידי נוכרים". כלומר, אין כאן פסול של ערכאות, אלא רק גנאי. ואע"פ שלעיל הבאנו את דעת הרשב"א שאדרבה עדיף לבצע גזרי דין ע"י נוכרים, הרשב"א אמר זאת רק בעונשי גוף, כגון מיתה, או עישוי, בשליחות ביה"ד, שם עדיף גוי. אך עביד איניש דינא לנפשיה שהוא עימות אישי בין שני ישראלים, אין לערב גויים בעימותים פנימיים בתוכנו. ומהמרדכי משמע ששימוש בגויים יש בו מעין דין "מוסר" (ר' שו"ע חו"מ סי' שפח). ורק משום שהוא משתמש בגוי לצורך גביית חוב המגיע לו, אין לו דין מוסר ולכן בדיעבד גבייתו חוקית. אולם בשליחים ישראלים אין דין מוסר ואפילו לכתחילה מותר להשתמש בהם לעשות דין לעצמו.

[במחשבה נוספת יתכן לומר שאין צורך להקפיד בהוצאה לפועל בישראלים דווקא, אלא גם בחו"ל, בה רוב שליחי ההוצאה לפועל הם גויים, מותר להשתמש במנגנון ההוצאה לפועל. כי מדובר ברשות ציבורית רשמית הפועלת מטעם החוק למימוש זכויות חוקיות ולכאורה אין בה דמיון למוסר שעושה מעשה לא חוקי, וצ"ע.]

ב. יש מגבלות נוספות בעביד איניש דינא לנפשיה. המחבר בשו"ע חו"מ סי' ד כתב: "מ"מ אין לו רשות למשכנו בחובו".

ובהגה: "מטעם שיתבאר לקמן סימן צ"ז סעיף ו'". שם נפסק:

> אם בא למשכנו שלא בשעת הלואתו, לא ימשכננו הוא בעצמו, שאם משכנו הוא בעצמו עובר בלאו, אלא בית דין ישלחו לו שלוחם; ואף שלוחם לא יכנס לביתו למשכנו.

הוצאה לפועל (מטעם עביד איניש דינא לנפשיה) אינה שליח בי"ד אלא שליחו של המלוה וא"כ היא אינה רשאית למשכן את הלווה אפילו מחוץ לביתו של הלווה.

אך בשו"ת שבט הלוי (ח"י סי' רסג, ג) כתב:

> בנדון השאלה אם מותר לפנות להוצאה לפועל בענין צ'ק שהנתבע אינו רוצה לשלם, יראה דאם אינו רוצה לשלם והחוב ברור, ואין ברירה למצות הדין כהלכה, מותר להתיר לו לפנות להוצאה לפועל בתנאי שלא יסתר ע"י הוצאה לפועל דין המבואר בחו"מ סי' צ"ז סכ"ג דהיינו פרטי דינים של סדור בע"ח כשכבר הגיע זמן הפרעון, ואם אי אפשר לעמוד ע"ז וכבר לקחו ממנו ע"י הוצאה לפועל מחויב המלוה להחזיר לפי הפרטים המבוארים בשו"ע שם, ובשו"ע חו"מ סי' צ"ט ס"א השייך ג"כ לענינינו.

הוא התיחס רק לסידור החוב שייעשה כהלכה, אך עצם העיקול כשר בעיניו. וצ"ע מה מקור הסמכות להוצאה לפועל לגבות חובות ולעקל רכוש לשם כך? בחיובים אחרים שאינם הלוואות יכול התובע לעקל לפחות משכון עד שהחייב יפרע את חיובו (הגהת הרמ"א בסי' ד' בשם הריב"ש סי' שצו) וכן ערוה"ש (סי צז סכ"ב) מנה רשימה של חיובים שמותר לתובע, או נציגו, להיכנס לביתו של החייב ע"מ לגבות את חובו, כגון גזלה, הקפת חנות ופקדון. ומכיון שהלוואה בהתר עיסקא היא חצי פקדון מותר למשקיע לגבות את חצי פקדונו ואת חלקו ברווחים מהמקבל גם ע"י פגיעה בצנעת פרטיותו של זה האחרון. אך בהלוואות, התורה אסרה על המלוה למשכן את הלווה וא"כ כיצד ניתן למסור צ'ק להוצאה לפועל ע"מ שיגבוהו?

גם בפסק דין של ביה"ד הגדול (בו ישבו הרבנים הראשיים הגראי"ה הרצוג והגרב"צ עוזיאל והגר"י קלמס, ר' אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל עמ' נה) כתבו שמנהג העולם למסור להוצאה לפועל שטרי חוב ע"מ שיגבום, והם מנסים להסביר את מקור המנהג:

> לא שמענו שבנקים, אפילו אם הנהלותיהם נכנעות לדין ישראל, יגישו עצומותיהם לגבות את שטרותיהם ממפגרים לבתי-דין ישראליים לפני פנייתם לערכאות.
> אפשר לומר, שמכיון שהמנהג הזה נפוץ בכל העולם היהודי וידוע לכל לווה שהבנק במקרה של פיגור בפרעון יפנה ישר לערכאות ולא לבי"ד רבני, הרי זה כאילו הותנה בשעת ההלוואה, והלווה השתעבד ע"י כך להסכים, שהחוב ייגבה באמצעות בתי המשפט הממשלתיים, וסתמו כפירושו... אמנם בזה באנו לידי מחלוקת בין הרא"ש והטור (חושן משפט, סימן כ"ו) אם תנאי כזה מועיל ועיין בתומים שם דמפקפק אם תקנת הקהל בכגון זה ליתן רשות לבע"ד לדון במשפט ערכאות מועילה יעוי"ש.

והסבר נוסף:

> זה אינו כלל בגדר משפט, כיוון שהחוב ברור ע"י השטר, ואין זאת כי אם פעולה להביא את השטר לידי גוביינא, מעין שטר העומד לגבות כגבוי דמי (ועיין סוטה כ"ה ע"א, גיטין ל"ז ע"א, ובקצות החושן סימן י"ב).

אם אני מבין נכון ר"ל מכיון שעביד איניש דינא לנפשיה מותר רק בחפץ מבורר שהוא שלו. השטר הנמצא בידי המלוה נחשב כבר כגבוי לעניין זה, וכאילו יש בידו חפץ שלו. אלא שהלווה מסרב לשלם את שוויו, ולכן מותר למלוה למסור אותו לגוביינא בידי ההוצאה לפועל, כי הוא מממש בעצם חפץ שלו.

ג. לענ"ד יש דרכים נוספות להצדיק את המנהג של גביית חובות ע"י ההוצאה לפועל. אך ראשית כל עלינו להקדים הקדמה על מגמת הפסיקה בנושא זה. מצד אחד, התורה אסרה במפורש כניסה לביתו של הלווה "בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה". מאידך, יש חשש שלווים ינצלו פריבילגיה זו ויתחמקו מלפרוע את חובם. מהפוסקים ניתן להבין שהם חיפשו דרכים למנוע מהלווה התחמקות, ועם זאת לא לעבור על איסור התורה. וכדי שלא תינעל דלת בפני לווין, הועלו רעיונות שונים כיצד לגבות את החוב בדרך מותרת.

הטור בחו"מ סי' צז הביא שלוש אפשרויות:

א) בשם הרמ"ה – התורה אסרה להיכנס לבית הלווה רק כאשר יש דרך אחרת לגבות את החוב. אך כאשר אין שום דרך לגבות את החוב רשאי שליח בי"ד להיכנס לבית הלווה ולמשכנו.

הרמ"ה מסכם את דבריו: "אף על גב דהאי מילתא לא איתמר בגמרא בהדיא... משום דמלאכת שמים היא... שאין לך נעילת דלת גדולה מזו".

ב) בשם הרי"ף בתשובה – אם הלווה אלים ורע מעללים ומעיז פניו מלפרוע חובו מותר ליכנס לביתו לדעת מצפוניו אפילו ע"י שליח עכו"ם.

ובעל התרומות העיר על כך דאין אנו עושין כן אלא בדוחק גדול ושיהא כוונת ב"ד לשמים כדאמרינן ב"ד מכין ועונשין

שלא כדין ולא לעקור דבר מן התורה אלא לעשות סייג לתורה.

ג) שיטת ר"ת – התורה לא אסרה על שליח בי"ד להכנס לביתו של הלווה אלא **למשכנו** להיות בטוח במעותיו ולא בא עתה לפרוע ממנו אבל כשבא **לפרוע** מחובו והוא אינו רוצה לפרוע והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריחן שליח ב"ד נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו.

מדבריהם ניכרת ההתלבטות בין שני הצדדים, התחשבות בצנעת הפרט של הלווה, ומאידך, מצות פריעת חוב ומניעת נעילת דלת.

ברוח זו ניתן אולי להצדיק את הוצאה לפועל בשני אופנים אחרים:

אופן א. הסתמכות על שיטת הנמו"י

לדעת הנמו"י ב"מ סוף פ' המקבל מותר לשליח להיכנס לביתו של הלווה ולגבות את חובו משום דעביד איניש דינא לנפשיה. וז"ל שם (סט ע"א מדפי הרי"ף):

> הלכך שליח בית דין דוקא הוא דמנתח נתוחי אבל בע"ח אפילו בחוץ לא ינתחנו מדרבנן כדאמרינן בסמוך ובע"ח אפילו נתוחי נמי לא גזירה שמא ימשכננו בביתו ואם תאמר והא קי"ל ריש פרק המניח את הכד (דף כז ב) דעביד איניש דינא לנפשיה תירצו בשם ר"ת ז"ל דהיינו בכלי של עצמו א"נ כשבא בתורת גבייה אבל הכא מיירי שבא בתורת משכון לממשכן וכדפי' רבינו [תם] במתני'.

מבואר בדבריו שמותר למלוה לגבות את חובו מהלווה גם בעצמו ללא פרוצדורה של בי"ד משום עביד איניש דינא לנפשיה. מה שהתורה אסרה זה רק למשכן מהלווה **משכון** בכדי להבטיח את חובו אך לא אסרה להיכנס לביתו ולגבות את חובו.

הקצות מקשה על הנמו"י משיטות הפוסקים האחרים. לדעת רבים מהם אפילו שליח בי"ד אינו רשאי להיכנס לביתו של הלווה לא רק למשכן אלא גם לגבות את החוב. רק לדעת ר"ת הובאה בטור סי' צז מותר לשליח בי"ד להיכנס לביתו של הלווה ע"מ לגבות את חובו, ורק למשכן ע"מ להבטיח את הגבייה אסור לו. וגם דעתו לא מוסכמת, היא מובאת בשולחן ערוך (סי' צז סט"ו) בשם "יש מי שאומר". אך למלוה עצמו לא מצינו מי שמתיר למשכן או לגבות את חובו.

אך כנראה שדעת הנמו"י שונה. ולדעתו גם למלוה מותר להיכנס לבית הלווה לגבות את חובו. אלא שיש להעיר על הנמו"י ממש"כ הוא עצמו בב"ק ריש המניח:

> והא דעביד דינא לנפשיה. היינו דוקא בממונא דשכיח בעיניה כי הכא גבי גרגותא דקא בעי מאריה למשקליה ולאצולי מידא דהיאך דבעי למגזליה או לאזוקי ממוניה ואין צריך לומר גבי הצלת נפשות אבל היכא דליתיה לממונא בעיניה אלא אפרועי הוא דקבעי אפרועי מלוה מיניה לית ליה רשותא למעבד דינא לנפשיה דהא תנן [ב"מ דף קיג א] המלוה את חברו לא ימשכננו אלא בב"ד.

מבואר בדבריו שאין אפשרות לגבות חוב מכוח עביד איניש דינא לנפשיה כי זה לא החפץ הנמצא בעינו. ורק בי"ד רשאים למשכן משכון עד שהלווה יפרע את חובו. אך אפ"ל שגם בב"ק הוא רומז לכך שרק משכון א"א **למשכן** אלא ע"י בי"ד, וגם הם אינם רשאים להיכנס לבית הלוה ע"מ למשכנו, אלא שליחם עומד בחוץ עד

שהלווה יתן לו משכון. אך **לגבות** את החוב עצמו רשאי גם הלווה גם ע"י כניסה לבית הלווה. אך הקושיה הראשונה במקומה עומדת, הרי אין למלוה רשות, מדין עביד איניש דינא לנפשיה, אלא ליטול את שלו אך לא למשכן משכון וא"כ ממה יגבה את החוב? ואפ"ל שיקח חפץ בעל ערך ויביאהו לביה"ד שהם ישומו אותו ויגבו ממנו את החוב. וכנראה שדבר זה מותר (הקצות בסי' צז ס"ק ב סובר שהדבר אסור אך האחרונים חלקו עליו). אלא שלא זאת הפרוצדורה של ההוצאה לפועל. מה גם ששיטת הנמו"י יחידה היא ורוב הראשונים חולקים עליה והיא לא הובאה כלל בשו"ע. אמנם אפ"ל שמנהג העולם מסתמך על דעת יחיד. אך דוחק לומר כן.

אופן ב. הוצאה לפועל היא שליח בי"ד

באמת הוצאה לפועל אינה שלוחו של התובע, אלא שליח בי"ד. ואכן היא חלק ממערכת המשפט. אלא שא"כ יש בה לכאורה איסור ערכאות.

ולא היא. מנגנון ההוצאה לפועל רק גובה חיובים וכמעט ואינו עוסק בשיפוט ממש. ולכן אין לו דין ערכאות. וגם משפט התורה מסכים שכל עוד אין צורך בשיפוט יש לאפשר להוצאה לפועל שתגבה חובות. דמיון לכך מצינו בכפיית גט בגיטין (פח ע"ב):

> בעובדי כוכבים כשר, ומה טעם אמרו: פסול? שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה בעובד כוכבים, ומפקעת עצמה מיד בעלה.

לדעת רב משרשיא מעיקר הדין גם גוי יכול לכפות גט אם הוא כופה כדין ישראל. אלא שגזרו על עישוי של גוי כדי שאשה לא תפקיע את עצמה מיד בעלה. אמנם הגמ' שם דוחה את דבריו ואומרת "הא דרב משרשיא בדותא היא". ופירש"י: "בדותא היא – דודאי לאו בני עשויי נינהו". כלומר גויים אינם מוסמכים לאכוף ישראלים. אולם י"ל, בד"א בגט, שבעצם צריך שיינתן מדעת הבעל, מרצונו החופשי לא בעל כורחו. העישוי מועיל רק משום מצוה לשמוע בקול דברי חכמים כמבואר בב"ב מח, א. גוי, גם כשמעשה כדין, אינו בגדר חכמי ישראל שמצוה לשמוע בקולם (גם אם דעת חכמי ישראל שיש לכוף גט באותו מקרה מ"מ הוא לא בא בשמם). משא"כ גביית חוב, זו אינה צריכה דעת. ובי"ד של ישראל שאין לו כוח לגבות חוב בעצמו לא מתנגד שערכאות שיש להם כוח יעשו זאת.

לדעת הר"ן בסנהדרין דף ב ודף כג כל איסור ערכאות הוא בגלל פגיעה בכבודה של תורה, שהדיוטות נוטלין לעצמם את כתר המומחים אך במקום שהמומחים לא רואים בכך פגיעה בתורה ומוחלים על כבודם מותר לפנות לערכאות. וזהו גדר שליחותייהו שעל פיו דנים ד"מ בישראל אחרי שבטלה הסמיכה (ר' מש"כ באהלה של תורה ח"ד סי' טו).

ומכיון שהמנגנון של הוצאה לפועל כבר קיים בעולם והוכח שהוא יעיל ומשחרר את בעלי החובות מלפנות לביהמ"ש על כל צ'ק ושטר. וגם בתי הדין מרוצים משירות זה שהוא מקל על העומס מעליהם ומאפשר להם להתפנות ולדון בנושאים חשובים יותר. ובעיקר יש לראותו כמשרת את הצדק שלווים וחייבים לא יוכלו להתחמק מלפרוע את חובותיהם, כשמדובר בחוב ברור, כאשר אין דרך אחרת לגבותו, ברוח דבריהם של הרי"ף, הרמ"ה ור"ת. טובת הציבור, כדי שלא תינעל דלת בפני לווין, מחייבת ליצור מנגנון יעיל ונוח לגביית חובות. ומכיון שהמנגנון אינו עוסק כמעט בשיפוט, אלא

רק בעניין טכני של גביית חובות, בתי הדין התורניים לא רואים פגיעה בכבודם בכך ששליח ההוצאה לפועל מעקל את רכושו של החייב לצורך פרעון החוב או להבטחת הפרעון.

ועם זאת על המלוה למצות את כל הדרכים האחרות לפני פנייה להוצאה לפועל. זהו המוצא האחרון בלבד, ולעקוב אחרי צורת העיקול, שישאירו לחייב סידור הוגן עפ"י כללי ההלכה. וברגע שהוצאה לפועל תחרוג מדרך זו עליו לבטל את תביעתו ולפנות לבי"ד.

סימן לח

פריעת חוב בשמיטה ע"י היורשים

שאלה

אביו של אדם נפטר. הבן מצא בין הניירות שבעזבונו של אביו רשימות של נושים שהאב חייב להם כספים.

החובות הם מלפני כמה שנים וכבר עברה עליהם השמיטה. לנושים אין פרוזבול. האם חייב היורש לפרוע את חובות אביו משום שדעת חכמים נוחה מכך, או שמא רק הלווה עצמו חייב לקיים מצוה זו של רוח חכמים ולא היורש?

אנו נצא מנקודת הנחה שיורש המוצא בפנקסי אביו שהוא חייב כספים לנושים חובתו לפרוע את החובות (ר' שו"ע חו"מ סי' צא ס"ה) גם לדעת הפוטרים (ר' ש"ך שם ס"ס סי' קז) אם הבן יודע שאביו חייב והא מודה בכך הוא חייב לפרוע את החוב (שם סי' קח ס"א).

השאלה היא האם גם אחרי שמיטה חל עליו חיוב זה?

א. האם יתומים חייבים לפרוע חוב אביהם שעברה עליו שמיטה?

ראשית כל יש לדון, האם חל דין שמיטה על היורשים והם פטורים מלפרוע את החוב בשמיטה, או שמא הפקעת השמיטה לא חלה עליהם כלל, אלא רק על אביהם שלוה, ואילו הם חייבים מעיקר הדין לפרוע את החוב?

בגיטין (לז ע"א):

> יתומים אינם צריכים פרוזבול דר"ג ובית דינו אביהן של יתומים.

ופירש"י:

> אין צריכין פרוזבול – שאין שביעית משמטת חוב של אביהן המת.

כלומר, בכלל לא חל עליהם דין שמיטה ואם נניח שגם יתומי הלווה לא חל עליהם דין שמיטה הם חייבים לשלם את החוב מעיקר הדין.

הריטב"א בשם רבו הרא"ה כתב שהרמב"ן חולק על רש"י. לדעתו לא מדובר בחוב שאביהם הלוה אלא בהלוואת **עצמם** שהם הלוו. ביה"ד גובה עבורם את החוב.

> דממה שהלוו הם קאמר. דאי ממה שירשו מאביהם אינו צריך וכדאמרינן בספרי רבי שמעון אומר: כל בעל משה ידו ולא היורש, ומיהו דוקא יורש אבל לא לוקח דלוקח לא זכי אלא בשעבוד נכסים ואכתי שעבוד הגוף קיים ואף על גב דלא קרינן ביה לא יגוש כיון

דאידך ניגוש מחמתיה [לא] יגוש קרינן ביה.

דרשה זו חלה רק על יורשי המלוה. הם רשאים לגבות את החוב גם אחרי השמיטה. אך יורשי הלווה דינם כמו אביהם והם פטורים מלפרוע את החוב.

התומים (סי' סז ס"ק כה) תרץ את קושית הריטב"א על רש"י מדרשת ר"ש בספרי שכוונת ר"ש היא לא ליורשי המלוה כהרמב"ן אלא ליורשי **הלווה**. עליהם לא חל פטור השמיטה אלא על אביהם. כי האב היה משועבד **בגופו** ושעבוד הגוף הפקיעה התורה, אך היורשים משעבדים רק **נכסים** שירשו, ואת שעבוד הנכסים לבד לא הפקיעה התורה. ולכן היורשים חייבים לפרוע את החוב למרות שעברה עליו השמיטה.

אולם גם להסבר התומים זו רק דעת רש"י. הרמב"ן וכל ההולכים בעקבותיו, הרא"ה הר"ן והריטב"א חולקים על כך. ולדבריהם י"ל שיורשי הלווה פטורים מפרעון החוב. גם מתשובת הרשב"א ח"ד סי' כג משמע שהיורשים נפטרו מפרעון החוב שעברה עליו שמיטה. (ובאנציקלופדיה תלמודית ערך יורש (א) בהערה 324 הביאו עוד חולקים על כך: עי' מאירי גיטין יח ע"א ד"ה הכתובה; עי' טוש"ע אה"ע סי' קא ס"א; עי' תשב"ץ ח"ג סי' קכד; וכ"מ בתוי"ט שביעית פ"י מ"ו.)

גם הסברו של התומים ברש"י לא מוסכם. הר"ן והריטב"א מתרצים את רש"י שחכמים חולקים על ר"ש בספרי, ורש"י סובר כמותם. גם הנחתו שהיורשים אינם משועבדים בגופם אלא רק בנכסיהם אינה מוסכמת כפי שיבואר להלן.

ומאחר שהיורשים פטורים מעיקר הדין לפרוע את החוב אחרי שמיטה, השאלה היא, האם דינם כמו הלווה עצמו, שלמרות שהוא פטור פורמאלית מלהחזיר חוב שנשמט, בכ"ז עדיין חל עליו חוב מוסרי לפרוע את החוב. כמו ששנינו במס' שביעית פ"י מ"ט:

המחזיר חוב בשביעית רוח חכמים נוחה ממנו.

האם חיוב זה חל גם על היורשים או שרק על הלווה עצמו?

ב. מדוע הפורע חוב שנשמט רוח חכמים נוחה הימנו

צריך להבין מה הסיבה של רוח חכמים נוחה, הרי השמיטה משמטת ולכאורה כל הפטור מדבר ועושהו נקרא הדיוט?

יתכן שהדבר תלוי במחלוקת הראשונים בגדר שמיטת כספים.

לשיטת המרדכי (גיטין סי' שפ בשם ר' אביגדור הכהן) השמיטה משמטת משום אפקעתא דמלכא. ומיד עם קץ שנת השמיטה פקע החוב מאליו והלווה פטור בעצם מלפרוע את חובו.

לדעת היראים (יראים השלם סי' קסד) שמיטת הכספים אינה אפקעתא דמלכא, אלא חובת גברא של המלוה לשמוט את החוב. לדעתו י"ל שהלווה מצד עצמו חייב לפרוע את החוב, כי התורה לא הפקיעה אותו ובעצם חייב הלווה להחזיר את החוב למלוה גם אחרי השמיטה. המלוה הוא שמצווה ב"לא יגוש" והחיוב עליו לומר "משמט אני" והלווה צריך לומר אעפ"כ. רק אם המלוה סירב לקבל את החוב נפטר המלוה מפריעת החוב.

לדעת המרדכי חיובו של הלווה לפרוע את החוב, למרות השמיטה, הוא לא חיוב מעיקר הדין אלא רק חוב מוסרי (כעין לפנים משוה"ד) או מדיני שמים. למרות שהוא פטור מעיקר הדין מפריעת חובו הוא חייב

להרגיש מחויבות מסוימת כלפי המלוה שגמל אתו חסד והלוה לו, ואם יש לו יכולת לפרוע את החוב אל לו לנצל את שנת השמיטה להיפטר ממחויבותו. ומכיון שהחיוב להחזיר את החוב הוא רק חיוב גברא מסתבר שרק הלווה עצמו חייב לפרוע את החוב ולא יורשו. חיוב מוסרי לא עובר ליורשים. (לכן התורה הדגישה את האביון. לכאורה רק את חובותיו ראוי לשמוט והוא פטור לגמרי מלפרוע את החוב, אך עשיר מן הראוי שיפרע את החוב. היראים יפרש את הדגשת האביון שהמלוה יסרב לקבל את פרעון חובו של האביון אך את חובו של העשיר מותר לו לקבל).

אך לדעת היראים, שהשמיטה אינה אפקעתא דמלכא, אלא חיוב גברא המוטל על המלוה לשמוט את החוב, ובעצם הלווה חייב לשלם, א"כ חיוב זה של הלווה לפרוע את החוב למרות השמיטה הוא כמעט מעיקר הדין. שהרי זהו הסדר לכתחילה. הלווה בעצם חייב לפרוע את החוב, אלא שהמלוה חייב לומר לו שהחוב נשמט והלווה צריך לומר לו אעפ"כ. וק' א"כ מדוע החזרת החוב ע"י הלווה היא רק משום דעת חכמים נוחה הימנו, הרי זהו עיקר הדין! וצ"ל בדעת היראים שגם אחרי שהמלוה השמיט את החוב ראוי ללווה בכ"ז להציע לו לפרוע את החוב והמלוה צריך לחזור לומר משמט אני. ודוחק.

ג. החילוק בין שיטת היראים והמרדכי

למחלוקת היראים והמרדכי יש כמה נפק"מ[1].

אחת הנפקא מינות היא לחיוב קטנים. קטנים אינם בני חיוב. אם זו אפקעתא דמלכא חובותיהם מופקעים מאליהם. על שיטת היראים מקשים מהסוגיה הנ"ל. ממנה משמע שמעיקר הדין גם חוב של קטנים נשמט ולכן יש צורך בפרוזבול, או בבי"ד שהוא אביהם של יתומים שהוא תחליף לפרוזבול. וא"כ מוכח כשיטת המרדכי שהשמיטה היא אפקעתא דמלכא. כי לשיטת היראים שזו חובת גברא קטנים אינם בני מצוה ואינם חייבים להשמיט את החוב וא"כ יכלו לגבות את החוב גם ללא בי"ד (אמנם לשיטת רש"י שהמדובר בחוב שירשו מאביהם הוא היה חייב להשמיט וכדי למנוע זאת היה צורך בבי"ד. אך לשיטת רוב הראשונים שהוא חוב שהם עצמם הלוו הם היו פטורים. וגם לשיטת רש"י עדיין ק', כי ברגע שהם ירשו את החוב החיוב להשמיט חל עליהם והם היו קטנים).

נפ"מ נוספת היא, האם אשה חייבת להשמיט. לדעת היראים היא פטורה משום מצות עשה שהזמן גרמה. אך אם זוהי אפקעתא דמלכא כל החובות נשמטים מאליהם גם של נשים (ר' מנ"ח מצ' פ"ד שפלפל בנושא דומה של אפקעתא דמלכא בפירות שביעית והביא ראיה שנשים חייבות מקידושין דף

1. נפק"מ מעשית אך אינה מתחום דיוננו היא לגבי ישראל הגר בארה"ב שהלוה לישראל הגר בארץ. המלוה כתב את הפרוזבול בארה"ב בער"ה אחה"צ כשבארץ כבר שקעה החמה. לדעת המרדכי החוב נשמט לפני שמלוה כתב פרוזבול ואי לכך הפרוזבול לא תקף. אך לדעת היראים המצוה היא חובת גברא על המלוה ומכיון שאצל המלוה עדיין לא שקעה החמה הוא היה חייב להשמיט והפרוזבול תקף.

נב במקדש חמש נשים בכלכלה של פירות שביעית). ויש להביא ראיה לכך שמצוה המוטלת על החפצא אשה חייבת גם אם היא מצות עשה שהזמן גרמה מקידושין כט ע"א שאשה פטורה מלמול את בנה בגלל גזה"כ "אותו" ולא אותה. משמע שאלמלא כן האשה היתה חייבת למול את בנה, למרות שמילה נוהגת רק ביום. והסביר זאת הריטב"א שם משום שמצות מילה מתקיימת בבן ולא בגופה של האשה לכן היתה הו"א שחייבת למרות שהזמן גרמה. ונשים חייבות בשמיטת כספים כמש"כ החינוך מצ' תעז ולא ראינו חולקים על כך.

משמע שהלכה כרוב הפוסקים החולקים על הירא"ם וסוברים שגם ללא אמירת 'משמט אני' ע"י המלוה החובות נשמטים[2]. (ר' שבת הארץ השלם הוצאת מכון התורה והארץ ח"ג פ"ט הל' כח הע' 7). אנו נצא מנקודת הנחה כשיטת רוב הראשונים שזו אפקעתא דמלכא.

ד. על יורשי הלווה אין שום חיוב לאחר השמיטה

מסתבר שחיוב הלווה לפרוע את החוב, למרות השמיטה, מבוסס על ההבחנה בין שעבוד הגוף לשעבוד הנכסים. השמיטה מפקיעה בעיקר את שעבוד הנכסים, אך שעבוד הגוף שהוא התחייבותו **האישית** של הלווה למלוה נותרה במידה מסוימת. היורשים שלא ירשו את שעבוד הגוף, אלא רק את שעבוד הנכסים, פטורים מחיוב אישי זה, שהרי הם לא התחייבו למלוה באופן אישי. ללא שעבוד הגוף אין מקום לחייב את הלווה לפרוע את חובו.

אלא שהנחתנו שהשמיטה לא מפקיעה את שעבוד הגוף נסתרת מאותה סוגיה בגיטין לז ע"א בה פתחנו. יתומים אינם צריכים פרוזבול, דר"ג ובית דינו אביהן של יתומים, לשיטת רש"י מדובר ביורשי המלוה שהם יכולים לגבות את חוב אביהם ללא פרוזבול. אך הרמב"ן סובר שיורשי המלוה יכולים לגבות את חוב אביהם, גם ללא פרוזבול, כדרשת הספרי שהביאו הריטב"א והר"ן:

> רבי שמעון אומר כל בעל משה ידו – ולא היורש.

כשם שיש שעבוד **הגוף** של הלווה כך יש שעבוד למלוה עצמו, דהיינו כשם שהלווה חייב, לא רק לפרוע את החוב מנכסיו, אלא חל עליו גם חיוב אישי לפרוע את החוב למלוה, אך לא רק למלוה עצמו אלא בעצם גם ליורשיו. אלא שבשמיטה הוא פטור מחיובו למלוה, אך ליורשים עדיין נשאר החיוב, כי גזה"כ מאפשרת ליורשי המלוה לגבות את חובם גם בשמיטה, כי הם אינם הנושה עצמו. עכ"פ שעבוד הגוף של המלוה נשמט.

ולכאורה י"ל כשם שהחיוב האישי למלוה לא עובר בירושה ליורשיו והשמיטה לא חלה עליו, והם רשאים לגבות את החוב גם אחרי השמיטה, כך י"ל שהחיוב האישי של הלווה לא עובר ליורשיו והם חייבים לפרוע

2. ויש לדחות את הראיה מחיוב נשים, כי יש גם לאו של לא תגוש ובלאוין הן חייבות ויתכן שגם בעשה. הדבר תלוי בשתי השיטות בתוס' קידושין לד ע"א ד"ה מעקה. אך בכ"ז הלכה כרוב הראשונים שאין צורך לומר "משמט אני" אלא רק כאשר הלווה בא מיוזמתו לפרוע את החוב, ופוק חזי מאי עמא דבר.

את החוב רק מהנכסים שהוריש להם אביהם. אך הם עצמם אינם חייבים באופן אישי וא"כ אינם חייבים באותו חיוב שכולו מוטל אקרקפתא דגברא בלבד לפרוע את החוב גם אחרי השמיטה.

אך באמת יורשי המלוה רשאים לגבות את החוב בשמיטה רק משום שיש פסוק מיוחד לפוטרם מהשמטת החוב שנאמר 'כל בעל משה ידו' דווקא הוא ולא יורשיו. ואלמלא הפסוק היה דין השמיטה חל גם עליהם כמו שעל אביהם. כלומר, כשם ששעבוד הגוף לאביהם פוקע כך היה גם השעבוד כלפיהם פוקע אלמלא גזה"כ. ואילו ליורשי הלווה אין פסוק המפקיע אותם מהשמיטה, ואמנם הם פטורים מלפרוע את חוב אביהם, אולם כשם שעל אביהם נשאר החיוב האישי לפרוע את החוב למרות השמיטה, כך גם הם חייבים. גם הם ירשו את שעבוד הגוף שהיה על אביהם.

מיהו יש לחלק בין שעבוד הגוף ליורשי המלוה לבין שעבוד הגוף של יורשי הלווה. הלווה השתעבד לפרוע את החוב הן למלוה עצמו והן ליורשיו. אך יורשי הלווה לא השתעבדו באופן אישי מעולם, והתחייבותו האישית של אביהם לאו בת ירושה היא. ולכן אינם חייבים למלוה באופן אישי דבר. רק הנכסים שירשו מאביהם חייבים לו ולא הם עצמם ושעבוד הנכסים פקע עם השמיטה וא"כ הם פטורים מכל וכל.

ה. אף ליורשי המלוה יש שעבוד הגוף על הלווה

וכן נסתרת הנחתנו ששעבוד הגוף לא נשמט ממש"כ הריטב"א לחלק בין יורשי המלוה לקונה את חוב המלוה.

דלוקח לא זכי אלא בשעבוד נכסים ואכתי שעבוד הגוף קיים ואף על גב דלא קרינן ביה לא יגוש כיון דאידך ניגוש מחמתיה לא יגוש קרינן ביה,

וצ"ע מה החילוק בין יורש ללוקח? אם הדיוק שיורש פטור הוא מבעל משה ידו ולא היורש א"כ ה"ה יש לדייק ולא הלוקח, שהרי אף הוא אינו בכלל בעל משה ידו?

הדברים מבוארים בדברי הריטב"א. התורה הפקיעה את שעבוד הלווה לגוף המלוה ולכן יורשי המלוה שירשו את שעבוד הגוף היו בעצם ג"כ בכלל שמיטת החובות בשביעית, אלא שהתורה מיעטה אותם וקבעה שלגביהם אין דין שמיטת חוב בשביעית. כי שעבוד הגוף שלהם אינו כשעבוד הגוף לאביהם. אצל אביהם שעבוד הגוף הוא מקורי, הלווה התחייב לשלם למלוה אישית. אצל היורשים שעבוד הגוף הוא משני, שעבוד הגוף כלפיהם הוא רק מצד הדין, כי הם רק היורשים ולא הנושה עצמו, ולכן שעבוד הגוף שלהם חלש יותר ונגישה כזאת שאינה של הנושה עצמו מותרת בשמיטה.

אך הלוקח, שקנה את החוב מהמלוה קנה רק שעבוד נכסים ומכיון שהשעבוד לגוף המלוה פקע אין ללוקח יכולת לגבות את החוב. (הדבר דומה לסברת ר"ת הידועה שמהמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול כי שעבוד הגוף לא נמכר ונשאר אצל המלוה. ואדרבה משם מוכח חילוק זה שהרי גם יורש מוחל וע"כ משום שהוא ירש את שעבוד הגוף של אביו בעוד שהלוקח לא קנה את שעבוד הגוף אלא רק את שעבוד הנכסים).

עכ"פ מכל הדיון הזה למדנו שעיקר השמיטה היא על שעבוד הגוף, ושעבוד הנכסים פוקע מאליו, ולא כמו שאמרנו ששעבוד הגוף נשאר.

והדברים צריכים הסבר. אמנם חיוב הלווה לפרוע את החוב הוא חלק משעבוד הגוף ובהעדר שעבוד הגוף אין חיוב כלל

ועיקר, אלא שצ"ל שבשעבוד הגוף של הלווה יש שני חלקים, חלק אחד מכח זכות המלוה שהחוב ייפרע, חלק זה פוקע בשמיטה, וחלק אחר הוא חיוב הלווה כלפי עצמו וכלפי שמים. חלק זה לא פוקע בשמיטה. וגם אם נניח ששמיטה מפקיעה את חיוב הלווה היא מפקיעה רק את חיובו לזולתו אך לא את חיובו לעצמו.

ומאחר שיש בשעבוד הגוף גם חיוב בינו לבין עצמו ובינו לבין המקום. חלק זה נשאר גם בשמיטה והלווה לא יכול לפטור את עצמו מחיוב זה כלפי המלוה, אלא עליו לחוש מחויבות אישית לפרוע את החוב, למרות שהשמיטה פטרתו. אולם יורשי הלווה שלא לוו בעצמם אין עליהם לכאורה שעבוד הגוף וממילא אינם צריכים לחוש מחויבות לפרוע את החוב אחרי השמיטה.

ו. יש שעבוד הגוף על יורשי הלווה

כבר ראינו שיורשי המלוה יורשים את שעבוד הגוף שהיה לאביהם על הלווה כמו"כ י"ל שגם יורשי הלווה ירשו את שעבוד הגוף של אביהם. וא"כ הם חייבים לפרוע את החוב גם אחרי השמיטה.

מיהו כבר כתבנו לעיל שיש לחלק בין יורשי הלווה ליורשי המלוה. שעבוד הגוף של יורשי הלווה, שהוא התחייבותו האישית של אביהם למלוה, לא עוברת בירושה. בעוד שזכות השעבוד של המלוה כלפי הלווה עוברת בירושה. והדברים מסתברים, הלווה השתעבד לפרוע את החוב הן למלוה עצמו והן ליורשיו. אך יורשי הלווה עצמם לא השתעבדו באופן אישי מעולם, והתחייבותו האישית של אביהם – שעבוד הגוף שלו – לאו בר ירושה הוא. ולכן אינם חייבים לו באופן אישי דבר. רק הנכסים שירשו מאביהם חייבים לו ולא הם עצמם, ושעבוד הנכסים פקע עם השמיטה וא"כ הם פטורים מכל וכל.

אלא שיש הוכחות לכך שיורשי הלווה משועבדים גם **בגופם**, לא רק בנכסיהם. לדוגמא, פסק הרמב"ם בהלכות נחלות (פ"י ה"א):

> שני אחים שחלקו ובא להן אח ממדינת הים, וכן שלשה אחין שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן אפילו נטל זה קרקע וזה כספים בטלה מחלוקת וחוזרין וחולקין השאר בשוה.

וק' הרי **בב"ק** (ט ע"א) זו **דעת רב** שבטלה מחלוקת, משום שהאחים יורשים ולא לקוחות ויש ברירה. כלומר, בחלוקת ירושה מתברר לכל אחד שזה חלקו המגיעו, אך כאן שבא אח נוסף, התברר שהירושה לא חולקה כראוי ולכן יש לחזור ולחלק מחדש. ולא כשמואל שהאחים לקוחות. וק' האיך פסק כרב והרי הלכה שאין ברירה?

וכתב שם הרא"ש (פרק א סי' ו) **בהסבר** שיטת הרי"ף והרמב"ם:

> דסברא מוחלטת היא דיתמי **כרעא דאבוהון** אינון לפרוע חובת אביהן.

כלומר, היורשים ירשו את חוב אביהם וכל אחד מהם משועבד **בגופו** לפרוע בעצמו את החוב ומכיון שהגיע אח נוסף יש לחייב את האחים מחדש לפרע את החוב כראוי לכן בטלה מחלוקת ולא בגלל שיש ברירה.

הרי לנו דעת הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש שהיורשים משועבדים **בגופם** לפרוע את חוב אביהם ודינם כמו הלווה עצמו. וא"כ למרות השמיטה הם חייבים לפרוע את החוב, כדי שדעת חכמים תהיה נוחה מהם.

ז. שעבוד הגוף של יורשי הלווה אינו כשעבוד הגוף של הלווה

מיהו באמת צ"ע כיצד התחייבותו האישית של אביהם עוברת בירושה, הרי אין ירושה בחיובים אישיים? וצ"ל שמכיון שירשו את נכסי האב חל עליהם חיוב אישי לפרוע את החוב, או מדין כיבוד אב, או משום שלא ראוי שייהנו מרכוש לא להם. אך אין זה חיוב אישי ממש כמו אביהם ואינם חייבים לשלם מנכסיהם האישיים (ר' אנציקלופדיה תלמודית ערך יורש טור תקיא).

ומכיון ששעבוד גופם אינו כמו חיובו האישי של אביהם שלוה, והשמיטה הפקיעה את החוב, הם אינם חייבים לפורעו. ורק אביהם, אילו היה עדיין חי, היה חייב לפרוע את החוב שלוה. כל חיובו של הלווה הוא אישי וכלשון המרדכי "מצוה הוא דרמיא עליה" וכמו שהסברנו זהו חיוב כלפי עצמו וכלפי שמים אך לא כלפי המלוה. מצוות אישיות אינן עוברות בירושה וא"כ היורשים אינם בכלל חיוב זה. וגם יש ראשונים שסוברים שאין על היורשים שום שעבוד הגוף (כגון הרשב"א ב"ב קמז ע"ב, והר"ן כתובות פו ע"א. וכן נקט במל"מ מלוה ולווה פי"א ה"ז).

לכן נראה שמעיקר הדין יש לפטור את היורשים מלפרוע את החוב. מיהו אם הם יכולים, משום כבוד אביהם, שלא יליזו עליו שלוה ולא פרע, יש מקום לפרוע את חובותיו.

סימן לט

שמיטת כספים בבנקים

הקדמה

ההשקעות המופקדות בבנקים הן לפי היתר עיסקא (לכן יש לכנות את חשבונות הבנק כ"השקעות") ודינן כחצי מלוה וחצי פקדון. ולדעת השו"ע (חו"מ סי' סז ס"ג):

מי שיש לו עיסקא משל חבירו, שביעית משמטת פלגא שהיא מלוה.

פקדונות שזמן פרעונן אחרי השמיטה אינם נשמטים. אך פקדונות, שניתן היה לפדותם לפני סוף השמיטה ולא נפדו, חצי המלוה שבהם נשמט. וכן חשבון עו"ש, אם הוא ביתרת זכות, הוא הלוואה שבעלי החשבון מלווים לבנק וזמן פירעונה בכל רגע, כלומר גם לפני סוף השמיטה, וזו נשמטת. אם אין רבית על חשבון עו"ש יש להחשיבו כהלואה גמורה ולא חצי פקדון. ואם הוא במינוס הבנק הוא המלוה, אם כי התנאים כאן שונים, הן מבחינת זמן הפרעון והן מבחינת הרבית ההופכת את החשבון לחצי פיקדון.

יש הפוטרים את ההשקעות בבנקים ממצות השמיטה. נימוקיהם הם:

א. הקצות שם חולק על השו"ע וסובר שגם חלק ההלוואה שבעיסקא לא נשמט.

ב. מי שהפקיד כסף ביד שולחני גם אם נתן לו רשות להשתמש בכספו עדיין זהו

פקדון ולא הלוואה ופקדון אינו נשמט. גדר פקדון הוא אם ההפקדה נעשית לטובת המפקיד.

ג. לד' המהרי"ק אם כינו את ההלוואה בשם "פקדון" היא לא נשמטת. ובימינו אנשים מכנים את השקעותיהם בבנקים כ"פקדונות" וכוונתם לכך שלא יחולו עליהן דיני הלוואה, אלא דיני פקדון ע"מ שלא יישמטו בשביעית.

ד. הבנקים אינם יצור אנושי, אלא חברה בע"מ שהיא גוף פיקטיבי שמערכת המשפט יצרה בצורה מלאכותית. ומכיון שאין בעלי הבנק אחראים באופן אישי על חובותיהם של הבנקים אין השמיטה משמטת את החובות שהם חייבים ללקוחות.

הנחות אלו אינן מוסכמות.

א. עיסקא נשמטת

פסק השו"ע, שחלק ההלוואה בעיסקא נשמט, אמנם שנוי במחלוקת, הקצות חולק. אולם למעשה מוסכם על רוב הפוסקים האחרונים כד' השו"ע (ר' פאת השולחן סי' כ"ט ס"י, ערוה"ש, הראי"ה בשבת הארץ, כרם ציון, תורת השמיטה לרח"ז גרוסברג ועוד, כולם הביאו רק את פסק השו"ע). כנראה משום שאת ראיית הקצות (סי' סז סעיף ב) יש לדחות. וז"ל הקצות:

> ובעיקר הדין הנה מדברי רש"י נראה דחלק מלוה מהני לענין קידושין ומכר, שכתב בפרק האיש מקדש דף [מ"ז] (ע"א) גבי מקדש במלוה אינה מקודשת דמלוה להוצאה ניתנה, וכתב רש"י ז"ל, להוצאה ניתנה הלוה רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו, ומשמע דהיכא דמחויב להעמידה בעיסקא דינה כפקדון.

וזו לשון הסוגיה בקידושין דף מז ע"א:

> אמר רב: המקדש במלוה – אינה מקודשת, מלוה להוצאה ניתנה. נימא כתנאי: המקדש במלוה – אינה מקודשת, ויש אומרים: מקודשת; מאי לאו בהא קמיפלגי, דמר סבר: מלוה להוצאה ניתנה, ומר סבר: מלוה לאו להוצאה ניתנה.

ופירש"י בד"ה אינה מקודשת: "אפילו ישנה בעין".

לפי ההו"א המחלוקת בין שתי הדעות, אם מלוה להוצאה ניתנה או לא, עוסקת במקרה שכספי ההלואה עדיין בעינם, כי אם הם כבר הוצאו הרי לכו"ע מלוה להוצאה ניתנה. אלא שא"כ לשם מה נטל הלווה הלוואה אם לא להשתמש בה? לכן פירש"י שלמ"ד מלוה לאו להוצאה נתנה הלווה אינו רשאי לבזבז את כספי ההלוואה לשתיית שכר וכד' אלא להשקיע בעסק בלבד שתהא מצויה כל עת שיתבענו, אך למ"ד מלוה להוצאה ניתנה אינו חייב להעמידה בעיסקא אלא יכול להוציאה גם לשתיית שכר וכדו' (ר' פנ"י קדושין ויתר המפרשים). ולפי"ז כל הדיון הוא במקרה שכספי ההלוואה עדיין בעינם שלמ"ד מלוה לאו להוצאה נתנה דינם כפקדון, אך למ"ד להוצאה נתנה זו הלוואה גמורה ואינה כפקדון. אך במקום שכספי ההלואה כבר הוצאו אע"פ שאסור למקבל ההשקעה לבזבז את דמי השקעה בשתיית שכר וכדו' אלא להשקיע את הכסף בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו (כד' רבא בב"מ קד ב) אעפ"כ אינם כפקדון אלא דין מלוה יש להם.

מרש"י אין ראיה, אך נחלקו הראשונים בשאלה זו האם חלק המלוה דינו כמלוה או כפקדון, המהר"ם מר"ב והר"ח ועוד. אך השו"ע הכריע כמ"ד שהוא מלוה למרות

שאינה נעשית מטלטלין אצל בניו (ר' אריכות דברים בבית ישראל לבעל פאה"ש סי' כט ס"ק כח) ולכן היא משמטת.

לכל היותר אפשר לומר שהוא ספקא דדינא אם בחלק המלוה יש למלוה בעלות, אך מכיון שלמעשה, מחמת הספק, אינו יכול לממש את בעלותו מדין פקדון אלא רק לתבוע את חובו חזרה מדין הלוואה וזו אסורה אחרי השמיטה.

ב. פקדון כסף שניתן לשימוש

שנינו בבבא מציעא (מג ע"א):

> המפקיד מעות אצל שולחני, אם צרורין – לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אינו חייב באחריותן. מותרין – ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן.

משמע, שההשקעות בבנקים הם פקדונות שמותר לשולחני להשתמש בהם ודינם כפקדון ולא כהלוואה.

הרי"ף שם הוסיף על המשנה:

> והני מילי היכא דאבדו ועדיין לא אשתמש בהו אבל אי אשתמש בהו הוו להו הלואה גביה וקמו להו ברשותיה ואי איתניסו ליה חייב ובהא אפילו ר"נ מודה וכן כתב רבינו האי גאון זצ"ל.

וכן פסק הרמב"ם (הל' שאלה ופקדון פ"ז ה"ז):

> בד"א קודם שישתמש בהן אבל אחר שנשתמש בהן נתחייב באחריותן ככל מלוה שבעולם עד שיחזירם לבעלים.

וכן פסק השולחן ערוך (חו"מ סי' רצב ס"ז).

בימינו כל "הפקדה" גם אם היא במזומן היא מתערבת מיד עם כל הכספים שביד הכספר והוא משתמש בהם, ובפרט כאשר ה"ההפקדה" אינה במזומן אלא בהעברה חשבונית או בצ'ק (ורוב רובן של ההשקעות הן כאלו) היא רק נרשמת לזכותו של בעל החשבון והיא נכללת מיד במחזור הכספים של הבנק המשמש אותו להשקעות שונות. אין זה פקדון כלל. ורק בגלל היתר העיסקא יש לו דין של חצי פקדון.

ואכן מיד עם ה"הפקדה" האחריות נופלת כולה על הבנק אשר מתיחס לכך כאל הלוואה. וממילא דיני שמיטה חלים עליה.

וגם אם יש למפקיד הנאה מההפקדה מכיון שגם לבנק יש תועלת מההפקדה אין זה פקדון בלבד אלא חצי מלוה וחצי פקדון וחצי ההלוואה נשמט.

ג. "פקדון" שאינו פקדון

הרמ"א בסימן סז סט פסק בשם המהרי"ק:

> וכן אם כתב בשטר לשון פקדון, אינה משמטת, דלהכי כתב לשון פקדון, שלא ישמט

יש מי שהסיק מהלכה זו שמכיון שבימינו אנו מכנים את השקעותינו בבנקים כ"פקדונות" כוונתנו להחיל עליהן דין פקדון ולא דין הלואה ולכן הן אינן נשמטות. ולא היא. יש להבחין בין שפה משפטית לבין שיבושי לשון.

המהרי"ק דן במקרה בו טען המלוה **שבכוונה** הגדיר את ההלוואה כפקדון ע"מ להטיל בה תנאי שלא תישמט בשביעית. דוגמא לכך הוא מביא מהמוכר שדה לחברו וכתב לשון מתנה. המוכר התכוון ליפות את כוחו של המקבל שלא יחול עליו דין בר מצרא.

> ורואה אני שהדברים ק"ו ומה התם דשני הלשונות סותרים זה את זה דהיינו מכירה ונתינה דאי מכורה לאו נתונה ואי נתונ' לאו מכורה אפי' הכי מכור ונתונה כיון שאנו דנין שנתכוין ליפות

את כחו הכא שאין הלשונות מכחישין זה את זה כלל דהא אפילו הויא הלואה גמורה פשיטא דיכול לקבלה עליו בתורת פקדון דכל תנאי שבממון תנאו קיים לא כ"ש דיש להלו' אחר יפוי כח המבוא' ונאמר דאע"ג דהוי' מלוה מ"מ לא תשמטנה שביעית דהא מסקינן בפ"ק דמכות (דף ג) שהמלוה את חבירו ע"מ שלא תשמטנו בשביעית שאין שביעית משמטתו ואין לך תנאי גדול מזה שמקבל עליו בתורת פקדון. (שו"ת מהרי"ק סימן קפב)

מדובר אפוא במינוח לשוני מכוון להטיל על ההלוואה תנאי של פקדון. לעומת זאת, לשון "פקדון" בימינו הוא שיבוש לשוני. הציבור (כולל הבנקים עצמם) אינו עוסק בדקויות משפטיות ולא התכוון להגדיר את ההשקעות כפיקדונות בהגדרה משפטית. הוא מכנה את השקעותיו בבנקים כ"פיקדונות" מבלי להתיחס למשמעותו המשפטית של מונח זה. צא ושאל את הבריות בשוק, כולל הדתיים שבהם, האם הם מודעים לכך ש"ההלואה" מהבנק או ש"ההפקדה" בו הן בעצם חצי מלוה וחצי פקדון? לשגרת הלשון אין שום משמעות הלכתית.

ואעפ"כ אין הדבר גורע מכוחו של היתר העיסקא. כי היתר עיסקא הוא חוזה משפטי בר תוקף. ומי שמתעניין בשאלה כיצד הבנקים גובים רבית, גם אם אינו מבין את היתר העיסקא לפרטיו, הוא סומך על הרבנים שערכו אותו עפ"י כל כללי ההלכה. וכן הפרוזבול, רוב הציבור לא מבין את משמעותו המשפטית, אך דיו שהוא מודע לכך שיש מצוה שמיטת כספים וכשהוא מחתים את העדים או הדיינים על הפרוזבול הוא סומך על הרבנים שניסחוהו שעשו זאת עפ"י ידיעותיהם בהלכה. (ובעצם כל חוזה משפטי בעולם שאדם חותם עליו בדרך כלל הוא אינו מבין בכל האותיות הקטנות אלא סומך על העו"ד המחתים אותו, ומסביר לו באופן כללי את עקרונותיו, ויש לכך תוקף משפטי מחייב).

אך המונח "פקדון" בבנקים הוא שיגרת לשון, אין מי שמייחס לו משמעות משפטית כל שהיא. לא מפיהם של הבריות בשוק אנו חיים.

ד. שימוש פסול בהיתר עיסקא

אמנם היו פוסקים שפסקו שגם חלק ההלוואה לא נשמט כי דינו כפקדון, כגון הרדב"ז, אך העין יצחק (ח"א או"ח סי' כא) מצא סתירה בדבריו מתשובה בח"ג סי' תקסד שפסק שחלק המלוה נחשב ראוי לעניין ירושת בכור. כלומר חלק זה הוא הלוואה ולא פקדון.

העין יצחק עצמו פסק לעניין מכירת חמץ של עסקת סולת שזהו ספיקא דדינא אם מכירת החמץ לגוי של חלק המלוה הועילה.

גם המהרש"ם (ח"א סי' נב) עמד על הסתירה בדברי הרדב"ז והביא דעות שונות בנושא זה מבלי להכריע. אולם הוא העיר הערה יסודית המציגה את היתר העיסקא מזווית ראייה חדשה. רבים מהמשתמשים בהיתר עיסקא לא מקפידים להשקיע את כספי ההלוואה בעסקים דווקא אלא משתמשים בהלוואה למטרות צרכניות. אמנם פורמאלית הם מחויבים לקיים את החוזה של היתר העיסקא, אך למעשה הם מתעלמים ממנו. במצב כזה אין להתיחס לחלק המלוה, לפחות, כאל פקדון, אלא כאל הלוואה (ויתכן שלפי"ז גם חלק הפקדון בעצם אינו אלא הלוואה וצ"ע).

וכן כתב בהל' שביעית לגר"ב זילבר (סי' י כסא דוד אות טז) אחרי שהביא פוסקים רבים שנחלקו בשאלה זו של היתר עיסקא, שיש לחלק בין עיסקא ממש המוזכרת בגמרא, לבין היתר עיסקא הנהוג כיום, שבו המלוה לא מתערב בעסקי הלווה וגם אינו מונע ממנו מלשתות שיכרא, בכה"ג כולם מודים שחצי המלוה הוא הלוואה גמורה שנשמטת.

אלא שא"כ כל היתר העיסקא המאפשר למלוה לגבות "רבית" מהלווה אינו לכאורה אלא פיקציה בעלמא. וא"כ מה תועלתו? לענ"ד י"ל שבאמת היתר העיסקא הוא חוזה תקף המחייב את הלווה להשקיע את כספו בעיסקא ולא בשיכרא. ומי שבא לשאול אנו מורים לו שהיתר העיסקא מיועד רק להלוואות יצרניות שיש בהן רווחים. אלא שהמלוה סומך על הלווה שאכן יכלכל את מעשיו בתבונה ובאחריות ולא יבזבז את כספי ההלוואה למטרות אחרות, ומשום כך אין כאן רבית אלא חלוקת רווחים. אך מכיון ש**בפועל** המלוה אינו מדקדק עם הלווה מה הוא עושה למעשה בכספו א"א להגדיר זאת לעניין שמיטה כפקדון אלא כהלוואה וזו נשמטת.

ואה"נ בהלואה צרכנית, שאינה נושאת רווחים אין לסמוך על היתר עיסקא, אלא א"כ יש בה צד של עיסקא. כגון, מי שלוקח הלואה בהיתר עיסקא על-מנת למנוע שבירת תוכנית חיסכון שנזקה גדול יותר מאשר הריוח המוסכם בהיתר עיסקא. מצד אחד זוהי עדיין עיסקא, אך מכיון שזו רק עיסקא בעקיפין, המלוה לא דורש מהלווה שישקיע את כספי ההלוואה בעיסקא דווקא. כלומר הלווה אינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו וא"כ אין כאן פקדון אלא הלוואה, וזו נשמטת בשביעית.

אך לצערנו, רוב הנוטלים הלוואות והמפקידים בהיתר עיסקא אינם מודעים למשמעותו ההלכתית. יש מקום לסנגר עליהם שגם אם אינם מודעים לכללי ההיתר, מכיון שכל בנק חתום על היתר עיסקא בר תוקף, חלים כללי ההיתר על כל החשבונות, בין של המפקידים ובין של הלווים, בין אם הם מודעים לכך ובין אם לאו, ואינם עוברים על איסור רבית. אך לעניין שמיטה קובעת המודעות **בפועל**. ומכיון שרוב המשתמשים בשירותי הבנק מתיחסים למעשה אל ההלוואות כאל הלוואות לכל דבר ונוגשים אותן כאילו היו הלוואות רגילות, הם עוברים על לא תיגוש והשמיטה חלה עליהן.

וא"כ ממנ"פ, מי שאינו מודע למגבלות של היתר עיסקא הוא מתיחס אליו כאל הלוואה רגילה, ומי שמודע למגבלות אך בפועל לא מנצל אותם ואינו מתערב בשימוש המעשי בכספיו ע"י הלווה. וכן מי שמשתמש בהיתר להלוואה צרכנית שיש בה גרמא של עיסקא, אך מכיון שהשימוש למעשה הוא למטרות צרכניות, בכל אלו המלוים עוברים בלא תגוש וההלוואות נשמטות.

ה. האם הבנק אינו גוף אנושי?

נושא החברה בע"מ נדון הרבה בספרות הפוסקים (ר' באהלה של תורה ח"א סי' ג "חיי ההלכה בקיבוץ"). ההלכה מכירה רק ביצורים אנושיים. החברה בע"מ היא גוף פיקטיבי, פרי יצירה אנושית הסכמית. הציבור רשאי להכיר בה ביחסים המסחריים שבין אדם לחברו ומוותר על זכותו לתבוע את בעלי

החברה לשאת באחריות. אך בנושאי איסור והיתר ההלכה מטילה את מלוא האחריות על בעלי החברה. לכן בנק, שבעליו ישראלים, לא רשאי להלוות ברבית אלא רק בהיתר עיסקא. באשר להפקדות בבנקים, שהן בעצם הלוואות, יש מן הפוסקים שהתירו להפקיד בבנק גם אם הם נושאים רבית כי בפועל אין את מי לתבוע. במקרה של פשיטת רגל בעלי החברה ועובדי הבנק אינם נושאים באחריות אישית כל שהיא. ניתן לתבוע רק את נכסי הבנק (בערבון מוגבל). במלים אחרות הבנק משועבד רק בנכסיו. שעבוד נכסים יש כאן שעבוד הגוף אין כאן. לכן לדעתם המפקיד לא עובר באיסור רבית (ר' שו"ת מהרש"ג ח"א סי' וסי' ה; שו"ת מהרש"ם ח"א סי' כ; אגר"מ יו"ד ח"ב סי' סב-ג ועוד).

וא"כ י"ל שה"ה לעניין שמיטת כספים עפ"י מש"כ התומים בסי' סז ס"ק כה שמי שמת כיון ששעה"ג לא עובר בירושה, אלא רק שעה"נ, החוב לא נשמט. כי התורה אסרה לנגוש רק מי שמשועבד בגופו, אך מי שלא משועבד בגופו, אלא רק נכסיו משועבדים, אין איסור נגישה.

אולם למעשה אנו לא סומכים ברבית על שיטות אלו, אלא גם המפקיד בבנק חייב לעשות זאת רק דרך היתר עיסקא. וא"כ ה"ה בשמיטה.

מסקנה

מי שלא עשה פרוזבול לא יכול היום לפדות את השקעותיו, כי חציין הושמט. וגם אם הבנק ייתן לו אותם מיוזמתו עליו לומר "משמט אני" שנאמר "וזה דבר השמיטה". לפקדונות וקרנות שזמן פרעונם אחרי שמיטה אין צורך בפרוזבול כי חובות אלו לא נשמטים.

וכמו"כ פקדונות שהגיע זמן פרעונן לפני סוף שנת השמיטה והמפקיד השתהה ולא פדאם בזמנם הוא יכול לפדות אחרי השמיטה רק את מחציתם. וגם אם הבנק יפנה ללקוח ביוזמתו ויציע לו לקבל את כל כספו בחזרה (שהרי רוח חכמים נוחה מכך) חייב המפקיד לומר לבנק "משמט אני" (מסתבר שגם אם ישלח זאת בכתב יצא י"ח). ואם בכ"ז הבנק ירצה לתת לו את כספו במתנה הוא רשאי לנוטלו. אלא שיש להניח שפקיד הבנק, גם אם הוא דתי, לא יבין בדרך כלל למה ירמזון מיליו ויפנה אליו שוב לקבל את כספו. צ"ע אם מותר לו לקבלו. ויתכן לומר שגם אם הבנק סבור שהוא נותן לו את כספו מצד הדין, ולא כמתנה, אולי מותר למפקיד לקבלו, אחרי שהוא הצהיר "משמט אני". כי יש מקום לומר שהתורה השמיטה את החוב רק מבחינת המלוה שאסור לו לנגוש, אך מבחינת הלווה, אם יש לו, הוא חויב מוסרית לפרוע את חובו, ולכן גם אם הוא פורע את החוב מתוך הנחה שזהו חיוב רגיל, מבלי שהוא יודע שהחוב נשמט, בכ"ז יש מקום להנחה זו, והיא אינה פסולה כ"כ (ר' משנה אחרונה סוף שביעית). ולכן אם הבנק סבור שמבחינתו הוא חייב לפרוע את החוב הוא אינו טועה לגמרי ויתכן שעדיין רוח חכמים נוחה הימנו.

הבעיה החמורה היא בחשבון עו"ש. כי חשבון עו"ש הוא בעצם הלוואה שניתן לפורעה בכל רגע, כלומר לפני ר"ה, וחלה עליו השמיטה. ומסתמא הבנק לא יפנה אליו בהצעה לפדות את פקדונו. ללא פרוזבול לכאורה אין אפשרות למפקיד להוציא את כספו הנמצא בחשבון עו"ש.

אפשר אולי בשעה"ד לסמוך על

התומים[1] ששעבוד הנכסים ללא שעבוד הגוף אין בו איסור נגישה. ואע"פ שברבית לא נהגו לסמוך על כך י"ל שברבית דאורייתא חששו, אך בשמיטה דרבנן בדיעבד יש מקום להקל.

ויש אולי עוד סניף להקל בהסתמך על הסוברים שחשבון עו"ש בעצם אינו הלוואה אלא פקדון ופקדון לא נשמט, ר' הערת העורך[2]. והדברים עדיין צ"ע.

1. **הערת עורך**: כך כתב בספר שמיטת כספים כהלכתה (לרב שמואל אליעזר שטרן) פ"י ס"ג:
"יש מי שאומר דכיון שאין בעלי הבנק אחראים באופן אישי על חובותיהם של הבנקים אין השמיטה משמטת את החובות שהם חייבים ללקוחות, אך יש שחולקים על כך ולדעתם אף חובות הבנקים הם בני השמטה".
והוסיף בהערה:
"כתב בספר עטרת משה חו"מ סי' סו סק"י דכיון דבכה"ג ליכא שעבוד הגוף אלא שעבוד נכסים בלבד ליתא לדין השמטה וכמו שהעלה בתומים שם סקכ"ה לענין מת הלוה דאיך החוב נשמט וכן שמעתי מרבינו הגרי"ש אלישיב (שליט"א) [זצ"ל] לצדד כן והובאו דבריו להלן בשביבי אש סי' יא".
ושם בשביבי אש כתב:
"בתומים סי' סז סקכ"ה כתב לחדש דאם מת הלוה אין שמיטה משמטת את החוב שהניח אחריו דכיון דליכא על חוב זה אלא שעבוד נכסים בלבד אבל שעבוד הגוף ליתא בכה"ג לא נאמר דין שמיטת כספים דעיקרה של דין ההשמטה חייל כלפי הלוה שלא יגוש אותו המלוה ולא יתבענו אבל האי חוב שאין שייך בו כלל ענין תביעה ונגישה לית ביה דין השמטה כל עיקר עכ"ד התומים והו"ד גם במנ"ח מצוה תעז עיי"ש וע"ע במקצוע בתורה סי' סז סק"י ועפי"ז אמר לי רבינו הגרי"ש אלישיב (שליט"א) [זצ"ל] דאיכא למימר דעל חובות שחייבים הבנקים וחברות בע"מ לא יצטרכו לעשות פרוזבול למנוע את השמטתם דכיון דבכה"ג לא רמי חיוב תשלומין אקרקפתא דגברא כלל ועיקרו של החוב הוא חל אך ורק על נכסי הבנק והחברה ובאופן כזה הרי לדעת התומים הנ"ל לא שייכא דין השמטה וכ"כ בספר עטרת משה סי' סז סק"י".

2. **הערת עורך**: שוחחתי על השאלה עם מספר בעלי עסקים. חלקם טענו שחשבון עו"ש בנוי על הלוואות הדדיות בין הבנק ולקוחותיו. לעומת זאת טענו אחרים שבחשבון עו"ש הבנק קובע 'מסגרת' כלומר גבול עליון שהלקוח בעל החשבון יכול למשוך מהבנק. כאשר הלקוח נמצא ביתרת חובה הבנק גובה רבית (עם היתר עיסקא) מן הלקוח. כלומר, הבנק מתייחס לכך כאל חצי הלוואה וחצי פקדון. לעומת זאת אם הלקוח נמצא ביתרת זכות אין הוא מלוה לבנק אלא **מפקיד פקדון** בלבד ע"מ שיוכל להוציאו בכל עת (בדומה למפקיד אצל שולחני). הבנק אינו רשאי להוציא את הכסף שהופקד בחשבון העו"ש, והוא מתחייב להשיבו ללקוח בכל עת שירצה. בפועל אמנם הבנק משתמש בכסף ומשקיע ומרויח בו. אולם כל בנק חייב להניח ממון 'בצד' כדי להשיב ללקוח את כספו שהופקד בכל עת, וככל שיש לקוחות במצב זכות בחשבונם, הוא חייב לפי חוקי המדינה להניח כסף 'בצד' במזומן לכל מקרה בו בעלי החשבונות ירצו למשוך את כספם. כמו"כ הבנק אינו נותן רבית ללקוח על יתרת זכות (ואם הוא נותן זו רבית סמלית). לכן, מצד הלקוח, כאשר הוא נמצא בזכות, יש להתיחס לחשבון עו"ש כאל פקדון שאינו נשמט.

סימן מ

שכיר שהזיק

שאלה

שכיר בחברה התבקש, שלא במסגרת עבודתו, להסיע רכב של החברה. הוא היה נהג טירון. הוא עשה פרסה במקום אסור וגרם לתאונה. הוא סבר שעליו לשלם לחברה את דמי ההשתתפות העצמית לביטוח הרכב, ולכן שילם אותם מיוזמתו.

אולם אח"כ נאמר לו שיתכן שהיה פטור האם היה חייב באמת לשלם את דמי ההשתתפות העצמית של התאונה וכדין שילם, או שמא היה פטור והוא זכאי לקבל את כספו חזרה?

תשובה

הנהג שהזיק בידיים פשע בכך שעשה פרסה במקום אסור ועליו לשאת בתוצאות. אלא שהביטוח מכסה את ההוצאות, לכן לא תבעו אותו על תשלום הנזק, אך מעיקר הדין לא ברור שהוא פטור למרות הכיסוי הביטוחי.

נחלקו בדבר פוסקי הדורות האחרונים, האם מזיק נכס מבוטח חייב לשלם, כדין כל מזיק, או שהוא פטור, משום שהביטוח מכסה את ההוצאות ולמעשה לא נגרם לניזק כמעט חסרון כיס (חוץ מההשתתפות העצמית שאותה הוא בודאי צריך לשלם).

בעל הרי בשמים (מה"ת סי' רמה) סבור שהמזיק נכס מבוטח פטור, כי בעצם לא חיסר את ממונו של הניזק. פוסקים רבים חולקים עליו, האור שמח (פ"ז מהל' שכירות ה"א), הגרצ"פ פרנק בהר צבי (על טור חו"מ, הוצאת אל המקורות, סי' רלח), המהרש"ם הובא בציץ אליעזר (חי"ח סי' סז), שו"ת משנה הלכות (ח"ב סי' י), מנחת יצחק (ח"ב סי' פח, ר' להלן) ועוד. כולם מחייבים את המזיק לשלם לניזק על הנזק שעשו. הם מסתמכים על הגמ' בב"ק (קטז ע"א):

שטף נחל חמורו וחמור חברו... אם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי – חייב ליתן לו. ירד להציל ועלה שלו מאליו, מהו? א"ל: משמיא רחימו עליה.

ופירש"י:

מן שמיא רחימו עליה – ויהיב ליה דמי כאילו מת.

למרות שלא היה לו חסרון כיס חייב בעל החמור שניצל לשלם למציל את נזק חמורו.

ועל המשנה בב"מ (לה ע"ב):

השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ...השואל ישלם לשוכר.

למרות שהשוכר לא מפסיד כלל כי שוכר פטור באונסין בכ"ז השואל חייב כי התחייב לשלם לו אם הפרה תמות.

בנ"ד זכויותיו של המבוטח מעוגנות יותר. הרי הוא שילם פרמיות לביטוח במשך תקופה ארוכה ובכך קנה זכויות לפיצוי על תאונה. ומסתבר שגם לדעת שו"ת הרי בשמים, הפוטר את המזיק, על המזיק לשלם לניזק לפחות את הפרמיות ששילם. לכן הסברה נותנת שזכויות הביטוח נקנו ע"י המבוטח למקרה של תאונה והן שלו **בנוסף** לתשלום הנזק שהמזיק חייב. אמנם דמי הביטוח מקבילים לנזק, כי כך הם תנאי הביטוח, אך בעצם אינם פיצוי על הנזק אלא זכויות מקבילות, שהמבוטח קנה בכספו.

נמצא שהשכיר חייב לשלם לחברה את הנזק שעשה.

אולם בשו"ת מנחת יצחק ח"ב סי' פח נוטה לפטור שכיר שגרם לתאונה:

דהכא הוי אומדנא דמוכח שהנהג לא קבל עליו שום אחריות, אדרבה הוא סמך עצמו שמסתמא הרכב מבוטח כפי החוק כמו שטען, דאלמלא כן לא הי' נוסע עם הרכב.

(כידוע אסור לנהוג ברכב ללא ביטוח, ומי שנוהג ללא ביטוח ונתפס ע"י המשטרה מואשם בנהיגה ללא ביטוח ולא החברה בעלת הרכב.)

ועוד, הנוהג המקובל אצל הרבה מעסיקים ששכיר אינו משלם נזקים שהזיק, וק"ו בתאונת רכב המבוטחת בחברת ביטוח המכסה את הנזקים (ובכוונה הביטוח כולל כל נהג מעל גיל מסוים ולא רק את בעלי הרכב).

נוהג זה מבוסס על הגמ' בב"מ (פג ע"א) במעשה של הסבלים שהובילו חבית של רבה בר חנה ונשברה שרב פטרם מלשלם את הנזק ואף חייב אותו לשלם את משכורתם, בהסתמך על הפסוק "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור".

אמנם היתה זו מידת חסידות, אך יש הנהגות שאינן מעיקר הדין שהפכו למנהג קבוע ומחייב, כגון כפיה על מידת סדום בחלוקת נחלות (ב"ב יב), שומא הדר משום ועשית הישר והטוב (ב"מ לה), וכן דינא דבר מצרא (שם קה), החזרת אבידה במקום שמצד הדין פטורים מלהחזיר (שו"ע חו"מ סי' רנט ש"ך ס"ק ג ושם ס"ז) ועוד. ור' בשו"ת חוות יאיר (סימן קסט) לענין שפחה ששברה כלי, שרובא דרובא של הנשים אינן מקפידות על נזקים קטנים.

אלא שצ"ע אם יש לחייב את הנהג לפחות בהשתתפות העצמית. אמנם ביחס לנזק עצמו זהו סכום קטן יחסית, וכאמור הנוהג למחול לשכיר על נזקיו, אך כאן כבר מחלו לו על הנזק העיקרי, וא"כ יש מקום לומר שלפחות ישלם את ההשתתפות העצמית. מאידך י"ל הנזק הגדול אינו בגדר מחילה רגילה, שהרי בלאו הכי לא גרם להם לחסרון כיס ולכן מחלו לו, לכן יתכן שיש לוותר לו גם על ההשתתפות העצמית.

אלא שי"ל שהתקנה לפטור שכיר מנזקין אינה תקפה כאן. כי מסתבר שסיבת התקנה היא שאל"כ אין לך אדם מעביר חביתו של חברו. כאן לא נוכל לומר שאין לך נהג שינהג ברכב של החברה. שהרי נהג מנוסה ינהג וינהג, ורק נהג טירון לא ינהג. אין זה בכלל התקנה.

אך מאידך היא הנותנת. מכיון שהוא נהג טירון והחברה ידעה שהוא כזה, וכשמסרה לו את הרכב ידעה שהוא נהג טירון, ועל דעת כן מסרה לו את הרכב, אין לה לבוא אליו בתביעות. ובפרט שלפנים משורת הדין אין לחייבו וזה הנוהג בארץ. מאידך י"ל מכיון שהנוהג הפוטר את העובד מלשלם דמי נזיקין הוא בעצם לפנים משוה"ד, זהו רק לכתחילה, אך בדיעבד, לאחר שהעובד כבר שילם אין חובה להחזיר לו. אך בכל זאת י"ל שמכיון שהנוהג למחול על נזקי העובד הוא נוהג קבוע הוא מחייב כאילו היה חייב מעיקר הדין, ואין להתיחס אליו כאל מידת חסידות אלא כדין ממש.

לדוגמא בר מצרא. מעיקר הדין רשאי היה אדם למכור לכל מי שליבו חפץ. אך משום ועשית הישר והטוב הנהיגו חכמים לחייב

את המוכר להעדיף את שכנו. ותוקף התקנה הוא כזה שאפילו אם המוכר מכר לאחר מוציאים מידו ומעבירים את הנכס לבר המצרא. מיהו שם היתה זאת תק"ח להוציא מיד הקונה. אך בנ"ד לא היתה תקנה כזאת.

מכיון שהדבר מוטל בספק יש לפשר ביניהם ועל החברה להחזיר לו שליש מדמי ההשתתפות העצמית ששילם.

סימן מא

נגזל שהזיק לחפץ גזול

שאלה

ראובן חטף חפץ משמעון בלא רשותו. שמעון ניסה לחטוף את שלו מיד ראובן. החפץ נפל מכוחו של שמעון ונשבר. מה הדין?

א. עביד איניש דינא לנפשיה

אם ראובן סרב להחזיר את החפץ מייד מותר היה לשמעון לחטוף ממנו גם בכוח, כי עביד איניש דינא לנפשיה, כפי שנפסק להלכה בחו"מ סי' ד.

אולם אז אם נשבר החפץ גם אם באשמת שמעון, לא שמעון אשם אלא ראובן שחטף ממנו שלא כדין, וסרב להחזירו מיד ושמעון כדין עשה שהחזיר לעצמו את גזלתו לכן ראובן חייב לשאת בתוצאות.

אך אם ראובן היה מוכן להחזיר את החפץ מיד, ושמעון לא המתין אלא קפץ וחטף את החפץ מראובן – שמעון אשם.

מיהו ראובן הרי חייב להחזיר את החפץ לשמעון, ולכן כל עוד לא החזיר לידו של שמעון כל האחריות מוטלת עליו. אמנם שמעון אשם שלא המתין אלא קפץ וחטף, אולם כל עוד החפץ לא היה בידיו בצורה בטוחה, עדיין לא התקיים בראובן 'והשיב את הגזילה אשר גזל' והאחריות כולה עליו.

אם היה מישהו אחר מזיק את החפץ הגזול היה ראובן חייב לשלם לשמעון את הגזלה, ויכול היה לתבוע מהמזיק שישלם לו את הנזק שגרם לו. וא"כ שמעון נחשב למזיק כיון שהזיק לראובן חפץ שבו היה ראובן צריך לקיים מצות השבת גזילה. חפץ זה אמנם לא שייך לראובן, אך מכיון שרק בו הוא יכול וחייב לקיים מצות השבה חל עליו דין דבר הגורם לממון. הדבר תלוי במחלוקת תנאים האם דבר הגורם לממון כממון דמי (ב"ק עב ע"ב) ואין הלכה כר"ש הסובר שדבר הגורם לממון כממון דמי, אלא כרבנן דלאו כממון דמי. וא"כ שמעון פטור מלשלם לראובן על שהזיק את החפץ הגזול, וחזרה כל האחריות על ראובן.

ב. חיוב לצאת ידי שמים בדבר הגורם לממון

אלא שצריך לעיין האם מזיק דבר הגורם לממון חייב בדיני שמים.

התוספות בב"ק (עא ע"ב ד"ה וסבר לה) כתבו:

> תימה דל"ל למימר דסבר כרבי שמעון לימא דר' מאיר לטעמיה דדאין דינא דגרמי דכל שכן דמחייב בדבר הגורם לממון?

לפי הנחת הקושיא דבר הגורם לממון חמור יותר מדינא דגרמי ואם בדינא דגרמי חייב לצאת ידי שמים ק"ו בדבר הגורם לממון. וא"כ שמעון חייב בדיני שמים לפצות את ראובן, וראובן חייב בדיני אדם להחזיר את החפץ בערכו המלא כשעת הגזילה לשמעון. וא"כ על שמעון לקזז את הנזק שעשה מחיוב התשלום שחייב לראובן.

אך התירוץ סובר להיפך:

> וי"ל דאיכא נמי סברא למימר איפכא דע"כ לא מחייב רבי מאיר אלא בדינא דגרמי כגון בשורף שטרות של חבירו וכיוצא בו שראוי השטר לכל העולם למכור ולגבות בו... אבל דבר הגורם לממון כמו שור הנסקל וקדשים שחייב באחריותן אינו ראוי אלא לזה שיפטר בו עצמו לא יחייב רבי מאיר, להכי קאמר דסבר לה כרבי שמעון.

גם הרשב"א תירץ כך. לפי תירוץ זה דבר הגורם לממון קל יותר מדינא דגרמי ויתכן שבדבר הגורם לממון פטור גם בדיני שמים (אם כי אין הכרח לכך).

אך לפי התירוץ השני שם:

> וי"מ דלהכי קאמר דסבר לה כרבי שמעון משום דרבי שמעון קאמר בהדיא דחייב ארבעה וחמשה בדבר הגורם לממון אבל ממאי דמחייב רבי מאיר בדינא דגרמי אין להוכיח שיחייב ארבעה וחמשה בדבר הגורם לממון.

אדרבה, דבר הגורם לממון חמור יותר מדינא דגרמי וא"כ גם בדינא דגרמי חייב לצאת ידי שמים. וחזר הדין כמש"כ בהנחת הקושיה של התוס'.

ההסבר השלישי שם הוא של ריב"א דבדינא דגרמי לא מחייב רבי מאיר אלא מדרבנן. כלומר, ר"ש סובר שדבר הגורם לממון חייב מן התורה.

נמצא א"כ שלשני התירוצים האחרונים של התוס' דבר הגורם לממון חמור יותר מדינא דגרמי. ואם בדינא דגרמי חייב לצאת ידי שמים ק"ו בדבר הגורם לממון. ואין לומר שלרבנן הפוטרים בדבר הגורם לממון הוא קל יותר מדינא דגרמי. כי לא מסתבר לומר שרבנן סוברים להפך מר"ש שלדעתו דבר הגורם לממון חמור יותר מדינא דגרמי ולדעתם קל יותר. סביר יותר להניח שהמחלוקת ביניהם היא רק אם בדבר הגורם לממון חייב בדיני אדם. רבנן פוטרים מדיני אדם אך מסתבר שחייבים לפחות בד"ש מק"ו מדינא דגרמי.

ג. ספק בחיוב לצאת ידי שמים

גם לפי התי' הראשון של התוס' אין הוכחה שדבר הגורם לממון פטור מלצאת ידי שמים. ומכיון שיש כאן מחלוקת תירוצים, ולכל היותר יש ספק אם חייב לצאת ידי שמים. צ"ע מה הדין בספק חיוב בדיני שמים האם במקרה זה ספיקא לחומרא או לקולא?

נראה שספק לצאת ידי שמים הוא בגדר ספיקא דאיסורא ולא בגדר ספיקא דממונא. כי ממון הוא חיוב שסיבתו היא זכות הזולת לקבל ממון. ולכן חובתו של התובע לזכות זו להוכיח שאכן זכותו ודאית. ללא הוכחה ברורה הממון הוא בחזקתו של הנתבע והמוציא מחבירו עליו הראיה. אך בחיוב לצאת ידי שמים החיוב אינו כלפי אדם, אלא כלפי שמיא. זהו בגדר ספיקא דאיסורא, החיוב הוא אישי, ללא קשר לזכות הזולת, פה הספק לחומרא.

קנה המידה לדעת אם המדובר בחיוב כלפי אדם או כלפי שמים הוא לענ"ד זכות התפיסה.

אם תפיסה מועילה צ"ל שזו מכוח זכות התופס לכן הוא יכול לתפוס וא"כ זהו ממונא. אך אם אין זכות תפיסה, כלומר זהו חיוב כלפי שמים בלבד, ולא מכוח זכות התופס, זהו בגדר איסורא.

וכ"כ המהרש"ל הביאו הש"ך (חו"מ סי' כח ס"ק ב) בגרמא אם תפס מוציאים מידו, כלומר זהו איסורא ולא ממונא. וז"ל:

וחייב בדיני שמים – כתב מהרש"ל ביש"ש פרק הכונס סי' ו' וז"ל, ונראה כל היכא דאמרינן חייב בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה, אפילו לפירוש רש"י שפירש בפרק השוכר את (האומנין) [הפועלים, ב"מ צ"א ע"א ד"ה רבא] גבי חוסם פרה ודש בה שפטור בקים ליה בדרבה מיניה ואפילו הכי חייב לצאת ידי שמים, והיכא שתפס הניזק לא מפקינן מיניה מאחר שמחויב לצאת ידי שמים. מ"מ כהאי גונא לכו"ע מפקינן מיניה. בשלמא בקים ליה בדרבה מיניה דחייב הוא, רק דלא קטלינן בתרי קטלא ועבדינן החומרא, הלכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה, א"כ נוכל לומר שהסברא נותנת שאי תפס לא מפקינן מיניה, דהא סוף סוף חייב הוא, אבל היכא שגרמא בנזיקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים, א"כ פשיטא דאי תפס מפקינן מיניה.

א"כ יש אולי מקום לחייב, מספק של דיני שמים, את שמעון הבעלים, שהזיק לחפץ של עצמו, לשלם לראובן על הנזק שעשה וראובן חייב לשלם לשמעון את הגזל.

עולה איפוא כי ראובן בודאי חייב להחזיר את הגזילה לשמעון כְּמוֹת שגזל בערכה הקודם. שמעון ספק חייב לשלם לראובן בדיני שמים על הנזק שהזיק לחפץ. אין לפטור את ראובן מחיובו המלא כלפי שמעון. אך בכ"ז מכיון ששמעון הזיק לחפץ יש מקום לפשר ביניהם שראובן ישלם לשמעון שני שליש מערך החפץ.

ד. פרטי המקרה המדוייקים

בתיאור מדויק יותר של העובדות נמסר כך:

ראובן ושמעון ידידים טובים והם עדיין כאלה, גם אחרי התקרית ביניהם.

ראובן נטל את החפץ של שמעון תוך כדי משחק ביניהם. אמנם ראובן עיכב את החפץ אצלו ולא החזירו מיד, אך אין ספק שהוא לא התכוון לגזול והיה מחזיר לשמעון את החפץ כעבור זמן מה. אלא שלשמעון אצה הדרך. והוא הזדרז לחטוף את שלו מיד ראובן. וא"כ שמעון אשם קצת בכך שלא המתין להשבה מסודרת של החפץ ע"י ראובן.

ראשית, צריך לומר בפה מלא שגם בין ידידים אין היתר לגזול, גם גזילה ע"מ להחזיר שמה גזילה כמבואר בב"מ (סא ע"ב):

"לא תגנובו" דכתב רחמנא למה לי? לכדתניא: "לא תגנב" – על מנת למיקט, "לא תגנב" על מנת לשלם תשלומי כפל.

הרמב"ם בהלכות גניבה (פ"א ה"ב) הבין מהגמרא שגם דרך שחוק אסור לגנוב:

אסור לגנוב כל שהוא דין תורה, ואסור לגנוב דרך שחוק, או לגנוב על מנת להחזיר, או לגנוב על מנת לשלם, הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך.

וצ"ע האם מש"כ "דין תורה" מתיחס גם לגניבה דרך שחוק. כי מלשונו שהזכיר דין תורה רק אחרי פחות משוה פרוטה ('כל שהוא' כנראה מדין 'חצי שיעור'), והנימוק שנימק את ההלכה 'שלא ירגיל את עצמו בכך'

משמע קצת שהאיסור אינו מהתורה. כך הבין הלח"מ. אולם החסדי דוד על התוספתא פירש שהאיסור מן התורה. בין כך ובין כך אסור לגנוב אפילו לא דרך שחוק וע"מ להחזיר, ולפחות יש כאן מידה מגונה.

אלא שא"כ כל הדיון משתנה וזאת עפ"י מש"כ קצות החושן (סי' שמח ס"ק א):

> ונסתפקתי בגונב על מנת למיקט אם הו"ל דין גנב ממש להתחייב באונסין, או נימא כיון דבדעתו להשיבו ואינו עושה אלא על מנת לצערו לשעה, נהי דאיסורא עביד אבל אין בו דין גנב להתחייב באונסין.
>
> והנה מדברי שיטה מקובצת סוף פרק המפקיד (ב"מ מא, א ד"ה תרגמה) נראה דגוזל על מנת לשלם אינו חייב באונסין, ע"ש בסוגיא דשליחות יד ז"ל: וגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם בין שומר בין אינש דעלמא, אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו, וכדאמר קרא גבי שומרין (שמות כב, ז) אם לא שלח ידו, והנוטל לגזול על דעת ליטלה כולה או ליטול מקצתה או שיחסרנה ולא ישלם לבעליו והוא חייב באונסין מכיון שמשך לדעת כן, אף על פי שלא חסר, והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל, או מקצת, על דעת לשלם לבעלים עכ"ל. ומשמע דבאינש דעלמא אינו חייב באונסין אם הגביה על מנת לשלם ומכ"ש גונב על מנת למיקט ולהשיבו בעינא אח"כ, ואכתי צ"ע.

