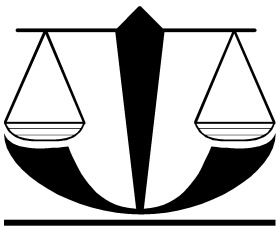
שורת הדין

מאמרים ופסקים

כרך י



מכון "שער המשפט"

*

הנהלת בתי הדין הרבניים

שורת הדין

מאמרים ופסקים

דיני משפחה - דיני ממונות
דיני גירות - סדר הדין

כרך י

יו"ל ע"י

מכון "שער המשפט" הנהלת בתי הדין הרבניים

ירושלים תשס"ו

פסקים ומאמרים
ניתן להעביר למערכת
ת.ד. 50473 פקס: 02-5371274

מערכת
הרב אליהו בן דהן, הרב משה רחלזון, הרב שניאור זלמן הלפרין,
הרב יעקב קיבילביץ, הרב יעקב לוין, הרב אוסטרי דוד,
הרב ענבל דוד שמואל, הרב מאיר מנדלוביץ, הרב יוסף ספראי,
הרב אברהם יצחק אורנטליכר, הרב דוד שלמה קוסובסקי,
הרב מאיר מזרחי, הרב יוסף ליבוביץ, הרב שלמה דוד שטרסברג

עורך
הרב אברהם שינפלד

©
כל הזכויות שמורות

בהוצאת
מכון "שער המשפט"

רח' אבן האזל 22 ירושלים
טלפון 02-5371211, פקס: 02-5371274
ת.ד. 50473

בסיוע משרד החינוך, התרבות והספורט - מנהל התרבות

תוכן העניינים

תקציר פסקי הדין ..... ז

אבן העזר

בירור יוחסין לנולד תשעה חודשים מסידור הגט
הרב יגאל לרר ..... לא

בדין "פצוע דכא"
הרב אפרים כהן ..... נא

האם גט פוסל לכהונה כשהתעורר אח"כ ספק בקידושין
הרב מימון נהרי ..... נז

האם חייב ללוות למזונות אשתו וילדיו
הרב דוד ברדוגו ..... עט

גבית מזונות ע"פ פסק דין לאחר שעבר זמן רב
הרב חיים שלמה שאנן ..... צ

גידרי חיוב הבעל ברפואת האשה
הרב יהודה דרעי ..... קיא

תשלום כתובה ואיזון משאבים
הרב דוב דומב ..... קיט

היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה
הרב אברהם שרמן ..... קכד

תביעה לחייב אשה חולה בגירושין
הרב יצחק אלמליח ..... קלז

החזרת גרושתו שהוציא מחמת שם רע
הרב שלמה תם ..... קמו

חיוב גט לאשה או לאיש בעלי נטיה דו-מינית
הרב יועזר אריאל ..... קסא

חיוב בפרעון כתובה לפני מתן הגט
הרב יצחק אלמליח ..... קעו

הצבת תנאים מקדמיים לסידור הגט
הרב חגי איזירר ..... קצב

שם עריסה שאינו בשימוש
הרב מיכאל עמוס ..... קצז

חושן משפט

מתי בית דין רשאי או חייב להעלות טענות שלא נטענו ע"י בעל דין
הרב חיים שלמה שאנן ..... רטו

פוליגרף כראיה בדין
הרב צבי יהודה בן-יעקב ..... רכו

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה
הרב יעקב אליעזרוב ..... רסא

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה
הרב חיים יהודה רבינוביץ ..... שז

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה
הרב ציון אלגרבלי ..... שכז

תביעה לביטול מקח מחמת מום שנמצא לאחר השימוש
הרב ניסים בן שמעון ..... שמה

אין מעכבו מללמד תינוקות תורה
הרב אברהם יצחק הלוי כלאב ..... שנד

התנגדות לשינויים בבית עלמין
הרב שלמה שפירא ..... שסה

תביעה לירושת משרת רב שכונה
הרב ניסים בן שמעון ..... שצה

תשלומי פיצויים למשפחת הנהרג
הרב שמואל אהרן פלדמן ..... תיא

חיובי שמירה בכרטיס הגרלה
הרב יעקב אליעזרוב ..... תיח

תביעה לאיסור הדפסת ספר
הרב אברהם צבי שינפלד ..... תכט

התקנת אנטנה על גג בית הכנסת
הרב יהודה דרעי . . . . . תמב

יורה דעה

האם ניתן לגייר קטן שאמצו אותו ישראלים
הרב זלמן נחמיה גולדברג . . . . . תנז

סדר הדין

סמכות מקומית - בי"ד קבוע
בביה"ד הרבני הגדול ירושלים . . . . . תסה
סמכות - בי"ד קבוע
בבית הדין הרבני הגדול ירושלים . . . . . תעז
סמכות ביה"ד לתת החלטות הנוגעות לצד שלישי
בית הדין הרבני הגדול ירושלים . . . . . תק
סמכות יחודית של ביה"ד בענין גירושין
ביה"ד הרבני הגדול ירושלים . . . . . תקח
סמכות ביה"ד להקדשות
ביה"ד הרבני הגדול ירושלים . . . . . תקט
תביעה להטלת חרם על מסרב לדין תורה
בביה"ד האיזורי ירושלים . . . . . תקיא
תביעה על נושא שהתברר בפני ועד הקהילה
בביה"ד הרבני הגדול ירושלים . . . . . תקיד
תביעה לחידוש דיון לאחר פסק זבל"א שאושר
בית הדין הרבני הגדול ירושלים . . . . . תקכה
כשרות עדים שאינם שומרים תורה ומצוות
בית הדין הרבני הגדול ירושלים . . . . . תקכט
תוקפו של הסכם גירושין קודם סידור הגט
בית הדין הרבני הגדול ירושלים . . . . . תקמד
קבלת עדות שלא בפני נתבע שטוען שחלה
בית הדין האזורי תל אביב . . . . . תקמז

פתח דבר

בשבח ובהודיה להשי"ת שמחים אנו להגיש לצבור לומדי התורה ויושבי על מדין את הכרך העשירי במנין, בסדרת שורת הדין וביחד עם הקבצים אשר כ"א נוטל ברכה לעצמו שיוחדו לנושאים בעלי היקף גדול - מגיעה הסדרה ל-16 כרכים. על זאת הננו מודים לבורא עולם ואנו תפילה שיתן לנו כח להמשיך לדלות ולהשקות מתורתן של רבותינו ראשונים ואחרונים, לפלפל ולחדש וכך ליתן מענה לשאלות ובעיות שהזמן גרמן, ולאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא.

קובץ זה כקודמיו מחולק לפס"ד ומאמרים בעניני דיני משפחה - אהע"ז, דיני ממונות - חו"מ, פרקים בסוגיית הקדשות, ומדור מיוחד לשאלות המתעוררות בנושאי סדרי הדיון והכרוך בכך.

נציין מספר נושאים שנדונו בקובץ זה בעניני חו"מ, נדונו שאלות מעשיות של מקח וממכר ואונאה, תשלומי פצויים למשפחת נהרג, ירושה ברבנות, חיוב שמירה בכרטיס הגרלה, תביעה לאסור הדפסת ספר, הצבת אנטנה על גג ביהכנ"ס, ועוד.

ראויים לציון מספר מאמרים מקיפים כגון זה של הרה"ג יעקב אליעזרוב: "תביעה לממוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה". הרה"ג שלמה שפירא - "התנגדות לשנויים בבית עלמין" ושל הרה"ג צבי בן יעקב "הפוליגרף כראיה בדין".

בחלק אהע"ז נדונו מספר נושאים שיש בהם ענין רב בעניני כתובה ופצויי גרושין מהבטים שונים, כגון תשלום כתובה ואיזון משאבים, וכן חיובי הבעל ברפואת האשה, חיוב פרעון כתובה טרם מתן הגט, חיובי גט עקב בעיות מסוימות, ועוד נושאים רבים.

במסגרת סמכויות בתיה"ד הבאנו הפעם שלשה פס"ד חשובים ועקרוניים של ביה"ד הגדול שנים בענין סמכות מקומית - "בית דין קבוע" ופס"ד אחד בענין כשרות עדים שאינם שומרי תורה ומצוות.

תגובות רבות קבלנו במיוחד על מדור זה, המערכת תשמח לקבל מאמרים, פסקים והחלטות המתאימים למדור זה.

עם הגשת כרך זה נציין בהערכה מיוחדת את הרה"ג אברהם צבי שינפלד שליט"א אב"ד ת"א, העורך הראשי אשר תודות לכשרונותיו המיוחדים הבנתו ומרצו, רואה סדרה זו אור.

חובה לנו לציין את הרה"ג שניאור זלמן הלפרין, יעקב קיבלביץ, יעקב לוין שליט"א אשר ידם רב להם בבקורת, הגהות, עריכת הספר, עריכת התקצירים והמפתחות, יזכו כולם לכל מילי דמיטב להגדיל תורה ולהאדירה.

בברכה

הרב אליהו בן דהן	הרב משה רחלזון
מנהל בתי הדין הרבניים	מכון שער המשפט

תקציר פסקי הדין

תקציר פסקי הדין

אבן העזר

בירור יוחסין לנולד תשעה חדשים מסידור הגט — הרב יגאל לרר

א. באשה שלא שהתה ג׳ חדשים ונולד לה ולד יותר מט׳ חדשים לגירושיה, הדבר מסתבר שהולד הוא של השני. אלא דיש לדון משום חשש דלמא העובר מהראשון ואישתהי הולד טפי מתשעה חדשים. לכאורה בסתמא לא אמרינן חשש אישתהי, ורק בצרוף חזקת כשרות אמרינן דאישתהי. וכאן גם אם התעברה מהשני, אין זה כנגד חזקת כשרות.

ב. באשה שלא יושבת בקביעות עם בעלה, האם אמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל.

ג. האם לבעל הראשון יש כאן נאמנות על הולד מדין יכיר.

ד. פרוט הסברות מדוע תלינן שהולד הוא מהשני, ולא תלינן שהוא מהראשון והולד אישתהי.

ה. האם יש מקום להחמיר לאסור את הוולד בקרובותיו מהבעל הראשון. דלגבי אסור קרובות נחשוש דלמא הוא מהראשון.

ו. האם הפסק שהולד בנו של השני, ולחומרא נחמיר לחשוש שהוא מהראשון, לא הוי תרתי דסתרי.

בדין ״פצוע דכא״ — הרב אפרים כהן

א. גר שנעשה פצוע דכא בהיותו נכרי, יש עליו אסור דלא יבא פצוע דכא וגו׳.

ב. יש סוברים שפצוע דכא נעשים רק בחלקים שבגלוי, אבל לא בנתוק שבילי הזרע שבתוך הגוף.

ג. בספק פצוע דכא, נחלקו האחרונים האם נאסר בקהל.

גט שניתן בבי״ד ואח״כ התעוררו ספיקות בקידושין האם פוסל לכהונה

הרב מימון נהרי

א. ביצא קול קידושין וקול גירושין לכאורה הגט פוסל לכהונה. ולא גרע מריח הגט.

ב. באם נתברר שאחד מעידי הקידושין פסול לעדות, האם זה יחשב כאמתלא המבטלת את הקול. ובבאור דברי המהר״ם אלשקר. ובחלוק שבין המקרה שלפנינו לבין המקרה המבואר בדבריו.

ג. בנדון שלפנינו שרק אחרי הגירושין העלתה האשה טענה שאחד מעידי הקידושין היה פסול. לכאורה יש לאוסרה לכהונה משום שויא אנפשיה. כנדון שבספר דברי ריבות.

ד. במקרים מסוימים לא חשו חכמים לקול הקידושין. כגון שהמעשה קידושין היה דרך שחוק והיתול ע״י מופקרים.

ה. בבאור שיטת הרשב״א שלכאורה סותר דבריו. האם גט שניתן מחמת קול פוסל לכהונה. ובדברי האחרונים לישב דבריהם. ובבאורו של ה״יד אהרן״ בדברי הרשב״א.

ו. בעל שנתן גט אחרי נשואין אזרחיים. האם יש לאשה דין גרושה לאוסרה לכהן. ואם נשאת לאחר האם אסורה לבעלה הראשון. והאם זה דומה לדברי הרשב״א.

ז. בבאור שיטת המרדכי בקידושין בפריץ שקידש אשה ע״י שנתן בידיה טבעת בלא להזכיר קידושין, ואח״כ אמר לעדים תהיו עדים שקדשתיה. וכפו קרוביה את הפריץ לגרשה, האם נאסרת לכהונה בגלל גט זה. ובהבדלים שבין הנדון במרדכי לנדון שלנו.

האם חייב ללוות למזונות אשתו וילדיו — הרב דוד ברדוגו

א. באין לו לזון את אשתו נחלקו הב״י והרמ״א האם כופין לגרש.

ב. בנדון מזונות הבנים יש להסתפק האם מחויב ללוות מעות ולפרנסם, ואח״כ כשיהיה בידו מעות יחזיר החוב. הוכחות דאין האב מחויב בכך. השגות על מי שפסק שהאב חייב ללות כדי לפרנס בניו.

ג. סיכום הדברים. והערות על דברי הגרא״צ שינפלד שנכתבו בקובץ תחומין בנדון כעין זה.

גבית מזונות ע״פ פסק דין לאחר שעבר זמן רב

הרב חיים שלמה שאנן

א. הודאת בעל דין למרות שלא התכוין להודות מועילה.

ב.1. נאמנות הבעל לגבי תשלום מזונות, והאם נאמנותו היא רק לשעבר, או גם להבא. ובבאור השטות בזה.

ב.2. אם נימא שהבעל נאמן, מדוע לא נחשוש שהבעל תמיד יטען פרעתי.

ב.3. אם נאמר שהחיוב מזונות הוי כחיוב בשטר. מדוע הבעל יכול לטעון פרעתי ולא צריך להביא שובר.

ג. האם מה שהאשה לא תבעה המזונות משום שריחמה עליו וכיו״ב. יכול להחשב כמחילה. והאם אי תביעת מזונות יכולה להחשב כמחילה. בלא הודאתה שריחמה עליו.

ד. גביה עבור העבר מזונות שמעל ל״מזונות צמצום״. ומזונות ״עולה עמו״.

ה. חיוב הבעל במזונות אשתו, כשהאשה ניזונית ממעשה ידיה, ומאחרים.

גידרי חיוב הבעל ברפואת האשה

הרב יהודה דרעי

א. הסבר החילוק שבין נשבית לחלתה, דבנשבית לא יכול לגרשה ותפדה עצמה, וברפואה יכול לגרשה ותרפא את עצמה.

ב. יתומים חייבים ברפואת האלמנה, שאין לה קצבה, ופטורים מרפואה שיש לה קצבה. והבעל העטור כתב שגם באשתו הדבר כן. אבל בראשונים מבואר שבאשתו חייב בכל רפואה. וטעם הדבר.

ג. בדעת הריטב״א שחלתה בפשיעה אין הבעל חייב לרפאותה. והאם גם בפדיון הדין כן. ובחדוש האחרונים שהבעל לא יכול לומר הרי כתובתך ותתרפאי בחולי שיש לו קצבה.

ד.ה. חיוב הבעל במזונות וברפואה האם זה חוב בעלמא, או שזה מיסודי האישות, וכמה נפק״מ יש בחקירה זו.

תשלום כתובה ואיזון משאבים

הרב דב דומב

א. בשלוב בין זכות האשה לכתובה, לבין הסדר איזון המשאבים, נאמרו ג׳ אפשרויות ובחינת כל אפשרות בפני עצמה שלא תסתור את תקנת חז״ל.

ב. הסבר שחיוב הכתובה חל רק בשעת מיתה או גירושין, וממילא אין הכתובה נכללת בתוך נכסי האשה לצורך איזון המשאבים.

היסודות בהלכה לפסיקת פיצויי גירושין לאשה

הרב אברהם שרמן

א. במקום שאין אפשרות לכוף האשה לגירושין, והבעל רוצה בגירושין ניתן לחייבו בפיצויים כדי שהאשה תסכים לקבל הגט.

ב. יש בתי דין שפסקו פיצויים לאשה במסגרת הגירושין. והעילה לכך כיון שהאשה השתתפה בשמירת וטפוח רכושו ונכסיו של הבעל, ותרמה להגדלת רכושו.

חיוב זה הוא רק מכח המנהג, ומצד הדין אין תביעת האשה מקובלת

בדיני הממון. אך אין זה מנהג פשוט ומקובל. שהרבה בתי דינים לא פוסקים כן. וא״כ א״א לחייב מכח המנהג.

ג. במקרה שהאשה רוצה בשלום בית. והבעל נשא אשה שניה בנגוד להלכה ולחוק, לכאורה יש לחייב את הבעל בממון כדי שהאשה תסכים לקבל הגט, ולמנוע מהבעל לעבור על איסורים.

תביעה לחייב אשה חולה בגירושין

הרב יצחק אלמליח

א. טענת הבעל להתגרש, היות ואין אשתו ראויה כבר ללדת ורוצה לקיים מצות פריה ורביה. טענת האשה. שהיות והיא חולה בעלה חייב לרפאותה. ואסור לגרשה כיון שיש קצבה לרפואתה. ובנוסף יש חשש פקו״נ בגירושין.

ב. האם יש חדר״ג במקום שע״י כך ימנע מהבעל קיום מצוות פו״ר. ואפי׳ אם יש אסור בכה״ג, אפ״ה לכו״ע מותר לו לשאת עוד אשה ע״י היתר מאה רבנים. אלא שיש להסתפק במקרה שיש קטטה ביניהם, שהעילה לתביעתו אינה קיום המצווה. אלא הקטטות.

ג. במקרה שהמבקש אינו שומר תורה ומצוות, האם מועילה טענתו שרוצה בגט כיון שאין לו ילדים.

ד. גירושי אשה בעת חוליה. ובחלוקים בין אם שוכבת על ערש דוי לבין חולה סתם. והאם הדין שאין ראוי לגרשה, נאמר גם כשהיא לא מתפקדת. וכן כשיש לבעל טענה שרוצה לקיים מצוות פו״ר.

החזרת גרושתו שהוציא מחמת שם רע — הרב שלמה תם

א. טענת הבעל שמחמת כעס טען שאשתו זינתה, האם נחשבת כאמתלא ויכול לחזור בו.

ב. במקרה שהבעל גירשה, האם מועילה אמתלא להתיר לו להחזירה. ובסברת הנוב״י לחלק בין לבשה בגדי נדות דלא מהני תו אמתלא, לבין גירושין דמהני אמתלא אח״כ.

ג. במוציא אשתו משום שם רע, דאסור להחזירה, האם בעינן שיאמר בשעת הגירושין שמוציא משום ש״ר. האם בזמן הזה שמבטלים כל התנאים קודם הגט שוב אין את הסיבה לאסור להחזירה. ובדעת האחרונים בזה.

ד. האם כשיש חיוב להוציא, מותר להחזירה. והאם ״חייב להוציא״ הכונה דוקא במקום שכופין אותו לגרש. ובדעת האבני מלואים והאלף לך שלמה בנדון זה.

חיוב גט לאשה או לאיש בעלי עקב נטיה דו-מינית

הרב יועזר אריאל

א. העובדות.

ב. איסור לעשות כמעשה ארץ מצרים, האם נשים המסוללות זה בזה אסורם מדאורייתא או מדרבנן. ואם זה דאוריתא, האם זה משום בחוקותיהם לא תלכו או משום כמעשה ארץ מצרים לא תעשו. והאם האסור הוא רק דרך נישואין.

ג. האם האשה נדונת כעוברת על דת יהודית במקרה כזה.

ד. האם ניתן לדון את האשה כמורדת.

ה. שעבוד האשה לחיי אישות עם בעלה בלבד. והאם אשה בעלת נטיה דו-מינית דומה לרועה זונות. ששיטת האגודה שאפשר לכוף אותו לגרש. והאם יש לחלק בין כפיה על הבעל לבין לכוף את האשה. אם נחלוק על האגודה ונסבור שא״א לכוף רועה זונות לגרש.

ו. בעל שידע לפני הנישואין על נטיה דו מינית של אשתו האם יכול לטעון אח״כ שלמרות כן רוצה לגרשה. והאם האשה נאמנת שהבעל ידע, כשהבעל מכחישה.

ז. האם כופין בעל דו מיני לגרש את אשתו. והאם זה אותו דין כמו הנדון הקודם של האשה.

חיוב בפרעון כתובה לפני מתן גט

הרב יצחק אלמליח

א. במי שמחוייב לתת גט ומסרב, האם ניתן לחייבו בכתובה, לפני מתן הגט. ובדעת הפוסקים בזה.

ב. בחיוב הכתובה לפני הגט יש לדון האם זה חיוב כתובה רגיל וזמן החיוב הוא כשמחייבים אותו גט. או שזה דין כפיה שיגרש. או דלמא שזה חיוב מחודש. ובדברי הרע״א בנדון זה. ובדעת החזו״א הבית מאיר ועוד מפרשים.

ג. בבאור דברי התשב״ץ כשכופין לתת כתובה. ומתוך כך גירש. שאין זה גט מעושה, האם מיירי שלא הוזכר ענין הגט כלל או אפי׳ אם הזכירו ענין הגט כל שעיקר כונתם להוציא ממנו כתובה, אין זה גט מעושה. ויש שביארו שבכל ענין שהכפיה על הכתובה כדין אין כאן גט מעושה כלל.

ד. יל״ע לסוברים שהכפיה היא כדי שיגרש מדוע לא נחשב הדבר כגט

מעושה, כיון שכופים אותו על ממון כדי שיגרש, ולדעת רוב הפוסקים אונס ממון נחשב אונס.

ה. בחיוב הכתובה קודם הגירושין. האם מחוייב רק בעיקר הכתובה או שמחויב גם בתוספת, ובחלוק שבין מקרה שהבעל גורם לגירושין, לבין מקרה שאינו גורם הגירושין.

הצבת תנאים מקדמיים לסידור הגט

הרב חגי איזירר

א. לבעל יש זכות לקבוע תנאים מסוימים כדי שיתן גט, ואפי׳ במקרה שמחויב לגרש יכול לעשות כן. אלא דנחלקו הפוסקים אם יכול לקבוע תנאי שיגרע זכותה בכתובה וכד׳. וכמו כן יכול להתנות בדברים שאינם של ממון.

ב. ביאור איזה תנאים יכול להתנות מי שחוייב לגרש.

ג. ההבדל בין תנאי שקיומו נמשך זמן רב ובין קיום חד פעמי.

שם עריסה שאינו בשמוש

הרב מיכאל עמוס

א. בחלוק שבין השם יהודה ליאון, לבין השם חיים ביבנט. וסברת החלוק שהשם ליאון אינו פירוש לשם יהודה. משא״כ ביבנט הוא פרוש לשם חיים.

ב. במקרה שכולם משתמשים רק בשם הכינוי. אבל הדבר ידוע שאין זה שם עצם, אלא זה שם כינוי בלבד. יש שסוברים שראוי לכתוב את השם המקורי ולהוסיף המכונה (או דמיתקרי).

ג. במי שהיו קוראים אותו לתורה בשם יהודה. וכולם היו קוראים לו ליאון. וכמה שנים שאינו עולה לתורה. מסתבר שאין זה נחשב שם שנשתקע. כיון שלא נשתנה שמו כלל. אלא שלא יכול ללכת לביהכ״נ.

חושן משפט

מתי בית דין רשאי או חייב להעלות טענות שלא נטענו ע״י בעל הדין

הרב חיים שלמה שאנן

א. ליתומים ולקוחות טוענים אפי׳ שהם לא טענו. וכן בטענה המסתברת כגון פרוזבול היה לי ואבד, שואלים את המלוה האם היה לך פרוזבול. ואין כאן חסרון דהוי כעורכי הדיינים.

ב. אין מפרשים דברי הבעל דין אחרת ממה שאמר. אע״פ שאם הוא עצמו יסביר דבריו יזכה בדין.

ג. התובע סכום מסוים ובי״ד רואה שהנתבע חייב ע״פ דין יותר, פסק הרמ״א שאין לדיין לפסוק יותר מהתביעה. ויש לדון האם זה משום מחילה או הודאה. ובמקרה שנראה לדיין שהתובע טועה. האם גם בזה יפסוק הדיין רק כפי התביעה.

ד. בתובע סכום מסוים בטענה שאינו זוכה בה מן הדין ויש לו טענה אחרת שעל ידה יכול לזכות, האם טוענים לו. והאם יש הבדל בין התחיל לטעון הטענה או שלא טען כלל.

ה. בשטר שאינו מועיל ע״פ ההלכה, האם טוענים לנתבע שהשטר פסול. והאם זה דומה למביא ע״א, שאין הבי״ד טוענים לנתבע שע״א לא מועיל, לפי הרמב״ם.

הפוליגרף כראיה בדין

הרב צבי יהודה בן יעקב

א. קבלו עליהם קרוב או פסול כעד. האם יכול לחזור בו. והאם זה דומה ללוה שהאמין למלוה לטעון שאין החוב פרוע אפי׳ כנגד עדים.

ב. בקבל פסול וכד׳ בבי״ד, האם צריך קנין. ובחלוקי דינים בין בפני בי״ד לחוץ מבי״ד.

ג. האם בדיקת פוליגרף נחשבת כתרתי לריעותא. ובהבדל בדין בין תרתי לריעותא לחדא לריעותא.

ד. חילוק בין קיבל קרוב או פסול, לקיבל עליו תוצאות הפוליגרף, דאפ״ל דקבלת בדיקת הפוליגרף לא נחשב שקיבל עד כלל, וא״כ אפשר לומר דזה מועיל רק כהתחייבות ויש לדון בחסרון אסמכתא.

ה. הסכמה לבדיקת פוליגרף. אם הוי אסמכתא. ובחלוקים בין דבר שבידו. לדבר שלא בידו. ובבאור סוגית הגמ׳ ב״מ ע״ג ע״ב.

ו. בשניהם מתחייבים יש סברא לומר דאין זה אסמכתא.

ז. בדברי השער המלך, דבתנאי שהוא על דבר שכבר היה. יש הסוברים שאין כאן חסרון אסמכתא.

ח. טענת אונס באסמכתא בקנין, ובמקרה ששניהם הסכימו להבדק בפוליגרף, זה נחשב כפשרה. שלא תועיל מודעה לבטל הקנין. רק אם יודעים את אונסו.

ט. קנין בבית דין חשוב מהני שלא יהיה חסרון אסמכתא. ומדוע מועיל בית דין חשוב. והאם חתימתם שהיה בבי״ד חשוב סגי, למרות שבאמת לא היה בבי״ד חשוב.

י. מתחייב להבדק בפוליגרף. האם זה נחשב קנין דברים (שלא התחייב לקבל תוצאות הפוליגרף) והאם לשון התחייבות לעשות פעולה מהני שלא יחשב קנין דברים. והאם נחלקו בזה הקצוה״ח סי׳ ר״ו ס״ק א׳ והנתיבות שם ס״ק ב׳. ובבאור דבריהם.

יא. אומר בלשונו שמתחייב להבדק בפוליגרף באופן המועיל, האם חלה ההתחייבות.

יב. המתחייב לגרש בהתאם לתוצאות בדיקת הפוליגרף. האם חיובו מועיל. או שרק לגבי דיני הממון מועילה התחייבות זו. והאם יש קנין לגרש. או דהוי קנין על דבר שאין בו ממש. כמו כן יש לדון שאפי׳ אם יתחייב לגרש. ויהיה עליו חיוב. אם נכופו על כך יחשב הדבר כגט בעל כרחו.

יג. בדיקת פוליגרף כאומדנא. ואיזה אומדנא מועילה בדיני ממונות. ואיזה דרגת אומדנא מהווה בדיקת הפוליגרף.

יד. מסקנת הדין.

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה

הרב יעקב אליעזרוב

א. טענת הנתבעים שיש להם שטר קדום, למעשה הנתינה של ההורים למוסדות, וכמה ריעותות בשטר.

ב.ג. הקנינים המועילים בבית, והאם בית נחשב כקרקע לגבי קנינים.

ד-יא. אם מסר המוכר צלום של שטר, האם יכול להועיל בתורת שטר קנין, והאם שטר בלא עידי מסירה ועידי חתימה, יכול להועיל בהקנאת קרקע. ובמקרה שיש ספק האם היה גם מסירה של השטר המקורי, לשם קנין שטר, או שנמסר כדי שהמקבל יחתום עליו, מספק א״א להוציא מהיורשים.

יב-יד. לשון השטר ״הנדיבים תרמו בנדבת לבם וכו׳״ האם יכול להועיל בתורת קנין אודיתא. והאם יש קנין אודיתא בבריא. ויש שכתבו שבקנין אודיתא בעינן שיאמר המקנה ״אתם עדי״, והאם מהני קנין אודיתא כשעשה תנאי בנתינה.

טו-יז. כתב בשטר לשון עבר. אי נחשב כהודאת בע״ד. ובמקרה שבשטר עצמו אחרי לשון עבר כתוב ג״כ לשון הווה שנותן, אפ״ל דבכה״ג אין כאן בכלל הודאה. כמו כן יש לדון אם לא מוזכר לשון נוכח כגון נתתי וכד׳ אלא לשון נסתר, הנדיבים נתנו וכד׳ האם זה יחשב כהודאה, והאם אודיתא מועיל בכל גוונא. וכן יש לדון האם זה מועיל בנתינה להקדש או לצדקה.

יח. האם כאן יכול להועיל מדין סיטומתא. וכמה סיבות שלא יועיל.

יט.כ. הסכמת אדם חשוב לקבל המתנה. האם תחשב כקנין כסף, או דבעינן שיקבל מתנה ממש, ורק ע״י קבלתו נחשב הדבר שנתן כסף. והאם קבלת אדם חשוב, מהני רק מדין כסף, או חליפין ג״כ.

כא-כז. בנתכוין לקנות בשטר, ונמצא אח״כ שהשטר פסול, האם מהני החזקה שעשה או נתינת מעות וכד׳ לעשותו בעלים. והאם זה דומה להך דאמרינן ד״בנפילה ניחא ליה דליקני, בד׳ אמות לא ניחא ליה דליקני״. בסתירת דברי הרמ״א בנדון זה. וכמה דרכים לישב הסתירה. ובדברי האחרונים בהך דקנין המועיל, וקנין שאינו מועיל.

כח.כט. בהקנה למקבל ב׳ קומות. קומה אחת משתמש בה מיד, וקומה אחת לאחר זמן משום שהנותן עדיין משתמש בה. האם מהני חזקתו בקומה שמשתמש. שיקנה גם את הקומה שעדיין לא משתמש בה.

ל-לה. במקום שכותבין שטר האם מהני שאר קנינים ללא שטר. והאם יש הבדל בין מתנה למכר. וכן האם יש הבדל בין קנין חזקה לשאר קנינים. והאם בזמן הזה שרגילים לרשום בטאבו, אם לא נרשם עדיין בטאבו והיו קנינים אחרים, האם מהני, ודעת הפוסקים בזה.

לו.לז. האם כתיבת שטר למוסדות יכול להחשב כאמירה לגבוה. והאם התחייבות לצדקה מחייבת את היורשים.

לח-מא. בנוגע לקומה המוחזקת על ידי המוסדות בחיי האב והאם. לכאורה אפילו אם יש רק ספק אם הם בעלים, מהני מוחזקותם כנגד היורשים. בספק קנין בקרקעות האם אזלינן בתר המוחזק או בתר המריה קמא. והאם כשהנדון על היורשים יש טענת מריה קמא.

מב.מג. האם היורשים נחשבים מוחזקים במקרה שהבת שאינה יורשת, מתגוררת בקומה שההורים נתנו למוסדות אחרי פטירתם, והאם הרישום בטאבו יכול להחשב כמוחזקות.

מד-מח. בטענת היורשים ששטר מתנתם קודם להקדש. כמה ריעותות בטענה זו. וגם נוסח השטר אינו נוסח של מתנה, אלא שמסכימים לתת.

מט.נ. האם רישום בטאבו נחשב קנין המועיל, ובפרט כשהטאבו נרשם רק על שמו של בן אחד, ובאמת הנכס שייך לכל היורשים.

נא. מסקנת הדברים.

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה

הרב חיים יהודה רבינוביץ

א. בנודר לצדקה ומת יש שסוברים שהיורשים חייבים לקיים דברו.

ב. האם בצדקה יש דין אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, והאם בכתיבה הוי כמסירה להדיוט. והאם הקדש לבית כנסת חשיב טפי מצדקה לגבי ענין זה דהוי כמסירה להדיוט.

ג. מתי אמרינן מצוה לקיים דברי המת, ומשו"ה מחייבים את היורשים לעשות כציווי האב.

ד. במקרה שנמסר השטר לקונה, ואח"כ הוחזר השטר למוכר, לכאורה הלוקח קונה מדין שטר. ואם מוכח שלכתחילה נמסר, כדי שמיד יחזור למוכר, יש מקום להסתפק. ובצלום של השטר, ונמסר ללוקח, יש לפקפק אם זה יועיל מדין שטר.

ה. בהסכם של האם שנתנה לבנים נאמר "ההורים הסכימו להעביר חלקם וכו' ולכאורה לשון הסכמה לא מהני. כמו כן יש להעיר שלשון להעביר משמע להבא, ובעינן לשון הווה, ויש להסתפק אם כשמנהג העולם להכשיר לשון זה, הוי כמו סיטומתא דמהני. לכאורה יש לחלק בזה בין אם חתמו חוזה אצל עורכי דין, שמסתמא דעתם על פי החוק, לבין אם חתמו חוזה ביניהם בלא עו"ד, שמסתמא כוונתם כדין התורה, ויל"ע מדין דינא דמלכותא, כמו כן יל"ע דכיון שבשטר יפוי כח, חתומה האם בלבד. א"כ חיישינן שעשו קנוניא על מקבלי הבנין. וא"כ כל שאין עדים על היפוי כח שהיה קודם להקדשת הבנין, לא מועיל.

ו. במקרה שיש אומדנא שאחד מבעלי הדין משקר, האם אפשר לפסוק ע"פ האומדנא, או שרק יכול להסתלק מהדין. ובאלו מקרים יכול לפסוק ע"פ האומדנא. והאם כל בי"ד יכול לפסוק ע"פ אומדנות, ובמקרה שהבעלי דברים קבלו עליהם דיינים הן לדין הן לפשרה וכד' דלמא יותר פשוט שאפשר לדון ע"פ אומדנות.

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה

הרב ציון אלגרבלי

א. הריעותות שיש במסמך שבין האמא לבין הילדים, שכביכול נתנה להם את הבית במתנה.
ב. בשטר ההקדש שהוא צילום כתב ההקדש המקורי, יש כמה סברות להכשיר מדין שטר, או מדין סיטומתא, אם נימא דמהני סיטומתא בקרקע.
ג. האם אי הרישום בטאבו, יבטל הקנינים שנעשו.
ד. אפי׳ אם לא מהני השטר, יש לדון שהמוסדות זכו משום שעשו קנין חזקה. ואע״פ שלא התכוין לקנות בחזקה, כל שהמוכר התכוין להקנות והלוקח לקנות, אפי׳ אם חשבו על קנין אחר מהני.
ה. האם המוסדות יכולים לזכות משום מצוה לקיים דברי המת. וכן אולי מועיל כאן משום נדר. ואולי מה שהיורשים שמעו ושתקו חשיב כנדר.
ו. האם מהני כאן הודאת הנותן ולשון ההודאה, דהוי כאודיתא.

תביעה לביטול מקח מחמת מום שנמצא לאחר השימוש

הרב ניסים בן שמעון

א. הדין ודברים שבין התובע לנתבע.
ב. טענת הנתבע שלא קבל הסחורה שביקש אינה קבילה, אם השתמש בסחורה שקבל למטרה שבשבילה הוזמנה הסחורה.
ג. על חלק מהסחורה שהושחתה לפני שהנתבע השתמש בה, כיון שדעת הנתבע היתה להשתמש בסחורה ע״י תקון, א״כ הסחורה באחריותו.
ד. בביטול מקח מחמת מום, המשתמש חייב להחזיר הפירות שאכל.
ה. השתמשות הנתבע בטענה של חוסר ברירה, אינה מגרע את ההגדרה שיש כאן מחילה. אלא דבזה יש נפק״מ מה היה הצורך להשתמש.

אין מעכבו מללמד תינוקות תורה — הרב אברהם יצחק הלוי כלאב

א. בחיוב נשים בלמוד תורה. לכאורה נחלקו האחרונים האם נשים חייבות ג״כ בלמוד תורה. אבל חיובם הוא רק ללמוד מסקנת הדברים ולא השקלא וטריא. או שכל חיובם הוא רק כדי שידעו הדינים והמצוות שעליהם לעשות.
ב. כיון שיש הבדל בין בנים לבנות במצות תלמוד תורה. יש לדון האם תקנת ר׳ יהושע בן גמלא, ששכנים לא יכולים למנוע משכנם להעשות מלמד תינוקות האם זה נאמר גם בלימוד לבנות, והאם אפשר לתלות

הדבר בסוגיא דב״ב שבמלמד תינוקות רבים, טפי מחמישים יכולים למונעו. ובסיבה שבכה״ג יכולים למונעו.

ג. האם מניעת עכוב השכנים נאמר רק בתלמוד תורה או בשאר מצוות ג״כ נאמר דין זה. ואם נימא שגם בשאר מצוות. האם בכל המצוות כולם יש דין זה.

ד.ה. ביסודו של החת״ס שבדבר שרגילים לעשותו בבית אין השכנים יכולים לעכב בטענה שמרבה הנכנסים והיוצאים. והאם מוכח מהריב״ש שלא כדבריו. והאם מהמאירי מוכח כהחת״ס.

ו. מסקנת הדברים לגבי למוד בנות בבית משותף שהשכנים מעכבים עליו. בשולי הדברים א.ב.ג.ד. בנדון האם גן ילדים שרוב הזמן הם משחקים ומקצת הזמן מלמדים אותם ק״ש וכד׳ האם אפשר לעכב עליו, וכן ברופא שמקבל חולים בביתו האם אפשר לעכב עליו. והאם יש טענה שכיון שרופא שהולך אצל החולה לוקח יותר כסף וזה ימנע מאנשים לקבל טפול רפואי, משו״ה מותר לרופא לפתוח מרפאה בבית משותף.

התנגדות לשינויים בבית עלמין — הרב שלמה שפירא

א.ב.ג.ד. בלקח חלקת קבר סמוך לשביל רחב, ואח״כ רוצים הח״ק לצמצם את השביל, או לבטלו כליל. האם נדון זה דומה ללוקח בור ודות שיש לו דרך אצל המוכר. והאם יש סברות לחלק ביניהם. ומה שהזכירו ללוקח שזה סמוך לשביל. האם הכונה שמראה מקום הוא. או דזה חלק מההקנאה שיהיה שביל סמוך.

ה.ו. האם מקרה זה דומה למובא בשו״ת הריב״ש, באחד שקנה כמה מקומות בביהכ״נ והקהל רצה להוסיף עוד מקומות, וע״י זה יצומצם המרחב שבין מקום למקום, והריב״ש הצדיק את הקונה.

ז.ח.ט.י. בירור דינו של הריב״ש שהרבה אחרונים חלקו עליו ודחו ראיתו. ופסקו שהדין עם הצבור.

יא.יב.יג.יד. שביל זה שדנים עליו, הצבור היה משתמש בו. וא״כ יש לדון האם שייך בזה הדין מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.

טו.טז.יז. בסיבת הדבר שעושים חלקה מיוחדת לשומרי שבת. והאם הקפידה היא על חלקה נפרדת או שעיקר הענין שיהיה מרחק בין קברו של צדיק לקברו של רשע, וכמה יהיה המרחק ביניהם.

יח-כט. במנהגים הנהוגים לגבי קבורת איש ליד אשה. יש שנהגו לקבור איש ליד אשה ויש שנהגו שלא קוברים איש ליד אשה זרה לו. ויש מקומות

שלא קוברים כלל איש ליד אשה. ובהסבר המנהגים. במקומות שנהגו שלא לקבור, יש למנהג זה תוקף מחייב, וא״א לשנות הדבר.

ל.לא.לב.לג.במקום שנוהגים שלא לקבור אשה ליד איש, ושינו וקברו אשה ליד איש האם ניתן לפנות את האשה או את האיש ממקומם.

לד. מסקנת הדברים.

תביעה לירושת משרת רב שכונה — הרב ניסים בן שמעון

א. האם קוימה ההבטחה להשארות התקן.

ב. ירושה ברבנות לגבי השכר היא רק כפי שקבל המוריש, ואין להתחייב בממון למפרע כל זמן שלא מינוהו בפועל.

ג. האם יש ירושה מחיים, והאם מועיל דוקא בפרישת המוריש מאונס או אפי׳ בפרש מרצון.

ד. דין ירושת רבנות הוא משום השררה שבזה, ויש לדון ברב שהיה נמצא בשכונה רק בשבתות ודורש דרשות, האם גם זה נחשב שררה. כמו כן יש לדון בקיבלו רב לזמן קצוב, האם יש בזה ירושה כשעבר הזמן שקצבו עם המוריש. ואולי זה תלוי במנהג המקומות.

ה. ענין התקן וההבטחה להשארתו, וצירוף ב׳ שכונות יחדיו, האם זה יחשב כהפרת ההבטחה.

תשלומי פיצויים למשפחת הנהרג — הרב שמואל אהרן פלדמן

א. תשלומי פיצויים על הריגה וכן תשלומי כופר מקבלים היורשים מדין ירושה, ואין זה תשלום ישיר ליורשים. ויש מהאחרונים שהסבירו שבכופר לא יורשים ממון ממש. אלא יורשים זכות התביעה. ולגבי גבית הבע״ח מממון זה, נחלקו הפוסקים, אם בע״ח גובה מראוי.

ב. בפסקו הערכאות לשלם פיצויים, וכללו גם את הבת בתוך מקבלי הפיצויים, לכאורה אזלינן בתר דין תורה שרק הבנים יורשים ולא הבנות.

ג. יש מהאחרונים שס״ל שדמי הנהרג הוי תשלום ישיר ליורשים. וגם לדבריהם אפ״ל שאין הבנות נוטלות, והחיוב ממון הוא ליורשים שהם יורשים את הממונות של האב.

חיובי שמירה בכרטיס הגרלה — הרב יעקב אליעזרוב

א. שנים שקנו טופס לוטו בשותפות, והטופס היה מונח אצל אחד מהם, והם זכו בגורל. אח״כ טען זה שהיה הטופס אצלו, שאינו זוכר היכן הטופס. האם זה נחשב כפשיעה או שאפשר להחשיבו כמזיק בידים.

ב. בשטרות וכד׳ שאין גופן ממון וקיבל עליהם שמירה, האם מחויב בפשיעה. מחלוקת הראשונים והפוסקים בזה. ולכאורה שטר הגרלה נחשב כמו שטרות.

ג. בדעת השער משפט שאם ב׳ שותפים בשטר חוב, וזה שהשטר בידו אמור ללכת לגבות השטר וישמור על המעות, במקרה כזה הכל מודים שאם פשע בשמירת השטר יתחייב לשלם.

ד. בשטר הגרלה שנמצא ביד האחד בנדבת לבו, יש להסתפק האם הוא בכלל נחשב שומר על זה, ויש לדון ג״כ האם זה נחשב ששמר בהתנדבות, או שרצה לשמור כדי להבטיח עצמו באם הכרטיס יזכה.

תביעה לאיסור הדפסת ספר — הרב אברהם צבי שינפלד

טענת התובע מדוע ראוי לאסור הדפסת ספר שהתובע הדפיסו והוציא הוצאות רבות על כך, ותשובת הנתבע.

א. כתב האיסור של הגר״נ קרליץ אינו נוגע לנדון שלפנינו.

ב.1. האם יש לאסור הדפסת ספר, אחרי שהספר נדפס כבר.

ב.2.3. ההצעות להסדר לפני כשנה, וביקורת על ההוצאות וההכנסות של התובע.

ג.1.2. לא להגביל הדפסת ספרי יסוד, וכן לגרום להדפסה טובה ומתוקנת יותר.

ג.3. במקרה שהשני כבר הדפיס והוציא הוצאות לפני תביעת הראשון, יש סברא שלא נאסור עליהם מפני הפסדם.

ג.4. אפי׳ אם נאסור על השני, דלמא האסור רק על המכירה ולא על ההדפסה.

ג.5. שיטת הדברי חיים.

התקנת אנטנה על גג בית הכנסת — הרב יהודה דרעי

א. הטעם שביהכ״נ צריך להיות המקום הגבוה ביותר בעיר.

ב-ה. באיסור להשתמש בגגו של ביהכ״נ כגון שטיחת פירות וכד׳. ובדברי המרדכי שאין אסור גמור להשתמש בעליה של ביהכ״נ. וכן בדברי שו״ת הרשב״א דמותר לישון על גג ביהכ״נ שלא כנגד ההיכל. וצ״ע מדברי המשנה שאין שוטחין פירות על גג ביהכ״נ. ובישובו של החיד״א, והאם יש לחלק בזה בין בית כנסת שנבנה בתחילתו לצורך ביהכ״נ, למקום שאח״כ עשהו ביהכ״נ. וכן בין ביהכ״נ בא״י, לביהכ״נ בחו״ל.

ו. האם מותר להשכיר גג של ביהכ״נ לדברי חול כדי שישתמשו בכסף לצורך הביהכ״נ.

ז. הדין שנפסק בשו״ע דלא מהני תנאי בביהכ״נ, האם זה נאמר רק על תשמיש שבתוך הביהכ״נ, או אפילו על תשמיש שעל הגג לא מהני התנאי.

ח. האם המצאות האנטנה על גג ביהכ״נ, יכול לעכב את עלית תפלות המתפללים לשמים. ובדברי הט״ז בכעין זה. ודיון בחדושו של הט״ז.

ט. מסקנת הדברים.

יורה דעה

האם ניתן לגייר קטן שאמצו אותו ישראלים

הרב זלמן נחמיה גולדברג

א. הוכחה מהסוגיא דכתובות שהסברא דקטן ניחא ליה במאי דעביד אבוה. אין זה אמור על אביו ע״פ דין, אלא אביו הטבעי, ונפק״מ בזה במי שבא על הנכרית שהבן נכרי, שהאב יכול לגיירו.

ב. בהך דאמרינן הגדילו יכולים למחות. ס״ל לחת״ס דלכאורה זה תלוי בדין ברירה. והסבר מדוע אין זה נוגע לדין ברירה.

ג. הסבר בהך דר׳ טרפון דיכולים ממזרים להטהר. ולכאורה משמע שאחרי שהממזר מוליד ולד מהשפחה, אין לו אסור לשחררו. וצ״ע מדוע לא עובר בעשה.

סדר הדין

סמכות מקומית - בי״ד קבוע בית הדין הרבני הגדול ירושלים

א. ב׳ בתי דינים בעיר אחת נחלקו הפוסקים אם בכה״ג הנתבע קובע איזה בי״ד ידונו. ואפי׳ לסובר שהתובע קובע אפ״ה אין להוציא כתב סרוב על הנתבע שרוצה לדון בבי״ד האחר.

ב. בב׳ בתי דינים בעיר אחת. האם יכול התובע לטעון שרוצה לדון בזבל״א.

ג. במעלת בתי דין איזורים על בתי דין מקומיים. ודחית הטענה שבי״ד איזורי יש בו גריעותא שאפשר לבטלו ע״י שופטי בג״צ.

ד.1. החלטת ביה״ד האיזורי לבקשת אחד הצדדים שהוא הבי״ד המוסמך לדון, יכולה להנתן למרות שהצד השני לא היה שם.

ד.2. עדיפות ביה״ד האזורי על פני בתי דינים אחרים. וכן אין התובע יכול שרוצה לדון בזבל״א.

ד.3. האם צריך להתיחס לטענת אחד הצדדים שהדיינים הם רבותיו של הצד האחר.

סמכות - בי״ד קבוע בית הדין הרבני הגדול ירושלים

א. ביה״ד חייב לפעול רק לפי השו״ע והפוסקים.

ב. בהך דהתובע הולך אחר הנתבע. נחלקו הראשונים בב׳ בתי דינים באותה עיר והאחד גדול מחבירו. האם הנתבע יכול לטעון שרוצה לדון בקטן. וב׳ טעמים מדוע יכול לטעון כן למרות שבי״ד זה קטן מחבירו.

ג. הא דאזלינן בתר הנתבע אין זה דין מוחלט. ויש מקרים שאזלינן בתר התובע כגון אם יש חשש פגיעה בזכות התובע.

ד. כשיש בי״ד קבוע בעיר אין הנתבע יכול לתבוע לדון בזבל״א. ובטעם הדבר.

ה. מעמדם של בתי הדין האזורים הוא מעמד של בי״ד קבוע. ולכן אין הנתבע יכול לטעון שרוצה לדון בבי״ד פרטי.

ו. במקרה שהנתבע הוא אדם גדול שבני העיר סרים למשמעותו. יכול התובע לסרב לדון בעיר, ויכולים לכוף הנתבע לדון במקום אחר. ואפי׳ אם אין זה חשש אמיתי שבי״ד יטה הדין. עדיין יש סברא שיסתתמו טענת התובע.

ז. במקרה שהתובע כבר דן עם הנתבע באותו בי״ד שכעת טענתו שהנתבע נחשב אדם נכבד בקהילה זו. האם מה שכבר דן שם מכריע את טענתו העכשוית.
ח. זכותו של הנתבע לקבוע בי״ד תלויה בכמה דברים יסודיים.
ט. במקרה שדנים בזבל״א יש להזהר מאוד שהדיין לא יטה הדין לטובת אותו שבחר בו.

סמכות ביה״ד לתת החלטות הנוגעות לצד שלישי

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

א. לביה״ד יש סמכות לדון בשימוש והחזקה במקרקעין כשזה נכרך בענין הגירושין.
ב. כשהצדדים לסכסוך אינם בני הזוג, אין לביה״ד הרבני סמכות לדון בזה. אבל כאשר הנדון הוא על פירוק השיתוף ברכוש של בני הזוג, אפי׳ אם יש השלכות לפסיקה, על צדדים שלישיים הנדון הוא בסמכותו של ביה״ד.

סמכותו היחודית של ביה״ד הרבני בענין גירושין

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

סמכותו של ביה״ד לגירושין מוכרחה להיות גם על עניני הממון. שאם לא כן פעמים רבות יש חשש שיווצר מצב של כפיה על הגט.

סמכות ביה״ד להקדשות

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

סמכות ביה״ד היא גם על דרך פעילותו של הנכס.

תביעה להטלת חרם על מסרב לדין תורה

ביה״ד האיזורי ירושלים

בזמן הזה ראוי להמנע מלהטיל חרמות ונידויים, משום שרוב הצבור עלול להכשל כתוצאה מכך, באיסורים חמורים.

תביעה על נושא שהתברר בפני ועד הקהילה

ביה״ד הרבני הגדול בירושלים

א. הבוררות בועד הקהילה דנה גם על תביעת התובע. וממילא טענתו שלא דנו בתביעתו אינה קבילה.
ב. סמכות ועד הקהילה אינה צריכה קנין.
ג. גם בבוררות של טובי הקהל וכד׳ צריך להעשות צדק עם היחיד. אבל בנושא זה נראה שההסדר שפסק הועד לא עשה עוול לתובע. ואפילו שהם לא דנו לפי ההלכה ממש.
ד. ועד הקהילה שעוסק בבוררות כדי למנוע סכסוכים בקהילה, אין אחד הצדדים יכול לחזור בו. ואפילו אם טעו דינם דין. ובפרט בתביעות ממון שהם חלק מנושא צבורי.

תביעה לחדוש דיון לאחר פסק זבל״א שאושר בביהמ״ש

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

א. טענת המערער שהבי״ד ישב עם הצד האחר, אפי׳ אם יוכח כן, עדיין אין זו סיבה לפסול את הדין, ובפרט בבי״ד של זבל״א.
ב. הליכה לערכאות כדי לאשר פס״ד של בוררים, אינה נדונית כהליכה לערכאות.

כשרות עדים שאינם שומרים תורה ומצוות

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

א. עד שיש ערעור על כשרותו לא נפסל עד שיעידו עליו בבי״ד.
ב. עד שעבר עבירה, ובמקום מגוריו יש הרבה שלא מקפידים על איסור זה, יכול להיות שלא נפסל לעדות.
ג. אין אדם נאמן לפסול עצמו, ובמקרה שניכר לכל שהוא אינו שומר תומ״צ, אפשר שנאמן.
ד. ״תינוק שנשבה״, האם אפשר לקבל עדותו למרות שאינו שומר תומ״צ, והאם יש חילוק בזה, בין מי שמאמין בתורה, אלא שאינו יודע כל הפרטים, לבין מי שלא מאמין כלל, שאין לעדותו ערך כלל, כיון שלא מאמין בדיני התורה ובחוקיה.

תוקפו של הסכם גירושין קודם סידור הגט

בית הדין הרבני הגדול

חלות הסכם הגירושין הוא בשעת הגירושין, וקודם לכן עדיין לא הגיע זמן חלות ההסכם. ולכן כל ההתחייבות הם על זמן שאחר הגירושין. אבל אם מתגרשים לבסוף. א״א לחזור מההסכם בזמן שבין ההסכם לגירושין.

קבלת עדות שלא בפני נתבע שטוען שחלה

בית הדין הרבני האיזורי תל אביב

נתבע שחלה. נחלקו הפוסקים האם מקבלים עדים שלא בפניו. דעת הרמ״א שאין מקבלים, ודעת הבית יוסף שמקבלים. במקרה שהנתבע לא פועל ביושר, ומערים על בי״ד אפשר לומר שלכו״ע מקבלים עדות שלא בפניו.

שורת הדין

מאמרים ופסקים

כרך י



אבן העזר

הרב יגאל לרר

בירור יוחסין לנולד תשעה חודשים מסידור הגט

הופיעו התובעת והנתבע בבקשה להכרת אבהות של הנתבע על הבן שנולד לתובעת תשעה חודשים וכמה ימים לאחר גירושיה.

התובעת היתה נשואה ובתיק הגירושין שלה טען בעלה שמזה כשנתיים [לפני הגירושין] לא היו ביחד כבעל ואשה באותו בית, אלא בבתים נפרדים [אף שלכאורה אין בהצהרתו משום הודאה שלא בא עליה כלל במשך תקופה זו כאשר עדיין היה בעלה].

לאחר גירושיה הצהירה האשה בפני הרב של העיר... שכבר לפני הגירושין מבעלה היו לה יחסי אישות עם הנתבע שלטענתה הוא אבי בנה. ומתוך שיחה זו נשלחה ע"י הרב לביה"ד לבירור הענין.

בדיון הראשון בתאריך 19.5.02 הופיע הנתבע [התובעת לא הופיעה] והצהיר בפני ביה"ד שהיו לו יחסי אישות עם התובעת עוד לפני גירושיה מבעלה [אמנם לא טען שהרתה מיחסים אלו מלפני הגירושין].

בדיון השני בתאריך 6.11.02 הופיעה התובעת לבדה בפני ביה"ד והצהירה שלא היו לה מעולם יחסי אישות לפני גירושיה עם אדם זה, הנתבע על ידה להכרת אבהות על בנה שנולד לאחר גירושיה מבעלה, וטענה שהיו להם יחסי אישות מיד לאחר גירושיה.

בדיון השלישי בתאריך 5.1.03 הופיעו התובעת והנתבע. הנתבע הכיר באבהותו על הבן הנולד לנתבעת, כאשר שניהם גם יחד הצהירו בפני ביה"ד שלא היה להם כלל יחסי אישות לפני גירושי האשה, ורק לאחר גירושיה היו להם יחסי אישות כאשר מיחסים אלו נכנסה האשה להריון, ועוד יותר מכך טענה האשה בפני ביה"ד שביום שהתגרשה מבעלה היתה בנדתה, מציאות המוכיחה, לטענתה, את העובדה שלא היתה אז בהריון כלל. ומתוך כך עמדו על הצהרתם בטענת ברי שקיימו יחסי אישות רק לאחר גירושיה, והילד הוא בנו של הנתבע לכל דבר.

תאריך סידור הגט של התובעת אם הילד הוא ט' ניסן תשס"א 2.4.01, והתאריך שבו נולד הילד הוא כ' טבת תשס"ב 4.1.02 כאשר בין התאריכים הנ"ל מפרידים 278 יום.

בשו"ע אהע"ז סימן יג סעיף א נפסק כהמשנה יבמות דף מא. שצריכה אשה להמתין צ יום בין גירושיה לבין נישואיה מחדש ע"מ להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של אחרון, וכל הנולד לאחר תקופת הריון הנימנה מזמן זה של

תוך צ יום מהגירושין שהם ימי ההבחנה, יש לספק שמא של ראשון הוא ושמא של אחרון הוא וכדברי הגמ׳ יבמות מב. וז״ל:

״... דהיינו ספיקא אי בר תשעה לקמא אי בר שבעה לבתרא... אי לתמניא ילדה הא בר תשעה לקמא הוא, אי נמי לתמניא ילדה איכא למימר דבתרא הוא דלמא אישתהויי אישתהא חודש אחר דאיעבר וכו׳...״.

א״כ היה נראה לכאורה דהבן בנידון דידן שנולד לאחר גירושי האשה הרי הוא ספק בנו של ראשון [בעלה לשעבר של התובעת] ספק בנו של אחרון [הנתבע] וממנ״פ כשר הוא ויש לאסרו בחיתון עם קרובות ראשון וגם עם קרובות אחרון מכח היותו ספק בנו של ראשון ספק בנו של אחרון.

מ״מ נראה שאין גמ׳ זו נוגעת לנידון דידן כלל, כאשר הבן נולד 278 יום לאחר גירושי האשה, שהם תשעה חודשים שלמים של ל׳ יום ועוד שמונה ימים בחשבון של מיום ליום, דהיינו מיום הגירושין ליום הלידה בחשבון של ל׳ יום כסדרן. ובחשבון של חודשים במנין השנה הרי יש כאן מקצת ניסן בתחילת המנין, ומקצת טבת בסוף המנין [התגרשה בט׳ ניסן תשס״א ונולד בכ׳ טבת תשס״ב] ועולה לחשבון עשרה חודשים. ודברי הגמ׳ ביבמות מב. דהוי ספק בנו של ראשון ספק בנו של אחרון לא נאמרו אלא בנולד בששה או בשבעה או בשמונה חדשים מיום הגירושין, אבל לא בתשעה חדשים מלאים ועוד כמה ימים כפי שהוא בנידון דידן [משום דסוגית הגמ׳ דיבמות דף מב לא אתי כרבה תוספאה דחייש לאישתהי הולד במעי אמו, ולכן ס״ל להגמ׳ דבנולד לתשעה חודשים ויותר, מיום הגירושין, הולד הוא ודאי בנו של השני, וכ״כ הרשב״א ביבמות דף מב. ד״ה אלא וז״ל: ״והמ״ל דאי נמי לתמני ילדה איכא למימר בר בתרא הוא והאי לשבעה נגמר ואישתהויי אישתהי חודש... אלא משום דבפלוגתא הוא לקמן ולא ניחא ליה לאוקמי בפלוגתא״ עכ״ל, וכ״כ הרש״ש ביבמות דף מב. ד״ה גמרא]. ולכן נראה בפשטות לכאורה דהוא בנו של הנתבע ואין לספק כלל שמא הוא בנו של בעלה לשעבר.

אבל עדיין יש להסתפק בנידון דידן, דשמא בן זה הנולד 278 ימים לאחר גירושי האשה הוא בנו של בעלה לשעבר כאשר האשה התעברה לפני גירושיה מבעלה, ואולי אף להסתפק שמא בנו של הנתבע הוא כאשר האשה התעברה מהנתבע עוד בעודה אשת איש לפני גירושיה, וכפי הצהרתם הראשונה שהיו ביניהם יחסי אישות לפני גירושי האשה מבעלה, מכח הגמ׳ ביבמות דף פ. פ: וז״ל הגמ׳:

״ובן שמונה מי קחיי והתניא בן שמונה הרי הוא כאבן ואסור לטלטלו (בשבת) אבל אמו שוחה עליו ומניקתו מפני הסכנה, הכא במאי עסקינן כשגמרו סימניו דתניא איזהו בן שמונה כל שלא כלו לו חדשיו רבי אומר סימנין מוכיחין עליו שערו וצפרניו שלא גמרו. טעמא דלא גמרו

הא גמרו אמרינן האי בר שבעה הוא ואישתהויי הוא דאישתהי. אלא הא דעבד רבה תוספאה עובדא באשה שהלך בעלה למדינת הים ואישתהי עד תריסר ירחי שתא, ואכשריה, כמאן כרבי דאמר משתהא. כיון דאיכא רבן שמעון בן גמליאל דאמר משתהי כרבים עבד". עכ"ל הגמ'.

עפ"י גמ' זו דאמרינן אישתהי הולד עד תריסר ירחי שתא, פסק בשו"ע אהע"ז סימן ד סעיף יד כרבה באשה שהלך בעלה למדינת הים וילדה תוך יב חדש דמכשירין הולד, ולא חיישינן שמא ממזר הוא, דאמרינן דהתעברה מבעלה לפני שהלך ואישתהי הולד במעי אמו עד יב חדש.

וא"כ בנידון דידן, אף שנולד לאחר תשעה חודשים מגירושיה, מ"מ עדיין יש לכאורה לחשוש שמא התעברה לפני גירושיה ואישתהי הולד במעי אמו למעלה מ - 278 ימים, וכפי שפסקו השו"ע והרמ"א כרבה שפסק ע"פ רבים והם רבי ורבן שמעון בן גמליאל. וממילא בנידון דידן יש כמה צדדים לספק: ספק התעברה לאחר גירושיה מהנתבע והיה הריון רגיל של תשעה חדשים ולא חיישינן לאישתהי. ספק התעברה לפני גירושיה ואמרינן דהולד אישתהי במעי אמו למעלה מ - 278 ימים. ואם אכן התעברה לפני גירושיה, יש עתה גם להסתפק: ספק התעברה מבעלה דעדיין היה בעלה ואף דלא חי עמה בקביעות בבית אחד כבעל ואשה באותה תקופה מ"מ גם בכה"ג עדיין אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, ספק התעברה מהנתבע לפני גירושיה, דשמא בכה"ג דבעלה לא חי עמה בקביעות בבית אחד כבר לא אמרינן דרוב בעילות אחר הבעל, והתעברה מהנתבע שהצהיר בראשונה בפני ביה"ד שהוא אבי הבן וגם שחי עם התובעת עוד לפני גירושיה.

והיה נראה לדחות חששות אלו, לפי שאין לומר כאן דניחוש לאישתהי, שלא פסק רבה דאמרינן אישתהי אלא כדי להכשיר הולד מפסול ממזרות וכעובדא דרבה וכפי שפסק בשו"ע וברמ"א, ומי יימר דחיישינן לאישתהי בעלמא, וק"ו במקום שמכניסים הולד לחשש ממזרות בעקבות החשש דאישתהי.

