ספר

חוות בנימין

מאמרים בירורים ועיונים הלכתיים

בענייני

התורה והארץ

התורה והמדינה

התורה והמועדים

דיני תורה

משפטי תורה

אורחות תורה

עיוני תורה

מאת

הגאון הרב שאול ישראלי שליט״א

ראש ישיבת מרכז הרב

בעריכת

הרב נריה גוטל

בהוצאת מכון התורה והארץ

ה׳ תשנ״ב

תודתינו נתונה למשרד הדתות על העזרה הרבה שהוא מגיש למכון

©

כל הזכויות שמורות

מכון התורה והארץ

הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תש"ע

www.eretzhemdah.org

ספר

חוות בנימין

כרך שני

מאמרים בירורים ועיונים הלכתיים

בענייני

דיני תורה

משפטי תורה

אורחות תורה

עיוני תורה

מאת

הגאון הרב שאול ישראלי שליט״א

ראש ישיבת מרכז הרב

הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תש"ע

www.eretzhemdah.org

תוכן לכרכים א-ג

כרך ראשון

פתיחה שהיא הקדמה

בשערי עריכה

שער א. התורה והארץ

סימן א **בענין העברת שתילים לענין ערלה**

סימן ב **לבירור הלכה בדין ערלה בצומח בעציץ שאינו נקוב**

סימן ג **בחיוב תרומות ומעשרות בפירות א״י המיועדים ליצוא לחו״ל**

סימן ד **בעניני תרומות ומעשרות**

א. הפרשת תרו״מ לפני גמר מלאכה

ב. הפרשה שלא מן המוקף – בזמן הזה

ג. פירות שחלקם חונטים לפני ט״ו בשבט וחלקם אחריו

ד. נתינת מעשר עני באיזורי הארץ השונים

ה. להגדרת גמר מלאכה בתרו״מ

ו. הפרשת תרו״מ בתערובת חיוב ופטור

סימן ה **על חרישה וזריעה, אבות ותולדות**

סימן ו **תוספת שביעית ותוספת שבתות ויו״ט**

סימן ז **בדין קרקע הפקר לענין שביעית**

סימן ח **הבאת העומר בשביעית**

סימן ט **עיונים בסוגיות דשביעית**

א. ימים שבין ר״ה ליוהכ״פ של שנת היובל לדעת ר׳ ישמעאל

ב. באיסור ספיחים לפי ר״ע

ג. שלא כדרך הקוצרים והבוצרים ואיסור שמור

ד. שיטות בתוספת מחול על הקודש

ה. תוכן העיכוב ד״כל יושביה עליה״ ביובל

ו. חנטה, שליש בישול, לקיטה

ז. שיטות בראש השנה לאילנות בט״ו בשבט

ח. באיסור זריעה וקליטה בתוספת שביעית

ט. בענין ״כדרך הבוצרים״ ותכנו

י. בענין חיוב הפקר של אתרוג שחנט בששית ונלקט בשביעית

יא. האם קיימת גזירת ספיחים בצמחים שאינם מאכל אדם?

יב. בענין ספיחים בשדה נכרי

סימן י **פרוזבול**

שער ב. התורה והמדינה

סימן יא **בענין דינא דמלכותא**

סימן יב **נכרי חבר כנסת וחבר עיריה**

סימן יג **מסירת שטחים מא״י במקום פיקוח נפש**

סימן יד **העליה מרוסיה וגדרי פיקוח נפש**

סימן טו **מצור ביירות לאור ההלכה**

סימן טז **האם יש להיענות לסחטנות בפדיון שבויים ובני ערובה?**

סימן יז **מבצע יונתן (אנטבה) לאור ההלכה**
סימן יח **רבים מול מעטים בהתמוטטות בנין**
סימן יט **בהיתר השתלת לב כיום**
סימן כ **רפוי כויות ע״י השתלת עור מן המת**
סימן כא **הטפת דם ברית של יוצאי אתיופיה הנימולים**
סימן כב **בחיוב עבודה עברית**
סימן כג **הסגרת עבריין לשיפוט זר**
סימן כד **בנין לבית קברות ע״ג הקרקע**
סימן כה **כבוד המת והקבר ופינויו ממקום קבורתו**
א. איסור ההנאה מהקבר ופרטי דיניו
ב. כמה תופס קבר המת
ג. הבדל בין קבר של יחיד לבית קברות של רבים
ד. מהו איסור הנאה מהמת ומשמשיו?
ה. קבר המזיק את הרבים

שער ג. התורה והמועדים

סימן כו **על שימוש ברמקול צורך מצוה בשבת ומועד**
סימן כז **הדרכים להיתר מלאכה בשבת בשעות הדחק, וסווגן**
סימן כח **בענין מדבקות בשבת**
סימן כט **קיפול בגדים בשבת ושטיפת צלחות משבת אחת לשבת אחרת**
סימן ל **באיסור אכילת מצות בערב פסח**
סימן לא **באכילת מצה בליל א׳ של פסח**
א. גדרי ״מצה עשירה״
ב. על מצות ״הכורך״ בזמן המקדש ובזה״ז
סימן לב **בשיטת הרמב״ם בדין ב״י וב״י**
סימן לג **בענין הפריש חמץ תרומה**
סימן לד **תקיעת שופר בר״ה שחל להיות בשבת**
סימן לה **בחיוב עליה לרגל מי שאין לו קרקע**

כרך שני

שער ד. דיני תורה

סימן לו **גידרה של המורדת ודין מזונותיה**
סימן לז **גידרה של מורדת-מאיס עלי ודין כתובתה**
סימן לח **מעשי ידיה של המעוכבת להינשא**
סימן לט **מעשי ידיים למורד על אשתו**
סימן מ **טענת מאוסה עלי ונשואי אשה שניה**
סימן מא **גידרה ודינה של עוברת על דת**
סימן מב **מזונות הבנים**
סימן מג **חיוב חרש במזונות ילדיו**
סימן מד **מזונות בנים גדולים, מציאתם ומעשי ידיהם**
סימן מה **התחייבות מזונות לבת אשתו**
סימן מו **בדין ריפוי וכפיית גט**
סימן מז **דין מי שכופין אותו להוציאה, לגבי תוספת כתובה נכסי מלוג ומזונות**
סימן מח **בעל רועה זונות**
סימן מט **הוצאת שם רע כעילת גירושין**

סימן נ **דיור עם קרובות הבעל**
סימן נא **חלוקת הנכסים עם הגירושין**
סימן נב **מתנות הנישואין וקנין הטאבו**
סימן נג **תביעת כתובה לאחר הסכם גירושין**
סימן נד **טענת פריעה ומחילה בשטר חוב ובמזונות**
סימן נה **המגרש את אשתו וחזר ובעלה, ודין נשואין אזרחיים**
סימן נו **בגדרי אמתלא, שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וחזקת כשרות הולד**
סימן נז **בגדרי אמתלא, שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ועדות על מיתת הבעל**
סימן נח **התחייבות אשר אינה מוגבלת בזמן**
סימן נט **בענין התחייבות, קנין, אסמכתא, הצמדה ומחילה**
סימן ס **גידרו ודינו של היורד לאומנות חבירו**
סימן סא **אפוטרופוס ומוחזק בנכסים**
סימן סב **הוצאות תביעה**
סימן סג **נאמנות לווה ומלוה**
א. האם נאמנות שניתנה לבעל השטר בכוחה לפטור היורשים משבועה?
ב. האם יכולים היורשים לגבות על ידי שבועת היורשים מלוה על פה או בכתב יד?
ג. ההסתמכות על נוסח תקנת מהר״ם בס׳ ״נחלת שבעה״
ד. דינו של שטר בכתב יד שלא נכתב על הטופס הקבוע לכך
סימן סד תביעה לפינוי חלק בית כנסת שמתחת לדירת מגורים
סימן סה ירושת רבנות
סימן סו אגודות צדקה

שער ה. משפטי תורה

סימן סז **גר שנתגייר כקטן שנולד, תכנו ומובנו**
סימן סח **העובר ומעמדו החוקי-משפטי כישראל וכגר**
סימן סט **דין ולד של ישראל שנולד מן הנכרי**
סימן ע **בענין עגונה הזקוקה לחליצה**
סימן עא **על כפיה ורצון בגט**
סימן עב **בעיות בצוואה הבאה להפקיע זכויות האלמנה ממזונות ומדור**
סימן עג **קבלת עדות שלא בפני בעל הדין**
סימן עד **בפסולי עדות בגלל עבירה**

שער ו. אורחות תורה

סימן עה **פרסום דברי תורה ללא קבלת רשות ממי שאמרם**
סימן עו **החיוב להמנע ממחלוקת, עכקרון מנחה בקביעת ההלכה**
סימן עז **בגדרי החיוב בקיום המצוות**
סימן עח **שלבים במצות החינוך למצוות**
סימן עט **נשים בקיום המצוות**
סימן פ **בענין ברכת חתנים ושיתוף אשה בהן**

שער ז. עיוני תורה

סימן פא **בענין אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא**
סימן פב **בענין דבר שהיה במנין**
סימן פג **בענין הולכים אחר הרוב בממון ובדיני נפשות**
סימן פד **תפיסה בספיקות**

סימן פה **בדין קיום שטרות**
סימן פו **בענין עדות שאי אתה יכול להזימה בדיני ממונות**
סימן פז **בדיני נאמנות, חזרה ואמתלא**
סימן פח **עיונים בדין ״יכיר״ והמסתעף מזה**
סימן פט **במעמדו של אדם טריפה**
סימן צ **בירורים ועיונים בהלכות ״לבוד״ בה׳ טומאה ובכל התורה כולה**
סימן צא **בענין ״אילן הסמוך למיצר״**
סימן צב **בענין כפיה ושעבוד נכסים בצדקה**
סימן צג **מצות קידוש השם בשלוש עבירות החמורות**
סימן צד **מצוות קריאת שמע למי שתורתו אומנותו**
סימן צה **בביאור ״סוד ה׳ ליראיו״ שבדברי הראב״ד**

כרך שלישי

התורה והארץ

סימן צז **על חממות בדיני שביעית**
סימן צח **על סידורים נאותים בשנת השבע**
סימן צט **על חזרת קרקעות ביובל**
סימן ק **בענין מועד הביעור בשביעית**
סימן קא **לשאלת איסור קציר בתבואת נכרים בשביעית**
סימן קב **בענין בענין עציץ נקוב בשבת ובשביעית**
סימן קג **בענין עבודות דרבנן בשביעית מצד הפסד הפרי בפירות ובירקות שעוד לא באו לעולם**
סימן קד **בענין דין מקיים כלאים**
סימן קה **בענין זריעת תפוחי אדמה בכרם**
סימן קו **בחיוב נתינה בתרו״מ של דמאי**

משפטי תורה

סימן קז **אבהות בהזרעה שלא כדרכה**
סימן קח **על הסכמה וחזרה בהריון ולידה דרך הפרייה במעבדה**
סימן קט **תרומות איברים מן החי ומן המת**
סימן קי **בענין שכר רופאים**
סימן קיא **בענין שטר חיוב למתן גט במקרה של גירושין אזרחיים**
סימן קיב **בענין חיוב הגדת עדות**
סימן קיג **בענין בישול עכו״ם באבקה מיובשת**
סימן קיד **יציאה לחו״ל לשם מטרה לימודית**
סימן קטו **בדבר קבורת נכרי בא״י ותכנון ערים בזמה״ז**

עיוני תורה

סימן קטז **במצוות כיבוד אב וכיבוד רב**
סימן קיז **בדיני תפיסה בספיקות**
סימן קיח **תנאי בגירושין**
סימן קיט **בסיום מס׳ קידושין**

סימן לו:גידרה של המורדת ודין מזונותיה

הרקע העובדתי

בכניסת האשה לבית בעלה באה יחד עם ילדתה, אולם הבעל לא קיבל עליו שום התחייבות מפורשת ביחס לילדה. ישנם מקורות כספיים להחזקת הילדה, וע"ז אין דיון.

כתוצאה מיחס רע של הבעל לילדה עזבה האשה את בית בעלה, אולם טוענת שאם ימצא סידור מתאים לילדה באיזה מוסד שהוא, היא מוכנה לחזור לבית בעלה. בכיוון זה היתה הצעה מטעם ביה"ד האזורי בחיפה, וכפי שמתברר אכן פנתה האשה לשני מוסדות ונענתה בשלילה, אולם יותר מזה לא טיפלה בדבר, לפי טענת ב"כ --- משום ששמעה שהבעל אינו מסכים ממילא להמשך חיי אישות איתה.

הבעל לעומת זאת טוען, שבאותה שעה היה מוכן ורצה שתחזור אליו, אלא שאח"כ לאור התנהגות האשה אליו בשעת חליו (שלא באה אפילו לבקרו), שוב אינו מוכן לחזור לחיי אישות ורוצה שיחייבוה בקבלת גט.

האשה תובעת מזונות מאחר שלפי דבריה היא מוכנה לחזור לחיי אישות, אם רק ימצא הסדר בנוגע לילדה.

היש על האשה גדר מורדת?

דעת הרוב לראותה כמורדת "לאחר שהאשה לא הצליחה או לא רצתה לסדרה במקום אחר". ולענ"ד אין לכלול בחדא מחתא "לא הצליחה או לא רצתה", שבמקרה שעשתה כל מה שביכלתה **ולא הצליחה** למצא סידור לילדה אין עליה תורת מורדת, וכמו שיבואר:

במרדכי כתובות (קפו והו"ד בב"ח סי' ע"ז), כ' "דלא מיקרי מורד אלא בשעושה מחמת שנאה וכעס". וברי"ן כ' (לכת' ס"ד) על הני דמפרשי הסוגיא דכלתיה דרב זביד אימרדא, דהא דאמר התם דמשהינן לה י"ב חודש --- באומרת מאיס עלי: "שאין שיטה זו מחוורת בעיני שהרי הזכירו בהויה זו מרדה שתים, שלוש פעמים, ודוחק לומר דמרדה לאו דוקא". הרי שהר"ן לא חשיב טוענת מאיס עלי כמורדת. ואף הני ראשונים שכן מפרשים הסוגיא במורדת דמאיס עלי, היינו משום שבמובן מסוים גם זו מרידה, שמתכחשת לחובות שקיבלה עליה בשעת נישואים, ומסוג זה הם כל עניני מורדת שהוזכרו בראשונים ואחרונים (כולל הא דה"אור גדול" סי' ד'), וכזה הוא גם סוג מורדת שמביא הב"י סי' ע"ז בשם הרשב"א כשמעכבת לחזור לביתה שרוצה לצערו בכדי שישלם מה שלותה, שעכ"פ מטרתה לצערו וללחוץ עליו ע"י שאינה חוזרת. אכן כשמעכבת בגלל דברים שרוצה להתנהג כדרכו של עולם, ואין עושה זאת בכדי לצערו, אין עליה תורת מורדת, כזאת מצינו לענין הקפדת הבעל שלא יבקרו אותה קרובים שלה, שאם "אירע לה דבר כגון חולי או לידה" אינו יכול להתנגד (ע"ד, ט). ולא נזכר שם הגבלת זמן כמה יכולים לשהות אצלה, ולא נזכר גם מטרת הביקור. ונראה שהוא לאו דוקא כשבאים לעזור לה, אלא אפילו ביקור נימוסין גרידא, כמו שנהוג בעולם לבקר קרובים במקרה שמחה או צער, בכל מקרה שהוא אינו יכול להתנגד, והיינו משום שדרכו של עולם בכך, ואל"כ אתה משיאה שם רע בין שכנותיה.

וא"כ בנידו"ד כשאין היא מצליחה לסדר הילדה, הרי בחזרתה לבית בעלה בגפה, עליה להפקיר את הילדה להתגולל ברחוב או למוסרה לטיפול אנשי לשכת הסעד, האם אין זו תביעה לשנות מדרכו של עולם, מאחר שאין עול החזקת הילדה על הבעל, וכל רצונה הוא רק שתמצא על ידה? והרי רואים אנו יסוד בהלכה "שהבת אצל אמה לעולם" (פ"ב, ז) ואעפ"י שאין עליה חיוב כמבואר שם, מ"מ דרכו של עולם בכך כיון שזוהי טובת הבת. ולענין מינקת חבירו, דלר"ת הוא גם במזנה, כ' בבית מאיר והו"ד בכמה תשו' בחת"ס (א"ע ח"א ל"א-ל"ג) וקלסם, שאעפ"י שאין האם מחויבת בהנקתו "מ"מ סתם אם מרחמה בנה". והנביא צווח ואמר "התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה". וא"כ אשה עלובה זו שהברירה העומדת בפניה היא, או להפקיר את ילדתה או להתעכב מחוץ לבית בעלה, האיך ניתן לה תורת מורדת והיא אנוסה בדבר, ואין זה נוגד ההתחייבויות שקיבלה עליה כלפי בעלה, שאינה מורדת בו ואינה טוענת מאיס עלי. בפרט שבזמן נשואיה נכנסה הילדה יחד איתה, והרי זו הסכמה שבשתיקה שהילדה תימצא אתם. ובסי' קי"ד במש"כ הטור שאין חיוב עליו לזון את בת אשתו אא"כ קיבל עליו ומוכיח זאת, מקשה בב"י "למה הוצרך רבינו להאריך, שמהיכא תיסק אדעתין שיתחייב לבת אשתו שום דבר". ומתרץ הט"ז "דקמ"ל דל"ת כיון שהיתה הבת עמה תמיד וניזונת עמה, כשקיבל לזון את אשתו, הוי כאילו קיבל לזון גם את בתה וכו', דהא קי"ל הבת אצל אמה לעולם". א"כ כ"ז הוא רק לחיוב המזונות דל"א שמסתמא קיבל עליו זאת, אבל להיות עם אמה, בזה נראה באמת שמאחר שהבת אצל אמה לעולם, ה"ז כקיבל עליו שמסכים לזאת.

ונ"ל שזהו גם טעמו של הט"ז שם באי"ד שאם הבת משרתת את אמה צריך לתת לה גם מזונות. ובב"מ הו"ד בפת"ש שם תמה דאטו מחויב לשכור לה משרתת מי **שהיא** רוצה וכו'. אכן כוונת הט"ז נראית, שעל עצם המצאותה של הבת עם אמה אינו יכול לערער כלל, כיון שנכנסה עמה, והכלל הוא שהבת אצל אמה לעולם. ומאחר שכן הרי אין טעם להתנגדות שהיא תשרתנה ותקבל מזונותיה, שהרי אין הוא חסר מזה מאומה. והב"מ אמנם הזכיר שיכול למנוע אותה מביתו "בכמה אמתלאות", מ"מ נראה שגם הוא לא אמר אלא כשהאמתלאות נראות לבי"ד, אבל לא בסתם התנגדות. ובענייננו הרי הבעל עצמו לא גילה שום נימוקים נגד הילדה, ואדרבא כל הטענות היו **כלפיו** בנידון זה.

ובתשו' הרשב"א (המיוחסות, ק"ג): "כל שהיא טוענת שבורחת מפני חמותה **ולא במרד** יש לבעל לתת לה מזונות שאין זו מורדת וכו' ולמה תפסיד כל מזונות, והוא מכישה במקל שתברח", עכ"ל. והנה בתשו' זו חזינן שכל הדיון אינו שיחויב **הבעל** להוציא חמותה מביתו ואל"כ יהיה עליו דין מורד שאל"כ הו"ל לאשמעינן רבותא טפי, אלא כל הדיון הוא אם על **האשה** תורת מורדת. והיינו אולי עפ"י הראב"ד (פי"ג מאישות י"ד) שכל שהאשה באה בגבולן אין מוציאין אותן ממקומן, היינו שהיא אינה יכולה לבא בטענה עליו, ומ"מ גם היא לא הפסידה מזונות, כיון שהוא "שלא במרד".

]ויתכן שהביאור בדעת הרמב"ם שם שלא חילק מי בא לרשות מי הוא משום שאף פעם אין יכולים לבוא בטענה להוציא מי שהוא מהבית, וגם אם חמותה באה אח"כ, כשהבעל רוצה להחזיקה בביתו אין לטעון כנגדו, אלא שכל הדיון אם יש לאשה תורת מורדת. ובזה הוא שפסק הרמב"ם שיכולה האשה להתנגד לגור עם חמותה, וזהו אפילו **כשהיא** באה ברשות חמותה, שמ"מ אינה מחויבת לקבל "הכשת המקל"[.

וכ"נ מתשו' הרדב"ז תתמ"ט (ת"ו): "נשא אשה והתנה עמה שתדור עם צרתה, ואחר ט' חדשים אמרה שאינה יכולה לסבול וכו' לא דיינינן לה בדין מורדת כלל, דהא אמרה בעינא ליה ולא מצערנא ליה אלא אני רוצה לדור בפנ"ע, כי סבורה הייתי שאני יכולה לקבל ועתה א"י לקבל. וגם אין כופין אותו ליקח לה בית בפנ"ע שהרי התנה עמה שתדור עם צרתה, וגם אין לחייבו במזונות כיון שיצאה שלא מדעתו וכו' ובנ"ד אין כופין אותה לדור עם צרתה שאין אדם דר עם נחש בכפיפה, **ואין דנים אותה בדין מורדת דהא אמרה בעינא ליה ולא בדין מאיס עלי שהרי אינו מאוס עליה.** וכן אין כופין אותו לקחת לה מדור בפנ"ע שהרי התנה עמה, ולא לתת לה מזונות ולא תנאי מתנא"כ שהרי מרדה ויצאה ואינה משמשתו", עכ"ל. הרי שאין דנים אותה בתור מורדת אעפ"י שהוא אינו אשם בדבר והתנה עליה בפירוש שמשו"כ אנו דנים שאי"ח במדור בפנ"ע, ומ"מ גם עליה אין חיוב ואינה נחשבת בזה כמורדת. והא דהפסידה מזונות הוא מפני שיצאה מביתו ואינה משמשתו, כהא דסי' ע' סי"ב ברמ"א שאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו, וזה אינו מגדרי מורדת שאינה מורדת מעונה כמבואר שם, אלא שאין חיוב מזונות באשה אלא כשהיא עומדת עמו ומשמשתו. ואעפ"י שהזכיר בלשונו "שהרי מרדה" ודאי לשון זו לאו דוקא, והכוונה בעיקר מצד שאינה משמשתו כמו שסיים בדבריו, שאל"כ נמצא שסותר עצמו תכ"ד שכ' לפני כן שאין דנין אותה כמורדת. ומה שאמר שהפסידה גם תנא"כ נראה הכונה על אלה הכרוכים במזונות, דהיינו מדור וכסות ורפואה, שאל"כ למה הו"ל להזכיר קודם בהא דאי"ח לשכור לה מדור בפנ"ע מפני שהתנה עמה, ותיפוק ליה שהרי אין לה תנא"כ. וודאי לא יתכן לומר שכונתו לענין פרקונה וקבורתה, שגם במורדת תוך י"ב חדש לא הפסידתם לדעת הרא"ש דס"ל שעדיין לא הפסידה כתובתה (פ' אעפ"י סי' ל"ד, וכ"ה ברמ"א בשו"ע) "כיון שאינו יכול לגרשה בלא כתובה בתוך השנה", וה"נ הוא בנידון דהרדב"ז שלא הפסידה כתובתה כמבואר בדבריו שם.

והנה דעת הרוב נוטה לבאר הרדב"ז הנ"ל שהיא מורדת ממש ומשו"כ הוא שהפסידה המזונות ותנא"כ, והא דכ' קודם שאין דנין אותה כמורדת הכונה רק לענין שאין כופין אותה להיות אצלו כיון שנותנת אמתלא לדבריה, ודמי להא שהרמ"א סי' ע"ז לענין מאיס עלי באמתלא. אולם הרי הרדב"ז הזכיר בדבריו בפירוש שאין דנין אותה כדין מאיס עלי כיון שאינו מאוס עליה, ולענין מה הזכיר זאת מאחר שדן אותה בדין מ"ע ונותנת אמתלא. ותו דגם באומרת מאיס עלי באמתלא אין עליה תורת מורדת, שמשו"כ אין נוקטים נגדה בשום אמצעי כפיה, וזה עפ"י הסבר הרא"ש דפליג עלה דהרמב"ם שבמאיס עלי כופין אותו לגרשה לפי שאינה כשבויה, וטוען כנגדו הרא"ש נוסף על מה שיתכן שעיניה נתנה באחר, "מה נתינת טעם לכוף האיש לגרש ולהתיר א"א, לא תיבעל לו ותוצרר אלמנות חיות כל ימיה, הלא אינה מצווה על פו"ר". וטענות אלה אינן אלא נגד הכפיה לגירושין, משא"כ לענין שלא לכופה להיות עמו אין שני נימוקים אלה קיימים, שכיון שאינה ניתרת לשוק ל"ש הא דעיניה נתנה באחר, וכן הרי היא באמת נצררת אלמנות חיות, א"כ ממילא כלפי זה שאין לכופה לחיי אישות טענת הרמב"ם קיימת שאין בנות ישראל כשבויות חרב להבעל לשנוי להן, ע"כ לכו"ע אין כופין אותה לזה ואין לדון אותה כמורדת מטע"ז להפסידה שום דבר, והא שאין לה מזונות הוא מאותו נימוק שהו"ל כיון שאינה עמו לשמשו. וע"ע להלן בהרחבה במזונות בטוענת מ"ע.

וזהו רק בנידון דהרדב"ז או בטוענת מ"ע שהבעל אינו מעכב על ידה והיא היא המעכבת לחודא. משא"כ בנידו"ד שלהפסידה מזונות מצד שאינה תחתיו ומשמשתו א"א כמו שציינו מעכת"ר שליט"א בצדק, שזה אינו אמור בהאי גוונא שאינו רוצה כלל בשימושה. א"כ כל הדיון הוא רק מצד גדר מורדת, ובזה קיימת הטענה שאינה מורדת כיון שהיא אנוסה מצד דרכו של עולם ואינה מתכחשת להתחייבויות שקבלה עליה בשעת הנשואין, אדרבא סתמא דמילתא היה על דעת כן מעיקרא שתהיה הילדה גדלה בביתם, והוא הוא שחוזר בו עכשיו. מסקנא דמילתא: אם אין האשה מוצאת סידור מתאים לילדה באיזה מוסד מתאים, וביה"ד משוכנע בזה שעשתה את כל האפשרי ולא עלה בידה, אין על האשה גדר מורדת ולא תפסיד מזונותיה מדין זה. וע"כ אני בענ"ד מתנגד לפיסקא שבפס"ד האומרת שגם "כשלא הצליחה" לסדר הבת ואינה רוצה משו"ז לחזור בגפה, תורת מורדת עליה.

אכן נידון שלנו לפי הצעת הדברים בפרוטיקול נראה שהאם לא היתה מעונינת כלל לסדר הבת במוסד, שכן גם לאחר סירוב שני המוסדות לקבלה עדיין היה מקום להמשיך בחיפוש מוסדות, ולא מתקבל על הדעת שלא היתה יכולה למצוא מוסד שיהא מוכן לקלוט הילדה. ע"כ נראה שהכרזתה שפניה לשלום סותרת את התנהגותה המוכיחה בעליל שאין רצונה בסידור הילדה. ובכה"ג ודאי נראה שתורת מורדת יש לה, שאין על הבעל חיוב בכה"ג שישנן אפשרויות אחרות, להחזיק הילדה דוקא בביתו. וא"כ דמי להא דהרשב"א בב"י סי' ע"ז הנ"ל שמתעכבת מלחזור באמתלא שישלם קודם החובות שלה, שנוטה הרשב"א לראותה כמורדת, כי כל מורדת נותנת איזו שהיא אמתלא לסירובה לחזור. וע"כ **אני מסכים באופן מעשי** לניד"ד לראותה בגדר מורדת, מאחר שהיא מעכבת מלחזור לבעלה בטענה שאין לה הצדקה.

אכן עדיין איני נוטה להסיק מזה המסקנה המוסקת בפסה"ד לדעת הרוב שהפסידה מזונות ומטעמים שיבוארו להלן.

הפסדת מזונות למורדת - דינא או קנסא

דעת הרוב להעמיד שאלה זו שממנה תוצאות לניד"ד, שאם הוא קנסא אין זה אלא לאחר הכרזה, שבניד"ד אינה אפשרית כיון שגם הוא מסרב לשיבתה אליו, משא"כ אם הוא מדינא, ה"ז אפילו כשעדיין לא הפסידה כתובתה. ומסיק שזה תלוי במחלוקת --- דלהרא"ש והריטב"א הוא מתורת קנס, ולא כן למאירי שמלשונו נראה שהוא מדינא. וכן הביא לדייק כוותיה מהראבי"ה והרשב"א. והיה יכול להוסיף כדדייק מהמאירי, מדעת הרשב"א הו"ד בהה"מ פי"ד

מה' אישות ה"ח, וציין דבריו הב"י בסי' ע"ז שכ' שם: "ואין לה מזונות תוך **יב"ח כיון שאינה רוצה בו**", הרי שנוקט ג"כ הטעם לא מצד קנס אלא משום שאינה רוצה בו. והמדובר ג"כ כשלא הפסידה כתובתה כמבואר שם בדבריו.

אכן מה שנלענ"ד שאין כאן מחלוקת כלל **במתן הטעם** להפסד מזונות, אלא שדברי כל אחד מהם סובבים **בענין אחר**, וע"כ יצא מזה בהכרח גם הבדל בטעמים: דברי הרשב"א שבהה"מ, וה"ה דברי המאירי הם בענין טענת **מאיס עלי**, כמבואר שם ברשב"א שמפרש הא דכלתי' דרב זביד, וכן הא דמסיק דמשהינן לה ובהני יב"ח אין לה מזונות, הכל הוא דוקא בטענת מאיס עלי, וכ"ה לשון המאירי "שמאחר שהיא **מואסת בו** האיך הוא זנה". ובזה גם **ל"ש קנס וגם ל"צ להיזקק** לטעם קנס, כיון שהיא טוענת מאיס עלי ל"ש לקנוס אותה, כי מה פשעה שהוא מאוס עליה, אולם מאידך, מאחר שהוא מאוס עליה וברצונה שיוציאנה בטענתה, אינה יכולה לתבוע ממנו מזונות, שה"ז כמי שאוחז החבל בשני ראשים, שאם הוא מאוס עליה ואינה רוצה בו אינה יכולה לטעון למזונות שהם חיובים שבין איש לאשתו לשם חיי משפחה.

משא"כ הרא"ש, הרי דבריו הם לפי פירושו בגמרא הנ"ל דהא דמשהינן לה יב"ח אמור לא רק במאיס עלי אלא כש"כ במורדת, ולדעתו כפי שמביא הטור גם במורדת תוך יב"ח אלה לא הפסידה כתובתה, ומורדת הרי אומרת בעינא ליה, א"כ ל"ש להפסידה מזונות מטעם שמואסת ואינה רוצה בו, שהרי היא כן רוצה בו, אלא שרוצה לרדותו במרידתה, ע"כ טעמו של הרשב"א שהם הם גם דברי המאירי לא מספיק להפסידה המזונות, אלא שבכה"ג של מורדת הרי יש טעם אחר וזהו מש"כ הרא"ש, שבמורדת **קנסוה** כיון שעושה זאת **במרד** ובמעל. (ויצא לו זה להרא"ש מפני שמפרש מסקנת הגמרא שמשהינן לה ואין לה מזונות אתרוייהו סוגי דמורדת קאי, הן במ"ע והן באומרת בעינא ליה, ובע"כ שיש כאן גם משום לתא דקנס, אולם טעם זה הוא רק לענין בעינא ליה וכנ"ל, ואילו לענין מ"ע ודאי מודה לטעמו דהרשב"א דטעם קנס ל"ש התם כלל תוך יב"ח כשם שלא קנסוה מידי בכתובתה).

ובזה היה אולי למצוא פשר כונת הטור במה שהעתיק דעת הרא"ש כנ"ל שגם במורדת אינה מפסידה כתובתה תוך זמן יב"ח. ובב"ש (ע"ז יג) רמז שאין זה מוכרח כלל בדעת הרא"ש "אלא שהטור כ"כ". אכן לפי הנ"ל הרי לכאורה דעת הרא"ש היא בהכרח כהבנת הטור דבריו, כיון שנימק הא שהפסידה מזונות מדין קנס, וזה הרי מוכרח כנ"ל שהוא רק במורדת דבעינא ליה. וא"כ הרי מוכרח שתוך זמן זה לא הפסידה כתובתה, דאי הפסידה כתובתה למ"ל לנימוק דקנס, ותפ"ל מצד דתנ"כ ככתובה, וכיון שהפסידה כתובתה ממילא הפסידה גם המזונות. אע"כ ס"ל להרא"ש דלפי התקנה דמשהינן לכולהי מורדת יב"ח אף זו שטוענת בעינא ליה לא הפסידה תוך זמן זה כתובתה, ע"כ הוכרח להזקק לטעמא דקנס. א"כ צדק הטור בפירוש דברי הרא"ש, כ"נ לכאורה. אמנם עי' להלן שיש מקום לקיים הערת הב"ש.

ומעתה בנידו"ד ל"ש לא טענת קנס כמש"כ כ' הדר"ג (הגרי"ש אלישיב שליט"א), ואף טעם הרשב"א והמאירי ל"ש כאן, כי דבריהם הם כנ"ל רק בגוונא שטוענת מאיס עלי, אבל הכא הרי רוצה בו, א"כ א"א להפסידה אלא משום לתא דקנס בלבד, והכא ל"ש קנס, כיון שגם הוא מורד עליה, וכמש"כ מעכתר"ה.

מזונות דמורדת תוך ד' שבתות

כב' הדר"ג דיק מהראבי"ה שהביא הירושלמי לענין מורדת שחלתה לחיוב מזונות. ומאחר שהירוש' קאי תוך ד"ש, ש"מ שהראבי"ה מפרשו לענין מזונות, וש"מ שגם תוך זמן זה אעפ"י שעדיין לא הפסידה כתובתה אין לה מזונות, והיינו מדינא. כן הביא מתשו' הרשב"א שהו"ד בב"י סי' ע"ז שלדעת ר"ת והרי"ף איבדה מזונות במרדה, והדברים ע"כ סובבים תוך ד"ש וכמו שהבין החזו"א "אע"פ דעדיין לא הכריזו עליה ד"ש ועדיין לא הפסידה כתובתה". הרי דהני רבוותא סברי דמפסדת מזונות לא מצד קנסא אלא מעיקר הדין עכת"ד.

ע"ז יש להעיר: כבר החזו"א עצמו תמה שם, לפ"מ שהבין דברי הרשב"א כנ"ל, היכן מצא זאת ברי"ף וברי"מ, שלא הוזכר בדבריהם כלל על מזונות דד"ש. ואני מחזק התמיה שהרי הריטב"א בתשו' סי' ק"נ נוקט בפשיטות בדעת הרמב"ם שלא הפסידה מזונות אלא אחר ד"ש, וז"ל: "והסכימו גדולי רז"ל וכ"נ דעת הרמב"ם ז"ל שהמורדת מתשמיש שפוחתין מכתובתה מדין משנתנו או שמפסידין אותה אחר ד"ש כדעת רבותינו שחזרו ונמנו על זה, כי לעולם יש לה מזונות ורפואה ותנא"כ עד שתפסיד כל כתובתה" ע"כ. וכ' עו"ש במה שמשמע מהירושל' שהמורדת הפסידה מזונותיה: "א"נ דההוא בתוך יב"ח דמשהינן לה אגיטא וכמו שכ' הרמב"ם ז"ל". ע"כ. וכזאת היא ודאי משמעות הפשוטה והברורה של הרי"ף והרמב"ם שהעתיקו דברי הגמרא שאין לה מזונות בהני יב"ח בלבד, ואיך יתכן שהרשב"א יאמר בשמם ההיפך ממשמעותם.

והנה כב' הרד"ג רוצה לבאר הרשב"א עפ"י הגירסא שמביא בס' העיטור שלא היה כתוב שם בהנך תריסר ירחי שתא לית לה מזוני. וגם אני חשבתי מעיקרא לבאר כן הרשב"א. אולם חזרתי בי, מאחר שעכ"פ זוהי תוספת של רבנן סבוראי, ל"ש לתלות זאת בדעת הרמב"ם והרי"ף. אולם הן גם אילו היינו מפרשים כן ברשב"א אכתי אין לנו בדבריהם אלא בהני תריסר ירחי שתא, וזהו כבר לאחר שהפסידה הכתובה, ומנין לו להרשב"א לחדש בדעתם שגם בהני ד"ש שקדמו ליב"ח שבהם עדיין לא הפסידה כתובתה נמי אין לה מזונות. הרי אדרבא איפכא משמע מדבריהם שרק בהני יב"ח הוא שהפסידה מזונות ולא קודם לכן, ואם יש לו לרשב"א איזו שהיא סברא שלפיה יש לה להפסיד מזונות בד"ש יותר מאשר ביב"ח (אני כשלעצמי איני יודע איך תתכן סברא מעין זו), עכ"פ איך יתלה זאת בר"מ ורי"ף שלא דברו מזה כלל, ואין זה קשור כלל בדבריהם, אם קיימת סברא מעין זו להפסידה מזונות בהני ד"ש דוקא.

]הן אמנם דברי הריטב"א בתשובתו שם באשה שהלכה מבית בעלה שמסיק שלא הפסידה מזונות נראים סותרים לדברי עצמו מש"כ בחידושיו, והעיר ע"ז הרב קאפח בהערותיו שם, אולם מצינו כהנה וכהנה בדברי הראשונים שחוזרים בהם בפסקיהם ממש"כ במקו"א. ואין זו גם סתירה ממש כי בפירושו נראה **כמסתפק** בדבר אם אין לה **לגמרי** מזונות. בכל אופן אין מכוח הסתירה לפקפק בעצם השתייכות התשו' לריטב"א, ובפרט שכאמור דברי הרמב"ם ברור מללו בנידו"ד כהבנת הריטב"א בתשו' הנ"ל וכנ"ל[.

ע"כ אמינא שכוונת הרשב"א היא באמת רק **לאחר** ד"ש של הכרזה, ומ"מ צדק במש"כ שכך יוצא לדעת הר"מ והרי"ף ואילו "מעיקר הגמרא לא נראה כן", דהרשב"א **לשיטתיה** אזיל שמפרש כל דברי הגמרא שמשהינן לה יב"ח ואין לה מזונות בהני יב"ח, הכל לענין אומרת מאיס עלי דוקא, ואילו במורדת דבעינא ליה וכו', ס"ל ששם יש דין של ד"ש דהכרזה ותו לא מידי, ולאחר מכן "הבעל יגרשנה אם ירצה או יקיימנה" (ההי"מ בשיטה זו). והאי "יקיימנה" הרי פירושו שאם לא תתרצה לו יעגננה, כיון שהעיכוב אינו מצדו. ובכי הא שהיא תובעת שיגרשנה והוא אינו מסכים ונשארת אגידא גביה, יש מקום לחייבו במזונות לא מדין תנא"כ אלא מדין אגידא גביה, כמו במגורשת ואינה מגורשת (כתו' צ"ז :) ועי' בריטב"א בתשו' הנ"ל שהזכיר ג"כ סברא זו. וע"כ יש מקום לומר לשיטת הרשב"א שאם מעגנה לאחר ד"ש יש לה מזונות, אעפ"י שאיבדה כתובתה ותנא"כ. ולומר שיש כאן קנס אין לנו שום ראיה, מאחר שלרשב"א הגמרא שאמרה שהפסידה מזונות תוך יב"ח לא מיירי בהא אלא באומרת מאיס עלי, דהתם **מדינא** אין לה מזונות, כיון שמאוס עליה, והא דמתעכב מלגרשה הוא מתקנ"ח **לטובתה** שמא תמלך בה. וכ"ז לרשב"א לשיטתיה. משא"כ להר"מ והרי"ף, גמרא זו שאין לה מזונות נאמרה באומרת בעינא ליה וכו', א"כ נאמר בזה **בפירוש** שאין לה מזונות ואינו חייב בהם גם מצד אגידא גביה, וזה הוא או מטעם קנסא, או משום שלא אמרו חיוב באגידא גביה אלא כשזה לא בא מחמת פשיעתה. עכ"פ ראיה זו קיימת רק משיטת הר"מ והרי"ף ולא מגוף הגמרא, שמתפרשת לרשב"א באו"א וכנ"ל.

והבנה זו בדברי הרשב"א מסתייעת גם מדברי הריטב"א עצמם שכ' בחיד' כתובות הנ"ל (ק"ב) לענין חיוב מזונות כשאינה אצל בעלה שאי"ח בהם "אפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה" וכו', ומי הוא זה האומר כן, אם המדובר תוך ד"ש הרי זוהי דוקא דעת הריטב"א עצמו בתשו' הנ"ל, וגם ל"ש לכנותה מורדת גמורה שעדיין מתרים בה ויתכן שתחזור בה ע"י ההכרזה, ואם לאחר מכאן תוך יב"ח, הרי זו גמרא מפורשת מרבנן בתראי שאין לה מזונות, ומאן פליג עליה. אכן לפי הנ"ל הכוונה באמת תוך יב"ח ובמורדת גמורה --- כלשונו, היינו שטוענת בעינא ליה, והיא דעת הרשב"א, שכנ"ל ס"ל שאין מקור בגמרא לפוטרו ממזונות מצד אגידא גביה, כשמעכב אותה כדי לעגנה.

ולפ"ז צדקו יחדו דברי הרשב"א והריטב"א ודברי הרשב"א ברורים ובהירים בע"ה. אמנם בהמשך דברי הרשב"א שם טוען כנגד אותו חכם שרצה לתלות חיוב מזונות בכתובה והרשב"א הוכיח לו שלא כן הדברים ואין זה קשור בזה. א"כ לכאורה נראה מזה שדברי הרשב"א סובבים באופן שלא הפסידה כתובתה שמ"מ מזונות הפסידה. אך אין מזה ראיה די"ל שהאמת אמר לו שאין זה כלל, שמזונות קשורים בכתובה, אולם בנידו"ד הפסד המזונות הוא רק בהפסד הכתובה.

עוד נראה שאפילו אם נפרש הרשב"א בהפסד המזונות במורדת מתשמיש לא רק כשהוכרזה כמורדת וכבר הפסידה כתובתה, אלא שעצם המרידה מפקיעה חיוב המזונות (ובזה א"ש יותר לשון הרשב"א שם) שמ"מ אין זה מפני שלא תקנו מזונות במורדת שלפ"ז גם כשהוא גם כן מורד מ"מ אין לה מזונות אלא הוא **מאותו נימוק** שכ' הריטב"א לענין אם אינה רוצה לאכול עמו שלא תקנו מזונות אלא ביושבת תחתיו ומשמשתו, וס"ל לרשב"א שמטעם זה עצמו גם במורדת מתשמיש לא גרע מזה. וכך מתפרשת לפ"ז הגמרא אליבא דהרי"ף והר"מ במ"ש שאין מזונות בהני תריסר ירחי שתא אעפ"י דאגידא גביה, כיון שאינה משמשתו (ול"ד למגורשת וא"מ שאינו מעונין ואינה יכולה לשמשו). וסייג לדברי מה שהרמ"א בסי' ע' מעתיק ההלכה בפשיטות כהריטב"א הנ"ל שאם הלכה ואינה רוצה לאכול עמו אין לה מזונות, ולכאורה הרי הרשב"א בתשו' הנ"ל דקאי באשה שהלכה מבית בעלה ואינה רוצה לחזור אליו כלל, ומ"מ לא בא עליה להפסידה המזונות מצד שאינה עמו לשמשו אלא מצד דיני מורדת נחית עליה, שמזה לכאורה נראה שלא ס"ל לרשב"א שמצד שאינה רוצה לאכול עמו מפסדת מזונות. אמנם הב"י בב"ה סי' ע' וסי' ע"ז מציין מהתם להכא, ואולי כיון לרמוז ע"ז. אך הן לפנינו הרמ"א בפסקיו כמעלים עין מזה. אכן לפי הנ"ל י"ל שבאמת אין סתירה, כי דברי הרשב"א ג"כ רק מכוח זה שאינה משמשתו קאתי עלה, באופן שהכל היינו הך, ולא הוצרך הרשב"א להזכיר הא דאינה אוכלת עמו, דס"ל דבכה"ג שגם אינה מתרצה שישמש עמה, יש נימוק יותר להפסידה, ומ"מ הכל מטעם אחר, מצד שאין מזונות לאשה אלא ביושבת עמו, הן לתשמיש הן לשאר שימושים דבשעת סעודה וכיו"ב.

וממילא בנידו"ד שהוא אינו רוצה בשימושה, אין מקום להפסידה המזונות כדרך שאין מקום להפסידה המזונות מצד שאינה אוכלת עמו וכנ"ל.

ומדברי הראבי"ה הרי ודאי שאין ראיה לנידו"ד, ואף כב' הדר"ג לא כ' בו אלא "וכן משמע". אבל לפי האמור לא יתכן כלל פירוש כזה בדבריו, כי תוך ד' שבתות לא מפסידה מזונות לכל הדעות. אלא דבריו מתפרשים בפשיטות, כי ספיקו היה אמנם בתוך יב"ח, בכה"ג אין לה מזונות, ונסתפק בחלתה שעכשו העיכוב אינו מצד מרידתה וע"ז הוא שמביא מהירוש', שאמנם אין שם המדובר לענין מזונות כיון ששם המדובר על ד' שבתות, אלא שמ"מ אנו שומעים מהירוש' שאונס שבא לאחר מכאן תוך ימי המרידה אינו מוריד ממנה הדין של מורדת, ומשו"כ הירוש' לומד מזה גם לענין בריחת ע"ע, שחולי שאח"כ כאילו אינו. א"כ ה"ה בתוך יב"ח שהפסידה המזונות מחמת מרדה שגם אם שוב חלתה בינתיים, לא נפקעת ממנה תורת מורדת, וז"פ.]ועפ"י האמור בכונת הרשב"א חוזרת הערת הב"ש בדברי הטור למקומה, כי ממה שהוצרך הרא"ש לנמק הפסד המזונות בקנס חכמים ולא מצד תנ"כ ככתובה, אין ללמוד דס"ל לרא"ש שגם מורדת דבעינא ליה לא הפסידה כתובתה תוך יב"ח, די"ל דגם להרא"ש הוקשה הא דהרשב"א דמ"מ יתחייב לה מדין אגידא גביה, ולזה הוצרך לטעם דקנס. ובדעת הטור י"ל אולי דלא ס"ל להאי סברא שלא נאמר אגידא גביה אלא בגונא שלא פשעה וכנ"ל ויש פנים לכאן ולכאן. וע"ע בס' בני אהובה פי"ד מה' אישות ה"י].

מסקנות

א. כשהיא מעוכבת מלחזור בגלל טענה שנראית לבי"ד, כגון מצד רחמיה על בתה שסובלת בבית הזה, ואין לה אפשרות סידור נאות, אין לתת לה דין מורדת, גם אילו היה הבעל מוכן לקבלה חזרה. בנידון דידן שבעלה הצהיר שאין רצונו להחזירה אליו אין טעם כמובן לעשות פעולות שהן לשם מציאת מוסד מתאים לילדה כיון שהוא ללא כל תועלת. וממילא לא הפסידה מזונותיה מצד עצמה.

ב. בנידו״ד כשהבעל מכריז שאינו רוצה בחזרתה, שממילא אין להכריז עליה כמורדת, אינה מפסידה מזונותיה, כי כאן ל״ש טעם דקנס שהוא רק בהוכרזה למורדת, ואף מעיקר הדין ל״ש להפסידה שלא נאמרו הדברים אלא בטוענת מאיס עלי ואינה רוצה בו, משא״כ נידו״ד שכן רוצה בו, אף אם נדוננה כמורדת וכדעת כ׳ הדר״ג, מ״מ קנס ל״ש הכא, וממילא נשאר בחיובו כלפיה.

יצויין כי למעשה הוחלט ברוב דעות שלא לשנות את פסק-הדין המעורער, אלא לדחות את הערעור.

סימן לז : גידרה של מורדת-מאיס עלי ודין כתובתה

הנדון שלפנינו: ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי פתח-תקוה שהתיר למשיב לישא אשה אחרת על אשתו המערערת-מורדת הטוענת ״מאיס עלי״ ויחד עם זה תובעת כתובתה.

להלן הערות על דברי ידידי הגר״ע יוסף שליט״א, ובתוכן תתבארנה ההערות גם על פסה״ד מאת ידידי הגר״א גולדשמידט שליט״א.

א.

הנה ידידי הרבנים הגאונים שליט״א דנים בענין אומרת מ״ע ותובעת הכתובה אם דיינינן בה דין מורדת להכרזת ד׳ שבתות, או דיש בה דין מ״ע, ובזה לאיזה שיטות הראשונים מפסידה כתובתה מיד. והדיון הוא עפי״מ שהביא הרמ״א מתשו׳ הר״ן שבכה״ג דתובעת הכתובה דנין בה דין מורדת לפחיתות הכתובה, וסובב הויכוח בדעת הרא״ש בתשובותיו שנראה שלא ירד לחלק בין תובעת כתובה ללא תובעת.

כב׳ ידידי הגר״א גולדשמידט שליט״א מסיק דאין בזה מחלוקת ולא נחת הרא״ש לחלק כי אין בנידון דידיה נפ״מ מזה. ואילו כב׳ ידידי הגרע״י שליט״א כ׳ דמוכח דהרא״ש פליג באמת בהא אדהר״ן, וכן שגם הרשב״א פליג בזה עפי״מ שכ׳ רבינו ירוחם משמו. ועפי״ז מסיק דלענין להוציא ממנו ממון כתובה יש לו לטעון קי״ל. ולענין יב״ח דבטענת מאיס עלי הביא לחבל אחרונים שנוקטים דמפסדת מיד, ״נמצא שאף הפוסקים החולקים על הרמב״ם בדין הכפיה מודים לו בענין הממון שמפסדת כתובתה מיד״.

וע״ז אני אומר, אם כהנחת מעכתר״ה שליט״א דבמ״ע מפסדת כתובתה מיד, כי אז אין נפ״מ כלל מהדיון אם הר״ן והרא״ש פליגי בהא או לא, דהרי הר״ן לא אמר אלא דחיישינן להחמיר עליה לתת לה דין מורדת, והיינו ע״כ לענין להפסידה בלאותיה בהפחתת כתובה, וכן שלא לכופו לגרשה אליבא דהני שיטות דס״ל במ״ע כופין לגרשה, אבל להקל עליה מאשר בדין מ״ע הן לא יתכן, שהרי היא עצמה טוענת מ״ע, וא״כ איכא בזה הודאת בע״ד, וודאי שכל מה שדינה להפסיד במ״ע גם היא מפסדת, דהרי ז״ל הר״ן: ״האומרת מאיס עלי ורוצה אני להתגרש וליטול כתובה **חוששין** שמא עיניה נתנה באחר, וחזר דינה לדין המורדת״.

[הן אמנם לשונו שנקט ״וחזר דינה לדין מורדת״ קשה לפי הנ״ל, שכן יש לה גם חומר דמ״ע, ורק לענין בלאותיה יוצא חומרא ע״י דיהבינן לה דין מורדת, אך י״ל אולי דלר״ן לשיטתי׳ המבוארת בפירושו של הרי״ף, וכן לשיטת הרא״ש, שבכל מ״ע נקטינן דאין מפסידה אלא אחר יב״ח, א״כ איכא רק חומרא בהא דיהבינן לה דין מורדת. ומ״מ מידי קושי לא יצא, דהרי בתשו׳ זו מביא הדעות האחרות דסברי שלא הוזכרו יב״ח לענין הפסד הכתובה, רק לענין להשהות הגירושין, א״כ הו״ל להזכיר דיהבינן לה תרי חומרי להני שיטות, ולהלן אי״ה יתבאר].

ב.

אמנם בחזו״א (ס״ט סק״ג) כ׳: ״ואין דין מ״ע אלא דוקא בכה״ג, אבל אם רצונה לצאת שנתנה עיניה באחר, או שרצונה בממון שתוציא ממנו, אף שסו״ס רצונה להתגרש, מ״מ אי״ז בכלל מ״ע אלא בכלל מורדת דבעינא ליה וביד משתדלין לעשות שלו׳ ביניהן, וגוערין בה ומכריזין עליה ואין מפסידים כתובתה לאלתר״.

אך דבריו לענ״ד תמוהים מאד, דכיון דאומרת מ״ע, דבכה״ג הדין שמפסדת הכתובה לאלתר, איך יתכן דעי״ז שנתנה עיניה באחר נקל עליה שלא להפסידה ממה שמפסדת בטענת מ״ע? וגם אילו היה כדבריו בגוונא שאנו יודעים בבירור שכל טענתה היא רק מחמת עיניה נתנה באיש אחר או בממון (מה שג״כ לא מסתבר כלל וכנ״ל), מ״מ בגוונא שאי״ז בטוח ויתכן גם שהוא כדבריה שמאוס עליה, ודאי שאין מקום להקל בדינה מכל טוענת מ״ע, א״כ כל הדיון אם הרא״ש והר״ן חולקים אהדדי אין לו ענין לנידו״ד, שהשאלה היא להפסידה כתובתה כדין הטוענת מ״ע.

ג.

ואי יהיבנא לכו הנחה זו שבגוונא שנתנה עיניה באחר, ואפילו אם אין זה אלא חשש בעלמא, מ״מ נפקע דין מ״ע להפסד הכתובה ויש בה דין מורדת לכל דיניה, לדעת הר״ן, כי אז אין הוכחה שהרא״ש פליג אהא, דהרי בא״ד מסיקים מעכתר״ה שליט״א דבזה הדבר תלוי לפי ראות עיני הדיינים, ואם רואים שאין מקום לחשוש שמא נתנה עיניה באחר, כי אז יש לה דין מ״ע, א״כ הרי דברי הרא״ש בתשובתו יכולים להתפרש דמיירי בכה״ג. וכך נראה גם מלשון השאלה, שהיתה זקנה ולא היו יחד אלא ימים אחדים, ואף היא לא תבעה הגירושין אלא הוא הוא שתבע שתחזור אליו, א״כ בכל כה״ג אין שום יסוד להעלות חשש שעיניה נתנה באחר, ובגוונא שאין חשש, הרי גם הר״ן מודה.

ד.

וחילוק זה יוצא מוכרח גם מתשובת הרשב״א, דהרי הר״ן כ׳ בדעתו ״כן היא דעת הרשב״א ז״ל בתשובה״. ואילו בתשו׳ הרשב״א שהובאה ברי״ו ובב״י סי׳ ע״ז (ציינם כב׳ הגרע״י שליט״א) מבואר דאם לא אמרה שאינה רוצה בכתובתה לא הפסידה כלום, ויוצא דס״ל דבכה״ג שלא אמרה לא בעינא בכתובתו, הדבר מתפרש שרוצה בכתובה, וא״כ אמאי לא נדוננה במורדת. וכתר״ה כתב עפי״ז: ״הא קמן שאין הרשב״א מצריך במורדת דמ״ע שתאמר לא

בעינא לא הוא ולא כתובתו״, וא״כ לפ״ז הדברים סותרים למש״כ הר״ן בשמו של הרשב״א, אע״כ כנ״ל דבכה״ג שלא הזכירה כלל תביעת הכתובה אין חשש שעיניה נתנה באחר, וע״כ אין דינה כדין מורדת, ואילו הר״ן קאי בגוונא שמתוך טענותיה אפשר להעלות חשש שעיניה נתנה באחר, א״כ גם דברי הרא״ש בתשובתו יתפרשו באופן הנ״ל, ואי״צ לעשות מחלוקת ביניהם.

ה.

והנה מדברי הרשב״א הנ״ל אנו שומעים גם, שלמרות שגם כשלא ויתרה על כתובתה יש בה דין מ״ע, מ״מ הפרש יש בין שאומרת ל״ב בו ובכתובתו, לבין שאינה אומרת שמוותרת על הכתובה, שבזה גם להני דפליגי אדר״ח והרא״ש וס״ל שבמ״ע איבדה כתובתה מיד (אפילו לאחר התקנה של המתנת י״ב חודש), מ״מ בשלא ויתרה יש לה הכתובה אם חזרה בה תוך יב״ח, וכש״כ בתובעת בהדיא הכתובה. וא״כ אין ראיה ממה שמביא מעכתר״ה מהרשב״ש ואביו הרשב״ץ דסברי דבמ״ע מפסדת מיד, דזה מתאים לדעת הרשב״א לאפוקי מהר״ח והרא״ש, אבל כ״ז הוא רק במ״ע דל״ב בכתובתו, משא״כ בתובעת הכתובה אין לנו מי שיחלוק על הרשב״א שגם בכה״ג מפסדת כתובתה מיד.

ו.

באות ד׳ בא״ד מביא המאירי שכ׳ שלא הפסידה כתובתה במ״ע תוך יב״ח, ומדייק מזה דע״כ ברוצה הכתובה מיירי דאל״כ הרי מחלה. הנה אם זו סתירה, היה לו להקשות זאת בדברי הר״ח שהובא ברי״ו שכ׳ שבמ״ע לא הפסידה תוך יב״ח, והמדובר בשאמרה בפירוש ל״ב כתובתו, דהרי רק בהאי גוונא פליג הרשב״א עליה כמבואר שם, ואמאי לא הפסידה מאחר שמחלה, אלא שהדברים מבוארים כבר בתוס׳ וברא״ש על אתר, דהא דאמרו אין כופין היינו שלא לומר שזו אינה מחילה כיון שהוא בע״כ, ועפי״ז מסיק הרא״ש שם שלאחר שתיקנו יב״ח, תוך זמן זה לא איבדה כתובתה, והיינו כנ״ל דמחשיבים זאת כמחילה בטעות, דמשום כעסה וגאותה אמרה זאת, וזוהי שיטת המאירי ג״כ.

ז.

באות ז׳ כ׳ דהלחם רב פליג אדרדב״ז שבדין מורדת דאיכא פלוגתא אי בעינן יב״ח מכריע שאין להוציא מיד המוחזק, ואילו הרדב״ז כ׳ דבס׳ מחילה לא הפסידה. אבל אין ראיה מהא דהלחם רב שדן על ספק דפלוגתא דרבוותא, שבזה הדין הממע״ה להא דס׳ מחילה, שבזה הוא שכ׳ הרדב״ז ש״צריך שלשון המחילה יהא מבורר״. ומה שהביא כתר״ה שליט״א מעוד מקומות שבהם הדיון על ס׳ מחילה, נ׳ שג״כ אינו דומה, דהתם הוי ספיקא בגמרא, ולאותו צד דהוי מחילה נחשבת שתיקתה כלשון מחילה מבורר, אלא שנשאר בתיקו. משא״כ בהא דהרדב״ז גם אם נסתפק בדבר, הלשון עכ״פ אינו מבורר, והוי כעין ס״ס שבזה בכתובה מוציאין ממון כמבואר בש״ש, א׳ פ׳ כ״ד בשם הגהות מרדכי, יעוי״ש.

ח.

ובכל אופן חזינן מדברי הרדב״ז הנ״ל שאינו דן אלא בגוונא דאמרה בסתמא מ״ע דשמא יש כאן מחילה, אבל אי אמרה בפירוש, ודאי דאין כאן הפסד כתובתה תוך יב״ח, וזה כמבואר בתשו׳ הרשב״א שהו״ל, ונמצא דכל היכא דליכא לאיסתפוקי בעיניה נתנה באחר, כהא דהר״ן, דייניגן לה בדין מ״ע, ואז אף להני דסברי דבאומרת מ״ע ואיני רוצה בו ובכתובתו, מפסדת כתובתה מיד אעפ״י שלא יגרשנה עד יב״ח שמא תחזור בה, מ״מ באומרת סתמא, ומכש״כ בצווחת בפירוש שאינה מסכימה לוותר על כתובתה, לא מפסדת תוך יב״ח. אכן אם יש לחשוש שעיניה נתנה באחר אין מי שחולק על דעת הר״ן דניתב לה חומר דמורדת להפסידה ע״י הכרזה ד׳ שבתות. ובגוונא דהוא תובע הגט, ואילו איהי לא איכפת לה להישאר במצבה הנוכחי אלא שכנגד תביעת הבעל לגירושין עונה שאם ישלם הכתובה תסכים להתגרש, בזה הדברים כפי שנתבארו מתשו׳ הרשב״א וכ״ה דברי הרא״ש בתשובתו, דיש לה דין מ״ע, ומאחר שלא ויתרה על כתובתה, לכו״ע לא הפסידתה טרם שעברו עליה יב״ח מזמן שהודיעוה על זמן זה שניתן לה לחזרה. ורואה אני צורך לברר הדברים יותר ע״י דיון לגופם של דברים בשו״ט בדברי הראשונים בנידון:

ט.

בכתובות ס״ג ע״ב: אבל אמרה מ״ע אין כופין, ופירש״י דאמרה לא בעינא בו ולא בכתובתו. ונחלקו הראשונים לענין אם כופין אותו לגרש או לא. אכן לכו״ע אי מגרש אי״ח בכתובתה בכה״ג.

ויש להסתפק אי הפירוש הוא מצד דמחלה כתובתה, או דהוא משום דבכה״ג שטוענת מאיס ואינה רוצה בו, הרי מגרש מצד שהיא מונעת חיי אישות ולא מגיעה לה כתובה בכה״ג.

והנה הרדב״ז ח״א שס״ד דן לענין סתמא דאי חזרה תוך יב״ח, ומסיק דלא הפסידה כתובתה דבכה״ג ״כיון שהחוב מבורר וצריך שלשון המחילה יהיה ג״כ מבורר״, הרי שנוקט שהפסד הכתובה הוא רק מצד מחילה, וע״כ הוי ס׳ מחילה, ומכאן שאם אומרת בפירוש שאינה מוחלת ודאי שמצד מ״ע כשלעצמו לא הפסידה הכתובה.

וכן מוכח מהא דרבינו ירוחם ברשב״א שכ׳ אי חוזרת תוך יב״ח שאם אמרה שמוחלת הכתובה גם אי חוזרת הפסידה, ואם לא אמרה כן לא הפסידה. והרי הרשב״א דאין לה בדין מ״ע אעפ״י שלא אמרה שמוחלת הכתובה, א״כ אי אפשר לומר דהוא מצד דבכה״ג דייניגן לה בדין מורדת רגילה ואפ״ה כתובתה לא הפסידה תוך יב״ח, ומחלק בין מ״ע באומרת לא בעינא הכתובה לבין שאינה אומרת, ולמה יש מקום להבדיל ביניהם? וע״כ הוא מטעם דכל הא דמפסידה מיד הוא מצד מחילתה, ואי״ז אלא באומרת ל״ב הכתובה, משא״כ באינה אומרת זאת. אלא שלכאורה לפ״ז צ״ע גם אחר יב״ח מנין שהפסידה כתובתה, אי נימא דהגמרא קאי רק באומרת ל״ב כתובתי, ובע״כ שהגמרא קאי בכל גווני, א״כ גם בהתחלת הסוגיא כד אמרו דאין כופין באומרת מ״ע, דהפירוש שיכול לגרשה בלי כתובה מיירי נמי בכל גווני, וצ״ע לכאורה.

י׳.

והנה החזו״א סי׳ ס״ט סק״ה נוקט בפשיטות שהוא לאו דוקא מצד מחילה, ומוכח לה מהא דדייניגן לענין אי הפסידה בלאותיה קיימים, א״כ נ׳ שהוא לא מצד מחילה.

כן יש לדייק מהא דנימק הר״ן הלכה זו דמ״ע ״הרי היא מבטלת תנאי אישות מיד והפסידה כל מה שיש לה על הבעל״, ונראה מזה שהיא מפסידה מצד שמבטלת תנאי האישות, ולא מצד שהיא מוחלת.

ואכן כך גם מסתבר מאחר שאינה רוצה בו והוא מוציאה משום זה שאינה ממלאה תנאי האישות האיך יתחייב בכתובתה כיון שהיא הגורמת, ובתוס׳ שם דנו למה בכה״ג (אי נימא דכופין אותו לגרשה) לא יהא עליה חיוב כתובה, ותירצו מצד דלא שכיח ע״כ לא תיקנו, וזהו נימוק בכדי שלא לחייבה, אבל גם הוא אין מקום לחייבו בכה״ג.

י״א.

אכן מאידך הן יש לדייק מא״ד של הר״ן שכ׳ שבאומרת מ״ע ותובעת גט וכתובה חיישינן שמא עיניה נתנה באחר, וע״כ ״חזר דינה למורדת״, ונראה מדבריו דאינה מפסידה אלא לאחר ד׳ שבתות כמו מורדת, וכן דייק מרש״י דסוגיין דרק באומרת איני רוצה בו הוא דדייניגן לה במ״ע, אבל באומרת שרוצה גירושין וכתובה ״כופין אותה ע״י פחיתת כתובתה כדין מורדת״, ואי אמרינן דבכל מ״ע מפסידה הכתובה מיד, א״כ הרי גם כשיש חשש שמא נתנה עיניה באחר לא יתכן שע״ז לא תפסיד, מאחר שהיא עצמה בהודאתה אומרת שמ״ע, ואם אמנם יש מקום להחמיר עליה מחשש נתנה עיניה באחר, הן לא יתכן שבגלל זה נקל עליה ולא להתחשב במה שאומרת מ״ע.

י״ב.

ונראה בירורם של דברים שאמנם כן הוא שאם אומרת מ״ע והוא מגרשה משו״כ אין מגיע לה כתובה וכהסבר הר״ן, וע״כ לפי הדין הראשון שבגמרא שבמ״ע אין כופין ויכול לגרשה מיד הוא גם באומרת שרוצה הכתובה, אלא שבגוונא שיש מקום לחשש שמא עיניה נתנה באחר כי אז יש להטיל עליה חומר שבשניהם, היינו שאת עיקר הכתובה הפסידה מיד, אולם גם מפחיתין מכתובתה כדי להפסידה הבלאות, ואם אין מקום לחשש לפי ראות עיני בי״ד, כי אז אין הבדל במ״ע בין שתובעת הכתובה לאינה תובעת, בשניהם איבדה הכתובה ולא הבלאות.

אכן לאחר שתיקנו שצריך להמתין יב״ח, א״כ הטילו על הבעל חובה לא לגרש אלא לחכות לה, ומטעם ההסבר שבראי״ש שם. אלא שבזה נחלק על הרא״ש, שלדעת הרא״ש תוך זמן זה לא הפסידה בשום פנים כי נקטינן שאין זו מחילה גמורה, ובזה נחלק הרשב״א וס״ל דהמחילה הוי מחילה. אכן זה שייך רק בגוונא דהוי עכ״פ מחילה, משא״כ באמרה שאינה מוחלת אין מקום להפסידה כתובתה, כיון דמצידה אין מחילה, וכל עיקר אין אנו באים להפסידה אלא מפני שהוא מגרשה בגלל שהיא מבטלת תנאי האישות, אבל מאחר שהטילו עליו חכמים שלא לגרשה עד יב״ח, א״כ ל״ש להפסידה הכתובה בגלל זה, שהרי מן הדין הוא מחכה לה שמא תחזור בה. יוצא שאעפ״י שבעיקר הדין אין הפרש במ״ע בין שתובעת הכתובה לבין אינה תובעת (והיינו כנ״ל במקום שאין חשש שעיניה נתנה באחר), לאחר שתקנו יב״ח כן יש הבדל ביניהם, דבמקום דאיכא מחילה, גם כשחוזרת בה חיוב הכתובה הראשון כבר נסתלק, משא״כ אי לא מחלה ורק מכח הדין נפקע ממנה החיוב, מאחר שמכח הדין עליו לחכות, לא יפקע אכתי החיוב.

י״ג.

ומעתה א״ש הא דהר״ן מסיק דלדינא דקי״ל דבעי להמתין במ״ע, אם יש חשש של עיניה נתנה באחר דייניגן לה בדין מורדת, היינו דמפסידה לאחר ד׳ שבתות (דלשיטת הרשב״א שהכריע כמותה קודם, הא דיב״ח נאמר לענין מאיס עלי, ואילו לענין בעלו״ל נשאר הדין של ד׳ שבתות) ול״צ להמתין לה יב״ח, ולא הביא דמחמרינן גם להפסידה כתובתה מיד, שהרי מכח דיני מ״ע אין מפסידה בכה״ג אלא אחר יב״ח.

וכן א״ש הא דהרדב״ז נחית לדון בה מצד מחילתה, דאחר שיש דין יב״ח אין מפסדת כתובתה מעיקר הדין אלא מצד מחילתה גרידא, ויש איפוא צורך לברר אם היא מחלה או לא. (והא דהעיר הגרע״י שליט״א דמצינו שגם בספק מפסידים, כבר נתבאר לעיל שאין סתירה דני״ד אינו ספק דיש רק חשש של מחילה, ואינו דומה להיכא שנסתפק בגמרא שיש כאן מחילה).

י״ד.

ויש עוד לדקדק ברש״י הנ״ל שהר״ן הסתייע בו, דלמה כ׳ בפסקנות דמיירי באינה תובעת הכתובה, הרי במקום שאין חשש שעיניה נתנה באחר מפסידה, א״כ הו״ל למינקט בכה״ג, ולמ״ל לפרש דוקא בכה״ג דאמרה שאינה רוצה בכתובה, דיש למיטעי דהוא מצד מחילה, וביותר - דהרי כל הדיון בגמרא לענין הבלאות מוכח דלא מצד מחילתה נחתינן עלה.

כמו כן קשה דהנה הר״ן ציין מהרשב״א כנ״ל דבכה״ג דתובעת לכתובה יש לחשוש שעיניה נתנה באחר, ואילו הרשב״א שהובא ברבינו ירוחם מיסתם סתים לה במאיס עלי, דנראה שנחשבת לתובעת כתובתה, מ״מ לא דייניגן לה במורדת, והנה בכדי שלא תהיה סתירה בין שני דיבורי הרשב״א צ״ל דהא דהר״י מיירי באופן שאין לחשוד בה, ואילו הא דתניא הר״ן הוא בגוונא דכן יש לחשוד. אכן מ״מ היו צריכים לציין ההבדל.

ע״כ נ׳ שהפי׳ ברש״י לא בעינא ביה ולא בכתובתו, הכונה שאינה תובעת גירושין, דזהו הפי׳ ל״ב כתובתו, היינו שהיא מוכנה להשאר כמו שהיא, והתביעה באה מצדו, ואי״ז באמת מטעם מחילה, אלא מטעם דהיא מפסדת, אלא דכל היכא דתובעת הגירושין יש חשש שעיניה נתנה באחר. ומדוקדק לשון הר״ן שכ׳ וז״ל: ״דוקא באומרת מ״ע ואיני רוצה בו ולא בכתובתו, אבל האומרת מאיס עלי **ורוצה אני להתגרש** וליטול הכתובה חוששין וכו״ הנה בראש דבריו לא הזכיר שאומרת שרוצה להתגרש, רק בסיפא דמילתא. והיינו כנ״ל דעיקר הדגש וההבדל הוא בזה שטוענת שרוצה

להתגרש, היינו שהיא **מגישה** התביעה, דאז שפיר יש מקום לחשש, ואילו הרישא הוא התובע, והיא אומרת שלא איכפת לה להשאר בעגינותה, דאז אין כאן חשש שעיניה נתנה באחר.

ומתורצת בזה קושית התוס׳ והרא״ש על פי׳ זה דכייפינן ליה מהא דשלהי נדרים כי התם היא הטוענת ע״כ חוששים משא״כ כשהוא התובע ואילו לה לא איכפת לא שייך החשש כלל, וכן מוכח גם לשון הרמב״ם שכ׳ בענין האומרת מ״ע, ״שואלים אותה מפני מה מרדה״, הרי שמדובר כשהוא התובע, וא״כ נופלת מאלי׳ הקושיא דבכה״ג אין מקום לחשש כלל. אכן התוס׳ ס״ל די״ל גם כאן איערומי קא מערמי.

והא דס״ל דכופין אותו, הוא משום דכל זמן דאגיד בה לא יהבו ליה אחריתי, (והכפי׳ היא מצידו או אולי גם מצידה, ואעפ״י שהיא אינה תובעת, אנן תבעינן עבורה). ויוצא שמה שהיא מפסידה הכתובה אי״ז כלל מגדרי מחילה, כי היא אינה מוחלת כלל, אלא שמ״מ מפסידה מדין שמבטלת תנאי האישות וכמש״כ הר״ן, וע״כ א״ש לפ״ז הא דסתם הר״ן שבאומרת אני רוצה להתגרש דיינינן לה במורדת מחמת חשש, שכיון שהיא התובעת שפיר שייך החשש, ואי״ז רק בגוונא שלפי ראות בי״ד יש מקום, אלא גופה של תביעה מעוררת החשש.

והרשב״א בתשו׳ שמביאה הרי״ו מיירי ג״כ בגוונא דא שאין מצידה תביעה אלא שבתור תשובה למה ששואלים אותה עונה שמוכנה להתגרש, דאם אומרת שמוכנה בגוונא שיגרשנה גם למחול על הכתובה, אז יש עכ״פ מצידה ויתור על הכתובה, ואילו אם אינה אומרת זאת אין לנו ראיה על הויתור, ומ״מ כיון שהיא אינה זו שעוררה התביעה, אז אין חשש שעיניה נתנה באחר, דהיא רק עונה שמוכנה להתגרש, ע״כ דיינינן לה כדין מ״ע.

והשתא גם א״ש שמהרא״ש בתשו׳ אין סתירה כלל לדברי הר״ן, וא״ש שהרמ״א סתם הדברים מתשו׳ הר״ן, כי הרא״ש נמי מיירי כשהוא התובע, כמבואר שם בשאלה: ראובן נשא אשה ונשארו יחד איזה ימים ואח״כ נתחרטה והוציאה את בעלה מביתה, **וראובן תובע בדין לאשתו שתדור עמו** והיא אומרת **מאוס עלי איני רוצה לדור עמו**, ואני רוצה שיגרשני ויתן לי כתובתי וכו׳, הרי שמיצדה לא תבעה כלום, אלא שהוציאתו מביתה, והתביעה באה ימצדו, וע״ז באה ממנה התשובה כנ״ל, נמצא שאין כאן מקום לחשש שעיניה נתנה באחר, כי מיצדה יכולה להישאר במצב זה, ע״כ בזה לכו״ע הדיון הוא רק מצד מאיס עלי וכתובתה לא הפסידה. ונ׳ שמ״מ לאחר יב״ח תפסיד כתובתה, אלא שלא הי׳ ע״ז הדיון כי הוא תבע כל נכסיה, וע״ז השיב הרא״ש שזה אינה מפסידה.

טו.

ונראה עוד להוסיף דהא דאמרנו שבגלל שמבטלת תנאי האישות מפסדת כתובתה באומרת מ״ע לאו דכו״ע היא, שזוהי שיטת הר״ן, וכפי שנתבאר - גם כוונת רש״י. אכן דעת ר״ת אחרת היא, שמ״ע רק באומרת בפירוש שמוחלת הכתובה מפסדת הכתובה ומטעם מחילה נחתינן עלה ולא מצד שמפסידה בכה״ג מעיקר הדין. ולדעה זו כל שאינה מוחלת הכתובה אף שאומרת מ״ע אינה מפסידה אלא מגדרי הקנס של חכמים שבמורדת דבעינא לי׳ ומצערנא לי׳, ולפי התנאים שקבעו חכמים בזה.

והדברים בולטים בדברי הרא״ש שהביא השיטות (פ״ה דכתובות סי׳ ל״ד), והנה בהתחלת הסוגיא הביא הא דטוענת בעינא ליה ומצערנא ליה ולא ביאר מה זה, והסביר ההבדל בין אומרת מ״ע לאומרת בעלו״ל שבאומרת ב״ל מכריזים להכלימה שמא תחזור, ואילו במ״ע אין תקנה, ואח״כ כשהביא דברי ר״ת האריך בפירוש בע״ל ומצ״ל: פי׳ בעינא לי׳ אם לא יגרשני ויתן לי כתובתי ומצערנא לי׳, עד כלות כתובתי וכו׳. ולמה לא פירש זאת בראשית הדברים? ותו, דמפירוש זה נ׳ שהיא באמת אומרת מ״ע, שהרי לפ״ז יוצא שהיא רוצה להתגרש, אלא שרוצה שיתן לה כתובה, ותצערנו כדי שיוכרח לתת הכתובה.

והנה בסוף הסוגיא מסיק דמה שתקנו במ״ע דבעינן יב״ח, ולפני זה לא הפסידה כתובתה ד״כש״כ למורדת״ שיש תקנה זו. ואינו מובן מאי כש״כ איכא הכא, הרי שם יש תקנה להכריז עליה לבזותה ברבים, א״כ לאחר שהכריזו עלי׳ למה לא תפסיד כתובתה, דהרי קנסו אותה חכמים ולא מצד דעתה היא שמפסדת. ולא כן במ״ע שראו שזה נובע משחץ וגאוה שהיתה כועסת לרגע ואח״כ מתחרטת בה, ע״כ נתנו לה שהות יב״ח, ואי עברו יב״ח שמעינן שמחשבתה אינה עשוי׳ להשתנות ומחילתה מחילה, א״כ הם שני ענינים שונים זמ״ז, ול״ש כלל ללמד בק״ו. אכן הענין נ׳ שהוא כך: ר״ת לא ס״ל הא דפיר׳ הר״ן שמצד ביטול תנאי הנישואין מפסדת מיד כתובתה, אלא בכה״ג מפסדת בתור קנס עפ״י סדרי מורדת שקבעו חכמים, וע״כ כל שאומרת שאינה מוחלת הכתובה, נהי דאומרת שרוצה בגרושין ה״ז מורדת, ואין הבדל לפ״ז בין שמורדת באופן שאומרת שמעונינת להתפייס עמו אלא שכונתה לצערו להשיג מטרה מסוימת, לבין שאומרת מ״ע ורוצה להתגרש, אולם אינה מוותרת על הכתובה, ולא כן פי׳ הרא״ש בראשית הסוגיא אלא כפשטא דמילתא ״בעינא ליה״, היינו שהיא רוצה לחיות אתו, כי זה פשוט ומובן, ורק האריך לפרש לפי רבינו תם שמחדש פירוש אחר בבעינא ליה דהיינו שבזה גם כן המדובר שרוצה גירושין, אלא שמעונינת לסחוב אותו כדי שיגרשנה בכתובה. והנה לפי הפירוש הראשון, דלפי זה מאיס עלי מפסדת מצד ביטול תנאי האישות, הוי קשה ליה לרא״ש דלמה לא נצריך הכרזה כמו במורדת דבעינא ליה, שמה בכך שמבטלת הרי גם בבעינא ליה מבטלת בפועל תנאי האישות ומ״מ יהבינן ליה ימי הכרזתה, ולזה תירץ דשיערו חכמים שבאומרת מ״ע לא יועילו ימי ההכרזה, ע״כ מפסדת מעיקר הדין. אכן ר״ת כנ״ל לא ס״ל להא, ורק מטעם מחילה או קנס חכמים היא שמפסדת, ע״כ כל שתובעת הכתובה גם במ״ע, צריכה הכרזה להפסידה הכתובה מכוח התקנה, ממילא אי״צ הוא כלל להסביר ההבדל שבין מ״ע לבין בעינא לי׳ וכו׳ שהרי הוא בולט ונובע מעצם הדבר, שכל היכא דאיכא מחילה מפסדת מפני שמחלה, ואילו בדליכא מחילה מפסדת מצד תקנה לפי הסדר שקבעו.

(וחזינן מהא דראייתו של החזו״א אינה ראיה, דהרי לפי ר״ת כל המדובר כאן הוא מצד מחילה, ומ״מ דנו בגמרא לענין תפיסת הבלאות. אך נ׳ שמאחר שר״ת מכניס נקודה חדשה בדיון, והיינו מצד שזה כמחילה בטעות, הן שפיר יש לחלק, בין הא דמוותרת על החיוב שהוא מחויב לה, לבין שהיא מוותרת על נכסים שהם שלה, שבזה יש סברא ואומדנא יותר חזקה שאינה מוחלת כלל).

ועפי"ז הוא דאסיק הרא"ש דאמר שתיקנו חכמים במ"ע יב"ח לומר שאין מחילתה מחילה כש"כ בכה"ג עצמו שאומרת מ"ע ותובעת הכתובה, אלא שחכמים קבעו לה זמן של ד' שבתות לחזרה, דלאחר שתקנו גם במוחלת בעצמה ל"מ מחילתה תוך יב"ח כש"כ שבאינה מוחלת שודאי בכלל התקנה להאריך לה השהות עד יב"ח. ונ' שלפי"ז לר"ת עם תקנת יב"ח אין דין ד' שבתות כלל אלא לכל סוגי מורדת יהבינן זמן יב"ח, ואז מפסידה כתובתה, ולפני כן לא הפסידה לגמרי. ומתוך שהרא"ש מסיק הכי באופן סתמי משמע שסותם להלכה כר"ת, לפי"ז אין מקום לרא"ש לחילוקו של הר"ן דלמסקנא כל עניני מורדת שוים ליב"ח, והנפ"מ רק לענין בלאות לאחר יב"ח. אכן לדינא דמתיבתא לא הפסידה משלה כלום.

ובזה נ"ל ליישב פסקו של הרמ"א שכ' דאם חוזרת תוך יב"ח לא הפסידה כתובתה דהגר"א תמה עליו שאינו אלא לפי הרא"ש, ולא לפי הרשב"א.

אך לפי הנ"ל נ' דבעלו"ל וכן במ"ע ותובעת כתובתה, מאחר דצריך להשהותה יב"ח והיא לא מחלה על כתובתה, רק שיש לדון שנפסידה מפני שמבטלת תנאי האישות בזה מצטרפת דעת הרשב"א לדעת הרא"ש, שעדיין לא הפסידה הכתובה, שהרי חייב לחכות לה עכ"פ יב"ח. ורק במ"ע כשאומרת בפירוש שאינה רוצה בכתובתו הוא שכ' הרשב"א שמפסידה מיד. אך דברי הרמ"א לא קאו אלא באופנים הנ"ל, שלא ויתרה על כתובתה מרצון.

טז.

היוצא לנו מכל זה דאשה האומרת מ"ע ותובעת הכתובה, הדבר תלוי מי הוא שמעונין בגט, שאם האשה הגישה התביעה, יש מקום לחשוש לעיניה נתנה באחר ונדון בה דין ד' שבתות והכרזה להפסידה כתובתה. משא"כ אם הוא התובע, כי אז יש בה דין יב"ח, ואין מפסידה כתובתה אלא לאחר יב"ח עם שמתרים בה. בני"ד לא היה בזה אלא דיון על ד' שבתות, ובזה יש מקום ג"כ לומר שההכרזה היתה שלא כדין, כמבואר בדברי הגר"א גולדשמידט שליט"א, אך באמת אין נפ"מ מזה, כיון שאין בה דין ד' שבתות אלא דין יב"ח.

והנה אכתי יש לדון לדעת הרמב"ם והני דקאו כוותי' דסוגית הגמרא קאי לענין מורדת ממש, דבה הוא שנתנו שיעור יב"ח, ואילו דין מ"ע, לענין הכתובה לא עשו בה שום תקנות נוספות, א"כ היא מאבדת כתובתה מיד. אכן מאחר דעכ"פ דין יב"ח ודאי יש לנו באומרת מ"ע מצד מחלוקת הפוסקים, א"כ מוכרח הוא להמתין עד כלות זמן זה, ונמצא מעוכב מצד תקנ"ח, ובזה כנ"ל הרי אין מפסדת הכתובה כנ"ל מתשו' הרשב"א. נמצא שגם לרמב"ם מאחר שעכ"פ מוכרח לחכות יב"ח, אין מקום להפסיד כתובתה אם תחזור בה.

באופן שכזה יש להחזיר לביה"ד שיודיעו לה על זמן יב"ח, שאם לא תחזור בה תפסיד כתובתה, ורק לאחר עבור זמן זה, יהיה מקום לדון על היתר נשואין לבעל.

סימן לח : מעשי ידיה של המעוכבת להינשא

לפנינו ערעור על החלטת כב' בית הדין האזורי בחיפה מיום ד' לחודש תמוז תשל"ג (תיק שלג2120/), בו נאמר:

"בפסק דיננו מיום כ"ז באייר תשל"ב (11.5.72) בתיק שלב2071/ חייבנו את הבעל לשלם לאשה מזונותיה סך 200 ל"י לחודש נוסף למזונות שחוייב עבור בתם.

ציינו בפסק הדין הנ"ל כי עד עתה לא חייבנו הבעל במזונות האשה מאחר והיא עבדה, וכעת שאינה עובדת יותר, יש לחייב הבעל גם במזונות האשה.

בעתירה שבפנינו מבקש הבעל לפטור אותו ממזונות אשתו, מאחר והיא שוב עובדת ויש לה מספיק כדי מחיתה, יחד עם זאת, הוא כותב בעתירתו, הוא שוב מזמין האשה לחזור לחיים משותפים.

הדיון התקיים ביום כ"ז בניסן תשל"ג, ולאחר שמיעת הטענות וכרשום בפרטיכל, החלטנו לברר בקשר למשכורתה. לאור התשובה שנתקבלה ממשרד החנוך (האשה מורה), מתברר כי הכנסתה נטו כ1250- ל"י לחודש. כאמור לעיל, נוסף לטיעונו שהאשה שוב עובדת, הוא חוזר ומציע לאשה לחזור לחיי שלום אתו. בדרך כלל אם בעל מציע לאשתו לקיים שלום בית והאשה מסרבת, הוא לא חייב במזונות אשתו, אולם במקרה שבפנינו שפסקנו שהבעל חייב לגרש את אשתו בג"פ כד"ת, אין כלל להתיחס לטענה זו. נשארה רק הטענה שהאשה שוב עובדת ומשתכרת כדי מחיתה.

בדרך כלל, יש לקזז מעשה ידי האשה ביחס למזונות, אולם במקרה שלנו התעוררה השאלה בין הדיינים אם יש לחייבו במזונות למרות שהיא עובדת, מאחר שחיוב המזונות היה מדין מעוכבת להנשא - מאחר שחוייב ע"י ביה"ד לגרש את אשתו - וכדין מגורשת ואינה מגורשת (ב"מ דף י"ב ע"ב).

הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף ריש פרק שני דייני גזירות (כתובות פ' י"ג) כתב דבמגורשת ואינה מגורשת הבעל זוכה במעשה ידיה.

ואם כי בתשובות הרא"ם ס"ס ל"ד כתב שבכה"ג אין הבעל זכאי במעשה ידיה, אולם מאחר והבעל מוחזק, אין להוציא ממנו עבור מזונות אשתו כשהיא משתכרת כדי מחייתה.

ועיין בזה בשיטה מקובצת בבא מציעא דף י"ב ע"ב, וראה גם בפסקי דין רבניים כרך ג' עמוד 44 ואילך שדנו הרבה בנידון זה.

לכן הוחלט ברוב דעות להיענות לדרישת הבעל והננו קובעים:

פסק דיננו הנ"ל והמחייב הבעל במזונות אשתו, לא ניתן יותר להוצאה לפועל, ואין להמשיך בהוצאתו לפועל.

העתק החלטה זו יש להעביר לצדדים".

בערעור בכתב ובע"פ נטען, שבהיות האשה מעוכבת להינשא בשל סירוב הבעל למלא אחר פס"ד של ביה"ד שלפיו חוייב לתת ג"פ לאשתו-המערערת, יש לחייבו במזונות, למרות שהאשה עובדת ומרויחה כדי מחייתה. כן נטען, שהאשה התחילה לעבוד רק מפני שהמזונות שנקבעו לה בשעתו ע"י ביה"ד, אינם מספיקים למחייתה.

המשיב, הממשיך לעמוד בסירובו למתן ג"פ, בטענותיו בכתב, שצורפו לתיק עפ"י בקשתו בהופיעו לפנינו, ממשיך בטענתו שרוצה בשלום בית, ומבקש לאשר את החלטת ביה"ד נשואת הערעור.

התרשמנו קשות מהופעות הבעל וטיעוניו בפני ביה"ד האזורי ובפנינו, שבעוד שלפי העדויות שנמצאות בתיק ביה"ד, אין הוא ראוי לחיי אישות וממאן לקבל טיפול רפואי כפי שהומלץ, מעגן את האשה זה מספר שנים, בנצלו באכזריות את העובדא שביה"ד למרות שהחליט שחייב לתת ג"פ, עדיין לא החליט על נקיטת אמצעי כפיה לזה, וממשיך לסרב למלא אחרי פסה"ד. דבר שאין צריך לומר, שהחלטת ביה"ד נשואת הערעור, לפיו עוכבה גם ההוצאה לפועל של פס"ד המזונות, מקילה עליו ומעודדת אותו להחזיק בסירובו.

ההחלטה האמורה, נשואת הערעור, שניתנה ברוב דעות, מסתמכת על מה שביה"ד רואה בנידון זה, שהמזונות הן בגלל היות האשה מעוכבת מלהינשא מחמתו, מחלוקת הפוסקים, אם יש לבעל זכות במעשי ידיה. והואיל וכן, פסק שכיון שהבעל מוחזק אין להוציא ממנו מזונות מספק.

עיינו בדברים, והגענו למסקנא שאין יסוד לעכב לאשה מזונות בנידון כגון זה.

לשם בירור הלכה זו, נסורה נא ונראה הדברים במקורם.

במתני' ב"מ דף י"ב: "מציאת אשתו שגרשה ולא נתן לה כתובתה, הרי זו שלה". ואוקי לה בגמרא, במגורשת ואינה מגורשת דא"ר זירא דבעלה חייב במזונותיה. ואשמעינן מתני' דמציאתה של עצמה. "טעמא מאי אמור רבנן מציאת אשה לבעלה - כי היכי דלא תיהוי לה איבה, הכא אית לה איבה ואיבה".

ופירש"י (כתובות צ"ז ע"ב): "הא דחייב במזונותיה, הוא משום דמעוכבת בשבילו להינשא".

וכה"ג פוסק הרמב"ם ביבם שתבעתו לדין לייבם או לחלוץ וברח או חלה, שניזונת משל יבם. וכ' הב"י (א"ע סי' ק"ס) בטעמו "משום דכל שתבעתו לדין, אם אינו פוטרה לאלתר, הרי אינה מעוכבת להנשא, אלא מחמתו. לפיכך חייבוהו חכמים במזונותיה". וחיוב זה ביבם הוא ודאי רק מטעם קנס, שהרי אין לומר בכה"ג שאין המדובר על ייבום אלא גם על אפשרות של חליצה, שהחשיבו חכמים כאילו כנסה, כיון שאינה עומדת כלל לייבום, אלא ודאי מטעם קנס הוא שעל ידו היא מעוכבת מלהינשא.

לדעת התוס' (יבמות מ"א ע"ב, ד"ה עמד) והרא"ש (שם, פ"ד כ"ד) אין חייב במזונות אלא כשנתרצה לייבם. אך נראה שגם לדעה זו הוא מצד שמעוכבת בכה"ג מלהינשא שהרי כתבו שם שנראה שהוא מחמת קנס "שקנסוהו חכמים שלא כנסה, תקנו מזונות". והוכיחו זאת ממה "שאין מעשה ידיה שלו". הרי שלדעתם ג"כ הוא מצד שמעוכבת על ידו מלהינשא, שעל כן קנסוהו, בכדי ללחוץ עליו שיכנסנה או יפטרנה. ומה שנחלקו עם הרמב"ם ולא חייבוהו אלא כשנתרצה לייבם, נראה פשוט, מפני שסוברים שאין לקונסו, כיון שנפלה לו ממילא ע"י נשואי אחיו, נמצא שהאגידות בו, לא הוא שגרם לה. וע"כ רק לאחר שהסכים לייבם יש לראות העכבה מחמתו, ויש לקונסו.

ואף ספיקם של בעלי התוס' והרא"ש אם החיוב בכה"ג הוא מטעם קנס, הוא ג"כ מטעם זה דשמא גם בשנתרצה לייבם אין מקום לקונסו, כיון שסוף סוף כל עיקר הזיקה לא באה עליו אלא מכח אחיו, דאשר ע"כ יתכן, שאין זה מטעם קנס, אלא מפני שנחשבת כנשואה לו, כאילו כנסה כבר.

והוכיחו התוס' והרא"ש שמסתבר שהחיוב הוא מטעם קנס "דהא אין מעשה ידיה שלו", והיינו שאילו היה זה מפני שזה כאילו כנסה, כי אז היו מעשה ידיה שלו, כמו בנשואה דעלמא, אע"כ הוא רק מטעם קנס, וע"כ לא תקנו מעשה ידיה כנגד המזונות, שכיון שהוא קנס עליו, לא שייך שיתנו לו משהו בתמורה (בפרט, שאם מעשה ידיה מספיקים למזונותיה, נמצא שאין עליו שום קנס).

יוצא מזה בפשיטות, שבמגורשת ואינה מגורשת, שחיובו הוא ג"כ כנ"ל, מצד שמעוכבת על ידו מלהינשא, והוא הוא הגורם לזה, ודאי הוא משום קנס, אין מקום לזכותו בתמורה למזונות במעשה ידיה, כי כיון שהוא קנס אין מקום לזכותו בתמורה כל שהיא.

והא דאיצטריך בסוגיא דב"מ הנ"ל למיהב טעמא אמאי אין הבעל זוכה במציאתה - "הכא אית לה איבה ואיבה", ולכאורה מאחר שהוא מטעם קנס, גם בלי טעם זה אין לזכותו בתמורה, הוא משום דכיון שהמדובר בספק מגורשת, היה מקום לומר שמצד הספק שמא לא נתגרשה, והרי היא אשתו, שאז החיובים ההדדיים עדיין קיימים, ממילא היה מקום לומר שיוכל לעכב ממזונותיה (או מכתובתה) כנגד המציאה, כדין מוחזק מספק. ולזה אמרו, שגם אם עדיין לא נתגרשה, מ"מ כל כה"ג לא שייכת תקנת מציאתה שלו, כיון דלא תיקנו אלא משום איבה, וכאן לא שייך טעם זה.

עוד כתב שם הרא"ש: "וכן נראה לי, אע"ג דניזונת משלו אין מעשה ידיה שלו, דקי"ל מזוני עיקר ותקינו רבנן שיהא מעשה ידיה שלו משום איבה, וכל זמן שאינה יושבת תחתיו אין לחוש לאיבה".

פשוט, שאין דבריו מוסבים לפי מה שכ' קודם שנראה שהחיוב הוא מצד קנס. שהרי לפני כן הוכיח שהוא מטעם קנס מזה שאין מעשה ידיה שלו. הרי, שאם הנימוק הוא מצד קנס, פשוט הוא למה אין מעשה ידיה שלו. אלא שבא לומר, לפי מה שכתב שם שאפשר לפרש מ"ש בגמרא אי משום מעשה ידיה לא משעבדא ליה, שאין הכוונה שאין לו מעשה ידיה, אלא מפני שאין צריך לחשוש שאמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, כל עוד שלא נתחייב במזונותיה

בבי"ד (אלא שכ' שאין לשון הגמרא משמע כן, ומ"מ לא נדחה פירוש זה באופן מוחלט). לזה הוסיף, שאף אם נאמר שאין החיוב משום קנס, ג"כ הפירוש בגמרא הוא שאין לו עליה מעשה ידיה. וזה, כי כל כה"ג שאינה תחתיו אין חשש איבה כלל. ממילא גם אם נפרש שחיובו במזונות, הוא משום שזה כאילו כנסה, מ"מ אין מעשה ידיה שלו.

ב"בית יוסף" (סי' ק"ס) שהביא דברי הרא"ש הללו העיר עליו: דאי מהא לא איריא, שהרי אלמנה דעלמא תוכיח שניזונת משל יתומים ומעשה ידיה שלהם.

היינו, דחזינן שגם בגוונא שאין חשש איבה, שהרי אינה יושבת תחתיו, ומ"מ מעשה ידיה שלהם. לכאורה דבריו תמוהים שהרי התוס' (דף מ"ז ע"א, ד"ה משום) כתבו שגם באלמנה שייך התקנה משום איבה, "שלא יטריחוה כל שעה לבי"ד".

וודאי שאין כוונת "בית יוסף" לומר שמטעם זה עצמו שלא יטריחוה לבי"ד, יש לתקן גם ביבמה שיהיו מעשה ידיה שלו, כי החילוק מבואר, שכל שבידו לסלק העיכוב, שהרי זה שאינה יושבת תחתיו הוא הגורם לזה, לא שייכת בזה איבה. ולא כן הדבר באלמנה.

ע"כ נראה יותר בכוונת "בית יוסף", כי דברי התוס' הנ"ל שגם באלמנה איכא הטעם משום איבה, לכאורה אינם מוסכמים. שהתוס' מחלקים לפ"ז בין איבה דמעשה ידיה לבין איבה דמציאה, דבמציאה הוי איבה דקטטה "ובקטטה דידה ודיתומים... לא חיישינן". ואילו איבה דמעשה ידיה הוא שיטרידוה במזונותיה, ע"כ שייך חשש זה גם לגבי יתומים, ומשו"כ מעשה ידיה דאלמנה הוו של יתומים.

אולם לא כן נראה שיטת התוס' להלן (דף ס"ו ע"א, ד"ה מציאתה) שהקשו בהא דנקטינן בפ' האשה רבה שני טעמים שונים באשה שבא בעלה ממדינת הים לאחר שנשאת לאחר שאין מעשה ידיה ומציאתה שייכים לו "ואי מציאתה תחת מזונות הו"ל למינקט בתרוייהו חד טעמא". וזה לפי שהוכיחו שם מהסוגיא "דמציאתה תחת מזונות כמו מעשה ידיה". עי"ש ב"פני יהושע" שהקושיא היא דמסוגיא שם הוכיחו "דמציאה והעדפה נמי משום חדא טעמא הוא, והיינו ע"כ איבה דמזונות".

ועי' "פני יהושע" (ר"פ מציאת האשה) שכן הוא דעת הרמ"ה שהובאה ברא"ש שם שכ' דהא דמציאתה לבעלה היינו דוקא בניזונת, אבל באינה ניזונת "תיהוי לה איבה ואיבה". ועי' ריטב"א ב"שיטה מקובצת" לב"מ דף י"ב ע"א שכ' ג"כ שהחיוב במציאתה הוא רק כשניזונת הימנו. והשיג עליו הרא"ש שגם באומרת איני ניזונת ואיני עושה, "כיון דברשות קעבדה חיישינן לאיבה ומציאתה לבעלה". וכ' "פני יהושע" דדעת הרמ"ה שבמציאה חשש האיבה הוא כמו במעשה ידיה, היינו שיעכב מזונותיה, וזה אינו שייך כשניזונת משל עצמה.

ובדעת הרא"ש כתב דיש לומר דס"ל כהתוס' דף מ"ז ע"א הנ"ל דאיבה דמציאה "לאו משום איבה דמזונות אלא משום איבה דקטטה". ע"כ זה שייך גם בניזונת משל עצמה, וכן העלה "קרבן נתנאל" על הרא"ש אות ד'. (וכ"ה ב"קונטרס אחרון" להפלאה סי' פ"ד, ו"בית מאיר" סי' פ"ד עי"ש). תו כתב שם די"ל דגם הרא"ש סובר דאיבה דמציאה הוא איבה דמזונות וכמו מעשה ידיה. ומ"מ הקשה על הרמ"ה "דנהי דהאשה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה, אפ"ה אם תחזור בה ולהיות ניזונת ועושה, הרשות בידה, כשיטת כמה פוסקים, וא"כ יפה כתב, דכיון דברשות קא עבדה, חיישינן לאיבה".

ועפי"ז נראה כוונת "בית יוסף" בהשגתו על הרא"ש, דלפי"ז הרי חזינן באלמנה, דאעפ"י דהטעם דאיבה לא שייכא בהו, דמשו"כ מציאתה לעצמה. ואעפ"כ מעשה ידיה של יתומים, הרי דלענין מעשה ידיה, לא פלוג בתקנתם, וכל היכא שניזונת חייבת במעשה ידיה, אעפ"י שעיקר טעם התקנה אינו, דע"כ אפ"ל גם ביבם כן.

ועי"ש בדרישה שתירץ דברי הרא"ש "דשאני אלמנה דעלמא שהבעל כתב לה את תהא יתבת בביתי וכו' והוי כאילו הבעל עדיין קיים, ולכן הואיל שבחייו מעשה ידיה שלו משום איבה, גם לאחר מיתתו הם ליורשים".

דבריו הם ג"כ, שלא כפי שהעלו התוס' בדף מ"ז ע"א הנ"ל, שטעם איבה דמזונות שייך גם אצל היתומים, ולא אתי עלה אלא משום שאצלם הרי זה "כאילו הבעל עדיין קיים", אעפ"י שלגביהם לא שייך טעם התקנה משום איבה, אלא שמחלק בין יתומים דשייך לומר בהם שהמשך חיובם הוא במתכונת של חיוב אביהם, ולא כן ביבם שחיובו הוא עצמי, ע"כ אין לו במעשה ידיה, כיון דלגבי דידיה לא שייך טעם התקנה משום איבה. ויש לתת סימוכין לדבריו ממה דאמרינן בגמרא (לעיל דף מ"ג ע"א) "אלמנתו לא ניחא ליה בהרווחה, בתו ניחא ליה בהרווחה" (שתרויח מעשה ידיה לבד מפרנסתה, רש"י). והיינו שחכמים בתקנתם מזונות בתנאי כתובה, ירדו לסוף דעתו של אדם שרוצה שתהא אלמנתו ניזונת מנכסיו, אבל לא היה ברצונו להרויח לה נוסף ע"ז את מעשה ידיה, דאשר ע"כ כשתקנו לה מזונות, מ"מ תקנו כנגדם שמעשה ידיה של יתומים, אעפ"י שטעם איבה אין לגביהם. ויוצא לפ"ז דלעולם אזלינן לענין מעשה ידיה בתר טעמא דאיבה, וכל היכא דליכא טעמא דאיבה אין לו במעשה ידיה, אעפ"י שתקנו חכמים לחייבו במזונות. אלא שבאלמנה שאני, שכל עיקר החיוב הוא מפני שירדו לסוף דעתו שרוצה שתהא ניזונת מנכסיו, אבל לא היה בדעתו, אלא שכנגד זה יהיו מעשה ידיה של היתומים, וע"כ ביבם, כיון שחיובו במזונות הוא מצד תקנת חכמים ולא מצד דאמדו חכמים את רצון היבם, ע"כ אין לו במעשה ידיה, כיון דלא שייכת שם איבה. ומינה, דגם במגורשת ואינה מגורשת דחיובו מצד שמעוכבת להינשא בגללו, וכן בכל מי שחייב על פי דין לגרש ומסרב לגרשה, דחייב במזונותיה מתקנת חכמים, דאין מעשה ידיה שלו, כדכתב הרא"ש לגבי יבם "דקי"ל מזוני עיקר... וכל זמן שאינה יושבת תחתיו אין לחוש לאיבה".

והאמת אגיד, שמה שנוקט בפשיטות ב"פני יהושע" וכן בהפלאה ו"בית מאיר" כנ"ל ששתי שיטות הן בתוס' בביאור איבה דמציאתה, ושיטת הרמ"ה שהוא מצד איבה דמזונות כמו במעשה ידיה, והיטה לזה גם שיטת הרא"ש, לענ"ד שיטת התוס' אחת היא, וכן לא ניתן להסביר הרא"ש עפ"י דבריו, דשיטת הרמ"ה אכתי לא מיושב, דאם איתא דהא דמעשה ידיה הם של היתומים אע"ג דליכא בהו טעמא דאיבה, מצד שלגבייהו כאילו נמשך החיוב שהיה אצל אביהם ובמתכונתו, אינו מובן, דא"כ למה אין מציאתה נמי שלהם. ובגמרא ר"פ אלמנה ניזונת אמרינן בגמרא שהוא משום

דלגבייהו לא חיישינן לאיבה, דמה בכך, הא גם במעשה ידיה אין חשש איבה ואעפי״כ הרי זה שלהם מצד המשך החיוב במתכונת שהיה לגבי האב, א״כ מהאי טעמא הול״ל נמי לענין מציאתה שהיא שלהם. ואיך יתכן להפריד ביניהם, מאחר שטעם האיבה שבשניהם שוה ממש. והוא הדין שקשה על התוס׳ דפ׳ מציאת האשה אי נימא דלא ס״ל להא דכתבו התוס׳ בדף מ״ז ע״א. מאידך קשה על התוס׳ בדף ס״ז מסוגית הגמרא ר״פ מציאת האשה.

כן לא נראה לפרש שיטת הרא״ש שזה מצד שיכולה לחזור בה ולהיות ניזונת, דע״כ יש עדיין חשש איבה. חדא, דהרא״ש עצמו לא פסיקא ליה באומרת איני ניזונת ואיני עושה, אי מצית לחזור בה, כמבואר בדבריו בפ״ד (סי׳ י׳). ותו דהא דאמרינן דיכולה לחזור בה בכל שעה, הרי הוא משום שתקנת מזונות ומעשה ידיה של כל יום, הם תקנה בפני עצמה, ולא שייך יום אחד לחבירו, א״כ משום מה נימא דבאומרת איני ניזונת ואיני עושה מ״מ מציאתה שלו משום דמצית הדרה בה, הרי אז כשחוזרת חוזרים גם שני החיובים ההדדיים - מזונות מצד הבעל, ומעשה ידיה עם מציאתה שמאותו שעה, ומה לנו לזכותו במציאתה של אותם הימים שבהם לא היתה ניזונת, ומאי שנא מציאתה של אותם ימים ממעשה ידיה של אותם הימים, דכשם שלגבי מעשה ידיה דאז לא שייכת איבה, כיון שבאותם הימים לא היתה ניזונת, כמו״כ יש לנו לומר לגבי מציאתה.

וביאור התוס׳ דדף מ״ז ודדף ס״ז עולים בקנה אחד, דאמנם איבה דמציאה הוא לא מצד החשש שעי״ז יעכבו מזונותיה, הן לגבי הבעל והן לגבי היתומים, כי זו אינה אלא הרווחה מקרית בלתי קבועה, ובגלל זה לא חיישינן שמצד האיבה יעכב מזונותיה, אולם עכ״פ גם לגבי המציאה, אין האיבה שייכת אלא כשניזונת, דאז הוא דיש חשש קטטה עכ״פ, מבלי שיעכבו המזונות. אבל בשאינה ניזונת כלל אין מקום גם לאיבה דקטטה, כיון שאינה לוקחת משלהם כלום. וזהו שהקשו בתוס׳ ר״פ מציאת האשה, דכיון דגם הדיון על מציאתה כרוך בזה שאינה ניזונת, דמשו״ה לא שייך לתקן דמציאתה שלו, וכן לטעם איבה, לא שייך באשה זו שאסורה עליו, וע״כ זה טעם מספיק לענין מעשה ידיה, א״כ שני הטעמים כאחד שייכים הן לגבי מעשה ידיה והן לגבי מציאתה.

וכן מבוארת השגת הרא״ש על הרמ״ה, שגם באומרת איני ניזונת ואיני עושה יש לחשוש לאיבה אעפ״י שאינה ניזונת משלו, כיון שלא הבעל הוא שהוריד מעל עצמו חיוב המזונות אלא ביוזמתה היא שויתרה על התקנה, יש חשש קטטה, שהרי זה כאילו ממשיך לזון אותה. ואעפ״י שלא שייך כאן חשש שיעכב מזונותיה, הרי כנ״ל הא דמציאתה שלו הוא לא מחמת חשש שיעכב מזונותיה, אלא שמ״מ יבא אתה לידי קטטה.

(והרמ״ה אולי ס״ל, דכל שנפקע מעליו חיוב מזונות מכל וכל, שוב גם חשש איבה דקטטה לא שייכא, כיון שאינה לוקחת כלום משלו בזה ובבא).

מסקנת הדברים, כשהחיוב במזונות הוא מצד שמעוכבת על ידו מלהינשא אין מעשה ידיה שלו, וזה משני טעמים: א׳, מכיון שבכה״ג החיוב הוא משום קנס, ובזה אין מקום לזכות אותו בתמורה שהיא. וב׳, שמעשה ידיה אינם שלו אלא במקום שיש חשש איבה, וכל כה״ג שאינה יושבת תחתיו, והסיבה היא ממנו, אין מקום לאיבה. ואלמנה שמעשה ידיה של יתומים ולא מציאתה, הוא, או מפני שלגבי מעשה ידיה יש חשש איבה גם באלמנה, או מפני שהתקנה היתה על פי מה שאמדו חכמים רצונו של אדם, שרוצה שתהא ניזונת באותה מתכונת שבחייו. מטעמים אלה אין היבם זוכה במעשה ידיה בשעמד בדין וברח. וטעמים אלה קיימים גם במגורשת ואינה מגורשת. והוא הדין במי שחייב לגרש ואינו מגרשה, שמעוכבת על ידו מלהינשא.

מכל האמור נמצאנו למדים, שמה שמובא בפס״ד נשוא הערעור משו״ת הרא״ם סי׳ ל״ד שבמגורשת ואינה מגורשת ״מציאתה שלה, והוא הדין נמי מעשי ידיה, דחד טעמא הוא״ היא דעה מוסכמת, ויוצאת בהכרח מסוגיות הגמרא והראשונים שבנידון.

[וע״ע ב״שיטה מקובצת״ לב״מ י״ב ע״ב בשם הרמ״ך שכ׳ וז״ל:

מציאת אשתו שהיא מגורשת ואינה מגורשת הרי היא שלה, ואעפי״כ הוא חייב במזונותיה. והוא הדין שחייב בכל תנאי ממון של כתובה. ואם מתה יורשה מכל מה שתחת ידו - מספק.

והנה ממש״כ ש״יורשה ממה שתחת ידו מספק״, מוכרח לומר שחייב בקבורתה, שהרי לא יתכן לומר שיחזיק בירושתה מספק שמא עדיין לא נתגרשה, ואילו לגבי קבורתה יבא לפטור עצמו מספק שמא כן נתגרשה. או שהחיוב בקבורתה הוא משום שהוא בכלל ״תנאי ממון של כתובה״, ומ״מ אינו זוכה בירושה שתקנו נגד חיוב הקבורה, רק במה שמוחזק, מצד הספק שמא לא נתגרשה. ומכאן, שחיוב הבעל בכל תנאי ממון של כתובה, מצד שמעוכבת מחמתו להינשא אין פירושו שעשו אותה חכמים כאילו ממשיכה להיות אשתו, גם לגבי החיובים של האשה, שא״כ הול״ל שכשם שחייב בקבורתה כן יורש אותה גם במה שאינו מוחזק. אע״כ כנ״ל, ומכאן, שלגבי מעשה ידיה שאין לזכותו מספק, ואפילו לגבי מה שמוחזק דהיינו המזונות או הכתובה אינו יכול לעכב, כיון דאין כאן חשש איבה, דומיא דמציאתה.

ומש״כ שם עוד בא״ד: ״ואפשר לומר כיון שאינה מגורשת ודאי עדיין אשתו היא לכל דבר חוץ ממציאתה״ (וצויין שם ב״שיטה מקובצת״ שכאן חסר בערך י׳ תיבות). הוא שנסתפק, שמא בספק מגורשת יש להעמידה בחזקת אשת איש, שמשום זה הם החיובים. ולפי זה נראה שכל החיובים ההדדיים קיימים וכיוצא בזה הקשה על רש״י בס׳ הפלאה לכתובות צ״ז ע״ב עי״ש. ומסתבר, שבמלים שחסרות נאמר דהוא הדין למעשה ידיה שלזה אעפ״י שהחיובים ההדדיים קיימים, מ״מ הם שלה כמו מציאתה, כיון דלא שייך בכה״ג חשש איבה, וצע״ק].

אלא דבפסה״ד הנ״ל מציינים מהאמור בפסקי דין רבניים (כרך ג׳ עמ׳ 55) שדעת הראב״ד במגורשת ואינה מגורשת מעשה ידיה שלו. ועפי״ז מסיקים שכיון שהבעל מוחזק אין להוציא ממנו מזונות, בכה״ג שהאשה מרויחה כדי מחיתה.

ונביא בזה את מה שנאמר משם הראב״ד ובהסברו מפסקי דין רבניים כרך ג׳, שהוזכר בפסה״ד נשוא הערעור, ונעיר מה שיש לנו להעיר בזה. וז״ל שם: ״ובהשגות הראב״ד על הרי״ף בכתובות פ׳ שני דייני גזירות כתב דבספק מגורשת

זוכה הבעל במעשה ידיה תחת מזונות וכו'. ונראה שטעמו של הראב"ד בזה הוא, משום דכל שלא סילק לה כתובתה, השאירו אותה בזכותה הקודמת למזונות, כפי שהיה מגיע לה לפני שגירשה בעלה, ולהכי זוכה הבעל במעשה ידיה כמו לפני הגירושין, ואותו הטעם הוא גם במגורשת ואינה מגורשת. ואינו דומה ליבם שעמד בדין וברח שהוטל עליו חיוב מזונות חדש, לא כהמשך לזכותה למזונות שהיה לה לפני כן משום קנס, ומשום שמעוכבת על ידו ומעגנה, ולהכי לא תקנו ביבם שיזכה במעשה ידיה".

והנה, ראשית יש לציין שמה שנאמר שכאילו הראב"ד "כתב דבספק מגורשת זוכה הבעל במעשה ידיה תחת מזונות", דברים אלו לא אמרם הראב"ד, שדבריו נסבים על הירושלמי כפי מה שפי' המשנה דב"מ דף י"ב ע"א, שהמדובר במגורשת ממש, אלא שלא סילק לה כתובתה, ואינם אלא נלמדים בפס"ד הנ"ל על דרך היקש לענין מגורשת ואינה מגורשת, כפי שהמשנה מתפרשת בגמרא דילן. אולם כפי שנראה להלן, אין ללמוד מזה על זה כלל.

הנה כך הוא לשון הראב"ד שם: "ושמעתא דבני מערבא... ובפ' שנים אוחזין בטלית מייתי להא מתני' דקתני מציאת אשתו שגירשה אעפ"י שלא נתן לה כתובתה, מציאתה לעצמה. הדא אמרת, אדם שגירש את אשתו ולא נתן לה כתובה חייב לזונה עד שיפרענה משלם. כלומר, מדקתני אעפ"י שלא נתן לה כתובה, אלמא כל זמן שלא נתן לה כתובתה שייכא ביה ואית ליה זכיה עילויה. ומאי ניהו - מעשי ידיה תחת מזונותיה, ואפ"ה מציאתה שלה. דאי לא שייכא בהדיה כלל, מאי אעפ"י שלא נתן כתובתה".

מדבריו, אנו רואים שדיוקו לפי הירושלמי שמעמיד המשנה במגורשת ממש, אלא שעדיין לא סילק כתובתה, שבכה"ג מעשה ידיה שלו תחת מזונותיה, דיוק זה אינו ממה שבמשנה לא הוזכר אלא דין מציאה, ולא דין מעשה ידיה (ועי' "אור שמח" פ"י מה' אישות הי"ט, אך מהראב"ד לא נראה כן. וקצ"ע). כי זה באמת אינו דיוק כלל, שהרי המשנה דנה בעניני מציאה, א"כ לא היה לה להזכיר ענין מעשה ידיה. אלא דיוקו הוא ממה שנראה שהעובדא שלא סילק כתובתה עדיין השאירה לבעל (ולא רק לאשה) זכויות על קניני האשה, כמו שכ' "דאי לא שייכא בהדיה כלל, מאי אעפ"י שלא נתן כתובתה". ובע"כ הכוונה למעשה ידיה שזוכה בהם, כי מאחר שהיא מגורשת גמורה, הא דלא סילק כתובתה דמשו"כ מחייבים במזונות, עדיין אין בו שום סיבה לזכותו בשלה, אע"כ העובדא של חיוב המזונות אכן מזכה אותו בשלה - דהיינו במעשה ידיה. אכן דיוק זה הוא רק לפי מה שהירושלמי מפרש שהמדובר במגורשת באופן מוחלט. ולא כן לפי הבבלי שהמדובר במגורשת ואינה מגורשת, שלפ"ז מתפרש האמור במשנה "אעפ"י שלא נתן לה כתובתה" - אעפ"י שאינה ראויה לנתינת כתובה, כלומר - שהיא רק ספק מגורשת, כדפי' בתוס' שלנו והרא"ש ב"שיטה מקובצת" שם. א"כ לפ"ז אין שום דיוק מהמשנה שבכה"ג נשארו לבעל באשה זכויות שהן, כפי שדייק הראב"ד לפי פירוש הירושלמי של המשנה. (וממה שהמשנה לא הזכירה מעשה ידיה רק מציאתה, הרי כנ"ל אין שום דיוק, כיון שעיקר כל דיני המשנה אמורים בענין מציאה). א"כ הדרינן ליסוד הסברא שכל שהתקנה היא משום איבה, אין לבעל זכויות בספק מגורשת וכמ"ש הרא"ם - "דחד טעמא הוא".

ומגוף ההלכה של הירושלמי אין ללמוד לנידון של ספק מגורשת, שכשם שבמעוכבת תשלום הכתובה דניזונת לפי הירושלמי ומ"מ מעשה ידיה שלו, כמו כן בספק מגורשת - אליבא דהבבלי, דג"כ יהיו מעשה ידיה שלו. דהטעם של החיוב בדינו של הירושלמי הוא אחר, מטעם החיוב בהא דספק מגורשת, ואין ללמוד מזה על זה.

דהא דחייב, אליבא דהירושלמי בשלא סילק הכתובה מביא בראי"ש ב"מ שם (אות ל"ג, שפוסק גם להלכה כירושלמי). "דטעמא דבני מערבא דחיוב במזונותיה עד שיפרע לה כל כתובתה, כדי ליפות כח האשה, שיפרעו לה כתובתה בעין יפה בבת אחת, ולא יתנו לה על יד על יד, תקנו חכמים שיתחייב במזונות עד שיתנו לה פרוטה אחרונה. דאל"כ אמאי חייב לזונה יותר מכל בעלי חובות".

ונראה להוסיף הסבר דהא דייפו כח האשה יותר מכל בעלי חובות, כדי שלא תשאר בחוסר כל עם גירושיה, כשיסלק לה כתובה על יד על יד ותוציא הכל למזונותיה. ואילו כשתקבל הכל בבת אחת תוכל להשקיע הכתובה בנכסים עושים פירות שתוכל להתפרנס מהפירות, והקרן קיימת. וכיון שכן, דיינו בתקנה שתהא בטוחה במזונותיה, כדרך שהיתה מקבלת בעודה תחתיו, דהיינו שזוכה במעשה ידיה והרי זה בדומה לאלמנה ניזונת כל עוד לא נפרעת כתובתה, שמעשה ידיה של יתומים, כי אין צורך לתת לה הרווחה, וכנ"ל. משא"כ ספק מגורשת, שחיובו הוא מצד שמעוכבת מחמתו להינשא, והוא משום קנס. ע"כ אין לתת לו תמורה, וכן אין לזכותו במעשה ידיה שהם מצד איבה, כשם שאינו זוכה במציאתה מהאי טעמא.

וי"ל עוד שאין ללמוד לענין זה מהירושלמי לבבלי. כי נראה שהירושלמי חולק על הבבלי בטעם דמעשה ידיה משום איבה, וכדנקטינן כרב הונא (כתובות נ"ח ע"ב), דמשום זה יכולה אשה שתאמר איני ניזונת ואיני עושה. ואילו בירושלמי אמרו (רפ"א דכתובות): "אשת איש שאמרה יצאו מעשה ידי למזונותי אין שומעין לה" (וב"קרבן העדה" שם: דקסבר משועבדת היא לו למעשה ידיה, וחכמים תקנו מזונות תחת מעשה ידיה). בעוד שלפי הבבלי מציאתה ומעשה ידיה לבעל הם שניהם משום איבה, וממילא בגוונא שמציאתה שלה, דלא שייך חשש איבה, גם מעשה ידיה שלה "דחד טעמא הוא", לפי הירושלמי אין קשר בין שני אלה. ע"כ אפילו אילו היתה דעת הירושלמי מפורשת שבספק מגורשת מעשה ידיה שלו (מה שאין הדבר כן, וכנ"ל), גם אז אין ללמוד מזה להלכה דנקטינן כפי הבבלי, שמעשה ידיה לבעל רק בגוונא שיש חשש איבה, וזה איננו בספק מגורשת.

ויוצא מהנ"ל שאין שום יסוד, לראות מחלוקת אליבא דהבבלי, ולפי האוקימתא שבבבלי בפירוש המשנה דב"מ, שהמדובר בספק מגורשת, וגם הראב"ד אינו חולק שבספק מגורשת, אליבא דהבבלי מעשה ידיה של עצמה, וכנ"ל מהרא"ם.

ולפ"ז בנידוננו, שנקבע על הבעל חיוב לגרשה, והוא מסרב למלא פסק ביה"ד, שהרי האשה בגדר מעוכבת להינשא מחמתו, הוא חייב במזונותיה, ואין מעשה ידיה שייכים לו.

ואשר לגובה המזונות שיש לחייבו, אם כי נראה שבכה״ג אין הדין של ״בעלייתו של בעל״ שהרי לא מצד חיובו בתור בעל ואשה שגרים יחד, אנו באים לחייבו. אולם גם בחיוב זה שהוא מכוח תקנת חכמים מיוחדת יש להתחשב עם הרמה הרגילה המקובלת, כדרך שגם בצדקה, החיוב הוא לפי הרגלו, כנאמר ״די מחסורו אשר יחסר לו״ (יו״ד סי׳ ר״נ).

ע״כ ביחס למזונות לשעבר עד היום, יש לבטל את העיכוב להוצאה לפועל שנקבע ע״י החלטת ביה״ד נשואת הערעור, והאשה תגבה את הסכום שנצטבר מאז העיכוב עפ״י חשבון של 002 ל״י לחודש כפי פסה״ד מיום כ״ז באייר תשל״ב. ובאשר למזונות להבא, יש לחייב את הבעל בסך שש מאות ל״י לחודש.

יצויין כי בהכרעת-רוב נפסק כך הלכה למעשה.

סימן לט : מעשי ידיים למורד על אשתו א.

הרמ״א (צ׳ ה) : המורד על אשתו וכו׳ י״א דאם מתה אינו יורשה (והוא משלה״ג פ׳ אעפ״י ומרדכי ב״ב פ׳ מי שמת בשם הראבי״ה). ובבית יעקב מחדש שה״ה לפירות ומותר מע״י. אלא שכ׳ שהדיון הוא רק על הפסד הבעל מזכויותיו הוא, משא״כ זכויות האשה שתוקנו נגד זה היא לא הפסידה. וחברי הגר״א גולדשמידט שליט״א האריך להוכיח שהזכויות של הבעל והאשה שבתקנות אלה קשורות זב״ז, באופן שאם הוא מפסיד זכויותיו בהכרח שגם היא מפסידה את זכויותיה. כן תמה שם לשיטת הבית יעקב, למה לא נימא שחייב לזונה וכל מע״י שייכים לה, ולא רק מותר מע״י כדכתב הבית יעקב שם, עכת״ד בקצרה.

הנה הראבי״ה נימק את זה שמפסיד הירושה מפני ״שהוא פושע, שהרי אינה ראויה להתגרש בשביל מום קטן כזה״. וקרוב לזה הלשון בדרכי משה צ׳ ״דשאני הני דכופין אותו דנוהג עמה מנהג אישות ולא פשע כלל ולכן אינו מאבד ירושתו משא״כ במורד או במדיר וכו״. הרי דלא אתינן עלה מצד שכבר נותק קשר האישות ביניהם, שזה אינו קשור דוקא בפשיעה, וכמו שיבואר להלן; אלא שהנימוק הוא מצד פשיעתו, וזה אינו נימוק אלא למה **שהוא** יפסיד. אכן הגר״א גולדשמידט מעלה כי לא יתכן זה בלא זה, ויש רק לדון על ברירה או שגם הוא **לא** יפסיד, או ששניהם יפסידו. ומאחר שלדעה זאת הבעל הפושע עכ״פ מפסיד, ממילא בהכרח שגם היא מפסידה.

אך לפ״ז אינו מובן שא״כ נמצא חוטא נשכר, ומה שאינו יכול להשיג בדרך ישרה יכול הוא להשיג ע״י פשע של מרידה. שהרי אין הבעל יכול לומר איני יורשך ואיני קובר, ולא איני נוטל פירות ואיני פודה (ס״ט ה), כי תקנה זו לא לטובתו (עכ״פ - לא לטובתו בלבד תוקנה) ואיך יתכן שע״י שהוא פושע יקבל זאת. ול״ד למורדת לאחר יב״ח דהתם הוא מפני שכבר ניתק קשר חיי האישות ביניהם והפסידה כל כתובתה, כפי שהדגישו הפוסקים, משא״כ כאן שהנימוק הוא כנ״ל רק מצד שהואיל והוא פושע, וזה אינו אלא נימוק למה שהוא יפסיד.

ועוד שלפ״ז לא הועילו חכמים בתקנת קבורה, שאם יראנה חולה נוטה למות ואין לה בירושתה כדי קבורה ימרוד בה ויפטר מחיוב הקבורה.

[ואפילו לפ״מ שדייק הב״ש (פ״ט ה) בדעת הרמב״ם שרק כשהוא יורש בפועל הוא שחייב בקבורה ואילו ״כשלא ירש הבעל או (כצ״ל) היורשים אי״ח בקבורה״, מ״מ הן פשוט שאין זה מותנה עכ״פ שיהא בירושתה כדי כיסוי הוצאות הקבורה, שא״כ למ״ל להאי תקנתא כלל, א״ו כנ״ל כל שיש משהו ליורשה, מחויב הוא בקבורתה.

(אמת שדברי הב״ש מוקשים מאד בענ״ד, וקשה מאד הדבר להיאמר, שאם יש לה משהו ליורשה כבר נחייבו, ואילו כשאין לה כל אי״ח. ומה שמדייק מהרמב״ם מיורשי כתובתה י״ל שהוא רק **לגבי היורשים**, שרק ע״י שיורשים **בפועל** באה עליהם חובת הקבורה, משא״כ הבעל, עצם דין הירושה שיש לו כלפי אשתו סגי).

ואילו ננקוט שהמורד אי״ח בקבורתה הרי תמיד יוכל לפני מיתתה למרוד ולהפקיע עצמו מחובת הקבורה, שישנה עליו כל שיש משהו בכדי ליורשה].

ב.

והנה הגר״א גולדשמידט הסביר באופן זה גם מחלוקתו של הר״ן עם הרי״ף בענין ״נתן עיניו לגרשה״, דהא דס״ל לר״ן שהפסידה זכות פרקונה מפני שהוא הפסיד הפירות, שבהכרח נגרר עם זה יחד הפסד הפרקון, כי לדעתו ״עדיף מיצוי מדת הדין בשלילת זכויות הבעל כתוצאה ממעשיו, גם אם עקב זה תסבול האשה הבלתי אשמה בשלילת זכויותיה״. אך דברים אלה תמוהים מאד, כי מה מיצוי מדת הדין יש בזה, אם תמורת הפסדו בא לו ריוח, שהוא שקול כנגד הפסדו ועודף עליו, לפ״מ שהסביר הנתיבות משפט דברי הרי״ף ״שכל אדם יעשה כן להפסיד זכות אשתו ממנו״, שיכתוב לה גט, ואם יתחייב בפרקונה יגרשנה בו. [והרי זה מזכיר לנו תשובת בתו של ר״ג לקיסר (סנ׳ ל״ט.) שהמשילה משלה בליסטים שבאו ונטלו קיתון של כסף והניחו קיתון של זהב במקומו].

אך באמת אין דברי הר״ן צריכים להתפרש מצד שבין שתי הברירות - או להפסיד את שניהם או שלא להפסיד גם את הבעל, בחר הוא באפשרות הראשונה בניגוד לרי״ף שבחר האפשרות השניה, כפי שמסביר הגר״א גולדשמידט, אלא ביאור דבריו הוא שמשנתן עיניו לגרשה לשיטה זו **כבר בעצם עובדה זו** ניתקו הקשרים והחובות ההדדיים, ולענין זה אין מתן הגט בפועל מעכב. וע״כ כדרך שאמרו אין לבעל פירות כן אין לאשה זכות הפדיון, כי הם כבר מבחינה מסוימת, היינו מצד ההתחייבויות ההדדיות שישנן בין איש לאשתו, כאילו מגורשים ומנותקים. ואין הפירוש מפני שאיבד הפירות ע״כ איבדה היא הפדיון, אלא - **כדרך** שהוא מאבד הפירות כן היא מאבדת הפדיון והכל מאותו גורם בא עליהם, דהיינו מה שנתן עיניו לגרשה. אלא שהגמרא בגיטין לא הזכירה אלא את אבדן הפירות כי שם זהו הענין הנידון מצד הפסד הלקוחות.

[ובביאור המחלוקת של הרי"ף עם הר"ן בדעת הרי"ף דפשיטא ליה שפרקונה לא הפסידה, י"ל כטענת הנתיבות משפט הנ"ל דזה לא יתכן שא"כ מה הועילו חכמים בתקנת פדיון שיוכל תמיד להכין לו גט למקרה שתיפול בשבי. אך יש לדון בזה שהרי מ"מ גט ישן הוא שאין מגרשין בו, ואם בא עליה הרי שיש מציאות ממשית של גיטה קודם לבנה.

ויותר נראה שדבר זה תלוי בהבדלי ההסברים שבין התוס' להר"ן בענין תקנת פרקונה ואי אמרה לא בעינא לתת לו הפירות ושלא יפדנה. דהתוס' כתבו שאינה יכולה לומר כן כדי שלא תטמע בין העכו"ם (כתוב' מ"ז:) או מצד שכבר זכה בפירות. ואילו הר"ן מסביר כי זה גם לטובתו תוקן שיהיה לו מי שישמשנו, ושבגלל זה היו צריכים לזכותו בפירות כדי שיהא לו תמורה למה שיצטרך להוציא. א"כ לטעם התוס' עיקר התקנה היא **הפרקון** וזהו לטובתה, והפירות הן רק **התוצאה**, ואילולא הנימוק שלא תטמע היה צ"ל גם שתוכל לומר איני נפדית ואיני נותנת פירות, ולפ"ז לא היתה הגמרא בגיטין צריכה לנקוט הלשון משנתן עיניו לגרשה אין לבעל פירות, אילו היתה גם היא מפסידה הפדיון, כיון שהפדיון הוא העיקר והפירות הן התוצאה, לא הול"ל למינקט הטפל אלא העיקר, שאין לה פדיון, שממילא אין לבעל פירות, אלא מדנקט רק שאין לבעל פירות נראה שרק התקנה הנוספת של הפירות אין כאן אבל עיקר התקנה נשאר בעינו. אכן הר"ן לשיטתיה דלתקנת שניהם תוקן ואין כאן עיקר וטפל, הזכיר הפירות שממילא שמעינן שאין גם פדיון שהרי עיקר התקנה של פדיון לטובתו, בהכרח קשורה עם הפירות, שאל"כ הרי הוא רק נפסד. ע"כ אין שום דיוק ממה שלא הוזכר בגמרא אלא פירות כיון שזהו מה שנצטרך שם לעיקר הדיון].

הדרן לדידן, שאין סברא לבא מצד מיצוי מדת הדין להפסיד לזה הפושע ומורד, כשזה יגרור בהכרח גם סבל לצד השני, כי לא הועלנו בזה כלום, ואין בזה כל עונש על הפושע, בפרט אם ע"י זה עוד יוכל לנצל לרעה, ומה שלא יכול להשיג בדרך אחרת ישיג ע"י פשיעתו.

ונ"ל דיש להוכיח עוד כהבית יעקב דבשלה"ג שם לפני כן מובא גם דין **המורדת**, שאם מתה בעלה יורשה, וכן העתיק הרמ"א ג"כ שתי הלכות אלה יחד. ולכאורה הרי כשם שלשיטה זו **הוא** במרדו מפסיד זכויותיו וגורר אתו הפסד זכויותיה, כן היה לומר שהמורדת מפסידה זכות הקבורה, שהרי אין המורדת זכותה עדיפה על המורד, וממילא יפסיד גם **הבעל** זכות הירושה, ולמה המורדת בעלה יורשה? אלא ברור כנ"ל, שרק המורד והמורדת הם שמפסידים במרדם, ואילו הצד שכנגד כדקאי בזכויותיו קאי. וע"כ במורדת בעלה יורשה, אעפ"י ששורת הדין נותנת שזכות הפדיון הפסידה לפי דעה זו, וכדהבין הבית יעקב שכל הזכויות הפסידו, וירושה לאו דוקא.

ג.

והנה הגר"א גולדשמידט מיתלי תלי לה בחקירה במהות התקנות שתיקנו חז"ל בחובות וזכויות שבין איש לאשתו, אם הוא בגדר תמורה או הוא רק בגדר סיבה. שאם נאמר שהוא כתמורה בהכרח שהכל קשור יחד, והפסד אחד גורר הפסד אצל הצד שכנגד.

אכן לפענ"ד יש דרך שלישית, והיא שאמנם זה בא כתמורת זה, אולם התמורה היא **בזכויות** שכל אחד מקבל, וכהסברת תלמיד הרשב"א שבשט"מ שהביא הגר"א גולדשמידט ולא במימושן בפועל, שזה כבר בא **ממילא, וכתוצאה** מהזכויות שרכש ע"י הנשואין. וממילא אין צריך כלל לדקדק בכל שעה ושעה אם התמורה קיימת או לא, כי מאחר שבשעת הנשואין זכה בזכויות המתאימות כתמורה לחובות שהוטלו עליו, שוב כל אחד בזכויותיו עומד ואינו קשור בשני כלל. ואם האחד הפסיד את שלו אין זה גורם לשני להפסיד את שלו דאיהו דאפסיד אנפשיה ואילו השני כדקאי קאי. ודמי לאילו צד אחד ימחל לשני את זכויותיו, כהא דסי' ס"ט ס"ו, דהוא את שלו מחל והשני נשאר בזכויותיו. וזהו הנידון של מורד לשיטה זו, שהרי הוא זכה בזכות הירושה והפירות ומע"י ע"י הנשואין, ואז חלו ממילא כל ההתחייבויות שכנגד. אולם במרדו הוא מפסיד זכויותיו, אבל אשתו כדקאי קאי, שהרי שילמה לו עבור זכויותיה בחובות הנגדיות, ואם הוא פשע והפסידם מה לו ולה כי ילין עליה?

ואין לזה שייכות להא דמשנתן עיניו לגרשה למ"ד דאין לבעל פירות, דהתם לא פשע ולא מידי ול"ש לומר שיפסיד מפני זה, ואם נאמר שהפסיד הרי זה רק מפני שע"ז אנו רואים כאילו הגירושין הוצאו לפועל בחלקן הממוני, וע"כ אין להבדיל בין הפירות לפרקון, ובהכרח שלמ"ד זה הפסידו שניהם כדכתב הר"ן, או שלא הפסידו שניהם לדינא כדהוכיח הרי"ף מדיוק הגמרא וכנ"ל. משא"כ כשההפסד הוא מצד פשיעה שיש כאן גורם להפסיד לצד האחד שהוא הפושע, ואין שום סיבה להפסיד הצד שכנגד שלא פשע, וה"ז כאילו ניתוק **חד צדדי**, שהוא רק פועל כלפיו, ולא כלפי השני, שאין מזכין לאדם בע"כ, וזכויות אלה הם חלק מחיי האישות שמאס בהם כשאינו נוהג בה מנהג אישות. [אכן אין זה מצד קנס או עונש עליו, כי לא מצינו במורד אלא מה שאמרו בו חכמים לתוספת כתובה, וכמו שטוען הריטב"א בתשו' ק"ג לענין הפסד מזונות של מורדת טרם שאיבדה כתובתה, אלא משום שאין מקום לסוג זה של זכויות בזמן שהוא מתנכר לה, ודמי לאשה שהלכה מבית בעלה שלא מחמת טענה שאין לה מזונות, וזה לא מטעם קנס אלא משום דאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו (ע' י"ב ברמ"א), וכמו שמסביר הרשב"א הו"ד בהה"מ פי"ד מאישות ה"ח: "ואין לה מזונות תוך יב"ח, כיון שאינה רוצה בו", ופירושו **שמזונות הם אחד הביטויים של חיי אישות**, וכשמואסת בו אינה יכולה לטעון למזונות. ממילא אין לדייק מלשון הרמ"א בתשובותיו שהביא הגר"א גולדשמידט שנימק בזה שנתן עיניו לגרשה כמי שנתגרשה דמי, שזה בא רק לומר שמצדו של המורד אנו מחשיבים אותה כנתגרשה מאחר שאינו נוהג בה מנהג אישות].

ד.

והמחלוקת של הרשב"א עם הר"ן לענין פירות בנכסי היבמה, שהגר"א גולדשמידט מיתלי תלי בחקירה הנ"ל, ולבסוף מסיק בטעמו של הר"ן שההפסד והפטור מפדיונה הוא בגלל סיבה צדדית "מפני אי היכולת לממש למעשה התנאי שנקבע בפדיון וכו' וביבם לפני שכונס יבמתו הרי אין היא עדיין אשתו", ואשר ע"כ "אין כאן הפקעה מהותית אלא רק מניעה לביצועו", דברים אלה מופלאים מאד, היאך יתכן לומר שהפטור מצד "שעדיין אינה אשתו" היא סיבה צדדית, והרי ודאי שעיקר תקנת הפדיון היא למי שהיא אשתו ולא למי שאינה אשתו עדיין. אלא שבאמת הדיון

בראשונים הוא על חובת הפדיון מצד **האח שמת** ונשתעבדו נכסיו לזה, ובזה יש מקום לחילוק הנ"ל. אכן הרי לפי הר"ן כפי שהוי"ל תקנת הפדיון היא גם לטובת הבעל שיהא לו מי שישמשנו, ומבחינה זו הרי "ואותבינך לי לאנתו" אינה סיבה צדדית אלא חסר חלק מעצם הנימוק המחייב פדיון (ואעפ"י שבאשת כהן הפדיון אינו קשור עם טובת הבעל כי שם התנאי "ואהדרינך למדינתך", צ"ל אליבא דהר"ן הנ"ל שתקנת הפדיון של אשת ישראל היא מסוג אחר של אשת כהן).

ברם לפי האמור לעיל שחיוב הפדיון מיתלי תלי בחלות התקנה הנגדית של זכיה בפירות שבזמן הנישואין, מחלוקת של הרשב"א והר"ן וסברותיהם הן ברורות ומבוארות בדבריהם. דהרשב"א בוחן השאלה לא בתור **המשך** של זכויות והחובות של האח המת, אלא בתור חוב וזכות **עצמאית**, ולזאת מסיק שאין מקום לזה, כיון שאינה אשתו (ואף לאחר יבום פליג כמבואר שם, כיון שמהיבם אין לה כתובה). ואילו הר"ן רואה את זה **כירושת** זכויות אחיו המת, שבנשואין זכה בפירות נכסיה לכל הזמן שעדיין היא אגידה גביה. ובזה אעפ"י שאין עכשיו חובת הפדיון קיימת לא איכפת מידי, כיון שבשעת נשואין עכ"פ חלה עליו חובה זו, ובזה סגי וכנ"ל.

בסיכום: דעתו של הבית יעקב בשיטות הי"א, שרק המורד מפסיד ולא הצד שכנגד - מסתברת, ואין לזה שום סתירה בדברי הראשונים. וכן היא מוכחת משיטה זו עצמה לענין אם האשה מורדת.

ה.

ומה שהגר"א גולדשמידט דחה דברי ה"בית יעקב" במש"כ שדין זה הוא רק במותר מע"י, נלע"ד בהסבר דבריו, כי מאחר שעל הסכום שמרויחה במע"י יכול לומר צאי מע"י במזונותיך, י"ל דכלפי סכום זה מעיקרא **לא היתה כלל התקנה** שהוא חייב לה מזונות אלא שמנכה לה דרך מע"י, כי הפוכי מטרתא למ"ל, ולא היתה התקנה אלא לענין אי לא ספקו, **לגבי אותו הסכום שלא ספקו**, ולמותר מע"י שיהיו לבעל. וא"כ גם במורד שאין זה תקנה מיוחדת לגביו לקונסו ולהענישו, אלא שהוא כנ"ל מצד שאין מקום אצלו לתקנה שיזכה במע"י כיון שאינו נוהג בה מנהג אישות, זה שייך רק לגבי מה שהיה מעיקרא בתקנת זכויות הבעל, שזה הוא מפסיד, משא"כ המזונות שכנגדם היא מכניסה במע"י, שע"ז מעיקרא לא תוקן שיזכה מצד אחד ויתחייב מצד השני, גם בהאי שהוא מורד לא נחייבנו.

[אמנם לפ"מ שדייק בבי"ש (ס"ט סק"ז) לדעת הרמב"ם א"י לומר לה צאי מע"י במזונותיך בע"כ. ולפ"ז יוצא שהתקנה של מזונותיה אינה חופפת התקנה דמע"י אלא כל חד לחודיה קאי. אולם הן השו"ע לא הביא דעה זו כלל כדכתב הב"ש עצמו, ואין שום יסוד לצרף שיטת הרמב"ם זו לשיטות הנ"ל שלענין מורד. ממילא אין לנו שיפסיד גם לשיטה זו אלא מותר מע"י, אבל לא עיקר מע"י שכזה מעולם לא זכה ולא חלה עליו חובת המזונות, וממילא גם אינו מפסיד בגוונא דמרידה].

תבנא לדיננא בניד"ד שמרויחה כדי מזונותיה, גם להני שיטות אין לחייבו במזונות, ואפילו אם היה עליו דין מורד ברור. עפ"י כל הנ"ל אני מצטרף להגר"א גולדשמידט לפוטרו מן המזונות ולדחות הערעור, כיון שהאשה מרויחה כדי סיפוקה.

סימן מ : טענת מאוסה עלי ונישואי אשה שניה

זהו ערעור על פסק דין שניתן ע"י כב' בית הדין האזורי לנפת אשקלון מיום ה' באלול תשל"ב (תיק מס' תשל"ב404/), בו נפסק כדלהלן:

"בני הזוג מסוכסכים שנים רבות מאז שנת תשכ"ח. כל הנסיונות במשך חמש שנים שעברו להביא בני הזוג לשלו"ב עלו בתוהו. הענינים יגעים מאד בין בני הזוג. בית דיננו כמו בית הדין הקודם בדעה, כי אין מנוס ומפלט מהפרדתם בגט לטובתם ולטובת ילדיהם. בינתיים ילדי בני הזוג גדלו כעדים אומללים לבית הוריהם ההרוס.

לאור האמור בית הדין פוסק עקרונית, כי על בני הזוג להתגרש זמ"ז ונעתר לפשרת הבעל לשלם לאשתו כסכום פשרה עבור סך כתובתה וכל זכויותיה סך 20,000.- ל"י (עשרים אלף לירות) בתשלומים. מזה 5,000.- ל"י (חמשת אלפים לירות) במזומן ואת היתרה בשלושים תשלומים חדשיים שווים ורצופים של 500.- ל"י (חמש מאות לירות) ויחד עם זאת להשליש גיטה בבית הדין. ואם תסרב לקבלו ינתן לבעל היתר נישואין וע"ז נפטר הוא ממזונותיה.

בשאלת החזקת הילדים שהם למעשה אצל הבעל זה שנים רבות, בית הדין ידון בדבר לאחר קבלת הגט או לאחר מתן היתר נישואין לבעל. נימוקים נוספים יצורפו לתיק. פירסום פסה"ד ינתן לאחר החגים".

בנימוקים לפסה"ד הזה מיום א' בחשון תשל"ג, אחרי ציטוט דעת הרא"מ, "בני אהובה", הג"ר יצחק אלחנן ב"נחל יצחק" (סוף ח"ג), וסי' "חיים ושלום" לגר"ח פלאג'י, הו"ד בפסד"ר כרך ז' עמ' 113-112, מגיעים למסקנא:

"הנה ע"כ לאור האמור שעבר על בני הזוג זמן זמנים, שנים רבות שהם חיים בנפרד, כנ"ל, ואפסה כל תקוה לשום שלום ביניהם; ולאור טענת הבעל, כי אשתו מאוסה עליו ובהתחשב עם הצעתו, כי למרות הכל, מוכן הוא לשלם לה חמשת אלפים ל"י במזומן, ועוד חמש עשרה אלף לירות בתשלומים כמפורט בפסה"ד, סכום שהוא כפול ומכופל כמה פעמים מכדי כתובתה, ובשים לב כי הילדים גם הם נכנסו לתמונה, כעדים אומללים לבית הוריהם ההרוס, עד כדי שהצהירו, בפני בי"ד הקודם, דבר מתמיה ומפליא שהם יברחו אם אמם תחזור הביתה וכנ"ל, אין לביה"ד רק להצטער מאד להחליט כפי שהחליט, שעל האשה העלובה בנסיבות אלו לקבל את הדין, ולקבל את הגט ואת הסכום כפי שהוצע

בהתחייבות בעלה, כי אין טעם וצידוק בנסיבות הנ״ל להמשיך בסכסוכים ובדינא ודיינא, ללא תקוה וסיכויים לחיים משותפים של שלום כלל. ביה״ד מבהיר, כי ידון, בהתאם להחלטה מיום ו׳ באדר תשל״ב, בתיק ל״ב525/, בתביעת המזונות עבור תקופת העבר עבור חמשה חדשים הנזכרים בפסה״ד של בי״ד הקודם, מס׳ כ״ט471/, בתיק כ״ח 116/ סעיף ד׳. כמו״כ ידון ביה״ד ויפסוק בהחזקת הילדים, אם תוגש פניה בזה מצד האם, וזאת מבלי לעכב ביצוע פסה״ד הזה, המזכה את הבעל להשליש גט לאשתו וסכום הנ״ל, ואם תסרב לקבל גיטה ליתן לו היתר נישואין וכו׳ וכמפורט בפסה״ד״.

טענות ב״כ המערערת בפנינו בערעור, שהתקיים ב-א׳ בכסלו תשל״ג: שהבירורים והדיונים בין הבעל ואשתו נמשכים זה זמן רב. בשעתו הוגש ערעור ע״י הבעל בפני ביה״ד הגדול על חיובו בתשלום המזונות לאשה, בתיק תש״ל10/. ערעור זה נדחה ע״י ביה״ד הגדול, וחוייב במזונות ובתשלום הוצאות האשה בערעור. מאז לא נתחדש שום דבר שיצדיק חיוב האשה לקבל ג״פ. האשה טענה כל הזמן שהגורם לסכסוכים הוא שיש לו ענינים עם המזכירה שלו. דבר זה אף נתאשר ע״י דו״ח העובדת הסוציאלית שנמצא בתיק, למרות שהבעל הכחיש זאת כל הזמן. האשה רוצה שלו״ב ואין שום יסוד לחייבה בקבלת ג״פ או היתר נישואין.

ב״כ הבעל חזר על טענותיו שהוא מעוגן זה שנים, וכפי שגם ביה״ד קבע כמה פעמים אין תקוה שהשלום יוחזר על כנו, ״עדות העובדת הסוציאלית אינה מהימנה כי לא נחקרה ולא נבדקה כדין״. היא מאוסה עליו בשל דעותיה וכו׳, וע״כ יש לאשר את פסה״ד.

אחרי שמיעת טענות הצדדים והעיון בחומר מתברר שצדק ב״כ המערערת שמאז מתן פסק הדין הקודם ע״י ביה״ד הגדול לא נתחדש דבר. מתוך התיק ברור שאכן יש כאן יד אשה אחרת באמצע. עדות העובדת הסוציאלית לא זו בלבד שלא נסתרה אלא גם אושרה בדברי הבעל, כנאמר בפרוטוקול, ז׳ בטבת תשל״א, שבתשובה על השאלה לבעל: אתה קשור עם מישהי? התשובה היא: **כן. אני רוצה להמשיך אתה.**

טענת מאיס עלי של הבעל אין לה איפוא שום אחיזה, שהרי כל עיקר מה שיש ללמוד מטענת מאיס עלי של האשה לשיטת הרמב״ם היא לא בגוונא שיש בירור ודאי שעיניה נתנה באחר, כטענת הראשונים החולקים עליו, שתמיד חשש זה קיים.

דון מינה, שגם בטוען הבעל מאיס עלי שנלמד משם אינו בכה״ג שהגורם לטענתו הוא מוכח וברור, ומכיון שכן אין ללמוד מכל אותם המקורות ההלכתיים שצוטטו בפסה״ד לנידון שלנו.

הכתובה כפי שנמצא צילומה בתיק, היא לפי מנהג האשכנזים, וכיון שהיא חתומה ע״י עדים ומאושרת בחת״י הבעל קיבל ע״ע בזה את החדר״ג כמנהג אשכנזים, כמבואר כה״ג בחו״מ סי׳ ס״א סי״ג.

ובסמ״ע שם ס״ק נ״ג: דה״ל לומר כן מתחילה אינני מבינו תפרשוהו לי ואדע, וכ״כ שם בש״ך שמציין לסי׳ מ״ה ס״ג ושם בהודאה בחתם ידו וכו׳ והדבר ברור שא״י לקרות ויש עדים שחתם עד שלא קיבל ומ״מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו.

ושם בסמ״ע מתשו׳ הרמב״ן: מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו, כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות אחרים הוא גומר בדעתו בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו, וכן הוא שם בש״ך.

ואינו דומה כלל להא דהרשב״א באשה שמצרו לה קרקעות נדוניתה בשדה שלה שהקדישוה האחים שלא בידיעתה, כי לא היא החותמת על הכתובה אלא הבעל, ואין זה גם מעיקר השטר, רק שנדון בזה מכוח שתיקתה, ע״ז שפיר אמר הרשב״א שאינה מרגשת במה שכתוב בכתובתה. משא״כ כשחתם הוא עצמו על השטר, חת״י היא קבלת נאמנות הכתוב עליו וכמש״כ הרמב״ן, וכנ״ל.

וגם אם לא נראה חתימתו כקבלת חרם דרבינו גרשום, עכ״פ יש לראות הנישואין שהיו על דעת המנהג המקובל בארץ שכולם מקבלים ע״ע חיוב שלא לגרש בע״כ, אם זה מצד החדר״ג כמנהג האשכנזים, ואם זה בקבלה בשבועה כמנהג הספרדים, אף אם ישנן יוצאי ארצות שבהם לא נהגו לא בזה ולא בזה, כשמתחתנים בארץ על דעת המנהגים המקובלים כאן התחתנו. ואם אמנם צודק הגר״י קאפח בהערתו על רושמי הנישואין שאינם מקפידים על מנהגי העדות ״ואילו שאלנו את הבעל בשעתו האם רצונך לצאת ממנהגי הספרדים וכו׳ היה דוחה שאלתנו בכל תוקף״, אי״ז שייך לנידו״ד, שגם הסכמת האשה נדרשת לתנאי הנשואין ואין ספק שלא תסכים להיות מופלה לרעה לעומת רעותיה, שיוכל בעלה להוציאה מביתו בכל עת שיעלה רצון מלפניו, בעוד שרוב הנשים מכל העדות מוגנות בפני שרירות לב מעין זו. ובכגון דא ודאי סופו הוכיח על תחלתו, שקשריו עם המזכירה היו מלכתחילה מכוח ההפקרות והפריצות השוררים ברחוב, ואף שהאשה עצמה בדבריה הראשונים בפני ביה״ד אמרה ״לא אמרתי שהוא חי עם אשה אחרת וכו׳״, הרי זה מוכיח רק את תמימותה ואת אי רצונה לטעון דברים שאינה בטוחה בהם בודאות, ואולי גם מחמת שהיה רצונה לחפות עליו כדי שיחזור אליה. אבל לפנינו הן כבר נתגלו כל העובדות בהמשכן, שזה מוכיח על התנהגותו מעיקרא.

אין, איפוא, מקום לפטור הבעל מחיוב זה, בין לפי הכתובה, בין לפי מנהג המדינה.

עפ״י כל הנ״ל נראה שיש לפסוק:

א. מקבלים את הערעור ומבטלים את פסק הדין מיום ה׳ באלול תשל״ב. הבעל נשאר בחיובו במזונות הן לשעבר והן להבא.

ב. כב׳ ביה״ד האזורי ידון בדבר גובה המזונות שעל הבעל לתת לאשתו-המערערת, הן בנוגע לעבר והן בנוגע להבא.

ג. עם זאת נראה שלפי התנאים על האשה להסכים לקבל ג״פ, וראוי שהצדדים ינהלו משא ומתן בכדי לבא לידי הסכמה לגירושין.

סימן מא : גידרה ודינה של עוברת על דת

זהו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי חיפה שניתן ביום ט״ז באייר תשל״א, בתיק תש״ל2928/, בו חוייבה המערערת לקבל ג״פ מבעלה-המשיב, ואם תסרב לקבל גט, יינתן למשיב היתר נישואין; הילדים יימצאו ברשות אביהם-המשיב ובחזקתו.

מתוך מכלול הטענות אשר העלה ב״כ האשה בכתב הערעור על פסה״ד נשוא הערעור, נאמר בסעיף 12: ״ביה״ד האזורי נתן יד לנישול האשה מכל זכויותיה לרבות... כתובתה... ״.

אחרי העיון בכל החומר נראה שיש מקום לדיון במקרה דנן בדבר חיובו של הבעל בתשלום כתובתה (סכום הנקוב בכתובה הוא ע״ס 26,000.- ל״י), וזה על ידי צירוף כמה עובדות:

א) העדים שהופיעו בביה״ד האזורי מטעם הבעל להעיד שהמערערת שרכה את דרכיה, ואמנם העידו על מעשי כיעור, אך לא מסרו בעדותם כל תאריך של המקרה עליו העידו בביה״ד, ועדותם לא נחקרה בביה״ד כלל.

ב) אחד מן העדים, ג., אמר בביה״ד כי לפעמים בשבת אחרי הצהרים הוא נוסע. והעד השני, ד., הודה בביה״ד שהוא - כלומר העד - ניסה להתקרב אל האשה (בידעו שהיא אשת-איש) אך היא התנגדה לזה. גם על חיבוק וגיפוף מצדו למערערת ״הראתה האשה התנגדות״. והנה אף שלפי ההלכה אין בידי אדם לפסול עצמו לעדות, מ״מ אנשים מסוג אלה שהופיעו בביה״ד, יש להתייחס בזהירות ובהיסוס רב, בטרם התבררה כשרותם ונאמנותם בביה״ד.

ג) בביה״ד בבאר-שבע, ביום כ״ד בתשרי תש״ל, הצהיר הבעל - כאשר בא לבקש אישור הסכם הגירושין שנחתם על ידו בספטמבר 1969 - כי ״אין כל ענין של בגידה״, ובתיק 1032/ תש״ל טוען הבעל שהסכם הגירושין נערך **לאחר שזינתה.**

אמנם ב״כ הבעל ניסה לתרץ את דברי הבעל: ״אני אומר הי׳ הסכם גירושין בין הצדדים ולא רצה הבעל שאשתו תתבזה בביה״ד ושתק אז, אבל אח״כ שזה הגיע לשלב של הוכחות בביה״ד בחיפה הי׳ הכרח לגלות את כל מעשי האשה המכוערים״.

אולם גם לאחר שהאשה חזרה בה מההסכם הנ״ל והגישה תביעה לביה״ד לחייב את בעלה במזונות ובהחזרת הילדים, וכתשובה ע״ז שלח הבעל לביה״ד כתב-הגנה והעלה שם כל מיני טענות על אשתו, אך הטענה של בגידה לא הזכיר כלל, ורק לאחר שהופיעה האשה בביה״ד והתלוננה שבעלה הזניח אותה וחי בקביעות עם אשה אחרת, אז התחיל לטעון שהיא זינתה עליו.

א.

בהערכת העובדות אני מסכים עם כב׳ הדר״ג [הגרי״ש אלישיב] שליט״א, שמתוך דברי האשה והעדויות שנשמעו עולה ברור שהיו מצד האשה מעשים המוגדרים כמעשי כיעור. אלא שלא הוכח במדה מספקת שהיו גם מעשי זנות.

אכן אשר לדיון ההלכתי, אם במעשי כיעור, כשהדבר ברור שבאותה שעה לא נטמאה, הפסידה כתובתה, בזה לדעתי פסק ההלכה היא שהפסידה כתובתה, וזה כפי שיבואר להלן.

הנה כב׳ הדר״ג דן בשיטת הרמב״ם שכ׳ (הל׳ אישות פרק כ״ד) דבמעשי כיעור ״הדברים נראים שהיתה שם עבירה״, שנראה מזה דמשום הכי הוא דהפסידה כתובתה. ומכאן דכל שהדבר ברור שבאותה שעה לא נטמאה, שהעדים עצמם מעידים זאת, או שהאשה עצמה מודה במעשי כיעור אבל טוענת שלא נטמאה, בזה גם לדעת הרמב״ם לא הפסידה כתובתה.

ומצד הנימוק הנוסף שכ׳ הרמב״ם לענין אם רוצה שלא להוציאה אין לה כתובה דלא תיקנו כתובה לפרוצות, ואדרבא - תהא קלה בעיניו להוציאה, נימוק זה הוא רק שלא לתקן לה כתובה מכאן ואילך, אבל לא להפסידה במה שזכתה מכבר.

ומייתי ראיה לזה, מהני שיטות דנקטי דהתראה בעוברת על דת היא שיתרו בה שתפסיד כתובתה, ומהאי טעמא כתב הרשב״א במשמשתו נדה לא הפסידה כתובתה בלי התראה, אעפ״י שזהו דבר הידוע וברור לכל הנשים איסור הנדות. וא״כ הרי היא בכלל הפרוצות, ואמאי לא הפסידה כתובתה. אלא ע״כ כנ״ל דבמה שכבר זכתה אינה מפסידה, ורק לגבי מכאן ולהבא הוא דמהני הנימוק שלא תיקנו כתובה לפרוצות, דלא חשו חכמים בתקנתן. עכת״ד.

יסוד הדברים עולה לכאורה בקנה אחד עם מה שכ׳ הח״מ והב״ש בענין מעשי כיעור, דבהא דאמרינן בשו״ע (סי׳ י״א סעי׳ א) דאם הוציאה בעלה בדבר מכוער לא תנשא לנטען, כתב בח״מ (סק״ג) דיש להסתפק אם העדים יודעים ברי שלא היה עכשיו טומאה, אם יש לחוש שמא פעם אחרת נטמאה. ובב״ש (סק״ד) כתב בזה: ומלשון הרמב״ם פכ״ד מה׳ אישות הט״ו משמע דלא חיישינן לזה. וכוונתו ברורה למה שהדגיש הרמב״ם דבמעשי כיעור ״הדברים מראים שהיתה שם עבירה״, דמזה נראה שאם הדבר ברור שלא היה שם עבירה, אינו בגדר הלכה זו. ולכאורה יוצא מדברי הב״ש בדעת הרמב״ם דה״ה לכתובה.

ב.

אך לענ״ד אין הדבר כן בדעת הרמב״ם, ואין הדיון שבח״מ וב״ש אלא לענין האיסור שעל הבועל, דבהא קאי הסעיף בשו״ע. ובזה ודאי הסברא נותנת דאין מקום לאסור על הנטען, בכה״ג שבמעשי הכיעור לא היה בהם חשש טומאה,

לפעם אחרת לא חיישינן. ולענין זה דוקא הוצרך הרמב״ם להדגיש המיוחד שבמעשי כיעור שיש בהם רגלים לדבר. משא״כ לענין הפסד הכתובה, לזה סגי באמת בנימוק האחד שכ׳ הרמב״ם שבפרוצות הפסידה גם כתובתה שכבר זכתה בה, כדי שתהא קלה בעיניו להוציאה.

והדבר מוכרח בדעת הרמב״ם, כיון דמשמעות דבריו דס״ל דבמעשי כיעור הוה רגלים לדבר, א״כ מעיקר הדין חייב הבעל להוציאה, ולא רק ממדת חסידות בלבד, שכן אין צורך בעדי קיום בכדי לאסרה על הבעל, וסגי בקביעת העובדות. כדכתבו התוס׳ (קידושין דף ס״ו ע״א ד״ה אמר):

> דהכא **הביאה** אוסרת בין בעדים בין שלא בעדים, ואין אנו צריכים אלא שידע הבעל האמת.

והא דפוסק הרמב״ם שאם רצה שלא להוציא לא יוציא, הוא דוקא בגוונא שטוען ברי לי שלא נטמאה, שאומר שמאמין לדברי אשתו, וכלשון הנמוק״י שיובא להלן: **שטוען** ואומר שאשתו מותרת לו **ומכחיש הדבר**, וכ״כ בישוע״י (סי׳ י״א הקצר סק״ד):

> ומהראוי בכל זה לומר להבעל שמהראוי הוא להוציאה מתחת ידו. אבל אם יאמר שמאמין לדברי אשתו **אין כופין אותו בשוטים או בחרמות** להוציאה מתחת ידו.

דכיון שטוען ברי אין מחייבים אותו להוציא, דלגבי דידיה לא שייך למיזל בתר הרגלים לדבר. וזה בדומה למה שכ׳ הפנ״י (כתובות דף כ״ב בתוד״ה הבא עליה) לענין הטוען ברי בתרי ותרי, עי״ש.

אבל אם הבעל עצמו אומר דאינו יודע, אומרים לו באמת שיש לו להוציאה, אלא שאין בידינו לכופו, דלגבי כפיה צריך ב׳ עדים דוקא, כדכתב הרי״ף.

ומעתה תקשי אי נימא דכל עיקר לא הפסידה כתובתה אלא מצד דאיכא רגלים לדבר שזינתה, דא״כ כשאינו רוצה להוציאה מצד שטוען ברי שלא נטמאה, הרי איכא הודאת בע״ד שלא נטמאה, וממילא לדבריו לא הפסידה כתובתה, ואמאי אמרינן דבכה״ג שאינו מוציאה מ״מ כתובתה הפסידה. ע״כ אתה אומר, שהוא משום דכיון דעכ״פ נהגה זו בפריצות יתירה הפסידה כתובתה דלא תקנו חכמים כתובה לזו. וזהו גם **לשעבר**, ולא רק בנוגע למה שמכאן ולהבא.

והנה מקור סברת הרמב״ם הנ״ל בהלי׳ ט״ז, שלא תקנו כתובה לפרוצות נראה ברור שהוא מהסוגיא יבמות פ״ט, לענין נשאת עפ״י ע״א ושוב בא בעלה דאיבדה כתובתה, ואמרינן שם בטעמא דמילתא:

> מ״ט תקנו לה רבנן כתובה - כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, הא - תהא קלה בעיניו להוציאה.

והם הם דברי הרמב״ם בנידו״ד, והרי שם המדובר לענין להפסידה הכתובה שכבר נתחייב בה מקודם. חזינן דמטעם זה **נפקע** חיוב הכתובה.

[ואדרבא, לענין מכאן ולהבא, בעוברת על דת שהפסידה כתובתה, ואינו רוצה להוציאה שאומר ״שיזהר בה מכאן ואילך שלא תכשילנו״ (כלשון הריטב״א כתובות ע״ב), ובמשמשתו נדה - כשאומר דקי״ל בה שחזרה בתשובה (עי׳ מזה להלן דברינו), יש מקום לומר שמתחייב לה בכתובה, כדהביא הריטב״א שם משיטת רוב רבותיו].

וברשב״א (והובא דבריו ב״נמוקי יוסף״) בנשאת עפ״י ע״א כתב דמפסדת כתובה ותוספת:

> דהא עוברת ע״ד היא, והעוברת ע״ד וחברותיה אמרינן שאין להם תוספת.

והרי בזו נתנו בגמרא הטעם כנ״ל - כדי שתהא קלה בעיניו להוציאה. נראה מזה דכל עיקר מה דאמרינן דעוברת על דת (לאחר התראה) הפסידה כתובתה הוא מהאי טעמא - שתהא קלה בעיניו להוציאה, והכל הוא לגבי לשעבר.

הן אמנם המהרש״ל (תשו׳ ל״ג) דייק מלשון הרמב״ם (בניגוד למש״כ במרדכי) שכ׳ ״אם רצה יוציא״, משמע שאינו מחוייב להוציא (וכבר הבאנו לעיל מהנמוקי יוסף יבמות שכ׳ שהמדובר כשמאמין לאשתו ומכחיש הדבר). ולדעתו כל כה״ג, וכן בעוברת על דת, לאחר חרם דרבינו גרשום אינו יכול לגרשה בעל כורחה.

אך הן עפי״ז כ׳ גם לפ״מ דס״ל דבהא גם לא הפסידה כתובתה ״דהא **טעמא דהר״מ דהפסידה כתובתה משום שתהא קלה בעיניו להוציאה**, והכא שלא יכול להוציאה ממילא לא הפסידה כתובתה״ עכ״ל. הרי שנוקט בפשיטות דטעמא דהר״מ **שהפסידה** כתובתה הוא לא מצד ״שהדברים מראים שהיתה שם עבירה״ (דע״ז לא מהני כלל הא דלא יכול להוציאה, אלא לכל היותר להתחייב לכתוב לה כתובה **להבא**) אלא מצד שלא תהא קלה בעיניו להוציאה.

והכי ודאי גם מסתבר, כי מאחר דלפי״ז מוכרח שהספק שמא זינתה אינו אלא ספק רחוק, דמשו״כ אין עליו חיוב להוציאה, אלא ממדת חסידות ״ואם רצה להוציאי״, גם לענין להפסידה כתובתה אין בכוח ספק זה, דהוא רק חשש רחוק, כשלבו נוקפו.

ואם מחד, נתפוס כפירוש המהרש״ל הנ״ל ברמב״ם, שאין הלשון ״שהדברים מראים שהיתה שם עבירה״ מדוקדק, ואין כאן רגלים לדבר אלא ספק רחוק בעלמא, ומאידך - נאמר דמ״מ מצד ספק זה דשמא זינתה מפסידה כתובתה, ה״ז כאוחז את החבל בשני ראשים.

ולדינא הרי לא נקטינן כהמהרש״ל אלא כמש״כ הרשב״א סי׳ תקנ״ז הו״ד בב״י סי׳ קט״ו דגם במדת חסידות ״היאך יתקן הרב שלא ינהג במדת חסידות״. א״כ הואיל ואין בזה החרם דרבינו גרשום, חוזר הדבר לעיקר מדת הדין שמפסידה כתובתה, שתהא קלה בעיניו להוציאה, כדכתב הרמב״ם.

ג.

ואין הרמב״ם יחיד בזה, כי דעת כמה מן הראשונים בשיטה זו, שבמעשי כיעור הפסידה כתובתה גם **בלי** התראה כדין עוברת על דת **דלאחר** התראה. ולא מטעם דהדברים מראים שהיה שם עבירה, אלא מדין עוברת על דת, דבגוונא דכיעור אין צריך התראה.

דבר זה מתבאר מתוך דברי הרמב״ן (הו״ד יבמות דף כ״ד ד״ה הא דתניא) הביא שם דעת כמה שיטות ראשונים דאין להוציא מן הבעל אלא בעדות ברורה. וכתב דלדעתם הסוגיא דשלהי נדרים, שנראה שם שהדיון לענין לאוסרה על הבעל:

> הם מפרשים אותה **לצאת ידי שמים** וכו׳ כעין העוברת על דת משה ויהודית שאם רצה **הבע מוציאה בלא כתובה**. ואם רצה לקיימה אין בי״ד מוציאין מידו. וכן בדבר מכוער וקלא דל״פ אם רצה מוציאה בלא כתובה **דלא גרעה מעוברת על דת מו״י**. ובמס׳ כתובות בפ׳ המדיר בירוש׳ משמע דמן הבעל קאמר. ועוד נראה שם דמפסדת כתובתה. וזה פשוט דלא גרעה מעוברת על דת, כדפרישית.

וסוגיא זו דנדרים הרי היא אליבא דהלכתא, ולא רק דעת רבי היא שמחמיר בכיעור, ומ״מ לשיטות אלו מוציאה **בלא** כתובה, ולא מדין רגלים לדבר שנטמאה אלא מדין עוברת על דת, כדכ׳ בפירוש דבריהם. והנה בעוברת על דת בעלמא נקטינן דבעי התראה, ואילו כאן בסוגיא זו לא נזכר כלום, דבהני עובדי היתה התראה. ומה״ט כתב באמת הרשב״א (יובאו דבריו להלן) דבהני עובדי לא הפסידה כתובתה כדין כל עוברת על דת. אולם לא כן היא שיטת ראשונים. וצ״ל דסברי דבעוברת על דת מצד מעשי כיעור לא בעי התראה, ומפסידה כתובתה גם בלי התראה.

ד.

והדבר מבואר יותר ב״נמוקי יוסף״ בסוגיא זו דיבמות, וז״ל:

> ... ומיהו אפילו רבי דקאמר תצא מן הבעל לא בעל כרחו קאמר, דבי״ד לא מפקי אלא בדבר ברור, כדאמרן. אלא לומר, שאם רצה להוציאה הבעל מפני שלבו נוקפו, תצא ממנו בעל כרחה **שלא בכתובה**, ובעוברת על דת מו״י שהיא יוצאה בלי כתובה, אם רצה הבעל להוציאה. וכ׳ הריטב״א ז״ל ולא עוד אלא דההיא צריכה התראה להפסידה כתובתה, **וזו שיש בה דבר מכוער הוה התראה**. והכין אמרו בירוש׳ וכו׳, דאמרינן התם דאסורה עליה, כולהו כשרצה לגרש **ובבא לצאת ידי שמים, אבל כשטוען ואומר שאשתו מותרת לו ומכחיש הדבר**, אין אוסרים אותה עליו, אלא בעדי טומאה ממש, כדאמרן. וכן העלו בתוס׳ והרמב״ם והרא״ה והריטב״א ז״ל.

ויש לעמוד על כמה ענינים שיש ללמוד מדברי הראשונים הללו:

א) מש״כ שהסוגיא בנדרים היא בבא לצאת ידי שמים, שאין הכוונה למדת חסידות גרידא, אלא שהוא חיוב ממש, רק ללא כוח כפיה לבי״ד. שהרי רק כשאומר שאשתו מותרת לו **ומכחיש הדבר** הוא דאין אוסרים אותה עליו. נראה מזה שכל שהוא עצמו אינו אומר זאת אוסרים אותה עליו, ורק לענין כפיה אמרינן דהוא רק אם ישנם עדי טומאה.

[וזהו כפי שחילקו התוס׳ (ב״מ צ״א ע״א תוד״ה בבא לצאת ידי שמים) לחד תירוצא בין מדת חסידות לבין החיוב לצאת ידי שמים, דזה ״חיוב מעליא הוא״].

ב) שמצד חיוב זה גרידא לא סגי לפוטרו מכתובתה, שהרי מה שיוצאת ללא כתובה נימקו משום דהיא עוברת ע״ד. אלא שאעפ״י שעוברת ע״ד דעלמא בעי התראה, כאן ״שיש בה דבר מכוער **הוה התראה**״. [וגם לפי הגירסא שהיא בספרי הריטב״א שבמקום המלים ״הוה התראה״ כתוב ״הפסידה התראה״, הפירוש עכ״פ מוכרח כמו שהוא לפנינו שזהו כאילו התרו בה. שהרי הנימוק הוא מצד עוברת ע״ד, א״כ אמאי הפסידה התראתה? ע״כ מצד שזהו כאילו התרו בה. ואם ניתנה רשות להגיה הייתי נוטה לומר שהושמטו כמה תיבות מספרי הריטב״א וכך צ״ל ״הפסידה **כתובתה, דכיעורה הוה** התראתה״. וב״נמוקי יוסף״ קיצר והביא העיקר].

ושומעים אנו מדברי הריטב״א הללו הסבר למה שהבאנו מהרמב״ן בסוגיא דנדרים שהפסידה כתובתה משום דלא גריעא מעוברת ע״ד. והיינו, דאעפ״י דבסוגיא דנדרים לא הוזכר כלל שהיתה שם התראה, מ״מ ההשוואה היא לעוברת ע״ד דלאחר התראה, דבמעשי כיעור ״הוה התראה״.

ג) דמחלוקת דרבי וחכמים בכיעור, שרבי מחמיר כמ״ש בברייתא ״הואיל ומכוער הדבר - תצא״, היא בזה דלרבי גם כשאומר ״שמאמין לאשה ומכחיש הדבר״ מ״מ תצא, היינו דאומרים לו שמן הדין להוציאה, אלא שאין כפיית בי״ד בזה. ואילו לדעת חכמים כל כה״ג שטוען שמאמין לאשה אין אוסרים אותה עליו.

דאין לומר דפלוגתייהו היא לענין הכתובה, דלרבי תצא בלי כתובה ורבנן פליגי עליה בהא. ולפי״ז רק אליבא דרבי הוא דאמרו דדין עוברת על דת דלאחר התראה עליה, ואילו לרבנן גם בזה צריכה התראה. חדא דא״כ מה זה שכ׳ ה״נמוקי יוסף״ דדייק בגמרא דעת רבי לענין הנטען, מזה דאמר תצא מהבעל ״מדחזינן **דהחמיר בבעל** דאמר תצא״. ואם כל עיקר מחלוקתם היא לענין הכתובה, הרי זו אינה חומרא על הבעל אלא על **האשה**. ותו - וזה העיקר, דהרי הא דנפטר מכתובתה הוא מצד דהיא כעוברת על דת דלאחר התראה, א״כ הר״ז מצד הפריצות שבהתנהגותה, ומה שייך ללמוד מכאן לענין לאוסרה על הנטען, דבכדי לאוסרה הוא רק מצד ״שהדברים מראים שהיתה שם עבירה״.

ע״כ נראה ברור דענין זה של הפסד כתובתה אינו שנוי במחלוקת כלל והוא אליבא דכו״ע. וכן נ׳ ממה שמסתייע מהירושלמי, והא דהזכיר זאת ה״נמוקי יוסף״ בדברי רבי דמאי דקאמר תצא היינו בע״כ שלא בכתובה, הוא משום דאל״כ לא היה אפשר לחייבו להוציאה אי היה חייב לשלם כתובתה, והיה רשאי לעגנה. ולזאת כתב ה״נמוקי יוסף״ דבזה ממילא הפסידה כתובתה. ומעתה אינו רשאי שלא להוציאה, בכה״ג שאינה מאוסה עליו שטוען שמאמין לה שלא נטמאה (ועי׳ בתוס׳ זבחים ב׳ ע״ב ד״ה סתם אשה, ומש״כ בזה האחרונים).

ובכך הדברים עולים בד בבד עם מה שהביא הרמב״ן הנ״ל בשיטות אלה, דבהני עובדי דשלהי נדרים הפסידה כתובתה אליבא דכו״ע. ומותאם בכל עם שיטת הרמב״ם, כפי שכ׳ ה״נמוקי יוסף״ ביבמות שם שזוהי שיטת התוס׳ והרמב״ם והרא״ה והריטב״א ז״ל. והא דמפסידה הכתובה היינו מדין עוברת על דת, וזוהי כאילו הותרתה.

ה.

שונה משיטות אלו היא דעת הרשב״א שכ׳ בחידושיו ליבמות בסוגיא דשלהי נדרים ומסיק:

> דהתם בבא לצאת י״ש קאמר, ובהכי אזלא כל סוגיא דהתם, וכעין עוברת על דת שאם רצה להוציא נותן כתובה, ואם רצה לקיימה אין בי״ד מוציאין אותה מידו.

וכ״ה בתשובותיו (סי׳ אלף קפ״ז):

> אם לצאת י״ש יוציא וכו׳, ומ״מ אם בא להוציא נותן לה כתובה עיקר ותוספת, לפי שאינה מפסדת כתובתה אלא מה שבי״ד מוציאין אותה בעדי טומאה וכו׳. דדילמא עילה מצא בה כדי להפסידה.

חזינן לדעתיה דמשוה לה בכל הפרטים לעוברת על דת, שדינה שאינה מפסדת כתובתה אלא **לאחר התראה** דוקא. ואשר על כן בהני עובדי דנדרים שלא הוזכר שם מהתראה, לא הפסידה כתובתה.

ומחלוקתם מתבארת עפ״מ שהעלה בשבו״י (הו״ד בפ״ת לסי׳ קט״ו סקי״א) דבמשמשתו נדה, דהוי איסור חמור שכל הנשים יודעות אותו, אין צריך התראה להני שיטות דההתראה אינה אלא שלא תחזור ע״ז עוד, ואילו הרשב״א שכ׳ שגם במשמשתו נדה בעי התראה, היינו משום דס״ל דבעינן שיתרה בה בפירוש שתפסיד כתובתה.

וס״ל להני ראשונים דמשוו להא דעשתה מעשי כיעור לעוברת ע״ד שלאחר התראה, דבמעשי כיעור מחמת חומר הדברים והיותם ידועים ומובנים לכל ״הוה התראה״, כמו במשמשתו נדה. ואילו הרשב״א דס״ל דגם במשמשתו נדה לא הפסידה כתובתה, אעפ״י שהוא דבר חמור שהכל יודעים אותו, והיינו משום דס״ל כנ״ל דבעינן התראה מפורשת שתפסיד כתובתה, לשיטתיה אזיל, דגם במעשי כיעור לא הפסידה כל שלא היתה שם התראה מפורשת.

[וצ״ע ממש״כ הרשב״א עצמו, הו״ד לעיל, לענין נשאת עפ״י ע״א דמפסידה הכל מדין עוברת ע״ד ואעפ״י שלא הוזכר שם שמתרים בה. ומזה נראה קצת דבדבר חמור ביותר, כגון הא דהתם גם לרשב״א לא בעינן התראה. אך אולי גם שם ישנה התראה, שהרי אמרו שם אשה דייקא ומינסבא, והוא משום ״חומר שהחמרת עליה בסופה״, משמע שמעמידים אותה על כל התוצאות שיכולות להיות בסופה אם לא תדייק במדה מספקת. וא״כ בכלל זה גם הא דאומרים לה דתפסיד כל כתובתה, וצע״ג].

ונראה שלדעת הרשב״א אין אומרים לו גם שחייב להוציאה, דהיאך נחייבנו להוציאה ולשלם לה כתובתה, בעוד שלא מעשיו הם שגרמו לה. והא דנקט בלשונו ״לצאת י״ש״ היינו רק מגדר מדת חסידות. והוא כאידך תירוצי התוס׳ בב״מ הנ״ל שנוקטים דמדת חסידות ולצאת ידי שמים הם היינו הך. וכן נראה ממה דנימק זאת ״דדילמא עילה מצא בה כדי להפסידה״, ואי חיובו מצד עצם הדין, דצריך לחוש למה נתלה זאת בעילה, וע״ע בתשו׳ סי׳ תקנ״ז דמשמע דנוקט החיוב מצד מדת חסידות.

ובשיטה זו קאי ה״נמוקי יוסף״ בשלהי נדרים שכתב דבהני עובדי אינו חייב להוציאה, אלא **ממדת חסידות**, וקדוש יאמר לו. אך זו אינה השיטה שהביא ה״נמוקי יוסף״ ביבמות הנ״ל, דשם כ׳ דרק אם הבעל טוען שמאמין לאשה ומכחיש הדבר הוא שאין אוסרים אותה עליו. דוק מינה שכל עוד שאינו מכחיש הרי היא אסורה עליו, ולא רק ממדת חסידות, וכנ״ל.

ו.

ובהסבר המחלוקת על דרך ההתראה, אם צריכה להיות מפורשת להפסד הכתובה, או דסגי בזה שיתרו בה שלא תחזור עוד על מעשיה, נראה שהוא תלוי בטעמא דמילתא שמפסידה כתובתה. והוא עפ״י מה שהעלה המל״מ (פ״ב דסוטה ה״א) דהני דסברי דסגי בהתראה סתמית נקטי הא דהפסידה כתובתה הוא מצד חשש שמא זינתה. וכוונת הדברים ודאי, שאעפ״י שחשש זה אינו בגדר ספק ממש, שהרי אין מחייבים אותו להוציאה, מ״מ כיון שיש כבר מקום להעלאת חשש מעין זה מפסידה, שלאשה זו לא תיקנו כתובה, היינו גם מה שנתחייב לה פקע, שתהא קלה בעיניו להוציאה. ויוצא דמה שמפסידה אינו רק מגדר קנס, אלא שבזו מעיקר הדין לא תיקנו לה. והא דצריך התראה, היינו משום שרק אז אנו משוכנעים שיודעת חומר הדבר, ומכאן שאעפ״כ המשיכה במעשיה, בכה״ג הוא שקיים החשש שמא זינתה.

ולענ״ד היה נראה פשוט יותר, והוא כפי שכ׳ הרמב״ם בפ׳ כ״ד הט״ז הנ״ל שבאשה פרוצה לא תקנו לה כתובה שתהא קלה בעיניו להוציאה, ואין צריך להזכיר כלל חשש שמא זינתה, דהוא כנ״ל לא מצד שיש באמת להעלות זה בספק, אלא רק כנימוק לראות במעשה זה פריצות יתירה (עיין ״בית מאיר״ סי׳ קט״ו מה שדן בדברי המל״מ הנ״ל).

באופן ששיטת ראשונים אלה עולה ממש בקנה אחד עם דעת הרמב״ם ונימוקו, שמקורו כנ״ל בסוגיא דר״פ האי״ר, דבפרוצות לא תקנו כתובה, וכשנוהגת בפריצות הופקע חיוב הכתובה מעיקרו.

ואילו איידך שיטה דבעי התראה מפורשת להפסד הכתובה, נוקטת שההפסד הוא מגדר קנס. וע״כ ס״ל דצריך להתרות בה קודם שיקנסו אותה, והוי כמו בעניני עונשין שאין עונשים אלא אם כן מזהירים (וע״ע תוס׳ יבמות פ״ט ע״א ד״ה מ״ט).

הנה כי כן נתבארו לנו השיטות, דבזה אין מחלוקת דבמעשי כיעור הוי כעוברת על דת דלאחר התראה **סתמית**, דמחמת גודל הפריצות ידוע חומר הדבר לכל הנשים, והוי כאילו התרו בה שלא תעשה כזאת. אלא דלהני דסברי דבעי התראה **מפורשת** שתפסיד כתובתה, גם במעשי כיעור לא הפסידה כתובתה, כיון שעכ״פ לא היתה בזה התראה מפורשת.

ז.

והנה מעכתר״ה אמר להסתייע לחידושו שהנימוק שתהא קלה בעיניו להוציאה שכ׳ הרמב״ם אינו אלא לגבי שאין לחייבו בכתובה מכאן ולהבא, ואילו לענין שעבר אינה מפסידה מטעם זה רק מצד שהדברים מראים שהיתה שם עבירה. ומוכיח זאת מהא דמשמשתו נדה נמי בעי התראה מפורשת, להני דסברי שאינה מפסידה כתובה אלא בהתראה מפורשת, והרי משמשתו נדה הוא דבר ידוע לכל הנשים, וממילא ״שאין צורך בהתראה כדי להוציאה מכלל בנות ישראל הצנועות, ול״ל א״כ התראה להפסידה כתובתה״.

אך נראה שמזה אין שום הוכחה, דכבר עמד ב״הפלאה״ (קו״א סי׳ קט״ו סק״ו) אמאי צריך בכלל התראה במשמשתו נדה, כיון שהיא חשודה על נדה, א״כ הרי אסור לדור עמה, והיא היא שגרמה לאיסור, א״כ מן הדין שתפסיד כתובתה. ותירץ דמיירי בגוונא שחוזרת בתשובה, דאם הוא מצד החשדא - תחזור לכשרותה, ומותר לו שוב לדור עמה. משא״כ כשעברה על ההתראה איבדה כתובתה. וע״כ אעפ״י שעכשיו חוזרת בתשובה כבר איבדה כתובתה והתוספת.

ומעתה הן לק״מ גם מהא דבעינן להני שיטות התראה מפורשת דוקא, כי אם מצד שיצאה מכלל בנות ישראל הכשרות הוי מהני חזרה בתשובה, וחוזר החיוב כאשר היה בתחלה, משא״כ בגוונא שהותרתה כדין והפסידה כתובתה, שוב אין החיוב חוזר וניעור.

אלא שלכאורה יש לשאול עדיפא מינה, והוא מכל עוברת על דת שהתרו בה בסתמא, ועברה על ההתראה, דמ״מ לדעת הרשב״א אכתי לא איבדה כתובתה, ואמאי לא נאמר שעכ״פ יצאה מכלל בנות ישראל הכשרות, וזו הרי אין המדובר כשחוזרת בתשובה דוקא, דהרי לא נזכר כלל בהני דסברי דבעינן התראה מפורשת בכל עוברת על דת, שהוא רק אם חוזרת בתשובה.

אכן לפי מה שהסברנו לעיל גוף המחלוקת אי בעינן התראה מפורשת או לא, דמיתלי תלי בהא דאמרינן דמפסידה כתובתה, אם הוא משום דלפרוצות מעיקרא לא תיקנו, או דמפסידה מתורת קנס. והני דסברי דבעי התראה מפורשת, הוא משום דלדידהו הרי זה מגדר קנס, ע״כ בעי התראה מפורשת. ממילא אין שום הוכחה משיטות אלה, דהרי זהו **גוף המחלוקת** שביניהם. והני דסברי דבעי התראה מפורשת, לדידהו באמת גם בעדי כיעור אינה מפסידה כתובתה. ודברי הרמב״ם וכן אידך ראשונים דאזלי בשיטתיה, ס״ל דלא בעינן התראה מפורשת.

מסקנת הדברים אי במעשי כיעור, כשהדבר ברור שלא היתה שם טומאה באותו מעמד, מפסידה כתובתה, תליא באשלי רברבי. דלדעת הרמב״ם וחבל ראשונים דקאי בשיטתיה - הפסידה כתובתה, דלא תקנו כתובה לפרוצות, והיינו שמפסידה גם מה שנתחייב לה בשעת הנישואין. ואילו לדעת הרשב״א לא מפסידה, כיון שלא היתה שם התראה (ודעת ה״נמוקי יוסף״ אינה ברורה, דבמס׳ נדרים נראה דאזיל בשיטת הרשב״א, ואילו ביבמות הביא שיטות אידך ראשונים). ועכ״פ ודאי דאין להוציא מהבעל, כיון דלדעת רוב ראשונים הפסידה הכל, ולא נוכל להוציא מידי המוחזק.

ח.

הדברים הנ״ל אמורים בגוונא שהעדים המעידים על מעשי הכיעור מעידים יחד עם זאת שברור להם שלא היתה שם טומאה. במקרה דנן העדים העידו על זנות ממש, אלא שכשרותם ונאמנותם מפוקפקים, אך הן לפי הודאת האשה עצמה היו שם מעשי כיעור, אלא שאינה מודה בזנות ממש. אך הר״ז בחינת נגד ״אנן סהדי״ דאש בנעורת וכו׳, ומכיון שגם לדברי עצמה היה כאן מעשי כיעור, מתחזק הדבר בגדר רגלים לדבר ע״י עדים אלה, אעפ״י שבתור עדות ממש ספק רב אם יש לקבלם.

ותשובת המשיב לטענות ב״כ המערערת שטען כנגדו למה לא הועלתה טענת הבגידה בהזדמנויות קודמות של הבירור בבית הדין, נראה שהיא תשובה מספקת, שלא היה ברצונו להשמיץ האשה שהיא אם ילדיו. והרי יש לזה גם יסוד בהלכה (סי׳ י״א, א) דביש לה בנים חוששים ללעז. ע״כ אין בטענה זו לרועע אמינות ההוכחות שהובאו בפני בי״ד.

עפ״י כל הנ״ל יש לפסוק:

א) דוחים את הערעור על סעיף א׳ של פסה״ד, נשוא הערעור, והאשה חייבת לקבל גט מבעלה-המשיב.

ב) הבעל-המשיב פטור מלשלם לאשה-המערערת הכתובה.

ג) מקבלים את הערעור על סעיף ב׳ של פסה״ד ומחזירים את הדיון לביה״ד האזורי ע״מ לברר ולקבוע מקום הימצאם של הילדים.

יצויין כי הלכה למעשה הוחלט ברוב דעות כדלהלן:

א) הבעל-המשיב זכאי לגרש את אשתו-המערערת בג״פ.

ב) מחזירים את התיק לביה״ד האזורי לברר ולקבוע אם הבעל פטור מתשלום הכתובה, או לא, והאשה רשאית להביא את עדיה.

ג) מקבלים את הערעור על סעיף ב׳ של פסה״ד, נשוא הערעור, ומחזירים את הנידון לביה״ד הנ״ל ע״מ לברר ולקבוע מקום המצאם של הילדים.

ד) בינתיים, מעכבים ביצוע מתן היתר נישואין לבעל, עד שביה״ד האזורי יברר ויפסוק בקשר לכתובה, כאמור בסעיף ב׳ הנ״ל.

ה) אין צו להוצאות.

סימן מב : מזונות הבנים

ערעור וערעור-נגדי על פסק דינו של בית הדין האזורי בתל-אביב שניתן ביום י"ד בחשון תשל"ג (תיק לב2408/) בענין מזונות ילד.

הצדדים התגרשו בהסכמה והגישו הסכם גירושין שקבל תוקף של פס"ד ביום כ' באב תש"ל.

לפי ההסכם נשאר הילד ברשות האם, והאב ישלם עבור החזקתו ע"י האם.

ואלו הסעיפים של ההסכם הנוגעים לענין:

"3. הבן ג. יליד 21.12.1966, יישאר בחזקתה של האשה עד הגיעו לגיל 18 שנה. לבעל רשות בכל זמן לפנות לבית הדין ולבקש החזקת הבן אם טובת הבן תדרוש זאת.

4. הבעל ישלם לאשה עבור החזקת הבן כל עוד יהיה בחזקתה סך 350.- ל"י (שלש מאות וחמישים ל"י) לחודש, החל מיום סידור הגט ועד הגיעו לגיל 18 שנה או שיסיים בית ספר תיכון, התאריך המאוחר ביניהם. תמורת הנ"ל מתחייבת האשה להחזיק את הבן ולדאוג לחנוכו ולכל מחסורו.

9. הבעל יהיה רשאי לראות את הבן לפחות שלש פעמים בשבוע מחוץ לדירת האשה, ולפחות 2 שבתות לחודש ומחצית חופשות לימודים וחגים יבלה הבן אצל אביו".

לאחר כשנתיים הגישה האם תביעה לביה"ד האזורי, תיק לב2408/, ובו היא תובעת שסכום המזונות יוצמד למדד יוקר המחיה, וכן לחייב את האב לקחת את הבן אליו כמוסכם בסעיף 9, ועל תקופה שהבן צריך להיות אצל האב והוא אינו מקבלו, עליו לשלם לאם עבור החזקתו נוסף לסך 350 ל"י שנקבע. כן ביקשה תשלום נפרד ונוסף עבור טיפול רפואי וכן עבור החזקת מטפלת.

ביה"ד האזורי לאחר ששמע את טו"מ שני הצדדים וב"כ, החליט ב-י"ד בחשון תשל"ג שאין לחייב את האב להצמיד את הסכום שהתחייב למדד, אבל לעומת זאת הרשה לאם להגיש תביעה להגדלת מזונות "אם יחולו שינויים כלכליים והיוקר יגדל", ודחה תביעת האב לחייב את האם להשתתף בהחזקת הבן אם ההוצאות יעלו על הסך הנ"ל. ביה"ד לא נכנס לעובי הקורה להחליט אם המלה "רשאי" שבסעיף 9 להסכם, הוא רשאי כפשוטו ואינו חייב, או אם לא יעשה כן יצטרך לשלם לאם תמורת זה. כן פטר ביה"ד את האב מהוצאות רפואיות.

על פסק זה מערערים שני הצדדים.

האם מערערת בכתב הערעור על שביה"ד לא הצמיד את הסכום למדד, על שביה"ד לא הגדיל את סכום המזונות למרות שקבע ביה"ד שהיוקר גדל מיום ההסכם, על שלא חוייב האב בהוצאות ריפוי, ועל שלא חייב את האב לקחת את הבן אליו ואם אינו עושה כן, שישלם עבור החזקתו.

האב מערער בערעור שכנגד, על שביה"ד קבע שאם יחולו שינויים כלכליים תוכל האם להגיש תביעה לביה"ד, ועל שביה"ד לא חייב את האם להשתתף בעול החזקת הילד, כפי שהתחייבה בסעיף 4 בסופו.

באשר לטענות ב"כ האם שצריכים להצמיד את הסכום למדד, הוסיף וטען בפנינו כי דיברו על כך לפני עריכת ההסכם ומתוך טעות לא כתבו את זה בהסכם, למרות שהאם היא עורכת דין במקצועה. כן הוא טען שהאם משלמת עבור מטפלת וזה עולה לה כ-575 ל"י לחודש והיא דורשת שהאב ישתתף במחצית הסכום.

ב"כ האב טען לעומת זאת, שהסכום 350 ל"י לחודש שנקבע אז, היה סכום גבוה במיוחד ולא מיועד רק למזונות הבן אלא נעשה כדי לעזור גם לאם שהיתה אז במצב כספי קשה, וסוכם ביניהם שכאשר ישופר מצבה הכספי של האם יקטינו את הסכום שנקבע עבור מזונות הבן (ועתה האם מרויחה יפה כעורכת דין מוצלחת), ולכן לא הוצמד הסכום למדד. הוא חזר על הטענה שהאם התחייבה לזון את הבן גם מעל ומעבר לסך הנ"ל ואין מקום להחלטת ביה"ד שיש מקום לתבוע את האב אם היוקר יאמיר. כן הוא טען שהאם התחייבה לטפל בבן וזה כולל גם הוצאות רפואיות.

תביעת האשה להגדיל המזונות של הילד, יש לדון בה משני פנים:

1. מכח ההסכם כפי שנאמר בו בסעיף 4: "הבעל ישלם עבור החזקת הבן כל עוד יהיה בחזקתה, סך 350 ל"י לחודש וכו'".
2. מכח חיוב האב לזון את בנו. במקרה זה - תביעת האשה בתור אפוטרופסית, מכיון שהבן נמצא אצלה, וזה בהתאם לסעיף 3 שבהסכם.

אשר לתביעה מכוח ההסכם, הדבר ברור, שאין ההתחייבות שבהסכם מחייבת אלא את הסכום שנקוב בהסכם בלבד, ואין שינוי במדד או התייקרות יכולים להשפיע כל שהו על התחייבות זו.

אם כן אין לנו לדון אלא מכוח החיוב של האב לזון את ילדיו. חיוב זה יש לו שני מקורות הלכתיים:

א.

בסימן ע״ג לענין מזון הילדים עד גיל שש. חיוב זה כפי שמפורש שם הוא לא לפי עשרו ״אלא לפי צרכן בלבד״. ואין ביחס לחיוב זה חילוק בין עשיר לעני, ואפילו עשיר ומכובד, אינו חייב ליתן לבניו אלא המספיק להם לפי צרכם (מלשון ״בית יוסף״ וב״ח שם), ואין בזה שום מחלוקת ושום דעה המחייבת יותר מזה.

דברי תוס׳ הג״א ומרדכי שלפיהם מזון הבנות לאחר מיתת אביהן הוא לפי עשרו וכבודו של האב, בניגוד לדעת הרמב״ם וכפי שפסק בשו״ע כמותו בסי׳ קי״ב ע״פ הירושלמי, אינם נוגעים לחיוב מזונות הילדים בחיי האב. החיוב לאחר מותו מנכסי האב הוא מתנאי כתובה, ואילו החיוב בחייו שהוא בין לבנים בין לבנות, מקורו בתקנות אושא, ואין שייכות וקשר בין שתי התקנות. זהו דבר המובן מאליו, וכן יש לראות מביאור הגר״א בסי׳ קי״ב סקט״ו שציין שם מקור ההלכה בירושלמי, שנראה שם שמשווה חיוב לזון הבנות מתנאי הכתובה - להתחייבות הבעל שקיבל עליו לזון את בת אשתו, והעיר ע״ז שהוא בניגוד למה שנראה בגמרא דילן, ושמרדכי והג״א פסקו כש״ס דילן, אבל לא העיר כלום על האמור בסי׳ ע״ג בחיוב האב לזון ילדיו.

(אשר לדעת הרמב״ם בנוגע למזון הבנות לאחר מיתת האב, כיון שלמד זאת מהירושלמי וכנ״ל, והירושלמי משווה חיוב זה להתחייבות לזון את בת אשתו, פשוט שלא ניתן לחלק ביניהם, וכשם שלגבי בת אשתו הוא כעני המשרה אשתו ע״י שליש, כן הוא החיוב לגבי הבנות הנ״ל. ושינוי הלשון מסי׳ קי״ב ״לבת פוסקים לה דבר המספיק לה בלבד״ כלשון הנאמר בסי׳ ע״ג, לבין הלשון בסי׳ קי״ד לגבי החייבותו לזון את בת אשתו שנאמר שם: ״משלם כמו שזן את אשתו ע״י שלישי״, אינו אומר כלום, כי מאחר שמזון הבנות הוא רק עד שתתבגרנה, היינו רק בעודן קטנות, לא היה יכול לומר ״כמו שזן את אשתו ע״י שלישי״, שכן צרכי הקטנה שונים הם מאשר צריכה האשה. ולא כן במזון לבת אשתו שיתכן שהיא כבר גדולה, וחיובו כלפיה הוא גם אם נשאת לאיש כמבואר שם.

אך כל זה אינו שייך לנידוננו שהמדובר על מזונות הבן בחיי האב).

ב.

אכן חיוב נוסף יש על האב לזון את הבנים מדין צדקה, והוא כמבואר בסי׳ ע״ב:

... אם היה אמיד שיש לו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם מוציאים ממנו בעל כרחו משום צדקה, וזנים אותם עד שיגדלו.

פשוט הוא שבאמיד, חיוב זה משום צדקה שהוא ככל האמור בדיני צדקה (יו״ד סי׳ ר״נ):

כמה נותנים לעניי? - די מחסורו אשר יחסר לו.

בזה צריך לדון לפי הרגל הבן, שזה בגדר ״אשר יחסר לו״. וגם בפחות מבן שש האב חייב בזה נוסף על חיובו מכוח התקנה וכנ״ל.

אכן, כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד.

במקרה דנן, שהילד כבר למעלה משש, אין החיוב מכוח התקנה אלא מדין צדקה בלבד.

במקרה דנן, נאמר בסעיף 4 שבהסכם שהובא לעיל:

״הבעל ישלם לאשה עבור החזקת הילד, כל עוד יהיה בחזקתה, סך 350 ל״י לחודש וכו׳ ועד הגיעו לגיל 18 שנה או שיסיים בי״ס תיכון וכו׳. תמורת הנ״ל מתחייבת האשה להחזיק את הבן ולדאוג לחנוכו ולכל מחסורו״.

על פי זה טוען האב, שהאשה קיבלה על עצמה התחייבות למלא כל מחסורו תמורת הסכום הקצוב 350 ל״י לחודש, שלפי זה, אמנם האב חייב לזון את בנו, אולם האשה קיבלה על עצמה התחייבות זו במקומו, על כן פטור הוא מכל חיוב שהוא.

נראה לי שטענה זו אין לקבל, כי האמור בסעיף 3 של ההסכם, כשם שהאמור בסעיף 4 של ההסכם שהבן ישאר בחזקת האם, ניתן להתפרש כהענקת **זכות** לאשה להחזיק את הבן תמורת הסך 350 ל״י שהאב התחייב לשלם לה עבור זה, אבל אין הכרח שיתפרש שזו גם **התחייבות** מצדה לעשות זאת כל עוד האב עומד בהתחייבותו. ועפ״י הכלל הנקוט בידינו שיד בעל השטר על התחתונה, אין לחייבה בזאת, אם אינה מוכנה להחזיק בבן תמורת הסכום הנקוב.

מסקנת הדברים העולה מכל הנ״ל:

התחייבות האב מכוח ההסכם אינה אלא בגובה הסכום שקיבל על עצמו שהוא סך 350 ל״י, ואי אפשר לתבוע ממנו מכוח ההסכם יותר מזה, ותהיה ההתייקרות כאשר תהא.

אולם יש מקום לתביעה מדין צדקה לפי הרגלו של הילד, ואם יתברר שזה למעלה מסכום הנ״ל, יהא צורך לאמוד את אפשרויות האב והאם, ובהתאם לזה להטיל על כל אחד מהם את הסכום העולה על סך הנ״ל, כל אחד לפי חלקו.

עפ״ז יש לפסוק:

מחזירים את התיק לביה״ד שיברר את צרכיו הממשיים של הילד לפי הרגלו, וכן יברר את האפשרויות הכספיות של האב והאם ויפסוק בהתאם.

יצויין כי לבסוף הוחלט הלכה למעשה לדחות את שני הערעורים, כדעת הרוב.

סימן מג : חיוב חרש במזונות ילדיו

יש לעורר בנדון אם בכלל אפשר לחייב את המערער בתשלום מזונות לילדתו מכיון שהמערער והמשיבה שניהם הם חרשים-אלמים, ואין המערער בר-חיובא לכל דיני התורה.

כב' הגרי"ש אלישיב שליט"א פשיטא לי' שאין בחרש חיוב מזונות גם עד גיל שש מתקנ"ח כ"א מדין צדקה בלבד. ולענ"ד כגוונא דא יש בו החיוב מתקנ"ח כמו בעלמא, איב"ע סברא ואיב"ע גמרא.

מסברא: מאחר דקיי"ל כתשו' הרא"ש דגם בבא על הפנוי' חייב לזון הילדים (ע"א, ד) ושלא כמו שצידד הר"ן שהוא מחיוב האשה במזונות, הרי שחיוב זה אינו נובע ממה שהבעל מקבל ע"ע בנישואין אלא עצם האבהות מחייבת, א"כ כל שהוא בדין אבהות יש בו חיוב זה.

מגמרא: מהרמב"ם (פי"ב מאישות הי"ז) נראה שמפרש הא דמר עוקבא דמי שנשתטה בי"ד יורדין לנכסיו מיירי בפחות משש ומכח תקנ"ח. ואף לפמ"ש הה"מ שם שגם דעתו לחיוב מזונות למעלה משש מדין צדקה, מ"מ עיקר המימרא דרב עוקבא הנ"ל מתפרשת ודאי לענין פחות משש, וכפי שהעתיק הר"מ להלכה זו. נראה מזה דלמרות שהוא שוטה יש עליו חיוב דתקנ"ח. והנה הגרישא"א רוצה לומר שהוא רק מכוח השעבוד שחל עליו טרם שנשתטה, אולם לפי"ז הי' צריך לחלק בין שנולדו קודם שנשתטה לנולדו לאחר שנשתטה, שאז כבר אינו ב"ח גם בזמן הולדם, וחילוק זה לא מצינו. נוסף למה שמסברא לא מתקבל לומר שעם היולד הולד חל החיוב מיד למשך כל הזמן להשתעבד גם לאחר זמן שאינו בגדר חיובי.

ויותר מזה נ' להוכיח מהגירסא שברמב"ם הנ"ל לפי דפוס רומי, שהיא גם הגירסא שמביא הב"י בסי' ע"א והיא: **וכן מי שנתנוהו בקולר** או נשתטה וכו', בדפוסים שלנו אין גירסא זו והבעל מגיה כ' בזה: ובודאי הוא טעות שנפל בספר כי אינו ענין לכאן ואינו בגמרא, ע"כ. אכן כנ"ל זוהי הגירסא שהיתה לפני הב"י ולא העיר כלום בזה, ומש"כ המגיה שאינו ענין לכאן אינו מובן, שהרי זוהי אחת הצורות של יצא שלא לדעת בדומה לנשתטה, ובין שהיתה גירסא זו לפני הרמב"ם גם בגמרא בין שהוסיפה בדעתו הגדולה, עכ"פ נ' שבחדא מחתא מחתינהו ושניהם דינם שוה בזה, ומי שנתנוהו בקולר ודאי שאין הבדל מתי שנולדו, שהרי גברא ב"ח הוא גם מעכשיו, א"כ כמו"כ מי שנשתטה אין הבדל בדבר, וגם כשנולדו לאחר שנשתטה בחיוב זה ישנו, ואעפ"י שעכשיו אינו בר דעת מ"מ חיוב מזונות של הבנים חל על נכסיו, וא"כ כש"כ וק"ו חרש בניד"ד. וזהו לפי שיטת הרמב"ם, ולשיטת אידך ראשונים דמפרשי לדינא דמר עוקבא למעלה משש (ומפרשי שקושית הגמרא אינה מסתירת הברייתות לענין "דבר אחר" אלא מדין המזונות של הילדים, עי' הפלאה ואילת אהבים מש"כ בשיטתם ושיטת הרמב"ם) מבואר בשט"מ דמשו"ה קשי"ל משתי הברייתות אהדדי ולא תירצו דהא דנאמר זנין בלמטה משש, והא דאין זנין למעלה משש, משום דלמטה משש פשיטא דחייב, דהר"ז מתקנ"ח. ואם נפרש הא דמר עוקבא רק בנולדו לו לפני כן ומצד דאז חל השעבוד עד שש, א"כ הרי חידוש גדול הוא, שלא נאמר כפי פשטות הסברא, דכל יום חיובו עמו, וא"כ הי' אפשר לתרץ הסתירה באופן זה, דהברייתא המחייבת היא למטה משש ומכח חלות החיוב הקודם, והברייתא הפוטרת למעלה משש, או דהברייתא הפוטרת מיירי בנולדו לו לאחר שנשתטה דאז אין חיוב. אע"כ דאין חילוק בדבר, וחיוב המזונות שהוא לא מכוח הנישואין אלא מכח האבהות, וכנ"ל אין בו מקום לחלק בין שהוא בר דעת לאינו בר דעת, כיון שאינו נובע מצד התחייבות שהוא מקבל ע"ע. והנלע"ד כתבתי.

סימן מד : מזונות בנים גדולים, מציאתם ומעשי ידיהם

זהו ערעור מצד המערערת, בתיק תש"ל101/, על החלטת ביה"ד האזורי ירושלים מיום כ"ט בטבת תש"ל (תיק תשכ"ח1284/), בה הוחלט ברוב דעות בתורת פשרה כי על המשיב-המערער לשלם למערערת-המשיבה סך של ארבעת אלפים ל"י בלבד, ובזה מסולקות תביעות שני הצדדים; וערעור מצד המשיב, בתיק תש"ל125/, על החלטת ביה"ד האזורי הנ"ל ועל החלטה מיום כ"ג באדר א' תש"ל, לפיה המערערת פטורה מלשלם פיצויים למשיב למשך התקופה שהוצא עיקול על הכסף בבנק ברקליס; הסך 400 ל"י שהושלש בביה"ד יוחזר למערערת.

בית הדין דוחה טענת המערער שלפי הדין המבואר בחו"מ סי' ר"ע מעשה-ידי בתו שייכים לו, הואיל ולפי דבריו הי' הסכם בינו לבינה שהיא תשלם לו עבור הוצאות כלכלתה, והוא זוקף זאת במלוה ותובע את פרעונם כעת ממנה, וכיון שלא פרנס אותה אלא תמורת תשלום שכר, ממילא לא חלה כאן תקנה של גדול הסמוך על שלחן אביו מע"י לאב.

אחרי העיון בחומר הראיות ובטענות הצדדים שבתיק, נראה לי שיש לדחות את הערעורים.