ואם אינו חייב באונסין ראובן לא חייב לשלם לשמעון את דמי החפץ שניזק ויכול להחזיר חפץ שבור ולומר לשמעון הרי שלך לפניך. נמצא ששמעון הזיק לעצמו בכך שחטף את החפץ והזיק אותו. וגם לא היתה כאן כ"כ הצדקה לדין עביד איניש דינא לנפשיה, כי ראובן היה מחזיר מן הסתם את החפץ לשמעון תוך זמן סביר.

אולם הקצות נשאר בצ"ע. אך מהריטב"א (ב"מ מא) משמע שגם גונב ע"מ למיקט חייב באונסין. ואולי הדבר תלוי בשאלה האם איסור זה הוא מהתורה או מדרבנן. אם האיסור הוא מהתורה חלים עליו כל דיני גניבה כולל חיוב אונסין. אך אם האיסור הוא רק מדרבנן יש מקום לומר שרבנן רק אסרו את המעשה לכתחילה אך לא חייבוהו באונסין.

ואולי ידידים החוטפים זה מזה דרך שחוק סבורים שהם מוחלים זל"ז וא"כ אין כאן גניבה כלל ומותר לחטוף גם לכתחלה כמבואר במשנה סוכה (מה ע"א): "מיד תינוקות שומטין את לולביהן, ואוכלין אתרוגיהן".

ופירש"י הגדולים שומטין את לולבי הקטנים מידם בשביעי. ואוכלין אתרוגיהן של תינוקות, ואין בדבר לא משום גזל, ולא משום דרכי שלום, שכך נהגו מחמת שמחה.

וכן נפסק להלכה (חו"מ סי' שעח ס"ט):

> בחורים הרוכבים לקראת חתן וכלה והזיקו זה את זה ממון חבירו דרך שמחה ושחוק, וכן בשאר דבר שמחה,הואיל ונהגו כן, פטורין (מרדכי ס"פ הישן ותוספות והרא"ש ואגודה פרק לולב וערבה).

אך מזה ששמעון חזר וחטף את שלו ניכר שלא מחל, וראובן לא היה רשאי לחטוף, אך כאמור ספק אם חייב באונסין, אלא יכול לומר לשמעון הרי שלך לפניך.

מסקנה

נראה שאם אכן ידידים הם ראוי שיחלקו בנזק חצי בחצי.

סימן מב

מתן זכות חניה לאחר

שאלה*

אדם שיש לו זכות חניה בחצר בית משותף, אולם אין לו רכב, העביר את זכותו לחניה לחתנו. האם הוא רשאי לעשות כן?

המדובר בבית משותף בעל חניות לרכבים. לשעבר, לרוב יושביו לא היו רכבים. אחד מתושבי הבית שאין לו רכב העביר את זכותו לאחת החניות לרשות חתנו. עתה, עם עלית רמת החיים, התרבו בעלי הרכבים בבנין והם דורשים מאותו אדם (ללא רכב שהעביר זכותו לחתנו), שכיון שאין לו רכב ויש דיירים הזקוקים לחניה יפסיק את חנית חתנו בחנית ביתם המשותף, ויאפשר לשאר הדיירים לחנות. לעומת זאת הדייר שחתנו חונה בחנייתו טוען: העברתי את זכותי לחניה לחתני, ומה לכם כי תלינו. מי צודק?

תשובה

א. בשו"ע חושן משפט (סי' קעו ס"י):

המשתתף עם חבירו בסתם, לא ישנה מנהג המדינה באותה סחורה, ולא ילך למקום אחר, ולא ישתתף בה עם אחרים.

והגר"א ציין את מקורו בפסחים (פט ע"ב), נאמר שם כך:

משנה. הממנה עמו אחר בחלקו רשאין בני חבורה ליתן לו את שלו והוא אוכל משלו והן אוכלין משלהן. גמרא איבעיא להו בני חבורה שהיו ידיו של אחד מהן יפות מהו שיאמרו לו טול חלקך וצא מי אמרינן מצי אמר להו הא קבילתון או דילמא מצו למימר ליה כי קבלינן לתיקוני זביחה אדעתא דאכלת טפי מינן לא קבלינך. תא שמע הממנה אחרים עמו על חלקו רשאין [בני חבורה] ליתן לו את שלו והוא אוכל את שלו והן אוכלין את שלהן מאי טעמא לאו משום דהוי ליה כידים של אחד מהן יפות ואי סלקא דעתך ידיו יפות מצי אמר להו קבילתון ניהוי האי כידיו יפות אמרי לא דעות שאני דאי נמי תרוייהו כחד מבני חבורה הוא דאכלי מצי אמרי ליה דלא ניחא לן אינש נוכרא גבן.

לדעת הגר"א מכאן מוכח שאין השותף יכול לשתף אחרים בחלקו, בגלל דעות, שאין דעתם של השותפים האחרים נוחה משיתופן של דעות אחרות. וק"ו שאינו יכול להעביר את חלקו בשותפות לאחרים. שהרי על דעתו השתתפו ולא על דעת אחרים. ולכאורה יש להסיק מכאן ששיתוף כזה אינו תופס.

אלא שצ"ע מהמשנה שם האומרת: "הממנה עמו אחר בחלקו רשאין בני חבורה ליתן לו את שלו והוא אוכל משלו והן אוכלין משלהן" כלומר חלקו בשותפות אינו פוקע עקב צירופו של שותף אחר. השותפים רשאים רק לפרוש ממנו ולאכול בחבורה

* שאלת הרב אהוד שפירא.

נפרדת. משמע שיש להם תרעומת בלבד, אך מעיקר הדין רשאי שותף לעשות בחלקו כעולה על רוחו. ולפי זה שותף שימכור את חלקו לאחֵר המכירה הועילה, אלא שהשותפים רשאים לפרק את השותפות בטענה שאדעתא דהאחר לא השתתפו.

וא"כ בבית משותף שאין לשכנים זכות למנוע מאדם למכור את דירתו לאחר או להשכיר חדר לאחר (בתנאי שיעמוד בתנאי החוזה, כגון בשיכון דתי עליו למכור או להשכיר רק לאדם דתי) אין להם אפילו תרעומת. וא"כ איני רואה הבדל לכאורה בין השכרת חדר בדירתו להשכרת חניה בחצר המשותפת.

ב. אלא שהטענה יכולה להיות אחרת, מכיון שאין מקום בחצר לכל הרכבים מסתבר שמי שיש לו רכב קודם למי שאין לו. ובכה"ג כופין על מידת סדום. ואכן כך נהגו בתחילה שלא כולם היו זקוקים לחניה. אולם עתה התהפך הגלגל ולרובם יש ב"ה רכבים, ולאותו אדם אין רכב והוא שומר עדיין את זכות החניה לחתנו, מידת סדום מחייבת לכאורה שהוא יוותר על זכותו לאחרים דיירי הבניין ובעלי רכב. מאידך, בחלוקה הראשונה הם מחלו לו על זכות חנייתם כי לא היו זקוקים לה. האם נאמר שהם יכולים לחזור בהם ממחילתם? או שהיתה כאן מחילה בטעות? או שהחלוקה בטלה בגלל השתנות הנסיבות?

אין הדבר דומה ליורשים שחלקו ובא בע"ח וטרף אחד מהם שבטלה מחלוקת. שם החוב קדם לחלוקה, אלא שהם לא ידעו עליו. משא"כ כאן רק עתה נשתנה המצב ורק לאחרונה יש לכולם רכבים. וצ"ע האם אנו אומרים אדעתא דהכי לא חילקו? ובנוסח אחר, האם חלוקת החניות היא חד פעמית, או שהיא מתחדשת מחדש בהשתנות התנאים?

ג. נלענ"ד לדמות חניה לד' אמות שנתנו חז"ל לפתח בחצר שאף הן ניתנו לצורך דומה, לפירוק והעמסה. במסכת בבא בתרא (ס ע"א):

> תנן קטן לא יעשנו גדול, אחד לא יעשנו שנים. סבר רמי בר חמא למימר בר ארבעי לא לשוויא תרי בר תרתי דקשקיל שמונה אמות בחצר.

משמע לכאורה שזכותו של אדם לחניה משתנית בהתאם לגודל פתחו. מיהו היא הנותנת. הרי על זה אומרת המשנה: "קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים!" ואין כאן איסור בעלמא אלא מניעה משפטית. שכנו מונע זאת ממנו בדין. כלומר אין לאדם זכות לטעון שהשתנו התנאים ולכן זכותו לחלק חצר משתנית אף היא.

ועיין שם ברא"ש (פ"ק סי' לח על דף יא ע"א) שכתב:

> אמר רב הונא: חצר מתחלקת לפי פתחיה; ורב חסדא אמר: נותנין ארבע אמות לכל פתח ופתח, והשאר חולקין בשוה.
>
> פרש"י דמיירי בראובן שהיתה לו חצר ובה שני בתים אחד מהן פתוחים לו שני פתחים לחצר ולשני פתח אחד... אם באו לחלוק את החצר זה שיש לו שני פתחים נוטל שני חלקים בחצר והשני חלק אחד וכו'.
>
> וכן כתב ריב"א בשם הגאונים דבהכי איירי אבל שנים שירשו חצר אחת או קנו בשותפות חולקין החצר והבתים הכל בשוה ולא יטול אחד מהן בחצר יותר מחבירו ואם קדמו וחלקו הבתים קודם שחלקו החצר והגיע לחלק ראובן בית שיש לו שני פתחים ולחלק שמעון בית שאין לו אלא פתח אחד אין אומרים שזכה ראובן בארבע אמות

בחצר לכל אחד מפתחיו אלא חולקין את החצר בשוה...

והקשה עליו ה"ר יונה ז"ל מהא דאמרינן בפרק חזקת הבתים (דף ס, א) גבי הא דתנן קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים...אע"ג דהנך שני פתחים איהו פתח להו ולא אבוה זכי ליה בד' אמות בחצר. הכא נמי היכא דפלוג ומטא לחד מינייהו בית שיש לו שני פתחים אית לן למימר שזכה בכל פתח בד' אמות.

ותירץ דהכי פירושו לקמן דשקיל שמנה אמות בחצר כלומר שמא יחזיק זה בפתח שלש שנים ויטעון ויאמר ברשותך פתחתי ומכרת או נתת לי ד' אמות לאותו פתח לפרק משא והחזקתי בו שלש שנים.

מבואר אפוא שניתן למנוע את השינויים עוד לפני חלוקת החצר, כדי שאם יבואו אחרי כמה שנים לחלק את החצר לא יקבל בעל הפתחים הרבים חלק גדול יותר. אך לאחר חלוקה אין מקום לשנות את החלוקה בגלל שינוי הנסיבות. ואף כאן, לכאורה, את הנעשה בחלוקה הראשונה אין להשיב.

מיהו הדבר תלוי בהמשך דברי הרא"ש שם:

כשחלקו הבתים מסתמא לא היו לגמרי שוין בדמים זה כזה וחלקו בשומא ובעילוי ואז אמרינן דארבע אמות שלפני פתחו היתרים על של חבירו היו בכלל העילוי שהם צריכין לו לפרק משאו... אמנם מטעם אחר היה נראה שאין נוטל ד' אמות לכל פתח דגרסינן בירושלמי: א"ר יוחנן ד' אמות לא שהן לו לקנין אלא כדי שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה...אלמא אינם שלו לגמרי וחבירו משתמש שם כשהוא אינו פורק שם משאו ואין בהמתו עומדת שם. וא"כ למה יהיו שלו אחר חלוקה לגמרי נמצא מפסיד האחד מה שהיה משתמש בהן מתחלה וכיון שהחצר חציה שלו ומשתמש בכולה למה יפסיד כשיחלוקו? ומיהו י"ל דאין הכי נמי שיפסיד. דכיון דעלו בדמים כל צרכי הבית הם בכלל העלוי וקודם שחלקו אין מקפיד אם חבירו משתמש בהו בשעה שאין צריך לה.

וכן הוא ברשב"א ובריטב"א שם. כלומר, יש שני מצבים, כשהחצר משותפת כל אחד פורק לפי צרכיו. וכשהחצר מתחלקת כל אחד מקבל לפי גודל פתחיו, אלא שעליו להעלות בדמים ליתר שכניו על יתרת חלקו בחצר. וכשהעלו בדמים קנה את חלקו והוא שלו לגמרי. בנ"ד החצר לא חולקה מעולם. היא נשארה משותפת. אלא שהם מחלו לו ואפשרו לו לחנות חניה פרטית. הוא אינו רשאי להשתמש בה אלא לצרכי חניה בלבד ואין לו זכות לבנות בה וכדברי הירושלמי "לא שהן לו לקנין אלא כדי שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה" (ואפילו סוכה צ"ע אם הוא רשאי בניגוד להסכמת השכנים. עיין מש"כ בזה באהלה של תורה ח"א סי' פו). **הם לא הקנו לו את החניה אלא רק הרשו לו להשתמש בחצר המשותפת לשם חניה. בדרך כלל, כשאדם קונה בית הוא קונה גם חניה צמודה והחניה נרשמת בטאבו על שמו. משא"כ כאן, מכיון שלא היו בזמנו לכל השכנים רכבים הם מחלו למי שהיה זקוק לחניה, בלי להעלות דמים. ויפה עשו, שלא עמדו על מידת סדום. אולם עתה יש לכולם רכבים, לכאורה הם יכולים לחזור בהם ממחילתם.**

מאידך, י"ל מכיון שמחלו כאילו הקנו ואינם יכולים לחזור בהם. ודוחק לומר

שהיתה כאן מחילה בטעות. כי מחילה בטעות היא רק כאשר התברר שבזמן המחילה היתה טעות, כגון שנתון מסוים לא היה ידוע והתגלה רק אח"כ אך הוא היה קיים למפרע. משא"כ כאן. בזמנו לא היתה שום טעות ורק עתה השתנו הנסיבות. (דוגמא לכך עיין רשב"ם ב"ב קלב ע"א ד"ה ותעמוד על מתנתה). וכמו מי שפתח אחר החלוקה שני פתחים אינו יכול לדרוש תוספת בחצר.

מיהו בכ"ז י"ל שמכיון שלא היתה כאן הקנאה גמורה לעשות בחניה כל מה שליבו חפץ, אלא רק לצורך חניה בלבד, דינה דומה קצת לחצר המוזכרת בירושלמי שכל אחד פורק בשעתו ויש לכל השכנים שותפות במקום. אמנם כאן זכות החניה היא בלעדית רק לו אך י"ל שהיא זכות מוגבלת לשעתה. ולא היתה כאן חלוקה סופית. מה גם שחלוקה זו לא נרשמה בטאבו. עתה שנשתנו הנסיבות זכותם של השכנים לדרוש חלוקה מחודשת.

ועוד י"ל שהיא הנותנת. מכיון שהחניה לא ניתנה לו כמתנה גמורה, אלא רק זכות שימוש לצורך חניה, אין הוא רשאי לעשות בה כבשלו ואינו יכול לתיתה לאחרים. אמנם כל עוד לא היו לשכנים רכבים לא מיחו בו על שנתן את החניה לחתנו. אולם מעיקרא לא היה רשאי לתת לחתנו ושתיקתם אינה כהקנאה. ולכן עתה הם רשאים לחזור בהם ולמחות בו.

ד. במס' בבא בתרא (נז ע"א) **נאמר:**

מתני'. אלו דברים שיש להן חזקה, ואלו דברים שאין להן חזקה: היה מעמיד בהמה בחצר, תנור, ריחים וכירַיים, ומגדל תרנגולים, ונותן זבלו בחצר – אינה חזקה; אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים... הרי זו חזקה.

וכן פסק הרמב"ם (הל' שכנים פ"ה ה"ה):

אחד מן השותפין בחצר שהעמיד בהמה או רחיים וכיוצא בהן בחצר ולא מיחה בו שותפו ה"ז מעכב עליו כ"ז שירצה, ואם העמיד בפני בהמה זו וכיוצא בה מחיצה גבוהה עשרה טפחים – החזיק, שהשותפין מקפידין על המחיצה והואיל והניחו מחל.

ובנ"ד, הוא רק השתמש במקום לצורך חניה ודינו כמו מעמיד בהמה. הוא לא העמיד סככה וכד' וא"כ אין לו חזקה והשכנים יכולים למחות.

ובבית יוסף (חו"מ סי' רמא) **הביא:**

כתב הרשב"א בתשובה מה שנסתפק לך במוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו אם מחילתו מחילה. בודאי המוחל לחבירו כל מה שיטול מנכסיו יכול הוא לחזור בו קודם שיטול, אבל לאחר שנטל מה שנטל נטל. ודוקא מטלטלין, אבל קרקע לא, ואף על פי שדר בה והחזיק לפי שקרקע לא שייך בה תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואפילו בהקנאה כן הדברים כמו שאמרתי, דהא מוכר פירות דקל לחבירו אם שמט ואכל מה שאכל אכל משום דבשעה שאוכל ולא מיחה ולא חזר בו אותה שעה רואין אותו כמוחל עכשיו. ואפילו הניחו אוכל מפני שהיה טועה בהקנאתו וסבור שקנה לוקח ואילו היה יודע שלא קנה היה מונעו אפילו הכי זכה משום דמחילה בטעות הויא מחילה כדאיתא בפרק איזהו נשך (ב"מ סו:) עכ"ל.

נ"ד דומה לכאורה למש"כ הרשב"א שהסכמה להשתמש בקרקע היא מחילה מתחדשת בכל פעם ולכן ניתן לבטלה. מיהו יש לחלק. הרשב"א דן בבעלים על קרקע המאפשר לחברו לאכול פירות אצלו. מחילה זו אינה קניין מוחלט אלא הסכמה מתחדשת

בכל פעם להשתמש בקרקעו. אצלנו מדובר בשותפים בחצר. לכל אחד יש חלק בחצר. הסכמת השכנים שישתמש בחניה אולי משמעותה ויתור על חלקם בחצר והעברת הבעלות לאותו אדם. אלא שמהמשנה בב"ב שהבאנו מוכח שאדרבה בחצר השותפין שימוש אינו חזקה. כי דרכם של שותפין שאינם מקפידים זה על זה באשר לשימוש בחצר המשותפת.

ה. ונראה לענ"ד שאע"פ ששיטת התוס' בסנהדרין (ו ע"א ד"ה פשרה) שמחילה אינה צריכה קניין היינו במחילת חיוב. ברגע שמחל פקע החיוב לגמרי ואין צורך בקניין. אך במחילת חלקו של שותף בשותפות בלי קניין הבעלות לא פוקעת.

וראה ר"ן נדרים (ריש פ' השותפין) שהשימוש של כל אחד מתברר בכל פעם וא"כ המחילה מתחדשת אף היא בכל פעם. וכן במקרה שלפנינו כשהחתן השתמש בחניה בהסכמה שבשתיקה לא היה בכך משום ויתור מוחלט, אלא הסכמה מתחדשת בכל פעם מחדש, ולכן יכולים השכנים להפסיק את הסכמתם.

אמנם בחלוקת שותפות בקרקע אין צורך בקניאלא גם הגרלה מועילה ללא קניין לדעת הרמב"ם (הל' שכנים פ"ב הי"א) והמחבר בשו"ע (סי' קעג, ב), אך לדעת הראב"ד והרמ"א גורל לבדו לא קונה אלא יש צורך בקניין. ולכאורה היה כאן קניין חזקה, ע"י השימוש בחניה. ונראה שקניין בחלוקת שותפות הוא רק כאשר יש חלוקה מסודרת בין השותפין ואז כשכל אחד מחזיק בחלקו הוא עושה בחזקה זו מעשה קניין. אך כאן לא היתה חלוקה מסודרת, אלא הסכמה שאחד יוכל להשתמש במקום כחניה. וגם לדעת הרמב"ם שהגורל קונה ללא קניין, הסבר הגמ' בב"ב (קו ע"ב) הוא "בההוא הנאה דקא צייתי להדדי, גמרי ומקנו להדדי". כלומר, כל אחד קבל ונתן בתמורה. הנאה הדדית זו מהוה קניין. אך כאן לא היתה חלוקה הדדית מסודרת אלא הוסכם בזמנו שאחד יקבל את זכות החניה בחינם. למרות שיכלו להעלותה בדמים, ואילו היה משלם להם על כך היה בתשלום זה מעשה קניין. אך הם לא העלו בדמים ולא חילקו, ורק מכיון שלא היו להם רכבים ויתרו לו על השימוש במקום, משום מידת סדום. וא"כ לא היה כאן קניין כלל אלא רק הסכמה לשימוש ולכן הם יכולים לחזור בהם ולדרוש חלוקה מחודשת של החצר, ולפחות העלאה בדמים. וגם אז הם יכולים להתנות אתו שישתמש בחניה רק בעצמו ולא ימסרנה לחתנו.

סימן מג

העלאת שיעור המס על רווחי גז ונפט*

ראשי פרקים
הקדמה
א. תקנת יהושע בן נון
1. תוס' ב"ק: רק כשבעל המקום לא טרח במים
2. תוס' ע"ז: רק על המים היוצאים מהשדה
3. רמב"ם: רק על המים הזורמים, ולא על הנביעה
ב. שיטת הצפנת-פענח: זכות שימוש ולא בעלות
ג. האם תקנת יהושע חלה גם על גז?
ד. הרישיון – דבר שלא בא לעולם
ה. חוכר שהרוויח למעלה מהצפוי
ו. אונאה ומקח טעות
1. אונאה בקרקעות
2. אונאה פי שתיים
ז. חיוב צדקה
ח. מסקנות
ט. נספח: מסים ואונאה – עילות לשינוי החוזה
1. העלאת שיעור המס
2. האם יש בכך אונאה?

* * *

הקדמה

בהתאם לחוק הנפט, מעניקה מדינת רשיונות לחברות שונות לחפש נפט וגז בתחום הימי של המדינה. חוק הנפט קובע שיעור תמלוגים מסוים, בגובה 12.5%, שישולם למדינה במקרה שיימצאו מקורות כאלו. ב"ה נמצאו שדות גז עשירים מעל ומעבר לכל צפי שהוא[1]. בעקבות זאת, התעוררה דרישה ציבורית להעלות את שיעור התמלוגים הנגבה מחברות האנרגיה, או לחילופין להעלות את שיעור המס הנגבה מהם. לשם בחינת הטענות מונתה ועדה, שבראשה עמד פרופ' איתן שישינסקי, והיא המליצה להותיר את שיעור התמלוגים הקיים על כנו, אך להנהיג היטל מיוחד על רווחים מנפט ומגז, ששיעורו ישתנה בהתאם לכמות הרווחים (בין 20% לבין 50% מהרווח שמעל 150%)[2].

* המאמר נדפס בתחומין ל"ב (תשע"ב) עמ' 160 ואילך, ועבר תיקונים.

1. **הערת עורך**: יש לדון שלא עלה על דעת המדינה שיהא כ"כ הרבה גז – עי' תוס' כתובות מז ע"ב ד"ה שלא כתב לה (וסברא זו מופיעה הרבה בפוסקים כאומדנא לביטול פעולה קניינית כאשר אומדים דעתו שהיו נתונים שלא נלקחו בחשבון לפני ביצוע העיסקה).
תשובת המחבר: בדרך כלל טענת טעות היא איכותית: 'אדעתא דהכי לא הסכמתי', אולם כאן היא כמותית, ואלו דברים שאין להם שיעור, על איזה שיעור הסכימה המדינה ומעליו לא הסכימה. ההסכם נחתם מתוך הנחה שיש סיכוי שאולי יימצא גז, אך לא היה ידוע לאף אחד אם יימצא וכמה יימצא. המדינה טוענת שנמצאה כמות מעל ומעבר למשוער, אך כמה היה משוער?

2. את מסקנות ועדת שישינסקי, כמו גם חוו"ד משפטית (שנכתבה ע"י עו"ד אבי ליכט) הדנה בסוגיות הנידונות במאמר זה מנקודת המבט של המשפט הישראלי, ניתן למצוא באינטרנט, באתר: http://mof.gov.il/BudgetSite/Reform/Pages/PhysicssPolicy.aspx. מסקנות הוועדה

החברות התנגדו למסקנות אלה, וטענו שהמדינה אינה רשאית לשנות באופן חד-צדדי את שיעור המיסים שהן צריכות לשלם, אחרי שהן יגעו ומצאו גז. לטענתן, הגז שייך להן, וכל שינוי בתמלוגים או במיסוי פוגע בזכות הקניין שלהן. לעומת זאת, הציבור טוען שהגז שייך לו, ושמעולם לא הובטח לחברות האנרגיה ששיעור המיסוי לא ישתנה. מי משניהם צודק?

א. תקנת יהושע בן נון

1. תוס' ב"ק: רק כשבעל המקום לא טרח במים

הגמרא בב"ק (פא ע"א) מביאה תקנה שתיקן יהושע בן נון: "מעין היוצא בתחילה – בני העיר מסתפקין ממנו". הגמרא עוסקת במעיין היוצא משטח פרטי, וקובעת שאף שמעיקר הדין מי המעיין שייכים לבעל הקרקע, יהושע בן נון תיקן שכל בני העיר יכולים להשתמש במימיו. מתקנה זו משמע שאוצרות טבע שנמצאו בשטח פרטי שייכים לכלל הציבור[3], ולא לאדם פרטי. קל וחומר איפוא לכאורה לענייננו, שאוצרות הטבע מצויים בשטח השייך לפי החוק למדינה, שהם שייכים למדינה ולא לחברות שקיבלו רישיון לחפש שם גז[4].

בהסבר תקנת יהושע בן נון נחלקו הראשונים. הגמרא בע"ז מז ע"א, קובעת שכאשר אדם משתחווה למי מעיין של רבים – המים אינם נאסרים לנסכים, ומביאה שרבה הסתפק בדינם של מים הנובעים ממעיין בקרקעו של האדם שהשתחווה להם. מקשים על כך התוס' (ב"ק פא ע"א ד"ה מעין): "והשתא אכתי של רבים הם מתנאי יהושע?", ומתרצים שיש לחלק בין מים היוצאים מאליהם, שבעל הקרקע לא טרח בהם אלא זכה בהם כבמתנה מן השמים, שהם שייכים לציבור, לבין מים שהאדם טרח בהם וחפר כדי למוצאם. לפי חילוק זה, אם הקרקע שבה נמצא הגז **שייכת** לבעל הרשיון, אזי גם הגז שייך לו, כיון שהוא חיפש, יגע וטרח כדי למצוא את הגז ולהפיק אותו.

כיצד זוכה בעל המעיין במים הנובעים מקרקעו? מסתבר שבקניין חצר[5], הקונה לו לאדם אף שלא מדעתו. אולם לקניין חצר יש גדרים מיוחדים, שלכאורה לא מתקיימים במים אלו:

א. רק חצר המשתמרת קונה.

אומצו בחוק מיוחד – חוק מיסוי רווחי נפט, שנחקק בשנת תשע"א, הקובע היטל מיוחד על רווחי נפט.

3. **הערת העורך**: במדינת ישראל יש אחוזים בודדים של קרקע בבעלות פרטית, כל שאר הקרקע במדינת ישראל היא בבעלות המדינה ומוחכרת ליעוד מסויים – מגורים, עיבוד חקלאי וכד' למחזיקים בה בפועל. וכמעט בכל המדינה יש לציבור המחזיק קנין לפירות בלבד ואף הוא מותנה, ואין הפרטים יכולים להחליף יעוד.

4. בהתאם לחוק הנפט, אדם שקיבל רישיון לחפש נפט ומצא נפט, רשאי לקבל "חזקה", המקנה לו זכות ייחודית לחפש נפט ולהפיק נפט באותו שטח. החזקה אינה מקנה זכות בקרקע, אולם חוק הנפט קובע שבעל החזקה זכאי לחכור מהמדינה קרקעות שהוא זקוק להן בשביל בנייניו, מתקניו, ציודיו ופועליו. הבעלות בקרקע, מכל מקום, נותרת בידי המדינה.

5. **הערת עורך**: זה לא הכרחי, לכאורה המים היו בבעלותו כל הזמן אלא שטרחתו גילתה את בעלותו,

ב. רק דבר שנשאר בחצר[6] ולא מתגלגל החוצה נקנה (ראו ב"מ יא ע"א בעניין צבי רץ), ואילו מי המעיין זורמים אל מחוץ לחצר.

ג. בעלי החצר לא העלו על דעתם שהמים יגיע לחצרם[7], ולכן לכאורה הם לא קונים (הג"א ב"מ פ"ב סי' ט בשם ראבי"ה; תוס' ב"מ כו ע"א ד"ה דשתיך).

אולם ניתן לענות על שאלות אלו כדלהלן:

א. אכן תקנת יהושע הוצרכה להפקיע בעלות פרטית רק בחצר המשתמרת.

ב. התקנה היתה שגם אם המים נשארים בחצר והיא משתמרת, בכל זאת המים שייכים לכל.

ג. אמנם גם ללא התקנה המים אינם שייכים לבעל החצר, אך בלעדיה היתה להם זכות למנוע את הכניסה לרשותם.

עולה איפוא שלשיטת התוס' בב"ק, גז שהפיק אדם מקרקע השייכת לו – שייך לבעל הקרקע, שכן הוא טרח ועמל בהפקתו. בעניינו, כאמור, בעלי הרשיונות אמנם טרחו בהפקת הגז, אולם הקרקע שייכת למדינה.

2. תוס' ע"ז: רק על המים היוצאים מהשדה

התוס' בע"ז מז ע"א (ד"ה לא צריכא) תירצו את הסתירה בין הגמרא בב"ק ובין הגמרא בע"ז באופן אחר. לשיטתם, ספקו של רבה אם המים נאסרים לנסכים הוא רק במים שאינם יוצאים חוץ מחוץ לשדה, והוא מוסיף: "דאילו היו יוצאים חוץ לשד[ות]יהם... הוו מים של רבים ואינם נאסרים". הרי שמים היוצאים מחוץ לשדה שייכים לרבים, ואילו מים הנשארים בשדה שייכים לבעל השדה. ולפני יב"נ גם אם יצאו מחוץ לשדה היו של מי שנבעו מארצו, ויב"נ תיקן שאם יצאו שייכים לרבים, ולכן מאחר תקנת יב"נ אפילו השתחוו למים היוצאים מן השדה אינם נאסרים לנסכים.

עולה שנחלקו תירוצי התוס' (בב"ק ובע"ז) האם לאחר תקנת יב"נ כל המים שבקרקעו שלו או רק אם טרח בהם. לתירוץ הראשון

ויהושע תיקן שהמים של רבים, אם לא טרח. לדוגמא, ירושה היא שלו אף אם אינו יודע עליה והיכן היא.

תשובת המחבר: יש לחלק בין ירושה שלא מדעת לקניין מדעת, נ"ד דומה יותר לקניין מאשר לירושה.

6. **הערת עורך**: זה לא מדויק צבי שבור אף הוא בורח אלא שבעל השדה יכול לתופסו. ולכן גם למים הוא יכול לבנות מאגר ולשומרם לשימושו.

תשובת המחבר: לענ"ד מים זורמים בכמות גדולה דומים יותר לצבי בריא מאשר לצבי שבור.

7. **הערת עורך**: דוקא כשהמציאה היתה שייכת קודם לאחר, ונכנסה לרשותו, ומי שקנה לא ידע שנכנסה לרשותו, אבל בדבר שהיה שלו לגמרי (מחצבים וכד') נראה ששלו.

תשובת המחבר: הבעלות היא של המדינה. המדינה הסכימה להחכיר את המקום למחפשי הגז. אפשר רק לטעון שהמדינה ידעה שיש סיכוי למצוא גז ורק לא שיערה את הכמות וא"כ אין הדבר דומה למוצא אוצר בחצר. אך גם המחפשים לא שיערו כמות כזאת וא"כ חצרם לא קונה להם מעבר לכמות המשוערת.

המודד לבעלות הפרטית היא טרחתו להנבעת המים ואף בתוך קרקעו הם של רבים אם לא טרח בהם. ולתירוץ השני מיקום המים – בתוך קרקעו שלו, וחוצה לה של רבים.

מחלוקת דומה למחלוקת בין שני תירוצי התוס' מובאת בשיטה-מקובצת (ב"ק שם). לדעת רבנו יהונתן מלוניל, בעל השדה אינו יכול לעכב על כל בני העיר מלהיכנס לשדהו ולשאוב, ובלבד שלא יזיקוהו בכניסתם. הר"מ מסרקסטה חלק על כך ותמה: "מי נתן להם רשות ליכנס לשדה אחרים? אלא בימים שאדם רשאי ליכנס בהן לפי תקנת יהושע, ולא אחרים עמהם, אלא מדעתם, אף על פי שאין עיקרו בגבולן".

אמנם לדעת שניהם אחרי תקנת יב"נ המים שייכים לאנשי העיר אולם לדעת הר"י מלוניל זכות בני העיר אינה מוגבלת והם רשאים גם להיכנס לרשות הבעלים, לדעת הר"מ מסרקסטה בני העיר אינם רשאים להיכנס לרשות הבעלים אלא בהסכמתם, כלומר זכותם של בנה"ע היאי רק על המים היוצאים מרשות הבעלים החוצה.

נראה שהר"מ סרקסטה סובר כתוס' בע"ז, שתקנת יהושע חלה רק על מים היוצאים מהשדה החוצה, שבעל השדה אינו רשאי לשמור אותם לעצמו ובני העיר רשאים לשאוב מהם לצורכיהם. הר"י מלוניל סובר כתירוץ התוס' בב"ק, שגם המים שבתוך השדה שייכים לציבור.

בנידוננו, כאמור, הקרקע שבה נמצא הגז שייכת לפי החוק למדינה, ולחברות רק ניתן רישיון לחפש בה, ואולי אף זכויות חכירה, אך לא בעלות עליה. ואף לפי ההלכה, כיון שקניין פירות לאו כקניין הגוף דמי, הרי שגם אם ניתנה לחברות רשות לחפש גז בקרקע, לחכור אותה, לבנות בה מגדלי ענק, לשהות שם משך עשרות שנים, להפיק ממנה גז, למכור אותו ולהפיק ממנו רווחים – אין בכך כדי להעביר את הקרקע עצמה לבעלותן. על כן, לכל הדעות, אין לחברות בעלות על הגז שמצאו מדין קניין חצר, שהרי החצר עצמה אינה שלהן.

3. רמב"ם: רק על המים הזורמים, ולא על הנביעה

הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"ה ה"ג) מביא את תקנת יהושע בן נון בלשון זו:

> שהמעיין היוצא בתחילה, בני אותה העיר שיצא בגבולם מסתפקין ממנו, אע"פ שאין עיקרו בחלקם, ואין לאחרים להסתפק עמהם ממנו.

מהרמב"ם משמע שאין התקנה חלה על המים שבמקום נביעת המעיין, אלא על המים הזורמים בו, שאילמלא התקנה היו שייכים לבעליו של המקום שבו הם נמצאים. כלומר, המעיין היוצא בתוך שטחו של אדם ודאי שייך לו, ולא לבני העיר. רק על המים הזורמים מחוץ לשדהו, למרות שמקורם בבעלותו הפרטית, תיקן יהושע שהם יהיו שייכים לכל בני העיר[8].

8. **הערת עורך**: זה לא כתוב בדברי הרמב"ם, ואולי יב"נ הקנה להם אף בחלקו של בעל הקרקע אבל לא לבני עיר אחרת?!
תשובת המחבר: אכן יש ללמוד מדברי הרמב"ם שהמים שייכים רק לבני העיר הזאת ולא לבני עיר

בשיטה-מקובצת (ב"ק פ ע"ב ד"ה מעין) **מובא בשם הרשב"א, שפירוש זה של הרמב"ם מתרץ את קושיית התוס'. כלומר, הספק בגמרא בע"ז הוא לגבי המים הנובעים במקורם, ולא לגבי המים הזורמים החוצה** (ובכך מדוייקת לשון הגמרא: "דנבעי מארעיה"), **ולגבי מים אלו תקנת יהושע כלל אינה חלה.**

המהרש"ל (ים-של-שלמה ב"ק פ"ז סי' מ) **הניח שלדעת הרמב"ם** "אע"פ שעיקרו [של המעיין] אינו בחלקה של העיר, מ"מ בני העיר לבד ממלאים מים מן המעיין, ואין לאחרים להסתפק עמהן ממנו". **ועל כך הקשה:** "דיהושע לא תיקן לאסור את שלו, רק לוותר, שכל האחד ימחול לחבירו; וגם תלמודא לא מזכיר רק שמסתפקים, ולא מאין מסתפקין". **ומסוגיית התלמוד מבואר לדעתו שהדיון הוא** "על מה שמותרים בני העיר למלאות", **ולא על מה שהם אוסרים על בני עיר אחרת.**

הנצי"ב (העמק-שאלה שאיל' קמז אות ג) **פירש כמו שכתבנו לעיל,** "שהמעין היוצא היינו ממקורו ושוטף למרחוק – זכו בו בני העיר ששוטף שם, אע"ג שאין המקור בחלקם", **ומעיין הזורם מעיר לעיר – אין לבני העיר שבה נמצא מקור המעיין זכויות יתר על המים במקום שאליו הם זורמים. כלומר, אין הם רשאים להקים סכר ולעצור את הזרימה.**

עולה מדברינו, שהמחלוקת בין הרמב"ם ליתר הראשונים היא על זכות הציבור על המים שבתוך השדה בו יצא המעיין. לדעת הראשונים יש לציבור זכות גם על המים שבתוך השדה, בעוד שלדעת הרמב"ם יש לציבור בעלות רק על המים הזורמים החוצה. מסתבר שהמים הזורמים החוצה – לכו"ע שייכים לציבור.

וצ"ע בדעת הרמב"ם, מה הדין כאשר גילוי המעיין בנביעתו נעשה באמצעות הוצאות שעשו בעלי המקום – האם גם אז נשמרת לציבור הזכות להשתמש במים שבהמשך הזרימה, או שאז שייכים כל המים למי שהוציא הוצאות על גילויים? הגמרא בב"ק (פא ע"ב) **מביא בשם רבה בר רב הונא שמי שמשתמש במי המעיין צריך לשלם לבעל המעיין, אך מציינת** "ולית הלכתא כוותיה". **הרי שאין לבעל השדה שבו יוצא המעיין זכות לדרוש תשלום על המים הנובעים ממנו. אולם שם מדובר לכאורה במעיין טבעי, ואולי כאשר בעלי השדה חפרו ומצאו מים, אמנם המים שייכים לציבור אך המשתמשים צריכים להשתתף בהוצאות החפירה והגילוי.**

בענייננו, כיון שהקרקע שייכת לציבור, ודאי שהגז המופק ממנה שייך לציבור. זכויות החברות המפיקות את הגז מוגבלות לתנאי הרישיון שקיבלו. אמנם, יכולות החברות לטעון שהרישיון שניתן להן להפיק את הגז, למכור אותו ולהפיק ממנו רווחים הופך את הגז למעשה לקניינם הפרטי. אך מצד שני, יכול הציבור לטעון שלא התכוון לתת רישיון להפקת כמות כה גדולה של גז ולהשארת רווחים ממנו, שהיא מעבר לכל צפי. ואולי גם תקנת יהושע בן נון מגבילה את הציבור באשר למתן רישיון כה גורף

אחרת (וכמו שהבין המהרש"ל), אולם היא הנותנת המים שייכים לעיר, כי המים נמצאים **בגבולם** ולא בגבולו ולא בגבול עיר אחרת. וכן הבין הרשב"א את הרמב"ם.

לגורמים פרטיים. מכל מקום, מסתבר שאם הציבור מבקש לשנות את תנאי הרישיון לאחר שנמצא גז, עליו להשתתף בהוצאות החיפוש, הקמת המתקנים והשאיבה.

ב. שיטת הצפנת-פענח: זכות שימוש ולא בעלות

הצפנת-פענח (מהדו"ת דף פו טור ג-ד) מניח שהמים שייכים לכל העולם, ואין להם בעלים כלל. לדעתו, תקנת יהושע היתה לאפשר את השימוש במים הזורמים בעיר רק לבני אותה עיר, ולהגביל את שימושם ע"י כל אלה שאינם בני העיר. ראיה לכך הוא מביא מסוגיות הגמרא בעירובין מו ע"א ובביצה לט ע"א, העוסקות בהלכות תחומין וקובעות שנהרות המושכין ומעיינות הנובעים – הרי הם כרגלי כל אדם, כלומר – אין להם בעלים.

אך בהמשך דבריו משמע להיפך – שתקנת יהושע לא הפקיעה את בעלותו של בעל המקום על המים, אלא רק התירה לכל להשתמש בהם[9]. עיקר ראייתו היא מהגמרא מנדרים פ ע"ב, הדנה בבעלות בני העיר על המעיין שלהם, שצורכי בהמותיהם וכביסתם קודמים לצורכי אחרים. על כך הקשה בצפנת-פענח: אם תיקן יהושע בן נון שהמים שייכים לכולם, היאך קודמים צרכי בני העיר לצרכיהם של אחרים? הרי לנו, שתקנת יהושע לא הפקיעה לגמרי את בעלות בני העיר על המעיין שברשותם, אלא רק נתנה גם לאחרים זכות שימוש במעיין, כאשר צורכיהם אינם מתנגשים עם צורכי בני העיר.

לאור פירוש זה הוא מפרש פירוש חדש את תקנת יהושע, ולדעתו יש לפסק את התקנה כך: "מעין היוצא – בתחילה בני העיר מסתפקין ממנו". בני העיר מסתפקים ממנו תחילה, ורק אח"כ האחרים מסתפקין ממנו.

בכך מסביר הצפנת-פענח גם את המשנה במעילה יג ע"ב: "מעין שהוא יוצא מתוך השדה של הקדש – לא נהנין ולא מועלין; יצא חוץ לשדה – נהנין ממנו". הכיצד יכולים היו בעליו של השדה להקדיש את המעיין, והרי מתקנת יהושע שייכים המים לציבור כולו[10]? אלא שיהושע בן נון לא הפקיע את בעלותם של בעלי השדה

9. ואכן, לעניין תחומין לא הבעלות העקרונית קובעת, אלא זכות השימוש בפועל, וכפי שעולה מדברי רבי דוסא (ביצה לז,ב): "המוסר בהמה לרועה... הרי היא כרגלי הרועה", אע"פ שהוא אינו בעליה של הבהמה. וכן שם לז,א: "השואל כלי מחבירו מערב יום טוב – כרגלי השואל", אע"פ שהוא רק משתמש בכלי, ואין הוא בעליו.

10. אפשר ליישב קושיה זו לפי התוס' שם, שכשם שאם הקדים השוכר לשלם למשכיר, אין המשכיר יכול להקדיש, כך יש לומר שכיון שתקנת יהושע קדמה להקדשה, הרי שבעל השדה אינו יכול להקדישו, ולב בי"ד מתנה עליהם שהבעלים לא יוכלו להקדישם. ואם כך, מה שמועלין בהם – צ"ל שהוא רק מדרבנן, כדי שלא יאמרו הקדש יוצא לחולין בלא פדיון.

מהמעיין, וממילא עדיין הם יכולים להקדישו, אלא רק נתן לכל העולם זכות שימוש במים[11].

כנראה שקושיה זו גרמה לרש"י לפרש את המשנה, שמדובר באופן שהמעיין נובע בתוך שדה חולין, ויוצא ומושך בתוך שדה של הקדש – שכל זמן שהמים נמצאים בשדה הקדש לא נהנים מהם אך גם לא מועלים בהם. לא מדובר איפוא במעיין חדש, כמו זה שעליו מדובר בסוגיית ב"ק, כאמור שם – "היוצא בתחילה", אלא במעיין שהיה במקום מקדמת דנא, ומעולם לא היתה לבעלי השדה בעלות עליו, ולכן אין ההקדש חל כלל ועיקר, ומותר לשתות מהמעיין גם לכתחילה. ורק מי מעיין העוברים דרך שדה הקדש – אין נהנין מהם, כי כדי לשתות מהם יש צורך להיכנס לשדה הקדש.

הרמב"ם לא פירש כרש"י, אלא כתב (הל' מעילה פ"ה ה"ו): "מעין שהוא יוצא מתוך שדה הקדש, אסור ליהנות במים שיוצאין ממנו בתוך השדה והנהנה לא מעל. יצאו המים חוץ לשדה, מותר ליהנות בהן". דעתו אפוא שתקנת יהושע לא הפקיעה את הבעלות של בעל השדה על המים, אלא רק התירה את השימוש בהם.

כך או כך, כיון שבנידון דידן מקור הנביעה שייך לציבור כולו, אין אנו נזקקים כלל לתקנת יהושע, והגז כולו שייך לציבור. ואפילו אם היה מקום לומר שכיון שהן מפיקות אותו במתקניהן, הוא הופך לשלהן – בגלל תקנת יהושע בן נון, יש לומר שהגז שייך בכל אופן לציבור.

ג. האם תקנת יהושע חלה גם על גז?

אלא שיתכן שאין לדמות כלל גז למים. תקנתו של יהושע חלה רק על מים, שכלשון הסוגיה בנדרים פ ע"א (וכן בתוספתא ב"מ סוף פרק יא) הם מצרך חיוני ובלעדיו אין חיים, מה שאין כן באשר לאוצרות טבע אחרים[12].

אולם כשם שיהושע תיקן תקנות, כך יש סמכות לציבור בכל דור ודור לתקן גם הוא תקנות לפי צורכי השעה והעניין. מה גם שגז הפך להיות מצרך חיוני ביותר, לא רק בגלל החשמל שהציבור כולו נזקק לו, אלא אפילו המים שבהם אנו משתמשים בארצנו מגיעים אלינו באמצעות אנרגיה זו – הן בשאיבה ממי התהום, הן בהזרמה ממקורות עיליים, הן בהתפלת מי הים. לכן, הגז הוא מצרך יסוד שאין לבעלים פרטיים זכות עליו. בהתאם לתקנת יהושע בן נון, המדינה יכולה לתת לחברות רק רישיון לחפש גז ולהפיקו, אך לא בעלות מוחלטת על הגז עצמו.

11. יכולתם של בעלים להקדיש, גם כאשר החפץ המוקדש נמצא בשימושם של אחרים, מעוגנת בדברי הרמב"ם (הל' ערכין פ"ו ה"ל): "המשכיר בית לחבירו וחזר והקדישו הרי זה קדש...". אבל כבר כתבו התוס' בערכין (כא ע"א ד"ה הכי) שזהו מחמת שהשדה חוזרת אל המשכיר בתום תקופת השכירות. במעיין, זכות השימוש שניתנה לציבור במים תעמוד להם לעולם, אבל מכל מקום המים שהציבור לא ישתמש בהם חוזרים לבעלותו של המקדיש. ועי' רדב"ז על הרמב"ם שם.

12. **הערת עורך**: ניתן ללמוד מדייג בכנרת שמותר לכל, אע"פ שאסור דייג ע"י מכמורות ומותר רק לשבט נפתלי – תנאי יהושע בן נון. וכן לעניין חלזון וזכוכית מזבולון שאסור ליטול והם בבעלות זבולון כיון שנמצאים בחלקו בארץ – מגילה ו ע"א.

למרות מה שאמרנו בפרקים הקודמים, שאין לחברות בעלות על שדות הגז ועל הגז האצור בהם, ואף לא על הגז המופק מהם, יש מקום להסתפק שמא הגז הנמצא במתקני החברות הוא שלהם. לא ייגרע הגז מכל מציאה שאדם מוצא וקונה אותה ע"י הכנסתה לכליו. סו"ס הגז נמצא בחזקתם ומכיון שיש ספק למי שייך הגז הממע"ה. כשם שהמים שאדם כינס בכליו – שלו הם, למרות שהמעיין אינו שייך לבעל הקרקע שממנה הוא יוצא. תקנת יהושע חלה רק על המעיין והמים הזורמים בשדה ומחוצה לו, אך לא על המים המכונסים והנמצאים בבעלותם הפרטית של בעלי הקרקע.

ד. הרישיון – דבר שלא בא לעולם

לכאורה, הרישיון שניתן לחברות הגז דומה במידה מסוימת להקניית דבר שלא בא לעולם. אמנם אין מדובר במכירה, אלא במתן רישיון, אך הסברה נותנת שכשם שדבר שלא בא לעולם לא נקנה משום שאין גמירות דעת למוכר ולקונה[13], כך גם ברישיון האמור. שהרי לא היה ידוע מראש אם בכלל יימצא גז, ואם יימצא כמה יימצא. ולכן לכאורה רשאית המדינה לאחר שנמצא גז בכמות גדולה, לשנות את תנאי הרישיון.

אך כמה סיבות יש להפריך טענה זו:

א. ניתן לתת רישיון בדבר שלא בא לעולם. השדות שבהם נמצא הגז נמצאים כבר בעולם, והם בבעלותה של המדינה. יש מקום לדמות זאת למחכיר שדה בור על מנת שהחוכר ייטע עצים ויגדלם, ומתנה עמו שחלק מהיבול – לאחר שיגדל – יהיה שייך לבעל השדה. גם אם השדה היא שדה טרשים, שמעטים הסיכויים שתגדל פירות, והחוכר השקיע מאמצים גדולים כדי להצמיח בה פירות, בכל זאת חייב החוכר לשלם את התמלוגים שהתחייב בהם. ואם למרות כל התחזיות ימצא החוכר מאה שערים, לא רשאי המחכיר לבטל את ההסכם בטענה כאילו לא ניתן היה להתחייב על דבר זה.

בנידון דידן אין מדובר בחכירה, אלא ברישיון, אך ההשוואה בין המקרים מסתברת. אין אדם מקנה דבר ממשי שלא בא לעולם, אך בחכירה או במתן רישיון אין מדובר במכירת חפץ, אלא במעין התחייבות אישית, התקפה גם כאשר עניינה בדבר שלא בא לעולם (ראו שו"ע חו"מ סי' ס ס"ו; נתיבות-המשפט שם ס"ק י).

ב. אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם מדין סיטומתא. גם אילו היה מדובר בהקנאת דבר שלא בא לעולם, כבר כתב הרא"ש (שו"ת, כלל יג סי' כ):

> אמנם מדין תורה אין קנין נתפס בחכירות... דהוי דבר שלא בא לעולם ודבר שאינו ברשותו. אלא שאני רואה מנהג הארץ כל היום שחוכרין זה מזה, ואין בו חזרה... וכיון שנהגו כן, הוי קנין דאין בו חזרה. כדאמרינן... האי סטומתא קניא.

ובפד"ר (ח"ה עמ' 264) **הביאו עוד פוסקים** הסבורים שסיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם. ואף בענייננו, רשיונות מסוג זה

13. ראו ב"מ טז ע"א; המקורות שצוינו באנציקלופדיה תלמודית, ערך: דבר שלא בא לעולם, הע' 15.

מקובלים בכל העולם, ובכולם ערפל כבד מונע מלדעת מה יעלה בגורלם, ובכ"ז הרשיונות תקפים.

ג. קהל יכול להקנות דבר שלא בא לעולם. המבי"ט (שו"ת ח"ג סי' קנג) מביא את דברי הרא"ש (שו"ת כלל ו סי' ה), שהסכמה בין הקהל ובין אדם פרטי דינה כ"כל עסק ממון שבין אדם לחברו", שאם היא נעשתה "בלא קנין, דברים בעלמא, ישנו בחזרה". אך כתב על כך המבי"ט:

> הסכמה שבין הקהל ובין אביך – לא הוו דברים בעלמא, שדבריהם ככתובין וכמסורין דמו, כמו שכתב. ואם כן בנדון דידן נמי, כיון שכתבו טובי העיר גם אנשים מן הקהלות פתקא שיתנו לו ממכס הבשר סך ידוע, וציוו לחוכר מכס הבשר שיתן לו כך כך כל חדש מן המכס הנזכר של הקהלות, אינם יכולים לחזור בהם, והחוכר חייב לתת מה שאמרו לו מקודם.

כלומר, ציבור מקנה גם במקום שבו אדם פרטי אינו מקנה. אין צורך בקניין אלא אמירה בעלמא מחייבת. וכיון שאין צורך בקניין, יש מקום לומר שגם אין את ההגבלה של מכירת דבר שלא בא לעולם[14].

ה. חוכר שהרוויח למעלה מהצפוי

כאמור, הדרישה להעלאת התמלוגים שמשלמות החברות, או להעלאת שיעור המס המוטל עליהן, התעוררה לאחר שנודע היקפם הגדול של שדות הגז שהתגלו. הטענה היתה ששיעורי התמלוגים והמיסים לא נקבעו אדעתא דהכי, ואילו ידעו מראש את היקף האוצר שיימצא, לא היה הציבור מסכים לשיעור נמוך כל כך של תמלוגים ומיסים.

אולם לא כל פער בין צפי למציאות מצדיק שינוי של עסקה. לאחר שנחתמה עסקה, יש צורך להוכיח שקיים פער המצדיק את ביטול העסקה, ובהעדר הוכחה – כל המשנה ידו על התחתונה.

ניקח דוגמא הקרובה קצת לענייננו. חוכר שהפסיד מעבר למצופה כתוצאה ממכת מדינה, יכול לדרוש שינוי בתנאי החוזה (משנה ב"מ קה ע"ב; רמב"ם הל' שכירות פ"ח ה"ה; טוש"ע חו"מ סי' שכב), אולם אין בהלכה דין הפוך, שלפיו אם החוכר הרויח מעל למצופה רשאי המחכיר לדרוש שינוי בתנאי החוזה. כשהחוכר מפסיד מחמת מכת מדינה, טענתו היא שלא רק מזלו גרם אלא גם מזלו של המחכיר גרם (רש"י ב"מ שם); אבל כשהוא מרוויח אנו אומרים מזלו של החוכר גרם, והרווחים כולם שלו.

אכן, מצינו שיש גם למחכיר זכות להתחלק ברווחים מוגדלים (שו"ע חו"מ סי' שכו ס"א):

> המקבל שדה מחבירו לזורעה שומשמין וזרעה חטים... עשתה חטים יותר ממה שהיא ראויה לעשות מהשומשמין, חולקין לפי התנאי שביניהם, אף על פי שמשתכר בעל הקרקע.

במקרה זה בעל הקרקע לא ציפה לרווחים מוגדלים, כי סוכם שהמקבל יזרע שומשמין, ואם היה זורע כמוסכם, רווחיו היו קטנים יותר. המקבל זרע חיטים, וכך הפיק רווחים גדולים יותר. כיון שהמקבל

14. ראו על כך, מאמריהם של השופט משה דרורי ושל ד"ר מיכאל ויגודה, תחומין כח, עמ' 225 ואילך.

סטה מתנאי החכירה, אין הוא יכול לגרוף את כל הרווחים המוגדלים לעצמו, ועליו להשתתף בהם עם בעל הקרקע. אולם אלמלא סטה החוכר מתנאי החכירה, והיתה השדה עושה הרבה יותר מהרגלה – לא היה המחכיר יכול לדרוש חלק גדול יותר מהמוסכם תחילה.

בענייננו, היחסים שבין המדינה לחברות הגז אינם יחסים של חוכר ומחכיר, אך יש להקיש מהעיקרון המקובל בדיני חכירה ולומר שמזלן של החברות הוא שגרם להן למצוא כמות גדולה יותר של גז, ואין בכך כדי להביא להגדלת ההיטל המוטל עליהן. מאידך, כיון שהקרקע עצמה אינה שלהן, ויש להן רק רישיון להפיק גז, אין מניעה עקרונית לאפשר גם לחברות אחרות לקדוח באותן שדות ולהפיק מהן גז, אם הדבר אינו סותר את תנאי הרישיון של החברות הראשונות (ויהיה על החברות החדשות להשתתף בהוצאות החיפוש של החברות שיגעו ומצאו את הגז)[15].

ו. אונאה ומקח טעות

1. אונאה בקרקעות

בהמשך להשוואה שערכנו לעיל, בין מתן רישיון לחכירה, ניתן אולי להקיש מדיני מקח טעות בחכירה לענייננו.

כשם שדיני אונאה חלים בין מוכר לקונה, כך הם חלים בין מחכיר לחוכר, בעלים ואריס ומשכיר ושוכר. כך נפסק בשו"ע חו"מ (סי' רכז סעי' לה):

> השוכר את הכלים או את הבהמה – יש להם אונאה, שהשכירות מכירה בת יומא היא. ואם יש בה אונאה שתות או יותר, בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר – הרי זה מחזיר אונאה, ואפילו לאחר זמן מרובה.

ואם אכן גם על רישיון חלים דיני אונאה יש מקום לטעון שאילו היה הציבור יודע מראש על היקף הגז שנמצא בשדות, לא היה מסכים לתת רישיון בתנאים שנקבעו, אלא היה דורש תנאים אחרים. וכיון שהתגלו שדות גדולים פי כמה וכמה, יש בכך אונאה ויש לבטל את תנאי הזיכיון.

מיהו, לא בכל דבר חל דין אונאה. מטלטלין שנמכרו במחיר מופקע של יותר משתות – חל עליהם דין מקח טעות והמקח בטל; אך קרקעות ועבדים שנמכרו במחיר מופקע – לא חל עליהם דין מקח טעות. הטעם לכך שאין אונאה לקרקעות הוא שדרך בני אדם למחול בהם, כיון שקרקע שווה כל כסף שבעולם (חינוך מצוה שלז). לקרקע אין מחיר ידוע; מחירה משתנה ממקום למקום בגלל סיבות שונות. לפעמים גורמים חיצוניים מביאים להעלאת ערך הקרקע או להפחתתו. יש שאדם יעדיף זיבורית במקום אחד על פני עידית במקום אחר, ויהיה מוכן לשלם על זיבורית מחיר גבוה יותר מעידית. או שאדם אינו מוכן למכור את נחלתו אלא במחיר גבוה (ראו ב"ב יב ע"ב, "מעלינן ליה עלויא כי נכסי דבר מריון").

כל זה נכון כשהאונאה היתה במחיר הקרקע. אך אם היתה אונאה בגוף הקרקע – כגון שאדם קנה קרקע בחזקת עידית,

15. אכן, בהתאם לחוק הנפט, חזקה מקנה לבעליה זכות בלעדית לחפש נפט ולהפיק נפט בתחומי החזקה, ומכאן שהמדינה אינה יכולה לתת לחברות נוספות חזקה באותו שטח.

והתברר שאינה אלא זיבורית – יתכן שהדין שונה. הגמרא בקידושין (יא ע"א) דנה אם סימפון (מום) בעבדים נחשב למקח טעות או לאו, ומכאן שיש מקח טעות בעסקה לממכר עבדים, כשמקח הטעות הוא בגוף העבדים. הרמב"ם (הל' מכירה פט"ו ה"ג) פסק כך בין בקרקע ובין בעבדים, וכלשונו:

> המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין, ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח – מחזירו אפילו לאחר כמה שנים, שזה מקח טעות הוא.

וביאר הרדב"ז (שו"ת ח"א סי' שב):

> ודאי יש בקרקעות טענת מום. ואדרבה, טפי קפדו אינשי במום הקרקעות יותר משאר דברים, וברור הוא. ומה שאמרו אין אונאה בקרקעות", הוא משום דקרא קאמר "או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו" – יצאו קרקעות שאין נקנין מיד ליד. ומ"מ שיערו חכמים דעד כדי דמיהם מחיל אינישׁ, כי היכי דליהוי ליה אחיזת נחלה, טפי לא מחלי. אבל המום – אין אדם מוחל אותו. וכן אני אומר שאם יצא עליה ערעור שהוא הקדש לעכו"ם, אין לך מום גדול מזה.

הנידון דידן דומה יותר לקרקעות מאשר למטלטלין, לא רק משום שהגז נמצא בבטן האדמה, אלא בעיקר משום שאין מחיר קבוע לרישיון על הפקת אוצרות טבע, שאיש אינו יכול לדעת מראש אם יימצאו וכמה יימצאו. וגם רבנן, החולקים על רבי יהודה וסוברים שיש אונאה למרגלית (ב"מ נו ע"ב), יודו שאין אונאה ברישיון לכריית מרגליות. כי הכרייה היא בקרקע. אלא שהיא הנותנת, בקרקע שייך רק מקח טעות ולא אונאה ובעניינו, טענת מקח הטעות אינה בשל טעות בגוף הקרקע ובאיכותה, אלא בכמות הגז שתופק ממנה. וכשם שאין אונאה לקרקעות בעניין המחיר, כך לכאורה לא שייכת טענת מקח טעות בנידון דידן.

2. אונאה פי שתיים

עם זאת, יש מקום להסתמך על שיטת הראשונים הסוברים שגם אם אין אונאה לקרקעות, מ"מ כשהטעות היא פי שתיים – יש אונאה (תוס' ב"ק יד ע"ב ד"ה דבר). נחלקו בכך הפוסקים בשו"ע (חו"מ סי' רכז סכ"ט), המחבר פוסק שם שאפילו מכר קרקעות "שוה אלף בדינר, או שוה דינר באלף – אין בהם אונאה"; אולם הרמ"א מביא דעת רבנו תם והרא"ש, שכך הדין "דווקא עד פלגא; אבל יותר מפלגא, כגון שמכר לו אחד יותר משנים, הוי אונאה".

בנידוננו, גם אם כמות הגז שהתגלתה גדולה פי שתיים ממה ששיערו, בכל זאת לא תוכל המדינה לשנות את שיעור התמלוגים בהסתמך על דעת הרמ"א, שכן המחבר חלק עליו, והחברות מוחזקות בגז, ועל המדינה להביא ראיה שההלכה כרמ"א. אם תבוא המדינה להטיל על החברות היטלים גבוהים יותר, תוכלנה החברות, כמוחזקות בגז, לטעון שקים להן כמחבר.

אמנם, בסופו של דבר הוחלט שלא להעלות את שיעור התמלוגים שמשלמות החברות, אלא להעלות את המס המוטל עליהן. ההבדל בין שתי האפשרויות הוא משמעותי: תמלוגים נגבים ממלוא התמורה שמקבלות החברות תמורת הגז, ואילו מסים משולמים רק מהרווחים (בניכוי ההוצאות). כשמדובר על מס, הרי המדינה היא המוחזקת במסים, וחברות הגז באות להוציא ממנה, וכמבואר ברמ"א (חו"מ סי' ד ס"א: "הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד... בענייני מסים". וביאר הסמ"ע (שם,

ו) בשם תרומת-הדשן, שההשלכה היא לגבי כך ש"אמרינן להיחיד ברר ראיותיך, כי המוציא מחבירו עליו... וגם לענין זה דיכולין לומר קים לנו כהאי מאן דאמר במקום שיש פלוגתא". הרי שהמדינה היא המוחזקת, ועל החברות – המוציאות ממנה – להביא ראיה.

אלא שמכל מקום, מקובל בדיני תורה, שכאשר מגיעים לפרשת דרכים כזאת, אשר נחלקו בה דעות הפוסקים, הנטייה היא להביא לפשרה בין בעלי הדין. הדרך לפשרה בנידון דידן היא בהעלאה מסויימת של המיסים על רווחי החברות, תוך התחשבות בהוצאות שהוציאו ובסיכונים שנטלו על עצמן, וכפי שידובר בפרק הבא.

ז. חיוב צדקה

לענ"ד יש מקום להטיל על החברות מיסוי מדין צדקה. הן גילו גז בכמויות אדירות, תגרופנה לקופותיהן הון עתק, ויש למדינה סמכות לחייב אותן להפריש סכומים משמעותיים למטרות צדקה.

צדקה בישראל אינה רק נדבה וולונטרית, אלא ניתן לחייב בה מי שזכה בעושר מופלג, בפרט אם אין הוא בא כתוצאה ישירה ממאמץ אנושי, אלא בגלל ברכת שמים. אמנם החברות השקיעו מאמץ גדול ונטלו סיכונים רבים, ועל כך מגיעים להם רווחים מכובדים; אולם לתוצאה כזאת איש לא פילל.

על האפשרות לכפות על מתן צדקה למדנו בסוגיית הגמ' (ב"ב ח ע"ב): "ממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת... רבא אכפיה לרב נתן בר אמי, ושקיל מיניה ארבע מאה זוזי לצדקה". וכך פסק הרמב"ם (הל' מתנות עניים פ"ז ה"י):

> מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדוהו ליתן, ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות.

הראשונים (ראו למשל תוס' ב"ב ח ע"ב ד"ה אכפיה) נתנו הסברים שונים לסמכות הציבור לכפות על היחיד ליתן צדקה. בנידון דידן ניתן לתת צידוק נוסף לכך. חברות הגז זכו במציאה גדולה, שביסודה היא רכוש המדינה. אמנם הן השקיעו הרבה מכספן, וגם סיכנו אותו, ולבסוף מזלן גרם והן זכו בעושר מופלג; אך הן אינן יכולות להתכחש לעובדה שאלמלא המדינה שנתנה להם את הרישיון להשתמש באדמתה, והיא גם שמגנה על מתקניהן – הן מתביעות מדיניות ומשפטיות שכבר עולות על הפרק, הן מפני סיכונים בטחוניים – הן לא תוכלנה לממש את מזלן. וכמו"כ אם היו מפסידות ופושטות את הרגל ההפסדים היו מתגלגלים על הבנקים ובעלי המניות, כלומר על הציבור כולו.

כמו כן, העלינו לעיל את האפשרות שבגלל תקנת יהושע בן נון, המגבילה את הבעלות הפרטית על אוצרות הטבע, ובגלל הכמות הגדולה של הגז שנמצאה, יתכן שהמדינה רשאית לאפשר גם לחברות חדשות לנצל את מאגרי הגז. השארת המצב כמות שהוא מצדיקה דרישת צדקה מהחברות. לפחות הכרת הטוב מצדיקה את חיוב הצדקה במקרה זה, וניתן **לחייבן** להפריש סכום נכבד מרווחיהן לטובת אזרחי

המדינה הזקוקים לכך[16].

אלא שאם אמנם חיובן הוא מדין צדקה, אין למדינה רשות להכניס כסף זה לאוצר המדינה הכללי, אלא יש להועידו למטרות ייחודיות של עזרה לנזקקים. הדבר מחייב הקמת קרן מיוחדת, שבהנהלתה ישב גוף ציבורי וייקבעו בו קריטריונים ברורים לחלוקת הכסף. מן הראוי שגם לחברות הגז תהיה נציגות בגוף זה, כמו שיש לכל תורם לצדקה זכות להביע דעה למי להועיד את הצדקה[17]. אולם כיון שאין זו צדקה רגילה, יש לשתף בגוף זה גם נציגי ציבור. לענ"ד אפוא ראוי למדינה יהודית לאכוף במקרה זה על החברות חובת צדקה למטרות ההולמות את המושג צדקה.

ח. מסקנות

א. נחלקו הראשונים בהבנת תקנת יהושע בן נון. יתכן שמשמעות התקנה הוא שהציבור הוא הבעלים על משאבים חיוניים, גם אם הם מופקים מקרקעות פרטיות.

ב. הקרקע שבה נמצא הגז שייכת למדינה, ועל כן בכל מקרה הגז שנמצא בה שייך למדינה. לחברות ניתן רק רישיון לחפש גז ולמוכרו, ולא ניתנה להם בעלות על הקרקע.

ג. במקרה של טעות חמורה בחוזה מכר, שכירות או חכירה, ניתן לשנות את תנאי החוזה. בענייננו, לא ברור שהטעות מצדיקה את ביטול הזיכיון.

ד. ספק אם החברות נחשבות למוחזקות בענייננו, או המדינה נחשבת למוחזקת. על כן, יש מקום לפשרה בין המדינה לחברות.

ה. מדין 'כופין על הצדקה', רשאית המדינה להגדיל את שיעור התמלוגים והמיסים, ולייעד את הכסף שיתקבל מהחברות לקרן שכספיה ישמשו למטרות סעד ורווחה.

נספח: מסים ואונאה – עילות לשינוי החוזה

מאת הרב ד"ר איתמר ורהפטיג ויצחק ברט (עורכי תחומין)

1. העלאת שיעור המס

כפי שנכתב במאמר, ההחלטה שהתקבלה לבסוף היתה לקבוע היטל מיוחד על רווחים מהפקת אנרגיה, ולמעשה – להטיל על חברות העוסקות בתחום זה מס מיוחד.

16. **הערת עורך**: ניתן לשקול ולראות את הזכיון כשותפות בקניין פירות, המדינה נתנה זכיון אך לא הוציאה מידה את כל פירות הנכס.
תשובת המחבר: אולם זהו גופו של הדיון האם המדינה נתנה להם את כל הפירות שיימצאו, או לא התכוונה לתת להם את כל הפירות אלא עד סך ידוע, שבעצם הוא לא ידוע.

17. המדינה אכן החליטה להקים קרן ייעודית שתמומן מהמיסים על רווחי הגז, אבל היא אינה משמשת למטרות צדקה בלבד.

אין ספק שיש לציבור רשות להטיל מיסים על התושבים כרצונו, ומעולם לא שמענו שיוכל אדם לטעון שהוא פטור מתשלום מס כיון שסבר שלא יוטלו עליו מיסים חדשים. באותה מידה, יש למדינה רשות להעלות את שיעור המס כרצונה, כל עוד נעשה הדבר בהליך מינהלי תקין, ובאישור נציגי הציבור.

אלא שקביעת שיעור מס גבוה במיוחד על רווחי גז מעלה שאלה אחרת. הרמ"א (חו"מ סי' שסט ס"ח) מביא בשם המהרי"ק ש"אם המלך חקק לבעל אומנות אחד, כגון שחקק למלוה ברבית איזה דבר, יש אומרים דלא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, הואיל ואינו חקוק לכל". הרי שלדעתו קביעת שיעור מס שונה לבעלי אומנויות שונות אסורה, ונחשבת לגזלנות שאין בה דינא דמלכותא דינא. ישנה אפוא בעיה בקביעת שיעור מס ייחודי וגבוה במיוחד לרווחים מנפט ומגז.

אמנם, הגר"א בהגהותיו שם מעיר על סתירה לכאורה בין דברי הרמ"א האלו לבין דבריו לעיל (סי' שסט ס"ו), אף הם בשם המהרי"ק, שאם קבע המלך שיהודים יתנו יותר מס מגויים – דינו דין.

אפשר שכמו בהרבה דיני מסים, הכל הולך בזה אחר המנהג. כיום, קביעת שיעורי מס שונים ליהודים ולגויים איננה שוויונית ואינה לגיטימית, והיא "מס שאינו חקוק לכל", שאין בו דינא דמלכותא דינא. לעומת זאת, בכל העולם מקובל לקבוע שיעורי מס שונים לרווחים המופקים מעיסוקים שונים, כאשר יש לכך הצדקה. בענייננו, נקבע מס מיוחד על רווחי נפט וגז בשל שיעורי הרווח הגבוהים במיוחד המאפיינים עיסוקים אלו, וכן כדי לשתף את הציבור כולו ברווחים המופקים מאוצרות הטבע השייכים להם[18].

2. האם יש בכך אונאה?

כזכור, המדינה העניקה רישיון לחיפוש גז תמורת מחיר מסוים, וכעת נטען שהמחיר שעליו סוכם הוא נמוך מדי, ויש בו כדי אונאה לעומת המחיר הראוי. נעשה כאן הסכם

18. **תגובת המחבר:** דינא דמלכותא חל רק במוכס שיש לו קצבה – דהיינו, שהחוק הוא שוויוני. כאשר החוק אינו שוויוני, הוא אינו חוק צודק ולכן אינו "דינא דמלכותא" אלא "חמסנותא דמלכותא". בנידון דנן, מדובר בחוק שוויוני. אמנם זהו חוק סקטוריאלי ששותפיו מעטים, אך הוא חל על סקטור מסוים בגלל ייחודו. יש סיבה מוצדקת לאפלייתו, ולכן הוא חוקי (אם הוא חל באופן שוויוני על כל שותפי אותו סקטור) .
נקודת המוצא היא הצדק. בדרך כלל חוסר שוויון אינו צודק, אולם פעמים שדווקא השוויון הוא אי-צדק. מס המוטל על עשירים ועניים באופן שוויוני אינו צודק. דווקא מס פרוגרסיבי, שאינו שוויוני, הוא צודק כאשר דנים בנושאים ממוניים (לעומת דיני נפשות, שנהגו לגבות חצי המס לפי ממון וחצי לפי נפשות – חו"מ סי' קסג ס"ג).
הגדלת המס בנידון דנן אמנם מתמקדת כרגע בנושא אחד, אך היא ישימה גם במקרים דומים אחרים. אי לכך היא חוק כללי ושוויוני.

בתמורה, ומתברר שההפרש בין המחיר שנקבע לבין המחיר הראוי גבוה משמעותית. בנסיבות אלה, לכאורה רשאי הנפגע לבטל את העסקה מדין אונאה.

אלא שעולות כאן שתי שאלות באשר להחלת דין אונאה בענייננו:

א. אונאה בעסקת סיכון – בעסקה שיש בה סיכוי ידוע מראש להצלחתה, וכנגדו סיכון ידוע מראש, מצאנו דעות שונות בשאלת האונאה. המהרשד"ם (חו"מ סי' שעט) פוסק שאין בזה אונאה, שכן שני הצדדים לקחו על עצמם סיכון מחושב מראש. לכן לדעתו אדם שקונה מכרה זהב אינו יכול לטעון לאונאה עקב תפוקה מועטה, שכן שני הצדדים אינם יכולים לדעת מראש כמה זהב יימצא, ו"אדעתא דהכי נחתי וזבני". לעומת זאת, הרמב"ם (הל' מכירה פי"ב ה"ב) פוסק כי "מקח באכסרה" – חופן מעות תמורת כמות ידועה של פירות – קנה, ויש בו אונאה. אף על פי ששני הצדדים לא ידעו כמה מעות צבורות ביד הקונה, אין אומרים שמחלו זה לזה, אלא חלים דיני האונאה. המפרשים הוסיפו חילוקים שונים בעניין זה (ראו ספר כת"ר ד, אונאת ממון, עמ' 185). בענייננו, לענ"ד יש סברה לומר שאם האונאה היא בסכום כה גבוה עד ששני הצדדים לא העלו אותו מראש על דעתם, לדעת הכל יש בו אונאה. כיוצא בזה למדנו ביחס לצד לחוזה שקיבל עליו אחריות אונסין לקיום החוזה, שאם קרה אונס בלתי צפוי לגמרי – הוא אינו אחראי, "שאומדים דעת המתנה, ואין כוללים... אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי, והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה". ואולי בהפרש של למעלה מכפל, לא נאמר שמחלו.

2. אין אונאה בקרקעות – במאמר נקבע שהגז נחשב לקרקע, ואף שנחלקו הפוסקים אם יש בקרקע אונאה בכפל המחיר, הנתבע יכול לומר "קים לי" כדעה שאין אונאה גם בהפרש כזה. אבל יש לעיין בזה. ראשית – לא ברור שגז נידון כקרקע. הוא אמנם רובץ בין כפלי הקרקע, אבל אינו צומח ממנה, וקשה לראות בהפקתו גדר של "עוקר דבר מגידולו". שנית – כאמור במאמר, אין למשקיעים זכות קניינית בקרקע, ואין כאן אלא חוזה המעניק להם רישיון לחפש גז ולהפיק רווח ממכירתו. לכאורה הסכם עבודה בפנינו, כאשר המשקיעים הם בגדר קבלן, ובקבלן יש אונאה (שו"ע חו"מ סי' רכז סעי' לו). כפי שחייט שנוטל בד, תופר בגד וגובה עבורו מחיר מופקע – מחזיר את סכום האונאה, כך לכאורה גם משקיע שמחפש נפט, מפיק אותו ומוכרו במחיר מופקע – צריך להשיב את סכום האונאה.

גם אם נראה את המשקיעים כחוכרים, שיש להם זכויות בגוף הגז, וגם אם נחליט שהגז הוא בגדר קרקע, עדיין יש מקום לומר שהטעות כאן אינה בהערכת המחיר, אלא בכמות הגז המועבר. ואם כן – יש להחיל דיני מקח טעות, שנוהגים גם בקרקע, ולא דיני אונאה[19].

19. **תגובת המחבר:** ההבחנה בין גידולי קרקע לבין מחצבים אינה פשוטה. אמנם מחצבי האנרגיה זורמים ומיטלטלים, אך הם חלק מהקרקע וכמותם עצומה (טרם ידוע מה היקפם האמיתי), ועל כן דינם כקרקע. כעין דוגמא רחוקה לכך יש להביא מכתובות עט ע"ב: "המלח והחול – הרי זה פירות; פיר של גפרית, מחפורת של צריף – רבי מאיר אומר: קרן, וחכמים אומרים: פירות". ופירש"י: "חול – מקום שנוטלין חול לבנין. הרי זה פירות – לפי שאין פריו כלה לעולם, ובהא מודה רבי מאיר".

סימן מד

השגת גבול

פתיחה

במסחר המודרני מקובלת תחרות פרועה הקרויה בשם: "tele-market" דהיינו חברה אחת משיגה ע"י ריגול תעשייתי את רשימות הלקוחות של חברה אחרת ומתקשרת למנויי החברה האחרת ומציעה להם לעזוב את החברה בה הם מנויים ולעבור לחברה המציעה להם הטבות גדולות יותר ואף מוכנה לשלם עבורם את הקנס המוטל על כל מנוי הנוטש את החברה בה הוא מנוי.

האם הדבר מותר? ואם לא, האם הטלפוניסט המתקשר למנויים עובר עבירה, או רק הסוכן עצמו, או בעלי החברה?

צריך להבחין בין תעמולה כללית, דרך התקשורת, של כל גוף כלכלי המעוניין לשכנע לקוחות לרכוש את מרכולתו, לבין פניה אישית על סמך רשימות שהושגו בדרכי עורמה. פנייה כללית בדרך ישרה מאפשרת תחרות בריאה במשק שכתוצאה ממנה כל הלקוחות יוצאים נשכרים. משא"כ פנייה אישית בדרך עקלתון, נראית על פניה כבעייתית מאד.

ראשית יש לקבוע שאם אכן הדבר אסור, הטלפוניסט הוא העובר את העבירה העיקרית כי אין שליח לדבר עבירה, ואילו משלחו חייב רק מדין משלח שחיובו בידי שמים (עיין ב"ק נו ע"א וקדושין מג ע"א ותוס' שם ושם). השאלה היא אם יש כאן עבירה כלל?

א. תחרות הוגנת על מקורות פרנסה

נאמר בבבא בתרא (כא ע"ב):

> אמר רב הונא בריה דרב יהושע: פשיטא לי, בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב, ואי שייך בכרגא דהכא – לא מצי מעכב, בר מבואה אבר מבואה דנפשיה – לא מצי מעכב. בעי רב הונא בריה דרב יהושע: בר מבואה אבר מבואה אחרינא, מאי? תיקו.

ופסקו רוב הפוסקים כרב הונא בריה דרב יהושע שמותר לאדם להתחרות עם בן אומנותו חוץ ממקום שהוא מקפח את פרנסתו בעליל, כגון במבוי סתום ויש לאדם עסק בקצה המבוי ובא אדם אחר ופותח עסק על פתח המבוי שאין אפשרות שאדם

המלח מופק מהים. הוא אוצר טבע שאינו כלה לעולם. כמוהו החול, למרות שגם הוא עשוי לכלות פעם, כילויו אינו נראה לעין. מחפורת הצריף היא מחצב יבשתי של מלח גבישי – כלומר, היא מחצב שסופו לכלות בעתיד, ובכל זאת סוברים חכמים שדינה של המחפורת כפירות, שהבעל רשאי לאכול בנכסי אשתו כפי שהוא רשאי לאכול את פירות המלח שהוא מייבש ממי הים. רבי מאיר מחלק בין הנושאים. לדעתו, מחפורת הצריף נחשבת כקרן ההולכת וכלה, ולעומת זאת מלח מהים נחשב כפירות שאינם כלים. קשה לקבוע למה דומים מרבצי הגז, והאם רבי מאיר לא יודה בהם לחכמים. הרב יחזקאל אברמסקי (בקונטרס "דיני ממונות") מגדיר קרקע כנכס שאינו מתכלה, ומשום כך גם ערכה איננו מוגבל. ולכן אין לה אונאה, כי ערכה לא נמדד רק לפי שוויה העכשווי, אלא גם לפי שוויה העתידי. אוצרות טבע עשירים, שקשה לאמוד את כמותם, דומים יותר לנדל"ן.

ייכנס למבוי מבלי שיעבור דרכו. (מרדכי בשם אביאסף ועיין חת"ס חו"מ סי' עט בהסבר דבריו).

וא"כ ק"ו כאשר הוא מושך לקוח שכבר מנוי בחברה לעזוב את החברה בה הוא מנוי והתמנות בחברה אחרת.

והנה בתחילת הסוגיא רצתה הגמ' להביא ראיה לר"ה ממרחיקין מצודת הדג מהדג והגמ' דחתה: 'שאני דגים דיהבי סייארא' ופירש רש"י:

שאני דגים דיהבי סיירא – נותנין עין בהבטם להיות נוהגים לרוץ למקום שראו שם מזונות, הילכך כיון שהכיר זה חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו דה"ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו, אבל הכא מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא.

כלומר, לדעת רש"י אין כאן גזל אלא גרימת נזק. ובנ"ד אין ספק שמשיכת לקוחות מהווה נזק גדול.

לדעת התוספות (שם ד"ה מרחיקין) האיסור הוא משום עני המהפך בחררה:

אע"ג דר"ת מפרש דבדבר של הפקר אפי' רשע לא מיקרי... ולא מיקרי רשע אלא בעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה משום שאם לא ישתכר במקום זה ימצא להשתכר במקום אחר, והך דשמעתא לא קשיא דאע"ג דהוי דבר של הפקר מ"מ בכמה מקומות ימצא שיוכל לפרוס מצודתו.

נ"ד חמור יותר מעני המהפך בחררה, שם הוא עוד לא זכה בדבר, אלא רק טורח להשיגו משא"כ בנ"ד הלקוחות חתמו על חוזה עם החברה שבה הם מנויים וזה בא ומושך אותם אליו. ועוד, בדרך כלל מדובר כשיש אפשרות לגייס לקוחות מלבד אלו המנויים בחברה זו.

הרמב"ן חולק על רש"י ותוס' וסובר שהמניח את מצודת הדג גוזל את הראשון שפרש מצודה וז"ל:

שאני דגים דיהבי סירא מפרש בערוך שהם מביטים למרחוק וכשאוכלין כאן הם נותנין עינים לראות אם יש שם מזונות במקום אחר ופעמים שנצודו ברשת, ומתוך שהם רואים מזונות במקום אחר הם הולכין שם וזה גזל גמור הואיל וכבר נצודו.

בעל קצות החושן (סי' רעג ס"ק ד) מסביר את הרמב"ן:

ולענ"ד נראה לולי דברי התוס' דכה"ג הוי ליה גזל גמור ומוציאין בדיינין ומשום דכל כה"ג קנה הראשון קנין גמור **במשיכה** דה"ל אזליה מחמתיה. וכמ"ש תוס' בקידושין פ"ק (כו, א ד"ה אי נמי בחבילי זמורות) בהא דפריך פיל לר' שמעון במה יקנה ומשני בחבילי זמורה. ופי' תוס' בשם הרב ר' משולם דלהכי נקט חבילי זמורה שהוא מאכל פיל ומגביהין חבילי זמורה למעלה והוא קופץ ומגביה עצמו מן הארץ ואוכלן, וחשיב הגבהה בהכי דכה"ג. וא"כ ה"נ הדגים המה מגביהין עצמן ובאין סביב הדג המת וחשיב הגבהה בהכי.

ואפילו אם אינו מגביה בידו ממש אלא הוא מוגבה מכוחו נמי קונה בכל מקום... וא"כ כי היכא דס"ל להרב ר' משולם גבי פיל דקונה ע"י הגבהה שמוגבה מכחו ע"י חבילי זמורה א"כ ה"ה במצודת הדגים כל כה"ג שמשים בתוך המצודה דג מת והדגים באין סביבותיו ה"ל הגבהה.

לפי הרמב"ן יוצא שרק במקום שאחד גוזל ממש את רכוש חברו הדבר אסור וא"כ

אין ללמוד מכאן למושך אליו לקוחות, שכן אין דין גזל בפיתוי אדם להעדיף קנייה אצל אחר. וצ"ל שזו כוונת הגמ' בדחותה את הראיה ממצודת הדג "שאני דגים דיהבי סייארא". כלומר דגים כבר נקנו ע"י הראשון ואסור לגזול ממנו, אך בתחרות לקוחות אין גזל ומותר. וה"ה לעבור מחברה לחברה.

הנתיבות דוחה את ראייתו של הקצות מפיל, משום ששם **הקונה מחזיק את הזמורות בידו** בזמן שהפיל קופץ ונמצא שהוא הגביה את הפיל **במו ידיו**, משא"כ בדגים הוא שם את הפתיון והולך לו והדגים נמשכים מאליהם לכן אינו נחשב כמי שמשכם בעצמו.

ולכאורה הכרח לומר שהרמב"ן סובר כפי שהסביר הקצות שגם המניח פיתיון והולך והדג נמשך מאליו בכ"ז קונה את הדג במשיכה (או בהגבהה).

ולא היא. הרמב"ן מדבר במפורש על דגים "שניצודו ברשת" כלומר הם נקנו כבר קניין גמור בקניין **חצר** ולא כפי שהבין הקצות שהם נמשכים לפיתיון ונקנים במשיכה.

הבחנה זו בין קניין חצר לקניין משיכה עולה מגמ' מפורשת בגיטין ס' ע"ב:

> מצודות חיה ועופות ודגי' יש בהן גזל מפני דרכי שלום ר' יוסי אומר גזל גמור (מדבריהם) באוזלי ואוהרי כולי עלמא לא פליגי, כי פליגי – בלחי וקוקרי.

ופירש"י:

> אוזלי – רשתות של חוטין שיש להם תוך, כ"ע לא פליגי – דכיון דיש להם תוך קנה לו כליו והוי **גזל גמור**.
>
> לחי – חכה. קוקרי – שאר מצודות ומכשולים שנותנים חוט ארוך בנהר וחורזין בו מחטים על פני כולה.

רש"י עצמו שבב"ב כא ע"ב פירש שהעמדת מצודה אסורה רק משום **מזיק**, מפרש בגיטין שברשת שיש לה תוך עובר על **גזל גמור**.