אלא שאף שדחיה זו נשמעת הגיונית וגם מבוססת, שהרי באמת לא מצינו דפסק רבה דחיישינן לאישתהי אלא בכה"ג של הצלת הולד מפסול ממזרות, מ"מ כיון שלא מצאנו אף פוסק או מפרש שיגבילו את פסקו של רבה בטענה שלא פסק אלא בכדי להכשיר הולד דרק אז חיישינן לאישתהי, על כן גם אנו לא נביא הדחיה באופן זה, ונברר את הענין יותר לעומקו. יתר על כן, הרשב"א ביבמות דף מב ד"ה אלא, כתב, דלרבה דחייש לאישתהי הולד במעי אמו, גם בנולד תשעה חודשים לאחר הגירושין יש להסתפק על ולד זה, ספק התעברה אמו לפני גירושיה ובנו של בעלה לשעבר הוא, ספק התעברה לאחר גירושיה מאדם אחר, ומה דלא הביאה הגמ' היכי תימצי זאת, זהו משום דהוי פלוגתא, ובפלוגתא לא קמיירי בגמ' התם. והרי בגמ' זו ביבמות דף מב דענינה חודשי הבחנה, לא עוסקת הגמ' כלל בעניני פסול ממזרות אלא רק ביחוס הולד לברר מי הוא אביו

ובכל זאת ס״ל לרשב״א דלרבה יש להסתפק בנולד לתשעה שמא אישתהי, על כן ברור דלהרשב״א חשש אישתהי אינו חשש הבא להכשיר ולדות בלבד אלא חשש העומד בפני עצמו.

ונראה לומר, שספק זה דשמא התעברה לפני גירושיה המתבסס על חשש אישתהי, היה בא בחשבון, אם חשש זה של אישתהי במעי אמו עד יב חודש הוא חשש שיש לחשוש לו בסתמא מצד עצם המציאות דאשתהי, שכך הוא במציאות דיש והולד משתהה במעי אמו יותר מתשעה חודשים באופן טבעי. וכפי שהוא אכן בגמ׳ בפשטות בדברי רבי ורבן שמעון בן גמליאל, ואף לכאורה בדברי רבה, דאף דרבה עבד עובדא דחייש לאישתהי בהיכי תימצי מסוים דהלך בעלה למדינת הים יב חודש לפני הלידה וכפי שנראה להלן דבמציאות זו יש תוספת סיבה לעצם החשש דאישתהי על מנת דנימא אישתהי, דהא איכא התם חזקת כשרות ורוב בעילות אחר הבעל, מ״מ הגמ׳ גופא לא ציינה זאת דרבה חייש לאשתהי על סמך הרוב וחזקת הכשרות, דמשמע מיניה לכאורה דרבה עבד עובדא דחייש לאישתהי מצד עצם החשש דאישתהי, וכפי שאכן הגמ׳ מסיימת דבריה: ״כיון דאיכא רבי ורבן שמעון בן גמליאל עביד כרבים״, דהיינו דחשש אישתהי דרבה הוא זהה לחשש אישתהי של רבי ושל רבן שמעון בן גמליאל.

וכן כתב לכאורה גם הגרע״א זצ״ל בתשו׳ סימן קה [ד״ה תו כתב ידידי], דהשואל רצה להוכיח מגמ׳ דיבמות דלא תלינן באישתהי אלא רק מטעם חזקת כשרות, והגרע״א דחה את הוכחת השואל, אלמא לכאורה דס״ל דאמרינן אישתהי מצד עצמו וללא סיוע נוסף מטעם חזקת כשרות או רוב.

ומ״מ אין הדבר מפורש בתשו׳ הגרע״א דס״ל דאמרינן אישתהי בסתמא ללא חזקת כשרות, די״ל דמה שדחה הגרע״א זהו דוקא את הוכחת השואל מגמ׳ יבמות, ומ״מ עדיין ס״ל דלא אמרינן אישתהי אלא רק בתוספת חזקת כשרות או רוב. וז״ל הגרע״א שם:

> ״תו כתב ידידי רומעכ״ת להוכיח דלא תלינן באישתהי רק מטעם חזקת כשרות מסוגיה דיבמות דף מב... ע״כ דלא תלינן באישתהי בלא חזקה. יעיין מר חידושי הרשב״א יבמות שם דעתו דבאמת הוי מצי לשנויי הכי אלא דבעי לומר לכו״ע...״ עכ״ל.

ויותר מכך, דבתשו׳ סימן קד כתב הגרע״א מפורש דלא חיישינן לאישתהי אלא משום צירוף החזקת כשרות לחשש אישתהי וז״ל:

> ״וסתם אין תולין באישתהי רק רבה תוספאה תלה דשהה משום חזקת כשרות דידה...״ עכ״ל.

אלא שבהבנה זו, דאישתהי הוא חשש עצמי ללא תוספת חזקת כשרות או רוב יש לכאורה קושי רב, דהרי אנן קי״ל דרוב נשים לט׳ יולדות וא״כ החשש דאישתהי הולד במעי אמו יותר מט׳ חדשים הוא מיעוט בלבד, ואיך לדוגמה

בעובדא דרבה נסמוך על מיעוט בלבד כדי להכשיר הולד מפסול ממזרות בהלך בעלה למדינת הים יב חודש לפני לידת הולד. ומתוך כך י״ל, דלפחות בשיטת רבה דיש לתלות בעובדא דעבד דסמך גם אחזקת כשרות, דס״ל דהחשש שהולד השתהה במעי אמו עד יב חודש אין זה חשש העומד בפני עצמו, שהרי רק מיעוט הוא ואין לחוש למיעוט, אלא שהמיעוט מצטרף לחזקת כשרות של האשה, דבכה״ג שהלך בעלה יב חודש לפני הלידה יש מקום לומר דהתעברה כרוב נשים ט׳ חודשים לפני הלידה וכיון שבעלה לא היה כאן הרי שולד זה ממזר הוא והיולדת זינתה תחת בעלה, ויש מקום לומר דנעמיד האשה על חזקת כשרות ונצרף חזקה זו למיעוט דאישתהי עד יב חודש ואמרינן דהתעברה מבעלה לפני שהלך למדה״י ונכשיר הולד [למ״ד דחזקת האם מועילה לולד]. וכן דעת הנו״ב בשו״ת נו״ב מהדו״ק אהע״ז סימן סט דחשש אישתהי אינו אלא בצירוף של חזקת כשרות כנגד הרוב.

ואף בשיטת רבי י״ל דסמך רבי על כך שנולד הולד בחודש שמיני וגמרו סימניו - שערו וציפורניו - דמוכיחין עליו דנגמרה צורתו לשבעה ואישתהי במעי אמו עד חודש שמיני, וכן בשיטת רבן שמעון בן גמליאל דסמך על כך דשהה שלושים יום - היינו שחי שלושים יום - דמוכיח שבר שבעה הוא ואישתהי במעי אמו עד חדש שמיני, עיין בבעה״מ יבמות (כה.).

ואף דהנו״ב בהמשך כתב דחזקה ורובא רובא עדיף וא״כ איך מועילה חזקת כשרות האשה בתוספת מיעוט אישתהי מול רוב נשים לט׳ יולדות, וע״כ מוכח מיניה דס״ל לרבה דאישתהי הוי שכיח מאוד, מ״מ י״ל דאין כוונתו בכך לומר דאמרינן אישתהי ללא חזקת כשרות כלל, דא״כ מה מועיל דאישתהי הוי שכיח מאוד והרי סוף סוף אף דהוי שכיח מ״מ עדיין מיעוט הוא ואיך יועיל כנגד רוב נשים לט׳ יולדות.

אלא ע״כ כוונת הנו״ב כפי שכתב שם שלא בעינן טענת ברי של האשה משום דהמיעוט הוא שכיח טובא, והא ראיה שאף שבעלמא רובא וחזקה רובא עדיף מ״מ כאן אמרינן שחזקה עדיף מרוב וזהו משום שלחזקה מצטרף מיעוט שהוא שכיח טובא אף דלא הוי עדיין רוב. וא״כ מציאות זו של חזקה ומיעוט השכיח מאוד, גם גורם דלא בעינן טענת ברי מצד האשה.

מ״מ נראה ברור מתשו׳ הנו״ב דאמרינן אישתהי רק בתוספת חזקת כשרות כנגד רוב נשים לט׳ יולדות.

וא״כ, הרי שבנדון דידן כל הצד של הספק דשמא התעברה מהנתבע לפני גירושיה לא קיים עוד, שהרי צד זה של הספק מתבסס על חשש אישתהי לבדו, והרי הוכחנו לעיל דחשש זה של אישתהי אינו נלקח בחשבון אלא רק בתוספת חזקת כשרות. ובנדון דידן הצד שנבעלה לנתבע לפני גירושיה הרי הוא הפך חזקת כשרות של האשה. וכאן אדרבה יש לצרף את חזקת הכשרות דוקא לרוב

נשים לט׳ יולדות והתעברה לאחר גירושיה בדוקא [חוץ מעצם הענין שאין להם כלל כח טענה ונאמנות לפסול את הולד ולומר שהתעברה מן הנתבע בזמן היותה אשת איש וכפי שנפסק בשו״ע אהע״ז סימן ד וכפי שנביא להלן].

וממילא אין להסתפק כלל שמא התעברה לפני גירושיה מהנתבע מכח חשש דאישתהי, שהרי חשש זה שהוא מיעוט ביסודו אינו יכול להלקח כאן בחשבון ביחס לרוב נשים לט׳ יולדות המורה שהתעברה לאחר גירושיה, שהרי אין לצרף כאן חזקת כשרות האשה למיעוט ,ועוד יותר מכך דאף מצטרף לרוב.

וא״כ לא נותר אלא להסתפק שמא התעברה מבעלה לפני גירושיה, ואף דהוי יותר מתשעה חודשים של עיבור, מ״מ יש לומר דהכא חיישינן לאישתהי הולד במעי אמו עד יב חדש בתוספת חזקת כשרות של האשה שנבעלה לבעלה בהיתר בעודם נשואים.

אלא שי״ל לכאורה דגם על הצד הזה אין לצרף חזקת הכשרות לחשש אישתהי.

משום די״ל, דהיכן מצאנו צירוף של חזקת כשרות למיעוט אישתהי, מצאנו זאת במציאות שהלך בעלה יב חודש לפני הלידה, דאם נאמר דזו שייכת לרוב דרוב נשים לט׳ יולדות, הרי נבעלה באיסור עריות דאשת איש והולד ממזר, ואם נאמר דהתעברה ע״י בעלה כ-יב חודש לפני הלידה ושייכת למיעוט דאישתהי הולד במעי אמו הרי היא בחזקת כשרות ונצרף חזקת הכשרות למיעוט אישתהי ונכשיר את הולד. ומול המציאות של מיעוט אישתהי, עומד מצב של רוב נשים לט׳ יולדות כאשר במצב זה האשה אבדה לגמרי את חזקת הכשרות שלה ע״י בעילת איסור של עריות דאשת איש. וממילא שייך לומר דכנגד רוב עם אבדן מוחלט של חזקת הכשרות, נלך בתר מיעוט עם חזקת כשרות.

אבל בנידון דידן הרי מול מצב של מיעוט אישתהי עם חזקת כשרות על הצד שנאמר שהתעברה מבעלה לפני גירושיה, עומד מצב של רוב נשים לט׳ יולדות ללא הפסד מושלם של חזקת הכשרות שהרי אם התעברה לאחר גירושיה אין כאן איסור עריות של אשת איש אלא ביאת זנות של פנויה בלבד, ואף לדברי הרמב״ם דס״ל דיש כאן איסור לאו דלא תהיה קדישה, מ״מ איסור עריות אין כאן, ועוד שאין הולד ממזר.

וא״כ בכה״ג מנלן לומר דנלך בתר מיעוט אישתהי המצטרף לחזקת כשרות האשה, ולא נלך בתר רוב נשים לט׳ יולדות כאשר על הצד הזה עדיין אינה מאבדת את חזקת כשרותה עד כדי איסור של עריות של אשת איש והולד ממזר, כפי שאכן קיים בעובדא דרבה תוספאה שכנגד מיעוט עם חזקת כשרות עומד מצב של רוב נשים לט׳ יולדות עם אבדן מוחלט של חזקת הכשרות דעברה על איסור עריות דאשת איש ועוד שהולד על הצד הזה הוא ממזר. די״ל דדוקא שם אזיל רבה בתר מיעוט אף דאינו אלא מיעוט משום דמצטרף לחזקת כשרות, כאשר מול מצב זה יש אמנם מצב של רוב אבל מצב הנוגד את חזקת הכשרות

בדרגה של איסור עריות ופסול ממזרות לולד, משא״כ בנידון דידן דמול המיעוט וחזקת הכשרות יש רוב מוחלט ומצב שאינו נוגד את חזקת הכשרות של האשה באופן מוחלט שהרי אם נבעלה לאחר גירושיה אינו אלא בעילת פנויה כאשר הולד אינו ממזר, ומי יימר שרבה תוספאה, בכה״ג דהרוב גם הוא מצטרף לחזקת הכשרות אף דאינה אלא חזקת כשרות ברמה יחסית, ילך בתר מיעוט עם חזקת כשרות מושלמת.

וכיון דיש מקום לחלוק על חילוק זה דלעיל, על כן יש לצרף כאן טעם נוסף למה לא נלך בתר מיעוט אישתהי בתוספת חזקת הכשרות בנידון דידן ונאמר שהתעברה מבעלה לפני גירושיה, שהרי בנידון דידן איכא רעותא על הצד הזה שהרי הבעל טען והצהיר בפני ביה״ד לפני הגירושין, דמזה כשנתיים אינו חי עם אשתו יחד באותו בית, ומיירי באשה דאינה יושבת בקביעות עם בעלה. והנה אף דהב״ש סימן ד׳ סעי״ק כו פסק כהרא״ש בשם הבה״ג דאף בפרוצה ביותר אמרינן רוב בעילות מהבעל וס״ל דהחולקין לא חלקו אלא לענין איסור כהונה אבל לא לחשש ממזרות, מ״מ באינה יושבת עם בעלה בקביעות יש לומר דלא אמרינן רוב בעילות מהבעל, וכפי שפסק בשו״ת בנין עולם להגרי״א חבר זצ״ל סימן ה סעי״ק כה והביא מקור לזה מגמ׳ יבמות דף סט: דללישנא קמא שם לא אמרינן בארוסה בבית חמיו רוב בעילות אחר הבעל משום שאינו מצוי אצלה כמו בנשואה ואין כאן רוב. ואינה יושבת עם בעלה בקביעות דמיא לארוסה בבית חמיו לענין זה.

ואף דהבנין עולם בהמשך דבריו הוכיח דאין לדמות ארוסה בבית חמיו לאינה יושבת בקביעות עם בעלה, דאף דיש לשתי המציאויות מכנה משותף דבשניהם אין הבעל או הארוס מצוי בקביעות ליד אשתו, מ״מ לא דמיא, דלגבי ארוס אף איכא איסור, דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה, ולכן י״ל דאתרע רובא דרוב בעילות אחר הבעל, משא״כ באשת איש, אף דלא יושבת בקביעות עם בעלה, מ״מ איסור בעילה לבעלה ליכא, ועדיין יש להחזיק דרוב בעילות מהבעל.

מ״מ מהמשך דברי הבנין עולם משמע דאף דחזר בו מהראיה, מ״מ מעצם הדין דבאינה יושבת עם בעלה בקביעות לא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל נראה דלא חזר בו, וז״ל בהמשך דבריו שם בסעיף כו:

״וא״כ בנ״ד דלא שייך רוב בעילות בבעל כיון שלא היה הבעל בביתו רק יום אחד״... עכ״ל.

וי״ל דסברת הבנין עולם היא, דרוב בעילות אחר הבעל מבוסס על השכיחות והזמינות לבעילה כאשר במצב של נישואין תקינים רוב בעילות אחר הבעל, ועל כן באינה יושבת עם בעלה בקביעות כאשר יחסי האישות בין הבעל והאשה היא מציאות המזדמנת פחות, אף דהיא המציאות היחידה שתבעל בהיתר, מ״מ רוב בעילות כבר אין כאן. וכ״כ באוצר הפוסקים סי׳ ד סעיף כא סעי״ק א וז״ל שם:

"כתב הבנין עולם ס"ה אות י' דרוב זה עדיף מרו"כ דפ"ק דכתובות, דבעלה מצוי אצלה ביותר והוי רוב ומצוי דעדיף מרוב דעלמא... וגם הוי קרוב דתמיד היא בבית בעלה". וע"ע שם סעי"ק ג.

וכ"כ הב"ש בסימן ג סעי"ק טז וז"ל:

"... כי רוב בעילות דתלינן בבעל היינו בזינתה תחת בעלה אז אמרינן כיון דהבעל מצוי לה בודאי רוב בעילות ממנו...".

השפעת ענין זה, דלא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל באינה יושבת עמו בקביעות, על נידון דידן, היא כך: דהנה בשו"ת בנין עולם להגרי"א חבר זצ"ל סימן ה' סעי"ק א הקשה על דברי רבה דחייש לאישתהי, כפי שכבר הקשינו, דלא הוי אלא מיעוט וא"כ היכי חייש למיעוט, וביתר שאת מוסיף להקשות, שגם צירוף של חזקת כשרות למיעוט אישתהי לא יועיל שהרי חזקה ורובא רובא עדיף, וממילא לא ס"ל כהבנת הנו"ב לעיל דצירוף חזקת כשרות למיעוט אישתהי יועיל כנגד רוב נשים לט' יולדות משום דהוי מיעוט שכיח, וז"ל:

"והנה לכאורה צ.ע. דהא ע"כ אנו רואים דרוב ולדות אין משתהים אחר ט' חודשים, א"כ למה הכשיר רבה תוספאה את הולד אף שאין כאן חזקת כשרות דאתתא דהא קי"ל רובא וחזקא רובא עדיף".

ותירץ שם הבנין העולם, דאכן צירוף חזקת כשרות למיעוט אישתהי לבד לא יועיל כנגד רוב נשים לט' יולדות, והסיבה שרבה הכשיר את הולד על סמך אישתהי, היא משום שצירף למיעוט, רוב נשים מתעברות ויולדות מבעליהן, וא"כ הוי רובא כנגד רובא [רוב נשים לט' יולדות כנגד רוב נשים מתעברות מבעליהן] והוי כספק השקול [רוב כנגד רוב] ומוקמינן לאתתא אחזקת כשרות דידה ומכשרינן הולד ע"י דאמרינן דאשתהי במעי אמו.

א"כ בנידון דידן, אף אם נאמר דחזקת הכשרות המצטרפת למיעוט אישתהי על הצד שהתעברה מבעלה שהיא חזקת כשרות מושלמת, עדיפה על פני חזקת הכשרות היחסית המצטרפת לרוב נשים לט' יולדות על הצד שהתעברה לאחר גירושיה מביאת פנויה, מ"מ להבנין עולם לא די בכך ע"מ לחוש לאישתהי, דהא בעיקר בעינן לרוב בעילות מהבעל ע"מ לקזז את הרוב נשים לט' יולדות דרק אז נוכל ללכת בתר חזקת הכשרות ולחוש לאישתהי. ובנידון דידן הרי ס"ל להבנין עולם דכיון שהתובעת גרה בנפרד מבעלה מזה כשנתיים לא אמרינן לגבה רוב בעילות אחר הבעל, ועל כן אף דיש למיעוט אישתהי חזקת כשרות בהדה, מ"מ לא די בכך מול רוב נשים לט' יולדות, כל עוד אין לצד של מיעוט אישתהי וחזקת כשרות גם רוב בעילות אחר הבעל. ולפיכך נראה דאין לחוש בנידון דידן לאישתהי אף על הצד שנחוש שהתעברה מבעלה לפני הגירושין[1].

1 ויש להדגיש דאף דחלקו הפוסקים וס"ל דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל אף

עוד יש לצרף טעם נוסף דאין לחוש בנידון דידן לאישתהי, דהנה הח״מ בסימן ד׳ ס״ק י הביא את שיטת התוס׳ במס׳ נדה דף לח. ד״ה שיפורא וכן במס׳ נדה דף כז. תוד״ה אלא, דלא קי״ל כרבה תוספאה, משום דרוב אמוראים לית להו הא דרבה תוספאה ואין הולד מישתהי יותר מ-רעא (271) ימים, היינו תשעה חודשים שלמים כל אחד ל׳ יום.

ובנידון דידן הרי נולד הבן רעח (278) ימים אחר הגירושין, ולשיטת התוס׳ אין לחוש שמא התעברה לפני הגירושין, דלא חיישינן לאישתהי הולד במעי אמו יתר על רעא ימים.

ואף לשיטת הנו״ב אהע״ז מהדו״ק סי׳ סט דס״ל דלא אמר התוס׳ דלא קי״ל כרבה אלא כאשר האשה עצמה אינה יודעת מתי נקלט הזרע במעיה דלא חיישינן למה דלא שכיח, אבל היכא דאומרת ברי לי, ודאי דאף למילתא דלא שכיחא אלים ברי שלה בסיוע חזקת הכשרות, וממילא כשטוענת ברי דאישתהי הולד, גם תוס׳ יודה דפסקינן כרבה דאמרינן אישתהי.

מ״מ בנידון דידן דטוענת ברי דהתעברה לאחר גירושיה וטוענת נגד חשש אישתהי, ודאי דלשיטת התוס׳ אין מקום לחוש לאישתהי יותר מ-רעא ימים, ולפיכך י״ל דבודאי התעברה לאחר גירושיה. ואף שהאשה בשלב מסוים טענה ברי דהיו לה יחסי אישות עם הנתבע לפני גירושיה, מ״מ י״ל דטענה זו לא חשיבא טענת ברי על מנת דניחוש לאישתהי, שהרי לא טענה שהתעברה לפני גירושיה. בהקשר לעיבורה טענה רק טענה אחת ויחידה שהתעברה לאחר גירושיה, כאשר עוד חיזקה טענתה בכך שראתה דמים ביום גירושיה.

ואף שבשו״ע וברמ״א פסקו כשאר הראשונים [רי״ף ורמב״ם] דקי״ל כרבה, ודלא כשיטת התוס׳, מ״מ עצם העובדה שהח״מ מצא לנכון לצטט ולהביא כאן את שיטת התוס׳ דס״ל דלא קי״ל כרבה, יש בה מספיק בכדי לצרף את שיטת התוס׳ לשאר טעמים דלא ניחוש כאן לאישתהי - כך מקובלני ממו״ר מרן הגר״א שפירא שליט״א. וכעין זה ביחס לשיטת התוס׳ מצינו בערוך השלחן סימן ד סעי׳ כב וז״ל:

> ״אמנם אם ראו בה דבר מכוער ואיתרע חזקת כשרותה לא תלינן גם ב - יב חודש כיון דגם זה הוי מילתא דלא שכיחא ובפרט שיש מרבותינו שפסקו דלא כי הך דיבמות [תוס׳ נדה לח.]...״ עכ״ל.

באינה יושבת בקביעות עם בעלה משום דרוב זה תליא באפשרות לקיים יחסי אישות בהיתר ולא ברמת השכיחות והזמינות, מ״מ לא הסתמכנו על הבנין עולם אלא כטעם לצירוף לשאר הטעמים, וגם לא סמכנו על טעמים אלו לאיסורי עריות לקולא, אלא רק להכרת אבהות כאשר הולד ממילא ממנ״פ כשר בין אם אביו הוא בעלה לשעבר ובין אם אביו הוא הנתבע שהתעברה ממנו לאחר גירושיה.

היוצא מכל הנ״ל, שבנידון דידן אין לחוש לאישתהי הולד במעי אמו, ויש להחזיק את הולד הזה אשר נולד רעח ימים לאחר גירושי אמו, שנולד מעיבור שהתעברה אמו לאחר גירושיה. וכיון שגם התובעת וגם הנתבע מודים באבהות הנתבע על הולד, הרי זה כמציאות רגילה של הכרת אבהות שמחזיקים הולד כבנו של המודה בכך, מדין הודאה וקבלה על עצמו חוץ מלענין יבום וחליצה.

יש להדגיש, שלענין כשרות הולד מפסול ממזרות, אף אם היינו אומרים שספק אישתהי וספק התעברה מבעלה לפני גירושיה, ממנ״פ הולד כשר ובלבד ששללנו את האפשרות דחשש אישתהי והתעברה מהנתבע לפני גירושיה.

[ובדבר הצהרתם של התובעת והנתבע שהצהירו בתחילה שהיו ביניהם יחסי אישות בעודה אשת איש, דהצהרה זו אינה יכולה להוות עילה לפסול הולד, וכן בדבר הצהרתה של האשה שהיתה בנדתה בזמן גירושיה, האם מציאות זו מורה על אי היותה מעוברת בעת ההיא, הרחבתי בפס״ד ואכמ״ל].

והנה לענין הבאת בעלה לשעבר של התובעת לביה״ד על מנת לברר עמו דעתו בענין כשרות הולד דנאמן לכאורה מדין יכיר , נראה דאין מקום לכך, שהרי ממנ״פ במה שקשור לכשרות הולד יהיה הולד כשר לקהל בכל מה שיאמר. שהרי אם יאמר שלו הוא והולד כשר, לכאורה הוא יהיה נאמן על אף הכחשת האשה, וכפי שנפסק בשו״ע אהע״ז סימן ד סעיף כט. [ואף דיש לדון גם לגבי נאמנות זו בנידון דידן, שהרי אם יהיה נאמן לומר שלו הוא, זה רק על הצד שנאמר שהולד אישתהי במעי אמו, וא״כ ראשית תלוי הדבר אם בכה״ג אמרינן אישתהי ללא קשר לאמירת הבעל לשעבר. מ״מ זה ברור שעצם הגדתה שראתה דמים ביום הגט אינו מפריע שהרי מפיה אנו חיין בענין זה והכחשה דידה לאמירה שלו ממילא לא מועילה לפחות במה שנוגע להשלכות על כשרות הולד] ואם יאמר שאינו שלו, הוא לא יכול לפסול את הולד דביחס לעיבורה מאדם זר לפני גירושיה כבר הוכחנו לעיל דאין לומר אישתהי, ועל כרחך בעינן למימר דהתעברה מזר לאחר גירושיה וכשר הוא לקהל. ועוד שבעלה לשעבר הרי כבר הצהיר בפני ביה״ד שלא חי עם אשתו מזה כשנתיים, אף דלכאורה אין בהודאה זו משום הודאה שלא בא עליה כלל.

ונראה דלא רק שאין מקום לכך, אלא אף יותר מזה דבנידון דידן אין לבעלה לשעבר של התובעת כח נאמנות מדין יכיר, שהרי כל נאמנות אב על בנו זה דוקא למוחזק כאביו של הילד שרק אז נתנה לו התורה נאמנות מדין יכיר, אבל אין שום נאמנות לאדם שאינו מוחזק כאביו לקבוע את מעמדו של הילד וכפי שפסק הרמ״א באהע״ז סי׳ ד סעיף כט וע״ע בענין זה בפד״ר כרך ב עמ׳ 121. וא״כ בנידון דידן הרי הדיון הוא על שלב מוקדם יותר, האם בכלל יכול הבן שנולד לתובעת להיות בנו של בעלה לשעבר כאשר לא הוחזק מעולם כבנו של אף אחד מהם לא של הבעל לשעבר ולא של הנתבע, והדיון הוא במישור ההלכתי

איך לקבוע את המציאות מתי התעברה אם אמרינן כאן אישתהי אם לאו. דיש מקום לומר, דאף אם יאמר דבנו הוא, מ״מ אם נוכיח שלהלכה לא שייך לומר כאן אישתהי, א״כ י״ל דבכה״ג לא יהיה נאמן הבעל לשעבר, ודמיא למה שכתב בשו״ת הגרע״א זצ״ל סימן קכח דאינו נאמן רק בהכרת דבר ברור, וז״ל שם:

״דיש לומר דאינו נאמן רק בהכרת דבר ברור שאינו בנו, אבל בזה שאף לדבריו אפשר שזה בנו דדלמא אישתהי, אינו נאמן לומר שהיה כן שיסופק לנו אם הוא בנו, דזה אינו דרך הכרה״ עכ״ל.

וע״ע בפד״ר ח״א עמ׳ 62. וכאן ישנה מציאות שצריכה בירור מצד עצמה על משך חודשי העיבור ומה תועיל בזה אמירת הבעל לשעבר. וגם אמירת הנתבע בעצם לא מועילה לגבי אבהותו באמת, אלא רק כקבלה מדין הודאת בעל דין על צרכי הולד כגון מזונות. וענין האבהות חייב להקבע בנידון דידן רק מצד הבירור ההלכתי לגבי מציאות חודשי העיבור. ומ״מ אם היינו פוסקים דשייך לומר אשתהי בכה״ג דנידון דידן, אזי לכאורה היה מקום לברר את דעתו של הבעל לשעבר, אלא שגם בכה״ג אין מקום להתחשב בדעתו וכפי שכתבנו לעיל שהרי לא הוחזק כבנו מעולם ולא האמינה תורה מדין יכיר אלא למי שהוחזק כבנו. עוד יש לצרף כאן את דעת הבה״ג דנאמן לומר אינו בנו רק ע״י הכרת בכורה ודעת הריא״ז דנאמן רק באומר שהוא בנו והוא ממזר וכפי שמובא בפ״ת סימן ד׳ סעי״ק לז מתשו׳ הגרע״א סימן קכח.

ונחזור עתה לגוף הפסק, כאשר הוכחנו שאין לומר שהתעברה מהנתבע לפני גירושיה, דבכה״ג דליכא חזקת כשרות לצרפה למיעוט אישתהי לא אמרינן כלל אישתהי כנגד רוב נשים לט׳ יולדות, והרי על הצד שהתעברה מהנתבע לפני גירושיה אין לה חזקת כשרות, ונהפוך הוא הפסידה את חזקת כשרותה, וממילא ליכא למיחש כלל לאישתהי הולד במעי אמו בכה״ג.

ולענין אם י״ל שהתעברה מבעלה לפני גירושיה, ונחוש לאישתהי כאשר נצרף את חזקת הכשרות של התובעת למיעוט אישתהי נגד הרוב דרוב נשים לט׳ יולדות, נרכז ונסכם את הסיבות והטעמים שמהם עולה דאף בכה״ג אין לחוש לאישתהי:

א. מצד הסברא, דבנידון דידן אף דלמיעוט אשתהי אכן יש לצרף חזקת כשרות, מ״מ לרוב נשים לט׳ יולדות שעומד כנגדו עדיין גם יש חזקת כשרות באופן יחסי, דאף דהתעברה פנויה ללא קידושין על הצד שנולד לט׳ חודשים כרוב ולדות, מ״מ לא דמיא לעובדא דרבה תוספאה דשם כנגד מיעוט בצירוף חזקת הכשרות עומד רוב נשים לט׳ יולדות והפסד חזקת הכשרות שהרי על צד זה דילדה לט׳ אמרינן דזינתה תחת בעלה כשלא היה בעיר. ושמא בכה״ג דנידון דידן אף לרבה לא בעינן למיחש לאישתהי, כפי שאין לחוש למיעוט אישתהי

כנגד רוב אלא רק בצירוף חזקת כשרות למיעוט, כמו״כ הכא אף דצירפנו חזקת כשרות למיעוט מ״מ כל עוד שגם לרוב שכנגדו יש חזקת כשרות, גם אז אין לחוש לאשתהי אליבא דרבה.

ב. מכח סברת הבנין עולם דאף צירוף של חזקת כשרות למיעוט אישתהי עדיין אינו מספיק כנגד רוב נשים לט׳ יולדות דרובא וחזקה רובא עדיף. ולכן בעינן, על מנת לחוש לאישתהי, לצרף גם רוב לצד המיעוט ולחזקת הכשרות כגון רוב נשים מתעברות מבעליהן, שאז רוב מול רוב מתקזז ונשאר מיעוט אישתהי בתוספת חזקת כשרות. וא״כ בנידון דידן לצד שהתעברה מבעלה לפני גירושיה, המבוסס על מיעוט אישתהי וחזקת כשרות, אין לכאורה צירוף של רוב, שכפי שכתבנו לעיל באינה יושבת יחד עם בעלה בקביעות אין רוב של רוב בעילות אחר הבעל לשיטת הבנין עולם, וממילא מול רוב נשים לט׳ יולדות יש רק מיעוט אישתהי וחזקת כשרות, ולא די בהם מול רוב דרוב נשים לט׳ יולדות על מנת לחוש לאישתהי, לשיטה זו דהבנין עולם.

ג. וי״ל לכאורה עוד יותר מכך, דאף אם אמרינן רוב בעילות אחר הבעל באינה יושבת עמו, משום דאין הדבר תלוי בשכיחות ובזמינות אלא בעצם המצב האיסורי של האשה שהיא אשת איש ולכן תלינן רוב בעילות בבעלה שהם בעילות מותרות וא״כ אף בזקן ובאינה דרה עם בעלה בדירה אחת נאמר רוב בעילות אחר הבעל, מ״מ בבירור הספק בנידון דידן אין מקום לרוב זה דרוב בעילות אחר הבעל, כאשר הספק הוא האם התעברה לפני גירושיה מבעלה או אחר גירושיה מהנתבע. והטעם הוא, משום דישנה הבנה דרוב זה בא לברר ספק באשת איש גופא כשאנו מסתפקים האם נבעלה לבעלה או לזר בעודה אשת איש דאז שייך למימר דרוב בעילות אחר הבעל ומיעוט בעילות מזר ומכאן דהרוב מברר דנבעלה לבעלה והרתה לבעלה, וכמ״ש הב״ש בסימן ג סעי״ק טז וז״ל: ״... כי רוב בעילות דתלינן בבעל היינו בזינתה תחת בעלה...״, אבל בספק דינן הרי אין הספק למי נבעלה בזמן היותה אשת איש, דהרי על הצד שנבעלה בהיותה אשת איש ברור לנו שנבעלה לבעלה שהרי כפי שכתבנו לעיל לא חיישינן לאישתהי לומר דנבעלה לזר כנגד חזקת הכשרות, ולא חיישינן למיעוט אישתהי בלבד כנגד רוב נשים לט׳ יולדות. והספק הוא האם הרתה כאשת איש מבעלה או שמא הרתה כפנויה לאחר גירושיה מהנתבע, ומה יוכל רוב זה דרוב בעילות אחר הבעל לברר כלפי הזמן לאחר גירושיה ולספק דידן אי נבעלה לאחר גירושיה לזר. ועוד, דבספק דידן הרי על הצד של הספק שהרתה בעודה אשת איש ברור לנו שהרתה לבעלה [דלא חיישינן לאישתהי על הצד שהרתה לזר כפי שהרחבנו לעיל] ועל הצד שהרתה לאחר גירושיה ברור לנו שהרתה לנתבע המודה בכך, ולמה עוד יוכל רוב זה דרוב בעילות להוות כלי המברר במקום שאין הספק שייך במישור הרוב גופא.

וא״כ, לאור זה, לא יהיה שייך לומר בנידון דידן דרוב בעילות אחר הבעל מצטרף למיעוט אישתהי דנאמר שהרתה לבעלה לפני גירושיה. דצירוף הרוב דרוב בעילות אחר הבעל למיעוט אישתהי, שייך דוקא היכא שהמיעוט של אותו רוב בעילות אחר הבעל מצטרף לצד שכנגד, כגון בהלך בעלה למדינת הים יב חודש לפני הלידה, ועדיין אשת איש היא, דהרוב בעילות נוגע לכל התקופה שעליה אנו מסתפקין למי נבעלה, והספק הוא אם התעברה מבעלה יב חודש לפני הלידה וחיישינן לאישתהי או שמא התעברה ט׳ חודשים לפני הלידה לזר שהרי בעלה לא היה כאן. דבכה״ג, רוב בעילות אחר הבעל מצטרף למיעוט אישתהי בתוספת חזקת כשרות של האשה שנבעלה רק לבעלה ועומד מול רוב נשים לט׳ יולדות ונבעלה לזר כאשר צד זה נוגד את חזקת הכשרות של האשה ושייך למיעוט נשים דנבעלות שלא לבעליהן בהיותן אשת איש, ועל כן רוב בעילות מסייע לנו לברר את הספק שאכן התעברה מבעלה יב חודש לפני הלידה כאשר מקזזין את רוב בעילות אחר הבעל עם רוב נשים לט׳ יולדות,ונשארת חזקת הכשרות של האשה המורה לנו שאכן הרתה מבעלה יב חודש לפני הלידה. וזהו בעצם ההסבר והבסיס לפסק דרבה תוספאה דחייש למיעוט אישתהי בכה״ג.

משא״כ בנידון דידן, אין המיעוט של רוב בעילות אחר הבעל מצטרף לצד שכנגד, שהרי המיעוט של רוב זה, לפי הבנתנו עתה במהות רוב זה, אינו שייך לזמן שלאחר הגירושין דנימא דניזיל בתר הרוב והתעברה לפני גירושיה ולא לאחר גירושיה כהמיעוט, דמיעוט דרוב בעילות אחר הבעל אינו אלא בהיותה עדיין אשת איש, וכיון שמיעוט דרוב בעילות אינו שייך לזמן אחר גירושיה, א״כ מה יוכל רוב בעילות אחר הבעל לברר לנו לגבי אם הרתה לפני גירושיה או אחר גירושיה, ואיך שייך בכלל לומר דנחוש למיעוט אישתהי בתוספת רוב בעילות אחר הבעל וחזקת כשרות מול רוב נשים לט׳ יולדות, כאשר הצד של הספק המיוצג ע״י רוב נשים לט׳ יולדות אינו שייך למישור הרוב דרוב בעילות אחר הבעל שהרי מיעוט דידיה אינו שייך לצד זה דהרתה אחר גירושיה, ועוד דבנידון דידן, אף ברור לנו, שעל הצד שהרתה לפני גירושיה הרי זה בודאי מבעלה, ואעפ״כ זה אינו מהווה בירור וראיה שלא הרתה לאחר גירושיה. וא״כ ק״ו שרוב בעילות אחר הבעל גרידא לא יוכל לברר ספק זה.

ד. מכח שיטת התוס׳ דלא ס״ל הא דרבה דחיישינן לאישתהי, וכפי שציין זאת הח״מ בסימן ד. ואף לשיטת הנו״ב דס״ל דבטוענת ברי גם התוס׳ סובר דפסקינן כרבה מ״מ בנידון דידן הרי לא טוענת שהתעברה מבעלה אלא להיפך טוענת ברי שהתעברה מהנתבע ובכה״ג לא חיישינן לאישתהי לשיטת התוס׳.

ואולי אף מכח העובדה דלא פסקו המחבר והרמ״א כרבה דחייש לאישתהי אלא בסי׳ ד סעיף יד בהיכי תימצי שפסק רבה בפועל להכשיר הולד, דלכאורה משמע מיניה דס״ל להמחבר דבעלמא אין לחוש לאישתהי אף דפסק כרבה.

ה. מכח הצהרת האשה שהצהירה בפני ביה״ד שהיתה בנדתה וראתה דם ביום גירושיה מבעלה, עובדה המוכיחה את אי היותה מעוברת ביום גירושיה.

מכח הנ״ל הגענו למסקנה שהתעברה לאחר גירושיה מהנתבע, והודאתו מועילה ככל הודאת אדם המכיר באבהותו על ולד הנולד מן הפנויה, כאשר הודאה זו מצד הנתבע גם כוללת חיוב מזונות לבן הנולד.

מ״מ הדגשנו שבמישור חשש ממזרות עצם העובדה שהורדנו את האפשרות שהתעברה מהנתבע לפני גירושיה, די בכך על מנת להכשיר הולד דממנ״פ כשר הוא דאו שהתעברה לפני גירושיה מבעלה או שהתעברה לאחר גירושיה מהנתבע. וכל מה שכתבנו לשלול גם את האפשרות שהתעברה מבעלה לפני גירושיה, זהו משום בירור על מנת לקבוע את אבהות הולד, כאשר יוצא שעל פי הנאמר לעיל הרי הוא אכן בנו של הנתבע מהריון שלאחר גירושי התובעת שהיא אמו של הולד.

אלא, שעדיין יש מקום לדון בענין היתר נישואין לבן הנולד לשאת קרובות בעלה לשעבר של התובעת.

שמצד אחד יש לומר, שכיון שפסקנו לעיל שלא חיישינן לאישתהי לגבי בעלה לשעבר, ומתוך כך חשבינן לבן זה כבנו ודאי של הנתבע המודה, ממילא פשוט דגם לענין איסור עריות לא חשבינן לבן הנולד כבנו של בעלה לשעבר ויהיה מותר לשאת את קרובות בעלה לשעבר של התובעת משום דכזר חשיב לגביו.

ומצד שני יש לומר, דאף דלענין קביעת מעמדו של הולד סמכנו על כל צדדי הטעמים שלא נחוש לאישתהי ביחס לבעלה לשעבר, מ״מ י״ל דהיה קל יותר לקבוע כן שהרי ברגע שהורדנו את האפשרות של אישתהי ביחס לנתבע הרי הורדנו את החשש ממזרות ומעתה ממנ״פ הולד כשר, דבין אם התעברה מבעלה לשעבר לפני גירושיה בין אם התעברה מהנתבע לאחר גירושיה כשר הוא בקהל ד׳. וכל הנושא מעתה היה לענין קביעת האבהות, ולענין זה, בצירוף כל הטעמים דלעיל קבענו שהוא בנו של הנתבע מעיבור שהתעברה התובעת לאחר גירושיה. מ״מ ביחס לאיסורי עריות לקרובות בעלה לשעבר של התובעת, יש מקום לדון לחומרא, ולא נתיר לו להנשא לכתחילה בין לקרובות בעלה לשעבר בין לקרובות הנתבע ואם ישא יצטרך גט.

ואף שלפי הטעמים שהבאנו שללנו את האפשרות שהתעברה מבעלה לפני גירושיה, מ״מ כיון שיש לרוצה לחלוק מקום לשדות נרגא על טעמים אלו, לכן יש מקום ביחס לאיסורי עריות להחמיר ולאוסרו גם על קרובות הבעל לשעבר וגם על קרובות הנתבע.

א. דלגבי טעם א: י״ל דלא כן הוא, אלא דאף בנידון דידן שנבעלה כפנויה נחשב הדבר שהפסידה חזקת הכשרות ונלך בתר המיעוט ונחוש לאישתהי בצירוף חזקת הכשרות.

ב. ולגבי טעם ב: י״ל ראשית, אף דסברת הבנין עולם מבוססת על הכלל הידוע דרובא וחזקה רובא עדיף ולכן מצריך כאן בצירוף החזקה רוב כנגד הרוב שכנגד, ולכאורה נראה הדבר כברור מאליו, מ״מ בתשובת הנו״ב אהע״ז סימן סט שהרחיב בנושא זה לא מצאנו דרישה מעין זו דלתוספת החזקה ניבעי רוב, והסיבה לכך היא משום דמיעוט אישתהי הוא שכיח. וכן במה דס״ל דבאינה דרה עם בעלה בקביעות לא אמרינן רוב בעילות אחר הבעל, יש לומר דכיון שעדיין אשת איש היא ואסורה לעלמא, הרי שרוב בעילותיה עדיין מבעלה, דלא תליא בזמינות הענין דנימא כיון שאינה זמינה תחתיו בטל הרוב דרוב בעילות אחר הבעל, אלא תליא במצב האיסורי דאף דאינה דרה עמו מ״מ עדיין אסורה לעלמא ומצב האיסורי הוא הגורם לרוב בעילות אחר הבעל.

ולאו דוקא מצד חומר איסור אשת איש אשר בודאי שלא חיתה עם גבר אחר, אלא הטעם המבואר הוא שסומכין על הרוב או על החזקה שאין אישה מזנה ומתעברת תחת בעלה ולכן כל אשר מחזיקין עצמן כנשואין זל״ז אמרינן רוב בעילות אחר הבעל [פד״ר ח״ד עמ׳ 371]. וכן מובא באוצר הפוסקים סימן ד סעיף סא סעי״ק ג מספר נתיבות לשבת סי׳ ג סק״ח לבעל ההפלאה, וז״ל:

> ״דרוב בעילות מהבעל אין פירושו מפני שבעלה שכיח לה פעמים הרבה... אלא הפירוש רוב בעילות מהבעל היינו שרוב נבעלות ומתעברות מבעליהן ולא מזנות וא״כ גם בהלך בעלה למדינת הים שייך רוב זה״ עכ״ל.

ג. ולגבי טעם ג: י״ל דכל זה אכן אינו שייך, אלא אם נבין את המהות והתוכן של רוב בעילות אחר הבעל במובן המצומצם של אשת איש בזמן היותה אשת איש כאשר אנו מסתפקין אם אשה זו בהיותה אשת איש נבעלה לבעלה או לאיש זר, דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, או מטעם השכיחות והזמינות, ולפי סברא זו לא נאמר רוב בעילות אחר הבעל באינה יושבת עמו יחדיו או בזקן דבכה״ג לא הוי שכיח וזמין, או מטעם מעמדה האיסורי של אשת איש האסורה לעלמא, ולפי סברא זו נאמר רוב בעילות אחר הבעל אף באינה יושבת עמו יחדיו או בזקן דעדיין באיסורה עומדת, דאז אכן אין לרוב זה ולא כלום לגבי הספיקות שלאחר גירושי האשה.

אבל ישנה הבנה אחרת לגבי רוב זה דרוב בעילות אחר הבעל, במובן היותר רחב לגבי נשים בכלל ובכל מצב, דרוב הבעילות של נשים בכלל, הן, כאשר הן נשואות מבעליהן, וכמו״ש באוצר הפוסקים סימן ד סעיף סא-ג מספר נתיבות לשבת לבעל ההפלאה וז״ל:

> ״ועיין בנתיבות לשבת סי׳ ג סק״ט... דרוב בעילות מהבעל אין פירוש מפני שבעלה שכיח לה פעמים הרבה... אלא הפירוש הוא שרוב הנבעלות והמתעברות, הרי זה מבעליהן ולא מזנות״ עכ״ל.

ולפי הבנה זו הרי נוגע רוב זה גם לנשים לאחר גירושין, ושפיר שייך לצרף את רוב בעילות אחר הבעל למיעוט אישתהי בנידון דידן כאשר הספק הוא ספק התעברה מבעלה כאשת איש לפני גירושיה ספק התעברה מהנתבע בזנות לאחר גירושיה, מאחר דהרוב דרוב נשים מתעברות מבעליהן מוכיח כצד הספק הראשון שהתעברה כאשת איש מבעלה, והמיעוט דמיעוט נשים מתעברות מזנות מוכיח כצד הספק האחרון שהתעברה לאחר גירושיה מהנתבע, ושוב דמיא ממש להיכי תמצי ד-יב חודש.

ולפי זה גם בנידון דידן יש לחוש לאישתהי הולד למעלה מ - 278 ימים על פי הבנת הבנין עולם, שהרי גם כאן נצרף רוב בעילות אחר הבעל למיעוט אישתהי כנגד רוב נשים לט׳ יולדות ונקזז רוב כנגד רוב ונשאר מיעוט אישתהי וחזקת כשרות המורה לנו דיש לחוש שהבן הנולד הוא אכן בנו של בעלה לשעבר של אמו. ויש לחוש להבנה זו דבעל ההפלאה בספרו נתיבות לשבת וכל שכן במה שנוגע לאיסורי עריות.

ויש לציין דלפי הבנת הנתיבות לשבת דרוב בעילות אחר הבעל אינו רוב הנובע מהשכיחות והזמינות או ממעמדה האיסורי של האשה, אלא רוב הנאמר לנשים בכלל ובכל מצב, רוב הנובע מהמציאות דרוב הבעילות של נשים בכלל, הן, כאשר הן נשואות ולבעליהן, הרי א״כ רוב זה יאמר אף באינה דרה יחדיו עם בעלה או בזקן, דגם נשים אלו שייכות לרוב נשים בעלמא דעליהן נאמר רוב זה. ולפי״ז, לפי הבנת הנתיבות לשבת, ידחה גם טעם ב דלעיל, דגם בנידון דידן אף שהצהיר הבעל לשעבר בפני ביה״ד שלא חי עם אשתו בבית אחד כבעל ואשה מזה כשנתיים, עדיין שייך למימר גביה רוב בעילות אחר הבעל.

ד. ולגבי טעם ד: י״ל דכיון שהתוס׳ הוא יחיד בדעה זו לעומת שאר הראשונים [הרי״ף והרמב״ם], ועוד שנפסק בשו״ע וברמ״א כרוב הראשונים, א״כ במקום איסור עריות ליכא למסמך כלל אתוס׳ ביחס לדעת שאר הראשונים וא״כ בעינן למיחש לאישתהי אף מבעלה לשעבר.

ובעיקר יש לחוש, לכל הפחות במקום איסור עריות, לשיטת הרשב״א יבמות דף מב דס״ל דאף בנולד לתשעה חודשים מיום הגירושין יש להסתפק שמא בנו של בעלה לשעבר הוא לרבה דחייש לאישתהי. דמוכח מיניה, דס״ל להרשב״א דחשש אישתהי הוא חשש עצמי דיש לחוש לו [להנו״ב בתוספת חזקת כשרות, ולהבנין עולם בתוספת חזקת כשרות ורוב.] ולא רק כפתח להכשיר הולד אף דבשו״ע לא הובא אלא בכה״ג.

ה. ולגבי טעם ה: י״ל דכיון שהבנה זו מבוססת על פסק האגרות משה יו״ד ח״ג סימן נב המתבסס על תשו׳ הב״ח סימן ק דאשה הרואה דמים אינה מעוברת, מסקנה הסותרת את דעת הנו״ב והגרע״א בתשו׳ [שו״ת הגרע״א סימן צט (מובא גם בפ״ת אהע״ז סימן ד׳ ס״ק טו) ועי״ע בשו״ת הגרע״א סימן קכח, ובתשו׳

הנו״ב אהע״ז מהדו״ק סימן סט], אף שגם הנו״ב מצטט את תשו׳ הב״ח ובכל זאת מסיק הנו״ב דלא כהב״ח, ודלא כמסקנת האגרות משה, וס״ל דיש אפשרות דנשים מעוברות רואות דמים וממילא ראית דם נדה אינה מהווה הוכחה דאינה מעוברת, על כן במקום איסור עריות יש לחשוש לדעת הנו״ב והגרע״א ואין להסיק מסקנה דכיון שראתה דמים ביום גירושיה אזי לא היתה מעוברת ביום זה, דיתכן בהחלט דהיתה כבר מעוברת ביום זה מלפני כן ואעפ״כ ראתה דמים. ואף במישור נאמנותה של האשה לעלמא ולהיכא דאיכא השלכות בעדותה לדבר שבערוה במקום דעדיין לא הוחזק הדבר על פיה, יש לדון.

ו. ועוד דבח״מ סי׳ ד סעי״ק (יא) כתב:

״דאם ילדה בחודש העשירי אף שהוא יותר מ-רעא ימים... מאחר שרגילות הוא להוליד עתה בחודש העשירי, ומיהו הכל לפי הענין״.

וכן בב״ש שם סעי״ק יח וז״ל:

״וכתב בח״מ אם יולדת בחודש העשירי אפשר לכו״ע אמרינן אישתהי כי שכיח הוא וכ״כ בתשובה שהביא הב״י סוס״י קעח״.

וכן הוא בבאר היטב שם סעי״ק יד, וכן כתב בערוך השולחן סי׳ ד סעיף כב שבעשרה חודשים ומעט יותר דבר מצוי הוא. וכ״כ בתשו׳ הגרע״א סי׳ קה וז״ל:

״אלא דכוונת הח״מ לדידן דקי״ל כרבה תוספאה דיש במציאות דאישתהי, ממילא מה דחזינן להרבה נשים דיולדות בחצי עשירי... ואמרינן בודאי אישתהי וא״כ ממילא הוי נתברר לנו דרגילות הוא להיות אישתהי חצי חודש...״ עכ״ל.

וכן בתשו׳ הגרע״א סי׳ קד ד״ה אולם כבוד, וז״ל:

״... דהא פחות מחודש תולין דאשתהי בלא חזקה דכשרות כמ״ש הח״מ והב״ש״, עכ״ל.

וא״כ בנידון דידן שנולד רעח ימים לאחר גירושי אמו יש לחוש לאישתהי וי״ל שהתעברה כתשעה וחצי חודשים לפני הלידה כשהיתה עדיין אשת איש.

מכל הנ״ל יש מקום לומר דאף שפסקנו דלמעשה נחשב הבן לבנו של הנתבע חוץ מיו״ח על פי הטעמים דלעיל, ובודאי יהיה אסור על קרובות הנתבע, מ״מ עדיין יש מקום לאוסרו לחומרא גם על קרובות בעל אמו לשעבר.

אלא שמ״מ מתעוררת כאן לכאורה בעיה של תרתי דסתרי בין הפסקים או סתירה למציאות, כאשר בפסק הבסיסי למעשה אנו מחשיבים את הבן כבנו של הנתבע ולכן גם נאסר על קרובותיו, ובפסק לחומרא אנו אוסרים את הבן על קרובות בעלה לשעבר של האשה אנו מחשיבים את הבן כבנו של בעלה לשעבר של התובעת. ואף שיש לכאורה כעין זה בגמ׳ לגבי ספק בן תשעה לראשון, ספק

בן שבעה לאחרון [יבמות מב.], דאסור בקרובות שניהם, שאני התם שיסוד הפסק הוא שהנולד הוא ספק, לעומת נידון דידן שבו עיקר הפסק הוא דהבן נחשב כבנו של הנתבע, ועם זאת רוצים אנו לפסוק לחומרא לענין עריות דלענין זה בלבד יחשב בנו של בעלה לשעבר של אמו. או שמא אין כאן תרתי דסתרי כלל דכמה דיכולין אנו לתקן מתקנין, דאף דלענין מעמדו של הבן נפסוק ע"פ הטעמים דלעיל דהתעברה לאחר גירושיה ותלינן דהוי בנו של הנתבע, אפ"ה לענין איסורי עריות זהו תיקונו של הולד לומר דשמא התעברה לפני גירושיה ונחוש שמא הוי בנו של בעלה לשעבר של התובעת.

ונראה לכאורה שדומה לגמ' בכתובות כז. בשני שבילין אחד טמא ואחד טהור, והלך באחד מהן ועשה טהרות והלך חבירו בשני ועשה טהרות, דאם באו לשאול בבת אחת דברי הכל טמאים, וברש"י שם:

"דהיכי נימא להו טהורים אתם חד מינייהו ודאי בטמא אזל".

בזה אחר זה דברי הכל טהורים, וברש"י שם:

"דכל חד כי אתי לקמן תלינן ליה למימר בטהור הלך".

לא נחלקו אלא בבא לישאל עליו ועל חבירו... הכי נמי בעיר שכבשוה כרכום וכל כהנות שנמצאו בתוכם פסולות משום דאשת כהן אסורה באונס, ואם יש שם מחבואה אחת, מצלת על כל הכהנות כולם, והיכי אמרינן הכי והא כיון דשרי להו לכולהו כבת אחת דמי, ומתרצת הגמ': הכי השתא התם ודאי איכא טומאה הכא מי יימר דאיטמי.

ודומה לכאורה לבאו בבת אחת דלא שייך לפסוק לשניהם טהורים אתם דאחד מהם בודאי טמא, וכמו"כ הכא לא שייך לאוסרו גם בקרובות הנתבע וגם בקרובות בעלה לשעבר דהרי הוא יכול להיות באמת רק בנו של אחד מהם ולהאסר על קרובות אחד מהם ותו לא.

אלא שהנה בתוס' כתובות דף כז. ד"ה והלך, כתב, דלהכי נקט ועשה טהרות, דלענין האדם גופא אנו מזקיקים שניהם לטבול ולהזות פן יבוא לידי טומאה ודאי אם יגעו שניהם בככר אחד, לכך אומר להו זילו טבילו דהא נהרא קמייכו, דמשמע מיניה דבמה דיכולים לתקן במקום שודאי עלולים להגיע לתקלה מתקנים, וכמו"כ בנידון דידן דמדובר באדם אחד שעלול לשאת מקרובות הנתבע ועלול לשאת גם מקרובות בעלה לשעבר של אמו, "והנהר קמייכו" דיש אפשרות לאוסרו גם באלו וגם באלו לחומרא. וכן בתוס' פסחים דף י. ד"ה בבת אחת דברי הכל טמאים כתב וז"ל:

"נראה דהיינו מדרבנן, דמדאורייתא אפילו בבת אחת טהורים".

דמשמע דכל ענין התרתי דסתרי לומר לשניהם בבת אחת טהורים אתם כאשר ברור שאחד מהם טמא זהו רק חשש דרבנן, דמדאורייתא האמת ההלכתית קובעת

דכיון שיש להעמיד את שניהם על חזקתם על כן שניהם טהורים בפועל, אף דידוע שאחד מהם ודאי נטמא בהליכתו, מ״מ כיון דספק הוא הרי שיש להעמיד את שניהם על חזקת טהרה, ורק רבנן הם דחשו דהפסק כאן סותר את המציאות כאשר ידוע לנו שאחד מהם ודאי נטמא בהליכתו.

וא״כ דכל הענין הוא מדרבנן, הרי שיש לומר דחשו רבנן להכי רק במקום שעי״כ מחמירים הדין, דמדאורייתא יכולים לטהר את שניהם אף דבאו בבת אחת, ומדרבנן מטמאין שניהם אף דגם פסק זה לכאורה סותר המציאות דהרי ידוע דרק אחד מהם טמא ובלבד שלא נטהר את שניהם כאחד כאשר ידוע שאחד מהם ודאי טמא. וא״כ בנידון דידן, דע״י שנפסוק לענין איסורי קירבה דעריות שהבן אסור בקרובות שניהם, אף דלכאורה סותר המציאות דהרי הוא בנו ודאי רק של אחד מהם, לא שייך לומר שמפאת זאת נבוא ונתיר אותו ולא נחוש לחומרא, דבכה״ג לקולא לא מצאנו.

ועוד די״ל דכאשר פוסקים לחומרא אין כאן סתירה למציאות אלא תוספת למציאות דבכלל מאתיים מנה.

ועוד, דיש להבין מהי בעצם הבעיה בשני שבילין כשבאו לשאול בבת אחת. האם עצם הסתירה שבפסקים למציאות כאשר נפסוק דשניהם טהורים מפני שהוא ספק ונעמיד את שניהם על חזקתם דטהורים הם, אף שבפועל ידוע שאחד מהם ודאי נטמא, והבעיה היא בעצם הפסק הידוע לחכמים. או שמא הבעיה היא לא בעצם הפסק, דלידיעת חכמים בדבר לא חשו חכמים, אלא חשו לידיעתם של הבע״ד ושאר הציבור. וכעין זה מצינו בר״ן במס׳ כתובות (יא:) מדפי הרי״ף וז״ל:

> ״אטו משום דאנן ידעינן דינא דכולן טהורות... א״כ בשני שבילין נמי ידעינן דינא אם נשאלו זה בפני עצמו וזה בפני עצמו... דבשלמא בשני שבילין כי נשאלו כל אחד בפני עצמו אפשר דחד לא ידע בדחבריה אלא כשבא לשאול עליו ועל חבירו, וכיון דאיהו ידע באידך סבר ר׳ יוסי דמחזי כשקרא״ עכ״ל הר״ן.

ויוצא לנו מדברי הר״ן, ראשית, הגדרה מדויקת לחשש בסוגיה דשני שבילין: דמחזי כשקרא אם נטהר את שניהם כאשר ידוע שאחד מהם ודאי טמא. וכן דהחשש הוא לא בעצם ידיעת חכמים ובעצם הפסק, אלא בידיעת האנשים ובראשם בעלי הדינים.

וא״כ לפי זה בנידון דידן יש מקום לומר דאינו דומה כלל להגמ׳ דשני שבילין, דאף אם נאסור אותו בקרובות שניהם כאשר במציאות הוא ודאי בנו של אחד מהם בלבד, מ״מ אינו מחזי כשקרא כמו בשני שבילין, ששם כשבאים לטהר את שניהם כאשר ידוע שאחד מהם ודאי טמא, בודאי מחזי כשיקרא, לעומת נידון דידן כשנאסור על הבן קרובות שניהם על אף דאסור רק על קרובות אחד מהן

הרי בכלל מאתיים מנה שאסרנו אותו כפי המציאות האמיתית שודאי אסור על קרובות אחד מהם ועוד הוספנו איסור לחומרא על קרובות השני.

ואולי יש עוד להוסיף דגם אם יש בפסק דידן דמיון לשני שבילין, מ״מ לטווח ארוך ולביצוע הפסק ודאי דיש חילוק. שבשני שבילין לאחר פסק הדין ששניהם טהורים אף שאחד מהם נטמא ודאי, שניהם מתעסקין בטהרות בפועל ואכן מחזי כשיקרא, משא״כ בנידון דידן הרי הלמעשה של הפס״ד הוא, דלא ישא מקרובות שניהם שהוא בשב ואל תעשה והרואה יאמר דאין רצונו של הבן להנשא לאף אחת מהן ואין כאן בפועל מחזי כשיקרא, דוגמת מה שמצינו [אף דאינו קשור לנידון דידן במהות] בגמ׳ פסחים דההולך ממקום שנהגו שלא לעשות מלאכה בערב פסח למקום שנהגו לעשות מלאכה, לא יעשה מלאכה דהרואה יאמר דאין לו עתה מלאכה לעבוד בה או שאין רצונו לעבוד. וכמו כן הכא, איסור נישואין לכתחילה לקרובות בעל אמו לשעבר לא יהיה גורם למחזי כשקרא על הצד שאכן המחזי כשיקרא תלוי בראייתם של בני אדם את פסיקת בי״ד. ומצב של בדיעבד דאם נשא נחייב גט, בין אם נשא מקרובות בעלה לשעבר של אמו בין אם נשא מקרובות הנתבע, לגבי הא י״ל דהוא מצב רחוק יותר שנראה שאינו יכול להוות גורם לקביעה של תרתי דסתרי.

[ובספר נפש הרב לזכרו של הגרי״ד סולובייציק זצ״ל מבוסטון בחלק ליקוטי הנהגות עמ׳ רנא מביא בשם הגר׳ משה סאלאוויציק זצ״ל דלהלכה דקי״ל הלכה כדברי המיקל באבל יש להתיר אפילו בתרתי דסתרי. ואולי ברוח זו גם נאמר דבאיסורי עריות דאורייתא יש להחמיר אפילו בתרתי דסתרי.]

מסקנה:

א. לענין קביעת אבהות אין לחוש לאישתהי בנידון דידן, ועל כן יש לפסוק שהתובעת התעברה לאחר גירושיה, וכיון שהנתבע מודה באבהות על בן זה, הרי שעל פי הודאתו יש לפסוק שהנתבע הוא אביו של הילד וחייב לזונו מדין המחייב עצמו בהודאת בעל דין [וכפי שנפסק בפד״ר כרך א עמ׳ 153-152].