אין אב שזן בניו גדולים יכול לתבוע מהם אח"כ עבור המזונות, ואילו מע"י בפלוגתא דרבוותא תליא, ואין להוציא אם הבן מוחזק. וכמו שיבואר:

כתבו התוס' (ב"מ י"ב ע"ב, ד"ה ר"א) במ"ש ר' יוחנן וקיי"ל כוותיה, לדעת רוב הפוסקים, דגדול הסמוך על שלחן אביו מציאתו לאביו, והוא משום איבה:

דלא שייך איבה אלא בבנו **שדרכו לזונו תמיד וכו'** אבל אדם אחר מעלמא סמוך על שלחן חבירו חנם, כגון יתום וכיו"ב, אין סברא שתהא מציאתו לחבירו וכו'.

והיינו שבבן רגילות לזונו תמיד **בחנם**, וסתמא ע"ד **שלא לקבל** ממנו תשלום עבור המזונות הוא זן אותו; וע"כ ראו חכמים לנכון לתקן שתהא מציאתו של אביו "שכך היה נראה ישר לחכמים לשלם הטוב לעושה עמו טוב שמזין אותו אעפ"י שאינו חייב לפרנסו" (סמ"ע סי' ר"ע סק"ב). משא"כ במי שזן אחד **בחנם**, כלומר גם כשבפירוש אמר שזן אותו

בחנם, מ"מ כיון שאין זו רגילות, אלא אקראי בעלמא, ל"ש לתקן בזה תקנות. וכן משום שהרי בידו להתנות כשנותן לו מזונות, מה שירצה.

וזה בדומה למ"ש בקידושין (דף ד' ע"א) לענין מ"ש תורה שמע"י בתו הן שלו: "...ואי אשמעינן מעשה ידיה - דקא מיתזנא מיניה". וכתבו ע"ז התוס' (גיטין דף מ"ז ע"ב, ד"ה ולביתך): "...ואע"ג דמדאורייתא אי"ח במזונות בתו, אלא דאורחא דמילתא הוא שהוא זן אותה".

ודברי התוס' הללו שדרכו של אדם לזון בניו תמיד נראים בפשיטות דהוא גם כשיש להם משלהם, אם ע"י נכסים ואם ע"י מע"י, שהרי רק באופן זה ניתן להסביר שמשו"כ מעשי ידיהם לאביהם ללא כל הגבלה. שאם נאמר שאם יש להם מע"י שמספיקים להם אז אין רגילות לזון, הרי אין טעם לתקנה שמע"י הבנים הסמוכים על שלחן אביהם הם שלו גם בכה"ג. דאם כל עיקר אינו זן אותם אלא כשאין להם מע"י המספיקים, ואילו כשיש להם מע"י מספיקים אינו זנם כלל, א"כ מה טעם לתקן שמע"י גם בכה"ג הם שלו, בעוד שבתנאים אלה אינו רגיל לזונם כלל.

[ואף אם נאמר שהתוס' באמת ס"ל שכל התקנה היא רק לגבי מציאה גרידא או למע"י באקראי שאינם מספיקים כלל, והכרעת הרמ"א, שסתם הדברים כנראה ממנו, שבכל גווני מע"י של אביהם, הוא בניגוד לדעת התוס', לא הועלנו בזה. שהרי סברא זו של התוס' בטעם התקנה היא הכרחית, שאל"כ היא מילתא בלא טעמא. ועוד דא"כ תיקשי דאמאי לא הביא הרמ"א דעה החולקת על בעה"ע, שהרי הב"י הביא דברי התוס' בסי' ר"ע. וביותר תיקשי דמנליה לרמ"א לישויה מחלוקת, דהרי דברי הבעה"ע ג"כ ניתן לפרש בעביד הבן סחורה באקראי בעלמא. ובזה גם התוס' מודו דדמי למציאה, ואילו סתמות לשון הרמ"א שלא חילק בזה ודאי משמעותו ברורה דבכל גווני מע"י לאביו כל שהוא סמוך על שלחנו].

יוצא מזה שכל עיקר התקנה במציאות בנו הגדול הסמוך על שלחנו הוא על יסוד ההנחה של רגילות האב לזון בנו בחנם, ובהבדל מתזונת אנשים אחרים, ואפילו יתומים, שבזה אין רגילים לזון בחנם.

ועל כן כל הדיון בפוסקים (תרוה"ד, מהריב"ל מהר"מ אלשיך) הוא אך ורק על אנשים אחרים מחוץ לבן ובת שלא נישאו, שיכול לתבוע מהם עבור המזונות כל עוד שלא הותנה בפירוש שזה ניתן להם חנם. אבל לית דין ולית דיין לענין מי שזן בנו או בתו הגדולים (טרם שנישאו) שיוכל לתבוע מהם עבור המזונות, כי כנ"ל סתמא דמילתא שזן אותם חנם.

וע"כ לאו כל כמיניה לבא בתביעה לאחר שזנם שישלמו לו עבור זה, כי ודאי מעיקרא לא היתה כוונתו לתובעם, ונתן להם המזונות חנם, והשתא הוא דהדר ביה.

ומכאן לנידון שלנו, אעפ"י שבנוגע לשנתיים **האחרונות** כו"ע מודים שביקש תשלום עבור המזונות, וכן תבע מזונות מאחי התובעת, מכל מקום אין בזה כדי לשמש הוכחה כלפי השנים הקודמות, וכן אין הוכחה ממה שתובע האחד כלפי אחר, כיון שבדרך כלל נקטינן שרגילות הוא לזון הבנים תמיד, ומכש"כ הבת, שע"ז יגדיל חסכונותיה לנשואיה, ואף שנתגלה כגברא קפדנא, אין יסוד להחזיקו כגברא קפדנא למפרע, אלא יש ללכת אחר דרכם של בנ"א בדרך כלל, כל עוד שלא נתברר הפכו. אכן, כאן הרי האב-הנתבע טוען שהיה מעיקרא תנאי מפורש בינו לבין בתו שתשלם לו עבור מזונותיה. ואעפ"י שהבת מכחישה זאת, ואדרבא טוענת שאמר לה שתתן לו מה שתרויח והוא יחסוך בשבילה הכל. אך הרי לכאורה יש לו מיגו שיכול לומר שאמנם זן אותה בחנם כפי רגילות העולם, אלא שמגיע לו מע"י, לפ"מ שפסק הרמ"א (סי' ר"ע) דכשסמוכים על שלחנו הר"ז שלו: "אם הרויחו בסחורה או במלאכה", א"כ נאמין לו במיגו גם על טענתו זו שתנאי היה ביניהם.

אלא שדין זה כשלעצמו, אם כי הרמ"א כתב כן להלכה, המחבר לא הביאו. וזה תלוי בפלוגתא דרבוותא כמו שביאר הר"ר בצלאל אשכנזי בתשובה ל"ה, וכ' שם דבכה"ג יש ללכת אחר המוחזק שיכול לטעון קי"ל ותפיסה דלאחר שנולד הספק ל"מ:

> אילו הוה תפיס ראובן בשפחה והוא ברשות עצמו עד שלא בא לרשות יעקב, ושוב היה תופס יעקב, הא ודאי דהוי"א הכין דלא מהניא שוב תפיסת יעקב.

הרי לנו, שנוקט בפשיטות שמחלוקת הראשונים אם גם מע"י הבן הם שלו, כשסמוך על שלחנו, לא הוכרעה. וע"כ כשהבן היה התופס הראשון יכול לטעון קי"ל כהני רבוותא דס"ל דלא נאמרה התקנה אלא לענין מציאה גרידא, ושלא כפי שהעלה הרמ"א.

והסכים עמו בפשיטות בשבות יעקב (א"ע סי' ק"ה):

> יהיה איך שיהיה, לדעת המרדכי אף מע"י דמי למציאה, והוי של אביו בסמוכים על שלחנו. וכן פסק רמ"א בסי' ר"ע. מ"מ דעת שאר גדולים אינה כן. וא"כ מידי ספיקא פלוגתא דרבוותא לא נפקא, וכמש"כ שם בתשובת מהר"ב אשכנזי, ויכול המוחזק לומר קים לי.

ונראה שאין זה סותר לכלל הנקוט בידינו שאין לסטות מפסק השו"ע, כיון שבדברי המחבר בשו"ע לא הוזכר אלא מציאה גרידא. פשטות סתימות דבריו שלא הזכיר אלא מע"י נראה שרק במציאה היתה התקנה. ועכ"פ לא ראה **להכריע** להלכה כהני דסברי שבכלל התקנה היה גם על מע"י.

[ועי' בדומה לזה בתשו' רע"א סי' ק"י בענין האומר זה בני (חו"מ סי' רע"ט א' וברמ"א שם), שכ': "דמדברי האחרונים (בסי' רע"ט) לא משמע הכי למיפסק בבירור כהרשב"ם הנ"ל". ואעפ"י שבדברי הרמ"א שם שפסק שנאמן גם לגבי נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס חזינן שפוסק **בניגוד** לרשב"ם, אלא מפני שבדברי המחבר לא כ"כ בפירוש, יש עדיין מקום להסתפק בדעתו, והתם הרי פשטות סתימות המחבר שכ' שנאמן משמעותו נוטה יותר שנאמן גם לגבי נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, וכמו שפירש הרמ"א. מ"מ נוקט הגרע"א שאכתי מידי ספק בדעת המחבר לא יצא, ומכש"כ בניד"ד שסתימות לשונו נוטה יותר שלא כהרמ"א].

וכיון שלפנינו פסק הלכה ברור של מהר"ב אשכנזי והשבות יעקב, שיכול לטעון קי"ל, נ"פ שעלינו ללכת בעקבותיהם ולפסוק כך הלכה למעשה.

ומענין עירוב אין ראיה כמש"כ מהרב"א שם בסוף דבריו, וכן בשבות יעקב שם:

> מש"כ כן בשם התוס' והרא"ש לא מצאתי שום הוכחה בדבריהם שס"ל כן, רק לענין עירוב ומתנה ס"ל ג"כ אין להם זכיה. משא"כ מעשי ידיהם דקאי טרחה דגופיה אפשר דס"ל דלא זכה ליה.

והרי בני"ד הבת היא שקיבלה המשכורת, ובחלק מזה היא עצמה שהכניסה זאת בבנק על שמה, ואף באותם הכספים שמסרה לאב היה זה ע"מ שיכניס בבנק על שמה, לפי דבריה. ואף לפי טענות האב, מ"מ מודה שהכסף היה מונח בבנק על שם הבת ואין עובדא זו שנויה במחלוקת. ובכה"ג ודאי שהיא היתה בגדר מוחזק בכספים אלה. ואעפ"י שהיה לאב זכות להוציא הכספים, הרי כמו"כ זכות זאת היתה לבת עצמה, וכמו"כ יכולה בכל שעה לבטל היפוי כח של האב. וא"כ אין בזה כדי לבטל המוחזקות שלה.

ומה שהאב תפס הכספים ע"י שהוציא אותם מהבנק עפ"י יפוי כח זה שהיה בידו, נראה שאין לראות בגדר תפיסה ברשות, שהרי לטענת הבת לא ניתן לו יפוי הכח ע"מ שיקח הכספים לעצמו אלא רק שישתמש בהם לטובת הבת, א"כ אי"ז אלא כמי שבאו לידיו הכספים בתור פקדון. ומה שהאב טוען שאין זה כך, והיפוי כח היה מפני שהכספים אכן שלו היו, אין לו ע"ז שום הוכחה, וכיון שהכספים היו על שמה, וחזקה שמה שתח"י אדם הוא שלו, צריך האב להוכיח טענתו. א"כ תפיסתו הוה לאחר שנולד הספק דלא מהני, כדכתב הר"ר בצלאל אשכנזי הנ"ל שם.

וגם אם הלואה הוי בגדר תפיסה ברשות, בניד"ד, לפי דברי המשיבה, מסרה את הכסף ע"מ שיכניס בבנק לחסכון, ובמדה שיעשה בהם רוחים יהא זה הכל **בשבילה**. ואם גם מדבריה "לפי הרשום בפרוטוקול נראה בעליל כי היה למערער הרשות המלאה להשתמש בכסף, עכ"פ לשם הלואה לצורך עצמו", ה"ז כמי שהפקיד מעות מותרות אצל בעה"ב שמותר להשתמש בהן, אולם כל עוד לא השתמש אינן ברשותו אלא בתור פקדון שהוא עליו כדין שו"ש (ב"מ מ"ג ע"א וכד"נ) ואם השתמש בהן **לרווחים** לצורך עצמו, לזה לא הורשה כלל, לפי דברי המשיבה, וא"כ לגבי זה הוי כתופס שלא ברשות.

ויש להוסיף עוד, מה שנוקט בהגהות מרדכי לב"מ (שהו"ד בחלקם ברמ"א הנ"ל לענין אם מת האב שאינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו) והוא שגם לפ"מ שננקוט לר' יוחנן בסמוך על שלחנו גם מע"י (ולא רק מציאה) הם של האב **אי"ז אלא בבן ולא בבת:**

> ובתו על כרחך ר"ל קטנה בשנים, דמשבגרה אין לו רשות בה, ואפי' סמוכה על שלחנו, ולא שייך למימר שיהא לאב מטעם איבה וכו'.

ואעפ"י שהרמ"א סתם ולא חילק, ה"ז כנראה מפני "שיש תמיהות רבות באותה תשובה" כמש"כ הט"ז, ואחת מהן היא חילוק זה שמחלק בין הבן לבין הבת הסמוכים על שלחנו. אכן בשבות יעקב (א"ע סי' ק"ה) יישב דבריו וכמש"כ שם: "כי צריכים אנו לברר דבריהם של ראשונים במזרה וברחת בפרטות במקום שאין עליהם תשובה נצחת". עי"ש שכ' שדייק זאת מדברי ר' יוחנן עצמם. ובהסבר החילוק שבין הבן לבת כתב בשבות יעקב שם:

> דס"ל לר' יוחנן בבנים דוקא תקנו חז"ל כיון שסמוך על שלחן אביו שיהיה מציאתו ומע"י לאביו דליכא למיחש ולמיגזר מידי, משא"כ בבתו כיון שכל זמן שהיא נערה זכאי בקידושיה ומציאתה ומע"י, ואי אמרינן דאף כשבגרה וסמוכה על שלחנו יש לאב זכיה אתי למיטעי ולמימר דיש עוד רשות לקדש אותה וכו'.

ומשניתנה רשות לדרוש, ניתן להיאמר חילוק יותר מרווח לענ"ד, שהוא מצד מה שהאב חייב לדאוג לפרנסת נשואיה (קידושין דף ל' ע"ב):

> ניתן לה מידי דנלבשה ונכסייה כי היכי דקפצי עלה אינשי.

ובגמרא כתובות (דף נ"ב ע"ב) אמרו בזה:

> הא נמי **דאורייתא** הוא.

שמשו"ז תקנו כתובת בנין דכרין, ואין זה נגד דעת התורה שרק הבן יורש, וע"כ מסתבר לומר, שכש"כ שלא יקח שלה מידה, מאחר שאפילו משלו ממש מצווה ועומד הוא לדאוג לה לפרנסתה.

אמנם דברי המרדכי הללו שנוקט כן בפשיטות גם לדעת ר' יוחנן, וגם למאי דמפרש דלר"י גם מע"י הבן שלו הם כשסמוך על שלחנו ולא רק מציאתו, לא הובאה בשו"ע. אך נראה דהא דלא הביאום ה"ז כנ"ל משום שסברו כפה"נ שהוא משובש וכמש"כ הט"ז. אך מאחר ש"שבות יעקב" כנ"ל קיימם, אין יסוד לדחותם מהלכה, אם מצד הסבר השבו"י ואם כפי שהסברנו דבריו בענ"ד. ולפי"ז יש לצרף דעתו להני דסברי דרק במציאה תקנו ולא במע"י, וכסתימת המחבר, ויכול המוחזק לטעון קי"ל.

ואף אם נראה זאת כתפיסה קודם שנולד הספק, לפמש"כ בנתה"מ (כללי תפיסה, ט"ו, כ') שבמחלוקת הפוסקים שאחר חתימת הש"ס "לא נקרא לידת הספק רק אחר שביה"ד שדנים אצלם הניחו הדבר בספק", ושלא כמו שנוקט הר"ב אשכנזי הנ"ל בתשובתו, הרי כל זה אמור במה שלהני דעות שמזכות את התופס, ס"ל שזוכה בהם מעיקר הדין. אכן בניד"ד הרי כל מה שזוכה במע"י אי"ז אלא מתקנ"ח ומשום איבה; וכיון שנחלקו בזה הפוסקים נמצא שזה ספק תקנתא, ובזה לכו"ע תפיסה ל"מ. כן מסיק התומים (קיצור ת"כ סי' י"ח, עח) וז"ל:

> ...כל הטענה מחמת דקניא במתנת ש"מ, ושלא תטרף דעתו עליו תקנו חז"ל. וא"כ דבר תורה לא הוי קנין כלל רק מתקנת חז"ל, **וכיון שיש ספק בתקנה אוקמי אדין תורה דלא הוי קנין כלל.** ולכך אפי' תפס מפקינן, כי אין ספק תקנה מוציא מידי ודאי ד"ת, וכו'.

וכן כ' שם בקיצור הכללים לסי' ע"ח:

אם מהדין אין לו רק מכח תקנה יש לו. ובזו נולד הספק, ודאי דל"מ תפיסה, דחזר הדבר לד"ת.

ומדכתב התומים בסתמא ולא חילק בין תיקו שבגמרא לפלוגתא דרבוותא, אעפ"י שבא"ד שם מדבר על חילוקים אפשריים בין תיקו דגמרא לפלוגתא דרבוותא, נראה ברור שדבריו הם בכל גווני של ספק הנופל בענין תקנות.

ואין גם שום סברא לחלק בזה, שהרי גם אם דבריו מתייחסים לספיקא דש"ס, הרי נצטרך לומר דקאי אליבא דהני דסברי דבתיקו נמי מהני תפיסה, אם משום דגם בזה יכול לטעון קי"ל, ואם - אליבא דרמב"ם דת"כ אי"מ, שגם תפיסה בספק מהני. וספיקא דש"ס הרי הוא ג"כ ספק שנתעורר בדורות המאוחרים איך היתה התקנה הקדמונית, כי מתקני התקנה ודאי ידעו באיזה אופן תקנו. ואם אעפ"כ בספק תקנה אינו יכול לטעון קי"ל או לתפוס מספק, הרי מה סברא היא שבפלוגתא דרבוותא כן יוכל לטעון קי"ל, כיון דלהני שיטות ספק הש"ס דומה בכל לפלוגתא דרבוותא.

ואם אמנם הרשד"ם והר"ב אשכנזי לא נחתו לחילוק זה של התומים ופסקו דמהני תפיסת האב, הרי כך היה אפשר להוכיח גם מהש"ך שתירץ הא דשכ"מ שהקדיש נכסיו באופן אחר מהתומים, דלא ס"ל לחידוש התומים, אך מכל זה אין ראיה, שהרי התומים חידש חילוק זה מדעתו הגדולה עפ"מ שהוכיח שתי' של הש"ך הוא דחוק מאד. ואולי אי הוה שמיע להו להא דהתומים היו מודים לו. עכ"פ הרי התומים ראה דבריהם, ומ"מ העלה לדינא ללא פקפוק, דבספק תקנה ל"מ תפיסה, ולא מצינו מי שחולק עליו בהדיא.

ואין לומר דהא גופא אם רגילות לזון בנו תמיד הוא בכל גווני גם אם יש לו משלו, או דהוא רק כשאין לו, במחלוקת דהני רבדבי תלוי, דהני דסברי דמע"י לאביו בכל גווני, לדידהו הוא משום דסברי דרגילות לזונו תמיד בכל גווני, ואילו הני דסברי שהוא רק במציאה (וכל כה"ג שהוא באקראי בעלמא) לדידהו אין רגילות לזונו כשמע"י מספיקים. דא"כ גם בהא דדנו ביה הר"ב אשכנזי והשבות יעקב, אמאי לא אמרו דיזכה האב ממנ"פ, אם בתור מע"י, ואם מצד דחייב לשלם לו עבור מזונותיו. אלא ודאי לכו"ע אין יכול לתבוע המזונות, דהרגילות לזונם תמיד הוא שלא ע"מ לתבוע מהם אח"כ עבור זה, ואילו ביחס לתקנת מע"י כנגד זה במחלוקת תלוי, ויכול הבן כשהוא מוחזק לטעון קי"ל.

[ומש"כ שם באו"ד שבטוען ברי מהני תפיסה גם בס' תקנה הוא בכה"ג דמבואר שם, כשלפי טענתו הלה חייב לו מעיקר החיוב, והשאלה אינה אלא אם בכה"ג היתה התקנה להאמינו על טענתו בשבועה, משא"כ בגוונא שכל החיוב אינו אלא מכח התקנה, בזה א"י לטעון קי"ל, וכנ"ל].

עוד יש לצרף מש"כ בתשו' הר"ב אשכנזי הנ"ל עפ"י סברא זאת שיש חילוק בין שהחיוב הוא מעיקר הדין לבין שהחיוב אינו אלא מכח תקנ"ח שבכה"ג:

דמדאורייתא אין לאב שום זכיה במע"י הבן ובשכירותו אלא משום איבה כי היכי דלא ליתי לאימנועי תקינו לאב שיזכה במע"י הבן, מעתה בגילוי דעת כל דהו דלא קפיד האב בהכי סגי.

ולפי"ז יש לדון שהעובדא שהכספים היו על שם הבת בבנק, נחשב עכ"פ כגילוי דעת כל דהו שאכן לא היה בדעתו לזכות בהם, וויתר על זכות התביעה שלו למעשי ידיה.

ומכיון שכן, גם אילו היה תובע מע"י תחת מה שזן אותה חנם לא היה זוכה בדין, וגם לאחר תפיסה, ממילא נופל המיגו, ואינו נאמן בטענתו שהתנה עמה שתשלם לו מזונותיה.

צדק איפוא כב' ביה"ד שלא זיכה את האב בתפיסתו, ולא דן אלא מצד עסק-שבועה שביניהם, וכן מצד שזוהי תביעה שאין בה בנותן כבוד לצדדים, בהיותה תביעה בין אב לבתו, שהואיל וכן מצא לנכון לפשר ביניהם, ולחייב האב בתשלום חלק התביעה בסך 4,000.- ל"י.

יש איפוא, לדעתי, לדחות את הערעורים.

יצויין כי הלכה למעשה פסק ביה"ד ברוב דעות לדחות את ערעורה של הבת אך לקבל את ערעורו של האב. הן האב והן הבת נפטרו מכל תשלום, והעיקול בוטל.

סימן מה : התחייבות מזונות לבת אשתו

זהו ערעור על פס"ד כב' ביה"ד האזורי באשדוד מיום כ"ד בניסן תש"ל (בתיקים ש"ל236/, ש"ל504/), לפיו נדחתה תביעת האשה לגירושין, ואילו תביעת האשה למזונות בתה (שהיתה לה לפני נישואיה מאדם אחר) שנתחייב במזונותיה בשעת נישואיה, נתקבלה ונתחייב לשלם שבעים וחמש ל"י לחודש. כנימוק לחיוב זה נאמר בפסה"ד שהבעל "הודה שבזמן התחייבותו לא דובר כלל שיזון את הבת רק אם תהיה סמוכה על שלחנו למרות שבנוסח ההתחייבות כתוב שתהיה סמוכה על שלחנו".

פס"ד זה גומר סופית את הדיון בתביעות האשה שראשיתן ב-ח' בכסלו תש"ל, בו תבעה פס"ד להפרדה ומזונות עבורה ועבור הבת הנ"ל ותוקנה אח"כ לתביעת גירושין ומזונות עבור הבת, לאחר שבהסכמת הבעל ניתן צו ההפרדה המבוקש.

אשר לתביעת הגירושין חוזר כב' ביה"ד בפסק דינו זה על מה שכבר פסק ביום כ' בשבט תש"ל לפיו נסגר תיק בקשת הגירושין "אחרי שהבעל אינו מסכים בשום אופן לגירושין". טענות האשה שהבעל משתכר ורוצה לבוא אליה בטומאה הוכחשו ע"י הבעל בתוקף, ולא הובא מצד האשה הוכחות לנכונות טענותיה.

לצורך הדיון נצטט מתוך הפרוטוקול את טענות הבעל שחזרו ונשנו לפני כב' ביה"ד (פרוטוקול מיום כ"ז באדר ב' תש"ל עמ' 9):

"הבעל בתשובה: לא מוכן לגרש, שיאכלו אתי היא והבת שלה ואתן לה 30 ל"י בשבוע".

על חיוב זה של הבעל במזונות בת אשתו נסוב הערעור.

והנה בנוגע להתחייבותו של בעל לזון בת אשתו הלכה פסוקה היא (אה"ע סי' קי"ד ס"א וס"ו):

הנושא אשה ופסקו עמו לזון את בתה... נתגרשה בתוך הזמן שקיבל לזון את הבת נותן לה במקום שתהיה אמה.

עפי"ז הוא הפס"ד המעורער. אכן בח"מ שם (סק"א):

...ועיי' בחו"מ סי' ס' פסק שם שהמחייב לזון את חבירו צריך ליתן לו דמים, אם לא שהתנה בפירוש לזונו על שלחנו. ונראה דכאן סתמא כאילו התנה דלא עדיפא מאמה.

ובב"ש שם (סק"א):

...ובח"מ כתב... כשאין לה מזונות ממק"א א"י לומר תן לי הדמים משום דהוי כאילו התנה עמה ליתן לה מזונות ולא הדמים משום דלא עדיפא מאמה דנותן לה מזונות ולא דמים.

ובבית מאיר שם האריך בביאור דבריהם, שמאחר שזה נחשב כהתנה לתת מזונות דוקא א"י לתבוע רק מזונות, ורק בהסכמתו ניתן להחליף זאת לדמים לפי ברכת הבית, דכזה הוא גם בתביעת האם למזונותיה ולא עדיפא היא מאמה. לפי שיטה זו, במקרה דנן, שהבעל לא הציע לתת מזונות במקום דמים, רק שתביעתו היתה שיאכלו אתו, אין ממש בטענתו, וחייב לשלם דמים כפי ב"ה. ולפ"ז לא היה לנו מקום להתערב בשיקולי כב' ביה"ד שדן בדבר, שיתכן שהסכום שנקב אינו מופרז גם לפי ב"ה.

אכן בבית מאיר השיג על דברי הח"מ ומסיק:

דמשמעות המתני'... ודאי מורה כהח"מ דבדלא נתגרשה האם והיא לא נשאת לאיש אין לה שום טענה כ"א במזונות על שלחנו דוקא, וכן מורה סתימות כל הפוסקים שלא דיברו כלום בטענתה בלא נתגרשה האם והיא לא נשאת... והטעם שכ' הח"מ דלא עדיפא מאמה אפשר ר"ל ע"ד המבואר בסי' ע' דאין איש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו. ואף דשם טעמא רבא יש כמבואר שם בח"מ, אפשר דגם בת אשתו מדסתם בת אצל אמה וגם כשנזונית על שלחנו לא ימלט אף שאינה מחוייבת להשתמש לו במידי, מ"מ מצד המוסר מסייעתה בתשמישים קטנים, מעיקרא לא אסקו אדעתייהו כ"א על שלחנו דוקא. אבל בנתגרשה האם אף טרם שנשאת ויש לה ממק"א מסתבר לענ"ד דדינה בדמים דומיא דאחר.

נתן איפוא הבי"מ שני נימוקים לצדקת תביעת הבעל **שתהיה סמוכה על שלחנו** בדוקא, ואז הוא שחייב במזונותיה: א)מפני שאין איש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו, והוא הדין עלינו לפרש התחייבותו כלפי הבת; ב) מפני שמן הסתם כשהיא עמו מסייעת בצרכי הבית, ולא כ' להכריע איזה מהטעמים עיקר.

לפי הטעם הראשון יש מקום להסתפק באופן שיש נימוקים מספיקים לעזיבת האשה בית בעלה שבכה"ג לא הפסידה האשה מזונותיה גם כשאינה עם בעלה, מה דין מזונות הבת. דאפ"ל דגם לפ"ז לא אסיק אדעתיה אפשרות מעין זו שתצא מביתו מבלי שירצה הוא בכך, וע"מ כן לא התחייב, דאומדן הדעת הוא שכל עוד שהוא לא גירשה והוא רוצה שגם האשה תחזור אליו, לא היה בדעתו להתחייב בכה"ג מרצונו לזון הבת אצל אמה, וזהו כדיוק הב"מ בראש דבריו שהו"ל:

דמשמעות המתני'... ודאי מורה כהח"מ דבדלא נתגרשה האם... אין לה שום טענה כ"א במזונות על שלחנו דוקא.... מעיקרא לא אסיקו אדעתייהו כ"א על שלחנו דוקא.

אכן יש גם מקום לומר דנתגרשה האם הוא לאו דוקא, וכל שהלכה מאתו בנימוק שהוצדק ע"י ביה"ד באופן שלא יפטר ממזונותיה, חייב הוא גם במזונות הבת "דהבת אצל אמה", וכיון שהאם יש לה נימוק שלא להיות עמו, ממילא גם הבת נגררת אחריה, שלא ברצונו.

אולם באופן שהאם הלכה שלא כדין שבזה האם אין לה מזונות כדנפסק בשו"ע סי' ע', בזה ודאי אין מקום לחייב עבור מזונות הבת מצד מה שהתחייב, שהרי בזה האם ג"כ הלכה מאתו שלא כדין, ול"ש ע"ז לחייבו מצד דהבת אצל האם, כי מי אמר לה לאם שתלך מאתו?

והנה בנידו"ד כב' ביה"ד דחה תביעות האשה מצד שלא הוכחו, ואילו צו ההפרדה שאושר ע"י כב' ביה"ד היה מצד הסכמת הבעל גרידא, והבעל הרי טוען בפירוש שהסכמתו זו היא רק כל עוד אין תובעים ממנו כמזונות. ואילו ביחס למזונות אינו מוכן לתת אלא א"כ "יאכלו עמו", נמצא שבנידון זה אין לאשה עצמה תביעת מזונות, שאם כי לא הוזכר בפירוש בפסה"ד, הרי זה מפני שהאשה מרויחה למזונותיה ולא נזקק ביה"ד לדון בזה. אולם בדחיית טענות האשה מצד חוסר הוכחות הרי ממילא כלול גם פטור הבעל ממזונותי' כל עוד שמחזיקה בפירוד, גם אילו היה מקום לחייב הבעל, היינו כשלולא היתה לה הכנסה ממע"י, א"כ מן הדין גם לגבי הבת אף לפי הכלל ש"בת אצל אמה", אין יכולה הבת לתבוע מזונות כשהיא מחוץ לבית בעל אמה, כי לא התחייב אלא על דעת כן שתהא סמוכה על שלחנו, ואין צריך לזה תנאי מפורש, דכנ"ל בהתחייבות מעין זו לבת אשתו סתמא כאילו התנה.

עפ"י כל הנ"ל נראה שענין זה אם חייב במזונות בת אשתו במחלוקת תלוי' בין הח"מ לבין הבי"מ ואין להוציא מידי המוחזק.

עפ"ז יש לפסוק:

א) מקבלים הערעור והבעל פטור ממזונות הבת שעדיין לא שולמו.

ב) הסכום שכבר שולם על סמך פסה"ד של ביה"ד האזורי לא יוחזר.

*

במה שכתבנו כנ״ל לקבל הערעור להמשך חיוב התשלומים עבור מזונות הבת בהסתמך על הבית מאיר בהלכה זו, פקפק הגרי״ש אלישיב שליט״א ותוכן הדברים שיש לערער על דעת הבי״מ מהמבי״ט, וכן רואה סתירה לדעת הבי״מ מהא דקיי״ל בחו״מ סי׳ ס׳ לענין מי שנתחייב לזון חבירו על שלחנו דמ״מ מחוייב ליתן לו כפי ברכת הבית, דכש״כ במי שנתחייב לזון בת אשתו.

אולם הן הלכה זו, ממנה ובה, דן וחוזר ודן הבי״מ עצמו, וכן בדברי הרא״ש, שלמד דין אחר שנתחייב לזון חבירו מהחיוב לזון הבת, ופלפל טובא בהלכה זו לדחות החילוק של הח״מ בזה, ודייק מהסמ״ע דהחיוב במזונות או דמי מזונות היינו הך, והסיק מילתא בטעמא שאין לחלק בין מזונות לדמיהם מצד זה נהנה וזה לא חסר. ולפי מעכתר״ה יוצא שכאילו במסקנת דבריו בשיטת עצמו בנוסח ״האמת יורה דרכו״ נתעלמה ממנו הלכה זו עצמה שדן ופלפל בה.

אך פשטא דמילתא, שלחלק יצא בין התחייבותו לזון הבת אגב אמה, דכה״ג אמדינן לדעתיה דודאי הקפיד להתחייב רק בזמן שהאם והבת הם אצלו על שלחנו, ולא שתהיה הבת כמתנכרה ותצא מביתו, דכיון דכל עיקר לא התחייב כלפי הבת אלא מפני שנושא את אמה, ולא עלה בדעתו להתחייב לה לא מזונות ולא תמורתם בדמים אלא ע״מ שתהיה בביתו יחד עם אמה ולא כשתמאן לשבת אתו יחד שימציא לה מזונות או דמיהם למקום אחר, וחזינן זאת כתנאי מפורש מצדו.

ורק בנתגרשה האם, ואפילו אם מאיזו סיבה שהיא שהיה חייב לגרשה, כיון שאין האיש מוציא אלא לדעתו, בזה הוא דאמרינן דנתחייב לבת, כל שלא פירש ״כל זמן שאת עמי״.

וכל זה בהתחייבות כלפי בת אשתו. משא״כ בנתחייב לזון אחר, אין לנו שום סברא לומר שמעונין שיקבל המזונות על שלחנו בדוקא, כי לגבי אחר אין אומדנא כזו, ע״כ חייב להמציא לו מזונות אם ירצה הלה וכן תמורתם בדמים בכל מקום שהוא, לפי ברכת הבית. וזהו שלמדים ממה שחייב לזון הבת בכל מקום שהיא אם נתגרשה האם, כיון שלגבי אחר אין שום סברא לומר שהיתה איזו שהיא קפידא שיהא ניזון על שלחנו בדוקא, הר״ז דומה לנתגרשה האם, ועדיף מינה. זוהי דעת הבי״מ, והיא בהתאמה מלאה עם ההלכה בחו״מ סי׳ ס׳ לענין התחייבות לזון אחר.

ומעתה, אף אם המצא תמצא דעה אחרת בזה, וגם אם דעת המבי״ט היא שגם בבת אין מקום לקפידא שתהא על שלחנו בדוקא, שממילא מכוח היסוד דזה נהנה וזה לא חסר, גם בבת חייב לזונה, וכן לתת לה דמי מזונות בכל מקום שהוא, גם טרם שנתגרשה האם או שנישאת היא, תמה אני אם ניתן להתעלם משיטת הבי״מ שהוא מעמודי ההוראה, וברור שיכול המוחזק לטעון קי״ל.

אכן יש מקום לקרב השיטות, דדיוקו של הבי״מ מסתימת הגמרא והפוסקים:

דבדלא נתגרשה האם והיא לא נישאת לאיש אין לה שום טענה כ״א במזונות על שלחנו דוקא.

דיוק זה הוא רק כשהלכה האם ממנו שלא כדין, דזהו דומיא דנתגרשה האם ואינה שרויה עמו, דאם איתא דבכל גווני שהאם אינה עמו יכולה הבת לתבוע מזונותיה, כי אז לא היה צריך להדגיש הלכה זו שמוליך לה מזונותיה במקום שהיא דוקא בנתגרשה אלא בכל גווני שאין האם אצל בעלה, משא״כ כשהאם עצמה היא באמנה עמו, אלא שהבת משו״מ לא מיתדר לה עמהם ורוצה לקבל מזונותיה במקום אחר, בזה י״ל דיכולה לתבוע זאת, כי ע״ז ל״ש קפידא, דמה איכפת לו היכן הבת נמצאת, כל עוד שהאשה שבגללה חייב עצמו מקיימת חיוביה כלפיו. ובזה י״ל דלא היה צריך להשמיענו, דמילתא דפשיטא היא, דל״ש ע״ז קפידא מצדו. ואשמעינן רבותא בנתגרשה, דאעפ״י שהאם אינה עמו, מ״מ התחייבותו כלפי הבת בעינה עומדת. וע״כ בגוונא דא, שהבת לבד היא שרוצה לקבל מזונותיה (או הדמים במקום) במק״א, הוי זה נמי בגדר זה נהנה וזה לא חסר (אם לא לפי נימוק ב׳ של הבי״מ שכל עוד שהיא בבית, גם היא מסייעת בעניני הבית, ע״כ גם בה״ג יש לו קפידא), וכשם שאינו יכול לומר שאינו רוצה לתת דמים רק מזונות מהאי טעמא, כמו״כ אין טענתו טענה כשאומר שאינו רוצה לזונה כ״א כל עוד שהיא סמוכה על שלחנו, ודומה בזה הבת להתחייבותו כלפי אחר.

ולפי״ז אין כאן מחלוקת בין המבי״ט לבי״מ (לנימוק א׳ של הבי״מ) דהרי המבי״ט לא קאי בגוונא שרק הבת היא שהולכת מבית בעל אמה, ואילו הבי״מ קאי בגוונא שגם היא הלכה מאתו שלא כדין. עכ״פ אין לנו ראיה שבכגון דא פליג המבי״ט, כי כאן ישנה סברא גדולה שע״מ כן לא התחייב, וכנ״ל. ואפושי פלוגתא לא מפשינן.

ויוצא עפ״י הנ״ל בנידון דידן, שאין האשה שרויה עם בעלה, וטענתו היא שכששתיהן תהיינה אצלו, כפי שעלה במחשבה בזמן הנישואין יזון את הבת, אבל לא כשהלכו מאתו שתיהן, טענה אלימתא היא, ואין להוציא ממנו מזונות עבור הבת.

סימן מו : בדין ריפוי וכפיית גט

א. דיון בנימוקי הפסק של כב׳ ביה״ד האזורי 37
ב. מום שיתוק הרגלים לגט ולמזונות 39
ג. המוצא היחיד בני״ד 40

הנדון: ערעור אשה על פסה״ד של ביה״ד האזורי פתח-תקוה הפוטר את הבעל ממזונותיה לאחר שהשליש כתובתה, מאחר שהיא חולה בדלקת פרקים ומשותקת בשתי רגליה. טענת הבעל שמזה יותר מחמש עשרה שנה שאינה מסוגלת למלא תפקיד אשה לבעלה ואינה ראויה לחיי משפחה ושמחלה זו קיננה בה עוד לפני נישואיהם.

www.eretzhemdah.org

א. דיון בנימוקי הפסק של כב' ביה"ד האזורי

א) הנימוק של חולי גדול.

בפס"ד המעורער, מיום כ"ה בשבט תשכ"ט, תיק שכט617/, מכב' ביה"ד האזורי פתח-תקוה, ביה"ד כותב בין השאר:

"והאחרונים ז"ל שהכריעו דלא כהרא"מ, הוא רק במקום שאין לבעל טענה נגד האשה, אבל במקום שיש לו טענה כמו מאיס עלי וכדו' בטענה מבוררת אף שאין עוד בזה כדי לחייב את האשה לקבל גט, בכ"ז הוא פטור ממזונותיה".

ומסתמך על מש"כ בפס"ד ב-ד' בניסן תשכ"ח תיק כז2151/. בפס"ד זה נאמר:

"היות והאשה היא חולה במצב כזה שאינה ראויה למלא תפקידיה של אשה לבעלה (סובלת מדלקת פרקים ואינה מסוגלת להלך) והבעל מוכן להשליש גט וכתובה, לכן ביה"ד יבטל את פסה"ד למזונות, לאחר שהבעל ישליש לזכות האשה את דמי כתובתה (עי' בשו"ע אה"ע סי' ע"ט ס"ג ובסי' ע"ז בה"מ סק"ג ובפת"ש שם סק"ב מה שהביא בשם הגאון ישועות יעקב) ובפרט שבמקרה דידן אין חדר"ג".

לפנינו איפוא שני נימוקים: א' מצד חוליה שעי"ז אינה ראויה למלא תפקידיה; ב' מצד טענת מאיס עלי.

והנה בסי' ע"ט ס"ג, שצויין בפסה"ד, המדובר בחולי גדול, נאמר שם:

יכול לומר לה הרי כתובתך מונחת, או רפאי עצמך מכתובתך או הריני מגרשך ונותן כתובה, ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ.

ובח"מ שם מביא מש"כ המהרש"ל "דבזה"ז שאין מגרשים בע"כ מחויב לרפאותה, ואינו מועיל מה שמוכן ליתן לה כתובה ולגרשה".

אכן ב"בית שמואל" (ס"ק ד) כתב: "מיהו יש לדייק ממתני' ומהפוסקים, דכתבו בסתם דרשאי לומר הרי גיטך וכתובתך ורפאי עצמך אפי' בזיווג ראשון דאסור לגרשה אפ"ה אם הוא חולי יכול לגרשה, לפ"ז ה"ה בזה"ז דאיכא חדר"ג י"ל דיכול לגרשה כמ"ש ר"ס ע"ז".

ושם בסי' ע"ז (סק"ו) פירש מש"כ הרמ"א דמורד שרוצה לגרש וליתן כתובה אין מוסיפין לה על כתובתה, שמקורו ברמב"ם. ותמוה שהרי הרמב"ם הוא לפי דינא דש"ס דיכול לגרש בע"כ; משא"כ בזה"ז דאיכא חדר"ג דאינו יכול לגרש בע"כ. וביאר כוונתו דמדלא מחלקינן בין זיווג ראשון דקי"ל דאסור לגרשה, שמעינן דמ"מ אינו כמורד. ומזה למד הרמ"א גם לדידן דמ"מ אינו כמורד ואינו עובר בלאו דל"ת.

ועפי"ז משוה הב"ש גם נידו"ד דכשם דלדינא דהש"ס בזיווג ראשון יכול לגרשה בחולי גדול, ה"ה לדידן בחדר"ג בכה"ג.

ואעפ"י שכתב בלשון מסופקת, בבאר היטב העתיק דבריו בנוסח של ודאות:

וב"ש כ' דאפי' בזה"ז דאיכא חדר"ג יוכל לגרשה.

וכן נוקט "אבני מלואים" בביאור הלכה זו, וכחילוק שמחלקים הפוסקים בחולי ארוך:

הטור שכ' אם ראה הבעל שהחולי ארוך וכו' וכן בשו"ע נקט האי לישנא, כדי לסתום דאפילו בזיווג ראשון וכן אפילו אחר חדר"ג דאינו מגרשה בע"כ, מ"מ בחולי ארוך מותר לגרשה.

א"כ הרי לכאורה צודק כב' ביה"ד האזורי, שאעפ"י שאין להכריע להיתר גירושין נגד המהרש"ל שהביאו הה"מ להלכה בני"ד, מ"מ לגבי מזונות יש לפסוק להקל.

אולם כבר דייק לנכון ב"ישועות יעקב" (הארוך סק"ב, וכן דייק ב"בית מאיר") שהרמב"ם (וכ"ה בשו"ע) שינה מלשון המשנה וכ' בלשון של ברירה:

יכול לומר לה הרי כתובתך מונחת או רפאי עצמך מכתובתך, או הריני מגרשך ונותן כתובה.

ואם כהני דעות, שבכה"ג שחלתה חולי גדול שעי"ז נמנע ממנה למלא חובותיה כאשה, הרשות נתונה לגרשה, וכל מה שאומר בזה שיכול לומר לה הרי כתובתך מונחת ורפאי עצמך, אינו אלא מכוח שיכול לגרשה, שמשו"כ יכול להטיל תנאים אחרים, אם יוותר על האפשרות לגרשה, הרי אין זה דוקא הצעה מעין זו שנותן לה הכתובה שתרפא עצמה בזה. וכבר נתקשו בזה "ישועות יעקב" (סי' ע"ט סק"ב) ו"בית מאיר" (סי' ע"ט פ"ג).

"ישועות יעקב" מסיק שבאמת אין רשות בידו לגרשה בכה"ג שהיא חולה, ועיקר ההלכה היא שבחולי גדול אין עליו חיוב רפואה "מדלא רצו חז"ל לתקן שיפסיד כל נכסיו בשביל רפואת אשתו", והא דנזכרת כאן גם האפשרות השניה של מתן גט, היינו שרק בתנאי שמוכן גם לפוטרה בגירושין אז הוא שפטרוהו מרפואתה גם בעודה אשתו. ומשוה זאת למש"כ הרמב"ם בנשתטית. ומבאר בזה גם החילוק שמחלק הרמב"ם בדרגות החולי, שרק בחולי גדול שעי"ז שיטפל ברפואתה יפסיד כל נכסיו, הוא שנתנו לו האפשרות להיפטר מרפואתה.

אך אם גם ניתן לבאר בזה דעת הרמב"ם, הרי עדיין הקושי בשו"ע קיים, כי בנשתטית מכריע הרמ"א כאותה דעה שחייב במזונותיה ורפואתה, ומסתמך על פסקו של המחבר עצמו בזה, ואילו כאן לא הובאה דעה אחרת כלל.

וגם עצם ביאורו ברמב"ם צל"ע, כי אם כוונתו להשוות זאת בכל הפרטים לנשתטית, שפטור גם ממזונותיה, לפי הרמב"ם, וגם כאן כשנותן כתובתה נפטר ממזונותיה, וכמו"כ פטור גם מכסות וממדור, שהוא בכלל כסות, והכל בכלל מזונות (סי' ס"ט ד וסי' ע"ג א), א"כ משו"מ מנעו ממנו (מעיקר הדין שיכול לגרשה בע"כ) לגרשה? דבנשתטית, הרי הטעם מבואר, שהוא כדי שישמור עליה ממנהג הפקר, מה שלא שייך כלל בחלתה. ואולי כוונתו שלא להשוות זאת ממש לנשתטית, שהרי עיקר הטעם בזה הוא כפי שכ' "דלא רצו חז"ל לתקן שיפסיד כל נכסיו בשביל רפואת אשתו",

א״כ רק מרפואה הוא שפטרוהו בכה״ג, ואילו בשאר חיובי מזונות כדקאי קאי. ולפ״ז ניחא מה שמרויחה ממניעת הגירושין. אך לפ״ז הדמיון לנשתטית אינו עולה יפה. ועכ״פ אם נאמר כך בכוונתו, הרי בניד״ד שהדיון אינו על חיוב הרפואה אלא על עצם חיוב המזונות, מזה א״י לפטור עצמו ע״י שנותן כתובתה, גם לפי דינא דגמרא.

ומה שנראה יותר בביאור הלכה זו של חולי ארוך ברמב״ם ובשו״ע, הוא כפי שביארם ״בית מאיר״ שהמדובר **כשכתובתה מרובה** ויכולה להתרפא מכתובתה.

ומפני שלה הברירה אם תתרצה להתרפא מכתובתה לא יגרשנה, ואם לאו מוכרח לגרש, שוב אין עליו איסור דלא יגרש אשתו ראשונה.

ועפי״ז מסיק שמאחר שבנתינת הגט הברירה בידה בכה״ג שכתובתה מרובה ויכולה לרפא עצמה ממנה אין איסור גם באשתו ראשונה, מכאן אפשר אף בזה הזמן על אופן זה אינו בכלל החרם, אם כתובתה מרובה כיון דלה הברירה. משא״כ אם אין לה כ״א כתובתה דאורייתא דאין לה ברירה מסתבר כהמהרש״ל ז״ל.

ומכיון שרק עפ״י דרכו של ״בית מאיר״, דברי הרמב״ם והשו״ע באים על מכונם, אינני רואה אפשרות בענ״ד לסטות מהם בהלכה (ויתכן שגם הב״ש והאב״מ שהבאנו לעיל מודים לו בזה, שרק בכה״ג הוא שדוחים דברי המהרש״ל מהלכה), ממילא בני״ד שכל כתובתה היא אלף ל״י, שאין בהם כדי להבטיח קיומה (שהרי פשוט שאותו הטעם שקיים לענין רפואה שהוא מכלל המזונות, קיים גם בעיקר מזונותיה), בכה״ג אינו יכול לפטור עצמו בזה שנותן כתובתה, שהרי אין לה ברירה, כיון שאין כתובתה מספיקה לה אלא לזמן קצר בלבד. ואין לנו לדון אלא מצד טענת מאיס עלי באמתלא מבוררת, שזוהי האסמכתא השניה בפסה״ד של כב׳ ביה״ד האזורי.

ב) טענת מאיס עלי בנידון דידן.

הנה לפנינו בתביעות הבעל לא נזכר שמאוסה עליו, אלא שהיא בעלת מום גדול שבגלל זה מנוע ממנה למלא חובותיה כאשה לבעלה. בכתב תביעה הראשון שלפנינו מיום 10.8.61 בביה״ד פתח-תקוה, שכב198/, נאמר:

״זה כבר 7 שנים וחצי שאני מוחזק כאילו נשוי. 7 וחצי שנים בודד... עד מתי נגזר עלי לסבול בלי בית בלי אשה בלי כלום״.

ובטענותיו לפני ביה״ד בתיק הנ״ל:

״חודש אחרי לידת הילד... נהייתה האשה משותקת בשתי רגליה, ואני נשארתי לבד עם הילד וכו׳ וכך אני סובל כל הזמן״.

בתיק כז1817/ כותב הבעל (ע״י ב״כ) מיום י״ט סיון תשכ״ז:

״ידועה לכם פרשת העינויים שלי, שאשתי שהיתה עוד לפני שנישאה לי חולה שאין לה רפואה, וידעה זאת ובכל זאת רימתה אותי וכו׳ ואינה ראויה לחיי אישות בשום פנים״.

בתיק 3371/כז בתביעת הבעל מיום ב׳ תמוז תשכ״ז כותב הבעל בבקשתו שוב:

״הסבל שלי הגיע לשיא. אני קשור באשה אשר לא ראויה לאישות זה 14 שנה״.

כן בטענותיו לפני ביה״ד טוען בכיוון זה גם ב״כ הבעל:

״האשה אינה מסוגלת להיות אשה לבעל, אין היא מסוגלת לחיי אישות״. (ע״ז עונה האשה: ״איך נכנסתי להריון, אם אני לא מסוגלת לחיי אישות מצבי לא נשתנה מאז״).

כן בתיק שכז1733/ בתביעת האשה להגדלת המזונות טוען ב״כ הבעל:

״האשה אינה ראויה לאישות, ואנו טוענים שמחלתה עוד 15 שנה לפני הנישואין, והבעל רוצה לגרש אותה ונפתח תיק לכך״.

כמו כן בכתב התביעה לביטול מזונות מיום כ״ח בשבט תשכ״ז, תיק כז1123/, כותב ב״כ בשם הבעל:

״אשתו משותקת זה שנים רבות... היא לא ראויה להיות עקרת בית ואשה״.

ובטענותיו לפני ביה״ד, שוב: ״האשה לא ראויה לחיי משפחה...״.

כפי שיש לראות מכל הנ״ל, טענות הבעל מאז ומתמיד היו שהאשה אינה ראויה לאישות בגלל מחלתה, וכן שרימו אותו כי המחלה קוננה בה עוד לפני הנישואין, וזוהי העילה **היחידה** שבגללה הוא רוצה לגרשה. הבעל לא העלה בשום פעם בפני ביה״ד שדן בדבר, שהיא מאוסה עליו בגלל המום שבה, רק שבגלל זה אינה ראויה לאישות (לפי דברי האשה, שאמנם הוכחשו ע״י הבעל, הוא גם המשיך לחיות עמה חיי אישות גם אחרי שחלתה ברגליה).

טענת מאוסה עליו הושמעה רק ע״י ב״כ הבעל פעם אחת ויחידה בתוך שלל הטענות האחרות של הנ״ל בתיק 1733:

״... אבל הבעל טוען היום מאיס עלי בטענה מבוררת״.

אולם כאמור בפני ביה״ד לא נשמעה טענה זו מפי הבעל עצמו, ואין זו אלא טענת בא כוחו שרוצה לשימה בפי הבעל, ויש גם לראות חולשת הטענה הבאה (גם אילו היתה מושמעת ע״י הבעל עצמו) לאחר תקופת התדיינות ממושכת של תביעת הגירושין, ולאחר שלקח לו אשה אחרת שילדה לו שתי ילדות כמבואר בפרוטוקולים.

והנה ברור שטענות מומים כפי שטוען הבעל, וטענת **מאיס עלי**, הן טענות שונות, ואינן זהות כלל וכלל. ויתכן טענת מאיס עלי גם בלי טענת מומים, וכמו כן יתכן שאמנם יש בה מומים ומ״מ אין כאן מאיסות. כי טענת מאיס עלי נובע ממעצורים נפשיים שגורמים שחיי אישות מהוים סיוט כלשון הרמב״ם באשה הטוענת מאיס עלי:

מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי.

ובהנמקתו שם במה שכופין אותו לגרשה "לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא להי" (פי"ד מאישות), וזה אינו קשור לגמרי עם מום כל שהוא, וכפי שמסביר הרשב"א תשו' תקע"ד:

> ואם נפשכם לומר שאינה יכולה לומר מ"ע אלא במה שאפשר שיש לו דבר שהוא מאוס אבל לא על איש יפה תאר וחזק וכו' אינו זה - שאין החן והמיאוס תלויים אלא ברצון הלב, וכמה אנשים מכוערים מוצאים חן בעיני בעליהם ובעיני נשיהם, ויפים וטובים חסרי טעם בעיניהם, אלא אין הכל תלוי אלא ברצון וכו'.

מאידך, יתכנו מומים שמ"מ אין גורמים למאיסות מסוג הנ"ל. וכבר עמד בזה בס' ההפלאה (כתובות ע"ז בתוס' ד"ה סבורה הייתי) וז"ל באי"ד שם:

> ...וצ"ל דגרע הכא מטוענת מאיס עלי, דהתם הוא סנוי לה, כמש"כ הרמב"ם דאינה כשבויה להבעל למי שסנוי לה, אבל הנהו אף שאינה יכולה לסבול מ"מ אינו סנוי לה.

וכיון שהבעל בכל מהלך הדיונים לא העלה טענת מאיס עלי אעפ"י שטען כזאת לפנינו ה"ז טענה שמוכח שקרא (עי' בישועות יעקב הנ"ל בסוף דבריו).

מסקנת הדברים שאין לפטור הבעל מן המזונות מצד טענת מאיס עלי באמתלא ברורה. ולא נשאר לנו לדון בזה אלא מצד המום כשלעצמו.

ב. מום שיתוק הרגלים לגט ולמזונות

נוסף על נימוקי ביה"ד האזורי מעכת"ר הגרי"ש אלישיב שליט"א מביא לדון עפימש"כ בשו"ע סי' קנ"ד ס"ד שהביא הרמ"א:

> וי"א... בב' ידיו וב' עיניו וב' רגליו כופין אותו להוציא.

ודן לומר שאפי' הני דפליגי, באשה בעלת מום בכגון זה מודו. ואם לגירושין לא נתחייב בזה, עכ"פ מאחר שהשליש הכתובה בהתאם לפס"ד ביה"ד האזורי "אין מקום לחייבו במזונות".

והנה דין זה בנקטעו שתי רגליו וכו' שהביא הרמ"א מהרא"ש והטור, כבר העיר מעכתר"ה שדעת הגר"א נראית להכריע כאידך שיטות. (ומה שתמה בלשון הגר"א: "צ"ע במש"כ דדעת כל הפוסקים דאין הבדל בין נקטע יד אחת לשתי ידיו, ולפי הנ"ל לאו דכו"ע הוא", הנה הגר"א הרי קאי על דברי הרמ"א שהביא את הדעות החולקות, א"כ ודאי דלא רצה לומר דכו"ע הוא, אלא כוונתו לומר ש"דעת כל הפוסקים שסתמו" ולא חילקו, **דאינהו** ס"ל כרא"ש בתשובותיו ולא כמש"כ בפסקיו. ולא היה ברצון הגר"א אלא לומר שדעת הרא"ש בתשובותיו מסתייעת גם מדברי פוסקים אלה שלא קיבלו החילוק בין אבר אחד לשני האברים, ושראוי להכריע כדעתו בתשובותיו). ובאמת דברי הרא"ש בפסקיו שמכריע כהני דיעות מצד "שהריהו כעבר ובטל מן העולם" קשה להולמם, איך יתכן להחשיב בעל מום בשתי רגליו, וכן אידך, שהוא כאילו עבר ובטל מן העולם, בעוד שעדיין ישנן כמה וכמה מלאכות שיכול לבצע למרות מומו.

איתא בגמרא בפ' החובל (ב"ק דף פ"ה ע"ב): "קטע את ידו נותן לו דמי ידו, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין, שיבר את רגלו נותן לו דמי רגלו, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר הפתח. סימא את עינו נותן לו דמי עינו, ושבת רואין אותו כאילו הוא מטחינו בריחיים". ובתוס' (ד"ה רואין) מבואר שהכוונה "בשיבר שתי רגליו דומיא דסימא שתי עיניו וכו'". וא"כ חזינן שגם קיטע וגידם וסומא, אכתי ראויים הם למלאכה, דמשו"כ אין נותן לו דמי כולו. וע"ע תוס' שם ד"ה חרשו, שהמדובר באדם שאינו בר אומנות ואילו בר אומנות בידיו אין קטיעת הרגלים משפיעים במדה כל כך גדולה. ומהיכי תיתי א"כ לראות בעל מום מסוג זה כאילו עבר ובטל מן העולם? וזה הביא כנראה את הגר"א לנטות מדעה זו להלכה.]ואילולא דמסתפינא הייתי אומר שהרמ"א בהעתיקו הדברים מהרא"ש והטור, בכוונה שינה הלשון, ובמקום ב' ידיו או ב' עיניו או ב' רגליו, העתיק **בוי"ו החיבור** - "בב' ידיו וב' עיניו וב' רגליו", והיינו שר"ל שכך צריכה להיות הגירסא בראי"ש, שרק בכה"ג **שכל אבריו** אלה נפגעו גם יחד, שאינו יכול לא ללכת ולא לראות ולא לעשות כלום, רק בזה כתב הרא"ש והכריע שגם רבנן מודים דבכה"ג שנבצרה ממנו כל פעולה אנושית שהיא, הוא שאמר שהוא עבר ובטל מן העולם. אבל לא כשרק אחד מזוגות האיברים הללו נפגע ואילו השאר קיימים, בזה לא קאי הרא"ש. ויתיישב בזה ממילא שאין סתירה מהרא"ש בפסקיו למש"כ בפשיטות בתשובותיו. כי בתשובות מיירי רק בנסתמא, ובזה ודאי ל"ש משאר מומין גדולים. (ואם וי"ו בלשון חכמים יכול להיות גם במשמעות לחלק, עי' כתובות דף ל"א ע"ב ד"ה רב אשי, ויבמות דף קט"ו ע"ב תוד"ה וקאמרי, ותוס' ישנים שם ד"ה וחזינהו. ושם בסוגריים ט"ס וצ"ל: ואע"ג דליכא אי נמי, כה"ג אמרינן פי' א"נ וכו' וכדרבא שר"ל אי נמי כדרבא. וע"ע מנחות דף ל"ט ע"ב: השיראין וכן אימא או צמר או פשתים. וברשד"ם א"ע ס' מה' ורע"א ע"א סי' מ"ו על לשון בנ"א. ועכ"פ בנידו"ד שהרמ"א **שינה** ממש"כ לפנינו בראי"ש ופוסקים נ' דודאי בכוונה עשה זאת).

ועי' בפ"ח על הרא"ש שם שכ' לתרץ מה שקשה לדעת זו, אמאי לא נזכר מזה במתני', וכתב לפי שזה נלמד מכש"כ וכו' עי"ש. אך אינו מובן מאי כש"כ איכא הכא, דאם אמנם מום גדול הוא, הרי לרבנן אין מום גדול מחייב כפיה, ואיך יקרא זה "חיי נפש" בעוד שיכול להתעסק בהרבה ממיני ההתעסקויות, ומה זה שייך לחיי נפש? (אגב, לפי הפ"ח דזה כלול במ"ש במשנתנו בריח הפה וכו' הרי בריח הפה עצמו לחד דעה שבהגהות אשר"י שם, אינו מום אלא באיש ולא באשה, א"כ אין לנו ללמוד לענין מום באשה בנקטעו ב' רגלים). אכן אם נפרש כנ"ל בראי"ש שהוא רק בגוונא שכל האיברים גם יחד נפגעו, כי אז לק"מ דזה ודאי פשוט ול"צ לאשמעינן כי הוא "כאילו עבר ובטל מן העולם". ואילו במתני' מיירי ממיני מומים שהאדם למרות מומו עדיין עוסק בישובו של עולם, ואינו בזה שכאילו יצא מכלל העולם.

אכן לפנינו כל אלה שדנים בשאלה זו נוקטים כגירסא שלפנינו בראי"ש, ובשט"מ בשם תלמיד ר"י הושמט נקטעו ב' רגליו עי"ש, וע"ע לשון הרא"ש בתשובותיו. אך נ' שזו תוספת המעתיק, וכהמשך הדברים שם, עי"ש. וצע"ב.

עכ״פ נראה שהכרח לומר שלא נאמרו הדברים אלא בגוונא שנקטעו הרגלים לגמרי, שעי״ז נתעותה צורתו, ונשתנה מכל אדם מבחינתו החיצונית, רק בכי הא אמרינן שזה כאילו עבר ובטל מן העולם. משא״כ כשהרגלים קיימות, אעפ״י שהן משותקות ואינו יכול להניען, כיון שעכ״פ מבחינה חיצונית הרי הוא ככל האדם, וכששוכב או יושב לא ניתן כלל להבחין במומו, בזה ודאי לא נאמרה הלכה זו כלל.

וראיה לזה מהא דאמרינן בשו״ע (סי׳ ס״ט ס״ג) בחולי ארוך, שרק כשאומר הרי גיטך וכתובתך רשאי. ושם בח״מ ובב״ש בשם המהרש״ל שבזה״ז שאין מגרשין בע״כ א״י לומר לה כן, ושם בב״ש (סק״ג) מבואר דהרמב״ם ואידך לא ס״ל לחלק בין מוטלת על המטה, ללא, ובכל אופן - גם במוטלת על המטה ובחולי ארוך לא חשבינן ליה למום דוגמת נקטעו ב׳ הרגלים. והרי חולי ארוך אין לו קצבה כדכ׳ הב״ש (סק״א). *[1]

א״כ יתכן שכל ימי חייה תהא חולה מוטלת על המטה ואינה יכולה להלך, ומ״מ לאף דעה לא ייחשב זה כמום שיוכל להוציאה בגללו גם בזה״ז בע״כ. ואדרבא, לפי הראב״ד, דאינו מחלק בין חולי ארוך ללא, אלא בין חולי שעל ידו מוטלת על המטה לבין חולי אחר שיכולה להלך. ובמוטלת על המטה, לדעתו, א״י לגרשה כל עיקר, והוא גם בחולי ארוך וכנ״ל, דהרי איהו לא מחלק בזה כלל. א״כ חזינן לדעתיה שלמרות שאינה יכולה להלך, ואף במשך כל חייה אין סיכויים לריפוי, מ״מ לא זו בלבד שאי״ז מתיר לגרשה בע״כ בזה״ז, אלא גם מדין תורה אסור לגרשה, ואפי׳ ביפת תואר, ״ק״ו לבנות ישראל הקדושות והטהורות״.

ולא אדע מה הבדל במוטלת על המטה מחמת שיתוק הרגלים או מחמת חולי לב וכל כיו״ב, שבזה כמו בזה אינה יכולה לנוע. ומ״מ חזינן דלא ייחשב בכה״ג מום לחייבה לקבל גט בע״כ מטעם זה. א״כ ע״כ לחלק בין הא דנקטעו הרגלים לגמרי לבין שלא ניתן להפעילן מסיבה שהיא, שבזה אין תורת מום אלא תורת חולי גדול גרידא, ובזה״ז שאין מגרשים בע״כ א״י לפטור עצמו ממזונות ע״י שמשליש כתובתה.

ג. המוצא היחיד בני״ד

כבר הובאו לעיל דברי ״בית מאיר״ שבחולי ארוך אם יש בכתובתה כדי להתרפא, יכול לתת בידה הברירה או להתרפא מכתובה או להתגרש ולקבל הכתובה. ולפ״ז נראה דכש״כ אם יתן לה משלו סכום מסוים שיהא בו, לפי ראות ביה״ד, כדי להתקיים בו (ע״י הכנסת הממון בעיסקא או כיו״ב) שיכול לעשות כן.

ולפי״ז יש לאפשר לבעל גם בני״ד לגרשה (או להשליש גיטה) אם ישליש בביה״ד סכום כסף שיספיק, לפי ראות עיני ביה״ד, לקיומה ע״י קבלת רווחים מהם כנ״ל, בתוספת למה שמקבלת ממוסדות הסעד.

מסקנת הדברים לדעתי: יש לקבל הערעור ולבטל פסה״ד השולל מהאשה מזונותיה. חיוב המזונות ישאר בתוקפו כפי שהיה לפני פס״ד המעורער. אולם ביד הבעל לבקש את ביה״ד שיקבע לאשה פיצויים בגובה מתאים לפי אומדן דעתם, ואז יפטרוהו ממזונותיה, ויוכל גם לגרשה או לקבל היתר נישואין, לאחר שישליש בקופת ביה״ד סכום הפיצויים.

יצויין כי הלכה למעשה הוחלט, ברוב דעות, לדחות את הערעור.

---

[1] [הערה: ביאור הב״ש בדעת הרמב״ם שמחלק בין חולי ארוך לסתם חולי, עפ״י מה שמזהה חולי ארוך עם מ״ש בגמרא לענין ריפוי דאלמנה ״חולי שא״י״ל קצבה״, ומחלק דחולי שי״ל קצבה דינו כפדיון, הרבו להקשות עליו ״בני אהובה״, ״בית מאיר״ ו״בית יעקב״ ודחו דבריו, ע״ש.
אולם לענ״ד לקיים הסברו ברמב״ם אלא בשינוי מה. והוא דכבר העיר הבי״מ הנ״ל דאיך יתכן להכניס רפואה שי״ל קצבה בכלל פדיון, ״דא״כ נמי נאמר דאם ריפא פעם אחת ביש לו קצבה פטור פעם שניה וכו׳״. אכן מה שמבאר בראי״ש ג״כ דחוק מאד. אך נראה שדברי הרא״ש מתפרשים יפה כפי שכבר העיר ב״אבני מלואים״ (סי׳ ע״ט סק״ג) שלא אמר הרא״ש מעולם שרפואה שי״ל קצבה היא בכלל פרקונה אלא שהיא דומה לפרקונה דאתי בבת אחת, ושלא כמזונות שבאים יום יום. וע״כ רק רפואה שאי״ל קצבה היא בכלל תקנת המזונות, משא״כ רפואה שי״ל קצבה היא תקנה בפני עצמה, בדומה לתקנת הפרקון. וכך הדברים בשטה מקובצת בשם הריטב״א על המשנה כתובות דף נ״א (ד״ה ורש״י) וז״ל שם:
״ועוד אמרו ז״ל בשם רבינו הגדול ז״ל דאפי׳ ברפואה שי״ל קצבה חייב לרפאותה שלא חילקו בין רפואה שי״ל קצבה אלא באלמנה וכו׳ אבל בעלה חייב הוא לרפאותה **משום תקנה דרבנן, ולא מדין מזונות״.**
וכן עוד שם בגמרא דף נ״ב ע״ב בשם הרא״ה (ד״ה רפואה שי״ל קצבה):
״...דודאי בחיי בעלה ל״ש בין שי״ל קצבה בין שאי״ל קצבה דפרקונה ורפואתה שניהם תנאי בי״ד, ולא חילקו בהם וכו׳״.
חזינן לדעתייהו דהחיוב של רפואה שי״ל קצבה היא לא מדין מזונות אלא הוא תקנת חכמים מיוחדת בדומה לפרקונה.
וכן חזינן לדעת הרמב״ם שכ׳ (פי״ב מאישות ה״ב) שהנושא אשה מתחייב בעשרה דברים, מהם שבעה מדברי סופרים, וכולם תנאי ב״ד הם, האחד מהם עיקר כתובה, והשאר הם הנקראים תנאי כתובה. ואלו הן: לרפאותה אם חלתה, ולפדותה אם נשבית וכו׳. הרי שרואה רפואתה בתור תקנת חכמים בפנ״ע, ואינה כלולה בכלל מזונות שהם לדעתו מה״ת (והיינו ברפואה שי״ל קצבה שאינה בכלל מזונות).
[לכאורה פשוט דלדעה זו באומרת איני ניזונית ואיני עושה, מ״מ חייב ברפואה שי״ל קצבה מאחר שזוהי תקנה מיוחדת ואינה בכלל מזונות. וב״ישועות יעקב״ (סי׳ ע״ט סק״א) נסתפק בזה. ע״ש שהביא ראיה שאין חילוק ונפטר מהכל ״וא״כ לא הוצרך הרא״ש וש״מ שעומדים בשיטתו לדחוק בלשון הירוש׳ וכו׳ הו״ל לאוקמי באופן זה שאמרה לבעלה איני ניזונת ובזה יש חילוק בין רפואה שי״ל קצבה לאי״ל קצבה וכו׳״. וסיים שהדברים ברורים מאד. אך לפום חורפיה לא דק כי בירוש׳ שם הרי מבואר דברפואה שי״ל קצבה הבעל פטור (אי קיצא הוא אסין מפורנך). והרי אם יש חילוק באומרת איני ניזונת ואיני עושה איפכא הוי, דרק מרפואה שאי״ל קצבה נפטר ואילו בי״ל קצבה נשאר בחיובו].
והנה התוס׳ (כתובות דף נ״ב ע״ב ד״ה אמר) מבארים החילוק שבין פרקונה לרפואתה, שברפואה יכול לומר הרי גיטה וכתובתה משא״כ בפרקונה: ״לפי שרפואה היא בכלל מזונות והרי קבלה כנגד מע״י שעד עכשיו, אבל אינו רשאי לומר תקבל את גיטה ותפדה את עצמה, לפי שלא קבלה תשלום מפירות שאכל עד עכשיו״ (ושונה הסברם ממש״כ באב״מ שם בשם הרמ״ה). ועפי״ז מחלק הרמב״ם בין חולי ארוך, שהוא כפי שכ׳ הב״ש חולי שאי״ל קצבה, שבזה הוא דאמרינן שהוא בכלל מזונות. משא״כ חולי שי״ל קצבה שהיא תקנה בפנ״ע, כבר בא עליו חיובו בזמן שחלתה וא״י לפטור עצמו עד שיגרשנה, כי החיוב כבר חל.]

סימן מז : דין מי שכופין אותו להוציאה, לגבי תוספת כתובה נכסי מלוג ומזונות

ערעור על סעיף ב' מפסק-דינו של בית הדין האזורי תל-אביב שניתן ביום ח' בניסן תש"ל, בתיק כז2495/, בו קבע כי אין למערער שום תביעה על הדירה בחולון או חלק ממנה בגין גירושין.

בסעיף ב' בפסה"ד נשוא הערעור, נאמר:

"אין לבעל שום תביעה בגין הדירה בחולון, כי אף אם נקבל דבריו שהוא שילם עבור הדירה, הרי מכיון שרשם הדירה על שמה ה"ז כאילו נתן לה במתנה".

הערעור בפנינו נסוב רק על הסעיף הנ"ל. לדברי ב"כ המערער "טעה ביה"ד האזורי בקובעו שגם אם אפילו נרכשה הדירה בכספו של המערער, הרי יש לראות זאת כאילו נתן אותה במתנה לאשה, מאחר ורשם הדירה בשמה. ואשר על כן שומה הי' על ביה"ד לשמוע ראיות והוכחות בקשר להשקעות שהושקעו ע"י המערער".

אני מסכים למסקנא של הגרי"ש אלישיב שליט"א לדחות הערעור, כי בזה שהדירה נרשמה על שמה של המשיבה יש בזה משום הוכחה שמכספה נרכשה, וטענת המערער שלא ניתן לו להוכיח שגם הוא השתתף בכספיו ברכישת הדירה לא נראית כטענה שיש בה ממש, מאחר שגם לפי דבריו אין לו אלא עדויות שלוה כספים אבל לא שהשקיע כספים אלה בדירה זו.

אכן אילו היה בידי המערער להוכיח כי גם הוא השתתף ברכישת הדירה כי אז היה לדעתי יסוד לתביעתו לקבל כספו בחזרה, אעפ"י שנאשר את קביעת כב' ביה"ד האזורי "שעי"ז שרשם על שמה הרי נתן לה את חלקו במתנה". וזה כפי שיבואר להלן:

כב' הדר"ג שליט"א רואה מחלוקת בין "חלקת מחוקק" (סי' צ"ט סק"ז) לבין מש"כ "שלטי גבורים" פ"ח דכתובות. ולענ"ד דברי "חלקת מחוקק" ברורים ופשוטים בטעמם, ואין מי שיחלוק עליהם.

"חלקת מחוקק" מרחיב את דברי "בית שמואל" שכתב (בסי' קנ"ד) דבכל אלה שאמרו שם שכופין להוציא פטור מתוס' כתובה שלא כ' לה אלא כשיוציאנה שלא עפ"י תביעתה. ומוסיף החלקת מחוקק דה"ה לענין מתנות שנתן לה.

ונראה שדברי הב"ש והח"מ יסודם בהלכה המבוארת ברמ"א (סי' ע"ז ג) בדינא דמתיבתא שאומרת מ"ע באמתלא מבוררת "כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו". ובאמתלא זו, לאחר שנתבררה לבי"ד התנהגותו הנלוזה, אינה צריכה לא השבעה ולא קבלה בחרם כמבואר בתשו' מהרש"ל (סי' ס"ט):

בנדון זה שהיא אמרה שהוא מאיס עליה מחמת מעשיו הרעים וכו' אין לך מאיס גדול מזה, ומי לא יודה בזה שהוא מאוס ממש ושנוי בעיני אלקים ואדם אף אם היא לא טענה, ק"ו שטענה וכו' בנידו"ד לא משבעינן וכו'.

ואעפי"כ ההלכה בזה שמחזירה "כל מה שנתן או כתב לה". והוא משום שלא כ' לה אדעתא דתיפוק מיניה כמבואר שם בביאור הגר"א.

והרי גם כשעוסק במלאכה בזויה ומסריחה הא דכופין להוציאה הוא מפני שטוענת שמאוס עליה וא"י להזקק לו. א"כ כשם שבשהוא גרם שימאס עליה אעפי"כ חייבת להחזיר המתנות וכן אינה נוטלת כלום ממה שכתב לה, כן בהא דכופין להוציאה כשמאוס עליה בשל התעסקותו.

ובפשטות דברי הב"ש בסי' קנ"ד שבהללו שכופין להוציא מ"מ אין לה תוספת כתובה, קאי על כל המבואר שם בסעיף זה, כולל גם במש"כ הרמ"א שם מהאגודה דברועה זונות י"א שכופין להוציא. וגם ע"ז קאי מש"כ הב"ש דמ"מ תוספת כתובה אין לה. דאל"ה הו"ל לפרושי. וכן קאי ע"ז דברי הח"מ. ואין מקום לחילוק של מעכתר"ה דמאחר שבידו לתקן דרכו ולהתייצב על דרך טוב "בכה"ג לא הפסידה מתנותיה ודינו כמגרש מרצונו. ואף חייב לשלם לה תו"כ".

ולפמש"כ שמקור הדברים ברמ"א בדינא דמתיבתא, הרי שם ג"כ המדובר בכה"ג "שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו", דיכול לתקן דרכו ולהתייצב על דרך טוב, ומ"מ חייבת להחזיר המתנות ומפסידה כל מה שכתב לה. והטעם פשוט כי אף עפ"י שהוא הגורם והוא הפושע והיא אנוסה למאוס בו כיון שהוא מאוס בעיני אלקים ואדם, כלשון המהרש"ל, מ"מ אמדינן לדעתיה שאינו רוצה לתת לה מתנות בכה"ג דלמיפק קאי.

]וצ"ע בדין האגודה הנ"ל בטענה שהוא רועה זונות, שמבואר שם שהוא מצד דרועה זונות יאבד הון וסופו לא יהיה בידו לפרנסה, וא"כ הר"ז כהא דאמתלא מבוררת דסי' ע"ז שהוא ג"כ מצד שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו, ואילו התם נקטינן דאין כופין להוציא, ואילו בהא דאגודה כופין, ואולי מטע"ז נקט הרמ"א בלשון "יש אומרים". ועי' ב"יחכם צבי" סי' קל"ג שפקפק בהא דהאגודה:

שאין דעתי נוחה בטעם זה שיהא נידון ע"ש סופו כבן סורר ומורה דחידוש הוא ולא גמרינן מיניה.

ומ"מ נראה שלהלכה הסכים עמו כדהובא ב"באר היטב" ברועה זונות, "דמוחזק לכך ועומד במרדו".

ועיינתי בס' האגודה וראיתי שמביא שם נימוקים נוספים להא דפסק דכופין אותו להוציא. וז"ל שם בא"ד:

...ופסקתי שאם תביא עדים שהוא כן יוציא ויתן כתובה, אב"ע קרא, אב"ע גמרא, אב"ע סברא.

אב"ע קרא, דכתיב אם תקח נשים על בנותי. אב"ע גמרא דאמרינן הכא והוא דאפשר בסיפוקייהו, ובנידון זה כתיב ורועה זונות יאבד הון. ואב"ע סברא - דגרע מכל הני דפ' המדיר.

ואחרי שפסקתי הכתב שלחו קרובי האשה תשובת הר"מ ז"ל מכתיבת ידו והאריך בו מאד, וכתב כל הני טעמי שכתבתי, וסוף דבריו היכא דאיכא סהדי או שהודה מעצמו, כייפינן ליה להוציא".

עפי״ז נראה שטעם זה שע״י שרועה זונות יאבד ממונו, אינו הנימוק היחיד ולא העיקרי, ועיקר הטעם נראה שהוא משום ״דגרע מכל הני דפ׳ המדיר״, שקפידתה של האשה וקנאתה בירך חברתה נפקת ברא גדולה ביותר, ומשו״כ הוא דכייפינן להוציא. אבל מטעם שמכלה ממונו לחוד באמת אין כופין להוציא. א״כ אין סתירה מהאי דינא לדינא דמתיבתא דסי׳ ע״ז.

ותתורץ בזה גם הערת ״חכם צבי״ הנ״ל ״שיהא נידון ע״ש סופו כבן סורר ומורה״. כי אין זה אלא אחד הנימוקים, והוא מצטרף לשאר הני שנתפרטו כנ״ל.

ועפ״י האמור לא יתכן שיהא מי שחולק על הב״ש והח״מ שדבריהם ברורים ונכונים.

ומש״כ ״שלטי הגבורים״ שבתובעת גירושין כדין ה״ה כמו שגירשה בעלה מרצונו, גם זה נראה שאין בזה חולק כי כן היא גם משמעות דברי הרי״ף עצמם שלא כ׳ הדין דישבע כמה הוציא ויטול אלא במורדת גרידא, וביותר מזה מפורש ברמב״ם (פ׳ כ״ג מאישות ה״י):

> בד״א במגרש אבל האשה שמרדה וכו׳ שלא הקנה לה כדי שתטול ותצא מעצמה.

הרי שכל הדין הוא רק בכה״ג שיוצאת מעצמה, היינו ללא נימוק מוצדק. אבל לא באופן אחר שיציאתה מוצדקת והוא מגרש עפ״י הדין שחייב לגרשה.

ולא כ׳ הרי״ף **שעיקר הדין** ״שמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל״ הוא משום דמתנה יהיב לה, דאם זה מצד מתנה לא היה מקום להבחין אם אכל קימעא או לא. וכן כל השו״ט שבגמרא שם לענין אריס, והחילוק דאמרינן שאם הבעל עצמו אריס יכולה לטעון שהבעל עצמו היה עושה זאת, וכל זה אינו שייך אם נאמר שזוהי מתנה מהבעל לאשתו, דא״כ מה מקום לומר שהאריס אף הוא נותן לה מתנות, וכן מאן יימר לן, גם אם הבעל אריס, שהיה נותן לה מתנת חנם, שמא היה מתנה בפירוש שיקבל שכרו.

אלא זה שאמרו שמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל הוא מטעם אחר. לפי הב״ש ה״ז מצד תקנת חכמים, כשהקנו לו פירות נכסי מלוג הטילו עליו גם חיוב לדאוג למצב תקין של הנכסים, וכלשון המאירי שם: שחכמים תקנו לו פירות ועליו לתקן הנכסים וכו׳. ותקנו בזה שכל הנהנה מנכסים אלה, שעל פי רוב הכנסתו מרובה פי כמה מההשקעה, וע״כ אף שקרה מקרהו שלא הוציא יציאתו, כל שלא בא הדבר מחמת מרד ומעל מצידה, אינו יכול לתבוע כלום. וכך הם דברי הב״ש בנידון (סי׳ פ״ח סקכ״ב):

> מיהו מ״ש בח״מ אם הפועל אכל קצת הפסיד, יש לספק, כי י״ל דדוקא בבעל תקנו חז״ל אם אכל הפסיד, אבל פועל וכו׳ י״ל דאין דינו ממש כבעל.

ובשיטה מקובצת מדברי הראשונים נראה שהוא מצד **אומדן דעת** של הבעל, שהשקיע לא ע״מ לתבוע מהאשה שכרו, אלא להוציא פרי השקעותיו **מהנכסים עצמם.** ז״ל תלמידי רבינו יונה:

> הוציא הרבה ואכל קימעא וכו׳ פירוש אם נפלו לה נכסים נכסי מלוג, הדין הוא שהבעל יעביד השדות כפי מה שצריך כדי שלא יפסדו ושיאכל הוא כל הפירות... שאעפ״י שהוציא הרבה ולא אכל מן הפירות כ״א מעט... אמרינן כי באותו מעט שאכל גילה דעתו **שבעבור שיאכל הוא הפירות** היה עושה, והיה מתכוין להשביחה בשנה זו להוציא עליה הרבה, כדי שיעשה פירות הרבה לשנה האחרת וכו׳.

וע״ש בשם הריטב״א:

> המוציא הוצאות על נכסי אשתו פירוש כל נכסי אשתו בכלל, ואפילו שאין לו בהם כלום שיש לה רשות למכור ולתת לאחרים... לעולם הוא מוחל כשאכל קימעא, דלא שכיח שתתן לאחרים משום איבה, ועדיין הוא מצפה שתמות ויירשנה.

יוצא ברור מכל הנ״ל, שלא מכוח מתנה נחתינן עלה, אלא מפני שההשקעה היתה ע״מ שיקבל בחזרה ע״י אכילת הפירות (אם זה מצד אומדן דעת הבעל שכך היתה כוונתו, ואם מצד שכך תקנו לו חכמים). וע״כ בכל הני גווני שמוציא אותה טרם שנהנה מכל פרי השקעתו, שלא בפשיעתה, בין שזה מצד רצונו גרידא, ובין שזה מצד שמחוייב בזה מכוח הדין, שגם זה כמוציאה מרצונו, וכלשון הרי״ף ״כשהבעל רוצה לגרשה״ (שהכוונה בזה שכיון שחייב ומצוה לקיים דברי חכמים הרי הוא ״רוצה לגרשה״) אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, כי ע״מ כן הוציא מה שהוציא. והרי זה כמי שנכנס לעיסקא, שיתכן גם לפעמים שיפסיד, שע״מ כן נכנס לעסק, ואינו דומה למתנה שאינה ע״מ לקבל תמורה, וע״כ אמדינן לדעתיה שלא היתה אלא ע״מ למיקם קמיה. וכ״ז במוציאה שלא בפשיעתה. משא״כ במורדת, שהיא מפקיעה ממנו בפשיעתה את זכותו באכילת הפירות, בזה הן אם נאמר שהוא מצד תקנת חכמים והן שנאמר שהוא מצד אומדן דעתו, ודאי בזה ל״ש להפסידו מה שהשקיע, דבכה״ג ודאי לא תקנו חכמים. וכן הוא עצמו לא ע״ד כן השקיע, שתפקיע ממנו זכותו בפשיעתה.

והא דכ׳ הרי״ף שבמורדת בין שאכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול ״דלא יהא אלא מתנה אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה וכו״ אינו אלא לרווחא דמילתא, וכלשונו ״דלא יהא אלא מתנה״. והיינו, שגם אם היינו רואים השקעתו בנכסים כמתנה, ג״כ יכול לתבוע חזרה, ומכל שכן בהא שאי״ז מתנה כלל אלא השקעה ע״מ לחזור ולהוציא, ובפשיעתה נמנע ממנו.

וכל זה במורדת דוקא. משא״כ כשחייב להוציא מדינא, ודאי דגם להרי״ף איבד מה שהוציא כשאכל קימעא, כי ע״מ כן השקיע, ומזלו גרם שאינו יכול ליהנות באופן מלא מפרי השקעתו, ואלה הם דברי ״שלטי הגבורים״ שכו״ע מודים בזה, ואין כאן שיטה חלוקה על הרי״ף.

ואיני רואה גם ש״תורת אמת״ חולק ע״ז, כי דבריו קאו במגרשה מחמת מרדה. ובזה לחלק יצא בין שכתבו עליה אגרת מרד דחל בה דין מורדת, לבין שלא הגיעו הדברים לידי כך. ואם אמנם היו ביניהם קטטות ומריבות, ומחמת זה

הוא מגרשה, אך עכ״פ עדיין לא חל בה דין מורדת כנדרש עפ״י התנאים בהלכה, ואז נחשב כמגרש מרצונו, דאין מי שמחייבו לגרשה. ע״כ אינה חייבת להחזיר המתנות, דלא גרע מהא דמוציאה כשסרחה תחתיו דסי׳ צ״ט, שמ״מ נקטינן שמתנתו מתנה.

מכל הנ״ל יוצא שבנידו״ד שאמנם אם מצד ההוכחות על התנהגות המערער נראה שיש מספיק הוכחות להגדרתו כרועה זונות, שכנ״ל נ׳ דלהלכה נקטינן שבהוחזק אי״צ התראות נוספות, ודינו פסוק עפ״י ס׳ האגודה ותשובת הר״מ שהובאה בדבריו, שכופין להוציא ויתן כתובה, מ״מ גם בכה״ג רשאי לתבוע החזרת המתנות.

אכן כל זה, אם היה באמת מוכיח שנתן לה מתנה, ואילו בנידו״ד אין בידו הוכחות מספיקות, ע״כ הנכסים בחזקת האשה, וכפי שרשומים על שמה. יש איפוא לדחות הערעור.

סימן מח : בעל רועה זונות

לפנינו ערעור וערעור-נגדי על פסק הדין של כב׳ ביה״ד האזורי תל-אביב מיום כ״ו תשל״ט (תיק לו8292/) בו נפסק כדלהלן:

״א. לאור טענות האשה שהן חמורות ודברי העדות שהובא בפני ביה״ד, אין ביה״ד נענה לבקשת הבעל לחייב האשה שתחזור לשלום. אבל מאידך גיסא כל העדויות וההוכחות אינן די מספיקות שנוכל לפסוק שהבעל חייב לגרש את אשתו. ובפרט שרוב העדויות מדברות על הזמן שלאחר נטישת הבית ע״י האשה. שלדעת הבעל עצם מצב זה מרשה לו כאילו לחיות ולבלות בצורה שבחר בה ואינו מרגיש שנוהג זה חיבל, בצורה הרצינית ביותר, במאמציו לשלום, שיתכן והיו כנים ואמיתיים.

ב. לאור החלטתה הנחושה של האשה שלא להשלים עם בעלה, לא נראה לביה״ד שאי פעם ישרור שלום בביתם, וברור שמצב זה אסור לו שימשך כי זה דבר המחבל בנפש הילדים בצורה החמורה ביותר ומרבה סבל לצדדים ללא הצדקה. לכן דעת ביה״ד שעליהם להתגרש מיד וללא דחוי ועליהם לבוא לידי הסדר בענינים הכספיים.

ג. שתי הבנות ישארו בהחזקתה של האשה. כלכלתם וענייני ראיית הילדים וקבלתם ישאר כפי שכבר נפסק ע״י ביה״ד וזאת עד להחלטה אחרת״.

הערעור הוגש מטעם האשה ע״י בא כוחה, והערעור הנגדי ע״י ב״כ הבעל. הערעור מטעם האשה הוא על שלשה עניינים. והם: א. לחייב המשיב במתן גט פיטורין; ב. לחייב את המשיב בתשלום מזונות הבנות, ולשאר הוצאותיהן בסך 4,000.- ל״י לחודש צמודות; ג. לקבוע את הבקורים של המשיב עם הבנות אחד לשבוע ושבת אחת לשבועיים לסרוגין, וכן תובעת הוצאות המשפט.

הערעור הנגדי נסב על חיוב המזונות של הבנות שיש לחייב האשה להשתתף במזונותיהן מדין צדקה. כן תובע הוצאות המשפט.

שמענו טענות הצדדים, ואחר העיון בתיק של ביה״ד האזורי אנו בדעה שצודקת האשה באשר לסעיף א׳ של פסק הדין לפיו נדחתה תביעת האשה לגירושין. ביה״ד בנימוקיו לדחיית תביעת הגירושין כותב (בסעיף א׳ המובא לעיל): ״כל העדויות וההוכחות אינן די מספיקות שנוכל לפסוק וכו״. אך גם אם ״רוב העדויות״ מדברות על קשריו עם נשים שונות ובילוייו בבתי מלון שונים ובדרכים אחרות עם נשים שונות אחרי שאשתו נטשתו, הרי ישנן גם מספיק עדויות שלא הוכחשו שאף בהיותם יחד היה מבלה ואף מזמין הביתה נשים מפוקפקות ומבלה אתן. וכן היה נוהג לחזור הביתה בשעות הלילה המאוחרות, ולטענת האשה, גם היה נוהג באותה שעה באלימות כשהיתה מעירה לו על התנהגותו זו.

יתר על כן, לפי עדות אחד העדים, האיש היה שקוע בחובות והיה נוהג לתת משכונות על חובותיו והיו גם מקרי שערוריות של נושים שבאו לתבוע חובותיהם. דבר שניתן גם הוא להיות מוסבר על ידי הוצאותיו על הנשים הללו. והרי זוהי ההתנהגות שמביא הרמ״א בשו״ע סי׳ קנ״ד:

מי שהיה רועה זונות ואשתו קובלת עליו, אם יש עדים בדבר או שהודה י״א שכופין אותו לגרש.

וה״אגודה״, שממנו מקור הדברים, כותב בזה:

ופסקתי שאם תביא עדים שהוא כן, יוציא ויתן כתובה. איבעית אימא קרא איבעית אימא גמרא ואיבעית אימא סברא. קרא דכתיב אם תקח נשים על בנותי. ואיבעית אימא גמרא דאמרינן והוא דאפשר בסיפוקייהו. ובנדון זה כתיב ורועה זונות יאבד הון. ואיבעית סברא דגרע מכל הני דפרק המדיר.

וכפי שנראה בנידון דידן אכן נתקיים בו ממש האמור ״יאבד הון״, שנכנס בחובות ומתקשה בפרעונם. ואם כי האשה עובדת ומרויחה למזונותיה, מכל מקום אין ערובה שתוכל להתמיד בעבודה, והרי מעיקר הדין הוא חייב במזונות אשתו, וכן חייב הוא במזונות הבנות.

עוד קיים כאן הנימוק הראשון שבאגודה, שהוא מצד עצם העובדא שאין אשה מסכימה שידבק באחרות (ועי׳ מש״כ בזה בפסד״ר כרך ה׳ עמ׳ 280, שכנראה שהוא הנימוק העיקרי). ומכל שכן שמצד החרם דרבינו גרשום ואף מטעם המנהג בארץ שיש לישא רק אשה אחת, ודאי אשה שנשאת לא על דעת כן נשאה. ולטענות האשה זו היתה הסיבה העיקרית לעזיבתה את הבית, וזה נוסף על טענתה בדבר התנהגותו האלימה של הבעל.

ואם כי ה״חכם צבי״ (סי׳ קל״ג) מעלה, שמסתבר שבכגון דא צריך התראה, נראה שאין זה אלא בזנות על דרך מקרה, ולא כן בנידון דידן, שמתמיד באיוולתו. וגם אחר שהאשה עזבתו ועברה לבית הוריה - דבר שיכול להחשב כהתראה, ואף יותר מזה, - המשיך בדרכו הנילוזה, ובמקום לפייס את אשתו, ולהבטיח שלא יחזור על התנהגותו

www.eretzhemdah.org

ולהוכיח זאת בפועל, חזר על קיאו, ועוד הצדיק את עצמו בזה, כי על כן שרוי הוא בלי אשה, כאילו עובדא זו שהוא עצמו גרם לה, מאשרת את דרכו להיות שונה בחטא.

על פי כל האמור נראה שיש מקום לחייב בג"פ. וזה נוסף על טענת האשה שהתנהגות זו המאיסה אותו עליה, שזו טענת מאיס עליה באמתלה ברורה שבכגון דא זה יצטרף כסניף נוסף לנימוקו של ה"אגודה".

אשר לסעיף ב' של פסק הדין בגובה מזונות שהאב חוייב בו, והאשה תובעת הגדלתם, אני מסכים למה שכתב בנידון הגר"מ אליהו שליט"א לקבל הערעור ולדחות הערעור-הנגדי, והוא הדין גם באשר לקבלת הילדים לרשות האב.

סימן מט : הוצאת שם רע בעילת גירושין

הנדון שלפנינו: ערעור מצד אשה על פס"ד של ביה"ד האזורי חיפה הדוחה תביעתה נגד בעלה למזונות ולשלום בית ולמתן צו עיכוב יציאה מן הארץ. בהצעת פסק הדין בדעת הרוב נאמר:

"בנוגע לנימוק הראשון כבר נאמר וכו' וזל"ש: "כל הלעז שהוציא קרה אחרי שמרדה בו ועזבה אותו, ולכן אף שקיי"ל אם הבעל אסר להשאיל כליו לשכניו שחייב לגרשה משום שמוציא ש"ר בשכניה, זהו מטעם שבזמן תקופת חייהם המשותפים אינו מתנהג אתה כשורה וכו', לא כן בנ"ד שאם האשה תשוב ותשלים אתו הרי הכל על מקומו יבא בשלום. ובשלטי הגבורים וכו' אם הבעל קורא לאשתו זונה מתוך מריבה אין מחייבים לגרשה אא"כ התרו בו קודם, שאם ימשיך להוציא עליה ש"ר יחוייב לגרשה... ועי' רדב"ז סי' אלף רכ"ח".

ובכן במקרה אשר לפנינו - מכתבי ההשמצה שנכתבו ע"י האשה לא שולחו בזמן שהשלום שרר במעונם וכו' וכו' ויש להניח שאם הבעל ישוב לנווהו והשלום יכון בביתם, אף האשה תחדל להשמיץ והשם-רע ישאר רק נחלת העבר בלבד, ואין לנו שבכיו"ב תחוייב האשה לקבל גט, או שזה ישמש כנימוק לפטור הבעל מחיוביו כלפי אשתו".

לפנינו בגמרא (כתובות דף ע"ב ע"א): "המדיר את אשתו שלא תשאיל וכו' יוציא ויתן כתובה מפני שמשיאה ש"ר בשכנותיה וכו'".

ובתוס' שם (ד"ה המדיר): "תימא ... ואיהו לא מצי לאדורה אא"כ תלה בתשמיש, וא"כ לשמואל למה יוציא לאלתר, ותשאל ותאסר לב"ה שבת אחת, וי"ל... כגון שאסר על עצמו הנאת שאלתה וכו'".

פירשו התוס', כיון דסתמא נאמר "יוציא" משמעותו יוציא לאלתר. והוא עפ"י משמעות הגמרא לעיל (ע"א ע"א) דפריך אדשמואל דיהיב זמן גם בנודר סתם מהני שנאמר בהם יוציא, וכדדייק בלח"מ פי"ג מאישות הי"ג.

ואילו בדעת הרמב"ם פי' הה"מ דגם בהא דהדירה שלא תשאל ולא תשאיל וכן בהדירה שלא תלך לבית האבל ובית המשתה ממתינים לו ל' יום שיוכל להתיר נדרו, כמו בהדירה מליהנות לו ושלא תטעום מכל הפירות (פי"ב מאישות הכ"ג-כ"ד).

ואעפ"י שלא נזכר בהללו זמן ל' יום, צ"ל דהרמב"ם משוה זאת למדיר מליהנות לו שאמרו שם בגמרא בטעמא דמילתא (ע' ע"ב): "עד ל' יום לא שמעי בה אינשי ולא זילא בה מילתא, טפי שמעי בה אינשי וזילא בה מילתא", וס"ל לרמב"ם שגם בזה לא יוודע עדיין הדבר בין השכנים כי יתלו זאת במקרה שהוא, משא"כ לאחר ל'.

וכבר הובאה מחלוקת זו בביאור הגמרא הנ"ל בשט"מ שם בין הרשב"א לריב"ש עי"ש, דהריב"ש דייק "דהא כל היכא דאמרינן יוציא ויתן כתובה, לאלתר משמע וכו'".

עי"ש בשט"מ אמתני' שלא תלך לבית האבל (ע"א ע"ב):

הקשה הר"י ן' מיגאש ז"ל מאי טעמא לא קא יהיב בה שיעורא כדקא יהיב בהמדיר את אשתו שלא תלך לבית אביה. ותירץ דלא דמי הא להא... אבל לגבי בית האבל או בית המשתה, כיון דאפשר דהוי האי חודש אבל או משתה לאינשי, ולא קא אזלה לגביה, הוי איהי נמי כי הוי לה אבל או משתה, ואף לבתר החודש - לא אזלי גבה הנך נשי, דלא אזלה איהי לגבייהו בהך חודש, ונמצא שנעל בפניה.

ובשו"ע פסק בזה שלא כדעת הרמב"ם (סי' ע"ב ס"ג):

אסר הבעל כלי שכניו עליו או כליו על שכניו וכו' יוציא מיד ויתן כתובה, ואם אמר הוא קונם תשמישך עלי אם תשאל מהם כלי או תשאילם, אי אפשר לה וכו' ויוציא לאחר ז' ימים וכו'.

וזהו כתוס הנ"ל שבאוסר הכלים עצמם אין נותנים זמן, ואם תלה נדרו בתשמיש נותנים זמן כמי שהדירה מתשמיש.

הנה לפנינו, לדעת התוס' ואידך ראשונים דקיי"ל כוותייהו "יוציא לאלתר", ולא מהני מה שיתיר נדרו כלל, ואפילו תוך זמן קצר ביותר, דהרי ממה שכ' הרמב"ם "יתיר נדרו" דייק הה"מ דלא ס"ל כהתוס', אלא שנותנים לו זמן מסויים, והיינו ל' יום, אעפ"י שלא נזכר מזה ברמב"ם כלל, כי לפי התוס' אין מחכים לו כלל, ואפילו אם מוכן להתיר נדרו מיד (ועי' או"ש שם, ולענ"ד השיג על הה"מ שלא כדת).

ואפילו לדעת הרמב"ם שנותנים לו זמן ל' יום, מ"מ לאחר שעבר זמן זה, אפילו יום א' ול"מ מה שיתיר נדרו אחר זמן זה של ל' יום, וכמבואר ברמב"ם לענין מדירה בהנאתו (פי"ב הכ"ג):

המדיר את אשתו מליהנות לו בין שפירש עד זמן פלוני, בין שלא פירש אלא סתם, ממתינים לו ל' יום, אם תמו ימי נדרו או שלא תמו והתיר נדרו הרי זה מוטב ואם לאו - יוציא ויתן כתובה.

הרי שרק אם הנדר תם בל׳ יום או שמתיר נדרו תוך זמן של ל׳ יום, אבל יותר מזה היינו שאמנם התיר נדרו לאחר ל׳ יום, או שנדר רק לל״א יום, אעפ״י שידוע שלאחר ל״א יום תם הנדר, מ״מ חיובו להוציא שחל עליו אינו נפקע שוב, כי מה שהתנהג כלפיה בגרימת שם רע הוא בחינת מעוות לא יוכל לתקון, וכדאסבר לה הר״י ן׳ מיגאש הנ״ל:

כיון דאפשר דהוי האי חודש אבל או משתה לאינשי ולא קא אזלה לגבייהו, הוי איהי נמי כי הוי לה אבל או משתה, ואף לבתר החודש לא אזלי גבה.

וה״ה והוא הטעם בכל השאת ש״ר בין שכנותיה, שש״ר זה רודף אחריה תמיד. ול״ש לומר בזה, שכיון שהש״ר הוא תלוי במצב המריבה שביניהם ואילו אם יחזור השלום לשכון בביתם ״השם רע ישאר רק נחלת העבר בלבד״, כי הנזק שפעל הש״ר בין האנשים אינו ניתן להימחק, וממילא אין גם החובה על הבעל או האשה למחול על זה.

ומש״כ להה״ר משלהה״ג פ׳ החובל הנה שונה קצת הלשון וז״ל שלהה״ג שם:

הקורא לאשתו זונה במריבה מלקינן ליה ומתרינן ביה דאי קרי זימנא אחריתי יוציאה ויתן כתובתה.

הנה לא נזכר בלשונו ״שאם ימשיך להוציא עליה **שם רע**״. ונראה שאין המדובר כלל שאמר זאת בפומבי בפני אנשים שנדון בזה משום הוצאת שם רע, אלא תוך מריבה בבית, ולא בנוסח של השמצה, כאילו בתור האשמה שיש לה יסוד, אלא בתור עלבון גרידא, ובזה נ׳ שמשוים זאת להא דמקללת (סי׳ קט״ו, ד) דה״ה כשהבעל מבזה אותה, ושם ההלכה ״אם יש עדים שהתרה בה״, דה״ה בנידון זה שהעליב אותה וביזה אותה בשמות מגונים מתרים בו שלא יעשה זאת פעם שני׳ (ועי׳ ביאור הגר״א סי׳ קנ״ד סק״א). אבל אין לכל זה ענין עם הוצאת ש״ר, שזה שייך כשמלעיז עליה בפני אחרים, או כגון שלא תשאיל וכו׳ כנ״ל, כי בדברים שבינו לבינה שייך לומר שיתפייסו, ואז מה שעבר הולך ונשכח. ע״כ שם ההלכה להתרות בהם שלא ימשיכו בזאת, משא״כ בהוצאת ש״ר, וכן במדירה הנאה באופן שהדבר נשמע בין הבריות וזילא בה מילתא, בזה אין דין התראה, ואין גם תקנה בדבר לאחר שכבר נעשה מעשה, אם מיד ואם לאחר ל׳ יום, בכל מקרה ומקרה לפי תנאיו, ולפי הדעות שנאמרו בזה בחז״ל.

ומהאי טעמא אין גם שייכות לנידו״ד דהוצאת ש״ר מהא דהרדב״ז סי׳ אלף רכ״ח כי שם המדובר בבעל שמכה אשתו ושמבזה אותה, ששוב אין נידון אלא מצד דברים שבינו לבינה ויחס הבעל אל האשה, אעפ״י שמצד א׳ זה יותר חמור ממה שמונעה מללכת לבית אביה או לבית האבל וכו׳, מפני שמצערה בגופה, כמש״כ במיוחסות סי׳ ק״ב והו״ד בב״י סוס״י ע״ד ובביאור הגר״א סי׳ קנ״ד סק״י, הרי מאידך - זה קל יותר, לאחר שחוזר בו, דכל כה״ג ע״י שמפסיק מעשיו ומתפייס וינהוג כאורח גוברין יהודאין, יהא הכל נשכח. משא״כ בש״ר שיצאו הדברים מתחום שבינו לבינה, בזה המעשה שנעשה אינו יכול לבא על תיקונו ע״י שיתפייסו ביניהם, ויכולים לתבוע גירושין, כפי שנקבעה ההלכה בזה. [ועי׳ חיד׳ הגרע״א כתובות דף ע״א ע״א ד״ה המדיר את אשתו מתשמיש וכו׳ ק״ל הא אפשר להמתין יותר, דהא ממילא תצטרך להמתין אחר גירושין ג׳ חדשים מלהנשא משום הבחנה, וא״כ יכתוב לה גט מיד וימתין לה ג׳ חדשים, ואם לא ימצא פתח יתן לה גט ותהא מותרת להנשא מיד, ושמואל לשיטתיה דס״ל בגיטין י״ח דהג׳ חדשים מונים משעת כתיבת הגט, ולא מפסדת כלום בהמתנת ג׳ חדשים עכ״ל.

ובענייי לא הבנתי ד״ק, דא״כ עדיפא הו״ל לאקשויי **אליבא דכו״ע** דאמאי אם אסרה בתשמיש יותר מז׳ ימים (או ב׳ שבתות לב״ש) יוציא ויתן כתובה, ומה תרויח מזה, הרי אם יגרשנה תצטרך לחכות מלהנשא עד ג״ח, והוא לא אסרה עליו אלא זמן קצר מזה?

אלא שביאור הדברים הוא, שכל האוסר עליה יותר מהזמן של ז׳ ימים, הרי שברצונו לצערה, וחושבת שמסני סני לה (כהא דמישתק שתיק, ע״א ע״ב), ושוב אינה יכולה לגור אצלו כלל. ואין זה מצד עצם הצער של מניעת תשמיש, שכאילו טענתה היא שתלך ותינשא לאחר, דהרי כמה וכמה נשי איכא שאינן ממהרות לינשא, אלא שכל עיקר הטענה היא מצד שזה מגלה את יחס הבעל אליה. ואין ענין לזה כלל ממה שהיא מעוכבת להינשא עד לאחר ג׳ חדשים. וצ״ע].

אולם לענ״ד יש לדון בזה מטעם אחר. והוא עפי״מ שהביא בבאר היטב (סי׳ קט״ו סקי״ד) לענין מקללת, וז״ל:

ודוקא על מגן, אבל אם מכה לה או מצערה הרבה, אין אדם נתפס על צערו, ואינה מפסדת כתובתה, מהראד״ב סי׳ נ״ג.

ויסוד דברים אלה בעיקרם, הרי הם ברמ״א סי׳ קנ״ד ס״ג ומקורם במיוחסות סי׳ ק״ב והו״ד בב״י סו״ס ע״ד שנשאל:

על בעל המכה את אשתו וכו׳ והוא טוען שמקללתו בפניו, והיא מכחישתו והשיב שאין לבעל להכות ולענות אשתו, דלחיים ניתנה ולא לצער. ואם טען שהיא מקללתו, בי״ד חוקרים מהשכנים מי הגורם, ואם הוא מכה ומצער שלא כדין והיא בורחת - הדין עמה וכו׳. אבל אם מקללתו חנם הדין עמו, שהרי מן היוצאות שלא בכתובה היא.

הרי מבואר שאעפ״י שהמדובר במקללת שהיא מן היוצאות בלא כתובה, מ״מ אין זה אלא **במקללתו חנם**, אבל אם הוא הגורם ע״י שמכה אותה אין עליה טענה, והוא מטעם שכ׳ בבאה״ט הנ״ל כי ״אין אדם נתפס על צערו״.

א״כ מזה נלמד גם לענין הבא בטענה של הוצאת ש״ר, שאם הוא הגורם, וזה בא כתגובה על התנהגותו, אין טענתו כלום כי ״אין אדם נתפס על צערו״.

ולפ״ז נידון דידן, שטענת הבעל על השמצת שמו והוצאת ש״ר עליו ע״י האשה, באה לאחר שנות פירוד, וכן כל המכתבים סובבים על תביעות כספיות שלא מילא הבעל כפי שהיה צריך לעשות, א״כ שייך בזה ללא ספק הטענה של ״אין אדם נתפס על צערו״. ואין זה יכול לשמש נימוק לבעל לחייבה בגט או לפטור הבעל מחיוביו, מאחר שהאשה מצהירה וחוזרת ומצהירה שמוכנה ורוצה בשלום בית.

ומעתה נראה שאין מקום גם לראות הוצאת ש"ר במקרה דנן ואמתלא לטענת מאיס עלי, כיון שהצד השני גרם לכך. הא למה זה דומה? למי שאסר על אשתו להתקשט ולהתרחץ, ואח"כ יבא עליה בטענה שמאוסה היא עליו בגלל לכלוכה וכיעורה...

וע"כ גם אילו יתברר לבי"ד שאין כיום הזה חשד שעיניו נתן באחרת, אין להפסידה מזונותיה, כי טענתו שמאוסה עליו אין בה ממש, מאחר שהוא היה הגורם.

סימן נ : דיור עם קרובות הבעל

לפנינו ערעור על החלטת כב' ביה"ד הרבני האזורי בחיפה מיום כ"ו אב תשל"ז (תיק לז4155/) בה נאמר:

"אחרי שביה"ד עיין במו"מ לצדדים מחליט: אחרי שביה"ד הוציא החלטה ביום י"ח אדר תשל"ז בה לא חייב ביה"ד את הבעל לשכור דירה בנפרד, לאור העובדה שהאשה קיבלה על עצמה לגור עם חמותה, ואחרי שהאשה לא הוכיחה שחמותה ואחות בעלה מציקים לה באופן מיוחד, והיות והאשה עזבה את בית בעלה.

אי לכך ביה"ד אינו פוסק מזונות לאשה, כמבואר באה"ע סי' ע' סעי' יב דאשה שעזבה את בית בעלה, אין לה מזונות ורק אם מביאה ראיה שאינה יכולה לגור שם אז לא הפסידה מזונותיה, וראיה כזו לא הביאה האשה.

להעביר העתק מהחלטה זו לצדדים".

החלטה זו מסתמכת, כאמור בה, על החלטה קודמת של ביה"ד הנ"ל, בתיק לז1631/ מיום י"ח אדר תשל"ז בה נאמר:

"לאחר שביה"ד עיין בטענות הצדדים, ביה"ד בא לידי החלטה כדלהלן: אין בידי ביה"ד לפי-שעה לאור הטיעונים שנשמעו לחייב את הבעל לשכור דירה בנפרד, וזאת לאור העובדה שהאשה קיבלה על עצמה לגור בבית חמותה. עם כל זאת ביה"ד מציין שבאם לאשה הוכחות שהתנהגות החמות כלפי' הנה חריגה ביותר, ביה"ד יחזור וידון לאור עתירה כזו.

הנימוק להחלטת ביה"ד, שללא כל ספק קיבלה האשה על עצמה כל המגרעות הנובעות מחיים משותפים עם חמותה. אך מה שקיבלה על עצמה הינו הסיכון הרגיל, וכפי שדעת "בית-מאיר", הובא ב"פתחי תשובה" סימן ע"ד, שעל זה אין צורך אף בהוכחות, וכפי שדייק מדברי הרמב"ם. אמנם באם המגרעת הינה מעל המודוס המקובל, זכותה שמורה להגיש בקשה בהתאם.

להודיע הצדדים ההחלטה".

ואלו הן העובדות, כפי שמשתקף מטענות הצדדים שבתיקי ביה"ד ומטענותיהם בפנינו:

הצדדים הם בעל ואשה שנישאו כדמו"י בערך לפני שנתיים וחצי. אחר כשנה וחצי מנישואיהם הגישה האשה תביעה לשלום בית ומזונות. וזה לאחר שעזבה את מקום מגוריהם שהיה בחדר בדירה משותפת להם יחד עם אם הבעל ואחותו.

לטענתה, עזבה את הדירה בגלל קשיים במגוריה יחד עם חמותה וגיסתה, כפי שמתברר, היתה לה גם שותפות בעסק (מספרה) יחד עם גיסתה זו, ואף שותפות זו נתפרקה בגלל מריבות. לטענת הבעל, היה מדובר ביניהם בעת הנישואין שמגוריהם יהיו בדירה המשותפת והאשה הסכימה. אין לו אפשרות לעזוב את אמו שהיא אשה חולנית וזקנה, וכן אין משכורתו מאפשרת לו שכירת מקום מגורים נפרד.

האשה מודה אמנם שהסכימה בשעת הנישואין לגור בדירה זו יחד עם חמותה וגיסתה, אולם לדבריה "לא הסכמתי לגור שם כל החיים". יש לה בעיות ע"י המגורים המשותפים, והיא חסרה את הפרטיות של חיי משפחה רגילים, ולא יכלה להמשיך לגור שם, ומעולם לא חייבה עצמה לגור בדרך זו "רק לתקופה של שנה ולא לכל הזמן".

נציין, שמנוסח טענת האשה נראה, שגם לדבריה לא התנתה במפורש שהסכמתה היא רק לזמן, אלא שניתן להבין שאין הסכמה מעין זו ניתנת אלא לתקופה קצרה שלאחר הנישואין "ולא לכל הזמן".

בשעת קיום הדיון שעליו ניתנה ההחלטה שהיא נשוא הערעור, היתה האשה לדבריה בסוף תקופת הריון, ואכן בינתיים נולדה להם בת, אלא שזה אינו נושא לערעור שלפנינו.

בשמיעת ערעור שלפנינו, חזר ב"כ האשה על הטענות שהושמעו בפני ביה"ד האזורי, והוסיף שהאשה מסכימה ומסתפקת בשכירת דירה קטנה וגם אם תהיה בקרבת מקום לדירת אמו, כך שיוכל לבקרה לעתים מזומנות, רק שלא יגורו יחדיו, וכנ"ל, כדי שיוכלו לחיות בשלום ושלוה.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר שבתיק, וזה אשר עלה בידינו:

נדון לראשונה, כשלא היה תנאי מפורש על מקום מגורים משותפים עם חמותה ואחות בעלה. הלכה זו מבוארת בשו"ע (אה"ע סי' ע"ד סעיף י):

היא שאמרה אין רצוני שיבואו לביתי אביך ואמך אחיך ואחיותיך ואיני שוכנת עמהם בחצר אחת מפני שמריעים לי ומציקים לי, שומעים לה.

מלשון זה של המחבר, שהיא כלשונו של הרמב"ם נראה שאין צורך בהוכחות, ודי בטענה בעלמא. אולם ברמ"א שם הוסיף:

ודוקא שנראה לבי"ד שיש ממש בדבריה שהן מריעים לה וגורמין קטטה בינה לבעלה וכו'. ונוהגין להושיב עמהם איש או אשה נאמנים ותדור עמהם עד שיתברר על ידי מי נתגלגל הריב וקטטה.

וכ' ע"ז "בית מאיר" (הו"ד ב"פתחי תשובה" שם);

ברמב"ם לא נזכר כ"א אמו ואחותו, והיינו משום דסובר דמן הסתם נאמנת שמריעין לה. וזה דוקא באמו ואחותו שהן מן הנשים השונאות אותה. אבל הטור והשו"ע אזלי בשיטת הרב המגיד שהביא הרמ"א בהגהה, דדוקא שנראה לבי"ד שיש ממש בדבריה, ולהכי אפילו אביו ואחיו. אולם מסתבר לע"ד דעת הרמב"ם דעל אמו ואחותו סתמא יכולה לטעון.

אכן מהרמ"א שסתם הדברים וקאי על כל דברי המחבר שנקט גם "אמך ואחיותיך" משמע בבירור שנוקט שגם באלו הנשים למרות שסתמן שונאות אותה, גם כן לא סגי באומדנא זו אלא צריך בירור "על ידי מי נתגלגל הריב והקטטה". ואין שומעין לאשה בטענתה, רק לאחר שמוכיחה זאת. וא"כ לכאורה להלכה, זהו ספיקא דדינא, אם יש לפסוק כ"בית מאיר" נגד דעת הרמ"א, שהיא עפ"י תשו' הרי"ף שהובאה ברבינו ירוחם כפי שציין ב"דרכי משה" על הטור, וכ"ה דעת הרב המגיד.

אלא שעצם סברת הרמ"א היא מוקשה מאד לכאורה וכטענת "בית מאיר", שכיוון שהן מהנשים השונאות אותה, לשם מה יש צורך בהוכחה נוספת, וצ"ע לכאורה. והנראה בזה שמזה שסתמן שהן שונאות אותה עדיין אין ראיה שאכן הן הן הגורמות לקטטה, שהרי כשם שהן שונאות אותה, לפי הגדרת חז"ל, כך גם היא שונאתן, אם כי מי שיאמר לנו שהן הגורמות, שמא היא הגורמת לקטטה, ואף תביעתה זו שאינה רוצה שיגורו אתה בחצר, היא מדרכי ההצקה שמציקה להן. על כן יש צורך להושיב ביניהם נאמן שיתברר בשל מי הרעה הזאת "ועל ידי מי נתגלגל הריב והקטטה".

אכן בדעת הרמב"ם שכתב בסתמא "שומעין לה" ומשמע בבירור שאינו מצריך שום בירורים נוספים כדנקט "בית מאיר" בדעתו, ונראה שסובר, שגם אם כך הדבר, והיא המגלגלת הקטטה, כיוון שעל כל פנים הגורם המביא לידי קטטה עם בעלה היא העובדא, שנשים אלו גרות בקרבת מקום עמהם ששנאתן ההדדית שהיא טבעית, כפי שקבעו חז"ל, גורמת לכך, ואשר על כן שומעין לה, שרשות בידה לתבוע מדור שלא יתערבו אחרים עמהם, מאחר שעי"ז נמצא מופר שלום הבית שבינה לבין בעלה, ולחיים ניתנה ולא לצער (כתובות ס"א ע"א), על כן סובר שאין צורך בשום בירורים, וסגי בטענתה שאינה יכולה לדור עמהן.

(ועפי"ז אפשר אולי להבין מה שהטור והמחבר, למרות שנוקטים כהרמב"ם ששומעין לה, הוסיפו שזה גם בטוענת נגד אביו ואחיו, ושלא כ"בית מאיר" שהבין שדברי הרמב"ם הם בדווקא כשטוענת נגד נשים אלה שסתמן שונאות אותה. כי מאחר שלדעה זו גם אם היא המגלגלת הקטטה מ"מ שומעין לה, אם כן טענתה טענה בכל גווני. אכן אין זה מוכרח, וי"ל שלדעת הרמב"ם שבדווקא בנשים אלה ששנאתן ההדדית היא אורחא דמילתא, ולא כן כשבאה בטענה נגד הללו, שבדרך כלל אין שם סיבה לשנאה, א"כ אם היא המגלגלת הקטטה, הרי היא אשה קנטרנית, שאינה יכולה לבא בטרוניא על בעלה בקשר לזה).

ומכל מקום נראה להשוות קצת הדעות. דעד כאן לא ס"ל להרמ"א ואידך דקיימי בשיטה זו שעל האשה להוכיח צדקת טענתה, אלא בגוונא שתובעת הרחקת נשים אלה מביתה, שבזה המבואר בראב"ד בהשגתו על הרמב"ם שכ': "...אבל אם היא באה בגבולן, אין מוציאין אותן בשבילה ממקומן". ולזה מתייחסים דברי הרב המגיד שם, וכן היא השאלה שעליה באה תשובת הרי"ף ברבינו ירוחם: "אם נתקוטטה אשה עם חמותה ולא רצתה לדור עמה... יש מן הדין להוציאן או לא". שבזה דעת הני רבוותא, שיש צורך לברר מי המגלגלת וגורמת הקטטה. מה שאין כן, כשאין האשה תובעת שיידחו מפניה, ואינה אלא דורשת שהבעל יתן לה מדור נפרד, שבזה אין לחשוש שתביעתה זו היא קנטרנית, ובאה רק מתוך רצון לצערו, שהרי אין היא פוגעת בהן, והן במקומן נשארות, ואדרבא היא היא המטלטלת עצמה ממקום למקום. בזה כו"ע מודים לסברת "בית מאיר", שיש לשמוע לה, בטענתה שהגורם לתביעתה לשינוי מקום המגורים, הן נשים אלה מתוך שנאתן לה, וגם אם הקטטה נתגלגלה בשל האשה, מכל מקום העובדא שמציקין ומריעין לה דיה לחייבו לתת לה מדור נפרד, כי טענתה שקשה לה לגור אתן יחד בכפיפה אחת מתקבלת על הדעת שנאמרה בכנות, ואין היא חייבת לסבול, מאחר ששנאתן ההדדית אינה בחינת יוצאת דופן, והיא נחלת רבים.

(ולהלן נברר עוד בע"ה, שגם אם לא נקבל חילוק זה, ונראה זאת כספיקא דדינא, אם הלכה כהמחבר ואידך רבוותא, או כהרמ"א וכל הני דקיימי בשיטה זו, מכל מקום יש לפסוק למעשה כדעת המחבר, שהאשה היא בגדר מוחזק והבעל הוא בדין הממע"ה, ויש לקבל טענתה שאינה יכולה לדור שם מבלי צורך בהוכחות מי המגלגלת הקטטה).

ועתה נעתיק עצמנו לדון באופן שהיתה הסכמה מהאשה לדור יחד עם נשים אלה - כנידון דידן, שגם האשה מודה שבשעתו הסכימה, אלא שטוענת שאין זה הסכמה לכל החיים, וכנ"ל.

בזה לפנינו מש"כ ב"דינא דחיי" (על הסמ"ג מבעל "כנסת הגדולה") וז"ל:

והוי יודע דאם התנו בשעה קידושין שידור חמותה עמה... אין שומעין לה. ודבר זה נלמד משאלה ששאלו לרי"ף ז"ל בלשון הזה אם נתקוטטה אשה עם חמותה ולא רצתה לדור עמה... ולא התנו בשעת קידושין שידורו עמהן, יש מן הדין להוציאן או לא. והרב ז"ל השיב עפ"י שאלתו, ולא אמר דאפילו אם התנו בשעת קידושין יכולה לומר סבורה הייתי לקבל, עכשיו איני יכולה לקבל" (דינא דחיי ח"א לאוין דף פ"ג א' והובא בפסקי דין רבניים ח"א עמ' 214, וח"ד עמ' 138).

אכן גם אם נקבל דיוקו של ה"דינא דחיי", אכתי יש לדון מה דינה של הסכמה סתמית, שלא נאמר בה למשך כמה זמן היא מסכימה, כנידון דידן, שכאמור נראה שאין האשה טוענת שהוסכם על זמן מסויים, רק כאילו שזה צריך להיות מובן מאליו, שאין זה "לעולם".

ונראה שיש לדון ממה שמצינו כיוצא בזה לענין מי שחייב עצמו לזון חבירו. הלכה זו מובאת ברמ״א (חו״מ סי׳ ס׳ ס״ג):

> וי״א דהמקבל עליו לזון חבירו סתם, כל ימי חייו, או כל זמן שצריך משמע. וי״א דאם קיבל עליו לזונו סתם, או יתן לו ק׳ זהובים לשנה, נפטר בשנה אחת מנדרו.

בפשטות נראה, כדנוקטים המפרשים שם, שאלו הן שתי דעות חלוקות; דעה שניה, שהיא דעת הרא״ש, נוקטת שזה ספק על משמעות משך הזמן, וע״כ נקטינן דהמוציא מחבירו עליו הראיה. (ויש גם לומר שאין בלשון זה אלא התחייבות לזונו שעה אחת בלבד, אלא שבמקרה הנידון גילה דעתו למשך שנה לפחות, ממה שאמר ״או יתן ק׳ זהובים לשנה״).

ואילו לדעה ראשונה, שהוא דעת הרשב״א, משמעות לשונו היא שכל זמן שהוא צריך, ואשר על כן יש הבדל לדעה זו, אם זה שהתחייב כלפיו היה עני באותה שעה, שאז מסתבר שחייב למשך זמן שהוא עומד בעניו, ואם נתעשר שוב אינו חייב לזונו, ואם לא היה נצרך בשעת ההתחייבות, סתמא שהיא התחייבות לכל החיים (ע״ש בסמ״ע ובש״ך). ולהלכה יש לנקוט כהרא״ש, וכדין המוציא מחבירו עליו הראיה. גם מצד האי פלוגתא דרבוותא. וב״תומים״ (הובא ב״פתחי תשובה״ שם) העלה שאין כאן מחלוקת, וגם הרשב״א מודה בהתחייבות ממונית דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה. אלא שהרשב״א דן שחייב עצמו מדין נדרי צדקה, דבזה נקטינן סתם נדרים להחמיר. [ונראה מהתומים, שאין המדובר דוקא כשטוען שלא היה במחשבתו להתחייב אלא לזמן של שנה וכיוצא בזה, אלא שבא לפטור עצמו מצד עצם הלשון שאינו ברור, ושעל כן יש לחייבו רק בפחות שבלשון זה, שהרי בהא דאמרינן סתם נדרים להחמיר, המדובר כשאינו אומר שכיוון בלשונו לצד הקולא, שאז הוא נאמן להקל גם בנדרים, כמבואר ביו״ד (ר״ח ס״א). אלא שדנים מצד סתימות לשונו, בזה הוא דאמרינן ספק נדרים להחמיר].

ומעתה עלינו לדון בנידון דידן שהיתה הסכמה סתמית לגור עם חמותה ואחות בעלה, אם נאמר שהתחייבות זו היא לתמיד, או ניתן לפרשה לזמן מצומצם בלבד, וכהא דהמחייב עצמו לזון את חבירו, שמצד המוציא מחבירו עליו הראיה מפרשים לשונו לקולא לנתבע, לשעה אחת או לשנה אחת בלבד וכנ״ל.

ונראה שכל כהאי גוונא שהדבר ספק, אם מקיים הבעל התחייבותו במדור או לא, יש לדון את האשה כמוחזקת והבעל הוא שהוא בגדר המוציא מחבירו עליו הראיה. וזה עפ״י המבואר בגמרא במס׳ כתובות (דף פ״ג ע״ב) על האמור במשנה שם שאם כתב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך, הרי זה אוכל פירות בחייה ואם מתה - יורשה. ופריך בגמרא ותימא ליה מכל מילי סליקת נפשך, אמר אביי יד בעל השטר על התחתונה. ופרש״י וז״ל:

> כל המוציא שטר על המוחזק בדבר, מה שמפורש בשטר יכול לתבוע עליו, ואם השטר סתום מורידים אותו לפחות שבמשמעות השטר. וכאן הבעל בא בתקנת חכמים על נכסי אשתו בג׳ דברים: לאכול פירות ולירש, ואם תמכור מכרה בטל. וזו מוציאה עליו שטר שכתבת לי דין ודברים אין לי בנכסיך, ולשון סילוק הוא זה, והוא יכול לטעון - ודאי לשון סילוק הוא, אבל לא נסתלקתי אלא מפחות שבדברים, וזו היא המכירה, אבל כל זמן שלא תמכור אוכל פירות.

וב״שיטה מקובצת״ שם ד״ה יד בעל השטר על התחתונה:

> וא״ת, הא דיד בעל השטר על תחתונה, היינו משום דבעל השטר הוא המוציא, והכא אדרבא היא הויא מוחזקת? - ותירץ רש״י דהבעל מקרי מוחזק, כיון דזיכו לו חכמים שלשה דברים: לאכול פירות ולירש, ואם תמכור מכרה בטל, והיא באה להוציא מידו זכות זו מכח שטר זה, וידה על התחתונה, כנ״ל.

הרי שבכל מקרה שהחיוב הוא ברור מכוח תקנת חכמים, הרי זה בגדר מוחזק, והבא להוציא הוא בדין המוציא מחבירו עליו הראיה. בנידון דידן שהחיוב במדור הוא ברור, דכל כהאי גוונא שמציקין לה אין זה מדור שהבעל חייב לאשתו, ואינו בא לפטור עצמו אלא מטעם ספק, שמא היה בהסכמתה משום ויתור, הרי לדעת הי״א, דעת הרא״ש (ולדעת ה״תומים״ לכולי עלמא) יש לפרש הסכמתה עפ״י הפחות שבלשונות, וסגי לראות בהסכמתה רק לזמן מצומצם בלבד, ודייניגן בזה על הבעל דין המוציא מחבירו עליו הראיה, כיון שהיא נחשבת המוחזקת מכח ההלכה, שחייב במדור הראוי.

אלא שלכאורה יש עדיין לדון, שאם אמנם כך הדברים לפי תירוצו של אביי בגמרא הנ״ל, אולם יש שם עוד תירוץ של רב אשי שמדייקים מלשון הסילוק שלו - ״בנכסייך - ולא בפירותיהן, בנכסייך - ולא לאחר מיתה״. ובתוס׳ שם ד״ה רב אשי נוקט שרב אשי חולק על אביי, ולא ס״ל הא דיד בעל השטר על התחתונה. וא״כ הרי יש לנקוט כרב אשי דהוא בתראה.

ועי׳ ב״טורי זהב״ (סי׳ צ״ב א) שכ׳ ליישב מה שנראה כסתירה לדעת רב אשי ממה דבכל הש״ס נקטינן דיד בעל השטר על התחתונה. וכתב ה״טורי זהב״ דלא ס״ל לרב אשי חידושו זה של אביי שבכהאי גוונא שהבעל בא מכוח תקנת חכמים נחשב הוא המוחזק והאשה היא המוציאה והמוציא מחבירו עליו הראיה. (ובניגוד לדעת ה״בית חדש״ שכ׳ בדברי התוס׳ הנ״ל שתלמיד טועה כתבו, כי לא יתכן שרב אשי חולק על הנקוט בידינו בפשטות בכל דוכתי דיד בעל השטר על התחתונה). ואם ההלכה כרב אשי, הרי שאין לנו כלל זה של אביי אלא המוחזק בפועל הוא בדין המוחזק, והבא להוציא ממנו הוא בדין המוציא מחבירו עליו הראיה. אך גם אם נאמר כ״טורי זהב״, הנה התוס׳ הניחו שם בקושיא על רב אשי, דלשון המשנה נראה שרק בדיעבד אם מכרה ונתנה קיים, ואילו לרב אשי גם לכתחילה יכולה למכור. וצריך לדחוק דלשון המשנה הוא לאו דוקא.

אולם הן גם להלכה הועתק לשון המשנה. וכן הוא לפנינו בשו״ע (שם סי׳ צ״ב א), ועיי״ש ״בית שמואל״ שהלשון הוא דוקא, ורק אם מכרה מכור, אבל לכתחילה לא תמכור. (ועיי״ש עוד ״בית שמואל״ ס״ק ג׳ שנראה נוקט שרב אשי לא בא לחלוק על אביי אלא מוסיף על דבריו). א״כ גם אם ננקוט כהתוס׳ הנ״ל וכביאור הט״ז, לא נקטינן להלכה כרב

אשי, וזה אולי מפני שלפיו לשון המשנה דחוק וכנ״ל, מכוח קושית התוס׳, או אולי דס״ל דרב אשי לא בא לחלוק על אביי אלא להוסיף על דבריו (וכ״ביה שמואל״ הנ״ל). עכ״פ ברור שלהלכה נקטינן כאביי, שכל שבא לטעון נגד תקנת חכמים הוא בגדר המוציא מחבירו עליו הראיה, אף על פי שבפועל הוא מוחזק בממון.

א״כ בנידון דידן יש לנו לפרש הסכמתה לפי הפחות ביותר, ואם אמנם לא ניתן לפרש שהסכמתה היא ליום אחד או חודש אחד בלבד, כי על זה לא שייך תנאים והסכמה, ומכל מקום למשך זמן של שנה - כטענת האשה, ודאי שניתן לפרש הסכמתה, וכעין שמצינו לענין לשאת בעול במסי העיר: ״כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר? - י״ב חודש״ (בבא בתרא ז׳ ע״ב). הרי ששיעור זה של י״ב חודש נחשב לדירת קבע. ועל כן, אף שלא נתפרש בשעה שהוסכם ביניהם לכמה זמן הסכמתה מחייבת, מספיק לפרש הסכמתה למשך שנה בלבד. ואין לדון בזה לאחר שעבר זמן זה מצד הסכמתה, רק מצד ההלכה הכללית, המפורשת בסי׳ ע״ד הנ״ל, ובזה הרי כנ״ל בכהאי גוונא שאינה תובעת הרחקתן של הנשים מן הבית, אלא היא המוכנה לעזוב, ותובעת מדור כפי התחייבותו, הדין עמה.

ונוסיף עוד, שלפי מה שהסקנו, שבכל מקרה של ספק אם נפטר מתקנת חכמים או לא, יד הבא מכוח תקנת חכמים על העליונה והבא לפטור עצמו הוא שנחשב למוציא שעליו הראיה. א״כ גם אם לא נרד לחילוק האמור לעיל בין שתובעת הרחקת הנשים הללו, לבין שתובעת מדור לעצמה, ונראה שהדבר עדיין תלוי במחלוקת, אם כהמחבר בשו״ע, עפ״י דעת הרמב״ם, ואף כהרמ״א עפ״י דעת הרב המגיד שמקורו ברי״ף, ואף אם לא נקבל הכרעת ״בית מאיר״ להלכה כהרמב״ם, עכ״פ הן מידי ספק לא יצא; וגם אם אינו אלא ספק, הרי יש לראות האשה כמוחזקת כיוון שבאה מכח תקנת חכמים. והבעל כמי שבא להוציא, ודייניו ביה המוציא מחבירו עליו הראיה. וא״כ אין ביד הבעל להכריח האשה לדור עם חמותה ואחותו, מבלי צורך שתוכיח שהן הן המצירות ומריעות לה. ויש עליו חיוב להעמיד לרשותה מדור בנפרד מנשים אלה. (ועיין עוד ב״פסקי דין רבניים״, ח״א עמ׳ 201 ואילך אריכות גדולה ענין המנהג בענין זה).

מסקנא דמילתא:

אף על פי שהאשה הסכימה בשעת הקידושין והנישואין לדור יחד עם חמותה ואחות בעלה, כל שלא נתפרש במפורש אורך הזמן, יש לפרש הסכמתה לזמן הפחות ביותר, שהוא שנה אחת. וכל שעברה שנה, הרשות ביד האשה לתבוע מדור בנפרד, ושומעין לטענתה בזה כשטוענת שמציקין לה ומריעין לה, אף אם אינה מוכיחה שלא היא המגלגלת הקטטה. ואם כן בנידון דידן שכבר עברה למעלה משנה מזמן הנשואין, (ונוסף על זה נולד תינוק, וזה גם משמש גורם מכביד בבית מגורים משותף), טענת האשה למדור בנפרד מתקבלת, והבעל חייב להעמיד לרשותה דירה נפרדת. וכל עוד אין הוא עושה כן, עזיבתה את הדירה המשותפת מוצדקת וחייב במזונותיה בכל מקום שהיא.

בהתאם לכל הנ״ל אנו פוסקים:

א. הערעור מתקבל, והבעל חייב לשכור דירה על מנת שיגור שם עם אשתו ובתם בשלום ושלוה.

ב. כל עוד אין הבעל ממלא האמור בסעיף א׳ הבעל חייב במזונות אשתו, למרות עזיבתה את מקום מגוריהם הקודם שהיה יחד עם חמותה ואחות בעלה.

ג. התיק מוחזר בזה לכבי ביה״ד האזורי בחיפה על מנת לקבוע את גובה המזונות לאשה שחייב בהם, בהתאם לצרכי האשה והכנסות הבעל.

ד. עד לקביעת ביה״ד את גובה המזונות, כאמור בסעיף ג׳, אנו פוסקים לאשה מזונות זמניים.

סימן נא:חלוקת הנכסים עם הגירושין

זהו ערעור על פסק דין של כבי ביה״ד האזורי לתל אביב מיום כ״א כסלו תשל״ז תיקים: לג11235/, לד10579/, בו נפסק כדלהלן:

א. אחרי שלדעת שני הצדדים פניהם לגירושין, ואף האשה מודה שלאור המסיבות והפירוד המוחלט הנמשך שנים, אין באפשרותה להכריח בעלה שישלים וגם היא מוכנה להתגרש, לכן דעת ביה״ד, שלא נראה כל סיכוי לשלום ביניהם, ועל הצדדים להתגרש מיד ללא דיחוי, ובפרט שהבעל טרם הוליד ילדים. אף שדבר זה אינו מטרידו, וגם לא טיפלו בזה ויתכן שגם אחרי הגירושין לא ישא אשה בת בנים, בכ״ז דעת ביה״ד שעליו לקיים מצוה כהלכתה ולהתגרש כד״ת.

ב. אשר למניות החברה ג. בע״מ הרשומים רק ע״ש האשה ואפילו אם נקבל טענות הבעל על השקעותיו ברכישת חלק ממניות אלו, אבל עצם הדבר שרשם רק ע״ש האשה, מקנה לה הזכות על בעלות המניות האלו.

ג. בקשר לדירת המגורים שהיתה רשומה בעת הנישואין רק ע״ש האשה וכעבור מספר שנים העבירה מחצית הדירה ע״ש הבעל, לא הוכחה טענתה שכאילו הבעל הבטיח לה כתמורה רישום ביתו גם על שמה, אף שלא נראית לביה״ד טענתו שכאילו נתן לאשה ״תמורה״ על קבלת חלק בדירתה, ואין הגיון בזה שזוג שלכל אחד רכוש משלו רק צד אחד יעביר רכושו לצד שני, בכ״ז אין הוכחה ברורה שנוכל להפקיע חלק הבעל בדירה, אבל זכות ראשונה לאשה ברכישת חלקו של הבעל ואם האשה לא תקנה החלק של הבעל, הזכות לבעל לקנות חלק האשה, או שהדירה תימכר והצדדים יתחלקו בשוה בכסף שיתקבל מהמכירה.

ד. כל צד שיקנה חלקו של השני, תיחשב הדירה כפנויה לצורך חשבון המחיר שעליו לשלם, והמחיר ייקבע ע״י ב״כ הצדדים בדרכים המקובלות במקרה כזה.

ה. לאור זה נופלת טענת האשה שכאילו היא שותפת בתמורה שהתקבלה ממכירת הבית שהיה רשום רק על שם הבעל, דהיינו המכונית שנרכשה בחלק מהכספים האלו, לכן המכונית הרשומה ע״ש הבעל תישאר בבעלות הבעל.

ו. אשר לרהיטי הבית, "הפער" בטענותיהם גדול. בזמן שלדברי הבעל הוא השקיע הרבה כספים בזה, ולדברי האשה בזמן הנישואין היה כבר קיים החלק העיקרי של הריהוט, ידון ביה"ד בזה בדיון האמור לקמן, בסעיף י'.

ז. ואשר לטענת האשה על משיכת הבעל כספים רבים מהחשבון המשותף בבנק, הרי שכפי שצויין כבר לעיל, רוב הכספים שנמשכו הם מכספים שהוכנסו ע"י הצדדים, גם אחרי שהבעל משך מהם סכומים נכבדים, ולמרות זה הכניסה האשה עוד כספים לחשבון המשותף ואף על משיכות הבעל שיש מקום לטענתה בזה, טוען הבעל שהוא היה זה שהכניס הכספים לבנק, לכן אין ביה"ד יכול לחייב הבעל בהחזרתם מבלי כל הוכחה שהיו שייכים לאשה, או שלפי הדין היו שייכים לה, ולא היו מעשי ידיה ששייכים לבעל אם היה זן אשתו בזמן ההוא.

ח. ואשר לטענת האשה בקשר למטבע זר שנעלמו מהבית, הרי שגם לדבריה לא טענה טענת ברי שהבעל לקחם, והבעל מכחיש מכל וכל שיש לו קשר לזה, אין לחייב הבעל בהחזרתם, או כל דבר שיכול לחייב הנתבע כשהוא כופר הכל.

ט. הבעל חייב לשלם לאשה את כתובתה, נוסף לזה עליו לשלם לאשה את הכספים שהאשה נתנה לבעל לפדיון המשכנתא על הבית שלו, ושהיה בסכום של אלפיים וארבע מאות ל"י, ולביה"ד לא ברור מה היה שווי הבית בזמן פדיון המשכנתא, ומה היה אחוז של הסכום הנ"ל בשיווי הבית, ועל הבעל להחזיר את אחוז השווי מתוך העשרים וחמש אלף שקיבל ממכירת הדירה הזאת. ועל הצדדים לנהל מו"מ בזה. ואם לא יבואו לידי הסכם בזה, יחליט ביה"ד על הסכום שעל הבעל לתת לאשה.

י. קובעים תאריך לדיון ביום שלישי י"א אדר תשל"ז (1.3.77) שעה 10.30 ועל האשה להביא כתובתה.

יא. להעביר פס"ד זה לב"כ הצדדים וזה ישמש להם כהזמנה לדין.

השתלשלות הענינים עד להוצאת פסק הדין נשוא הערעור מפורטת בפסק הדין.

בערעור שהוגש ע"י ב"כ האשה נטען הן על קביעת ביה"ד שמאחר שלדעת ביה"ד לא נראה כל סיכוי לשלום, "על הצדדים להתגרש מיד ללא דיחוי" (סעיף א' מפסה"ד), והן באשר לסעיף ג' וד' של פסה"ד בקשר לדירת המגורים, לפיו הוכרה זכות הבעל על מחצית הדירה שהועברה על ידי האשה על שם שניהם לאחר הנישואין. כמו כן נשמעו טענות באשר לסעיפים ז'-ט' של פסק הדין, כפי שמובא להלן.

אחר העיון בטענות הצדדים ובחומר שבתיקים דעתנו היא כדלהלן:

א.

לא נתערב בשיקול דעת כב' ביה"ד שדן בדבר, שאין נראה כל סיכוי לשלום בית ושאף האשה, למרות שהגישה בשעתה תביעה לשלום בית הגיעה למסקנא זו בהגישה אח"כ תביעת גירושין מצידה היא. תביעה זו האחרונה שלא נאמר בה שהיא לחילופין, וכן דברי בא כוחה, כרשום בפרטיכל מיום ב' ניסן תשל"ה, ש"גם האשה השכילה להבין שצריכים להתגרש", אכן מוכיחים בעליל כמסקנת ביה"ד הנ"ל. ועל כן צודק כב' ביה"ד שלא ראה את התביעה לשלום בית, שניסה ב"כ האשה לעורר מחדש, כראויה לדיון כיון שהיא בבחינת "אטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן" (ב"ק ע"ט ע"ב).

ברם מאחר שהאשה וב"כ הצהירו במפורש בהמשך הדיונים שחוזרת מתביעת הגירושין, אין אנו רואים שיש מקום למה שנאמר בסעיף א' של פסה"ד "שעל הצדדים להתגרש מיד ללא דיחוי". לפי תנאי הנידון, ראוי הוא אמנם שהצדדים יתגרשו, אולם אין לחייב האשה לקבל ג"פ.

ב.

ואשר לסעיף ג'. ביה"ד קובע שלא נראית טענת הבעל "שכאילו נתן לה תמורה על קבלת חלק בדירתה". ואף אנו בדעה זו, שהרי הריהוט שלפי דבריו קנה, אין לראות בו שום תמורה, שאם גם נכונה טענתו בזה, דבר שהוא כשלעצמו שנוי במחלוקת בין הצדדים, וכפי שנקבע בפסה"ד (סעיף ו') ביה"ד ידון בדבר, מכל מקום היה בשימוש הבעל לא פחות משימושה של האשה, ואף הבעלות על הריהוט לא הועברה לאשה, א"כ איך יתכן לראות זאת כתמורה, והרי הבעל חייב במדור האשה, והריהוט הוא חלק מתנאי הדיור. יש לראות איפוא את העברת הדירה שהיתה לפני הנישואין של האשה - על שם שניהם, כמתנה מצד האשה, גם אם לא נקבל את טענת האשה, שלא הוכחה, שהיה מדובר מפורש שהבעל יעביר מצדו את הדירה שהיתה שלו בשעת הנישואין, אף היא על שם שניהם, מה שלא בוצע, ודין מתנה שהאשה נותנת לבעל אחר הנישואין, כשהוא בא להוציאה, עליו להחזירה לאשה, כי לא נתנה על מנת למיפק.

דבר זה יוצא ברור ממה שכ' בס' "מקור ברוך" והובאו דבריו ב"באר היטב" לסי' ע"ז (סעיף י') שגם במורדת שטוענת מאיס עלי דין המתנות שנתנה האשה כדין נכסי צאן ברזל, שאם תפסה תפסה (לדעת הי"א שבסי' ט"ז ס"ב, ברמ"א). [וסברתו נראית, אעפ"י שלכאורה אין זה דומה לנכסי צאן ברזל, שהללו ניתנו מעיקרא בתנאי מפורש שאם יגרשנה חייב להחזירם לה. שהרי זה שנפסק בזה (לדעת הי"א שהביא הרמ"א) שאם תפסה בלאותיה קיימים - תפסה, ואין מוציאים מידה, הוא מפני שענין זה, אם הפסידה או לא הפסידה בלאותיה הקיימים, הוא במחלוקת בגמרא, ובעיא דלא איפשטא. והרי גם מאן דאמר שלא הפסידה בלאותיה הקיימים ומוציאים גם מיד הבעל המוחזק, אינו מפני שרואים כאילו מגרשה מרצונו ויוזמתו, שאם כן היה לומר לדעה זו שעליו להחזיר גם מה שכילה מנכסי הצאן ברזל. אלא ע"כ כל עיקר שלא הפסידה הוא מפני שאמדינן לדעתה שלא הכניסה לו אדעתא למיפק, ואעפ"י שהמרידה היא מצידה. וזה רק באשר למה שעדיין קיים מנכסיה. מה שאין כן במה שכילה הבעל, ואנו באים להוציא ממנו, קיימת סברא הפוכה, שעל דעת שתמרוד ותצא ממנו שלא ברצונו, לא התחייב.

וכיון שכן, שלא מכוח התנאים המפורשים אתינן עלה, אלא מכוח האומדנא, שעל מנת למיפק לא הכניסה לו, אומדנא זו הרי קיימת שפיר גם כלפי מתנות שנתנה האשה לבעל ללא כל תנאי במשך הנישואין, שלא נתנתם על מנת למיפק, ע״כ פוסק ״מקור ברוך״ שדין מתנות אלה הוא כדין בלאות הקיימים שבנכסי צאן ברזל].

ודון מינה, שכל זה כשהיא המורדת, שבזה נשאר הדבר ספק שלא הוכרע בגמרא, גם באשר לנכסי צאן ברזל, וע״כ רק אם תפסה תפסה, אבל אין מוציאים מידי הבעל. אבל בנידון שהבעל תובע הגירושין, ואין סיבה מספקת להיענות לתביעתו, בזה פשוט שגם מה שבידו עליו להחזיר, כי על מנת למיפק לא נתנה לו. והרי זה בדומה למ״ש במורדת שכל המתנות שנתן לה הבעל עליה להחזיר.

וכל זה לפי האמור ב״מקור ברוך״. אך במאירי מבואר שדין המתנות שהאשה נותנת להחזירם לה גם במורדת דמאיס עלי. שכן מבואר בדבריו בסוגיא דמורדת ״שאם תפסה בלאותיה תפסה. וכן מחזיר לה מה שנתנה לו במתנה, שלא נתנה לו על דעת כן״ (עי״ש בדבריו והערת המו״ל). הרי שרואה כוח האשה עדיף במתנות שנתנה לו אחר הנישואין מאשר נכסי צאן ברזל, שהדין להחזירם לה, אעפ״י שהם בידי הבעל, א״כ מכל שכן וק״ו, כשיוצאת ממנו במרידת הבעל ומרצונו ויוזמתו.

ונראה שהחזרת המתנות לאשה בכה״ג, אינו תלוי במתן הג״פ בפועל, בדומה למה שתפסה בלאותיה, שאינה מחזירתם, גם אם הבעל מעכב את מתן הגט, שהטעם שעל מנת למיפק לא נתנה, קיים במצב שקשרי האישות אינם קיימים בפועל. וכש״כ בנידון שהמרידה היא מצד הבעל (ועי׳ ״שבות יעקב״ ח״א סי׳ ק״ח נידון דינא דמתיבתא כשעוד לא נתגרשה).

אלא שלכאורה אין זו דעה מוסכמת אליבא דכו״ע. כי בתשו׳ מהר״א מזרחי סי׳ ט״ז שהובאה ב״חתם סופר״ (אה״ע א, סי׳ קמ״א, וצוטטה ב״פתחי תשובה״ סי׳ צ״ט סק״ז) כתב בענין מתנות שנתנה האשה או קרוביה לבעל ״אפי׳ אם מגרשה לדעתו בלי שסרחה עליו הכל שלו, ומייתי לה בק״ו דנותן לאשה מסתמא דעתו למיקם קמיה אפ״ה זכתה במתנה, מכש״כ מתנות שנתנום לחתן דמשום אקרובי דעתיה הוא דודאי הם שלו״. והעיר בזה ״חתם סופר״ ״ולא היה צריך לק״ו כי פשוט הוא מאותו טעם שכ׳ הגאונים דאטו מאן דיהיב מתנה למאן דרחים, ערבא שקיל שיהיה אוהבו לעולם וה״נ דכוותיה, אפי׳ נושא היום ומגרש למחר הכל שלו״.

אך נראה שאין מזה סתירה למה שכ׳ המאירי. כי הדברים אמורים שם במתנות שניתנו לבעל בזמן האירוסין והנישואין, ובזה גם סובבים דבריו של ״חתם סופר״ שמסיק על פי הנ״ל:

> לכן דעתי מה שנוהגים ליתן להחתן חלוק לבן שלובשו בימים נוראים שקוראים קיטע״ל וגם טלית של יו״ט, שאינו צריך להחזיר כשמגרש אשתו, שכן הם דבריו של מהר״א מזרחי בנידון, במתנות דחתנא, דאיכא למיתלינהו משום איקרובי דעתא, אי נמי משום מנהגא **דאי אפשר בלא מתנות אי לא יהיב ליה מידי יתבטל חיתונה לגמרי**. ואנן סהדי, דמשום חיבת חיתון גמר והקנה.

הרי ברור שרק במתנות שבזמן החיתון הדברים אמורים, ״דאי אפשר בלא מתנות״, דבזה יש ״אנן סהדי״. אבל לא במה שנותנת האשה לבעלה במשך הנישואין דלא שייך הני טעמי, בפרט כמו בנידון דידן שנתנה לו חצי דירתה, דאנן סהדי שאין לך שום אשה שתתן לבעלה חצי דירת מגוריה, ולהיות תלויה בו שיגרשנה, ותצטרך לשלם לו דמי דירתה או ישליכנה לרחוב. ובזה נראה דתתיישב גם הערת ״חתם סופר״ שלא הי׳ צריך לק״ו. וכן כ׳ שם דאי מצד הק״ו, ״הק״ו הנ״ל פריכא הוא כיון שהוא מוציאה שלא לרצונה״.

אכן י״ל בכוונת המהר״א מזרחי, דודאי אין לדון בזה ק״ו ממש, כיון שמוציאה שלא לרצונה, ועכ״פ הדבר בידו תלוי, שאם לא ירצה לא יגרשנה.

אלא שכוונתו להשוות וללמוד בק״ו על שעת החיתון שאז מנהג העולם לתת מתנות ו״אי לא יהיב ליה מידי יתבטל חיתונה לגמרי״. בכגון דא עכ״פ אפשר ללמוד בק״ו שודאי ניתן על דעת שלא להחזיר.

אכן אכתי קשה לתאם לזה מש״כ ב״מקור ברוך״ הנ״ל. שהרי דבריו סובבים גם הם על מה שהאשה נתנה בזמן השידוכים.

ואולי המדובר שם במקום שאין רגילות שהאשה תתן מתנות, רק אבי האשה. (וצע״ק שהדברים סתומים ולא העיר בזה לא ״באר היטב״ ואף לא ״פתחי תשובה״ על אתר).

עכ״פ דברי המאירי ברורים ומפורשים לפנינו. וכאמור אין הם נסתרים ממש״כ המהר״א מזרחי, כי דבריו מתיחסים רק על מתנות שנותנים בשעת החיתון, וכפי המנהג המקובל. ואינו ענין למה שהאשה נותנת לבעל זמן רב אחר הנישואין. (וק״ו אין כאן כנ״ל, שכן אין יציאתה ממנו בג״פ תלויה ברצונה).

ואם כן נידון שלנו, שהאשה העבירה את חצי הדירה של מגוריהם על שם הבעל, זמן רב אחר הנישואין, אינו ענין למה שהעלה המהר״א מזרחי ובהסתמך עליו - ״חתם סופר״. ויש לדון בו עפמש״כ במאירי, וק״ו ממה שכ׳ בנידונו, וכנ״ל, שדין מתנה זו להחזירה לאשה, שלא נתנה לו על דעת כן שיוציאנה.

ג.

אשר לטענת האשה שנתנה סכום כסף לפדיון המשכנתא שהיה על הבית שלו, שלדבריה היה מדובר על מנת שיעביר חציו על שמה, ובמקום זה מכר את הבית וקנה בחלק מן הכסף מכונית, ואשר ע״כ יש לזכותה בשותפות במכונית.

עצם טענתה באשר לבית שלו לא הוכחה, ואילו מכירת הבית וקניית המכונית היו גם לפי טענת האשה, שלא בהסכמתה. אין איפוא שום יסוד לזכותה בחלק מהמכונית. ולו גם יהא כדבריה שהשתמש בכסף הפדיון שלא ברשות, ואף אם נראה את השימוש בכסף זה כגזל, אין הגזלן משלם אלא כשעת הגזילה.

[היה מקום לדון על החלק בפדיון הדירה כפי שזיכוה כב' ביה"ד בפסה"ד (סעיף ט') אולם לא ניכנס לסוגיא זו, מאחר שלא בא בערעור ע"ז מצד הבעל].

כן אין אנו רואים ממש בטענה על העלם סכום כסף בדולרים שהיה בבית לפי טענת האשה, וזה היה ודאי על ידי הבעל, מהנימוק שנתפרש בפסה"ד, וגם משום שעיקר הטענה על העלמות הכסף עלה בפני בי"ד על ידי הבעל דוקא, (פרטיכל מיום א' ניסן תשל"ה עמ' ב'): ב"כ הבעל - בבית היה עשרת אלפים דולר והיא הוציאה מהבית. וכו' האשה מכחישה את סכום הדולרים, ומודה על 0572 דולר, וזה נעלם, נראה שהוא לקח. "אני לא לקחתי". (לא ברור אם מלים האחרונות הוא המשך דברי האשה, או שהיא תשובת הבעל).

מנוסח הדברים הללו נראה שאז לא עלה על דעת האשה להעלות זאת כתביעה נגד הבעל, אדרבא הבעל הוא שהזכיר לראשונה את ענין הדולרים כתביעה נגדה, והאשה אמרה דבריה כהתגוננות.

לא נוכל להתערב גם במה שפסק כב' ביה"ד בענין הבעלות על המניות והכספים שבבנק, שפסקו מדין ספק המוציא מחבירו עליו הראיה.

עפ"י כל הנ"ל אנו פוסקים:

א. אין האשה חייבת לקבל ג"פ, אלא א"כ יבואו לידי הסכמה, וסעיף א' של פסה"ד נשוא הערעור בטל.

ב. כן מתבטלים סעיפים ג' וד' מפסה"ד נשוא הערעור, ועל הבעל להחזיר לאשה את החלק שנתנה לו בדירתה, ורישום חצי דירת האשה שנרשם במשרד ספרי האחוזה על שם הבעל בטל, והאשה רשאית וזכאית להחזיר רישום כל הדירה על שמה בלבד.

ג. שאר הסעיפים שבפסק הדין שרירים וקיימים.

סימן נב: מתנות הנשואין וקנין הטאבו

לפנינו ערעור על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי לת"א מיום י"ד אד"א תשל"ח (תיק לז7210/ -פורסם בפד"ר כרך י"א עמוד 116), האומר:

"א. הצדדים יתגרשו בג"פ כד"ת בהתאם להסכמתם.

ב. דירת המגורים הרשומה על שם שניהם תחולק ביניהם בחלקים שוים המשכנתא תשולם ע"י שניהם שוה בשוה.

ג. אין לחייב את הבעל במזונות האשה".

הערעור הוגש ע"י האשה ונסב על סעיפים ב' וג' של פסה"ד.

גוף העובדות, כפי שסוכמו ע"י אחד הדיינים עם מתן הנימוקים לפסה"ד, הם כדלהלן:

"הצדדים נישאו בתאריך 17.6.75 בתאריך ו' אדר תשל"ז הגיש הבעל תביעת גירושין שבה כרך את ענין המזונות. טענתו היתה כי האשה מסרבת לקיים עמו יחסי אישות. בתאריך כ"א אדר תשל"ז הגישה האשה תביעת מזונות. על טענתו של הבעל השיבה, כי הבעל חסר כוח גברא ואינו מסוגל לקיים יחסי אישות. לביסוס טענתה הציגה האשה אישור רפואי של ד"ר אוקסהורן, המאשר כי קרום הבתולים שלם. האישור ניתן ב22.4.77- הבעל הציג תעודה מד"ר לוונטל (מתאריך 11.11.77) שבה נאמר כי "הבעל בריא לחלוטין מבחינת אפשרות קיום יחסי מין ומסוגל לקיים יחסי מין ואינו אימפוטנט וכן מסוגל להפרות אשה".

בית הדין לא נכנס לבירור הסוגיה הרפואית ותעודות הרופאים, משום שהצדדים הסכימו כבר בישיבה הראשונה להתגרש. סלע המחלוקת המעכב את הגירושין היא דירת הזוג הרשומה ע"ש שניהם. לטענתה של האשה נרכשה הדירה כולה ע"י אבי האשה, במחיר 130,000 ל"י ומשכנתא 40,000 ל"י, ואילו הבעל תרם רק את הוצאות החתונה (שנערכה באולם "גן-אורנים") הבעל טען כי ניתן על ידו סכום של 45-40 אלף ל"י במזומן ו13,200- ל"י ששולם על ידו ע"ח המשכנתא. לדבריו, נוצרה קופה משותפת שממנה מומנה הדירה והחתונה. אולם גם הוא מודה שרוב הסכום ניתן ע"י הורי האשה.

הבעל דורש את מחצית הדירה בנימוקים אלו: א) יצירת ה"קופה המשותפת" היא בבחינת "השותפים שהטילו לכיס" שמבואר בשו"ע חו"מ (סי' קע"ו סעיף ה') שהריוח הוא בשוה, ולא לפי ההשקעה; ב) החוזה והרישום בטאבו שנעשו ע"ש שניהם, מהווה מתנה מצידה של האשה על חציה של הדירה, בפרט שהרישום בטאבו נעשה כשנה וחצי אחר הנישואין.

ב"כ האשה מתנגד לתת לבעל כל חלק בדירה, כאמור לעיל. נוסף לכך הגישה האשה תביעות שונות למזונות, לצו מניעה ולהחזרת חפצים.

עד כאן העובדות העיקריות שבתיק.

הנימוקים לפסה"ד ניתנו ע"י שנים מהדיינים, ותוכנם ניתן בזה.

כותב האחד:

דוחה טענות הבעל על יצירת "קופה משותפת" של בני הזוג שרווחיה מתחלקים בשוה; קובע שהרישום בטאבו מהווה קנין, ואין לראות במקרה דנן את הרישום כאילו נעשה רק למראית עין; קובע שיש לקבל טענת הבעל, שאעפ"י שלא הושקע על ידו ברכישת הדירה רק סכום מצומצם (על גודל הסכום יש, כאמור, הכחשות בין הצדדים) מכל מקום מאחר שהרישום בטאבו נעשה על שם שניהם, יש לראות את זה כמתנה

לבעל מטעם אבי האשה, וכלשונו: ״רכישת הדירה ע״י הורי הכלה בלבד ורישום מחציתה ע״ש החתן, הוא חזיון נפרץ המהווה חלק מהסכם הנישואין״.

השאלה העיקרית שיש לדון בה היא, אם המתנה הזאת חוזרת לאשה אגב הגירושין, מאחר שניתנה לצורך הנישואין, ובגירושין מתפרק קשר זה, או שמא אינה חוזרת, כיון שלא נאמר בה שום תנאי.

להכרעה בנידון מביא תשו׳ ה״חתם סופר״ (אבה״ע, ח״א, עמ׳ קמ״א) הפוסק שמתנות שהחתן מקבל אינן חוזרות, אפילו אם מגרשה שלא בסיבת האשה. ורק אם נתגלה שעצם המתנה היתה בטעות, כגון שהיתה אסורה עליו, וכל כיוצא בזה אז המתנה בטילה.

ועל פי זה דן בנידון דידן, שאם כטענות האשה שאין לו גבורת אנשים, הרי זה כטעות בעצם המתנה, והיא בטלה. אולם מאחר ויש בנקודה זו הכחשה בין הצדדים, ולטענת הבעל, הגורם היתה דוקא האשה, ולפי זה הן לא היתה טעות בשעת מתן המתנה, על כן היא קיימת, כפי פסקו של ה״חתם סופר״ הנ״ל. ומכיון שהדבר נתון בספק, אין להוציא מיד הבעל המוחזק.

עוד הביא מתשובות המבי״ט (ח״א, סי׳ כ״ט) שהעלה בענין חזרת מתנות הנישואין באלמנות או בגירושין:

״אם הם מתנות שמשמשים לשניהם נראה שאם הם מקרוביה תקח אותם בלי שומא״.

ומאידך כתב בתשובה אחרת (ח״ב, סי׳ פ׳):

״שגם כלי תשמיש הבית שניתנו מאבי הכלה לבעל, שאפי׳ נתנום קרובי האשה, מ״מ הכל שלו. וכו׳. אבל בסי׳ כ״ט מיירי בדברים המיוחדים לו ולה, כגון טבעת שיכול הוא לשומו על אצבעו וגם היא, ואולי גם מצעות המטה החשובים שעושים לשניהם ממש... בזה תליא אם קרובותיה נותנים הם שלה ואינם נישומים״.

ולפי דברי האמת הללו, הרי נידון שלנו שאבי האשה שילם עבור הדירה שתהא רשומה על שם שניהם, הרי זה בגדר מתנה ״בדברים המיוחדים לו ולה״, כהא דסי׳ כ״ט של המבי״ט. ושלא כמו ״כלי הבית הנקראים על שם הבעל״, אעפ״י ששניהם משתמשים בזה. ובזה הרי הכריע המבי״ט שהם שלה באלמנות וגירושין.

״דכל שאינו תכשיט לה על הסתם הוא מתנה לחתן על הכלה שישתמשו שניהם בו בבית, והרי הוא ככל כלי הבית שהם שלו״.

ועמד ב״כנסת הגדולה״, והובאו דבריו גם ב״באר היטב״ (סי׳ צ״ט), שדברי המבי״ט סתרי אהדדי. ועל פי זה מסיק בנימוקים הנ״ל:

״ברור איפוא, שמספק לא נוכל להוציא מן הבעל״.

מוסיף דיין השני בנימוקיו, שנידוננו עדיף מהא דה״חתם סופר״, שהרי לפי טענת הבעל היא הגורמת, ונמצא כאילו מוציאה שלא לרצונו. ואעפ״י שהאשה מכחישתו, ולטענתה הוא הגורם, מכל מקום מספק אין להוציא מידי הבעל המוחזק.

כן הוא מעיר כי:

״קשה מאד לבא כאן בטענת אדעתא למיפק לא נתנה לו, שהרי רשמו חצי הדירה בטאבו על שמו, כעבור שנה וחצי מהנישואין, ולדבריה כבר נוכחה אז שאין לו כוח גברא, ובכל זאת רשמו הדירה גם על שמו והדבר אומר דרשני״.

על סמך כל הנ״ל נפסק בפסה״ד על חלוקת הדירה חלק כחלק. אף תביעת המזונות של האשה נדחתה, מכיון שהבעל מוכן לגרשה והאשה ״אינה עמו״.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר שבתיקים, וזה אשר עלה בידינו.

הנה כפי שראינו מנימוקי הדיינים, הפסיקה שהבעל זוכה במחצית הדירה שנרשמה על שמו היא מצד הספק שלא הוכרע בטענות הצדדים המכחישים זה את זה, וכדין המוציא מחברו עליו הראיה. אולם, לפי זה, הן היה צורך לברר במידת האפשר, את נכונות הטענות, מה שלא נעשה, כפי שמציין בראשית דבריו אחד הדיינים: ״בית הדין לא נכנס לבירור הסוגיה הרפואית ותעודות הרופאים״ (וכפי שהעיר במאמר מוסגר, התעודה הרפואית שהציג הבעל מעוררת פקפוקים) משום שהצדדים הסכימו כבר בישיבה הראשונה להתגרש.

אך, הרי ״מהסוגיה הרפואית ותעודות הרופאים״ יש תוצאות לענין הבעלות על הדירה. ואם כן, היה צורך לברר ענין זה גם אם הצדדים מסכימים לעצם הגירושין. ולפי הפרוטוקול וכן בסיכומי ב״כ האשה הועלה הצורך בבדיקת התיק הרפואי של הבעל שנמצא בתחנה לבריאות הנפש, כפי שצוין שם. אולם ביה״ד משום מה התעלם מזה. וכן לא הוזמן הרופא שהוציא התעודה הרפואית של הבעל לצורך חקירה. ואף אם היה מתברר שאין קיימת אפשרות לבא לידי בירור אמיתות הטענות, כי אז הרי על כל פנים עסק שבועה ביניהם, ואם לפי ראות עיני הדיינים אין מן הראוי להטיל שבועה, היה צריך לפשר, כמקובל במקרים מעין אלה.

ובאשר לדיון בסתירה שבשתי תשובות המבי״ט בנידון מתנות שניתנו מצד קרובי האשה, שגם בזה מסתמך פסה״ד נשוא הערעור שמטעם זה יש לראות הדבר כספק ויש לזכות את הבעל מספק מצד שהוא מוחזק.

הנה לפנינו תשובת ה״חתם סופר״ (אבה״ע, סי׳ קמ״ט, והוי״ד ב״פתחי תשובה״ סי׳ צ״ט), בהם מיישב את מה שנראה כסתירה לכאורה:

דלק״מ בשנעיין בטעם הדבר שכ׳ סי׳ פ׳ שיהיה שלו משום שהם ככלי הבית שנקראים על שם הבעל וע״ש שכ׳ כן בפירוש, וכו׳. נראה מזה, אעפ״י ששניהם משתמשים אין זה נקרא תשמיש שניהם, כי גם כל אוכלי שולחנו

משתמשים בו... והכל לכבודו נקרא על שמו, והו״ל המתוקן לבעל, שאפי׳ נתנום קרובי האשה, מ״מ הכל שלו, וכו׳. אבל בסי׳ כ״ט מיירי בדברים המיוחדים לו ולה, כגון טבעת שיכול הוא לשומו על אצבעו וגם היא, ואולי גם מצעות המטה החשובים שעושים לשניהם ממש... בזה תליא אם קרובותיה נותנים הם שלה ואינם נישומים.

ולפי דברי האמת הללו, הרי נידון שלנו שאבי האשה שילם עבור הדירה שתהא רשומה על שם שניהם, הרי זה בגדר מתנה ״בדברים המיוחדים לו ולה״ כהא דסי׳ כ״ט של המבי״ט ושלא כמו כלי הבית הנקראים ״על שם הבעל״ אעפ״י ששניהם משתמשים בזה. ובזה הרי הכריע המבי״ט שהם שלה באלמנות וגירושין.

אך כל זה לפי דרך האמור בנימוקי פסה״ד בהתיחסות לדברי המבי״ט. אולם יש לדחות, כי עד כאן לא אמר המבי״ט אלא באופן שהגירושין לא באו בגרמת האשה. מה שאין כן בנידון דידן, שלפי טענות הבעל, האשה היא הגורמת, ובזה הן כבר העלו שיש לזכות את הבעל מספק מדין מוחזק.

ושוב לפי זה חוזרים הדברים שנאמרו לעיל, שטרם נקבע זכאות הבעל שאינה אלא מכוח ספק והמוציא מחברו עליו הראיה, יש לעשות הכל בכדי לברר את נכונות הטענות ההדדיות.

ברם, האמת נראית, שבנידון דידן, אין לזכות הבעל אפילו לפי טענתו. כי לפי תאורו, נמנעה האשה מלהזקק לו בגלל שהיתה מתאוננת תדיר על כאבי ראש ועייפות וכו׳. ובסיכומי הבעל, בהסבירו את הסיבה על המנעותו מלתבוע גירושין במשך זמן של שנתים מאז הנישואין בעוד שלדבריו התחילו ״הסיכסוכים מיד בירח הדבש״ שהרי מודה שלא בא עליה אפילו ביאה ראשונה, שאין חולק שהיא עדיין בבתוליה, מפני:

שהרי אצל האשה זו בעיה פסיכולוגית ולכן ציפה שהזמן יעשה את שלו (סוף עמוד 1 של סיכומי התובע).

ונוסיף, גם אנו, שגם אם נכונה טענת הבעל, שהעיכוב היה מצד האשה שסירבה להזקק לו, הרי ודאי שלא היה זה במרד ובמעל, כיון שזה התחיל מיד עם הכלולות ״מיד בירח הדבש״. והרי אין טוען שהנישואין היו בכפיה, והכל יודעים כלה וכו׳ ומניעת עונה עינוי מקרי. ואם אכן סירבה האשה כבר מראשית הנישואין ממש, בהכרח שיש כאן גורמים פסיכולוגיים או גופניים שהביאוה לזה. ואם אמנם זה גופא מום יקרא, מכל מקום דין מורדת אין לה, ושייך כל כהאי גוונא סברת המבי״ט במה שפסק בסי׳ כ״ט שמה שניתן לשניהם בדוקא, ונקרא על שם שניהם, כל שניתן ע״י קרובי האשה, כשבא לגרשה נוטלתם בלי שומא. כי על דעת כן ניתנו, ששניהם יוכלו ליהנות מזה בתור בעל ואשה, וכל שנפרדת החבילה, אין בכוונת הנותן לזכות את הבעל בכל מאומה, וחוזרת המתנה והיא רק לאשה.

[בנימוקים הנ״ל מביא עוד מה שהבאנו בפסק דין (סי׳ נא) מהמאירי, שגם במורדת נוטלת כל מה שנתנה לו, ותמה בזה והשאיר המאירי בצ״ע, ואם כי מקום אתנו להסביר המאירי אין כאן מקומו. ואין המאירי זקוק לסניגורין מאתנו.

אולם, לא מצינו דבריו של המאירי אלא במתנות שהאשה עצמה נותנת לבעלה, שבזה הוא שאמר שעל מנת למיפק לא נתנה, אפילו כשהיא הגורמת (שהרי דרך איש ישר בעיניו, ולדעתה ודאי צודקת היא במרידתה). ולא כן, בקרובי האשה שנתנו לבעל מתנות, בעוד שחיו בשלום ושלוה, וכסברת הגאונים דשדרו ממתיבתא. ע״כ אין הנידון שלנו שייך למאירי, דהכא המתנה היא מאבי האשה, ולא היא שנתנה לבעל].

עוד העיר בנימוקים כנ״ל, דקשה לקבל טענת האשה, שהרי ההעברה בטאבו נעשתה כשנה וחצי אחר הנישואין, כשכבר היה ברור לאשה, לפי טענתה, שאין לו כוח גברא. אך איך שלא יהיה, הן התנהגות זו לא תוסבר. כי לפי העובדות הם חיו כבר בפירוד באותה שעה, והוציאה אותו, לטענת הבעל עצמו מחדר המטות, אם כן התמיה במקומה, האם במצב זה מתקבל על הדעת מתן מתנות, ולא בסכומים מזערים, מהאשה לבעל. על כרחך אתה אומר, שהואיל וזכרון הדברים נעשה עוד לפני החתונה ע״ש שניהם, והתחייבות הקבלן בהתאם לזה היתה להעביר בטאבו ע״ש שניהם, לא היתה דרך אחרת בפני האשה כי אם לבצע בטאבו את ההעברה כפי שנכתב בזכרון הדברים. אין איפוא לראות בזה מתנה שבאותה שעה של הרשימה בטאבו, אלא כהמשך הכרחי של הפעולה הקודמת, תוך מחשבה של התדיינות בין הצדדים יותר מאוחר.

זאת ועוד, ב״חתם סופר״ סי׳ קמ״א הנ״ל כתב לענין מתנות הבעל לאשה:

אומדנא הוא שלא נתן לה מתנות אלא משום חיבת ביאה שלה. ועל יסוד זה כל הדיונים שם, בגוונא שהיתה ביאה אסורה, וכן ביאה שהיא סכנה לו שבזה מסופק בגוונא שלא ידע מזה בשעת ביאה דשמא ״בשעת בעילה ראשונה לא ידע מזה כלום, היתה חביבה בעיניו וגמר והקנה״.

שמענו מזה, שאותו דין שנאמר לענין תוספת כתובה, שלא כתב לה אלא משום חיבת ביאה (סי׳ ס״א) הוא הדין כל מתנות שניתן לה אגב נישואיה דייניגן להו באותו גדר.

והנה שם דן ומקיש לזה מתנות הניתנים לבעל:

ונלמוד מהא דגם מה שכתב גבי בעל שכל מתנות הם שלו, ואפי׳ מגרשה מרצונו ממחרת יום חופתו מ״מ היינו דוקא אם לא יתגלה בבירור שכבר היתה שנואה בעיניו קודם לכן וכו׳ כיון דבשעת מעשה הי׳ שונאה אין כאן מתנה לפי האומדנא.

ומעתה נידון גם אנו, דכל כהאי גוונא שלא היתה חיבת ביאה, כשם שלגבי האשה מתנות שניתנו לה חוזרות, כמו תוספת כתובה, כן מתנות שניתנו לבעל, רק מצד חיבת ביאה ניתנו, ולא בגוונא שלא היתה חיבת ביאה. וכמו שכתוב (סנהדרין כ״ב ע״ב) אין אשה כורתת ברית אלא למי שעשאה כלי.

והנה בנידוננו, שאין חולק שלא היתה השרת בתולים, אם כן לא היתה אפילו הכנסת עטרה כדין הערה כדכתבו התוס׳ מדיוק הגמרא סנהדרין דף ע״ג ע״ב, שבהערה יש השרת בתולים (תוס׳ שם, ד״ה מאונא ויבמות דף נ״ט, ד״ה

אלא ועיין עוד באריכות ב"נודע ביהודה" תנינא סי' כ"ג) וכיון שכן הרי לא היתה כאן ביאה וממילא אין גם חיבת ביאה (וכזאת כתב ב"כ הבעל עצמו בטענותיו לפוטרו מטעם זה מתוספת כתובתה). ובכהאי גוונא אין לה תוספת כתובה ומתנות שקיבלה חוזרות. ואם כן הוא הדין מתנות שקיבל החתן, שכנ"ל משווה ה"חתם סופר" זה לזה, שאין המתנות נקנות לו אלא כשהיתה חיבת ביאה.

אכן יש לומר, דעד כאן לא אמרינן שהכל תלוי בחיבת ביאה, אין זה אלא במתנות שהחתן והכלה נותנים זה לזו, דבזה בביאה תליא, וכל שאין חיבת ביאה איכא אומדנא דלא על מנת כן ניתנו, מה שאין כן מתנות של קרובי החתן והכלה, הן ניתנו מצד עצם הנישואין ולא תלוי בחיבת ביאה כלל (ואם כי מה"חתם סופר" משמע דאינו מבדיל בין מתנות שבינם לבין עצמם בין מתנות הקרובים, אך אין זה מוכרח).

ועיין עוד ב"פתחי תשובה" סי' ס"א סק"ז שהביא מס' "משפטים ישרים", שאם לא היתה חופה הראויה לביאה מצד גורמי חולי דבזה ודאי אין חופה קונה. א"כ נראה שבכהאי גוונא ודאי מתנות הקרובים הן מצד החתן והן מצד הכלה, חוזרות, שלא ניתנו אלא בגלל נישואיהם, ואילו בכהאי גוונא אין כאן גדר נישואין כלל, והוי אומדנא שלא על מנת כן ניתנו.

ואם אמנם ה"שער המלך" תמה עליו, אבל ב"פתחי תשובה" שם הוכיח שגם דעת הרמ"א היא כן להלכה שכל כהאי גוונא שאינה ראויה לביאה אין בזה דין חופה. ואם כן אין עליה דין נשואה כלל.

ולפי זה גם לפי טענת הבעל, שלא היתה כאן ביאה שיש עמה חיבת ביאה, גם אם זהו עקב חולי האשה, כטענתו, מכל מקום אין בזה דין חופה, ואין עליה תורת נשואה, אלא מקודשת בלבד. ובכהאי גוונא מתנות שניתנות לבעל לשם נישואין, כיון שאין כאן נישואין, מתנות אלה חוזרות.

והנה לפי האמור שאין לזכות את הבעל, במה שניתן לו בשעתו מתנה, עדיין צריך בירור ביחס לאותו סכום שלטענתו הושקע בדירה מכספו, הוכחה ברורה, ולפנינו אף הודאה מב"כ האשה - קיימת, רק ע"ס עשרת אלפים ל"י. אולם לטענת הבעל השקיע סך 45 אלף (בטענתו לפני ביה"ד נקב את הסכום 35 עד 40 אלף. אולם כנראה הכוונה היא, בנוסף לסכומים שלטענתו נתנם במזומנים לאבי האשה, גם עשרת אלפים הל"י שעליה יש הוכחה ברורה כנ"ל).

אך בעיון יותר מדוקדק, הרי הסכום 45 אלף שנקב בפנינו ב"כ הבעל, היה מיועד בחלקו לצורך החתונה, שהיתה מפוארת, ועלתה לטענת האשה, שלא הוכחשה, בסך ארבעים אלף ל"י, וכיון שכן, הרי גם לפי טענתו לא השקיע אלא סך עשרים וחמש אלף ל"י בדירה עצמה. וכאמור לא הוכיח אלא סך עשרת אלפים ל"י. ואילו על השקעת הסכומים מטעם האשה לפנינו הוכחות ואסמכתאות ברורות בתיק.

ונראה להטיל פשרה באשר לסכום השנוי במחלוקת, ויקבל הבעל חלקו בדירה לפי ערך יחסי של השקעה בסך עשרים אלף, ויכלול זה גם מה ששילם לדבריו ע"ח המשכנתא. ולפי ערך חלקו הנ"ל, יקבל מהאשה ביום הגירושין עפ"י הערכת חלק זה לפי מחירו כיום הזה.

בהתאם לכל האמור יש לפסוק:

א. הערעור על סעיף ב' של פסק הדין מתקבל, והבעל יקבל מהאשה עם הגירושין הסכום, אחר שיוערך חלקו עפ"י הקוים שפורטו לעיל.

ב. הערעור על סעיף ג' נדחה.

סימן נג: תביעת כתובה לאחר הסכם גירושין

כב' ביה"ד בפסק דינו נשוא הערעור מסתמך על שלושה נימוקים לדחיית התביעה:

א. בהופעת הצדדים בפנינו ביום כ"ג כסלו תשל"ו הוצהר שכל הענינים הכספיים סודרו בביהמש"פ.

ב. מאחר שכפי שנהוג בביה"ד לגיטין שהצדדים מצהירים שכל הענינים הכספיים סודרו ואין להם תביעות זע"ז, כולל הכתובה, הרי שיש להניח שעובר לסידור הגט מחלה האשה על הכתובה וכו'.

ג. בהסכם שאושר בבית המשפט הוסכם ביניהם שהסכום שייגבה ממכירת הדירה יחולק ביניהם 65% לאשה 35% לבעל, ואם כדברי התובעת שלא ויתרה על הכתובה - מדוע לא קיזזה את סכום הכתובה מתוך הסכום שנקבה ממכירת הדירה?

אולם לאחר העיון בתיקי ביה"ד האזורי, כל הנימוקים הנ"ל אין להם מעמד.

אשר לנימוק א':

בפרוטוקול מישיבה זו שנתקיימה בנוכחות הצדדים ובאי כוחם אומר ב"כ הבעל:

"כל הענינים הכספיים סודרו בבית המשפט אצל השופט שינבום, וחזקה עליו שעשה בסדר בלי סנקציות, אין בידינו הסכם הגירושין וכו'". ומכיון שזה נאמר בנוכחות האשה ובא כוחה, והם לא העירו מאומה, לכאורה בצדק היא קביעת כב' ביה"ד שהוצהר בפניהם על זה, היינו שגם האשה הסכימה על נכונות הדברים. ואמנם פשטות לשון זו האומרת "כל הענינים הכספיים סודרו", נראית שזה כולל גם את חוב הכתובה.

אולם הן, כפי שמבואר בהמשך דברי ב"כ הבעל עצמו, הרי זה בהסתמכות על מה שסודר בפני השופט שינבום "וחזקה עליו שעשה בסדר בלי סנקציות, אין בידינו הסכם הגירושין". והרי בהסכם גירושין זה שמסתמכים עליו, והוא נמצא עכשו לפנינו בתיק, שהוא הוא הסיכום של מה שהוסכם עליו בפני השופט ש. הנ"ל, מדובר על הסדר מכירת הדירה של הצדדים וחלוקת הכספים ביניהם שייעשה במעמד הגט (סעיף 9), ולא רק שלא נזכר בו מאומה על ויתור

האשה על הכתובה, או על הכללת חוב הכתובה בהבדלי האחוזים שהאשה מקבלת יותר על הבעל בחלוקת כספי הדירה, אלא בכלל אין שום סעיף האומר שפרט לאמור בהסכם, אין שום תביעות הדדיות, והסכם זה מסדר את כל התביעות הכספיות שבין הצדדים (סעיף שהוא כרגיל נמצא בהסכמים מסוג זה). ומזה יש לראות שכוונת הסכם זה לא היתה אלא לגבי מה שיש בו, ותו לא. ומכיון שכל מה שנאמר בישיבת ביה״ד מיום כ״ג כסלו באשר להסדרת כל הענינים הכספיים, אינו אלא בהסתמכות על הסכם הגירושין (שבאותה שעה לא הוצג בפני ביה״ד, וכנ״ל) מעתה אין אנו יכולים להבין, אלא ש״הסדר הענינים הכספיים״, הכוונה היא רק לדברים הכרוכים בדירה, ובסכום של 11 אלף ל״י, שהוזכר בסעיף 6 של ההסכם הנ״ל. ובזה נופל הנימוק הראשון.

זאת ועוד, דבר זה דומה לאמור בכתובות (דף ע״ב) באשה האומרת פלוני תיקן לי את הכרי, שהולכים ושואלים אותו לשם בירור הדבר, ועדותו קובעת. אף כאן נאמר: ניתי ספר ונחזי. מכיון שההסתמכות היא על מה שסוכם בפני השופט ש. הרי סיכום זה לפנינו הוא בהסכם הגירושין. אך בהסכם זה לא נאמר כלל שכל הענינים הכספיים סודרו, ולכן תהיה כוונת הבעל בדבריו בפני ביה״ד אשר תהיה, אין ללמוד מאי-תגובת האשה ובא כוחה על דבריו, שהיה בהם מעין הודאה שגם הכתובה כלולה בהסדר הענינים הכספיים שנעשו בפני השופט ש. כב׳ ביה״ד לא טרח לברר כוונת דברי ב״כ הבעל באמרו שכל הענינים הכספיים סודרו בבית המשפט, אם הם כוללים גם את הסדר חיוב הכתובה ואם האשה אכן מסכימה לזה. היה איפוא חוסר דיוק בפסק הדין של כב׳ ביה״ד שניתן ביום כ״ג כסלו תשל״ו בו נאמר:

״הענינים הכספיים סודרו ביניהם בערכאה אחרת״, ושכתוצאה מזה ניתן הפסק האומר:

״אין אנו מתנגדים שהצדדים יתגרשו זמ״ז בג״פ כד״ת בהתאם להסכמתם״.

כי עפ״י המשמעות הכוללנית שנאמר בפס״ד זה, ביה״ד מסדר הגיטין, סומך על הכלל: בי״ד בתר בית דינא לא דייקי (ב״ב קל״ח ע״ב) ואין צורך כלל לברר, מצדו, אם עניני הכתובה אכן סודרו, כפי הנהוג לברר בסידור גט, בדרך כלל, שהרי לפניו אישור ביה״ד שעניני הכספים סודרו.

עפ״י האמור, נופל גם הנימוק השני של ביה״ד שהואיל והנוהג בביה״ד לגיטין הוא שמצהירים לפניו על הסדר הענינים הכספיים, כולל הכתובה, ״יש להניח שעובר לסידור הגט מחלה לבעלה הכתובה״.

הנחה זו אין לה סימוכים, ואין שום מסמך בתיק הגירושין שיאשר הנחה זו; אדרבא, יש להניח את ההיפך, שמאחר שביה״ד לגיטין ראה לפניו את פסק הדין המאשר שעניני הכספים סודרו, ראה עצמו פטור מלחקור אחר מעשה בי״ד שקדמו.

לא נשאר לפנינו אלא הנימוק האחרון - ההוכחה מהעובדה שהאשה לא קיזזה את תמורת הדירה כנגד חוב הכתובה בשעת חלוקת הכספים. אך על זה יש הסבר בפי האשה כרשום בטענות הצדדים, שבטחה בהבטחות הבעל שישלם לה אחרי הגירושין. ואין לטעון נגד זה שמאחר שהאמינתו לדבריה, הרי שמסרה לו תורת נאמנות, ושוב אינה יכולה לטעון נגד נאמנותו כטענתו, שהרי מצינו כיוצא בזה בגמרא (כתובות י״ט ע״א) בטוען הלוה שטר אמנה הוא זה, דהיינו שהאמינו למלוה ״שלא יתבענו אא״כ מלוהו״ (רש״י), שהעלו בזה שם שאינו נאמן בטענה זו מצד ״כל כמיניה״ והיינו מפני ״שהרי עדים חתומים בו״ (רש״י שם) ״וכי נלך אחר דבריו מן הכל אם כן כל הלווים אומרים כן״ (שט״מ שם). אבל לא באו עליו מצד תורת הנאמנות שהעניק למלוה, לפי דברי עצמו.

ומעתה, מאחר וכפי עדות ״חלקת מחוקק״ (סי׳ ק׳ ס״ק ל״ב) ״באמת בזה״ז לא שכיח לפרוע הכתובה או למחול בלא ידיעת בי״ד״, ולפנינו בתיק הגירושין אין מאומה על דבר הכתובה, והטענות חלוקות ביניהם על דבר הכנסת הכתובה בתיק זה, אין יסוד מספיק בנימוקים שניתנו בפסה״ד נשוא הערעור לפטור את הבעל מחיוב הכתובה.

אכן בטענות שטען ב״כ הבעל בפני ביה״ד נאמר שבידו להוכיח צדקת דבריו ע״י עדות ביה״ד מסדר הגט, ועוד. וכן טען עם פתיחת התיק לגירושין, על עצם החיוב בכתובה בגלל מחלת הנפש של האשה, אך טענות אלה טרם נתבררו וטרם נפלה הכרעה ובחינת ההלכה ע״י ביה״ד בפניו הועלו הטענות בשעתן.

אי לזאת יש להחזיר את התיק לכב׳ ביה״ד שדן בדבר, על מנת לאפשר למשיב להביא טענותיו והוכחותיו, בפני ביה״ד שדן בדבר, והוא ישמע ויפסוק בהתאם.

שסימן נד: טענת פריעה ומחילה בשטר חוב ובמזונות

הערעור שלפנינו הוא על פסק כב׳ ביה״ד האיזורי בתל אביב מיום ל׳ בשבט תשל״ה (תיק מס׳ תשל״ד12201/), בו נפסק כדלהלן:

״א. אין חולק בדבר שהאם הסכימה בראשון לינואר 72׳ לקבל תוספת של שלשים ל״י לחדש תמורת הצמידות למדד שלפי דעתה היה בערך בסכום הנ״ל. וכך המשיכה לקבל אחרי התאריך הנ״ל. טענתה שאחרי שהמחירים האמירו, התחילה לתבוע תוספת, לא הוכחה, עכ״פ לא הגישה פס״ד לגבייה, והמשיכה לקבל את הסכום של שלש מאות ל״י לחדש. והענין נמשך תקופה ארוכה, ואף שיתכן שבגלל מלחמת יום הכפורים הזניחה זמן רב את תביעתה בזה, בכל זאת אין הוכחה ברורה שביטלה ההסכם בינה לבין האב ובפרט שהמשיכה לקבל הסכום הנ״ל, והאב לא ידע שעליו להגיש תביעה להפחתה כפי שזכותו בזה לפי הסכם הגירושין. לכן לאור זה מהתאריך הנ״ל של ההסכם ועד הגשת התביעה להוצל״פ לגביית ההפרשים, יעמוד סכום של המזונות על שלש מאות ל״י לחדש.

ב. ואשר למזונות מתאריך הגשת התביעה בהוצל״פ לגבייה שהיה לפני תאריך פתיחת תיק זה בג׳ אלול תשל״ד, והגשת התביעה הנ״ל מוכיחה בבירור שחזרה בה מההסכם ורצונה לגבות הצמידות המלאה לפי הסכם הגירושין, ועל כך קיבל האב בקאג״ס והתחייב מפורשות על זה. לכן ישלם האב עבור התקופה מיום הגשת התביעה להוצל״פ ועד

היום סכום המזונות על סך 270 ל"י לחדש במלא הצמידות למדד יוקר המחיה כפי שהיה בתקופה הזאת בניכוי הסכומים שכבר שולמו.

ג. ואשר לגוף התביעה להפחתת מזונות ובגוף ההסכם כתוב שבית הדין ידון בזה בעתיד אם האב יגיש בקשה להפחתה, והיות שסכום המזונות עם הצמידות הוכפל מההסכם כפי שנקבע בשעתו בהסכם, לכן דעת בית הדין שלאור רווחי האב לפי תלושי המשכורת וטענת האם שמרויח יותר לא הוכחו, ולאור רווחי האם שהוגדלו מאז ההסכם, לכן פוסק בית הדין שעל המבקש ב. לתת למשיבה א. למזונות הילדה ג. סך ארבע מאות וחמשים (450) ל"י לחדש החל מהיום ועד הגיעה לגיל שמונה עשרה.

ד. נוסף להפחתת הנ"ל, דעת בית הדין להקטין גם את ההצמדה, ובעתיד יהיה הסכום הנ"ל האמור בסעיף ג' צמוד למדד המשכורת המשתלם לעובדי המדינה כפי שהוא קבוע היום, דהיינו תוספת היוקר ויתר ההעלאות שמשתלמים במזומן לעובדים, ומהיום לא יהיה צמוד למדד יוקר המחיה שאינו משקף תמיד את האפשרויות לפי הרווחים של המשלם, ובפרט שהמשיבה הכירה גם בזה והסכימה שהצמידות להבא יהיה לפי תשלומי המשכורת.

ה. סעיף המזונות בהסכם הגרושין בטל מהיום ובתקפו עד היום".

הערעור הוגש ע"י האם ומתייחס לסעיפים א', ג', ד', ה', של פסק הדין.

ואלה העובדות כפי שמשתקף מהחומר שבתיקים וטענות הצדדים:

הצדדים היו בעבר בעל ואשה שנתגרשו על פי הסכם שקיבל תוקף פסק-דין בכ"ט בשבט תשכ"ט, לפי הסכם זה נשארת ילדתם המשותפת - ג. ברשות האם, ועליה החזקתה וטיפולה, ולצורך החזקתה התחייב האב לשלם לאם החל מיום מתן הגט ועד הגיעה לגיל שמונה עשרה סך 270 ל"י לחודש. נאמר בהסכם שהסכום הנ"ל "יהא צמוד לאינדקס יוקר המחיה כפי שהוא ביום מתן הגט, אם מצבה הכלכלי של האם ישתפר, יופחת סכום זה בהסכמת הצדדים. אך בכל מקרה יהיה הבעל רשאי לפנות לבית הדין כדי שידון בהפחתת גובה המזונות שעליו לשלם לאשה עבור הילדה".

מאז התחלת שנת 1972, שילם האב לאם עבור החזקת הבת סך 300 ל"י לחודש. אולם האם הגישה בסוף שנת תשל"ב את פסה"ד הנ"ל להוצל"פ כדי לגבות את כל ההפרשים שהצטברו מאז לפי אינדקס יוקר המחיה, וכן לשם גבייה מכאן ואילך את דמי המזונות לפי המדד הנ"ל. אז הגיש גם האב בקשה לבית הדין להפחתת המזונות, ופסק הדין נשוא הערעור, הוא מה שפסק ביה"ד בקשר לבקשה זו.

בבירורים שהתקיימו לפני כב' בית-הדין טען האב וב"כ ששילם את הסך 300 ל"י לחודש מאז ראשית שנת 1972 על פי הסכם בעל-פה שבינו לבין האם. כמו כן טוען להפחתת המזונות, מאחר שלפי טענתו השתפר מצבה הכלכלי של האם, וכן השתנה מצבו הכלכלי לרעה בהיותו נשוי בשניה ולו ממנה עכשיו שני ילדים קטנים, וכן גדל שעור נכותו, ולפי תנאי ההסכם רשאי הוא לפנות לבית הדין לדון מחדש בקביעת המזונות "בכל מקרה". יש גם לשנות הצמידות שמכאן ואילך תהיה בהתאם לשינויים במשכורת העובדים במקום הצמידות לתוספת היוקר, מאחר שהמשכורת כיום אינה משיגה את המדד של יוקר המחיה.

לטענת האשה וב"כ, מצבה הכלכלי של האשה לא השתפר בשל היותה לקויה במחלה, ומצבה אף הולך ורע, ואף שיעור נכותה הוגדל. כן גם הילדה ידועת חולי וזה דורש הוצאות מיוחדות להחזקתה. אשר להסכמתה להעמדת סכום תשלום האב עבור מזונות לשלוש מאות ל"י לחודש, אמנם הסכימה לזה בשעתו, כדברי האב, אולם זה היה רק באותה תקופה בהם היה מדד יוקר המחיה פחות או יותר בסביבת הסכום הזה, אך כשהיוקר האמיר והמדד עלה מחודש לחודש, אכן תבעה מהאב שישלם לפי עליית יוקר המחיה, אך לא נענתה. לדבריה הזניחה מלפנות להוצאה-לפועל בשל מצבה הבריאותי הרופף, וכן באשר בינתיים פרצה מלחמת יוהכ"פ. אולם מעולם לא הסכימה להעמיד את גובה המזונות באופן קבוע לסך שלש מאות ל"י. כן טענה שלפי תלושי המשכורת של האב, נראה בעליל שיכול הוא לעמוד בהתחייבות שקיבל על עצמו ונפסק בפסק-הדין של שעת הגירושין, וכן עוסק הוא בעבודה נוספת במתן שיעורים פרטיים, מה שאינו משתקף בתלוש המשכורת, אשר ע"כ מגיע לה תשלום ההפרשים, וכן יש לקבוע גובה התשלום בהתאם להסכם.

בטענות ומענות שהתקיימו לפנינו בשמיעת הערעור, חזרה ב"כ האשה על טענותיה שהאב למרות נכותו מרויח די אפשרות לעמוד בהתחייבותו, בעוד שהאם חולה והטיפול בילדתה החולה מחייב אותה להקדיש זמן רב לזה, וכן הולכות וגדלות הוצאות הילדה. הסכמתה לסכום הנ"ל של 300 ל"י נעשתה בעל-פה והיתה רק באופן זמני בהתאם לתנאים שהיו אז, אולם מעולם לא הסכימה לבטל ההסכם שבכתב שנעשה בזמן הגירושין. אין שום סימוכים לטענת האב שכאילו הסכימה האם באופן קבוע לבטל את האמור בהסכם הגירושין שגובה המזונות יהא צמוד למדד יוקר המחיה, ולא היה שום יסוד להטיל על האם חובת ההוכחה שמאז חלו שינויים גדולים באינדקס, ואכן הגישה תביעה לאב לשלם לפי הסכם הגירושין. עם זאת, גם האם מסכימה להצמיד מכאן ואילך התשלום לשינויים במשכורת במקום הצמידות למדד יוקר המחיה.

ב"כ האב אף הוא חזר על טענותיו, שאכן היה הסכם בע"פ שלפיו קיבלה האם סך 300 ל"י לחודש מבלי להתחשב בצמידות למדד, והאם מתכחשת עכשיו להסכם. מסתמך על העובדא שהאם שתקה כל הזמן עד להגשת בקשתה למשרד ההוצל"פ, וזה משמש לטענתו הוכחה, שאכן סברה וקיבלה. אין לה ע"כ שום זכות לעורר תביעה לתשלום ההפרשים שנצטברו. וכן עמד על הזכות שיש לאב לבקש מבית הדין להכניס שינויים בהתחייבות האב במזונות הבת, וזה בהתאם למצבו המשפחתי של האב, וכן במצב הנוכחי שהמשכורת מפגרת אחר העליות ביוקר המחיה.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר שבתיק, וזה אשר עלה בעיוננו:

טענת האם ובאת כוחה צודקת לכאורה באשר לקביעה של סעיף א' שבפסק הדין שהובא לעיל. מאחר שאין שום מסמך שיאשר את טענת האב על הסכמת האם להעמיד את הסכום החודשי של המזונות לסך שלוש מאות ל"י, במקום

www.eretzhemdah.org

היותו צמוד לתוספת היוקר לפי פסק הדין שניתן בשעת הגירושין בהסכמת הצדדים ובבקשתם, הרי יש לדון בזה רק מצד הודאת האם ומכוח העובדא שקיבלה התשלום הזה מבלי שפנתה מיד למשרד ההוצל״פ לשם מימוש פסק-הדין, שזה מוכיח כאילו ש״סברה וקיבלה״, כטענת ב״כ האב.

אולם אם מפי האם אנו חיים, הרי הודאתה זו שוברה בצידה, שכן טוענת שלא הסכימה אלא לאותה שעה בה לא היה הפרש, או הפרש קטן בלבד, בין הסכום האמור, לבין מה שמגיע למזונות הילדה לפי חישוב ההצמדה לתוספת היוקר, ואילו כשקפץ המדד והפער בין הסכום ששולם ע״י האב לבין יוקר המחיה גדל, אכן דרשה ממנו שישלם לפי ההסכם המקורי. אם כן אי אפשר להסתמך על הודאת האם, שנחשיבם כאילו הודתה לטענת האב.

ואין לנו לדון אלא באשר לטענה ש״סברה וקיבלה״, היינו שמתוך ששתקה זמן ממושך עד שנמלכה להגיש תביעה להוצל״פ מוכח שאכן הסכימה, ומחלה על מה שהגיע לה לפי ההסכם המקורי.

אולם טענה מעין זו, שאי-העלאת תביעה היא הוכחה על מחילה אין לה תוקף לפי ההלכה נגד שטר כתוב וחתום. בשו״ע (חו״מ סי׳ ל״ט סעיף י) נזכרת טענה זו רק לגבי מי שנתחייב על פי פסק דין גרידא, ולא בתביעה על סמך שטר חוב, וכך נאמר שם:

> אם יש בידו פס״ד אין הלה נאמן לומר פרעתי.

וברמ״א שם:

> ואם זה איחר כמה ימים בפס״ד בידו ולא תבעו, סברא שפרעו מדשתק כולי האי.

ובכנה״ג הוסיף בזה (אות מ׳):

> כמו שהדין בנפרע, כך הדין כשטוען הנתבע מחלת לי.

וכל זה רק בחיוב שבא רק ע״י פסק של בית דין מבלי שהיה לו שטר חוב על זה, אבל לא מצינו טענה זו כלפי מי שמחזיק שטר חוב על חבירו, שגם אם נתאחר עידן ועידנים ולא תבעו. אין בכוח עובדה זו לערער השטר (ועי׳ סי׳ צ״ח סעי׳ א׳ ובש״ך שם סק״ד. אך אין משם ראיה, כי המדובר בש״ך אהא דאמר שם בשו״ע כשאין שטר החוב יוצא מתחת יד המלוה, ובא להשמיענו שאף על פי שהלוה מודה שבשעה שמחל לו לא החזיר לו השטר, מ״מ נאמן במיגו דפרעתי. אולם י״ל דלא נצרך הא דפטור מטעם מיגו, אלא בשלא שהה מלגבות זמן רב, דאפ״ה בכהאי גוונא שאין השטר יוצא מתחת יד המלוה נאמן לומר שמחל לו, כשם שנאמן לטעון פרעתי, אבל בגוונא דשהה מלגבות זמן רב והלוה טוען שמחל לו במפורש, כל כהאי גוונא אין לנו ראי׳ משם). ולא זו בלבד, אלא שב״נתיבות המשפט״ שם כ׳ וז״ל:

> ומ״מ נראה דדוקא בפס״ד בלא שטר אמרינן סברא זו, אבל אם יש ג״כ שטר חוב בידו עם הפס״ד, לא אמרינן סברא זו לאורעי כח השטר שבידו (״משפט האורים״ שם ס״ק י״א).

הרי כנ״ל ששטר אינו מתערער ע״י טענה מסוג זה, שהואיל ולא תבעו שמע מינה שאכן שילם או שמחל לו.

(והחילוק שבין מי שבידו שטר חוב, גם כשהלה סירב לשלם והוצרך לתובעו בבית הדין - לבין מי שנתחייב על פי פסק דין גרידא, צריך לומר, שכיון שבידו שטר חוב שנעשה מדעת המתחייב אינו חושש שיכפור לו, שכן בידו הוכחה ברורה על חובו. ולא כן בנתחייב על פי פסק דין, שאין בידו הוכחה מדעת המתחייב, על כן חושש שהנתבע יחפש אמתלאות להשתמט מלשלם, ועל כן ממהר להוציא ממנו החוב על פי פסק הדין).

ואם כן נידון שלנו שפסק הדין שלפיו חייב האב במזונות בתו בצמידות ליוקר המחיה נעשה על פי הסכם מוקדם שנעשה בין האב לבין האם, חתום על ידם והוגש לבית הדין בבקשה לאשרו ולתת לו תוקף פסק דין, הרי הוא כהא ד״נתיבות המשפט״, שיש בידו שטר חוב שבהתאם לו בא הפסק דין, ועדיף מיניה, שכן גם הפסק דין נעשה על פי בקשת הצדדים ומדעת המתחייב, שבזה אינו יכול לטעון פרעתי או מחלת לי, בהסתמך על אי-תביעת האשה זמן רב. ופשוט שאין הבדל בזה בין שהטענה של הפרעון או המחילה מתייחסת לכל סכום החוב, בין שהיא כלפי חלק ממנה, ואילו השאר אין חולק ששילם, כי אין סברא לחלק ביניהם, כן היה נראה לכאורה.

ברם, אחר העיון נראה לקיים סעיף א׳ של פסק הדין נשוא הערעור בנוגע לתביעת השלמת חיוב המזונות עד להגשת התביעה למשרד ההוצאה לפועל, אם כי לא מטעמו. וזה על פי מה שיש הבדל בין תביעת חוב רגיל לתביעת מזונות, כפי שיבואר להלן:

אמרינן בכתובות (דף צ״ו):

> בעי ר׳ יוחנן יתומים אומרים נתננו, והיא אומרת לא נטלתי, על מי להביא ראיה, נכסי בחזקת יתמי קיימי ועל אלמנה להביא ראיה, או דילמא, נכסי בחזקת אלמנה קיימי, ועל היתומים להביא ראיה וכו׳.

ופירשו התוס׳ וכן הרא״ש והר״ן, שהבעיא היא על מזונות לשעבר. וכתב הר״ן:

> ותמהני מאי קמיבעי״ל לר׳ יוחנן, דהא איהו הוא דאמר בסוף פ״ק דמציעא (דף י״ז) דהטוען אחר מעשה בי״ד לא אמר כלום, כלומר שאינו נאמן לומר פרעתי (בגמרא שם בטעמא דמילתא: מ״ט, כל מעשה בי״ד כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי). ומזונות תנאי בי״ד נינהו. ואפשר דמשום **דמזונות עשוין לפרוע בכל יום** מיבעיא ליה, עכ״ל.

וקרוב לזה גם בתוס׳ שם (ד״ה יתומים):

> דמיירי במזונות שעברו, דמוכח מילתא טפי **משום דשתקה** עד השתא, עכ״ל.

וכן הוא ב״שיטה מקובצת״ לבבא מציעא בסוגיא זו בשם הריטב״א:

והא דמשמע בפ׳ אלמנה ניזונת גבי מזון אלמנה שאם אמרו יתומים פרענו נאמנים, התם במזונות שעברו **דחזקה לא משהו להו**.

הרי שמאחר שטיבו של חיוב מזונות להיפרע עם חלות החיוב ואין משהים אותם, יש להאמין לטענת פרעתי, אף על פי שחוב המזונות, גם לשעבר, הוא - לשיטה זו - בגדר מעשה בית דין שהוא ״כמאן דנקיט שטרא בידיה״. ואין הספק בגמרא אלא דשמא ״נכסים בחזקת אלמנה קיימי״ (ויסוד הספק מבואר שם בתוד״ה נכסי וכן בר״ן עיי״ש).

ואם אמנם ישנה כנראה שיטה אחרת בתוס׳, שאין על מזונות לשעבר תורת מעשה בית דין אלא כחוב בעלמא, כפי שמובא בשמם ב״שיטה מקובצת״ כתובות הנ״ל, דכתבו שם וז״ל:

> עוד הקשו בתוס׳ לפי שיטתם, כי היכי דאמרינן נכסי בחזקת אלמנה קיימו על המזונות שעברו דהויא לה כבעלת חוב, הכי נמי מ״ט לא חשבינן נכסי בחזקת בעל חוב וכו׳.
>
> ולשיטת רש״י במהדורא בתרא ניחא, דמשו״ה אמרינן בחזקת אלמנה קיימי משום דנשתעבדו בתנאי בי״ד ולאו כל כמיניהו דיתמי דמצי אמרי נתננו, וכדכתיבנא לעיל. אבל לשיטת התוס׳ אין כאן תנאי בי״ד, ולא רמי עלייהו אלא חיובא דממון כשאר בע״ח דעלמא, דבמזונות למפרע מיירי, ואין כאן אלא חיוב ממון וכו׳.

נראה שלשיטה זו, לגבי מזונות לשעבר, אין אומרים שזה בגדר מעשה בית דין, ואינו אלא מעין חוב ממון בעלמא, בדומה ל״שאר בעל חוב דעלמא״. וזוהי אולי שיטת התוס׳ שלפנינו בב״מ בסוגיין שכתבו שם (סוף תוד״ה הטוען):

> וא״ת דבפ׳ אלמנה ניזונת (דף צ״ז ע״א) בעי ר׳ יוחנן היא אמרה לא נתנו מזונות ויתומים אומרים נתננו על מי להביא ראיה, והא אית ליה הכא דלא אמר כלום, וי״ל דהתם מיירי במזונות לשעבר ולא בלהבא.

ומתוך שלא פירשו מהות החילוק בין לשעבר לבין להבא, מצד דלשעבר מוכחא מילתא מדשתקה עד השתא, אלא כתבו כפשוטו דהחילוק הוא בין מזונות לשעבר לבין להבא, משמע שנוקטים דלענין מזונות לשעבר לא אמר ר׳ יוחנן שזה בגדר מעשה בית דין וכמאן דנקיט שטרא בידיה דמי.

וא״כ לפי זה אין צורך כלל בחילוק הר״ן וחידושו שמזונות עשויים לפרוע בכל יום, ואשר ע״כ יש הוכחה שזה נפרע מתוך ששתקה ולא תבעה עד עכשיו. אך מכל מקום, אין גם ראיה ששיטה זו חולקת על עיקר הסברא, אעפ״י שאין לה הכרח מתוך הסוגיא. ואפי׳ אי נימא ששיטה זו חולקת, מכל מקום ודאי שהמוחזק יכול לומר קי״ל כהר״ן וכתוס׳ כתובות הנ״ל.

ומעתה דון מינה לנידון דידן שהנכסים ודאי בחזקת האב והוא המוחזק, שנאמן לומר פרעתי, או - כטענתו - מחלת לי במפורש, מטעם זה ״דמזונות עשויים לפורעם כל יום״. ואין זה מתקבל על הדעת שתיקה כה ממושכת, מבלי שתגיש את זה לגובייא למשרד ההוצל״פ.