אלא שצ"ע מה אילץ את רש"י לפרש בב"ב שלא כמו בגיטין, בעוד שהערוך והרמב"ן פירשו גם בב"ב שמדובר ברשת שהמושך ממנה דג חייב משום גזל גמור? ואולי י"ל שאדרבה על הערוך והרמב"ן קשה כיצד פירשו את הסוגיה בב"ב וז"ל:

> אמר רב הונא: האי בר מבואה דאוקי ריחיא, ואתא בר מבואה חבריה וקמוקי גביה, דינא הוא דמעכב עילויה, דא"ל: קא פסקת ליה לחיותיה. לימא מסייע ליה: מרחיקים מצודת הדג מן הדג כמלא ריצת הדג?... שאני דגים, דיהבי סייארא.

מה הסיוע שהגמ' מסיעת לר"ה ממצודת הדג הרי מצודת הדג היא גזל גמור בעוד שתחרות על לקוחות אין בה גזל? לכן פירש"י בב"ב שבמצודת הדג לא מדובר בגזל, אלא במעין משיכת לקוחות שאין בה גזל אלא נזק בלבד. הראשון טרח והוציא הוצאות ובא השני ומתחרה בו ומזיקו. הערוך והרמב"ן יפרשו שאה"נ זו דחיית הגמ' את הסיוע ממצודת הדג "שאני דגים, דיהבי סייארא". כלומר מדובר בגזל גמור ולא דמי לתחרות על לקוחות שאין בה גזל.

ורש"י פירש :

> שאני דגים דיהבי סיירא – נותנין עין בהבטם להיות נוהגים לרוץ למקום שראו שם מזונות, הילכך כיון שהכיר זה חורו ונתן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו דה"ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו אבל הכא מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא".

ר"ל יש לחלק בין מושך דגים למושך לקוחות. דגים אינם בני בחירה. הם מתפתים ונמשכים בהכרח לפיתיון שהונח

להם, ואלמלא השני שמשך אותם אליו הם היו מגיעים בוודאות לראשון. לכן הנזק הוא נזק גמור. משא"כ אנשים, הם בעלי בחירה ובידם ההחלטה אם לבוא לזה או לזה אין כאן נזק ודאי. ועל דרך הגמ' בקידושין כב ע"ב: "בהמה אדעתא דמרה אזלה, עבד אדעתיה דנפשיה קאזיל".

[וילה"ק על הקצות מהגמ' הנ"ל בגיטין, מה החילוק בין אוזלי ואוהרי לבין לחי וקוקרי, הרי לדעת הקצות גם לחי וקוקרי יש בהם גזל גמור, כי החיה נמשכת אל הפתיון שבהם ויער דינו כסימטא כמו ים? ומצאתי באוצר מפרשי התלמוד על גטין סא ע"א בשם אשל אברהם שתירץ, בגיטין הוא לא הניח פיתיון בראש הלחי והקוקרי וא"כ אינו מושך את החיה אלא היא באה מאליה. ודוחק, שא"כ לא היתה הגמ' צריכה לחלק בין לחי וקוקרי לבין אוזלי ואוהרי, אלא בלחי וקוקרי עצמם בין הניח פיתיון ללא הניח פיתיון. ואכן דברי הקצות צ"ע[1]. ובלא"ה כבר אמרנו שאע"פ שהקצות תלה עצמו באילן גדול – ברמב"ן, מהרמב"ן עצמו משמע שלא פירש כמו הקצות.]

ב. פסקת לחיותיה

כל הדיון הנ"ל הוא אליבא דר"ה בב"ב כא ע"ב שאוסר על בן מבוי להתחרות בחברו שקדם לו. אך להלכה קי"ל כרב הונא בריה דר"י שמתיר לבן מבוי להתחרות בחברו. גזל אין כאן וגם נזק אין כאן, לדעתו. כנראה שסובר שאע"פ שלראשון נגרם נזק מסוים, אך התועלת שהציבור מפיק מהתחרות עולה על הנזק שנגרם לראשון.

אולם גם ר"ה בריה דר"י שמתיר תחרות לא התיר אלא כאשר שני המתחרים ניצבים על אותו מישור. הלקוחות אינם בידי אף אחד מהם והברירה בידי הלקוחות להעדיף אחד מהם, וכל מי שיצליח לשכנע את הלקוחות במעלותיו ימשוך אותם אליו. אך כאשר המתחרים אינם במישור שווה, כגון בנ"ד כאשר הלקוחות כבר מנויים אצל אחד מהם, והאחר מושך אותם אליו, אמנם גזל אין בכך אך נזק ישיר וגמור יש כאן לחברה הראשונה.

זאת ועוד, המרדכי (ב"ב סי' תקטז) כתב:

> ומבוי הסתום משלשה צדדין רק בצד אחד יכנסו לו, ודר ראובן אצל סופו הסתום, ובא שמעון לדור כנגד הצד הפתוח שאין העובד כוכבים יכול לילך אם לא ילך תחילה לפני פתח שמעון, נראה דיכול לעכב עליו כדרב הונא. אביאסף.

וכתב הרמ"א בדרכי משה סי' קנו:

> נראה דגם רב הונא בריה דרב יהושע מודה בהאי דינא, דכיון דשמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן אם לא ילך לפני פתחו של שמעון... דזה מיקרי שפיר פסק לחיותיה, ולא כשמעמיד החנות בצידו.

ור' בפ"ת שם ס"ק ג שהביא עוד פוסקים הסוברים שבמקום שברי היזקא המתחרה פסק לחיותיה של הראשון, ותחרות שאינה

1. **הערת עורך**: לענ"ד הנעת בעל חיים כתוצאה מצייד או פתיון אינה יכולה להחשב כמשיכה או הגבהה. עי' על כך בספרי חבל נחלתו חי"ד סי' נו.

הוגנת אסורה. וק"ו בנ"ד שהוא מושך לקוחות המנויים אצל חברו מכבר.

אמנם מי שרוצה לפתוח חברה מתחרה ומסביר לציבור הרחב את מעלותיה ויתרונותיה (אם הן אמיתיות) הדבר ראוי. טובת הציבור שתהיה תחרות הוגנת. אך מי שמשיג בדרכי עורמה רשימת לקוחות של חברה קיימת, ופונה אליהם באופן אישי ומשפיע עליהם לעבור אליו זהו חמור הרבה יותר ממי שפותח עסק מתחרה בתחילת מבוי שאינו מפולש. שם הוא לא מושך לקוחות מהשני, אלא מיקומו המועדף גורם לכך שהלקוחות יעדיפו אותו, ובכ"ז הדבר אסור, ק"ו כשהלקוחות כבר נמצאים בתוך חנותו של האחד והוא מושך אותם לצאת מחנותו של הראשון ולקנות אצלו, הדבר אסור.

וגרע טפי מעני המהפך בחררה. שם עדיין לא קנה את הדבר ובא אחר והקדימו, אך כאן הלקוחות חתומים על חוזה עם חברה אחת וזה מושך אותם אליו, גרע טפי מעני המהפך בחררה.

ובתוספות מסכת גיטין דף ס ע"ב:

> מצודות חיות ועופות כו' – ולא דמי למרחיקין מצודות הדג מן הדג דפרק לא יחפור (ב"ב דף כא:) דהתם אומנתו בכך ומן הדין הוא שירחיק משם דא"ל קא פסקת לחיותיה אבל הכא דאין אומנתו בכך לא הוי גזל אלא מפני דרכי שלום.

ובתפארת יעקב הק' על התוס' שסברת קפסקת לחיותיה היא רק אליבא דר"ה בב"ב כא ע"ב אך לר"ה בדר"י שם שהלכה כמותו שם לא חיישינן ל'פסקת לחיותיה'.

ואולי י"ל שרק בתחרות על לקוחות סובר ר"ה בדר"י שאין סברת פסקת לחיותיה כי טובת הצבור שתהיה תחרות אך במצודת הדג גם הוא יודה שיש פסקת לחיותיה.

ולכן חילקו שכאשר אומנותו בכך יש פסקת לחיותיה. אך כאשר אין אומנותו בכך זהו רק גזל מפני דרכי שלום שהוא קל יותר מפסקת לחיותיה.

וא"כ בנ"ד שאומנותו בכך יש כאן פסקת לחיותיה.

ובחי' חתם סופר לגיטין (ס ע"ב) כתב בסיכום דבריו:

> והעיקר איכא כאן ד' מדריגות:
> א. בהפקר שא"א למצוא במקום אחר אפי' רשע לא הוה ומותר לכתחלה לר"ת.
> ב. במקח וממכר וא"נ הפקר שאפשר למצוא במקום אחר כמו דגים הוה נמי רשע אבל גזל לא הוה.
> ג. והיכי שהוא יגע להמציא ההפקר כגון לחי וקוקרי דשמעתין או מנקף בראש הזית הוה גזל מפני דרכי שלום.
> ד. אם אומנתו בכך ופסקי' לחיותיה הוה גזל גמור.

וא"כ בנ"ד שאומנותו בכך ופסקיה לחיותיה זהו גזל, ורק משום שאין גזל בבני אדם, מפני שאינם רכושו של אדם, אינו נחשב גזלן ממש, אך איסור יש בכך.

ובגדר האיסור נראה שמשיכת לקוחות מהאחר אסורה, אמנם לא מדין גזל, אלא מדין מזיק וכמש"כ רש"י. אמנם משיכת לקוחות אין בה מעשה גזלה בחפצא מסוים, אלא רק הצעה ללקוחות לעזוב את החברה, והם עוזבים מעצמם, גרם נזק יש כאן וגרמא בנזיקין אסור. ולדעת המאירי שהחילוק בין גרמא לגרמי הוא הכוונה להזיק (מאירי ב"ק נה ולדעתו זו גם דעת הרמב"ם) והרי ברור לכל שכל פְּרִישַׁת לקוח יש בה נזק, וא"כ זהו גרמי שחייב גם מדיני אדם. ואיסור נזק, כולל גרמא, מסתעף מאיסור גניבה. ר' טור חו"מ סי' שעח שכתב:

כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו... ואפילו לגרום נזק לממון חבירו אסור אלא יש צד גורם שחייב לשלם ויש צד גורם שפטור.

ואכן החת"ס (חו"מ סי' עט) כתב שהלוקח לקוחות נקרא גזלן. ואולי כוונתו כמו שכתבנו.

עכ"פ משיכת לקוחות מחברה לחברה חמורה יותר ממי שפותח עסק מתחרה על פתח המבוי.

ג. נורמת גזל הנובעת ממחילת הציבור

מיהו צ"ע בנ"ד שזאת היא הנורמה המקובלת בענפים מסוימים (ביטוח למשל), ואדעתא דהכי פותח אדם סוכנות ביטוח, מתוך ידיעה שיגזלו ממנו וממילא גם הוא יגזול אחרים. ומן הסתם אותה חברה, שממנה בא זה לגזול את מנוייה, גזלה גם היא מנויים מחברות אחרות, ואולי מנויים אלו גופא נגזלו על ידיה מאחרים, ומה לה כי תלין על הגוזלים ממנה? 'על דאטפך אטפוך' ואדעתא דהכי הוקמו חברה וסוכנות אלו. והרי זה כאילו מחלו אהדדי. דוגמא לכך מש"כ רש"י סוכה מה ע"א ד"ה מיד תינוקות שומטין את לולביהן –

הגדולים שומטין את לולבי הקטנים מידם בשביעי. ואוכלין אתרוגיהן – של תינוקות, ואין בדבר לא משום גזל, ולא משום דרכי שלום, שכך נהגו מחמת שמחה.

ובתוס' שם:

ויש ללמוד מכאן לאותן בחורים שרוכבים בסוסים לקראת חתן ונלחמים זה עם זה וקורעין בגדו של חבירו או מקלקל לו סוסו שהן פטורין שכך נהגו מחמת שמחת חתן.

ויש לחלק בין תופעה מקרית לבין תופעה קבועה. בתופעה מקרית איסורי גזל ומזיק לא נעקרו לגמרי ממקומם אלא במקרים חריגים, משא"כ בתופעה קבועה.

ועיין שו"ת אבקת רוכל (סי' טז ד"ה הא קמן) הסובר שישנה מחילה כוללת לגבי חלק ממתנות כהונה:

דחלב שעל גבי הקיבה אנן סהדי דמחלי בעין יפה כיון שהוא דבר מועט וניתן למחילה ...וכולהו כהני' **מחלי** כלו' **נהגו** בו עין יפה אבל למחול כל המתנות או רובם אין לנו.

ומצינו בהרבה מקומות שמנהג שהתפשט בציבור נחשב למחילת הציבור, כגון המנהג ליטול עשבים מבית הקברות שמותר מכיון שנהגו. עיין: שו"ת חת"ס (יו"ד סי' שכז), שו"ת מהרש"ם (ח"ג סימן רנט), שו"ת מהר"מ שיק (סי' שנח), שו"ת דעת כהן (סימן רז).

וכמו"כ למנהג אשכנז, הקרובים מוחלים על אבלות קרובי האבלים. וכן נהגו למחול לכהנים עמי הארץ לעלות ראשונים לתורה (שו"ת רדב"ז מכתב יד, או"ח ויו"ד ח"ח, סי' כד ד"ה ונ"ל דמהאי). ויש מקומות שנהגו כשיש מילה בשני או בחמישי שאין הכהן עולה לס"ת, כי הכהנים מן הסתם מחלו על כבודם (שו"ת יביע אומר ח"ו או"ח סימן כג). וכן נהגו שמניחים נערים כשהם אבלים על או"א להתפלל כל ימי החול בשנת אבלם, אע"פ שלא הגיעו לי"ח שנה ואין להם זקן, וטעמא דמילתא שהציבור מוחלים ע"ז (שו"ת שיבת ציון סי' יח ד"ה ראשון נאמר). וכן נהגו שהרב מוחל על כבודו להיות סנדק (שו"ת חתם סופר ח"א סי' קנט). וכן המנהג להעלות בשבת חתן קרואים רבים לתורה על אף שיש לפקפק על ההיתר לעשות טירחא דצבורא גדולה, אך כבר נהגו כן ומוחלין ע"ז (שו"ת אגרות משה או"ח ח"א סימן לד).

ובעיקר מקובלת גישה זו בדיני ממונות שבהם מועילה מחילה מכללא.

בשו"ת רדב"ז (ח"ד סי' קלו) **כתב:**

כבר **נהגו למחול** כל הונאה וכל מום בלשון הזה והמנהג מבטל הלכה, ואפי' מנהג החמרין והספנין וכל שכן מנהג סוחרים וכל הנושא והנותן על מנהג המדינה הוא סומך.

(אמנם שם לא מדובר בהיתר הונאה גורף לכתחילה אלא בהונאה מקרית).

ובשו"ת דרכי נועם (חו"מ סי' מח):

ואם כן יתד היא שלא תמוט ועיקר גדול בדיני ממונות **שניתן למחילה הכל כמנהג המדינה**... ברור הוא שכל הנושא ונותן עמהם וביניה' אדעת' דמנהגם קא עביד.

ובשו"ת שתי הלחם (סי' כז):

נהגו באותה העיר שלא ליטול שום מס מהאורחים בימי היריד... כיון שנהגו מעולם ומשני' קדמוניו' שלא להכביד על האורחים בימי היריד כשאר ימות השנה שפורעים איזה מס האורחי' ממה שקוני' ומוכרי' **ודאי מחלי בני העיר** לאורחי' וכבר החזיקו הסוחרים שאינן מאותה העיר ושוב אינן יכולין לשנות בני העיר לתקן ולהעמיס עליהם.

ובשו"ת משפטים ישרים (ח"ב סי' קכד) **כתב:**

הכלים והסבלונות שנתן האב לבנו **כמנהג** העולם **ודאי מחל בהם** והם של בן לבד.

ובשו"ת מר ואהלות (חו"מ סי' ו) **באר:**

מנהג זה שלא ליקח מהבחורים מס אינו על פי הדין אלא **שנהגו למחול להם**.

ובשו"ת רב פעלים (ח"ד אה"ע סי' ח) **השיב:**

כיון דהיא יודעת מנהג העיר שלהם שאין נוהגים בחשבון זה של עישור נכסי... ודאי אזלא בתר **מנהג** העיר **למחול** היתרון שעולה להבת מצד עישור נכסי.

ובשו"ת ציץ אליעזר (ח"ב סי' כב) **קבע:**

מסים תלי טפי במנהג ואיזה מנהג שהוא ובלבד שיהא קבוע, **עוקר המנהג את ההלכה**, משום דמעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה ומקני למיזל בתר מנהג דידהו, (תה"ד ח"א סי' שמב, ועיין מרדכי פ"ק דב"ב סי' תעה ושו"ת מבי"ט ח"א סי' עז וח"ב סי' ר, ושו"ת מהרשד"ם חחו"מ סי' שסב, שצח, תה).

אולם אין מכל אלו ראיה לעקירה מוחלטת של כל דיני אונאה ולהתיר לכתחילה לכולם לגנוב זה מזה. הרי דבר זה הוא הרס כל יסודות החברה. על שלושה דברים העולם עומד: על האמת על הדין ועל השלום, ופה יש שקר, אי-צדק ועימותים בלתי פוסקים בין אדם לחברו. ומצינו במדרש בראשית רבה (פרשה לא):

[קץ כל בשר בא לפני] כי מלאה הארץ חמס, אי זה הוא חמס ואי זה הוא גזל, אמר ר' חנינא חמס שוה פרוטה גזל פחות משווה **פרוטה**, וכך היו אנשי דור המבול עושים היה אחד מהם מוציא קופתו מליאה תורמוסין, בא זה ונוטל פחות משווה פרוטה ובא כל אחד ואחד נוטל פחות משווה פרוטה שלא יהא יכול להוציא ממנו בדין, אמר הקב"ה אתם עשיתם שלא כשורה אף אני אעשה עמכם שלא כשורה הה"ד הלא נסע יתרם.

אח"כ מצאתי בשו"ת חוו"י (סי' קסג) **שהביא ראיה זו ודחאה שאולי שם הם לא מחלו, ורק מכוח ההרגל שכולם נהגו כך שתקו ולא צעקו, כפי שמצינו בסדום. והנביא צווח ואומר:** "כספך היה לסיגים

סבאך מהול במים". אע"פ שכולם היו מרמים את כולם אעפ"כ הנביא אינו מצדיק נוהג זה.

בשו"ת חוות יאיר (הנ"ל) דן בנושא דומה:

> שאלה נסכימה יחד להתיר בינינו השגת גבול באיזה אופן שיהיה ונמחל זה לזה הפסד ממון שגרם לו חבירו ובזה ינוח דין שלמטה וישקוט דין שלמעלה...
>
> בלי ספק ע"י שיעשה לכם היתר[2] תגדל המהומה והמריבה והמגערת והחילול השם כמה כפלי כפלים מאשר היה בראשונה עד כי ימלאו בתיכם חמס. ואם תעשו תקנה או קלקלה זו לזמן בלי ספק יעבור זמן המוגבל וישאר ההרגל ויעשה טבע קיים בלי תרופה. גם פן ילמדו מכם גם במקומות אחרים ובעלי משא ומתן דילפינן ממקלקלת' והייתם חוטאים ומחטיאים, ומי יתנני קצין עם פרנס ומנהיג הייתי מעניש לבני חבורה על מחשבה רעה כזו כפי יכולתם והנשארים ישמעו ויראו...
>
> לענין דין תורה אינו מספיק כלל ולא ינוקו בתיקון כזה אפילו בדיני אדם, וכן כל המוחלים זה לזה לעשות מעשה שאסרה תורה כגון גניבה ואונאה והשגת גבול דמלבד דלא ינקה מדין שמים כל עושה אלה מצד שהוא נגד ישוב העולם והנהגתו.

ולמרות שראינו שמועילה מחילה ציבורית גם על גזילה מקרית, וה"ה על איסור הונאה מקרית, כוונתו כנראה לחלק בין מחילה נקודתית לבין עקירת עצם האיסור. וכעין זה ר' בב"מ (נא ע"א), שאדם יכול למחול על הונאתו הפרטית, אולם לא על עצם דין אונאה. וה"ה לענין מחילה על עצם דיני השגת גבול, אין אדם ולא החברה יכולים לעקור ממקומם את עצם דיני השגת גבול. ואע"פ שאדם יכול למחול אישית על השגת גבול פרטית של מי שהשיג את גבולו, אולם לא תיתכן עקירה מוחלטת של עצם הדין של השגת גבול[3].

עיי"ש שהוסיף נימוק נוסף שמחילה לא מועילה על דבר שלא בא לעולם ואין לו קצבה כגון דא, וסוף דבריו הוא:

> לכן בסודם אל תבא נפשי כי לא ינקו מזה לא בד"א כ"ש בד"ש והשומע ישמע והחדל יחדל.

מסקנה

למעשה קשה מאוד להתיר את העיסוק במסחר זה. יש בו כמה איסורים, כגון מזיק, עני מהפך בחררה ומעל לכל – השחתת המידות. מיהו עד שאנשים ימצאו פרנסה אחרת נראה שיכולים להישאר זמן מה בעיסוקם, כהוראת שעה. מכיון שהעוסקים במסחר זה כבר שונים בחטאם והראשונים יודעים שכשם שהם השיגו את גבולם של אחרים כך גם אחרים ישיגו את גבולם. המשיג עתה את גבולם אינו עובר עבירה חמורה כמו הראשונים ולכן כהוראת שעה עד שימצאו פרנסה אחרת יכולים בשעה"ד לסמוך על כך, אולם רק באופן זמני, ועליהם למצוא פרנסה כשרה יותר. והמכלכל חיים בחסד ימציא להם

2. היינו, עפ"י דברי רב הונא: 'כיון שעבר עבירה ושנה בה – הותרה לו' (יומא פו ע"ב).
3. **הערת עורך**: אין כאן מחילה על כל השגת גבול, אלא רק על נושא 'גניבת' הלקוחות.

פרנסתם בהיתר לכתחילה ולא בדיעבד, בכבוד ולא בבזיון, מידו הפתוחה והרחבה.

נספח

אדם לומד שמאות רכב. לדבריו יש חברות ביטוח הדורשות מהשמאים אותם הם מעסיקים, לכלול בשמאות פרטים נוספים שלא ניזוקו כדי להגדיל את גובה השמאות.

הצעתי לו לחפש עבודה רק במקום בו יוכל לעבוד ביושר.

סימן מה

זכויות עובדים – (דינא דמלכותא דינא)

(דמוקרטיה או דיקטטורה)

נושא הדיון

מורה המלמד ברשת חינוכית פרטית לא סיכם מראש את תנאי עבודתו. היו דיבורים אך לכלל סיכום לא הגיעו. עברו כמה שנים והמורה פרש מתפקידו. הוא דורש לשלם לו את כל המגיע לו כפי שנהוג ברשתות חינוכיות רשמיות. ההנהלה טוענת שהעובדים ברשת הפרטית יודעים שתנאי העסקתם שונים משל הרשתות הרשמיות של המדינה, ובכך שהעובד הסכים לעבוד ברשת זו ויתר על זכויותיו. מה גם שהוא עבד כמה שנים ולא דרש את המגיע לו, לדעתו, משמע שמחל. המורה טוען שלפי החוק אין אפשרות לעובד למחול על זכויותיו, זהו "חוק מגן".

כבוד הדיין ב סבור שדינא דמלכותא דינא והחוק מחייב גם רשת פרטית לשלם למורה את כל המגיע לו, ומחילתו – גם אם נניח שהיתה – בטלה ומבוטלת.

כבוד הדיין א חולק ומאריך להוכיח שבארץ ישראל לא חל דינא דמלכותא (ר' פד"ר מאגר מקוון פס"ד רלה).

אמנם עסקנו בנושא זה של דינא דמלכותא דינא באהלה של תורה ח"ד סי' טז, אך מכיון שכבוד הדיין א העלה טענות חדשות, שלדעתי אינן מבוססות, לכן אמרתי אקום ואשנה פרק זה שנית, כדי להעמיד את הדין על תילו.

שתי הנחות קדומות התלויות זו בזו מניח כבוד הדיין א:

א. דינא דמלכותא הוא רק במלך כוחני (=דיקטטור) הרואה את עצמו 'אדוני הארץ'. דמוקרטיה אינה מלכות.

ב. בא"י אין דינא דמלכותא כי מלך ישראל אינו יכול לראות את עצמו 'אדוני הארץ'.

על בסיס שתי הנחות אלו הוא מפרש את דברי הראשונים, מקשה ומתרץ ובונה עליהן בניין הלכתי. אך בהעדר יסוד נופל הבניין. לדעתנו דינא דמלכותא תקף גם במלכי חסד שאינם רואים את עצמם 'אדוני הארץ' וממילא גם בא"י חל דינא דמלכותא .

[אנו נצטט קטעים מפסק דינו של כבוד הדיין א באות **א** (=פונט שונה) ואת הערותינו בפונט הרגיל.]

א. שיטת הרשב"ם

דיין א – בדברי אני רוצה קודם כל, להטיל ספק, אם המבנה של חוקי הכנסת נכללים במה שנאמר "דינא דמלכותא דינא". משתי סיבות: האחת היא כללית, האם המבנה של המשטר הדמוקרטי עליו נאמר בכלל "דינא דמלכותא דינא". וספק זה יהיה כיום בכל הארצות בהם שורר משטר דמוקרטי.

והשניה, האם בשו"ע נפסק בכלל על ארץ ישראל.

הספק הראשון, האם על משטר דמוקרטי נאמר דינא דמלכותא דינא.

הרשב"ם (ב"ב נה ב ד"ה) אומר:

"כי כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים שרגילים להנהיג במלכותם, דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו."

לדעתי, לשונו ודבריו מדברים בעד עצמם, שזהו במלכות ששלטת שלטון גמור, שהוא בלשוננו דיקטטורה, כשלטונם של המלכים בימי קדם, שעליהם יכול הרשב"ם לומר בביטחה: "שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו".

תגובה – הרשב"ם לא הזכיר כלל את צורת המשטר. נכון שבימיו לא הכירו צורת משטר אחרת, חוץ מדיקטטורה, ובני המלכות קבלו אותה עליהם, מחוסר ברירה. כי בכ"ז עדיף שלטון גרוע מאנרכיה ואלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו. ומכיון שזו היתה האלטרנטיבה היחידה הידועה בעולם, ובני המלכות לא העלו כלל על דעתם שיש משטר אחר, סברו וקבלו את המשטר הקיים. אולם אין ספק שאם היתה בידם הברירה לקבל על עצמם צורת שלטון אחרת, דמוקרטית יותר, היו מעדיפים אותה. הרשב"ם רק מסביר מהו מקור הסמכות של השלטון. כי לפי דברי הר"ן בנדרים (כח ע"א) משמע שמקור הסמכות של השלטון הוא הכוח. לרשב"ם קשה לקבל זאת. האם בגלל שלמלך יש יותר כוח הוא גם מקור סמכות? האמנם כל דאלים גבר? לכן סובר הרשב"ם שמקור הסמכות הוא רצון העם.

הר"ן בנדרים כח מביא את שיטת התוס' שבא"י אין למלך סמכות לגרש מן הארץ וע"כ הם מודים לסברת הרשב"ם (שהיא גם דעת הרמב"ם) שלפחות בא"י מקור הסמכות הוא העם. ר' להלן.

ב. הסכמת רוב הציבור ככולו

דיין א – דברי הרשב"ם **ברורים** (ההדגשה שלי) "שכל בני המלכות מקבלים עליהם" וכו', הרי במדינות הדמוקרטיות אין מצב אבסולוטי כזה, אלא הקובע בהן הן "רוב ומיעוט", באותו גרעין של החברים המחוקקים. ועוד חולשות נוספות הקשורות לשינוי רצון העם, כגון שינוי

דעת רצון העם, בין מועדי בחירה של הגוף הנבחר, בין מספר השנים של מועדי הבחירה מעת בחירה עד מועד הבחירה הבא אחריו. ועוד שינויים רבים בין מלוכה לדמוקרטיה.

תגובה – הנחותיו של דיין א היא שהרשב"ם מכיר רק **בכל בני המלכות.** לדעתו ביטוי זה כולל שתי הנחות: א. רק כל ולא רוב. ב. רק מלכות ולא דמוקרטיה. (להנחות אלו הוא טוען שדברי הרשב"ם 'ברורים').

אלו הנחות שרירותיות. א) 'כל' הוא גם רוב. שהרי רובו ככולו והתורה אמרה "אחרי רבים להטות" לא רק בבי"ד, אלא גם באיסור והיתר וגם בחיי הציבור, כמבואר בפוסקים לרוב. האם בימי הרשב"ם לא היו כאלו שצורת המשטר לא היתה נוחה להם? האם היהודים הסכימו לדיקטטור עריץ שיקפח אותם, גם אם הכיר במידה מסוימת בזכויותיהם? רוב הציבור נאלץ להכיר דה-פאקטו בשלטון והמתנגדים לא העזו להרים ראש. אך לא כולם הסכימו.

ב) כאמור "המלכות" היתה עובדה נתונה. בימי הרשב"ם לא היה משטר דמוקרטי בעולם, לכן הרשב"ם הזכיר "מלכות" אולם לאו דוקא. מה גם שמלכות יכולה להיות גם דמוקרטית, כפי שיתבאר להלן.

ג. שיטת הרמב"ם

דיין א – כך נראה **ברור** (ההדגשה שלי) גם ההבדל מתוך הסברו של הרמב"ם, בהלכות גזילה (פ"ה הי"ז והי"ח) הכותב:

"וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין, במה דברים אמורים, במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים".

נראה בסיום טעמו של הרמב"ם, שעיקר כח המלכות הוא מטעם שהוא שליט גמור, עד כדי שהוא אדוניהם והם לו עבדים, שזהו המבנה המלוכני, שתופס גם את תושביו בתפיסה מוחלטת, מתוך אותה הסכמה ראשונית שהמליכוהו בשלטון ללא מצרים, וללא הגבלת זמן. ולכן הוא יותר לא שואל את רצון העם, ואינו עומד לבחירתם מזמן לזמן. אלא שהוא נהיה 'אדוני הארץ'.

תגובה – זו היתה הסכמת העם בימיו. אילו היתה אלטרנטיבה אחרת היו מעדיפים אותה. בימינו הסכמת העם אינה מוכנה לתת לדיקטטור לשלוט בו. והצדק אתו. ולכן הסכמת העם למשטר אחר מיפה את כוחו של אותו משטר.

זו היתה סיבת התנגדותו של שמואל למלך. כי עמי הארץ שלא כהוגן שאלו, כשרצו מלך כוחני וחזק, שתפקידו העיקרי יהיה ללחום את מלחמותיהם (ר' פי' הר"ח לסנהדרין כ, ב). לכן הזהירם שמואל שמלך כזה עלול להיות כוחני גם כלפי פנים. "וזעקתם מפני מלככם". ורחבעם ששמע בעצת הילדים שיעצו לו (מל"א יב, יא) "ועתה אבי העמיס עליכם על כבד ואני אוסיף על עלכם אבי יסר אתכם בשוטים ואני איסר אתכם בעקרבים" – **המיט** עלינו אסון.

ד. לפי הרמב"ם רצון העם קובע

דיין א – גם הרמב"ם יכול היה לומר כהר"ן: "מפני שהארץ שלו ויכול לומר אם לא תעשה מצוותי אגרש אתכם מן הארץ". ויתרה מכך להרמב"ם, שלא רק שיכול לגרש, אלא אף "שהם לו לעבדים". וזהו יסוד 'דינא דמלכותא דינא' להרמב"ם, שבכל דבר שכך דרך המלכים, יש על כל אחד להשמע לו, משום שהוא נחשב כעבד לאדונו המלך. וזאת אף שהרצון הובע ע"י העם לפני דורות רבים.

וכך נראה להסביר ברמב"ם מצד עצם הסברא, כי האם יכול הרמב"ם לומר שבכל דור ודור מכריזים העמים למלכיהם שהעם למלכיהם לעבדים? אלא משום שמאחר ודרך העמים היה בתחלתן כך, הרי זה נמשך כדרך המלכים בירושה מדור לדור כאדוני הארץ.

תגובה – דבריו תמוהים. אין ספק שהר"ן חולק על הרמב"ם. ולד' הרמב"ם בכל העולם רצון העם הוא הקובע, אלא שבימיו לא היתה בפני העם אלטרנטיבה אחרת, וכמש"כ בד' הרשב"ם. הסכמת העם מתחדשת בכל פעם מחדש. הכרת העם במטבע היא ההסכמה המתחדשת. כי בטחון כלכלי הוא הדבר החשוב ביותר בעיני הציבור. וכשאין בטחון כזה והעם מעדיף מטבע אחר הוא מצביע בכך ברגליו נגד השלטון והשלטון מאבד את סמכותו. במצב כזה העם עשוי להתקומם נגד השלטון ולהפיל אותו. (לכן כשפרעה חלם שאין חריש (פרות צנומות) ואין קציר (שבלים שדופות) נפעמה רוחו. הוא חשש שכסאו מתמוטט. יוסף הציל את כסאו. לכן הוא מונה למשנה למלך.)

מקור סברת הרמב"ם, שההכרה במטבע היא המעניקה למלך את סמכותו, הוא כפי שציין הגר"א (חו"מ סי' שסט ס"ק ט): "כמ"ש בפ"ק דמגילה עדיין לא יצא כו' ". יעוי"ש שאביגיל טוענת לדוד שאינו רשאי לדון את נבל כמורד במלכות כי 'עוד לא יצא טבעך בעולם'. כלומר טרם הנפקת מטבעות וא"כ עוד לא זכית בהכרת העם ואינך מלך. (למרות שדוד נמשח בשמן המשחה ע"י שמואל לא היה די בכך. יש צורך בהסכמת העם, ר' אבני נזר יו"ד סי' שיב) דוד משבח אותה על כך ואומר (שמ"א כה, לב): "וברוך טעמך וברוכה את אשר כלתני היום הזה מבוא בדמים והשע ידי לי". (מעניין שהמילה "מוניטין" היא גם מטבע וגם הכרה ציבורית רחבה).

ה. סמכות המלך אינה אבסולוטית

דיין א – כן כתב הראב"ד (מובא בספר התרומות שער מו חלק ד אות טו) בפירוש הגמ' ב"מ עג, ב והובא שם בשטמ"ק. וז"ל:

"כי יש לו למלך רשות למכור אותם לעבדים עד שיפרע מהם [את המס] שכן הוא המשפט של מלכים שקבלו אותם מן המלכים הראשונים".

הרי מפורש שהנהגה זו של להיות עבדים למלך מקורה בדורות קדומים, וממנה נמשכה לדורות, וכנראה שמגמ' זו שאב הרמב"ם בכלל את מקורו, שהעם נהיו "עבדים למלך". וראה רש"י שם ב"מ עג, ב ד"ה בטפסא שכתב: "והרי כולם עבדים לו, דדינא דמלכותא דינא".

ומנהג זה מימות יוסף ופרעה (בראשית מז, יט-כד), כאמור: "ונהיה אנחנו ואדמתנו עבדים לפרעה וכו', ויקן יוסף את כל אדמות מצרים לפרעה וכו' ותהי הארץ לפרעה וכו', ויאמר

יוסף אל העם, הן קניתי אתכם היום ואת אדמתכם לפרעה וכו', וישם אותה יוסף לחוק עד היום הזה" וכו'.

תגובה – הרמב"ם מסייג את סמכות המלך למכור את נתיניו לעבדים ואומר בהל' עבדים פ"א הל' ח:

> מלך שגזר שכל מי שלא יתן המס הקצוב על כל איש ואיש ישתעבד לזה שנתן המס על ידו הרי זה מותר להשתמש בו יותר מדאי **אבל לא כעבד** ואם אינו נוהג כשורה מותר להשתמש בו כעבד.

(ור' שם השגת הראב"ד ונמו"י יבמות לדף מו א ואכמ"ל).

ובאשר ליוסף הצדיק, היא הנותנת. דווקא פרשה זו מלמדת אותנו שהתורה שוללת את קניין העבדות. וז"ל הרמב"ן שם פסוק יט:

> קנה אתנו ואת אדמתנו – הם אמרו לו שיקנה אותם לעבדים עושי מלאכת המלך כרצונו, והוא לא רצה רק לקנות את האדמה, והתנה עמהם שיעבדו אותה לעולם ויהיו בה אריסי בתי אבות לפרעה, ואחרי כן אמר להם הן קניתי אתכם היום ואת אדמתכם לפרעה, לא לעבדים כאשר אמרתם לי, רק עם האדמה תהיו לו.
>
> ולכך אמרו לו נמצא חן בעיני אדוני, שהקלת עלינו ליטול ארבע הידות שנוכל לחיות בהם, והיינו עבדים לפרעה, כאשר נדרנו שנעבוד את האדמה לרצונו.

המצרים אכן קבלו עליהם להיות עבדים מוחלטים לפרעה. אך יוסף, כמי שאמון על תורת ישראל ש'עבדי הם ולא עבדים לעבדים' לא הסכים לכך. (אמנם פסוק זה נאמר לישראל שאוזנם שמעה על הר סיני "אנכי ה' אלקיך אשר הוצאתיך מארץ מצרים מבית עבדים" אולם גם בכל העולם העבדות אינה ראויה. רק חם קולל בעבדות [ומצרים הוא בנו של חם] אך יפת לא קולל. הוא נשאר בן חורין. וגם את מעמד העבד הכנעני התורה הרימה בדיני שן ועין ויום או יומיים. ור' רמב"ם סוף הלכות עבדים[1]).

כוונת הרמב"ם באומרו "שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים" אינה שסמכות המלך לשעבד את כל נתיניו לעבדים גמורים. הציבור אולי הסכים להיות אפילו עבדים למלך, אולם מלך טוב לא ישתמש בסמכות זו. ולכתחילה לא ראוי שהציבור ירד לשפל מדרגה כזה. ובישראל אין לכך כל תוקף, כי אין בסמכותו של ישראלי להשתעבד לאחר.

ונלענ"ד שעל סמך הנחה בסיסית זו הוסיף הרמב"ם בהלכות מלכים פרק ד תנאים שאינם בפרשת המלך בספר שמואל. בספר שמואל לא הוזכרו דמים שעל המלך לשלם עבור הפקעת הבהמות, השדות ושעבוד בעלי המלאכה. הרמב"ם הוסיף תשלום שכר:

> וכן לוקח מן בעלי האומניות כל מה שהוא צריך ועושין לו מלאכתו **ונותן שכרן**,
>
> ולוקח כל הבהמות והעבדים והשפחות למלאכתו **ונותן שכרן או דמיהן**.
>
> ולוקח השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה ויפשטו על מקומות אלו אם אין להם מה יאכלו אלא משם, **ונותן דמיהן...**

1. **הערת עורך** (י.א.): עי' אגרות ראיה ח"א אגרות פט, צ.

(ואכן כב' הדיין א התקשה, לשיטתו, על סמך מה הוסיף הרמב"ם תנאים אלו?!)

ו. בארץ ישראל למלכי ישראל יש דינא דמלכותא

דיין א – כיצד יש סייגים והלכות רבות האמורות בהלכות שם ברמב"ם וחלקן הבאנו מקודם, כגון שהמלך ישלם שכר הפועלים והעבדים שלקח, הרי "בדינא דמלכותא דינא" אין כלל הלכות כאלה, ואדרבה כפתיחת כל דברינו שכתב הרמב"ם בהלכות גזילה שכל דינא דמלכותא דינא הוא משום שכולם קיבלו על עצמם להיות לו לעבדים? וכהנה שאלות רבות על כמה וכמה הלכות, ושם בהלכות גזילה בהלכות "דינא דמלכותא" לא כתב כלל את כל מגבלות מלך ישראל.

תגובה – הנחתו הקדומה היא שבא"י אין דינא דמלכותא ולכן התקשה בכך ומסקנתו שדברי הרמב"ם אמורים במלך ישראל בחו"ל. והדברים דחוקים, מלך ישראל בחו"ל מאן דכר שמיה? מה גם שבחו"ל אין למלך ישראל סמכות, כמבואר בתוספתא סנהדרין פרק ד הלכה י: "אין מעמידין מלך בחוצה לארץ".

אלא ע"כ כמו שאמרנו. גם בא"י יש דינא דמלכותא, אם כי בסגנון שונה. מכיון שהמלך אינו אדוני הארץ ומקור סמכותו הוא רצון העם הוא לא רשאי לעשות ככל העולה על רוחו. וגם אם העם היה מוכן להיות לו לעבדים, בישראל אין לכך תוקף חוקי. נמצא שאמנם הבסיס של דינא דמלכותא דינא, שהוא הסכמת העם, משותף לישראל ולאוה"ע, אולם ההשלכות משתנות. באוה"ע יש למלך סמכות עקרונית לשעבד את נתיניו שעבוד גמור, בישראל אין לו סמכות כזו.

שמואל השמיט בכוונה את התנאים המגבילים, משום שרצה לאיים עליהם, שהמלך לאחר שיתמנה ירשה לעצמו לחרוג מסמכותו (גם מ"ד כל האמור בפרשת המלך מלך מותר בו מסכים שהדברים כללו איום)

ולענ"ד הרמב"ם למד את החיוב לשלם שכר מפסוק בירמיהו (כב, יג): "הוי בנה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט ברעהו יעבד **חנם** ופעלו לא יתן לו".

ז. ירושת המלכות ברצון העם

דיין א – וענין "ירושת המלכים", נראה עד היום באותן ארצות שעדיין מולך בהן מלך, או אפילו בארצות שהמלך הורדו סמכויותיו, אבל השאירו את מסורת ירושת המלכים (כגון אנגליה ואחרות). וכך גם בזמן המשנה והגמרא, שמלכות עברה בירושה כמובא במסכת עבודה זרה י, א... וראה על ירושה במלכי ישראל ברמב"ם הלכות מלכים פ"א ה"ז. ושם הלכה ט, ושם בראב"ד. ושם הלכה יב.

תגובה – הראיה ממלכי אנגליה הפוכה. הוא עצמו מודה שהם רוקנו את המלכות – בצדק – מכל סמכויותיה. וא"כ אין לירושה שום משמעות. ובכלל, מה הראיה ממנהגי הגויים לתורתנו הקדושה? גם בישראל ללא הסכמת העם אין ירושה. העם חייב להעדיף את היורש כמלך, אולם הדבר תלוי ברצונו. אם ימנה מישהו אחר היורש לא יוכל למלוך בעל כורחו של העם.

וכ"כ בשו"ת **אבני נזר** (יו"ד סי' שיב, יד):

> וע"כ במלך בן מלך כשמחלוקת בישראל ולא רצו להמליכו בשעה שמת אביו. הגם שמחויבין להמליכו. מ"מ כל זמן שלא קבלוהו אין דין מלך עליו. דלא עדיף משנמשח עפ"י ה' ע"י שמואל. מ"מ כל זמן שלא קבלוהו ישראל. אין דין מלך עליו.

ולענ"ד כך משמע גם מר"ה ב ע"ב שהירושה לבד לא עושה את היורש למלך אלא יש צורך גם במינוי יעוש"ה.

ח. השינוי ממשטר מלוכני לדמוקרטי הוא ראוי

דיין א – ובירושת מלכים לדורות, הרי בודאי לא הובע רצון העם במפורש בכל דור ודור, אלא מאחר שהובע רצון העם בתחילתה, ונהיה "אדון הארץ", שוב כך נשאר בירושה להמשך בניו לאדונות. ולכן מה שכתב הרמב"ם מצד הרצון, ביאר זאת, רק בתחילת התהוותו של הראשון שבהם, אבל לאחריו, הארץ כבר בבעלות המלך השולט, ושלטונו הוא כדברי הר"ן, משום ששלו הארץ, בחיזוק יותר בדברי הרמב"ם, שהוא האדון, והאזרחים הם לו לעבדיו.

וברור הוא, שאחרי תחילת שלטון המלך, אין הוא שואל את רצון העם, אם הם רוצים את שלטונו, שבכך החילוק הגדול בין שלטון מלוכני לשלטון הדמוקרטי, ששלטון מלוכני אחרי שכבר נתמנה אינו עומד לבחירת העם מדי פעם מחדש, ולכן מלכותו הוא כבר כאדנות, להבדיל משלטון דמוקרטי, העומד בבחירה מפעם לפעם, שלכל הפחות באותן מועדי בחירה, רצון העם הוא הקובע את נבחריו.

תגובה – כבר מילתנו אמורה, ההסכמה מתחדשת בכל פעם מחדש. ולדבריו, כל המשטרים הדמוקרטיים באירופה כיום אינם חוקיים! ולא כדין עשו אזרחי צרפת כשהסירו את המלך מכסאו (אמנם עריפת ראשו בודאי לא היתה ראויה עפ"י התורה, ואכן התקיים בהם "על דאטפך אטפוך וסוף מטייפיך יטופון") אולם עצם הפקעת השלטון המלוכני האבסולוטי וההכרזה על חרות שוויון ואחווה היתה ברוח תורתנו הקדושה, ששימשה להם מקור השראה.

לדבריו, שהתורה מכירה רק בדיקטטורה העוברת בירושה ללא הפסקה מדור לדור, המהפכה הצרפתית לא היתה חוקית ומנוגדת כביכול לתורה. והמשטר הדמוקרטי הנהוג היום בצרפת, ובכל המדינות החופשיות בעולם, הוא חסר תוקף. וא"כ **אין דינא דמלכותא דינא נוהג בכל העולם** ומותר ליהודים לגנוב את המכס ולהתחמק מלשלם מסים... ישתקע הדבר ולא ייאמר.

וכן בארץ ישראל מאחר וגם הר"ן מודה לרשב"ם ולרמב"ם שבא"י הציבור הוא מקור הסמכות לשלטון, דינא דמלכותא דינא נוהג גם בארץ ומי שאינו משלם מסים הוא גנב. ובפרט כשהוא נהנה משירותי המדינה. ולכן, יש לחוקי המדינה תוקף כשהם לטובת הציבור, במקום שאינם נוגדים את ההלכה.

ט. פרשת המלך הוא דינא דמלכותא

דיין א – עוד בהסבר דעת הרמב"ם בפרק ד' מהל' מלכים ה"א וזה לשונו: "רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור"...
על הלכה זו ברמב"ם כתב הרדב"ז:

"מש"כ הרמב"ם רשות יש למלך וכו', פרק כהן גדול (סנהדרין כ, ב) פלוגתא דתנאי ואמוראי, ופסק כרבי יוסי ושמואל, שאמרו 'כל האמור בפרשת המלך – מלך מותר בו'. ואמרו בכמה מקומות 'דינא דמלכותא דינא', ואפילו מלכי הגוים אמרינן בהו 'דינא דמלכותא דינא'", עכ"ד.

ויש להבין, מהו שהכניס הרדב"ז כאן את הכלל שבש"ס "דינא דמלכותא דינא", הרי בוודאי הרמב"ם בהלכה זו כתב מפורש, שכל מקורו מצד "שכל האמור בפרשת מלך, מלך מותר (ברמב"ם: זוכה) בו"... והיא קושיה עצומה, ובאמת שזוהי קושית הרשב"א בנדרים (כח, א) שהבאנו לעיל, ובהכרח שכאן הרמב"ם לא נכנס כלל ל"דינא דמלכותא דינא".
ועוד, אם כן כיצד יש סייגים והלכות רבות האמורות בהלכות שם ברמב"ם וחלקן הבאנו מקודם, כגון שהמלך ישלם שכר הפועלים והעבדים שלקח, הרי "בדינא דמלכותא דינא" אין כלל הלכות כאלה?

תגובה – הרדב"ז אינו יחיד בהגדרת דינא דמלכותא דינא כפרשת המלך קדמו לו הרשב"א והריטב"א על הרי"ף (נדרים כח ע"א וביבמות מו ע"א).

ובאשר להבדלים בין פרשת המלך לדד"מ צריך לעיין היטב בפרשת המלך. לשיטת המזהים את דינא דמלכותא עם פרשת המלך, יש להקשות על רב, הסובר כל האמור בפרשת המלך מלך אסור בו, א"כ בטל דינא דמלכותא דינא, והרי הלכה זו מוסכמת על הכל כפי שהוכיח רבא בב"ק קיג ע"ב "תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלייהו".

אולם באמת רב לא אמר שכל האמור בפרשת המלך מלך **אסור** בו. הוא רק אמר שלא בא שמואל הנביא אלא לאיים עליהם. כלומר שפרשת המלך הוצגה בכוונה בצורה קיצונית ע"י שמואל הנביא ע"מ ליראם. אולם כולם מודים שלמלך יש סמכות למלוך. שהרי לא יתכן שלמלך אין סמכות לגייס אנשים לצבא ולגבות מסים ולפרוץ דרכים. שא"כ במה הוא מלך? האם הוא רק בובה כמלכת אנגליה? (שאול גייס חיילים בעל כורחם וכן שלמה הטיל מסים כבדים וכן יתר המלכים). וגם מעצם האיום מוכח שיש לו סמכות שאל"כ מדוע יש לחשוש בכלל מעצם האיום? המחלוקת ביניהם היא על המילה 'כל' האם **כל** האמור בפרשת המלך מלך מותר בו, או שרק חלק מהדברים הם בסמכותו, אך לא כולם.

(אמנם הנמו"י על הרי"ף [נדרים כח] כתב שהאמור בפרשת המלך מלך **אסור** בו וצ"ל שכוונתו לומר שאותם דברים שתלטניים וכוחניים בפרשת מלך הם שאסורים, אך הדברים ההכרחיים לצורך המלוכה והציבור מותרים.)

כששמואל הנביא אמר לעם את פרשת המלך הוא הסתמך על נוהל קיים שלדעתו התורה הכירה בו. לדעת הרשב"א, הריטב"א והרדב"ז פרשה זו זהה לדינא דמלכותא דינא הכלל-אנושי. ולדעתם צ"ל שפרשת המלך אינה דין מיוחד לישראל, היא דינא דמלכותא שהיה נוהג בכל העולם. זה היה הנוהג בחצרות המלכים כולם עוד לפני מלוך מלך בישראל. וגם

התורה הכירה בו במידה מסוימת, אלא שהגבילה אותו. יסוד הדברים נמצא ברש"י גיטין ט ע"ב על המשנה ששטרות העולים בערכאות של גויים שחותמיהן גויים כשרין. מפרש רש"י:

> דדינא דמלכותא דינא ואף על פי שהנותן והמקבל ישראלים הם. חוץ מגיטי נשים – דלאו בני כריתות נינהו הואיל ולא שייכי בתורת גיטין וקידושין, אבל על הדינין נצטוו בני נח.

התורה ציוותה את בני נח במצות דינים, דהיינו סדרי חברה מתוקנים. משימה זו הוטלה על המנהיגות שהיא המלכות, ולכן יש להתפלל לשלומה, כי שלום הצבור מותנה בשלום המלכות. ומשום כך הכרח היה לתת למלכות סמכויות הן כלפי עצמה והן כלפי האזרחים. אלא שהמלכים נטלו לעצמם, על דעת עצמם, זכויות מרובות, ולא כולם דאגו לאזרחים. אולם זה היה הנוהג המקובל והציבור הסכים בדיעבד לכך, כי עדיפה מונרכיה גרועה מאנרכיה. אם כי היו גם מלכי חסד שראו את עיקר תפקידם לדאוג לחברה ופחות לעצמם. ובזה נחלקו רב ושמואל, האם **כל** האמור בפרשת המלך מלך מותר בו או רק חלק מהדברים, שהם בעיקר צורכי המלוכה ההכרחיים וצורכי הציבור. כפי שאמרנו, גם רב מודה שיש למלך סמכות למלוך, לטובת הציבור, וגם לדעת שמואל מלכי ישראל אינם רשאים לנהוג בכל כמלכי הגויים. הרי התורה הגבילה את המלך בריבוי נשים, סוסים, כסף וזהב. הוא לא יכול להתיחס אל האזרחים כאל עבדיו, ואל אדמתם כרכושו הפרטי. לכן הרמב"ם מדגיש שעליו לשלם את שכרם. אך בדברים אחרים משפט המלך תואם את דינא דמלכותא הנוהג בכל העולם. ור' אור שמח (הל' מלכים פ"ג ה"י):

> והנראה לי דרבינו סובר, דהואיל דבן נח נהרג עפ"י עד אחד, לכן גם גואל הדם אם הרג לרוצח בעד אחד אין נהרג עליו, וכן מלך ישראל יש לו רשות להרוג, דדוקא לדון בדיני סנהדרין, בחוקים תורנים שמצוה עליהן לדון צותה התורה דבעי שני עדים, אבל בגואל הדם ומלך ישראל דרשות ניתן להם, והוא לתיקון המדינה, דינם כמו שנתנה התורה הנימוסית לבני נח, וזה ענין מושכל.

דינא דמלכותא הוא אפוא עניין מושכל שבו ישראל ובני נח מחויבים למצות דינים הנימוסית, שהיא שמירת סדרי חברה מתוקנים. בעבר היתה מקובלת בבני נח בעולם כולו השיטה המלוכנית, אולם ב"ה שיטה זו עברה מן העולם (בהשפעת תורתנו הקדושה, שלפחות מלך ישראל חייב להיות מוסכם על הציבור), ותמורתה נוהגת השיטה הדמוקרטית שהיא מתוקנת יותר (אם כי גם היא אינה מושלמת) עד שיבוא משיח צדקנו שאמנם יהיה מלך, אולם מלך מסוג אחר, לא שתלטן ולא כוחני, אלא כנבואת ישעיהו (מב, ג): "קנה רצוץ לא ישבור ופשתה כהה לא יכבנה לאמת יוציא משפט".

י. שיטת הרשב"א

כב' הדיין מצטט ממקורות נוספים ובעיקר מתשובות הרשב"א ח"ו סימן קמט, שהזכיר את "אדוני הארץ" ובכ"ז כתב בח"ה סוף סי' קצה שמקור הסמכות הוא רצון העם כד' הרשב"ם. ולא חל ולא הרגיש שאם מקור הסמכות הוא העם א"כ העם לא מחויב לקבל ע"ע דיקטטור דווקא. אולם הנחתו הבסיסית שאין בתורה משטר אחר מלבד דיקטטורה. זו הנחה שרירותית ולא מתקבלת.

אך הוא עצמו מודה שהרשב"א הכיר בדינא דמלכותא בא"י.

דיין א המשיך – וכן כתב הרשב"א בתשובותיו ח"ב סימן קלד, במקרה שרוב הישראלים בני השכונה סגרו חלק מהמבוי לצורך שמירה מהגוים ויש להם על הסגירה "חותם מן המלך", ולמקצת הציבור זה מפריע, באריכות דרך להגיע לבית כנסת שלהם ולמקוה, וכתב הרשב"א, שמעיקר הדין זכותם של המקצת, לעכב ולבטל את הסגירה, אך המלך יכול לתקן תקנות ולסגור את המבוי "לפי שזה משמירת עמו כדי שלא יזוקו הישראלים הדרים פרודים בין השכנים ויהיה בזה נזק המלך וכו', אם כן מה שצוה המלך לעשות פתח ודלתים באמצע השכונה לשמירת העם הרשות בידו, נמצא דין מלכי ישראל שוה לדין האומות בדבר זה, וזה ראיה כי זה "דינא דמלכותא".

אחר כך העלה הרשב"א אפשרות, שיכול להיות שאף בדיני ישראל, אם היה מלך ישראל, יכול לעשות דלתות משום תועלת ונחיצות השמירה. וזה לשונו:

ואפשר עוד, כי גם למלכי ישראל רשות בכעניין זה (סגירת המבוי בדלתות), לפי שזה משמירת עמו, כדי שלא יזוקו הישראלים הדרים פרוצים בין השכנים ויהיה בזה נזק המלך, והרי זה בכלל מה שאמרו במשנתינו (סנהדרין כ, ב) ופורץ לעשות לו דרך, ו"כל האמור בפרשה מלך מותר בו" (סנהדרין שם). אם כן, מה שצוה המלך לעשות פתח ודלתים באמצע השכונה לשמירת העם – הרשות בידו. נמצא דין מלכי ישראל שוה לדין האומות בדבר זה, וזה ראיה כי זה דינא דמלכותא ולא גזילה דמלכותא, ושפיר דמי. עכ"ד הרשב"א.

תגובה – הוא אשר אמרנו שגם בא"י, אם הדבר נחוץ לצורך הציבור יש למלך רשות להפקיע גם קרקעות פרטיות. א"כ מוכח שגם בא"י דינא דמלכותא דינא. ואע"פ שהרשב"א בחידושיו לנדרים כח ע"א סובר כמו התוס' שבא"י אין דינא דמלכותא דינא ר"ל כמו שאמרנו לעיל שמקור הסמכות לדינא דמלכותא דינא בא"י שונה מזה שבחו"ל. בחו"ל מקור הסמכות הוא המלך שהוא אדוני הארץ. ולכן חוקיו חוקיים. בא"י מקור הסמכות הוא העם. וגם אם נאמר שהעם היה מוכן להכיר במלך כריבון עליון, בא"י אין לעם סמכות כזו. אלא י-ה ריבון עלם ולעלמי עלמיא הוא הריבון האמיתי. "כי לי הארץ". והוא נתנה לכל אחד מאתנו ואין לנו סמכות למנות עלינו ריבון אחר. אלא שניתנה לנו רשות למנות מלך שלא ישעבד אותנו אלא יפעל רק לטובת הציבור. ולכן רק על חוק שהוא לטובת הציבור חל דינא דמלכותא. ומכיון שמקור הסמכות הוא העם, בהעדר מלך יכול העם להאציל את סמכותו לנציגים נבחרים. הדברים פשוטים וברורים (כב' הדיין נדחק להעמיד גם את הרשב"א, כמו את הרמב"ם לעיל, במלך ישראל בחו"ל. הדוחק נראה לעין כל).

סיכום

כל דבריו של כב' דיין א בכל פסק הדין הארוך מבוססים על הנחה שרירותית שהתורה לא מכירה בשום צורת שלטון אחרת מלבד מלוכה דיקטטורית. וכבר מילתנו אמורה שאדרבה, הסכמת בני המלכות למלך שהוא אדוני הארץ לא היתה אלא מחוסר ברירה, אך אין ספק שהם היו מעדיפים מלך שאינו רואה את עצמו אדון כל הארץ, אלא כמו מלכי ישראל האידיאליים. שהרי נחלקו התנאים אם בכלל יש מצות מלך מן התורה (סנהדרין כ ע"ב). אמנם הרמב"ם פסק כר' יהודה שיש מצוה למנות מלך. אולם מעצם העובדה שיש

מחלוקת בנושא לא יתכן שהמחלוקת היא קוטבית בין ר' יהודה שסובר שמלך חייב להיות דיקטטור לבין ר' יוסי שמתנגד בכלל למלך. צא וראה שר' יהודה הוא שסובר שכל האמור בפרשת המלך נאמר רק ליראם, כלומר מצות מינוי מלך לא מחייבת גם את כל פרשת המלך. כי מלך ישראל אינו רשאי לנצל את סמכויותיו בצורה כה חמורה. אבל למלוך הוא צריך. וע"כ גם ר' יהודה שסובר שמינוי מלך מצוה מודה שמלך חייב להימלך בעם הממנה אותו ולא לשלוט בו בכוח. מלך אמיתי אינו מושל בכוח אלא מנהיג את העם במקל נועם (ר' ראב"ע בראשית לז, ח ובי' הגר"א למשלי כג ולשון התפילה מוכיח "ומלכותו ברצון קבלו עליהם"). ואכן זו היתה עצתם החכמה של הזקנים לרחבעם, אלא שלצערנו הוא העדיף את עצת הילדים.

סוף דבר, כב' הדיין מניח הנחת יסוד שהמושג "מלך" חייב להיות רק שליט כוחני הרואה את עצמו אדוני הארץ, ומי שלא רואה את עצמו כך אינו ראוי להיקרא "מלך" והתורה לא מכירה בו. הנחה זו שגויה. המלך האידיאלי מתואר ברמב"ם דווקא כאדם רך ונוח לבריות, ענו ושפל ברך. וז"ל בהלכות מלכים (פ"ב ה"ו):

> כדרך שחלק לו הכתוב הכבוד הגדול, וחייב הכל בכבודו, כך צוהו להיות לבו בקרבו שפל וחלל שנאמר ולבי חלל בקרבי, ולא ינהג גסות לב בישראל יתר מדאי, שנאמר לבלתי רום לבבו מאחיו, ויהיה חונן ומרחם לקטנים וגדולים, ויצא ויבא בחפציהם ובטובתם, ויחוס על כבוד קטן שבקטנים, וכשמדבר אל כל הקהל בלשון רבים ידבר רכות, שנאמר שמעוני אחי ועמי, ואומר אם היום תהיה עבד לעם הזה וגו', לעולם יתנהג בענוה יתירה, אין לנו גדול ממשה רבינו והוא אומר ונחנו מה לא עלינו תלונותיכם, ויסבול טרחם ומשאם ותלונותם וקצפם כאשר ישא האומן את היונק, רועה קראו הכתוב, לרעות ביעקב עמו, ודרכו של רועה מפורש בקבלה כרועה עדרו ירעה בזרועו יקבץ טלאים ובחיקו ישא וגו'.

המלך האמיתי הוא דווקא דמוקרט, העם ממנה אותו והוא נמלך בעם. זהו דינא דמלכותא הישראלי. וכזה יהיה מלך המשיח שנזכה לבואו בקרוב. ובינתיים, בהעדר מלך כזה, חוזרות סמכויות אלו לעם וכמש"כ הראי"ה קוק במשפט כהן סי' קמד. ודינא דמלכותא של הסכמת הציבור הוא דינא לכל הדעות.

לעומת זאת מסקנתו של דיין א היא –

בארץ ישראל, לא נאמר הכלל של "דינא דמלכותא דינא". אלא "דין מיוחד" ש"כל האמור בפרשת מלך, למלך זכות בו", והוא על פי דרכים מיוחדות שהיו בימי קדם (כמפורט ברמב"ם פ"א ממלכים ה"ג וה"ח), ולא על פי בחירות דמוקרטיות כבימינו, שהולכים על פי רוב. ולכן אין כיום בישראל לא "דינא דמלכותא", ולא "פרשת המלך", אלא השלטון הנבחר ברוב בוחריו, בהם כלולים יהודים ושאינם יהודים, וכזה רוב בוחר את גוף נבחריו בכנסת, בגיבוש קואליציה, מסיעות שאף הן מושפעות גם מהבוחרים הלא יהודיים, וזכות יתר לסיעות גדולות בחישוב הקולות, וכל מיני כללים שאינם הולכים בכללי הרוב המספרי ממש. ואף לגבי הרוב עצמו, הרי עולה מהרשב"ם שלא די בקבלת הרוב את השלטון, אלא הצריכו שכל הציבור יקבל עליו במפורש את השלטון או המלכות.

ולכן אנו צריכים לקבוע את כללי ההלכה, לפי מה שנאמר בהלכה, שהקובע הוא, "הכל כמנהג המקום".

מסקנתנו

לא כאן המקום לדון על פגמיו של השלטון הדמוקרטי. הוא אינו מושלם. אולם פגמים אלו אינם מערערים את עצם חוקיותו, גם עפ"י ההלכה. לצורך יציבות השלטון מותר לציבור לקבוע כללים פרוצדוראליים סבירים המקובלים על הרוב. ואין צורך בהסכמת כולם, שהרי אין אפשרות כזאת בעולם. הדבר אינו מנוגד להלכה. גם זכויות המיעוטים מעוגנות בהלכה (ר' ספריו של הגריא"ה הרצוג 'תחוקה לישראל'). אמנם כאשר נוצר רוב מלאכותי, שבו יהודים הם המיעוט וע"י מניפולציות מכוערות נחקקים חוקים הפוגעים במדינה היהודית, יש לפקפק בחוקיותם. כשם שכל חוק המנוגד להלכה אינו חוקי. אולם בנ"ד אנו עוסקים בחוק מגן המבטל את ויתורו של העובד על זכויותיו. תקנות להבטחת זכויות עובדים אינן מנוגדות להלכה. אדרבה, התורה החמירה מאוד בזכויות העובדים, כגון בהלנת שכר ואכילה בכרם. והקונה ע"ע קונה אדון לעצמו וק"ו פועל. ומסתמא היא מעודדת תקנות לטובת העובדים, שלא ינוצלו ע"י המעבידים (גם הש"ך בסי' ע"ג ס"ק לט יודה לרמ"א שבנ"ד שהתקנה היא לרוח התורה דינא דמלכותא דינא). גם כאשר המעבידים מתכוונים לשם שמים, שהרי מדובר ברשת חינוכית, עליהם לשמור על זכויות העובדים. לדוגמא, לא שמענו שמותר לרשת חינוכית להלין שכר, גם אם הדבר קשה לה. כלומר זכויות העובדים עומדות בראש.

אי לכך הצדק עם דיין ב. ולכן על הנהלת הרשת לשלם לעובד את המגיע לו עפ"י החוק.

לכל היותר אפשר לבקש מהעובד שיתן, מרצונו הטוב, מעשר, או אפילו חומש מהמגיע לו, לקופת הרשת והוא יוכל להחשיב זאת כמעשר כספים.

סימן מו

מסיק זיתי נוכרים הנטועים בתחום ישוב יהודי*

ראשי פרקים
א. יאוש הנכרים מזיתיהם
1. יאוש במחובר לקרקע
2. יאוש מדבר העומד להיתלש מהקרקע
3. יאוש במכירה הנעשית על מנת שייתלשו הפירות
4. חלות היאוש על הפירות שבפועל ייתלשו
ב. האם נחשבים הפירות לאבידה?
1. אבידה של פירות המחוברים לקרקע
2. שייכות הגידולים בא"י לנוכרים
3. קנין הנכרי בא"י מדין כיבוש מלחמה
ג. השבת אבידה לנכרי
1. אסור, מותר או מצוה?
2. כשמשיב על מנת לקדש שם שמים
3. כיצד למנוע חילול השם?
ד. מניעת הכניסה לישוב
1. חילול השבת ע"י יהודים
2. סמכותו של הרבש"ץ מטעמי בטחון
ה. שכר הפועל המוסק את זיתי הנכרים
ו. סיכום

* * *

בשטחו של אחד הישובים בשומרון מצויים מטעי זיתים של ערבים. מאז החלה המלחמה בראש-השנה תשס"א חייבו הוראות הבטחון למנוע גישתם של ערבים למסוק את זיתיהם, בגלל חשש לחדירת מחבלים לישוב (ואכן, לדאבוננו, היו מספר מקרים שבמסווה של מסיק זיתים אירעו מקרי חבלה חמורים). את פעולת המניעה הטיל הצבא לעתים על התושבים. בקשר לכך הועלו כמה שאלות:

א. האם מותר לישראל למסוק את הזיתים וליטלם לעצמו?

ב. ערבי שנכנס ללא רשות למסוק את זיתיו גורש מהמקום. האם מותר להחרים את הזיתים שהספיק למסוק? לעיתים רק נקיטת אמצעי חריף מסוגלת להרתיע את כניסתם ללא רשות של הערבים לתוך שטח הישוב.

ג. ישראל נשכר כפועל למסוק זיתים. אחרי המסיק נודע לו שהזיתים הם זיתי נוכרים, אלא שבגלל מניעת כניסתם של הנוכרים התיר לעצמו ישראל למסוק את זיתיהם, ושכרו כפועל. האם מותר לו ליטול את שכרו?

א. יאוש הנוכרים מזיתיהם

1. יאוש במחובר לקרקע

כיון שנאסר על בעל הזיתים להיכנס לתחום הישוב, בוודאי התייאש מפירותיהם, אולם כל עוד מחוברים הזיתים לעץ, היאוש הוא במחובר. נחלקו

* פורסם בתחומין כג.

הראשונים אם יאוש זה מועיל, כמובא בתוספות ב"ב (מד ע"א ד"ה דוקא):

> פירש הקונטרס [רשב"ם]... דאין מועיל יאוש בקרקע. וקשה לר"י, דבירושל' (כלאים פ"ז) אמר דיאוש מועיל בקרקע – דאע"פ שאינה נגזלת, מ"מ מהני בה יאוש. וגבי עבד משמע בהשולח (גיטין לט,ב) דמהני ביה יאוש, אע"ג דאיתקש לקרקע. ובשמעתין דסיקריקון (שם נח, ב) אור"י דמוכח נמי כן...

נמצא שלדעת הרשב"ם אין יאוש בקרקע, ולדעת ר"י יש בה יאוש. בהגהות מיימוניות (הל' גזילה ואבידה פ"ח הי"ד) כתב שזו מחלוקת בבלי וירושלמי, והלכה כבבלי שאין יאוש בקרקע.

מיהו בנידוננו י"ל שהדיון איננו על מעמד הקרקע עצמה, אלא על מעמדם של **הפירות**; ואם סופם להיתלש ולהינטל ע"י אחרים, אולי יש להם דין מטלטלין, וחל עליהם דין יאוש. אלא שבהא גופא יש לדון: הרי הזיתים ייתלשו וייהפכו למטלטלין רק אם נתיר לישראל למוסקם לעצמו; וההיתר לישראל למסוק את הזיתים הוא רק לאחר שהיאוש יחול. ונמצא שהא בהא תליא – היתר המסיק תלוי ביאוש, והיאוש תלוי במסיק. ודוחק לומר שהיאוש והמסיק באין כאחד. (ר' רשב"א גיטין נה ע"א ששינוי רשות והקדש באים כאחד, וצ"ע האם אומר זאת גם ביאוש ושינוי רשות.)

2. יאוש מדבר העומד להיתלש מהקרקע

מיהו, גם אם יאסר לישראל למוסקם, הרי סופם לנשור ולהרקב, שהרי בעליהם לא הורשו ליטלם; וכאשר ינשרו, יחול היאוש גם אם לא יטלם איש. השאלה היא האם בשל כך ניתן לומר שהיאוש חל כבר **מעתה**, כאשר הזיתים עדיין מחוברים לעץ. הדבר תלוי בשאלה מה גידרם של פירות העומדים לנשור – האם דינם כקרקע, ויאוש לא יכול לחול עליהם; או שמא דינם כמטלטלין, והיאוש יכול לחול עליהם בעודם מחוברים. דין זה שנוי במחלוקת התנאים, אם כל העומד ליבצר כבצור דמי או לא, כמובא בסנהדרין (טו ע"א):

> רבי מאיר אומר: יש דברים שהן כקרקע ואינן כקרקע, ואין חכמים מודים לו. כיצד? עשר גפנים טעונות מסרתי לך, והלה אומר אינן אלא חמש – רבי מאיר מחייב; וחכמים אומרים: כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע. ואמר רבי יוסי בר חנינא: בענבים העומדות ליבצר עסקינן – מר סבר: כבצורות דמיין; ומר סבר: לאו כבצורות דמיין.

הרמב"ם פסק בהלכות טוען ונטען פ"ה ה"ד:

> טענו ענבים העומדות ליבצר ותבואה יבשה העומדת להקצר, והודה במקצתן וכפר במקצתן – הרי זה נשבע עליהם כשאר המטלטלין. והוא שאינן צריכין לקרקע, שכל העומד להבצר הרי הוא כבצור לענין כפירה והודייה. אבל אם היו צריכים לקרקע, הרי הן כקרקע לכל דבר, ואין נשבעין עליהן אלא היסת.

על כך השיג הראב"ד:

> המחבר פוסק כרבי מאיר, והרב (=הרי"ף) פוסק כחכמים. ואולי מפני מה שאמרו בכתובות: סוף סוף כל העומד לגדור כגדור דמי. והרב ז"ל הלא ראה כל זה. ואפשר שאין למדין שבועה לשאר

דברים, שהרי עבדים של יתומים נדונין כמטלטלין, ולענין שבועה אין נשבעין עליהן.

המגיד-משנה תירץ את קושית הראב"ד, שהרמב"ם פסק כחכמים, אלא שמחלוקתם היא רק בשצריכים קצת לקרקע. אולם בשאין צריכים לקרקע **כלל**, גם חכמים מודים לר"מ, שכל העומד ליתלש כתלוש דמי.

אבל בהל' שכירות פ"ב ה"ד פסק הרמב"ם:

המוסר לחבירו דבר המחובר לקרקע לשמור – אפילו היו ענבים העומדות להבצר, הרי הן כקרקע בדין השומרין.

כאן לא הבחין הרמב"ם בין פירות הצריכים לקרקע לבין פירות שאין צריכים לקרקע; אלא כל סוגי הפירות דינן כקרקע, גם אלו העומדים להיתלש. המגיד-משנה בהל' טו"נ (שם) כתב, שהרמב"ם מחלק בין שומרים לשבועה, אך הוא לא ידע טעם נכון לחילוק זה.

וכבר עמד על כך הרמב"ם עצמו בפירוש המשנה פרק שבועות הדיינים (משנה ו):

מחלוקת חכמים ור' מאיר היא בענבים העומדים ליבצר, והלכה כחכמים, אבל כשימסרם לו בתורת שמירה. ולענין מקח וממכר ודיני האונאה והודיה במקצת – כשיהיה עיקר התביעה שלא בתורת שמירה המכוון עליו, שהם כמטלטלין, שכל העומד ליבצר כבצור דמי, ושמור זה הלשון.

וזוהי שיטת רבו הר"י מיגאש.

נמצא שלדעת הרמב"ם – עפ"י המ"מ והר"ן – יש שתי דרגות בכל העומד:

א. כל העומד ליבצר בענבים כל כמה דקיימי מכחשי, **ואינם צריכים לקרקע** – ובזה גם רבנן מודים לר"מ.

ב. כל העומד ליתלש **וצריך לקרקע** – ובזה נחלקו ר"מ ורבנן.

וצ"ע מה גדרם של זיתים?

3. יאוש במכירה הנעשית על מנת שייתלשו הפירות

עוד חילק הרמב"ם בין שומרים לבין מוכרים ומלווים – בשומרים איננו אומרים 'כל העומד', משום ששומר קיבל עליו אחריות על הקרקע וכל המחובר לה, כולל על העומד ליבצר; משא"כ מוכרים וקונים, שעל דעת לתולשם מכרו וקנו. וצ"ע לפי"ז מהו גדר יאוש – האם לדמותו לשומרים או למוכרים?

נראה לכאורה, שמכיון שהפרי עומד להיתלש ולהינטל, חל עליו יאוש אע"פ שעל הקרקע לא חל יאוש, כי היא אינה עומדת להינטל ממקומה. ובנידון דידן, אע"פ שהפרי עדיין אינו עומד להנטל, שהרי זוהי גוף שאלתם של התושבים, אך מכיון שהפרי עומד לנשור מן העץ, ואם לא יטלוהו יירקב – א"כ חל יאוש על הזיתים.

לפי הש"ך (חו"מ סי' צה ס"ט) שני הסברים אלו בדעת הרמב"ם חולקים זה על זה – אם הרמב"ם מחלק בין שומרים לבין מוכרים, אין הוא זקוק עוד לחילוק שבין פירות הזקוקים לקרקע לאלו שאינם זקוקים לה. אולם הש"ך חולק על עצם דברי הרמב"ם:

ולי נראה עיקר, דאינו נשבע עליהן, דדין קרקע יש להן. ונראה שמה שהביאו להר"י הלוי לחלק בכך, הוא הך דאמרינן בפרק נערה שנתפתתה [ריש דף נא] גבי הא דזיל הב לה מתמרי דחזי לבודיא: "סוף סוף כל העומד ליגדר כגדור דמי...", וזה דחקו

להר"י הלוי. אך מה שמחלקין הר"י הלוי והרמב"ם בין שומרים לשאר דברים, אינו נראה.

מסקנת הש"ך היא אפוא, שכל העומד ליתלש **כמחובר** דמי.

ועיין תומים, שהכריע שהוא ספיקא דדינא, ואין להוציא מיד המוחזק. והרי קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואין עוררין על כך שהקרקע רשומה על שם בעליה ולא הופקעה מידיהם, אלא שהם מנועים להיכנס אליה.

מיהו גם הש"ך מחלק בין שבועה, שאדם לא נשבע גם על העומד ליתלש משום שנחשב למחובר, לבין חוב שאינו גובה מכל העומד ליתלש משום שנחשב לתלוש, שהרי אין המלוה סומך על הפרי העומד ליתלש ולהימכר לאחרים. בתוך דבריו הזכיר גם גזל, וז"ל:

ומה שכתב הראב"ד אין למדין שבועה לשאר דברים – לאו דוקא שבועה קאמר, אלא הוא הדין אונאה וקנין **וגזל** וכל דכוותיה, השייכים לדין תורה. ושאר דברים דקאמר, היינו בעל חוב ומזוני... וכהאי גוונא דפרק נערה, דלא סמכא דעתייהו. והיינו דקאמר שהרי עבדים של יתומים נידונים כמטלטלין כו'. והיינו נמי לענין בעל חוב בפרק קמא דבבא קמא [יב,א]. והתם נמי נראה דטעמא משום דלא סמיך דעתיה עליה, כיון דיכול לברוח העבד.

וכעי"ז **כתבו התוס'** (ב"ק יב ע"א ד"ה אנא) לענין עבדי כמקרקעי. עכ"פ בגזל נשאר הדין שכל העומד ליתלש כמחובר דמי.

ואולי לא התכוון הש"ך לומר אלא באיסור גזל עצמו, שהגוזל אילנות ובהם פרי העומד ליתלש, אין כאן גזל – שכשם שהקרקע אינה נגזלת, כך גם הפרי לא נגזל. אך לעניין יאוש י"ל שהבעלים מתייאשים, כיון שסוף סוף הפרי ייתלש ויאבד להם.

אלא שצ"ע, איך חל יאוש, אם הפרי אינו נגזל כלל? מרש"י סוכה (ל ע"ב) משמע שדין יאוש בקרקע תלוי בדין גזל בקרקע; ומכיון שאין גזל בקרקע, אין גם יאוש בקרקע. לפי"ז אם פירות העומדים להיתלש אינם נגזלים, כדין קרקע, ממילא גם יאוש לא יחול עליהם.

חזרנו אפוא למחלוקת הראשונים שפתחנו בה, האם יש יאוש לקרקע או לא?

4. חלות היאוש על הפירות שבפועל ייתלשו

מיהו י"ל, שאעפ"כ כיון שהפרי הוא בר גזילה מצד המציאות, ורק בגלל שכל עוד הוא מחובר לקרקע, **מצד הדין** בלבד הוא אינו נחשב לגזול לענין יאוש, י"ל שיאוש חל עליו. ועיין אנציקלופדיה תלמודית (כרך כא, ערך יאוש, ציון 609), שהביאו בשם **ברית-יעקב** (חו"מ סי' קז ד"ה עתה) שאע"פ שאין יאוש חל על הקרקע בכ"ז הוא חל על הפירות העומדים ליתלש ממנה. וכ"כ בשערי-יושר ה, יב, שהוכיח זאת מסוגיית אוונכרי בסוכה ל ע"ב (מיהו בבירור הלכה לב"ב לג ע"ב הוכיחו מרש"י בסוכה להפך). ועיין אוצר מפרשי התלמוד סוכה שם, שהביאו בשם תוס' הרא"ש, שכתב במפורש שעל הפירות חל היאוש. וא"כ היאוש חל כאן על הזיתים העומדים להימסק.

מיהו **בברכי-יוסף** (או"ח סי' תרמט ס"ק ב) כתב בטעם הדבר שיאוש אינו מועיל בקרקע, ואילו בפירות הוא מועיל – כי הקרקע נמצאת ברשותו של הנגזל ולא ברשותו של הגזלן, משא"כ הפירות שהם ברשותו של הגזלן, שיכול ליטלם בכל עת ובכל שעה. לדבריו, אם נניח שהישראלים יכולים ליטול את הזיתים ללא רשותם של

הבעלים הנוכרים, היאוש חל. אולם מכיון שהתושבים הישראלים שואלים אם מותר להם ליטלם לעצמם, ממילא אין עדיין יאוש, אלא א"כ נאמר שהבעלים הערבים רואים בתושבים הישראלים גזלנים ומתייאשים מהזיתים. אך יש להניח שידוע להם שהתושבים הישראלים הם שומרי הלכה ונשמעים לרבותיהם, וכל עוד לא תיפסק הלכה שמותר להם למסוק את הזיתים, הם לא ייטלום לעצמם; וא"כ אין הבעלים מתייאשים מהם. הרי לא פעם אירע שערבים תבעו ישראלים בדין תורה, וזכו[1]; הם יודעים אפוא שיש א-לקים בישראל.

ב. האם נחשבים הפירות לאבודים?

1. אבידה של פירות המחוברים לקרקע

אלא שא"כ יש להתייחס אל הזיתים כאל אבידה ולא כאל גזילה, שהרי אסור לערבים להיכנס לכרמם, וגם אם הישראלים לא יטלום וסופם להירקב. ממילא אין מצוה להשיב אבידת נוכרים, שהרי נאמר "השב תשיבם **לאחיך**". גם אילו היו הפירות של ישראל אין חיוב להשיב אבידה, כאשר המוצא צריך לטרוח ולעמול למסוק את הזיתים ולהובילם לביתם של הבעלים, אלא א"כ יתנה בפני בי"ד ויגבה את החזר הוצאותיו מהבעלים.

ועיין שערי-יושר שם שכתב שאין יאוש בקרקע, כי לא חל עליה שם אבידה; אך על הפירות חל שם אבידה, ולכן יאוש חל עליהם. וא"כ יש כאן יאוש של אבידה, ומותר אפוא לישראלים ליטול את הזיתים לעצמם.

אולם ניתן להגדיר את הזיתים כאבידה, רק לאחר שנתלשו מהעץ המחובר לקרקע. כל עוד הם מחוברים לעץ, אע"פ שסופם ללכת לאיבוד, עדיין לא יצאו מרשות הבעלים. הם נחשבים לדבר האבוד רק אם הם בתהליך של איבוד, כגון שריפה או שטפון, אבל זיתים המחוברים לעץ אינם בתהליך של איבוד עדיין. ואפילו לר"מ, הסובר כל העומד ליתלש כתלוש, צ"ע אם הפירות נחשבים כאבידה. מכל מקום פשיטא שלמ"ד כל העומד ליתלש לאו כתלוש דמי, אין זו אבידה עדיין. ורק פירות שנשרו והחלו להירקב דינם כאבידה.

2. שייכות הגידולים בא"י לנוכרים

בקיצור שו"ע עם הערותיו של הגר"מ אליהו (קלו, ט) כתב הגר"מ אליהו, שבארץ ישראל כל הקרקעות שבידי הנוכרים בחזקת גזולות הן, ולכן אסור לישראל לתלוש לולב מדקל של נוכרי, אפילו ברשות, בעצמו, אלא על הנוכרי לתלשו ולתתו לישראל. אולם נראה שלא נכתבו הדברים אלא לחומרא, כי מעיקר הדין הפירות שייכים לנוכרים, כמובא בברכי-יוסף (או"ח סי' תרמט ס"ב):

> יש ליזהר שלא יקצץ הישראל וכו'. לפום ריהטא נראה, דאי ידעינן דהעכו"ם הזה הוא נטע גנה זו, יכול ישראל לקצץ. דאף דהקרקע גזולה, מ"מ מה שזרע הוא שלו, וכמ"ש התוס' בר"ה יג, א ד"ה ולא קציר נכרי, דאע"ג דירושה להם מאבותיהם, מ"מ יש לו

1. ראה לדוגמא תחומין יד עמ' 259-265.

במה שזרע. אף אנן נמי נימא, דגנה זו שנטעה עכו"ם זה, הגם דקרקע גזולה היא בידו, מ"מ יש לו במה שזרע והזרעים שלו. ואם כן יכול ישראל לקצץ ממנה.

אך ראיתי לרבינו... שכתב דהרמב"ם (הל' תמידין ז, ה) שלא כתב הא דקציר נכרי, ס"ל דלא כהתוס', וסבר דסוגיין פליגן בהדייהו, ונקיט כסוגיית ע"ז (נג, ב), ודחה סוגיית ר"ה... ולפ"ז יש להחמיר.

ודע דהרדב"ז, בתשובה סי' תקיד, התיר לישראל לקצץ. וכתב דהכי עביד מעשים בכל יום. והיה טעמו, דכיון דבעל הקרקע יש לו שטר בערכאות של גויים, ומלכא אמר מאן דאית ליה דסקא ליכול ארעא, דינא דמלכא דינא, ונמצאת הקרקע שלו. וק"ק על הרב ועל האחרונים, דלא זכרו מ"ש הסמ"ג בסוף עשין קלג, בענין מעשרות, וז"ל: ואין להחמיר ולומר שעכו"ם גוזלי קרקע הם וקרקע אינה נגזלת, שהרי קנאום בכיבוש. ואע"ג דחיישינן פרק לולב הגזול בענין הושענא, יש לחלק שהיו ישראל מרובים, והיו לישראל קרקעות, והיו גוזלין ומאנסין מהם, וגם היו העכו"ם יותר אנסים ממה שהם עכשיו.

א"כ הדבר שנוי במחלוקת התוס' והרמב"ם אם יש לנוכרים בעלות על פירותיהם או לא. ולדעת הרמב"ם, אין להם בעלות, ואין איסור לישראל ליטלם מהם.

נראה שבא"י כיום, גם הרמב"ם יודה לתוס' שהפירות הם של הנוכרים, שהרי נשתקע שמו של כל אחד ואחד מקרקעו, ורק השם הכללי של 'ארץ ישראל' לא נשתקע. ואע"פ שהגויים רצו לשקעו בשם 'פלשתינה', עם ישראל, כעם, מעולם לא התייאש מארצו (וגם לא יכול היה לעשות כן, עיין גליוני-הש"ס ב"ב מד ע"ב) והמשיך לכסוף אליה תכלית הכוסף, ושמר את שמה – 'ארץ ישראל'. אולם הבעלות הפרטית של כל אחד ואחד נשכחה.

3. קנין הנכרי בא"י מדין כיבוש מלחמה

מהסמ"ג משמע, שדין כיבוש מלחמה שכבשו הנוכרים את א"י בזמנו הוא בר תוקף. ומצינו לענין קדושה ראשונה שפקעה, משום שאתי כיבוש ומבטל כיבוש. אולם דבר זה נכון רק ביחס לקדושת הארץ, ולא באשר לבעלות הממונית שלה. שווה בנפשך – הרי א"י מוחזקת לנו עוד מימי אברהם, וכי בטלה חזקה זו אי פעם?! הרי אברהם אבינו ע"ה עצמו היה תחת כיבוש כנעני שהיה אז בארץ, ובכל זאת הארץ היתה כבר מוחזקת בידיו.