ב. הבן אסור לחומרא בין על קרובות הנתבע ובין על קרובות בעל אמו לשעבר, ולכתחילה לא ישא מהן, ואם נשא צריך גט.

הרב אפרים כהן

בדין "פצוע דכא"

שאלה

אשה גרושה כבת 45 בעלת תשובה אשר הכירה גבר גרוש שהתגייר לפני שנים רבות והחליטו שניהם להנשא. אולם נודע כעת שהגבר הנ"ל עבר עיקור לפני 17 שנים קודם שהתגייר, הוא עבר מרצון סירוס של חיתוך שבילי הזרע ואין אפשרות להשיג מסמכים רפואיים שמתארים את הניתוח, נדמה לו ששבילי הזרע נחתכו בבסיסם לכיוון מעלה כמו כן קשרו את צינורות הזרע. האם מותר לשאת בת ישראל.

תשובה

לא נאריך לדון בשאלה אם בני נח נצטוו על הסירוס, מאחר שדעת רוב הפוסקים, שבן נח אינו מצווה על איסור סירוס ונראה שכ"ה עיקר לדינא. ולפי זה עלינו לדון, כיון שגבר זה עשה את העיקור בהיותו נכרי, האם כשנתגייר יש להתירו בבת ישראל כיון שעשה בהיתר או דלמא כיון שנעשה פצוע דכא, אף שזה היה בהיותו נכרי מ"מ כשנתגייר יש לו דין של יהודי פצוע דכא.

ונלע"ד עיקר כהצד השני, כיון שאין איסור של פצוע דכא תלוי אם היה מותר לו לעקר את עצמו או לא, עצם זה שנעשה פצוע דכא אוסרו בבת ישראל. ולאחר החפוש מצאתי שכ"כ בבשמים ראש, סימן קמ"ב, שאם נעשה פצוע דכא בגיותו ונתגייר, לא אמרינן הואיל וגר שנתגייר כקטן שנולד דמי הוי כנולד כן ממעי אמו, דהא עכ"פ נעשה בו מעשה בידי אדם. וביאר שם בכסא דהרסנא, דלא לכל דבר אמרינן דכקטן שנולד דמי[1], וכמו גבי היו לו בנים ונתגייר (הובאו דבריהם באוצר הפוסקים סימן ה' סעיף א' אות ה') ע"ש.

והנה בשו"ת מנחת יצחק (חלק ה' סימן י"ב) הביא דברי שו"ת שואל ומשיב שכתב דאיסור סירוס באדם הוי משום פריה ורביה, משא"כ בהמה וחיה משום קיום המין, וע"כ אף אם ב"נ מצווין על הסירוס זה דוקא בבהמה וחיה אבל לעצמם מותרים לסרס. עכת"ד. וכתב הרב המחבר להעיר על דברי השואל והמשיב, דל"מ כן מחידושי הרשב"א, שבת (דף קי"א ע"א) עש"ב.

אולם אנכי בעניי מצאתי להרמב"ם בספר מורה נבוכים (חלק שלישי פרק מ"ט), שהאריך בטעם מצות המילה וכתב בתוך דבריו וז"ל:

1 הערת העורך: ראה שורת הדין, ח עמ' תעא-ה.

"והזהיר מלישא פצוע דכא וכרות שפכה ישראלית מפני שהיא בעילה נפסדת ולבטלה, והנישואין ההם יהיו מכשול לה ולתובעיה, וזה מבואר מאד". עכ"ל.

ונראה דתרתי קאמר, חדא דהוי ביאה נפסדת שהרי אין יכול לקיים בה פריה ורביה, ועוד, שהנישואין הללו יהיו מכשול לה ולתובעיה כי אין בעלה יכול לשמש כדרך כל הארץ. ולפי זה דעתו של הרב שואל ומשיב לא נפלאת ולא רחוקה היא. והטעם השני שכתב הרמב"ם ראיתי שכתבה הראב"ד בפרק ט"ו מהלכות איסור ביאה הלכה ב' וז"ל:

"והדין נותן שהביאה תאסר כדי שלא ירבה ממזרות בישראל ופצוע דכא כדי שלא תזנה אשתו תחתיו והממזרות רבה". עכ"ל.

ועיין בשו"ת חתם סופר (חלק ג' אה"ע א' סימן י"ז וסימן י"ט), שהביא דברי הראב"ד הללו בנידונו. ומצאתי עוד בשו"ת מהר"י בי רב (סימן ב'), שגם הוא כתב בנידונו שצריך לגרש האשה לאלתר כדי שלא יחטיאנה, כי האשה יצרה גדול יותר משל האיש וכו'. והוא כדברי הראב"ד הנ"ל. וע"ע בשו"ת אגרות משה (חלק אה"ע ד' סימן כ"ט) מה שכתב בזה.

אולם נלע"ד בנדון דידן אף שעשה עיקור לעצמו בהיותו גוי, מ"מ ודאי שיכול לשמש כדרך כל הארץ, וא"כ לא שייך טעם זה הכא וביחוד שנראה שאין מטרת הנישואין בנדון זה בכדי לקיים פריה ורביה.

וע"ע בספר החינוך בפרשת "כי תצא" מצוה תקנ"ט, שכתב טעם אחר לאיסור זה והוא:

"דמשרשי המצוה להרחיק ממנו לבלתי הפסיד כלי הזרע בשום צד. כידוע במלכים שמסרסים הזכרים למנותם שומרים לנשים, ויש מן הזכרים הפחותים שרוצים בדבר כדי לזכות אל שלחן המלך ולריוח. ואנחנו עם הקודש, בדעתינו כי כל הסריס בידי אדם יפסל מהתחבר עוד עם בת ישראל ומלשבת בית או דרך אישות, נרחיק הענין ונמאס אותו. ועם טענה זו נמצא טעם בחילוק האיסור בין הנפסד בידי אדם לנפסד בידי שמים". עכ"ד.

וראיתי בשו"ת אגרות משה (חלק אה"ע ב' סימן ג'), שהביא דברי החינוך הללו וכ"ע שאולי טעם זה אינו עיקר לדינא. וכתב לבאר דאין זה מפני שאינו מוליד ע"י זה הוא האיסור, אלא מה שהוא פצוע ודך וכרות בידי אדם הוא האיסור, ומה שאמרו שאינו מוליד הוא רק סימן איזה פצוע ודך וכרות נאסרו שהוא אותו שלא מוליד ע"י זה. וכיון שכן נאסרו אלו לעולם אף כשישתנה ויוליד וכו'. ובסוף דבריו מסיק שנראה שאיסור זה הוא גזירת הכתוב ככל גזירות הכתוב של תורה. וראה עוד מה שכתב הרב בחלק ד' (סימן כ"ט) שהאריך לפקפק בטעמו של החינוך. ע"ש.

ולענ"ד נראה דמה שפירש בטעמו של דבר הוא דחוק. וע"ע בשו"ת עטרת פז (חלק ראשון כרך ג' אה"ע בהערות סימן ב' הערה א') מה שכתב ע"ד ספר החינוך הללו.

מתבאר מכל זה שלא מהני לן מידי מה שעשה העיקור בהיותו נכרי, ונותר לנו רק לברר אם בנדון דידן חשיב גבר זה פצוע דכא.

והנה מרן הגאון החזון איש (הלכות פריה ורביה סימן י"ב אות ז') כתב וז"ל:

"והנה כפי הידוע ע"פ הרופאים השבילין נכנסין לעומק בגוף ועוברין כמו חצי קשת עד שנכנסין לגיד ועוברין דרך הגיד וזורמין לחוץ, ומדלא הוזכרו בגמרא ובפוסקים, משמע דבמקום שהשבילין בפנים אינם בכלל פצוע דכא, ואינו נפסל אלא אם נפצע ונידוך בגיד ובבצים וחוטין שבהם, אבל לא החוטין הפנימיים שבתוך הגוף. ואף אם מסתרס על ידי כריתת השבילים בתוך הגוף. מ"מ אינו נאסר בקהל, ודינו כשאר עקר וכסריס חמה וכמ"ש התוס' בסוטה דף כ"ו ע"א (ד"ה אשת).

ואח"כ כתב: וע"ד הניתוח בחולי עצירת השתן ע"י סתימת שביל השתן, הבא מנפיחת הבשר הידוע ולוחץ על צינור השתן וסותמו, ובשעת הניתוח מוכרחים להפסיק גם שביל הש"ז המובלע בגוף, למש"כ אין בזה איסור סירוס דאורייתא רק דרבנן כמו שתיית כוס עיקרין, ובכל אופן הניתוח מותר משום ספק סכנה ואינו נאסר בקהל". עכ"ד.

ומבואר בדבריו דהיכא שעשה עיקור בשבילי הזרע המובלעים בגוף, אין הוא נעשה פצוע דכא.

ובשו"ת ציץ אליעזר (חלק י', סימן כ"ה, פרק כ"ד) הביא דברי החזון איש הללו, ואזיל ומסתמיך על דבריו וכתב שגם בספר כסא דהרסנא שעל הבשמים ראש סימן ש"מ כתב וז"ל:

"ואפשר נמי דענין פיסול בקהל ראינו שתלו חכמינו בגיד ובביצים ובחוטין, אבל לא בכלי הזרע הכנוסים בתוך הגוף דשוייה כעין טומאה בלועה". ע"ש. ודבריו הוו כדברי הגאון חזו"א.

והרב המחבר כתב ללמוד ע"פ היתר זה לנידונו שעשו ניתוח של הפרוסטטה (הערמונית) שנמצאת סמוך לכיס השתן בפנים הבטן, וכשהפרוסטטה מתעבה לפעמים היא לוחצת ודוחקת על שביל השתן ומפריע עי"כ את מעבר השתן דרכו עד שהדבר מביא לידי עצירת השתן, ואזי יש הכרח לעשיית ניתוח הפרוסטטה. ובכדי למנוע זיהום כללי בגוף שיכול להביא לידי סכנה נוהגים כמעט כל הרופאים לנתק את שבילי הש"ז שעוברים שם בעת בצוע הניתוח והמנותח נעשה עי"כ עקר שאינו מוליד, הוא אמנם יכול לחיות חיי אישות כדרך העולם אך אינו יכול עוד להוציא זרע. וכתב שלפי דברי הגאון החזון איש הנ"ל, יש להתיר לכרות את שבילי הזרע מלכתחילה בעת הניתוח, מפני חשש הזיהום, ולא להמתין

ולראות שרק אם יהיה זיהום שאז יחתכו. [ונראה שבא להוסיף ע״ד החזון איש שיש להתיר לכתחילה, כי החזון איש איירי בנידונו שמוכרחים לנתק ע״ש]. וע״ע שם שהאריך לחזק וליישב דברי החזו״א. והביא בשם הגרי״ח בשו״ת רב פעלים (ח״ג סימן י״ב), דבר נפלא, וכ׳ שהראה דבריו לפני הרופאים והתפלאו מאד למשמע אזנם. ע״ש ואכמ״ל.

וכן בשו״ת מנחת יצחק (חלק י׳, סימן ק״ל), הביא דברי החזון איש הנ״ל ואזיל ומסתמיך ע״ד. גם בשו״ת חלקת יעקב (אה״ע סימן כ״ב וסימן ל׳ וסימן ס״ח), דן בניתוח הפרוסטטה וכתב מדיליה כדברי החזו״א, דשבילי הזרע שבתוך חדרי הבטן לא הוו בכלל איברי משגל להקרא פצו״ד. וכתב שכעין זה כתב הגאון רא״ל מפלאצק בשו״ת משיבת נפש, דהא דלא שייך סירוס באשה, משום דלא מחוייבים אסירוס רק באברים שבגלוי דומיא דמעוך וכתות, אבל באברים הפנימיים שמסתרסין בהם ליכא לאו, ואם כן באשה דליכא רק סירוס בפנימיות הגוף לא שייך סירוס, דל״ה דומיא דקרא. וכתב שזה אילן גדול לסמוך עליו שלא להשבית חיי המשפחה של כמה אנשים.

וראה מ״ש הרב איסר יהודה אונטרמן זצ״ל, בענין זה, הובאו דבריו באוצר הפוסקים, הערות שבסוף כרך א׳.

וראיתי באוצר הפוסקים, סוף כרך ט׳ (בהשמטות והוספות), שהביאו דברי הרב חלקת יעקב והרב מנחת יצחק מה שכתבו בענין מי שנעשה פצוע דכא אם מותר להתייחד אם אשתו. ובדף ק״ל הביאו דברי כ״ק האדמו״ר מליובאוויטש הגרמ״מ שניאורסון זצ״ל, בנוגע לניתוח הפרוסטטה. ועיין מה שהאריך בזה מרן הראשל״צ שליט״א בשו״ת יביע אומר (חלק ז׳ אה״ע סימן ח׳ אות ח׳) ושם העלה דכשניתוק נעשה בסוף הניתוח חשיב פצוע דכא בידי שמים עש״ב. וראה עוד בשו״ת מנחת יצחק (חלק י׳ סימן ק״ל) ע״ש.

ואף אם נאמר שיש פוסקים דלא ס״ל כדברי הגאון חזו״א והאחרונים הנ״ל, מ״מ ספק מיהא הוי. וכבר נודע בשערים המצוינים בהלכה דברי אב״ד דק״ק ראדויל (והובא בשו״ת נו״ב מהדורא קמא אה״ע סימן ו׳ ועוד אחרונים) שכתב לחדש דלא גזרו רבנן על הספיקות אלא בבר אולודי, אבל בפצוע דכא דלאו בר אולודי הוא, כי היכי דלא גזרו על הנתינה לפצוע דכא, הואיל דלאו בר אולודי, כמבואר ביבמות דף ע״ו ע״א ה״נ לא גזרו בו על הספיקות. ואף שהנו״ב הקשה ע״ד מהירושלמי בפרק הערל, מ״מ ראיתי בשו״ת עין יצחק (חלק א׳ אה״ע סימן י׳ אות ג׳) שכתב שבספרו באר יצחק (אה״ע סימן ד׳ ענף א׳) דן דספק פצוע דכא מותר לבוא בקהל. וכתב דמה שהקשה הנו״ב תירץ שם בטוב טעם. וכ״כ עוד בספרו עין יצחק (חלק א׳ אה״ע סימן י״א אות כ׳) ע״ש. גם בשו״ת אבני נזר (אה״ע סימן י״ז) האריך להוכיח דספק פצוע דכא מותר לכל הפוסקים. וכתב

דמדברי הרמב"ם שמתיר פצוע דכא בקהל ספק, מוכח דהוא הדין ספק פצוע דכא בקהל ודאי דמאי שנא. והביא ראיה ממסכת בכורות, דף נ"ח ע"ב, דהדין כן אף בספיקא דדינא ולא רק בספק של מציאות. ובאות ב' שם כתב, שדין ספק פצוע דכא שדברו בו האחרונים, יש מתירין אפילו לכתחילה, הוא הרב מראדויל בתשו' נוב"י, ויש אוסר מדרבנן הוא הב"ש סימן ה', ויש אוסר מספיקא דאורייתא הוא החתם סופר (אה"ע סימן י"ד) עש"ב.

ותבט עיני למרן הראשל"צ שליט"א בשו"ת יביע אומר (חלק ז' אה"ע סימן ח' אות י'), שהביא דברי הגאון רעק"א בתשובה ח"ג (סימן ס"ג) שכתב:

> "ויש לי לדון שספק פצוע דכא מותר לבוא בקהל, וכמו שדרשו חז"ל, לא יבוא ממזר, ממזר ודאי לא יבוא הא ספק ממזר יבוא, ה"נ יש לומר פצוע דכא ודאי לא יבוא הא ספק פצוע דכא יבוא. ואף שחכמים אסרו ספק ממזר, היינו מטעם שמעלה עשו ביוחסין, משא"כ בפצוע דכא שאינו מוליד, יש לומר שמכיון שאין זה פיסול יוחסין ורק מגזירת הכתוב אסור לבוא בקהל, לא שייך לאסור בו משום מעלת יוחסין". ע"כ.

והוא כדברי אב"ד ראדויל הנ"ל. ובשו"ת יבי"א שם כתב, דאף שהנו"ב כתב שאמנם נכון הוא מצד הסברא מ"מ יש לפקפק בזה, והעלה שגם בפצוע דכא ודאן בספיקן אסור, אולם בשו"ת בית אפרים (אה"ע סימן ב') העלה ג"כ שספק פצוע דכא מותר אף מדרבנן, וכמ"ש הרב מראדויל. והביא תשובת הרמב"ם שכתב שמדין ממזר ודאי לא יבוא הא ספק ממזר יבוא, ילפינן לכל איסורים שבתורה, שלא אסרה התורה אלא הודאי, וקיי"ל ספיקא דאורייתא לחומרא הוי רק מדרבנן. ע"ש. וא"כ בודאי שספק פצוע דכא מותר מן התורה.

עוד הביא שם דברי שו"ת בית יצחק (אה"ע ח"א סימן ל"ו אות י"ג), שבאמת י"ל שא"צ שום ריבוי להתיר ספק פצוע דכא. שדוקא בספק ממזר שאין לו חזקת היתר, שמשעה שנולד הוא ספק, צריך ריבוי, משא"כ בפצוע דכא שאם הוא כן מעת שנולד הוי בידי שמים וכשר, דאינו פסול אלא כשנעשה ע"י אדם. א"כ בספק אם הוא פצוע דכא מוקמינן ליה אחזקת כשרות, ואף מדרבנן מותר. ושכן העיר בזה הגאון מלובלין בשו"ת תורת חסד (אה"ע סימן ל"ז), ובשו"ת נודע בשערים, ושלפי זה אין אנו צריכים למה שכתב הגאון מראדויל הנ"ל. וכיו"ב ממש כתב בשו"ת אגרות משה, אה"ע ב' סימן ג' ע"ש. עוד הביא ביבי"א דברי שו"ת חמדת שלמה ושו"ת חלקת יואב ועוד אחרונים, בספק פצוע דכא מותר אפילו מדרבנן, ושגם הרב שער המלך צידד, שדוקא בפיסול יוחסין החמירו מדרבנן, כגון בספק ממזר, משא"כ בספק פצוע דכא. עש"ב. עוד מצאתי בשו"ת ציץ אליעזר (חלק ט' סימן מ"ט אות ב') שכתב דרבו הפוסקים דס"ל דספק פצוע דכא מותר אפילו מדרבנן, ואפילו בספיקא דדינא, כמובא באוצר הפוסקים באות

י׳. וע״ע בשו״ת דברי יציב (אה״ע סימן י״ז), ובשו״ת עטרת פז (חלק ראשון כרך ג׳ אה״ע סימן ב׳) ואכמ״ל.

ובשו״ת יביע אומר (חלק ז׳, אה״ע, סימן ח׳ אות י׳) הביא שכ״כ עוד הרב אליהו חזן, בשו״ת חקרי לב מהדורא בתרא (אה״ע סימן כ״ח וכ״ט), ובשו״ת פני יצחק (חלק ה׳ אה״ע סימן ה), ובשו״ת תעלומות לב (חלק ד׳ סימן י״ח), ובשו״ת ברכת יוסף לנדא (אה״ע סימן י׳) ועוד אחרונים, וזה שלא כמ״ש בשו״ת חקרי לב (אה״ע סימן ז׳), דהו״ל ספק תורה גמור ויפה כח הבן מכח האב. ע״ש שהאריך.

עוד ראיתי למרן הגאון הרב מצליח מאזוז זצ״ל בשו״ת איש מצליח (חלק ראשון כרך ב׳ אה״ע סימן א׳), הביא דברי הרב השואל שבתשובת הנוב״י [הוא אב״ד דראדויל] וכתב, דאע״פ שדחאו הנוב״י דמדרבנן מיהא גזור שפיר, מ״מ גם הרב השואל לאו קטיל קני באגמא, ויש לצרף דעתו להקל. ובפרט שראה בפת״ש שהביא עוד בשם תשובה כת״י שכתב וז״ל: ואף די״ל דגבי פ״ד ל״ש האי כללא דיש לדון דפ״ד ספק כשר וכו׳ מ״מ אין זה ברור וכו׳. ע״ש. וכתב דאע״פ שהפת״ש לא העתיק לנו הדברים בשלמות מ״מ משמע קצת דמה שכתב דיש לדון דפ״ד ספק כשר, מדרבנן נמי כשר מדלא פירש מה״ת. באופן שעכ״פ יש צד לומר דספק פ״ד שרי לגמרי, ויש לצרף זה בנ״ד. ע״ש שהאריך.

וראה עוד באוצר הפוסקים (סימן ה׳ אות י׳ סק״ג) שהביאו בשם שו״ת מהרש״ם (חלק ד׳ סימן כ״א) שהעלה דגם היכא דשכיח יותר לאיסור מלהיתר, ספק פצוע דכא מותר. והביא לזה ראיה מדברי הפנ״י בקידושין דף ע״ג, דגם ברוב פסולין התירה התורה. וכעת ראיתי במקור הדברים, שכתב להוכיח דדין פ״ד כדין ממזר דספיקו שרי מן התורה, וכתב שם דעת הרב ברכת יוסף אה״ע סימן ו׳ להתיר בספק פ״ד אפילו מדרבנן, ושכ״ה בתשובת משיב כהלכה סימן א׳, ושגם בתשובת ב״א אה״ע סימן נ״ב צידד כן, וכמש״כ שער המלך. ע״ש. עוד מצאתי בשו״ת שואל ומשיב (מהדורא קמא חלק א׳ סימן ק״צ) שאף הוא מצדד דבספק פ״ד לא גזרו, וע״ע שם (סימן קצ״ד) ואכמ״ל.

ומכל האמור נלע״ד שיש מקום להתיר גבר זה בקהל ישראל. והראתי הדברים למו״ר הגר״מ מאזוז שליט״א והסכים עמי שאפשר לסמוך ולהתירו בשופי, וששתי.

הרב מימון נהרי

האם גט פוסל לכהונה כשהתעורר אח״כ ספק בקידושין[1]

בפנינו בקשת הגברת מ. א. להנשא למר כהן. המבקשת היתה נשואה והתגרשה בביה״ד הרבני כדמו״י, ועתה מבקשת היתר נישואין לחברה לחיים מר כהן עמו היא מתגוררת מזה כעשר שנים ללא קידושין.

בבקשתה היא כותבת שנודע לה מאדם דתי, שאם הקידושין הראשונים היו פסולים, יש אפשרות לביה״ד להתירה להנשא לכהן כדמו״י, ע״י שיבטל את הקידושין הראשונים. ומאחר והתברר לה שאחד מעדי הקידושין בנישואיה הראשונים הוא פסול קורבה מצד האם (בן דוד של החתן), בקשתה מביה״ד שיבטל את הקידושין, ויתירה להנשא לכהן כדי שתוכל להקים בית בישראל כדמו״י.

הבעל לשעבר של המבקשת העיד כי את החופה ערך להם הרב ק. מחיפה אשר בקש ממנו להביא שני עדים לקידושין. לדבריו הזמין שני עדים האחד בשם מ. בן דודו מצד האם וידיד בשם ל. שוטר שלא היה שומר תו״מ. לשאלת ביה״ד מהיכן יודע זאת, השיב כי הוא היה מחלל שבת והעובדה שנהרג בתאונת דרכים בשבת תוכיח. יצוין כי עדי הקידושין חתומים גם על הכתובה.

ביה״ד שמע את עדותו של עד הקידושין מ. בן דוד של הגרוש אשר העיד לאחר שהוזהר לומר את האמת כי אכן הוא העד החתום על הכתובה והקידושין.

מתוך בירור שנעשה ע״י ביה״ד נמצא כי תאריך הפטירה (עפ״י תעודת הפטירה) של העד השני - השוטר שנהרג, לא היה בשבת כפי שציין הגרוש בעדותו.

לאחר העיון בנימוקים של עמיתי הרה״ג ולאחר המחילה רבתי, לא כן אנכי עמדי, תורה היא וללמוד אני צריך, ע״כ זחלתי ואירא כי עירום אנכי, ובעזהשי״ת החונן לאדם אמרתי אשנה פרשתא דא, ואלקטה באמרים מן הפוסקים אשר מימיהם אנו שותים ומהם אנו חיים גרגר אחר גרגר, וזה החלי בעזהי״ת.

והנה בבואנו לפסוק בנדוננו מתעוררות השאלות כדלהלן:

א. אשה שהתגרשה בביה״ד כדת וכדין, ונתברר לאחר מכן שהיה ריעותא בקידושיה האם מותר להנשא לכהן?

---

1 נימוקים בתיקי ביה״ד האיזורי חיפה. 1604/ס״ג מ.א.

ב. האם יש חילוק בסוגי הריעותות בקידושין שהצריכו גט לכתחלה, או משום חומרא או אף אם לא היתה צריכה גט כלל אעפ"כ אסורה להנשא לכהן?
ג. האם היה בנדוננו מקום להצריכה גט?
ד. האם יש להקל בזמננו שאין לכהנים חזקה גמורה?

א. בנוגע לשאלה הראשונה שהיא שאלת המפתח בנדוננו. כאשר אשה נתגרשה בביה"ד כדת וכדין, ונתברר לאחר מכן שהיתה ריעותא בקידושיה, שהתברר שאחד מעדי הקידושין פסול קורבה. האם מותרת להנשא לכהן?

האם יש ריח הגט בנדוננו?

כדי להשיב לשאלה זו, עלינו לברר שאלה מיקדמית והיא, האם לא שייך בנדוננו דין ריח הגט הפוסל בכהונה, מאחר והיה קול קידושין, וכמבואר בתלמוד (יבמות, נ"ב ע"א, צ"ד ע"א, גיטין פ"ד ע"א) ובפוסקים, רמב"ם (פ"י מהלכות גירושין ה"א) טושו"ע אה"ע (סימן ו ס"א).

שנינו במשנה גיטין (פ"ח ע"ב):

"יצא שמה בעיר מקודשת, הרי זו מקודשת, מגורשת, הרי זו מגורשת, ובלבד שלא יהא שם אמתלא" ובגמרא, "ואסרינן לה אגברא, והא אמר רב אשי כל קלא דבתר נישואין לא חיישינן ליה? הכי קאמר, יצא שמה בעיר מקודשת, ומגורשת, הרי זו מגורשת, מ"ט קול ושוברו עמו".

והנפק"מ ממסקנת הגמרא, שהאשה מותרת לכל חוץ מכהן, מאחר ויש לה דין גרושה ע"י הקול, ובהמשך דברי הגמרא מתבאר מהות הקול שחששו לו חכמים עיי"ש היטב. ובהתאם לכך פסקו הרמב"ם (פ"י מהלכות גירושין ה"כ) וטושו"ע אה"ע (סימן ו ס"י וסימן מ"ו סעיפים א-ז).

ומכאן לנדוננו שיצא קול קידושין וגם קול גירושין שהוחזק בביה"ד ע"י מעשה בי"ד במתן הגט ובו נכתב מפורש שהאשה מותרת לכל לבד מכהן. וזהו קול גמור המבואר בפוסקים שחוששין לו, א"כ לכאורה אין מקום להיעתר לבקשת המבקשת להתירה להנשא לכהן.

האם יש כאן אמתלא המבטלת את הקול?

ברם, עדיין יש לברר האם אין בנדוננו דין אמתלא המבטלת את הקול במה שנתברר שאחד מעידי הקידושין (לפחות) פסול לעדות וכמבואר בגמרא (שם) ובפוסקים.

ומצאתי בנדון מעין זה מחלוקת הפוסקים, הובאה בהגהות רעק״א על השו״ע (שם ס״ד), ובפ״ת (שם), לגבי הוחזק קול קידושין ואח״כ נמצאו העדים פסולים, לדעת מהר״ם אלאשקר (סימנים צ״ט קי״ד) לכו״ע אין לחוש לקול הקידושין וא״צ גט. וראה עוד אוצר הפוסקים (סימן מ״ו ס״ד עמודים ט״ו ט״ז) הביא בהרחבה מחלוקת הפוסקים בנושא זה.

אולם המעיין היטיב בגוף התשובות הנ״ל יראה להדיא, שבנדוננו אין חולק שאסורה להנשא לכהן, ונתחיל מן המקילים ובראשם מהר״ם אלאשקר כפי שצוין לעיל.

ביאור שיטת מהר״ם אלאשקר

לנחיצות העניין, נצטט תמצית מדבריו כדי להתבונן היטב בחילוקים שיש בין הנדון שם (סימן צ״ט) לנדוננו, וז״ל:

״בקידושין שניתנו לפני שני אחים, ולא התפרדו לא בשעת ראייה ולא בשעת העדה בבי״ד בתוך כדי דיבור, דרך שחוק וקלות ראש. וגם היה שתיקה דלאחר מתן מעות, ולא אמר המקדש לי, מלבד ריעותות אחרות שיש בגוף העדות וכו׳ והלוא אין כאן אפילו אחד כנגד מאה או אלף, ומיום שניתנה תורה ועד היום, לא שמענו ואבותינו לא סיפרו לנו שיש לחוש לעדות שני אחים ולא התפרדו והעידו לשום דבר בעולם וכו׳ אבל קידושין בפני שני אחים אין שם ריח קידושין כלל וכלל, אלא בקידושין שלא בעדים כדאמרן״.

ור״ל, שהיתה עדות שני אחים גם בראייה וגם בהגדה בבי״ד תוכ״ד שלכל הדיעות (תוס׳ ורא״ש מסכת מכות דף ז) העדות פסולה מן התורה.

ובעניין חשש קול קידושין שנצריך גט בגללו כתב וז״ל:

״וע״כ דלא פסלו אותו בתחלה אלא בקול שנתחזק בבי״ד וחד מהנך טכסיסי ואפ״ה כתב דכיון דנתבטלה העדות נתבטל גם הקול וכו׳ אבל הכא שהעדים לפנינו הוי קול ושוברו עמו״ ובסוף התשובה סיים ״ומה עניין זה לנדון שלנו שלא הוחזק בבי״ד, כי את השובר שלו שנתקדשה לפני שני אחים דלית דינא ולא דיינא דעדות שניהם בטלה לכו״ע ואין בה שום ממש״.

ובהשלמת תשובה זו (סימן קי״ב); כתב:

״ומה שאמרתי הוא דאין שם קול כלל, לא מיניה ולא מקצתיה וצריך שיוחזק בבי״ד ולא הוחזק אלא דבר המבטלו דהיינו שנתקדשה בפני

שני אחים, ואפילו למ״ד לא מבטלינן קלא, בכהאי גוונא מבטלינן ומבטלינן, וכ״ש בעובדא דילן, דאיתנהו לתרוויהו, ראייה והגדה לפני בי״ד, דלכו״ע עדות הכל בטלה (ר״ל, לתוס׳ והרא״ש הוב״ד בטושו״ע סימן ל״ז) ואפילו אי הוו השאר מאה כשרים, ואצ״ל היכא שהם שנים והם פסולי דאורייתא כדהכא וכו׳ גם הוכיח הרב הנזכר דאפילו אי הוו הנך סהדי שנתקדשה בפניהם עדים כשרים, קידושין כה״ג לאו קידושין נינהו מכמה אנפי, חדא, דהך שתיקה הויא שתיקה דלאחר מתן מעות ולא הוויא שתיקה כהודאה וכו׳ ועוד דלא אמר המקדש ארסתיך לי, אלא ארסתיך סתם, וכל האחרונים ז״ל הסכימו דאפילו המקדש בעדים כשרים אם לא אמר לי אינה מקודשת״ ע״כ תו״ד.

חילוקים בין הנדון של מהר״ם אלאשקר לנדוננו

והרואה יראה בדבריו שני חילוקים מרכזיים בין הנדון שם לנדוננו, ובגינם הקל מהר״ם אלאשקר, ואלו הן:

א. עובדתית, מדובר שם בקידושין פסולים מן התורה מצד מעשה הקידושין גם אם היו עדים כשרים, שהיה דרך שחוק והתול.
ב. שתיקה דלאחר מתן מעות.
ג. המקדש לא אמר לי.

בנוסף לכך ישנו חסרון בעדות הקידושין שנעשה בפני שני פסולי עדות מן התורה שהעידו הן בראייה והן בהגדה בבי״ד, ובאופן הזה לית מאן דפליג שהקידושין בטלים מצד שנעשו בלי עדות כשרה, וכידוע העדות בקידושין זהו חלק ממעשה הכשר הקידושין ובלעדיו אין תוקף למעשה הקידושין.

עד כדי כך שמהר״ם אלאשקר התבטא בחריפות על כך וכתב ״והלוא אין כאן אפילו אחד כנגד מאה או אלף שיכשיר את הקידושין״.

בנדוננו, ראוי לומר את ההיפך הגמור שאין כאן אפילו אחד כנגד מאה או אלף שלא היה מצריך גט לכתחלה ולכל הפחות משום חומרא, שהרי היה מעשה קידושין גמור ברצון וחפץ הצדדים ללא שום ריעותא במעשה הקידושין אלא שנתברר בדיעבד שאחד העדים פסול, ובכה״ג נחלקו הפוסקים אם יש להכשיר ע״י העדים הכשרים האחרים שהיו שם או ע״פ העד הנוסף וכפי שנבאר בהמשך דברינו.

חילוק מרכזי שני, רואים אנו במעשה של מהר״ם אלאשקר שלא היה שם קול קידושין שהתחזק בבי״ד, אלא ע״י העדים הפסולים מה״ת הם שהוציאו את קול

הקידושין, ובכה״ג הוחזק דבר המבטלו שהעדות פסולה מה״ת, וממילא הוי קול ושוברו עמו שהקידושין בטלים מה״ת, גם לסוברים שאין מבטלים קול וכמבואר היטיב בדבריו.

שונה הדבר בנדוננו תכלית השינוי, וזאת משום שאין קול הקידושין יצא ע״י עדי הקידושין בלבד, אלא מעצם המעמד והפרסום שניתן בחתונות הנעשים בזמננו, הן ע״י המוזמנים והמכרים והן ע״י החתן והכלה עצמם ודבר היותם נשואים נישא בכל מקום אליו הם הולכים (כמו מוסדות רשמיים, בנקים, וכיוצ״ב) שהציגו עצמם ע״י תעודת הנישואין כנשואים כדמו״י, בנוסף לכך חיו כבעל ואשה לכל דבר ונולדו להם אף שני ילדים משותפים במהלך חיי נישואיהם.

זאת ועוד, המתבונן היטיב יראה שדברי מהר״ם אלאשקר נסובים שהיה מעשה קידושין בלבד ללא גט, משא״כ בנדוננו היה גם מעשה גירושין בביה״ד שהוא לכשעצמו גורם לקול גירושין.

והדבר חמור שבעתים בנדוננו, היא עצם בקשתם המשותפת מביה״ד שיסדיר להם גט והמעידה כאלף עדים שהבינו שהם נשואים זל״ז כדמו״י.
והגט שסודר היה כדת וכדין ללא שום ספיקות, בודאי שבכה״ג אסורה לכהונה גם אם עתה תתן אמתלא המבטלת את מעשה הקידושין, משום דהוי קול ואין שוברו עמו כמבואר בפוסקים שחוששין לו לכו״ע, כשהוחזק בביה״ד.

צד לאסור מדין שוויה נפשיה חתיכא דאיסורא

ומצאתי דברים מפורשים על כך בפד״ר כרך ד (עמודים 303-313 לרה״ג הדס, זצ״ל. אלישיב שליט״א וז׳ולטי זצ״ל) בנדון דומה, שם המעשה היה שהגישו איש ואשה בקשה משותפת להתגרש בביה״ד לאחר שהצהירו ששניהם התארסו ואינם רואים מקום להמשך חיים משותפים, ביה״ד סידר להם גט והאשה קיבלה מעשה בי״ד שהיא מותרת להנשא לעלמא לבר מכהן. כעבור שש שנים מיום קבלת הגט, הגישה האשה לביה״ד בקשה להתיר לה להנשא לכהן, משום שלדבריה לא קבלה קידושין רק עשו נשף, ומישהו מן הנוכחים בקהל לקח לירה מכיסו ושם בכיסו של אביה בלי ידיעת אביה (מדובר שהיתה קטנה) ורק למחרת אמרו לאביה ששמו לו זאת בשביל קידושי בתו.

אביה אימת גירסתה אולם הארוס (לשעבר) טוען שכן היה מעשה קידושין ע״י שנתן לירה לאביה ואמר לו שהילדה שלך מקודשת לי, וכל זה היה בפני

עדים. הופיעו בביה״ד העדים ולדבריהם לא נתן כסף רק רצה לתת כסף לאביה והוא לא הסכים, אח״כ הכניס הארוס את הכסף לכיסו של אביה בלי ידיעתו, הילדה לא היתה במקום ולא שמעו שהיו קידושין בין הארוס והילדה קודם לכן או לאחר מכן.

מקרה זה כמובן יש בו מקום להקל יותר לכתחלה, מאשר בנדוננו מאחר והקידושין רופפים לגמרי, הן ע״י הכחשה הילדה ואביה והן ע״י העדים, ואעפ״כ הכריעו בפס״ד הנ״ל לאסרה להנשא לכהן, וזאת לאחר מו״מ הלכתי בדין שויא נפשיה חתיכה דאיסורא.

ובין יתר דבריהם כתבו וז״ל:

״לפי האמור, הדבר פשוט לכאורה שיש בדבריה של האשה בפני ביה״ד בשנת תשי״ג שהיא מאורסת ושעל יסוד זה באה לבקש לסדר לה ג״פ - משום שוויא אנפשיה חד״א...

ומעתה בנדו״ד, בשעה שניתן הגט הרי לא שמע בי״ד שום אמתלא מפי האשה, והגט בשעתו סודר כדין וכו׳. זאת ועוד, אף שלא נתברר הדבר אם בזמנו יצא קול שנתקדשה ונתגרשה, עכ״פ מסתבר שענין הגירושין היה ידוע בכל הסביבה. ואמנם קיי״ל (בסימן ו׳ - ומ״ו) כל קול שיצא עמו אמתלא השוברת את הקול לא חיישינן לקול וכו׳, אבל אם יצא הקול ברור, ולאחר זמן יצא האמתלא אינה מבטלת הקול״.

ומסקנתם ״לפי האמור אשה זו אסורה לכהן״.

אלא ששם הנדון שכבר נשתדכה לכהן, והשאלה נותרה האם מותר לה בדיעבד להנשא לו לאחר שעברה על דברי חז״ל. ודן שם במחלוקת הפוסקים בזה, ואעפ״כ לא התירו לה להנשא אא״כ מאן דהו יסדר להם חו״ק, ביה״ד יהא רשאי לאשר את הנישואין כשיידרש.

והדברים ק״ו לנדוננו שנעשה קידושין ברצון והסכמת הצדדים (ללא הכחשות) ופועל היוצא מהסכמה זו, שאף נתגרשו בביה״ד כדמו״י לבקשתם, ולא העלה אחד מהם פקפוק בנישואין או בגירושין, א״כ היה קול קידושין וגירושין גמור. אלא שעתה בבואה להנשא לכהן נתברר לה שאחד העדים פסול, בודאי שגם מהר״ם אלאשקר לא היה מתיר לה להנשא לכהן, מכיון שיש כאן קול גמור שהוחזק בביה״ד הן קול קידושין והן קול גירושין ולא יצאה עם הקול אמתלא השוברת אותו אלא רק לאחר זמן רב בכה״ג לא מבטלינן קלא לכו״ע.

נדוננו דומה לנדון התשובה בדברי ריבות

עתה נבאר שנדוננו מתאים יותר עם המקרה של מהר״י אדריבי בספרו דברי ריבות (סימן ה), ומסקנתו לכאורה מחייבת גם במקרה דנן וכפי שיתבאר. וכדי לעמוד על שורש הדין נצטט קטעים מדבריו וז״ל:

״כבר עברו כמה ימים שטען ר׳ יום טוב בפני בי״ד שקידש לנערה פלונית והוציא שטר כתוב וחתום בעדים יעקב ויצחק ומקויים מבי״ד, ונקרא השטר והעידו העדים על חת״י וכו׳ באופן שהנערה הנזכרת הוחזקה למקודשת בכל העיר כולה וכו׳ אח״כ שמעתי שקבעו קצת מחכמי העיר בי״ד אחר, ובאו לפניהם שני אנשים וכו׳ והעידו על יצחק שעבר עבירות מהחמורות בתורה באופן שהיה רשע ופסול לעדות, ושמעתי אומרים שקצת מחכמי העיר היו רוצים להתירה לנערה בלא גט וכו׳, ואנכי שמעתי ותרגז בטני וכו׳ כי עכ״פ צריכה גט וזה מכמה טעמים שונים.

ונלע״ד, כי אחרי שנפסל עדות הקידושין אפשר לומר אחד משנים, או שמציאות הקידושין היה אמת אלא דלא מהני, מפני שהיה אחד העדים רשע וכו׳ או אפשר כיון שפסול לעדות אולי העיד שקר ולהד״ם.

בנדו״ד, נלענ״ד כי א״א לומר שהעידו ממש עדות שקר, משום דאומדנא דמוכח הוא דיום טוב הנזכר היה מחזר אחר הקידושין וכו׳ ומציאות הקידושין היא אליבא דכו״ע ודאין. אלא שלא הועילו מפני שלא קידש כתקנת חכמים וכו׳ ואחר אלו הקידושין הראשונים גלוי וידוע לכל העולם שמעולם לא מש יום טוב הנזכר מפתח ביתה ומדבר ונו״נ בביתה ודאי מכל זה ידים מוכיחות ואיכא חזקה שמציאות הקידושין הם אמיתי והראיה לזה דאמרינן במכות וכו׳.

לזה אני אומר, לא יהא אלא קול דתנן וכו׳ וכ״ש בנדו״ד, שהעידו שנים בפני בי״ד שנתקדשה בפניהם ואיתחזקא בבי״ד למקודשת דפשיטא ופשיטא דצריכה גט ונדון ונאמר והלוא דברים ק״ו.

וגדולה מזאת כתב מהרי״ק (שורש פ״ז) על אשה שהוחזקה למקודשת לפלוני כו״כ זמן, אע״ג דלא הוחזקה בבי״ד, אלא הוחזקה כן בעירה, הצריכה גט, והביא ראיות ע״ז וכו׳ וכי תימא כיון שיצא קול אמתלא על הקידושין שפסלו ע״א מבטלינן ליה לקלא (כמו בנדוננו) ליתא, כיון שלא יצא האמתלא עם הקידושין ממש, דבעינן קול ושוברו עמו וראיה לזה מדאמרינן בגיטין״, אלו תו״ד.

לעומת זאת בנידון שלנו היו הנישואין בפומבי, וע״י רב ונרשמו בכל המשרדים וחיו יחד כמה שנים ונולדו להם שני ילדים. לכן ודאי שיש קול קידושין. ובנוסף לכך בנדוננו גם קול הגירושין שהוחזק בביה״ד ונכתב מעשה בי״ד שאסורה לכהן, ודאי חשוב כל זה קול גמור הן לקידושין להצריכה גט לכתחלה והן לגירושין לפסלה לכהונה, ולא חשוב קול ושוברו בצידו משום שבנדוננו השובר יצא לאחר זמן רב, ומה יאמרו העולם, התירו בי״ד גרושה לכהן, הייתכן?

מקרים חריגים בהם לא חשו חכמים לקול קידושין

אמנם מצאנו לפוסקים ראשונים ואחרונים מקרים שלא חשו בהם לקול קידושין, וכל מקרה צריך להבדק לגופו, והמעיין היטיב בשו״ת הפוסקים יראה שאם מעשה הקידושין נעשה דרך שחוק והתול ע״י בני בליעל או פריצי הדור שחפצם היה לעגן ולצער בנות ישראל יצאו גדולי ישראל חוצץ כנגדם והתירו בנות ישראל מעגינותם.

וכמו שנראה למהר״י אדריבי הנ״ל שבתשובה אחרת (סימן ש״ל) פסק להקל, ושם מדובר בבן בליעל שזייף שטר קידושין והחתים עדים שקרנים איך שקידש בת פלונית והפיץ את השטר בעירו וקיימוהו שלושה אנשים ריקים ופוחזים ע״פ עד שהעיד שזו חתימת ידם על השטר. הנערה ומשפחתה הכחישו כמובן את כל הסיפור ולמרות זאת בידעם שזו עלילה הלכו לבטל שטר הקידושין ע״י שהביאו עדי השטר שהתברר לביה״ד שהם פסולים מדאורייתא.

ובין יתר דבריו כתב וז״ל:

> ״וכ״ת נהי דלענין דינא האשה הזאת בחזקת פנויה, מ״מ כיון שהעידו על חתימת שטר הקידושין בבי״ד, ואיתחזק בבי דינא למקודשת הא איכא קלא ולא מבטלינן ליה כיון שלא היה שם אמתלא וכו׳ הרי דלכל הני רברבי מבטלינן קלא א״פ דאיתחזק בבי״ד, ועוד כתב הריב״ש בתשובותיו (סימן ק״ע, בשם הרמ״ה) אפילו למ״ד לא מבטלינן קלא, הני מילי היכא דלא אישתכח ריעותא המבטלת ליה לקלא, אבל היכא דאיתברר דשיקרא הוא וכו׳ לא תהא אלא עדות גמורה, דהיכא דאיתברר כשיקרא. ועוד בר מן דין, בנדו״ד, קודם שיצא הקול היה שוברו עמו וזה כי קודם שנתקיים השטר בבי״ד, הלך המקדש לערכאות של כותים וכתב לה וכו׳ ומי שמע כזאת ומי ראה כאלה איש בליעל רע מעללים, בהיות האשה צנועה בתוך ביתה, עיקש דרכים ללכת בדרכי החושך אחרי הערכאות ע״י עדים תוגרמים להחזיק ברשעתו, אין לך שובר גדול

מזה, ולכן אמרתי גמרתי שאין שום צד חשש בקידושין אלו והאשה הנזכרת בחזקת פנויה גמורה מכל הצדדים שכתבתי״, ע״כ.

וכיוצ״ב כתב הרא״ש בתשובה (כלל ל״ה אות ד), במקרה וניתן גט בהשתדלות האשה ואעפ״כ הקל שם מאחר וכבר נתקדשה ומי שהוציא עליה לעז התכוון לצערה ולעגנה כדי שלא תוכל להנשא למי שנתקדשה לו, ודבריו בתשובה זו תואמים להפליא עם דברי הרשב״א בתשובה סימן ד״ש שנביא לקמן.

וזאת למרות שהרא״ש חשש להחמיר לקול קידושין וגירושין וכמבואר הטיב בתשובותיו (שם אות י״ג וי״ד) ותשובות הללו הובאו להלכה בטור ובב״י (סימנים ו׳ י׳ ו מ״ו) ולקמן נבאר שזו היא גם שיטת הרשב״א ושאר הפוסקים אשר מימיהם אנו שותים.

אתה הראית לדעת, שיש מקרים בהם יצאו חכמים מגדרם כדי להתיר בנות ישראל מעיגון אנשי בליעל. לא כן המקרה שלנו בו מעשה הקידושין הינו עובדא מוגמרת ומוסכמת על הצדדים שהכל נעשה ברצון ומטרה לעשות קידושין כדמו״י, באופן כזה לא נמצא אחד מני אלף שהיה מתיר לה להנשא ללא גט לכתחלה, וממילא הגט שניתן בביה״ד ברצון הצדדים חשוב קול גמור. והאשה אסורה להנשא לכהן. וראה עוד בזה שו״ת אחיעזר (ח״ג סימן י״ט ד״ה והנה), ולקמן נבאר בהרחבה.

עוד, מצאתי באוצר הפוסקים (סימן מ״ו ס״ד סכ״ח אות ט) בשם כמה מן הפוסקים בנדון שהוחזקה מחמת קול קידושין תקופה של כשנתיים, להצריכה גט לכתחלה כדי להנשא לאחר, וזאת גם לשיטות הסוברים שמבטלים קול קידושין בזמה״ז. וראה שם באורך רב מחלוקת הפוסקים מתי מבטלים קול, באילו אופנים לכו״ע מבטלים ובאילו אופנים לכו״ע אין מבטלים, ואכמ״ל. ולפי זה בנדוננו שהמבקשת הוחזקה מקודשת זמן רב ונולדו להם ילדים משותפים לכו״ע לא מבטלים קול הקדושין.

וראה עוד שם (אות י) באופן שהוכרז בבי״ד שפלונית מקודשת אין אחר מעשה בי״ד כלום, ודוק מיניה לאתרין.

ומה שהביא שם (אות ו) מחלוקת הפוסקים באופן שיצא קול ע״פ עידי הקידושין עצמם ואח״כ נמצאה ריעותא בקידושין אינו נוגע לנדוננו שהרי לא מפי העדים אנו חיים שנתקדשה, אלא שהדבר נעשה בפרהסיא ומכאן יצא קול הקידושין שהוחזק גם בביה״ד ע״י מתן הגט ומעשה בי״ד לבקשת בני הזוג.

שו״ר למהרי״ץ בספרו שו״ת פעולת צדיק (ח״א סימן ס״ב) שהתייחס לשאלה דומה ופסק שלכתחלה לא תנשא לכהונה, אלא שאם נשאת לא תצא. ואלו תו״ד:

> ״עוד שאלו שאלה על ענין אחד שקידש אשה בפסולי עדות מצד האישות [ר״ל מצד האם] וגירשה אח״כ האם נפסלה לכהונה וגם שכבר נישאת לכהונה וכו׳ תשובה כבר כתבנו לכם מ״ש מרן הב״י (אה״ע סוס״י מ״ב) דאין לחוש להחמיר [מצד פסולי עדות דרבנן לשיטת הרמב״ם] אלא היכא שלא נישאת עדיין [לכהן], אבל אם כבר נישאת כדאי הם רוב הפוסקים לסמוך עליהם״, ע״כ תו״ד.

נמצינו למדים מדבריו לנדוננו שהאשה ודאי אסורה לכהונה לכתחלה.

ביאור שיטת הרא״ש

עתה נבין היטב דברי הרא״ש בתשובה כלל ל״ה, הוב״ד בקצרה בטור וב״י (ריש סימן ו׳ י׳ י״ג וסוף סימן מ״ו) שהחמיר באשה שיצא עליה קול בעיר שקידשה שמעון שליח לוי שצריכה גט מלוי, אף אם לוי מכחיש ואומר ששמעון לא היה שלוחו וגם השליח כופר. ובביאור הדברים כתב בתשובה נוספת (שם) באשה שנתגרשה, ״מי יודע שהגירושין לא היו אלא לרווחא דמילתא, וכי תימא יכריזו שלא היתה צריכה גט איכא דשמע בגיטא ולא שמע בהכרזה״, תשובה זו הובאה ע״י הרמ״א להלכה ריש סימן י׳.

וכבר ביארנו לעיל שיטת הרא״ש, שלמרות זאת הקל בתשובה אחרת (אות צ) באופן שהקידושין נעשו דרך שחוק והיתול וכדי לעגן ולצער בנות ישראל. וכ״פ הרשב״א בכמה תשובות הוב״ד בקצרה בב״י (ריש סימן י״ג) ראה תשובה (סימן קל״ב) לגבי המתנת ג״ח הבחנה שאיסורו קל יותר מאיסור גרושה לכהן ובדבריו שם כתב בין היתר:

> ״וכ״ש זו שיצא עליה קול והצרכתה אותה גט, יאמרו, קמו רבנן בקידושין וקידושי מעליא הוו, ואפ״ה לא אצרכוה לאמתוני, ואע״ג דלרווחא דמילתא הוציאה בגט, נמצאת מצריכה כרוז, ואפילו דמכריז, איכא מאן דשמע בקידושין ובגרושין ולא שמע בהכרזה״.

דברים הללו תואמים לדברי הרא״ש בתשובה שהזכרנו לעיל, וכיוצ״ב כתב בתשובה נוספת (סימן תק״נ), תשובה זו הובאה בב״י סימן י״ג ולהלכה ברמ״א (ריש סימן ו) בזה״ל:

> ״ואפילו לא נתגרשה רק משום קול קידושין בעלמא אע״פ שהוא ברור שאין ממש באותן קידושין ואין נותנין גט רק מכח חומרא בעלמא, אפ״ה פסולה לכהונה״.

ביאור שיטת הרשב״א

אלא שכבר עמדו האחרונים בסתירת דברי הרשב״א הנ״ל עם דבריו בתשובה אחרת (סימן ד״ש) הוב״ד בב״י סימן י״ג. ונאמרו על כך מספר יישובים, ומאחר ויש להם השלכה ישירה לנדוננו נרחיב את הדיבור בביאור שיטת הרשב״א ובדעת הב״י להלכה.

נקדים תשובת הרשב״א (סימן ד״ש) ממנה לכאורה יש ללמד להקל בנדוננו: וז״ל:

״ראובן קידש בתו של יהודה בפנינו קידושי ודאי ואח״כ הוציא שמעון עליה קול שנתקדשה מכבר לבנו, וטען שנעשה שליח לקידושין לבנו כשהיתה קטנה, ואמר לה בפני אביה דבר זה שלח לך בני לשם קידושין, ונתן לו בפני אביה ולא מיחה, והעדים היו פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים והאב והבת הכחישוהו והנה וכו׳ ועד שאמר דבר זה שלח לך בני לשם קידושין ולא אמר למי והו״ל ידים שאינן מוכיחות ולא הווין ידים ועוד שקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה אע״פ שנתקדשה בפניו ולא מיחה אין חוששין לקידושיה, מ״מ הצריכוה גט לרווחא דמילתא ואח״כ בא אחד מהעדים שאמר שמעון שנתקדשה בפניו והכחיש מכל וכל ונחלקו החכמים אם צריכה להמתין ג׳ חדשי הבחנה או לא״ ע״כ השאלה.

והרשב״א השיב להתיר, ובין דבריו התייחס גם לענין לפוסלה לכהונה וכתב וז״ל:

״לפי שאשה זו אין חוששין לקידושיה כלל ולא היתה צריכה גט מעולם, דע״א בהכחשה לאו כלום הוא, ועוד שאינו נאמן לומר שבנו עשאו שליח דלא חציף איניש לשווי לאבוה שליח (קידושין מ״ה ע״ב) ועוד שאפילו קול קידושין דאיתחזק בבי דינא אסיקנא בגיטין (פ״ט ע״ב) כל קלא דבתר אירוסין לא חיישינן ליה, וא״כ אין זה גט מאישה אלא מאיש אחר, ומותרת לכהן ולקרוביו, וכו׳ אלמא אע״פ שקבלה גט, ליכא משום הרואים לפוסלה לכהונה, וא״ת והלוא שנינו בקידושין (ס״ה ע״א) האומרת קידשתני והוא אומר לא קידשתיך הוא מותר בקרובותיה וכו׳ שאני התם, שכיון שהיא אומרת שנתקדשה לו בפני שנים והלכו למדינת הים, ואפשר שהוא כדבריה, כל שניתן לה גט, הרי הוא בספק גירושין וכו׳ אבל זו שאנו רואים ודנים קידושין אלו שאינם קידושין ומצד עצמם אנו מבטלים אותם אין זה גט של כלום וכו׳ ולא חיישינן לרואים שמא יאמרו ראינו גרושה נשאת לכהן, אלא כל שאין בגט גט שמצריכים

אותו בי״ד אינו גט ואין חוששין לו שאילו הצריכוה בי״ד, בזה ודאי חוששין ופסלה מן הכהונה וכו׳.

ובב״י (שם) ישנה תוספת בזה״ל:

אבל לאחר שנתברר שלא היה בדברי ראובן זה כלום מאותן הטעמים הגלויים **גט זה שנתן שגעון בעלמא הוא**, ואין בו ממש ולא חיישינן ליה לכלום. לא לאסרה לכהונה וכ״ש להצריכה ג״ח״, עכ״ל.

תוספת זו חשובה לנו עד מאוד כדי להבין באיזה אופן הקל הרשב״א, שהרי אם ננתח היטב דברי הרשב״א נמצא כמה סניפים שעל פיהם הקל הרשב״א בנדון זה:

א. מדובר בנערה שכבר נתקדשה לאדם אחר, ומישהו הוציא לעז כדי להוציאה מהארוס שלה בטענה שכבר נתקדשה לו ע״י שליח.
ב. טענתו שקדשה בפני שני עדים מוכחשת הן מצד הנערה והן מצד אביה.
ג. רק ע״א בא להעיד והוא הוכחש ולהלכה קיי״ל ע״א בהכחשה לאו כלום הוא וכמ״ש הרשב״א.
ד. אין האב נאמן שבנו עשאו שליח כיון שלא חציף איניש לשווי לאבוה שליח כמבואר בגמרא ובפוסקים.
ה. קול שיצא לאחר אירוסין לא חיישינן ליה.
ו. המבקש לא אמר לשון מקודשת לי והוי ידים שאינן מוכיחות דקיי״ל דלא הווין ידים.
ז. לא הצריכוה בי״ד גט, אלא הגט ניתן מחמת חשש בעלמא וכפי שהגדיר זאת הרשב״א ״שגעון בעלמא״ שאין בו ממש ואפילו לרווחא דמילתא אין כאן.

מכל הלין שבעה טעמים מבואר בדברי הרשב״א שלא היו בי״ד מצריכין אותה גט כלל, ומכאן מסקנתו של הרשב״א שהגט שניתן לא נחשב לכלום ומותרת לכהונה, וזה תואם עם דברי הרא״ש בתשובה כלל ל״ה (אות ד׳) עיי״ש היטב.

עתה נביא מדברי האחרונים ביישוב דברי הרשב״א הללו עם מ״ש בתשובה (סימן קנ״ב) אשר הובאה להלכה ברמ״א ריש סימן ו׳ שם החמיר לפסלה לכהונה, והנה בח״מ (סימן ו׳ סק״ב) העיר על דברי הרמ״א מדברי הרשב״א בתשובה (סימן ד״ש) וכתב ו״יש לחלק״, ולא ביאר לאיזה חילוק נתכוון.

אמנם הב״ש (סימן ו סק״ג) התייחס לכך, ולאחר שציין להגהות מרדכי, תשובות רמב״ן וכן תשובות הרא״ש שהובאו בטור וב״י סו״ס מ״ו כתב בזה״ל:

״ושם מבואר דווקא אם הבי״ד הצריכו גט, אע״ג שהיה מחמת קול בעלמא חיישינן [נאסרה לכהונה], אבל אם הוא נתן גט מעצמו ולא היה נצרך ע״פ הדין לא הוי גט״. והביא הד״מ שם. וכ״כ בית הלל. אלא בתשובת הרשב״א סימן תק״נ משמע לכאורה דסותר לזה, דהא שם היה ג״כ שידוכים וגירש מעצמו בלא דעת בי״ד, ומ״מ פוסק שם דהוי גט. ואפשר בתשובה סימן תק״נ שאני, דאע״ג ע״פ הדין לא היה צריך לגרש וגירש מעצמו אמרינן שמא אמת הדבר דקידש, משא״כ בתשובה שהביא הב״י [סימן ד״ש הנ״ל] לא היה שם אלא שני עדים ואחד מת, א״כ תו ליכא חשש כלל וא״צ גט כלל״, עכ״ל.

ובאמת המעיין היטיב בדברי הרשב״א בתשובה סימן תק״נ יראה להדיא חילוק ברור בין הנדון שם לנדון תשובתו בסימן ד״ש.

בסימן תק״נ מדובר בבת ששידכה אביה בהסכמה לשמעון ואח״כ נתבטלו הקידושין, וכשנתבטלו לחש לראובן (אב הנערה) שיתן שמעון גט לבתו כדי שלא יוציא קול עליה שהיא מקודשת, והאב הסכים וניתן גט ע״י שמעון, אלא שלא יצא עליה קול שהיא מקודשת לשמעון ואח״כ נשתדכה ללוי, והשאלה היתה האם מותר לה להנשא לו לאחר שניתן הגט משמעון. וע״ז השיב הרשב״א שגט זה פוסל לכהונה. משום דמאן לימא לך שלא נתקדשה לו כהוגן ואפילו אם לא נתקדשה לו מ״מ אין זה ידוע לכל, ושייכת כאן הסברא שכתב הרא״ש איכא מאן דשמע בגיטא ולא שמע בהא.

וע״כ צ״ל כחילוקו של הב״ש מכיון שהמעשה לא הוכחש ע״י הנערה ואביה (כמו בתשובה בסימן ד״ש) חוששין שמא אכן היו קידושין שהרי היתה משודכת לו בהסכמה והגט שניתן היה כדין ואסורה לכהן. משא״כ בתשובת הרשב״א סימן ד״ש, שם היתה הכחשה גמורה מצד הנערה ואביה, מלבד עוד ריעותות שנתגלו במעשה הקידושין, הכריע הרשב״א שאין כאן בית מיחוש כלל מאחר והגט שניתן כשיגעון בעלמא.

נמצינו למדים מחילוקו של הב״ש בדעת הרשב״א שיש להחמיר בנדוננו ולאסרה לכהונה, מאחר והקידושין והנישואין נעשו בהסכמה גמורה וכדמו״י ובפרהסיא, ואף נתגרשו בביה״ד בגט כדת וכדין ע״פ בקשתם ללא פוצה פה ומצפצף, ובכה״ג שייך היטב החשש שהובא בתשובת הרשב״א סימן תק״נ שאם נתירה לכהן איכא מאן דשמע בהאי גיטא ולא שמע בריעותא שנתגלתה בקידושין.

וכ״ת נכריז, איכא מאן דשמע בהאי גיטא ולא שמע בהכרזה״ וסברא זו מוסכמת גם אליבא דהרשב״א, והובאה להלכה הן בב״י בהביאו דברי הרא״ש והרשב״א בתשובתם (בסימן י״ג) והן בדעת הרמ״א שפסק כן (ריש סימן ו׳).

חילוק נוסף נמצא בספר כנה״ג (על הטור סימן ו) הוב״ד בקצרה באוצר הפוסקים (סימן ו סעיף א אות ט״ו) בשם מהר״א די בוטון שהאריך בדברי הרשב״א הללו, והעלה דאע״ג דלענין הלכה נראה דכל שלא נתן גט אלא בעבור שיצא עליה קול שהיא מקודשת, ובאותו קול לא היה ממשות שהיה קול ושוברו עמו באותו גט אינו פסול לכהונה, אולם לענין מעשה מאחר שנתגרשה במעמד קהל וע״פ גדולי הדור פסולה הכהונה.

כמובן גם לסברא זו יש לאסור על המבקשת להנשא לכהן שהרי נתגרשה במעמד קהל כלומר בבי״ד, ונכתב מעשה בי״ד שאסורה לכהונה.