ב״כ האשה העלתה עוד טענה ״לחלופי חלופין״, שאין ביד האם לוותר על הזכויות של הבת, שהיא היא בעלת הזכות, ואשר ע״כ גם אם מחלה האם, אין מחילתה תופסת.

טענה זו נכונה ביסודה, אילו היה זה פוגע בצרכי הבת, ומטעם זה מאותה שעה שגילתה דעתה שאינה רוצה לבוא במקומו של האב למילוי צרכיה, אין מחילתה מחילה ומצינו כיו״ב בתוספתא שהובאה בראי״ש ריש פרק הנושא (כתובות פי״א סי׳ א׳): ״כתב לזון בת אשתו, ושברה האשה לבעלה, שכתבה לו שובר ופיצתה אותו ממזונות בתה, לא הועיל לו כלום שזכין לקטן ואין חבין לו. וכן הדין באפוטרופוס שאין לו להיכנס לדון עם מי שיש לו תביעה על היתומים, שמא יתחייב בדין ואם נכנס ונתחייב לא עשו כלום״ (וכן מחו״מ סי׳ ר״צ סי״ב ונושאי כליו שם). אולם בנידון דידן הן גם בוויתור האם ובמחילתה את חיובי האב, לא נגרע ממילא צרכי הבת כלום, שכן האם במחילתה כלפי האב, קיבלה על עצמה למלא את כל צרכי הבת, והרי כזה הוא כל יסוד תביעתה, שהבת קיבלה את כל הצטרכותה בשלימות. א״כ לגבי הבת אין הבדל כיצד ואיך קיבלה כל סיפוקה. וכגון דא, שאין הבת נפסדת, והאם נכנסה ואף מילאה לטענתה כל צרכי הבת, רשאית האם ומחילתה מחילה כלפי האב.

עפ״י כל האמור, נראה לנו לאשר סעיף א׳ של פסה״ד נשוא הערעור.

על סעיף ב׳ של הפס״ד לא הוגש ערעור משום צד, ואין לנו לדון בו.

ואשר לסעיפים ג׳ ו-ד׳ של פסה״ד, בהם ניתק בית הדין את חיוב המזונות ממה שנאמר בהסכם הגירושין, וקבע לה סך 450 ל״י לחודש צמוד למדד המשכורת, וזה לאור ״רווחי האב לפי תלושי המשכורת, ולאור רווחי האם שהוגדלו מאז ההסכם״, שהיתה בזה היענות לתביעת האב להפחתת המזונות בהסתמכות על האמור בהסכם שרשות בידי האב לפנות לבית הדין ״בכל מקרה״.

עלינו להעיר שבהחלטת כב׳ ביה״ד האזורי עצמו מיום כ״ח באלול תשל״ד בו עוכב זמנית ביצוע פסה״ד מיום כ״ט בשבט תשכ״ט, נאמר בין השאר ביחס להסכם הגירושין:

״כן נקבע בהסכם, שהסכום הנ״ל ניתן לשינוי בהסכמתם, וכן יש לאב זכות להגיש בקשה להפחיתם אם ישתנה מצבה של האם לטובה״.

מזה נראה שכב׳ ביה״ד פירש את ההסכם הנ״ל על רשות האב לתבוע שינוי בהתחייבות המזונות רק על סמך ״שינוי מצבה של האם לטובה״, אבל לא על סמך שינוי במצבו הכלכלי של האב.

ונוסיף, שגם לנו נראה מנוסח ההסכם, בו נאמר בענין זה (בסעיף 5):

״אם מצבה הכלכלי של האשה ישתפר יופחת סכום זה בהסכמת שני הצדדים. אך בכל מקרה יהיה הבעל רשאי לפנות לבית הדין כדי שידון בהפחתת גובה המזונות שעליו לשלם לאשה עבור הילדה״.

לא נזכר בסעיף זה אפשרות של שינויים בגובה התשלום אלא בהשתפרות מצבה הכלכלי של האשה. אי אפשר להוציא את המשפט השני מהקשרו, והיינו שמאחר שנזכר לפני כן על הפחתה ״בהסכמת שני הצדדים״, ע״ז בא המשפט השני שגם ב״כל מקרה״, כלומר, כשלא תהיה על זה הסכמת שני הצדדים, רשאי יהיה האב לבקש את בית הדין שהם יקבעו בהתחשב עם שיפור המצב הכלכלי של האם.

והנה לפי המצב הנוכחי, אם אמנם מזכיר ביה״ד בפסק דינו גם ״לאור רווחי האם שהוגדלו מאז ההסכם״, אולם נראה לנו שהגדלת הכנסתה מארבע מאות וחמשים לירות לחודש בזמן מתן הגט לאלף מאתים בזמן ההתדיינות, בשים לב להתייקרות שחלה מאז ומצב הבריאות של האם עצמה, אינה יכולה להיחשב כהגדלה משמעותית. ועיקר הסתמכות בית הדין היא על ״רווחי האב לפי תלושי המשכורת״, שבזה שכאמור בית הדין עצמו בהחלטתו הקודמת קבע כי המדובר בהסכם הוא רק במקרה של שיפור מצבה הכלכלי של האם, ולא במקרה של שינויים במצבו הכלכלי של האב.

איננו רואים לפי זה יסוד לפסק ביה״ד שהקטין את התחייבות האב לתשלום מזונות הבת על סמך שינוי במצבו הכלכלי של האב.

יש רק לשנות את תנאי הצמידות, שבמקום היותם צמודים למדד יוקר המחיה כפי תנאי ההסכם להצמידם לתשלומי המשכורת, מאחר שהאם עצמה מסכימה לזה.

לאור כל הנ״ל יש לפסוק:

א. הערעור מתקבל בחלקו, פסק הדין נשאר בתוקף בסעיפים א׳, ב׳, ה׳, ובטל בסעיפים ג׳, ד׳.

ב. האב ישלם מיום ל׳ בשבט תשל״ה, שהוא יום הוצאת פסה״ד ע״י בית הדין האזורי, עפ״י הצמדת הסך 270 ל״י שבהסכם הגירושין למדד המשכורת של עובדי המדינה, כהסכמת האם.

סימן נה: המגרש את אשתו וחזר ובעלה, ודין נשואין אזרחיים

לפנינו ערעור על החלטת כב׳ ביה״ד האזורי לת״א מיום כ״ב טבת תשכ״ז שניתן בתיק מס׳ כז118/, לפיו נדחתה בקשת המערערת להכריז עליה כאלמנת המנוח ב׳, שלאחר שנתגרשה ממנו בג״פ חזרה וחיתה אתו דרך איש ואשה מספר שנים מבלי חו״ק.

בנימוקי ההחלטה נאמר:

א. אין לשנות את מעמדה האישי של המבקשת, דבר הקשור במתן זכויות כספיות.

ב. אין מקום בנידון זה לפיצול בקביעת המעמד האישי, ולהגיד שהשינוי המבוקש אינו קשור במתן זכויות כספיות.

על זה הוגש ערעור מטעם המבקשת הנ״ל ע״י ב״כ בטענה, שאכן הוכח למדי שאין בבקשה האמורה לתיקון המעמד האישי רק ענין רגשי בלבד ואינו כרוך בשום תביעה כספית שהיא.

משום כך אין כאן, לפי טענת הערעור, גם דיון על פיצול בקביעת המעמד האישי, שכן אין הדיון קשור לעניני כספים כלל וכלל.

כשנשאל ב״כ המערערת על ידינו בפני המערערת אם אנשים אלה שמרו על טהרת המשפחה, ענה: לא. ואילו היו נזהרים בזה כי אז לא היה בא כל הענין לידי מצב זה שמצריך דיון.

בבואנו לדון בערעור, עלינו להעיר ראשית כל, שקביעת המעמד האישי הוא ענין רב חשיבות כשלעצמו, גם כשאין לו כל השלכה לעניינים כספיים. קביעת מעמד המבקשת כאלמנה כרוך בקביעה מוקדמת של מעמדה כנשואה בזמן חיי בעלה. וזוהי החלטה רבת משמעות שממנה תוצאות הלכותיות בדיני אישות. ואם אמנם בנידון שלנו, מאחר שהבעל כבר אינו בחיים, אין לקביעה זו תוצאות ממשיות כפי הנראה לעין, אין בהחלטה זו לשמש כבנין אב למקרים דומים בהם האיש והאשה בחיים.

מאידך, אם מבחינת ההלכה ראוי לקבוע את המעמד האישי של המבקשת כאלמנה, אין מקום לעכב קביעה זו, גם אם לגבי ענינים כספיים הדבר אינו מוכרע, שכן ניתן לציין זאת בהחלטה כדרך שזה נעשה בקידושי ספק, או בכל מקרה שיש לאבחן בין הענין הממוני, שבו הכלל הממע״ה ויכול לטעון קים לי, לבין הצד **האיסורי**, שבו יש ללכת אחר הרוב.

נרכז איפוא את הדיון לגופה של הבקשה, היינו מה היה מעמדה של אשה זו מבחינת הדין לאחר שחזרה אליו לאחר הגירושין, וחיו יחד כדרך איש ואשה במשך שש שנים:

א.

הרמב״ם פ״י מהל׳ גירושין הי״ז פוסק: המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים קודם שתנשא לאחר וכו׳ הואיל ואשתו היתה הרי זו בחזקת שהחזירה, ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות וכו׳ שחזקה היא שאין אדם עושה בעילתו באשתו בעילת זנות, והרי בידו לעשותה בעילת מצוה. לפיכך הרי זו בחזקת מקודשת קדושי ודאי, וצריכה ממנו גט שני. וכן הובאו הדברים בטור ובשו״ע בלשון הרמב״ם בסי׳ קמ״ט סעי׳ א׳. ושם ב״בית שמואל״ (ס״ק ג׳): קידושי ודאי, כ״כ הרמב״ם, ומשמע דאז אין תופסין בה קדושין של אחר.

וברמ״א שם מוסיף במש״כ השו״ע ״וחזר ובעלה בפני עדים״ המלים: ״או שגלוי לכל שבא עליה, כגון שנשאה״, והוא עפ״י הר״ן פ׳ כל הגט.

וכתב ע״ז בב״ש:

איני יודע למה כתב כאן דברי הר״ן, דהא כאן איירי לענין חשש קידושין, א״כ ממנ״פ אם נשאה כדין נשואין תפ״ל דהוו קידושין, ואם לא נשאה כדין נשואין, א״כ מה״ת לומר שבועל לשם קידושין.

כוונתו בסוף דבריו ״אם לא נשאה כדין נשואין״ נראה שהם עפ״י הריב״ש בתשו׳ סי׳ ו׳ לענין אנוסים שערכו נישואין בפני כומר ע״ז, שהם נישואין לפי המושגים של העכו״ם, ובזה מעיר הב״ש, שכשם שהריב״ש ס״ל שאפילו לפי הגאונים שחוששים בכל פנוי הבא על הפנוי׳ לספק קידושין, בזה שגילו דעתם להנשא לפי חוקות העכו״ם, ודאי שאין כוונתם לשם קידושין אלא עפ״י משפט העכו״ם; וכמו כן דין זה שייך גם בשהיתה אשתו שגירשה, כיון שעכשיו מחזירה לפי משפטי העכו״ם ל״ש לומר שכוונתו לקידושין, כי בפרט זה אין נפ״מ בין שהיתה כבר נשואה לו קודם לפני כן או לא.

וכן השיג הט״ז על הרמ״א, והסיק:

ואולי רצה הרמ״א לכתוב זה בסימן הקודם לזה לענין שלא תנשא בגט ישן, וטרדת הלמוד דטרדו כתבו כאן שלא בענין כלל.

אכן הגר״א מסמן על דברי הרמ״א הללו: עמש״כ סי׳ כ״ו סעיף א׳. ונראה שכוונתו למש״כ שם (סק״ג) בלשון השו״ע שם: ״ואפילו ייחדה לו״, וז״ל: ר״ל כיון שידוע שבא עליה הוי כעדים וכו׳ ומשמע דאע״פ דבעל בלא עדי יחוד, כיון שידוע שמתייחדת עמו וכו׳.

וכ״ה שם בב״ש סק״ט: עי׳ סי׳ קמ״ט כל שנשאה וגלוי לכל, הוי כאילו היו עדים בשעת הביאה וכו׳.

עפ״ז מפרש הגר״א כוונת הרמ״א הנ״ל במ״ש ״כגון שנשאה״ דהיינו לא שנשאה בדיני ישראל ואף לא בדיני עכו״ם אלא שייחדה לו, כדרך שמייחדים הנשים ע״י נשואין, דבכה״ג ה״ז כאילו בא עליה בפני העדים. ובא לחלק בין זה שמיוחדת אצלו כדרך נשואי איש ואשה, שכיון שבכה״ג ה״ז גלוי לכל שבא עליה הוי קדושי ודאי כמו ביש עדים שבא עליה, לבין שנתייחד עמה בפני עדים, שם סעיף ב׳ בשו״ע (וברמב״ם שם הל׳ י״ח) דהיא רק ספק מקודשת. והיינו כי שם המדובר על ייחוד חד פעמי ואז אין כל הוכחה שאכן בא עליה, ע״כ אין זה אלא קידושין מספק, משא״כ ב״ייחדה לו״ בקביעות, וכדרך איש ואשה, שבזה ודאי בא עליה, ואעפ״י שאין עדים בדבר, כיון שהוא גלוי לכל הוי כעדים שבא עליה, וה״ז מקודשת ודאי.

וכן נראה גם כוונת הב״ש בסי׳ כ״ו שציין שם לסי׳ קמ״ט ״כל שנשאה וגלוי לכל״, והיינו לדברי הרמ״א הנ״ל, וזה שנתקשה כאן הוא כנראה רק מצד הלשון ״נשאה״ שיש לו משמעות כאילו היה כאן מעשה נשואין רשמי אם מצד דיני ישראל ואם מצד דיני עכו״ם, ומ״מ כוונת הרמ״א ברורה וכנ״ל, והשתמש כנראה בלשון הר״ן, אם כי במשמעות אחרת קצת.

אכן בעיינו בדבר נראה שאין הדבר כן, וכמו שיתבאר:

ב.

במל״מ ברמב״ם הנ״ל מביא תשובת הרדב״ז והסכים לה, שאם פירסה נדה אפילו ראינו שנבעלה אין חוששים לקידושין ״דמאן דעבר אאיסור כרת לא חש לבעילת זנות״.

תשובה זו היא לפנינו בשינוי לשון מסוים בח״א סי׳ שנ״א, ושם המדובר שראינו שנתייחדו. אכן בפ״ת (סק״ב) הסיק שדברי המל״מ נכונים ״דמדברי הרדב״ז מבואר דאין חילוק שכ׳ הטעם בזה דממה נפשך אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל, ואם אינו זהיר בנדה, כיון שלא חשש לאיסור כרת, לא חייש לבעילת זנות״.

לכאורה דברי הרדב״ז מבוארים ברמב״ם עצמו, שהרי כך הוא לשונו הנ״ל: ״המגרש את אשתו וחזר ובעלה בפני עדים קודם שתנשא לאחר״. והרי הדגשה זו שזה דוקא קודם שתנשא לאחר, באה לומר שאילו נישאה כבר בינתיים לאחר ויצאה ממנו בגט או באלמנות (שהרי ודאי רק באופן זה שעכשיו היא פנויה יש מקום לדיון) כי אז אין אומרים שבעל לשם קידושין. וזהו ודאי מצד האיסור שבדבר ממש״כ לא יוכל בעלה הראשון וכו׳, ואין אומרים שאעפ״י שעובר באיסור זה מ״מ לענין בעילת זנות עדיין עומד בחזקה שאא״ע בב״ז, והיינו שכיון שלא חשש לאיסור זה לא חשש גם לבעילת זנות.

אך אין מזה ראיה כמו שכבר הסביר האבני מלואים (סי׳ ל״ג, א׳) דהל״ת של מחזיר גרושתו אחר נשואיה לאחר הוא דוקא כשלוקח אותה ע״י קידושין ולא ע״י זנות, שממילא באופן זה יש לומר דאדרבא ודאי לא בא עליה לשם קידושין כדי שלא יכשל באיסור של מחזיר גרושתו בל״ת.

(ותמוה רק שהאב״מ תלה דבריו בש״ג בעוד שהיה יכול לדון כנ״ל להוכיח כהרדב״ז מהרמב״ם עצמו).

עכ״פ בדברי הרדב״ז הדברים מבוררים ואף המל״מ הסכים לו. יוצא לפ״ז שאין דברי הרמב״ם אמורים בהללו שנכשלים בביאת נדה, והוא הנידון שלפנינו, כפי שנאמר ע״י ב״כ המערערת בפנינו, שבזה ״אינה צריכה גט״, לפי המבואר ברדב״ז הנ״ל.

ג.

באבני מלואים הנ״ל מוכיח שהרשב״א לא ס״ל להא דהרדב״ז שכ׳ בתשובה לענין מי שהחזיק באשה לאחר שנתברר לו שהיא אסורה עליו מדין כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל שמ״מ צריכה ממנו גט, שאומרים ״גמר ובעל (אחר גירושי ראשון) לשם קידושין״. הרי שאעפ״י שאסורה עליו, עדיין קיימת בו החזקה דאעבב״ז, ולפ״ז נידון שלנו תלוי הוא באשלי רברבי הנ״ל.

www.eretzhemdah.org

אכן ב״אור שמח״ כתב לבאר דעת הרמב״ם הנ״ל שבגרושה שמחזירה, אנו תולים שחוזר בו מהגירושין ודעתו ודאי לקדשה גם באופן שבא עליה באיסור, וז״ל: והמכוון בדברי רבינו דלא מן חומר האיסור דב״ז אמרו חזקה זו, רק באשתו אמרינן דמתחרט על הגט (או בועל לשום תנאי), אבל לומר מחזקה דעושה אזיקים על צוארו לומר שמקדש אשה דעלמא, זה לא אמרינן וכו׳.

ולפי דברי רבינו נראה ברור דאף אם היתה נדה ג״כ אמרו דלשם קידושין בעיל כיון דלא משום חומר האיסור, רק שרצונו לחזור ולהתקשר עמה שתהיה אשתו וחוזר בו מהגט, וכיון דבנדה תופסין הקידושין, ודאי לשם קידושין בעל.

ואם כי הריב״ש (סי׳ ו׳) כתב והיתה בחזקת נדה וכו׳ ואם לאיסור כרת התירו בביאתו, איך יחוש לאיסור קל דפנויה, היינו לדברי הגאונים דאפילו בפנויה דעלמא אמרו חזקה אא״ע בב״ז, והוא משום חומר איסור דפנויה. והיכא דמצי למיעבד בהיתרא לא שביק ואכיל איסורא, אז יתכן לומר כן, כיון דעבר על איסור חמור, תו לא איכפת ליה במה דפש איסורא דזנות, אבל לשיטת רבינו דהוא ענין אחר אין מקום לסברא זו, ודו״ק עכ״ל.

והנה הרשב״א ס״ל כהרמב״ם שהביא סיוע לדעתו מהא דנושא אדם אנוסת אביו וכו׳ כמבואר בתשובת הרדב״ז הנ״ל. ואילו הרדב״ז שהסיק שבנדה אינה צריכה גט הוא בהסתמך על הריב״ש הנ״ל, שהביא שם דבריו, ועפי״ז הסיק כנ״ל.

ולפי״ז שאלה הנ״ל שמעורר הרדב״ז היא תלויה במחלוקת הרמב״ם וסייעתו ושיטת מקצת מן הגאונים מאידך. דלגאונים עיקר הדבר תלוי בחומר האיסור, ואשר ע״כ לדעתם גם בפנוי הבא על הפנויה יש חשש קידושין, ואילו לרמב״ם, הרא״ש והרשב״א ״וכל האחרונים״ (כלשון הרדב״ז) הדבר אמור רק באשה שנתגרשה וחזר ובא עליה, ולא מצד חומר האיסור של זנות הוא ששוקלים לומר שדעתו לקידושין אלא מצד שבאופן זה הדברים מוכיחים שמתחרט על הגט ורוצה לשוב לקחתה כבראשונה. ולדעה זו גם בעובר על איסור כרת מ״מ לענין הרצון לחזור לקדשה, עדיין לא תערערה האומדנא של חכמים והרי היא מקודשת בביאתו. והנה לפסק הלכה במחלוקת הרמב״ם והגאונים נראה דנקטינן לעיקר דעת הרמב״ם שהיא גם דעת רוב הראשונים, וכסתימת השו״ע בראש סי׳ כ״ו, עי״ש בהגר״א שכ״כ, וכן ציין בסי׳ ל״ג במש״כ הרמ״א דעת הגאונים הנ״ל בשם ״יש אומרים״, וציין הגר״א לעיין מש״כ בסי׳ כ״ו והיינו כנ״ל שביסס דעת הרמב״ם בראיות.

ומעתה הן לכאורה לפ״מ דנקטינן כהרמב״ם, הרי עפ״י ביאור האו״ש בשיטה זו, גם בעובר על איסור עדיין קיימת החזקה שודאי לשם קידושין בעל, ה״ז ודאי קידושין כלשון הרמב״ם, וכנ״ל.

ד.

אכן בעיינו ברדב״ז נראה ברור שדבריו מכוונים גם לפי הרמב״ם, וגם לדעה זו שכפי שכתב בראש דבריו היא דעת ״רוב האחרונים״, הוא מסיק הלכה זו שהרי כך הוא לשונו שם:

> ומכאן אתה למד שהמתייחד עם גרושתו והיא בנדתה אינה צריכה גט דמה נפשך וכו׳ וכן הדין במי שהוא פרוץ בעריות וכו׳.

נראה מזה שמסיק דבר זה הלכה למעשה ואילו היה הדבר תלוי במחלוקת הנ״ל איך היה מסיק זאת בניגוד לדעת הרמב״ם ואידך הראשונים. וברור שהרדב״ז לא ירד לחילוק זה של האו״ש לתלות זאת במחלוקת הרמב״ם והגאונים.

ויש עוד לעיין בשיטת הרדב״ז, כפי שהיא באה לידי ביטוי בתשובות שדן בנושא זה, שבעוד שבתשו׳ הנ״ל וכן בתשו׳ סי׳ ת״ט ג״כ נוקט כנ״ל, שבפרוץ אין חוששים לקידושין, כבר העירו האחרונים (עי׳ שדי חמד מערכת אות אלף אות ל״ב) שנראה שסותר משנתו שבחלק ד׳ תשו׳ רע״ז כ׳ בדיוק כדעת הרשב״א, והוא בענין אשה שהוציאה בעלה משום זנות ושוב ראו שנבעלה על ידו. וכ׳ בזה:

> והנלע״ד דבכה״ג צריכה גט שני דכיון שראוהו שבעל, וראינו דלא מזהמא ורוצה לשתות בעציצו ובעביטו, כל מאי שאפשר לו לתקן מתקן, וכל מאי דאפשר ליה לשפשף משפשף, דאי בעיל לה לשם זנות אית ביה תרתי חדא בעילת זנות דכל שאר נשים, ותו - איסורא דידה דאחרי אשר הוטמאה, ומשום הכי בעיל לשם קידושין לתקן שלא יהא בעילת זנות אלא בעילת איסור, ואע״ג דעתיד הוא לגרשה השתא מיהא מתקן הוא ולא הויא בעילת זנות, עכ״ל.

הרי הדברים עולים בד בבד עם דברי הרשב״א בנידון, ותמוה מאד שלא זכר שם מה שכתב וחזר וכתב בתשובות הנ״ל.

ויש עוד לדקדק ברדב״ז בתשובותיו בח״א שנ״א ות״ט הנ״ל שבשניהם כתב ההלכה בנתיחד עם גרושתו, אולם הן כנ״ל הסיק לנכון הפ״ת בדבריו שגם בראוהו שבעלה ג״כ הדין כן, כמו שכ׳ מצד ממנ״פ, וכמו שהעתיק המל״מ דבריו בראו שבעל, וא״כ אינו מובן למה לא כתב זאת בפירוש, ולמה לו לדון מצד ממנ״פ, והרי היה יכול לומר ההלכה בפשיטות שבראו שבעל הנדה אין חוששין לקידושין, שהרי כל חשש הקידושין אינו מצד הייחוד אלא מצד דאמרינן דבא עליה.

ה.

והנראה דהרדב״ז לא אמר דבריו אלא באופן שהוא מומר לעבירות אלה, שכבר עבר עליהם פעם ופעמים, כפי שמוכח בבירור אם נדקדק בלשונו כראוי, דזה לשונו בתשו׳ שנ״א:

> ומכאן אתה למד שהמתייחד עם גרושתו והיא בנדתה אינה צריכה גט דמה נפשך אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל, ואם אינו זהיר בנדה כיון דלא חייש לאיסור כרת, לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קידושין.
>
> וכן הדין במי שהוא פרוץ בעריות ורגיל לבוא ביאות אסורות, דכיון דלא קפיד בהכי, לא בעל לשם קידושין אלא לשם זנות בעלמא **כשאר ביאותיו**. עכ״ל.

וכן בתשו׳ ת״ט:

> תדע דלא אמרינן חזקה זו אלא במי שהולך בדרך טובים **ואינו משוך לבוא ביאות אסורות**. אבל מי שהוא חשוד ולא קפיד אביאות אסורות הלכה לה חזקה זו, עכ״ל.

הרי לשונו ברור מלל, שהמדובר על פרוץ בדוקא, ועל מי **שאינו זהיר** בנדה, היינו שזה לא ענין מקרי אצלו, אלא הוא עבר ושנה, שבזה אמרו (יומא דף פ״ו ע״ב) שנעשית לו כהיתר, היינו ששוב אין לבו נוקפו בזה. וכיון שהפך לו הענין להיתר, יש סברא גדולה לומר ששוב אינו מקפיד לחלק בין איסור לאיסור, וכשם ש״שאר ביאותיו״ באיסור, כן לא איכפת לו גם שיתוסף עוד איסור מצד ב״ז.

וזוהי כוונתו בענין המתיחד עם גרושתו בנדתה, דאם הוא זהיר בנדה, היינו שמאז ומעולם הוא זהיר באיסור זה, כי אז הרי בחזקת כשרותו עומד, ואין להעלות כלל חשש שבא עליה. דאילו היה מקום ספק שמא אעפי״כ בא עליה, מחמת שתקפו יצרו, אז היה בזה חשש קידושין, כי אעפי״ שלא היה יכול להתגבר על יצרו, מכל מקום מה שיכול לעשות בהיתר היה עושה. אבל כאמור, חשש כזה אינו קיים בכשר. ואם הוא אינו זהיר בנדה, היינו שאיסור זה אינו חשוב בעיניו, כי עבר ושנה בו וכנ״ל, לגבי זה ודאי אין הבדל בין איסור נדה לאיסור זנות, וכשם דלא איכפת ליה בנדות כן לא איכפת ליה בזנות.

אכן כל זה ב״משוך באיסורי עריות״ ובמי ״שאינו זהיר בנדה״. אבל מה שאנו רואים עכשיו שבא על גרושתו בנדתה, זה אינו מוציא מכלל ספק קידושין, כי שמא בדרך כלל זהיר הוא באיסור זה וכן אינו עושה בעילתו ב״ז, ואף שיצרו תקפו לעבור עכשיו באיסור נדות, אכתי לענין הא דמצי למיעבד בהיתר בחזקתו קאי, ע״כ רק בנתיחד עם גרושתו בנדתה הוא דאין חוששין לקידושין ממנ״פ, משא״כ בראוהו שבא על הנדה, ולא הוחזק בפרוץ בנדות, יש בזה חשש קידושין. (בסימן ת״ט הדין הוא גם בבא עליה, אלא שדבריו שם מועתקים ממ״ש בסי׳ שנ״א, ושם עיקר הדברים בנתיחד עם הנדה).

מעתה א״ש שאין סתירה ממה שכתב הרדב״ז בתשו׳ בח״ד רע״ז דשם המדובר במי שאינו חשוד על ביאות אסורות, אלא שראינו שבא על גרושתו שהוציאה לפני כן משום זנות, בזה אין לנו יסוד לומר שלא איכפת ליה באיסור טומאה שלה, אלא שתולין שיצרו תקפו ולא יכול להתגבר עליו, וכיון שעכ״פ איכפת ליה באיסור אמרינן ש״כל מה שיכול לתקן מתקן וכל מה שיכול לשפשף משפשף״. ע״כ צריכה ממנו גט.

וממילא אין גם כל הוכחה שהרשב״א לא ס״ל להא דהרדב״ז. שהרי כנ״ל כדברי הרשב״א כך הם גם דברי הרדב״ז עצמם, אולם כל זה במי שאינו משוך לבוא ביאות אסורות (ואעפי״ שכונתו להחזיק בה ולבא עליה גם להבא, מ״מ מחשבה זו שהיא בעידן שתקפו יצרו, עדיין לא בכוחה להפוך זאת לו להיתר, והוי בגדר לבו נוקפו, וע״כ כל מה שיכול לתקן מתקן, וכנ״ל).

ו.

ועתה נשובה נא לעיין בדברי האור שמח בסברתו, שכתב דמאחר דלרמב״ם לא מצד חומר האיסור אמרינן דאינו עושה בב״ז ״רק שרצונו לחזור ולהתקשר עמה שתהיה אשתו״ שמשו״כ אנו אומרים ש״ודאי בא לשם קידושין״. ולכאורה דבריו אינם מובנים, שמאחר שלא איכפת לו באיסור, א״כ גם אם רצונו לחזור ולהתקשר עמה, משום מה זה צריך להיות דוקא ע״י קידושין כדמו״י, והרי הוא מזלזל בתורת משה, ואיסוריה אינם אסורים בעיניו, א״כ למה יקפיד על הקידושין דוקא שיהיו כדת וכדין?

ועי׳ בדבר אברהם ח״ג סי׳ כ״ט שכ׳ באי״ד וז״ל:

> ומכאן תשובה לאלו שרצו לומר דחזקה אאעבב״ז אינו משום דאיסור אלא ענין טבעי לאדם, וממילא שגם הפורשים מהדת אין עושים בב״ז אלא מכוונים לאישות. ולהנ״ל אין זה מחויב כלל כיון דלאישות ממין אחר קא מכווני.

ובמה שמציין ידידנו הגר״א גולדשמידט לדברי הרדי״ך שג״כ דרך בדרך זו של האו״ש, עי׳ באוצה״פ סי׳ כ״ו (עמ׳ ה׳) משו״ת מהר״י לבית הלוי סי׳ ו׳ שהרבה להשיג עליו. ויש לסייעו גם מלשון הרמב״ם שכ׳ בנידון דנא על גרושתו שחזקה היא שאין אדם עושה בעילתו באשתו ב״ז, והרי בידו לעשותה בעילת מצוה. וה״ז מוכיח ג״כ שרק במקפיד ע״ז הדברים אמורים.

ע״כ נראה יותר שאף דבריו אינם אמורים אלא באופן שדן בו שם, היינו שבא על גרושתו כשהיא נדה, ולא הוחזק לפני כן לחשוד בביאות אסורות (ומשמע לו שהריב״ש גם בהאי גוונא מיירי שאעפי״כ כתב, כיון שבא לשאת אשה זו בנדתה שוב גם יתכן שאינו מקפיד על ב״ז). ובזה הוא שכתב שאעפי״ שראינוהו עכשיו עובר באיסור נדות, הוא רק מחמת תקיפות היצר, אבל אין מזה ראיה שמזלזל גם בדיני קידושין, וכשבא לנושאה, רוצה לשאתה כדת משה וישראל, אבל מי שהוחזק לעבור באיסור נדות שהוא בכרת ודאי שלא איכפת לו גם להתקשר עם אשתו, שלא עפי״ דיני ישראל.

ומכל שכן בזמנינו, שהשתרש למרבית הצער והחרפה המושג של ״ידועה בצבור״. אין יסוד להניח שבאופן זה, שהרשות היתה נתונה לסדר חו״ק בדרך הנאותה כדמו״י, והם לא עשו ככה, שכונתם היתה לשם קידושין. אדרבא, מסתבר יותר, שלאחר שנסיון הנשואין שלהם לא עלה יפה והגיעו לידי גירושין, שוב לא היה הרצון להתקשר באופן שיכול להכביד אחר כך, אם שוב לא יצליחו להגיע לכלל הבנה הדדית, והשאירו זאת להתקשרות בלתי מחייבת. ומאחר שמצד האיסור לא איכפת להם כפי שיש לראות מההתנהגות לענין דיני טומאה וטהרת המשפחה, מעתה לא היה שוב מעצור גם לנהוג באופן בלתי מחייב במובן ההתקשרות ההדדית.

והרי נדון זה כהא דהרדב"ז בתשובה שנ"א שמי שאינו זהיר בנדה אין חוששים לקידושין גם בראינו שבא על גרושתו.

והנה ידידי הגר"א גולדשמידט שליט"א, בצאתו בעקבות אלה האחרונים שמיישבים סתירת הרדב"ז עפימש"כ לחלק בין איסור חמור לאיסור קל, כ' שבנידון שלנו "אין הכוונה למידת חומר האיסור כפי שהוא באמת אלא כי מכיון שהבעיא היא באומד דעת בני אדם", ובזה "גם אם לדאבון לבנו רבה הפירצה בדור הזה בשטח טהרת המשפחה, הרי אצל רובו של הציבור אשר אינו שומר, זהו בבחינת לא חמירי לאינשי וכו', משא"כ בענין נישואין, הרי ב"ה קדוש הוא המוסד הזה לרובו ככולו של בני ישראל, ואלו הנקראים "ידוע" ו"ידועה" בציבור יוצאי דופן וכו'".

אך לדבריו מתערער היסוד העיקרי של ההיתר במה שנקרא "נישואין אזרחיים" שכבר נתקבל להתירה בשעה"ד ואין הגט אלא לחומרא, לכל הפחות באותם המקומות שניתן לסדר בנקל חו"ק כדמו"י, והוא בהסתמך על הריב"ש והרדב"ז הנ"ל שבמקום שמזלזלים באיסור חמור דנדות, מכש"כ באיסור קל דב"ז (ועי' אוצה"פ סי' כ"ו). אלא שהענין פשוט, שאם גם נקבל ההנחה שבענין נשואין "קדוש הוא המוסד הזה לרובו ככולו של בני ישראל" הרי זה שייך באלה שאכן נוהגים לסדר חו"ק, משא"כ באלה, שלמרות שהדבר בידם לסדר בקלות חו"ק כדת וכדין, ואעפי"כ בוחרים להם דרך נלוזה לחיות חיי הפקרות כאות נפשם, כלפי אלה ודאי שאין מקום להנחה זו. והוא הנדון שלפנינו שלא הי' שום קושי לסדר חו"ק, ועם כל זאת לא נזקקו לזה זה עידן ועידנים.

מסקנת הדברים:

אשה זו שחייתה עם בעלה לאחר גירושיה, לא על דעת קידושי תורה חייתה עמו ואין לראות בזה לא קידושי ודאי, ואף לא קידושי ספק. אילו היתה השאלה מתעוררת בחיי הבעל, והיה אחד מהם פונה לבית דין בנידון, כי אז היה צריך לקבל עדות כשרה לברר מה מדת האמת בדברים שאכן חיו בנדות כל הזמן. וכן היה מקום לחייב גט לחומרא. עכשיו שהבעל מת, והמערערת היא שמבקשת לתקן את מעמדה האישי כאלמנה, מספיקים דבריו של ב"כ שנאמרו בפניה, וללא כל הערה מצדה, שלא להזקק לבקשתה, מאחר שלפי התנהגותם הכללית אין כאן חשש קידושין.

לדעתי יש לדחות את הערעור.

סימן נו : בגדרי אמתלא, שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וחזקת כשרות הולד זהו ערעור על החלטת כב' ביה"ד ת"א יפו, מיום ט"ו אייר תשכ"ה, בה נאמר: "אין בידי ביה"ד לבטל את ההוראה שניתנה ע"י הרבנות בזמנו שלא לערוך חופה וקידושין להגב' ב., אולם הזכות בידי הנ"ל לפנות לבדה"ג לערעורים בי-ם לשם החלטה לביטול ההוראה הנז'".

העובדות הן כדלהלן:

אם המבקשת א. הגישה תביעה בי"ד סיון תשכ"א, נגד גיסה, אח בעלה, ג. שבהיות וחייתה יחד עמו זה כ15- שנה בלי חופה וקידושין (לאחר שמת בעלה הראשון ד. והשאיר אחריו 2 ילדים), ויש לה ממנו בת בשם ב. ילידת 1947, ובהיות שאסור להם להמשיך לחיות יחד, מבקשת להזמין את הנתבע לדין ולחייבו בגירושין.

בישיבת ביה"ד הראשונה ביום כ"א סיון תשכ"א, טענה התובעת: התחתנתי בחו"ק עם בעלי הראשון ד. בפולין, יש לי ממנו 2 ילדים, הבן ה. נולד ב1939-, והבת ו. ב1942-. ד. נהרג בשנת 1942 כחייל בצבא הרוסי. בסוף 1946 התחלתי לחיות עם הנתבע, לפני כן חייתי עם איש אחר, שנפרדתי ממנו בגירושין אזרחיים.

הנתבע הכחיש בתוקף שחי חיי אישות עם התובעת, וטען שרק גרו בבית אחד בחדרים נפרדים, ואת הילדה ב. שהיא מאיש אחר, אימץ אותה כבת, כשם שאימץ גם את ה. וו. בני אחיו המנוח.

על פסק דינו של הגר"ע יוסף שליט"א [עיי"ש בפד"ר - ו] נכתבו ההערות דלהלן:

א.

באות ו' כתב הנ"ל: לפ"ז המבקשת דנ"ד הויא ספק ממזרת היות ואמה טענה שהרתה בה מאח בעלה, והו"ל אשת אח שלא במקום מצוה, ע"כ. הא דפנויה שנבעלה ואמרה לממזר נבעלתי הוי הולד ס' ממזר הוא לא מצד טענת האם אלא מפני שבל"ז הוי ספק, ודיבורה אינו מעלה ואינו מוריד, כמש"כ הב"ש סי' ד' ל"ח מהר"ן וההי"מ: היא אינה נאמנת לפסול בניה והוי כאילו לא אמרה כלום. ואם נשוה ני"ד לפנויה שנבעלה הויא בספק ממזרות לא מצד טענת האם אלא מצד עצם העובדא. הדיון יהיה איפוא רק אם נוכל להסתמך על דברי האם של עכשיו שאומרת שהולד כשר, כדין פנויה שנבעלה ואומרת לכשר נבעלתי, מאחר שקודם אמרה היא עצמה שנבעלה לפסול ועכשיו חוזרת מזה ע"י אמתלא (וע"ע להלן באות ו).

ב.

בא"ד שם, דן אם מהני אמתלא אצל האם לחזור בה מדבריה הקודמים כיון שעבר זמן רב מדבריה הראשונים, ומביא המחלוקת בני"ד באחרונים. אכן להנ"ל (אות א') שדבריה הראשונים לא נתקבלו כלל לענין פסול הולד, אין זה ענין לפלוגתא דהאחרונים, דע"כ לא נחלקו אלא אם אהני דיבורה הראשון עכ"פ בתור שויא אנפשי' חד"א, שיש מקום לומר שלאחר שפעל דיבור הראשון לאיסור, והוחזק אח"כ ל' יום, שוב אין מועיל אמתלא. משא"כ בני"ד שדבריה לא נתקבלו כלל "והוי כאילו לא אמרה כלום", מה בכך שעברו ע"ז ל' יום, שהרי הימים הללו לא היה להם מה להחזיק, כיון שלא פעל דיבורה כלום, וה"ז כחוזרת בה טרם שעברו ל' יום.

www.eretzhemdah.org

ג.

באות ז׳ הביא ביאור המהרש״א בתוספות שאמתלא אינה מועילה אלא לסלק דיבור הראשון שלה, אבל ל״מ לקבל דבריה האחרונים, וכ׳ שם (בסוגרים) להעיר מהתוס׳ שם קי״ח ע״ב ד״ה אמר ליה שכתבו וי״ל דמשמע חולצת אפילו נתנה אמתלא לדבריה ״ושם אפילו נסלק דבריה מכל וכל, בחזקת היתר לשוק קיימת״, ע״כ.

קושית התוס׳ היא מהסיפא דניתן לי בן במדה״י, שאילולא דבריה עומדת בחזקת היתר ליבם כמבואר בקושיתם (ועי׳ מהרש״א שם ובקרני ראם), וא״כ אם נסלק דבריה היתה חוזרת להיתר היבום.

ד.

באות ח׳, מביא מה שמקשים על דברי המהרש״א הנ״ל מהא דשבויה שאם נסלק דבריה הרי יש ע״א המתירה. וכ׳ ליישב דההיא דכתובות המדובר לאוסרה על בעלה כהן, דבזה אינה נאמנת מצד דשמא עיניה נתנה באחר. אך א״כ למ״ל לגמרא לומר באמתלא דחזרה מצד תמות נפשי עם פלשתים, והרי מצי למימר שהוא באמת מצד עיניה נתנה באחר, שזהו הרי היסוד של הנימוק שאין להאמין לה. ע״כ נראה ברור שהמדובר בפנויה, ומ״מ לפי הס״ד לא תאסר מצד תמות נפשי וכו׳.

וביאור דעת המהרש״א נראה לענ״ד דהוא לא אמר אלא ״דלא עדיפא משתיקה״, אבל לא אמר שזה נחשב כשתיקה, דזה באמת אינו בסברא כלל, דאם מועילה אמתלא לסלק דבריה הראשונים, למה גם לא נקבל דבריה הנוכחיים. אלא הפירוש דע״י אמתלא הופך לספק, שאין אנו יודעים מה האמת, האם מה שאמרה קודם או אלו שעכשיו. ומעתה אם נבוא לאוסרה מכח שויא אנפשה חד״א שבדבריה הקודמים, אמרינן שמספק לא נאסרנה. משא״כ בנידון דשבויה, דעצם דנשבתה אוסרה, והע״א צריך להתירה והדבר ספק שמא הוא ע״א בהכחשה (מכוח דיבורה הראשון), ממילא נשארת באיסורה הראשון כדקאי קאי.

ה.

באות ח׳ מביא מהאו״ש שכ׳ בכוונת התוס׳ משום דהוי אמתלא גרועה, ״דתקלקל עצמה בשביל שתסבור שתקלקל לחברתה ג״כ אשר לפי האמת על חברתה לא מהימנא וכו׳ ובפרט דע״כ רצתה להיות אסורה לעולם כדי לקלקל צרתה, משא״כ בכל דוכתי דלא כיוונה רק על שעה זו״. ועפי״ז מסיק דאילו הכא ״אמתלא טובה ומתקבלת״ וכו׳.

באמת הטעם שכ׳ האו״ש דשאני אמתלא זו מפני שרצתה בע״כ להיות אסורה לעולם שייך גם כאן, שהרי אם במחשבתה היה להודות לבסוף ששקר ענתה בו, הרי תצטרך להחזיר כל מה שקבלה במזונות הבת, (ונימוק זה בגריעותא של האמתלא נראה עיקר, דאילו טעם ראשון הוא קלוש שהרי ״תמות נפשי עם פלשתים״ היא מציאות עובדתית אצל שמשון). אך יותר נראה עיקר הגריעותא דאמתלא זו היא כמבואר בדקדוק לשון הספר ים של שלמה שמביא שם מצד שמחזיקה עצמה לרשעה, וביאור הדברים אינו מצד שאין אדם משים עצמו רשע, אלא מפני שהרי על פי האמתלא אנו באים לתת לדבריה הנוכחים תורת נאמנות, וזה לא יתכן באמתלא מעין זו שלפיה שיקרה קודם בגלל קבלת תועלת (דהיינו להזיק לצרתה), וא״כ מאי חזית לדחות דבריה הראשונים ולקבל מה שאומרת עכשיו, שמא עכשיו היא המשקרת בגלל רצונה להתיר עצמה. ונ׳ שגם המהרש״א מודה בעיקר סברא זו, אלא שהמהרש״א אינו מפרש שהיא היא המנמקת דבריה הראשונים באמתלא זו של ״תמות נפשי״, שלעולם האמתלא שנותנת היא אמתלא רגילה וטובה, וכפשטות לשון הגמרא ביבמות וכתובות שה״תמות נפשי עם פלשתים״ הוא נימוק של ביה״ד, שמשו״כ לא נטינו מעיקרא לקבל דבריה ברצינות. אבל ודאי אם היא תנמק עצמה באמתלא זו אין מקום כלל לקבל לדבריה, וה״ז כמו בהא דיבמות מ״ז ״לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי״. וה״נ אמרינן לה: לדבריך שקרנית את ואין נאמנות לשקרנית.

וכן הוא ני״ד שהאמתלא שלה היא ששיקרה קודם בגלל קבלת מזונות, א״כ איך נאמין לה עכשיו ולא ניחוש שדוקא עכשיו היא משקרת בכדי להשיאה לישראל, והרי לדבריה שקרנית היא ומאי חזית לקבל דבריה עכשיו לומר שעכשיו היא אומרת אמת, (וע״ע להלן אות ז׳ בתשו׳ חוט השני).

ו.

שם בא״ד בסוגרים, כ׳ לחלק בין ני״ד לפנויה שנתעברה ״כיון שגם היא וגם העדים העידו שהיתה בהריון מבעלה וכו׳ א״כ הרי המבקשת עומדת בחזקת כשרות גם מבלי אמירת האם״, ע״כ.

אם מצד העובדא שהיתה בהריון יש לדון לכאורה דלא סגי, דאיכא מיעוט מפילות ומחצה זכרים והו״ל נקבה מיעוטא, עי׳ יבמות קי״ט במשנה וגמרא ושם תוד״ה יצאה מלאה, וע״ע להלן מזה.

ברם לענ״ד ל״צ לזה דכל הריעותא נתעוררה רק בגלל התנהגותם של האשה אם הנערה דני״ד ושל אחי בעלה המת ודיבוריהם, ואילולא זה הרי קי״ל דכל המשפחות בחזקת כשרות (א״ע סי׳ ב׳, ב), וממילא כל הדמיון של ני״ד להא דפנויה שנתעברה אינו, דהתם אילולא דבריה שאומרת לכשר נבעלתי הולד הוא בס׳ ממזר, משא״כ כאן אילולא דבריהם והתנהגותם לא היה מקום לספקה בממזרות כלל, ויש לרכז הדיון רק באיזו מדה התנהגותם זו והחזקתם אותה כבת לבין אחיה המת, יכולה להוות ריעותא בחזקת הכשרות שלה, ונדון מזה להלן בע״ה.

ז.

באות י״א מביא מתשו׳ חוט השני דל״מ אמתלא לעשות עצמו רשע, וכ׳ דהכא שאני משום דעדיין לא עשתה מעשה, ומסתמך בזה על דברי הנוב״י, וכן מצד שאדרבא אם נקבל דבריה הראשונים הרי היא רשעה, עכת״ד.

כנגד טענה ראשונה יש לדון, דל״ד להא דהנוב״י שלפי טענתה לא רצתה כלל גם בטענתה הראשונה להוציא ממנו ממון וכל כוונתה לא היתה אלא להוציא עליו ש״ר. ע״כ אפי״ל שאילו היו הדברים מגיעים לגביית הממון בגזלנותא

היתה נמנעת, שהרי לא רצתה כלל בממונו, משא״כ כאן כל עיקר תביעת המזונות שהיה במעשה בהגשת תביעה והופעה בבי״ד ובטענה הכרוכה בהתחצפות שעשתה איסור חמור מח״כ, מהיכי תיתי לומר שהיתה נמנעת. וכי למה הגישה התביעה, אם היה ברצונה להמנע מלקבל הממון? ומאחר שכל כוונתה היתה לזכות בממון בגזלנותא, וודאי שאילו היתה זוכה בביה״ד היתה מקבלת ברצון.

(עו״ש במה שמעיר בדברי הנוב״י שגם כשגבתה הממון, ממון איתא בחזרה. אכן בתוס׳ ב״מ ו׳ ד״ה ממון מבואר דסברא זו אינה אלא בתופס מספק שאם לא יזכור יחזיר, אבל לא בתופס מה שמצד הדין לא מגיע לו (אפילו אם זה ספק, ומכש״כ בודאי). וזהו כנ״ל שהרי תופס שלאע״מ להחזיר שאל״כ למה לו לתפוס, א״כ מה בכך דאיתיה בחזרה, כיון שאין בדעתו להחזיר).

ובנוגע לטענה השניה, לעיל ביארנו דאמתלא שעושה עצמו רשע אינה אמתלא מצד דעי״ז פוגם בעצמו בנאמנתו, ועפי״ז נ׳ שזהו גם הסבר החוט השני, שמה״ת לומר שעכשיו אמת בפיו וקודם נהג בשקרות, דילמא איפכא, ומידי ספק לא יצא.

ח.

באות י״ג דן מצד מה שהוחזקה כבת אחי בעלה המת, שממילא היא בחזקת ממזרת, ואמתלא ל״מ לכמה שיטות לאחר שהוחזקה ל׳ יום ויותר, וע״ז חזר וכ׳ באות י״ד להקל לסמוך אהני שחולקים וסוברים דמהני אמתלא גם לאחר ל׳ ״ובאיסור דרבנן כה״ג דה״ל ס׳ ממזר דמה״ת מותר לבא בקהל י״ל דשפיר מהני אמתלא להכשירה״, ע״כ.

אולם זה תמוה שלפ״מ שהוחזקה אין היא ספק אלא ודאי ממזרת, דהרי סוקלין על החזקות, א״כ האמתלא צריכה לסלק ודאי ממזרות, ובזה ודאי קשה לסמוך נגד הני רבוותא דסברי דבתר ל׳ יום ל״מ אמתלא.

ט.

באות ט״ו מביא הט״ז שאם גילתה דעתה קודם שתגדלנו ותחזיקנו כבנה לא היו סוקלין אותה אח״כ, ״ולמדנו מזה אם יש עדים נגד החזקה שפיר סמכינן עלייהו להיתרא וכו׳, וא״כ בני״ד שיש עדים שיודעים שהמבקשת אינה בתו וכו׳ וא״כ אין להתחשב עם החזקה שהוחזקה לבתו של ג. כיון שיש עדים שידעו את האמת נגד החזקה״ וכו׳.

ני״ד שונה מהט״ז הן לגריעותא והן למעליותא: לגריעותא, דהתם העדות מבטלת את עצם החזקה, שהרי כל עיקר אין אנו אומרים הוחזק אלא עפי״מ שאין רגילות להתנהג עם זר כמו עם בן, שמזה נעשה המוחזק כבנה, אבל אם גילתה דעתה קודם שתתנהג עמו כך, הרי אין לחזקה שום יסוד. משא״כ כאן שהעדים והחזקה הם תרי מילי דלא שייכי להדדי. אולם מאידך ה״ז למעליותא, אם נראה זאת כעדים ממש, דנגד עדים אין כוח לשום חזקה. ואי״צ בזה לחידושו של הט״ז, שהרי אין הוכחה השקולה כנגד העדאת עדים, ואם יבואו עדים ויגידו שזה שהחזיקה אותו כבנה אינו בנה, אין דבר זה צריך לפנים שהחזקה בטלה ומבוטלת.

דא עקא שאין כאן עדים של ממש לסתור החזקה, כי עדות שני עדים אינה אלא שהיתה בהריון, וכנגד זה הוי רק מיעוט נקבות וכנ״ל אות ו׳, ואין לנו אלא עדות ע״א בלבד שנולדה לה ילדה מבעלה שברוסיא. אך גם עדות זו אינה נגד החזקה, כי מי יימר שזאת היא, שמא השאירה אותה שם או מתה, וזו שלפנינו היא בת אחי בעלה המת כפי שהוחזק, ועדיפא מינה בתשו׳ החת״ס א״ע סי׳ ע״ו שהיו עדים שהעידו ממש שהיה לה ילד טרם שהתחתנה עם בעלה הנוכחי ומ״מ כתב שם שמאחר ״שאין גם אחד מהם אשר יאמר עליו שמכיר בטב״ע וכו׳ וא״כ במה יסתר החזקה שמוחזקים אנו שזה אברהם הוא בן אלי״, וכו׳. א״כ מכש״כ בני״ד שאין כאן עדות מספקת שהיה לה ילדה מבעלה הקודם, ואין לנו אלא עדויות על הריון גרידא.

י.

מסקנא דמילתא מכל האמור: לאם אין תו״נ להכשיר הבת לאחר שקודם אמרה אחרת כי האמתלא שנותנת אינה כלום, אולם גם מה שאמרה קודם אינו מעלה ואינו מוריד, אם לא הוחזקה בממזרת מצד ההנהגה של אחי הבעל המת כלפיה ומצד מה שהוחזקה בתור בתו ע״י השכנים והמכירים. ברם אם נראה אותה כהוחזקה לממזרת, כי אז אין בכוח האם, ואף לא בכוח העדויות שנתקבלו להכשירה, ויש לנו להתרכז רק בבירור עצם החזקה שהוחזקה במשך הזמן ע״י שהיתה רשומה כבתו, וכן מה שהיה רגיל להתבטא עליה כבתו, ומה שהשכנים והמכירים ראו אותה כבתו. ובזה נייחד את הדיבור להלן.

יא.

והנה ממה שזן וכלכל אותה כאילו היתה בתו וכן היתה רשומה בכל התעודות ודאי אין כדי להחזיקה, שהרי כך גידל גם בני אחיו, ואעפ״י שזו אינה בת אחיו, מ״מ הן יתכן שמגדלה בין שאר הילדים של אשה זו, כי קשה היה להפלות ביניהם, מאחר שכולם גדלו יחד מקודם והחזקת הילדים דרשה גם שיחזיק את אמם, ובת אצל אמה לעולם, א״כ אף היא נגררה עמהם, ויתכן שמגדל יתומה בתוך ביתו.

וממילא גם מה שקראה בתו, וכן היא קראתו אבא אינה שום החזקה, כמש״כ החת״ס (א״ע סי׳ ע״ו שהובאו דבריו לעיל וציינם מעכתר״ה) בשם התשו׳ מיימוניות דעביד אינש שיקרא ליתום המוחזק בתוך ביתו בנו. וע״ש שהוכיח שגם כשקריאה זו היא לא בתור ביטוי של אהבה וחבה נמי יתכן. ואעפ״י שהוכחתו הוא לענין בן אשתו או בת אשתו משרח בת אשר, וזהו מפני שבעל כאשתו, מ״מ נראה דה״ה לכל יתום מאחר שכשמגדלו ראוי שיקראנו אבי, אין ממילא הבדל באיזו מסיבות קוראו כך.

יב.

אלא שיש לעיין קצת לפ״מ שבחת״ס שם ביסס סברת כנה״ג שמחלק בין שיש או אין לו בנים, והסביר זאת שביש לו בנים ודאי מקפיד שידעו שאינו בנו כדי שלא יקפח נחלת בניו האמיתיים, וא״כ י״ל דה״נ דע״י שמחזיקה כבתו מצי אתי חורבה מינה שיחזיקוה בממזרת ויאסרוה לבא בקהל וכן יתירוה בממזר, א״כ ה״נ הו״ל למידק, כדי דלא ליתי חורבה מינה. אולם נראה שז״א דא״כ גם באין לו בנים מצי אתי לידי חורבה מזה שמחזיקו כבנו, אם יקדש אחת מקרובי עריות שיפקיעו הקידושין מחמת שיחזיקוהו כבנו, וכן יכול לבא לידי תקלה שיקדש אחותו וכיו״ב מעריות שלא מצד אביו האמיתי, אע״כ אין הוא מעלה על הדעת אלא מה שיכול להזיק לבניו הוא, וכנ״ל בסדר הירושה, וזהו רק כשיש לו בנים משלו, וא״כ נ״ד שאין לו בנים משלו (וזו גם נקבה היא שממילא אינה מגרעת מהירושה) ל״ש קפידא זו.

(הן אמת שעצם דברי החת״ס נפלאו ממני בעניי, שכ׳ לחלק דלענין בן אשתו לא היה קוראו בנו כשיש לו בנים מצד הירושה וכנ״ל, משא״כ לענין בני בנים הרי הם כבנים. ואינו מובן, הרי הא דבן אשתו קרוי בנו מוכיח בתשו׳ הנ״ל מהא דלא יומתו אבות על בנים דכולל נמי דלא יומתו עפ״י עדות בניו של אשתו, וזה ודאי אינו תלוי במה שזן אותם או לא, דקרא הרי סתמא נאמר, והיינו שעצם העובדא שהם בני אשתו ראוי לקוראם בניו דבעל כאשתו, וא״כ מ״ש אי הם נקראים בנים מצד שהם בני אשתו או שהם נקראים בנים מצד שהם בני בנים שהם כבנים, דמבחינת הירושה הרי גם בבני בנים מצי אתי לידי חורבה שיקבלו חלק בנחלת אבי אביהם כאילו הם היו בניו, ואם לא קפיד אהא מצד דמ״מ שם בנים עליהם, ה״נ בבני אשתו כן, ולא אדע החילוק אם הם נקראים בנים מצד בני אשתו או מצד שהם בני בנים וצ״ע. כן עדיין לא תירץ הסתירה שבדברי התוס׳ שכתבו שלא מצינו בשום מקום דבן אשתו כבנו, ואילו בתשו׳ הנ״ל הרי מוכיח מהא דלא יומתו אבות על בנים דבן אשתו כבנו, ואין נפ״מ אם יש או אין לו בנים אחרים, דקרא הרי סתמא כתיב, וגם אם יש לו לבעל בנים משלו, מ״מ בני אשתו נמי פסולים לגביו לעדות.

ובפשטות נראה בכוונת כנה״ג שרק כשאין לו בנים משלו מחבב בנים של אשתו, שרואה בזה מעין תחליף לבנים משלו, משא״כ כשיש לו בנים אינו זקוק לזה, ומטעם זה אם יש לו בנים ואין לו בנות יתכן ג״כ שמחבב בת אשתו כאילו היתה בתו, כיון שאין לו בנות משלו, וע״כ אין סתירה מהא דשרח בת אשר, שיתכן שלא היו לו בנות משלו ע״כ חיבבה כאילו היתה בתו. ולא נחית בכלל בזה שמחבב בן או בת אשתו להעלות על הדעת אי יצא מזה חורבה או לא, הן לענין ירושה והן לענין עריות. עכ״פ לנ״ד לא נפ״מ מידי דכיון שאין לו בנים ובנות משלו לא נפלאת היא שיחבב זו שמגדלה ומפרנסה כאילו היתה בתו, וקורא עליה את שמו). יוכיחו ע״ז בנ״ד גם הא שהחזיק שאר ילדי אשה זו כאילו היו ילדיו ורשמם בתעודות על שמו, ואי משום שעל זאת היה מתבטא בחבה יתירה, הן יתכן הדבר מפני שזאת הילדה הגיעה אליו בעודה תינוקת וגדלה ממש על ברכיו, שמשו״כ נטה עליה חבה יתירה.

יג.

ועפ״ז נראה פשוט שלא רק ממה שהיה רגיל לקוראה בתו אין מוכיח מידי כי גם ממה שגידל אותה בכל מילוי צורכיה כאילו היתה בתו ממש אין הוכחה, שכשם שמחבבה בדיבור כן מחבבה במעשה, ואדרבא הן כל חבת הדיבור נובעת מזה שזנה ומכלכלה כאילו היתה בתו, וזה שמסיק בחת״ס שם בנידון דידיה שמצד שגידלו קרוב לשלושים שנה ״בחזקת בנו ממש ולא הרגיש אדם מעולם שהוא חורגו״ שזו חזקה שהיו סוקלים עליה, הוא רק מפני ששם המדובר כשהיו לו בנים משלו שאז אין זו הדרך וכמש״כ שם ״רק נהג עמו מנהג הבנים, ובשגם שיש לו בנים אחרים וכו׳״. (והאי ״בשגם״ נראה שמתפרש במובן ״וזה למרות״, ואינו טעם נוסף, כי כנ״ל אם לא היו לו בנים אחרים, אין נימוק למה לא יגדלנו כבנו כשם שמחבבו כבנו וכנ״ל).

ואעפ״י שבאשה ע״י שגדלתו והיה כרוך אחריה מיחשבה כחזקה שהוא בנה, צ״ל דלענין זה הבדל יש בין איש לאשה, שאשה אין מזונותיה מצויים וסתמא דמילתא אין מע״י מספיקים למזונותיה שלה עצמה (שמזה נובעת תקנת חיוב המזונות של הבעל לאשה) אין רגילות שתגדל יתום על חשבונה, (ועוד אפשר לתת בזה כמה טעמים ואמ״ל), ע״כ באשה מה שמגדלתו כאילו הוא בנה שפיר הוי חזקה, משא״כ אצל איש.

יד.

ומעתה נראה שגם מה שהוחזקה בין השכנים כבתו של פלוני אין זה מיחשב חזקה, שהרי הם לא החזיקוה אלא עפ״מ שראו התנהגות האיש והאשה כלפיה, ומאחר שלפנינו מקור החזקה, ומבורר לנו שזו אין בה כדי להחזיקה כבתו, מעתה מה שהוחזקה הרי בטעות הוחזק, ואין לזה דין הוחזק. ודמי לאילו באו עדים לפנינו שזו בת פלוני היא וכל כיו״ב, ומכוח זה הוחזק הדבר בעיני הסביבה. ושוב באו עדים והזימום לראשונים, שברור שגם החזקה שהוחזקה מכח העדות, הכל בטל ומבוטל.

(וזה נ״ל בביאור הירוש׳ קידושין שהובא בתשו׳ חת״ס הנ״ל דיליף דאזלינן בתר חזקה ממכה אביו ואמו, ואילו בגמרא דילן חולין ילפינן מינה דאזלינן בת״ר. והנה בחת״ס שם אמר לתרץ דשניהם צריכי זה לזה דהא דאמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל אינו אלא מכוח מנהג וחזקה, דמצד רוב לחוד לא סגי דהוי רוב התלוי במעשה. אכן בתוס׳ יבמות קי״ט ד״ה ר״מ כתבו בתי׳ בתרא דלגבי איש ואשתו לא מיחשב בעילה כדבר התלוי במעשה כי ״ממילא הוא בא שאדם נזקק לאשתו״.

ולענ״ד נ׳ הפירוש כך, דמצד רוב לחוד אין ממיתים כמבואר בסוגיא דסנהדרין ס״ט: ״התורה אמרה ושפטו העדה והצילו העדה ואת אמרת זיל בתר רובא״, אלא שהרוב פועל שייעשה מוחזק שהוא אביו, ואז חייב מיתה דסוקלין על החזקות. אכן אילולא שהיה דין דאזלינן בתר רובא לא היה נעשה מוחזק כלל שהוא אביו, שאעפ״י שאביו ואמו וכן כל מכיריו יחזיקוהו בתור בנו, הרי כולם אינם עושים זאת אלא מפני שסומכים על הרוב, ואם רוב לא מיחשב כהוכחה עפ״י ד״ת, כי אז כל החזקה היתה בטעות יסודה ולא מיחשבה לכלום. ע״כ מוכח מהא דמקלל אביו חייב מיתה שני הדברים כאחד: דאזלינן בתר רובא, ואזלינן בתר חזקה).

וכיון שכן אין לחזקה שהוחזקה בין השכנים גדר חזקה, כיון שכל עיקר לא החזיקוה אלא מצד התנהגותם, וזו אינה מוכיחה ולא כלום, שאכן הם מחזיקים אותה כבתו, ממילא גם החזקה אינה חזקה.

וחוזר הדבר למצב כאילו היתה באה לפנינו ללא כל חזקה, שהיינו מכשירים אותה מצד דכל המשפחות בחזקת כשרות והן עומדות. ובזה ודאי נוכל להסתייע גם באותן עדויות שהיתה בהריון מהבעל הקודם ושל זה שהעיד שגם ילדה להנ״ל, שאין מקום לעשות ריעותא, ונשארת הבת בחזקת כשרות.

ועפ״י כל הנ״ל הרי דעתי מצטרפת להתיר את זו לשוק לכל מאן די יצטבין. *[2]

סימן נז

בגדרי אמתלא, שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ועדות על מיתת הבעל זהו ערעור על פסק דין כב׳ בית הדין האזורי בירושלים מיום י׳ בסיון תשל״ב (תיק תשל״א2127/), שדן בתביעות ההדדיות שבין המערערת למשיב. תביעתו של הבעל לגירושין, ולחילופין - למתן היתר נישואין, בין השאר - על יסוד הטענה שהאשה היתה נשואה לפני כן לאחר, ולא קיבלה היתר נישואין לפני שנשאת לו; ותביעת האשה לשלום בית ומזונות.

התקיים דיון ממושך בין הצדדים, כשהאשה מחליפה טענותיה כמה פעמים, וכן נשמעו עדים, עד שלבסוף הוציא בית הדין ביום י׳ בסיון תשל״ב, את פסה״ד דלהלן: ״אחרי שמוע טו״מ הצדדים ובירורים, אין ביה״ד מוצא שנתחדש דבר יסודי נוסף על הבירורים שכבר נשמעו בתיק תש״ל950/, ומחליטים:

א. בהמשך להחלטה מיום כ״ג ניסן תשל״א תיק הנז׳ על האשה לקבל גט מבעלה.

ב. נותנים לאשה זמן של חדש ימים להסכים להנ״ל. אם עד אז לא תקבל גיטה נחליט בבקשת הבעל להיתר נישואין.

ג. קובעים סידור הגט פיטורין ליום ה׳ י׳ תמוז שעה 9״.

על פס״ד זה בא הערעור מטעם האשה.

הצדדים הופיעו בפנינו, וכן עיינו בכל החומר שבתיקים. ניתן בזה תמצית דברי האשה ובא כוחה, וכן העדויות הנוגעות לענין, שעל פיהם הגענו למסקנות ההלכתיות בנידון.

האשה בהופעתה בפני ביה״ד לראשונה (פרוטוקול מיום כ״ו בשבט תש״ל), אמרה: ״הייתי נשואה לבעל בשם ג. גרנו יחד חדשיים. היה בצבא הרוסי ונעלם. נישאתי לו בחו״ק. לא היה לנו ילדים. היה לי אח ואמר לי להנשא. לא ידעתי אם היה לבעלי אחים.

... לא היה לי היכן לשאול על בעלי, ועד היום לא שמעתי עליו כלום״.

בכ״ה בתמוז תש״ל אומר ב״כ האשה:

״האשה גילתה מכר משותף שהכיר בעלה הקודם, גם אחיה נמצא כאן ורצוני להשמיעו״.

באותו מעמד אף נשמעו דבריהם של שני אלה בביה״ד.

מתוך דברי האח ד.:

״לאחותי היו שני בעלים, זה ועוד אחד קודם. אחי ה. - מת - סיפר לי שנישאה בחו״ק כדת משה וישראל. אישית לא יודע זאת. הוא היה חייל בצבא הרוסי, היה בחזית ביאס, קיבל כדור ונפל ומת. אחי ה. אמר לי שלא היו לו אחים, אחותי יודעת על בעלה טוב ממני ומאחי. לא הכרתי את בעלה בכלל״.

מתוך דברי העד ו.:

״...היא הכירה קצין יהודי מצבא רוסיה. היה שם הרב ז., ולא נישאה ע״י הרב ז. אך נישאה בחו״ק ע״י רב פרטי. נוכחתי בחופתה, כי אחיה ה. הזמינני. היו יחד כמה חדשים. ה. סיפר לי יום אחד שבעלה נהרג בחזית בקרב. לא יודע אם לבעלה היו או ישנם ילדים... אילו ה. ידע איך שהוא שג. חי בודאי היה כותב לי זאת״.

ב״כ האשה:

״נישואיה היו בחו״ק, היא לא קיבלה אישור מהצבא כי לא נישאה באופן חוקי. לאשה היתה חברה טובה בשם ח. היתה מאורסת לקצין יהודי בצבא הרוסי, והיה חבר של ג., והוא כתב לארוסתו שג. נהרג״.

האשה עצמה באותו מעמד הוסיפה דברים:

״ח. כתבה לי שארוסה היה יחד עם ג. בצבא ושהוא נהרג. אמו כתבה לו פעם שאתה בן יחיד וצריך לדאוג לנו... ח. סיפרה לי על המכתב ב44-, המכתב מחמותי בא אל בעלי כשהייתי יחד אתו... אני לא יודעת רוסית, המכתב היה ברוסית הוא קרא ואני שמעתי... ה. ידע שג. נהרג, לא בגלל המכתב מ-ח. סיפרתי לו גם ממכתב ח. החזית היתה ליד יאס״.

ביום כ״ט בשבט תשל״א הושמעו דברים אחרים בפי בא כח האשה:

״האשה טוענת שמעולם לא נישאה בחו״ק. חייתה עם גבר מסויים. התביישה בפני בעלה להגיד שחייתה אתו בלי חו״ק״.

[2] [עו״ר להלן סי׳ נז וסי׳ פז.]

והנה בבואנו לברר הדברים מבחינה הלכתית, לפנינו כמה שאלות:

א. האם יש ממש בחזרתה שטוענת שמעולם לא נישאה בחו"ק אחרי שבעצמה אמרה זאת בהופעתה הראשונה, ובעוד שגירסא זו שהיו לה חו"ק עם הראשון חוזרת גם בפי אחיה של האשה (מפי השמועה מהאח השני) ומתחזקת מהעד ו. שהעיד שנוכח בחופתה.

ב. האם אפשר לסמוך על דברי אחי האשה והעד ו. הנ"ל שאומרים ששמעו מהאח השני של האשה שנפטר בינתיים, שבעלה נהרג בחזית. גירסא זו שהאשה עצמה גם כן מסרה בפני בי"ד ב-כ"ה בתמוז תש"ל. אולם זה בניגוד למה שהאשה אמרה בהופעתה הראשונה שהבעל נעלם ושלא שמעה עליו כלום מאז ועד היום.

ג. אם יוחלט שיכולה לחזור בה מדבריה הראשונים, השאלה קיימת לגבי הבעל שטוען שהדברים הראשונים שאמרה בפני בי"ד הם הנכונים, ולפי זה אינו נצרך כלל לגט פיטורין, ובכל אופן אין כלפיו חרם דרבינו גרשום. באופן שאין להזדקק לתביעת שלום בית.

ד. מה דין התביעות הכספיות של מזונות וכו' שהאשה תובעת מבעלה.

ונתחיל בשאלה א: האם יכולה לחזור בה ולטעון שלא היו לה חופה וקידושין עם הראשון. חזרה זו מנמק ב"כ בזה שהתביישה להגיד שחייתה בלי חופה וקידושין.

והנה בענין חזרה ע"י אמתלה בשו"ע סי' מ"ז ס"ד:

> אמרה היא בעצמה נתקדשתי וחזרה ואמרה פנויה אני... אם נתנה אמתלה לדבריה שאמרה כן תחילה כדי שלא יקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים וכיו"ב, וראינו בדבריה ממש, הרי זו נאמנת, ואם לא נתנה אמתלה או שנתנה ואין בה ממש - אינה נאמנת.

ונראה שהגדרת האמתלה וקביעתה אם יש בה ממש או לא אינה תלויה במדת השתכנעות ביה"ד שהאמתלה אכן נכונה. דהרי "חלקת מחוקק" ו"בית שמואל" (סי' קט"ו, "חלקת מחוקק" סקכ"ב ו"בית שמואל" סקכ"ג) כתבו לחלק אמתלה בין איסור לממון, שבממון אינו יכול לחזור גם על ידי אמתלה משיצא מביה"ד, דחיישינן שלימדוהו טענה זו, ואילו באיסורים מקבלים האמתלה גם בכהאי גוונא. והרי בכהאי גוונא ודאי קיים חשש שלימדוהו טענה זו כמו בדיני ממונות, ואפילו הכי באיסור מהני. ומוכרח לומר שמספיק אם האמתלה היא סבירה, היינו גם אם אין ביה"ד משוכנעים באמיתותה, כל שיתכן שבגלל דבר מעין זה יאמרו כזאת, הרי זה מספיק להיחשב אמתלה. ולא אמרו שאם אין בה ממש אינה נאמנת רק כשאין האמתלה מתקבלת על הדעת כלל (ובדומה להא ד"נודע ביהודה" סי' ס' הו"ד ב"פתחי תשובה" סי' מ"ז סק"ג באשה שהודתה שקיבלה קידושין בעד אחד ושוב חזרה בה ונימקה שאמרה קודם שקר, בכדי שאביה יתן לה המוהר שהבטיח בשעתו. וכתב על זה "נודע ביהודה" שאם מכירים שאביה הוא נדיב ושוע נגד זרעו, ודאי שנימוק זה אינו מתקבל על הדעת, על כן אין זה אמתלה).

ואם כן בנידוננו, אם כי קשה לומר שניתן להשתכנע שאכן מה שאמרה קודם, שנתקדשה לראשון כדת משה וישראל, היה רק משום שהתביישה, מ"מ כיון שעל כל פנים יתכן דבר זה, שאמרה כן רק מחמת בושה, יש לראות זאת כאמתלה מספקת.

אכן יש לדון בדבר מצד עדותו של מר ו. שמעיד, שבעצמו נוכח בחופתה, שאם אמנם אינו אלא עד אחד ואינו נאמן בדבר שבערוה, מכל מקום לכאורה יש לראות עדותו על כל פנים בגדר רגליים לדבר, שמסייעים לדבריה שאכן היו שם קידושין, שבכהאי גוונא אולי אמתלה לא מהני, כדלהלן.

דעת "בית שמואל" (סי' קט"ו סקכ"ג) שהביא ממהרש"ל בעד אחד אומר שזינתה והיא שותקת, דשתיקתה כהודאה דמיא וחייב לגרשה מן הדין, אפילו אם אין העד נאמן עליו כשנים. וטעמא דמילתא צריך לומר שהוא מצד הודאתה, ודברי העד המסייעים לה משוו לה כמודה במקום שיש רגלים לדבר, שבזה גם לפי משנה אחרונה נאסרת, כדפסק הרמ"א שם על פי המהרי"א ב"תרומת הדשן" סי' רכ"ב, כי אין לומר שנאסרת מצד עדות העד, והודאתה נחשבת כרגלים לדבר לסייע לעד, דהרי קיי"ל כרבא (קידושין ס"ו) דאינה נאסרת ע"י עד אחד גם בגוונא דהוי רגלים לדבר, כמו שכתבו שם התוס' בטעמא דרבא, וב"ים של שלמה" שם סי' כ"ד.

והא ד"בית יוסף" פליג עלה כמובא שם ב"בית שמואל". הרי זה משום דסבירא ליה כהני ראשונים דפליגי על התוס' וס"ל דלפי משנה אחרונה, גם ברגלים לדבר אינה נאמנת, כדכתב "מלבושי יום טוב" (א"ע סי' ז' כלל ב'). אבל לא פליג על היסוד האמור דעד אחד נחשב כרגלים לדבר. ולפי זה לפנינו השאלה אם אמתלה מועילה במקום שיש רגלים לדבר, דיש בזה פלוגתא דרבוותא:

בתשו' ר' עקיבא איגר סי' קי"א הביא מתשו' המהרי"א סי' רכ"ב הנ"ל שדייק מהתוס', דגם במקום שיש רגלים לדבר אין אנו נוקטים שעל ידי זה הרי זה כדבר ברור שיאסור גם על אחרים מכוח זה, ואינה נאסרת באומרת טמאה אני גם כשיש רגלים לדבר רק מדין שויא אנפשיה חתיכא דאיסורא. ושעל כן גם בזה מהני אמתלה:

> הא מבואר במהרי"א שם דמה דברגלים לדבר נאמנת לומר טמאה אף דלא אסרינן לה משום לתא דידיה, דמ"מ לא נתאמת דבריה לנו לבירור, אלא דאתינן עלה משום דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורה ע"ש, אם כן י"ל **דאמתלה מהני כמו בכל** שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא וכו'.

ובהתאם לזה מטה שם בתשו' זו גם דברי מרדכי שהביא "בית שמואל", שמשמעותו לכאורה מנוגדת לזה וס"ל שעל ידי הרגלים לדבר מחזקינן זאת לודאי, ועל כן גם אמתלה לא מהני:

> מהיכי תיתי לן להמציא פלוגתא בזה ולדייק מה"מרדכי" בהיפוך. טוב יותר לומר דהמרדכי לא מיירי מדין עיניה נתנה באחר אלא מעיקר הדין, ונפקא מינא במאמין לדבריה.

ואף על פי שבתשו' בסי' פ"ח פקפק בעצם הוכחת המהרי"א מהתוס' וכתב בזה:

באמת לא זכיתי להבין דברי המהרי״א בזה דיסוד ראייתו מדאקשו תוס׳ רק מכח שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא. ולעניות דעתי הא י״ל דלא רצו להקשות מכוח דע״י רגלים לדבר נתאמת שאומרת אמת, דבזה שפיר י״ל כיון דאיכא גם כן סברא דארכוסי הוי מירכס, לא נתאמת לנו שכן הוא. משום הכי נקטו הקושיה דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, היינו דל״ש למיגדר מילתא, כיון דמ״מ היה בענין רגלים לדבר וזה לא יהיה בכל פעם וכו׳.

הנה לפנינו בתשובה סי׳ קי״א קיבל דברי המהרי״א לפסק הלכה ללא הרהור. אכן ״בית מאיר״ (סי׳ קט״ו בדברי ההגהה שאם יש רגלים לדבר נאמנת לומר טמאה אני לך) השיג על דיוקו של המהרי״א באותה טענה של ר׳ עקיבא איגר:

דשם בתוס׳ אייריי ביש אמתלה נמי להיפך. לכן בכתובות, אף דנראה להם להחמיר, לא החמירו אלא בדרך זה משום לתא דידה, דלכל הפחות יש להחזיק לספק לדידן, ולגבי נפשה מהראוי שלא להאכילה וכו׳.

ודחה להלכה דברי המהרי״א ומסיק:

לענ״ד אומרת טמאה אני עם רגלים לדבר כו״ע מודו **ששוב לא מהני לה אמתלה**.

הרי לנו שענין זה אי מהני אמתלה תליא באשלי רברבי.

אכן י״ל דהרי ע״כ לא נחלקו אלא אליבא דהתוס׳ דסברי דברגלים לדבר נאמנת, שבזה לפי המהרי״א הוא ג״כ רק לגבי דידה גרידא, ואילו לפי ״בית מאיר״ הרי זה גם בגדר בירור. אך כל זה הוא רק אליבא דהתוס׳. מה שאין כן להני ראשונים שהזכרנו לעיל, שהובאו באריכות ב״מלבושי יו״ט״ הנ״ל, דפליגי עלי׳ דהתוס׳ וסברי דגם באיכא רגלים לדבר אינה נאמנת למשנה אחרונה, אם כן צ״ל בעל כורחך דאינהו ודאי לא ס״ל דבאיכא רגלים לדבר זה נחשב לבירור, דא״כ אין לזה שייכות למשנה אחרונה, דהתם מדובר רק כשנאסרת מכוח הודאתה, שבזה יש חשש שעיניה נתנה באחר, אבל לא כן ברגלים לדבר, דעצם הענין מוכיח נכונות הדברים. ומוכרח לומר דלדידהו גם רגלים לדבר לא מיחשב כדבר ברור. א״כ לדידהו ודאי דמהני אמתלה, גם לדעת ״בית מאיר״.

(ואולי תתיישב בזה שיטת המהרי״א הנ״ל מהשגת ״בית מאיר״ והגאון ר׳ עקיבא איגר הנ״ל, די״ל כוונתו דכיון דחזינן שיטות אידך ראשונים דלא סבירא להו דרגלים לדבר מיחשב כדבר ברור, אפושי פלוגתא לא מפשינן, ואין לנו הוכחה דהתוס׳ פליגי עלייהו בזה, די״ל דגם אינהו מודו דאין לדון בזה רק מצד שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, אלא שבכה״ג ל״ש התקנה דמשנה אחרונה שלא להאמינה).

הא חדא, ותו שגם הנחה זו שעד אחד נחשב כרגלים לדבר אינה ברורה כל עיקר, דהגאון בעל ״משיבת נפש״ (הובאו דבריו ב״מלבושי יו״ט״ שם ס״ה) נוקט דעד אחד גריע מרגלים לדבר. ולדעתו גם הני דסברי לאיסור לא מהני אמתלה באיכא רגלים לדבר, מודו בעד אחד דאינה נאסרת.

א״כ לדינא הוי ספיקי טובא לקולא: א. שמא הלכה כשיטת הני ראשונים דפליגי אתוס׳ וס״ל דאין רגלים לדבר נחשב כבירור; ב. שלפי המהרי״א הרי גם התוס׳ ס״ל הכי; ג. י״ל דעד אחד לא הוי כרגלים לדבר. באופן שנראה לכאורה שיש להקל בזה, ולקבל האמתלה.

ואכתי יש לדון מבחינה הפוכה, היינו מצד עדות העד ו. שהעיד כנ״ל שהיה נוכח במעמד הקידושין של האשה לבעלה הראשון, ועדות זו היתה במעמד האשה שלא הכחישתו. ולא עוד אלא שבא כוחה, שהביא אותו לביה״ד להעיד, אף הוא חזר ואישר דבריו באמרו: נישואיה היו בחו״ק. א״כ יש לדון אם בזה מהני אמתלה, וזה על פי שכתב במהרי״ט חלק אבן העזר סי׳ א׳:

מסתברא שאין מקבלים אמתלה אלא כשהוא אומר ומודה בעצמו, אבל היכא דהיה שם מי שמעיד והוא מודה לדבריו, אי לא דידע רגלים לדבר לא היה מודה לו. ובההוא שאמרה אשת איש אני, אילו היה שם עד א׳ שהיה מעיד עליה או שאמר לה ״ולאו אשת איש את״ ואמרה ״הן״ לא מהני לה אמתלה, דאין אדם עשוי להודות בדבר שאינו, אלא עשוי להכחישו, שכל שיודע שיש מי שיעיד עליה לא יאמנו דברי אמתלה שלה. וכן מצינו בהודאת ממון, דכשאדם מודה ואין מי שיתבענו מצי למימר אמתלה לדבריו שלא להשביע את עצמו, אבל כשהלה תובעו ומודה, לא מצי למימר הכי, דאין אדם עשוי להודות בשום ענין, כשיש תובעו.

אלא שראיה זו שמביא ממה שמצינו בהודאת ממון יש לפקפק בה לפי מה שכ׳ ״קצות החושן״ סי׳ פ סק״א ויו״ד להלן, לחלק בין ממון לאיסור, שבממון דהוי בין אדם לחברו, שם לא מהני אמתלה. והא דמהני טענת שלא להשביע ״לפי שדרך כל העולם לומר על דרך השטאה והשבעה ומשום הכי נאמן״, וזהו כשאין אדם תובעו. מה שאין כן כשנתבע על ידי מישהו אי אפשר לומר שדרך העולם גם בכהאי גוונא לומר דרך השבעה, ע״כ חוזר הדבר להיות כמו אמתלה רגילה, שבממון לא מהני שום אמתלה. אם כן אין מזה ראיה לחידושו של המהרי״ט.

[והעיר בזה הגר״ע יוסף שליט״א: ובאמת רבים לוחמים נגד דברי המהרי״ט, וכבר העירותי גם אני מזמן רב על דבריו על פי דברי ״קצות החושן״. גם ״אורים גדולים״ סי׳ קכ״ח הביא דברי מהרי״ט, ובסוף דבריו דחאו מהלכה על פי דברי ״תרומת הדשן״ בפו״כ (רכב) דמוכח דס״ל דמהני אמתלה גם בכה״ג, ע״ש. וכן מהר״י באסן סי׳ פ״ו באותו נידון של מהרי״ט הסכים להתיר. גם בשו״ת ״ידי דוד קראסו״ סי׳ ק״ו הביא דברי המהרי״ט וכתב שהאחרונים הסכימו דלא כוותיה. והביא שהרב ״בארות המים״ ו״באר מים חיים״ מוצירי חלקו על המהרי״ט ועשו מעשה להתיר וכתב דהכי נקטינן, כיון שכל האחרונים לא חששו למהרי״ט. ועי׳ ״כתב סופר״ חיו״ד סי׳ פ״ז ו״פרדס רימונים״ קפ״ה, ג׳. **עובדיה יוסף**].

וי״ל עוד, דבנידון דידן שגם לדברי העד איתתא שריא, שהרי מעיד שנהרג בחזית, וכיון שגם לדבריו היא מותרת, אין ראיה מזה שלא הכחישתו לומר דשוב לא מהני אמתלה, די״ל דמשום הכי לא חשה להכחישו, כיון שגם לפי דבריו היא מותרת (אכן היתר זה שעל פי דברי העד אינו פשוט לגבי שתנשא לכתחילה וכדלהלן, וכן מצד ספק חיוב חליצה.

אך כיון שכל חידושו של המהרי״ט אינו אלא מסברא, י״ל דסגי בהאי סברא שלא חשה להכחישו, כיון שעכ״פ נראה להכריע שיש בעדות שנהרג להתירה להנשא אף לכתחילה, וכדלהלן).

ונוסיף עוד מלים מספר, דאין מקום בנידון דידן לדון לאיסור מכוח מה שכתב הרא״ה, הובאו דבריו ברמ״א סי׳ מ״ז, דאין אמתלה מועילה כשאומרת שנתקדשה לפלוני, וכאן הרי אמרה שנתקדשה לאדם מסויים. כי זה שאינה נאמנת בכה״ג הוא מפני שבין אדם לחבירו לא מהני אמתלה, וזה שייך רק אם לפי הודאתה יש לו להלה זכויות, אם במובן שעבודי אישות ואם במובן קניני ממון, שזוכה איש באשתו. ואילו בנידון דידן שגם אם נתקדשה לראשון, הרי מאחר שאחר זמן נישאת לזה שלפנינו, שבזה גם אם הראשון קיים דינה שיוצאת מזה ומזה, א״כ אין לראשון שוב שום זכויות וקניינים באשה זו, ממילא אין כאן גדרי תביעות בין אדם לחבירו, ואין כאן אלא שאלת איסור שבזה מהני אמתלה לכולי עלמא.

ועתה ניגש לברר היתר האשה מצד מה שנאמר שבעלה נהרג במלחמה, שזה, כאמור, בניגוד למה שאמרה לראשונה, שבעלה נעלם ומאז לא שמעה עליו.

והנראה בזה, שעל דברי העד ו. אין בידינו לסמוך בשום פנים, וזה לא משום שלדברי ב״כ האשה הוא פסול לעדות מפני שאינו דתי, שאין פסול לעדות אשה רק רשע דחמס, כמו שכתב ב״נימוקי יוסף״ והובאו דבריו ב״פתחי תשובה״. (סי׳ י״ז סקי״ח), אלא מפני שלדברי האשה האחרונים הרי הוא משקר, שהעיד שהיה נוכח בשעת חופתה, והרי לפי מה שהאשה חזרה בה וטוענת שלא היו לה חו״ק עם הראשון, הרי עד זה משקר.

אולם מ״מ נראה שיש מקום לקבל דברי אחי האשה, שהעיד בפני בי״ד ששמע מאחיו שבעלה נהרג, שאעפ״י שהוא קרוב, ומוסר זאת מפי אחיו שנפטר בינתיים, הרי בעדות אשה כשר עד מפי עד וכן קרובים (סי׳ י״ז ס״ג). ואע״פ שזה שמעיד מפיו, כבר מת, מ״מ נאמן כמו שמסיק הגרע״א סי׳ צ״ב מסתימת הפוסקים שלא חילקו בזה. וכן סגי בהא, אעפ״י שלא ניתן לברר על סמך מה אמר הלה שבעלה נהרג, כמו שכתב הט״ז (שם סק״ז):

> אם אין לפנינו אותו המעיד, רק שהעיד ששמע ולא פירש ממי שמע, אין חוששין שמא שמע משוטה, דסתם בני אדם ראוי לזה.

ואע״פ שגם האח אמר שנתקדשה בחו״ק, מ״מ נראה שאין לראותו מוכחש ע״י האשה כי הוא הדגיש ״אישית לא יודע זאת״ ולא אמר אלא מפי השמועה. א״כ יש בידה לתלות שגם האח שממנו שמע זאת לא אמר זאת אלא מפני הבושה, כשם שהיא מצדיקה את עצמה בזה. ומצד הספק שמא יש לו אחים, אין לאוסרה מספק כמבואר בסוגיא קידושין ס״ד: ״שכיון שלא הוחזק מעולם שיש לו אחים קיימא הך איתתא בחזקת שאינה זקוקה לייבום״ (רש״י שם), וכן הובא בשו״ע סי׳ קכ״ז ס״ו. ולכן גם אם נקבל דבריה האחרונים של האשה, ונראה זאת כספק בעלמא, מ״מ אין לחוש לאוסרה מספק.

אך מ״מ אין בעדות זו להתירה לכתחילה להינשא, שהרי עדות זו היא שנהרג בחזית, ובזה הדין שאין מתירים להינשא אלא אם כן אמר ״קברתיו״ (סי׳ י״ז ס״ז).

אכן זהו מצד עדות האח. אך לפנינו הן גם דברי האשה האחרונים שמסתמכת על מכתב שקיבלה מחברתה, שארוסה שהיה יחד עם בעלה בחזית, כתב לה שנהרג. ועדות מתוך הכתב הרי סגי בעדות אשה (שם סי״א) ומסתבר דהוא הדין בכתב מפי הכתב, כשם שמקבלים בזה עד מפי עד. וכיון שהאיש המעיד היה יחד אתו בתור חייל בחזית, יש להסתמך על מה שהעלה ב״עין יצחק״ (ח״א סי׳ י״ט) שבכהאי גוונא שהמעיד הוא איש צבא, שהחוק אוסר עליו להניח מקומו בחזית, לא חיישינן שאומר בדדמי, ולכן בכהאי גוונא תינשא גם לכתחילה.

דא עקא, שהאשה מתהפכת בטענותיה, ובדבריה הראשונים בפני ביה״ד אמרה שבעלה נעלם ומאז לא שמעה עליו כלום, ונמצא שדבריה הראשונים סותרים את האחרונים, ועל סתירה זו לא נתנה גם שום הסבר ושום אמתלה.

והנה בתשובות ״שב יעקב״ (הובא דבריו ב״קצות החושן״ סי׳ פ׳ סק״ב) כתב דלא אמרינן שויא אנפשה חתיכה דאיסורא כשלא ידע אז שזה איסור, ולפי זה יכולה לחזור בה מזה גם בלא אמתלה. ובנידון דידן ודאי שלא ידעה שנאסרת בדבריה, שהרי אמרה זאת בתביעתה לשלום בית ומזונות מהבעל. א״כ לפי ״שב יעקב״ אכתי יכולה לחזור בה.

אלא שב״קצות החושן״ שם דחה דבריו לפי מה שהעלה בסי׳ ל״ד:

> דהוא מטעם נאמנות, א״כ אין לחלק כיון דדבריו מתקבלים כמו מאה עדים.

והוא על פי מה שכתב שם לפני כן לענין הודאת בעל דין בעניני ממון, שזה מחייב אותו גם כשטעה בדבר וחשב שאין הודאתו מחייבת מאחר שיש על זה דין נאמנות.

ואלה דבריו בסי׳ ל״ד בענין זה:

> ומקצת שכתבו גם בדין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא הוא ג״כ מתורת נדר, אבל ראיתי במהרי״ט ח״ב סי׳ א׳ שדחה דבר זה וכתב דאם היה מתורת נדר הוי מהני ביה שאלה, ע״ש. ולפי דרכנו, **גם בדין שוי אנפשיה חתיכה דאיסורא הוא מדין נאמנות**, דכיון דהאמינה תורה לכל אדם על עצמו, א״כ בין בממון בין באסור לעולם נאמן על עצמו.

ונראה דכוונת דבריו במה שכתב שדין זה שהאמינה תורה לכל אדם על עצמו הוא בין בממון בין באיסור, אעפ״י דעיקרא קרא דילפינן נאמנות אדם על עצמו הוא מה שכתב במודה במקצת ״כי הוא זה״ דחזינן שסמכה תורה על מקצת הודאתו מדין נאמנות, כפי שהביא שם לפני זה מרש״י קידושין ס״ה ע״ב והרי לא ילפינן איסורא מממונא. ונראה דכוונתו על פי האמור שם בסוגיא דקידושין, לפי מה דילפינן דאין דבר שבערוה פחות מב׳ ״דבר דבר״ מממון. ומקשה שם דאם כן נימא נמי דמהני בקידושין הודאת בעל דין, ומתרץ דהוא חב לאחריני. ומזה יש ללמוד לגבי עצמו

מהני מיהא הודאתו דילפינן מממון (וקצת צריך עיון דא״כ יש מקום לומר דאין זה אמור אלא בעריות דאיכא ילפותא ולא בשאר איסורים. וי״ל דילפינן לה בק״ו מדיני עריות החמורות דבעינן בעלמא ב׳ עדים דוקא). ורק בקידושין לא מהני לפי מה שהסביר ב״קצות החושן״ סי׳ רמ״א (א׳) דצריך עדי קיום, וכיון דהוי חב לאחריני אין הם עצמם יכולים לשמש כעדים, ע״ש.

אך לא כן נוקט ב״חלקת מחוקק״ וכן ״בית שמואל״ שהביא דבריו. וזה דבסי׳ קט״ו כתב ״חלקת מחוקק״ לענין הא דאמרינן התם דמהני אמתלה לחזור בה ממה שאמרה קודם טמאה אני:

> יש לדקדק אם מועיל אמתלה אף לאחר זמן, ולא נחוש שמא למדוה לטעון אמתלה זו. וכמו שאין יכולים לטעון ולחזור ולטעון לענין ממון מחיוב לפטור, כשיצא חוץ לבי״ד, ואעפ״י שהאשה שאמרה אשת איש אני, ואח״כ אמרה פנויה, לאחר זמן נאמנת בנותנת אמתלה, שאני איסורא מממון, והודאת בעל דין לענין ממון כעדים דמי, ומה תועיל אמתלה להוציא ממון מבעלה וכו׳.

הרי שמחלק בין ממון לאיסור, ולא אומרים הודאת בעל דין כעדים דמי, רק לענין ממון ולא לענין איסור.

ונראה דלדידיה יוסבר מה שאמרו בגמרא קידושין הנ״ל דמשום הכי אין הודאת בעל דין בקידושין משום דחב לאחריני, כפי שכתב הרשב״א שם דמכיון שיש חבות לאחרים בקידושין, אע״פ שאין זה מאותו הגדר של חב לאחריני דמשום הכי לא מהני הודאתו גם בממון כמבואר בכתובות י״ט, אין זה אלא בגדר גילוי מילתא דילפותא דבר דבר מממון הוא שלעולם לא אמרינן בעריות הודאת בעל דין כמו בממון אלא דילפינן לה מגוונא דאיכא הכחשה בממון דבעינן ב׳ עדים בדוקא. ולפי זה אעפ״י שבממון הודאת בעל דין הוי כעדים, אין הדבר כן באיסורים. ושם אין זה אלא מגדר שאסר הדבר על עצמו.

ועי׳ ב״שער המלך״ פ״ט מה׳ אישות הט״ו שהביא כמה אחרונים שמפרשים דין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא מדין איסור שקיבל על עצמו, וזה מסוג איסור דלא מהני ביה שאלה. ושם היטה לזה גם דעת המהרי״ט. וכבר העיר בדבריו ב״מלבושי יו״ט״ (סי׳ ז׳ ״שיטת הר״ן בשם אחרים״ ס״ה).

ונראה שדבר זה במחלוקת שנויה בין הראשונים, בסוגיא דשלהי נדרים בהא דאומרת טמאה אני לך דלמשנה ראשונה היתה נאמנת. ונחלקו הראשונים אם היתה נאמנת מעיקר הדין דאעפ״י שלגבי בעלה אינה נאמנת, לגבי עצמה נאמנת מדין שויא אנפשה חתיכה דאיסורא, וכמו שיכולה לאסור על עצמה הנאת תשמיש ע״י נדר. ויש שפירשו שגם למשנה ראשונה לא היתה נאמנת מעיקר הדין, כיון שזה חב לאחריני, ואינה יכולה להפקיע עצמה מהשעבוד שלה לגבי בעלה, ואעפ״י שיכולה לאסור על עצמה בנדר, הכא שזה מדין נאמנות, אין נאמנות לחצאין, עי׳ ״שער המלך״ הנ״ל מה שהעיר מטעם זה בדברי התוס׳ רי״ד, ועיין עוד ב״מלבושי יו״ט״ שם.

ותליא כנ״ל בביאור הסוגיא קידושין. בהא דמסיק שם דהוי חב לאחריני, אם הוא רק לענין חלות הקידושין כדפירש ״קצות החושן״, או שהוא יסוד כללי דלגבי הודאת בעל דין לא ילפינן דבר שבערוה מממון. ומסתבר דלשיטות אלה, גם איסורים שאינם דבר שבערווה לא ילפינן מממון דהודאת בעל דין תחשב כנאמנות, ואין זה אלא מצד התחייבות על עצמו. וע״כ מהני אמתלה באיסור כדכתב ״חלקת מחוקק״. וכן י״ל דתתישב בזה שיטת ״שב יעקב״, דכיון דאין זה אלא מפני שאסר על עצמו, כל כהאי גוונא דמוכחא מילתא שלא ידע שיש בדבריו לאסור, לא מיחשב שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, ויכול לחזור גם בלי אמתלה.

ולפי זה לנו לכאורה סניף נוסף בהיתרא דהאי איתתא לעלמא (לאחר שתתגרש מבעל הנוכחי) וזה עפ״י העדות שבעלה מת, להני שיטות ד״שב יעקב״, ״חלקת מחוקק״ ו״בית שמואל״ והוא עפ״י שיטות הראשונים בענין טמאה אני לך. דלשיטות אלה כיון שלא היה בכוונתה לאסור עצמה בדבריה הראשונים יכולה לחזור בה.

אך עדיין יש לדון, דאף לשיטות אלה שיכולה לחזור בדבריה הראשונים מ״מ עדיין אין לנו יסוד להסתמך על דבריה בחזרתה, דמאי חזית להאמין לדבריה אלה יותר מאשר לדבריה הראשונים. ודמי לה דהעלו התוס׳ יבמות (קי״ח ע״א, ד״ה סד״א ומהרש״א שם) לענין אמתלה, דאין בכוח אמתלה אלא לבטל הדיבור הראשון והוי כשתיקה, אבל אין האמתלה מועילה להאמין לדיבורה האחרון. וא״כ בנידון דידן להתירה להינשא לכתחילה מצד מיתת הבעל דזה יתכן רק על סמך דבריה האחרונים, דאילו מצד עדות האח אין זה אלא לענין אם נשאת בדיעבד. להנ״ל לא סגי דמאי חזית לסמוך על דבריה האחרונים ולא על מה שאמרה לפני כן.

[ואשר לאפשרות חזרתה ממה שאמרה לראשונה שהיו שם חופה וקידושין, נראה שאם נראה שבנידון דידן הוי רגלים לדבר, וברגלים לדבר הרי מגדר בירור דמשום הכי לא מהני אמתלה, דלפי זה גם להני שיטות לא מהני לחזור בה, כיון דמחשבינן לזה כבירור.] נמצא איפוא שהספק על מיתת הבעל אינו מוסיף כלום להתרת אשה זו, ואין לנו אלא מה שאמרנו לפני כן.

הנה צידדנו בהיתר אשה זו להינשא לעלמא. אולם מ״מ צדק כב׳ ביה״ד האזורי שדחה תביעות האשה לשלום בית ומזונות, שכן אין על הבעל שום חיוב לקבל את האמתלה בעוד שלפני כן הודתה שאכן נתקדשה לראשון בחופה וקידושין ומאז שנעלם לא שמעה ממנו מאומה, שלפי זה נישאת לו באיסור, ואין עליו חרם דרבינו גרשום לפי מה שטען ועדיין ממשיך לטעון, שדבריה הראשונים הם נכונים. וזה על פי מה שכתב ב״נודע ביהודה״ תנינא סי׳ י״ב בענין האשה שאמרה טמאה אני לך וחזרה בה ונתנה אמתלה לדבריה, שכתב הרמ״א (סי׳ קע״ח) שמנדים אותו על שאומר שמאמינה וכו׳, וכתב על זה ״נודע ביהודה״:

> ... שאומר אני דאפי׳ בזה לא אמרו התוס׳ דמשמתינן אלא בלא אמר שמאמינה עד שחזרה בה, אבל אם בעודה עומדת בדיבורה אמר שמאמינה, ואז בהיתר אמר, ולא עבר על חרד״ג, אף ששוב חזרה בה, איהו אינו מחויב לחזור בו, ונשארה באיסורה.

זהו בנוגע לחדר״ג, וכן בנוגע לתביעת המזונות, אין אמתלה מועילה כמו שהעלה ״חלקת מחוקק״ ו״בית שמואל״ בסי׳ קמ״ו, הובאו דבריהם לעיל, שחילקו בין ממון לאיסור, שבאיסור מהני אמתלה גם לאחר זמן ולא כן בעניני ממון שלאחר שיצאה מבי״ד אינו נאמן דאמרינן שלימדוהו לומר האמתלה, ואין להוציא ממון מהבעל מספק.

וכן העלה ב״קצות החושן״ סי׳ פ׳ סק״א (אם כי לא מטעמם של ״בית שמואל״ ו״חלקת מחוקק״ שמחלקים בין איסור לממון, דממון הוי הודאת בע״ד משום נאמנות, ולא כן לענין איסור דבזה דעת ״קצות החושן״ שאין חילוק בין ממון לאיסור, וכנ״ל באורך). על יסוד דברי הרא״ה, הובאו דבריו לעיל, דבאומרת נתקדשה לפלוני אינה יכולה לחזור גם ע״י אמתלה דלאו כל הימנה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו, והוא הדין בכל תביעה ממונית:

דלא מהני אמתלה אלא לגבי איסור, אבל מה שבין אדם לחבירו, לא מהני.

ואף על פי שבטענת השטאה והשבעה נאמן לחזור גם בעניני ממון, הרי זה משום ״שדרך כל העולם לומר על דרך השטאה והשבעה, ומשום הכי נאמן״.

אכן להלן שם (סי׳ פ״א סקכ״א) הביא להוכיח ממרדכי פ׳ מי שמת דגם שאר אמתלה מהני בממון. אך גם שם מסיק שדברי מרדכי נאמרו רק כשהודה מבלי שנתבע תחילה. וזה עפ״י חילוק המהרי״ט בכהאי גוונא, הובאו דבריו לעיל בדברינו, שחידש דאין אמתלה מועילה כשהודאתו באה בתשובה לתביעה. אך לבסוף הכריע שלא כמרדכי.

ובנידון דידן שהיתה כאן תביעה מצד הבעל, י״ל שהודאתה מחייבת גם לפי מרדכי, ואינה יכולה לחזור גם ע״י אמתלה.

אך שלא כדברי ״חלקת מחוקק״ ו״קצות החושן״ הנ״ל מסיק ב״בית מאיר״ (סי׳ קט״ו ס״ו בדברי ההגהה) וז״ל שם:

ולענ״ד חזינן מדברי הראב״ד שהבאתי בסי׳ ו׳ והם ב״חושן משפט״ סי׳ מ״ז דאף לענין ממון אינו נתפס בהודאת פיו, היכא דחזינן אמתלה טובה וכו׳. ומה שהקשה מ״חושן משפט״ לענ״ד אינו דומה כלל, כי שם לא איירי כל הענין בשנתן אמתלה למה טען תחלה הכי, אלא או שסותר דבריו... וכן האופן שאמר של אבותי לחוד ויצא חוץ, כיון שצריכים לתרץ דבריו הראשונים, אמרינן טענה אגמריה להפך ולתרץ דבריו. אבל היכי שחוזר בו ונותן אמתלה מתקבלת מדוע תחלה הודה לחובתו, מזה לא נזכר שם דבר וכו׳.

ברם, דבריו נפלאו ממני בענ״ד, דהרי אילולא החשש שטענה אגמריה היה נאמן לתקן דבריו, שהרי מהאי טעמא בעודו עומד בבי״ד יכול לתקן דבריו, גם לא בתוך כדי דיבור, ולומר שזה שאמר תחלה דאבהתיה ״דסמיך לה עלה כדאבהתיה״. וחשש זה שמא לימדוהו הרי קיים גם בכל אמתלה שטוען לאחר זמן שיצא מבי״ד, וצל״ע.

בכל אופן - מידי פלוגתא לא יצא, ודעת ״חלקת מחוקק״, ״בית שמואל״ ו״קצות החושן״ ברורה שאין אמתלה מועילה בתביעת ממון. א״כ אין להוציא מידי הבעל המוחזק, בפרט בנידון דידן דיש לפקפק אם זו אמתלה טובה בכדי להוציא ממון גם לפי ״בית מאיר״.

עפ״י כל הנ״ל נראה שיש לפסוק:

א. דוחים את הערעור, ואין הבעל חייב בשלום בית ולא במזונות האשה.

ב. האשה חייבת לקבל הגט, ורשאי לגרשה בעל כורחה ואין בזה חרם דרבינו גרשום.

ג. לכשתתגרש מבעל זה, תהא מותרת להינשא לאחר.

*

באשר להערותיו של הרה״ג מרדכי אליהו שליט״א [עי״ש בפד״ר - ט׳]:

א. כתב שם בא״ד:

״... לאחר שכבר נשאת לאחר כדת משה וישראל, והיום באה ואומרת כן, יתכן שכל כוונתה רק כדי לאחזוקי מילתא ומעשיה שהיא נשאת כבר, וכדי שלא נוציא אותה מבעלה הנוכחי אומרת על בעלה הראשון מת ואין כאן חזקה של דייקא ומנסבא. עי׳ לרע״א שדן בזה״. אלא כפי המבואר בדבריו אלו:

י״ל דבאשה זו דראינו שנשאת בלי שום עדות, ולא היה לה על מה לדייק ומתרע חזקה זו לגבה וכו׳. וביותר י״ל דלא שייך כלל אצלה סברת דייקא וכו׳ דהא לא תרויח מידי בצאתה ממנו. דהא אם יבא בעלה הראשון יהי׳ לה כל חומר על שנשאת לבי׳ בלי עדות.

והיינו שנסתפק כמבואר באריכות בתשובותיו קכ״ג-קכ״ה, דשמא לא אמרינן דייקא ומנסבא, אלא כשיש לה חומר שתצטרך לצאת מהבעל שבאה להנשא אליו עפ״י עדות זו. וזה לא שייך בכהאי גוונא שכבר היא עברה ונשאת, שממילא חומר זה יהיה לה, אז מה תרויח במה שתצא ממנו מיד. ובגלל החשד שיפסלו ילדיה אולי לא חוששת כדחזינן בעבר שלא חששה. וזה נשאר אצלו בספק שלא הוכרע.

וספק נוסף מעורר רע״א בתשו׳ להלן בסי׳ ק״ל דאולי עיקר החומר בסופה הוא לענין מה שנאסרת על בעלה הראשון, באופן שאם היא ממילא אסורה עליו כי אז אין דייקא. ובספק זה כתב שם דהוא עצמו ג״כ הביא ראיות ברורות דסגי בחומר שיוצאת מהשני. וזהו בבאה להינשא עכשיו. אבל כשכבר נשואה לו, דאינה מפסידה כלום, בזה נשאר בספיקו ולא נפשט.

והנה כת״ר כותב אח״כ בא״ד דמדברי הרא״ש ״לכאורה אפשר לפשוט את ספיקו של רע״א וכו׳״. וכתב לחלק ״ואין כאן חשש דעביד איניש לאחזוקי דיבורה כי עתה אשה אחרת היא לאחר שחזרה בתשובה״.

כנ״ל לא מצד החשש של עביד לאחזוקי דיבורה הוא ספיקו של רע״א. ובאמת לגבי הספק שבסי׳ ק״ל הנ״ל אם במקום שאסורה ממילא לבעלה לא שייך דייקא ומנסבא, אפשר להוכיח מהרא״ם, אך לזה כבר הביא רע״א בתשו׳ הנ״ל שלש ראיות נכוחות מגוף הסוגיות והראשונים. אולם ביחס לספיקו שבסי׳ קכ״ג אין פשיטות גם מהרא״ם כי כנ״ל הספק הוא כשיושבת תחת בעלה, אם מותר לה להמשיך לשבת תחתיו עפ״י עדויות אלה. וע״ז אין ראיה מהרא״ם, שהמדובר כשבאה עכשיו להינשא.

ב. הביא תשו׳ ״בית יוסף״ לענין עד מפי עד וכתב ״שהוא סובר ממש כמו סברתו של המהריב״ל שבעד מפי עד יש להקל״. אך באמת נראה שאין מדברי ״בית יוסף״ ראיה שסובר כהמהריב״ל, לפי מה שמביא אח״כ תשו׳ ״בית יוסף״ ריש הל׳ חליצה שכתב שם בפירוש שהמדובר כששמע שנהרג במלחמה, ואף על פי כן כתב דמצד זה לא סגי להתיר. ונראה ש״בית יוסף״ מחלק בין עדות דמסיח לפי תומו דעכו״ם, דאמנם שיטת הרמב״ם שאין להתיר אלא באמר קברתיו, אבל לא זה בלבד שחולקים עליו הרבה מהראשונים ובמהר״י בן לב (ח״ב תשו׳ י״ג) כתב:

> דמת וקברתיו (היינו בעכו״ם מסיח לפי תומו) לאו כל אפין שוין בזה, אדרבא רוב הפוסקים כתבו להקל.

אלא גם ברמב״ם עצמו ורבו הפירושים (עי׳ ״באר היטב״ לסי׳ י״ז ס״ק נ״ח, ד׳ שיטות), באיזה מקרה בעינן דוקא שיאמר ״וקברתיו״, ואילו בשאר האופנים גם לרמב״ם אין צריך שיאמר קברתיו. א״כ י״ל דגם באותו אופן שצריך לומר וקברתיו (שאינו מפורש בגמרא, רק מדיוקא יליף לה) הוא רק מבחינת חשש רחוק בעלמא, ואם אי אפשר לחקרו בזה, היינו סומכים גם בלי קברתיו. ע״כ בעד מפי עד דאי אפשר לחקור בזה סמכינן ומתירים. ולא כן בעד אחד במלחמה ובים, שהיא בעיא דלא איפשיטא בגמרא, וא״כ צריך קברתיו מעיקר הדין, מדין בעיא דלא איפשיטא. בזה דעת ״בית יוסף״ כמו שכתב הראנ״ח הובאו דבריו בקונטרס עגונות (סי׳ ס״ח רפ״א) נראים הדברים ודאי שכל שהעד מעיד לפנינו אמר לי עד ראשון שפלוני מת במלחמה:

> ולא אמר לי וקברתיו, ואילו היו ביה״ד שומעים מפי עד ראשון שאמר פלוני מת במלחמה והלך לו, ולא שאלו אם קברו, ודאי לא היינו מתירים את אשתו, שלא אמר אדם מעולם דחשש דקברתיו אינו אלא דכתחלה, אבל אם הלך לו העד ולא אמר קברתיו מתירים, זה בודאי אינו. א״כ לא עדיף עד השני מגברא דאתא מחמתיה וכו׳.

וכן נראה מ״פתחי תשובה״ שהביא בס״ק ל״ג תשו׳ המהריב״ל. ושם עוד (ס״ק ל״ג) מביא כמה דברים מתשו׳ ״בית יוסף״, ואילו ענין זה שתשו׳ ״בית יוסף״ מסייע לו למהריב״ל לא הביא, הלא דבר הוא, אלא שהוא כנ״ל - ש״בית יוסף״ מחלק ביניהם וכנ״ל.

ג. אכן ביחס לנידון דידן אם ננקוט שדברים שאמרה לפני כן ש״נעלם ולא היה לה ממי לשאול עליו וכו״ שאינם מחייבים אותה ומקבלים דבריה האחרונים שיש לה סמוכים בעדים שאחיה ה. אמר שבעלה הקודם נהרג במלחמה, כי אז אין זה שייך לגמרי לשאלה של רע״א וספיקו, שספיקו הוא בשידוע במפורש שבשעה שנישאה לבעלה הנוכחי היה זה ללא עדות כלשהיא, אך לפי דברי האשה בנידון דידן, הרי כשנשאת כבר היתה לפניה העדות של אחיה. ואם כי לא הביאה דברים לפני ביה״ד, אך ההיתר של ביי״ד איננו מעכב, כיון שהיא עכ״פ ידעה מפי עד שנהרג כדהביא ב״פתחי תשובה״ (ס״ק קנ״ב) מס׳ ״ברית אברהם״ שכתב באי״ד:

> דהא דבניסת עפ״י ביי״ד בעי רשות ביי״ד כדי שלא יוכל עד להכחישו. וא״כ בניסת עפ״י עצמה, או מחמת ראייתה בעצמה או מחמת ששמעה מאחרים, מה תועלת יש שתבא לביי״ד לומר התירוני, ולהתירה להינשא, דמ״מ יוכל עד אחד כשר להכחישה.

יוצא לפי״ז שהיה מותר לה להינשא עפ״י מה ששמעה מאחיה, וא״כ על אותה שעה אנו דנים אי דייקא ומנסבא, דאז הרי לכל הדעות היה שייך דייקא ומנסבא, ובעצם ע״ז שאחיה אמר ששמע שנהרג הרי ישנם שני עדים. א״כ מסתבר לפי״ז שאמר גם לה את זה [אלא שנוסח העדות של העד השני נוטה יותר שאף האח לא אמר לו אלא בדדמי, שהרי אומר בתוך דבריו ״אילו ידע (היינו האח הנ״ל) שג. חי בודאי היה כותב לי״. ואם היתה הידיעה שנהרג ברורה, תוספת זו אין לה מקום. כמו כן היא מכחישה את העד הזה, כמבואר בדברינו]. ואם אמרה בשעת הנישואין לרב מסדר הקידושין שהיא אלמנה, על פי מה שכתב בספר ״ברית אברהם״ הנ״ל:

> כיון שהאשה מחזקת עצמה לאלמנה והולכת להנשא, הוי זה אמירה דידה שמת בעלה. והמסדר קידושין והעדי קידושין המה הביי״ד המתירים דהמה עבדי מעשה ההיתר ממש, ואין לך היתר גדול מזה, דהא הביי״ד המתירים אין צריך שיהיו בקיאים בדיני עגונה וכו׳.

ד. בענין אי צריך קברתיו בעד מפי עד מסיק כת״ר לפי מה שכתב ״כנסת הגדולה״:

> שיש לסמוך על המהריב״ל, ובפרט שלדידן שלאחר שראינו מה שכתב ״בית יוסף״ בשו״ת שלו והזכירו ״משאת בנימן״ ו״צמח צדק״ וסמכו ושמחו על פסקו, הרי שיש לפסוק כהמהריב״ל.

והנה כאמור לעיל, דברי ״בית יוסף״ נוטים יותר שמחלק בין הא דצריך קברתיו בעכו״ם מסיח לפי תומו, לבין דין קברתיו דים למלחמה (ו״צמח צדק״ לא ראה את שו״ת ״בית יוסף״ כמו שכתב שם ״לא זכיתי מימי לראות תשובת הרב ״בית יוסף״ רק מצאתי בתשו׳ ״משאת בנימן״ בשמו״). והמהריב״ל עצמו הרי שפתיו ברור מללו שרק בצירוף הסברא ד״מרדכי״ דבעכו״ם מסיח לפי תומו לא אמרינן בדדמי.

(ו״משאת בנימן״ שהסתמך על סברת המהריב״ל בדליכא תרתי לטיבותא. אולי נימוקו שנטה בזה מהמהריב״ל, כי קשה מאד לצרף סברת מרדכי אל דעת הרמב״ם דבעי בעכו״ם קברתיו, דלפי הרמב״ם הרי עכו״ם גם מסיח לפי תומו יותר יש לחשוש דאמר בדדמי, דבגלל זה הרי מצריך שיאמר קברתיו דוקא. ואילו לגבי מלחמה דגם בישראל חיישינן דאמר בדדמי, נקל יותר בעכו״ם מאשר בישראל, ע״כ קיבל דבריו למחצה. אך מ״מ לפי״ז אין להסתמך אלא על דעת ״משאת בנימן״ גרידא.) א״כ קשה מאד לסמוך בנידון דידן בניגוד לכל הני דפליגי על דעה זו.

ה. אכן נראה דבנידון דמלחמה גם למהרי״ט דלא ס״ל כמהריב״ל וקיבל דבריו של הראנ״ח, מ״מ מודה דבעד מפי עד יש להתירה, דהמהרי״ט אסיק שם (ח״ב תשו׳ ל״א), דהיכא דאין זה אלא ספק דרבנן גם בלא אמר קברתיו, כל כהאי גוונא שאינו לפנינו ויתכן שהיה אומר בדרך של ודאות, שאין בה חשש בדדמי, תלינן להקל, דז״ל שם במסקנתו:

דהכא בנידון דידן בעדות הראשון... יצתה אשה זו מידי איסור תורה, דהוה ליה טבע במים שאין להם סוף שאיסורו מדרבנן, ואם נשאת לא תצא. הלכך כל שנסתפק לנו בעדותם אח״כ אי מהני הך היכרא שהכירוהו מת, הוה ליה ספיקא דרבנן ולקולא וכו׳. והריב״ש סי׳ ע״ט כתב דהנה תלת דר״א בן פרטא שנותנים עליו חומרי חיים אם נשאת תצא אעפ״י שרובן למיתה וכו׳ דאע״ג דחד מינייהו ספינה שטבעה בים, אין זה טבע במים שאין להם סוף שאם נשאת לא תצא, דטבע במים שאין להם סוף מעיד שטבע ושהה שיעור שתצא נפשו וכו׳ ואז הוי מיעוטא ולא שכיח, ומשום הכי אמרו שאם נשאת לא תצא וכו׳.

וא״כ בהא דעד אחד במלחמה דנקטינן נמי, דאם נשאת לא תצא, צ״ל נמי דהספק דגמרא הוא רק על דרך מיעוטא כמו במים שאין להם סוף. וא״כ אין הספק אלא לגבי ספק דרבנן, ובזה הרי בעד מפי עד, דיתכן שעד הראיה היה אומר דבר ברור שמת, מעין קברתיו, בזה גם למהרי״ט יש להקל. ואזלא טענת הראנ״ח שהובאה לעיל שטען על דברי המהריב״ל:

ואילו היו ביה״ד שומעים מפי עד ראשון שאמר פלוני מת במלחמה והלך לו ולא שאלו אם קברו, ודאי לא היינו מתירים את אשתו.

דלפי המהרי״ט באמת גם בעד ראשון כל כהאי גוונא שלא נשאר אלא ספק דרבנן, בזה היינו תולים להקל. ועד כאן לא פליג מהרי״ט אלא בעובדא דהוי ספק דאורייתא כמבואר בדבריו גם בח״א תשו׳ מ״ח:

אלא שהרב מהרי״ן לב... נסה להתיר אף בספק אישתהי בי׳ דהוי לשעה קלה, מפני שהוא עד מפי עד דתלינן להקל וכו׳. ובעניותי קשה בעיני דאי ספק של תורה אמרו אם נשאת תצא. ובספק שעה דים שכ׳ הר״ן ז״ל דכיון דשיעורו מועט אין לתלות שתוך אותה שעה ראהו, דלא שכיח, היאך נתיר עכשיו כשאין העד ההוא לפנינו, ונתלה שבאותה שעה קלה ראהו.

ו. במסקנה כותב כת״ר:

״וע״כ כלפי בעל זה היא עדיין בספק אשת איש, כי עוד לא פסק לה בי״ד להיתר, ואה״נ לאחר שהיא תתגרש מבעלה זה יכולה להביא טענותיה לפני ביה״ד האזורי להיתר נישואין״.

מסקנה זו אינה מובנת. מה שכותב: וע״כ כלפי בעל זה היא עדיין בספק אשת איש, כי עוד לא פסק לה בי״ד להיתר.

מה פירוש ״עוד לא פסק וכו׳״, הרי לטענתה היא מותרת, ולפי הצעת הדברים של כת״ר אכן יש להתירה, וא״כ מי ומה מעכב בפני ביה״ד להתירה, שבאופן זה טענת הבעל מסולקת. וכי יש מקום לטענת ״קים לי״ בעניני איסור והיתר, שהדבר תלוי בפסק הדין של בי״ד, שאם היא מותרת אינו יכול לטעון שהוא רוצה להחמיר על עצמו, שהרי משועבד הוא לה, כהא דסי׳ קע״ח ס״ט בהגהת הרמ״א, ובנידון דידן לכולי עלמא אינו יכול לטעון, דהתם היא נתנה אצבע בין שיניה. ועוד שכאמור לעיל, לדבריה לא היתה זקוקה להיתר מפורש מבי״ד. ואם הודיעה בשעת החופה וקידושין שהיא אלמנה, הרי כאמור יש אפילו מקום לומר שהיה היתר בי״ד ממש. וע״כ אם אמנם ״לא הוכח שנשאת עפ״י בי״ד״ ולא רק לא הוכח, אלא גם לא נשמעה טענה זו כלל, אך אין זה משנה לגופו של נידון. א״כ לפי זה צריך היה לקבוע שהיא מותרת או להחזיר התיק לבי״ד על מנת שידון בהיתרה, ובזה לתלות התוצאות של הערעור.

דא עקא, שדבריה הראשונים נראים סותרים למה שאמרה אח״כ ששמעה מאחיה שנהרג, והיא לא הסבירה ולא נתנה כל אמתלה למה חוזרת בה.*[3]

סימן נח: התחייבות אשר אינה מוגבלת בזמן

נידון לפנינו ערעור מצד ילדה על פס״ד של ביה״ד האזורי תל-אביב שאינו מחייב את אביה בהוצאות נוספות הדרושות לה בביגוד, במכשירים רפואיים, בלימודים וכדו׳. טענת האב המשיב שאם הילדה התחייבה בהסכם שביניהם בתור תמורת הגט שנתן לה לשאת בכל הוצאות הילדה ללא יוצא מן הכלל, והרי זו התחייבות סתמית לפרנסה.

בפסק-דינו עורר כב׳ הגרי״ש אלישיב שליט״א שאלה, מצד מה שלא נתפרש בהסכם משך זמן שכלפיו חלה התחייבות האשה להחזקת הילדה. מעכתר״ה מנמק דבריו בארבעה נימוקים, ויש להעיר עליהם:

לנימוק א׳. הרשב״א שפוסק דהמקבל עליו לזון חבירו סתם... כל זמן שצריך משמע (חו״מ סי׳ ס׳ ס״ג בהגהה), והגר״א שהכריע כמותו, לא משום שפסקו כרבא, דנחלקו בזה הרי״ף והרמב״ם שפסקו כרב אשי והרא״ש שפסק כרבא, והרשב״א בחידושיו הביא שתי הדעות ולא הכריע, אלא משום שגם לרב אשי דסתמו כפירושו יום א׳, הוא רק בגט דלצעורה קמכוין, ע״כ סגי בהא, משא״כ במחייב עצמו לחבירו דמכוין להרווחה.

כן מבואר הדבר בהגר״א סי״ט: ״...ואפי׳ לרב אשי דוקא בגט וכו׳ אבל בשאר דלהרווחה קמכוין וכו׳״. וכן נוקט בחת״ס (חו״מ סי׳ ט׳) דהוי ספק להלכה אי קיי״ל כרבא, וכ׳ שם בענין מי שנתן קרקע ע״מ שיזון דל״ש לומר על חיוב

[3] [עו״ר לעיל סי׳ נו ולהלן סי׳ פז.]

המזונות הממע״ה, כיון דעצם מתנת הקרקע תלויה בקיום התנאי אמרינן אדרבא קרקע בחזקת בעליה עומדת (וכ״ה בפת״ש אות ח׳).

א״כ דין זה הוא רק בתנאי המבטל המעשה, אבל אילו הוי ספק רק בהתחייבות המזונות הו״ל להכריע דהממע״ה ופטור.

א״כ בני״ד שהוא התחייבות אגב מתן הגט שייך בזה לצעורי קמכוין, לדעה זו יש לפוטרה וכדעת רב אשי.

לנימוק ב׳. ביאור המהרי״ט בכוונת הרא״ש מופלא מאד לענ״ד: א׳, אם כל עיקר לא הכריע הרא״ש אלא מפני שבלשונו נזכר גם ״או יתן לו ק׳ זהובים לשנה״, שזו לשון מסופקת וניתנת להתפרש שכל התחייבותו אינה אלא לשנה אחת. א״כ מאי קשי״ל מהא דפ׳ מי שאחזו ״דנתקיימו דברי רבא דבסתם בעינן שתי שנים״ והוצרך לחלק בין גט לבין שאר התחייבויות, הרי שם לא הזכיר בלשונו עילה שיש להיאחז בה שתהא משמעותה להקטין זמן ההתחייבות. ב׳, דהרי הרא״ש דן שם גם על מי שפטרוהו מן המס אם הכוונה רק למס הראשון או לעולם, וכרך שני הדינים כא׳ כמבואר שם בלשונו, ומה עילה ישנה במס לומר שהוא רק המס האחד? ע״כ צדקו לענ״ד כל אלה האחרונים שדנים בדברי הרא״ש ולא נחתו לחילוק זה של המהרי״ט.

לנימוק ג׳. מה שדן עפ״י סברת הרא״ש דלגבי גט דלצעורי קמכוין דנים לשונו להחמיר, דזהו לאו דוקא בתנאי שתלוי בחלות הגט ״אלא גם בהתחייבות שקיבלה האשה ע״ע בהתאם לדרישת הבעל עובר לסידור הגט״ וכו׳.

באמת יש מקום לחלק בזה, כי כשזה תלוי בדעת הבעל גרידא ובתנאו לחלות הגט, מפרשים אמנם כוונתו, לדעת הרא״ש, מצד דלצעורה קמכוין להחמיר עליה, שהרי אין הוא תלוי בדעת אחרת. משא״כ כשהגט ניתן ללא תנאי, וכל התנאים וההתחייבויות הם בהסכם נפרד שבין הבעל לאשה, באופן שיתכן שלא כל מה שעולה על דעת הבעל לתבוע, דעת האשה להיענות לו, ואעפ״י שמעיקרא לא רצה הבעל לגרש, הרי יתכן שנוכח לדעת כי לא ישיג מבוקשו והסכים להסתפק במה שהאשה מוכנה לקבל ע״ע. ואם נוסח ההתחייבות, עפ״י הכלל ״בעל השטר ידו על התחתונה״, משמעותו הפחות שבהתחייבות, מנלן לומר שהיתה הסכמה מטעם האשה לתנאי הבעל, בפרט שלפנינו הבעל קיבל ע״ע עכ״פ התחייבות לתשלום מסויים ע״ הזקת הילדה, הרי שהיה מוכרח להתחשב עם נכונות האשה לקבלת התחייבויותיה.

לנימוק ד׳. לפי התומים והחת״ס שמה שאנו אומרים שבקיבל עליו לזון משמעותו כל זמן שצריך הוא בעני ומצד נדרי צדקה דסתם נדרים להחמיר, ודן שה״ה בניד״ד ש״בזמן עריכת ההסכם היתה הילדה בת שש... ולפי״ז התחייבויותיה של האשה כלפי הילדה כמוה כמו בקיבלה לזון עני וכו׳״.

לענ״ד, גם אם היינו רואים זאת כהתחייבות כלפי הילדה, לא נוכל לראות זאת כנדרי צדקה, כי כאן האשה התחייבה בגלל רצונה לקבל הגט, ולא בגלל עניה של הילדה וצרכיה קיבלה זאת האשה על עצמה, שהרי יש לה כאן מי שיפרנסה. א״כ אין זה אלא כמי שעושה מו״מ עם עני, דל״ש בזה דין נדר, כי אין כוונתו להתחייבות מדין צדקה.

ועוד, כיון שהילדה יש לה מי שיזונה, דהיינו האב, והתחייבותו קודמת, שוב אין על אחרים מצות צדקה כלל, כי לא נאמר אלא ״די מחסורו״, והרי יש לה די מחסורה מצד אביה. ושלישית, וזה העיקר, כי האשה לא קיבלה ע״ע שום חיובים כלפי הילדה, אלא כלפי אבי הילדה שהוא החייב, וקיבלה ע״ע כלפיו לזונה עבורו. והתחייבות זו אין בה משום נדרי צדקה, אלא ככל התחייבות בין אדם לחבירו, שלפי התומים והחת״ס לא נחלקו בה, שאין משמעותה לעולם. ובכלל, הן אם רק משום נדר אתינן עלה, תוכל להתיר נדרה, בפרט בכה״ג שאין הילדה נפסדת, כי חיובי האב כדקאי קאי. וממילא גם ההתחייבויות לפצות הבעל אין קיימות, כי הן רק תוצאה מההתחייבות העיקרית שלה.

ומה שנ״ל שיש לדון בהתחייבות האשה, שזה קיים כל עוד שיש צורך לילדה בזה, מנימוקים דלהלן:

א) השאלה אם אנן טענינן ליה מה שהוא עצמו אינו טוען (שהביא מעכתר״ה מש״כ ב״אמרי בינה״ דהכא טענינן ליה גם אם לא טענו), נראה עומק הסברא בזה כיון שההתחייבות אינה אלא מכח השטר, אין לנו לדון אלא לפי מה שמשמע מהשטר. ואף אם כוונתם היתה להתחייב לעולם, אין זה אלא דברים בעלמא, כיון שחלות ההתחייבות בפועל היא רק ע״י השטר, וכיון שבשטר אין לנו הוכחה אלא להתחייבות מצומצמת אין חלות ההתחייבות ליותר מזה, וע״כ גם אם לא טוען, טענינן ליה, כי אם אמנם ע״י שהוא עצמו אינו טוען זאת חזינן שאכן לא היתה כוונתו לזמן מוגבל, אך כוונתו אינה מעלה ומורידה, כיון שעכ״פ מהשטר אין הוכחה ע״ז.

והנה בניד״ד שהגט קיים כיון שלא נתלה בשום תנאי, ואין אנו דנים אלא על ההתחייבויות שקיבלה על עצמה תמורת מתן הגט, וכיון שכן הרי ההתחייבויות שמקבלת על עצמה קיימות מדין תנאי שכירות, כל שהוסכם ע״י שני הצדדים, שאין האחד יכול לומר משטה הייתי בך, כל שהשני לא היה מחוייב לעשות זאת מצד הדין ואין ההתחייבות בצורה מוגזמת, כפי המתבאר מסוגיא דחליצה מוטעת (יבמות דף ק״ו ע״א) דרק בגוונא שהיה מצד הדין חייב בחליצה מצית אמרה משטה אני בך. אבל אילולא כן, היתה מתחייבת לקיים דיבורה מדין שכירות. עיי״ש רש״י, רא״ש ורמב״ן.

וכבר דן בזה המהרש״ל (סי׳ כ״ה) בכלל שאין הגזמה בהתחייבות שמקבל תמורת מה שחבירו עושה לו, וא״כ בניד״ד אין זו התחייבות מוגזמת שקיבלה האשה על עצמה תמורת מתן הגט, שלא היה חייב בזה מצד הדין. ומכיון שכן, ההתחייבות שקיבלה על עצמה קיימת גם אילולא ההסכם בשטר שנערך, ולא רק מפי השטר אנו חיים כאן כדי לקיים עליה ההתחייבות שיש לדון עפ״י לישנא דשטרא, אלא מדין שכירות חייבת בזה.

וכיון דממה שלא טענו בפנינו שההתחייבות היתה מוגבלת בזמן, ברור יוצא שמחשבת שניהם היתה שההתחייבות תהא קיימת כל עוד הילדה זקוקה לכך, ממילא אין לנו לדון רק לפי לישנא דשטרא, אלא לפי מה שהיה מובן לשניהם בשעת קבלת ההתחייבות, וכיון שהבעל מצדו מילא את שלו ונתן לה הג״פ, ממילא גם ההתחייבות שלה חלה, ללא הגבלת זמן.

ב) בבית שמואל (סי׳ קמ״ג סקי״ב): ... ואם אמר ע״מ שתשלם שכר הנקה לכו״ע שכר ב׳ שנים קאמר. ומקורו בירושלמי בסוגיא זו והובא ברשב״א במשנתנו, הו״ד גם בב״ח, ושם נתבאר טעם החילוק (וע״ע בנועם ירושלמי,

שהשיג על הפנ״מ, אולם ברשב״א מבואר כהפנ״מ, ואולי צריך לגרוס ברשב״א במקום ״איכא״ - ״ליכא״, וצע״ב ואכ״מ).

והנה בניד״ד התחייבות האשה לא היתה שתטפל בה באופן אישי, כי גם בשעת עריכת ההסכם לא היתה הילדה מוחזקת בבית, וכן גם זמן רב לאחר הגירושין, וא״כ מה שנאמר בהסכם שהילדה ״תשאר בחזקתה ובפקוחה״ של האשה לא נאמר במובן של חובת האשה, רק ביחס להוצאות הכרוכות בהחזקתה, וא״כ הרי זה כהא דע״מ שתשלם שכר הנקה, שבזה דנים שהחיוב הוא לכל הזמן שצריכה הנקה, וכמו כן בניד״ד הרי החיוב הוא לכל הזמן שצריכה טיפול.

ג) בפירוש לשון סתומה שבשטר דאמרינן בזה יד בעל השטר על התחתונה ותופסין המועט, נראה שזה שייך רק אם ניתן להתפרש כהתחייבות מצומצמת ביותר, דוגמת מה שאמרו בסוגיא זו שמשמשתו ומניקתו יום א׳. דבזה אמרינן משו״ה לא פירש כי לא התחייב אלא על הפחות ביותר, ועל כן סתמו כפירושו. אבל אם יוצא ברור שלא יתכן שהכוונה היא לפחות שבהתחייבויות, ממילא מוכרחה הלשון להתפרש כהתחייבות למשך כל הזמן שזה נצרך, כי אילו היתה הכוונה לאיזשהו זמן ביניים הרי היה צריך לפרש זאת, ומה גבול תתן להתחייבות לומר עד כאן תבא ותו לא? (עי׳ בנועם ירוש׳ הנ״ל שביאר עפי״ז החילוק בין ע״מ שתניק לבין ע״מ שתשלם שכר הנקה, ואעפ״י שבביאור הירוש׳ אין זה מוכרח, וכנ״ל מהרשב״א, הסברא כשלעצמה ודאי נכונה. וכ״ה בדברי הראנ״ח שהובא בתשו׳ המהרי״ט הנ״ל. וכיו״ב בחו״מ סי׳ מ״ב בסמ״ע סקכ״ה, עי״ש).

[ונראה שסביב להנ״ל גם סובבת השקלא וטריא של המהרי״ט שהו״ל בנידון שאלתו שנתחייב לשלם ״מדי שנה בשנה״, שכתב בזה: ״ועדיין יש לבעל דין לחלוק ולהסתפק מהא דהרא״ש במקבל עליו לזון חבירו״, והיינו דבנידון שאלתו הרי ברור שלא ניתן לפרש ההתחייבות כחד פעמית שהוא הפחות שבחיובים כיון שנאמר שם ״מדי שנה בשנה״ שממילא ה״ז ע״כ לכל הפחות שתי שנים, וכיון שבהכרח שהתחייב יותר מתשלום חד פעמי שוב אין לדבר שיעור, ומה״ת לומר שרק פעמיים התחייב ותו לא, משו״ה פשיטא ליה למהרי״ט שהכוונה לחיוב כל שנה ושנה בשיעור זה. וע״ז כתב דיש לבע״ד לחלוק עפ״י תשובת הרא״ש שגם שם הרי סתם חיוב לזון הו״ל להתפרש יום אחד, בדומה לע״מ שתשמשנו ותניקנו, אולם זה הרי ודאי אין כוונת ההתחייבות שהרי הותנה שם בפירוש או שיתן לו ק׳ זהובים לשנה, א״כ הרי ברור יוצא שעכ״פ לשנה התחייב, וא״כ הרי מזה מוכח שעכ״פ לא כיון לפחות שבשיעורים, ואעפי״כ דן הרא״ש בזה לומר שאין חייב אלא שנה אחת, מה שייצא מוכרח מתוך השטר ותו לא, ואין אומרים שכיון שיצא מכלל הפחות שבחיובים שוב אין גבול לדבר, ותתפרש ההתחייבות ״לכל זמן שצריך״. ומזה הרי יש ללמוד לכאורה גם לנידון שאלתו דהמהרי״ט דיתפרש החיוב רק על שתי שנים, אעפ״י שיצא מכלל הפחות שבחיובים, דהיינו תשלום חד פעמי.

ודחה זאת המהרי״ט שמשם אין ראיה כי הספק שם הוא אחר, והיינו בנוגע ללשון ההתחייבות ק׳ זהובים לשנה ״אם רצה לומר בעד שנה והיינו שנה אחת או לכל שנה״ (היינו: אם הוא בניקוד פת״ח - ״לַשנה״, או בניקוד שו״א ״לְשנה״), ובזה אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ויתפרש לשנה אחת, וילמד עליון מן התחתון, שכל ההתחייבות לזונו לא היתה אלא לשנה אחת, כפי שנתפרש בסוף דבריו.

אבל לעולם במקום שאין מקום לספק בעצם לשון השטר, והוא ודאי סתום, ואין אפשרות לפרשו כפחות שבלשונות, כשמוכח מתוכו שלזה ודאי לא נתכוין, ואז בהכרח לפרשו לעולם. ואשר ע״כ בנידון שאלתו כיון דלא ניתן לפרש שהכוונה רק לתשלום חד פעמי, כיון שעכ״פ נאמר שם מדי שנה בשנה, שהוא לכה״פ שני תשלומים, וכיון שיצא מכלל הפחות שבחיובים, שוב אין גבול לדבר, ואין שום יסוד לומר שרק שתי פעמים נתחייב, אלא ודאי הכוונה לכל שנה ושנה.

ונסתלק בזה מה שהתקשינו בדבריו ממה שהרא״ש הוצרך לחלק בין זה לבין הא דלרבא חייבת להניקו כל הצורך, וכן ממה שפסק שם גם לענין מס שאינו נפטר אלא מתשלום א׳ של המס. כי כל עיקר לא נחת לומר שמתפרש לעולם אלא דוקא בכה״ג שלא ניתן להתפרש באופן המצומצם שבשיעורים, ואז אמרינן מדלא פירש כמה, ע״כ כל הצורך קאמר. אבל בהא דמס, וכן בהנקה שניתן לפרש רק ליום אחד, לדעת הרא״ש ודאי יתפרש כפחות שבשיעורים דיד בעל השטר על התחתונה.

(וכן צריך לפרש גם לישנא ב׳ דמהרי״ט, אע״פ שהלשון דחוקה. דאל״כ דבריו נסתרים מתוך הרא״ש מיניה וביה וכנ״ל, ואכתי צע״ב)].

והנה בהסכם שלפנינו (ר׳ פד״ר ח - שם) נאמר בסעיף ג׳ שצד א׳ ישלם לצד ב׳ סך 65 לחודש בתור השתתפות בהחזקת הילדה, ובסעיף ד׳ נאמר שסך זה צמוד לאינדקס. א״כ מוכרחים לומר שהמדובר על החזקת הילדה לא ליום ואף לא לחודש, אלא להרבה יותר מזה - היינו לזמן שיתכן שיבא שינוי באינדקס, שכידוע אינו משתנה מיום ליום. ומאחר שלא ניתן לפרש כוונת ההתחייבות לזמן המצומצם ביותר, שוב אין לנו זמן שנוכל להאחז בו ולומר שרק עד אותו זמן נתחייבה ולא יותר, כי אז ודאי היה הדבר צריך להתפרש כמה היא מדת הזמן שעליו חלה התחייבות האם. ואין לנו אלא לפרש בהכרח, שההתחייבות היא למשך כל הזמן שהילדה תצטרך לטיפול ולהחזקה.

ובשים לב גם למו״מ שקדם להסכם, כפי שציין כתר״ה שממנו ״נראה בעליל שכל כוונתם ודאגתם היתה לפתור שאלת החזקת הילדה באופן תמידי, וכתוצאה מזה נערך ההסכם״, הרי בהצטרף הנימוקים דלעיל אני מסכים למסקנה ״שההתחייבות (כלפי הילדה) היא לכל הזמן שיש לה צורך״.

סימן נט: בענין התחייבות, קנין, אסמכתא, הצמדה ומחילה

הערעור שלפנינו הוא על פס״ד של כב׳ ביה״ד האזורי לת״א מיום כ״ה כסלו תשל״ח (תיק לו10662/ - ראה פד״ר י׳ עמ׳ 363-384) בו נאמר בסיום פסה״ד ונימוקיו כדלהלן:

"לאור כל הנ"ל ביה"ד פוסק בזה לדחות טענות התובע וב"כ, וההסכם שאושר ע"י ביה"ד, הוא בתקפו, ועל התובע א. לשלם לגרושתו המשיבה ב. הפרשי ההצמדה מיום חתימת ההסכם והוא מתאריך ד' תמוז תשכ"ד (14.6.64) בנכוי סכום של שלוש מאות ל"י לחודש ששילם לה משך התקופה הנ"ל עד היום".

העובדות והדיון שבעקבותיו ניתן פס"ד הנ"ל הם, כפי שניתנו בפס"ד זה, והם כדלהלן:

"הצדדים א. וב. שהיו נשואין 14 שנה ולא היו להם ילדים הגיעו בשנת תשכ"ד לידי הסכם גירושין, הואיל ואין ביניהם הבנה ולא יכולים להמשיך בחיי משפחה תקינים. כן ביקשו שביה"ד יאשר את הסכם הגירושין ביניהם ולתת לו תוקף של פס"ד. ביה"ד הסכים לגירושין, כמו"כ נתן להסכם תוקף של פס"ד, ואמנם אחד מסעיפי הסכם גירושין זה, המסומן בסעיף 4, שקיבל תוקף של פס"ד הוא נשוא הדיון שלפנינו.

בסעיף זה נאמר, "עד להינשאה בשנית ישלם הבעל לאשה סך 250 ל"י בראשון של כל חודש. סכום זה צמוד לאינדקס יוקר המחיה". במשך מספר חדשים לאחר הגירושין שילם המבקש למשיבה את הסך של 250 ל"י לחודש, ואח"כ החל לשלם סכום של 300 ל"י לחודש וכך שילם סכום זה תקופה של כ12- שנה, עד שהתובעת החלה לדרוש הפרשי הצמדה בגין העבר, ותשלומים שוטפים בהתאם לאינדקס כיום.

בתביעה המקורית של התובע טוען שמבחינה הלכתית אינו בר תוקף, ואין לו לשלם ההצמדה מעל לסכום של 250 ל"י. כמו"כ חץ טענתו מכוון כלפי העבר שאין להתובע לשלם, הואיל וע"י אי תביעתה של הנתבעת יש בזה ויתור על העבר, ב"כ התובע הרב א. אוירבך ביסס טענותיו-תביעותיו בהלכה והסיק שלש אלטרנטיבות בזה:

א. אין ההסכם תקף ומחייב עפ"י דין הן ביחס לסכום המקורי, והן ביחס להצמדה.

ב. לחלופין אין ההסכם תקף כלל ביחס להצמדה.

ג. לחילופי חילופין אין לחייב את התובע בהפרשי הצמדה בגין אותו סכום שלא דרשה זאת הנתבעת".

פס"ד נשוא הערעור דוחה כאמור כל הטענות שהעלה ב"כ בעל האשה לשעבר, ונימוקיו כדלהלן: באשר לטענה ראשונה שאין תוקף להסכם מפני שלא נאמר בו לשון התחייבות, אלא לשון "ישלם", וזו אינה לשון מחייבת, וכן שלא היה קנין ע"ז, רק חתימת הצדדים על החוזה שהוגש לבית הדין לאישור ולקבלת תוקף פסק דין, נאמר בפסק הדין כדלקמן:

"אלא דפש לן לברורי בעיקר טענתו של ב"כ התובע דאין כאן התחייבות כלל, אלא קנין אתן דמבואר בחו"מ סי' רמ"ה דלא מהני ויעויין עוד חו"מ סי' מ' סעי' ד' בזה, והנה אם לשון אשלם יש לו דין אתן, מבואר בר"ן נדרים כז שכ' דאתן או אשלם, לא מהני, הרי דכרך לשון אשלם בהדי אתן, והנה בעיקר הטעם דאתן לא מהני כ' הב"י שם דאין זה אלא שמבטיח שיתן, אתן לו אחר זמן ובשטר אחר ועדיין לא עשה וכן הוא במאירי גיטין מ, וע"ע ב"ח שהק' מסי' קנז מש"כ הטור בשם הרמ"ה וכ' בתוך דבריו דדוקא בנותן מתנה לא מהני באומר אתננה דאינו אלא מבטיח, משא"כ כשאינו מתנה ע"ש, ואמנם דין אתן דלא מהני מבואר בש"ע חו"מ רמ"א גבי מתנה וכן הוא ברמב"ם בפי"א מהל' זכיה ומתנה. לפ"ז יש לדון הרבה דבהסכם גירושין כבנידון דידן המבקש לביה"ד לאשר את ההסכם ולעשותו קנין שטר יש לדון דיהני קנין אתן, אלא דיש להוסיף בזה עוד כדלהלן. דהנה הר"ן כ' שם דאתן לא מהני מדין אסמכתא דלא קניא והסיק: "דכל שנעשה בב"ד אנן סהדי דלא מחייך בבי דינא".

והנה אע"פ דבגמרא נדרים שם מבואר דאסמכתא דקניא בב"ד אינו אלא בב"ד חשוב, הנה בהגדרת מושג זה, מובא ברמ"א חו"מ סי' ר"ז סט"ו ב' דעות. י"א דכל שלושה דבקיאי בדיני אסמכתא מקרי בית דין חשוב (טור בשם הרא"ש ובשו"ת כלל ע"ב סי' ה' ובהגר"א שם אות מ' כתב דהוא מדין הפקר בית דין) וי"א דבעינן בית דין חשוב שבעירו וכו' (רמ"א שם בשם המרדכי והמ"מ פי"א מהלכות מכירה) ולפ"ז י"ל דמהני בנידוננו בקנין אתן שנעשה בפני ביה"ד, וי"ל דבזה שביקש שבית הדין יאשר את ההסכם יש להחיל לשון הר"ן שכ' דלא מחייך בבי' דינא וכו' ולא לשם פטומי מילי בעלמא ביקש התובע לאשר את ההסכם, ואף אם נאמר לפ"מ שכ' לצדד הסמ"ע שם אות מ' דהא דמהני אתן בביה"ד הוא דוקא מעכשיו, וסתם קנין הוא מעכשיו אם לא שהתנה מפורש ההיפך, ואז י"ל דבנידוננו לא יהני, מ"מ נראה לחדש גם בנידוננו דיהני, ויש לראות בעצם הבקשה לביה"ד שיאשר את ההסכם, כעין התחייבות חדשה מצד התובע וזהו כנתן שטר אחר וביה"ד שאישר ההסכם נתן לו תוקף של שטר, להכי לא הוי עלה כלל דין אתן וקנין דברים בעלמא, לפיכך מהני בנידון דידן התחייבות התובע, אף דנשווי לה להסכם גירושין עצמו כדין אתן, מ"מ לאחר בקשתו בביה"ד לאשר ההסכם, וביה"ד אישר ההסכם, הרי נתן תוקף התחייבות חדשה זו של התובע. וזה מראה על גמירות דעת שלו דמהני בענינים אלה כמבואר, ולפ"ז יש לדחות גם הטיעון על עיקר ההתחייבות דלא יהני מדין אתן. ועי' לשון "נימוקי יוסף" נדרים שם "שכיון שיצאו מרשותו ומתפיסן ביד בית דין גמר ואקני".

גם לגבי הטיעון דלא היה קנין על ההסכם יש להביא מש"כ "ערוך השלחן" סי' רמ"ה אות ג' בסופו "דכל המתחייב מתחייב ע"י המנהג", והרי המנהג בבתי הדין לאשר הסכם הנעשה בבית הדין בלא קנין, דחתימת הצדדים על ההסכם, זה גופא מעשה קנין מדין סיטומתא או מדין אחר, ולכן ההסכם תופס ע"פ דין".

באשר לטענה השניה שאין תוקף להסכם ביחס להצמדה, מפני שזה דבר שאינו קצוב, והוא גם יוקר דלא שכיח, וכן מה שטען עוד שבשעה שהתחייב לא העלה על דעתו שהאשה לא תתחתן זמן כה רב מאחרי הגירושין, ויש אומדנא דמוכח שלא התכוין להתחייב לזמן כה ממושך, נאמר בפסה"ד כדלהלן:

"דהפתחי תשובה סי' ס' אות ג' הביא מה"ביבית אפרים" חו"מ סי' ה' שכתב דכל בתי הדין שהיו בישראל פוסקים לחייב בדבר שאינו קצוב כהש"ך והנתיבות, וה"גט פשוט" שפסק דיכול לומר קים לי, לא ראה את

הש"ך, ואמנם כך נהגו, ונוהגים בתי הדין באי"י לחייב בדבר שאינו קצוב כמובא באוסף פסקי דין דף קנא ואושר בביה"ד לערעורים (מובא בכרך ד עמוד 203 ע"ש) וכן העלה ב"ערוך השלחן" סי' ס' אות ב' וכתב דמלתא דפשיטא דהמוחזק אינו יכול לומר קים לי כהרמב"ם (ולהמבואר דלא קיימא לן כהרמב"ם אין כאן מקום לדון במה שכתב ה"ערוך השולחן" בשיטת הרמב"ם בדין דבר שאינו קצוב עי"ש)".

גם בנוגע טענת ב"כ התובע ע"פ הט"ז באה"ע סי' קי"ד (הובא גם ב"בית שמואל") שכ' בהא דאיתא בש"ע דבמתחייב לזון בת אשתו לחמש שנים חייב אפילו המזונות ביוקר, דהיינו ביוקר דשכיח, משא"כ ביוקר דלא שכיח ע"פ המבואר בשו"ע חו"מ סי' רכה, יש לדחות מכמה טעמים, דהרי "שער משפט" ו"בית מאיר" נראה דחולקים על עיקר דברי הט"ז. ועוד נראה דבנידון דידן הוי בגדר התחייבות מפורשת דמבואר בחו"מ סי' רכ"ה סעי' ג' במה דברים אמורים כשלא התנה עמו אבל התנה שכל אונס שיולד בקרקע יהי' חייב לשלם וכו', חייב לשלם, והסיק בש"ע דהוא הדין לכל תנאי ממון שאומדים דעת המתנה, ואין כוללים באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי, והם שהיו בדעת המתנה בשעת התנאי.

אמנם בעיקר הדין הרי תנודות המחירים עקב פיחותים תכופים, הם למעלה מן הנורמה הטבעית לפחות מתקופת הזמן שבו נערך ההסכם, והרי התובע - עורך הסכם הגירושין - שהוא עו"ד במקצועו, ואינו בחינת "תם" כלכלי שאינו מכיר צורת מטבע (המדינה), ואם חתם על התחייבות בהצמדה, הרי סבר וקביל על עצמו לכל מצב בתנודות המדד. וזהו בגדר יוקר דשכיח ול"ש כלל לנידון הט"ז.

ויש להוסיף פרט חשוב בהתחייבות זו ולאומדנא בהתחייבות זו כי הסעיף "סכום זה צמוד לאינדקס יוקר המחיה" לא היה בהסכם המקורי אלא נוסף אח"כ, וחתומה בראשי תיבות של הצדדים כנראה באי-הסכמת הנתבעת לגירושין בלי הצמדה, והתובע הרי היה מעונין בגירושין כבקשתו להקדמת הדיון וז"ל "בהתחשב בכך שהבעל עו"ד לפי מקצועו צריך לצאת את הארץ בימים הקרובים, אבקש לקבוע הדיון במקום הגירושין באופן דחוף", וברור דלאור הנתונים הנ"ל בהם התחייב הבעל, הרי זה בגדר יוקרא דשכיח.

עוד יש לציין כי התובע בעצמו הכיר בהתחייבותו זאת לרבות ההצמדה כי הרי שילם כל הזמן שלוש מאות ל"י לחודש, והיינו הוספה של חמישים ל"י, וסכום זה ביחס לסכום העיקרי ע"ס 052 ל"י ביחוד בתקופה שלאחר ההסכם, אינו סכום מבוטל כלל, הרי דהכיר בהצמדה זו בהתחייבות גמורה ונסתתם כמה מטענותיו כדי לבטל התחייבותו זאת.

גם בטענה שהבעל חשב לתומו שהאשה תנשא תוך תקופה סבירה ולא עלה על דעתו שימשך 21 שנה, אין בה ממש, מדלא קבע זמן להגבלת החיוב, וגם בהטיעון שהאשה מרויחה, ואילו היתה אשתו לא היה ביה"ד פוסק מזונות, טענה זו אין לה אחיזה, כי המדובר הוא בהתחייבות של הבעל לשלם לגרושתו, ואין צריך לחטט בנבכי הבעל על סמך מה נטל על עצמו ההתחייבות, אם כפיצוי על קבלת הגט או מסיבה אחרת, - ועכ"פ לא שייך זה לטיעון ב"כ התובע לדמות נידון דידן לאשה היושבת תחת בעלה, דכשיש לה מעשה ידיה הבעל פטור ממזונות ואין לבית הדין אלא מה שעיניו רואות, והוא התחייבות התובע לשלם לגרושתו.

ובנוגע לטענה השלישית שאין לחייב את הנתבע בהפרשי ההצמדה עד אותו זמן שבו העלתה התובעת תביעה זו, כותב הפס"ד:

"דב"כ התובע טוען דאין לחייב בהפרשי ההצמדה בגין אותן שנים שלא דרשה זאת הנתבעת ובהסברו בסעיף 5, הוסיף בזה מעין אמתלה, וגם יוצר ריעותא בעצם הדרישה, וכשם שחזקה שאין אדם תובע אלא א"כ יש לו, כך חזקה ויותר מזה שאם אין אדם תובע, סימן שלא חייבים לו ע"כ. הנה חזקה זו שהמציא ב"כ התובע נסתרת מהלכה מפורשת בש"ע חו"מ סי' צ"ח ס"א:

סדר גביית החוב כך הוא, כשהמלוה מוציא שטר חוב מקויים אומרים ללוה שלם אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו אין אומרים מחל לו כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו, ואפי' שמענו שנתיאש וכו' ואפילו אין שטר חובו יוצא מתחת ידו אם החייב מודה.

ומקור הדין הוא בכתובות קד. בעל חוב גובה שלא בהזכרה, ופרש"י אם שתק כ"ה שנים ולא מוחה על חובו לא הפסיד בכך, הרי דאם אין אדם תובע חוב אינו כלל סימן שלא חייבים לו.

דין מחילה קיים רק באלמנה שלא תבעה כתובתה, לרבנן דהלכה כמותם כשהיא בבית אביה גובה כתובתה עד כ"ה שנים וכשהיא בבית בעלה גובה כתובתה לעולם ופרש"י דהואיל ושתקה כל השנים הללו מחלה, הלכך כל זמן שהיא בבית בעלה אין שתיקתה מחילה, אלא מפני שמכבדין אותה היא בושה למחות על כתובתה. אבל בבית אביה משתקה כ"ה שנים מחילה היא ע"כ. והנה בכתובות שם איתא וגרושה הריהי כבעלת חוב, וכן נפסק בש"ע אה"ע סי' ק"א סק"ד גרושה לעולם אינה מוחלת אפילו שהתה כמה שנים וגם באלמנה דיש בה דין מחילה הרי כששטר כתובתה בידה גובה כתובתה לעולם כדאיתא בשו"ע ס"א ע"פ הגמרא בכתובות שם, וכן הנדוניא אינה מוחלת אפילו שהתה כמה שנים כדאיתא בש"ע שם ס"ד ועי' "בית שמואל" שהביא דברי המגיד משנה דנדוניא הוא כחוב ולא מחלה.

א"כ בנידוננו דמדובר בחיוב של גרושתו ל"ש כאן ענין מחילה בזה שלא תבעה, ואף לגבי הפרשי הצמדה לא שייך מחילה דזהו חלק מהחוב ונכלל בהחוב עצמו כמבואר להלן.

וזולת זה ל"ש כאן כלל ענין מחילה כי האשה נימקה אי גבייתה עד כה את הסכום הצמוד לאינדקס כי לא ידעה זכויותיה בהסכם הנ"ל (ויש לציין שהיא הופיעה בשעת הסכם הגירושין בביה"ד בלי עו"ד, והסכם גירושין הצולע הנ"ל סידר התובע שהיה בעלה, שהוא עו"ד במקצועו). עוד יש להעיר בנידון, דב"כ התובע

הזכיר הדין דבספיקות יד בעל השטר על התחתונה, הרי בספק מחילה הדין הוא דיד הנמחל על התחתונה ועי׳ ״ערך השולחן״ הספרדי חו״מ ס״ס ס״ה״.

הערעור מתייחס לכל האמור בנימוקי פסה״ד, וטענותיו בכתב ובע״פ הם כדלהלן: חוזר על טענתו שאין בלשון ״ישלם״ לשון התחייבות כיון שלא כתב ״מתחייב״, ואין זה אלא כמי שכותב לשון ״אתן״, שבזה הלכה פסוקה בחו״מ סי׳ רמה ס״א שלא זכה המקבל, ואפי׳ קנה מידו דהוי קנין דברים, לפי פסק הרמ״א שם.

בביסוס הטענה שלשון ״ישלם״ הוא דומה ללשון ״אתן״, מסתמך בערעור על מש״כ כב׳ ביה״ד עצמו בפסה״ד שמביא לשון הר״ן נדרים דף כ״ז ״שכתב דאתן או אשלם לא מהניי״, ״הרי דכרך לשון משלם בהדי אתן״, והוסיף ע״ז עוד להסתמך על ״רש״י ב״ק דף ז׳ ע״א שלשון ישלם משמע נמי מדעתו, ועי׳ תוס׳ שם״.

ועל מה שכותב כב׳ ביה״ד שחתימה על ההסכם הרי היא כקנין מדין סיטומתא, טוען, ״שהרי בי״ד עצמו קובע לעיל ״שאתן״ מדין אסמכתא, ולסלק אסמכתא לא יועיל קנין סיטומתא וכו׳. ועוד שהרי ברור שסיטומתא לא עדיף מקנין אחר, ״ובאתן״ גם בקנין הוי קנין דברים״.

וכן על מה שביה״ד רוצה לדון בבקשת הצדדים לביה״ד לתת לו תוקף פס״ד, יש להחיל לשון הר״ן שכ׳ דלא מחייך בבי דינא וכו׳, ולא לשם פטומי מילי בעלמא ביקש התובע לאשר ההסכם וכו׳, אף דנשוי להסכם הגירושין עצמו כדין ״אתן״, מ״מ לאחר בקשתו בביה״ד לאשר ההסכם, וביה״ד אישר ההסכם, הרי נתן תוקף להתחייבות חדשה זו של ״התובע״. טוען בערעור ומסתמך על האמור בכגון דא בס׳ ״יביע אומר״ לראשל״צ שליט״א:

״שאין זה אלא כמבטיח שיתן לו לאחר זמן בשטר אחר ועדיין לא עשה וכו׳ וחתימתו על ההסכם אף שאושר ע״י ביה״ד האזורי אינו אלא ככותב בשטר וכו׳״.

בפרט שלפי פסק השו״ע ב״אתן״, ״לא זכה המקבל, ואפי׳ קנה מידו, דהוי קנין דברים״. ב״כ המערער טוען גם שיש לנתבע לטעון בהסתמכו על דעת הרמב״ם שפסק שבדבר שאינו קצוב לא מועילה ההתחייבות; וכאן הענין אינו קצוב, הן מצד הסכום עצמו הן מצד הזמן שהתחייב עליו שהוא בלתי מוגבל. ומסתמך על כמה פוסקים שכתבו כזאת. ועל מה שכתב ביה״ד שמאחר שקיבל תמורה גם לדעת הרמב״ם זה מחייב, טוען, שמאחר שביה״ד כ׳ בעצמו שב״אתן״ ו״אשלם״ זה בדין אסמכתא, יוצא שיש כאן שתי ריעותות, חדא שהוא אסמכתא, ושנית שזה דבר שאינו קצוב, ובזה אם אמנם קבלת תמורה מוציאה מדין אסמכתא, עכ״פ עדיין אין בזה להוציא מהריעותא הנוספת של דבר שאינו קצוב, והאריך בזה עפמש״כ ב״אמרי בינה״ סי׳ מ״ג בכיו״ב בענין ערב בדבר שאינו קצוב.

כן חוזר וטוען על סמך דברי הט״ז בא״ע סי׳ קיד שיוקר דלא שכיח לא קיבל על עצמו, ועליית יוקר המחיה, שהוא פי כמה ממה שהי׳ בזמן ההתחייבות, הוא בגדר זה.

ובאשר למה שביה״ד פסק שאין לראות מחילה במה שלא תבעה לפי גובה ההצמדה במשך כשתים עשרה שנה, טוען שעכ״פ יש לראות ״ריעותא״ במה שלא תבעה במשך זמן ארוך מעין זה, וזה מחייב דרישה וחקירה כאמור בשו״ע סי׳ צ״ח ס״ב, ו״הריעותא״ מתחזקת במה שביה״ד עצמו קובע בפסה״ד שנראה מנוסח ההסכם שהיה דין ודברים בין הצדדים על הצמדת הסכום שהתחייב ליוקר המחיה, והאשה עמדה על כך בשעתו, ״אם כן, מזה שלא תבעה הרי זה מעלה ספק וריעותא בעצם הדרישה״.

עוד האריך ב״כ המערער במראי מקומות בהלכה וביסוס טענותיו בפלפול וחריפות. עיינו בטענות הערעור של שני הצדדים שנשמעו בעל פה בתוספת על מה שנאמר בכתב, וזה אשר עלה בידנו:

א.

בנוגע ללשון ״ישלם״. בפסק הדין, ונאחז בזה ב״כ המערער, נאמר בזה: והנה אם לשון אשלם יש לו דין אתן, מבואר בר״ן נדרים כז שכ׳ דאתן או אשלם לא מהני, הרי דכרך לשון אשלם בהדי אתן. וכו׳. אלא דיש להוסיף: דהנה הר״ן כ׳ שם דאתן לא מהני מדין אסמכתא דלא קניא, והסיק דכל שנעשה בביה״ד אנן סהדי דלא מחייך בבי דינא. והאריכו שם מה נקרא ״שנעשה בביה״ד״, ואם מה שביקשו לביה״ד ליתן תוקף פס״ד, הוי כאילו עשו שטר התחייבות נוסף.

והמערער בתמכו יתדותיו בדברי בית הדין האמורים, האריך לסתור עפי״ז מה שביה״ד קבע שקנין (וה״ה חתימה על החוזה שהיא כקנין), מסלק הריעותא של דבר שאינו קצוב, כמובא לעיל. אך כל הדברים הם טעות, שהר״ן לא אמר מעולם שחסרון ד״אתן״ הוא מצד אסמכתא, ולא לענין החסרון שיש בלשון ״אתן״ מבואר ברש״י על אתר (גיטין מ ע״ב) ובר״ן וריטב״א שם וב״יד רמ״ה שהובא בדברי המערער עצמו, וכן בהרב המגיד בזה, שהוא מפני שאין בלשון זו אלא הבטחה ליתן, היינו שמבטיח לכתוב שטר נתינה, וע״כ אין עדיין בזה נתינה. ועי׳ בסמ״ע ריש סימן רמה שמטעם זה, גם להני דסברי שקנין מהני ב״אתן״, אין זה אלא מגדר שעבוד הגוף שמחייב עצמו (ולא רק הבטחה בעלמא, שאינה מחייבת) ליתן, ומשום כך ״כל זמן שלא נתן לא זכתה האשה, ור״ל דאין בידינו אלא להחרימו או לכופו בשוטים, אבל לא לירד לנכסיו״. אבל אין לזה שום שייכות לאסמכתא, שכללא דאסמכתא הוא כמ״ש בזה ״כל דאי אסמכתא היא״ (ב״מ סג ע״ב), היינו שאין ההתחייבות מוחלטת אלא תלויה היא בתנאי מסוים. ודברי הר״ן בנדרים שם סובבים והולכים בכגון זה. שהמדובר שם בענין ״ההוא גברא דאמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלין זכוותי״, שבזה אסיקו שם בגמרא שזה מועיל גם במקרה של אונס - שאני התם דאמר ליבטלין זכוותי, וביאר בזה הר״ן: ״...דכיון דמחילה היא לית בה אסמכתא דמיד זוכה. וכן במוסר ליד חבירו וא״ל אם לא אעשה כך וכך זכה במה שבידך - קנה. דליכא אסמכתא אלא האומר אתן או אשלם וכיו״ב״. הרי שלחלק ירד בגוונא שתלה הדבר ב״אם לא

אעשה״, לפי הכלל האמור שיש לדון בו מגדרי אסמכתא, שהבדל יש בין שתלה בזה מחילה או אפילו זכיה במה שיש כבר ביד חבירו, לבין מה שלא מסר לחבירו אלא שחייב עצמו למסור, שכיון שלא מסר עדיין, הר״ז בגדרי אסמכתא דלא קניא.

ורק לענין זה הוא ש״כרך״ הר״ן את אשלם עם אתן, שכן גם באשלם אין עדיין מוסר לשני, אלא רק מחייב עצמו, ועל כן שייך בזה גדר אסמכתא, כיון שתלאו ב״אם״. ואדרבא ניתן היה להוכיח מהר״ן דלשון ״אשלם״ הוא התחייבות ממשית, שאם לא כן למה לדון מצד אסמכתא, הרי גם בלא זה, אין כאן לשון התחייבות רק הבטחה בעלמא שאינה מחייבת. אך גם זה אינו, שאם כן עכ״פ קשה ממה שכרך לשון ״אתן״ בנידון. והרי ״אתן״ בודאי לא מהני כמבואר בגמרא גיטין הנ״ל (והרי המדובר בלי קנין, דאכתי לא מדובר שם בקנין, שהוא רק בסוף הסוגיא). וא״כ למה לי מצד אסמכתא, תיפוק ליה שאין כאן התחייבות כלל.

והנראה בזה, כי בהאי גוונא שהר״ן דן בו, שהוא ״באם״, היינו שתלה ההתחייבות בתנאי ״אם לא אעשה״ וכיו״ב, בזה גם לשון ״אתן״ מהני. כי כל החסרון באתן שאנו מפרשים אותו מלשון **הבטחה** לתת, הוא רק כשמחייב עצמו בדבר מבלי לתלות זאת בתנאי, כי אז הלשון המתאימה בזה היא ״אני נותן״ לשון הווה, ולא לשון עתיד, ומכיון שדייק שלא לכתוב לשון נתינה, על כן דבריו מתפרשים שמבטיח לתת. מה שאין כן כשהמדובר בתנאי ד״אם״ שבאמת אינו נותן עדיין, רק כשיתמלא התנאי אז יתן, אין כל דיוק שכוונתו רק להבטחה, על כן אין אנו מפרשים דבריו בתור הבטחה, אלא כהתחייבות, ואין לנו לדון אלא מצד אסמכתא.

ולפ״ז אין לנו ראיה מדברי הר״ן גם לענין לשון ״אשלם״ שהוא התחייבות מוחלטת, שהרי ניתן לומר שגם הוא יתפרש רק במובן של הבטחה. אך אם אמנם ראיה אין, מכל מקום גם ראיה להיפך אין כאן, וכנ״ל. [ובפשטות לשון ״אשלם״ אינה דומה כלל ללשון ״אתן״. כי לשון ״תשלומין״ נופל רק על תמורה תחת דבר שקיבל או עומד לקבל, וכך הוא שימוש הלשון בתורה (כפי שיובא להלן). ולא כן לשון ״נתינה״ שיכול להתייחס גם, ובעיקר, על נתינה ללא כל תמורה (עי׳ בזה לדוגמא בע״ז דף כ׳ ע״א במחלוקת ר״י ור״מ לענין ״נתינה״ שנאמר בנבילה), ועל כן, בעוד שלגבי ״אתן״ ניתן לפרש דבריו כהבטחה, שהרי מתנה אין חייבים לתת, רק מרצון טוב, הרי לגבי ״אשלם״ אין יסוד לפרש כך, שהרי לדברי עצמו, הוא חייב בתשלום זה, ולמה נראה זאת רק כהבטחה, ויותר מסתבר לראות זאת כהתחייבות של ממש, כל עוד שלא יוכיח ההיפך].

ולפי מה שנתבאר לנו מהר״ן, שאין ״אתן״ גופא מתפרש כהבטחה גרידא בגוונא של ״אם״, נראה שגם כשלשון זו נאמרת על התחייבות נמשכת - מדי חודש בחודשו וכיו״ב, ולא על התחייבות חד-פעמית, אז גם כן, אין דיוק לשוני ממה שנקט לשון עתיד ולא לשון הוה (דוגמת - ״כמה אתן נותן לבנך - כך וכך״) שהרי החיוב מכוון באמת לגבי העתיד כל חודש וחודש, גם בזה לא יתפרש הלשון מלשון הבטחה, אלא מלשון התחייבות.

ואם כך הדבר, הרי גם בנוסח של הסכם מסוג זה שלפנינו, שהמדובר על התחייבות חדשית גם לשון ״אתן״ ממש עלינו לפרשו בלשון התחייבות, מכל שכן לשון ״אשלם״, שהוא כאמור מחייב הרבה יותר.

אלא שכל זה הוא, אליבא דאמת מיותר, ולשון ״אשלם״ היא לשון ברורה של התחייבות, וכמו שיבואר.

הנה ב״כ המערער הביא עוד מה שנאמר על לשון ״ישלם״ בבא קמא ז׳ כאסמכתא לדבריו. וזה ממ״ש רש״י שם על מה שאמרו בגמרא ״ישלם״ כתיב - ״מדעתו משמע״ דפירש״י ״ישלם **משמע נמי** מדעתו״, אך מזה ראיה להיפך, שהרי רש״י מדגיש ״משמע נמי מדעתו״, כלומר שיש לה שתי משמעויות גם יחד, גם בעל כרחו וגם מדעתו, ולא בא אלא לשלול דעת עולא בריה דרב עילאי שרצה לדייק ״ישלם בעל כרחו״, שאילו כך היה צריך להאמר ״ישולם״. ואין כלל אפשרות לומר שהמלה ישלם ניתנת להתפרש גם בלשון ״מדעתו״ - לחוד, שא״כ כל דיני ניזקין שבתורה שנאמר בהם כהאי לישנא, ובראש וראשונה כתוב בזה עצמו שהדיון בו - ״מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם״, ניתן גם כן להתפרש מדעתו גרידא, כלומר, אם רוצה ישלם, ואם אינו רוצה לא ישלם. ומנין לנו לפרש הכתובים כולם שנאמרו בניזקין ״ישלם״ שהכוונה להכריח את המזיק לשלם? והרי דא בורכא. אלא ודאי כנ״ל, שלשון ״ישלם״ משמע גם מדעתו גם בעל כרחו. אלא שלפ״ז הרי לכאורה קשה מאד, קושית התוס׳ שם שהקשו ממה שאמרו בגמרא חולין (דף קל ע״ב) ״תני תני, ישלם ואת אמרת מדת חסידות שנו כאן״, שמזה דייקו שלשון ישלם משמע בעל כרחו, ולדברינו, שכאמור הם הם דברי רש״י, והם מוכרחים בגמרא, הרי י״ל דשפיר הקשו בגמרא במה שרצה לומר שזוהי רק מדת חסידות, מאחר שכנ״ל משמעותו גם חיוב ממש. וכן התוס׳ בתירוצם לא סתרו זאת, ומזה נראה כאילו שהתוס׳ לא הבינו כן הגמרא. אך נראה שאין הדבר כן, דבכל אופן הרי קשה על התוס׳ דעכ״פ הרי ניתן היה להבין כך הגמרא, בפרט רש״י שאומר כן, בהדיא. והתוס׳ לא הזכירו כלל את רש״י, ושלא כדרכם, ולא העירו כלום, למה לא ניתן לפרש הגמרא כרש״י.

[וכן מצינו בגמרא גם בחיובים שאדם מקבל על עצמו בשטר, שגם אם לא נאמר בו לשון התחייבות, רק מדובר בו על נקיטת פעולה שיעשה, שהיא לשון התחייבות. דהנה כך הוא לשון הכתובה שאדם כותב לאשתו: אנא אפלח ואוזין ואפרנס וכו׳, ואין זה מתפרש כהבטחה גרידא אלא כהתחייבות ממש. עי׳ תוס׳ כתובות (דף סג ע״א ד״ה באומר) שנחלק רבינו אליהו עם ר״ת בלשון ״אפלח״ אם פירושו שחייב להשכיר עצמו, או שהכוונה רק לעבודה בשל עצמו, ולא עלתה טענה מעין זו, שאין כאן אלא הבטחה גרידא, שאינה מחייבת. וכן לשון אחריות שמקבל על עצמו מוכר שדה לחבירו, שכותב מוכר ללוקח: אנא איקום ואשפי ואדכי זביני אילין וכו׳ (ב״מ טו ע״א), וזה מתפרש לא רק כהבטחה אלא כהתחייבות, א״כ מאי שנא לשון ״אשלם״ מלשונות אלה - ״אפלח״ או ״איקום ואשפי ואדכי״. ואם כן קושית התוס׳ לכאורה תמוהה וצ״ע].

והנראה בזה, שדבריהם מזוקקים ובהירים, ואין שום סתירה לדברי קדשם לא מהגמרא והסוגיות הנ״ל, ואף לא נוגעים לדברי רש״י הנ״ל, כי הנה שני ענינים יש בדיני ממונות: א. קביעת עצם החיוב; ב. קביעת דרך הביצוע. החיוב צריך להתייחס לכל ענין בנפרד לפי דרכי חיובו ופטוריו, וכמו שאמרו בגמרא (ב״ק ה ע״ב): למאי הלכתא כתבינהו

רחמנא? - להלכותיהם; ואילו הביצוע הרי יכול להתייחס לכולם יחד, לכל אלה שנקבע בהם החיוב. וכך הדבר גם מופיע בדברי הכתובים, שהביצוע נאמר בלשון כוללת: ״ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם״. ודרשו בזה: ״אשר תשים - אשר תלמדם מיבעי ליה? א״ר ירמי׳ ואיתימא ר׳ חייא בר אבא - אלו כלי הדיינים, (סנהדרין ז ע״ב) והם רצועה ומקל״. כמבואר שם, והיינו - אמצעי הכפיה לביצוע הדין גם בעל כרחם. וכן בפרשת שופטים: שופטים ושוטרים וכו׳ ושפטו את העם משפט צדק, ופרש״י שם: ״שופטים - דיינים הפוסקים את הדין. ושוטרים - הרודים את העם אחר מצותם וכופתים במקל ורצועה עד שיקבל עליו את דין השופטי״. ועל פי זה נאמר, שמה שאמרה תורה ״ישלם״, זה מתייחס לגוף החיוב, ופירוש ״ישלם״ הוא שהוא חייב לשלם, ואין בקביעה זו התייחסות לדרך ביצוע החיוב. אולם לאחר שנקבע בזה החיוב, הרי צורת הביצוע כבר קבועה ואמורה במקום אחר, והוא כנ״ל בעצם קביעת סמכות השופטים והשוטרים על ידם. אך הרי גם, כמובן מאליו, אין נזקקים לדרך ביצוע של כפיה, אלא א״כ מסרב החייב לשלם מדעתו. ובעצם, זו הצורה הנאותה והראויה, שהחייב לא יחכה עד שיכפוהו אלא ישלם מרצונו. וזהו בדיוק מה שאומרת הגמרא ״ישלם כתיב - מדעתו משמע״, היינו שבזה שאמרה תורה ישלם לא באה אלא לקבוע את החיוב, ואילו איך יבוצע התשלום, בזה אין כאן דיון. ואם ישלם מדעתו - מה טוב, ואם לא - הרי סמכויות השופט לפניו. ונסתר בזה מה שרצה לפרש עולא ברר״א שישלם - בע״כ משמע, כלומר שהפסוק דן על מקרה של כפיה לשלם בדוקא, אלא - כאמור - אין הפסוק דן כלל על צורת ביצוע התשלומין, עד כאן פירוש הגמרא בב״ק.

וע״ז הקשו התוס׳, שמאחר ש״ישלם״ אינו דן על אופן הביצוע של התשלומין אלא על עצם החיוב, קשה הסוגיא בחולין, שאמרו שם מה שאמר ר״א שמי שלקח מתנות עניים והוא אינו זקוק להם אלא לפי שעה, לכשיחזור לביתו - ישלם, שהכונה ישלם למדת חסידות, היינו שאין ר״א דן על תשלומין מכוח הדין אלא לגבי חסידים, בתור מדת חסידות של ״האי מאן דבעי למיהוי חסידא״ (ב״ק ל ע״א), והרי בפסקי ההלכות המיועדות לחסידים, שכל עיקר ההשתייכות אליהם אינה אלא רצונית גרידא, וכנ״ל ל״האי מאן דבעי למיהוי״, בפסקי הלכות אלו אין מושג כפיה קיים כל עיקר, שהרי מי שאינו רוצה אינו חייב להיות חסיד, ואין זה אלא הלכות לאנשי מעלה, שלא ככל מצוות וחיובי התורה שהם מחייבים את כל אדם מישראל, ושעל כן מה שנאמר בתורה ״ישלם״ קשור וכפוף גם לדרך הביצוע שעל ידי כפיה - בעל כרחו, עפ״י האמור ״אשר תשים״ - אלו כלי הדיינים.

והיוצא מכל הנ״ל שכל מקום שנאמר בו ״ישלם״, וכן ״יזון ויפרנס״ או ״אשפי ואדכי״ וכל כיו״ב, משמעתו ברורה שהיא מכוונת להתחייבות, וניתנת לאכיפה ככל התחייבות מפורשת, שהרי היחסים בין אדם לחבירו בחוזים והסכמים הנערכים בין בני אדם, אינם נבנים על עקרונות של מדת חסידות, אלא על חיובים מוגדרים ומחייבים.

ועי׳ עוד בפד״ר ח״ד עמ׳ 872 שמסיקים, שגם בלשון ״אתן״, שניתן כנ״ל להתפרש כהבטחה בעלמא, אם היתה לנו הוכחה שבשעה שקיבל הקנין כוונתו היתה ״לשעבודי נפשיה נמי קאתי״ נראה פשוט שיהיה מועיל גם להרמ״ה ודעימיה (הסוברים שגם קנין לא מהני באתן). וא״כ המנהג כיום בין הסוחרים, שרואים את חתימתם בחוזה כדבר המחייב אותם לשלם, שוב י״ל דאין לשון ״אתן״ פוגם בתוקפו של ההסכם. אם כן הוא הדין בנידון שלנו, שודאי היתה כוונת ההסכם שהיא מחייבת את האיש, וכפי שבאמת שילם עכ״פ את החיוב העיקרי, ואף הוסיף עליו קצת. וכן ממה שמוכח מתוך גוף ההסכם, כפי שציין כב׳ ביה״ד בפסק דינו, שמסביב לשאלת ההצמדה התנהל מו״מ עד שבאו לידי הסכם, להצמיד את ההתחייבויות לשינויים במדד היוקר, הרי זה מחייב כדרכם של כל עורכי הסכמים וחוזים.

אך כאמור, אין אנו זקוקים לזה, כי גם מעיקר הלשון, כל נוסח של ״ישלם״ וכיו״ב הוא לשון קבלת חיוב על עצמו, ולא רק מצד ״מנהג הסוחרים״.

ב.

באשר לטענה של דבר שאינו קצוב, אנו סומכים ידינו על האמור בפסק הדין נשוא הערעור. וצודק כב׳ ביה״ד גם בקבעו שההתחייבות ניתנה כאן כתמורה על הסכמתה לקבל הג״פ, וכפי שמוכח מעצם ההתחייבויות השונות שהנתבע קיבל עליו עם הגירושין. וכן כפי שציינו, גם לשון ״ישלם״ משמעותו, שהוא בגדר מתן תמורה ופיצוי.

וטענת ב״כ המערער המדמה זאת לערב, כבר נדחתה כאמור לעיל, שכן אין כאן דיון מצד גדרי אסמכתא, שההתחייבות היא בלתי מותנית ואינה תלויה ב״דאי״.

ג.

כן אינה ראויה להתקבל טענת הערעור על יוקר דלא שכיח. כי כפי שציין כב׳ ביה״ד כבר בזמן עריכת ההסכם, היו פיחותים ועליית מחירים גבוהים מהרגיל, והיה צריך ואפשר להביא בחשבון תנודות ועליות מחירים גבוהים, מאשר בזמנים רגילים.

עוד נאמר, שדברי הט״ז שאין לחייב את המתחייב במזונות ביוקר דלא שכיח, שיסודם הוא, שיוקר כזה לא עלה על הדעת; והוי בגדר דברים שבלב כל אדם, דאנן סהדי שאילו היה מעלה זאת על הדעת לא היה מחייב עצמו, זה שייך כשהיוקר חל רק באותו דבר שבו התחייב, דהיינו שהמזונות התייקרו. מה שאין כן ביוקר שבימינו, שהוא בגלל ירידת ערך הכסף, וההתייקרות היא בכל השטחים, וגם ההכנסות גדלות עם ההתייקרות; בכגון דא, שגם המתחייב הכנסותיו גדלות, אין לומר אנן סהדי שבכה״ג לא היה מתחייב, וחוזר הדבר להתייקרות רגילה שבזה ההתחייבות בעינה עומדת.

ד.

ועכשיו עלינו להעתיק עצמנו למה שנוגע לתשלומין לשעבר, שהאשה קיבלה כל הזמן שלא לפי ההצמדה ליוקר המחיה, ותובעת ההפרשים לשעבר.

דעת כב׳ ביה״ד להשוות זאת למי ששהה ולא תבע חובו, שאין אומרים בזה שמחל, ושלא כמו בכתובת אלמנה, ואפילו אחר כ״ה שנה.

www.eretzhemdah.org

אך לנו נראה, שאין הדמיון עולה יפה, כי שם המדובר כשלא תבע ולא גבה כלום מהחוב, שאז יתכן לומר שהרחיב לו זמן הפרעון, ולא רצה להיות לו כנושה, (עי׳ ״שער המשפט״ סי׳ צ״ח ס״ק א׳) ולא כן במקרה דנן, שכל הזמן שילם לה הנתבע, כפי יסוד התחייבותו (עם תוספת קטנה, כנ״ל), והרי זה מוכיח שהתשלומים בוצעו על יסוד ההתחייבות של זמן עריכת ההסכם, והאשה לא ערערה, וכן לא באה בטענה לתפוס התשלומים השוטפים על חשבון מה שהגיע לה לשעבר לפי ההצמדה. זה משמש הוכחה, שאכן מחלה לו באותה שעה על הצמידות ליוקר המחיה, כפי שהתחייב. והנימוק שנאחז בו כב׳ ביה״ד עפ״י טענת ב״כ האשה, שלא ידעה את הזכויות שלה לפי ההסכם, אינו נימוק מספיק, כפי שטען בצדק נגד זה ב״כ הנתבע, שהרי האשה ידעה גם ידעה לעמוד על זכויותיה בשעת עריכת ההסכם, כפי שקבע כב׳ ביה״ד עצמו, א״כ איך יתכן לומר שכשבא הזמן לממש זכויות אלו, לא ידעה לעמוד עליהן.

והרי זה דומה למה שאמרו בשלהי כתובות (קו ע״א) שנים שהוציאו שט״ח זה על זה, אדמון אומר: אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני. והיינו לפי שהיה לו לתבוע חובו. (ורבנן החולקים, הרי זה רק בשרק באותו יום ההלואה הגיע זמן פרעון החוב אליו, כמבואר שם בגמרא). וא״כ גם כאן, טענה חזקה היא, אם אכן לא ויתרה על ההצמדה היה לה לתבוע, ולנכות ההצמדה מהתשלומים השוטפים ששילם לה מדי חודש, בפרט שכיום ערך הכסף יורד וכל השהיה בגביה כמוה כהפסד. לא מסתבר איפוא לומר שלא היתה כוונתה אלא להרחיב לו את זמן הפרעון, ויש לראות זאת שלא תבעה ואף לא ניכתה מהתשלומים ע״ח ההצמדה כויתור ומחילה.

על כן נראה לנו, שיש לראות את אי-העלאת התביעה מצד האשה במשך כל הזמן, כויתור מרצון על ההצמדה. אכן כל זה ביחס לשעבר. אבל אין להוכיח מזה על מחילה מכאן ולהבא; ומאותה שעה שהעלתה התביעה לפני ביה״ד, יש לחייב הנתבע, כמתחייב מהסכם הגירושין, וההתחייבות הכלולה בו.

סימן ס: גידרו ודינו של היורד לאומנות חבירו

נידון לפנינו ערעור על פס״ד של ביה״ד האזורי תל-אביב לפיו נדחתה תביעתם של המוהלים הקבועים בבית חולים ליולדות נגד מוהל אחר שבא לאחר מכן לאותו בית חולים ועוסק במילת תינוקות והוא משיג את גבולם ומקפח פרנסתם. טענת המוהל-המשיב שהוא פנה בתחילה לבית החולים ביחד עם שאר המוהלים שיקבלו גם אותו והבטיחו לקבלו.

יש לדחות הערעור, וזה עפ״י המסקנא היוצאת מהדברים דלהלן:

כניסת עובד, במקרה דנן מוהל נוסף, במקום שנמצאים מוהלים אחרים, שעי״ז מצטמצמת התורנות של הקודמים ויוקטן מספר הבריתות הנופל בחלק כל אחד מהקודמים, נראה שיש בה משום יורד לאומנות חבירו, שמצד הדין רשאים לעכב בידו, ולא רק מגדרי עני המהפך בחררה.

וזה עפי״מ שמעלה ב״משאת בנימין״ סי׳ כ״ג, שגם להלכה קיי״ל שיכול לעכב כל שהראשון נדחה. וז״ל:

> ונראה לי דע״כ לא פליג ר״ה בריה דרב יהושע ארב הונא אלא כה״ג דריחייא דאינו מבטל לראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד בריחיים שלו וכו׳, אבל היכא שבא השני לדחות את הראשון לגמרי, ולבטל אותו ממחייתו כענין החנות והאורדנות, שאין רשות רק לאחד בכל העיר, ובא השני והשיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי, כו״ע מודו דמצי מעכב אפי׳ אבר מבואה דידיה, דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי. וכה״ג כתב ג״כ הזקן מהרי״ק בס׳ שארית יוסף שלו סי׳ י״ז וכו׳.

והנה הבדל זה בין שבא השני לדחות הראשון לגמרי לבין הא דריחייא במימרא דרב הונא שאינו מבטל הראשון לגמרי, הוא עפי״מ שאמרו בסוגיא זו בגמרא ״שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי״, וברש״י שם (ד״ה שאני דגים): ״מי שבא אצלי יבא ומי שבא אצלך יבא״, וכפי שמוסבר בהר״י מיגאש שם: ״ואע״ג דהוה מפחית ליה לחיותיה, מצי אמ״ל את מטי לך מאי דפסקו לך מן שמיא, ואנא מטי לי מאי דפסקו לי מן שמיא״.

וזה שייך רק בכגון הא דריחיים ליד ריחיים וכיו״ב, שאין בעצם העמדת הריחיים הכרח למי שנזקק לריחיים, לבא לשני, ואין שום מונע מלבאים לטחון שיטחנו אצל הראשון, וכמש״כ רש״י הנ״ל ״מי שבא אצלי יבא, ומי שבא אצלך - יבא״, והוא דבר התלוי בידי שמים כמש״כ בר״י מיגאש.

באופן שעיקר החילוק איננו בזה אם לגמרי מונע חיותו או שרק ממעט, כי מאחר שמצד הדין מצי לעכב ויש בזה דין גזל, וב״חתם סופר״ (סי׳ ע״ט ד״ה פסוק) מוכיח שהוא דין גזל מה״ת, א״כ מה חילוק יש בין גוזלו הרבה לגוזלו פחות. וגם אם זה מצד תקנת חכמים לא מסתבר לחלק בזה, כי אם ממעט חיותיה, הרי נמצא שלגבי יום מן הימים פרנסתו מקופחת לגמרי. וכן בהא דמצודת הדג אינו מקפחו אלא מדג זה, ועדיין יכול הוא למצוא דגים אחרים, אלא שעכ״פ לגבי דג זה מקפחו.

ועיקר החילוק הוא, שאם אינו אלא ממעט פרנסתו, אין זה בגדר מזיקו כלל כי עדיין הברירה נשארת בידי הקונים, וה״ז תלוי בידי שמים, וכנ״ל.

אבל אם עושה פעולה שמושכת את הקונים אליו, בזה גם אם אינו אלא **מפחית** פרנסת הראשון, ה״ז כמבטל הראשון לגמרי שא״י לומר: ״מי שבא אצלי יבא, ומי שבא אצלך יבא״, כיון שעושה טצדקי להביאו אליו.

וזהו דינו של אביאסף שבתשו׳ הרמ״א (סי׳ י׳) בנה עליו היסוד הראשון לפסקו שם, וסמך עליו ידו בחת״ס (תשו׳ הנ״ל): ״וזוהי שיטה מחוורת שסמך עליה רמ״א בתשובה הנ״ל״. ודבריו, במבוי הסתום מג׳ צדדים רק בצד א׳ נכנסים לו, וראובן דר בסופו הסתום, ובא שמעון לדור בכניסה למבוי באופן שאין הגוי יכול לילך אא״כ ילך תחילה לפני פתח של שמעון. ופוסק, שבזה יכול לעכב עליו.

וב״בית יוסף״ (סי׳ קנ״ו) הביאו וכ׳ עליו: ״ונראה דאביאסף סבר דלא כרב הונא בריה דרב יהושע. וא״כ לדידן דקיי״ל כר״ה ברי׳ דר״י לא מצי מעכב עליו״.

וב״דרכי משה״ שם כתב בזה:

דגם ר״ה בריה דר״י מודה בהאי דינא דחנות, דהיה שמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן אם לא הלך תחלה לפני פתח שמעון וכו׳.

והיינו משום שבהאי גוונא בעצם ישיבתו בפתח המבוי יש בה גורם המושך את הקונים מהשני אליו. וע״כ אעפ״י שברור שעדיין אין הדרך סגורה בפני הקונים מלבא גם לראשון. וכן הרי גם לפני כן לא היו מוכרחים לבא לקנות מהראשון, שהרי ישנם עוד מבואות בעיר ויתכן שגם שם ישנה כסחורה שאצל הראשון. מכל מקום כיון שממעט לחיותיה ע״י עצם מיקום החנות בפתח המבוי, מצי לעכב.

ונראה שגם ״בית יוסף״ לא פליג עליה, בהא שדחאה מהלכה משום דס״ל דאזלא רק אליבא דר״ה, דזהו רק משום דסבר שלמרות שחנות זו היא בפתח המבוי, אין לומר שיש בזה נעילת דלת מוחלטת בפני הקונים, שיכולים בכל זאת להעדיף את הראשון ולבא אצלו, ועדיין הדבר תלוי במזל ובהשגחה, ויכול עדיין לומר לו: ״את מטי לך מאי דפסקו לך מן שמיא, ואנא מטי לי מאי דפסקו לי מן שמיא״. אבל אם אין אפשרות להחזיק שתי החנויות פתוחות בבת אחת ויצטרך לקבוע תורנות, שביום מימי השבוע יצטרך הראשון לנעול חנותו, בזה גם ב״י לא פליג שה״ז נכנס לרשות חבירו, ואף ר״ה ברי׳ דר״י לא פליג בהא אדר״ה דמצי לעכב בידו, וכמש״כ ב״דרכי משה״.

ואין צורך בכל הדוחק שנדחק ״חתם סופר״ בביאור דברי אביאסף, ולדבריו פוסק כרב הונא, אלא שדברי ר״ה מתפרשים לדבריו רק בגוונא דריחיים מצד שמשמיעים קול ומדובר כשמעמידם בפתח המבוי, ואין הדבר כן בשאר בעלי אומניות, עי״ש שדחק טובא, ולא נרמז מזה בראשונים. ולדבריו יחידאה הוא, שהרי כל הראשונים כתבו שנדחו דברי ר״ה מהלכה. וכן מבואר בדר״מ שהו״ל שדברי אביאסף אליבא דר״ה בריה דר״י נינהו. אלא שהדבר ברור כנ״ל, דאביאסף מחשיב זאת כנכנס לתחום חבירו, כיון שמקום עיסקו משמש גורם שיעדיפו אותו על האחר, ובזה כו״ע מודו דמצי מעכב.

ואפי״ל שהוכיח לה מהא דנסתפק ר״ה ברי׳ דר״י בבר מבואה אבר מבואה אחרינא אי מצי לעכב, אעפ״י שגם הוא שייך בכרגא דהכא, א״כ אין לומר שהוא מצד ששכר מהמלך המקום וכל זכויותיו (כדאסבר לה ״חתם סופר״ לעיל ענין הא דאיתא בכרגא). וצ״ל שמקום הספק אינו אלא אם זה נקרא נכנס לתוך תחומו או לא. ומזה יש ללמוד, שאם נכנס לתחומו בבירור, וכנ״ל ע״י שיושב בפתח המבוי שמקפח את השני, כי העוברים ודאי יעדיפוהו על פני זה שיושב בפנים, שבזה לכו״ע מצי מעכב, כי בזה לא פליג ר״ה ברי׳ דר״י אדר״ה (וא״ש שינוי הגירסאות, שבמרדכי כתוב ״כרב הונא״ ואילו בהג״מ כתוב ״כר״ה ברי׳ דר״י״, אך לפי הנ״ל הכל היינו הך, כי בזה לא נחלקו מעולם).

והנה בהא דאביאסף, גם לפני כן לא היה הדבר בטוח שיבואו אליו לקנות, שהרי יש עוד מבואות ועוד חנויות בעיר, ומ״מ כיון שעכ״פ היו לו סיכויים שיבואו לקנות אצלו, ועכשיו נתמעטו הסיכויים ע״י הלה שנכנס לתחומו בצורה שהקונים יעדיפו אותו, בזה לכו״ע מצי מעכב, מפני שאין הלה יכול לומר לו: ״את מטו לך מאי דפסקו לך מן שמיא״, כי הוא מוציא ממנו בידים. א״כ כל שמצטמצמים רווחיהם של הראשונים ע״י קביעת התורנות, יכולים לעכב, ובזה כו״ע מודו, וגם ב״י - כנ״ל, כי לא נחלק אלא בהא דפתח המבוי, שעדיין יכול לטעון כנגדו, שהענין תלוי במזל ובהשגחה, וכנ״ל.

ודבר זה גם יוצא מבואר מתוך פי׳ רש״י וכפי שביארם חת״ס שם. דרש״י כתב בדחיית הגמרא הסייעתא לר״ה מהא דמצודת הדג דשאני דגים דיהבי סייארא, שהוא משום שבדג הוא בטוח שיצודנו ״אבל הכא מי שבא אצלי יבא, ומי שבא אצלך - יבא״. וכ׳ בחת״ס בביאור כוונתו:

דס״ל לרש״י כיון שהוא היה יחיד במבוי, א״א שלא יבואו אצלו עכ״פ איזה טוחנים, ועכשיו אם היה מפסיק חיותיה לגמרי שלא יבא עוד שום אדם אסור, משום דהיינו דג, שנוטל ממנו מה שהיה בטוח, שהרי היה בטוח שעכ״פ א׳ או שנים יטחנו אצלו. ע״כ צ״ל דה״נ עכ״פ איזה יבא אצל זה ואיזה אצל זה, רק שפוחת לו מכדי פרנסתו, לא היה בטוח בלא״ה נמי שיבואו כולם אצלו. ודוחק דמנ״ל לרש״י זה.

שמעינן מרש״י שביטול סיכויים של ריוח נחשב ג״כ כביטול הריוח הבטוח, ורק משום שגם לאחר שבא השני והעמיד הריחיים לא נתמעטו הסיכויים ע״י מעשה בידים של השני שעדיין אומר לו ״מי שבא אצלי יבא, ומי שבא אצלך - יבא״, רק בכה״ג לא מצי מעכב.

ונוקט רש״י כאביאסף, שאין עליו חולק כנ״ל, בגוונא שע״י מעשיו של השני סיכויי הראשון לזכות ברווחים מתמעטים. ואין זה תלוי במחלוקת של ר״ה ור״ה ברי׳ דר״י. דלכו״ע בכה״ג מצי מעכב, ומוכח לה כדמוכיח אביאסף, ולק״מ מה שנתקשה חת״ס מנא ליה לרש״י הא.

וכיון דאתינן להכא, לא סגי בלימוד זכות גרידא על המשיב, שהורה היתר לעצמו ללחוץ שיקבלוהו לעבודה משום שחשב שהבטחת המנהל שיתקבל לעבודה התירה לו ״להפוך בחררה זו״, כי מאחר שיש כאן גזל גמור, אם מדבריהם ואם אפילו אולי מדאורייתא, וזה יוצא בדיינים, הרי לאחר שנתבררה הטעות שהבטחת המנהל אין בה משום קביעת זכות עבודה, יש לבטל ההסדר שנעשה.

ואפילו אילו היה בזה רק דין מהפך בחררה גרידא, שאין יוצא בדיינים, לא הייתי נוטה לראות זאת כדיעבד שלא חייב בתיקון, כפי שנראה לכאורה מהסוגיא בקידושין נ״ט. כי זה שייך רק במקום שקנה הדבר, שהקנין אינו מתבטל, אלא שיכול לחזור ולמוכרו לזה שהפך בחררה זו. משא״כ כאן שיכול להסתלק מהתורנות שלו, וממילא יחזור הדבר למצב הקודם, בזה חייב לעשות כן, ואם לא - ייקרא רשע מכאן ולהבא.

אלא שנראה שיש לקבל הנימוק האחרון שבפסק הדין המעורער, המתבסס על העובדא שאינה שנויה במחלוקת, כי גם הנתבע הגיש יחד עם המערערים בקשתו להתקבל לעבודה זו.

וכשנדחתה בקשתו והתובעים לבדם נתקבלו לעבודה, היתה זו זכותו של המערער לדרוש נימוקים, משום מה נדחה דוקא הוא, וזה, שבהיות המוסד ממשלתי שזכות כל אזרח להתקבל בו לעבודה, כל עוד שהנתונים שלו מתאימים לעבודה המוצעת, אין ברשות הועדה שטיפלה בדבר לדחותו, ולא להעדיף אחרים ללא מתן נימוק סביר. נימוק כזה לא ניתן, וכפי הנראה, גם לא היה. כל עוד לא הוכח ההיפך, יש לראות ההחלטה לדחותו מהעבודה כשרירותית. ועובדת התקבלם והכנסם לעבודה של המערערים אינה יכולה להקנות להם זכויות יתר.

קבלתו לעבודה של המשיב, לאחר שהפעיל לחצים ואיומים שיפנה למוסדות מבקרים, כטענת המערערים, אינה - לפי דברי המשיב, וכל עוד לא הוכח הפכם - רק תיקון המעוות, ואין יכולה להיות ע״ז שום תביעה מצדם.

יש איפוא לדחות את הערעור.

סימן סא : אפוטרופוס ומוחזק בנכסים זהו ערעור על פסק דינו של ביה״ד האזורי פתח-תקוה שניתן ביום ב׳ באב תש״ל בתיק כח1862/, בו נדחתה תביעת המערערת לחייב את המשיבים לשלם לה, מתוך העזבון הנ״ל, סכום של שבעים וחמש אלף ל״י, או חלק ממנה.

טעמי ונימוקי ביה״ד, אשר עליהם הוא מבסס החלטתו הם כדלהלן :

״גם אם נניח כדברי התובעת שהמנוח הבטיח לשלם עבור כל הוצאות הבנין, ויש כאן נדר לדבר מצוה, אכתי אין לחייב את העזבון, היות וספיקא דדינא הוא אם אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט גבי ממון עניים, ואם אין דין אמירתו לגבוה כו׳, הו״ל רק נדר גרידא וכשמת הנודר בטל נדרו, וכלל גדול הוא בדין, דבמקום ספק הממע״ה. ואף לשיטת הרמב״ם המובא בחו״מ סי׳ צ״א גבי חנוני על פנקסו דכשמתו הפועלים והחנוני לבדו תובע נוטל בלא שבועה. וכ׳ הש״ך מכיון דסוף סוף האי ממונא תיפוק מרשותיה ולא קאי בחזקתי׳, דממ״נ הוא מחויב בתשלום אחד, אין כאן דין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיי״ל דפטור לשלם. משום דאוקי ממונא בחזקת מרי׳, דכאן לא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרי׳. וא״כ לדברי הש״ך לכאורה הי׳ מקום לומר שמנהלי העזבון ישלמו לתובעת את הסכום שהיא דורשת מאחר שיש לה טענה שמגיע לה כסף ולגבי האפוטרופסים הו״ל ספיקא דדינא, ודין מוחזק אין כאן כי הכסף הלוא מיועד בין כך ובין כך לחלק למוסדות תורה וצדקה. אמנם זה אינו, שהרי המנוח השאיר להם הזכות לבחור את מוסדות התורה והחסד כפי ראות עיניהם, א״כ ודאי שייך כאן דין מוחזק לגבי זה שהם רוצים לתת את ממונם למוסדות אחרים ושזוהי זכות ההשתמשות שלהם, ואם נחייב אותם למסור את כספי העזבון לתובעת אנחנו מבטלים בזה זכות המוחזק שלהם.

זאת ועוד, לפימ״ש בעה״ת דגבי חנוני איכא תרי אנפי חזקה, שליח עושה שליחותו וברי ומדחי׳ חזקת ממון מקמי תרתי, וא״כ לשיטתו גם בכה״ג מיקרי מוחזק. נוסף לזה הרמ״ה והרמב״ן והטור חולקים על הרמב״ם וסוברים שהחנוני אינו נוטל בלא שבועה ולדבריהם הרי מיקרי מוחזק גם בכה״ג, ובנ״ד הבעלים הם האפוטרופסים שנקנה להם הרכוש... ומיקרי מוחזקים, ואין בכח התובעת לגבות מרכוש זה, היות שעומד ותלוי ספיקא דדינא אם מגיע להם ואין ספק מוציא מידי ודאי״.

והנה סעיפי הצוואה הנוגע לדיון שלפנינו :

סעיף (ג) : בתור מבצעי צואתי זו הנני ממנה בזה לאפוטרופסים את האנשים דלהלן... אני רוחש להם אמון מלא ובלתי מעורער, ואני מיפה בזה את כחם להוציא לפועל את דברי צואתי זו... וכן לשלם כל חובותי אם יהיה כאלה...

(ד)... ב) בתנאי ב״ג וב״ר שיחולקו רכושי... אני מקנה כל רכושי לאפוטרופסים הנ״ל. ג) כל רכושי... יחולק ע״י האפוטרופסים כדלהלן... ד) בחירת המוסדות מקבלי חלק מעזבוני וכן קביעת גובה הסכומים, אני מוסר לשקול דעתם של האפוטרופסים. אני מבקש מאפוטרופסים הנכבדים שבאם אשאיר רשימה מפורטת כלפי יחידים או מוסדות, וכן אם ישארו בניני מוסדות שהתחלתי לבנותם בעצמי או הבטחתי להשתתף בבניתם ולא הספקתי לסיימם, יתנו להם זכות קדימה בעת חלוקת עזבוני.

(ה)... והקניתי להאפוטרופסים הנ״ל בכתיבה ובמסירה וקגו״ש... ועל רכוש שאין קנין נתפס בו... הנני מודה בהודאה גמורה וחלוטה שכנגד זה כפי הסכום שעה אחת קודם פטירתי התחייבתי להאפוטרופסים הנ״ל בק״ג באופן שאני מחויב מעתה לשלם כל סכום....

א.

אני מסכים למש״כ הגרי״ש אלישיב שליט״א, שאין לאפוטרופסים בעלות כל שהיא בנכסי המנוח, כפי שהסביר לנכון.

אלא שאני מרחיק לכת יותר, שגם זכות טובת הנאה אין להם בנכסים אלה, שכן לא ניתנה להם רשות לחלק למי שירצו, כדוגמת מה שמצינו במת״כ או במתנ״ע. שהרי כפי שצויין בצוואה, המצוה רק :

מוסר **לשיקול דעת** של האפוטרופסים.

פירוש הדברים, שעליהם לשקול ולקבוע את חשיבות המוסדות, ואת האחוז המגיע להם לפי דרגת חשיבותם, וסמך עליהם בזה שלא יעשו החלוקה בשרירות לב, כפי שצויין בצוואה, שהמצוה :

רוחש להם אימון מלא ובלתי מעורער.

תפקידם אינו אלא איפוא רק בחינת **מומחים-נאמנים**, אבל זכות עצמית לא הוקנתה להם כל עיקר.

וממילא ברור שאין מקום לראות את האפוטרופסים בתור מוחזקים, שהתובע-המערער בא בתביעתו כאילו ״לבטל זכות המוחזק שלהם״, כפי שנאמר בפס״ד המעורער.

[ואילו היה לאפוטרופוסים טוה״נ, כי אז אמנם היה מקום לראותם כמוחזקים, ואף למאי דקיי״ל טוה״נ אינה ממון, כדחזינן דיש בזה דין דעת אחרת מקנה (ב״מ דף י״א ע״ב), ובשט״מ שם דאם נתן לחבירו מנה עבור טוה״נ שבפירות קנה. וזה אליבא דכו״ע כמפורש שם, הרי שבעל טוה״נ נחשב כמקנה לכהן את המתנות (אכן עיי״ש בקצוה״ח סי׳ רע״ה, וצע״ב).

ומש״כ מעכתר״ה להביא לזה ממש״כ התוס׳ ב״ב דף פ״א ע״ב (ד״ה אלא) נראה דאין משם ראיה לנידון, שהרי השאלה העומדת שם להכרעה היא אם זה מע״ר או ביכורים, וזו אינה באה לפגוע בטוה״נ של הבעלים, כי בין אם זה של הלוי ובין אם זה של הכהן, עכ״פ טוה״נ של הבעלים לתת למי מהם שירצה בעינה עומדת. ואין ההתדיינות בין הכהנים ללויים שייכת ונוגעת לבעלים כלל. למה זה דומה, למי שיש לו חלק מסוים בדבר, ואילו על החלק האחר מתדיינים ביניהם שנים אחרים, שהמוחזקות שלו אינה מעלה ואינה מורידה בסכסוך שבין האחרים. א״כ איך יוכלו הבעלים לומר ללוי אני מוחזק במעשרות, מאחר שהוא חייב להוציא מתחת ידו ממנ״פ, דבכה״ג אף אם הוא מוחזק ממש ל״מ לפטור עצמו כלפי א׳ מהם בטענת הממע״ה. דהרי אין שום מ״ד בחנוני על פנקסו שיפטור עצמו כלפי החנוני בטענת א״י אם נתחייבתי ולא נחלקו אלא לענין חיוב שבועה, כשהחנוני לבדו תובע.

תדע, דאל״כ הרי אכתי מצי לתרוצי בסוגיא דב״ב שם דקאי למ״ד טוה״נ ממון, שהרי גם לתירוץ הגמרא דאוקי לה כראב״ע הוי נמי שלא כהלכתא, דקיי״ל הלכה כר״ע מחבירו.