ועיין גיטין לח ע"א, שלדעת רש"י כיבוש קונה מדין יאוש בעלים, ולדעת התוס' כיבוש קונה מגזירת הכתוב[2]; ולשניהם אין כיבושו של הנכרי מועיל בא"י, כיון שיאוש אינו חל על הארץ, וכיבוש אחר לא מוכר ע"י התורה בא"י לעניין ממון, כנ"ל, כי א"י מוחזקת לנו מהבטחת ה' בברית בין הבתרים, והיא מבטלת כל כיבוש אחר בארץ. וצריך לחלק לדעת הסמ"ג בין כיבוש כללי, שלא חל בא"י (להוציא ביטול הקדושה), לבין כיבוש פרטי של כל נחלה ונחלה.

2. ראה על כך עוד במאמרי 'גזל מגוי במלחמה' להלן בסימן נח.

הדבר מסתבר יותר לדעת רש"י, שכיבוש קונה מדין יאוש, ויאוש פרטי לכל אחד מנחלתו מועיל אפילו בקרקע, שהרי נשתקע השם, אע"פ שיאוש כללי של עם ישראל מארצו לא היה ולא יוכל להיות. אך לשיטת התוס', שכיבוש קונה מגזה"כ, מסתבר שהתורה לא נתנה לגוי תוקף של כיבוש בא"י. וכנראה שהסמ"ג סובר בענין זה כרש"י.

ולפמש"כ הרדב"ז, שבערכאות של גויים יש להם בעלות ודינא דמלכותא דינא, צ"ע האם גם בנידון דידן כך, שהרי ב"ה זכינו למדינת ישראל. אמנם המצב המשפטי הקיים ביש"ע הוא המשך למצב המשפטי הקודם עוד מימי שלטונם של הנוכרים בארץ, אולם הא גופא צ"ע אם ההלכה מכירה במצב משפטי זה. ועיין ר"ן נדרים דף כח, בשם התוס', שבא"י לא חל דינא דמלכותא, משום שהארץ אינה שייכת למלך, אלא לכולנו. ומשמע שגם מלך גוי אינו יכול להיות בעלים על אדמת א"י. אלא שבמקום אחר (באהלה של תורה ח"ד סי' טז) הוכחתי שגם לדעה זו בא"י חל דינא דמלכותא מכוח הסכמת העם. והשאלה היא האם העם הכיר או יכול להכיר בחוק הנותן תוקף לכיבוש נוכרי בא"י.

ועיין מעדני-ארץ, (שביעית פרק כ) שה"ר שלמה זלמן אוירבך הוכיח מדין סיקריקון שיש דינא דמלכותא של מלך גוי בארץ. ונלענ"ד לומר בהסבר דין זה שני אופנים:

א. על דרך התוס' המובא בר"ן הנ"ל: אמנם הארץ אינה בבעלותו החוקית של המלך הנוכרי, אולם בפועל הוא השליט בארץ, והוא יכול להתנות עם האזרחים שיסורו למרותו.

ב. על דרך הרמב"ם (הל' גזלה ה, יח) והרשב"ם (ב"ב נה ע"ב): מכיון שבפועל הציבור מכיר בשלטונו של השליט בארץ, הוא מקבל את מרותו ואת חוקיו.

ולפי"ז צ"ע אם דין זה תקף גם במדינת ישראל דהיום[3]. ונראה שלפי ההסבר הראשון (לדעת התוס') החוק לא תקף, כי לפי חוק השבות לכל יהודי זכות לגור בארץ, ואין המדינה רשאית לגרשו מכאן. אך לפי ההסבר השני י"ל, שדינא דמלכותא תקף גם במדינת ישראל. אמנם היינו מצפים ממדינת ישראל שתתנער ממורשת המשפט הזר, ותשתית את חוקיה על אדני התורה, אך בינתיים כל עוד המדינה מאמצת לצערנו את המשך המצב המשפטי הקודם, זוהי המציאות המשפטית הנוהגת דה-פקטו במדינה.

אלא שכל הדיון אינו רלבנטי לנידון דידן. כאמור, יש להבחין בין בעלות כללית על הארץ, שהיתה הווה ותהיה תמיד ישראלית, לבין הבעלות הפרטית על הקרקעות. על הבעלות הכללית לא חל יאוש ולא קנין כיבוש; אך על הבעלות הפרטית, גם אם נגיד שדין כיבוש לא חל, דין יאוש בוודאי חל, שהרי אף אחד

3. הרש"ז אוירבך כתב את ספרו בשנת תש"ד, לפני קום המדינה. אם כי לא שינה דבר במהדורה ב, שנדפסה אחרי קום המדינה, וצ"ע.

מישראל אינו יודע היכן נחלתו הפרטית, וכבר נשתקע שמו הפרטי מנחלה זו[4]. וממילא הקרקע, ולפחות הזיתים שהנוכרים נטעו בה, הם בחזקתם.

ועוד, נניח שהקרקע והזיתים גזולים בידי הנוכרי, באיזו זכות נוטל **ישראל מסויים זה** את הזיתים לעצמו? וכי שלו הם?! הרי אף אחד אינו יודע היכן נחלתו הפרטית. לכל היותר רשאית **המדינה** ליטול זיתים אלו לעצמה, ולתיתם למי שהיא רוצה (כולל לנוכרים). אך לאדם פרטי אין שום זכות ליטול זיתים אלו לעצמו, אלא רק מדין מציאת אבידה לאחר יאוש, וכנ"ל[5].

ג. השבת אבידה לנוכרי

1. אסור, מותר או מצוה?

וצ"ע האם יש מקום לפנים משורת הדין להחזיר לבעלים הנוכרים את אבדתם. שהרי לפנים משורת הדין מחזירים אבידה גם לאחר יאוש, כמבואר בב"מ כד ע"ב. אלא ששם מדובר להחזיר **לישראל**, ואילו כאן מדובר בנוכרים, שאנו פטורים בכלל מלהחזיר להם אבידה, כמבואר בשו"ע (חו"מ סי' רנט ס"ה):

> אע"פ שמן הדין במקום שרוב עכו"ם מצויים אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר **לישראל** שנתן בה סימן. ואם הוא עני, ובעל אבידה עשיר, אין צריך לעשות לפנים משורת הדין.

מבואר אפוא שרק כלפי ישראל יש לנהוג לפנים משורת הדין, ולא כלפי נוכרים. בפרט לא בנידון דידן שאיננו יודעים אם בעלי הזיתים הם לנו או לצרינו.

יתרה מזאת, יתכן שאף **אסור** להחזיר לנוכרי את אבדתו, כמבואר בסנהדרין עו ע"ב, ש"המחזיר אבידה לנכרי – עליו הכתוב אומר 'למען ספות הרוה את הצמאה, לא יאבה ה' סלח לו". **רש"י פירש שם**: "השווה וחיבר נכרי לישראל, ומראה בעצמו שהשבת אבידה אינה חשובה לו מצות בוראו, שאף לנכרי הוא עושה כן, שלא נצטווה עליהם."

מיהו הרמב"ם (הל' גזלה ואבידה פי"א ה"ג) כתב:

> אבידת הגוי מותרת, שנאמר "אבידת אחיך". והמחזירה הרי זה עובר עבירה, מפני שהוא מחזיק ידי רשעי עולם. ואם החזירה לקדש את השם, כדי שיפארו את ישראל וידעו שהם בעלי אמונה, הרי זה משובח. ובמקום שיש חילול השם, אבידתו אסורה וחייב להחזירה. ובכל מקום מכניסין כליהם מפני הגנבים ככלי ישראל, מפני דרכי שלום.

וכן נפסק בשו"ע (חו"מ סי' רסו ס"א). **ועיי"ש בבאר-הגולה, שלגוי המוחזק כהגון מותר להחזיר אבידה. וממילא במקום קידוש השם יש אף מצוה בכך.**

לכאורה הרמב"ם והשו"ע, שחייבו להחזיר אבידה לנכרי במקום קידוש השם, לשיטתם

4. אבל במקום שנקנה ע"י יהודים וידועה הבעלות היהודית, והערבים גרשו את הבעלים היהודים בעל כרחם כגון בחברון וכד' לכו"ע אין כאן יאוש.
5. בספרי "באהלה של תורה" ח"א סי' קיג, הארכתי בהבחנה זו שבין הבעלות הפרטית לזו הציבורית בא"י.

שאיסור השבת אבידה לגוי משום החזקת רשעים, שפירושה החזקת הרשעה בעולם, ממילא כשהמטרה היא תיקון העולם והשבתו למוטב ע"י מעשה של קידוש השם – החזרת האבידה מותרת. אך רש"י לשיטתו, שטעם האיסור הוא משום שהמחזיר אינו מתייחס להחזרת אבידה כאל מצוה שמיימית, יאסור את ההשבה בכל מקרה.

2. כשמשיב על מנת לקדש שם שמים

ונלענ"ד, שלמרות שרש"י לא נקט את טעמו של הרמב"ם, אין הכרח לומר שהוא חולק למעשה על הרמב"ם ועל השו"ע. רש"י הרי הוא פרשן ולא פוסק; ולדעתו, המדובר בסתם גוי בימיו, שהיה רשע. השבת כל אבידה לכל גוי, רק בגלל שהיושר מחייב זאת, עלולה לגרום לעתים לעוולה. יש צורך איפוא להימנע מספונטניות במקרה כזה, אלא להתכוון לשם מצוה בלבד. רק כאשר הדבר יותר עפ"י כללי ההלכה, תותר השבת אבידה לגוי. כשתגיע שאלה מעשית בגוי הגון ובמקום קידוש ה', והמוצא יכוון לשם שמים, ולא רק למצוא חן בעיני הגוי – גם רש"י יודה שההשבה תותר.

ראיה לכך המעשים המובאים בירושלמי ב"מ פרק ב, על ר' שמעון בן שטח ורבי חנינה ואבא אושעיה איש טורייא ורבי שמואל בר סוסרטיי שהחזירו אבידות לנוכרים משום קידוש השם. ואין לומר שכל גדולי עולם אלו עשו שלא כהלכה; אדרבה – מעשה רב. אלא ע"כ אדם גדול העושה לשם שמים רשאי להשיב אבידה לגוי.

הנפ"מ בין רש"י והרמב"ם תהיה בשאלה, מתי יש להשיב אבידה לגוי – האם בגוי הגון שאיבד, או בישראל הגון שמצא. לדעת הרמב"ם והשו"ע, אם המדובר בגוי הגון, מותר לכל ישראל להחזיר; ולשיטת רש"י, רק לישראל הגון המתכוון לשם שמים יהיה מותר להחזיר. וא"כ בנידוננו – מצד אחד, איננו יודעים מי הם הנוכרים הנפגעים, אולי הם גויים הגונים שאינם אויבינו, ורק בגלל היותם חלק מהחברה הערבית הם סובלים בגללה; מאידך, כיון שהתושבים הישראלים שואלים שאלת רב, ופועלים עפ"י הנחיות ההלכה, גם רש"י יודה שהם רשאים להחזיר, שהרי אין הם עושים זאת עפ"י שיקול דעתם האישית, אלא עפ"י הדרכה תורנית. וא"כ הם עושים זאת לשם מצות ה', ולא בגלל שהם משווים נוכרי לישראל.

מיהו י"ל להיפך, שגם לדעת הרמב"ם אינם חייבים להשיב את האבידה לבעליה. שהרי בעלים רבים יש לזיתים, ולא ידוע מי מהם לנו ומי לצרינו. והשעה היא שעת מלחמה, ויש הכרח לא רק למנוע את כניסתם של בעלי הזיתים לכרמם מפני הסכנה, אלא גם להימנע מלהשיב להם את זיתיהם, שמא חלק מהם, ואולי רובם, מסייעים לאויבינו להשמידנו. ובמלחמה, לצערנו, גם הירא את דבר ה' סובל, כמבואר ברש"י שמות יד, ז – ועיי"ש בגור-אריה למהר"ל, והדברים מבוארים עפ"י דבריו בגור-אריה בראשית לד, כה, שבמלחמה העימות הוא בין ציבור לציבור – ולכן גם הפרט, שהוא חלק מהציבור, עלול לסבול עקב כך. לצערנו, איננו יכולים לקדש שם שמים כרגע, שלא באשמתנו, כי יתכן שבכך ניתן חרב ביד אויבינו להורגנו, והם האשמים בכך. וכמו שפירש מרן הראי"ה קוק: "וירעו **אותנו** המצרים" – לא וירעו **לנו**; הם עשונו רעים.

3. כיצד למנוע חילול השם?

עם זאת, נלע"ד שיש למנוע חילול השם, כאילו עיניהם של התושבים נשואות אל הבצע, וכל מטרתם היא ליטול את הזיתים לעצמם בתואנות בטחוניות. לכן, כדי להיות נקיים מה' ומישראל, אל להם לתושבים ליטול את הזיתים לעצמם, אלא לפעול בכמה דרכים: כגון, למצוא פועלים בשכר מועט שימסקו את הזיתים עבור הנוכרים, ולתיתם לבעליהם תמורת החזר הוצאות. ואם יעשו כן, ממילא לא יחול על הזיתים יאוש, כי הנוכרים לא יתיאשו מהם, ואז יהיה אסור לישראלים לגזול את הזיתים מעיקר הדין. או לאפשר ליהודים המוכנים למסוק את הזיתים עבור בעליהם, שיעשו זאת עבורם, ומהם הרי לא נשקפת סכנה לישוב.

ד. מניעת הכניסה לישוב

1. חילול השבת ע"י יהודים לצורך מסיק הזיתים

יש יהודים המסייעים לבעלי הזיתים לבוא ולקטוף עבור בעלי הזיתים. הם עושים זאת בשבתות כאשר הם פנויים. מסיק בשבת הוא איסור תורה, האם מוטלת עלינו החובה למונעם?

בעקרון חובה עלינו למנוע מיהודים לחלל שבת, בפרט במקומות שהדבר בידינו ובתוך ישובינו. אולם לצאת בנשק אל מחוץ לישוב על מנת למנוע חילול שבת מיהודים הבאים בשבת למסוק זיתים עבור הבעלים הנוכרים – נראה שאין זו חובתנו. התושבים לא הזמינו אותם לבוא בשבת, ואינם מסייעים להם. וכשם שאין לאל ידינו למנוע לצערנו חילול שבת בכל אתר ואתר, כך איננו מוזהרים על כך ביש"ע. ובוודאי שאיננו רשאים לטלטל נשק מחוץ לעירוב שבת לשם מטרה זו.

2. סמכותו של הרבש"ץ מטעמי בטחון

בעקרון נראה שאין זו סמכותו של הרבש"ץ להטיל סנקציות על כל הנכנס ללא רשות למסוק זיתים ולהחרים את זיתיו. יש לנו ב"ה מדינה וצבא, ולהם הסמכות להפקיע ממון מבעליו, ולא לכל רבש"ץ בישובו. אלא שלצערנו המצב מעורפל – המדינה אינה מתערבת תמיד בנעשה; הצבא אמנם אוסר על התקרבות לישובים, אך הטיל את תפקיד ההרחקה על התושבים עצמם. להם אין ברירה אלא להגן על עצמם, ולפעול עפ"י הבנתם[6].

מכיון שהצבא אינו מתערב בהחלטותיו של הרבש"ץ, ומאפשר לו לפעול לפי הבנתו, נראה שבסמכותו להטיל סנקציות מהסוג הנ"ל, ואז יחול גם על הזיתים המוחרמים דין האבידה שכתבנו לעיל. אך מן הראוי שהרבש"ץ לא יפעל רק עפ"י שיקול דעתו האישית, אלא יטול עצה מתלמידי חכמים שקולים בדעתם.

מאותה סיבה יש גם הכרח להטיל סנקציות על הנכנס לתחום בטחונו של הישוב, שאם לא כן ההרתעה לא תועיל ותיגרם סכנה חמורה למתיישבי המקום. מיהו נלע"ד שגם אם תוטל הסנקציה של ההחרמה, אל יטלו זאת היהודים לעצמם, משום חילול השם.

6. עיין "באהלה של תורה" ח"א סי' ח, שם הבאתי דוגמא למצב זה, מפרשת דוד ונבל הכרמלי.

ה. שכר הפועל המוסק את זיתי הנכרים

לכתחילה אסור לאדם להשכיר את עצמו כפועל בדבר הגזול – הן משום מסייע לדבר עבירה, אם הוא רק נוקף במקל על הזיתים ומפילם ארצה; והן משום גנב ממש, אם הוא קוטף או אוסף את הזיתים במו ידיו[7]. אולם לאחר שכבר מסק את הזיתים ולא נטלם לעצמו, אלא מסרם למעבידו, נלענ"ד שמותר לו ליטול את שכרו, שהרי עתה אינו גוזל את הנוכרי; ולא מצינו שאסור ליטול שכר בדיעבד עבור עבודה בחפץ גזול. וצ"ע.

ו. סיכום

נשיב על שלוש השאלות שהועלו בתחילת דברינו:

שאלה א: האם מותר לישראל למסוק את הזיתים וליטלם לעצמו?

תשובה: מעיקר הדין לא נראה שהנוכרים התייאשו מפירות זיתיהם. עם זאת, חובת השבת אבידה לא חלה לגביהם. אולם כדי למנוע חילול השם ראוי לאפשר את מסיק הזיתים באופן שאינו מהווה סכנה בטחונית (ע"י פועלים או מתנדבים יהודים), ולמסור את היבול לבעליו הנכרי תמורת כיסוי ההוצאות.

שאלה ב: ערבי שנכנס ללא רשות למסוק את זיתיו גורש מהמקום. האם מותר להחרים את הזיתים שהספיק למסוק?

תשובה: אם הצבא הסמיך את הרבש"ץ לפעול לפי הבנתו בעניינים אלו, ולדעתו מטעמים בטחוניים הדבר נחוץ – הדבר מותר. אולם כיון שהדבר נתון לשיקול דעתו ולהבנתו, ראוי שיתייעץ עם תלמידי חכמים שקולים בדעתם קודם למעשה.

שאלה ג: ישראל נשכר כפועל למסוק זיתים. אחרי המסיק נודע לו שהזיתים הם זיתי נוכרים – האם מותר לו ליטול את שכרו?

תשובה: גם אם לכתחילה אסור היה לו להשכיר עצמו לצורך דבר גזול, הרי בדיעבד מותר לו ליטול את שכרו.

בשולי התשובה

המציאות המשתקפת בתשובה זו מורכבת. עם ישראל חזר ב"ה לארצו. הארץ שהיתה שוממה ברובה היתה מיושבת בחלקה ע"י קבוצות שונות שהגיעו הנה, רובן בדורות האחרונים. הבעלות המשפטית על הקרקעות אינה ברורה דיה. יש מקומות שבהם היה רישום מסודר. אולם הוא עצמו נעשה ע"י כובש זר (הטורקים שלטו בארץ כ-400 שנה). שלטון זה פקע, וכן הבא אחריו (הבריטי) וגם הבא אחריו (הירדני). הבעלות החוקית על הארץ היא בעקרון של עם ישראל. (ייזכר לטוב השופט אדמונד לוי שקבע זאת גם עפ"י המשפט הבין-לאומי), אלא שלצערנו המדינה טרם הכירה רשמית בכך. המצב המעורפל יוצר תסיסה לא בריאה הן אצל הערבים והן אצל היהודים ומכאן יוזמות פרטיות.

כל עוד לא הוחלט אחרת הזכויות הפרטיות של התושבים המקומיים במקומן עומדות.

7. עיין גיטין סא ע"א. מיהו גם אז נראה שאינו עובר בעצמו על איסור גניבה, שהרי לא התכוין ליטול לעצמו, וסבר לתומו שמותר למוסקם. ועיין ב"ק עט ע"א.

נספח – מסיק זיתים במטעי נכרים

הערות הרב אהוד אחיטוב על מאמרו של הרב יעקב אריאל

קראתי את דבריו של הרה"ג יעקב אריאל בענין מסיק זיתים של נכרים, ובו הסיק שלמעשה אסור למסוק זיתי עצים אלו, כשהנימוק העיקרי הוא איסור גזל נכרי. ברצוני לדון בנושא כתלמיד לפני רבו, ולא באתי להכריע למעשה בשאלה זו, שהיא כבדת משקל מבחינה ציבורית, ולשאול בנוגע למעמד הקרקעות ומעמד הפירות במקרים הנידונים. ואפתח במשמעות הכלל ש"קרקע אינה נגזלת" ביחס לקרקעות שבידי הנכרים בימינו.

א. בעלות נכרית על קרקע בארץ ישראל

בסוף פרק ב במאמרו כתב הרב אריאל (אות א):

> כאשר "נשתקע שם הבעלים" יש יאוש גם לקרקע וקרקע נגזלת. וכאן, השם הכללי – ארץ ישראל – לא נשתקע מעולם; אולם השם הפרטי של כל אדם על נחלתו הפרטי נשתקע ובעלותו פקעה.

אכן לדעת חלק מן המפרשים יש מחלוקת בין הירושלמי (כלאים פ"ז ה"ה, ערלה פ"א ה"ב) המזכיר את המושג "נשתקע שם הבעלים" לבין הבבלי (סוכה ל ע"ב), שאינו מזכיר את המושג הזה כלל.

אלא שבדברי הרמב"ם והשו"ע קיים קושי, מכיון שמצד אחד, בדיני גזל פסקו הרמב"ם (גזילה ואבידה ח, יג) והשו"ע (חו"מ שעא, ב) שקרקע אינה נגזלת, ואינה קנויה לגזלן. מאידך, לענין כלאי הכרם פסקו שניהם (רמב"ם כלאים פ"ה ה"י; שו"ע יו"ד סי' רצו ס"ו) שאם נשתקע שם הבעלים מן הכרם, הרי הוא של הגזלן והכלאים שזרע אסורים מהתורה, וז"ל:

> האנס שזרע כלאים בכרם חבירו, אם נשתקעו הבעלים – אף על פי שלא נתייאשו – הרי זה קדש מן התורה...

ומדבריהם שם מוכח שאף אם אין יאוש לקרקע, הרי שאם נשתקע שם הבעלים נחשבת הקרקע בבעלות הגזלן. ומכאן ש'נשתקע שם הבעלים' יוצר בעלות אף לענין איסורים על הקרקע. וקשה: מדוע השמיטו זאת מדבריהם בעניני גזילה?[8]

8. **הערת המחבר**:
יתכן לומר שנשתקע השם אינו קניין גמור לגזלן, הוא רק מוציא את הקרקע מבעלות הנגזל. ונ"מ אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, במקרה זה הכלאים שזורע הגזלן אוסרים את הכרם. (אמנם ברכוש הפקר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, אך בנד"ד אינו הפקר לכל אלא מצב ביניים בין הבעלות של הנגזל לבעלות של הגזלן). וכן לענין מצוה הבאה בעבירה, לולב הגדל בקרקע כזו אינו מצוה הבאה בעבירה. לכן הפוסקים לא הביאו דין זה בהל' גזלה אלא רק בהלכות כלאים.

בשאלה זו נתקשה הכפות תמרים (סוכה ל, ב ד"ה עוד נתבאר), והסיק שאכן אם נשתקע שם הבעלים, יש קנין גזילה גם בקרקעות.

אלא שאף אם נקבל זאת כשיטת הרמב"ם והשו"ע, זהו רק בנוגע לשאלה אם יתכן קנין גזילה בקרקע. אך אין להסיק כמובן מאליו, שהנכרים שכבשו את הארץ מישראל זכו בבעלות פרטית עליה. שהרי על השוואה זו יש לשאול שתי שאלות:

1. כידוע, קיימת מחלוקת בין הראשונים, אם בכלל נכרי יכול לקנות בקנין כיבוש קרקע של ישראל. לדעת התוס' (גיטין לז ע"ב ד"ה אבל), הפסוק (במדבר כא, א): "וישב ממנו שבי" האמור במלחמת הכנעני מלך ערד בישראל, מוכיח שיש לנכרי קנין כיבוש מלחמה בשל ישראל, וכן כתבו תוס' (ב"מ מח ע"ב ד"ה נתנה) והרשב"א (הוצאת מוסד הרב קוק גיטין לז ע"ב ד"ה וקשיא; יבמות מו ע"א ד"ה דיהבי).

אולם מדברי רש"י (שם ד"ה בחזקה) משמע שאין לנכרי קנין של כיבוש מלחמה בכלל, ובוודאי לא בישראל. והדבר תואם את שיטת תלמידיו בספר האורה (ח"ב סי' קנה) בשם הגאונים:

> דאין לך כל אחד מישראל שאין לו קרקע בארץ ישראל. שהרי גויים שהחזיקו בה ולכדוה אין להם חזקה, דקיימא לן קרקע אינה נגזלת ואינה נחמסת לעולם, וארץ ישראל בחזקתנו עומדת לעולם, ואף על פי שאין אנו שולטין בה.

ואף לדעת הראשונים הסוברים שיש קנין כיבוש מלחמה לנכרים בשל ישראל, הדבר מותנה לדעתם ביאוש הבעלים. ולאור זאת הסיק הדבר אברהם (ח"א סי' יא ס"ק טז) שלדעת רוב הראשונים אין לנכרים בשל ישראל קנין של כיבוש מלחמה.

ולכאורה, לדברי הרב אריאל אין כלל נפק"מ משאלה זו, שהרי לדעתו באופן פשוט נשתקע שם הבעלים הפרטיים מכוח הכיבוש, וממילא קנאום הנכרים מצד שנשתקע שם הבעלים.

2. גם אם נאמר שבאופן עקרוני כיבוש שבעקבותיו נשתקע שם הבעלים נחשב לקנין נכרים בשל ישראל, זה אכן היה מועיל אם ח"ו היתה קמה עצת אדריאנוס שלא ייזכר שם ישראל עוד מהארץ. אך ה' הפר עצת רשעים, והדבר לא צלח בידו, שהרי היא נמשכה להיקרא על ידי עם ישראל בשם "ארץ ישראל", וממילא כל הכיבוש לא תפס. לפיכך אף אם אין אנו יכולים לומר לאיזה אדם מישראל שייכת הקרקע, ברור לנו שהיא אינה שייכת לנכרים היושבים בה, ולסוברים שכיבוש נכרי בשל ישראל קונה רק לאחר ייאוש – גזל היא בידם.

וכיון שדעת רוב הראשונים שאין לנכרים קנין כיבוש בשל ישראל, כפי שמציין הדבר אברהם (שם), הרי שלהרבה פוסקים קרקעות אלו כגזולות בידי הנכרים, גם כיום.

ותנא דמסייע לדברים אלו ראיתי בספר תורת הארץ (ח"ב, דף מז, ב) שכתב שכל הדיון אם 'יש קנין לנכרי בארץ ישראל' או 'אין קנין' – קיים רק לסוברים שכיבוש של נכרים בשל ישראל קונה, אך לסוברים שכיבוש נכרי בשל ישראל אינו קונה, שוב אין משמעות לדיון אם "יש קנין" או "אין קנין" אלא אם כן קנאה מישראל בקנין כסף. וז"ל תורת הארץ (שם):

> הקרקעות שכבשו עכו"ם מישראל בארץ ישראל בכיבוש מלחמה – י"א דהוי כגזל בידם, ולכו"ע אמרינן אין קנין. וי"א דהוי כאילו קנו הקרקע מישראל בכסף, ושייך בזה הפלוגתא דיש קנין ואין קנין.

ושם בהערות (ס"ק סה ד"ה וכ"כ הכו"פ) הביא את דברי הכפתור ופרח שתלה את חסרון קנין הנכרי בקרקע ארץ ישראל, בכך שעם ישראל לא התייאש מארצו. וז"ל: "והאמת שיש שינוי רשות, אבל יאוש אין שם; ונוסחאות תפילתנו וברכותינו יוכיחו". ומבאר בעל 'תורת הארץ':

> והיינו שתמיד אנו מתפללים להש"ת שיחזירנו לארצנו וגם אנו מברכים בונה ירושלים וכדו'. וע"כ שאין אנו מתייאשים מארץ ישראל. ולפי זה גם מ"ד יש קנין בא"י היינו בקרקע שלקח הגוי מישראל בכסף אבל בשאר קרקעות שביד העכו"ם כו"ע ס"ל דאין קנין.

דברים אלו שכתב הכפתור ופרח בקצרה וביארם תורת הארץ, ברור מללו שאין לנתק בין הבעלות הכללית על הקרקע לבין הבעלות הפרטית. ואם עובדה היא שלא נשתקעה הבעלות הכללית של ישראל מהארץ, ממילא גם הבעלות הפרטית לא נשתקעה. ולפיכך הוא כותב שלסוברים שאין כיבוש מלחמה חל בבעלות הנכרים בארץ ישראל, גם הקרקעות הפרטיות נחשבות כגזולות בידם. ולאותן דעות, כל הדיון אם יש קנין או אין קנין להפקיע מידי מעשר, הוא רק באופן שנכרי קנה קרקע מישראל בקנין גמור.

ניתן היה להוכיח מהמנהג הקדום בארץ ישראל מתקופת מרן הב"י שלא לנהוג קדושת שביעית בפירות נכרים, שהב"י והבאים אחריו התייחסו לקרקעות שכבשום הנכרים כקניינם הפרטי. שהרי לא מצאנו בכל דברי החולקים בשאלה זו מי שהזכיר שמה שאין קדושת שביעית נוהגת בפירות הנכרים, זה אמור דוקא בקרקע שהנכרי קנה מישראל ולא בקרקע כבושה. יתירה מזו, הכס"מ (הל' שמיטה ויובל פ"ד הכ"ט, בסוף דבריו) מבאר את המעשה המובא בירושלמי (שביעית פרק ט) ביחס ל'גינתא דסיסרא', **שאין לנהוג קדושת שביעית גם בגידולי נכרים מקרקעות שכבשו הנכרים**. אך נראה שאין מכאן ראיה שיש לנכרים קנין כיבוש בגוף הקרקע, וכפי שנוטה דעתו של החזו"א (שביעית כא, ה) לומר, שבעלות הנכרים על הקרקע לאחר החורבן אינה בעלות גמורה אלא לקנין פירות, כפי שהיתה בעלותם מאז הבטחת ה' את הארץ לאברהם אבינו כניסת ישראל לארץ, כפי שכתבו התוס' (ר"ה יג, א ד"ה ולא).

יתכן שזו שיטת הב"י ודעימיה שיש לנכרי קנין פירות מכוח הכיבוש, אך אין להם קנין בגוף הקרקע (עי' 'שבת הארץ עם תוספת שבת' פ"ד הכ"ט הע' 17).

ב. זכותו של יהודי פרטי בקרקע

עוד כתב הרב אריאל שם בסוף פרק ב:

> אף אם נאמר שהבעלות הפרטית של כל יהודי לא פקעה מנחלתו, אין זה מתיר ליהודי פרטי לקחת אותה או את הפירות שגדלו בה. שכן מי הסמיך אותו לראות את עצמו כיורשו של אותו יהודי? אולי יורשיו של אותו יהודי מזדהים דווקא עם השמאל, ואולי התבוללו בין העמים? רק מדינת ישראל יכולה לקחת אחריות זו.

אך מדברי תורת הארץ (שם ד"ה ונראה) נראה שסבר שאנו תולים בסתמא שניחא ליה לכלל ישראל שהקרקע הגזולה תגיע לידי ישראל, וז"ל:

> אף לדעה זו דס"ל דהקרקע בארץ ישראל נחשבת כגזילה ביד העכו"ם, מכל מקום מותר לישראל לקנות הקרקע מהעכו"ם, וכן הפירות במחובר; **דוודאי ניחא לכל ישראל שתהיה ביד ישראל**.

כוונתו – שמכיון שלא ידוע לנו מי הצאצאים של בעלי הקרקע, אך ידוע שהיא של עם ישראל ולא של נכרי – ניחא לכל ישראל שתהיה ביד ישראל. אך לא מוטל עלינו לברר מי הם יורשיו של אותו בעל קרקע מלפני אלפיים שנה, ואם פעולה זו אכן נוחה לו באופן אישי. אכן מסתבר שלאחר קום המדינה, ממשלת ישראל, מכוח סמכותה, היא זו שיכולה וצריכה לקחת אחריות על גאולת הקרקעות, **אך היא אינה רשאית ואינה יכולה מכוח אותה סמכות לעשות פעולה הפוכה** ולהחליט שהיא מעבירה את הבעלות לידי נכרים.

ג. המציאות כהוכחת הבעלות על הקרקע

עוד כתב הרב אריאל שם:

> 'דינא דמלכותא דינא' בכה"ג, שגם השלטונות הקודמים שהיו בארץ וגם מדינת ישראל הכירו בבעלות זו, אף ההלכה מכירה בה.

הרב מתייחס למקרים שיש לנכרים שטר בעלות על הקרקע ("קושאן"). אולם במציאות, בהרבה מקומות אין הדבר כן. בכדי למנוע אי דיוקים בנתונים השונים ששמעתי מאנשי מקצוע ומאנשים שבררו את הדבר, אציין שבאופן כללי חלק ניכר מהקרקעות ביש"ע הן אדמות מדינה שהערבים יושבים עליהן ללא שטרי בעלות. צורה זו של שימוש מתמשך או תשלום מסי קרקע, היווה בתקופת התורכים והירדנים, במקרים ובאופנים מסויימים, הכרה באותם אנשים כבעלי הקרקע. תקנות אלו קיבלו הכרה על ידי ממשלת ישראל, באמצעות צו של אלוף הפיקוד.

ועל כך יש לשאול: האם ניתן לומר שאם מדינת ישראל מכירה בבעלות זו, גם ההלכה מכירה בה כבעלות גמורה? הרי מסתבר שלזה היתה כוונת הרמ"א (חו"מ שסט, א בהג"ה):

> דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם, דאם כן, בטלו כל דיני ישראל.

לדבריו, ניתן לומר שלכל היותר, הממשלה רשאית להשאיר בפועל את הקרקע בידי הנכרים בכדי למנוע עימותים וכדו', אך האם ההלכה אכן מכירה בקביעת בעלות נגד דין תורה באופן כוללני?

ד. גדרו של כיבוש מלחמה

כפי מה שהובא לעיל, זכותו של הערבי באותו מטע הינה מכוח ההכרה דה-פקטו של הצבא בישיבתו בקרקע. לאור זאת יש לשאול: האם לאחר שהם גורשו מן השטח מטעמי ביטחון לא פוקעת זכות זו והקרקע חוזרת לבעלות המדינה והצבא? אמנם באופן רשמי, ברשימות של המנהל האזרחי הדבר נשאר כמות שהיה, אך האם ניתן להתעלם מכך שבגירוש אותם ערבים על ידי הצבא יש הרחבה של הכיבוש שהתחיל לפני כ-35 שנה ככיבוש מדיני, והורחב מעתה גם על הרכוש הפרטי? ואם כן, הרי שחל כאן קנין של כיבוש מלחמה. כראיה לכך ניתן אולי להביא מדברי הגרצ"פ פרנק זצ"ל בשו"ת הר צבי (או"ח ב סי' עד) ביחס למובא להלן:

> בראשית מלחמת השחרור היה מחסור גדול במרור (חסה) לפסח, ורבים מתושבי ירושלים ירדו לכפר הערבי הנטוש דיר-יאסין שנלכד בידי היהודים כדי ללקוט שם.

ונשאלתי ע"י הגאון רבי עזרא עטיה ראש ישיבת פורת יוסף, אם אפשר לצאת במרור זה ידי חובה, דלכאורה הוי גזל עכו"ם ובמרור הגזול לא יוצאים ידי חובה.

בתשובתו נטה הגרצ"פ פרנק לומר ששטחים אלו נקנו בכיבוש ויוצאים ידי חובה במרור זה. באופן דומה ואף יותר החלטי הוא פסק בתשובה מאוחרת יותר, ביחס לפרדסים של נכסי נפקדים אחר מלחמת השחרור.

הרי לפנינו דברים ברורים דאה"נ דשפיר נמצא שלפעמים מוציאין רכוש של אדם וחבירו נוטלה וזוכה בה בעל כורחו ושלא בטובתו של בעל החפץ, ואע"פ שבעל החפץ עומד וצווח שלי הוא – לא משגחינן בו, וענין זה מפוזר בש"ס ופוסקים כדבר פשוט, דכיבוש מלחמה הוא אחד מקנייני התורה.

בתשובה נוספת ביחס לטבילת כלים של נפקדים (הר צבי יו"ד סי' קט) גם קבע הגרצ"פ שאין בהכרח משמעות לעובדה שהנכסים נחשבים בעיני המדינה כנכסי נפקדים, וחל עליהם גדר של כיבוש מלחמה. ושם הוא מסכם:

ולדידי מה שהממשלה מצביעה עליהם שהם רכוש האויב, רשום זה אינו משמש כלום להתיש כחו של כיבוש מלחמה שהוא קנין גמור על פי התורה, ומעשה מוציא מידי דיבור,

לכאורה, לאור דברים אלו אף במקרה הנידון, מדוע אם הצבא השתלט על השטח מחדש וגרש את הערבים ממנו, ועושה בו כבתוך שלו בטווח הנראה לעין – שלא יחשב הדבר כקנין כיבוש? כגון: אם לאחר שהצבא גרש את בעלי המטעים הורחבו שטחי הישוב על ידי גידור וכדו' בהסכמה בדיעבד של הצבא, מדוע שלא יחשב הדבר כ'קרקע ישראל', גם כשהפלחים לא נתייאשו?

כמו כן, לכל הפחות במטעים הנמצאים בתוך אדמות מדינה, הרי הצבא מעוניין שהערבים יסתלקו משם והמצב המשפטי יחזור לקדמותו. אם כן מדוע יש כאן גזל הנכרי, הרי מדינת ישראל כבשה אותם והם בבעלות הצבא, שהוא הממונה על כך מטעם המדינה? ואם אכן הצבא אינו מסכים שיקחו את הזיתים, הרי זה גזל של המדינה. אולם אם הצבא אינו מקפיד על כך, לכאורה אין כאן גזל כלל!

ה. השבת אבידה לנכרי

ביחס למה שכתב הרב אריאל, שבכל מקרה אין הפירות מוגדרים כאבידה, ברצוני לשאול: הרי אף אם ברור לנו שהעצים והזיתים הם של הנכרי, הרי כאשר הזיתים הולכים לאיבוד על העץ הם אבודים מהנכרי ומצויים אצל היהודים. לפי זה, אף אם הקרקע והזיתים הם שלו באופן מוחלט, ניתן היה למסוק את הזיתים על מנת להחזיר את תמורתם, שהרי אם הפירות הם של הערבי, הרי יש קידוש השם בכך שההתיישבות אינה באה על חשבונו הפרטי של הפלח הערבי, ובכך גם אולי היתה נמנעת העזרה וההתגייסות המתוקשרת לעזרת בעלי הזיתים, ועוד תוך חילול שבת המוני.

כאמור לעיל, לא באתי בדברים אלו לחלוק על מסקנת כב' הרב אלא לבוא במשא ומתן של הלכה כדרכה של תורה.

מה עוד, שכפי הידוע, הצבא אוסר במפורש לקחת מהזיתים ויש כאן גזל של רשויות הצבא, שהם האחראים על השטח. כמו כן קיימים גם שיקולים מעשיים נוספים להימנע מלקיחת הזיתים, ואין כאן המקום לפרטם.

סיכום

1. לדעת הכפתור ופרח, אף שנשתקע שם הבעלים הפרטיים מהקרקע, כיון שישראל לא נתייאשו מהקרקע – מונע הדבר את יכולתם של הגויים לתפוס בעלות על קרקעות בארץ.
2. לדעת בעל תורת הארץ, נוח לכלל ישראל שקרקעות ישראל יהיו בידי ישראל ולא בידי נכרים, ובאופן עקרוני כל אחד מישראל יכול לעשות כן, כשלא ידוע מי היו בעלי הקרקע. אמנם פשוט שלאחר קום המדינה זו סמכות הממשלה.
3. בפשטות, 'דינא דמלכותא דינא' לענין זה אינו מקנה לממשלה סמכות להעביר קרקעות לבעלות הנכרים, אלא לכל היותר להשאירה לשימושם.
4. קיימת מחלוקת ראשונים אם בכלל יש לנכרים בעלות על קרקע שכבשוה בארץ ישראל, ומידי מחלוקת לא יצאנו.
5. במציאות, חלק ניכר מהקרקעות אינם בבעלות ממונית של הנכרים, אלא הן מוחזקות בידיהם זמן רב; והדבר קיבל הכרה מסויימת על ידי התורכים והירדנים, שלאחר מכן גם הצבא אימץ אותה.
6. הסכמה של הצבא על גידור שטח שהיה ביד נכרי, מהווה הוכחה לכאורה על קנין כיבוש עם כל ההשלכות הנובעות מכך.
7. שינוי במצב באדמות מדינה בשנתיים האחרונות, מהווה גם הוא לכאורה השלמת קנין הכיבוש, והפירות אינם שייכים לנכרי אלא לצבא. וכשהצבא אוסר הרי הוא גזל הצבא.
8. גם אם הפירות הם של הנכרים, נראה שמסיק הזיתים על מנת לשלם תמורתם לנכרים יוכל להיחשב כהשבת אבידה לנכרי, שהרי לולא זאת הם בוודאי ילכו לאיבוד.

תשובה המחבר לרב אהוד אחיטוב

עיקרי דברי נסבו סביב הבעלות על **הפירות** ולא בבעלות על **הקרקע**, שהוזכרה רק דרך אגב. אולם מכיון שהרב אחיטוב מיקד את טיעוניו בשאלת הקרקעות, נתייחס בתחילת דברינו לנושא הבעלות על הקרקעות, ולאחר מכן נדון בשאלת הבעלות על הפירות.

שאלת הבעלות על פירותיהם של הנכרים ברחבי ארץ-ישראל נידונה באריכות בשו"ת באהלה של תורה (ח"א סי' קיג). דברינו הבאים מבוססים על האמור שם.

א. האם יש כיום לגוי קנין פרטי בארץ ישראל?

טענתו העיקרית של הרב אחיטוב היא שהקרקעות בארץ ישראל שייכות לעם ישראל והן נגזלו מאתנו על ידי הנכרים שכבשו את ארץ ישראל; ולגוי אין קנין

כיבוש בארץ ישראל.

הדבר אינו מוסכם. מצינו לגוי כיבוש גם בארץ ישראל. לשם כך נעיין בדברי הרמב"ם (הל' בית הבחירה פ"ו הט"ז) שהסביר מדוע קדושה ראשונה בטלה:

> אבל חיוב הארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כיבוש רבים; וכיון שנלקחה הארץ מידיהם, בטל הכיבוש ונפטרה מן התורה ממעשרות.

ואם נאמר שכיבוש נכרי אינו חל בארץ, כיצד כיבושו של נבוכדנצר ביטל את כיבושו של יהושע בן נון?

ובמסכת גיטין (לח ע"א) אמר רב פפא: "עמון ומואב טהרו בסיחון". כלומר כיבושו של סיחון בעבר הירדן, שהוא חלק מארץ ישראל, הפקיע את בעלותם של עמון ומואב. על כורחך צריך אתה לומר שכיבושו קנה את המקום. שאם לא כן, כיצד פקעה בעלותם של עמון ומואב? ודוחק לומר שעמון ומואב גויים היו, ואף להם לא היה קניין בארץ – לכן כיבושו של סיחון הפקיע את בעלותם, מה שאין כן בכיבוש של נכרי מישראל. שהרי עמון ומואב זכו בארץ ישראל מכוח היותם בני לוט, שאר בשרו של אברהם אבינו, והיה אסור לישראל לרשת אותם (עי' דברים ב, יח-יט). ומשמע שהיתה להם בעלות על ארץ ישראל לפחות כל עוד היה אסור לישראל להורישם.

אמנם ממסכת סנהדרין (נט ע"א) עולה שאין לנכרים דין כיבוש כלל. ופירש שם רש"י:

> לאו בני כיבוש נינהו – לא ניתנה ארץ לכבוש כי אם לישראל, שאף לישראל לא הותר יפת תואר אלא במלחמה על ידי כיבוש.

אך אפשר לומר בדעתו שגוי שכובש ארץ ונוטל שבויים – אין לו קנין בגוף הקרקע והאדם אלא רק קנין לפירות (בקרקע) ומעשה ידים (באדם). ולכן אין לו דין יפת תואר; כי נפילתה בשבי של גויים אינה מפקיעה את אישותה הקודמת, והיא אסורה לכובש. אלא שאם כן, אין הסבר מניח את הדעת לכיבוש נבוכדנצר ולעמון ומואב שטהרו בסיחון[9].

ב. הבחנה בין בעלות כללית לבעלות פרטית

כפי שרמז גם הרב אחיטוב (וכן הרב מיכאל אברהם במאמר תגובתו), יש להבחין בין בעלות כללית על הארץ לבין בעלות פרטית. באשר לבעלות הכללית, אין סמכות לעם ישראל להתייאש מנחלתו. גם המציאות ההיסטורית היא שעם ישראל לא התייאש מעולם מארצו ושאף לחזור אליה, וגם שמה של הארץ לא נשתקע מעולם בישראל אלא נשאר "ארץ ישראל", למרות מאמציו של אדריאנוס קיסר להפוך את שמה ל"פלשתינה".

אולם באשר לבעלות הפרטית, אין להכחיש את המציאות שאיש אינו יודע היכן נחלתו, ובקרקע שנשתקע שם בעליה ממנה אכן יש יאוש. אלא שדבר זה תלוי במחלוקת שבין הגאונים לבין הרמב"ם. וכך כותב

9. ועי' נמוק"י (לרי"ף יבמות טו, ד"ה אבל עובד כוכבים) שכתב שגוי קונה עבד גם לגופו ולא רק למעשה ידיו. ועי' גיטין מז, א, שם נראה שבשאלה זו עצמה, אם יש לגוי קנין הגוף בארץ ישראל או רק קנין פירות, נחלקו רבה ור' אלעזר. והדברים צריכים עדיין עיון. ועי' אנציקלופדיה תלמודית כרך כז, [כבוש מלחמה] טור קלא פ"ב מלחמה וכיבוש.

המהר"ם מרוטנבורג (שו"ת, חלק ד, דפוס פראג, סי' תקלו):

קים להו לרבנן דאין כל אחד מישראל שאין לו ד' אמות בארץ ישראל. וא"ת: נטלוה הגויים ואנן בגלות! קיי"ל לרבנן דקרקע אינה נגזלת ובחזקת ישראל היא, וארץ ישראל נקראת על שם ישראל, דאפילו בזמן שישראל שרויין על אדמתן אין להם רשות למכור שדותיהן לצמיתות, שנאמר: "והארץ לא תימכר לצמיתות" וגו', וכתיב: "לד' הארץ ומלואה", ועתידים אנו לחזור עליה ולירש אותה... הכי אמר רב נחשון גאון.

ובגליוני הש"ס (להר"י ענגיל, ב"ב מד ע"ב) **כתב בהסבר הדברים:**

א"י היא עדיין של השי"ת ולא ניתנה גם לישראל נתינה חלוטה.. וע"כ כיון שהארץ של השי"ת...ולמי שאין ה' נותנו הו"ל לגביה של השי"ת לגמרי וא"א שיזכה בו כלל... א"נ כיון שיש דעות דיאוש מועיל גם בגזלת קרקע, לכן כתב דאין כאן יאוש כיון דעתידים אנו לחזור אליה.

אולם הרמב"ם חולק על רב נחשון גאון בהל' שלוחין ושותפין (פ"ג ה"ז):

הגאונים תקנו... שאם הרשהו ליטול מעות שיש לו ביד חברו או לתבוע ממנו הלוואה ולא היתה למקנה קרקע, מקנהו ארבע אמות מחלקו שבארץ ישראל, ומקנה לו המעות על גבן. ודברים אלו – דברים קלים הן עד מאוד ורעועים, שזה, מי יאמר שיש לו חלק בארץ ישראל? ואפילו הוא ראוי, אינו ברשותו!

וכן בעלי התוס' בבא בתרא (מד ע"ב ד"ה לא) **חלקו על המהר"ם והגאונים:**

מכאן תשובה לאומרים דמה שנהגו לכתוב בהרשאות "ונתתי לו ארבע אמות בחצרי" אף על גב דלית ליה קרקע משום דאין לך אדם שאין לו ארבע אמות בארץ ישראל דקרקע אינה נגזלת, אי נמי דאין לך אדם שאין לו ד' אמות לקברו; דהכא משמע דאפשר דאין לו קרקע.

והחזו"א (שביעית כא, ה) **כתב בהסבר דעתו של הרמב"ם:**

אמרו בגמ' (ע"ז נג, ב) דארץ ישראל ירושה היא להם, ובראש השנה (יג ע"א) קרי להו "קציר נכרים". ופירשו בתוס' שם דניתנה לאברהם אבינו ע"ה גוף מהיום ופרי לכשישלם עוון האמורי... ויש לעיין, לאחר שגלו ישראל וקנו האויבים הארץ בכיבוש מלחמה ויאוש ונשתקע שם בעלים, אי חשיבא הארץ של ישראל מצד הבטחתו, יתברך שמו, להחזירה אלינו, והגוף שלנו; והלכך, אע"פ שכל יחיד כבר פקע קניינו מחלקו. ומדברי רבנו כאן משמע שמתנת אברהם אבינו ע"ה קיימת לעולם וחשיב גם השתא גוף של ישראל. ומה שכתב רבנו דחשיב אינו ברשותו אע"ג דבקרקע אמרינן (ב"מ ז, א) דחשיב ברשותו – היינו דווקא ביכול להוציאה בדיינים.

החזו"א מבחין אפוא בין הקניין הכללי בארץ ישראל, שהוא שייך לעם ישראל עוד מברית בין הבתרים, שקניין זה הוא קניין הגוף ולא קניין פירות, והוא אינו יכול לפקוע לעולם, לבין קניין פרטי של כל אחד

מישראל, שעליו חלים כללי הדין הרגילים שאם אי אפשר לו להוציאו בדיינים הוא אינו ברשותו.

ג. האם קרקעות הנכרים בחזקת גזולות?

לדעת הגר"מ קלירס בתורת הארץ (שהובא בדברי הרב אחיטוב), כל הקרקעות המוחזקות בידי נכרים גזולות הן בידיהם, ובעצם יש להחשיבן כקרקעות ישראליות. אלא שאם נמשיך בעקביות את קו המחשבה שלו נגיע למסקנה שכל התוצרת הערבית תתחייב בשמיטה ובמעשר. הוא עצמו רומז לכך שאין אנו נוהגים כן אלא מתייחסים לתוצרת נכרית כמי שמופקעת מקדושה. כלומר, למעשה, אנו מכירים בבעלותם של הנכרים על אדמותיהם. (שמעתי מבני משפחתו שהם באמת התיחסו בשמיטה לפירות הנכרים כפירות ישראל.)

הגר"מ קלירס לא הבחין, כמו החזון איש, בין בעלות פרטית לציבורית. ואכן כל ראיותיו הן מהתחום הציבורי, ואינן נוגעות לתחום הפרטי, שבו יש לנכרי בעלות לפחות של קניין פירות.

הכפתור ופרח, עליו מסתמך תורת הארץ, הכותב שלא התייאשנו מארצנו ולכן אין לגוי קניין בארץ – אומר גם את ההפך (פרק ד, הוצאת לונץ עמ' לד; הוצאת גרוסברג עמ' ז) בשם הירושלמי (גיטין ד, ט), שיש לגוי בעלות על הקרקע שהוא מחזיק בארץ ישראל (ועי' משך חכמה לך לך יג, טו; יז, ז).

הרדב"ז בוודאי חולק על בעל תורת הארץ, ואלו דבריו בתשובה (ח"א סי' תקיד):

> דע כי אין במחוז הזה לא בית ולא גינה ולא שדה שלא יהיה לו שטר קניין הנקרא אצלם 'מכתוב', והוא כתוב וחתום בערכאותיהם. ונמצא כל המחזיק בקרקע – כדין מחזיק. ואפילו תאמר שגזל אותו הוא או אבותיו – מכל מקום, כיון שיש בידו 'מכתוב', הרי הוא שלו, דדינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר שכל מי שיש בידו 'מכתוב' יהיה הקרקע שלו. הלכך אין כאן גזל.

אלא שלדעתו יש להבחין בין קרקעות מוסדרות לבין קרקעות שאינן מוסדרות, שאין למחזיקים בהם מסמך רשמי המאשר את בעלותם. אולם גם אם נניח שקרקעות אלו אינן שלהם, הרי בעצים שנטעו בהן יש להם בעלות – חלקית או מלאה – כפי שיבואר להלן.

אמת נכון הדבר שיש קרקעות רבות שהערבים השתלטו עליהן שלא כדין ומן הראוי שיושלט בהן סדר. אולם הדבר מסור בידי המדינה ולא בידי כל אחד ואחד. וגם אם המדינה אינה עושה את המוטל עליה, האם רשאי כל אזרח פרטי לעשות דין לעצמו וליטול לעצמו דבר שאינו שלו?

גם אם היתה המדינה נותנת גושפנקה חוקית לגזל הקרקעות יש מקום לטענה שדינא דמלכותא אינו תקף כאשר הוא נוגד את דין התורה. אלא שהשאלה היא מהו דין התורה במקרה זה? אין ספק שהגזילה אסורה ויש להשיב את הגזילה לבעליה. אולם מי הם הבעלים? כבר כתבנו שאין הבעלים הישראלים הפרטיים של הנחלות בארץ, צאצאיהם של יורשי הארץ בימי יהושע בן נון, מכירים בבעלותם. וע"כ יש להחזיר את הגזילה לכלל ישראל, שהמדינה היא המייצגת אותו. ואם המדינה מכירה בבעלותם של הגזלנים אנו יכולים רק לזעוק חמס אולם לא לערער על סמכותה במקרה זה ודינא דמלכותא דינא.

ד. לא כל הקרקעות גזולות

ההנחה שכל הקרקעות המוחזקות בידי נכרים גזולות הן – טעונה הוכחה. אין ספק שהרבה קרקעות נגזלו בכוח מידי בעליהן הישראלים על ידי כובשים זרים. אולם יש סבירות לכך שחלק מהקרקעות נמכרו על ידי בעליהם הישראלים לנכרים לפני שנאלצו לרדת מן הארץ. קרקעות אלו אינן גזולות. וגם על חלק מאלו שנלקחו בכוח חל דין 'סיקריקון', המבואר במסכת גיטין (נה, ב):

> לא היה סיקריקון ביהודה בהרוגי מלחמה, מהרוגי המלחמה ואילך יש בה סיקריקון. כיצד? לקח מסיקריקון וחזר ולקח מבעל הבית – מקחו בטל, מבעל הבית וחזר ולקח מסיקריקון – מקחו קיים... זו משנה ראשונה. בית דין של אחריהם אמרו: הלוקח מסיקריקון נותן לבעלים רביע; אימתי? בזמן שאין בידן ליקח, אבל יש בידן ליקח – הן קודמין לכל אדם. רבי הושיב בית דין ונמנו, שאם שהתה בפני סיקריקון שנים עשר חודש – כל הקודם ליקח זכה, אבל נותן לבעלים רביע.

ופירש רש"י:

> לא דנו דין סיקריקון בהרוגי המלחמה, דקני לגמרי, והלוקח ממנו מקחו קיים. הלכך, אגב אונסיה, כי אמר ליה: שא קרקע זו והניחני – אקנייה ניהליה בלב שלם, וקיימא לן: תלאו וזבין, זביניה זבינא (ב"ב מז, ב).

וכן פסק הרמב"ם (הל' גזילה ואבידה פ"י ה"ג):

> הגויים המציקים לישראל ומבקשים להרוג אותו עד שיפדה עצמו מיד הגוי בשדהו או בביתו ויתננה למציק ואחר כך יניחנו, כשירצה המציק למכור אותה הקרקע – אם יש ביד הבעלים ליקח מן המציק, הן קודמין לכל אדם, ואם אין ביד הבעלים ליקח או ששהת הקרקע ביד המציק שנים עשר חדש, כל הקודם ולקח מן המציק זכה; ובלבד שיתן לבעלים הראשונים רביע הקרקע או שליש המעות.

כלומר, הקרקעות שבעליהן הישראלים נאלצו למוכרן על מנת להציל את חייהם, נחשבות על פי ההלכה כרכושם של הקונים. ומסתבר שחלק ניכר של הקרקעות בארץ עבר לבעלות נכרית בדרך זו.

ה. הפירות, של מי?

כאמור בפתיחת דברינו, מִיקדנו את הדיון במאמרנו הקודם בפרי ולא בקרקע. כי גם אם נניח שהקרקע שייכת לנו – הרי העצים אינם שלנו, שהרי לא אנו נטענו אותם, והם שייכים למי שמחזיק בהם. מקור הדברים – בבעלי התוס' (ר"ה יג, א ד"ה ולא), **שכתבו:**

> אף על גב דירושה היא להם מאבותיהם (=וא"כ התבואה שגדלה בארץ, של ישראל היא ולא של נכרי) ...מ"מ יש לו במה שזרע (ויש לגוי בעלות על התבואה שזרע בארץ ישראל)[10].

10. הטורי אבן (על אתר) סובר שהפרי צריך להתחלק בין בעלי הקרקע לבין בעלי העצים. אך גם לדעתו אין היתר לישראל ליטול את **כל** הזיתים לעצמו.

הברכי יוסף (או"ח סי' תרמט ס"ב) כתב על פי דברי התוס' הנ"ל, שמה שאסר רב הונא ל'אוונכרי' (סוכה ל ע"א) לקטוף בעצמם את ההדסים – מדובר בהדסים שהיו נטועים בקרקע מקדמת דנא. אך אם ידוע לנו שהגוי הוא שנטע את ההדסים בקרקע הגזולה – עלינו לומר שאכן ההדסים שייכים לו[11].

לדעתו של הברכי יוסף עלינו לומר שגם באותן קרקעות שהן שלנו ללא כל ספק, העצים שהם נטעו שייכים להם, ולפחות יש להם חלק בהם ובפירותיהם, והלוקח את הפירות צריך לפצותם כדין "היורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות". וכל עוד לא שלמו להם פיצויים, ספק אם מותר ליטול את פירותיהם, כי אולי הם נחשבים לבעלים עד לרגע התשלום[12].

המהר"י זאבי ("אורים גדולים",דרשה לפרשת קרח) כתב שהרמב"ם חולק על בעלי התוס', וסובר שגם הגידולים שייכים לישראל.

וא"כ לכל היותר יש לנו ספק מי הבעלים על העצים. ומספק – העמד דבר על חזקתו, ואין לגזול את הזיתים ממי שמוחזק בהם.

ו. המעמד המשפטי של הקרקעות

1. לצערנו החוק הירדני תקף עדיין ביש"ע, ובהעדר סמכות משפטית ישראלית אין לאדם פרטי זכות להשתלט על קרקעות הנמצאות בבעלותם של ערבים. אמנם אין להתעלם מתופעה קיימת שבה נעשה לפעמים 'סיפוח זוחל' למטרות ביטחוניות ויישוביות בהעלמת עין ובהסכמה בדיעבד של השלטונות; אולם זה נעשה בדרך כלל באדמות מדינה שהשכנים נאחזו בהן באופן בלתי חוקי, וכאשר אין פגיעה של ממש ברכוש פרטי של אחרים. ועוד, אם הדבר נעשה מתוך העלמת עין – ניחא, אך כאשר ישנה הוראה הפוכה – הדבר אסור.

2. גם אם נאמר שאין לנכרי טענת בעלות על הקרקע, עלינו להכיר בכך שגם ליהודי פרטי אין זכות טענה כזו. וכי הקרקע היא הפקר?! לכל היותר היא שייכת למדינה, והמדינה לא הפקירה את קרקעותיה לכל מאן דבעי. אמנם לצערנו, המדינה גם לא הכריזה שהיא הבעלים החוקיים של הקרקע, בהיותה הסמכות הציבורית היהודית הבלעדית הקיימת כן והרואה את עצמה המשך ישיר של עם ישראל שהוגלה מאדמתו לפני כאלפיים שנה. אולם עם כל כאב הלב והצורך לשכנע את המדינה להכיר בישותה ובזהותה הישראליות, עדיין אין לישראלי פרטי שום מעמד משפטי בענין. מסיק פרטי – אם נניח שאינו גזל הגוי, הוא גזל ישראל!

3. הצבא אוסר על הערבים להתקרב לגדרות הישוב מסיבות ביטחוניות גרידא, אך לא הפקיע את בעלותם מהפירות, ולעתים הוא אף מתיר להם לקטוף את פירותיהם תחת השגחה צבאית.

11. ועי' חלקת יואב חו"מ סי' י.
12. בשו"ת באהלה של תורה (ח"א סי' קיג) תליתי שאלה זו במחלוקת הרמב"ן והרא"ש (ב"מ קא, א) בסוגיית היורד לשדה חבירו שלא ברשות.

4. המרור שהתיר הגרצ"פ פראנק להשתמש בו בפסח של מלחמת השחרור שונה מהזיתים בנדון דידן. שם הבעלים נטשו את מקומם, התייאשו סופית מהחסה שגידלו, ובמקומם בא צבא ישראל על מנת לשלוט בשטח **שליטה ישראלית מלאה**. זהו "כיבוש"; וגם ללא אמירה מפורשת חל על המקום קניין ישראלי. אולם במקום בו הצבא אומר בפירוש שאינו רואה את עצמו בעלים על הרכוש, ורק אוסר לערבים להיכנס לשטח על מנת לקחת אותו, אין כאן בעלות ישראלית ואי אפשר להגדיר זאת כקניין בעל כורחו של הצבא. ומכיון שכך, הבעלים גם לא התייאשו לגמרי מן הזיתים שלהם.

ז. השבת אבידה

לבסוף, הרב אחיטוב מתיר מסיק זיתים בידי ישראל כאשר הכוונה היא להשיב אבידה; כי אם המתיישבים לא ימסקו את הזיתים, הם ינשרו וירקבו, והבעלים בוודאי יהיו מעוניינים במסיק הזיתים על ידי ישראל תמורת החזר הוצאות[13]. בעצם, זו היתה גם הצעתי. אלא שלדעתי מן הראוי שלא המתיישבים יעשו זאת בעצמם, בכדי למנוע לזות שפתיים, אלא אחרים יעשו זאת על פי בקשתם. על כל פנים, כל מי שירצה להשיב אבידה ולקבל החזר הוצאות חייב לעשות זאת באמצעות בית דין, שיעריך את מחירם הזיתים ואת תחשיב ההוצאות וידאג לשלם לבעלים את מה שמגיע להם, כאשר המוסקים יקבלו שכר רק כפועל בטל. האם המתיישבים מוכנים לסידור כזה? והאם הבעלים הנכרים יהיו מוכנים לשלם למוסקים הישראלים שכר לפי ערכים המקובלים במשק הישראלי?

אילו המתיישבים היו מעלים הצעה כזו לפחות לדיון היו יכולים למנוע חילול השם. אולם מסיק הזיתים ללא התייעצות הלכתית מוסמכת – לא הוסיף קידוש השם, בלשון המעטה.

יישובינו ברחבי ארצנו יוכלו להתפתח ולהתרחב דווקא אם ישמרו על ערכי המוסר שלנו.

"מי יעלה בהר ה' ומי יקום במקום קדשו? – נקי כפים ובר לבב".

13. במאמרי הארוך דנתי בשאלת השבת אבידה לנכרי, יעוי"ש.

סימן מז

ירושת בנות נוכריות

הקדמה

לצערנו רבו בימינו התופעות של נישואי תערובת, בעיקר בגולה. יש מדינות רבות שבהן רוב הנישואין של יהודים הם מעורבים ותהליך הטמיעה גורם לקהילות רבות להימחק מעל המפה. משפחות כאלו אינן מודעות להלכה שהילד הולך לפי האם והן מתיחסות אליו כילד רגיל לכל דבר, על כל זכויותיו המשפטיות, למרות שלפי דין תורה ילד מאם נכריה אינו מתיחס לאביו לפיכך אינו יורשו.

השאלה

יהודי היה נשוי בארץ ונולדה לו ילדה. לאחר מכן התגרש, נטש את הילדה וירד מן הארץ, נשא גויה ונולדו לו שתי בנות ממנה.

עתה הוא שוכב על ערש דווי וביקש מחברו, עו"ד יהודי, להתמנות כאחראי על חלוקת רכושו לאחר מותו. כוונת המוריש היא לחלק את הירושה בין שלושת בנותיו בצורה שוה. האם מותר לו להתמנות לתפקיד זה?

א. לא תחנם

הבנות הנוכריות אינן בנותיו לפי ההלכה, ולפיכך אינן יורשות אותו, מצד דיני ירושה. אם כי יש אפשרות משפטית לתת להן חלק במתנה מחיים, ואז הן מקבלות בתורת מתנה ולא בתורת ירושה. ואדרבה, מכיון שלפי דין תורה אין צוואה מועילה אחרי מותו של האדם, הדרך היחידה לערוך צוואה כשרה היא ע"י מתנה מחיים. אלא שגם מתנה לנוכריות אסורה לכאורה משום 'לא תחנם' שאסור לתת לגוי מתנת חינם (ע"ז כ ע"א).

מיהו נ"ד שאני. הן אמנם נוכריות מבחינה הלכתית והאב עבר עבירה חמורה בכך שנשא את אימן והוליד אותן ועונשו כרת שנאמר (מלאכי ב, יא; סנהדרין פב ע"א):

> ובעל בת אל נכר – זה הבא על הנכרית, וכתיב בתריה: יכרת ה' לאיש אשר יעשנה ער ועונה מאהל יעקב ומגיש מנחה לה' צבאות. אם תלמיד חכם הוא – לא יהיה לו ער בחכמים, ועונה בתלמידים. אם כהן הוא – לא יהיה לו בן מגיש מנחה לה' צבאות. אמר רבי חייא בר אבויה: כל הבא על הנכרית כאילו מתחתן בעבודה זרה, דכתיב ובעל בת אל נכר וכי בת יש לו לאל נכר? אלא: זה הבא על הנכרית.

אולם למרות חומר הנושא, נלענ"ד שאדם שהוליד ילדים נכריים לא נפטר מחיוב מזונותיהם. וכי מי שהוליד בן ממזר פטור ממזונותיו? הריהו מוסיף את הרווה על הצמאה. לא זו בלבד שעבר עבירה חמורה בהולדת הממזר, עתה הוא מוסיף חטא על פשע בכך שלא זן אותו. אמנם ממזר שאני, כיון שהוא ישראל ויורש את אביו מן התורה (רמב"ם, הל' נחלות פ"א ה"ז) כמו"כ יתכן שיצא ממנו תלמיד חכם, וממזר תלמיד חכם גדול מכהן גדול עם הארץ. אולם לא זו הסיבה לחיוב מזונותיו, אלא עצם העובדה שהוא צאצאו הביולוגי. לא יתכן שאדם יעמיד צאצאים ויתכחש להם.

אלא שחיוב מזונות הוא רק עד גיל שש. לילדים בוגרים אין חיוב מזונות אלא מדין צדקה. אמנם גם בן ממזר ראוי לקבל צדקה (ר' שולחן ערוך יו"ד סי' רנא ס"ט), אך מי שהוליד בנות נוכריות שאינן ישראליות לכאורה אין כלפיהן חיוב.

מיהו נראה שמפרנסין עניי עכו"ם עם עניי ישראל משום דרכי שלום. אלא שצ"ע אם זו חובת צדקה. כי סיבתה היא דרכי שלום ולא מדין צדקה. ואולי יש לדייק מלשון הרמב"ם (הל' מלכים פ"י הי"ב):

> אפילו העכו"ם ציוו חכמים לבקר חוליהם... ולפרנס ענייהם בכלל עניי ישראל, מפני דרכי שלום.

כלומר, אין מקיימים בהם מצות צדקה מהתורה, אלא רק מתקנ"ח משום דרכי שלום. ועדיין יש להסתפק מהו גדר המצוה, האם זו מצות צדקה מדרבנן או רק חיוב הבאת שלום, וצ"ע.

מ"מ נראה שמכיון שמותר לפרנסן יש גם **חובה** לפרנסן. ראה כתובות (מט ע"ב):

> יארוד ילדה ואבני מתא שדיא! ...עורבא בעי בניה, וההוא גברא לא בעי בניה! ...כי הוה אתי לקמיה דרבא, אמר ליה: ניחא לך דמיתזני בניך מצדקה?!

לא תהיינה בנותיו הנוכריות גרועות מבני עורב אשר יקראו. הן אמנם לא בנותיו, אך הן צאצאיו, יוצאי ירכו, והוא הביאן לעולם ולכן אינו פטור מלפרנסן. הרי אפילו את בהמתו חייב אדם לזון ואף להקדים את מזונותיה למאכלו. אמנם אין חיוב משפטי לזון את בהמתו ובכ"ז מזונותיה עליו ולכן הוא חייב לזונה ואפילו בשבת ויו"ט שאסור לו לזון את החיות שאין מזונותיהן עליו. וגם עבד כנעני שיכול לומר לו עשה עמי ואיני זנך (גיטין יב ע"א) זהו רק מבחינה משפטית פורמאלית אך למעשה אחריות מזונות העבד עליו (ר' רמב"ם סוף הלכות עבדים שהשווה עבד לבהמתו). לא ייגרעו ילדיו מבהמותיו ועבדיו שמשום שקנאם מן השוק מוטלת על האדם חובה מוסרית לפרנסם ולא רק מדין צדקה, אלא זהו חיוב פשוט ומוסכם על כל בר דעת. ק"ו בן בנו של ק"ו לילדיו הביולוגיים, בשרו ודמו, שהוא חייב לפרנסם למרות שאינם מתיחסים אחריו.

אלא שיש להסתפק אם חובתו להעדיף אותן מדין צדקה על אחרים. ור' שולחן ערוך (יו"ד סי' רנא ס"ד):

> מחייבין האב לזון בנו עני, ואפילו הוא גדול מחייבין אותו יותר משאר עשירים שבעיר. (וכן שאר קרובים וע"ל סי' רנ"ז סעיף י') (מרדכי פ"ק דב"ב).

ובביאור הגר"א הביא מתד"א (ר"פ כז):

> הלא פרוס לרעב לחמך כו' ו**מבשרך** לא תתעלם. הא כיצד אלא אם יש לאדם מזונות בתוך ביתו ומבקש לעשות מהן צדקה כדי שיפרנס אחרים משלו כיצד יעשה בתחלה יפרנס את אביו ואמו ואם הותיר יפרנס את אחיו ואחיותיו ואם הותיר יפרנס את בני משפחתו.

אמנם בנותיו אינן מתייחסות אחריו. אולם סו"ס הן צאצאיו הביולוגיים ומבחינה זאת הן "בשרו" ממש[1]. היתכן שאדם יביא לעולם צאצאים וייפטר מלזונם ויטיל את

1. כן מסתבר שמצד כיבוד אב ואם מוטל על הבנות לכבדו על אף שנכרים אינם מצווים על כך. ומצינו שגויים מכבדים את הוריהם יותר מישראל כגון עשיו ודמה בן נתינה.

חובת הצדקה לזונם על אחרים? מסתבר שחובת הצדקה לזונם חלה קודם עליו.

גם אם נניח שאין חיוב ממש לפרנסן, אך בודאי אין זו מתנת חינם. כי חכמים התירו לפרנס עניי עכו"ם. והדבר דומה למשחרר עבד כדי לקיים מצוה וכמו שכתב הר"ן (על רי"ף גיטין כ ע"ב):

> כל המשחרר עבדו עובר בעשה. משמע דלאו עשה גמור הוא דבגמ' פרכינן מיתיבי מעשה ברבי אלעזר שנכנס לבית הכנסת ולא מצא שם עשרה ושחרר עבדו והשלימו לעשרה ומפרקינן מצוה שאני ואי עשה גמור הוא היכי דחינן עשה שבתורה משום האי מצוה ויש מתרצים שלא אמרה תורה לעולם בהם תעבודו אלא משום שלא יתן להם מתנת חנם כענין שכתוב בעובדי כוכבים לא תחנם וכיון דאיכא מצוה לאו משום חנינה דידהו קא עביד אלא לצורך עצמו והוה ליה כנותן דמי עצמו.

אף כאן נראה שיש למוריש אינטרס לפרנס את בנותיו הנוכריות משום דרכי שלום ביניהן לבין בתו היהודיה ואין בכך משום "לא תחנם". אם כי צ"ע אם דרכי שלום היא מצוה כמו השלמת מנין. אולם גם אם אינה מצוה, דרכי שלום הוא אינטרס שלו ולכן אין כאן מתנת חינם.

דוק בלשון הרמב"ם (הל' מלכים פ"י הי"ב):

> אפילו העכו"ם ציוו חכמים לבקר חוליהם, ולקבור מתיהם עם מתי ישראל, ולפרנס ענייהם בכלל עניי ישראל, מפני דרכי שלום, הרי נאמר טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו, ונאמר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.

פתח הרמב"ם בדרכי שלום וסיים ב'טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו'.

משמע שבעצם היה ראוי לקיים מצות צדקה גם לגויים (ר' חי' הר"ן לסנהדרין נז שגם בני נח חייבים בצדקה ולמד זאת מחטאת סדום ולכן ראוי גם לתת להם), אלא שבגלל שהם עכו"ם ועוברי עבירות אחרות אין מצוה לרחם עליהם (אדרבה: "כל מי שנעשה רחמן על אכזרים נעשה אכזר על רחמנים" מדרש זוטא, קהלת פרשה ז). אך משום דרכי שלום ראוי לפרנסם וממילא חוזר וניעור החיוב המקורי לרחם עליהם.

א"כ אם יש לעוה"ד יד חופשית לחלק את הרכוש כראות עיניו וכיון שלבנות הנוכריות אין פרנסה משלהן, הוא יכול לתת להן חלק מהרכוש, לצורך קיומן ההכרחי. כי אז אין זו מתנת חינם אלא צדקה, ואת עיקר הרכוש יתן לבת היהודיה. אולם כל זאת רק אם הבנות זקוקות לפרנסה. אך אם הן אינן זקוקות לפרנסה אין מצות צדקה חלה כלפיהן. וכמו"כ אם המוריש דורש במפורש להעדיף את הבנות הנוכריות אסור לעוה"ד לשתף עמו פעולה בנושא.

ב. זכין לאדם בעל כורחו

מסרו לי בשם ת"ח חשוב שלדעתו מותר לעוה"ד לעבור על דעת המוריש, להעדיף את הבת היהודיה ולתת לה את כל הרכוש מכיון שמן הדין מותר לאב לכאורה לתת את הרכוש רק לבתו היהודיה ואסור לו לתתו לשתי בנותיו הנוכריות, מדין זכין לאדם שלא בפניו, כי מסתמא ניחא ליה שיעשה כדין.

וקשה לי, וכי אומרים זכין במקום שהוא עומד וצווח?

אמנם מזליה חזי ובשורש נשמתו היהודית בודאי הוא שמח שרק בתו היהודיה תירש אותו, אולם אין הדבר משנה את דיני הזכיה. לעניין זה קובעת הכרתו

הגלויה של האדם ולא תת-הכרתו. ובהכרתו הגלויה הוא רוצה לתת את רכושו גם לבנות הנוכריות.

ראה אבני מילואים (סי' א ס"ק ה) שמבאר על דברי הרמ"א בשם תרוה"ד שמי שאשתו המירה, כדי שלא יעבור על חדר"ג לשאת אשה שניה, מזכה לה גט ומותר לישא אשה אחרת. וז"ל:

מזכה לה גט. – בתה"ד [סי' רל"ז] הטעם כדי שלא יעבור הבעל על תקנת ר"ג... לכן מנהג יפה הוא במקום דנוהגים ליבם ועיין ד"מ וב"ש.

וקשה לי כיון דעיקר הטעם דזכין לאדם שלא בפניו כתבו תוס' בכתובות (דף י"א) כיון דזכות הוא לו אנן סהדי דניחא לי' ועבדינן שליחותי' ע"ש, וכיון דחזינן השתא דשבקי היתרא ואכלי איסורא וא"כ אנן סהדי דלא ניחא לה בשליחות. ולפי מ"ש בקצה"ח סי' ק"ה סק"א דלאו משום אנן סהדי אתינן עלה כיון דהשתא מיהת לא ידע ה"ל יאוש שלא מדעת, אלא משום דכן **גזירת הכתוב** שיהי' זוכה לאחר שלא בפניו במידי דזכות כל זמן שאינו מוחה וע"ש, וא"כ ה"נ אע"ג דאלו ידעה לא הוי ניחא לה השתא מיהת לא ידעה ואינה מוחה וכיון דזכות הוא זכין לאדם שלא בפניו. ולפ"ז היכא דמיחתה בפירוש ליתי' להך תקנתא.

ואחר העיון מצאתי תקנת הגט אפי' במקום שמיחתה בפירוש, והוא לפמ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין פ"ק (דף כ"א) [כג, ב] גבי שחרור דזכין לאדם שלא בפניו וע"י אחרים בשטר. וז"ל ואי לאו דמסתפינא אמינא דהכא אפילו בע"כ נמי, ומתנת ממון שאני דלאו זכות גמור הוא ואדרבה חוב מצד עצמו דכתיב ושונא מתנות יחיה אלא מיהו מצד שנפשו של אדם מחמדתן קרי לה זכות ואעפ"י שהוא מצד עצמו חוב זכין לו שלא בפניו, אבל גט שחרור דזכות גמור הוא דמתירו בבת חורין ומכניסו לכלל מצות ישראל מכל מקום, ואפילו עומד וצווח בטלה דעתו אצל כל אדם. ואעפ"י שבמציאה ובנכסי הגר ובלקט שכחה ופיאה דזכות גמור הוא וגר קטן שהטבילוהו ב"ד שאין זכין בע"כ כדאמרינן פ"ק דכתובות (יא, א) הגדילו יכולין למחות, הכא שאני דאלו איתי' לעבד כאן כייפינן לי' לעבד לקבולי בע"כ כי ליתי' נמי מזכין לי' בע"כ כו'... וא"כ ה"נ כיון דזכות גמור הוא לה וגם יכול לגרש בע"כ אלו איתא כאן לכן אפי' צווחה נמי מזכה לה בע"כ.

ואע"ג דהרשב"א לא סמך עלה כל כך, כל כה"ג דאינו אלא על צד היותר טוב כדאי המה דברי הרשב"א לסמוך עליהם במקום שנהגו לזכות לה גט ודוק.

הסברו של האב"מ בגדר זכין לאדם שלא בפניו נמצא גם בספרו קצוה"ח סי' קה ס"ק א ושם הוא עצמו מודה שרש"י ותוס' חולקים על הסברו ופירשו משום אנן סהדי ולא בגלל שהתורה קבעה.

ומה שהקשה על שיטתם מב"מ כב ע"א מיאוש שלא מדעת ראה בטבעה"ח שתירץ דאנן סהדי לא גרע ממצוה. הסבר זה נמצא בספרים אחרים ר' פתוחי חותם על הקצות שם.

וא"כ הדבר תלוי במחלוקת הראשונים.

אמנם במומרת סומכים על סברה זו שזכין לאדם שלא בפניו אולם רק בצירוף סברות נוספות וכמש"כ בשו"ת עין יצחק (ח"א אה"ע סי' א, טו):

סיומא דפסקא בקצרה דעתי כן והוא כי זכוי הגט לעוזבת דת אף דאומרת דאינה רוצית כלל בהגט עכ"ז יש לזכות עבורה את הגט לפי דיש לומר דבזכות גמור מהני הזכות אף באומרת שאינה חפיצה בזה, וגם נ"ד הוי בשם זכות גמור כמו שנתבאר. וזולת זה הא נתבאר בשם המהרי"ק דהיכא דנאסרה עליו דאין זה בכלל נושא שתי נשים וכמו שכתב החמדת שלמה. וזכוי הגט אינו רק לרווחא דמילתא היכא דאפשר אבל אין זה לעיכובא. וגם נתבאר דיש לדון דעיקר מה שמצריכין לזכות הגט לה דזהו רק לטובתינו להצילנו מן הערבות. וע"כ יכול כת"ר לזכות עבורה הגט גם בנ"ד ולהתיר לבעלה לישא אשה אחרת אף בלא היתר מאה רבנים. וה' יהי' בעזרינו להצילנו מן עון ומכשול ושלום על ישראל.

ועוד, גם לדעתו של הקצות זהו רק כשמזכה לה אך לא כשנוטל ממנה, זו אינה זכיה. ראה מש"כ בקצוה"ח (סי' רמג ס"ק ה) שזכין **לאדם** אמרינן זכין **מאדם** לא אמרינן. וכאן זכין מאדם, נוטלים את רכושו שלא מדעתו ונותנים אותו רק לבתו היהודיה.

אמנם בבאר יצחק (או"ח סי' א) מסיק שלא כדבריו אלא גם זכין מאדם ולא רק זכין לאדם כגון שמוכרים את חמצו שלא מדעתו. אך גם הוא לא אמר כן אלא כאשר זו זכיה גמורה עבורו, כגון במכירת חמץ שזכות לאדם שומר מצוות שחמצו נמכר, אך בזכיה כזו שהוא מתנגד לה ומבחינתו האישית אינה זכיה אלא חוב ורק בעיני התורה זו זכיה, לא אמרו זכין מאדם. (וצ"ע אם אפשר למכור חמצו של אדם שאינו שומר מצוות שלא מדעתו כי בעיניו זו חובה ולא זכות).

אמנם בספרו עין יצחק (אה"ע סי' א) כתב הרי"א שזכין למומרת אע"פ שהיא צווחת. וסובר גם שזכין מאדם. אך כפי שהבאנו בשמו לעיל, הוא התיר במומרת מסיבות נוספות.

ג. כופין על המצוות

ורצה מישהו לומר, שכשם שכופין אדם לתת גט במקום שתקנו גט מעושה, כך גם כאן יש לכופו לתת את רכושו לבתו היהודיה וכמו שאמרו הראשונים (ר' ריטב"א קידושין יג ע"ב, כתובות פו ע"א ובסוף ב"ב ורמב"ן שם) "עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו".

וכ' הרמב"ם בפ"ב מהל' גירושין שכפייה היא גילוי רצונו האמיתי של האדם אף כאן ניתן לכפות על המוריש שיתן את רכוש לבתו הישראלית ולא לבנותיו הנוכריות.

לענ"ד אין לומר כן.

א) בגט רק בי"ד יכול לכפות ולא כל אחד. כי בדבר שצריך רצון א"א לכפות עליו את הרצון אלא ע"י בי"ד וצריכים עבדינן שליחותייהו, ובדין זה לא עבדינן שליחותייהו.

ראה תוס' (סנהדרין ב ע"ב ד"ה ליבעי נמי מומחין) שכתבו:

תימה דמשמע הכא דממעטינן הדיוטות מדכתיב אלהים ובפרק המגרש (גיטין דף פח:) ממעט להו מדכתיב לפניהם ולא לפני עכו"ם ולא לפני הדיוטות? ...ונראה לפרש דבגיטין לענין מילי דכפייה איירי דאהכי מייתי לה דאביי אשכח לרב יוסף דהוה יתיב וקא מעשה

אגיטין אמר ליה והאנן הדיוטות אנן, אבל אלהים לאו אמילי דעישוי מיירי אלא בדין בעלמא.

ב) גם לשיטת הקצות שניתן לכפות אדם על קיום מצוות, אך להוציא ממנו ממון בע"כ לצורך קיום מצוה או לצורך אפרושי מאיסורא אי אפשר. ר' מש"כ בזה הגר"ש שקופ בשערי יושר (שער ה פ"ב) שלא אמרו "עד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו" אלא בחיוב משפטי כגון בהלואה וכדו' שמכיון שהלווה חייב למלוה יש למלוה זכות על גופו של הלווה לכפותו גם בממונו אך במצוות שאין בהן חיוב משפטי של אדם אחד לרעהו אין אפשרות לכופו בממונו.

[ובמק"א הבאנו ראיה לכך ממילת הבן בקידושין (כט ע"א):

והיכא דלא מהליה אבוה – מיחייבי בי דינא למימהליה, דכתיב: המול לכם כל זכר.

וק' ל"ל פסוק שבי"ד חייב למולו, מדוע לא נאמר עד שאתה כופהו את האב, אתה כופהו במילתו של בנו, אלא ע"כ אין כאן שעבוד ממוני, ולכן אין אומרים כן. (מיהו יש לדחות כי בי"ד כאן אינו בי"ד של שלושה שסמכותו לכפות על המצוות אלא כל אחד מישראל, ר' ס' המקנה שם)]

ואין לומר שמכיון שבנתינת הרכוש לבנות הנוכריות הוא עובר בלא תעשה של "לא תחנם" ועל מניעת לא תעשה אין צורך בבי"ד אלא כל אחד יוכל לכפות, זה אינו, כי מניעת לא תעשה היא בשב ואל תעשה, ואכן כל מי שיכול למנוע מאדם שלא יעבור עבירה, אלא ישב ולא יעשה אותה, חייב למונעו, אך כאן כדי למנוע אותו מלעבור על ל"ת צריך לעשות מעשה בקום ועשה וזה אינו בסמכותו של יחיד אלא של בי"ד.

אמנם מצינו כפיה על מניעת עבירה גם בקום ועשה בב"ק (כח ע"א):

מניין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? ת"ל: (במדבר לה) לא תקחו כופר... לשוב, לא תקחו כופר לשב! הכא במאי עסקינן – בעבדא גנבא. עד האידנא לא גנב, והשתא גנב? עד האידנא הוה אימתיה דרביה עליה, השתא לית ליה אימתא דרביה עליה. ר"נ בר יצחק אמר: בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירא, והשתא איסורא.

משמע שהוא מונעו ע"י עשיית מעשה בגופו, אולם כל זאת בכדי למנוע את העבד מלעבור עבירה, אלא שישב ולא יעשה אותה. אך פה מדובר לא במניעת המעשה אלא בהעברת הרכוש בקו"ע מהבעלים למי שהוא אינו חפץ בכך.

הדבר דומה קצת לגונב ע"מ למיקט או ע"מ לשלם כפל, גם אם מדובר לצורך מצוה הגניבה היא גניבה. ולולב הגזול פסול, גם אם כוונת הגזלן היתה לזכות את הבעלים במצוה. גם אם נניח שניחא ליה לאיניש לקיים מצוה בממוניה זהו רק במקום שאינו מקפיד ולכן זכין לאדם שלא בפניו אך כשהוא מוחה בודאי שאסור לזכותו במצוה וליטול ממנו את הלולב בעל כורחו. וזהו לולב הגזול שהוא פסול.

ד. גזילה לטובת הנגזל

ולענ"ד יש להביא ראיה שלא ניתן להוציא ממון מאדם גם לאפרושי מאיסורא ממה שנפסק בשו"ע (חו"מ סי' רסו ס"ד):

חתול רע שמזיק לקטנים, אין צריך

להשיבו לבעלים, אלא המוצאו הורגו וזוכה בעורו.