חילוק נוסף הובא (אוצר הפוסקים) בשם אפי זוטרי מתשובת ריח השדה, באם היה קול ושוברו עמו דהיינו היא מכחשת הקול ואין שם עדים, דא״צ גט וכפוהו בי״ד טועים ליתן גט, אין זה אפילו ריח הגט, וזו תשובת הרשב״א סימן ד״ש, אבל אם היה קלא דלא פסיק ורגלים לדבר שהקול אמת, בזה סובר הרשב״א דיש לפוסלה מן הכהונה ע״י הגט, וזו התשובה בסימן תק״נ.

חילוק זה קשה להבינו שהרי בתשובת הרשב״א סימן תק״נ מדובר שאין קול, ואעפ״כ החמיר. מ״מ גם לחילוק זה אין מקום להתיר בנדוננו מאחר והיה קול גמור של קידושין וכמו שביארנו לעיל בשם תשובת דברי ריבות ועוד.

השגות בעל היד אהרן על הב״י והאחרונים ביישוב שיטת הרשב״א

שו״ר בספר יד אהרן (ח״ג להרב אהרן אלפנדרי על הטור ב״י סימן י״ג אות ט) באריכות על סתירה זו בדברי הרשב״א והיישובים שנאמרו ע״י האחרונים, כמו כן תמה על הב״י (סימן י״ג) שהביא תשובות הללו של הרשב״א בסמיכות ולא נרגש שהן כסותרות זו לזו.

וביותר תמה על בעל כנה״ג בהגהותיו על הב״י (סימן י) שהבין מדברי הב״י שהרשב״א חולק על הרא״ש, ודייק זאת ממה שהביא הב״י תשובת הרא״ש וכתב, ״ועיין תשובת הרשב״א שכתבתי בסימן י״ג״. ומכאן הסיק הכנה״ג שכוונת הב״י לתשובת הרשב״א סימן ד״ש המקל ושכן פסק.

ובעל היד אהרן השיג עליו שהרי הרשב״א בעצמו בתשובה סימן תק״נ סתם כדעת הרא״ש לחומרא, ותשובה זו הובאה בב״י בסימן י״ג בסמיכות לאותה תשובה בסימן ד״ש. וכן הביא הב״י בנוסף לזה עוד תשובות הרשב״א שמחמיר, וברור שהב״י הבין שהתשובות הללו אינן סותרות זו לזו, אלא משלימות זו לזו, וכמ״ש האחרונים אלא שלא גילה לנו דעתו, לאיזה חילוק נתכוון.

ואפשר עוד, שמ״ש הב״י סימן י׳ לאחר שהביא תשובת הרא״ש עיין בתשובת הרשב״א, כוונתו לתשובה בסימן תק״נ המסכימה עם דברי הרא״ש, ומי ערב לנו שנתכוון לתשובה סימן ד״ש שממנה יש משמעות שחולק וגם זה אינו מוכרח כפי שיישבו האחרונים.

כמו כן השיג היד אהרן על יישובו של בעל ריח השדה שהבאנו, מדברי הרשב״א בתשובה וכמו שביארנו. עוד הביא חילוקו של הב״ש שהבאנו והשיג עליו מפני שהבין שבתשובת הרשב״א סימן תק״נ מדובר שפייסו את אבי הנערה שיקבל גט עבור בתו וזה היה ע״פ בי״ד וכן השיג עליו מסברא מנ״ל לחלק בין אם נתן הגט מעצמו או ע״פ בי״ד.

ברם לענ״ד השגה זו אינה מוכרחת מאחר ובפשטות נראה מדברי הרשב״א סימן תק״נ שהגט ניתן מדעת עצמו ולא ע״פ בי״ד, ואפשר מפני שאבי הנערה חשש שמא הקידושין חלו שהרי לא הכחישם להדיא, כמו שכתב בתשובה סימן ד״ש, ודו״ק הטיב שחילוק הב״ש נראה נכון לדינא.

עוד הביא בשם ספר אדמת קודש (אה״ע סימן ל״ט) שסברת הרשב״א שהקל בסימן ד״ש משום שסמך בכל כוחו, על ההיתר שכל קלא דבתר אירוסין לא חיישינן ליה, כמבואר בפוסקים, ושם מדובר בנערה שכבר נתארסה ובכה״ג לא הוי גט כלל. ולולא סברא זו לא היה מקל וכמבואר בתשובותיו סימן תק״נ ועוד שהובאו בב״י.

אלא שגם חילוק זה דחה היד אהרן עיי״ש ואכמ״ל.

ובדבריו ציין לתשובה הנוספת של הרשב״א סימן קל״ב שהובאה בב״י, שסיים דבריו בזה״ל ״ואין לך יוצאה בגט שאינה צריכה גם הבחנה״ ובזה סגר עלינו שער תשובה (של האחרונים הנ״ל).

מסקנת דבריו שדברי הרשב״א צ״ע ולמעשה אין לסמוך להקל לדעת הב״י, מאחר והביא בדבריו כל התשובות הנ״ל וכן את תשובת הרא״ש שהחמיר.

והנלענ״ד בביאור שיטת הרשב״א שהיא למעשה כשיטת הרא״ש. אלא כמו שביארנו בריש דברינו, לחלק בין מקרה בו הנערה כבר נתקדשה ובא אחד להפקיע ממנה את הקידושין הללו בתואנה שכבר קידשה, ובדרך כלל מדובר בבני בליעל או פריצי הדור אשר מבקשים להתעלל בבנות ישראל הכשרות, אזי יצאו גדולי ישראל מגדרן כדי להציל בנות ישראל מהמבקשים להתעלל בהן. וזה היה המעשה בתשובת הרשב״א סימן ד״ש, שהנערה כבר נתקדשה ובא אחד בטענות שווא שכבר קידשה כדי להוציאה מחתנה. והיו הרבה ריעותות בדבריו שנראה להדיא שכל כוונתו לצער בת ישראל, ע״כ הסכים הרשב״א להקל בצירוף כל הסניפים שהזכיר בדבריו, וזו למעשה גם דעת הרא״ש כפי שציינו לעיל בתשובתו (כלל ל״ה), שהובאה בב״י סו״ס מ״ו. שהקל בכה״ג למרות שפסקו כפי שורת הדין בשאר תשובותיהם, וממה שנתבאר בריש מלין, זו גם דעתם של מהר״ם אלאשקר ומהר״י אדריבי, ולקמן נראה שזו בעצם הסכמת כל הפוסקים הראשונים ואחרונים.

השלכות דין זה לגבי נישואין אזרחיים

שו״ר לראשל״צ הגרע״י בספרו יביע אומר (ח״ו אה״ע סימן א) האריך למעניתו ביישוב תשובות הרשב״א הללו ובדעת הב״י.

הנדון שם מדובר בזוג שנישא בנישואין אזרחים התגרשו בביה״ד ולאחר מכן נשאת האשה כדמו״י נתגרשה ממנו ועתה ברצונה לשוב להנשא לחתנה הראשון.

ביה״ד האיזורי דחה בקשתה מאחר ויש כאן לאו שלא תוכל לחזור לבעלה הראשון אחרי שנשאת כדמו״י, וזאת ע״ס תשובת הרא״ש שהובאה להלכה ברמ״א (סימן י), שאפילו לא נתגרשה אלא מכח קול קידושין ונישאת לאחר אסורה לחזור לבעל הראשון.

המבקשת הגישה ערעור לביה״ד הגדול. והגר״ע יוסף שליט״א התירה, ובין דבריו לאחר שהאריך להוכיח מן הפוסקים, שנישואין אזרחיים אין להם שום תוקף הלכתי והגט שניתן הוא ללא צורך ציין לתשובת הרשב״א סימן ד״ש שהקל בכה״ג. והביע דברי מהר״א די ביטון בשו״ת לחם רב (סימן ל״ג), שעמד על סתירת דברי הרשב״א, והקל משום דהוה ספק בפלוגתא דרבנן.

לאחר מכן ציין לחילוק האדמת קודש שראוי להחמיר, מאחר ומה שהרשב״א הקל זהו משום שסמך בכל כוחו על הא דקיי״ל דאין חוששין לקול קידושין לאחר האירוסין. ושכן הסכים עמו אחיו בשו״ת פרי הארץ.

ולדבריהם יש לאסור אלא שע״פ החילוק של הב״ש בדעת הרשב״א פסק הגרע״י להקל בנדוננו, מאחר ולדבריו רוב ככל הפוסקים האחרונים סוברים שאין לנישואין אזרחיים תוקף הלכתי המצריך גט מעיקר הדין, וממילא גם אם ניתן גט שייכים היטב דברי הרשב״א בתשובה סימן ד״ש, שאין לפסלה לכהונה לסברת הב״ש.

עוד הביא בשם פרי צדיק ומהריק״ש בהגהותיו (סימן ו׳ ס״ד), שלדעתם אין סתירה בתשובות הרשב״א וזאת משום דס״ל שהחילוק שהובא בתשובת הרשב״א סימן ד״ש, יש לסמוך עליו בפני עצמו, וע״כ הקל הרשב״א בנדון שם, משא״כ בשאר תשובותיו סתם להחמיר כדברי הרא״ש.

וראה עוד מ״ש בשם שו״ת פרי הארץ (סימן ג) שעיקר סמיכת דברי הרשב״א להקל משום דבמעשה הקידושין חסר עיקר הקידושין, שלא אמר המקדש לשון לי וזה לעיכובא מדינא.

וכן הביא בשם שו״ת חוקי חיים (גאגין) שהרשב״א בתשובה סימן ד״ש הקל מאחר והיו כמה ריעותות במעשה הקידושין.

וכתב שם הגרע״י שגם הב״י ס״ל כרשב״א בתשובה סימן ד״ש, וזאת ע״פ מ״ש בעל כנה״ג בשיטת הב״י.

וכבר השיגו בזה בספר יד אהרן שהבאנו לעיל ואכמ״ל. ובאמת המעיין בדברי הב״י יראה להדיא דס״ל להחמיר, ולכל הפחות בודאי שאין ראיה דס״ל להקל. דהנה הב״י (ריש סימן ו) כתב וז״ל:

> ״אשה שיצא עליה קול שנתקדשה לפלוני וכפי הדין לא היתה צריכה גט, וחששו לו וגירשה, אם נפסלה לכהונה, יתבאר בתשובת הרא״ש ובתשובת הרשב״א שאכתוב בסימן י״ג ובמרדכי דקידושין פרק האומר״ עכ״ל.

ומדבריו הללו משמע בבירור שלא דחה דברי הרא״ש מהלכה, ואדרבא יותר נראה לומר שהבין שהרא״ש והרשב״א בחדא שיטה קיימי, ודברי הרשב״א בתשובותיו משלימות זו לזו, ולפי מ״ש לעיל זו גם דעת הרא״ש כפי המשתקף ממנה שהביאה הב״י סו״ס מ״ו.

כמו כן מדברי הב״י סימן י שציטט מדברי הרא״ש בתשובה, ולאחר מכן כתב ״ועיין בתשובת הרשב״א שכתבתי סימן י״ג ובמרדכי דקידושין״, אין להוכיח כלל שכוונתו שהרשב״א חולק וס״ל כוותיה, אלא שכוונתו כנראה להעיר תשומת הלב שיש מקרים בהם מקילים רבותינו הראשונים וכמו שביארנו.

מה עוד שבדבריו בסימן י״ג ציין לשתי תשובות רשב״א המחמירות כדברי הרא״ש, ובסמיכות הביא גם דברי הרשב״א בתשובה סימן ד״ש, ובהכרח דהב״י ס״ל כאחד היישובים שנאמרו בדברי האחרונים, או כמ״ש לעיל בעניותינו ליישב דברי הרשב״א שהם תואמים לדברי הרא״ש בתשובותיו ושאר פוסקים שנביא לקמן. וקשה לומר על מרן הב״י שהבין שיש סתירה בין תשובות הרשב״א ופסק להקל, מכיון שהביאם בסמיכות. ובפרט שהביא את תשובות הרא״ש שהחמיר בשלימות הן בסימן י׳ והן בסימן מ״ו.

וראיתי לגר״ש משאש זצ״ל בספרו שמש ומגן (ח״ו סימן ע״ה) שהסכים עם דברי הגרע״י שליט״א בספרו יבי״א, וכן הרה״ר לישראל הראשל״צ הגר״ש עמאר שליט״א בספרו שמע שלמה (ח״א אה״ע סימן ב) בנדון אשה שנישאת אזרחית ע״י ראביי רפורמי והתגרשה, ועתה רוצה להנשא לכהן, ושם דן באורך רב בתוקפם ההלכתי של נישואין אזרחיים ובדברי הרשב״א בתשובה, וסמך בכל כח על הגרע״י בתשובתו הנ״ל, אלא שבמסקנת דבריו. סייג דבריו שכ״ז לבני עדות המזרח שהולכים אחר דעת מרן הב״י שגילה דעתו כתשובת הרשב״א המקל, אבל לאחינו האשכנזים היוצאים ביד רמ״א יש להחמיר, וכמו שפסק הרמ״א (ריש סימן ו). הסתייגותו זו באה בעקבות הערת הגר״מ מאזוז שליטא, ראה שם באורך.

ברם ראיתי בספר שורת הדין כרך ז (עמודים רנ״ט - עכ״ה) לגר״ד כהן שליט״א שהשיג על דברי הגרע״י, וחלק מהשגתו מכוונת על הבנת שיטת הב״י להלכה, ולא זכר שכבר העירו ע״ז בספר יד אהרן. וראה שם מ״ש בדעת מהריק״ש להלכה, והעלה לאסור גרושה מנישואין אזרחיים לכהן עיי״ש באורך רב ואכמ״ל.

ולא באתי בזה לקבוע מסמרות בנדון של נישואין אזרחיים, מאחר ואין זה נדוננו, ע״כ אדלג מעל משוכה זו ואומר, שגם לדברי הגרע״י והחונים עליו המקילים בגרושה מנישואין אזרחיים להתירה לכהן, מ״מ אין להסיק מכך לנדוננו. וי״ל שבנדוננו אפשר ויודו וזאת מן החילוקים שיש בין הנדון של נישואין אזרחיים לנדוננו.

נידוננו חמור יותר מנישואין אזרחיים

בנדון נישואין אזרחיים סמך הגרע״י בכל כוחו על הפוסקים המקילים בנישואין אזרחיים שא״צ גט כלל, וע״כ שייך חילוקו של הב״ש בדעת הרשב״א שלדבריו הב״י ס״ל כוותיה.

שונה הדבר בנדוננו, בו היה קול קידושין גמור וכן קול גירושין, שגם אם נתגלה ריעותא בעדי הקידושין, מ״מ מעשה הקידושין נעשה בהסכמה ובכוונת קידושין גמורים כדת וכדין. וע״ס זה ניתן הגט בביה״ד. וכבר ביארנו מדברי מהר״ם אלאשקר ומהר״י אדריבי ועוד פוסקים הובאו באוצה״פ (סימן מ״ו) שבכה״ג חיישינן לקול הקידושין לכו״ע, והיו מצריכים גט מעיקר הדין לכתחלה. ובפרט שישנם פוסקים הסוברים שגם בכה״ג אין פוסלים את הקידושין, מאחר וישנם עדים כשרים בקהל, וכמו שציינו זאת עמיתי לדברי החת״ס (סימן ק), ויש לציין עוד לאוצה״פ סימן מ״ב ס״ב אותיות ה׳ ו׳ שהביא רבים מן הפוסקים

שמחמירים להצריך גט לכתחילה. ראה שדי חמד. חלק דברי חכמים סימן ע״ב; ערוה״ש סימן מ״ב סכ״ג: אגרות משה סימן ע״ו הביא דברי החת״ס להלכה; ובספר זבחי צדק, סימן ג, לחוש לכל הסברות משום חומרת א״א.

ולא נעלם ממני דברי הפוסקים המקילים אלא שכבר ביארנו בדברינו לעיל, שאין אחד ממאה או מאלף שהיה מתיר לאשה בנדוננו להנשא ללא גט לכתחלה.

וחמור הדבר שבעתיים שכבר ניתן גט כדמו״י ויצא עליה קול גרושה ובכה״ג שייכת היטב הסברא שהובאה בראשונים, יאמרו התירו בי״ד גרושה לכהן, כי מי ישמע או ידע שהיה ריעותא בגוף הקידושין. וסברא זו אפשר ולא שייכת בזוג הנשוי בנישואין אזרחיים, שידוע לרוב ככל הציבור שהנישואין אינם כדמו״י וישנם כיום רבים החיים כבני זוג ללא נשואים כדמו״י, וע״כ אפשר להקל לאשה כזו שהתגרשה להנשא לכהן.

והמעיין בספרי האחרונים שהקלו לאשה להנשא לאחר אם נתגלה פסול בעצם הקידושין או בעדות יבחין שדבריהם נאמרו בצירוף מספר ריעותות בקידושין, וגם זאת רק משום עיגונא ולא כשהנישואין נערכו מתוך הסכמה.

וראה ע״ז באורך רב למרן הראשל״צ הגרע״י בספרו יבי״א במספר מקומות שנזקק להתיר בנות ישראל מעיגונם במקרים מסויימים וחריגים ואין ללמוד מהם להקל בשופי בכל מקרה אלא כל מקרה צריך להבדק לגופו.

העולה מן האמור:

גם לשיטת הפוסקים המקילים בנישואין אזרחיים להתירה לכהן אחר הגט יש לומר שבנדוננו יחמירו משום קול הקידושין והגירושין, שהאמתלאה יצאה רק לאחר מכן ובכה״ג חיישינן לקול לכו״ע.

חילוק נוסף קיים בין הנדון של נישואין אזרחיים לנדון שלנו.

שבנישואין אזרחיים ביה״ד נתן גט ביודעו שזהו גט לרווחא דמילתא, ואף פחות מכך לדעת כמה מן הפוסקים האחרונים. ובכה״ג שייכת הסברא של מהריק״ש שהובאה ביבי״א ועוד פוסקים, שאם בי״ד חששו לתת גט לחומרא, ואח״כ נתברר שלא היה צריך לתת גט כלל משום שנתגלה ריעותא בקידושין אין הגט שניתן פוסל את האשה לכהונה.

משא״כ בנדוננו, בזמן שבי״ד נתנו את הגט לבקשת בני הזוג לא היה צל של ספק במעשה הקידושין והגט ניתן כדת וכדין ויצא קול גירושין גמור, מה יאמרו התירו בי״ד גרושה לכהן?

וראה עוד בספרו של הראשל״צ הגר״ש עמר שליט״א שמע שלמה ח״ב (סימנים כ״א - כ״ג) באורך רב פלפול בנושא דומה והתירו משום עיגונא בלבד ואכמ״ל.

ביאור שיטת הגהות מרדכי

נותר לנו לברר שיטת הגהות מרדכי שהובאה בב״י ובנו״כ השו״ע. לנחיצות הענין נצטט קטעים מדבריו וז״ל:

> ״נערה שהיתה משודכת לכהן, ולא נתקדשה ובא פריץ אחד בבית הנערה עם שני עדים ונכנס עמה בדברים ונתן לה טבעת ולא הזכיר שום קידושין עד לאחר שעה אז אמר הוו עלי עדים שקדשתיה ואחד מן העדים אומר אני ראיתי נתינת הטבעת והשני אומר אף נתינת הטבעת לא ראיתי רק כשאמר הוו עלי עדים, אמרתי לה השליכי כי לקידושין נתן לך, והשליכה, ואז קמו קרובי הנערה וכפו את הפריץ לתת לה גט והשוו כל הגדולים שהקידושין לא הוו קידושין, ופסק רבינו אליעזר דכיון דקבלה גט נאסרה לכהן הראשון ששידך וכו׳ וחלקו ע״ז ר״י הלבן ורא״ם וכתב ר״י הלבן, הלכך נ״ל האשה שאמרה לא קדשתני כי אם היא כופאתו לגט לאחר כן לא מיתסרא בקרוביו, ואין זה כמודה לדבריו שאמר קדשתיך... דהתם שאני הואיל וכתב בגט וכדו פטריות ותרוכית יתיכי ליכי אנתתי הרי הודה בקידושין להדיא הילכך מדרבנן אסור בקרובותיה, וכדי להתירה לשוק כתב כן, אבל הרישא אם האשה כופאתו על גט אינה מודה דאדרבא היא צווחת שלא קידשה מעולם אלא שקבלה גט מחמת חשש הנמנע לנושאה״ ע״כ תו״ד.

למדנו מדבריו, שלדעת ר״א מביהם יש מקום להחמיר לאסור את האשה להנשא לכהן גם במקרה קיצוני כזה שהפריץ מבקש לאסרה על הכהן ששידך אותה, ועושה זאת כדי לצערה ולעגנה. ואעפ״כ החמיר מאחר וניתן גט לבקשת קרובי האשה, וזהו דלא כמו שביארנו לעיל שאין בזה חולק.

ובזה נחלקו עליו ר״י הלבן והרא״ם וס״ל שאין להחמיר בכה״ג, ומ״מ פועל היוצא מדבריהם, שאם הבעל ביקש את הגט והאשה הסכימה, יש כאן הודאה במעשה הקידושין (מלשון הגט) שאומר לה, ואסור בקרובותיה ומכאן שאסורה לכהונה, ורק באופן שהאשה כפתה על הבעל גט (והוא לא רצה) כדי שתוכל להנשא לאחר ללא חשש שימנעו מלהנשא לה, יש להקל גם אם ניתן הגט, מאחר ואין הודאה למעשה הקידושין וממילא מותרת להנשא לכהן.

ומכאן לנדוננו ששניהם בקשו מביה״ד שיסדר להם גט כדמו״י, יש לראות זאת כהודאה במעשה הקידושין, והגט פוסלה לכהונה גם לשיטת ר״י הלבן והרא״ם. ובפרט שיש כאן מעשה בי״ד שאסורה לכהונה, ויצא קול גירושין ברור שהוחזק בבי״ד ללא אמתלא, ואין כאן קול ושוברו עמו המבטל את קול הגירושין.

ומצאתי את אשר אותה נפשי, בפד״ר כרך ד׳ (הנ״ל) שביארו את המחלוקת הנ״ל כמו שכתבנו, וחיזקו ביאור זה כדי לבאר שיטת הרמ״א שלא יסתרו דבריו. כיון שהרמ״א פסק בסימן ו׳ כשיטת ר״י הלבן והרא״ש שמותרת לקרוביו, והח״מ והב״ש תמהו עליו ממה שפסק בריש סימן ו׳ וסימן י׳ כדעת הרשב״א, (סימן תק״נ) והרא״ש דאפילו ניתן גט משום קול קידושין בעלמא, אפ״ה פסולה לכהונה ולחזור לבעלה הראשון שהתגרשה ממנו, וכתב הח״מ על דברי הרמ״א, דזיכה שטרא לבי תרי.

ותירצו שם בפד״ר (הנ״ל) שבסימן ו מדובר באופן שניתן גט לצורך חומרא, ובכה״ג נאסרה לכהונה, וכן מדובר בריש סימן י׳, אבל בסימן מ״ח מדובר באופן שלא היה צורך בגט כלל, אלא רק מחמת חשש האשה שיימנעו מלהנשא לה כפתה את הבעל שיתן לה גט. ובזה פסק הרמ״א כדעת המתירים (ר״י הלבן והרא״ם).

אלא שמצאתי חידוש בדבריהם, שלדעת הרשב״א בתשובה סימן תק״נ מחמיר גם באופן זה, וכמו שפסק ר״א מביהם, ובזה הרמ״א לא ס״ל כוותיה אלא כדעת המתירים.

ודבריהם צל״ע מהיכן הבינו כן בשיטת הרשב״א, דלפי מה שביארנו גם הרשב״א סימן תק״נ יודה במקרה של הגהות מרדכי לדיעות המקילים, ומ״מ אין אני מוצא הכרע בדבריו שיסבור כדעת ר״א מביהם להחמיר. ברם, מסקנתם שם תואמת היטב למה שביארנו בנדוננו במה שכתבו שם וז״ל:

> ״ומעתה בנדו״ד בשעה שניתן הגט, לא שמע ביה״ד שום אמתלא מפי האשה, והגט בשעתו סודר כדין, הרי אין זה דומה כלל למ״ש הרמ״א בסימן מ״ח כדברי ר״י הלבן, והרא״ם״.

זאת ועוד ידועה מחלוקת הפוסקים (מוני המצוות) לגבי כהן שחי עם גרושה ללא קידושין, שלדעת הרמב״ם, החינוך ועוד אינו עובר בלאו עד שיקדשנה, ורק לאחר שיקדשנה עובר בלאו, ולדעת הראב״ד והרמב״ן עובר בלאו אחד כשאינו מקדשה, ולאחר הקידושין עובר בשני לאוין. ראה סיכום המחלוקת במנחת

חינוך (מצוה רס״א ס״א) באורך רב. נמצא שאדרבה אין לחוש לקידושי ביאה, כי בכך הם עוברים איסור חמור יותר, ממה שהם חיים ללא נישואין כלל.

המורם מן האמור:

א. אשה שהתגרשה בביה״ד כדמו״י ונתברר לאחר מכן שהיה ריעותא בקידושיה אסורה להנשא לכהן.

ב. בנדוננו היה מקום להצריכה גט ולכל הפחות לחומרא כל עוד אין חשש עיגון.

ג. אין נפק״מ אם האשה היתה צריכה גט מעיקר הדין או משום חומרא. אלא שאם לא היתה צריכה גט כלל, יש מקום להקל בתנאים מסויימים.

הרב דוד ברדוגו

האם חייב ללוות למזונות אשתו וילדיו[1]

האב בנדוננו נתבע לשלם למזונות ילדיו סכום מסויים, אך טוען שפוטר מעבודתו ואין ידו משגת, ואם ישית עליו ביה״ד לשלם את הסכום המבוקש ע״י גרושתו, לא ישאר לו כדי קיומו, מפני שגם הקיצבה שהוא מקבל כדמי אבטלה תעוקל למזונות ילדיו והוא ישאר ״ללא אגורה״. ויש לדון עקרונית בטענות אלו המתחדשות בכל יום בעידן הפיטורין והאבטלה, האם בכה״ג יש לחייב את הבעל בסכום שידוע לנו שלא יוכל לעמוד בו, ויאלץ בעל כורחו להיות חייב למוסד לביטוח לאומי סכומים מצטברים שיגיעו ברבות הזמן לחוב עצום, מתוך הנחה שמן הסתם ירווח לאב בעתיד ובפרט אם הוא מוכשר ויצלח למלאכות. או דילמא, אין לחוב המזונות אלא מקומו ושעתו, ולא חייבו חכמים לאב להיות ״עבד לוה לאיש מלוה״ ולהעמיס על עצמו דאגות של חובות ורדיפות (אף כי לא מאסר ברוב המקרים), ואם כן יהי׳ מוטל על קופת הצדקה לפרנס הילדים הללו. והאם יש לחלק בזה בין קטנים לבין קטני-קטנים.

הנה בחובת הבעל לזון את אשתו במצב כיו״ב שאין לבעל כלום, אין אנו נזקקים לבירור ההלכתי הזה, שהרי כבר נפסק להלכה שאם אין לו ממה לפרנס, כופין אותו להוציא, ואם אשתו איננה דורשת לכפותו לגרש, והוא אומר אין לי, ברור שלא ניתן לכופו לזון. וגם כשאשתו דרושת לכופו לגרש, הלא יש חילוק בין כשאין לו לתת אפילו לחם לבין כשאין לו לתת לפתן (עיין אהע״ז, סי׳ ע׳ ס״ג), וכל עוד שיש לו לתת לחם, אין כופין אותו אפילו לדעת מרן השו״ע. ולשיטת הרמ״א, בכל גוונא שאין לו כלל, ולא כשאיננו רוצה לזון מחמת מרד, אין כופין אותו להוציא. וגם לדעת מרן הרי משנה אחרונה (קנד, ס״ד), שדוקא באינו רוצה, כופין, אבל כשאין לו אין כופין.

א״כ עיקר בירורנו יהיה בענין מזונות האב לילדיו, האם חובתו לזונם כוללת את החובה להפוך לבעל חוב בשביל מזונותיהם, או דילמא אין חובתו אלא כשיש לו במה לזונם, ולכל היותר אפשר שיש לכופו להשתכר לצורך פרנסתם, מזונותיהם ומדורם[2].

---

1 נימוקים בתיק 5545/ס״ד נ.ג. נ׳ נ.א. בביהד האזורי נתניה.

2 הערת העורך: עי׳ תוס׳ יו״ט, כתובות, פ״ד, מ״ו שכתב: ״אבל ודאי אינו חייב

ונראה שאם יש לו נכסים עודפים על מה שמוגדר כ״כלי תשמישו״ (הנז׳ בשו״ע יו״ד סי׳ רנ״ג) הדבר פשוט לכאורה שיש לו למכרם לצורך פרנסת ילדיו קטני הקטנים, אבל את עיקר כלי תשמישו אין כופין אותו למכור, דהא לא עדיפי אינהו מיניה דרשאי להתפרנס מהצדקה, ואין כופין אותו למכור כלי תשמישו. וכל שכן שאין כופין אותו למכור את ביתו שהוא דר בו. ורק אם יש לו נכסים נוספים יש לו למכרם כדי לפרנס את בניו, כמו שחייב למכרם כדי לפרנס את אשתו, וכפי שפסק הרמ״א (סי׳ ע׳ עפ״י שו״ת הרשב״א סי׳ תת״ן).

ונראה פשוט שעל פי ההלכה אין לחייבו להיות בעל חוב ועבד לוה לאיש מלוה, שהרי גם למזונות אשתו שהוא חייב בהם מתוקף היותם כלולים בשעבודי הכתובה, אעפ״כ מצינו מחלוקת בין רבינו אליהו ור״ת (תוס׳ כתובות סג.), וכ״ש למזון ילדיו, שגם כשהם קטני-קטנים שהחיוב לזונם הוא מדינא ולא מצדקה, מ״מ לא עדיפי מאמם, דלכל היותר חייב להשכיר א״ע למלאכה, אבל לא להיות בע״ח. זאת ועוד, דגם בהא דר׳ אליהו ור״ת לא נפסקה הלכה בסכינא חריפא, וז״ל הרמ״א (סי׳ ע׳ ס״ג) ״וי״א שחייב להשכיר א״ע״ וכו׳. ע״כ.

ובביאור הגר״א שם (סק״ט), כתב שרוב הפוס׳ ס״ל כר״ת שאינו חייב להשכיר א״ע. לפי״ז יכול הבעל לטעון ״קים לי״ כרוב הפוסקים שאינו חייב להשכיר א״ע, וק״ו שאינו חייב להיות עבד, שעבד קשה משכיר, וה״נ להיות בע״ח הוי עבדות, דמקרא מלא דבר הכתוב ״ועבד לוה לאיש מלוה״ (משלי כ״ב, ז׳). ועכ״פ למ״ד שחייב להשכיר א״ע, היינו גם כדי לספק לה מזונות לפי כבודה מדכ׳ ואוקיר (ח״מ סקי״ב).

הן אמת דמקום יש בראש לחלק ולומר, דעד כאן לא נחלקו ר״ת ורבנו אליהו אלא בזמן שהיו בני אדם רגילים בעבודת האדמה, שעל כן יכול הבעל לומר דכונתו ב״אנא אפלח״ היינו לעבוד את אדמתו, וכמ״ש הרא״ש בפסקיו לכתובות (פ״ה סי׳ ל״ב): ״דאפלח היינו עבודה שדרך האיש לעבוד בביתו כגון לחרוש ולזרוע״. עכ״ל. ״ועובד אדמתו ישבע לחם״ (משלי יב, י״א), אבל בזמנינו שרובא דעלמא אינם בעלי קרקע להתפרנס מעבודת האדמה, על כרחנו לפרש את לשון שטר הכתובה כדרך שפירשו ר׳ אליהו דהיינו עבודה בכללותה, וכל עבודה במשמע. ואם כן בזמננו[3] לית מאן דפליג שצריך להשכיר א״ע, ואפשר דזהו

להשכיר עצמו בפועל לפרנסם, אפילו למאן דסבר דבאשה חיוב, היינו טעמא דמספר כתובה נלמד אנא אפלח״.

3 הערת העורך: קשה לומר דבר זה שהרי בזמן ר״ת רוב היהודים לא היו עובדי

טעמם של כל רבותינו שבצרפת שנוהגין לפסוק כר׳ אליהו שכתב הגמ״י סוף אישות סעי׳ ל״ה, והבי״ד הטו״ז (סי׳ ע׳ סק״ד), מ״מ עדיין לא מצאנו מכאן ראיה שיהא מחוייב להיות עבד לוה לאיש מלוה מחמת זה.

ואעיקרא, יעויין בשו״ת הרדב״ז, ח״ג סי׳ תתקצ״ו (תקסו), שכתב שר׳ אליהו כ׳ בתוס׳ שלו וכו׳ ולא הודו לו חבריו, דאפלח וכו׳ כלומר ש״אם״ יש לו קרקע, יעבוד ויזרע וכו׳. ע״כ.

וראיתי בס׳ עזר מקודש, על גליון השו״ע אה״ע, ע, שהסתפק כמה ספיקות בענינים אלו, אם חייב לחזור על הפתחים ואם חייב להשכיר את עצמו למלאכה של עבדות, וכתב צדדים לכאן ולכאן ונשאר בצ״ע.

ולא ידעתי כלפי לייא, דאם הוצרך לחזר על הפתחים כדי לפרנס את עצמו ואין מספיק לפרנסה עד שיחזר עוד עה״פ גם בשביל פרנסתה, הרי לדעת הרמ״א אינו חייב, שהרי כתב שאם אין לו, אין כופין אותו להוציא, ולדעת מרן השו״ע פשיטא דחייב שאל״כ יכפוהו להוציא. ואם איתא דחייב לחזור עה״פ, א״כ הרי אין לך בעולם מי שאין לו, שהרי מיד שיחזר עה״פ, יהיה לו לתת לה לחם שהיא צריכה, אלא ודאי שא״צ לחזור עהפ״ת, [4] וכיון שכך פסקו הפוסקים, א״כ פטור הוא ואין בכך משום עבירה על שארה וכסותה.

ובענין השכרת עצמו לעבודה של זלזול ועבדות, שהסתפק גם בזה העזר מקודש, לא מובן גם כן מה מקום יש להסתפק בזה, שהרי עד כאן לא נחלקו ר״א ור״ת אלא להשכיר א״ע כפועל ״ללמד או לעשות מלאכה אחרת״ (תוס׳ כתובות סג.), דהיינו מלאכה המכבדת את בעליה, ודבר הלמד מענינו הוא דומיא דמלמד, דאנן סהדי שלא קיבל על עצמו בשיעבודו בכתובה להפוך לעבד נקלה בשביל פרנסת אשתו.

ולא עוד, אלא שאפילו ראינוהו שמחזר על הפתחים לצורך פרנסת עצמו, ולא הספיק לפרנסתה, אין מקום לחייבו לחזר לצורך פרנסת אשתו, דרשאי הוא לחבול

קרקע וגם לא בזמן הרמ״א שמביא את דעת ר״א כי״א.
תשובה להערה: ר״ת ור״א נחלקו בדינא דגמ׳ שכן היו רגילים יהודים בעבודת האדמה. והראי׳ שגם הרא״ש הזכיר זאת להדיא. אולם הנפ״מ תהי׳ לזמננו כאמור. ודו״ק.

4 הערת העורך: ואם אינו רוצה לחזר עה״פ? על זה נאמר שיוציא.
תשובה: הדקדוק הנ״ל הוא להרמ״א בסי׳ ע, וכן למרן בסי׳ קנד. אבל למרן בסי׳ ע, כבר כ׳ דחייב, שאל״כ יכפוהו לגרש.

ולזלזל בעצמו (ב״ק צ:), וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו (איוב ב׳, ד) ואעפ״י שאמרו (ב״ב קי.) פשוט נבלתא בשוקא וטול אגרא ולא תימא וכו׳, זהו כעצה טובה לאדם שיעדיף גם עבודה כזו מאשר להזדקק לבריות, והיינו לעצמו, אבל לצורך אשתו, אף שראוי הוא, מ״מ אין כאן חיוב עפ״י הדין.

שוב עיינתי בשו״ת הרדב״ז הנ״ל שהובא בפת״ש (סי׳ ע׳ סק״ד), וששתי עליו כמוצא שלל רב, שהביא להדיא דברי המרדכי בנ״ד שכתב וז״ל:

״והיכא דאין לו, אין כופין אותו ״ללוות״ ולהתעסק באומנות, אבל מוסיף בכתובתה ג׳ טרפעיקין״.

ובהמשך כ׳ כמש״כ לעיל וב״ה שזכינו לכוון לסברתו הישרה, שכתב וז״ל:

״ואפילו לפי סברתו (של ר׳ אליהו), לא למלאכה בזויה קאמר, דלא שעבד את עצמו לבזות את עצמו לכבד את אשתו ולזונה, שהרי לא כתב אלא ללמד התלמידים ולעשות מלאכה, ויגיד עליו רעו, מה למוד - מלאכה נכבדת, אף מלאכה - מלאכה נכבדת ולא בזויה וכו׳, הכל לפי מה שהוא אדם. תדע שהרי חזרת אבידה, מ״ע מה״ת ואם הוא זקן ואינה לפי כבודו פטור וכ״ש שלא יבזה את עצמו לזון את אשתו, וזה ברור מאוד״.

ולעיל מינה כ׳ וז״ל:

״ואני אומר דטעמא רבא איכא [לשטת רוה״פ שפסקו כר״ת ודלא כר׳ אליהו]... דהא כתוב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים, ולא יהיה אלא שנמכר לעבד עברי, כלום יכול לכופו להשכיר את עצמו לאחרים ולהביא לרבו, אלא אומר לו אם יש לך מלאכה אעשה, אבל לעשות מלאכת אחרים אין יכול לכופו וכ״ש הכא. עכ״ל. הרדב״ז.

והרי נפשטו כל ספקותיו של העזר מקודש, שגם אם מצות עשה מה״ת לזון את אשתו, מ״מ אינו חייב לבזות א״ע, איב״א מהא דאבידה ואיב״א מהא דע״ע.

וגם ספקו בענין אם חייב ללוות, נפשט מדברי הרדב״ז בשם המרדכי שכתב להדיא שאיננו חייב ללוות.

ועיין בשו״ת שופריה דיעקב, להגאון רבי יעקב בירדוגו זצ״ל (המכונה אלחכם) בסוף סי׳ ס׳ שכתב (במהדורה החדשה עמ׳ קיב באמצע ד״ה ויותר) וז״ל:

״ויותר נראה, דבידוע שאין לו כ״א די סיפוקו אפי׳ בתוך שש אין עליו חיוב לזון את בניו. דעד כאן לא חילקו חכמים בין תוך שש לאחר שש אלא בשאינו אמוד ליתן צדקה המספקת, אך אמוד ליתן דבר מועט

שאינו מספיק. אבל בשאינו אמוד ליתן כלום, אין הפרש בין תוך שש בין לאחר שש. ובכל גוונא פטור. וסברא הוא, דכיון שאין לו כי אם די סיפוקו פשיטא דחייו קודמין. וכיון שכן מאין הרגלים לחייבו לחזר על הפתחים ולזונם ואפי׳ בתוך שש. וחז״ל לא חייבוהו אלא אם יש לו מה ליתן להם אחר די סיפוקו. וכ״ש אם האם גרושה והם אצל אמם והוא אומר יבואו אצלי ואזון אותם ממה שאני אוכל, איך עלה על הדעת לחייבו בע״כ שיהיה אצל אמם והוא יחזר על הפתחים ויתן להם. ומה גם כשהוא בעיר אחרת וכנד״ז״, עכ״ל.

וראיתי בפסקי הדין הרבניים (כרך ט״ז, עמ׳ 350) שדנו בשאלתנו, האם חייב האב ללוות כסף כדי לשלם מזונות לילדיו, וכן האם חייב עבור התקופה שהיה בכלא ולא היו לו אמצעים כספיים. והעלה שגם אם אין לבעל חייב במזונות אשתו וכשיהי׳ לו ישלם למפרע, והסתמך ע״ד הר״ן (כתובות קז:), ומשם המשיך עוד שלב, שהאב חייב בנדון כזה במזונות ילדיו, וזאת עפ״י הר״ן (כתו׳ סה:) שכ׳ שמזונות הבנים נובעים ממזונות האשה. ושכ״מ הכס״מ (אישות יב, יד).

ושוב דן האם חייב הבעל ללוות כדי לזון את אשתו, ואף שהביא מהראשונים (הרא״ה ועוד) שפטור, היינו שפטור מ״פעולות״ ההלואה אבל אם האשה לותה, הבעל משתעבד, וזאת שוב עפ״י הרא״ה שהובא בר״ן (כתובות קז:) הנ״ל. ולמסקנא כ׳ שהכסף שהמל״ל (המוסד לביטוח לאומי) משלם לאשה, הוי כאותה שפסק בשו״ע (סי׳ ע׳ ס״ח בהגה) וז״ל: ״פסקו לה הב״ד מזונות וצוה לאחד לפרנסה ולגבות מנכסי בעלה וכו׳״. ולפיכך חייב הבעל לשלם כשיצא מהכלא לביטוח הלאומי עבוד מזונות ילדיו. עכתו״ד.

והנה לא זכר דברי הרדב״ז שהבאנו, ואעיקרא, נראה שהראיות שהביא אינם ענין לנד״ד כלל. ואשיב על דבריו בס״ד על ראשון ראשון את הנלע״ד בזה:

א) במ״ש שחייב האיש במז׳ אשתו וילדיו גם כשאין לו, ולכשיהי׳ לו ישלם למפרע:

לפענ״ד זה אינו מכמה טעמים: חדא, דגם אם נדון מז׳ ילדים כמז׳ אשה, מ״מ יש לחלק בין אשתו לילדיו. דאשתו כל עוד הוא רוצה לגור עמה, ודאי שחייב לשלם הלואותיה, הלאה״כ יתחייב לגרש, וכיון שאינו מבקש להתגרש, ע״כ לשלם, ובפרט כשהלך למדה״י ע״מ לשוב ולחיות עם אשתו כמקדמת דנא, ברור שע״ד כן הלך, והוי הסכמה מכללא ושבשתיקה שיזון אותה גם בתקופת העדרותו ע״י שישלם הלואותיה. שהרי העמד המצב על חזקתו שהם נשואים

וחיים בשלום, אלא שנסע לעניניו, ולמה לא תיזון מנכסיו אם יש לו, [5]. וכי העלה בדעתו שהוא יסע והיא תגווע ברעב. משא"כ כשהוא כאן וצועק שאין לו ואינו רוצה ללוות ולהשתעבד, אין שום הוכחה מהסוגיות הנ"ל שניתן לכופו ללוות. ועוד, שהרא"ה מירי שהלוה "על נכסי הבעל", שכ"כ "דומיא דאלמנה וכו' אף באשת איש תקנו שיכולה ללוות על נכסי הבעל", ותיכף סיים הרא"ה וז"ל: "ומיהו היכא דלית לי' לבעל, היא חייבת שאף היא נשתעבדה לו". עכ"ל.

והא ודאי כשיש לבעל נכסים ללות עליהם, לית מאן דפליג שחייב, וכמ"ש הרמ"א (סי' ע' ס"ג הנ"ל בשם שו"ת הרשב"א), ואנן עסקינן במי שאין לו כלום והוא בכלא, ומבקשים לחייבו ללוות ואח"כ כשישתחרר ישלם, וזאת מנין לנו.

ובפרט למ"ד שחוב המזונות מתחדש בכל יום (עיין שו"ת יבי"א ח"ג סי' ט"ו אות י"ז שהביא דברי הפוסקים בזה), א"כ כל יום אין לך בו אלא מקומו ושעתו שאם אין לו במה לזון, אינו חייב בו, וכמ"ש שאינו חייב להשכיר א"ע, ואם תרצה אשתו לתבוע גירושין, הרשות בידה, וכל עוד שלא תבעה אינה יכולה לחייבו במזונות שאינו חייב בהם.

זאת ועוד, גם לולא הנ"ל עדיין אין מקום "להקיש" וללמוד ממזונות האשה על מז' ילדים. שהרי דעת רוה"פ דלא כהר"ן, והר"ן גופיה העיד על עצמו שאין דעת הראשונים כן, שכ' וז"ל (ס"פ אעפ"י): "אבל לא ראיתי לראשונים ז"ל שאמרו כן". ועוד, שגם אילו ד' רוה"ר היתה כדעת הר"ן ז"ל, עדיין יש לחלק בין קטני - קטנים לקטנים.

וגם קטני - קטנים, סוף סוף יש חילוק בינם ובין מז' האשה, לפי שמז' אשה ודאי שעבודו חל עליו מתנאי כתובה שהתחייב לה, והכניס את עצמו לחוב מדעתו, וכמ"ש הבית מאיר והחת"ס (שהובאו בפ"ת סי' ע' ס"ק ג') יעו"ש, אבל מזונות ילדים אין מקור חיובם בשיעבוד ששעבד את עצמו. ועוד, דאטו רק מי שיש לו תרקבא דדינרי רשאי ומצווה על מצות פו"ר, והלא מצוה זו חלה גם על עני שבעניים אף שידוע שאין לו במה לפרנס את ילדיו שיוולדו לו, והיינו מחמת שהקב"ה צוה על פו"ר, ואם לא יהיה לו במה לפרנס, יהיו מוטלים על הצדקה, וכמ"ש כי לא יחדל אביון מקרב הארץ. ובגמ' (ב"ב י.) נאמר: "... אם אלקיכם אוהב עניים הוא, מפני מה אינו מפרנסן... כדי שניצול אנו בהן מדינה של גיהנום". ולא כצורינו צורם ולא מחשבותיו מחשבותינו, ולא כמנהג "מתכנני

5 הערת העורך: הרי מדובר כשאין לו נכסים עכשיו.
תשובה: לקמן דקדקנו מדברי הרא"ה שהובאו בהר"ן דכל התקנה היא ללוות על נכסיו. אלמא דווקא ביש לו מיירי.

המשפחות" של זמנינו, לא ידעו ולא יבינו, כי אין העשירות מן האומנות ולא העניות מן האומנות וכו' (קידושין פב.).

ב) ולענין מש"כ בפד"ר הנ"ל שאף שלראשונים (הרא"ה) אינו חייב להכניס עצמו "לפעולת" הלוואה, מ"מ אם לותה אשתו חייב לשלם, ומינה שחייב לשלם למל"ל על הלואתם לילדיו.

הנה לאור כל מש"כ לעיל נראה שגם בזה אין הדין כמ"ש בפד"ר הנ"ל. דמלבד שהראשונים הנ"ל לא חילקו בין הפטור מה"פעולה" לבין הפטור מההחזר, שהרי אין בזה שום סברה והגיון, דאטו הקושי הוא בפעולת ההלואה, הלא עיקר הקושי בתשלום והחזרת ההלואה, זאת ועוד כבר כתבנו שגם להרא"ה, אין חובת החזרת ההלואה חלה אלא כשהבעל רוצה להמשיך ולחיות עם אשתו ויש לו נכסים שעליהם חל השעבוד, אבל כשאין לבעל שום נכסים, ועוד שטוען להדיא לפני שנותנים לו את ההלואה שאיננו מעונין להיות בעל חוב, ושהוא מוכן לגרש ולא להיות עבד לוה, וכ"ש כשמדובר במזונות הילדים, והאב טוען שאין לו במה לפרנס, ואיננו רוצה להיות בע"ח, אלא יפלו ילדיו על הצדקה כדינה של תורה הא ודאי שאין לחייבו. ואין כל ראיה מהמקורות הנ"ל ולא ממש"כ הרמ"א (בסימן ע' סעיף ח'). שהרי גם הרמ"א (בשם שו"ת הרשב"א שהובא בב"י) כתב שבה"ד ציוו לאחד לפרנסה ולגבות "מנכסי בעלה", והיינו שאין הבעל מתנגד, אלא שאיננו כאן ויש לו נכסים, וע"ז כתב הרמ"א שיש חילוק בין אם ציוו לפרנסה או להלוותה וכו', ולא מיירי הרמ"א כלל במי שצווח שאיננו רוצה להיות בע"ח. (ואגב, נראה דכפי זה, החוב של הבעל לביטוח הלאומי דינו כ"ציוו לפרנסה", שאם מת הבעל אין לו עליה כלום", דהיינו שאין המל"ל רשאי לגבות מהאשה).

איברא שבזמנינו רבו הרמאים "העושים מעשה זמרי ומבקשים שכר כפנחס", ובאזני שמעתי מבעלי בתים הבקיאים בדבר, שהרבה מהחותמים "אבטלה" עובדים באופן בלתי רשמי בכמה עבודות, ולכן הנכון והישר הוא להנהיג כמ"ש הרדב"ז בסוף תשובתו הנ"ל, שהכל כפי ראות עיני הדיין וכו'. יעו"ש.

ועל כן ראוי להעמיד חוקרים נאמנים מטעם ביה"ד שדינם יהי' כ"שליחי בית דין" שיבדקו אם אכן אין הבעל משתכר ומרויח כלל, ובזה נצא גם ידי חובתנו מחששו של בעל ה"תומים" (הב"ד הפת"ש חו"מ סי' צ"ז סק"ו) שהראני כב' אב"ד הגרח"ש שאנן שליט"א, שכ' על מה שנהגו לחבוש (בבית האסורים) מי שאין לו לפרוע חובו משום שהם בחזקת מבריחים, שאין להם (לחובשים) על

מה שיסמוכו, ע״כ. ולפיכך יש להנהיג מה שהיו נוהגים בתי דינים מקדמת דנא, וגם בדורות האחרונים בחו״ל כפי שראיתי בפס״ד רבים של אמו״ז הגאון רבי יהושע ברדוגו זצ״ל ובית דינו, שהיו שולחים שליח בי״ד לבדוק בכל דבר מה המציאות, אצל השכנים וכדומה, ועי״ז זכו להוציא הדין לאמיתו, וכשנעשה כך, לא לילקי הוצא בהדי כרבא (ב״ק צב.), שהשקרנים יקנסו וישלמו דמי החקירה ומזונות כדין, והעניים - באמת לא יפסקו בתי הדין כנגדם מזונות שלא כדין, ויהיו מזונותיהם מוטלים על קופת הצדקה, הלא הוא המל״ל כאשר היה מקדמת דנא, וזהו כבודם והדרם של עם ישראל רחמנים בני רחמנים.

וכבר התבטאו כמה מגדולי ישראל, שאחד מעמודי התווך של הנס הגדול שבעצם קיומה והשרדותה של מדינת ישראל, הוא החסד ש(היה) נעשה בשפע עם מעוטי היכולת ע״י תנאים סוציאלים מתאימים, ע״י המוסד לביטוח לאומי, ויש להחזיר עטרה ליושנה בפיקוח כנ״ל יפה שעה אחת קודם.

אבל כפי המצב היום שהרמאים רבים, וגורמים עוול לעניים באמת, ע״ד מש״כ הגמ׳ (כתובות סח.) בואו ונחזיק טובה לרמאין שאלמלא הן היינו חוטאין בכל יום, נמצאת מדת הדין לוקה והיה כצדיק כרשע, וחלילה, השופט כל הארץ לא יעשה משפט? (בראשית יח, כה).

ובטוחני שאם יאומץ הרעיון הנ״ל ירתעו העבריינים המשקרים לביה״ד שכביכול אינם עובדים, לפי שבנקל ניתן לעלות על עקבותם ע״י מעקב מינימלי, ונחסוך ע״י כך סבל מיותר ועוול לאמהות הצועקות לקבל דמי מזונות ראויים ואינן נענות, וגם לעניים באמת שלא ילקו בגלל העבריינים והרמאים.

לסיכום

א) בעל המצהיר בביה״ד שאין לו כדי לפרנס את אשתו, ואשתו אינה דורשת גט, אין מקום לחייבו בעל כרחו ללוות מהמל״ל, אא״כ נבדקה ונתבררה טענתו ונמצאת שיקרית. ואם כן נמצא שקרן, יש לקנסו, נוסף לחיובו במזונות. ואם דורשת גט, יש לדון בתביעת הגירושין על רקע עילת ״אינו זן ואינו מפרנס״, ולראות להיכן הדין נוטה בכל מקרה לגופו.

ב) אב המצהיר שאין לו כדי לפרנס את ילדיו, אם יש חשש לביה״ד שהוא משקר ומרמה, יש לחקור הדבר ע״י שליח ב״ד, ואם נמצא שאין לו ואיננו

עובד וכו׳, אין מקום לחייבו במזונות שלא כפי יכולתו העכשווית. ויש להטיל על קופת הצדקה כגון המל״ל לפרנס את ילדיו.

והנה לאחר שכתבנו כל זה, נפגשתי עם הגרא״צ שינפלד שליט״א עורך קובץ ״שורת הדין״, ומסרתי לו את פס״ד זה לפרסמו בקובץ הזה, ואמר לי שכבר דן בשאלה זו ופירסם פסה״ד בקובץ ״תחומין״ (כרך ח׳ עמ׳ 95).

ועיינתי ב״תחומין״ שם וראיתי שסיכם דבריו בזה״ל:

״מבואר דלר״ת ודעימיה (שהוזכרה תשובתו בהגמ״י הנ״ל) כמו שאין לכופו לעבוד, כך אינו חייב ללוות כדי לפרנס את אשתו״.

אלא שהוקשה לו וז״ל:

״ותימה, הלא מפורש בסוגיות הנ״ל דאם לותה חייב לשלם, ובי״ד פוסקים לה מזונות על סמך שתלוה ואח״כ יגבו מהבעל? ויש לומר דמיירי שיש לו נכסים כאן או במקום שהוא נמצא שם, ובמקום למכור מהנכסים רשאית האשה ללוות כשם שרשאית למכור לצורך מזונות, אלא דמסתימת הפוסקים לא משמע שרק באופן זה מתירים לה ללוות[6]. ולכן נראה לי דכוונת ר״ת היא שאין לחייב הבעל לטרוח וללוות, כשם שאין מחייבים אותו לטרוח ולעסוק במלאכה אצל אחרים, אבל האשה עצמה אם מוצאת ללוות רשאית, אעפ״י שהבעל הוא זה שיצטרך לפרוע כשיחזור״. עכ״ל.

והנה מלבד מה שכתבנו לעיל שלא מובן סברא וטעם לחלק בין ״פעולה״ ו״טורח״ בהשגת הלואה לבין תשלומה בפועל וכו׳, יש להוסיף, דמ״ש בתחומין ״דמסתימת הפוסקים לא משמע שרק באופן זה מתירים לה ללוות״, לא ידעתי מה סתימת הפוסקים יש כאן, ואדרבה הרי באו דבריהם מפורשים, שרק ״על נכסי בעלה״ מתירים לה ללוות, שהרי ז״ל הרא״ה שהובא בר״ן: ״אף באשת איש תיקנו שתוכל ללוות על נכסי הבעל״ ע״כ. הרי שהיתה כאן ״תקנה״, שהאשה תהי׳ רשאית ללוות, ותקנה זו בשני תנאים תוקנה:

א) שהבעל נסע, כלומר בהעדרותו של הבעל.

ב) על נכסי הבעל, כלומר כאשר קיימים נכסים שישתעבדו להלואה[7].

---

6 הערת העורך: עי׳ חזו״א כתובות, סימן סח ס״ק ח. (הובא גם בתחומין, שם, עמ׳ 100), שדן בשיעור המזונות שזכאית האשה ללוות בעבורם, ומוכח מדבריו, שרשאית ללוות גם כשאין לבעל נכסים כלל.

7 הערת העורך: הפוסקים נקטו לשון זו ״על נכסי בעלה״ משום שברוב פעמים לא

ומ״ש עוד שם וז״ל: ״נ״ל דכוונת ר״ת שאין לחייב הבעל לטרוח וללוות כשם שאין מחייבין אותו לטרוח ולעסוק במלאכה״. ע״כ. לא מובנת כוונתו, שאם כוונתו על טורח פעולת השגת ההלואה, ולא על הטורח שבהיותו עבד למלוה שיצטרך לטרוח לפרוע ההלואה, זה לא יתכן, שהרי בהגמ״י שם כתב בשם ר״ת וז״ל: ״וההיא דספר כתובה לא משמע אלא שיעבוד ויכבד אותה וגם טורח ״במלאכות כבדות כגון חרישה וזריעה״ להביא מזונות לבית וכיו״ב״. עכ״ל.

הרי שמספר כתובה נלמד שהוא חייב לטרוח גם במלאכות כבדות, וכ״ש בהשגת הלואה, שאין לו אלא לבקש הלואה ולחתום על שטר. ואף שלפעמים יצטרך לטרוח במציאת מלוה וערבים וכו׳, מ״מ עפ״י רוב מצוי הדבר בנקל, וישראל רחמנים זריזים הם במצוות אם כסף תלוה וכו׳ ובפרט שהיא המעולה שבצדקות שאינו מתבייש לקבל, מה גם כשאינו לוה סכום כדי לבנות בניינים שזה באמת קשה להשיג, אלא עסקינן בהלואה למחיה, לחם וליפתן, שהוא דבר מועט וקל להשיגו, עד אשר ירוח לו[8].

ומה שסיים ״אבל האשה עצמה רשאית ללוות אם מוצאת אע״פ שהבעל הוא זה שיצטרך לפרוע כשיחזור״, הנה ברור הדבר שאם יש לו נכסים והוא בחזקת שרוצה ומסכים שאשתו תלוה וכגון שהלך למדה״י שהוזכר בגמרא ובראשונים בשלהי מסכת כתובות, רשאית היא ללוות, והוא דינא דגמ׳. ואין כאן חידוש. אבל אם אין לו נכסים והוא בפנינו וצווח שאיננו רוצה להשתעבד ולהיות עבד לוה, כיצד נכריחנו ללוות[9], והלא ע״ז סיים שם בהגמ״י בשם ר״ת ״אבל להשכיר א״ע אינו חייב״, כלומר אף שמלאכות כבדות בשדה שלו חייב לעשות, אבל להשכיר א״ע, שזה לעתים קרובות גם קל הרבה יותר ממלאכות כבדות כגון זריעה וחרישה, אעפ״כ אין מחייבים אותו, כי לא לכך נשתעבד בכתובה, ולא השתעבד אלא אם יש לו מעצמו מבלי להשתעבד לאחרים ע״י השכרת עצמו או הלואה. וזהו שכ׳ שם בתשובת אביאסף בשם ר״ת שהביא הגמ״י, וז״ל:

תמצא מי שילווה לה כשאין לבעל נכסים כלל. אבל אם מישהו מוכן להלוותה גם כשאין לבעל נכסים (דוגמת המוסד לבט״ל) על סמך שיגבה מן הבעל כשיהיו לו נכסים, ואם לא יהיו לו, יאבד הלוואתו, אין הכי נמי שהיא רשאית ללוות.

8 הערת העורך: לאדם שאין הכנסה ואין נכסים באמת קשה להשיג הלוואה כקריעת ים סוף. ופוק חזו שגם היום אף גמ״ח אינו מלוה ללא ערבים טובים, ולתקופה בלתי מוגבלת עד שישיג הלווה לשלם. ובודאי שאי אפשר לקיים משפחה באופן שוטף ע״י הלוואות כאלה ללא מועד פרעון.

9 הערת העורך: אם על פי הדין היא רשאית ללות, לא תועיל המחאה שלו. ומדינא דגמ׳ היה יכול לגרשה בעל כרחה ולהיפטר. אך כל זמן שלא גירש, היא רשאית ללוות, ויפרע כשיהיה לו.

"אבל להורות שקר ולקנוס לכל אחד לדורות לא ישר בעיני, דלא מצינו מוכר עצמו להגבות כתובה לאשה ומזונות אלא כי ימוך, אבל להניח באפונדתו אסור כדדרש בספרי... ופועל נמי דרשינן שהוא בכלל ולא עבדים לעבדים". עכ"ל.

הרי שאין איסור אלא "להניח באפונדתו" דהיינו שיש לו בארנקו ואינו נותן למזונות. הא ללוות אינו חייב, שהרי לא מקרי "להניח באפונדתו", ועוד שגם הוא בכלל ולא עבדים לעבדים, וכמ"ש לעיל דמקרא מלא דיבר הכתוב "ועבד לוה לאיש מלוה", ופוק חזי מה קשה על בני אדם אם הטורח של נטילת ההלואה או של החזרתה, והפסוק אומר "לוה רשע ולא ישלם" (תהילים לז, כ"א) שעיקר הקושי והמבחן הוא בתשלום ההלואה.

עוד יש להביא ראיה לדברינו מהמשך הגמ"י שסיים בשם ר"ת וז"ל:
"אך בזה נ"ל פי' רבינו זקני (רש"י) "דבאית ליה", כופין כשאר בע"ח. דעד שנכופנו להוציא נכופנו לזון, שהרי נתחייב למזונות, או "אם עשה מלאכה ונשכר והיה לו", שהוא כשאר בע"ח, ואמרינן לעיל מתוך שיכול לכופה למעשה ידיה על כרחה, פירש הקונטרס שהוא יכול לכופה "אם עשתה" שיטול מעש"י, א"נ יכופה על ידי שאר כסות ועונה, אבל היא אינה יכולה לומר יקדשו ידיך לעושיהן, ולשון "מי משתעבד לה" מוכיח וכו'". עכ"ל.

הרי שכפל הענין במילות שונות לומר דדוקא שכבר "עשה במלאכה ונשכר והי' לו", רק בזה הוא כשאר בע"ח שכופין אותו לזון. אבל אם נשכר ובזבז ולא הי' לו, אין כופין אותו ללוות. ובהמשך, דבריו ברורים יותר, שהבעל עדיף מהאשה, שאף שהוא יכול ליטול מיד את מעש"י אם עשתה, והיא אינה יכולה אלא ע"י ב"ד וכתורה, וא"י לומר יקדשו ידיך לעושיהן, ועל אחת כמה וכמה שאינה יכולה להעמידו בפני עובדה שתלוה ותחייב את ידיו לפרוע הלואתה, אם הוא מתנגד ואין לו נכסים שתלוה עליהם. ורק אם הלך למדה"י באופן שמסתמא הוא רוצה שתיזון מנכסיו ויש לו נכסים, הא ודאי שיכולה ללוות כדינא דגמרא. והיא גופא קמ"ל הגמרא, וזה החידוש, שיכולה ללוות כשאיננו כאן דמסתמא ניח"ל בהכי. ואם איתא דגם כשמתנגד שתלוה, יכולה ללוות, לישמעינן חידושא טפי. אלא ודאי כמ"ש עיקר, ומשנה לא זזה ממקומה, שדעת כל הראשונים שוה בזה. ואדרבה נתחזקה סברתו של הרדב"ז מדברי הגמ"י בשם ר"ת, שאין כופין את הבעל ללוות למזונות אשתו, וכל שכן שאין כופין את האב ללוות למזונות ילדיו. והנלע"ד כתבתי.