ולא כן בנידו״ד, שהתביעה באה לפגוע בטוה״נ של האפוטרופסים. א״כ מצד טוה״נ יש לראותם כמוחזקים, אלא שכאמור בנידו״ד אין להם לאפוטרופסים שום זכות של טוה״נ, וממילא אין לראותם כמוחזקים, כי לא להם הריב].

ב.

אכן מש״כ מעכתר״ה שמ״מ ״דינם כמוחזקים לטובת מוסדות התורה והחסד שהאפוטרופסים בחרו להם״, אנכי לא כן עמדי. שכיון שלפי התביעה הרי כאן עכ״פ ספיקא דדינא, הרי תפיסת האפוטרופסים שמכוחה נבא לזכות מוסדות אלה שהם בוחרים בהם היא בגדר תופס לבע״ח במקום שחב לאחריני, ובזה הכריע בנתה״מ (דיני תפיסה, כ״א) דאפילו אם הוא שליח ממש ל״מ. וזה לפ״מ שמעלה הש״ך בת״כ דתפיסה ע״י שליח להני דס״ל דמהני הוא משום דס״ל כרש״י שמחלק בין שבא לזכות מעצמו לבין שעשאו שליח. ולפי״ז בנידו״ד שאינם שלוחי המוסדות לתפוס עבורם, לכו״ע לא מהני תפיסתם. וההלכה הפסוקה בשו״ע (סי׳ ק״ה א) אפוטרופוס התופס קנה דיד בעלים הוא שייך אם הוא אפוטרופס של מי שחייבים לו. ואילו כאן אינם אפוטרופסים של המוסדות שרוצים לתפוס עבורם. ומצד מה שהלוה - בנידו״ד - מר זסלבסקי ז״ל, התפיס להם הנכסים, הרי לא נתן להם הזכות אלא לזכות בשביל מי שנתחייב לו או בשביל מי שרצה לתת לו. והרי ע״ז גופא אנו דנים. אבל לא נתן להם לזכות בשביל מי שאינו יכול לזכות אלא מדין תפיסה.

אמנם בתומים (בקת״כ לסי׳ קכ״ו) רוצה לדחות דברי הש״ך, ולקיים דעה זו, דתפיסה ע״י שליח, וכן מגדר זכיה, נמי מהני במקום ספק. אך דבריו יש הרבה להרהר אחריהם. ועי׳ בנחל יצחק קונ׳ תפיסה ע״י שליח סי׳ א׳ סק״א שהסביר יפה דעת נתה״מ. ומה שמסתמך התומים על המהר״מ בהגהת מרדכי, לכאורה אדרבא משם ראיה, שהרי השאלה היא שם כשהחותן התפיס הנדוניא לבתו, ובזה הרי גם לפי הנתה״מ מהני, כדמסיק שם באות הנ״ל.

בר מן דין נראה, שאין דעת האפוטרופסים כלל לעשות עצמם שליחים לתפוס עבור מוסד שהוא, שכל עיקר זכייתו לא תהיה אלא מכוח המוחזקות ומדין הממע״ה. שהם דעתם להחזיק בשביל מי שהדין עמו מעיקר הדין ולא מדיני תפיסה.

בפרט לפ״מ שהעלה הפני״י (כתובות דף פ״ד ע״ב) בביאור שיטת התוס׳, דיש בתפיסה זו של השליח משום עבירה ״כיון דאי אתא לקמן לדינא לא הוו״ זוכים. [וכן הדבר מוכרח ממש״כ התוס׳ גיטין (י״ב ע״א, ד״ה אלא) שלדעת ר״ח המקור להלכה דתופס לבע״ח וכו׳ לא קנה הוא ממש״נ ״לא תלקט״ לעני, שחוץ ממה דלא קנה יש כאן גם אזהרת התורה. עיי״ש בתוס׳ (ד״ה דלמא) דדברי ר״פ רק לדיחויא בעלמא נאמרו. ולפי״ז אליבא דאמת גם לר״פ תליא בפלוגתא דר״א ורבנן].

ובקצוה״ח (סי׳ ק״ה) שדחה דברי הפני״י לא דחאם אלא משום דאף דהוי דב״ע מ״מ בכה״ג שאין העבירה אצל המשלח לא בטלה השליחות. אבל לא דחה עצם היסוד של הפני״י שיש עבירה בדבר.

(ראיית קצוה״ח לדחות הפני״י לא הבנתי בענ״ד. דהביא ראיה ממה שהקשו בתוס׳ הנ״ל במלקט לעני דנימא אי עביד מהני ״אע״ג דהשליח עבר אמימרא דרחמנא וא״כ נימא אין שליח לדבר עבירה״.

ואין זה מובן, שהרי התוס׳ קאו על זה שאמרו בגמרא דלעולם התופס לבע״ח וכו׳ קנה, אלא שבפיאה קרא כתיב ״לא תלקט״ לו לעני, א״כ לפי דעה זו לא ס״ל שזו עבירה מצד עצם התפיסה. ואם זה מצד מש״נ במתנ״ע גופא ״לא תלקט״, הרי ששוברו בצדו - למ״ד זה דס״ל אי עביד מהני, דמזה גופא שהזהירה תורה בל״ת שמעינן דהכא מהני ״דאי לא מהני אמאי לקי״, כדאמר התם בגמרא בטעמו דאביי, שפירושו דמכוח הילפותא הנקוטה בידינו שבכל מקום שעובר ל״ת ע״י מעשה חייב מלקות, ומאחר שלפי קושית התוס׳, דאכתי לא אסיק אדעתיה דמהכתוב עצמו מוכח דהכא לא לקי, הרי שהיה לנו לומר שדינו ללקות כמו בכל ל״ת דעלמא, וממילא מוכרח דתפיסתו בנידו״ז מהני למרות

הכלל דאין שליח לדבר עבירה, כי שאני הכא דגלי קרא, והוי כמו מעילה ושליחות יד דגלי קרא בהו דיש שליח לדבר עבירה, וצל״ע).

וכיון שאין לראות בהחזקת האפוטרופסים תפיסה עבור המוסדות, יש לדון בזה כדין ספיקא דדינא שאין א׳ מהם מוחזק, או ששניהם מוחזקים במדה שוה כדכתבו התוס׳ ריש ב״מ לענין מנה שלישי, שהנפקד תופס בחזקת שניהם, שיש בזה דין יחלוקו.

ג.

אכן נ״ל, שאם מצד ספיקא דדינא ניחות עלה, יש ללכת אחר זמן לידת הספק, שהוא מיד עם אמירת הנדבן שמתחייב לטובת מוסד התובע-המערער. שהרי באותה שעה כבר חל הספק, אם אמירתו מהווה קנין או רק נדר בעלמא. ואם כי היה חייב למלאות מוצא שפתיו מדין נדר, מכל מקום מכוח תביעה מצד המוסד מגדרי חיוב ממוני היה זוכה מספק. ואם מצד הנדר שודאי היה עליו, הרי יכול היה לשנות מצדקה לצדקה, לכל הדעות, כמבואר ביו״ד סי׳ רנ״ט (ותשו׳ ר״ב אשכנזי סי׳ י״ד). וכן יש לו התרה ע״י פתח חרטה (יו״ד רכ״ה סמ״ב ורנ״ח ס״ו). וכיון שכן, הרי אילו היו באים אז לדין היה זוכה, מבחינת הצד הקנייני, מכח המוחזק, וממילא זכותו על הנכסים כבר קבועה ועומדת, והיא עוברת לידי האפוטרופסים. ומכוח דין הנדר שעליו, הרי כיון שמת פקע דין זה, ואין ממילא שום תביעה על היורשים.

אלא שיש לדון מצד מה שמעלה בנתה״מ (כללי תפיסה ט״ו, כ׳) שבמחלוקת הפוסקים שאחר הש״ס ״לא נקרא לידת הספק רק לאחר שביה״ד שדנים אצלם הניחו הדבר בספק״.

אך כבר פקפק בעצם הסברא בתומים (לסי׳ פ״ה ס״ו): ״...מה נענה אנן אבתריה יתמי דיתמי בעו״ה אין אתנו יודע עד מה ופסקו חכמי ועד ומי יכריע בין מחלוקת פוסקים קדמאי אשר לבבם פתוח כפתחו של אולם וכו׳״.

ודברים אלה שנאמרו בשעתם ע״י גדולי האחרונים, ודאי קיימים לגבי דורנו, ואעפ״י שהלכה כבתראי, מסתבר שביחס לדורנו אנו גם הנתה״מ יודה לזה. ול״ש לומר שנקרא לידת הספק לאחר שביה״ד דנו בדבר, כי ודאי גם טרם שדנו ברור שלא יבואו להכריע במחלוקת גדולי עולם. באופן שיש לראות שהמוחזק כבר זכה בשעת הולד הספיקא דדינא במקרה דנן. וע״ע בקונט׳ הספיקות, כלל ג׳, ה׳, שמסיק כהתומים מנימוק נוסף, ע״ש.

ד.

ומכל מקום נ״ל שאילו נראה דברי התובע-המערער כמוכחים, כי אז יש לזכותו בכל סכום התביעה מטעם אחר.

והוא, כיון שלפי דבריו נאמר לו ע״י הנדבן, לאחר שהוצגו לפניו תכניות הבניה והסכום המשוער, שזה צריך לעלות: ״לך בנה״, על ידי זה נתן לו יפוי כח בתור שליחו להוציא הוצאות, ולעשות הכל בכדי שהבנין יקום על תלו. וזה מחייב את המשלח, כי שליחות אינה צריכה קנין, כמבואר בשו״ע (חו״מ סי׳ קפ״ב):

> האומר לשלוחו צא ומכור לי... או קנה לי הר״ז מוכר ולוקח ועושה לו שליחותו, וכל מעשיו קיימים. ואין העושה שליח צריך קנין ולא עדים אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו וכו׳.
>
> ובהגה: ולכן האומר לחבירו **קח סחורה זו** ואשתתף עמך והלך וקנאה, לא יכול לחזור בו **דהוי כשלוחו**.

והרי לפי דברי התביעה גם כאן, כך נאמר לו ״לך ובנה״, א״כ כל פעולותיו עשה בתור שלוחו. וכיון שלא נאמר לו שיקנה החפץ לטובתו ולהנאתו, שהרי רק למוסד הקנה הנדבן ולא למנהל, הרי מבחינה זאת המנהל הוא כאדם בעלמא, שכשאומר לו שיבנה ויעשה ויוציא הוצאות וכו׳ על דעת שהנדבן ישלם הוא, שהרי המנהל לית ליה מגרמיה ולא כלום. ע״כ נראה שעל דעת כן אמר לו שיעשה, שיהא בזה כבא כוחו ושלוחו. וכמו בא״ל ״קח סחורה זו ואשתתף עמך״, וממילא המשלח חייב בכל. והמוסד זכה בבנין מצד שזה נמצא על אדמת המוסד, ובדעת המשלח היה שזה יבנה עבור המוסד, א״כ הרי מצד המוסד היה כאן קנין ממש. ולא היה בידי הנדבן לחזור בו, לא מצד אמירתו, אלא מצד קנין ממש שנעשה כאן ע״י המוסד.

ה.

אכן כל זה אמור אילו היתה לפנינו עדות כשירה של שני עדים כדין. בנידון שלנו העדויות הקיימות הן: של מנהל המוסד; מכתבו של ה׳ טוקטלי, ועדות אשת הנדבן בפני ביה״ד. ועלינו לברר איפוא טיבן של עדויות אלה.

כב׳ ביה״ד האזורי בפסק דינו מסיק, שהן התובעים והן הנתבעים פסולים לעדות. הנתבעים-המשיבים, מפני שהם כבע״ד ונוגעים בעדותם מצד טוה״נ. והתובעת ״היות שסכום התביעה הרבץ עכשיו על הישיבה, והמנהל הוא האחראי וכו׳ א״כ לא גרע מטוה״נ וכו׳. ויתכן שגם לשיטת הרמ״א... בני״ד שברור שכל אחד היה משלם סכום הגון כדי לחסוך את העבודה המרובה של השגת כספים, א״כ הו״ל כנגיעת ממון שפסול בתור עד״.

אך לענ״ד, אם משום הא לא איריא, שכן מעולם לא שמענו שמנהל מוסד יוציא כספים מכיסו הוא כדי לפטור עצמו ״מהעבודה המרובה של השגת כספים״. אף אין אחריות על המנהל באופן אישי על חובות המוסד. אמנם ברור שניהול מוסד כרוך עם טרדות מרובות, אך טרדות אלה קיימות ועומדות מעצם טיבו של ניהול מוסד, ואין בחוב אחד פחות או יותר בכדי להשפיע השפעה של ממש על טרדות אלה. מכש״כ שאין לראות כאן נגיעת ממון. באופן שלדעת הרמ״א ודאי שאין לפסול אותו לעדות. אך גם לשיטת הש״ך שפקפק בדינו של הרמ״א ה״ז רק בגוונא דהתם שיש לו לגזבר טוה״נ של ממש, כשרשות בידו לחלק לעניים כרצונו - ובין זה גם לעניים קרובים שלו. משא״כ בני״ד שאין לו למנהל כל טוה״נ שהיא גם אם יתקבל סכום זה לצורך הבנין. וממילא כשר הוא לעדות.

באופן שאילו היה זה דו״ד בין הנדבן לבין המוסד בעודו בחיים חיתו, היתה עדות המנהל מחייבת את הנדבן שבועה דאורייתא, כדין ע״א. וכל עוד שלא ישבע היה חייב לשלם.

אלא שבניד"ד שהנדבן הלך לעולמו, אין מקום לשבועה כדין התובע מן היורשים. ומ"מ אין נראה שאפשר בכה"ג להתעלם ולדחות התביעה מכל וכל, כיון שעכ"פ לפי התביעה שמסתמכת על ע"א כשר, היה זה מחייב את הנדבן בשבועה או בתשלום. בפרט שהעד שמעיד ע"ז הוא אדם חשוב העומד בראש מוסד. ושייך בכגון דא מש"נ בשו"ע (חו"מ סי' ט"ו, ה'): "אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין וכו' או עושה פשרה וכו'".

ועוד שיש לפנינו כאן הוכחה נוספת ממכתבו של ה' טוקטלי, וכן דברי אשת הנדבן, שאמנם אין עליהם תורת עדות, אבל בתור אומדנא המחזקת את התביעה, יש להתחשב עם זה.

והרי כאן אין צורך בעדי קיום אלא עדות לבירור הדבר. ואם נתעלם מהוכחות אלה. נמצא עכ"פ שהנדבן שכל מגמתו היתה לעשות חסד וצדקה, ואילו ע"ז לא מילא חובתו שהיה מחויב בה מעיקר הדין, והמוסדות שיקבלו הכספים נהנים מכספים שנועדו למוסד אחר.

ואף שיש סתירה בין דברי האשה לפני ביה"ד לבין מה שאמרה בפני האפוטרופוס, לפי עדותו. הן ברור שאין זו סתירה של ממש, כי דברים הנאמרים בפני בי"ד ודאי הם יותר מדוייקים, ממה שנאמר חוץ לבי"ד ללא כל אחריות של ממש, ואולי נאמרו בעידנא דריתחא. (עי' תשו' הר"ן סי' מ"ז: "שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לבי"ד").

ואם אמנם אין בכל הנ"ל עדות מספקת להוציא ממון, עכ"פ יש כאן מקום להטיל פשרה ביניהם, מכיון שיש כאן הוכחות מצטברות מספקות בכדי להוות אומדנא, שאכן למוסד זה נתחייב הנדבן בחיוב ממש. ואין זה הוגן שהמוסדות שהאפוטרופסים רוצים ביקרם יאכלו וחדו, בגלל העדר שני עדים כשו"נ. ואף ביה"ד האזורי לא זיכה האפוטרופסים אלא מפני שהגיע למסקנא שמצד הדין לא היה כאן חיוב ממשי מצד הנדבן אפילו אילו היו טענות התובעים מוכחות בעדות כשירה. בעוד שלענ"ד, אם הטענות נכונות, היה כאן חיוב ממשי. וממילא גם בהעדר עדות מליאה יש מקום רב להטיל פשרה ולא לפטור מכל וכל.

ואילו היו האפוטרופסים אומרים בתור עדות שידוע להם שהנדבן לא התחייב, כי אז היינו צריכים לדון מצד הכחשות העדויות. כי כנ"ל אין לראות גם אותם פסולי עדות, כי אין להם בנידון כל נגיעה מצד טוה"נ. אך מתוך הפרוטוקול נראה שדבריהם נאמרו רק בתור טענות ומצד השערה בעלמא, שהרי לא היו נוכחים באותה שעה של המו"מ בין מנהל המוסד לבין הנדבן. ומה שמסתמכים על דברי האשה שאמרה לאחד האפוטרופסים, ודאי שאין בזה כדי לשמש עדות כל שהיא.

הואיל וכן, נראה לי כנכון וצודק שבכגון דא ראוי לעשות פשרה ביניהם ולזכות את המוסד התובע-המערער בחצי סכום התביעה, ועי"ז לסלק תלונת המוסד, ולראות כמילוי ההתחייבות של הנדבן למוסד במילואה.

יצויין כי הלכה למעשה הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור.

סימן סב : הוצאות תביעה

ערעור על פסקה ג' בפסק דין בית הדין האזורי בתל-אביב שניתן ביום כ"ה בכסלו תשל"ד (תיק לב5339/), בה קבע בית הדין "אין צו להוצאות".

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

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

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

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

יש לראות את התביעה כטרדנית, במטרה לגרום הוצאות למערערת, או כמגמה לעקוף בדרך זו את חיוב המזונות שנתחייב בהם ע"י ערכאה אחרת.

מבלי להתייחס לעצם חיוב המזונות במקרה זה, איננו יכולים להסכים לראות את הדרך להיפטר מחיוב זה, בהגשת תביעה לביה"ד, תביעה שכשלעצמה אינה כנה, ולא באה רק כהסואה לענין אחר, שאין לו ולא כלום לתביעה זו.

בהתאם לכך יש לפסוק:

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

אמנם עלי להעיר על דברי הרה"ג מרדכי אליהו שליט"א (ר' פד"ר - י, שם):

דברי "ישועות ישראל" (חו"מ סי' י"ד, ב"ענין משפטי" ס"ק י"ד) הם פשוטים ומוכרחים, דכשהמלוה בא בעקיפין ומרמה, זה דומה ממש למה שפוסק הרמ"א (שם) בלך ואני אבוא אחריך ולא בא, שהוא חייב. ודבריו מיוסדים על חילוקו של המהרש"ל ב"יים של שלמה" (ב"ק סי' י"ד) כפי שציין שם, שהרי אין חולק על מה שפוסק בשו"ע, ומקורו בגמרא שלהי פ"ג דסנהדרין, בלוה שלא רצה להתדיין כאן כי אם בפני בי"ד הגדול דאין המלוה יכול לכופו להתדיין כאן, ואף אם יפסיד הלוה יהא פטור מלשלם למלוה הוצאותיו, וכפי שציין שם שמדברי הרשב"א, הרא"ש והריב"ש "נראה שפטור לגמרי אף שנתברר אח"כ כשהלוה חייב אלא שרצה לגזול ממנו ממונו בתרמית", ואין מחייבים אותו

מצד דינא דגרמי, ומאי שנא מלך ואני אבוא אחריך שחייב, ע"כ כחילוקו של המהרש"ל שהמלוה עושה זאת להנאתו, היינו מיזמתו הוא, שהרי אין הלוה כופה עליו שיתבע ממנו ויוציא על זה הוצאות. ולא כן בלך ואני אבא אחריך, שהוא בדברים אלה מביא את חבירו להוציא הוצאות. וכמו כן בדיוק המלוה שתובע במרמה, בתביעתו הוא כופה על הלוה את ההוצאות בכדי להפטר מתביעתו, ע"כ חייב בדינא דגרמי, וכן כל כהאי גוונא, תביעה שהתובע יודע שהוא שיקר ובא על השני במרמה לגזול ממנו ולגרום לו הוצאות חנם, הר"ז ממש הדין של לך ואני אבא אחריך.

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

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

אלא ש"ישועות ישראל" רוצה להטיל גם בזה תנאי, שהוא רק אם הפסדו של הלוה לא יהא כרוך בקביעת ביה"ד שהוא נהג ברמאות. ודוקא בכהאי גוונא הוא שאמרו "יוציא מנה על מנה" היינו שלא יתחייב הלוה בהוצאותיו. ולא כן היא סברת הראשונים הנ"ל, דלדידהו גם בגוונא שמתברר שנהג ברמאות, הלוה פטור. וזה עפ"י סברת המהרש"ל הנ"ל כי זה גרמא הוא ולא גרמי, כיון שהמלוה הוא שעורר את התביעה לרצונו ולהנאתו.

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

והשאלה אם הפניה של המלוה לערכאות כשהלוה מסרב לשלם בבי"ד מחייבת את הלוה לשלם את ההוצאות שהיו כרוכות בכך, שהרשב"א פוטר ומהרא"ש נראה שחייב, אינה קשורה במחלוקת הר"י והריצב"א בהגדרת החילוק בין גרמי לגרמא, דהרא"ש הרי פוטר כנ"ל את הלוה מלשלם הוצאות שנגרמו בתביעה בבי"ד גם כשזה היה במרמה ובמזיד, והא דמחייב ההוצאות של הגביה בערכאות הוא משום שלומד מהגמרא ב"ק דסרבן בדין מטילים עליו ההוצאות, דזה כולל גם ההוצאות הגביה בערכאות. ואילו הרשב"א משוה זאת ללוה שהפסיד בבי"ד והוכר כרמאי, שמ"מ פטור מהוצאות, ומסברא הנ"ל, כיון שהמלוה מיזמת עצמו הוציא ההוצאות, אבל גם הרשב"א מודה בלך ואני אבא אחריך שחייב מדינא דגרמי, כיון שהוא בדיבורו הוא שגרם לחבירו להוציא הוצאות.

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

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

סימן סג : נאמנות לווה ומלוה

א. האם נאמנות שניתנה לבעל השטר בכוחה לפטור היורשים משבועה?
ב. האם יכולים היורשים לגבות על ידי שבועת היורשים מלוה על פה או בכתב יד?
ג. ההסתמכות על נוסח תקנת מהר"ם בס' "נחלת שבעה".
ד. דינו של שטר בכתב יד שלא נכתב על הטופס הקבוע לכך.

זהו ערעור על פס"ד בתביעה ממונית של המערער נגד המשיב שניתן ע"י כב' בית הדין האזורי בתל-אביב (תיק מס' לב3534/) ביום כ"א באדר ב' תשל"ג, לפיו זוכה הנתבע ברוב דעות.

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

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

הנתבע: בזמנו הציעה לי אחותו ללוות אצלה כסף, פניתי לפועל שלי והוא לוה ממנה סך - 4000 ל"י ונתתי לה התחייבות על סכום זה. אח"כ באה אלי עוד פעם והציעה לי ללוות סך - 1500 ל"י. לויתי ממנה לשלשה חדשים ונתתי לה פתק על זה, וזהו הפתק שבידי התובע, ושם נאמר: ש1000- ל"י זמן הפירעון ב5.5.70-, ו500- ל"י זמן הפירעון ב15.5.70. ביום 15.5.70 שילמתי לה במזומן כל הכסף. גם הפועל שלי שילם לה כל הכסף. לשאלת ביה"ד למה לא ביקש את הפתק בחזרה בשעה ששילם הכסף, עונה הנתבע: באותו זמן היתה אשתי חולה ושכחתי מזה. הוא דורש שהתובע ישבע שאחותו סיפרה לו מזה ושהוא ידע שהוא חייב ולא שילם ואז הוא מוכן לשלם. התובע אומר שאינו מוכן לישבע כי אם להצהיר בהן צדק. ביה"ד הסביר לנתבע

www.eretzhemdah.org

שיתכן וגם עליו לישבע שבועת היסת ששילם, על זה ענה הנתבע שמוכן לקבל בחרם. התובע הציג לפני ביה״ד את הפתק, וכן שטר היתר עיסקא בנוסח הרגיל, שנעשה על אותו הסכום, בחתימת הנתבע.

הופיע כעד הפועל הנז׳ ג. ומעיד: לויתי מהמנוחה סד - 4000 ל״י בשנת 1969. היא הלוותה לי על סמך זה שהכירה את הנתבע, במחצית חודש מאי 1970 באה לבקש הכסף. אמרתי לה שאין לי כסף אז אמרה לי שגם מהנתבע ביקשה הכסף שהלוותה לו, ונתן לה. אמרתי שתבוא ב10- ביולי 1970 ואז שילמתי לה. אז אמרה לי שהנתבע שילם לה כל מה שמגיע לה. כשלויתי חתמתי לה על פתק ולא קיבלתי בחזרה הפתק. מלבד הפתק היה גם היתר עיסקא, התובע מראה לביה״ד את שטר היתר-עיסקא ע״ס 4000.- ל״י שלוה העד, ושם התאריך: 10.3.67, וזה סותר דברי העד שאמר שלוה במחצית שנת 1969. העד מתרץ את דבריו לביה״ד באמרו: אמנם חתמתי על ההיתר-עיסקא, אבל יתר הדברים הכתובים שם אינם כתב ידי. לבקשת ביה״ד כתב העד על נייר את המלים ״רבקה בת לאה״ ונמצאו דומים לכתב יד שעל גבי ההיתר עיסקא. על סמך זה רוצה התובע לפסול את העד, וטוען עוד שמכיון שהנתבע אישר את דברי העד - בענין התאריך - וכיון שנתברר שדברי העד בענין זה אינם נכונים, א״כ הוחזק הנתבע כפרן ואינו יכול לחייב שבועה״.

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

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

עפ״י כל הנ״ל זוכה הנתבע.

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

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

אחרי עיון בנימוקי דעת הרוב והמיעוט וטענות הצדדים בע״פ ובכתב; נראה לנו שצדק כב׳ ביה״ד במסקנתו הפוטרת את הנתבע מחיוב שבועה, וכל הנובע מזה. ואם כי בענין עדות העד יש לפקפק בדעת הרוב, ויותר נראית בזה דעת המיעוט, אולם יש נימוקים מספיקים לזכות הנתבע גם בלי הסתמכות על עדות העד, וכפי שיבואר:

א. האם נאמנות שניתנה לבעל השטר בכוחה לפטור היורשים משבועה?

בחו״מ סי׳ ע״א ס״א: התנה המלוה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו, הרי זה נוטל בלא שבועה, אעפ״י שטוען שפרעו, אפילו הוא מלוה ע״פ.

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

וב״שער משפט״ קלסיה להאי סברא דהש״ך, וכתב דלפ״ז גם היורשים רשאים לגבות בלי שבועה, שהרי יש כאן אנן סהדי שלא פרעו, והתקשה ממה שבשו״ע (סי׳ ק״ח ס״ה) מפורש שאין היורשים נוטלים בלי שבועה (גם בשטר בעדים) אלא אם כן נכתבה בו בפירוש תורת נאמנות גם ליורשים.

ומסיק שבדוחק ניתן לומר שהמדובר שם כשהלוה טוען שפרע בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים.

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

www.eretzhemdah.org

להעיר שאין נוקטים להלכה כשו״ע, אלא כשטוען פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ומדשתיק ליה הש״ך, משמע שמסכים לדעתו בכל].

והנראה בזה, הוא בהקדמת השגת הט״ז על סברת הש״ך הנ״ל שלעומת קילוסו של ״שער משפט״ כנ״ל, כתב הט״ז שדבריו דחוקים שהרי ״תלמוד ערוך בריש פרק המפקיד דאורחיה דלוה להימוניה למלוה דמקיים ביה קרא תומת ישרים תנחם״.

והיינו שטוען נגד הש״ך דאין כאן אנן סהדי שלא שילם לו שמתירא שלא יחזור ויתבענו, כיון שנתן לו נאמנות נגד טענת פרוע, די״ל דסמך עליו שלא יחזור ויתבענו כי נאמן הוא עליו שאדם ישר הוא, ולא נתירא מזה כלל.

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

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

ונראה בכוונת הש״ך שלא אמר באמת בצורה מוחלטת דאיכא אנן סהדי, דודאי יתכן כנ״ל שנתן בו אימון מלא כסברת הט״ז, או שסמך על זה שלא יעיז וכמו שכתב הסמ״ע, וכנ״ל. אלא שהש״ך בא עליו בממה נפשך, דהיינו אם יאמר הלוה שסמך על המלוה, כי אז אינו יכול עכשיו לחזור ולטעון נגדו שפרעו, שכיון שנתן לו תורת נאמנות שלא יתבענו פעמיים, הרי זה מחייב אותו. ואין לנו לדון אלא כשיטעון שלא האמינו כלל, ולא כתב לו תורת נאמנות אלא מפני שהמלוה דרש זאת ובלא זה לא רצה להלוות לו. וע״ז עונה הש״ך שאם באמת לא האמין לו, א״כ ודאי לא פרע לו, דהרי לא שדי איניש זוזי בכדי, ואיך ישלם לו בעוד שהלה יוכל לחזור ולתבוע ממנו, והוא חושד בו שמסוגל לתבוע בשניה. ע״כ כ׳ הש״ך שכשכתב לו תורת נאמנות, אין צריך שבועה.

אכן כל זה שייך רק כלפי המלוה עצמו שבא לתבוע, דאז שייך הממה נפשך, ולא כן כשמת המלוה והיורשים באים לתבוע, הרי שפיר יכול הלוה לטעון כנגדם שאכן כבר פרע, כי סמך על נאמנות המלוה (או שלא יעיז, וכנ״ל) שלא יתבענו פעם שניה כפי שבאמת לא תבעו. א״כ כלפי זה אין אנן סהדי שלא פרעו, שהרי אם הוא מאמינו, וכפי טענתו, הרי היה יכול לפורעו אעפ״י שהאמינו עליו, שהרי היה בטוח שהלה לא ינצל הנאמנות שניתנה לו לתבוע שלא כדין. ועל כן היורשים שלהם לא נתן תורת נאמנות, אינם יכולים לתבעו מכוח הנאמנות שנתן לאביהם.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

המערער מסתמך עוד על המובא ב"פתחי תשובה" בשם "פנים מאירות" שאף שלא נכתב שלא יהא הלוה נאמן בטענת החזרתי או אונס, הוי כאילו נכתב "כי מיהו זה שיתן עיסקא שיהי' לו דין חצי פקדון שיהי' נאמן לומר החזרתי או נאנסו",

אך אין הנידון דומה לראיה, שכן שם המדובר שהלוה נתן לו רשות למלוה לכתוב ולהוסיף כל מה שנצרך לו, כמבואר שם בדבריו: "והמלוה טוען כיון שנהגו לכתוב שטרי עיסקא שנעשו עפ"י תיקון מהר"ם, ומהר"ם תיקן שלא יהא נאמן לומר נאנסו אלא בעדים, וגם היה בידו לכתוב כל תוקף שטר עיסקא". אם כן המדובר שם על הוספה הנצרכת בהכרח לשם ההיתר עפ"י תיקון מהר"ם, ולשם כך ניתנה לו מעיקרא הרשות מאת הלוה להוסיף זאת במפורש. ולא כן בנידון דידן שהלוה חתם על שטר עיסקא, שהיה מפורט בו כל הנצרך לצורך היתר העיסקא, ולא נאמר ולא ברמז שרשאי המלוה להוסיף בו מה שלא נכתב, א"כ אין שום יסוד להכניס בו תורת נאמנות ליורשים, שכן יכול הלוה לטעון שלא היה מסכים לזה, ואף אם היה מסכים, היה מקפיד באמת לקבל בחזרה את כתב היד כשפרע החוב, רק מכיון שלא היה כתוב שם על נאמנות היורשים, ואילו את המלוה עצמו האמין שלא יתבע ממנו פעם שניה, על כן לא הקפיד להשאיר הכתב יד, שאין לו תוקף שטר.

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

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

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

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

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

א"כ עדיין לא נפטר היורש משבועה.

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

בפסה"ד נשוא הערעור מובאים המקורות שדנים בזה, ומציינים למה שכתב ב"ערוך השלחן" שנראה ממנו שרק "ועקסל" (היינו שנכתב בשטר שנקבע לכך ע"י חוק המדינה) או שטר למוכ"ז "אבל פתק בעלמא בלא המוכ"ז שפיר נאמן לומר פרעתי".

אולם בזה לכאורה צודקת דעת המיעוט והמערער שמסתמך עליה, דכיון שלפי חוק המדינה ניתן לתבוע גם עפ"י כת"י שלא נכתב על טופס המיועד לכך, א"כ הרי זה כמו "ועקסיל" שדן בו "ערוך השולחן", דבזמן "ערוך השולחן" לא

היה דין המלכות לגבות אלא עפ"י "ועקסיל", אבל לא כן לפי חוקי המדינה כאן. ואין צורך גם שיהא כתוב למוכ"ז, כיון שעכ"פ יכול המלוה עצמו להגיש לגוביינא דרך הערכאות, א"כ חושש הלוה לזה, ושייך גם כאן הטענה שטרא בידך מאי בעי.

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

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

סימן סד : תביעה לפינוי חלק בית כנסת שמתחת לדירת מגורים

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי לירושלים מיום כ"ב טבת תשל"ז (תיק תשל"ח771/), בו נדחתה התביעה למנוע מלקבוע מקום תפלה בחלק מאולם התפלה של הנתבעים הנמצא מתחת לדירת התובע. הערעור הוגש מטעם התובע.

וזהו גוף העובדות:

הבית בן 2 קומות שהוקדש ע"י בעליו לצורך צדקה לת"ת, ולצורך זה נתמנה אפוטרופוס והם מינו ב"כ המנהל את עניני הבית, וההכנסות הבאות מזה. דירה שעל גבי קומת המרתף הושכרה בשעתו למערער בשכירות מוגנת. בשעת השכרת הדירה, היה באותו חלק של קומת המרתף מחסן, ולידו בהמשך המרתף היה קיים בית תפלה. אולם בית התפלה לא הגיע לתחת דירתו של המערער, שכנ"ל אותו חלק המרתף היה תפוס ע"י מחסן. לימים התפנה המחסן משוכריו, והאפוטרופוס השכיר גם חלק זה של המרתף לגבאי בית התפלה, והללו הרחיבו את מקום התפלה ע"י סילוק המחיצה שהפרידה לפני כן בין מקום התפלה למחסן, באופן שמעתה בית התפלה משתרע גם למתחת דירת המגורים של המערער. בדירת המערער קבוע על מקום זה של ההתרחבות חדר המטות שלו. אולם כפי שבירנו מביקור במקום, אין המטות תופסות אלא חלק מהחדר.

המערער טוען כנגד הרחבת מקום התפלה לתחת דירתו. טענתו היא מכמה פנים: א. הקול הבוקע ועולה מהמתפללים, שזה לעתים בשעות הבוקר המוקדמות ביותר מפריע לו; כל עוד היה מקום התפלה מצומצם יותר, לא הגיע אליו הקול באותו חוזק, הואיל ולא היה תחת דירתו ממש, וכן מכיון שאז היה מספר המתפללים יותר מצומצם בהתאם לגודל המקום, ולא כן עכשו משנתרחבה ורבו המתפללים, והם נמצאים ממש מתחת לחדר השינה שלו. ב. בשו"ע (סי' קנ"א סעי' י"ב) נפסק שאם אמנם אין איסור לישון קבע על ביכנ"ס שלא נבנה מעיקרו לצורך ביכ"נ, מכל מקום כתב המג"א "שומר נפשו ירחק מזה" ואף הט"ז מזהיר מזה, הרי שמן הראוי להימנע מלישון ע"ג ביהכ"נ, ונמצא שהללו שקבעו מקום תפלה מפריעים לו גם מבחינה זו, שעליו לעבור על דברי המג"א ואזהרת הט"ז. ג. בשעה ששכר הדירה לא היו במקום זה מקום תפלה ואילו עכשיו נשתנו התנאים לגריעותא, וכששילם בשעתו עבור הדירה לפי ערכה באותה שעה, היו זה לפי מצבה, כדירת מגורים נורמלית, ואילו לפי מצבה כיום שבוקע אליה רעש מה שמפריע למגורים, ערכה פחות, נמצא שיש כאן גרם נזק ממש. וכפי שטוען, גם עורכים במקום שמחות עם תזמורת, ובזה הרעש גדול ביותר.

לעומתו טוען ב"כ האפוטרופוס על ההקדש, שאם אמנם בשעה שהמערער שכר את הדירה מלמעלה לא היו תחתיה מקום תפלה, אולם זמן מה לפני כן התפללו גם שם, והיו יכול המערער להביא בחשבון אפשרות הרחבת בית התפלה לאותו מקום בזמן שיהיו צורך לכך. אשר לדברי המג"א ששומר נפשו ירחק מזה, אין זה יכול לחייב את המשכיר מלהימנע מלהשכיר לביהכנ"ס, מאחר שמעיקר הדין זה מותר. וכמה וכמה בתי תפלה מסוג זה קיימים בבית וגן, וכן היתה התיעצות לפני כן עם רב גדול והורה שהשכירות כיון שאינה אלא לזמן אין בה חשש. כן, גם באשר למסיבות השמחה של מצוה, הרי זה בכפוף להוראות הקבועות מטעם העיריה. ואם זה תואם את התקנות, אין לבא בטענות כשמשכירים גם לצורך זה. ואשר לרעש, גם קודם היו רעש מביהכ"נ שהיו קיים בחלק האחר של קומת המרתף ואין בתוספת הרעש להוסיף עד כדי הפרעה. אשר להורדת ערך הדירה, אם מצד הדין מותר לו לעשות זאת, אין מחובתו לדאוג לזה. הוסיפו המתפללים עצמם לטעון, שגם הם משתדלים למעט הרעש וסוגרים החלונות שלא יגיע כ"כ רעש. לטענת המערער על קיומן של שמחות, למעשה השמחות שמקיימים הם בשעות הבוקר, כגון ברית מילה, וזה לא מפריע, ועל טענת המערער שהתקיימה באולם גם שמחת בר-מצוה עם תזמורת שגרמה רעש עצום, עונים שזה היה חד-פעמי ומקרי בלבד, שנעשה ללא קבלת רשות מהגבאים, ולא ימשיכו בזה.

בטענות ב"כ הנתבעים בפני ביה"ד גם נאמר שמוכנים להזיז הקיר החוצה בין עזרת הנשים לבין ביהכ"נ באופן שאפי' סנטימטר אחד מתחת לדירתו של המערער לא יהיו בשטח ביהכ"נ. אך לשאלת בי"ד זה ענו,

שזה היה טרם שהתדיינו ע״מ לחסוך התדיינות, אבל מאחר שנתעצמו בדין אינה מוכנים לזה. נוסף על כך הי׳ זה כלפי תביעתו הקודמת שהיתה יותר מצומצמת, אך אח״כ התרחבה תביעתו.

בערעור נטען נוסף על הטענות שהובאו לעיל, שהסתמכות כב׳ ביה״ד בפסק דינו שזו היא שכירות לזמן, שבזה אין לחשוש למש״כ המג״א: כי אם גם שכירות של שוכרים אלה היא לזמן, מכל מקום ע״י האפוטרופוס על ההקדש, נקבע המקום כמיועד להשכרה למקום תפלה, אם לשוכרים אלה ואם לאחרים, ממילא יש ע״ז גדר מקום קבע.

כן נטען, שלפי דעת המג״א שכל עיקר החילוק בין ביהכ״נ שנבנה מעיקרו לזה לבין שנתיחד אח״כ, מפני שבזה שלא נבנה מעיקרא לכך מועיל תנאי, דזה לא נאמר אלא בחו״ל משא״כ בבהכ״נ שבא״י לא מועיל תנאי.

ייאמר מיד, כי שתי טענות אלה אינן יכולות להתקבל; לפי הטעם ששכירות לזמן שאני, מפני שבכל עת שעבר הזמן הרשות בידי בעה״ב להוציא (סי׳ קנ״ד מ״ב סק״ד), טעם זה קיים, גם אם אין המשכיר חושב לעשות כן. [אגב, בנימוקי פסה״ד, כותב אחד הדיינים, נוסף על הנימוק, שזו שכירות לזמן, עפ״י האמור בסי׳ קנ״ג שאין רשאים לפנות ביכ״נ ממי שהי׳ בביתו בכ״נ; וזה טעם הסותר נימוק הראשון, שאם אין לפנותו, אם כן אינו לזמן, אך לפ״ז סותר האמור בסי׳ קנ״ד לאמור בסי׳ קנ״ג על בכ״נ שהוא בשכירות, אך פשוט שבסי׳ קנ״ג המדובר כשלא היה מעיקרא קבוע לזמן, משא״כ בששכרו לזמן, שאין בכוחם להקדיש לאחר זמן זה, וכנ״ל].

עיינו בטענות ובחומר שבתיק, וזה אשר עלה בידינו.

הנה פסה״ד הדוחה התביעה מסתמך על מש״כ המ״ב, ד״אפשר משום שהוא לזמן לא חיישינן״ וקרוב לזה ב״אבני נזר״, ועפי״ז מסיק:

ועכ״פ בנידו״ד שאין חילוקי דעות שבהכ״נ הוא רק לזמן... א״כ אין עליהם קדושת ביהכ״נ ואין כל חשש לדור מעל ביהכ״נ.

היינו, מבלי להכנס בשאלה על אזהרת הט״ז והמג״א שכתב שומר נפשו וכו׳, שזה רק לגבי ביכ״נ שאמנם לא נבנה מעיקרו לכך, אולם נתיחד לביהכ״נ לתמיד. משא״כ כששוכרים לזמן שאין לו קדושת ביהכ״נ וממילא ״אין כל חשש לדור מעל ביהכ״נ״.

אולם בשו״ע או״ח סי׳ קנ״ד ס״ב שהוא ההלכה על השוכרים בית ומתפללים בו, כתב שם ב״ביאור הלכה״ וז״ל: ״דאין דין זה אלא בכגון ההיא דר״י בן חביב שלא הי׳ שם רשות בתוגרמה להזמין מקום קבוע לתפלה... ובכה״ג בודאי אינו חשוב אלא ארעי, כי היום ומחר יתודע ויתבטל באמצע הזמן, משא״כ בשוכרים בגלוי כדרך כל העולם, שעל אותו הזמן כמכורה היא להם, בודאי יש בה קדושה, כיון שקבעו אותו מקום לתפלה בכל משך הזמן, ולא באקראי בלבד. ואעפ״י שלאחר כלות הזמן אפשר שלא ירצה בעה״ב להשכיר מ״מ אין זה מקרי אקראי בעלמא, כיון שבכל אותו זמן אין להם קביעות אחרת כ״א שם״. ומסיים בבה״ל: ״ולענ״ד שכן נכון לדינא״.

וע״ע ב״שער הציון״ שם (אות ד׳) שכתב: ״פשוט דהדין עם הפרמ״ג שאינו תולה הדבר במה שבכלות השכירות יש ביד בעה״ב להוציאו״, דלטעם זה גם בשכירות לזמן יותר משנה, כיון שאינו אלא לזמן, ועם כלות הזמן ביד בעה״ב להוציא, הר״ז בגדר ארעי ואין בו קדושה. ואילו הפרמ״ג תולה הדבר בהיות זה שכור לזמן קצר בלבד - עד לשנה, דהיינו שלאחר זמן זה באמת בדעת שני הצדדים לא להמשיך השכירות (וגם בזה מסיק ב״ביאור הלכה״ כנ״ל דלא סגי בהא ״כיון שבכל אותו זמן אין להם קביעות אחרת כ״א שם״, וכנ״ל). וא״כ בנידו״ד, שאם גם השכירות היא חדשית, הרי ברור ששני הצדדים רואים את המקום כעומד לרשות השוכרים לזמן ממושך הרבה יותר. דבזה גם לפי הפרמ״ג אין בזה הגדר שמדמה המחבר (קנ״ד ס״ב) לאמור שם בסעיף א׳ ברחבה של עיר.

וכיו״ב בחת״ס (או״ח סי׳ לב): ״אם היתה בהכ״נ שכורה פשיטא שאין כאן קדושה כלל ונהי דשכירות ליומא ממכר הוא, היינו כל משך זמן השכירות. ומיד שפסק זמן השכירות, או אם הוא בלי קביעות זמן, מיד שחוזרים בו אין כאן מכר ולא שכירות, וממילא שאין כאן קדושה כלל וכו׳״.

הרי שנוקט שרק לגבי הזמן שפסקה השכירות אין כאן קדושה כלל, אבל לאותו משך זמן השכירות - שכירות ליומא ממכר הוא, ויש בו קדושה. נמצא גם לדבריו צ״ל דמה שאמר בשו״ע דבשכירות אין בו קדושה כלל, והיינו שיש בו דין כמו רחבה של עיר שבסעיף א׳ שבשו״ע שם, וכדדייק נמי הגר״א על הלכה זו, שהיא על יסוד א׳ הנ״ל, הר״ז רק בארעי ממש, שגם על זמן השכירות אין קביעות, שיכול להתבטל באמצע הזמן, וכמש״כ בבה״ל.

וזה שכ׳ במ״ב ס״ס קכ״א לגבי מנהג העולם וכו׳ שאולי סומכים ע״ז משום שהוא לזמן, נראה כוונת הדברים לגבי מה דהביא שם הט״ז שגם אם לא נתייחד מעיקרא לביהכ״נ דבזה אין איסור לשכב מעליו דרך קבע, מ״מ ״להשתמש שם תשמיש שהוא מגונה מאד כטינוף וכיו״ב נראה דבכל גווני אסור״, והיינו שמחלק בין תשמיש של גנאי לתשמיש מגונה מאד, שזה איסור מדינא, ולא רק מצד השומר נפשו וכו׳, ע״ז כתב די״ל דהיכי דאינו אלא לזמן י״ל דאינו כמי שנתיחד לתמיד, ובכה״ג אין מחלקים בין דבר של גנאי לדבר שהוא גנאי מאד, כגון טינוף וכיו״ב. אך לא רצה לומר שבזה הר״ז כמו רחובה של עיר, שזה לא נאמר אלא בשכירות ״דרך אקראי בעלמא״ וכנ״ל, שגם על זמן השכירות אינו קבוע.

א״כ לפ״ז גם בשכירות לזמן, לאותו זמן יש לו תורת קדושה, כמו בנתיחד לתמיד, ויש לברר אם טענת המערער שהנתבעים הם בגדר מזיק מצד מש״כ המג״א שומר נפשו וכו׳.

לכאורה פשוט, שכיון שמצד הדין אין כאן איסור, ואין זה אלא חומרא מגדר מדת חסידות בעלמא (אעפ״י שנ׳ מהט״ז שיש בזה גם משום גדר סכנה וחמיר סכנתא וכו׳ מכל מקום פשוט שלא שייך זה אלא לגבי דרגות גבוהות של

צדיקי הדור שבהם הקב״ה מדקדק וכו׳ ומה שלגבי אחרים מדת חסידות, לגביהם הוא מעיקר הדין, כידוע ואמ״ל) אינו יכול לכוף מדת חסידות שלו על שכנו, ודמי להא דאמרו עשה שבתך חול ואל תצטרך לבריות (שבת קי״ח וש״נ) ואעפ״י שהוא ממצות נביאים ויש הפוסקים שעיקרו מה״ת (סי׳ רמ״ב ובמ״ב שם) מ״מ לא יטול לצורך זה מן הצדקה. ופירש״י שם ״יעשה שבתו חול ואל יטיל על אחרים כבוד שבתותיו״ וכש״כ בזה שאין זה חיוב ממש אלא רק חומרא ומדת חסידות - אל יטיל על אחרים חומרותיו וחסידותו.

אך נראה שבנידון דידן טענתו טענה, שהרי טוען שיש רעש גדול ע״י רבוי המתפללים, ואין זה צריך ראיה שכמובן שבזמן שהרבים משמיעים קול הרי זה רעש גדול. ואם כי לטענת הנתבעים גם קודם היה רעש, ברור שעם רבוי המתפללים בהתגדל המקום נתרבה הרעש, והרי הוא ממש מתחת לדירתו. והנה בענין טענה מצד קול ורעש ישנן שתי הלכות במשנה ובסוגיא דב״ב (כ׳-כ״א) דבמשנתנו אמרינן דאינו יכול למחות ולומר איני יכול לישון לא מקול הפטיש ולא מקול הריחיים ולא מקול התינוקות, ובגמרא מוקי לחצר אחרת, ובנמוק״י ושאר ראשונים דייק דטענת רעש מהקול אינה טענה. שלגבי זה מאי נפקא מינה באותה חצר או חצר אחרת, וגם באותה חצר אינה טענה אלא מצד שמרבה עליו את הדרך ע״י ריבוי הנכנסים. ומכל מקום לגבי מלמד תינוקות גם באותה חצר אינו יכול למחות, כיון שזה דבר מצוה ותקנת חכמים להעמיד מלמדים, ואעפ״י שאפשר ללמד גם במק״א (נמוק״י שם), והנה להלן שם אמרו שבסופר מתא יכול לעכב ופירש״י לפי שיש שם קול גדול, וברמב״ן פירש דהיינו סופר שטרות או ס״ת, ועל פירש״י תמה:

> דכיון דמשום מצוה הוא דמטיא, ומשום תקנה, כש״כ דאיכא מצוה רבתי ותקנתא יתירתא. ואפשר כיון שהוא שונה ליותר מחמשים מעכב עליו שהקול גדול ביותר, ואין מצוה זו מן המובחר דה״ל לאותובי תרי אך מקרי ינוקי עשרים וחמשה.

הרי דהיכי דאיכא קול גדול, אם לא מצד מצוה מצי מעכב, דאשר ע״כ גם בגוונא דאין מצוה מן המובחר מצי מעכב. ולא תמה הרמב״ן על פירש״י רק בה״ג דכיון דהוא דבר מצוה אמאי מצי לעכב, אבל מודה לי׳ בעיקרו של דבר דקול גדול - מצי מעכב, אם לא במקום מצוה.

וכיון דקול גדול נחשב לבא ברשות חבירו, א״כ בנידון דידן היכי דטוען דבעי למיעבד מצוה ולהימנע מלעשות דבר שיש בו גנאי מע״ג ביהכ״נ דודאי הגון ולעשות כן, אין לבא עליו בטענה, שמצד מצוה, עליו להימנע מלעכב למרות שמזיקים לו בקול גדול, דיאמר להם מאי חזית להעדיף מצוה דידכו על מצוה שלי, וחוזר הדבר לעיקר הדין דמצי מעכב מצד ההפרעה הבאה ע״י קול גדול.

שבתי וראיתי שדברי ה״משנה ברורה״ (סו״ס קכ״א) שמסביר ״מנהג העולם״ בזה שביהכ״נ הוא שכור לזמן, הבנה אחרת להם, ממה שנקטנו לעיל.

כי לפי משמעות פשטות דבריו נראה שנוקט שבית דירה ״שמצוי שם תינוקות״ הוא בגדר ״שמוש שהוא בזוי מאד״ (כנראה, מצד שלפעמים מצוי בהם טינוף) שבזה כתב לעיל מהט״ז ״דבכל גווני אסור״, אך לפ״ז יש בזה כמה תמיהות: א. שהרי דברי הט״ז הנ״ל על ״תשמיש שהוא בזוי מאד״ לקוחים הם מהב״י בסי׳ קנ״ג שהביא זאת בשם הר״י חביב, כפי שמציין הט״ז כאן, והביאם בראש סי׳ קנ״ד, והרי דבריו הם על ״בתכ״נ שבמלכות תוגרמה״, דהיינו אקראי בעלמא ממש, כדביאר זאת ב״ביאור הלכה״ ו״שער הציון״ בסי׳ קנ״ד שהובאו לעיל. ואפילו הכי הטיל התנאי ״ובלבד שינהגו בנקיות בבתים של מעלה״, שכוונתו - כאמור - שלא יהא שם ״תשמיש בזוי מאד״, א״כ מה מתרץ ה״משנה ברורה״ מנהג העולם בזה שהוא לזמן, הרי הר״י חביב אומר גם בגוונא שהוא ״אקראי״, ומכל שכן שכירות לזמן; ב. דסתמא של בית דירה שמתיר הרי״ח כנ״ל ע״ג בכ״נ שבמלכות תוגרמה יש בהם גם תינוקות, ומזה נראה לכאורה שאין זה כלול בגדר ״תשמיש שהוא בזוי מאד״. וכן מסתבר, דגם בתינוקות אין קביעות של טינוף ול״ש להגדירם כתשמיש בזוי, יותר מאשר שינה למעלה דרך קבע; ג. דב״שער הציון״ שם העיר, שלטעמו של הט״ז שכ׳ שתשמיש בזוי מאד מעכב התפילות ומפסיקם מלעלות למעלה, לטעם זה גם ביכ״נ שהוא לזמן שייך לאמור, אלא דלא נקטינן כטעמיה, עי״ש. אך מה הועיל בזה, הרי הט״ז אינו מחדש ההלכה שהרי מקורה הוא בהר״י חביב, והט״ז אינו אלא מסביר זאת, היינו מה שלמעלה מותר, דעליות לא נתקדשו, ומ״מ תשמיש בזוי מאד אסרינן וא״כ גם אם יידחה טעמו של הט״ז, ההלכה אכתי קיימת, דיש איסור תשמיש בזוי מאד גם בבכ״נ שאינו אלא לזמן, ויהיה טעמו ונימוקו מה שיהיה. וא״כ אינו מובן מנהג העולם.

ע״כ נראה שכוונת ה״משנה ברורה״ היא אחרת. והיינו דהר״י חביב לא הזכיר בלשונו איסור, ולא אמר אלא ״ובלבד שינהגו בנקיות בבתים שלמעלה״. וניתן לפרש שאין כוונתו לאיסור ממש, אלא מגדר הידור וחומרא בעלמא, בדומה למה שכתב ה״מגן אברהם״ לענין בית כנסת שלא נבנה מעיקרו לכך, שהובא לעיל, והיינו שלחלק יצא, בין ביכ״נ קבוע לבין ביכ״נ שהוא בשכירות, דבקבוע יש להימנע גם מלשכב למעלה דרך קבע, וכדכתב ה״מגן אברהם״, ואילו בביכ״נ שהוא אקראי, שכיבה למעלה אין זה בגדר תשמיש בזוי מאד, וע״כ אין גם מדת חסידות להימנע, אולם תשמיש בזוי מאד, והיינו ע״ג או טינוף יש גם בזה להימנע ממדת חסידות. ולפ״ז אין באמת להמנע גם מלדור למעלה עם תינוקות, דאין טינוף מצוי בהם, רק באקראי, ועיקר תשמישו אינו לביזוי ולגנאי וע״כ מותר. ולא קשיא דברי הר״י חביב.

אכן, להט״ז שהסביר בטעמו של הרי״ח שהוא מצד ״שזה מפסיק התפלה לעלות למעלה״, מוכרח לומר שאין זה מגדר חומרא והידור ומדת חסידות, אלא הוא איסור ממש, ומכיון שכן, כל שמצויים שם תינוקות, הרי אם המצא ימצא שיטנפו שם בשעת התפלה, יהא זה עיכוב בעצם התפלה, ממילא יש איסור ממש כל כה״ג. ולפ״ז היה צריך לפרש הא דהתיר הר״י חביב שיהא למעלה בית דירה, הוא בתנאי שיזהרו שאם יהיו שם תינוקות, שלא יגרם על ידם טינוף בשעת התפלה, וזה קשיא ליה להה״משנה ברורה״ ממנהג העולם, שיש למעלה תינוקות ולא קפדי על זה כלל, והרי לפי הט״ז הוא איסור ממש.

www.eretzhemdah.org

ומעתה מובן מה שכתב דטעמו של הט״ז אינו מוכרח, ובאמת אינו אלא הידור שלא יהי׳ שם למעלה דבר טינוף, והואיל וכן - תינוקות (וכן דבר מיאוס אחר), כיון שאינו אלא דרך מקרה, אין בזה קפידא כלל. וכמו שמותרת השכיבה דרך קבע כן מותרת הדירה עם תינוקות, וא״ש דברי המ״ב, ואין בהם שום נפתל.

ולפ״ז הרי יוצא שכל עיקר הדיון, אינו אלא מצד הקפידא של המג״א, שלפי שמעלה המ״ב, קפידא זו ״ששומר נפשו ירחק מזה״ לא נאמר אלא בביכ״נ קבוע, ואילו ביכ״נ שהוא בדירה שכורה, אין קפידא, אפילו על דרך חומרא והידור, רק ״בתשמיש בזוי מאד״.

ונוסיף עוד, שכל האמור, הוא לפי דרכו של ה״משנה ברורה״ בסי׳ קנ״ד, שנוקט כנראה בשיטת הגר״א שם שכ׳ שסעיף ב׳ על דבר ביכ״נ שבשכירות הוא על יסוד ההלכה שבסעיף א׳ שם, שמדמה זאת לרחבה של עיר שאין בו שום קדושה, וכן כתב גם הפמ״ג שם בדיוק מהב״י, עי״ש.

אכן מצינו בזה שיטה אחרת, שסעיף ב׳ הדין על ביכ״נ שבשכירות הוא הלכה אחרת ולא מדין מקום אקראי לתפילה אתינן עלה. וזה מתבאר מדברי המהר״ם שי״ק (סי׳ ס״ט) וז״ל שם באי״ד:

> ... מדויק היטב בלשון השו״ע סי׳ קנ״ד דכ׳ בסעיף א׳, דאם התפללו בו רק באקראי אין בו שום קדושה. ואח״כ בסעיף ב׳ כתב, דאם שכרו בית להתפלל אין לו דין בכ״נ. ומזה מדקדקים האחרונים דרק דין בכ״נ אין לו, אבל דבר בזוי אסור ליתן שם.

והנה בסעיף א׳ כתב דאם מתפללים שם רק באקראי אין בו משום קדושה, דאפילו דבר בזוי ומאוס מותר ליתן לתוכו, משום דאין בו שום קדושה. היינו, שלפ״ז ישנן שלוש דרגות בביכ״נ שלא נבנה לכך מעיקרא: א. שזה קבוע עכשיו בתור ביכ״נ (סו״ס קנ״א); ב. כשזה משמש למקום תפלה רק באקראי בעלמא, דוגמת רחבה של עיר (סי׳ קנ״ד, א׳); ג. כשזה נמצא במקום שכור (סעיף ב׳ שם).

ולפי זה עולה יפה טעמו של ה״לבוש״ (שהביא ה״משנה ברורה״ בסי׳ קנ״ד) שמקום שהוא בשכירות, כיון שרשות בידי המשכיר להוציאם עם תום השכירות, אפילו אם זה שכור בידם לזמן ארוך יותר, ולא רק לשנה, כדנקט הפמ״ג, נמי אין בו קדושת ביכ״נ. ואין טענת המ״ב טענה, שכל כה״ג אינו אקראי, דאמנם כן, אינו אקראי, אבל מ״מ גם קבוע אינו, והר״ז דרגת ביניים. ועל כן חומרא של המג״א לגבי שכיבת קבע על גביו אין לנו, שהיא רק בביכ״נ קבוע, ואולי זהו הנימוק למנהג העולם שנוקטים כהני אחרונים שציין המהר״ם שי״ק, שעל כן גם חומרא דהמג״א אין בכה״ג.

ולפי האמור, הרי בנידו״ד שאין ביהכ״נ אלא בשכירות בלתי מוגנת, והרשות בידי בעה״ב להוציאם משם בכל זמן ועידן, אין בו קדושת ביכ״נ, לטעמו של הלבוש, ואף לשיטת הגר״א; ואין חיוב להימנע מלשכב למעלה מביכ״נ זה, אפילו דרך חומרא והידור.

ממילא נדחית גם הטענה השניה של המערער, מצד שיש שם ״קול גדול״ ורעש שמפריע. שהרי כפי שנתבאר לעיל, כל שהוא מצד מצוה אינו יכול לעכב גם כשהקול גדול, וכפי שהבאנו מהרמב״ן, ועד כאן לא צידדנו לקבל הטענה, היה זה רק אם נאמר שקיימת עכ״ז בכה״ג החומרא של המג״א. אך מאחר, וכאמור, אין בכה״ג חומרא זו, אליבא דכו״ע, גם הטענה של ״הקול גדול״ אינה יכולה להתקבל.

אלא שיש עוד לדון בטענת המערער שבשעת קניתו הדירה למעלה בדמי מפתח (ושכירות ליומא ממכר הוא, וכנ״ל) שולם המחיר בהתאם למצבה אז, שלא היה מתחתיה ביהכ״נ, ואילו לפי מצבה כיום ערכה זול יותר, נמצא שזה מזיק לו בקביעת ביהכ״נ מתחת לדירה וטוען לעומתו הנתבע, שמאחר שמצד הדין אין יכול לעכב, אין העובדא שזה נעשה זול יותר במכירה ענין לתביעה, כי הלה עושה בתוך שלו וכו׳, ואינו צריך להתחשב בזה.

והנראה בזה שאם היה המערער מוכיח שערך הדירה פחת על ידי הרחבת ביהכ״נ מתחת לדירתו היה מקום לתביעתו, כי תשובת הנתבע הנ״ל היה בה ממש רק אילו היה המדובר בשכנים שלא באה שכנותם ע״י מכירת הנתבע למערער, אבל לא כן במקרה דנן, שכל הבית שייך לנתבע, והוא הוא שמכר לו הדירה העליונה לפי מה שהיא מצבה אז, שזה מחייב את המוכר, וממילא גם את השוכרים ממנו והבאים מכוחו שלא לשנות לגריעותא ממה שהיה בשעת המכירה. ויסוד לזה ההלכה בשו״ע (סי׳ קנ״ד סכ״ז):

> שני אחים שחלקו חצר מדעתן, ושמו הבנין והעצים זה כנגד זה, ולא השגיחו על שומת האויר, והגיע לא׳ מהם בחלקו תרבץ החצר ולשני האכסדרה, אם רצה בעל החצר לבנות כותל בסוף חלקו בונה בפני האכסדרה, ואעפ״י שמאפיל עליו שהרי לא שמו האויר.

וכתב ע״ז הש״ך (ס״ק כ״ד) ושמו הבנין והעצים וכו׳ מה שאין כן אם שמו סתם עילוי הבית מחצר, אזי העילוי ג״כ בשביל האויר, ודלא כיש חולקים וכו׳, וכן היא משמעות לשון השו״ע שהמדובר כשברור שלא שמו האויר, ואילו בסתמא אמרינן שהביאו בחשבון את מצב האויר שבאכסדרה, וכללו את זה בשומא, וע״כ אינו רשאי להאפיל עליו, כי מסתמא אמרינן שקנה את הזכות להשתמש במצב שקנה.

ומעתה, אם אכן מחיר הדירה יורד בגלל הימצאות ביהכ״נ מתחתיו, אם מצד הרעש המפריע, הרי מן הסתם שבשעת הקנייה נערכה הדירה ושולם מחירה לפי מצבה דאז, וממילא הר״ז מחייב את המוכר שלא לשנות ושלא לגרוע מהאפשרויות השימוש שהיו לקונה בשעת הקניה, והקונים או שוכרים ממנו אינם מקבלים זכויות יותר ממה שיש למוכר (ועי״ש בשו״ע סי׳ כ״ה וברמ״א שדין זה הובא גם במוכר ולוקח, ואדרבא - יש המעדיפים כוח הלוקח מאשר באחים שחלקו מטעם שהמוכר בעין יפה מוכר, עי״ש).

אך, כאמור, לא נמצא בתיק כל הוכחות על הורדת ערך הדירה, ולא היתה זו אלא טענה גרידא, מבלי שיהיו לה סימוכין (ומה שלא הוכחש ע״י הצד שכנגד, יתכן שאין זה אלא מפני שחשב שאין נפ״מ מזה מצד הטענות האחרות). על כן המסקנא בנידון היא, שיש לדחות הערעור, אלא שאין הדלת סגורה בפני המערער להוכיח בפני ביה״ד האזורי שערך הדירה שלו ירד, וכבי׳ ביה״ד ידון ויחליט בהתאם.

בהתאם להנ״ל יש לדעתי לפסוק כי הערעור נדחה.

סימן סה : ירושת רבנות

לפנינו שני ערעורים על פסק דין שהוציא בית הדין האזורי בתל-אביב (תיק תש״ל6893/ ת״כ), בתביעת הרב א. נגד המועצה הדתית תל-אביב-יפו: ״למסור לו את מקום כהונתו של אביו המנוח ז״ל, שכיהן בזמנו עד יום מותו במחלקת השבת של התובעת״.

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

״הנתבעת כפרה בשני הדברים, היינו שכאילו אביו של התובע מילא אצלה תפקיד רבני, וכן שכאילו התובע ראוי למלא מקום אביו וכו״ (הציטוטים מתוך פסה״ד).

כב׳ ביה״ד לאחר שמיעת הטענות, העדים ובדיקת המסמכים, קבע ביום ד׳ אייר תשל״ב, כי:

״אין כל ספק שאביו המנוח ז״ל של התובע מילא אצל הנתבעת, המועצה הדתית לתל-אביב-יפו, תפקיד רבני מובהק״.

וכן:

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

וכן כי:

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

א. לאחר שהתובע ימציא תעודת כושר מהגורמים הרבניים הנ״ל למילוי תפקיד רבני, וזה תוך זמן סביר של שלשה, ארבעה חדשים, יהי׳ על הנתבעת, המועצה הדתית לת״א-יפו, למסור לו את משרתו ומקום כהונתו של אביו המנוח ז״ל בכל היקפה, בהתאם לכל האמור לעיל.

ב. צווי המניעה שניתנו ע״י ביה״ד נשארים בתוקפם עד לכל הוראה אחרת.

על פסק-דין זה הוגשו הערעורים מטעם התובע והנתבעת.

המועצה הדתית הנתבעת חוזרת בערעור על טענותיה בפני ביה״ד האזורי וקובלת שכב׳ ביה״ד טעה בהערכת העובדות ובהסקת המסקנות, ובהתאם לזה יש לבטל פסה״ד.

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

שאר פרטי הערעורים והטענות ומענות בקשר להוצאת מכרז וצו עיכוב בנידון זה, מבוארים בכתבי הערעור והחומר שבתיק שהוגשו לפנינו.

אחרי עיון בפסק הדין, בטענות הצדדים וביסודות ההלכתיים, נראה לי שיש לקבל את הערעור של הנתבעת ולבטל התביעה, אם כי לא מטעמה.

פסה״ד מסתמך על פסקו של הרמ״א בסי׳ קנ״ה ש״נתקבל ע״י רובם המכריע של גדולי האחרונים ונהגו לפיו״, ומזכיר בקשר לזה ״בין היתר גם תשו׳ ״חתם סופר״ או״ח סי׳ י״ג״.

הבה ונראה איפוא את דברי ״חתם סופר״ שם. לאחר שדן באריכות בענין ירושה ברבנות בסי׳ י״ב, שב ומעלה שמה שנלמד בספרי ממה שנאמר במלך בקרב כל ישראל, שבא לרבות כל המינויים בישראל שהבן קם תחת אביו:

לא נאמר דבר זה אלא במלך וכדומה לו, ככל אותם המנויים בפרט הירושה, אבל כל מינויי קדושה אינם בכלל זה.

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

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

ועל פי זה מסיק שם:

אי אין רוב ציבור מסכימים להיות להם לרב ותופס ישיבה וכדומה, אין לו להשתרר עליהם מחמת נחלת אבותיו. ומש״כ הרמ״א ביו״ד סו״ס רמ״ה בניו קודמים, נמי אהחזיק עצמו בשררה, אבל לא אהוראה ורבנות.

היינו שרצה לומר שאין דברי הרמ״א קיימים להלכה רק בחזקת שררה. ואעפ״י שברבנות יש גם מן השררה, הרי חלק ההוראה ורבנות אינו נמסר בירושה.

מדברים אלה, **ורק מאלה** - חזר בו, בסי׳ י״ג, שעם שהוא חוזר **ומחזק** את עיקר דבריו בסי׳ י״ב שמצד כתר תורה לא שייך ירושה, עפ״י דברי הרשד״ם והרמ״ע שהובאו ב״מגן אברהם״ סי׳ נ״ג כנ״ל:

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

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

ואמנם היום חזרתי ועיינתי בזה לקיים דברי הרמ״א בסי׳ רמ״ה דודאי נשיא התורה בזמן הנ״ל היה כעין **מינוי קדושה** לבד, **לא שירות, וזה איננו בירושה**, אך עכשיו הוא כמשועבד לקהל לעשות צרכיהם בשכר, ולא גרע מש״ץ, ואטו מפני שהוא ג״כ שר התורה מגרע גרע? - הרי קמן דמהלל ואילך, אעפ״י שהיה נשיא התורה, מ״מ כיון **דפתיך בהו ג״כ זכר למלכות בית דוד** ירשו בניהם, ה״נ דכוותיה.

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

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

אף שבכלל המינוי הוא נמי הוראות איסור והיתר וגיטין וחליצה, הא ודאי גיטין וחליצות הוי מידי דלא שכיח נגד דינים, והוראות ג״כ שואלים לכל בן תורה יודע להורות זולת שאלות ריאה ששייך דוקא לרב שבעיר, והכל מיעוט נגד דינים.

- כתב שכן נוקט ״חתם סופר״ במסקנתו:

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

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

וא״כ נידון דידן, דלית מאן דפליג, שלא היה במינויו של הרב המנוח ז״ל ובמה שהחזיק משום הנהגת העיר, שזה מסור לרבנים הראשיים, ורק עניני הלכה שהיו בהקשר למחלקתו שימש בהם פוסק (אם כי ודאי מסתבר, כי גם בזה, בענין שדרש הכרעה, לא היה זה אלא בסמכות הרבנים הראשיים), מצד פסיקת הלכות גרידא אין דין ירושה. והרי הצדדים האחרים שבפעולתו, כגון להשגיח על העירובין, ולפעול למניעת פעולות שיש בהם משום חילול שבת, בזה לדעת הכל אין משום ירושה, שזוהי עבודה פקידותית, שיש בה אמנם מן השעבוד, אבל אין בה מן השררה ולא כלום. ואף התביעה עצמה לא מכוח זה באה, רק מכוח היות הרב המנוח פוסק הלכות במחלקת השבת. אך הרי גם זה, כאמור, אין בה דין ירושה לפי ״חתם סופר״ ולפמש״כ לקיים דברי הרמ״א.

אכן כל האמור הוא לפי ״חתם סופר״. ברם ב״אבני נזר״ (יו״ד סי׳ שי״ב הנ״ל) האריך להשיג על ״חתם סופר״ בקביעתו שמצד כתר תורה גרידא אין שייך ירושה. ומסיק כי:

מהרשד״ם והרמ״ע מיעוטא נגד הריב״ש והמבי״ט ומהר״ש אלקבץ. בפרט שהריב״ש הוא מתקיפי קמאי. והראיה שהביא מהרשד״ם מ״תרומת הדשן״ אינו ראי׳ לרבנים שבזמנינו כנ״ל (כנראה הכוונה למש״כ לעיל אות ל״ז לחלק בין שנתמנה ובין שהוחזק בלבד).

אך דבריו אלה שיש כאן מחלוקת בין הפוסקים מגדולי האחרונים, הם לפי מה שדחה דבריו של ״חתם סופר״ שהעלה לחלק בין שררה שהיא מגדר כתר תורה לבין היכא דפתיך בה משרת מלכות, של הנהגת העיר. אבל לפי ״חתם סופר״ הנ״ל שמחלק בזה, אין סתירה ביניהם, שהרי דברי המהרשד״ם וכן הרמ״ע הם בענין הרבצת תורה או פסקי

הלכות, גיטין וחליצות וכיו״ב. ובזה י״ל דכו״ע מודו דאין שייך בזה ירושה, ואילו דברי הריב״ש הם באופן שיש בידו שררה, וכלשונו שם:

> קבלוהו עליהם לשר ושופט, רב ודיין לבל ימרו את דברו, וכל היוצא מפיו יעשו במשפט בין איש ובין אחיו, ולהורות את בני ישראל, וכל מעשיהם יהיו נחתכים על פיו, וגם המלך שמו אדון עליהם ומושל בכל משפטיהם, וכל ימי חייו נהג רבנותו ממשלתו ונשיאותו ברמים במלכות ההיא, ולא היה נודד כנף ופוצה פה ומצפצף.

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

> והוראות ג״כ שואלים לכל בן תורה יודע להורות, זולת שאלת ריאה ששייך דוקא לרב שבעיר.

ודברי ״חתם סופר״ הרי יסודם ב״מגן אברהם״ סי׳ נ״ג וכנ״ל שהביא הרשד״ם והרמ״ע שכל המינויים שהם כתר תורה אין בניהם קודמים.

והנה הרשד״ם מייתי לה מש״ס יומא ע״ב ע״ב: ״שלשה כתרים הם, כתר מלכות וכהונה מורישים לבניהם אבל כתר תורה הפקר הוא״, שמכאן נראה שאין בזה ירושה. והביא שמצא כן ב״תרומת הדשן״ שכתב כהאי גוונא בסי׳ קכ״ח מפסקיו: כתר תורה ושררתה דידה הרי היא מונחת ומופקרת לכל מי שרוצה לזכות בה.

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

> ובזה הראיה מהגמרא כתר כהונה זכה בה אהרן, כתר מלכות זכה בה דוד, כתר תורה עדיין מונח ועומד. אבל מי שנתמנה מהקהל על עיר אחת ודאי שאין ליקח התמנותו.

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

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

> מי שהוחזק לרב בעיר, אפי׳ החזיק בעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו אעפ״י שבא לשם יותר גדול ממנו.

ומה שמסתמך על מה שחילק ״חתם סופר״ (יו״ד סי׳ ר״ל), בין שמינוהו לבין שהחזיק מעצמו, דברי ״חתם סופר״ הם רק לענין של קיפוח פרנסתו, כמש״כ שם מדברי המהרי״א ומהרי״ו:

> אין אלו נאמרים אלא בימיהם שלא קבלו הרב כפועל אלא כל ת״ח הנהיג בני עירו שהי׳ דר שם, וממילא הי׳ לו פרס... מ״מ כיון שלא שכרוהו כפועל אלא שבחא דאתיא ממילא, א״כ אם יבא לשם אחר וינהיג גם הוא ברבנות מי ימחה בידו, אבל בזה״ז שמקבלים רב ועוקר דירתו ממקומו ובא לכאן וקוצבים לו שכירתו כמו שמשכירים פועל... א״כ פשוט שהבא בגבולו, לא טוב עושה בעמיו וגרע מיורד לאומנות חברו וכו׳.

ע״כ כל זה אמור לענין קיפוח פרנסתו, שבזה כשנתמנה וקבעו לו קיצבה באיזו צורה שהיא, הרי זה התחייבות מהקהל. ואין לאחר זכות לקחת ממנו מה שנתחייבו. ולא כן כשהחזיק מאליו, והקהל לא קיבל על עצמו שום התחייבות כלפיו. אבל לענין השררה אין הבדל בין שמינוהו לבין שהחזיק מעצמו, כנ״ל מהריב״ש.

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

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

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

אך לפי זה אינו מובן מה שנימק ב״תרומת הדשן״ בהבדל ממי שהחזיק במצוה שאין לסלקו: ״דשאני התם דרגילים לקנות חזקה... להניח להם וליורשיהם לחזקה, אבל כתר תורה ושררתה דידה, הרי היא מונחת ומופקרת לכל

מי שרוצה לזכות בה"י. שהרי לפי סברת "שואל ומשיב" אין חילוק בין כתר תורה ושררתה לבין שאר שררות, דכולהו איתנהו בירושה, ורק להתחלק אפשר, כיון שאינו מורידו מגדולתו. א"כ מה זה שכתב "כתר תורה ושררתה דידה, הרי היא מונחת ומופקרת לכל מי שרוצה", כיון שדומה היא שררה זו בכל לכל שררות ואינה הפקר כלל. ו"שואל ומשיב" עצמו פירש "תרומת הדשן" שמשום כן מותר לשני לנהוג ברבנות "דבתורה ל"ש השגת גבול".

ומה שכתב "שואל ומשיב" שאין סתירה בין "תרומת הדשן" לריב"ש:

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

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

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

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

> ומעולם לא שמענו שיתיישב רב בעיר שיש שם רב שנתקבל מהקהל.

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

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

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

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

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

> לאחר ששכרוהו הקהל כפועל והביאוהו ממקומו לכאן, **והראו לו מקום לפרנסתו מגיטין וקידושין**, א"כ הוא אינו נוטל פרס שלא כדין כלל. אולם הקהלות פעלו און שהטילו פרנסת הרב על אלו היחידים. אבל הוא אינו נוטל פרס מקידושין וגיטין כלל, אלא שזהו שכרו על עיקר ישיבתו בכאן, והראו לו מקום לגבות מבעלי חתנות וכדומה.

ודין זה עולה בד בבד עם המבואר בשו״ע ורבותינו האחרונים לענין בן אותה עיר הבא לעסוק באומנות חבירו (חו״מ סי׳ קכ״ו ס״ה):

> היתה שם מרחץ או חנות או ריחיים ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו אתה פוסק חיי... אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנות של זה... יש להם למונעו. ואם הי׳ נותן עמהם מנת חלק אינם יכולים למונעו (ועיי״ש בסמ״ע ביאור השיטות).

וב״משאת בנימן״ סי׳ כ״ו:

> ...אלא כהאי גוונא דריחייא דאינו מבטל הראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד בריחיים שלו וכו׳. אבל היכא שבא השני לדחות את הראשון לגמרי ולבטל אותו ממחייתו... כו״ע מודו דמצי מעכב אפילו אבר מבואה דידיה, דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי.

וקרוב לזה כתב ב״חתם סופר״ (חו״מ סי׳ ס״א):

> ...כתבו הפוסקים טעמא דבר מתא אינו מעכב, משום שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו, וא״כ לא מיקרי יורד לתוך אומנות חבירו וכו׳. אך בכעין ניד״ד דע״י שיורד לאומנותו מדחהו לגמרי, שאי אפשר לשניהם שיקצבו, ונמצא מדחה משלו לגמרי, זהו יורד לאומנות חבירו ממש וכו׳.

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

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

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

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

הנה מחלק במפורש לבין עריכת חופה וקידושין שזה מותר גם לרב אכסנאי, אבל השכר אסור לו לקחת מפני קיפוח הפרס של הראשון, ואעפ״י שאינו אלא מקפח במקצת. והיינו כנ״ל, כי לענין צד השררה שבדבר, מאחר שאין זה מגדרי שררה דמלכות, אעפ״י שגם בסידור חופה וקידושין צריך הוא לפעמים לפסוק הלכה בנידון, שהרי מי שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם (קידושין ו׳ ע״א) ״שמא יתיר איסור ערוה וזהו עיוות שא״א לתקן״ (רש״י שם), אין הראשון יכול למחות, ואפילו ברב אכסנאי, כי בזה אין דין שררה, וכל הבא ליטול יבא ויטול. אך בקיפוח פרנסתו של הראשון, הרי זה ככל בר מתא שיכול לעכב אבר מתא אחריתי, ואפילו גם אינו מקפח פרנסתו אלא במקצת.

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

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

> ואף שבכלל המינוי הוא נמי הוראות איסור והיתר וגיטין וחליצה, הא ודאי גיטין וחליצות הוי מידי דלא שכיח נגד דינים וכו׳, והכל מיעוט נגד דינים וכו׳. ובפרט שחתם סופר בעצמו בסי׳ י״ג חזר בו משום שהרב ממונה להנהגת העיר וכו׳ משום דפתיך ביה כתר מלכות. אך לפ״ז אפשר אינו מדאורייתא. אך לפמש״כ הא פשיטא שאם **יצורף עוד הנהגת עיר אל דין שיהיו הם רוב רבנות ואזלינן בתר רובא, והבן יורש**.

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

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

וחייבים אנו להוסיף, שבתשובה זו כותב בנו של ״אבני נזר״ הוא ניהו הגה״צ ר׳ שמואל בעל ״שם משמואל״ (שהוא המביא לדפוס את ספרי ״אבני נזר״), שכל האמור בתשובה זו אינו אלא מהדו״ק, אבל אחר זמן העלה בעל ״אבני נזר״ נקודה חשובה נוספת בכל הדיון על ירושת רבנות, והיא הסכמה מהציבור:

> כשדיבר עמי אודות דין ירושת הרבנות שמחוורתא... הדין בירושת הרבנות, דאם היורש יש לו רוב מנין לבד או רוב בנין לבד אין מפקיעים ממנו ירושתו, אלא א״כ אין לו לא רוב בנין ולא רוב מנין אז פקע ירושתו. וע״ז אמרו בזמן ששלום בישראל ולא בזמן שיש מחלוקת.

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

ומוסיף שם: "ובאתי וסיפרתי הדברים לפני כ"ק אבי אדמו"ר זצללה"ה ואמר: ב"ה ששם בפיהם דבר אמת שכיוונו את ההלכה לאמיתה של תורה" (שם אותיות כ', כ"א). ואחרי שהאריך הגר"ש שם בתירוץ הקושיות שעורר "אבני נזר" שם לעיל עפ"ז, הוא מסיק (אות כ"ט):

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

"אמנם ב"שואל ומשיב" ח"ב תשו' י"ז העלה שאין מחלוקת מבחוץ מבטלת דין ירושה, אך ב"אבני נזר" שם וכן במש"כ בנו הגה"צ ר' שמואל מיישב הדברים בטוב טעם, עי"ש.

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

עפ"י כל הנ"ל יש לפסוק:

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

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

ג. אם יווצר רוב בהנהלה או במועצה כולה לטובת התובע יהיו חייבים למנותו.

יצויין כי הלכה למעשה הוחלט בדעת-רוב לדחות את ערעור הנתבעת - המועה"ד - ולקבל את ערעור המערער - הרב א; ר' שם פד"ר - י.

סימן סו: אגודות צדקה

הערעור שלפנינו הוא על פסק דין של כב' ביה"ד האזורי בירושלים מיום ל' תשרי תשל"ג (תיק תשל"ב348/), לפיו נדחתה תביעת המערערים "להמשיך לתת לו את ההקצבה השנתית שהוענקה לו כליתר הכוללות בירושלים".

אחרי שמיעת הטו"מ של ב"כ המערערים - כולל קוסוב, וב"כ המשיבים - "הועד הכללי כנסת ישראל", שנטענו לפנינו בע"פ ובכתב, ואחר עיון בחומר הדיונים שהיה בפני כב' ביה"ד האזורי, אנו מוצאים שאין ממש בערעור ודוחים אותו.

מתוך ספר הפרוטוקולים של המשיבים, בפרוטוקול מיום י"ד באלול תער"ב, שהעתקתו נמצאת בתיק, יוצא ברור שכולל קוסוב-המערערים, בתור אחד מכוללות עסטרייך, נפרד מהועד הכללי-המשיבים, ועל כן "אין להם חלק ונחלה בבתים של כנסת ישראל". ואם אכן חזרו והתאחדו, כטענת ב"כ המערערים, הרי עליהם להביא ראיה, וראיה זו לא הומצאה, והעובדא שבמשך כל השנים, מאז ועד להגשת התביעה, לא היה להם כל ייצוג במוסדות המשיבים - "ועד הכללי כנסת ישראל", אומרת ההיפך.

צדק כב' ביה"ד האזורי, שלא החשיב כהוכחה לטובת המערערים, מה שיחידים מכולל קוסוב, קיבלו לפעמים תמיכה מאת המשיבים, שזה ניתן להם בגלל השתייכותם לכולל קוסוב ועל חשבון זכותו, שכן, כפי שציין כב' ביה"ד, היתה הרשות נתונה לועד הפועל של "הועד הכללי" עפ"י סעיף 12 של תקנות האגודה, להשתמש בכספי האגודה "גם למטרות דתיות או צדקתיות אחרות" ומה שהוזכרה השתייכות המקבל לכולל קוסוב, עדיין אין בו כדי להוכיח שזה ניתן לו בגלל אי-אילו זכויות שהן שיש לכולל קוסוב, ועל חשבון כולל זה וזכויות אלה, שכן אפילו נייחס איזו משמעות שהיא לציון השתייכותו של המקבל לכולל קוסוב, הרי ניתן להתפרש, שבהיות המקבל משתייך לכולל זה שאינו נמנה בין הכוללים העשירים, שאשר על כן חזקת המקבל שאין לו כדי סיפוקו, וראוי הוא לתמיכה נוספת עפ"י סעיף 12 הנ"ל.

ואשר להוכחה מזכות הדיור שניתנה בשעתו ל-א. המנוח, ואשר לפי דברי בנו ב. בפני ביה"ד, היה זה בגלל זכות כולל קוסוב, כלשונו: "הדירה היתה שייכת לועד הכללי והזכות לכולל קוסוב. אני גר בכנסת א' פעמיים 3 שנים, בזכות כולל קוסוב". דבריו אלה, לפחות בנוגע לזכות הדיור שניתנה לו פעם שניה, נסתרים מהאמור בפרוטוקול של ה"ועד הכללי" מאדר ב' תרפ"ט, בו נאמר: "מחליטים היות כדי הרה"ג ג. ז"ל נדב בית בשכונת כנסת ישראל, מהראוי להתחשב עמו ולהשאירו בבית עוד על משך 3 שנים".

וטענת ב״כ המערערים, שהאמור הוא כאן רק על ״להשאירו בבית״, דהיינו על המשך דיורו בבית שלש שנים נוספות, ואילו הזכות הראשונה אכן ניתנה לו מכוח זכות כולל קוסוב, טענה זו - לא זו בלבד שלא הוכחה, אלא גם נסתרת מתוכה, שכן אילו זכות זו היתה אכן לכולל קוסוב, כי אז לא היה ל״ועד הכללי״ שום זכות להשאירו בדירה בהתחשבות עם היותו גיסו של נדבן שתרם לטובת ה״ועד הכללי״, והיה צורך לקבל הסכמה לזה, בראש ובראשונה, מאת כולל קוסוב, שהם הבעלים, לדברי המערערים, על זכות הדירה, ואילו הפרוטוקול אינו מזכיר מזה אפילו ברמז רמיזא.

אף הטענה לחילופין שטען ב״כ המערערים, שמאחר שהשייכים לכולל קוסוב קיבלו תמיכה מה״ועד הכללי״, הרי זה מקנה לכולל קוסוב זכות מכוח ״מכירי כהונה״, אין לה על מה שתסמוך:

א.

סעיף 12 מתקנות האגודה אינו מחייב את הועה״פ לחלק ״למטרות דתיות וצדקתיות״, ורק נותן לו רשות לעשות זאת, לפי מה שהוא רואה ומעריך את חשיבות המטרה, ואת הכספים העומדים לרשותו באותה שעה. ואילו זכות ״מכירי כהונה״ (גם אם נכלל בזה ״מכירי עניים״ עי׳ מל״מ פ״ז מה׳ מעשר ה״ד) היא במה שנמצא בעין בידי בעה״ב התורם, תבואה או כספים מופרשים. אבל אין בכוח זכות ״מכירי כהונה״ או ״מכירי עניים״ לחייב להפריש ולתת להם מהתבואה, כשאינו רוצה עדיין לאכול מהם או למוכרם, או להפריש מעות לצדקה כדי שיזכו בהם עניים אלה, מפני שאיזה פעמים נתן להם מעות הצדקה שלו, שהרי כל עיקר מכירי כהונה הוא מדין מתנה מועטת (ב״ב דף קכ״ג ע״ב, תוד״ה הכא) כיון שאין לו בהם אלא טובת הנאה גרידא, דזה שייך רק בגוונא שהם מעות צדקה או תרומות ומעשרות (עי׳ רש״י גיטין דף מ״ז ע״ב, ד״ה מדאורייתא, ותוס׳ ב״מ דף י״א ע״א, ד״ה עישור).

ב.

הועד הפועל של האגודה לא הוסמך מעולם לפי סעיף 12 הנ״ל לתת הקצבת קבע לאלה שאינם שייכים לועד הכללי; הכוונה היתה רק לתת יד חופשית לועד הפועל לחלק ״למטרות דתיות וצדקתיות״ כשרואה צורך מיוחד בזה, לפי הענין העומד לפניו. מתן הקצבת קבע עפ״י סעיף זה עומדת איפוא בסתירה למגמת הסעיף הזה עצמו, שכן ע״י״ז לא תתאפשר הקצבה, גם כשיבואו לפני הועד הפועל, צרכים דחופים מסוג זה, שלא ניתן היה לחזותם מראש.

ג.

ועל הכל - מתן התמיכה לפי סעיף 12 הנ״ל, שניתן ליחידים, לא בתור באי כח הכולל שאליו הם משתייכים, אינה מקנה זכות לכולל שאליו משתייכים ואין לו שום זכות תביעה בשמו הוא. יתר על כן - הכנסת איזה ״כולל״, שהוא מחוץ להללו העומדים באגודה במעגל התמיכה הקבועה הניתנת ע״י ה״ועד הכללי״, סותרת את סעיף 13 של תקנות האגודה, לפיו כל ״כולל״ הכלול ב״ועד הכללי״ מקבל עליו גם חובות כמפורט בסעיף 13 זה, ואילו כולל זה פטור מהם.

אי לכל הנ״ל איננו רואים מקום לתביעה.

אולם, יחד עם כל האמור, אנו מסכימים לטענת ב״כ המערערים שהשם ״ועד הכללי כנסת ישראל״ של המשיבים, וכפי שגם מציין על גבי טפסיו המודפסים הוא משמש בתור: ״מרכז סיוע כללי לעניים פליטים, רבנים, תלמידי חכמים, זקנים, אלמנות ויתומים בארץ ישראל״, אכן נותן מקום להטעות את התורמים, שהמדובר במוסד שמטרתו לתמוך בכל הנצרכים מסוגים הנ״ל, ללא הבדל וללא הפליה כל שהיא בין נצרך לנצרך.

אי לצאת, אנו ממליצים לחזור ולקבל את כולל קוסוב לחברות מלאה ב״ועד הכללי כנסת ישראל״, עפ״י בקשתו של כולל קוסוב. וזה בתנאי, המובן מאליו, שיקבל על עצמו את כל תקנות האגודה, כולל סעיף 13, האומר שמזכויות האגודה ומכספיה נהנים הכוללים:

״רק בתנאי ששום אחד מהם לא יקבע קופות לעצמו ולא ישלח שדרים מיוחדים לעצמו בשום מקום, חוץ מהמחוז המיוחד לו שזכה בו מכבר - מבלי רשות בכתב מהנהלת האגודה. כל כולל... שיעבור על תנאי עיקרי זה יאבד את כל זכותו באגודה״.

יש להעיר כי כל עוד לא מאוחדים ב״ועד הכללי״ כל הכוללים בארץ ישראל, מן הראוי הוא שה״ועד הכללי״ יפרט בטופסיו את שמות הכוללים המאוגדים בו.

לכן יש לדעתי לדחות את הערעור, ויחד עם זה להמליץ לפני ה״ועד הכללי״ לדון מחדש ולהיענות לבקשת כולל קוסוב, לצרפו מחדש ל״ועד הכללי - כנסת ישראל״.

יצויין כי כך הוכרע לבסוף הלכה-למעשה, בדעת רוב.

סז. גר שנתגייר כקטן שנולד, תכנו ומובנוחות א.

כלל רווח בכמה מקומות בש״ס: ״גר שנתגייר כקטן שנולד דמי״ (יבמות כב, א ושי״נ), זה מקובל ככלל פשוט שאין עליו עוררין, מבלי שצוין בשום מקום מקורו בכתובים. אולם בכל מקום נזכר הכלל רק בקשר עם ענייני קורבה.

כך בענייני עריות, שאף אלה שהיה אסור בהם בהיותו נכרי, אינו אסור בהם בהתגיירו. קשרי אחוה וכן הקשרים בין האב והאם לילדיהם מנותקים מדין תורה באיסורי עריות. פרט לאי-אלה מהם שנאסרו מדרבנן, אם כדי שלא יאמרו באנו מקדושה חמורה לקדושה קלה, ואם שלא יבואו להחליפם בישראל (עיי״ש בהנ״ל ותוד״ה ערוה לכל מסורה).

כן, לענין עדות, יכולים שני אחים (אפילו מן האם) להעיד באותה עדות, ולא גזרו בזה אפילו מדרבנן, משום ״שעדות לביי״ד מסורה״ ולא יביא הדבר לידי טעות (שם). עפ״י עקרון זה, ההלכה גם שאין גר יורש את אביו, דבר תורה, אלא שרבנן תיקנו שיירשנו (קידושין יז, ב) כי אינו מתייחס אחר אביו הנכרי (דכקטן שנולד מאליו דמי, רש״י שם).

ב.

אולם לעניינים אחרים אין בשום מקום שימוש בכלל זה. אין בעלותו פוקעת מנכסיו שהיו לו בנכריותו, ואין החייב לו ממון בנכריותו נפטר מחובו כשנתגייר. אף הוא שחייב לאחרים אינו נפטר מזה בהתגיירו. דיון מצינו בהלכה על ישראל שלוה מנכרי ברבית, אם נשאר בחיובו אליו לאחר שנתגייר. ומצוין שם הבדל אם זקפן בחוב טרם שנתגייר, שאז גובה הקרן עם הרבית, לבין שלא זקפן במלוה שאז גובה הקרן ולא הרבית. ואף זה אינו אלא לחומרא, מכיון שמשנתגייר הרי הוא אסור בקבלת רבית (ב״מ עב, א יו״ד קעא).

אף עבירות שענשם בידי בי״ד, שעבר עליהם בנכריותו, אינו נפטר מהם לאחר שנתגייר, כל שחייבים על זה גם בישראל (אא״כ העונש הנוכחי הוא יותר חמור, סנהדרין עא, ב). ואין עומדת לו הטענה ״שכקטן שנולד דמי״.

מחלוקת אמוראים --- ר״י ור״ל, בגר שהיו לו ילדים בנכריותו, אם קיים מצות פו״ר בנתגייר (יבמות כ, ב). אף שם, לדעת ר״ל המחייב מטעם שכקטן שנולד דמי, הרי זה שוב בגדרי הייחוס --- משום שאין ילדים אלו מתייחסים אליו מאחר שנתגייר. (ודעת ר״י הפוטר משום שמ״מ יש כאן קיום ״לשבת יצרה״, שזה אינו מגדר ייחוס).

רק במקום אחד מצינו יחיד שמשתמש בכלל זה של כקטן שנולד בענין חורג משאלת יוחסין. וזהו במאמר חז״ל (יבמות מח, ב): מפני מה גרים בזה״ז מעונין וייסורין באים עליהם? מפני שלא קיימו ז׳ מצוות בני ב״נ. ר׳ יוסי אומר, גר שנתגייר כקטן שנולד דמי, אלא מפני שאינן בקיאין בדקדוקי מצוות, ע״כ. וכפי הנראה, גם דעת ר׳ יוסי אינה, אלא משום שנוקט כאמור בירוש׳ (ביכורים ג, ג) שגר שנתגייר נמחלו לו עוונותיו. ע״כ לא יתכן שיבואו עליו ענשים בידי שמים אחר שנתגייר וניתק עצמו מעברו. אך כל זה --- בידי שמים. ואילו דיני בי״ד לא פקעו, כפי שהבאנו לעיל.

הנה כי כן, דבר ברור הוא, שרק לענייני ייחוס אנו רואים את הגר כבריה חדשה, מנותק מקרוביו, משפחתו ועמו הקודמים, אבל לא לשום ענין אחר. ויש צורך להבין לפ״ז מהו התוכן של ״כקטן שנולד״, שכוחו יפה רק בענין יוחסין, ולא לשום דבר אחר.

דומה שנבוא עד חקר הדברים, עם בירור מושג הגירות, בכלל ותכנו.

ג.

המהר״ל בס׳ ״גור אריה״ על התורה (פ׳ ויגש) דן, בזה שמצינו מאמר חז״ל שקיימו האבות מצוות התורה, ועם זאת נשאו נשים שהן בגדר עריות. וזה לשונו שם בנידון:

> --- --- --- עדיין קשה הרי האבות קיימו כל התורה, וידעו אותה ברוה״ק, היו מקפידים שלא לישא כנענית, ולא הקפידו על ערוה, דהוא אסור מן התורה.
>
> ויש מפרשים, שאני קודם מתן תורה מלאחר מת״ת. כי כל האבות היו מקיימים את התורה כולה. אך צריכים היו לקבל עליהם את התורה כגרים שנתגיירו, לכך היו כקטן שנולד. פירוש להך מילתא בלבד --- לענין קבלת התורה לא שייך בהם אחוה, שיהיו אחים לענין עריות, שלא נולדו בחיוב המצוה, אלא הם קבלו מאליהם, להך מילתא הוו כגרים שאין עריות בהם וכו׳.
>
> ואין להקשות, דא״כ היו יוצאי מצרים מותרים בקרוביהם, דהא קיבלו עליהם את התורה, ולא נולדו בחיוב, ויהיו מותרים בקרוביהם? --- אין זה קשיא, דהם הוכרחו לקבל, דהא כפה עליהם הר כגיגית, כדלקמן, ולא אמרינן בזה דהוי כקטן שנולד. דודאי מי שנתגייר מעצמו, כגון גוי, כיון שלא היה צריך לגייר, והוא מגייר עצמו, הוי בריה אחרת לגמרי. אבל ישראל שיצאו ממצרים, כיון שהיו מחויבים לקבל את התורה, והיו מוכרחים לזה, אין זה כקטן שנולד. ותדע לך, דאל״כ קשה לך, דהא בודאי נתגיירו, כדמוכח בפרשת משפטים, שהרי היו צריכים מילה וטבילה וקרבן, ואפילו הכי אין להם דין כגר להיות מותר בעריות, וכו׳.

אף חילוק זה של מרן המהר״ל זצ״ל בין מי שהוכרח לקבל לבין מי שעשה זאת מרצונו החפשי, שרק בזה אנו אומרים כקטן שנולד, גם הוא טעון הסבר, וצ״ע.

ד.

בהקדמה לס׳ ״שב שמעתתא״, מרן המחבר זצ״ל מסביר דעת ב״ש בענין קיום מצות פו״ר, שלדעתם זה בשני זכרים (יבמות סא, ב) ונלמד הדבר ממרע״ה שהיו לו שני בנים, ופירש מן האשה. ולכאורה תמוה שהרי הבנים נולדו לו במדין לפני מ״ת, והרי לר״ל גר שנתגייר והיו לו בנים לפני גירותו לא קיים מצות פו״ר. ותירץ, לפי הנ״ל במהר״ל, שלגבי ישראל שקיבלו התורה בכפיית הר כגיגית אין דינם כקטן שנולד.

ה.

]בכיוון הפוך, באשר למרע״ה, נמסרים דברים בשם הרבי מאוסטרובצה. וזה גם על סמך חילוקו הנ״ל של המהר״ל.

במה שאמרו במס׳ זבחים (דף קב. א): מרים מי הסגירה? אם תאמר משה הסגירה --- משה זר הוא, ואין זר רואה נגעים; ואי״ת אהרן הסגירה, אהרן קרוב הוא, ואין קרוב רואה את הנגעים. והעיר במהרש״א. למה לא הסתפקה הגמרא גם על מ״ר בטעם שנאמר לגבי אהרן --- שקרוב הוא.

ותי׳ הנ״ל עפ״י המהר״ל, שרק בנ״י כולם (כולל אהרן) שהיו בכפייה במתן תורה לא חל בהם הדין של כקטן שנולד, על כן אמרו שאהרן פסול לראות הנגעים כי קרוב הוא. משא״כ מ״ר שהי׳ ״על ההר״ במ״ת, ולא היה בכלל הכפיה, ע״כ חל בו הדין של כקטן שנולד, כמו בכל גר, על כן לא היה בו פסול קרוב כלפי מרים...].

ו.

בדרך מנוגדת למהר״ל, נוקט הג״ר מ״ש הכהן בס׳ ״משך חכמה״ (פ׳ ואתחנן) על הפסוק ״שובו לכם לאהליכם״.

מביא שם מה שהעיר החת״ס שלא נאמר בשום מקום המקור לכלל שגר שנתגייר כקטן שנולד. וכ׳ בזה, שזה נלמד מכתוב זה: איך אמר להו רחמנא אחר מ״ת שובו לכם לאהליכם, ואין אהלו אלא אשתו, הלא אלו שנשאו קרובותיהם צריכים לפרוש מהם? וע״כ דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי.

נוקט איפוא ה״משך חכמה״ בפשיטות שגם בישראל במתן תורה היה הכלל של גר שנתגייר כקטן שנולד. ואדרבא -- - כל עיקר לא למדנו כלל זה, אלא משם!

ז.

אך באמת הדברים תמוהים, שהרי במס׳ ביצה (דף ה, א-ב) נלמד מקרא זה דשובו לכם לאהליכם, שמה שנאסר במנין צריך מנין אחר להתירו. ואמרו שם שראיה זו ניתן לדחות:

וכ״ת למצוות עונה הוא דאתי, ופירש״י: ״לאו למשרי תשמיש, דהא ממילא מישתרי, אלא לצוותם לשוב במצות המלך על כרחם, שלא לגרוע עונת נשותיהם״.

ואם הי׳ להם לישראל במתן תורה דין של כקטן שנולד, הרי אותם קידושין ונישואין שהיו להם קודם מ״ת פקעו, וצריכים קידושין ונישואין מחדש, ואיך יתכן שבא הכתוב ״לצוותם לשוב במצות המלך״ לקיום מצות עונה, מכוח נישואיהם הקודמים?

יתר על כן, התמיהה גדולה עוד יותר. שאם היה להם דין כקטן שנולד, לא זו בלבד שתסתער על זה תמיהת המהר״ל ממה שדרשו חז״ל על הכתוב שהעם ״בוכה למשפחותיו״ שבכו על עסקי עריות שנאסרו עליהם, מאחר ולא נאסרו על אותו דור כלל, כי כולם כזר נחשבו זה לזה. אלא שלפ״ז לא מובן כל עיקר ההתייחסות לשבטים, ולאבותינו הראשונים אברהם יצחק ויעקב, אם כל הקשרים ויחסי הקורבה נתבטלו ואינם, וכאילו נולדו מאליהם דמו (כלשון רש״י שהובא לעיל).

מכל האמור, יראה הרואה שיש כאן איזושהי טעות ואי בהירות בהבנת הכלל ש״כקטן שנולד״.

ח.

לשם הבנת הדברים נקדים עוד משהו מדיני הגירות. כידוע, מעשה הגירות מורכב משלשה דברים: קבלת מצוות, מילה (בגברים) וטבילה. התוס׳ (יבמות מה, ב, ד״ה מי לא טבלה) וכן בקידושין סב, ב (ד״ה גר) העלו שרק קבלת המצוות, שהוא השלב הראשון בגירות, צריך להיות בפני שלשה. וזה נלמד ממ״ש (יב׳ מז, ב): גר צריך שלושה --- ״משפט״ כתיב ביה. ואילו המילה והטבילה אין צריך בהם, מעיקר הדין, שיהיו דוקא בפני שלשה.

ולכאורה אינו מובן, הרי קבלת המצוות כשלעצמה אינה עדיין ולא כלום, ורשאי עוד להתחרט ולחזור בו, מבלי שתהא עליו טענה שהיא. ואפילו אם נימול, כל עוד לא טבל, אין עליו עוד תורת גרות, שכן בלי שטבל עוד לא נכנס לכלל ישראל.

(עי׳ בספר קטן בשם ״תשובות״ מהר״י שוורץ ז״ל מח״ס תבואות הארץ שמספר על ויכוח שהיה בשנת תר״ח במי שמל וטרם טבל, אם יש בו איסור לשמור שבת, כדין בן נח ששבת וכו׳).

ואם כן, אם אמנם יש צורך שהגירות תבוצע בפני בי״ד כאמור --- ״משפט כתיב ביה״, הרי מסתבר היה לכאורה שדוקא השלב המכריע שהוא --- הטבילה, שיהא זה לעיכובא דוקא בפני שלשה. ואילו, אליבא דאמת, דוקא השלב הראשון, שאינו פועל כלום במעשה הגירות, הוא שצריך בי״ד של שלשה.

ט.

עוד יש לעיין, מהו התוכן ״שגר צריך שלשה״ שבלי זה אין כאן גירות למרות שקיבל בפני עדים המצוות וכן מל וטבל. ומה זה שבגירות הדיון על קבלתו, כלשון הגמרא (יבמות כד, ב): לא קיבלו גרים בימי דוד ושלמה, וכן לע״ל: לא יקבלו גרים. אם הפירוש של ״בפני שלשה״, היינו שצריכה הגירות נוכחות של שלשה (מעין מה שצריך בקידושין נוכחות של שני עדים) כי אז הלשון ״קבלה״ אינו הולם, שאין זה תלוי בקבלתם, אלא במעשה הגירות שהאיש עושה בעצמו. והרי חזינן שהקבלה היא לעיכובא. כמבואר במס׳ קידושין (סב, ב) בענין מקדש אשה ״לאחר שיתגייר״ שאמרו שם שאין זה בידו, שכן ״מי יימר דמזדקקו לי׳ הני תלתא״, מה תוכן ״ההזדקקות״, הרי יכול להצהיר בפני שלשה מישראל מבלי שיבקש הסכמתם (או אפילו בפני שלשה דיינים מומחים שיושבים במושב בי״ד) שמקבל על עצמו כל תרי״ג המצוות ודקדוקיהם. וכן יכול הוא לקפוץ ולטבול בפני שלושה ויאמר שמגייר עצמו, ומי מעכב בידו? והרי פשוט הדבר שמה שאמרו מודיעים לו מקצת מצוות קלות וחמורות, אינו לעיכובא, שאם תאמר, שיכול לטעון שטעה ולא ידע מהו מקבל על עצמו, כי אז גם ״מקצת״ לא הי׳ מספיק. ואין זה אלא שיראה משהו ממצוות התורה, אבל עיקר הדברים שמקבל על עצמו כל מה שנצטוו בהם ישראל. א״כ הרי סגי לכאורה בהצהרה סתמית מצד המתגייר, ומה תוכן --- ״נזקקים״ או ״אין נזקקים״ לו?

י.

ברור, אם כן, שיסוד עיקרי הגירות, כתנאי ראשון, **שכלל ישראל מסכימים לקבל אותו לקהלם**, וזה מתבטא בזה שבית הדין, שהוא ב״כ של עם ישראל, מחליטים לקבלו, שמודיעים לו מקצת המצוות, והוא מקבלם בפניהם. ועל כן, כל עוד לא נתקיים תנאי זה, אין בכל פעולות הגירות מצדו כל ממש.

ועל כן, גם עיקר מה שצריך שיהא בפני בי״ד הוא שקבלת המצוות מצדו, שתיעשה בפני הבי״ד, הוא גילוי דעת שמסכימים לקבלו כגר. ואילו הפעולות מצדו שלאח״כ --- המילה והטבילה מספיק שיהיו בפני שני עדים, שמאשרים שהוא מצדו עשה את הנדרש לכניסתו לכלל ישראל.

היסוד העיקרי המכריע בגירות הוא, איפוא, הכניסה לכלל ישראל, משום זה הוא שצריך שלשה שהם בי״ד, שמקבלים אותו בהסכמתו. והפעולה מצדו אינה אלא תנאים הכרחיים לביטוי ההסכמה מצדו.

יא.

ונלענ״ד שבזה יוסברו דברי הרמב״ם בענין גרים שנתקבלו מבלי שבדקום היטב, ואח״כ נתגלה שנשארו במעשיהם ודעותיהם הכוזבות. ואלו הם דבריו (פי״ג מאי״ב, י״ד-י״ז):

> יד. אל יעלה על דעתך ששמשון המושיע את ישראל או שלמה מלך ישראל שנקרא ידיד ה׳ נשאו נשים נכריות בגיותן. אלא סוד הדברים כך הוא. שהמצוה הנכונה כשיבא הגר או הגיורת להתגייר, בודקים אחריו שמא בגלל ממון וכו׳. אם לא נמצא להם עילה, מודיעים אותן כובד עול התורה וכו׳, כדי שיפרשו. אם קבלו ולא פירשו וראו אותם שמקבלים מאהבה, מקבלים אותם וכו׳.
>
> טו. לפיכך לא קבלו בי״ד גרים כל ימי דוד ושלמה וכו׳, שכל החוזר מן העכו״ם בשביל דבר מהבלי העולם אינו מגרי הצדק. ואעפי״כ היו גרים הרבה מתגיירים בימי דוד ושלמה בפני הדיוטות, והיו בי״ד הגדול חוששין להם, לא דוחין אותן אחר שטבלו מכ״מ, ולא מקרבין אותן עד שתראה אחריתן.
>
> טז. ולפי שגייר שלמה נשים ונשאן, וכן שמשון גייר ונשא. והדבר ידוע שלא חזרו אלה אלא בשביל דבר, ולא עפ״י בי״ד גיירום, חשבן הכתוב כאילו הן עכו״ם ובאיסורן עומדים. שהוכיח סופן על תחילתן וכו׳.
>
> יז. גר שלא בדקו אחריו, או שלא הודיעוהו המצוות ועונשן, ומל וטבל בפני ג׳ הדיוטות, הרי זה גר. אפילו נודע שבשביל דבר הוא מתגייר, הואיל ומל וטבל --- יצא מכלל העכו״ם, וחוששין לו עד שיתברר צדקותו. ואפילו חזר ועבד כו״ם --- הרי הוא כישראל מומר שקדושיו קידושין וכו׳. ולפיכך קיימו שמשון ושלמה נשותיהן, ואעפ״י שנתגלה סודן. עכ״ל.

והנה יש כאן כמה קשיים. ממה שכתב ״והיו בי״ד הגדול חוששין להן, לא דוחין ולא מקרבין עד שתראה אחריתן״ נראה לכאורה שאם יתברר שלא היתה כוונתן כנה, אינם גרים. אך א״כ מהו זה שממשיך ואומר שאפי׳ ״חזר ועבד כו״ם הרי הוא כישראל מומר שקדושיו קידושין״. דמשמע שהם ודאי קידושין כישראל מומר? ולמה לא יהא זה אלא ספק קידושין, לכל היותר? הרי נתברר שבכלל לא כיון לקבל עליו מצוות. ואף אם נאמר שמ״מ מידי ספק לא יצא, שמא מעיקרא היתה כוונתו נכונה ורק אח״כ חזר בו, מ״מ היה צריך לדונו כספק. ויותר מזה, מה שמסיים בסוף באשר לשמשון ושלמה ״שלפיכך קיימו שמשון ושלמה נשותיהן. אעפ״י שנתגלה סודן״ שמכיון ״שנתגלה סודן״ הרי נתגלה שלא היתה כוונתם להתגייר ולקבל המצוות, א״כ הרי ״כאילו הן עכו״ם ובאיסורן עומדים״. א״כ איך יכלו שמשון ושלמה לקיימן? ומה הועיל בזה לתרץ מה שהוקשה בראשית דבריו ״שאיך יעלה על הדעת ששמשון המושיע את ישראל או שלמה המלך שנקרא ידיד ה״ ימשיכו להחזיק נשים אלה שאחר שמתגלה סודן הרי הן כאילו לא נתגיירו כלל, ומאי נפ״מ אם מתחילה נשאום בגיותן או שהמשיכו להחזיק בהן, ופשוט, שגם ילדיהן אשר ילדו יכנסו לכלל ישראל?

אלא שכוונת הדברים, שכיון שעיקר גירות הוא **קבלתם** לכלל ישראל ע״י שלשה מישראל, שתורת בי״ד הדיוטות עליהם, הרי הם גרים, אלא שאין לראותם ״כגרי צדק״. כי הגירות שהיא קבלתו ע״י בי״ד בתנאי שמל וטבל, וכוונת הגר היא אמנם נדרשת בכדי שבי״ד יקבלוהו. אך משקבלוהו, אף שעשו שלא כהוגן, הרי הוא גר, וכל דיני אדם מישראל עליו. ע״כ, כשעובד ע״ז הרי הוא כמומר, אך אינו יוצא בזה מכלל ישראל. וע״כ קידושיו אינם מופקעים ונשארים בתוקפם בקידושין ודאי. ״לפיכך קיימו שמשון ושלמה נשותיהן, אעפ״י שנתגלה סודן״. ודו״ק.

יב.

והנה יוכל לשאול השואל, והלא התורה ומצוותיה מה׳ ניתנו, משום מה לא יוכל הנכרי לקבל על עצמו מצוות ה׳ מבלי שתהא הסכמה של כנסת ישראל לקבלו לתוכה? משום מה כרוך מושג גירות בהזדקקות בית דין לצורך קבלת המצוות, שהוא כאמור ההחלטה המאשרת קבלתו לישראל.

התשובה לזה נראית. שאמנם כן, רשאי הוא לקבל המצוות, אך אזי יהיה בגדר אינו מצווה ועושה. שכן לא נצטוו בני אנוש לקיים תרי״ג מצוות, רק ישראל. על כן, בכדי להיות בגדר של מצווה ועושה, אין דרך אלא לכשיחשב מישראל, ולזה דרוש התנאי שעם ישראל יסכים לקבלו לתוכו!

ולפ״ז יתכן ולא נשגה באמרנו, שכל תוכן הגירות היא הסתפחות לעם ישראל, אלא שלא תתכן הסתפחות זו, אם אינו מוכן לקיים תורה ומצוותיה; שכן במעמד הר סיני אמר כל העם ״יחדו״ נעשה ונשמע, ולא נשאר אף אחד מעם ישראל שלא היה בקבלת התורה. נתאחד עם ישראל במעמד זה והפך לאחדים עם התורה. על כן בהצטרף הנכרי מעמי הנכר לעם ישראל הוא נכלל בזה גופא למקבלי התורה במעמד הר סיני, כשם שילד יהודי מצווה ועומד מכוח מעמד זה. מה שנצטרך מהגר קבלת מצוות, אין זה אלא בחינת גילוי מילתא שמסכים לתנאי שבו מותנית הצטרפותו לעם ישראל. על כן מספיק במה שמודיעים לו רק מקצת מן המצוות, מבלי שידע תוכנן של כל המצוות וקבלתו אותן

במפורש. כי בהיותו אחד מישראל, הרי הוא חייב במצוות, ככל אחד אחר. ונראה שזה מפורש בכתוב במגילת רות, שמשם אנו למדים כמה מפרטי סדר הגירות. וזה מה שאמרה: ״עמך עמי ואלקיך אלקי״. לאמר, שע״י שהופכת להיות חלק מעם ישראל, אלקי ישראל הוא אלוקיה! זהו יסוד הגירות ואידך פירושא, זיל גמור!

יג.

]בזה יתנהר לנו ענין עמום, שהוא לכאורה מחוסר הבנה.

נחלקו תנאי (ע״ז סד, ב) מהו ״גר תושב״. ודעת ״אחרים״ שלא מספיק לזה קבלת ז׳ מצוות, אלא שמקבל עליו כל המצוות כולן פרט לאכילת נבילות. והדבר מפליא, אדם שמקבל על עצמו כל התורה על מגבלותיה ואיסוריה, מה מעכב בידו, שיקבל כבר על עצמו גם איסור אכילת נבילות? וכי כל כך טעמה לחיכו אכילת נבילות, וכי בשביל כמה פרוטות שירויח ממה שיתנו לו נבילה בחינם יתעכב מלהיות גר מושלם? אתמהה.

אכן להנ״ל נראה שכוונת הדברים שאיש זה אמנם מוכן לקבל כל התורה, אבל אינו מסכים להכנס לכלל ישראל, להסתפח על עם ישראל. רוצה הוא להשאר בן הלאום שבתוכו נולד, ואינו רוצה להיחשב ליהודי לפי לאומו. והסימן המובהק לזה ניתן בזה שאוכל נבילות. שכן ״לכלב תשליכון אותו״ ניתן כ״פרס״ לכלבים, כמאמר חז״ל (מכילתא כב) על אשר ביציאת מצרים ״לא יחרץ כלב לשונו״. באי-קבלת איסור אכילת הנבילה יש ביטוי לאי-הזדהותו עם עם בני ישראל...

(ניתנת איפוא אפשרות לאדם להיות צרפתי בן-דת משה, גרמני בן-דת משה וכיו״ב. אבל בקהל עדת ישראל לא ימנה, כי ישראל ואורייתא חד הם).[

יד.

בזה מושטת לנו בקנה התשובה, למה שנתקשו האחרונים מהו המקור להלכה ״גר שנתגייר כקטן שנולד דמי״, ושמפליא ביותר, שחז״ל לא מצאו לנכון לציין זאת, כפי הנראה מרוב פשיטותו.

דלפי האמור, הרי זה מפורש בדברי רות שאמרה ״עמך עמי״, שתוכן הגירות הוא בעיקרו עזיבת העם שממנו בא וכניסתו לעם ישראל.

ומכיון שגירות פירושה כניסה לעם ישראל, לא רק קבלת תורתו (כי זה יתכן לעשות גם מבלי שיכנס לעם ישראל, ויהי׳ לו דין של ג״ת), הרי פשוט ומובן שבזה מתנתקים כל הקשרים המשפחתיים שקשורים עם הזהות הלאומית הקודמת, שאם הגר הוא בן עם ישראל, אינו יכול להיות בו-בזמן גם שייך למשפחה שהיא חוליא אחת של העם שממנו בא.

טו.

ממילא גם מובן, שאין אומרים ״כקטן שנולד״ אלא רק במה שנוגע להתייחסות אבל לדברים אחרים, כגון נכסים, חיובים וזכויות, וכן ענשים באשר לעבירות שעבר לפני כן, בכל אלה אין אנו רואים אותו כקטן שנולד, כי רק בנוגע להשתייכות הלאומית, שנובעת מקשרי המשפחה, הוא שנאמר דבר זה, אבל לא לשום ענין אחר זולתו.

בזה מובן גם מה שישראל בקבלת התורה לא נאמר בם ״כקטן שנולד״ גם לענייני משפחה. וכל קשרי המשפחה וההתייחסות אחרי אבותיהם, בסדרי השבטים וקרבת המשפחה, כאשר היו, כן נשארו להבא.

שכן עם ישראל בקבלת התורה הרי לא נכנס לעם אחר, אלא המשיך זהותו, ובתור עם ישראל הוא שקיבל את התורה. לא שייך ממילא כאן הדין של ״כקטן שנולד״, שכן לא קבלת מצוות במעשה הגירות שבכל גר דעלמא הוא שעושה אותו כקטן שנולד, כי אם מה שנכנס (ע״י קבלת התורה ומצוות) לתוך כלל עם ישראל, הוא שעושה אותו שכזה. על כן ישראל שנשארו עם ישראל בקבלת התורה, ואדרבא, בתור שכאלה הם שנכפתה עליהם קבלת התורה, לא שייך בהם מושג זה כלל. וז״פ וברור.

טז.

וזוהי כוונת מהר״ל שמחלק בין ישראל שקיבלו התורה בכפיה אינם בגדר קטן שנולד, והדברים לכאורה נראו לנו בלתי מובנים. אולם זה כפי שהסביר בספרו תפארת ישראל (פ׳ לב) ונצח ישראל (פ׳ יא): ״כי השי״ת בחר בישראל בעצם ולא בשביל מעשיהם הטובים״. וכפיית הר כגיגית באה להדגיש אף היא שהקשר של ישראל לתורה הוא טבעי ומהותי, ואינו בגדרי הבחירה החפשית. והרי זהו, כפי שהוסבר בדברינו, הגורם שקבלת התורה לא הצריכה הנתקות מהעבר, אלא אדרבא, היתה מחויבת ועומדת מתוך הקשר האומתי שנוצר בשרשרת אבות הראשונים --- אברהם יצחק ויעקב. על כן לא נאמר על ישראל בקבלת התורה ״כקטן שנולד״ --- ״כאילו מאליהם״!

יז.

]ומה שנתקשה ב״משך חכמה״ למה לא נפרדו מנשותיהם אחר מ״ת, אלה מישראל שנשאו נשים שנאסרו במ״ת בדין עריות, נראה שיתבאר, על דרך הדיון במס׳ חולין (יז, א) על אברי בשר נחירה שהכניסו ישראל לארץ, אם נאסרו אז, מאחר שמאז נצטוו על השחיטה, שיתכן שכיון שהותרו הותרו. ואם כי שם נשאר בבעיא, י״ל דשאני בזה, כיון שנעשה בהם לפני כן מעשה הקידושין ולא פקעו כנאמר ״שובו לכם לאהליכם״, בהללו ודאי גלי קרא שכיון שהותרו הותרו. ומה שנאמר ״העם בוכה למשפחותיו״ --- על עסקי משפחות, הכוונה ברורה, כלפי אלה שטרם נישאו בשעת היתר. ודו״ק].

יח.

הנה כי כן, נתברר לנו מושג הגירות ויסודות הלאומיות הישראלית שהם בקשר הבלתי נפרד בין קב"ה, אורייתא וישראל. ברוך שבחר בנו ונתן לנו את תורתו.

סימן סח : העובר ומעמדו החוקי-משפטי כישראל וכגר

א. משמעות הדיון על "עובר ירך אמו"
ב. תורת "עובר" - רק אחר גמירת היצירה
ג. באמור לעיל - תירוץ קושיא חמורה
ד. יחוס העובר במעי האם
ה. עוד גדר לעובר ירך אמו
ו. יסוד חדש של הר"ן
ז. תוכן חידושו של הר"ן טמון במשפט הירושה לדעת הרי"ף
ח. לחלות הגירות - עובר ירך אמו לדעת כו"ע
ט. מסקנא העולה לנו בדיני עובר לאמהות ולגירות

א. משמעות הדיון על "עובר ירך אמו"

השאלה אם עובר ירך אמו או לאו ירך אמו, נזכרת מספר פעמים בגמרא, ובראשונים בביאור הגמרא, ובהכרעתה תלויים כמה גופי הלכות. ונחלקו בו תנאים, וגם אמוראים, וכן חלוקים בה בעלי התוס'- ר"ת והר"י. גם מדברי הרמב"ם אין עולה דבר ברור. יש שנראה ממנו שעובר ירך אמו, ויש שנראה משם להיפך. וצ"ע בביאור דעתו.

יש לשאלה זו השלכה בבעלי חיים וגם נפקא מינא גדולות באדם. ואם כי השאלה אחת היא באדם ובבהמה, ואף התוצאה מההכרעה בשאלה זו אחת היא, אולם לא בכל מקום שהשאלה נידונה יש לה אותו מובן.

הנה נחלקו ר"א ור' יהושע בבהמה מעוברת שנטרפה, האם גם הולד נטרף. לדעת ר' אלעזר טריפות האם גוררת גם טריפות הולד. ואילו דעת ר' יהושע, והלכה כמותו ללא חולק, שאין הולד נטרף (חולין נ"ד). ומ"מ אין בזה הכרעה לגבי עניינים אחרים, כפי שכתבו התוס' (סנהדרין פ', ב' ד"ה עובר):

> די"ל דבכל דוכתי עובר ירך אימו, בר מלענין **טריפות** שהוא תלוי בחיות, והעובר יש לו חיות בפני עצמו.

וכיו"ב כתב הר"ן (חולין דף י"ט ברי"ף ד"ה ולענין):

> בטריפה לחוד ס"ל לר' יהושע דלאו ירך אימו הוא, דזיל בתר טעמא - טריפה משום מה קמיתסרי? - משום שאינה חיה, ושהיא מתנוונת והולכת מאותו חולי. וכיון שכן, עובר זה שהוא עתיד לחיות, אעפ"י שהוא כירך אמו, אין לנו לדונו כטריפה.

ונראה שחלוקים בזה ר' יוחנן ורבא (שמתוך אמרותיהם למדנו כזאת):

> א"ר יוחנן: הפריש חטאת מעוברת, רצה מתכפר בה, רצה מתכפר בולדה. - קסבר עובר לאו ירך אמו, והו"ל כמפריש שתי חטאות לאחריות (תמורה כ"ה, א').

לעומת זה אמרותיו של רבא בכמה מקומות:

> אמר רבא: ולד הנוגחת אסור, ולד הנרבעת אסור (להקרבה - רש"י).
>
> היא וולדה נגחו, היא וולדה נרבעו. (סנהדרין פ', א')

וכן מימרא של רבא:

> פרה שהזיקה - גובה מולדה. (רבא ס"ל דחד גופא הוא, והוי כאחד מאבריה. רש"י שם. ב"ק מ"ז, א').

ומימרא בברייתא, כפי שנתבארה ע"י רבינא:

> פרה שהמיתה אם עד שלא נגמר דינה עיברה וילדה, ולדה מותר. ואם עד שלא נגמר דינה עיברה, ומשנגמר דינה ילדה - ולדה אסור, עובר ירך אמו הוא. (אע"ג דלא הוה בשעת נגיחה, כיון דהוה בשעת גמר דין, נאסר בגמר דין עם אמו, דעובר ירך אמו הוא, רש"י שם. סנהדרין פ', ב').

כן נחלקו, כאמור, הר"י ור"ת לפסק הלכה.

דעת הר"י (ב"ק מ"ז, א' תוד"ה מאי טעמא):

> ואור"י דבכל מקום עובר ירך אמו הוא לבד לענין טריפה, דכיון שיש לו חיות בפני עצמו, ליכא למימר שנטרף עם אמו וכן הלכה, דבכל מקום עובר ירך אמו, לבד מטריפה. וכו'. (וע"ע יבמות ע"ח, ב', תוד"ה אלא).

לעומת זאת דברי ר"ת (סנהדרין פ', ב' תוד"ה עובר):

> ור"ת מפרש דבכל דוכתי קי"ל **דלאו** ירך אמו... והא דאמר רבא: ולד הנוגחת והנרבעת אסור, **לא פליגא**. והיינו טעמא, דכיון דעד עכשיו היה חיות הולד תלוי באם, הוי כאילו נגמר דין שניהם להריגה, ולאו משום דהוי ירך אמו, וכן הא דתנן בפ"ק דערכין (דף ז' א') האשה היוצאת ליהרג, אין ממתינים לה עד שתלד, ופריך בגמרא פשיטא, גופה הוא, התם נמי טעמא, כדפרישית.

וברי"ן בדעת ר"ת (חולין הנ"ל) בביאור האי דינא דערכין, בשינוי מסויים:

והיא נמי דערכין (דף ז׳ א׳) באשה היוצאה ליהרג, אין ממתינים לה עד שתלד, לא משום עובר ירך אמו הוא, אלא שכיון שהיא מחוייבת מיתה, אין מענין את דינה. ולולד - כיון שלא יצא לאויר העולם, לא חיישינן. תדע, שאלו נגמר דינה להריגה וילדה, אין הורגין את הולד, **משום דעובר לאו ירך אמו הוא**, ולא עליו נגמר הדין.

[ונחלקו אולי במחלוקת שהובאה בראי״ש (יומא פ״ח, סי׳ י״ג) אם הותר חילול שבת משום סכנת ולד. לדעת בעל הלכות - מותר, ״דאיכא מאן דס״ל דאין מחללין משום נפלים״. דעת הרי״ן כדעה השניה, וע״כ ״לא חיישינן לולד, כיון שלא יצא לאויר העולם״. ואילו שיטת התוס׳ כבעל הלכות, שיש גם עליו דין פקו״נ והיתר חילול שבת. א״כ לכאורה אין להתיר הריגת הולד משום עינוי הדין של האם. אע״כ דמצד תלות הולד באם, בגמר הדין על האם כאילו גם עליו נגמר הדין, ודו״ק בדבריהם שכתבו בלשון ״כאילו״, שאמנם אין כאן גמ״ד ממש, ומ״מ זה מהני שלא להתחשב בחיותו].

יש עוד הבדל בין התוס׳ לר״ן, בהבנת הסוגיא סוף פ״ב דגיטין (דף כ״ג, ב׳. וע״ע תוס׳ שם תוד״ה ונעשה) במה שאמרו שם בדעת רבי שסובר עובר ירך אמו, בענין אפשרות קבלת גט שחרור ע״י שפחה עבור העובר שבמעיה מיד רבה שלה. שפשטות הגמ׳ אכן היא שעובר ירך אמו (וברש״י שם: והו״ל כחצי גופה. ועי׳ תוס׳ סנהדרין פ׳, ב׳ הנ״ל). אולם הר״ן כתב בזה עפ״י דעת ר״ת ״דכיון דשייך בה - ידה כידו״. (כוונת הר״ן בזה צ״ע, ויתבאר בע״ה באריכות דברינו).

דעת הרמב״ם בפסק הלכה אינה ברורה כנ״ל. יש מקום שנראה שנוקט עובר לאו ירך אמו, ויש שנראה שפוסק עובר ירך אמו, ודעתו צריכה בירור.

(עי׳: פ״ג מאיסורי מזבח, י״ג, פ״ד מפאה״מ י׳, פי״א מנז״מ, י״א, י״ב, ועוד).

ב. תורת ״עובר״ - רק אחר גמירת היצירה

טרם נדון בדין העובר, מן הראוי לקבוע מאימתי חל על היצור העומד לבוא לעולם שם ״עובר״, שעליו נסב הדיון אם ירך אמו או לאו ירך אמו.

כפי שמתבאר מהסוגיות, מזמן ההפריה עוברת עוד תקופה מסוימת שהוא עוד בגדר טרם-עובר. כך אמר רב חסדא: יצירת הולד באשה - ארבעים יום (בכורות כא, ב). וברש״י שם: ״דהמפלת אור ליום ארבעים, צריכה לישב ימי טומאה וטהרה. בציר מהכא **מיא בעלמא הוא**״. וכן הם דברי ר״ח במק״א: (יבמות ס״ט, ב): עד ארבעים - מיא בעלמא הוא.

היינו שטרם שעברו ארבעים יום מזמן קליטת הזרע, עדיין אין תורת ולד ועובר עליו, שמשום זה המפלת אין עליה תורת יולדת, שיהא בה דיני טומאה וטהרה שקבעה תורה ביולדת (ואלמנה בת כהן אוכלת בתרומה,ואינו פוסלה כל מ׳ היום, יבמות שם). וזה, כפי שמסביר ר״ח, מפני שתהליך היצירה של הולד הוא משך ארבעים יום.

ואעפ״י שההפריה עצמה, דהיינו קליטת הזרע במעי האשה הוא לכל המאוחר - שלשה ימים. כמבואר במאמרם: שלשה ימים ראשונים יבקש אדם רחמים שלא יסריח (ברכות ס׳, א׳).

וברש״י שם: שלא יסריח הזרע, אלא יקלוט ויהיה ולד. ואחר ג׳ ימים, אם לא קלט - כבר הסריח ואין תפילה מועלת. והמשך הגמרא שם: משלשה ועד ארבעים, יבקש רחמים שיהיה זכר, והיינו כנ״ל, שארבעים הימים הם ימי **יצירת הולד**.

ומבואר שם בהמשך הגמרא, שזה ג״כ רק **בתנאי** שהזריעו שניהם כאחד, שאל״כ נקבע המין של הולד בזמן **ההפריה**. על אותו רגע גם נאמר (נדה ט״ז, ב):

> מלאך הממונה על ההריון נוטל טיפה ומעמידה לפני הקב״ה, ואומר לפניו: רבש״ע, טיפה זו מה תהא עליה - גיבור או חלש, חכם או טיפש, עשיר או עני.

ז״א: העתיד של **העומד** להולד כבר נקבע עם ההפריה, אולם **היצירה** לפי תכנית זו, רק עכשיו **התחילה**, ונמשכת ארבעים יום, כנ״ל.

וכיו״ב מבואר במדרש (ויק״ר פ׳ כ״ג, י״ב): כל ארבעים יום הקב״ה עוסק בצורת **הולד**. ומכאן יתבאר לנו שהאמור בחז״ל (סוטה ב׳, א): ארבעים יום קודם יצירת הולד בת קול יוצאת ואומרת בת פלוני לפלוני, הכוונה היא לאותם **ארבעים** הימים, שעוברים מאז תחילת היצירה עד לגמר היצירה, (ולא לפני ההפריה!), שכן עד אז אין ע״ז תורת עובר אלא ״מיא בעלמא״. ולזאת הוגדרו ארבעים ימים אלה בגדר ״**קודם** יצירת הולד״.

ומכאן שכל הדיון אם ״עובר ירך אמו״ אינו אלא על התקופה שלאחר ימים אלה, כשנגמרה יצירת הולד, אבל לא באשר למ׳ ימים אלה, שהם עוד ״קודם יצירת הולד״.

והנה נחלקו המדרשים באשר לשינויי המין של דינה ושל יוסף, דלפי האמור בגמרא דילן (ברכות ס׳, א), עקב תפילתה של לאה **נחלף במעיה המין** מזכר לנקבה. ולפי האמור בתרגום יונתן ב״ע הוחלפו העוברים במעי רחל ולאה.

ומבואר בסוגיא דגמרא, שהיה זה תוך ארבעים יום הראשונים, היינו בזמן שיש על זה תורת מיא בעלמא. ונ״פ דה״ה **לפי התרגום** המדובר על תוך אותו זמן, היינו טרם שנגמרה יצירת הולד, באופן שגמר היצירה היתה במעי זו שילדתו. ודו״ק. ומכיון שאין ע״ז אלא תורת ״מיא בעלמא״ באותו זמן, ע״כ ניתן להבין דברי הת״י, שיחשב הולד כבן האשה שבה נגמרה יצירתו.

ג. באמור לעיל - תירוץ קושיא חמורה

נחלקו התוס׳ והרמב״ן, במה דנקטינן לדינא שגיור הזכרים הוא רק ע״י **מילה וטבילה**, ובטבילה בלי מילה אינו גר, שמשמעות הגמרא שהמילה קודם הטבילה, אם סדר זה **מעכב** באופן שאם טבל ואח״כ מל, אינו גר, עד שיחזור ויטבול. דעת התוס׳ שמשמעות הדברים שהסדר מעכב. והוקשה להם מהאמור שמעוברת שנתגיירה, בנה אי״צ טבילה (יבמות

ע"ח א'). ומבואר שם שלמ"ד עובר לאו ירך אמו, בטבילת האם הוי גם טבילת העובר כטבל בפני עצמו, שאין האם חוצצת בטבילתו משום ש"היינו רביתיה". דמ"מ הרי עדיין לא נימול, ובע"כ תיעשה המילה רק אחר הלידה, א"כ הר"ז סדר הפוך. ותי' הר"י "דשאני התם דאכתי לא חזי למילה" (יבמות מ"ז, ב' ד"ה מטבילין אותו). והיינו שבזה שאין עוד ראוי למילה, גירותו היא כגירות נקבה **בטבילה גרידא**.

ואילו הרמב"ן דייק **מהלכה** זו של גירות במעי האם, שהסדר אינו מעכב (שם):

> אם טבל ואח"כ מל הר"ז גר, דל"ש מילה וטבילה, ול"ש טבילה ומילה, תדע דהא אמרינן לקמן בפ' הערל (דף ע"ח) גיורת מעוברת שטבלה - בנה אי"צ טבילה. והרי קדמה טבילתו למילתו, אם זכר הוא, והול"ל בתה אי"צ טבילה, וכו' עכ"ל. (וע"ע ברשב"א בהנ"ל).

והנה דנו התוס' ואידך ראשונים (כתובות י"א, א') בענין טבילת ומילת גר קטן, שנראה שאינם אלא מדרבנן, דמהו זה שאמרו בגמרא (סנהדרין ס"ח, ב') בפירוש הכתוב: "ואם אין לאיש גואל" שהכוונה לגר, ואמרה תורה "לאיש" - איש אתה צריך לחזר אחריו אם יש לו גואל, קטן אי אתה צריך לחזר אחריו. כלומר שודאי אין לו מי שירשנו, שקטן אינו מוליד. ומ"מ שומעים אנו, שיתכן גר קטן, ואיך תחול הגירות בטרם היה לאיש בר-דעת. ותירצו ע"ז התוס' שיתכן לפי הנ"ל, שנתגיירה אימו בעודה **מעוברת**, שחלה גירות גם על הולד. והוקשה לאחרונים מסוגיא זו על דעת הרמב"ן, דהתינח לפי שיטת הר"י שבתוס' הנ"ל, שבכה"ג גירות העובר היא ע"י טבילה גרידא, באופן שכשנולד הרי הוא גר, ומילתו תהיה **לשמונה** כדין כל ילוד ישראלי. אך לפי הרמב"ן, שגירותו תסתיים רק ע"י מילה, שכן לדעתו אף הוא זקוק לחלות הגירות למעשה המילה (אלא שכאמור הסדר אינו מעכב, והוי גר בטבילה שבמעי האם, ובמילה **שלאחר** הוולדו), א"כ שוב הקושי קיים, שלפ"ז כיון שאינו בר-דעת, הגירות תהיה רק ע"ד ואינה גירות מן התורה. ורבו בזה הדיונים ונבארם להלן. אכן לפי האמור לעיל שכל הדיון על עובר, אם ירך אמו הוא או לא, אינו אלא **לאחר** מ' יום מזמן ההפריה, שאז נגמרה יצירתו, ואילו לפני כן עדיין אינו בגדר עובר, אם נתגיירה הנכרי' בהיותה בראשית הריונה, טרם שעברו עליה מ' היום הראשונים, ודאי שלכו"ע גיורה וטבילתה חלים על היצור שבמעיה יחד עם גיורה היא, מבלי שנראה בו טבילה נפרדת, והוא חלק האשה עצמה, ע"כ בזה גם לדעת **הרמב"ן** גירותו נגמרת עם טבילת האשה שאינו אלא כשאר גופה. וע"כ זו גירות מן התורה, ובדרך זו פשוט שהיה לו תורת גר מן התורה, ומילתו לשמונה בתור ילד שנולד בישראל, (אמרנו, באשר לקושיא זו, אולם אכתי שיטת הרמב"ן ואף התוס' צריכים ביאור כדלהלן).

ד. יחוס העובר במעי האם

הן ראינו מחלוקת הראשונים בחלות הגירות בעובר, למ"ד לאו ירך אמו, שלכו"ע צריכה גירותו מעשה טבילה מצד עצמו (אלא שבטבילת האם אנו רואים זאת גם כטבילתו). אולם נחלקו בעובר זכר, שלדעת התוס' אין זקוק למילה לשם גירותו, כיון שבהיותו עובר, אינו ראוי למילה, גירותו חלה ע"י טבילה גרידא, ואילו לפי הרמב"ן, גירותו נשלמת לאחר לידתו במילה.

והנה אמרינן בגמרא (יבמות צ"ז, ב'): שני אחים תאומים, היתה הורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה... חייבים משום אשת אח. (חייבים כרת משום אשת אח מן האם, שהרי היא כישראלית שילדה בנים, רש"י). ונתעוררו האחרונים, דהתינח למ"ד עובר ירך אמו, שמשום זה סגי בגירות האם שיחשבו הילדים ישראלים שנולדו מישראלית, ע"כ יש להם דיני ייחוס וקרבה. אך למ"ד לאו ירך אמו, דטבילת האם נחשב כטבילה גם של העובר, שנעשה גר מכח עצמו, שא"כ חל עליו בעודו עובר הדין של גר שנתגייר כקטן שנולד, באופן שאין קשר להמשך התפתחותו במעי האם לעברו הקודם, שהיה עליו דין גוי. וא"כ למה יהיו לתאומים הללו דיני קרבה ויחוס לאם, ולא נחשיבה כאילו נתגיירו אחר לידתם, שאין להם כל קרבה הדדית. ומזה רצו להוכיח (תחומין ד', הגרז"נ גולדברג והרה"ג א"י כלאב שליט"א, ועוד) שמכח מה שהיה טרם הגירות נפסקו יחסי הקרבה, בזה שהם ממשיכים לגדול במעי הגיורת, והיתה לידתם בקדושה, שהייתם זו במעי האם מחדשת וקובעת יחסי קירבה ביניהם לבין עצמם ולבין אימם. ומכאן באו ללמוד בשאלה שנתעוררה בדורינו שביצית שנלקחת ממעי אשה אחת והופרתה שם, ושבו ושתלוה במעי אשה אחרת, שיש לשניה תורת אם, לכל התוצאות הנובעות מזה.

(והנה לעיל העלינו, שיש מקום להבחין בין כשנלקחה מהאשה הראשונה **תוך מ' יום להפרייתה** שעוד טרם נוצר הולד, שאכן מסתבר שהדין כן, אולם מראיה זו של אחים תאומים שהויתם שלא בקדושה, אין הבחנה זו קיימת, ולפי דרכם גם לו יצוייר העברת עובר מהאחת לשניה גם כן מחשב לה כדין אימו).

ועל זאת נעיר, דגם **לשיטתם** אכתי לא תתיישב הסוגייא לדעת הרמב"ן, שהרי לדידיה נראה שרק לאחר **מילתם** נכנסים לכלל ישראל וא"כ חלות ההלכה של גר שנתגייר כקטן שנולד יהיה לגביהם רק לאחר מילתם, ולפ"ז, עכ"פ לדעת הרמב"ן, אכתי אין מיושב משום מה יש על התאומים הללו דיני איסורי עריות, שהרי הם אינם אלא כשני אחים גויים שנתגיירו. וכדי ליישב לרמב"ן מוכרח לומר שסוגיא זו הולכת לדעה שעובר ירך אמו וגירותה כגירות העוברים, א"כ הן יתכן כזאת גם לאידך שיטות. אכן, כפי שיבואר להלן, הסוגיא מיושבת אליבא דכל הדעות, וראי' לנידון אין מכאן.

אכן בשאלה זו כבר דן בס' אחיעזר (ח"ב סי' כ"ט, סק"ו) וכן הביא שם מעוד כמה מקומות בש"ס ע"י"ש, שמהם אנו רואים שיש התייחסות העוברים שנתעברו שלא בקדושה, לאמם יולדתם. ומעלה כמו"כ ששאלה זו מתעוררת גם בנכרי שבא על **בת ישראל**, לשיטת התוס' שמ"ש בזה שהולד כשר, פירושו שנגרר אחרי **האב**, וצריך גירות.

ומחדש בזה, שבכה"ג שהאם ישראלית, וכן אפילו בגיורת מעוברת כשהגירות חלה בבת אחת, גם על האם וגם על העובר, אעפ"י שהיא אצלו בגדר גירות עצמאית, אין על הולד דין של "כקטן שנולד" שאין הלכה זו אלא **כשגם האב וגם האם הם גויים**, וז"ל:

דהא דאמרינן דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי פירש״י בסנהדרין דנ״ח דהוי כקטן שנולד בלי אב ואם, כל זה כשהאב והאם הם נכרים, דלכשנתגייר אין לו חייס כמבואר ביבמות דס״ב: נתגיירו - לית להו חייס משום דהוי כקטן שנולד לגבי אמו, אבל כשאמו מישראל, אין לו דין כקטן שנולד לגבי אמו, ויש לו חייס לגבה. ואעפ״י שצריך גירות, מ״מ כיון שנתגייר, ואין לו חייס כלפי האב, **הרי הוא מתייחס אחר אמו, עכ״פ לגבי דין זה דשארות**, כיון דאמו מישראל - לא הוי כקטן שנולד לגבה, וחייב משום אשת אח. וכ״נ דבהורתו [שלא בקדושה] ולידתו בקדושה, אעפ״י שאחיו נכרי, לשיטת רש״י שצריך גירות, מ״מ חייב בודאי משום אשת אח ... דלא הוי כקטן שנולד לגבי האם. ויעויין משי״כ הנתיבות בתשו׳ בחמד״ש לאה״ע סי׳ ב׳ בישוב דרש״י דלהכי צריך גירות משום דלגבי נכרי מתייחס אחריו. אבל כיון שנתגייר פקע היחס מן האב, והוא גר למפרע. יעוי״ש והדברים קרובים למש״כ, עכ״ל.

הנה לפי דבריו, אין זה מפני **שממשיך לגדול** במעי אשה זו אחר גירותה, דלפ״ז הרי אין על הולד דין גר כלל אלא הוי כנולד מישראלית, אלא שלגבי **יחס האם** הוא דאמרינן כזאת, א״כ אין מזה שום שייכות לשאלה של השתלת ביצית מאשה אחת לאחרת.

אלא שעדיין גם בדבריו לא ניצלנו מקושיא חמורה שהתקשה הגרעק״א בדברי התוס׳ כתובות י״א שהובא לעיל, שמסבירים האפשרות של גר קטן מדאורייתא, דנכרית שנתגיירה בנה אי״צ טבילה. שהקשה למ״ד עובר לאו ירך אמו, שנעשה גר ע״י שנחשב כטבילתו, דמ״מ אכתי תקשי, כיון שזו גירות של **העובר**, והרי אין לו דעת ולא דיני זכיה אלא **מדרבנן** זכין לו שלא בפניו, ואיך ולמה נראה זאת כגירות מן התורה. וזה קשה גם לדעת **התוס׳**, שא״צ מעשה המילה לגירותו, שמ״מ הטבילה עצמה צריכה דעת ורצון וקבלת מצוות, מה שאינו שייך כלל בעובר.

ולזה מה יועילנו חידושו של האחיעזר, שהרי הוא מתבסס שהגירות של העובר **מפקיעה** את התייחסותו אחר אביו הנכרי, שעי״ז חלה **למפרע** ההתייחסות אחרי האם, אך הרי כל עיקר הגירות **אינה יכולה** לחול מעיקרא, ואינה חלה אלא מדרבנן, ואילו מה״ת אכתי בהתייחסותו אחרי האב כדקאי קאי. וצ״ע רב.

ה. עוד גדר לעובר ירך אמו

ונראה לברר קיום של יסוד מסוים בדיני עובר, וכדלהלן:

איתא במס׳ גיטין דף כ״ג, ב׳ בזה״ל:

כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר: ר׳ יוחנן תרתי אמר: נראים הדברים שהעבד מקבל גט לחבירו מיד רבו של חבירו, אבל לא מיד רבו שלו. ואם לחשך אדם לומר, זו הלכה שנויה - אם היתה עוברה זכתה לו (אלמא שפחה זו מקבלתו לצורך עוברה מיד רבה, רש״י). אמור לו: שני גדולי הדור פירשו את הדבר, ר׳ זירא ורב שמואל בר רב יצחק, חד אמר הא מני רבי היא, דאמר המשחרר חצי עבדו קנה. וחד אמר (מוסיף ומסיים פי׳ הדבר, רש״י) מ״ט דרבי בהאי? (הא לא חצי עבדו הוא, דתרי גופי נינהו, רש״י) קסבר עובר ירך אמו הוא (והוה לה כחצי גופה, רש״י). ונעשה כמי שהקנה לה אחד מאבריה, עכ״ל הגמרא.

הלכה זו **הושמטה** מספרי ההלכה, וזה עפ״מ שכ׳ הרא״ש בזה (להלן בפ״ג סי׳ כ״ח): וליתא להא דרבי, כדבעינן למימר לקמן (פ׳ השולח סי׳ ל״ה), עכ״ל. והיינו, שגם אם נפסוק להלכה שעובר ירך אמו, וכפשטות שזוהי דעת רבי, מ״מ ל״מ מה שהשפחה תזכה בשחרור עבור העובר, שכן לא נקטינן כמותו במשחרר חצי עבדו, והעובר הרי הוא כאחד מאבריה.

וכבר צוין לעיל שהתוס׳ הביאו הלכה זו בדיונם באשר לפסק הלכה בעובר אם ירך אמו או לא, וכתבו שלמרות שהלכה זו מבוססת על ההנחה שעובר ירך אמו, אין להוכיח מזה שכן היא אכן ההלכה, שכן ״הלכה דהתם אליבא דרבי קאמר, ושמא אין הלכה כמותו״. כלומר, שיתכן שכשם שאין הלכה כרבי בזה שניתן לשחרר חצי עבד, כן אין ההלכה כמותו בזה שסובר עובר ירך אמו.

אולם בר״ן העלה יסוד אחר:

דאמרינן אם היתה עוברה זכתה לו, אע״ג דעובר לאו ירך אמו הוא, נהי דאינה מקבלת גט לחברתה (היינו מיד רבה שלה) מקבלת גט לעוברה, דכיון דשייך בה - ״**ידה כידו**״, עכ״ל.

כוונתו לכאורה לומר, שאם אמנם משתמשת הגמרא בביטוי ״עובר ירך אמו״, אין כאן הכוונה למקובל בכל מקום, דהיינו שהוא כחלק מהאם וכאחד מאבריה. **אלא שלגבי זה חשבינן** לה כירך אימו, ״מכיון ששייך בה - ידה כידו״. כלומר, לגבי זה תחשב ידה כידו, והוי כאילו קיבל הוא.

אך הבנה זו בדברי הר״ן, הרי קשה מאד, כי אם איתא דלעולם ייחשב העובר כלאו ירך אמו והרי הם **כשני גופים**, אלא שמ״מ לגבי קבלת הגט יכולה היא לקבל עבורו, א״כ לשם מה היה צריך לדחוק שרבי היא, שמשו״כ ניתן לשחרר חצי עבד, ושמשו״ז נדחה מההלכה, כי לא נקטי׳ בזה כרבי. והרי שפיר ניתן לומר שהלכה זו היא אליבא דכו״ע, שהרי אין המדובר כלל על שחרור חצי עבד, אלא על שחרור עבד **אחר**, אלא שבזה ניתן לקבל הגט שחרור גם מידי האדון שלו עצמו, משום ש״ידה כידו״. והדבר צ״ע רב.

ו. יסוד חדש של הר״ן

ולאחר העיון נראה לענ״ד דהר״ן בא לחדש לנו **יסוד חדש**. שכשם שכבר ראינו בדבריו וגם בדברי התוס׳ שלא **בחדא מחתא** הם הענינים שבהם משתמשים במונח ״ירך אמו״, דכנ״ל לענין טריפות ניתן לומר לאו ירך אמו, אעפ״י שבשאר ענינים נדון בהם ירך אמו, כי בטריפות זה ענין הכרוך בחיות והתנוונות, ובזה העובר חי חיות עצמית. מאידך, לענין נגמר דין האם למיתה, **ממיתים** העובר עמה, דזה כאילו נגמר גם דינו למיתה, ואין זה קשור עם הדין של עובר ירך אמו.

כן יש לחלק בין כשהדיון הוא מהבחינה **המציאותית**, אם לראותם כשני גופים שכנ״ל מצד אחד התפתחותם וחיותם היא באופן **שונה**, ומאידך היות העובר תלוי באם. ע״כ יש מקום לחילוקי דעות בזה. אך **לא כן** כשהדיון הוא על המעמד **החוקי-משפטי** של העובר, דמטעם זה עצמו שהעובר אין לו דעה ולא אפשרות פעולה עצמית משלו, והוא נגרר בכל אחר אמו. ע״כ **לענין זה אליבא דכו״ע** יש לו גדר של ״ירך אמו״. ואין כוונת הר״ן לומר שבעצם לאו ירך אמו, אלא שמ״מ יכולה לקבל עבורו הגט, כדרך שעבד יכול לקבל גט של עבד מאדון אחר. דהרי בגמרא אמרינן הלשון ״ירך אמו״. וכן נאמר שהרי זה ״כמי שהקנה לה **אחד מאבריה**״ (ועי׳ תוס׳ שם מה שנתקשו). אלא כוונתו לומר שלגבי זה ״אכן עובר ירך אמו״ הוא. וחלוק עניינו המשפטי של העובר, משאר עניינים שתלויים בחיות - דע״כ בעוד שלשאר עניינים מעמדו כירך האם במחלוקת שנוי, בענין **המעמד המשפטי שלו אין מחלוקת**, ולכו״ע הרי הוא כאחד מאבריה.

ז. תוכן חידושו של הר״ן טמון במשפט הירושה לדעת הרי״ף

ויסוד לחידוש זה נ״ל שהוא מצוי בעוד הלכה שעניינה מעמדו **המשפטי** של העובר, דהנה נחלקו בענין ירושת העובר בנכסי אביו, אעפ״י דלשם זה אין צרך לדעת ורצון, וירושה באה ליורשים מאליה.

נחלקו חכמים ור׳ יוסי, אם עובר במעי אמו זוכה בירושה עם אחיו האחרים הקיימים. והשאלה שמתעוררת היא, האם העבדים שאוכלים בדרך כלל תרומה, בהיותם עבדי כהן, יכולים גם לאכול בכהן **שמת**, והשאיר יחד עם הבנים הקיימים גם עובר במעי אמו. וזה לפ״מ שנלמד מן הכתובים שרק ילוד מאכיל, ולא עובר, וכן קיימת סברא שעובר במעי זרה - זר הוא. שדעת ר׳ יוסי שגם הוא יורש עמהם, וע״כ אסור לעבדים לאכול בתרומה, מצד חלקו שמעורב בהם. ואילו דעת **רבנן**, שאם יש לו בנים אחרים - אוכלים בגללם, ואם אין לו בנים - אוכלים בגלל **אח** ומשום **המשפחה** כולה. ולדעת הרי״ף הלכה כחכמים, והיינו שלדעה זו שהלכה כמותה לדעת הרי״ף, אין העובר **יורש** טרם צאתו לאויר העולם, ונחשבים היורשים האחרים עד אותה שעה כבעלי העבדים, ללא שיתופו של העובר, (ועי׳ בדברי הרי״ף ובכ״מ פ״ח מה׳ תרומות הלכה ד׳ מהרמב״ן בתי׳ השגת הראב״ד עליו, וע״ע בחיד׳ הרמב״ן בזה, וע״ע בכ״מ בביאור שיטת הרמב״ם בזה). הרי שלפ״ז אין לו לעובר כל מעמד חוקי עצמאי, ואינו נחשב בשעה זו, טרם נולד, כיורש. ומכאן ניתן להבין שגם אם אמנם לא כולם ס״ל הכי להלכה, אין זה אלא מפני שירושה באה **ממילא** לאדם, ואי״צ דעתו ורצון ומעשה קנין. אבל גם הם יודו שבדבר שטעון רצון ודעה אין לו לעובר מעמד עצמי, ולגבי זה אינו אלא חלק מאברי האם. וזה עולה בד בבד עם מה ששמענו בדעת הר״ן שמשו״כ לגבי קבלת ג״ש שהוא ענין של פעולה משפטית, לכו״ע עובר ירך אמו, וכפי שפירשנו דבריו.

ח. לחלות הגירות - עובר ירך אמו לדעת כו״ע

א. עפ״י ההבנה הנ״ל בדברי הר״ן נ״ל דגם בענין גירות העובר ישנם שני חלקים המהוים את חלות הגירות. חדא החלק המעשי של הגירות דהיינו הטבילה הנצרכת בין בזכר בין בנקיבה, והמילה שהיא, בדרך כלל, בזכרים. והחלק השני הוא רצון הגירות וקבלת המצוות, שנותנים משמעות למעשי הגירות. וצד זה השני הוא הצד שבגירות שעליו יקרא השם ״משפט״, ובזה נאמר ״משפט כתיב ביה״ (יבמות מ״ו, ב׳). ועל כן, בעוד שלגבי החלק המעשי, שהוא הטבילה והמילה, תלוי הדבר במחלוקת, דלמ״ד עובר לאו ירך אמו, זקוק העובר לעבור התהליך בעצמו, דאשר ע״כ נצרך שבטבילת האם תחשב שגם הוא טבל. (וע״ז שם הדיון מגדרי חציצה). אך באשר לצד ״המשפט״ שבגירות דהיינו הרצון והכוונה, בזה כיון שאין לעובר מעמד עצמאי (דגם במ״ש המזכה לעובר קנה, כתב הרמב״ן (חיד׳ יבמות ס״ז, א) דהמסקנא היא ״דלדידן ל״ש ירושה ול״ש זכיה, אין לעובר בהם כלום״, ומ״ש קנה, משום שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ״אין אותו דין אלא תקנה״) שעושים את חלות הגירות, לגבי זה הרי הוא כאבר מאברי האם לכו״ע ואינו תלוי במחלוקת אם עובר ירך אמו או לא. ואשר ע״כ בגוונא שלא נדרשת מילה כגון בנקיבה, פשוט שע״י רצון האם, וקבלת המצוות שלה ייחשב לרצון וקבלת מצוות של העובר, וזה מדאורייתא לכו״ע, ואין צורך כאן לגירות על דעת בי״ד, ע״כ ל״ש בזה גם ההלכה הגדילו יכולים למחות.

ב. ועתה באשר לצורך במילה בהיות העובר הזכר, נ״ל לומר שגם היא מוסכמת לכל השיטות כולל הרמב״ן, שאינה מעכבת בעובר דל״ש גביה מילה, דע״כ הוי כנקיבה. ואעפ״י שהרמב״ן השיג על הדעה הסוברת שסדר שנקבע בגירות מילה ואח״כ טבילה מעכב, ולכאורה חולק על סברא זו, השגתו היא רק השגה לאותה שיטה אבל יסוד הסברא מקובל גם עליו, וכמו שיתבאר.

ג. דהנה התוס׳ ועוד ראשונים (תוס׳ יבמות מ״ז, ב׳ בד״ה מטבילין, ושם גם ברשב״א וריטב״א ועוד) הוכיחו ממה שמלין טרם הטבילה, אעפ״י ״ששהויי מצוה לא משהינן״, א״כ לכאורה היה צריך להקדים הטבילה למילה אילו היה ניתן לגירות לחול, אלא משום שהסדר מעכב. וע״ז השיג הרמב״ן מהא דאמרינן במעוברת שגם העובר מתגייר עמה, והרי אם הולד זכר אינו גר עד שימול ונמצא שהטבילה קודמת למילה.

אכן בריטב״א שם הביא תי׳ ע״ז בשם מרן הר״ים (בנימוקי׳ בשם הרא״ה) ״דשאני התם דכשהוא במעי אמו אינו בן מילה, והרי הוא כנקיבה דסגי לי׳ בטבילה, וכשנולד מלים אותו, אינו אלא כמו ישראל שהוא ערל, דבלא״ה נמי הוא ישראל וכו׳״. ולכאורה הם דברים נכוחים, ותמוה שהרמב״ן לא קיבל זאת. אך נ׳ שמה שלא קיבל סברא זו, הוא מפני שסובר שלשטתם שהסדר מעכב, סברא זו אינה יכולה להתקבל, כדלהלן.

ד. ודבר זה תלוי במחלוקת ראשונים אחרת בענין הטפת דם ברית כשא״א למול. וזה בסוגיא דמס׳ שבת דף קל״ה א׳, בענין פסק הלכה בגר שנתגייר כשהוא מהול (שמלו אותו בנכריותו שלא לשם גירות), והובאו הדברים בתוס׳ שם (ד״ה לא נחלקו) וברמב״ן באריכות. דדעת הבה״ג והרי״ף שצריך הטפת דם ברית, ואילו דעת הר״ח שאי״צ הטפת דם. ודעת הבה״ג והרי״ף מסתייעת מדברי ר׳ יוסי ביבמות (מ״ז, ב׳) במי שבא ואמר נתגיירתי בבי״ד פלוני דלר״י מטבילין אותו, ולר׳ יוסי אין מטבילין שפירש״י דחוששין שמא מל בארמיותיה ולא סגי לי׳ בטבילה, כי צריך הוא לגירותו הטפת ד״ב, שמילה ראשונה שלא היתה לשם יהדות ״לא מהניא שלא נעשית כהלכתה״. ולעומתה דעה שהביא, והסוברת:

יש לדחוק, בגר שנתגייר כשהוא מהול, הואיל ומהול הוא לגמרי הו״ל כאשה, ונכנס תחת כנפי השכינה בטבילה בלבד. דבשלמא אדם אחר לא גמר ר׳ יוסי כאשה שאין דנים אפשר משאי אפשר. אבל האי אי אפשר היא.

כן היא סברתם, אבל דחה זאת הרמב״ן

מיהו מסתברא שאפשר מקרי, שאפשר להטיף ממנו דם ברית.

וכנגד דעת הר״ח שכ׳ במי שנתגייר כשהוא מהול אין לו תקנה, כ׳ שם

ושמא הוא סבור דכיון דקיי״ל אינו גר עד שימול ויטבול וזה א״א למולו, אין לו תקנה, ואינו נכון כלל, דהכא משמע שהטפת דם ברית כמילה.

וכן מסיים שם שמה״ט בהטפת דם ברית לגר ועבד כשהוא מהול לפני כן שלא לשם גירות מברך אקב״ו להטיף דם ברית מן הגרים. ע״כ מהרמב״ן.

ה. הנה לפנינו מחלוקת בתוכן הטפת ד״ב. שלרמב״ן היא כמו מילה, ולאידך, ל״ש אלא בנולד כשהוא מהול ומשום ספק ערלה כבושה. אבל לא במי שמל לפני כן שמקבלים אותו לגירות, דבזה ילפינן מאשה, כיון שזה אי אפשר. והטפת דם אינה יכולה לבוא במקום מילה.

ו. ולפי״ז תתבאר יפה המחלוקת בנידון דחיית ראיית הרמב״ן שהסדר אינו מעכב מהא דמוכח מסוגיא דיבמות, דמיירי בפשוטו גם בעובר זכר, שהמילה אינה מעכבת הטבילה: דס״ל לרמב״ן דלשיטתם דבעי דוקא מילה לפני הטבילה, הרי מבואר הטעם בריטב״א (יבמות מ״ז שם): ״כשהוא ערל אין טבילה מועלת דה״ל כטובל ושרץ בידו״. היינו שהערלה שהיא גורם לטומאה מונעת מהטבילה את ההכנסה תחת כנפי השכינה. דלפי הרמב״ן אין זה דוקא מצד קיום הערלה בפועל, יש כאן מציאות טומאה המפריעה לטבילה, שהרי גם כשהוא מהול שאין שם ערלה, מ״מ הטומאה בעינה, ורק הטפת ד״ב מסלקת הטומאה. [וזהו כפי שמצינו ההגדרה בחז״ל (נדרים ל״א, ב): שאין הערלה קרוי׳ אלא לשם עכו״ם שנ׳: כי כל הגויים ערלים.] וע״כ לפי״ז גם העובר העכו״ם, למרות שאין בו אפשרות מילה, גדר ערל עליו.

ז. וע״כ תי׳ הר״מ שהביא הריטב״א שהו״ל שעובר הו״ל כאשה שגירותה בטבילה ״דכשהוא במעי אמו אינו בן מילה״, תי׳ זה לא סגי, דאף שאינו בן מילה תורת ערל עליו, כיון שלא נעשה בו המעשה המוציאו מכלל ערל. ואין לומר שמ״מ הוא בגדר אי אפשר וילפינן לה מאשה - אי אפשר מאי אפשר, שהרי עכ״פ יהא אפשרי להכניסו בברית, לכשיולד.

אכן זוהי טענה עליהם רק לפי שיטתו של הרמב״ן, משא״כ הני שהולכים בשיטת הר״ח שבמקרה שמל קודם הוי גר רק ע״י טבילה, דהטפת דם ברית, אינה בגדר מילה. לפי״ז עיקר מה דאמרינן שערלה היא בגדר טובל ושרץ בידו, הרי זה מתפרש רק על מי שיש לו ערלה בפועל, דרק בזה הוא דיקרא טמא שלא מהני בי׳ טבילה, א״כ כשם שערבי מהול מתגייר בטבילה גרידא, כן העובר, כיון שאינו עתה בר מילה, אין לו ״השרץ״ המעכב הטבילה, ומה שיהי׳ אח״כ לא מעכב, שלאחר שיתגייר ע״י טבילה הוי ישראל, ונימול ככל תינוק ישראל.

ע״כ לדידהו לק״מ, דשפיר ניתן לחלק בין מי שהוא בר מילה שאז ל״מ טבילתו, משא״כ בעובר. וכל הקושי של הרמב״ן על שיטתם, אינה אלא לפי דעתו בענין ערבי מהול, וכנ״ל.

[ובזה תתבאר לנו שיטת הרשב״א, דכ׳ בסוגיא דיבמות מ״ז הנ״ל כשיטה דמילה קודמת לטבילה לעיכובא, וז״ל: ״ול״נ דמילה קודמת לטבילה עיכובא, דאילולי כן לעכו״ם לעולם היתה טבילה קודמת משום שיהוי מצוה״. וזה בניגוד לדברי הרמב״ן שהביא שם לפני כן. ועל ראיית הרמב״ן דגיורת מעוברת שטבלה בנה אי״צ טבילה דחזינן דתהני גירותו דטבל קודם שמל, כ׳ הרשב״א ״...ליכא ראי׳ מהתם כלל, להה״א לישנא נמי אפשר דלאו ראיה היא, ובנה דקאמר היינו בתה... לא הוצרך לפרש דמדקאמר אי״צ טבילה, ע״כ מאי בנה - ולדה. ויש כיוצ״ב לעיל וכו״. הנה האריך לפרש בדוחק רב, מה שהרמב״ן לא הסכים להוציא מפשוטו, ולא הביא הרשב״א תי׳ הר״ם (הוא הרא״ה בנימוקי׳) שבעובר סגי בטבילת העובר ע״י האם משום דאכתי אינו בר מילה. ולכאורה זה תמוה; אכן, לפי האמור יתבאר, שהרי הרשב״א בסוגיא דשבת קל״ה קיבל דעת הבה״ג והרי״ף שהיא דעת הרמב״ן, וכ׳ בזה: וקבלת הגאונים ז״ל תכריע שגר שנתגייר כשהוא מהול לפני כן צריך ד״ב ״דהא משמע דהטפה דם ברית כמילה״ ולפי״ז נוקט כהרמב״ן דבהאי טעמא דעיקר לאו בר מילה לא סגי לשיטת הגאונים. ולכן הוצרך להכנס לדוחק, ולפרש דעובר אינו נעשה גר אלא לכשימול אחר שיולד ואז יטבילוהו, למי״ד לאו ירד אמו. (אלא שלהלכה נקטינן דעובר ירד אמו, ע״כ סגי בגירות האם גם לעובר).]

ט. ועפי״ כל הנ״ל נאמר, דודאי גם הרמב״ן דמפרש הסוגיא דעובר הוא בר גיור, גם למי״ד לאו ירד אמו הוא, ע״י טבילת האם שנחשב גם לטבילתו, וכוונת האם מהני לי׳ לכו״ע וכנ״ל. דלגבי הכוונה והרצון לכו״ע מהני מחשבת האם. ובזה הוי גם איהו גר גמור, לשיטתו דאין חיוב מילה של הגר מהווה עיכוב למעשה כטבילה, ולא ס״ל כלל להנחתם שהוא כטובל ושרץ בידו, אלא שבזכר דאיכא ערלה, צריך שני מתירים לגירותו מילה וטבילה, אבל אינם קשורים זב״ז. וע״כ בעובר שעצמו אינו בר מילה, שאין ע״ז תורת ערלה, גירותו בטבילה גרידא כאשה, שמה שיהא לו ערלה בעתיד אינו מחייב כיום שאי״ל ערלה, והרי הוא כאשה שגירותה בטבילה גרידא. וזהו ממש כדעת הר״מ (הרא״ה) בזה, אלא דס״ל כנ״ל, דלדידהו מהלך זה לא יתכן.

י. ומעתה סרה ירדה הקושיא גם לשיטת הרמב״ן. מסקנת הדברים דעובר במעי אמו מתגייר בטבילת האם דנחשב כטבילתו, וזה סגי להכניסו בברית מדאורייתא דכוונת ורצון הגירות של האם מהני גם לדידי׳. ולכשיולד יהא דין מילה לשמונה כמו לכל תינוק שנולד בישראל. ודו״ק בכל הנ״ל.

www.eretzhemdah.org

ט. מסקנא העולה לנו בדיני עובר לאמהות ולגירות

א. תורת עובר ניתנת ליצור שבמעי אשה, רק לאחר ארבעים יום מזמן הפרייתו.

ב. לפני מ׳ יום הרי הוא בגדר ״מיא בעלמא״, מכיון שגירות האשה טרם מ׳ היום, אינה זוקקת לגירות של הביצית שהופרתה.

ג. כיון שעד מ׳ יום אין על הביצית תורת עובר או ולד אלא מיא בעלמא, לא יכול לחול ע״ז באותה שעה תורת אמהות. ועל כן הביצית המופרית המוכנסת לרחם אשה, מקבלת לאחר מ׳ יום תורת יצור ע״י האשה שבמעיה נגמרה יצירתה, והפכה לעובר (מהמיא בעלמא) ועל כן נחשבת האשה לאם העובר (גם אם לא היתה הביצית משלה, כהא דשיטת תרגום יב״ע).

ד. יסוד זה של התייחסות הביצית אחרי האם שבה נגמרה יצירת הולד, שולל את האפשרות של התייחסות אחרי האשה שבמעיה גדל אחר זאת, וכן את השפעת הלידה, כגורם להתייחסות.

ה. לאחר חלות תורת עובר על היצור ההולך ומתפתח במעי האשה, נתון הדבר במחלוקת תנאים, אמוראים וכן בפסק הלכה, אם ייחשב לירך אמו, או שאומרים עובר לאו ירך אמו, והוא כיצור בפני עצמו. אך אין כל ענין נמדד באותה מדה.

ו. אשה נכריה מעוברת המתגיירת, הגירות היא גם של העובר, וזה לכל הדעות, בין לנקבה ובין לזכר. וזה משום שטבילת האשה עולה גם לעובר לדעת ״עובר ירך אמו״ מפני שזה כטבילת אבר מאבריה, ולדעת ״לאו ירך אמו״, מפני שהרי כאילו טבל הוא, שאין האשה מהוה חציצה לעובר.

ז. גם בעובר זכר, הטבילה מספקת לגירותו כנקבה, כיון שבאותה שעה אינו עוד בר מילה.

ח. ואעפ״י שאין לעובר רצון וקבלת מצוות, כוונת האם ורצונה נחשבים כרצונו. ובזה גירותו מן התורה, ול״צ בזה דעת בי״ד (שאז גירותו תלוי׳ ועומדת, כגירות גר קטן). כי לדבר זה נחשב העובר לכו״ע כירך אמו.

ט. מילת העובר לכשיולד, כתינוק שנולד והוא לשמונה, ומילתו דוחה שבת.

סימן סט : דין ולד של ישראלית שנולד מן הנכרי מה דינו של ולד שנולד לישראלית מן הנכרי? שאלה זו היא אקטואלית, לצערנו, בתקופה האחרונה, עם עלייתם ארצה של יהודים מרוסיה וביניהם משפחות של נישואי תערובת כתוצאה מהגזירות שם שהגבירו את זרם ההתבוללות, וכן פשה נגע זה בכמה מארצות המערב.

בגמרא ישנה סוגיא מיוחדת (יבמות מא, ב) לנושא זה, וכן נזכרת שאלה זו במקומות נוספים. בסיום הסוגיא נפסקה ההלכה: עכו״ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר. התוס׳ מוכיחים שכדעה זו כבר נפסק בסתם משנה. וכן פסקו רבותינו הראשונים, הרי״ף והרמב״ם ובשו״ע.

אכן לא נפסק בגמרא מפורש, מה פירוש ״כשר״, האם הכוונה שהולד ישראל כשר, כלומר שאינו ממזר, או שהכוונה שדינו כנכרי וטעון גירות.

מאי-אלה מקומות בתוס׳ נראה שנוקטים שכשר היינו רק לומר שאינו ממזר. אך צריך גירות, ויש לזה, כמובן, משמעות גדולה למעשה.

לבירור השיטות עפ״י סוגיות הגמרא והתוס׳, ומכאן גם מסקנות להלכה למעשה מוקדשים הדברים הבאים.

א. איתא במסכת יבמות (דף טז, א וב):

ר׳ יוחנן וסביא דאמרי תרוייהו אין מקבלים גרים מן התרמודים. ומי א״ר יוחנן הכי, והתנן כל הכתמים הבאים מרקם טהורים ור׳ יהודא מטמא מפני שהם גרים וטועים. מבין העכו״ם טהורים. והוינן בה קפסיק ותנא מבין העכו״ם, ואפילו מן תרמוד? וא״ר יוחנן זאת אומרת מקבלים גרים מן תרמוד. וכי תימא זאת ולא ס״ל, והא״ר יוחנן הלכה כסתם משנה?

אמוראי נינהו אליבא דר׳ יוחנן.

מתרמוד מ״ט לא? - פליגי בה ר׳ יוחנן וסביא, חד אמר משום עבדי שלמה, וחד אמר משום בנות ירושלים (לקמיה מפרש לה - בנות ירושלים בחורבנה, כשבאו עכו״ם ונשאום, רש״י). בשלמא למ״ד משום עבדי שלמה קסבר עכו״ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר. אלא למ״ד משום בנות ירושלים מאי היא? וכו׳ ע״כ לשון הגמרא.

ובתוס׳ שם ד״ה אמוראי נינהו אליבא דר׳ יוחנן, דההוא דסבר אין מקבלים גרים מן תרמוד לית ליה אליבא דר״י שתהא הלכה כסתם משנה. א״נ סבר מן העכו״ם טהורים לבר מתרמוד. מיהו ע״כ צ״ל דלית ליה הלכה כסתם משנה וקסבר עבד ועכו״ם שבא על ישראלית הולד ממזר, וסתם מתני׳ דהאומר (קידׁ דף סו, ב) סברה דהולד **כשר**, דלר״ע דוקא דאומר אין קידושין תופסין בחייבי לאוין הוא דהוי ממזר מעכו״ם ועבד כדמוכח פ׳ עשרה יוחסין (שם ע״ה, ב ושם) ומתני׳ דהאומר סוברת דקידושין תופסים בחיי״ל וכו׳.

ב.

ובחידׁ ר׳ עקיבא איגר (ליבמות בתוס׳ הנ״ל) הביא זאת בנוסח קושיא, דהוי לן לאקשויי מסתם מתניתין דהאומר דסברה דהולד כשר, וכ׳ הגרע״א זאת:

וי״ל דאף דמוכח דמתני׳ דקידושין סוברת דאין הולד ממזר, מ״מ י״ל דשדיא בתר אבוה והוי נכרי. וא״כ דטעמא דר׳ יוחנן דסובר דהפקיר עבדו **צריך** גט שחרור, משו״ה אין מקבלים תרמודים משום **עבדי שלמה**.

ועוד י"ל דמעיקרא לק"מ, דהא בפ' החולץ לקמן (דף מד,ב) ארבב"ח אר"י הכל מודים בעבד ועכו"ם הבא על בת ישראל דהולד ממזר, מאן הכל מודים אפילו שמעון התימני, אע"ג דאמר אין ממזר מחיי"ל, הני מילי חיי"ל דתפסי קידושין, אבל הכא עכו"ם ועבד כיון דלא תפסי בהו קידושין כחייבי כריתות דמי וכו'. מאן הכ"מ רבי, אע"ג דליה לא ס"ל, בעכו"ם ועבד מודה. הרי דר' יוחנן עצמו סבר דלא תלי זה בזה, דאף מאן דס"ל דאין ממזר מחיי"ל יכול לסבור דמעבד ונכרי הולד ממזר. וכ"ה לקמן סוף פרק אלמנה לכה"ג, א"ל ר"ל לר"י כמאן כר"ע. אפילו תימא רבנן, בנכרי מודו. וא"כ שפיר מצי לר"י סתמא דמתני' דהאומר סוברת דמנכרי ועבד הוי ממזר. עכ"ל.

ג.

דברי רע"א בתירוצו הראשון להערת התוס' שדברי ר' יוחנן הם גם בסתירה למשנה בקידושין בענין עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל, מבוססים על מה שכתבו התוס' עצמם בהמשך דבריהם, שכתבו:

> דניחא ליה למפרך ממתני' דנדה וכו' משום דהתם מוכח דלא באו עליהם עכו"ם ועבד, דאי באו עליהם אמאי כתמיהם טהורים. וליכא למימר משום דסברה דהולד **כשר**, דבתר **עכו"ם ועבד** שדינן ליה, דהא משמע דאתי נמי כר' יהודה וכו'.

והיינו דלפ"ז מה שאמרו הולד כשר, היינו שאינו ממזר אלא דינו כנכרי וכעבד, וכשר היינו **כשיתגייר**, כשאביו נכרי, ובעבד היינו לכשיקבל **גט שחרור**. ועל כן בנולדו מעבדי שלמה שלא נשתחררו, אין לקבלם לגירות מפני שדין עבדים עליהם. ופשוט, שלא נתעלם מהגרע"א דברי התוס' להלן (ד"ה בשלמא) שהעירו עצמם במה שאמרו בגמרא דטעמא דמ"ד משום עבדי שלמה דס"ל הולד ממזר.

> הול"ל משום עבדי שלמה דעבדים אסורים בישראלית וי"ל דמסתמא נתייאשו הבעלים מהם, ואיכא למ"ד בפ' השולח (גיטין לט, א) נתייאשתי מפלוני עבדי אינו צריך גט שחרור.

אלא שכוונתו פשוטה, דהרי **אין כל הכרח** לומר שר' יוחנן סובר כדעה זו (שאין הלכה כוותי'), אלא דהגמרא בעי לאוקמי **לרווחא דמילתא**, גם לדעה זו. אך מכל מקום לא יכלה הגמרא להקשות ממשנה דקידושין לאותה דעה שר' יוחנן פוסק הלכה כסתם משנה, כי הי' ניתן ליישב זאת דר' יוחנן לא מטעם הולד ממזר ס"ל שאין לקבלם, אלא מצד חשש **עבדות**. ע"כ בחרה הגמרא להקשות מהמשנה דכתמים. ומזה מוכרח לומר תרי אמוראי ואליבא דר' יוחנן.

ד.

בדברי התוס' הנ"ל (ד"ה אמוראי) יש לדקדק עוד. לפי מה שנקטו בסוף דבריהם שהסובר הולד כשר, הוא משום דשדינן ליה **בתר אבוה**, ואם אביו נכרי, הרי הוא נכרי וטעון גירות (שמשו"ז היה אפשר לומר שכתמיהם טהורים) שא"כ מהו זה שתלו הדעה הסוברת הולד ממזר בר' עקיבא שסובר יש ממזר מחיי"ל, שהרי זה אמור רק אם הולד **ישראל**, שאז שייך בו ממזרות, ולא אם הוא נכרי, כמו שכתבו התוס' בעצמם לקמן (דף כג, א ד"ה קסבר) "דאין **ממזרות לעכו"ם**".

(ונראה שגם רש"י שגורס שם בגמרא, לפי מה שאמר רבינא ש"מ בן בתך הבא מן העכו"ם קרוי בנך, וע"ז שאלו בגמרא לימא קסבר רבינא עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר שמזה דייקו התוס' שהסובר הולד ממזר הוא משום שסובר שהולד כמותו, הייני נכרי. וע"ז הקשו מה שהקשו ותקנו הגירסא. כי לא מסתבר כלל לומר שרש"י אכן נוקט שיש עכו"ם ממזר. דעד כאן לא מצינו פלוגתא דתנאי (קידושין סוף פ' האומר) אלא בולד שנולד מן **השפחה**, שלדעת ר"א הרי הוא עבד ממזר, כי עבד שייך במצוות ע"כ ס"ל ששייך בו גם ענין ממזרות, ולא כן בעכו"ם. ועוד שהרי ברור הדבר, וגם רש"י יודה בזה, שישנן כמה דעות, שסוברים שהוא **ישראל ממזר**. כפי שנביא עוד להלן בע"ה. וא"כ משום מה היה ס"ד של השואל שממה שס"ל לרבינא שהולד ישראל, שכאילו בהכרח הולד כשר. וכן תמוה גם התירוץ שבגמרא על זה "נהי דממזר לא הוי כשר נמי לא הוי - ישראל פסול מיקרי", ולמה לא ענה לו בפשיטות, נהי דישראל הוי מ"מ י"ל שהוא ממזר, כיון שבא מביאה של מי שאין לו בה תפיסת קידושין.

ע"כ נראה שכוונת רש"י היא אחרת. וזה בהקדם מה שנתקשו עוד התוס' (דף יז, א ד"ה ואין) בפירש"י דרשת שמואל "בנך הבא מישראלית קרוי בנך וכו'". שלרש"י הדיוק הוא ממה שלא נאמר "כי תסיר", ש"מ שהמדובר שבת ישראל נישאת לנכרי, והחשש הוא שחתנו יסיר את נכדו מאחרי ה'. שא"כ מה בא רבינא לחדש שבן בתך הוא "בנך", הרי הם הם דברי שמואל ודרשתו. וכן מה הוצרכה הגמרא להביא את דברי רבינא, כיון שהם מפורשים בדברי שמואל עצמו.

ונראה, שלדעת רש"י בא רבינא **לפרש דרשתו** של שמואל שלא **נטעה** בדבריו גופא. כלשון רש"י (דף כג, א ד"ה ש"מ): "מדכתיב כי יסיר את בנך ומוקמינן ליה בבן שתלד בתך לעכו"ם וכו'". שלא נפרש כדמפרש ר"ת בחד לישנא דכי יסיר הכוונה לענין יחס, והמדובר על בנך הלוקח לו בת עכו"ם לאשה שע"ז **לא יתייחס** הנכד אחריך כי בן נכרית הוא. או כאידך לישנא, שמפרש כי יסיר את בנך, היינו שהחותן יסיר את בנו, לעבוד ע"ז, ע"י"ש. ולפ"ז אין לנו ראיה לענין בן הבת, ובא רבינא להשמיענו שאין זה הפירוש הנכון בדברי ר' יוחנן ושמואל, אלא הכוונה היא כפירש"י שיסיר את הנכד שבא **מבתך** לע"ז. ומזה שמעינן שהתורה אומרת שבן בתך ייחשב **ישראל**, וע"ז הוא שהקפידה תורה, שיסירוהו לעבוד ע"ז. זהו פירוש הגמרא בדברי רבינא.

וע"ז מדייקת הגמרא לימא קסבר רבינא וכו' הולד כשר. היינו **שזה גופא** הוקשה לו למקשן, אם בכה"ג שולד הבא מבת ישראל ונכרי הולד ממזר, למה לא הקפידה תורה ע"ז עצמו, שהולד **יצא מקדושת עם קדוש** ויהיה ממזר, ולו יהא שלא יתפתה לע"ז, האם זה עצמו שנפקע מזרע קודש אינו ראוי שבגללו יימנעו מלהתחתן עמו? וזהו שדייקה הגמרא "לימא קסבר רבינא הולד כשר", שאילו הי' הולד ממזר, למה לא הדגישה התורה את הפסול הזה כשלעצמו, שמשו"כ ראוי לא להתחתן עמהם.

ודחה התרצן, דאמנם **נכון** הוא דיוק זה בדברי רבינא, ומ״מ אין ראיה שסובר שהוא כשר מוחלט, שמ״מ הולד פגום הוא לכהונה, וכדלקמן דף מד, א דברי ריב״ל. ולזאת אין הקפידא מרובה כ״כ, ע״כ הזכירה התורה החשש של ע״ז.

מסקנא דמילתא עכ״פ, שגם לרש״י לא ס״ל דיתכן עכו״ם ממזר).

ה.

ונראה שכוונת התוס׳ לומר שגם **ענין זה עצמו**, אם בעכו״ם ועבד שבא על בת ישראל הולד ישראל דשדינן ליה בתר אמו, או שנחשב כנכרי דשדינן ליה בתר אבוה, **מיתלי תלי במחלוקת ר״ע ורבנן. דלדעת ר״ע הוא ישראל** וע״כ שייך ביה ממזרות, ומכיון דאתי מחיי״ל הרי הוא ממזר. ואילו לדעת רבנן הרי הוא נכרי, ואם יתגייר יהיה ישראל כשר. וע״כ אין סתירה ממה שבסוף דבריהם בעו לאוקמי המשנה דכתמים משום שנחשבים כעכו״ם שכתמיהם טהורים, לבין מה שנקטו בראש דבריהם **דלר״ע** הולד ממזר, והיינו שנחשב כישראל. כי ענין זה ג״כ תליא במחלוקת ר״ע ורבנן.

ומקור לשיטה זו, היא הסוגיא קידושין (דף עה, ב) דאוקי רב דימי הא דא״ר אלעזר בברייתא כותי לא ישא כותית, משום דס״ל כותים גרי אריות הם וס״ל כר״ע שעכו״ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר. ופירשו התוס׳ שם (בביאורם לפירש״י) הא דתלי לה בפלוגתא דר״ע וחכמים דלכאורה גם לרבנן א״ש:

> אמאי איצטריך למימר דקסבר עכו״ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר, לימא הולד כשר, וכ״ש דאיכא למיחש טפי שלא תנשא לעכו״ם. ושמא י״ל אם הולד כשר א״כ הוא הולך אחר העכו״ם כדאמר בס״פ דלעיל (דף סז, ב) וליכא למיחש לכך (לגירסא של המהרש״א: כלכך) אם תנשא לעכו״ם. אבל השתא דקסבר הולד ממזר, א״כ הולך אחר אמו, ואיכא למיחש טפי שלא תנשא לעכו״ם.

וביאור דבריהם בתירוצם **דסוגיא זו סוברת** שלרבנן, אי הוי ס״ל דהולד **ישראל**, והיינו מכוח דרשת רבינא (יבמות טז, א וכג, א הנ״ל) דבן בתך קרוי בנך, כי אז ודאי לא היו סוברים שהוא ממזר, דלא דמי לאשת אב, דס״ל שיש לחלק ביניהם. דבאשת אב הוא ממזר משום -

> דלדידיה לא תפסי בה קידושין, לאחריני תפסי בה קידושין, לאפוקי עכו״ם דלא תפסי בהו קידושין כלל (יבמות מה, ב).

אלא ששיטת רבנן, דלא **דרשי דרשא** דרבינא, ונקטי עפ״י הכלל האמור, קידושין שם לעיל (דף סז, ב כפי שציינו) דבאומות הלך **אחר הזכר**. וע״כ גם בעכו״ם ועבד הבא על בת ישראל שדינן ליה בתר אבוה, ואינו ישראל, וע״כ אין למיחש לזה.

ולא כן לר״ע **דשמעינן ליה** דלית ליה חילוק זה בין שאין תפיסת קידושין לכו״ע לבין שאין לו בה תפיסת קידושין, כמו שדייקו בסוף דבריהם.

> דע״כ ר״ע לא בעי דומיא דאנוסת אביו שהרי קסבר ר״ע יש ממזר אפילו מחיי״ל דלאו דשאר כגון עמוני ומואבי, ואין בהם דומיא דאנוסת אביו שהיא לאו דשאר פירוש דקורבה, אבל **רבנן בעו דומיא דאשת אב** לכל מילי.

ומכיון דמצינו משנה מפורשת (יבמות סט, ב) דס״ל דהולד ממזר, אין דרך להעמידה אלא **לר״ע**, דמצינו דאינו סובר דבעינן דומיא דאשת אב, וסגי בהא דלא תפסי בהו קידושין לישויה ממזר בביאתו. **ומוכרח לומר דאיהו ס״ל דרשת רבינא**, דבעכו״ם ועבד הבא על בת ישראל קרוי בנך, שהולך אחר האם, והוא ישראל ושפיר שייך ביה ממזרות. זהו מה שצ״ל בביאור התוס׳.

ו.

ויוצא מזה. **שלפי סוגית הגמרא קידושין**, לדעת רבנן דר״ע עכו״ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, מפני שהוא הולך אחר האב, וכשר היינו **לכשיתגייר**.

אכן קיימות שיטות אמוראי אחריני שסוברים שלא נחלקו בזה חכמים שהולך אחר האם, והיינו הני דס״ל כדרשת רבינא **אליבא דכו״ע**. אלא שנחלקו הני אמוראי, באשר לכשרות הולד, וזה כמבואר בשיטת הגמרא (יבמות מה, ב) שיש סובר דהולד כשר ואינו ממזר, ויש הסובר שגם **לרבנן** הולד ממזר. ונימוקם מבואר שם:

> **ושניהם** לא למדוה אלא מאשת אב. מאן דפסיל סבר מה אשת אב דלא תפסי בה קידושין הולד ממזר, אף כל דלא תפסי קידושין הולד ממזר. ומאן דמכשר סבר מה אשת אב דלדידיה לא תפסי בה קידושין, לאחריני תפסי בה קידושין, לאפוקי עכו״ם ועבד דלא תפסי בהו קידושין כלל.
>
> והיינו **שלכו״ע הוא ישראל**, כי כנ״ל ל״ש ממזרות אלא בישראל. והמכשיר ס״ל שלמרות שהוא ישראל, אינו ממזר, שאינו דומה לאשת אב שמשם נלמד דין ממזרות. וכן הדבר מבואר שם בסוגיא קודמת (עמוד א).

ריב״ל אמר הולד מקולקל. למאן אילימא לקהל. הא אמר ריב״ל הולד **כשר**? אלא לכהונה. דכולהו אמוראי דמכשרי מודו שהולד פגום לכהונה, מק״ו מאלמנה, מה אלמנה לכה״ג שאין איסור השוה בכל בנה פגום, זו שאיסורה שוה בכל, אינו דין שהולד פגום.

וברור שכוונת ריב״ל שהולד אינו כשר היינו שאינו צריך גירות, שאל״כ הרי פגום הוא לכהונה, כדין גיורת שפסולה לכהונה גם בשנתגיירה פחות מבת ג׳ שנים ויום א׳, לדעת רבנן דפליגי אדרשב״י (קידושין עה, א, יבמות ס, ב). וגם דל״ש ללמוד ק״ו מאלמנה לכה״ג אא״כ דינה כישראל, ופשוט.

ז.

ומשבאנו לזה נראה שתתיישב קושית רע"א, במה שנראה שהתוס' בעו למיתלי הא דהולד כשר או ממזר בפלוגתא דר"ע ורבנן. ואילו, לפי הסוגיות שציין שם, חזינן דגם בדרבנן איכא דס"ל דהולד ממזר, א"כ אין הוכחה מסתם משנה דקידושין שפסקה שלא כר"ע, שהדין דהולד כשר. דנראה, דאין כוונת התוס' בהוכחתם מהמשנה דקידושין רק מזה שפסקה דלא כר"ע. אלא **כוונתם מהמשך המשנה שם** שנאמר בה עוד:

> וכל מי שאין לה עליו קידושין, אבל יש לה על אחרים קידושין הולד ממזר. ואיזה זה? הבא על אחת מכל עריות שבתורה.

ואילו היתה דעת המשנה שבעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר גם לדעת רבנן, היתה המשנה נותנת גם דוגמא זו (או **בעיקר** דוגמא זו), להשמיענו שלא רק עריות יש בהם דין ממזר דילפינן לה מאשת אב, דדמי בכל לאשת אב אלא גם בגוונא דלא תפסי בהו קידושין לא לדידה ולא לאחריני כגון עכו"ם ועבד ג"כ הולד ממזר. ומזה מוכח דהמשנה סוברת **שלרבנן** אין ממזר אלא מעריות דחייבי כריתות גרידא. ורק ר"ע הוא דס"ל למילף מאשת אב. גם כשלא דומה ממש, אבל אין הלכה כוותיה דר"ע, כדסתמה בזה בבבא הקודמת, ודוק.

ח.

ועתה נעתיק עצמנו לקושית רע"א השניה, שניתן לתרץ דמשום הכי לא הקשו בגמרא על ר' יוחנן מהמשנה קידושין כי י"ל דר"י לא מטעם חשש ממזרות אמר דאין מקבלים גרים מתרמוד אלא משום חשש עבדות דעבדי שלמה, וס"ל שעבד שנתייאש רבו הימנו אכתי צריך ג"ש ולא מהני גירותו. ונקדים לזה ביאור דברי התוס' במאי דבעו לאוקמי מתני' דכתמים:

> משום דסברה דהולד כשר דבתר עכו"ם ועבד שדינן ליה.

וכ' ע"ז המהרש"ל ב"חכמת שלמה":

> עבד דקאמר לאו דוקא, **דלא מצינו שיהא עבד מבת ישראל** לשום מ"ד, אלא לומר כשנוהג עצמו כעכו"ם הרי הוא כשאר עכו"ם וכמעט שאין בהם דין ישראל, ודוקא כשמתגיירים הריהם כשרים.

והעיר ע"ז במהרש"א:

> ... ודבר תמוה פירש, וכי משום שנוהג כעכו"ם יהיה כעכו"ם שלא ניחוש לקידושין. דהא כיון דבתר אמו שדינן ליה ישראל מומר מקרי, ופשיטא דחוששין לקידושיו, אף אם נהג עצמו כעכו"ם, ועוד דבתר עכו"ם ועבד שדינן ליה שכתבו התוס', משמע שהולד הולך אחר העכו"ם ממש, וכו'.

ט.

ודברי המהרש"ל הם לכאורה מרפסין איגרא. (ועי' ברי"ט אלגזי לבכורות פ"ח אות ס"ה דברים תמוהים, והטה אליהם גם כוונת המהרש"ל, ואי"ז נראה כלל). והנ"ל לאחר העיון לפרש דבריו. וראשית נאמר שיש להגיה בדבריו במקום "**וכמעט** שאין בהם דין ישראל" שהמלה "כמעט" אין לה שום מובן בניד"ד, נראה לגרוס "**ונמעט**", ויבואר להלן. והיינו שר"ל לפ"מ שהקדים "שלא מצינו שיהא עבד מבת ישראל לשום מ"ד", כוונתו לומר שאמנם שדינן ליה בתר אביו להאי מ"ד, מ"מ אי אפשר לומר שיהא בו דין עבד כנעני ממש, הן לענין הממונא והן לענין האיסורא, ורק לענין **יחס** הוא דשדינן ליה בתר אביו, ודינו דומה לעבד שקיבל גט שחרור מרבו, אלא שעדיין לא טבל לשם יהדות, שעדיין אסור הוא בבת ישראל עד שיטבול ויכנס לקדושת ישראל, וכדדייקו התוס' מסוגיא דיבמות (מז, ב בתוד"ה שם).

> בכולי שמעתין משמע דעבד בעי טבילה, כשמשתחרר, ולא סגי ליה בטבילה קמייתא, וכו'.

ואין קידושין תופסים אלא אחר טבילה. והיינו, שלמרות שגם דין האיסורא שבו נפקע ע"י ג"ש (ואפילו למ"ד המפקיר עבדו אכתי צריך ג"ש להפקיע איסורא שבו) מ"מ עדיין לא נכנס לקדושת ישראל, והוא עדיין במעמד של עבד לגבי תפיסת קידושין, כל עוד שלא טבל.

אכן טבילה זו אינה תלויה שוב ברצון רבו הקודם. שהרי ממנו הוא נשתחרר באופן מוחלט ע"י השטר שחרור. ונוקט המהרש"ל **שזהו דין הולד של בת ישראל מעבד**. שדיני עבדות ודאי אינם בו אלא שמ"מ קדושת ישראל אין בו, כלשונו (עם התיקון שהבאנו לעיל) "ונמעט שאין בו דיני ישראל". שהוא כנ"ל שאמנם אינו עבד מבחינת ממונו ואיסורו, אך קדושת ישראל אינה אצלו כיון דשדינן ליה בתר אבוה שהוא עבד, וזה כל עוד שלא טבל.

ונראה שקבלת מצוות בפנינו אינו צריך וממילא אינו צריך גם למ"ש גר צריך שלשה, שהרי בתור עבד כבר נתחייב וקיבל מצוות בטבילתו לשם עבדות, וממילא כל מקום שיטבול, גם בלי בי"ד טבילתו טבילה והוי ישראל גמור, כדכתבו התוס' (יבמות דף מה, ב ד"ה מי לא טבלה לנדותה).

י.

וזהו שכתב המהרש"ל שאילו יתנהג ביהדות, נאמר בו כהא דאמרינן שם בענין ההוא דהוו קרו בר ארמייתא ובר ארמאה "מי לא טבלה לנדותה, מי לא טבל לקירויו". אבל כשנוהג כעכו"ם א"כ לא טבל לקירויו ולא טבלה לנדותה, ממילא עדיין אין בהם דיני ישראל, דמחסרו טבילה לגירות דקדושת ישראל. ומשו"כ אמרינן דולד הישראלית מעבד כשר, כמו מעכו"ם, אולם בעי טבילה לגירות דקדושת ישראל.

www.eretzhemdah.org

ואזלה השגת המהרש״א עליו מה זה תלוי בהתנהגותו, אם בתר אמו ישראל מומר מיקרי, ואם בתר אביו, הרי הוא עכו״ם ועבד. כי אמנם עבד הוא דשדינן ליה בתר אביו שהוא עבד, אך זהו רק לענין שנתמעט מקדושת ישראל, אבל לכשיטבול הרי הוא ישראל גמור.

יא.

וזוהי גם כוונת המהרש״ל שכ׳ עוד שם בדברי התוד״ה בשלמא, שהקשו הול״ל משום עבדי שלמה דעבדים אסורים בישראלית.

וע״ז כ׳ המהרש״ל: פירוש ולא נשאו ישראלית כלל ודו״ק.

וכוונתו לפי דבריו בתוס׳ הקודם שעבד הנושא ישראלית אין הולד חסר אלא טבילה לגירות כדי להכנס לכלל ישראל, א״כ הרי אי אפשר לפרש משום עבדי שלמה מצד החשש שנשאו ישראלית, כי אז תקשי דא״כ אמאי אמר ר״י שאין מקבלים גרים משם, הרי יכול הוא שפיר להתגייר כי אין עליו שום עיכוב מצד הבעלים להצריכו ג״ש, שאינו חסר אלא טבילת גירות, והרי הוא בא לפנינו להתגייר ואמאי לא נקבלו. ולזאת פירש כוונת התוס׳ שלפ״ז נפרש החשש שעבדי שלמה נתערבו בין הנכרים ונשאו נכריות. ובזה כיון שהולד הולך אחר האב, הולד הוי עבד גמור (שגופו קנוי) וצריך ג״ש, ול״מ גירותו בכה״ג. זהו מה שנראה בפירוש המהרש״ל בדברי התוס׳, ודבריו הם קילורין לעינים.

יב.

אלא שלכאורה עדיין קשה, איך בעו התוס׳ לפרש בדברי ר׳ יוחנן משום עבדי שלמה מצד שהם בחשש עבדים, שא״כ מה הוכיח ר׳ יוחנן במימרא קמייתא מהמשנה דכתמים הבאים מתרמוד טהורים דש״מ שמקבלים גרים מתרמוד, הרי יתכן שקיים בהם חשש עבדות מפני שנשאו **נכריות** וצריכים ג״ש, ומ״מ כתמיהם טהורים כדין שפחה שלא הטבילוה לשם שפחה כנענית [שהרי טומאה וטהרה בשפחה כנענית הוא מחיוב המצוות שבה - ״לה״ - ״לה״ מאשה (יבמות ס״ד ב תוד״ה ושפחה). ולא עדיף ולד הנכרית מהעבד מולד נכרית מישראל]. ומוכרח לומר לכאורה דהא דאמרינן דאיכא חשש דעבדי שלמה הוא מפני שנשאו **ישראליות** וס״ל דהולד ממזר, היינו שהם בדיני ישראל. וע״כ המשנה דדייקינן מינה דכתמיהם טהורים ע״כ חולקת **על העובדא** וס״ל שלא נתערבו שם עבדי שלמה כלל. א״כ הרי דברי הגמרא שמצד חשש ממזרות אתינן עלה **מוכרחים**, ומה הוא שהקשו התוס׳ דנימא מצד חשש עבדות.

וצ״ל שקושית התוס׳ היא, משום שבגמרא **הרי לא נתבאר** דעת מי היא משום עבדי שלמה ודעת מי היא משום בנות ירושלים כמבואר שם:

חד אמר משום עבדי שלמה **וחד אמר** משום בנות ירושלים.

וע״ז הקשו התוס׳. מה הכריח הגמרא לומר דס״ל הולד ממזר, **הרי יתכן** שמ״ד משום עבדי שלמה הוא לא ר׳ יוחנן אלא **הסביא**, ולדידיה החשש הוא משום עבדות שנתערבו בין הנכרים, והחשש הוא שמא הולד הוא עבד ממש, ואיך פשטא לה לגמרא מ״ד משום עבדי שלמה הוא משום דס״ל עבד ועכו״ם הבא על בת ישראל הולד ממזר.

אבל אילו הוי פשיטא לן שהחשש מצד עבדי שלמה הוא דעת ר׳ יוחנן, קושית התוס׳ מעיקרא לא הוי קשיא מידי. **דלר׳ יוחנן** מוכרח לומר שהחשש הוא רק חשש ממזרות, דאילו הוי חשש עבדות, **לא היה** יכול לדייק ממתני׳ דכתמים שמקבלים גרים מתרמוד מזה שכתמיהם טהורים, דהרי גם אם יש בהם חשש עבדות שמשום זה אין לקבלם כגרים, אכתי כתמיהם טהורים כדין כתמי השפחה שלא הטבילוה לשם שפחה כנענית.

יג.

ומעתה הן אין מקום כלל לתרץ קושית התוס׳ דיש סתירה נוספת לדברי ר׳ יוחנן דס״ל אין מקבלים גרים מתרמוד, מצד חשש ממזרות, דע״ז העיר הגרע״א דניתן הי׳ לתרץ דדעת ר׳ יוחנן שאין מקבלים גרים הוא לא מצד חשש ממזרות, רק מצד חשש עבדות, וס״ל דצריך ג״ש למרות שנתיאשו הבעלים מהם, וכנ״ל. דבדברי ר׳ יוחנן הכרח לומר שהוא רק מצד חשש ממזרות, גם אי תימא שהוא שאמר מצד חשש עבדי שלמה, וזה מכוח מימרתו שדייק מהמשנה דכתמים דמקבלים גרים מתרמוד. ולא הקשו התוס׳ קושיתם דנעמיד מצד עבדי שלמה, רק אם נאמר שזוהי דעת הסביא, אבל בר׳ יוחנן לא יתכן כלל להקשות כן. ודו״ק שהכל מבואר שפיר.

יד.

מסקנא העולה מכל הנ״ל, מהסוגיא יבמות דף מה, ב ומסקנתה לפסק הלכה שהולד כשר, וממה שנחלקו הראשונים (עי׳ רי״ף וראי״ש, רמב״ם ושו״ע בנידון) אם הולד פגום לכהונה יוצא שההכרעה היא שאין הולד צריך גירות. ואין בדבר זה מחלוקת **להלכה** גם בשיטות הראשונים, וכמו שיבואר להלן בע״ה.

טו.

דהנה בקובץ הערות לגה״צ ר׳ אלחנן וסרמן זצ״ל הי״ד למס׳ יבמות בדברי התוס׳ דף טז, ב (תוד״ה בשלמא) נוקט בפשיטות שמדברי התוס׳ הללו מבואר:

דלמ״ד עכו״ם הבא על בת ישראל הולד כשר, דינו **כעכו״ם וצריך גירות**.

והביא מכמה מקומות שנראה **שאינו** צריך גירות. ומסיק שיש בזה שלש מחלוקות:

דאיכא מ״ד דהולד פגום לכהונה, ואיכא מאן דמכשיר לגמרי. ועי׳ ברש״י קידושין ס״פ האומר דף סח, ב לימא קסבר רבינא וכו׳, נהי דשמעינן מינה דכשר לא הוי מדשדי ליה בתר ישראל להיות נולד בעבירה וכו׳ עי״ש. ומוכח מדבריו, דלמ״ד הולד כשר גמור הוא **נכרי**, ולמ״ד הולד פגום לכהונה הוא ישראל ... אבל למ״ד דהולד כשר גמור אפשר דדינו כנכרי.

וכל זה להגירסא לימא קסבר רבינא הולד ממזר. אבל להגורסים איפכא הולד כשר, מוכח דלהך מ"ד הוי **ישראל גמור**, דאביו כמאן דליתא, ואין בו שום צד עכו"ם כלל. ולמ"ד הולד פגום משום דיש בו גם צד עכו"ם, עכ"ל.

טז. ונראה להעיר בדבריו:

הן אמנם ברי"ף יבמות פ' החולץ (על המשנה המחזיר גרושתו וכו') מביא בסוגיא מחלוקת ברבוותא, יש שפוסקים כריב"ל (דף מה, א) שהולד פגום לכהונה, כדנוקט בלשונו כולהו אמוראי דמכשירי וכו', ויש שפוסקים שהולד כשר, והרי"ף עצמו לא הכריע בדבר. (ועי' ח"מ בסי' ד' סק"ב שנוקט שזהו גם ספק להלכה). מכל מקום לא נראה כלל לענ"ד שהמכשירים הם מפני שנוקטים שדינו כנכרי, שהרי מחלוקתם נסבה אם הק"ו מאלמנה שעליו מסתמך ריב"ל הוא ק"ו שאין בו פירכא (עי' נמוק"י שם וכן ברמב"ן ובראי"ש ועוד). ואילו היה דין הולד כנכרי וצריך גירות כי אז הרי פשוט שאסורה לכהונה כדין גיורת שלהלכה נקטינן (דלא כרשב"י) שאפילו נתגיירה פחותה מבת ג' שנים ויום א' פסולה לכהונה (רמב"ם פי"ח מהל' אי"ב ה"ג וראב"ד שם וכ"ה בשו"ע סי' ו' ס"ח). וכן ל"ש ללמוד פגימת הולד מקי"ו מאלמנה אם דינה כנכרית, דלא שייך פגם בנכרית כשם דל"ש בו פגם דממזרות, וכנ"ל. (ועי' תוס' כתובות יא, א ד"ה מטבילין. וסוגיא דיבמות ס, ב י"ל דהתם הוא מדין עבדות וילה"ר ואכ"מ). וכבר כתבנו מזה לעיל.

יז.

אמנם יש מקום לקיים שניהם, דהולד הולך אחר האב ומטעם זה דינו כנכרי ומ"מ אינו צריך גירות בהולדו, דכך מתבאר מדברי המהרש"א קידושין עה, ב בד"ה ור' ישמעאל וכמו שיבואר להלן בע"ה. אך זו אינה שיטת התוס' יבמות טז, ב שעליה נסבים דברי הגרא"י הנ"ל כי שם בעו התוס' לפרש הא דכתמיהם טהורים משום שהולד הולך אחר האב, הרי שאם לא נתגייר דינה כנכריה לכל דבריה.

ונביא בזה דברי המהרש"א ונבארם, כי הם קשי הבנה. התוס' קידושין שם כתבו וז"ל:

וא"ת אמאי איצטריך למימר דקסבר ... הולד ממזר, לימא הולד כשר, וכ"ש דאיכא למיחש טפי שלא תנשא לעכו"ם. ושמא י"ל אם הולד כשר א"כ הוא הולך אחר העכו"ם ... וליכא למיחש לכך אם תנשא לעכו"ם וכו'.

וע"ז העיר המהרש"א:

דבריהם צ"ע, דמשמע מתוך קושיתם, דהא דקאמרינן עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר היינו דכשר ממש, ואף שלא יתגייר, משום דאמו ישראלית היא, דאל"כ מאי קאמרי דאיכא למיחש שלא תנשא לעכו"ם וכו'. וכן נראה מפירש"י לקמן הא דפריך גבי עבד ושפחה נתערבו בהם ניתני חדא דע"כ עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל ולד כשר וכו'. ואי אינו כשר אלא ע"י שנתגייר הגר ונשתחרר העבד הרי יש לחוש בעבד שנתערב בהם כמו בשפחה.

וא"כ הוא מאי תירצו בזה י"ל אם הולד כשר וכו' וליכא למיחש כל כך אם ינשאו לעכו"ם וכו'. ובדפוסים חדשים הגיהו דליכא למיחש לכך אם ינשאו וכו' וכו'. אבל הוא דחוק וכו'. גם בדפוסים ישנים ובת"י כתוב כהאי לישנא וליכא למיחש כל כך אם ינשא וכו' אבל השתא איכא למיחש טפי וכו' דמשמע דאי נמי הולד כשר איכא למיחש במקצת וכו'.