משמע שרק חתול רע שמצוה להורגו ואין לו דין ממון (ר' סנהדרין טו ע"ב) **אין חובה להשיב לבעליו, אך איסור אחר שיש בו דין ממון מחזירין. אמנם אדם לא חייב לקיים מצות השבת אבידה במקום איסור כגון כהן פטור מלהחזיר אבידה הנמצאת בבית הקברות משום שאין ממונא דוחה איסורא. וה"ה אין חובה להחזיר אבידה שיש בה איסור לפנ"ע. וכן מבואר בתוספתא ב"מ** (פ"ה הכ"ג) "המוצא שטר רבית יקרענו". **אמנם הפוסקים לא הביאוה להלכה אך בשו"ת שאילת יעבץ** (ח"ב סי' קנט) **הביאה. מיהו כל זה לא נאמר אלא במצות השבת אבידה, שאין מצות השבת אבידה בדבר איסור, משום 'והתעלמת' פעמים שאתה מתעלם. וכן משום שממונא לא דוחה איסורא. אך להוציא ממון מבעליו משום אפרושי מאיסורא ולתתו לאחר לא ראינו ולא שמענו.**

עם זאת כתב ר' שלמה קלוגר בשו"ת האלף לך שלמה (או"ח סי' שנ) **שהמזיק דבר שאסור לבעליו לעשותו פטור.**

מה שהמורה דק"ה הורה להסיק המרחץ בערב ט"ב. לא טב הורה וזה ארבעים שנה אנכי פה בעזה"י ולא נשמע בשום פעם להסיק המרחץ בשבת חזון ומכ"ש בעש"ק שהי' עט"ב וכן בכל העיירות שהייתי שם לא נשמע כן מעולם ויישר כחם של אלו שכבו את המרחץ ישלם ה' שכרם ויזכו לראות בנחמות ירושלים. ולענין מי ישלם בעד העצים שהסיק הבלן הנה אלה שכבו ודאי פטורין דהם כדין עשו והמורה שציוה להסיק וכפה אותו מן הדין גם הוא פטור דזה אינו גרמי רק גרמא בנזקין ופטור. מיהו לקיים למען תלך בדרך טובים מחויב המורה לשלם כעין שאיתא בש"ס ובחו"מ סי' ש"ד עיי"ש.

למזיק היה מותר לכבות את האש משום אפרושי מאיסורא אלא שנוצר גרם נזק לעצי הבלן ולכן הוא פטור.

ויש לחלק: א. הרש"ק לא אומר אלא שפטור אך יתכן שאסור לכתחילה. ב. גם אם נניח שמותר להזיק לכתחילה איסור מזיק לא נאמר במפורש בתורה אלא למדוהו ממקורות אחרים. ר' טור (חו"מ סי' שעח):

כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו אפילו אם אינו נהנה.

הדמיון של מזיק לגנב הוא חלקי. כי בגנב יש שני דברים: א. חסרון ממונו של הנגנב. ב. התעשרותו של הגנב מחסרון זה. הדמיון של מזיק לגנב הוא רק לצד הראשון, משום חסרון הממון של הניזק. אך אין לו דין גנב לגמרי, כי לא לקח לעצמו. לדוגמא, האם מזיק ייפסל לעדות?

אמנם המאירי (ב"ק נו ע"א) **כתב:**

כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישיב. והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזלה חלה עליו עד שישיב.

אולם דוק בלשונו שלא פסל לעדות בגלל עצם מעשה הנזק, אלא רק בגלל שלא שילם. אדם שחייב ממון לחברו ולא משלמו דינו כגזלן. (אם כי צ"ע היכן מצינו שאדם פסול לעדות בגלל חוב שאינו משלם? כל פסולי עדות עשו מעשה וכאן לא עבר עבירה בקום ועשה, רק לא פרע חוב שהתחייב בפרט בד"ש? אלא ע"כ בגלל שהזיק ולא שילם, וצ"ע.)

היד רמ"ה בב"ב (כו ע"א ד"ה אלא מסתברא) **כתב:**

דאסיר למגרם מידי דאתי מיניה היזקא לאינשי, אי משום לפני עור לא תתן מכשול ואי משום ואהבת לרעך כמוך.

כאן הוא לא הכשיל אותו, אדרבה, הוא מנע ממנו מכשול. הוא גם לא עבר על 'ואהבת לרעך כמוך' כי מגמתו היתה טובת חבירו. אך כל זה במזיק, משא"כ גונב אין היתר לגנוב לטובתו של הנגנב.

וכמה אחרונים כתבו שאיסור מזיק הוא משום השבת אבידה (ר' קה"י ב"ק סי' א) הרי חובתו של האדם למנוע נזק מחבירו. כגון הרואה מים ששוטפין ובאין – הרי זה גודר בפניהם (ב"מ לא ע"א), ק"ו שאסור להזיקו לכתחילה. ואם מזיק אסור מצד משיב אבידה, לפי מה שאמרנו שאין מצות השבת אבידה בדבר האסור לבעלים, לכן גם מזיק לא יעבור על איסור במקרה זה.

אולם לקחת רכוש חברו, שהוא איסור גניבה, כדי להפרישו מאיסור ולתתו לאחר מנ"ל?

אך יש להביא ראיה מפורשת מרחל שגנבה את התרפים כדי להפריש את אביה מאיסור ע"ז.

ואכן מצאתי בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' קכא) שהביא ראיה מרחל שגנבה את התרפים של לבן, שמותר לגזול כדי לאפרושי מאיסורא. ועל סמך זה התיר לאדם שבאו לידו במשכון צלמים ולא פדאן הנכרי ליתנם לצורף נכרי להתיכם ולהשאירם אצלו. וז"ל:

לא מבעיא למ"ד גזל נכרי מותר דנעשה שלו כמבואר באהע"ז (סי' כ"ח סעיף א' ברמ"א)... אך אף למ"ד גזל גוי אסור. מ"מ ע"ז שלו פשיטא שאין בו איסור גזל. ורחל גנבה התרפים אשר לאביה כדי להפרישו מע"ז. וה"נ הוא עושה טובה לגוי להפרישו מע"ז. וכיון שמותר לגוזלו שוב נעשה שלו כנ"ל.

אלא שגם רחל וגם האב"נ לא התירו לגזול לשם מניעת עבירה אלא מגוי, כדי להפרישו מאיסור, אך יתכן שלגזול מיהודי לא יסכימו. והטעם לחלק ביניהם הוא עפ"י החכ"צ (סי' כו) **שחילק ביניהם.** וז"ל:

אנחנו נצטוינו שלא לעשות מעשים מכוערים ולא יהא [הגונב מגוי] אלא גונב ע"מ למיקט או ע"מ לשלם תשלומי כפל אף שאינו מתכוין לגנוב ולא עוד אלא שמתכוין לטובת הנגנב עכ"ז נצטוינו אנחנו שלא להרגיל עצמינו לגנוב. וכבר מצינו שני לאוין מפורשים בגרים לא תתעמר בה ומכור לא תמכרנה בכסף. וכשצרין על ערי הנכרים נצטוינו להניח רוח אחת מבלי מצור לכל מי שירצה להמלט על נפשו כמ"ש הרמב"ם ז"ל בה' מלכים פ"ו דין ז' וכן כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום ואף בבע"ח בלתי מדברים נצטווינו על צערם מדאורייתא למ"ד ואותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד ומצות שלוח הקן יש בה עשה ול"ת, ואף בצמחים נצטוינו לא תשחית את עצה **וכל זה אינו בעבור הפעול אלא בעבורנו** אנחנו הפועלים לקנות בנפשנו דעות אמיתיות ומדות טובות וישרות לזכותנו לטוב לנו וז"ב מאד.

כלומר גזל גוי אינו אסור מצד החפצא, כי אין לגוי בעלות ממונית (כמש"כ המ"מ בהל' איסו"ב פט"ו הל' כו) **אלא מצד הגברא, שלא ירגיל עצמו בכך, כמש"כ הרמב"ם פ"א מהל' גניבה ה"ב לעניין גונב פחות משו"פ וגונב ע"מ למיקט. וא"כ לאור הנחה זו היה מקום לומר שלגנוב לטובת הנגנב יהיה מותר כי אין חשש שירגיל עצמו בכך, כי אין אדם חוטא ולא לו. אלא שהחכ"צ כתב במפורש**

"ולא עוד אלא שמתכוין לטובת הנגנב". **מיהו גוי עצמו מותר לו לגנוב לטובת הנגנב והראיה מאיוב** (ב"ב טז ע"א):

ברכת אובד עלי תבא – מלמד שהיה גוזל שדה מיתומים ומשביחה ומחזירה להן.

וא"כ י"ל שגדרי גזל אצל גוי שונים, ומותר לו לגזול לטובת הנגזל וממילא אין גם איסור לישראל לגנוב מגוי ע"מ למיקט. ועכ"פ בימי רחל עדיין לא ניתנה התורה, והראיה שיעקב נשאה למרות שהיתה אחות אשתו – לאה – ולכן התירה לעצמה את המעשה.

מיהו המאירי שם לא סבר כן, וז"ל:

יש עברות שהם נעשות לכונת מצוה ואעפ"כ לא הותרו ומה הוא שנאמר דרך שבח על איוב שהיה גוזל קרקע של עניים ויתומים ומשביחה ואח"כ מחזירה להם, יראה שלרוב התפרסם מעלתו אע"פ שלא היה אומר כן הכל היו יודעין ממדתו שלא לכונת גזילה היה ולא נאמר כאן מלת גוזל אלא על צד ההרחבה לפי דעתי.

ועוי"ל שקרקע שאני שאין בה ממש גזל אלא היה נכנס לקרקע ומעבדה ולשון גזל כאן אינה כמשמעה. ואולי לכך התכוון המאירי באומרו "ולא נאמר כאן מלת גוזל אלא על צד ההרחבה"

ובשו"ת בן פורת להר"י אנגל (ח"ב עמ' 21-22) **תירץ שנים עשר(!) תירוצים לקושיה זו. בתירוץ הרביעי כתב גם הוא שגוי שאני, אולם נימק זאת בכך שבגוי קובעת המחשבה לכן גניבה לטובת הנגנב או לצורך מצוה מותרת לו, אך בישראל קובע המעשה ולכן כל גניבה, גם למטרה טובה, אסורה. ולפי הסבר זה לא נראה להתיר לישראל לגנוב מגוי למטרה מוצדקת. ואכן הגר"ש ווזנר בשו"ת שבט הלוי** (ח"ג סי' עב) **חולק על האבני נזר ואוסר לגנוב גם מגוי להפרישו מאיסור.**

אמנם להצדיק את כל הפוסקים דלא נחתי כלל לזה, ומשמע מדבריהם דלא שייך כאן כלל היתר להפרישו מע"ז, נלענ"ד דלא שייך כלל היתר להפרישו מע"ז בגוי שמוחזק לעבוד ע"ז, וכי משום שהוא אובד אחד מצלמיו או גוזלין אותו ממנו, הכי משום זה ימנע עצמו לעבוד עוד לאיזה צלם אחר שיש לו או שיקנה לו, א"כ מה שייך להפרישו מע"ז.

וא"כ ההיפך פשיטא לי, דכיון דגוי אינו מצווה רק שלא לעבוד ע"ז, אבל על אסור הנאה של ע"ז אינו מצווה, וכן כתב בפשיטות במנ"ח במצוה תכ"ח, א"כ בודאי שייך איסור גזל גוי למ"ד אסור, כיון דלדידי' שוה לו כסף.

והאי ותגנוב את התרפים דרחל שהביא האבני נזר, נראה דאיירי באופן שע"י גניבת התרפים חדלה הע"ז מביתו, דתרפים היו מין ע"ז מיוחדת שאולי בטלה בגנבתן, עיין בפרקי דר"א שהובא בבעה"ת שם, ועוד אולי רחל עשתה מדעת עצמה, ואילו שאלה ביעקב אבינו לא הי' מורה לה היתר, ודו"ק בכ"ז.

לדברינו שגזל גוי שאני ניתן ליישב את הערת הגר"ש ווזנר על האב"נ. עכ"פ דבריו ברור מיללו שאסור לגנוב ממון אפילו מגוי ע"מ לאפרושי מאיסורא. וכמו"כ יש סברה הפוכה שישראל חמור מגוי. רק כלפי ישראל יש לנו אחריות להפרישו מאיסור, כי כל ישראל ערבין זב"ז. כלפי גוי אין לנו אחריות

כזאת כי איננו ערבים לו. ואם בכ"ז מצינו שהפרישו גוי מאיסור ק"ו שיש להפריש ישראל מאיסור.

ה. מסייע לדבר עבירה

יש כאן שאלה אחרת, האם עוה"ד אשר מעביר את ממון האב לבנות הנוכריות נחשב מסייע לד"ע או עובר על לפנ"ע.

צוואה הרי ניתן לבטל וגם אם עוה"ד יכתוב צוואה לבת היהודיה יוכל הַמְצַוֶּה לבטלה ורק משום שהוא חולה יש להניח שלא יעשה כן, אך אין ודאות מוחלטת. אם הדבר ייודע לבנות הנוכריות הן תעשינה הכל לבטל את הצוואה, וגם לאחר מותו הן תטענה בביהמ"ש שעוה"ד הפלה אותן בניגוד לרצון המצוה. כלומר, לא ברור שהוא יעבור את העבירה. וא"כ אין כאן תרי עברי נהרא ועוה"ד לא עובר על לפנ"ע אלא לכל היותר על מסייע.

מאחר ומדובר בחו"ל יש לאותו מוריש אפשרויות רבות להשיג עו"ד גוי שיבצע את צוואתו. וא"כ אין כאן לפנ"ע.

אך כשיש גויים רבים המוכנים לערוך את הצוואה והם אינם מצווים על לפנ"ע גם עוה"ד היהודי אינו עובר. וכמש"כ המל"מ (הל' מלוה ולווה פ"ד ה"ב) בשם הרב בעל פני משה:

> כתב הרב פ"מ ח"ב סימן ק"ה דהיכא דהלוה הוה חזי דהמלוה הוה מוזיף ברבית הני דמים גופייהו לאינש אחרינא ליכא משום ולפני עור כההיא דאמרינן בפ"ק דע"ז דמושיט כוס יין לנזיר דלא מיחייב משום ולפני עור אלא אי קאי בתרי עברי דנהרא אבל אי לא קאי בתרי עברי דנהרא לא עבר המושיט אלפני עור ע"כ. ותימה דל"ד כלל לנזיר דשאני התם דהאיסור דלפני עור לא היה נעשה אם לא היה מושיט זה הכוס ולפי זה אף אם הושיט אינו עובר, אבל גבי רבית דאם לא היה לוה זה היה **הלוה האחר עובר אלפני עור** בשביל שלוה זה לא נפטר מלפני עור ודכוותה גבי נזיר נמי אם היה מושיט לו אחר כוס יין בתרי עברי ובא אחר והושיט לו פשיטא דעובר.
>
> (ור' שד"ח כרך ב עמ' 115-116).

וא"כ אין כאן אלא רק מסייע ומכיון שמדובר בישראל שנשא גויה הריהו כמשומד ולדעת הש"ך אין איסור לסייע לו לעבור עבירה. וראה שו"ת עין יצחק (ח"א אבן העזר סי' א אות ז) **שכתב:**

> אכן לדינא יש מקום לדון דלא כשיטת הש"ך בזה דהא שיטת רוב פוסקים באה"ע סי' קנ"ז גבי חליצה דעוזב דת זוקק לחליצה משום דמקרי אחיו. וכן הא הביא הב"ש בסי' קמ"א ס"ק מ"ז לשיטת כמה פוסקים דס"ל דמקרי בן ברית ועיין מזה בגט מקושר בסדר גט ראשון אות ז' מש"כ בזה. ובגבעת שאול סי'... ע"כ הדעת נותנת דגם בשביל העוזב יהי' ג"כ דין ערבות עבורו ואין לחלק ביניהם.
>
> וכן יש להעיר במע"ש פ"ה משנה א' דכרם רבעי מציינין כו' בד"א בשביעית אבל בשאר שני שבוע כו' וכן הוא בב"ק (דף ס"ט) וכן פסק הרמב"ם ה' מע"ש פ' ט' והובא בתוס' יו"ט שם ולכאורה יש לדון דיהי' חייב להפרישו לחבירו מן איסור וכן להקל.
>
> **[אך כבר חילקנו בין איסור גזל שהוא חמור יותר לבין איסורים אחרים, וכן שם הוא בשעת הגזילה איננו ערבים למנעו מאיסור אחר באותה שעה.]**
>
> עוזב דתו נלע"ד להוכיח דגם בי' שייך

ערבות והוא דאי' בסנהדרין (דף מ"ד) דמעת שעברו הירדן נענשו עבור עכן. ואמרו שם דעכן עבר על חמשה חומשי תורה ע"ש. ומבואר בחולין (ד' ה') וכפי שכתב התבואות שור בסי' ב' ס"ק כ"ג ובשמלה חדשה אות ט"ו דמי שעובר על רוב המצות הוא מומר גמור משום דרובו ככולו ע"ש. הרי דאף עבור מומר ג"כ יש דין ערבות דנענשו עבור חטאו... וזהו כוונת המאמר שם דאע"פ שחטא ישראל הוא דהכוונה הוא דאע"פ שחטא עכן מ"מ מקרי בשם ישראל דשייך דין ערבות על כל ישראל שיענשו לפי דגם עברו בריתי גם לקחו מן החרם כו' וגם שמו בכליהם דזהו קאי על כל ישראל ומשום הערבות. ומוכח מזה דגם במומר גמור שייך דין ענוש ערבות.

לענ"ד יש לחלק בין משומד שהפר לגמרי את בריתו עם ישראל והחליף את דתו בדת אחרת, לבין עבר על רוב המצוות שבתורה אך עדיין מחובר במקצת לישראל.

אלא שק' מחליצה. ואה"נ לשיטת הגאונים משומד לא חולץ. אך למ"ד שמשומד חולץ י"ל שהוא עדיין אחיך. שם מדובר בשאר בשר. הוא אחיו ממש לא רק במצוות, אלא בבשרו ודמו ממש. את הקשר המשפחתי א"א לנתק. משא"כ מי שאינו אחיו בבשרו ודמו אלא במצוות מכיון שהוא משומד הוא אינו אחיו יותר.

ובזה נבין את ההגדרה שהגדיר האב"נ משומד שהוא ישראל בתולדתו וגוי במעשיו. להלכות מסוימות הוא גוי, אך גיטו גט וקדושיו קידושין וכדו'. כי לענייני משפחה הוא נשאר שאר בשרנו לכן גיטו גט וקידושיו קידושין אך לעניין רבית והשבת אבידה אינו ישראל.

אלא שצ"ע על הגאונים שסוברים שמשומד לא חולץ ולא יורש ובכ"ז גיטו גט וקידושיו קידושין. באשר לגט י"ל שסו"ס היא עדיין אשתו וצריך לגרשה, אך מדוע קידושיו קידושין? וצ"ל כשם שקידושיו לא פוקעים כך הם יכולים לחול, אע"פ שיש לחלק. ר' רש"י יבמות מט ע"א, וצ"ע.

העולה מכל זה הוא שבדעת הש"ך י"ל שרק משומד גמור יצא מכלל ערבות, אך עבריין, גם אם עבר על עבירות רבות, כל עוד לא הוציא את עצמו מכלל ישראל הוא עדיין בכלל ערבות ואין לסייע לו לעבור עבירות.

מסקנה

נלענ"ד שבנ"ד אם אין לעוה"ד יד חופשית לכתוב צואה לפי שיקול דעתו, אלא עליו לחלק בצורה שווה את הירושה בין הבת היהודייה ואחיותיה הנוכריות, מומלץ שהוא יבקש להשתחרר ממילוי המשימה האסורה, על אף שבהימנעותו יגיע חלק מהממון ליד הבנות הנוכריות.

סימן מח

גבאי שאיבד את רשימת התורמים לבית הכנסת

שאלה*

גבאי איבד את רשימת התורמים שנדרו בעליות לתורה ופתיחת היכל לבית הכנסת, התורמים לא זוכרים כמה התנדבו ולא ניתן לדרוש מהם לפרוע את חובם אלא בצורה חלקית. ללא גביה של החובות עלולים הנודרים לעבור על איסור 'בל יחל נדרו', האם יש דרך להצילם מאיסור זה?

פתיחה

לדעת השואל, ניתן לפתור את הבעיה ולפטור אותם מתשלום הנדרים ע"י מחילתו של הגבאי. ניתן להחשיב את מחילתו כאילו קיבל את נדריהם ובכך נפרעו חובותיהם. השואל מסתמך על הסוגיה בנדרים (כד) שאפשר לומר: 'הריני כאילו התקבלתי' בנדרים, ומפלפל בה כיד ה' הטובה עליו. כמו"כ השואל רצה להוכיח מנדרי צדקה שהעני יכול לומר 'כאילו התקבלתי' ובכך לפטור את הנידר מחיובו.

א. גבאי אינו יכול למחול לתורמים

נ"ד שאני, הגבאי לא דומה לעני המקבל צדקה הוא לא יכול למחול. הדבר אינו בסמכותו. התרומות נועדו **לביהכנ"ס** ולא לגבאי אישית. וגם אם נניח שיד גבאי כיד ביהכנ"ס, כמו שמצינו לעניין גבאי צדקה שידו כיד העניים, אדרבה הדבר חמור יותר, אין בידו של הגבאי למחול לתורמים בשם ביהכנ"ס כדי לפוטרו מהתקלה שארעה על ידו. הדבר גובל כמעט במעילה. הוא רק יד לקבל אך לא למחול.

ובשו"ע (יו"ד סי' רנח ס"ט):

> המכה את חבירו או חרפו, בענין שחייב לפי תקנת העיר ה' זהובים, ואמר בפני הגבאי או בפני טובי העיר: איני חפץ בקנס אלא יהיה לצדקה, ואחר כך פייסו עד שמחל לו, אין מחילתו כלום וזכו העניים בקנס.

ומקורו בב"ק לו ע"ב ופירשו הר"ח והרי"ף ויתר הראשונים שהעניים קנו מדין 'מעמד שלושתן'. אמנם שם מדובר בחוב שחייבים לו והוא מקנה את החוב לצדקה. ומכיון שהחוב שייך לצדקה הוא אינו יכול עוד למחול. כי החוב כבר אינו שלו (שהרי מי שהקנה את חובו לאחר במעמד שלושתן אינו יכול למחול ר' קידושין מז ע"א). ואילו בנ"ד אין חוב אלא נדר, ובנדר לכאורה מועילה מחילה, כמו שהוכיח השואל מנדרים כד ע"א. אך הדברים ק"ו, ומה חוב שחייבים לו אישית ויכול היה לעשות בו כחפצו – אחרי ההקדשה אינו יכול עוד למחול, ק"ו בנדר שנידר ישירות לביהכנ"ס, והגבאי אינו אלא מעין יד של ביהכנ"ס לגבות את הנדרים, ק"ו שאינו מוסמך למחול. הוא אינו בעלים על רכוש ביהכנ"ס. בסמכותו לכל היותר לשנות את יעוד התרומות למצוה אחרת (עיין ערכין ו ע"א תוד"ה משבאת) אולם לא למחול.

* לרב אביעד תפוחי, כולל בית חגי, אדר ב' תשע"ד.

ב. גבאי אינו אפוטרופוס

השוואת גבאי בית הכנסת לאפוטרופוס של יתומים לא נראית לענ"ד. הוא אמנם מעין אפוטרופוס של ביהכנ"ס אך גם אפוטרופוס לא רשאי למחול על זכות המגיעה ליתומים. אין האפוטרופוס רשאי להפסיד את ממון היתומים, אא"כ הדבר לטובתם, כשהוא שוקל ריוח מול הפסד. כגון אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם.

ובשו"ע חו"מ סי' רצ סט"ו:

> אבל אין פוסקים עליהם צדקה, אפילו לפדיון שבוים... מיהו אם פסק עליהם צדקה לאחשובינהו כדי שיצא עליהם שם טוב מותר.

וזו גם כוונת החת"ס (חו"מ סי' קיב) שהתיר לאפוטרופסים למחול על ממון היתומים ע"מ להשקיט מריבות. כלומר הויתור מותר רק לצורך ריוח ע"מ שלא יריבו איתם. וכן מש"כ המהר"ם שיק (יו"ד סי' רלב) שמותר לאפוטרופוס להתפשר עם הנושים כשיש חשש שאל"כ יפסידו הכל.

אולם בנ"ד אין לו סמכות למחול כדי לפטור את הנודבים מחיובם. כדי להיפטר מחיובם על כל אחד מהם לתרום יותר מהרגלו כדי להבטיח את עצמו מפני האיסור.

וגם אם חלק לא ירצו אין זו מריבה שחובתו להשקיטה ע"י מחילה. שיתרמו ולא יריבו. או שביהכנ"ס לא יריב איתם, ויתן להם להתמודד עם בעייתם בעצמם.

ג. האם המתפללים יכולים למחול תרומות לבית כנסת

גם כל המתפללים יחד אינם מוסמכים למחול. הם אינם הבעלים של ביהכנ"ס לעניין זה.

אמנם לדעת הקצות (סי' ר) ביהכנ"ס הוא רכוש השותפים דהיינו ציבור המתפללים, שלא כדעת האגודה שביהכנ"ס הוא הקדש. וז"ל:

> בית הכנסת אין לו דין הקדש אלא הרי הוא כמו חצר השותפין, ומהאי טעמא כתב בריב"ש (סי' ר"ה) דארבע אמות זוכה לכל אדם בבית הכנסת דהו"ל חצר השותפין וכדאיתא בנדרים ריש פרק השותפין (מו, ב) ...ובהדיא תניא ריש פרק אלו מציאות (ב"מ כא, ב) המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו שלו, וע"ש דף כ"ד (ע"א) דס"ד דמירי בשל ישראל, וא"כ מוכח להדיא דמצא בבית הכנסת הרי אלו שלו, אבל לאו מטעמא דאין יד להקדש כיון דבתי כנסיות דין שותפין דהדיוט הוא.

אך התורם לביהכנ"ס לא מתכוון להעשיר את כיסם של המתפללים, אלא מתכוון אך ורק לצורך התפילה, נר למאור ויין לקידוש ולהבדלה וכדו'. אמנם פורמאלית זהו לכאורה ממונם של השותפים, אולם שותפותם מוגבלת אך ורק למטרה מוגדרת ואינם רשאים לעשות בממון זה כעולה על רוחם. ומצינו יחוד כזה בב"ב (סג ע"א):

> בן לוי שמכר שדה לישראל, ואמר לו על מנת שמעשר ראשון שלי – מעשר ראשון שלו... כיון דאמר ליה על מנת שמעשר ראשון שלי, שיורי שיריה למקום מעשר.

וכן מוכר דקל לפירותיו יש לקונה בעלות מוגבלת רק לצורך הפירות.

השותפים הגבילו את שותפותם למטרה מוגדרת בלבד ותו לא.

ור' שו"ת עונג יום טוב (סי' טז), שהביא את שיטת האגודה שביהכנ"ס הוא הקדש:

המג"א (בסי' רנ"ד) כתב בשם האגודה דאם מצא מציאה בחצר בהכנ"ס לא זכה בה הבה"כ דחצר קונה משום יד ואין יד להקדש. והתי"ט (במס' מעילה) הקשה הא במציאה חצר קונה משום שליחות ושליחות יש להקדש... ולענ"ד אי משום הא לא אריא דמאן לימא לן דרחמנא שויא שליח לזכות במציאות ולא אמרינן שלוחי דשמיא אלא לענין קרבנות שהתורה אמרה שיקריבם הכהן.

אף אנו נאמר שהשותפים בביהכנ"ס הם שותפים אך ורק לעניין מצוה לה השתתפו ותו לא.

ד. האם הגבאי חייב בשבועה

לענ"ד הפתרון הוא אכן מחילה, אך בכיוון קצת שונה. גבאי זה הריהו שומר שכר וחייב בגניבה ואבידה. בין אם הוא מקבל שכר מביהכנ"ס ובין אם לאו. כי גם אם אינו מקבל שכר הוא שומר מצוה ומדין פרוטה דר"י דינו כשומר שכר וחייב בגניבה ואבידה. וא"כ בעצם הוא גרם נזק לביהכנ"ס. אולם הנזק היה רק ע"י איבוד נייר של רשימות שאין גופן ממון. ושומר שכר אינו חייב בגניבה ואבידה על דבר שאין גופו ממון כמבואר במשנה ב"מ נו ע"א. אך בשו"ע חו"מ סי' שא ס"א נפסק:

ומכל מקום שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי. וכן פטורים אף מפשיעה (והכי ק"ל). ויש מחייבים בפשיעה. וכל אלו חוץ מן ההקדשות, פטורים אפילו משבועה שאינם ברשותו.

אם הגבאי מקבל שכר מביהכנ"ס עליו להישבע ששמר כראוי. אלא שלדעת האגודה ביכנ"ס מוגדר כהקדש ולכאורה הקדש פטור משבועה. אך הסמ"ע והגר"א כתבו שרק הקדש גמור של ביהמ"ק פטור משבועה ולא הקדש אחר. ולפי הקצות ביכנ"ס הוא בכלל לא הקדש, אלא רכוש השותפין וכן הכריעו האחרונים באו"ח סי ש"ו ס"ו ראה מג"א, הגר"ז והמשנ"ב שם, וא"כ חייב שבועה.

אלא שצ"ע אם רשימות אלו דינם כשטר. שטר ניתן לגבייה ולהעברה והוא לא פחות מדבר הגורם לממון, לדעת תי' אחד בתוס' ב"ק עא ב ד"ה וסבר לה כרבי שמעון דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי –

דע"כ לא מחייב רבי מאיר אלא בדינא דגרמי כגון בשורף שטרות של חבירו וכיוצא בו שראוי השטר לכל העולם למכור ולגבות בו... אבל דבר הגורם לממון כמו שור הנסקל וקדשים שחייב באחריותן אינו ראוי אלא לזה שיפטר בו עצמו לא יחייב רבי מאיר...

משא"כ רשימות אלו שאינן אלא לתזכורת ולא ניתן לגבות באמצעותם ממון ואינם דבר הגורם לממון יתכן שאפי' שבועה אינו חייב. וצ"ע.

וגם אם הגבאי אינו נוטל שכר מביהכנ"ס יש מקום לומר שחייב לפצות את ביהכנ"ס כדי לצאת ידי שמים. כי גם אם נניח שאותן רשימות אינן כשטרות, שהשורף אותם חייב מדינא דגרמי, לפחות גרמא יש בהם ובגרמא חייב לצאת ידי שמים. אם כי צ"ע אם יש כאן אפילו חיוב גרמא. גם אם היה מאבד בידיים ספק אם יש כאן חיוב, כי אינן שטרות ממש, ק"ו שהרשימות אבדו לו בהיסח הדעת. ולמרות שהוא שומר שכר הוא פטור מעיקר הדין מגניבה ואבידה, ומכיון שהרשימות שאבדו אינם שטרות ממש ספק אם יש בהם חיוב לצי"ש. ואולי רק מידת חסידות יש כאן. וצ"ע.

אולם גם אם היה מקבל שכר מביהכנ"ס וחייב שבועה, מכיון שנוהגים לא להשביע

אלא לפשר, כאן איננו יודעים על איזה סכום צריך להתפשר, ואפשר להגיע להסכמה עם הנהלת ביהכנ"ס שכלפיה עליו לתת דו"ח, על סכום הפשרה. נמצא שביהכנ"ס רשאי למחול לפחות על חלק מהתשלום, ובעצם גם על כולו. וא"כ ה"ה אם נניח שיש עליו חיוב לצאת ידי שמים מדין גרמא, רשאים בעלי ביהכנ"ס למחול על חיובו.

גם אם נניח שהיה חייב מעיקר הדין לביהכנ"ס, התובעים, המעסיקים שלו, שהם כלל המתפללים, רשאים למחול לו על הנזק שגרם לביהכנ"ס, מתוך התחשבות במצבו ובתפקידו כמקובל בכל מערכת יחסים בין עובד ומעביד. ק"ו בספק חיוב גרמא שהם מוסמכים ורשאים למחול לו כמו כל מעביד המוחל לעובד (ר' ב"מ פג ע"א שממידת חסידות ראוי למחול לעובד על נזק שגרם שלא בכוונה).

ה. בעלות קטנים שאינם בני מחילה בבית כנסת בימינו

אך העונג יו"ט סי' טז כתב:

> דחצר בהכנ"ס יש גם לקטנים וחרשים חלק בו כמ"ש הר"ן ז"ל (בפ' בני העיר) דהא דז' טובי העיר יכולין למכור בהכנ"ס אף שיש ליתומים קטנים חלק בו הוא משום דנעשו זט"ה כאפטרופסים לקטנים עיין שם. וא"כ כיון דיש לקטנים חלק בחצר בהכנ"ס נראה דמציאה שנמצא בחצר שחרש או קטן ופקח שותפין בו לא קני גם הפקח.

וא"כ אם יש בין השותפים של ביהכנ"ס קטנים הם אינם בני מחילה.

מיהו כאן ניתן לברר אם אכן יש בביהכנ"ס שותפים יתומים קטנים. מצב כזה נוצר כתוצאה ממיתת אחד השותפים שהותיר יתומים קטנים. והדבר ניתן לבירור. יתרה מזאת, מצב כזה היה יכול להיות רק בביהכנ"ס של פעם, שנבנה ע"י בני העיר והוא שייך להם (לכן ניתן למכור רק ע"י שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר) וכשמת מישהו מהם ביהכנ"ס שייך גם ליורשיהם הקטנים. אך בימינו המצב שונה. ביהכנ"ס נבנה ע"י הקצאת קרקע עירונית מטעם העיריות והקצבות ממשלתיות ותרומות שונות. התמיכות והתרומות ניתנו לביהכנ"ס ולא לאנשים פרטיים. ביהכנ"ס מנוהל ע"י עמותה הרשומה כחוק והיא זו הנחשבת כבעלים החוקיים, או הנהלה הבאה מכוחה. ולפי החוק אין לאף אחד בעלות ממונית על ביהכנ"ס ולא על חלקים ממנו. דבר זה מוסכם גם עפ"י ההלכה (להוציא ס"ת שהושאל לבהיכנ"ס). אך יחסי עובד ומעביד יש. לכן נלענ"ד שהנהלת ביהכנ"ס מוסמכת למחול לגבאי על איבוד הרשימות.

מסקנה

הנהלת ביהכנ"ס תמחל לגבאי על איבוד הרשימות. ובכדי לכסות את הוצאות ביהכנ"ס, שנגרעו כתוצאה מאיבוד הרשימות, התורמים מתבקשים לתרום לצאת ידי חובת נדרם שעדיין לא שולם. וכל אחד יתרום לפי הבנתו כמה הוא רגיל להתחייב.

סימן מט

קנס פיגורים

לכבוד הדיין המצויין הרב חנן קבלן שליט"א, דיין בביה"ד לדיני ממונות רמת-גן,

שו"ב וכ"ט!

יישר כחו על שנחית לעומקא דדינא, ויורשה לי להרחיב את הדיון בנקודות שהעלה.

א. האם קנס פיגורים אינו אסמכתא

הנושא שאנו עסוקים בו הוא הסכם בין קבלן לדייר. בהסכם נכלל סעיף שכל פיגור של הקבלן במסירת הנכס יחייב קנס פיגורים.

נצא מנקודת הנחה שההסכם בין המזמין לבין הקבלן בר תוקף. הסעיף שבו התחייב הקבלן לשלם קנס פיגורים של 250 שקל ליום הוא אסמכתא דגזים. הרי אין כל הסבר הגיוני מדוע העלות של יום פיגורים היא סכום זה דווקא. (לענ"ד גם שקל ליום הוא גוזמא בעלמא אא"כ נגרם הפסד ישיר למזמין מעצם הפיגור).

בדרך כלל הנזק הוא עקיף. כגון בנ"ד האיחור בהשלמת השיפוץ גרם למזמין נזקים של תשלום ארנונה ללא הכנסות או המשך השכירות של המבנה הקודם לתקופה נוספת. כל אלו הם בגדר גרמא. וכאן השאלה העיקרית האם פיצוי על גרמא הוא גוזמא? אמנם גרמא בנזיקין פטור אך יש מקום לומר שמכיון שגרמא חייב בדיני שמים אין כאן גוזמא וההתחייבות תופסת. מאידך י"ל שמכיון שהוא פטור מדיני אדם בכ"ז זהו בגדר גוזמא.

ולכאורה נ"ד דומה למבטל כיסו של חברו שפטור. ויש להביא ראיה שמבטל כיס אין דינו כגרמא שחייב בד"ש אלא הוא פטור גם מחיוב כלפי שמים, ממש"כ הש"ך (חו"מ סי' סא ס"ק י):

כתב בסמ"ע ס"ק י"ב, דוקא בכה"ג שקיבל עליו לשלם כולי האי הוי אסמכתא, אבל בקיבל עליו לשלם ההוצאה לא הוי אסמכתא, כיון שנתחייב לשלם מה שמפסידו. ובזה יישב מה שהקשה בד"מ מהך דאם אוביר ולא אעביד לקמן סימן ר"ז [סעיף י"ג] ומביאו הב"ח [סעיף ז']. מיהו אם היתה לו סחורה מזומנת לקנות וטוען שהיה לו ריוח בו, אף שכתוב בשטר שנתחייב לשלם כל מה שמפסידו, פטור, וכמ"ש הב"י [סוף סעיף ו'] בשם תשובת הרשב"א [ח"ג סי' רכ"ז]. והטעם, דמניעת הריוח לא קרי הפסד כדאיתא בירושלמי [ב"מ פ"ט ה"ג] הביאוהו הפוסקים, המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת, וגרע מגרמא בנזיקין דפטור, ותו, דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח, דילמא אף היה מגיע הפסד, כ"כ הב"ח [סעיף ז'].

וכן משמע מהקצות (סי' עג ס"ק ב).

אלא שיש להקשות על כך מאי שנא מבטל כיס מאוביר ולא עביד אשלם במיטבא בבבא מציעא (קד ע"א) שחייב? :

המקבל שדה מחבירו והובירה – שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא.

גמרא: רבי מאיר היה דורש לשון הדיוט; דתניא, רבי מאיר אומר: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא.

ופירש רש"י:

דורש לשון הדיוט – שהרגילו הדיוטות לכתוב שלא כתקנת חכמים, היה דורש הלשון לפסוק הדין אחריו.

משמע שאינו חייב מעיקר הדין אלא נהגו להתחייב בכך לפנים משוה"ד.

ושם בעמוד ב:

ההוא גברא דקבל ארעא מחבריה, אמר: אי מוברנא לה – יהיבנא לך אלפא זוזי... רבא אמר: אסמכתא היא. ואסמכתא לא קניא. ולרבא, מאי שנא מהא דתנן: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא? – התם לא קא גזים, הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא – גוזמא בעלמא הוא דקגזים.

ופירש רש"י שם:

לא גזים – אינו מקבל עליו דבר גוזמא אלא כמשפט, ולאו אסמכתא היא, דהכי אפסדיה.

משמע מדבריו שהוא חייב מעיקר הדין. כלומר התחייבותו לפצות את הבעלים על הפסד השדה שהובירה אינה גוזמא ולכן אסמכתא קניא.

אלא שא"כ מה עניין התחייבות לכאן, בין אם דרשינן לשון הדיוט או לא דרשינן, ממנ"פ אם הוא חייב מעיקר הדין, גם ללא כל התחייבות מפורשת הוא חייב לשלם את הנזק, ואם אינו חייב, א"כ זו אסמכתא ואסמכתא לא קניא? ולכאורה יש כאן סתירה בין הגמ' בעמ' א לעמ' ב!

וצ"ל שיש מצב ביניים בין חיוב משפטי גמור לפטור מוחלט, והוא חיוב ביד"ש, שמעיקר הדין פטור, אך כלפי שמיא ראוי שיתחייב ולכן רק כשמתחייב חייב ואינו אסמכתא.

ולכאורה מכאן מוכח שיש בביטול כיס חיוב לצי"ש.

הרמב"ן שם בעמ' א כתב:

וקשה עלינו זו שמצינו בירושלמי על משנתינו א"ר יצחק הדא אמרה המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת, המבטל שדהו של חברו חייב לשפותו, המבטל ספינתו של חבירו מהו, חנותו של חבירו מהו. פי' מה שאמר המבטל כיסו וכו' הוא בפ' איזהו נשך גבי ההיא דתני התם בירושלמי הנותן מעות לחבירו ליקח לו חטים למחצית שכר ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת, ודייק מינה דההיא דהמבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת אף על פי שקבל עליו ליקח, כיון שלא התנה ואם לא אקח אשלם, ודייק ממתני' דפירקין דהמבטל שדהו של חבירו חייב לשפותו.

ר"ל החילוק בין מבטל כיסו שפטור למוביר אדמת הבעלים שחייב הוא שבמוביר התנה במפורש שאם יוביר ישלם. ובהמשך דבריו שם כתב:

רב יצחק אלברגלוני ז"ל כתב בתשובה לרבינו האי גאון ז"ל דהאי מתני' כתנאי ב"ד דמיא דאע"פ שלא כתב כמי שכתב דמי... וסתם דינא המקבל שדה מחבירו ומשזכה בה הובירה שמין אותה

כמה היתה ראויה לעשות ונותנין לו, ודקאמר שכך כותב לו, כמה שאמר שכך התנו ב"ד.

משמע מדבריו שהמנהג לחייב אוביר ולא אעביד לשלם במיטבא הוא ע"ד חכמים וא"כ צ"ע מדוע במבטל כיס לא תקנו ג"כ לשלם על הנזק שנגרם למשקיע?

והנה הריטב"א בב"מ (עג ע"ב) **כתב:**

האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדאזיל אפרוותא דבלשפט. יש שפירש כי בבלשפט היין נמכר ביוקר והיינו דקאמר שמשלם לו כפי מה שהיה בעל הבית מרויח בו... ק"ל למה חייב לשלם לו כלום ומאי שנא ממבטל כיסו של חברו שהוא פטור מפני שאין היזקו אלא גרמא וכן אם הוביר שדהו אינו חייב לשלם לו אלא כשקבל עליו כן בפירוש, ותירץ ר"י דהכא נמי כשהתנה כן בפירוש שאם לא יקח לו שישלם לו פסידא שלו...

ומורי הרב תירץ דהכא אף על פי שלא קבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב, וזה ענין שכירות פועלים דבפרקין דלקמן שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידין דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול.

וכ"כ הראב"ד שם. וכן פסק הנתיבות סי' קעו וכן משמע מהפנים מאירות ח"א סי' שפסק כהריטב"א.

ועדיין צ"ע מדוע לא נאמר גם במבטל כיס שמכיון שהמקבל הבטיחו שיעסוק בכספו והוא סמך עליו שישפה אותו על ביטול כספו. ולפי תחילת דברי הרמב"ן שמוביר שאני משום שהתנה במפורש י"ל שרק כשהתנה במפורש סמך עליו אך במבטל כיס צ"ל שלא התנה במפורש שאם יבטל ישלם לכן לא סמך עליו כ"כ ומשום כך פטור. אך אם נפרש כהר"י אלברגלוני (ורוב הראשונים פירשו כמוהו וכן נפסק להלכה בסי' שכח ס"א בהגה) שא"צ בתנאי מפורש אלא כך תקנו וזהו מנהג מאי שנא מבטל כיס שלא נהגו כן?

ואולי י"ל שסתם כספים לשמירה הם עומדים ולא רק לעיסקא מה גם שהשקעת כספים תלויה בהזדמנות נאותה. לא בכל דבר כדאי להשקיע ומותר להשקיע ויכול המקבל לטעון שלא הזדמנה לידו הזדמנות מתאימה וא"כ אין הדבר כ"כ בידו. אמנם אילו היה מתאמץ יותר היה אולי מוצא הזדמנויות, לכן אינו פטור בגלל טענת אונס, אך גם פשיעה חמורה לא היתה פה. משא"כ הוברת שדה, סתם שדה לזריעה היא עומדת והוברתה נגרמה בגלל עצלותו של המקבל ונחשבת לפשיעה גמורה, ולכן גרמא חייב לפחות לצי"ש ולכן נהגו לחייב שיפוי.

ולפי"ז בנ"ד מצד אחד י"ל שהאיחור במסירת הבית אינו כ"כ בידו כמו אוביר ולא אעביד, ואולי אין חיוב גם לצי"ש. מאידך קבלן שמתחייב לסיים בניה בזמן מסוים מביא בחשבון את כל המצבים האפשריים ואם היה חושש מראש שהבנייה תתעכב מסיבות סבירות שונות היה עליו לקבוע זמן

מאוחר יותר. וא"כ הוא השלה את הקונה שהזמן הנקוב הוא הזמן הריאלי והוא אינו טוען טענת אונס אלא רק שהבנייה התעכבה יותר מהמתוכנן ויש לקונה טענת גרם הפסד המחייבת את הקבלן לפצותו לפחות כלפי שמים. ובודאי שיש לו תרעומת קשה עליו ומכיון שהקבלן התחייב לפצותו עליו לעמד בהתחייבותו.

אמנם אין מקום לחייבו במלוא הקנס שהתחייב משום שהוא סכום מוגזם, אך גרם נזק חייב כגון הוצאות שהדייר נאלץ לשלם תשלום נוסף למשכיר לו דירה, הרי זה הפסד גמור ולא רק מניעת ריוח והקבלן חייב לשפותו.

ב. תשלום מדין ערב

אך הא גופא תלוי בטענותיהם. הנתבע טוען שלא היתה התחייבות.

כת"ר הביא את מש"כ השיטה מקובצת בב"מ (עג ע"ב) בשם הריטב"א שתירץ בשם מורו (דבריו הובאו לעיל באות א) ומבואר בדבריו שגם ללא התחייבות מפורשת השליח חייב, וזאת משום שהמשלח סמך על הבטחתו של השליח. ועפי"ז פירש את דין הפועלים שחזרו בהם שחייבים לשלם משום שבעה"ב סמך עליהם.

אלא שדבריו צ"ע כי לכאורה אלו דברי רב חמא שחייב את השליח. אך רב אשי חולק וסובר שפטור משום שזו אסמכתא. כלומר כל חיובו הוא רק משום שהתחייב במפורש וההתחייבות לא תקפה משום שהיא אסמכתא. ואע"פ שכתבנו לעיל שהמתחייב בגרמא אינו גזים ולא הוי אסמכתא, אך מכיון שאין הדבר לגמרי בידו אסמכתא לא קניא, משא"כ מוביר הדבר לגמרי בידו ולכן לא הוי אסמכתא. אך שליח לקנות יין הוא אסמכתא! וכן קשה, כיצד השווה דין פועל שחוזר בו שחייב לשלם למרות שלא התנה מראש אלא רק משום שגרם לו נזק, לשליח לקנות יין **שהתחייב מראש** לשלם לו אם לא יקנה לו יין?

והנה בשו"ת **חתם סופר** (חו"מ סי' קעח) הרחיב את הדיבור בסוגיה זו וז"ל:

וצריך לפרש דהכי קאמר כי היכי דבפועל החוזר בדבר אבוד שוכר עליהן או מטען כדי שכרן או מה שיש תחת ידו משלהם ובמה נתחייבו לו וע"כ משום שסמך עליהם, וה"נ הכא בכך נתחייבו זה לזה. אלא דהכי חמיר טפי וצריך לשלם לו משלם מכיסו כחמרא דזלשפט משום דביטל כיסו ולא בא אליו לחזור בו. ואלו הי' בא לחזור בו והחזיר לו מעותיו בזמנו הי' הבעה"ב משתדל להמציא לעצמו שליח אחר או מו"מ אחר ואז הי' דינו של זה כפועל, אבל עכשיו שעיכב המעות אצלו גרע כנ"ל פירושו. ועל זה דחה הש"ס דלא קי"ל כרב חמי כיון שאין ההיזק ברור כל כך דלא הי' בידו לקנות יין דמאן יימר דמזבני לי', ומינה כל היכי שהפסדו ברור צריך לשלם לו כחמרא דזלשפט לדעת הריטב"א ורבו ז"ל.

ונראה דלדינא לא יחלוק אדם אהריטב"א דהא ראיתו נכונה מפועל אלא דלא ניחא להו למימר דטעי רב חמי בהא ולא ידע בריתא מפורשת דבמה שאין ההפסד ברור פטור משו"ה תי' דהכא קבל עליו וס"ל לרב חמי דאסמכתא כי האי קני' והש"ס פליג גם בהא ולא מועיל אלא בשדה (ואפי' בלא פירש משום דדרכו להתנות ובחנות וספינה בתנאי מיהת) אבל בקניי' פירות לא, אבל היכי שההפסד ברור לכ"ע שחייב

ונפקא מני׳ מי שנתן מעות ליקח לו סחורה והלה יושב לו ואינו עוסק כלום והוא תובעו במעותיו ומברר שיכול להרויח ריווח ברור ומ״מ זה מעכבו הרי זה צריך לשלם לו כל הפסדו שע״י עיכובו ועיי׳ היטב במרדכי דב״ק סי׳ קט״ו וצ״ע קצת שם.

וזו מסקנתו של החת״ס:

הנותן מעות לשלוחו ליקח לו פירות או סחורה וישב והלך לו ולא קנה כלום וביטל כיסו אם אין הזיקו של זה ברור אין לו בו כלום, אבל אם הזיקו של זה ברור והשליח הי׳ יכול על זה בודאי ופשע ולא עשה, מבואר מהריטב״א הנ״ל שחייב לשלם ולפע״ד כל הפוסקי׳ מודים לו. מ״מ הואיל ולא מצאתי כן להדי׳ וכן במרדכי דב״ק סי׳ קט״ו לא משמע קצת כן על כן כשיבוא לידי אראה לפשר ולבצע עכ״פ.

כלומר, לרב אשי אין הבדל בין התחייב ללא התחייב. אפילו התחייב, פטור משום אסמכתא, מכיון שהדבר אינו כ״כ בידו. ומאותה סיבה הוא פטור גם ללא התחייבות משום שהנזק אינו ברור ונפ״מ למקרה של פועל שחזר בו והנזק לא ברור שהוא פטור. (ואולי י״ל שהא גופא שאם דבר אינו כ״כ בידו הוי אסמכתא הוא ע״ד מש״כ לעיל שאם יש חיוב בידו״ש הוא לא נחשב גזים וההתחייבות תופסת אולם כאשר הדבר אינו כ״כ בידו הנזק לא ברור וגם בידו״ש פטור ולכן התחייבותו היא גוזמא בעלמא ואינה תופסת). ולפי״ז יש לחלק בין השולח שליח לקנות לו יין כשהדבר לא כ״כ בידו, יתכן שלא היו מוכרים לו יין והנזק לא ברור מצד הדבר הניזק, לכן זו אסמכתא דגזים. אך כאשר הנזק לא ברור מצד המזיק כגון בנ״ד שהנתבע טוען שלא הכל היה בידו אלא היה תלוי בגורמים נוספים וביניהם התובע עצמו ששינה את התוכניות, אך מצד הניזק הנזק ברור אסמכתא כזאת קונה. כך נלענ״ד.

וא״כ בנ״ד עלינו להבחין בין נזק ברור, שבו הנתבע חייב לשלם, לבין נזק לא ברור שבו הוא פטור.

מיהו גם כשנזק ברור הטענה שהוא היה תלוי בגורמים נוספים שלא היו בשליטתו א״כ הוא אנוס ורחמנא פטריה, וכן הטענה שהתובע עצמו ששינה את התוכניות בודאי שהנתבע אינו אשם בכך. וצריך לחלק בין ביטול הזמן כשהדבר היה בידו לגמרי שחייב לשאת באחריות, לבין ביטול הזמן כשהדבר לא היה כ״כ בידו שפטור.

ג. חיוב תשלומין בגרמא בנזקין

וכ״ז תלוי בהנחתנו הראשונה שהיתה התחייבות מפורשת מצד הנתבע. אולם הנתבע מכחיש וטוען שלא התחייב מעולם אלא היו אלו רק הצעות לא מחייבות. עלינו לדון אפוא בחיוב גרמא ללא התחיבות מפורשת. גרמא בנזיקין פטור מדיני אדם וחייב בד״ש, כלומר צריך לשלם כדי לצאת ידי שמים (עיין קצות סי׳ לב ס״ק א).

מיהו מכיון שהנתבע מוחזק יש כאן תפיסה, ובחיוב בי״ד תפיסה מועילה כמש״כ רש״י (ב״מ צא ע״א ד״ה רבא) בעניין קלב״מ 'אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו'.

אך היש״ש (ב״ק פ׳ הכונס סי׳ ו) חילק בין קלב״מ לבין גרמא הביאו הש״ך (סי׳ כח ס״ק ב):

כתב מהרש״ל בי״ש פרק הכונס סי׳ ו׳ וז״ל, ונראה כל היכא דאמרינן חייב בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה, אפילו לפירוש רש״י שפירש בפרק

השוכר את (האומנין) [הפועלים, ב"מ צ"א ע"א ד"ה רבא] גבי חוסם פרה ודש בה שפטור בקים ליה בדרבה מיניה ואפילו הכי חייב לצאת ידי שמים, והיכא שתפס הניזק לא מפקינן מיניה מאחר שמחויב לצאת ידי שמים. וכן פסק הא"ז. מ"מ כהאי גונא לכו"ע מפקינן מיניה. בשלמא בקים ליה בדרבה מיניה דחייב הוא, רק דלא קטלינן בתרי קטלא ועבדינן החומרא, הלכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה, א"כ נוכל לומר שהסברא נותנת שאי תפס לא מפקינן מיניה, דהא סוף סוף חייב הוא, אבל היכא שגרמא בנזיקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים, א"כ פשיטא דאי תפס מפקינן מיניה [הג"ה, וכ"כ ריב"ש סי' שצ"ב, ועיין לקמן סימן קפ"ב סק"א], עכ"ל. עוד כתב שם [במהרש"ל] שאפילו בדברים בלי כפייה אין לדוחקו, ועיין שם. [ועיין ב"ח לעיל סימן (י"א) [י"ב] סעיף ד']:

מיהו עיין חי' רעק"א שהביא פוסקים רבים הסוברים שמהני תפיסה, הרשב"א והר"ן והנמו"י וכן הריא"ז ורבנו ירוחם והריב"ש. והמשאת משה כתב שהתופס יכול לומר קים לי ככל הנ"ל. אם כי רעק"א עצמו מסופק אם יוכל לומר קים לי, משום שהמל"מ בפ"ו מהל' מלוה ולווה סובר שאם התפיסה עצמה מסופקת היא אינה מועילה. ובפ"ת הביא בשם שבו"י (ח"א סי' קמו) לחלק בין אבק רבית שהחיוב לצי"ש הוא רק מדרבנן, שהתפיסה לא מועילה, לבין קלב"מ שהחיוב לצי"ש הוא מהתורה, שתפיסה מועילה. וכתב שם שבגרמא החיוב הוא רק מדרבנן. סתם השבו"י ולא נימק מנין לו שהחיוב לצי"ש בגרמא בנזיקין הוא רק מדרבנן.

ולענ"ד צ"ע הרי גרמא בנזיקין אסור מהתורה, כמש"כ היד רמה בב"ב (כו ע"ב) משום 'ואהבת לרעך כמוך' והרש"ש בכתובות יח כתב שהוא משום השבת אבידה. ואם נניח ש'לא תעמד על דם רעך' שייך גם בממון חבירו הרי לנו איסור נוסף. והטור בסי' שעח למד איסור להזיק מגניבה (עי' קהילות יעקב ב"ק סי' א), ואע"פ שגרמא בשבת מותר, גרמא בנזיקין אסור מהתורה, כמבואר במסכת שבת (קכ ע"ב) שבשבת נאמר 'לא תעשה כל מלאכה' כלומר האיסור הוא על האדם, לכן גרמא פטור. משא"כ בנזיקין, האיסור הוא שהניזק לא יינזק, לכן גרמא אסור מד"ת וכמש"כ החזו"א (שבת סי' לז).

ומסתבר שכדי לתקן את האיסור שעבר ע"י גרמא בנזיקין צריך לשלם, וא"כ חיוב זה הוא מהתורה ולא רק מדרבנן וא"כ תפיסה מועילה.

מסקנה

מכיון שהחת"ס כתב במבטל כיס לפשר, אמנם בנ"ד יש סברה לפטור את הנתבע משום המוציא מחברו עליו הראיה, אך יש גם מקום לצאת ידי שמים, לכן אני מצטרף לפשרה של כת"ר.

סימן נ

האם מארח נושא באחריות לרכוש האורח?

שאלה*

בנות אולפנת כפר פינס התארחו באולפנה אחרת (חורב), במהלך שהותן באותה אולפנה נגנבו מהן פלאפונים, מי האחראי לגניבה?

תשובה

שומר חינם פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה. לדברי הבנות המתארחות, אֵם הבית של חורב שנעלה בדרך כלל את דלתות החדרים, לא עשתה כן ביום הגניבה וא"כ היא פשעה בשמירתה.

אולם עניינו שונה ממי שמפקיד חפץ אצל שומר חינם. כאן מדובר באורח שבעה"ב מפנה לו את ביתו ומעביר אליו את מלוא האחריות, כולל שמירה על רכושו. בכך סילק מעצמו המארח כל אחריות לשמירת רכושו של האורח. דבר זה למדנו מפסק השולחן ערוך (חו"מ סי' רצא ס"ג):

ביקש מחבירו שיתן רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצירו, ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן, אינו חייב בשמירתן כלל.

אולם, כתב הש"ך (ס"ק ח):

דוקא בחצר. אבל אם הכניס ענינו לבית בעל הבית ברשות סתמא דמילתא קביל עליה בעה"ב נטירותא אפי' לרבי, כן הוא בהגה"א פר' הפרה מא"ז וכן עיקר.

ולכאורה כאן מדובר בבית ולא בחצר, וא"כ האחריות נופלת על בעה"ב. אך נתיבות המשפט (ביאורים ס"ק ח) כתב:

עיקר החילוק שבין חצר לבית שהביא הש"ך סק"ח בשם הגהת אשר"י דבהילוך דחצר לא קפדי אינשי ותיב ונטור קאמר, אבל בבית דאהילוך דבית קפדי אינשי וכמבואר לעיל סימן קנ"ד בסמ"ע סק"ז ע"ש ואי אפשר לומר דתיב ונטור לך דע"כ עול ואנטור לך קאמר, ולזה כתב הטור דהטעם בהא ביתא קמך דלא הוי שומר חנם כיון דהבית מקום המשתמר הוא, א"כ י"ל שלא היתה כונתו שיהיה השומר רק שיהיה משומר מכח הבית שהוא משתמר

ולפי"ז נראה שפנימיה של מוסד אינה דומה לבית פרטי, בו אדם מקפיד על כניסת אדם אחר, חוץ ממנו, שישמור את הרכוש המופקד, אלא כוונתו ליטול בעצמו את האחריות לשמירת הרכוש. פנימיה דומה יותר לחצר שבה בעה"ב נותן רשות לאורח לנוע באופן חופשי בכל מרחבי החצר ולשמור בעצמו את רכושו, ובעה"ב עצמו בקושי מגלה נוכחות.

אמנם במקרה שלכן היתה אם בית שתפקידה לנעול את הדלתות, אך ביום הגניבה היא לא נעלה. ולכאורה היא נטלה על עצמה אחריות שמירה. מ"מ נראה שלא הפקיעה בכך את האחריות מהאורחות. ולכן גם אם נניח שאולי היא פשעה בכך כלפי

* לבנות כתה י"ב באולפנת כפר פינס, טבת תשס"ו.

הנהלת חורב המארחת שלא נעלה את הדלתות, אך אין לה דין ש"ח הנושא באחריות כלפי האורחות (מה גם שלא היה איש מבאות פנימית חורב הקבועות שהיה צורך להבטיח את שמירתה).

וכן המאבטח יש לו רק אחריות שאדם זר לא ייכנס למתחם, אך אין לו אחריות שמירה על הנעשה בתוך המוסד. (אם כי צ"ע כיצד נכנס הגנב, למרות שמירתו של המאבטח? ואולי הגנב הוא מי ששהה בתוך המבנה בהיתר. אחריות המאבטח מצטמצמת לבדיקה ביטחונית גרידא).

יתרה מזאת אולפנת חורב לא נטלה על עצמה אחריות שמירה יותר מזו שאולפנת כפר פינס נוטלת על עצמה בפנימייתה. סדרי השמירה הנהוגים בתוך הפנימיות זהים, ואין להטיל על אולפנת חורב אחריות גדולה יותר משאולפנת כפר פינס נוטלת על עצמה.

התנהגותן של בנות כפר פינס מוכיחה שהן חיות באווירה חינוכית של אמון ויושרה ולא העלו כלל על דעתן אפשרות של גניבה. אשריהן ואשרי מחנכיהן. גם אולפנת חורב מחנכת את תלמידותיה ברוח דומה, אולם לצערנו יש בעולם גם תופעות אחרות, לא רצויות (ואין ליחס אותן דווקא למישהי מהאולפנה המארחת, מה גם שבנות האולפנה המארחת לא היו במקום כלל).

ה' ימלא חסרונכן.
בברכת התורה והארץ
הרב יעקב אריאל

סימן נא

ישוב שנבנה על אדמה גזולה

ראשי פרקים*

א. מעמד הקרקעות ביהודה ושומרון
ב. תקנת השבים בקרקעות
1. 'תקנת מריש' במבנה
2. 'תקנת המריש' בגוזל תום לב
3. מקור פסיקתו של רבנו ירוחם
4. היורד לשדה חברו ובנאה
5. חיוב 'השבת אבדה' לנכרי
ג. פיצוי ליורד לשדה חברו
ד. התיישבות היא 'שליח ציבור'
ה. סיכום

* * *

ישנם ישובים ישראלים ביהודה ושומרון שנבנו באישור ממשלתי, ישיר או עקיף, גלוי או סמוי, מתוך הנחה שמדובר בקרקע פנויה. לאחר זמן התברר שהקרקע שייכת לאזרח ערבי. גם הוא עצמו לא ידע על כך, עד שמישהו פשפש ומצא מסמכים או ראיות, שהקרקע היא בעצם שלו. האם יש להרוס את המבנים?

* נתפרסם בתחומין לב (תשע"ב) עמ' 203-210.

א. מעמד הקרקעות ביהודה ושומרון

מעמד הקרקעות ביהודה ושומרון מבחינה הלכתית הוא סבוך. מבחינה אחת א"י מוחזקת לנו מאבותינו והיא שלנו בכל שלטון ובכל כיבוש. ודעת הגאונים שגם היום כל אחד יכול להקנות אגב ד' אמות שיש לו בא"י (ר' תוס' ב"ב מד ע"ב ד"ה דלא ור' בגליוני הש"ס להר"י אנגל שם). אולם רוב הפוסקים חולקים על כך ר' רמב"ם הל' שלוחין (פ"ג ה"ז) והג"מ שם וכן התוס' הנ"ל דוחים דעה זו והרא"ש ב"מ (פרק הזהב סימן ג) ועוד ראשונים.

דבר פשוט הוא שאין כוונת הפוסקים לומר שכיבוש הגויים מפקיע לגמרי את הבעלות העקרונית שיש לישראל בארץ, שהרי היא הובטחה לאברהם אבינו ונקנתה לו בברית עולם. אמנם לדעת ספר-התרומה יש קניין לגוי היום בא"י, כי קדושה שנייה פקעה ע"י כיבוש הארץ בידי הרומאים, אך זה נוגע רק לחיוב תרו"מ ושביעית. א"י מוחזקת לנו מאבותינו אפילו בזמן שהיתה בידי הכנענים, כמבואר בע"ז (נג ע"ב) ובב"ב (קיט ע"א). עכצ"ל שכיבוש הגויים קונה רק לזמן או רק קניין פירות. או שצריך להבחין בין הבעלות **הכללית** של עם ישראל על ארצו, זו ניתנה לאברהם לעולם. לבין הבעלות **הפרטית** של כל אחד על נחלתו. מכיון שאין מי שיכול לזהות כיום את נחלתו הפרטית מועיל על כך יאוש[1]. ורק באשר לכך יש לגוי חזקה זמנית.

אילו היינו דנים במעמדם המשפטי של הקרקעות עפ"י דין תורה יתכן שהמסקנה היתה שונה. אך אנו נצא מנקודת הנחה שהחוק הנוהג ברחבי א"י הוא החוק המקומי. ולפיו כנראה שטענת המערער שהקרקע שלו אולי צודקת. אלא שבנ"ד המערער לא ידע כלל שהמבנים הוקמו על אדמתו, עד שמישהו פקח את עיניו...

בנד"ד לא היה יאוש, כי הבעלים לא ידעו כלל שהקרקע שייכת להם, ויאוש שלא מדעת אינו יאוש. וגם לרבא (ב"מ כא ע"א) דהוי יאוש היינו במקום שסופו להתייאש מדעת, וכאן כשנודע לו לבסוף אינו מתייאש, לכן לכו"ע לא הוי יאוש. גם השם לא נשתקע ע"י בעלות אחרת אלא הקרקע עמדה שוממה ללא שם, ואין זה בכלל נשתקע השם.

[מיהו דווקא על פי החוק העותומאני, שכאמור הוא שתקף כרגע ביו"ש, יתכן שבגלל אי ידיעה זו הקרקע יצאה מרשות בעליה, והדבר צריך בדיקה ע"י משפטנים מומחים.]

ב. תקנת השבים בקרקעות

1. 'תקנת מריש' במבנה

להמשך הדיון נניח שהקרקע שעליה נבנה היישוב היא גזולה. נשאלת השאלה: מה דין המבנה שנבנה עליה בתום לב? האם דינו הריסה? בגיטין (נה ע"א) שנינו במשנה:

> ועל המריש הגזול שבנאו בבירה — שיטול את דמיו, מפני תקנת השבים.

התקנה היתה רק על קורה מיטלטלת ולא על מבנה קבוע, כפי שפסק הרמ"א בשם רבנו ירוחם (חו"מ סי' שס ס"א):

> גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים,

1. עי' לעיל בנספח לסי' מו דיון ארוך בנושא בעלות על הקרקעות בארץ ישראל.

צריך לסתור הכל, ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע.

רבנו ירוחם לא נימק את ההבדל בין מריש למבנה קבוע. הסמ"ע (שם ס"ק ו) כתב:

דכיון דהוא דבר קבוע ועומד הו"ל למידע דשל הנגזל הוא ולא היה לו [לבנותו].

הסברו דורש הסבר. הרי גם במריש ידע הגוזל ולא היה צריך לשקעו בבנין! ואולי כוונתו לומר שכשגזל את המריש ידע שהמריש גזול, אולם כשבנה את הבירה מחומרים שונים וממרישים נוספים יתכן שלא שם לב שהמריש גזול. לפיכך יש מקום לאפשר לגזלן ליהנות מהספק ולומר שלא התכוון להשתמש במריש הגזול, ולכן הקלו עליו שלא יקעקע את כל בירתו בגלל מריש אחד. משא"כ בגזל קרקע ובנה עליה, שהוא מודע כל הזמן שמדובר בקרקע גזולה.

לפי הסבר זה יוצא שאם בנה בקרקע גזולה בתום לב גמור, ולא ידע שהקרקע שייכת למישהו אחר, ואדרבה, גם הוא וגם השלטונות שהתירו לו לבנות, סברו שמדובר באדמות מדינה, תחול עליו תקנת מריש מק"ו; במריש יש רק אפשרות שאולי לא זכר שהמריש גזול, משא"כ בקרקע בנד"ד שלא עלה על דעתו כלל שהיא גזולה.

ידידי הרב יעקב אפשטין העמידני על תשובת הרשב"א שכתב חילוק אחר בין קרקע למטלטלין וזו לשונו (ח"ג סי' קפח):

עוד שאלת: במסיג גבול ובנה כותל בחצר חברו, והכניס הקרקע בתוך שלו כאמה, ובנה על אותו כותל בית גדול שסמך עליו; ועכשיו, בא בעל החצר להרוס כל בנינו; אם נדין בזה כדין מריש, או לא?

תשובה: לא עשו תקנת השבים רק במטלטלין, אבל בקרקע, לא אמרו: שימכור זה את שלו, וישחית את נחלתו.

אך בנ"ד שבעלי הקרקע לא גר במקום ולא ידע כלל שיש לו נחלה במקום, נחלתו לא תישחת אם יקבל פיצויים תמורתה, גם אם על תמורה זו לא חלם.

2. 'תקנת המריש' בגוזל בתום לב

אך בפתחי תשובה שם הביא בשם הלבוש טעם אחר:

לכך לא עשו תקנת השבים בקרקע, דטעמא תקנת השבים כדי שלא יעלים הגזלן שגזל ולא יעשה תשובה, ובקרקע לא שייך זה דאי אפשר להעלימה.

כלומר, מטרת התקנה היא לעודד את הגזלן לחזור בתשובה. במריש מיטלטל הוא יכול לטשטש את הגזלה ולהעלימה, ולכן יש צורך בעידוד רב יותר כדי להחזירו בתשובה, ולכן תיקנו שיחזיר רק את דמי המריש ולא את המריש עצמו. אך בגזלת קרקע לא ניתן לטשטש את מעשה הגזילה, הזועקת מן האדמה, וכדברי איוב (לא, לח) "אִם עָלַי אַדָמָתִי תִזְעָק וְיַחַד תְּלָמֶיהָ יִבְכָּיוּן". גזלן שיחליט לחזור בתשובה לא יוכל לטשטש את גזלתו, ויצטרך להשיבה לעין כל ולהרוס את מה שבנה.

גם להסבר הלבוש יש מקום לדון במי שלא גזל במודע, אלא פעל בתום לב. האם גם בו נשאר הדין בעינו שיהרוס את מה שבנה, או שחלה עליו תקנת השבים כמריש? וצ"ע.

בתשובת המבי"ט (ח"ג סי' קמג) כתב שהשגת גבול שלא נעשתה מדעתו אלא ע"י הבנאים אפשר שגם רבנו ירוחם יודה שעשו בו תקנת השבים, ויפרע לבעל הקרקע את דמיה. כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר

על "לא תסיג גבול רעך" (דברים יט, יד), והכא לא עבר, כיון שלא ידע.

כנראה שכוונתו לומר שגוזל קרקע עובר על שתי עברות: "לא תגזול" ו"לא תסיג גבול רעך". ויש הבדל בין שני האיסורים: "לא תגזול" הוא איסור חפצא. העובדה שהנכס ברשות אחר היא עבירה גם שלא מדעתו של הגזלן. אך איסור "לא תסיג" הוא איסור גברא, שעליו עובר האדם רק מדעת, אך מי שהסיג את שדה רעהו ללא כוונה אינו עובר על כך. לכן יש מקום להתחשב בתשובתו ולהחיל עליו את תקנת מריש[2].

המשנה-למלך (הל' גניבה פ"ז הי"א) הביא את דברי המבי"ט בקצרה, וכתב: "אין נראים לי דבריו כלל". לא ברור מהו טעם מחלוקתם. אולי נחלקו במחלוקת הסמ"ע והלבוש בהנמקת תקנת המריש, או שסברת המשנה-למלך היא שקנסו שוגג אטו מזיד, ולכן גם מי שגזל בתום לב חייב להחזיר את הגזילה עצמה ולא את דמיה. ואולי המשנה-למלך חולק על הסברו של המבי"ט שגוזל קרקע עובר בשתי עבירות, ואיסור לא תסיג הוא רק מדעת, שהרי לא תסיג נוהג רק בארץ ישראל ולא בחו"ל, ורבנו ירוחם סתם את דבריו גם לחו"ל שבה כתב את ספרו. ואולי לדעתו גם לא תסיג הוא איסור חפצא.

בערוה"ש (חו"מ סי' שס ס"ד) הביא את דברי המבי"ט להלכה.

[3. מקור פסיקתו של רבנו ירוחם]

רבנו ירוחם מסתמך על תשובת גאונים בנושא זה. לא ידוע לאיזו תשובה התכוון. יתכן שכוונתו לתשובת רב שרירא גאון (מובאת באוצה"ג גיטין נה ע"ב), העוסקת בראובן שמכר חצר לשמעון, ולוי התחייב לשמעון שיישא באחריות על כל ערעור שיתעורר על החצר. שמעון בנה בחצר מבנה. יהודה הביא ראיות שהחצר שלו ודרש משמעון פיצוי מופרז על גזילת חצרו. נשאלה השאלה: האם לוי שערב לשמעון חייב לפצות את יהודה כדרישתו המוגזמת, או רק בעלות המקובלת?

רב שרירא גאון משיב: לא תיקנו תקנת מריש בגזלת קרקע (מכאן כנראה מקורו של רבנו ירוחם).

מדברי רב שרירא משמע קצת שגם גזלן בשוגג חייב להחזיר את הקרקע, ולא תיקנו תקנת מריש במבנה קבוע, כי מסתמא שמעון לא ידע שהחצר גזולה ובנה בה בתום לב. עם זאת אין מכאן הוכחה גמורה, כי עצם העובדה שלוי שימש כערב לראובן על מכירת החצר, תופעה לא מצויה כל כך, נובעת אולי מחששו של שמעון שמא החצר אינה באמת של ראובן, ולכן דרש ביטחונות ע"י ערבותו של לוי.]

2. אולי ניתן ללמוד מדבריו הסבר אחר לפסיקת רבנו ירוחם הנ"ל על ההבדל בין גוזל מריש לגוזל קרקע: גוזל מריש עבר רק עבירה אחת – "לא תגזול". גוזל קרקע עובר שתי עבירות – "לא תגזול" ו"לא תסיג".

4. "היורד לשדה חברו ובנאה"

באשר לשאלת הפיצוי, יש לדמות את נ"ד ל'יורד לחורבת חבירו' (ב"מ קא ע"א):

> היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשותו, ואמר לו: עציי ואבניי אני נוטל. רב נחמן אמר: שומעין לו, רב ששת אמר: אין שומעין לו... אמר רבי יעקב אמר רבי יוחנן: בבית שומעין לו, בשדה אין שומעין לו. בשדה מאי טעמא – משום ישוב ארץ ישראל. איכא דאמרי: משום כחשא דארעא. מאי בינייהו? איכא בינייהו חוצה לארץ.

לדעת הרי"ף גם הבעלים יכולים לומר ליורד שיטול עציו ואבניו, הביאו הרא"ש שם סי' כג:

> ואי א"ל בעל הקרקע טול עציך ואבניך דלא בעינן כגון הא מילתא ליתא בהדיא בגמרא. ושדרו ממתיבתא דכי היכי דאמר ליה בעל הבנין עציי ואבניי אני נוטל שומעין לו ה"נ אי אמר בעל הקרקע טול עציך ואבניך שומעין לו..

אך דעת הראב"ד היא:

> דאין שומעין לו דקי"ל חורבה עומדת לבנות וזה מזיק הוא דאין שומעין לו אלא ישב בו עד שיתן יציאותיו. ומסתבר טעמא היכא שלא היה משתמש בחורבה ויש לו משלו שראוי לבנות בנין כזה בלא קפוח פרנסתו דאז ודאי תואנה הוא מבקש כדי להפסיד לבעל הבנין ואין שומעין לו:

הסמ"ע (סי' שעה ס"ק יג) הביאו להלכה. כלומר, אם בעל הקרקע דורש מבעל הבניין להרוס את הבניין ולקחת את עציו ואבניו אם יש לבעל הקרקע דירה משלו ואינו זקוק לבניין שנבנה בקרקעו אין שומעים לו. וא"כ בנ"ד אם אכן הדרישה מהנתבע להרוס את ביתו היא דרישה קנטרנית. שהרי נד"ד הוא אדמת טרשים שאינה ראויה לזריעה, אלא מיועדת לבניית בתים, ולתובע יש בית שהוא דר בו ועתה קיבל בית בחינם שהוא יכול להשכירו. הדרישה להרוס את הבית היא תואנה שיש לדחותה על הסף.

זאת ועוד, הדרישה להרוס את המבנה שנבנה בתום לב היא הפסד גדול לבונה, ויש למנוע את הפסדו מדין השבת אבידה. לכן ראוי שבעל הקרקע יציל את האבידה ע"י שיסכים להותיר את המבנה ולקבל את תמורת הקרקע. וראיה לדבר מפתחי-תשובה (חו"מ סי' שס ס"ק א) כתב:

> ועיין בספר שער משפט (סק"א) שכתב דנ"ל דהאי דינא תליא בפלוגתא שהביא הרמ"א בסימן רע"ד במי שהיה לו נחיל של דבורים, ויצאו וישבו על אילן חברו, אי יכול לקוץ הענף. וכן בשנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, אי בעל היין חייב לשפוך את יינו כדי להציל דבש של חבירו, וישלם לו דמי היין מפני השבת אבידה, כמבואר בסימן רס"ד סעיף ה' בהגה כו' עי"ש.

ואין סברה לחלק בין נחיל דבורים שהתנחל על אילן חברו שהוא אנוס, למי שבנה בשוגג. אין הבדל בין שוגג לאנוס לעניין זה, ק"ו למי שבנה בתום לב שהוא כאנוס ממש. ומכיון שמדובר במציאה שבאה אל התובע בהסח הדעת דיו שיקבל פיצוי על קרקעו.

אלא ששאלה זו האם יש לשקול הפסד של האחד מול הפסדו של האחר שנויה במחלוקת. וז"ל הרמ"א (חו"מ סי' רעד):

> מי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו, י"א דיכול לקוץ ענף כדי להציל נחילו ונותן דמי ענף לבעל האילן (טור בשם אביו הרא"ש),

ויש חולקין (שם בשם הרי"ף והרמ"ה).

הגר"א ציין לסי' רסד, ומסתבר שכוונתו לסעיף ה כפי שרמז גם בשער-משפט:

שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו... ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חברו, הואיל והבעלים אומרים לשלם לו (טור בסימן רע"ד בשם הרא"ש).

הגהת הרמ"א: ויש חולקין (שם בשם הרי"ף והרמ"ה).

המחבר פסק כדעת הרא"ש שיש חובה להציל את דבשו של הניזק, והרמ"א חולק ופוסק כדעת הרי"ף. אולם בסי' רעד הרמ"א עצמו מביא את שתי הדעות. לכן נראה להלכה לפסוק כדעת המחבר בסי' רסד שבעל היין חייב להציל את הדבש גם במחיר שפיכת יינו. ובנד"ד יש לחייב את בעל הקרקע לקבל פיצוי הולם ולהשאיר את המבנה על מכונו.

5. חיוב 'השבת אבידה' לנכרי

אלא שיש לטעון שמצות השבת אבידה חלה רק על ישראל, וגוי אינו חייב בהשבת אבידה. וא"כ לכאורה אין לחייב את הגוי לקבל פיצוי בעבור קרקעו. וצ"ע בשאלה זו, האם מצות השבת אבידה התפשטה בהשפעת התורה גם בקרב נוכרים? מסתבר שכן, כפי שכתב הרמ"א (חו"מ סי' רנט ס"ז):

ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך... חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא... ולכן פסקו ז"ל בספינה שטבעה בים, שגזר המושל... שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב.

משמע שהמלכים והמושלים אימצו את מצות השבת אבידה של תורתנו, ואף החמירו בה יותר מישראל. ופוק חזי בכל מקום בעולם יש מחלקת אבדות ומציאות. א"כ הגוי בעל הקרקע חייב למנוע את נזקי הבונה ולהסכים להשאיר את המבנה תמורת פיצוי הולם על הקרקע, מדין השבת אבידה.

אמנם יש להסתפק אם גם הגויים כללו מניעת הפסד של הזולת במסגרת השבת אבידה. שאם מניעת הנזק אינה בכלל השבת אבידה אצלם אין לחייבו בקבלת הפיצוי.

מאידך, אם הדיון היה נערך בבי"ד של ישראל יש לחייב את הגוי בדיני ישראל, כמבואר בב"ק (לח). ועוד, גם אם נניח שבקרקע הגזולה בידי ישראל אין לגוי מצות השבת אבידה, אמנם גזל הגוי אסור, ואולי אף חמור יותר בגלל חילול השם שבו (ר' רש"י סנהדרין נז ע"א וכעי"ז במשך חכמה שמות כא, יד). אך לדעת רש"י (ערובין סב ע"א) אין מצוות השבה בגזל הגוי, אם כי הגזלה אינה של הגזלן. היא נשארת רכושו של הנגזל הגוי, והגוזל אינו רשאי להשתמש בגזילה ללא הסכמת הנגזל.

ובשם הגרא"ל שטיינמן נמסר שא"א לחייב את הגוי למכור את אדמתו. כנראה שסובר שלא חל עליו חיוב להשיב אבדה. ולענ"ד גם אם נאמר שאין לחייב את הגוי להשיב אבדה לישראל שבנה על קרקעו ללא רשות, אך מאידך גם אין חובה להרוס את המבנה, אלא למוסרו לרשותו של הגוי והגוי ישלם לישראל את הוצאותיו והמבנה יהיה שלו. וגם אם לא יוכל לגור שם בעצמו

שישכיר אותו למתגוררים בו. אולם הריסת בתים היא סתם "בל תשחית" ובבחינת "גם לי גם לך לא יהיה".

ג. פיצוי ליורד לשדה חבירו

מתשובת רב שרירא גאון שהבאנו לעיל למדנו, שגם אם אמנם אין תקנת מריש בקרקע גזולה, על הנגזל לפצות את היורד לקרקעו על הוצאות המבנה שבנה, וללא פיצוי אין היורד צריך לפנות את המקום (ראו גם ביאור הגר"א סי' שס שהביא סוגיה זו של היורד לשדה חברו). **אכן, הלכה זאת מותנית בשני תנאים המובאים בהלכה:**

א. היורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה, ונוטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה (רמב"ם, הל' גזילה ואבידה פ"י ה"ד).

ב. היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה. ואם אמר בעל הבנין: עצי ואבני אני נוטל שומעין לו. אמר ליה בעל הקרקע: טול מה שבנית שומעין לו.

הגה: ודווקא אם החורבה אינה עשויה לבנות, אבל אם עשויה לבנות, או במקום ששתם חורבה עומדת לבנות דינו כמו חצרות, שיתבאר בסמוך. החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות. לפיכך הבונה בחצר חברו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע, ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו (שו"ע חו"מ סי' שעה).

ועוד י"ל שההגדרה "יורד שלא ברשות" מסופקת בנד"ד, שהרי התושבים בנו את ביתם בתום לב וברשות. אמנם הם לא קיבלו רשות מבעל המקום, אך זאת משום שהוא עצמו לא ידע שהקרקע שייכת לו. ספק איפוא אם ניתן להגדירם כיורדים שלא ברשות.

ד. התיישבות היא 'שליח ציבור'

יש להתייחס לשאלתנו מנקודת ראות נוספת. יישוב א"י באזורים שוממים, ובפרט במקומות אסטרטגיים, אינה רק שאלה פרטית של התושבים. יש לראותם כשלוחי ציבור (בפרט כאשר גורמים שלטוניים אישרו את הבנייה אם כי לא בצורה רשמית). **השאלה היא ציבורית: האם הציבור שבשליחותו נבנה המקום נחשב כגזלן, או דינו שונה? בשו"ע (חו"מ סי' שעז) נפסק להלכה:**

מצר שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו.

הצורך בקבלת רשות מהבעלים הוא עפ"י תוס' (ב"ב יב ע"א). אולם בפתחי-תשובה שם הביא מתשובת פני יהושע (חו"מ ח"א סי' ד):

הא אמרינן בכמה דוכתי מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, דאע"ג דכתבו התוס' פ"ק דב"ב (יב, א) דהיינו כשהחזיקו ברשות... ע"כ אין כונת תוס' במ"ש שהחזיקו ברשות שנתן להם מדעתו בלא טעות, דזה אינו. דהא הביאו ראיה מפרק המניח (ב"ק כח, א) והתם מחילה בטעות היא כו', וכ"כ הנמוקי יוסף פרק המוכר פירות (מט, א מדפי הרי"ף) בשם הרמ"ה ז"ל דאם החזיקו מדעת בעלים **אפילו בטעות**, כנידון דמתניתין נטלה ונתן מן הצד, אסור לקלקלו.

אמנם שם מדובר בבעה"ב שהרשה ביודעין ובמפורש לרבים לעבור בתחומו בטעות, משא"כ בנד"ד בעה"ב לא ידע כלל שעליו לתת רשות או להתנגד. אלא שצריך

להבין: מדוע כשבעה"ב נתן רשות לציבור בטעות יצאה הקרקע מרשותו, הרי מקח טעות חוזר, וכאילו לא נתן להם רשות כלל ועיקר?

וצ"ל שצורכי הציבור גוברים במקרים מסוימים על זכות הקניין הפרטית של היחיד. כשציבור זקוק לדרך חיונית הוא רשאי להפקיע קרקע של יחיד גם בעל כורחו. כשם שהכללים "מלך פורץ גדר" ו"דינא דמלכותא דינא" נאמרו בעיקר בבניית גשרים וסלילת דרכים (ר' ב"ק קיג ע"א), כך גם לציבור יש סמכות דומה להפקיע קרקעות לשם סלילת דרכים תמורת פיצוי הולם (ראו מש"כ 'באהלה של תורה' ח"ד סי' כ). הציבור רשאי גם לכתחילה להפקיע קרקע פרטית זניחה, שלא עבר בה איש ולא ישב בה אדם, לצורך יישוב הארץ וביטחונה. ק"ו כשהדברים נעשו בתום לב, בקרקע שאיש לא ידע על בעלותה.

המדינה היתה יכולה להצהיר במפורש שהיא רואה בבנייה ישראלית במקום זה ערך ציבורי חשוב ואז יכלה גם להפקיע את הקרקע מבעליה בדרך משפטית (תמורת פיצויים). המדינה לא עשתה זאת מסיבות השמורות עמה. אך בית המשפט, אם אינו מנותק מהמציאות , יכול וצריך להתחשב גם בגורם זה בין שיקוליו.

סיכום

א. לצורך תשובה זו הנחנו שבא"י קובע כרגע החוק המקומי, וקרקע המוחזקת בידי בעליה שלו היא. עם זאת יש להעיר שיש חולקים על כך.

ב. מבנה שנבנה על קרקע גזולה בתום לב אין לפנות את יושביו אלא להשאירם במקומם ולפצות את הבעלים.

ג. גם מי שסובר שמותר לפנות את המקום, על בעל הקרקע לפצות את המתיישבים ולשלם להם את ההוצאות על בתיהם.