הרב חיים שלמה שאנן

גבית מזונות ע"פ פסק דין לאחר שעבר זמן רב

השאלות שנידונו בתיק זה:

א. הודאת בעל דין בלא כוונה.
ב. מי נאמן שהמזונות שולמו הבעל או האשה?
ג. האם תולים העדר תביעה במחילה.
ד. האם ניתן לגבות עבור מזונות העבר שאינם "מזונות צמצום" ומזונות "עולה עמו".
ה. חיוב הבעל במזונות אשתו כשהאשה ניזונה ממעשה ידיה ומאחרים.

לפנינו תביעת הבעל לבטל פסק הדין שחוייב במזונות אשתו וילדיו.

התובע והנתבעת הם זוג נשוי משנת 89 ולהם שלשה ילדים משותפים, תביעת הבעל לגירושין נדחתה ע"י ביה"ד בעבר. ביה"ד נתן פסק דין למזונות אשה וילדים ב-א' בניסן התשנ"ו ע"ס 1,100 ש"ח.

ב-ט"ז בשבט נ"ח ניתן פס"ד נוסף ע"י ביה"ד בו הוגדלו המזונות ל-1,800 ש"ח. התביעה כיום היא ביטול חיוב המזונות על התקופה שממרץ 96 ועד נובמבר 97 כיון שלדברי הבעל באותה תקופה הוא ואשתו חזרו לשלו"ב והוא פירנס את אשתו וילדיו כמקובל. שני הצדדים מודים שבאותה תקופה האשה לא הפעילה את ההוצאה לפועל לגביית החוב. הבקשה להוצל"פ הוגשה רק לאחר שהבעל עזב סופית את הבית ב- 25/10/97.

הבעל טוען כאמור, שבאותה תקופה הוא חי עם אשתו ופרנס את הבית ושילם מזונות. ב"כ האשה טען כי באותה תקופה הבעל לא חי עם האשה אבל הוא בא לבית מתוך נסיון של שלום בית על כן לא פנתה האשה להוצל"פ.

לדעתי, אין ספק כי יש לבטל את החיוב, ועל האשה להחזיר לבעל את מה שגבתה כבר לתקופה הנ"ל, בגלל כמה סיבות, שכל אחת עומדת בפני עצמה.

ועיקרן:

(א) האשה הודתה בכתב לבית הדין כי בעלה פרנסה באותה תקופה.

(ב) כשקיימת הכחשה בין בעל לאשה האם המזונות נפרעו, הבעל הוא הנאמן, כבמקרה שלפנינו, ונטל ההוכחה מוטל על כתפה של התובעת, וכיון שהתובעת אינה יכולה להוכיח טענתה, תביעתה נופלת.

(ג) אין חיוב מזונות על הבעל כשהאשה מחלה מתוך כוונה להתגלגל עם בעלה, והמקרה שלפנינו נחשב כמחילה. מה גם שהאשה הודתה בבית הדין כי היא מחלה את החוב לבעלה בתקופה שהיו ביחד.

(ד) אין האשה יכולה לתבוע עבור העבר את מזונות "עולה עמו".

(ה) האשה טענה מאוחר יותר (לאחר שחזרה בה מדבריה הקודמים שהבעל פרנס אותה וילדיה), כי היא עבדה והתפרנסה ממשפחתה, וכיון שכך שוב ע"פ הלכה אין הבעל חייב במזונותיה ואין היא יכולה לתבוע מזונות מהבעל.

נבאר כל אחת מהעילות בפני עצמה.

א. הודאת בעל דין

האשה הודתה שבעלה פרנסה ונתן לה את מזונותיה במשך התקופה האמורה. ונבאר הדברים, האשה כתבה לביה"ד בתצהיר עליו חתמה ב-12/07/1998, כאשר נושא תביעתה היה רכוש ועיקול, בסעיף 2-3, "בתאריך 25/10/97 המשיב עזב ונטש את בית המבקשת... המשיב... מלא את חובתו במשך תקופת חייהם פרנס את המבקשת ואת הילדים בכבוד אולם נטש את כולם לחלוטין כאמור".

אם כן יש הודאה של האשה והודאה זו נשלחה לבית הדין, שהבעל פירנס אותה עד לעזיבת הבית. ואין לומר שהאשה לא הבינה על מה חתמה, ועורך הדין הוא שהמציא את הדברים, ועל כן אין כאן "הודאת בעל דין".

שהרי אין חולק שאדם החותם על מסמך אינו יכול לומר לא ידעתי על מה חתמתי, ואין ספק שהאשה סיפרה לעורך דינה את טענותיה והעו"ד רק ניסח את דבריה.

ואין לטעות במה שנפסק בשו"ע חו"מ סימן פא, ששם נראה שיש צורך בהודאה עם כונה. משום שסי' פא דן בהודאת נתבע, שהמודה יכול לטעון שלא נתכוין להודות אלא להשתטות, או במקום שיכול לטעון שלא נתכוין בהודאתו אלא "שלא להשביע את עצמו", שאז יש צורך שההודאה תנתן ב"אתם עדי". אבל במקום שאין מקום לטענת השטאה כמו בהודאת תובע, שתובע אינו צריך לומר בהודאתו אתם עדי, ואינו רשאי לבטל את הודאתו שהחוב נפרע, בטענה כי שטיתי בנתבע, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' פ"א סעיף כט וש"ך ס"ק עג, והנידון שלפנינו הוא הודאת תובע, ועל כך אין צריך "אתם עדי" או כוונה.

זאת ועוד, מודה בכתב, אפילו מחוץ לבי"ד, אינו נאמן לחזור בו ולומר משטה הייתי בך, וזאת כנפסק בחו"מ סי' פא סעיף יז, ועיין פד"ר כרך א' עמוד 363. כמו כן אין צריך שיתכוון לשם הודאה.

ואביא כמה ראיות לדבר:

(1) בכתובות קט א-ב, אמרו, וכן נפסק בשו״ע חו״מ קמז א: ״העורר על השדה והוא חתום עליו כעד עשאה סימן {על מכירתה} לאחר, איבד זכותו״. למדנו שבעל דין שחתם בשטר לאדם זר ובודאי לא נתכוין להודות למי שיש עמו ערעורים, וגם לא ידע שיגיע הדבר לבעל דינו, הודאתו מחייבת. כל שכן בכותב מכתבו לבית הדין אשר שם מתברר דינו, ונותן כתב זה גם לצד שכנגד, שנחשב הדבר כ״הודאת בעל דין״ והודאתו הודאה.

(2) הלכה: טענו חיטים והודה לו בשעורים, פטור מהשעורים, על אף ההודאה על השעורים. והטעם שאי התביעה של השעורים נחשבת כהודאת בעל דין של התובע, לדעת כמה ראשונים (רש״י תוס׳ ורא״ש ועוד), אף שודאי אין כונתו של התובע להודות אלא לתבוע. ושיטה זו הובאה בשו״ע פח סעיף י״ד. ולדבריהם ולשו״ע אפילו יש עדים לתובע על חוב השעורים, פטור הנתבע, ולרמ״א אף אם יודע הנתבע שחייב שעורים, פטור מלשלם.

(3) כלל הוא ״כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי״, והטעם מפני שאמירתו של הנתבע לא לויתי נחשבת כהודאת בעל דין שלא פרע. ועל כן אף אם יבואו עדים שפרע, חייב לשלם אם יוכח שלווה. למדנו, אף שאין כוונתו של הנתבע להודות ולהתחייב, וכל כוונתו בטענתו זו היא להפטר מהחוב, אעפ״כ נחשבת להודאת בע״ד כמאה עדים, כנפסק בשו״ע עט סעיף א. וכן הדין בנתבע שטוען על שטר שהוא מזויף, שוב אינו נאמן לומר ״פרעתי״. מפני שכשאמר מזויף, יש הודאה (למרות שלא נתכוין) שלא פרע. הרי שאין צריך לגמירות דעת של הודאה.

(4) בשו״ת חתם סופר חו״מ סימן ה, ע״פ תומים סי׳ סא, הובא בפ״ת סימן סא ס״ק ו׳ ע״פ רשב״א, נפסק כי חתימת בעל דין נחשבת התחייבות גם לדברים צדדיים. ואין חתימה זו דומה לחתימת עדים שאינה כעדות לדברים צדדיים. והחתם סופר כותב שם, שדעת הרשב״א שהדברים אמורים באם יש חזקה שלא קרא החותם את מה שכתוב, אבל אם קרא גם חתימת העדים נחשבת כעדות גם לדברים צדדים.

(5) בשו״ע, חו״מ סי׳ עה ה, נפסק לגבי הודאת בעל דין שלא נתכוין להודות, ורק ביה״ד הכירו מתוך טענתו שעדיין הוא חייב, הרי זו הודאה גמורה. ויש לה דין הודאת בעל דין. ונוסיף, כי כל המקור של הודאת בעל דין שהוא כמאה עדים נלמד ממודה במקצת וכפי שהביא קצות החושן לד, ד על פי שיטת רש״י קידושין סה ב.

(6) בשו״ת ריב״ש סי׳ תעו כתב:

> ״ואע״פ שלא אמרו בפירוש אנחנו מודים לך, כיון שנראה כן מתוך דבריו שהוא מודה אע״פ שאינו אומר כן בפירוש הוי הודאה, אפילו הודאה מתוך כפירה כדאמרינן (ב״ב ו א) כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי״.

נוסיף עוד, כי גם שתיקה של בעל דין משמשת כהוכחה ודינה כהודאת בעל דין לדעת הש"ך, ורק אין בכוחה להקנות אלא להוכיח, כמבואר בש"ך חו"מ סי' פ"א ס"ק ט ובנתיבות המשפט שם חידושים ס"ק י"א, ובכל מקרה ברור שחתימה על הודאה לביה"ד עדיפה על שתיקה, ודינה כהודאת בעל דין.

(7) לגבי דברים הנאמרים באגב, בביאור סוגיה כתובות כד ב לגבי שטר שנכתב בלשון עדים, נחלקו ראשונים: שיטת רשב"א אף מה שבא בדרך אגב בתוך השטר, כגון אם הוזכר תואר שם בעל השטר ככהן, מעלים על פי השטר ליוחסים, ואף הרמב"ם לא נחלק אלא מחשש שמא כתבו העדים את התואר כהן לפי מה שמוחזק ומקובל ברחוב, אבל לגבי בעל דין שחתם בשטר למדים מחתימתו לדברי הכל וכמובא בב"ש סי' ג ס"ק ח.

(8) ואף שנראה פשוט כפי שהובא כי אין צורך בכוונה להודאת בעל דין, לכאורה מצינו סברא שהובאה בקצות החשן סי' פ ס"ק ב שצריך כוונה להודאת בעל דין.

הקצה"ח מביא בשם מהר"י אדרבי (דברי ריבות) שהובא בכנה"ג, שאם אדם טוען טענה שחושב שפוטר את עצמו באותה טענה, והאמת שטענה זאת מחייבת אותו, יכול לחזור ולטעון, ומפרש הקצה"ח, שכנראה סובר מהר"י אדרבי שהודאת בעל דין נחשבת להתחייבות ולא מטעם נאמנות. ועל כן כל שאינו יודע שמתחייב בדבריו, ההתחייבות לא חלה. אבל קצה"ח דוחה סברא זו וכותב, שחיוב הודאת בעל דין הוא בגלל נאמנות, ועל כן חל החיוב גם שלא בכוונה. וכמו שאמרו, "האומר לא לוויתי כאומר לא פרעתי", אף שלא ידע שיתחייב (וכפי שהבאנו לעיל). עוד דוחה קצה"ח שאפשר שרשאי לחזור ולטעון (אם החיוב משום נאמנות) מטעם "מגו" שהיה עומד בטענתו הראשונה. והרי הוא לא ידע שטענתו הראשונה מחייבת אותו, ונשאר לו ה"מיגו" כיון שלפי טעותו אין מדובר מחיוב לפטור.

ובקצות החשן סי' לד ס"ק ב, הקשה על מהריב"ל, שאם הודאת בעל דין מחייבת מטעם התחייבות, כיצד יפרש מה שמצינו שהודאת בעל דין מחייבת בלא כוונה.

(9)למרות האמור, אם בעל דין יאמר דבריו ויהיה ניתן לדייק מתוך דבריו כנגדו, אין נחשב הדיוק כהודאה, וכפי שכתב הנמוקי יוסף בבא בתרא פרק המוכר את הבית, הובא בסמ"ע עה ס"ק ב:

"לא דייקינן בדבריו של אדם שיהיו כנגדו, אם לא אמרן ממש, ולעולם אמרינן דדרך שטות דיבר".

(10)עוד מצאנו הודאה בלא כונה, אלא שנאמרה לצורך דבר אחר, שנחלקו בה הראשונים: עדים שאמרו שקר העדנו, אף שאינם נאמנים לבטל את העדות

שהעידו, נאמנים הם לחייב את עצמם בנזק, וכן נפסק בשלחן ערוך חו״מ כט ב וסי׳ לח ורמ״א לב ב, וכן הוא דעת רמב״ן מכות ג, א נמוק״י ב״ק נו, א שו״ת הרא״ש כלל נח, ו ועוד, ויש ראשונים הפוטרים מתשלום: ר״ח מכות ג, א ועוד, ובטעם הפוטרים נאמרו כמה טעמים ומהם משום מודה בקנס פטור ועוד, אולם המאירי מכות שם כתב בטעם יש אומרים אלו: ״אבל האומר שקר העדתי, אינו מתכוין לחייב עצמו אלא להשיב עדותו אחור״, אמנם אם הודו שכבר נתחייבו בבית דין פלוני, משלמים על פי עצמם.

ואם כן לכאורה למדנו מדבריו שהודאה בלא כוונה אינה מחייבת.

אבל נראה תמוה לומר כן, שהרי החתום כעד ועורר על השדה, שהובא לעיל, גם הוא רצונו להעיד לחברו, ובכל זאת הודאתו הודאה. ותמוה מה שכתב בענין המאירי הנ״ל ״בהלכה פסוקה״ לחו״מ סי׳ כט עמ׳ תמט, שהמאירי כתב כן משום שבאמירתו שקר העדתי לא נתכוון לעצמו כלל, לא לחיוב ולא לפטור, אלא רק להשיב עדותו אחור, ועל כן דבריו הם ״מילי דכדי״, אבל אם אומר לפטור עצמו, כגון ״לא לוויתי״, דבריו אינם ״מילי דכדי״, ויותר נראה, שכמו שנתבע יכול לטעון כנגד הודאתו כי רק להשטות נתכוון, או שלא להשביע עצמו, כך יכול לומר שחזרתי בי מעדותי, כיון שלא רציתי שפלוני יחויב בגללי, אבל טענה שבלא כוונה נאמרו הדברים, זו אינה טענה המתקבלת.

(11)בשו״ת תמים דעים לראב״ד סי׳ נו, וכן הוא בשות הראב״ד (קאפח) סי׳ יט, בנדון: בת שתבעה בנכסים מועטים מה טיבך בנכסי אבא שמא מכר לך אחי, והלה טען לא מכר לי כלום אלא של אבותי היו, וכשראה שהצריכוהו ראיה על זה ולא מצא, והודיעהו שטענת מקח טובה היא מטענת אבותיו, חזר והביא שטר מיקחו לב״ד. והביא הראב״ד שחמיו היה מחייב משום הודאת בעל דין, וכמו שאמרו כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, שאף אם הביא עדים שפרע, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וכתב הראב״ד שלא יכול היה לחמיו עד שטען לו ״שאין לנו לילך אחר טענות׳ אלא להוציא דין אמת לאמיתו, ומה שטען זה אחיך לא מכר לי כלום, אנן סהדי שלא נתכוון להודות דינו, אלא שגגה היתה בידו והיה סבור לחזק טענתו, ולכן הדבר תלוי בב״ד אם יראו כי משגגה ומפתיות טען מה שטען והוא טוען בכך שלא נתכוון אלא לחזק טענתו, שלא ילכו אחר מיצוי הדין, אלא שיתקנו הדבר ויפשרו ביניהם להעמיד הקרקע בידו״.

והנה מדברי שהראב״ד למדנו דבר נוסף, אף אם על פי הדין זו בכלל הודאת בעל דין, אם האמת אינה נראית כן ונראה ע״י ״אנן סהדי״ שמה שהודה הוא בגלל שחשב שזו הדרך הטובה בשביל להפטר, אין לפסוק הדין על פי ההודאה אלא יש לפשר, ולפי זה מה שלא אמרו כן לגבי ״כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי״, הוא מפני שעדיין אין זה בגדר אנן סהדי, ואפשר שכמו ששיקר שלא לווה כך משקר במה שאומר שפרע, שאף שהעדים מסייעים בידו, הודאתו

גוברת עליהם, כל זמן שלא ניכר כי משגגה ומפתיות טען מה שטען, עוד למדנו כי גם במקרה של "שגגה ופתיות" אין מבטלם לגברי את ההודאה אלא מפשרים ביניהם.

מסקנת הדברים: הודאת בעל דין מחייבת גם אם נאמרה בלא כוונה, ובודאי היא מחייבת אם נכתבה בתצהיר לבית הדין, אף אם עיקר התצהיר היה מיועד לצורך אחר. ומספיקה חתימת בעל הדין ואין צורך שהוא עצמו יהיה המנסח של התצהיר.

ב. נאמנות הבעל לגבי תשלום מזונות

לגבי נאמנות הבעל יש לדון:

1) האם נאמן הבעל על העתיד ו/או על העבר, על העתיד, לומר שילמתי מזונות עבור העתיד, או נפטרתי כשאמרתי לה צאי מעשה ידיך למזונותיך. על העבר, דנו הפוסקים כשיש מחלוקת בין הבעל לאשה האם שולמו המזונות לאחר שהבעל חויב בהם, והאם דין הבעל כדין יתומים שטוענים פרענו את מזונות האלמנה.

2) מה התקנה באם אכן הבעל הוא הנאמן, והאשה חוששת שהבעל ישקר ויטען ששילם לה מזונותיה.

3) האם הבעל הוא כלווה הצריך להחזיק שובר להוכיח ששילם את מזונות אשתו.

4) כשניתן פסק דין של חוב רגיל (שאינו מזונות) אם לא נגבה במשך תקופה, האם הזוכה יכול לגבותו לאחר זמן.

לגבי נאמנות הבעל על מזונות עתיד:

א) מחלוקת הפוסקים אם בעל נאמן לטעון פרעתי מראש גם אם האשה כבר גבתה על פי פסק דין. דיש הסוברים שגם אם היא גבתה צריכה היא להחזיר מה שגבתה. והמחלוקת שנחלקו ראשונים היא לגבי נאמנות הבעל בטענת פרעתי מראש, אבל לגבי טענה פרעתי על פי החיוב או פסק הדין, אין חולק שהבעל נאמן, וכפי שנביא בהמשך הדברים.

בכתובות קז א אמרו:

"מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות בני כהנים גדולים אומרים תשבע, חנן אומר לא תשבע ואם בא ואמר פסקתי לה מזונות, נאמן".

ונחלקו הראשונים עד כמה היא נאמנות הבעל. ושלש דעות בדין זה: הבעל

נאמן גם לאחר שגבתה; הבעל נאמן גם לאחר פסק דין כל עוד לא גבתה; אינו נאמן אחר פסק דין.

דעה א: יש סוברים שנאמן הבעל אף להוציא את מה שגבתה, וזאת שיטת רש"י בסוגיא שם הכותב: "נאמן ובשבועה ומחזרת מה שנתנו לה בי"ד". וכן כתבו התוספות רי"ד והריא"ז כתובות שם. הרא"ש כתובות פי"ג סי' א, מסכים לרש"י וכותב שכן כתב הרי"ף.

ובח"מ סי' ע' ס"ק לו העתיק רק שיטה זו, וזה לשונו: "עי' בטור שלדעת רש"י, רא"ש ושכן הסכים הרי"ף שהבעל שטוען ברי נאמן בשבועה להוציא מה שפסקו לה בי"ד. (באבני מילואים ס"ק י"ד השיג שלדעת רי"ף מדובר לענין לפטור את הבעל מתשלום הלוואה אבל לא לענין להוציא ממנה מה שגבתה).

דעה ב: היא דעת הרמב"ם, והוא הלשון המובא בשו"ע סי' ע, סעי' י שאם גבתה ע"פ בי"ד נשבעת בנקיטת חפץ ונפטרת:

"הרי שעמדה בדין ופסקו לה מזונות ומכרו בי"ד ונתנו לה... ובא הבעל ואמר הנחתי לה מזונות הרי זו נשבעת בנקיטת חפץ שלא הניח לה".

ומפרש המגיד משנה "ומכרו ונתנו לה", שאין לאחר מעשה בי"ד כלום, ושוב אין נאמן הבעל לומר הנחתי לה שום דבר כדי להפקיע מעשיהם. וכן כתב המאירי כתובות שם, בשם בעל ההשלמה. לשיטה זו לא מספיק פס"ד כדי לשלול את נאמנות הבעל אלא פס"ד וגביה.

דעה ג: היא דעת הר"ן (דף סב, ב בדפי הרי"ף) בשם יש חולקים (דעה ראשונה בר"ן שם היא כדעת הרמב"ם):

"שאם בא קודם שפסקו לה ב"ד, ואמר לה צאי מעשה ידיך למזונתיך, שכך פסקתי עמך נאמן בכך, כיון דמזונות למפרע נינהו ועדיין לא פסקו לה ב"ד, אבל אם קדמו בית דין ופסקו לה אפילו במזונות דלמפרע וכל שכן במזונות דלהבא אינו נאמן להפטר מחמת שום טענה".

ואף שעדיין לא גבתה, רשאית לגבות, ואין הבעל נאמן לומר שאמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך או שפסק לה מזונות.

והנה המחלוקת הנזכרת היא לגבי טענת הבעל כי שילם מראש עבור העתיד, והנידון כרגע הוא על העבר, וכפי שפירש החזון איש, אבן העזר, סח אות ז, שלכך נסתפקו התוספות בסוגיא בכתובות בנאמנות הבעל, כיון שיש טענה על העבר על מה שנתן על העתיד, כיון שטענתו שנתן היא טענה מלפני שהלך, ואז אילו היה טוען לא היה נאמן, כיון שטענתו שנתן על העתיד ועל העתיד אינו נאמן, אלא שכרגע כבר הטענה על העבר. ואכן הר"ן עצמו שם מביא סברא שעל העבר נאמן, שהרי זה כאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי שהוא נאמן.

וכל דברי הר"ן כשיש פס"ד ואז לשיטת הר"ן (החולקת על השיטות האחרות) כיון שפסק הדין מתייחס לחוב עבר, ופסק הדין הכריע למעשה שהחוב לא נפרע על כן אין יכול הבעל לומר שחוב זה נפרע. אבל אין הר"ן דן אם יטען הבעל שהחוב נפרע אחרי פסק הדין, כיון שפסק הדין במקרה זה אינו מתיחס האם היה פרעון אם לא, כיון שמועד פסק הדין הוא לפני מועד הפרעון.

עד עתה דובר האם נאמן הבעל לטעון כי שילם עבור העתיד. מה הדין אם טוען ששילם עבור העבר - ובית דין לא בירר שהוא לא שילם - מי הנאמן מבין שניהם?

ויש ללמוד מרמ"א אה"ע ע, י שפסק, שאין האיש נאמן לומר שנתן על העתיד, שאין אדם נאמן לומר פרעתי בתוך הזמן. מכאן למדנו שעל העבר נאמן, שפרע אחר הזמן שחל מועד החיוב.

והנה בסוגיא כתובות צו א-ב: נסתפקו ביתומים אומרים נתנו והיא אומרת לא נטלתי, על מי להביא ראיה. היינו שהיתומים טוענים כי פרעו את מזונות אלמנת אביהם - מורישם, המוטל עליהם לשלם מן העיזבון.

וכתבו ראשונים שהנדון הוא ביתומים, אבל דין אשה נשואה שונה מדין אלמנה. שאף אם באלמנה אין נאמנים היתומים לומר נתנו ופרענו, בעל נאמן לטעון זאת לגבי אשתו, משום שאצל האלמנה הנכסים בחזקתה, והם נחשבים המוציאים ומספק מגיע לה תשלום, אבל אין הדבר כן בנשואה, שמספק אין מגיע לה, כי הבעל הוא המוחזק.

וז"ל הרמב"ן, כתובות צו, ב:

> "אשת איש אפילו שהתה יום אחד ולא תבעה אבדה מזונותיה למפרע, דבשלמא אלמנה... אבל אשת איש שהכל לבעלה מדידיה מתזנא... דכל היכי דאיהי מפקא, עליה להביא ראיה, משא"כ באלמנה דנכסי בחזקת אלמנה קיימי".

ובמאירי כתובות שם (עמ' 443) כתב אף הוא: "ודין זה דוקא נאמר באלמנה [שנאמנת בשבועה על העבר] אבל אשת איש כל שאכלה אכלה ואינה יכולה לתבוע מה שעבר".

וכן כתב בשו"ת הריטב"א סי' קנה, שהבעל נאמן לטעון שהניח לה מזונות. ואף שאמרו אצל אלמנה שעל היתומים להביא ראיה, לא אמרו זאת אלא משום שהנכסים בחזקת אלמנה, אבל כאן היא המוציאה מידו, ואע"פ שחיוב מזונות הם כמלוה בשטר (בגלל הכתובה) ובמלוה בשטר אין יכול לומר פרעתי. הטעם הוא משום שאם אכן פרע, "שטרך בידי מאי בעי", אבל במזונות דליכא למימר הכי נאמן.

וכיוצא בזה כתב הריטב״א, שם בסוף סי׳ קנ, שאם הבעל טוען ״שמא״ נפרע, אינו נאמן, כיון שהחוב ברור והרי זה כאומר איני יודע אם פרעתיך. ומכאן שאם טוען בודאות ולא מחמת ספק, נאמן הבעל.

וקדם להם בשו״ת הר״י מגאש סוף סימן ס׳, שכותב שלענין אלמנה מן הדין להאמין ליתומים (ששילמו מזונות) כשאומרים נתנו בעת שחל חיובו עלינו, עם היות הדבר מעשה בית דין. אם לא שנכסים בחזקת אלמנה קיימי.

ובמרדכי, כתובות, אות רסז, כתב אף הוא בשם גאון, שההבדל בין אלמנה, לבין אשה נשואה לפי שנשואה אין נכסים בחזקתה.

הרי הרשב״א - רמב״ן הנ״ל, המאירי, ריטב״א ר״י מגאש ר״ן בשם דעה אחת ועוד, כותבים ״ודין זה דוקא נאמר באלמנה אבל לא באשת איש״.

כפי האמור עד עתה הבעל נאמן לומר פרעתי גם בחוב ברור וגם אחר פסיקת בית דין. ואף לר״ן בשם יש חולקים שאין הבעל נאמן נגד פסיקת בית דין, הוא כשבית דין פסקו שלא שילם, והדברים אמורים על העתיד ולא על העבר. והרי הר״ן בעצמו כותב (בדף נ״ו, א מדפי הרי״ף) שלולי שהנכסים בחזקת אלמנה נאמנים היו היתומים בטענת פרעתי, אף שזה נגד מעשה בי״ד (שהוא כפס״ד לכל דבר) משום שמזונות עשויים לפרוע בכל יום. וכן הועתק בשיטה מקובצת כתובות צ״ו א בשם הר״ן, וכן כתב הריטב״א שהובא לעיל.

ואין לטעון, שאף אמנם הבעל נאמן לטעון פרעתי, וכפי שכתבו הראשונים הנ״ל, אבל אם כבר ניתן פסק דין שוב אינו נאמן, זה אינו נכון, שמלבד שמצינו ראשונים הסוברים שגם לאחר מתן פסק דין וגביה הבעל נאמן אף להוציא, אף שטענתו ששילם עבור העתיד, וכפי שהובא לעיל, הרי אין סברא לחלק בין ניתן פסק דין ללא ניתן. ואם משום שאמרו הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום, הרי כשם שכאמור מוסכם על הכל שנאמן בעל לומר פרעתי מזונות, (שלא במקום פסק דין), ופריעת מזונות הרי זו טענה נגד מעשה בית דין, ו״מעשה בית דין״ לאו דוקא פסק דין אלא גם כולל התחייבות של כתובה, דבר שהוא תנאי בי״ד עי׳ ב״מ יז וברש״י סוע״א שכתב:

״הטוען אחר מעשה בי״ד, דבר שהוא תנאי בי״ד כגון כתובה ומזון האשה״.

ועל כן אם נאמן נגד מעשה בי״ד, אין סברא שלא יהא נאמן נגד פסק ב״ד לגבי טענת ״פרעתי״ (ולהלן נדון לענין טענת מחילה), ואין שום מקור שיש הבדל בין טוען אחר מעשה בי״ד, לבין טוען פרעתי לאחר פסק דין.

וכן נראה מדברי המהרי״ט המובא להלן, שאם רואה האשה שהבעל כופר ואומר שכבר שילם ובאמת לא שילם, עליה לבוא לבי״ד ולתבוע שלא יפרע להבא אלא בעדים, הרי שבלא עצה זו אכן הבעל יכול לטעון פרעתי.

ובשו"ע חו"מ לט, י שאמרו אם יש בידו פסק דין אין הלוה נאמן לומר פרעתי, כתב הש"ך ס"ק כ"ח, דכל מעשה בי"ד כמאן דנקיט שטרא בידיה. והגר"א ציין לדין הטוען אחר מעשה בי"ד. הרי שהשוו מעשה ב"ד לפסק דין, וכפי שנראה להלן כל זה אם לא השהה הזוכה את גבייתו ע"פ פסק הדין.

וכן כתבו התוספות כתובות פח ב ד"ה "הוציאה" (וכן הוא בבא מציעא יז א-ב):

> "והא דבעי ר' יוחנן... על מי להביא ראיה, היינו במזונות שעברו אבל בלהבא פשיטא דעל היתומים להביא ראיה, דהטוען אחר מעשה בי"ד לא אמר כלום".

היינו דין מעשה בי"ד מתייחס לעתיד, אבל על העבר ניתן לטעון גם כנגד מעשה בית דין.

והחילוק בין פסק דין בחוב רגיל לבין מזונות מבואר, שהרי בגמ' שם ובשו"ע לט, ט נפסק שאם בית דין פסקו ואמרו לחייב צא תן לו או חייב אתה ליתן לו, אע"פ שחבירו הוצרך לתובעו לדין, (עי' רש"י שם יז, א ד"ה אינו נאמן) נאמן החייב לומר שפרע, אולם אם כבר נכתב פסק דין אינו נאמן, וזה האמור בסעיף י שם (ורמ"א בשם י"א סובר שאף בזה נאמן). משום שאם אכן פרע היה לוקח ממנו את פסק הדין, כשם שקורעים שטר אחר פרעון, ברור שבפסק דין למזונות אין דבר זה ניתן להיעשות, ועיין לעיל משו"ת הריטב"א.

ויש הבדל בין מזונות שנקבע שלא שולמו, או אם טוען שפטור ממזונות, שאז נחשב כטוען אחר מעשה בית דין, שלא אמר כלום, לבין טוען קיימתי את פסק הדין כפי שחויבתי (עי' להלן אות ג).

כאמור הבעל נאמן נגד האשה, מפני שהאשה בניגוד לאלמנה אינה נחשבת כמוחזקת. הסבר נוסף למה שונה אשת איש מאלמנה, מצאתי במאירי כתובות (עמוד 443):

> "אלמנה יכולה לתבוע (מזונות) שאפשר שזנה עצמה משלה כגון מציאתה, אבל אשת איש אף אנו אומרים מהיכן היתה נזונית, ואם טוענת שלותה צריכה לברר, אחר שבאה להוציא מיד הבעל".

וכיוצא בזה כתב הרמב"ן בסגנון קצת שונה, שלעולם אשת איש יכולה לתבוע על העבר רק אם לוותה (או מכרה מנכסיה) וכפי שנכתוב להלן.

בפני יהושע כתובות, כותב שלכך לרש"י הספק בגמ' האם ניתנת נאמנות לבעל גם על העתיד ששולם מראש, ולא חששו מה הועילו חכמים בתקנתם, (וזו המסקנה לכאורה לרש"י באשת איש) משום שאין לנו לחוש ל"מה הועילו חכמים בתקנתם", שהרי סוף סוף הועילו בתקנתם לענין חיוב מזונות, שיש להניח שהבעל ישלם כדין אחר מתן פסק דין ולא חושדים אותו שיהיה רשע.

במהרי״ט כתובות שם כתב שני טעמים, טעם השני כתב כ״פני יהושע״ (ובהרחבה יותר) וטעם ראשון ״שאם פעם אחת יכפור בה ששילם ובאמת לא שילם, תבוא לבית דין ותאמר לו אל תפרעני אלא בעדים״.

הרי שלמהרי״ט אם תטען האשה פעם אחת בעלי לא שילם לי למרות שחוייב עפ״י פס״ד, אז זכותה לתבוע בבי״ד שמכאן ואילך לא יפרע לה אלא בעדים. אין צריך לומר שבנידון שלפנינו לא היתה בקשה שכזו לבית הדין.

ועיין אבני מילואים סימן צ״ג ס״ק י, שהסביר למה תמיד הבעל נאמן לומר פרעתי, משום שהוא נאמן לגבי שיעבוד גופו, שהוא מוחזק בגופו, והאשה אינה יכולה להיות מוחזקת אלא בנכסים ולא כנגד הבעל.

ועיין הפלאה כתובות צז ב שחוב מזונות כיון שהוא חוב חדש המתחיל בכל יום, הרי זה הבעל בספק האם נתחייב ולא בספק האם פרע.

עוד נוסיף, כי ברור שפסק דין אינו אומר דבר על נאמנותו של החייב, פרט אם נקבע בפסק הדין שהחייב הוא ״כפרן״, פסק דין קובע כמה עליו לשלם ואינו אומר שאינו נאמן. רק בהוחזק כפרן אינו נאמן.

הלכה: טענו מנה לי בידך ואמר לא היו דברים מעולם, ועדים מעידים שהלווהו וחזר ואמר פרעתיך, הוחזק כפרן (שו״ע חו״מ עט סעיף ה), אבל אם לא הוחזק כפרן, נאמן.

ואותו הדבר לגבי בי״ד המחייב אדם לשלם סכום מסויים, אם הוא לא הוחזק כפרן לאותו ממון, הרי אם למחר יטען פרעתיך נאמן למרות פס״ד. ולהלן נבאר למה לא צריך שובר.

וכל זה בחוב שכבר קיים, אבל כשבי״ד פוסקים על העתיד שיתחייב בעתיד לשלם כך וכך בכל חודש, היעלה על הדעת שבזה פסקו שהבעל אינו נאמן שישלם מידי חודש בחודש לכל ימי חייו?

ב) והנה לכאורה יש לדון אם הבעל נאמן, מה הועילו חכמים בתקנתם שתקנו מזונות, והלא הבעל תמיד יוכל לטעון פרעתי. והנה מתוספות כתובות צ״ו א ד״ה יתומים, נראה שלא חששו לחשש זה, אלא רק אם היה הבעל נאמן על העתיד. שפירשו שספק הגמ׳ שם האם יתומים נאמנים או אלמנה נאמנת (לגבי פריעת מזונות האלמנה), הוא לגבי העבר, אבל לגבי העתיד אין נאמנים. שאם לא תאמר כן מה הועילו חכמים בתקנתם. הרי שלגבי העבר לא השתמשו בסברא ״מה הועילו חכמים בתקנתם״, והספק בסוגיא הוא לגבי טענה על חוב העבר של האלמנה. ועל כך דנה הגמ׳ האם הנכסים בחזקת האלמנה או היורשים. אבל משום ״מה הועילו חכמים בתקנתם״ אין להפסיד ליורשים ובודאי לא לבעל, שודאי הועילו חכמים וכדלהלן.

כאמור אף שלהלכה אין היתומים נאמנים לפטור עצמם ממזונות אלמנה, אין ללמוד מזה לבעל, וכפי שהבאנו שיכול לפטור עצמו בטענת פרעתי מזונות אשה נשואה, מרשב״א, מאירי וריטב״א הנזכרים לעיל.

ואם תאמר אם הבעל יהא נאמן לומר פרעתי הרי יפטור עצמו ממזונות והאשה תמות ברעב. תשובתו בצידו.

(א) לפני יהושע והמהרי״ט שהובאו לעיל בכל מקרה הועילו חכמים בתקנתם, שיש להניח שהבעל ישלם כדין אחר מתן פסק דין, ולא חושדים אותו שיהיה רשע.

(ב) אם נחוש לכך, הרי גם קיים חשש הפוך שהאשה תתבע מזונות פעם שניה גם אחר שכבר קיבלה, ולמה לנו לחוש לתקנת האשה יותר מאשר לחוש לתקנת הבעל.

(ג) אשה תחת בעלה, אם הוא ירעיבה הדלת פתוחה לפניה, תבוא לבי״ד ואז יצוו לו בי״ד שיפרע לה בפני עדים, או בימינו דרך ביטוח לאומי, וכיוצא.

וכבר כתב המהרי״ט (הובא לעיל) ״שאם פעם אחת יכפרו בה ששילם ובאמת לא שילם, תבוא לבית דין ותאמר להם אל תפרעוני אלא בעדים״. דהיינו זכותה לתבוע בבי״ד שמכאן ואילך לא יפרע לה אלא בעדים.

אבל זה ברור שאי אפשר לקבוע בתקנה שהתשלום יבוצע תמיד רק בפני עדים. וניתן ללמוד זאת מגמרא ב״מ קיב, ב שם אמרו שהאמינו לפועל שאומר לא קיבלתי שכרי אף שבעל הבית מכחישו, מפני התקנה, ושאלו: ״וניתיב ליה בעדים״, [ובתוספות: פירוש נתקן שלא יתן אלא בעדים ואם יפרע שלא בעדים איהו דאפסיד אנפשיה] ותירצו: ״טריחא להו מילתא״, וברש״י ״לחזר בתר עדים כל היום״.

ובודאי יש ללמוד מכאן לבעל שאי אפשר לחייבו לשלם מזונות בפני עדים בכל פעם. וראה ריטב״א להלן.

(ד) ולגבי מזונות עתיד, הרי כאמור אין הבעל נאמן.

ג) אך יש לדון, אם חיוב המזונות כדין חיוב בשטר, הרי מי שהוצא נגדו שטר אינו נאמן לטעון פרעתי אם אין בידו שובר. ויש לדון האם יש חסרון בכך שאין בידי הבעל קבלה - שובר.

נראה ברור כי בעל אינו צריך להחזיק שובר כדי להוכיח ששילם את מזונות אשתו וזאת בניגוד ללווה, משתי סיבות: הראשונה, דין מזונות שונה מחוב רגיל, והשניה, אף ללווה לא היה צריך להחזיק שובר אלא משום ״עבד לוה לאיש מלוה״, אבל הבעל אינו נחשב כעבד לגבי אשתו.

[א] דין מזונות שונה מחוב רגיל.

הר״ן כתובות צו (דף נו א בדפי הרי״ף) כתב, שאף שהטוען אחרי מעשה בי״ד לא אמר כלום, יש ספק לגבי מזונות כיון שהם עשוים לפרוע בכל יום.

וכיוצא בדבר כתב ריטב״א בשם תוספות לב״מ יז, ב (הובא בשיטה מקובצת שם) שאי אפשר לתת מזונות בכל יום בעדים. וכן בשו״ת ריטב״א סי׳ קנה, למדנו כי טענת פרעתי במזונות אינה כטענת פרעתי נגד שטר:

״היא המוציאה ממנו ועליה הראיה, ואע״פ שנוהגים עכשיו לכתוב בכתובה חיוב מזונות והוי כמלוה בשטר, ואילו במלוה בשטר אין אדם יכול לומר פרעתי, התם מטעם דאמרינן... שטרך בידי מאי בעי, אבל הכא (במזונות) דליכא למימר הכי נאמן״.

וכן כתב הר״ן בטעם שהאמינו לבעל (נביאו להלן בשנית) מפני ״שהרי הוא כמנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי שהוא נאמן״.

ולדבריהם, הנאמנות של הבעל במזונות שעברו משום שאי אפשר לדרוש מהבעל קבלות.

ובחזו״א אבהע״ז סי׳ סב אות יג כתב שאין חוב מזונות נחשב כחוב ודאי, ועל כן צריכה האשה ללוות למזונותיה בעדים, שאף שהחוב ודאי והבעל ספק אם פרע, כיון שהדרך להתגלגל עם הבעל לדחוק ולצמצם ולהרויח, שוב אין החיוב ודאי.

הרי סברא נוספת, חוב מזונות לעולם אינו חוב ודאי.

גם ניתן ללמוד שאין לקבוע שיהיה כל תשלום תמורת שובר, שהרי כשהקשו (בבא מציעא, שם) אצל פועל ״וניתיב להו בעדים״, וענו ״טריחא להו מילתא״, לא הקשו ונכתוב להו פועל שובר, והיינו שאף על זה ניתן לענות, מפני הטרחא שבדבר.

אמנם אם טענה האשה שבעלה אינו זנה ומרעיבה, יצוו עליו בי״ד לשלם באמצעות הביטוח לאומי או בשובר, עיין לעיל מדברי המהרי״ט, אבל לא כמקרה שלפנינו שבתחילה ניתן פס״ד כשלא היו ביחד ואח״כ חזרו לשלום.

[ב] מחלוקת בגמ׳ (בבא בתרא קעא, א) במלוה ולוה האם כותבים שובר בעל כרחו של לווה ועל הלוה לשמור את השובר או לא כותבים, והלכה כותבים שובר ועל כן אין לוה נאמן לומר פרעתי מפני שעליו להציג שובר. והטעם אמרו מפני ״שעבד לוה לאיש מלוה״, ובודאי לכל הדעות, בעל אינו בגדר ״עבד לוה לאיש מלוה״, ואם כן ברור שאין על הבעל לכתוב שובר, ואין לנו ללכת לטובת האשה יותר מאשר לטובת האיש המשלם.

ואף שיש חיובים הדדים בין הבעל והאשה, עדיין אי אפשר להגדירם כעבדים זה לזה, דוגמא לדבר דברי הרמ״א חו״מ קעו, כג שפסק שני שותפים אינם יכולים לחזור בתוך זמן השותפות, ופירש הסמ״ע לפי שאינם זה כלפי זה כעבד, ועל כן אינם כפועל שאמרו עליו יכול לחזור אפילו בחצי היום כדי שלא יקרא עבד.

כאמור לעיל מריטב"א, שיטה מקובצת ור"ן חכמים לא הצריכו את הבעל לקבל שובר על כל תשלום מזונות, ואין ספק שגם כיום המנהג שאשה שחיה עם בעלה, וכזה הוא הנידון שלפנינו, שאחר פסק הדין חזרה אשה לגור עם בעלה, אין הבעל מקבל פתקים וקבלות על כל תשלום שמשלם למכולת, להלבשה ולהנעלה.

ד) גם אילו לא היה מדובר בחוב שבין בעל לאשה, אלא בתביעה שבין אדם לחברו, כבר פסק הרמ"א חו"מ לט י:

"ואם זה איחר כמה ימים הפס"ד בידו ולא תבעו סברא שפרעו מדשתק כולי האי".

דהיינו, מי שלא מימש פסק דין אחר מספר ימים סברא שפרעו. ורק ב"נתיבות המשפט" חידש, שאף אחר כמה ימים (ולא שנים כבנידון שלפנינו) ובנוסף יש לו שטר, לא אומרים שודאי פרעו כדי להרע שטר שבידו. אבל אם יש רק פסק הדין, מוסכם שניתן להרע באם לא גבה הזוכה בזמן. והש"ך לא חלק על רמ"א בזה.

כיוצא בזה אנו מוצאים בבא מציעא קיג, א כשאמרו פועל נאמן נגד בעל הבית, שאלו "לעולם", וברש"י: "ובשביל שתבעו כל היום ולא נתן יהיה שכיר זה נאמן לעולם לומר לא התקבלתי... וכי כל כך השהה שכיר שכרו".

ובתוספות שם פירשו: "אין זה תקנה טובה שיהא נאמן לעולם לומר לא פרע לי".

ומכאן יש ללמוד נאמנות למי שיש, אין נאמנות לתבוע עד אין סוף, ובב"מ שם אמרו לענין פועל, (וכפי הנראה מרש"י) שרק ליום אחד אחר זמנו נתנו לו חכמים נאמנות להישבע וליטול, ולרמב"ם שכירות פרק יא, ד רק ליום אחד אחר התביעה. מכל מקום אף ששונה פועל מאשה, למדנו שאין זו סברא שנותנים נאמנות לעולם.

ג. מחילה

הנידון כאמור באשה שהיה בידיה פסק דין ולא גבתה על פי פסק הדין, במשך כשנה וחצי (בזמן שגרו ביחד) והסבירה בבית הדין: "אני רחמתי עליו ולכן לא פניתי להוצל"פ", "לא פניתי לביטוח הלאומי כי חשבתי שהוא יהיה בסדר".

יש לדון בדבריה הן משום מחילה מפורשת של האשה והן משום מחילה מן הסתם:

מחילה מפורשת, האשה הודתה שהיא מחלה לבעלה, כי מה שהיא לא פנתה להוצל"פ "כי היא רחמה עליו", ושוב "לא פניתי לביטוח הלאומי כי חשבתי שהוא יהיה בסדר", דיבורים אלו יש בהם גם מה שנקרא בלשון הפוסקים "מתגלגלת עמו". זהו דין שקבעו חכמים ז"ל לגבי אשה אצל בעלה, שאינו דומה לבעל חוב רגיל, וכפי שנראה להלן.

גם האשה עצמה אמרה כמה פעמים בפני ביה"ד שאם הבעל חוזר אליה היא מוותרת על כל תביעת המזונות.

בנוסף להודאת האשה ומחילתה על כל החובות, יש סיוע לכך מדברי העובדת הסוציאלית שטיפלה רבות בבני הזוג ואשר היא כתבה לביה"ד בתסקיר שהיא יודעת שהבעל פירנס את האשה בזמן שהם חיו ביחד כמקובל.

כל זה לגבי מחילה מפורשת, אבל יש גם מחילה מן הסתם וכפי שנבאר: הבדל יסודי יש בין חוב רגיל שבין מלוה ולוה לבין חוב מזונות של בעל ואשה והוא גדר "מתגלגלת עמו" או "מחילה". שבבע"ח רגיל אי תביעה אינה מראה על מחילה וכמבואר בשו"ע (חו"מ סי' צח, א וסי' רסב ה ועוד).

אבל באשה עם בעלה מן הסתם מחלה. וכפי שכתבו הראשונים (כתובות צו), שאף שלגבי אלמנה רק אי תביעה במשך שנתים ושלש הרי זו כמחילה, אצל אשת איש אפילו יום אחד שלא תבעה, הרי זו כמחילה וכן הוא בשו"ע אה"ע ע, ה. והנידון שלפנינו הוא על תקופה של כשנה וחצי שלא גבתה.

ועיין לעיל מדברי החזו"א (אבהע"ז סי' סב אות יג) שכתב שאין חוב מזונות נחשב כחוב ודאי, ומטעם זה צריכה האשה ללוות למזונותיה בעדים, שאם לא תעשה כן אם יטען הבעל פרעתי יהיה נאמן. ואף שלכאורה חייב הבעל במזונות בודאי וכיצד יפטור עצמו מספק? התשובה לכך, כיון שדרך האשה להתגלגל עם הבעל לדחוק ולצמצם ולהרויח, שוב אין נחשב חוב מזונות כחוב ודאי.

והרמ"א סי' פ' סעיף י"ח כתב:

> "אשה ששתקה ולא תבעה מזונות, מן הסתם מעשה ידיה עם המותר שלה... אבל מה שלא מספיק לה אין הבעל צריך לשלם לה דודאי מחלה... וכל אשה יש לה מזונות אע"פ שאין כתובתה בידה ואינו נאמן לומר שמחלה לו רק בראיה ברורה, ואפילו על מזונות שעברו אם לא טען לא טענינן ליה וצריך לישבע שמחלה לו".

והקשה ח"מ ס"ק לה, למה ברישא אומרים שמן הסתם ודאי מחלה לו ובסיפא רק אם טען הבעל? ותירץ, ברישא שהיא לפעמים בת מלאכה אף שלפרקים חסר לה, ודאי מחלה שלא יבוא עמה חשבון, ואילו בסיפא מדובר באשה חולה ואינה בת מלאכה, שצריך לשלם לה אף מזונות עבר מן הסתם. ובב"ש ס"ק כז כתב לחלק: אם אומרת שתבעה אותו והבטיח לה לשלם והוא אומר שמחלה לו,

והיינו שאומר שלא תבעה אותו וממילא מחלה לו, צריך להשבע, כיון שיש הכחשה על התביעה, אבל מן הסתם שאינה טוענת שתבעה אותו, מחלה לו.

הרי לח״מ אם היתה עובדת אף שלא באופן קבוע מן הסתם מחלה, ואילו לב״ש אם טוענת שתבעה מן הסתם לא מחלה. הנידון שלפנינו הרי לדבריה עבדה, והרי לדבריה לא תבעה במשך שנה ויותר, מהסיבות דלהלן, ולכאורה מן הסתם יש מחילה, ואף הב״ש ס״ק כה, המובא להלן, כתב שמן הסתם מחלה.

דין זה מופיע כמה פעמים כגון, רמ״א ע, ח: אם מכרה נכסיה ופרנסה עצמה אין לה עליו כלום. ובח״מ ס״ק לב, כגון שיכלה להצטמצם, אמנם הביא צ״ע בשם הר״ן, ובסוס״י פ׳, פירש שהד״א שלא היתה חולה. אולם הב״ש סי׳ ע ס״ק כט פסק כרמב״ן שמן הסתם מחלה שדרך הנשים להתגלגל, וכן פסק בסתם הב״ש בסי׳ פ ס״ק כ״ה.

ובסי׳ ע, יא כתב: ״הרי שלא תבעה ולא לותה ולא מכרה אלא דחקה עצמה ביום ובלילה ועשתה ואכלה אין לה עליו כלום״. ובח״מ ס״ק מא: ״אינה יכולה לתובעו בעד מותר ממעשה ידיה דס״ל כגון זה ויתרה לגבי בעלה״.

וההסבר של ״מתגלגלת״, שאשה מטבעה מוחלת לבעלה גם את המגיע לה ע״פ דין, ולענין זה אין הבדל אם אחר כתובה או גם אחר פס״ד, כדי להיות חביבה עליו או כדי שלא לריב עמו. ובודאי כנידון שלפנינו שהצהירה כמה פעמים שהיא ויתרה ״חשבתי שיהיה בסדר״ ״לא תבעתי כי רחמתי עליו ולכן לא פניתי להוצל״פ. ובכמה דיונים אמרה האשה ״כי היא מוותרת על חובות מזונות אם הבעל יחזור אליה״. היא גם סגרה פעמיים תביעת מזונות לאחר פתיחה. וזה הוא ״מתגלגלת״ שכתבו הפוסקים. ואם הם כתבו על שתיקה, כל שכן כשהאשה אמרה זאת במפורש כבנדון שלפנינו.

אין מקום לטעון, שאם פעם האשה תבעה מזונות בבית דין, לעולם שתיקתה מלגבות אינה מראה על מחילה.

שאם תאמר כן, ההלכה שאשת איש שלא תבעה מזונות אפילו יום אחד הפסידה, (ודין זה הוא משום מחילה עי׳ ב״ש סי׳ ע ס״ק יב וכך פירש בדבריו בבית יעקב שם, וכן נראה מהר״ן [דף נה ב מדפי הרי״ף] ״אחר ג שנים [באלמנה] מדין מחילה נגעו בה״. וכן שיטת הרמב״ן שהב״ש מכריע כמותו סי׳ פ ס״ק כה (ובסי׳ ע ס״ק כט) שאם מכרה האשה נכסי מלוג עבור מזונותיה, אין הבעל צריך לשלם לה והפסידה משום ״שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן ולסייע אליהן (חידושי רמב״ן כתובות צו א, והובא בר״ן ועוד), הדברים אמורים רק שבמשך כל חיי הנישואין לא תבעה אפילו פעם אחת בבית דין את בעלה לשלם לה. אבל אם תבעה ולו פעם אחת, שוב אין האשה בשתיקתה הוכחה על מחילה למשך כל ימי חייה.

ועי׳ ריטב״א כתובות צו א (הובא גם להלכה בפד״ר ב, עמ׳ 291):

״אשת איש כל שלא תבעה מזונותיה איבדה אותם למפרע שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן... מחלה אותם וכן ראיתי למורי הרב ז״ל שדן אפילו באשה שהלכה לבית אביה מפני מריבה שהיה לה עם בעלה, כיון שלא מסרה מודעה בפני עדים שלא מחלה אותם״.

והועתק בד״ו סי׳ צג סוד״ה אלמנה שהיא.

ודוחק הוא לחדש בלא מקור, שהדברים אמורים כשלא תבעה האשה את בעלה כל ימי חיי נישואיה.

והנה נראה להפך הן מהסברה הפשוטה, הן מתוך הסוגיא. הלא הגמרא דנה אם אלמנה ניזונת בעל כרחם של היתומים או ניזונת מרצונם, והלכה ניזונת בעל כרחם, ובעל כרחם ברור שהיתה תביעה של האלמנה, והיינו, תבעה בבי״ד מזונות ואחר זמן הפסיקה לתבוע במשך שנתים ושלש, ואז הפסידה מזונות העבר, וכלשון תוספות הרי״ד: ״דאמרינן מחלה אותם ואם עכשיו תובעתן מתחרטת היא וכיון שכבר מחלתן אינה יכולה להתחרט״, ועל כן כתבו הרמב״ן ושאר ראשונים, ונפסק להלכה, שאשת איש גם אם לא תבעה אפילו יום אחד הפסידה.

ואף אם ימצא מפרש הסובר שפטור אי תביעה אינו מדין מחילה, שוב אין להוציא נגד הב״ש.

וכן נראה מהתוספות (כתובות קז, א ג״ה הא) בדעת ר״ת: ״דאין הדבר ברור שהיה מתחייב זה הבעל מזונות שמא היה יכול להפטר, שהאשה עצמה היתה מצמצמת, אע״ג דבפסקו לה בית דין מיירי״. הרי שדין מתגלגל נאמר גם אחר פסק דין, והחולקים על ר״ת הוא מטעם אחר עיין שם בסוגיא.

אמנם נראה ברור, שאם לא תבעה ולא גבתה מיד אלא המתינה זמן סביר, שאין לראות בזה מחילה. אבל בודאי בזמן ארוך של שנה וחצי בשעה שהם גרים ביחד נראה ברור על פניו שהיתה מחילה.

ועי׳ חידושי תפארת ישראל (בסוף משניות נשים, לאבן העזר סי ע) שהסביר, שאשה מוחלת יותר מאשר בעל חוב, שאינו מוחל לעולם, כיון שלא נתנה לבעלה דבר, לכן מסכימה למחול, אבל מלוה שנתן ללוה כסף, אינו מוחל לעולם.

וכתבו הפוסקים, כי אין הבדל לגבי דין ״מתגלגלת עמו״ בין מזונות אשה עצמה למזונות שהוציאה האשה עבור ילדיה, כמבואר בשו״ת מהרש״ם ח״ב סי׳ רלו והובא בפד״ר כרך ב׳ עמוד 164, ופד״ר א׳, עמוד 234.

ואין מזונות אלו דומים למזונות שנתחייב בעל לאשתו עבור בנותיה מבעל קודם, וכפי שכתבו הפוסקים, ומקורו כתובות קא ב ואבן העזר קי״ד. לפי שחוב בת אשתו הוא כמו כל חוב כספי, ודין מחילתו כדין כל חוב הלואה, ושם יש מקום לדמות למובא בקצה״ח סי׳ י״ב א׳ ובפ״ת שם, שהמחילה תועיל רק אם היא ניכרת לכל אדם. אבל מזונות ילדיו, אין מדובר בחוב כספי אלא בחובה

לדאוג להם שיהיה להם מה לאכול, ואכן אם קיבלו את מזונותיהם, ולא חשוב מהיכן, פטור הבעל - האב, ועי' פד"ר כרך ז' עמוד 154 מדברי הגרח"ג צימבליסט שליט"א.

ומחלוקת באחרונים אם אשה ששילמה מזונות ילדיה מנכסיה, ונדגיש מנכסיה, אם יש לה דין פורע חובו של חברו והפסידה את מה ששילמה, או אין לה דין פורע חוב חברו ויכולה לתבוע מבעלה. ראה עטרת שלמה (אבן העזר ח"ב סי' י' וסי' לד).

הדברים דלעיל מספיקים כדי לחייב את האשה אף להחזיר את מה שגבתה ואם אין יכולת בידה, לחייבה להחזיר לכשתהיה היכולת בידה.

ד. גביה עבור מזונות העבר שמעל ל"מזונות צמצום" ומזונות "עולה עמו"

אשה שתובעת מזונות על העבר, יש לנו לברר האם היא התפרנסה באותה תקופה בכוחות עצמה וצמצמה מעיסתה, ואם עשתה כן, עלינו לדון האם חייב הבעל בהפרש שבין המזונות הנפסקים לבין מה שהיה לה בפועל.

בשו"ע ובפוסקים הובא לגבי חיוב הבעל בנידון ש"לותה ואכלה", או "מכרה נכסיה", או "מכרה נכסי בעלה", מה הדין בהרעיבה עצמה?

באם הבעל כבר שילם לידי האשה והיא צמצמה והרעיבה עצמה ונשאר בידה עודף, פסק רמ"א סי' ע, ג: "צמצמה עצמה והותירה המותר לבעלה". ובפ"ת ס"ק א, בשם "תשובה מאהבה" שפסק אם השיגה בזול, המותר לבעל, או אם נשארו מעצמם, המותר לבעל, אבל אם הרעיבה עצמה, המותר הוא שלה [ואף בזה יש חולקים].

ובבית יעקב סי' ע, ז חידש שכל זה הוא במזונות מינימום, (לפי שיעור המשנה) אבל במזונות "עולה עמו" המותר לבעל, אף בצמצמה.

אולם כל זה כשהבעל כבר שילם, והשאלה אם היא צריכה להחזיר, אך מה הדין אם הבעל לא שילם.

בתוספות (כתובות קח א ד"ה הא בשיטת ר"ת) כתבו שהפורע מזונות לאשת חבירו פטור הבעל מלשלם, אף שהיה לה פסק דין נגד בעלה. וז"ל: "היה יכול להפטר, שהאשה עצמה היתה מצמצמת אם לא הייתה מוצאת מי שממציא לה מזונות אע"פ שבפסקו לה בי"ד מיירי".

ואם אכן מגיע הפרש לאשה, אם כן מה היא טענתו של הבעל שהייתה מצמצמת, הרי גם אם אילו היתה מצמצמת, למדנו, שאין הבעל חייב להחזיר או לפצותה על כך שצמצמה. סופו של דבר היה חייב לשלם לה את ההפרש.

הדברים מפורשים גם במרדכי (כתובות סי' רסח) שדן:

"על אודות לאה שתבעה בעלה לדין עבור מזונותיה ופסקו בי"ד לתת לאשתו וכתבו סרבנות עליו ואחר ה' שנים היא תובעת כל שבוע ד דינר ואומרת שלותה על סמך הפסק, והוא אומר לא ידעתי מהסרבנות כלל, והיא שתקה וכל זמן ששתקה אינו חייב לה כלום... ואם יש לו עדים שהרויחה וצמצמה אותם ה' שנים, לא יפרע, כגון שהיתה על שלחן אחרים ומן המותר ישביעוה לומר האמת כמה לוותה".

הרי שעל מה שצמצמה לא תקבל כלום, וכן נגד מה שהרויחה אין לה כלום, ורק יש לבעל לשלם למלוה אם הלוה בעדים.

והנה בחזון איש (אבן העזר, סי' סח, סוף אות ח) לכאורה אין נראה כן, שכתב:

"ונראה כל שבאה לבית דין אף שנתחמץ הדין פוסקים לה למפרע אף שצמצמה עד שהגבוה, המותר שלה כדין צמצמה מעיסתה".

ודבריו צ"ע, שלא הביא מתוס' וממרדכי. והרי הם דיברו שבאה לבית דין ואחר שפסקו לה בית הדין.[1]

כל האמור לעיל הוא ב"צמצמה".

ה. חיוב הבעל במזונות אשתו כשהאשה ניזונת ממעשה ידיה ומאחרים

אשה שבעלה חייב לה מזונות, אף אם לא צימצמה עקב כך אלא הסתדרה בכוחות עצמה כגון השתכרה ממעשה ידיה, שילם לה אחר, או אף לוותה בלא עדים, אז לכאורה אותו אחר הניח כספו על קרן הצבי, והבעל פטור אלא אם כן לותה בעדים. כמו כן יש לברר אם היא התפרנסה ממעשה ידיה, שאז מעשה ידיה לבעלה, ושוב אין לה מה לתבוע מבעלה וכפי שנבאר להלן.

בנידון דידן טענה האשה באמצעות עורך דינה, שהיא לא לותה בפני עדים, אלא התפרנסה ממעשה ידיה מקיצבת ביטוח לאומי וממשפחתה, וכיון שכן שוב אינה יכולה לתבוע מבעלה, כיון שמעשה ידיה לבעלה, ואין חולק על כך. ומה שמשפחתה פרנסו אותה פטור הבעל, וכמבואר להלן.

---

1 הערת העורך: החזו"א מדבר על פסיקת בי"ד מיום הגשת התביעה, אע"פ שעבר זמן רב מיום התביעה ועד ליום מתן פסק הדין. החזו"א אינו מדבר על פסיקה לתקופה שלפני הגשת התביעה לביה"ד, כמו שמבואר בדבריו.

(א) לכאורה, אם היא לוותה לצורך מזונותיה, אין הבעל חייב לשלם למלווה אלא אם כן לותה בעדים, כנפסק בשו"ע (אבהע"ז ע, ח, וח"מ ס"ק כו וב"ש ס"ק כב), אבל אם לא לוותה בעדים, אין הבעל חייב לשלם.

אולם מצאתי בבית מאיר ששאל, למה אם החמיצו בית דין את הדין גובה למפרע והרי כתב רמב"ן (הבאתי לעיל) שכיון שמשלו ניזונה אין מגיע לה על העבר? ותירץ שאם תבעה בבית דין נאמנת שלותה ואכלה, אפילו לוותה שלא בעדים.

הרי שלדעת הבית מאיר אחר תביעה בבי"ד נאמנת לומר לויתי, ובית הדין יחייב את הבעל לשלם לאותו מלווה.

(ב) כמו כן אם פירנסה אחר, שלא בהלוואה ע"מ לגבות מהבעל או מהאשה, פטור הבעל מתשלום לאותו אחר, ואותו אחר הניח מעותיו על קרן הצבי. ולשון השו"ע בסי' ע' ח': "אין הבעל חייב לשלם לו והרי איבד את מעותיו". ודין זה הוא גם אם פרנסה לאחר פסק דין, כמבואר במרדכי כתובות הנ"ל.