ונראה לפרש דבריהם דגם בתירוצם ס"ל כהך סברא דפרש"י לקמן דהולד **כשר ממש קודם שיתגייר וישתחרר**. וכן מוכיחים דברי הטור אה"ע. וה"ק ע"פ מ"ש בס"פ דלעיל דעיקר הקפידא דכי יסיר הוא בבן בתך מן העכו"ם שקרוי בנך, אבל בן בנך הבא מן העובדת כוכבים אינו קרוי בנך. והשתא ניחא, דאם הולד כשר אין לחוש כל כך לכי יסיר שהרי הוא בנו שהולך אחריו. אבל אם הולד ממזר לא שדינן ליה בתר עכו"ם אלא בתר אמו שדינן ליה. וכיון שבעבירה נולד הוי ממזר, דהכי קאמרינן לעיל ס"פ האומר. כן נ"ל ליישב דברי התוס', וכו'.

ודבריו תמוהים לכאורה, שאם גם בתירוצם נוקטים כפירש"י שהוא כשר ממש ואינו צריך גירות, הרי נמצא שאין כאן מחלוקת בין הני דסברי הולד כשר להני דסברי הולד ממזר, שלשניהם שדינן ליה בתר אמו, שאל"כ אמאי אינו צריך גירות, וא"כ הרי הקושיא במקומה עומדת. ומהו זה שאמר "דאם הולד כשר אין לחוש כל כך לכי יסיר, שהרי הוא בנו שהולך אחריו", שאם הולך אחריו הרי הוא עכו"ם כמותו, ואיך יתכן לומר כרש"י "דהולד כשר ממש קודם שיתגייר וישתחרר". וצע"ג ליישב דבריו שנראים סותרים עצמם מיניה וביה.

יט.

והנלע"ד בכוונתו עפי"מ דאמרינן (יבמות עח, א) נכרית מעוברת שנתגיירה בנה אינו צריך טבילה, ושם מבואר שזה מדין כאילו טבל, דלא הוי האם חציצה, דהיינו רביתיה. אכן נראה דזהו אליבא דמ"ד עובר לאו ירך אמו, אבל למאן דסבר עובר ירך אמו אין צריך לזה, אלא שטבילת האם עולה גם להיחשב טבילת גירות של הולד. וכ"כ בקה"י (ליבמות סי' לא). שו"ר בקובץ שיעורים להגר"א וסרמן (לכתובות אות ל"ה) שכ' בענין נכרית מעוברת שנתגיירה:

... ולמ"ד עובר ירך אמו דאין הגירות עליו מצד עצמו אלא מפני שהוא ירך אמו. נראה דאח"כ כשנולד הוא **ישראל ממילא**, מפני שנולד מישראלית, ולא מפני גירותו, שמעולם לא נתגייר, וכו'.

ולענ"ד יותר מסתבר שגירות האם וטבילתה עולה גם לולד לדין גירות, כי לא מסתבר כלל לומר, שולד שנוצר בתור עכו"ם טרם שנתגיירה האם שהולד הוא עכו"ם הן מצד האב והן מצד האם, ייהפך יהודי בלי גירות, רק מפני שנולד בשעה שהאם כבר היתה ישראלית. וצ"ע בזה.

ומכל מקום נראה, עפ"י הנ"ל, שולד שאביו עכו"ם ועבד ובא על בת ישראל, שגם אם שדינן ליה בתר אביו שהוא נכרי, כיון שעכ"פ הוא גדל במעי ישראלית זה גופא ייחשב כגירות, דלא גרע העובדא שאמו ישראלית מנכרית שמתגיירת כשהיא מעוברת, שע"ז גירותה עולה לולד כגירותו. (וכל שכן, אם נאמר כה"קובץ שעורים" הנ"ל שבנכרית שנתגיירה ייחשב הולד ישראל ולא בדין גר "דאח"כ כשנולד הוא ישראל ממילא, מפני שנולד מישראלית". שהרי בנידון דעכו"ם ועבד שבא על בת ישראל, הרי אמו היא ישראלית עם תחלת הווצרותו של הולד).

וזוהי כוונת המהרש"א שמפרש מש"כ רש"י דהולד כשר, דהיינו "קודם שיתגייר", כוונת הדברים, דלמרות דשדינן ליה בתר אביו העכו"ם והעבד, הרי הוא הופך להיות ישראל מגדר גירות, מצד היותו גדל במעי ישראלית ועי"ז הוא נחשב לירך אמו.

ויוצא דבזה נחלקו בולד עכו"ם ועבד שבא על בת ישראל, דמ"ד הולד כשר, היינו דאומנם שדינן ליה בתר אביו, וממילא ל"ש בו גדר ממזרות כלל, שאין מזר לעכו"ם. ומ"מ לא בעי גירות. ואילו מ"ד הולד ממזר, ס"ל דשדינן ליה מצד עצם ברייתו בתר אמו. וכיון שיצירתו בעבירה מזה שאין לו תפיסת קידושין דינו ממזר, דדמי לאשת אב שאין לו בה תפיסת קידושין. ובזה מסביר המהרש"א הלשון "כל כך" שבתוס' עפמ"ש בגמרא לעיל דקפידת התורה על "כי יסיר" הוא אם הולד נחשב "בנך" דהיינו שהוא ישראל ונקרא בן בתו של ישראל, וזהו למ"ד הולד ממזר דאז הוי ממש "בנך" ולזה חיישינן דלא ישא נכרית. אכן למ"ד הולד כשר, אם אמנם גם בזה דינו כישראל, אבל זה רק מגדר גירותו, דהרי שדינן להי בתר אביו, ובזה אין הקפידא "כל כך", היינו שגם בזה ודאי יש קפידא שמ"מ ולד זה שדינו כישראל לאחר שנתגייר, יתפתה לע"ז, אבל אין הקפידא גדולה "כל כך" כמו במי שנחשב "בנך" והוא ילך ויעבד ע"ז. וע"כ תלינן האיסור שכותי לא ישא כותית, בדעה הסוברת דהולד ממזר. ודו"ק כי בזה נתבארו שפיר דברי המהרש"א וביאורו בתוס'.

והיוצא לנו מדברי במברש"א שתתכן שיטה שהולד כשר שדינו כישראל, אך זהו לא מצד דהולך אחר האם, אלא מפני שנותנים לו גדר גירות מצד שגדל במעי האם הישראלית.

ולפ"ז יתכן לומר שבכה"ג לא יהא הולד פגום וגם לכהונה מצד גיורת, כי עד כאן לא אסרינן גיורת על כהן, אלא שנולדה בגיותה, ולא בזו שבמעי אמה כבר חל בה דין הגירות והכי מסתבר. אכן לכאורה כ"ז יתכן לומר בתוס' קידושין, ולא כן בדברי התוס' ביבמות, דמוכח בהדיא דנקט דהולד בעי גירות, וכנ"ל, שהרי משו"ז בעי למימר שאין כתמיהם טמאים, משום שלא נתגיירו.

אך האמת נראה, שאין כאן מחלוקת בין שני דבורי התוס' הללו. שכן כפי מה שהוסברו דבריהם במהרש"א, התוס' בקידושין אזלי למאן דס"ל עובר ירך אמו הוא, וזוהי גם שיטת התוס' להלכה (ב"ק דף מז, א ד"ה מ"ט) וכדעת רבא. ואילו דעת ר' יוחנן דהתוס' ביבמות אזלו אליביה היא דעובר לאו ירך אמו (שם תוס' הנ"ל, וכ"ה בתוס' יבמות דף עח, א בד"ה בעלמא וד"ה אלא. ובשיטת הרמב"ם יל"ע בה' עבדים פ"ז הל' ה' ובכ"מ ולח"מ שם). ולדעת ר' יוחנן שפיר נקטו ביבמות דלמ"ד הולד כשר, דשדינן ליה בתר האב, שפיר בעי גירות, כיון דלדידי' לאו ירך אמו, ודו"ק. ומ"מ דברי הקובץ הערות מוקשים בעיני.

כ.

כן מה שרוצה לתלות ענין זה אם הולד כשר היינו שהוא נכרי וצריך גירות בגירסא שהתוס' מאשרים בדברי רבינא דקאמר לימא קסבר רבינא הולד ממזר, שמזה נראה שממה שהחשיבו רבינא כישראל דינו ממזר, ומכאן שהמ"ד כשר ס"ל שדינו כנכרי, אמנם צ"ל דהמקשן סבר כן. אך לפי תשובת הגמרא: נהי דממזר לא הוי כשר נמי לא הוי, ישראל פסול מקרי. הרי יוצא דהאי דרשא דרבינן שדין ישראל עליו ו"בנך" מקרי, אינו מחייב לומר שדינו ממזר, אלא שהוא פסול דהיינו לכהונה. וזה כמימרא דריב"ל שהובאה דס"ל דלכו"ע הולד פגום לכהונה. לפ"ז אין כל הכרח בכל הני דאמרי הולד כשר, דהיינו מפני שדינו כעכו"ם, די"ל דכו"ע ס"ל האי דרשא דרבינא אלא שמ"מ סברי שהוא כשר מפני שאינו דומה לאשת אב, כמבואר האי טעמא בסוגיא דדף מה, ב וכדהובא לעיל.

וכבר הערנו מדאתינן למיפגמה לכהונה מק"ו דאלמנה לכה"ג מוכח דדין ישראל ממש על הולד, וכן נראה דכל השו"ט אי משוינן ליה ממזר מצד היותו דוגמה לאשת אב, או שיש לחלק ביניהם מצד שאין בו תפישת קידושין כלל, וכנ"ל כל זה מוכח בבירור דגם מ"ד כשר הוא מצד דמשוי ליה כישראל, דוק לפ"ז יש מקום לדון על ממזרות, ואילו היה דינו כעכו"ם, הלו"ל בפשיטות דמשו"ה כשר, כי ל"ש ממזרות בעכו"ם. מזה מוכח, דלכו"ע דינו כישראל גמור.

מסקנת הדברים: קיימת אמנם שיטה דאמוראי דהולד כשר מצד דשדינן ליה בתר אביו שהוא נכרי, דזוהי השיטה בקידושין עה, ב, וכן היתה זו דעת המקשן בדברי רבינא (יבמות כג, א), אך גם לשיטה זו דעת התוס' להלכה דלא בעי גירות. ומ"מ לפסק ההלכה נקטינן ודאי דהא דהולד כשר, היינו שהולך אחר האם, ולא מדין גירות הוא, אלא מפני שבן בת הישראלית קרוי "בנך" אעפ"י שאביו עכו"ם. ואין הדיון בראשונים אלא לענין כשרות הבת לכהונה, וההלכה מבוארת בזה בשו"ע סי' ד'.

סימן ע : בענין עגונה הזקוקה לחליצה ואלה פרטי השאלה:

1.

א. הגב' ר.ט. נולדה במוסקבה שבברית המועצות בשנת 1946.

ב. בעהי"ת היא הצליחה לעלות ארצה בשנת 1978.

2.

א. לאחר עלייתה ארצה, פגשה הגב' את צ.ט. ובחודש שבט תשמ"א (23 בינואר 1981) הם התחתנו כדמו"י בירושלים עה"ק.

ב. ביום עשרה בטבת תשמ"ב (5 בינואר 1982), פחות משנה לאחר שהתחתנו, נפטר הבעל, ממחלת ריאות, מבלי להשאיר אחריו זרע.

www.eretzhemdah.org

ג. מן הראוי להדגיש כי האשה אכן ידעה כי יש לבעלה מחלת ריאות עוד טרם הנישואין; ברם, בשום פנים ואופן לא הבינה את חומרת המצב ועד כמה הוא רציני עד כדי אפשרות מות.

.3

א. בשנת תשמ״ד פגשה הגב׳ ט. אדם אחר, מר י. ח. אשר ביקשה להתחתן איתו. מר י.ח. אף הוא עולה מברית המועצות אשר חזר בתשובה בעת יושבו בכלא הסובייטי. בעקבותיו, אף הגב׳ ר.ט. חזרה בתשובה.

ב. בהתאם, פנה הזוג לרושם הנישואין על יד המועצה הדתית בירושלים וזאת בחודש אדר ב׳ תשמ״ד.

ג. בהיותם בפני רושם הנישואין, סיפרה לו האשה על מות בעלה הראשון וכי אין להם ילדים. כמו כן, גילתה האשה לרושם הנשואין שהיה לבעלה המנוח ז״ל אח ברוסיה. פ.ט. (יליד 1910 בערך), אם כי לא היה ידוע לה מקום הימצאו כלל וכלל.

ד. לאור האמור לעיל, החליט רושם הנישואין, כי אין להרשות לזוג להתחתן טרם שהאשה מקבלת חליצה מאת אח בעלה המנוח ז״ל.

ה. יש להדגיש כי משך שנים רבות לא היה כל קשר בין האחים. בעלה המנוח ז״ל, חשק לעלות ארצה ולשמור על זהותו היהודית. לעומת זאת, פ. האח, היה פעיל מאד במפלגה הקומוניסטית ואף שימש כראש ״קולחוז״ (מושב שיתופי) שהוא, כידוע, כבוד גדול במסגרת הקומוניסטית באשר הוא שררה מקומית - תקופה ממושכת. פ. הקומוניסט ראה בכל קשר עם אחיו היהודי דבר שעלול לפגום ולקלקל את מעמדו הפוליטי והחברתי במפלגה.

.4

א. מאחר שהאשה בכלל לא ידעה מקום מושבו של האח, ניסתה היא בכל מיני דרכים ותכסיסים שונים ומשונים לגלותו; ובין השאר, באמצעות הצלב האדום ושגרירויות זרות אשר יש להן קשרים דיפלומטיים עם ברית המועצות. למותר לציין שכל פעולותיה עלו בתוהו, וזאת משך תקופה של שנתיים.

ב. לאחר מכן, פנתה הגב׳ ט. ללשכת עורכי הדין של ברית המועצות וסיפרה ״כאילו״ נמצאת ירושה גדולה עבור האח הנעלם. משמע על כך, הוא גילה את עצמו, יושב בעיר הקטנה בשם דוברובנה, באיזור של ויטבסק שברוסיה הלבנה.

.5

א. בשנת תשמ״ו (1986), לבקשת חברים ומכירים במדינת ישראל, הסכים מר מ.מ. מלניגרד, היום תושב ירושלים, ללכת לפ. ולשכנעו לתת לר.ט. חליצה כדמו״י.

ב. משמע פ. שלאמיתו של דבר אין ירושה, מאוד כעס; וזאת במיוחד בגלל שהופיעה כתבה בעיתון המקומי על כך שפ. ירש מיליון דולר מקרוב במערב.

ג. מר א. ניסה להסביר לפ. את חשיבות הענין והמליץ ששניהם יסעו לרומניה - שם ר. יכולה להגיע - ויבצעו את החליצה.

ד. פ. בז לכל הענין. הוא הוסיף שאולי הוא יהיה מוכן לנסוע למוסקבה וזאת בתנאי שיקבל פיצוי הולם - בסביבות מיליון הדולר שהוזכר בעיתון.

ה. מר א. סבור שפ. יהיה מוכן להתפשר על גובה הסכום הנדרש אבל בכל זאת זה יעלה לה כמה אלפי דולר טבין ותקילין.

ו. כמו כן, מר א. מאשר שפ. הוא קומוניסט ותיק שהיה חבר בק.ג.ב. כופר בעיקר, שונא דת, מחלל שבת בפרהסיה, אוכל נבלות וטרפות, אשר אין לו כל זיקה ליהדות או לעם היהודי.

.6

א. על אף האמור, נעשו נסיונות על גבי נסיונות משך שלוש השנים האחרונות להשיג אשרת כניסה (״ויזה״) לברית המועצות עבור האשה; ברם, כל הנסיונות הללו עלו בתוהו, וזאת, בין השאר, מחמת היות האשה אזרחית ישראלית, עם דרכון ישראלי גרידא, ללא כל משפחה בברית המועצות.

ב. רק לאחרונה, בעקבות המדיניות החדשה של ״פתיחות״ השוררת בברית המועצות, הודיעו הסובייטים שהם ירשו לגב׳ א. להכנס לברית המועצות.

ג. זמן מה לאחר מכן, הודיע משרד הדתות הסובייטי שהם היו בקשר עם האח, פ. שהוא מסרב סירוב מוחלט להשתתף בכל טקס דתי ועל כן אין טעם להעניק לגב׳ ט. את אשרת הכניסה המבוקשת.

עד כאן תוכן השאלה.

עיינתי בשאלה שפרטיה הובאו במכתב, ובשתי התשובות מהני תרי צנתרי דדהבא ה״ה כב׳ הראשל״צ הגאון הגדול כש״ת עובדיה יוסף שליט״א, וכב׳ ראש אבות בה״ד ורב ראשי לירושלים ת״ו כש״ת הגאון הגדול ר׳ שלום משאש שליט״א, שהעמיקו והרחיבו בראשונים ואחרונים כיד ה׳ הטובה עליהם והעלו להיתר. ובזה אבוא עם הספר למלא אחריהם, למרות ידיעתי מך ערכי, בפרט בשאלה חמורה זו. אך כחומר השאלה, כן חומר מצבה של האשה היושבת עגונה זה שנים רבות לאין מוצא.

*

www.eretzhemdah.org

אחר עיון רב נלע״ד שיש לפתוח בהיתר האי איתתא בהסתמכות על תשו׳ מהר״ם מרוטנבורג (ד. פרג) סי׳ תתרכ״ב, וז״ל:

א.

מהר״ם הביא ראיה לדברי הגאונים וכו׳ מדפריך בהגוזל קמא אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלי חליצה דאדעתה דהכי לא קידשה נפשה. ומשני טב למיתב טן דו וכו׳.

א״כ לגבי משומד דליכא למימר הכי, דאנן סהדי דלא ניחא להתייבם לו, כי יעבירנה על דעתה, ואדעתא דהכי לא קידשה נפשה מעיקרא, היכא דמשומד היה, והו״ל כאילו התנה עמו, ע״מ שלא תתייבם לו, עכ״ל.

בביסוס פסק הגאונים הפוטרים ביבם משומד מן החליצה ומן היבום עפ״י הסוגיא דב״ק, מצד דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, העביר המהר״ם את הדיון במקום דיון עקרוני, על עצם חלות מצות יבום וחליצה, אם הוא חל על **כל אח** מאב של המת, או שיש שהוא **נפקע מדין אחוה** מצד השקפותיו והתנהגותו, ומעביר את זה לדיון בהל׳ מק״ט, שכפוף לתנאים **הכלליים** שבמשא ומתן וקניינים בבין אדם לחבירו, והוא דבר התלוי בדעתם וברצונם של הקונה והמקנה, במקרה דנן בין האיש המקדש והאשה המתקדשת, ובמשפטי התנאים של התורה בכגון דא. דלפ״מ שקובע דאיכא ״אנן סהדי״ דלא ניחא לה לאשה להתייבם לו, והר״ז בגדר דברים שבלב הגלויים לכל אדם, ושמשו״כ הר״ז כאילו הותנה במפורש לפי כל משפטי התנאים.

ב.

נוקט המהר״ם שבכה״ג שהיבם שעלולה ליפול לפניו הוא משומד, איכא אנן סהדי שאינה מסכימה בשום פנים להתייבם לו, שלא תוכל להחזיק מעמד ביהדות בחיותה אתו בכפיפה אחת. וזהו דבר השנוי בעיניה יותר מאשר מוכה שחין, שבזה הוא הדיון בסוגיא דב״ק (ק״י, ב), ורק בזה הוא דאסיקו שם, דאשה בכל דהו ניחא לה (כדרך שאמרו במו״ש (כתובות ע״ז, ב) דמצית אמרה ״דיירנא בהדיה בסהדי״, דשומעים לה), וע״כ אסיקו שם בסוגיא, דמשו״ז אין לראות זאת כתנאי מצדה; ולא כן במשומד, דבשום פנים לא יתכנו חיים משותפים, וע״כ קיימת בזה הנחת הגמרא בקושיתה, דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה.

וכלול בדבריו אלה **תשובה** על מה שהשיג עליו בהגה״מ מהתוס׳ שם שהעלו, שכל הדיון בהא דמו״ש אינו אלא בהיותה **ארוסה** לו, שאין לה מעצם הקידושין שום טוה״נ. ואילו **בנשואה**, מעיקרא לק״מ, דבזה ודאי מקדשה נפשה כדי שתהא נשואה לבעלה, דמשום אחר מיתת בעלה, לא מסקא מלהיות נשואה. כמש״כ ע״ז הב״ח (סי׳ קנ״ז); נלע״ד ליישב, דמהר״ם מפרש דדוקא במו״ש איכא למימר האי סברא, אבל במומר, הדעת נותנת שאינה מכנסת עצמה **בשום ספק** מחמת חיבת בעלה, ואף מן הנשואין, עכ״ל. והעמיק הרחיב בזה ב״תורת חסד״ לגאון מלובלין זצ״ל (א״ע, סי׳ כ, אות ו׳ ד״ה אמנם).

ג.

ולפי דבריו אלה נראה שאין גם מקום לבית הספק, אם דין זה של הפקעת אחוה, שקבעו הגאונים לגבי מומר, חל גם על כל פוקר וכופר, מחלל שבת בפרהסיא ולועג על כל קודש, כגון נידון שלפנינו, כי יש מקום לחלק, כמבואר בשו״ת האחרונים, שדנים בזה, כיון שלא ניתק עצמו מכלל ישראל ונדבק באומה אחרת. שמאחר והנימוק הוא, שהאשה בהיותה נאמנה לדת משה וישראל, אנן סהדי, **שלא תוכל להסכים** בשו״פ ואופן לגור עם איש, בזה **תורה** ומחלל כל קודש, וכל ענין של יבום וחליצה זר לו, ומלגלג ע״ז כדרך שמלגלג על כל דבר מצוה, הרי י״ל דאין זה שייך כלל לדיון ההלכותי שקיים אם נפקע מתורת אחוה, שנדרש מד״ת לענין יבום. דזה תלוי בדעת האשה, ובזה אין נפ״מ בדיון הלכותי זה. ומכיון שלפי המהר״ם, שינוי השקפות וסדר התנהגות היבם הוא הקובע בעיני האשה, וכל שהשקפותיו והתנהגותו נוגדים את תפיסתה, אנן סהדי, **שאינה** מסכימה להכנס בספק שתזקק לו, ויהא שהספק הוא רחוק, הר״ז שייך בכל מי שנכלל בהגדרה זו, מבלי לקבוע אם יש עליו תורת מומר או לא. וזה נלע״ד פשוט.

ועל כן, פטורים אנו מלדון באיזו מדה עובר על דת זה, הוא בגדר יוצא מכלל ישראל, שהיא שאלה חמורה ביותר, עם מסקנות **מרחיקות לכת**, לפי מציאות ימינו, ודי״ל.

ד.

וכך עולה מהדיון שדן הרד״ך (בית ט׳ סי׳ ו׳) להשוות דעת הרמב״ם לדעת המהר״ם, אעפ״י שהרמב״ם כלל בכלל אח ליבום גם אח עובד ע״ז; ומחלק שם, שאין זה אלא ״עובד ע״ז, שהוא אינו עובר עבירה אחרת אלא זו וכו׳, הוא דאמרינן שיבמתו זקוקה לחליצה, דלא שייך לומר ׳אנן סהדי׳, כי לא נשאת לבעלה שיכשילנה בכמה מכשולות, הואיל ומקיים **שאר התורה** וכו׳. אבל משומד לכל התורה, דאנן סהדי שיכשילנה בכמה מיני עבירות, הואיל וכל עבירות שבתורה נעשו לו כהיתר, אנן סהדי דלא ניחא ליה, דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה לבעלה, מעיקרא״ עכ״ל.

הרי מבואר דלפי המהר״ם ונימוקו, עיקר הדבר תלוי באנן סהדי שיכשילנה בכמה מיני עבירות, דאשר ע״כ, השאלה אם יש עליו שם מומר או לא, אינה קובעת כלל ועיקר.

ה.

נמצא שעל דעת המהר״ם אין מקום לכל הפקפוקים והערעורים על דעת הגאונים שהתירוה בלי חליצה ויבום, בעיקר, מצד שללם מן המומר דין אחוה, שעל זה נסבה גם השגת רש״י בתשובתו שמי שנולד ישראל, אינו יכול להפקיע עצמו מדין ישראל, וממילא - גם מדין ״אח״ לענין יבום, שמשו״ז דחה דבריהם בלשון חריפה ״אין לסמוך על זה, ודבריהם סותרים זא״ז וכו״, שהרי כאן אין אנו דנים על הגדרתם כישראל (או על תוקף קידושיהם) אלא על דעת האשה גרידא, ועל אי-הסכמתה ליפול לפניו ליבום, שהוא בגדר אנן סהדי.

www.eretzhemdah.org

אלא שלכאורה מה יועילנו כל זה. והרי המהר"ם עצמו, בעל השמועה, סגר לפנינו הדרך בסיימו, שבבא לפניו הדבר הלכה למעשה **לא מלאו ליבו**, "לעבור על דברי רש"י". א"כ מה נענה אנן אבתרי', עניי דעניי.

ו.

וכוונת דבריו, שלכאורה אינם מובנים, דהרי כנ"ל דברי רש"י לכאורה מכוונים רק לענין הנימוק שאינו בגדר "אח", שהרי כ"כ בסו"ד:

> שהמומר הרי הוא כישראל לכל דבריו שנא' חטא ישראל - אעפ"י שחטא ישראל הוא. ואין לנו לחלקו מדת ישראל וכו'. אבל קידושיו קידושין וגיטו גט וחליצתו חליצה. כללו של דבר הרי הוא כישראל חשוד, והתשובה שנמצאת בתשובת הגאונים שאם המיר בשעה שקידשה אינה צריכה חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה, אין לסמוך ע"ז וכו', עכ"ל.

הנה עיקר נימוקו הוא כנ"ל, מפני שאין מומר יכול להפקיע עצמו משייכותו לישראל, עם כל הנובע מזה. ואם אמנם בדבריו שמצטט תשו' הגאונים "אינה צריכה חליצה, דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה", לכאורה נראה שהתייחסותו גם לנימוק זה של דעת האשה, אינם אלא בגדר אשגרתא דלישנא, ועיקר הכוונה, שאין כל כה"ג זיקה לחליצה. וכבר הרגיש בזה מהר"י מינץ בתשובתו (עמ' כ"ב, ב') שכ' בין השאר (דף כב, ב):

> ... יש דברים בגו, דברים שרש"י בעצמו כ' שנתנו טעם לדבריהם, דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה. וא"כ הוא כאילו התניתה שע"מ כן נתקדשה לו ע"מ שלא להתייבם לו, כמה שכ' המהר"ם. נמצא שאין זיקה. א"כ מה כתב רש"י שדבריהם סותרים זא"ז, הרי לטעמם אין כאן זיקה וכו'.
>
> ועפי"ז הסיק שם, שיש להחזיק בדברי הגאונים המתירים, וכ' א"כ למה נניח תלמוד ערוך דהיינו ר"ח (צ"ל ר"ת) והגאונים וכו' ונחזיק בתשובות שיש בהם תמיהות ופרכות. ע"כ.

ז.

אך נ' שצדק המהר"ם בקבעו שזה **בניגוד לדעת** רש"י, שלא מלאו לבו לעבור על דבריו, שכן גם אם נאמר שמלים אלה בתשו' רש"י הם שלא בדקדוק, והשגתו על דבריהם אינה אלא בענין הגדרת המומר כישראל, עכ"פ הן ברור שדבריו שמסיק להלכה ולמעשה "אין לה תקנה אלא חליצה", כוללים גם שלילת סברתו של המהר"ם, שלפי דבריו הרי המסקנא זהה עם זו של הגאונים, שפוטרה מן החליצה, אם כי מטעמם שזה כאילו התנתה.

אך בר מן דין, יותר נראה שדברי רש"י נאמרו בדקדוק, ורוצה לשלול גם סברת מהר"ם עפי"מ שרואה את המומר כדין ישראל חשוד. והיינו, דרוצה לומר, שגם נימוק זה שאדעתא דהכי לא קידשה נפשה מתלי תלי בהא. שרק אז ניתן לומר שיש אנן סהדי, שאינה מסכימה להתקדש ולא להנשא לאדם זה, שהוא מוצא מכוח הדין מכלל ישראל, דע"כ י"ל שזה כאילו התנית בזה. אך אי מצד הדין תורת ישראל עליו, למרות שאינו מקיים מצוות ודין ישראל חשוד עליו, אין זה עדיין אומר דאיכא אנן סהדי, שמה"ט שנוי הוא לה יותר מאשר מו"ש, דאפ"ל גם בזה דאשה בכל דהו ניח"ל, אם משום שחושבת שבכל זאת תוכל באיזו שהיא צורה להסתדר אתו למרות היותו לא מקיים מצוות, מ"מ **היא** תוכל לשמור על עצמה. וכן יתכן שמעלה על הדעת, שתוכל גם להשפיע עליו. וגם אם זו אינה אלא אשלית שוא, כבר ראינו כזאת בישראל. וע"כ כלל רש"י בהשגתו, גם שלילת נימוק זה של המהר"ם. כך נלע"ד, הבין המהר"ם את דעת רש"י (ומסולקת בזה הערת המהר"י מינץ הנ"ל) וע"כ לא מלאו לבו לעבור על דבריו. ודו"ק.

ח.

אכן נראה שנידוננו קיל טפי, **ובזה יש להקל, גם לדעת רש"י**, למרות שהחמיר במומר. דהנה בתירוץ הגמרא ב"ק הנ"ל דאשה בכל דהו ניח"ל, פירש"י, וז"ל:

> ניחא לה להתקדש לראשון, **שהוא שלם, על ספק זה** שמא ימות תזקק לאחיו, עכ"ל.

פשטות הדברים, וכפי שהוכיח במישור הרד"ך (חדר י-י"א) שעיקר מה שאמרו בגמרא שאשה ניחא לה בכל דהו, "כל דהו" זה - הכוונה שישנה אפשרות "כל דהו" **על היבום עצמו למו"ש**, וזהו, כנ"ל, ע"י שתחיה עמו בצוותא מבלי שתזקק לו לחיי **אישות**, דאם אומרת דיירנא בהדיה בסהדי שומעים לה. וכן דייק שם הרד"ך שגם **המהר"ם** פירש כן, שהרי כל עיקר נימוקו של המהר"ם הוא, שמומר יותר שנוי לה מאשר מו"ש, ומשו"ז לא שייך במומר גם גדר "ניחותא כל דהו" הרי שניחותא זו מתייחסת לגבי האפשרות של נפילתה ליבם. וז"פ.

וא"כ לכאורה, לפ"ז דברי רש"י שהאריך להסביר על הניחותא שיש לה עם **הבעל**, הוא לכאורה אריכות דברים **ללא צורך**. שהרי כל עיקר הקושיא דעל דעת כן לא קדשה נפשה, היתה מצד אימת נפילתה **ליבם**, ובזה סגי בתשובת הגמרא, שגם לגבי אפשרות זו י"ל דיש לה "ניחותא כ"ד". וצ"ע.

ט.

וצ"ל בביאור הדברים, דהרי זה מוכרח שקושית הגמרא שנאמר "אדעתא דהכי לא קדשה נפשה" הוא לומר שיש כאן אנן סהדי, שאל"כ הרי לא יתכן לראות זאת בגדר דברים הגלויים לכל אדם, שאין צורך להתנותם, אלא זה כאילו הותנה במפורש וע"כ בטלים הקידושין מדין מק"ט. וצריך לומר, שהגמרא נקטה, שהפחד הזה מפני **האפשרות** שהבעל ימות, והיא תזקק ליבום, למרות היות זאת כספק רחוק, מ"מ כיון שהדבר בידה להתנות (וכפי שהסביר התוס' כתובות (מ"ז, ב, ד"ה שלא) שודאי אין הבעל מקפיד בכך) היא ודאי **מתנה** זאת, והוי דשב"ל גלויים, וע"כ יש לראות הקידושין כמק"ט שבטלים מעיקרם, בהתממש הדבר.

וע"כ, בכדי לענות לטענה זו, מוכרח הי' לגמרא לומר, **שכנגד** האנן סהדי זה, יש "אנן סהדי" **הפוך** וזה משום שאין לבטל האנן סהדי זה, בזה **שתתכן** "ניחותא כל דהו", דכשם שנקטינן שמיגו ל"מ במקום אנן סהדי, מכש"כ שאין ע"י

״כל דהו״ לבטל האנן סהדי. ולזה פירש״י, דהאי ״כל דהו״ אינו אלא מצטרף **לעיקר**, והיינו שהאפשרות שתפול ליבום היא **רחוקה ומסופקת מעיקרה**, שהרי עכשו היא מתקדשת **לבעל** - ״ניחא לה להתקדש לראשון, **שהוא שלם**״ ; וא״כ הסיכויים הם שאכן **יאריכו** ימים, היא עם בעלה בצוותא חדא, ולא יגיע הדבר כלל לידי נפילתה קמי יבם. וע״כ לגבי האפשרות **הרחוקה** הזו, קיימת שפיר ה״ניחותא כל דהו״ שישנה, גם אם אכן יקרה הדבר הזה. באופן שמצטרף **הניחותא כל דהו אל הניחותא רבה**, היינו - החיים עם בעלה, שהוא שלם, ובדרך הטבע עומדים להאריך ימים יחד - (ואולי גם יזכו לזרע של קיימא) וע״כ **נסתר** האנן סהדי שבדברי המקשן. (ויתורץ הדיוק של הרד״ך **שבכל מקום בש״ס** שהוזכר האי מימרא דר״ל דאשה בכ״ד ניח״ל, **לא מובא** ע״ז הביטוי ״אנן סהדי״, כמו שמובא כאן. שהרי, כאמור, רק ע״י אנן סהדי ניתן לדחות הקושיא, שהיתה אף היא מכוח ״אנן סהדי״, ודו״ק).

יוצא איפוא, שרק בכה״ג שסביר הדבר, **שהנישואין עם הבעל יהיו לאורך ימים**, והיינו כשהבעל בריא ושלם, שמשו״ז האפשרות שתפול ליבום היא רחוקה ביותר, רק כה״ג אמרינן דאין כאן אנן סהדי שרק על כן היא מתקדשת שאם תפול ליבום יתבטלו הקידושין. ואילו בגוונא, שהבעל אינו ״שלם״, באופן שסביר הדבר **שאכן תפול ליבום**, כל כה״ג **לא נתבטלה** סברת המקשן דאיכא אנן סהדי ״דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה״.

[הארכנו בזה, **לפי פי׳ הרד״ך**, שפירש מה דאמרינן בגמרא ביבם מו״ש, דשייך בזה אשה בכל דהו ניחא לה, הוא דניחא בכל דהו, גם **כשתפול** לפניו ליבום. וזה מפני שהלשון ״כל דהו״ מתיישב יותר לפי פירושו. אכן, לפי פי׳ הר״א מזרחי סי׳ ס״ח,[4] שהביא דבריו ב״תורת חסד״ (סי׳ כ׳ הנ״ל) שמפרש הניחותא כל דהו, הוא משום **שעכשיו** קידושיה הם לבעל, וזה עיקר מגמתה, דאשר ע״כ זה נחשב **במשקל שוה** למימרא של ר״ל בענין קידושי האשה דבכל דהו ניח״ל, גם כן דברינו קיימים (ואדרבא, ניחא טפי, דלפ״ז אין צורך לדון בהשואת פוקר ופורק עול תורה ומצוות לדין מומר) שלפ״ז רק מצד היות בעל ״שלם״, שייך לומר דמשו״כ מסכימה שלא לראות תנאי בנישואין, משא״כ כשאין הבעל בחינת **שלם**, אין כלל ניחותא כל דהו ובזה אמרינן, ׳אנן סהדי׳ **דלא** ניח״ל להתקדש, כמו במו״ש].

י׳.

ומעתה, נחזי אנן, בנידו״ד, שגם בזמן הנישואין היה הבעל ידוע חולי, שסיכוייו להאריך ימים הם קלושים, אך יותר מזה, **כשנתברר** שמת מחולי זה תוך שנה, שמחלתו היתה אנושה, והיה כבר אז בגדר טריפה, אלא שהאשה לא ידעה מזה, אבל הרי נתברר למפרע, וא״כ חסר כאן **התנאי העקרי** שמתנה רש״י ״שהוא שלם״ (שלם - לאפוקי **טריפה**, מכות דף ו,א: ראיתם טריפה הרג, **שלם** הרג) שרק מטע״ז אמרינן דאיכא אנן סהדי שאינה מתנה שום תנאי בנישואין, כל כה״ג יש לנקוט דעת המקשן, דודאי אדעתא דהכי לא נתקדשה, והקידושין בטלים מעיקרא. (וכה״ג מחלק הרא״ם בעובדא דידי׳ קבלת גט לאשה שלא בידיעתה כשהבעל שכ״מ והיבם מומר, עי״ש).

י״א.

וכל זה אמור, גם אילו היחסים שבין מדינת ישראל, לבין ברית המועצות, מקום מגוריו של היבם היו כתיקונם, והמעבר מהכא להתם ומהתם להכא היו כתיקונם, שהי׳ מקום להביא בחשבון ה״ניחותא כל דהו״ במעשה היבום, מכש״כ שהדרכים משובשות (בפרט בזמן שנערכו הנישואין, שהשערים היו נעולים, וכמעט אין יוצא ואין בא, ומכש״כ נסיעה ויציאה משם ומכאן לשם קיום מטרה **דתית**, כשהמשטר דהתם הכריז מלחמה על כל דת שהיא.) ומכל שכן, שהיבם לפי דעותיו והתנהגותו, אינו עלול להסכים לא ליבום ולא לחליצה, כדת משה וישראל. ומאחר והבעל היה טריפה בשעת הנישואין, כפי שנתברר, שלא הוציא שנתו, הסיכויים שבנפילתה ליבום, תשאר עגונה לכל ימי חייה, כל

---

[4] הרא״ם שם בתשו׳ הנ״ל הביא מה שפסק רש״י שניתן לקבל גט ממשומד לאשתו בתור שליח קבלה, גם שלא מדעתה, מטעם דזכות הוא לה, וזכין לאדם שלא בפניו, והמהר״ם השיג על רש״י, שדבריו אזלי רק לפי הגאונים שהתירו כנ״ל בנופלת ליבם לפני משו׳ בלי חליצה, מה״ט דאנן סהדי שהוא שנוי לה ביותר, וע״ד הכי לא נתקדשה וכו׳.

וע״ז תמה הרא״ם שם, שנימוק זה שע״ד כן לא נתקדשה, אינו אלא סברת המהר״ם עצמו לביסוס פסקם של הגאונים. אולם הגאונים עצמם לא מטע״ז פטרוה, אלא משום שסוברים שמומר אין לו אחוה. כן הוא מפורש בדבריהם, וכן באלה שהשיגו עליהם, וכן גם רש״י שכנ״ל פסק שאין לסמוך על דבריהם. וע״כ י״ל דרק על נימוקם, שהוא מצד אחוה הוא דהשיג רש״י, ומעלה הנימוק, שהמומר שנוי לה ביותר, וזוהי זכות בעיניה שיקבלו הגט עבורה, קיים גם לרש״י.

אך לכאורה הרי, כפי שכתבנו לעיל גם אם השגת רש״י על הגאונים היא בענין אחוה, שלדעתו גם ישראל מומר ישראל הוא, וכן לא נפקעה ממנו דין אחוה, עכ״פ הן כלול בדבריו גם אי הסכמה לסברת המהר״ם שעל דעת כן לא נתקדשה. וא״כ לכאורה אין ממש בהשגת הרא״ם.

אך נראה דזה תליא בשני הפירושים שהבאנו במ״ש בגמרא ב״ק הנ״ל דאשה בכל דהו ניחא לה. דמהר״ם מפרש ה״כל דהו״ דבנפילתה ליבום איכא נמי ׳כל דהו׳, וכנ״ל. ואילו הרא״ם מפרש האי ״כל דהו״ מצד זה שעכשיו היא מתקדשת לבעל, והנפילה ליבם אינה אלא ספק, משו״ז זה נחשב בגדר ״כל דהו״.

דהמהר״ם לשיטתי׳, שפי׳ כנ״ל, שהניחותא היא גם בעצם היבום. ועל כן, לפ״מ שנוקט כסברא פשוטה וברורה שבמומר אין שום צד של ניחותא, אם תפול לפניו, ומיגרע גרע בזה ממוכה שחין שבסוגית הגמרא. וזהו בעצם כל היסוד להיתר, וכנ״ל. לכן היה פשוט למהר״ם שרש״י ודאי לא סבר הכי, שאל״כ למה דחה ספק הגאונים בנופלת לפני יבם, יותר היה לו לקיים הפסק, אם כי לא מטעמם. אלא ע״כ גם בטעם המהר״ם לא ניח״ל לרש״י, שסובר שאין שום הוכחה שהמומר יותר שנוי ממוכה שחין. וע״כ הוקשה לו לפסקו של רש״י, לענין קבלת הגט מבעל מומר, שלא מדעתה.

אכן הרא״ם לשיטתו, דפירש הניחותא כל דהו שאמרו לענין מוכה שחין הוא לא מצד הניחותא כל דהו ביבם, דזה אינו כלל, והוא שנוי לה באופן מוחלט, אלא שהניחותא שיש לה עכשיו במה שמתקדשת לבעלה, שהוא שלם, היא המחשיבה את זה לגדר ניחותא כל דהו, וכיון שכן, אין הוכחה שרש״י חולק על סברת המהר״ם שבמומר אין ניחותא כל דהו, שהרי הוא לא השיג עליהם אלא באותו נידון שהיבם הוא המומר, שבזה העובדא שעכשיו הקידושין הם לבעל, והוא יהודי כשר, משו״ז אין להפקיע הקידושין מצד התנאי (שזה כאילו הותנה) של הנפילה לפני היבם המומר, שזה ממש בדומה להא דמוכה שחין, דקידושה לבעל מכריע להיחשב לניחותא כל דהו. וכל זה ביבם מומר, משא״כ בבעל עצמו מומר, שבזה הדיון בתשו׳ רש״י לענין שליחות שלא מדעת, בזה שפיר י״ל כסברת מהר״ם שמקובלת היא על רש״י ג״כ, דודאי הוא שנוי לה ביותר (כמו במו״ש) שע״כ ייחשב לזכות גמור לקבל הגט שלא מדעתה, ודו״ק.

כה״ג ודאי דאדעתא דהכי לא נתקדשה. דבזה, ודאי ניתן לצרף סברתו של הרד״ך (חדר ו׳) שכמעט נמנע היא שיבא היבם לכאן, או שתבא היא לשם (בפרט, בשעה שנערכו הנישואין, וכנ״ל) וא״כ כשתפול לפניו: ״תעמוד עגונה כל ימיה ואין כאן טן דו, פשיטא דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה. דהא מטעמא דטן דו הוא דאמרינן גבי משומד דמינח ניחא לה. ולא שייך לומר סברה וקבלה, דפשיטא לענ״ד שהוא מהדברים שאינן צריכים אפילו לגילוי דעת, והו״ל כאילו פירשה בהדיא שעל תנאי זה היא נשאת לבעלה״, עכ״ל.

י״ב.

שו״ר שכיוונתי בזה לדעת הגאון הפוסק, שפסקיו הם קילורין לעינים ה״ה הג״ר משה פיינשטיין זצ״ל (אה״ע, סי׳ קכ״א) ״בענין שנשאת, שהיה ידוע בשעת הנישואין שיצטרך תוך זמן מועט לילך למלחמה ומת שם, ואחיו מומר״, שכ׳ בזה שגם כי ״לא מצינו מי שסמך אף על טעם המהר״ם שהביא המרדכי ביבמות אות ק״ז גבי נפלה לפני יבם מומר דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה וכו׳״.

בעובדא זו **דמשונה** מסתם מעשה נישואין בעולם, דבכי ניסת לו, אחרי שכבר היה לו ולה ולהעדים ולכו״ע ידוע שהוא צריך לילך לצבא, שהוא **ספק גדול** שימות. וכיון שיש לו אח זה, הרי ידוע ממילא שתהא זקוקה ליבם זה באם ימות במלחמה. וכיון שהוא חבר המפלגה וכופר בכל עניני התורה ולא יפטרנה בחליצה וכו׳.

וזה הא ודאי אין לומר כלל, שבשביל רצונה להנשא לו ניסת לו אף בידיעה ברורה שרק לימים מועטים יהא עמה בודאי, ואח״כ ילך בצבא למלחמה, **שמצוי שימות**, ותשאר עגונה לעולם, **שברור לכל שבשביל זמן מועט דימים ואפילו חדשים**, לא תתרצה שום אשה להנשא, אף שטב למיתב טן דו. דהא דמתרץ בגמרא שם ריש קי״א דאנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו, הא פירש״י דניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו, והוא פירוש מוכרח, דהא ברור דלא ניח״ל במוכה שחין וכו׳. ולכן, כיון דבעובדא שהיו נישואיה בימים שידעה שאיכא ספק גדול שיקחוהו לצבא וימות במלחמה, מוכרחים לומר שלא ידעה שתהא זקוקה ליבם זה ליבום וחליצה וכו׳ ואילו היתה יודעת שזוקק ליבום לא היתה ניסת גם לאח הכשר בשביל איזה ימים, אף כפליים מעשרים יום וגם יותר. וחסרון כזה דתהא אסורה **לעולם**, הוא חסרון היותר גדול שאף בנישואין שלא שייך להתנות במומים קטנים, מ״מ אדעתא שתיאסר לא נישאה וכו׳.

ומסתבר שאף מצד הבעל איכא אומדנא זו, דגם הוא הרי ודאי יודע שבשביל ימים המעטים לא היה מוצא שום אשה בעולם שתנשא, אם לא על תנאי שאם ימות בלא בנים לא קידשה, והוי אומדנא הברורה שהוא רק על תנאי משני הצדדים וכו׳.

ופשוט שאף אם זה **שניסת לו בסתם ולא התנו כלום, היה משום שלא ידעו שאיכא זיקת יבום וחליצה כלל**, ולא משום שידעו מעניני תנאים נמי בטלו הקידושין כידוע מדיני **התנאים, דאין לנו צורך שידעו דינים, אלא שלא היה רצון להתקדש ע״ד זה** שתצטרך באם ימות חליצה מאיש זה, שאם הוא באופן אנן סהדי ברור נחשב כהתנו ובטלו, דהא בעובדות דאיתא בגמרא באומדנות בכל מקום לא הוזכר חילוק בין אינשי דעלמא לת״ח.

ולכן בעובדא זו היא מותרת לינשא בלא חליצה וכו׳ עכ״ל.

י״ג.

ונציין שניד״ד יש בו פרטים **מקילים** יותר, מאשר בנידון דתשובה זו שלפנינו:

א׳, דגם היציאה למלחמה לא היתה ודאית, שכן היו מצויות עובדות של עריקה והתחבאות; גם היוצאים לצבא, לא כולם משתתפים בחזית ממש; גם לא כל היוצא למלחמה נהרג, כידוע. וי״ל שתולים עצמם שהוא יהיה בין היוצאים מהמלחמה בריאים ושלמים. ב׳ כן בענין היבם, אם גם הוא שייך למפלגה הידועה, יתכן שבהמצאו בקרבת מקום, ובהיותו ביחסים תקינים עם אחיו שנהרג, אולי תמצא דרך לחליצה, מבלי שיודע לרשות, וכבר היו דברים מעולם...

ולא כן נידוננו, שהאורב נמצא **בתוך גופו** של הבעל פנימה, במחלתו האנושה, ולא היה מנוס ממנה, אם לא ע״י נס. כן האפשרות להפגש עם היבם, שהוא גם כפי שמתברר רע מעללים, ולבו קשה, כפי שמתברר, **רחוק פי כמה**, שחליצה תוכל לצאת לפועל. כל הני עובדות, הם אומדנא גדולה פי כמה, מאותו נידון שבמחשבה. וכיון שכן ודאי דיש לסמוך על אומדנא זו, ולבטל הקידושין, למרות דבעלמא אין תנאי בנישואין. וכל זה נלע״ד ברור ופשוט.

וכיון שאותו גאון, אחרי שהיו לעיניו כל הדיונים שבגדולי הראשונים והאחרונים, הסכים לפטור בשופי בנידון דידי׳, כש״כ בנידון דידן.

י״ד.

ועתה ניתנה ראש ונשובה לעיין בדברי שני הגאונים דפתחו לה בהיתרא דהאי איתתא בדרך אחרת, ה״ה הגר״ר עובדיה יוסף שליט״א ראשל״צ וראש מועצת חכמי התורה, ואתו עמו הג״ר שלום משאש שליט״א, הרב הראשי לירושלים עיה״ק ת״ו ורב רבנן - ראש אבות ביה״ד דקרתא דשופריא הדין.

שני נביאים מתנבאים, ומבססים הדברים על שני יסודות: א. פסקו של מהר״י בירב הו״ד בב״י (סי׳ קנט) שכ׳ שם באו״ד (לאחר שהביא פסק מהר״י ווייל) וז״ל: ואני ראיתי אשה נשואה ונודע שהי׳ לה יבם מומר, והורה מורי הה״ר יעקב בי רב ז״ל שאין מוציאין אותה מבעלה, ע״כ. והיינו שבדיעבד אם נשאת לא תצא.

ב. על מש״כ מהר״י מינץ בתשו׳ (סי׳ י״ב) בסיכום דבריו בדעת הגאונים והמחמירים שסותרים דבריהם באו״ד (דף כב, ב) וז״ל:

... דאיכא למימר על המחמירים, אילו עלתה על לבם מה שכתבו האחרונים הוו הדרי בהו, וכ"ש וק"ו כאן דאיכא למימר, מה שהחמירו חומרא בעלמא הוא מדרבנן, א"כ בנידון דידן שכבר נשאת ע"פ חכמים, כאשר כתב מר, בכה"ג כולם מודים דלא תצא, עכ"ל.

עפי"ז מבואר יוצא דאם אמנם יש להחמיר לכתחלה, כדכ' המחבר בשו"ע (סי' קנ"ז, ס"ד) בנשאת לא תצא. ועפי"ז דנו בשו"ש וטע"כ דכל כה"ג שבנידון, יש לדון הלכתחילה כדיעבד.

ועפי"ז הסיקו דצ"ל דאעפ"י שלעיל מזה בסי' קנ"ז התמלטו מפיו של מר"ן דברים קשים על הסומך על פסקם של הגאונים, ודאי הדר ביה כשראה פסקו של רבו המהר"י בי רב שפסק כמותם בדיעבד.

כן ציינו מש"כ מור"ם בדר"מ בהערתו על פסק מהר"י בירב הנ"ל שכ' (אות ג') וז"ל: ומשמע דמיירי דלא חלץ לה היבם, ואפ"ה אין מוציאים אותה, ע"כ.

ובשו"ע (סי' קנ"ז, ד) במש"כ מרן המחבר: נפלה לפני יבם מומר יש מי שמתיר, אם היה מומר כשנשאה אחיו, ואין לסמוך עליו, כ' הרמ"א: מיהו אם עברה ונשאת בלא חליצה כי לא ידעה שהיה לה יבם, ואח"כ נודע שיש לה יבם מומר לא תצא (מהר"י מינ"ץ סי' יב), וי"א דוקא אם חלץ לה לבסוף (מהרי"ו סי' נד). ולשון ראשון בדברי הרמ"א, נראה תמיד עיקר. עכת"ד.

ט"ו.

ולענ"ד יש לי בכל זה הרהורי דברים כדלהלן; ומראש אבקש סליחה מכב' הדר"ג - תורה היא, ואמת כתוב בה: הנה מה שעולה מדברי המהר"י מינץ שכל המחמירים יתכן שאין זה שאלה מחמירים מדרבנן. כד נעיין בכל דברי התשובה יש לראות שדבריו סובבים על השאלה שהיתה לפניו, כל עיקרה סובב כשנפלה לפני יבם מומר, "שהי' מומר **בשעת מיתת בעלה, לא בשעת קידושי בעלה**". כי כל פסק הגאונים (הו"ד בטור, וכן בלשון המחבר, הנ"ל בשו"ע) המדובר "כד נסבה בעלה הוי יבם מומר", וכן בשו"ע כנ"ל אם הי' מומר כשנשאה אחיו, והנימוק הוא מפני שנישואין הראשונים מפילים, ונמצא שבעידן חלות הזיקה היה היבם במצב "דלאו אחיו הוא". זה הי' כל קוטב השאלה, שהמהרי"ם מתאמץ להוכיח **דאדרבא** נקטינן **דמיתה** מפלת, וע"כ הוא ל"ד שהי' מומר בשעת **קידושין**, דהאי טעמא דאינו "אח" לענין יבום, הוא בעיקר אם הוא מומר בשעת מיתת הבעל, והאריך בזה. וכ' די"ל דנסתפקו בזה לפסק הלכה דשמא נקטינן דנישואין הראשונים מפילים, או דמצד **חומרא** בעלמא חששו גם לדעה זו, שלא הוכרע במפורש להלכה; והעלה שכך מסתבר יותר "וכדפירש רש"י, ורב אלפס והרא"ש פסקי כוותייהו".

לכך איכא למימר מספקא להו לגאונים אי קידושין הראשונים מפילים או מיתה מפלת, לכך תלו בקידושין ובמיתה, כדפי' לעיל. או ס"ל דודאי מיתה מפלת, אלא מדרבנן החמירו לחוש כמ"ד קד"מ, ומה שכתבו ז"ל, ומילתא דמומר מילתא דלא פסיקה, דאיכא אח מומר דזוקק את אשת אחיו לייבום, כדפרשי רבנן דמתיבתא, דקידשה אחיו כשהוא אכתי ישראל, דהנהו קידושין הראשונים מפילים היינו מדרבנן משום חומרא כיון דאיכא מ"ד דס"ל דאורייתא. וניחא טפי לומר כך, מדחילקו בין איסור לאו לאיסור כרת, כדפי'. ואם כן, כיון דדרך חומרא מדרבנן הוא, א"כ בנידו"ד אע"ג דישראל היה בשעת נישואין, כל הדיעות מודין, כיון שכבר נשאת ועפ"י ת"ח שמותרת לבעלה, ולא תבא מהתירה הראשון וכו'.

ט"ז.

הרי הדבר ברור, שנוקט להלכה כשיטת הגאונים בטעמם מצד דאין להם אחוה, ודחה גם פסקו של רש"י, כפי שהובא לעיל שכ': יש דברים בגו, דברים תמוהים וכו', והסיק לבסוף שם בזה: א"כ למה נניח תלמוד ערוך, דהיינו ר"ת והגאונים וכו' ונחזיק בתשובות שיש בהם תמיהות ופרכות וכו'.

י"ז.

הרי ברור, דמש"כ שגם המחמירים י"ל דאינם אלא מדרבנן ומשום חומרא בעלמא, דבריו אינם אלא **סיכום**, מש"כ לפני כן, כדברים הנ"ל. שהכל נסב על שמה שהצריכו הגאונים התנאי שהיבם היה כבר מומר בשעת **הקידושין** (ואף לא חזר בו במיתת הבעל) שזה אינו אלא חומרא מדרבנן, ומצד הדעה שסוברת שקידושין הראשונים מפילים, אעפ"י שנדחית מהלכה. אך החולקים על עיקר **היסוד** שנתחדש בבית מדרשם של הגאונים, שמומר, אין לו אחוה, ובפרט רש"י שחלק באופן נמרץ ביותר שאעפ"י שחטא ישראל הוא וע"כ הוא בדין "אח", הם ודאי לא מכוח חומרא דרבנן נחלקו, כי אם אעיקר הדיון מדאורייתא. א"כ מחלוקתם נוגעת בענין שהוא דאורייתא והדיון שלנו הוא דיון **בדאורייתא**, והרי קי"ל במחלוקת שהוא בדאורייתא, ואנו אין בידינו כוח להכריע, יש לנקוט כמחמיר, כדין ספק דאורייתא.

ויתירה מזו, שגם לפי שיטת הגאונים דס"ל דבזה אין דין "אחוה", אכתי לא יצאנו ממחלוקת האחרונים, **אם ניתן להשוות** מומר פורק עול למומר שבו דברו הגאונים, שקיבל דת אחרת ועבר לאומה אחרת, דגם מחלוקת זו היא מחלוקת בדאורייתא, ולא רק במילתא דרבנן.

י"ח.

והנה כב' הדר"ג מוהר"ש משאש שליט"א הביא כסייעתא לזה שכל הדיון אם נשאת תצא הוא רק מדרבנן ממ"ש הגאון הצדיק המנוח זצ"ל הגריא"ה הרצוג זצ"ל שכ' (היכל יצחק ח"ב סו"ס צג אות ה') וז"ל:

בינותי בדברי אחרון הגאונים כחד מקמאי רבינו אלי' מוילנא זיע"א. וראיתי שהוא מפרש דעת הרמ"א (הכוונה למש"כ הגר"א בסי' קנ"ז, הנ"ל, אדברי הרמ"א בהגה"ה בדברי מרן המחבר, מדברי המהרי"ם) שתצא האמור כאן אינו אלא מדרבנן, ובדרבנן הלך אחר המיקל יעוי"ש בדברי קדשו וכו'.

ואמנם כן, כך כתב הגריא״ה, אך במחכת״ג זצ״ל, אגב חורפי׳ ראה רק מש״כ שם הגר״א באות ח׳, ולא שפיל לסיפי׳ באות ט׳. כי דבריו הם על מש״כ המהר״י מינץ, ואמנם כ׳ שם המהר״י (וכבר הובאו דבריו לעיל) שהמחמירים ג״כ אינם אלא מדרבנן, אך כל זה סובב **לפי דעת הגאונים**, והמתירים הם אלה שמתירים בלי חליצה, רק בגוונא שכשנתקדשה היה מומר; אבל באות ט׳ מבואר דעת הי״א השני שהוא לפי״ד **החולקים על הגאונים**, ולדידהו אי״ז דרבנן אלא כשחולץ לה לבסוף, ונדון עוד בזה להלן בע״ה, וכן הבין דעת הגר״א לנכון כב׳ הדר״ג עובדי׳ יוסף שליט״א, כדלהלן, והרי הגריא״ה הרצוג כ׳ שם לעיל (אות א׳) שבשני הלשונות של הרמ״א יש לדון כמו בספיקא **דאורייתא** דאזלינן לחומרא, א״כ אין ללמוד להלכה ממש״כ המהר״י מינץ, כי איהו אזיל לפי שיטת הגאונים, וכנ״ל.

י״ט.

גם מה דנקטו הני תרי רברבי שליט״א דבסופו של דבר, כשהביא הב״י בסי׳ קנ״ז את פסקו של מהר״י בי רב דהתיר בדיעבד כשנשאת, מבלי שהעיר מאומה משמע דס״ל נמי הכי, וקיבל דעת רבו, לענ״ד צ״ע רב.

דאיך יתכן שאחרי שכתב בסי׳ קנ״ז בסיכום פסק ההלכה, אי נקטינן כגאונים המתירים, ואחר שהביא מש״כ מהרי״ק ז״ל (שורש קע״ז) ״וחלילה להקל בשל ערוה שלא כדעת רש״י, אשר כל ישראל שותים מימיו הנאמנים״, סיים בזה״ל: הרי כל האחרונים מסכימים לאסור יבמה שנפלה לפני מומר. ימשיך בתכ״ד, אשה שנפלה לפני יבם מומר ונישאת לזר, כתבתי משפטה בסי׳ קנ״ט. והרי המהרי״ק כותב שזוהי שאלה של הקלה ב״של ערוה״, שלא כדעת רש״י, א״כ נראה שהדיון הוא על מחלוקת באיסור תורה, ואילו בסי׳ קנ״ט שמפנה אותנו לשם מביא מעשה שמהר״י בירב פסק בניגוד לזה להקל, ומאחר שבאיסור תורה עסקינן, איך יתכן שמיקל אי נישאה, מצד בדיעבד?

והנה כב׳ הגר״ש משאש שליט״א כ׳, לאחר שהביע תמיהה המתעוררת, שבעוד שבסי׳ קנ״ז הוציא מפיו דבריו כמתלהמים שהמקילים ראוי ״לרדפם ולכתתם עד החרמה וכו״ הביא בסי׳ קנ״ט פסקו של מורו המהר״י בירב שעשה כן למעשה, ונחה דעתו אחרי שמצא דבריו של הגאון כמוהר״כ רפאל ברדוגו, שכ׳ שעיקר השגתו של הב״י ודבריו החריפים מופנים רק על המפורט בשמו של רב יהודאי גאון להתיר גם **בבעל** שהמיר דתו ומת מתוך רשעו, שאשתו פטורה מחליצה לאחיו הכשר, אבל לא כיון לענין איפכא - כשנפלה לפני **יבם** מומר. אך מה יושיענו זה, אף אם נפרש דברי הב״י בדרך זו [בשגם שעיקר דבריו מפוקפקים, שכן אין מקום לחלק בין הדבקים. מאחר שהעלה מהר״י מינץ שהיתר הגאונים הוא גם ביבם שהמיר אחר הנישואין משום דקיי״ל לדינא דמיתה מפלת, וע״כ כיון שבשעת נפילתה ליבום היה מומר שאינו בגדר אחוה לשיטת הגאונים, נפטרת בלי חליצה.

טעם זה הן קיים גם בבעל שהמיר טרם מת, כי מה הבדל בדבר, אם פקיעת שם אחוה הוא בגלל היבם או בגלל הבעל, סוף סוף אין כאן ״כי ישבו אחים יחדו״ וע״כ התרעם באופן כל כך חריף מר״ן הב״י על המעידים להתיר, דבריו מכוונים הן על המתירים בבעל שהמיר, והן על המתירים ביבם שהמיר. וביתר תוקף חוזרת ההוכחה שהעובדא שהמהר״י בירב התיר בדיעבד, כשנשאת בשוגג הי׳ זה רק בגוונא שחלצה לבסוף, וכפסקו של המהר״י ווייל.] שהרי באי״ד שם קאי במפורש על שנפלה לפני יבם מומר. ודברי המהריי״ק שהו״ל ביבם מומר קאי, וכ׳ כנ״ל ״שחלילה להקל וכו׳ וכמש״כ הר״מ עצמו שלא מלאו לבו לעבור עד דברי רש״י וכו״. ולא העלה להתיר אלא בדאיכא ע״א שמעיד שמת היבם, עי״ש. וגם ל״ש לומר שחזר בו אחר שנוכח שפסק רבו הר״י בירב, שהרי הכא גופא מפנה אותנו לענין בסי׳ קנ״ט. וכן איך יתכן שיסתום הדברים בסי׳ קנ״ט ולא יפרש שחזר בו.

כ.

וכן הרי גם סתם הדבר בשולחנו הטהור שכ׳ בזה״ל: ״נפלה לפני יבם מומר, יש מי שמתיר, **ואין לסמוך עליו**״, והוא **בדיוק** כלשון רש״י שהתנגדותו לפסק הגאונים, היא מצד **דין תורה**, ולא רק כחומרא בעלמא. וכן לא יתכן, שאם אמנם היתה זו דעתו שהמהר״י בירב מתיר בדיעבד, שלא יביא זאת להלכה.

ואי מצד הקושי שיש בדבריו, הרי לפנינו דברי **המוהרי״ט** (ח״ב סי׳ י״ח) שהרגיש בכל הנ״ל וכ׳ שאם נפרש פסקו של הר״י בירב **בשלא** חלץ לה היבם המומר לבסוף, א״כ ״נמצא דבריו חלוקים על דברי רבו, ובפסקיו באותו סי׳ כתב: יש מי שמתיר ואין לסמוך עליו, ולפי דעת רבו, למה לא יסמוך עליו. וכו׳. [וכן הבינם הרמ״א שהעתיק דבריו בשם הי״א בהגהתו שם.] אלא מוכח שמש״כ בסי׳ קנ״ט ״ואני ראיתי אשה נשואה״, **קאי על דברי מהר״י וייל שהביא לעיל, ועלה קאמר** ואני ראיתי אשה נשואה וכו׳. ולא הוצרך לפרש דקאי אחר חליצה דהא עלה קאי וכו״. שבזה הכל מיושב בפשטות, שאין כאן שום סתירות ח״ו ושום חזרה בדברי הב״י. שבדברי מהרי״ו מבואר באר היטב דקאי רק בגוונא שלבסוף בא היבם וחלץ לה, ואין הדיון אלא בהא, דכל כה״ג ביבם כשר קנסינן לה דתצא מזה ומזה, ואפי׳ בנשאת בשוגג. בזה הוא דהקל מהר״י.

ועל כגון דא הביא הב״י את פסק רבו שהורה למעשה להקל. וזוהי הלכה פשוטה ומוסברת כפי שכ׳ שם המהרי״ו מילתא בטעמא. אבל אינו נוגע לכשלא חלץ לה גם לבסוף, דשם, לדעת האוסרים, פגעו באיסור תורה של ״לא תהיה לאיש זר״, ובזה סתם וכ׳, **דאין לסמוך** ע״ז.

כא.

ותימה רבה על מש״כ כ׳ הגר״ש משאש שליט״א בהמשך דבריו באשר לפסק המהרי״ו:

> וסובר הב״י דהמהר״י וייל **לא התנה דצריך חליצה אח״כ**, רק מעשה שהיה כך היה שחלצה לו, שהרי מטעם שנתן מהרי״ו מוכח להדיא דאפי׳ בלא חליצה יתיר וכו׳, ואכן מוכח ממה שכתב מהרי״ו גבי אשת כהן כיון שתאסר עליו ע״י חליצה התירו בלא חליצה לכתחילה. אלמא כיון דלא אפשר לא קפדינן על חליצה ולא מפקינן לה מבעלה וכו׳.

ואני עומד ותמה, שהרי בראש דבריו כתב המהרי״ו בטעם ההיתר מפורש, וכפי שהעתיקם הרמ״א:

הא דאמרו חכמים, היכא שנשאת בלא חליצה מוציאין אותה מבעלה, אינו אלא **קנסא מדרבנן**, והכא לא קנסינן לה. כיון דלגאונים ומהר״ם, אפי׳ לכתחלה יכולה להנשא, אנן נסמוך עלייהו כיון דליכא איסורא אלא מדרבנן.

הרי ברור **שסוף** דבריו ״כיון דליכא איסורא אלא מדרבנן״ חוזר על מש״כ **בראש** דבריו, **כשחלץ** לה לבסוף, הא דאמרו חכמים ״תצא״ אין זה אלא קנס ומדרבנן. אבל לא עלתה על לבו להתיר אם לא חלץ לה, דאז אינו מטעם קנס, ואף אינו אלא מדרבנן, אלא פגע באיסור תורה לדעת החולקים. וז״פ וברור.

כ״ב.

ומה שהעיר כב׳ הדר״ג כמוהר״ר עובדי׳ יוסף שליט״א, שדברי **מהרי״ט** אינם עולים בקנה א׳ עם דברי אביו המבי״ט, שמשמעות דבריו שהבין שהמהר״י בירב היקל גם בדלא חלץ לה, עכת״ד, י״ל דאדרבא, שהאריך המהרי״ט לפרש הדברים, ובהסתמך על הב״י שהיה עד **ראיה** כפי שכ׳ בלשונו ״ואני ראיתי״, ודברי הב״י ברור מללו, שמעשה שהי׳ הוא בחלץ לה לבסוף, הבין בבירור שכב׳ אביו הגאון הוטעה **בשמועה**, כי לא הי׳ נוכח בפסק המהר״י בירב. וע״כ לא הביא דברי אביו, לאחר שהתברר לו למדי שהוטעה **בעובדות**.

ומה שכ׳ עוד בא״ד הגרש״מ ״וכן מוכח ממה שסיים המהרי״ו באשת כהן וכו׳״, הרי הוא פשוט, כי לא בא אלא להוכיח דבמילתא דרבנן שאינו אלא חומרא בעלמא לא אמרו כשלפי החומרא תיאסר עליו לעולם, וכ״ה בניד״ד, כיון שכבר חלצה וכל הדין דתצא אינו אלא קנסא מדרבנן, וכנ״ל.

כ״ג.

והנה כדברים הנ״ל שדברי מרן בשו״ע שכ׳ בענין יבמה שנפלה לפני יבם מומר, אין לסמוך על היש מי שמתיר בלי חליצה גם בדיעבד כשנשאת, ואפי׳ בשוגג, כן הבין מאורנו **הגר״א**, שהאריך להסביר דעת מרן בשו״ע, והוא בהתאם לטענתו של רש״י, עי״ש אות ז׳. ושוב כ׳ (באות ט׳) בדעת הי״א שהיא דעת מהרי״ו (כפי שצויין שם) שמתיר רק לאחר שחלץ לה, אבל לא בלי חליצה וז״ל:

> דס״ל כדעת השו״ע. אלא דבכה״ג, אף דאמרינן תצא, אינו אלא מדרבנן ובשל סופרים הלך אחר המיקל כמ״ש בפ״ק דע״ז ובר״פ החולץ ל״ז, א, כיון דלא אפשר וכו׳, ר״ל שלא תצא מבעלה, ה״ה כאן. עכ״ל.

ביאר הדברים, הכל כפי שכבר כתב ונימק המהרי״ו בעצמו ואף הביא אותה ראי׳ מהא דיבמות ל״ו-ל״ז בענין הקולא בכהן, שלא מחמירים לחייבה חליצה, כשאי״נ אלא חומרא, שעי״ז תאסר עליו לעולם. וציין הגר״א שדעת הי״א **היא היא דעת המחבר** בשו״ע, והיינו שפשיטא לי׳ שמרן דעתו פשוטה במש״כ ״ואין לסמוך עליו״, שגם בדיעבד כשנישאת בלי חליצה, אין להתירה. א״כ הדעה הראשונה שהביא הרמ״א, והיא דעת המהר״י מינץ, היא דעת יחיד, לעומת הדעות האחרות שהובאו בזה.

כ״ד.

ונפלאת היא בעיני שכ׳ הדר״ג כמוהר״ר עובדי׳ יוסף שליט״א ציין לדברי הגר״א הללו וכ׳ עליהם בפשיטות:

> **וליתא**, שהרי ממה שכ׳ מרן דעת רבו הנ״ל בשתיקה כהודאה, שאם נשאת לא תצא, מוכח שפיר דהו״ל רק מדרבנן. איך ניתן לדחות דברי גאון הדורות האחרונים בגילא דחיטתא, בעוד שדעת רבו של מרן נתפרשה כבר ע״י המהרי״ט שהי׳ כמעט בן דורו, (ואפי׳ מבלי להתייחס כלל, למה שנוקט אביו הגאון המבי״ט, וזה ע״כ שהוא לפי שנתברר לו **בלי ספק**, שאביו טעה בעובדא, וכנ״ל באורך), שרק ע״ז מבוארים דברי הב״י שעל הטור מבלי שום סתירה וקושי, כנ״ל באורך. ואף שהד״מ נקט ג״כ שמשמעות הפשוטה של המהרי״ב ירד להתיר גם בלי חליצה, הן הביא זאת בשו״ע בדעת יחיד, הוא מהר״י מינץ, כפי שצוין שם, ולא הוזכר שמו של המהר״י בירב, על פסק זה כלל, שג״ז מוכח שאין בדבריו שום חידוש, שכבר הוסבר למדי בגוונא דחלץ דיש להקל, כפי שהאריך בזה המהר״י ווייל.

סוף דבר, עלה בידינו, שקשה מאד להתיר על סמך פסק הגאונים, שאין אחוה במומר, ושיש להשוות לזה, גם כל פוקר ופורק עול תורה ומצוות. ע״כ ניתן לראות בדעה זו, רק סניף להיתר אך עיקר הדבר צריך שיתבסס על יסוד אחר. ואכן לפ״מ שהעליתי בעניי יש לסמוך בעיקר על יסוד המק״ט, ומהנימוקים שנתבארו בראש דברינו. והנלע״ד כתבתי.

*

אחרי כל מה שכתבתי בנידון, והמשא והתשובה אלי במה שהעליתי בעניי, ע״י מעכתר״ה ידידי הגאון כמוהר״ר שלו׳ משאש שליט״א (ר׳ ברקאי ו׳), דומני שהדברים פרושים כשמלה, ואין צורך להוסיף מצדי תשובה לתשובה, והרי זה נתון לפני המעיינים לחרוץ משפט, ״ואת כל ונוכחת״.

ברם בסוף דברי כב׳ הגרמ״ש שליט״א ישנה נקודה חדשה שמן הראוי להגיב עליה.

במה שאמרו בסוגיא דיבמות צ״ב, ב: אר״ח בר יוסף אמר רב יבמה קידושין אין בה נישואין יש בה, הביא דברי הרי״ף והב״י שהעתיקם (סי׳ קנ״ט ד״ה ואם נשאת לזר), וכ׳ ע״ז בזה״ל:

> ומה שאני מבין דיבמה שנשאת לזר פקע לה זיקה דאורייתא בין חלצה **בין לא חלצה**, ולא נשאר בה רק איסורא דרבנן, גזירה דמחלפה באשה שהלך בעלה למדה״י וכו׳.

והדברים מרפסן איגרא, דהוא **נגד** כל האמור בענין, ובמה תפקע הזיקה ב״לא חלצה״ ע״י נישואיה לזה? הא אין קידושין תופסין בה אליבא דרב (ואף לשמואל אין זה אלא דצריכה גט לחומרא מספיקא - ״בעניותנו צריכה גט״) וא״כ נישואיה אינם אלא זנות בעלמא. וכל עיקר אין הדיון, אלא אי נקטינן להלכה כרב המנונא האומר יבמה שזינתה אסורה ליבמה, או שהואיל ואינה אלא באיסור ״ל״ת״ לא נאסרת על היבם, ורק אם עשתה זאת דרך **נישואין** נאסרת משום דמיחלפא באשה שהלך בעלה למדה״י, כמבואר שם בסוגיא ובראשונים. אבל לית דין ולית דיין, **שאסורה** על זה

הזר שנשאה באיסור, וזה מפורש **במשנה** שם (צב, א). ועד כאן לא תלו לה בגמרא בפלוגתא בענין אם הולד ממזר או דאין ממזר מיבמה לשוק לכו״ע. והאי לישנא שהעתיק הרי״ף להלכה מפרש להאי מימרא ״נישואין יש בה וכו״ - אם נישאת נאסרה **על יבמה** משום דמחלפא וכו׳. דלזה הזר פשיטא ופשיטא שאסורה. והדיון, כמובן, הוא אם נשאת **ללא** חליצה, דזיקת ייבום שלה לא פקעה. ואם נאסרת גם על היבם, אינה מותרת לעלמא אלא **אחרי** חליצה.

ובהמשך הדברים שם **ברי״ף** מביא דברי רב יהודאי גאון שמחדש, בנישאת באיסור לזר והיו להם בנים ממנו, **שלאחר שחולצת** אין מוציאין אותה ממנו כדי שלא יוציאו לעז על בניה שנולדו לפני החליצה שהם ממזרים, מכיון שאין ממזר מיבמה לשוק. וגם בזה רבו החולקים עליו והביאו מהירושׁ דא״ר יוחנן תצא אפילו אם יש לה בנים, ועל הדעה שאמרו שם שבכה״ג ״זה חולץ וזה מקיים״ נאמר שם ״חזור בך, דאי לא, כתיבנא עלך זקן ממרא״ (!) והרי״ף עצמו מסיק בזה, ״וברור הוא אילין מילי דאשכחן למקצת רבואתא, ומילי דסברא נינהו, דלא שבקינן תלמוד ערוך ואזלינן בתר סברא״. עכ״ל. וז״פ וברור.

ודברי מהר״י ווייל שבב״י סי׳ קנ״ט בנפלה לפני יבם מומר מפורשים שדן אם מותרת להשאר אצל זה שנשאת לו, לאחר שתחלוץ ליבם, וז״ל:

״אשה שנפלה לפני יבם מומר, והיתה סבורה שמת ואח״כ בא המומר וחלצה לו״, שבכה״ג האיסור שתשאר אצלו הוא רק מחמת קנס. ובזה הוא שהסיק להקל, כיון ש״אינו אלא קנסא דרבנן, והכא לא קנסינן לה כיון דלגאונים ומהר״ם אפילו לכתחילה יכולה להנשא, אנן בדיעבד נסמוך עלייהו״. וכך העתיקם הרמ״א. וע״ז מביא ראי׳ מהא דהחולץ דף לו, בדמת הולד (של היבמה) תוך ל׳ יום שסומכים על דעת חכמים דפליגי אדרשב״ג וסוברים שרואים את הולד בר קיימא, ובזה הוא דסמכינן אהאי דעה ״דסבר דמותר״ שאע״ג דאיכא ודאי איסורא לאידך תנא (כלומר - **רשב״ג**) כיון דלא הוי אלא איסורא דרבנן עכ״ל.

וכונתו פשוטה דגם **רשב״ג** שמחמיר אינו מחמיר אלא **מדרבנן**. דכפי שביארו שם בתוס׳ (ד״ה הא לא שהה) שהמדובר בנפל מן הגג או אכלו ארי, דבעצם ״יש למיזל בתר רוב נשים דולד מעליא ילדן״. אלא שהוא כפי שפי׳ הר״י שם ״דחיישינן למיעוט מצוי כזה כמו במים שאל״ס וכו״״, הרי שאין זה גם לדידי׳ אלא חשש מדרבנן. ע״כ ניתן לסמוך בשעה״ד בזה על דעת המקילים, וזה מה שבא להוכיח. וכל זה בנידון דמומר רק **לאחר** שחלצה, שאיסור תורה הלך לו, ואין הדיון אלא על קנס מדרבנן, וזהו שכתבתי בדברי, ש״הדבר פשוט״ ואכן פשוט הדבר, והארכתי רק מפני שכ׳ ע״ז ״ואיני מבין״, ובהמשך דבריו כתב לרשב״ג ״הי׳ ראוי להיות ספיקא דאורייתא״, וז״א וכנ״ל.

והנלע״ד כתבתי.

*

ברוך המקום ברוך הוא, לאחר כל המו״מ הנ״ל בהלכה, טרם שנחתם סופית פסק ההלכה למעשה, הגיעתנו ידיעה מעו״ד הרב פרימר הנ״ל שטיפל בענין, שבעקבות השינויים המופלאים בדרך הנהגת המדינה של ברית המועצות קיבלה האשה היתר ביקור שם ונפגשה עם אחי הבעל. אחרי מו״מ מייגע ומתן דמים בשעור ניכר הסכים הנ״ל לסדר החליצה ואכן יצא הדבר לפועל בשע״ט. אי לזאת כל המו״מ ההלכתי לא הוצרך לבוא לידי שימוש בפועל. מ״מ משנה לא זזה ממקומה והר״ז בבחינת דרוש וקבל שכר.

סימן עא: על כפיה ורצון בגטא.

אחת הבעיות המטרידות בחברה הישראלית, לא רק בדורנו כי אם גם בדורות קדומים, היא שכנוע הבעל לתת גט לאשתו, כשחיי המשפחה ביניהם אינם יכולים להמשך מסיבות שונות.

ההלכה קובעת שקיימת רק דרך אחת של התרת קשר הנישואין בעוד הבעל בחיים והיא מתן גט [ראש קידושין: ...וקונה את עצמה בגט ובמיתת הבעל. ושם בגמרא (יג ב) המקור לזה בתורה: דכתיב (דברים כד) וכתב לה ספר כריתות]. ואין הגט כשר אלא אם כן ניתן מרצון הבעל (יבמות קיב ב: אינו דומה האיש המגרש לאשה המתגרשת, שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה, והאיש אינו מוציא אלא לרצונו. רשב״ם ב״ב מח א (ד״ה וכן): ... עד שיאמר רוצה אני), ד״ונתן״ מדעתו משמע.

יסוד זה, שהגט צריך להנתן מדעתו ורצונו של הבעל, שולל לכאורה כל אפשרות של שימוש באמצעי כפיה ולחץ על הבעל לשם מתן גט. שכיון שלא נתן את הגט מרצונו הטוב, אין לו תוקף גט ואינו מתיר האשה להנשא. ואכן כך היא ההלכה, והוא הידוע בהגדרה: ״גט מעושה שלא כדין״ (גיטין פח ב: גט מעושה... בנכרים - פסול).

אעפי״כ קיימים מקרים רבים בהם חייבו חכמים הבעל לגרש את אשתו, למרות שאין זה מרצונו הטוב. הסיבות לחייב הבעל בגט הן מסוגים שונים: אי-רצון הבעל למלא חובותיו כבעל לאשתו (כתובות סג א: המורד על אשתו); אי-יכולת הבעל למלא חובותיו אם מפאת מחלה, ואם בגלל התעסקותו במלאכות ההופכות את חיי הנישואין ללא נשוא (שם עז א במשנה ... בעל פוליפוס, והמקמץ וכו׳), או בגלל מומים מטרידים (שם במשנה ובגמרא: האיש שנולדו בו מומים. ודעות שונות בסוגי המומים: אבה״ע סי׳ קנד ס״ד במחבר והרמ״א); אי-יכולת הבעל להוליד, כשהאשה אין לה ילדים מנישואין קודמים (יבמות סה ב: ... בעינא חוטרא לידא, ומרה לקבורה). יחס בלתי הוגן מצד הבעל (כתובות סא ב, ושם ע א ועוד: המדיר את אשתו בצורות שונות, רועה זונות, מכה אשתו וכיו״ב, אבהע״ז סי׳ קנד), מכשילה באיסורים (אבהע״ז שם), וכן לאיזה דעות - כשיש יסוד לטענת האשה שמאוס עליה (כתובות סג ב רש״י ד״ה לא כייפינן. תוס׳ שם. רמב״ם פי״ד מה׳ אישות ה״ח) ועוד.

ב.

קביעת החיוב על הבעל לפטור אשתו בגט בגלל סיבה מן הסבות, כפי שהוזכר לעיל, אינו מנוסח בחז"ל תמיד באופן דומה. יש מהם שנאמר בהם "כופין אותו", ויש ונאמר בהם "יוציא" (לדוגמא: כתובות עז א: ואלו כופין אותן להוציא וכו'. אולם שם ע א: יתר מכאן - יוציא).

במקום שנאמר "כופין" הדבר ברור שהרשות להשתמש באמצעי כפיה פיסיים, עד שמסכים בהכרח (ב"ב מח א: כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. גיטין פח ב: ...חובטין אותו ואומרים לו עשה וכו'). ובגמרא הביטוי בזה: "בדברים לא יוסר עבד" (משלי כט) (כתובות עז א) אולם במקום שנאמר רק "יוציא" ולא נזכר לשון כפיה, הדבר אינו ברור. יש מהראשונים שאינם מחלקים בדבר וסוברים שגם כשנאמר יוציא משמעותו כפיה. והוכיחו זאת מכמה סוגיות בש"ס בבלי, אעפ"י שדעת הירוש' אינה נראית כן (רא"ש יבמות פ"ו סי' יא מרש"י ורי"ף). אולם בעלי התוס' מפקפקים בזה, אם כי גם הם נוטים לכך, נרתעים מלהכריע נגד הירושלמי (תוס' כתובות עז א, ד"ה יוציא. וכן הביא שם דעת הר"ח הרא"ש יבמות הנ"ל). ומסקנתם אזהרה חמורה: "אין לכוף שום אדם לגרש ולעשות מעשה עד שנמצא ראיה ברורה, דהא אמרינן דגט המעושה בישראל שלא כדין - פסול. ואין להתיר אשת איש מספק". כן היא גם מסקנת הרא"ש: וכיון דפליגי בה רבוותא ראוי להחמיר שלא לכוף בשוטי, דלא ליהוי גט מעושה.

ג.

כשלא נאמר בפירוש "כופין אותו" אין איפוא אפשרות של כפיה ממשית. במקרה זה אומרים לו כבר חייבוך חכמים להוציא ואם לא תוציא מותר לקרותך עברריינא (תוס' כתובות ע הנ"ל) ומ"מ לדעת הרא"ש אפשר לנדותו (הרא"ש יבמות פ"ו סי' יא) שאם אמנם זהו אמצעי פחות יעיל מאשר כפיה פיסית, הוא מ"מ לחץ גדול על הבעל (עי' שבועות מא א: משמתינן ליה. א"ל ... האי נקטיה בכובסיה דנישבקיה לגלימיה), מ"מ יכול הוא עכ"פ לעמוד בזה. וע"כ נתינתו לא נחשבת לדעה זו לכפיה. לדעת ר"ת גם לחץ ע"י שמתא אין לעשות כי גם זו כפיה היא. אולם ישנו לדעתו דרך לחץ עקיף ע"י גזירה שלא ישאו ויתנו אתו עד שיתן גט (מרדכי בשמו כתובות פ' המדיר, אות רד) דעות אלה מוצאות את ביטויין בשו"ע בדעת המחבר והרמ"א (אבהע"ז סי' קנד סכ"א).

ד.

מה כוח של כפיה לכל אותם מקרים בהם הכפיה מותרת להכשיר את הגט? איך מתקיים בזה "ונתן - מדעתו", מאחר שאילולא שהיו כופים אותו לא רצה לגרשה? וגם אם אומר "רוצה אני", האם אין כאן אומדנא מוכחת שרק בגלל הכפיה הוא עושה זאת?

הגמרא מנמקת זאת ב"מצוה לשמוע דברי חכמים" (בבא בתרא מח א). והיינו שמניחים ש"גמר בלבו לגרשה, דמצוה קעביד, מאחר שחייבוהו חכמים להוציא" (רשב"ם שם). לפי מסקנת הגמרא שם ענין זה מוסבר, בדומה להלכה הפסוקה במי שכפוהו למכור השדה, שאעפ"י שמתחלה לא הסכים, ואין מכירה יכולה לחול בלי הסכמת הבעלים, אולם לאחר שנתרצה אנו אומרים שאכן בסופו של דבר ודאי הסכים למכירה, כיון שעל כל פנים מקבל המחיר, והוא הידוע בהגדרה: תליוהו וזבין - זביניה זביני (שם מז ב מימרא דרב הונא). שכיון שמחוייב הוא מצד הדין לגרש את אשתו הרי זה דומה למכר, שמקבל תמורה (תוס' שם, ד"ה אילימא).

הרמב"ם מסביר זאת בהסבר דלהלן: ... שאין אומרים אנוס, אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחויב בו מן התורה, כגון מי שהוכה עד שמכר או עד שנתן. אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה, והוכה עד שעשה דבר שהיה חייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור לעשותו, אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך, זה שאינו רוצה לגרש, מאחר שהוא רוצה להיות מישראל, ורוצה הוא לעשות כל המצוות, ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו. וכיון שהוכה שתשש יצרו ואמר רוצה אני, כבר גירש לרצונו (רמב"ם פ"ב מהל' גירושין ה"כ).

דברי הרמב"ם הללו והסברו עוררו משא ומתן מרובה בכוונתו:

א) שנתן דוגמא לדבר שאינו חייב לעשותו שאז הכפיה נחשבת כאונס במי שהוכה עד שמכר. ואילו הרמב"ם עצמו פוסק להלכה שתליוהו וזבין זביניה זביני.

ב) שנראה מדבריו שאין אנו רואים הסכמתו למתן הגט כהסכמה מלאה, אלא אם כן אמר לבסוף "רוצה אני". ואילו בענין מי שכפוהו למכור לא הזכיר זאת, ונראה שאין צריך לתנאי זה להחשיב מכירתו למכירה (לחם משנה שם).

ג) מנין לקח הרמב"ם הסברו זה, שע"י שהוכה תשש יצרו, מאחר שלהלכה גם במכירה כשכפוהו וקיבל התמורה אנו דנים מעשה המכירה להסכמה. א"כ הרי גם בגירושין ניתן לראות הגירושין כהסכמה, כאילו קיבל התמורה בזה שקיים מצות חכמים (הגריא"ה הרצוג זצ"ל, אוצר הפוסקים סוף כרך ב, אות כא).

ד) ויש מי שמשיג על עצם סברתו וטוען: אין לקרב אל השכל שע"י המכות תשש יצרו רק אם אח"כ אומר רוצה אני וכו' זה שאין קץ למכותיו שמכין אותו עד שיאמר רוצה אני. וכן כל כפיה ונגישה אינו רק מדאגה להבא שעוד יוסיפו להכותו וכו' וממורא מכות העתידים יאמר רוצה אני. א"כ אין לומר דע"ז שהוכה תשש כוחו, שהרי ידעינן שמה שאומר רוצה אני אינו רק ממה שחושש שיוסיפו להכות וכו' (ס' חות יאיר סי' נה).

בכדי להבין כל זאת, נביא עוד פרט נוסף בסדר ההוצאה לפועל של הכפיה. הדין הוא שגם במקרה של חיוב כפיה, אם נכרים כפוהו - הגט פסול (גיטין פח ב במשנה). ולא זו בלבד אלא שמעיקר הדין הכפיה צריכה להיות מבוצעת דוקא ע"י בי"ד סמוכים (שם בגמרא: אביי אשכחיה לרב יוסף דיתיב ומעשה אגיטי. א"ל והא אנן הדיוטות אנן ותניא וכו' "לפניהם" - ולא לפני הדיוטות, וכו').

התוס' מתקשים בזה: ...לרב הונא אמאי פסול, נימא - אגב אונסיה גמר ומגרש.

www.eretzhemdah.org

וי״ל כיון דע״י כפיית עכו״ם נותנו הוי שלא כדין. ושלא כדין הוי כמו מתנה (ב״ב מח א, תוד״ה דבר תורה).

אכן גם תירוצם עדיין אינו מובן: דהא באנסוהו למכור ג״כ הכפיה וההכאה שלא כדין, ואפ״ה אמרינן דהיכא דל״ל פסידא דמקבל תשלומין, גמר ומקנה. א״כ ה״ה היכא דמחוייב עפ״י דין לגרשה (באר יצחק אבהע״ז י, וכ״ה בס׳ עונג יו״ט סי׳ קסח).

ביותר גדולה התמיהה מה שכאמור הכפיה צריכה להיות דוקא ע״י ביי״ד סמוכים, ואילו הדיוטות לא יכולים לכוף, ובמה חיוב זה שחייב מצד הדין לגרש שונה מכל דבר עבירה או חיוב לעשות מצוה, שלדעת נתה״מ (נתיבות המשפט סי׳ ג סק״א, ועיין גם משובב נתיבות שם) כל ישראל רשאים לכופו ע״ז. כפיה זו הרי היא איפוא כפיה כדין, ולמה צריך לכפיה דוקא בי״ד מומחים?

חילוק יסודי באופני הכפיה אנו מוצאים ב״אור שמח״ (אור שמח הל׳ ממרים פ״ד ה״ג) וז״ל שם:

...והא דהוזכר בי״ד, דגבי גיטין... הדיוטות אין מעשין מן הדין, נראה לן דזה דוקא במילי דבעי שיהא מדעתו ורצונו. ורק כיון דכופין אותו כדין, כשיאמר רוצה אני, תו הוי מדעתו, ולא הוי מעושה. בזה דוקא ע״י מומחים או שלוחין דידהו. הא ע״י הדיוטות אין זה רק עישוי ולא הוי רצון. ואף דאנן קיי״ל כר״ה דתליוהו וזבין זביניה זביני, כתבו התוס׳, כיון דלאו בני עישוי נינהו תו הוי שלא כדין, והוי תליוהו ויהיב דלא הוי מידי. וכן בקרבנות דכתיב בהו לרצונו, וכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, בעי בי״ד.

ועדיין אין הדעת נחה, שאם באים אנו להשוות רצון הנצרך בגט ובקרבן לזה שנצרך אצל המוכר בכדי שיהיה זביניה זביני, כי אז עדיין הקושיא במקומה, שהרי במכירה, גם בכפיה שלא כדין נחשב רצונו לרצון. והחיוב שמחויב מצד הדין לגרש יש להחשיבו כאילו קיבל התמורה כמו במכירה, ושלא כמו במתנה. בפרט, שכאמור, גם כפיה ע״י ישראל לא מספקת בזה, ואעפ״י שלענין שאר המצוות כל ישראל רשאים לכופו.

ונראה לבאר הדברים עפ״י דרכו של ה״אור שמח״, אולם בשינוי מה. והוא, שיש שני אופנים ברצון מעושה, שבא ע״י כפיה: א) שגם אחר הכפיה עדיין הוא במצב של כפוי ועומד, שאילו היתה סרה ממנו הכפיה, לא היה מסכים. אלא מפני שיודע שאם לא יסכים יוסיפו להכותו, הוא עושה זאת בגלל מצב הכפיה שנתון בו; ב) שאמנם קודם לא הסכים, אולם ע״י הכפיה נתרצה, ומסכים בלב שלם.

ובזה נבדל הרצון הנצרך לחלות המכירה לרצון הנצרך בקרבנות ובגט. במכירה מספיקה עצם העובדא שהוא עושה זאת ברצון ואף שאינו אלא רצון כפוי, כיון שעכ״פ אין זה אונס מוחלט מצד התמורה שמקבל. אולם בקרבנות נאמר ״לרצונו״ שפירשו חז״ל דהיינו דוקא כשאומר ״רוצה אני״. ולא סגי בעצם העובדא שמביא את הקרבן, כמו במכירה שמספיק מה שעושה מעשה המכירה. וכן בגט שנאמר בו ״ונתן״ שהוא ג״כ משמעותו מדעתו, כפי שרואים בגמרא (בבא בתרא מח א: ...וכן אתה מוצא בגיטי נשים - כופין אותו עד שיאמר רוצה אני) שצריך לומר ״רוצה אני״ כמו בקרבן. נראה מזה שבשני אלה נדרש שהפעולה תיעשה על ידו מרצונו המוחלט. אכן, מאידך, הרי גילה הכתוב ממש״כ ״יקריב אותו״ שזהו גם כשהרצון בא לו ע״י שכופין אותו. מוכרח לומר איפוא שיש סוג כפיה שעל ידה הופך סירובו הקודם לרצון ממש.

ולזאת הוצרך הרמב״ם להסבר, שלגבי דברים אלה שהם מצוה, הסירוב הקודם לא היה אלא כפית היצר עליו ״וכיון שהוכה תשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו״. היינו שהכפיה שבאה לו ממקום אחר סייעה לו להתגבר על יצרו, ומעתה הרי רצונו לקיים המצוה הוא רצון מלא ומוחלט, כאילו היה עושה זאת מעיקרא ברצון עצמו.

ומסולקת הטענה על הרמב״ם מנין לקח לו זאת, ומה הכריח אותו לחדש סברתו מאחר שתליוהו וזבין זביניה זביני. כי ההוכחה לזה ממה שצריך לומר ״רוצה אני״ מה שאי״צ לכך בכל מכירה לאונסו. וכן ממה שמעיקר הדין אין כפיה זו אלא ע״י בי״ד סמוכים, וזה נלמד מן הכתוב מה שנאמר ״לפניהם״ - ולא לפני הדיוטות (גיטין פח ב). שאילו רק מצד הצורך שיקבל משהו בתמורה למעשהו, הרי לזה מספיק מה שיש עליו חיוב לעשות זאת, וכמש״כ התוס׳ שהו״ל. אע״כ כאן נצרך רצון ממש, וחידשה תורה ממש״נ ״לפניהם״ שישנו סוג כפיה שלא מספיקה עצם החובה שמחויב לעשות, ושעי״ז כל ישראל רשאים לכופו, אלא נצרך דוקא בי״ד סמוכים, ש״מ שירדה תורה לסוף דעתם של סרבנים מישראל, שאם הדבר נעשה ע״י בי״ד סמוכים, היונקים את סמכותם דור אחר דור למשה מסיני, בזה ע״י הכפיה מתבטל סירובו ומתגבר על יצרו, ועושה זאת מרצונו המוחלט. וכל עוד לא נעשתה הכפיה אלא ע״י אחרים שאינם סמוכים בזה אין לנו עדיין הוכחה מוחלטת שאכן ביטל סירובו הקודם, כי ייתכן שרק מחמת אימת המכות עליו הוא מסכים, וזה אינו רצון מלא שנצרך לגבי קרבן וגט.

ומובן למה הזכיר הרמב״ם בדבריו הדוגמא של מי שנאנס למכור שהגדירו בתור עושה מחמת לחץ ודחק, ולא כן בגט. ואעפ״י שגם במי שנאנס למכור, מכירתו מכירה. כי אכן כנ״ל, הדבר מוכרח, שבנידון גט וקרבן לא מספיק רצון מסוג הרצון של מי שאנסוהו למכור, שא״כ הרי לא היה צריך דוקא מומחים מעיקר הדין. וכן לא היה צריך דוקא שיאמר ״רוצה אני״, אלא שבגט וקרבן נצרך רצון ממש, וזה מושג דוקא ע״י כפיה של בי״ד מומחים ושיאמר ״רוצה אני״.

ה.

עפ״י האמור נראה לעמוד על ההבדל שבין הסוגים של החיוב לגרש שהוזכר לעיל, שיש מהם שכופין אותו עד שיגרש ויש מהם שאין רשות כפיה אלא אומרים לו: חכמים חייבוך לגרש וכו׳. ולכאורה מאחר שמחוייב הוא עפ״י חכמים לגרש, למה לא נכופנו ע״ז, ככל מצוה אחרת שכופין עליה?

התקשה בזה הגריא״ה הרצוג זצ״ל (אוצר הפוסקים סוף כרך ב אות כד). ומבאר שהללו שאין בהם דין כפיה הוא משום שחיובם קלוש יותר, וז״ל:

במצוה של דו"ד שבין אדם לחבירו מצינו דברים שפטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. וזאת אומרת שעל דברים שפטור בדיני אדם ואי"ח אלא בדי"ש אסור לבי"ד לכוף וכו' וכן הדבר שלפנינו. השורש הוא "העוול לאשה" וכו' אבל ניתן לחכמי התורה למוד את מדת העוול, אם זהו רק בחינת של די"ש, או אף של דיני אדם. ומכאן ההבדל הנ"ל וכו'.

אך לפ"ז לא תובן השוואת התוס' כפיית עכו"ם כשחייב לגרש לבין שכפוהו ישראל שלא כדין, שהרי בכפוהו שלא כדין אין עליו חיוב לגרש בדיני אדם, ע"כ יש בכפיה משום תליוהו ויהיב. משא"כ עכו"ם שכפה את מי שמחויב בדיני אדם, הרי זה תליוהו וזבין.

אכן לדברינו יובן, כי בכדי שהגט שע"י כפיה יהא כשר נצרכת אומדנא שע"י הכפיה בטל סירובו, ועכשיו הוא רוצה לגרש, גם אילולא שהיה עליו לחץ הכפיה. ובזה י"ל שישנו הבדל הסוגים. יש בהם שהחיוב לגרש נראה באופן בולט והגיוני, וע"כ מסתבר שלאחר הכפיה אכן הגיע להכרה בעוול שעושה ומסכים לגרש מרצונו הטוב, וכהסבר הרמב"ם. משא"כ באלה שלא נאמר בהם כופין אותו, אמנם מבחינת החיוב לא נגרע, ואילו היה ניתן לכופו באופן שהגט יהא כשר, היינו כופים אותו. אבל, דא עקא, שבהללו אין העוול כל כך מורגש, ועל כן נראה סירובו מוצדק בעיניו, והכפיה לא תביא אותו לידי ביטול מוחלט של סירובו. לא יהא זה אלא רצון כפוי, וזה אינו מספיק בכדי להכשיר הגט.

ו.

אעפ"י שמעיקר הדין רק מומחים, דהיינו סמוכים, יש להם הכוח לכוף בגט. גם בזה"ז תיתכן כפיה באלה שנאמר בהם כפיה. ואמרו בזה בגמרא, שהוא משום ש"אנן שליחותייהו קא עבדינן" (גיטין פח ב). הרמב"ן לאחר שנושא ונותן במושג זה של "שליחותייהו" אם הוא מה"ת, או שאינו אלא מדרבנן, מסיק:

ואפשר שמן התורה אפילו הדיוטות דנים בשליחותייהו דמומחים (חידושי הרמב"ן יבמות מו ב, ד"ה שמעת מינה). ולא כן נוקט הרשב"א, שדעתו נראית ש"שליחותייהו" אינו אלא תקנ"ח:

...דאנן שליחותייהו קא עבדינן ... בגיטין וקידושין ...דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וכו' (חידושי הרשב"א יבמות מו ב, ד"ה דלמא).

לדבריו יוצא שגט הנעשה ע"י כפיה שלא ע"י מומחים אינו גט מה"ת, אלא שחכמים הפקיעו את הקידושין, עפ"י הכלל של כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש.

כדעה זו נוקט לכאורה הרדב"ז (תשו' אלף רכח) שכתב וז"ל:

... בעל פוליפוס וחבריו (כתובות עז א במשנה) ירדו חכמים לסוף דעת הנשים ואינן (שאינן?) יכולות לסבול, לפיכך הפקיעו חכמים קידושיה ע"י גט זה.

דבריו אלה מופלאים, שהרי בסוגית הגמרא ב"ב (בבא בתרא מח א) משוים זאת לתליוהו וזבין, והיינו שע"י הכפיה באה הסכמתו לגרש. וכן הסביר הרמב"ם שהובאו דבריו לעיל, את יסוד ההסכמה שבאה ע"י הכפיה. ואילו לרדב"ז, אין זה בכלל מצד הסכמת הבעל על הגירושין, כי"א מכוח התנאי הקדום שתלה הקידושין בדעת חכמים.

אכן לפי האמור בזה, ניתן לפרש כוונת הרדב"ז לענין זמן הזה שאין לנו מומחים סמוכים, ואין אנו אלא פועלים ב"שליחותייהו". ובזה נוקט הרדב"ז כשיטת הרשב"א שאין זה אלא מכוח אפקעינהו וכו'.

כוונת הרדב"ז ניתן לפרש בעוד אופן, והוא עפ"י דברי המהרי"ק (שו"ת מהרי"ק סי' סג) וז"ל: ...ואשר דקדקת מלשון רבינו משה בענין כפיית המומרים (היינו, לפי מה שהרמב"ם מפרש שמשום כך אנו רואים הסכמת הבעל לגרש כשבאה ע"י כפיה: "מאחר שרוצה להיות מישראל, ורוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות וכו'", א"כ נימוק זה אינו קיים במומר שאינו רוצה להיות מישראל, ואינו רוצה לקיים המצוות. וממילא גם ע"י כפיה אין לנו שום אומדנא שמתרצים לגרש) לפענ"ד יפה דקדקת. ולכאורה אין תקנה לאשת מומר, לפי דבריו. ואולי בכה"ג סבר רבינו משה דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה ע"ז שנותן המומר בכפיה (בבית מאיר סי' קנד ס"א בהגהה מפקפק בדברי המהרי"ק: דמאן יימא לן שבמומר כופים לרמב"ם. ועי' בזה אריכות הסבר באור שמח פ"ב מגירושין ה"ב).

עפ"ז אפשר לפרש גם כוונת הרדב"ז שמ"ש בכל אלה שכופין הוא מצד אפקעינהו וכו'. והיינו שכיון שההלכה במשנתנו ובגמרא בסתם נאמרה, והרי היא כוללת כל מי שמחויב לגרש גם בכפיה מבלי להגביל זאת רק לגבי מי שרוצה בדרך כלל ללכת בדרך התורה והמצוה, בהכרח לומר שבהללו האשה יוצאת ממנו בגט כפוי מדין הפקעת הקידושין. אולם סתימת לשון הרדב"ז אינו מוכיח כן, ומסתבר יותר שכוונתו עפ"י הרשב"א, וכנ"ל.

אכן גם אם ננקוט בשיטה זו שכל כוחנו כיום הזה בכפייה על הגט מדין שליחותייהו, הוא מצד הפקעת הקידושין, שממילא פטורים אנו מלקבוע ע"י אומדנא שאכן מסכים הוא בלב שלם למתן הגט, מכל מקום ברור שאין זה נותן בידינו אפשרות כפיה יותר מאשר בזמן שהיו בתי דין סמוכים. שכן ברור, שהסמכות שניתנה לבתי הדין בזה"ז לא באה אלא למלא חסרונם של המומחים בזה"ז, ולא תעלה על כוחם של הסמוכים עצמם. ע"כ אותן המגבלות הקיימות בגט שע"י כפיה, שהן כאמור לעיל דורשות זהירות יתירה, שלא להשתמש בכפיה אלא באותם מקומות שהדבר ברור שהדין מחייב כפיה, מגבלות אלה קיימות ועומדות בכל הזמנים.

אולם כפי שראינו קיים אמצעי לחץ רציני, אם גם לא ע"י פעולה פיסית, נגד המסרבים לתת גט במקרה שהדין מחייב זאת, והוא בידוד האיש מהחברה ע"י שלא ישאו ויתנו עמו. דומה, שלחץ זה יעיל לעתים אף מכפיה פיסית, אלא שלזה צריך כמובן, שהחברה תהיה מלוכדת וממושמעת שתמלא אחר החלטת בית הדין בנידון.

אם דבר זה הוא קשה-ביצוע בימינו, הרי לא אשמת ההלכה היא, ואין הקולר תלוי אלא בציבוריות שלנו, שבמקום לראות את מקום התורפה במקומו הנכון, מצביעה על ההלכה שכאילו היא הגורמת לעיוותים הנובעים מחיי חברה שסטו מדרך התורה.

סימן עב : בעיות בצוואה הבאה להפקיע זכויות האלמנה ממזונות ומדורא.

שנינו במשנה (כתובות נב ב) שאחד מתנאי הכתובה הוא שהאלמנה יש לה זכות לדיור ולמזונות מהנכסים שנשארו ליתומים מבעלה המנוח.

אולם זה בתנאי שהנכסים אכן הגיעו לרשות היורשים. אבל מנכסים משועבדים, היינו שהבעל מכרם או נתנם במתנה בעודו בחיים, אינה יכולה לגבות מהם. וזה מפורש במשנה בגיטין (דף מח ב) : אין מוציאין... ולמזון האישה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם. אך זה אמור אם נתנם במתנת בריא, ואילו כשנתנם במתנת שכיב מרע אלמנה ניזונת מהם. וזה כפי שמתבאר בגמרא (ב״ב קלג א) שאין מתנת שכ״מ עדיפה מיורשים. וכך נפסק בשו״ע (אה״ע סי׳ צג כ).

ואם היורשים מכרו נכסים שנפלו להם בירושה, בזה יש הבדל בין חיוב המזונות של האלמנה, לחיוב הדיור שהיתה דרה בו בחיי הבעל; שלגבי מזונות אין האלמנה גובה (שו״ע שם) אבל במדור אין מכירתם חלה כלל (שם, סי׳ צד ד). ובגמרא (כתובות קג א) נתבאר טעם ההבדל ״התם לא נשתעבד לה מחיים, הכא משתעבדי לה מחיים״. והסבר החילוק, כדיבואר בסוף דברינו.

ב.

והנה קורה לעיתים, עפי״ר בזיווג שני, שבגלל קטטות ומריבות ואי-שביעות רצון מהחיים המשותפים, הבעל במטרה למנוע מאשתו זכות מזונות ומדור לאחר אריכות ימיו, כותב במתנת בריא נכסיו לאחרים, אם לילדיו הוא, ואם למוסד צדקה וכיו״ב, גוף מהיום ופירות לאחר מיתה; וזה דוגמת המבואר במשנה (ב״ב קלו א). הדברים מתגלגלים אח״כ ובאים לביה״ד, כשהאלמנה קובלת על קיפוח זכויותיה המגיעות לה עפ״י הדין מתנאי הכתובה.

מן הראוי לציין בראשית דברינו, שנראה פשוט, שאם אכן המעשה תקף מבחינה הלכותית, והאישה במקרה זה הפסידה זכותה, מכל מקום הוא ראוי לגינוי. שכן זוהי לאמיתו של דבר הברחת נכסים, המונעת מהאלמנה מלקבל את המגיע לה עפ״י תנאי הכתובה, דוגמת מי שלוה במלוה ע״פ, ומוכר נכסיו בכוונה זו, שלא יהא למלוה מהיכן לגבות החוב. וכיו״ב אמרו חכמים במי שנתן נכסיו לאחר ואחריו לאחר, שמצד הדין אם מכר הראשון נכסים אלה, אין אחר מכירה כלום. אולם יש בזה משום שינוי מדעת הנותן שנתן לו מתוך הנחה שאחריו יגיעו הנכסים לאותו אחר. ואמרו בזה (ב״ב קלז א) :

אמר אביי : איזהו רשע ערום? זה המשיא עצה למכור בנכסים.

וברשב״ם מבואר, שגם זה שמקבל העצה, אם אמנם רשע לא יקרא, מכל מקום אסור לו לעשות כן. והיינו משום ״שלא נעשה נחת רוחו של מת שאמר אחריך לפלוני דהוי נח״ל אם ישתייר״.

והדברים ק״ו לנידון שלנו, שהרי הבעל מחוייב בחיוב מזונות ומדור לאלמנה מתקנת חכמים כתנאי כתובה, והתחבולה שעושה ע״י העברת הנכסים בחייו לאחרים, שבגלל תיקון העולם מצאו חכמים לנכון שלא יגבו מהם, אין זה מסלק את עצם החיוב, אלא שע״ז אין מהיכן לגבותו. אם כן פשוט שאסור לאדם לעשות זאת. והמייעץ בזה הוא בגדר רשע ערום. ואף אם המדובר כשמעביר הנכסים לדברים שבצדקה, הרי זה בחינת מצוה הבאה בעברה.

אכן משנעשה המעשה והדברים מגיעים לידי ביה״ד בהתדיינות בין האלמנה למקבלי המתנה, אין לדיינים אלא לרדת לעומקה של הלכה ולפסוק לפ״ז, אם לא ניתן להביא לידי פשרה מוסכמת. ולבירור הלכה זו מוקדשים הדברים הבאים. ותפלתנו לה׳ שינחנו בדרך אמת.

ג.

בשו״ע (סי׳ צג הנ״ל) שם הובאה ההלכה מציין הח״מ (ס״ק ל) מהב״י חו״מ סי׳ רנב :

אם נתן במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה נחלקו בו הפוסקים, אם דינם כמתנת שכ״מ ואלמנה ניזונת ממתנה זו או לא. ועי׳ בסי׳ קיא בסוף הסימן.

שם בסימן הנ״ל המדובר לענין כתובת בנין דיכרין שאף היא מתנאי הכתובה, ונאמר שם (ס׳ יז) :

נתן נכסיו לאחרים במתנת שכ״מ, הואיל ומתנת שכ״מ אינה קונה אלא לאחר מיתה, הרי המתנה וחיוב התנאים באים כאחד, ולפיכך בנים יורשים כתובת אמם שמתה בחיי בעלה. ואם נתן במתנת בריא מהיום ולאחר המיתה, דינם מתנת בריא לענין זה.

ובח״מ שם מציין המקור לזה מהב״י חו״מ סי׳ רנב הנ״ל :

מה שכ׳ שם בשם הר״ר יהודא בן הרא״ש, שנחלקו עליו. ועי׳ דר״מ ריש סי׳ זה מה שכ׳ בשם המרדכי.

דברי המרדכי אמנם מתייחסים לכתובת בנין דיכרין, אולם מחלוקתו של הר״י בן הרא״ש היא בענין מזונות האלמנה, כפי שיבואו הדברים להלן, וכפי שציינם הח״מ בסי׳ צג כנ״ל. וא״כ לכאורה אינו מובן למה השמיט המחבר ולא הביאם בענין המזונות מאחר שכפי המשמעות הפשוטה הרי הוא פוסק ומכריע כדעת הללו החולקים על הר״י בן הרא״ש כשם שפסק בענין כתובת ב״ד, שדין מהיום הגוף ופירות לאחר מיתה דינו כמתנת בריא.

ד.

לשם הבהרה עלינו לעיין בדברי ר״י בן הרא״ש בתשובתו זו ובאלה שנחלקו עליו. דבריו הם בסי׳ פד, וזהו שכ׳ שם באו״ד :

...שהאלמנה ניזונת מנכסיו, לפי שאין כוח לבעל להפקיע זכות אלמנתו שהיא ניזונת בתנאי בי״ד אלא דוקא במכירה או במתנת בריא, ר״ל שנתן מעכשיו לעולם, שיצאו הנכסים מרשות הבעל לגמרי מחיים. אבל אם נתן מעכשיו ולאחר מיתה, כיון דלא קני להו מקבל מתנה עד לאחר מיתה, לא מפסדא אלמנתו מזונות. משום דחלו המזונות והמתנה בהדי הדדי, ולא דחיא מתנתו מזונות דאכלה בתנאי בי״ד, וכו׳.

ויש שרוצים לומר, כי מפני שאמר הרב אלפסי ז״ל מתנת שכ״מ דרבנן, משמע אבל מתנה שהיא מדאורייתא דחיא לתקנתא דמזונות. ורוצים לומר שמתנה זו היא מתנת בריא והויא דאורייתא. ואני אומר שאין הדבר כן. חדא דמאן לימא לן דמתנה כה״ג דאורייתא, דלמא לא קניא אלא מדרבנן ולא הויא דאורייתא. [ועוד] שאין הדבר תלוי בין דאורייתא לדרבנן אלא במה שקונה מיד או שאינה קונה אלא לאחר מיתה, דאתי תרוייהו בהדי הדדי ולא דחיא חדא מינייהו לחברתה. וכו׳. ע״כ.

והמשיגים עליו (שם, אחרי דבריו, תשובה מחכם א׳ שלא צויין בשמו, ועוד תשובה המסכימה עם החולק ועה״ח אברהם בר׳ משה ז״ל בן אסמעאל) באים באמת מכוח אותן טענות שהזכיר הר״י בן הרא״ש ודחאם:

...אם יאמר שהוא מדרבנן, לא היא. שטעם מתנת שכ״מ שהיא מדרבנן מפורש בגמרא שמא תטרף דעתו עליו כשידע שאין דבריו קיימים. וזה לא שייך במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה.

ומאחר שהדבר ברור שזוהי מתנה שחלה מן התורה ודאי שאין אלמנה ניזונת ממנה:

שרב אלפסי ז״ל תלה הטעם משום דתרוייהו תקנתא דרבנן נינהו, ולא דחיא חדא חברתה: פשיטא דתקנתא דרבנן, דהיינו מזונות, לא דחייא מתנה דאורייתא. ואפי׳ אם הוה משכח״ל דלא קניא אלא לאחר מיתה, וכו׳.

מה שכ׳ המשיג בסוף דבריו שהבאנו ״ואפי׳ אם הוה משכח״ל דלא קני אלא לאחר מיתה״, כוונתו ברורה, שהרי לאמיתו של דבר לא משכחת כלל מתנת בריא שלא תקנה רק לאחר מיתה, שהרי באותה שעה כבר פקע כוחו של הנותן, כמבואר בכמה דוכתי בענין זה. וא״כ מתוך דקי״ל דיש מתנה מעין זו, גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, בהכרח שהקנין הוא מהתורה, ואף חלותו הוא מחיים, היינו טרם שחל החיוב של תקנ״ח למזונות האלמנה שהוא רק עם מות הבעל.

ולכאורה דברי המשיגים דברי טעם הם. ונוסיף גם, שבעצם גם אין נפ״מ אם הקנין חל מן התורה או רק מדרבנן. אם כי ספיקו של הר״י בן הרא״ש אם הוא קנין דאורייתא או דרבנן ג״כ אינו מובן, דמה״ת נאמר שהוא רק מדרבנן, כפי שהשיגו עליו. ואולי ניתן להסביר הספק עפ״י הרשב״ם ב״ב (דף קלז א, ד״ה ומודה, בענין מהיום ולאחר מיתה, שדבריו מוקשים, עי׳ קצוה״ח סי׳ רמח סק״ט) וע״ע רשב״ם דף קלו א, ד״ה הכותב שנראה שסובר שבכה״ג שאומר גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, הרי זה בגדר קנין המתמשך, מתחיל מהיום ונגמר לאחר מיתה. ואע״ג דאין קנין לאחר מיתה, כה״ג שמתחיל מחיים כן חל. אך י״ל דכל חלותו הוא רק מדרבנן, (דמה״ת לא מצי חל בכה״ג שאין הקנין נגמר רק אחר מיתה ודו״ק). שהרי עכ״פ ברור שחלותו הוא עוד בחייו, שהרי אין קנין לאחר מיתה, ואטו אם יקנה הנכסים בקנין דרבנן תגבה האלמנה מהם. והרי פשוט שכל שדין משועבדים עליהם, וזה טרם שחל חיוב לאלמנה, אין החיוב שלה מפקיע מה שנמכר או ניתן לפני כן (וכן מבואר ברמב״ן ב״ב דף קלג א, ד״ה השתא).

מאידך נעיר שהתלות המשיג בלשון הרי״ף, שכ׳ בטעמא דמילתא שגובה ממתנת שכ״מ מפני שהיא מדרבנן, שמזה דייק שאילו היה מצויר קנין דאורייתא בדומה לקנין שכ״מ (וכדעה שהובאה בב״ב קמז שמתנת שכ״מ קונה מה״ת, עיי״ש רשב״ם ותוס׳) כי אז לא הייתה האלמנה גובה מזה. מלשון השו״ע שהובאה לעיל, בסי׳ קיא שכ׳ ההבדל בין מתנת בריא לשכ״מ:

הואיל ומתנת שכ״מ אינה קונה אלא לאחר מיתה.

וכן לשון הב״ש (סי׳ צג ס״ק לג): דהא המתנה אחר מותו, ובשעת מותו חל מזונות, משמע דנקטי דלא כדעת המשיגים, אלא עיקר הפירוש ברי״ף הוא לא מצד שמתנת שכ״מ היא מדרבנן, אלא מפני שמתנה זו חלה רק לאחר מיתה, וזהו כשכבר חל עליו גם חיוב מזונות. והא דנקט ההבדל מפני שמתנת שכ״מ מדרבנן לא בא אלא לומר, דמה״ט זה חל אחר מיתת הנותן, מה שלא יתכן בקנין דאורייתא, שאינו יכול לחול אלא מחיים.

ה.

והנראה בביאור דעת הר״י בן הרא״ש. וזה בשים לב למה שכ׳ שם לפני כן, בהסבר הלכה זו שאין גובין מן המשועבדים, ושלא כגוף הכתובה עצמה:

ומדינא הוה מציא לאפוקי אפילו למזוני אלא מפני תקון העולם הוא דאינה מוציאה למזונות, משום דכתובים הם אצל בני חורין ואינם כתובים אצל משעבדי. וכ״כ הרב אלפסי ז״ל בפי״נ.

טעם זה נתבאר בסוגיא דגיטין (דף נ ב). וברש״י שם בטעמא דמילתא: לפי שאין לך אדם רוצה ליקח שדה מחבירו אם מזון אשתו ובניו חוזרים עליו עולמית. (וכן שם עוד נימוק: מפני שאין קצובים. והיינו מפני שבעוד האיש בחיים חיותו אין לדעת מספר הנשים והבנות וגודל החובות שיהיו עליו ע״ז במותו).

ולכאורה הנימוק של ההלכה אינו נצרך לענין, ולשם מה הקדים לנו זאת, תוך הדגשה, שמעצם הדין גם בזה היתה צריכה לגבות מהם. וצ״ע לכאורה.

ולזאת נראה ברור שכוונתו בהקדמה זו שעל ידי זה נרד לעומקה של הלכה, ללמדנו, שעיקר ההבחנה בין מתנת שכ״מ למתנת בריא אינה מתי חל הקנין, אלא מתי הקונה מקבל נכסים אלה **בפועל**. וכלשון הגמרא בזה (ב״ב קלה ב): איזוהי מתנת בריא שהיא כמתנת שכ״מ, דלא קני אלא לאחר מיתה. והיינו, לא שהקנין חל אחר מיתה שהרי זה לא יתכן במתנת בריא כמו שכ׳ הרשב״ם: ״שהרי אין כוח לאדם ליתן מקודם לכן דבר שלא יוכל להקנות באותו זמן שהוא רוצה שתתקיים המתנה״, אלא שאעפ״י שהקנין חל מחיים, אבל בפועל אינו מקבל אותם אלא לאחר מיתה.

www.eretzhemdah.org

ומחדש הר״י בן הרא״ש שכיון שעיקר טעם התקנה, שבאה להוציא מיסוד שמדינא, אינו אלא כי אחרת ימנעו מלקנות, זה שייך רק אם הקונה יורד לנכסים מיד עוד טרם יש חיוב המזונות של האלמנה והבנות. אבל אם עיקר ירידתו לנכסים אינה אלא באותה שעה שהחיוב כבר חל, לגבי קנין כזה ל״ש לתקן להפקיע מעיקר ההלכה, כי אדרבא אז מן הראוי **שלא** יקנו, כדי שלא תקופחנה זכויות האלמנה והבנות לקבל מה שמגיע להן לפי הדין. (וכן לטעם השני שבגמרא הנ״ל, מפני שאין קצובים, הרי טעם זה שייך בעוד הקנין, והירידה לנכסים מכוחו, הוא בעוד האיש בחיים, כי אז שייך לומר שימנעו מלקנות מפני שאין ידוע כמה נשים יהיו לו וכן כמה בנות, ומספר השנים של חיוב מזונותיהן. אבל בשעת מיתתו הרי כבר הכל ידוע וקצוב).

וכיון שכן עלינו לפרש שההלכה שאין גובין למזון האלמנה והבנות מנכסים משועבדים דזה אמור רק לגבי נכסים שנמכרו ״מעכשיו, ולעולם״, אבל כשמוכר או נותן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, נהי דמבחינת הקנין גם זכייתו **בפירות**, הם ע״י הקנין שעושה מעכשיו, ומטעם זה פשוט שהקנין הוא מן התורה וכנ״ל, ואם לא כן לא היה הקנין יכול לחול כלל, שאין קנין לאחר מיתה. אך מכיון שהירידה לנכסים להשתמש בפירות אינה אלא לאחר מיתה, שאז כבר יש חיוב המזונות של האלמנה והבנות, ל״ש בזה תיקון העולם, ודין הנכסים לפירותיהם כאילו לא נשתעבדו כלל.

זוהי סברת הר״י בן הרא״ש. ומכיון שכפי שהבאנו לעיל, גם הללו שחלקו עליו, עיקר השגתם היתה, מפני שהקנין של מקבל המתנה הוא מן התורה ואילו מזונות האלמנה אינם אלא מדרבנן, אין בכוח חיוב דרבנן להפקיע קנין דאורייתא. ובזה ראינו דעת השו״ע וכן הב״ש נוטה יותר לפרש הרי״ף שהחילוק בין מתנת בריא לשכ״מ אינה בזה שזה דאורייתא וזה מדרבנן, אלא בעיקר בזמן חלות הקנין, הרי שאין מעמד להשגתם, וניתן לקבל דעת הר״י בן הרא״ש להלכה.

[ואין לשאול ע״ז מיתומים שמכרו בנכסי אביהם, שמכירתן קיימת, אעפ״י שהחיוב כבר חל באותה שעה. שהרי שם ע״כ הוא מטעם אחר, כי תקון העולם ודאי ל״ש שם, אלא צ״ל שהוא מעיקר הדין שלא תקנו חיוב המזונות אלא בעודם בידי היתומים ולא כשעברו מהם לרשות אחרת. וז״פ].

ו.

ועפ״מ שנתבארה לנו דעת הר״י בן הרא״ש וסברתו, יוצא ברור שאין דבריו מתיחסים אלא באשר לתנאי כתובה **דמזונות**, אבל לא לכתובת **בנין דכרין**. שאעפ״י שדינם **שוה, שאין** גובין מן המשועבדים (סי׳ קיא יג), אך הנימוק לזה הוא **שונה**, כמבואר בגמרא (ב״ב קלא א) ד״ירתון תנן״, היינו שהתקנה היתה במתכונת של ירושה, ״ולשון ירושה אינו אלא לאחר מיתה״ (רשב״ם שם). אם כן הא שאין גובין כתובת בנ״ד מן המשועבדין הוא **מעיקר הדין** בהם, שלא תקנו אלא מהיורשים ולא ממשועבדים. ושלא כמו במזונות האלמנה שמדינא היתה יכולה לגבות גם מן המשועבדים ורק מצד תקון העולם אינה גובה, וכנ״ל. על כן בנתן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, כיון דגם הקנין של הפירות חל מעכשיו, הרי מחיים הנכסים כבר ברשות אחרים ודין משועבדים להם שאין כתובת בנ״ד נגבית מהם.

ומדאתינן להכי, הרי מתבאר יפה שהמחבר בשו״ע הביא להלכה דאין גובין מנותן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה כתובת בנין דכרין, ומדויק לשונו שכ׳ ״דינם כמתנת בריא לענין זה״, כי **לענין זה**, דהיינו לכתובת בנ״ד לית מאן דפליג ולכו״ע דינם כמתנת בריא, ולא כן לענין מזונות שבסי׳ צג, שם לא הביא הלכה זו והשאירה סתומה, כי שם באמת יש מקום לפסוק כדעת הר״י בן הרא״ש שלא נפקעה זכות המזונות של האלמנה (ועי׳ תשובות רעק״א תניינא סי׳ פח, ד״ה אהע״ז סי׳ קיא מה שתמה ובדברינו יתיישב).

ונראה שלמעשה יש לדון בזה בגדר ספיקא דדינא, שהב״ש כ׳ (סי׳ צג ס״ק כא וכט):

כי האלמנה נקראת מוחזקת בכל הספיקות וכש״כ אם תפסה דאין יכולים להוציא ממנה.

ח.

כל האמור הוא בשאלת מזונות האלמנה. אכן בזכותה **למדור**, היינו לגור בדירה שבו היתה גרה בחיי הבעל, כוחה עדיף יותר. ובזה נראה **שלכל הדעות** אין בכוח קנין פירות דלאחר מיתה להפקיע זכותה ממנו. דהנה כנ״ל בראש דברינו שונה זכות המדור ממזונות, שאם מכרו היורשים הנכסים אין גובה מהם מזונות, ואילו מדור שמכרו לא עשו כלום, כמו שאמרו בגמרא, דהמדור נשתעבד לה מחיים. וב״בית מאיר״ אסבר לה ״דהוי כאילו לא זכו היורשים בו״. והיינו דיש לה לאלמנה שעבוד על גוף המדור לפירותיו היינו למגורים, וכמו במי שיש לו קנין הגוף לפירותיו דמי.

ונראה דמהאי טעמא, גם **הבעל עצמו**, אעפ״י דאם מוכר או נותן המדור באופן מוחלט, מפסידה זכות המדור הזה. אך זהו מטעם שבחיים ״הרשות בידו להוציאה ממדור למדור״, כדכתב הב״ם שם. מה שא״כ לאחר מיתה שאין בכוחו לאותה שעה להעבירה ממדור שגרה בו בחייה, שהרי כך תקנו לה חכמים. ממילא גם הקנאתו לאחר, פירות דלאחר מיתה שבמדור זה, אינה מפקיעה זכות האלמנה, שזה מקנה דבר שאינו שלו. וכל שאינו מקנה לו לאחר באופן מוחלט גוף ופירות מהיום, אלא משאיר לעצמו קנין בגוף לפירותיו בחייו, נשאר השעבוד של האלמנה על המדור ואינו נפקע בקנין הלה שהקנה לו פירות לאחר מיתה. וכזאת נראית לנו המסקנה, שבעוד שביחס למזונות האלמנה יש לשקול הדבר הלכה למעשה, באשר למדור נראה פשוט וברור, שאין האלמנה מפסידה הזכות מהמדור שהיתה גרה בו בהיות בעלה בחיים.

סימן עג : קבלת עדות שלא בפני בעל הדיוא.

בגמרא ב״ק (קי״ב ב) אמרינן דאין מקבלים עדים שלא בפני בעל הדין. ומביא לזה מה שנאמר בכתוב ״והועד בבעליו״ (שמות) פרט למקרי אונס, כגון חלה הוא, או שחלו עדים, וכו׳ שם.

www.eretzhemdah.org

ונחלקו הראשונים (הו״ד בהרחבה בשו״ת הגרע״א סי׳ צט). דלדעת הרא״ש (תשו׳ הרא״ש כלל מ״א, ו) הא דבמקרי אונס מקבלים גם שלא בפניהם, זה מדין **הפקעת ממון**, כלומר תקנת חכמים מכוח הפקר בי״ד. דאילו מעיקר הדין אין לקבלם גם במקרי אונס. נראה מזה שדעתו שדרשה גמורה מהכתוב ״והועד בבעליו״ גם לענייני ממון.

ולא כן היא דעת הרשב״א בחיד׳ (הו״ד גם בשט״מ) שהוקשה לו אי איתא שמעיקר דין התורה אין לקבל העדים שלא בפני בע״ד, כי אז גם באונס לא היו מקבלים. וע״כ מסיק דעיקר קרא לגבי שור דהוא בדיני נפשות כתיב, ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא, ומדרבנן.

ב.

בתשו׳ רע״א הנ״ל הביא עוד למש״כ הרשב״א בתשו׳ שהובאה בב״י (חו״מ סי׳ שפח, ח) שם המדובר על קבלת עדות (נגד מלשין) שעניינה די״נ, שלא בפני בע״ד. וז״ל שם:

שלפעמים אנו מקבלים עדים שלא בפני בע״ד, שהרי אמרו (ב״ק קי״ב) אם היה הוא חולה או עדיו חולים וכו׳ מקבלים שלא בפניו וכו׳. וכש״כ זה שהיה אסור בזיקים, ואין לו לבי״ד שילכו אצל העדים בכל עיר ועיר עם זה, ושיקבצו כולם כאחד. ואם נפשך לומר שלא אמרו כן, אלא בדיני ממונות. והראיה, מדאמרינן בשלהי פ׳ שור שנגח ד׳ וה׳ (ב״ק מ״ה א) בפלוגתא דר׳ יעקב: אי מהדרנא ליה ניהליה עד שלא נגמר דינו הוי מעריקנא ליה לאגמא. אלמא אילו היה באגמא לא היה אפשר להו לגמור דינו. לא היא, דהתם מחמת גמר דין קאמר, וגמ״ד שלא בפניו לא אפשר משום דילמא אי הוי הכא, הוי טעין. ושור לאו בר טענתא הוא, גזה״כ הוא דאקשי׳ לבעלים, כדרבנן דר׳ יעקב. אבל **בקבלת עדות לא איכפת לן**, כל שיש צורך בכך. כגון, שהיה חולה או עדיו חולים. שהרי לאחר קבלה, יכול הוא עדיין לטעון ולפסול עדיו, וכו׳.

בתשו׳ רע״א הנ״ל העיר בהשוואת דברי הרשב״א בחידושיו עם הללו שבתשו׳, נלע״ד דדברי הרשב״א אלו בתשו׳ **סותרים** לדבריו בחידושיו, דלדבריו בחידושיו בודאי הדין דבדיני נפשות דמדאורייתא בעי בפני׳, לא מהני אונסא. ולדבריו בתשו׳, גם **בנפשות** מהני אונסא.

ג.

בס׳ ״ישועות ישראל״ (לגר״י מקוטנא) בסי׳ כ״ח (ע״מ ס״ק י״א) העיר גם הוא בדברי הרשב״א בתשו׳ הנ״ל: והנה יש לתמוה על הרשב״א בתשובה דס״ל גם בדיני נפשות מקבלים שלא בפני בעל דבר. נהי דגמר דין לא מהני אף באונס, כדמוכח בסנהדרין דף ע״א ברוצח שלא נגמר דינו שנתערב ברוצחים אחרים, אבל קבלת עדות מהני אפילו בדי״נ כשאונס. ויש לתמוה דהא בב״ק דף צ׳ משמע **איפכא**. דגרסינן התם: ת״ר שור תם שהמית והזיק דנים אותו די״נ, ואין דנים אותו די״מ,]וכו׳[ופריך וכי קדמו ודנו אותו די״נ מאי הוה, ניהדר ונידייניה דיני ממונות. ומסיק הב״ע כשברח. ופריך, אי כשברח, כשלא דנו די״נ, היכי דיינינן לי דיני ממונות בלא בעלים. ומשני דקיבלו סהדי וברח. הרי להדיא דבברח מבי״ד, אף שאנוסים לקבל עדות שלא בפני בע״ד, אפ״ה אין מקבלין במועד. ודווקא בממון מקבלים, **אבל לא בנזק**. וגמר דין מהני אפילו שלא בפני הבעלים. דהא כשברח דנין אותו די״מ, כשקיבל סהדי.

(ר״ל, דחזינן הכא דדיני **נזקים** אינם בכלל ממונות רגילים אלא כדי״נ דמו, דמשו״ה לא אפשר קבלת עדים שלא בפני בע״ד, למסור, שזה אונס. שבדי״מ הרי מבואר בסוגיא (קי״ד ב׳) דמקבלים. וחזינן גם, דהקפידא היא דוקא על עצם קבלת העדות ולא על הגמ״ד. וזה בניגוד למה שנוקט הרשב״א שאין הקפידא על קבלת העדות, שזה ניתן לקבל גם שלא בפני בע״ד, גם בדי״נ. ולא איכפת לן אלא באשר לגמר הדין).

והנה במה שהוקשה לו, שמסוגיא זו נראה שאין הקפידא בנזקים לעשות גמ״ד שלא בפני בע״ד, אם זו תימא, שמהסוגיא (דאונס ל״מ לענין קב״ע) נראה שמשוה נזקים לדי״נ, כי אז הקושיא לא על הרשב״א תסוב, כי על עצם הגמרא, שהרי מקרא מלא הוא בדי״נ כמש״כ רש״י (ב״ק מ״ה א): ״...עד עמדו לפני העדה למשפט״. (במדבר ל״ה). ברור איפוא שגם ניזקין אין להם דין די״נ, ושפיר ניתן לגמור הדין גם שלא בפני בע״ד. אולם עיקר התמיה שלו, מה שרואים בסוגיא זו שהקפידא שלא לקבל עדים שלא בפניו מתייחסת לעצם קבלת עדותם שלא בפניו. דמשו״ה הי׳ צריך להעמיד כשקיבלו כבר העדים טרם שברח.

ד.

אכן לענ״ד אין סתירה בדברי הרשב״א בחידושיו למש״כ בתשו׳ זו, אף אין שום קושיא עליו מהסוגיא בדף צ׳ הנ״ל.

וזה, דהרשב״א ס״ל דהא דילפינן מקרא ד״והועד בבעליו״ לענין דיני נפשות - מדאורייתא, דאין לקבל עדות אלא ״בבעליו״, הוא משום שיש לתת לבע״ד אפשרות לסתור עדותם, אם ע״י שיביא עדי הכחשה והזמה, ואם ע״י שיוכיח פסולם לעדות, מאיזו סיבה שהיא. באשר על כן, במקום שדבר זה יתאפשר לבי״ד לעדות, מאיזו סיבה שהיא, לא איכפת לן ששמיעת העדים ע״י בי״ד תהיה שלא בפני הבע״ד. ומכאן נובע הבדל בין די״מ לדי״נ. דבדיני נפשות, דיש הלכה, מן התורה וכנ״ל, שאין גומרים דינו שלא בפניו, גם כשהעדות נתקבלה בפניו, ולא הצליח לסתור עדותם, ממילא אין גם קפידא לקבל עדותם שלא בפניו, שהרי פס״ד ממילא לא יוכלו בי״ד להוציא אלא בפניו, וכיון שכן הרי יהיה ניתן לו לטעון מה שיש לו לטעון נגד העדים. ע״כ אין עיכוב גם בקבלת העדות. משא״כ בדי״מ, תיקון חז״ל (לדעת הרשב״א שהוא מכוח תקנה וכנ״ל דקרא אינו אלא אסמכתא) לקבל עדים רק בפני בע״ד, והוציאו מכלל התקנה - מקרי אונס כגון חולי וכיו״ב, שבהם הדין הוא כעיקרו מדין תורה, פירושו שנקבל שלא בפניו, ואף **נגמור דינו שלא בפניו**. (כי זהו בעצם בכמה ממקרי אונס, כל המטרה שנוכל לפסוק ולהוציא הממון שלא בפניו) שהרי לענין גמ״ד אין שום עיכוב בדי״מ.

נמצא, שאם אמנם, לגבי קבלת עדות במקרה אונס, שלא בפני בע״ד שוה דיני ממונות לדי״נ, שבשניהם במקרה שאי אפשר, מקבלים גם שלא בפני הבע״ד, מ״מ יש הבדל גדול מהותי בין קבלתם לענין ממון לקבלתם לענין די״נ. שבממון,

www.eretzhemdah.org

כשמקבלים העדים שלא בפניו, יגמור בי״ד גם את הפס״ד שלא בפניו. באופן **שלא יהא ניתן לו** לבע״ד לסתור דברי העדים. ואילו בדי״נ, אם אמנם תתקבל עדותם, אבל פסה״ד לא ינתן וזה בהכרח יהי׳ רק בפני בעה״ד, ואז הרי יוכל לטעון טענותיו ולסתור עדותם, אם הדבר בידו.

מיושבים איפוא דברי הרשב״א מה שכתוב בחידו׳ בב״ק שזה שהתירו לקבל עדות במקרה חולי שלא בפניו שייך רק בדיני ממונות, שהרי קבלת עדות זו משמעותה גם הוצאת פסה״ד עפ״י עדות זו שלא בפניו. אכן, מאידך, שפיר כ׳ שגם בדי״נ, כגון במקרה שדן בו שהשאלה העיקרית היתה שלא ניתן ללכת מעיר לעיר לאסוף העדויות בהשתתפות הנאשם, בזה העלה שפיר שאין עיכוב לקבל העדות שלא בפניו, שהרי הפסה״ד ממילא לא יוכלו להוציא כ״א בפניו, משום שבדי״נ גם הפס״ד כשלעצמו דורש נוכחות הבע״ד, ע״כ ״לא איכפת לן״ גם שהעדות עצמה תתקבל בפני ביה״ד בלי נוכחותו. דמה שיש לו לטעון הרי יוכל לטעון, טרם הוצאת פסה״ד.

ה.

כן אין תמיהת ה״ישועות ישראל״ תמיה כל עיקר, דנראה שכל עיקר הקפידא היתה שתתקבל העדות בפני בעה״ד, דאם כי נראה מזה שבדיני׳ ניזקין החמירו שלא לקבל העדות גם במקרה אונס (כגון שברח), מכל מקום כשנתקבלה העדות בפניו, כשיהיה יכול לטעון מה שיש לו לטעון כשעת קבלת עדותם ממש, ואם לא טען, הרי ודאי ניתן לגמור הדין שלא בפניו, כמו בכל די״מ, שהרי דין פס״ד רק בפני בע״ד אינו אלא בדיני נפשות ולא בשום דין מדיני ממונות, גם ניזקין, ואין כל נימוק לעכב הוצאת פס״ד גם בנזיקין, כיון שהעדות נתקבלה ללא ערעור בפני הבע״ד.

]אלא שעצם החידוש המובלע בדברי ה״ישועות ישראל״ שדיני ניזקין שונים משאר דיני ממונות, שגם מקרה אונס ל״מ לקבל העדות שלא בפני בע״ד, תמוה בעיני, כי לא זכרו בשום מקום, ויותר נראה שהגמרא מפרשת הא ד״ברח״ הוא שברח מחמת אונס שהוא, כגון מחמת מרדין, וכיו״ב, בכל אופן לא ב״ששלחו לו ולא בא לבי״ד״. ויהי׳ מכאן סייעתא לשיטת הראשונים (עי׳ בדף קי״ב הנ״ל בדברי התוס׳ ובדברי שאר ראשונים, שזה שנאמר שם שבמקרה חולי העדים מקבלים העדות, המדובר בתנאי נוסף ששלחו לו ולא בא, ואונס גרידא ל״מ, ודו״ק, וע״כ פריך בפשיטות דאיך נקבל העדות שלא בפני בע״ד, כמו בכל די״מ במקרה מעין זה[.

ונראה, שגם רש״י מפרש כהרשב״א, עכ״פ בדי״מ, שזה שאין מקבלים העדות שלא בפני בע״ד אין זה אלא בכדי לתת לו אפשרות לסתור עדותם. דרש״י בקושית הגמרא אי בברח איך ניתן לקבל העדות פירש: ״ואין חבין לאדם שלא בפניו״. הנה לא הזכיר הטעם שנאמר בגמרא, ממש״נ ״והועד בבעליו״ ונתן טעם משלו מדין אין חבין וכו׳. וטעם זה גם אינו מובן בנידו״ז שהרי זה נאמר במקום שקבלת הדבר שהיא חובה תלויה בידו, ברצונו יחוב ברצונו לא יחוב, כי אז אמרינן שאין לנו לחובו שלא בפניו כי יתכן שלא יסכים, אבל מה שייך בקבלת עדות, שאינה תלויה ברצונו ובהסכמתו, ובי״ד מקבלים את העדות, גם אם יתנגד וימחה, אז מה שייך כאן טענה זו שאין חבין לאדם שלא בפניו. ברור, איפוא, שכוונת רש״י כרשב״א, שכל עיקר שאין לקבל עדות שלא בפניו, היא בכדי לתת לו אפשרות לפוסלם, באיזו דרך שהיא. על כן שפיר יש מקום לטענה איך נקבל העדות שהיא לחובתו שמא הי׳ מביא התנגדות מוצדקת. אכן אין לנו מכאן אלא לענין די״מ, דבהא מיירי הכא, ואילו הרשב״א הרי חידש כזאת, גם לעצם דין החובה דקאי בדיני נפשות, ובזה יש לדון טובא, כדלהלן.

ו.

הנה כי כן, נתבארו לנו בע״ה דברי הרשב״א ואין עליהם השגה ושום סתירה בדבריו. אך אכתי צ״ע החידוש שיוצא מדבריו, שמפרש טעמא דקרא שזה שאין מקבלים עדות שלא בפני הבע״ד, הוא בכדי לתת לבע״ד אפשרות לפוסלו. וזה תמוה לכאורה, זה מנין לו, והרי אנן קיי״ל דאין דורשין טעמא דקרא, להוציא לפ״ז הלכה מחודשת, שמא גזה״כ הוא (בדומה למש״כ בעצמו בענין גמ״ד של שור למיתה שלא בפניו). וגם ניתן לומר הטעם, כמש״כ הלבוש, שמא לא יעיזו העדים להעיד שקר בפני בעה״ד שמכיר בשקרם. וע״ע בס׳ ״שבות יעקב״ (ח״א קמח) שכ׳ בטעמא. דאם מעיד בפניו אולי יזכיר לו בעל דבר, שלא נעשה הדבר כן, וכה״ג.

בכל אופן קשה לחדש טעם שלא מצאנוהו. ואין זה דומה למה שאמרו בגמרא (ב״ק מ״ה שהו״ל) בטעמא דר׳ יעקב דפליג ארבנן וס״ל דבשור גומרים דינו גם שלא בפניו. וכ׳ בטעמו בשלמא בעלים בני טענה נינהו אלא שור בר טענתא הוא (בתמיה).

אך כנראה כבר הרגישו התוס׳ שם במה שדורש טעמא דקרא וכתבו ואפי׳ דרשינן בעלמא ״כמיתת בעלים כך מיתת השור״, להך מילתא אין סברא לדורשו.

כלומר, שכל כה״ג שאין זה כתוב במפורש, רק מכוח היקש, דאין היקש למחצה, כל כה״ג שיש סברא שלא ע״ז קאי ההיקש יש להשתמש בסברא אגב, גם שם אין זו אלא דעת ר׳ יעקב, ואילו לרבנן אוקמינן לה אגזה״כ, וכנ״ל. (ועי׳ תומים סי׳ כ״ח ס״ק י״ח שהביא תשו׳ השבות יעקב הנ״ל במש״כ בטעם הא דאין גומרים די״נ שלא בפניו ותמה עליו).

ותמהני מגאון שכמותו שבדה טעם מלבו וליתן טעם למשפטי תורה, וכן לא ייעשה.

ז.

והנראה בזה, דהנה דרשא מכתוב זה ד״והועד בבעליו״ שנא׳ לענין הריגת אדם וחיוב השור בסקילה, מצינו עוד במקום אחר שנדרש גם שם לענין ניזקין. והוא בב״ק (כ״ד א) דלמדים העדתו להפיכתו למועד שצריך להיות דוקא ע״י עדים בבי״ד אין השור נעשה (בעיני ניזקין) עד שיעידו בו בפני בעלים ובפני בי״ד. העידו בו בפני בי״ד ולא בפני בעלים, בפני בעלים ולא בפני בי״ד, אינו נעשה מועד וכו׳.

www.eretzhemdah.org

ובגליון שם בשם המהר״ם מסיים בזה ״שנאמר והועד בבעליו״. וגירסא זו היתה בפני רש״י שיש בו ד״ה (והועד בבעליו) ואין עדות אלא בבי״ד״, עכ״ל, וכן נ׳ שם מהתוס׳ (ד״ה בפני בי״ד. וכתב: זהו מסברא וכו׳. משמע שאכל שצריך שיהי׳ בפני הבעלים הוא מהכתוב, והיינו ממש״נ ״והועד בבעליו״).

וכן ברמב״ם הביא הלכה זו של העדה עם הפסוק הזה (פ״ו מנז״מ ב): אין העדה אלא בפני בעלים ובפני בי״ד **שנאמר** ״והועד בבעליו״ וכו׳.

ונציין שלענין קבלת עדות שצריכה להיות גם בדי״מ בפני בעלים, הרמב״ם מסתפק בהבאת ההלכה מבלי להביא ע״ז הפסוק, כפי שמופיע בגמרא (פ״ג מעדות הי״א).

ח.

ונראה שבענין העדת השור זה ודאי דאורייתא, גם לדעת הרשב״א, שכנ״ל סבר שלענין קבלת עדות בדי״מ אין זה אלא אסמכתא. כדמוכח מהרמב״ם שבענין קבלת עדות בדי״מ נראה דס״ל כהרשב״א דקרא אינו אלא אסמכתא, ע״כ לא הביאו שם, ואילו בענין העדה הסתמך על הכתוב. ובעיקר, שאילו מעיקר הדין אין צריך הניזקין הפיכתו למועד מעשה בי״ד, כי אז אינו מובן לשם מה תיקנו זאת חכמים, שמכאן הלכה יוצא ״שאין מועד בבבל״. ואעפ״י שמועד הר״ז ממון ולא קנס, וכל שאר חיובי ניזקין גובים בבבל.

וצ״ל, אע״ג דקרא במיתה כתיב, מ״מ ילפינן ממנה גם לניזקין, אם מצד הסברא, דהכא בלי קרא דהפיכת השור מתם למועד (במיתה - לענין חיוב מיתה בידי״ש המוחלפת בכופר) אין לחלק בין הריגה לניזקין, דגלי קרא דהפיכת השור מתם למועד בעי מעשה בי״ד, דאין עצם מספר הנגיחות שנגח הופכתו למועד, אלא זהו **מגדר פסק דין של בי״ד, להופכו מתם למועד**.

ט.

והנה מעשה ההעדה הוא ע״י קבלת העדים שמעידים על הנגיחות שקדמו, כמבואר בברייתא שהבאנו, עי״ש. אכן הפירוש של ״והועד״ שבענין זה הוא כדפירש״י עה״ת: והועד בבעליו - לשון התראה בעדים כמו (בראשית מ״ג, ג) ״העד העיד בנו האיש״. והיינו שקבלת העדות על הנגיחות הקודמות הנעשות בפני הבעלים ובפני ביה״ד מהוה התראה לגבי חיוב השמירה להבא לחייבו כמועד (כי לא נזכר שצריכים לומר לו כזאת בפירוש).

יוצא, איפוא, שמה שנלמד מכתוב זה לענין קבלת עדים בפני בע״ד דוקא (ב״ק קי״ב ב הנ״ל) והוא לענין די״נ לכו״ע מדאורייתא, **אינה משמעות** הפסוק כלל, כי הכתוב לא בא לדון על קבלת העדים לצורך חיוב הנזקים לשעבר, אלא קבלת העדים כהפיכתו למועד, שע״ז במיתה יתחייב כופר ובניזקין יתחייב נ״ש, וצ״ל הא דילפינן מזה (לענין די״נ, כנ״ל) לקבלת עדות, היינו שמכתוב זה למדים שכל חלות דינים שצריכה מעשה בי״ד, נצרך שתיעשה בפני הבעלים ובבי״ד. וע״כ די״נ שחיובם איננו בא ע״י עצם המעשה המחייב מיתה, דאין גברא ב״ח עד שיעידו בו בפני בי״ד ויהיה **גם פסק בי״ד**. וכל עוד לא נפסק דינו לא הוי גברא (או השור) בר חיובא (עי׳ מכות ה׳, תוס׳ והגהות הגרע״א) שפיר ילפינן מהאי קרא, שכשם שמעשה בי״ד של העדה (וזה שייך גם בניזקין) צריך בפני הבעלים, כן הוא קבלת עדות בדי״נ, שבלעדי העדים שנתקבלו כדין, בפני ביה״ד, אין אפשרות להוצאת פס״ד לחייבו, ע״כ מהוה קבלת העדות הזאת שלב להוצאת הפס״ד, ע״כ גם זה צריך בפני הבעלים. ונמצא, שמה שהדגיש הרשב״א החילוק בין די״מ לדי״נ לקבלת עדים בפני בע״ד, אין הכוונה אלא לחלק בין קבלת עדים לדיני ממונות שחיובם אינו צריך לקבלת העדים, ״ולא איברי סהדי אלא לשקרי״, ואין קבלת העדים יוצרת את החיוב, כי הוא קיים ועומד, ואין זה אלא גילוי מילתא, בזה אי״צ מה״ת נוכחות הבע״ד לקבלת העדות. אבל די״נ שדומה במובן זה להעדת השור, שנצרכת קבלת העדות לחלות החיוב שבא ע״י קבלת העדות והפס״ד שבא בעקבותיו, שם למדים ממש״נ ״והועד בבעליו״ (שנאמר, כאמור, גם בחיובי ממון של נזיקין) צריך שיהא בפני הבעלים. ועפי״ז יובן מש״כ הרשב״א שאין קבלת העדות עצמה לעיכובא שיהא בפני הבעלים בדי״נ, שכן אם אמנם נצרכת קבלת העדות ליצירת החיוב, אך הן קיים עוד שלב הכרחי וסופי - שהוא הגמ״ד, א״כ כל עוד ניתן טרם השלב הסופי שיהא בפני בעה״ד, בזה סגי. שהרי לא מצינו כלל במפורש הצורך שהעדת העדים תהי׳ בפני בע״ד, כי הכתוב והועד בבעליו, לא מדין קבלת העדים הוא שצריך את נוכחות הבע״ד, רק ההתראה שיש בהעדת העדים, והיא העושה את חלות המועדות על השור. על כן גם קבלת העדות שבדי״נ סגי שיצירת החיוב תהי׳ בפני הבע״ד, וזה הרי ישנו תמיד, כפי שהדגיש הרשב״א, מכיון שאין גומרים דינו בדי״נ אלא בפניו.

ובכדי להבין, דמה פועלת נוכחות הבע״ד לגבי קבלת העדות שהיתה לפני כן, וכיצד היא מתקשרת אליו, לזה בא ההסבר של הרשב״א, שע״ז שהוא בשלב סופי נמצא בפני ביה״ד, ניתנת לו אפשרות לסתור עדותם, ומועילה איפוא נוכחותו לגבי קבלת העדות, כשם שמועילה נוכחותו, לגבי עצם הפס״ד, כמו שאמרו בגמרא ״אדם בר טענתא״, שיוכל לטעון מה שיכול לזכותו.

ונתבאר לנו בע״ה דרכו של הרשב״א בהלכה זו.

י.

בדברים האמורים יתיישבו לנו גם דברי הרא״ה, שבס׳ ישועות ישראל (סי׳ כ״ח סעיף יא׳ הנ״ל) כ׳ שסותר את עצמו, ואלו דבריו: ... הנמוק״י בב״ק פ׳ כיצד הרגל דכ׳ בשם הרא״ה ז״ל דאינו נעשה מועד שלא בפני הבעלים אף בהי׳ אונס. אלא שדברי הרא״ה ז״ל שהביא הנמוק״י סותרים בדף ל״ט בהא דמעמידים אפוטרופוס לתם משום דהוי״ל כהיה חולה, והרי לדעתו לעשותו מועד ל״מ חולה.

אך הרואה יראה שדבריו בשט״מ דף ל״ט מתייחסים לדיון (לאחר שנגח כשהוא מועד במינוי האפוטרופוס) מעליית מי, אם מעליית אפוטרופוס או מעליית יתומים. ובזה הוא דבא לבאר למ״ד מעליית יתומים. ואמר די״ל דזהו כמו חולה. וא״כ לפי דברינו הרי א״ש דבריו ללא סתירה, דהא דהביא הנמוק״י הוא **לעצם** עשייתו כמועד, דלזה אמרינן

דיש למנות אפוטרופוס כשרואים שהוא מרבה לנגוח ולהזיק. וכיון דבעשייתו מועד הוי דין "והועד בבעליו" בדווקא, מן התורה. בזה ל"מ חולה, כי כמש"כ הרשב"א מקרה אונס מהני רק לדיני ממונות דקרא אינו אלא אסמכתא. משא"כ העשי' למועד הוא מעשה בי"ד וביה כתיב קרא (כמו בפס"ד של די"נ) "והועד בבעליו", ובדאורייתא ל"מ אונס לקבל שלא בפני בע"ד. משא"כ בדיון "מעליית יתומים", דגם בזה הוקשה, הרי היתומים קטנים נידונים כמו לשלא בפני בע"ד, ולמה גובים מהם בהיותם קטנים לנגיחת המועד. בזה כ' שפיר (מלבד דאמר שם דאפ"ל דהחיוב הוא מצד דאפוטרופוס כבעלים ייחשב לענין זה) דזהו דין ממונות רגיל, שהוא רק אסמכתא מקרא, ע"כ בגוונא דחלה ושאר אונס מקבלים עדות שלא בפניהם. ודו"ק.

סימן עד : בפסולי עדות בגלל עבירה«~/H2~»«~/BO~»

נשאלת השאלה: עד שנתייחד להיות מעדי הקידושין, ונתברר אח"כ שהוא פסול עדות מחמת היותו מחלל שבת, וזה למרות ידיעתו שיש בזה איסור תורה חמור, ואעפי"כ אינו נמנע מזה, בטענה שפסה האמונה מלבו. לעומת זאת, אומר שנזהר בדברים שבין אדם לחבירו, ולא יעיד שקר בשום פנים. אף מכיריו ויודעיו, ביניהם שומרי תורה ומדקדקים במצוות שמעידים אותו כאדם ישר באשר לענינים שבין אדם לחבירו. השאלה נשאלת, איפוא, מה דין הקידושין שנערכו ע"י שנתייחד עד לצורך קיומם.

וזה הנלע"ד:

א.

בס' או"ת (אורים סי' כ"ח סק"ג) כ' וז"ל:

בתשובות חוות יאיר (בהשמטות דף רנ"ג) נסתפק אם העד בעצמו יודע שהוא פסול מחמת קורבה או נגיעה, או מחמת רשעות, אם מחויב להעיד, עי"ש. ונראה דאם הוא פסול מחמת קורבה דודאי לא יעיד ... אבל מחמת רשעות, כיון שאין ידוע אלא לו, הרי אין אדם נפסל עפ"י עצמו, אעפ"י שאומר כן לבית דין. ועוד הטעם דפסול רשע להעיד, הוא דנחשד להעיד שקר, ולא מגזירת המלך בלא טעם, כמו עדי קרובים, רק הטעם ברשע דנחשד לשקר, ואם כן, הוא דיודע בעצמו שהאמת אתו, למה לא יעיד. ע"כ.

נוקט, איפוא, התומים בפשיטות שכל פסול מחמת רשעות, וזה מבלי להבחין בין פסול רשע דחמס, לבין פסול רשעות מחמת עבירה, וכפסק הלכה שנפסק בגמרא (סנהדרין כז א) כדעת אביי דאוכל נבילות להכעיס ג"כ פסול לעדות, כולם אין פסולם "מגזירת המלך בלי טעם, כמו גבי קרובים", אלא מפני שהתורה רואה את כל אלה כחשודים לשקר, שמשום כך אין לסמוך על עדותם. ומתוך הנחה זו הוא מסיק שאין עצם מעשה העבירה פוסלם מלהיות עדים, רק כשמתקבלת עדות על מעשה זה בבי"ד. ועל כן עושה העבירה בעצמו, אעפ"י שיודע הוא שנכשל בעבירה, אינו פסול לעדות, כל שיודע שיעיד עדות אמת. ועל כן חייב הוא לבא להעיד, כדין כל עד כשר, ואינו בבחינת מעלים פסולו בפני בי"ד, כיון שכלל בידינו ש"אין אדם נפסל עפ"י עצמו".

יוצא, איפוא, לדעת התומים, שהפסול מחמת עבירה אינו פסול עצמותי לעדות, בצורך של נוכחות עדים בקידושין בתור עדי קיום, היינו שנחוצה נוכחות עדים לקיים את מעשה הקידושין, דלא שייך כאן חשש משקר, שזה אינו אלא בקבלת העדות ע"י בי"ד, הקידושין בני תוקף, כיון שעכ"פ נתקיימו בפני עדים. אלא שיש לומר, שעדי **קיום** הנדרשים בקידושין הוא כדי **שיהא ניתן לאמת** את מעשה הקידושין בפני בי"ד. וכל כה"ג שביה"ד לא יקבלו עדותם מחשש שקר, כיון שקיימים עדים שיעידו בפני ביה"ד על היותם חשודים לשקר, נמצא שמעשה הקידושין **לא יוכל** להתאמת על ידם, פסולים הם גם מלהיות עדי קיום. וצע"ב.

ולפ"ז יש נפ"מ בין מי שעשה העבירה בפני עדים, לבין שעשה העבירה בינו לבין עצמו, וכן בפני אנשים שהם עצמם פסולים לעדות, באופן שבי"ד לא יפסלו עדותו, דאז הקידושין קיימים.

ב.

לא כן נוקט בקצוה"ח שמבחין גם להלכה בין סוגי הפסול של רשע דחמס לרשע מחמת עבירה, וז"ל (סי' מ"ו ס"ק י"ז):

... וכתבו התוס' יש להסתפק אם נפסל בשאר עבירות שאינו חמס אם נפסל בכך, עכ"ל. והיינו דרשע דחמס חשוד לאותו דבר, וחשדינן למשקר בשביל הנאת ממון. ומשו"ה חיישינן (בשטר שיוצא לפנינו בחתימת ידו, והוא מתאריך טרם שנחשד בגזלנות) שמא עתה זייף וחתם. אבל רשע שאינו חמס, אע"ג דפסול מצד **גזירת הכתוב**, כמו פסול קרוב, דהא חשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר. וכיון שאיננו אלא מצד גזה"כ, אבל לא משום דחשוד למשקר, א"כ הרי הוא כמו קרוב, דלא בעינן הוחזק כת"י קודם שנעשה קרוב. וכן נראה, דאינו אלא כמו פסול קרוב, אם הוא רשע דאינו חמס. וכן משמע מדברי הנמוק"י פ' ז"ב, וז"ל: שבועת שוא על עמוד של אבן שהוא של זהב. ואע"ג שלאו רשע דחמס הוא, ותלמודא פסק כאביי, דלא בעינן רשע דחמס. ולאביי לא הוי טעמא משום דעבירה קא עביד. אלא טעמא דאביי משום דרשע הוא, ורחמנא פסליה לעדות, דכתיב אל תשת רשע עד. אבל בעלמא, בשאר איסורים, דלא שייך עדות, דאפילו עד אחד כשר בהם, ואפי' אשה, ליכא למיפסליה, עכ"ל. ומבואר - דרשע דאינו חמס כשר בעדות אשה, ומשום דאינו חשוד למשקר, כמו גזלן וחמסן, נאמן. ואין פסולו אלא מגזה"כ, כמו קרוב דפסלה תורה, וכו'. עכ"ל קצוה"ח.

מסקנת קצוה"ח היא איפוא בניגוד לתומים, ומחלק בין פסול רשע דחמס לפסול רשע בגלל עבירה, דרק בפסול מחמת דרע לבריות הוא דיש בו גם חשש משקר. ולא כן רשע מחמת עבירה, פסולו מצד גזה"כ בדומה לפסול דקרוב.

(ונ׳ פשוט, דלפי קצוה״ח גם פסול דחמס, נוסף על חשד משקר שבו, יש בו פסול נוסף דפסלתו תורה מגזה״כ בהיותו רשע. ואין נפ״מ ביניהם אלא שרשע דחמס הוא גם חשוד לשקר, והנפ״מ לגבי שטר היוצא וכנ״ל).

ולפי הקצוה״ח **לכאורה** מי שיודע בעצמו שעבר עבירה הפוסלתו לעדות, אסור לו להעיד בפני בי״ד, גם על דבר אמת, כי נמצא מכשיל את ביה״ד לדון עפ״י עדות פסול, ממש כמו שקרוב אסור לו להעיד, גם כשלביה״ד אין ידוע על היותו קרוב, וזה בניגוד למאי דפשיטא לי׳ לתומים, וכנ״ל.

ג.

בס׳ ״ישועות ישראל״ לגר״י מקוטנא זצ״ל (חו״מ סי׳ כ״ח סק״ג) דוחה דעת התומים בשתי ידים, וז״ל:

... ובתומים כ׳ דפסול מחמת עבירה דאינו אלא משום דנחשד כמשקר, ולא משום גזירת המלך כמו בקרובים, כשיודע האמת כן, מחויב להגיד, **ולאו מילתא היא**, משום דבפסולי עבירה, תרתי איתנהו בהו, דחשידי למשקר, ופסול מחמת גזה״כ, ומהאי-טעמא פסלי לעדות הכשרים, כדלקמן סי׳ ל״ו. וצריך שיהא תחלתן בכשרות, כדאיתא בסי׳ ל״ד, ע״כ.

(ומסיים שם שמ״מ, אם ראה עת היותו כשר, ודאי מחויב להעיד, ושיהרהר בתשובה).

גם לדעתו, איפוא, אין לקבל פסקו של ה״תומים״, דמכל הני הלכות שמציין מוכח בהדיא שכל פסולי רשעה פסולים לעדות מכוח גזה״כ, כמו קרוב. ואין זה תלוי אם ידוע פסולו או שאינו ידוע. וממילא, לדעת הני רבוותא, נידון שאלתנו בהיותו מיוחד לעדי קידושין, הקידושין בטלים. אכן, עכ״פ, אכתי יש לחוש לדעת התומים, אם כי לכאורה דבריו מופרכים, ומ״מ הן ייפלא בעינינו, שגדול כמותו יטעה בדבר פשוט, וצ״ע.

ד.

אחר העיון נראה שאור יגיה לנו על שיטת התומים, וזה עפי״מ שביאר דעתו במקום נוסף, שאם כי לכאורה, סותר את עצמו שם למש״כ כאן, אך כפי שיבואר בע״ה, דבריו צדקו יחדו, ושיטתו תנהר לנו במילואה.

והנה מש״כ שם (סי׳ פ״ז ס״ק כ״ז): הביא שם דברי בעה״ת והשגתו על הרי״ף, הרי״ף כ׳ בתשובה: נשבע היסת ואח״כ הודה מעצמו במקצת, הו״ל חשוד על השבועה, וישלם מה שהודה, ועל השאר שכנגדו נשבע ונוטל. וכ׳ עליו בעה״ת ״ויש לעיין למה קראו הרב חשוד, דהא ליכא עדים כנגדו שיכחישוהו״. וביאר התומים השגתו, וז״ל:

נראה דס״ל דהך דינא דאין אדם נעשה חשוד עפ״י עצמו, י״ל הטעם משום דלא מהימן לגבי עצמו, ואדם קרוב אצל עצמו. הא אילו ידעינן דהאמת אתו, הרי נעשה חשוד. ואף זה בכלל מה שאמרו לא איברו סהדי אלא לשקרא. ולפ״ז א״ש דינו של רמ״ה לקמן בסי׳ צ״ב דיכול כנגדו לומר הודאת בע״ד כמאה עדים דמי, והודית עצמך דחשוד אתה, אני אשבע ומי ימחה בידו.

אבל אי אמרינן בזה מכלל גזירת הכתוב דאין אדם נעשה רשע וחשוד כי אם בב׳ עדים שמוציאים אותו מחזקתו, וכל כמה דליכא עדים אין יוצא מחזקת כשרות, ואפי׳ אמת שעבר עבירה, מ״מ לא נפסל כי אם בשני עדים שראוהו, וא״כ לפי טעם זה מה מהני הודאתו, אף דהאמת אתו מ״מ לא נעשה חשוד ואין כנגדו נשבע ונוטל.

ולכאורה טעם זה מוכרח, דהא אמרינן פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להרגו, דהואיל דקרוב אצל עצמו פלגינן דיבורא, ולא משים עצמו רשע, וקשה, תינח הוא דקרוב אצל עצמו, עד השני דמעיד ג״כ דנרבע לרצונו, איך יצטרף עמו להעיד להרוג הרובע, דממנ״פ, אם העד השני משקר איך נסמוך על עדותו. ואם אמת מעיד, הלא מעיד שחבירו העד הוא רשע ונרבע לרצונו, ואין כאן ב׳ עדויות, ואפילו עדותו בטלה, דהו״ל נמצא א׳ קרוב או פסול. וא״כ מדברי עדות השני בעצמו בטל הוא, שהעיד שהעד השני הי׳ רשע. וכי נימא בעדות השני ג״כ פלגינן דיבורא, הלא לא אמרינן כן רק באדם קרוב אצל עצמו, וכמש״כ הרא״ש פ״ק דמכות. אבל גבי אחר לא שייך פלגינן דיבורא. וא״כ קשה דממנ״פ עדותו בטלה. ומזה לכאורה מוכרע כמ״ש, דאף האמת שעבר עבירה, מ״מ לא נעשה חשוד עד שיעידו שנים, וא״כ לק״מ דהא ליכא כאן שנים, ומה בכך שהאמת כדברי העד השני שנרבע לרצונו. ע״כ.

ה.

הסתמכות התומים על הרא״ש סופ״ק דמס׳ מכות, הוא כפי שמבואר שם בדבריו בהמשכם, שם הביא שיטת הראב״ד, שמנוגדת לרשב״א בענין הגדר של פלגינן דיבורא, שלדעת הרשב״א ״פלגינן״ - ממש, היינו שאנו כאילו קוטעים עדותו, חלקה מתקבל וחלקה השני - לא, דכשאומר פלוני רבעני לרצוני, לא מקבלים דבריו אלא חלקם הראשון באשר לפלוני, ואילו מה שמסיים ״לרצוני״ אין מתקבל הואיל וזה מתייחס אליו עצמו, וע״כ לדעת הרשב״א באומר אני רבעתי את פלוני לרצונו, דקבלת העדות על פלוני מוכרחה להתבסס על העובדא שהעד רבעו, וזה בהכרח לרצונו (שאין קישוי אלא לדעת) ולפ״ז הרי הוא עצמו רשע ופסול, בכגון זה לא אמרינן פלגינן דיבורא; ולא כן היא שיטת הראב״ד הנוקט שגם בכה״ג אמרינן פלגינן דיבורא ״דאף דאמר כך מ״מ לא הוי עד לגביה נפשו דהו״ל בעל דבר ולגבי בע״ד לא שייך עדות״.

ו.

כאן לפנינו מבסס את המסקנא שהגיע אליה בסי׳ כ״ח הנ״ל בפשיטת ספיקו של החו״י, שאין מעשה העבירה כשלעצמו פוסל האדם מלהיות עד, אלא רק כשהדבר מוכח ע״י שני עדים. אלא שהנימוק למסקנא זו הוא לכאורה הפוך מאשר שם. שבעוד שבסימן כ״ח נימק זאת מפני שאין פסולו ״מגזירת המלך בלי טעם״, אלא מצד חשש משקר,

ועל כן הכשיר לעד את היודע בנפשו שעבר עבירה הפוסלתו כל עוד לא העידו עליו, והוא עצמו יודע שאמת מעיד, הרי בסי׳ פ״ז תומך יתידותיו דוקא בזה שפסולו הוא מכלל ״גזירת הכתוב״. וזה צ״ע לכאורה.

אכן האמת היא שאין כאן סתירה, והדברים **משלימים** זה את זה. כי אמנם נכון שהתורה פסלתו לא ״בלי טעם״, אלא מצד חשש משקר. אבל כשקיים חשש כזה, ״גזירת המלך״ היא לפוסלו באופן מוחלט, וקבעה דכל היכא שקיים בו חשש כזה אין הוא נחשב כעד כלל ו״אל תשת רשע עד״. שאילו הי׳ פסולו רק מצד חשש משקר, היה עלינו לקבל עדותו לענין **להחזיק** ממון, דמספק לא נוציא ממון. וכן היה מקום לומר שאם הצטרף בראיית העדות עם עדים כשרים לא יפסול צירופם. שחשש משקר שייך רק בקבלת עדות, ולא בראיית העדות. אך עד זה התורה קבעה עליו תורת פסול, וממילא גם להחזיק ממון לא נקבלנו, וכן פוסל הוא העדים הכשרים שהצטרף אליהם בתור עד בראיית העדות.

ואין נפ״מ מזה שנקבע פסולם של הללו שאינו ״גזירת המלך בלי טעם״ או ״גזירת המלך עם טעם״ לענין שפסול זה הפוסלם באופן מוחלט לעדות, אינו אלא כשיש עדות שני עדים על מעשה העבירה שעשו; ואילו כשאין ידוע, או אפילו כשיש עד אחד שראה המעשה, דלפסול עדים לא סגי בעדותו, אלא ב׳ עדים דוקא, אין נקבע עליו תורת פסול עדות. ועל כן יכול, וממילא גם חייב, להעיד, מי שעשה מעשה עבירה ״ואין ידוע אלא לו״, כהא דמיירי ביה התומים בסי׳ כ״ח, וכמו כן שפיר מתקבלת העדות של שנים המעידים על שלישי, שהאחד מהם אומר פלוני רבעני לרצוני והשני המעיד אף הוא אומר כן, כיון שאין שם עדים נוספים, שפיר יכול העד האחד להצטרף אל השני הנרבע, אף דלא אמרינן בזה פלגינן דיבורא, שכן בכה״ג שאין שם שני עדים לפוסלו, גם הנרבע עצמו כשר לעדות, ואין איסור לשני להצטרף עמו.

ז.

ואין לשאול שאם כך, למה אין מכשירים את עדות האומר פלוני רבעני לרצוני רק מדין פלגינן דיבורא. ולמה לא נאמר גם כלפיו, שאמנם נקבל דבריו במילואם, ואעפי״כ ניתן לקבל עדותו באשר לרובע, כי גם לדברי עצמו אינו פסול לעדות, מאחר שלא הי׳ שם רואה פרט לעד האחר. דלגבי דידיה, הדיון הוא על ביטול עדותו על האחר מדין עדות שבטלה מקצתה - דהיינו כלפי עצמו - בטלה כולה. ולזה הוא דצריך הפלגינן דיבורא, שהוא לפי דעה זאת של הראב״ד, כיון שזה כלפי עצמו, אין זה בגדר עדות כיון שהוא בע״ד, ע״כ לא דיינינן בזה גדרי עדות שבטלה, וזה כמבואר בראב״ד הנ״ל; ולא כן כלפי זה שהצטרף אליו, שאם אמנם תורת עדות על דבריו מ״מ ל״ש לדון ביטול עדותו על הרובע מדין עדות שבטלה, שהרי אילו היה עוד עד מצטרף להעידו, כי אז היינו דנים כך על הנרבע. א״כ אין לראות עדותו כבטילה, ואינה אלא בגדר עדות בלתי מספקת להרשיע את הנרבע, כי לזה יש צורך בשני עדים בדוקא, וכנ״ל, וכהסבר התומים בארוכה שם.

ח.

מסקנת הדברים שגם התומים אינו חולק שפסול מחמת עבירה, ״גזירת המלך״ הוא לפוסלו לעדות, ולא בא אלא לומר שגזירת מלך זאת היא מילתא בטעמא. ושעל כן אינו נפסל ע״י עצם מעשה העבירה, אלא ע״י שניתן להעיד עליו בפני בי״ד שאכן עבר העבירה, ואילו כשעשה זאת באין רואה (או אפילו בעד אחד שלא סגי להעידו, וכנ״ל) הרי הוא עד כשר. ומסולקת השגת ה״ישועות ישראל״ מהא דפסלינן הכשרים המצטרפים עם העד הפסול מחמת עבירה, וכן מהא דאם היה תחלתו בפסול, נפסל גם כשחזר בתשובה, דהתם כיון שיש עדים עליו שעשה העבירה, הרי בזה קיימת באמת ״גזירת המלך״ לפוסלו באופן מוחלט להיות עד, וממילא פוסל גם הצירוף, וכן הוא עצמו נפסל מלהעיד על זה גם כשחזר בו.

ט.

ובדברינו מסולק גם מה שראיתי בס׳ ״אמרי בינה״ (להגר״מ אויערבאך זצ״ל, דיני עדות סי׳ מ׳) שהקשה על דברי התומים בסי׳ פ״ז הנ״ל שחידש שאין העושה עבירה נפסל, אם אין עליו ב׳ עדים, מהא דנפסקה הלכה (סי׳ ל״ד) דמי שיודע בחבירו שהוא רשע אסור לו להצטרף עמו לעדות, גם למרות שעדות זו היא אמת. ומה שהביא התומים מהא דפלוני רבעני, דנפסל גם השני שמעיד עמו. וכ׳ האמרי בינה דלגבי השני ג״כ אמרינן פלגינן דיבורא, שהרי לפי עדותו גם הוא רשע, בזה גופא שמצטרף עם הרשע להעיד שלא כדין, עכת״ד.

אבל לענ״ד אין דבריו נכונים, דהרי התומים קאי עפ״י שיטת הראב״ד, ולפיו הרי אין הפירוש פלגינן דיבורא, שאין מקבלים חלק אחד מהעדות, אלא שאין זה פוסל החלק האחר וכנ״ל. וזה שייך רק באשר לעדות על עצמו, היינו שמה שלדבריו הוא עשה ג״כ מעשה רשע שמצטרף עם הרשע להעיד, אבל הרי לדבריו העד השני - הוא הנרבע, פסול לעדות, וכלפי זה הרי הוא עד ולא בע״ד, ואם נקבל זאת, הרי אין כאן עדות. ובזה הרי ל״ש פלגינן דיבורא, וכמו שכ׳ שם התומים - לדעת הראב״ד, דזה שייך רק על חלק עדות שנוגע לעד בתור בע״ד, אבל לא באשר לחלק העדות שעל חבירו. א״כ נכונים דברי התומים בהוכחתו מהא דפלוני רבעני, וממילא שרירה וקיימת מסקנתו שאין מעשה עבירה פוסל מעצם המעשה, אלא כשיש ע״ז שני עדים. ול״ק ממה שהקשה שאסור להצטרף עם רשע להעיד, די״ל דמיירי בגוונא שמעשה עבירה של הלה ידועים לא רק לעד זה שבא להצטרף עמו, אלא כשיש ע״ז שני עדים. או יותר, דבזה שפיר קיים איסור להטעות את בי״ד, כי היום או מחר יבואו עדים ויתברר פסולו למפרע, ונמצא שהטעה את ביה״ד, שידונו עפ״י עד פסול. וביותר נראה, שכל כה״ג שישנם שני עדים על המעשה, הוא נפסל מלהיות עד, גם אם לא באו לבי״ד ונתקבלה עדותם בבי״ד, כי אין הדבר דומה לדיני קנסות, שרק פס״ד הוא הקובע את החיוב, ואילו בענין עושה מעשה העבירה, העבירה פוסלתו, אלא שהוא בתנאי שניתן לברר שאכן נעשה מעשה זה על ידו. ומדוקדק לשון התומים שלא הכשיר העד מצד פסול דמעשה עבירה אלא כשמעשה זה ״אין ידוע אלא לו״. משא״כ אם הדבר ידוע לשני עדים, אה״נ דגם לפי התומים אסור לו להעיד, שעכ״פ היום או מחר יוודע פסולו ברבים ויקבע עליו תורת עד פסול למפרע, ונמצא מכשיל את ביה״ד בהוצאת פס״ד עפ״י עד פסול.

י.

וראיתי ששיטת התומים מסתייעת ממש"כ הרמ"ה והובאו דבריו בס' "אמרי בינה" עצמו שהביאם לסתירת דברי קצוה"ח שהובאו לעיל שהעלה לחלק בין פסול רשע דחמס שהוא מצד חשש משקר, לבין פסול מחמת עבירה שפסולו מגזה"כ. ואלה דבריו שם (דיני עדות סי' ל"א):

... ולדעתי מבואר בחיד' הרמ"ה סנהדרין שם להדיא דפסלה תורה מטעם משקר. דכ' שם על הא דפריך שם הש"ס לרבא מברייתא אל תשת רשע עד - אל תשת חמס עד, אלו גזלנים ומועלים בשבועות ... ואב"א - פירושא קמפרש דהאי אל תשת רשע עד - אל תשת חמס עד קאמר. ולאו למימרא דלא הוי פסול עד דהוי חמס, אלא הכי קאמר רשע שחוששין שמא יהיה עד חמס, אל תשימון עד, עכ"ל.

הרי מבואר דהתנא מפרש לקרא **דעל ידי רשע, יהיה עד חמס**, שחששה התורה למשקר. וכן נראה כמבואר בלשון הרמב"ם (פי"ד ה"ה) מעדות שסיים שאינו דומה הפסול בעבירה לפסול דקריבה, דפסול בעבירה חשוד לזייף וכו'. אף דלא קיי"ל כר"מ (בכורות דף ל) וחשיד על דבר מעיד, כבר כתבו התוס' שם - לענין עדות, רחמנא אמר אל תשת רשע עד, וגזה"כ הוא לא כמו קרובים, רק מדכתיב "להיות עד חמס", גלי התורה דחיישינן לענין דבר הצריך עדות בבי"ד, דמשקר. וכמו שכ' הרמ"ה דחוששין שמא יהיה עד חמס, היינו למשקר.

ודברי רמ"ה אלה המובאים באמ"ב נסמכים על מה שבהמשך סוגית הגמרא אוקי לה להא דאביי בתנאי דר"מ ור' יוסי, והלכה בזה כר"מ. ומבואר שם כדברי הרמ"ה בזה (בד"ה לימא כתנאי) דדברי אביי כר"מ, דהחשוד לממון נחשב כחשוד לנפשות. וה"נ לאביי כיון דנחשד על עבירה קלה שאין בה חמס, נחשד על עבירה חמורה **הימנה שיש בה חמס**, כר"מ.

ומדמשוה הגמרא לדעת ר"מ במחלוקתו עם ר"י, מוכח שגם לאביי נימוק הפסול הוא, מפני שרע לשמים חשיד שיהא גם רע לבריות- היינו רשע דחמס. דאי תימא דהא דאביי הוא מדין גזה"כ, דרשע אינו עד, ולא מצד שחשוד לשקר, א"כ אינו ענין כלל להא דר"מ. ודו"ק.

ונ' להוסיף עוד ראיה פשוטה לתומים, שפסול רשע לאביי הוא ג"כ רק מחשש משקר. וזה מהא דאמר ר"נ חשוד על העריות כשר לעדות (שם דף כ"ו,ב) והראשונים שו"ט בדבריו, אם המדובר גם בבא על הערוה בבירור. וברי"ף שם כתב "משום דיצרו תוקפו". והרא"ש שחולק ע"ז, הוכיח דעתו מהא דפלוני רבעני, ואינו מקבל החילוק דהתם אין יצרו תוקפו כ"כ. אך לא השיב מטעם, דהא מ"מ רשע הוא, ורשע פסול לעדות לדעת אביי שהלכתא כוותי'. וכן קשה על הרי"ף (ורש"י) דגם בבא על הערוה ממש כשר לפי ר"נ מטעמא דיצרו תוקפו, ומה בכך שאינו חשוד, הא מ"מ פסול הוא מגזה"כ. אע"כ כל הפסול, גם אליבא דאביי, ברשע אינו אלא מחמת משקר. וע"כ אי אמרינן דבבא על הערוה אינו חשוד למשקר, דרק באשר לערוה יצרו תוקפו, ע"כ אינו פסול עדות.

ובמרדכי (סי' תרצ"ה) שחולק על הרי"ף וס"ל דבא על הערוה פסול לעדות, כתב בטעמא: "כיון שבא על הערוה ועבר על מצות בוראו משום הנאת הגוף, חשוד נמי להעיד שקר בעבור ממון". הנה ג"כ לא נימק הפסול מצד שהוא רשע, אלא מצד שגם בזה קיים חשד משקר.

הרי לנו מכל הנ"ל מבואר להדיא, שאין רשע לעדות מצד עצם רשעו, רק מצד חשש משקר. וזהו כפשיטותו של התומים.

הנה נתגלה לנו מקור התומים במה שנוקט בפשיטות שפסול כל עושה עבירה, גם זו שאינה עבירה של חמס, הוא מצד משקר ואינה "גזירת המלך בלי טעם". ואעפי"כ יש בזה גם "גזירת המלך" היינו דמגזה"כ לפוסלו באופן מוחלט לעדות וזה בדיוק כמו שהסיק התומים בסי' פ"ז וכפי שהבאנו.

י"א.

ולפי האמור, גם לשיטת קצוה"ח, שפשטות לשון הנמוק"י שמביא אכן מוכיח דס"ל הכי, (ולא ידעתי למה דחאה ה"אמרי בינה" מחיד' הרמ"ה, דהרמ"ה עצמו כ' שם לעיל מזה פירוש אחר, שאכן פסול רשע דחמס ופסול עבירה, אינם מאותו נימוק. ועכ"פ פשטות הנמוק"י, אכן היא כך) דפסול עבירה שאינה מסוג חמס, פסול מגזה"כ הוא, יתכן לקבל עכ"פ חידושו של התומים שכל עוד אין מעשה העבירה ידוע רק לו לבד, אינו פסול. ומטעם שמבאר התומים ומוכיח בסי' פ"ז שהובא לעיל. אך באופן שמעשה העבירה ידוע ברבים אין שום שיטה שתכשירנו לעד, כי כל כה"ג פסול הוא מן התורה, בין אם ננקוט שהוא מגזה"כ "בלי טעם" כמו פסול הקרובים, ובין אם ננקוט שהוא מטעם חשש משקר, עכ"פ התורה פסלתו באופן מוחלט, וכנ"ל.[5]

[5] בהבנת שיטת התומים נראה שיוסבר לנו חידוש הלכה של הש"ך שרבים תמהו עליו וכתבו גם שהש"ך חזר בו, (עיי"ש בפ"ת ס"ק מ"ה). דהנה העלה הש"ך (בס' ל"ד ס"ק ל"ג) דמי שנפסל בעבירה וחזר בתשובה כשר לעדות שראה בזמן פסולו, ול"א בזה תחלתו בפסול. וכתבו בנימוקו דהוא כמו שנאמר נימוקו בנוגע שאחר שהסתלק מנגיעתו כשר, מפני שהי' בידו באותה שעה עצמה של ראיית העדות, להסתלק מהממון. ולפ"ז העירו שהש"ך (בסי' ל"ה סק"ז) חולק בזה וס"ל שהוא ספיקא דדינא. אך להנ"ל בתומים נראה נימוקו באופן אחר, דפסול בעבירה שהוא כנ"ל מחשש שקר הרי פסולו איננו מצד ראית העדות, אלא משום שעדות זו לא תהי' ראוי' להתקבל אח"כ בבי"ד. אך לפ"ז אילו היה ברור בשעת ראוי' העדות, שבזמן מסירת העדות לא יהי' בו חשש משקר, מעיקרא אין בו פסול. ומעתה, ומאחר שעם חזרתו בתשובה, איתברר מילתא למפרע שהיתה ראוי' העדות להתקבל, הרי נתברר למפרע שלא הי' בו פסול. וא"כ שאני מנוגע, דהתם בראיית העדות הי' בגדר בעל דבר שאינו עד, ומה שמסתלק אח"כ מהממון, אין בכוחו להפוך אותו למפרע לעד. ודו"ק.

י״ב.

התשובה על השאלה שהבאנו בראש דברינו, היא איפוא מוחלטת ומקובלת לכל הדעות וללא חולק, שהקידושין אין בהם ממש, והם קידושין פסולים לכל הדעות.

י״ג.

אלה הדברים שהעליתי בשעתו, עכשיו חזרתי ושניתי משנה זו, ונתוספו בה דברים, כדלהלן.

הנה באה שאלה לפנינו, מרב באחת הקהלות הנדחות, שלמרבה הצער, אין לו בקהלתו, אפילו שומר שבת אחד. ומזדמן לו לסדר חו״ק, ואין לו אפילו עד אחד כשר שניתן לצרפו אל הרב בכדי שיהיו לפחות שני עדים כשרים לעדות לצורך הקידושין. והרב נבוך ואובד עצות איך לסדר חו״ק. דלכאורה לפ״מ שהבאנו דברי התומים ונתבססה שיטתו בעז״ה מדברי הסוגיא והראשונים, בכה״ג שפסול כל אנשי הקהלה הוא מצד היותם מחללי שבת, שהוא פסול עבירה. הרי במקרה זה שאין שם שני עדים כשרים שיעידו על פסולם, הר״ז דומה למי שיודע שעבר עבירה הפוסלת לעדות, אך כאילו עשה זאת בלי נוכחות עדים, שלפי התומים הם כשרים להעיד, ואף מחויבים בזה. א״כ הרי ניתן לצרף מהם אחד לעדות, דנמצא קלקלתם תקנתם. אך ז״א דמה״ט שהוא כשר, גם האחרים כשרים, נמצא שזה כמי שעבר ועדים יכולים להעידו.

וחזרתי ועיינתי בעצם חידושו של התומים, ונלע״ד שהוא מפוקפק, גם לדעת אותם ראשונים ולפ״מ שנתבארו דבריהם. דתוכן גזה״כ שעד שחשוד לשקר, פסול לעדות, גם כשאומר אמת, אינו כך מפני שבמקרה זה שהוא מופיע לפני ביה״ד הם חושדים אותו שאומר שקר, שזוהי סברתו של התומים, דע״כ כשאין דבר העבירה ידוע לבי״ד רק לעד לבדו, ומכיון שיודע בנפשו שיאמר אמת, ע״כ מותר ואף חייב הוא להעיד. ולענ״ד לא כן הדבר. כי פירוש הדבר של גזה״כ הוא, שהתורה קובעת שעד זה מסוגל להעיד שקר, ושאם יעמד בנסיון שאמירת אמת תפגע בו מאיזו שהיא בחינה לא יוכל לעמוד בזה. ואשר על כן אינו בגדר עד כלל. כי עד כשר פירושו, שאינו מתפתה מלסטות מלומר אמת גם במקרה של נסיון. וכל שאין לו כושר זה, התורה פוסלתו מלהיות עד. ועל כן גם לפי סברת הראשונים שפסול עבירה הוא פסול מחמת היותו מסוגל לשקר, גם אם אין עדים על פסולו, איש זה עצמו, שרק הוא יודע ממעשה העבירה, הר״ז יודע בעצמו שהתורה פוסלתו מלהיות עד. ודומה למי שיודע בעצמו שהוא קרוב ופסול לעדות, שאסור לו לבוא לפני בי״ד להעיד, כיון שפסולו בעצמותו. והר״ז בעל עבירה שיודע בעבירתו, הוא עד פסול, כי נגעו בו. ודו״ק.

סימן עה : פרסום דברי תורה ללא קבלת רשות ממי שאמרם בשלהי תשמ״ב פרסם הרב הראשי לישראל הגר״ש גורן שליט״א מאמר, והערותי למאמר נשלחו אליו במכתב פרטי אשר לא היה בדעתי לפרסמו ברבים. לתמהוני נתפרסמו דברי ב״הצופה״ בגליון ער״ה תשמ״ג בלויית תגובה נוספת. הגר״ש גורן הצטדק לפני ואף שלח לעורך ״הצופה״ מכתב ובו מעורר הגרש״ג שאלה הלכתית על פרסום ד״ת שלא בנטילת רשות מהכותב. עיינתי בדבריו ולהלן מה שהעליתי במצודתי בענין זה.

א.

בטיבותא דמר פתח לן פתח עיון בהלכה עמומה שדורשת בירור וביאור. הנה מעכתר״ה רמי בהא דאמרו יומא ד, ב: ״מנין לאומר דבר לחבירו שהוא בבל יאמר, עד שיאמר לו לך אמור וכו״. שנראה לכאורה פשוט שהמדובר בדברי תורה, שבלי רשות לא היתה למרע״ה רשות ללמד לישראל. ומקשה ע״ז שהרי זה סותר לכאורה את האמור בתוספתא ב״ק והובא גם בש״ך להלכה ״שמותר לגנוב ד״ת ולהעתיקו ואפילו אם בעל הספר מקפיד״. ואחרי האריכות לא מצא דרך ליישב הסתירה אלא״ ע״י שמפרש שאין המדובר בד״ת אלא אם אינו ענין לד״ת שמצוה ללמדם --- --- --- תנהו ענין לדברים אחרים וכו״.

והנה לפ״ז המאמר סתום, ואין אנו יודעים על מה המדובר, ובאיזה ענינים הוא שהוא בבל יאמר; שהרי בדברים שיש בהם תועלת להרחקת הנזק, מעין הא דמייתי שם מע״ז דההיא מטרוניתא, לא יתכן שיהא אסור לגלות, שהרי יש בזה משום השבת גופו (או ממונו). ואין מקום דיון בההיא עובדא אלא מצד השבועה, שדומה למעין קניא דרבא (נדרים כה, א). ואף אם אין המדובר על מניעת נזק אלא על עצה להרווחה, ג״כ לכאורה אין יסוד למנוע טוב, מאחר שאין הלה חסר, והרי זו מידת סדום. ואם אמנם קצת משמע לכאורה שגם בזה נהנה וזה לא חסר אין להוציא מיד המחזיק (ב״ק כב, תוד״ה הא) אך כל כה״ג שחבירו אמר ולא הזהירו שלא יאמר למה נחזיקו ברשיעא, והרי אדרבא אמרינן דניחא ליה לאיניש דניעבד מצוה בממונו, כל עוד שאינו חסר (עי׳ קצוה״ח סי׳ רסב סק״א). ואם המדובר בחשש להו״ר, או שיתכן שע״ז יגרם נזק לאומר, הרי פשיטא, ואין צריך ללמוד זאת באם אינו ענין.

והנה בעצם הדרשא דהא דיומא, והיאך זה נלמד מן הכתוב, במחצה״ש בדברי המג״א כ׳: ״בכל תחלת פרשה בתורה וידבר ה׳ אל משה לאמר, דבתיבת לאמר ציוהו לומר לישראל, אבל לולא תיבת ״לאמר״ לא היה רשאי לאומרו לישראל״, עכ״ל. ולפ״ז ודאי הן לא יתכן לומר שבכל פרשיות התורה הללו בא ללמדנו דבר זה באם אינו ענין, והרי סגי בחד דוכתא. אלא שדברי מחצה״ש תמוהים כשלעצמם, דהרי איצטריך לומר דמצווה ועומד לאומרם לישראל, אבל מנלן דבל״ז היה איסור בדבר. ודרשת המאמר, כפי שמובא שם בגמרא, הוא ממה שנאמר בראש ויקרא, ושם אחרי התיבה מ״לאמר״ נאמר עוד פעם ״דבר אל בני ישראל וכו״, ומכפל האמירה הוא דיליף לה. ועי׳ מהרש״א שפי׳ כן. ונראה לכאורה שגם רש״י לא כיון לדרוש המלה ״לאמור״ כמורכבת --- ״לא אמור״. וזה עפ״מ שהתפרש בדעת ר׳ יהודה (פסחים מב, א כפי שציין הרש״ש) דלפ״ז תקשי דא״כ לא קיי״ל להלכה (רמב״ם פ״ה מערכין ה״ו ומל״מ שם). אלא שיגרא דלישנא נקט, וכונתו כהמהרש״א. אך גם לפ״ז קשה מאד שהרי מצינו עוד אח״כ בתורה מספר פעמים רב, שנאמר בהם כהאי לישנא, אטו נאמר שכל הני פסוקי אטרח וכ׳ קרא באם אינו ענין. איברא, גם לפי פשטו של מאמר תיקשי הכי, דא״כ כל הני, שחוזר בהם הכתוב בהאי לישנא, מאי נדרוש ביה.]ועי׳ להלן שניתן ליישב זאת, וזה עפ״י שנפרש דרש״י כוונתו בדוקא, כדהבין בדבריו המהרש״א[.

ב.

ומה שנראה ביאור המאמר, והוא עפ"י הכלל שדברי תורה עניים במקומם ועשירים במקום אחר. וזה עפ"י האמור במדרש רבה וכ"ה בתנחומא (ר' פר' תשא מ' א'): "מן האי' אתה למד, כשביקש לומר תורה לישראל אמרה ד' פעמים בינו לבין עצמו עד שלא אמר לישראל שנ' אז ראה ויספרה הכינה וחקרה ואח"כ ויאמר לאדם, וכן וידבר א' את כל הדברים האלה ואח"כ לאמר לישראל". ואח"כ מובא המעשה עם ר"ע שקראוהו לעלות לתורה ולא עלה מפני שלא הכינה (וביתר הרחבה בתנ' פ' יתרו טו). הנה למדונו רבותינו דרכו של נותן התורה לעמו ישראל שטרם אמרה לנו, אמרה "ד' פעמים בינו לבין עצמו". והיינו, כשבאים ללמד **לציבור** יש לנו ללמוד מדרכו של הבורא יתי' שאין לומר דברים בלי התבוננות עמוקה של ד' פעמים לפחות. והובא גם להלכה ענין זה לגבי קריאה בתורה בציבור בשו"ע סי' קלט, אלא ששם נאמר שיש צורך להתכונן "ששתים ושלש פעמים". וזה עפ"י לשון התנחי' הנ"ל. אכן בפ' ויקהל שם חוזר על הענין, ושם מביא מחלוקת בדבר אם החיוב הוא שתי פעמים או ארבע, ותלי לה בדרשת הכ' הנ"ל (ונ' דהא דיתרו דנזכר שם ב' או ג' שהכונה על קריאה שלישית בתרגום, כי גם הבנת הכתוב "מפורש ושום שכל" נצרכת לקורא שעי"ז תהא קריאתו יותר מדוקדקת). ועי' בפי' ידי משה על המ"ר שם שדייק בהא דאמרו שם דשבחוהו לר"ע ולכאורה הרי כדין עשה, ומה מקום לשבחו, אלא שהדברים על הצורך בהכנה ד' פעמים אמור על תורה שבע"פ, ואילו ר"ע החמיר ע"ע גם בקריאה בתושב"כ. (ונראה כוונתו, אעפ"י שהדברים כלפי הקב"ה הם כאן על התורה שבכתב, שרוצה לומר דטרם נאמרה, וכשבא הקב"ה לומר הדברים לקובעם בכתב, הרי היתה זו תורה שבע"פ, ופשוט). והחילוק בין התורות הוא דבתורה שבכתב אין לקורא אלא לדקדק לקרא דברים ככתבם לפי פיסוק הטעמים, וסגי בזה. ואילו תורה שבע"פ יש לדקדק, לא מיבעי כשאומר דבר חידוש אלא גם כשבא להעתיק שמועה מרבותיו, בקלות ניתן לטעות בדברים ולפרשם שלא כהלכה, וכבר הזהירו חכמים במס' אבות: חכמים הזהרו בדבריכם. וכל זה, כשבא לומר הדברים בציבור, וכנ"ל שכל ההלכה בציבור נאמרה. ואילו ליחיד שמכיר בו, ויודע דנחית לעומקא, וגם אם לא יהיו הדברים מובנים, יחזור אליו ויפרש לו, דאז בטוח הוא שלא תצא ח"ו תקלה על ידו, אין אזהרה זו קיימת.

וע"כ שפיר תובן המימרא דיומא, **שהדברים אמורים באמת בדברי תורה**, ומכל מקום כל שלא אמר לו חבירו במפורש שמותר לומר זאת גם לאחרים, הרי הוא בבל יאמר. כי יתכן שלא היו עדיין הדברים מלובנים כהלכה בשביל להיאמר בציבור, ולא נאמרו אלא לו בלבד, מפני שיודעו ומכירו, בחינת תן לחכם ויחכם עוד. אבל לא בשלו הדברים עדיין לפרסום ברבים, כי לציבור צריך לדקדק ביותר שיהא מובן היטב שלא יבואו לכלל טעות.

ולפ"ז יתכן לומר הא דנחלקו חכמים בתנח' על הכנה אם סגי בב' פעמים או בד', הוא, דדעה ראשונה דלגבי הבורא יתב' דהיתה התורה אצלו "אמון" עוד מלפני הבריאה ואיסתכיל באורייתא וברא עלמא, הרי היתה בחינת שבכתב, גם כשבא ליתנה לישראל, וע"כ בכה"ג הרי סגי בב' פעמים. ואילו אידך דעה נוקטת דהקב"ה נהג להורות הלכה, וע"כ היתה תורה אז בגדר תורה שבע"פ שדינה ד' פעמים. ולהלכה שהועתק ב' או ג' הוא לא מפני שפסקו להלכה כדעה האומרת ב"פ, גם לתורה שבע"פ. אלא שהרי כנ"ל בתורה לקריאתה בציבור לכו"ע סגי בב' פעמים, וכנ"ל.

ג.

ועפי"ז תתבאר יפה **התוספתא** שהביא הש"ך שלמד ממנה שמותר להעתיק מתוך ספר שהושאל לו ללמוד ממנו, אעפ"י שהבעלים מקפידים שלא יתקלקל. דלכאורה תמוה, אם מצד הדין על החבר השונה פרקו אסור למנוע בר, וחייב להרשות לו לשמוע מה שלומד בינו לבין עצמו, כי אז למה יקרא גנב? ואם תאמר, שהמדובר כשיודע שאותו חבר מקפיד על זה, הא גופא קשיא, וכי למה יקפיד וכי מה חסר הוא אם השני יקשיב? ואין זה דומה להא דהש"ך, שבעצם יש מקום לקפידא דחושש שמא יתקלקל הספר, אלא שמ"מ שלא כהוגן עושה כיון שאין הספר מצוי (ועי' ביאור הגר"א שהוא מדין כופין על הצדקה. ואולי אי"ז אלא מכוח תקנות הציבור). משא"כ בנידון דהתוספתא שאין החבר חסר מאומה. ואם אעפ"כ מקפיד, הרי רשע הוא, ולמה ילמד ממנו?

אכן לפי האמור יתפרש כשחבר השונה פרקו עדיין לא למד הדברים על בוריים, לפחות ד' פעמים כנדרש לבא ללמד תורה שבע"פ וכנ"ל (ואולי נקטה התוספ' בדקדוק "שונה" את פרקו, על דרך שמצינו: "אם שנית לא שלשת" ברכות יח, א) והמדובר שאין אותו חבר מכירו ולא יסכים ללמדו, דכנ"ל באין מכירו הר"ז דומה לבא ללמד בציבור. ע"כ בא עליו כגנב, כשאין השונה מרגיש בו, כי הוא יודע בעצמו שלא ימסור הדברים לאחרים וידקדק יפה בשמועתו, שלא יגיע מזה לידי מכשול. וכל כה"ג אריך שפיר למיעבד הכי, כיון שאין לו דרך אחרת ללמוד פרק זה. וע"כ משבחים אותו ומועידים לו תפקיד חשוב בעתיד. וא"ש לפ"ז המימרא דמס' יומא, דכל שלא קיבל רשות הרי הוא בבל יאמר, שמא אין הדברים כשרים עדיין להיאמר ברבים, ורק בעל השמועה עצמו קובע זאת.

ד.

והנה נתבארה לנו ההלכה ביומא שהאומר דבר לחברו הרי הוא בבל יאמר, שזה אמור בד"ת וכמשמעות הפשוטה של הדברים. אך עדיין לא יצאנו ידי חובת ביאור הכתוב עצמו שממנו נלמדת ההלכה. שהרי המדובר בו על מה שאמר השי"ת למשה רבינו, שהיה מ"ר עליהם בבל יאמר, כל עוד לא קיבל רשות במפורש, דהרי (כפי שציין בענף יוסף על התנ' בפ' ויקהל) הגירסא בבר"ר היא קצת אחרת מאשר היא לפנינו בשאר המקומות. ובמקום שהמדובר על הלימוד, כביכול "בינו לבין עצמו" טרם בא למסור הדברים **לישראל**, הגירסא שם היא: --- ואחר כך אומר למשה שנא' ויאמר לאדם --- זה משה. א"כ דברי ה' נאמרו למשה כבר אחרי אשר שנאם כביכול לעצמו ד' פעמים. א"כ בכה"ג הרי הם כבר מותרים להיאמר בציבור, וממילא חלה על משה מצות לימוד התורה לכל ישראל, ולמה היה צריך הרשאה מיוחדת?

והנראה בזה כי אכן כן הדבר, וענינים רבים נמסרו למ"ר **גם באותן מצוות** שנצטוה ללמדם לישראל, והם נתיחדו **רק לו עצמו**, מבלי שנצטוה, ואף מבלי שניתנה לו רשות, למוסרם לאחרים. וזה הפירוש בגופא דקרא.

וזה מה שדקדק רש״י לפרש ה״לאמר״ האמור בכתוב --- לא אמור, וכדהרגיש המהרש״א (ושלא כדברינו לעיל). דלכאורה הרי לפי פי׳ זה, לפנינו דבר והיפוכו --- מצד אחד ״**דבר** אל בני ישראל״ ומאידך --- **לא** אמור! אכן להנ״ל בא הכתוב להשמיענו כי בענין זה עצמו של הקרבנות, סדרם ותכונתם, ישנו החלק הגלוי שע״ז נאמר **דבר** אל בני ישראל. ואילו חלק אחר, הוא **שלא נתפרש** בכתוב, שגם הוא נמסר למשה, אלא שעליו נאמר לאמר --- **לא אמור**, שאסור היה למשה לגלותם.

ה.

ושקיים חלק במצוות שלא ניתנה רשות לגלות, הרי שמענו מפורש בפרשת פרה אדומה, שני בה זאת חוקת התורה. וחז״ל דרשו: לך אני מגלה טעם פרה, אבל לאחר חוקה. והנה ברור שבהגלות נגלות טעם המצוה יכולים להולד **נפ״מ גדולות** להלכה. דהרי כך מצינו שנחלקו ר״ש ורבנן, דר״ש דריש טעמא דקרא, ונחלק כתוצאה מתפיסתו זו על חכמים בכמה הלכות (סנהדרין כא, א). וזה במצוות שניתן לעמוד על טעמם גם לפי השכל האנושי. אבל דעת חכמים, וכן נקוט להלכה, דלא דרשינן טעמא דקרא, ואין מתחשבים עם מה שניתן להבין הטעם ולהוליד מזה שינוי בדין.

]ונראה שבזה יוסבר לנו המדרש המופלא בענין זה של פרה. דאיתא שם (במד״ר חוקת) בשעה שעלה משה למרום שמע קולו של הקב״ה שיושב ועוסק בפרשת פרה אדומה, ואומר הלכה בשם אומרה: ר׳ אלעזר אומר עגלה בת שנתה, פרה בת שתים. אמר לפניו רבון העולמים יה״ר שיהא מחלצי וכו׳. דלכאורה תמוה למה דוקא על הלכה זאת ביקש כן. והרי להלכה גם לא נפסק כר״א (ר״מ פ״א מפרה). אכן לפי הנ״ל י״ל דאמנם לפי שכלנו אנו, ולפ״מ שני לו טעמה הגיע להבנה שדברי ר״א הם הנכונים ותואמים את הטעם הנסתר שבמצוה זו. ולכן ביקש שיהא מחלציו. ומ״מ להלכה אין נוקטים כר״א. כי אנן אזלינן בתר המגולה שבתורה, ועפ״ז שיקול חכמים ודעתם מכריעה[.

ו.

ומעתה י״ל שלפי הדרשא דיומא הנ״ל שנדרשה על הכתובים שבראש ויקרא, גם בשאר הפרשיות שבהן נאמרה לשון זו: ״לאמר״ וגם ״דבר״, שהתקשינו בזה מה הם באים ללמדנו, שהרי זה שאין לומר דבר מה שאמר לו חבירו מבלי רשות כבר שמענו מהכתוב שבריש ויקרא. דבא הכתוב בכל הני פרשיות שנשנה בהם לשון זו לרמז לנו שגם בהם היה חלק סתום בטעם המצוה, **שלא ניתן** לגלותו לישראל --- לא אמור! ואעפ״י שיש מזה נפ״מ להלכה, כך ניתנה **ההלכה לישראל**, להתחשב רק עם הכתוב ועם מה שניתן להדרש לפי התורה הכתובה, ועפי״ז יובן יפה לשם מה הביא רש״י הדרשא ד״לא אמור״, שהרי כנ״ל מהמהרש״א, ניתן היה לפרש הדרשא מעצם **כפל** הלשון וכנ״ל. אלא שהוקשה לרש״י, שא״כ כל **אידך** פרשיות שגם בהם קיים כפל לשון זו, למאי אתו? לזאת פירש **דבכל מקום** כך הפירוש: חלק אחד --- ״לא אמור״, שלא יגלה, וחלק אחר --- ״דבר אל בני ישראל״, שמצוה ללמדם, ולפיהם יכונו דרכיהם. ובזה שהכתוב עצמו מוכיח על דרשה זו, כו״ע מודים, וגם רבנן דפליגי אדר״י בהא דפסחים ובאה התורה למסור לנו ידיעה זאת, ואעפ״י שאין לנו **מזה עצמו** שום נפ״מ, שהרי אנו אין לנו אלא האמור והנדרש מהתורה בכתב עפ״י דרכי הדרשות שנמסרו לנו. כי מזה נפ״מ גם לדידן כנלמד מזה שהאומר דבר לחבירו, אעפ״י שהוא בדברי תורה, כיון שההיתר לומר ד״ת **בציבור**, הוא רק אחרי הכנה של ד׳ פעמים וכנ״ל, ולא כן לגבי מסירתם **ליחיד**, וא״כ הרי יתכן שדברים אלה עדיין לא עברו את כור המבחן של ד׳ פעמים, ע״כ הרי הוא בבל יאמר, ואעפ״י שמצוה יש ללמד תורה, בכה״ג אין המצוה קיימת.

ז.

ואם הדברים אמורים בד״ת בצורה כללית, כש״כ וק״ו בדברים שניתנים להתפרש בכמה פנים, והדברים הנאמרים בציבור נשמעים לסוגי אנשים שונים, והאזנים כרויות והעטים משוננים להטיל קטגוריא בת״ח... **שיש** לזכור **אזהרת** חז״ל: חכמים הזהרו בדבריכם. וברור ופשוט, שכל כה״ג שייך גם בד״ת בהלכה, שהאומר דבר לחבירו הרי הוא בבל **יאמר**. ול״ש בכגון דא גם נפ״מ בין האמור בע״פ לבין דברים דבכתב, דאם אמנם הכתב ניתן בצמיתות למי דהופנה אליו, מ״מ אין בזה עדיין מתן הרשות להוציא הדברים לרבים. בפרט בנידוננו שהיה בידי הכותב עצמו לעשות זאת ולא עשה.

סימן עו : החיוב להמנע ממחלוקת, כעקרון מנחה בקביעת ההלכהא.

במשנה במס׳ פסחים ר״פ מקום שנהגו שנינו:

מקום שנהגו לעשות מלאכה בערבי פסחים עד חצות - עושין; מקום שנהגו שלא לעשות - אין עושין.

ההולך ממקום שעושין למקום שאין עושין, או ממקום שאין עושין למקום שעושין, נותנין עליו חומרי מקום שיצא משם וחומרי מקום שהלך לשם. ואל ישנה אדם מפני המחלוקת.