ד. ציבור שתפס קרקע למטרות ציבוריות לא צריך לפנותה אלא יפצה את הבעלים.

ה. גם אם יש ספק באחת מההנחות האמורות אין להוציא את הקרקע מידי המוחזק בה כרגע, כי יד הציבור על העליונה, וכמש"כ הפני-יהושע (שם):

> וכיון דאין ראיה מדבריו, אין להוציא מיד הקהל. וכ"ש בנידון דידן שחפרו באר בקרקע ופשיטא דבזה קנו כל הקרקע. כללו של דבר הדין עם הקהל בלי ספק. ור' חו"מ סי' ד בהגהת הרמ"א (בשם תרוה"ד סי' שמא) **הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד**.

סימן נב

מונית שהעלתה נוסע נוסף

מעשה באדם שהזמין מונית לנסיעה מרחובות לעקרון[1]. בצומת ביל"ו העלה הנהג נוסע נוסף ולקח ממנו תשלום. הנוסע שילם וירד סמוך לעקרון. המזמין את המונית שתק ולא מחה. כשהנהג הגיע לעקרון דרש המזמין לנכות את דמי הנסיעה של הנוסע הנוסף מחיוב התשלום שהוא חייב לנהג.

הנהג טוען שהמונית שלו והוא רשאי להעלות נוסעים נוספים בדרך.

המזמין טוען שהנסיעה המוזמנת היתה שלו והוא זה שיכול היה להעלות נוסעים על חשבונו.

מה הדין?

פתיחה

אף שהמדובר במונית מוזמנת וא"כ לכאורה היא שכורה למזמין בלבד. בכ"ז צריך לבדוק אם אין בהעלאת נוסעים נוספים מעין 'זה נהנה וזה לא חסר'. שהרי המזמין אינו נפסד מכך שהועלה נוסע נוסף בעוד שהנהג הרויח את דמי הנסיעה.

א. צד המזמין

כדי למצות את עומק הדין נשווה בין הנהג למזמין. נניח שהמזמין הוא שהיה מעלה נוסע בדרך, האם יכול היה הנהג להתנגד?

לכאורה טענת המזמין היא שזה נהנה וזה לא חסר. מה איכפת לו לנהג שהמזמין מעלה נוסע נוסף? ולא היא. הנהג יכול היה להתנגד להעלאת נוסעים ע"י המזמין, כי המונית היא שלו[2]. המקור לכך הוא תוס' בב"ק (כ ע"ב ד"ה הא איתהנית) – "אפילו למ"ד בפ"ק דב"ב (דף יב:) כופין אותו על מדת סדום ויהבינן ליה אחד

1. **הערת עורך**: לכאורה, אם הנסיעה מיוחדת עבור המזמין – הרכב שלו לזמן. אם הנסיעה על קו קבוע, דין הנוסע הנוסף כדין המזמין.
תשובת המחבר: לא מדובר בקו קבוע אלא בהזמנה מיוחדת. אך בכ"ז הרכב לא של המזמין ואף לא מושכר לו למשך הנסיעה. הרכב של בעליו והנוסע אינו אלא כעין אורח.

2. **הערת עורך**: כיון ששכירות היא קנין פירות לזמן, הנהג ורכבו שכורים למזמין לזמן מסוים, ומדוע לא יוכל להעלות נוסע נוסף. וכי אם שכר פטיש יכול המשכיר לתבוע מן השוכר שכר נוסף על תקיעת 20 מסמרים ולא 10? וברמ"א בסי' שס"ג ס"י הביא מהנמו"י ששוכר בית יכול להשכיר לאחרים והשכירות שלו וכן פי' בשו"ע סי' שטז ס"א. ונראה שהקובע היא ההתנאה ביניהם. ובסתמא נראה שכל הפירות שייכים למזמין.
תשובת המחבר: פטיש שהושכר לשוכר הוא ברשותו וקנאו לשכירותו ע"י משיכה והוא חייב בגניבה ואבידה. במונית אין שום אחריות על המכונית והוא גם לא משכה. לדבריכם שהמזמין שוכר את המונית כשהוא מעלה נוסע אחר, גם הוא משכיר לו את המקום והרי אין השוכר רשאי להשכיר! ומונית אינה דבר שעשוי להשאיל ולהשכיר לכל נוסע, ולא דמי לשוכר ספינה או בית שיכול להשכיר לאחרים (עי' סי' שטז ס"א) שם אין קפידא, אך במונית יש קפידא. וכן השוכר בהמה אינו רשאי להוסיף על משאה כמבואר בב"מ דף פ ובשו"ע חו"מ סי' שח. ונראה שה"ה מונית, כל תוספת משא מגבירה את צריכת הדלק, גורמת בלאי וכו'.

מצרא – שאני הכא שהיה יכול למונעו מתחילה מלדור בביתו".

וכ"כ הנימוקי יוסף שם בשם הרא"ה:

כתב הרא"ה ז"ל אף על גב דקי"ל בעלמא [ב"ב דף יב, ב] דזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום הני מילי בקרקע של שניהם שאין משתמש בשלו כלל אלא שיכול לכופו ממדת הדין שלא לעשותו וכגון הבונה כנגד חלונו של חבירו והלה מעכב עליו שלא לסתום אורה שלו והלה רוצה לעשות לו חלונות במקום אחר שלא יפסיד מן האורה כלל כגון זה אמרינן כופין אבל להשתמש בשלו כלל לא אמרו שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שלא יכוף את חברו על כרחו ע"כ וכן דעת הרא"ש ז"ל והריטב"א ז"ל דכה"ג לא אמרינן כופין אותו על מדת סדום.

היינו, כפיה על מידת סדום, מוגבלת לכך שאין הנהנה משתמש בשל חבירו, אלא נהנה ממנו בהנאה עקיפה שאינה משתמשת בחלקו של חבירו.

על הרא"ה יש להעיר מסדום עצמה. לכאורה מותר היה להם למנוע דריסת רגל[3] של זרים בעירם. וא"כ על מה יצא הקצף? וצ"ל שחטאם היה שהם מנעו מתושבים, שהכניסו אורחים לביתם מרצונם, לעשות זאת. אפילו משכיר בית לא רשאי למנוע את השוכר להכניס אורחים לביתו, כי דרכם של בני אדם להכניס אורחים לביתם.

גם המרדכי (ב"ק רמז טז) **בשם הראבי"ה פוסק שיכול בעל החצר למנוע כניסת אדם זר לחצרו אולם מסיבה אחרת:**

כתב רבינו אבי העזרי שמעתי דמצי למיכפייה דהא כופין על מדת סדום וי"מ דאין כופין אלא כגון היכא דמהני [*אפילו] אי הוה בעי לארווחי בהא מלתא לא מצי לארווחי הלכך כייפינן ליה כיון דלא חסר מידי, אבל היכא דאי הוה בעי בעל החצר לאיגורי הוה מירווח השתא נמי כי לא מוגר ליה לא כייפי ליה. כך פירש ר"י דאין כופין להבא אך אם עבר ונהנה א"צ להעלות לו שכר.

לפי הראבי"ה עולה שכפיה על מידת סדום היא כפיה להנאות את חבירו משלו כשאינו נפסד מכך, אמנם, מניעת רווח נחשבת להפסד, בנכס המיועד לרווחים. ולכן אם בעל הנכס מרויח ממון מהנכס, אין כופין אותו להנאות את חברו. אולם אם לא יכול להרויח בו ממון כופין אותו להנאות את חבירו משלו.

הרמ"א בשו"ע (חו"מ סי' שסג ס"ו) **הביא את סברת הראבי"ה ולא את הרא"ה והרא"ש ולפיה כשאין לבעל החצר סיבה מוצדקת אינו רשאי למנוע כניסת אדם זר לחצרו וכופין אותו על מידת סדום.**

(וכבר תמהו האחרונים [עי' פ"ת שם ס"ק ג] על הרמ"א, מדוע פסק כראבי"ה נגד רוב הראשונים).

בנ"ד גם לשיטת הראבי"ה רשאי היה הנהג להתנגד להעלאת נוסע נוסף שלא על דעתו, למרות שהרכב כבר הוזמן והתשלום הובטח, כי לדעתו הוא יכול היה להעלות נוסעים נוספים ולדרוש מהם תשלום. ונוסע

3. **הערת עורך**: אם אין ויתור בכך. ובדר"כ ברה"ר יש ויתור ולא מקפידים על מעבר וכד'.

שאינו משלם תופס מקום וגורם בכך נזק עקיף[4].

אך בדיעבד, אם היה הנהג שותק לא יכול היה לדרוש את התשלום מהנוסע כי זה נהנה וזה לא חסר. ואם המזמין הוא שהיה דורש תשלום מהנוסע הנוסף יכול היה הנהג להתנגד שרכבו ישמש מקור הכנסה לאחרים[5]. כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו? וזאת עפ"י מש"כ הפנ"י (ב"ק כ ע"ב). **הוא מתקשה, מה הסברה שזה נהנה וזה חסר חייב, הרי החסרון שגרם, בכך שמגוריו בחצר מנעו שוכרים אחרים מלשכור את החצר, הוא רק גרמא? וכתב הפנ"י:**

ונראה דלא קשיא מידי דסברת התוספות היא דודאי משום מה שחסר אין לחייבו כיון דהוי גרמא בניזקין. אלא כיון שנהנה זה בגוף ממון חבירו שדר בביתו בזה לחוד סגי לחייבו, והא דמספקא ליה שם בזה נהנה וזה לא חסר היינו משום דאיכא למימר בכה"ג כופין על מידת סדום כיון שהלה אינו מפסיד כלל, וגדולה מזו כתב המרדכי בשם ראבי"ה דאפילו לכתחילה מצי הלה לכופו לדור בעל כרחו בחצר דלא קיימא לאגרא ואף על גב דרוב הפוסקים חולקים עליו מ"מ בדיעבד שדר כבר שלא מדעתו שפיר מספקא להש"ס, אבל בזה נהנה וזה חסר כיון דלא שייך להזכיר כאן כלל מידת סדום כיון שמגיע לו היזק שפיר פשיטא ליה להש"ס לחייבו משום הנאתו לחוד, וכן נראה מלשון הש"ס בסמוך דמשום שחרירותא דאשיתא משלם כל דמי השכירות ולא אמרינן שלא ישלם אלא כפי שהפסידו אלא ודאי שעיקר החיוב הוא בשביל שנהנה והטעם שחרירותא אינו בא אלא להצילו מלומר שהיא מדת סדום.

כלומר, סיבת החיוב לדעת הפנ"י היא ההנאה שאדם נהנה מרכוש חברו. לא יתכן שאדם יהנה מרכוש חברו ולא ישלם לו על הנאתו. ולדבריו גם בנ"ד לא יתכן שהמזמין יהנה מהמונית שאינה שלו וישלשל את דמי הנסיעה של הנוסע הנוסף לכיסו.

ר' שמעון שקופ (שם סימן כה) **חולק על הפנ"י וסובר להפך שהחסרון הוא סיבת החיוב וז"ל באות ג:**

בתוס' שהקשו מב"ב שכופין על מדת סדום, והנה בפני יהושע רצה לאמר שהטעם דפטור בזנוזל"ח הוא משום דכופין על מדת סדום, וזה אינו דהרי

4. **הערת עורך**: לא נראה. אם בית ספר שכר אוטובוס ונהגו לטיול בן יום אחד, הנהג/ החברה יכולים להעלות טרמפיסטים?!
תשובת המחבר: זכותם של המזמינים לשמור על אוירה מתאימה וכדו'. גם בנ"ד יכול היה המזמין להתנגד להעלאת הנוסע הנוסף אם הדבר היה מפריע לו. ומן הסתם רצונו לשמור על פרטיותו. אך ללא סיבה מוצדקת אינו יכול להתנגד לעצם העלאת נוסע אחר. וכשהוא עצמו לא איכפת לו משמירת פרטיותו יכול הנהג להעלות נוסע אחר.
5. **הערת עורך**: יותר נראה שהדבר תלוי באופי השכירות. אם זו שכירות פרטית נהנה מחבירו ואם שכירות לשימוש הוא רשאי להשתמש כרצונו.

גם בהקדש מדמי הש"ס ושם לא שייך זה[6], אלא ודאי שהוא סברא שלא יתחייב **רק אם חבירו חסר** היינו שאין תביעה על הנאה רק אם בעל הממון מתחסר, אלא שהתוס' הקשו מהצד השני אם איכא דין כפי' לא שייך תשלומים דכל שהדין נותן לכוף את בעל הממון הרי זה כנהנה משלו שזכתה לו תורה. והנה מוכח מדבריהם דלכתחלה הי' פשוט להם דאין כופין בדירה, ומ"מ הקשו בכבר דר (שיהא פטור) אף דלא שייך מדת סדום בזה, ונראה דכוונתם דלכתחלה ליכא כפי' משום דאם יכופוהו נוטלים ממנו שליטת ביתו וע"ז קפדי רוב אינשי ולא חשיב מדת סדום בדבר שקפדי רוב אינשי, ואם כבר דר בו הרי כפוהו באופן שלא יהי' נעדר שליטתו דכ"ז שירצה יצא מביתו, ותירצו דמ"מ ליכא דין כפי' לכתחלה ומשו"ה שקלי וטרי שיתחייב.

ר"ל ששאלת הכפיה על מידת סדום מתחלקת בין לכתחילה לבין דיעבד. לכתחילה אין כופין אדם על מדת סדום, כי זכותו לשמור על רכושו הפרטי. אך בדיעבד, נוצרה כבר מעין כפיה, הזר כבר דר בחצר, אלא שאין זו כפיה פסולה, שהרי עדיין הסמכות בידו להוציא את הזר מרכושו. אולם הוא יכול לדרוש תשלום רק להבא אך לא למפרע. כי על למפרע המצב כבר נכפה עליו וכופין על מידת סדום. ואם אין חסרון אין חובת תשלום. אך אם חסרו ע"י מגוריו – הוא חייב למפרע בגלל חסרון.

אך עדיין קו' הפנ"י במקומה עומדת מדוע חייב על חסרון, הרי אינו אלא גרמא?

[את קושיית הגר"ש שקופ על הפנ"י מהקדש יש לתרץ מדברי הגרש"ש עצמו שכתב: "אם איכא דין כפי' לא שייך תשלומים דכל שהדין נותן לכוף את בעל הממון הרי זה כנהנה משלו שזכתה לו תורה". כלומר אם כופין על מידת סדום הרי זה כממון של הנהנה שהתורה זכתה לו.]

והנה נחלקו המפרשים אם כפיה על מידת סדום היא מהתורה או רק מדרבנן (בעצם סדום עצמה לא עברה על איסור מפורש מהתורה, אפילו על דיני ב"נ לא עברה, כי ב"נ לא מצווה על הצדקה ר' חי' הר"ן סנהדרין נז ועכצ"ל שיש אקסיומות מוסכמות, שאינן בגדר מצוה מפורשת, אך כל בר דעת מבין אותן מעצמו. גם ללא ציווי מפורש אדם צריך להתנהג כאדם. ולכן אין נפק"מ לשאלה אם מידת סדום היא מה"ת או מד"ר).

ואם נניח שהיא מהתורה י"ל שאינה חיוב גברא ממידת חסידות אלא חיוב חפצא על עצם הבעלות על נכס שגם אחרים יכולים להשתמש בו כאשר הם לא גורמים נזק לבעלים. עצם מושג הבעלות על רכוש אינו מוחלט, יש גם לזולת זכות מסוימת (יש להדגיש: מוסכמת ומוגבלת, כי בכל זאת הבעלים הם הבעלים העיקריים). ואולי מכאן המקור לשעבד לצדקה גם נכסי שוטה. ר' קצוה"ח סי' רצ שהתקשה הרי שוטה אינו בר מצוה ומדוע נכסיו משועבדים לצדקה? ולהנ"ל י"ל חיוב צדקה אינו רק על הגברא אלא גם על החפצא. אמנם רכושו של אדם הוא שלו. אך לא לגמרי, יש גם אחרים שזקוקים, ולכן

6. וכן ילה"ק מיתומים, שהרי אינם בני חיוב. ר' חי' הגר"ח מטלז.

הנכסים משועבדים **מעצמם** לצרכי הצדקה, גם אם הבעלים עצמם פטורים ממצוות[7]. (ור' מש"כ בשיעורינו לכתובות ב'יושב אהלים' שיעור כו).

וכן מובן מדוע בר מצרא, גם לאחר שמכר לאחר, מוציאים את הקרקע מיד הקונה. היכן מצינו שכופין על מידת חסידות בצורה כזו שאפילו בדיעבד מוציאים את הקרקע שנמכרה כדין מידי הקונה?! אך להנ"ל יובן. מידת סדום אינה רק דין בגברא היא גם בחפצא. האדם אינו סוברני למכור את הקרקע לכל מי שלבו חפץ. במקום שזה נהנה וזה לא חסר הבעלות מוגבלת והקרקע אינה בת העברה לבעלות אחרת שאינה ראויה. המכירה לא תקפה. עד כדי כך!

זהו עומק ההבדל בין סדום לבין התורה. סדום אומרת "שלי שלי ושלך שלך" כלומר, רכושי שייך לי בצורה מוחלטת ואין לזולת שום זכות בו. אולם התורה אומרת שזו מידת סדום ואינה מידת התורה. אין יצור בודד בעולם, כל יצור הוא חלק מחברה. רכושו אמנם שלו, אולם רק כל עוד אין צורך להשתמש בו למטרות חברתיות הכרחיות.

ומכיון שמידת סדום היא דין בחפצא היא חלה גם על רכוש הקדש למרות שההקדש עצמו לאו בר חיובא הנכס שנמצא ברשותו הוא בר חיובא. (ר' ב"ק כ ע"ב)

ומכיון שאת קו' הגרש"ש על הפנ"י תרצנו אך את קושיית הפנ"י – הגרש"ש לא תירץ, לכן מסתבר יותר הסברו של הפנ"י. (ובאנצ' תל' ערך זה נהנה וזה לא חסר – הביאו ראיות לשיטת הפנ"י מתוס' ב"ב יב ועוד)].

אך בכ"ז גם לדעתו של הגרש"ש צ"ע כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו.

המונית אינה של המזמין, ואף לא מושכרת בידו. הנהג הוא שהושכר על ידו לצורך הנסיעה והוא משתמש ברכבו לשם ביצוע המשימה. המזמין אינו יכול להשתמש במונית לרווחיו, כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו? (ב"מ לה ע"ב).

א"כ המזמין לא יכול לטעון שהנוסע עלה על חשבונו.

ב. צד הנהג

עתה נתבונן בצד השני. המזמין לא יכול היה להתנגד לכתחילה להעלאת הנוסע ע"י הנהג, אא"כ היה בכך עיכוב בנסיעה. אמנם הנסיעה היא על חשבונו, אך המונית אינה שלו וגם לא מושכרת לו. רק הנסיעה היא שלו. וא"כ אין למזמין זכות להתנגד להעלאת הנוסע ע"י הנהג, כי זה נהנה וזה לא חסר.

נמצא שהנהג יכול היה להעלות נוסע נוסף ללא הסכמתו של המזמין, אך המזמין לא יכול היה להעלות נוסע ללא הסכמת הנהג וא"כ התשלום מגיע לנהג בלבד והוא יכול היה לדרוש את התשלום מהנוסע.

הבעיה היא שהנהג הטעה את הנוסע שהעלה כאילו זו מונית שירות האוספת

7. **הערת עורך**: זו סברה קשה, חפצים אינם חייבים בדיני תורה אלא בני אדם, ובמת בהלוויה 'פוטרים אותו מכל חיוביו'. וחפץ אינו אדם המצווה. כמו"כ מה הדין בחפצי נכרי וכי גם הוא מצווה במידת סדום?!
תשובת המחבר: מצינו שעבוד נכסים גם אצל מי שאינו חייב בעצמו. ור' קצוה"ח סי' לט ס"ק א שאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יורדין לנכסיו מדין כפיה.

נוסעים. הנוסע לא ידע כלל שזהו רכב מוזמן ומשולם ע"י אחרים, שאז בעצם היה אפשר להסיעו גם ללא תשלום. ואילו היה יודע זאת יכול היה לפחות לעמוד על המקח ולשלם פחות.

האם מה ששילם הנוסע הוא גזל, או טעות?

לכאורה דינו מבואר בב"ק (כא ע"א):

והשוכר בית מראובן – מעלה שכר לשמעון. שמעון מאי עבידתיה? הכי קאמר: נמצא הבית של שמעון – מעלה לו שכר. תרתי? הא דקיימא לאגרא, הא דלא קיימא לאגרא. אתמר נמי: א"ר חייא בר אבין אמר רב, השוכר בית מבני העיר – מעלה שכר לבעלים. בעלים מאי עבידתייהו? הכי קאמר: נמצאו לו בעלים – מעלין להן שכר.

הרמב"ם לא הביא זאת להלכה, אך השו"ע (סי' שסג ס"ט) פסק כך:

י"א דהא דאמרינן דבחצר שאינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אפילו אם שכרו מאחר שהיה סבור שהוא שלו, ונמצא שאינו שלו, אין צריך ליתן לו שכר, אף על פי שנכנס על דעת ליתן לו שכר. ואפילו אם נתנו לזה ששכרו ממנו, צריך להחזירו. ואם נתן לו השכר, כיון שהוא ברור שבטעות יהב ליה, חייב להחזירו.

מכיון שהנוסע לא היה חייב בעצם לשלם, לכאורה הנוסע שילם בטעות ועל הנהג להחזיר לו את הכסף. ולא היא. גם אם ידוע היה לנוסע הנוסף שהמונית כבר הוזמנה והיה דורש לנסוע בחינם, יכול היה הנהג, לפני שהעלה אותו למונית, לדרוש ממנו תשלום. ואם היה הנוסע מסרב יכול היה הנהג למנוע ממנו לעלות לרכב. אדעתא דהכי הסכים הנהג להסיעו, ע"מ שישלם, ואדעתא דהכי עלה הנוסע ע"מ לשלם אע"פ שלא אמרו זה לזה דבר. ולא דמי לחצר גזולה. המחזיק בה באיסור לא היה רשאי לדרוש פרוטה מהדר בה, זהו גזל גמור, גם אם הדר סבר לתומו שחייב לשלם ואף שילם בפועל. לא כן הנוסע אמנם אם היה הנהג רוצה להסיעו בחינם היה יכול, אך אגלאי מילתא למפרע שלא התכוון לוותר על שכרו לכן נראה שהצדק עם הנהג.

רק אם היה המזמין אומר לנוסע שזוהי מונית מוזמנת והנהג היה שותק לא היה רשאי לקחת ממנו תשלום.

מסקנתנו היא שהנהג צודק ויכול היה לדרוש תשלום מהנוסע הנוסף מבלי לנכותו מהמזמין.

ג. תשלום כפול

השאלה היא: האם המזמין יכול לטעון שמכיון שהנהג קיבל חלק מהתשלום מהנוסע, המזמין לא חייב לו את מלוא את התשלום, וכאילו חובו נפרע ע"י גורם שלישי. ועל הנהג לנכות מחיובו של המזמין את הסכום אותו שילם הנוסע. שהרי לא יתכן שהנהג ירוויח פעמיים על אותה נסיעה!

מיהו יתכן ויתכן. הנוסע לא שילם עבור נסיעתו של המזמין משתי סיבות:

א. כמו שאמרנו לעיל, הנהג רשאי היה לא להעלות אותו בחינם. וא"כ דרישת התשלום היא לנהג ולא למזמין.

ב. גם אם הנהג היה מעלה אותו כטרמפיסט והנוסע היה מוכן לשלם אינו יכול לשלם עבור המזמין. כי אז נמצא שהמזמין משתמש ברכבו של הנהג לפרוע את חובו. המזמין אינו יכול לעשות סחורה בפרתו של חברו, אלא א"כ הנהג היה מסכים לכך. אך הנהג לא הסכים לכך. סופו

הוכיח על תחילתו, שאדעתא דהכי העלה את הנוסע ע"מ שישלם לו והוא באמת יקבל שכר כפול.

ומצינו כפל תשלומים על חיוב אחד בכתובות (קא ע"ב) במשנה:

> הנושא את האשה, ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים – חייב לזונה חמש שנים. ניסת לאחר, ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים – חייב לזונה חמש שנים. לא יאמר הראשון לכשתבא אצלי אזונה, אלא מוליך לה מזונותיה למקום שאמה. וכן לא יאמרו שניהם הרי אנו זנין אותה כאחד, אלא אחד זנה ואחד נותן לה דמי מזונות.

ולא יכול האחד לטעון חברי כבר משלם מזונות ופורע בכך את חובי. מיהו לא דמי, שם יש התחייבות מפורשת של שני הבעלים לפרנס את הבת. ובכ"ז למדנו משם עקרון שאין זה מן הנמנעות שיש כפל תשלומים על חיוב אחד.

מסקנה

התשלום שייך לנהג והמזמין אינו יכול לדרוש ניכוי של סכום זה מדמי הנסיעה[8].

8. **הערת עורך**: שאלתי נהג, בעל רכב להסעות את השאלה שברר הרב והוא ענה כפי שכתבתי לעיל. הנהג ורכבו שכורים למזמין לזמן הנסיעה. הנהג לא יעלה אדם ללא רשות המזמין וודאי לא יטול ממנו כסף על הנסיעה.
המזמין, אם ידרוש מהנהג, יעלה נוסעים נוספים ואם ירצה יטול מהם שכר ויוכל 'להרויח' חלק מהתשלום.
נהג אחר בעל רכב להסעות ענה לי אותה תשובה. בהסעות ממומנות שהוא מקבל תשלום קבוע מגורם שלישי, השוכר את הרכב להסעה שואל את הנוסעים האם הם מוכנים להעלות טרמפיסטים והם נוסעים בחינם.
נהג נוסף אמר לי שלעתים בהמתנות ארוכות בנסיעה מוזמנת, כאשר המזמין אומר לו: 'אתה משוחרר לכך וכך שעות', הוא מנסה לתפוס עבודה נוספת בשכר אולם גם זה רק ברשות המזמין.
תשובת המחבר: **לא מפיהם אנו חיים אלא מפי ההלכה**.
תשובת העורך: נראה לי שאי אפשר לטעון כופין על מידת סדום בהסכם של שכירות – המכונית ונהגה שכורים לזמן לשוכר, וכל שיקול של כפיה לא ניתן ברגע ששני הצדדים מחויבים לגמרי זל"ז. עוד נראה לומר שאף אם לפי ההלכה כופין על מידת סדום, במקרה כזה שלפנינו **שמנהג המדינה אינו כן** אי אפשר לכפות עליו וחייבים לנהוג לפי מנהג המדינה ומנהג השוכרים והמשכירים. (וניתן לומר שהם תנאים שבממון כגון מתנה שומר חינם להיות כשואל. ואם אם לא הותנה בפירוש בעסק זה אלו דברים שבלבו ובלב כל אדם.)

סימן נג

שכיר שהזיק

שאלה

שכיר בחברה התבקש, שלא במסגרת עבודתו, להסיע רכב של החברה. הוא היה נהג טירון. הוא עשה פרסה במקום אסור וגרם לתאונה. הוא סבר שעליו לשלם לחברה את דמי ההשתתפות העצמית לביטוח הרכב, ולכן שילם אותם מיוזמתו.

אולם אח"כ נאמר לו שיתכן שהיה פטור. האם היה חייב באמת לשלם את דמי ההשתתפות העצמית של התאונה וכדין שילם, או שמא היה פטור והוא זכאי לקבל את כספו חזרה?

תשובה

הנהג שהזיק בידיים פשע בכך שעשה פרסה במקום אסור ועליו לשאת בתוצאות. אלא שהביטוח מכסה את ההוצאות, לכן לא תבעו אותו על תשלום הנזק, אך מעיקר הדין לא ברור שהוא פטור למרות הכיסוי הביטוחי.

נחלקו בדבר פוסקי הדורות האחרונים, האם מזיק נכס מבוטח חייב לשלם, כדין כל מזיק, או שהוא פטור, משום שהביטוח מכסה את ההוצאות ולמעשה לא נגרם לניזק כמעט חסרון כיס (חוץ מההשתתפות העצמית שאותה הוא בודאי צריך לשלם).

בעל הרי בשמים (מה"ת סי' רמה) סבור שהמזיק נכס מבוטח פטור, כי בעצם לא חיסר את ממונו של הניזק. פוסקים רבים חולקים עליו, האור שמח (הל' שכירות פ"ז ה"א), הגרצ"פ פרנק בהר צבי (על טור חו"מ, הוצאת אל המקורות, סי' רלח), המהרש"ם הובא בציץ אליעזר (חי"ח סי' סז), שו"ת משנה הלכות (ח"ב סי' י), מנחת יצחק (ח"ב סי' פח, ר' להלן) ועוד. כולם מחייבים את המזיק לשלם לניזק על הנזק שעשו. הם מסתמכים על הגמ' בב"ק (קטז ע"א):

שטף נחל חמורו וחמור חברו... אם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי – חייב ליתן לו. ירד להציל ועלה שלו מאליו, מהו? א"ל: משמיא רחימו עליה.

ופירש"י:

מן שמיא רחימו עליה – ויהיב ליה דמי כאילו מת.

למרות שלא היה לו חסרון כיס חייב בעל החמור שניצל לשלם למציל את נזק חמורו.

ועל המשנה בב"מ (לה ע"ב):

השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה... השואל ישלם לשוכר.

למרות שהשוכר לא מפסיד כלל כי שוכר פטור באונסין בכ"ז השואל חייב כי התחייב לשלם לו אם הפרה תמות.

בנ"ד זכויותיו של המבוטח מעוגנות יותר. הרי הוא שילם פרמיות לביטוח במשך תקופה ארוכה ובכך קנה זכויות לפיצוי על תאונה. ומסתבר שגם לדעת שו"ת הרי בשמים, הפוטר את המזיק, על המזיק לשלם לניזק לפחות את הפרמיות ששילם. לכן הסברה נותנת שזכויות הביטוח נקנו ע"י המבוטח למקרה של תאונה והן שלו **בנוסף** לתשלום הנזק שהמזיק חייב. אמנם דמי הביטוח מקבילים לנזק, כי כך הם תנאי הביטוח, אך בעצם אינם פיצוי על הנזק אלא זכויות מקבילות, שהמבוטח קנה

בכספו. נמצא שהשכיר חייב לשלם לחברה את הנזק שעשה[1].

אולם בשו"ת מנחת יצחק ח"ב סי' פח נוטה לפטור שכיר שגרם לתאונה:

> דהכא הוי אומדנא דמוכח שהנהג לא קבל עליו שום אחריות, אדרבה הוא סמך עצמו על כך שמסתמא הרכב מבוטח כפי החוק כמו שטען, דאלמלא כן לא הי' נוסע עם הרכב.
>
> (כידוע אסור לנהוג ברכב ללא ביטוח, ומי שנוהג ללא ביטוח ונתפס ע"י המשטרה הוא מואשם בנהיגה ללא ביטוח ולא החברה בעלת הרכב.)

ועוד, הנוהג המקובל אצל הרבה מעסיקים ששכיר אינו משלם נזקים שהזיק, וק"ו בתאונת רכב המבוטחת בחברת ביטוח המכסה את הנזקים (ובכוונה הביטוח כולל כל נהג מעל גיל מסוים ולא רק את בעלי הרכב).

נוהג זה מבוסס על הגמ' בב"מ (פג ע"א) במעשה של הסבלים שהובילו חבית של רבה בר בר חנה ונשברה שרב פטרם מלשלם את הנזק ואף חייב אותו לשלם את משכורתם, בהסתמך על הפסוק "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור".

אמנם היתה זו מידת חסידות, אך יש הנהגות שאינן מעיקר הדין שהפכו למנהג קבוע ומחייב, כגון כפיה על מידת סדום בחלוקת נחלות (ב"ב יב), שומא הדר משום ועשית הישר והטוב (ב"מ לה), וכן דינא דבר מצרא (שם קה), החזרת אבידה במקום שמצד הדין פטורים מלהחזיר (שו"ע חו"מ סי' רנט ס"ק ג ושם ס"ז) ועוד. ור' בשו"ת חוות יאיר (סימן קסט) לענין שפחה ששברה כלי, שרובא דרובא של הנשים אינן מקפידות על נזקים קטנים.

אלא שצ"ע אם יש לחייב את הנהג לפחות בהשתתפות העצמית. אמנם ביחס לנזק עצמו זהו סכום קטן יחסית, וכאמור הנוהג למחול לשכיר על נזקיו, אך כאן כבר מחלו לו על הנזק העיקרי, וא"כ יש מקום לומר שלפחות ישלם את ההשתתפות העצמית. מאידך י"ל הנזק הגדול אינו בגדר מחילה רגילה, שהרי בלאו הכי לא גרם להם לחסרון כיס ולכן מחלו לו, לכן יתכן שיש לוותר לו גם על ההשתתפות העצמית.

אלא שי"ל שהתקנה לפטור שכיר מנזקין אינה תקפה כאן. כי מסתבר שסיבת התקנה היא שאל"כ אין לך אדם מעביר חביתו של חברו. כאן לא נוכל לומר שאין לך נהג שינהג ברכב של החברה. שהרי נהג מנוסה ינהג וינהג, ורק נהג טירון לא ינהג. אין זה בכלל התקנה.

אך מאידך היא הנותנת. מכיון שהוא נהג טירון והחברה ידעה שהוא כזה, וכשמסרה לו את הרכב ידעה שהוא נהג טירון, ועל דעת כן מסרה לו את הרכב, אין לה לבוא אליו בתביעות. ובפרט שלפנים משורת הדין אין לחייבו וזה הנוהג בארץ. מאידך י"ל מכיון שהנוהג הפוטר את העובד מלשלם דמי נזיקין הוא בעצם לפנים משוה"ד, זהו רק לכתחילה, אך בדיעבד, לאחר שהעובד כבר שילם אין חובה להחזיר לו. אך בכל זאת י"ל שמכיון שהנוהג למחול על נזקי

1. כל הדיון כאן לא הביא בחשבון את אחד מסעיפי החוזה של הביטוח בימינו שפוסל את המבוטח מלתבוע תביעה נוספת, לא בחברת ביטוח אחרת ולא בבתי המשפט. תביעה כזאת מבטלת את חוזה הביטוח. לכן חלק מהדיון בספרות השו"ת בנושא הביטוח לא רלוונטי כיום (פרט למקרים שמותר כפל תביעות). בנ"ד בלא"ה לא היה הנהג חייב לשלם לחברה את הנזק שגרם.

העובד הוא נוהג קבוע הוא מחייב כאילו היה חייב מעיקר הדין, ואין להתיחס אליו כאל מידת חסידות אלא כדין ממש.

לדוגמא, בר מצרא. מעיקר הדין רשאי היה אדם למכור לכל מי שליבו חפץ. אך משום ועשית הישר והטוב הנהיגו חכמים לחייב את המוכר להעדיף את שכנו. ותוקף התקנה הוא כזה שאפילו אם המוכר מכר לאחר מוציאים מידו ומעבירים את הנכס לבר המצרא. מיהו שם היתה זאת תק"ח להוציא מיד הקונה. אך בנ"ד לא היתה תקנה כזאת.

מכיון שהדבר מוטל בספק יש לפשר ביניהם ועל החברה להחזיר לו שליש מדמי ההשתתפות העצמית ששילם.

סימן נד

גניבת ביציות מגופה של אשה*

ראשי פרקים

הקדמה

א. אין לאדם בעלות על גופו

ב. גופו של אדם אינו הפקר

ג. גנב חד-צדדי

1. הגונב מן הגנב
2. הגונב על מנת למיקט
3. גניבה שהיא גם אבידה
4. גניבת גוי
5. פחות מפרוטה
6. גניבת שטרות
7. גזילת קרקע
8. איסורי הנאה
9. ערלה
10. מעשר שני

ד. סיכום

* * *

הקדמה

המושג 'בעלות' סובל משמעויות שונות. בעלות קניינית, כגון בעל השור, בעל הבית. בעלות קניינית ניתנת להעברה. וזה בדרך כלל סימן לבעלות גמורה (כמבואר בנדרים דף מח ע"א: "אמרו חכמים: כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת – אינה מתנה"). ויש שייכות שאינה קניינית כגון בעל החלומות, בעל חמה, בעל חיים, בעל תשובה וכד'. ויש בעלות ממונית שלא ניתנת למכירה או להקדשה ובכ"ז היא שייכת לאדם מסוים. ובכ"ז אין היתר לנוטלה ללא רשותו. אמנם אין לנוטל ללא רשות דין גנב לענין תשלומי כפל, או לחיוב השבה (מה גם שאין לבעלים תועלת בהשבה זו), אך בכ"ז היא רכושם של הבעלים ומבחינה פלילית הוא גנב. יש להענישו כגנב, לפוסלו לעדות ולשבועה

* נדפס ונערך בתחומין כרך כא.

כגנב וכד'. בדברינו הבאים ננסה להוכיח זאת.

א. אין לאדם בעלות על גופו

מקובלנו שאין לאדם בעלות על גופו[1]. לפי"ז, מי שגנב מאדם אברים אינו נחשב לכאורה גנב, כי הוא לא לקח דבר מבעליו. אלא שהשאלה הנשאלת היא: האמנם אבריו של אדם הפקר, וכל הבא ליטול יכול ליטול? בדרך כלל כל נטילת אבר מגופו של אדם יש בה חבלה, ואסור לאדם לחבול בחברו. השאלה מתעוררת כאשר רופא נוטל, תוך כדי ניתוח, אבר מגופו של האדם, מבלי להוסיף בכך חבלה נוספת. במקרה כזה חבלה אין כאן, ולכאורה גם גניבה אין כאן, כי כאמור אין דין גניבה באברי אדם. האמנם?!

זהו המקרה שלפנינו. אשה עברה טיפולי פוריות. לשם כך שאבו ממנה ביציות. בדרך כלל נוהגים ליצור, באמצעות הורמונים כשש ביציות בשלות, אותן שואבים ומפרים אותן, חלקן מוחזר לרחמה של האשה. וחלקן מוקפא להזדמנות נוספת. משום כך נשים שעברו טיפולי פוריות מתעברות במספר גדול יותר של עוברים. (עושים זאת כדי לוודא שלפחות עובר אחד או שניים יתפתחו וייוולדו).

הרופא חשוד בכך שניצל אשה המטופלת על ידו וגרם לה להרבות בביציות, הרבה מעבר למקובל. את הביציות המיותרות, שהן פי כמה וכמה מהנחוצות למטופלת נטל הרופא לעצמו לשם הפריית נשים אחרות[2]. לא נדון כאן בשאלה החמורה של יחוסם של הוולדות מהנשים האחרות, ובסכנה שאח ישא את אחותו ומלאה הארץ זימה, חלילה. נדון כאן רק בשאלה: האם הרופא נחשב לגנב?

לפי ההנחה שהנחנו, שאין האדם בעלים על גופו, לכאורה אין להאשימו בגניבה.

ב. גופו של אדם אינו הפקר

נראה לענ"ד, שגם אם נניח שאין האדם בעלים על גופו, בכל זאת אין גופו הפקר ואסור ליטול ממנו אבר ללא רשותו. יתירה מזאת: אדם רשאי עקרונית לדרוש מחיר על אבריו[3]. במקום אחר (באהלה של תורה ח"א סי' ק) דנו בשאלת הבעלות של אדם על אבריו, והוכחנו שיש אפשרות עקרונית לאדם למכור חלקים מגופו, לפחות אותם חלקים שיש להם חלופה כגון דם ושערות. כדוגמת רחל אשת ר' עקיבא, שמכרה את מחלפות ראשה כדי שבעלה יוכל ללמוד תורה. הביציות דומות במידה מסוימת לדם ושיער. מספר הביציות בשחלותיה של אשה הוא רב, הרבה יותר מסיכוייה ללדת מכולן ילדים. ולכן, נטילת מספר ביציות לא תפגע בסיכויי פוריותה בעתיד. אמנם אם תארע תקלה וביציותיה יצטמצמו בגלל גורם אחר יתברר אז למפרע שגניבת הביציות על ידו גרמו לאובדן סיכוייה

1. עיין מאמרו של הרש"י זוין: "משפט שילוק לאור ההלכה", בספרו לאור-ההלכה. ור' רש"י גיטין כא ע"ב וברש"ש שם, ובאוצר מפרשי התלמוד שם הע' 9-10 שלכאורה יש בעלות על אברי אדם. ואולי עבד שאני. וצ"ע.
2. אנו מניחים שלא היתה חבלה בכך שהרופא גרם לריבוי ביציות.
3. מבלי להיכנס כרגע לשאלה המוסרית החמורה, שעלול להתפתח סחר באברים, בעיקר ע"י סרסורים שיגרפו רווחים על חשבונם של אחרים. אנו מביאים זאת רק לשם הבנת העיקרון.

להרות אך אפשרות כזו נדירה ביותר[4]. מאידך גיסא, היא הנותנת: יש לאשה רשות[5] למסור את הביציות העודפות לנשים אחרות. ולכן, מי שנוטלן ללא רשותה גוזל ממנה זכות זאת.

זאת ועוד: מצינו שמותר לאדם לחבול בעצמו לצרכים מסויימים. הדוגמא הנפוצה ביותר היא נקיבת אוזניים לעגילים. מסתבר שמותר לאשה לחבול בעצמה על מנת לשאוב משחלותיה ביציות לצורך הפרייתה, במקרה שיש הכרח בהפריה חוץ-גופית, למרות שהיא פטורה ממצות פרו ורבו. ויתכן שמותר לה לעשות כן גם אם בעלה קיים כבר מצות פרו ורבו מדאורייתא. אם נתעלם לרגע מהאיסור החמור של מסירת ביציות לנשים אחרות, או שנמצא דרך הלכתית מותרת לכך, האם אסור לאשה לחבול בעצמה על מנת למסור מביציותיה לאשה הזקוקה להן?

לכן נראה, שיש לאשה זכות על ביציותיה. היא רשאית למנוע את נטילתן ללא רשותה, והיא זכאית למוסרן למי שליבה חפץ, גם אם אינן שלה ממש מבחינה ממונית. דיוננו צריך להתמקד בשאלה: האם רופא שנטל ביציות מאשה ללא רשותה נקרא גנב, או לא? עלינו לברר אפוא את השאלה, האם אפשר להתייחס לאדם כגנב, גם אם לחפץ הגנוב אין בעלים קניניים?

ג. גנב חד-צדדי

לכל גניבה יש שני צדדים: צד אחד – החפץ הגנוב, המוּצָא ללא רשות מבעליו; וצד שני – האדם הגונב. יתכן מצב שבו יש רק צד אחד: האדם נחשב לגנב, למרות שהחפץ אינו נחשב לגנוב. לענ"ד מצינו דוגמאות רבות בהלכה, שגם גנב חד-צדדי נקרא גנב, ויש להענישו על כך. יש להקיש מהן לנידון דידן, שכן גם בנידוננו אין לביציות בעלים ממוניים רגילים, ובכל זאת הנוטלן ללא רשות האשה נחשב לגנב.

ואלו הדוגמאות לכך:

1. הגונב מן הגנב

הגונב מן הגנב פטור מכפל. אולם משמע מפוסקים רבים, שלמרות זאת הוא נחשב לגנב. אמנם הגנב הראשון אינו בעליה של הגניבה, ובכל זאת הגונב ממנו נחשב לגנב. הוא פטור מלשלם כפל, משום שנאמר "וגונב מבית האיש" ולא מבית הגנב, אך קרן הוא צריך לשלם לבעלים (עי' קרית-ספר הל' גניבה פ"ו ואור-שמח הל' גניבה פ"א הי"ז ומרחשת ח"ב סי' לא פרק ה אות ה).

אלא שבעל קצות-החושן (סי' לד ס"ק ג) חולק על כך. הוא דן בכשרותו לעדות של החולק עם הגנב, האם עבר על עבירת גניבה ונפסל לעדות? הוא מביא ראיה מגנב, שהגניבה שברשותו נשברה מאליה, שמשלם כשעת הגניבה, אע"פ שמן הסתם הוא הגביה

4. ר' שבת צד ע"ב שלר"ש שהלכה כמותו התולש שערה אחת מסימני טומאה פטור אע"פ שמקרב את האפשרות שסימני הטומאה ייעלמו.
5. מבלי להיכנס כרגע לאיסור החמור שהוזכר כבר לעיל, בדבר מילוי הארץ זימה. אנו דנים כאן רק בדיני ממונות.

את הגניבה ברשותו במשך הזמן ששהתה אצלו. על כרחך, הוא לא נחשב לגנב פעם נוספת עקב כך. ורק אם שבר או שתה בידים חייב כשעת הנזק, מדין **מזיק**, אך לא מדין **גנב** (נפק"מ לצורת התשלום וכן לפסילתו לעדות).

בעל נתיבות-המשפט שם חולק על קצוה"ח, וסובר שהגונב מן הגנב נחשב גנב, אע"פ שלא גנב מבית הבעלים. אולם לדעתו, הוא נחשב לגנב רק כאשר **שינה** את הגניבה; אם רק הגביה אותה ולא שינה בה כלום, אינו נחשב לגנב[6]. אך כאמור המבי"ט בקרית-ספר ובעל אור-שמח חולקים עליהם, וסוברים שגם הגונב מן הגנב נחשב לגנב (ולהלן בסעיף 2 נוכיח כדבריהם מהספרא). לדעתם צריך לומר, שאע"פ שמצד הנגנב, הוא הגנב הראשון, אין כאן גניבה, בכל זאת מצד הגנב השני יש כאן מעשה גניבה[7]. כלומר: יש כאן גניבה חד-צדדית. ואם כן הוא הדין בנידון דידן: אע"פ שמצד בעלת הביציות אין כאן גניבה, כי הביציות אינן שלה מבחינה ממונית, בכל זאת מצד הרופא, שנטלן ללא רשותה, יש כאן מעשה גניבה.

2. הגונב על מנת למיקט

בספרא (קדושים פרשה ב ד"ה פרשה ב):

> לא תגנובו על מנת למיקט; לא תגנובו על מנת לשלם תשלומי כפל, ולא על מנת לשלם תשלומי ארבעה וחמשה. בן בג בג אומר: לא תגנוב את שלך מאחר הגנב, שלא תיראה גונב.

משמע שבן בג בג דורש מהתורה את האיסור לקחת את שלו מידי הגנב, ועל כרחך משום שעושה זאת דרך גניבה. ואע"פ שאת **שלו** הוא נוטל, גם זה אסור לדעתו, משום שעושה מעשה גניבה. וזו כוונתו של בן בג בג באומרו: "שלא תיראה גונב". ודוק היטב בלשון הספרא, שלא גרס כגירסת הגמ' בב"ק כז ע"ב "שמא תיראה **עליו** כגנב". הגמ' בב"ק ציטטה את דברי בן בג בג מהתוספתא, הסוברת שעביד איניש דינא לנפשיה, ולכן היא ממשיכה ואומרת: "אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל". משום כך, לדעת התוספתא, אין כאן גניבה כלל, כי מותר לו ליטול את שלו; ורק עצה טובה קמ"ל, שלא ייחשד כגנב בעיני **אחרים**[8]. אך לדעת הספרא לא עביד איניש דינא לנפשיה, והאזהרה היא שלא יהיה גנב בעיני **עצמו**. אמנם הגמ' בב"מ סא ע"ב, בהביאה ברייתא זו, השמיטה את דברי בן בג בג, אולם משום שלדעתה הלוקח את שלו מידי הגנב אינו עושה מעשה גניבה כלל, כי הגמ' שם סוברת כמו הסוגיה בב"ק, שעביד איניש דינא לנפשיה, ומותר לאדם ליטול את שלו. וכן פסק הרמב"ם בהל' גניבה (פ"א ה"ב) כי הרמב"ם לשיטתו שפסק

6. ר' טבעת החושן ח"ה על הקצות הנ"ל ומשמע שבנ"ד גם הנתיבות יודה לקצות.
7. הקובץ שיעורים ב"ק אות יז סובר שהגנב הראשון הוא בעלים פוטנציאליים. אך בכ"ז הגנב השני לא משלם כפל כי התורה לא מכירה בו כבעלים.
8. אמנם יש להעיר, שבמהדורות התוספתא שלפנינו אין המילה "עליו". אך גם אם מילה זו איננה, ההסבר המתבקש הוא שזו רק עצה טובה שלא ייחשד בעיני אחרים. הגמ', שהוסיפה את המילה "עליו", פירשה כך בצדק את התוספתא, בגלל המשך דבריה, שמותר לו לשבור את שיניו וליטול. משמע שהגניבה אינה מומלצת, רק משום עצה טובה.

בהל' סנהדרין (פ"ב הי"ב): "יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח. הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה, אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין".

אך מדברי בן בג בג, לגירסת הספרא, יש ללמוד אולי לגונב מן הגנב רכוש שאינו שלו, שאע"פ שהרכוש אינו של הגנב, בכל זאת הוא נחשב לעושה מעשה גניבה (עיין לעיל בסעיף ו, שאכן זוהי דעת חלק מהפוסקים).

אמנם הב"ח (חו"מ סי' שנט) חילק בין **גניבה** על מנת לשלם לבין **גזילה** על מנת לשלם, שבגזילה אין לחוש שמא יתרגל לגזול – הן משום שגזילה לא שכיחא, והן משום שירא מפני הרואים, בעוד שגניבה שכיחא יותר ואין הגנב ירא מפני הרואים. לפי דרכנו יש ללמוד מדבריו, שגם בגונב את **שלו** מן הגנב גניבה אסורה וגזילה מותרת. ולפי"ז, התוספתא שהובאה ע"י הגמ' בב"ק, אף היא סוברת שגניבה אסורה, גם כשמדובר באדם הגונב את שלו מיד הגנב, ורק גזילה מותרת. לכן התוספתא אומרת "שבור את שיניו", כלומר: **גזול** ממנו את שלך, כי זה מותר; ואל תגנוב ממנו, כי זה אסור. ואעפ"כ למדה הגמ' בב"ק מתוספתא זו שעביד איניש דינא לנפשיה, מזה שהוא לא פונה לביה"ד שיוציא את גניבתו מיד הגנב, אלא גוזל בידים ועושה דין לעצמו.

אך הש"ך חלק על הב"ח, ולדעתו גם לגזול אסור, ואין הבדל בין גניבה לגזילה – אם גזילה מותרת, גם גניבה מותרת.

עכ"פ מדיוננו עולה, שלדעת הספרא, שאין אדם עושה דין לעצמו, אסור לו לגנוב אפילו את שלו ממי שגנב ממנו. על כרחך כך הוא משום שמצידו הוא עושה מעשה גניבה, למרות שמבחינת החפץ הגנוב אין כאן גניבה כלל, כי החפץ הוא שלו.

(לדעת הלח"מ פ"א מהל' גזילה גונב ע"מ למיקט, ע"מ להחזיר וע"מ לשלם אסורים רק מדרבנן, אך יש הסבורים שהם אסורים מהתורה ר' בירור הלכה לב"מ סא ע"א.)

3. גניבה שהיא גם אבידה

הבחנה זו בין מעשה הגניבה מצד הגברא הגנב לבין מעמד החפצא של הגניבה מצינו גם בדברי הרמב"ן במלחמותיו על ב"מ פ"ב. וזו לשון הגמ' שם (בבא מציעא כו, ב):

> ואמר רבא: ראה טלע שנפלה. נטלה לפני יאוש על מנת לגוזלה – עובר בכולן; משום (ויקרא יט) לא תגזול, ומשום (דברים כב) השב תשיבם, ומשום (דברים כב) לא תוכל להתעלם. ואף על גב דחזרה לאחר יאוש – מתנה הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד – עבד.

והקשו הראשונים על דברי הגמ' "מתנה הוא דקיהיב", כלומר שהמוצא קנה את האבידה: האיך קנה המוצא את האבידה, הרי הוא התכוון לגוזלה, וגזילה הרי אינה נקנית ביאוש? וגם אם נניח שדינה כאבידה, הרי אבידה שהגיעה לידי המוצא לפני יאוש אין הוא קונה אותה ביאוש, משם דבאיסורא אתי לידיה וחלה עליו מצות השבה ואינו יכול לקנותה, ומדוע אינו יכול לתקן את איסור הגזילה שעבר ע"י החזרתה לבעליה?

ותירץ הרמב"ן:

> דגזילה ואבידה היא זו, ואבידה נקנית ביאוש; וזו כיון שנטלה על מנת לגוזלה ולא להשיבה, הרי היא כמונחת ע"ג קרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה.

רצונו לומר, שמצד החפצא של האבידה חל היאוש, שהרי הבעלים הם שאיבדוה והתיאשו ממנה. אך מצד המוצא, מכיון

שהתכוון לגוזלה, הריהו גזלן מבחינתו, וכלפיו לא חל היאוש.

א"כ יש כאן שני מישורים: במישור החפצי – האבידה היא כהפקר; במישור האישי – יש כאן מעשה גזילה, וחובתו היא להשיב את הגזילה לבעליה. אולם הוא לא יכול לקיים מצות השבה לבעלים בחפץ, כיון שכבר אין הוא שלהם, אלא של המוצא, מאחר והם כבר התייאשו ממנו יאוש של אבידה מבחינתם. עכ"פ לדרכנו למדנו, שיש מעשה גזילה חד-צדדי מבחינתו של הגזלן, למרות שמבחינת החפץ אין בו גזילה.

4. גניבת גוי

בשו"ת חכם צבי (סי' כו) דן באיסור גניבה מגוי, וזו לשונו:

> והלא אנחנו נצטווינו שלא לעשות מעשים מכוערים, ולא יהא אלא גונב ע"מ למיקט, או ע"מ לשלם תשלומי כפל, אף שאינו מתכוון לגנוב. ולא עוד, אלא שמתכוון לטובת הנגנב. עכ"ז נצטווינו אנחנו, שלא להרגיל עצמנו לגנוב. וכבר מצינו שני לאוין מפורשים בגויים: לא תתעמר בה, ומכור לא תימכרנה בכסף. וכשצרין על ערי הנכרים, נצטווינו להניח רוח אחת מבלי מצור לכל מי שירצה להימלט על נפשו, כמ"ש הרמב"ם ז"ל בה' מלכים פ"ו דין ז'. וכן: "כי תקרב אל עיר להלחם עליה, וקראת אליה לשלום". ואף בבע"ח בלתי מדברים נצטווינו על צערם מדאורייתא למ"ד, ואותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד ומצות שלוח הקן יש בה עשה ול"ת. ואף בצמחים נצטווינו "לא תשחית את עצה". וכל זה אינו בעבור הפעול, אלא בעבורנו אנחנו, הפועלים לקנות בנפשנו דעות אמיתיות ומדות טובות וישרות, לזכותנו לטוב לנו. וז"ב מאוד.

החכ"צ אומר כאן את אשר אמרנו, שאע"פ שמצד הגוי אין בעלותו על ממונו בעלות ברורה, בכל זאת אסור לגנוב ממנו, כי מעשה הגניבה אסור מצד הפועל ולא מצד הפעול.

5. פחות מפרוטה

סברה כעין זו כתב גם בעל מנחת-חינוך במצוה רכד, בהסבר דעת הרמב"ם, שכתב בהל' גניבה פ"א:

> כל הגונב ממון משוה פרוטה ומעלה עובר על לא תעשה, שנ' (ויקרא יט, יא) "לא תגנבו". ואין לוקין על לאו זה, שהרי ניתן לתשלומין, שהגנב חייבה אותו תורה לשלם. ואחד הגונב ממון ישראל, או הגונב ממון גוי עובד עבודה זרה, ואחד הגונב את הגדול, או את הקטן.
>
> אסור לגנוב כל שהוא דין תורה. ואסור לגנוב דרך שחוק, או לגנוב על מנת להחזיר, או לגנוב על מנת לשלם. הכל אסור, שלא ירגיל עצמו בכך.

מבואר בדבריו שהגוזל פחות משוה פרוטה עובר על איסור מהתורה, אולם לא על איסור גניבה. במגיד-משנה פירש, שעובר על איסור חצי שיעור. ותמה עליו במנחת-חינוך, הרי לא חזי לאיצטרופי, משום שהנגנב מוחל על כל פחות משו"פ שהגנב גנב ממנו? וכן יש להקשות מדברי הרמב"ם עצמו שכתב בהל' א, שרק על יותר משו"פ עובר בלא תגנובו, משמע שפחות משו"פ אינו בכלל איסור גניבה? ותירץ במנ"ח, שאמנם פחות משו"פ אינו ממון, אך התורה לא אסרה זאת מדין ממון בלבד,

אלא בגלל המידה הגרועה שיש במעשה הגניבה[9].

ויש להוסיף טעם לשבח למה שכתבנו, וזאת עפ"י שו"ת חכם-צבי סי' פו שכתב:

> דאף דבכל האסורין פחות מכשיעור נמי אסור מה"ת, היינו דווקא בעושה מעשה שמחשיבו לאותו פחות מחצי שיעור. אבל בחמץ פחות מכזית, שאינו עושה מעשה, אלא מניחו בביתו ואינו מבערו – כיון שאינו עושה דבר שמראה בו שמחשיבו, לא אמרינן ביה חזי לאיצטרופי.

ולדבריו י"ל שהגונב פחות משוה פרוטה מחשיב גניבה זו לבעלת ערך, שהרי הוא גונב אותה. ועל אף שמבחינתו של בעה"ב הנגנב אין ערך לאותה גניבה, וכל הגניבה היא רק מצידו של הגנב, בכל זאת הגניבה אסורה.

6. גניבת שטרות

התורה פטרה גונב שטרות מכפל, כמבואר בבבא קמא סב ע"ב:

> מנה"מ? דת"ר: (שמות כא) על כל דבר פשע – כלל, על שור על חמור על שה ועל שלמה – פרט, על כל אבידה – חזר וכלל; כלל ופרט וכלל, אי אתה דן אלא כעין הפרט – מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון; יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות – שאף על פי שמטלטלין אין גופן ממון.

ובעצם יש להקשות על עצם האפשרות של גניבת שטרות: הרי לא תיתכן כלל גניבה של חוב, כי גם אחרי הגניבה הלווה חייב למלוה ולא לגנב, ומעיקר הדין על הלווה לפרוע את חובו לנגנב. הרי זאת הסיבה שהמוכר שט"ח לחברו וחזר מחלו מחול – בין אם נפרש שהוא מכר רק את שעבוד הגוף, כשיטת ר"ת; ובין אם נאמר משום שמכירת שטרות דרבנן – המכנה המשותף לכל ההסברים הוא, שעצם החוב נשאר אצל המלוה, ולכן הוא יכול למחול עליו. הגונב שט"ח לא גנב אלא נייר בעלמא, ורק אם יזייף שטר מכירה על שטר החוב יוכל לגבות את החוב. אם כן, מדוע צריכים פסוק כדי להוציא שט"ח מכלל דין גניבה, הרי אין כאן גניבה כלל?

אולם לפי המוסבר לעיל י"ל, שאע"פ שמצד החפצא של השטר אין כאן גניבה, בכל זאת מצד הגברא של הגנב יש כאן מעשה גניבה. (ועיין ברכת-שמואל ב"ק שם).

7. גזלת קרקע

קרקע אינה נגזלת, ובכל זאת פסק הרמב"ם (הל' גניבה פ"ז ה"א):

> המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחום שלו אפילו מלוא אצבע – אם בחזקה עשה, הרי זה גזלן; ואם הסיג בסתר, הרי זה גנב. ואם בארץ ישראל הסיג הגבול, הרי זה עובר בשני לאוין – בלאו של גניבה או של גזילה, ובלאו של לא תסיג גבול רעך.

אמנם דעת התוס' היא, שהגוזל קרקע אינו עובר בלא תגזול (ב"מ סא ע"א ד"ה אלא) משום שקרקע אינה נגזלת, אך דעת הרמב"ם היא שעובר בלא תגזול, למרות שקרקע אינה נגזלת. על כרחך כך הוא,

9. ר' חי' בתרא לסנהדרין אות שצד בשם הגרי"ד סולוביצ'יק שיש שני דינים בגניבה יעוי"ש.

משום שאיסור לא תגזול אינו תלוי בחפצא הנגזל, אלא בגברא הגוזל. ואם הגזלן עשה מעשה על מנת לגזול את הקרקע, אע"פ שהקרקע מצד עצמה אינה נגזלת, הוא נחשב לגזלן.

8. איסורי הנאה

איסורי הנאה אינם שייכים לבעליהם, לשיטת רש"י (סוכה לה ע"א) והינם כהפקר[10]. בכל זאת כתב הרש"ז בשו"ע שלו סי' תלה (הע' ב) בקונטרס אחרון:

> אבל חמץ יש לו בו צד ממון, שאם עבר ומכרו מותר ליהנות מדמיו מן התורה. ומה שלא מצינו דמים לחמץ בפסח היינו משום דלכתחלה אסור למוכרו... אבל על כל פנים אינו הפקר גמור עד שכל הרוצה ליטול בעבירה יבא ויטול בעל כרחו של בעלים, דאם לא כן למה ליה לרש"י למימר (בפסחים לא סוף ע"ב) דלאו מידי חסריה תיפוק ליה דהפקרא הוא, וכל תרומה שהפקירה כהן ואכלה זר במזיד פשיטא דפטור מכלום.

כמו"כ יש לענ"ד להוכיח מרש"י (כתובות לג ע"ב ד"ה שור הנסקל; המדובר בגנב שור הנסקל): "לקמן פריך הא לא שוה מידי". וקשה, מה דחק את רש"י לפרש ששור הנסקל לא שווה דבר, תיפוק ליה שאין לו בעלים, וממילא אין כאן גניבה כלל?!

קושייתנו מתחזקת יותר, לשיטתו של רש"י עצמו הסובר שאיסורי הנאה הפקר הם ואין להם בעלים, ובכ"ז הוא מפרש שהגונב איסורי הנאה פטור רק משום שלא חיסר את הבעלים, ולא משום שהם הפקר. על כרחך צ"ל, שאמנם מצד הבעלים אין כאן ממון, ולא גנב מהם דבר, אך מצד הגנב הוא עשה מעשה גניבה. מצד זה היה צריך לשלם, אלא שבגלל שאין לחפץ דמים לכן פטור מלשלם. ומסתבר לפי"ז, שאם החפץ עצמו נמצא בידו חייב להשיבו לבעליו. וצ"ע.

והדברים טעונים הסבר, שהרי לאיסורי הנאה אין בעלים והם הפקר לכל, ואיך יתכן שיחול דין גנב על הזוכה מן ההפקר?

ועיין חידושי הרי"מ בב"ק ריש מרובה, שיש שני חיובים בגניבה:

1. גניבת החפץ עצמו.
2. גניבת שוויו של החפץ.

כשהחפץ קיים בעינו, יש להחזירו מצד עצמו. אך כשהחפץ אינו קיים בעינו, כגון לאחר שינוי מעשה או שינוי השם, או כשהחפץ אבד או נאנס, חל עליו חיוב השבת דמיו. ולפי"ז י"ל שלמאן דאמר שלאיסורי הנאה יש בעלים, הדבר פשוט שאף כי אין חובת השבת דמים, שהרי אין לחפץ דמים, מכל מקום יש חובת השבת החפץ עצמו כשהוא בעינו. ופשוט שהנוטל דבר האסור בהנאה מבעליו ללא רשותו

10. בקובץ שעורים (ב"ב אות שז) כתב שיש גניבה באה"נ, ור' מאירי (ב"ק מד) שהמשתמש באה"נ צריך לשלם לבעלים. ועי' בשו"ת הריב"ש בהוצ' ר' ישראל חיים דייכעש בסופו קונ' על בעלות באיסוה"נ.

נקרא גנב. אך גם למ"ד שאין לאיסורי הנאה בעלים, וגם דמים אין להם, אך סוף סוף הם נמצאים בפועל ברשותו, ומי נתן רשות לאחרים להיכנס לרשותו ולהוציאם ממנו?[11]

גם אם נגדירם כהפקר, עדיין אין הם כהפקר רגיל, שכל אחד יכול ליטלם, שהרי הם אסורים בהנאה **לכולם** ואין לאף אחד רשות לנוטלם. לכן נראה, שהנוטלם מרשות בעליהם נחשב לגנב. הוא אשר אמרנו, שגם אם מצד החפץ עצמו אין בו גניבה, משום שאין לו דמים ואין לו בעלים, בכל זאת אין לגנב רשות ליטלם, ומצד זה הוא עשה מעשה גניבה ונחשב לגנב.

9. ערלה

במס' ב"ק סט ע"א מובאת המשנה במעשר שני (פ"ה מ"א):

> כרם רבעי היו מציינין אותו בקוזוזות אדמה... ושל ערלה בחרסית... אמר רשב"ג: במה דברים אמורים, בשביעית דהפקר נינהו, אבל בשאר שני שבוע הלעיטהו לרשע וימות. והצנועין מניחין את המעות ואומרים: כל הנקטף מזה מחולל על המעות הללו.

ולכאורה קשה על דברי רשב"ג, מהי רשעותו של אותו רשע? גניבה אין כאן, שהרי מדובר בפירות ערלה שהם אסורים בהנאה ואין להם בעלים. וא"כ תמוה שאנו מתייחסים אליו כאל רשע גמור, עד כדי כך שנותנים לו לאכול ערלה ורבעי, מבלי להפרישו מאיסור?[12]

על כרחך צריך לומר, שהגוזל פירות ערלה עובר באיסור גזל. גם אם נאמר שהגנב אינו יודע שהם פירות ערלה ורבעי, והוא סבור שהוא גונב ממון שיש לו בעלים, הרי אין כאן לכל היותר אלא כוונה אסורה בלבד ולא עבירת גזל. הדבר דומה לנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה טלה בידו. ועיין כלי-חמדה סוף פרשת ויחי, שבעבירות שבין אדם לחבירו בכוונה בלבד אינו נחשב לעובר עבירה כלל. אלא ע"כ י"ל שהגונב פירות ערלה נחשב לגנב, ועבר על איסור גניבה החמור.

10. מעשר שני

כתב הרמב"ם בהל' מעשר שני ונטע רבעי (פ"ג הכ"ד):

> כבר ביארנו שהמעשר ממון גבוה הוא, לפיכך אנו אומרים שהגונב מעשר שני אינו משלם תשלומי כפל, והגוזלו אינו משלם חומש.

משמע שרק מכפל הוא פטור, אך יש לו דין גנב. וקשה, אם אכן מע"ש ממון גבוה הוא, הרי לא גנב כלל מהבעלים, אלא רק מגבוה ואין לו דין גנב כלל? אלא על כרחך, מכיון שיש לבעלים זכות במעשר לאוכלו בירושלים, ממילא מי שנטל ממנו זכות זו נקרא גנב. ואף כאן מוכח אותו רעיון: אע"פ שאין המעשר ממונם של בעליו, ומצידם אין

11. ובזה יובן מדוע יכול הגנב להחזיר אסורי הנאה ולומר הרי שלך לפניך. אמנם אין בעלות על השווי הממוני של אה"נ אך על החפץ עצמו יש בעלות.
12. עי' גליון מהרש"א יו"ד סי' קנא על הש"ך ס"ק ו, המפרש את דברי רשב"ג, שאין צורך להפרישו מאיסור ערלה בגלל איסור גזל שעובר, שהוא איסור חמור יותר.

כאן גניבה אלא רק ביטול זכויות מצד הגנב, בכל זאת יש כאן מעשה גניבה[13].

ניתן להביא דוגמאות נוספות, מפטר חמור, טובת הנאה ועוד. אך די באלו כדי להגיע למסקנה שיש גניבה גם בדבר שאין לו בעלות מוגדרת.

אך גם אם נניח שאין לו דין גנב לכל דבר, אין ספק שהוא חמסן. כמבואר ביומא (לט ע"א): "מעשה באחד שנטל חלקו וחלק חבירו, והיו קורין אותו בן חמצן עד יום מותו". ופירש"י: "חמצן – גזלן". ר"ל חמצן כמו חמסן.

שם מדובר בגוזל לחם הפנים מכהן. מנחות הם קדשי קדשים ואינם ממון כהן כמבואר בקדושין (נג ע"ב) שהמקדש בחלקו בקדשי קדשים אינה מקודשת, משום שכהנים משולחן גבוה קזכו. ובכל זאת קראוהו חמצן. אמנם בגדר חמסן כתבו התוס' בב"מ (ה ע"ב) ובב"ק (סב ע"א) זהו מי שגונב ומשלם דמים, שאינו גנב מהתורה. אלא מדרבנן. ואולי גם גונב קודשי קודשים נקרא חמסן רק מדרבנן. ואינו מוכרח יתכן שגונב קודשי קודשים חמור יותר, כמו שהוכחנו שהא בעצם גנב. אך הרמב"ם סובר שגם מי שמשלם עובר מהתורה ונקרא חמסן כי עובר בלא תחמוד. גונב ביציות גם אם אין להם בעלים דינו כגונב קודשי קודשים שנקרא חמסן, ויש להענישו בעונש חמור.

ד. סיכום

לענ"ד, אבריו של אדם דומים במידה מסוימת למעשר שני. הם אמנם אינם שלו, אלא שייכים לגבוה, אך בכל זאת יש לו זכות שימוש בהם. זכות זו מקנה לו מעמד של בעלות, לפחות לעניין איסור גניבה. ואע"פ שאין לאדם עליהם בעלות ממונית, בכל זאת כל הנוטל אותם מאדם ללא רשותו נחשב לגנב. כפל אמנם לא יתחייב, אך יש להענישו בעונש חמור על עצם מעשה הגניבה.

13. ר' חי' הגרי"ז זבחים י' שיש בעלות מסוימת על מע"ש.

סימן נה

עסקת קרקעות*

תיאור המקרה

הנתבע הוא עו"ד שקנה נדל"ן בסך 52,000$ (להלן "העיסקה הכשרה"). המוכר שהוא התובע טוען שכדי להתחמק מתשלום מס נרשם רק הסכום הנ"ל, אך בע"פ סוכם על סכום נוסף (המעיד על עיסקה נוספת לא רשמית שנודף ממנה ריח לא כשר היא תכונה על ידינו להלן "העיסקה השחורה") של 80,000$. הנתבע הקונה מכחיש שהיתה התחייבות נוספת. ביה"ד התרשם מצדקת דברי התובע. הדבר הוכח מיתרת התשלומים ששולמו מעבר למחיר המוסכם. אין לכך שום הסבר הגיוני אחר מאשר הסכמה להוסיף על המחיר הרשמי. סייע לכך גם עד, אע"פ שאינו שומר מצוות, והוא גם נוגע בדבר בהיותו המתווך בעיסקה, אולם גם אם עדותו אינה עדות קבילה, לפחות יש בה סיוע להנחה שהיה כאן חיוב נוסף.

א. האם שתי תביעות הן או תביעה אחת?

השאלה המרכזית היא, האם להטיל את חובת התשלום הנוסף על הנתבע. לטענתו, אין לו כל קשר עם תשלום נוסף כל שהוא. ואכן סביר להניח שכעו"ד לא רצה להסתבך בעיסקה לא כשרה כל כך ולכן ניתק את עצמו באופן רשמי מכל חיוב אחר.

אולם את המוחש אין להכחיש, שהוא הקונה היחיד הידוע לנו. אמנם תוך כדי דיון נודע לביה"ד שיש שותפים אחרים לעיסקה, אולם הם סירבו להופיע בפני ביה"ד, מטעמים הכמוסים עמהם. אי לכך אין לפנינו קונה אחר שניתן להטיל עליו את החיוב הנוסף, שאף אותו אין להכחיש. השאלה היא האם לראות בעיסקה על כל חלקיה עיסקה **אחת** ולהטיל את כל האחריות על הנתבע, או לראות את העיסקה כמחולקת לשנים ואין לפני ביה"ד אלא נתבע אחד לעיסקה הכשרה בלבד. ובאשר לעסקה השחורה, שאין ספק שהיתה, יש כנראה שותפים אחרים. ועל התובע למצוא דרך לתבוע אותם ואין לביה"ד סמכות לדון בה. אלא שהתובע לא תבע בפני ביה"ד אלא את הנתבע בלבד ולא את שותפיו, והוא דורש מהנתבע לשלם את כל היתרה, למרות שבעל כורחו גם הוא מודע לכך שרשמית הנתבע אינו אחראי אלא לנקוב בחוזה המכירה. התובע עצמו הודה בפני ביהמ"ש בהרצליה שהיתה רק עיסקה אחת, הכשרה בלבד, כלומר, לא היתה עיסקה נוספת. הוא תופס בעצם את החבל משני קצותיו, מצד אחד הוא הודה שהיתה עיסקה כשרה בלבד, מאידך הוא תובע מהנתבע לשלם גם עבור העיסקה השחורה, שהוא רואה בה חלק בלתי נפרד של העיסקה הכשרה.

* נידון בביה"ד גזית ברמת-גן.

כב' הדיין הרב שלמה אישון טוען שמכיון שהודה ששיקר בביהמ"ש בהרצליה איבד את אמונו.

לענ"ד אין לראות בכך ערעור אמון. אמנם אין ספק שהוא שיקר בביהמ"ש, אולם לדבריו עשה זאת בגלל אילוץ שלא רצה לפרט בפני ביה"ד (יש לשער שהוא חשש שהדבר יסגיר אותו לשלטונות המס). אמנם גם לדעת ביה"ד שלנו העיסקה הנראית שחורה פסולה (כשמה כן היא!) ויש בה משום חשש גזל (אם באמת הסיבה היא משום הערמה על המס). אולם ביה"ד התבקש לדון רק בעסקה הרשמית שבין הצדדים ולא בנושא אחר הנודף ממנו ריח לא נעים. אמנם ביה"ד יכול היה להסתלק מלדון בנושא זה שיש בו בעיה חוקית. אלא שאז היתה מידת הדין לוקה, שהצד שקנה קרקע יקרה לא ישלם את מחירה הריאלי וינצל את העובדה שהמוכר החושש מפני הבעיה החוקית יתחמק מלשלם מה שהבטיח. אך מכיון שהנושא שהובא לדיון בביה"ד הוא הסכסוך שבין שניהם ולביה"ד לא ידוע בדיוק מה היתה סיבת הפיצול, אין לדיין אלא מה שעיניו רואות ושעליו התבקש לדון. עליו להתמקד בטענות שבין שני הצדדים ותו לא.

[דוגמא רחוקה לכך דיונים בפוסקים באשר לעיסקה שנעשתה בשבת. ר' ירושלמי פרק בתרא דשבת כולן שעשו כו' בין שוגגין בין מזידין מה שעשו עשוי. הרמב"ם הביאו בסוף הל' מכירה וכן השו"ע בס"ס קצה וראה ש"ך סי' רח, ולכאורה מה לביה"ד ולעבריינים העוסקים בסחר מכר בשבת? אלא ע"כ יש להפריד בין הדיון הממוני לבין העבירה האיסורית. וכעי"ז 'אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו' ר' ב"מ צא ע"ב ורש"י שם. וכן בב"ק יט ע"ב חזיר שאכל בשר, הרי אסור לגדל חזירים בא"י. ואין לומר שרק כאשר הצדדים עברו עברה כלפי שמים והתביעה היא ממונית אנו דנים בה, כי השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם, דיני השמים יידונו בשמים ואנו נדון רק בדינים שבין בני אדם. אלא גם כאשר התובע עבר על עבירה בין אדם לחבירו והתביעה היא בנושא אחר ביה"ד לא מתחמק מלדון בתביעה הנקודתית. כי אין סברה לחלק בנושא זה בין דיני שמים לדיני אדם. אין לבי"ד אלא מה שהתובע תבע. וכדמות ראיה לדבר כל דיוני שן ורגל של בהמה דקה שכל מס' ב"ק מלאה מהם ודיני שומרים בב"מ למרות שאסור לגדל בהמה דקה בא"י וגם איסור זה הוא משום גזל... לא מצינו שביה"ד נמנע מלדון בתביעתו של מגדל בהמה דקה רק משום שעבר עבירה.]

אולם ברור שהיה לתובע עניין אמיתי להפריד בין העיסקאות. ולפחות יש כאן הודאה מצדו שהיו שתי עיסקאות נפרדות. אילו היתה זו עיסקה אחת ותביעה אחת היה על הנתבע חיוב שבועה מן התורה מדין מודה במקצת. (ואם נחשיב את העד כע"א יש עוד סיבה לחייב את הנתבע בשבועה מה"ת), אולם מכיון שהתובע עצמו מודה שהיו שתי עסקאות נפרדות, ובאחת הנתבע מודה בכל ובשניה כופר בכל, אין כאן מודה במקצת והנתבע פטור משבועת התורה. אם כי שבועת היסת יש כאן, ומכיון שאיננו משביעים יש מקום להטיל על הנתבע חיוב מסוים מדין פשרה.

אמנם הודאה זו כפויה היתה עליו בתוקף הנסיבות, אולם היא הנותנת, כדי שלא ייוודע שהיתה עיסקה נוספת הוא הודה שהיתה כאן רק עיסקה כשרה. ואע"פ

שהודאה זו נעשתה בביהמ"ש, כלומר מחוץ לכותלי ביה"ד שלנו והודאה כזו לכאורה אינה הודאה עד שלא יודה בבית דין של תורה, או יאמר אתם עדי, אולם כל הצורך בהודאה בפני בי"ד או עדים הוא כדי שלא יטען משטה אני בך (ר' סנהדרין כט ע"ב) בנ"ד הוא היה מעונין ועדיין מעונין גם עתה שהודאתו זו, שהיתה כאן רק עיסקה כשרה, תתקבל כלפי המדינה ולא יוכל לטעון טענת השטאה כלפיה. ורק כלפי ביה"ד שלנו, שבו הוא אינו מתוודע לרשות, הוא מוכן לטעון שהיתה עיסקה נוספת. אולם דוק בטענתו שהיתה כאן עסקה **נוספת**, כלומר, עיסקה כשרה ועוד עיסקה **אחרת**. אע"פ שמצד המציאות העובדתית היתה כאן לטענתו רק עיסקה אחת בעלת שני חלקי תשלומים, אך הוא עצמו מעוניין היה לראות בה, לפחות כלפי השלטונות, כשתי עסקאות. יש לראות בכך מעין הודאה. ואע"פ שלא התכוון לחייב את עצמו בהודאתו זו, אלא רק להיפטר מחיוב מס, בכ"ז יש כאן דין הודאה, למרות שאין בכוונתו להודות. והדבר דומה קצת לאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי (ב"ב ו ע"א) הוא לא התכוון כלל להודות בכך שלא פרע אלא רק להכחיש שלוה אולם התוצאה של טענתו שלא לוה היא הודאה שלא פרע. כלומר, יש מציאות של הודאה גם ללא כונה להודות במפורש. אף בנ"ד כולם התכוונו להסתיר את התשלום השחור והתוצאה של הנסיבות היא שיש כאן שני תשלומים נפרדים.

הדבר יוסבר לכאורה יותר לשיטת הקצות (סי' לד ס"ק ד) שהודאת בע"ד היא מגזה"כ 'אשר יאמר כי הוא זה' ולא התחייבות ולא נאמנות עצמית. והוכחתו היא מדין זה של כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, אע"פ שהוא לא התכוון להתחייב בכך שלא פרע, וגם לא האמנו לדבריו שלא לוה, בכ"ז אנו מקבלים את התוצאה שהיתה כאן הודאה שלא פרע, מכוח גזה"כ. מיהו גם לד' המהרי"ן לב שהודאה היא בגדר התחייבות, מצינו הודאה שבה הוא אינו נאמן על עצם ההודאה ובכ"ז אנו מקבלים את דבריו על התוצאה. האומר גנבתי אמנם אינו נאמן שגנב כי אין אדם משים עצמו רשע (וי"א שלא רק שאנו איננו מקבלים את הרשעתו, אלא הוא עצמו לא נאמן כלל להרשיע את עצמו) ופטור מכפל ולא נפסל לעדות, ובכ"ז חייב לשלם את הקרן. כלומר התחייבות אינה כוללת בהכרח הודאה בסיבת החיוב, אלא רק בתוצאה. אף כאן לדעתנו היה כאן מעשה קניין אחד שהתשלום עבורו הוא גדול, מעבר למה שנכתב בחוזה המכירה, ובכ"ז אנו מקבלים, על סמך הודאתו, את התוצאה שיש כאן שני תשלומים נפרדים, למרות שלדבריו יש כאן רק נתבע אחד.

ב. שליח ומשלח אחראים זל"ז

למרות הנחתנו שיש כאן נתבע לעיסקה הכשרה בלבד, בכל זאת נלענ"ד שמכיון שמסתבר מעל לכל ספק שהנתבע היה שלוחם של שותפים אחרים לעיסקא חלה גם עליו אחריות מסוימת. ודמיון לדבר סברת ר"נ בב"ק נג כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי. ומצאתי שגם בשליחות אומרים סברה זו בתוס' רי"ד (קידושין מב ע"ב ד"ה שילח) "שילח ביד פיקח הפיקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו וניחייב המשלח". ופי' הרי"ד:

> פי' ואע"ג דשליח לא מצי לאיפטורי כיון דהוא פיקח נפק"מ דאי ליכא לאשתלומי מיניה מפרע מן המשלח.

ומכאן ניתן להסיק ששליח ומשלח הם כמו שותפים לעניין זה של אחריות התשלומין. ואכן באג"מ (חו"מ ח"א סי' פג) **רצה השואל להסיק מהתוס' רי"ד הנ"ל ששליח ומשלח הם שותפים. אמנם הגר"מ פינשטיין דוחה את ראייתו, אולם הוא לא דוחה את סברת התוס' רי"ד שבין השליח למשלח נוצרת זיקה המחייבת את האחד לשאת באחריות לחיובי חבירו. וז"ל:**

ומה שהביא כתר"ה ראיה מתוס' רי"ד דס"ל דגם מעשה השליח נחשב, אינו כלום דהא ודאי אף אם נחשב המעשה למשלח, לא היה ניזוק עכ"פ בלא מעשה השליח, וא"כ לא גרע מגרמי שחייב. ועוד עדיף דהא עשה בגופו. וא"כ יש לחייבו על מה שנעשה שליח להזיק לחברו שע"י זה ניזוק חברו. וזה פשוט וברור בעיני עד שקשה לי טובא על רש"י שפי' שם (קידושין דף מב) בד"ה נימא שיתחייב שולחו ולא השליח דהא את השליח ודאי יש לחייב. (עיי"ש שיישב את קושייתו על רש"י).

ור' בשו"ת צמח צדק (ליובאוויטש, חו"מ סי' מו) **שדן בשאלה של שליח לגניבה האם המשלח חייב מדינא דר"נ, וז"ל:**

איש א' שהכירו בידו גניבה. והשיב שלא גנבה הוא, רק שהוא לקח אצל גנב והגנב הוא מפורסם, ומה גם כי הוא עושה עמו מסחור ושלח אותו לגנוב. רק כי שתים רעות הנה. אחת – כי לא נמצא תח"י כל הגניבה, והשנית – כי לא איש אמיד הוא לשלם ע"כ אנו מסופקים אם יכולים לכוף אותו להגיד מי הוא הגנב. כי אינו רוצה להגיד באמרו שיש סכנה בזה ששורפים כולם שם.

בתחלה דן איך ומה הי' הדין באם שהיו שניהם גונבין בשותפות והכירו לא' אם מחוייב לשלם בעד חבירו. ודימה זה לשנים שלוו מא' שהן ערבאין זה לזה כדאי' בח"מ סי' ע"ז... וכיון ששלחו לגנוב ואע"ג דאין שליח לד"ע מ"מ כיון שהגנב נכרי דמי למ"ש בסי' שמ"ח שאם השליח אינו בר חיובא י"א דמחוייב המשלח ודמי נמי למ"ש סס"י שפ"ח גבי מי ששלח למסור והשליח הוחזק לכך דחייב המשלח. אך כ"ז באיש אמיד אבל באיש שאינו אמיד מסופק אם מחוייב להראות הגנב כיון דאיכא חשש סכנה.

- – -

הנה אפי' שלח ישראל חבירו שיגנוב אדעתא דשותפות הביא הקצה"ח סי' שמ"ח שנחלקו בזה רש"י ותוס' בפ"ק דב"מ ד"ח והנה בשט"מ שם ובב"ק דע"ח כ' בשם הראשוני' כפי' התוס' [ומשמע דוקא הגביהו שניהם אבל הגביה אחד אדעתיה ואדעת שותף חבירו לא] וזה דעת הריב"ש רס"ו ד"ה וכן אין לבטל שכ':

אפי' האומר לחבירו צא וגנוב לי והלך וגנב ונתן לו אין המשלח מתחייב כו'.

ובתשו' מהרמ"ל סי' פ"א ד"ה אבל גם השיג עליו ונ' דהפוסקי' לא קאמרי רק שאינו מתחייב בכפל אבל בהקרן יוכל הנגנב לגבות ממנו אם נתנו לו לפני יאוש כמ"ש בגמ' רפ"י דב"ק. אבל פשיטא דאין שייך לומר שיתחייב עבור חבירו.

הצ"צ סובר כשיטת התוס' שלא אמרינן מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה בשליחות לדבר עבירה אך לא מצינו שהמשלח לדבר עבירה יתחייב מדינא דר' נתן דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלומי מהאי. כי הוא

לא עשה דבר, אלא רק אמר (ואפילו אם שכר את השליח יש לחייבו רק מדיני שמים כמש"כ התוס' ב"ק נו ע"א ד"ה אלא, אך לא מדינא דר' נתן, כי גם שוכר לא עשה מעשה בעצמו בגוף הנזק או הגניבה).

אלא שכל זה באשר לחיוב **המשלח**. אך בנ"ד אנו דנים לחייב את **השליח** שעשה את עיקר המעשה. אלא שלדבריו אינו שליח אלא לנושא אחד ותו לא. נראה לענ"ד שמכיון שהוא היה שותף פעיל לעיסקה שכללה נושא נוסף השליח חייב מדינא דר"נ.

ג. שותף שאין אפשרות לתובעו

אלא שצ"ע בנ"ד שהנתבע טוען שאינו שליח אלא לעיסקה הכשרה ולא לעיסקה השחורה וא"כ רק פלגא דהזיקא עביד ובכגון דא לא אמר ר' נתן כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלומי מהאי, ראה בבא קמא דף נג ע"ב:

שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו (מאי ניהו שור בכור דלא פריק ליה), אביי אמר: משלם חצי נזק, רבינא אמר: משלם רביע נזק. הא והא בתם, הא כרבנן, והא כרבי נתן. איבעית אימא: הא והא כרבנן, הא בתם, הא במועד. איכא דאמרי, אביי אמר: ח"נ, רבינא אמר: כוליה נזק. הא והא במועד, הא כרבנן, והא כר' נתן. איבעית אימא: הא והא כרבי נתן, הא במועד, והא בתם.