אמנם אם אשה נשואה פרנסה את ילדיה חייב בעלה לשלם לה, ואינו יכול לטעון כי הניחה מעותיה על קרן הצבי, כל זה משום שכשעושה זאת היא פועלת בשם בעלה, ואף אם בעלה התנגד שהיא תזון אותם, וכי מה ברירה היתה לה, להשאיר את ילדיה רעבים, וכפי שכבר כתבו בפד"ר. אבל ברור שאם אדם זר יעשה זאת, דהיינו יזון את ילדיו של חברו, אין אף דעה אחת, שלא הניח מעותיו על קרן הצבי, ואין זה משנה אם נתן או שילם דרך האם או דרך מטפלת או שהכניס הוא עצמו אוכל לפי הטף, ועיין פ"ת חו"מ רמו ס"ק ג.

(ג) ולענין מעשה ידי האשה, כלל יסודי שמעשה ידי אשה לבעלה אם ניזונת היא ממנו. ובנידון שלפנינו הודתה האשה שהיא עבדה והרויחה למזונותיה, הרי ששוב אינה יכולה לגבות מזונות מהבעל. ובשעה שבית הדין פסק לה מזונות לא היה ידוע לביה"ד שהאשה עובדת, והידיעה שהיא עבדה אנו לומדים מתביעתה שלאחר פסק הדין.

אף שנחלקו הפוסקים אם בית דין, כשבאים לפסוק מזונות, שוקלים מראש את אפשרות האשה להרויח ממעשה ידיה. הכל מודים שאם הרויחה ממעשה ידיה, מעשה ידיה לבעלה באם האשה גובה מזונות מהבעל. וכתב הר"ן (כתובות דף סב ב, מדפי הרי"ף) שאף לרמב"ם שאין מחשבים אם עשתה - יטול, לא עשתה - הפסיד. וח"מ ס"ק כ, כתב שדברי הרמב"ם נאמרו כשלא מצא מעשה ידיה. ובח"מ ס"ק לט שהד"א שלא עשתה מעשה ידים אלא טוען שהיתה יכולה לעשות, ובזה נחלקו הרמב"ם והרא"ש, אבל אם עשתה יטול, וכן הוא בב"ש ס"ק לג.

ובאבני מילואים סי׳ ע ס״ק טז, וכן הוא בחזון איש, סה אות י׳ ד״ה בשו״ע, כתבו אם מכרה למזונותיה מנכסי מלוג ותובעת ההפסד מהבעל, גם לרמב״ם מחשבים על מעשה ידיה, ולא נחלק אלא בלוותה ותובעת שהבעל ישלם למי שלוותה, כיון שיש שיעבוד ובענין חידוש האבני מלואים ס״ק ג שאם הוצרכה לתבוע בבי״ד אין לו זכות במעשה ידיה, עיין ברכת שלמה להגר״ש טנא זצ״ל סי׳ כב, אות ב.

ועיין אוצר הפוסקים ע, י אות נד, ו׳, שאם ידוע שהאשה עבדה, חייבת להישבע לדברי הכל שלא הספיק לה.

וראה חזון איש אבן העזר סי׳ סח, ג שחלק על הב״ש וסובר שאף לדעת הרמב״ם:

> ״דוקא באשה שאומרת שאינה מרוחת, אבל אם אומרת שמרוחת אומרים לה שתנכה הריוח שלה ולא יפסוק אלא השאר... וכן בידוע לבי״ד שהרויחה משעה שתבעה עד שפוסקים מנכין, אלא שלהבא רשאית ליתן אמתלה שאינה יכולה להרויח ואין בי״ד מטריחין לברר הדבר, ואם מצריכנן לה לברר פעמים שאין בידה לברר ותגווע ברעב והלכך הכי תקנת מזונות שאין מגלגלין עמה בספקות, אבל בודאין ודאי שאין פוסקים לה שלא כדין ומיהו דוקא בידוע שהרויחה אבל אין מחשבין במה שיכולה להרויח כיון שאפשר שאינה מרוחת...״.

וכ״כ עוד בס״ק ט׳ שם.

ולענין מי נחשב מוחזק, כאשר הבעל הגיש תביעה לפוטרו מן המזונות, ועד למתן פסק הדין המשיכה האשה לגבות את המזונות. נראה שאין האשה נחשבת מוחזקת במה שגבתה כבר, ועין שו״ת מהרש״ם ח״ג סוף סי׳ שנ״ג שלדעת רוב הפוסקים שמזונות דרבנן, גם אם האשה מוחזקת בכל ספק מוקמינן אדאוריתא, כמ״ש הרא״ש פ״ק דמכות, אפילו להוציא ממון.

ו. מוחזק לסיכום:

הכספים שגבתה האשה מהבעל עבור מזונות לתקופה ממרץ 96 ועד נובמבר 97 הם כספים שנגבו שלא כדין, והיא חייבת להחזיר אותם מהסיבות דלהלן:

א. האשה הודתה שהבעל פרנסה באותה תקופה.
ב. הודתה שהיא מחלה לבעלה עבור אותה תקופה.
ג. בית הדין מאמין לבעל שהוא פרע על אותה תקופה.
ד. גם אילו הבעל לא היה פורע לה פטור הבעל, כיון שבאותה תקופה היא ניזונה לדבריה ממעשה ידיה, וגם קרוביה שילמו עבורה במתנה, והבעל פטור מלשלם לקרובים.

הרב יהודה דרעי

גידרי חיוב הבעל ברפואת האשה

א. האם רשאי הבעל לסלק את רפואת אשתו, בגיטה וכתובתה.
ב. האם יש לחלק בזה, בין רפואה שאין לה קצבה לבין רפואה שיש לה קצבה.
ג. אשה שחלתה שתי פעמים בחולי שיש קצבה לרפואתו, האם חייב בעלה לרפאותה בשנית.
ד. אשה שחלתה בפשיעה, האם בעלה חייב ברפואתה.
ה. אשה שנפרדה מבעלה בלא טענה ברורה ואינה יושבת עמו במחיצתו, האם חייב בעלה ברפואתה.
ו. האם יש לחלק בזה, בין מי שיכולה עדיין לשמשו - למי שאינה יכולה כלל לשמשו.
ז. ומה הדין בכל זה, לגבי רפואת האלמנה.

הנה חיוב הבעל ברפואת אשתו, מפורש במשנה (כתובות נא ע״א) - ״לקתה חייב לרפאותה״, ונפסק להלכה בכל הראשונים, וערוך הוא בטוש״ע (אהע״ז סימן עט סעיף א). אולם ביסוד דין זה, נפרדו דעות רבותינו הראשונים לג׳ מחנות: יש שכללוהו בתקנת ״המזונות״, משום דתרוייהו חיותא נינהו. ויש שכללוהו בתקנת ״הפדיון״, והיינו כשם שחייב הבעל בפרקונה מרשות אחרת - כך הוא חייב לפורקה ממאסר מיטתה (וסמך לזה מהא דקיי״ל בברכות השחר שאינו מברך ״מתיר אסורים״ אלא לאחר שקם ממיטתו). ויש שלא כללוהו בשום אחד מתנאי הכתובה, אלא ס״ל שהיא ״תקנה נפרדת״. וכיון שיש לנו בזה נ״מ טובא לדינא - בכל השאלות שבנ״ד, אמרתי לשנות פרק זה בש״ס וברבותינו הראשונים (והסתייעתי בכמה מקורות נאמנים שהביא מרן פאר הדור הגרע״י שליט״א בספרו הגדול יביע אומר ח״ב אהע״ז סימן יא). וזה החלי בעזרת צורי וגואלי.

א. תנינן בכתובות (נא ע״א):
״נשבית חייב לפדותה, ואם אמר הרי גיטה וכתובתה ותפדה את עצמה, אינו רשאי. לקתה חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה, רשאי״.
בביאור חלוקה זו שבין ״פדיון״ - ל״רפואה״, פי׳ רש״י שם, בזה״ל:
״אינו רשאי, שכבר נתחייב בפדיונה משנשבית. רשאי שהרפואה כמזונות ואין אדם חייב לזון את גרושתו״.

וצב״ג, הלא גם ברפואה כבר נתחייב ברפואתה משחלתה, וא״כ היאך יוכל לסלקה בגיטה וכתובתה. ולפי הנראה, מכח קושיא זו הוכרחו התוס׳ שם (נב ע״ב ד״ה אמר) לפרש טעם אחר בביאור חלוקה זו וז״ל:

״לפי שהרפואה היא בכלל מזונות והרי קבלה כנגד מעש״י שעד עכשיו, אבל אינו רשאי לומר תקבל את גיטה ותפדה את עצמה לפי שלא קבלה תשלום מפירות שאכל עד עכשיו״.

ואכן לדבריהם א״ש, במה אלים כח ״הפדיון״ יותר מכח ״הרפואה״. אלא שעדיין צ״ע ע״ד רש״י. איברא שכבר עמד בזה בעל ההפלאה, וכתב לפרש דע״כ רש״י צריך לפירוש התוס׳. ר״ל דהתוס׳ לא אפליגו על פי׳ רש״י, אלא שבאו להשלים את החסר שבדבריו.

ברם כד דייקינן נראה, שדברי רש״י הללו מיושבין גם בלא דברי התוס׳. דהנה נודע בשערים סברת רבותינו הראשונים (שטמ״ק בשם הרמ״ה, והרא״ש, ועוד), דחוב המזונות הוא חובא דיומי, כלומר שחוב המזונות מתחדש מדי יום ביומו ואין הבעל מתחייב אלא במיכסת מזונות אשתו של אותו היום. ועפי״ז שפיר יש לחלק בין ״פדיון״ - ל״רפואה״, שכן כיון שנתחייב בפדיונה משעת שנשבית, שוב א״י לפוטרה בגיטה וכתובתה. משא״כ גבי רפואה (שהוא כמזונות), נהי שהתחייב לרפאותה משעת שחלתה, מ״מ בסוף אותו היום פקע לה חיובא, והילכך יכול לסלקה בגיטה וכתובתה לפי שאין אדם חייב לזון את גרושתו, ודו״ק. ומעתה צ״ע בתרתי: חדא, היאך נעלמה סברא זו מעיני בעל ההפלאה. ותו, מדוע לא ניחא להו להתוס׳ בסברא זו עד שהוצרכו לחפש טעם אחר.

ועכ״פ נמצאנו משכילין מדברי רש״י והתוס׳ הללו, שדין רפואת האשה - מדין ״מזונות״ אתינן עלה. והיינו, כשם שחייב הבעל במזונות אשתו כך הוא חייב ברפואתה משום דתרוייהו חיותא נינהו. איברא שמצאנו סברא זו מפורשת בש״ס לגבי חוב היתומים ברפואת האלמנה, דהנה גרסינן התם (נב ע״ב):

״ת״ר אלמנה נזונית מנכסי יתומין, וצריכה רפואה הרי היא כמזונות. רשב״ג אומר, רפואה שיש לה קצבה נתרפאת בכתובתה, שאין לה קצבה הרי היא כמזונות״.

ופי׳ רש״י שם, בזה״ל:

״מזונות שאין להם קצבה, הלכך רפואה שיש לה קצבה שאינה חולה תדיר, אינה בכלל מזונות״.

הרי לפנינו מפורש, דרפואה היא בכלל המזונות, בזמן שאין לה קצבה. ובזמן שיש לה קצבה אינה כמזונות, והילכך אין היתומים חייבים ברפואת האלמנה כל שיש קצבה לרפואתה.

ב. אלא שעפי״ז נמצאנו פוטרים גם את הבעל ברפואת אשתו כל שיש קצבה לרפואתה, שהרי רפואה שיש לה קצבה אינה בכלל מזונות. ואכן המדקדק בדברי הירושלמי (שם) ימצא, שכרך בזה את דין הבעל עם דין היתומים, ובתרוייהו העלה חלוקה זו שבין רפואה שיש לה קצבה - לרפואה שאין לה קצבה, עי״ש. וזאת הלכה העלה בעל העיטור, לפטור את הבעל והיתומים ברפואה שיש לה קצבה. אך לעומתו חזינן לכל רבותינו הראשונים אשר דחו השקפה זו מכל וכל מתלמודה דידן, שהרי סתמא דמתני׳ ״לקתה חייב לרפאותה״ מורה בעליל שהבעל חייב ברפואת אשתו בכל גוונא, שאל״כ ודאי שהיה לו לתנא להעלות חלוקה זו להדיא (וכן דייק הה״מ הלכות אישות פי״ד). ולדבריהם, צב״ג במה אלים חוב הבעל יותר מחוב היתומים, והלא תרוייהו מדין מזונות נגעינן בהו.

ודע שמכח קושיא זו, הוכרחו רבותינו הראשונים לחפש טעם אחר לחיוב הבעל ברפואה שיש לה קצבה, אלא שנפרדו דעותיהם בזה לג׳ מחנות. דהנה מראש צורים חזינן להתוס׳ רי״ד (שם) שכתב לבאר הוראה זו בזה״ל:

״ונ״ל דוקא יורשים שאין חייבים בפרקונה, אין חייבים ברפואה שיש לה קצבה. אבל הבעל שחייב בפרקונה, חייב אפילו ברפואה שיש לה קצבה״.

וכיו״ב מבואר ברא״ש (שם אות כג), וז״ל:

״אבל רפואה שיש לה קצבה דמיא לפרקונה דאתי בבת אחת, וכי היכי דאין היורשין חייבין בפרקונה הכי נמי לא מחייבו בה. לכאורה דוקא ביתומין הוא דיש חילוק בין רפואה שיש לה קצבה - לשאין לה קצבה, מטעמא דפרישית דדמיא לפרקונה, אבל בחיי הבעל לא״, עכ״ל.

ומיהו הריטב״א והשטמ״ק (שם) רוח אחרת עמם בזה, וז״ל:

״ועוד אומרים בשם ר״ח דאין חילוק ברפואה שיש לה קצבה - לרפואה שאין לה קצבה, אלא באלמנה לגבי יורשים, שאין חיוב רפואתה עליהם אלא משעת מזונות. אבל בעלה חייב לרפואתה משום תקנתא דרבנן ולא משום מזונות, והיינו דלא אדכר בסוגיא דתלמודא אלא באלמנה״, עכ״ל.

ועל שני הפי׳ הללו, יש לנו להוסיף את פי׳ רש״י במתני׳: ״חייב לרפאותה - שהרפואה כמזונות״, וכבר נתבאר דבמתני׳ מיירי בין ברפואה שיש לה קצבה ובין ברפואה שאין לה קצבה, וש״מ דרש״י ס״ל דרפואת האשה בחיי בעלה - מדין מזונות נגעינן בה בכל גוונא.

הנה עין רואה ואוזן שומעת, דאמנם ברפואה שאין לה קצבה אפשר דכ״ע מודים דאתינן עלה מדין מזונות, מ״מ ברפואה שיש לה קצבה נפרדו דעות

רבותינו לג׳ מחנות: יש שכללוהו בתקנת ה״פדיון״ (תוס׳ רי״ד והרא״ש), ויש שחידשו בו ״תקנתא דרבנן״ מיוחדת (ר״ח ריטב״א ועוד), ויש שכללוהו בתקנת ״המזונות״. ומעתה שומה עלינו להבין ולהשכיל ביסוד פלוגתא זו, והמסתעף ממנה לענין הלכה. וביותר יש לנו להתבונן בשיטת רש״י, שהרי לפי דבריו עדיין אין לנו ביאור במה אלים חוב ״הבעל״ יותר מחוב ״היתומים״. וכן צב״ג בהאי ״תקנתא דרבנן״ שחידש הריטב״א ודעימו, מהו טיבה והיכן יסודה.

ג. ובטרם אדבר בזה, עמדתי ואתבונן בכמה חידושי דין מופלאים שמצאנו בהאי מילתא. דהנה חזינן להריטב״א (שם) אשר העלה, שאין הבעל חייב ברפואת אשתו אא״כ חלתה ״באונס״, אבל כל שחלתה ב״פשיעה״ אין הבעל חייב לרפאותה. ודייק הכי, מהא דתנינן ״לקתה״ ולא ״חלתה״, עי״ש. ודבר תימה הוא עד מאוד, כיצד ייסד הריטב״א האי חידושא רבה - על אדני האי דיוקא פורתא. זאת ועוד, שיש לנו לדחות האי דיוקא מתרי אנפי: חדא, הלא ברישא דמתני׳ תנינן ״נשבית חייב לפדותה״ וש״מ בכל גוונא, וא״כ ה״ה בסיפא דמתני׳ ״לקתה חייב לרפאותה״. ודוחק מאוד לומר דהריטב״א ס״ל לחלק כן גם בדין פדיון, שהרי ברישא דמתני׳ ליכא להאי דיוקא. ותו, הלא גבי יתומים ליכא להאי דיוקא, דהא תנינן התם (נב ע״ב): ״אלמנה ניזונית מנכסי יתומין, וצריכה רפואה הרי היא כמזונות״, וש״מ דאף אם חלתה בפשיעה חייבין לרפאותה. ותימה, מדוע יהא דין היתומים חמור טפי מדין הבעל עצמו.

ועוד עמדתי ואתבונן במשו״מ הב״ש והאבני מילואים - בדעת הרא״ש. דהנה חזינן להב״ש (אהע״ז סימן עט ס״ק א) אשר יצא, לידון בדבר חדש, וז״ל:

> ״כתב הרא״ש רפואה שאין לה קצבה בכלל מזונות היא, וכשיש לה קצבה בכלל פרקון הוא וכו׳. לפי״ז נראה לכאורה, דאין יכול לומר הבעל הרי כתובתך ורפאי את עצמך - ברפואה שיש לה קצבה״, עכ״ל.

הרי לפנינו חידוש דין, דאע״פ שמפורש במתני׳ שיכול הבעל לסלק את רפואת אשתו בגיטה וכתובתה, מ״מ ה״מ ברפואה שאין לה קצבה אבל ברפואה שיש לה קצבה א״י לסלקה בגיטה וכתובתה - כדין הפדיון. אולם חזינן להאבני מילואים (שם ס״ק ג) אשר תמה ע״ד הב״ש הללו, בזה״ל:

> ״ודבריו נשגבו ממני, שלא מצאנו בשום פוסק דרפואה שיש לה קצבה - מדין פירות היא וכו׳. ולא כתב הרא״ש דרפואה שיש לה קצבה בכלל פרקונה, אלא דדמיא לפרקונה״, עכת״ד.

ומכלל זה אתה למד, דאפליגו הב״ש והאבנ״מ בגוף האי טעמא דהרא״ש: דהב״ש למד, שדין רפואה שיש לה קצבה הוא כדין הפדיון ממש. והאבנ״מ למד, שאין כאן אלא ״דמיון״ לדין הפדיון, ועל כן אין להקיש בדיניהם.

ועל כולנה, לא תעזוב נפשי לשאול על האי חילוקא דמפליג הש״ס בין רפואה שיש לה קצבה - לרפואה שאין לה קצבה. והן אמת דרש״י פי׳ חלוקה זו: ״דמזונות אין להם קצבה - הלכך רפואה שיש לה קצבה אינה בכלל מזונות״, מ״מ היא גופא קשיא, וכי בשביל חסרון הדמיון תפסיד האלמנה את רפואתה. וביותר יפלא, הרי מאחר וקים להו לחכמים לכלול את דין הרפואה בדין המזונות משום דתרוייהו ״חיותא״ נינהו, א״כ מ״ל שיש לה קצבה אם לאו, וכי רפואה שיש לה קצבה אינה בגדר ״חיותא״.

ד. ולדידי חזי בס״ד לבאר כל הנ״ל, עפ״י חקירת רבותינו המפורסמת בגוף דין המזונות: האם חוב המזונות הוא כשאר חוב בעלמא, או״ד הוא מיסודי האישות. וכבר הארכתי בכמה דוכתי (בספרי שיעור אבני עזר ח״א) להוכיח בראיות ברורות, דאפליגו בזה רבותינו הראשונים: לדעת הרמב״ם והריטב״א וסיעתם, חוב המזונות הוא מיסודי האישות, וכשמקפח הבעל את אשתו ממזונותיה הרי הוא מקפחה מיסודי האישות (כהגדרת החזו״א). והיינו מתוך שראו חכמים (למ״ד מזונות דרבנן) או ראתה תורה (למ״ד מזונות דאורייתא) שאין לאשה ממון משלה כדי להחיות את נפשה, תקנו שיהא הבעל חייב במזונותיה וקבעוהו לאחד מיסודות האישות שביניהם - כדין ״העונה״. אולם לדעת הרא״ש ודעמו, חוב המזונות הוא כשאר ״חוב״ בעלמא אשר התחייב הבעל בנישואי אשתו.

וזה לענ״ד יסוד פלוגתת הרא״ש, הריטב״א ורש״י בשמעתין, שכן הרא״ש לשיטתיה אזיל - שאין הבעל חייב במזונות אשתו אלא כשאר בע״ח בעלמא, ועל כן הוכרח לחפש אחר טעם ״הפדיון״ כדי לבאר מדוע חייב הבעל ברפואה שיש לה קצבה, לפי שרפואה זו אינה דומה לחוב המזונות ועל כגון דא לא התחייב לה במזונותיה. אך לעומתו הריטב״א לשיטתיה אזיל - דחוב המזונות הוא מיסודי האישות, וגם רפואה שיש לה קצבה בכלל זה. ובזה אלים חוב הבעל במזונות אשתו יותר מחוב היתומים, שהרי יתומים פשוט שאינם חייבים במזונות האלמנה אלא כשאר בע״ח בעלמא. והילכך לא הוצרך לחפש טעם אחר כדי לחייב את הבעל ברפואה שיש לה קצבה, שכן מ״ל שיש קצבה לרפואתה אם לאו הא עכ״פ תרוייהו חיותא נינהו ובכלל יסודי האישות המה - כדין מזונות האשה בחיי בעלה. וזהו לענ״ד עומק האי ״תקנתא דרבנן״ שחידש הריטב״א, ר״ל שיש תקנה מיוחדת ברפואת האשה בחיי בעלה יותר מחוב היתומים, והיינו ״יסודי האישות״, וכדפי׳. ובשכר זאת יש לנו ביאור פשוט ונכון בדעת רש״י בשמעתין, שכן מאי דפי׳ בדעת הריטב״א הוא מוכרח בדעת רש״י, שהרי אין מבואר בדבריו במה נשתנה דין הבעל - שחייב ברפואה שיש לה קצבה, מדין

היתומים - שאינם חייבים ברפואה שיש לה קצבה, והא בתרוויהו פי׳ רש״י דמדין מזונות נגעינן בהו. אולם לדברינו א״ש, ודו״ק היטב.

ועפי״ז יש לנו ביאור נפלא בפלוגתת רש״י והתוס׳ בביאור האי חילוקא דמתני׳ - שבין דין ״הפדיון״ לדין ״הרפואה״ לענין סילוק גיטה וכתובתה. שכן שפיר י״ל דהתוס׳ ס״ל כדעת הרא״ש - דרפואה שיש לה קצבה אינה בכלל חוב המזונות אלא מדין ״פדיון״ אתינן עלה, ועל כן הוכרחו ליתן טעם כדי לחלק בדין הפדיון גופא: בין פדיון האשה משביה - שאינו יכול לסלקה בגיטה וכתובתה לפי שלא שילם לה כלום עבור אכילת פירותיה, לבין פדיון האשה ממאסר מיטתה - שיכול לסלקה בגיטה וכתובתה לפי שקבלה מזונות כנגד מעש״י שעד עכשיו. אך לעומתם רש״י לשיטתיה אזיל - דגם רפואה שיש לה קצבה היא בכלל חוב המזונות, ועל כן יכול לסלקה בגיטה וכתובתה לפי שחוב המזונות הוא חובא דיומי׳, וכדפי׳. ומעתה שוב א״צ להאי דוחקא דבעל ההפלאה, אשר הכריח דרש״י צריך לתוספת ביאור התוס׳, ודו״ק.

ובזה יש לנו ביאור נכון בהאי חידושא דהריטב״א, בדין מי שחלתה ״בפשיעה״. שכן לפי המבואר דחיוב רפואתה הוא מיסודי האישות כדין מזונותיה, שפיר י״ל דכל שחלתה האשה בפשיעה, בדין הוא שתפסיד את רפואתה שהרי היא עקרה במו ידיה תקנה זו. זאת ועוד, דאפשר ובכה״ג לא תקנו לה רבנן מעיקרא את תקנת הרפואה. וכעין מ״ש הריטב״א עצמו גבי דין ״מורדת״, שהפסידה מזונותיה משום דבכה״ג לא תקנו לה רבנן מזונות. ולולי דמסתפינא הייתי אומר עפי״ז, דהריטב״א לא חידש כן אלא גבי ״בעל״, אבל גבי ״יתומים״ כיון שחייבים הם במזונותיה בתורת ״חוב״, בדין הוא שיהיו חייבים ברפואתה בין שחלתה באונס ובין שחלתה בפשיעה, שכן אין כאן ״תקנתא דרבנן״ עד שנאמר דבכה״ג לא תקינו לה רבנן. וסרה בזה תלונתינו לעיל, מדין ״הפדיון״ ודין ״היתומים״, שהרי באלו מדין ״חוב״ נגעינן בהו, וכדפי׳.

ומעתה חידוש הב״ש בדעת הרא״ש גבי דין סילוק גיטה וכתובתה ברפואה שיש לה קצבה, הוא בהיר נהיר וצהיר. שכן מאחר והרא״ש אתי עלה לחייבו ברפואה שיש לה קצבה - מדין ״פדיון״, פשוט הוא שכל דיני הפדיון יחולו על רפואה זו, ובכללם שלא יוכל הבעל לסלקה בגיטה וכתובתה. וא״ל דמ״ש הרא״ש לכרוך דין זה בדין הפדיון הוא לאו דוקא ואינו אלא דימוי מילתא בעלמא - כדברי האבנ״מ, שכן לפי המבואר בדעת הרא״ש א״א לכלול דין זה בחוב המזונות, וא״כ ע״כ אתינן עלה מדין ״פדיון״ ממש. וסרה בזה תלונת האבנ״מ מעם הב״ש, ואדרבא דבריו הם שנשגבו מבינתינו.

ה. ולאור כל האמור, נלענ"ד ברור שיש לנו לתלות גם את שאר השאלות שבנ"ד (שאלות ד-ו) בהאי פלוגתא - דקמאי. דהנה בדין "הפדיון", קיי"ל שאין הבעל חייב לפדות את אשתו פעם שניה. נמצא לפי"ז שאם חלתה האשה שתי פעמים באופן שהיה קצבה לרפואתה, באנו בזה לפלוגתת הרא"ש והריטב"א: לדעת הרא"ש, אינו חייב לרפאותה בשנית כשם שאינו חייב לפדותה בשנית. ולדעת הריטב"א, הר"ז חייב לרפאותה גם בשנית משום דתרוייהו חיותא נינהו ובכלל תקנת המזונות המה (וכן מצאתי באחרונים). ועוד קיי"ל במי שנפרדה מבעלה בלא טענה ברורה, הפסידה את מזונותיה, לפי שאין הבעל חייב לזון את אשתו אלא כשאוכלת עמו על שולחנו. וחידוש זה נפיק מבי מדרשא דהריטב"א (והסמיכו אקרא "למען ירבו ימיכם וימי בניכם"), והביאו מרן בב"י (סימן ע) והרמ"א (שם). ומיהו לא הפסידה בזה אלא את מזונותיה, אבל לא הפסידה את פדיונה משום דחובה דבעל הוא וחייב הבעל לפרוע את חובו באשר היא שם (אא"כ היא "מורדת" וכדו' באופן שהפסידה לגמרי את כתובתה ותנאי הכתובה). נמצא לפי"ז שלגבי רפואתה, באנו לפלוגתת הרא"ש והריטב"א: לדעת הרא"ש, אם אין קצבה לרפואתה, אינו חייב לרפאותה כשם שאינו חייב במזונותיה. אך אם יש קצבה לרפואתה, הר"ז חייב לרפאותה כשם שהוא חייב בפדיונה. ולדעת הריטב"א, אינו חייב לרפאותה בכל גוונא, ול"ש אם יש קצבה לרפאותה אם לאו. שהרי תרוייהו בכלל המזונות המה, וכשם שאין לה מזונות משום שעקרה במו ידיה את יסודות האישות ובכה"ג לא תקנו לה מזונות, כך ה"ה ממש לענין רפואתה. ועכ"פ ודאי שלא יהא דינה עדיף ממי שחלתה "בפשיעה", דס"ל להריטב"א בהדיא שאין בעלה חייב ברפואתה. ואכן זאת הלכה העלה מרן פאר הדור שליט"א (יביע אומר שם), אלא שנתן סייג להוראה זו והוא, שאם היתה האשה חולה כ"כ באופן שאינה יכולה לשמש כלל את בעלה, הרי זה חייב ברפואתה אע"פ שאינה יושבת עמו במחיצתו. שכן בכה"ג הוא חייב גם במזונותיה, ועי"ש שהוכיח סברא זו באוצר של ראיות ברורות כדרכו בקודש.

ו. סוף דבר הכל נשמע, דבהאי שמעתתא אפליגו קמאי ובתראי - בטעמה ונמוקה ויסודה בש"ס. ונ"מ טובא אית לן בינייהו לשבעה גופי הלכות שבנ"ד.

ולענין הלכה, אע"פ שמרן השו"ע (אהע"ז סימן עט) לא גילה דעתו בכל השאלות שבנ"ד זולתי חדא, מ"מ לאור כל האמור ילמד הסתום מהמפורש. וכיון שגילה דעתו (שם סעיף ג) דרשאי הבעל לסלק את רפואת אשתו בגיטה וכתובתה ולא חילק בין רפואה שיש לה קצבה אם לאו, ודלא כמו שחילק הב"ש (שם ס"ק א) בדעת הרא"ש, ש"מ דס"ל להשו"ע כדעת הריטב"א. ובר מן דין, כבר הוכחתי במה דוכתי (בספרי שיעורי אבני עזר ח"א) שדעת הרמב"ם והשו"ע היא

כדעת הריטב״א בגוף תקנת מזונות האשה. והילכך הקרוב אלי, לקיים את כל מה שעלנו לעיל בדעת הריטב״א. ועל כן זאת תורת העולה בכל השאלות שבנ״ד:

חייב הבעל ברפואת אשתו,בין שיש קצבה לרפואתה ובין שאין קצבה לרפואתה.

אם רצה הבעל לסלקה בגיטה וכתובתה, הרשות בידו אף כשיש קצבה לרפואתה, אלא שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ.

אם חלתה כמה פעמים, בעלה חייב לרפאותה אף כשיש קצבה לרפואתה.

אם חלתה האשה בפשיעה, אין בעלה חייב ברפואתה, בין שיש לה קצבה ובין שאין לה קצבה.

אשה שנפרדה מבעלה בלא טענה ברורה ואינה יושבת עמו במחיצתו, אם עדיין יש בכוחה לשמשו קצת - אין בעלה חייב ברפואתה בין שיש לה קצבה ובין שאין לה קצבה, אך אם אין בכוחה לשמשו כלל - הר״ז חייב ברפואתה.

בד״א באשה שחלתה בחיי בעלה, אבל אלמנה, אין היורשין חייבין לרפואתה אלא ברפואה שאין לה קצבה. ואם רצו לקצוב עם הרופא כדי שיהא לה קצבה ויפטרו ממנה, הרשות בידם.

ולפי הנראה אין לחלק ברפואת האלמנה, בין שחלתה בפשיעה או שחלתה באונס, וצ״ע.

זה עלה במצודתי, בהאי מילתא רבתי, לפי קוצר השגתי, בעזרת צור ישועתי. והשי״ת יצילנו משגיאות ויראינו בתורתו נפלאות.

הרב דוב דומב

תשלום כתובה ואיזון משאבים

הנני מצטרף לדעת הראב"ד הגר"נ בן שמעון שליט"א שיש לחייב את הבעל בכתובה ע"פ הנימוקים ההלכתיים שכתב, כמו כן הסכמנו לדון ע"פ חוק יחסי ממון ע"פ הסכמת הבעל, וכל תנאי שבממון קיים.
ברצוני לעמוד על נקודה אחת והיא, מהיכן לגבות את הכתובה לפי חוק יחסי ממון.

בסעיף 17 לחוק יחסי ממון תשל"ג - 1973 נאמר:
"אין בחוק זה כדי לגרוע מזכויות וכו' או מזכויות האשה לפי כתובתה".
כלומר, גם לאחר איזון המשאבים בין הצדדים אין זה גורע מזכות האשה לכתובה.

השאלה היא, איך סעיף 17 לחוק עומד עם עקרון שוויון הזכויות. כי באם תינתן לאשה תוספת באיזון המשאבים, יוצא, שהאשה תקבל בפקיעת הנשואין יותר מהבעל, ואין בזה שוויון זכויות.
המשפטנים נתנו שלש אפשרויות כיצד תשתלב זכות האשה לכתובתה עם הסדר איזון המשאבים, ועלינו לבחון איזו אפשרות יכולה להתקבל שלא תסתור דין הכתובה ע"פ חז"ל.

אפשרות א': סכום הכתובה נלקח מנכסי הבעל לפני איזון המשאבים. כלומר, אם יש לבעל נכסים בשווי - 1,000 ש"ח, וסכום הכתובה הוא - 200 ש"ח, הנכס הנדון לאיזון המשאבים הוא - 800 ש"ח, כך שלאחר האיזון תהיה לה עוד תוספת של סכום הכתובה.
אפשרות ב': סכום הכתובה ינוכה משווי הנכסים של הבעל לאחר האיזון. כלומר, לאחר שנעשה האיזון והבעל קיבל את חלקו באיזון הנכסים, ינוכה מחלקו של הבעל סכום הכתובה.
אפשרות ג': סכום הכתובה יתווסף למסגרת הנכסים בני האיזון של האשה. כלומר, שווי נכסי האשה לאיזון גדל בסכום הכתובה, ואיזון המשאבים יהיה לפי ערך נכסי האשה בשעת האיזון שהוא שווה יותר.

עתה עלינו לבחון איזו אפשרות מתאימה לכתובה ע"פ חז"ל.

לפי האפשרות הב׳: במידה ונכסי הבעל שווים פחות מנכסי האשה, ולאחר איזון המשאבים יתוסף לבעל תוספת ע״פ איזון המשאבים, ולאחר האיזון האשה תגבה כתובתה, נוצר מצב שהאשה גובה כתובתה מנכסיה.

ולדוגמה, כשלאחר הנישואין צברה האשה נכסים והבעל לא צבר ולפי חוק יחסי ממון יקבל הבעל חצי משווי הנכסים של האשה, ועתה האשה תגבה מכתובתה מנכסיה ולא מנכסיו כלל. ולכן לא נראה לקיים את ההסבר הזה על פי דין.

אמנם יש לדון, היות והאשה הסכימה בעת הנישואין לחוק יחסי ממון, נמצא שבמקום שתגבה הכתובה מחלקה היא למעשה מוחלת על חוב הכתובה ולכן יש לקיים אפשרות ה - ב׳.

אולם עדין יש לדון האם הדבר מותר לפי ההלכה. כי כתב רמב״ם פי״ב מהל׳ אישות ה״ה וז״ל:

> ״התנה עמה לפחות מעיקר כתובתה או שכתב לה מאתיים או מאה עיקר כתובתה וכתבה שנתקבלה מהם כך וכך והיא לא נתקבלה תנאי בטל שכל הפחות לבתולה ממאתיים ולאלמנה מנה הרי בעילתו בעילת זנות״.

ובחזון איש אבה״ע סי׳ ס״ה אות ד׳ כתב:

> ״ונראה בעיקר הטעם דבר שבממון תנאי קיים, דאמרינן מתחילה לא אמרה תורה אלא לזכות הזוכה ועל דעתו שאם ירצה למחול זכותו, זכותו מחול, אבל בכתובה כיון דקיי״ל כר״מ דבב״ז, הרי שמצאו חכמים מן הטוב וההגון באישות שיהיה לה כתובה, ואין שלוותם שלמה בלא כתובה ולפיכך תיקנוה וודאי לא מהני מחילה דידה״, עכ״ל.

ולפי״ז לא מועילה הסכמתה מראש שעל פיה תפחת כתובתה. ואפשר שהואיל ואין כאן ודאי מחילה, אלא רק למקרה שנכסי האשה עולים על נכסי הבעל בשיעור כפול מסכום הכתובה, הדבר מותר.

עוד יש לדון דזהו בעיקר הכתובה, אולם בתוספת מהני מחילתה, ואף שיש לדון בזה לא קבעתי בזה מסמרות ויש לי בזה אריכות דברים.

אפשרות הג׳: הכתובה נוספת לשווי נכסי האשה. ובאיזון המשאבים יקבל הבעל חלק מסכום הכתובה, במידה וחלקה של האשה הוא יותר מחלקו של הבעל באיזון המשאבים.

לכן נראה שרק אפשרות א', שסכום הכתובה יגבה מהבעל עוד לפני איזון המשאבים על ידי בני הזוג, ובהנשאר מחלקו של הבעל לאחר קיזוז הכתובה יהיה איזון המשאבים, בזה לא תהיה סתירה לחוק יחסי ממון עם הכתובה. ולכן יש לקבל את פרשנות החוק כפי האפשרות א', שחוק יחסי ממון יתאים גם לדין תורה.

מסקנה זו נתמכת גם בסעיף 8 לחוק יחסי ממון, בו נאמר:

"ראה בית המשפט או בית דין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא לבקשת אחד מבני הזוג שהוגשה לאחר פקיעת הנשואין לעשות אחת או יותר מאלה: (1) ... (2) לקבוע שאיזון שווי הנכסים כולם או מקצתם לא יהיה מחצה על מחצה אלא לפי יחסי אחר שייקבע".

כלומר, החוק מכיר בנסיבות מיוחדות בהן איזון המשאבים לא יהיה מחצה על מחצה. וע"כ נראה שכדי שהכתובה תגבה מחלקו של הבעל, יש לעשות חלוקה אחרת באיזון המשאבים, ולקבוע שאיזון המשאבים יעשה לאחר שהאשה תגבה כתובתה.

אמנם נראה שיש לפרש את ענין הכתובה באופן אחר ונגדיר קודם את חיוב הכתובה.

הרמב"ם פרק ט"ז מהל' אישות הלכה ג' כותב:

"כבר הודענו שחכמים תקנו כתובה לאשה ודין התוספת כדין העיקר, ולא תקנו לגבותה כל זמן שתרצה, אלא הוא כחוב שיש לו זמן, ואין הכתובה נגבית אלא לאחר מיתת הבעל או אם גירשה".

כלומר, הבעל מתחייב בשעת הכנסת האשה לנישואין לתת לה סכום כל שהוא. סכום זה היא התחייבות שהבעל מתחייב לאשתו בכניסתה לחופה: כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. התחייבות זו היא חוב עתה על הבעל, אלא שפירעונה הוא לאחר מיתה או גירושין.

יש להגדיר התחייבות זו שהאשה בכניסתה לחופה נכנסת עם נכס שהבעל מביא אותו לקראת נישואי הצדדים. ולפי חוק יחסי ממון סעיף 5 א' (1) הוא יחשב בכלל הנכסים שהיו לה עובר לנישואין.

כתובה אינה בכלל נכסים שנצברו בחיי הנשואין, אלא שבהסכמת האשה להנשא מביא אתו הבעל לנישואין נכסים, קרי: "כתובה" שנותן לאשה.

ונראה עוד, שאמנם נראה בר"מ, שכתובה היא חוב שיש לו זמן לפרעון, אכן דעת הרא"ש (כתובות, דף נ"ד ב', בריש אע"פ) דהחיוב הוא רק כשתתאלמן או תתגרש, ובנישואין לא חל חיוב כלל, ואף שיש שעבוד נכסים משעת הנישואין.

ולכאורה צ״ע דאם חל שעבוד נכסים בע״כ שיש חוב. דהשעבוד נכסים הוא לאחר שיש חוב. וכבר עמד בהערה זו בקובץ שיעורים, לגר״א וסרמן הי״ד (כתובות אות קנ״ז).

ובהסבר הדברים, עיין בחידושי הגרנ״ט, כתובות סי׳ מ״ד, דהיתה תקנה מבית דינו של רבי שמעון בן שטח, שחל שעבוד נכסים אף בלא חיוב. ובחידושי הרי״מ (כתובות) כתב, אף דבפשטות דעת הר״מ לא כהרא״ש, אלא דהוא חוב שיש לו זמן פרעון, מ״מ גם דעת הר״מ היא כהרא״ש, והראיה מזה שהיה צריך בתקנה מיוחדת שהנכסים משועבדים לכתובה.

וכמו שכתב הרמב״ם (פט״ז אישות הלכה י׳) שתקנו שכל נכסיו ערבין לכתובה. והרי שעבוד נכסים לחוב אין צריך תקנה חדשה, ובכל חוב נכסיו משועבדים. ולמה בכתובה צריך תקנה חדשה? ע״כ דגם להר״מ, החוב הוא כשתתגרש או תתאלמן, ולכן צריך תקנה חדשה שהנכסים משועבדים משעת הנישואין, אף שהחוב הוא כשתתגרש או תתאלמן.

לפי״ז אין שום חוב שהאשה מכניסה בשעת הנישואין, מכיון שחוב לא חל רק אחרי הגירושין, וא״א לכלול אותו בתוך נכסי האשה לאיזון המשאבים, היות ולאשה בזמן נישואיהם אין שום זכות לחוב.

יש להוסיף בזה מה שכתב הגר״א גולדשמידט זצ״ל בספרו ״עזר משפט״ סי׳ י״ג, (פד״ר ח״ב) בפסק דינו הידוע בענין עיקול נכסים עבור מזונות וכתובה, וז״ל בעמ׳ ק״ס:

> ״ההבדל בין כתובה ובין חוב בתוך הזמן הוא שיש הבדל בעצם החוב, כי הכלל ״לא ניתנה כתובה לגבות מחיים״ פרושו הוא, שמחיים לא קיים לחלוטין דין גביה, ומחיים הרי זה חוב שאינו מיועד לגביה, בניגוד לכל חוב לפני הגעת הזמן, שאם כי טרם הגיע זמן פרעון, דין הגביה קיים כבר, שהחוב מיועד לגביה לזמן שנקבע״.

לפי״ז הכתובה שלא ניתנה לגבות מחיים, שאין בה דין גביה, אין לראותה כנכס שיש לאשה להחשיבו לאיזון המשאבים.

ויש להוסיף עוד, גם אם נאמר שהכתובה היא נכס שנצבר ע״י האשה, נראה שכתובה היא חוב ע״י גורם שני, קרי, חז״ל. זה הוא חיוב בי״ד שמטיל על הבעל לתת לאשתו בפקיעת הנשואין, והא לא רכוש צמוד שנצבר.

אלא מתנאי בי״ד, ובבי״ד הוא המחייב לתת ולא התחייבותו של הבעל, ואף בתוספת שהיא לכאורה התחייבות פרטית, כבר הארכנו במקום אחר שזה גם כן

תנאי בי״ד לפי הסכום שהסכים לתת, ולאחר שמסכים לתת כתובה גדולה, נעשה הכל כחיוב אחד מתנאי בי״ד שחז״ל חייבוהו, וע״כ אין הוא רכוש נצבר, אלא רכוש שמגיע לאשה ע״פ חז״ל. משום כך אין הוא שייך לאיזון המשאבים, וע״כ קודם על הבעל לפרוע חובו ע״פ חז״ל אשר חייבוהו, ואח״כ מהנשאר יש לאזן את המשאבים שבין הצדדים.

ולכן בנידון דידן שחייבנו את הבעל בתשלום הכתובה, יש להוריד את הסכום תחילה מרכושו של הבעל, ואח״כ יאזנו את הרכוש של הצדדים.

הרב אברהם שרמן

היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה[1]

נושא נכבד שניצב בפנינו בערעור זה הוא ענין מנהג חיוב פיצוי גרושין, שביה״ד האזורי, בפסה״ד נשוא הערעור, נשען עליו, ומכוחו חייב את המערער לשלם לאשה סכום שהוא חלק נכבד מהסכום הכללי שעומד ע״ס 350,000 דולר (יש להניח אף שלא נכתב מפורש, שביה״ד קיבל באופן מלא תביעת האשה לפיצויים ע״ס 100,000 דולר).

ביה״ד כותב בנימוקיו, שבבואו לפסוק בעניני הממון, ״עליו לשקול גם את נסיבות הגרושין. כאשר אשה נאלצת להתגרש בגלל התנהגות הבעל, היא זכאית לפיצוי מסוים בנוסף למה שמגיע לה מכח הכתובה ובנוסף לרכוש השייך לה, כך נוהגים בתי הדין בישראל. ראה פד״ר חלק א׳ עמ׳ 137-138 ופס״ד של ביה״ד הגדול פד״ר חלק י״ב עמ׳ 123-124״.

יצוין שהקונטרס בענין מנהג פיצויי גרושין, שהוגש מצד המערער, תורם רבות לברור וליבון יסודי, נושא חשוב ומרכזי זה. רבות מן המובאות והמקורות שבקונטרס מובאים בדבריו בברור גדרי המנהג לחיוב פיצויי גרושין. ובאילו נסיבות יכול ביה״ד לחייב מכח זה את הבעל.

לעצם קביעת התנאים בהם מצינו המנהג לחייב הבעל בפיצויי גירושין יש למצוא את הנסיבות בהם הפעילו בתי דין את חיוב נתינת פצויי גרושין לאשה. מצינו בתי דין שחייבו פיצוי גרושין במטרה להגיע לבצוע הגרושין בין הצדדים ולהביא את האשה להסכם לגרושין, למרות שהיא אינה חפצה להפרד מבעלה ואין עילה הלכתית לחייבה להתגרש. כלומר הפיצויים הם חלק מדרכי ביצוע הגירושין.

מצינו בתי דין שנהגו לחייב הבעל בנתינת פיצוי גרושין לאשה במטרה שכתוצאה מהגרושין תצא עם זכויות ממוניות הנובעות מחלקה בצבירת נכסים ורכוש אצל בעלה במשך חייהם המשותפים. פיצויים אלו נוגעים לתחום הממוני-רכושי שנקבע עם הגירושין.

כ״כ מצינו בתי דין שנהגו לחייב הבעל בנתינת פיצויים לאשה כעין תוספת לכתובתה, בעיקר עם ירידת שער המטבע הרשום בכתובה מאז כתיבתה ועד לזמן הגרושין לפי מצב יוקר החיים. זה מתבסס על חובת הבעל לפייס האשה ולהבטיח

1 חלק מנימוקים בערעור 337/ס״ב מ.ב. נ׳ ס.כ.

קיומה בעתיד, וכן לחזק את העקרון שמונח ביסוד הכתובה שלא תהיה קלה בעיניו לגרשה.

מצינו אם כן שלושה סוגי פיצוי גירושין:

א. פיצויים הקשורים לבצוע הגירושין.
ב. פיצויים הקשורים לתחום הממוני רכושי.
ג. פיצויים הקשורים בירידת ערך שער המטבע הרשום בכתובה.

פיצויים מהסוג הראשון מצינו בספר תעלומות לב, לרבי אליהו חזן זצ״ל (אבן העזר ח״ב סי׳ א׳), שדן באיש שמאס באשתו ללא סיבה ובא בעלילות שכביכול היא חולה. נבדק הדבר ולא נמצאו דבריו נכוחים והאשה אינה רוצה להפרד מבעל נעוריה. כתב הרב תעלומות לב, שאין זה תקנה לאשה שנחייב אותו במזונותיה, והיא תשב עגונה בודדה וגם הוא ישב לבדו ולא ינצל מהרהורי עברה. לאחר שכל ההשתדלויות, שיחזור אליה לא נשאו פרי, ועברו י״ח חודש שאין ביניהם קשר (כמו שכתב הגר״ח פלאג׳י זצ״ל בספר חיים ושלום, שלאחר י״ח חודש ראוי להשתדל שיהיה גט בין הניצים). בנסיבות אלו יש לבית הדין לחייב את הבעל שיפייס אותה במתן הדמים וליתן לה הגט. ושם בתעלומות לב, ח״ב דף ל״ו ע״ג, הביא הסכמה של בית הדין שבטרבולוס (לוב) על ענין זה. בהסכמה של בית הדין צדק נאמר, כשאדם מגרש את אשתו ללא סיבה מוצדקת ינסו בית הדין לדחות הגרושין זמן מה, שאולי יתפייסו ביניהם, ואם מתמשך הזמן ואין שלום, אזי יחייבו אותם להתגרש ויוסיפו לה שתות על כתובתה.

התעלומות לב מביא בתשובתו את דברי הריב״ש (סי׳ צ״ח צ״ט), שמשתמש במושג פיצוי שיתן הבעל לאשתו, אך לא מדובר כשמוש בפיצוי לחיוב גט אלא פיצוי לאשה שתאפשר לבעל לשאת אשה שניה על פניה, בנגוד למוסכם עמה בחרם ונדוי. הריב״ש שם מעלה את ענין הפיצוי כהצעה לבעל ולא כדבר שיש בכוחו של ביה״ד לחייב את הבעל בנגוד לרצונו.

גם הרדב״ז (חלק א׳ סי׳ שכ״ז), שהובא ע״י התעלומות לב אינו מעלה את ענין הפיצוים לאשה במסגרת הסדר גרושין, אלא במסגרת פיצוי לאשה שתסכים לאפשר לו לשאת אשה שניה בנגוד לשבועתו. ובזה העלה הרדב״ז הצעה לבעל שכפיוס לאשה יתן לה דברים, וזאת בדומה לריב״ש הנ״ל.

בפד״ר ט״ו עמוד 211 מובא פס״ד של ביה״ד הרבני בחיפה שעוסק בהרחבה בעניין פיצוי גירושין, ומביא את דברי הריב״ש והרדב״ז הנ״ל כראיה לשמוש

במושג פיצוי גרושין. כאמור הריב״ש והרדב״ז לא עוסקים כלל בפיצויי גרושין וגם לא עוסקים בחיוב פיצויים על הבעל בנגוד לרצונו, כך שאין ללמוד מדבריהם על ענין מנהג פיצוי גירושין למטרת בצוע גט. כידוע, מנהג מחייב ובר כח, רק כאשר קיימים הנתונים והתנאים שע״פ הוא הונהג.

בשו״ת משפטי עוזיאל (אהע״ז ח״ה סי׳ צו) כתב שבדורות האחרונים הנהיגו ברוב בתי הדין בארץ ישראל כשאין אפשרות לשלום בית, מחמת פשיעתה של האשה, עצה ותושיה לפייס את האשה בקבלת גיטה בהוספה על דמי כתובתה לפי ראות עיני בי״ד לעשות תקנת האשה ולפי מצב יכולתו של הבעל כדי שתתפייס האשה לקבל גט מרצונה.

וכן כתב בשו״ת ישכיל עבדי (ח״ה סי׳ ה׳) באשה שלא נבנתה בזרע של קיימא במשך עשרים שנה, והבעל רוצה להתגרש, אלא שתעודות רפואיות שהגישה האשה מצביעות שלאשה אין מניעה מלהתעבר, כך שיתכן שהגורם לכך שהיא לא נתעברה נובע ממנו, ולכן אין לחייב את האשה לקבל גט ללא כתובה ופיצוי. וכתב שם הרב על פסק ביה״ד האזורי, וזה לשונו ״היא הנותנת שמפני שאין מן הדין לחייב האשה בגט לכן על הבעל מוטל לפצותה עד שתסכים״. קיימות תשובות נוספות בשו״ת ישכיל עבדי - שעוסקות בענין פיצוי גרושין, ח״ו סי׳ ע״ה ושם סי׳ ע״ט ושם סי׳ פ״א. המשותף לכל תשובות אלו שמדברות כשהאיש תובע גירושין בלא עילת חיוב גט וביה״ד מפעיל את ״מנגנון״ הפיצוים ע״מ שהאשה תסכים לבצע את הגט.

הסוג האחר של מנהג בית דין ליתן פיצוי גרושין קיים כאשר אשה תובעת פיצויים במסגרת הגירושין. סוג זה של מנהג לפיצויי גרושין מצינו בעיקר בפסקי דין שיצאו מלפני בית הדין הגדול לערעורים שישבו בהם הרבנים הראשיים לישראל הגרי״א הלוי הרצוג זצ״ל והראשל״צ הגר״י עוזיאל זצ״ל, פסקים אלו ברובם נמצאים באוסף ורהפטיג.

פסק ביה״ד הגדול לערעורים של הרבנים הראשיים לישראל והגאון הרב משולם ראטה זצ״ל (מובא בקובץ הנ״ל עמוד קנ״ז מספר תיק 1/24/707) דן בפסק דין של ביה״ד אזורי על פיו חייב ביה״ד את האשה לקבל גט פיטורין מבעלה ועל הבעל לשלם מאה לא״י לאשתו תמורת כל תביעותיה. זאת בתביעת בעל, שפנה מספר שנים שהאשה תחזור הביתה והאשה אינה חוזרת ומעמידה פנים כאילו רוצה בשלום ודורשת דרישות מופרזות ואינה חוזרת לבעלה ומצב זה נמשך שנים כשהבעל שרוי בלא אשה.

האשה בערעורה טענה שהאשמות נגדה אינן צודקות וקובלת כנגד פסה"ד שאחרי שלושים שנות נשואין זורקים אותה מביתה ככלי שאין חפץ בו. בפסק הדין כותב ביה"ד בזה"ל:

"בית הדין הגדול מוצא שאי אפשר לפטור אשה שחייתה עם בעלה עשרות שנים וילדה וגדלה בנים ובנות, בלי פצוים מתאימים ולכן מחזירים הדבר לביה"ד הראשון לדיון בדבר מדת הפיצויים אחרי הערכת רכושו".

ובמסקנה כותב שם בית הדין:

"במקרה של גרושין, האשה, נוסף לכתובה זכאית לפיצוים מתאימים לרכוש הבעל, לתקופת הנישואין ולמסבותיהם".

ביה"ד הגדול דחה את ערעורה על עצם חיוב הגט, אבל קיבל את הקובלנה שלה שאין זורקים אשה לאחר שלושים שנות נשואין בהם חיו יחדיו בלי לפצותה, וביה"ד מבקש מבית הדין האזורי שיקבע את מדת הפיצויים אחרי הערכת רכושו. ניתן לפרש דברי ביה"ד שיש להתחשב בתרומתה של האשה לרכושו של הבעל שנצבר במשך שנות חייהם המשותפים, וביה"ד ע"פ שקול דעתו יקבע את גובה סכום הפיצוי שנתן לחייב את הבעל עם הגרושין. ניתן גם לפרש שהערכת רכושו באה לקבוע את גובה הפיצויים בהתאם להערכת רכושו ולא ששנות החיים המשותפים יזכו זכויות שיתוף לאשה.

באוסף ורהפטיג הנ"ל מובא פס"ד נוסף של ביה"ד הגדול בהרכב הרה"ר והגאון הרב יעקב קלמנס זצ"ל (שם עמודים פ"ג-פ"ה). ביה"ד דן בבני זוג שיסדו מסעדה במרכזה של עיר והמסעדה הכניסה רווחים נאים. ברם החיים המשפחתיים היו מלאים ריב ומחלוקת, ביה"ד האזורי הכיר בעובדה שחיי בני הזוג קשים יחד ופסק שעליהם להתגרש ושעל הבעל לשלם לאשה סך 600 לא"י עבור כתובתה ופיצויה. שני הצדדים ערערו לביה"ד הגדול. האישה טענה כנגד עצם חיוב הגט ובנוסף לכך טענה שהסכום של 600 לא"י, הוא נמוך בהתחשב עם הרווחים הגדולים שהמסעדה מכניסה, והיא עמלה רבות ביסודו והתפתחותו של העסק.

בפסק דינו דוחה ביה"ד את ערעורה של האשה לגבי הגרושין, אבל מקבל את ערעורה לגבי תביעת הממון ומחייב את הבעל אלף ומאה לא"י בכתובתה ופיצויים. ושם בנמוקי פסה"ד נאמר בסעיף ב':

"ואשר לגובה הפיצוים, יש להביא בחשבון את העובדה שהאשה השקיעה ממיטב כוחותיה בעסק בעלה. <u>הגם שלפי הדין המחייב</u> (כל זמן שהרבנות הראשית לא תיקנה תקנה כזאת) <u>אין יסוד בגלל זה לתת לאשה את חצי הרכוש כדין שותף שווה בשווה</u>, הרי בכל אופן יש להביא בחשבון

עובדה זו כגורם חשוב בקביעת הפיצויים שעל הבעל לשלם במקרה של גרושין כפי הנהוג בכל בתי הדין של כנסת ישראל בארץ".

באותו קובץ מובא פס"ד נוסף של ביה"ד הגדול בהרכב הרבנים הראשיים זצ"ל והגאון הרב יוסף לוי זצ"ל (עמודים ק-ק"ב), שדן בערעור אשה לחייב את ביה"ד האזורי לדון במסגרת הגרושין בתביעתה לפיצויים. ביה"ד הגדול החזיר את הדיון בתביעה זו לבית הדין האזורי "לדון בנוכחות הצדדים ולקבוע סכום הפצויים שהבעל צריך לתת לאשתו בהתחשבות עם מצבו ויכולתו". ביה"ד האזורי הגדיל חיוב הבעל לתשלום הכתובה והפיצוים בתוספת של 250 לא"י על הסכום הראשון, וזאת על בסיס העובדה שמשכורתו של הבעל כקצין בדרגתו, הוגדלה בלמעלה מ - 150 אחוז בהשוואה למשכורת שקבל בדיון הראשון שהיה בביה"ד. האשה ערערה על פסק זה בחלק הנוגע לגובה הפיצויים בטענה שאין סכום זה הולם למצבו ויכולתו של הבעל בדרגתו הצבאית, והיותו מהנדס בהשכלתו המדעית שמאפשרת לו לקבל משרה גבוהה מתאימה גם לעתיד בחיים האזרחיים, ותבעה הגדלת גובה סכום הפיצויים. ביה"ד הגדול קבל את ערעורה והגדיל את סכום הפיצויים, ומנמק זאת שם בסעיף ג':

"ואשר לסיבות עצם הפיצויים וקביעת סכומם מצא ביה"ד הגדול טענת המערעת צודקת ביסודה שאם אמנם אין לבעל היום איזה רכוש קרקעי או שוה כסף שהוא ידוע לביה"ד, אבל השכלתו, ידיעותיו המקצועיות וכן מצב משפחתו והקשרים שיש להם - יש בידם כדי להבטיח לו עתיד כלכלי איתן. משום כך, יש להגדיל את סכום הפיצויים בהתאם להוראה הקודמת של ביה"ד הזה... לקבוע סכום פיצויים בהתחשב עם מצבו ויכולתו של הבעל".

פסק דין של ביה"ד הרבני בחיפה (פד"ר כרך א' עמודים 129-139) שהובא בפסה"ד דנן נשוא הערעור כמקור הלכתי לחיוב הפיצויים, עוסק ג"כ בתביעת פיצויים של אשה כאשר יש דרישה של שני הצדדים להתגרש כל אחד מסיבתו. על בסיס מה שנוהגים בתי הדין הרבניים בישראל לקבוע פיצויים לאשה. קביעת גובה הפיצוי מסורה לשקול דעת ביה"ד וכפי שנאמר שם בעמוד 137.

"והנה בנוגע לעיקר שאלת הפיצויים, כבר נהגו בביה"ד בישראל לקבוע פיצוים לאשה, לפי שקול דעת בי"ד, בהתאם לכל המסיבות ובהתאם לגודל הרכוש והמצב הכלכלי של הצדדים. נוהג זה הוא גם במקום שאין מחובת הבעל לתת גט אלא הגט בא כתוצאה מהמצב האוביקטיבי הקיים ביניהם. ההבדל הקיים במקרים של חיוב הבעל לתת גט, לגט הניתן מתוך הסכמה הדדית, הוא רק בנוגע לגובה הפיצויים המסור

לשקול דעת ביה"ד. ומאחר שנהגו כך, יש ללכת אחרי המנהג. ועי' אהע"ז סי' ס"ו סעיף י"א. לאחר שביה"ד בדק את הנסיבות והמצב הכלכלי של הבעל בא ביה"ד לכלל מסקנא שעל הבעל לתת פיצוים וכתובה לאשה בסך של ארבעת אלפי לירות".

העולה מפסקי דין הנ"ל, שאותם בתי הדין נהגו לחייב את הבעל פיצויים כאשר האשה תובעת בנוסף לכתובתה לקבל מבעלה כספים שנמצאים אצל הבעל, בטענה שבמסגרת חייה המשותפים השתתפה בשמירת וטיפוח רכושו ונכסיו, ותרמה לתוספת הנכסים שנרכשו והגדלת ערכם.

ביסוד תביעת האשה לפיצוים ומנהג בתי הדין לחייב הבעל בפיצוים, מונחת הקביעה שחייה המשותפים של האשה עם בעלה, תרמו לנכסים, לרכוש וליכולת הכלכלית של הבעל. בתי הדין אלו נהגו לקבל את הבסיס לתביעה ממונית זו של האשה לא מכח תביעה של בעלות קנינית דוגמת נכסי מילוג או נכסים וזכויות ממוניות שנמצאות אצל הבעל והם בבעלות של האשה, אלא מכח הטענה המוסרית שלא ניתן להוציא את האשה בלא קבלת זכויות ממוניות שנמצאות אצל הבעל כתוצאה מחייהם המשותפים ותרומתה לקיומם שמירתם ושגשוגם. וכמו שכתב בספר "ויען את אביהם" לרבי אברהם פאלאג'י (ח' אה"ז סי' א'):

"הלא צריך אתה לדעת שיכול להיות שמזלה גרם לו להתעשר".

על כן כתנאי להפעלת מנהג פיצויים אלו, קבעו בתי הדין שיש להעריך את רכושו, זכויותיו הכספיות ואף כח השתכרותו, שגדל במסגרת החיים המשותפים עם האשה. ביה"ד בקביעת גובה סך הפיצויים מתחשב במשך שנות הנישואין, אופן השיתוף הישיר והעקיף של האשה בנכסים אלו, ויכולתו הכלכלית של הבעל במועד הגרושין. שקול דעתו של ביה"ד לקביעת מנהג הפיצויים מותנה בבדיקת כל הנתונים הרכושיים והכספיים האלו והם מהוים את המסגרת המחייבת של מנהג חיוב פיצוי גירושין. מנהג זה של בתי הדין שתלוי ומסור לשקול דעתו של בית הדין, אין בו לתת לביה"ד להכריע ע"פ שקול דעת שאינו בנוי על בדיקת הנתונים האמורים. הלכה ברורה היא שכאשר בי"ד מבקש להשתמש במנהג פיצויים בגרושין, שנהגו בו בתי הדין, עליו להיות צמוד לאופן ולתנאים שבמסגרתם פעלו ונהגו ואין לך במנהג אלא חידושו, מה שנהגו בו בפועל. ומאחר וחיוב פיצויים זה נוגע לממון, חלים עליו כללי המנהג כפי שנפסק בשו"ע אה"ע סי' ס"ו סעיף י"א, שבעניני ממון שבין איש לאשה יש לנהוג כפי המנהג, "והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה". וכפי שנתבארה הלכה זו בשו"ת הר"א מזרחי סי' ט"ז (דף ל"ב, טור ב') ובשו"ת מהרשד"ם (ח' אה"ע סי' קל"ד) וכפי שכתב שם בבאור הגר"א (ס"ק מ"ח ד"ה והוא שיהיה) דטעם דמנהגא דכל

דנסיב אדעתא דמנהגא כמ״ש ברי״ף פ״ז ביבמות, לכן צריך שיהיה ידוע המנהג ההוא לכל.