לאביי סיום המשנה ואל ישנה וכו׳ מתייחס רק למי שהולך ממקום שעושין למקום שאין עושים, שאעפ״י שמצד מנהג מקומו שבא משם, מותר לו לעשות מלאכה, מכל מקום עליו להמנע מלעשות, מאחר שעשייתו מלאכה במקום שבא לשם, שנוהגים להחמיר עלולה להביא לידי מחלוקת. אולם לדעת רבא, הרי זה מתייחס גם למי שבא ממקום שמחמירים למקום שמקילים, שהיה מקום לומר שיעשה אף הוא, למרות היותו כפוף למנהג המקום שיצא משם, והוא מעיקר הדין אסור בעשיית מלאכה, אך בגלל חשש מחלוקת היה עליו לנהוג להקל. אלא שאעפי״כ קובעת המשנה שעליו להמנע מלעשות מלאכה, וזה משום שכל עיקר החשש מפני מחלוקת לא שייך בכגון דא, שהרי הרואה יתלה שמה שנמנע מלעשות אין זה מצד שסובר שזה אסור אלא מפני שאין לו מלאכה לעשות - ״כמה בטלני איכא בשוקא״.

יוצא מדברי רבא שלמרות שאדם זה מחויב להנהג באיסור מלאכה כמקום שבא משם, ויש בזה משום ״אל תטוש״, כפי שיבואר להלן, מכל מקום אילו היה חשש מחלוקת, היה זה דוחה את האיסור.

אף אביי, אין הכרח שחולק על יסוד זה של רבא, אלא שלשון המשנה לא נראה לו שמתפרש כפירושו של רבא. אולם גם אם נאמר שאביי חולק על רבא בעיקר הדין, הרי הלכה כרבא במחלוקתו עם אביי.

שומעים אנו מזה יסוד גדול בהלכה, שהחשש ממחלוקות בכוחו לדחות איסור שהוא מדברי קבלה.

וראוי לברר המקור והבסיס להלכה זו, אם הוא מצד הענין הכללי של ״דרכיה דרכי נועם״, שמשום זה ראו חכמים לנכון לתקן תקנה זו בכדי להמנע ממחלוקת. או שיש לזה מקור בתורה, באופן שהחיוב להמנע ממחלוקת הוא עקרון מנחה מן התורה בקביעת ההלכה. לזאת נעיין במס׳ יבמות בסוגיא הדנה באיסור התורה של ״לא תתגודדו״ בכדי להגיע לבירור הענין בע״ה.

ב.

איתא ביבמות (יג ב - יד א): תנן התם, מגילה נקראת בי״א, בי״ב, בי״ג, בי״ד, בט״ו - לא פחות ולא יותר. א״ל ר״ל לר״י: איקרי כאן ״לא תתגודדו״ - לא תעשו אגודות אגודות וכו׳. דנראה כנוהגין ב׳ תורות (רש״י). א״ל: עד כאן לא שנית מקום שנהגו לעשות מלאכה בערבי פסחים עד חצות - עושין. מקום שנהגו שלא לעשות - אין עושין. א״ל: אמינא לך **אנא איסורא** - זמנים הרבה תקנו להם חכמים (דאסרי להו רבנן לבני ארביסר דאי בעו למקרי בט״ו לא מצו. וכן בני ט״ו בי״ד, **ודמיא לשתי תורות**, רש״י) ואת אמרת לי מנהגא (דהתם לכו״ע שרי, ומיהו באתרא דאחמור, לא ישנה את דרכו מפני המחלוקת, רש״י). והתם לא איסורא הוא? והתנן: ב״ש אוסרין וב״ה מתירין (ואיכא דעבדי כב״ה ואיכא דעבדי כב״ש והרי כאן אגודות רש״י) ואת אמרת לי מנהגא (דהתם לכו״ע שרי, ומיהו באתרא דאחמור, לא ישנה את דרכו מפני המחלוקת, רש״י). א״ל: התם רואה אומר מלאכה הוא דלית ליה (לא דמי לשתי תורות, שהרואה את זה שאין עושה מלאכה אומר - אין לו מה לעשות, רש״י) - והא ב״ש מתירין הצרות לאחים וב״ה אוסרים? - מי סברת עשו ב״ש כדבריהם, לא עשו ב״ש כדבריהם. ור׳ יוחנן אמר - עשו ועשו. וכו׳. ע״כ הסוגיא.

לא ענה, איפוא, ר׳ יוחנן תשובה לשאלת ר״ל. רק אמר לו שלפי דעתו של ר״ל העולה מתוך קושיתו, היה לו להקשות בעוד מקומות.

התשובה לשאלה באה שם בהמשך הסוגיא מפי אביי ורבא. הגמרא ממשיכה שם ושואלת: ומ״ד עשו, קרינן כאן ״לא תתגודדו״? אמר אביי כי אמרינן לא תתגודדו, כגון שני בתי דינים בעיר אחת וכו׳ אבל שני בתי דינים בשתי עיירות לית לן בה. א״ל רבא: והא ב״ש וב״ה כשני בתי דינים בעיר אחת דמי? אלא אמר רבא: כי אמרינן לא תתגודדו כגון בי״ד בעיר אחת לית לן בה. ובתוס׳ שם מבואר שלפ״ז מתורצת קושיתו של ר״ל מקריאת המגילה, שגם שם הרי זה כשני בתי דינים בשתי עיירות. ע״כ תוכן הסוגיא.

ויש בסוגיא זו כמה קשיים, וכן בפסק הלכה בנידון:

א) בתשובת ר״ל לר״י בענין אי-עשיית מלאכה בערבי פסחים, שאין זה ענין שבאיסור אלא דבר שתלוי במנהג, ופירש״י כנ״ל שכל עיקר אין חיוב שלא לשנות מהמנהג רק בגלל מחלוקת, ואינו דומה לזמנים השונים שבקריאת מגילה שפוגע באיסור תורה. וע״ז מעיר בקובץ שיעורים (להגר״א וסרמן הי״ד) שהרי גם שינוי ממנהג הוא איסור מדברי קבלה, כמבואר ברי״ף מקום שנהגו שאסר ר׳ יוחנן לבני ביישן לשנות ממנהג אבותיהם משום ״אל תטוש תורת אמך״. ומה שנאמר שם במשנה שאין לשנות רק ״מפני המחלוקת״ לא נאמר אלא במי שבא ממקום שעושין למקום שאין עושין, שמעיקר הדין היה מותר במלאכה כמנהג המקום שבא משם, ומכל מקום עליו להמנע ״מפני המחלוקת״. אבל בני אותו מקום ממש הרי באיסור מצד ״לא תטוש״ הם עומדים.

ויש להוסיף שקשה ביותר הוא לשון הריטב״א בסוגיין שכ׳ בביאור תשובת ר״ל הנ״ל: ״ואת אמרת לי מנהגא - שאם כל בני העיר ירצו לחזור ממנהגם לא היו חכמים מקפידים עליהם כל (נראה דצ״ל: על) כך״. דאיך יתכן לומר שלא היו מקפידים עליהם, הרי בבני ביישן כל אנשי המקום רצו לשנות מנהגם, ומנעם ר״י מכוח ״אל תטוש״.

ב) כשחזר ר״י והוכיח לר״ל שגם במנהג מצינו לשון איסור: הלילה, ב״ש אוסרין וב״ה מתירין, ענה לו ר״ל חילוק אחר, הרואה אומר מלאכה הוא דלית ליה. נראה כאילו שגם ר״ל חזר והודה שיש גם במנהג משום לתא דאיסור. (ולפ״ז היה מקום קצת ליישב מה שהערנו באות א׳, דזה לא היה אלא ס״ד ור״ל עצמו חזר בו מזה). אך א״כ היה לו לומר ״אלא״, להשמיענו שר״ל חזר בו. ומוכח שלא חזר בו מדבריו הראשונים אלא בא להוסיף עוד חילוק. וצ״ע שהרי לכאורה הביא לו ר״י ראיה נצחת.

ג) גם בפסק ההלכה יש קושי. שהרי נחלקו אביי ורבא בשני בתי דין בעיר אחת, שלדעת אביי יש בזה משום לא תתגודדו, ואילו לרבא האיסור הוא רק בבי״ד אחד, חצי מורין כב״ש וחצי כב״ה, ורבא אף הביא ראיה לסתור דברי אביי ולא הובא מה ענה לו אביי על זה. א״כ פשוט לכאורה, ולפי הכלל המקובל בידינו הלכה כרבא לגבי אביי. אולם הרמב״ם פוסק כאביי (פי״ב מהל׳ ע״ז הל׳ יד) וז״ל:

> ובכלל גזירה זו (של ״לא תתגודדו״) שלא יהו שני בתי דין בעיר אחת זה נוהג כמנהג זה וזה נוהג כמנהג אחר, שדבר זה גורם למחלוקות גדולות שנאמר לא תתגודדו - לא תעשו אגודות אגודות.

וכבר עמדו נו״כ על כך שתמוה למה פסק כאביי נגד רבא.

ונעיר גם על דקדוק הלשון וההנמקה שנתן הרמב״ם להלכה. שבעוד שרש״י הטעים והדגיש בדברי ר״ל, שאיסור לא תתגודדו הוא מפני שהתורה נראית כשתי תורות, הרמב״ם נימק זה להלכה מצד שמביא למחלוקות גדולות. וזה דומה למ״ש בענין מי שבא ממקום למקום שלא ישנה ממקום שבא לשם. וכבר נתבאר לעיל שהם שני ענינים שונים. וצ״ע.

ד) ונביא עוד בעניין זה של שינוי מנהגים מה שנאמר בפוסקים האחרונים במנהגי אי-התספורת בימי ספירת העומר. הרמ״א סי׳ תצג ס״ג הביא שיש שנוהגים איסור מראשית הספירה עד ל״ג בו. ויש שנוהגים איסור מר״ח אייר. ופסק שבעיר אחת לא ינהגו מקצתם מנהג זה ומקצתם מנהג זה ״משום לא תתגודדו״. והעיר ע״ז המג״א (ס״ק ו)

שעל פי מה שחילק ר״ל בסוגיא דיבמות הנ״ל שבמקום שהרואה אומר שאין כאן שינוי, אין איסור לא תתגודדו, והרי גם כאן הרואה יאמר שאין הללו רוצים להסתפר, ולא שנמנעים מחמת איסור. אלא שהמג״א מביא ראיה לרמ״א ממש״כ התוס׳ (פסחים יד א, ד״ה שתי) שבירושלים ״כיון שמתקבצים שם אף ממקומות שנהגו בהם איסור מלאכה בערבי פסחים לפני חצות סברא הוא לנהוג שם איסור״. הרי שלא נקטינן כסברת ר״ל. ומסיק המג״א שלמסקנת הסוגיא לא נקטינן להא דר״ל.

כוונת דבריו שר״ל הוצרך לזה מתוך מה שהוקשה לו לפי דרכו הדין דאיסור מלאכה בערבי פסחים מצד לא תתגודדו. אולם הרי אביי ורבא חילקו, ולדעת שניהם בשני מקומות אין משום איסור זה, ממילא לק״מ ולא צריך לחילוקו ולחידושו של ר״ל. וי״ל שלעולם במקום אחד יש משום לא תתגודדו גם כשיש לומר הרואה יאמר ״מלאכה הוא דלית ליה״ וכל כיוצא בזה. עכת״ד.

אך לכאורה דברי המג״א תמוהים מאד, שהרי יסוד זה של ר״ל מופיע גם בדברי רבא שהובאו לעיל בביאור המשנה שבר״פ מקום שנהגו, שמטעם זה אין הבא למקום שעושין מלאכה לשנות ממנהגו שאין עושין מלאכה שהרואה אומר מלאכה הוא דלית ליה. וכאמור לעיל גם לא מוכרח שאביי חולק עליו בזה. ובכל אופן הרי הלכה כרבא לגבי דאביי. (וע״ע במחצה״ש שם שהאריך בדברי המג״א).

ג.

והנראה בכל הנ״ל וביישוב כל הקשיים שהעלינו בסוגיא ובפסק ההלכה, שהדבר תלוי במחלוקת האמוראים באיסור לא תתגודדו אם הוא מצד שעי״ז התורה נראית כשתי תורות או שהוא מצד שזה מביא לידי מחלוקות גדולות. ומסביב לזה סובבים הולכים דברי ר״ל ור׳ יוחנן וכן מחלוקת של אביי ורבא בסוגית הגמרא יבמות.

ר״ל שסובר כמו שפירש״י בדבריו שאיסור לא תתגודדו הוא מפני שזה נראה כשתי תורות, ועל כן התקשה מקריאת המגילה שחכמים תקנו זמנים שונים, שאמנם מחלוקת לא שייך בזה, שהרי חכמים עצמם תקנו זמנים שונים. אולם מצד שהרואה יראה כאן כאילו שתי תורות שייך גם בכה״ג. שלפנינו שתי קהלות בישראל, שבקהלה אחת הרי זה יום חג ואילו בקהלה השניה אין ניכר רישום היום והרי הוא כיום חול. ולדעתו על זה הוא שהקפידה התורה. וכיון שהאיסור הוא מצד שנראה כשתי תורות סובר ר״ל, שבאיסור זה אין להבדיל בין מקום אחד לשני מקומות, שהנקלע למקום זה ולמקום האחר רואה בשינוי זה מעין שתי תורות. ואעפ״י שחכמים הם שתקנו שוני זה, על החכמים עצמם הקושי קיים, איך ולמה מתקנים חכמים שינוי בין קהלה לקהלה שמעורר הרגשה של שתי תורות.

מאידך, באשר למנהגי מקומות שונים, כגון זה שנהגו לעשות או לא לעשות מלאכה בערבי פסחים, יתכנו לפי סברת ר״ל שני נימוקים המשלימים זה את זה, למה אין איסור של לא תתגודדו. האחד נובע ממחלוקת התנאים בכוח המחייב של המנהג, והשני ממראית העין של הרואה המנהגים השונים. וכפי שיבואר.

ד.

במשנה במס׳ פסחים בהמשך המשנה שבראש פרק מקום שנהגו הנ״ל נאמר:

> וחכ״א ביהודא היו עושים מלאכה בער״פ עד חצות ובגליל לא היו עושים כל עיקר. הלילה - ב״ש אוסרים וב״ה מתירים עד הנץ החמה.

ובגמרא ע״ז: מעיקרא תני מנהגא ולבסוף תנא איסורא (דקתני ב״ש אוסרים, דמשמע **בכל מקום**, רש״י) וע״ז מתרץ ר׳ יוחנן: ל״ק הא ר״מ הא ר״י, דתניא אר״י ביהודא היו עושין מלאכה בער״פ עד חצות ובגליל אינן עושין כל עיקר. אמר לו ר״מ מה ראיה יהודא וגליל לכאן, אלא מקום שנהגו לעשות מלאכה עושין, מקום שנהגו שלא לעשות מלאכה אין עושין. מדקאמר ר״מ מנהגא מכלל דר״י איסורא קאמר. עכ״ל הגמרא.

ובפנ״י התקשה במה שפירש״י בקושית הגמרא שמהלשון ב״ש אוסרים משמע ״בכל מקום״. דמנין משמעות זו, הרי גם כשזה מנהג במקום אחד ולא בכל מקום גם כן שייך בזה לשון איסור. שהרי כך פירש״י בעצמו בראש המס׳ (דף ב ב) בברייתא: מאימתי ארבעה עשר אסור בעשיית מלאכה וכו׳. ופירש״י: במקום שנהגו בו איסור כדאמרינן לקמן מקום שנהגו שלא לעשות מלאכה אין עושין. (ועי׳ תוס׳ שם שהשיגו על רש״י).

ונראה שרש״י מפרש דעת המקשן **שמנהג אין לו תוקף של איסור**, רק שלא לשנות מפני המחלוקת. ולזאת הקשה שממה שנאמר בדברי ב״ש לשון איסור משמע אין זה מכוח מנהג אלא מכוח תקנת חכמים. וע״כ אין זה תלוי לדעתם במקום מסוים אלא אסור בכל מקום. ודייק זאת מלשון המשנה שהוא שונה בין ת״ק לבין הסיפא במחלוקת ב״ש וב״ה. ומתרץ ר׳ יוחנן, שאכן כן הדבר, שהדבר במחלוקת שנוי בין ר״מ לר׳ יהודא. לדעת ר״מ אין במנהג משום איסור, רק שאין לשנות מפני המחלוקת. והם הם דברי ת״ק במשנה. ואילו לדעת ר״י הוא איסור, אולם אין זה איסור הבא מכוח תקנת חכמים, **אלא המנהג עצמו הופך לאיסור**, והיינו ממה שנאמר ״אל תטוש״. ודברי ת״ק שבמשנה הם דברי ר״מ והסיפא היא דעת ר׳ יהודא ולהלכה נקטינן כר׳ יהודא, כנקוט בידינו במחלוקת ר״מ ור׳ יהודא. ולפ״ז מה שאמר ר׳ יוחנן לבני ביישן שיש איסור של אל תטוש בשינוי ממנהג אבותיהם, הוא בהתאם לפסק ההלכה שהוא כר״י, וכנ״ל. וכן הם דברי רש״י שבראש המסכת בברייתא שהובאה שם כדעת ר׳ יהודא שמכוח המנהג יש גם איסור.

ה.

ולפ״ז מובנים היטב דברי ר״ל בתשובתו לר״י שהקשה לו מהמשנה דמקום שנהגו - אמינא לך איסורא ואת אמרת לי מנהגא, והיינו שהרישא שלא נאמר בה איסור הרי אזלא בדעת ר״מ, ולדעתו אין בכלל איסור בשינוי המנהג רק מצד חשש מחלוקת. ומתורצת שפיר קושית הקובץ הערות במש״כ רש״י בזה, וכן ממש״כ הריטב״א שהציבור כולו רשאי גם לשנות המנהג, שהרי כאמור לר״מ אין האיסור אלא מצד חשש מחלוקת וע״כ אם הציבור כולו רוצה יכול הוא גם לשנות מנהגו.

והוסיף ר"י והקשה לו מהסיפא, שהיא אליבא דר' יהודא ולדעתו הרי איסור יש במי לשנות מהמנהג. ועל זה עונה לו ר"ל, שלדעתו שהאיסור של לא תתגודדו הוא מצד שזה נראה כשתי תורות, כל שהרואה אינו רואה שינוי, כי יחשוב "מלאכה הוא דלית ליה" אין משום לתא דאיסור זה. על כן לא היה קשה לו מזה, רק מקריאת המגילה, וכנ"ל. ולדעה זו של ר"ל, לא רק בשני מקומות, כי גם באותו מקום עצמו מותר לחלק מהציבור לנהוג מנהג אחד והאחר מנהג אחר, בכל כה"ג שהרואה יאמר שאין חילופי מנהגים. וע"כ אין זה נראה כשתי תורות, ואעפ"י שהנוהגים בעצמם יודעים גם יודעים, שזה הנמנע ממלאכה יודע בעצמו שלא מפני שאין לו מלאכה אינו עושה, רק מכוח המנהג שהפך לגביו לאיסור, על זה לא הקפידה תורה באיסור לא תתגודדו. ואם מצד דרבנן מפני המחלוקת, לא מצינו זאת אלא ביחיד הנקלע במקום רבים הנוהגים אחרת, כגון הא דר"פ מקום שנהגו. אבל ציבור שלם אינו חייב לשנות ממנהגו בגלל המחלוקת.

ו.

וכל זה לדעת ר"ל, ולא כן היא דעת ר' יוחנן, ולדעתו איסור לא תתגודדו הוא מפני שגורם "למחלוקות גדולות" כלשון הרמב"ם הנ"ל, ועל כן אין תירוצו של ר"ל מספיק לבאר את היתר שינוי המנהגים באיסור עשיית מלאכה בער"פ. כי אם אמנם מצד הרואה אין חשש כטענת ר"ל - הרואה אומר מלאכה הוא דלא צריך, אכתי יש חשש מחלוקת מצד הציבור עצמו שנוהגים חלק באופן שונה מחבירו, שהרי הנמנע מלעשות רואה בזה איסור ואילו העושים רואים זאת כהיתר, וזה ודאי עלול להביא למחלוקות גדולות ביניהם. ואין זה דומה ליחיד הבא ממקום שאין עושין למקום שעושים, שהרי אין חשש שהיחיד יעשה מחלוקת נגד הרבים, וכל החשש אינו אלא באשר לרבים שיראו ביחיד שהוא מזלזל במנהגם, וכמו שכ' רש"י בסוגיא דפסחים הנ"ל (דף נא ב) שהחשש הוא "שהרואה אותו בטל יאמר זה אומר שהמלאכה אסורה **וחלוק על כולנו**". הרי שכל החשש הוא מצד הרבים כלפי היחיד. אך בזה שפיר קיימת הסברא שהרואה אומר מלאכה הוא דלא צריך, והיינו שהרבים לא יראו ביחיד כאילו הוא בעל מחלוקת וחלוק על כולם כי יחשבו כנ"ל שזה מפני שאין לו מלאכה.

ומכיון שלר' יוחנן כל איסור לא תתגודדו אינו אלא מפני שמביא למחלוקות גדולות לא קשיא ליה כלל מעיקרא קושיתו של ר"ל מקריאת המגילה, שהרי כאן חכמים עצמם הם שתיקנו שני זמנים ולא שתי דעות החלוקות זו על זו הביאו לשינוי הזמנים. על כן אין מקום לחשש מחלוקת כל כה"ג. על כן לא חש כלל לתרץ לר"ל, כיון שלדעתו היא טעות ביסוד ההלכה. ולא בא אלא להוכיח לו שאין הפירוש כדעת ר"ל מצד שתראה התורה כשתי תורות שא"כ הרי קשה עליו מכל שינויי המנהגים ומחלוקות ב"ה וב"ש.

ז.

ונראה שבמחלוקת זו עצמה של ר"י ור"ל נחלקו גם אביי ורבא. שלדעת אביי האיסור של לא תתגודדו הוא מצד חשש למחלוקת, כדעת ר' יוחנן. וע"כ זה שייך במקום אחד, אפילו אם שני בתי דין, כיון ששניהם באותו מקום וכל אחד מורה אחרת זהו שאסרה תורה. ולא כן בשני מקומות, כיון שלא קרב זה אל זה ל"ש בזה מחלוקת. ורבא הקשה לו שמחלוקת ב"ש וב"ה "כשני בתי דין בעיר אחת". וכבר דייק הריטב"א מהו לשון זה שנקט "כשני" ולא אמר "שני". והיינו כי אין באמת כל הוכחה שבמקום אחד היו שני בתי דין שהאחד הורה כב"ה והשני כב"ש. אלא שרבא ס"ל כר"ל בטעם האיסור שהוא מצד שנראה כשתי תורות ולפי טעם זה אין לחלק בין מקום אחד לשנים בכגון מחלוקת זו של ב"ש וב"ה שהקיפה את כל ציבור החכמים שבארץ. וע"כ גם אם הם בשני מקומות שייך שפיר הטענה שהתורה נראית על ידי זה כשתי תורות. ומזה בא רבא למסקנא שבמחלוקת שבין חכמים, שבתי דין שונים יש להם דעות שונות, אין בכלל משום תורה נראית כשתי תורות. שהרי כך גזרה תורה שכל ב"ד יכריע ויפסוק אם כפי קבלתו ואם כפי שלדעתו זוהי דעת תורה. ואם כן הרי הובאה מעיקרה בחשבון אפשרות כזו שתהיינה רוב דעות של אותו ב"ד. על כן ל"ש בזה כלל איסור של לא תתגודדו. ואין איסור זה אלא כשבאותו ב"ד עצמו אין יכולים לבוא לידי עמק השוה ומפולגים הם ביניהם ואין רוצים להכריע כרוב דעות, אלא "פלג מורה כדעת ב"ש ופלג מורה כדעת ב"ה", בזה הוא האיסור של לא תתגודדו.

וכאמור על זה לדעת רבא שהולך בשיטת ר"ל. ואילו אביי שנוקט בשיטת ר' יוחנן מעיקרא לא החשיב הוכחת רבא כהוכחה נגדו. שהרי כאמור לא הוכח שבאותו מקום עצמו היו שני בתי דינים שכל אחד הורה אחרת. ואילו משני מקומות לא הוקשה לו כלל. כי בשני מקומות לא שייך כלל חשש מחלוקת.

ח.

ומעתה מיושב פסקו של הרמב"ם שפסק כאביי שגם בשני בתי דין בעיר אחת יש משום איסור לא תתגודדו, כדעת אביי. שמכיון שפסק כר"י בטעמא דמילתא דאיסור זה של לא תתגודדו שהוא משום שמביא לידי מחלוקות גדולות, ממילא הרי יש לפסוק כאביי במחלוקותו עם רבא. שהרי כנ"ל שיטתו של רבא היא לפי ר"ל, ואילו להלכה נקטינן כר"י לגבי ר"ל.

ועפ"י הנ"ל מובנים יפה גם המג"א ודברי התוס' שמסתמך עליהם, שכתבו בירושלים יש לנהוג כמנהג המחמירים, ובהתאם לזה הסיק המג"א בהסבר הרמ"א לענין איסור תספורת שדעת ר"ל שהרואה אומר נדחתה מהלכה. כי הרי נקטינן שטעם האיסור של לא תתגודדו הוא לשם מניעת המחלוקות. ובזה לא סגי מצד הרואה, שהרי הציבור עצמו יודע שהוא נמנע מצד האיסור שבדבר, וכשנפגש בציבור אחר באותו מקום המיקל בדבר ורואה זאת כהיתר שייך ודאי חשש המחלוקת וזהו שאסרתו תורה.

ואין זה דומה למ"ש בפסחים במי שבא ממקום שאין עושין למקום שעושין, כיון שהוא אינו אלא יחיד לא קיים החשש שהוא שיעשה המחלוקת, ואילו הרבים הרי לא יראו אותו כלל כאלו הוא חולק עליהם. על כן שפיר אמרינן בזה שיכול להמשיך ולאחוז במנהג המקום שבא משם.

מסקנת הדברים להלכה:

החיוב להמנע ממחלוקת הוא עקרון יסודי בתורה והוא הוא האיסור של ״לא תתגודדו״ והוא קיים לא רק בבית דין אחד אלא גם בשני בתי דין בעיר אחת. ועל כן חובה היא במקום שהדעות חלוקות להוועד יחד ולהגיע לידי הכרעה עפ״י רוב דעות.

והקב״ה ששמו שלו׳ ואורייתא אשר ״כל נתיבותיה שלו״ מחייבים באורח ברור ומוגדר לבא לכלל דעה אחידה ולייצב השלום בתוך כנסת ישראל.

סימן עז : בגדרי החיוב בקיום המצוותא.

בגמרא ר״פ לולב הגזול דאיק מלשון המשנה שלולב הגזול פסול גם ביו״ט שני, אעפ״י דלא בעינן ביה ״לכם״ - משלכם. ומפרש ר״י משמו של רשב״י שפסולו מצד מצוה הבאה בעבירה.

ובתוס׳ שם (ד״ה משום) כתבו הא דאיצטריך קרא ״לכם״ - משלכם ביו״ט ראשון לא בא אלא למעט שאול, דאילו גזול בלאו הכי פסול משום מהב״ע, שהיא מה״ת.

נראה מזה ברור שגם באופן שאינו מוצא לולב לצאת בו אלא בגזל, כגון שאין ידו משגת לקנות, מ״מ פסול ואינו יוצא בגזול משום מהב״ע, גם אילולא דכתב רחמנא דבעינן ״לכם״. ואף כשבעידנא שגוזלו ולוקחו בידו מקיים המ״ע, שאינו אלא בלקיחה בעלמא כמ״ש (סוכה מ״ב.): מדאגבהיה נפיק ביה, אעפ״כ בגזול אינו מקיים המצוה. שמשו״כ הרי כתבו התוס׳ דאין צורך בקרא ד״לכם״ למעט גזול. ויש לעיין, ואמאי לא נימא בזה דאתי עשה ודחי ל״ת דגזל.

וכן זה מוכח משיטת הרמב״ן שמפרש דיוק הגמרא קא פסיק ותני ל״ש ביו״ט ראשון ולא ביו״ט שני, שהכונה ליו״ט שני שהוא מדאורייתא - במקדש. וס״ל דגם במקדש שהוא דאורייתא, דין ״ולקחתם לכם״ - משלכם, אינו אלא ביו״ט ראשון. ובזה משני שמ״מ פסול ביו״ט שני מצד מהב״ע. והרי קפסיק ותני שלולב הגזול פסול ל״ש אם יש לו לולב אחר ול״ש אם אינו יכול להשיג לולב לצאת בו אלא בגזל, ומ״מ פסול. ומוכח מזה דלא אמרינן בזה עשה דוחה ל״ת, וצ״ע אמאי.

ואין לומר דבכה״ג שאינו יכול להשיג לולב, הרי בעל הלולב מחויב לתת לו הלולב לצאת בו בלקיחה מצד כופין אותו על מדת סדום, שהרי זה נהנה וזה לא חסר, כיון שלא נדרש למצוה אלא לקיחה בעלמא, דהרי יתכן שהלה חסר, שיכול לקבל דמים עבור הלקיחה מאחרים שידם משגת, וכל כיו״ב. א״כ הרי איצטריך קרא לאשמעינן דבעינן ״לכם״ שמשו״כ אינו יכול לצאת בגזול. אלא ודאי כנ״ל בכל גווני אינו יוצא בגזול, ולא אמרינן בזה עשה דוחה ל״ת. וצ״ע אמאי.

ב.

בשאג״א (סי׳ צ״ו) דן בהא דאמרינן (פסחים ל״ה) דאין אדם יוצא י״ח מצה בפסח בטבל ומ״ר והקדש שלא נפדה, ופירש״י (שם ד״ה דמאי) דאיכא בזה תרי טעמי חדא מצד הדרשא דלהלן אליבא דר״ש, ועוד - משום שהיא מצוה הבאה בעבירה. ומעלה בזה שגם לרבנן ל״א בזה עשה דוחה ל״ת אפילו כשאין לו מצה אחרת, באלה מהן משום שאיסורם חמור ואין ל״ת שלהם נדחה, ובהקדש שלא נפדה, לדעת רבנן דס״ל הזיד במעילה באזהרה בעלמא מ״מ, ״כיון דקיי״ל דאין אדם יוצא י״ח במצה גזולה, וכדברי הירוש׳, א״כ מה לי גזל הדיוט מה לי גזל גבוה״. הרי דנחית להא דיש אמנם מקום לומר בגזל שיבא עשה וידחה ל״ת, כיון שאינו ל״ת חמור, אלא שמסתמך על הירוש׳, שא״י בגזול, מצד מה לי גזל הדיוט מה לי גזל גבוה. ודברי הירוש׳ אלו הובאו שם לעיל בדבריו וז״ל: מצה גזולה אסור לברך עליה. ארי״ה ע״ש בוצע ברך נאץ ה׳. רי״א אין עבירה מצוה. א״ר אילא אלה המצוות, אם עשיתן כמצוותן הרי הן מצוות, ואם לאו - אינן מצוות. ע״כ.

נראה דנוקט השאג״א שהירושלמי בא לומר שמדרשא זו דבוצע ברך נתמעט מצה גזולה גם באופן שאין לו מצה אחרת, ואעפ״י שהיה מקום לומר בזה עשה דוחה ל״ת.

אך זה תמוה לענ״ד, שהרי אין הכתוב מדבר על מ״ע מסוג זה שהיא מצוה חיובית עליו, שאין המדובר אלא בגוזל חטים וטחנם ועשה מהם עיסה ומפריש חלה, שאין עליו שום חובה לעשות עיסה להפרשת חלה, ובזה ודאי ל״ש שיבא עשה וידחה ל״ת. משא״כ במצה שהיא מצוה המוטלת על האדם מישראל, ויש בזה מ״ע, יבא עשה וידחה הל״ת, וממילא לא תהא בזה עבירה כל עיקר, אדרבא יקיים מצות בוראו בזה.

והירוש׳ כשלעצמו שממעט מצה גזולה ממש״כ בוצע ברך לקי״מ, כי אפשר לומר דקאי באופן שיש בידו להשיג מצה שלא ע״י גזל, דבזה אמרינן שלא זו בלבד שעבר על הגזל, אלא שגם מצות מצה לא קיים משום דהוי מהב״ע ובוצע ברך וכו׳. אבל השאג״א הרי קאי בשאין לו מצה אחרת, שהרי רק בכה״ג יש לדון בו מדין עשה דוחה ל״ת, בזה אין לנו ראיה מכתוב זה, לא לענין גזל הדיוט ולא לענין גזל גבוה. ודברי השאג״א צ״ע טובא.

כנראה שכוונת השאג״א, לא מכוח הירוש׳, דאין יוצאים במצה גזולה, דהתם בכלל ל״ש לדון מצד אתי עשה ודחי ל״ת, שאינו בעידנא, שהרי על הגזילה עובר מיד, ואילו המ״ע אינו מקיים אלא באכילה. ולא הביא הירוש׳ אלא משום דשם מפורש דאינו יוצא י״ח במצה גזולה. וע״ע סוכה (ל״ה.) דבמצה בעינן נמי ״שלכם״. וכ״ז שייך במצה, משא״כ בלולב כשאין בו דין ״לכם״ - משלכם, ויוצא בנטילה בעלמא, דממילא בעידנא דגוזל מקיים המ״ע, ק׳ אמאי לא נימא עשה דוחה ל״ת.

ג.

והנראה בזה דעד כאן לא אמרינן אתי עשה ודחי ל״ת, אלא כשהעשה הוא באותו דבר עצמו שיש בו הל״ת כגון בכלאים בציצית, שבטלית זו עצמה שלובש טלית של פשתים בה נאמר העשה של הטלת התכלת שהיא צמר. או אלמנה

לכה״ג גרושה לכהן הדיוט, שאשה זו נופלת לפניו ליבום. דאשה זו עצמה שאסרה עליו תורה בל״ת איכא העשה לייבמה. משא״כ בנטילת לולב שאין העשה ליטול לולב זה דוקא כשיש בו הל״ת דגזל, אלא שאדם זה ע״י סיבה שהיא אין לו לולב אחר, אלא זה שיש עליו הל״ת דגזילה, וכן במצה גזולה. בזה אעפ״י שאינו יכול לקיים העשה המוטל עליו אלא ע״י שיעבור על הל״ת, לא אמרינן כלל עשה דוחה ל״ת.

אכן כבר דן גם בסברא זו השאג״א בתשו׳ הנ״ל לגבי מצה שיש איסור ל״ת באכילתה, ובגלל איזו סיבה שהיא אינו יכול לקיים העשה דאכילת מצה אלא ע״י מצה זו. ומוכיח שגם בכה״ג אמרינן עשה דוחה ל״ת. והוכיח זאת מסוגיא דמילה בצרעת (שבת קל״ג.) דאמרינן בתוס׳ שאם יש שם אחר שיודע למול ימול הוא ולא ימול האב, מאחר שרק האב שמתכוין לטהר בנו ע״י קציצת הבהרת עובר באיסור, ולא אחר שאינו מתכוין לזה. ואעפי״כ אמרו שם שאם אין שם אחר מותר לו לאב למול וידחה האיסור מפני המ״ע דמילה. ואם נאמר דהיכא דההכרח לדחות האיסור לקיום המ״ע אינו בגלל סיבה חיצונית - שאין שם אחר, אין עשה דוחה ל״ת, א״כ גם כשאין שם אחר אמאי ידחה הל״ת, והרי גם כאן היה העשה מצד עצמו ניתן להתקיים ע״י אחר. וזה שאין שם אחר אינה אלא סיבה חיצונית, וא״כ אמאי דחי. ומוכיח מזה השאג״א דגם בכה״ג שהעשה מצד עצמו אינו דורש לקיומו דחיית הל״ת, מ״מ מאחר שלפי המצב שלפנינו, לא ניתן לקיים העשה אלא ע״י דחיה, גם בכה״ג אמרינן אתי עשה ודחי ל״ת, א״כ הדרה קושיא דידן לדוכתא, דכשאין לו לולב אלא זה שע״י גזילה, נמי ידחה המ״ע דנטילת לולב הל״ת דלא תגזול.

ד.

אכן בהגהות מהר״ץ חיות בסוגיא הנ״ל מעיר בדברי השאג״א, כי שאלה זו במחלוקת שנויה בין רבינו ירוחם להב״י. דהב״י (או״ח סי׳ י״א) הביא דעת רבינו ירוחם שבזה״ז שאין לנו תכלת ואין לבן פוטר אלא את מינו, מ״מ כ׳ ר״י שאם אין לו של מינו אמרינן עשה דוחה ל״ת ומותר להטיל שאינו מינו אעפ״י שהוא כלאים משום דעשה דוחה ל״ת. והב״י דחה דבריו ״כיון דאפשר במינו, אע״ג דאין לו, זה מיקרי אפשר לקיים שניהם״. וסיים בזה המהרצ״ח: ״ועיין בשו״ת שאג״א סי׳ צ״ו שכ׳ בעצמו סברא זאת, ולא התעורר דכבר הקדימו בזה מרן הב״י״. והנה לפ״ז קשה על הב״י מסוגיא זו, שעל פיה דחה השאג״א סברא זו והוכיח דגם בכה״ג אמרינן עשה דוחה ל״ת.

ה.

והנראה בזה הוא, דהנה האי כללא דכייל לן ר״ל: כל מקום שאתה מוצא עשה ול״ת, אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב וכו׳, יתכן הדבר בשני אופנים: א׳, כשלקיום העשה מצד עצם מהותו אין נצרך כלל לעבור על הל״ת. וזהו כגון בהא דציצית בזה״ז, שהמצוה להטיל ציצית בבגד מתקיימת יפה מין במינו. שהרי אין שום ענין בקיום המ״ע דוקא בשאינו מינו ע״י כלאים. ובזה הנימוק לכללו של ר״ל, שאין העשה דוחה הל״ת מפני שאינם מתנגשים כלל זה בזה. באופן שהטלת הכלאים בציצית אינו ענין כלל לקיום העשה, וה״ז כעובר על הל״ת ללא כל שייכות לקיום העשה; ב׳, כשאמנם לקיום העשה נדרש לעבור על הל״ת, אלא שיכול הוא ע״י תחבולה לקיים העשה מבלי שיעבור על הל״ת, בחינת עקיפה על הל״ת. וזוהי הדוגמא של מילה בצרעת, כשיש שם אחר. שהרי עיקר המ״ע של מילה מוטלת על האב, ובכה״ג אין העשה מתקיים אלא ע״י דחיית האיסור שבקציצת הבהרת, אלא שיכול לעשות תחבולה - שימול ע״י אחר. ולא מיבעי לשיטת הש״ך (חו״מ סי׳ שפ״ב סק״ד) דמי שיודע למול אינו רשאי ליתן את בנו לאחר למול וביטל מ״ע דמילה המוטלת על האב, א״כ לפ״ז באחר שמל לא קיים האב המ״ע כלל, אלא שעושה תחבולה לסלק מעליו המ״ע, דמ״מ הילד נימול ושוב אין כאן ערלה. אלא אפילו להני דפליגי עליה וסברי דהאב מקיים המ״ע דמילה ע״י שלוחו דשלוחו של אדם כמותו (עי׳ ד״מ ה׳ מילה, וקצוה״ח סי׳ שפ״ב סק״א שדן בזה באריכות) מ״מ הן עיקר המצוה על האב היא, ולא נאמרה מעיקרא לקיימה ע״י שליח אלא ע״י עצמו. וכבר אמרו חז״ל: המצוה בו יותר מבשלוחו (קידי מ״א). א״כ בזה אי אפשר לומר הסברא ״דאם אתה יכול לקיים שניהם מוטב״, הוא משום שאין המ״ע מתנגש עם הל״ת, באופן שהר״ז כעובר על הל״ת ללא כל קשר עם קיום העשה. שאכן המ״ע שהאב ימול הבן מתנגשת וסותרת הל״ת של קציצת הבהרת. אלא שמ״מ יכול הוא לעשות תחבולה, היינו למול ע״י אחר, שהמ״ע תתקיים עכ״פ ולא יעבור הל״ת.

ומשמיענו ר״ל ע״י כללא דכייל לן ״אם אתה יכול לקיים שניהם - מוטב״, שגם באופן זה שאמנם העשה מתנגש עם הל״ת, כיון שמ״מ יכול אתה לקיים שניהם, גם בזה אין העשה דוחה ל״ת. והיינו משום שכל עיקר אין כאן אלא דחיית הל״ת לצורך קיום העשה, באופן שהרי הוא כאנוס לעבור על הל״ת לצורך קיום העשה, וע״כ כל עוד קיימת בידו עצה ותחבולה שלא יעבור על הל״ת, שוב אינו אנוס לעבור על הל״ת ע״כ חייב הוא לעשות זאת. וגם בכה״ג אין עשה דוחה הל״ת.

וזהו תוכן קושית הגמרא שבת הנ״ל: ואי איכא אחר ליעבד אחר, היינו, שאעפ״י שעיקר המצוה עליו רמיא, שהתורה חייבה את האב למול בעצמו, מ״מ הרי יש בידו עצה שלא לעבור על הל״ת, גם בכה״ג קיים כללו של ר״ל, וצריך לעשות את המילה ע״י אחר, אם ע״י שליחות, ואם אפילו שלא בתור שליחות, לדעת הש״ך, כיון שעכ״פ בילד עצמו תתקיים המ״ע דמילה.

ו.

והנה אעפ״י שכאמור כללו של ר״ל מתייחס לשני האופנים גם יחד - הן לגוונא שקיום המ״ע אינו כרוך מעיקרא בעבירה על הל״ת, והן בגוונא שאמנם המ״ע בא בסתירה עם הל״ת, אלא שמ״מ בידו להמנע מלעבור על הל״ת ועם זאת יתקיים המ״ע, אעפ״כ יש מקום גדול לחלק ביניהם, לענין אם בגלל איזו שהיא סיבה חיצונית לא ניתן בידו לקיים שניהם. וזוהי שיטת הב״י הנ״ל במחלוקתו עם ר״י.

דהא דאמרינן שאם אין שם אחר יכול האב למול, לא נאמר אלא בהאי גוונא דמילה בצרעת, שעצם המצוה על האב היא מוטלת, והאפשרות לקיים שניהם אינה אלא ע״י עצה ותחבולה, שאמנם חייב הוא גם בכה״ג לנקוט בתחבולה זו. אולם זה שייך רק אם אמנם יכול הוא לעשות התחבולה הזאת והיינו, כשיש שם אחר. אבל כשאין שם אחר, הרי מנוע

הוא מלעשות התחבולה. בזה חוזר עליו החיוב של מ״ע דמילה בתקפו ודוחה הל״ת. כי בעצם הרי המצוה מוטלת עליו, והיא היא הדוחה הל״ת.

משא״כ בכלאים בציצית, דהא דאין העשה דוחה הל״ת הוא מפני שמעיקרה לא נאמרה כאן דחיית הל״ת, כי המ״ע אינה כלל לקחת כלאים בציצית בטלית זו. ע״כ גם אם מאיזו סיבה שהיא אין לו ממין הטלית, מ״מ ל״ש לומר בזה יבא עשה וידחה ל״ת. כי עיקר מהות העשה לא קשורה כלל עם דחיית הל״ת, ומה שבגלל שאין לו ציצית ממין הטלית אינו יכול לקיים המ״ע אא״כ יעבור על הל״ת זו אינה סיבה מספקת לדחיית הל״ת. כי כל עיקר ההלכה שעשה דוחה ל״ת לא נאמרה בכה״ג שהעשה מצד עצם מהותו אינו בא בהתנגשות ובסתירה עם הל״ת, שלא נאמר כלל להטיל ציצית בשאינו מינו, אלא סיבה חיצונית היא שגרמה לכך, שאין לו אלא משאינו מינו, שהוא כלאים. ומתורצת שיטת הב״י שאין לזה סתירה מהסוגיא דמילה בצרעת.

ולפ״ז חוזר וניעור התירוץ שאמרנו לענין קיום מ״ע דנטילת לולב ע״י גזל, וה״ה לקיום מצות מצה במצה גזולה, דזה לא יתכן. כיון שהמ״ע דלולב מצד עצמה וכן אכילת מצה אינה דוקא בלולב זה ובמצה זו שיש בהם עבירה, ורק בגלל סיבה חיצונית, היינו שאדם זה אין לו לולב אחר או מצה אחרת אינו יכול לקיים המ״ע אלא ע״י שיעבור על הל״ת, בזה לא נאמרה ההלכה עשה דוחה ל״ת. וכמש״כ הב״י לענין מ״ע דציצית, שאין הל״ת דכלאים נדחה אצל זה שאין לו אלא ציצית דכלאים, כיון שעצם המצוה אינה כרוכה כלל בכלאים.

אכן כל זה לשיטת הב״י. ואילו לשיטת רבינו ירוחם, דלא נחית לחילוק זה, ולדעתו גם בכה״ג באדם זה שאין לו אלא כלאים דייניגן בזה בגדר אי אפשר לקיים שניהם ואתי עשה ודחי ל״ת, א״כ אכתי הקושיא במקומה עומדת. כי אדם זה שאין לו לולב אחר, הרי לשיטת ר״י, תיקשי דיבא עשה וידחה ל״ת דגזל.

ז.

והנראה בזה הוא עפ״י מה שפסק הרמ״א (או״ח סימן תרנ״ו) וז״ל: ומי שאין לו אתרוג או שאר מצוה עוברת אי״צ לבזבז עליה הון רב וכמו שאמרו המבזבז אל יבזבז יותר מחומש אפילו מצוה עוברת (הרא״ש ורבינו ירוחם). ודוקא מ״ע אבל ל״ת יתן כל ממונו קודם שיעבור (הרשב״א והראב״ד). עכ״ל. ומקור הדברים בראי״ש ב״ק ממ״ש שם (דף ט׳:) בפשיטות דלא יתכן לחייבו להוציא שליש ממונו לקיים מצוה, שא״כ ״אילו איתרמי ליה תלתא מצותא יהיב לכולא ביתא״. ושם בשע״מ בשם הראב״ד: קשיא לי וכי יש דמים למצוות, ואיך יכול לומר שלא יקנה לולב אלא כדי כך וכך, וכי מי שם להם דמים, והלא מצוה אחת חשיב כל ממונו. וי״ל עד כדי שלא יבא לידי עוני ויצטרך לבריות, וכמו שאמרו המבזבז וכו׳. עכ״ל.

ועדיין אין זה ברור, דמנין לנו שיפטר משום שע״י זה יבא לידי עוני, והרי לענין ל״ת אינו נפטר בזה וחייב לתת כל ממונו ונצרך לבריות, כמש״כ הרמ״א הנ״ל. ואם מצד התקנ״ח של כל המבזבז לא יבזבז יותר על חומש, הרי ממה שהגמרא לא הביאה כאן תקנ״ח זו נראה שאין ללמוד משם לני״ד. וכבר כתבנו מזה במק״א (ארץ חמדה מהדו״ב עמ׳ ל״ח ואילך ע״י״ש).

ונראה שיסוד הדברים הוא עפ״י מה שאמרו בירושי׳ (פ״א דפיאה ה״א): כבד את ה׳ מהונך ממה שחננך מפריש לך שו״פ וכו׳ ועושה סוכה ולולב שופר ותפילין וכו׳ אם יש לך אתה חייב בכולן, ואם אין לך אין אתה חייב באחת מהם. אבל כשהוא בא אצל כיבוד או״א בין שיש לך הון בין שאין לך - כבד את אביך ואת אמך, ואפילו אתה מסבב על הפתחים, עכ״ל חזינן מזה, שכל עיקר החיוב של מ״ע שהוא הוא משי״כ ״כבד את ה׳׳ אינו אלא - ״מהונך״ - ממה שחננך, דהיינו דוקא אם יש לו, ואם אין לו אי״ח.

ומכיון שיש בדבר תנאי שאינו חייב אלא כשיש לו, ע״כ הגבילו חכמים החיוב גם כשיש לו, אם יש לחשוש שע״י שיוציא הרבה ממונו יצטרך לבריות, ה״ז ג״כ בגדר הפטור שאי״ח אלא ״ממה שחננך״. ואלה הם דברי הראב״ד.

ח.

אכן ב״ביאור הלכה״ לח״ח זצ״ל סימן הנ״ל פקפק הרבה בביאור הירו׳ שנראה ממנו שפטור מלקנות תפילין וכיו״ב מ״ע דאורייתא כשצריך לחזור על הפתחים לצורך זה ״והלא קי״ל דעל נר חנוכה וד׳ כוסות צריך לשאול על הפתחים כדי לקיימן אף שהן רק מצוות דרבנן וכש״כ בענינינו. ואפילו אם תאמר דמשום פרסומא ניסא תקנו רבנן כן, מה יענה בהא דקי״ל לעיל בסימן רס״ג ס״ב דלנר שבת שואל על הפתחים ולוקח שמן ומדליק הנר שזה בכלל עונג שבת הוא. והלא עונג שבת הוא רק מ״ע מדברי קבלה כמו שנאמר וקראת לשבת עונג, ותפילין ושופר וכה״ג הוא הכל מה״ת״. ומסיק שמהירו׳ אין ראיה; דהירוש׳ אזיל לשיטתיה דעשיית המצוות היא מצוה בפנ״ע מדמברך על עשייתן, הרי שא״י לפטור עצמו בקניית מצוות מן המוכן אלא צריך לעשותן בעצמו. ובזה הוא שאמר הירוש׳ שלא חייבתו תורה ״לעשות בעצמו הסוכה וכן ליקח קלף ולעשות מזוזה ובתים ופרשיות כ״א כשיש לו. אבל אם אין לו לא חייבתו התורה בזה לחזור אחר עצים לסוכה וקלף לתפילין וכה״ג אלא קונה במעותיו תפילין ומזוזה שעשו אחרים וכו׳. אבל עצם המצוה ללבוש תפילין וכן כה״ג בקיום שאר המצוות מזה לא פטרתו תורה כלל שהוא חוב המוטל על גופו. ולא גרע מנר שבת ונר חנוכה וד׳ כוסות דמוכר כסותו להשיגם״, עכ״ל.

וזהו עפ״מ שמחלק שם לפני כן שרק לפזר הון רב על קיום מ״ע אינו מחויב משום שמא יעני ויצטרך לבריות, אבל במי שפרנסתו לא תגרע במה שיוציא כגון שמתפרנס ממלאכתו וכן להיפך לא יתחזק במצבו במה שלא יוציא, חייב להוציא כל מעות שבידו, וכן צ״ל כשצריך לחזור על הפתחים לקיום מצוה אינו נפטר ממנה.

ט.

אך לענ״ד כל זה אינו: א׳, אם ישנו חיוב גם לחזר על הפתחים לקיום מצוה, משו״מ נפטרנו מלהוציא הון רב לקיום מצוה מחשש שמא עי״ז יורע מצבו ויצטרך לחזור על הפתחים. ומה בכך שיורע מצבו ויהיה עני, מאחר שגם במצב של

www.eretzhemdah.org

עניות מוחלטת מחויב ועומד הוא בקיום המצוה. ומאי שנא מ״ע ממצות ל״ת שחייב לתת כל ממונו בכדי שלא יעבור. ב׳, איך יתכן לומר שהירוש׳ פוטרו מעשיית הכשר המצוה כשאין לו קלף לתפילין וכיו״ב, מאחר שיש בידו מעות לקנות, הרי במקום לקנות תפילין מוכנות יוכל לקנות הקלף ולעשותם בעצמו, אם המצוה היא דוקא לעשותם במו ידיו. ג׳, איך אפשר ללמוד זאת מן הכתוב ״כבד ה׳ מהונך״ ממה שחננך, הרי חננו ה׳ ויש בידו המעות לקניה, והרי אדרבא לקנות החומרים לעשות המצוה יצטרך להוציא פחות ממה שלקנות המצוות מוכנות. ד׳, הרי הירוש׳ מעמיד מול מצוות אלה שאין הכתוב מחייבו אלא במה שחננו ה׳ את מצות כבוד או״א שבזה מחויב גם לחזור על הפתחים כדי לקיימן. הרי לנו שבמצוות אלה אינו חייב בעצם קיומן כשנצרך לשם זה לחזור על הפתחים.

י׳.

ומה שמקשה מנר שבת מנ״ח וד׳ כוסות הרי תירץ בעצמו וחילק דהתם משום פרסומא ניסא עדיף אף על פי שאינן אלא מדרבנן, שאינו אלא מצוה מדברי קבלה. הנה עיקר מה שנאמר בו בגמרא בפירוש שחייב אפי׳ כשחוזר על הפתחים. והרמב״ם למד מזה לענין נר חנוכה, שגם הוא משום פרסומא ניסא. וכן נר שבת, לפי מה שמבואר בגמרא (שבת כ״ג:) נר שבת ונ״ח, נר שבת עדיף משום שלום ביתו. שמזה שמענו שנר שבת עדיף מנ״ח, הרי ששלום בית שבעונג שבת עולה על פרסומא ניסא שבנ״ח. ומזה למדים עיקר הדין שאפילו לחזר על הפתחים חייב בגלל נר ביתו. א״כ אין זו קושיא כל עיקר, דכשם שמשום פרסומא ניסא חייב גם לחזר על הפתחים, מכש״כ זו. ובגמרא ההגדרה לענין נר שבת שהוא ״חובה״ (שבת כ״ה:), ובתוס׳ שם (ד״ה הדלקת הנר) מבואר שגם אביי לא פליג בעצם מצות נר שבת שהיא חובה. וחובה היא דרגה גבוהה יותר מאשר מצוה, כמבואר בגמרא סוטה (דף מ״ד:). וטעם הדבר הוא כפי הנראה משום שמניעת הנר גורמת צער (שבת כ״ג: ברש״י ד״ה שלום) וע״ז דרשו מש״כ ותזנח משלום נפשי זה הדלקת נר שבת (שם כ״ה:) א״כ שלש מצוות אלה, אף שהן מדרבנן מצאו בהם חכמים להעדיפן, ואפילו ממ״ע דאורייתא. אבל אין מזה שום סתירה ליסוד ההלכה של הירו׳, שכפי שמוכרח, משמש גם היסוד לפשיטות הבבלי שאין לחייב להפסיד כל ממונו לקיום המצוות, ואפילו ״הון רב״ שיכול להביאו לידי עוני אינו חייב, כפי שלמד מזה הרא״ש.

(ובמה שחילק בין שיש לו ממון הרבה וע״י שיוציא הוצאה מרובה יורע מצבו, לבין מי שממילא אין לו הרבה, ולא ישתנה מצבו ע״י הוצאה זו, עי׳ מש״כ ב״ארץ חמדה״ שם ואכמ״ל יותר).

י״א.

ומעתה הדבר פשוט וברור על פי הבבלי והירוש׳ שהחיוב לקיום מ״ע הוא מוגבל עפ״י הכתוב ״כבד את ה׳ מהונך״ - ממה שחננך. באופן שמי שאין לו דמים, או אפילו שיש לו, אולם יש לחשוש שע״י שיוציאם יגיע לידי עוני, אינו חייב במ״ע שבמהותן אינן מחייבות הוצאת כספים, כגון מצות לולב שאם יש לו משלו אינו חייב לקנותם בדמים דוקא. (בהבדל מפדיון הבן, למשל, שכל עיקר חיובו מוגדר בהוצאת סכום כסף שחייב להוציא לקיום המצוה, כמש״כ ב״ארץ חמדה״ (א,ז, אות ט׳) ע״ש).

והנה מה שפטור בכה״ג פשוט שאינו משום שזהו בגדר אונס, שהרי לענין לעבור על ל״ת חייב להוציא כל ממונו, ולא פטרינן ליה מצד אונס. וזה גם מסתבר, כי איך נגדיר זאת כאונס, בעוד שהדבר בידו עכ״פ. אלא צריך לומר, שגבול נתנה תורה למאמץ שצריך האדם לעשות לקיים מ״ע. ויותר מזה לא חייבתו.

ולפ״ז מה שנתקשינו בו בראשית דברינו אמאי לא אמרינן במי שאין לו דמים וכיו״ב לקנות לולב דיוכל לצאת בגזול מדין אתי עשה ודחי ל״ת, מעיקרא לק״מ, שהרי בכה״ג שאין לו אפשרות להשיג לולב פטור הוא מלקיים מצוה זו. וממילא ל״ש כלל שיבא עשה וידחה ל״ת, שאי״ח בעשה זו כלל ועיקר.

סימן עח : שלבים במצות החינוך למצוותא.

בכמה מקומות בש״ס, משנה וגמרא, שנינו על חובת חינוך הילדים למצוות, גם טרם הגיעם לחיוב עצמי של קיום, בגלל היותם קטנים.

ומתבאר גם שחובה זו אינה אלא מדרבנן, ואף זו אינה אלא ב״הגיע לחינוך״. כך מבואר במצות ישיבה בסוכה (סוכה דף כח א): ... קטן שאינו צריך לאמו חייב בסוכה. ובגמרא שם: מנה״מ? - דת״ר ״האזרח״ - להוציא את הנשים; ״כל״ - לרבות את הקטנים, והתנן: נשים ועבדים וקטנים פטורים מן הסוכה? - לא קשיא, כאן בקטן שהגיע לחינוך, כאן בקטן שלא הגיע לחינוך. קטן שהגיע לחינוך מדרבנן הוא? - מדרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא. ע״כ לשון הגמרא, וברש״י שם: קטן שהגיע לחינוך, משאינו צריך לאמו. והיינו כמפורש במשנה הנ״ל. דעת ת״ק.

וכן הוא ברש״י בענין לולב (שם, דף מב א): קטן היודע לנענע חייב בלולב. פירש״י - לחנכו, מדבריהם.

ובתוס׳ שם (דף כח הנ״ל, ד״ה כאן) מביאים דוגמא נוספת כיוצא בזה: פ״ק דחגיגה (דף ד א) דדריש ״כל זכורך״ - לרבות הקטנים. ופריך והתנן: חוץ מחש״ו. ומשני - כאן בקטן שהגיע לחינוך, דהיינו כדתנן התם: כל שאינו יכול לאחוז בידו של אביו ולעלות מירושלים להר הבית. ואם יכול לעלות, היינו הגיע לחינוך. עכ״ל.

ב.

מסוגיות הנ״ל אנו למדים גם שגיל ״הגיע לחינוך״ **אינו שוה** בכל המצוות, אלא כל מצוה ומצוה היא לפי ענינה. שעל כן החיוב בסוכה הוא, כאמור, משאינו צריך לאמו. ואילו בענין עליה לרגל הוא אם יכול לאחוז ביד אביו ולעלות. כן מבואר בברייתא (סוכה דף מב א) זמנים שונים של ״הגיע לחינוך״ בכמה מהמצוות: ת״ר, קטן היודע לנענע חייב בלולב, להתעטף - חייב בציצית, לשמור תפילין - אביו לוקח לו תפילין, יודע לדבר - אביו לומדו תורה וקריאת שמע וכו׳.

www.eretzhemdah.org

מצאה הברייתא לנכון לפרט בכל מצוה מהנ״ל זמן החינוך שלה, כי אכן אין הזמנים שוים, והם משתנים ממצוה למצוה, הכל לפי ענינה.

וכן הדבר מבואר בתוס׳ הנ״ל (ד״ה כאן) שגיל ״הגיע לחינוך״ דאמרינן בכל דוכתי אין כולם שוים, אלא כל אחד לפי ענינו.

ג.

מהדוגמאות שהובאו לעיל על דרגת ״הגיע לחינוך״ שבכל מצוה, אנו למדים שזו אינה תלוי׳ **במדת ההבנה** של תוכן המצוה, במובן קבלת עול מלכות שמים, כי אז ודאי צריך היה לקבוע גיל אחיד לכל המצוות, וכן הי׳ ראוי להעלות את הגיל של ״הגיע לחינוך״; שהרי מי שיודע לאחוז ביד אביו לעלות להר הבית, עדיין רחוק הוא מלהבין את קדושת המקום, ואת ענין העליה - ״לראות - ליראות״, וכן בשאר המצוות. אלא שדרגה זו של ״הגיע למצוות״ אינה תלויה אלא באפשרות הביצוע של מעשה המצוה כתיקונו: בלולב - לנענע, בציצית - להתעטף, בעליה לרגל - לעלות ברגליו וכן כל כיו״ב. ומכאן, שגם במצות סוכה שהוא ״משאינו צריך לאמו״, הוא ג״כ מצד שאם צריך לאמו, כיון שהאם אינה חייבת בסוכה, וממילא אינה נמצאת שם בדרך כלל, על כן לגבי התינוק - כל עוד שהוא צריך לה, אין זה כלפיו בגדר ״תשבו״ - כעין תדורו, שבכה״ג גם גדול אינו חייב במצות סוכה, וממילא אין לחייב גם הקטן בזה מגדר מצות חינוך.

ד.

בזה נבין גם דעת שמאי הזקן, שכפי המובא במשנה שם חולק על ת״ק ומחייב חינוך התינוק, גם בעודנו צריך לאמו: ״מעשה וילדה כלתו של שמאי הזקן, ופיחת את המעזיבה וסיכך על גבי המיטה, בשביל הקטן״. ובס׳ ״פני יהושע״ תמה איך שייך חינוך בקטן בן יומו. ובחי׳ הרש״ש שם העיר בזה וז״ל: ונעלם מכ״ת דברי מהרש״ל ביבמות שפירש שהיה לה קטן אחר, שהי׳ צריך לאמו ולא זז ממנה, ובשבילו סיכך, וכו׳, עכ״ד. אך, אם כן, קשה למה לא פירשה המשנה את הגיל שלדעת שמאי הזקן מתחייב הקטן בחינוך במצות סוכה. א״ו פשטות הדברים וסתימתם הוא משום שלדעתו אכן גם **תינוק** בן יומו שייך במצות חינוך של סוכה. כי לדעתו, כיון שמצות סוכה אינה דורשת פעולה לקיומה, אלא **עצם הימצאות גופו של האדם** בסוכה היא היא המצוה, זה הרי ניתן לקיים גם בתינוק בן יומו, ע״כ גם הוא בגדר הגיע לחינוך למצוה זו. ואינו מקבל את סברתו של ת״ק מצד שאמו אינה מצויה בסוכה, ואשר ע״כ בהיות הקטן צריך לאמו, אינו בגדר ״תשבו כן תדורו״, וכנ״ל; כי זה אינו עיכוב במהותה של המצוה, שהרי יתכן שגם אמו תהיה בסוכה בגללו (כמו שעשה באמת, שסיכך ע״ג המיטה). וע״כ אין כאן פגם מצד זה באפשרות ביצוע המצוה, ושייך במצוה זו חינוך, גם בקטן ביותר. וכן נראה מלשון הר״ן שם שכ׳ דדעת שמאי הזקן: הואיל ואפשר לו לקיים מצוה זו, שייך בו כבר חינוך. והוא כנ״ל, כי מצוה זו אינה דורשת שום פעולה מצד העושה, רק עצם העובדא של המצאותו בסוכה (ברש״ש שם ציין לר״ן כאילו כסיוע לפירוש המהרש״ל, ולא היא, כי משמעות דבריו, כפי שהסברנו).

ה.

בדברים האמורים יתיישבו לנו יפה דברי ה״טורי אבן״ בענין חינוך הקטן לעליה לרגל. ה״טורי אבן״ מוכיח שכל עיכוב במצוה **שמצד קטנותו** באה לו, ועתידה להיות מתוקנת בגדלו, אינה מעכבת במצות החינוך. שהרי בגמרא (דף ד א) מבואר שזקן שצריך משענת בכדי לעלות לרגל פטור מן הראיה. והקשה, שאם כן למה יש חינוך בקטן שיכול לעלות לרגל ע״י שאוחז ביד אביו, והרי זה כמי שאינו יכול לעלות ברגל אלא ע״י משענת, שבגדול מהווה פטור. ותירץ כנ״ל, כיון שהצורך במשענת (היינו לאחוז ביד אביו) עתיד להתקן אצל הקטן כשיגדל, אין זה מהווה עיכוב ופטור ממצות החינוך שבמצוה זו. עכת״ד. ולכאורה תמוה שא״כ גם בפחות מזה, היינו שגם באחיזתו ביד אביו עדיין אינו יכול לעלות, ג״כ יתחייב, שהרי בגדלו יוכל לעלות לבד לגמרי.

אכן, להנ״ל, הדבר מוסבר יפה. כי כשאינו יכול לעלות כלל ברגליו, וגם ע״י אחיזה ביד אביו, כי אז חסר אצלו **עצם המושג** של עליה לרגל, ונמצא שאין כאן קיום **מעשה** המצוה כל עיקר. ע״כ ל״ש בזה מצות חינוך. והרי זה דומה לקטן שאינו יודע להתעטף לחיוב בציצית, וכיו״ב, ולכן כשיכול לעלות ברגליו, יש כאן קיום המצוה. ואעפ״י שגדול בכה״ג פטור, אין זה מפני שאין כאן מעשה המצוה, אלא שהתורה פוטרתו למרות שניתן בידו ביצוע מעשה המצוה. וע״כ קטן, שמכיון שיגדל ואז יקיים המצוה כתיקונה, שייך כבר לגביו גם חינוך למצוה זו. ודו״ק.

ו.

והנה לפי המקורות וביאורם שהבאנו לעיל, יוצא בברור, שהגיע לחינוך שבכל מצוה ומצוה אינו תלוי אלא באפשרות **הביצוע המעשי** של המצוה על תיקונה, מבלי להתחשב כלל עם מדת ההבנה של הקטן למעשה אשר הוא עושה, בתור מצות השם; אולם לפנינו דוגמאות נוספות, לפיהם הגיל של הגיע לחינוך נקבע, כפי הנראה, לפי מדת ההבנה של הילד במעשה אשר הוא עושה, ושעל כן גם הגיל הוא גבוה יותר מכל אלה שהובאו לעיל.

כך מתבאר ממה שאנו שונים במס׳ מגילה (דף יט ב): הכל כשרים לקרות את המגילה, חוץ מחש״ו. ר׳ יהודא מכשיר בקטן. ובגמרא שם לאחר שו״ט בפירוש המשנה אמרו שם: ... ודילמא כולה ר׳ יהודא היא, ותרי גווני קטן, וחסורי מחסרי והכי קתני: הכל כשרים לקרות את המגילה, חוץ מחש״ו. בד״א בקטן שלא הגיע לחינוך, אבל קטן שהגיע לחינוך - אפילו לכתחלה, שר״י מכשיר בקטן. עכ״ל הגמרא. וברש״י שם: בקטן שלא הגיע לחינוך מצוות, כגון **בן תשע ובן עשר**, כדאמרינן ביומא, בפרק בתרא (פב א).

ז.

כיוצא בזה מצינו ברש״י לענין מצות תקיעת שופר. במס׳ ערכין (דף ב ב): ... הכל חייבים בתקיעת שופר. לאתויי מאי? לאתויי קטן שהגיע לחינוך. ופירש רש״י: פלוגתא היא בפ״ב דיומא (דף פב א) חד אמר כבר שית כבר שבע, וחד אמר כבר תשע כבר עשר, שמחנכים אותו לשעות. ע״כ.

www.eretzhemdah.org

מגדיר איפוא רש"י בשני מקומות אלה את דרגת "הגיע לחינוך" עפ"י האמור בענין צום יוהכ"פ. ואעפ"י שלכאורה אין דמיון בין הדברים. שכן שם הדבר תלוי **בבריאות** הקטן ובאפשרות שלא להנזק ע"י הצום, כמבואר שם בסוגיא; ומכל מקום הסתבר, משום מה, לרש"י להשוות לזה מה שנאמר "הגיע לחינוך" לענין מגילה וכן לענין תקיעת שופר, וזה צריך ביאור.

וכדאי לציין שגם התוס' לא העירו כלום על פירש"י בענין קריאת המגילה, וכפי הנראה הסכימו לו. ולא כן בענין תקיעת שופר, ששם חלקו עליו וז"ל שם: ולא נהירא, דהתם חינוך קטן להתענות איירי. אבל בשאר מצוות, כל אחד לפי דרכו. כדאשכחן לעיל גבי לולב סוכה ותפילין (ערכין שם, תוד"ה בהגיע לחינוך). ע"כ. וגם שיטתם צריכה ביאור.

ח.

והנראה בזה, כי באשר לקריאת המגילה, מגוף הסוגיא שם דברי רש"י מוכרחים. שהרי הגמרא מבחינה שם בין "לא הגיע לחינוך" שבזה נאמר במשנה שאינו כשר לקרות, לבין הגיע לחינוך שאז כשר גם הקטן. ואילו היתה הכונה של "הגיע לחינוך" כמו שמצינו בשאר המצוות - בלולב כשיודע לנענע, בציצית כשיודע להתעטף, וכל כיו"ב, כי אז היה לנו לומר שלענין מגילה "הגיע לחינוך" היינו שיודע לקרא המגילה כתיקונה, ומכאן שלא הגיע לחינוך, היינו שאינו יודע לקרא כראוי. אך אם כן, יקשה שזו משנה שאינה צריכה שאם אינו יכול לקרא אינו כשר לקרא, שהרי אין זו קריאה כלל. ומוכרח לומר בכוונת המשנה שפוסלת גם כשיודע לקרא כתיקונה, ומ"מ הוא בגדר לא הגיע לחינוך, ושעל כן אינו כשר לקרא. ומכאן שהגיע לחינוך הוא כשהקטן הוא למעלה מזה. אך אם כן מהו הגיל הזה שעליו נאמר כאן "הגיע לחינוך"? שהרי לא נתפרש כאן כלום. אף נעלם מאתנו לכאורה, **משום מה** באמת שונה הוא הגיע לחינוך האמור בזה, מאשר בשאר המצוות. זהו שהכריח את רש"י לומר שהגמרא הסכימה כאן על הגיל המתקדם יותר של הגיע לחינוך שמצאנוהו במקום אחד ויחידי, והוא בענין תענית יוהכ"פ.

ומה שנקבע כאן גיל יותר מבוגר נראה שהוא מדיוק לשון המשנה - "הכל **כשרים** לקרות המגילה", שלא נאמר הכל **חייבים** וכו' כדמצינו בשאר המקומות בנידון מעין זה, מזה מוכח שאין כאן הדיון על חיובו של הקטן במצוה זו, אלא על **כשרותו**, דהיינו להיות ראוי לקריאה גם **להוציא אחרים** ידי חובתם. וזה עפ"י מה שמצינו במס' ברכות (דף כב) שהקטן מברך **להוציא** את אביו, שאכל שיעור דרבנן - דאתי דרבנן ומפיק דרבנן. וכמו כן בקריאת המגילה שכל חיובה מדרבנן גם בגדול, ומתבאר כאן בסוגיא, שאם כי לענין חיוב חינוך הקטן למצוות "הגיע לחינוך" הוא מאותה שעה שראוי הוא לבצע מעשה המצוה כתיקונו, מכל מקום קטן זה הוא עצמו בגדר "לא הגיע לחינוך" לענין להוציא אחרים, אעפ"י שחיובם גם הוא אינו אלא מדרבנן.

ט.

מכאן מתבקשת מאליה המסקנא שקיימות שתי דרגות בהגיע לחינוך:

א) דרגה נמוכה, וזה בזמן שהקטן יכול לבצע את מעשה המצוה, אבל אינו עוד מסוגל להבין את תוכן המצוה בתור עבודת השם וקיום מצוותו; ב) דרגה מתקדמת, בה הוא כבר מסוגל להבין גם את תוכן המעשה שהוא עושה. וזה כפי שלמדנו רש"י בפירושו המאיר הנ"ל, שזהו כשמתקרב כבר לגיל הגדלות, שכשם שמתפתח מבחינה **גופנית** וראוי להתחנך לתענית, כן **התקדמותו השכלית**, שאז כבר מסוגל הוא גם - בדרך כלל - להבנה שכלית של מעשה המצוה.

י.

ומכאן גם ההבדל לענין להוציא אחרים י"ח. כי זה תלוי במהות מצות החינוך של הקטן, אם היא רק מצות **המחנך**, או שחכמים הטילו גם על **הקטן** עצמו לקיים מצוות, כדי להתחנך עליהם לקראת גדלותו. שאם אין הקטן בגדר מצווה, ולו רק מדרבנן, ודאי שאינו יכול להוציא מי שמחוייב במצוה מדרבנן. ורק אם **הוא עצמו** ייחשב כמחוייב במצוה מדרבנן, הוא ששייך בו גם להוציא אחרים - דאתי דרבנן ומפיק דרבנן.

ויוצא שבשלב הראשון של "הגיע לחינוך", המצוה כולה על המחנך, ואילו על הקטן עצמו עדיין לא יתכן להטיל עליו חיובים, וע"כ אינו יכול להוציא אחרים. אך בשלב השני, שהוא כבר תשע כבר עשר, שהקטן כבר הגיע לדרגת הבנה, ייחשב "הגיע לחינוך" שגם עליו עצמו הטילו חכמים המצוה, ובזה יכול הוא גם להוציא אחרים, כיון שהוא עצמו יקרא בגדר "מצווה ועושה" מדרבנן.

יא.

על כן תובן לנו **שתיקתם** של בעלי התוס' על פירש"י בענין מגילה, כי פירושו מוכרח יוצא מגוף הסוגיא. אכן בענין תקיעת שופר, שגם שם פירש"י כנ"ל שהוא בגיל האמור לענין יוהכ"פ נראה שרש"י דייק שגם שם המדובר על האפשרות להוציא את הגדולים ידי חובתם, והיינו בתקיעות דרבנן. כי י"ל ששיטת רש"י היא כפי שפירש הלח"מ בדעת הרמב"ם (ריש הל' שופר) שהמצוה אינה בתקיעה אלא **בשמיעת** קול השופר. וזו כיון שאינה תלויה במעשה לא שייך לקבוע לה זמן הגיע או לא הגיע לחינוך. שהרי שמיעה יכול התינוק מזמן שמבחין בקולות שונים (ועל פחות מזה, הרי זו משנה שאינה צריכה שלא שייך בו חינוך). ועל כן פירש"י שגם שם המדובר לענין להוציא אחרים ידי חובתם. והיינו כשהקטן עצמו מחוייב במצוה מתורת חינוך. לזאת פירש"י גם בתקיעת שופר בענין יוהכ"פ.

אולם שיטת התוס' יתכן שהיא, שישנה גם מצות תקיעה נוסף על השמיעה, ולזאת שייך מושג הגיע לחינוך בזה כמו בשאר המצוות - משיהא מסוגל הוא עצמו ללמוד תקיעות כתיקונם. על כן נחלקו על רש"י בקביעתו.

יב.

שני שלבים אלה בחינוך למצוות עפ"י תקנת חכמים, מראים לנו תפיסת חז"ל בענין ההשפעה המחנכת של מעשה המצוה על הילד בהתפתחותו והכנתו לקראת קבלת עול מלכות שמים בגדלו.

האחד, הוא החינוך המוקדם בזמן, החינוך של מעשה המצוה, הוא החינוך הבלתי-מודע. וזה מצד ההשפעה שבכוח מעשה המצוה כשלעצמו על עושיה, שיש בה כדי להכניס בעושה רוח קדושה וטהרה. כאמור בגמרא (סוטה דף כא א) מצוה אגוני ומצלי, שמצילתו מידי עבירה באותה שעה.

והשני, הוא החינוך המודע, כשהילד כבר מסוגל להבין במעשהו, שזה מכניס בו, מכוח ההכרה וההבנה, את הנכונות לקיים המצוות, ולשמוח בהגיעו לזמן הזה.

יג.

ונלע״ד, שחז״ל בהתקינם מצות החינוך לקטנים, היתה לנגד עיניהם גישת התורה **הכתובה** בענין חינוך המתבטאת במצות ״**הקהל**״ אחת לשבע שנים, במוצאי שנת השביעית. שם המצוה היא להקהיל האנשים, הנשים והטף. ובסוגית הגמרא (חגיגה דף ג א) שדנה במצוה זו אמרו: - טף למה באים? - ליתן שכר למביאיהן. ומסופר שם עוד בגמרא, שר׳ יהושע כששמע דרשה זו התרגש ממנה ביותר וכינה בשם ״מרגלית טובה״. ותמה שם המהרש״א מה שאלה היא זו - טף למה באים, הרי בכתוב עצמו מבואר הטעם - ״למען ישמעו ולמען ילמדו״ (דברים לא יג). ותירץ, שהגמרא נוקטת שמצות הקהל היא גם בקטנים ביותר, כולל גם הללו שאינם מסוגלים ללמוד.

וכן כתב במנ״ח שמצות ״הקהל״ היא גם בתינוק בן יומו. ולזאת התקשו בגמרא, לאיזו מטרה מביאים את הללו, שאינם מסוגלים כלל לשמוע וללמוד. עכת״ד. אך לכאורה נשאל גם אנחנו, ומאחר שאין הללו מסוגלים ללמוד, למה אם כן יש מתן שכר למביאיהם, ולשם מה בכלל להביאם? אלא שכוונת הדברים שאם אמנם הם אינם מסוגלים לקלוט המראה המרהיב והנשגב הזה, אך המעמד עשוי להשפיע עליהם **שלא מדעת**. ועל כן יש ענין בהבאתם, ויש שכר למביאיהם, כי מעמד זה ודאי ישפיע עליהם שפע קודש, והמביאים יזוכו בזה שהביאו אותם לידי כך.

(ומובן למה התרגש כל כך ר׳ יהושע (בן חנניה) כששמע דרשה זו, שהרי הוא עצמו נאמר בו במס׳ אבות ״אשרי יולדתו״, ומבואר בירושלמי שהיתה אמו מובילה עריסתו ליד בתי המדרש כדי שיקלטו אזניו דברי תורה, והרי התנהגותה זו קיבלה אישור בדרשה זו של הבאת הטף למעמד הקהל, והשכר לאם הנפלאה - אשרי יולדתו).

הנה לפנינו במצוה זו של ״הקהל״ **שני התכנים** של חינוך הטף. האחד הבלתי מודע שגם הטף - התינוקות הקטנים ביותר מסוגלים להיות מושפעים, ומצוה לשתפם במעמד הזה. והשני - המתקדם יותר, שהילד עצמו מסוגל לקלוט וללמוד למרות היותו עוד קטן בכדי להטיל עליו עול מצוות. מתכונת זו היתה איפוא לפני חז״ל בתקנתם מצות החינוך הכללית למצוות, אף היא בשני שלבים - החינוך המודע והחינוך הבלתי מודע, ושניהם כאחד טובים ומכשירים את הילד לתפקיד בהתבגרו והכנסו לכלל ישראל מקיימי מצוות ברצון ובשמחה - ״ממלכת כהנים וגוי קדוש״![6]

סימן עט :

א. נשים בקיום המצוות
ב. מחלוקת הראשונים בפירוש מחלוקת התנאים
ג. הגדרת איסור ״בל תוסיף״ לפי רש״י
ד. המשך ביאור שיטת רש״י ופירוק קושיית הטורי אבן על שיטה זו
ה. קיום מצ״ע שהזמ״ג על ידי נשים לפי פירוש הראב״ד, ותיאום פירש״י עם שיטתו
ו. פסק ההלכה כמי?
ז. אם נשים מברכות על מ״ע שהזמ״ג
ח. דעת רש״י בענין הברכה
ט. פסקי הרמב״ם והשו״ע לענין ברכה
י. סיכום הלכה למעשה

א. נשים במצוות עשה שהזמן גרמא

במס׳ קידושין (דף כ״ט) שנינו: ... וכל מצוות עשה שהזמן גרמא אנשים חייבים ונשים פטורות. ובגמרא שם מבואר המקור לזה מדרשות הכתובים. כן מבואר שם עוד, שיש בזה כמה יוצאים מן הכלל, שלמרות שהן מצ״ע שהזמ״ג, מכל מקום חייבות בהן.

ויש דיון בשתי סוגיות בש״ס, אם נשים רשאיות לקיים מצ״ע אלה שהן פטורות מהן. במס׳ ראש השנה (דף ל״ג, א׳) מדייקת הגמרא במה ששנו שם במשנה ״אין מעכבים את התינוקות מלתקוע״ שמשמע מזה שאילו נשים מעכבים. וזה בניגוד למה שנאמר בברייתא שאין מעכבין בידן. ומבארת הגמרא, ששאלה זו תלויה היא במחלוקת תנאים, שנחלקו בכיוצא בזה בענין סמיכה על הקרבן ע״י הנשים. דעת ר׳ יהודא שנשים אין רשאות לסמוך שנאמר בסמיכה ״בני ישראל״ - ״בני״ ולא ״בנות״. ולדעת ר׳ יוסי ור״ש - נשים סומכות רשות.

תולה הגמרא המחלוקת שבין המשנה לברייתא בענין תקיעת שופר במחלוקת שלענין סמיכה. לדעת ר״י ור״ש נשים תוקעות רשות, ולדעת ר׳ יהודא אין נשים תוקעות.

סוגיא דומה בשאלה מעין זו במס׳ עירובין (דף צ״ו.). השאלה שם היא בענין הנחת תפילין. מובאת שם ברייתא שמיכל בת שאול היתה מנחת תפילין ולא מיחו בה חכמים, ואשת יונה היתה עולה לרגל, ולא מיחו בה חכמים. ומפרשת הגמרא, שלמרות שהללו הן מצ״ע שהזמ״ג, הולכת ברייתא זו בשיטת ר׳ יוסי שנשים סומכות רשות, ע״כ לא מיחו בהן חכמים. ויוצא שלדעת ר׳ יהודא אכן יש למחות בידן מלהניח תפילין.

[6] עו״ר עמוד הימיני סי׳ נד.

משתי סוגיות אלה אנו שומעים שקיום מצות עשה על ידי נשים שהתורה פטרתן מהן, הוא שנוי במחלוקת תנאים. וצריכים אנו לברר אם מחלוקת זו היא רק ביחס למצוות אלו במיוחד, או שזה בכל המצוות שהנשים פטורות. דבר זה תלוי בבירור הנימוקים של הדעה האוסרת, כפי שיבואר להלן בע"ה.

ב. מחלוקת הראשונים בפירוש מחלוקת התנאים

לפי פירוש רש"י (ר"ה שם) ר' יהודא האוסר את הסמיכה בנשים הוא מצד איסור "בל תוסיף". שכיון שהנשים פטורות ממצוה זו, הרי בבואן לקיימן, הרי הן כמוסיפות על מצוות התורה. לפי פירוש זה, אין תקיעת שופר והנחת תפילין אלא דוגמאות, ולדעת ר' יהודא אסורות נשים בקיום שום מצ"ע שהן פטורות ממנה, ואיסור זה הוא איסור תורה.

אולם נחלק עליו הר"י בתוספות (עירובין שם ד"ה מיכל) והוכיח שר' יהודא עצמו מביא (בראש מס' סוכה) את העובדא שהילני המלכה ישבה בסוכה עם שבעת בניה, הרי שגם לדעתו אין איסור לאשה לקיים מצ"ע שהזמ"ג. ופירשו התוס' שם, שלא נאסר על הנשים לקיים מצוות משום "בל תוסיף". ואין אוסר ר' יהודא אלא במצוות אלה שהוזכרה דעתו לאיסור, וזה משום שבהללו יש חשש זלזול ופגיעה באיסור כשתקיימן: בסמיכה על הקרבן- גם שלא נעשית אלא בהיקף יד (היינו לא בכל הכוח, כדין סמיכה) מכל מקום הדבר נראה **כעין** עבודה בקדשים; וכן תפילין יש חשש שלא תזהרנה כדי הצורך בגוף נקי. וכן בעליה לרגל, יש חשש איסור שנראית כמביאה חולין בעזרה או ראיית פנים שלא לצורך בעזרה. (בהגהות מיימוניות לפ"ג מהל' ציצית נותן טעם אחר-תפילין, מצד שער האשה - ערוה, וע"ע בשו"ע סי' ע"ד וסי' ע"ה בהלכות אלו, וצ"ע). ובתוס' שם הביאו הפסיקתא שנאמר שם אשת יונה הושבה, מיכל בת שאול מיחו בה חכמים, והיינו, שלפי דעת ר"י אכן מיחו בהן.

יוצא, לפי פירוש זה, קיום כל מצוות עשה אחרות, שאין בהן חשש של זלזול וגרר איסור, נשים רשאיות לקיימן, והרי הן מקבלות עליהן שכר, ככל מי שאינו מצווה ועושה. ורק במצוות אלה הוא שנחלקו, ודעת ר' יוסי שגם הללו מותרות ולא אסרו עליהם חכמים מחמת חששות אלה.

ג. הגדרת איסור "בל תוסיף" לפי רש"י

המהרש"א (בסוגיא דר"ה) תמה על רש"י שפירש בטעמו של ר' יהודא שאוסר הסמיכה בנשים משום "בל תוסיף", "דלא שייך למימר בל תוסיף אלא בעושה המצוה ומוסיף עליה". נראה ממנו שמפרש כן בדעת התוס' שחולקים על רש"י והעלו שלא מצד בל תוסיף הוא. אולם הפני יהושע תמה על תמיהתו, שהתוס' עצמם למרות שהקשו על רש"י בסוגיא דעירובין מסיקים שם:

> דהא דלא שייך בל תוסיף בנשים, היינו משום דקיי"ל דאין עובר בבל תוסיף אלא בזמנם, ולגבי נשים כשלא בזמנו דמי, ע"ש בדבריהם. א"כ לפ"ז הא משמע לעיל בסו"פ ראוהו בי"ד דהך מילתא דמצוות אינו עובר עליהם אלא בזמנם, אינם אלא דברי רבא דאמר לו לאביי "שאני אומר מצוות אינו עובר עליהם אלא בזמנן". וא"כ לפ"ז אביי דמקשה לעיל אלא מעתה הישן בשמיני ילקה, מוכח להדיא דליה האי סברא. א"כ לאביי וודאי שייך בל תוסיף בנשים. וכיוון דהכא בשמעתא אביי גופא הוא דקאמר הא ר"י, א"כ משמע להדיא דטעמא דמ"ד אין סומכין ודאי משום בל תוסיף הוא.

אך תמיהתו תמוהה. כי נראה שעיקר פשיטותו של המהרש"א שאין בל תוסיף אלא בעושה המצוה ומוסיף עליה הוא **מקושיא** זאת של אביי, שלא הקשה אלא מעתה היושב בסוכה כל ימות השנה ילקה, אלא רק מיושב בסוכה **בשמיני**, והיינו שמוסיף על שבעת הימים, שמקיים המצוה ומוסיף עליה.

ומה שכתבו התוס' שם בטעמא דלא שייך בל תוסיף בנשים מפני שזה כמו שלא בזמנו, הרי כתבו זאת בדעת רש"י, ולחלק בין הא שישבה בסוכה, לבין הנחת תפילין ותק"ש, שבסוכה ישבה שלא בכוונת המצוה, ואילו בתפילין ותק"ש **לשם מצוה** עושה, ע"כ יש בזה משום לא תוסיף, כמסקנת הגמרא שם, דברי רבא, דשלא בזמנו לעבור **בעי כוונה**, וכל זה אמרו שם רק לשיטת רש"י. אבל הם הרי הסיקו שכל זה דוחק, וכתבו שאין בזה משום בל תוסיף, אך לא פירשו למה. ולזאת בא המהרש"א **והשלים** דבריהם, שהגדיר איסור בל תוסיף, עפ"י מה שנראה מהסוגיא דלעיל.

והנראה בדעת רש"י, שסובר שהדבר ק"ו. אם העושה מצוה ומוסיף עליה הוא בבל תוסיף, כל שכן אם בודה מצוה מלבו אשר לא צווה, שיש בזה משום בל תוסיף. אכן כל זה כשעושה זאת לשם מצוה, ועל כן אביי שהקשה על רבא שהוכיח שמצוות אין צריכות כונה, והשווה אביי בקושיתו, שלפ"ז גם בכדי לעבור על המצוה אין צורך בכוונה, ובכל אופן עובר על בל תוסיף, שמשום כך לפי זה גם היושב שמיני בסוכה היה לו ללקות אעפ"י שאינו מכוין לשם מצוה, לא היה יכול להקשות אלא **משמיני**, שזה **נראה** על כל פנים **כתוספת**. מה שאין כן במי שיושב בשאר ימות השנה ושוודאי אין להגדירו כמוסיף על המצוה, כל שאינו מכוין לכך. אך במי שמכוין לשם מצוה, כמו הני נשי בהנחת תפילין או תקיעת שופר, יש שפיר סברא לומר שיש בזה משום בל תוסיף. זוהי שיטת רש"י בדעת ר' יהודא.

יתר על כן, מסתבר, שזוהי הנחה פשוטה שאין עליה חולק; וגם ר' יוסי ור"ש מודים שמי שבודה מלבו מצוה, ורוצה לעבוד את ה' על ידה, הרי זה בבל תוסיף, וכבר האריך בכיוצא בזה בס' הכוזרי (מאמר א', ע"ט) שהסביר בזה את חטא העגל שדימו לעבוד את ה' על פי דמיונם. וכל העושה זאת הוא בגדר ממרה. ולא נחלקו ר' יוסי ור"ש אלא באשה שרצונה לקיים את זה שיש עליו ציווי לעשותו, אלא שזה נאמר **לאנשים**, ולא הוטל על הנשים. בזה הוא שסוברים שלא שייך בל תוסיף; שהרי ממה שנצטוו בני ישראל האנשים על זה, יש לראות שזהו הרצון האלקי, ויש במעשים אלה משום עבודת ה' ראויה, אלא שהנשים נפטרו מזה. ולכן, אם רצונם בכך לקיים למרות שלא נצטוו אין לומר שיש בזה בל תוסיף, אלא גדר שאינו מצווה ועושה. (ולהלן בע"ה יבורר ביתר בהירות דעת רש"י בזה). וכן אין כל הכרח לסברת המהרש"א וחידושו בגדר בל תוסיף גם לדעת התוס'. כי י"ל בדעתם, שלא שייך בל תוסיף בזה לכולי עלמא מטעם

הנ״ל, שאין כאן חידוש של מצוה שלא בא זכרה בתורה, אלא שהנשים באות לקיים המצווה שהגברים נתחייבו בה, בזה לא מסתבר שהתורה תאסור זאת עליהן.

[וכן הדבר יוצא ברור ממה שכ׳ הרשב״א (ר״ה לדף ט״ז) שמה שתקנו חכמים ״יו״ט של ר״ה שחל להיות בשבת, אע״ג דאמרה התורה - תקעו, גזרו שלא לתקוע״, אין בזה משום ״בל תגרע״, כי יש כוח ביד חכמים לתקן בכגון דא משום סייג וגזירה. ובס׳ טורי אבן הקשה עליו ״דמשמע מדבריו דהמבטל איזה מצות עשה עובר בבל תגרע - נמצא לדבריו המבטל איזה מצ״ע מלבד שעובר על עשה עובר נמי בל״ת דבל תגרע, א״כ למ״ד לאו שאין בו מעשה לוקין עליו, המבטל איזה מצ״ע ילקה משום לאו דבל תגרע וכו׳״.

אך התירוץ פשוט, שהרשב״א דן כשחכמים עוקרים המ״ע, שבזה יש לדון מצד בל תגרע, אלא שזה הותר להם, כמו שמסיק. ואילו מי שעובר עבירה עליו לא נאמר לא תגרע אלא כשמקיים המצוה בחלקה, כגון הנותן מתן אחד במקום ד׳ מתנות (ר״ה דף כ״ח:). שהרי אין במעשהו גריעותא במעשה המצוה, אלא אי קיומה גרידא.

ומכל מקום שמענו מהרשב״א שדין בל תגרע לגבי בי״ד הוא לא רק כשגורעים מהמצוה ההיא - ויאמרו, למשל, שאין חייבים בר״ה אלא לתקוע תקיעה אחת, אלא גם כשעוקרים המצוה מכל וכל, כגון הא דר״ה שחל להיות בשבת, שגם על זה יש לדון מצד לא תגרע. א״כ הוא הדין גם בבל תוסיף, שהוא לא רק במי שעושה המצוה ומוסיף עליה, אלא גם במי שמוסיף מצוה על המצוות. וזה שלא כהמהרש״א].

ד. המשך ביאור שיטת רש״י ופירוק קושיית הטורי אבן על שיטה זו

הטורי אבן מקשה על רש״י לפי מה שביארו התוס׳ בעירובין שיטתו כנ״ל, עפ״י מסקנת רבא בר״ה (כ״ח:) דאשה הבאה לקיים מצ״ע שהיא פטורה הימנה הרי זה כמו שלא בזמנו, שאין עובר אלא בכוונה לעבור. שאם כן למה אוסר ר״י לנשים לתקוע, וכן למה יש לדעתו למחות בבאה להניח תפילין, הרי מספיק שתאמר שאין מכוונת להוסיף על המצוות שנצטותה. ולענ״ד אין זו קושיא כל עיקר. כי כפי שכבר נתבאר בל תוסיף פירושו כל שמחדשים לעצמם דרך לעבוד את ה׳ שלא כמצווה. (אלא שלר׳ יהודא זה כולל גם אם **אחרים** נצטוו, כיון שהן עכ״פ לא נצטוו). אם כן הרי לא שייך כלל לשאול שביד האשה שלא לכוין. שהרי ברור שכל כוונתה בעשיית המצוה היא לא לשם פעולת הבל, אלא בכדי **לעבוד את ה׳** על ידי זה, דוגמת מה שאנשים עושים על פי ציווי. **וכוונה זו היא היא האסורה**, לדעת ר׳ יהודא. וכשם שמוסיף על ארבע מינים שבלולב או על ארבעה בתים שבתפילין עובר בבל תוסיף, גם כשמודה שאין זה מכוח מה שכתוב בתורה, אלא מפני שרצונו להוסיף על המצוה, כן האשה שמניחה התפילין בתור **הוספה** על מה שמצווה, יש בזה משום בל תוסיף, כיון שמכוונת לשם עבודת ה׳ ע״ז, ואם לא לשם כוונה זו הרי ודאי שלא יהא לה ענין לעשות זאת. ופשוט.

ה. קיום מצ״ע שהזמ״ג על ידי נשים לפי פירוש הראב״ד, ותיאום פירש״י עם שיטתו

ברייתא זו שנחלקו בה על סמיכה בנשים, מקור המחלוקת על קיום מצוה שהאשה פטורה הימנה, מובאת גם במס׳ חגיגה, ושם המשך דברי ר׳ יוסי כסיוע לדעתו שנשים סומכות, ממעשה שהיה. וזה לשונו שם: א״ר יוסי סח לי אבא אלעזר: פעם אחת היה לנו עגל של זבחי שלמים והביאנוהו לעזרת נשים וסמכו עליו נשים, לא מפני שסמיכה בנשים, אלא כדי לעשות נחת רוח לנשים. ע״כ.

ברייתא זו מובאת שם בקשר לדיון אם מצות סמיכה היא בכל כוחו. ומקשה מכאן ״אי ס״ד בכל כוחו בעינן, משום נחת רוח לנשים עבדינן עבודה בקדשים״? ומסיק שם שבאמת לא עשו הנשים סמיכה ממש כי רק בהקפת היד גרידא, ומכל מקום, לדעת ר׳ יהודא גם זה אסור, כיון שזה נראה מעין עבודה בקדשים.

בהתאם לסוגיא זו נוקטים התוס׳ בפשיטות, שגם ר׳ יוסי אינו מתיר סמיכה ממש לנשים אלא בהיקף יד, וכל הדיון והמחלוקת שביניהם אינו אלא לענין איסור **דרבנן** של מראית עין (תוס׳ שם ד״ה לעשות נח״ר לנשים, עירובין צ״ו ד״ה מיכל וחולין פ״ה ד״ה נשים). והטורי אבן מוסיף להקשות עפ״י סוגיא זו על דעת רש״י שלר׳ יהודא עובר בבל תוסיף, שכיון שאינה עושה אלא בהיקף היד הרי אינה עושה סמיכה כלל, א״כ איך יתכן שתעבור על בל תוסיף. עוד הקשה, איך מוכיחה הגמרא בר״ה שלדעת ר׳ יוסי, כשם שמתיר לסמוך כן מתיר לנשים התקיעה ואינו חושש לבל תוסיף, הרי יתכן לומר שרק בסמיכה נחלק על ר׳ יהודא, לפי שאין האשה עושה סמיכה כהלכה, ולא כן בתקיעת שופר שבאה לתקוע כדרך האנשים, שמא גם לדעתו יש משום בל תוסיף.

ואם כי לפי האמור לעיל נראה שאין זו קושיא גם אם היינו מפרשים הסוגיא כפי שפירשו התוס׳ וכנ״ל, שכל מחלוקתם היא רק בעושה סמיכה בהיקף היד גרידא, כי אף שאין זו סמיכה של האנשים, מכל מקום אם הנשים חושבות שיש בזה עבודת ה׳, בתור שאינה מצווה ועושה, יש בזה משום בל תוסיף. (לפ״ז היה מקום להקשות איפכא - שבזה גם לר׳ יוסי היה לו לאסור, כיון שעושות זאת שלא כמצווה גם לאנשים).

אכן נראים הדברים שרש״י אינו מפרש הסוגיא בחגיגה הנ״ל כהתוס׳ אלא כפירוש הראב״ד המבואר בפירושו לתו״כ בנידון, וזה לשונו שם (ויקרא א׳ פרשתא ב׳, ב׳):

> ור׳ יוסי ור״ש אומרים נשים סומכות רשות. איכא מ״ד, לדעת ר״י ור״ש, אפילו סמיכה גדולה עליו מותרת בנשים, **שכך נתנה בתורה** - לאנשים חובה, ולנשים רשות. **והנשים דומיא דאנשים לכל מ״ע שהזמן גרמא**, אעפ״י שיש בה איסור תורה, כגון ציצית של תכלת לנשים. והא דאמרינן בחגיגה ט״ז דאמרינן אקיפו ידייכו, התם משום שלא היה להן חלק בקרבן וכו׳ ומשום נחת רוח דנשים עשו סמיכה. ע״כ.

(והוכחתו של ר׳ יוסי היא מזה שהתירו להן לסמוך בהיקף היד, שבקרבן שלהן סומכות ממש בכל כוחן כאנשים, שאילולא כן לא היו מתירים להם גם זו, כיון שזה מעין עבודה בקדשים.)

ומסיק שם הראב״ד שמסתבר כפירוש זה ״דסומכות דר׳ יוסי כסומכות דת״ק״.

והנה כבר דייק לנכון המלבי"ם (בפירושו לתו"כ שם) מלשון רש"י (חולין פ"ה.) שאינו מפרש הסוגיא דחגיגה כהתוס'. שכתב שם בדברי ר"י נשים סומכות רשות ו"אע"ג דלא מיחייבא ולא אמרינן עבודה עובדת בקדשים". מלשון זו של רש"י עולה ברור שגם הוא מפרש הסוגיא כהראב"ד, שמחלוקתם היא בנוגע לסמיכה ממש, אלא שמזה תוצאות גם למעין סמיכה בהיקף היד בקרבן השייך לבעליהן.

ומעתה הן קושיות הטורי אבן מסולקות מאליהן. שמחלוקתם הרי היא באשר לסמיכה ממש, ור"י גם סמיכה ממש מתיר בקרבן שלהן. כי כך נתנה תורה לאנשים חובה ולנשים רשות ועל זה הוא שחלק ר' יהודא, וסמיכה ממש אסורה מן התורה משום עבודה בקדשים, וכן - אליבא דרש"י - גם משום בל תוסיף. וע"כ שפיר מוכיחה הגמרא בר"ה שלר' יוסי מותרת התקיעה לנשים כדרך שמותרת הסמיכה, וכן הכלאים בתכלת שבציצית, אעפ"י שאין זו חובה עליהן.

ולפי הבנה זו בדעת ר' יוסי, **שמענו גדולות בדבריו**, שלא זו בלבד שהנשים הן בגדר אינו מצווה ועושה, אלא שהרשות ניתנה להן להכניס עצמן בכלל הציווי, שכשעושות הרי הן מקיימות המצות עשה ממש כמו האנשים. שהרי רק אם נאמר כן מותר להן לקיים המצוה גם כשזה כרוך באיסור תורה כגון סמיכה, שאילולא העשה היה בזה איסור תורה של עבודה בקדשים או כלאים בציצית; שהרי הן מוזהרות על כלאים, ורק מצד שהן מקיימות העשה דציצית, הותר להן מדין עשה דוחה ל"ת, וזאת היא גם שיטת רש"י אליבא דר' יוסי.

ואשר להערתנו שמ"מ סמיכה בהיקף היד היה לאסור מצד בל תוסיף, כיון שזו אינה המצוה כלל. נראה שבאמת נודיע לנשים שאין זו המצוה אלא רק מעין זכר למצוה. ואף הן יכולות להבין זאת מעצמן, כיון שאין עושות כדרך הסמיכה על קרבן שלהן שהוא בעזרת ישראל, ובכל הכוח.

ו. פסק ההלכה כמי?

התוס' מסיקים שלהלכה נוקטים כר' יוסי ונשים רשאיות לקיים מצוות שהזמן גרמא. ואעפ"י שהמשנה נשנתה לפי דעת ר' יהודא, ר' יהודא ור' יוסי הלכה כר' יוסי שנימוקו עמו (ר"ה דף ל"ג. תוד"ה הא ר' יהודא וע"ע רשב"א שם שתמה בזה). התוס' מסתמכים גם על העובדא המובאת בסוגית בעירובין על מיכל בת שאול ואשת יונה שלא מיחו בידן ו"מעשה רב".

ראיה זו תמוהה קצת, שהרי בפסיקתא מובאת נוסחא אחרת, שאכן מיחו בידן. וכן בירושלמי (ברכות פ"ב הל' ג') מחלוקת אמוראים בזה, וציין זאת הראב"ד הנ"ל וכן הריטב"א בעירובין שם. וכן מבואר הדבר בראי"ש לקידושין (פ"א סי' מ"ט) שכ' שם שרק אליבא דר' יוסי הוא שאמרו בברייתא שלא מיחו בה "אבל ר' יהודא פליג עליה ואמר מיחו". וכוונתו ודאי למה שאמרו בפסיקתא. אם כן אין לפנינו הכרעה ממעשה רב, כיון שבזה עצמו גירסאות שונות. אכן בריטב"א שם מבואר שההסתמכות היא על הנוסח שבגמרא דילן "ובש"ס דילן קים להו דהא מתרצא וקושטא הכי אקשו מינה בהדיא".

בס' שאגת אריה (סי' ק"ד) מוכיח שדעת הרי"ף לפסוק כר"י. כי הרי"ף העתיק את המשנה בר"ה שממנה דייקה הגמרא שסתמה כר' יהודה כצורתה, מבלי שהעיר עליה כלום, משמע שנוקט כן להלכה, וכן פוסק הראב"ד בפירושו הנ"ל לתו"כ שהלכה כר' יהודא וכסתם משנה. אולם בדבריו שם מבואר שסובר כהתוס' שלא נחלק ר' יהודא אלא במצוות שיש בהם גרר זלזול או איסור כנ"ל.

גם בדעת הרמב"ם נסתפק בס' הנ"ל, מהי דעתו להלכה במצוות אלה של תקיעת שופר והנחת תפילין, שיש בהן גרר איסור. כי אם אמנם הרמב"ם פוסק בהל' ציצית (פ"ג ה"ט) שאם רצו להתעטף בציצית אין ממחין בידן, והוסיף שם: "וכן שאר מצות עשה שהנשים פטורות מהן, אם רצו לעשותן". אך אפשר לפרש דבריו שכונתו על מצות עשה שאין גרר איסור בעשייתן.

בשו"ע (סי' תקפ"ט ס"ו) פוסק המחבר: אעפ"י שנשים פטורות, יכולות לתקוע. והסכים עמו הרמ"א וכ' שכן המנהג.

אכן לענין ציצית פוסק הרמ"א (סי' י"ז ס"ב) שאעפ"י שמותרות מעיקר הדין "אך מיחזי כיוהרא, ולכן אין להן ללבוש ציצית, הואיל ואינו חובת גברא". היינו שגם לאנשים אין זו מ"ע מוחלטת רק כשלובש בגד שחייב בציצית.

כן פוסק הרמ"א לענין תפילין (סי' ל"ח ס"ג): ... ואם הנשים רוצות להחמיר על עצמן - מוחין בידן. ובמג"א שם ביאר: "מפני שצריכים גוף נקי ונשים אין זריזות להזהר". וזה כמו שכתבו התוס' בנימוק לדעת ר' יהודא האוסר נשים בתפילין. והעיר על הרמ"א בס' שאג"א הנ"ל שדבריו תמוהים קצת. כוונתו ברורה כיון שבגמרא אמרו שזוהי דעת ר' יהודא שאוסר גם בתקיעת שופר, ובזה לא קיי"ל כמותו, א"כ למה פסק כמותו בתפילין להחמיר.

ונראה בדעת הרמ"א שיש מקום למעשה לחלק בין מצוות אלה. כי היסוד לאסור תקיעת שופר הוא מצד שחכמים אסרו תקיעת שופר שלא לצורך היום והחשיבוה כמלאכה. אך מאחר שלדעת ר' יוסי שהלכה כמותו, כל כה"ג שעושה זאת למצוה לא גזרו, ממילא אין כאן איסור, ולא שייך על זה חומרא. מה שאין כן לענין תפילין, שהדיון הוא מצד החשש שאין זריזות להזהר בגוף נקי, שאם אכן כך הוא הרי שלא זו בלבד שלא קיימה מצות תפילין אלא שעברה באיסור. וחשש זה חשש סביר הוא, שהרי עובדא שאין עליה חולק (גם הני תנאי שנתבארה דעתם בעירובין שם שתפילין הם מצ"ע שאין הזמ"ג) שנשים לא הניחו תפילין; ורק מקרה בודד הוא במיכל בת שאול, שצויין בברייתא. והוא ע"כ מצד החשש הנ"ל. ע"כ מכריע בזה הרמ"א שיש למחות אם "באות להחמיר על עצמן" כי כאמור החומרא הזאת אינה חומרא אלא קולא היא. כי יש בזה חשש סביר למכשול.

ז. אם נשים מברכות על מ"ע שהזמ"ג

התוס' בר"ה ועירובין דנים באריכות אם אשה המקיימת מצוה שהיא פטורה ממנה יכולה לברך על עשייתה. מקום הספק הוא משתי בחינות: א' שזוהי ברכה שאינה צריכה, שיש לדון בה מצד "לא תשא"; ב' שנוסח הברכה הוא

"וציונו" והרי היא לא נצטותה. אשר לברכה שאינה צריכה מכריעים התוס' בפשיטות שכל שאינו מוציא שם שמים לבטלה, אין איסורו מן התורה. וכיון שהלכה כר' יוסי להתיר לאשה לקיים המצוה, שוב אין בו גם איסור זה, אולם הפקפוק הוא מצד ה"וציונו".

דעת ר"ת להתיר לה גם לברך. ומביא אסמכתא לזה ממיכל בת שאול "שהיתה גם מברכת" (תוס' בר"ה). פשיטות זו תמוהה, מנין להם זאת. בעירובין בתוס' הנוסח קצת אחר - "כמו מיכל בת שאול שהיתה **מסתמא** גם מברכת". לפי זה נראה שהדיוק הוא ממה שלא אמרו שלא היתה מברכת, משמע שהיתה מקיימת המצוה כדרך **האנשים**, דהיינו גם בברכה.

אולם בראי"ש למס' קידושין (פ"א סי' מ"ט) מובאים דברי ר"ת בנוסח אחר לגמרי וז"ל שם: ... דמיכל בת שאול היתה מנחת תפילין ולא מיחו בה חכמים, לר' יוסי דאמר נשים סומכות רשות. אבל ר' יהודא פליג עליה התם ואמר - מיחו. ומסתבר למימר דמה דמיחו, מפני שהיתה מברכת, שמע מינה דלר' יוסי שרי לברוכי. ע"כ.

ובקרבן נתנאל שם (אות ט') מבאר כוונתו: דאי לאו הכי, אמאי מיחו? - בשלמא סמיכה, קא משתמשת בקדשים, משום הכי אוסר ר' יהודא.

לפי זה מתברר שר"ת **מפרש כי כל עיקר המחלוקת** שבין ר' יהודא לר' יוסי לענין הנחת תפילין הוא לא בגלל החשש של גוף נקי (או בגלל שער באשה ערוה, כהגה"מ) אלא רק בגלל הברכה. וסובר שלענין עיקר הקיום של המצוה אין מקום למחלוקת, והרי היא מותרת לדעת הכל. אך לפי"ז יש להבין, איך זאת מקשרת הגמרא עם מחלוקתם בענין הסמיכה. שהרי יתכן שגם הסובר שסמיכה מותרת, אין לה לברך "וציונו", וכנ"ל.

ונראה מזה מוכרח, **שגם ר"ת מפרש המחלוקת בסמיכה כמו הראב"ד**, שלדעת ר' יוסי מותרת לנשים הסמיכה גם בכל הכוח בקרבן שלהן, כמו האנשים. והיינו, שכך היא ההלכה לדעה זו, **שיכולה אשה להכניס עצמה בכלל המצוה ממש**, ולא אמרה תורה אלא שפטורה, אבל רשאית להכניס עצמה מרצון בכלל המצווים. שמשום כך, לדעה זו, אין גם אצל האשה משום עבודה בקדשים בזה. וכן הותר לה כלאים בציצית. ומטעם זה יכולה גם לומר "וציונו", שמשמכניסה עצמה הרי גם היא בכלל המצווים. וכן משמע הדבר בדברי הראב"ד עצמם שם. שמסיק להלכה כר' יהודא וכ' בזה: ... הלכך, לא מיבעיא תכלת בציצית דלא שרינן להו, דאיסורא דאורייתא, אלא אפילו **ברכת** הלולב לא שרינן. ע"כ. הרי שמקשר שאלת הברכה להיתר ודחיית הל"ת, הקשור בקיום המצוה, וששיטת ר"ת היא כשיטת הראב"ד בביאור המחלוקת לענין סמיכה (אלא שאינו סבור כמותו לפסק הלכה, שר"ת גם פוסק להלכה דר' יוסי) יש לראות גם מדין כלאים בציצית. וכשם שלראב"ד נשים מותרות בכלאים בציצית, לדעת ר' יוסי, כן היא כנראה דעת ר"ת, שהביא הרא"ש ברישׁ הל' ציצית וז"ל:

> ... והלכך נראה דכלאים בציצית שרי בטלית של איש, בין לאיש בין לאשה, בין ביום בין בלילה.

והרי כל היתר של כלאים בציצית הוא מדין עשה דוחה ל"ת. א"כ מוכרח שהוא כסברת הראב"ד שלר' יוסי מכניסה **אשה עצמה בכלל החיוב**, ונחשבת מקיימת המצ"ע כמו האנשים.

(אכן צריך ביאור מה שר"ת התנה זאת "בטלית של איש". וכן הוא מתיר כמו כן כסות זו גם בלילה. ובראב"ד כ' בסתמא שהותרה תכלת בציצית אצל הנשים. ונראה בטעמו של ר"ת, שאין מצות ציצית דומה למצות סמיכה. שחובת הציצית תלויה היא גם **בטלית** ולא רק בגברא. ועל כן אם אמנם יכולה האשה על-ידי שמחייבת עצמה להכלל בכלל ישראל המצווים, אין זה אלא לגבי עצמה, אבל הבגד כשלעצמו, אם הוא בגד של אשה, שלא חל בו חיוב ציצית, אינה יכולה להפוך אותו לבגד שיש בו חיוב. וע"כ רק בבגד של **איש**, שיש בו חובת ציצית, הוא שגם אשה הלובשת **אותו**, בתור קיום מצות ציצית, הוא שאמר בו שיכולה גם ללובשו כשהוא כלאים בציצית.

וכן צריך לומר לפי זה, שהוא הדין והוא הטעם כשלובשים כסות יום בלילה, שאמנם תורה פטרתו מציצית בלילה, אבל כשלובשים אותו בלילה מקיימים בו המצוה. כדרך הנשים הלובשות בגד של איש. ועדיין צ"ע. כמו כן לא ברור אם גם דעת הראב"ד מסכימה לזה.)

וראיתי שכבר הרגיש בזה בס' יום תרועה שכ' בסוגיא זו:

> ... אמנם לדעת ר"ת דמברכות הוא הדין דתלבוש ציצית בכלאים. וכן מתבאר בדברי ר"ת ז"ל שהביא הרא"ש ברישׁ הל' ציצית וכו'.

וכן העלה בקוצר אמרים ב"קובץ שיעורים" סוף חיד' קידושין.

ח. דעת רש"י בענין הברכה

בהגהות מיימוניות (פ"ג מהל' ציצית אות מ') כ' שרש"י היה אוסר לנשים לברך על מצ"ע שאינן מצוות בהן, ולא ביאר מקור הדברים ברש"י. ונראה שהמקור מתבאר בהגהות אשר"י בראי"ש (פ"ג מסוכה לסי' מ"ג).שם מובא מה שרש"י פירש בדיוק הגמרא על מה שנאמר במשנה (סוכה דף מ"ב.) מקבלת אשה מיד בנה ומיד בעלה ומחזרת למים בשבת. ופריך בגמרא: פשיטא? ומתרץ - מהו דתימא הואיל ואשה לאו בת חיובא היא אימא לא. קמ"ל... ופירש"י דהוה אמינא שיש לגבה איסור טלטול קמ"ל - כיון שראוי לאיש תורת כלי עליו ומותר בטלטול לכולם. וכ' ע"ז בהגהות הנ"ל: מכאן יש ללמוד דאסור לנשים לברך על כל מצ"ע שהזמ"ג. דאי יכולות לברך, מאי אירא דראוי לאנשים, תיפוק ליה דראוי לה עצמה ליטול ולברך. אבל ר"ת מתיר להן לברך, ומפרש כאן בענין אחר. ע"כ.

הרי שמוכיח ממה שפירש"י הס"ד שבגמרא שיהא אסור לה הלולב בטלטול, שאשה אסור לה לברך. אך הדברים עדיין צריכים ביאור. שנראה שזה פשוט הוא שמותר לה לקיים מצות נטילת לולב, ומכל מקום מצד זה עדיין לא היינו מתירים לה הטלטול, רק אם גם הברכה יכולה לעשות, מזה הוא שניתן לדייק שאין הלולב בגדר מצוה כלפיה. וצריך ביאור למה הדבר תלוי בברכה, ולא בעצם הנטילה.

ונראה שבעל הגהות אשר"י נוקט כדעת רוב הראשונים שהובאו לעיל שאין מחלוקת תנאים אלא במצ"ע שיש בהם חשש וגרר של איסור, שעל כן נטילת לולב ודאי מותרת היא לנשים לדברי הכל; ומוכרח לפרש הס"ד שבגמרא רק מבחינת **הברכה**. וזה עפ"י שיטת הראב"ד, שכפי שנתברר היא גם שיטת רש"י ור"ת, שנחלקו לענין הברכה. והיינו אם יכולות להכניס עצמן בכלל בני ישראל המצווים. ובזה יובן הס"ד שבגמרא זו. שאילו היה מותר לנשים לברך, כי אז פשוט היה שהלולב מותר בטלטול שהרי מוכן הוא לברך עליו, ועל כן כשם שמוכן לאנשים, כן הוא מוכן לנשים. אלא שהגמרא נוקטת שאסור **לנשים** לברך, והלולב מוכן ועומד רק להללו שנוטלים אותו בברכה, **מן הסתם**, כל עוד שלא הוכן במפורש גם לנשים. ע"כ היה ס"ד שהנשים אסורות בו גם בטלטול.

ומכאן ההוכחה שדעת רש"י לאסור לנשים לברך, כסתם המשנה. וכן מציין הראב"ד משנה זו גם כן, כהוכחה נוספת שסתם משנה כר' יהודא.

ההג"מ מסיימים, כאמור, שר"ת מפרש בענין אחר, וסתם ולא פירש כיצד מפרשו. ואולי יפרש שהמשנה באה להשמיענו שגם **אליבא** דר"י, למרות שסובר שאסור לברך, מכל מקום מודה שאין תורת מוקצה על הלולב גם לנשים. **ונפקא** מינה לדבר המוכן במפורש רק לאנשים, שמ"מ נחשב מוכן לכל, אולם בגוף המחלוקת לא הכריעה המשנה. (וכיוצא בזה מפרש הרשב"א לדעה זו מה שנוקטים כר' יוסי, למרות סתם המשנה בר"ה, עי"ש.)

ט. פסקי הרמב"ם והשו"ע לענין ברכה

הרמב"ם גם הוא בדעה שנשים אין מברכות. זה לשונו בנידון (פ"ג מהל' ציצית הל' ט'):

> נשים ועבדים שרצו להתעטף בציצית מתעטפים בלי ברכה. וכן שאר מצ"ע שהנשים פטורות מהן, אם רצו לעשות אותן **בלי** ברכה, אין ממחים בידם.

דוק מינה שאילו אם רוצות לברך ממחין בידן. וכן נוקט גם המחבר בשו"ע (סי' תקפ"ט):

> אעפ"י שנשים פטורות, יכולות לתקוע - אבל אין מברכות ולא יברכו להן.

אכן הרמ"א מכריע בניגוד לזה וכ':

> והמנהג שהנשים **מברכות** על מצ"ע שהזמ"ג. על כן גם כאן מברכות לעצמן.

נוקט המחבר כדעת הרמב"ם ואידך ראשונים האוסרים לנשים לברך, ואילו הרמ"א מביא מנהג בני אשכנז שנהגו לברך, וזה כשיטת ר"ת.

הראב"ד משיג על הרמב"ם, וזה לשונו:

> ... דווקא בציצית שאין בה כלאים. ויש מי שחולק ואומר - אף בברכה. ואומר שגם הברכה רשות וכו'.

ממה שמצא לנכון להביא דעת המתיר לברך, נראה **שחזר בו** ממה שהכריע בפירושו על התו"כ שאין הלכה כר' יוסי, ונשים אין מברכות. וסובר כאן שגם אם מברכות אין ממחין בידן, שיש להן על מי שיסמוכו. אכן לענין כלאים בציצית סתם בראש דבריו, "דווקא בציצית שאין בה כלאים". כנראה מפני שבזה הדבר נוגע לאיסור תורה. ע"כ ודאי שיש לנקוט לחומרא. (בכסף משנה שם על מה שכ' הראב"ד בענין כלאים בציצית העיר: פשוט הוא ולא **הוצרך** רבינו לכתבו. וזה נכון אמנם ברמב"ם לשיטתו, אולם הראב"ד הוצרך ודאי לכתבו, שהרי לפי מה שפירש המחלוקת, לדעת ר' יוסי, כשם שנשים מברכות, כן הותר להן גם תכלת בציצית. ולזאת הוצרך להשמיענו שאף אם אין למחות אם באות לברך, מכל מקום לענין כלאים ודאי שיש לנקוט לחומרא ונמחה בידן.)

י. סיכום הלכה למעשה

אין נשים מתעטפות בציצית ולא מניחות תפילין. אולם שאר מצוות עשה שהזמן גרמא (ונוהגות בזמן הזה) לנשים מותר לקיימן. ויש להן שכר כמי שאינו מצווה ועושה, ואולי אף למעלה מזה (לדעת ר"ת).

לענין ברכה יש פנים לכאן ולכאן, ובנות אשכנז נוהגות לברך. ונראה הדבר שגם בני עדות אחרות שרצונן לברך אין ממחין בידן, כי יש להן על מי שיסמוכו.

סימן פ: בענין ברכת חתנים ושיתוף אשה בהן

גרסינן במס' כתובות (דף ז', א' וב') ברכת חתנים בעשרה, ומוכיח זאת מן הכתובים. וברכת חתנים היינו שבע ברכות שמברכים בשעת נישואין.

ויש לעיין מי הוא המחוייב בברכה זו, האם החתן עצמו, או המצורפים למנין עשרה, או שמא כולם כאחד, אלא שאחד מברך ומוציא את כולם.

ואין להוכיח מלשון הברכות, שאחת מהן - שמח תשמח רעים האהובים מתייחסת לזוג הנישאים, שלא מסתבר שהחתן יברך את עצמו (עי' בזה בשד"ח שנגע בזה), שכן שאר הברכות שייכות גם לחתן שהן ברכות הודאה ואף זו מתפרשת במובן של תפילה, שהרי גם אחרים אין בכוחם לברך אלא במובן של תפילה להקב"ה שיברך את החתן והכלה, וא"כ זה יכול להתייחס גם לחתן עצמו.

וממה ששנינו (מס' כלה) כלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה, נראה שאכן גם החתן הוא החייב בברכה זו. כי קשה לומר שמה שאחרים מברכים את החתן והכלה יהווה גורם היתר או איסור.

ואעפ"י שהכתוב המובא שם כאסמכתא הוא ממש"נ ויברכו את רבקה, שזה מתייחס לברכת אירוסין כדכתבו התוס' (שם ד"ה שנאמר), אך ברור שעיקר ההלכה, על האיסור לבעל היא באשר לברכת חתנים של שבע הברכות,

כדכתבו התוס׳ שם בדעת ר׳ יהודא האומר שביהודא מברכים אותה גם בשעת אירוסין, והיינו שבע הברכות, וכתבו התוס׳ שהוא מצד מאמר זה שבמס׳ כלה (תוד״ה כ״א). וכן נ׳ לשון הרמב״ם (פ״י מאישות ה״ו) המארס את האשה יברך ברכת חתנים וכו׳. אכן נ׳ שגם המשתתפים במעמד החופה גם הם בחיוב ברכה זו אלא שהאחד מברך בשביל כולם, אם זה החתן עצמו ואם זה אחד מן המנין. וזה מוכח ג״כ מלשון הרמב״ם שם (הל׳ ג׳): וצריך לברך ברכת חתנים בבית החתן. ולא פירש מי הוא המברך, משמע שאין בזה הבדל. וכן נראה מהרמב״ם בה׳ ברכות (פ״ב ה״ט) בבית חתנים מברכים ברכת חתנים וכו׳, וזה מתייחס לכל המשתתפים, כפי שהוסיף שם: ואין מברכין ברכה זו לא עבדים ולא קטנים, הרי שהמדובר על המשתתפים בסעודה.

והנה שם עוד (הל׳ י׳) - אם היו האוכלין אחרים שלא שמעו ברכת נישואין בשעת נישואין מברכים בשבילם אחרים ברכת המזון שבע ברכות כדרך שמברכין בשעת נישואין.

שיטה זו של הרמב״ם מבארת האמור בגמרא שם בנידון אם היו שם ״פנים חדשות״ מברכים כל ז׳, לא במובן של אורחים שמרבים לכבודם בסעודה, אלא הכוונה לאלה שלא שמעו הברכות בשעת נישואין. וממה שתולה זאת בשמיעת הברכות ואי-שמיעתן משמע שאין הכוונה במה שאמר ״מברכים בשבילם״ במובן של **בגללם**, כלומר מפני שהם גורמים שמחה בהשתתפותם, שאם כך, לא היה צריך לתלות זאת במה ששמעו הברכות, אלא שסובר שהחיוב הוא על הנוכחים כשלעצמם להשתתף בברכות, הן אלה שנכחו במעמד הנישואין והן אלה שמשתתפים בשמחת החתן בסעודות שבעת ימי המשתה. הכוונה באמרו ״בשבילם״ היא איפוא בשל חיובם הם.

ולכאורה יש לעיין חובה זו מניין היא לו? - הן יש לומר שחובה זו של נוכחות עשרה אנשים בדוקא היא לצורך אמירת הברכות בגלל משתה הנישואין אבל אינה חובתם הם, כדרך שמצינו לענין דברים שבקדושה שנ׳ בהם ונקדשתי בתוך בני ישראל, שמתוך כך אין אומרים אותם אלא בעשרה.

ונראה שהלימוד הוא ממה שלמדו הלכה זו ממש״נ במקהלות ברכו אלקים ה׳ ממקור ישראל (גמרא שם לחד לישנא) שמתפרש על עסקי מקור. וכשם שלמדים מזה שהוא בעשרה ממש״נ ״במקהלות״ (ועי׳ תוס׳ שם), כן למדים שהמשתתפים במקהלה זו, כלומר מנין האנשים, עליהם **החובה** לברך. ואעפ״י שיש שם גם לדעה אחרת מקור אחר לחייב עשרה בדוקא, י״ל דמ״מ מוכח כזאת מהדרשא של במקהלות, שהרי לא נחלקו בזה.

ובזה יתבאר לנו האמור בכסף משנה שם (להל׳ ט׳ הנ״ל) בביאור מה שפוסק הרמב״ם שאין מברכין ברכה זו לא עבדים, ולא קטנים, וכ׳ הכ״מ המקור לזה (הדברים שם בסוגריים, אולם ברור שזהו לשון הכ״מ כפי שכתבו באחת המהדורות): נראה פשוט דהא אפילו צרופי לא מצרפינן עבד וקטן בדבר הצריך עשרה כדאיתא בברכות, כש״כ שהם לא יברכו. ולכאורה אינו מובן מהו ״כש״כ״ הזה. הרי כזאת מצינו שאין מצרפים אשה לקריאת התורה, מטעם זה שאין אומרים דבר שבקדושה אלא בעשרה, ומ״מ היה בדין שיהא מותר לה לקרא בתורה, אם לא מצד כבוד הציבור (סי׳ רפ״ב).

אכן לפי האמור הדברים מובנים, כי כאן הברכות נאמרות כדי להוציא את המשתתפים, את כל אלה שהם בכלל ״מקהלות״ שעליהם חל החיוב של ״ברכו את ה׳״, וכיון שמצד הדין המהוים את המקהלה כלומר מנין האנשים הם רק גדולים ובני חורין, ואין העבד והקטן משתתפים ב״מקהלה״, לא עליהם חובת הברכה, אלא על הגברים. וע״כ אין הם גם יכולים להוציאם ידי חובתם. וע״כ אינו דומה לקריאה התורה שהזכרנו, כי שם הקריאה אינה להוציאם ידי חובה, רק להתיר לאשה לקרא בתורה בברכותי׳, ע״כ היה שפיר מקום להתיר לה כל עוד שיש כאן י׳ אנשים שהוא תנאי להיתר אמירת כל דבר שבקדושה.

וממוצא דבר אנו למדים שבנידון של שבע ברכות אין מקום שאשה תאמרם, שהרי אין אשה מצטרפת למנין המקהלה, א״כ אין עליה חובת הברכות וממילא אינה יכולה גם לפטור אחרים באמירתם את הברכות הללו שאין הם עליה חובה.

אלא שעדיין יש לשאול, אם כן הדבר למה השמיט הרמב״ם מלהזכיר בפירוש שאין מברכין נשים ברכה זו כדרך שהזכיר העבדים והקטנים.

אך נראה שהדבר פשוט, כי יש להבין עוד תוכן חובה זו של ברכת חתנים שמוטלת על המשתתפים בשמחת החתן, כי לכאורה זה שייך לחתן עצמו, ואילו הציבור אינו אלא בחינת נוכח בשמחתו וברכותיו. ונראה שתוכן הברכות הוא מגדר לשמח את החתן. כשם שיש מצוה לשמחו בריקוד ובשירה לפניו וכיו״ב, כמבואר בכתובות (דף י״ז.) כן גם הברכות שמברכים אותו בהזדמנות זו הוא פעולה במסגרת השמחה שמשמחים אותו, וזהו שאמר הכתוב ״במקהלות ברכו אלקים״. ומצוה זו לשמח החתן אינה מוטלת על הנשים, שאין זו דרך צניעות לצאת לפני החתן לשמחו בריקוד ובשירה, ממילא אין גם חובת הברכות, שהיא כאמור חלק ממעשה השמחה המוטלת על הנשים.

שמא תאמר, אמנם אין מצוה על אשה לשמח החתן מכל מקום יהא עליה מצוה לשמח הכלה, על זה אענה, כי אין כלל מצוה על אחרים לשמח את הכלה ישירות. וכל המצוה אינה אלא לשמח החתן. אלא שע״י שמחת החתן משתמחת גם הכלה, ושמחת הכלה מוטלת על החתן כמ״ש אשה בעלה משמחה (ר״ה דף ו:) וכמצוה שהטילה עליו התורה ככתוב ושמח את אשתו אשר לקח.

כי זה שאמרו שם כיצד מרקדין לפני הכלה וכו׳ הרי הוא מצד שע״י שמשבחין אותה נמצא החתן נהנה ושמח, וכמו שאמרו שם על נוסח הנאמר בפניה: מי שלקח מקח - ישבחנו בעיניו וכו׳. ומעתה מובן שאין מקום גם לחייב נשים לשמח הכלה, כיון שאין כלל חובה על אחרים לשמח הכלה.

ומעתה מובן מה שלא הוצרך הרמב״ם להזכיר כלל שאין אשה מברכת ברכה זו, כיון שברכות אלה הן במסגרת שמחת חתן, שאין על אשה חובה זו כלל ועיקר, מובן שגם ברכה זו אינה מברכת, וכל עיקר לא הוצרך אלא להשמיענו שגם עבדים וקטנים שאין כאן שום פגיעה בדרכי הצניעות שישתתפו גם הם בשמחת החתן, והו״א שמשום כך יוכלו גם

הם לברך, והשמיענו שמכל מקום אין הדבר כן. וזה משום שאינם מהוים ה״מקהלות״ ולא להם גם ברכות אלו לברכם בשביל הללו החייבים.

ואף שדברי הרמב״ם נאמרו לענין ברכת אשר ברא שאין בהם צורך של ״מקהלות״, נ׳ שכל שבע הברכות דינם אחד, והכל מהחיוב של שמחת החתן והנלוים אליו, ע״כ ממש״נ ״במקהלות״ ילפינן גם לברכה זו.

אבל אין לומר בטעמה של הלכה זו מפני שברכות אלה הן חלק מברכת הזימון שאין מזמנים על נשים עבדים וקטנים (ברכות מ״ה) דא״כ מאי האי שהזכיר הרמב״ם רק עבדים וקטנים ולא הזכיר נשים, אלא ודאי דברכות אלו, אם אמנם נאמרות גם בסעודה במשתה הנישואין, אך הן עיקר החיוב לאמרם הוא בזמן הנישואין, ואין דין אמירתם בסעודה אלא מפני שזה מהוה המשך השמחה שהתחילה בעצם הנישואין, א״כ אינם מהוים חלק מברכת הזימון והמזון. ע״כ שפיר כ׳ הכ״מ שהוא מצד דין ״מקהלות״ ולא מצד השתייכותם לברכת הזימון.

סימן פא : בענין אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא א.

הגאון ר׳ שלמה איגר (תשו׳ רע״א סי׳ רכ״א ס״ו) דן בשאלה אם קנין שתקנו חכמים (שהוא מכוח הפקר בי״ד הפקר שנלמד מן הכתובים, גיטין ל״ו ב׳, שיש להם כוח בעניני ממון) מהני גם לדאורייתא בעניני איסור, וציין שלכאורה נחלקו בזה. התוס׳ בגיטין בדף ס״ד : (תוד״ה שאני) נראה דסוברים שרק לדבריהם דרבנן מועיל קנין דרבנן, ואילו לדאורייתא לא מהני, כי מן התורה עדיין אין בזה משום קנין. ואילו מהתוס׳ דף י״ג (ד״ה תנו) נראה דס״ל דמהנו גם לדאורייתא, שכתבו שם ״למאן דמוקי לה בבריא ובמעמד שלשתם, א״צ לומר דלדידי׳ רישא נמי אמרי במעמד שלשתם, ומיירי שהגט כבר בעין, דאם אינו בעין, אפי׳ בממון ל״ש מעמד שלשתם בשטר אלא בממון, דאין נראה שיחלקו אמוראים בכך וכו׳״.

ואילו היו סוברים שקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, מה ראיה היתה יכולה להיות מזה שאינה מתגרשת בגט ע״י מעמד שלושתם ״דלא תקון מעמ״ש בשטר אלא בממון״, הרי גם **אילו היתה** כן התקנה גם בשטרות, מכל מקום אינה יכולה להתגרש בגט זה, שלא קנאתו מן התורה אלא מדרבנן. ומוכח דס״ל דקנין דרבנן מהני לדאורייתא. ע״כ שפיר מוכח שלא תקנו מעמ״ש בשטרות, משום הכי אינה מגורשת.

ב.

והעלה הגרש״א שם לחדש שאין סתירה בין שני דיבורי התוס׳ הללו, עפי״מ שרוצה לומר דלא נאמר אלא הפקר בי״ד **הפקר**, היינו שניתנה להם רשות **להפקיע** בעלות אדם מממונו ובענין זה מהני גם לדאורייתא. אך לא ניתן להם הכוח גם לזכות למי שמזכים אותו ע״י קנין זה, שיהא זה שלו מן התורה. (והסכים עמו הגרע״א שם בתשו׳ רכ״ב, אלא שתולה זאת בלשונות שבגמרא לגבי המקור מן הכתובים, שאם למדום מן הכתוב ״אלה הנחלות״, כי אז נראה שיש להם גם **לזכות** ולהנחיל למי שירצו. ואילו אם הלימוד הוא מן הכתוב ״כל אשר לא יבא וכו׳ יחרם כל רכושו״, אין לנו מקור אלא להפקעת הממון מרשותו, אבל לא סגי בהכי כדי שייהפך ממונו של זה שהקנו לו זאת.)

ועפי״ז מיישב הסתירה שבין שני דיבורי תוס׳. כי בדף ס״ד המדובר הוא על קנין שתקנו חכמים לקטן, שלגבי זה באמת אין להם כח מן התורה וע״כ לדבריהם דאורייתא ל״מ תקנתם, ואילו התוס׳ בדף י״ג הנ״ל יש לפרש כוונתם, לא באשר לגט אשה, אלא באשר לגט חירות של עבד, שגם ע״ז מדובר שם במשנה. ובזה שפיר מהני קניינם לכל הפחות לישו׳ על העבד תורת הפקר, כדין מפקיר עבדו, ובזה י״ל שמאחר שהנותן מת אח״כ, הוי העבד משוחרר כדין מפקיר עבדו, שאמנם לא נקטינן כשמואל דס״ל יצא לחירות, אלא שעדיין נשאר בו קנין איסור. אך קנין איסור זה פוקע עם מיתת האדון, בדומה לאשה שמת בעלה, שקנין האישות פקע ממנה ע״ז. כמבואר בענין בפ׳ השולח. עכת״ד.

ג.

ולענ״ד לא סגי בזה, דלשון התוס׳ ״איירי שהאשה רוצה בכך וכו׳״ מוכיח בעליל שכוונתם לענין גט האשה ולא רק בשטר שחרור.

אך יותר מזה נראה שגם עצם היסוד אינו מספיק. דהנה יש צורך להסביר החילוק, דלכאורה אינו מובן, מה מקום להבדיל בין הפקעה לבין הקנאה לאחר. הרי גם הפקעת ממון שהיא במקרה של קנין, על כרחך, הפקר הוא רק לגבי **אדם זה** ולא כלפי אחרים, שאין לאחרים רשות לזכות בממון זה. והפקר כעין זה לא מצינו, דבעינן הפקר לכל. וא״כ על כרחך שזהו חידוש וחריגה מעיקר הדין של הפקר. ואם יכולים **לשנות** את דין התורה, א״כ משו״מ לא יהא כח בידם גם להקנות לאחר, לפי תקנתם.

והסבר החילוק הנ״ל בין הפקר לבין הקנאה צריך לומר, שבעצם גם **להפקיר** ממש אין בידם. כי גם בעניני ממון אין להם כוח לשנות ממה שקבעה תורה. אלא שתוכן הדברים הוא שכוח ביה״ד שיש להם זכות, **שרצונם** הם ייחשב **כרצון הבעלים**, דבטלה תורה דעת ורצון הבעלים לדעת ורצון ביה״ד, והוי כאילו הבעלים הם שגילו, שרצונם הוא שזה יעבור לרשות האחר. והיינו שע״י תקנת חכמים **מסתלק איסור גזל** ע״י קנין זה. אך אין זה הופך עדיין להיות שלו, אלא א״כ יעשה בו קנין שמהני מן התורה, ונמצא שאין זה ממש הפקר, אלא תורת הפקר ע״ז.

ולעולם כל עוד לא יעשה הלה קנין מועיל מן התורה, אמנם רשאי הוא להשתמש בזה גם אם הבעלים הראשונים חוזרים בהם מקנין, דרצון ביה״ד הוא הקובע, והרי זה כאילו הבעלים מרוצים, אך שלו אין זה עדיין, כל עוד לא יעשה קנין מן התורה, כך נראה הסבר הדברים (אם המקור הוא מן הכתוב ״יחרם״ וכנ״ל).

ומעתה גם אם נפרש דברי התוס׳ דף י״ג לענין גט שחרור, גם כן אכתי לא יושב עפי״ד הגרש״א **דמן התורה** אין גם תורת הפקר ממש על העבד, בכדי שנאמר שלא נשאר בו אלא צד האיסור, ואילו הצד הממוני באמת נפקע וזכה בעצמו

הצד הממוני, כי כלפי דין תורה אינו הפקר כלל, והוי רק כאילו אמר לו האדון ״זיל״ שזה לא מהני אפילו בעבד עברי שגופו קנוי.

(ולעיקר שיטת התוס׳ בענין קנין דרבנן יש להעיר עוד שהתוס׳ ב״ק (דף ק״ד ב׳ ד״ה אגב) שכתבו (לענין קנין אגב קרקע אם מודה שיש לו קרקע) ״מדאורייתא בעינן דאית לי׳ ארעא, דאי ליה לי׳ ארעא **לא היו קנויים מעותיו מדאורייתא**״. נראה ג״כ ברור דס״ל, שאעפ״י שמדרבנן בכה״ג מהני, לגבי דאורייתא לא מהני, והיינו שכלפי דינא דאורייתא נחשב שלא קנה וזה כדנראה מהתוס׳ דף ס״ד הנ״ל.)

ד.

מהתוס׳ דף י״ג הנ״ל שרצו לפרש המשנה שדנה לענין קנין במעמ״ש, אלא שמשמיעתנו המשנה שאין קנין מעמ״ש בשטרות, נראה עכ״פ לכאורה שנוקטים דקנין אחר ודאי מהני בגט, ולא רק נתינה בידה או בחצרה שהוא ג״כ מדין יד, כמבואר ב׳הזורק׳. ומהר״ן שמפרש את המשנה גם אליבא דאמת שהמדובר במעמ״ש, והחידוש שהוא ס״ל שאין קנין מעמ״ש רק בממון ולא בשטרות, יש לדייק דכל קנין דמהני במקום אחר, מהני בגט להתגרש בו. והקשה הגרש״א (שם ס״ז) שהר״ן **סותר** א״ע. כי בענין העובדא דשכיב מרע (ר״פ הזורק) שאמר רבא להקנות לו את המקום שבו מונח הגט ע״י ״דתיזל איהי ותיחוד ותפתח״, שרש״י פירש שקונה את הגט בקנין אגב, וחלק עליו הר״ן שאין מועיל שום קנין בגט פרט **לנתינה בידה** ובחצירה (או שלוחה) כדכתיב בקרא. וקשה שא״כ איך היתה יכולה להתגרש במעמ״ש, גם אילו היתה התקנה גם במעמ״ש, דבמה עדיף קנין דמעמ״ש מקנין אגב.

(בביאור דעת רש״י שפירש שקנתה את הגט בקנין אגב קרקע, ולא פירש כפשוטו, כמו שפי׳ הר״ן וכ״ה פשטות דברי התוס׳ שם, שקנתה מדין חצר, נראה פשוט שהוקשה לו מה שהעירו התוס׳ שם דלכאורה ה״ז כמו טלי גיטך מע״ג קרקע. ודברי התוס׳ שכתבו שאין כאן חסרון זה, ״כיון שבא הגט מרשות הבעל לרשותה הוי כאילו נתנו לה״, אינו מובן וצריך ביאור. עי׳ באבני-מילואים שהתחבט בזה וכן בעוד אחרונים. ונראה שמשום זה פי׳ רש״י שהוא מצד קנין אגב. והיינו דשאני קנין אגב מקנין חצר, דחצר יש בו כוח קנין, לא מכוח המקנה, שאומר לו שיקנה בחצר, שהרי חצר קונה לו גם מהפקר, ואין צריך אלא הסכמת המקנה שיקנה הקונה, אבל אין צורך במעשה ההקנאה מצד המקנה. ע״כ יש לדון בזה בענין גט מצד טלי גיטך ע״ג קרקע כי אין הבעל מסייע לה מידי בקנינה ע״י החצר, ולא כן בקנין אגב דנקטינן דבעי למימר המקנה ״אגב וקני״ (קיד׳ כז א) היינו שהוא מבטל את המטלטלין אל הקרקע, ורק ע״ז חל בהם הקנין שעושה בקרקע. נמצא דבאגב מסייע המקנה בקנין. וע״כ אין זה כטלי גיטך מע״ג קרקע, שהבעל מסייע לקנין ודמי להא דערק לה חרציה (דף עח שם), כ״נ בכוונת רש״י ושיטתו.

אלא להר״ן שהקשה עליו וז״ל:

> ולא נהירא דא״כ למה לי **ההוא דוכתא** דיתיב בה גיטא דהא קי״ל דלא בעינן צבורים... אלא ודאי דאין אשה מתגרשת באגב, דבעינן ונתן בידה ליכא. והכא, דין חצרה נגעו בה, **כדאמרינן בהדיא** דהוה ליה גיטא וחצרה באין כאחד.

השגת הר״ן היא איפוא בשתיים: א. דקנין אגב אין צריך שיהיו המטלטלין בתוך הקרקע הניקנית. ב. שאם בקנין אגב, לא צריך כלל להאי חידוש שגיטה וידה באין כאחד. דכל עיקר לא באנו לזה, אלא משום שהוקשה הרי מה שקנתה אשה קנה בעלה, אכן הרי אשה יש לה קנין לעצמה, ומה שהבעל קונה במה שנתנו לה אינו אלא קנין **פירות** בתור נכסי מלוג. אך לענין קנין אגב הרי סגי בזה שהאשה קנתה עכ״פ את הקרקע בקנין הגוף, דאגב זה שפיר יכולה היא לקנות המטלטלין, במקרה דנן Z את הגט, בקנין אגב. א״כ ל״ד למייתי עלה מדין גיטה וחצרה באין כאחד. דגם אם הפירות לבעל, מ״מ הקרקע קנתה לגופו, ואגב זה תקנה גיטה. אכן נ׳ דהשגות הר״ן הללו, הן רק **לשיטתו** בפירוש הסוגיא, דהוקשה לו שם לעיל מזה, בקושית הגמרא מה שקנתה אשה קנה בעלה, שהרי במתנה **מהבעל** עצמו קנתה ואין הבעל אוכל פירות. וזה כקושית התוס׳ בסוגיין. ותירץ הר״ן ״דגט זה לא היה בביתו של השכ״מ אלא בבית השליח, שהוא עושה שליח מערב שבת לתת גט לאשתו והגט היה עדיין בבית השליח. וחצרו של שליח כידו וחצרו של בעל, ורבא אמר **לשליח** דליקנה לה ההוא דוכתא כדי שלא תטרף דעתו של שכ״מ עליו, וכו׳״. ולפ״ז שפיר קשיא לו כנ״ל דא״כ לא בעינן צבורים, וכן הקושיא השניה מהא דאי״צ בכה״ג לגיטה וידה בא״כ. ולא כן פירש״י דס״ל כתירוץ הר״י בתוס׳ על קושיתם (תוד״ה שקנסה) ושפיר מיירי כפשטא שהקנה לה הבעל את המקום **כחצרו הוא**, שמונח שם הגט, ובזה יש לומר שפיר שהוכרח להקנות לה **אותו מקום**, דאילולא זה, נהי דמצד קנין אגב לא בעינן צבורים מכל מקום יש בזה **חסרון אחר**, והוא דאכתי הגט **אגידא גביה**, ולא גרע מגט בידה ומשיחה בידו דאינה מגורשת (שם ע״ח ב׳) וע״כ רק אם מקנה לה את מקום הגט שוב אינה אגידא גביה שפיר מתגרשת. וכן ל״ק אידך קושיא מגיטה וידה בא״כ. דאי איתא דאכתי ברשות הבעל קאי לפירותיהם, הרי עדיין אגידא גביה, ע״כ מוכרח להא דגיטא וידה באים כאחד.

אכן הר״ן לפ״מ דפירש דזה היה בחצר השליח, פשוט דל״ש בזה אגידא גביה שמאותו רגע שעשה שליחותו גמר תפקידו, ומעתה מה שמונח בחצירו ל״ש לראות זאת כאגידא גביה דבעל, שהרי אין לבעל שום קנין וזיקה לחצר זו של השליח ומה שהבעל יש לו זכות אכילת הפירות בחצר זו שקנתה האשה נמי לא יכול לעכב קנין אגב קרקע של האשה. וע״כ שפיר הוקשה לו דאי״צ כלל בכה״ג למיתי להא דחצרה וידה באין כאחד.

ובאשר לשאלה לענין קנין דרבנן לדאורייתא, אין לדייק מזה, לא מדעת רש״י ולא מדעת התוס׳ שנדו מזה כנראה מלשונם דהוקשה להם מטלי גיטך ע״ג קרקע, דמפרשי כהר״ן ולא מדין אגב. ברש״י י״ל דס״ל דקנין אגב הוא מן התורה, כתוס׳ ב״ק הנ״ל דף ק״ד ב׳ ושלא כהתוס׳ ב״ק דף י״ב א׳ ד״ה אנא, דקנין אגב הוא רק מדרבנן, וכן מהתוס׳ אין ראיה דלא פירשו כרש״י כי פשטות הגמרא מורה שזה מדין קנין חצר, וכמו שנוקט הר״ן. ומה שהוקשה לרש״י ע״ז הרי תירצו כמבואר בדבריהם.)

ה.

בסוגיא בדף י״ג בענין קנין דמעמ״ש יש עוד לדון בדברי התוס׳ (עמ׳ ב׳ ד״ה גופא) שהוכיחו דקונה גם בע״כ של הנפקד, שאם זה רק ברצונו, לשם מה היה צריך תקנה זו, יאמר לא זכה לפלוני. וכתבו עוד בזה:

ואין נראה לומר דהוצרכו לתקן למקום שאין הפקדון ביד הנפקד אלא ביד אחרים, דלא יועיל אם יאמר זכי, ועוד דאף כשאין הפקדון ביד הנפקד יקנה באודיתא, וכו׳.

ודבריהם מוקשים, דבקנין אודיתא הרי ניתן להקנות גם בעל כורחו של הנפקד, וא״כ קושיא זו תקשי גם לפ״מ שנאמר שמעמ״ש קונה גם בע״כ של הנפקד, למה הוצרכו לתקן קנין מעמ״ש, יקנה לו ע״י אודיתא.

וכתב המהרש״א לתרץ זאת

במילתא **דלא** שכיחא כי הא (שאין הפקדון ביד הנפקד) ודאי דלא היו מתקנין מעמ״ש, כיון דאפשר ע״י אודיתא. ומיהו במילתא **דשכיחא**, כשהפקדון ביד הנפקד, ומשום בע״כ של הנפקד, ניחא שהוצרכו לתקן מעמ״ש שלא יצטרך לטרוח... אע״ג דאפשר נמי באודיתא, מילתא דטריחא היא נמי, **להביא עדים** להודות לפניהם וכו׳.

פשוט למהרש״א דאודיתא בעי עדים, ובלעדיהם אין זה מהוה קנין. ותמה ע״ז הפנ״י דהרי קי״ל בכל קנינים דלא איקרי סהדי אלא לשקרי (קי״ד ס״ה ב׳ ועי׳ קרני ראם שתי׳ זאת), אך מדברי התוס׳ ב״מ (דף מ״ו א׳, וכ״ה בב״ק דף ק״ד ב׳ שהו״ל) נראה דס״ל דלא בעי עדים, דאל״ב מצי לתרץ שבגורן שם לא היו עדים וצ״ע.

ו.

והנראה בביאור כל הנ״ל, עפי״מ דנקדים מה שיש לעיין בתקנה זו דמעמ״ש בפקדון מהי, האם זו תקנה של **קנין מחודש**, שמצאו חכמים לנכון לתקן לצורך מו״מ. או דלא נתחדש כאן קנין חדש ביסודו, אלא שתקנו שמקום הפקדון יהא קנוי לו לזה שמועבר אליו הפקדון במעמ״ש, וע״ז הוא קונה את הפקדון מדין חצר. ואמנם גם זה שקונה את מקום הפקדון הוא מכוח הפקר בי״ד, אך מ״מ יש נפ״מ מזה, כמו שיבואר. דהנה בקצוה״ח (סי׳ שי״ג סק״א) תירץ קושית התוס׳ ר״פ הזורק (ד״ה ידה) דחזינן בגמרא דרק לענין קנין הגט דהאשה ע״י חצרה הוא דבעינן לטעמא דגיטא וידה באי״כ, מצד דכל עוד שלא נתגרשה הבעל אוכל פירות, ואילו לענין כשמגורשת ע״י שנותן בידה אין צורך לטעם זה, ואעפ״י שגם מע״י האשה שייכים לבעל. והסביר הקצוה״ח החילוק שבין ידה לחצרה:

דודאי ונתן בידה אמר רחמנא, א״כ נהי דקני ליה למע״י, כיון דגוף היד היא לאשה, הוי לה ידה. אבל בחצר דלא כתיב בתורה חצירה, אלא מדרבינן חצרה מריבוי דקרא, א״כ כי מרבינן לא מרבינן אלא רשות דקונה, ומשו״ה קונה למי שהרשות שלו, **וכל מי שיש לו עתה רשות, הוי רשותו**.

כלומר שקנין חצר אינו מפני בעלותו על החצר, דבזה היה הקנין למי שגוף החצר שלו, ולא למי שיש לו בה קנין השתמשות. אלא עיקר קנין חצר הוא מצד רשות ההשתמשות, ולא הבעלות על החצר. עכת״ד.

ולפ״ז נראה דמי שיש לו בפועל רשות השתמשות במקום **באין מפריע** בידו, אעפ״י שמבחינת הקנין, אפילו גם על שמוש זה במקום אין לו, מכל מקום מצי קני בה מדין קנין חצר. דעיקר הקובע בקנין חצר הוא השמוש בפועל במקום, שע״ז הרי היא רשותו, ונכנס החפץ לרשותו, וע״ז נקנה לו. ויוצא לפ״ז דלענין לקנות ע״י חצר אין נפ״מ כלל אם החצר נחשבת קנויה דממילא אין החצר נחשבת שלו מן התורה, מכל מקום כיון דמכח מפקר בי״ד עכ״פ **רשאי** הוא להשתמש בחצר זו, **עובדא זו עצמה** שיש לו שמוש בפועל ובאין מפריע (כי כנ״ל כוח הפקר בי״ד הוא שמסלק דין גזל בזה, והרי זה כאילו הורשה לזה ע״י הבעלים) מספיקה להיחשב רשותו. ונמצא שהחפץ בא לרשותו, והרי הוא נקנה לו **מן התורה**.

(ובזה יבואר מה דכ׳ הגרע״א (שם סי׳ רכ״ב ס״ב בתשובה להערת בנו הגרש״א) דיש הבדל בין קנין ד״א דמתגרשת מן התורה באין צריך לדין אפקיענהו לבין כשמתגרשת בק׳ אמה כשיכולה לשומרו, דבזה כ׳ הרא״ש שהוא רק מדין אפקעינהו וכו׳, וכ׳ לחלק:

״...לענין הד׳ אמות דהם שלה לכל מילי דזכיה, שם חצר עלה אבל הנך ק׳ אמה דלשאר מילי אינן שלה, לא שיך לומר דחז״ל הקנו לה שיהי׳ חצרה דלא מצינו קנין לחצרין, ע״כ.״

דאכתי קשה, הא גם כשהקנו לה הד״א, הרי אין זה אלא מדרבנן ומכוח הפקר בי״ד, א״כ נימא גם הק׳ אמה, דעכ״פ קונה הגט, ומאי נפ״מ אי קונה את החצר מדרבנן ועי״ז הגט קנוי לה או קונה ישירות את הגט.

אכן להנ״ל החילוק מבואר, דע״י שהקנו לה את החצר דד׳ אמות הרי היא **רשות** דידה וקנייניה ע״ז הם מן התורה. ואכן בק׳ אמה, שאמנם הגט יכולה לקנות (לשיטת רש״י דגם ע״ז קנין בר מידה נמי מתגרשת דכנ״ל אין הוכחה דהתוס׳ והרא״ש פליגי עליה בזה כמו הר״ן) אך קנין זה אינו אלא מדרבנן, ובעינן שתהא מגורשת מן התורה ע״כ מוכרח שהוא מדין אפקיענהו.)

ולפ״ז נפ״מ גדולה מהי תקנת מעמ״ש (לענין פקדון), דאם הוא קנין שחידשו חכמים בעצם הפיקדון, כי אז לשיטה דקנין דרבנן ל״מ לדאורייתא, אין הפקדון נחשב שלו מן התורה. אכן אם נאמר דהקנו לו חכמים מקום הפקדון, דממילא הרי על המקום תורת **רשותו**, ואז הפקדון נקנה לו מדין חצר, והוי קנין זה מן התורה.

ז.

והנה כנ״ל התוס׳ נסתפקו אם במעמ״ש קונה גם בע״כ של הנפקד, והוכיחו ספיקם, דאי נימא דבעינן רצונו לא היו צריכים לתקנה זו דיאמר לו זכה לפלוני. והוסיפו עוד דאין לומר דנפ״מ אם אין הפקדון ביד הנפקד, דגם לזה הרי היה

www.eretzhemdah.org

יכול לקנות ע״י אודיתא. וכנ״ל הוקשה להם למפרשים דקושיא זו היא גם אם מעמ״ש קונה בע״כ של הנפקד, דמ״מ ע״י אודיתא יקנה גם בכה״ג.

אכן להנ״ל, השאלה אם מעמ״ש קונה שזה לא נמצא ברשות הנפקד מיתלי תלי בחקירה הנ״ל במהות קנין מעמ״ש. דאי נימא דהוא מחמת הקנאת המקום, הרי זה שייך רק אם החפץ ברשות הנפקד, דבזה היתה התקנה, שאם ירצה המפקיד יקנה מקום זה למי שיעבור אליו הפקדון. אך אם אין הוא כלל בידו של הנפקד ל״ש כלל שיקנה שהרי אין כאן חצרו שתקנה במעמ״ש. ע״כ אי נימא דהתקנה היתה שיקנה גם בכה״ג על כרחם שמעמ״ש הוא עצמו מהוה קנין, מכח תקנה, היה מהני גם אודיתא, כי גם הוא הוי קנין מדרבנן. אע״כ תקנת מעמ״ש היתה הקנאת מקום שע״ז נקנה הפקדון מן התורה. ועל כן א״ש דלא סגי באודיתא, שהרי אודיתא ל״מ כי אם מדרבנן. אכן לפ״ז מוכרח דמעמ״ש אינו אלא כשזה נמצא ברשות הנפקד וא״כ הדרה קושיא דיאמר לו זכי. אע״כ דגם בע״כ של הנפקד נמי קונה, ומתורצת קושית האחרונים, במה דהוי ניחא להו להתוס׳ מאודיתא אי נימא דמעמ״ש קונה בע״כ של הנפקד.

ח.

ומעתה מיושבת גם הסתירה שהעיר הג״ר שלמה איגר, לפ״מ דנראה שיטת התוס׳ דקנין דרבנן ל״מ לדאורייתא, דא״כ איך ניתן ללמוד מהא דבגט אין מעמ״ש, דלא תקנו בשטרות, דהרי גם אי יש מעמ״ש בשטרות דממונא, מ״מ אינה אשת איש מדאורייתא. דלהנ״ל התוס׳ לשיטתם, לפ״מ שהוכיחו דמהנו רק כשזה ברשות הנפקד, דש״מ דהוא מצד שהיקנו לו מקום, דגם לענין גט מהני הקנאת המקום דע״ז הוי החצר שלה להיחשב רשותה ולהתגרש בו מן התורה.

ומתורצת גם הערתו בדעת הר״ן, לפ״מ דס״ל להר״ן דרק קנין יד או חצר Z מדין יד, הוא דמהני בגט ולא שום קנין אחר, דא״כ איך מפרש המשנה דדף י״ג הנ״ל דבאה לאשמעינן שאין קנין מעמ״ש בגט, גם אי יש מעמ״ש בגט (וגם אי נימא דקנין דרבנן מהני לדאורייתא) מ״מ איך תתגרש בקנין זה, דקרא כתיב ונתן בידה Z דווקא.

אכן להנ״ל ניחא דגם **קנין מעמ״ש הוא מדין חצר**, דהקנו חכמים ע״י מעמ״ש לאשה את מקום הגט, וממילא הרי זה ככל חצר דעלמא שמתגרשת על ידו מן התורה.

סימן פב : בענין דבר שהיה במניוא.

איתא בגמרא (ביצה ה׳ א-ב) כל דבר שבמנין (בקיבוץ חכמים שנמנו וגמרו, רש״י) צריך מנין אחר להתירו, והוא גם בתקנת חכמים וגזירתם, כמבואר שם. והיינו, למרות שבטל הטעם שבגללו תקנו זאת, כגון אותן דוגמאות המובאות בסוגיא, אין התקנות בטלות, ואין כח לבטלם, אלא ע״י גדולים בחכמה ובמנין. והובא דבר זה להלכה ברמב״ם (פ״ב מה׳ ממרים הל׳ ב):

> בי״ד שגזרו או תקנו תקנה והנהיגו מנהג ופשט הדבר בכל ישראל, ועמד אחריהם בי״ד אחר וביקש לבטל דברים הראשונים ולעקור אותה תקנה ואותה גזירה ואותו המנהג, אינו יכול עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמנין, וכו׳. אפילו בטל הטעם שבגללו גזרו הראשונים או התקינו, אין האחרונים יכולים לבטל עד שיהיו גדולים מהם. וכו׳.

ב.

ולפ״ז צריך ביאור מה שכתבו התוס׳ שם בסוגיא שאח״כ (דף ו׳ א תוד״ה האידנא) בענין טיפול במת ע״י ישראל ביום שני של ר״ה, שלמרות שמעיקר הדין ״יו״ט שני של ר״ה כחול שויוהו רבנן״ מ״מ האידנא דאיכא חברי - חיישינן (שכופין ישראל לעשות מלאכה, וכשהוא יו״ט מניחין אותם וכו׳. מרש״י). וכתבו ע״ז בתוס׳:

> והשתא בזה״ז שאין חברי מותר. ואין לומר שצריך מנין אחר להתירו, דכיון משום חששא, ועברה החששא - עבר הטעם. וה״נ אמרינן גבי מים מגולין דאסורים שמא נחש שתה מהן, ועכשיו שאין נחשים מצויים בינינו, אנו שותין מהם אפילו לכתחילה, אעפ״י שהוא דבר שבמנין וכו׳.

ג.

וכ״כ שם הרא״ש (סי׳ ה). והעיר הק״נ שם שדבריהם סתומים, היינו שהרי כנ״ל דבר שבמנין אינו ניתר אלא במנין, גם כשבטל הטעם שבגללו גזרו במנין. וכ׳ בהסבר דבריהם עפי״מ שכ׳ הר״ן בענין מו״מ עם הנכרים לפני אידיהם, דלא גזרו מעיקרא אלא בהני דפלחו לע״ז, אבל הני דלא פלחו כנכרים דהאידנא, מעיקרא לא הוו בגלל הגזירה ״וזהו הטעם בזה״ז אין לאסור במת להתעסק בו ישראל, דלא היו בכלל עיקר התקנה. אבל אותם שהיו בכלל התקנה מחמת הטעם, ואח״כ נתבטל הטעם, צריך מנין אחר, ואף שהתקנה לא היתה בכל המקומות״. עכ״ל.

ביאור דבריו שבענין ימי אידיהם לא היתה התקנה על הנכרים בכללם, אלא על עובדי ע״ז דווקא, ועל כן נכרים בזמננו שאינם עובדים ע״ז לא נאסרו מעולם. וכן הגזירה לענין מת, לא היתה אלא במלכות ה״חברי״, וע״כ כשאין שוב אותה מלכות מותר, כי מעיקרא לא גזרו במלכות אחרת.

ד.

אכן דברי התוס׳ נשנו עוד בענין אחר, ושם לא שייך ביאור זה. והוא להלן (ביצה דף ל׳ א תוד״ה תנן אין מטפחין):

> פירש״י שמא יתקן כלי שיר. ומיהו לדידן שרי, דדווקא בימיהן שהיו בקיאין לעשות כלי שיר שייך למיגזר. אבל לדידן - אין אנו בקיאין לעשות כלי שיר, ולא שייך למיגזר.

והרי גזירה זו ״שאין מטפחין ואין מספקין ואין מרקדים״, משנה זו (שם דף ל״ו ב) נאמרה בשעתה לכל ישראל, וא״כ כולנו היינו בכלל התקנה, ממש כמו אותה תקנה לענין ביצה או עיטור שוקי ירושלים, שבסוגיא דדבר שבמנין. א״כ מה בכך, שעכשיו אין אנו בקיאים, ולא שייכת לגבי דידן הגזירה, איך ולמה תותר, מבלי שיהיה מנין אחר להתירו? וצ״ע.

ה.

הדברים מתבהרים עפ״י מש״כ בהגהות אשר״י מהמרדכי ראש כתובות (לדף ג׳ ב) במה שדנו שם במש״נ בברייתא: ומן הסכנה ואילך נהגו העם לכנוס בשלישי ולא מיחו בידם חכמים. מאי סכנה? אי לימא דאמרי בתולה שנישאת תהרג, נהגו - לגמרי ניעקריהו. וכ׳ ע״ז:

> כלומר, כיון שיעקרוהו ביי״ד ליכא איסור משום עת צרה, שאפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור, ולעבור על דת - אפילו לשנויי ערקתא דמסאנא אסור.
>
> מכאן יש ראיה לדברי מורי קרובי שכ׳ בפ״ק דביצה, דאע״ג דאין ביי״ד יכול לבטל דברי ביי״ד חבירו אא״כ גדול ממנו בחכמה ובמנין, אם יעשו באותה סברא, שאם היה אותו ביי״ד קיים היה מסכים להתיר, שנשתנה הענין, אין זה ביטול דבריו, עכ״ל וכו׳.

ברור שכוונת הכותב למ״ש התוס׳ שהו״ל במס׳ ביצה בסוגיא דמת ביו״ט שני של ר״ה, שבזה״ז שאין ״חברי״ בטל החששא וממילא בטל טעם האיסור. שנתבאר בדבריו הטעם שאין חל כאן התנאי שאין ביי״ד יכול לבטל דברי ביי״ד חבירו וכו׳ שזה בגוונא ״אם יעשו באותה סברא״. כלומר שההיתר הוא מתוך הנחה וסברא, שגם אותו ביי״ד עצמו אילו היה קיים היום ״היה מסכים להתיר״. שכשניתן לשער שאותו ביי״ד ג״כ היה מסכים להתיר, אין זה נקרא שאנו באים לבטל דברי הראשונים, אלא שכאילו עושים זאת מכוחם ומהסכמתם.

ו.

ניתן לנו, איפוא, בזה כלל מסוים באשר לאפשרות של ביטול תקנה קדמונית, מבלי שיצטרך לביטול ע״י עמידה למנין של ביי״ד הגדול מהראשון בחכמה ובמנין, שזהו כשיש הכרע מתוך הסברא, שביי״ד שגזר בשעתו היה מסכים היום, בשינוי התנאים לבטל התקנה והגזירה.

ומעתה נתבונן נא באותם הענינים שהשתמשו בהם התוס׳ בסברא זו, בכדי לרדת לסוף דעתם, משו״מ ישנה שם הסברא, בעוד שבענינים אחרים שבהם נאמר שאין לבטל הגזירה, סברא זו איננה.

ז.

הנה התוס׳ הזכירו כנ״ל ענין של מת ביו״ט שני של ר״ה, של מים מגולים (ביצה ה׳) וטיפוח וריקוד בשבת ויו״ט (שם ל׳ א). והנראה שיסוד הדברים הוא, כשהגזירה מעיקרא נעשתה רק מחמת הכרח, ובעצם לא היה הדבר רצוי, דאשר על כן ניתן לשער שגם ביי״ד שגזר זאת היה מסכים ברצון לבטל הגזירה כשבטל ההכרח. דלגבי מת ביו״ט שני של ר״ה, הרי נאמר שם מעיקרא שמחמת כבודו של מת, עשו יו״ט שני של ר״ה כמו חול, ולא רק לדברים הכרחיים אלא גם דברים שהי׳ ניתן לקוברו גם בלי זה, כמבואר שם. על כן הגזירה שלא לטפל בו ע״י ישראל, היתה רק מחמת ההכרח מאימת האומה הרשעה (״חברי״) שהיו מוצאים בזה עילה להעסיק ישראל בעבודותיהם ביו״ט. ע״כ מובן ומוסבר שעם הסתלק ההכרח חוזר הנימוק המקורי - של כבודו של מת למקומו, וחוזר ההיתר של יו״ט שני של ר״ה לגבי מת כחול שויוהו רבנן למקומו, מבלי שיהא צריך לעמוד למנין.

ח.

כן הדבר באשר למים, וכן משקאות אחרים מגולים, שמחמת חשש זה אתה מאבד ממונם של ישראל, שגם אם לא שתה מהם הנחש, אתה מחייב לשופכם. על כן בהיבטל החשש ״נתבטל הטעם״, כלומר שודאי היו מסכימים ביי״ד קמאי שגזר, להתיר האיסור.

ט.

וכן הדבר באשר למטפחין ומרקדין. דהנה במג״א (סי׳ של״ט סק״א) הביא שלכבוד התורה מותר לרקד בשמחת תורה, והוא מהמהרי״ק הובא בב״י בנידון. ושם מובא זה בקבלה מרב האי גאון שבמקום מצוה מותר לספק ולרקוד. ושם ניתן ההסבר לזה, שלכבוד התורה התירו שבות. וזה תמוה, שהרי גם למצוה, כגון תק״ש בשבת ר״ה העמידו דבריהם, וביטלו מ״ע מה״ת. ובס׳ ערוך השולחן (שם ס׳ ח׳-ט׳) דחה מה שהביא הרמ״א דעת המתירים להלכה. וכ׳ שגם טעם זה המובא שלכבוד התורה התירו שבות לא נר״ל, דלא התירו שבות מטע״ז. וכ׳ בענין מה שנהגו לרקד בזה״ז בש״ת, שריקוד כעין דידן מעיקרא לא היה בכלל הגזירה, עי״ש, ומכל מקום הן קבלה זו היא מרב האי גאון. וכן התוס׳ שהובא לעיל (ביצה ל׳ א) דבריהם ברור מיללו שהמדובר על מה שנאסר במשנה, והותר בזה״ז.

ע״כ נראה בדברי התוס׳ וקבלת רב האי גאון, הכל חדא מילתא, וגם התוס׳ מה שאומרים להתיר בזה״ז, הכל מדובר במקום מצוה. אך אין הטעם שהתירו שבות בגלל המצוה, אלא שבא לומר משום מה אין צורך למנין אחר להתירו. וזה כמו שהבאנו מהגהות אשר״י הנ״ל שכשיש סברא שגם ביי״ד הראשון שאסר לא היה אוסר, בכה״ג אין צורך למנין אחר להתירו, כי מסתבר שביי״ד האוסר עצמו היה מסכים להתיר. דלפ״ז כיון שהמדובר בריקוד וכיו״ב במקום מצוה, שבזה מעיקרא בקושי אסרוהו, מחמת הגזירה שהיתה קיימת באותה שעה שמא יתקן כלי שיר. אכן בזה״ז שהגזירה שוב אין לה ענין, ״ובטל החשש - בטל הטעם״, אלא שמ״מ היה עלינו לשמור הגזירה משום דבר שבמנין וכו׳. אך כל כה״ג שמעיקרא לא גזרו אלא בקושי ומחמת ההכרח, עכשיו שבטל ההכרח, שוב חוזר הדבר שאין

הגזירה רצויה, ואמדינן לדעתייהו דבי״ד שגזרו, דכל כה״ג היו ודאי מסכימים לבטל הגזירה. על כן אין כאן משום כל דבר שבמנין, וכמש״כ הגהות אשר״י הנ״ל בשם ״מורו קרובו״ שהוא כנ״ל מבעלי התוס׳ במס׳ ביצה שלפנינו.

י׳.

ולכן כן הדבר בענין ביצה ובענין עיטור שוקי ירושלים, הרי ביטול נימוק האיסור שבהני קשור עם חורבן ביהמ״ק, כמבואר שם בסוגיא. ובזה, אם אמנם כשביהמ״ק בחורבנו (בעוה״ר) טעם האיסור וחיוב העלאת הפירות של נט״ר לירושלים אינו קיים, אך הרי כמה תקנות מצינו משום ״מהרה יבנה ביהמ״ק״ (סוכה מ״א ועוד) א״כ מאן נימא לן שבי״ד שתיקן בשעתו את התקנות שהיה מסכים לבטלם ע״י החורבן, שמא היה בדעתם שמ״מ תשאר התקנה, שלא יראה שנתייאשו ח״ו מבנייתו. ועי׳ באמת במשנה (מע״ש פ״ב, ב) דעת ר׳ יוסי בענין העלאת פירות נט״ר לירושלים שביטלו חובה זו בחורבן ביהמ״ק, שלדעת ר׳ יוסי ״תנאי היה אימתי שיבנה ביהמ״ק יחזור הדבר כמו שהי״״.

ונראה שם שזוהי רק דעתו, ואילו לדעת חכמים לא היה תנאי זה. וכן נראה דעת הסוגיא דמס׳ ביצה הנ״ל, וכן הרמב״ם (פ״ט מה׳ מע״ש ונט״ר) לא הביא תנאי זה. (וע״ע רמב״ם פ״ב מה׳ ממרים הל׳ ב׳ השגת הראב״ד וכ״מ שם בענין תקנת ריב״ז). על כן אין סברא ברורה שבי״ד קמא שחייב העלאת פירות נט״ר לירושלים היה מסכים לבטל התקנה, בפרט באופן סתמי, וכנ״ל. לזאת היה בהכרח צריך מנין אחר להתירו.

י״א.

עוד יש צורך בירור בדברי הגהות אשר״י הנ״ל במה שהביא ראיה לסייע לדברי ״מורי קרובי״ בשיטתו בתוס׳ ביצה מסוגיא דריש כתובות. ואלו דבריו בזה:

> ״ומן הסכנה ואילך נהגו לכנוס בשלישי ולא מיחו בידם חכמים״. (כתובות ג׳ ב). מאי סכנה אי לימא דאמרי בתולה שנשאת בד׳ תיהרג, נהגו, לגמרי ליעקריה״? כלומר, כיון שיעקרוהו בי״ד, ליכא איסור משום עת צרה, שאפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור. ולעבור על דת, אפילו לשינויי ערקתא דמסאנא אסור. מכאן יש ראיה לדברי מורי קרובי שכ׳. וכו׳ עכ״ל.

וצ״ע דהרי זה דמקשה הגמרא ״לגמרי ליעקריה״ הר״ז, כמבואר בדבריו, מדובר שחכמים יעקרו התקנה. והיינו כמבואר בריב״ש (סי׳ שע״ג, והו״ד גם בשט״מ בסוגיין) דבכה״ג לא היתה הגזירה על בי״ד שישנו התקנה, אלא על הציבור שלא יכניסו ברביעי, ועל כן על ידי שבי״ד ישנו ויעקרו, דע״ז הרי כנ״ל לא שייך הדין יהרג ואל״י, וממילא לא יצטרך הציבור לעמוד בנסיון. א״כ משמע שלא תבטל התקנה מאליה, כהא דהתוס׳ ביצה (דף ו׳ ודף ל׳) מצד ביטול הטעם ואומדנא שבי״ד שגזר בעצמו היה מבטל, וכנ״ל, אלא כאן המדובר שבי״ד שבשעת הגזירה הוא יעקר ויבטל התקנה. ומה ראיה מכאן להתם, חידוש התוס׳ שמצד האומדנא בטלה הגזירה מבלי שיהא צורך במנין אחר מצד בי״ד לבטלה. דאם גם כאן נימא דשייך האומדנא שעל זמן גזירה שכל בתולה הנשאת ברביעי תיהרג, לא היתה דעת בי״ד מעיקרא לקיים הגזירה, א״כ הרי שפיר נהגו העם לכנוס. אבל הן קושית הגמרא היתה שעל ביה״ד היה לעקור, דהיינו שבלי העקירה הגזירה קיימת. א״כ אין הראיה מובנת. אדרבא קושיא איכא מזה על שיטת התוס׳ ביצה. וצ״ע.

י״ב.

על עצם חידושו של ההג״א שיש עצה בזמן גזירה וצרה נגד תקנת חכמים שלא יחוייב העם ליהרג, ע״י שבי״ד עצמו יעקר התקנה, תמה הפנ״י דא״כ גם בערקתא דמסאנא, למה לא אמרו שבי״ד יעקרו התקנה שתיקנו צורת הערקתא של ישראל. כן תמה הפנ״י בדברי התוס׳ (ד״ה תקנתא דרבנן) שהקשו אמאי לא מתרצת הגמרא על קושיתם הראשונה (לפי הס״ד שפירוש ״מן הסכנה ואילך״ הכוונה שהיתה הגזירה ליהרג) שגזירה עבידא דבטלה וכו׳ כמו שתירצו לפי הפירוש של סכנה ״שתבעל לטפסר תחילה״ תירוץ זה. ותמה הפנ״י דכשיש סכנה הריגה, וניתן ע״י עקירת התקנה להציל מסכנה זו, למה לא יעשו זאת ״וכי אין להם לחכמים לחוש לדמם של ישראל ולדרוש להם שאסור להם ליהרג ולמסור עצמם למיתה, כמבואר בפוסקים״, עכ״ל.

י״ג.

ונראה דקושיתו זו על התוס׳ שהקשה ״ולדרוש להם שאסור להם ליהרג״, היא לפ״מ שבא״ד תירץ באופן אחר את מה שהוקשה להג״א הנ״ל, דהרי בשעת הגזירה יש דין ליהרג ואל יעבור, וא״כ מה זה שהוקשה בגמרא ״וליעקריה״. ותירץ הפנ״י עפ״י המבואר בשיטות ראשונים בענין זה בסנהדרין, דהיכא שביד העכו״ם ממילא ניתן לכוף לעבור על ד״ת אין חיוב מסי״נ. (ובזה מבארים מ״ש בגמרא שם ״אסתר קרקע עולם היא״ היינו שהיו יכולים לאנסה בע״כ ליבעל לעכו״ם) דה״נ יש ביד העכו״ם למנוע מלהנשא ברביעי, ע״כ אין כאן חיוב מסי״נ. דלפ״ז היא קושיתו בלשון הנ״ל ״ולדרוש להו שאסור להם ליהרג״ היינו שגם בלי לעקור בפועל ע״י בי״ד תקנה קמייתא, אין חיוב ליהרג על זה כלל.

י״ד.

דאילו לפי הג״א הנ״ל, כל עוד התקנה קיימת, מבלי שביטלוה בי״ד (כפירוש הג״א) באמת קיימת חובת מסי״נ שיהרג ואל יעבור, אין זו קושיא כלל, דאיך נדרוש להם שאסור למסור נפשם, הרי באמת חייבים הם בזה. ואין לפרש דאכתי קשיא, דמ״מ היה לחכמים ״לחוש לדמם של ישראל״ ולעקור התקנה. דזה לק״מ לפ״מ דאמרינן ״גזירה עבידא דבטלה, ותקנ״ח מקמי גזירה לא עקרינן״. דאל״כ תקשי קושיתו על הגמרא עצמה במה שתירצו על מ״ש ״תבעל לטפסר תחלה״ האי תירוץ, דהרי גם שם איכא מידת צניעות וכן נשות כהן דמסרי נפשייהו, וכי לא היה לחוש לדמן של ישראל, אע״כ הכלל שתקנתא דרבנן מקמי גזירה לא עקרינן עומד בזה למרות שזה כרוך עם איבוד דמן של ישראל. א״ו כנ״ל.

www.eretzhemdah.org

טו.

אך א״כ אין קושיתו קשיא כלל על התוס׳, דאינהו הרי לא ס״ל כשיטת הני ראשונים בזה כשממילא כוח ביד העכו״ם למנוע קיום המצוה, אין חיוב מסי״נ. שהרי בביאור הגמרא ״אסתר קרקע עולם״ מבארים התוס׳ בדרך אחרת (תוד״ה ולדרוש להו) א״כ מוכרח לומר דגם אינהו נקטי כשיטת ההג״א, שרק ע״י עקירה ע״י בי״ד לא יצטרכו למסור נפשם. ולפ״ז שפיר דרשו דלפי הכלל שגזירה עבידא דבטלה אין מבטלין תקנ״ח כלל.

טז.

אלא שלכאורה יש לעיין אם התוס׳ דהכא נקטי כשיטת הג״א. לפי מה שתירצו קושיתם הנ״ל דפירשו קושית הגמרא הראשונה ״לגמרי ליעקריה״ דהכוונה היתה שלא יעקרוה לגמרי, אלא שישנו ליום אחר, דזה לא נקרא בגדר עקירה וניתן לעשות זאת גם ״בגזירה עבידא דבטלה״, א״כ הרי י״ל דלא ס״ל לתוס׳ סברת הג״א שניתן לעקוף את רוע הגזירה ע״י שיבטלו התקנה, דזה כקושית הפנ״י הנ״ל שתמה ע״ז דא״כ גם בערקתא דמסאנא היה להם לעשות כן. אך נראה דדברי ההג״א מוכרחים גם לתוס׳. דבדבריהם מתורץ רק על מה שהקשו דלא מבטלין תקנ״ח מחמת גזירת מלכות, כיון שאין מבטלים התקנה מכל וכל, רק שמשנים אותה בחלקה - תחת יום ד׳, יום ג׳, וכנ״ל. משא״כ על הקושיא של הג״א דיש בכה״ג חיוב יהרג ואל יעבר, אין זה מספיק, דאי איתא דגם בשינוי התקנה יש אותו איסור, וכשיטת הפנ״י, כי אז גם שינוי מעין זה יהא אסור, דלא גרע מערקתא דמסאנא, שמ״מ יוצא שנכנעים לגזירת העכו״ם, ועל כל שינוי, ויהא הקטן ביותר יש חיוב מסי״נ. אלא מוכרח כשיטת הג״א, שבשינוי התקנה אין בכלל איסור, כי לא על חכמים היתה הגזירה, וכנ״ל מהריב״ש.

יז.

אכן באשר לקושית הפנ״י על שיטת הג״א, דא״כ הו״ל לחכמים לעשות כן גם בערקתא דמסאנא, נראה שפירוש דברי הג״א הוא כדלהלן:

דהנה כנ״ל הרי הג״א נוקט שגם בעניננו יש סברא שקיימת באותם עניינים שבמס׳ ביצה - מת ביו״ט שני של ר״ה, מים מגולים, ואיסור מטפחין ומרקדין. ונראה שאין זה מצד הסכנה שבדבר גרידא, שבזה הרי יש באמת חיוב מסי״נ, וכמו שנוקט הפנ״י, אלא כוונת הדברים שע״י שגזרו תיהרג או תבעל לטפסר הרי ממילא אין טעם לתקנת חכמים שתנשא ברביעי, משום שקדו ומשום טענת בתולים, דמה שייך תקנה שיכין הרבה צרכי סעודה, כשכל שמחתה תיערב בהריגתה, וכן אין מקום לטענת בתולים, כשנבעלת לטפסר. על כן, ודאי יש לשער שחכמים שתקנו התקנה שתנשא ברביעי היו לעת כזאת מבטלים אותה. וא״כ אין זה דומה לערקתא דמסאנא, שהתקנה היתה שלא יתלבשו אלא בדרך של צניעות, שאחד הביטויים לזה הוא גם בשינוי של ערקתא דמסאנא, בזה אין בכוחם של הגויים בגזירתם לאנס את ישראל לנהוג בפריצות, ואין כוחם אלא בזה שיהרגו, אך ע״ז הרי מצווים ועומדים מדינא דיהרג ואל יעבור.

יח.

ולפ״ז שני החילוקים והביאורים בקושית הגמרא הראשונה ״נהגו לגמרי ליעקריה״, חדא של התוס׳ שהמדובר לא על עקירה מוחלטת, ושל ההג״א שלגבי עקירת בי״ד אין הדין של ייהרג ואל יעבור, שניהם נצרכים ומשלימים זה לזה. דלקושית הג״א למה אין כאן דין ייהרג, התשובה היא משום דעל בי״ד לא היתה הגזירה. ועל הקושיה שתקנתא מקמי גזירה לא עקרינן, קיימת תשובת התוס׳ שכאן אין זו עקירה מוחלטת, ובכה״ג לא קפדינן.

יט.

ומעתה, ומאחר ובניד״ד, לא סגי בחילוקו של ההג״א, ומוכרח גם לדברי התוס׳ דמוכרח היה להשאיר את התקנה באופן חלקי, א״כ הרי מוכרח שזה ייעשה ע״י בי״ד שיעקרו את היום הקבוע ויקבעו יום אחר, והיינו שלמרות שכאן ג״כ שייכת הסברא של התוס׳ בביצה, שבטל הטעם, וגם בי״ד הראשון האוסרים היו מתירים, וע״כ אין כאן הכלל שאין מבטלין תקנה קדומה רק ע״י בי״ד גדול הימנו בחכמה ובמנין, מ״מ אי אפשר כאן גם לומר שהתקנה בטילה מאליה, כמו בהא דמס׳ ביצה, כי כאן הדבר אפשרי רק ע״י ביטול חלקי של התקנה, באופן שיסוד התקנה יישאר, על כן הדבר מוכרח שייעשה ע״י בי״ד בדווקא. ומבוארים יפה דברי ההג״א שהם שרירים וקיימים, וזוהי שיטת בעלי התוס׳ גם בביצה, וגם כאן בסוגיא דכתובות, הכל עולה בקנה אחד. והכי נקטינן דכל שיש סברא ״שאם היה אותו בי״ד קיים היה מסכים להתיר שנשתנה העניין, אין זה ביטול דבריו״.

סימן פג : בענין הולכים אחר הרוב בממון ובדיני נפשות א.

נחלקו רב ושמואל (ב״ב צ״ב א) במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ותובע הלוקח לבטל המקח בטענה שקנאו לרדיא, לדעת שמואל, והלכה כמותו, אין טענתו טענה, אעפ״י שרוב קונים לרדיא, כי אין הולכים בממון אחר הרוב.

לעומת זאת בסוגיא דריש סנהדרין (ג׳ ב) פשוט לגמרא, שבי״ד שנחלקו ביניהם בדי״מ הולכים אחר רוב הדעות, ולמדים זאת מק״ו מדי״נ שנאמר שם, ׳אחרי רבים להטות׳. ולכאורה הדברים סותרים זה את זה.

ב.

התוס׳ דנים בזה בשני מקומות (סנהדרין ג׳ ב, תוד״ה דיני ממונות וב״ק כ״ז ב, ד״ה קמ״ל). ומחזקים קושיתם, שבדי״נ הולכים אחר הרוב גם ברובא דליתא קמן וכמבואר בר״פ בן סורר ומורה. תירוצם לסתירה זו נראה שונה בשני המקומות. בסנהדרין תירצו דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא, הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות.

משמע מדבריהם, שלעולם שוים הם דיני ממונות לדיני נפשות, שברוב חשוב הולכים בשניהם אחר הרוב. דברי שמואל לא נאמרו אלא לגבי הענין המסוים שבו נחלקו - לענין רדיא, וזה לפי שרוב זה אינו ״רוב חשוב״.

סתמו ולא ביארו מהי הגריעותא שיש ברוב לרדיא, אלא קבעו בפשיטות שאינו רוב חשוב.

ג.

בתירוצם בב"ק נראה שהלכו בדרך אחרת, וז"ל בתירוצם:

> דגבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה, דהא בי"ד מפקי מיניה. אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא.

לפי תירוצם זה, אכן שונה ממון מדיני נפשות, שבדי"מ אין הולכים אחר הרוב, פרט לרוב של דיינים "שחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו". ואילו כשהמיעוט אין לראותו כמי שאינו, אעפ"י שבדי"נ גם בזה הולכים אחר הרוב, בממון שונה הדין, כי אמרינן בכה"ג סמוך מיעוטא לחזקה.

אף דבריהם כאן סתומים ולא נתבאר משום מה אנו רואים בדיינים המיעוט כמי שאינו, וכן, מה הדין לפי דבריהם אלה, בדי"מ בעדים שנחקרו ואמר האחד בשנים בחודש והאחר - בשלישי, האם מקיימים עדותם, כשם שמקיימים אותה בדי"נ משום שתולים שטעו בעיבור החודש, שכן רוב אנשים טועים בזה, או שנבטל עדותם משום שאין הולכים בממון אחר הרוב, שהרי לא אמרו "שהמיעוט כמי שאינו" רק בבי"ד שנחלקו ביניהם.

ד.

בקונטרס הספיקות (כלל י', אותיות ב-ד) מביא פירוש מהרמ"ח (בסו"ס "גט פשוט") שביאר דבריהם מפני שבדיינים אמרה תורה "אחרי רבים להטות", וע"כ "מיעוט הדיינים מבטלים דעתם מפני סברת הרוב, ואינם יכולים להורות אלא כסברת הרבים", ונמצא שהמיעוט כמאן דליתיה, וע"כ אין בעל הדין יכול לסמוך על המיעוט ולומר קים לי כדעת המיעוט. וכן לגבי העדים "הרי העדים העומדים לפנינו שמעידים עליו אומרים דביום אחד קמסהדי, והם מרובא דעלמא דטעו בעיבורא דירחא. נמצא דאין כאן מיעוט שיסמוך עליו הנידון". עכת"ד.

ה.

בקונהס"פ שם השיג עליו, במה שאמר שבדיינים המיעוט מבטלים דעתם ואין יכולים להורות כסברתם, "שאין זה אלא בזקן ממרה אחרי פסק בי"ד הגדול, אבל כל עוד לא הוכרע נגדו בבי"ד הגדול מאן לימא לן דלא יוכל המיעוט להורות כסברתם". כן תמה במש"כ בעדים שאין שם מיעוט מפני שהם אומרים שמכוונים ליום אחד, דמה בכך הרי אם אינם מן הרוב אלא מהמיעוט שבקיאים ואז עדותם בטילה, למה לא יוכל הנידון להסתמך על האפשרות שהם מן המיעוט ולבטל עדותם. עוד תמה עליו מכמה מקומות, עי"ש.

ו.

ומסיק קונטהס"פ ביאור דבריהם שלגבי בי"ד ל"ש שהנידון יסמוך על חזקה לומר סמוך מיעוטא לחזקה "דכוח בי"ד אלים לאפוקי מחזקת מריה". והרי זה כאילו אין כאן חזקה. ע"כ גם בדי"מ הולכים אחר רוב של ביה"ד. אכן בעדים שלא תאמו ביום שבחודש בדיני ממונות באמת אין מקבלים עדותם, ושלא כמו בדי"נ.

וזה לפי התוס' בב"ק, שאכן שונה דין די"נ מדי"מ בזה, כי רק בדי"מ שייך לומר סמוך מיעוט לחזקה, משא"כ בדי"נ.

ולפי התוס' בסנהדרין שדי"נ ודי"מ שוים, יש להבין דעתם, שיש הבדל בין מיעוט מצוי למיעוט שאינו מצוי. דברוב לרדיא, וכן הא דמייתי שם בגמרא בשו"ט, המיעוט הוא מיעוט המצוי, ועל כן הגדירו התוס' בסנהדרין את הרוב לרדיא כ"רוב לא חשיב" ואילו הדיון בסוגיא דר"פ בן סו"מ הוא כשהמיעוט הוא לא מצוי, דבזה אזלינן בת"ר, לדעת התוס' הנ"ל, הן בדי"מ והן בדי"נ עכת"ד.

ז.

אך דבריו דחוקים לענ"ד. במה שהסיק בתוס' ב"ק, שלפ"ז יש חילוק בדי"מ בין רוב ומיעוט בסנהדרין דל"ש לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה, דלעומת בי"ד "לא שייך למימר אוקמה בחזקת מריה ... דכוח בי"ד אלים לאפוקי מחזקת מריה" (אות ג') ולא כן בעדים שא' אומר בשנים בחודש וא' אומר בג' עדותם בטילה בדיני ממונות, דבזה שפיר אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה (סוף אות ד'). זה תמוה מאד שא"כ ברי"פ אדי"מ (סנ' ל"ב א) דמונה המשנה החילוקים בין די"מ לדי"נ, וכולם להקל בדי"נ, הול"ל חילוק זה שבזה דוקא די"נ לחומרא, שמקבלים עדותם וסמכינן אהא דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, ואילו בדי"מ עדותם בטלה.

וכן מה שהעלה לחלק בין רוב מצוי לרוב שאינו מצוי, בדברי התוס' סנהדרין חילוק זה שהוא יסודי ועיקרי לא נמצא כלל בדברי התוס', ואין זה אלא על דרך ניחוש. וכן לא בא זכרו בגמרא, לא בסוגיא דסנהדרין ס"ט ולא בסוגיא דב"ב צ"ב. ולישנא בסוגיא ס"ט שתמה רב הונא ברי' דר"י בזה שאמרו דאזלינן בתר רובא - רחמנא אמר והצילו העדה ואת אמרת זיל בתר רובא, והרי גם אינהו לא אמרי דאזלינן בת"ר אלא כשהמיעוט אינו מצוי.

ח.

כן נלע"ד דסברת קונטה"ס דלגבי בי"ד ל"ש חזקה "דבי"ד אלים לאפוקי מחזקה" סברא זו שייכא בדיני נפשות, דל"ש לומר סמוך מיעוטא לחזקה שמחזיק בגופו, דבי"ד שהם המחייבים לדין החייבים מצד "ובערת הרע מקרבך", ונגד בי"ד ל"ש חזקה.

ולא כן כשנחלקו בי"ד בענין ממון, בזה שייך שפיר לומר סמוך מיעוטא לחזקת ממון דהנתבע. כי הדו"ד הוא לא בין ביה"ד לבין הנידון, אלא בין התובע והנתבע. ואילולא היה הדין בבי"ד שנחלקו ביניהם המיעוט כמי שאינו, שפיר היה

לנתבע טענה סמוך מיעוטא של המזכים לחזקת ממון דידיה. ע״כ לא סגי בדבריו לבאר התוס׳ בב״ק שחילקו בין רוב ומיעוט דיינים דגם בממון אזלינן בתר רובא לבין שאר רוב ומיעוט.

ט.

ועל כן נראה שיש לצרף את סברת הקונטהס״פ יחד עם סברת מוהרמ״ח. דמ״ש התוס׳ שבבי״ד המיעוט כמי שאינו, ע״כ מוציאים ממון עפ״י הכרעת הרוב של ביה״ד, הוא כסברת המוהרמ״ח, שהמיעוט מבטלים דעתם לסברת הרוב. ומה שהקשה בקונהס״פ על זה דלא מצינו שהמיעוט חייב לבטל דעתו ואסור לו להורות כדעתו, זה לא קיים רק בבואו להורות נגד הכרעת בי״ד הגדול, שזהו דין זקן ממרה, אין כוונתו של המוהרמ״ח אלא לגבי דין זה, שכלפיו נחלקו הדעות, ובזה משהוכרע כדעת הרוב הפסק יוצא על דעת כל הדיינים ואסור לו ליחיד להתפלג ולהורות שלא כדעת הרוב. ועל כן גם בדיני ממונות ל״ש לומר סמוך מיעוטא דדיינים לחזקת הממון, כי משהוכרע ע״י הרוב שוב אין כאן מיעוט ול״ש לצרפו לומר סמוך מיעוט לחזקה. וזה מדוקדק בלשון התוס׳.

וטעם זה שייך גם לגבי עדים שא׳ אומר בשנים בחודש ושני אומר בשלשה דהדיון הוא לא על המעשה שבאים להעיד, אלא אם עדותם מתקבלת או לא, ובזה הדבר שייך להכרעת ביה״ד. וכיון שהם מכוח הרובא דאינשי טעו וכו׳ מקבלים עדותם, הרי הם כשרים ונאמנים, וחותכים על פיהם את הדין. ול״ש שוב ספיקות, ולא מיעוט שנאמר סמוך מיעוטא לחזקה, וכמש״כ בזה הש״ש (ד׳ פ״ח) בהסתמכו על המהרמ״ח, דכמו שבדיינים ״הם מפקי הממון והמיעוט כמו שאינו, ה״נ דסמכינן על העדים והמה מוציאים הממון״.

י.

אכן כל עיקר לא נצרכת סברת זו שהמיעוט בטל וכמו שאינו, אלא לגבי מה שמשוים די״נ ודי״מ, שהוא בשני הענינים הנ״ל.

אך מה שהביאו התוס׳ בקושיתם מר״פ בן סו״מ בענין הזמן של שלשה חדשים שבהם יש הדין של בן סו״מ, וכן בהא דבא על מי שנתקדשה בקטנותה דמייתי בגמרא שם, הנימוק דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, הוא כמו שכ׳ בקונהס״פ דכלפי בי״ד ל״ש כלל מוחזקות של הנידון. על כן, משהסיקו התוס׳ בתירוצם שכל עיקר דלא אזלינן בת״ר בדי״מ אינו אלא מפני דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, ממילא מסולקת מעיקרא הקושיא מהני עובדי, דבזה אין כלל חזקה, וע״כ אעפ״י דאין כאן הגדר שהמיעוט כמי שאינו, סגי בהא דאיכא רובא ואזלינן בתר רובא גם בדי״נ.

יא.

ומתבארת לפ״ז יפה הסוגיא דפ׳ בן סו״מ, דלכאורה מפליא הדבר, דהתם הדיון לגבי הזמן של שלשה חדשים דבן סו״מ מתעוררת השאלה על דיון עפ״ר בדי״נ. וכשאמרו שם שמשו״ה זמנו שלשה חדשים ולא פחות משום דאזלינן בת״ר, ורוב נשים יולדות לתשעה, תמה ע״ז רב הונא ברר״י ״רחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה ואת אמרת ניזל בתר רובא״. יוצא איפוא שדעתו היא שאין הולכים אחה״ר בדי״נ. וזה תמוה, שסתמא דסוגיא פשוטה היא (חולין יא) דבדינ״נ נמי אזלינן בת״ר ממכה אביו ודילמא לאו אביו הוא. וביותר תמוה שבסוגיא דידן לא הוזכרה כלל הראיה הפשוטה הזאת מן התורה הכתובה, ומחפשים ראיות מן המשנה.

יב.

והנה בש״ש (ש״ד פ״ט) מעלה דלעולם לא אזלינן בת״ר בדי״נ ובדי״מ כאחד, ״דעפ״י שנים עדים יקום דבר״, ורוב לא סגי. וכל אותם הלכות דנראה דאזלינן בת״ר הם רק כשבא הרוב לפני המעשה, והוחזק הדבר לאיסור, ואז העובר מתחייב כי כבר הוחזק לאיסור, ולאיסור ודאי סגי לקובעו ע״י הרוב. ובזה מסביר גם הא דבן סו״מ דמכוח הרוב הוחזק שזמנו הוא שלשה חדשים. וע״כ כשעובר בתוך ג׳ החודשים הללו יש בו דין מיתה. וכן בהא דקטנה שהוחזקה שאינה איילונית מכוח הרוב, ע״כ מי שבא עליה נידון כבא על ודאי אשת איש (ובהא דעדים הסתמך על המוהרמ״ח הנ״ל, שלאחר שהוקבע כשרותם, על פיהם הוא שדנים), וזוהי גם ההלכה שבחולין י״א הנ״ל שכבר הוחזק לאביו מאז, ע״כ כשמכה אותו חייב מיתה. עכת״ד.

אך לפ״ז תמוה כנ״ל שהסוגיא בסנהדרין כמתעלמת מהסוגיא דחולין, וכן דעת רב הונא ברי׳ דר״י כאילו חולקת על העיקרון הנקוט בחולין ללא חולק. ומתפלא על מי שאמר דאזלינן בת״ר גם בדי״נ, ואיך יתכן שיתנגד לזה. מאחר שהמדובר לאחר שהוחזק.

כן לא יישב בזה התוס׳ בב״ק שהקשו מהא דפ׳ בן סו״מ ולא תירצו מאומה על זה. ומה שתירצו אין בו כלום לקושיא זו, ותירוץ הש״ש לא הוזכר בתוס׳ כלל.

יג.

ע״כ נראה האמת, שאכן שתי סוגיות שונות הן, והסוגיא דחולין אין עליה חולק, כי המדובר לאחר שהוחזק שזה אביו, פשיטא שיש לדונו בדי״נ כמכה אביו. אלא שהדיון לגבי בן סו״מ הוא משום דלא שייך שם הוחזק האיסור דזה שייך איפה שהוא נידון על עבירה שדינה מצד חומרתה היא במיתה, וזה בדומה למה שהביא מהרמב״ם, לענין ע״א שהעיד שזה חלב, שעי״ז הוחזק שזו חתיכה דאיסורא, שהעונש על אכילתה במלקות, ע״כ האוכלה מתחייב במלקות, אעפ״י שאין ע״א נאמן לחייב מלקות, עדותו אינה אלא על קביעת האיסור על החתיכה. ולא כן בן סו״מ, שמה שעשה כשלעצמו אין בו חיוב מיתה, שהרי אם עשה זאת לאחר הזמן אינו חייב, וכן אם לא היו אביו ואמו מביאים אותו לדונו, ולפי התנאים המגבילים שנאמרו בזה, אין עליו חיוב, וכן אם ברח לפני שנגמר דינו ובינתים עבר הזמן פטור (עי׳ עכ״ז ברמב״ם ה׳ ממרים) וכל זה מפני שלא המעשה מחייב מיתה, כמו בכל עבירות אחרות. ע״כ ל״ש לומר בזה הוחזק. והדיון על המתתו הוא רק מכוח הרוב. (אלא שכאמור אין לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה). והדיון הוא בדומה למה שמעורר הש״ש, אם יכולים להמית על סמך הרוב מבלי שיש עדים בדבר.

www.eretzhemdah.org

יד.

וזהו שתמה ר״ה ברי׳ דר״י רחמנא אמר ״והצילו העדה״ וכו׳, ושעל כן אין להוציא למיתה אלא עפ״י ב׳ עדים, ולא על סמך השערה של ״רוב״. ולזה מייתי ראיות דגם בכה״ג אזלינן בתר״ר. והנה הראי׳ מקטנה שהבא עליה נהרג, בזה ל״ש לומר הוחזקה באשת איש, כי איילונית הוא דבר שעומד להתברר ולהתגלות. ומאד יתכן שאחרי שנוציא האיש להורג, משתגדל אותה קטנה יתברר שהיא איילונית, ונהרג שלא כדין. ובכה״ג ל״ש איתחזק, כי איך שייך לומר איתחזק שהיא אשת איש, שתוכן הדבר של האיתחזק הוא לומר שמעתה אין ספק בדבר, בעוד שמחר מחרתים נדע שלא כן הדבר. וכן מייתי מעדים דטעו בעיבורא דירחא, דל״ש לומר איתחזק שהרי הם באים אחר המעשה, ואי קיימת הסברא ד״והצילו העדה״ איך ולמה נקבל עדותם, כיון דאיכא מיעוט האומר שלא כוונו עדותם. אע״כ אזלינן בתר״ר גם בדי״נ, כיון שכאמור אין שייך לומר בדי״נ סמוך מיעוטא לחזקה. ובזה נדחית הטענה של ״והצילו העדה״.

טו.

מסקנת הדברים בפירוש התוס׳ בב״ק:

א) רוב כשלעצמו סגי הן בדיני נפשות והן בדיני ממונות.

ב) בדיני נפשות כיון שהנידון עומד בפני בית הדין שעליהם החובה לדון החייבים, אין שייך כנגדם מוחזק, ועל כן כל שעל סמך הרוב יש כאן חיוב, בי״ד דנים לפי הרוב. ול״ש בזה מש״נ ״והצילו העדה״, ולא מש״נ עפ״י שנים עדים יקום דבר, כי הרוב כיון שאין נגדו אלא מיעוט, הדין ללכת אחריו.

ג) בממון, יש והולכים אחר הרוב ויש - שלא, והיינו ברוב דיינים מחייבים, וכן כשיש דיון על כשרות העדים, ועל יסוד הרוב - הם כשרים ונאמנים, הרוב הזה קובע ומוציאים ממון על פיו. כי בשני אלה המיעוט כמי שאינו.

אולם כשהספק הוא בעובדות, אעפ״י שעל יסוד הרוב היה לנו לקבוע שחייב, כיון שהמיעוט אינו בטל, וכיון שבממון שייך להתחשב עם חזקת הממון של המוחזק, אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, ואין הולכים אחר הרוב.

טז.

ועתה ניגש לביאור התוס׳ בסנהדרין, שכתבו כנ״ל שמשו״כ לא אזלינן בתר רובא דלרדיא, ושלא כמו בענין רוב בדיינים שלמדים די״מ בק״ו מדי״נ, משום דרובא דלרדיא אינו רוב חשוב, ולא ביארו למה. וכבר הבאנו מקונטה״ס, וראינו שפירושו דחוק. כן דחה שם פי׳ הב״ח, עי״ש. בש״ש (שם פ״י) ביארם עפמש״כ הרמב״ן בענין סבלונות שחיישינן לקידושין ולא אמרינן דניזל בתר רוב דמסבלי והדר מקדשי. והסביר הרמב״ן, דכיון דאין זה רוב התלוי בטבע, אלא שהוא מנהג בני אדם ״ופעמים הרבה שאדם נוהג כמנהג המועט״. ומוכח שם דאמנם גם בזה יש למיזל אחה״ר, אך מחמת חומרא דא״א חיישינן למיעוט, כל כה״ג. עפי״ז פי׳ הש״ש גם הא דאמרו התוס׳ דרובא לרדיא אינו רוב חשוב, שדבר זה תלוי בדעתו וברצונו של הלוקח, ואינו רוב שבטבע, ע״כ ס״ל להתוס׳ דבזה הוא דנקטינן דבממון ל״א בתר רובא, עכ״ד.

יז.

אכן, הדמיון אינו עולה יפה לענ״ד, דאם אמנם בידו לקנות לשחיטה, אך גם בזה, הרוב הוא בדומה לרוב שבטבע. שהרי אין אדם קונה אלא מה שיש לו צורך, ובמדה שהוא זקוק לה, ומכיון דאמרינן דרובא לרדיא הרי פירוש הדברים שרוב זקוקים לרדיא יותר מאשר לשחיטה, א״כ הר״ז כמו רוב שבטבע, ואינו בדומה להא דסבלונות, דהתם אין זה אלא נוהג מסוים, ויכול אדם לסטות מהנוהג, כי הדבר תלוי אך ורק ברצון, ולא בתנאים חיצוניים שמכתיבים לו את התנהגותו.

כך, הביא שם בעצמו (פרק ז׳) שהסוגיא בב״ב נראית שלא נחתה לחילוק זה בין רוב לרדיא לאידך רובא. (עי״ש שדחק עצמו, ומסוגיא זו עצמה דחה קודם, בפ״ו, מה שהביא מהב״ש, אם כי נראה ששם עיקר דחייתו היתה מכח סברא, שדברי הב״ש נראים מופלאים, אך עי׳ להלן שביארנום שפיר בע״ה). ועוד, וזהו שנראה בענ״ד העיקר, שכל החילוקים שממציאים בין רוב דרדיא לרוב אחר, לא נתפרש מהם בתוס׳ כלום. ואיך יתכן שהתוס׳ יסתמו דבריהם מבלי לבאר, אם לא שהדבר מוכח מהסוגיא עצמה.

יח.

ואשר נ״ל בביאור דבריהם. וזה בהקדמת דברי ה״ביה שמואל״ שהובאו בש״ש (פ״י כנ״ל) בביאור התוס׳ יומא דף פ״ה א, שהוקשה לו עליהם טובא מגמרא וסברא.

דכתבו התוס׳ (יומא פ״ה ד״ה לא צריכא) בענין תינוק שנמצא בעיר שרובה ישראל שדינו כישראל, שאם נגח תורא דידן לתורא דידי׳ חייבים לשלם לו ח״נ כאילו ודאי ישראל. ותמהו בזה אמאי לא נימא אין הולכים בממון אחה״ר. וכ׳ ע״ז הב״ש (אהע״ז סי׳ ד׳ סקנ״ו) וז״ל: ״ ... אע״ג דבממון אין הולכין אחה״ר, היינו כשבא לידו מדעת בעלים״, עכ״ל. שנראה מזה שבזה שהבעלים עצמם נתנו לו הממון עדיף יותר, ממי שמוחזק בממון מעיקרא, כגון הא דבעל השור. ובש״ש שם כ׳ ד״דבריו תמוהים״, וכן הוכיח מהסוגיא ״דודאי מוחזק מעיקרו עדיף טפי מבא בידו מדעת בעלים״. עי״ש.

יט.

ונ׳ לבאר כוונתו. וראשית נביא את דברי הש״ש עצמו, בביאור מ״ש התוס׳ ב״ק שהו״ל בטעמא דא״ה בממון אחה״ר הוא מצד סמוך מיעוטא לחזקה, כלומר, לחזקת הממון. והרי בעלמא נקטינן דרובא וחזקה רובא עדיף, ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. והסביר הש״ש (שם פ׳ כ״ד) וז״ל:

... ומשום דהא דרובא עדיף מחזקה, היינו משום דרוב הוא השתא לפנינו הרוב, אבל חזקה אינו אלא חזקה דמעיקרא, שהיה מעיקרא כך, לכן אוקמה אחזקה קמא. אבל רוב הוא עתה לפנינו ועדיפא מחזקה דמעיקרא. וחזקת ממון שהוא גם עכשו בממון, הוי כמו רוב, ואין מוציאין ממון מחזקת בעלים שהוא מוחזק עכשו, ע״י רובא, עכ״ד.

כ.

ונראה דגם הב״ש יוצא מיסוד הנ״ל, אלא שמוסיף בזה עוד נקודה, והיא, שמה שחזקה ומוחזק עכשיו יוצרת זכויות, שבכדי להוציא ממנה צריך להוכיח הוכחה ברורה נגדה הוא רק אם החזקה היא לא רק עובדתית, אלא שהיא מוגנת מצד הדין, דאם למשל הדבר הגיע לידיו ע״י תפיסה, שאמנם מבחינה עובדתית הוא מוחזק, אבל כיון שאין החזקתו כשלעצמה מקנה לו שום הגנה מצד הדין, אין לראות בזה גדר של חזקה דהשתא דממון שנאמר בזה דמצטרפת למיעוט. וזה כדכתבו התוס׳ ב״מ (דף ו׳ ב ד״ה פוטר).

כא.

וזוהי כונת הב״ש במה שהעלה לחלק בין המוכר שמחזיק בממון שנתן לו הלוקח בהא דמוכר שור ונמצא נגחן, לבין הא דאזיק תורא דידן לתורא דידיה, דכיון דמצד הדין בנוגח את שור של ישראל נקטינן הלכה כר״ע דיוחלט השור ועומד משעת הנגיחה ברשות הניזק להקדישו ולמכרו מאותה שעה, נמצא דגם אם בפועל הוא עדיין ברשות המזיק, מ״מ ל״ש לראות בזה חזקת ממון מסוג זה שנימא בו סמוך מיעוטא לחזקה, דרק בגוונא שמה שמחזיק הוא שגם אם חייב הוא לשלם, עכ״פ טרם ששילם זה שלו, ע״כ שפיר אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, משא״כ בזה שהחזקת ממון עצמה היא בספק, דאם אכן ישראל הוא הניזק, כי אז הר״ז שלו, ומה שמחזיק אין זה אלא מצב עובדתי, בזה ל״א סמוך מיעוטא לחזקה, ושפיר אזלינן בתר רובא.