ובתוספות (שם ע"ב ד"ה הא כרבנן) **כתבו:**

נראה לר"י דאביי ורבינא ס"ל האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד דאי ס"ל פלגא נזקא עבד למה יאמר רבי נתן דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי הא לא שייך הכא טעמא דאנא תוראי ולא קאמר הא והא כרבי נתן הא כמ"ד פלגא נזקא עבד והא כמאן דאמר כולה נזקא עבד משום דנראה לו לגמרא טעם ראשון שאמר רבא עיקר דהא כולה נזקא עבד ולהכי מוקי כולהו כוותיה.

מיהו, ראה שם בבעהמ"א והרמב"ן שלמרות שעשה רק פלגא נזקא כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, כי הוא נחשב כשותף למעשה.

ובנ"ד גם אם נקבל את ההנחה ששתי מכירות הן, והנתבע לא עשה אלא מכירה אחת ופלגא נזקא עבד ולא כוליה נזקא, בכ"ז נראה לאחר העיון שממנ"פ יש לחייבו. כי י"ל בשני אופנים:

א. או שהנתבע כוליה היזקא עבד כי הוא זה שביצע את המכירה והוא נחשב הקונה, וגם אם נקבל את טענתו שהוא אחראי רק למכירה הכשרה, הרי לא מדובר באמת בשתי מכירות אלא במכירה אחת, ורק התשלומים נחלקו לשנים וא"כ יש לראותו ככוליה היזקא עבד. אמנם לעיל באות א' קבלנו את הודאת התובע שהן שתי תביעות נפרדות, אך אין ספק שהיה כאן מעשה אחד, ורק מבחינה פורמאלית קבלנו את הודאת התובע שכאילו שתי תביעות הן. אך לעניין אחריותו של הנתבע לעניין דינא דר"נ דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלומי מהאי מסתבר שכולי היזקא עבד.

ב. גם אם נניח שפלגא היזקא עבד, כפי שהוא טוען, לא מיבעיא לשיטת בעהמ"א והרמב"ן שגם אם פלגא היזקא עבד חייב לשלם, אלא אפילו לשיטת התוס' שאם פלגא היזקא עבד לא חייב לשלם, נ"ד דומה לשור ובור שהניזק תובע את בעל הבור למרות שעשה רק פלגא היזקא משום 'אנא תוראי בבירך אשכחיתיה'. ור' שם בע"א תוס' ד"ה לעולם קסבר האי פלגא נזקא כו'.

וא"ת כיון דפלגא נזקא עבד מה סברא

היא זו דמשום דאשכחיה בבור משלם יותר ממה שהזיק?... ע"כ נראה דבור נמי פלגא נזקא עבד, ומשום שגמר ההיזק ודומה כמי שעשאו כולו אמרינן כי ליכא לאשתלומי מבעל השור משתלם מבעל הבור.

אף כאן גמר ההיזק נעשה ע"י הנתבע כי הוא היה הקונה הבלעדי ויכול התובע לומר אנא תורא בבירך אשכחתיה. אין לי מישהו אחר לתובעו אלא אותך וכאילו אתה עשית את כל הנזק. מכיון שמידת הצדק מחייבת להטיל אחריות גם על הנתבע ולא לאפשר לו להתחמק לגמרי מאחריותו בטענות פורמאליות.

ד. שותף לנזק שאינו לפנינו

אלא שבנ"ד השותפים לעיסקה לא הוזמנו לדין כלל. וא"כ יש לדמותם לבעל דין שברח. ונחלקו הראשונים אם גם במקרה כזה חל דינא דר' נתן, ראה חושן משפט (סי' תי סל"ז):

יש מי שאומר הוא הדין לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם, משתלם מהאחר עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אילו עשאו לבדו, ויש חולקין דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם, למה יפרע זה בשבילו.

בנ"ד אמנם הנתבע יכול לטעון שאינו חייב באחריות לתשלומי שותפיו לעיסקה והאחריות נופלת רק על השותפים האחרים והם החייבים, ועל התובע לתבוע אותם, ולא להטיל את חיובם על הנתבע. אלא שגם אם מבחינה משפטית יוכל אולי הנתבע להתחמק מאחריות, לדעה זו, הרי נוצרה כאן בעיה של אי צדק. ברור לביה"ד שהיה סיכום על תשלום נוסף. הנתבע מסתתר מאחרי הטענה הפורמאלית שהוא חתום רק על עיסקא אחת. בני המשפחה האחרים מתעלמים מהעיסקה השניה. ולמרות שביה"ד הזמין את הגב' ד' להעיד בפניו היא סירבה להופיע. נמצא שמידת הצדק לוקה. לכן נראה שיש לביה"ד סמכות מכוח התמנותו לדון בין לדין בין לפשרה להטיל על הנתבע אחריות מסוימת גם באשר לתשלום הנוסף, מתוך הנחה שבני המשפחה השותפים לעיסקה יחושו מחויבות כלפיו לשאת אף הם בהוצאות. ומכיון שבכ"ז אין לנו ראיות ברורות בדבר הקף העיסקה השניה המוציא מחבירו עליו הראיה לכן נראה שכפשרה יש לחייב את הנתבע בשליש מהתביעה.

אמנם היה מקום לחייב את הנתבע יותר, שהרי ברור לנו שהיתה עיסקא נוספת ובמקום עושק אין לפשר פשרה כה רחוקה מהדין, אך איננו יודעים עד כמה באמת הנתבע אחראי לכך, מאידך, גם התובע רחוק מלהיות צודק. הניסיון להתחמק מתשלום מס באמצעות פיקציה פורמליסטית צריכה לעלות לו במחיר יקר. "בור כרה ויחפרהו ויפול בשחת יפעל".

סימן נו

שאל כדור משואל

(מתלמידי ביה"ס בעצמונה גוש קטיף)

שאלה

תלמיד שאל כדור מחברו, שאף הוא היה שואל ששאל את אותו כדור מבעליו. הבעלים עצמם לא השתתף במשחק. תוך כדי משחק בעט השואל השני בכדור והוא התפוצץ.

טענותיו של בעלי הכדור הן:

א. לבועט בכדור יש דין שואל שחייב באונסין.

ב. הבועט בכדור בעט בעוצמה חזקה ביותר ולכן הכדור התפוצץ ואין לו דין מתה מחמת מלאכה

ג. לחילופין הוא תובע את השואל הראשון שהשאיל את הכדור לשואל השני ללא ידיעתו.

טענות הנתבעים:

א. לא שאלתי את הכדור מבעליו אלא ממי ששאל אותו ממנו. והוא לא תובע אותי. איני חייב דבר לבעלים.

ב. שיחקתי כרגיל. יש בעיטות חזקות יותר ויש פחות אך לא היתה זו בעיטה חריגה במיוחד. ניתן להתיחס לכך כאל מתה מחמת מלאכה

ג. השואל הראשון טוען, שומר שמסר לשומר נאמן – פטור.

האם יש לחייב מישהו בתשלומי הכדור?

(בהנחה שכל השואלים מעל גיל מצוות).

תשובה

הנחתכם היא שאם השואל השני לא ידע שהכדור שאול ממשאיל אחר לא התחייב. כלומר שואל מתחייב רק למשאיל ממנו שאל ולא לבעל הכדור.

הנחה זו אינה מוסכמת. יש לברר, מה מחייב את השואל באונסין, התחייבותו למשאיל בשעת השאלה (גם אם לא ידע את ההלכה, בעצם שאלתו הסכים לתנאי ההתחייבות שקבעה התורה) או מכיון שכל ההנאה שלו, הנאה זו עצמה היא המחייבת? הנפ"מ לגבי יורש או לגבי אחר ששאל מהשואל ולא ידע שהחפץ שאול. אם נאמר שחיוב אונסין הוא בגלל התחייבותו, יורש, או משתמש ללא ידיעה שהחפץ שאול, פטורים. אולם אם עצם השימוש מחייב אף הם חייבים.

למדנו בבבא מציעא (לה ע"ב) במשנה:

> השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה – ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר. אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים.

הלכה כר' יוסי. לר' יוסי השואל **משלם לבעלים** ולא לשוכר, למרות ששאל מהשוכר ולא מהבעלים כי הפרה שייכת לבעלים, ומי ששאל אותה חייב באחריותה גם אם לא התחייב ישירות לבעלים.

אך יש לדחות, אולי שם מדובר שהשואל מהשוכר ידע שהפרה מושכרת ובעצם הוא שואל מהבעלים הראשונים.

המחנה אפרים (הל' שאלה ופקדון סי' א) הביא ראיה דומה אך חותכת יותר מבבא מציעא (צו ע"ב):

> כי קא מיבעיא לרמי בר חמא כגון

דאגרא איהי פרה מעלמא, והדר נסבה. ואליבא דרבנן דאמרי שואל משלם לשוכר – לא תיבעי לך, דודאי שאילה בבעלים היא. כי תיבעי לך – אליבא דרבי יוסי, דאמר: תחזיר פרה לבעלים הראשונים – מאי, שואל הוי או שוכר הוי? אמר רבא: בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי, אלא לוקח הוי,

המחנ"א מוכיח שהבעל לא ידע שהפרה שכורה מאחרים, כי אם היה יודע היה נכנס כשוכר ישיר במקום אשתו, אלא ע"כ הוא לא ידע והשתמש בפרה כשואל שסבור שהיא של אשתו, ודינו כשואל בבעלים שפטור באונסין. הגמ' מסופקת אם דינו כשואל מהבעלים הראשונים, שלא היה לו כל קשר עמהם, וחייב באונסין, מבואר אפוא ששואל חייב בגלל עצם ההשתמשות ולא בגלל התחייבותו למשאיל.

הרשב"א בכתובות (לד ע"ב) **מביא את הראיות הנ"ל:**

אמר רבא: הניח להן אביהן פרה שאולה – משתמשין בה כל ימי שאלתה, מתה – **אין חייבין באונסה**.

וכתב בחידושי הרשב"א (כתובות שם):

משתמשין בה כל ימי שאלתה. דכל זכות האב נתרוקן אצל הבנים. מתה אין חייבין באונסיה. פי' הראב"ד ז"ל אע"פ שמשתמשים בה שלא קבלו עליהם חוב אביהם.

ונסתפקתי בדינו דבשלמא קודם שנשתמשו בה א"א לחייבם כשואל שהרי הם לא שאלוה... אבל בנשתמשו בה מיהא הרי נכנסו תחת האב ומה הוריש להם אביהם זכות שיש לו בה שישתמשו בה בקבלת האונסין כשואל דבן כרעא דאבוה הוא ולהוו אינהו כשואלים דבעלים.

ועוד דהא קיי"ל כר' יוסי דאמר בפרק המפקיד (**ל"ה ב'**) השוכר את הפרה והשאילה לאחר ומתה כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כלומר ושואל זה בעל דברים דמשכיר הוי, והלכך הכא נמי אף על פי שירשו זכות אביהם בעלי דברים של משאיל הן, וכאותה נמי שאמרו בריש פרק השואל (צ"ו ב') בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי ואוקימנא כגון דאגרה איהי פרה מעלמא ואינסבא ונשתמש בה בעלה ומתה, דאילו בעל בנכסי אשתו שואל הוי משלם לבעלים ולא מצי אמר להו אנא בשל אשתי אשתמשית ואיהי תשתעי דינא בהדייכו.

ושמא נאמר דיורש לאו כשואל הוי אלא כשוכר, וכן מצאתי להראב"ד ז"ל עצמו שכתב בב"ק בהגוזל בתרא... י"ל דשואל לא הוי דהא לא שאל ולא מידי דזכות אבוהון הוא דקא ירית.

והר"א אב ב"ד ז"ל פי' מתה אין חייבין באונסיה דוקא בעומדת באגם ולא נשתמשו בה ולכך אין חייבין באונסיה, אבל היכא דרצו להשתמש בה כל ימי שאלתה ואחזיקו בה בתורת שאלה ומתה חייבין באונסיה.

מצינו אפוא מחלוקת בין הראב"ד לבין הר"א אב"ד. לדעת הראב"ד היורש יורש רק את הזכויות, ולא את החובות של אביו, ולכן דינו כשוכר ולא כשואל. לדעתו, התחייבותו של השואל היא המחייבת אותו ומכיון שהיתומים לא שאלו מהמשאיל הם אינם חייבים באונסין.

אך הר"א אב"ד סובר שהשימוש הוא המחייב את השואל ולכן אם השתמשו בפרה חייבים באונסין.

המחנ"א שם לא הביא את הרשב"א ואת מחלוקתם של הראב"ד והר"א אב"ד והסיק מסוגיה זו שחיובו של השואל תלוי בהתחייבותו:

אלמא דאף על גב דכל הנאתם שלהם, שהרי משתמשים בה, אפילו הכי פטורים דכיון דאינהו לא שאלו לא קבילו עלייהו נטירותא כפרש"י שם, משמע משום דחיובא דשואל משום דגמר וקביל עליה נטירותא.

[וז"ל רש"י בב"ק קיב א ד"ה אין חייבין באונסיה – דלא קבילו עלייהו נטירותא. כלומר, הכל תלוי בקבלת ההתחייבות ולא בשימוש.]

וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל ולפי זה כתב דיכול המשאיל לומר או קבילו עלייכו אונסין או החזירוה לי יע"ש. הא כל היכא דלא קביל עליה נטירותא לא מתחייב ואף על גב דכל הנאתו שלו.

וההיא דבעל דמתחייב בפרה דעלמא ואף על פי שהיה סבור שהיא של אשתו שהיא עמו במלאכתו אי הוה סבירא לן דבעל שואל הוי איכא למימר דהתם כיון דרבנן הוא דעשאוהו שואל בכל נכסיה איהו נמי אדעתא דרבנן קא נחית כמו שיחייבו אותו.

מחלוקת ראשונים אחרת בנושא זה רמוזה בסנהדרין עב ע"א לעניין גנב:

כי אוקמינא רחמנא ברשותיה – לענין אונסין, אבל לענין מקנא – ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל.

ופירש"י:

אבל לענין מקנא לא קני – אם קיימין הן אצלו והוא היה בא לעכבו ולומר דמים אני מחזיר לך – לא קני ומהדר להו בעינייהו, דכתיב (ויקרא ה) והשיב את הגזילה, והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי אמר ליה נאנסו ומיפטר – משום דלא גרע גזלן משואל, **דמשום דכל הנאה שלו** אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס, דכל כמה דקיימא הדרא בעינא, הא נמי כל הנאה שלו ומיחייב לשלומי.

כלומר גנב חייב באונסין למרות שלא התחייב דבר לבעלים, אלא משום שהוא משתמש בגנבה וכל ההנאה שלו ממילא הוא חייב באונסין. וא"כ ה"ה השואל השני, שלא ידע שהחפץ שאול חייב באונסין.

אך הר"ן והיד רמ"ה כתבו שגנב חייב באונסין למרות שלא קונה את הגנבה, מידי דהוה אשואל שלא קונה את השאלה ובכ"ז חייב באונסין, ולא נימקו זאת בכך שכל ההנאה שלו כרש"י. גם המחנ"א דייק מל' רש"י כמש"כ אלא שהוא דייק מלשון רש"י בב"ק קיב שהבאנו לעיל, שסובר שהכל תלוי בהתחייבות. כנראה שלדעת רש"י זו מחלוקת בין הסוגיה בסנהדרין לר"פ בב"ק.

מסקנתו של המחנה אפרים היא:

לדעתי במחלוקת שנויה, והגם שהבאתי ראיות לומר דכיון דשואל כל הנאתו שלו מתחייב אפילו שלא מדעתו עד שיתנו עם הבעלים ויפטרו אותו, מ"מ אין בנו כח להוציא ממון נגד מה שנראה מדברי התוס' ורש"י ז"ל.

וא"כ גם בנ"ד המוציא מחברו עליו הראיה ואי אפשר לחייב את הבועט בכדור שפוצץ אותו.

ב. גם אם נניח שיש למי שפוצץ את הכדור דין שואל יש לפוטרו לכאורה מדין מתה מחמת מלאכה. שהרי כדור נועד

למשחק ובועטים בו והוא עלול להתפוצץ. אך טענת התובע היא שהכדור לא התפוצץ מחמת מלאכה, אלא בגלל שהבעיטה היתה בעוצמה חזקה, מעבר למקובל, וא"כ אין זו מתה מחמת מלאכה .

גם אם נניח שאין לו דין שואל הרי לפחות דין שומר יש לו, ושומר שפטור באונסין אם הוא חרג מהמקובל דינו כפושע וחייב. אמנם אתם השוויתם את פיצוץ הכדור ביד השואל השני להבלא דאגמא (ב"מ לו ע"ב) ואתם טוענים שהלכה כרבא שאמר: 'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם' ולא אמרינן הבלא דאגמא קטלה.

אולם לי נראה לדמות זאת לסוגיא בב"מ דף עח ע"א:

שוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה, בבקעה והוליכו בהר, אפילו זו עשר מילין וזו עשר מילין, ומתה – חייב.

ובגמ':

אמרי דבי רבי ינאי: רישא – שמתה מחמת אויר, דאמרינן אוירא דהר קטלה ואמרינן אוירא דבקעה קטלה. רבי יוסי בר חנינא אמר: כגון שמתה מחמת אובצנא. רבה אמר: כגון שהכישה נחש.

ופירש"י:

שמתה מחמת אויר – לא הוחלקה ולא הוחמה ומתה מעצמה, הואיל ושינה בה יכול לומר לו: לא מתה זו אלא מחמת אויר, לא היתה לימודה ליגדל באויר הר וקשה לה, או לא היתה לימודה באויר בקעה וקשה לה.

אובצנא – עייפות ויגיעה ממשאה. הוליכה בהר – יכול לומר לו עייפות המעלה שעלתה לראש ההר הועיל לה מתחילה, על כן עייפה לה לאחר זמן כשהלכה בדרך החלקה, ויגעה תחת משאה ומתה, ואם שינה להוליכה בבקעה, ואף על פי שלא ראינו אותה מזעת ולא היום חם מאד לומר הוחמה, – יש לומר: אם הלכה בהר היה האויר שולט שם ונותן בה כח ולא תיגע תחת משאה, בבקעה לא שליט בה אויר, והיא היתה חסירת כח, ויגעה לה.

כלומר, אין למשכיר הוכחה אובייקטיבית שמחמתה הבהמה מתה, אלא טענה סובייקטיבית, שכל שינוי מתנאי השכירות עלול היה לגרום למות בהמתו.

וכתבו התוס' שם:

והשתא כל אלו אמוראים שבאין לתרץ סוברים כרבא דאמר מלאך המות מ"ל הכא כו', דלאביי דאמר הבלא דאגמא קטלה א"ש מתניתין בלאו הני שנויי וחייב אפילו מתה כדרכה דאמר ההוא אוירא שהוליכה שם קטלה, אע"פ שאין ידוע שיהא אותו אויר רע כלל יותר מאויר אחר .

וכך פסק הרמ"א בשולחן ערוך (חו"מ סי' שט ס"ב):

שינה מהר לבקעה ומבקעה להר ונתייגעה ומתה, חייב. וכן אם שכרה להוליכה למקום אחד, והוליכה למקום אחר, ואויר הדרך משונה מבמקום אחר, חייב; וכן כל כיוצא בזה (טור).

כלומר, אפילו רבא שאמר 'מלאך המות מה לי הכא' וכו' מודה שכאשר שינה מדעת בעה"ב והוליכה בדרך אחרת אנו תולים את מותה של הבהמה בשינוי הדרך, והבלא דאגמא קטלה.

וה"ה שואל שהשאיל לאחר. שינוי השואל הראשון בנ"ד חמור יותר משינוי דרך, כי אדם מקפיד יותר על העברת חפציו לשואל אחר ללא הסכמתו. והרי אין השואל רשאי להשאיל, גם אם השואל השני זהיר יותר,

בעה"ב רואה בעצם השינוי סיבה לתקלה. ואע"פ ששומר שמסר לשומר אינו חייב אלא משום שהשני אינו נאמן לו בשבועה, אך במקום שיש עדים ואין צורך בשבועה שומר שמסר לשומר פטור; וכאן יש עדים שהכדור התפוצץ תוך כדי משחק. בכ"ז אין להתעלם מכך שיש לבעה"ב קפידא על עצם העובדה שהשומר הראשון העביר את החפץ שלו לשומר אחר מבלי לקבל את הסכמת בעה"ב. אלא שקפידא זו אינה סיבה לחייב את השומר הראשון כפושע, אך כל תקלה שתקרה לחפץ יוכלו הבעלים לתלות בשינוי הבעלים.

הדברים מפורשים בשו"ע חו"מ (סי' שמב ס"א):

> אין השואל רשאי להשאיל... ואם השאיל לאחרים, אפילו נתקלקל מחמת המלאכה ששאלו בשבילה, חייב.

ושם בסי' שמ ס"א:

> השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו, כגון שמת או נשבר או נשבה, חייב.

הרמ"א הגיה:

> כל קלקול שאירע בה מחמת מלאכה ששאלה בשבילה... אפילו מתה מחמת מלאכה, פטור; והוא שלא ישנה לעשות בה דבר אחר חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה; שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת חוץ מהמלאכה ששאלה בשבילה, אפילו היא קלה ממנה, תלינן דמחמת אותה מלאכה ששינה מתה.

והק' הסמ"ע (סי' שמ ס"ק ד):

> מאי שנא זה מהא דכתבו הטור והמחבר בסימן שמ"ב בשואל שהשאיל לאחרים ונפסד מחמת מלאכה, דכשיש להשואל ראיה שלא שינה בה השני מאשר השאיל והרשה לו עליה דפטור השואל? ותירץ:
>
> לכן נראה דלא קאמר כאן דלא ישנה אפילו לקלה ממנה, אלא קאמר שאם שינה **אפילו דבר קל** אזי תלינן דמחמת השינוי מתה, ומירידי דוקא באם יש לפנינו איזה ענין שנוכל לתלות בו ולומר שמחמת השינוי מתה, וכעין שכתבו הטור [והג"ה] ברישׁ סימן ש"ט סעיף ב' בהשוכר בהמה להוליכה למקום ידוע והוליכה למקום אחר, דאמרינן אם אויר המקום משונה תלינן בו המיתה... אם יש צד לפנינו לתלות האונס בהפשיעה אפילו בצד רחוק

מבואר בדבריו שמתה מחמת מלאכה פטור רק כאשר לא היה שום שינוי בתנאי ההשאלה. אך אם היה שינוי אפי' שינוי קל אם אפשר לתלות את האונס בשינוי חייב.

ולכן נלענ"ד שלמרות שכדור נועד למשחק ואין הבדל גדול בין צורת משחקו של אחד לזו של אחר, אך מכיון שיש בכל זאת הבדלים בין עוצמת בעיטה אחת לחברתה, העובדה שהכדור התפוצץ דוקא ברגליו של השואל השני היא עילה לבעלי הכדור לטעון שאלמלא היה הכדור בידי השני אולי לא היה מתפוצץ. טענה זו אינה פחותה מטענתו של המשאיל חמור שיכול לטעון שהמאמץ והאויר בהר גרמו למות הבהמה יותר מאלו שבבקעה וכן להיפך.

אמנם כדור נועד למשחק קבוצתי, אך כאן הוא נמסר לאחריותו של אחד מהם והוא העביר את האחריות לאחר ללא הסכמת בעה"ב, וטענת המשאיל היא שהשני בעט בעיטה חריגה ולכן הכדור התפוצץ. טענתו טענה.

ג. וגם אם נניח שהמשאיל נהג להשאיל את הכדור לבני כיתתו האחרים, וגם השואל השני יתכן שהיה אחד מהם, אך כיון שהיה

עושה זאת רק לפרקים – לכאורה חייב. דבר זה למדנו מבבא מציעא (לו ע"א) במקרה של ההיא סבתא בשומר שמסר לְשומר מוֹבֵר לבעלי הפיקדון:

> שאני התם, דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו.

שם הם היו מפקידים בדרך כלל אצל אותה סבתא. מה שאי אפשר לומר בנ"ד, שבכל יום היה הכדור מושאל רק לשואל השני. וכן נפסק בשו"ע בסי' רצא סכ"ו:

> אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם, והוא שלא ימעט שמירתו... ואם יש עדים ששמר השני כראוי, נפטר שומר ראשון... אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע, הרי זה נשבע ונפטר.

משמע שרק אם דרך הבעלים להפקיד **תמיד** אצל השומר השני פטור השומר הראשון, אך בנ"ד אין לומר כן.

אך הסמ"ע (סי' רצא ס"ק כ) כתב שאם בדרך כלל הוא נהג לסמוך גם על אחרים, השואל הראשון לא פשע ובנ"ד בעל הכדור נהג לסמוך על כל בני כיתתו. ובכל זאת טענת בעל הכדור במקומה עומדת שאין השואל רשאי להשאיל גם למי שבעל הכדור נהג להשאיל לו. וא"כ גם השומר הראשון אשם קצת בכך שהשאיל את הכדור לשני ללא דעת בעליו, וגם אם היינו מחייבים את השואל השני באונסין, מן הראוי שהשואל הראשון ישתתף בתשלום.

ובאשר לשני אין להתעלם מטענת בעל הכדור שהוא אשם משום שלדעתם בעט בעיטה חזקה מדי. וגם אם נניח שאינו שואל ופטור מאונסין לפחות הוא שומר, ואם אכן צודקת טענתו של בעלי הכדור שהבעיטה היתה חריגה דינו כפושע. ואפילו אם היה שומר חינם היה חייב, ק"ו שהוא לפחות ש"ש, שהרי נהנה. מיהו, הבועט מכחיש שפשע וא"כ הוא חייב שבועה. ונהגו לפשר במקום שבועה, מכיון שאינו יכול להישבע וגם השואל הראשון לא יכול להישבע שהרי לא הוא בעט בכדור לכן שניהם חייבים בתשלום מסוים.

מסקנה

א. מחלוקת ראשונים היא אם שואל שהשאיל לאחר והכדור נאנס ביד השני שלא ידע שהכדור שאול אם חייב באונסין. ומספק המוציא מחברו עליו הראיה.

ב. שואל שמסר לשומר ללא הסכמת הבעלים חייב כדין שומר שמסר לשומר, אך אם המשאיל נהג לסמוך גם על אחרים – פטור.

ג. יש מקום לטענת המשאיל שהכדור התפוצץ משום שהשואל השני בעט בו בעוצמה חזקה יותר מהמקובל. ואין לפטור מדין מתה מחמת מלאכה.

ד. גם אם השני אינו שואל דינו לפחות כשומר שחייב שבועה שלא פשע.

ה. לכן נראה שאמנם מעיקר הדין אין לחייב אותו בתשלום על הנזק. אך בכ"ז לפנים משורת הדין, מן הראוי שיישא בתוצאות ולא יפיל את כל ההפסד על מי שהשאיל לו או על בעלי הכדור. ולפנים משורת הדין מן הראוי שגם כל השותפים למשחק, ונהנו מכדור שאינו שלהם, ישתתפו אף הם בהוצאות.

ו. ההגינות מחייבת שכל המשתתפים במשחק ישאו יחד בנזק כל אחד לפי דרגת חומרתו. אי לכך יש לחלק את ההוצאות: שליש יפסיד בעלי הכדור (שבלא"ה לא מגיע לו כדור חדש, שהרי הכדור היה כבר משומש)

בשאר שני השלישים ישתתפו כל המשחקים, כששני השואלים יתנו חלק בראש, כל אחד משני השואלים ייתן חלק כפול מיתר המשתתפים.

סימן נז

שחרור ממאסר של חולה מסוכן

שאלה

אסיר על עבירות כלכליות שהוא חולה מאד, שאין שום דרך להציל את חייו אלא על ידי שחרורו המלא מבית הסוהר. האם חייבים לשחררו ולהצילו?

א. פיקוח נפש במצוות ובפסקי דין

מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה הוא שפיקוח נפש דוחה את כל התורה כולה, כגון שבת, יום כיפור ועוד, חוץ משלוש עבירות חמורות שהן: עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים. האם גם פסק דין בכלל קטגוריה זו, ואף הוא נדחה, מפני פיקוח נפש, או לא?

המשנה במסכת מכות (יא ע"ב) אומרת על רוצח בשגגה שחייב גלות:

> ואינו יוצא לא לעדות מצוה ולא לעדות ממון ולא לעדות נפשות, ואפילו ישראל צריכים לו, ואפילו שר צבא ישראל כיואב בן צרויה, אינו יוצא משם לעולם, שנאמר: "אשר נס שמה" – שם תהא דירתו, שם תהא מיתתו, שם תהא קבורתו.

כבר התקשו המפרשים מדוע לא נתיר את יציאתו של הגולה לשם פיקוח נפש של כלל ישראל? תשובה אחת אומרת, שמכיון שעם יציאתו של הגולה מעיר מקלטו הוא עלול להסתכן בהריגתו על ידי גואל הדם, אין פיקוח נפשם של האחרים דוחה את פיקוח נפשו שלו. וכי דמם של האחרים סמוק יותר מדמו הוא?! עי' אור שמח (הל' רוצח פ"ז ה"ח).

אולם מסתברת יותר דעתו של הראי"ה קוק זצ"ל (שו"ת משפט כהן סי' קמד-קמה), שלצורך הצלת כלל ישראל מותר ליחיד למסור את נפשו. הפרט מסתכן לשם הצלת הכלל. על בסיס זה נבנות מערכות צבא ישראל במלחמותיו. שאם לא כך, יוכל כל חייל להשתמט מגיוסו לצבא בטענת פיקוח נפש או ספק פיקוח נפש.

לדעת הרב קוק יש הכרח לפרש הלכה זו, שאין הגולה רשאי לצאת אפילו לצורך פיקוח נפש של כלל ישראל, באופן אחר. יש להבחין בין מצוה לבין פסק דין. מצוה נדחית מפני פיקוח נפש, אולם פסק דין אינו מצוה ככל המצוות, הוא מעמיד את הנידון בסטטוס אחר. למשל, נידון למות נחשב ל'גברא קטילא', ל'מת' מבחינה משפטית, וחייו אינם חיים יותר ככל האדם. אדם החייב ממון אינו רק **מצווה** לשלם ממון, כמי שמצווה לקנות אתרוג או תפילין, אלא ממונו **משועבד** לצורך החוב, ומבחינה מסויימת הוא פוסק מלהיות בעליו של ממון זה. פסק דין יוצר אפוא **מציאות** משפטית חדשה. מציאות זו, כמוה ככל מציאות מוחשית, היא עובדה קיימת ואין אפשרות לדחותה ככל מצוה מפני פיקוח נפש. פיקוח נפש אינו יכול לשנות עובדות מציאותיות,

הוא יכול רק לדחות מצוות ותו לא. כגון, טמא אינו רשאי להיכנס למקדש, אך לצורך פקו"נ מותר. פיקו"נ אינו מטהר את הטומאה. הטומאה נשארת במקומה ומטמאת אחרים, אלא שמותר רק לעבור על איסור ביאת מקדש בטומאה.

דוגמא אחרת מצינו באיסור לאדם להינצל מסכנה על ידי נטילת ממונו של חבירו. וכ"כ רש"י (בבא קמא ס' ע"ב ד"ה ויצילה). ומדוע לא יידחה איסור גזל מפני פיקוח נפש? אך לפי הנ"ל הדברים מבוארים. איסור גזל אינו כאיסור טריפה, למשל. יסודו הוא בעובדה המציאותית שממון זה שייך לבעלים אחרים. מצות פיקוח נפש אינה יכולה לשנות עובדה זו, וממילא אין היא יכולה להתיר את איסור הגזל הנובע ממנה[1]. (אם כי משום תקנות יהושע בן נון מותר לאדם להציל את עצמו בממון חברו ע"מ לשלם ר' ראב"ד ב"ק קיז ע"ב).

הגע בעצמך, וכי אם נידון בבית-דין מתחייב בעונש, כגון: קנס, מלקות או מיתה, ויבוא רופא ויאמר שאם נבצע את גזר הדין עלול אחד מבני המשפחה להסתכן בשבץ לב. האם נבטל את גזר הדין בגלל שיקול פיקוח נפש? נראה לי שלא בהכרח.

אפשר אולי להביא ראיה מהמשנה בערכין (ז ע"א) שלא תמיד מתחשבים בחיי הזולת, כאשר מוציאים לפועל גזר דין: "האשה שיצאה ליהרג – אין ממתינין לה עד שתלד. האשה שישבה על המשבר – ממתינין לה עד שתלד". (ההבדל בין מעוברת לבין יושבת על המשבר טעון ברור ולא כאן המקום).

וכן כתב בספר אהבת איתן (מובא באוצר מפרשי התלמוד מכות י"א ע"ב הע' 33), שגולה בעיר מקלט הזקוק לטיפול רפואי במקום אחר אינו יוצא ממקומו.

ב. שחרור ממעצר

המאסר כעונש לא נזכר בתורה במפורש (להוציא את עונש הגלות ברוצח בשגגה, הדומה לו לכאורה, אולם שונה ממנו במהותו תכלית שינוי), וכנראה סיבה עמוקה לדבר. עונשי התורה נועדו לכפר על האשם מחטאו[2]. עונש המאסר אינו מכפר. הוא מרתיע. או שהוא מגן על החברה מפושעים. הוא גם מעניש במידה מסוימת, את העוברים על חוקיה, אולם אין בו מסגולת הכפרה.

ואכן ברמב"ם ובשו"ע לא מוזכר כמעט המאסר כעונש רשמי (עי' רמב"ם הל' רוצח פ"ב ה"ה). אם כי המאסר נהג בפועל בישראל בכל הדורות[3]. אולם עונש זה אינו רצוי. ויש צורך לחפש עונשים יעילים יותר[4].

1. להרחבה, ראה מאמרינו: 'החוק והמוסר הטבעי' (אות ט ראיה ג) בספרנו 'הלכה בימינו'; 'ההיבטים ההלכתיים של שאלת הנסיגה משטחי ארץ ישראל' (שו"ת באהלה של תורה ח"ד סי' י אות ד). ועי' שיעורי הגר"ש שקופ (נדרים סי' א), שערי יושר (שער ג סי' כה) ושם שער ה; אור שמח (הל' חמץ ומצה פ"ו ה"ז), עמוד הימיני (סי' טז אות ד, עמ' קפב).
2. עי' קידושין (לה ע"א), בבא קמא (טו ע"א), שם נאמר שהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה, כדי שתהיה לה כפרה.
3. עי' "בצומת התורה והמדינה" (כרך א עמ' 389) מאמרו של הרה"ג אליעזר יהודה ולדנברג זצ"ל.
4. הרב משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה או"ח, ח"ה סי' ט) מבקר את מערכת המשפט הפלילי

בהלכה, מצאנו את המאסר בשתי צורות:

א. מעצר עד לבירור, או כאמצעי להשגת תוצאות מסויימות. הדוגמאות לכך הן: פרשת המקושש (במדבר טו, לד), פרשת נוקב השם (ויקרא כד, יב), הדרשה על המכה את חבירו וזה לא מת מיד, שלא יתכן להעלות על הדעת שזה עלול למות והחובל מתהלך חפשי בשוק (סנהדרין עח ע"ב), וכן כפייה לגירושין (רש"י פסחים צא ע"א ד"ה בית האסורין) ולפירעון חובות (רש"י שם).

ב. מאסר כאחד מעונשי המלכות, בהוראת שעה, כחקיקת משנה (רמב"ם הל' סנהדרין פכ"ד ה"ט, הל' רוצח פ"ב ה"ה)[5].

בסוג הראשון מצינו אפשרות של שחרור ממאסר. אפשרות זו הוזכרה במשנה (פסחים צא ע"א) שמי שהבטיחוהו להוציאו מבית האסורים בליל הסדר – שוחטין עליו את הפסח (למרות ששחיטת הפסח היא עוד לפני השחרור), משום שחזקה על ישראלים שלא יפרו את הבטחתם. ממשנה זו משמע שהשחרור הוא לפני תום הזמן שנקבע למאסר, שאם לא כן, אין כל חשש שלא ישחררוהו. כלומר, היתה כאן חנינה מיוחדת. הסברה נותנת שחנינה זו ניתנה לצורך אכילת קרבן הפסח. שכן רש"י (שם) נקט שלש דוגמאות למעצר: כפייה על גט, כפייה לתשלום ממון וחובל שנעצר עד שיתברר אם הנחבל ימות או יבריא. המדובר הוא, כנראה, במי שעדיין יש הצדקה לעוצרו, ובכל זאת משחררים אותו. על כרחך, כדי שיוכל לקיים את מצות קרבן פסח.

ואם מצות קרבן פסח דוחה מעצר, פיקוח נפש אינו שונה ממנו. ההבדל שבין מעצר לבין פסקי דין אחרים, שאין אנו מתחשבים בהם בשיקול של פיקוח נפש, מתבאר יפה לפי הסברנו הקודם. מעצר אינו פסק דין מוחלט הבא לקבוע סטטוס שונה לנידון. המעצר אינו אלא **אמצעי** לשמירת הנאשם או להניעו לבצע פסק דין המוטל עליו. אמצעי זה אינו עומד בפני מצוה חשובה או פיקוח נפש.

יש לעמוד על שני דברים מיוחדים בפירושו של רש"י:

א. מדוע נקט רק דוגמאות של מעצר מהסוג הראשון ולא דוגמאות של מאסר מהסוג השני?

ב. מה ההיתר והצידוק לשחרר אדם ממעצרו כל עוד לא פרע את חובו או לא

המטילה על גנב עונש מאסר ובעצם פוטרת אותו מלשלם את דמי הגניבה. העונש שהתורה מטילה על גנב הוא תשלום כספי (כפול). יש בכך גם עונש על הגנב וגם פיצוי לנגנב. במשפט הפלילי הנהוג כיום, הנגנב אינו מפוצה כלל (אלא אם כן יגיש תביעה אזרחית פרטית נגד הגנב היושב בכלא ובלאו הכי אינו יכול לממן את תשלום התביעה). אולם מצינו גם במקורותינו שלא תמיד הסתפקו בענישה כספית לגנב. דוד המלך, לדוגמא, סבר להטיל על גונב כבשת הרש גם עונש מות (!) וגם קנס ארבעתיים (שמואל ב' יב). גם לגנב, אף על פי שהעונש העיקרי שלו צריך להיות תשלום לנפגע, החברה רשאית להטיל עליו גם מאסר במקרים קשים וחריגים. וכן יש לנהוג כיום ביחס לעבריינים שאין דרך להענישם על פי דין תורה, כגון: רוצחים (שכן בטלו דיני נפשות) או אנסים (שכן בטלו דיני קנסות מבלי לוותר להם על דמי חבלה, כולל ריפוי נפשי). להשערתי, היה גם הרב משה פיינשטיין מסכים לכך.

5. עי' מאמרו של הרב ולדנברג שהוזכר לעיל הע' 3.

גירש את אשתו, אפילו לצורך קרבן פסח שהוא מצוה חמורה שעונשה כרת. אדרבה, שיפרע את חובו ויגרש את אשתו וישוחרר כדין ללא פריבילגיות מיוחדות? ומדוע חייבים אנו לשחררו?

יתכן לומר שאין מדובר בשחרור מוחלט, אלא כגון שחרור בערבות (בגירושין) או באפשרות של השתתפות בקרבן פסח בליווי משטרתי וכדו', דבר שניתן לסמוך עליו יותר בעציר, שהוא עדיין בגדר חשוד, מאשר באסיר שהואשם ונידון על מעשה פלילי והוא מסוכן לציבור וגם מועד לבריחה יותר מעציר.

איך שלא יהיה, נראה שכאשר מדובר במאסר או מעצר – מכיון שאינם פסקי דין מוחלטים שנקבעו על ידי התורה, אלא הם צורות ענישה או אמצעים הנהוגים על ידי החברה האנושית – יש מקום לגמישות ולהתחשבות בנסיבות המיוחדות לנאשם, וממילא חוזרת החובה להתחשב גם בשיקול של פיקוח נפש.

ג. סמכות לדיני נפשות

אלא שמצינו שיש למלכות סמכות להעניש גם בדיני נפשות. סמכות זו ניתנה גם לכל בית-דין בתור הוראת שעה. וכך נאמר בגמרא (סנהדרין מ"ו ע"א):

> אמר רבי אלעזר בן יעקב: שמעתי שבי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבי"ד וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.

עקרונית, רשאי בית הדין לדון, בהוראת שעה, גם גנב, למיתה. סמכות זו מסורה גם למלך או לכל סמכות שלטונית אחרת[6]. ולפי זה יכול הטוען לטעון, מה בכך שהאסיר חולה מסוכן, הרי בידינו הסמכות אפילו להורגו, לו רצינו בכך, עכשיו שהוא חולה מסוכן ואיננו מצילים אותו, איזו אחריות נופלת עלינו בכך?

אולם באמת אין זו טענה. נכון, שלו היה החוק המתקבל על ידי הגופים המוסמכים לכך, שגנב דינו חלילה תלייה, היה אולי מקום לטענה זו. אולם למעשה אין כמעט חוק בעולם המעניש על עבירות כלכליות בעונש מיתה (להוציא את ה"דמוקרטיות העממיות" לשעבר, או מדינות ערביות מסוימות); והעונש המרבי המוטל על עבריינים כאלו הוא מאסר בלבד, בתנאים ידועים שאין בהם סכנת חיים. ועל כן, במקרה של אסיר כזה שהוא חולה מסוכן חוזרת החובה להצילו מסכנה על כל מי שהדבר בידו.

אמנם יש לומר שאם אסיר עבר על עבירות חמורות שיש בהם סכנה לביטחון הפנימי או החיצוני של המדינה – אין חובה לשחררו, ואף אין היתר לנהוג כך, גם אם הוא חולה מסוכן, שכן פיקוח נפש של הציבור עדיף מפיקוח הנפש של היחיד.

ד. יחסיותם של עונשים אנושיים

על מידת יחסיותם של עונשים, פרי ההגיון האנושי, לעומת החלטיותם של עונשים שנקבעו על ידי התורה, ניתן ללמוד מהרמב"ם בפירוש המשניות (מסכת

6. עי' מאמריו של מו"ר הגר"ש ישראלי זצ"ל: ("בצומת התורה והמדינה" ח"א עמ' 115, עמוד הימיני סי' ט אות יג; חוות בנימין ח"א סי' יא).

ערכין פ"א מ"ג). לדעתו, מי שנידון למיתה על ידי מלך ישראל, ואינו חייב מיתה לפי דין תורה ואמר "ערכי עלי" – צריך לשלם להקדש את ערכו, בעוד שמי שנתחייב מיתה בדין תורה – הרי הוא "כגברא קטילא" ואין לו ערך כלל. הגרי"א הרצוג ('בצומת התורה והמדינה' ח"א עמ' 90) הוכיח מכאן שיש למלך ישראל רשות לחון את נידוניו, ולכן כל עוד לא בוצע גזר הדין הם עדיין נחשבים לחיים, כי פסק דין של מלך אינו החלטי אלא יחסי, ורק לאחר ביצועו הגמור יכולים אנו לומר שפסק הדין הפך להיות החלטי. ולפי הגדרתנו, רק פסק דין החלטי, המעמיד את הנידון בסטטוס מיוחד, נחשב למציאות ממשית שאינה נדחית מפני פיקוח נפש. אך פסק דין יחסי, הנקבע לפי שיקולים אנושיים – הפה שאסר יכול גם להתיר ואין לו כח להעמיד את הנידון בסטטוס שונה, ולכן אין הוא יכול לעמוד בפני פיקוח נפש. נמצא אפוא שכאשר מדובר באסיר שנידון לפי חוקי המלכות למאסר והוא חולה מסוכן – חלה חובה לשחררו כדי להצילו ממות (אם אין כל אפשרות להצמיד לו רופא, או לבצע את גזר הדין בבית החולים).

מסקנות

א. פסק דין החלטי הקבוע בתורה אינו נדחה מפני פיקוח נפש, לא של הפרט ולא של הציבור.

ב. פסק דין שנקבע משיקולים אנושיים ניתן לחנינה ולדחייה מפני פיקוח נפש.

ג. עונשי מאסר אינם עונשים מוחלטים מהתורה אלא עונשים יחסיים שנקבעו על ידי החברה האנושית והם ניתנים לדחייה מפני פיקוח נפש.

ד. אסיר שנידון למאסר על עבירות כלכליות והוא חולה מסוכן – חייבים להצילו גם אם הדבר כרוך בשחרורו מבית הסוהר.

ה. אסיר שנידון למאסר על עבירות בטחוניות פנימיות או חיצוניות, אין לשחררו גם אם הוא חולה מסוכן.

(ועי' באהלה של תורה ח"ה עמ' 168 הבאנו ראיות נוספות לכך שאין להתחשב בפיקו"נ בביצוע גזר דין.)

סימן נח

גזל מגוי במלחמה*

ראשי פרקים

א. קנין כיבוש

ב. איסור גזל

ג. שימוש זמני

ד. גדר איסורו של שואל שלא מדעת

ה. מסקנה

* * *

במסגרת מבצע 'חומת מגן' נכנסו חיילים לבית בטול-כרם והשתלטו עליו. הם היו אמורים להשתכן בו כמה ימים, ומעוניינים להשתמש זמנית בכמה כלים של בעלי הבית (אחר הכשרתם) לשם חימום אוכל. לדברי מפקדם, הדבר מותר להם. עפ"י הבנתו את הוראות הצבא, האיסור ליטול שלל הוא רק להוציאו מהבית וליטלו עמהם; אך להשתמש בו שימוש זמני בתוך הבית, מותר לדעתו. החיילים מפקפקים בפרשנות זו של ההוראות, ושאלתם: האמנם אין איסור שימוש בכלים אלו?

השאלות המתעוררות הן:

א. האם שלל מלחמה מותר או אסור?

ב. אם שלטונות הצבא אוסרים את הדבר, האם יש כאן איסור גזל?

ג. האם שימוש זמני בלבד גם הוא בכלל גזל הגוי?

א. קנין כיבוש

מעיקר הדין שלל מלחמה מותר, שנאמר "ואכלת את שלל אויביך". אולם בימינו, צה"ל אוסר על לקיחת שלל. מקור להיתר לקיחת שלל מצינו בתורה לראשונה במלחמת מדין[1]. וכך נאמר במלחמת מדין (במדבר לא,יא): "ויקחו את כל השלל ואת כל המלקוח באדם ובבהמה, ויביאו אל משה... את השבי ואת המלקוח ואת השלל אל המחנה...".[2]

כלומר רק חלק מהשלל הובא אל משה, בעוד שעל חלק אחר נאמר "אנשי הצבא בזזו איש לו" (פס' נג). **בדברים** (ב, לו) נאמר: "רק הבהמה בזזנו לנו ושלל הערים", **ושם** (ג, ז) "ושלל הערים בזונו לנו" **ושם** (ו, יא) "ובתים מלאים כל טוב אשר לא מלאת" **ושם** (כ, יד) "ואכלת את שלל אויביך". **ובכ"ז** יהושע החרים את יריחו ואסר ליטול שלל,

* נדפס בתחומין כרך כג.

1. **הערת עורך** (י.א.): הרצ"ה קוק בספר 'משפט המלוכה בישראל' (על עמ' 195 שורה 2): העיר על 'מלחמת מדין' – "מלחמת מדין לא היתה מלחמת מצוה כפי הגדרת הרמב"ם בהלכות מלכים פרק ה' – כיבוש ועמלק ועזרה – אלא של ציווי זמני מיוחד לנקמה ועונש וזהירות". ולכן ספק אם ניתן ללמוד ממנה.

2. מהפסוק במגילה, "ובביזה לא שלחו את ידם", קשה להביא ראיה, כי יתכן שהיה לאותה מלחמה דין של המשך המלחמה בעמלק, שבה אסר שמואל על שאול לקחת שלל.

כנראה שרוח התורה אינה נוחה ממעשי ביזה.

המקור הרעיוני לאיסור הביזה נמצא בדברי הרמב"ם הל' מלכים (פ"ז הט"ו):

> ומאחר שיכנס בקשרי המלחמה, ישען על מקוה ישראל ומושיעו בעת צרה, וידע שעל יחוד השם הוא עושה מלחמה. וישים נפשו בכפו, ולא יירא ולא יפחד. ולא יחשוב, לא באשתו ולא בבניו, אלא ימחה זכרונם מלבו, ויפנה מכל דבר... וכל הנלחם בכל לבו בלא פחד, ותהיה כוונתו לקדש את השם בלבד, מובטח לו שלא ימצא נזק, ולא תגיעהו רעה, ויבנה לו בית נכון בישראל, ויזכה לו ולבניו עד עולם, ויזכה לחיי העולם הבא, שנאמר: "כי עשה יעשה ה' לאדוני בית נאמן, כי מלחמות ה' אדוני נלחם, ורעה לא תמצא בך וגו' והיתה נפש אדוני צרורה בצרור החיים את ה' אלקיך".

כלומר, על הלוחם להתמסר כולו אך ורק למשימה המוטלת עליו לשם יחוד ה'. כל פנייה זרה פוגמת בכוונתו הטהורה ועלולה להזיק לו ולמערכה כולה[3].

וכשהמלחמה נערכת בשבת וחג, יש לאסור את הביזה גם מנימוקו של יהושע, שהחרים את שלל יריחו משום שנכבשה בשבת, כמבואר במדרשים. והטעם לכך – שאע"פ שמלחמה הותרה בשבת, היתרה מוגבל למלחמה עצמה בלבד. ניצול המלחמה למטרות אחרות פוגע בקדושת השבת והמועד[4].

אלא שצ"ע, מהו גדרו של איסור זה? האם האיסור הצבאי מפקיע את דין השלל לגמרי מהחפצא, ומשאיר אותו בבעלותו המוחלטת של הגוי; או שמא הצבא רק מטיל איסור **גברא** על החיילים לא ליטול שלל, בעוד שהבעלות הנוכרית עצמה הופקעה מעל **החפצא**? אמנם, גם אם נניח שסמכותו של הצבא היא רק להטיל איסור גברא, הרי אין סברה לומר שכל הרכוש הנמצא בידי הנכבשים יוצא מבעלותם ע"י הכיבוש; אלא נראה שרק כאשר הרכוש נלקח ע"י השוללים, אז הוא מופקע מבעלותו. אלא שזוהי שאלתנו: לאחר שהצבא הטיל איסור על חייליו לבזוז, והחייל הפר פקודה זו ובזז – האם הפר פקודה צבאית בלבד, עם כל חומרתה, בפרט בשעת מלחמה; או שמא עבר גם על איסור גזל?

יתכן שהדבר תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בגדר שלל, בגיטין (לח ע"א). וזו לשון הגמ':

> קל וחומר: עובד כוכבים ישראל קונה, עובד כוכבים עובד כוכבים – לא כל שכן. ואימא: הני מילי בכספא, אבל בחזקה לא? אמר רב פפא: עמון ומואב טהרו בסיחון.

רש"י פירש:

3. אם כי לעתיד לבוא כשעם ישראל והאנושות יתעלו למדרגה גבוהה יותר הגויים יהיו מעוניינים בהעלאת רכושם ע"י עם ישראל, ר' ישעיה ס. אולם בינתיים לא איכשר דרא.
4. במכוון לא השתמשתי במושג "טוהר הנשק", כי מושג זה מתעלם מדברי הרמב"ם הנ"ל, המדבר על יחוד ה' במלחמה. וכמו"כ הוא עלול לבוא במקום דרישת התורה "והיה מחניך קדוש", הכוללת הרבה יותר, ובין היתר גם ערות דבר וערות דיבור. ויש גם המשתמשים במונח הנ"ל להימנעות מהצלת חיי אדם, בשם מושגים מוסריים חיצוניים, המעוותים את המוסר והצדק.

בחזקה – כגון שבאי שהחזיק בו וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו, **כשנתייאש** הימנו. חזקה שעבד כנעני נקנה בו, היינו חזקה של עבדות – הלבישו, הנעילו, הרחיצו לרבו, כדתני' בהאשה נקנית (קדושין כב, ב). נהי דישראל קני ליה לעובד כוכבים בחזקה, דאיתקיש עבדים לקרקעות, אבל עובד כוכבים לא קני קרקע בחזקה כישראל, אלא כל קניינו בכסף.

אולם התוספות שם (ד"ה אבל) **חולקים עליו, כיון ש**"אפילו ישראל מישראל לא קני עבד עברי אלא בכסף ושטר, כדאמר בפ"ק דקדושין (יד ע"ב) כל שכן עובד כוכבים; ועוד... כל קניינו של עובד כוכבים בכסף". **ומשום כך פירש רבנו תם, וכן מביאים בעלי התוס' בשם ר"ח, שלא מדובר בסוגיה זו על קניינו של עבד,** "אלא צריך לפרש, דהכא בחזקה של כבוש מלחמה איירי".

לדעת רש"י, קנין כיבוש מועיל מדין יאוש, ואילו דעת רבנו תם היא שקנין כיבוש מועיל מגזרת הכתוב, שאותה לומדים, כנראה מהסוגיה שם, מהכתוב "וישב ממנו שבי". **על כך אומרת הסוגיה הנ"ל: אם גוי קונה ישראל במלחמה, ק"ו שישראל קונה גוי במלחמה. אותו דבר ניתן ללמוד גם מכך שעמון ומואב טהרו בסיחון.**

וכן כתב בחדושי הרשב"א שם:

> ופי' כספא וחזקה – נראה דלאו כספא ממש וחזקה ממש, אלא כל קנין שהוא מדעת קרי 'כספא', כלומר: כסף, או דומה לו שהמקנה מקנה מדעת. אבל חזקה – כלומר: מה שזוכה בו בחוזק יד, שמחזיק בו שלא מדעת, וכגון שתפסו במלחמה – מנין? ומייתי ליה מעמון ומואב, שטהרו בסיחון במלחמה.

לשיטת ר"ת והרשב"א י"ל, שפקודת הצבא לאסור שלל אינה מפקיעה את גזרת הכתוב שכיבוש קונה; לכל היותר היא מטילה איסור גברא על החיילים ליטול שלל. אך לשיטת רש"י, שהקנין הוא מדין יאוש, הדבר תלוי אם הגוי התיאש או לא. ממילא, אם הגוי יודע אף הוא שאסור לחיילים ליטול שלל, הוא אינו מתיאש. אך אם הוא לא יודע על כך, או שהוא יודע שלמרות הפקודה החיילים עלולים להשתמש בכליו – הוא מתייאש.

ועיין מה שכתבתי בספרי 'באהלה של תורה' ח"א סי' כ, שכל המחלוקת בין רש"י ותוס' בגדר קנין כיבוש היא רק כאשר הכובש הוא גוי. אך בישראל התורה חידשה קנין כיבוש לכולי עלמא. והוכחנו זאת מרש"י (בסנהדרין נט ע"א ד"ה לאו), שלא ניתנה ארץ לכבוש אלא לישראל. והבאנו משו"ת דבר-אברהם (ח"א סי' י ס"ק יז), שאף הוא כתב, שבישראל מודה רש"י שהכיבוש קונה מצד עצמו, ולא רק מדין יאוש. וא"כ בנידוננו לכולי עלמא י"ל שאיסור הביזה של הצבא אינו מפקיע את הבעלות של הכובש – ישראל, אלא רק מטיל איסור גברא על החיילים ליטול שלל[5].

ב. איסור גזל

בספרי פרשת מטות פיסקא ה, מובא לגבי מלחמת מדין:

> מגיד הכתוב שהיו בני אדם כשרים

5. לכאורה היה מקום לדון בנידון דידן מצד דינא דמלכותא. כלומר, מאחר שהוראות השלטון אוסרות

וצדיקים, ולא נחשדו על **הגזל**. לא כענין שנאמר "וימעלו בני ישראל מעל בחרם"; אבל כאן – "ויקחו את כל השלל ויביאו אל משה".

מבואר אפוא ששלל שלא הותר חוזר לאיסורו הראשון, וכל הנוטלו עובר על איסור גזל. אך יתכן שאין כוונת הספרי לגזל ממש, אלא רק לאבק גזל, כי זו נטילת ממון ללא רשות. עכ"פ מכלל אבק לא יצאנו, ואף דבר זה אסור.

בספרי 'באהלה של תורה' (ח"א סי' כ) הבאנו כמה ראיות לכך שהשלל שייך לכל הציבור ולא לחייל הבודד (ברכוש שהציבור מעוניין בו. לדוגמא, בימינו צה"ל מעוניין בעיקר ברכוש צבאי, ובדרך כלל לא ברכוש אזרחי, אם כי תוך כדי לחימה כל מה שיכול לסייע ללחימה הצבא מעוניין בו). וממילא, כשהציבור מתנגד לנטילת השלל ע"י החיילים, יש שלל שנשאר ברשות הציבור. וא"כ, חייל הנוטל שלל זה ללא רשות גוזל את הציבור, דהיינו את עם ישראל. וא"כ, יש כאן גזל ישראל, ולא רק גזל גוי (ונפקא מינה למה שנדון להלן, אם שואל מגוי שלא מדעתו נחשב לגזלן; אבל אם הוא נחשב גוזל ישראל – אין נפקא מינה).

אלא שהדבר תלוי שוב במחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל בגיטין. לרש"י, שהשלל נקנה ביאוש, גם כאן יש יאוש, ואין כאן גזל, אלא א"כ נאמר שהגויים יודעים שצבא ישראל לא מרשה נטילת שלל, ואינם מתיאשים. אך לשיטת התוס', שהשלל נקנה בעצם הכיבוש, גם אם אין כוונה לזכות בשלל, יש כאן קנין מצד עצם הכיבוש גם ללא כוונה. וא"כ, השלל הוא רכוש ישראל. מיהו, יתכן שכאשר אין כוונה לקנות את השלל, אין כאן קנין.

אך כאמור לעיל בישראל כו"ע מודים שהכיבוש הישראלי מפקיע בעלות. מיהו בדרך כלל מבצע צבאי הוא זמני ולא מתכוין להפקיע את הרכוש לגמרי.

בשו"ת הר-צבי יו"ד סי' קט כתב:

> ולדידי, מה שהממשלה מצביעה עליהם שהם רכוש האויב – רשום, זה אינו משמש כלום להתיש כחו של כיבוש מלחמה, שהוא קנין גמור ע"פ התורה, ומעשה מוציא מידי דבור. ועובדא היא, שכל יחיד ויחיד שתפס מהכלים לתשמישו, נתכוין שיהא שלו לגמרי לחלוטין. וגם הממשלה בעצמה – מה שנטלה להשתמש בהם, מחשבתם ניכרת שדעתם להשתמש בהכלים עד שיכלו לגמרי. ושם זה שיש על הכלים, שהם רכוש האויב, אינו משנה את הדין, שבאמת כבר נעשו רכוש יהודי, ויש לחייבם בטבילה.

הגרצ"פ דן במלחמת השחרור, שבפועל סופה היה בעלות גמורה של ישראל על רכוש האויב למרות ההצהרות הרשמיות שהרכוש נשאר בבעלות האויב. אך גם

ליטול שלל, הן גם מפקיעות את הזכות העקרונית שהתורה קבעה בהלכה זו, וממילא הרכוש נשאר בבעלותו המלאה של הגוי. אולם צ"ע אם כוחו של דינא דמלכותא הוא כה גורף. כוחו הוא בוודאי לאסור על הביזה, ואף למנוע את זכות הקנין של החייל הבז ביזה – אם מצד הפקר בי"ד, ואם מצדדים אחרים; אך לא נראה לומר שבסמכותו לעקור את עצם ההפקעה החפצית של התורה, ולהפוך את הבוזז לגזלן מהתורה. עי' עליות דרבנו יונה ב"ב נד ע"א, המובא גם בשיטה-מקובצת שם.

לדעתו י"ל, שאם הרכוש נשאר בבעלותם של הבעלים ולא ניטל מהם, אין בכך קנין שלל.

בדברות-משה (ב"מ סי' כה ענף א) כתב, שהרמב"ם סובר שהשלל שייך לנוטלו, ולא לציבור. הוא חילק בין מלחמה בארץ לבין מלחמה בחו"ל, שבמלחמה בחו"ל השלל שייך לציבור. ולכן אין להביא ראיה ממלחמת מדין, שהיתה בחו"ל, למלחמה בארץ. לדבריו, בארץ הותר גם ליחיד ליטול שלל. ועיין בספרי 'באהלה של תורה' (שם), שהוכחנו שהרא"ש חולק על הרמב"ם, וסובר שהשלל שייך לציבור. וא"כ חזרנו לשאלת הפתיחה: האם האיסור ליטול שלל הפקיע את הבעלות הנוכרית, או לא? הדבר תלוי אפוא גם בשאלה מי הבעלים על השלל – אם הציבור הוא הבעלים, והוא אוסר על היחיד ליטול שלל, נמצא שהיחיד הנוטל שלל גוזל את הציבור ואם נאמר שהיחיד הוא הבעלים על השלל – הרי כיון שאסור ליחיד ליטלו, ממילא נשאר הרכוש בבעלות הגוי. מיהו גם לצד הראשון שהציבור הוא הבעלים, מכיון שהציבור לא מעוניין ליטול את כל הרכוש כשלל, אותו רכוש שהציבור לא מעוניין ליטול הוא נשאר בבעלותו של הגוי. ויש להוסיף עוד, שבמבצע "חומת מגן" הוצהר במפורש שאין מדובר בכיבוש, אלא במבצע מתגלגל, שבו הצבא נכנס ויוצא, ומשום כך יתכן שאין כאן גדר כיבוש כלל, והשלל אסור לכולי עלמא[6].

ואם כן, יש כאן כמה ספקות לחומרא:

א. ספק אם יש כאן קנין כיבוש כלל.

ב. ואם תמצי לומר כרש"י, שקונה מדין יאוש, ספק אם היה יאוש.

ג. ואת"ל שיש כאן קנין כיבוש, צ"ע מיהו הקונה.

ד. ואפילו את"ל שעם ישראל הוא הקונה ספק אם הרכוש המדובר נכלל בכלל הקניין.

ולכן, לפחות מספק, הממון נשאר בחזקתו של הגוי, ואסור לגוזלו[7].

ג. שימוש זמני

אם נניח שיש כאן איסור גזל, האם גם שימוש זמני אסור משום גזל?

ההלכה היא ששואל שלא מדעת גזלן הוי. והדבר תלוי במה שכתבנו לעיל – אם החפצא של השלל עצמו מותר, והאיסור הוא רק איסור גברא, מסתבר ששימוש זמני שלו מותר. אולם אם השלל עצמו אסור, ויש כאן גזל, השאלה היא: האם גזל הגוי כולל גם שואל שלא מדעת? הרי מצינו הבדל בין ישראל לבין גוי לעניין הפקעת הלוואתו; אולי גם שימוש בלא רשות דומה להפקעת הלוואתו, שכן אינו גוזל חפץ ממשי מידי הגוי.

6. **הערת עורך תחומין – הרב אורי דסברג ז"ל**: אפשר שכל מלחמה שלא נועדה מראש על מנת לשלול שלל (דהיינו: שאיננה מטעם "צאו ופשטו בגדוד") מופקע ממנה בכלל דין קנין כיבוש, ולא בה נאמרו כל היתרי השלל.

תגובת המחבר: מסתבר שמלחמת מצוה לא נועדה כלל לשלול שלל, וכל מטרתה היא המצוה בלבד (כגון: עזרת ישראל מיד צר), ובכל זאת בעקרון השלל מותר. כל דיוננו מתמקד במקרה שבו יש פקודה מפורשת המונעת את היתר השלל.

7. באשר לחזקת ממון הגוי – עי' אנציקלופדיה תלמודית בערך חזקת-ממון פרק יא.

מיהו לא דמי – הלוואתו באה אליו בהיתר, והוא רק מונע את החזרתה בשב ואל תעשה; אך שואל שלא מדעת עושה מעשה אסור בידיים.

ויש לחקור: האם שואל שלא מדעת עובר על איסור גזל ממש מהתורה; או שאיסורו הוא מעין גזל, ואינו גזל ממש. אם נאמר כצד השני, אולי בגוי לא נאסר שואל שלא מדעת. יש אולי להביא ראיה, שגם שואל שלא מדעת עובר באיסור לא תגזול, מסוגית הגמ' בסוכה לא ע"א:

> תנו רבנן: סוכה גזולה, והמסכך ברשות הרבים – רבי אליעזר פוסל, וחכמים מכשירין. אמר רב נחמן: מחלוקת בשתוקף את חבירו והוציאו מסוכתו. ורבי אליעזר לטעמיה, דאמר: אין אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו. אי קרקע נגזלת – סוכה גזולה היא; ואי נמי קרקע אינה נגזלת – סוכה שאולה היא. ורבנן לטעמייהו, דאמרי: אדם יוצא ידי חובתו בסוכתו של חבירו; וקרקע אינה נגזלת, וסוכה שאולה היא.

הקשו על כך הריטב"א ובעל כפות-תמרים ועוד אחרונים: נהי דקרקע אינה נגזלת ושאולה היא בידו, אולם שואל שלא מדעת גזלן הוי, ואם כן זוהי מצוה הבאה בעבירה (עי"ש מה שתירצו). משמע שמוסכם על הכל, ששואל שלא מדעת עובר בלא תגזול.

ועדיין צ"ע, אם יש לחלק בין גוי לישראל[8].

בשו"ת חכם-צבי (סי' כו) כתב, שגזל הגוי אינו אסור מצד החפצא של מעשה הגזילה, אלא מצד הגברא, שהגוזל משחית את מידותיו. וא"כ יש אולי מקום לומר, שבשואל שלא מדעת האיסור הוא מצד החפצא, שהבעלים מנועים מלהשתמש בו כל עוד הוא בידי הגזלן. ואילו הגברא אינו עובר עבירה, שהרי אינו מתכוון לגוזלו, אלא רק שואל אותו לזמן מוגבל. לפי"ז יהיה הבדל בין גוזל גוי לבין גוזל ישראל – הגוזל גוי, כל איסורו רק מצד הגברא; ובשואל שלא מדעת הגברא אינו עובר עבירת גזל, אין כאן גזל כלל, לא מבחינת הגברא ולא מבחינת החפצא. משא"כ בגוזל ישראל שהאיסור גם מצד החפצא סו"ס החפץ הוצא מרשותו של ישראל והשימוש בו נמנע לפחות לתקופה מסוימת.

אך ניתן לומר להפך: מבחינת החפצא אין כאן גזל, שהרי החפץ עומד לחזור לבעליו; והאיסור הוא רק מצד הגזלן, שנוטל חפץ של חברו ללא רשותו. ואם כן, אין הבדל בין ישראל לגוי. וצריך עיון, וספקא דאורייתא

8. **הערת עורך** (י. א.): מחי' חת"ס על סוכה (לא ע"ב ד"ה 'וכ' מג"א) משמע שדין שואל שלא מדעת בנכרי כישראל מדין גזל. וכ"מ משו"ת אדמת קודש (ח"א חו"מ סימן עז). אולם בשו"ת בצל החכמה (ח"ג סי' מח אות ו) כתב שאין בכך איסור גזל.

לחומרא. ואין זה ספק ממונא, שכן ברור שהממון שייך לגוי, ואין כאן שאלה ממונית כלל ועיקר. אלא כל השאלה היא האם מותר לישראל ליטול שלל זה בתורת שאלה, וזהו ספקא דאיסורא, שיש להחמיר בו.

ד. גדר איסורו של שואל שלא מדעת מגוי

בשיטה-מקובצת (ב"ק צז ע"א ד"ה אי נחית לה) **מובא בשם הראב"ד:**

שואל שלא מדעת – אף על גב דמשוינן ליה כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה ולכל אונסין, אפילו הכי לא נפיק ליה מכלל שואל. ואפילו בפחתא דאית ביה שינוי שמין לו שברים כשואל, **דלא קנסינן ליה** כולי האי.

מהלשון "קנסינן" משמע לכאורה שזהו קנס מדרבנן. וא"כ, יתכן שבשואל שלא מדעתו של הגוי לא גזרו, וצ"ע[9].

אך יתכן לומר בכוונת הראב"ד, שאמנם זהו קנס, אולם **התורה** היא שקנסה אותו. ולדעתו צריך לומר, שגם בגזל ממש יש כמה חיובים שהם מעין קנס. עיין נתיבות-המשפט (סי' קפב ס"א) שכתב שחיובי גזלן הם עונש, ולכן השליח חייב, למרות שהמשלח קונה[10]. הנפקא מינה תהיה לכמה נושאים, כגון לעניין חיובו של הגזלן במתה מחמת מלאכה, וכן לעניין חיובו כאשר בעליו עמו במלאכתו – שגזלן מן הסתם חייב במקרים אלו, אע"פ ששואל פטור. וזאת משום שהתורה קנסה כל גזלן, והעמידה את החפץ בבעלותו המלאה, כדי להטיל עליו אחריות, למרות שבעצם אינו שלו. וצ"ע אם גם שואל שלא מדעת חייב בנושאים שהדגמנו בגזלן; או שלא קנסוהו כגזלן, וייפטר כדין שואל. ולעניין החזרת השברים – גזלן אינו מחזירם, אלא משלם תמורתם; בעוד ששואל מחזירם, כי לא קנאם, כמבואר בב"ק יא ע"א. ודעת הראב"ד היא, ששואל שלא מדעת לא קנאם, כי השברים הם גופו של החפץ, ולא שימושו; והוא הרי לא התכוין לגזול את גוף החפץ אלא רק את שימושו, ולכן אין מקום לקונסו על השברים של גוף החפץ.

במסכת עבודה זרה (עה ע"ב) מובא:

איבעיא להו: משכנתא, מאי? אמר מר בר רב אשי: אבא משכן ליה עובד כוכבים כסא דכספא, ואטבליה ואישתי ביה. ולא ידענא אי משום דקסבר משכנתא כזביני דמיא, אי משום דחזי לעובד כוכבים דדעתיה לשקועיה.

והרי המשתמש במשכון הוי שואל שלא מדעת, וכיצד השתמש רב אשי במשכונו של הגוי שלא מדעתו?

9. אם נאמר כן, יש ליישב את קושית הריטב"א ובעל כפות-תמרים הנ"ל, מדוע הכשירו חכמים סוכה גזולה, הרי זוהי מצוה הבאה בעבירה, כי גם לרבנן אסור לגזול קרקע? עתה י"ל, שלרבנן קרקע אינה נגזלת לעולם, והגוזלה אינו אלא משתמש בה שימוש זמני, דהיינו: שואל שלא מדעת. ואם אכן שואל שלא מדעת אינו עובר באיסור לא תגזול מהתורה, אין כאן מצוה הבאה בעבירה. אלא א"כ נאמר שגם בגזל דרבנן הוי מצוה הבאה בעבירה – עיין שדי-חמד כרך ד עמ' 334-5, שהביא דעות שונות בעניין זה.

10. מיהו, לעניין חיוב אונסין נלענ"ד שאינו משום קנס, אלא חיובו משום דלא גרע משואל מדעת, שחייב באונסין משום שכל ההנאה שלו (ועי' סנהדרין עב ע"א).

קושיה זו הקשה בשו"ת החתם-סופר יו"ד סי' קיד, וז"ל:

ומהרי"ל כתב: אסור לשמש במשכנתא של עכו"ם, דשואל שלא מדעת גזלן הוא, חוץ מליל פסח – עי' ט"ז יו"ד קכ,יד, ועי' מגן-אברהם תעב, ב, ע"ש. א"כ י"ל הא דרב אשי הי' משמש במשכונו של גוי, לא היה בליל פסח. ומספקא לי' למר בר אשי, אי ס"ל לאביו גזל גוי אסור (עיין תוס' ב"ק קיג, שהסתפקו מה דעת רב אשי) ואסור לשמש; ועל כרחך מה שהי' משמש, הוא משום דחזי דעתי' דגוי לשקועי. וס"ל בדיניהם אין אסמכתא, כנ"ל, וסמך שהתלמידים יבינו כך מדמשמש – והרי גוזל! – וע"כ יבינו דעתי' לשקועי'. וממילא אין לנו להמציא דמשכנתא שאין דעתו לשקועי יהיה כזבינא, דמהיכי תיתי יהיה עדיף משאלה?

או דלמא, הי' ידוע להתלמידים דס"ל גזל עכו"ם מותר, ומשום הכי שתי בי', אע"ג דאין דעתי' לשקועי, דמותר לגוזלו. והא דהטביל – משום דמשכנתא עדיף משאלה, והוה כזביני. ולא איפשיטא ליה למר בר רב אשי. מיהו אנן קי"ל גזל גוי אסור, וכן פסק רמב"ם, כמו שהוכיח חכם-צבי סי' כו, עיין שם. ע"כ אמרינן: ודאי רב אשי לא היה שותה, לולי דדעתי' לשקועי, ולטעמי' אזיל דאסמכתא קניא בדיניהם; ולדידן לא בעי טבילה כלל.

מבואר אפוא בדבריו, שאסור לשאול מגוי שלא מדעת. ומשמע שהאיסור הוא לא תגזול מהתורה.

וכנראה נחלקו בדבר הרב מלאדי והאבני-נזר (או"ח סי' מד):

גם מה שהמציא היתר על פי דברי הרב מלאדי באורח חיים סי' תמ, דיכול למכור חפץ של גוי – שכיון שרוצה לשלם דמיו, אין איסור גזל, רק משום לא תחמוד דליתי' בגוי... דברי הרב מלאדי הם רק במטלטלין, שבישראל נמי קונה אותו לענין אונסין, וברשותי' קאי. ובגוי, דליכא איסור, קונה להיות שלו לגמרי.... ודברי הרב צ"ע לדעתי, דכיון שאינו משלם המעות תיכף, **ודאי עובר בלא תגזול**, דאפילו שואל שלא מדעת גזלן הוה[11].

ה. מסקנה

נראה, שהדבר תלוי במה שפתחנו – מהו גדר השלל? האם הבעלות הופקעה, והאיסור הוא רק איסור גברא; או שהבעלות לא הופקעה, והאיסור הוא איסור חפצא? ונראה לומר:

א. אם הנוהג הוא להשתמש בכלים, כנראה שאין הדבר כלול באיסור הביזה שהטיל הצבא על חייליו.

ב. אף אם היתה פקודה מפורשת לאסור את השימוש בכלים, מכיון שמעיקר הדין השלל שייך לצבא, והאיסור הוא רק איסור גברא, והנוהג המקובל הוא

11. **הערת עורך תחומין – הרב אורי דסברג ז"ל**: אותו דיון יש לערוך על איסורי גזילה אחרים, שלכאורה הינם איסורי גברא ולא חפצא, כגון: הגוזל על מנת למיקט.

שהחיילים משתמשים בכלים – אין כאן איסור גזל.

ג. אולם אם תהיה הוראה אחרת – הרי זה ספק, וספיקא דאורייתא לחומרא.

סימן נט

עובר שמת כתוצאה מתאונת דרכים

שאלה[1]

מי שהיה מעורב בתאונת דרכים ופגע באשה מעוברת, כתוצאה מהתאונה, העובר נולד בניתוח קיסרי והוצא חי, לא שרד. הנהג הורשע על נהיגה ברשלנות. השאלה היא האם ניתן להאשימו בגרימת מוות ברשלנות, כי בזמן התאונה העובר ניזק בצורה חמורה וכתוצאה ממנה נגרם מותו אחרי לידתו, או שמכיון שברגע הפגיעה העובר היה עדיין במעי אמו אין להאשימו בגרימת מוות.

א. תשובת משרד המשפטים – אדם נידון על תוצאות מאוחרות של מעשיו

אדם חייב על רציחה גם אם הנרצח לא מת מיד, אלא כעבור זמן רב, אם אכן מותו נגרם כתוצאה ישירה מפגיעת הרוצח. אולם כאן המקרה שונה. במשך הזמן שעבר מהפגיעה עד המוות השתנה מעמדו של העובר והוא הפך לילוד שעליו חלים דיני רציחה, האם יש להאשים את הנהג בהריגת **ילוד** שעליה חלים דיני **רציחה**, או שמא דנים אותו כפי שהיה בשעת התאונה, שהיה עדיין **עובר** במעי אמו ואין להאשימו ברציחה אלא **בחבלה** ובנהיגה ברשלנות בלבד. אילו היינו דנים אותו לפי דיני ישראל בזמן שעונש מוות נהג, ברור שגם אם היה מזיד לא היו מענישים את הנהג עונש מוות, כי לא היתה כוונת זדון ולא התראה. וגם אם היה שוגג, כפי שמסתבר בנ"ד, שזהו גדרה של נהיגה רשלנית, לא היה חייב גלות, כי העובר לא מת מיד. וגם אם היה מת מיד לא היה חייב על עובר. כל הדיון הוא על ענישה אחרת, מדין המלכות, הנוהג גם כאשר משפט התורה תקף. יש מקום להקיש מדין התורה על דין המלכות בשאלה העקרונית האם יש להחמיר בעונשו כאילו הרג ילוד או להקל כדין הורג עובר.

תשובת משרד המשפטים מתבססת על סברת הנמו"י בב"ק פ"ב שדנים את כל התהליך כאילו נעשה כולו בתחילתו. הנמו"י בב"ק פ"ב דן במצית אש ומת. הנזק נעשה לאחר מותו בכ"ז הוא חייב למרות שהשתנה דינו. וכן מותר להדליק נרות בע"ש למרות שהם ממשיכים לדלוק

1. נושא זה הופנה אלי בזמנו ע"י המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים. העליתי את התשובה על הכתב אך בגלל טרדותי היא לא נשלחה לבסוף ליעודה. לאחרונה קראתי בעיתונות שניתן פס"ד בנושא בבהמ"ש. הדבר עוררני לעבור על תשובתי מחדש ולהתקינה לדפוס.

בשבת. בשני מקרים אלו משתנה הדין מחי למת ומחול לשבת. ובכ"ז דנים אותו כאילו היה דינו הסופי כבר בתחילה. ואף כאן מכיון שבסוף התהליך הילד מת יש להאשימו כבר בתחילת התהליך בהריגה כאילו הרגו בשעת התאונה, ולא רק בנהיגה ברשלנות, לפי מצבו המשפטי בעת התאונה.

ב. דחיה ראשונה – הבחנה בין הגברא לחפצא

לענ"ד אדרבה, לפי הנמו"י יש לדונו כאילו הנהג הדורס הרג בשעת התאונה עובר ולא יילוד. שהרי הנמו"י סובר שמטילים עליו את הדין שהיה נוהג בזמן ההצתה. אם ההצתה היתה ביום חול הוא נידון כמי שעשה את המעשה ביום חול, למרות שהשריפה היתה בשבת. וכמו"כ אם בזמן השריפה המצית כבר מת דנים אותו על שעת ההצתה כאילו עשה את כל המעשה בהיותו חי ודמי הנזק חלים על רכושו ולא על היורשים. וא"כ ה"ה גם כאן לדבריהם הנהג נחשב כאילו כבר הרג את הילוד ברגע הדריסה והרי באותה שעה היה עדיין **עובר** ואין להאשימו ברציחה.

ואין לומר שלפי הנמו"י גם העובר נחשב כאילו היה כבר ילוד ברגע התאונה. כי יש להבחין בין הגברא לחפצא. רק הגברא נחשב כאילו עשה את המעשה כבר בתחילה, אך החפצא – הילוד – לא נחשב ילוד אלא רק כשנולד בפועל, ואיננו מתיחסים אליו כאילו נולד כבר מעיקרא כילוד גמור.

הבחנה זו בין הגברא לחפצא מסתמכת על דברי ר' יוחנן במסכת תענית דף כט ע"א: "אלמלי הייתי באותו הדור – לא קבעתיו אלא בעשירי, מפני שרובו של היכל בו נשרף". והרי ר' יוחנן הוא שסובר בב"ק כב אשו משום חיציו, וא"כ לדעת הנמו"י השרפה היתה כולה בתשיעי? אלא ע"כ יש לחלק בין הגברא לחפצא. הגברא השורף חייב על כל השרפה כבר בהתחלה. אולם אנו מתאבלים על החפצא, על הבית שנשרף, והוא נשרף בעשירי.

הבחנה זו בין חיוב הגברא לחפצא עולה מהסוגיה בב"ק כו ע"ב:

> ואמר רבה: זרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסייף – פלוגתא דר' יהודה בן בתירא ורבנן. דתניא הכוהו עשרה בני אדם בעשרה מקלות, בין בבת אחת בין בזה אחר זה – כולן פטורין.

כלומר לרבנן שהלכה כמותם כל אחד עשה רק חלק מהרציחה לכן שניהם פטורים. ומדוע לא נאמר שהראשון שזרק את התינוק כבר נחשב כרוצחו ורק הוא יתחייב לבדו על הרציחה? שהרי מי שזרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל – פטור, מאי טעמא? מנא תבירא תבר. ולכאורה מה ההבדל בין זורק כלי לזורק תינוק? וע"כ צ"ל משום שהתינוק עדיין חי עד הרגע שבא השני וקבלו בסייף. ויש הכרח אפוא לחלק בין כלי לתינוק. בזורק כלי – הראשון חייב לדעת הנמו"י שהולך בתר מעיקרא כי הוא נחשב כשובר את הכלי מיד עם זריקתו. אך זורק תינוק א"א להגדירו כרוצח מיד עם זריקת התינוק כי מצד החפצא של התינוק הוא עדיין חי עד הרגע האחרון.

לעניין חיוב ממון אין צורך שהכלי ייחשב כשבור מהרגע הראשון, אדם חייב לשלם על נזק שהוא אחראי לו (להלן יוסבר הדבר יותר) או כדעת התוספות משום שלכלי אין כבר ערך ממוני מהרגע הראשון, או כדעת הנמו"י שזורק אבן וכן מצית אש הוא אחראי על השרפה מהרגע הראשון. לפי הסבר זה

הנמו"י חולק על התוס' (ב"ק י"ז ב ד"ה זרק כלי) שכתבו "סברה פשוטה היא לחלק בין זורק חץ לזורק כלי". וסברתם הפשוטה היא שבזורק חץ הכלי עדיין במקומו ולא ניכר בו שום שינוי, משא"כ זורק כלי, הכלי עצמו בתהליך מוחשי ומשמעותי של התרסקות. השינוי ניכר לעין. כלומר זהו נזק ניכר. לדעת הנמו"י גם כשהנזק עדיין לא ניכר בעליל הולכים בתר מעיקרא, כאילו כל הנזק נעשה מיד. ואכן לדעת הקצות בסי' שצ ס"ק א הנמו"י חולק על התוס'. אך כבר הוכיחו מהנמו"י עצמו שגם הוא מסכים לסברת התוס'. ולכן הסבר זה צ"ע.

ג. דחיה שניה – דעת הרי"ף

לדעת הרמב"ן (במלחמות סוף פ' כיצד הרגל בפי' השני) הרי"ף חולק על הנמו"י. הוא לא הולך בתר מעיקרא אלא בתר השתא, ובכ"ז השני פטור, כי לכלי לא היה כבר ערך כספי, וכנ"ל שכלי הנזרק איבד את ערכו. אין מי שיקנה אותו. משא"כ חיי אדם. אלו אינם נמדדים בערך ממוני, כל עוד נשמת חיים באפו הוא אדם חי. והביא ראיה מזורק תינוק שהראשון פטור וע"כ משום שהוא עדיין לא מת. וכן מכופר.

(גם הנמו"י יכול לחלק בין ערך ממוני של כלי לבין חיי אדם, למרות שסובר בתר מעיקרא).

גם הרמב"ן מבחין בין חיוב הגברא לחפצא. אולם בכיוון הפוך מהנמו"י. מבחינת הגברא, הראשון לא עשה דבר כי בתר תבר מנא אזלינן. אך מבחינת החפצא הכלי כבר אין לו ערך ממוני מיד עם השלכתו. לכן השני פטור. ואילה"ק שהראשון יתחייב משום שהפסיד את הכלי ע"י שהפך אותו מכלי בעל ערך לכלי שאין לו דמים, כי י"ל דהוי כנזק שאינו ניכר.

הרמב"ן לא מקבל את חילוק התוס' בין זורק חץ לזורק כלי כסברה כ"כ פשוטה, אלא כשם שזורק חץ אין שינוי בכלי, כך בזורק כלי עצמו, אמנם הוא מאבד מערכו, כי אין לו קונה, אך לא ניכר בו עצמו שינוי. השינוי הוא רק במצב התנועה שבו הוא נמצא. זהו שינוי חיצוני לא מהותי לכלי עצמו.

אין אפשרות להסתמך רק על סברת הנמו"י כאשר הרי"ף התוס' והרמב"ן (וכן הרמב"ם ר' שלטי הגבורים ריש פ' כיצד הרגל) חולקים עליו.

ד. דחיה שלישית – הסבר חדש בדבר הנמו"י

עצם ההנחה שלדעת הנמו"י החיוב חל למפרע אינה מוסכמת. כי יש לכך הרבה סתירות בתלמוד. הובאה ראיה מזבחים (טו ע"א):

> בעא מיניה רבי ירמיה מרבי זירא: היה מזה, ונקטעה ידו של מזה עד שלא הגיע דם לאויר המזבח, מהו? וא"ל: [פסולה, מ"ט]? והזה... ונתן בעינן.

משמע שאלמלא גזה"כ היתה ההזאה כשרה כי הולכים בתר מעיקרא.

אך יש להביא ראיה נגדית מכתובות (לא ע"א):

> הזורק חץ מתחילת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו פטור שעקירה צורך הנחה.

ולפי הנמו"י שהכל נעשה מעיקרא, גם חיוב השבת וגם חיוב הממון חלו מיד בתחילה א"כ ל"ל הטעם של עקירה צורך הנחה? (אבני נזר או"ח סי' מח אות י).

ובשבת קב ע"א זו מחלוקת רב כהנא ורבא בזורק ונזכר מאחר שיצתה מידו. לר"כ חייב חטאת כי הולכים בתר מעיקרא

וכשזרק היה שוגג, ולרבא פטור משום דלא הוי תחילתו וסופו בשגגה, כי לא הולכים בתר מעיקרא.

האבני נזר (שם) מפרש שכוונת הנמו"י אינה כפשוטה שכאילו כל המעשה נעשה ברגע הראשון. גדר הדברים שונה. רק אחריותו של האדם על מעשיו בעודו בחייו משעבדת את רכושו ברגע הראשון ולכן יורשיו חייבים לפרוע את חובותיו מהרכוש שהוריש להם. אולם עצם המעשה נעשה בשעתו (ר' שם הוכחותיו ובדומה לזה כתבו ר' אלחנן וסרמן בקובץ שעורים לב"ב שפ"א והגר"ש שקופ ב"ק סי' א).