דברים אלו י״ל גם ביחס למנהג בתי דין הנוגע לעניני ממון בין בני זוג. תוקף המנהג שנוהגים בתי הדין נובע מכך שהצדדים קבלו על עצמם שיתנהגו ע״פ מנהג ביה״ד ויראו עצמם מחוייבים לפעול בהתאם לזה שביה״ד יחייבם מכח המנהג. ביה״ד עצמו יכול ע״פ מנהג לחייב פיצויים כשהם כפופים לתנאים ולאופן הנוהג חיוב פיצויי גירושין.

כפי שמצינו היו בתי דין שחייבו לשלם לאשה פיצויי גרושין והתבססו על הקביעה שקיים מנהג בבתי הדין לחייב, ובזה מתעוררת שאלה עקרונית, נקבע בשו״ע אה״ע סי׳ סו סעיף י״א בהלכות מנהג. ״והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה״. מתוך עיון בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים מתברר שמנהג פיצוי גרושין, מסיבה ממונית, לא נתקבל על רבים מבתי הדין ובפועל כאשר הועלתה שאלת פיצויי גרושין לא פעלו על פי מנהג זה ואף נמנעו מלדון בו.

בפד״ר א׳ ע׳ 113 בפס״ד שניתן ע״י הגאונים הרב א. גולדשמידט זצ״ל הרב ש.ש. קרליץ זצ״ל הרב י. בבליצקי זצ״ל, ביה״ד לא התיחס כלל לתביעת פיצויים מסיבה של ממון. בפד״ר ח״ב ע׳ 46, בתביעת אשה לפיצויים על סבל שנגרם לה מבעלה במישרין ובעקיפין, ביה״ד לא פסק לה פיצויים מעבר לסכום הכתובה.
בפד״ר ד׳ עמוד 131, ובפד״ר ח״ה עמוד 306, בפני הרבנים הגאונים הראשל״צ הגר״ע יוסף שליט״א, הגר״א ולדינברג שליט״א והגר״י חזן זצ״ל, לא התיחסו לתביעת פיצויים, וכן בפד״ר ח״ח עמוד 17, ועוד.

וכן לא מצאנו שבתי דין אחרים בארץ ובחו״ל, שאינם שייכים למערכת בתי הדין הרבניים מחייבים פיצויי גירושין, שיסודם ממון. כך שניתן לומר שהמנהג אינו פשוט בין כל הדיינים. אדרבא רוב הדיינים לא נוהגים ליתן פיצויים לאשה בעת גרושיה, כשתובעת אותם על יסוד טענות לזכויות ממוניות. על כן אין במנהג זה כח ליצור חיוב על בעל ליתן פיצויים וצריך לדון בתביעת פיצויים אלו על פי הדין.

פניתי לכבוד מרן הגאון הרב י.ש. אלישיב שליט״א לשמוע דעתו ביחס לפיצוי גרושין והשיב לי, שכאשר מדובר בפיצויים שמטרתם להביא את האשה להסכים להתגרש יש מקום לחייב הבעל ליתן לאשה בנוסף לכתובתה תוספת כפיצויים (זה מתאים לסוג א׳ של פיצויי גרושין כפי שנתבאר לעיל). אולם תביעת פיצויים

המתבססת על זכויות ממוניות הקשורות לתרומתה של האשה לממון ורכוש הבעל בחיים המשותפים (זה מתאים לסוג ב׳ של פיצויים בשעת גרושין כפי שנתבאר לעיל) קבע מרן שליט״א, שאין לנהוג כך בבית הדין לחייב הבעל בתביעת פיצויים מסוג זה.

עמדה זו משתקפת גם מכמה פסקי דין של ביה״ד הגדול שכבוד מרן הרב שליט״א היה יו״ר ההרכב או חבר בהרכב (עיין פד״ר ח״ו, ע׳ 257, פד״ר ח״ז ע׳ 111, פד״ר ח״ח ע׳ 36, פד״ר ח״ט ע׳ 65).

לאור האמור נבוא לבחון על איזה סוג ואילו נסיבות נשען ביה״ד האזורי בפסה״ד על מנהג בתי הדין לחיוב הבעל בפיצויי גירושין. בפסה״ד נאמר: שהאשה זכאית לפיצוי מסויים, בנוסף למה שמגיע לה מכח הכתובה, ובנוסף לרכוש השייך לה, כך נוהגים בתי הדין בישראל, וביה״ד מפנה לפד״ר ח״א עמוד 137-138 ולפס״ד של ביה״ד הגדול פד״ר חל׳ י״ב 123-124.

עיון בפסה״ד שבפד״ר ח״א הנ״ל, מלמד שחיוב הפיצויים לא שייך לסוג א׳ של פיצויי גרושין כנ״ל. משום שבפס״ד זה מדובר בנסיבות שהאשה והבעל חפצים בגירושין וחיוב הפיצויים לא נועד לקבל הסכמת האשה לקבל גט. וכפי שהוכחנו לעיל מתוך פסק דין זה, שבי״ד זה חייב את הבעל בפיצויים כאשר האשה תובעת כתוספת לכתובתה לקבל מבעלה כספים שנמצאים אצל הבעל בטענה שבמסגרת החיים המשותפים והשתתפותה בשמירת וטיפוח רכושו ונכסיו ותרומתה לתוספת הנכסים וגידול בערכם בתקופת הנישואין. היינו שביה״ד נהג לחייב פיצויי גרושין מהסוג השני, פיצויים הקשורים לתחום הממוני-רכושי וכל זאת מכח שכבר נהגו בתי הדין בישראל לחייב פיצוים אלו. וכפי שכתב בזה״ל: ״ומאחר שנהגו כן יש ללכת אחרי המנהג עי׳ באהע״ז סי׳ ס״ו סעיף י״א. לפי״ז במקרה דנן זכות האשה לפיצויים שמורה לה ועל ביה״ד לברר מידת הפיצויים בזה״. ונראה שביה״ד זה בהרכב הרבנים היו״ר הרב א.ע. רודנר זצ״ל הגרי״ז רוזנטל שליט״א והגמ״ב חמוי זצ״ל המשיך את המנהג שנהגו בעיקר בבית הדין הגדול לערעורים בתקופה שלפני קום המדינה. לפסוק בתביעת פיצויים של אשה מנסיבות רכושיות ממוניות.

אולם כפי שהוכח לעיל שלאורך עשרות שנים מאז קום המדינה, רבים מבתי הדין הרבניים ודיינים גדולים וחשובים לא נהגו בפועל לחייב בתביעות פיצוי גרושין המיוסדות על טענות ממוניות רכושיות שאינם מבוססות על הדין וההלכה. על כן אין לראות במנהג זה מנהג פשוט בכל המדינה, כפי שנפסק בשו״ע שם,

וביה״ד לא יכול לחייב הבעל בפיצויי גרושין מסוג זה על בסיס מנהג שאינו פשוט וברור בין כל בתי הדין והדיינים.

גם פסק הדין של ביה״ד הגדול מפד״ר ח׳ י״ב שם, שהובא בפסה״ד נשוא הערעור, אינו יכול להוות בסיס לחיוב תביעות פיצוי גרושין מסוג ב׳ הנ״ל. אמנם הרכב זה של ביה״ד הגדול ביסס החלטתו לחייב את הבעל ליתן לה מחצית רכושו או בשווי הקרוב לזה על מה שלדבריו נוהגים בתי הדין לחייב את הבעל לשלם לאשה פיצויים נוסף על הכתובה. וברור שבנה את שיקול דעתו לקבל תביעת אשה לפיצויים מכח הזכויות הממוניות שמבקשה האשה לקבל מחצית רכוש בעלה עקב החיים המשותפים עם בעלה. והדברים צ״ע, לאור העובדה כפי שהוכח לעיל שהרכבים חשובים אחרים בבית הדין הגדול לא נהגו לקבל תביעת פיצוי גרושין בנסיבות ומטעמים אלו, וכן גם סברו רבים מבתי הדין האזוריים, לא ניתן מכח מנהג להוציא ממון מהבעל כאשר המנהג אינו פשוט בכל בתי הדין ורבים לא נהגו כמוהו.

עצם העובדה שהרכב זה בבית הדין הגדול נהג לחייב פיצוי גרושין מסוג זה אינה משנה את המצב שקיים עד היום שרבים מבתי הדין אינם נוהגים לחיוב פיצויים אלו. וכן קבע מרן הגרי״ש אלישיב שליט״א כפי שהובא לעיל, שאין לנהוג כך בבית הדין לחייב הבעל בתביעת פיצויים מסוג זה.

לאור כל האמור לא ניתן לקבל תביעת האשה לחייב הבעל ב - 100,000 דולר מכח מנהג פיצויי גרושין מסוג זה.

אך נראה שיש לדון ולקבל את תביעת האשה לפיצוי גרושין, שכן בנסיבות שבנדון שבפנינו ניתן לחייב הבעל בפיצוי גרושין מסוג א׳ כמבואר לעיל. כפי שעולה מהחומר שבתיק האשה תבעה במשך שנים רק שלום בית וכי על הבעל לעזוב את אשתו השניה שנשא בנגוד להלכה ולחוק. אולם ברבות השנים הסכימה מחוסר ברירה לשמוע על אפשרות לקבל ג״פ בתנאי שיסכים לתנאים הכספים שהיא דורשת, שביניהם תביעתה לפיצויים. בפסה״ד נשוא הערעור הוכיח ביה״ד וקבע באופן חד משמעי, שמעשיו החמורים של המערער שנטש את המשיבה ותשעת ילדיהם, עזב לחו״ל ונשא את מזכירתו אשה שניה על אשתו תוך הפרת שבועה בתקיעת כף, ומרידה באשתו בזה שאינו חוזר אליה ומתעלם מכל חיוביו כלפי אשתו וילדיו במשך שנים רבות והוא האשם בהרס משפחתו. מכח זה ביה״ד חייב אותו בג״פ. ביה״ד דחה מכל וכל את תביעת הבעל לקבוע שהמשיבה מורדת והיא אשמה בהפרת שלום הבית. בנסיבות אלו נהגו בתי הדין להטיל

חיוב פיצויים על הבעל ע״מ שהאשה תסכים לקבל גיטה. עפ״ז השאלה שניצבת בפנינו היא לא עצם חיוב הפיצויים אלא מה גובה הפיצוי שניתן לחייב הבעל ע״מ שיתן הגט לאשתו וימלא בזה את חיוב הגט שהטיל עליו ביה״ד, וכן להסיר ממנו עוון נורא של הפרת שבועה חמורה בתקיעת כף, שעובר בזה ששידך וקידש ונשא אשה אחרת על אשתו.

יש לציין את דברי ביה״ד האזורי בפסק דינו, שידועה בציבור היא ודאי יותר ממשודכת, אפילו אם נקבל את טענת הבעל שלא נשא את מזכירתו לאשה כדמו״י. על כן בעצם המצב כיום שהוא חי בריש גלי עם האשה השניה ונולדו להם ילדים יש הפרה חמורה על שבועתו.

בנוסף לכך אם נקבל את טענתו שלא נשא האשה השניה כדמו״י, רובץ עליו עון על שחי עם אשה בלא חופה וקדושין. כמו״כ י״ל שבכל פעם ופעם שיצא המערער מארץ ישראל בנגוד לרשותה והסכמתה של אשתו הראשונה הוא עובר על שבועה חמורה כפי שנשבע בכתובה שלא יצא מארץ ישראל כי אם ברשותה והסכמתה. על כן חובת ביה״ד להציל הבעל מהמצב האסורי החמור שהוא נמצא בו מהסיבות שמנינו וזאת ע״י ביצוע הגט.

סכום ה - 100,000 דולר שמבקשת האשה כפיצויים בתמורה להסכמתה לקבל ג״פ מבעלה בא על רקע המציאות הקשה ורבת הסבל שעברו האשה וילדיה מזה כעשר שנים מאז שהבעל נתן עיניו באחרת, נשא אותה לאשה וחי עמה בריש גלי, נטש את אשתו וילדיו, הפסיק למלא חובותיו כלפיהם והפיל על כתפי האשה את כל עול המשפחה, גידול הילדים וחינוכם. האשה והילדים מתגוררים בדירה שאינה בבעלות האשה ועד היום קיים חשש שבנסיבות מסויימות הם עלולים להיות מפונים ממנה.

ביה״ד האזורי בדק את מדת היכולת הכלכלית, רכושו והכנסותיו של הבעל קביעת מצבו הכלכלי רכושי של המערער, העילות לתביעת האשה לפצותה ע״מ שתקבל את הג״פ, ומצבו האיסורי בו נמצא המערער, מהוים את הנסיבות שנותנים ביד ביה״ד את שקול דעתו לקביעת גובה סכום הפיצוי שניתן לחייב הבעל. בקונטרס שצרף המערער, שדן בנושא חיוב פיצוי גירושין מובאים דברי פוסקים שדנים בחיוב פיצויים ומעלים בשקול דעתם סיבות לחיוב בצורך לבצוע הגט ע״מ להציל הבעל מאסורים ולזכותו במצות. ונציין כמה מהם.

בשו״ת תעלומות לב להר׳ אליהו חז״ל זצ״ל (הובא דבריו לעיל, כדוגמא לחיוב פיצויים ע״מ לבצע גירושין) הוא עוסק בנסיבות דומות לנדון דנן, שרצונו

של הבעל בגרושין אינו מבוסס על עילות שמצדיקות חיוב גרושין של האשה, והאשה אינה רוצה להפרד. וקביעת פיצוי לאשה ע״מ שתסכים להתגרש (כפי שכתב בסכום התשובה שם אה״ע סי׳ א׳) במטרה להפסיק את המצב שהאשה גלמודה והוא יושב לבדו ואינו ניצול מהרהורי עבירה. כלומר שנתינת הגט פעל גם לטובתו להצילו מהרהורי עבירה ולהצילה מהיותה גלמודה.

ושם בתשובתו מביא שנצטרפו אליו דייני העיר טראבלס וכתבו וחתמו בפנקס בי״ד הצדק הסכמתם, כאשר הבעל מסרב לרצון האשה לשלום בית ורוצה בגט בלא נמוק צודק והאשה מסרבת לקבל הגט, בזה״ל:

> ״והבי״ד יבינו בחכמתם שא״א לשניהם לדור עוד במקום אחד כי אז כדי שלא להניח האשה עגונה אלמנות חיות והאיש ג״כ שרוי ללא אשה יזדקקו הבי״ד לתת גט בתנאי שמלבד סכום כתובתה נדוניא ותוספת שישלם במעות מדודין בעין. עוד זאת יתן לה פיוס שתות נוסף על כתובתה. ד״מ אם כתובתה מאה ועשרים בין הכל יתן לה מאה וארבעים וכן על זה הדרך לפי ערך כתובתה, ולמען תהיה לעדה ולמזכרת לדור אחרון כתבנו וחתמנו פה העיר טראבלס״.

כלומר הבסיס לשקול הדעת של התעלומות לב וחברי ביה״ד לחיוב הבעל בפיצוי ופיוס לאשה שיש בזה, טובת האיש שלא יהיה באסור, וטובת האשה שלא תהיה אלמנה חיה.

בשו״ת גבעת פנחס להפלאה (סימן ב׳) דן בבעל ששהה עשר שנים ולא ילדה לו אשתו, וכתב שכאשר האשה אינה רוצה בגרושין שיש לחייב הבעל לפצות את האשה שתסכים לגרושין, שע״י זה יוכל לקיים מצוות פו״ר, דאז משערין את ערך הפיצוי לפי עשרו בעת קיום מצות פו״ר ושעור זה יהיה מחויב לתת לה לרצותה. ע״פ זה הדברים ק״ו, אם לקיום מצות פו״ר קובעין את ערך הפיצוי ע״פ עושרו. ק״ו בנדון דנן שסיבת חיוב הפיצוי היא להצילו מאיסורים חמורים של הפרת שבועה ותקיעת כף שעובר בהם בכל שעה, שיש לחייבו שעור פיצוי שמתאים לעושרו ורכושו, שכן ע״מ להנצל מאסורים דאורייתא חייב לשלם אדם כל ממונו. עיין רמ״א או״ח סי׳ תרנ״ו סעיף א׳).

גם בספר ״פדה את אברהם״ לר׳ אברהם פלאג׳י (בן הגר״ח פלאגי) כפי שהביא בקונטרס שצורף לערעור, שברור הדברים הם דברי הג״ר יוסף פלאגי (בנו) ששיתף בהם את חכמי ישיבת בית הלל למצוא את בסיס לפיצוי שהבעל

צריך ליתן לאשה ע"מ שהוא יוכל לקיים מצות פו"ר שהוא מצוה בה. וכן דן שם שסיבת הפיצוי ליתן לאשה משום בושתה של האשה מעצם הגירושין.

מדברי הפוסקים הנ"ל נראה שהמרכיב העיקרי בשקול דעת בי"ד לחייב הבעל ליתן פיצוי לאשה לביצוע הגט נובע מסיבות ששייכות לבעל בתחום המצות שהוא מצוה בהם ומסיבות שקשורות לאשה שבגינם תקבל את הפיצוי לשם בצוע הגט.

וכפי שכתבנו לעיל שהמנהג לחייב פיצוי גירושין למטרת ביצוע הגרושין בנסיבות האמורות קיים ומקובל, וניתן ע"פ לחייב פיצויים על הבעל כדי שהאשה תסכים ג"כ לקבל ג"פ, אע"פ שלא חייבת בזה כמבואר.

למסקנת דברינו השאלה שניצבת בפנינו מהו שיקול הדעת שנתון ביד בי"ד לקביעת גובה הפיצויים שיחויב המערער לשלם, והאם הסכום הכללי שקבע ביה"ד האזורי אינו חורג משקול דעת הראוי. התשובה לכך תלויה בשאר התביעות הממוניות רכושיות של האשה שביה"ד האזורי קיבל אותם.

דברינו התייחסו לחלק תביעת הפיצויים של האשה שעומדת ע"ס 100,000 דולר. כפי שעולה מסכומי האשה בתביעותיה הממוניות, היא טוענת שמאחר והאשה השקיעה בהקמת המפעל ממיטב כוחותיה ועבדה עם בעלה 12 שנה בהקמת המכון ובפיתוחו יש לה חלק בשווי ובמוניטין לפחות ב - 250,000 דולר. לא נראה שביה"ד האזורי בפס"ד קבל תביעתה זו של האשה, ואין תביעה זו כלולה בסך הכולל של 350,000 דולר. לא שמענו שע"פ ההלכה אשה שעובדת עם בעלה במפעל או בעסק שלו, הופכת להיות שותפה מלאה וזוכה בקניני בעלות באותו מפעל אלא א"כ התנו זאת ביניהם הבעל והאשה במפורש שעבודתה והשקעתה במפעל יש לראותה כשותפה מלאה במפעל או בעסק.

גם לענין תביעת הכתובה של האשה כשהיא צמודה למדד המחירים לצרכן, לא ברור האם ביה"ד קבל תביעה זו במלואה והצמיד את סכום הכתובה או שמא נהג כרוב בתי הדין שאינם מצמידים למדד או לדולר כתובות שנשתנה ערך המטבע הכתובה בהם. על כן גם לגבי חיוב הכתובה לא ברור כמה חלקה בסכום הכללי שחייב המערער.

ביה"ד, בפסה"ד נשוא הערעור קשר את ענין תביעת האשה בדירת המגורים שגרים בהם האשה והילדים, לענין שאר התביעות הממוניות של האשה, ופסה"ד

הסופי לסכום הכללי ע״ס 350,000 דולר מרכיב בתוכו את תביעת האשה בענין הדירה.

האשה תובעת שהדירה בה היא מתגוררת תשאר כולה רשומה על שמה והמערער מצוה לפעול לרכישתה ורישומה ע״ש.

עובדתית הדירה כיום אינה רשומה ע״ש אף אחד מהצדדים, ונשארה עדין רשומה ע״ש הקבלן. הצדדים שלמו להקבלן עבור רכישת הדירה את סכום שוויה אז פחות 40,000 דולר שנשארו ביד הבעל עד שיוסדרו התנאים לאפשר לרשום בטאבו את הדירה ע״ש שניהם. ברשותו של הקבלן נמצאים היום סכומים שחלקם שייך לאשה, אותם כספים שקבלה האשה תמורת חלה בדירות הקודמות שהיו רשומות גם על שמה ויש להניח שחלק זה אינו מגיע לסכום מחצית מהנמצא ביד הקבלן, שכן הדירה הנוכחית בה גרה האשה נמצאת באיזור מגורים יקר, וודאי שהיו צריכים להוסיף הרבה כספים מעבר לכספים שהיו ברשותם מהדירות הקודמות. במדה והמערער יפעל כפי שפסק ביה״ד, שמידה והבעל ישלם את יתרת החוב לקבלן ויעביר את הדירה של האשה כשהיא נקיה מכל שעבוד וישא בכל הוצאות הרישום, על פי פסיקה זו ביה״ד האזורי רואה שבזה שהאשה קבלה חזרה בעלות על הדירה מתמלאים כל תביעותיה הממוניות הנ״ל, פרט ל - 50,000 דולר שיהיה חיוב לתת לה כהשלמה לסך כל תביעותיה. לפי״ז ברור שהסכום הכולל ע״ס 350,000 דולר שחייב ביה״ד בגין כל תביעותיה הכספיות נקבע לא רק עבור תביעותיה הכספיות אלא גם עבור תביעתה הרכושית שנוגעת לדירה, והחשש שיש לה, שהסבוכים שנוצרו סביב לרכישת הדירה וקביעת הבעלות עליה עלולים להשאירה ללא קורת גג לראשה. על כן לאור זאת ולאור כל האמור איני מוצא מקום להתערב בשלב זה בפסיקתו של ביה״ד.

הרב יצחק אלמליח

תביעה לחייב אשה חולה בגירושין

הצדדים נישאו זל״ז כדמו״י בתאריך 11.4.78. מנישואין אלו, לא נולדו ילדים עקב בעיות רפואיות של האשה. בדיונים שהתנהלו בפנינו טען הבעל שתי טענות שבגינם יש לחייב את האשה בגירושין:

א. מאחר והם חיו יחדיו למעלה מעשרים שנה ולרוע המזל לא הצליחה האשה להביא ילדים לעולם.

ב. האשה בעלת ריב ומדון והחיים איתה בלתי נסבלים.[1]

טענת הבעל, שהאשה אינה ראויה ללדת, וכן הצהירה האשה באמצעות ב״כ בביה״ד, כי אין היא מסוגלת עוד ללדת, ובפרט שהאשה כיום כבת 49 שנה, שזה גיל שאין ספק בזה שאין כל סיכוי לילדים, ולכן מבקש להתגרש כדי שיוכל לישא אשה בת בנים לקיים מצות פו״ר, ומאחר שהוא כיום בגיל 50 שנה וכל יום שעובר מפחית את סיכויו למצוא אשה בת בנים, ולכן יש לחייב את האשה לקבל גיטה בהקדם האפשרי.

בקשת האשה בפני ביה״ד, לדחות את תביעת הגירושין של הבעל, וזאת עקב מצבה הרפואי הקשה ביותר, מאחר והיא סובלת ממחלה ממארת במלוא חומרתה, ובקשה הן בהתאם לד״ת והן בהתאם לכל מידה של אנושיות בסיסית, ומן הראוי להפסיק לאלתר את ההליך המשפטי בתביעת הגירושין, ולאפשר לה להתמודד מול המחלה הממארת במקום לכלות את כוחותיה הפיזיים והנפשיים במסגרת התדיינות בפני ביה״ד מול השמצותיו של הבעל.

האשה עותרת בנוסף לכך, לחייב את הבעל לשלום בית ולסמוך אותה במחלתה, שכתוצאה מנטישת הבעל וההתדיינות המשפטית חלה נסיגה גדולה במצבה הנפשי, שהתדרדר לדיכאון שחייב טיפול תרופתי.

---

1 נימוקים בתיק 7110/תש״ס בביה״ד האיזורי ת״א, ש.ז. נ׳ ש.מ. על פסק הדין הוגש ערעור (3283/ס״ב ש.מ. נ׳ ש.ז.) ביה״ד הגדול ניסה לגשר בין הצדדים ומשלא הצליח, אישר עקרונית את פסק הדין, אבל החזיר את התיק לביה״ד האיזורי למצוא הסדר מוסכם לסידור הגט. הואיל וכל הנסיונות עלו בתוהו, חזר ביה״ד האיזורי על החלטתו. עירעור חוזר שהגישה האשה נידחה, והאשה חויבה לקבל את הגט ללא דיחוי.

הטיעון ההלכתי שכותב ב״כ האשה מתבסס על שלוש נקודות:
א. חובת הבעל לדאוג לרפואת אשתו.
ב. איסור גירושין של חולה במקרה של רפואה שיש לה קצבה.
ג. איסור גירושין כללי במקרה מעין זה בגלל גדרי פיקוח נפש.

לעומתו טוען ב״כ הבעל, לא רק שלא קיים איסור בגירושי אשה חולה, אלא קיימת חובה הלכתית לגרש את אשתו, ואין הדבר נפול בגדר חוסר דרך ארץ, וזאת כידוע שמצוות פרו ורבו הינה מצוה מדאורייתא והינה המצוה הראשונה שהצטווה בה האדם. וכפי שנפסק בפס״ד רבים כשאין לאשה סיכויים להרות יש לחייבה בגט אף אם לא עברו עשר שנים, וכ״ש בנדון דידן שהזוג נשוי למעלה מ-23 שנים.

ע״כ סיכום טענות הצדדים.

השאלות העומדות לפנינו לבירור הם כדלהלן:
א. האם חרם דרבינו גרשום נאמר גם במקום שהבעל רוצה לקיים מצוות פו״ר.
ב. מה הדין במקום קטטה והבעל מבקש להתגרש כדי לקיים מצוות פו״ר.
ג. האם צריך לטעון בדוקא שרוצה ילד כדי לקיים מצוות פו״ר או מספיק שרוצה בילד. ומה הדין באדם שלא שומר תורה ומצוות ובא בטענה שרוצה בילד לקיים מצות פו״ר.
ד. מה הדין כשהאשה חולה והבעל מבקש לגרשה.

האם חדר״ג נאמר גם במקום מצות פו״ר

ראשית דברינו יש להבהיר, והדברים פשוטים שמה שכתב הרמ״א, אה״ע סימן א׳ סעי׳ ג׳, וכן בסימן קנ״ד סעי׳ י׳, שבזמן הזה נהגו שלא לכוף על מצות פריה ורביה, לא איירי אלא לענין לכוף את הבעל בגט, ולא איירי במקום שהבעל עצמו תובע גט. וכן כתב בפשיטות בשו״ת ״עין יצחק״ חלק ב׳ סימן נ״ז אות ח׳, ובשו״ת ״זקן אהרן״ חלק א׳ סי׳ ס״ב בד״ה ורק עי״ש.

והנה רבו הדעות הסוברות שבמקום מצות פו״ר לא נוהג חדר״ג: שו״ת הרשב״א חלק ב׳ סימן תמ״ו; נמק״י בשם הריטב״א ביבמות פרק הבא על יבמתו; שו״ת ״מהר״מ פדואה״ סימן י״ג וסימן י״ט; שו״ת מהרא״ם סימן י״ד; תשובת ״בית יוסף״ דיני כתובה סימן י״ד; ״זכרון יהודה״ לרבינו יהודה בן הרא״ש סימן פ״ט הביא תשובת רבינו גרשום עצמו שמתירין לו דאדעתא דהכי לא גזר [הובא באוצר הפוסקים סימן א׳ אות ס״ח]; וכן פסק הב״ש באה״ע סימן א׳ ס״ק ז׳,

וכן בסוף סימן קנ״ד, והביא שם תשובה מרבנו גרשום המובאת בהגהות המרדכי ביבמות פרק החולץ אות קי״ג שאפשר לגרש בע״כ, ועיין ב״דגול מרבבה״ שם.

מאידך יש חולקים וסוברים שאף במקום מצוה נוהג חדר״ג: שו״ת מהר״י מינץ סימן י׳; שו״ת ״מהרש״ל״ סימן ס״ה; וברמ״א אה״ע סימן א׳ סעיף י׳ הביא שתי דעות בענין זה;

בשד״ח מערכת אישות סימן ב׳ אות י״ח הביא בשם ה״צמח צדק״ החדש דרוב פוסקים ס״ל דלא גזר רבנו גרשום במקום מצוה. ובמקום שיש ספק האם חל חדר״ג או לא, זה תלוי במחלוקת הפוסקים האם חדר״ג הוא דאוריתא או אינו אלא מדרבנן עי׳ בשו״ת חיים ושלום ח״א סימן ח׳ ו - ט ובחת״ס אבה״ע סימן ב׳. הב״ש סימן א׳ ס״ק כ״א מביא בשם ה״דרכי משה״ שבמקום ספק יש להקל דאינו אלא מנהג ובספק מעמידים על דין תורה, וכן יעויין באוצר הפוסקים דף ח׳ על הדף שם, שורה ארוכה של פוסקים הסוברים דבספק חדר״ג יש להקל, ומאידך מובא שם כמו״כ פוסקים הסוברים דבספק יש להחמיר.

והנה המחלוקת הנ״ל אי גזר רבינו גרשום במקום מצות פו״ר או לא גזר, לא הוי אלא בגזרת חרם דגרושין בעל כרחה, וכן בחרם שלא לשאת אשה על אשתו ללא היתר מאה רבנים, משא״כ בלשאת אשה על אשתו ובהיתר מאה רבנים לכאורה לכו״ע לא גזר, וכפי שנבאר בהמשך דברינו.

וזה לשון החרם המובא בשו״ת מהר״ם מינץ סימן ק״ב, אות מ״ט:

> ״חרם תקנת הקהלות ששם רבינו גרשום מאור הגולה דאין לישא שתי נשים, ואין להתיר רק במאה אנשים מ-ג׳ ארצות ומ-ג׳ קהילות, וגם אותם לא יסכימו עד שיראו טעם מבורר להתיר וצריך שתהא כתובתה צרורה ומונחת ביד נאמן במעות או במשכונות״.

[ובאוצר הפוסקים דף ז׳ ע״ב על הדף, מובאים עוד נוסחאות דומות].

חזינן להדיא בלשון תקנת החרם דבטעם מבורר בצירוף מאה רבנים יש להתיר החרם.

וא״כ הרי אין טעם מבורר וגדול מזה שיוכל הבעל לקיים מצוות פריה ורביה, שמעיקר הדין כופין אף את הבעל בגט ע״מ לקיים מצוה זו, כמו שמובא במשנה ביבמות דף ס״ד ע״א:

> ״נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה אינו רשאי לבטל״.

וברי״ף שם על הגמ׳ כתב:

"והיכא דשהה עמה עשר שנים ולא ילדה ולא קא בעי לאפוקה ולמיסב איתתא אחריתי היו מפקינן לה מיניה בגט בעל כרחיה ואפילו בשוטין".

וכן כתב ברמב"ם הל' אישות פרק ט"ו הל' ז':

"נשא אשה ושהתה עמו עשר שנים ולא ילדה הרי זה יוציא ויתן כתובה או ישא אשה הראויה לילד, ואם לא רצה כופין אותו ומכין אותו בשוט עד שיוציא".

וכן פסק בשו"ע אבה"ע סימן קנ"ד דעי' י'.

וכן כתב להדיא בלי שום פקפוק הגאון הנצי"ב ז"ל בשו"ת "משיב דבר" חאה"ע סי' ח', דהדבר ברור בלי שום מחלוקת, דעל פי מאה רבנים מתירים לו לישא אחרת כשאינה רוצה לקבל ג"פ. וכל מה שמצינו שנחלקו בזה הוא אי בכה"ג לא גזר ר"ג כלל וא"צ לשום היתר, אבל הא מיהא לכו"ע מתירים לו ואין בזה שום חקירה, אחר דמתחילה תיקן ע"מ כן דבמקום טעם מבורר מתירים במאה אנשים עי"ש.

וכן כתב בשו"ת "נודע ביהודה" תנינא סימן ק"ב בד"ה ובזה נלענ"ד וז"ל:

"מ"מ היינו בלא התרת מאה רבנים דומאי דעובדא דהר"י מינץ וכו' אבל מודה הר"י מינץ שעל פי התרה ממאה רבנים מותר, ואנן שליחותא דרגמ"ה עבדינן בזה" עי"ש.

וכן כתב בשו"ת "זקן אהרן" להרב אהרן וולקין זצ"ל חלק א' סי' ס"ב ס"ק ה', דלכו"ע בצרוף מאה רבנים יש להתיר במקום מצות פו"ר לשאת אשה על אשתו ועל זה לא נחלקו דאין לך טעם מבורר גדול מזה.

וכן פסק בשו"ת "ציץ אליעזר", ח' י"ב סימן ע"ו, וז"ל:

"הנה לדעתי לית דין זה צריך בושש דבעברו עשר שנים ולא ילדה והבעל עדיין אין לו בנים כלל, והזוג גרים כל הזמן בא"י, ואליבא דכל החשבונות שרצה לעשות, יש כבר עכ"פ עשר שנים שלמות, בכעין נידוננו שעברו כבר עשרים וארבע שנה מנשואיהם בכל כגון דא אליבא דכו"ע חייבת לקבל ג"פ מבעלה לפי דרישתו, ובסירובה יש להתיר לבעל לשיא אחרת עליה אחרי שישליש סכום כתובתה, לכמה פוסקים אפילו בלי מאה רבנים, ולכמה פוסקים. וכן נהגינן, להתיר על פי מאה רבנים", עי"ש.

ואחר שהעלינו שבנ״ד לא נוהג חדר״ג מחמת מצוות פריה ורביה, א״כ גם לדברי המהרש״ל (מובא בב״ש בסי׳ ע״ט ס״ק), שבזמן הזה אפילו חולי ארוך אפילו אינה מוטלת על ערש דווי אינו יכול לגרשה בעל כרחה, דברי המהרש״ל אמורים באופן שנוהג בו חדר״ג, כגון שלא במקום מצוה אבל כאמור בנ״ד אין חדר״ג ממילא אין ראיה מדבריו (ובזה נדחו דברי ב״כ האשה שהסתמך באחת מראיותיו על דברי המהרש״ל הנ״ל).

ב. אלא שלאחר העיון בכתב סיכומים שהוגש לביה״ד ע״י ב״כ הבעל מתעוררת שאלה בנ״ד, וכך נכתב בסיכומים.

> ״בא בטענה שרוצה ילדים במקום קטטות״.
> מאז נישואי הצדדים סבל הבעל מאד במחיצת אשתו, ובמחיצת אמה חולת הנפש, שעברה להתגורר בביתם המשותף, חרף התנגדות הבעל, והשתיים הפכו את חיי הבעל לגהינום במשך שנים רבות. האשה ואמה אף שיתפו פעולה בדחיקתו של הבעל ״לפינה״ בהשפלתו ואף בתקיפתו. בצר לו, הגיש הבעל עוד בתחילת שנת 1994 תביעת גירושין בביה״ד... בחודש מאי 1998 משהגיעו מים עד נפש החליט הבעל לעשות מעשה, לעבור ולהתגורר בדירת אמו בפ״ת.
> העולה מזה, שמאז נישואי הצדדים לא שרר שלו״ב בביתם, וכדברי הבעל, שבמשך שנים רבות, הפכו את חיי הבעל לגהינום, ורק בשנת תשנ״ח הגיש הבעל תביעה לגירושין ובה מעלה את רצונו בילדים.

א״כ מתעוררת בזה השאלה אולי העילה האמיתית שרצונו להתגרש מאשתו היא עקב מצבו הקשה בבית, אבל לא מחמת רצונו בילדים.

וכן כתב בשו״ת ״ושב הכהן״ סי׳ כ״ה, בדין שהתה עשר שנים ולא ילדה, שאם יש קטטה ביניהם כו״ע מודים שאין כופין אותה לקבל גט. וכעין מ״ש הרמ״א בהג״ה ס״ס קע״ח, שאם היה לו קטטה עמה אינו נאמן לומר שמאמין לדברי העד שזינתה, דבודאי מחמת שנאה אומר כן. וה״נ בנ״ד נשארה תקנת רגמ״ה במקומה. ובפרט, בזה״ז שנהגו שלא לכוף וכו׳ ואולי לא ישא אשה אחרת בת בנים וכו׳ עכת״ד. ועי׳ בפ״ת סי׳ קנ״ד ס״ק כ״ט.

אולם בשו״ת ״שם אריה״ ח׳ אה״ע סי׳ ק״ט הביא דברי הרב ״ושב הכהן״ הנ״ל וכתב עליו, שבאמת אין דבריו נכונים דמה בכך אם כוונתו לגרשה מחמת שנאה, עכ״ז כשיבא אח״כ לישא אשה ודאי שישא אשה בת בנים לקיים מצות פו״ר דכיון דמפקיד אפו״ר מסתמא יקיים, וכדמוכח בגיטין מ״א במי שחציו עבד

וחציו בן חורין שכופין את רבו לשחררו משום מצות פו״ר, ולא חיישינן שמא גם אח״כ לא יקיים. יע״ע באוצר הפוסקים סי׳ א׳ סי׳ י׳ ס״ק ע״ג, ובשו״ת ״ישכיל עבדי״ ח״ו סי׳ קי״ט כתב על כעין נ״ד וז״ל:

> ״שלפי כל המסיבות המיוחדות במקרה זה אין לקוות שיהיה שלום מוצלח ובר קיימא, מכיון שכל הזמן הרי הם בקטטות ומריבות, והוא דורש בנים ורחוק הדבר שתלד אחרי גיל של ארבעים ושמונה שנה, ואף לנסיון של שנה א׳ לא יסכים הבעל, ואטרוחי רבנן למה לן... לכן אני מסכים להצעתו שיש לסדר ביניהם פירוד בג״פ כדת, ולהסדר ביניהם ענין הפיצויים הראויים כפי המצב, ויש לתת אורכא של שלשים יום מיום מתן פסה״ד עד יום מתן הגט, אחרי שלשים יום אם תסרב לקבל גיטה הוא פטור מחיוב מזונותיה, ויש לדון על היתר נישואין לבעל״.

הרי שגם במצב של קטטות ומריבות דן בבקשה של הבעל להיתר נישואין.

בשו״ת ״תעלומות לב״ בח׳ ב׳ ה׳ גיטין סי׳ ב׳ דן בכעין נידון דידן וכותב כשרוצה לגרשה כדי לקיים מצות פו״ר לית דינא ולית דיינא שיאמר שאסור לגרש ויהיה בטל ממצות פו״ר. והרב ״ברכי יוסף״ בסימן א׳ הביא בשם הקמ״ר בביאורו בפט״ו מה׳ א׳, שב״ד שאינו כופה ע״ז לאו שפיר עביד ואין להשגיח במנהג עי״ש. וכמ״ש כשהוא בא לתבוע לגרש כדי לקיים מצות פו״ר, שודאי שבב״ד חייבים לעוזרו ולתומכו ולעמוד לימינו כדי שיגרשנה ע״ש.

ג. באופן שהמבקש אינו שומר תורה ומצוות.

ויש לברר בנדון דידן כשהמבקש אינו שומר תורה מצוות האם יכול לבא בטענה לחייב את האשה בגט כדי לקיים מצות פריה ורביה.

בשו״ת ״עין יצחק״ ח״ב סי׳ נ״ז, דן בשאלה זו וכתב שרק במקרה שהבעל רוצה לקיים מצות פו״ר נעתרים לבקשתו. ובנ״ד לא ברור אם הבעל שומר מסורת. שאלה זו נידונה בפד״ר כרך ג׳ עמ׳ 383, בפס״ד של כבוד ביה״ד הגדול בראשות הרב י׳. נסים ועמו הרב ב׳ ז׳ולטי זצ״ל ויבדל״א הגרי״ש אלישיב שליט״א כתבו, שגם בעל שאינו דתי ובא בטענה שהוא רוצה ילדים אף שאין כוונתו לקיים את המצוה של פו״ר, עם כל זאת, יש לדון שיש להעתר לתביעתו הואיל ומצוה זו מתקיימת גם שלא לשמה, ובלי כוונה לשם קיום המצוה, ואין כל סיבה לא להאמין לבעל שאמנם רצונו הוא בילדים, ויש להניח איפוא כי יעשה הכל בכדי להגיע לזה ושלא ישאר עירי.

זאת ועוד, הבעל זכאי לבוא בטענה "בעינא חוטרא לידיו" גם כשאינו נמנה על סוג אנשים אשר מטרתם היא לקיים את המצוה של פו"ר. אם הבעל טוען אני רוצה בילדים, שטענה מעין זו אילו היתה טוענת האשה כלפי בעלה כשהוא אינו מסוגל להוליד, בעינא חוטרא לידי היו כופין אותו להוציא, הרי לא עדיפא היא מיניה. וזה נראה ברור שאותה הזכות שיש לאשה לתבוע גט מבעלה, אותה הזכות יש גם לבעל לדרוש את זאת, גם אם לא דורש גט מכח מצות פו"ר. וכמו באשה הבאה מחמת טענה לא מצינו שחששו מלחייב את הבעל בגט שמא לא יעלה בידה להתחתן או שמא תתן עיניה במי שאינו מסוגל להוליד, הואיל ואשר איננה מצווה על פו"ר, כי כ"ז לא מפחית ולא גורע מערכה של טענה זו, ה"ה בעל שבא בטענה זו ויש לחייב את האשה בגט.

ד. גירושי אשה בעת חוליה.

פסק בשו"ע סי' ע"א סעי' א':

> "רפואתה כיצד, לקתה חייב לרפאותה בין רפואה שיש לה קצבה ובין רפואה שאין לה קצבה... אם ראה הבעל שחולי ארוך יכול לומר לה הרי כתובתך מונחת או רפאי עצמך מכתובתיך או הריני מגרשך ונותן כתובה ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ...".

כך דעת הרמב"ם פ"ד מה' אישות. וכתבו הראב"ד והרשב"א דהא דרשאי לומר הרי גטך וכתובתך ורפאי את עצמך איירי כשאינה מוטלת על ערש דוי. והא דאי' בספרי אם היתה חולה ימתין לה עד שתתרפא איירי כשהיא מוטלת על ערש דוי. ולכאורה נראה דלדעת הראב"ד והרשב"א כשהיא מוטלת על ערש דוי דאין לגרשה דינא דאורייתא הוא. אולם הרמב"ם והרא"ש והטור לא ס"ל חילוק זה בין מוטל על ע"ד לבין כשאינה מוטלת על ערש דוי. וכתב הב"ש דס"ל דההיא דרשה של הספרי אינו אלא אסמכתא.

בנ"ד אין ספק שהאשה חולה במחלה קשה ומצב בריאותה ירוד, אולם היא לא על ערש דוי.

יתר על כן, דעת מרן בכ"מ שם, דהרמב"ם לא ס"ל כלל ההיא דספרי ואין בזה איסור כלל, כי הספרי אזיל לשיטת ר' יונתן שמפרש הפסוק "ושלחתה לנפשה" בגט, לכן דרש גם, שלא ישלחנה עד שתבריא. אך לרבנן שמשלחה מפני שאינו חפץ לישאנה, פירוש הפסוק שישלחנה לנפשה, לומר שאינו חייב לישא אותה, ממילא אין פסוק המלמד לא לשלחה חולה, עי"ש.

אלא שלפי זה מנין שלרבנן (החולקים על ר׳ יונתן) יש בשליחות חולה, פגיעה בדרך ארץ, ומדוע שיתחייב הוא יותר משאר ישראל.
אולם בביאור הגר״א על השו״ע שם כתב וז״ל:

״וסובר הרמב״ם דהוי אסמכתא מפני דרך ארץ״, ע״כ.
ופי׳ דאשתו חולה לא יגרשה מפני דרך ארץ ואינו חייב ממון כלל, ואסמכתא לזה מספרי.

ונראה שהלכה זו שלא יגרש את אשתו חולה מפני דרך ארץ, מדובר באשה שמתפקדת כעקרת בית לכל דבר, הן במלאכות הבית והן בחיי אישות עם בעלה, ורצונו לגרש מחמת הוצאות רפואיות ולכן כ׳ הרמב״ם, וכן פסק בשו״ע, שאין רצוי לעשות כן מפני דרך ארץ, דהיינו מפני הפסד ממון יגרש את אשתו כשהיא חולה. וכן מוכח בהרמב״ם שם וז״ל:

״ראה שהחולי ארוך ויפסיד ממון הרבה לרפואה, ואמר לה הרי כתובתיך מונחת או רפאי עצמך מכתובתיך או הריני מגרשך ונותן כתובה שומעין לו, ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ״ ע״כ.

הרי מפורש בהרמב״ם שכל עילת הגירושין של הבעל מחשש להפסד ממון. וכן נראה בשו״ע דבסימן ע״ט עוסק בחיוב ממון לרפואתה של האשה.

אולם אם האשה חולה ואינה יכולה לקיים את חובותיה כלפי בעלה מחמת מחלתה, היעלה על הדעת שמשום דרך ארץ לא יגרשנה, ובפרט כשאין סיכויים שתבריא.
הרי זה כ״ש מהבעל שחלה שפסק בשו״ע ס׳ ע״ו סעי׳ כ״א:
״שאם חלה או תשש כוחו ואינו יכול לבעול ימתין ששה חודשים שיבריא ואח״כ או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה״.

בענין מעין זה דן המהרי״ק, סי׳ ק״ז, והעלה דאפילו יש רק רגלים לדבר שטענתו כנה, שאינו יכול לחיות עם האשה עקב מחלתה, אין לכופו בהמשך הנישואין אתה, וכ״ש כשיש לו הוכחות ברורות לזה שיכול לגרשה.
וק״ו כשהבעל בא בטענה שרוצה בנים, שאין לדחות תביעתו לגירושין מחמת דרך ארץ.

וכן נפסק בפד״ר י״ג, עמ׳ 290, באשה שאינה מסוגלת לתפקד כאשה, מחמת מחלתה הממושכת ואין סיכויים שאי פעם תתרפא, אין לדרוש מהבעל שיבלה עמה כל ימי חייו, ויבטל מלקיים מצוות פו״ר ויהיה מעוגן כל חייו. ובמקרה

כזה יכול הבעל לומר לאשתו הרי כתובתך מונחת... הריני מגרשך ונותן כתובתך, ולא שייך לומר שאין לעשות כן מפני דרך ארץ עי״ש.

ביה״ד הגדול דנו בכעין נ״ד פד״ר י״ב ע׳ 124, ומסקנתם, שכשאין כל סיכויים שתהא ראויה להריון גם אם אין האשה אשמה, מהדין שיתגרשו בג״פ.

במקרה כמו דידן שמחלת האשה באה לא באשמתה, והעילה לגרושין היא בגלל טענת הבעל שרוצה לקיים מצות עשה של פרו ורבו, נוהגין בתי הדין לחייב את הבעל לשלם לאשה פיצויים נוסף על הכתובה והכל לפי שיקול דעת ביה״ד, ובנדון דידן כמובן שיש גם להתחשב בהוצאות הרפואיות של האשה ובחיוב הבעל לרפואתה ובדבר גובה הפצוי יש מקום לדיון בפני עצמו.

כל מה שנכתב עד כה הוא מסקנת הדברים ע״פ ההלכה, אולם, מאידך קשה להתעלם ממצבה הרפואי של המבקשת, כפי שכתבנו בראשית דברינו שנתגלה אצלה ר״ל מחלה ממארת במלא חומרתה, וההליכים המשפטיים פוגעים קשה מאד בבריאותה, וכפי מה שכתב ב״כ האשה, שאם ינתן פסק דין שיחייב את האשה בגירושין הדבר עלול לזרז את התפשטות המחלה, ועלול להביא את האשה ח״ו לספק פיקוח נפש.
אנו עומדים בפני החלטה קשה ביותר. מצד אחד כפי שהעלינו, ע״פ הדין יש לחייב את האשה בגט, ואם תסרב, יש לדון להתיר לו לישא אחרת. ומאידך, ביה״ד מודע לחומרת הענין ושיתכן ופס״ד זה עלול להשפיע על מצב בריאותה של האשה.

הנביא המיכה (פ׳ ו׳ פסוק ח׳) קורא בקול: ״הגיד לך אדם מה טוב ומה ה׳ דורש מעמך כי אם עשות משפט ואהבת חסד״. והשאלה העומדת בפנינו היא, מהו הפיתרון כשנדרשים לעשות ״משפט״ וגם ״אהבת חסד״ בפסק דין אחד כששני הדברים נוגדים אחד את השני.

ביה״ד ניסה לפשר בין הצדדים, והיה מו״מ גם בפני כב׳ הגר״נ בן שמעון שליט״א ראב״ד ת״א, אך לבסוף לא הושגה הסכמה.
לאור הקושי הרב להכריע בשאלה חמורה זו מחליט ביה״ד, שלפני מתן פסק דין בבחינת ״יקוב הדין את ההר״, מן הראוי להעביר את התיק לשימוע בפני כבוד נשיא ביה״ד הגדול לערעורים.

הרב שלמה תם

החזרת גרושתו שהוציא מחמת שם רע[1]

הצדדים נישאו בשנת 1989 כדמו״י, מנישואין אלו נולדו להם 2 ילדים. בתאריך י״ט כסלו תשס״ג, הגיש הבעל תביעת גרושין נגד האשה. בכתב התביעה כותב הבעל, כי האשה בוגדת בו עם גבר בשם א. וקיימה עמו יחסי אישות כולל ברכבו של הנ״ל. כמו כן הגיש פירוט שיחות טלפון, ובו שיחות רבות שהאשה קיימה עם הגבר הנ״ל. בדיון הסכימו הצדדים להתגרש אך הבעל עמד על דבריו שבכתב התביעה, כי האשה בגדה בו עם הגבר הנ״ל. לדבריו, יש לו קלטות שיוכיחו את טענותיו.

האשה הכחישה את טענות הבעל, היא מכירה את הגבר הנ״ל רק בעניני עבודה ולא מעבר לזה. האשה הסכימה שירשם במעב״ד שאם תירצה להנשא לא. טעון הדבר בירור.

לאור זאת ביה״ד הוציא פס״ד, כי האשה אסורה לבעלה וטעון בירור אם תרצה להינשא לא׳.

הצדדים התגרשו בתאריך י״ז אדר א׳ תשס״ג, ובתאריך ט״ו תמוז תשס״ג, הופיעו בביה״ד ומבקשים להתיר להם לחזור ולהנשא שוב.

הבעל טוען, כי כל מה שניכתב בכתב התביעה, היה ללא הוכחות ממשיות אלא מתוך סערת רגשות, וניתברר לו שאין לדבריו כל בסיס. הגבר הניטען הנ״ל, הוא אדם שעבד עם האשה והטלפונים היו בנושאי בנייה שהחברה עסקה בהם. לטענתו, הוא ראה את אשתו ברכב, וטענותיו בדבר בגידה היו פרי דמיונו.

האשה מכחישה כל קיום יחסי אישות עם הגבר הנ״ל ומוכנה ליבדק במכונת אמת.

הצדדים מבקשים מביה״ד להתיר להם להינשא שוב, ובפרט שיש להם 2 ילדים קטנים הזקוקים להם ומעונינים לגדל אותם ביחד. אלו הן עיקרי הטענות.

ועלינו לברר את הנקודות הבאות.

א. האם אמתלא דכעס נחשבת אמתלא.

ב. האם אמתלא מועילה לאחר הגרושין.

---

1 נימוקים בתיק ביה״ד האיזורי ת״א 5469/ס״ג ר.ד. נ׳ ר.ב.

ג. מה הדין במוציא אשתו משום שם רע.
ד. האם כשיש חיוב בגט מותר להחזירה.

א.

בטור אה״ע בסימן קע״ח הביא בשם תשובת הרא״ש, כלל ל״ב סי״י, על אחד שהוציא קול על אשתו שזינתה, ואמר שניתברר לו הדבר, ואח״כ אמר אינו אמת, אלא שמחמת הכעס שהכעיסתו הוציא עליה קול זה, אם נתן אמתלא לדבריו, מותרת לו ואם לאו אסורה לו, ע״כ. וכן פסק בשו״ע אה״ע סימן קע״ח, ס״י.

ודנו האחרונים, האם אמתלא דכעס נחשבת כאמתלא בפ״ע או צריך אמתלא אחרת מלבדה. בפ״ת סקכ״ד כתב בשם שו״ת גבעת שאול דבתחילה רצה לפרש בכוונת השו״ע דצריך אמתלא אחרת, ולא מועילה האמתלא שאמר זאת מחמת הכעס. אולם ראה בתשובת הרא״ש שם, דכתב בהדיא דהאמתלא גופא היה מה שאומר שזינתה הוא מחמת הכעס שהכעיסתו, וזה מספיק לאמתלא.

וז״ל תשובת הרא״ש:

> ״ראובן שהיה נשוי דינה והייתה רוצה לתבוע ממנו גט לפי שאין לו גבורת אנשים, ושיש לו סימני סריס, וכראות ראובן שהיתה מביישתו בטענות הללו, כעס עליה ואמר לה בפני עדים שזינתה תחתיו, והוציא עליה קול שניתברר הדבר, אם היא מותרת לו, או נאמר דשוויא אנפשיה חתיכא דאיסורא.
> תשובה: אם נותן אמתלא לדבריו ואמר מרוב שיחי וכעסי דברתי והוצאתי עליה שם רע, ואינו אמת, נאמן, ושריה ליה כההיא דפ״ב דכתובות כ״ב, האשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני, נאמנת בנותנת אמתלא לדבריה וכו״, עכ״ל.

משמע מדברי הרא״ש דטענת הכעס גופא היא האמתלא.

אולם בחת״ס סימן קי״א כתב, דהרא״ש איירי כשהיא תובעת גט ואינה רוצה לחיות עמו, א״כ מספיק האמתלא שאמר שזינתה מחמת הכעס, כדי שלא תביישנו. ואילו בשו״ע מיירי שהוציא קול מחמת הכעס וקטטה אבל אין האשה תובעת גט. ולכן צריך שהבעל יאמר אמתלא נוספת מלבד טענת הכעס מדוע הוציא עליה קול שזינתה, דבר שנאסרת עליו לעולם. ואה״נ, אם יאמר, שמחמת שהיה בכעס הסכימה דעתו לגרשה, ולא יכול, כי אם בטענת זנות, או כדי להרויח כתובתה, אה״נ דהוא טענה מעלייתא, אבל טענת הכעס לחוד, לא מועיל, עי״ש.

ולכאורה, ה״ה בנידון דידן, כיון דבעל הסכימה דעתו לגרשה, והיה בכעס, ולא יכול לגרשה אם לא בטענת זנות, א״כ מועיל האמתלא ויוכל לחזור בו מדבריו.

אולם נראה דאינו דומה כלל לנידו״ד, דשם מדובר דהבעל חוזר בו ונותן אמתלא קודם הגרושין, אבל במקרה דנן, שהבעל נתן גט וגירש את אשתו יש לדון האם תועיל אמתלא לאחר מעשה.

ב. אמתלא לאחר גרושין

ברמ״א אה״ע סימן קט״ו ס״ו כתב בשם מהר״ם מפדוואה, אשה שאמרה לבעלה שזינתה אע״פ שאינה נאמנת, אם עמד וגירשה אסור להחזירה, ואפילו אם החזירה יש לחוש.

וכתב בח״מ סקכ״ח אסור להחזירה, היינו כשעומדת בדבריה לאחר גירושיה שזינתה, דאז ל״ש לומר שמא עיניה נתנה באחר, אבל אם חזרה מדבריה הראשונים ואומרת טהורה הייתי, ונתנה אמתלא, מותר להחזירה. וכן כתב בב״ש סקל״א. וא״כ לפי״ז בנידו״ד שנותן אמתלא אף לאחר הגרושין מועיל האמתלא ומותרים.

דעת הנו״ב.

אולם בפ״ת שם סקל״ו, הביא בשם הנו״ב סימן י״א, שאלה באשה שהיה בעלה מכה אותה ורצתה להתגרש, ואמרה לבעלה נטמאתי. והלכו לרב ושאל לבעל אם הוא מאמינה, ואמר הן, ופסק המורה שיגרשנה, וכן עשה וגירשה בלא כתובה, והלכה לבית אביה. ועתה האשה מתחרטת ואומרת לא נטמאתי, ונותנת אמתלא לדבריה הראשונים כנ״ל. ושאל השואל האם מותר לבעל להחזירה, והנו״ב דן האם האמתלא מהני לאחר מעשה. ודבר זה שנוי במחלוקת בין הט״ז וש״ך, ביו״ד. דהט״ז ביו״ד סימן א׳ סקכ״ב, בדין טבח שעשה סימן בראש הכבש השחוט שיהא נראה כטריפה, ואח״כ אומר שכשר היה, ואמר כן כדי שלא יקחו לו את הבשר, נאמן באמתלא. ושאל הט״ז מדין נדה שלבשה בגדי נדות, שלא מועילה אמתלא שלה שהיא טהורה, כיון שעשתה מעשה, ולכן נשאר בצ״ע בדין של טבח.

והש״ך ביו״ד סימן קפ״ה תירץ, דיש לחלק, דבטבח לא היה אפשר בענין אחר כדי שלא יקחו לו את הבשר, לכן מועילה אמתלא לאחר מעשה. אבל בנידה אפשר שתאמר לבעלה שהיא טמאה, ולא היה לה ללבוש בגדי נידות, ולכן לא מועילה אמתלא לאחר מעשה.

א״כ במקרה דנן, לפי הט״ז לא מועילה אמתלא לאחר מעשה, וגם לדעת הש״ך במקרה דנן, שאומר שמחמת הכעס אמר שזינתה, לכאורה נראה דהיה אפשר בענין אחר שישכך את כעסו. וכן שיברר הדבר היטב קודם הגט, וא״כ גם לדבריו אמתלא לאחר הגט לא תועיל.

וכתב בנו״ב, דדין הרמ״א בסימן קט״ו ס״ו והח״מ והב״ש דכתבו דאם נתנה אמתלא לאחר הגט מהני, זהו דווקא במקרה דמהר״ם פדוואה דהבעל החזירה, ובזה אם נתנה אמתלא נאמנת וא״צ לגרשה. אבל אם עדיין לא החזירה ורוצה כעת לחזור באמתלא, זה תלוי במחלוקת הראב״ד והמ״מ.

דלדעת המ״מ באשה שאמרה לבעלה טמאה אני, כיון שבעלה אינו מחוייב להאמינה ולגרשה ואעפ״כ גירשה, לא מועילה אמתלא שלה שאמרה כדי שיגרשנה בעלה. שהרי לא מחוייב להאמינה ולגרשה, ואיך היא מוציאה לעז על עצמה, אלא ודאי אמת הדבר שזינתה ולא יכולה לחזור בה ע״י האמתלא.
אבל הראב״ד סובר שאמתלא מועילה גם במקרה זה.

אולם מחלוקת הראב״ד והמ״מ לא שייכת במקרה דידן, כיון שהאשה הכחישה שזינתה, והבעל הוא זה שטען שזינתה, וא״כ אמתלא לא תועיל לאחר מעשה.

אולם הנו״ב כתב סברא שבמקרה דידן תועיל אמתלא אף לאחר מעשה. דשונה דין מעשה לבישת בגדי נדות מדין אמתלא בגרושין. דבלבישת בגדי נדה המעשה הזה עצמו מורה שהיא נידה, וכן הסימן בראש הכבש, כיון שהוא דרכם של הטבחים לעשות סימן כזה בכל הטריפות, א״כ הסימן מורה שהוא טריפה, ולכן לא מועילה אמתלא על מעשה הנ״ל. משא״כ בגרושי אשה מצד טענת זנות, אין הגרושין עצמם ראיה שהיא טמאה, שהרי הרבה נשים צנועות מתגרשות ובוחרות לצאת בלא כתובה מצד שנאת הזווג. ואינם מסתדרים יחד וא״כ אין כאן מעשה מוכיח שהיא טמאה, רק מצד הדיבור שאמרה שהיא טמאה ועל זה מועילה אמתלא.

ולפי״ז במקרה דידן, מועילה אמתלא לאחר הגט, כיון דאין הגרושין מוכיחין על מעשה זנות.

ובשו״ת שיבת ציון, סימן ע״ד, הובא בפ״ת, כתב דמדברי הח״מ והב״ש משמע דאם נתנה אמתלא מותר להחזירה אפילו לכתחילה. ואילו בתשובת מהר״מ פדואה שם, המעשה היה בדיעבד שכבר החזירה אחר הגרושין. וגם שם המעשה היה

שהבעל לא האמין כלל מתחילה, ואדרבה אמר בפירוש שהיא אצלו בחזקת צנועה ורק בעצת אנשים אחרים גירשה, במקרה זה פסק מהר״ם פדואה דאמתלא מועילה. אולם בנידון הרמ״א, אם עמד וגירשה משמע מעצמו מבלי סיבה אחרת רק מחמת שמאמין לדבריה בזה יש מקום לומר דלא מהני אמתלא, כי הבעל החזיק הנאמנות שזינתה ע״י מעשה הגרושין.

לפי דבריו אלו, הרי דבמקרה דידן לא תועיל אמתלא, כיון שהבעל גירש מעצמו מחמת טענותיו על האשה.

ג. דין מוציא אשתו משום שם רע.

הנו״ב שם, דן עוד מדין ״המוציא אשתו משום שם רע״ דאסור להחזירה.

בשו״ע, אה״ע, סימן י׳ ס״ג, כתב בזה שלש דעות:

המוציא אשתו משום שם רע לא יחזיר, י״א דווקא באומר לה משום שם רע אני מוציאך וכפל דבריו, שאלמלא כן, לא היה מוציאה. אבל אם לא כפל דבריו יכול להחזירה.

וי״א שאם אמר לה מפני כך אני מוציאך אפילו לא כפל דבריו אינו יכול להחזירה.

ויש מי שאומר, והוא דעת הרמב״ם שאפילו לא אמר לה משום שם רע אני מוציאך, לא יחזיר.