ולא היתה כוונת הב״ש מעולם להעדיף חזקה זו שמחזיק בממון ע״י שבא אליו מבית בעלים ליותר ממה שהיה מוחזק בהם מעיקרא. אלא לומר שכה״ג לא גרע ממה שהי׳ מוחזק בהם מעיקרא, דהעובדא שהבעלים נתנו לו הממון בשעתו מדעתם, מקנה לו זכות חזקה דהשתא, כמו מי שהי׳ מוחזק מעיקרא וממשיך להחזיק בהם. (וכיו״ב ממש שם בתוס׳ ב״מ דף ו׳ שהבאנו בענין השוכר בית. ע״י״ש).

כב.

אכן נ׳ שהש״ש אזיל לשיטתי׳ שהעלה (שם פי״א) בענין נגיחת שור תם דנקטינן דפ״נ קנסא ועל כן טרם שיש פסק דין לחייבו, אין בו חיוב כלל, וז״ל שם (בהסתמך על מש״כ כיו״ב הראב״ד בענין ספק חיוב ד׳ וה׳) וז״ל:

> דקנס לא מיחייב אלא ״אשר ירשיעון אלהים״, וכל שאין הדיינים מחייבים אותו לא יוכל למיעבד דינא לנפשיה ולתופסו.

ולפ״ז קשי״ל דהכא נמי יש לראות החזקה שמחזיק בה המזיק דהשתא כמו בעלמא. כי טרם שנפסק הרי הוא שלו, וכיון שע״ז גופא הספק, אמרינן שפיר סמוך מיעוטא לחזקה.

כג.

אך לא כן נ׳ מהתוס׳ (ב״ק ל״ג שם ד״ה איכא בינייהו) שהעלו לחלק בין קנס דעלמא לקנס דפ״נ קנסא, דהיכי דנתגלה הדבר ע״י עדים שנגח קם ברשות הניזק משעת הנזק (וכ״ה בענין היוצא בשן ועין). ושם בגהש״ס העלה בעקבות הדברים הללו לחלק בין דעת ר״י לדעת ר״ע, דלר׳ ישמעאל ״קיימא הסברא דבקנס לא שייך דזוכה למפרע, כיון דהחוב נעשה רק ע״י ההעמדה בדין״. עכ״ל. נמצא דפ״נ קנסא אין חיובו תלוי בפסק בי״ד, אלא בהתגלות המעשה בבי״ד ע״י העדים, ע״כ משראו עדים והעידו, אם הוא ישראל, הרי הוא שלו, ואין הפס״ד מחדש דבר, רק מגלה העובדא. וזהו שכ׳ הב״ש דבזה שפיר אזלינן בת״ר, דאין כאן חזקה דהשתא נגדו שתצטרף למיעוט, להיעשות סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא.

כד.

ובזה ניתן להבין נימוקו של ההי״מ (פ׳ ט״ו מאי״ב) הובא בש״ש הנ״ל שדעתו לא כהתוס׳ יומא הנ״ל, וס״ל בנגח תורא דידן לתורא דידיה אין צריך לשלם גם ברוב ישראל משום א״ה בממון אחה״ר, דאיהו אזיל לשיטת הרמב״ם שחולק על התוס׳ וס״ל דתקפו כהן אין מוציאין מידו (פ״ה מבכורות פ״ג). א״כ לדעתו חזקה דהשתא מיקרי כל שהממון תחת ידו עכשיו, גם אם היה זה רק ע״י תפיסה, נמצא שאין חילוק לדעתו בין תפיסה ברשות לתפיסה שלא ברשות וכשם שתפיסה ברשות יוצרת זכויות כן היא תפיסה שלא ברשות, מצד עצם העובדא שזה בידו הוי הדין הממע״ה. וע״כ גם בשור תם, אעפ״י שעוד שהדבר תחת ידי המזיק עכשיו, אינו בגדר תפיסה ברשות, ואין לדעת התוס׳ לדון בזה רק מכוח חזקת מ״ק, דלא מהני גם בממון נגד רוב, וכנ״ל, לפי חידושו של הש״ש, מ״מ כיון שהוא גם עכשיו מוחזק גם בזה נקטינן דאי״ה אחה״ר להוציא מידו, ע״כ שפיר נוקט ההי״מ דגם ברוב ישראל פטור.

אבל לא כן לדעת התוס׳ ואידך ראשונים, דפליגי על הרמב״ם ונוקטים במסקנא דמילתא בת״כ דמוציאים מידו, דתפיסה שלא ברשות אינה מקנה שום זכויות, לדידהו שפיר קאים הסברו של הב״ש, שבכה״ג דמכוח הרוב יש לחייב המזיק, אינו יכול לבא מכוח מה שמחזיק עכשיו לזכות מכוח דנימא סמוך מיעוטא לחזקת ממון דהשתא, דמה שמוחזק עכשיו לאו כלום הוא, ואין כאן אלא חזקת מ״ק, ובהא שפיר אזלינן בת״ר, כמו דנקטינן בעלמא - רובא וחזקה רובא עדיף.

www.eretzhemdah.org

כה.

מסקנא העולה לנו מכל הנ״ל, עפ״י התוס׳ בב״ק והא דהב״ש, שלעולם אזלינן בתר רובא, הן בדי״נ והן בדי״מ, אבל זה בתנאי שלא תוכל להצטרף למיעוט חזקה דהשתא שהיא בעלת תוקף הלכותי דאז הרוב איתרע. דמשו״ה ברוב דדיינים ורוב דגבי עדים, וכן בהא דנגיחת תם, דבכל הני אין לנו חזקת ממון דהשתא דנימא ביה סמוך מיעוטא לחזקה, שפיר אזלינן בתר רובא, ובנפשות לעולם ל״ש חזקה דהשתא, דהדיון של בית הדין בהלכה, אינו שייך לחזקת הגוף של הנידון. וכנ״ל.

כו.

מעתה אמינא, שאין כלל מחלוקת בין שני דיבורי התוס׳, וגם התוס׳ בסנהדרין אומר אותם הדברים שבב״ק. ומה שאמרו שרוב לרדיא הוא רוב שאינו חשוב הוא מאותו טעם דכ׳ הב״ש והיינו שכיון דהחזיק בממון מדעת הבעלים, דשעל כן תורת חזקה דהשתא אית ליה על הממון ע״כ מצטרף למיעוט ומתרועע הרוב, וע״כ הוי הרוב ״רוב לא חשוב״ ולא באו התוס׳ לחדש ולחלק חילוקים חדשים שלא נזכרו ולא הובאו (כפי שרוצה הב״ח לבאר דבריהם, ואף לא כפי שרוצה הש״ש וקונה״ס לשים בפיהם) כי אז ודאי שהיו צריכים לבאר, למה זה שונה מכל רוב, אלא שמסתמכים פשוט על היסוד שמוכרחים לבאר בדברי שמואל מ״ש שאין הולכים בממון אחה״ר, אעפ״י דבכה״ת נקטינן רובא וחזקה רובא עדיף, אלא מפני שהכא הוי חזקה דהשתא, ובזה ס״ל לשמואל דלכו״ע נקטינן דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא, הרי יוצא מזה בפשיטות, דרוב זה דרדיא הוא רוב גרוע, כדאמרינן ״איתרע לה רובא״. ע״כ לא אזלינן בתריה. ולא כן בגוונא דאיכא רוב שאין כנגדו חזקה לרועעו (וזהו כגון הא דנגח תורא דידן לתורא דידיה) לפי דאזלינן בת״ר בממון כמו בנפשות, דילפינן לה מק״ו, וכפשטות הסוגיא דסנהדרין.

ולא הזכירו בדבריהם לחלק בין די״נ לדי״מ, דהרי גם בממון עצמו יש ואזלינן בתר רובא. וזה בגוונא דאין לנתבע חזקה דהשתא, שתצטרף למיעוט, ואעפ״י שמסייע לו חזקת מ״ק, ואפילו אם הממון בידו גם עכשיו. אך באופן שהחזקה דהשתא ריעא, כגון הא דנגח תורא דידן לתורא דידיה, דאם ישראל הוא הניזק, מה שהמזיק מחזיק בשור לא מקנה לו זכות של חזקה דהשתא, ולא מצי אתי עלה אלא מכוח חזקת מ״ק, אזלינן בתר רובא ומוציאין מידו. על כן כתבו בטעמא דשמואל דא״ה בממון אחה״ר בזה דרובא דרדיא אינו רוב חשוב, וכהסברו של הב״ש דאעפ״י דאין חזקת מ״ק ממש, מאחר שבא לידו מדעת בעלים החזקה דהשתא שלו אלימא, כמו זה שיש לו חזקה דהשתא, כהמשך לחזקת מ״ק (וכגון כל הני דמייתי בסוגיא דר״פ המוכר פירות) שבזה ל״א אחר הרוב. ודו״ק בכל הנ״ל.

והם הם הדברים שהעלה כפירושם המור״מ חביב, שהביאם בקונטרס הספיקות (כלל ו׳ אות ב׳ שהו״ל) שכ׳ בכוונתם דמשו״ה לא הוי רובא לרדיא רוב חשוב ״ר״ל דברובא לרדיא איכא מיהת מיעוט דזבני לנכסתא״, והביאור הוא כמו שהוסבר לפי הש״ש והב״ש.

סימן פד : תפיסה בספיקות א.

בשתי סוגיות סמוכות זו לזו דנים בגמרא (ב״מ ו׳, א וב) בתוקף מיד המוחזק בה תחלה, בראשונה - בשנים אוחזים בטלית שהדין הוא יחלוקו ותקפה א׳ בפנינו, ובזה נוקטת הגמרא בפשיטות שכל עוד שאין הודאה מצד המוחזק בה בתחלה, היינו בצווח מעיקרא, ודאי שמוציאים מיד התוקף - ״מאי הוה ליה למיעבד״? ואילו בשניה - בכהן שתקף ספק בכור ישנן שתי דעות - דעת רב המנונא שאין מוציאים מידו, ודעת רבה שמוציאין מידו. להלכה, דעת רוב הראשונים - כרבה, שמוציאים מידו. ויש לברר הקשר שבין שתי הלכות אלה בתוקף מידי המוחזק.

ב.

בדעת הרא״ש יש לראות, שאין קשר בין שתי ההלכות, הדין של תקפה א׳ בפנינו מובא בדבריו בסי׳ י״א, והדין של תקפו כהן מובא בסי׳ י״ג. ולא זו בלבד, אלא שמדבריו יוצא חילוק הלכתי ביניהם. בתקפו א׳ בפנינו שמוציאים מידו המדובר כשהתוקף טוען טענת ברי - כולה שלי, ואעפ״כ מוציאים מידו. ואילו לענין תקפו כהן מסביר הרא״ש הטעם שמוציאים מידו משום ״דתפיסה לא מהני אלא בטוען ברי. אבל הכהן הזה אפילו לאחר שתפס אין לו אלא טענת שמא. הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מ״ק״. הרי שדין זה הוא רק בטוען שמא.

ולא כן היא דעת הנמוק״י (ודבריו מקורם ברמב״ן) וז״ל: ומשמע משמעתין דדוקא שתק ולבסוף צווח, הא צווח מעיקרא מוציאין אותה מידו, דמאי דתפיס דידיה הוא. והכי נמי משמע מהא דתנן ספק בכורות וכו׳ דמסקינן באם תקף כהן בהמה שהיתה ספק בכור בבית ישראל מוציאים אותה מידו. שמעינן דכל ספק ממונא דקיי״ל חומרא לתובע וקולא לנתבע, אי תקפו בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה וכו׳. חזינן לדעתיה שדין זה שתקפו כהן מוציאין מידו הוא מאותו הטעם ואותו הנימוק של תקפה א׳ בפנינו, שבשניהם היסוד הוא ״דכל ספק ממונא וכו׳ אי תקפו בפנינו וכו׳ מוציאים מידו״, ולא חילק בדין תקפו כהן שהוא רק בטענת שמא, כחילוקו של הרא״ש. ויש להבין שורש מחלוקתם של הראשונים בזה.

ג.

בדעת הרא״ש עצמו שמחלק בתקפו כהן בין שתופס בטענת ברי לתופס בטענת שמא, ג״כ יש להבין: א׳ מהו החילוק בין שמא לברי, כיון שכשם שהכהן טוען שמא, הרי גם הישראל טוען שמא, ולכאורה שקול שמא ושמא כמו ברי וברי. וב׳ משום מה בתקפה א׳ בפנינו גם בטוען ברי מוציאים מידו, ואין מתחשבים בטענת ברי שלו.

והנה בבואנו לדקדק בדבריו נראה שבתקפו כהן הוא דן מצד חזקת מרא קמא של הישראל. שהרי כן כתב שם ״הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מ״ק״. לפ״ז החילוק בין תקפה א׳ בפנינו לתקפו כהן הוא בולט. כי בשנים

אוחזים ותקפה האחד בפנינו, בא להוציא בתפיסתו מחזקה דהשתא, בעוד שבתפיסת הכהן אנו דנים רק מצד חזקת מ״ק.

וחזקה דהשתא יותר אלימא מחזקת מ״ק, כפי שהוכיחו התוס׳ להלן דף ק׳ (ד״ה הא מני). ויוצא, שלדעת הרא״ש, רק ביחס לחזקת מ״ק אנו מבחינים בין טוען ברי לטוען שמא, שטענת ברי עומדת נגד חזקת מ״ק. משא״כ נגד חזקה דהשתא גם טענת ברי אינה מועילה, וע״כ מוציאים מידו.

אכן עדיין תמוה, משום מה אין לדין בתקפו כהן ג״כ מצד החזקה דהשתא של הישראל, שהרי לא נזכר שום חילוק, ומן הסתם המדובר גם בתקפו כהן מרשות הישראל, וכלשון הנמוק״י שהובאה לעיל ״דמסקינן דאם תקף כהן בהמה שהיתה ספק בכור בבית ישראל מוציאין מידו״. וגם הרא״ש לא פירש שהמדובר דוקא בתקף הבהמה כשעמדה באגם. כן עוד לא עמדנו על עצם החילוק בנידון דידן בין חזקת מ״ק לחזקה דהשתא, שהרי עכ״פ גם בחזקת מ״ק אנו אומרים הכלל הממע״ה, וא״כ למה נבחין בין החזקות הללו בין טענת ברי לטענת שמא. וכן, כבר הוזכר לעיל, שעצם ההבדל בין שמא ושמא לברי וברי טעון הסבר.

ד.

והנראה בזה, והוא בהקדמת מה שנסתפק בקונטרס הספיקות (כלל א׳ סי׳ ה׳) בהא דאזלינן בתר חזקת מ״ק בממון (לדעת רבנן דסומכוס) אם הוא מדין חזקה שבכל התורה כולה, ואינו מגדר חזקת ממון שמחזיק עכשו בפנינו, שבזה אמרו בגמרא שהוא מסברא: מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, או שאין הוא מדין חזקה של כה״ת כולה, שזה נאמר בענין איסור והיתר, וכלל בידינו - ממונא מאיסורא לא ילפינן, אלא שהוא מאותה סברא עצמה שבחזקה דהשתא שבממון. שגם על מה שהיה מקודם בחזקת בעלים מסוים, שייך לומר למי שבא להוציא ממנו - מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, שעליו להוכיח את בעלותו.

ועי״ש בקונטה״ס שהוכיח דעת הרמב״ן שגם חזקת מ״ק בממון הוא מאותו היסוד של חזקת ממון דהשתא, היינו היסוד הסברתי, ולא מדין חזקה דכה״ת כולה הוא.

עפ״י הנ״ל נוכל לבאר דעת הרא״ש ומחלוקתו עם הרמב״ן בביאור היסודות של הסוגיות שאנו דנים בהם. ונרד לסוף דעתו של הרא״ש בחילוקו בין תקפה בפנינו לתקפו כהן, וכן בחילוקו בת״כ בין טוען ברי לטוען שמא. והוא בהנחה שדעת הרא״ש שחזקת מ״ק הוא מדין חזקה של כה״ת כולה, ושלא כדעת הרמב״ן הנ״ל.

ה.

בשיטה זו יוסברו לנו יפה דבריו של המהרש״ח (הו״ד בקונה״ס שם סי׳ ט׳) לענין ספק ממון עניים דקיי״ל שבהם אין הכלל הממע״ה, אלא אזלינן בהו לחומרא, כסוגית הגמרא חולין משום ״צדק משלך ותן לו״. ויש לזה סתירות מאיזה מקומות. ומחלק המהרש״ח שאין אומרים ס׳ ממון עניים להחמיר אלא במקום שאין חזקת מ״ק לבעלים. ודבריו צריכים הסבר, שהרי כבר נתבאר לעיל שחזקה דהשתא עדיפה מחזקת מ״ק, ומאחר שבחזקה דהשתא אנו נוקטים ס׳ ממון עניים לחומרא, למה לא נאמר כן גם בחזקת מ״ק.

אכן לפי מש״כ נראה, שזה שנתרבה ״צדק משלך ותן לו״ היינו שבכל מקום שמתעורר אצלך ספק, שמא אתה חייב לתת זאת לעני או לכהן, אל תשתמש בכוח המוחזקות שלך אלא ״צדק משלך ותן לו״. וע״כ בחזקה דהשתא של ממון שכל עיקר אין אתה בא להחזיק בו אלא מכוח מאן דכאיב ליה כאיבא וכו׳, בזה ריבתה תורה לצדק משלך ולתת. ולא כן הדבר בחזקת מ״ק, שהוא כאמור מדין חזקה של כל התורה כולה. שם הפירוש העמד דבר על חזקתו, היינו שאין מתעורר כלל ספק בדבר. שהחזקה אומרת שכל עוד שלא הוכח ההיפך אני מניח שלא נשתנה הדבר כלל. ע״כ ל״ש בזה הכלל ״צדק משלך ותן לו״, דאין כלל זה קיים אלא במקום שיש ספק. משא״כ במקום שיש חזקת מ״ק, ה״ז בגדר שאין לפנינו ספק כלל וכלל.

ו.

[בזה יתיישב גם מה שתמה שם בקונטה״ס בדברי המרדכי שמעלה שדין ס׳ ממון עניים לחומרא הוא גם כשיש רוב לטובת הישראל. והקשה, שהרי קיי״ל רובא וחזקה רובא עדיף, ואם במקום חזקת מ״ק אין דין ס׳ ממון עניים לחומרא, כש״כ במקום רוב.

אכן לפי הנ״ל החילוק מבואר. והוא עפי״מ שכ׳ בשט״מ בסוגיין בענין קפץ א׳ מן המנויים לתוכם, שהקשו התוס׳ למה לא נלך אחר הרוב. ותי׳ בשט״מ, שהדין ללכת אחר הרוב, אין פירושו שאין כאן ספק לפנינו, שגם ברוב עכ״פ ספק ישנו, אלא שחידשה תורה להתיר ספק כזה. אולם לענין מעשר נאמר בפירוש ״עשירי ודאי ולא עשירי ספק״, ע״כ גם במקום רוב אין להתחשב אתו, כי מכלל ספק עכ״פ לא יצא.

ולפ״ז נאמר גם בממון עניים שכיון שנתרבה ״צדק משלך ותן לו״ שבמקום ספק יש להחמיר ולתת לעני, גם במקום רוב נתרבה, שגם רוב אינו יוצא מכלל ספק וכנ״ל. משא״כ במקום חזקת מ״ק, שאין זה נחשב בגדר ספק כלל. וזהו דין העמד דבר על חזקתו שלא תראה את זה כלל כספק כל עוד לא נתעררה החזקה.]

ז.

עפ״ז יבואר לנו מה שלענין תקפו כהן אין הרא״ש דן מכח חזקה דהשתא של הישראל, רק מכח החזקת מ״ק שלו. כי לענין החזקה דהשתא, הרי קיים הכלל בס׳ ממון כהנים ״צדק משלך ותן לו״, א״כ מצד זה היה לנו לומר שעליו לתת לכהן הספק בכור. אלא שהרי הישראל יש לו גם חזקת מ״ק, שקודם שנולד היה הולד ודאי של ישראל.

(ול״ש כאן מה שאמרו שם בגמרא לענין ס׳ לקט, שהשדה בחזקת חיוב עומד, שהרי כאן הספק הוא שמא כבר ילדה לפני כן ולד אחר או נפל, באופן שאין הבהמה עומדת בחזקת חיוב. משא״כ בלקט, שכל תבואה הנושרת בתור לקט

www.eretzhemdah.org

היא של העני, ואין השדה מופקעת מספק זה לעולם). ומעתה מבואר החילוק בין תקפה א׳ בפנינו של שנים אוחזים בטלית, שבא להוציא בתפיסתו, מחזקה דהשתא. משא״כ בס׳ בכורות, חזקה דהשתא של הישראל כאילו איננה, כי מבחינת חזקה זו, היה לנו ללכת לחומרא מדין ״צדק משלך ותן לו״, ואין לנו אלא מצד חזקת מ״ק של הישראל. אך בזה קיים חילוק בין טוען ברי לטוען שמא. וכיון שאין הכהן טוען אלא שמא, אין תפיסתו מוציאה מחזקת מ״ק של הישראל.

ח.

ויתבאר גם נימוקו של הרא״ש להבחין בין טוען שמא לטוען ברי נגד חזקת מ״ק. מאחר שחזקת מ״ק היא לדעת הרא״ש ממקור דיני חזקה של כה״ת כולה - העמד דבר על חזקתו. בזה חידש הרשב״א ונשנה בפנ״י והובא בקונה״ס (כלל ב׳ סי׳ ד׳) שאין הדין להעמיד דבר על חזקתו אמור אלא כלפי מי שמסופק בדבר. אבל מי שיודע בירורם של דברים, כלפיו ל״ש להעמיד על חזקתו. וע״כ אם הכהן תופס בטענת שמא, באמת מוציאים מידו משום שגם הוא עצמו חייב להעמיד הבהמה בחזקת הישראל מספיקא. משא״כ בשטוען ברי, ל״ש להוציא ממנו בחזקת מ״ק, שכלפיו שטוען ברי ל״ש כל הדין להעמיד על חזקה, שלא נאמר אלא במי שמסופק, ולא במי שיודע בירורו של דבר.

ט.

אכן עדיין לא יצאנו ידי חובתנו בביאור הרא״ש, שכן יש לראות שדבריו אמורים לא רק בס׳ של תקפו כהן שם קיים היסוד של ס׳ ממון כהנים כאמור לעיל, אלא בזה הולך ליישב גם דעת הסובר בענין השוכר לשנה, בא בסוף החודש כולו לשוכר, ושם הרי ישנה גם חזקה דהשתא של המשכיר. כן לא הביא הרא״ש כלל הסתירות שישנן לכלל האמור תקפו כהן מוציאין מידו מהא דס׳ בתולה וס׳ דתרי ותרי, ששם נאמר שתפיסה מועילה. קושיות אלה הובאו בנמוק״י וחידש על פיהם כללים נוספים.

וברור הדבר, שהרא״ש לא הביא זאת משום שבחילוקו בין טוען שמא לטוען ברי, אין מקום לקושיות אלה כלל, כי גם התופס טוען ברי. אכן גם שם הרי התופס בא להוציא מחזקת ממון דהשתא. ובזה לכאורה הרי אין קיים כלל היסוד של הרא״ש שלא נאמר אלא נגד חזקת מ״ק וכנ״ל.

י.

ע״כ נראה להוסיף עוד נקודה שתבהיר את שיטת הרא״ש במילואה, עפ״י היסוד האמור בדבריו כנ״ל, שחזקת מ״ק בממון היא מדין חזקה דכה״ת כולה. שיסוד הסברא ש״מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא״ האמור בחזקת ממון דהשתא מבוסס בעיקר על האנן סהדי. שמבואר בגמרא בסוגיות ריש ב״מ שלגבי כל המוחזק לפנינו בממון קיים ״אנן סהדי״ שזה שלו. מתוך זה, ורק מתוך זה, אנו דנים את הבא להוציא בגדר ״מאן דכאיב ליה כאיבא וכו״״, כי בלי הוכחות מצדו יש לנו לומר שזה של המוחזק. אבל המוחזק לפנינו כשאין לו הסיוע מכח אנן סהדי, אם אמנם בעודו מוחזק לא נוכל להוציא ממנו, אם תקפו השני חוזר הדבר ונהפך, והופך המוחזק הראשון בגדר מאן דכאיב ליה כאיבא, שעליו להוכיח צדקתו.

וע״כ רק במקום שאין דררא דממונא, היינו שאין ספק בדבר מצד עצמו רק מכוח טענותיהם בזה הוא שאומרים שאם תקפה בפנינו מוציאים מידו. שהרי יש כאן אנן סהדי שזה של המוחזק, והתוקף בחזקת גזלן. משא״כ במקום שהדבר בספק גם בלעדי טענותיהם, לא שייך לומר אנן סהדי שזה שלו, שהרי אדרבא, אנחנו מסופקים בדבר. ובזה החזקה דהשתא לא תתן כוחה בשעה שהשני תקפו והוציא ממנו, והדיון הוא עכשו להוציא מידי התוקף. ואין לנו לזכות הראשון רק מכח חזקת מ״ק, שהוא, כאמור לרא״ש, דין שקיים בכה״ת כולה. אלא שבזה הרי כנ״ל קיים הבדל בין תופס בשמא לתופס בטענת ברי.

ומעתה מבואר הכל, שבכהן התוקף ס׳ בכור, וכן בס׳ שכירות, ובס׳ בתולה וס׳ דתרי ותרי, בכל אלה, הספק הוא גם בלעדי טענותיהם. ממילא ל״ש בכל אלה אנן סהדי, ויש לדון מכח חזקת מ״ק. ע״כ אם תופס בטענת ברי לא נוכל להוציא ממנו. ודין ת״כ דמוציאים הוא רק משום שהכהן טוען שמא.

ולא כן הדבר בשנים שאוחזים בטלית שיש כאן ״אנן סהדי״ שזה של שניהם, כשהא׳ תקפה בפנינו, הרי הוא בא להוציא מחזקה דהשתא שיש בה משום ״אנן סהדי״, ממילא התוקף הוא בחזקת גזלן. ע״כ מוציאים מידו.

יא.

והנה כל האמור לעיל הוא לפי שיטת הרא״ש שחזקת מ״ק בממון הוא מדין חזקה של כה״ת כולה. ולא כן היא שיטת הרמב״ן ואידך ראשונים הסוברים כמותו.

לדעתם, כנ״ל מקונה״ס, חזקת מ״ק של ממון היא מאותו יסוד עצמו של חזקה דהשתא. ונמצא שזה שתקפו כהן מוציאים מידו, למסקנת הגמרא, אינו מדין העמד דבר על חזקתו של חזקת מ״ק בטענת שמא, כפירוש הרא״ש. אלא, לדעתם, הוא משום שהולכים אחר המוחזקות הראשונה, שאז נעמד הדין של מאן דכאיב ליה כאיבא וכו׳ כלפי זה שבא להוציא, ואין בכוח תפיסתו האלימה לשנות המצב הקודם וזכויות הראשון.

ממילא מובן, שלדעתם - למסקנת הגמרא, דין זה של תקפו כהן מישך שייך בדין של תקפה א׳ בפנינו שלא רק משום ה״אנן סהדי״ מוציאים מידי התוקף אלא מצד עצם המוחזקות שהקנתה לו זכות, שהבא להוציא הוא המאן ״דכאיב ליה כאיבא״ והוא הוא שצריך להוכיח את צדקתו, ותפיסתו אינה משנה ולא כלום.

ע״כ אין קיים לדעה זו חילוק בין טוען ברי לטוען שמא, וגם בטוען ברי נוציא ממנו, כי הוא הבא להוציא ועליו הראיה. מובן, איפוא, למה לא הביא הנמוק״י תירוצו של הרא״ש בהא דהשוכר וכן הוצרך לחילוקים אחרים בקושיות של ס׳ בתולה וס׳ דתרי ותרי.

www.eretzhemdah.org

מאידך, תירוץ הנמוק״י בענין השוכר, שהוא משום תופס ברשות, לא היה בו בכדי לתרץ לשיטת הרא״ש. שכן, אם הדיון הוא מצד זכות המוחזקות שיש לראשון, בזה ניתן להיאמר שבתופס ברשות, קיבל הוא את המוחזקות, וקיים ממילא כלפיו הכלל מאן דכאיב ליה כאיבא. משא״כ לדעת הרא״ש, כיון שישנה חזקת מ״ק לטובת המשכיר, שהשוכר בא להוציא ממנה, וזהו דין בכה״ת כולה להעמיד דבר על חזקתו הקודמת, מה יתן ומה יוסיף לו שתפס ברשות, עכ״פ קיים כלפיו עצמו החיוב להעמיד על חזקת מ״ק. ע״כ הוכרח הרא״ש לתרץ באופן אחר, והוא כנ״ל, משום שתופס בטענת ברי, ובזה אין קיים הדין להעמיד על חזקה, שלא נאמר אלא כלפי המסופק, ולא כלפי הטוען ברי. ונתבארו בע״ה שתי השיטות באר היטב.

סימן פה : בדין קיום שטרותא.

כ׳ הש״ך (סי׳ מ״ו סק״י) דהא דאמרינן קיום שטרות דרבנן, ואילו מן התורה נקטינן דעדים החתומים על השטר כאילו נחקרה עדותם בבי״ד, אין זה אמור אלא בחתימת יד עדים, אבל בכתיבת יד הלוה (לגבות מבני חורין) קיום שטרות הוי מן התורה. דמילתא דא דאמרינן דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן הוא מפני דאמרינן שנעשה כמי שנחקרה עדותם בבי״ד, וזה שייך רק בחת״י עדים, שהקיום הוא על חתימת ידם ולא על מנה שבשטר, משא״כ בחת״י הלוה אישור הקיום הוא אישור החיוב, בזה לא אמרינן הכי, ע״כ הוי קיום מן התורה.

ובקצוה״ח (שם סק״ה) השיג עליו דכל עיקר הא דאמרינן דמה״ת לא חוששים לזיוף הוא משום דמירתת לזייף, ולא מצד שזה כנחקרה עדותם בבי״ד, חדא דהרי לדעת הרמב״ם כל עיקר דמהני עדות בשטר, אין זה אלא מתקנ״ח, דמן התורה בעינן עדות דוקא מפיהם ולא מפי כתבם, ותו - גם לאידך ראשונים, הרי אילולא סברא זו דמירתת לזייף שמא יתגלה זיופו לא יתכן שמן התורה לא יחששו לזיוף, דא״כ לא שבקת חיי לכל בריה והתורה אמרה דרכיה דרכי נועם וכו׳. וכיון שכן, הרי אותה סברא של מירתת, כשם שהיא שייכת לגבי זיוף חתימת העדים, כן היא שייכת בזיוף חתימת יד הלוה, עכת״ד.

ב.

אך לפ״ז קשה באמת מה שבסוגית הגמרא ריש גיטין (ג׳,א) בביסוס הסברא דמשום הכי מהני אמירת העד בפ״נ ובפ״נ לקיום הגט, לפי שמן התורה אמר ר״ל דנעשה כמי שנחקרה עדותם בב״ד, הרי כל עיקר מימרתו של ר״ל נאמרה בירושׁ׳ לענין אם מודים העדים שזו חתימת ידם, אלא שאומרים מבודים היינו, כדציין זאת הר״ר אביגדר כ״צ שיובא להלן מדבריו, וזהו כשאין הדיון על עצם חתימתם, אלא שרוצים לחזור בהם, בטענה מבודים היינו, שבזה שייך שפיר לומר שאין בידם לחזור מפני שכיון שהגיד וכו׳. אבל כשהדיון הוא על אימות חתימתם, והספק שמא זויפו, באופן דמעולם לא העידו, מה שייך לזה מימרא זו שנעשה כמי שנחקרה עדותם, בעוד שהספק הוא שלא העידו כלל. ולזה עיקר הטעם משום דמירתת לזייף, וכנ״ל, וכמו שהסבירו הראשונים, א״כ עיקר הנימוק חסר מן הספר, ובמקום זה מובאים דברים שאין להם שום שייכות לנידון, וצ״ע.

ג.

לזאת נראה מוכרח, דשאם אמנם הנימוק של מירתת ודאי הכרחי, אך לא סגי בלעדי היסוד השני, שנעשה כמי שנחקרה עדותם, וכדלהלן.

כי הנה הר״ז ברור, דאם אמנם קיים רוב דאינשי דמירתתי שמא יתגלה קלונם ברבים, אך מ״מ ודאי דאיכא מיעוט שאינם חוששים לזה ומנסים לתבוע עפ״י חתימות מזויפות באופן דליכא למימר דאית בזה גדר ״אנן סהדי״, שאל״כ גם מדרבנן לא היו חוששים לזיוף ולהצריך קיום, ובתוס׳ (גיטין שם, ב׳, א ד״ה ואם) נוקטים טענה זו לגבי הבאים לגבות מיתומים ומלקוחות דודאי טענינן להו מזויף ״דאל״כ לא שבקת חיי לכל בריה״, וא״כ אי״ז אלא רוב, והרי לדעת שמואל דנקטינן כותי׳ אין הולכין בממון אחה״ר.

ובתוס׳ ריש המניח (ב״ק כ״ז, א ד״ה ואיכא) כתבו, דאפילו אליבא דרב דס״ל דהולכין בממון אחר הרוב במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, הכא מודה שיכול המוחזק לומר למוציא, אעפ״י שהרוב מסייעך, לא תוציא ממני ממון, דקי״ל בנפשאי שאני מן המיעוט, אבל בנמצא נגחן לא מצי אמר מוכר קי״ל בנפשך שאתה מן המיעוט - דאדרבא יאמר הלוקח למוכר אתה הטעתני, דקי״ל בנפשאי שאני מן הרוב וכו׳. תוכן הדברים שהטוען ברי, אין להוציא ממנו בטענה שהולכים אחר הרוב. ובזה גם רב מודה, של״מ רוב להוציא מן המוחזק. א״כ כל כה״ג במלוה הבא לגבות בשטר בלתי מקוים והלוה עומד וטוען ברי לי שהוא מזויף, איך נוציא ממנו, בעוד הוא עומד וצווח שאני רואה בבירור שאתה מן המיעוט. ובזה אין מחלוקת כלל.

ד.

ולזאת נצרף צירוף האי כללא דר״ל שעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי״ד. ותוכן הדברים, שקיום השטר אינו דיון על האמור בשטר - כלומר, על מנה שבשטר, אלא מצטמצם באישור חתימת יד העדים גרידא, ובזה אין ללוה מעמד כל שהוא, וע״כ גם כשעומד וצווח אין משגיחים בו מעיקר הדין. אלא שמאחר שחתי׳ העדים מתקיימת, שוב לפנינו שטר תקף, שבזה קיים הכלל דכייל ר״ל שנעשה כמי שנחקרה עדותם בבי״ד, ומעתה הוצאת הממון באה ע״י עדות העדים, שנחשבת עדותם כנחקרה, אין הבע״ד הטוען כנגדם נאמן.

על כן מובן, מה שהוצרכה הגמרא של מירתת, במקום שצריך שני עדים, דרק בצירוף הא דר״ל אמרינן שקיום שטרות מדרבנן.

www.eretzhemdah.org

ה.

וא״ש לפ״ז דברי הש״ך שמחלק בין קיום כת״י העדים לקיום כת״י הבע״ד עצמו, דהתם הדיון הוא ישירות על מנה שבשטר, דלא שייך שם לחלק בין הדיון על אישור החתימה לבין הדיון על התוכן המחייב שבחתימה, על כן קיים כאן הכלל, שאין מוציאין ממון בכוח הסברא דמירתת גרידא, במקום שטוען ברי כנגדו, לכו״ע, ובזה קיום החתימה הוי דאורייתא.

וכבר הסתמך בקצוה״ח עצמו בחילוק זה שבין קיום חת״י עדים לקיום חת״י הבע״ד בהסבר חילוקו של רב שרירא גאון לענין קיום החתימה ע״י השוואה לחתימה בשני שטרות. שזה אינו אלא בגדר סימנים, ואין מוציאים ממון ע״י סימנים, בעוד שקיום חת״י סגי גם בכה״ג ״שאין מעידים על הלוה, אלא על העדים״ (שם, סק״ח). אלא שהוא תולה את הדבר שם, מפני שקיום שטרות הוא מדרבנן. ואילו הש״ך רואה חילוק זה גם לעיקר הדין, דזהו נימוק לעצם ההלכה שקיום שטרות מדרבנן. (וע״ע מש״כ בקצוה״ח להלן ס״ק י״ח בהסתמכות על דברי ר׳ ירוחם, שהם ממש כדברי הש״ך).

ו.

[וכיו״ב מצינו מחלוקת הראשונים וגדולי האחרונים בענין דשב״ע אין פחות משנים, אי סגי באנן סהדי. ודעת הריב״ש (מבוסס כנראה על דעת הר״ן שלהי גיטין) דאנן סהדי לא סגי, ונדרש העדאת עדים, ואעפ״י שכל עדותם אינה אלא על סמך האנן סהדי, מ״מ דוקא בעדים הוי לקיומי. ז״ל הריב״ש (סי׳ ו׳ בסופו): דבקטנה שלא מיאנה והגדילה ונשאת לאחר, אמר רב אינה צריכה גט משני, דכיון שהגדילה עם הראשון, מסתמא בעל לשם קידושין, דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות. ואמרו בשם הרא״ה ז״ל דאפילו עדי ייחוד אינה צריכה, דכיון דאשתו היא, ועומדת תחתיו, כו״ע ידעי שנתייחד עמה ובא עליה, זהו דעת יחיד, שכל הראשונים ז״ל כתבו שצריכה לעדי ייחוד.

ועי׳ קצוה״ח סי׳ צ׳ שהביא התומים והסבר הב״ש עפ״י הר״ן, עי״ש והוא בדומה למש״כ בהסבר הש״ך שלמרות שבסברת מירתת לחוד לא סגי להוצאת ממון, כשע״י הסברא יש כאן העדאת עדים, מחייבים הממון].

ז.

והנה הש״ך (סי׳ הנ״ל סק״ט) הביא ממש״כ בהגהות המרדכי (סוף קידושין סי׳ תקס״ט) בשם הר״ר אביגדור כ״ץ שאם ״בעל דבר אומר פסול הוא צריך קיום אף מדאורייתא״, ״דהא דקיום שטרות מדרבנן. היינו היכא דליכא הכחשה״. וכ׳ ראיה לדבר מדתקון זמן בגיטין (בפ״ב בגיטין דף י״ז) משום שמא יחפה על בת אחותו. ועתה מה הועילו, אכתי יחפה שיכתוב גט בעצמו ויחתום עדים כרצונו, אלא ש״מ כל היכא דאיכא הכחשה לא איתמר דר״ל, דאע״ג שגם האשה מודה לדבריו, ואין שם הכחשה, כיון דמוכחא מילתא דלהצלה עבד טענינן מזויף ומצריך קיום, דחשבינן כאילו יש שם הכחשה.

ובש״ך אמר לדחות הראי׳ דאדרבא כיון דמדאורייתא לא בעי קיום דלא חיישי׳ לזיוף, א״כ מהאי טעמא גופא, גם רבנן לא חשו להכי שיחפה על בת אחותו ויזייף, ע״כ.

ולענ״ד הוכחה אלימתא היא, דמה דנקטינן דמה״ת אין צריך קיום ולא חוששים לזיוף, אין זה אלא מפני שמירתת שמא יוכח זיופו, זה שייך רק כשיש לפנינו מי שנפגע ע״י העדות שבשטר, כגון הלוה שבאים להוציא ממנו, כשיודע שזה שקר ודאי ישתדל וימצא הוכחות שזה מזויף, אם ע״י עדים, וביותר - ע״י שימציא שטרות שבהם חתימות עדים אלה ויוכח ע״י השוואה של חת״י שאין דומות לחתימתם שבשאר השטרות שאכן יש כאן זיוף. ע״כ אמרינן דמן התורה אין צריך קיום, שאם איתא שזה מזויף יוכיח זאת הנתבע. וכן הדבר באשה המוציאה גיטה וטוען הבעל שזה מזויף, אמרינן שקיום מדרבנן, שכן האשה חוששת שהבעל יוכיח זיופה. ולא כן בהא דשמא יחפה, שהבעל והאשה בעצה אחת, ואין מי שמעונין באופן ישיר להוכיח הזיוף, דודאי ל״ש לומר שגם העדים שראו שזינתה יטרחו להוכיח שהגט מזויף, והאשה חייבת מיתה או שבניה ממזרים, שהרי אין הם באים להעיד אלא על מה שראו עיניהם, ותו לא. בזה הוא, וכן בכל כה״ג הוא שחידש הר״א כהן, שי״ל שקיום שטר הוא מן התורה, כי לא מירתתי כלל לזייף, וכיון שיש מקום לחשש זיוף מצד שמא יחפה, יחייבו קיום מן התורה.

ח.

אלא שלכאורה, בעוד שהראי׳ נראית נכונה לגוונא שי״ל דלא מירתת לזיוף, אך הרי הר״ר אביגדור, בא ללמוד מזה דוקא לענין שלפנינו כאן הלוה והבעל מכחישים שזה מזויף, ובזה הרי אמרו דמירתת לזייף ובהסתמך על הא דאמרינן עדים החתומים כמי שנחקרה עדותם בבי״ד, ע״כ קיום אינו אלא מדרבנן, וזה שלא כהר״ר אביגדור זצ״ל.

אף לעצם חידושו של הר״ר אביגדור, שכשעומד לפנינו הלוה והבעל וטוענים מזויף בכה״ג הקיום הוא מן התורה, הביא הש״ך שם חבילות ראיות נגדו, עי״ש, והסיק להלכה דלא כוותי׳, דכל אותן קולות שהובאו בש״ע שם לקיום שטרות מטעמא שכל הקיום אינו אלא מדרבנן, ישנן גם בבעל ולוה לפנינו. ודברי הר״ר אביגדור תמוהים מאד.

ויש להוסיף עוד על השגותיו, במש״כ שמה שאמרו בסוגיא דגיטין שקיום אינו אלא מדרבנן, הוא רק בבא לגבות שלא בפניו מיתומים ומלקוחות תמוה שהרי חזינן בתוס׳ שם (דף ב׳, א ד״ה ואם) שנסתפקו אם בבא לגבות שלא בפניו טענינן להו מזויף, ולדעתו, הרי עיקר תקנ״ח, לא היתה אלא בכגון דא.

כן יש להעיר מהא דאיתא בש״ע (סעיף ה׳) מקיימין השטר אפי׳ שלא בפני בע״ד, ואפילו עומד וצווח אל תקיימוהו אין שומעים לו.

ומקור הדברים בסוגיא דב״ק (דף קי״ב, ב). וטעמא דמקיימים שלא בפני בע״ד, ושלא כמו דקיי״ל שם דאין מקבלים עדים אלא בפני בע״ד, מבואר משום דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן. ונראה דהא דמסיק שם שהוא אפילו

www.eretzhemdah.org

בעומד וצווח, הוא נמי בחדא מחתא שכל אותן קולות שנוהגים בקיום שלא בפני בע״ד, כמו כן הוא בעומד וצווח, דאל״כ היה צריך שיתבאר זאת בגמרא. ואילו לפי הר״ר אביגדור, הרי בעומד וצווח, הקיום הוא מן התורה.

ט.

ובעוד שכל ההוכחות הן שלא כהר״ר אביגדור, ב״בית ישראל״ (אהע״ז סי׳ קמ״א, סנ״ג סק״ע) הוכיח מהרמב״ם והשו״ע שהעתיק דבריו דס״ל ג״כ כדעת הר׳ אביגדור. והוא ממש״כ שם בשו״ע שליח המביא גט במקום שאין צריך לומר בפ״נ ובפ״נ נותנו לה ומתגרשת בו ונישאת, אעפ״י שאין מכירים חתימות העדים וכו׳, ואם בא הבעל וערער, ואמר לא גרשתי מעולם, וגט שהובא לה מזויף הוא יתקיים בחותמיו. ואם לא נתקיים ולא נודעו עדיו כלל, תצא והולד ממזר שהרי אינה מגורשת.

ומקור הדברים ברמב״ם. וההמ״מ כ׳ בטעמו שנוקט שהולד ודאי ממזר ״הואיל והבעל טוען ברי מזויף והיא אינה יודעת, אמרינן העמד אישה על חזקתה דהיא א״א לכן הולד ממזר ודאי. ושאר פוסקים ס״ל דהיא ספק מגורשת, והולד ספק ממזר״.

והקשה ע״ז הב״ש:

למה הולד ממזר ודאי לדעת הרמב״ם או ספק ממזר לדעת שאר פוסקים, דהא קי״ל כר״ל דאמר עדים החתומים על השטר הוי כמו שנחקרה עדותם בבי״ד והקיום אינו אלא מדרבנן, א״כ ליכא כאן ספק דאורייתא אלא ספק דרבנן.

ועל מה שכ׳ ההמ״מ שהוא משום טוענת שמא, תמה מהרמב״ם רפי״ב והטור בסי׳ קנ״ב ובשו״ע שם דכתבו כשהיא מביאה את הגט והבעל טוען מזויף אינה מגורשת, ושם טוענת היא ברי ומ״מ מדאורייתא בטל. ע״כ דס״ל כהגהות מרדכי וכו׳.

והיינו כדעת הר״ר אביגדור שהו״ד בהג״מ. בבית מאיר כ׳ ע״ז די״ל דלעולם הפסול הוא מדרבנן, אלא שאלמוהו רבנן ובטלו הגט בודאות. (והביא דוגמא לזה דשורפים תרומה טמאה מספק, אך משם אין ראי׳ כ״כ דכיון דממילא אסור באכילה, י״ל דלא חל ע״ז משמרת). ומ״מ לרמב״ם דהוי ממזר ודאי, מותר בממזרת א״כ הוי קולא.

בנתה״מ (סק״ה) כ׳ בטעמא דמילתא דהוא בגוונא ״שלא נודעו עדיו כלל״, כלשון הרמב״ם ושו״ע, דהיינו שאין שמות העדים מוכרים כלל, ולא כן בכל קיום שהעדים מוכרים אלא שאין ניכרת חתימתם, ודוקא בכה״ג אמרינן דקיום שטרות רק מדרבנן. אך ג״ז קשה, חדא דבסי׳ קנ״ב (סי״א) באשה שהביאה גיטה ולא נתקיים בחותמיו, לא הוזכר התנאי שלא נודעו עדיו כלל. ועוד שא״כ אמאי הושמט עיקר ההלכה, כשהעדים אמנם **ידועים**, אבל לא ברור אם זוהי **חתימתם**, מאחר שלא נמצא לו קיום. ע״כ נראה דהמדובר הוא כפשוטו - שלא הוכרו החתימות, ומש״כ ״ולא נודעו עדיו כלל״ יתכן שהכוונה שאילו הי׳ נמצא אמנם קיום, אך לא קיום **המספיק** (כגון שהי׳ קיום מתוך שטר אחד, ולא משניהם, כנדרש. וכן כל כיו״ב), שאילו היה לזה **קצת** קיום כי אז לא הי׳ הולד ממזר ודאי. ומכל מקום הדברים עולים בד בבד עם האמור בהגהות מרדכי, וכמש״כ הב״ש. א״כ צ״ע ביישוב הדברים.

י.

והנ״ל דמה דחידש הר״ר אביגדור וכן מה ששמענו בדעת הרמב״ם כדכ׳ הב״ש דכשהבעל לפנינו וטוען מזויף דבכה״ג יש בו דין קיום מה״ת, וכל שלא נמצא לו קיום הולד ודאי ממזר, וכן בעובדא דהדר״א דהאשה בחזקת פנוי׳ ומותרת להנשא לעלמא, הדברים אמורים רק בכה״ג **לאחר תקנ״ח שהצריכו** קיום ולא נמצא דאז מחזקינן לשטר בחזקת מזויף. שהרי בהא דעובדא דהגה״מ מדובר כשהקיום שהי׳ על שטר עדות הקידושין היה בו פסול, באופן שאין לו קיום, והמחזיק בשטר לא המציא קיום אחר כשר כדין. וכן בהא דהרמב״ם דהבעל מערער על הגט והאשה לאחר **שהצריכוה** קיום כדין, מכוח קיום שטרות מיהת מדרבנן, **לא מצאה** לו קיום, רק בכגון דא אמרינן דהשטר מזויף.

וזה, כאמור, מכיון שחכמים **הצריכום** קיום ולא נמצא, הר״ז **מוכיח** שהוא מזויף. דמעיקר הדין מן התורה דאמרינן שהמוציא שטר עם חתימת העדים הוי כנחקרה עדותם ואין **צריך קיום**, זהו גם **כשהבעל והלוה לפנינו** וצווח שהוא מזויף. והיינו טעמא דמילתא, דמכוח הסברא דמירתת, אין מצריכים קיום, היינו דאמרינן **דמניחים**, שאילו היינו מטילים עליו חובת קיום ודאי הי׳ **מוצא**, מכיון שמצד הסברא דמירתת לזייף, החתימה **אמת**, ע״כ היה מוצא קיום, אם מצד עדים מכירים או מכוח השוואת שטרות. **ומה״ט גופא** אנו פוטרים אותו, וניתנת האפשרות בידי **הלוה להוכיח** את זיופו, ע״י הוכחה שאין החתימות דומות, או ע״י עדים.

יא.

ברם, לאחר שחייבו חכמים את המוציא שטר וכן האשה כשיש כאן ערעור, להמציא קיום, אמרינן דאי איתא שהחתימות אמת, **לא יתכן** שלא תמצא להם קיום, אם ע״י עדים המכירים, ואם ע״י השוואת חת״י משטרות אחרים. ומכיון שלא נמצא קיום, ש״מ שהשטר מזויף, ע״כ **לא יכלו** להמציא קיום כי **לא רצו** להוכיח ע״י השוואת שטרות, דאז היה מוכח זיופו. ואם יטען הטוען, לא כי, אלא מה שלא נמצא קיום, כי **עדים אלה מעולם לא** חתמו על שטר אחר כלשהוא, ולכן מה״ט גם אין מי שמכיר חתימתם, הרי זה גופא **מערער** את יסוד הנאמנות של שטר, שהוא משום דמירתת, שמא יוכח זיופו, שהרי בכהאי גוונא אין כל מציאות להוכיח זיופו, כיון שהללו לא חתמו מעולם, וממילא אין אפשרות הוכחה ע״י השוואה. וכל עיקר לא אמרנו שאי״צ בקיום חתימות מן התורה, אין זה אלא משום שדרכם של בנ״א לחתום גם **במקומות אחרים**, דמשו״ה מירתת, אבל לפי טענתו הוא, הרי אין כאן מקום להיות מירתת. ודו״ק.

ואי״ש מה שהביא הר״ר אביגדור הראי׳ מהא דשמא יחפה וכו׳ דהוסבר לעיל שגם שם **אין הסברא דמירתת** קיימת, כי מיהו שיהא מעונין לחפש הוכחות בכדי להוכיח שהגט מזויף, בגוונא שגם הבעל וגם האשה מעונינים כאחד שלא לרועע הגט, וכנ״ל.

www.eretzhemdah.org

יב.

ולפ״ז מסולקות כל הראיות שהביא הש״ך נגד הר״ר אביגדור, וכן ל״ק מה שהקשינו ממ״ש בגמרא ובשו״ע דמקיימים השטר גם בעומד וצווח, דאם איתא שהוא מזויף יש ביד הלוה להוכיח ע״י השוואת שטרות אחרים, ע״כ ודאי מירתת, ומה״ט גופא לא מצריכים למלוה לקיים השטר. וזהו כשעכ״פ המלוה מביא עדים (לפי כל הקולות שהקילו בקיום השטר מדרבנן). אך בדנקיט שטר שאינו מקויים, שאינו מוצא שום קיום, הדבר מוכיח ששקר בימינו, וזהו דינו של הר״ר אביגדור שמוצא, כאמור, חיזוקו ברמב״ם.

וא״ש שהסמ״ע הביא דהגה״מ להלכה, בניגוד לש״ך שדחה דבריו מכל וכל. ודו״ק בכל הנ״ל.

סימן פו : בענין עדות שאי אתה יכול להזימה בדיני ממונותא.

הש״ך (חו״מ ל״ז סט״ו) דן אם לאחר תקנ״ח שבדיני ממונות אי״צ דו״ח, אם צריך עכ״פ שתהא זו עדות שאתה יכול להזימה. ופשוט לו לש״ך דמצד דין תורה שגם בממון צריך דו״ח, ודאי דצריך עדות שאילה״ז כמו בדי״נ. ומסקנתו שגם לאחר תקנ״ח הנ״ל שאין חוקרים העדים בדי״מ אין זה אלא מפני שמניחים דמסתמא יודעים באיזה יום ובאיזו שעה הוא ולא בעינן שיעידו בפירוש בענין שתהא ראוי׳ להזמה. אבל אם ידעינן בודאי שאין יודעים באיזה יום ובאיזה שעה והו״ל עדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות היא. עכת״ד.

ובנוב״י (א״ע סי׳ ע״ב סתירת היתר ראשון ד״ה עוד נ״ל בכוונת דברי הרא״ש וכו׳) נחלק על הש״ך מכל וכל. בהגהה שם מוכיח דאחר תקנ״ח עכ״פ ודאי דאין צריך עשאילה״ז. ובפנים התשובה שם מוכיח שגם מעיקר דין התורה, אם אמנם צריך בדי״מ דו״ח, מ״מ אי״צ עדות שאילה״ז.

ונבא בזה בע״ה לדון בראיות הנוב״י נגד הש״ך, הן בעיקר דין התורה, והן לאחר תקנ״ח.

ב.

ז״ל הנוב״י (שם בגוף התשובה):

והנה בסנהדרין דף ל׳ פליגי ריב״ק ורבנן בעדות מיוחדת, ואח״כ פליגי, ר׳ נתן ורבנן אם שומעין דבריו של זה היום וכשיבא חבירו אפילו למחר שומעים דבריו. ומסיק במאי קמיפלגי אב״ע קרא אב״ע סברה וכו׳. והנה קי״ל כר״ג דשומעין דבריו של זה היום וחבירו אף לאחר זמן, עיין ברמב״ם פ״ד מה׳ עדות ובטור חו״מ ובשו״ע סי׳ ל׳. ובב״ק דף כ״ד מקשה הגמרא אטו אנן ידעינן דכל דקאי בבי דינא לאסהודי קאתי, ומשני שבאו רצופים א״נ דרמזי רמוזי. והנה בעדים שבאו זה היום וחבירו לאחר זמן ודאי זה שבא ראשונה אינו מתחייב דמצי למימר אנא מי ידענא שיבא עוד אחד אחר כמה ימים לאיצטרופי, אני לחייבו שבועה באתי וכו׳. ועי׳ בסנהדרין דף מ״א ע״א מימרא דר׳ חנן בעדי נערה המאורסה ע״ש. וא״כ קשה כיון דהעד אינו מתחייב בהזמה, א״כ האיך מתחייב האי ממון עפ״י עדותו, הא הו״ל עדות שאאיל״ה וכי תימא דזה מדרבנן מטעם נע״ד, ומשו״ה מצטרף עדותם אחר כמה ימים, ז״א דהא בקרא פליגי, וא״כ פלוגתייהו בדין תורה, וא״כ מדאורייתא לא בעינן עדות שאי״ל וכו׳.

ובטעם הדבר דלא ילפינן ממשפט א׳ דבעינן עדות שאי״ל כמו בדי״נ, כ׳ שם וז״ל: דודאי לא קאי קרא דמשפט א׳ אד״מ לענין עדות שאי״ל, דהרי חזינן דעדות שאאי״ל ג״כ מועיל לממון, דלשבועה מיהא איתא כי היכי דכתבו התוס׳ דלא קאי לענין עדות מיוחדת משום דלשבועה איתא, הוא הדין והוא הטעם לעדות שאי״ל, ולפעמים מתחייב אפילו ממון גמור שע״י ע״א, כגון כמה דינים שא״י להשבע ומשלם. א״ו דלא בעינן בד״מ עדות שאי״ל כלל וכו׳ עכת״ד.

ג.

ולענ״ד אין מזה ראיה כלל וכלל. דאין ע״א יכול לומר שלא בא אלא לחייב שבועה, כי מה ירויח הלה אם ישבע, וכן אין זה שמעיד נגדו נפסד בזה שישבע. וע״כ ברור שכל עיקר עדותו לא באה אלא לחייב ממון והיינו - אם שיהא בזה דין שאיל״מ, או שלא ירצה להשבע וישלם. ואינו דומה להא דסנהדרין מ״א, דהתם על כל פנים נצרכת עדותם גם בכדי לאוסרה על בעלה. משא״כ בנידוננו שחיוב שבועה אין בו מן ההפסד ולא מן הריוח, וע״כ לא יכול העד להסביר עצמו שלא בא אלא לחיוב שבועה. וכן מש״כ דלא ילפינן ממשפט א׳ לענין עדות שאי״ל, משום דע״א דאתי לשבועה ג״כ מביא לפעמים לידי חיוב ממון כשאיל״מ, ומ״מ העד כשיוזם הרי לא יחוייב. אין זה אלא לפי שיטתו דע״א יכול לומר שלא בא אלא לשבועה. משא״כ לפמש״כ דע״א כל עיקר עדותו ודאי שהיא מכוונת לחייב הנתבע בממון. אם אמנם כשהנתבע ישלם מפני שלא ירצה להשבע אין לחייב הע״א בממון, אך זהו מפני שבעצם עדותו לא היה חיוב זה, והוה כלא נגמר הדין. אבל אם יתחייב ממון מדין שא״י לישבע, אה״נ דאם יוזם יתחייב ממון. כי כנ״ל א״י לומר שלא בא לחייב ממון. כי העד ודאי כל עיקר עדותו לא היתה אלא בכדי שהלה יתחייב ממון, ולא רק שבועה.

וכ״כ במנ״ח (סי׳ תקכ״ד) להוכיח מהרמב״ם מה שנסתפק בקצוה״ח שאם יש בעדות הע״א לחייב ממון מצד חיוב שבועה ואיל״מ, גם ע״א מתחייב ממון כשיוזם. ואפילו לפי ספיקו של קצוה״ח (סי׳ ל״ח ה׳) אין זה אלא משום ״דכאשר זמם בשני עדים כתוב״. היינו שעיקר חיובו מכח פסק בי״ד אינו אלא לשבועה, דלשבועה קם ואינו קם לממון. אבל אי״ז מפאת שלא נתכוין לכך. וע״כ כשבא ע״א אח״כ, דילפינן מקראי שמצטרפים זע״ז, שפיר שייך בזה דין הזמה, דלפטור עצמו בטענה שלא כיון אלא לשבועה אינו יכול וכנ״ל, דודאי כל עיקר כוונתו לא היתה אלא כדי שהלה יתחייב ממון.

ומעתה דברי הש״ך שרירים וקיימים, דודאי ילפינן ממשפט א׳ גם לענין דבעינן עדות שאי״ל בד״מ, כשם שלמדים מזה עיקר הדין של דו״ח, ואין מקום לדיון אלא לבתר תקנ״ח.

www.eretzhemdah.org

ד.

עו״כ בנוב״י בהגהה וז״ל:

מש״כ הש״ך דלדעת הנמוק״י בעינן בד״מ עדות שאי״ל תמוה לי. דהנה בפ׳ חזקת הבתים עלה דמתני׳ היו שניים מעידים אותו בראשונה וכו׳ והן עדות אחת להזמה. והקשה הנמוק״י וכו׳ אם אחר שנגמר הדין א״כ כבר הרי החזיקוהו בקרקע והוי כאשר עשה. ותירץ בשם הריטב״א דאיירי דאינו באותו שדה וכו׳. וא״כ איס״ל להנמוק״י דבעינן בד״מ עדות שאתה יכה״ז, א״כ לא משכחת עדי חזקה שיועילו כי אם כשאין המחזיק באותה שדה, דאל״כ כיון שאין העדים משלמים כשיוזמו אין עדותם מועיל דהו״ל עדות שא״א יכה״ז, וא״כ קשיא כמה סוגיות במס׳ ב״ב דף כ״ח ע״ב ההוא דא״ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא וכו׳ א״ל זיל ברור אכילתך. וקשיא במה יברר, והלא כל עדים שיביא לא יועיל כאן כשהוא באותו בית וכו׳ וכו׳, א״ו דלא בעינן כלל בד״מ עדות שאילה״ז וכו׳ עי״ש.

והיינו דמסוגיות אלה חזינן עכ״פ שמקבלים עדות אעפ״י דאם יוזמו לא ישלמו ממון לשיטת הריטב״א משום דהוה כאשר עשה, כיון שהמדובר שיושב באותו בית או שדה. ומוכח שעכ״פ לאחר תקנ״ח שביטלו דו״ח בד״מ, אי״צ גם לעדות שאילה״ז.

ה.

אכן עי׳ מנ״ח (סי׳ הנ״ל) שכ׳ לחדש דגם בגוונא דאיכא כאשר עשה בדיני נפשות, וכן בד״מ לאותה שיטה (הריטב״א) דגם בממון שייך כאשר עשה, יתחייבו העדים מלקות מדין ״לא תענה״. וכמו בעדות על ב״ג וב״ח ריש מכות שלוקים מכח לאו זה. כמו כן בכל מקום שאין מתקיים בהם כאשר זמם מתחייבים מלקות מכח ״לא תענה״.

וא״כ הרי לק״מ הערת הגהה הנ״ל, דבכל הני הרי ילקו, והוה שפיר עשאי״ל, דמלקות חמור מממון. ועדיף ממה שכתבו התוס׳ ריש מכות שם לענין עדות בב״ג וב״ח שמתקיים בהם עשאי״ל ע״י שלוקים, וכש״כ בהא שהיא עדות ממון שבזה שלוקים הוה שפיר יכה״ז (ועי׳ בגליון הש״ס לרע״א שהקשה על תרוץ ב׳ של התוס׳ ריש מכות. ולענ״ד הא דמיאן תירוץ הב׳ לקבל תרוץ א׳ הוא משום דמאן לימא לן דמלקות שקולים נגד מה שרצו לפסול אותו בב״ג וב״ח. אבל בעדות ממון, דמלקות חמור, דמשו״ה במלקות וממון לוקה ואינו משלם ודאי בהא דלוקה מתקיים שפיר כאשר זמם כיון דנידונים בחמורה).

ו.

אלא שלכאורה יש להביא ראיה שלא כהמנ״ח. דבכתובות דף ל״ג אמר אביי עדים זוממים לא יתכן שיצטרכו התראה דא״כ לא הוי כאשר זמם. ופריך מב״ג וב״ח שהחיוב הוא לא מכאשר זמם שיצטרכו התראה ומתרץ כתיב משפט א׳ שמזה למדים שב״ג וב״ח דינם כמו בשאר עדויות. וברש״י שם כ׳ כיון שברוב עדויות אי״צ התראה גם בעדות ב״ג למדים מהם. וכוונת רש״י נראית, דאם לא כן היה אפשר ללמוד **להיפך** דמהא דבעדות ב״ג ודאי דצריך התראה נלמד ממשפט אחד גם לשאר עדויות, דגלי קרא דסגי בהא להתקיים ״כאשר זמם״. ומעתה אי נימא דכל היכא דאיכא כאשר עשה לוקה, וזהו מצד הלאו ד״לא תענה״ וכנ״ל, א״כ הרי פשוט דהני נמי דלא מכאשר זמם נענשים צריכים התראה. א״כ אין כאן רוב עדויות שאי״צ התראה, ואמאי ילפינן לעדות ב״ג וב״ח דלא בעי התראה ממשפט א׳. אלא מוכרח מזה דב״כאשר עשה״ אין מלקות דממילא עדות דב״ג וב״ח (וכן אותם אידך שנמנו בראש מסכת מכות) ילפינן ממשפט אחד דרוב עדות לא בעו התראה. ומ״מ צ״ע, דמצד הסברה לכאורה נכונים דבריו של המנ״ח.

ז.

ויש לנו לעיין היטב בדברי הסוגיא דהתם. דבחידושי רע״א שם מקשה במה דאביי הדר ביה מקושיתו על רבא (שהקשה דיתכן שיתרו בהם תכ״ד) ומסיק דעדים זוממין אי״צ התראה. דבפשטות הדברים נראה שבא לקיים דברי ר׳ אלעזר שרבא בא להסבירם אלא שאביי מסביר אותם מטעם אחר, וע״ז מקשה רע״א, דמאי קאמר משפט א׳ דהיינו מצד רוב עדויות וכנ״ל. והרי אי נימא דלא כר׳ אלעזר אלא שגם בד״מ ע״ז לוקים מלא תענה, א״כ הוי דינם כמו בב״ג וב״ח, ואין רוב עדויות דלא בעו התראה. ומסיק רע״א מתוך כך, דצריך לומר דאביי לא בא לקיים דברי ר׳ אלעזר אלא מוכיח דצריך לומר כר׳ אילעי דדרשינן מן הכתובים למעט ע״ז בד״מ ממלקות. והנה עו״ש מקשה רע״א במ״ש רבא שא״א להתרות בהם משום דנתרי בהו אימת, אי לאחר שהעידו - מאי דהוי הוי, דכיון שהגיד שוב א״י לחזור. ואמאי אם נאמר דצריך התראה, הרי כל עוד שלא התרו בהם הוי עשאאילה״ז ולא הוי עדות כלל, וא״כ מצי לחזור גם אחר כ״ד ול״ש מאי דהוי, כי אכתי אין לעדותם תוקף. ומתרץ דרבא לא קאי אלא אהא דע״ז בד״מ, דהתם גם אי לא התרו תתכן בהם הזמה ע״י שישלמו ממון.

ח.

וק״ל דלפ״ז גם למסקנה עיקר המחלוקת בין רבא לאביי תלויה ועומדת במה דלרבא לא תתכן בע״ז בד״מ דלא ס״ל הא דאביי, דאפשר להתרות תכ״ד. ואמאי הדר ביה אביי ואמר לאו מילתא היא דאמרי.

דהרי הקושיא דפריך אביי להוכיח דכל ע״ז לא בעו התראה ודאי גם רבא מודה, דהרי לא מצינו בשום מקום לשום דעה דע״ז בעו התראה. והוא ע״כ מצד סברתו של אביי. וכן לגבי עדות ב״ג - מצד משפט א׳. דהרי זה אינו שנוי במחלוקת כלל. ולא נחלק רבא אלא בהא דלמאי דאיהו ס״ל דבד״מ לא תתכן התראה, ממילא הוי עדות ב״ג מיעוט עדויות וילפינן מרוב עדויות דהם מכאשר זמם ולא בעו התראה, דה״ה גם עדות ב״ג. ואילו אביי דפריך עליה, הוא מצד דסבר, דיתכן התראה בעדות ד״מ, דממילא לא הוו רוב עדויות דנענשים מכאשר זמם, דהרי איכא נמי ע״ז דד״מ דנענשים מכח לא תענה דומיא דעדות דב״ג. ומכיון דלא מצינו ע״ז דבעו התראה, מכאן למד אביי שהעיקר הוא כר׳ אלעי שבפירוש ריבתה תורה ע״ז דד״מ לתשלומין. ונמצא שגם למסקנא עיקר ההבדל בין רבא לאביי בעינו נשאר כמו שהיה, דמקור מחלוקתם אינו אלא אם יתכן לומר שיצטרכו להתרות בהם תכ״ד. ואמאי אמרו דאביי הדר ביה. כן

www.eretzhemdah.org

קשה, דנראה מפשטות הגמרא דרק לאביי לשיטתיה הוי קשיא ליה מכל עדויות דעלמא, ואילו לרבא לא קשיא ליה הא כלל, והיינו מצד דס״ל דלא תתכן התראה בשום ע״ז. ואילו לפי רע״א דכל דברי רבא נסבו רק לענין ע״ז דדי״מ הרי הקושיא מכל ע״ז גם לרבא היא וגם לדידיה איצטריך לכל השו״ט שבדברי אביי. ואין זה נראה מהגמרא וכנ״ל.

ט.

עוד צריך להבין קושית הגמרא דעדות ב״ג דלאו מכאשר זמם נפקא ליבעי התראה, לפ״מ שכתבו התוס׳ ריש מכות בתירוץ קמא דבעדות ב״ג מתקיימת ההזמה ע״י שלוקים. דלפ״ז מאי מקשה הכא בגמרא מב״ג דלבעי התראה, הרי לפי אביי דנאמר כאשר זמם משמעותו בלי התראה, ואם כן גם בב״ג ע״כ לא בעינן התראה, דאי לאו הכי ואם לא התרו אינו לוקה, א״כ איך תתקיים ההזמה ע״י המלקות, והרי גם הכא הוי עדות שאאילה״ז, כי לא יתקיים בהו כאשר זמם. למאי נפ״מ אם מתקיים הכאשר זמם בעונש שרצו להטיל או ע״י מלקות עכ״פ צריך שיהא כאשר זמם, דהיינו שהמלקות שמתחייבים ע״י ההזמה יהיה בדיוק חל עליהם כמו החיוב שרצו להטיל על הב״ג.

י.

עפ״י כל הנ״ל מוכרח לומר שהגמרא תתבאר כביאור הבית יעקב שמעלה שלא כרע״א הנ״ל שדברי רבא נסבים באמת **על כל עדויות** דלא תתכן בהם התראה, דאעפ״י דלענין עיקר עדותם הוי עשאאילה״ז מ״מ לא מצו הדרי בהו דעכ״פ יש ממש בעדותם, ״דכל שהגיד בבי״ד א״י לחזור ולהגיד. והגדה מעליתא היא הוי הגדה הראשונה רק שאין מענישים על עדותם עונש הגוף כשהן עדות שאאי״ל. ואי הוזמו אח״כ נפסלים לעדות מחמת שהעידו שקר, אף שלא ידעו בחקירות מ״מ נפסל הנידון. ולכך נפסלו העדים ג״כ כשהוזמו״. כוונת דבריו כפי הנראה מסופם, דהיינו טעמא שאם אמנם אין הנידון נענש, אבל להפסל לעדות נפסל, דע״ז הוי שפיר ילה״ז, שהרי גם הם נפסלים עכ״פ כשיוזמו. ומכיון שכן הרי יש ממש בעדותם, גם אם לגבי עיקר העדות הוי אאילה״ז, וע״כ לא מצו הדר ביה כלל. ולפי״ז דברי רבא מתייחסים באמת על כל מיני עדויות. ואביי כשהקשה עליו הקשה מכל העדיות. וע״כ שפיר אמר דאביי הדר ביה, דבכל עדויות ודאי לא יתכן שתדרש התראה. ומ״מ דברי ר׳ אלעזר נדחים, דלדידיה הרי היה אפ״ל דנילף ממשפט א׳ להצריך התראה בכל העדויות. אע״כ בדי״מ אין עונש דמלקות כלל, וע״כ הוי רוב עדויות דל״צ התראה וכנ״ל.

יא.

ואכתי צ״ע דדברי הבית יעקב שייכים בכל עדויות של ענשים למתחייב, שע״ז גם נפסל עכ״פ לעדות. אבל בעדות ב״ג שאין בו אלא פסול לעבודה, א״כ התם הרי תתכן התראה לאחר כ״ד ג״כ דבל״ז הרי הוי עשאאיל״ז, לתוס׳ ריש מכות דגם התם מתקיימת הזמה וממילא דצריך גם בהא עדות שאתה ילה״ז, וצריך לומר גם לרבא דילפינן להא ממשפט א׳ כמו לאביי.

ולפ״ז קשה מהו זה שאמר רבא שמשו״ה אין שייך מלקות בע״ז דדי״מ משום דלא נמצא זמן מתאים להתראה, דמאחר שגם הוא מודה שכל ע״ז כולל עדי ב״ג לוקים בלי התראה, מעתה הן י״ל דה״ה ע״ז דדי״מ ילקו ג״כ בלי התראה כלל. דאין לומר דנילף איפכא דלעולם צריך התראה הן בעדי די״מ והן בעדי ב״ג, וממילא נילף ממשפט אחד גם לעדויות אחרות דהרי לדעת רבא לא נמצא בכלל זמן להתראה. וא״כ מדנענשים ע״ז, שמעינן דלעונש של ע״ז לא בעי התראה. וכן לעונש שבא מכוח הלא תענה דב״ג וב״ח נמי ילפינן ממשפט א׳, וא״כ גם די״מ נילף מזה. (ועי׳ באור שמח פ״ג מעדות ה״ה, וילה״ע בדבריו ואכ״מ).

יב.

ולזאת נ׳ דהנה בריש מכות (ב:) אמרינן דרבי קרא מוהצדיקו את הצדיק וכו׳ דלקי בעדות ב״ג, אע״פ שמצד הלאו דלא תענה מצד עצמו לא היה לוקה, דהוי לאו שאי״ב מעשה. ויש לחקור אי הפירוש הוא דרבי קרא **דעל לאו דלא תענה לוקים** אעפ״י שהוא לאו שאי״ב מעשה, או דהפירוש הוא דגלי קרא ד״והצדיקו״ שבכ״ג המלקות הן מדין הזמה, שבהם מתקיימת ההזמה ע״י המלקות והמלקות שהן מאזהרת לא תענה, הן באות לקיים בהם הזמה. ולהזמה אין טענה כלל שזהו לאו שאי״ב מעשה, דבע״ז ״רחמנא קריא מעשה דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו״ (ב״ק ה). היינו לא שנתרבה שהכא לקי אלאו שאי״ב מעשה, אלא הכא רבי קרא **דדיבורם מקרי מעשה**.

וע׳ לשון החינוך (מצ׳ תקכ״ד): ״שנצטוינו לעשות לעדים וכו׳ כפי מה שביקשו להזיק וכו׳. ואעפ״י שאפשר בלי מעשה לוקים הם מריבויא דקרא והצדיקו וכו׳ ועל זה נאמר ועשיתם לו כאשר זמם וכו׳״. הרי שמפורש שגם הא דלוקים בע״ז, גם ע״ז נאמר ועשיתם לו כאשר זמם. הרי שזה מדין כאשר זמם, ולא רק מדין לא תענה גרידא. וכ״נ מלשון הרמב״ם פ״כ מעדות ה״ח וט׳ שזה לא מדין לא תענה שלא הזכיר זאת כלל שם, רק מדין מיוחד של והצדיקו.

יג.

ועל פי הנ״ל נראה פירוש הגמרא דילן בדברי אביי דפריך עליה מעדי ב״ג דלאו מכאשר זמם נפקי ומתרץ אמר קרא משפט א׳ פירוש הדברים הוא מה שאמרנו. דממשפט אחד אנו למדים דהא דגלי קרא דלקי בב״ג הוא נמי מגדרי עונש דעדים זוממים, **וע״כ כשם שכל ע״ז ל״ב התראה דבעינן כאשר זמם, כמו כן ע״ז דב״ג, דהכאשר זמם מתקיים בה במלקות.**

וא״ש כוונת התוס׳ ריש מכות הנ״ל דבב״ג מתקיימת ההזמה ע״י מלקות. ולכאורה מנ״ל הא לשקול המלקות לעומת מה שרצו לפוסלו. אלא דס״ל מקרא דמשפט א׳ הוא דילפינן לה, דכל עונש ע״ז, גם עונש דב״ג הכל הוא מגדר כאשר זמם. ולא דלקי אלאו שאי״ב מעשה, אלא מפני שבע״ז ״רחמנא קריא מעשה״, וכנ״ל.

ולק״מ מה שהקשינו על תי׳ זה מאי פריך מב״ג דהרי לפי התוס׳ גם עונש ב״ג הוא בכלל עונש הזמה. כי לפי הנ״ל כל עיקר תירוצם הוא על יסוד תירוץ הגמרא דילן דממשפט א׳ ילפינן לה, אבל המקשן אכתי לא ידע מזה.

www.eretzhemdah.org

יד.

וזהו לפי המסקנא לענין ב״ג. אבל בכל השו״ט שבסוגיא זו, דבעי למימר דילקה בע״ז של די״מ ודאי דלא רצה לומר שהמלקות יהיו מגדרי הזמה דהרי בדי״מ שייך שפיר לקיים הזמה ע״י תשלומים דהוי ממש כאשר זמם. יוצא מזה דבזה גופא תליא כל השו״ט שבסוגיא, שהמקשן בעי למימר דהא דגלי קרא מוהצדיקו היינו שגלי קרא שעל לאו זה דלא תענה לוקים אעפ״י שאי״ב מעשה, ולא מצד דמתקיים בזה הזמה, וע״כ מקשה דיש מקום לחייב גם בדי״מ מלקות מצד לאו זה. וע״כ מתרץ רבא דלא יתכן, דאי נימא דהמלקות הם לא מדין כאשר זמם, אלא מצד הלאו דלא תענה כשעצמו, כי אז הול״ל דיצטרך התראה כמו בכל לאוין שבתורה, וזה לא ימצא כמו שמבאר מצד דנתרי בהו אימת וכו׳. ולא שייך לומר שנלמד ממשפט א׳, דהרי כנ״ל כל עיקר הדרשא דמשפט א׳ הוא ללמדנו בכל הני שנענשים מדין ע״ז, דגלי קרא דמשפט א׳ שגם הני דיש בהם מלקות, הוא הוא עונש ההזמה שלהם. וזה שייך רק בעדות דב״ג דאין בהם אפשרות הזמה אחרת. משא״כ ע״ז דדי״מ, דהרי כנ״ל עיקר הזמתם תיתכן ע״י תשלומין, אי נימא דלוקין ה״ז לא מצד דין הזמה, אלא מצד הלאו דלא תענה כשלעצמו, זה ל״ש כלל ללמוד ממשפט א׳.

ומיושבת קושית רע״א במה שאמרו דילפינן מקרא דמשפט א׳ לענין עדות דב״ג, דהרי אי נימא דגם בדי״מ שייך מלקות, גם בהו שייכא התראה ולא הוי רוב עדויות דל״ש בהו התראה. דהרי כנ״ל בדי״מ אי נימא דלוקים הוא מקרא דלא תענה, ולא שייך כלל לכוללם במשפט א׳ דאינו מתייחס אלא להללו שעונשם מכוח דיני הזמה דזהו דבא הכתוב לגלות, שכל אלה שנענשים כשמוזמים, גם כשאין מתקיים בהם כאשר זמם ממש, מתקיים בהם הכאשר זמם ע״י מלקות.

טו.

עפ״י כל הנ״ל, מצד אחד - נדחה מה שרצינו להוכיח מסוגיא זו שלא כהמנ״ח, דאי איתא מלקות מלא תענה כל היכא דל״ש בהו הזמה מצד דהוי ״כאשר עשה״, דהקשינו דלפ״ז איך נלמד ממשפט אחד לענין עדות דב״ג, הא לא הוי רוב עדויות שנענשים בלי התראה. דהרי כנ״ל אין כלול במשפט א׳ רק הני ע״ז שנענשים מדין כאשר זמם. אבל הני שנענשים מכוח הלאו דלא תענה גרידא אין לכוללם כלל בקרא וילפותא דמשפט אחד.

אך - מאידך גיסא, עפ״י מה שנתפרשה הסוגיא, אין מקום כלל לחדושו של המנ״ח. דהרי לפי הנ״ל קרא דמשפט אחד בא ללמד על הקרא ד״והצדיקו״ שהמלקות אינן מצד הלאו דלא תענה כשלעצמו, שבזה באמת קיים הכלל דלאו שאי״ב מעשה אין לוקין עליו. אלא שבא לומר שיש מלקות מכוח דין הזמה שמתקיים על ידם. א״כ זה שייך רק בעדות דב״ג שזהו עונש הזמתם. משא״כ בהני שדין הזמה שבהם מתקיים שפיר ע״י ״ועשיתם לו כאשר זמם לעשות״, רק שהסיבה שאין לקיים בהם הכאשר זמם הוא משום דהוי כאשר עשה, הרי לא יתכן כלל דנימא דילקו מכל מקום מצד ה״לא תענה״, דהרי לאו זה הוי אי״ב מעשה, ולא גלי קרא כלל שילקו על לאו זה, כמו בכל לאו שאי״ב מעשה.

ומכיון שדברי המנ״ח אין להם מעמד, הרי חוזרת ונראית לכאורה הראיה של הנוב״י הנ״ל דאיך יתכן לקבל עדותם בדי״מ לטובת המוחזק, דהוי לעולם כאשר עשה, לשיטת הריטב״א, וממילא לא יוכל להתקיים בהם דין הזמה לא ע״י ממון, ואף לא ע״י מלקות.

טז.

אך נראה שאין ראיה לדחות דברי הש״ך. והוא עפימש״כ התוס׳ ריש מכות בתירוצם הב׳ לענין ב״ג וב״ח, דעד כאן לא אמרינן דצריך עדות שאתה ילה״ז, זהו במה שמעיקר הדין צריך שיתקיים בהם דין הזמה, ומשום איזו סיבה שהיא לא ניתן לקיים ההזמה. אבל היכא שלא נאמר בהם דין הזמה (כגון בב״ג וב״ח דנתמעט מן הכתוב עצמו) ל״צ עדות שאתה ילה״ז. ובחי׳ הריטב״א הביא תירוץ זה וכ׳ עליו ״וזה טעם נכון מאוד״.

ומעתה גם נידו״ד הא דא״א לקיים בהם דין הזמה הרי זה מפני שע״י הפס״ד הוי ״כאשר עשה״, א״כ הרי הא דא״א לקיים הזמה הוא משום דבכה״ג לא מחייבת התורה לעשות בהם הזמה, שהרי אין החיוב לעשות כאשר זמם אלא כשאין בו ״כאשר עשה״ משא״כ נידו״ד שהוא תמיד ״כאשר עשה״, א״כ הכתוב עצמו ממעטו מדין הזמה, וממילא ל״צ שתהא בזה עדות שאילו״ז, וכמו בעדות דב״ג וב״ח. ולק״מ משיטת הריטב״א על הש״ך.

אכן לעיקר דברי הש״ך שגם לאחר תקנ״ח דביטלו דו״ח בדי״מ מ״מ אכתי בעינן עדות שאתה ילה״ז, נציין מש״כ בשט״מ (ב״ק דף עה) בשם הרמ״ה וז״ל: קי״ל כרבנן דעדות שאין אתה יכול להזימה לא הוי עדות. ודוקא בדיני קנסות ודיני נפשות, אבל בהודאות והלואות, כיון דתקון רבנן דלא ליבעי דו״ח היא עדות. עכ״ל. מזה נ׳ דלא כהש״ך. וצ״ע.

סימן פז : בדיני נאמנות, חזרה ואמתלאעיונים בספר ״שב שמעתתא״ שמעתתא ו׳ פרקים ח-יד

א.

בס׳ ״שב שמעתתא״, בש״ו פ״ח מביא מחלוקת חכמי פרובינציה וצרפת אם מועילה אמתלא באב שאמר קדשתי את בתי. דקצת מהם היו אומרים דדוקא באשה אמרו בגמרא ואם נתנה אמתלא לדבריה, אבל לא באב, ומשום דאמרינן בגמרא פ׳ האומר לדידיה הימניה רחמנא לדידה לא הימנה רחמנא. והאב הימניה כשני עדים בבתו, ומשו״ה אינו מועיל אמתלא.

והקשה ע״ז מהא דאשה שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני שאם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת (כתובות דף כ״ב): ״ואשה נאמנת מה״ת, ורחמנא הימנה דכתיב וספרה לה. ומזה ילפינן דע״א נאמן באיסורין, ואפ״ה מהני אמתלא״.

ב.

והנה לכאורה לק״מ, שאין דברי חכמי פרובינציה אמורים אלא בנאמנות שנתנה תורה לאב לומר שקידש בתו, דנתנה לו תורה תורת נאמנות כשני עדים, שהרי ע״א שאומר נתקדשה אינו נאמן, דאין דבר שבערוה פחות משנים. וכפי שהדגישו בפירוש בדבריהם שהובאו לעיל ״דדוקא באשה אמרו בגמרא ואם נתנה אמתלא לדבריה וכו׳ אבל לא באב וכו׳ והאב הימניה רחמנא כשני עדים בבתו, ומשו״ה אינו מועיל אמתלא״. וא״כ ל״ק מהא דאשה טמאה אני, שנאמנותה מדין ע״א, דהרי מזה ילפינן דין ע״א נאמן באיסורים, ובזה גם אמרינן דמהני אמתלא.

ג.

ונראה דהכי קא קשי״ל להש״ס. דהרי אמרו שם בגמרא בדברי רב חסדא דס״ל נמי כרב דאי׳ זה ואי׳ זה אין סוקלין על פיהם, דאזיל ר״ח לטעמיה דאר״ח בני זה בן ט׳ וכו׳ נאמן לקרבן, אבל לא למכות ועונשין. ומייתי ע״ז תניא כוותיה דר״ח בני זה בן י״ג וכו׳ נאמן לנדרים וכו׳ אבל לא למכות ולעונשין. ובתוס׳ שם (ד״ה נאמן) כתבו דהא דאב נאמן בזה הוא משום דע״א נאמן באיסורים. ואם איתא דשאני נאמנות האב לענין קידושי בתו שנאמנותו כשני עדים, מנאמנותו לקביעת גיל בנו ובתו, דהתם הנאמנות מדין ע״א בעלמא, א״כ מאי קאמר דאזיל ר״ח לטעמיה, דהרי שנא ושנא. דגם רב אסי מצי מודה בהא דנאמנות האב לשנות ילדיו שאין זה למכות ולעונשין כיון שאין נאמנותו בזה אלא מדין ע״א באיסורין, ובזה מהני אמתלא. דע״כ א״א להלקות ולהעניש עפ״י עדותו זו כיון דיכול לבטל דבריו ע״י אמתלא, וכדמייתי להלן פ״י מהרמב״ן והרשב״א דהוכיחו מדלוקה ש״מ דל״מ אמתלא עי״ש. ולא אמר רב אסי דנסקלין עפ״י דברי האב אלא לענין קידושין שנאמנותו כשני עדים ואמתלא ל״מ ביה לחזור מדבריו.

וע״כ אתה אומר דחכמי פרובינציה לא ירדו לחלק בין נאמנות כב׳ עדים או כעד אחד. אלא כל מקום שהאמינתו תורה מדין נאמנות דעדות, ולא מדין שויא אנפשיה חד״א, לא מהני אמתלא לבטל דבריו, ואשר ע״כ שפיר השוו בגמרא שתי המימרות דר״ח,וכן שפיר אמרינן תניא כוותיה דר״ח. וא״כ יפה הקשה הש״ש דלענין נאמנות ע״א עכ״פ מוכח מהא דאשה שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני, דמהני בזה אמתלא. וזה שלא כדעת חכמי פרובינציה, הסוברים דל״מ אמתלא במקום שהאמינתם תורה.

ד.

אכן בתו״י בסוגיין (ד״ה ולא לעונשין) כבר התקשו בעצם הסוגיא בהא דמייתי דר״ח לטעמיה, דמסתמא לא פליג רב אסי אדינא דברייתא, כשם דאמרינן להלן במתניתין דאשבויה לא הימניה רחמנא דהרי למלקות ולעונשין אין להאמינו טפי משבויה. אלא שבאמת קושיתם אינה מובנת, דהרי לכאורה ברור, דהדיון על נאמנות האב למלקות ולעונשין הוא כשהאב אמר זאת טרם שעברו העבירה, דאילו אח״כ פשיטא דאין נאמנות אלא לשני עדים. וגם רב אסי לא אמר דסוקלין עפ״י האב, אלא כשאמר זאת לפני המעשה. והמחלוקת בין רב ורב חסדא לבין רב אסי היא בכה״ג. דלרב אסי מכיון שנתקבלו דבריהם לענין איסור, לכך הרי זה כהוחזק, וממילא נסקלין ע״ז, ואילו לרב חסדא אעפ״י שאמר דבריו לפני כן, לא נתקבלו אלא לגבי האיסור ולא לגבי העונש שאח״כ. ושאלה זו עצמה היא גם בהא דאמר בני זה בן י״ג וכיו״ב, דנאמנותו אמנם מדין ע״א, וכמש״כ בתוס׳ הנ״ל. אולם מאחר דלענין איסורים נאמן ע״א, לדעת רב אסי כיון שאמרו הדברים **לפני** המעשה, ע״י עדותו איתחזק האיסור, ומהני גם לעונשין שבאים **כתוצאה** מקביעות האיסור. ולא כן לרב ולרב חסדא, דלדידהו גם עדות שנתקבלה לקביעת האיסור טרם המעשה לא מהני לעונשין שנובעים מקביעות האיסור. וע״כ גם לענין קביעת הגיל ל״מ עדות האב רק לענין האיסור ולא לעונשין הנקבעים מזה. ונמצא דבאמת הא בהא תליא. ואינו דומה לעדות על בתו שנשבתה, דע״ז אין לו מעיקרא שום תורת נאמנות.

ה.

ונראה שקושית התוס״י אזיל לפ״מ שמסיק הר״י (תוד״ה בני זה) דלפני המעשה אין צריך לנאמנות האב לענין גדלות הבן או הבת, דהרי ניתן לבודקם אם הביאו סימנים. ומשו״כ פירש שהמדובר על העבר. וע״ז הקשו שפיר דלגבי העבר יש לומר שגם רב אסי לא פליג, דדבריו אמורים רק כשמעיד לפני המעשה, ומשום דע״י עדותו איתחזק באשת איש, וע״כ סוקלין עי״ז. ולא כן בהא שמעיד לאחר המעשה בזה אין לו שום תוי״נ, ובדומיא דמעיד על השבויה. ומזה מוכח רק דיש להכריע כפירוש הראשון שבתוס׳, שהדיון הוא באמת לגבי להבא, וזה בגוונא דאין לסמוך על הבדיקה, כמבואר בדבריהם. דלפ״ז א״ש הסוגיא דמייתי דר״ח לטעמיה, וכן הא דמייתי תניא כוותיה דר״ח. וזהו שהקשה הש״ש, דלשיטת חכמי פרובינציה אכתי קשיא מה שמשוה בגמרא הנאמנות של האב לקידושי הבת לנאמנותו לגבי קביעת הגיל של ילדיו, דהרי לדבריהם חילוק גדול ישנו, בין נאמנות האב לקידושי הבת שהיא נאמנות כשני עדים, משא״כ נאמנותו לגבי הגיל שאין זו אלא בנאמנות ע״א בעלמא, שבזה מהני אמתלא גם לדידהו.

ו.

אכן מדאתינן להכי נראה לתרץ קושיתו, ולבאר מחלוקתם דחכמי פרובינציה, דמיתלי תלי בהסבר הלכה זו דנאמנות האב בקביעת הגיל. דלדעת התוס׳ שהו״ל היא מדין נאמנות ע״א באיסורין. אכן, בשלטי הגבורים שלהי קידושין אמתני׳ דהאומר בני זה ממזר נאמן כתבו (מלשון הריא״ז) דכשם שנאמן לומר על בנו שהוא פסול מדין יכיר כן נאמן האב לומר בני זה בן י״ג שנה ויום א׳ הוא, וכן בתי זו בת י״ב שנה ויום א׳ כדי שיהא נדרן נדר והקדשן הקדש, אבל אין ביי״ד עונשין אותם מלקות או מיתה לא עפ״י עצמן ולא עפ״י האב אלא עפ״י שני עדים כשרים. הרי שלשיטה זו נאמנות האב לקביעת גיל בניו היא מדין ״יכיר״, כשם שנאמן על בנו לפוסלו. ונאמנות זו לגבי קביעת האיסור מדין יכיר, היא נאמנות של שני עדים, דקביעת הבן שהוא ממזר או בן גרושה היא מדין נאמנות ב׳ עדים כמש״כ בש״ש להלן (פ׳ טו). וכן דעת הרמב״ם שהוא נאמן מדין ״יכיר״ לקביעת גיל ילדיו, ולא מדין ע״א באיסורין הוא. דז״ל הרמב״ם (פ״ב מאישות הכ״ב כ״ג) : אין סומכין על הנשים במנין השנים ולא על הקרובים אלא עפ״י שנים אנשים כשרים להעיד, האב שאמר בני זה בן תשע שנים ויום א׳ בתי זו בת שלש שנים ויום א׳ נאמן לקרבן, אבל לא למלקות, ולא לעונשים.

www.eretzhemdah.org

נראה ממנו שגם לנדרים וכו׳ רק האב נאמן, ואילו על אחרים אין סומכים אלא עפ״י ״שנים אנשים כשרים״. וכן פירש הה״מ שם עי״ש שכ׳ וז״ל (על מה שאמר אין סומכין וכו׳): זה נלמד מהסוגיא שבפרק האומר בקידושין (דף סג) דמשמע מינה דעדות בעינן. ויתבאר בסמוך **שאפילו** האב אינו נאמן לכל דבר. והיינו שהאב אינו נאמן למכות ולא לעונשין, ואילו אחרים אין נאמנים כלל ״דעדות בעינן״. וזה שלא כהתוס׳ דלענין נדרים וכו׳ ע״א בעלמא נמי נאמן ואין האב נאמן יותר מאחר, אלא מדין ע״א הוא. ונראה דלדעה זו נאמן האב גם **לחליצה** אעפ״י שהוא דבר שבערוה כיון שנאמנותו היא כב׳ עדים, והוא ע״כ מדין יכיר. א״כ כשם שנאמן לומר שהוא ממזר, כן הוא נאמן לדבר שבערוה, דרק למכות ועונשין אינו נאמן, אבל לעצם האיסורים הוא נאמן. וזה שלא כדעת התוס׳ שהובאו בגמרא.

ז.

אכן בשו״ע (א״ע סי׳ קסט י״א) אין סומכים בענין השנים לא עפ״י קרובים ולא עפ״י נשים אלא עפ״י עדים כשרים להעיד, וי״א שאם הוחזק בעיני השכנים **שלא עפ״י האב** לכלל שנים וכו׳ נאמנים להחזיק בגדולים וכו׳. ומקור הדברים בריב״ש. והיינו שהרי חזקה היא דוקא אם גדלו כאן והוחזקו בין השכנים, ואילו לא הוחזקו אלא עפ״י מה שאמר האב, שבא ממקום אחר ולא ידעום לפני כן, בזה ל״מ גם החזקה.

נראה מזה דלכו״ע לא מהני עדות האב לחליצה. אלא שהי״א ס״ל דהוחזק בין השכנים עכ״פ מהני. אכן לשון הרמב״ם מורה דלא כלל האב בכלל מה שאומר שאין סומכים על הקרובים. א״כ נ׳ שיטתו כהשל״ג שנאמנות האב הוא מדין יכיר, אלא שגם נאמנות זו אינה למכות ולעונשין.

ח.

ולשיטה זו לא סגי בעדות ע״א לקביעת הגיל דזה אינו מגדרי ע״א נאמן באיסורין ואין הנאמנות אלא בתור אב, מדין יכיר, וכנ״ל. ולפי״ז אתי שפיר השוואת הגמרא דין זה דנאמנות האב לגבי קידושי הבת לנאמנותו לקביעת הגיל, שבשניהם נתנה לו תורה תורת נאמנות כשני עדים, וע״כ מייתי שפיר מברייתא תניא כוותיה דרב חסדא, דחזינן דאעפ״י שהאמינתו תורה לגוף העובדות כשני עדים ועפי״ז נקבע עליהם דין גדולים, ומ״מ לענין מכות ועונשין לא מהני. ואי״כ ה״ה לענין נאמנות האב לקידושי הבת, דאמנם נאמן, כשני עדים לקביעת דין אשת איש עלה, ומ״מ לא מהני לענין מכות ועונשין.

ומכל מקום, אין כל זה אמור אלא לגבי עונשין, משא״כ לענין שיוכל לחזור ע״י אמתלא, בזה י״ל דכיון דלגוף האיסור נאמנות האב כשני עדים, א״כ אינו יכול לחזור. ול״ק מהא דאשה שאמרה טמאה אני, שאין לה תו״נ של שני עדים אלא של עד אחד בלבד, בזה באמת מהני אמתלא גם לדעת חכמי פרובינציה אלו.

ותובן לפי״ז מחלוקתם. דאלה מחכמי פרובינציה דס״ל דמהני אמתלא מפרשי כהתוס׳ שנאמנות האב לקביעת הגיל היא מדין נאמנות ע״א באיסורים, ולדידהו מדמייתי תניא כוותיה דר״ח מהא דנאמן אדם לומר בני זה בן י״ג וכו׳ שפיר מוכח דאין הבדל בין נאמנות כשני עדים לנאמנות כעד אחד. ומזה - כשם שבע״א מהני אמתלא כמו כן בנאמנות האב כשני עדים נמי מהני אמתלא.

ט.

והנה הש״ש בסוף פרקין הביא מש״כ הרמ״א בסי׳ ד׳ דאב שאמר על בנו שהוא ממזר יכול לחזור ע״י אמתלא. והיינו כדעת אלה החכמים שסוברים שגם בנאמנות האב מהני חזרה ע״י אמתלא.

ולהאמור לעיל, ה״ז מוכרח אליבא דפסק השו״ע. דכיון דפסק בסי׳ קסט דאין נאמנות לאב יותר מאשר שאר קרובים, נמצא דהא דאמרינן דהאב נאמן לנדרים הוא רק מדין ע״א נאמן באיסורים, כהתוס׳. וממילא מוכח דגם במקום שהאמינתו תורה לאב כשני עדים, דהיינו לענין קידושין, מ״מ מהני אמתלא, כמו בנאמנות דע״א וכנ״ל. אכן לפמש״כ לעיל דדעת הרמב״ם נראה כהשל״ג שהאב נאמן לקביעת הגיל מדין יכיר, וע״כ גם לענין חליצה נאמן, ונאמנותו כב׳ עדים אעפ״י שהוא דבר שבערוה, ורק למכות ועונשין אינו נאמן. ולפי״ז תתכן דעת הני מחכמי פרובינציה דסברי אמתלא ל״מ בזה. דבמקום נאמנות כשני עדים ה״ז בדין אינו חוזר ומגיד, וגם אמתלא ל״מ.

י.

עוד שם בפרק הנ״ל הקשה בדעת הני חכמים דס״ל דל״מ אמתלא באב שאמר קדשתי בתי, מהא דאמרינן בב״ב פ׳ יש נוחלין (דף קכ״ז:) שאם אמר זה עבדי וחזר ואמר זה בני, שאם נתן אמתלא לדבריו, נאמן. וכ׳ בזה וז״ל: ונראה מוכח מזה דהאב נאמן לחזור ע״י אמתלא, דהא אב נאמן לומר על בנו שהוא פסול וכדכתיב יכיר, וכשם שנאמן לומר על בנו שהוא ממזר, כמו כן נאמן לומר שהוא עבד ובא מן השפחה. ועי׳ שו״ע סי׳ רע״ט. וא״כ היכי נאמן לומר אח״כ בני הוא ולומר במה שאמר עבדי הוא לו כעבד, דזה אינו אלא אמתלא. ולשיטת חכמי פרובינציה אינו חוזר ומגיד במקום דרחמנא הימניה ע״י אמתלא, עכ״ל.

ודבריו תמוהים לענ״ד, דהרי המדובר כשבאו לפנינו ולא היו מוחזקים בו לפני כן לא בבנו ולא בעבדו, וכיון שכן אפילו תימא דבגוונא שהוחזק כבנו נאמן עליו לומר שהוא עבד שנולד לו מן השפחה, בכה״ג שלא הוחזק כלל שהוא בנו הרי צ״ל לשיטתם דגם נאמנותו עליו לומר שהוא בנו אינו מתורת דין יכיר אלא מדין מיגו דיהיב לו במתנה, כמו שכ׳ בש״ש עצמו להלן (פ״ט). ואעפ״י שדבר זה אינו מוסכם לפי מה שכ׳ בש״ש עצמו לעיל (ש״ב פ״כ) דבדעת הרמב״ם כ׳ שם דס״ל דתורת יכיר שייכא גם במי שאינו ידוע כבנו, שבא להחזיקו כבנו. אכן הרשב״ם והתוס׳ ס״ל דלא נאמר בזה תורת יכיר, כמש״כ שם.

ונוקט הש״ש בדעת חכמי פרובינציה דסברי בהכרח כהרשב״ם והתוס׳. וזה משום דאיהו תירץ שיטתם מהא דיש נוחלין, דאינהו נמי מודו באמתלא שבאה לפרש דבריהם הראשונים כהא דאמר זה עבדי וחזר ואמר זה בני, האמתלא היא שמה שאמר עבדי היינו שמשמשו כעבד. בזה אכתי לא מתורץ מהאומר בבית המכס זה בני וחזר ואמר זה עבדי,

ומה שאמר קודם היה זה בכדי להבריח המכס דבזה הרי אין האמתלא לפרש אלא לחזור, ובחזרה לדעתם ל״מ אמתלא, לזאת הוכרח לומר דאינהו סברי כהרשב״ם והתוס׳ דאין דין יכיר במי שאינו ידוע כבנו.

יא.

אך מאחר שזה מוכרח בדעתם א״כ הרי הקושיא מהאומר זה עבדי וחזר ואמר זה בני נמי לק״מ כיון דכל עיקר מה שמקבלים דבריו שזה בנו אינו אלא מצד המיגו. וא״כ התינח לענין ירושה נאמן לומר עליו בנו מכוח מיגו זה אבל מהיכי תיתי שיהא נאמן לפוסלו ע״י שאומר עליו שנולד מן השפחה דע״ז אין לו מיגו.

(ובמק״א העלינו דלפי כל שיטות הראשונים אין נאמנות מדין יכיר כשאינו ידוע שהוא בנו. ועיקר הנאמנות לומר שהוא עבדו, צ״ל דהוא מכיון שהוא מוחזק בו. הרי על דין הממון שבו הוא נאמן מכוח מה שמחזיק בו, ונאמנותו בעניני איסור לומר שהוא עבד, הוא מדין ע״א נאמן באיסורין. דאעפ״י שאין אדם נאמן לפסול אדם מישראל ולומר שהוא ממזר או בן השפחה וכנ״ל (אות ו) אין זה אלא במי שהוחזק כישראל. אבל מי שלא הוחזק כלל, כשם שאדם שבא לפנינו נאמן להחזיק עצמו כישראל (יבמות מז. ועי׳ תוס׳ שם) כן נאמן לומר עליו שהוא עבד ופסול. אבל אין זה נאמנות מתורת יכיר).

ואם אמנם לשיטת הש״ש בקושיתו מאשה שאמרה טמאה אני, ולא נחת לחלק בין נאמנות כב׳ עדים לנאמנות כע״א, שפיר יש מקום לקושיתו גם מהא דהאומר זה בני, אך כפי שנתבאר לעיל שיטת חכמי פרובינציה לחלק בזה. ואין מקום להקשות עליהם, אלא א״כ נוכיח דגם בדין יכיר מהני אמתלא, וכמו שכ׳ הש״ש בקושיתו זו מפ׳ יש נוחלין. אכן זה תמוה מאד, דודאי הנאמנות לומר עבדי הוא בכה״ג שאין ידוע עליו שהוא בנו, לכל הדעות אינו מדין יכיר רק מדין ע״א באיסורים.

יב.

יתירה מזו נראה לענ״ד דמש״כ הסמ״ע בנידון זה (חו״מ שם ס״ק ו) שמשו״ה נאמן לומר שהוא עבד, דהיינו רק בכה״ג שאומר שהוא בנו שנולד לו מן השפחה, דרק בכה״ג הוא נאמן כיון שהוא בנו ועל הבן האמינתו תורה. אבל אם אינו אומר שהוא בנו מן השפחה אינו נאמן, דגם דבריו אינם מובנים. דלא מצינו שיהא אב נאמן לפסול את בנו אלא בפסול ממזרות בין שאומר שאינו בנו שאז ממילא הוא ממזר ובין שאומר שהוא בנו מן הערוה שגם בן פסול בנו הוי ויש ע״ז תו״נ של יכיר. משא״כ באמר שהוא בנו מן השפחה, מאחר שאין הבן מתיחס אחריו כל שהוא מן השפחה, הרי זה כאומר אינו בני והוא עבד. ובזה לא אמרינן שיש לו תורת נאמנות, דהרי על אדם שאין בנו אין לו תורת נאמנות. והרי כשאומר שהוא מן השפחה, הרי זה כאומר אינו בנו, וכיון שאינו בנו שוב אין לו תורת נאמנות לומר עליו מה הוא, כי על אדם זר אינו נאמן לומר שהוא עבד, ולא ע״ז מצינו תורת יכיר. ודמי להא דאמרינן ביבמות מז׳: לדבריך עכו״ם אתה ואין עדות לעכו״ם. וה״נ בנידד״ד - לדבריך שאינו בנך ואין עדות לאדם אחר לפסול עבדות וצ״ע. וכנראה שהסמ״ע נוקט שכיון שמבחינה מציאותית אמר עליו שהוא בנו, אעפ״י שמבחינת היחס אינו בנו שאינו מתיחס אחריו, מ״מ יש לו גם בזה דין יכיר, וצ״ע מהא דיבמות. אכן צ״ל דכל זה יתכן בגוונא שידוע על כל פנים שהוא בנו, משא״כ כשאינו ידוע, ובא ואמר עליו שהוא בנו ונולד לו מן השפחה, בכה״ג שכל עיקר הנאמנות לומר שהוא בנו ג״כ אינה מתורת יכיר וכנ״ל. ודאי דאין מקום להאמינו שהוא בנו פסול, דע״ז אין לו מיגו, וכנ״ל. ודברי הש״ש צריכים לי עיון רב.

יג.

בפ״ט מביא הש״ש מתשו׳ הר״ן סימן מז, שם כתב בפשיטות דעד אחד המעיד חוזר ומגיד ע״י אמתלא עי״ש. ומוכח דס״ל ג״כ אפילו היכא דרחמנא הימניה מהני חזרה ע״י אמתלא, ודוקא בשני עדים הוא דלא מהני אמתלא.

והיינו שמסייע להני מחכמי פרובנציה דסברי דבאב שאומר קדשתי את בתי מהני אמתלא, מדעת הר״ן דס״ל נמי הכי.

וצ״ע דהש״ש עצמו להלן (פרקים יג-יד) הביא תשו׳ הר״ן סי׳ מז וכן תשו׳ סי׳ לד באריכות וכתב שם דנראה לכאורה דדבריו סותרים זה את זה, דבסי׳ מז נראה ״שבכל ענין צריכים דרישה וחקירה לענין שאינו חוזר ומגיד״, ואילו בסי׳ לד נראה מבואר דבהני דאי״צ דו״ח כמו בדיני ממונות שוב אינו חוזר ומגיד. אלא דעכ״פ בעינן בכולהו שיעידו עדותם בבי״ד, וכל שהעידו עדותם חוץ לבי״ד, ואפילו באיסור והיתר דלא בעי עדותם בבי״ד חוזר ומגיד אפילו בלא אמתלא, עכ״ל.

והנה האי עובדא דחכמי פרובינציה לא העיד האב בבי״ד, שהרי כ״כ שם: ״איש אחד הוציא קול שקידש את בתו בעודה קטנה, ונשבע שקידשה לפלוני בן פלוני״. הרי שלא נזכר כלל בזה אלא הוצאת קול ושבועה, אבל לא נאמר שאמר דברים אלה בפני בי״ד, וא״כ בכה״ג הרי לפי מה שמסיק הש״ש בר״ן יכול לחזור בו בלי שום אמתלא. וא״כ גם דעת הני חכמים דסברי דהאב מהימן ע״י אמתלא הם דלא כהר״ן. ואין לומר שהר״ן לא כתב דיכול לומר מבודה אני, אלא כשחוזר בו בפני בי״ד דוקא, וכלשונו בתשו׳ מז: ״ומסתברא דהכי קושטא דמלתא שאפילו בעדות אשה, אעפ״י שהעיד חוץ לבי״ד חוזר ומגיד בבית דין״. דברור דהא דיכול לחזור בו מדבריו הראשונים שהוא מפני שאמרם שלא בפני בי״ד, וכדכתב שם בטעמא דמילתא ״לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לבי״ד״, א״כ גם שלא בבי״ד יכול לחזור, מאחר שדבריו הראשונים נאמרו עכ״פ שלא בדקדוק, והא דכ׳ ״חוזר ומגיד בבי״ד״ הוא פשוט מפני שחזרתו שלא בפני בי״ד שוב אין לה משמעות, שעדיין יכול לשוב לחזור ולקיים דבריו הראשונים כי גם יכול לומר שדבריו האחרונים שלא בדקדוק היו. ונמצא שאין קיום אלא למה שחזר ואמר בפני בי״ד.

ומה שכ׳ הכא בפ״ט בשם הר״ן ״דעד אחד המעיד חוזר ומגיד ע״י אמתלא וכו׳ דוקא בשני עדים הוא דלא מהני אמתלא״ חילוק זה בין עדות ע״א לעדות שני עדים לא נזכר כלל בר״ן אלא מחלק בין שאמר עדותו בבי״ד (או שהובאה עדותו בפני בי״ד, בעד מפי עד - בעדות אשה, והתירוה עפי״ז להנשא) בין שלא נגמרה העדות בבי״ד שאם נגמרה העדות בבי״ד א״י לחזור ולהגיד וכל שלא נגמרה יכול לחזור, ודבר זה שייך גם בשני עדים, וצ״ע בכוונת הש״ש.

www.eretzhemdah.org

כן קשה לדברי המתירים ע״י אמתלא מהתוספתא והירושׁ שהובא בר״ן, דמשם מוכיח הר״ן דבריו שכל שלא נגמרה העדות בבי״ד יכולים לחזור, ולומר מבודים אנחנו, וזה שלא כדבריהם דנראה דרק ע״י אמתלא יכול לחזור, ולא כשאומר מבודה אני גרידא.

ואדרבא, לדעת הני דסברי דגם אמתלא אינה מועילה לא קשה מהאי תוספתא, די״ל דמאחר דכנ״ל, הם לא אמרו דבריהם אלא בנאמנות האב שנאמן כשני עדים, ואילו התוספתא מיירי בנאמנות דא״ע באיסורים, שנאמנותו רק בתור עד אחד, ובזה מצו מודו דיכולים לחזור, דאין בדבריו נאמנות מוחלטת מעיקרא.

יד.

כן צ״ע בדברי הר״ן והתוספתא שהובאה בדבריו, מהא דפ׳ יש נוחלין שהו״ל שנראה דרק ע״י אמתלא יכול לחזור בו ממה שאמר קודם עבדי הוא או בני הוא, והרי שם ג״כ לא נאמרו דבריו בפני בי״ד, דהרי המדובר שם באומר דבריו בבית המכס. וגם אם נדחוק לומר, שלפי הר״ן רק בבי״ד יכול לחזור בו בלי אמתלא, מה שבעצם לא מסתבר וכנ״ל מ״מ קשה דהרי בפסקנות נאמר שם דבלא אמתלא אינו נאמן, ואי איתא דאכתי יכול לחזור בו מדבריו הראשונים בפני בי״ד הרי היתה הברייתא דיש נוחלין צריכה לומר זאת, אלא ודאי דבשום פנים אינו נאמן לחזור בלי אמתלא.

כן קשה מאד, לפ״מ שנראה משטחיות דברי הר״ן דבכל עדות איסור והיתר, דהיינו בעניני איסורים דקיי״ל ע״א נאמן ואין צריך לעדותו בבי״ד, דיכול תמיד לחזור בו ולומר מבודה אני מפני שאין אדם מדקדק בדברים הנאמרים חוץ לבי״ד, שא״כ איך אפשר לסמוך על דברי ע״א באיסורים, כשאומרם חוץ לבי״ד, מאחר שנקטינן דשלא בבי״ד אין אדם מדקדק בדבריו, איך נקבל דבריו וננהג על פיהם, שהרי יתכן שנאמרו שלא בדקדוק כלל.

גם זאת קשה בדבריו, דבעדות אשה עד מפי עד, דמסיק הש״ש בדבריו דאעפ״י דכל עוד שלא העידו בשמו בבי״ד יכול לחזור, לאחר שנגמר על פיהם הדין והתירוה לינשא שוב א״י לחזור ולהגיד. דמה סברא היא זו, מאחר שדבריו נאמרו שלא בפני בי״ד דבזה אין אדם מדקדק, מה בכך שאחרים הביאו דבריו בפני בי״ד ונגמר הדין על פי זה, שוב אינו יכול לחזור ולהגיד, וכי מה הוא אחראי למה שהביאו דבריו (שנאמרו שלא בדקדוק) בפני בי״ד וגמרו הדין על פיו שעי״ז הוא א״י לחזור.

טו.

מכל הנ״ל מוכרח לומר דמה שכ׳ הר״ן עפ״י התוספתא דעד שאמר דבריו חוץ לבי״ד יכול לחזור בו הוא רק בעדות אשה דמיירי ביה שבזה אעפ״י שעדותו להתיר האשה אין צריך שתאמר דוקא **בפני** בי״ד, ועד מפי עד נמי כשר, מ״מ אין עדותו נגמרת להתיר האשה אלא כשהיא מובאת בפני בי״ד, שמקבלים העדות והם המתירים האשה, בזה שייכת הסברא שאין אדם מדקדק במה שאומר חוץ לבי״ד, דהיינו כל עוד שאינם מובאים בפני בי״ד. מ״מ ודאי שמדקדק הוא שלא יאמרו הדברים משמו בבי״ד ויבאו ע״י להתיר האשה לשוק, דלזה ודאי הוא מדקדק טרם שיגיע הדבר לידי היתר, לבא לפני בי״ד ולהעמידם על כך, שדבריו שלא בדקדוק נאמרו. ואם לא עשה כן אינו יכול אח״כ לומר מבודה אני ולא דקדקתי, כי ודאי מדקדק אדם שלא יצא מכשול על ידו.

וכל זה שייך באיסור והיתר דאשה לשוק, ובהא הוא דמיירי התוספתא, וכן מה שנאמר שם בטומאה וטהרה, היינו נמי בטומאת אשה לבעלה דגם זה מוכרע הדבר רק ע״י בי״ד, כיון שהאשה אינה מודה בדבר, דאל״כ ל״צ לעדותו. אבל בעדות דע״א באיסורים כיון דלא זו בלבד שאין עדות זו צריכה להתקבל בפני בי״ד, אלא שגם עצם הכרעת האיסור אינו צריך בי״ד, בזה ודאי דל״ש לומר שאין אדם מדקדק במה שנאמר חוץ לבי״ד, שהרי מאחר שסומכים עליו במה שאומר בעניני איסורים, ודאי דחיוב עליו לדקדק, וודאי שמדקדק בדבר, ושוב א״י לומר מבודה אני.

אכן כ״ז כשחוזר בו בלי אמתלא ואומר מבודה אני שע״ז ל״צ דרשת הכתובים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אלא **מסברא בעלמא** אינו נאמן לחזור בו. משא״כ כשחוזר ע״י אמתלא דמסביר למה אמר מה שאמר מקודם, בזה אין לנו מסברא שלא יוכל לחזור, אלא שאין לנו לחשוש שיחזור בו ע״י אמתלא דמהיכי תיתי לחשוש לזה. וע״כ שפיר סמכינן בכל ע״א באיסורים וכן יכולים להתיר בעדות אשה עד מפי עד, אעפ״י שיכול לחזור ע״י אמתלא דלהא לא חיישינן, וכנ״ל.

וזהו בעד אחד שמעיד שלא בפני בי״ד או אפילו בפני בי״ד, במקום דאי״צ שעדותו תאמר בבי״ד דוקא דאין ע״ז דין כיון שהגיד וכו׳ רק מכוח הסברא, וזו אינה כשנותן אמתלא לדבריו.

משא״כ בשני עדים המעידים בפני בי״ד, בזה הא דאינו חוזר ומגיד הוא מכוח גזה״כ דכיון שהגיד וכו׳ דרק הגדה אחת אמר רחמנא, ובזה גם ע״י אמתלא א״י לחזור.

טז.

ומתורץ בזה מה שהתקשינו בר״ן מהא דהאומר זה בני או זה עבדי דאינו נאמן אלא ע״י אמתלא, דבכה״ג כיון שאין דבריו צריכים בי״ד, אמירתו ודאי מדוקדקת. ומ״מ אמתלא מהני כי כיון שנאמרו דבריו שלא בפני בי״ד אין ע״ז דין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מכח גזה״כ. ואפילו אם אמר בפני בי״ד, כיון שלא מדיני עדות הם, אין בזה הדין דאינו חוזר ומגיד מכוח גזה״כ, רק מכוח הסברא, וזו אינה כשנותן אמתלא לדבריו.

ובזה יובנו גם דברי הש״ש בפ״ט שהתקשינו בהם שכ׳ בשם הר״ן דע״א המעיד חוזר ומגיד כשנותן אמתלא לדבריו, די״ל דבעד אחד המעיד על דבר איסור בין שמעיד שלא בפני בי״ד ובין שמעיד בפני בי״ד, כיון דאין ע״ז הגדה דבי״ד, דאין צריך לעדות זו בי״ד, בזה בכל גווני אינו יכול לחזור ולהעיד ולומר מבודה אני, כיון שסומכים על דבריו מיד ואין צורך לפסק בי״ד שפיר מדקדק בדבריו, אלא שאמתלא מהני עכ״פ כיון שאין בזה דין הגדת עדים שבהם מגזה״כ אינו יכול לחזור ולהגיד. ורק בשני עדים שמעידים בפני בי״ד, בזה א״י לחזור גם ע״י אמתלא מגזה״כ דכיון שהגיד שוב א״ח ומגיד.

וא״ש פלוגתייהו דחכמי פרובינציה מה שגם המתירים לא התירו אלא מכוח אמתלא וכנ״ל, דכיון דקיי״ל דאב שאמר קדשתי את בתי נאמן, ל״ש בזה שאין אדם מדקדק בדבריו שלא בבי״ד דודאי שפיר מדקדק. וע״כ אינו יכול לחזור בו ולומר מבודה אני. ומ״מ ע״י אמתלא מהני לשיטות אלה, שאינם מחלקים בין נאמנות כעד אחד לנאמנות כשנים, והני דסברי דל״מ אמתלא הוא מטעם שמחלקים כנ״ל, וסברי דכיון שנתנה תורה לאב תורת נאמנות כשני עדים שייך בזה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מכוח גזה״כ כמו בעדים המעידים בפני בי״ד, ע״כ גם ע״י אמתלא א״י לחזור.

יז.

שבתי וראיתי דמש״כ עפ״י הש״ש בדברי הר״ן דבעדות אשה להתיר שנאמרו חוץ לבי״ד יכול העד לחזור בו טרם שהותרה לינשא, דברים אלו אית בהו תיוהא. ולא מצינו בדברי הר״ן שיכול העד לחזור בו בעדות אשה אלא בה״ג דמיירי ביה בתשו׳ מ״ז, שדבריו הראשונים לאיסור נאמרו וכמו שיתבאר להלן בע״ה.

דהנה בש״ש (פי״ד שם) הביא עוד מש״כ הר״ן בחידושיו למס׳ שבועות בהא דאר״פ הכל מודים בעדות מיתה שהוא פטור דאמר לדידה ולא אמר לה לבי״ד. וכ׳ עלה הר״ן: ולאו למימרא שתהא נאמנת עכשיו שבא העד ושאמרה בשמו מת ואמר - לא מת דודאי בכה״ג לא מהימנא שכך הדין בכל עד מפי עד אם הראשון כופר אין השני האומר בשמו נאמן וראיה לדבר וכו׳ וכ״ת א״כ הכא אמאי פטור משום דהיא גרמא לנפשה שהשביעתו בבי״ד שאלו רצתה לומר מת בעלי סתם מצי אמרה הכי עפ״י דברים של עד עכ״ל.

ורא״ת מפ׳ המדיר דאם הראשון כופר אין השני האומר בשמו נאמן, מהא דאמרו שם פלוני חכם טיהר לי הכתם ואישתכח שיקרא והיינו עפ״י החכם.

וכ׳ ע״ז הש״ש דלפמש״כ הר״ן דחוץ לבי״ד יכול העד לחזור ולומר מבודה אני, א״כ תפ״ל דהראשון הכופר נאמן יותר מן השני במיגו דאי בעי אמר מבודה אני כיון דעדיין לא הותרה עפ״י בי״ד.

עוד הביא שם מש״כ המהרח״ש בקונטרס עגונות דיש להוכיח כי הראשון הכופר נאמן יותר, מגוף המימרא דרב פפא דאשמעינן דהכל מודים בע״א שהוא פטור ואי נימא דהראשון לא מצי להכחישה, א״כ מאי קמ״ל ר״פ שהוא פטור, תפ״ל דליכא בזה שום כפירה כיון שהיא נאמנת יותר. אלא ודאי דהראשון נאמן יותר ומפסדה בכפירתו, ואפ״ה קמ״ל ר״פ דפטור, משום דהיא גרמה לעצמה במה שהשביעתו בבי״ד וכמש״כ הר״ן.

וכ׳ ע״ז הש״ש: ואינו ראיה לענ״ד, דאפי׳ נימא דהראשון אינו נאמן יותר, אבל הכחשה מיהא הוי, ואכתי מצי להכחישה, והיא אינה נאמנת יותר, והיא תפסיד כתובתה.

ודבריו ודאי נכונים, אך לא ידעתי מה הועיל בזה לנידון דהר״ן. דאכתי אינו מובן לשם מה היה צריך הר״ן להביא ראיה מהא דפלוני חכם טיהר לי הכתם דהחכם נאמן, דזה שנוי במחלוקת בין ראשונים, כמו שהביא שם בש״ש. דהרא״ש פירש דהכוונה דאישתכח שיקרא היינו עפ״י עדים, דהרי לנידון קושיתו, בלא״ה נמי קשה, דמגוף דברי ר״פ שמעינן דאילו היה מכחיש לה שלא אמר זאת מעולם, מהני הכחשתו דלא תגבה הכתובה באופן שנמצא מפסידה בהכחשתו, וא״כ אמאי פטור מקרבן שבועה, וע״כ כתירוצו - מצד שהיתה יכולה שלא להזכירו כלל בעדותה בבי״ד ואיהי היא דאפסדה אנפשה.

ובאמת לענין זה דבדבריו שמכחיש אותה הכחשה מיהא הוי, לא צריך אפילו לראיה זו של המהרח״ש דמסברא גרידא ודאי ידעינן, דבמאי עדיפא היא שאומרת בשמו, ממה שהוא אומר שאין זה נכון דלא אמר דברים אלה מעולם, דכיון דאכתי לא הותרה הרי זו הכחשה דעד נגד עד עכ״פ, ומהיכי תיתי להאמין לה יותר. וא״כ קשה טובא דקושית הר״ן ותירוצו הוא מוכרח גם בלי האסמכתא שמביא מהא דפ׳ המדיר.

יח.

אכן נראה שצדק הר״ן דבלאו ראייתו לק״מ, די״ל דבכה״ג היתה היא נאמנת לומר בשמו אעפ״י שמכחישה. דהרי אית לה מיגו דהיתה יכולה לומר מת בעלי סתם, מבלי להסתמך על עדותו, ואז לא היה יכול להכחישה, והיו דבריה מתקבלים בבי״ד כמש״כ הר״ן בתירוצו, ולזאת הוכרח הר״ן להביא ראיה דבמקרה שעד מפי עד כשבא העד הראשון ומכחישו דבריו מתקבלים כנאמנים, ולא דיינינן להו רק כהכחשה של עד נגד עד. וכיון שכן ל״ש גם להאמינה במיגו דזה היה שייך לו היה הדבר בספק מדין הכחשת עדים אהדדי. משא״כ בהלכה זו דבהסתמכות על עד אחר, מתקבלים דברי הראשון ולא חזינן זאת כלל כהכחשה. ע״כ גם מיגו של העד השני ל״מ, וז״ב.

אכן אכתי קשיא הר״ן מאחר דהר״ן עצמו כ׳ דיכול העד הראשון לומר מבודה אני, א״כ גם לדידיה אית ליה מיגו, א״כ הו״ל עד נגד עד ומיגו נגד מיגו, שבזה שוב היה לנו לומר דאין האשה נאמנת לומר בשמו מה שאמרה, אעפ״י דאית לה מיגו, כיון דגם לעד הראשון איכא מיגו, וא״כ למ״ל לר״ן להסתמך בקושיתו על הא דפ׳ המדיר דבפשיטות הוי מצי לאקשויי דהרי הפסידה בזה שהכחישה בפני בי״ד דעי״ז הוי דבריה עדות בהכחשה ולא מצית גביא כתובתה.

יט.

על כן נראה, דכשם שהעלינו דבעניני איסור דע״א נאמן, א״י לחזור בו מדבריו גם כשאומרם שלא בפני בי״ד, ומשום דמיד שאומר דבריו ההלכה היא שיש לסמוך על דיבורו, ממילא א״י לומר שלא דקדק בדבריו, דודאי חייב היה לדקדק, כיון שסומכים על דבריו, ודאי שפיר דקדק. מטעם זה עצמו גם בעדות אשה להתיר, כיון שיכולה האשה לבא לבי״ד עפ״י מה ששמעה ממנו, ולהעיד מת בעלי בסתם, והיו מקבלים דבריה, והוא לא היה בכוחו להכחישה ולבטל דבריו, כיון שלא היתה אומרת כלל, שמסתמכת על עדותו. א״כ גם בזה ודאי יש לנו לומר שדקדק שפיר, אעפ״י שאמר דבריו שלא בבי״ד, וע״כ אינו יכול שוב לומר מבודה אני. ומסולק הקושיא בדברי הר״ן; כי כל קושיתו מוכרחה היתה להתבסס על ראייתו מפ׳ המדיר דף ע״ב שמסתמכת על דיבורו, כשבא הוא לבי״ד ומכחישה מקבלים דבריו ולא רואים

www.eretzhemdah.org

זאת אפילו כהכחשה. דאילו מצד המיגו דיש לו לעד שהיה יכול לומר מבודה אני לא מצי לאקשויי, דבעדות אשה להתירה כשאמר מת, שוב אינו יכול לחזור בו ולומר מבודה אני ולא דקדקתי בדברי שנאמרו חוץ לבי״ד, דהרי היה מוכרח לדקדק בהם ולחשוש שעל סמך דבריו תבא האשה לבי״ד ותאמר מת בעלי סתם, דשוב לא היה בידו אפשרות לסתור דבריה והיתה מותרת לינשא. ע״כ ודאי היה מוכרח לדקדק.

ומה שכתב הר״ן שבעדות אשה יכול לחזור בו העד מדבריו שאמר חוץ לבי״ד הוא לא אמר אלא בנידון דידיה דאיפכא הוי, דקודם אמר שהיא זקוקה ליבום. ושוב חזר בו מדבריו אלו ואמר שמת היבם, ודבריו הראשונים לית בו ממשא מכוח עצמם בתור עדות, דאין ע״א נאמן להחזיקה בחיוב יבום, אלא שלזה לא היו צריכים עדותו, דזה היה ידוע שהיה לה יבם גם בלי עדותו, וכל עיקר השאלה אינה אלא אם יכול לחזור ולהעיד שמת היבם, ולהתירה לעלמא עפי״ז, לאחר שקודם הוא עצמו אמר שזקוקה ליבום, ובזה הוא דכ׳ הר״ן דיכול לחזור כי לא דקדק דבריו הראשונים שהיו חוץ לבי״ד לענין זה שנאמר שאינו יכול שוב לחזור בו ולהעיד אחרת. וזהו דוקא בכה״ג שדבריו הראשונים לא היה עליהם דין עדות מצד עצמם, ע״כ גם לענין זה של חוזר ומגיד לא יהבינן ליה דין עדות שלא יוכל לחזור ולהעיד, משא״כ בעדות אשה להתירה, שיש להם תוקף עדות, והאשה יכולה להנשא על פיהם לשוק, בזה אינו יכול לחזור בו מהם ולומר מבודה אני רק ע״י אמתלא, וכנ״ל בכל כה״ג דאין נצרך שיגיד עדותו בבי״ד, דאין ע״ז דין חוזר ומגיד מכוח גזה״כ וכפי שנתבאר.

כ.

והנה בש״ש שם (פ״ט) כ׳ דהתוס׳ מחולקים עם הר״ן בענין אמתלא בע״א דלדידהו ל״מ אמתלא בע״א. ובראייתו מהתוס׳ יבמות קי״ח: (ד״ה א״ל תנינא) דתירצו דליכא למימר דהא דאינה מתייבמת הוא מצד דשויא אחד״א דמשמע דגם בשנתנה אמתלא לדבריה נמי אינה מתייבמת. ומשמע דבאו לומר דע״כ הא דאינה מתייבמת אינו מצד שאחד״א דבזה הוי מהני אמתלא לחזור בה. אע״כ הוא מדין ע״א ומכאן דבע״א ס״ל לתוס׳ דל״מ אמתלא. עכת״ד.

ולענ״ד לא יתכן לפרש כן בתוספות, דהרי אמרינן במתניתין דאינה נאמנת, והיינו שאין מקבלים דבריה. לדעת הרמב״ם (פ״ג מה׳ יבום הי״א) מפני דאין נאמנות לאשה להפקיע עצמה מן היבם, דשמא איסור ל״ת קל בעיניה ולדעת הרא״ש (א״ע סי׳ קנו ס״ה) גם ע״א לא מהימן בכי הא להפקיעה מן היבם, אפילו באומר מת היבם, ובכה״ג שבא להפקיעה מן היבם ע״י שאומר שניתן לה בן גרוע טפי דלא הוי מילתא דעבידא לאיגלויי ודאי דאין ע״א נאמן לדעת הרא״ש וכ״ה דעת הראב״ד (א״ע שם). א״כ בכי הא, אפילו נימא דבע״א דעלמא איכא האי דינא דאינו חוזר ומגיד, מ״מ ה״ז בגוונא שנתקבלו דבריו הראשונים, משא״כ באשה זו שמעיקרא לא האמינוה אלא להחמיר על עצמה, א״כ מעיקרא לא אתינן עלה מדין ע״א. ואיך שייך לומר דמשו״ה אינה יכולה לחזור בה ע״י אמתלא, בעוד שמעולם לא היה בדבריה משום נאמנות דעדות.

ע״כ נראה דכוונת התוס׳ אינה להוכיח שנאמנותה להפקיע עצמה מן היבום הוא מדין עדות, אלא דמדלא מהני אמתלא לחזור בה שמעינן דחשדינן בה שחוזרת לא מצד האמתלא, אלא משום שרוצה להתייבם מפני דרחמא ליה, ולא הוזכר בזה דין נאמנות דעדות כלל.

באופן, שדברי הר״ן המבוססים על התוספתא והירוש׳ שהזכירם בתשובתו הם אליבא דכו״ע ואין בהם חולק, דע״א יכול לחזור בו ע״י אמתלא. ולא נאמרה ההלכה דכיון שהגיד וכו׳ לענין שלא יוכל לחזור בו אף ע״י אמתלא אלא בשני עדים.

כא.

בפ״י מקשה הש״ש אי נימא דמהני אמתלא בע״א, ממש״כ הרמב״ם (פט״ז מסנהדרין ה״ו): אין צריך עדים אלא בשעת מעשה, אבל האיסור עצמו בע״א יוחזק וכו׳. דהרי הרמב״ן והרשב״א הוכיחו מהא דאמרינן הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה, דמזה מוכח דאמתלא לא מהני, מדלוקה עליה. הרי מזה דהיכא דמהני אמתלא אין לוקים ע״ז וא״כ איך לוקים עפי״י עדות ע״א שהעיד שזה חלב וכיו״ב, אי איתא דמהני ביה אמתלא.

כן הביא עוד משש״כ הרמב״ם בפ״ג מה׳ שגגות שאם א״ל ע״א חלב הוא ושתק וחזר ואכלו, אם התרו בו לוקה. וכן משש״כ הרמב״ם בפ״כ מאי״ב מי שבא בזה״ז ואמר שהוא כהן, אעפי״י שאין אנו סומכים על דבריו, מ״מ אם נשא אשה מפסולי כהונה או שטימא עצמו למתים ה״ז לוקה. וכל זה תמוה כנ״ל אי נימא דמהני אמתלא בע״א.

והסביר הכל עפי״י מה שכ׳ הרמב״ם פ״ט מנזירות שאם א״ל עד אחד שנדר בנזירות, אם לא הכחישו נוהג נזירות על פיו, ואם נהג כה״ג נזירות ואח״כ שתה יין או נטמא לאחר שהותרה ה״ז לוקה ״אעפי״י שעיקר הנזירות עפי״י ע״א״. ולמד מכאן שאינו לוקה עפי״י עדות העד גרידא אלא דוקא כשנהג בנזירות על פיו דעי״ז הוחזק כנזיר, באופן שהמלקות הם רק מפני שהוחזק כנזיר. ומביא לחלק לענין דין הוחזק דמיתלי תלי אם היה ע״י מעשה כגון לבשה בגדי נדות הוי הוחזק מיד, ואילו כשלא הוחזק במעשה בעינן שהוחזק ל׳ יום. וזהו כמש״כ הרמב״ם פ״א מאי״ב לענין מי שהוחזק כשאר בשר דנסקלין על החזקות. ועפי״ז מפרש דבכל הני דכ׳ הרמב״ם שלוקה בעדות ע״א המדובר כשהוחזק עי״ז ל׳ יום, או שהוחזק ע״י מעשה. ואעפי״י שלא פירש שהמדובר בהוחזק דוקא סמך עצמו על מש״כ בה׳ נזירות דמדובר כנ״ל כשנהג בנזירות עפי״י הע״א. ואם שדברי הרמב״ם נראים סתומים בקצת מקומות, סמך עצמו בסתום על המפורש, שכתב בכמה מקומות דבעינן הוחזק.

כב.

וכל זה דוחק רב שיסתום הרמב״ם בכל הני דוכתי. וודאי פשטות דבריו מורה דעי״י עדות הע״א כשלעצמם שקבע שחתיכה זו חלב ולא הוכחש, עי״ז האוכל אח״כ לוקה. וגם מה שציין לפ״א מאי״ב שבעצם העובדא שמזמן שהעיד עדותו עבר זמן ל׳ יום נעשה מוחזק, אינו מובן, דמה מהני משך הזמן הזה שעבר מאז להחזיק דיבורו יותר. ואין זה מהדומה כלל למה שהוחזק בשאר בשר דקיי״ל סוקלין על החזקות דהתם הרי התנהגותם במשך ל׳ יום כדרך

שמתנהגים שארי בשר היא שמהוה הוכחה שמחזיקים בזה. משא״כ בהא דעד שמעיד שזה חלב וכיו״ב, הרי מה שעובר מאז אמר דבריו ל׳ יום אין זה מחזק דבריו ולא מוכיח נכונותם יותר מאשר באותה שעה שהעיד. ועוד שברמב״ם שם ה״ז כ׳ וז״ל: שתק בעת שהעיד האחד בקביעות האיסור, ואחר שעבר והתרו בו טען להכחיש העד אין שומעין לו אלא לוקה. ובכ״מ שם דייק מלשונו והתרו בו טען להכחיש העד משמע שאם טען להכחישו קודם שעבר הויא הכחשה. ואם נפרש דברי הרמב״ם כהש״ש דמיירי לאחר שהוחזק א״כ איך ייתכן לומר דמהני הכחשתו קודם שעבר, הרי קיי״ל דסוקלין על החזקות. ומוכרח לומר שאין עדותו צריכה לחזקה (וכפי שהסברנו, גם לא תתכן בזה חזקה) וא״כ שייך הכחשה לפני שעבר, דרק אחר שעבר אין ממש במה שטוען להכחיש, משא״כ לפני כן, ה״ז ע״א בהכחשה. ואין השתיקה כשלעצמה כששמע דברי העד נחשבת להודאה. ועי׳ תוס׳ קידושין דף סו (ד״ה רבא).

כג.

ומה שמתבסס הש״ש על מש״כ הרמב״ם בנזיר שאינו לוקה אא״כ נהג בנזירות אין נראה גם שם שזה מגדרי הוחזק, דהרי גם שם לא הוזכר שהוחזק ל׳ יום, וכן הרי סתם נזירות אינו אלא ל׳ יום. אכן בש״ש כ׳ שבזה הוחזק מיד ״דנהג נזירות היינו שראינו אותו גדל פרע ומתרחק מן המתים ושאר ענייני נזירות ובזה אפילו לא הוחזק ל׳ יום נמי הוי חזקה וכמו בהוחזקה נדה בשכנותיה, כיון דהוי ע״י מעשה״. אך זה תמוה לע״ד דכיון דאין עושה אלא בשלילה לא שייך ע״ז הוחזק, ואינו מהדומה ללובשת בגדי נדות. ואדרבא דמי להא דהוחזקו בשאר בשר, דרק התנהגות ממושכת יכולה להוכיח, ולא מה שבשעה אחת לא שתה יין וכדומה. ע״כ נ׳ כוונת הרמב״ם במ״ש ״נהג נזירות ע״פ ע״א״ היינו, שלא עשה מיד כשאמר לו, פעולה המורה שאינו נזיר, דאילו היה עושה מעשה מעין זה, כגון שמיד היה שותה יין או טימא למתים אין לך הכחשה גדולה מזו, וכשם שיכול להכחישו בדיבור כן יכול להכחישו במעשה. משא״כ אם כשאמר לו ע״א שנדר בנזירות לא עשה מעשה המורה על הכחשת דבריו, בזה דבריו מתקבלים ואם שתה אח״כ ה״ז לוקה.

כד.

ונראה דבכל הנ״ל ודאי אין צורך לדין הוחזק כי כך הוא גדרם של דברים שהתורה לא נתנה תו״נ לע״א על העונש, בזמן שעדותו מתיחסת אל העונש באופן ישר, אבל קביעת האיסור, שעליו מתחייב העובר בעונש, לקביעות זו נתנה לו תורה תורת נאמנות גם לע״א, דזוהי ההלכה שע״א נאמן באיסורים. ונקבעת בעדות הע״א שחתיכה זו חלב וכיו״ב, ומכיון שנקבע שזה חלב ממילא האוכל חתיכה זו לוקה. ולא מכוח הוחזק הוא לוקה, דאין צריך כלל הוחזק, אלא עצם עדות העד היא המחזיקה והיא הקובעת על החתיכה תורת חלב. דע״ז נתנה לו תורה נאמנות מלאה, ואילו המלקות שבאות על האוכל היא כבר תוצאה דממילא, מאחר שנקבע שזה חלב. ע״כ א״ש שלא הזכיר הרמב״ם בשום מקום שיש דין נאמנות דע״א, שצריך תנאי שיוחזק אח״כ, ורק בשאר בשר שאין זה מדין נאמנות דהרי לזה צריך ב׳ עדים, בזה הוא שנקבע התנאי שזה רק בשהוחזק ל׳ יום. והיינו ע״י התנהגות מוכיחה במשך ל׳ יום אלה, וכנ״ל.

וכן זה שאמר שהוא כהן שלוקה עפ״י דבריו נראה שהוא ג״כ מצד עדותו. דהא דאינו נאמן לגבי דידן, היינו משום מעלה עשו ביוחסין, אבל מעיקר הדין יש לו תורת נאמנות. ועל כן במה שנוגע לגבי עצמו, לא מדין שאחד״א הוא, אלא שכלפי עצמו נשאר ע״ז תורת עדות. וע״כ לוקה.

ובש״ש כתב כנ״ל שהוא מצד הוחזק. והוקשה לו (פי״א) למה רק הכהן לוקה ולא הגרושה. ותירץ דהוא משום דכיון דאינו נאמן לגבי אחרים ממילא גם לא הוחזק לגביהם. אולם נראה שבכה״ג כיון שלגבי אחרים אין מחזיקים אותו בכהן, לא שייך גם שייחשב הוחזק לגבי עצמו, דלא שייך הוחזק לחצאין, וכל עיקר ההלכה של הוחזק הוא שמעתה הדבר נחשב כברור, ושוב אינו מוטל בספק. וזה לא שייך בכה״ג שלגבי שום דבר אין אנו מחזיקים אותו בכהן. והארכנו בזה במק״א ואכמ״ל.

אכן לשיטת התוס׳ דסברי דנאמנות האב לגבי גיל ילדיו הוא מהדין הכללי שע״א נאמן באיסורים, ובזה מ״מ אחרי כן אינו נאמן למכות ועונשין שמעינן דע״א שמעיד על החתיכה שהיא חלב דנאמן לגבי האיסור אבל לא לענין המלקות. א״כ זה שלא כהרמב״ם.

אלא שכבר נתבאר לעיל שנראה דשיטת הרמב״ם היא כשיטת שלה״ג שנאמנות האב היא מדין יכיר, ואילו ע״א אינו נאמן לענין זה גם לנדרים והקדשות. א״כ אין מזה סתירה, דלעולם במקום נאמנות ע״א באיסורים, כיון שנאמן לענין האיסור. י״ל דבאמת לוקה נמי ע״ז. ורק לענין נאמנות האב, במקום שצריך שני עדים כשרים, בזה הוא דאמרינן דאין לך בו אלא חידושו. דנאמן הוא לגבי האיסור אבל לא למכות ועונשין וכדרך שלענין אב שאמר קדשתי בתי דקיי״ל כרב, דנאמן לענין האיסור דוקא, אבל לא לענין חיוב הסקילה שבא כתוצאה מהאיסור.

כה.

אכן צריכים אנו ליישב מה שהקשה הש״ש מדברי הרמב״ן והרשב״א שנוקטים בפשיטות דמדלוקה עליה משום נדה שמעינן דל״מ בה אמתלא, וא״כ איך לוקה ע״י עדות ע״א מאחר דמהני בה אמתלא. אלא שבאמת יש לתמוה לכאורה על דברי הרמב״ן והרשב״א, מהא דאיצטריך קרא למעוטי בעדים דכיון שהגיד שוב אי״ח ומגיד, דאילולא הכתוב הו״א דיכולים לחזור בהם, וזה לכל הפחות בגוונא דאמתלא. ואיך יתכן שיהא ס״ד כזה, מאחר שעפ״י עדות העדים הרי לוקין וסוקלין על פיהם והרי בגוונא דיכולים לחזור אין מענישים עפ״י עדות זו, וצ״ע לכאורה.

על כן נ׳ כוונת הדברים באופן אחר. דזה ודאי פשיטא דהיכא דעונשין מדין הוחזק לא מהני אמתלא. דאמתלא אינה אלא כשבאה לסלק דיבור הראשון, אבל בהוחזק לא מפיו אנו חיים. ממילא אינו יכול גם לבטל זאת ע״י אמתלא, ולא זה היה מקום הספק של הרמב״ן והרשב״א בלבשה בגדי נדות. אלא שעיקר הספק היה דשמא אין לאשה כלל תורת נאמנות להחזיק עצמה טמאה, ולהוציא עצמה מחזקת טהרה, וכמו שרוצה לפרש הש״ש עצמו (לעיל פ״ח) שמ״ש טמאה אני נאמנת היינו רק לגבי עצמה ומדין שאחד״א. וא״כ לפ״ז גם לבשה בגדי נדות ל״מ להחזיקה בנדה אלא

www.eretzhemdah.org

דבעלה אסור בה מטעם שאין מאכילים אדם דבר האסור לו. ולזה מייתו ראיה דמלוקה הבעל משום נדה, ש״מ שיש לה תו״נ להחזיק עצמה כטמאה, וכיון שכן ודאי דאמתלא ל״מ דעל מה שנעשה מוחזק ל״מ אמתלא.

באופן שאין כלל כוונת הני ראשונים לקשר העונש בהא דל״מ אמתלא, ולעולם נימא דגם היכא דמהני אמתלא מהני עדותו למלקות על ידו, דאין לנו לחשוש שמא יבטל ע״י אמתלא כשם שאין לחשוש שמא יוכחש העד ע״י אחר, ויש להעמיד על החזקה וכמו שכתבו התוס׳ (גיטין לג ד״ה ואפקעינהו) דלא חיישינן שמא ישלח גט ויבטל ויהיה אפקעינהו וכו׳ כנלע״ד.

וע״כ ל״ק מה שהקשינו למאי איצטריך קרא בעדים, דאמרה תורה שמענישים עפ״י עדותם, דאינו חוזר ומגיד, דאם יכולים לחזור ולבטל עדותם איך יתכן שיענישו על פיהם דאין זו הוכחה כלל ועיקר דיש להעמיד על החזקה שלא תסתר עדותם לא ע״י הכחשה עצמית ולא ע״י אמתלא, כשם שאין לחשוש שמא יוכחשו או יוזמו ע״י אחרים.

כו.

בפי״ב מביא הש״ש קושית הפנ״י בהא דנחלקו רב ורב אסי באב שאומר קדשתי את בתי אי מהני עדותו לעונשין, דהיכי דמי אי דאומר זאת לאחר המעשה של הזנות הרי פשיטא דלא מהימנינן ליה לסקול על פיו דבזה נאמר עפ״י שנים עדים וכו׳, וע״כ שאמר זאת לפני כן. והקשה דהרי כ׳ הרמב״ם בה׳ סנהדרין והובא לעיל בדברינו שהאיסור עצמו בע״א יוחזק, ועפ״ז מענישים העובר על האיסור. הרי דלפני המעשה אי״צ בעדות של ב׳ עדים לקבוע ע״ז שם חתיכה דאיסורא.

ותי׳ הש״ש עפ״י מה שחידש דדברי הרמב״ם שלוקה עפ״י עדות ע״א לא מיירי אלא בשהוחזק עפ״י עדות העד ל׳ יום, או ע״י מעשה, ואילו פלוגתייהו דרב ורב אסי מיירי בדלא הוחזק. וביאר פלוגתייהו דאיפלגו במחלוקת חכמי פרובינציה אי מהני אמתלא באב שאמר קדשתי את בתי, דלרב אסי ל״מ בזה אמתלא, ע״כ שפיר נענש עפ״י עדות הע״א כי שוב אינו יכול לבטל עדותו, ורב ס״ל דמהני אמתלא ע״כ אינו נענש עפ״י דבריו דאין זו עדיין עדות ברורה, כיון שעדיין לא הוחזק ל׳ יום אבל אם עברו ל׳ יום מאז שאמר קדשתי בתי, הוי הוחזק ותו ל״מ אמתלא לכו״ע ובזה נסקלין אליבא דכו״ע עכת״ד.

ועפי״ז כ׳ בדברי הרמב״ם שמה שמסיים באשה שאמרה נתקדשתי שאינה נהרגת אא״כ יהיו שם שני עדים או הוחזק, דהמלים ״או הוחזק״ אכולהו קאי גם בהוחזק על פי האב. אולם לא נראה כן מלשון הרמב״ם שלגבי האב כ׳ שאינה נסקלת על פיו עד שיהא שם שני עדים שנתארסה בפניהם. ואילו כשאמרה מקודשת אני כ׳ אינה נהרגת על פיה ״עד שיהיו שם שני עדים או הוחזק״. ואם איתא שהאי או שהוחזק קאי גם אדלעיל לא היה לו להזכיר לגבי האב גם ״עד שיהיו שם שני עדים״, ומשמע בבירור דהאי או שהוחזק קאי רק לגבי האשה שאמרה נתקדשתי. כן יש לעמוד על שינוי הלשון שלגבי האב כ׳ ״אינה נסקלת״ ואילו לגבי האשה כ׳ בצורה סתמית ״אינה נהרגת״ ושינוי לשון זה צריך תלמוד.

כז.

ולעיקר תירוצו של הש״ש כבר העלינו לעיל, דהא דמהני אמתלא אינו מהוה פטור מלהעניש על עדות זו. ומחלוקתם של חכמי פרובינציה כפי שנתבארה לעיל, היא דוקא במקום שהאמינתו תורה כב׳ עדים, ואילו במקום שגם ע״א נאמן לכל הדעות מהני אמתלא. וכן נראה בדעת רב ורב חסדא דגם לאחר ל׳ יום אינו נסקל עפ״י דברי האב, וראיה לזה דהתוס׳ (ד״ה לקטלא) הקשו שם לרב דאמר לקטלא לא הימניה, דהא באותה פרשה דאומר את בתי נתתי לאיש הזה נאמר ״וסקלוה״, אלמא לקטלא נמי הימניה רחמנא, ומאי קושיא היא הרי אפשר דקרא קאי כשהוחזק ל׳ יום לאחר שאמר זאת, דהרי ממילא גם לרב אסי לא מתפרש הכתוב כנראה מפשוטו שהאב אומר זאת לאחר המעשה, ובהכרח שהכתוב מתפרש שאומר זאת לפני כן. א״כ הרי ניתן להתפרש גם כשהוחזקה אמירתו בל׳ יום.

וכן לא הוזכר בהאי עובדא דחכמי פרובינציה שעמדה ונשאת טרם שהוחזק דיבורו של האב ל׳ יום. אדרבא פשטות הדברים שלאחר זמן עמדה ונשאת, דהאב אמר דבריו בעודה קטנה או נערה, ואילו היא שעמדה ונתקדשה הרי זה כבר לאחר שבגרה ודוחק להעמיד שאומר האב זאת תוך ל׳ יום טרם שנתבגרה ונתקדשה, כי לא נזכר מזה כלל בדבריהם, ואפי״ה ס״ל להני חכמים דמהני אמתלא. אלא שכאמור לעיל לא מהני חזקת ל׳ יום אלא כשבמשך ימים אלה ההתנהגות מוכיחה וזהו שמהוה ההוחזק. ואילו בנידון שאמר קידשתי בתי, דהיינו שהיא רק ארוסה ונמצאת בבית אביה כנערה, אין שם שום סימן המוכיח על הקידושין במשך ל׳ יום. ועצם העובדא שעברו ל׳ יום מזמן שאמר זאת האב, אין זה יכול להיות החזקה. ולא יתכן שתוחזק כאשת איש אלא א״כ תנשא לאותו פלוני.

כח.

והנראה בתירוץ קושית הפנ״י עפ״י הנ״ל דל״ש כאן הוחזק, דהא דאין עונשין עפ״י דיבור האב, הוא משום דלקביעת דין אשת איש הרי נדרש שני עדים, אלא שהתורה חידשה דדברי האב סגי במקום שני עדים. ובזה נחלקו רב ורב אסי, דלדעת רב אסי לא ניתנה נאמנות לחצאין, כיון שחידשה תורה דדברי האב קאי במקום ב׳ עדים, ה״ז לכל מילי דאשת איש. ואילו רב ס״ל דאין לך בו אלא חידושו. ורק לענין איסור אשת איש הוא דנחדש דסגי בדברי האב כמו ב׳ עדים דעלמא, אבל לא למה שנובע מזה, דהיינו דיני העונשין שישנן באשת איש.

ואין מחלוקתם אלא באיסור עריות דקיי״ל אין דבר שבערוה פחות משנים, ע״כ לרב ס״ל שיש מקום לחלק בזה בין האיסור לבין העונש, משא״כ באיסורים דעלמא דע״א נאמן באיסורין, בזה עצם העדות שקובעת החתיכה לחתיכה דאיסורא סגי גם לדידיה לענין העונש, דכיון דהחתיכה תורת חלב עלה ממילא גם לוקה האוכלה דלקביעת האיסור סגי בעד אחד.

ועפי״ז א״ש לשון הרמב״ם שהוא מדוקדק ביותר דברישא דקאי באב שאמר קדשתי את בתי, דהכל מתבסס על דברי האב גרידא, א״כ המדובר שעדיין לא נכנסה לחופה אח״כ, שאם נכנסה לחופה הרי זה כבר גם כמודה היא, וה״ז כאשה שאמרה נתקדשתי ובזה לא יתכן הוחזק, דבקידושין לא שייך מעשה, שבא אחר דיבור האב שיחזיק זה בחזקת מקודשת, ע״כ לא כתב או שהוחזק. וע״כ גם דן על עונש סקילה דהרי החיוב בארוסה שזינתה היא סקילה, אכן בסיפא כשהמדובר מצד דברי האשה שאומרת נתקדשה יש לדון גם על הוחזק דהיינו כשנשאת אח״כ. דאז שפיר נעשית על פי מה שאמרה קודם שנתקדשה, דהנשואין מחזיקין אותה כאשת איש. אכן כיון שהמוחזק נעשה רק ע״י נשואין, הרי בזה אין כבר דין סקילה אלא הרג, כדין אשת איש שזינתה, ע״כ כ׳ בזה הרמב״ם הלשון ״אינה נהרגת״ דכיון דכאן ישנן שתי אפשרויות לחייב הן ע״י עדים והן ע״י שהחזיקה עצמה כאשת איש ע״י שנכנסה לחופה לא פסיקא ליה לכתוב בזה דין סקילה ונקט דין הריגה שכולל כל האופנים.

כט.

מסקנת הדברים העולה מכל האמור לעיל:

א) קיי״ל עד אחד נאמן באיסורים ואין צריך שיעיד עדותו בבי״ד, אף לא שתתקבל עדותו בבי״ד. ומיד שהעיד נקבע הדבר כפי שהעיד בו עליו אם לא הכחיש, כדלהלן.

ב) אין עד אחד יכול לחזור בו מדיבורו אא״כ נתן אמתלא לדבריו, ואף בזה אין הבדל היכן העיד עדותו הראשונה והיכן חוזר בו מדבריו. ובין בבי״ד ובין שלא בבי״ד אינו יכול לחזור בו ולומר מבודה אני ואילו ע״י אמתלא חוזר.

ג) עד אחד שאמר מת בעלה בין בבי״ד בין שלא בבי״ד, אינו יכול לחזור בו ולומר מבודה אני אבל ע״י אמתלא חוזר.

ד) אמר עד אחד לאיסור האשה כגון שזקוקה ליבום, אין ע״א נאמן לאסור האשה אבל אם היתה גם בלעדי דבריו בחזקת איסור, אם אמר דברים אלה בבי״ד א״י לחזור בו לומר מבודה אני. אבל אם אמר זאת שלא בבי״ד יכול לחזור בו ולומר מבודה אני, שאין אדם מדקדק בדבריו הנאמרים חוץ לבי״ד כשאין בדבריו משום נאמנות.

ה) בשני ענינים נתנה תורה לאב תורת נאמנות כשני עדים בבניו: בקידושי הבת עד שתתבגר ובהכרת בכורה וכן בכשרות בניו ופסולם.

ו) נחלקו הראשונים בנאמנות קביעת הגיל של הבן והבת שהנפ״מ מזה לעריות ולקידושין. לדעת התוס׳ הנאמנות בזה היא מדין ע״א באיסורים ולפי״ז אין נאמנות האב אלא מדין נאמנות עד אחד דעלמא. לדעת השל״ג וכן נראית דעת הרמב״ם אין ע״א נאמן בזה. אולם האב נאמן כשם שהוא נאמן לכשרות בניו ולפסולם.

ז) נקטינן להלכה שאין נאמנות האב בזה שנתנה לו תורה נאמנות שני עדים אלא לענין האיסור אבל לא לעונשין הנובעים מזה.

ח) אמר ע״א על החתיכה שהיא חלב, וכל כיו״ב, ואכלה מישהו, לדעת הרמב״ם לוקה הלה ואעפ״י שלא הוחזק ל׳ יום, כי נאמנות ע״א לענין קביעת האיסור היא נאמנות מוחלטת. ולדעת התוס׳ נראה שאינו לוקה. וכדרך שאמרנו בנאמנות האב, שאינו אלא לענין האיסור ולא למכות ועונשין הנובעים מזה.

ט) זה שאמרנו שלדעת התוס׳ אינו לוקה, גם אם עברו ל׳ יום מאז העיד העד עדותו אינו לוקה. ולא אמרו סוקלין על חזקות אלא כשבמשך זמן זה נעשים מעשים המחזיקים את הללו בשאר בשר. ואין הדבר כן בדיבור בעלמא.

י) עד אחד בהכחשה לא כלום. וזהו בין שהכחישו בדיבור בין שהכחישו במעשה כגון שאמר אחד לאחר שנדר בנזירות ועשה הלה מיד מעשה שהנזיר אסור בו, כגון טימא הלה עצמו למתים או ששתה יין ה״ז כמכחישו בדיבור. אכן אם נהג בנזירות דהיינו ששתק ולא עשה מעשה המכחיש דברי העד לדעת הרמב״ם ה״ז לוקה, אם אח״כ טימא עצמו, וכל כיו״ב.

יא) נחלקו חכמי פרובנציה באב שאמר דברים שנאמן בהם כשני עדים, אם יכול לחזור בו ע״י אמתלא. יש מהם שאומרים, כיון שאין לו נאמנות מוחלטת כשני עדים שהרי לעונשין אינו נאמן יכול לחזור ע״י אמתלא, ויש הסוברים, שלגבי האיסור נאמנותו מוחלטת כשני עדים, וע״כ א״י לחזור אפילו ע״י אמתלא, כדרך שני עדים שהעידו בבי״ד דקיי״ל כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד.

ואין הבדל במחלוקתם זו בין שאומר דבריו בבי״ד בין שאומרם חוץ לבי״ד. דנאמנות האב אינה צריכה בי״ד. ע״כ בפני בי״ד ושלא בפני בי״ד שוים הם. (עו״ר לעיל סי׳ נו-נז).

סימן פח: עיונים בדין ״יכיר״ והמסתעף מזה

א. תוכן הנאמנות של דין ״יכיר״
ב. בביאור שיטת הרא״ש והנמוק״י בדין ״יכיר״
ג. עוד בביאור דעת ר׳ יהודה לפי הנמוק״י

א. תוכן הנאמנות של דין ״יכיר״

א. בשב שמעתתא (ש״ב, סי׳ כ) הביא משי״כ הרמב״ם (פ״ג מה׳ יבום ה׳ ד): מי שזינה עם הפנוי׳ או עם א״א ונתעברה, ואמרה זה העובר ממנו הוא, ואפילו הוא מודה לה, אע״פ שהוא בנו לירושה, הרי זה ספק לענין יבום, שכמו שזינתה עמו כך זינתה עם איש אחר, וכו׳. ובתשו׳ הרא״ש (כלל פ״ב, א) כ׳ ע״ז שדבריו תמוהים, מאחר שקראהו ספק, למה

כ׳ שיורשו ומוציא מחזקת יורשים הודאים. ואי משום שהאב נאמן על בנו כר׳ יהודא, א״כ לענין חליצה נמי יהא נאמן, וכו׳. ע״כ.

ב. ותירץ הש״ש דברי הרמב״ם עפ״י מש״כ הב״ש דנאמנות האב היא גם כשסומך על אחר. וזה נלמד ממש״נ ״יכיר״ שיש תורת נאמנות לאב. אכן לא נתנה התורה תו״נ אלא כלפי הבן. משא״כ לגבי אשתו לפוטרה מן החליצה ע״ז לא נתנה התורה תו״נ. ע״כ אינו נאמן לענין חליצה. [והא דנאמן אדם לומר יש לי בנים לפוטרה מחליצה (ב״ב קל״ד ב) הוא רק, כמבואר שם, משום שבידו לגרשה. וזה שייך רק כשאומר זאת מכוח ידיעת עצמו. משא״כ כאן דכל עיקר נאמנותו מה שסומך על אחר (שהרי הוא אינו יכול לדעת, שמא זינתה גם עם אחר והעובר איננו שלו, אלא שסומך עליה) בזה לא מהני המיגו שבידו לגרשה. שאכן אנו מאמינים לו שהוא סומך עליה ומאמינה. אך הן אנו איננו מאמינים לה, מטעם שכתב הרמב״ם. ע״כ לא מהני בזה מה שבידו לגרשה.]

ג. והרא״ש שהקשה על הרמב״ם, זה משום שסובר כהרשב״ם והתוס׳ (ב״ב קל״ד ב) דאין למדים מ״יכיר״ שיהא נאמן לומר על מי שאינו ידוע כבנו שהוא בנו, ועל כן בנידון זה שהמדובר להכירו בבנו, אין לו תור״נ כלל. ואילו הרמב״ם חולק גם בזה וס״ל דנאמן גם להכירו כבנו מתורת ״יכיר״ כמבואר בדבריו (פ״ב מה׳ נחלות הי״ד והובא בשו״ע סי׳ רע״ז). עכת״ד.

ד. אך אין זה מספיק להבין השגת הרא״ש. שהרי הוא הקשה מכוח ממנ״פ, שגם אם נאמר שהאב נאמן מכוח ״יכיר״ כר׳ יהודה, אמאי לא נאמינהו לפוטרה מחליצה, וכנ״ל. פירוש, שגם לשיטת הרמב״ם, שסובר שגם בכה״ג שאין ידוע נאמן להכירו בתור בן, נמי הוקשה לו שלפ״ז היה לו גם להאמינו לחליצה. ובזה הן שפיר נתבאר בש״ש שכשסמוך על אחר בנאמנותו, לא שייך להאמינו, כי לגבי הפטור של אשתו הוא רק מצד מיגו דבידו לגרשה, וזה לא קיים בכה״ג שסומך על אחר. וצ״ע.

ה. עוד העיר הש״ש בסוף דבריו על עיקר חידושו של הב״ש הנ״ל, שנאמן מדין יכיר גם כשסומך על אחר. דא״כ מה הקשו בגמרא בסוגין (ב״ב קכ״ז ב) לדעת רבנן שסוברים שאין לאב נאמנות נגד חזקה (כשהוחזק אחר ולא זה שמעיד עליו) דא״כ ״יכיר״ למה לי, תיפוק לי׳ שנאמן בזה מפני שבידו לתת לו הנכסים במתנה. והרי שפיר צריך קרא שנאמן גם בכה״ג שסומך על אחר, שבזה ל״ש להאמינו מכוח ה״בידו״, כנ״ל בש״ש, דאמנם אנו מאמינים לאב שמאמינו לפלוני, אבל אנחנו אין לנו אימון בו, א״כ מה יועילנו זה שמכוח המיגו שבידו אנו מאמינים לו שהוא נותן בו אימון.

וע״ז תירץ די״ל, דעד כאן לא חידש הב״ש שהאב נאמן גם כשסומך על אחר, אלא לדעת ר׳ יהודא שסובר שנאמן גם נגד חזקה, דמזה למדים דהוא הדין, כשאינו יודע מכוח ידיעה עצמית, אלא ממה שסומך על אחר. משא״כ לרבנן כשם שאינו נאמן נגד חזקה, כן אי״נ בהסתמכות על אחר.

ו. אבל תירוצו דחוק, כמו שהרגיש בעצמו, דיש לדחות זאת משני פנים. מצד אחד, אין ללמוד מנאמנות נגד חזקה לנאמנות בסמיכות על אחר. ועדים יוכיחו, שנאמנים להעיד גם נגד חזקה, ואילו כשאומרים עדותם מתוך הסתמכות על מה שמאמינים למי שאמר להם, הרי זה עד מפי עד שאין נאמנים. וגרוע ענין זה טפי מעד מפי עד. שאילו היו בי״ד שומעים בעצמם מפי העד שמעידים משמו היו מקבלים עדותו, כשהוא עד כשר. ואילו כאן הרי המדובר שסומך על האשה, שאילו היא עצמה מעידה (כפי שבאמת המדובר בזה ברמב״ם) אין היא נאמנת.

מאידך י״ל, דאם אמנם לר׳ יהודא ילפינן ממש״כ ״יכיר״ דנאמן בכל גווני גם כשסומך על אחר, א״כ לא מצינו בזה מחלוקת נוספת בין ר״י לרבנן, שלא נחלקו עליו אלא כשאומר האב נגד חזקה, אבל בשלא הוחזק מאומה, דגם לדידהו אמרה תורה ״יכיר״ שהאב נאמן, יהא נאמן גם כשסומך על אחר, דבזה הרי נאמר ״יכיר״ שמשמעותו לפי הב״ש כוללת גם נאמנות בשסומך על אחר. ומנ״ל לגמרא לחדש מחלוקת נוספת בין רבנן לר׳ יהודה בענין זה וצ״ע.

ז. והנלע״ד בכל הנ״ל. דהנה יש לחקור בנאמנות זו שהעניקה תורה לאב ממש״כ ״יכיר״ שבתור עד אחד דעלמא לא היה נאמן, בפרט שבה לא הגבילה תורה נאמנות האב, שגם אם הוא בגדר חשוד לעדות, מ״מ בזה נאמר ״יכיר״ לקבל דבריו, מה תוכן נאמנות זו, אם היא מגדרי נאמנות דעדות, כמו שהאמינה תורה לשני עדים, וכמו שהאמינה תורה לעד אחד באיסורים, דאנן סמכינן על עדות זו, וקובעים שאנו מקבלים שאכן כך הוא הדבר, כשם שהעידו, וזה מגזה״כ שחידשה תורה להאמין בזה לאב, (אולי מצד אומדנא שלא יגידו שקר בענין זה). או דנאמר דלעולם אנו איננו משתכנעים כלל ממה שקבע את זה כבכור, שאכן כך הוא האמת, אלא שהתורה קבעה שזוהי נאמנות כלפי עצמו, דהיינו שענייני המשפחה הם בחינת רשותו היחיד של האדם, שאין לנו (כלומר, גם בי״ד) להתערב בדבר. וזהו מגדר מה שמצינו במקום אחר (כריתות) ״אדם נאמן על עצמו״. וכמו שבענין ממון אמרינן הודאת בע״ד כמאה עדים, שהוא מתורת נאמנות כדהוכיח בקצוה״ח (סי׳ לד, ד) שנאמן שם גם נגד עדים כשרים ונאמנים. וכמו דאמרינן בענין איסורים שוי׳ אנפשי׳ חד״א, שהוא ג״כ מהיסוד הזה של נאמנות אדם על עצמו.

[וכיוצא בזה כ׳ הפנ״י בשם הרשב״א והמהרש״א בכתובות (דף כ״ב ב) בענין תרי ותרי, (אעפ״י שמה״ת אמרינן אוקי אחזקה) בניסת לא׳ מעדיה ואומרת ברי לי, שלא תצא, אעפ״י שלגבי אחרים היא בחזקת אשת איש והבא עליה בחטאת קאי. דלא אמרה תורה זיל בתר חזקה אלא לגבי מי שמסופק בדבר. אבל כיון שהם אומרים ברי, אין בכוחנו למנוע מהם מלהתנהג כפי ידיעתם].

ח. ונפ״מ מזה בדעת ר׳ יהודה שנאמן גם להוציא מחזקה, כשהיה מוחזק האחד בתור בכור ואמר האב על אחר שהוא בכור שנאמן לדעתו, האם יהיה נאמן גם נגד עדים, היינו שמעיד שזה נולד ראשונה, והאחר (או אחרים) אחריו, ואילו עדים מעידים שראו שזה נולד אחרון. שאם הוא מדין נאמנות ממש, בכגון דא אין לך נאמנות נגד עדים. אבל אם דין ״יכיר״ הוא משום שזה נחשב לענייננו הפרטי של האדם, שאין לנו רשות להתערב בה, גם בכה״ג שאומר דבריו נגד עדים מכל מקום דבריו מתקבלים, כמו דאמרינן בממון הודאת בע״ד עדיפה ממאה עדים.

www.eretzhemdah.org

ומצינו בזה מחלוקת, הובאה במל״מ (פ״ב מנחלות ה׳ י״ד) שדעת המהריב״ל (ח״א סי׳ סד) ומשפטי שמואל (סי׳ ק״ג) ס״ל שנאמן לומר על אחד שהוא בכור שנולד ראשונה ואחרים אחריו, שמודה שגם האחרים הם בניו, אלא שנולדו אחרי זה, גם כשלפנינו עדים המעידים שהוא נולד אחריהם. וזה בניגוד לרמב״ן, שכשיש עדים מי נולד ראשון אינו נאמן להכחישם, אלא רק כשאומר שהראשונים אינם בניו ונולדו בזנות שהם ממזרים.

ט. והרי לנו מחלוקת מפורשת בהנ״ל, דלרמב״ן נראה שהיא נאמנות ממש, שהאמינה תורה לאב. ועל כן, כשאומר נגד עדים באמת אינו נאמן, כי נאמנות העדים עפ״י התורה היא הנאמנות שאינה יכולה להסתר אלא ע״י עדים אחרים (אם בתור תרי ותרי ואם בדין הזמה) ולא כן דעת המהריב״ל והמשפטי שמואל, שלדידהו היא לא מכוח נאמנות אלא מדין אדם נאמן על משפחתו, היינו כלפי ענייני נחלה אין אנו רשאים להתערב במה שלדעתו הוא האמת, אעפ״י שאנחנו משוכנעים שאין זה נכון, לפ״מ שקבעה תורה עפ״י שנים עדים יקום דבר, לדברים החמורים ביותר, כגון חיוב מיתה עפ״י עדותם.

י. ונראה דעוד נפ״מ מהחקירה הנ״ל, אם מדברי האב מסתעף ומתחייב דבר נוסף, שאינו ביחס לבנים ולנחלה, אך לא יתכן זה בלא זה, דלא שייך בזה פלגינן דיבורא (כדאשכחינן בפלוני רבעני, שגם הוא עצמו חייב, דאם הי׳ לרצונו של הנרבע או לא, אין לו קשר עם חיובו של הרובע). שאם הוא מתורת נאמנות מגדרי עדות, לא ניתן להתחלק, ומשנתקבלו דבריו שהוא בנו, הרי זה כאילו העידו עדים שהוא בנו, ממילא גם תוצאות אחרות, כגון לפטור מן היבום, נמי נקבלם. אך אם אין זו נאמנות כלפי דידן כמו עדים, אלא מדין אדם נאמן על משפחתו בנחלתו. במה שנוגע לפטור אשתו מן היבום, אין כאן שום נאמנות.

יא. וכן נראה דדברי הב״ש שהביא הש״ש שנאמנות האב היא גם כשמסתמך על אחר, נמי תלויים בהנ״ל, דאם הוא מדין נאמנות כעדים, אין לנו אלא כשאומר זאת מכוח ידיעת עצמו, אבל הסתמכות על אחרים, כיון שאותם אחרים אין להם תו״נ, גם מה שסומך עליהם ל״מ מידי. אולם הב״ש שסובר שגם בכה״ג יש דין ״יכיר״, זה מפני שסובר שאין זה מגדר נאמנות כלפינו כלל, רק ממה שנאמן על עצמו ומשפחתו, לפ״ז אין לנו שום צורך לבדוק מקור ידיעתו והכרתו, וכל שאומר שזהו בנו הבכור, אעפ״י שכל דבריו הם מפני שסומך על מי שהוא נאמן בעיניו, ג״כ סגי.

יב. ונראה עוד שיש לתלות בחקירה הנ״ל, גם מה שנחלקו בו הראשונים, אם נאמן אדם להכיר כבן מי שאינו ידוע כבנו שגם זה כלול ב״יכיר״, או שכל מה שנכלל ב״יכיר״ הוא רק במי שידוע שהוא בנו, שבין הבנים נאמן לומר מי הוא הבכור (ויתכן, גם בנוגע לכשרותם ופסלותם, ויבואר מזה להלן בע״ה) אבל לא נתנה תורה נאמנות להכיר כבן מי שאינו ידוע כבנו ממקור אחר, כגון הוחזק כבן וכיו״ב.

דהנה הרמב״ם שהובא לעיל (אות ג׳) ס״ל שנאמן להחזיקו כבן, ואילו הרשב״ם והתוס׳ סוברים שעל זה לא מצאנו נאמנות לאדם, רק מצד מיגו דבידו. דאם זה מדין אדם נאמן על משפחתו ונחלתו, מסתבר שכשם שנאמן הוא לגבי בכור, כן נאמן הוא להחזיקו כבנו לגבי ענייני הנחלה. אולם אם הנאמנות היא מגדר עדות, אין ללמוד ממה שנתנה תורה תו״נ לענין בכורה (ואף לפוסלו או להרחיקו מהיותו בנו, דלזה יש אומדנא שאין אדם עושה זאת כלפי בנו, אם לא שיודע שאכן כך הדבר, ויבואר להלן) שיהא נאמן גם לומר שזה בנו. [אם כי לענין זה אין בהכרח קשר בחקירה הנ״ל, שגם אם הנאמנות היא מפני שזה נחשב כרשותו היחיד י״ל שרק לגבי אלה שמוחזקים שהם ברשותו הוא שיכול לקבוע מה שקובע, משא״כ לקרב מי שאינו ידוע כשייך למשפחה, בזה אין לו נאמנות, וידובר מזה להלן בע״ה].

יג. ומעתה תבואר לנו יפה שיטת הרמב״ם, ושיטת הרא״ש שהשיג עליו, דהרמב״ם דס״ל בהכרח כהב״ש, וכדכ׳ הש״ש, שגם כשמסתמך על אחר נאמר בזה דין ״יכיר״ בהכרח שאין כאן נאמנות מוחלטת, לגבי דידן. ואין זה אלא מכוח נאמנות ברשותו היחיד, מהאי טעמא נוקט גם שנאמן על מי שאינו ידוע כבנו, שהוא בנו, דכנ״ל מיתלי תלי בזה.

והיא הנותנת שמטע״ז אינו נאמן לגבי אשתו לפוטרה מן היבום. שהרי מה שקיבלנו דבריו שהוא בנו, אין זה מפני שע״ז אומת בעינינו שזה נכון, אלא שכלפי עצמו ונחלתו רשאי הוא להתנהג כפי שנראה אמת **בעיניו הוא**, אכן לגבי לפטור אשתו, אין לו שום תורת נאמנות כלל. ולפ״ז אפילו אם לא היה מסתמך כלל על דברי האשה, אלא שאומר שלא זזה ידו מתוך ידה שבכה״ג הרי ידיעתו היא ברורה (כמו בהיו חבושים בבית האסורים, חולין י״א, דעד כאן לא אמרו שם ״אין אפוטרופוס לעריות״, אלא בכדי להוכיח מזה דאזלינן בתר רובא, אבל לפ״מ דקי״ל הכי, הרי בכה״ג זה נקרא ידיעה ברורה, שלא בהסתמכות על האשה), גם בכה״ג לא נפטור את אשתו מן היבום, אלא מצד בידו לגרשה. כמו שאומר באופן סתמי, יש לו בנים, וכנ״ל.

יד. והרא״ש ס״ל שהתורה נתנה לאדם תורת נאמנות ממש, על כן לדעתו אין נאמן אלא כשאומר מכוח ידיעת עצמו. ועל כן משיג על הרמב״ם, דממנ״פ אם המדובר כשאומר דבריו, רק מתוך הסתמכות על שמאמין לאשה שלא זינתה עם אחר, דבזה אמנם נכון הדבר שאינו יכול לפטור אשתו ע״ז מן היבום, אך כל כה״ג גם לענין הנחלה אינו בדין ״יכיר״. ואם תמצי לומר שדברי הרמב״ם אמורים כשאומר לא זזה ידו מתוך ידה, וס״ל לרמב״ם שבכה״ג יש לו תורת נאמנות, דמשום זה נאמן להחזיקו כבנו בתורת **ודאי בן**, גם להוציא מהאחרים המוחזקים מאז כיורשיו, על כרחך להאמינו גם לפוטרה מן היבום, גם כשאין בידו לגרשה (דע״כ בהכי מיירי הרמב״ם, שאל״כ הרי נאמן מדין בידו, כמו במי שאומר יש לו בנים) דלא יתכן לחלק הנאמנות, ואם הוא בנו מגדר ודאי, הרי לא יתכן שאשתו תהי׳ זקוקה לחליצה.

טו. ובזה חוזר ונראה תירוץ הש״ש בדעת הב״ש, שאכן תלוי הדבר במחלוקת ר׳ יהודא ורבנן. דלהב״ש שחידש שמהני ״יכיר״ גם כשמסתמך על אחר, זהו תוכן המחלוקת של ר״י ורבנן, דלרבנן ״יכיר״ הוא מכוח נאמנות ממש, על כן לא יתכן, לדעתם, שיהא נאמן נגד חזקה. שהרי סוקלין על החזקות, ואיך יתכן שתתן לו תורה תו״נ בזה. אלא ודאי סברי רבנן שרק כשהדבר אינו ידוע, כגון שבאו ממדה״י ואין ידוע מי הוא הבכור, בזה הוא שנתנה תורה תורת

www.eretzhemdah.org

נאמנות מוחלטת לאב, ואילו ר׳ יהודא שסובר שנאמן גם נגד חזקה, הוא מפני שסובר שאין ניתנת לו לאב באמת נאמנות מוחלטת, רק שלגבי עצמו ונחלתו רשאי הוא לנהוג כפי שחושב זה לאמת. על כן גם כשמסתמך על אחר נמי סגי, כיון שלפי הכרתו, כן היא האמת, כמו שפלוני אומר.

ועל כן שפיר מקשה בגמרא לרבנן ״יכיר״ למ״ל דהרי ע״כ לדעתם אין לאב נאמנות אלא כשאומר זאת מכוח ידיעתו העצמית ובכה״ג הרי בידו לתת זה גם בתור מתנה, א״כ הרי זה בידו ופשיטא דנאמן, ו״יכיר״ למ״ל.

ב. בביאור שיטת הרא״ש והנמוק״י בדין ״יכיר״

א. בקצוה״ח סי׳ רע״ז סק״ב הביא מחלוקת הרשב״ם והתוס׳ לעומת הרמב״ם והמהר״ם, הו״ד בסי׳ ל״ט בראי״ש, דלדעת הרשב״ם והתוס׳ אין נאמן אדם לומר זהו בני, רק מצד בידו. וע״כ אי״נ בנכסים דלהבא. ואילו המהר״ם ס״ל שנאמן להכירו כבן. וכ׳ דדעת הרא״ש נראית כדעת הרמב״ם והמהר״ם דנאמן לומר זהו בני מדין ״יכיר״ ולא רק בתורת מיגו. (וזהו ממה שכתב בסי׳ ל״ט הנ״ל נוסח השגת המהר״ם על הרשב״ם ולא העיר כלום).

אכן בש״ש (ש״ב פ״כ) הביא דברי הרא״ש בתשו׳ שהשיג על הרמב״ם שכ׳ בפ״ג מה׳ יבום וחליצה שמי שזינה עם אשה ואמר בני הוא דנאמן ליורשו ולא לפוטרה מן החליצה (הו״ד לעיל בסי׳ א). והסביר מחלוקתם בזה, דהרמב״ם לשיטתו דס״ל (פ״ב מנחלות הי״ד) דנאמן לומר זהו בני, ואילו הרא״ש ס״ל כרשב״ם דאינו נאמן רק מכוח מיגו. וזה ל״ש בנאמנות המתבססת על עדות האב שאומר שמאמינה (עי״ל דבריו). א״כ לכאורה דברי קצוה״ח הם בניגוד למש״כ בדעת הרא״ש בש״ש. וצ״ל שנוקט הש״ש שהרא״ש עצמו חזר בו בתשובותיו ממש״כ בהלכות בגמרא. אך מ״מ תמוה לומר כן, שהרי בהלכותיו הביא זאת בשם רבו המהר״ם, ואם איתא שחזר בו הו״ל לבאר זאת ולנמק. וצ״ע בזה.

ב. בקצוה״ח שם הקשה על דעת הרמב״ם שנאמן, עפימ״ש הנמוק״י ביבמות ס״פ אלמנה דהיכא דאמר מיניה אעפ״י שהיא מכחישתו נאמן, האמינתו תורה לפוסלו, כש״כ להכשירו דמסייע לזה חזקת כשרות שלה. דלפ״ז מאחר ונאמן אדם לומר זהו בני, ונאמן גם לפוסלו דזה ב״ג ובן חלוצה, א״כ מכש״כ שיש להאמינו כשאומר בני הוא וכהן הוא. ואילו בגמרא כתובות חזינן דאי״נ נאמן להכשירו לכהונה, רק מצד בידו. ומזה הכריע כדעת הרשב״ם דאין נאמן לומר זהו בני. ולדבריו מה דאמרינן דנאמן הוא כמש״כ בשלטי גיבורים קידושין דגם לפסול הבן כשאומר ממזר הוא, אין זה אלא כשאומר שבנו הוא ונולד מן הערוה, אבל כשאומר אינו בני ומשו״ז הוא ממזר, אינו נאמן.

אלא שהוקשה לו עצם דברי הנמוק״י ביבמות מהירוש׳ דמי שאמר בני הוא וכהן הוא אינו נאמן לכהונה, אעפ״י שנאמן לומר שהוא בנו, שמא בן גרושה הוא. ותקשי לפי הנמוק״י הנ״ל דנאמן להכשירו מק״ו, א״כ כיון שנאמן לומר בני זה ב״ג, כש״כ שיש להאמינו כשאומר כשר הוא.

ג. ותמוה דעד שמקשה על הנמוק״י הו״ל להוכיח מהירוש׳ שיטת הרמב״ם, שאמנם נאמן להחזיקו כבנו, ולא להכשירו.

אלא שכנראה שם שמפרש הירוש׳ באופן אחר. דכ׳ שם על הירוש׳ וז״ל: אך ירוש׳ שם אפילו בידוע שהוא בנו, נמי אינו נאמן להכשיר. ע״כ. משמע שמפרש הירוש׳ לא שא״ל רבי לר׳ חייא שמאמינו שהוא בנו, אלא שענה על שאלתו של ר׳ חייא ששאל אותו, שנראה שאינך מאמינו שהוא בנו, מהאי טעמא תאמינו ״בתור הרחק עדות״, כלומר שאם כן תקבל עדותו שהוא כהן כאילו עד אחד שאינו קרוב מעיד עליו שהוא כהן. וע״ז ענה לו רבי, שגם אילו היינו מאמינים לו שהוא בנו, כלומר שבעצם אין ע״ז נאמנות, אך גם אילו היתה לנו עדות מהימנה שהוא בנו, מ״מ להכשירו אינו נאמן. כך נראה דמפרש קצוה״ח את הירוש׳. אך זה דחוק וצ״ע. ובפשטות הירוש׳ הוא ממש כדברי הרמב״ם שאמנם נאמן הוא להחזיקו כבן, (אכן הדברים מופלאים לכאורה, דמה״ת להחיל ספק מעין זה, דאטו מי שידוע שהוא בן כהן צריך להוכיח ולהוציא מידי ספק שמא אמו גרושה היתה).

ד. [עו״כ שם שלשיטה זו שאי״נ לומר שהוא בנו, הא דאמרינן (ב״ב קכ״ז, ב) באמר בני וחזר ואמר עבדי אי״נ, אין מזה סתירה לשיטתם (הרשב״ם והתוס׳ שצידדו לדעתו) כי שם המדובר שהיה ידוע גם בלעדי דבריו שהוא בנו, ואף כשאומר עבדו אינו סותר זאת, שהוא אמנם בנו אלא שאומר שנולד לו מן השפחה, ושע״כ הוא עבד, עכת״ד.

ובזה תתורץ הערת הרש״ש שהרשב״ם כ׳ שם שמשו״ה אינו יכול לחזור בו מפני שנאמן מדין ״יכיר״, שזה בניגוד לשיטת הרשב״ם (שם בדף קל״ה ב הנ״ל) שאין לאדם תו״נ מדין יכיר להכירו כבנו. וברש״ש כתב שם, דמש״כ שאי״נ זה לשיטת רבנן דר׳ יהודא דסברי דאין נאמן גם לסתור החזקה (ויש לסייעו מלשון הרשב״ם שם שכ׳ ״יכיר בצריך היכרא״ וזוהי שיטת רבנן). ואילו בדף קכ״ג ב אזיל בדעת ר׳ יהודא, אך ממה שהרא״ש בסי׳ ל״ט שהו״ל הביא הרשב״ם והשגת המהר״ם עליו, משמע דשניהם קאי אליבא דהלכתא דקיי״ל כר׳ יהודא. אכן לפי הקצוה״ח הכל קאי אמנם לדעת ר׳ יהודא, אלא שהמדובר בדף קכ״ג ב הוא כשידוע שהוא בנו מבלעדי דבריו.

אלא שכל ההסבר של הקצוה״ח צ״ע דלפ״מ דמוקי לה שהי׳ ידוע שהוא בנו, א״כ אין זה מכוח נאמנותו מדין ״יכיר״, וכן בכה״ג הוא בא להכחיש מה שהוחזק כבן, שכן אם הוא בן השפחה, אינו מתייחס אחריו, א״כ אינו בנו כלל. ע״כ האוקימתא הזאת צ״ע רב].

ה. ומה שנראה בביאור שיטת הרמב״ם, המהר״ם והרא״ש והנמוק״י. וזה בהקדם מה שיש לעיין בדברי הנמוק״י ופירושו בדעת ר׳ יהודא בנאמנות האב מ״יכיר״ להכירו כבכור, וכן נאמנותו לקבוע שהוא ב״ג. דהנה בתוס׳ בסוגיין הביאו בזה שני פירושים: האחד שממה שנאמן לומר שהוא בכור מזה גופא שומעים אנו גם נאמנותו לפסול. שבאמרו על בן בין הבנים שידוע שהוא הקטן, ולדבריו - הוא הבכור, בזה נמצא שאומר שהללו שנולדו לפניו אינם ילדיו והם ממזרים. ויוצא שמ״יכיר״ אנו למדים גם שנאמן לומר שהוא ב״ג. ולפירוש האחר הוא מדיוק לשון, כלומר שהכתוב מדבר לא רק על ״הבן הבכור יכיר״, אלא גם ״את בן השנואה יכיר״, כלומר שהכתוב מדבר על שני

ענינים, האחד על הכרת הבכור, והשני על ההכרה של הבן כפסול. (והשל״ג שהבאנו לעיל, שסובר שאי״נ לפסול אלא כשאומר שהוא בנו פסול - שנולד מן הערוה, ולא שפוסלו מפני שאינו בנו, הוא כפירוש השני, דלפירוש הראשון, הרי כל עיקר הלימוד שפוסל, הוא כשפוסלו ע״י שאומר שאינו בנו). והשני הפירושים הנ״ל, לפי התוס׳, הם שונים בפירוש הדרשא, ושונים גם בתוצאות להלכה כנ״ל, כי לפירוש השני אין לנו ראי׳ אלא לפסול, כשמחזיקו כבנו, אבל לא כשבא לומר עליו שאינו בנו. וז״פ.

ו. אכן לא כך נראים הדברים בנמוק״י. שתחלה הביא הלימוד שמזה שנאמן לומר זה בכורי מזה שמענו שנאמן לפסול הקודמים ולישוינהו ממזרים. והוסיף עוד שנראה שנאמנות זו היא לא רק ע״י הכרת הבכורה, אלא מזה אנו שומעים שנאמן לפסול גם שלא ע״י הכרת הבכורה. ושוב כ׳ בהא דאמר ר״י דנאמן לומר זה בן גרושה, דמנלן האי? ופירש שזה נלמד ממש״נ ״יכיר כבן השנואה״. ולכאורה תמוה שנראה שהרכיב שני הפירושים יחד. ומאחר שהקדים שמדין ״יכיר״ דבכורה שמענו שנאמן לפסול, ואפילו שלא ע״י ההכרה דבכורה, א״כ הרי שמענו שנאמן לישוי׳ ב״ג. ומהו זה ששאל מנלן שנאמן לפוסלו, שלזה תי׳ שהוא מלימוד אחר - ״את בן השנואה יכיר״. ולמה לו לימוד נוסף? ונציין שכן הם הדברים גם בריטב״א לפנינו, וכן במס׳ קידושין בסוגיא זו. וכן נוטה גם משמעות הרא״ש בסי׳ כ״א, עי״ש היטב.

ז. למדנו מדבריו שיטה מיוחדת בדין ״יכיר״, שהוא מכיל שני יסודות שונים ונלמדים ממקורות שונים, שהתורה נתנה לאב. האחת בנוגע להכרת אבהות. וזה כולל שני הצדדים גם יחד - האחד להכירו כבנו, ומעמדו כבנו (בכור) וכן שאיננו בנו, כי אלה הם שני צדדים שנובעים ממושג אחד, דהיינו הכרת האבהות. וזה נלמד ממה שנתנה לו תורה נאמנות להכרת הבכורה, שזה מתפרש כיסוד של נאמנותו בהכרת האבהות. ועל כן גם כוללת נאמנות זו - להכירו כממזר כלומר לדחותו מהיותו בנו, ממזר שע״י זנות האם. וזהו שכ׳ בראש דבריו שנאמנות לפוסלו כממזר הוא ללא קשר עם הכרת הבכורה. כי הכל נובע ממקור זכות האב לקבוע אבהותו. אבל אין מכוח לימוד זה לקבוע נאמנות בענינים אחרים של פסול שאינו נובע מהאבהות. והיינו שאין לנו לומר שהוא בן גרושה, שהרי גם בהיותו בן גרושה הוא בנו, אלא שהוא פסול מצד אחר. בזה אין לנו שום גילוי מנאמנותו כבכור. וזה פשר תמיהתו של הנמוק״י מנין לו לר׳ יהודא נאמנותו לעשותו ב״ג. וכ׳ בזה שאכן זהו לימוד אחר, נוסף, שגם הוא נשמע מן הכתוב, אך לא מנאמנותו להכירו כבכור, כי אם ממה שנאמר שם ״את בן השנואה יכיר״ שנאמן להכירו כבן השנואה, כלומר שנולד ממנו אמנם, אך נולד בפסול.

ח. ועפ״י האמור ששני מקורות הם בתורה ושני עניני ״יכיר״ אנו למדים מכאן, האחד על קביעת האבהות הן לדחות והן לקרב, כי כל זה כלול במובן הנאמנות הזאת. והשני על קביעת פסלותו (וגם כשרותו, כדלהלן) של הבן, נאמנות זו השניה לא נאמרה אלא במי שידוע שהוא בנו, ומכוח ידיעה זו הוא מקבל כוח עדות ביחס למעמדו הכללי - ע״ז נאמר ״בן השנואה יכיר״ שנאמן הוא להכיר את בנו בתור בן השנואה. אבל לא מצאנו תורת נאמנות זו במי שאינו ידוע כבנו, דהיינו שאם יבא אדם ויאמר על אחד שהוא בנו והוא בן גרושה או ממזר וכיו״ב, ע״ז אין תו״נ. (וזה גם מסתבר שלא יתכן שיבא אדם על מי שלא מוכר לנו כבנו ויגיד עליו שהוא בנו וממזר הוא).

ט. ועפ״י הנ״ל מובן שאין שום סתירה, מה שהקשה בקצוה״ח, לשיטה הסוברת שנאמן אדם לומר זהו בנו, שא״כ למה לא יהא נאמן שהוא כהן, ומק״ו שבנימוק״י שנאמן להכשיר את הולד מהארוסה באומרו שהוא ממנו, מק״ו ממה שנאמן לפסול ולומר אינו בני. דבמה שנוגע לאבהות למדנו מן הכתוב שנאמן לקרב ולומר שהוא בנו (מנאמנותו לבכורה, שזה שייך לעניני אבהות) מכיוון שלמדנו מן הכתוב שנאמן לומר אינו בני, ובזה הם דברי הנמוק״י.

אך לענין להאמינו שהוא כהן, שזהו ענין מעמד האדם, שאינו דוקא בקשר עם אבהות, זה אין ללמוד אלא ממה שנאמן לומר ב״ג, אך בזה כאמור, גם נאמנות זו לא ניתנה אלא למי שידוע לנו שהוא בנו, ואילול במקרה הנדון שעצם קביעתו שהוא בנו ג״כ לא למדנו אלא ממנו עצמו, בכגון דא לא מצינו תו״נ גם על מעמדו.

י. ובזה בין נבין מה שאמר הירוש׳ בנידון מאמינו אני שהוא בנו, אבל איני מאמינו שהוא כהן שמא ב״ג הוא. והוקשה לנו כנ״ל שאטו מי שנולד לאביו כהן אין אנו מחזיקים אותו בכהן מבלי שיצטרך לברר שאינו ב״ג. דרצה לומר בזה, שכיון שכל עיקר הקביעה שהוא בנו לא בא אלא על ידו, אם כי לכאורה בכה״ג היה לומר שבקביעה שהוא בנו, הרי ממילא נקבע גם שהוא כהן, כיון שהאב הוא כהן, דלא שייך כאן לחלק ולומר שענין הכהונה הוא ענין אחר, כי הר״ז כרוך בנאמנות על האבהות, אך אין הדבר כן, שהרי יתכן שהאב הוא כהן ומ״מ הבן אינו כהן - כשהוא בן גרושה. נמצא שגם בנידון שאומר שבנו הוא וכהן הוא, אנו צריכים לראות זאת כשני ענינים שונים, ונאמנותו על אבהותו היא מדין אחד - ממש״נ ״יכיר״ בעוד שדין הנאמנות שהוא כהן צריך להתבסס על המקור האחר והוא ״בן השנואה יכיר״, ונאמנות זו אינה אלא במי שידוע שהוא בנו, ולא בכה״ג שכל עיקר קביעת אבהותו, אף היא רק מהאב היא באה. ודו״ק.

יא. יוצא לפי האמור, דברי הרמב״ם עולים בקנה אחד עם הירושלמי, דאמנם נאמן הוא להחזיק את מי שאינו ידוע, שהוא בנו, ומ״מ אי״נ להחזיקו לכהונה רק מצד שזה בידו (להאכילו תרומה) כדאמרינן בכתובות. ואין מזה כל הוכחה, כפי שרצה לומר בקצוה״ח שכל שאינו ידוע אינו נאמן להחזיקו כבנו, כשיטת הרשב״ם והתוס׳, דהנאמנות שהוא בנו, והקביעה שהוא כהן, הם שני עניינים נפרדים ונאמנותו יונקת ממקור שונה בתורה ועניינם שונה. ואין זה שייך גם למש״כ הנמוק״י ביבמות שממה שנאמן לפסול, ק״ו שנאמן להכשיר. וכל שאין ידוע שהוא בנו, אלא על פיו, אמנם נאמן הוא ע״ז, אבל באשר למעמדו ככהן אין לו תו״נ.

יב. כל זה אמור לפ״מ שנתבאר לנו מהנמוק״י שקיימים שני מקורות לנאמנות האב. אכן בתוס׳ (דף קכ״ז ב) מבואר שסוברים שממקור אחד למדים הכל, אם ממש״כ ״יכיר״ הבכור ומכאן שיכול לפסול הראשונים, ומזה למדים גם לנאמנות לענין ב״ג. או שלמדים ממש״כ ״את בן השנואה יכיר״, שמכאן נוקט השל״ג שאינו נאמן אלא כשפוסלו בתור בנו, אבל אי״נ כלל לומר שאינו בנו. ולפ״ז אין כאן מקור נאמנות מיוחד לדין אבהות, ועל כן אין ללמוד ממה

www.eretzhemdah.org

שנאמן לפסול, בין ע״י שאומר שבא מן הפסולה, בין שפוסלו מפני שאינו בנו, שה״ה שנאמן גם לומר שהוא בנו. מאחר שאין כאן הגדר של נאמנות לענייני אבהות, י״ל דרק לפסול ניתנה לו נאמנות, ואילו להכשיר צריך הוכחות.

יג. והנה אם כי, כאמור שיטת המהר״ם שנראה שגם הרא״ש שהביא דעתו והסכים לה, תואמת את דעת הרמב״ם שנאמן להחזיק כבן גם אם אין ידוע כבנו, מ״מ נפרדות דרכי הרא״ש מהרמב״ם בענין תוכן הנאמנות שהעניקה תורה לאב, וכמו שנתבאר בסי׳ א׳ דלעיל. דלפי הרא״ש היא נאמנות מגדר עדות דגזרה תורה שבענין זה האב יש לו גדרי עדות ונאמנות גם כלפינו. ואילו הרמב״ם נוקט דנאמנות זו, היא מגדרי בעלות ומושג רשות היחיד של האדם, שנאמן הוא על עצמו כלפי עצמו. משא״כ אנו במה שנוגע לנו, אין זו עדות כלל ועיקר.

ומזה נובע ההבדל שבין הרא״ש לבין הרמב״ם במי שמחזיקו כבן לענין לפטור אשתו מן החליצה, דלדעת הרא״ש שזוהי נאמנות מוחלטת שפיר השיג על הרמב״ם דאם איתא דנאמן להחזיקו כבן (והוא כמו שכתבנו שם, כשלא מסתמך על האשה, אלא שאומר שלא זזה ידו מתוך ידה) לא יתכן לחלק ולומר דהאשה זקוקה לחליצה, דאם בנו הוא הרי יש לו זרע, והאמינתו תורה ע״ז, א״כ לא תתכן חליצה, דל״ש בזה פלגינן דיבורי׳, דהא בהא תליא. אולם הרמב״ם ס״ל שאי״ז נאמנות מוחלטת, רק שאין אנו מתערבים במה שנוגע לרשות היחיד של האדם. על כן נאמנותו מעיקרא היא מוגבלת רק במה שנוגע לנכסיו. משא״כ בנוגע לפטור אשתו, הוא לא ענין רשותו הפרטית שלו, ובזה אין לו תו״נ כלל. ולענין זה הרי אין אנו רואים לפנינו עדות שהוא בנו כלל ועיקר.

ולפ״ז אין סתירה מה שהיה נראה עפ״י הבנת קצוה״ח והש״ש בין הרא״ש בפסקיו לבין הרא״ש בתשובותיו, כי אמנם ס״ל כהרמב״ם שנאמן הוא להחזיק כבן את מי שאינו ידוע שהוא בנו. אך זהו מגדר עדות ממש, ואין נאמנות זו אלא כשאומר זאת מתוך ידיעת עצמו, ובכה״ג הוא נאמן גם לפטור אשתו מן החליצה. וזוהי השגתו על הרמב״ם. בעוד שהרמב״ם אינו רואה בזה נאמנות מוחלטת, ומשו״ז לדעתו באמת סגי כשמסתמך על מה שמאמין לאחר. אך נאמנות זו מוגבלת רק לגבי הבן עצמו, אבל לא במה שנוגע לאחרים כתוצאה מהקביעות שהוא בנו, ודו״ק בכל הנ״ל.

ג. עוד בביאור דעת ר׳ יהודה לפי הנמוק״י

א. במסקנת הסוגיא ד״יכיר״ כ׳ הנמוק״י, דמאחר דקיי״ל כר״י אין לנו החידוש שנתחדש במסקנא לדעת רבנן שנאמן גם לגבי נכסים שנפלו כשהוא גוסס, ואינו נאמן אליבא דר״י בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס.

ודבריו תמוהים מאד, שהרי לכאורה לר׳ יהודא גדול יותר כח ה״יכיר״ מאשר לרבנן, דלרבנן אין זה אלא ב״צריך היכרא״, כלומר שלא הוחזק מי מהבנים הוא הבכור, ואילו לר״י גם נגד חזקה נאמן, א״כ איך יתכן שלדעתו אינו נאמן ביחס לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, מה שגם רבנן מודו שנאמן מדין יכיר.

ב. והביא בשעה״מ בשם הכנה״ג לתרץ (פ״ד מנחלות הי״ד) דהיא הנותנת, שמאחר שלר׳ יהודא בא הכתוב לאשמעינן שנאמן גם נגד חזקה, אין הוכחה מהכתוב שבא להאמינו גם על נכסים שבאו לאחר מכאן, די״ל דקרא אשמעינן בגוונא דאיכא מיגו, דוקא, דהיינו הנכסים שהם עכשיו בידו, דאמרינן מיגו במקום חזקה. עכת״ד. וע״ז תמה בשעה״מ, דאיך יתכן לומר דלדעת ר׳ יהודא אינו נאמן אלא מדין בידו, הרי בדבריו של ר״י מפורש שנאמן גם לישויה בן גרושה וב״ח, ובזה הרי ל״ל שהוא משום מיגו, שהרי אין זה בידו כלל, וע״כ הוא מדין תו״נ, וכש״כ בענין הנכסים שנאמן ולא משום מיגו דבידו.

ג. ונראה ליישב דברי הכנה״ג, וזה עפ״י דברי שעה״מ הללו עצמם שנוקט בפשיטות שממה שנאמן לישוי׳ לב״ג וב״ח שמעינן מכש״כ שנאמן לענין הנכסים. דלפ״ז הן קשה במה שראינו לעיל (סי׳ ב׳) דלפי הנמוק״י איכא שני לימודים נפרדים: האחד לגבי נאמנותו כבכור לענין הנכסים, והשני שיש נאמנות לאב לפסול בניו בתור ב״ג וכיו״ב. ותקשי למ״ל שני לימודים, הרי הי׳ סגי לו היתה התורה משמיעתנו שנאמן לפסול ומזה היינו יודעים מק״ו שנאמן לעשותו בכור. עוד קשה עצם המחלוקת של ר׳ יהודא דפליג אדרבנן דסברי דאין נאמנות לאב נגד חזקה. וקרא איצטריך גם בצריך היכירא, כלומר שלא ידוע לנו כלל טיבם של הילדים רק על פיו, ואיצטריך כמבואר בסוגיא לגבי נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, שמצד מגו דבידו אינו יכול להקנותם, ואשמעינן קרא דיש לו נאמנות להכירו כבכור ושעל כן נאמן גם לגבי נכסים אלה, שאין בידו להקנותם לו. וכיון דקרא איצטריך להאי חידוש, שמסברא לא היינו יודעים זאת, א״כ מנליה לר׳ יהודא להוליד חידוש נוסף שגם בהוחזק שאינו בכור, נאמן הוא לבכור ע״י ״יכיר״.

ד. אכן שתי שאלות הללו מתורצות בחדא מחתא. והוא שר׳ יהודא הרי נחלק עם רבנן בהא דלדידי׳ ילפינן מן הכתוב ״את בן השנואה יכיר״ שנאמן אדם לפסול את בנו, וזה ע״כ מתו״נ ממש וכנ״ל, ומזה הרי שמעינן בק״ו כנ״ל, שנאמן לענין להכירו כבכור לענין הנכסים, א״כ הרי לא איצטריך קרא לענין הנכסים בגוונא ד״צריך היכרא״, כלומר בשלא אמר נגד חזקה, דזה שמעינן שפיר מהא דנאמן לפסול בכה״ג א״כ מזה גופא שמעינן דעל כרחך קרא דרבי דנאמן להכירו כבכור לנכסים מיירי בגוונא שאינו מעיד נגד חזקה. ובא הכתוב המיותר להשמיענו, שלענין הנכסים ליטול פ״ש כבכור, נאמן גם להכירו כבכור, גם נגד חזקה. באופן ששתי ההלכות הללו אמנם נלמדות מן הכתוב, אך כל אחד הוא באופן אחר, דלענין לפסול אינו נאמן אלא כשאינו מעיד נגד חזקה, ואילו לענין הנכסים הרי הוא נאמן גם נגד חזקה.

ה. אך מכיון שהן שתי הלכות שונות, ודין זה שנאמן הוא נגד חזקה לענין הנכסים, הוא רק מכוח יתורא דקרא, וכנ״ל, הן אין לנו חידוש זה אלא בגוונא שהי׳ יכול להקנות לו הנכסים, דגם זה חידוש הוא דנאמן במיגו נגד החזקה. אבל אין לנו ראי׳ שנאמן בזה מתו״נ מוחלטת, אלא מכוח בידו, וכנ״ל.

ומיושבים איפוא דברי הנמוק״י, אולם אין זה כפי ההבנה הפשוטה, שחולק על רבנן בהא דסברי דנאמן גם לענין נכסים שנפלו שהוא גוסס, דלעולם בכה״ג דמיירי רבנן שנאמן, כלומר - כשאינו מעיד נגד חזקה, גם ר״י מודה שנאמן.

ומש״כ הנמוק״י, דלר״י אינו נאמן בנכסים אלו, זהו במה שחידש ר׳ יהודא ופליג אדרבנן, כלומר במעיד נגד חזקה, דבזה אמנם נמי דבריו מתקבלים, אבל אין זה מגדר נאמנות אלא מדין מיגו דבידו, וע״כ אי״נ לגבי נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, דבאלה הנכסים אין לו מיגו. כל זה יתיישב עפ״י ההנחה של שעה״מ הנ״ל ופשיטתי׳ דממה שנאמן לפסול מצינן למילף בק״ו דנאמן לענין הנכסים לזכותו פ״ש בתור בכור.

ו. אך באמת יש לעני״ד לסתור עצם פשיטתו זו של שעה״מ, וזה מדברי הנמוק״י עצמם. דלהלן במשנה (דף קל״ב ב) דנאמן אדם לומר זה בני, הביא הנמוק״י דעות המפרשים - דמדעת ר׳ יהודא דס״ל דנאמן לפסול בניו ולישוינהו ממזרים שמעינן דמכש״כ שנאמן לומר זהו בני, כשלא היה ידוע מקודם אלא על פיו. ודחה הנמוק״י דבריהם, די״ל דאמנם נאמן הוא מן התורה לפסול בניו, דאיכא חזקה רבה שאב אינו מעונין לפסול את בנו, ע״כ האמינתו תורה, משא״כ לענין להחזיקו כבנו לענין שיירש נכסיו אין לנו חזקה זו, ע״כ יתכן שלזה אינו נאמן. וליכא ק״ו. עכת״ד.

ומעתה הן נסתרים דברי השעה״מ, דבאמת אין ללמוד ממה שנאמן לפסול בנו בתור ב״ג דכש״כ לענין נכסים דנאמן, דהרי הנמוק״י סותר הכש״כ הזה וס״ל שאין זה כש״כ כלל. א״כ כל עיקר קושיתו לא קשיא מעיקרא.

ז. וי״ל לפ״ז דאכן דעת ר׳ יהודא דפליג אדרבנן מן הקצה אל הקצה, דאינהו מפרשי דקרא קאי ב״צריך היכרא״ ואז נאמנותו מוחלטת לדעתם, דזהו דאתי קרא לאשמעינן דבכה״ג שאין חזקה נאמן לגמרי, ולא מדין מגו, וע״כ גם בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס נוחל פ״ש עפ״י דבריו.

ור׳ יהודא פליג עלייהו, ולדעתו כל הנאמנות של האב היא מוגבלת רק מדין מיגו דבידו, וזהו לפי דעתו החידוש שבדברי הכתוב, שהיכא שיש לו מיגו נאמן גם נגד חזקה, אבל אין לנו חידוש זה, דלדעת רבנן, דאין לנו ראי׳ שהתורה העניקה נאמנות מוחלטת לאב, ואפילו בגוונא דצריך היכרא. ע״כ לדעתו בשום מקום אין לו לאב תו״נ רק בגבולות שהם בידו, וגם היכא דלא איתחזיק אינו נאמן לגבי נכסים שלא הי׳ בידו להקנותם.

וגם לפ״ז מיושב מה שהוקשה לנו, מנ״ל לר״י חידוש זה דגם במוחזק יכול לסתור החזקה, דהרי שפיר י״ל דקרא מיירי בצריך היכרא דוקא, וכדעת רבנן. די״ל דאדרבא, ר׳ יהודא ס״ל, דאין לנו ראיה לחדש חידוש זה, שלדעתו אין לנו הוכחה לזה וסגי לומר שהכתוב בא להשמיענו, לא שיש לאב תו״נ מוחלטת, אלא רק הא דמיגו מהני במקום חזקה.

כן נראה פירוש הדברים אליבא דכנה״ג בדעת הנמוק״י.