ה. דחיה רביעית – חילוק בין מעשה רציף להליך משפטי

ועוד לענ"ד נראה לחלק בין הנושאים.

גם אם נניח כפי שמשתמע לכאורה מפשט דברי הנמו"י שהחיוב חל למפרע, לא ניתן לומר זאת אלא במעשה רציף אחד. כגון חץ המועף מנקודה אחת לחברתה, שלא ניתן להפריד בין תחילת המעשה לסופו (וה"ה לאש לר' יוחנן שאשו משום חציו).

ראיה לכך מכתובות לא ע"א:

> אמר רבי אבין: הזורק חץ מתחילת ארבע לסוף ארבע וקרע שיראין בהליכתו – פטור, שעקירה צורך הנחה היא.

והגמ' מסבירה זאת בשני אופנים:

> אי אפשר להנחה בלא עקירה... אי נמי, אי בעי לאהדורה לא מצי מהדר לה. מאי איכא בין האי לישנא להאי לישנא? איכא בינייהו: המעביר סכין ברה"ר וקרע שיראין בהליכתו, להך לישנא דאמרת אי אפשר להנחה בלא עקירה, הכא נמי אי אפשר להנחה בלא עקירה; להך לישנא דאמרת לא מצי מהדר לה, הכא מצי מהדר לה.

ופסק הרמב"ם בהלכות גניבה (פ"ג ה"ב) כלישנא בתרא:

> כיצד, זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו, או שהדליק גדיש חבירו בשבת... הרי זה פטור מן התשלומין שאיסור שבת ואיסור גניבה והיזק באין כאחת.

כל הסוגיות הנ"ל עוסקות במעשה רציף אחד, שלא ניתן להפריד בין תחילתו לסופו. משא"כ בנ"ד שלא היה רצף בין התאונה לבין התוצאה, אלא שבתוך התהליך המשפטי נשתנו סעיפי האישום. הליך משפטי פלילי אינו תהליך רציף טבעי של מעשה אחד הנעשה מכוח אחד. לכן לא ניתן לומר שהחיוב חל למפרע (ר' גליון הש"ס לגרעק"א מכות ה ע"א שהבחין בין דיני ממונות לדיני קנסות ודיני נפשות. בדיני ממונות החיוב חל למפרע. כי ביה"ד לא מחיל על החייב דין חדש. הוא רק מברר את חיובו מעיקרא. אך דיני נפשות ודיני קנסות הם עונשים שביה"ד מטיל **עתה** על הנידון. החיוב חל רק מכאן ולהבא. וזו גם כוונת הירושלמי שהובא ע"י הגר"א בהגהותיו לב"ק עד ע"ב. ור' תוס' ב"ק לג ע"ב בהמשך לדבריהם בע"א וצ"ל שפלגא נזקא בשור תם שאני מיתר הקנסות.)

העולה מכל האמור שדברי הנמו"י עוסקים בנושא ספציפי של זורק חץ, שהוא מעשה רציף אחד, שתחילתו בפטור וסופו בחיוב (כגון נר בע"ש) וכן להפך שתחילתו בחיוב וסופו בפטור (כגון מזיק שמת). הוא לא

עוסק בשאלה המשפטית שלפנינו שתוך כדי התהליך המשפטי השתנה מעמדו של הנאשם והוחלפו סעיפי האישום.

ו. חילוק בין הגברא לחפצא

אמנם אפשר לומר שהליך משפטי אינו כזורק חץ, אך מותו של הילוד בכ"ז דומה יותר לאשו משום חיציו. העובר נפגע בתאונה בצורה כה קשה עד שלבסוף מת. וכלשון הגמ' בב"ק לד ע"א קרנא דתורא קבירא ביה. וכן כל רוצח, שבעת המעשה רק פצע פציעה אנושה וכתוצאה ממנה לבסוף הנחבל מת, הרוצח חייב מיתה. התהליך המשפטי רק נגזר מהתהליך הטבעי. והתהליך הטבעי דומה לחץ.

אלא שהדבר תלוי, אם הפציעה היתה אנושה והסבירות הגבוהה היא שהפצוע לא ישרוד, יש לו דין רוצח כבר בתחילה. אמנם עדיין אין להעמידו לדין כרוצח אך הוא חשוד ברצח ועל כך דרשו בכתובות לג ע"ב:

> אם יקום והתהלך בחוץ על משענתו ונקה המכה, וכי תעלה על דעתך שזה מהלך בשוק וזה נהרג? אלא מלמד שחובשין אותו, ואי מית – קטלינן ליה, ואי לא מית – שבתו יתן ורפא ירפא.

(המקבילה בימינו היא מעצר עד תום ההליכים המשפטיים).

אם לבסוף הפצוע ימות הרוצח יידון כרוצח לכל דבר. אך אם הפציעה לא היתה אנושה ויש סבירות שהפצוע יחלים, אם כי יש גם סבירות הפוכה, מן הסתם לא ניתן לרוצח להעלם (אלא עליו להפקיד את דרכונו ולהתייצב במשטרה לעתים מזומנות), אך מסופקני אם חייבים להניח אותו במשמר. ואם הפצוע ימות לבסוף מפציעיו, רק לאחר מותו אנו מבינים למפרע שהגורם למותו היה הפציעה ולכן יש לחייב את הרוצח על רציחה. אולם עד אז דינו תלוי ועומד. כי אדם אית ליה מזלא ויש מקום להתפלל וסממניה בידן והרבה שלוחים למקום לרפאותו. אין הדבר דומה לחץ שלא ניתן לשנות את מעופו. אמנם גם באש עצמה יש מצבים שבהם היא ניתנת לכיבוי, אך לעניין חיוב ממון הטילה התורה את מלוא האחריות עליו כאילו היו חציו ממש (ואכן דעת הר"ן בסנהדרין עז ע"ב שברוצח אשו אינה כחציו וכנראה זו גם דעת הרמב"ם ור' חכמת שלמה ב"ק כד ע"א). רק רוצח שפגע באדם ועשהו גוסס, שאין כמעט שום סיכוי שיירפא מפציעתו, אלא בדרך נס, יש מקום להשוותו לחץ. וצ"ע מה היה המצב בנ"ד.

אך בלאו הכי נלענ"ד שאם היה מדובר בחובל ילוד שיש עונש מוות על הריגתו, גם אם החבלה לא נראתה מסוכנת בשעתה אולם אח"כ המצב החמיר והילוד מת מפציעיו, יש להאשימו ברצח. כי איגלאי מילתא למפרע שלא חבלה היתה שם אלא רצח (כי זה הדין ולא בגלל שאשו משום חיציו). אולם זה שחבל בעובר במעי אמו שאין עליו עונש מות ומעיקרא הואשם בחבלה בלבד אע"פ שאח"כ התברר שמת מחמת הפציעה איגלאי מילתא למפרע שהרג עובר ולא ילוד וא"א להאשימו ברציחת ילוד. ויש להשאיר בעינו את סעיף האישום הראשון.

ז. סיכום הדחיות

יש לערער את ההסתמכות על סברת הנמו"י שהולכים בתר מעיקרא מכמה סיבות:

א. הרי"ף, לדעת הרמב"ן, חולק וסובר שבתר תבר מנא אזלינן. ויש מפרשים כן גם בדעת הרמב"ם.

ב. הנמו"י עצמו התיחס רק לחיוב ממון אך ברציחה מודה שהולכים אחרי הסוף, או שבגלל החפצא נידון תמיד רק לפי הסוף, או שרציחה שאני שכל עוד האדם חי אין להתיחס אליו כאל מת.

ג. כוונת הנמו"י היא רק לעניין אחריותו הממונית של הפושע שממונו משועבד כבר מהרגע הראשון אולם גם הוא מודה שלא הולכים בתר מעיקרא.

ד. אין לדמות נ"ד לסברת הנמו"י כי הוא מדבר על תהליך רציף שבו התוצאה תלויה בקשר סיבתי ישיר לסיבה הראשונה. נ"ד הוא הליך משפטי שבו התביעה רוצה לשנות את סעיף האישום.

ה. מי שחבל בעובר שמת לבסוף מפצעיו כשכבר היה ילוד, נדון כחובל בעובר ולא כהורג ילוד (הנושא יידון להלן בהרחבה).

[2]השוואת הנמו"י בין האמור למדליק נר בע"ש והמשך הבערתו בשבת צע"ג. איזו הו"א היתה לומר שחייב על בעירת הנר בשבת עצמה? הרי בשבת עצמה המדליק נח ולא עשה שום מעשה? (ולא מסתבר למשל לומר למ"ד יש שליח לדבר עבירה ששליח שהדליק נר בשבת יחייב את משלחו, סו"ס המשלח נח בשבת ר' חת"ס או"ח סי' פד) ור' קידושין מג ע"א בעניין שליח לאכילת חלב ולבעילת ערוה לא מצינו זה נהנה וזה מתחייב. ור' חזו"א (שבת סי' לו, א) בהסבר ההבחנה בין גרמא בנזיקין שהוא אסור לכתחילה לבין גרמא בשבת שהוא מותר, שהגורם למלאכה בשבת אמנם יש תוצאות בחפצא אך סו"ס הגברא לא עשה שום מלאכה אסורה. וצ"ל בדעתו שסובר שגם בשבת אין צורך שהאדם יעשה מלאכה בעצמו אלא אם המלאכה **מתיחסת אליו בדרך משפטית** למרות שגופו נח נחשב כמחלל שבת. אמנם זה מנוגד למקובל בין הפוסקים וראשי הישיבות, אך כנראה זו דעתו. או שי"ל שמדובר לדעתו באיסור דרבנן בדומה לאמירה לנוכרי בשבת לדעת רש"י בשבת קנג שהיא אסורה מדין שליחות מדרבנן. כי מדרבנן מעשה השליח מתייחס למשלח, למרות שמדובר בגוי שאינו בר שליחות מה"ת ובשבת אין שליח לדבר עבירה כנ"ל, בכ"ז העובדה שהמעשה מיוחס אליו אסור מדרבנן ה"ה היה מקום לאסור הדלקת נר בע"ש שהולך ודולק בשבת. (ור' אג"מ או"ח ח"ד סי' ס' שרצה לאסור מכוח סברה זו את השימוש בשעון שבת) וכוונתו להוכיח שאין לייחס את המשך זריקת החץ למעשה העבירה, גם לא מדרבנן, כי מבחינת האדם הזורק את החץ המעשה כולו נעשה עם זריקת החץ וכל התוצאות בהמשך כלולות במעשה ההתחלתי.]

ח. אשתני דינא אשתני קטלא

לענ"ד יש מקור אחר לשאלה העומדת בפנינו, במשנה בסנהדרין דף עא ע"ב:

> ברח (בן סורר ומורה) עד שלא נגמר דינו ואחר כך הקיף זקן התחתון – פטור, ואם משנגמר דינו ברח. ואחר כך הקיף זקן התחתון – חייב.

כלומר אם השתנה מעמדו של הנידון בין העבירה לבין גמר הדין פקע ממנו הדין המקורי והוא פטור (סביר להניח שלא ייפטר לגמרי אולם העונש המקורי כבר לא יחול עליו).

ובגמרא:

> אמר רבי חנינא: בן נח שבירך את השם

2. פיסקה מוסגרת זו אמנם לא שייכת לנושא, אולם א"א להזכיר את סברת הנמו"י מבלי להתיחס לגדרי מלאכות שבת, בהן הוא עוסק.

ואחר כך נתגייר – פטור, הואיל ונשתנה דינו נשתנית מיתתו.

ופסק הרמב"ם (הל' מלכים פ"י ה"ד):

בן נח שבירך את השם, או שעבד ע"ז, או שבא על אשת חבירו, או שהרג חבירו, ונתגייר פטור, הרג בן ישראל או שבא על אשת ישראל ונתגייר חייב, והורגין אותו על בן ישראל, וחונקין אותו על אשת ישראל שבעל שהרי נשתנה דינו.

העולה מהסוגיה הוא שאם משתנה מעמדו של הנידון בין העבירה להעמדה בדין גם הרכב ביה"ד וכן הענישה צריכים להשתנות עקב השינוי במעמד הנידון. אלא שהדבר תלוי, אם הענישה הראשונה היתה חמורה יותר אנו מענישים אותו בענישה הקלה העכשווית. כי הענישה הקלה כלולה בחמורה. אך אם להיפך, כגון שבמעמדו הקודם היה נדון בקלה ועתה בחמורה אין דנים אותו בענישה העכשווית, החמורה יותר.

ולענייננו, מכיון שבשעת העבירה היה נדון על הריגת עובר, שאינה עבירה חמורה כהריגת אדם, אין אפשרות לדונו עתה על עבירה חמורה של הריגת אדם.

ט. המשפט הפלילי ומשפט המלך

אנו רוצים להשליך ממשפט התורה על מערכת המשפט הכללית. ההנחה היא שההלכה מכירה במערכת משפטית זו בתחום הפלילי (בתחום הממוני יש ב"ה בתי דין הדנים עפ"י התורה, ולכן בתי משפט שאינם דנים עפ"י התורה הם ערכאות, משא"כ בדין הפלילי). מאחר שאין בתי דין הדנים בפלילים עפ"י התורה אנו מתיחסים למשפט הפלילי במדינת ישראל, כאילו היה משפט המלך. ר' מו"נ (חלק ב פרק מ):

האדם צריך אל הקיבוץ צורך הכרחי, אי אפשר בשום פנים שישלם קבוצו אלא במנהיג בהכרח... ולזה אומר שהתורה אע"פ שאינה טבעית יש לה מבוא בענין הטבעי.

כלומר המלכות אחראית לסדרי החברה עפ"י כללי הצדק הטבעי. התורה בהכירה בצורך החברתי הזה נותנת גיבוי לכך. ולד' הרמב"ם כפי שהסבירו האור שמח פ"ג מהל' מלכים ה"י משפט המלך גם בישראל הוא אוניברסאלי ומשותף לכל בני נח. כי מבחינה מסוימת גם עם ישראל כלול במין האנושי הכללי. משפט המלך מקביל לדיני ב"נ, שאף הם בנויים על כללי הצדק הטבעי. (ובסגנון המהר"ל: ב"נ פועלים לפי הטבע והתורה לפי השכל, ור' מש"כ באהלה של תורה ח"ד סי' טו ו-טז על דיני ב"נ.)

אמנם גם משפט המלך יונק את סמכותו ממשפט התורה. ולכן על המלך לכתוב את משנה התורה והיתה עמו כל ימי חייו. יושב בדין וספר תורה עמו (ר' דרשות הר"ן דרשה יא). אך בהרבה נושאים פרוצדוראליים משפט המלך אינו מחויב למשפט התורה, כגון לעניין ע"א והתראה. ולכן ספק אם יש מקום להשליך מדין התורה על משפט המלך בנושא זה. בכ"ז נראה שמכיון שמשפט המלך צריך לינוק את השראתו, ככל שניתן, מדין התורה, מן הראוי שגם בנושאים פרוצדוראליים יעשה כן.

אולם נראה לענ"ד שאנו מרכיבים באופן מלאכותי שתי מערכות משפט. משפט התורה ומשפט המלך. אם אכן הדין הפלילי מזוהה עם דיני ב"נ האוניברסאליים, הרי בדיני ב"נ גם הורג עובר חייב. וא"כ לפי דיני ב"נ כל דיוננו מיותר. מעמדו המשפטי של הנדון לא השתנה כלל בין המעשה לבין העמדתו לדין. במשך כל התהליך הסעיף

שהואשם בו הוא אותו סעיף של הריגה ואין הבדל בין עובר לאדם חי. כי לפי דיני בני נוח עובר דינו כאדם חי לכל דבר, שהרי ב"נ נהרג על העוברים. ואע"פ שליכא מידי שלב"נ אסור ולישראל מותר, באמת לא מדובר בהיתר לישראל. וכבר מוסכם שגם בישראל הריגת עוברים אסורה. אלא שבישראל אין עונשין מיתה על הריגת עוברים. זו לא קולא לישראל, אלא אדרבה חומרא. איננו רשאים להרוג אדם על הריגת עוברים. בכלל, כל דיני נפשות חמורים בישראל יותר מאשר בב"נ. בדיני ישראל אין הורגים אלא בשני עדים והתראה ובדיני ב"נ די בע"א וללא התראה. ובכך דיני ישראל חמורים יותר מדיני ב"נ.

נמצא אפוא שבדיני ב"נ לא חל בנ"ד שום שינוי במעמדו של הנידון. הוא נאשם על הריגה ונידון על הריגה.

לעומת זאת במשפט התורה הורג עובר אינו נדון בד"נ, אלא בדיני ממונות. עליו לשלם דמי חבלה לאשה ופיצוי לאבי העובר מדין דמי ולדות. ודין זה חל למפרע. (גם אם נניח שדמי ולדות הם עונש ולא ממון ר' מש"כ מו"ר הגר"ש ישראלי הו"ד בהקדמה לח"ד של האנצ' ההלכתית רפואית של הרב פרופ' אברהם שטיינברג. הם אינם קנס אלא חיוב ממון). ורק אם האשה נהרגה דנים אותו בדיני נפשות. ואז הוא לא נדון בדיני ממונות, משום קים ליה בדרבה מיניה. (גם אם נהרגה בלי כוונה אין דנים אותו בד"מ משום קלב"מ, ר' כתובות לו ע"ב).

וא"כ ממנ"פ, מדין המלכות דינו כדיני נפשות ואילו מדין התורה דינו כדיני ממונות ולא חל כאן כלל דין אשתני דינא שהוא בשני סוגי דיני נפשות ולא בדיני ממונות. ואילו אנו משליכים מדיני נפשות של דין התורה, שאינו חל כאן, על דין המלכות שמחילים כאן דיני נפשות. האם אין כאן כלאיים?

י. סמכותו של משפט המלך

מסתבר שגם לפי דין תורה ההורג עובר אינו נפטר בתשלום דמי ולדות בלבד. סו"ס עבר עבירה חמורה שב"נ חייבים עליה מיתה. ולכן הדין נותן שגם בי"ד ישראל צריך להענישו עונש חמור, בנוסף לדמי ולדות. אלא שהתורה לא קבעה מה עונשו והדבר מסור למשפט המלך. המלך לא חייב להעניש עונש מוות להורג עוברים, זהו אמנם מעין דיני נפשות, אך לא באותה חומרה. ולפי האמור מן הראוי שהמלך יאמץ את כללי ההלכה, שהרי לשם כך הוא כותב את משנה התורה, ולפי דין התורה יש כאן שני דיני נפשות דין עובר ודין ילוד. ומן הראוי שגם מלך ישתמש כאן בכלל של אשתני דינא.

גם הדין הפלילי הנוהג במדינה עושה פשרה בין דיני ב"נ, שבהם הורגים על עוברים, לבין דיני ישראל, שלפיהם הורג עובר לא מואשם ברצח, למרות שעבר עבירה חמורה של הריגת עובר. הריגת עובר היא עבירה פלילית אך אינה רצח. אולם עם לידתו של העובר ומותו אח"כ העבירה הפכה להיות רציחה. נראה לענ"ד שבמקרה זה מן הראוי שמערכת המשפט הפלילי תאמץ את כללי ההלכה של נשתנה דינו ואין לדונו על רצח.

ור' חלקת יואב מה"ת סי' יד שגם בני נח עצמם אינם חייבים להעניש עונש מוות דווקא על כל עבירה. הם רשאים להקל בענישה. רק כאשר אין ענישה מסודרת אחרת העונש הקבוע הוא מיתה. (ר' חלקת יואב שם שהק' מדוע ב"נ חייב על העוברין הרי

בלא"ה הוא חייב מדין חובל. ותי' לשיטתו שאין חיוב מיתה מוחלט על חבלה, כי היא עבירה שבין אדם לחבירו וניתן להענישה בענישה אחרת, משא"כ על המתת העובר זו עבירה שבין אדם למקום ואין שום סמכות להמיר את עונש המות בענישה אחרת.)

מה גם שמלך ישראל אינו משועבד לגמרי לדיני ב"נ. אדרבה נקודת המוצא שלו היא דיני ישראל. אלא שהתורה נתנה לו סמכות להעניש במקום שלפי דין התורה הנאשם פטור מעונש. וא"כ רשאית המלכות להחמיר בעונשו של ההורג עובר (בתנאי שלא תוותר על פיצוי הולם למשפחת הקרבן, בדומה לדמי וולדות. כי לפי דין תורה הקרבן הוא צד גם בדין הפלילי ויש לפצותו. ענישת הפושע ללא פיצוי הולם לקרבן אינה צודקת).

לענ"ד נקודת המוצא של דין המלך צריכה להיות גורם ההרתעה. מה ירתיע יותר את העבריינים.

מנקודת ראות זו לא נראה שנהג שפגע בעובר ללא כונה יירתע יותר אם ידע שעונשו יוחמר במקרה שהעובר ימות לאחר לידתו. הרי הוא לא התכוון בכלל, לא לעובר ולא לילוד. הוא לא ידע כלל מי נסע ברכב בו התנגש. הוא נהג ברשלנות, וכל נהיגה כזאת היא מסוכנת ומסכנת, כי היא עלולה לעלות בחיי אדם. ולכן בין אם נהרג בה אדם בפועל, ובין אם לא, מגיע לו עונש ראוי. מבחן התוצאה אינו חייב לשמש סיבה לענישה, אלא סימן לרשלנות הפושעת, אם אכן היתה כזאת. ולכן די בענישה מרתיעה.

סימן ס

הגנה עצמית ("האינתיפדה" בהלכה)*

ראשי פרקים

הקדמה

א. הורג רודף כשניתן להציל באחד מאבריו

1. נחשב כצדיק
2. צדיק בדיני אדם בלבד
3. דעת הראב"ד: חייב בדיני אדם

ב. ההורג רודף שניתן להצילו באחד מאבריו פטור בדיני אדם

1. העדר התראה
2. הרודף הפקיר עצמו למיתה
3. הקושי בהערכת המצב
4. הרודף הוא "בר קטלא" מידי הנרדף
5. הרודף הוא "בר קטלא" מידי מי שאינו יכול להציל באברים

ג. חובתו של הנרדף לדקדק באופן הצלתו

ד. פגיעה ברודף לאחר הפיגוע

1. תגובה מיידית ותגובה מאוחרת
2. עוצמת התגובה

ה. פגיעה ברודף כדי להעמידו לדין

ו. מצב מלחמה

1. אופיה הציבורי של מלחמה
2. מלכות הנוהגת "איפה ואיפה"

ז. התנהגות הפרט בואקום שלטוני

ח. מסקנות

* * *

בתקופות של "אינתיפאדה"[1] השתוללו מהומות ברחבי ארצנו. רבבות(!) פיגועים של אבנים ובקבוקי תבערה, שהושלכו בעיקר על רכבים אזרחיים וצבאיים הנעים בכבישים, גרמו בחלק מהמקרים לאסונות נוראים, כגון אשה שנשרפה חיים על שלושת אפרוחיה. רק בחסדי ה' יתברך מספר האסונות הוא קטן יחסית למספר הפיגועים.

מצד אחד עומד הצבא בגבורה של התאפקות ומסירות נפש על משמר הבטחון, אולם ראשיו מודים שאין הם מסוגלים להשליט חוק וסדר בכל מקום. הוראות הפתיחה באש מוגבלות למקרים קיצוניים בלבד. אזרחים הנקלעים למצבים קשים ומסוכנים אינם יודעים תמיד כיצד לנהוג. מאמר זה נועד לברר את עמדת ההלכה בנושא זה, ובפינו תפילה שלא תצא תקלה מתחת ידינו.

הקדמה

המקורות שנדון בהם עוסקים **בישראל** הרודף אחרי ישראל אחר להורגו. לעומת מאמרנו אשר עוסק **בגוי** הרודף ישראל. לכאורה יש להבחין בין שניהם. בדרך כלל ישראל שהרג ישראל חייב מיתה. ישראל שהרג גוי – פטור. אולם למרות השוני יש מקום להשוות בין גוי הרודף אחרי ישראל

* פורסם בתחומין כרך י עמ' 62 ואילך. העריכה של מערכת תחומין.

1. המאמר הודפס בשנת תשמ"ט. בינתיים היו עוד אינתיפאדות ואירעו אירועים קשים נוספים גם מצד הטרור הערבי שהתגבר וגם ע"י תגובות שכנגד בשם "תג מחיר" אך בכ"ז משנה לא זזה ממקומה מלבד תוספות קטנות.

לישראל הרודף ישראל. כי בעקרון איסור "לא תרצח" חל בין על גוי ובין על ישראל (ר' ס' החינוך מצ' לז שסתם. לדעת הרמב"ם מקור האיסור הוא הפסוק "שופך דם האדם באדם דמו יישפך כי בצלם אלקים עשה את האדם" שנאמר לבני נח כולם, ר' כס"מ הל' רוצח פ"ב הל' יא). אמנם רודף הוציא את עצמו מכלל בני האדם הנורמטיביים ומותר להציל את הנרדף בנפשו של הרודף. אך בכ"ז אם ניתן להציל את הנרדף באחד מאברי הרודף אסור להורגו (בימינו מכנים מדיניות זו בשם "הוראות פתיחה באש") גם כלפי גוי רודף קיימות הוראות הפתיחה באש, שהרי איסור רציחה חל גם כלפיו. ולכן גם על יחיד הנרדף ע"י גוי חל הכלל של הצלה באחד מאבריו. אדרבה, מבחינה מסוימת הוראות הפתיחה באש בבני נח חמורות יותר מבישראל, שהרי גוי שהרג גוי שרדף אחריו, כאשר ניתן היה להצילו באחד מאבריו, חייב מיתה. משא"כ בישראל (ר' להלן). אמנם גוי שניסה להרוג ישראל אם יובא לדיון בבי"ד ייענש, אולי ביתר חומרה מאשר ישראל שיידון במצב דומה. בכ"ז אין דינו מסור לכל אחד, אלא רק לבי"ד. גם אם הוא מוחזק לרודף, לכל היותר יש לו דין מורידין ולא מעלין שהרי לא ייגרע ממוסר ישראל שדינו כן (ר' ע"ז כו) דהיינו לסבב לו מיתה בעקיפין, אולם להורגו בידיים לא מצינו. אמנם לצבא יש מעמד אחר, של מלחמה, אלא א"כ נגדיר כל יחיד הנמצא בסיכון כחייל שחלים עליו כללי המלחמה. אך לא יתכן לומר כן. צבא הוא גוף מאורגן (המילה "צבא" בעברית היא ארגון מסודר כגון "צבא השמים"). העוסק בלחימה חלים עליו כללים אחרים מאשר ליחיד.

א. הורג רודף כשניתן להציל באחד מאבריו

1. נחשב כצדיק

כתב הרמב"ם (הל' רוצח פ"א הי"ג): "כל היכול להציל באבר מאבריו ולא טרח בכך, אלא הציל בנפשו של רודף והרגו, הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בי"ד ממיתין אותו". הוא חזר על הלכה זו אגב הלכות בני-נח (הל' מלכים פ"ט ה"ד): "וכן אם הרג רודף שיכול להצילו באחד מאבריו, נהרג עליו, מה שאין כן בישראל".

כאן השיג עליו הראב"ד: "קשיא ליה אבנר". כוונתו להקשות מהסוגיא בסנהדרין (מט ע"א) ששלמה דן את יואב למיתה על הריגת אבנר. יואב טען, שהוא היה גואל הדם של אחיו עשהאל, שנהרג ע"י אבנר. עפ"י המסופר בתנ"ך, עשהאל רדף אחרי אבנר, ואבנר הכהו אל החומש (רש"י: "כמו דופן חמישית מקום שמרה וכבד תלויין שם"). היתה לאבנר אפשרות להינצל ע"י פגיעה באחד מאבריו של עשהאל. אם אבנר נחשב לרוצח – יואב פטור. ואם אבנר עשה כדין – יואב חייב. בסוף המו"מ בין יואב לשלמה אמר שלמה ליואב: "ניזיל אבנר". הראב"ד מפרש את הגמ' כרש"י: "דינו של אבנר פטור אתה עליו". כלומר, אבנר נחשב כרוצח, וחייב מיתה. ולכן קשה על הרמב"ם, שפטר אותו ממיתה בידי אדם.

יש שתרצו (עי' משנה-למלך), שיואב היה גואל הדם, ולגואל הדם יש היתר להרוג רוצח שחייב מיתה בידי שמים, כמו שהרמב"ם עצמו פסק בהל' רוצח פ"ו ה"ה.

הכס"מ תירץ, שהרמב"ם אינו מפרש את הגמרא כרש"י, שיואב נפטר מהריגת אבנר. 'ניזיל אבנר' פירושו: לא נדון בדבר זה, כי

היו לשלמה טענות נוספות כנגד יואב, על הריגת עמשא ועל מרידתו במלכות. הכס"מ מביא לכך ראיה מהפסוק עצמו (מל"א ב, לב): "והשיב ה' את דמו על ראשו אשר פגע בשני אנשים **צדיקים**... את אבנר בן נר... ", משמע שאבנר נחשב לצדיק בעיני שלמה, אע"פ שיכול היה להינצל ע"י פגיעה באחד מאבריו על עשהאל.

דברי הכס"מ תמוהים לכאורה, שהרי הרמב"ם מכנה את מי שהרג רודף שאפשר היה להצילו באחד מאבריו כ'שופך דמים' שחייב מיתה לשמים, וכיצד יתכן לכנותו 'צדיק'? אמנם אפשר היה לחלק בין הנרדף עצמו לאדם אחר, וכמש"כ המל"מ בשם הריב"ש (בסוף הל' חובל ומזיק), וא"כ אבנר, שהיה הנרדף, כדין עשה שהרג לעשהאל. אולם הכס"מ עצמו אינו סובר כריב"ש והמל"מ, שאם היה סובר כמותם היה יכול להסביר את הרמב"ם כמו שפירשו ה"ר שלמה איגר (שדבריו יובאו להלן) שההורג רודף פטור, משום שהנרדף היה רשאי בלאו הכי להורגו.

2. צדיק בדיני אדם בלבד

יתכן לומר ש"צדיקים" האמור כאן, אין פירושו באופן מוחלט, הנקי מכל אשמה, אלא צדיק ביחס ליואב. הלא כך אומרת הגמ' בסנהדרין שם, שיואב מורד במלכות היה, ומה שעשה היה נגוע בשיקולים אישיים[2] ולא מכוונות טהורות, לטובת המלכות, כפי שטען (עיין שמו"ב ג, כה): "ידעת את אבנר בן-נר, כי לפתותך בא". וכן מדגיש הפסוק שם: "ויואב ואבישי אחיו הרגו לאבנר, על אשר המית את עשהאל אחיהם". כלומר המניע של יואב היה גאולת דם אחיו, ולא שקולים ממלכתיים. וא"כ, אין הוא צדיק יותר מאבנר, שהרג את עשהאל בשעת רדיפה.

[וכן בעמשא. יואב הרגו, משום שדוד מינה אותו לאחראי על דיכוי מרד שבע בן בכרי. יואב חשש שהדבר יחשב כהדחתו מתפקידו כשר צבא, לאחר שהרג את אבשלום. טענתו, שעמשא איחר ולא מילא את הוראת דוד, באה לכסות על כוונות אחרות. לא טובת המלכות בלבד עמדה לנגד עיניו, אלא עמדתו האישית. יתכן שגם בהריגת אבנר חשש יואב ממינויו לשר צבא. סופו של יואב העיד, אפוא על תחילתו. נטייתו אחרי אדֹנִיָה, כשנדמה היה לו שלחלוחיתו של דוד כבר אינה קימת עוד, הוכיחה על מעשיו הראשונים למפרע, שגם בהריגת אבנר ועמשא חתר תחת סמכותו של דוד. ולכן אין להחשיבו כצדיק בהריגתם, אלא, אדרבה, הם היו צדיקים יותר ממנו.

ראיה לכך, שדוד התייחס להריגת אבנר ועמשא בצורה חמורה יותר שהרי דוד לא האשימו בהריגת אבשלום, אע"פ שגם בהריגת אבשלום פעל יואב בניגוד להוראותיו המפורשות של דוד. על כרחך,

2. אין הכוונה חלילה למדוד את יואב בקנה מידה אנושי שלנו. אלא יחסית לנדרש מצדיק שכמותו, ע"פ אמות המידה של התנ"ך.

שבהריגת אבשלום לא פעל יואב משיקולים אישיים, אלא סבר שלטובת המלכות ולחיזוק מעמדה יש להרוג את אבשלום.

ואע"פ שבהריגת אבנר היה יואב גואל דמו של עשהאל אחיו, ולגואל הדם ניתנה סמכות מקבילה לדין המלכות, גם הוא רשאי להרוג מי שהרג בלא התראה, כמבואר ברמב"ם (הל' רוצח פ"ו ה"ה, והראב"ד כנראה מסכים עמו בנקודה זו, עיי"ש אור-שמח) מ"מ דוד היה מעונין בכריתת ברית עם אבנר, כדי לצרף גם את שבט בנימין ובית שאול לתומכיו. על כן היתה הריגת אבנר בניגוד גמור לטובת המלכות, ואין לגואל הדם, הפועל מכח מקביל לסמכות המלך, לפעול בניגוד גמור לטובת המלכות. היה זה מניע אישי ולא ממלכתי, ולכן נופל יואב בצדקותו מאבנר. ודוק בלשון הכתוב: "אשר פגע בשני אנשים צדיקים וטובים **ממנו**".]

3. דעת הראב"ד: חייב בדיני אדם

לפי"ז גם הראב"ד יוכל ליישב את קושית הכס"מ עליו, שאבנר אינו 'צדיק' אלא ביחס ליואב. הכס"מ הקשה עליו, משום שלדעת הראב"ד אבנר חייב מיתה בידי אדם, והוא רוצח גמור, ולכן דוחק להחשיבו ל'צדיק', למרות שכוונתו היתה לחזק את מלכות בית דוד. לרוצח אין כפרה גם במחיר מלכות בית דוד. אך לדעת הכס"מ, המחזק את דברי הרמב"ם שאבנר היה חייב מיתה רק לשמים, יתכן שבדין שמים היו מצדיקים אותו. לכן יש להחשיבו כצדיק לעומת יואב. לצורך הצדקתו יש מקום להביא בחשבון את סברת הריב"ש והמל"מ שהנרדף עצמו רשאי להרוג את הרודף. אמנם הכס"מ אינו סובר כמותם, אך מ"מ, לדעת הרמב"ם אין ביכולת בשר ודם לדון מי שהציל נרדף מיד רודפו, כי סו"ס כוונתו היתה להציל את הנרדף, אלא שלא טרח לדקדק בדרכי הצלתו. אולם דינו מסור לשמים, כיון שרק במקום הצדק המוחלט יוכלו לקבוע את מידת אשמתו. ק"ו שהנרדף עצמו, שהוא בהול על הצלתו, בודאי שאין ביכולת בשר ודם לדונו, ויש עוד יותר מקום לצדד בזכותו, ולהחזיקו בחזקת כשרות. לכן סובר הכס"מ, שלדעתו יש מקום להחשיב את אבנר לצדיק. אך לשיטת הראב"ד, שאינו מתחשב בשיקולים הנ"ל, אין כ"כ מקום להחשיבו לצדיק.

נחלקו המפרשים אם הלכה למעשה חולק הראב"ד על הרמב"ם, או (וכך סובר הרדב"ז) הוא רק מקשה עליו, אך למעשה מסכים עמו.

ב. ההורג רודף שניתן להצילו באבריו פטור בדיני אדם

פשרתו זו של הרמב"ם, שההורג את הרודף שהיה אפשר להצילו באחד מאבריו, חייב מיתה רק בדיני שמים ופטור מדיני אדם, התְמַיהה את כל המפרשים, ממה נפשך: אם ההורג את הרודף נחשב לרוצח שיתחייב אף בדיני אדם; ואם אינו רוצח מדוע חייב בדיני שמים? לתירוציהם השונים יש השלכות לדיוננו.

1. העדר התראה

הכס"מ ביאר שמאחר שלא נתכוין אלא להציל, לא היתה התראה. בספרו בדק הבית על טור חו"מ סי' תכה נוסחו הדברים אחרת: "דלית ביה התראה כשיקבל עליו התראה, מאחר שאינו מתכוין אלא להציל"...

כבר כתב עליו המל"מ שדבריו צריכים תלמוד. יתכן שכונת הכס"מ היא, שההורג

במקרה זה אינו יכול לקבל עליו התראה, שכן אין כוונתו להרוג את הרודף אלא רק להציל את הנרדף. על כן אין הוא רואה את עצמו עובר על איסור 'לא תרצח', וכשמתרין בו שעובר עבירה, אינו מקבל על עצמו את ההתראה, כיון שלדעתו, אדרבה, הוא עושה מצוה. מכיון שהדבר מסור ללב, אם כונתו אכן רק להציל או שמא כונתו גם להרוג ממש, דינו מסור לשמים, ואין יכולת לדונו בדיני אדם.

ערוך השולחן (סי' תכה) בא גם הוא מצד ההתראה. ההתראה במקרה זה לא שכיחה. ממה נפשך: אם העדים עמדו שם בשעת מעשה, גם הם היו חייבים להציל, ולא לבדוק את המציל אם יכול להציל באחד מאבריו או לא; ואם לא היו שם, כיצד יכלו להתרות? פירוש זה דחוק, דמאי פסקת שכל מציל נרדף אין לו עדים?

2. הרודף הפקיר עצמו למיתה

הרדב"ז (הל' מלכים פ"ט ה"ד) כתב: "דכיון שהוא רודף, הפקיר את עצמו למיתה, שהרי יודע הוא שהנרדף יעמוד על נפשו. ומ"מ, כיון שהיה יכול להצילו באחד מאבריו של רודף ולא עשה כן, חייב הוא לשמים כאילו הורג את הנפש". כלומר, מצד הרודף דמו מותר, ואין חייבים עליו מיתה; אך מצד המציל היה אסור לו להורגו. ולכן חייב מיתה לשמים.

צ"ע מהי כוונת הרדב"ז באומרו 'הפקיר את עצמו למיתה', וכי אדם יכול להפקיר את עצמו למיתה? והרי הרדב"ז עצמו כתב בהל' סנהדרין (פי"ח ה"ו) שאין האדם בעלים על עצמו, שנאמר 'הנפשות לי הנה', אלא הוא קנינו של הקב"ה, ואין אדם יכול להפקיר דבר שאינו שלו?

כבר עמדו אחרונים על סתירה זו. ה"ר ש"י זוין פירש בספרו לאור ההלכה עמ' שלה עפ"י הר"ש איגר (בדרוש וחידוש לרעק"א כתובות לג ע"ב) שמכיון שהנרדף יכול להרוג את הרודף אפילו כשיכול להצילו באחד מאבריו, דמו הותר, ולכן גם אחר שהרגו פטור (ראה להלן). לפי"ז הלשון 'הפקיר את עצמו' לאו דוקא, אלא ר"ל: מכיון שע"י רדיפתו הותר דמו לנרדף לגמרי, לכן גם אחר שהרגו פטור. מו"ר הר"ש ישראלי השיג עליו (עמוד הימיני עמ' קצב), ופירש, שיש באדם שתי בעלויות, שלו ושל הקב"ה. על חלקו יכול האדם לוותר, אך לא על חלקו של הקב"ה. לכן, בדיני אדם, שדנים מצד בין אדם לחבירו, פטור, כיון שויתר על חלקו; אך על חלקו של הקב"ה אינו יכול לוותר, ולכן חייב בדיני שמים.

לענ"ד יש לפרש את דברי הרדב"ז עפ"י דברי הגרי"ז מבריסק, שנביא להלן, שעל הרודף יש חיוב מיתה מצד עצמו, והותר לכל אדם להציל את הנרדף בנפשו של הרודף. בעצם רדיפתו חל עליו דין מות, והריהו כגברא קטילא. זוהי כונת הרדב"ז 'שהפקיר את עצמו למיתה', דהיינו: החיל עליו דין מיתה. אמנם זהו דין התורה, ולא מדין הפקרה פרטית שלו. כיון שהחיל על עצמו את דין התורה שהפקירה את דמו, לכן אין נענשים עליו בדיני אדם, אע"פ שהמציל אינו רשאי להורגו, מכיון שהיו לפניו דרכי הצלה אחרות, וחיובו הוא רק מדיני שמים.

3. הקושי בהערכת המצב

אין אפשרות מעשית להעריך, אם אכן אפשר היה להסתפק בפגיעה באחד מאבריו, או שהיה הכרח להורגו. לדקויות שכאלו אין ביכולתו של בשר ודם להיכנס. רק הקב"ה יכול לדון כאן דין אמת.

ניתן להוסיף לכך אספקט נוסף: אי אפשר לדרוש מהנרדף וממציליו שישקלו

שיקולים כה מורכבים. עליהם לפעול אינסטינקטיבית, ולא להסס יתר על המידה[3].

בית הדין, היושב בקור רוח רחוק ממקום המעשה ומנותק מאוירת האירוע, נטול סמכות לדון דיני נפשות במצב כזה. רק הקב"ה יכול לדון את ההורג, ואם אכן ימצא אשם, יתחייב בדיני שמים.

ועוד אפשר לומר, אילו היה ההורג את הרודף מצילו באחד מאבריו, יתכן שהפגיעה היתה באבר חיוני ובצורה קשה, שכתוצאה ממנה היה הרודף מת לבסוף מפצעיו. מכיון שהפגיעה באבריו מותרת ללא כל ספק, איננו יכולים לדונו בדיני אדם אם הרגו, כי יתכן שהיה מת גם כתוצאה מהפגיעה באבריו, שהיא הרי מותרת. לכן אין בי"ד יכול לדונו בדיני אדם. אך בשמים יודעים להעריך במדויק אם אכן היה עלול למות מהפציעה האפשרית או לא, ולכן דינו מסור לשמים.

4. הרודף הוא "בר קטלא" מידי הנרדף

ה"ר שלמה איגר (בדרוש וחידוש לאביו ה"ר עקיבא איגר כתובות לג ע"א) באר את הרמב"ם עפ"י המל"מ (בהל' חובל ומזיק פ"ח ה"ה) בשם הריב"ש (סי' רלח וסי' תעג), שהנרדף עצמו אינו צריך להתרות ברודף, כי הוא בהול להציל את נפשו. כיוצא בזה אין הנרדף צריך לדקדק אם יכול הוא להנצל ע"י פגיעה באחד מאבריו של הרודף בלבד, ומותר לו להרוג את רודפו בכל מקרה. מכיון שהנרדף רשאי להרוג את הרודף, נמצא שהרודף אינו חסוי מפני הריגתו, לפחות מצד הנרדף, ומכיון שהותר דמו לאחד, הוא בר מיתה, וגם אם אחר הרגו, פטור הוא מדיני אדם (עי"ש, שהביא ראיה מרוצח שיצא מעיר מקלטו). אולם בדיני שמים יש לחייבו, כי היה אסור לו להרוג את הרודף.

דברי הריב"ש והמל"מ עומדים לכאורה בסתירה לגמ' במס' סנהדרין (מט ע"א) בענין אבנר. הרי לדבריהם יפה עשה אבנר שלא דקדק להציל עצמו באחד מאבריו של עשהאל, ומה מקום איפוא לטענתו של יואב שאבנר היה צריך להציל את עצמו באחד מאבריו של עשהאל? יתכן לומר, שבזה גופא נחלקו יואב ושלמה. יואב סבר שאין לנרדף מעמד מועדף לעומת כל מציל

3. **הערת עורך תחומין** (א. ד.): עי' רמב"ם הל' חובל ומזיק ח,יד, שמטעם זה פטרו את המציל מתשלום עבור כלים ששבר בדרכו בעת ההצלה, "ולא מן הדין, אלא תקנה היא שלא ימנע מלהציל או יתמהמה ויעיין בעת שירדוף". ואפשר שזו כוונת הרמב"ם בהל' רוצח פ"א "הרי זה שופך דמים וחייב מיתה, אבל אין בי"ד מחייבין אותו", ולא כתב שחייב מיתה בידי שמים, אלא ר"ל: מדאורייתא הוא חייב מיתה בידי אדם, אלא שתקנת חכמים (שלא יתמהמה) היא שאין בי"ד ממיתין אותו. ולפי"ז אפשר שלא קשה כלל קושית הראב"ד מאבנר: זה שאבנר התחייב מיתה, היינו משום שאז עדיין לא ניתקנה תקנת חכמים לפטור את הורג הרודף ממיתה אם היה יכול להצילו באבריו. ועוד אפשר היה לתרץ, שתקנת חכמים שייכת דוקא באדם אחר שמציל את הנרדף מיד הרודף, אבל בנרדף עצמו לא עשו תקנה (וכמו שכתב הרמב"ם בהל' חובל ומזיק ח,יג שהנרדף חייב אם שבר כלים של אחרים, בעוד שעל אותם כלים אדם אחר המציל, פטור), שהרי אצלו אין חשש שיתמהמה. ועל כן היה חייב אבנר בהריגת עשהאל, משא"כ אילו היה הורג אדם זר את עשהאל בראותו אותו רודף אחר אבנר. ועי' מש"כ בזה ב"אפיקי נחלים" ב (תשכ"ט) עמ' 51 ואילך.

אחר, והיה אסור לאבנר להרוג את עשהאל, ולכן הרג את אבנר. ולעומתו, שלמה סבר כדעת המשנה-למלך, שיש לנרדף מעמד מועדף, ומותר היה לאבנר להרוג את עשהאל, ולכן היה אסור ליואב להרוג את אבנר, ומשום כך הענישו שלמה. ומכיון שהלכה כשלמה, פסק המשנה-למלך כמותו. אך בדעת הרמב"ם אין לומר כן, לפחות לפירושו של הכס"מ, שהרי הכס"מ פירש, שהרמב"ם סובר שהריגת עשהאל ע"י אבנר היתה מותרת, משום שכל מציל, ולא רק הנרדף עצמו, אינו נידון בדיני אדם על הריגת הרודף במקום שיכול היה להציל באחד מאבריו. אבל לדברי הר"ש איגר היה זה היתר מיוחד לאבנר בלבד (שהיה הנרדף) ולא לכל אדם, וכהריב"ש והמל"מ הנ"ל. ודווקא לדעתם מתורץ הרמב"ם בפ"א הי"ג הנ"ל, שההורג את הרודף אינו נידון ע"י בית דין, אע"פ שיכול היה להצילו באבריו, משום שהנרדף היה רשאי להורגו.

ואכן הכס"מ תי' את הרמב"ם באופן אחר, וכנ"ל (ב/1), ולא כהר"ש איגר. במידה ידועה הצדק לכאורה עם הר"ש איגר, שהרי לפי הרמב"ם ההורג שיכול היה להציל באחד מאבריו הוא שופך דמים וחייב מיתה לשמים, וא"כ אבנר היה שופך דמים, וכיצד מכנה אותו הפסוק, לדעת הכס"מ, כצדיק? יואב הרי היה גואל דמו של אחיו, והיה רשאי להרוג את אבנר שחייב מיתה לשמים (כדעת הרמב"ם עצמו בפ"ו מהל' רוצח), וכיצד איפוא מכנה הכס"מ את אבנר כצדיק שהיה אסור להורגו, עד כדי כך שיואב נהרג בגלל מעשה זה? וצ"ע, אלא א"כ נאמר שהכוונה היא לצדיק יחסי, וכנ"ל.

נמצא, שלדעת הר"ש איגר הרמב"ם סובר כהמל"מ והריב"ש, שלנרדף מותר להרוג את הרודף גם כשיכול להציל באחד מאבריו. אך לדעת הכס"מ בהסבר דברי הרמב"ם אין לחלק בין הנרדף לבין אדם אחר. גם סתימת דברי הרמב"ם מוכיחה כן. וכן דעת רש"י בסנהדרין עד ע"א שלא כהמל"מ והריב"ש (עיין משפט כהן סי' קלט, וחי' הגרי"ז הל' רוצח).

5. הרודף הוא "בר קטלא" מידי מי שאינו יכול להציל באברים

הגרי"ז מבריסק (בחי' על הרמב"ם הל' רוצח) חילק בין שני דינים:

1. היתר להרוג את הרודף מדין הצלת הנרדף.

2. חלות דין בגופו של הרודף, שהוא נחשב לגברא קטילא, ולכן כל ההורגו פטור.

הדין השני קיים בכל רודף, גם כשאפשר להצילו באחד מאבריו, כי סוף סוף רודף הוא. אך הדין הראשון תלוי בצרכי ההצלה. כשאין הכרח להרוג את הרודף כדי להציל את הנרדף, אסור להורגו.

אך מי שהרגו פטור מדיני אדם, כי סוף סוף הוא הרג גברא קטילא שאין לו דמים.

לחיזוק דבריו הוסיף הגרי"ז: הגע בעצמך, הרי שיש אחד בסוף העולם שלא יוכל להציל את הנרדף אלא ע"י הריגת הרודף, הלוא מותר לו להורגו, וא"כ נמצא שהרודף מצד עצמו עומד להריגה, לפחות כלפי אותו מציל. ולכן, אע"פ שיתר המצילים אסורים להורגו, לרודף עצמו אין דמים בגלל האפשרות הרחוקה שיש מציל אחד שיתכן שיאלץ להורגו (עי' משפט כהן סי' קלט שכ' סברה זו).

ניתן לחזק דברים אלו בדברי רש"י בסנהדרין (עב ע"ב ד"ה לפקח), שהבא במחתרת בשבת ונפל עליו הגל אין מפקחין

אותו, כי הוא גברא קטילא. והקשה החלקת-יואב בקבא דקשיתא, הרי הוא כבר לא רודף, מאחר ונפל עליו הגל? וצריך לומר, שמשמיא קא רדפו ליה. הרודף נחשב לגברא קטילא, לא רק משום שיתכן שלא יהיה מציל בעולם שיוכל להציל את הנרדף אלא בהריגת רודפו, אלא משום שמהשמים דנים אותו לרודף שדמו הותר. וכשנפל עליו הגל, משמים הרגוהו, ואסור להצילו בשבת.

[עפ"י הסברם של הכס"מ, הגר"ש איגר והגרי"ז מובן לנו חילוקו של הרמב"ם בין ישראל לב"נ. ב"נ נהרג בלי התראה. ודין גברא קטילא קיים רק בישראל. בדיני ב"נ קובעת המציאות וכל עוד האדם נושם ככל האדם הוא חי למרות שמבחינה דינית דינו כמת (ר' באהלה של תורה ח"ד סי' כד עמ' 216 הע' 78). אך ליתר ההסברים צ"ע מדוע שונה דין ב"נ מדיני ישראל.]

ג. חובתו של הנרדף לדקדק באופן הצלתו

נמצינו למדים, שלדעת הרמב"ם אין לדון הורג רודף במידת הדין הרגילה, אם משום שהרודף אינו ראוי לכך שנאשים את הורגו בעבירת רציחה רגילה, שהרי לא רצח אדם פשוט, אלא רודף הראוי למיתה. ואם משום שאין לדרוש מהורגי רודף שיקולים כה מדוקדקים וזהירים כפי שנדרשים מאנשים הנמצאים במצב נורמאלי. הראשונים נמצאים במצב שונה. חובתם להציל, ויתכן שטעו והזדרזו להרוג אדם שאפשר היה להצילו בצורה שונה. אך אין ביכולת בשר ודם לדון דין במקרה כזה.

עם זאת, אם אכן המצילים הרגו את הרודף בכונת זדון, כשדעתם היתה צלולה ויכולים היו להימנע משפיכות דמים מיותרת, שופכי דמים הם. לדעת אבן-האזל (הל' רוצח פ"א הי"ג) הם חייבים מיתה בידי אדם (ועי' מראה הפנים על הירושלמי סנהדרין פ"ח ה"ט ד"ה רודף). ולדעת אחרים דמם מסור לשמים, וגם אם הרודף היה ראוי לעונש אין הדבר בסמכותם. גם לדעת המקלים בעונשם, מסתבר שבהוראת שעה או בדיני המלכות יש מקום לדון אנשים כאלו בכללי שפיטה מיוחדים. עכ"פ גם אז אין להחמיר בעונשם כרוצחים ממש, כיון שמידת הדין עלולה לגרום במקרה כזה לעידוד הרודפים יותר מאשר להרתעת הנרדפים.

לנרדף עצמו, יש לדעת חלק מהפוסקים, מעמד אחר. יש המתירים לו להרוג את רודפו לכתחילה, גם אם יכול להינצל באחד מאבריו. אולם כפי שראינו, לדעת הרמב"ם ורש"י אין מקום כלל להבחנה כזו. נראה לי שגם הראב"ד חולק על דעה זו.

הראב"ד הקשה על הרמב"ם מאבנר. הוא פירש איפוא כרש"י, ששלמה פטר את יואב בדינו של אבנר, כי אבנר רוצח היה. והרי לדעת הריב"ש והמל"מ אי אפשר לומר שאבנר רוצח היה, אלא אדרבה כדין עשה, שהיה נרדף. וע"כ הם פירשו את הסוגיא כהכס"מ, ששלמה לא פטר את יואב בדינו של אבנר, אלא רק עבר לדיון בנושא אחר (ואעפ"כ אין הכס"מ סובר להלכה כמותם וכמו שהוכחנו לעיל), ולכן לדעתם יש מקום לומר שאבנר אינו נחשב לרוצח, ומשום כך יואב אשם בהריגתו. אך הראב"ד, שכאמור, מפרש כרש"י שיואב נפטר בדינו של אבנר, מוכח שאינו סובר כהריב"ש והמל"מ. ואכן רש"י, שפירש בסוגיא שאבנר רוצח היה, אזיל לשיטתו בדף עד ע"א, שגם נרדף

אסור לו להרוג את רודפו כשיכול להינצל באחד מאבריו[4].

ד. פגיעה ברודף לאחר הפיגוע

1. תגובה מיידית ותגובה מאוחרת

הרא"ש בפרק המניח סי' יג כתב:

שני שוורים תמין שחבלו זה בזה, משלמין במותר חצי נזק. ונראה לי, דמיירי שהתחילו בבת-אחת, או חבל גם השני בראשון לאחר זמן. אבל אם האחד התחיל, המתחיל משלם הנזק והשני פטור... וכן שני אנשים נמי מיירי שהתחילו כאחת, או אחר זמן. אבל אם התחיל האחד, השני פטור. וה"נ אוקימנא לעיל (כח,א) 'וקצותה את כפה' ביכולה להציל ע"י דבר אחר. אבל אם אין יכולה, פטורה, כיון שהתחיל להכות את בעלה, כל שכן שהמוכה עצמו פטור. ומיהו צריך לומר, דאם היה יכול להציל את עצמו בחבלה מועטת, וחבל בו הרבה, חייב, מידי דהוה איכול להציל את עצמו באחד מאבריו והרגו (סנהדרין עד,א).

בים של שלמה (ב"ק פ"ג סי' כו) **העיר על דבריו:**

מה טוב ומה נעים דבריו, וכעי"ז פסק מהר"ם בפ' הגוזל בתרא. מ"מ דברים אלו צריכים ביאור, דפשיטא מה שחבל בו יותר מן הראוי, כגון אחר שנשמט כבר המוכה ממנו, שהציל את עצמו מחמת שכבר היכה אותו, וחוזר עוד המוכה וחבל בו יותר ממה שצריך להציל את עצמו, אע"פ שאין בו דין רשע, דהוי קצת אונס, דאין אדם נתפס על צערו, ויצרו אגבריה, ועוד, דאדרבה, הראשון הרשיע והתחיל ונעשה רשע, מ"מ מדין תשלומין לא מתפטר השני... שאין זה אונס לפוטרו מתשלומין, דסו"ס בדעת ובכוונה הוא דאזקיה. אבל אם היכה הראשון, המתחיל, בשני מכת לחי, וזה חזר והיכה אותו והפציע ראשו, אין נ"ל שישלם לו המותר... דמי יכול לשער להציל את עצמו בקו המידה, למשול ברוחו לצמצם כחוט השערה שלא יוסיף? וגם היה מתיירא שלא יחזרו עליו להכותו עוד. ואינו דומה למי שיכול להציל באחד מאבריו, דבודאי לענין מיתה אמרינן כה"ג, שהיה לו לדקדק שלא להמיתו כלל. ולכן אפילו אם חזר השני והיכה למתחיל הראשון ומת, אפילו במכה אחת, מ"מ חייב מיתה[5]. אבל בחבלות ונזקין אין לו לשער ולדקדק כל כך.

היש"ש מבחין איפוא בשתי הבחנות:

א. בין מיתה לבין חבלה גופנית. שפיכות דמים חמורה יותר, ומחייבת זהירות מירבית, שלא להרוג אדם שלא לצורך. אך בחבלה גופנית אין צורך לדקדק שהמוכה, או מצילו, יכו רק בשיעור מדויק.

4. אמנם י"ל שאבנר שאני, שכל ההבדל בין נרדף לאחרים הוא שנרדף בהול, ואילו אבנר הרי היכהו בדופן חמישי, וא"כ לא היה בהול, ודינו ככל מציל אוביקטיבי. זוהי הרי טענת יואב, ועכ"פ לפי הכס"מ שלמה לא קיבלה.
5. ולא כהרמב"ם הפוטר ממיתה.

ב. בין תגובה מיידית לבין תגובה לאחר זמן. אם כי בשתיהן התגובה שלאחר מעשה אסורה, אולם בתגובה מיידית יש להתחשב במצבו הנפשי של המוכה שהגיב ספונטנית, ואין מקום להענישו על כך.

בדומה לזה כתב היש"ש גם במקום אחר (פ' החובל סי' מב):

> אם אחד היכה את חברו, ושני חירף אותו בשם רע... אף שיהיה זה הבושת של שם רע הרבה יותר מן בושת של החבלה, אפ"ה פטור. כי אין אדם עומד על צערו, שנאמר 'והיה כי יחם לבבו'. ואפילו הלך לערכאות של גויים והפסידו ממון הרבה, מ"מ אין לו דין מוסר, רק שישלם לו היזקו. כי דם מירתח רתח, ואין אדם עומד על נפשו... ונראה שה"ה איפכא: אם אחד חירף את חבירו בשם רע, וחזר זה והיכהו, אף שעבר בלאו דלא יוסיף פן יוסיף וצריך כפרה, מ"מ אין עליו דין רשע כלל. אלא אמרינן, ליביה רתח, ואין אדם עומד על צערו, שהרי יש בוטה כמדקרות חרב... ואין משלם אלא נזק, צער, ריפוי ושבת.
>
> (ולא בושת, שהרי הראשון שהוציא שם רע ביישו יותר ממה שביישו השני בהכותו, ועוד שלא נתכוין לבייש, עי"ש).

2. עוצמת התגובה

הדברים טעונים עדיין ליבון: אם אמנם נכונה ההבחנה בין תגובה מיידית לבין תגובה מאוחרת, מדוע אפוא המוכה שהלך ומסר את חברו לערכאות אינו נחשב למוסר, והרי התביעה בערכאות בודאי לא יכולה להיעשות מיד? מאידך גיסא, אם ההליכה לערכאות נחשבת לתגובה מיידית, מדוע בכ"ז הוא חייב לפצות את המכה הנתבע? וכן צ"ע במקרה ההפוך, מי שחרפוהו והגיב בהכאה, שאינו נחשב לרשע משום שלא יכול היה להבליג, מדוע בכ"ז חייב לשלם?

כנראה שיש להבחין בין דרגות שונות של עצמת התגובה ותכיפותה. המוכה, שתבע את מכהו בערכאות, היה עדיין תחת רושם ההכאה, ולכן לגבי עצם הגשת התביעה אינו נחשב למוסר. אך אין כל הצדקה שיתעשר ויגבה ממון שאינו שלו. מאידך גיסא, מי שהגיב על חרפות בהכאות, אף כי אינו נחשב לרשע, שכן הגיב ספונטנית, אך בכ"ז עוצמת התגובה היתה ללא כל פרופורציה לפרובוקציה.

נמצא אפוא שיש תגובה מאוחרת הנחשבת עדיין לספונטנית, כי היא תגובה סבירה של אדם פגוע; ויש תגובה מיידית שעונשה בצידה, משום שעברה את גבול הפרופורציה הסבירה. הדבר דומה למה שמצינו לעיל, ש**הריגת** רודף שלא לצורך אסורה, אע"פ ש**הכאה** גדולה יותר מותרת, כי שפיכות דמים חמורה יותר מחבלה.

נראה לי להביא ראיה לסברתם של הפוסקים שתגובה מיידית לפרובוקציה, אפילו לאחר שחלפה הסכנה, פטורה מעונש מהמשנה בבכורות (לה ע"א):

> "היה בכור רודפו, ובעטו ועשה בו מום, הרי זה שוחטין עליו", "לפי שלהצלתו נתכוין" (רש"י), ולכן אינו נחשב להטיל בו מום בכוונה. ובגמ': "אמר ר"פ: לא תימא בשעת רדיפה אין, שלא בשעת רדיפה לא, אלא אפילו לאחר רדיפה נמי. מאי טעמא? צעריה הוא דאדכר". וכך נפסק להלכה ברמב"ם (הל' בכורות פ"ב הי"ב) ובשו"ע (יו"ד סי' שיג ס"ד).

העולה מדברינו הוא, שהמתגונן מפני סכנה צריך להימנע משפיכות דמים, אם

הדבר ניתן. אולם הוא אינו צריך להימנע מחבלה גופנית, ואינו צריך לדקדק בין חבלה גופנית קלה לבין חבלה חמורה. אולם לאחר מעשה, כשהסכנה חלפה, אין היתר לנרדף, או למצילו, להעניש את התוקף. אלא שאם הם פעלו תחת לחץ האירוע, והגיבו תגובה ספונטאנית סבירה, פרופורציונאלית לתקיפה, יש לפוטרם מכל עונש. אם הגיבו תגובה חמורה יותר, יש מקום לתובעם לדין. אולם גם אז אין להתייחס אליהם כאל פושעים רגילים, אלא יש להתחשב בנסיבות.

ה. פגיעה ברודף כדי להעמידו לדין

עפ"י האמור לעיל מי שזרק אבן וברח, אין לכאורה הצדקה לרדוף אחריו ולהענישו, כי הסכנה כבר חלפה, ואין למותקף סמכות ענישה. אלא שצ"ע, האם רדיפה כדי לתפוס את התוקף ע"מ להעמידו לדין מותרת? וכן, האם פגיעה באבריו לשם כך אף היא מותרת? ואע"פ שאין אדם פרטי, גם מותקף, יכול להשים את עצמו לשוטר, ללא מינוי לכך, מ"מ במקום שאין שוטר צ"ע, האם מסורה סמכות התפיסה לכל אדם?

מצינו בב"ק (כז ע"ב) מחלוקת בין רב נחמן ורב יהודה האם עביד אינש דינא לנפשיה, וההלכה כר"נ, שעביד אינש דינא לנפשיה. אמנם שם מדובר במי שפוגעים בו, מפסידים או מזיקים אותו, שהוא רשאי לעשות דין לעצמו, כגון ליטול חפץ שנגזל ממנו מידי הגזלן. אולם בנידון דידן, מה לו להתעבר על ריב לא לו? אולם באמת, הסברה הפוכה. אפילו רב יהודה, הסובר שלא עביד אינש דינא לנפשיה, יודה בנידון דידן. יעויין שם, בב"ק (כח ע"א), הגמ' הקשתה על רב יהודה מברייתא: "מנין לנרצע שכלו לו ימיו, ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? ת"ל לא תקחו כופר לשוב לא תקחו כופר לשב". מוכח מברייתא זו שעביד איניש דינא לנפשיה. הגמ' מתרצת: "בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית עד האידנא היתרא, והשתא איסורא". ופרש"י: "והשתא שהוא בן חורין, איסורא ורשאי להלקותו ולהפרישו, דהאי דינא לאו לנפשיה הוא". כלומר, אפי' רב יהודה, הסובר שלא עביד דינא לנפשיה, זהו רק בדבר הנוגע לעצמו, שאין אדם יכול לדון דין לעצמו; אך דבר שאינו נוגע לו אלא כלפי שמים, אפילו ר"י מודה, שעביד איניש דינא לנפשיה.

אמנם שם מדובר בהפרשה מאיסור, ובודאי שלא מצינו היתר לאדם פרטי להעניש את חברו על דעת עצמו. ענישה אינה מסורה אלא לבי"ד בלבד. אולם גם בנידון דידן אין המדובר בענישה, אלא בתפיסת עבריין כדי להעמידו לדין. ובודאי שיש כאן גם אפרושי מאיסורא, שכל עוד העבריין מתהלך חופשי הוא עלול לעבור עבירות נוספות, ואין יכולת לבי"ד לדונו. ונראה שעפ"י תפיסת ההלכה, במקום שאין שוטר, כל אדם יכול להשים עצמו שוטר, ולסייע לזרוע הצדק להשיג את העבריין ולהשליט צדק במדינה. וכשם ששוטר רשאי לפגוע באברי העבריין הנמלט כדי להשיגו[6], כך מסתבר, שעפ"י ההלכה, כל אדם רשאי

6. **הערת עורך תחומין** (א. ד.): דבר זה צריך לפנים. לכאורה פשוט שגם שוטר, שמקצועו בכך, אינו

לעשות כן, בתנאי שלא יעשה דבר יותר ממה שמותר לשוטר לעשות, דהיינו לתפוס את העבריין בכל אמצעי הכרחי לכך, ותו לא![7]

רשאי לפגוע בעבריין נמלט על מנת לתופסו באופן שלצורך תפיסתו הוא ייפגע יותר מאשר בעונש שצפוי לו על עבירתו. ולמשל, במדינה שבה אין עונשין גנב בכריתת יד, אין הגיון בכך שעל מנת לתפוס את הגנב מותר יהיה לפגוע באחד מאבריו.

גם לצורך עביד אינש דינא לנפשיה לא רשאי אדם לנקוט באמצעים שהם חמורים מאילו היה הדבר נידון בבי"ד. יתר על כן: אדם רשאי ליטול את שלו בלבד מיד הגזלן, אבל לא לגבות את המגיע לו מנכסים אחרים של הגזלן (רמ"א בשו"ע חו"מ ד בשם המרדכי). הסברה היא, דחיישינן שמא יגבה יתר על המידה. ונראה שכמו כן כדי לתפוס אדם ולהעמידו לדין אין אדם רשאי לנקוט באמצעים, החמורים יותר מאשר העונש שהיה נענש חברו אילו כבר עבר על העבירה.

ואם יתמה אדם ממה שבי"ד מכים את המסרב לקיים מצות עשה עד שתצא נפשו, מכה שהיא לכאורה חמורה מן העונש שהיה מקבל לאחר שכבר אינו יכול לקיים את המצוה, תשובתך: "עד שתצא נפשו" אין הכוונה למיתה ממש, אלא כמוש"כ תלמידי רבנו יונה בשטמ"ק כתובות פו, א, שאין בזה שיעור ידוע, אלא "שיחלשו כוחו". ואם כן עדיין יתכן שאמצעים אלו קלים מהעונש הסופי. כמו"כ יתכן שרשות-חובה זאת להכות את העבריין עד שתצא נפשו נתונה דוקא לבי"ד, ולא לכל אדם; ודוקא כדי למנוע אדם מראש שלא יעבור איסור, ולא כדי להעמידו לדין לאחר שעבר (ראה מחלוקת נתיבות-המשפט, קצות-החושן ומשובב-נתיבות בחו"מ סי' ג). יש הגיון בכך שכדי שלא יעבור אדם איסור אפשר לנקוט באמצעים החמורים יותר מאשר העונש שיקבל לאחר עוברו על אותו איסור שכן כל ישראל ערבים זה לזה שלא להזדהם בעבירה. אולם לאחר שעבר אדם עבירה, וכבר נכתם בה, ויש צורך להעמידו לדין, אז אין סברה שאפשר יהיה לנקוט באמצעים שיגרמו לו לעונש חמור יותר מאשר אילו היה כבר עומד לדין. גם אם נאמר שההתחמקות מעמידה לדין אף היא בגדר עבירה בפני עצמה, שכל הרואה אותה חייב למונעה ככל אפרושי מאיסורא, מ"מ חובה זו היא להביא לידי כך שהעבריין ייענש, ולא יתכן שכדי לקיים חובה זו יגיע העבריין לידי עונש חמור עוד יותר.

עוד יתכן, שמה שמותר לשוטר מקצועי, שלמד לכלכל את מעשיו ולמדוד היטב את פעולותיו, אסור להדיוט, שעלול לפגוע בעבריין נמלט יתר על המידה.

תשובת המחבר: על ביטול מצות עשה אין עונש כלל, ובכל זאת מותר להכותו עד שתצא נפשו.

7. זאת היא לענ"ד התפיסה ההלכתית. לצערי, עד כמה שידוע לי, חוק המדינה אוסר על אזרח לעשות זאת.

הערת עורך תחומין (א.ו.): נראה שיש מקום להבחין בין תפיסת עבריין שעלול לחזור על מעשיו, ובין תפיסת עבריין חד-פעמי. אבחנה זו היא בעקבות דברי הרמב"ם (הל' חובל ומזיק ח, יא) בענין מוסר: "עשה המוסר אשר זמם, ומסר יראה לי, שאסור להרגו, אלא אם כן הוחזק למסור, הרי זה יענש שמא ימסור אחרים". אשר לתפיסת עבריין לצורך העמדתו לדין, זוהי בעצם חובתו של כל הציבור כולו, ולאו דוקא חובתם של שוטרים ודיינים. ראה על כך מש"כ במאמרי "עד קרבן במבט ההלכה" (ספר יובל לכבוד הגרי"ד סולובייצ'יק, ירושלים, תשמ"ד עמ' רנד-רנה).

תשובת המחבר: במקום שיש תופעה ציבורית, השיקול חייב להיות כללי, לא רק על העבריין הנוכחי. אלא יש להביא בחשבון את הרקע של עבריינים אחרים.

ו. מצב מלחמה

1. אופיה הציבורי של מלחמה

אלא שעדיין יש מקום לדון בבעייתנו עפ"י דיני המלחמה. במלחמה נוהגים כללים אחרים מאשר בחיים האזרחיים. במלחמה, גם אם הרודף הפסיק את רדיפתו ונסוג, מסתבר שמותר למותקפים לרדוף אחריו ולהורגו, ואינם חייבים להביאו לדין. וכך הוא הנוהג בכל המלחמות בעולם, וגם בישראל: "ארדפה אויבי ואשיגם, ולא אשוב עד כלותם" (שמ"ב כב,לח)[8]. הטעם לכך הוא, שמלחמה שונה מסכסוך אישי. היא עימות בין עם לעם (גור אריה פרשת וישלח), ואין בית דין שיכול לדון בין העמים. רק על מלך המשיח נאמר "ושפט בין הגויים" (ישעיהו ב). אולם עד אז אין לעמים אפשרות אחרת אלא להגן על עצמם מפני תוקפיהם על ידי השבת מלחמה שערה עד הנצחון הסופי. ולכן יש לפגוע בתוקף גם אחרי בריחתו.

אלא שמלחמה, דווקא משום שהיא נושאת אופי ציבורי, חייבת להתנהל ע"י המלכות, כלומר, ע"י סמכות ציבורית מרכזית אחת, ולא ע"י אנשים פרטים. יתירה מזאת, הצלחתה של המלחמה מותנית ראשית כל במשמעת הפרט למסגרת הכללית. פריקת המסגרת הציבורית מסכנת את הכלל ואת הפרט גם יחד. הנצי"ב בהעמק שאלה (סי' קמב) האריך להסביר עפ"י הנחה זו הלכות רבות הנוגעות לשעת חירום. ולדעתו, המפר משמעת בשעת חירום נחשב לרודף[9], וחייב מיתה.

אולם היא הנותנת. אם אמנם השעה היא שעת מלחמה, אין לראות כל יוזמה פרטית אזרחית כפוגעת במסגרת הכללית. בהחלט תיתכן אפשרות שאזרח פרטי ייתקל בשעת מלחמה באויב מסוכן, ויפגע בו ללא פקודה וללא משפט, ואולי במעשה זה הציל את העם כולו. האמנם נדון אותו כפושע חלילה? וכי מי נתן פקודה ליעל להרוג את סיסרא? האם חלילה היא רוצחת פשוטה, או שמא מושיעת ישראל? והפסוק עצמו אומר: "תבורך מנשים יעל"! ועי' מש"כ מרן הרב זצ"ל במשפט כהן (סי' קמג), שיעל התירה לעצמה לעבור על גלוי עריות מדין הוראת שעה למיגדר מילתא. אולם על הריגת סיסרא בכלל לא הסתפק. ועל כרחך כנזכר לעיל.

א"כ, השיקול אם פעולה פרטית מועילה או מזיקה חייב להינתן בידי אנשי הבטחון עובר לתביעה משפטית. בודאי שאסור לאדם פרטי לנקוט, בדרך כלל, יוזמה אישית משלו. אולם בדיעבד, כשכבר נקט יוזמה, לא תמיד זו עבירה.

8. **הערת עורך תחומין** (א. ו.): עי' תוס' עבודה זרה כו, ב, בשם ירושלמי דכשר שבגויים הרוג היינו בשעת מלחמה.

9. **הערת עורך הספר** (י. א.): דוקא כשפועל נגד מדינתו אולם לסייע למדינתו אינו רודף, אף אם פועל שלא בהכוונת המלכות/ מדינה. וראיה מיונתן בן שאול המלך.
תשובת המחבר: אין לפרט את הידע השיקולים והסמכות שיש למדינה. הוא עלול להזיק יותר מאשר להועיל. פוק חזי מה עשו אנשי "תג מחיר" בהציתם בית על יושביו ושרפו חיים אב ובנו התינוק... נזקם רב מתועלתם ולכן יש מקום להתיחס אליהם כאל רוצחים ורודפים.

2. מלכות הנוהגת "איפה ואיפה"

המצב הנתון כיום הוא בעייתי. הפורעים משליכים אבנים, ואין פותחים נגדם בהליכים משטרתיים רגילים. הם כבר מבינים שהרקע הוא מדיני, ושהגישה כלפיהם מתבססת על הנחה מלחמתית מסוימת, שאין כאן פשיעה אזרחית רגילה, אלא פיגוע מלחמתי. מתוך אותה הנחה עורכים שלטונות הבטחון מעצרים, גם שלא לפי כללי הפרוצדורה המשפטית הרגילה. מאידך גיסא אין ממשלת ישראל מכריזה על מצב מלחמה מלא, וכלפי המותקפים, המגיבים, מתייחסת פרקליטות המדינה בפרוצדורה משפטית רגילה, ודנה אותם עפ"י סעיפי חוק מקובלים כאילו היו פושעים.

השאלה היא, האם אין זה בבחינת 'מוכס שאין לו קיצבה' (נדרים כח ע"א ועוד) שאז פוקע דינא דמלכותא? דין שאינו חל בשווה על הכל אינו דין. וכאן נוהגים כלפי אלו בדין אחד, וכלפי אחרים בדין אחר: למתקיפים מתייחסים כאל לוחמים, ולמותקפים כאל אזרחים פרטיים.

נלענ"ד, שאע"פ שהמצב הוא באמת מוזר ואבסורדי, מ"מ עדיין יש כאן דינא דמלכותא. מוכס שאין לו קיצבה פירושו כלשון הרמב"ם (הל' גזלה פ"ה הי"א): "בד"א שהמוכס כליסטים... מוכס העובד מטעם המלך ואין לו קיצבה, אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה". כלומר, רק כשהמוכס נוהג בשרירות לא הגיונית אין דינו דין. אך בנידון דידן יש לשלטון הגיון מסוים משלו גם אם אינו מובן להדיוטות: כלפי אזרחי המדינה הוא מתייחס כאל אזרחים הכפופים לחוק הרגיל; הוא מצפה מהם שינהגו באחריות תוך קבלת משמעת. לעומת זאת כלפי תושבים שאינם אזרחי המדינה היחס שונה. נכון שכתוצאה מכך נוצר לכאורה עיוות לכל צד מעצם ההבחנה, אולם אין זו בהכרח שרירות בעלמא. ולכן דינא דמלכותא כאן דינא.

ז. התנהגות הפרט בואקום שלטוני

ברור הוא, שלמרות שהמצב הוא מצב מלחמה, מסיבות שונות, שאינן מובנות לציבור הרחב, נמנעים השלטונות מלהגדיר את המצב בשמו הנכון, ונמנעים מלנקוט באמצעים נחוצים המסוגלים להחזיר את השקט אל כנו, ולהשליט חוק וסדר בכל מקום. נציגים בכירים ביותר של הצבא והממשלה אכן הודו בכך, שאין ביכולתם להשליט חוק וסדר בכל אתר ואתר. מה הדין במצב של ואקום כזה? האם רשאים אזרחים הנתונים לסכנה באזורים מסוימים להשליט בעצמם חוק וסדר?

נלענ"ד, שאע"פ שאין ראיה לדבר, אולי זכר לדבר יש מפרשת דוד ונבל הכרמלי. בזכות מה תבע דוד מנבל תשלום, מעין 'דמי חסות'? ומשום מה דן אותו דוד למיתה לאחר שסירב? חז"ל (מגילה יד וסנהדרין לו) ראו את דוד כמלך, ואת נבל כמורד במלכות. אולם משיחתו למלך ע"י שמואל עדיין לא עשאתו מלך. היה צורך במינוי מטעם העם ונציגיו (הסנהדרין), כדברי אביגיל: "עדיין שאול קיים, ולא יצא טבעך[10] בעולם" (מגילה שם). ואמנם דוד

10. "טבעך" מלשון מטבע, וכמש"כ הרמב"ם בהל' גזילה ה,יח: "בד"א, במלך שמטבעו יוצא באותן

מודה לאביגיל ואומר לה: "ברוך טעמך, וברוכה את, אשר כליתיני היום הזה מבוא בדמים" (שמ"א כה, לג) . ובכל זאת הוא מקבל ממנה את אשר הביאה לו, מאתיים לחם ושנים נבלי יין וכו'. וכיצד היה מותר לו לקחת מידה מתנה כה חשובה, והרי אין לוקחין מן הנשים דבר מרובה שלא מדעת בעליהן (ב"ק קיט ע"א)? ודוחק לומר, שהיו אלו דברים שלה, שלא היה לבעלה רשות בהן. ואם דוד אכן לא היה מלך, כדברי אביגיל, כיצד לקח ממנה דבר שלא כדין?

וצריך לומר כנראה, שהאזור היה מופקר ופרוץ לשודדים וגנבים, לעמלקים ושבטים אחרים. דוד עצמו קיבץ אליו "כל איש מצוק וכל איש אשר לו נושא וכל איש מר נפש" (שם כב,ב), משמע שאנשים כאלו שוטטו באיזור, והיוו מן הסתם סכנה למתיישביו. השלטון שם היה רופף, כי שאול היה עסוק ראשו ורובו במלחמות נגד הפלשתים באזור אחר, וכלשון הכתוב (שמ"א כג,כז) "ומלאך בא אל שאול לאמר, מהרה ולכה, כי פשטו פלשתים על הארץ, וישב שאול מרדוף אחרי דוד וילך לקראת פלשתים". דוד מילא את החלל החסר, ושמר על תושבי האזור, וכדברי נערו של נבל: "חומה היו עלינו גם לילה גם יומם" (שם כה, טז). לכן היתה לו זכות לגבות מסים מתושבי האזור כדין, ומשום כך קיבל מיד אביגיל את המגיע לו. אלא שבתחילה הוא סבר שהוא המלך באזור זה, ורשאי לענוש את המורדים בו כדין המורדים במלכות. כנגד זה טענה לו אביגיל, שלא יצא טבעו בעולם, ואין לו עדיין דין מלך. ההבחנה א"כ ברורה: לדוד היתה סמכות לשמור על התושבים ועדריהם מפני אויבים המתנכלים להם, ולשם כך היתה לו זכות לגבות מסים, שיאפשרו לו את המשך קיומו של הגדוד שהוא עמד בראשו. אולם לא היתה לו כל סמכות להעניש את המורדים בו. סמכות זו מסורה אך ורק למלך, דהיינו לשלטון המרכזי המטביע את המטבעות במדינה כולה, ושהציבור כולו מכיר בו.

מיהו אין להקיש בכל את מצבנו כיום למצבו של דוד המלך ע"ה:

א. דוד נמשח בשמן המשחה ע"י שמואל. ואע"פ שהמשיחה לא הועילה עדיין להמליכו למלך, מ"מ מלך בכוח היה, ולכן יכול היה לפעול במקום שלא היה מלך.

ב. עוד תחת שלטונו של שאול היה כבר דוד המוציא והמביא, וכדברי אחימלך לשאול: "ומי בכל עבדיך כדוד נאמן וחתן המלך וסר אל משמעתך ונכבד בביתך? היום החילותי לשאול לו באלקים?!" (שמ"א כב, יד, ועי' פרשת דרכים דרוש יא).

ג. שאול שהשקיע את רוב מאמציו במלחמה נגד פלשתים לא התייחס לאזור המדבר ולא התנגד לכך שמנהיג מקומי ישליט שם סדר. את דוד הוא רדף מסיבות אחרות לגמרי, כידוע.

אצלנו המצב שונה: אמנם השלטון אינו מפעיל את כל מלוא סמכותו להשליט חוק וסדר באזורים שונים של הארץ, אולם הוא

הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ, וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים. אבל אם אין מטבעו יוצא, הרי הוא כגזלן בעל זרוע, וכמו חבורת ליסטים המזויינין." ועי' ביאור הגר"א חו"מ שסט,ט, שהביא מקור לדברי הרמב"ם מגמ' זו במס' מגילה.

אינו מפקיר אותם לגמרי, ואינו מוכן שמישהו אחר ימלא את תפקידו באותם אזורים. לכן נלענ"ד, שמעבר להגנה עצמית הכרחית אין רשות לאף אזרח לפעול על דעת עצמו, וכל העושה כך הריהו כשופך דמים שלא לצורך.

ח. מסקנות

א. מותר ומצוה לאדם להציל את עצמו או את אחרים ע"י פגיעה בתוקף.

ב. לכתחילה פגיעה זו צריכה להיות מכוונת לאברי התוקף. יש להיזהר ולהימנע מלהורגו, במידת האפשר.

ג. אחרי התקיפה אם התוקף ברח, נפצע וכדו' אסור לפגוע בו יותר. סמכות הענישה מסורה לבית דין בלבד.

ד. מותר לאדם פרטי לרדוף אחרי תוקף כדי לתופסו ע"מ להביאו לדין. לשם כך מותר לו גם לפגוע באחד מאבריו, אולם אסור לו להורגו.

ה. בדיעבד, אם התוקף נהרג תוך כדי הצלה או מרדף אחריו, יש להבחין: אם ההורג התכוון להורגו במזיד יש להעמידו לדין (אלא שאין לדונו כרוצח רגיל). אולם אם לא היתה כוונה זדונית, אלא חוסר זהירות וכדו' אין להעמידו לדין.

ו. במצב מלחמה יש מקום לתת בידי המתגונן מרחב פעולה גדול יותר, ולהתיר לו הריגת התוקף גם אחרי בריחתו, כדי למנוע ממנו ומחבריו אפשרות לתקיפה נוספת.

ז. מלחמה מוכרזת רק ע"י הציבור, ועל הפרט לקבל את מרות הציבור כדי להבטיח הצלחה מירבית במלחמה. לכן אסור לאדם פרטי להפר את משמעת הכלל, להוציא הגנה עצמית.

ח. כשהשלטון אינו ממלא את תפקידו להשליט חוק וסדר, ואינו מסכים לכך שאחר ימלא את החלל שנוצר, אין לאזרח פרטי, או לקבוצת אזרחים, סמכות שלטונית להעניש. אולם יש להם רשות להגן על עצמם.

[הערת סיכום

אכן המצב לפעמים מסובך. אזרחים המותקפים נקלעים למצבים קשים. כגון השלכות אבנים ובקבוקי תבערה על רכבים נוסעים. אלו אינן זוכות תמיד לתגובה הולמת, למרות שהן גרמו לא פעם למוות. מאידך, תגובות חסרות אחריות של תושבים המשליכים אף הם אבנים בצורה עיוורת לא זו בלבד שאינה פותרת את הבעיה, אלא אדרבה מסלימה אותה. ועם כל הרצון להבין את המצוקה, הזעם והתסכול בה חיים התושבים ואת חוסר השליטה שלהם על תגובות ספונטאניות, למרות זאת עלינו להכיר בהבדלים הערכיים בינינו לבינם. על כך אנו מברכים "לא עשני גוי". לנו יש הלכה מסיני; לאיסלאם הקיצוני, שהוא מקורו העיקרי של הטרור בארצנו ובעולם כולו יש "מצוה" אחרת. הוא מונע ע"י ג'יהאד חסר מעצורים ומוזן ע"י שנאה עיוורת לזולת. לנו יש הלכה המדריכה אותנו על כל צעד ושעל. אצלנו אין היתר לפגוע בזולת, אלא במסגרת של ענישה משפטית או צבאית, או כפעולה חריגה לשם הצלה. מותר וחובה להתגונן גם במחיר פגיעה בתוקף, אולם זו צריכה להיות מידתית ונקודתית. אין שום היתר לאדם פרטי לחרוג מכך ולנהל מלחמה ע"י יוזמות אישיות וכנופיות לא מאורגנות. אין להם את הסמכות לכך, מה גם שאין להם את הידע, השיקול והאמצעים לנהל מלחמה.

יוזמות כאלו מסוכנות ומסכנות. למרות הביקורת א"א להתעלם מהצלחותיו הרבות של צה"ל בעזרת ה' במלחמתו בטרור, בעיקר בתחום המודיעיני. עם זאת א"א להתכחש למחדלים, שחלקם נובעים מתפיסות מערכתיות מדיניות ואידיאולוגיות שאינן מוסכמות. אך אעפ"כ אין דרך אחרת להצליח במלחמה קשה וארוכה זו, אלא ע"י משמעת. התורה הדריכה אותנו לחיות במסגרת חברה מאורגנת וממושמעת, הפועלת עפ"י כללי חוק וצדק (האנושות קלטה חלק גדול של חוקים אלו מתורתנו הקדושה, גם אם אינה מודעת לכך). אין שום מקום ליוזמות פרטיות. הן אינן חוקיות, גם עפ"י ההלכה, ואינן יעילות. דרכנו חייבת להיות צודקת ויעילה ורק כך יקוים בנו הכתוב:

כִּי ה' אֱ-לֹהֵיכֶם הַהֹלֵךְ עִמָּכֶם לְהִלָּחֵם לָכֶם עִם־אֹיְבֵיכֶם לְהוֹשִׁיעַ אֶתְכֶם.