ח. אלא שאני תמה ממקום אחר, ופלא ששעה״מ לא עמד ע״ז. דהרי הנמוק״י בראשית הסוגיא (והובא לעיל בדברינו סי׳ ב) כ׳ בהא דר׳ יהודא יליף דנאמן לומר זה בכורי, גם נגד חזקה שיש בנים קודמים לו, דמזה ילפינן נמי שנאמין אדם לעשות בניו אלה הקודמים כממזרים, שכיון שהדבר ידוע שהללו נולדו לאשתו לפני זה שמכירו כבכור נמצא שהללו נולדו בזנות ואינם בניו כלל. ומדנאמן לומר זהו הבכור, שמענו גם שנאמן לעשותם ממזרים, כלומר שאינם בניו כלל. (וזה שלא כדעת השל״ג שהובא שם דס״ל דרק אם אומר שהם בניו אלא שנולדו לו מן הערוה הוא דנאמן לפוסלם, בדומה לאומר שהוא ב״ג, אלא כדעת התוס׳ בפירושם הראשון). א״כ הרי מוכרח שהנמוק״י מפרש שזה שנאמן להכירו כבכור, איננו רק מכוח המיגו דבידו, רק בגבולות שזה בידו, ואין זה בידו לישוינהו ממזרים, כשהוחזקו לנו ככשרים. ומדיליף הנמוק״י דין זה, הרי ברור שדעת ר׳ יהודא היא הא דנאמן להחזיקו כבכור היא נאמנות מוחלטת, ולא רק מדין מיגו. ע״כ לא ניתן כלל לפרש הנמוק״י כפירוש כנה״ג. ודבריו צ״ע רב.

ט. וצריכים אנו לקבל פירוש שעה״מ בדברי הנמוק״י, שאינם רק באשר לבכור שע״י יכיר, אלא נוגע ליסוד הדין שהבכור מקבל פ״ש בנכסי האב. דנחלקו לעיל (דף קכ״ד) רבנן ורבי לענין אם נוטל משבח שהשביחו נכסים מאליהם טרם חלוקה, דלרבי נוטל בהם הבכור פ״ש דלדעתו הוקש חלק בכורה לחלק פשוט גם לענין זה. ואילו לדעת רבנן ״מתנה קריה רחמנא״, ודינו כמתנה שאין הנותן יכול להקנות מה שלא בא לידו (עי׳ רשב״ם שם ושאר ראשונים בשט״מ). והיינו שרואים זאת כאילו הקנה האב לבכור נכסים אלה שיזכה בהם כשיבואו לידי חלוקה. ואין בכוחו לזכות לו אלא מה שנמצא ברשותו ולא השבח שאינו עדיין, עי״ש. ומכאן יש ללמוד גם לענין נכסים שנופלים לו לאב כשהוא גוסס שגם בזה אין הבכור נוטל פ״ש, דכיון דמתנה קרייה רחמנא אינו יכול לזכות אלא אותם נכסים שהי׳ האב יכול להקנות במתנה, ואילו הללו שיפלו לו בשעה שאינו יכול להקנות, אינו זוכה גם בתור בכור. והנה רבנן דרשי לקרא ד״יכיר״ דלדידהו אף בגוונא שצריך היכרא מקבל הבכור פ״ש בנפלו לו כשהוא גוסס, דעה זו לא יכולה להתיישב עם דעת רבנן דרבי, שהרי לדידהו אין הבכור בכלל מקבל מנכסים אלה פ״ש. וזהו שכ׳ הנמוק״י שמאחר דנקטינן להלכה כר״י, ולדידי׳ הרי חידוש הכתוב דיכיר הוא לענין אחר, דהיינו שנאמן נגד חזקה. א״כ לדידיה שפיר מצינן למינקט כדעת רבנן דפליגי אדרבי. ולעולם אין בכור נוטל מנכסים אלה כלל ועיקר זהו תוכן פירוש דברי הנמוק״י לפי שעה״מ. אלא שהוקשה עפי״ז מה שהפוסקים להלכה כתבו דבכור נוטל פ״ש גם ממה שנפלו לו כשהוא גוסס. וסיים שיש לחלק, ולא פירש.

ונראה ראשית, דיש לסייע פירושו, דלפי כנה״ג שהו״ל הרי לא מדויק לשון הנמוק״י שכ׳ דלמסקנא דקי״ל כר׳ יהודא אינו נוטל פ״ש מנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, דהרי לפ״מ דקי״ל כרבנן דר״מ שאין אדם מקנה דשלב״ל, א״כ גם נכסים שנפלו לו לאחר מכאן אין לו פ״ש. שגם אלה לא הי׳ יכול להקנות לו עכשיו, ונמצא שגם זה הוא לא בידו. אכן לפי פי׳ שעה״מ, הרי באמת רק לגבי נכסים אלה שנפלו כשהוא גוסס, שאינו יכול בכלל להקנות הוא דאמרינן דאינו נוטל. משא״כ נכסים שלפני כן, כיון שבאמת יש לו לאב תו״נ מן התורה, הרי כל מה שהי׳ יכול להקנות בחייו מקבל הבכור פ״ש. ומדויקים דברי הנמוק״י.

ברם מה שהשמיטו הפוסקים נראה משום שבאמת יש מקום גדול לחלק בין הא דאיירי ביה רבנן דרבי, לבין הנכסים שנפלו כשהוא גוסס. דהרי מתנה זו, התורה הוא שמקנה, ואין צריך קנין בפועל. ומכיון שנכסים אלה הם של האב, אם אמנם חסר לו באותה שעה כוח הקנאה, במקרה זה דאין צריך קנין בפועל שפיר קונה מכוח דין התורה

www.eretzhemdah.org

שזיכתה לו לבכור. ואין זה אלא חידושו של הנמוק״י להשוות הדברים. אבל מסתימת כל הראשונים לא משמע כן. על כן הובא להלכה מבלי לחלק ולמרות דנקטינן כרבנן דרבי, אין זה שייך אלא לגבי מה שהשביחו נכסים לאחר מיתה, אבל לא למה שנפלו לו לאב בעודו בחיים, למרות שלא הי׳ יכול בפועל לעשות מעשה הקנאה, באותה שעה. ופשוט.

סימן פט : במעמדו של אדם טריפהא.

איתא בגמרא (סנהדרין ע״ח, א) : אמר רבא טריפה שהרג - בפני בי״ד חייב, דכתיב ובערת הרע מקרבך, שלא בפני בי״ד פטור שעדות שאי אתה יכול להזימה.

ואמר רבא שור טריפה שהרג חייב, שור של אדם טריפה פטור, דכתיב ״השור יסקל וגם בעליו יומת״, כל היכא דלא קרינן ביה ״וגם בעליו יומת״, לא קרינן ביה ״השור יסקל״. רב אשי אמר אפילו שור טריפה נמי פטור, כיון דאילו בעלים הוי פטור, שור נמי פטור. עכ״ל הגמרא.

וברמב״ם (פ״י מנז״מ ה״ז) פוסק כרב אשי, דבין שור של אדם טריפה, ובין שור טריפה - פטור. ובראב״ד השיגו דשור טריפה שהרג בפני בי״ד יתחייב, כשם שאדם טריפה בפני בי״ד חייב.

ב.

בס׳ קובץ שעורים (ח״ב סי׳ ל״ט) הקשה במ״ש רבא דטריפה שהרג לפני בי״ד חייב משום ובערת הרע מקרבך, ולמ״ל האי טעמא, הא כל עיקר, טריפה שהרג בפני עדים פטור אין זה אלא משום שהעדות אאילה״ז, והרי בפני בי״ד פסול זה של עשאאי״ל א״ז קיים, שהרי בפני בי״ד אין צריך קבלת עדות, דקי״ל לא תהא שמיעא גדולה מראיה (ר״ה כ״ה, ב) א״כ ניתן לחייבו בדינו, ולא רק משום ובערת הרע. עוד הקשה דהרמב״ם כתב בפטור טריפה ״מפני שהוא כמת״, ואילו בגמרא מבואר שהוא משום עדות שאאילה״ז.

וב״אור שמח״ ה׳ רוצח (פ״ב ה״ט) הקשה למאי דס״ל לר׳ עקיבא (ב״ק צ׳ ב, ר״ה כ״ו ב) בי״ד שראו בא׳ שהרג את הנפש, אעפ״י שראוהו ביום, שאי״צ לקבלת עדות מטעם הנ״ל, שלא תהא שמיעה גדולה מראיה, מ״מ אינם יכולים לדונו משום דגמירי הלנת דין, ואילו הללו שראוהו הורג שוב לא חזו לי זכותא, א״כ איך ניתן להרגו משום ובערת הרע, הא מ״מ הלנת דין אי אפשר.

כן הקשה, בהא דפטרינן שור של טריפה ושור טריפה משום שהוקשה מיתת השור למיתת הבעלים. הא במיתת בעלים עצמם אין כאן פטור אלא משום שאם יוזמו העדים לא יהא ניתן להזימם, ואילו בשור טריפה הרי לא שייך האי טעמא דשפיר יהי׳ ניתן להזימם, א״כ אין הנימוק לפוטרם קיים. ואת״ל דטעמא מפני שהיקש הוא ואין משיבים על ההיקש, הא מ״מ בגוונא שהבעלים עצמם נהרגים, כשהי׳ בפני בי״ד, ומשום ובערת הרע, למה לא יומת השור, וזה כהשגת הראב״ד הנ״ל.

ג.

שני גדולים אלה הסיקו מכל הנ״ל, דהא דטריפה שהרג פטור ממיתה על ההריגה, הוא ממה שנאמר ״ונתת נפש תחת נפש״, שמשו״ז ההורגו פטור משום דגברא קטילא הוא, דהוי כמחתכי סימנים. ע״כ גם טריפה שהוא פטור משום שאי אפשר לעשות בו ״נפש תחת נפש״, דטריפה אין לו נפש (קובץ שעורים). ומפרש בזה הא דדייקו בר״פ החובל : ודילמא היכא דאפשר אפשר, היכא דלא אפשר לא אפשר, דאלת״ה טריפה שהרג מאי עבדינן ליה ; שזה מפני שא״א לקיים בו, כנ״ל, בדומה למה שאמרו שם לענין סומא שא״א לקיים בו ״עין תחת עין״ כפשוטו. [וכ׳ שם שאם כי רש״י לא פירש כן שם, אלא מצד דהוי עדות שא״א ילה״ז - ״דבריו בצע״ג״. וכוונתו למה שהתקשה בדבריו הגרע״א דהרי מה שלא ניתן להזימם הוא שבגלל זה אין מקבלים עדותם, א״כ אין ידוע כלל לבי״ד שרצח ומאי שייך לומר בזה ״אי אפשר״, הרי בכה״ג אין ידוע כלל שהרג.] ומסתמך בזה על מש״כ הרמב״ם (בפ״י מנז״מ הל׳ ז) דשור טריפה ושל אדם טריפה אינו נסקל שכ׳ ״וגם בעליו יומת״ - כמיתת בעלים כן מיתת השור, וכיון שבעליו כמת הם חשובים, ואינם צריכים מיתה, הר״ז פטור, עכ״ל. הרי שפטורו של טריפה, הוא לא מצד שאאילה״ז כדפירש״י אלא משום ״שבעליו כמת הם חשובים״.

ד.

והא דבפני בי״ד חייב משום ״ובערת הרע מקרבך״, הוא לא מגדר מיתת בי״ד כלל ״דא״א להמיתו משום דחשיב כמת״ ״וליכא ביה דיני נפשות כלל״, הא דנהרג אין זה דין מיתה אלא דין אחר - ביעור הרע (קובץ שיעורים שם).

וכן הם הדברים באו״ש : ״כיון דבעליו כמת הם חשובים לכן משום ובערת הרע מקרבך מחייבים לי׳ מיתה בלא גמר דין״. וכ׳ דמה״ט לא שייך תורת ובערת הרע מקרבך **רק בטריפה**, משום שאי״צ להריגתו גמ״ד. ואילו אדם שלם, שהרג בפני בי״ד, זקוק לפס״ד להריגתו. ״אם יהרגוהו בי״ד הלא תו לא מצו לי׳ זכותא, וליכא גמ״ד אפומייהו. ולהרגו בלא דין... משום ובערת הרע, גברא דלית ביה דין מיתה ולא נגמר דינו, לא הותרה רציחה כזאת בבי״ד, אם לא בטריפה דכבר גברא קטילא הוי, ופשוט״. עכ״ל.

נמצא דמ״ש רבא בטעמא דאין ממיתים טריפה ע״י עדים משום שאאילה״ז, זה לא נאמר אלא לגבי ובערת הרע מקרבך, והא דפטור מעיקר חיובו, הוא משום שאין לו נפש, ומה״ט אין עליו גדרי נפש ודיני נפשות עכת״ד.

ה.

והנה כל זה אזיל כפמש״כ בס׳ מנ״ח (סי׳ ת״ר וכן לעיל מזה בסי׳ רצ״ו) שנוטה לומר, שאדם שלם שרודף להרוג טריפה **אסור** להרגו, כיון שרצה להרוג גברא קטילא, שאם הרגו פטור עליו. יתירה מזו בעי למימר התם, שאפי׳

הטריפה עצמו - הנרדף, אסור לו להרוג הרודף להצלתו, שכן אין הרודף חייב מיתה כשהרגו. וכן כ׳ שם להסתפק ״אם בשביל פקו״נ דטריפה מחללין שבת, אף דלחיי שעה מחללין מ״מ בכה״ג דמחתכי סימני דחיותא (ע׳ סנהדרין דף מ״ב) אפשר דאין מחללין שבת״. עכ״ל.

ובס׳ אחיעזר (ח״א סי׳ י״ט) הביא דבריו ומסכים עמו לאסור להרוג הרודף אחר הטריפה, כיון דגברא קטילא ייחשב וההורגו פטור עליו. אלא שנוטה לומר שמ״מ הטריפה עצמו מותר לו להציל עצמו ע״י הריגת הרודף.

ו.

וכמה הדברים תמוהים בעיני להחשיב את האדם המוגדר כטריפה, שיכול גם שיחיה יותר מי״ב חודש (סנהדרין ע״ח א תוד״ה ההורג) והוא אוכל ושותה ומהלך בשוק (רמב״ם פ״ב מרוצח הל׳ ח) וכל כה״ג הוא גם חייב במצוות ומקיים מצוות, איך יעלה על הדעת שבכגון זה יגדירם הרמב״ם (פ״י מנז״מ ה״ז) ש״כמת הם חשובים״, ושמכוח זה הסיקו שהרודף אחריו להמיתו אסור להורגו להציל הטריפה. ולדבריהם, אדם הנתון בסכנה ויכול להציל עצמו ע״י הריגת הטריפה (כגון שיקחו ממנו איבר להשתילו בו, וכיו״ב בעכו״ם המאיים עליו להורגו, אם לא יהרוג הטריפה) מותר יהא לעשות זאת להציל עצמו, שהרי כל עיקר לא נאמר בזה אלא מאי חזית דדמא דידך סומק טפי (סנ׳ ע״ד א), ובזה שע״כ הוא ינצל, דמו סומק טפי. אך הן רש״י כתב בזה: מי יודע שיהא דמך **חביב ונאה ליוצרו** יותר וכו׳. וזה שהוא שומר מצוות כמוך, עדיין קיימת הסברא מאי חזית וכו׳.

וכן במס׳ יומא (פ״ה, א) במי שנפלה עליו מפולת שמחללין עליו את השבת, ואפילו בגלל חיי שעה. ואין שם הבחנה בין גוסס מחמת מכות לבין טריפה שמוחו רצוץ וכיו״ב. ואין שום ראי׳ ממה שההורג הטריפה אין ממיתים אותו, שהתורה מקילה הרבה אחרי שנעשה המעשה (עי׳ סנ׳ דף ע״ח א תוד״ה בגוסס) והוא כלול אולי במשה״כ ״והצילו העדה״, לבין לכתחילה שיש להתייחס לטריפה כהתייחס לאדם חי ולא לפגוע בו, ואף להצילו.

ז.

ורואה אני שכבר נידון הדבר בין גדולי בתראי ה״ה הגאון ר״י פיק זצ״ל (בעל מסורת הש״ס) עם הגאון בעל הנוב״י זצ״ל (נוביי״ת חו״מ סי׳ נ״ט), שהגריי״פ שאל את הנוב״י במה שנימק הרמב״ם הדין במקשה לילד, שטרם יצא ראש העובר מותר לחותכו להציל האם, מפני שהוא כרודף. ותמה ע״ז, למ״ל האי טעמא תפ״ל שטרם שנולד ההורגו אי״ח מיתה. וענה לו הנוב״י: אני תמה על תמיהתו, ואטו מי הותר להרוג את הטריפה להציל את השלם - זה לא שמענו מעולם. ומה בכך שעל הטריפה אינו חייב, מ״מ איסור בידים עושה להרוג הטריפה, ואפילו שבת החמורה **מחללינן** על חיי שעה וכו׳.

ח.

ומה שהעלו הני רבוותא דמ״ש בטריפה שהרג בפני בי״ד נהרג משום ובערת הרע מקרבך, שהוא לא מגדר גמר דין, **דל״צ כלל** גמר דין בטריפה ״כיון דבעליו (בשוה״נ) כמת הם חשובים״. ואילו באדם שלם שהרג בפני בי״ד זקוק פס״ד להריגתו, ואשר ע״כ לא יתכן גם להורגו בהרג בפני בי״ד משום ובערת הרע, דצריך הלנת דין ואלה שראו אותו הורג תו לא מצו לי׳ זכותא (מדברי האו״ש שהו״ל), אם איתא שהטריפה נהרג שלא עפ״י סדרי בי״ד הנדרשים, א״כ מה פגם בדבר שעדיו אינם בגדר הזמה והוי עדות שא״א ילה״ז, כיון שאין הריגתו אלא מגדרי הריגת בע״ח מסוכן לשם מה צריך התנאי של עדות שיכולים להזימה.

ע״כ פשוט וברור שדין ובערת הרע מקרבך שעל פיו דנים **וממיתים טריפה שהרג בפני בי״ד, בעי כ״ג שידונוהו, ויש בו דין ״ושפטו והצילו״ וכן בעי הלנת דין**, וע״כ גם עדות שאאילה״ז פסולה. ומה שהיקשה לו שא״כ איך דנים הטריפה והרי ר״ע ס״ל דבי״ד שראו באי׳ שהרג את הנפש אינם יכולים לדונהו מה״ט דשוב לא מצו חזו לי׳ זכותא, דברי רבא על טריפה שהרג הם אליבא דהלכתא, **דאין הלכה כר״ע**, שלא הביא הרמב״ם להלכה (פ״ה מהל׳ עדות ה״ח) רק את דברי ר״ט, שרק העד **המעיד** אינו יכול לדון. אבל כשיש עדים חוץ מהם, שפיר יכולים לדון על פיהם בדי״נ. (ועיי״ש בכ״מ שהאריך להוכיח שבזה אין הלכה כר״ע. ויש גם ראי׳ פשוטה לזה, ממה שבר״פ אד״מ דמונה בסתם משנה ההבדלים שבין די״נ לדי״מ, ולא מנה הא דעד שאינו מעיד נעשה דיין בדי״מ ולא בדי״נ).

ט.

ומה שכ׳ הרמב״ם בה׳ נז״מ כנ״ל בשור טריפה או של אדם טריפה ״אינו נסקל שנ׳ - השור יסקל וגם בעליו יומת כמיתת בעלים כך מיתת השור, **וכיון שבעליו כמת הם חשובים** ואינם צריכים מיתה, הרי זה פטור״ ע״כ.

כוונתו נראית, שההיקש של מיתת השור למיתת בעליו, הוא גם על מיתת הבעלים האמור בענין זה, כלומר על חיוב המיתה בידי שמים שבעל השור הנסקל מתחייב בו אלא שניתן להתכפר ע״י ״כופר יושת עליו״. שבגוונא שהבעלים טריפה, והוא אדם שהרופאים אומרים ש״מכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות״ (רמב״ם פ״ב מרוצח הל׳ ח) הרי הוא ממילא כמת בידי שמים, וע״כ לא עלי׳ קאי האי ״וגם בעליו יומת״ (ומסתבר, שממילא פטור הוא מכופר). אבל לא היתה כוונת הרמב״ם לקבוע על הטריפה שדינו כמת. וע״כ בהל׳ עדות שמביא דין הטריפה שאין מקבלים עליו עדות להורגו כ׳ הטעם שבדברי רבא - מפני שהיא עדות שאאילה״ז (פ״כ מהל׳ עדות הל׳ ז). וזה מפני שהטריפה אין דינו כמת לגבי דיני אדם, ונידון ככל האדם בכל החומר שדנים די״נ.

י.

[וכן מוכח גם מהשגת הראב״ד, דהבין ברמב״ם שדין ובערת הרע, הוא מדי״נ שדנים הטריפה. וזה מהשגתו, בענין שור טריפה ושל אדם טריפה שכ׳ בזה (פ״י מנז״מ ז הנ״ל): א״א ואם בפני בי״ד הרג, נהרג משום ובערת הרע, ע״כ. ואם הא דהטריפה נהרג בכה״ג הוא לא מגדרי פס״ד, מהי השגתו, הרי פשיטא ששור מועד שהרג ממיתים אותו כמו שממיתים כלב רע מדין ״ולא תשים דמים בביתך״. אלא שהכוונה שימיתוהו **בבי״ד וכדין שוה״נ** שדינו בכ״ג (משנה

ריש סנהדרין), כיון שבו אין החסרון של עדות שאאילה"ז רק מכוח היקש אתינן עלה, ובזה שגם הבעלים מומתים גם השור יתחייב בדין זה.

אכן בדעת הרמב"ם י"ל דס"ל דלענין "ובערת הרע", **לא בו** קיים ההיקש, שבדברי הכתוב. על כן אמנם נהרג, אך לא בדין בי"ד ודו"ק.]

י"א.

והנה הבאנו לעיל שתי קושיות מקובץ שיעורים: חדא דרבא נקט פטור דטריפה שהרג משום דהוי עדות שאאילה"ז ואילו הרמב"ם כ' בטעמו מפני שהוא כמת.

ותו דלמ"ל לרבא לומר דאם הרג בפני בי"ד נהרג משום ובערת הרע, תפ"ל שבבי"ד שראו דנקטינן שאין שמיעה גדולה מראי' ואי"צ קבלת עדות, א"כ הריגתו היא מחיוב מעצם הדין, ולמ"ל הטעם של בערת הרע.

והנה קושיא ראשונה כבר תורצה מאליה בדברינו, דבחיוב ופטור **הטריפה** לא כ' הרמב"ם רק טעמו של רבא מצד שאאילה"ז, ומה שכ' שכמת הוא חשוב לא כ' זאת אלא גבי חיוב שור הטריפה **ושור** של הטריפה, וזה לפטור הבעלים מכופר, והשור מדין סקילה **בבי"ד** (ונפ"מ גם לאיה"נ של שוה"נ) ולא לענין פטורו של הטריפה מטע"ז מדיני אדם. כי לגבי דיני אדם הטריפה כחי יחשב (פרט לזה שרוצחו אי"ח מיתה). וא"ש גם הא דהוצרך רש"י בר"פ החובל לומר בטעמא דטריפה פטור משום שאאילה"ז כדברי רבא הנ"ל, דמשום שאין לו נפש ול"ש גביה ונתת נפש תחת נפש (כטענת הקוב"ש) אין לפוטרו, דמ"מ אית ביה חיותא, והי' מקום לחייבו.

י"ב.

ומה שהוקשה לו למה הוצרך ליתן טעם לחייבו משום ובערת הרע ותפ"ל דל"ש בבי"ד שראו בעצמם האי נימוק של עשאאילה"ז לפטור כיון שאין כאן צורך בקב"ע.

נראה דכוונת הדברים, דהוי ס"ד לומר שאדם זה כבר נגזר עליו מן השמים מיתה, דבזה אין שוב חיוב על ביה"ד להרגו, דניתן לו שימות בידי שמים, בחינת: שבקיה לרויא דמנפשי' נפיל (שבת ל"ב, א). לזה מביא רבא מש"כ "ובערת הרע מקרבך" שיש חובה על בי"ד גם בכה"ג לבערו מן העולם ולא להשהותו כלל, וזה עפ"י סדר הדיון **הרגיל** במי שעובר עבירה זו.

בהא נחתינן ובהא סלקינן שטריפה כחי הוא לכל דבריו, וחייב בכל המצוות כשהדבר בידו. ואין לך אלא זה שההורגו פטור בדיני אדם והכל מבורר בעז"ה.

י"ג.

[ובמה שהקשה הגרע"א בדברי רש"י בפ' החובל שכ' במה שאמרו בגמרא שטריפה שהרג הוי בגדר "אי אפשר", דזה מה שאין הורגים אותו משום עדות שאאילה"ז, שהרי כיון שכל כה"ג אין העדות מתקבלת, נמצא שאין בי"ד יודעים כי אכן הטריפה הרג.

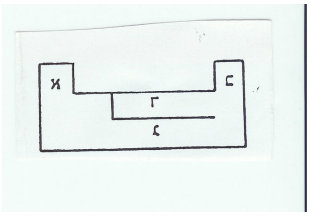
י"ל, דנראה מדבריו, שנוקט שעדות שאאילה"ז הוי חסרון **בנאמנות** העדים. אבל לפי תירוץ התוס' ריש מס' מכות שמשו"ז ניתן לקבל עדות שהוא בן גרושה וחלוצה אעפ"י שאין אתה יכה"ז, שכיון שגזה"כ שאין בכה"ג דין כאשר זמם שוב אין בזה חסרון שאאילה"ז. משמע מזה **שאין חסרון** בנאמנות, כשלא ניתן לקיים הזמה, ואינו אלא גזה"כ, א"כ גם בטריפה יש להחשיב זאת כ"אי אפשר". ונ' שגם תי' השני שבתוס' שם שכתבו שבב"ג וחלוצה מתקיימת ההזמה ע"י שלוקים, אין צ"ל שחולק על היסוד הנ"ל שבאידך תי', אלא את האמת אמרו, שבנידון של עדות בב"ג וב"ח מתקיימת אליבא דאמת גם הזמה, אבל לעולם נקטו הא סברא שדין שיוכלו להזימה אי"ז אלא מגזה"כ, ואינו פגם בנאמנות].

סימן צ: בירורים ועיונים בהלכות "לבוד" בהל' טומאה ובכל התורה כולה

המאמר מתייחס למאמר שנתפרסם בספר "תחומין" ה' (עמ' 225 ואילך) מאת הרב מנחם מנדל הכהן שליט"א ותוכנו הצעה לתיקון בעיית טומאת כהנים בבתי החולים, וזה תוכנה בקצרה, כלשון הרהמ"ח שם בראש דבריו:

עיקרי ההצעה בקיצור. הדבר תלוי בפלוגתת הראשונים בבית ועליה על גביו, ויש הפסק פחות מטפח בתקרת הבית לכל רוחבו מכותל לכותל וכו'. מה יהיה הדין כשיש עליה מקורה על גבי הפסק זה. אי אמרינן שע"י תקרת העליה נחשב ההפסק שבבית כסתום, וממילא הטומאה עוברת לתחת ההפסק, ולצד השני של הבית, או לא אמרינן כן, וההפסק עדיין מפסיק כאילו לא היה גג על גביו, כאמור זוהי פלוגתת ראשונים: הרא"ש והר"מ מרוטנבורג, הרשב"א, הר"ן, רש"י ותוס'. להלן נברר הכרעת ההלכה.

להסוברים שאין ההפסק נחשב כסתום ע"י גג העליה, נוכל לעשות במעבר או במסדרון "בית ועליה" והפסק פחות מטפח בתקרת הבית, ועי"ז לא תעבור הטומאה מצד אחד של הבית לצד האחר, באופן כזה שיבנו קורה בולטת ג' טפחים מתקרת המנהרה (שהוא "המעבר או המסדרון" כדלעיל) ומתחת לקורה זו יבנו משטח לכל רוחב המנהרה, באופן שיוצא "בוידעם" (היא עליה, כאמור) שגובהו ג' טפחים, ואורכו כרוחב המנהרה ועומקו יותר מד' טפחים. ובאמצע רצפת העליה יהיה הפסק לכל אורכו, ורוחב הפסק זה יהיה פחות מטפח, והציור הוא כזה:



www.eretzhemdah.org

א. בנין מרכזי שמשם באה הטומאה.

ב. בנין (יולדות וכיו״ב) שם רוצים לתקן ״הפרדה הלכתית״.

ג. מעבר (תת קרקעי) דרכו עוברת הטומאה.

ד. העליה שתבנה לחצוץ בפני הטומאה, וההפסק ברצפתה.

עד כאן ההצעה בקצרה. עיינתי בהצעה, ולענ״ד לדעת רוב הראשונים אין זה מספיק להוות חציצה. והשאלה היא שאלה דאורייתא, כשהטומאה במעבר, וע״כ אין אפשרות להשתמש בזה לפתרון הבעיה.

* * *

א.

גרסינן בגמרא סוכה (י״ח א): פליגי בה רב אחא ורבינא. ח״א יש לבוד באמצע (היינו שאויר המהלך על פני הסוכה וחוצה אותה, כל שהוא פחות מג׳ טפחים, אינו נחשב הפסקה), וח״א אין לבוד באמצע (שאויר זה מפסיק ופוסל הסוכה). מ״ט דמ״ד אין לבוד באמצע, דתנן ארובה בבית ובה פותח טפח, טומאה בבית - כולו טמא, מה שכנגד ארובה - טהור. טומאה כנגד ארובה - כל הבית כולו טהור. אין בארובה פותח טפח, טומאה בבית - כנגד ארובה טהור. טומאה כנגד ארובה - כל הבית כולו טהור. (שמענו מזה שאין מקום הארובה נחשב כנמצא בתוך האהל של הבית כולו, ולא אמרינן לבוד. ומפרש האי מ״ד שזה משום שאין לבוד באמצע. ודחי בגמרא: ואידך? - שאני הלכות טומאה דהכי גמירי להו (מסיני, דאין לבוד באמצע. ומהלכה לא גמרינן אמילתא אחריתי, אלא ההוא דאיתמר בזה, רש״י). והלכה כדעה זו, שבסוכה אמרינן לבוד גם באמצע ואין הסוכה נפסלת בזה.)

ב.

נחלקו הראשונים בפירוש ההוכחה ממשנה זו לדעת המ״ד אין לבוד באמצע. לרש״י וכ״נ מפר״ח בסוגיין, ולר״ש, הר״מ והרא״ש בפי׳ המשנה, הקושיא היא מהרישא, שלמרות שיש שם פותח טפח, לגבי דיני לבוד שבכל התורה כולה, עד ג׳ טפחים הוי לבוד. וע״כ מכיון שלדעתו אין הלכות טומאה שונים בזה, הול״ל לבוד גם כשיש שם פותח טפח, והו״ל לטמא כל הבית גם כשהטומאה כנגד ארובה, וכן לטמא כנגד ארובה, כשהטומאה בבית.

אולם הריטב״א בסוגיין פירש שההוכחה אינה מרישא, ״וראיה דידיה מסיפא, דפחות מטפח הכא, כפחות מג׳ טפחים בעלמא״. היינו שזה ברור ומוסכם אליבא דכו״ע, שהלכות טומאה שונים בענין לבוד, ששיעור לבוד בעלמא הם בשלשה טפחים, ואילו בטומאה שיעור לבוד הוא בטפח אחד. ודבריו מבוססים על משניות מפורשות, שבעניני טומאה מבחינים בין טפח לפחות ולא בין ג׳ טפחים לפחות כדלהלן. וע״כ אי אפשר לפרש שההוכחה היא מהרישא בארובה שהיא פותח טפח, דבזה פשוט דאין לבוד לא רק באמצע, כי גם מן הצד.

ג.

הפנ״י וכן הרש״ש התקשו בביאור שיטת הני ראשונים שפירשו קושית הגמרא והוכחת המ״ד דאין לבוד באמצע מהרישא, וז״ל הפנ״י:

שיטת רש״י נראה - דמשמע ליה דאי ס״ד דמעיקרא נמי הוי מסיק השׂ״ס אדעתיה דיש חילוק בין לבוד דטומאה ובין לבוד דעלמא, דהאי בטפח והאי בג׳ טפחים, א״כ מאי מדמה סוכה לטומאה, דפשיטא דהלכתא גמירי לה בטומאה כדמסיק בש״ס ״ואידך״. אע״כ דסבר הש״ס דהך הלכתא דלבוד שהיא הללמ״ס נוהגת בכל המחיצות, וכו׳. וע״ז מסיק הש״ס שפיר ואידך שאני הלכות טומאה דהלכתא גמירי לה, והיינו למ״ד דיש לבוד באמצע אית ליה הך סברא דאין לדמות לבוד דטומאה ללבוד דעלמא, כיון שעיקר טומאה בשיעור טפח הלכתא גמירי לה. כן נ״ל בשיטת רש״י, וסייעתו.

אלא דקשיא לי על שיטת רש״י וסייעתו - דמ״ד אין לבוד באמצע אינו מחלק בין לבוד דטומאה ללבוד דעלמא, וא״כ אכתי תקשי ליה ממתני׳ דפ״ג דאהלות דקתני בהדיא טפח על טפח ברום טפח - דאיירי במחיצות של שני בתים ויש בו חלון של טע״ט מביא הטומאה מבית זה לבית אחר אלמא דאפילו במחיצות ודפנותיה לבוד וכו׳. עכ״ל.

ולא תירץ.

כן תמה בדברי רש״י ושאר הראשונים הנ״ל ברש״ש, וז״ל:

רש״י ד״ה הכי גמירי להו דאין לבוד באמצע. לענ״ד דאפילו מן הצד ג״כ גמירי דל״א לבוד. וראיה מהא דחלון טפח מביא הטומאה מבית לבית. ובדפנות הוכיחו התוס׳ דלכו״ע לבוד, אפילו באמצע, והוי מצי למימר ״ולטעמיך״ וכו׳.

כן כ׳ שם הוכחה נוספת למ״ש דהומל״ל ולטעמיך, מדברי התוס׳ שם ד״ה אין לבוד באמצע:

דהכא מיירי כשהאויר מהלך על פני כולה. קשה דהא מייתי ראיה מארובה, והתם אפילו מוקפת מד׳ צדדיה. וי״ל דהמל״ל ולטעמיך, וכנ״ל עכ״ד.

ודבריהם מוקשים מאד לענ״ד, דאיך שלא יהיה, קיימת הוכחה ברורה שהלכות טומאה שאני בין שנאמר שהמ״ד טעה וסבר מעיקרא אחרת, בין שהיה אפשר לומר ולטעמיך, עכ״פ אליבא דאמת אין כלל ראיה לשיטת האי מ״ד דילף משם דאין לבוד באמצע, א״כ קשיא אמאי לא חזר בו האי מ״ד.

וביותר, שלא יתכן שהאמורא יטעה בדבר משנה מפורשת והרי יותר עדיפא היה להני הראשונים לפרש כהריטב״א שהקושיא וההוכחה היא מהסיפא, והשוה דיני לבוד דפחות מטפח דטומאה, לדיני לבוד דפחות מג׳ טפחים דעלמא, מאשר לומר דהאי מ״ד טעה בדבר משנה.

ד.

יתירה מזו, נראה דשיטה זו דדיני לבוד בטומאה הם בג׳ טפחים נשארת גם למסקנא. וזה ממה שהביא הרמ״א ביו״ד סי׳ שע״א בסופו דברי המהרי״ו וז״ל:

ב׳ גגין שאינן נוגעים זה בזה, אעפ״י שאין ביניהם רק פחות משלושה טפחים לא הוי חיבור לטומאה, משום דלא אמרינן לבוד להחמיר.

הרי שגם להלכה נזכרת ההבחנה בין שלשה טפחים לפחות בענייני טומאה, הן בדברי המהרי״ו עצמו והן ברמ״א שהעתיק לשונו כפשוטו, מבלי כל הערה. שמע מינה ששיעור זה של ג׳ טפחים בעניני טומאה הוא גם למסקנא, ושלא כהפנ״י והרש״ש. וצ״ע.

ומה שהוקשה לו לרש״ש מההשואה דארובה שהיא מוקפת מד׳ צדדים לענין סוכה שכל הדיון אינו אלא באויר העובר מצד לצד, ואילו במוקף מהצדדים, גם להאי מ״ד אמרינן לבוד. נראה דלק״מ, דבסוכה עיקר הדין הוא שיהיו נקבים בסכך, ולא תהי׳ מסוככת כמין ביתו כדכתבו התוס׳, וממילא אין הבדל בין נקב קטן פחות מטפח או יותר, מאחר שלדיני לבוד אין הבדל כל שהוא פחות מג״ט. נמצא שהא שזה כשר בסוכה כשמוקף מסביב בסכך, לא מדין לבוד אתינן עלה, אלא מעצם ההלכה דסכך היא. וכל עיקר הדיון בסוכה אינו אלא בעובר האויר מצד אל צד. נמצא דבעלמא דרק מדיני לבוד יש לדון, אין הבדל בין מוקף ללא מוקף. ע״כ שפיר מייתי מארובה, אעפ״י שהיא מוקפת סביב לסוכה כשהאויר הוא מצד לצד. ופשוט.

ה.

ומה שקשה לשיטת הראשונים, מהא דמצינו דלגבי טומאה גם במן הצד, כגון בחלון מבית לבית ל״א לבוד גם בטפח, נראה שהוא מטעם אחר. והוא שכיון שהחלון נעשה בכונה תחילה ע״י מעשי אדם בכדי לקיים חיבור מבית לבית וכל כיו״ב, מחשבתו ומעשיו אהנו לבטל תורת לבוד, דאיך נאמר שזה כסתום, בעוד שמעשיו מוכיחים שאינו רואה זאת כסתום. (כה״ג אמרינן (שבת ק״א) דלא אמרינן גוד אחית כשגדיים בוקעים בו מבטלים המחיצה.)

וכבר מצינו כיו״ב שיעורים שונים בפתחים לפי כוונת השימוש בהם, בריש פי״ג דאהלות, וכ״ה ברמב״ם פי״ד מטומ״מ. אכן, גם מחשבתו לא מהני, אלא בטפח, אבל בפחות מזה בטלה דעתו, כיון שאין זה עשוי בדרך של פתח שהוא. וכן, מאחר שמעיקר הדין אמרינן לבוד עד ג׳ טפחים, לא מהני מחשבתו לבטל הלבוד, רק כשזה לחומרא, וכגון להעביר הטומאה מבית לבית. אבל כל שהוא לקולא ל״מ מחשבתו לשנות דין לבוד הקבוע מהלמ״מ. וע״כ שפיר מקשינן מהא דארובות גם בדאיכא פותח טפח, דהול״ל לבוד ולטמא הבית בטומאה תחת ארובה, או להיפך. כנלע״ד דהדבר מוכרח בשיטות הני ראשונים, וכפי שפוסק גם להלכה ברמ״א יו״ד שע״א, וכנ״ל.

ו.

והנה להלכה נקטינן כמסקנת הסוגיא, דאע״ג דבעלמא יש לבוד גם באמצע, וע״כ הסוכה כשירה גם בעבור אויר עד ג״ט מצד לצד, בטומאה הלכתא גמירי דאין לבוד באמצע.

ויש לעיין, אם הלכה זו שנתקבלה לגבי טומאה באמצע, היא להוציא דיני לבוד דבאמצע מכל דיני לבוד דבעלמא, או שזה נתקבל רק לחומרא, דל״א לבוד לחומרא בטומאה באמצע, וכהא דארובות, דמה״ט מטהרים הבית כשטומאה תחת ארובה, ומטהרים תחת הארובה כשהטומאה בבית. ואילו כשעל ידי לבוד תהי׳ קולא נימא דין לבוד גם באמצע גם בטומאה. דבזה הדרינן לדיני לבוד דעלמא, ולא יצאו דיני לבוד דטומאה אלא דאין להחמיר.

בתפא״י (רפי״א דאהלות) נוקט בפשיטות כצד השני, וז״ל:

- בטומאה לא אמרינן לחומרא (כסוכה י״ח א). ואע״ג דלעיל (רפי״ד) אמרינן דאם אין בין המגדל לקרקע או בינו לכותל או בינו לתקרה פ״ט אין טומאה נכנסת לשם, אלמא דגם בטומאה אמרינן לבוד, היינו רק לקולא אמרינן לבוד, גם בטומאה. (ותמוהים בזה דברי הטי״ז, יו״ד שע״א סק״ה שכ׳ שאפילו לחומרא לא אמרינן לבוד בטומאה, משמע דכש״כ לקולא. והרי קמן דלקולא גם בטומאה אמרינן לבוד) ע״כ.

אך י״ל דגם הט״ז לא היתה כוונתו לומר דלקולא כש״כ דל״א לבוד, אלא רצה לומר ״אפילו״ כמו ״אעפ״י״ כלומר, שלמרות שזה לחומרא, מ״מ לא אמרינן לבוד לגבי טומאה, והיינו בטומאה באמצע, וכנ״ל, דבהכי מיירי שם, כמבואר.

ז.

וכן הדבר ברור יוצא מדברי הראשונים, במה דאיתא במשנה דאהלות (פי״ מ״ה) בארובות זו כנגד זו (היינו בבית ועלייה שהארובות מכוונות): אין בארובות פותח טפח, טומאה בבית, כנגד ארובה טהור - טומאה בבית, נתן - בין דבר שהוא מקבל טומאה, בין דבר שאינו מק״ט, בין מלמעלן בין מלמטן, אין טמא אלא תחתון ע״כ.

וכ׳ שם הר״מ:

- כאשר הראת זה השורש, והוא, שאין הטומאה נכנסת לאהל, ולא יוצאת ממנו אלא בפותח טפח.

וכן שם בר״ש:

אין טמא אלא תחתון, דכיון דטומאה בבית, ולא כנגד ארובה, אין טומאה יוצאת בפחות מטפח, וטהור העלייה.

וכיו״ב בפי׳ הרא״ש:

אין טמא אלא תחתון. דכיון דאין הטומאה כנגד ארובה, אינה יוצאת בפחות מטפח וטהור העלייה.

ודבריהם מתייחסים לגוונא, שהארובה בעלייה סתומה, ואילו בין הבית לעלייה לא סתום בדבר שאינו מקבל טומאה, דבכה״ג צריך ביאור למה אין הטומאה חודרת גם לעלייה, ומבארים שזה משום שדרך ארובה פחות מפ״ט אמרינן לבוד, ואין הטומאה עוברת דרכו. וזה מצד דין לבוד דבעלמא, פחות מפ״ט הוי לבוד, ונראה מזה דסברי דבכה״ג גם כלים שתחת ארובה למטה טמאים, דלא אמרינן אלא שהטומאה אינה עוברת למעלה, ואילו למטה הטומאה מתפשטת גם תחת הארובה, דכיון שהיא פחות מפ״ט כסתום נחשב, ממילא הכלים שלמטה טמאים.

דאי איתא דס״ל שלמטה, נמי טהורים, הכלים שתחת הארובה, מפני שאם אין לבוד באמצע הטומאה, הטומאה מתעכבת בפי הארובה, ורק מסביבה טמא ואילו כל מה שנגד הארובה טהור, למה היה להם להסביר, מאחר שאין בכלל באותו מקום טומאה, גם בבית עצמו, ואיך ומהיכן תעבור הטומאה למעלה?

ואם איתא דאין לבוד באמצע גם לחומרא נאמר, א״כ למה לא תעבור הטומאה דרך פתח הארובה אעפ״י שאי״ב פו״ט. כיון דאין לבוד, הרי פחות מפ״ט כמו פ״ט וכמו ג׳ טפחים ויותר. אע״כ ס״ל דדין זה דאין לבוד באמצע לא נאמר אלא לקולא, אבל לחומרא הדרינן לדין הכללי דלבוד, דכל פחות מפ״ט הרי הוא כסתום. וזהו שכתבו כל הראשונים הנ״ל בטעמא שאין הטומאה עוברת לעלייה משום דאין טומאה יוצאת בפחות מטפח, שזהו דין כללי בלבוד שנחשב כסתום.

ח.

כשהכלים שלמטה מהארובה הם טמאים בכה״ג דאין בארובה פ״ט מפורש בתפא״י שכ׳ בזה, וז״ל:

- הכא שהארובה פחות מפ״ט, והטומאה רק התפשטה לשם מהבית, לפיכך אפי׳ נתן דבר שמק״ט על הארובה, הרי אין צריך להדבר ההוא כלל, דבלא זה אין התפשטות טומאה יוצאה בארובה, שהיא פחות מטע״ט. להכי אין טמא רק למטה מכיסוי שעל גבי ארובה תחתון, שלשם התפשטה הטומאה מהבית - עכ״ל.

ט.

ויוצא מזה דהא דאמרינן דה׳ טומאה שאני, שבטומאה דייניגן דאין לבוד באמצע, דין זה הוא בהא דארובה, שאין על גבה עלייה סתומה, ואילו בעלייה סתומה דלגביה דייניגן לה בדין לבוד דעלמא, דגם מה שתחת ארובה טמא (בארובה פחות מפ״ט) ועל גבה טהור, כמו דאמרינן בלבוד בעלמא, דבכה״ג אין הטומאה עוברת לעלייה, דארובה זו כסתומה דמייא. והוא כאמור, משום דרק כשיצא מהלבוד לחומרא, הוא דנתקבלה ההלכה דאין לבוד בטומאה באמצע. ולא בגוונא דיהא מזה לקולא.

אך לכאורה הן יש לטעון נגד זה, דגם בהאי גוונא דאיכא עלייה על גבה, גם אם נדון מצד דאין לבוד באמצע (לענין טומאה) ג״כ יהיה זה לקולא. דעי״ז נאמר דבפי הארובה הרי נחשב כפתוח, והטומאה מתעכבת שם לגמרי, ונמצא דגם למטה מתחת לארובה וממילא גם לעלייה לא תעבור הטומאה, כיון דלמטה הכל טהור. ואדרבא ע״י דדייניגן לה בדין לבוד דעלמא, הרי מה שתחת ארובה בבית הכלים טמאים וכנ״ל, א״כ הרי גם בזה יש למידן לקולא משום דאין לבוד באמצע, ולומר שהטומאה מתעכבת ואינה עוברת לאויר שתחת ארובה זו, והוי כמו אויר יותר מפ״ט.

י.

אכן נראה דהאי מילתא תליא בפלוגתא דרבוותא, הלא הוא רש״י וסייעתו והריטב״א בסוגיא דלהלן (דף כ״ב א) לענין אי אמרינן חבוט רמי, בגוונא דקורות שאין עליהם מעזיבה, ומכוונות קורות עליונות לבין קורות תחתונות. דרש״י מחק שם הגירסא ״אין בהם טפח ואין ביניהן טפח, טומאה תחת אחת מהן תחתיהן טמא, על גביהן וביניהם טהור״. והריטב״א קיים הגירסא ופירשה וז״ל:

והאי ביניהן דהכא פירושו בין קורות התחתונות. וה״פ בד״א דאמרינן חבוט רמי כשיש בעליונות בגגן טפח, ויש בין התחתונות באויר שביניהן פותח טפח. אבל ליכא חדא מהני, שאין בגג העליונות טפח, או שאין באויר שבין התחתונות פותח טפח, אין אמרינן בזה חבוט רמי, ואם יש טומאה תחתיה של קורה התחתונה פותח טפח, וראויה לאהל, ה״ז מביאה את הטומאה לכלים שתחתיה, וחוצצת שלא תעלה למעלה כדין אהל. וכל כלים שיש ע״ג כל הקורות טהורים, וכן כלים שבין קורה לקורה, שאפילו שאין באויר זה פותח טפח אינו מעכב לענין הפסקת טומאה, כדברינא בפ״ק בארובה שבבית.

חזינן לדעתיה, דס״ל שאין טומאה עוברת באויר שאין בו פותח טפח, ושעל כן כלים שבאויר זה טהורים וכש״כ הכלים שתחת קורה שניה שהאויר מפסיק ביניהם לקורה שהטומאה תחתיה.

ושיטת רש״י שמיאן לקיים גירסא זו, אעפ״י שהרי שפיר נתפרשה ע״י הריטב״א וכנ״ל, היא, כדמבואר בדבריו שם, דס״ל דאין העיכוב דלא אמרינן חבוט רמי, אלא מצד קורה העליונה, דכל דאין בה פ״ט לא חשיבא למימר בה חבוט רמי, אבל בהא דהאויר אי״ב פ״ט אינו מעכב מלומר חבוט רמי. (וכן חזינן שם דשיטת התוס׳ כרש״י, עי״ש).

יא.

ונציין עוד דר״ח שם למרות שקיים הגירסא של הריטב״א ״אבל אין בהם טפח, ואין ביניהן טפח, טומאה תחתיהן - ביניהן ועל גביהן טהור״, מסיים שם ״אלמלא כי יש בקורות טפח אמרינן חבוט רמי, אין בקורה טפח לא אמרינן, וכן בסוכה אם יש בגגה טפח וכו׳ אמרינן רמי״. עכ״ל.

הרי שלמרות שגורס כהריטב״א, אינו מפרש כמותו, וכתב ילפינן רק לענין שאם אין בסכך העליון טפח ל״א חבוט רמי, אבל אם יש בו טפח, אמרינן חבוט רמי, ולא קפדינן על האויר דלמטה, שגם אם אין בו טפח מ״מ אמרינן חבוט רמי. ושלא כריטב״א. וצ״ל שמפרש לפי גירסא זו מ״ש שאם אין בהן טפח, שזה מוכרח להתפרש שאין בקורות העליונות טפח, כדפירש הריטב״א (דאל״כ הרי קשה מה שהקשה רש״י שאם אין בתחתונות טפח, אין עליהם תורת אהל, ואיך אמרינן דתחתיהן טמא ועליהן טהור, א״ו כנ״ל בריטב״א) מ״מ מפרש הסיפא, דקאי נמי אגוונא דאין בעליונות טפח, ושלא כריטב״א, שמפרש ד״או או״ קתני, ומפרש דאתא לאשמעינן דלא נימא דבכה״ג שבשתיהן אין פותח טפח, באופן דאי נימא חבוט רמי, העליונות מתיישבות יפה באויר שבין הקורות התחתונות, אעפ״כ ל״א בזה חבוט רמי.

יב.

ומעתה יובן שפיר, מה דבגוונא דעלי׳ סתומה, אילולא דאמרינן דבכה״ג הדרינן גם בטומאה לדיני לבוד דעלמא, היתה יוצאת חומרא מדין זה דלא אמרינן לבוד באמצע. שהרי בזה הול״ל חבוט רמי, כיון דאין זה לבוד, נימא דהסתימה העליונה יורדת למטה ונחשבת התקרה סגורה לענין כלים שתחת ארובה. ומאידך תקרה דלמטה כאילו משתוה עם זו דלמעלה, והרי הכל טמא. כמו דאמרינן בקורות עליונות שהם נתונות כנגד אויר שבקורות תחתונות ובשתיהן יש פותח טפח, דטמא הכל בין מה שתחת התחתונות ואויר שביניהן ובין שבין תחתונות לעליונות, כמבואר בפי׳ הר״מ וכן בתפא״י ״דלגבי שתתפשט הטומאה גם תחת כל העליונות. אמרינן גוד אסיק תחתונות כאילו מונחות בין עליונות והכל טמא״. ע״כ. ואין לשאול, דא״כ לשיטת הרא״ש דטומאה עוברת לעלייה, ואינה יורדת משם לבית, וע״כ כלים שמתחת לארובה טהורים, אמאי לא נימא ג״כ חבוט ותרד הטומאה גם למטה.

דלק״מ כיון דלגבי מטה דייניגן לה בדיני לבוד דעלמא, דרק לגבי עלייה אמרינן דהטומאה עוברת משום דאין לבוד באמצע, כלפי מעלה. אבל כלפי מטה חוזר הדין הכללי דהוי כלבוד, ואין הטומאה יורדת לשם מדין לבוד. ממילא ל״ש למיתי עלה מדין חבוט רמי, דזה שייך רק כשבלי החבוט הרי זה פתוח, דע״כ אמרינן דחזינן קורה דלמעלה כיורדת למטה. אבל כזה דחשבינן לה ממילא כסתום כלפי מטה, ל״ש למימר שרואים העליון כיורד וסותם, שהרי בלא״ה נחשב כסתום, ודו״ק.

יג.

ושיטת הריטב״א שהיא לא כן, וכתב שבגוונא שבין הקורות אין אויר אלא פחות מפותח טפח אין עוברת הטומאה לשם, וממילא - גם לא מעבר לשם לתחת הקורה האחרת, ומסתמך על מש״כ בסוגיא דארובות - ״כדברירנא בפ״ק בארובה שבבית״.

ה״ז לשיטתו, שמפרש שם שכל הקושיא היא מהסיפא, דארובה שאין בה פותח טפח. ויתברר להלן בע״ה (אות יט) שלפ״ז נקטינן דאמרינן בעלמא דיש לבוד לחומרא, ואין הבדל בדיני לבוד בין לקולא ובין לחומרא. ולדידיה תירוץ הגמרא דה׳ טומאה שאני הוא ג״כ בדרך זו, דלענין טומאה לא אמרינן כלל לבוד באמצע, וא״כ הא דמבואר במשנה בארובה שבבית שאין בה פותח טפח ופתוחה לעלייה, דעלייה טהורה, הוא מכוח הדין שה׳ טומאה שאני, כמו באין עלייה על גבה, דהטומאה מתעכבת נגד ארובה זו, כיון שאין בה דין לבוד, ואשר על כן אעפ״י דלמעלה העלייה סתומה לא אמרינן בזה חבוט רמי, דכיון דאין בזו דלמטה פותח טפח ל״א חבוט רמי. ע״כ, לדידיה, לא מדין דבכה״ג הדרינן לדיני לבוד דעלמא דייניגן בה, אלא מאותו דין עצמו דאין לבוד באמצע אתינן עלה. אך לא כן היא שיטת רש״י וסייעתו, דלדידהו הול״ל בכה״ג חבוט רמי, אע״כ דבזה הדרינן לבוד דעלמא, ודוק.

יד.

אמנם לא כך כ׳ במשנה אחרונה. וז״ל שם:

אין טמא אלא תחתון. והיינו כלים שבבית, שלא כנגד ארובה. אבל כנגד ארובה - טהורים, אפי׳ נתן בעליונה ולא בתחתונה, מה שכנגד ארובה טהור, ואין העליונה מערב הטומאה. שאין טומאה בארובה תחתונה, כיון שאין בה טפח, אין הטומאה נכנסת לשם. וכ״נ מדברי הרא״ש שכ׳ בסיפא בטומאה כנגד ארובות, ונתן דבר שאמ״ט אין טמא אלא תחתון, שאם נתן בעליונה ולא בתחתונה - עלייה טמאה ובית טהור. עלייה טמאה שהטומאה עולה לה בפחות מטפח, כיון שהטומאה כנגד ארובה. והבית טהור שאין חוזרת מן העלייה לבית בפחות מטפח. עכ״ל. אלמא אפילו טומאה בעלייה אין הסתימה מערבת לחזור לבית. וכש״כ כשהטומאה בבית, אין נכנסת לעלייה בפחות מטפח. ואפילו לסברת המהר״ם שסובר בסיפא בהיפך מסברת הרא״ש, דהא יוצאת מן הארובה לבית בפחות מטפח. שאני התם שהטומאה כנגד ארובה וכמי שבקעה כנגדה ליכנס לארובה, ה״נ בוקעת לחזור דרך שם, שכל כנגדה בוקעת, אבל הטומאה בבית אינה נכנסת לארובה בפחות מטפח.

טו.

אך כל דבריו מופלאים וצ״ע, מה שכ׳ להוכיח מהרא״ש דממה דאין הטומאה חוזרת מהעליה לבית ואין הסתימה מערבת לחזור לבית למד ד״כש״כ כשהטומאה בבית ואין נכנסת לעלייה״, ואין מובן כל הדמיון, דהא דאין חוזרת מעלייה לבית, הוא פשוט מפני שכל פחות מטפח כלבוד וסתום באמצע, וזהו כלפי מעלה ולא כלפי מטה, משא״כ בטומאה בבית. דכל שהארובה פחות מפ״ט ונחשבת כלבוד, מהאי טעמא שאינה עוברת לעלייה. מטעם זה עצמו אין

www.eretzhemdah.org

נחשבת הפסקה ועוברת גם תחת ארובה תחתונה. ולא אתינן לטמא מה שתחת ארובה תחתונה מצד שהטומאה באה לשם מן העלייה דרך הארובה, אלא מתפשטת פשוט גם לשם, כמו לכל הבית, מפני שהכל כאהל המת נחשב, כיון שמכח לבוד אין זה נחשב כפתוח.

ומה שכ׳ עוד למהר״ם דטעמו כאילו משום ״דכשם שבקעה כנגדה לארובה, כן בוקעת לחזור דרך שם״ אינו מובן כלל, דאם בקעה ועלתה, גם אם בוקעת ויורדת מ״מ מה״ת לומר שלא נשארה גם בעליה, מאחר שנכנסה לשם, ובכלל אינו מובן, אם חוזרת חזרה ממקום שבאה, למה היה לה מעיקרא להכנס לשם. בכדי לחזור ולרדת - היפוכי מטרתא למה ליז ופשוט דלדעת המהר״ם בסיפא אמרינן שהטומאה נשארת בבית, ומתפשטת מתחת לארובה לכולו, ואינה עולה לעלייה כלל, ואילו היתה עולה לעלייה, כדעת הרא״ש ודאי גם איהו הוי מודה דשוב אינה חוזרת לבית כלל.

ופלוגתייהו דהרא״ש והמהר״ם תתבאר בעז״ה, עפ״י האמור לעיל.

טז.

דהנה כנ״ל נחלקו המהר״ם והרא״ש בסיפא דמתני׳ בטומאה תחת ארובה שהיא פחות מטפח, והעלייה סתומה מלמעלה, שלדעת הרא״ש, טומאה עוברת דרך ארובה זו לעלייה, ואינה חוזרת, וע״כ מה שכנגד ארובה והעלייה טמא, והבית כולו טהור. ואילו למהר״ם איפכא - הבית כולו טמא והעלייה טהורה. וכ׳ בטעמא דמילתא ״דכיון דאין בארובה פ״ט, אפילו טומאה כנגד ארובה, די לנו בזה שדבר שאינו מק״ט למעלה בארובה העליונה מערב את הטומאה בכל הבית, במקום שהטומאה מונחת שם״. עכ״ל.

והדבר צריך ביאור במה נחלקו. וכן אין מובן הלשון של המהר״ם ״די לנו״, כאילו אמר מספיק לנו טומאה, ונסתפק בזה. שאם הדין נותן לומר שהטומאה עוברת לעלייה לא נוכל למנוע, ואם אין הדין כך אלא שנשארת במקום שמונחת, היה לו לומר כן.

ונראה ביאור הדברים, עפ״מ שנתברר לנו, דהא דנתקבלה הלכה בטומאה שאין לבוד באמצע, הוא רק בגוונא דע״י דנימא לבוד, תצא חומרא, ואילו בשע״י לבוד יהיה לקולא הדרינן גם בטומאה לדין לבוד דעלמא. יש לעיין מה הדין, כשיש בלבוד גם צד חומרא וגם צד קולא, היינו דע״י דנאמר לבוד, נמצאנו מחמירים בחד גיסא, אבל נמצאנו מקילים באידך, דבכה״ג יש פנים לכאן ולכאן, דאפשר לומר כיון שנתקבלה הלכה בטומאה דאין לבוד מן מצד, נלך לפי כלל זה, כיון דאיכא בזה צד קולא, אעפ״י שתצא מזה גם חומרא, דאי אפשר לאחוז את החבל בשני ראשים, נעדיף את ההלכה שנאמרה במפורש לגבי טומאה. ויש גם סברא להיפך, דנימא כיון דע״י דנימא דבטומאה יהיה הדין שונה מאשר בכל לבוד דעלמא, א״כ לא תצא מזה קולא באופן מוחלט כיון דמצד שני תצא חומרא, נשאיר את ההלכה הקיימת בכה״ת כולה, גם בטומאה.

וזהו הענין שבו נחלקו המהר״ם והרא״ש, כשהטומאה תחת ארובה פחות מפ״ט, ולמעלה העלייה סתומה. דהרא״ש ס״ל דנלך בזה לפי הכלל האמור בטומאה שאין לבוד באמצע, ועי״ז נמצאנו מקילים, שהבית נשאר בטהרתו, ואם אמנם עי״ז עצמו העלייה נטמאת, מכל מקום גם בכגון זה קיימת ההלכה שנמסרה בעניני טומאה דאין לבוד באמצע, כיון שעכ״פ יש עי״ז קולא לגבי הבית.

ואילו המהר״ם נוקט, דכיון דכל ענין מה שההלכה מוציאה דיני לבוד דטומאה באמצע מכלל כל דיני לבוד דעלמא, אין זה אלא במגמה להקל בעניני טומאה, ״די לנו״ בחידוש זה, כשלא תצא חומרא מהקולא, אבל בנידון דידן דע״י דנימא דאין לבוד באמצע, נמצאים אנו מחמירים באשר לעלייה, בזה עלינו לומר שעדיף יותר להשאר ביסוד של לבוד דעלמא, כדאמרינן בעלמא בכל מקום של חידוש, אין לך בו אלא חידושו, ודי לנו בחידוש במקום שאין שם צד חומרא, ומוטב שתשאר הטומאה ״במקום שהטומאה מונחת שם״. ודוק.

יז.

בדרך זו נראה שנבין מחלוקת המג״א והרמ״א בעניני לבוד. דהרמ״א כ׳ (בסי׳ תק״ב סוף סעיף א) וז״ל:

- וכן שולחן (הדיון, אם צריך לדקדק לשים הדף על ארבעת הרגלים דרך שינוי, משום גדר עשיית אהל) שיש לו דפנות המגיעות לארץ, צריך שינוי.

והעיר ע״ז המג״א (במה שאין צריך שינוי אלא כשהדפנות מגיעות ממש לארץ, ולא דיינינן בזה משום לבוד, גם כשאינן מגיעות עד לארץ ממש) וזה לשונו:

״והב״י כתב פחות מג״ט לארץ, כלבוד דמי, ואין נראה דלא אמרינן לבוד להחמיר, כמש״כ הטור בסי׳ תרל״ב והרא״ש שם, וכן הוא בגמרא פ״ק דסוכה״, עכ״ל ד״מ. וכן כתב ביו״ד סי׳ שע״א סוס״ד בהגהה, ונלקחה ממהרי״ו. אבל לא נזכר שם האי טעמא, דאין לבוד להחמיר. רק רמ״א כתבו מדעתא דנפשיה, ולי צ״ע דאדרבא בסוכה דף י״ח אמרינן שאני ה׳ טומאה דהלכתא גמירי לה, ולכן לא אמרינן לבוד, עכ״ל המג״א.

השגתו על הרמ״א היא איפוא בתרתי: א׳ בהא דתמה על הב״י שדן בשולחן בדין לבוד, שמשו״כ גם כשאין מגיעות הדפנות עד לארץ, ג״כ אוסר לשים הדף רק בשינוי, כל שהדפנות הם בסמוך לארץ תוך ג״ט; והרמ״א כ׳ דכיון שבזה הלבוד הוא לחומרא, לא אמרינן לבוד.

והשיגו המג״א דמהסוגיא (סוכה דף י״ח א) נראה דגם לחומרא דיינינן בדין לבוד.

וכוונתו למה שמוכיח חד מי״ד בסוגיא מהא דארובות דלא אמרינן לבוד באמצע, ואי נימא דאין לבוד לחומרא בכל התורה כולה, שלא נתקבל דין לבוד בעלמא, רק כשזה לקולא, א״כ מה הוכחה היא זו, הרי אי נימא לבוד בארובה יהיה טמא כל הבית, בטומאה נגד הארובה, ונטמא גם נגד ארובה, כשהטומאה בבית, א״כ בזה הרי ל״א לבוד כלל, לפמש״כ הרמ״א.

ב׳ הוקשה לו, במש״כ בעניני טומאה דמפרש כוונת המהריי״ו, שמשו״ז אין עוברת הטומאה מבית לבית משום דאין אומרים לבוד לחומרא. מאחר דהוכיח וכנ״ל, דבעלמא לא מחלקינן בין לחומרא לבין לקולא, גם בתירוץ הגמרא בדחית הראיה דהל׳ טומאה שאני, ג״כ לא נאמר חילוק בין קולא לחומרא, ועיקר החילוק הוא שבטומאה לא נאמר לבוד באמצע, ע״כ ת״ד המג״א.

אך לכאורה השגתו על הרמ״א תמוהה, דהרי הרמ״א הסתמך על הרא״ש (שכן הוא גם בתוס׳, (סוכה שם דף י״ז א׳)בד״ה אילו איכא) וז״ל שם:

- ומיהו היכא דליכא בפסולים ד׳, ואויר פחות מג׳ מפסיק ביניהם אין האויר משלימו לארבעה, במה שחושבו כסתום מחמת לבוד דלא אמרינן לבוד להחמיר. ע״כ.

א״כ הרי יסוד זה דאין אומרים לבוד להחמיר הוא מהתוס׳ והרא״ש, ונמצא שהשגת המג״א על התוס׳ היא ולא על הרמ״א תלונתו. וכבר עמד ע״ז במחצה״ש שם, וכ׳ שם במה שהקשה המג״א מהסוגיא דדף י״ח הנ״ל במה שמקשה מארובות, דהתוס׳ הנ״ל חילקו בין שהאויר פחות מג״ט אינו צריך להשלים השעור, אלא לקרב ב׳ טפחים של סכך פסול לב׳ טפחים אחרים, דאז שפיר אמרינן לבוד גם להחמיר, ורק להשלים השיעור ל״א לבוד להחמיר. וממילא לק״מ דבארובות אין צורך להשלים שיעור אלא לקרב זל״ז, ובזה שפיר אמרינן גם להחמיר, ע״כ שפיר הקשו בגמרא מהא דארובות לענין טומאה.

כן תירץ עפ״י היסוד הנ״ל, מה שהקשה המג״א על הרמ״א בענין טומאה, די״ל דהמדובר שם ג״כ בכה״ג שרוחב כל הגג הוא פחות מחצי טפח, באופן שהאויר צריך להשלים את השיעור לטפח ובזה אין אומרים לבוד להחמיר כמש״כ התוס׳.

אך תירוצו אינו מספיק לתרץ קושית המג״א, שהיא כאמור על התוס׳, דהרי הם (וכן הרא״ש והטור שהביא דבריו) כתבו שגם צירוף שני חצאי שיעור ע״י לבוד אינו אלא בגדר ספק - ״איכא לספוקי אם שני הפסולים מצטרפים לארבעה לפסול״.

א״כ עדיין תמוה על התוס׳ שהיה להם לפשוט ספיקם ממה שהקשו מארובות דנימא שם לבוד, וזה לפי הסבר מחצה״ש, מפני שבזה סגי אם נקרב התקרה להדדי, לראות הכל כסתום, ש״מ דהגמרא פשיטא לה ובכדי לקרב אמרינן שפיר לבוד גם לחומרא, וצ״ע.

כן אין תירוץ המחצה״ש מספיק לבאר הרמ״א בסי׳ שע״א דיו״ד לענין טומאה, שאמנם בגוונא שצייר מחצה״ש, כשהגגות הם פחות משיעור אהל גם בהיותם סמוכים זל״ז, שבזה באמת נכון הוא כמש״כ התוס׳ דגם בעלמא ל״א לבוד לצרף האויר, אך הרי מתירוץ הגמרא שתירצו דה׳ טומאה שאני, יוצא דבטומאה אין אומרים לבוד באמצע, גם באופן דבעלמא היינו אומרים לבוד, א״כ היה סגי לומר בטעם המהריי״ו דאין אומרים לבוד באמצע בטומאה. דהיינו גם בגוונא דאיכא שיעור טומאה בצירוף הגגות (וכגון בהא דארובות) מ״מ לא אמרינן לבוד. וזה שלא כמחצה״ש. וצ״ע בכל הנ״ל.

יח.

והנראה בכוונת השגת המג״א, דודאי ידע מש״כ התוס׳ והרא״ש, שהרי הוא עצמו ביאר דבריהם בסי׳ תקל״ב, וכן ציין לסימן זה בדברי השגתו, אלא דס״ל דעד כאן לא אמרו התוס׳ דאין לבוד לחומרא, כשאין בלבוד זה אפשרות שיהא מזה קולא. וזה בענין סכך פסול, שכל שאלת צירופם, אם זה לזה, ואם בצירוף האויר לשיעור הפסול, אין רק אפשרות שתצא מזה חומרא - לפסול הסוכה. אבל השאלה של לבוד בדפנות השולחן, הרי שאלה זו אם נאמר בהם לבוד, יש לה גם משמעות לקולא, היינו כשאנו דנים על מחיצה לענין שבת, כשאין המחיצה מגיעה לקרקע אלא תוך ג״ט, דע״י שנאמר לבוד ונראה זאת כמחיצה יהי׳ אפשרי עי״ז להתיר טלטול. הרי דהלבוד בזה יהיה לקולא.

בזה ס״ל למג״א דאעפ״י דלענין שולחן הלבוד יהווה חומרא מ״מ אמרינן בזה לבוד. דאי אפשר לנו לומר לענין שולחן דלא נימא לבוד בדפנות ולענין שאלה שהיא לקולא - להוות מחיצה להתיר, כן נימא לבוד, דהוי תרתי דסתרי, ובזה נקטינן דיש דין לבוד, הן לקולא והן לחומרא.

ומוכיח זאת מסוגיא (בדף י״ח א) דכנ״ל בעי להוכיח מארובות דל״א באמצע לבוד ובזה הרי זה לבוד לחומרא, א״כ מאי פריך, דהרי התוס׳ נוקטים בפשיטות, דגם בכה״ג דאין צריך אלא להסמיך ע״י אויר פחות מג״ט זה לזה מ״מ לחומרא לא אמרינן לבוד. אע״כ מפני שיש בזה דנימא לבוד גם צד לקולא, והוא כשיש למעלה עלייה סתומה, דע״י דאמרינן לבוד העלייה טהורה. ואילו אי נימא דאין לבוד באמצע, הרי גם העלייה תהיה טמאה. נמצא דבכה״ג יש בלבוד צד קולא וחומרא. ובזה מקשה בגמרא דהול״ל לבוד, למרות שבנידון המקרה שלפנינו, היינו בארובה בבית שאין עלייה מעליה, הוי לבוד לחומרא, מ״מ אין להתעלם מאפשרות האחרת - כשיש עלייה על גבה, ומה״ט דנינן גם בבית זה שאין עליו עליה דין לבוד.

נמצאים אנו למדים, שבגוונא דשייך בהאי לבוד שני צדדים דייניגן בו דין לבוד, גם לענין חומרא, וגם כשהנידון שלפנינו אין בו אלא חומרא, רק דנים על הענין בכל היקפו. ומזה למד המג״א דגם לענין שולחן יש לנו לדון דין לבוד, למרות שבענין שולחן ודפנותיו הוי לבוד לחומרא, כיון שאותו דיון עצמו, הוא גם במחיצה לטלטול, ושם הוי הלבוד לקולא, וקשיא לי׳ על מש״כ הרמ״א שי״ל בזה אין לבוד לחומרא, דלפ״מ שמוכיח מהסוגיא בדף י״ח, בכה״ג לא אמרו התוס׳ לכלל דידהו, ולא כיילי להאי כללא דל״א לבוד לחומרא, אלא בגוונא דסכך פסול, ולא בהא דארובות וכן לא בהא דשולחן.

ובדעת הרמ״א נראה דס״ל דיש לחלק בין הא דארובות להא דשולחן, דבארובות בזה הענין עצמו של ארובות תתכן שתצא מזה קולא, אעפ״י שבנידון השאלה אכתי אין בלבוד אלא חומרא. משא״כ בהא דשולחן, שבשולחן עצמו אין

הלבוד אלא להקל, ומה שתתכן מזה חומרא הוא בענין מחיצות שבת, בזה אמרינן דאין קשר בין שאלת לבוד דשולחן לבין לבוד דמחיצות, דבשולחן לא אמרינן לבוד לקולא, ואילו במחיצות נימא לבוד דהתם הלבוד הוי להקל.

ומאחר שהדין בענין ארובות וההוכחה מזה דל״א לבוד באמצע היתה משום דבכה״ג דיש נפ״מ גם מהלבוד לקולא אמרינן בעלמא לבוד גם כשזה עכשיו לחומרא, מעתה שפיר מתפרשת דחיית הגמרא דה׳ טומאה שאני, הכוונה דבזה נשתנו ה׳ טומאה, דכל דבנידון זה הוי לבוד לחומרא ל״א לבוד באמצע, ורק בגוונא דהלבוד יהיה לקולא, היינו ביש עלייה על הבית, שם הדרינן לדיני לבוד דעלמא, שבהם אומרים לבוד בכה״ג. וע״כ האי דינא דהמהרי״ו יתפרש שפיר גם כשיש בגגות שיעור אהל ומ״מ לא מצטרפי דאין לבוד לחומרא. אעפ״י שיתכן בכה״ג שיהי׳ לבוד לקולא, בשתי קורות שע״י שייחשבו מקורבים זל״ז טומאה תחתיהם לא תצא מחוצה להם, דע״י לבוד ייחשבו לאהל שיש בו טפח, מ״מ כיון דלענין הנידון לבוד לחומרא ל״א לבוד בטומאה באמצע.

יט.

ובאמור יובן דרכם של כל הראשונים שהו״ל, פרט לריטב״א, שכולם מפרשים קושית הגמרא דארובות מרישא בארובה שהיא פותח טפח. שמתוך כך צריך לומר ששיעור לבוד בג׳ טפחים הוא בטומאה כמו בעלמא. וזה נגד המשמעות הפשוטה של המשניות, שמשו״כ הריטב״א נטה מפירושם ונוקט דלבוד דטומאה הוא בטפח ולא בג׳ טפחים כמו בעלמא, וכנ״ל. דלפי הנ״ל, דכל עיקר הקושיא היתה שבזה יש ללכת בלבוד גם לחומרא מפני שבגוונא דאיכא עלייה ע״ג הבית, דין לבוד יהיה לקולא. אך זה נכון רק באשר לארובה שיש בה פותח טפח, דבאיכא עלייה שהיא סתומה, ע״י דאמרינן לבוד, העלייה טהורה. ואם לא אמרינן לבוד יהיו שניהם טמאים, כי הטומאה עולה לעלייה ויורדת גם ומתפשטת לצדדים בכל הבית התחתון. ע״כ שפיר הוקשה לגמרא, כדפירש המג״א, דבכה״ג י״ל לבוד ואין טמא אלא אחד מהם, לרא״ש - רק העלייה, ולמהר״ם רק הבית, א״כ הרי אין קושיא דנימא לבוד בבית שאין עליו עלייה, דהרי בכה״ג אין אומרים לבוד לחומרא. וכנ״ל גם בגוונא דעלייה אין יוצאת מזה שאין לבוד שום חומרא. א״כ לק״מ מהסיפא, רק מהרישא.

ומכאן מוכרח שהריטב״א שחולק על כל הני ראשונים ומפרש שהקושיא היא מסיפא דארובה פחות מפ״ט דנימא לבוד, לא ס״ל לפשיטותא דהתוס׳ והרא״ש דאין אומרים לבוד לחומרא (כל שאין יוצאת קולא מזה). וס״ל דאמרינן לבוד גם בגוונא שהיא לחומרא. וע״כ שפיר הקשו, אמאי לא נימא גם בפחות מפ״ט לבוד לחומרא, ויהא הבית טמא גם בטומאה נגד הארובה, ותחת ארובה טמא גם בטומאה בבית, ודו״ק.

כ.

המסקנא העולה מכל האמור:

א) בכל התורה לבוד עד שלשה טפחים, והוא מהלממ״ס.

ב) לבוד זה הוא בשני אופנים: האחד, שאם יש הפסק בין שני חלקי שיעור, כשההפסק הוא פחות משלשה טפחים מצטרפים לשיעור אחד. והשני שהאויר עצמו מצטרף להשלים לשיעור.

אבל יש הבדל בין צירוף שני חצאי שיעור לשיעור שלם ע״י לבוד, לבין צירוף האויר עצמו להשלים השיעור. במקרה הראשון הדבר בספק, שגם להחמיר מצרפים להיות שיעור שלם, ואילו במקרה השני, לדעת התוס׳ פשוט שאין הצירוף מועיל רק להקל, אבל לא להחמיר.

הערה. דעת הריטב״א נראית חולקת, ולדעתו מצטרף האויר גם להחמיר.

ג) דיני לבוד שבכל התורה, הם בין מן הצד ובין מלמעלה (באמצע).

ד) כשיש בלבוד גם להקל גם להחמיר (בזה שאמרנו שרק להקל אמרינן לבוד) דנים בו דין לבוד, גם בצד חומרא.

ונחלקו הרמ״א והמג״א אם זה אמור רק כשהקולא והחומרא הם באותו דבר עצמו, או גם כשהם בענינים אחרים.

ה) לדעת הריטב״א, שיעור לבוד בטומאה הוא לא בשלשה טפחים כמו בכה״ת, כי אם בטפח אחר. ופחות מטפח אחד נחשב כלבוד בטומאה בדומה לפחות מג״ט בעלמא. ולהלכה נראה שאין נוקטים כשיטתו.

אולם דעת רוב הראשונים, היא כי גם בטומאה שיעור לבוד הוא בשלשה טפחים, כמו בעלמא, אולם אם יש דבר הסותר את הלבוד, כגון חלון שנעשה לשימוש, אין אומרים לבוד כל שיהא בזה קולא, אבל לחומרא נשאר דין לבוד בטומאה בג׳ טפחים כמו בעלמא.

ו) בדיני טומאה אין אומרים לבוד באמצע, כשזה לקולא. (ואין משגיחים על זה שיתכן ונצטרך לדון בזה בדרך אחר, כשיהיה בזה צד חומרא וצד קולא.) ועל כן, בית שיש ארובה בתקרה, בין שיש בארובה פותח טפח ובין שאין שם פ״ט, דנים אותו מקום שכנגד הארובה שאינו כלול באהל שהבית מהוה בתקרתו. וכן אם היתה הפתחה שבתקרת הבית חוצה אותו מעבר לעבר, רואים את הבית כחצוי, ואין הטומאה עוברת מחלק אחד למשנהו.

ז) הדברים אמורים כשאין עלייה על גבי הבית. היתה עליו עלייה, יש הבדל בגודל הארובה שעוברת מהבית לעלייה (שהיא סתומה).

היה בה פותח טפח, בין שהטומאה כנגד הארובה, ובין שהיא בבית עצמו הבית והעליה נחשבים כאהל אחד, והבית והעלייה טמאים.

לא היה בה פותח טפח, נחלקו בו הרא״ש והמהר״ם, לדעת המהר״ם הבית טמא והעלייה טהורה. לדעת הרא״ש העלייה טמאה והבית טהור.

www.eretzhemdah.org

ח) בד״א כשהטומאה כנגד הארובה, ואם הטומאה בבית, לדעת שניהם, הבית טמא, וזה כולל גם המקום שכנגד הארובה בבית. אולם אין הטומאה עוברת לעלייה, שהפתח נחשב כסתום כיון שאין בו פותח טפח.

ט) לדעת הריטב״א, בכגון זה שאין בארובה פותח טפח, והטומאה בבית, לא זו בלבד שאין הטומאה עוברת לעלייה, אלא שכל נגד הארובה גם בבית אינו כלול בכלל הבית, משום שאין לבוד באמצע, ע״כ המקום שכנגד ארובה, כאילו מוצא מכלל אהל הבית.

י) היתה הפיתחה שבתקרה חוצה את הבית מעבר לעבר, לדעה זו של הריטב״א, גם בכה״ג שיש עלייה על גבי הבית, הטומאה שבצד אחד של הפיתחה מתעכבת ליד הפיתחה ואינה עוברת לצד השני, כשם שמה״ט אינה יכולה לעבור לעלייה.

יא) אולם אין זו דעת כל אותם ראשונים שהובא באות ח, שמאחר שלדעתם בארובה שאין בה פותח טפח, גם תחת הארובה הטומאה עוברת (ורק לעלייה אינה עוברת דרך פחות מפ״ט). כמו כן בזה עוברת גם לצד השני של הבית, וכל הבית טמא.

יב) חבוט רמי - פירושו שרואים העליון יורד למטה וסותם הפתח, ותחתון עולה אף הוא למעלה, ועי״ז הכל נחשב לסתום. וזה בין לקולא בין לחומרא.

יג) לדעת רש״י, תוס׳, הר״ח, וכן כפי שהסקנו - היא גם דעת הר״ש הר״מ הרא״ש והמהר״ם, אומרים חבוט רמי כל שיש בעליון רוחב טפח, גם אם הפתח למטה הוא פחות מטפח. לדעת הריטב״א וכן הר״ן, כל שאין רוחב טפח בין בעליון ובין בפתח דלמטה אין אומרים חבוט רמי.

יד) שלשה הענינים שהוזכרו: דין לבוד דטומאה, אם הוא בג״ט כמו בעלמא, או רק טפח; טומאה בבית וארובה פותח פחות מטפח לעליה שהיא סתומה, אם הכלים שבבית למטה מול הארובה טמאים או לא; אם אומרים חבוט רמי בפתח שהוא פחות מטפח והעליון הסותם יש בו רוחב טפח - שלשה ענינים קשורים אהדדי. והמחלוקת שבאחד מהענינים הנ״ל גוררת אתה מחלוקת בשני הענינים האחרים.

טו) בית ועליו עלייה סתומה וסדק בתקרת הבית שהוא פחות מרוחב טפח עובר מעבר לעבר וחוצה התקרה - טומאה בצד האחד של הבית, תלוי במחלוקת הנ״ל (אות יד) אם הטומאה עוברת מתחת לסדק לצד השני של הבית. שלדעת רש״י ואידך שסוברים כמותו (לעיל אות יג) כל הבית טמא, ורק העלייה שעל גביו טהורה, ואילו לריטב״א הטומאה מתעכבת ליד הסדק ומה שמתחת לסדק וכן כל מה שמעבר לו בבית - טהור.

טז) להלכה כיון שהיא מחלוקת בדאורייתא, ורוב סברי כרש״י וכנ״ל, ודאי שיש לנהוג לחומרא.

יז) בית בנוי כנ״ל אות טו והטומאה בו כנ״ל שם, כל שפתוח אליו, הטומאה מתפשטת לשם, כמו בבית עצמו, והכל מן התורה.

יח) לזאת נוסיף מה שכתב במהרי״ט ח״א סי׳ פ״ה שסומכים על חזקת כהונה. (ודומה שאף הכהנים עצמם לא ניח״ל להחזק עצמם בספק כהנים או חללים). ועל המסתפקים כ׳ וז״ל: ״ותימא על עצמם, היאך הם נותנים חמש סלעים לכהן בפדיון הבן וכו׳ ואין אנו מצריכים אותו להביא ראיה על יחוסו, אלא הד מילתא בורכא היא״. וד״ל.

סימן צא : בענין ״אילן הסמוך למיצר״א.

במס׳ ב״ב (דף כ״ו): אמר עולא אילן הסמוך למיצר תוך ט״ז אמה גזלן הוא ואין מביאים ממנו ביכורים. ובמסקנת הסוגיא, לשון שני בדעת ר׳ יוחנן שחולק על עולא וס״ל שמביא ביכורים, לפי שעל מנת כך הנחיל יהושע את הארץ.

ובב״ק (דף פ״ב.) מסיק שם שלפי דברי ר׳ יוחנן הללו יש להוסיף על עשר תקנות שתקן יהושע לדעת ריב״ל, גם תקנה נוספת זו.

והעירו נו״כ של הרמב״ם (פ״ה מה׳ נז״מ ה״ג - הלח״מ, ופ״ב מה׳ ביכורים הי״א - המל״מ) שהרמב״ם לא מנה אלא עשר תקנות יהושע, אעפ״י שפוסק כר״י שמביאים ביכורים, ומנימוק הנ״ל שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ. וצ״ע.

ב.

בתוס׳ בסוגיין (ד״ה גזלן הוא) הביאו מפירוש הר״ח שפירש הא דעולא כפשוטם, דהא דאינו מביא ביכורים הוא משום שאין מביאים גזל על גבי המזבח. וכן כ׳ הר״ח שאין הלכה כעולא אלא כדפסק שמואל לעיל (דף כ״ה:) דזה נוטע בתוך שלו. והתוס׳ הקשו עליו דא״כ מה שהקשו בגמרא אדעולא מקונה אילן וקרקעו מביא וקורא, הא התם הרי הוא בהיתר ואינו גזלן. ע״כ פירשו כרש״י, שגזלן לאו דוקא, ועיקר טעמו דעולא מפני שאינו ״מארצך״, שזהו עיכוב בהבאת הביכורים. והנה, דברי הר״ח, יש להוסיף עליהם עוד כמה תמיהות: חדא, שאם אמנם לשון עולא ״גזלן הוא״ נוטה יותר לפירושו, על עולא גופא תקשי, למה תלה הדבר רק בזה שהוא גזלן, ולא מצד הענין שאינו מארצך, כדפירש״י. עוד קשה, דלפי הר״ח עיקר התקנה לא היתה אלא לטובת הגזלנים, לאפשר להם להביא ביכורים. זה אמנם ק״ק גם לרש״י כי נראה שגם לרש״י התקנה כוללת בתוכה גם לאלה שסמכו באיסור כדכ׳ המאירי, וכ״ה מבואר ברמב״ם שתקנת יהושע היא גם כלפי מי שסמך באיסור. אך לרש״י י״ל דעיקר התקנה היתה נצרכת גם בשביל אלה שסמכו בהיתר, בהרחקת ד״א, ונכלל בתקנה גם לסמכו באיסור. משא״כ לפי הר״ח שכל עיקר לא היתה התקנה נצרכת אלא בשביל הגזלנים.

עוד קשה משי״כ הר״ח שאין הלכה כעולא, כי הלכה כר׳ יוסי, הרי לפ״ז גם ר׳ יוחנן שביסס טעמו בתקנת יהושע, גם הוא אינו סובר כר׳ יוסי, דלדידיה אינו גזלן, ואין צורך לתקנה בזה. וא״כ היא מחלוקת בין שמואל לר׳ יוחנן הלכה

כמי, וקיי"ל שמואל ור"י הלכה כר' יוחנן. תו קשה דלרבנן דפליגי אדר' יוסי וס"ל שסומך באיסור, מה תוכן תקנת יהושע בזה. הרי אין תקנה זו באה לסלק האיסור, שהרי לא אמרינן שמתקנת יהושע מותר לסמוך. וא"כ הרי הסומך בגזלנותו עומד, ואיך אפשר לתקן שמ"מ יוכל להביא מזה ביכורים, והרי זה בא לעקור איסור תורה. עוד קשה דלכאורה אין דברי עולא תלויים כלל במחלוקת דר"י ורבנן. דגם לר"י אין המדובר אלא מצד גדרי **נזקים**, שבזה לר"י אין על הסומך תורת מזיק שזה נוטע בתוך שלו וכו' והשרשים מאליהם גדלים אח"כ. אבל עולא הרי דן מצד גזל, והיינו שהיניקה שממנה גדלו פירות אלה הם של חבירו, והם אצלו בגזל. וזה אינו קשור כלל עם השאלה אם מותר לסמוך או לא, שגם אם בא אל אדם דבר שאינו שלו **בלי מעשה** שהוא מצדו, חייב הוא להחזירו לחבירו, ואם אינו מחזיר, גזל הוא בידו. וא"כ כל כה"ג אינו יכול להביא מהם ביכורים, גם לדעת ר' יוסי.

ג.

והנראה בכל הנ"ל והוא בהקדמת מש"כ הרמב"ן בהסברת טעמא דמילתא דהר"ח נד מפירש"י, דזה משום דקשי"ל, אמאי לא תקנו חכמים שיביא ביכורים, דומיא דמה שתקנו חכמים שיביא ביכורים בקונה שני אילנות. ולכאורה דבריו צריכים ביאור. דהרי הא דבשני אילנות מביא, מבואר להלן בגמרא (דף פ"א) שהוא משום ספק שמא קנה קרקע, ומה"ט נמי בקונה אילן אחד, לדעת ר"מ, ואילו לרבנן דס"ל דקונה אילן א' ודאי לא קנה קרקע, באמת אינו מביא ביכורים. והכא דאין חיוב, ולא מטעם ספק נפטר, אלא מעיקר הדין, א"כ מה מקום לתקנ"ח בזה.

ונ' שהענין הוא פשוט. שהרי הא דאין כאן חיוב, לפירש"י אינו אלא באותו חלק הפרי שגדל מיניקתו של חבירו, אבל הרי עיקר היניקה היא משלו, וא"כ אותו חלק שגדל משלו חייב הוא שפיר בביכורים. אלא שכיון שבפרי מעורבות היניקות ואין ניתן להבדיל ביניהן, באופן שאם יביא הביכורים, נמצא חלק שצמח מיניקת חבירו אינם ביכורים, והם חולין בעזרה. ובזה הוא דקשי"ל לר"ח שבזה הרי יש תקנה, ממש כדמצינו בענין שני אילנות, שגם שם אינו יכול להביא אלא ע"י הקדשה. דספק אי קנה קרקע, והם ביכורים, או לא קנה, והם חולין בעזרה. ואמרו שם שהתקנה היא שיקדישם על תנאי. א"כ בנידון דעולא נמי אמאי לא יביא ביכורים. והרי אדרבא הכא עדיפא מדהתם, כי חלק מהפרי הוא חייב, וא"כ הו"ל לתקן שיקדיש את אותו חלק שאין לגביו מארצך. וזהו ממש כקושית התוס' (גיטין מ"ז: ד"ה טבל וחולין) על פירש"י דהתם בענין הבאת ביכורים למ"ד אין ברירה וק"פ לאו כקה"ג, דמ"מ מצי להביא ביכורים ע"י הקדשה.

ד.

ועפי"ז תובן יפה מחלוקתם של הר"ח ורש"י בביאור סוגיא דידן. דהנה רש"י פירש הא דטבל וחולין מעורבים זב"ז היינו דאין לך כל חטה וחטה שאין חציה טבל וחציה חולין. והתוס' הקשו עליו כנ"ל.

ויש להקשות עוד על פירש"י משו"מ א"א להפריש ממקום אחר עליו הרי לפי רש"י ברור שיש כאן חצי טבל, וא"כ יפריש מטבל אחר לפי חצי הכמות של התבואה שהגיעה לרשותו, וכן לפי ערך זה גם יוכל להפריש על טבל אחר מתבואה זו. ונראה דרש"י ס"ל, שמושג שותפות הוא שהשותפות מהוה מין גוף חדש של בעלות, אחד הוא של אחד וחצי אחר הוא של השותף האחר, אלא שהדבר שייך כולו לשותפות כולה. ובכה"ג שהשותפות היא מעכו"ם וישראל, שמכוח השייכות לישראל יש דין טבל ומכוח העכו"ם זה חולין, הרי התבואה היא מין יצור חדש, שבמובן איכותי הוא מורכב מחיוב ופטור. וע"כ לא ניתן להפריש ממנו על מקום אחר ולא ממק"א עליו, ודוק. ומה"ט גם לא מהני הקדשה להבאת הביכורים, כי פירות אלה שבמובן איכותי יש בהם תערובת של חיוב ופטור, א"א כלל להביאם למקדש, כי אין שום חלק שחייב באופן מלא בביכורים, ומתורצת קושית התוס' על רש"י. אכן התוס' ס"ל דאין ברירה פירושו ספק, שמא קיבל חלקו או לא, או שקיבל חלקו באופן חלקי וכמבואר שם בתוס'. ומעתה רש"י אזיל לשיטתיה גם בנידו"ד, ול"ק עליה קושית הר"ח אמאי לא תקנו שיקדיש החלק שבא מיניקת חבירו, דהרי כנ"ל לרש"י למאי דנקטינן אין ברירה, הרי בזה תערובת באיכות הפרי של "מארצך" ושל שאינו מארצך, ובזה אי אפשר כלל להביא ביכורים. וגם הקדשה לא מהני הכא, כי בפירות כאלה שהם מעורבים באיכותם אין חיוב ביכורים כלל ועיקר. ואילו הר"ח ס"ל כהתוס' דגיטין הנ"ל, דאי"ב הפירוש שהוא בגדר ספק. ע"כ פירות אלה ניתן להביא מהם ביכורים. שהרי יתכן שהן כולם משלו, ואם אין הדבר כן אלא הם בחלקם כולם מיניקת שדה חבירו, הרי התקנה היא להקדישם, ואז ניצל הוא מספק חולין בעזרה. ושפיר הוקשה לו דא"כ אמאי ס"ל לעולא דאין מביאים מהם ביכורים כלל מאחר שיש להם תקנה ע"י הקדשה, כמו בשני אילנות, וכהסבר הרמב"ן.

ה.

ולפ"ז מתורצת קושית התוס' על פי' הר"ח, מה הוקשה לגמרא מקונה אילן אחד, כיוון דהתם בהיתר גדלו. דכיון דלפי עולא יש כאן עכ"פ יניקה שאינה שלו, א"כ נהי דאין זה מעכב בעיקר ההבאה שניתן להביא ע"י הקדשה, מ"מ כל כה"ג הדין דמביא ואינו קורא. שהרי כך הדין גם בקונה שני אילנות שאמרו התם דמביא מספק, והיינו ע"י הקדשה כנ"ל.

אבל מ"מ אינו קורא. ונתבאר שם טעמא דמילתא, אם מפני שזה מיחזי כשיקרא, ואם מפני חשש שמא יבא להפקיעם מתרומות ומעשרות, שיחשוב שדין ביכורים עליהם. וא"ש קושית הגמרא גם אליבא דהר"ח. ואין הקושיא מהא דמביא אלא ממה שאמרו שם שמביא וקורא.

ו.

ואליבא דהר"ח תתורץ עוד קושיא בסוגיא זו. דפריך עוד שם מהא דשני אילנות מביא ואינו קורא ומזה דאי"ק הא שלשה מביא וקורא.

ובתוס' הוקשה להם דהרי מצי לאתויי ממה דבמשנה שם מפורש דין זה דשלשה מביא וקורא. אכן להנ"ל י"ל דאילולא הרישא דקונה שני אילנות מביא ואינו קורא היה אפשר לדחות הקושיא מהא דשלשה מביא וקורא. די"ל

www.eretzhemdah.org

דלעולם יש כאן יניקה שאינה חייבת, והא דמביא הוא ע״י הקדשה, וס״ל למתני׳ דמה״ט גם יכול לקרא, וכקושית הגמרא התם דמה איכפת אם יקרא הפסוקים, ונאמר דל״ח למיחזי כשיקרא, וכן להא דשמא יפקיעו מתרו״מ. ולזה הוכרח להביא מרישא, דבשנים מביא ואינו קורא. והא דאינו קורא הוא ע״כ מצד מיחזי כשיקרא מצד דאתי לאפקועינהו מתרו״מ כדמתרץ התם. וא״כ הוכרח להביא הרישא דב׳ אילנות.

ז.

ולפ״ז יתורץ גם מה שהערנו דלהר״ח התקנה היא רק לצורך הגזלנים. דלא כן הדבר. דגם אי סמך בהיתר נמי צריך התקנה, וזה לענין כי היכי שיוכל גם לקרא. דבלא התקנה נהי דמצי לאתויי הביכורים כיון שאינו גזלן, מ״מ לקרא לא הי׳ יכול, ומוכרח התקנה לצורך הקריאה. ול״ק לפי הנ״ל גם בהא דפסק הר״ח כר׳ יוסי, דמר׳ יוחנן אין הכרח דפליג על האי פסקא דשמואל. כי תקנת יהושע הרי נצרכת גם לר׳ יוסי לענין דיוכל להביא ולקרא. וכל זה בלי הקדשה כלל.

והא דדאיק הר״ח דעולא לא קאי אליבא דר׳ יוסי, אעפ״י דגם לר״י י״ל דמ״מ היניקה אינה שלו, י״ל דלר״י יש לו תקנה מאחר שאינו עובר באיסור יכול היה לקנות חלק היניקה שבפירות אלה משל חבירו ולהביא עכ״פ הביכורים אם כי בלא קריאה. ומזה משמע דלא ס״ל לעולא כר׳ יוסי, וע״כ שם גזלן עליו ואין לו תקנה גם בהבאה.

ח.

והנה בהבנת ענין תקנת יהושע, נראה שהדבר תלוי אי ק״פ כקה״ג או לא. דהתוס׳ הקשו בקונה אילן אחד לר״מ דס״ל קנין פירות כקנה״ג, אמאי לא יביא ביכורים, הא קנה הקרקע לפירותיה. ותירצו לחד תירוצא שכיון שאין לו כשייבש אי״ז גם קנין פירות. וביאור דבריהם נ׳ דבכה״ג לא קנה הקרקע לפירות אלא הקרקע היא רק בחינת משועבדת לו, שבעל הקרקע מרשה לו לקחת ממנה היניקה, אבל לעולם של הבעלים היא גם לפירותיה. ולפ״ז י״ל דתקנת יהושע היתה שכל כה״ג שיונק משל חבירו יהא נחשב לו קנין פירות בקרקע חבירו ולא רק משעבוד בעלמא. אכן כל זה למ״ד דק״פ כקה״ג. משא״כ למ״ד לאו כקה״ג, לא סגי בהכי, דמ״מ אי״ז עדיין ״מארצך״. ולכן מוכרח לומר דלהאי מ״ד הפירוש של תקנת יהושע היתה להפקיע מהיניקה דין בעלות כל עיקר, וכל מי שיש לו זכות לגדל שם פירות הוא שזוכה ביניקה עי״ז שהפירות גדלים ממנה.

ט.

ומעתה גם כשמזיק לחבירו, שנכנס ברשותו, שנטע תוך ד׳ אמות נמי, נהי דעושה איסור הרי זה מצד מזיק את חבירו שמעכב המחרישה. אבל באשר ליניקה, כיון שאין ע״ז תורת בעלות מצד בעל הקרקע שפיר מצי למייתי ביכורים. שמה שעושה עבירה הוא לא מצד יניקת הפירות, ואין עבירה זו שבענין אחר מעכבתו מלהביא ביכורים, דבהם אין שום עבירה. דס״ל קנין פירות כקה״ג. והא דקש״ל אמאי לא נמנה זאת בתקנות, כי לדעתו התקנה היתה להקנות לזה ק״פ בשל חבירו, והוי בדומה לשאר תקנות דהתם דהורשה לו להשתמש בשל חבירו. ולא כן לדידן דהתקנה היתה שאין בעלות על היניקה, נמצא שלא קנו כלל הבעלים את היניקה, ואין זה בסוג התקנות שנמנו שם, אלא נוגע לעצם חלוקת הקרקע לשבטים.

סימן צב : בענין כפיה ושעבוד נכסים בצדקהא.

בקצות החושן סימן ר״צ אומר לתרץ (בסוף סק״ג) קושית הראשונים ב״ב דף ח׳ : דנראה דיש כפיה בצדקה, דהרי זו מצוות עשה שמתן שכרה בצידה, ותירץ דיש דין שעבוד על צדקה (דהוי בגדר מילווה הכתובה בתורה), והגביה היא לא מדין כפיה אלא דנחתינן לנכסים. ולפי זה לכאורה צ״ל דכל הני שלא תירצו כן הוא משום דס״ל דאין שעבוד בצדקה. והנה הר״ן (כתובות פ״ד לדף מ״ח ברי״ף דף י״ח) הביא הקושיא והתירוצים, לכאורה לפי זה ס״ל דליכא שעבוד, אך הנה הביא שם עוד משי״כ הרשב״א דבצדקה לא נחתינן לנכסים, ומוכח לה מהא דאמרינן (דף מ״ח) מי שהלך למדה״י אין זנים בניו ובנותיו ואין נותנים צדקה מנכסיו, ותמה ע״ז הר״ן הרי יש עוד הלכה שם שבנשתטה יורדים לנכסיו לצרכי צדקה, ואם אמרינן לא נחתי לנכסים, איך ייתכן שנחתו לנכסי שוטה שהוא כאילו שלא בפניו. אע״כ נחתינן לנכסים, אכן זהו רק כשהוא כאן כדאמר הרמב״ם, אבל אם אינו בפנינו - לא.

והנה בדין דלא נחתינן שלא בפניו, כגון שהלך למדה״י, פירש בכ״מ שני פירושים : א. דבנשתטה אמדינן לדעתי׳ שמסכים ליזון ולתת צדקה מנכסיו. ב. משום דאיכא שעבוד נכסים, ובהלך למדה״י דאין גובים מפני שנותן צדקה במקום שהוא שם, עכת״ד. א״כ ק׳, דאם הר״ן מפרש כתי׳ א׳, אין קושיא על הרשב״א מה״ט (וכן פירש באמת המחנ״א בטעמא של הרשב״א). ואם ס״ל כתי׳ ב׳, הרי הוא מטעם דיש שעבוד, וא״כ לפי הקצות תקשי מה הביא הר״ן הקושיא, ולא תי׳ מצד דין שעבוד.

ב.

אך הנה הקצות באמת שם בראש דבריו הביא הר״ן הנ״ל, וכ׳ דנימוקו הוא לעולם לא מדין שעבוד אלא מדין כפיה, וזה עפמש״כ הרמב״ן בענין שעבודא לאו דאורייתא דגובים ע״י שכופין אותו, דאפשר גם לגבות מנכסיו מתורת ״עד שתכופנו בגוף תכופנו בממונו״. ומה דאין גובים בהלך למדה״י משום דאמרינן כיוון שזה אינו כאן א״א לכופו, וממילא גם א״א לגבות מממונו. [ומה שפי׳ הב״ח והש״ך שלא גובים שלא בפניו הוא כמו שאין גובים חוב שלא בפניו (חו״מ סי׳ ק״ו) דחה, דהרמב״ם אמר שאין גובים בשום פנים]. א״כ דעת הר״ן היא בזה ג״כ כמו הרשב״א, שאין שעבוד נכסים, א״כ הרי א״ש דהוקשה לו כמו לשאר ראשונים.

ג.

אלא שלכאורה קשה, דהרי הוא עצמו שם כ׳ בהא דכתב הרמב״ם שגובים גם בנשתטה הוא בהכרח משום דיש שעבוד, דאם מדין מצוה הרי השוטה פטור מן המצוות, א״כ קשה ממ״נ, אם הר״ן פירש כמו טעמו השני של הכ״מ הנ״ל שלא מטעם הסכמתו וניחותא דידי׳, ע״כ הוא מתורת שעבוד, (והא דלא גובים שלא בפניו, הוא ממש״כ הכ״מ בטעמו, לפי שנותן צדקה במקום שהוא שם), ואם אינו סובר שעבוד, הרי ע״כ מצד אומדנא דניחא ליה, א״כ גם לרשב״א אתי שפיר, וצ״ע. ותו, דאין מובן מה שכתב דמשום הכי אין יורדין לנכסיו שלא בפניו, מפני שלא ניתן לכפותו כאן שאינו בפנינו, דמאחר דלרמב״ן יש גם דרך כפיה ע״י הנכסים, א״כ הרי דרך זו ניתנת להתבצע גם כשהוא עצמו אינו כאן, ואמאי לא ננחת לנכסיו מדין כפיה, אע״פ שגופו לא ניתן לנו לכפותו, ממונו כאן וניתן לכפותו על זה.

ד.

על אותה הוכחה שכתב הקצות שנשתטה הוא ע״כ מדין שעבוד דאילו מצוה לא שייך כאן כיון שאינו בר מצוות, הקשה המחנ״א (צדקה סי׳ א׳) דגם שעבוד ל״ש בזה, דכל השעבוד הוא מכח המצוה ולשם קיומה, והרי בנשתטה כשם שאיננו בגדר מצוות איננו בגדר שעבוד שנובע מהחיוב של קיום המצוה. כן הקשה על תי׳ הכ״מ שמשו״ה לא גובים שלא בפניו מפני שמקיים המצוה במקום שהוא שם, שהרי יש דין קדימה בחיובים ושעבודים. ומזון בניו שהם הקרובים שלו קודם לצדקה אחרת א״כ איך יכול לפטור עצמו מחיוב כלפי ילדיו במתן צדקה לאחרים, מאחר שיש שעבוד א״כ הרי הם קודמים.

ה.

והנראה בכל זה. וראשית נבאר מה שכתב הקצות עפ״י הרמב״ן דיש דין כפיה בממונו, אך זה רק בתנאי שזה בפניו. והנה חזינא דשאר הראשונים לא ס״ל להא דהרמב״ן דלא נזכר מזה מידי. וכן הרשב״א שהר״ן הקשה עליו כנ״ל בהסתמכות על יסוד הרמב״ן, הרי ודאי לא ס״ל, ולכאורה לא מובן אמאי ובמאי פליגי עליה.

ונראה, דמאחר שאין שעבוד נכסים, והחיוב הוא חוב שמונח על קרקפתא דגברא מבלי כל קשר לנכסיו, אם המלוה יקח הנכסים לא יקנה אותם ע״י זה וישארו של הלוה, כיון שאין עליהם שעבוד, א״א שיהפכו להיות שלו אם לא מדעת הלוה. ואכן לשון הרמב״ן הוא ״יכפוהו בממונו״, פירוש הדבר, דכשיגבו למלוה, ויראה שאין לו עצה להתחמק מתשלום החוב, ודאי דהלוה יסכים שזה יזקף על החוב וישולם ע״י, והרי זו כפייתו. דאמנם מבלי שיתרצה לא יהפך שלו, אך בדיעבד ודאי יתרצה, כשם שהכפיה בגופו היא בכדי שיסכים לשלם, כן ע״י שירדו לנכסיו יסכים להקנותם למלוה. ובזה הוא דפליגי, דמאחר דאם לא יסכים הלוה לא יהפכו של המלוה, הלוה באמת לא יסכים, ממילא לא יהיה תועלת מזה שיגבו כי לא יהפך להיות שלו.

ו.

וי״ל דתליא במה שיש לחקור בעניני בעלות ואיסור הגזל, מהי הסיבה ומהו היסוד ומהו המסובב, האם ע״י שיש על החפצא איסור גזל, הרי זה קובע את ה״שלו״, או היסוד הוא ״שלו״ ומזה מסתעף ובא איסור הגזל. והנה בתוס׳ רי״ד (סוכה מה:) כתב בענין גזל פחות משוה פרוטה שלמרות שאין על זה תורת גזל ואין בי״ד מוציאין מידו, מ״מ לא נהפך זה להיות שלו, כדחזינן בערבה והדס הגזול שפסולים מדין ״שלכם״ אע״פ שאין בהם ש״פ, שמעינן מזה דאיסור הגזל הוא תולדה מה״שלו״, אבל אין ה״שלו״ תולדה מדין גזל. וכתב דבכה״ג אע״פ שאין גזל מצד הנגזל, לגבי הלוקח אינו שלו, והוי בחזקת גזל כלפיו, עי״ש ודו״ק. [אכן בסוכה ל. בענין סתם עכו״ם גזלני קרקעות נינהו כתב רש״י גוזלים מישראל, ולמה ליה להדגיש מישראל, הרי גם מעכו״ם אסור להם לגזול, אלא מפני שבישראל המקבל מהם, כדקיימא לן גזל עכו״ם מותר, ע״י זה שיקבל מהם יקנה זאת. הרי שדין ה״שלו״ קשור ונולד מאיסור גזל, אך כשגזל מותר שוב הופך להיות הדבר גם שלו. לפי דעה זאת אפשר אמנם לאמר, דמאחר דנתנה רשות להגבותו, כיון שהוא בהיתר מצד איסור גזל, גם הופך להיות שלו.] ומעתה הן יובן למה אין כפיה ע״י הנכסים רק בפניו, כי אם זה שלא בפניו, ואין הבעלים יודעים מזה, ואין הם מקנים ללוה, ע״כ לא יהיה זה שלו. וייתכן שבכה״ג גם שוב יעבור על איסור גזל כשישתמש בהם. ע״כ שפיר כתב הקצות דאם אמנם יש כפייה גם ע״י נחיתה לממונו, אך זה בתנאי שזה בפניו, ואילו שלא בפניו, אין אפשרות לנחיתה לנכסיו. ע״כ במצות צדקה אם אין דין שעבוד אין אפשרות לקחת מנכסיו לצדקה.

ז.

ועתה בענין הקושיות על הדעה שזה מדין שעבוד, איך יתכן שעבוד אניכסי השוטה, בשכל השיעבוד נובע ממצות צדקה, וזו אינה מוטלת על השוטה, וכן הקושיא השניה, דאם אכן שייך שיעבוד, איך הוא נפטר ע״י שהוא נותן צדקה לזרים בעוד שקיימים כאן ילדיו הוא, שזו חובה ראשונה שלו בצדקה שנותן.

וי״ל דנראה דמצות הצדקה קיימת בשתי פנים: **כחובת הציבור**, שהיחיד מתחייב בו מכח היותו חלק מהציבור הזה; וכחובת היחיד, שכל אחד מישראל חייב בו כל אחד לפי ערכו. דהנה חזינן (ב״ב דף ז׳ ע״א) לענין קופת תמחוי ושאר צרכי העניים דזה מתחלק לפי זמן היותו בעיר: חודש, שלושה חדשים, חצי שנה ושלושת רבעי שנה, כל צורך לפי שהוא. ולכאורה מאחר שהצרכים הם קיימים כל הזמן, והרי האיש הישראלי מחויב ועומד בהם כל הזמן, מהו זה שקבע לכל דבר זמן בפני עצמו. אלא שיש חובה על העיר לסדר צרכי העניים, הן המקומיים הן אלה שעוברים ממקום למקום, דזה שייך לסדר הטוב של העיר, שלא ימצא בה רעבים ומחוסרי בגדים ושאר הצרכים. מאידך יש צדקה שהיא בראש ובראשונה חובת היחיד, כך למשל נפסקה הלכה שאם יש בעיר קרוב שיכול לכלכל עני קרובו אין הגבאים נזקקים כלל אליו, כי זוהי חובתו של הקרוב קרוב קודם.

ונראה דחובה זו שהיא על הציבור, ביסודו של דבר כולם מתחייבים בה במידה שווה, או כמעט שווה, דאם למשל המצא ימצא בעיר עשיר מופלג שיכול לכסות את צרכי כל העניים, לא נאמר שהוא לבדו יעשה זאת, כיון שזוהי חובת

www.eretzhemdah.org

הציבור. כמו דמצינו לכל דבר מצרכי הציבור חלוקת הנטל לפי מידת ההשתמשות של כל אחד, דעל כן מצינו לחומת העיר שנגבית לפי נפשות וגם לפי ממון וזה משום שיש טובת הנאה גם מצד ריבוי הנפשות וגם מצד שמירת הממון, וכן יש שנגבית ומובאת בחשבון גם קרבה לחומת העיר, מאותו נימוק שהם נהנים יותר מהרחוקים. אכן ישנה מצות צדקה כחובה אישית, וזה כגון מזון הילדים, וכן חובת הצדקה לקרובים הנצרך הקרוב קרוב קודם, זוהי חובה פרטית שכל עוד הוא יכול למלא אותה אין גבאי הצדקה נזקקים להם. וכן שייך מצוה פרטית, בעשיר גדול שמבחינת חובת הציבור אין מטילין עליו כפי כל האפשרות שבידו.

ח.

והנה כפיה דחובה שהיא מטעם היותו חלק מהציבור, הרי הם כשאר חובות המוטלות על הדר במקום, כל ענין לפי הזמן הנדרש שייחשב לענין זה מיושבי המקום, במובן זה מצינו החילוקים לזמן היות האיש קבוע באותו מקום שהוזכר לעיל קופה ותמחוי וכיו״ב. והללו כשם שכל חובות הבאים על אדם בתוקף חלק מהציבור יש בה גדר של חוב שיש עליו שיעבוד נכסים. אכן חובת הצדקה בתור מצוה פרטית כגון חינוך ומזון הילדים וכיו״ב חובה זו היא מגדר מצוה שנאמר בה כי למען הדבר הזה יברכך שמתן שכרה בצדה, ובזה אין באמת שעבוד נכסים, וכן יש מקום לדון על אפשרות כפיה כשאיננו מקיים המצוה, כדרך הכפיה על מצות עשה שמסרב לקיימה.

ט.

ולפי זה מה שכתב הרמב״ם שבנשתטה יורדים לנכסיו וזנים הילדים וגם יורדים לצדקה, דכתב הכ״מ שני נימוקים, שני הנימוקים קיימים גם יחד, הנימוק שודאי ניחא ליה י״ל בעיקרו הוא כלפי מזון הילדים שמן הסתם ניחא ליה בזה. אם כי יש לומר גם שזה שייך גם לגבי מצות צדקה. אכן בזה יש לומר שהוא רק אם יש דין נוחתים לנכסיו בתור יושב המקום, דבזה שייך הסברא שמן הסתם ניחא ליה לא להשתמש בעובדא שהוא פטור מן המצוות, כי בתור תושב העיר שיורדים לנכסיהם וזה מהוה שעבוד גמור אמדינן לדעתיה דאינו רוצה להיות פורץ גדר ומקבל עול הציבור. אכן אם אין דין נחיתה לנכסים, כי אז הרי זה רק בגדר קיום מצוה אישית, הרי כיון שהוא פטור מן המצות אין על זה אומדנא. זו היתה טענת הר״ן על הרשב״א דס״ל שאין יורדים לנכסים בשום ענין צדקה. יוצא שגם הצדקה שנגבית ע״י הגבאים מיושבי העיר, אין בה חובה מיוחדת אלא דינה כשאר צדקות, הול״ל דנשתטה פטור. זוהי קושית הר״ן, ולא כן לשיטתו דבזה נוחתים לנכסים מכוח היותם חובת הצבור כמו כל הוצאות הצבור שגר בעיר, בזה שייך באמת לומר דאומדנא איכא דניח״ל, וכן יש בזה גם תורת שעבוד נכסים, מאותו נימוק דניח״ל שיהא גם עליו שיעבוד נכסים. ולא קשיא מה שהקשה המחנ״א דהרי כל השעבוד נובע מהיותה מצוה והוא פטור מן המצוות. כי החובה המוטלת בתור יושב העיר, בר מדין מצוה יש בזה משום גדר של אחד מצרכי העיר, ע״כ גם אם אין חייב במצוות, מחובה זו אינו רוצה להיות נפטר.

י.

ומתורצת גם הקושיה השניה שהקשה המחנ״א על זה שאין גובים מזונות הילדים ולא צדקה כללית ממי שהלך למדה״י. והכ״מ כתב בזה שהוא משום דעושה צדקה במקום שהוא שם. והקשה דהרי ממזון הילדים אינו יכול להפטר ע״י צדקה זו, שהקרוב קודם. כי באשר לחובת מזון הילדים, זו אינה צדקה מכוח הציבור אלא מצוה פרטית, ובזה באמת אין שעבוד נכסים, וקיימת תשובת הקצוה״ח שכפיה זו של ירידה לנכסיו שייכת רק כשהוא כאן - כפיה בפניו, מתוך הנחה שיתרצה ע״י זה שירדו לנכסיו, וכנ״ל. ואילו לצדקה הכללית בתור איש המקום, בזה באמת קיימת התשובה השניה, שאעפ״י שע״ז יש שעבוד נכסים, אך הרי חובה זו קשורה עם היותו תושב המקום. ומאחר שאיננו תושב המקום כיום, אלא במדה״י, חובה זו ישלם שם, וזהו שכתב הכ״מ.

יא.

ומעתה מובן מה שהקשו התוס׳ בב״ב ח׳ רק מהא דרבא כפי׳ וכו׳ ולא ממש״נ ממשכנים וכו׳ כי זוהי חובה מטעם היותם תושבי המקום, ובזה פשיטא דאיכא כפיה כמו כל החובות ומיסי העיר. וכל עיקר הקושיא היתה למלא מצות צדקה הפרטית של העשיר המופלג. ובזה אין שעבוד נכסים, וזהו שהוקשה להם. ולפ״ז אין בתירוץ קצוה״ח כדי תירוץ, דמש״כ שזה מטעם שעבוד נכסים, לפי הנ״ל הרי זה רק בצדקה מכח חלק מהציבור ואילו הקושיא היתה רק מצדקה בתור חיוב פרטי-אישי.

סימן צג : מצות קידוש השם בשלוש עבירות החמורותא.

הלכה נקוטה בידינו, כפי שנמנו וגמרו בעליית בית נתזה: כל עבירות שבתורה אם אומרים לאדם עבור ואל תהרג - יעבור ואל יהרג, חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים (סנהדרין עד א).

אף בשאר עבירות - בשעת גזירת מלכות, וכן אפילו שלא בשעת גזירה, אם מאנסים אותו בפרהסיא, דהיינו בפני עשרה מישראל - יהרג ואל יעבור (שם).

ופירש״י, שהוא כדי ״שלא ירגילו העכו״ם להמריך את הלבבות לכך״ (שם, ד״ה ואפילו), ומבואר שם שהוא מדין מצוות קידוש השם, ככתוב: ׳ונקדשתי בתוך בני ישראל׳ (גמרא שם) ומכיון שהנימוק לחיוב זה הוא בשל קידוש השם, ישנה הגבלה בחיוב זה, שהוא רק אם כוונת העכו״ם להעבירו על דת. משא״כ אם כל כוונתו אינה רק להנאת עצמו - יעבור ואל יהרג (שם). וזהו משום שבאופן זה אין כאן קידוש השם. (ברש״י שם, ד״ה אלא).

ולא נתבארה בגמרא הלכה זו שבג׳ עבירות יהרג ואל יעבור, שבזה נקוט בידינו שאין הבדל אם זה בצנעא או בפרהסיא, וכן חייבים בזה גם שלא בשעת הגזירה, כפי שנלמד מן הכתובים (שם א), אם חיוב זה הוא מצד חומרת עבירות הללו, ואשר על כן הפטור הקיים בכל עבירות במצב של פקוח נפש מצד מה שנאמר ׳וחי בהם׳ - ולא שימות

בהם (יומא פה א; סנהדרין עד א, רש"י ד"ה מאי חזית), פטור זה אינו קיים בעבירות אלו. או שגם עיקרו של חיוב זה למסירות נפש כדי שלא לעבור בעבירות אלו הוא מגדרי קידוש השם, אלא שבעוד שלגבי שאר עבירות החיוב מוגבל, כאמור, רק לשעת הגזירה או לפרהסיא - הרי בעבירות אלו החיוב הוא מקיף יותר, וחייבים לקדש השם על ידם בכל התנאים.

והבדל יוצא לכאורה בין שני צדדי הספק, אם יש דין יהרג ואל יעבור בג' עבירות אלו, כשהעכו"ם מתכוון להנאת עצמו. שאם הוא מצד חומר העבירות - אין מקום להבדל בזה. ובכל אופן חייב הוא למסור נפשו ולא לעבור. אולם אם החיוב הוא מצד קידוש השם, הרי, כאמור, אין זה שייך אלא כשהעכו"ם מתכוין להעבירו על דת.

ב.

ומצינו שנחלקו בשאלה זו רבותינו בעל המאור והרמב"ן. לפי בעה"מ יש להבחין בין עבירה לעבירה גם בשלושת עבירות אלו.

בשפיכות דמים: "אע"ג דמתכוין הנכרי להנאת עצמו אין שם דרך לעולם שיהא מותר. דהא טעמיה משום סברא, דמאי חזית דדמי דידך סומק טפי. והאי סברא איתא בכל ענין, אפילו כשמתכוין הנכרי להנאת עצמו" (המאור הגדול לפ' בן סורר ומורה).

כמו כן **בע"ז**: "איני יודע בו דרך שיהא בו הנאת עצמו כדי שיהא מותר" (המאור הגדול לפ' בן סורר ומורה).

אך בעבירה **דגילוי עריות**, לדעת בעה"מ, אם העכו"ם מתכוין להנאת עצמו, אינו חייב למסור נפשו.

רואים אנו איפוא, שדעת בעה"מ שהחיוב בע"ז וג"ע הוא מצד קידוש השם. ורק בשפ"ד שהוא עניין סברתי - מאי חזית דדמא דידך סומק טפי - שם החיוב במסירות נפש הוא בכל אופן.

בזאת מסביר בעה"מ קושית הגמרא מאסתר "והא אסתר פרהסיא הואי" (סנהדרין, שם) ולא הקשו והא אסתר גילוי עריות הואי, שהתקשו בזה הראשונים (שם, תוס' ד"ה והא), כי מכיון שכאן היתה כוונת העכו"ם להנאת עצמו אין חיוב מסי"נ מצד קידוש השם.

ולא כן דעת הרמב"ן, שהוכיח שבכל שלושת העבירות אין היתר גם כשמכוין להנאת עצמו. והסביר זאת עפ"י מה שמחלק בין התוכן של מסי"נ בשאר עבירות לחיוב במסי"נ בג' עבירות הללו:

> שהרי ג' עבירות אלו החמורות, **לא מפני קידוש השם נאסרו**, לפיכך אעפ"י שאינו מתכוין להעבירו - אסור, אבל שאר עבירות שנאסרו מונקדשתי הותרו להנאת עצמן, דהא ליכא משום קידוש השם (מלחמות, שם.)

ג.

שיטה שהיא כאילו ממוצעת בין השיטות שהוזכרו לעיל, היא שיטת הרמב"ם. אין הרמב"ם מזכיר שום הבדל בג' העבירות, כולל גם גילוי עריות, שיהא מותר אם מתכוין להנאת עצמו, כשם שהביא לחלק בשאר עבירות (רמב"ם הל' יסודי"ת פ"ה ה"ב). ומזה נראה לכאורה שנוקט כשיטת הרמב"ן, שג' עבירות מצד חומרתן הוא שחייבים בהם במסי"נ. אולם מאידך קובע הרמב"ם שגם בהם החיוב במסי"נ הוא מגדר קידוש השם.

זה לשון הרמב"ם בספר הי"ד (שם ה"ד):

> כל מי שנאמר בו... יהרג ואל יעבור ונהרג ולא עבר - הרי זה קידש את השם. ואם היה בעשרה מישראל הרי זה קידש את השם ברבים, כדניאל, חנניה, מישאל ועזריה, וכר"ע וחבריו. ואלו הן הרוגי מלכות שאין מעלה על מעלתן. ועליהם נאמר: 'כי עליך הורגנו כל היום נחשבנו כצאן טבחה'. ועליהם נאמר: 'אספו לי חסידי כורתי בריתי עלי זבח'.

וכן הוא בספר המצוות (עשין ט):

> שציונו לקדש השם, והוא אמרו: 'ונקדשתי בתוך בני ישראל'... וזאת היא מצות קידוש השם המצווים בה בני ישראל בכללם, רוצה לומר - מסירת נפשנו למות ביד האונס על אהבתו ית' ואמונת יחודו, כמו שעשו חנניה מישאל ועזריה בזמן נבוכדנצר הרשע, כשגזר להשתחוות לצלם.

וחזר על זה במצוות ל"ת (מצוה סג):

> "שהזהירנו מחילול השם, והוא היפך קידוש השם שנצטוינו בו... החלק האחד הכולל שכל מי שבקשו ממנו לעבור על דבר מן המצוות בשעת השמד, והיה האונס מכוין להעביר, בין מצוות קלות בין מצוות חמורות. או מי שיבוקש ממנו שיעבור על ע"ז או גילוי עריות או שפיכות דמים, ואפילו שלא בשעת השמד, הנה הוא חייב להתיר נפשו ויהרג ואל יעבור. כמו שביארנו בט' ממצוות עשה".

על הקושי שבשיטת רמב"ם זו, שהוא כאילו מרכיב שתי השיטות של בעה"מ והרמב"ן גם יחד, עמד בס' "חמדת שלמה" (או"ח סי' לח, כ). שהרי מאחר שרואה את החיוב במסי"נ בג' מצוות אלו מצד קידוש השם כשיטת בעה"מ, לפי"ז היה צריך להתיר בגילוי עריות, כשמתכוין להנאת עצמו, כמו בעה"מ. ואילו הרמב"ם לא הביא הבדל זה אלא לעניין שאר עבירות.

כנראה סובר הרמב"ם, שמאחר שכל עיקר האיסור של ג"ע הוא מצד ההנאה שבו, כמו שאמרו בגמרא (קידושין מג א), שגם לאותה דעה ששמאי סובר שבכל התורה כולה יש שליח לדבר עבירה "מודה באומר לשלוחו צא בעול את הערוה... שהוא חייב ושולחו פטור, שלא מצינו בכל התורה כולה, זה נהנה וזה מתחייב". והרחיב את הדיבור בטעם איסור העריות בספורנו על התורה (ויקרא יח ו). ואשר על כן סובר הרמב"ם, שקידוש השם שבמצוה זו הוא בזה שמוסר נפשו שלא ליהנות הנאה זו האסורה.

ד.

מכל מקום צריך עיון מהיכן הוכיח הרמב״ם שיטתו. שהרי לדעת בעה״מ ההוכחה היא מקושיית הגמרא ״והא אסתר פרהסיא הואי״ ולא הקשו ממה שהיה שם גילוי עריות; ואילו לדעת הרמב״ם הרי בג״ע אין היתר גם כשמתכוין להנאת עצמו. נמצא שביאורו של בעה״מ אינו קיים לדעתו, והתירוץ על קושיא זו הוא עפ״י דרכם של שאר הראשונים, א״כ אין לו על כל פנים ראיה לשיטתו, שג׳ עבירות הוא מצד החיוב של קידוש השם.

ונראה, שהוכיח זאת מהלכה אחרת שהוא מביאה לפסק הלכה (יסוה״ת פ״ה ה״ה).

> אם אמרו להם נכרים תנו לנו אחד מהם ונהרגנו, ואם לאו נהרוג את כולכם, יהרגו כולם ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל. ואם יחדוהו להם ואמרו: תנו לנו פלוני או נהרוג את כולכם - אם היה מחוייב מיתה כשבע בן בכרי - יתנו אותו להם. ואין מורים להם כן לכתחילה. ואם אינו חייב מיתה - יהרגו כולם ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל.

הלכה זו תמהו עליה המפרשים (כ״מ שם בשם הרמ״ך), שהרי החיוב של יהרג ואל יעבור בשפ״ד נלמד מסברא (סנהדרין עד א): ״מאי חזית דדמא דידך סומק טפי דילמא דמא דחברך סומק טפי״. א״כ סברא זו לכאורה אינה שייכת בנידון זה, שגם אם לא ימסרו לו אותו אדם, ממילא יהרגו כולם, ואף הוא בכלל.

ותירץ קושיא זו בס׳ ״חמדת שלמה״ (הנ״ל, כב), שאמנם עיקר היסוד בשפ״ד נלמד מסברא, כנ״ל. אך הן מזה למדו בגמרא (סנהדרין שם) בהיקש שגם גילוי עריות יהרג ואל יעבור, ושם הרי אינה שייכת סברא זו. על כרחך אתה אומר שגילוי עריות החיוב הוא הוא מצד עצם העבירה עצמה, כן גם בשפ״ד, גם במקום שמכוח הסברא לא היה חייב במסי״נ; וזהו כגון במקרה דלעיל, שבין כך יהרגו כולם, מ״מ חייב במסי״נ מצד עצם העבירה שבשפ״ד.

אכן בס׳ אור גדול (עמ׳ ה, ד״ה והנראה.) עמד על עוד נקודה מיוחדת שבהלכה זו של ״יהרגו כולם ואל ימסרו נפש אחת מישראל״, שכאן אין בעצם המדובר על גופה של עבירה של שפ״ד, שהרי לא הם ההורגים אלא הנכרים, שעושים זאת ברוע לבם. ובזה אין לדון המוסרים אלא בגדרי גורם לשפ״ד. שהרי כך פסק הרמב״ם (הל׳ רוצח פ״ה ה״ב), שאפילו כופתו לפני הארי אין עליו דין רוצח אלא דין גורם. אין זה איפוא אלא מדין **אביזרייהו** של שפ״ד, וכיון שאין כאן הסברא של ״מאי חזית״ וכו׳, כאמור לעיל, צריכים אנו לומר שגם זה נלמד מההיקש החוזר מגילוי עריות. כלומר, שהחיוב של יהרג ואל יעבור שבגילוי עריות הוא גם על אביזרייהו של עריות, וכפי שהוכיחו באמת בעה״מ והרמב״ן (בסוגיא הנ״ל. וטעם הדבר ומקורו נראה, כי בשפ״ד גם ע״י גרם, כל עוד שישנה הסברא ״מאי חזית״ וכו׳ ודאי שחייבים למסור עצמם, ועל כן גם עריות שנלמד מהיקש של שפ״ד הוא גם באופן שאין מחומר העבירה אלא מאביזרייהו בדומה לשפ״ד שגרם אינו אלא בחינת אביזרייהו. ומעתה חוזר ונלמד שפ״ד מג״ע בהיקש החוזר שגם במקום שאין סברא של ״מאי חזית״ וכו׳ מ״מ חייב במסי״נ).

ומאחר שהגענו לכאן, הרי לא יתכן לומר שהחיוב של מסי״נ הוא מצד חומר העבירה שבשלוש עבירות הללו. שהרי החיוב הוא גם על אביזרייהו ועל גרם, שבזה אין חומר העבירה. על כרחך אתה אומר שהוא מצד קידוש השם, שהוא מתבטא ומתאפיין בעבירות אלה במידה יותר גדולה ובולטת מאשר בעבירות אחרות. ואשר על כן, גם בצנעא וגם שלא בשעת גזירות מלכות מתקדש שם שמים במיוחד בעבירות הללו, כשמוסר נפשו ואינו עובר עליהן.

ה.

בהסבר האמור בשיטת הרמב״ם יעלה בידינו להבין גם עיקרה של הלכה זו שהזכרנו, שהיא עמומה ביותר, כפי שכבר עמדו בזה מפרשי הרמב״ם:

1. כאמור, מחלק הרמב״ם בין שייחדו את זה שנתחייב מיתה לבין שייחדו מי שאינו חייב מיתה. וזוהי שיטת ריש לקיש בירושלמי, בניגוד לדעת ר׳ יוחנן שם, הסובר שגם אם אינו חייב מיתה יתנו אותו להם, מאחר שייחדוהו. פסק זה הוא איפוא שלא לפי הכלל הנקוט בידינו, שהלכה כר״י לגבי ר״ל חוץ מג׳ הלכות (יבמות ל״ו א). אף אם נאמר שאין כלל זה אלא ביחס למחלוקתם בש״ס הבבלי ולא בירושלמי (נוב״י קמא, א״ע סי׳ נט) - עדיין אינו מובן על כל פנים מהיכן לקח הרמב״ם היסוד להכריע בזה דוקא כדעת ר״ל.

   הכ״מ (יסוה״ת פ״ה ה״ה) מסביר זאת: ״משום דהוי ספק נפשות ולהחמיר, שלא ימסרוהו בידים בידי עכו״ם״. אך ע״ז תמה בחמדת שלמה (הנ״ל, ו), שהרי חומרא זו שאתה מחמיר יש בה קולא מצד אחר, שנמצא כולם נמסרים להריגה.

2. משום מה יהא מותר למסור לעכו״ם את המבוקש על ידם גם כשהוא חייב מיתה. שהרי בפשוטו המדובר כשאינו חייב מיתה בדיני ישראל, שאם כן - אין זו צריכה לפנים. והרי הרמב״ם גם הדגיש, וגם זה עפ״י המבואר בירושלמי שם, שגם באופן זה אין מורין להם כן לכתחילה. ואילו היה חייב מיתה בדיני ישראל מה טעם שלא להורות להם גם לכתחילה? בהכרח שהמדובר כשחיובו מיתה אינו אלא לפי חוק העכו״ם ומשפטיהם, ואילו בדיננו, אין עליו חיוב מיתה כל עיקר. ואם כן, משום מה הותר למוסרו לידם למיתה, והרי אנו מוסרים למיתה אדם שאין עליו משפט מות? ומה הבדל בדבר אם מבקשים למסור לידם אדם שגם בדיניהם אינו חייב מיתה לבין זה שבדיניהם הוא חייב, מאחר שלפי דיני ישראל על כל פנים אינו בן מות, באופן שמוסרים למיתה אדם חף מפשע.

כדאי לציין גם הדעה, המופלאה לכאורה, שהובאה בס׳ האשכול (ח״ג ה׳ ע״ז, עמ׳ 911), שיש מי שאומר שגם בשפ״ד, כל שהוא להנאת עצמם אין חייבים במסי״נ. ושיטה זו תמוהה ביותר, ועמד ע״ז בס׳ אור גדול (עמ׳ יא ד״ה ועתה) איך יתכן להתיר שפ״ד מצד שהנכרי עושה להנאת עצמו, מאחר שהחיוב במסי״נ בשפ״ד מסברא הוא נלמד. סברא זו שייכת גם כאן. וכמו שפשוט לו דבר זה לבעה״מ כפי שהובא לעיל, שאעפ״י שבג״ע מתיר להנאת עצמו, לא מצא היתר מטעם זה בשפ״ד, כיון שהוא מסברא, כנ״ל.

www.eretzhemdah.org

ו.

בס׳ אחיעזר (ח״ב, סי׳ טז ה) מעלה שהרמב״ם הכריע כדעת ר״ל מהברייתא הידועה שנחלקו בה ר״ע ובן פטורא (ב״מ סב א) בשנים שהיו מהלכים במדבר וביד אחד מהם קיתון של מים אם שותים שניהם מתים, ואם האחד שותה מגיע ליישוב. דעת בן פטורא היתה: מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה האחד במיתתו של חבירו. ואילו ר״ע דרש ממש״נ ׳וחי אחיך עמך׳ - חייך קודמים. והרי כאן, שהקיתון ביד אחד מהם, הרי זה כאילו ייחדוהו לאחר למיתה. ואעפי״כ אילו לא דרשת הכתוב, שמביא ר״ע, היה אסור לו להחזיק את הקיתון לעצמו, ואעפ״י שלא היה עושה כל פעולה למסור חבירו למיתה - ואם כן כל שכן שאין למסור את השני בידים למיתה. וכן גם למסקנא שדורשים מן הכתוב, חייך קודמים, לא שמענו אלא בדומה לקיתון של מים שאינו עושה מעשה בידים למסור חבירו למיתה.

כן העיר שם עוד בספר הנ״ל במה שפשיט להם לתוס׳ (יבמות נד א, תוד״ה אין אונס), שאם אומרים לו הנח עצמך להזרק על התינוק שימעך אינו חייב למסור עצמו למיתה, כיון שאינו עושה מעשה בידים. ואילו בעניין קיתון של מים, לדעת בן פטורא היה חייב למסור עצמו למיתה ולתת מן הקיתון שבידו לחבירו, ורק מכוח הכתוב, כדרשת ר״ע, שמענו שבאופן זה, שהוא בשב ואל תעשה אינו חייב. ואין לנו עדיין מזה להתיר שימעך את התינוק ע״י שיתן עצמו שיזרקוהו עליו.

(ראוי לציין שאחה״ע, מבסס ההשקפה הלאומית היהודית החילונית, ראה בדברי ר״ע בברייתא זו את הדוגמא להשקפת מוסר היהדות שגישתה היא, לדעתו, מסולקת היחס הסובייקטיבי, ומעמידה את המוסר על בסיס אובייקטיבי של הצדק המוחלט. וכך הם דבריו (עפ״ד ח״ד):

> אין אנו יודעים מי היה בן פטורא. אבל אנו יודעים את ר״ע, ובטוחים אנו בו שרוח היהדות מדברת מתוך גרונו. בן פטורא האלטרואיסט אינו מוקיר חיי אדם כשהם לעצמם. ונוח לו שיאבדו שתי נפשות במקום שמלאך המות אינו דורש אלא אחת, ובלבד שינצח רגש האלטרואיסמוס. אבל מוסר היהדות מסתכל בדבר מתוך השקפה אובייקטיבית: כל מעשה שיש בו איבוד נפש רע הוא, אף אם יוצא מתוך רגש טהור של אהבה ורחמים... ובענין שלפנינו שאפשר להציל אחת משתי הנפשות, חובה מוסרית היא על כן, להתגבר על רגש הרחמים ולהציל, את מי? - הצדק אומר, מי שהיכולת בידו להציל את עצמו...

אך לדעתי אין שייכות לברייתא זו עם העניין הנידון. וראיה פשוטה לדבר, שאם כן, הרי קשה מברייתא זו לדעת ר׳ יוחנן שדעתו מנוגדת הן לבן פטורא והן לר״ע. לדעת בן פטורא הרי גם בקיתון של מים חייב למסור עצמו למיתה, מכל שכן שאסור למסור לעכו״ם שייחדוהו למיתה. ואף לר״ע, הרי לא למדנו מן הכתוב אלא באופן שהוא בשב ואל תעשה, שהרי אינו עושה מעשה בידים למסירת חבירו למיתה, מה שאין כן בנידון של מחלוקתם של ר״י ור״ל, שמוסרים בידים את האחד למיתה.

אלא שבאמת השאלה שבברייתא היא אחרת. וזה כלשונו של בן פטורא (שאם אמנם אין לנו ידיעות מפורטות עליו, אולם דומה שמספיק שמופיע בברייתא כבר-פלוגתא של ר״ע, בכדי לדעת שלא זרה לרוחו השקפת היהדות ומוסרה...):

מוטב **שישתו שניהם** וימותו... היינו, שהשאלה העומדת כאן היא שע״י שיחלקו ביניהם את הקיתון המים נמצא שחיי חבירו מוארכים לזמן מה, אלא שזה יגרום לו עצמו שלא יוכל להגיע ליישוב. והרי לעניין פיקוח נפש ההלכה היא שאפילו לצורך חיי שעה השבת נדחית (יומא פה א), וכן כל שאר המצוות ממה שנאמר ׳וחי בהם׳ (שם, ב) ונמצא שלפני המחזיק בקיתון המים קיימת מצוות הצלת חיי שעה של חבירו (סנהדרין עג א), שמכוחה יש לחייבו להתחלק עם חבירו במים. ואין אתה יכול לפוטרו מחיוב זה מצד פקו״נ של עצמו, שהוא ממה שנאמר ׳וחי בהם׳, שהרי כתוב זה כשם שנאמר עליו כן נאמר גם על חבירו. שע״י כך שאתה מאריך את חייך, נמצאת מקצר ימיו של חבירך, שאף הוא נפשו חביבה לפני המקום (שם עד א, רש״י ד״ה מאי חזית). הרי זו איפוא שאלה כבדת הכרעה. ובאה איפוא דרשת הכתוב לפי ר״ע: ׳וחי אחיך עמך׳ - חייך קודמים, שיש להעדיף את האפשרות של ההצלה המלאה שלו ע״י שישתה רק הוא ויגיע ליישוב, על חיי השעה של חבירו)

וכל זה בדוגמא שלפנינו בברייתא של קיתון של מים. ולא כן בנידון ההלכה של הרמב״ם שנחלקו בה, כאמור, ר״י ור״ל. בזה ע״י זה שלא נמסור לידי הנכרים את האדם שייחדוהו לא נרויח כלום, ואף חיי שעה של אחד מהם לא יוארכו ע״י״ז. שיש להציל לפחות את האחרים, הניתנים להצלה, ואין לזה שום קשר עם המחלוקת של בן פטורא ור״ע.

ז.

אכן עפ״י מה שנתבאר לעיל בדברינו יוצא, שעבירה זו של שפיכות דמים יש בה שני אופנים של חיוב מסירות נפש: א) במקום שע״י שימנע הוא מלהרוג את חבירו ישאר הלה בחיים. בזה החיוב הוא מצד הסברא ״מאי חזית דדמא דידך סומק טפי, דילמא דמא דחברך סומק טפי״. ובזה ודאי אין מקום להבחין מהי כוונת העכו״ם. ואף שכוונתו רק להנאת עצמו אין שום יסוד להעדיף חיי עצמו על חיי חבירו; ב) כשהלה שייחדוהו למיתה ממילא לא יינצל, כמתואר ברמב״ם שם, שאם לא ימסרוהו יהרגו כולם ואף הוא עמהם, בזה אין החיוב מכוח הסברא של ״מאי חזית״ וכו׳. כי, כאמור, הרי גם הוא יהרג עמהם. אכן עדיין גם באופן זה קיים עכ״פ ההיקש מעריות ואפילו אם אין נדרשים לעשות מעשה רציחה בידים רק גרם-רציחה, מכל מקום חייבים למסור עצמם למיתה מכוח מצות קידוש השם.

אכן, כיון שזהו מדיני קידוש השם, הרי בזה קיים, כאמור לעיל, הבדל בין שמכוונים להעבירו על דת, לבין שמכוונים להנאת עצמם. ורק אם כוונתם להעביר על דת הוא ששייך ענין של קידוש השם. ועל כן, אם האחד שייחדוהו שימסרוהו להם למיתה אינו חייב מיתה גם לפי דיניהם ומשפטיהם - הרי אז כל עיקר רצונם אינו אלא להתעלל ביהודים, ומה שייחדוהו הרי זה כדי לשימנו ללעג ולקלס שבמו ידינו מוסרים להם את אחינו - בשרנו להריגה, בזה קיימת מצות קידוש השם בכל תקפה. להראות שאין אנו מוכנים לקנות חיינו במחיר נפש מישראל. מה שאין כן,

www.eretzhemdah.org

כשהלה שייחדוהו חייב מיתה בדיניהם - הרי אז מה שמבקשים שנמסרנו לידיהם אין לראות בזה שום כוונת הקנטה והוזלה, אלא להנאתם מתכוונים, ממילא לא שייך בזה קידוש השם. לפיכך לדעת ר״ל מותר גם למוסרו בידים.

נתבאר איפוא יפה ההבדל שבין אם זה שייחדוהו חייב מיתה בדיניהם לבין אם אינו חייב גם לפי דיניהם. ומאחר שהדיון הוא אם יש בזה חיוב מסי״נ מצד מצוות קידוש השם, יובן יפה גם מה שהתקשינו בדברי הכ״מ, שמשום כך פסק הרמב״ם כר״ל משום ספק נפשות לחומרא. והתקשינו, הרי חומרא זו יש בה קולא מצד אחר: כי כבר העלה בס׳ תרומת הדשן (סי׳ קצט) שבעניין ספק דיהרג ואל יעבור מכוח מצות קידוש השם, לא שייך הכלל הנקוט בידינו ספק נפשות להקל. שהרי במצוה זו לא הקפידה תורה על נפשו של אדם. אדרבא, חייבתו למסור נפשו ולקדש שם שמים על זה. ולכן, בספק זה אם מותר למסור את הלה להריגה, שהצד השני הוא, שמא אסור למוסרו אלא כולם חייבים לקדש שם שמים ע״ז, בזה ההכרעה היא לחומרא, שלא למוסרו ולקדש בזה שם שמים.

עפ״י האמור יוצא, שהדעה שהובאה בס׳ האשכול, שהזכרנו לעיל, שגם בשפ״ד קיים ההיתר כשהעכו״ם מתכוון להנאת עצמו, דעה זו אינה מופרכת, ומוסברת מאוד, ומהווה את היסוד להלכה הנ״ל של הרמב״ם. אלא שזה אמור באופן שאין קיימת הסברא של ״מאי חזית״ וכו׳, היינו באופן שכולם נהרגים ממילא - בזה, אם כוונת הנכרי להנאת עצמו, והיינו, כנ״ל, כשנתחייב אותו שמבקשים את נפשו למיתה לפי דיני הנכרי, אז אין בזה החיוב של מסירות נפש.

*

ההיסטוריה הישראלית הרוויה דם יודעת מקרים רבים מעין אלה בהם הועמדה במבחן אחדות הכלל, ומסירותו עבור היחיד. במיוחד רבו הסיפורים על ימי השואה שעברו על עמנו בדור זה. כשהנאצים הארורים דרשו מפעם לפעם מראשי הקהל שימסרו לידם מספר יהודים להריגה, בהבטחה שכאילו ע״ז לא יאונה לאחרים כל רע. והיתה זו תחבולת-און לשסות את הנתונים למות איש ברעהו, בכדי להתישם, לפוררם ולהקל עליהם את מלאכת ההשמדה הכללית.

לצערנו ידועים גם מקרים בהם נתפתו יחידים ולא עמדו בנסיון האיום שהועמדו בפניהם. לא נבוא בזה, ח״ו, לדון את התנהגותם בתנאים הבלתי-אנושיים שהיו נתונים בהם. אולם ידועים גם ידועים מקרים של ראשי קהלות ופרנסי הציבור, שבחרו לקדש שם שמים ולא נענו לדרישות השטניות של המרצחים, הי״ד, ונזכה לקדש שם שמים באורחות חיים של קדושה וטהרה. ויקוים בנו הכתוב: ,וראו כל עמי הארץ כי שם ה׳ נקרא עליך ויראו ממך״.

סימן צד : מצות קריאת שמע למי שתורתו אומנותו א.

מתני׳ שבת ט׳ ב: לא ישב אדם לפני הספר וכו׳ ואם התחילו אין מפסיקין (אלא יגמור ואח״כ מתפלל, ובגמרא מפרש בדאיכא שהות לגמור קודם שיעבור הזמן, רש״י). מפסיקים לקר״ש (דאיתא מדאורייתא, רש״י) ואין מפסיקין לתפלה. עכ״ל המשנה.

ובגמרא (אסיפא דמתני׳ דמפסיקין לקר״ש ואין מפסיקין לתפלה) הא תנא ליה רישא אין מפסיקין (ולגבי תפלה קיימינן, ולמ״ל ליהדר ולמיתני ואין מפסיקין לתפלה רש״י). סיפא אתאן לדברי תורה דתניא חברים שהיו עוסקים בתורה מפסיקים לקר״ש ואין מפסיקין לתפילה. א״ר יוחנן ל״ש אלא כגון רשב״י וחבריו שתורתן אומנותן, אבל כגון אנו, מפסיקין לקר״ש ולתפלה (הואיל ומפסיקין תורתנו לאומנותנו, כש״כ שנפסיק לתפלה, רש״י). עכ״ל הגמרא.

ובתוס׳ שם ד״ה כגון רשב״י וחבריו. והא דאמר לקמן כי הוה מטי עידן צלויי לביש ומכסה ומצלי, ההוא מצלי - היינו קר״ש. עכ״ל.

והיינו, דהא דאמרינן דכגון רשב״י וחבריו אין מפסיקין לתפלה, היינו שלא היו מפסיקים לתפלה גם בדליכא שהות, ולא התפללו כלל. דאי בדאיכא שהות, והא דלא הפסיקו לתפלה, היינו שהיו מתפללים בסוף הזמן, בזה הרי גם אנו אין מפסיקין, כדכתבו התוס׳ שם (ד״ה כגון אנו) בהא דא״ל ר׳ זירא לר׳ ירמי׳ מסיר אזנו משמוע תורה וכו׳ י״ל דמיירי דעדיין לא היתה השעה עוברת. (ולמדו זאת מהא דאמרינן בהני דרישא דמתני׳ שלתפלה אם התחילו אין מפסיקין ויתפללו לאחר שיגמרו, כנ״ל מרש״י). וא״כ ע״כ דרשב״י וחבריו היו פטורים מתפלה מכל וכל.

ונראה, דהא דאמרינן ״כגון אנו מפסיקין לקר״ש ותפלה״ גם לקר״ש אין מפסיקין אלא בשהשעה עוברת, דומיא דתפלה, דכל דאיכא שהות אין מפסיקין אעפ״י שקר״ש דאורייתא, (ועדיף בזה מהעוסקין במלאכות דרישא דמתני׳, דבעי לאוקמי דעלה קאי הא דאמרינן במתני׳ מפסיקין לקר״ש, דזהו כשאין השעה עוברת, דהרי רק בכה״ג הוא דאמרינן לענין תפלה שאם התחילו אין מפסיקין, כנ״ל בק״ש. דהתם התחילו באיסור, משא״כ בת״ת דאין איסור להתחיל לפני התפלה, וכדלהלן בר״ן). דאל״כ הרי מצינן לאוקי סיפא דמתני׳ בכגון אנן שעוסקים דאיכא שהות, ומכש״כ מהני דעוסקין במלאכות. אע״כ נקטין התוס׳ דלדידן כל שאין השעה עוברת אין מפסיקין לא לתפלה ולא לקר״ש. וכשאין שהות מפסיקין גם לתפלה. ואילו רשב״י וחבריו מפסיקין לקר״ש כשהשעה עוברת, ואין מפסיקין לתפלה כלל ועיקר.

ב.

וכן היא דעת הר״ן שהביא מבעה״מ, דסיפא דמתני׳ מיירי בדליכא שהות, ושלא כמו דרישא דמיירי בדאיכא שהות, שרק לתפלה הוא דאמרינן שם אם התחילו אין מפסיקים, ואילו לקר״ש גם אם התחילו מפסיקין. דליכא למימר דסיפא נמי מיירי בדאיכא שהות, שא״כ ״כגון אנן אמאי מפסיקים, וכי אסור לעסוק בתורה קודם שיתפלל״. והיינו דאפי׳ תימא דאין ללמוד עוסקים בת״ת מהא דאמרינן בהני מלאכות אם התחילו אין מפסיקין, אף שהתחילו באיסור, מ״מ מאחר שאין איסור לעסוק בתורה קודם שיתפלל, א״כ הרי זה תמיד בגדר התחיל בהיתר, ובזה ודאי לא יתכן

www.eretzhemdah.org

לחייב להפסיק כל היכא דאיכא שהות. ומאחר וברור שלתפי׳, כגון אנן, נמי אין מפסיקין כל דאיכא שהות, מוכרח דהכי נמי לענין ק״ש אין מפסיקים, כל כה״ג דאיכא שהות, דאל״כ הוי מצי לאוקמי מתני׳ ב״כגון אנן״, ובדאיכא שהות דמפסיקין לקר״ש ואין מפסיקין לתפלה. אע״כ כנ״ל, כמו לתוס׳, דק״ש ותפלה שוין למי שעוסק בתורה, דכל דאיכא שהות אין מפסיקין. אולם בשהשעה עוברת מפסיקין הן לקר״ש והן לתפלה. ורשב״י וחבריו, מפסיקים לקר״ש בדליכא שהות, ולתפלה אין מפסיקין כלל. וזה כשיטת התוס׳ בכל.

ג.

ולא כן היא שיטת הרמב״ם שכ׳ לענין קר״ש לחלק בין בעלי האומנויות לבין עוסקים בתורה, ולא חילק בזה בין רשב״י וחבריו לבין ״כגון אנו״. וז״ל שם (פ״ב ה״ה, ו): היה עוסק בת״ת והגיע זמן קריאת שמע פוסק וכו׳. היה עוסק באכילה, או שהיה במרחץ, או שהיה עוסק בתספורת וכו׳ גומר, ואח״כ קורא קר״ש. הרי שבעוסק בת״ת ס״ל שחייב להפסיק מיד משהגיע זמן קר״ש, ובזה אין הבדל בין ״אנו״ לבין רשב״י וחבריו. והסביר הטעם בלח״מ (שם הל׳ ו): ״דת״ת לא מיקרי פוסק מענייננו, **דקר״ש נמי קריאת התורה היא**, ומ״ש האי קריאה מהאי קריאה״. וע״כ במובן זה, יותר מקילינן בעוסק בכל הני התעסקויות שכל שהתחיל, אפילו באיסור, אי״ח להפסיק ולא כן בת״ת שמיד שיגיע הזמן מפסיק.

וכן לענין תפלה הוא דמחלקינן בין רשב״י וחבריו ל״כגון אנן״, דכן כתב בה׳ תפלה (פ״ו הל׳ ח): מי שהיה עוסק בתלמוד תורה והגיע זמן התפלה פוסק ומתפלל. ואם היה תורתו אומנותו ואינו עושה מלאכה כלל, והיה עוסק בתורה בשעת תפלתו אינו פוסק, שמצות ת״ת גדולה ממצות תפלה וכו׳.

היינו שלדידן יש להפסיק תלמודו מיד משהגיע זמן תפלה, ובדומה למה שאמרנו בענין ק״ש שמיד מפסיק משהגיע הזמן. ובתורתן אומנותן, אין פוסקים כלל.

שונה, איפוא, שיטת הרמב״ם מהר״ן והתוס׳, דלדידהו בתלמוד תורה גם כשחייב להפסיק, וזה ברשב״י וחבריו - רק לקר״ש, ולדידן - גם לתפלה, אין החיוב אלא כשהשעה עוברת. ואילו לרמב״ם בת״ת לכל מה שחייב להפסיק, דהיינו לרשב״י וחבריו - לקר״ש, ולדידן - גם לתפלה, חייב להפסיק מיד משהגיע הזמן, ושונה בזה מהעוסקים במלאכות וכיו״ב ״דמ״ש האי קריאה מהאי קריאה״, וכנ״ל.

מאידך, מוסכם הוא לכל השיטות, לפי הגמרא דילן, שגם רשב״י וחבריו אינם נפטרים אלא מתפלה, ואילו בקר״ש שהיא מן התורה חייבים להפסיק.

ד.

נמצינו למדים שלענין תלמוד תורה אין קיימת ההלכה הקיימת במצוות אחרות העוסק במצוה פטור מן המצוה (סוכה כ״ה א), וכן שקריאת שמע אינה שונה בזה משאר מצוות, דכשם שאין נפטרים בעוסק בת״ת מכל המצוות, כן אינו נפטר מקר״ש. ועל כן גם מי שעוסק בתורה ואפילו מי שתורתו אומנותו, אינו נפטר מקר״ש.

יסוד זה מבואר במס׳ מו״ק (ט׳ א-ב) דעוסק בת״ת אינו נפטר ממצוה אחרת שבאה עליו, כל שאינה יכולה להעשות ע״י אחרים. ויליף זאת מפסוקים שבס׳ משלי. אכן בתוס׳ שם כתבו וז״ל: כאן במצוה שאי אפשר לעשותה ע״י אחרים, עשיית מצוה עדיף, שהרי מפסיקים אפילו לרשב״י לעושה סוכה ולולב כדאיתא בירושי׳ (פ״ק דשבת סוף הל׳ ב). אבל בהפסקה דתפלה וקר״ש אין מפסיקים לרשב״י, ובירושי׳: זה שננו וזה שננו, ואין מפסיקים שננו מפי שננו, עכ״ל.

הנה, בהסתמך על הירושי׳, העלו התוס׳ לחלק בין שאר מצוות לקריאת שמע, ומטעם שנתבאר שם. וכבר העיר ע״ז בגהש״ס מרע״א: להדיא איתא בשבת דף י״א ע״א דלק״ש מפסיקים, וצ״ע. והיינו דלגמרא דילן, גם רשב״י אינו נפטר מקר״ש כשאין נפטר מכל המצוות שמוטלות על האדם, ואינן יכולים להעשות ע״י אחרים. ופלא שהתוס׳ התעלמו מזה, והעתיקו את האמור בנידון בירושי׳ שמחולק בזה עם הבבלי, בנימוק שזה שינון וזה שינון (זהו הלשון בירושי׳ שלפנינו), ואין מבטלין שינון מפני שינון.

(אין לשאול על הלח״מ שהובא לעיל, שמשתמש בדיוק באותו נימוק ״האי קריאה והאי קריאה״ דכיוון הפוך, שמהאי טעמא חייב להפסיק. כי הנושאים שונים. הלח״מ דן באופן שחייב להפסיק, דזה לפי גמרא דילן, שמשוה קר״ש לשאר המצוות, ואין השאלה אלא אם נחייבנו רק בסוף הזמן - כשהשעה עוברת או מיד משהגיע הזמן, ולזה נימק שמאחר וחייב להפסיק וגם בבוא הזמן האחרון יצטרך רק עכ״פ להפסיק לימודו, דזה אמרינן דמוטב שיפסיק מיד. משא״כ הירושי׳ דלשיטתו אינו חייב להפסיק כלל, וגם בשהשעה עוברת, שפיר נימק שמאחר ש״זה שינון וזה שינון״, אין להעדיף את מצות קר״ש על ת״ת, ושונה בזה מצות קר״ש משאר מצוות שחייב בהם להפסיק).

ה.

שמענו עכ״פ מכל האמור, שנחלקו הבבלי והירושי׳ בענין רשב״י, אם רשב״י חייב בקר״ש או לא, דלירושי׳ לא חייב גם בקר״ש. ויש לעיין במה תלי׳ מחלקותם.

כן יש לעיין, לפי הירושי׳, איך תתפרש משנתנו: מפסיקים לקר״ש ואין מפסיקים לתפלה, שכנ״ל בגמרא דילן, לא נמצא לזה דרך פירוש אלא שהמדובר ברשב״י וחבריו שתורתן אומנותן, שעל כן נפטרים הם מן התפלה, ולא כן מקר״ש שהיא מן התורה. אך לפי הירושלמי הרי רשב״י כשם שפטור מן התפלה כן פטור הוא מקר״ש ד״זה שינון וזה שינון״, א״כ אין לפרש המשנה כאוקימתא של הבבלי. וכבר נתבאר לעיל, שכדמוכח מסוגיין אין אפשרות גם לאוקמי ב״כגון אנן״ דלדידן יש להפסיק גם לענין תפלה, א״כ מתני׳ במאי מוקמי לה אליבא דירושי׳, וצ״ע. ועיין ביפ״ע מה שהעיר. וע״ע במרה״פ לברכות באותו ענין. עוד ק׳, דהרי דעת הירושי׳ נסתרת מהעובדא שמסופר בגמרא דילן, דציינו התוס׳ בסוגיין, דנאמר שם כד מטי עידן דצלותא הי׳ מתלבש ו״מצלי״, ואם אמנם הפירוש מוכרח כדכתבו התוס׳

www.eretzhemdah.org

דהיינו לענין קר״ש ולא לתפלה ממש, עכ״פ חזינן שלא התבטל מק״ש ואילו לפי הירוש׳ הרי גם לקר״ש לא הפסיק. וקשה לומר דהירוש׳ פליג על עצם העובדא.

מן הראוי גם לעיין בתוכן המחלוקת שבין התוס׳ והר״ן לרמב״ם, דלדידהו הא דמפסיקין מת״ת כשיש חיוב, הוא רק כשהשעה עוברת, ואילו לרמב״ם, כל שהוא חייב בכך, חייב להפסיק מיד בהגיע הזמן, ובמה נחלקו. וכל זה צ״ע.

ו.

נתבאר לנו, שלגבי עוסק בת״ת אין קיים הכלל שעוסק במצוה פטור מן המצוה כל שהמצוה היא חובת גברא. ולא נחלקו (הבבלי והירוש׳) אלא לענין ק״ש, אם היא ג״כ דומה לשאר המצוות (הבבלי) או שונה מהן (הירוש׳). עכ״פ צריך ביאור משום מה אין אומרים גם בת״ת שעוסק במצוה פטור מן המצוה.

המאירי (בסוגיין דשבת, וכן בסוגיא דמו״ק) כ׳ וטעמא דמילתא, מפני שאם לא יעשה המצוה הבא עליו הרי זה בגדר לומד ע״מ שלא לעשות. דבריו לקוחים מהירוש׳, דזו היתה קושיה, איך פטר עצמו רשב״י מק״ש, והרי זה כלומד ע״מ שלא לעשות. (ובזה תירצו כנ״ל ״זה שינון וזה שינון״ וכו׳).

ז.

וראיתי בקה״י (שהביא בסוף דבריו הירוש׳ הנ״ל ונימוקו) שכ׳ בקיצור טעם אחר. והוא: דשונה מצות ת״ת משאר המצוות, שבת״ת נקטינן דרשאי להתבטל מת״ת, כשעוסק בדרך ארץ לצורך קיומו, דאין הפירוש שבאותה שעה שעוסק בד״א, נפטר מת״ת מדין ״אנוס״. אלא ילפינן מקראי, דכל עיקר החיוב של תלמוד תורה לא חל עליו אך ורק בזמן הפנוי שעומד לרשותו. ואילו במצוה אחרת כשאינו יכול לקיימה בשל איזו סיבה, אמנם פטור הוא אך אין זה אלא מטעם דאונס רחמנא פטרי׳. ועל-כן שונה בזה שיש לפניו מצוה לעשות והוא עוסק בתורה, דאמרינן תדחה ת״ת מפני המצוה דכיון דהוא מתבטל מת״ת בגלל קיום המצוה, הרי באותה שעה רואים אותו כפטור מן המצוה דת״ת, שזו אינה מוטלת עליו בשעה זו שעוסק במצוה. משא״כ אם נאמר שימנע מלקיים המצוה בגלל הלימוד, הרי אז נראה את זה שנפטר מן המצוה בבחינת אנוס, כי בעצם אינו נפטר ממנה, רק מצד האונס. וע״כ מן הראוי לקיים המצוה, דביטול הת״ת בכה״ג אינו בגדר אנוס, אלא שאינה מוטלת עליו בשעה זו שמקיים המצוה. עכת״ד.

ושוב הביא הירוש׳ הנ״ל שדן מצד הלומד ע״מ שלא לעשות, ושלא כדברינו. וכ׳ בטעמו של הירוש׳ שהוקשה לו מלומד ע״מ שלא לעשות, שלכאורה אינו מובן, שהרי הוא עוסק במצות ת״ת ומשו״כ פטור הוא ממצוה זו שבאה עליו, דהירוש׳ סובר שעיקר חביבות ת״ת הוא משום דתלמוד גדול שמביא לידי מעשה, ומשו״ה הלומד ע״מ שלא לעשות הוי גרעון, מגוף מצות ת״ת וכו׳. דע״י חסרון בקיום המצות מתהווה חסרון בגוף מצות ת״ת וכו׳ (קה״י לשבת סי׳ י״א).

ח.

אך עם כל אריכות הסברו את הירוש׳ עדיין אין הבנה לדברים, דמשו״מ יתהווה חסרון בתלמוד התורה, שהיא מצוה שעכ״פ אינה נופלת משאר המצוות, וכיון שעסוק בה פטור הוא ממצוה אחרת, א״כ מאי לומד ע״מ שלא לעשות איתא כאן, ובמה גרוע העוסק בתורה שעי״ז פטור הוא ממצוה אחרת, מעוסק דעלמא, שעל ידה ג״כ נפטר ממצוה אחרת, שבאה עליו. ומכל מקום צ״ע אמאי מיאן הירוש׳ מלקבל הסברו של הקה״י.

ט.

והנראה בזה דאכן צדק הירוש׳ שלא נקט כהקה״י, כי באמת אין שום חילוק בין עוסק במצוה שפטור מן המצוה לבין אם נבא לפטור המצוה ע״י קיום מצות ת״ת. וזה משני טעמים: חדא, דהא דעוסק במצוה פטור ממצוה אחרת, אין הפטור מגדר אנוס, כי באמת בפרק שעוסק במצוה אחרת אין התורה מחייבתו כלל במצוה זו שבאה עליו אח״כ. שהרי מקרא למדנו (סוכה כ״ה א) ממש״נ ״בלכתך בדרך״ דרק בלכתו בדרך דידי׳ התורה מחייבתו, ואילו כשהולך בדרך של מצות השם אין מחייבים אותו כלל. א״כ נמצא שגם אם עוסק בתורה שהיא מצוה ונפטרנו ממצוה הבאה עליו, אין הפירוש שיפטר ממנה מגדר אנוס, אלא שגם בזה נאמר שכל כה״ג אין התורה מחייבתו.

י.

והכי מוכח ממה שהעלה הריטב״א (סוכה שם) דכל עיקר דאיצטריך קרא לפוטרו מן המצוה כשעסוק במצוה (דזה גם מסברא ניתן להלמד, דמאי אולמא מצוה זו ממצוה שעוסק בה) אלא לאשמעינן, דגם אם ירצה לבחור במצוה השניה ולהניח מלעשות המצוה שעסוק בה, אינו רשאי. ואי תימא דכל הפטור של עוסק במצוה ממצוה האחרת אינו אלא מגדר אונס, כי אז למה באמת לא יוכל להניח מצוה זו ויעסוק בשניה, ויפטר מהראשונה מגדר אונס, ומאי אולמא מצוה זו שעוסק בה שאינו רשאי להניחה כלל, כיון שגם המצוה השני׳ מוטלת עליו בעצם ואינו נפטר ממנה אלא מצד אנוס. הא חדא.

ועוד, שהרי הא דאמרינן דאין ת״ת פוטרת ממצוה שהיא חובת גברא, הוא גם בכה״ג שע״י שיצטרך לעסוק במצוה זו שבאה עליו, לא יוכל לקיים באותו יום מצות ת״ת כלל וכלל, בגוונא שהמצוה האחרת תתפוס לו כל היום, דבכה״ג הרי לא יתכן לומר שאינו חייב כלל בת״ת, שלא אמרו אלא שבעה״ב יוצא י״ח בפרק א׳ או בק״ש (ויובא להלן אי״ה בפרוטרוט) אך אם לא עסק בת״ת לגמרי, בזה אין הפטור אלא מגדר אונס; והרי מדסתם בגמרא דמו״ק משמע דגם בהאי גוונא נמי אמרינן שיתחייב במצוה הבאה עליו, ויצטרך להפסיק לימודו באותו יום, ולא יקיים מצות ת״ת כלל באותו יום. ותקשי דאמאי לא נימא בזה עוסק במצוה (כשהכין עצמו לת״ת דשייך גם ע״ז עוסק במצוה כדאמרינן בסוגיא דסוכה שם) יפטר מן המצוה שבאה עליו.

ובשלמא למ״ד דמקיים מצות ת״ת ע״י קריאת שמע, אין כאן קושי, דלגבי מצות קר״ש, שהיא מצוה ככל המצוות, כל שקורא את שמע לא יתחייב אותה שעה במצוה אחרת, דבקר״ש נקטינן דהיא מצוה ככל האחרות שבאו עליו. ע״כ

www.eretzhemdah.org

יפטר מהן בקר״ש, וממילא הרי קיים גם ת״ת ע״י קר״ש. אך לדעת המ״ד שאינו יוצא אלא בפרק א׳ שחרית (כדלהלן בדברי הר״ן נדרים ח׳) א״כ יצטרך להניח את תלמוד תורה ולעסוק במצוה המעשית, ולא יקיים כלל באותו יום מצות ת״ת, א״כ יהא הפטור מדין אנוס כמו בכל המצוות להסבר הקה״י, ובזה אין כבר העדיפות של שאר המצוות על ת״ת ותקום הקושיא אמאי לא נימא גם בת״ת עוסק במצוה פטור מן המצוה.

ומוכרח לומר שהוא דין מיוחד במינו שאין שום מצוה מעשית הבאה על האדם והיא חובת גברא נפטרת ע״י תלמוד תורה, והוא בהכרח כהסבר המאירי עפ״י הירושׁ׳ מצד דאל״כ הוי כלומד ע״מ שלא לעשות. אך הן קשה כנ״ל, מאי ״שלא לעשות״ שייך בזה, דבכה״ג הרי אינו חייב כלל מצד עוסק במצוות ת״ת, וצ״ע.

יא.

והנראה בכל הנ״ל. והוא בהקדם לבירור הסוגיות דמצוות ת״ת והפסק דהרמב״ם והשו״ע. בשו״ע (יו״ד סימן רמ״ו א) כ׳ המחבר: חייב לקבוע לו זמן לת״ת ביום ובלילה. והרמ״א הוסיף ע״ז: ובשעה״ד אפילו לא קרא אלא ק״ש שחרית וערבית קיים ״לא ימוש״.

ודבריהם לקוחים מהסוגיא דמנחות (צ״ט ב) דנחלקו ר׳ יוסי ורבנן במתני׳ לענין סדר סילוק והנחת לחה״פ. דלרבנן יש להניח החדש יחד עם סילוק הקודם. ולר׳ יוסי אפילו היה הפסק בין סילוק להנחה, כל שהיה באותו יום קיים מצות ״תמיד״. ואמרו ע״ז בגמרא א״ר אמי מדבריו של ר׳ יוסי נלמד (גם לענין ת״ת שנא׳ בו ליהושע: לא ימוש ספר התורה הזה מפיך והגית בו יומם ולילה) אפילו לא שנה אדם אלא פרק א׳ שחרית ופרק א׳ ערבית קיים מצות ״לא ימוש״. ור׳ יוחנן משמי׳ דרשב״י אמר אפילו לא קרא אדם אלא קר״ש שחרית וערבית קיים לא ימוש. וכו׳ עכ״ל הגמרא.

יב.

וברמב״ם (פ״א מה׳ ת״ת ה״ה) הביא להלכה דברי ר׳ אמי, והם הם דברי המחבר בשו״ע. וברמ״א העתיק להלכה גם דברי רשב״י. ובלח״מ הסביר דלמרות דבענין לחה״פ לא קיי״ל כר׳ יוסי, בענין ״לא ימוש״ שנאמר בת״ת לכו״ע מתפרש באופן הנ״ל שאין הכוונה לכל הזמן ממש - ״יומם ולילה״ - כל היום וכל הלילה. דהרי קיי״ל יפה תורה עם דרך ארץ, וא״כ מלאכתו מתי נעשית וכן כל צרכי האדם. ועל כן על כרחך זה מתפרש לחלק מהיום וחלק מהלילה. ובשנות אליהו להגר״א כתב (פ״א דפיאה מ״א) בהא דאמרו שם במתני׳ דתלמוד תורה הוא מהדברים שאין להם שיעור, דאין להם שיעור לא למטה ולא למעלה, דכתיב והגית בו יומם ולילה, וא״כ אין לה שיעור למעלה. ולמטה נמי, דפעמים בתבה אחת פוטר. והא דאיתא בגמרא קרא קר״ש שחרית וערבית כאילו קיים והגית בו יומם ולילה, לא בא לאפוקי שאינו יוצא בתיבה אחת. אלא קר״ש היא חיוב על כל א׳ לקרות קר״ש שחרית וערבית וע״ז אמרו אפילו דאם קרא וכו׳, כיון שיוצא בתבה אחת, היינו דאילו לא הוי כתיב והגית הוי אמינא שאינו צריך אלא תיבה אחת ולא יותר, אף שיש לו פנאי ללמוד, לכך נאמר והגית וכו׳ לומר שחייב אדם ללמוד תורה יומם ולילה. אך אם צריך לעסוק במצוה או בדרך ארץ שהיא ג״כ מצוה, אזי הוא פוטר עצמו בתיבה אחת, וכו׳. עכ״ל שנו״א.

ולפ״ז ר׳ אמי ור״י משמי׳ דרשב״י לא פליגי, דביסוד הדברים סגי בפרק א׳, והיינו אף בתיבה אחת. אולם רשב״י משמיענו שמאחר וחייב ממילא לקרא קר״ש שחרית וערבית, נמצא יוצא בזה גופא מצות ת״ת, ואינו צריך אפילו תיבה אחת. ונמצא דהא דכ׳ הרמב״ם כנ״ל שחייב לקבוע לו זמן ללמוד ביום ובלילה, הוא מצד עיקר הדין כר׳ אמי, אכן יוצא הוא בק״ש שחרית וערבית כדברי רשב״י. ודברי הרמ״א אינם אלא פירוט יתר של הלכה זו.

יג.

אכן בביאור הגר״א (שם סק״ו) אדברי הרמ״א שיוצא בשעה״ד בקר״ש כ׳ הגר״א בזה שלא כר״ן (נדרים ח׳ א) שכ׳ שם דאינו יוצא בקר״ש שחרית וערבית מצות תלמוד תורה, דכתיב ״ושננתם״ שפירושו שיהיו דברי תורה מחודדים בפיך, וזה אינו יוצא בק״ש. ומוסיף הגר״א דהר״ן יפרש הא דרשב״י במנחות דיוצא ידי ת״ת ע״י קר״ש לא אמר זאת אלא אליבא דר׳ יוסי.

והנה נ׳ מהגר״א דרק לגבי תוספת הרמ״א שגם בקר״ש יוצא הוא דהוי דלא כהר״ן, אבל בפרק א׳ שחרית וערבית, כמש״כ המחבר בשו״ע, גם הר״ן מודה.

וכוונת הדברים, דאיכא נפ״מ בין ר׳ יוסי לרבנן בחיוב מצות ת״ת. דלרבנן כל דיש לו פנאי אינו יוצא בפרק א׳, דיומם ולילה מתפרש לדידהו כפשוטו - לכל היום והלילה שהוא פנוי מדרכו דרך ארץ. (וע״כ, לדידהו אסור להתעסק בחכמת יונית מעצם הדין, ולא רק מגזרת ״ארור״). ואילו לר׳ יוסי עיקר החיוב ״דיומם ולילה ולא ימוש״ לא נאמר אלא למקצת היום והלילה. ואין חייב בת״ת כל הזמן הפנוי, (וע״כ לדעתו אין איסור בחכמת יונית רק מכח הגזירה, כדכתבו התוס׳ מנחות ס״ד ב ד״ה ארור). וע״כ מוכרח דר׳ יוסי לא ס״ל לדרשת ו״ושננתם״ - שיהו דברי תורה מחודדים בפיך, דהרי זה קאי על כל התורה כולה, וא״כ איך יתכן להפטר בזמן הפנוי, הרי עדיין לא קיים האי ד״ושננתם״. וע״כ לדידי׳ באמת כשם שיוצא בפרק א׳ (שהוא גם בתיבה אחת וכנ״ל) יוצא בעצם גם בקר״ש שבלא״ה הוא חייב בה מן התורה. משא״כ לרבנן, דהחיוב הוא כל הזמן הפנוי ומדין ״ושננתם״. א״כ גם כשאין לו זמן פנוי הרבה, מ״מ הזמן המועט שעומד לרשותו שעי״ז יקיים עכ״פ המצוה דת״ת, צריך להיות הלימוד בדרך ״ושננתם״, ולא ע״י קר״ש. זהו פירוש דברי הגר״א.

יד.

והנה כל זה אמור לפי הר״ן. אכן הרמ״א שהביא הא דרשב״י להלכה צ״ל, לפי ביאור הגר״א הנ״ל, שהוא לדעת הרמב״ם, ומפרש שאעפ״י שהרמב״ם לא הביא להלכה (פ״א מת״ת ה״ח) אלא החיוב ״לקבוע זמן לתלמוד תורה ביום ובלילה״, והוא כפי המימרא של ר׳ אמי, ולא הביא הא דאר״י משום רשב״י שיוצאים ידי חובה גם בקר״ש שחרית

www.eretzhemdah.org

וערבית, אין זה משום דלא ס״ל להלכה, אלא דאתי לאשמעינן רבותא, שמעיקר הדין גם ע״י פרק אחד (או אפי׳ תיבה אחת כדכ׳ הגר״א בשנ״א) יוצא י״ח.

והיינו משום דלא הביא להלכה הא ד״ושננתם״ כהר״ן שמתייחס לעצם דרך הלימוד, אלא לחובת הלימוד של **החכמים** לתלמידים בדרך ברורה (עי״ש הל׳ ב). ואילו חובת הלימוד בכל שעת הפנאי ״עד יום מותו״ מנמק הרמב״ם (שם הל׳ ט) משום שכל זמן ״שלא יעסוק בלימוד הוא שוכח״. ומכיון שלא קבוע התוכן של הלימוד, ע״כ גם בקר״ש יוצא י״ח שהרי גם זה לימוד. כ״נ הסבר המחלוקת של הרמב״ם והר״ן עפ״י הגר״א.

טו.

ועל פי זה נראה דתוסבר המחלוקת שבין הר״ן ואידך דקיימו בשיטתי׳ לבין הרמב״ם, אם בהני שעוסקים בתורה ואינם פטורים מקר״ש (או מתפילה) צריכים להפסיק מיד כשהגיע זמן קר״ש, כדעת הרמב״ם, או שחיובם להפסיק הוא רק כשהשעה עוברת. דלהרמב״ם כיון שמקיימים המצוה של ת״ת בכל זמן שלומדים, ובכל דרך שלומדים, ובעיקר - שאינם מסיחים דעתם ועוסקים בלימוד כל הזמן, כי אז אין הבדל לגבי הלימוד מתי יפסיקו, דכל תיבה ותיבה היא מצוה בפני עצמה, ע״כ מוטב שיפסיקו מיד עם בא הזמן ״דזה קריאה וזה קריאה״ (כהלח״מ) ולמה לא יפסיק מיד כשחלה החובה, ושאני מהא דעוסקים במלאכה וכיו״ב שהפסקה גורמת הפסד או טירחה יתירה. אכן לר״ן שזה מדין ״ושננתם״ - לימוד בדרך החידוד, הרי גם בת״ת שייך שכל הפסקה תגרום לטרדה והפסקת מהלך הדיון והשקלא וטריא, כשעומד באמצע הענין, ע״כ אין זה גרוע מעוסק במלאכה, ואין חובת ההפסקה, אלא כשעומד להפסיד את מצות קר״ש בעונתה.

טז.

וכן יוסבר לפי שתי השיטות גם יחד, הא דאין בת״ת הדין של עוסק במצוה פטור מן המצוה. דמאחר דצ״ל מצות תלמוד תורה הוא כל הזמן הפנוי, והיינו כל הזמן שאינו עסוק בדרך ארץ, אי איתא דיהי׳ גם בת״ת הדין של עוסק במצוה וכו׳, א״כ לא תהא אף פעם אפשרות שיקיימו מצוות אחרות, שהרי הלימוד הוא בלתי מוגבל וכל הזמן הוא בגדר עסק בת״ת, ומצוות למי ניתנו, ומתי יהי׳ ניתן לקיימן? על כרחך אתה אומר שתלמוד תורה נדחה מפני כל מצוה שאינה ניתנת לקיום ע״י אחרים.

יז.

והנה לענין קר״ש, דלהש״ס דילן גם רשב״י וחבריו אינם נפטרים ממנה, הרי זה מפני שקר״ש היא מצוה מעשית כסוכה ולולב, שהן חובת גברא, א״כ הרי גם זו בכלל כל המצוות שלגביהן אין דין עוסק במצוה פטור מן המצוה.

אכן הירוש׳ הרי סובר שגם מקר״ש הי׳ פוטר רשב״י, ונימוקו מבואר שם ״זה שינון וזה שינון״, שמשום זה הרי דין קר״ש שונה משאר המצוות. ולכאורה אינו מובן מה בכך שמצות עשה של קר״ש הוא ע״י דיבור, אבל הן מכל מקום זוהי מצוה שתכנה קבלת עול מלכות שמים, א״כ במה גרועה היא ושונה מכל המצוות כגון סוכה ולולב? וצ״ע לכאורה.

יח.

וצריך לומר דירוש׳ נוקט שמצות קר״ש בשעתה אינה עצם קבלת העול מ״ש אלא שזו מצוה של תלמוד תורה בענין קבלת עול מ״ש, וקבלת עול מ״ש היא **במחשבה**, אלא שחייבה תורה שבזמנים אלה ״בשכבך ובקומך״ יהיו מיוחדין ללמוד פרשיות אלה שבהם מדובר על חובה זו. אבל אין עצם הקריאה אלא תלמוד תורה שנושאו הוא קבלת העול מ״ש. ולפ״ז נחלק הירוש׳ עם הבבלי בתוכן מצות קר״ש, דלבבלי הקריאה היא היא קבלת עול מ״ש, ואינו יוצא במחשבה, אלא דוקא בדרך הקריאה של הפרשה (או הפסוקים, לכל מר כדאית ליה) בעוד שלירוש׳, הקריאה אינה אלא תלמוד תורה בנושא זה, ואילו קבלת עול המ״ש באה ע״י המחשבה. ואתי שפיר לשון הירוש׳ ותירוצו בקושיא, שהרי זה כלומד ע״מ שלא לעשות, כלומר שהקשה, מאי שנא מצות קר״ש משאר מצוות כגון לולב וסוכה, שאינו נפטר ע״י ת״ת, ומשני דאכן יש הבדל, כי זו אינה אלא מצוה מגדרי תלמוד תורה, וכיון שכן, שפיר י״ל שכיון שעוסק בתורה בלא״ה אין התורה מחייבת אותו להניח פרק שעוסק בו ולעסוק בדוקא בפרשה זו, והרי זה לגבי מצוה זו כדין עוסק במצוה פטור מן המצוה, כמו בכל מי שעוסק במצוה מסוימת שפטור ממצוה אחרת. וזהו שאמר הירוש׳ ״זה שינון וזה שינון״.

יט.

והנה שם עוד בירוש׳ ממשיך לדון בזה ומקשה דהרי אמרינן הקורא קר״ש שלא בעונתה לא הפסיד ״כאדם הקורא בתורה״, משמע דבעונתה עדיף מקורא בתורה. ומתרץ: א״ר יודן רשב״י ע״י שהיה חדיד (כן היא הגרסא לפנינו בירושלמי במס׳ שבת. וכ״כ שם בקה״ע, וכ״ז, אולם במס׳ ברכות - ״תדיר״ וכ״כ בפנ״מ שם.) בדברי תורה, לפיכך אינה חביבה עליו יותר מדברי תורה. ושוב מקשה דנראה דהקורא בעונתה חשיבה כמשנה. ומתרץ דרשב״י לשיטתו ״דרשב״י אומר העוסק במקרא מדה ואינה מדה, ורבנן סברי מקרא כמשנה״, עכ״ל הירוש׳.

ונראה פירושו, דאם אמנם תירצנו ״זה שינון וזה שינון״ וגם בקר״ש הינה בעיקר מצות תלמוד תורה, אך הרי נראה שקריאתה בעונתה עדיפה מסתם לימוד תורה, שזה שייך גם בקוראה שלא בעונתה, ומתרץ שאמנם קריאה בעונתה עדיפה מסתם לימוד תורה, שזה שייך גם בקוראה שלא בעונתה, ומקיים בה תלמוד תורה, אעפ״י שאיננה בדרך ״ושננתם״ - שיהיו דברי תורה מחודדים (ומתורץ בזה הערת הר״ן, דאיך יקיים ת״ת ע״י קר״ש שאינו מקיים בזה ״ושננתם״ - של לימוד בדרך החידוד, דזוהי גזה״כ שבשעה זו מקיים ת״ת ע״י קריאת הפרשה, למרות שאין זה בדרך של ״ושננתם״), אך רשב״י ״ע״י שהי׳ חדיד בדברי תורה״ כלומר שלומד בדרך של חידוד שהוא הדרך של קיום ״ושננתם״, היה לימודו חביב בעיניו ושקול לא פחות מאשר קר״ש שמצד שהיא בעונתה, אמנם ניתן גם על ידה לקיים תלמוד תורה. וחוזר ומקשה דנראה דבעונתה זה ממש כמו ״משנה״, כלומר שזה דומה ללימוד של חידוד ועל כן יש

להעדיפה. ומתרץ דרשב״י מבחין בין לימוד מקרא שזו בחינת מדה ואינה מדה, על כן היה שקול בעיניו מעיקר הדין ובחר יותר בתלמוד תורה בדרך הרגילה שלו. ע״כ תוכן השו״ט של הירושלמי בנידון.

ולמדנו מהירוש׳ כמה מילי מעלייתא בנידון: א׳ דקר״ש בעונתה הוא מדין תלמוד תורה; ב׳ דלרשב״י שקול לימוד בדרך ״חידוד״ כמו לימוד קר״ש בשעתו. אכן גם לדידי׳, מותר לו להפסיק לימודו ולקרא קר״ש בשעתה, שלא אמרו אלא שחביבה היא בעיניו כמו קר״ש. וע״כ אין גם איסור להפסיק לימודו כדי לקרא שמע, שהרי גם קר״ש הוא ״שינון״, ולקרא, כלומר שבשעתו גם בזה מתקיים ״ושננתם״; ג׳ שרבנן פליגי עלי׳ דר״ש, ואעפ״י שבעיקרא דדינא מודים לו ״שזה שינון וזה שינון״ כלומר שקר״ש הינה ממצות תלמוד תורה, ומכל מקום סברי שבעונתה היא כמשנה ממש, ועל כן יש להעדיפה בעונתה, ולהפסיק מלימוד תורה בענין אחר, אעפ״י שלימוד תורה שעוסק בה היא דרך ״ושננתם״.

כ.

ולפי״ז הן ניתן לנו להשוות התלמודים, ולומר שגם הבבלי אינו חולק כלל על הירוש׳ שמצות קר״ש בעונתה היא מדין תלמוד תורה. אלא שמאחר ונחלקו רבנן (שהם חבריו של רשב״י) על רשב״י וסברי דלמרות שגם קר״ש אינה אלא ממצות ת״ת, מ״מ בעונתה עדיפה, ויש לבטל ולהפסיק עבורה מתלמוד תורה אחר. ומתורץ ממילא מה שאמרו במשנתנו ״מפסיקים לקר״ש ואין מפסיקים לתפלה״ דזהו באמת כמו שאמרו בסוגיין בבבלי דזה בכגון רשב״י וחבריו, דאין הכונה לרשב״י עצמו, דהוא לשיטתי׳ דס״ל דעוסק במקרא מדה ואינה מדה, על כן בחר בת״ת שעסק בה ולא הפסיק גם לקר״ש. אולם משנתנו היא כרבנן דפליגי עליה וסברי שגם מי שתורתו אומנותו חייב להפסיק לקר״ש וכזה נסתם במשנתינו. אך גם ל״ק מהאי דעובדא בגמרא שגם רשב״י היה מתכסה ומצלי, דהיינו קר״ש כדפירשו התוס׳, דיתכן שלעתים, ואולי כשהי׳ גומר הסוגיא (בדרך ״חדידי״) והגיע זמן קר״ש, קראה גם הוא כמו אחרים, ומ״מ משנתנו דלא כוותי׳ אלא כרבנן, דלשון המשנה נראה דיש חיוב להפסיק, ואין זה דעתו של רשב״י ודו״ק. (וע״ע שלהי ר״ה דרב יהודא הוי מצלי אחת לשלושים יום. ועי׳ רש״י שם, דהיינו דוגמת רשב״י. ולפי״ז אפשר לפרש גם בהא דרשב״י ״מצלי״ כפשוטו על תפלה, ועידן צלותא שם - הכוונה לזמנו-שלו.)

כא.

ולפי״ז ניתן ליישב המחלוקת דמרן המחבר בשו״ע והרמ״א, בדרך קצת אחרת ממה שהוסבר בגר״א. דנחלקו בזה, אם הבבלי קאי בחדא שיטה דהירוש׳, או דלדעת הבבלי מצות קר״ש היא היא קבלת עול המלכות שמים, ושלא כירוש׳ דס״ל שזה מדין תלמוד תורה בענין המצוה הזאת.

ואם נאמר כן, שלבבלי אין זו מצות תלמוד תורה, אלא זוהי המצוה המעשית של קבלת עול מ״ש, לפי״ז באמת לא ניתן לקיים בקר״ש מצות ת״ת, כי כל כולה היא מצוות קבלת העול מ״ש. ואלה הם דברי ר׳ אמי בסוגיא דמנחות, וקיי״ל כוותי׳. ושיטת רשב״י המבוארת שם, היא דרשב״י לשיטתי׳ דבירוש׳ דס״ל ״זה שינון וזה שינון״. כלומר, דאיהו ס״ל שזוהי מצות תלמוד תורה. ומשום כך לדעתו אין מפסיקים גם לקר״ש. אבל הלכה כגמרא דילן דגם אלה שתורתן אומנותם חייבים להפסיק לקר״ש. על כן סתם הרמב״ם, ובעקבותיו המחבר בשו״ע, שצריך לקבוע זמני לימוד ביום ובלילה, ואינו יוצא י״ח בקר״ש גם בשעת הדחק. (ואם אינו יכול, פטור מטעם אנוס, אבל המצוה דת״ת לא קיים). ואילו הרמ״א נוקט דגם לבבלי קר״ש זוהי מצות ת״ת, וע״כ דברי רשב״י בסוגיא דמנחות מקובלים להלכה, אלא דלא קיי״ל כוותי׳ בהא דסבר דאין מפסיקים לקר״ש, דנקטינן כרבנן דפליגי עליה בהא וסברו דגלי קרא דקר״ש בשעתה חביבה כמו משנה, על כן עדיפא מינה באותה שעה, ומפסיקים לקר״ש, וזה כסתם משנתנו דשבת. ע״כ הביא הרמ״א להלכה דבשעה״ד יוצא גם ע״י קר״ש מצות תלמוד תורה.

כב.

ולפי״ז ניתן לתרץ הערת הגרע״א בתוס׳ מו״ק (ט׳ ב) שהובאה לעיל (אות ד׳) בהסתמך על הירוש׳, שגם לרשב״י אין להפסיק רק לכגון סוכה ולולב, ואילו לקר״ש אין מפסיק. ותמה הגרע״א, דהרי בגמרא דילן מבואר, דגם כגון רשב״י מפסיק לקר״ש, ולמה סתמו התוס׳ כירוש׳.

אכן לפי הנ״ל י״ל דהתוס׳ ג״כ מפרשים כהרמ״א שאין מחלוקת בין התלמודים, ושיטת רשב״י כשלעצמו היא, שגם לקר״ש אין חייב להפסיק, דשונה בזה מצות קר״ש משאר מצוות דהן חובת גברא, דזו אינה אלא מצות ת״ת ״זה שינון וזה שינון״, ע״כ לא הי׳ מפסיק. אכן המשנה סתמה דלא כוותי׳, אלא כרבנן דפליגי עלי׳ וסברי שלמרות ש״זה שינון וזה שינון״ מ״מ מפסיקים, מפני שבעונתה יש לה דין לימוד במשנה, ועדיפא מלימוד תורה בעניינים אחרים. ודוק בכל הנ״ל.

סימן צה : בביאור ״סוד ה׳ ליראיו״ שבדברי הראב״ד.

כ׳ הרמב״ם פ״ו מה׳ ביהב״ח הט״ז: ולמה אני אומר במקדש וירושלים קדושה ראשונה קידשה לע״ל, ובקדושת שאר א״י לעניין שביעית ומעשרות וכיו״ב - לא קידשה לע״ל? לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה, ושכינה אינה בטילה וכו׳. אבל חיוב הארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כיבוש רבים, וכיון שנלקחה הארץ מידיהם, בטל הכיבוש וכו׳. וכיון שעלה עזרא וקדשה, לא קדשה בכיבוש אלא בחזקה שהחזיקו בה וכו׳ עכ״ל.

והשיגו הראב״ד: א״א סברת עצמו היא זו ולא ידעתי מאין לו וכו׳ אלמא למ״ד קדושה ראשונה לא קידשה לע״ל לא חילק בין מקדש וירושלים לשאר א״י. ולא עוד אלא שאני אומר שאפילו לר׳ יוסי דאמר קדושה שניה קדשה לע״ל, לא אמר אלא לשאר א״י. אבל לירושלים ולמקדש לא אמר וכו׳ **כך נגלה לי מסוד ה׳ ליראיו** וכו׳. עכ״ל.

www.eretzhemdah.org

ונתקשו המפרשים במקור סברתו של הראב"ד שהיא מנוגדת לרמב"ם מן הקצה אל הקצה, להעדיף קדושת א"י על קדושת המקדש, שכתב ע"ז שנגלה לו מסוד ה' ליראיו. האם הכונה לדברי נביאות?

ב.

ונקדים דברי הגמרא חגיגה ג': מעשה בר' יוסי בן דורמסקית שהלך להקביל פני ר' אליעזר בלוד. אמר לו מה חידוש הי' בביהמ"ד? א"ל נמנו וגמרו עמון ומואב מעשרין מעשר עני בשביעית וכו'. בכה ר' אליעזר ואמר "סוד ה' ליראיו ובריתו להודיעם". א"ל לך אמור להם, אל תחושו למנינכם, כך מקובלני מריב"ז ששמע מרבו ורבו מרבו הלממ"ס, עמון ומואב מעשרין מ"ע בשביעית. מה טעם? - הרבה כרכים כבשום עולי מצרים ולא כבשום עולי בבל מפני שקדושה ראשונה קידשה לשעתה ולא קידשה לע"ל, והניחום כדי שיסמכו עליהם עניים בשביעית. עכ"ל הגמרא.

ובתוס' שם ד"ה עמון הקשו על פירש"י דעמון ומואב היינו מאותן שטהרו בסיחון, דהרי התם נוהגת שביעית, דאמרו שלש ארצות לביעור, יהודה ועבה"י והגליל, ועבה"י היינו ארץ סיחון ועוג. וכתבו תי', הך דהכא המדובר בעמון ומואב שלא כבשו סו"ע. עוד תירצו: דלא קידשה עבה"י רק לארץ סיחון ממש, אבל מה שכבש מעמון לא נתקדשה. וכן הוא תי' א' בתוס' ב"ב נ"ו. ד"ה הר שעיר.

לכאורה פירוש דבריהם היינו, שגם מעיקרא בזמן שכבש מרע"ה ארצות אלה לא נתקדשו אלא ארצות סו"ע המקוריות, ולא אלו שטיהרו בסיחון מארץ עמון ומואב. וזה לכאורה מוכרח, שהרי בקושיתם בחגיגה הנ"ל אפירש"י כתבו עוד: וכי תימא דקדושה ראשונה לא קידשה לע"ל, א"כ תפשוט מיניה, דלר"א לא קידשה, אלמה מיבע"ל בפ"ק דמגילה ובשבועות מאי ס"ל אי קידשה אי לא קידשה. ואם נפרש כונתם בתירוצם הב' הנ"ל שאכן בזמן כיבוש מ"ר אמנם נתקדשו גם ארצות עמון ומואב שטיהרו בסיחון, אלא שבקדושה שני' לא חזרו וקידשום, דא"כ אכתי תשאר קושיתם, דא"כ לוכח מיניה, דס"ל לר"א לא קידשה לע"ל, דאי נתקדשה, א"כ לא הי' צריך לחזור ולקדשם, דקדושה ראשונה לא בטלה מהם.

וכן הדבר מוכרח לכאורה גם בתוס' ב"ב הנ"ל. שהרי כתבו שם לעיל מזה בתוד"ה חייב במעשר דשמואל דסוגיא אליביה אזלא, ס"ל קדושה ראשונה קידשה לע"ל. א"כ מוכרח כנ"ל, דגם בימי כיבוש ראשון אי נימא דקדשו בימי משה, איך פקע חיובם במעשרות. אלא מוכרח כנ"ל, דגם בימי כיבוש ראשון דנתקדשה ארץ עבה"י, לא נתקדשה אלא ארץ סו"ע ולא עמון ומואב, שטהרו בסיחון.

ג.

אולם הדבר תמוה מצד עצמו, דכיון דהכיבוש הי' מותר כדאמרינן דטהרו בסיחון, והי' עפ"י ה', כמבואר בכתובים, א"כ אין כאן הטענה "פלטרין שלך לא כבשת" שנזכר לענין כיבוש יחיד דסוריא בימי דוד. א"כ למה לא נתקדש בכיבוש?

וביותר הדבר מבואר בתוס' יבמות ט"ז ד"ה עמון ומואב שכ' שם וז"ל: ואומר ר"ת דהתם (דנוהג שביעית בעבה"י) בארץ סו"ע שלא היתה של עמון מואב, אבל ארץ סיחון שכיבש מעמון ומואב לא קידשו עולי בבל כדמשמע הכא, עכ"ל. הרי שמבואר להדיא שלתירוץ זה הכונה במ"ש עמון ומואב מעשרין מ"ע בשביעית המדובר על אותו חלק שכבש סיחון, היינו שאמנם בקדושה ראשונה נתקדשו אלא שעולין מבבל לא קידשום. א"כ ודאי זו הכונה שבתירוץ זה שהובא בחגיגה וב"ב.

אך א"כ הרי תמוה בסוגיא דב"ב דאזלא למ"ד קידשה לע"ל, וכן בחגיגה לפ"מ שלא הוכרע בדעת ר"א, אי ס"ל קידשה לע"ל ולא פשטוה מהא דר"א דהכא.

גם עצם התירוץ אינו מובן, דמאי שנא עמון ומואב דנקט, הרי מעצם הדין היה צריך לקדש גם ארץ סו"ע כי קדושה ראשונה בטלה, וכשקדשו מחדש, כך יכלו לקדש אלה כמו אלה. ואם נמנעו מלקדש כדי שיסמכו עליהם עניים בשביעית, הרי לענין זה אין הבדל ואין ענין בהדגשה מיוחדת שדוקא ארצות עמון ומואב לא קידשו. ובאמת הרי אמרו בזה, הרבה כרכים כבשו עו"מ ולא כבשום עו"ב, דהיינו כרכים שהם מגופה של א"י, ואעפ"כ נמנעו מלקדש מטעם הנ"ל. א"כ אין הבדל בעצם המהות בין ארץ סו"ע המקורית לבין אלה שטהרו בסיחון, ולמה נבחרו דוקא אלו הארצות של עמו"מ שלא לקדשם בקדושה שניה.

ד.

ונביא בזה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפ"ד מה' שמטה ויובל הכ"ח. ז"ל הרמב"ם שם: עבר הירדן שביעית נוהגת בה מדבריהם, וספיחי סוריא ועבה"י מותרים באכילה. לא יהיו ארצות אלה חמורים מארץ ישראל שהחזיקו בה עולי מצרים עכ"ל.

והשיגו הראב"ד: א"א, עבר הירדן, מה היה צריך להביאו מק"ו, הרי לא החזיקו עולי בבל וכן סוריא.

וכתב ע"ז הכ"מ (וכ"ה הרדב"ז שם): וי"ל, דאין אנו יודעים אם כבשו עולי בבל קצת ארצות מעבה"י ומסוריא, שהיו בב"ש מלכים תקיפים וכו'. ויש להבין השגת הראב"ד וטעם מחלוקתם.

והנראה בזה, דהנה עיקר המחלוקת אי קדושה ראשונה לע"ל קידשה אי לא מבואר בגמרא ערכין ל"ב: וש"נ, דמ"ד קידשה לע"ל למד ממש"כ בבתי ע"ח אשר לא חומה, אעפ"י שאין לו עכשיו, ומה שנאמר "אשר ירשו אבותיך וירשתה" מפרש "כיון דירשו אבותיך ירישתה אתי", שבזה ירושת האבות לעולם קיימת. אכן בכדי שהמקום יתקדש ע"י כיבוש בקדושת ארץ ישראל אין הדבר תלוי בהבטחת האבות ובגבולות ההבטחה, אלא במעשה הכיבוש כל עוד שנעשה כהלכה, כמבואר ברמב"ם ריש ה' תרומות: א"י האמורה בכל מקום היא בארצות שכיבשן מלך ישראל או נביא מדעת רוב ישראל, וזהו הנקרא כיבוש רבים וכו'. הארצות שכבש דוד וכו' אינו כא"י לכל דבר וכו', ומפני מה ירדו ממעלת

א״י? - מפני שכבש אותם קודם שכיבש כל א״י וכו׳. והוא מהספרי, הו״ד בתוס׳ גיטין ח׳ ד״ה כיבוש יחיד - פלטרין שלך לא כבשת ואתה הולך וכובש ארם נהרים וארם צובא.

אך עפ״י הנ״ל דדין קידשה לע״ל תלוי בירושת האבות, א״כ זהו רק במה שנמצא בגבולות ההבטחה ולא כן מה שנתקדש בקדושת כיבוש, שאמנם כל תורת א״י למקום כל עוד הכיבוש נמשך, אך כשנתבטל הכיבוש ודאי דקדושתו בטלה לכו״ע, שהרי רק לגבי מה שזכו בו מכוח ירושת האבות הוא דילפינן דהקדושה אינה בטילה, אבל לא מה שקדושתו היא רק מצד הכיבוש, בזה לכו״ע קיימת הסברא דכיון דקדושתו באה ע״י הכיבוש, ממילא גם מתבטלת עם התבטלותו.

ה.

ומעתה יש לדון ביחס לארץ סיחון דעבה״י, שלא היתה מעיקרא בכונת השי״ת שיתנחלו שם, ורק עפ״י הצעת בני גד ובני ראובן נקבע המקום להתישבותם בתוכו. אולם הן ארץ זו מז׳ עממים היתה, אלא שאעפ״כ לא היתה מיועדת לכיבוש באותה שעה, כמו שכתב הרמב״ן עה״ת (במדבר כ״א, כ״א): ״והיה חפץ (מרע״ה) שיהיה כל כיבושם מעבר לירדן והלאה שיהיה מושבם יחד, ושהיא הארץ הטובה אשר היא זבת חלב ודבש״. ויש לעיין, לאחר שארץ זו נמסרה לבני השבטים לנחלה, אם מעתה חזר עליה דין ארץ ישראל שמכוח ירושת האבות שע״ז נאמר ״כיון שירשו אבותיך ירשתה את״ וממילא גם בהתבטל הכיבוש לא בטלה קדושתה, וכמו ארץ עבה״י המערבית. או שנאמר מאחר שמעיקרא לא היתה מיועדת לכיבוש ולהתישבות, ע״כ גם לאחר שנמסר זה לשני המטות וחצי המטה, מ״מ לא נתקדש המקום מדין א״י דירושת אבות אלא מדין קדושת כיבוש גרידא, ולפי״ז לאחר חורבן הבית נתבטלה שם הקדושה לכו״ע כי קדושת כיבוש נתבטלה עם ביטול הכיבוש.

אכן דיון זה נסב רק על עבה״י דארץ סיחון ועוג המקורית, משא״כ מה שטהרו בסיחון, שזה ודאי לא הי׳ בכלל הירושה כי זה הרי נקבע לבני לוט לנחלה, אם אמנם ע״י כיבוש סיחון טהרו והותר הכיבוש שם, מ״מ לא יוכל להתקדש אלא בתורת כיבוש ארץ מחו״ל אבל לא בתורת התקדשות א״י המקורית.

ו.

ונראה עוד להוסיף שקדושת כיבוש של מקום בחו״ל לא היתה בבית שני. וזה משני טעמים: חדא, דקדושת כיבוש בחו״ל שייכת רק לאחר שכל א״י לגבולותיה נכבשה. ואילו בב״ש הרי אמרו: הרבה כרכים לא כבשום עולי בבל. א״כ נשאר מא״י עצמה בלתי כבוש, וב׳ דהרי בב״ש היתה הקדושה גם של א״י עצמה, לא ע״י כיבוש כי אם ע״י חזקה, ובזה הרי לא נאמר הריבוי ״כל אשר תדרוך כף רגלכם וכו׳״. ומעתה תוסבר יפה מחלוקת הרמב״ם והראב״ד לענין שביעית בעבה״י, דהראב״ד ס״ל שעבה״י נתקדשה בכיבוש ראשון מדין א״י ולא מדין כיבוש חו״ל. וממילא היה בה אפשרות קדושת חזקה בבית שני, כשם שבעה״י המערבי. ומאחר שמכל מקום בעבר הירדן שביעית נוהגת בה רק מדבריהם, ושלא כמו בארץ כנען, מזה הרי יוצא מוכרח שלא החזיקו שם עו״ב, שאל״כ במה שונה היא מעבה״י המערבי. וע״כ שפיר השיג דא״כ פשוט שאין שם איסור ספיחים, כשאר א״י שהחזיקו רק עו״מ.

אכן הרמב״ם ס״ל שקדושת עבה״י היא רק מדין כיבוש, ע״כ עם חורבן הבית נתבטלה הקדושה ושוב לא היתה יכולה להתחדש עם חידוש החזקה. כי דין כיבוש לא היה בבית שני וכנ״ל. ודין קדושת חזקה לא שייך אלא בארץ ישראל המקורית, ולא במה שכל עיקר קדושתו אינה אלא מדין כיבוש וכנ״ל.

וע״כ שפיר כ׳ הכ״מ, דלעולם המדובר במקומות שנכבשו בימי בית שני, ומ״מ לא היה בהם דין קדושה, כי במקומות הללו, א״א להתקדש בבית שני, שלא היתה שם הקדושה אלא מתורת חזקה.

ז.

ומעתה מיושבים דברי התוס׳ לענין עמון ומואב שטיהרו בסיחון, שכתבו שלא נתקדשו ע״י עולי בבל. ונתקשינו דהרי אזלינן למ״ד דקדושה ראשונה קידשה לע״ל, א״כ לא היה צריך כלל לקדושינהו. כי דעת התוס׳ ג״כ כשיטת הראב״ד דקדושת עבה״י היא מדין ירושת אבותינו. אכן זהו כנ״ל רק בארץ סו״ע המקורית, משא״כ עמון ומואב שטהרו בסיחון, נהי דהותר ע״ז הכיבוש בהם, אולם הן קדושתם היא כנ״ל רק מדין כיבוש גרידא ולא מדין כיבוש ירושת אבותינו, ע״כ לכל הדעות נתבטלה קדושתם עם ביטול הכיבוש, ושוב לא יכלו עו״ב לקדשם כלל, כי קדושת כיבוש לא היתה כלל בב״ש וכנ״ל. ע״כ א״ש שלא קידשום עו״ב.

ח.

ונחזור מעתה לדברי הראב״ד בה׳ ביהב״ח שנתקשינו בהם, שכ׳ לחדש שגם לר׳ יוסי דס״ל דקדושת א״י הראשונה קידשה לע״ל מ״מ גם הוא יתכן דס״ל דקדושת מקדש וירושלים בטלה, וכ׳ שנגלה לו זה מסוד ה׳ ליראיו.

דכוונתו ללמוד זאת מדברי ר׳ אליעזר דחגיגה שאמר **סוד ה׳** ליראיו דעמון ומואב מעשרים מ״ע בשביעית, שהוא כנ״ל בתי׳ הנ״ל בתוס׳, עפ״י שיטת הראב״ד, בעמון ומואב שטיהרו בסיחון ולא נתחדש בהם דין כיבוש, ואילו שאר עבה״י דין שביעית נוהג בהם. והרי חזקה לא היתה גם בעבה״י כמו שנתבאר לעיל, דלראב״ד זה יוצא מוכרח מהא דקיי״ל דשביעית נוהגת בהם רק מדבריהם. אכן לפי״ז קשים דברי ר״א דמה הבדל יש בין עבה״י של סו״ע לארץ עמון ומואב, הא בשניהם לא היתה חזקה, וכל דין שביעית שיש בעבה״י הוא רק מחמת קדושתם הראשונה, א״כ גם בארץ עמון ומואב אמאי לא תנהג שביעית מהאי טעמא, שהרי בבית ראשון שניהם היו בקדושת א״י, ובב״ש שני המקומות לא חזרו ונתקדשו. אע״כ ס״ל לר׳ אליעזר קדושה ראשונה קידשה לע״ל, ע״כ ארץ סו״ע שביעית נוהגת בה. (ולדעתו זה באמת מה״ת, אלא דאנן לא קי״ל הכי, אלא לא קידשה לע״ל).

ואילו ארץ עמון ומואב בטלה קדושתם הראשונה, ובהא דנתבטלה קדושה ראשונה אין כלל דין שביעית גם מדרבנן. עכ״פ שומעים אנו דעת ר׳ אליעזר לענין קדושת א״י דקדושה ראשונה לא בטלה. א״כ הרי קשה מאי נסתפקו בגמרא

www.eretzhemdah.org

מגילה דף י׳ אי ס״ל לר״א לענין קדושת המקדש אי קדשה לע״ל אי לא, הרי יכלו להוכיח זאת מהא דס״ל עמון ומואב מעשרין מ״ע, דקדושה ראשונה קידשה לע״ל. אלא ע״כ יש סברא להיפך, דאעפ״י דקדושת א״י לעולם עומדת, מ״מ קדושת המקדש וירושלים בטלה. ומכאן מוכח דגם לר׳ יוסי דס״ל קדושה ראשונה קידשה לע״ל, מ״מ יתכן שאין זה אלא לענין קדושת א״י ולא לענין קדושת המקדש.

שפיר אמר איפוא הראב״ד שנגלה לו הדבר מסוד ה׳ ליראיו, דהיינו מדברי ר״א שהתבטא בענין זה בנוסח זה, אנו שומעים את הסברא של הראב״ד, שאין הקדושות תלויות זב״ז, ושפיר יתכן לומר שקדושת המקדש בטילה אפילו לאותה שיטה הסוברת דקדושת א״י לא בטלה.