וא״כ לפי״ז לדעה האחרונה (הרמב״ם) פשיטא שאסור להחזירה, כיון שמשום ש״ר הוציאה. אלא אפילו לדעה האמצעית ג״כ אסורה, כיון שהבעל טען שהאשה זינתה וע״פ דבריו ביה״ד פסק שאסורה לו מדין שאחד״א, אז כאשר הבעל גירשה עדיף טפי מאמר מעצמו משום שם רע, כיון דע״פ הוראת הבי״ד שהיא אסורה עליו הוא גירשה, לכן אסורה לחזור לו גם לדעת האמצעית.

ומוסיף הנו״ב ומחדש, דאפילו לדעה הראשונה, דצריך שיכפול דבריו דמשום ש״ר הוא מוציאה, ואם לא כפל לא נאסרה, אפ״ה בעובדא דידן, האשה אסורה לחזור אליו, כיון שע״פ פסק ביה״ד שהאשה נאסרה עליו, הוא גירשה, אז הוי עדיף מכפליה למילתיה. שהרי יש דברים שא״צ תנאי כפול וכמ״ש התוס׳ קידושין מ״ט: דדברים דאנן סהדי, לא צריך תנאי כפול, עי״ש. וה״ה כאן כיון דמחמת פס״ד דאסורה עליו הוא גירשה, אנן סהדי ול״צ לתנאי כפול, ועל כן גם לדעת הי״א קמייתא, היא אסורה לחזור לבעלה כיון דהוי כתנאי כפול.

ומקשה הנו״ב הרי היום מבטלים כל התנאים קודם הגט, וא״כ אין כאן תנאי כפול, וממילא תהיה מותרת לחזור לו. ומתרץ הנו״ב, דאף דמבטלים תנאים קודם הגט, מ״מ לא גרע מכפליה למילתיה, ועל זה לא חל ביטול התנאים, וממילא יש חשש שמא יוציא לעז על הגט, ולכן אסור להחזירה.

כמו שכתבו התוס׳ בגיטין מ״ו: דמיירי דכפל לדבריו, אבל לא כפל לתנאו, דאם כפל תנאו ואמר ע״מ זה אני נותן לך, ואם ימצא הענין שקר לא יהיה גט, א״כ בודאי הגט בטל ולא מועיל מה שלא יחזיר. לכן פירשו התוס׳ דאיירי דכפל לדבריו ולא לתנאו, לכן הגט קיים, ואסור להחזירה שלא יוציא לעז על הגט.

לכן לפי מסקנת הנו״ב במקרה דידן אסור להחזירה, כיון דכפליה לדבריו ויש חשש שמא יוציא לעז על הגט, לכן תיקנו רבנן דאסור להחזירה.

דעת האבני מילואים

באבני מילואים סימן י׳ סק״ב חולק על הנו״ב, וסובר דסברת התוס׳ דכפליה לדבריו יש בו משום לעז, כיון דהעולם סוברים דזה הוי כתנאי, ולכן מוציאים לעז על הגט, אבל כיון דהיום נוהגים לבטל כל התנאים ונותן הגט בלי שום תנאי, נראה דאפילו משום לעז ליכא. וגילוי דעת נמי ליכא, וזה מבטל גם כפילות דבריו, וא״כ הוי כמגרש בלי שום תנאי ועל כן מותרת לחזור לו.

האב״מ מביא ראיה לדבריו מגט שכ״מ, שאע״פ שכולנו יודעים שנותן הגט רק משום חשש מיתה שלא תיפול ליבם, מ״מ, כיון דמגרש ונותן בלי שום תנאי, אם עמד והבריא וקם ממיטתו, ואינה רוצה לחזור אליו, הרי הגט קיים, כיון דביטל כל התנאים. חוץ מדעת מהר״ם מלובלין דסובר דהוי גט בטעות, אע״ג דביטל כל תנאים וכבר חלקו עליו כל חכמי הדור, וכמ״ש ב״ש סימן קמ״ה סקט״ז.

לכן לדעת האב״מ, האשה מותרת לחזור לבעלה, כיון דאנו מבטלים כל התנאים קודם לגט.

דעת החת״ס

החת״ס אה״ע סימן כ״ה, הביא את דברי הנו״ב, והשואל שם רצה לומר, כדברי האבני מלואים דכיון דהיום נוהגים לבטל כל התנאים קודם הגט, הרי מגרש בלי שום תנאי כלל ומותרת לחזור אליו. וכתב עליו החת״ס, דדבריו לקוחים מדעת הב״ח אה״ע סימן קמ״ח בגט שכ״מ, שנותנים ע״פ תיקון מהר״י

מפריש בלי שום תנאי, אע״פ דאנו יודעים שאינו מגרש אלא משום חשש מיתה וזיקת יבמין, מ״מ כשקם ממיטתו לא חיישינן לומר אילו היה יודע שיבריא לא היה מגרש, כיון דנוהגים היום קודם הגט לבטל את כל התנאים.

והוכיח הב״ח דבריו מזה דקורעים את הגט, דאם התנאים היו חלים, היה צריך שלא יקרעו את הגט עד סמוך למיתה, שאז יחול גט השכ״מ שעה אחת קודם מותו, אלא ודאי דהגט חל מיד לאחר שמסר לידה, ומועיל ביטול התנאים, שלא יהא תלוי במיתה.

וכתב החת״ס על זה, דהתינח בגט שכ״מ אבל במוציא משום שם רע, אע״פ שמבטל התנאים ומגרש בלי שום תנאי, יש לומר בלי שום תנאי אחר, אבל לעולם דעתו כפי שאמר בפירוש משום ש״ר אני מוציאך. ואם משום שיקרע הגט, הרי זה אינו מעכב את הגרושין, כיון דהתנאי הוא על לשעבר, א״צ שיהיה קיים הגט תמיד, כיון דאם הש״ר הוא אמת, הרי שהגט הוא קיים אף אם יקרע אותו אח״כ. אבל לעולם במוציא משום ש״ר אף דביטל התנאים, גילוי מילתא דש״ר קיים, ועל דעת זה מגרשה, ויהיה אסור להחזירה.

אולם במסקנת החת״ס כתב וז״ל:

> ״יש לפקפק במה שאמר בלי שום תנאי, ומ״מ נראה דלרוב גדולי האחרונים, אפילו לא ניקרע הגט אין לפקפק כלל, ומועיל ביטול התנאים, ועיין ט״ז סימן קמ״ה סק״ו״, עכ״ל.

ושם כתב הט״ז כדעת הב״ח דמועיל ביטול התנאים.

ולכן במקרה דנן, לדעת החת״ס, מותר להחזירה, כיון דביטל כל התנאים, הרי אין כאן חשש לעז, ולא מצי לומר אילו הייתי יודע וכו׳ ומותר להחזירה.

דעת השואל ומשיב

השואל ומשיב מהד״ק ח״ב סימן קי״ב כתב לתרץ קושיית האב״מ, דאף דהיום מבטלים כל המודעות והתנאים קודם הגט, אבל זה שאומרים לו, הוי יודע שלא תחזיר פשיטא דזה אינו בכלל הביטול, כיון דהרי זה עיקר מה שמגרשה.

וכ״כ בשו״מ מהדורה תנינא או ״ג סימן ו׳, - שדברי האב״מ תמוהים וז״ל:

> ״דלפ״ז נפל כל הדין דחשש קלקולא, דבזה״ז ל״ש חשש קלקולא, כיון דמבטלים כל תנאים קודם הגט, וא״כ למה נכתב בשו״ע כלל הדינים

הללו, והיה לו לרמ״א להגיה. אבל נראה דשאני שאר התנאים דעלמא דאין הגרושין בשבילם, שפיר בטלו כל התנאים, דאין לגרש בתנאי וכו׳, אבל אם גוף הגרושין היה בשביל שם רע או נדרים, א״כ א״א לומר דאין כאן תנאי, דהרי אנן סהדי דבשביל זה מגרשה, וא״כ ודאי דהו״ל עכ״פ ככפל למילתא ולא כפל לתנאו וכו׳״. עכ״ל.

ומסיק כדעת הנו״ב דאסור להחזירה.

דעת הכתב סופר

בכתב סופר סימן י״ד חולק על דעת הנוב״י, וסובר כאב״מ, דכיון דהיום מבטלים כל התנאים קודם הגט, אז אין שום חשש אפילו ללעז, ושוב אין יכול לקלקלה עוד, ולכן מותר להחזירה.

אבל הכתב סופר מגביל את דבריו ואומר, דזה דווקא כשאומר לעדים דמשום שם רע הוא מוציאה, אז לא יכול לקלקלה. אבל אם אמר לאשה בשעת נתינת הגט, משום ש״ר אני מוציאך, הגם שאומר ג״כ בלי שום תנאי, יש לומר בלי שום תנאי אחר ממה שאמר בפירוש בשעת הנתינה, לכן גם לפי מה שאנו נוהגים שאומר בלי שום תנאי, מ״מ כשאמר משום ש״ר בשעת נתינה לא יחזיר.

לפי דברי הכתב סופר אם בשעת נתינת הגט לא אמר משום ש״ר אני מוציאך, וביטל התנאים, הרי הוא מותרת לחזור לו. אבל אם בשעת נתינת הגט, אמר לה משום ש״ר אני מוציאך, הגם שביטל כל התנאים הרי תנאי זה נשאר קיים ואסור להחזירה.

למסקנת הדברים נראה, במקרה דנן, דלדעת הנו״ב והשו״מ אסור לבעל להחזירה, כיון דאומרים לו בשעת הגט שלא יחזירה, הרי ביטול התנאים קודם הגט אינו חל על אמירה זאת, ולדעת האב״מ והחת״ס מותר להחזירה. כיון דמבטלים כל תנאים קודם הגט. ולדעת הכתב סופר כאשר לא אמר לאשה בשעת הנתינה משום ש״ר אני מוציאך, מותר לבעל להחזיר את אשתו.

ד. האם כשיש חיוב - מותר להחזירה.

בספר בית מאיר אה״ע סימן י׳ השיג על הנו״ב בנקודה אחרת, וז״ל:

״ועיין בתשובת הגאון נו״ב סימן י״א רוצה לומר, דכל זה אינו אלא במגרש מעצמו, אבל אם הב״ד אומרים לו, חייב אתה לגרשה, אסור

להחזירה לכו״ע. וא״כ אף צריכים לומר לו הוי יודע וכו׳, וצ״ע כי לא נראה הכי סתימות הפוסקים. ועיין סימן קי״ז בב״י ומ״מ קושיית הר״ן ותירוצו, בדין מגרש אשה שאין לה וסת משמע להיפך״, עכ״ל.

והסבירו את דבריו האב״מ בסימן י׳, ובחת״ס סימן כ״ה, ע״פ דברי הר״ן פ״ב בשבועות ב׳ וז״ל:

״בדין אשה שאין לה וסת, דאסורה לשמש שמא תראה בשעת תשמיש, ויוציא ולא יחזיר עולמית, דזימנין דאזלה ומינסבא ומיתקנה, ואמר אילו הייתי יודע שכן, אפילו היו נותנים לי מאה מנה, לא הייתי מגרשה, ונימצא גיטו בטל וכו׳ הילכך אמרינן ליה, הוי יודע שהמגרש את אשתו משום וסת, לא יחזיר, ואפילו היא חוזרת וקובעת לה וסת, וכו׳, וה״נ אמרינן גבי מוציא אשתו משום נדר או משום ש״ר בגיטין מ״ו.
ומיהו כי אמרינן דלא יחזיר עולמית, דווקא בדאמר לה דמשום דאין לך וסת אני מגרשך, ואי לא הייתי מגרשך, הא לא אמר לה הכי, לא מצי לקלקלה וכו׳.
ותמהני, הכא היכי מצי לקלקלה, דכיון דמדינא אמרינן יוציא, הא לא מצי אמר לה, אילו הייתי יודע שכן לא הייתי מגרשך, שהרי מחוייב הוא לגרשה. וניחא לי, דמאי דאמרינן יוציא, לא שיכפוהו ב״ד בכך, אלא שכיון שאינו יכול לשמש עמה, מוטל עליו להוציא, הלכך מצי לקלקלה ולומר אילו הייתי יודע שתהא לה תקנה הייתי שוהה מלגרש, ומחזר שתהא מתוקנת וכו׳, עכ״ל.

כלומר, לדעת הר״ן, במקום שכופין אותו להוציא, אינו יכול לקלקלה, דאינו יכול לומר, אילו הייתי יודע שתהא מתוקנת לא הייתי מגרשך, כיון שבי״ד כופין אותו להוציא. ואינו תלוי כלל ברצונו לגרש. אבל במקום שאין כופין להוציא, אלא מוטל עליו להוציא, יכול לקלקלה ואסור להחזירה.

בהגדרת דברי הר״ן ״במקום שאין כופין להוציא אלא מוטל עליו להוציא״ האם הכוונה היא במקום שבי״ד מחייבים אותו להוציא או במקום שאין חיוב בגט, אלא רשות בידו לגרש, ואז אסור להחזירה, נחלקו החת״ס והפ״ת.

החת״ס בסימן כ״ה, כתב, למדנו מהר״ן ג׳ דינים.

א. במקום שכופין להוציא אפילו אמר משום כך אני מוציאך, מותרת לחזור לו, דלא מצי למימר אילו הייתי יודע, לא הייתי מגרשך שהרי כופין להוציא.
ב. והיכי דאסורה ואין כופין, א״צ אפילו אמירה, ואפ״ה אסורה לחזור לו.

ג. והיכי דליכא איסורא אלא הוא חושש לש״ר או לנדר, אז כשאומר משום ש״ר אני מוציאך, אסור להחזירה וא״כ בעובדא דהנו״ב, דהמורה פסק לו שמחוייב להוציאה, לש״ר לומר, אילו הייתי יודע, ולכן מותר להחזירה וכ״כ בספר בית מאיר סימן י״, עכ״ל.

לפי דברי החת״ס מתבאר שבמקום שב״ד מחייבים אותו לגרש, אינו יכול לקלקלה, ומותר להחזירה.

אולם הפ״ת אה״ע סימן י׳ סק״ג, כתב וז״ל:
״ולא זכיתי להבין השגתם על הנו״ב הנ״ל. ודאי אילו הוה הוראת הרב שיכופו אותו להוציא, היה תמיהתם שפיר, אך כפי הנראה מה שפסק המורה, שמחוייב להוציא, היה ע״פ דברי השו״ע בסימן קט״ו ס״ו, ״ואם היה מאמינה ודעתו סומכת על דבריה, ה״ז חייב להוציאה;״ וא״כ, הרי מסיים שם, אבל אין כופין אותו ומסתמא גם המורה ההוא פסק כך, וא״כ זה דמי לדין הב׳ היוצא מהר״ן הנ״ל, ואיכא אדרבא סייעתא לדברי הנו״ב מהר״ן כנ״ל, וצ״ע. עכ״ל.

מבואר מדברי הפ״ת דרק במקום שכופין להוציא מותרת לחזור לו, אבל במקום שחייב להוציא, יש חשש לקילקולא ואסור להחזירה.

ודבריו צ״ב, דהרי הב״ד הם מחייבים אותו להוציא, א״כ מ״ש מדין שהב״ד כופין להוציא, דהרי הוא פועל ע״פ דעת ביה״ד ומה שייך חשש לקילקולא.

ולענ״ד נראה לבאר דיש שני סוגי חיוב ביה״ד. כאשר החיוב ביה״ד בא מחמת ראיות או עדים, הרי בזה הסברא נותנת לומר, דל״ש לומר אילו הייתי יודע, לא הייתי מגרשה, כיון שהדבר אינו תלוי בשיקול דעתו של הבעל. אלא בחומר ובראיות שבידי ביה״ד.

אבל כשחיוב ביה״ד בא כתוצאה מזה שהוא מאמין לדברי האשה שזינתה תחתיו, ואם אינו מאמינה הרי אינו חייב להוציאה, בזה שייך לומר, אילו הייתי יודע וכו׳, כיון שחיוב ביה״ד בא כתוצאה מהאמנתו לדברי האשה ומשיקול דעתו, על כן יכול לומר אילו הייתי יודע וכו׳. ואם גירשה אסור להחזירה. וזוהי כוונת השגת הפ״ת על החת״ס. ולפי זה דברי הנו״ב מיושבים, דאע״פ דיש חיוב ביה״ד להוציאה אעפ״כ במקרה דנן אסור להחזירה.

דעת האבני מילואים

באבני מילואים סימן י׳ סק״ב תירץ באופן אחר את קושית הבית מאיר, ואומר שיש חילוק בין דין הר״ן באשה שאין לה וסת, למוציא משום ש״ר.

דהמוציא משום ש״ר כאשר התברר שהאשה לא זינתה ולא נאסרה עליו, הרי איגלאי מילתא למפרע דמה שהורה הרב לגרשה, טעות הוא. וכל נתינת הגט בטעות יסודה, כיון דהיא מותרת לו, וא״כ שפיר מצי לקלקלה, ולומר אדעתא דהכי לא גרשתיך. משא״כ בדין דהר״ן, באשה שאין לה וסת, דבשעת נתינת הגט, לא היה שום טעות, והיה מחויב לגרשה, כיון דאין לה וסת ואסורה עליו, לכן היקשה הר״ן, שלא שייך קילקולא כיון דחייב לגרשה. כיון דכעת אין לה וסת. ותירץ הר״ן, דאף דאסורה עליו כעת ואסור לו לדור עמה, מ״מ גט אינו חייב ליתן. הילכך יכול לקלקלה, ולומר, אילו הייתי יודע שתבריא, לא הייתי מגרשה ולכן תיקנו שאסור לו להחזירה.

מבואר לדעת האב״מ, אף דיש חיוב לגרש, אולם אם הוברר הדבר שהמציאות היתה אחרת, והוראת ביה״ד היא בטעות, מכורח אי ידיעת המציאות הנכונה אז ג״כ שייך קלקולא ולומר אדעתא דהכי לא הייתי מגרשה, וקושיית הר״ן היא, כאשר הוראת ביה״ד לחיוב היתה באמת יסודה, אז כאשר השתנו הנסיבות לא מצי לקלקלה, כיון דחיוב הגרושין היה נכון ובהוראת ביה״ד.

ולכן לדעת האב״מ דברי הנו״ב נכונים, דבזה אפילו לא כפליה למלתיה, הוי גילוי דעת שנתן גט ע״פ המורה, והוא בטעות, כיון דבשעת הגרושין מותרת היא לו, ולכן כיון דמצי לקלקלה אסורה לחזור אליו.

אלא דלמסקנת האב״מ כאמור למעלה כיון דהיום מבטלים כל התנאים קודם הגט, א״כ אין חשש לעז, וזה מבטל כפילות דבריו, ולא מצי לומר אילו הייתי יודע וכו׳ ולכן מותרת לחזור לו.

בחת״ס, אה״ע סימן כ״ה, כותב:

> ״דכל הדין הזה הוא דווקא שהוציא משום שם רע שיצא עליה, אבל אם לא יצא ש״ר, אלא הבעל רוח רעה מבעתו, וחושד בכשרים, כפפוס בן יהודה בסוף גיטין, דודאי משום פריצות לא שייך לומר שתאסרנה כל הנשים, כי מה עשתה והוא חושדה, וה״ה משום קילקולא, לא מצי לקלקל לומר אילו הייתי יודע וכו׳. דרק אם מתחילה האמין למוזרות בלבנה, ועכשיו נודע שפטומי מילי הם, שייך זה, אבל חשד סתם בעיניו,

מה נולד עתה מה שלא היה יודע מקודם וכו׳, וזה בש״ס שאומרים דברים מכוערים, שלפי אומד היא אסורה עליו לפי מה שחשש לו, אבל במה שהוא לא ראה דברים מכוערים, וגם לא מצא דברים בדאים, נ״ל דמותרת לחזור לו, ומותרת לכו״ע בלי פקפוק״, עכ״ל.

לפי דברי החת״ס כל דין המוציא משום ש״ר שאסור להחזיר זה דווקא כשיש יסוד ובסיס לטענותיו, שלפי אומר הדעת היא אסורה לו, אבל אם הבעל סתם חושד בה ללא עובדות וראיות, הרי היא מותרת לו.

במקרה דידן נראה דל״ש ההיתר של החת״ס, כיון שהבעל בדיון הראשון טען וכן בכתב התביעה כי האשה בגדה בו, וקיימה יחסי אישות עם מר א. והוא ראה אותם בריכבו. כמו כן טען על שיחות רבות בטלפון של האשה עם הגבר הנ״ל, וכן יש לו קלטות המוכיחות את טענותיו, הגם שלפני ביה״ד לא הובאו הקלטות, אולם ניראה כיון דהבעל טען כן, הרי ראיותיו הם מוכחות וברורות לדבריו, שהאשה בגדה בו, ואינם פרי דמיונו, ולכן חזרת כעת מדבריו, באמתלא כי הדברים נאמרו מתוך סערת רגשות ומתוך כעס, הם אמתלא קלושה, ולכן לענ״ד נראה כי דינו כדין המוציא אשתו משום שם רע.

דעת האלף לך שלמה

בשו״ת האלף לך שלמה, למהר״ש קלוגר זצ״ל, אהע״ז סימן מ״ז, דן באיש אחד שיצא קול על אשתו שבעת שלא היה בביתו מעלה בו מעל, כי היו רגילים אינשי דלא מעלי לרמוס חצרה ולדבר עמה דברי שחוק וקלות ראש, ושלחו הב״ד ומיחו בה וכו׳ סוף שנולד קטטות ומריבות בין הזוג וקרוב הדבר שמחמת זה הקול התקוטט בעלה עמה, עד שהב״ד אם שלא חקרו הדבר אם יש ממש בהקול אעפ״כ הכניסו שיהיה ריחוק בדבר ונתגרשו, וכעת רוצה המגרש להחזירה וטוען שמעולם לא ראה ממנה שום פריצות, ובעת שמיחה בה שלא תניח לבליעל לבא לביתה, השיבה אשר איננה חייבת בדבר וגם היא אינה רוצית בזה, ושלא ברצונה, ומה לה לעשות וכי תברח מביתה וכו׳, אם יש לחוש בזה לדין מוציא אשתו משום שם רע, והשיב:

״דניראה להקל, משום דהלכה כדיעה הראשונה, דסתם וי״א, הלכה כסתם, וא״כ ה״נ דעת המחבר להלכה דבעינן התנה וכפליה לתנאיה, וכו׳ ודעת הרמב״ם יחידאה היא, ובנדו״ד נאמן על עצמו לומר שלא אמר לה משום זה הוא מגרשה. ועוד י״ל, אפילו לשיטת הרמב״ם בשלמא בזמן הגמ׳ שהיו מגרשין בע״כ, שפיר הועילו חז״ל בתקנתן

למונעה מפריצות, שהרי בידו לגרשה בע״כ, וע״כ תיקנו דאסור להחזירה. אבל בזה״ז דאין מגרשין בע״כ רק מרצונה, וא״כ בשביל הש״ר בלבד, אינו יכול לגרשה בע״כ ולא למנוע ממנה שאר כסות ועונה, א״כ מה הועילו חז״ל בתקנתן שלא יחזיר, סוף סוף תהיה פרוצה ולא תקבל ממנו גט כלל. והרמב״ם לשיטתו שלא הביא תקנת ר״ג, ועל כך פסק דאפילו לא אמר לה משום כך אני מוציאך, לא יחזיר. אבל לדידן י״ל כו״ע מודים דאין בזה איסור לדידן, וכיון דעיקר מילתא דרבנן, וגם רוב הפוסקים ס״ל כן, די לסמוך על היתר זה ולהקל שמותר להחזירה וכו׳. ועיין בספר בית מאיר הפוסק כרוב הפוסקים דבעינן אמירה, ובעצי ארזים כתב דגם הרמב״ם ס״ל כן וכו׳, עכ״ל.

א״כ המבואר מדבריו דמותר להחזיר את אשתו משום מוציא שם רע.

אולם בסימן מ״ח פסק להחמיר וכתב בדין אדם שנשבע בס״ת שאשתו היא זונה וגירשה, ועכשיו רוצה להחזירה באמתלא. וכתב:

״דכיון דגירשה מחמת זה, הוי כאומר וכופל דמפני כך מוציאה, ועוד דהעידו לו עדים ששמעו שהיא מפורסמת לזונה.

ועוד דבשבועה ל״ש אמתלא, כיון דעשה מעשה שלקח ס״ת לישבע בו.

ועוד דהגירושין הוי מעשה רבה, דקשין הם הגרושין, ומעשה רבה כזה לא יעשה שום אדם בשביל אמתלא. ועוד דהוי אומדנא דמוכח דמשום כך הוא מגרשה, והוי כאילו אמר וכפליה למילתיה דמשום ש״ר הוא מוציאה, ולכו״ע לא בעינן שיאמר כן.

ועוד נראה לפמ״ש בשו״ע דאומרים לו הוי יודע שאין אתה מחזירה לעולם, ופרש״י דכיון דאמרו לו, הו״ל להמתין ולבדוק, ומדלא עשה כן, מוכח דאינה חביבה לו וכו׳.

וא״כ נראה דפליגי הפוסקים אם בעינן שיאמר או לא, היינו, רק אם לא אמרו לו, הוי יודע וכו׳, אבל אם אמרו לו, הוי יודע שאתה אסור להחזירה לעולם, והוא לא השיב, א״ז לכו״ע, לא בעינן אמירה, ומכ״ש כפליה למילתיה, רק בכך ענין אסור להחזירה וז״ב, ולכן מן הסתם הבי״ד עשו כהוגן, ואמרו לו לכך בודאי אסור להחזירה״, עכ״ל.

ובתשובה זו פסק להחמיר דאסור להחזירה.

ונראה דהחילוק הוא ברור, בעובדות השונות שבתשובות.

בסימן מ״ז, מדובר שהבעל גירש מעצמו, מחמת קול, והבי״ד לא חקרו בדבר ולא חייבו אותה לקבל גט, וגם לא ראו דבר פריצות ממשי אצלה, לכן התיר

המהרש״ק לחזור לבעלה, מהטעמים שכתב, כיון דלא כפליה לתנאיה ואינו חולק על פסק הנו״ב, כיון דשם המורה פסק דחייב לגרשה, כיון דאסורה עליו, אז הוי ככפליה למילתיה.

אולם בסימן מ״ח - מדובר דהאשה הוחזקה לזונה, והבי״ד חקרו בדבר ונישבע בס״ת על כך, ושויא אנפשיה חד״א, ואסורה עליו וחייב לגרשה, א״כ ודאי הב״ד אמרו לו דאסור להחזירה לעולם, והוי ככפליה למילתיה, ולכן לא מהני אמתלא להחזירה.

ועיין עוד בשו״ת מהרי״א הלוי, ח״א סימן קנ״ו, הובא באוה״פ, בדין מי שנתיחדה עם גוי ואמרה שהמירה דתה וגירשה ע״פ הוראת רב, ורוצה להחזירה, וכתב:

> ״אם היינו דנין על נידון זה קודם הגירושין היתה מותרת לבעלה, דכיון דמהשאלה נראה שהערל הפחידה שיהרגנה, ומשום זה נתייחדה עמו, ואין כאן חשש רצון כלל, וכו׳ אך עתה שכבר נתגרשה ונתוסף לנו איסורה דהמוציא משום ש״ר לא יחזיר, א״כ, לא מיבעי לדעה אחרונה שבשו״ע ס״ג, דפסק כלישנא דמשום פריצותא, ואפילו לא אמר לה בשעת הגירושין משום ש״ר אני מוציאך, לא יחזיר, ודאי גם בנידו״ד אסורה לחזור לו, אלא אף לדעה א׳ ו-ב׳ אפשר במודו בנ״ד דאסורה, דכיון דהגירושין היו ע״פ הוראת הרב שציוה להם להתגרש, אף אי נימא דע״פ דין לא היתה צריכה להתגרש. מ״מ הרי ידענו בבירור שגירשה בשביל חשש הזנות, והוי כאילו פירש משום זה אני מגרשך. וכמ״ש הקדמונים הרואה דם מ״ת, וכעי״ז כתב הנובי״ק סימן י״א, ומשום זה לא אומר בה לא איסור ולא היתר, עי״ש.

ועיין עוד בספר מטה יוסף, סימן י״ב, הובא באוה״פ סימן י׳, דכתב במי שגירש את אשתו מחמת טענה, שראה אותה מדברת עם גוי, והיתה הולכת לביתו, ויושבת שם כל היום, והוא התרה בה כמה פעמים שלא תדבר עם הגוי, ועתה רוצה הוא לשוב לקחתה, באמרו שהוברר לו שאין שום חשש דופי בזה.

וכתב שאם אמר לה בשעת הגרושין משום ש״ר אני מגרשך, וגם ב״ד אמרו לו הוי יודע שאי אתה מחזירה לעולם, אסור לו להחזירה. דאף שלא אמר שראה בה שום זנות אלא פריצותא בעלמא, שאינה נאסרת על בעלה בשביל כך, אפ״ה כיון שגירשה משום פריצות זו ואמר לה שמשום זה הוא מגרשה, הא איכא למיחש לקלקולא, שיאמר אח״כ אילו הייתי יודע שהדברים בדאים לא הייתי מגרשה. אך אם לא אמר לה בשעת הגרושין משום ש״ר אני מגרשך, וגם לא

אמרו לו הוי יודע שאסור לך להחזירה, הדבר פשוט דמותר לו להחזירה, אליבא דכולהו רבוותא הרי"ף, הרא"ש, הרמב"ן והרשב"א וכו'.

לסיכום הדברים נראה דבמקרה דידן לדעת האב"מ והחת"ס והכתב סופר, כיון דמבטלים כל התנאים קודם הגט, הרי אין חשש ללעז, ואינו יכול לקלקלה ולכן מותר להחזירה.

לדעת הב"מ - משמע דמותר להחזירה - מטעם אחר - כיון דיש חיוב על הבעל לגרשה בגט - הרי לא מצי לקלקלה ולומר אילו הייתי יודע וכו', כיון שהוא מחוייב לגרשה ע"פ ביה"ד.

לדעת הנו"ב והשו"מ, והאלף לך שלמה ומטה יוסף אסור לבעל להחזיר את אשתו ואף דמבטל כל התנאים, הרי זה בתנאים דעלמא, אבל זה שאומרים לו הוי יודע שלא תחזיר זה אינו בכלל הביטול, כיון דהרי זה עיקר מה שמגרשה. וא"כ הדבר תלוי במחלוקת האחרונים הנ"ל.

במקרה דידן, נראה דיש מקום להקל ולסמוך על הפוסקים המתירים, כיון דהבעל אמנם טען שהאשה בגדה בו, אבל לא הובאו לביה"ד שום ראיות והוכחות על כך, והאשה הכחישה את דבריו בתוקף. והצדדים מטופלים ב-2 ילדים קטנים שברצונם לגדלם יחד, נראה דמותר לבעל להחזיר את אשתו.

הרב יועזר אריאל

חיוב גט לאשה או לאיש בעלי נטיה דו-מינית[1]

א. העובדות

הבעל הגיש תביעת גירושין נגד אשתו. לטענתו האשה אינה מקיימת יחסי אישות אתו במשך תקופה של כשנה וחצי. בשעה שהוא רוצה לנגוע בה היא מאיימת עליו שהיא תפנה למשטרה. כמו כן היא יוצאת לבלות עם נשים אחרות, ונמצאת בקירבה גופנית עמן.

האשה הודתה שאין ביניהם יחסי אישות. לדבריה היא אינה יודעת אם האשמה דווקא בה, אולי בעלה אשם בהעדר יחסי אישות. לדבריה צריך להפנות שאלה זו לפסיכולוג. כמו כן האשה הודתה שהיא מקיימת יחסי קירבה גופנית עם חברה.

להגנתה טענה, שהיא הודיעה לבעל לפני החתונה, שהיא בעלת נטיה דו-מינית, והיום היא אינה מוכנה לשנות את התנהגותה, כי זהו טבעה.

ב. איסור לעשות כמעשה ארץ מצרים

בגמרא מסכת (יבמות עו, א) נאמר :

> "אמר רבא לית הלכתא לא כברא ולא כאבא, ברא הא דאמרן, אבא, דאמר רב הונא: נשים המסוללות זו בזו פסולות לכהונה. ואפילו לרבי אלעזר דאמר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה, הני מילי איש, אבל אשה פריצותא בעלמא הוא".

רש"י (שם ד"ה "מסוללות") מפרש: "המסוללות - דרך תשמיש זכר ונקבה משפשות נקבותן זו לזו, וכן המסוללות בבנה קטן דסנהדרין דף סט, ב". עוד כתב רש"י שם: "פסולות לכהונה: משום זנות".

מדברי רבא עולה, שאין הלכה כרב הונא, לפיכך נשים המסוללות זו בזו כשרות לכהונה. אלא שמכל מקום מעשה זה אסור, כמבואר בספרא פרשה ט הלכה ח:

> "כמעשה ארץ מצרים אשר ישבתם בה לא תעשו, וכמעשה ארץ כנען אשר אני מביא אתכם שמה לא תעשו. יכול לא יבנו בנינים ולא יטעו נטיעות כמותם, תלמוד לומר ובחוקותיהם לא תלכו. לא אמרתי אלא בחוקים החקוקים להם ולאבותיהם ולאבות אבותיהם. ומה היו עושים?

1 נימוקים בתיקי ביה"ד טבריה א.א. נ' א.י. 923/סג

האיש נושא לאיש, והאשה לאשה, האיש נושא אשה ובתה, והאשה ניסת לשנים, לכן נאמר: ובחוקותיהם לא תלכו".

הרמב"ם (איסורי ביאה פכ"א ח) פסק על פי הספרא הנ"ל:

"נשים המסוללות זו בזו אסור, וממעשה ארץ מצרים הוא שהוזהרנו עליו, שנאמר: כמעשה ארץ לא תעשו. אמרו חכמים מה היו עושים איש נושא איש, ואשה נושא אשה, ואשה נשאת לשני אנשים. אע"פ שמעשה זה אסור, אין מלקין עליו, שאין לו לאו מיוחד, והרי אין שם ביאה כלל, לפיכך אין נאסרות לכהונה משום זנות, ולא תאסר אשה לבעלה שאין כאן זנות, וראוי להכותן מכת מרדות הואיל ועשו איסור, ויש לאיש להקפיד על אשתו מדבר זה, ומונע הנשים הידועות בכך, להכנס לה ומלצאת היא אליהן".

גם הטור (אהע"ז סי' כ) והשולחן ערוך (שם סעיף ב) פסקו כדברי הרמב"ם.

הפוסקים דנו, אם איסור נשים המסוללות הוא איסור דאורייתא או איסור דרבנן: הלבוש אהע"ז סי' כ, ב כתב:

"ואע"פ שהוא אסור, אין לוקין עליו, דלאו שבכללות הוא".

משמע מדבריו, שאיסור נשים מסוללות הוא מן התורה, אבל אין לוקין עליו, כי לאו זה הוא לאו שבכללות, ונכללים בו עוד עריות: איש הנושא איש, אשה הנישאת לשני אנשים, וכן אשה ובתה, כמבואר בספרא שהובאה לעיל.

גם בעצי ארזים סי' כא, ס"ק א, הביא את דברי הלבוש.

אלא שיש להקשות על שיטת הלבוש: מדוע הרמב"ם לא מנה מצוה זו במנין המצוות? הרי הרמב"ם בסהמ"צ (שרש ט) כתב:

"אמנם כשהיה לאו אחד כולל ענינים רבים, הנה אז ימנה הלאו ההוא לבדו, לא כל ענינים שיכלול אותם הלאו ההוא, וזה לאו שבכללות שאין לוקין עליו".

עולה מדברי הרמב"ם, שלאו שבכללות אע"פ שאין לוקין עליו, מכל מקום מונים אותו כמצוה אחת, אם כן למה לא מנה הרמב"ם את איסור מעשה ארץ מצרים בכלל מנין המצוות?

לכן נראה לפרש את שיטת הרמב"ם באופן אחר:

הרמב"ם בספר המצוות שורש ב, כתב, שדרשות התורה אינם נמנים כמצוות בפני עצמם, אלא רק מצוות שנכתבו בפירוש בתורה, יש למנותם במנין המצוות.

גם איסור נשים נשים מסוללות אינו מפורש בתורה, אלא נכלל בדרשת חכמים שדרשו מדברי הכתוב: "כמעשה ארץ מצרים"... ובחוקותיהם לא תלכו" - "בחוקים החקוקים להם ולאבותיהם". לכן כתב הרמב"ם "אע"פ שמעשה זה אסור, אין מלקין עליו, שאין לו לאו מיוחד", "אין לו לאו מיוחד" - משמעותו בנידון שלפנינו, שאין לאו האוסר בפירוש נשים מסוללות, והאיסור מבוסס על דרשת חז"ל, ולכן אינו נמנה במנין המצוות בספר המצוות, וגם אין לוקין עליו.

לדעת הצפנת פענח (ח"ג סי' קסד, הובא גם באוצה"פ סי' כא, ב) נשים המסוללות אסורות מן התורה, ונכלל בדין "בחוקותיהם לא תלכו", ואין לוקין עליו, כי הוא לאו שבכללות, הכולל גם הליכה בחוקות הגויים, כמו ללבוש מלבושיהם וכדומה.

אלא שקשה על דבריו: הרי במסכת יבמות (עו, א) נאמר על נשים מסוללות: "פריצותא בעלמא הוא"! משמע שאיסור זה הוא אסור קרוב לעריות, ולא רק איסור הליכה בחוקותיהם!

מנימוק זה פסל רב הונא נשים המסוללות לכהונה, ופירש"י (שם ד"ה פסולות לכהונה): "משום זנות". אמנם אין הלכה כדעת רב הונא, אבל מכל מקום רואים מדבריו שאיסור זה קשור עם זנות וכדברי הגמרא שם: "פריצותא בעלמא!"

ועוד: יש להבדיל בין שני איסורים נפרדים:

א. איסור לעשות כמעשה ארץ מצרים - איש נושא איש ואשה נושאת אשה. (בפרשת אחרי מות).

ב. איסור הליכה בחוקות הגויים - להתרחק מחוקותיהם ומלבושיהם (ראה רמב"ם סהמ"צ מצוה ל, הלכות עכו"ם פי"א הלכה א-ג). (בפרשת אחרי מות וגם בפרשת קדושים, ויקרא כ, כג, ראה סהמ"צ לרמב"ם מצוה ל"ת ל).

יש הבדל בין שני האיסורים לא רק בתוכן, אלא גם בעונש מלקות: באיסור הליכה בחוקות הגויים כתב הרמב"ם (סהמ"צ ל"ת ל) שיש עונש מלקות. אילו איסור נשים מסוללות היה נכלל במצות "ובחוקותיהם לא תלכו", היה צריך ללקות גם עליו, כמבואר בספר המצוות (ל"ת, ל). אבל נשים המסוללות נכללות באיסור מעשה ארץ מצרים, ואין עליו עונש מלקות, כמבואר ברמב"ם.

אמנם בספרא נאמר: ובחוקותיהם לא תלכו: "לא אמרתי אלא בחוקים החקוקים להם ולאבותיהם", אבל הכוונה בפסוק זה שבפרשת אחרי מות היא רק על חוקים של תועבת זנות בלבד, כגון: איש נושא איש, ואשה נושאת אשה.

אם כן האיסור לעשות כמעשה ארץ מצרים, אינו דומה לאיסור "ובחוקותיהם לא תלכו", אלא איסור מעשה ארץ מצרים הוא רק מעשה הקשור לענייני זנות וערוה.

לדעת הפרישה (אות יא) איסור נשים המסוללות הוא מדרבנן וז"ל:

"והיותר נראה, משום דכתב נשים המסוללות זו בזו אסור, דמשמע איסור בעלמא, וקשה לי: כיון דנפקא מקרא, הוה ליה למימר שהיא דאורייתא! לכן סתם וכתב דהקרא איירי במה שהיו עושין עוד, שאשה אחת נשאת לשני אנשים, דהוא ערוה גמורה לישראל".

לפי הפרישה עולה, שדרשת הספרא כוללת שני סוגי איסורים:

א) איסורים שמקורם מהתורה, כגון אשה נשאת לשני אנשים,

ב) איסור דרבנן, אשה נישאת לאשה.

בקרית מלך רב (ח"ב סי' כו הובא באוצה"פ סי' כ, ב) הקשה על דברי הדרישה, שהרי מפשטות לשון הרמב"ם עולה, שהאיסור הוא מן התורה, כי הרמב"ם כתב:

"אע"פ שהוא אסור, אין מלקין עליו, שאין לו לאו מיוחד".

מבואר בדברי הרמב"ם, שיש חילוק בין עצם האיסור ובין העונש: האיסור חל מן התורה, אבל עונש מלקות אין על נשים מסוללות, משום שאין לאו מיוחד על איסור זה, אם משום שזו דרשה, ואין לוקים על איסור שאינו מפורש בתורה כמבואר ברמב"ם סהמ"צ שורש ב, או משום שלאו זה הוא לאו שבכללות, כדברי הלבוש. עולה מדברי הרמב"ם שיש איסור לאו שהוא איסור דאורייתא, אלא שאין לוקין עליו.

בקרית מלך רב הביא את הגמרא במסכת שבת (סה, ב):

"אבוה דשמואל לא שביק להו לבנתיה דנפקיה בחוטין (בשבת) ולא שביק להו גניאן גבי הדדי... לימא מסייע ליה לרב הונא, דאמר רב הונא: נשים המסוללות זה זו בזו פסולות לכהונה! לא, סבר כי היכי דלא לילפן גופא נוכראה ("ויתאוו לשכב עם איש " - רש"י).

בקרית מלך רב הקשה על הרמב"ם מדברי הגמרא הנזכרים:

"ואם איתא דאיכא איסור תורה במסוללות, למה צריך לדרב הונא? תיפוק ליה משום הלאו דכמעשה ארץ מצרים? וגם למה צריך לומר, משום דלא לילפן גופא נוכראה"?

מתוך כך הסיק,שאיסור כמעשה ארץ מצרים, נאמר, דווקא בדרך נישואין, שאשה נושאת אשה בדרך של קביעות, כדוגמת איש שנושא אשה, אבל בדרך אקראי אין איסור מהתורה. אבל מכל מקום גזרו רבנן על דרך ארעי, שמא יתאוו לגוף אחר, ויבואו לידי איסור נישואין של אשה עם אשה בקביעות.

אלא שהוכחת בעל קרית מלך רב ממסכת שבת, צריכה עיון. בכרם שלמה (הובא באוצה"פ שם) ביאר את דברי הגמרא במסכת שבת, דשמואל קים ליה בגוויה דבנתיה, דאינן חשודות שיהיו מסוללות, ורק משום דלא לילפן גופא

נוכראה לא שביק להון. לפי זה בנותיו של שמואל לא סוללו זו בזו, ולכן מעיקר דין תורה לא עברו איסור, אלא ששמואל גזר עליהן שלא ישכבו בקרוב בשר זו עם זו, כדי שלא יתאוו למשכב עם איש.

יש להקשות עוד על דברי קרית מלך רב: אמנם בספרא נאמר, שבמצרים היה איש נושא איש, ואשה נושאת אשה, ומשמע לכאורה שהאיסור הוא דווקא בנישואין בדרך קביעות. אבל מדברי הרמב"ם, וכן מהטור ומהשולחן ערוך, שהלכו בעקבות הרמב"ם, משמע שהאיסור נאמר אפילו בדרך אקראי, כי הרמב"ם שהובאו דבריו לעיל, פסק: "נשים המסוללות זו בזו אסור, וממעשה ארץ מצרים שהוזהרנו עליו". בדברי הרמב"ם לא נאמר שהאסור הוא בדרך נישואין דווקא, אלא המעשה מצד עצמו אסור: "נשים המסוללות זו בזו", ואפילו בדרך אקראי.

ועוד; הרמב"ם השתמש במושג - "נשים המסוללות" שמקורו בדברי רב הונא ביבמות (עו, ב): "נשים המסוללות זו בזו פסולות לכהונה". גם בדברי רב הונא לא נאמר "נשים הנשואות זו לזו", אלא "נשים המסוללות זו בזו", ולדעת רב הונא נשים מסוללות פסולות לכהונה משום זנות ארעית. אמנם בגמרא שם למסקנא נאמר, שמעשה זה אינו פוסל לכהונה, אלא רק "פריצותא בעלמא", דהיינו מעשה איסור של פריצות, שאין בכוחו לאסור את האשה לכהונה, משום שאין כאן מעשה ביאת איש, כמבואר בדברי הרמב"ם שהובאו דבריו לעיל:

"והרי אין שם ביאה כלל, לפיכך אין נאסרות לכהונה משום זנות, וכן לא תאסר אשה לבעלה, שאין כאן זנות".

אבל גם למסקנת הגמרא, יש איסור של "פריצותא בעלמא", דהיינו מעשה תועבה של פריצות, והאיסור מקורו ממעשה ארץ מצרים. לכן הרמב"ם השתמש בלשון הגמרא "נשים המסוללות" להשמיענו, שאפילו פריצות ארעית בין אשה לאשה אסורה מהתורה.

ג. האם האשה נידונת כעוברת על דת יהודית

כיון שהתברר לעיל, שנשים אסורות לסולל זו בזו מן התורה, לפי זה אשה שעושה כן עוברת על דת יהודית. דת יהודית כוללת כל דבר שיש בו משום פריצות, כמבואר במשנה כתובות (עב, א):

"ואיזוהי דת יהודית יוצאה וראשה פרוע, וטווה בשוק, ומדברת עם כל אדם, אבא שאול אומר: אף המקללת יולדיו בפניו".

עולה ממשנה זו, שעבירה על דת יהודית כוללת כל חריגה מכללי הצניעות המקובלים אצל בנות ישראל. אפילו המקללת יולדיו בפניו מוגדרת כעבירה על דת יהודית, משום שיש במעשה זה עזות פנים וחוסר בושה וצניעות הראויות לבנות ישראל.

הכלל בזה מבואר בראש כתובות (פ"ז סי' ט):

"ודת יהודית משום חציפותא ומשום חשד זנות היא דמפסדא".

כך גם כתב הח"מ (קטו, א). והב"ש (שם, א) כתב:

"או אם עשתה דבר פריצות, דאז יש לחוש שמא תזנה תחתיו".

לפי כלל זה גם אשה המסוללת בחברתה, מוגדרת כעוברת על דת יהודית, שהרי במסכת יבמות (עו,ב) נאמר על אשה המסוללת: "פריצותא בעלמא הוא". והוא באיסור תורה שלא לעשות כמעשה ארץ מצרים.

אמנם לעיל הבאנו את דבריו של בעל צפנת פענח, שאין באיסור מעשה ארץ מצרים לאו של ערוה, אלא איסור זה נכלל באיסור הליכה בחוקות הגויים. לפי דבריו אין באיסור זה משום עבירה על דת יהודית, כיון שהאיסור אינו שייך לענייני ערוה, אלא להליכה בחוקות הגויים. אבל לעיל דחינו את שיטתו, והוכחנו שהאיסור הוא איסור של פריצות. וגם לפי דבריו, אפשר לפרש שחוקות הגויים כולל דרכי הפריצות שלהם.

הבאנו לעיל את שיטת הפרישה שסובר, שאיסור נשים מסוללות הוא איסור דרבנן. נראה שגם לפי שיטת הפרישה, מכל מקום גם עבירה על איסור של פריצות דרבנן, נכללת בדת יהודית, שהרי גם שינוי ממנהגי הצניעות בכיסוי ראש, נחשב לעבירה על דת יהודית כמבואר במסכת כתובות בענין פרועת ראש:

"דאורייתא קלתה שפיר דמי, דת יהודית אפילו קלתה נמי אסור".

לפי זה כל חריגה מכללי הצניעות של תורת ישראל בין מהתורה ובין מדרבנן, הרי היא בגדר עוברת על דת יהודית.

ד. דין מורדת

בנוסף לאמור, יש לחייב גט את הנתבעת, אם תמשיך בקשר דו-מיני עם החברה שלה, כי התברר בביה"ד שקשר זה גורם לאשה, להימנע מחיי אישות בינה ובין בעלה תקופה ארוכה. האשה אמנם טענה שאינה יודעת אם היא האשמה בפירוד בחיי אישות, או שמא בעלה אשם. אבל טענת הנתבעת מגומגמת, מתחמקת ואינה מובנת, וכי כיצד הנתבעת לא יודעת, אם היא אשמה או שמא הבעל?

יתר על כן: האשה מודה בפה מלא שיש לה טבע דו-מיני, והיא מוסיפה לעמוד במריה, ומודיעה בפני בית הדין, שהיא אינה מתכוונת לשנות את טבעה. הודאתה בעובדה זו, יש בה כדי לחזק את טענת הבעל. כי קשר מסוג זה יוצר הפרעה ומקרר את קשר האישות בינה ובין בעלה, כיון שיש לה סיפוק בדרך אחרת.

לכן ביה"ד צריך להתרות בה, שאם תמשיך בקשר הגורם להפרעה בחיי אישות בינה ובין בעלה, היא נחשבת למורדת ותהיה זו עילה לגירושין.

ה. שעבוד אשה לחיי אישות עם בעלה בלבד

גם אם הנתבעת תפסיק את מרידתה, ותחזור לחיי אישות סדירים עם בעלה בעונתה, הבעל יכול לגרשה בעל כרחה. כי כל עוד אינה מנתקת את הקשרים המיניים עם חברתה הרי זו פגיעה יסודית במטרת הנישואין שנועדו לקשר אישות עם בעלה בלבד. ועוד, כל עוד היא קשורה עם חברתה, עונתה לא תהיה סדירה.

כך יש ללמוד מדברי ספר האגודה (יבמות עז, הובאו דבריו בב"י אהע"ז ס"ס קנד) שכתב, שיש לכפות רועה זונות לגרש את אשתו. האגודה מנמק את דבריו:

> "איבעית אימא קרא, אבעית אימא סברא, ואיבעית אימא גמרא. קרא, דכתיב (בראשית לא, כ): אם תקח אשה על בנותי. גמרא דאמרינן בפרק הבא (יבמות סה, ה) והוא דאפשר בסיפוקייהו, ובנדון זה, רועה זונות יאבד הון (משלי כט, ג). סברא דגרע מכל הנהו דבפרק המדיר (עז, א)".

לנימוק הראשון והשלישי של האגודה, יש קשר לנידון שלפנינו, לפיכך יש לברר תחילה שני נימוקים אלו: הנימוק הראשון מבוסס על דברי הכתוב (בראשית לא, נ):

> "אם תענה את בנותי, ואם תקח נשים על בנותי".

הגמרא במסכת יומא (עז, א ב) דורשת את דברי הכתוב:

> "אם תענה - מתשמיש" (רש"י - להשביח עונתן). ואם תקח - מצרות (רש"י - השביעו כמשמעו שלא יוסיף להן צרות)".

נראה שהאגודה דורש פסוק זה לא רק על אסור נשיאת נשים נוספת בניגוד למנהג המדינה, או בניגוד למוסכם מראש בין בני הזוג, אלא גם על רועה זונות, משום שגם במקום שנהגו לשאת שתי נשים וכל הנישאת על דעת המנהג נישאת, מכל מקום, המנהג לשאת שתי נשים חל רק בדרך נישואין, ולא בדרך זנות. לכן האשה מלכתחילה לא נישאת על דעת שהבעל יהיה רועה זונות. הבעל השתעבד לכתחילה לאשתו. שלא לחיות עם נשים אחרות בדרך של פריצות. לכן מעשה

זה של הבעל מהווה הפרת זכותה היסודית של האשה בנישואין, והאשה יכולה לתבוע ממנו לגרשה בגלל הפרת זכותה היסודית.

בדומה לזה כתב הנימוק יוסף (יבמות יד, ב, ד"ה עונה בחודש) בשם הרטב"א:

"דבמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אינו רשאי לשאת אשה אחרת על אשתו, דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי אינסבא להאי, דלא לינסב אחריתי".

אם כן אפילו במקום שאין חדר"ג, אם נהגו שלא לישא יותר מאשה אחת, הבעל השתעבד לאשתו שלא לשאת אשה אחרת. לפיכך יש ללמוד בדרך קל וחומר על רועה זונות, כי הדבר פשוט שכל הנשים אינם נישאות על דעת שבעליהם יהיו רועה זונות, ולכן הבעל משתעבד לאשתו שלא יהיה רועה זונות, כי אדעתא דהכי נישאת לו.

בנימוק השלישי של האגודה נכתב, שקיימת סברה שרועה זונות הוא מום גרוע יותר משאר המומים. הסבר לדבריו כתב בערוך השולחן (אהע"ז קנד, טז):

"ברועה זונות כופין, דודאי נוגע לה לעונתה, דרועה זונות ממאס בהיתר ומים גנובים לו ימתקו, ובודאי שמאוס לה, ואפשר שגם יש סכנה בדבר. ולא מבעיא לדעת הרמב"ם דבמאיס עלי כופין להוציא, אלא אפילו להחולקים במאיס עלי, בכה"ג מודים, והרי בש"ס מבואר דבמורד מתשמיש כופין וכו') וכל שכן ברועה זונות דגרוע יותר כמובן".

גם בפד"ר (א, 141) נכתב שרועה זונות יפגע גם בעונתה.

אלא שיש לברר: אם בעל רועה זונות פוגע בעונת אשתו, מדוע האגודה לא כתב נימוק פשוט, שרועה זונות כופין אותו לגרש, משום שהוא מורד באשתו! התשובה לשאלה זו היא, שגם אם רועה זונות מקיים עונת אשתו, מכל מקום כיון שהוא מסרב לחדול ממעשיו, ברור הדבר שבסופו של דבר מעשה זה יפגע בעונתה, לכן זכותה של האשה לתבוע גירושין.

בדומה לזה כתב החכם צבי סי' קלג על הנימוק השני של האגודה המבוסס על דברי הכתוב "רועה זונות יאבד הון":

"דהתם ברועה זונות ומוחזק לכך ועומד במרדו, ומטעם שכתב בעל האגודה דרועה זונות יאבד הון, וסופו לא יהיה בידו לפרנסה, ואף שאין דעתי נוחה בטעם זה שיהיה נידון על שם סופו, כבן סורר ומורה, דחידוש הוא ולא גמרינן מיניה, מכל מקום אפילו לדברי האגודה אין הדברים אמורים שלא במוחזק לכך".

אם כן הוא הדין באשר לנימוק השלישי: ברור שבסופו של דבר, רועה זונות יגרע מעונת אשתו, וכופין אותו להוציא כבר עתה.

בנוסף לכך הובאו לעיל דברי ערוך השולחן שרועה זונות מאוס על אשתו, ומאיסות זו גרועה מכל מאיסות אחרת, לכן גם לדעת החולקים על הרמב"ם יש לכפותו לגרש את אשתו. נראה שמום זה גרוע משאר המומים, כי "אין אשה מתקנאת אלא בירך חברתה" (מגילה יג, א) והאשה אינה סובלת בעל שפרוץ בזנות עם נשים אחרות.

שני הנימוקים הנזכרים, שייכים גם בכפיית גירושין על אשה שיש לה חברה קבועה, שהיא חיה אתה חיי פריצות:

לפי הנימוק הראשון, השעבוד הוא הדדי: כשם שאשה אינה נישאת על דעת שבעלה יחיה עם נשים בדרך פריצות, ויהיה רועה זונות, ובעלה משתעבד לה שלא להפר זכות זו, כך גם להפך: אשה משתעבדת לבעלה להיות מיוחדת לו בלבד לחיי אישות, ולא לחיות חיי פריצות עם נשים אחרות.

לפי הנימוק השני: כשם שבעל רועה זונות בסופו של דבר יגרע מעונת אשתו, כך גם אשה המוצאת תחליף עם חברתה, בסופו של דבר תגרע משעבוד עונה לבעלה.

הרא"ש בתשובתו (כלל מד) כתב שרבנו גרשום השווה אשה לאיש, ואין לגרש אשה בעל כרחה אלא אם כן יש בה מום שבגללו אפשר לכפות את האיש לגרש. לכן כשם שאשה מקפידה שלבעלה לא יהיה קשר של חיי אישות נשים נוספות, כך גם הבעל מקפיד שלאשתו לא יהיה קשר של אישות עם נשים נוספות.

אמנם אפשר היה לחלק קצת, שאשה מקפידה על ביאה גמורה שבעלה בא על נשים אחרות, לעומת זאת במקרה שלפנינו אפשר שהבעל אינו מקפיד על מעשה פריצות של אשתו, כיון כשאינו מעשה של ביאת איש באשתו!

אבל קיימת סברא פשוטה שבעל נושא את אשתו, על דעת שתהיה מיוחדת לו בלבד בכל קשר של חיי אישות, ולא תהיה קשורה עם נשים אחרות בדרך של פריצות, בו היא מוצאת את סיפוקה כשם שאשה מקפידה שבעלה יהיה מיוחד לה בלבד לחיי אישות, ולא בפריצות עם אחרות.

ועוד: הנטיה דו-מינית של הנתבעת, מפריעה לקיום חיי אישות בינה ובין בעלה. זו תופעה חריגה, ופשוט שכל בעל בריא בנפשו, אין דעתו סובלת שאשתו תהיה קשורה בקשר של פריצות עם אשה אחרת, המקררת את קשר האישות בינה ובין בעלה.

המקרה שלפנינו מהווה הוכחה כמאה עדים, מדוע בעל אינו מוכן לשאת אשה על דעת שתהיה קשורה בקשר של חיי אישות עם חברתה: הבעל טען שאם הוא רוצה לנגוע בה, היא אומרת לו, שהיא תקרא למשטרה. הנתבעת לא הכחישה את דבריו. גם הנתבעת הודתה, שאינה מקיימת חיי אישות עם בעלה. אמנם היא גמגמה ואמרה, שאולי הבעל אשם, אבל טענה זו היתה טענה מתחמקת, היא גם הוסיפה ואמרה: "אני לא יודעת מדוע אין חיי אישות ביננו, אני לא פסיכולוג".

כלומר, לדעתה פסיכולוג צריך לחקור ולברר, מדוע אין חיי אישות ביניהם תקופה ארוכה. כל בר-דעת ולאו דווקא פסיכולוג מבין, שהקשר של פריצות שיש לנתבעת עם חברתה, גורם לקירור קשר האישות בינה ובין בעלה. הנתבעת מצאה לעצמה תחליף אחר של חיי פריצות אסורים, במקום חיי אישות טבעיים עם בעלה. הסיפוק שיש לאשה במעשה הפריצות עם חברתה, מונע ממנה את הצורך הטבעי לקיים חיי אישות עם בעלה.

אמנם הבית יוסף (אהע"ז סי' קנד) שהביא את דברי האגודה הנזכרים לעיל, חלק על דברי האגודה, ולדעתו אין לכפות את הבעל לגרש את אשתו, רק במקרים שהובאו בדברי הפוסקים המפורסמים. לפי זה אין ללמוד לכאורה מדברי האגודה, שיש לכפות גט על הנתבעת הנידונת, כי התובע הוא מעדות המזרח, וכפוף להלכה שפסק הבית יוסף, שאין לכפות את רועה הזונות לגרש, והוא הדין שאין לכפות אשה החיה חיי פריצות עם חברתה להתגרש.

אבל הבית יוסף דן רק בכפיית גט על הבעל. לעומת זאת כפיית גט על אשה מותרת לדעת הבית יוסף בכל מקרה, כמו שפסק בשולחן ערוך (אהע"ז קיט, ו):

"יכול לגרשה בלא דעתה".

מדבריו בבית יוסף (אהע"ז קיט) נראה, שדין גירושין בעל כרחה תלוי במנהגי המקומות, הבית יוסף כתב:

"וכתב הרשב"א בתשובה אחרת (ח"ד סי' קפו) כל שנשא במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה סתמו כפירושו, ועל דעת כן נשאה שלא יגרשנה אלא מדעתה, ואם יגרשנה שהוא חייב במה שנהגו לחייב העובר על אותו מנהג בין בקנס בין בנידוי".

גם בכנסת גדולה (קיט, יא) כתב, שיש מנהגים שונים בדין גירושין בעל כרחה. במקומו של המהרי"בל (ח"ב סי' כב) נהגו לכתוב בכתובה: "ונשבע שלא יגרשנה בלתי רשות בית דין". מאידך יש מקומות שאין נשבעים, ואין כותבים בכתובה שלא לגרשה בעל כרחה, ומעיקר הדין יכול לגרשה בעל כרחה, אלא שמכוער הדבר (כנה"ג אהע"ז בית יוסף, קיט, ו, בשם הראד"ב סי' יז).

בזמן הזה נהגו כל בתי הדין שלא לגרש אשה בעל כרחה ללא עילה, ואין חילוק בין עדות אשכנז לעדות ספרד. גם לא מצינו שעדות המזרח יחמירו בדין גירושין בעל כרחה יותר מעדות אשכנז. לפי מנהג בני אשכנז כופין רועה זונות לגרש את אשתו בעל כרחו, כי קיימת קפידא מצד האשה שבעלה לא יעסוק בזנות. לכן לפי מנהג אשכנז, אשה שחיה חיי פריצות עם חברתה, יש לכפותה לקבל גט, לפיכך גם לפני מנהג בני ספרד אפשר לכפות את האשה לקבל גט בעל כרחה. כי כאמור לעיל בני ספרד לא מחמירים יותר ממנהג בני אשכנז, שכופין לגרשה אם היא עוסקת בזנות עם נשים אחרות.

נוסף לכך: יש לגרשה בעל כרחה מדין עוברת על דת יהודית כמבואר לעיל, ואין בדין זה חילוק בין בני אשכנז לבני ספרד.

ו. בעל שידע לפני הנישואין על נטיה דו-מינית של אשתו

אלא שיש עוד לברר את טענת האשה, שלדבריה אמרה לבעלה לפני הנישואין, שיש לה נטיה דו-מינית, ואם כן הבעל נשא אותה מתוך ידיעה שזו היא תכונתה, והוא הסכים להתנהגות בלתי טבעית של אשתו. מאידך הבעל מכחיש וטוען שהיא לא אמרה לו שהיא דו-מינית.

קיימים שלושה נימוקים לדחות את טענת האשה:

א. האשה מודה שיש לה חברה משותפת לחיי פריצות ובכך היא פוגעת בשעבודה לבעלה, אלא שלטענתה בעלה מחל על שעבודו עוד לפני הנישואין. כיון שהפגיעה בשעבודה לבעלה היא וודאית, ואילו המחילה של בעלה היא מסופקת שהרי בעלה מכחיש את טענתה; לכן אין ספק מוציא מידי ודאי. יסוד זה מבואר בדברי החזון איש (ב"ק סי', ז' סקי"ח) שדן על אדם שמודה שבהמתו הזיקה, אלא שלטענתו הוא פטור בגלל שנאנס.

החזון איש פסק שהמזיק חייב וז"ל:

"ובעיקר הדין נראה, דעל המזיק לברר, דשמר ויצאת באונס, דסתם בחזקת נזק של חיוב קיים. וזכר לדבר, ממש"כ הריטב"א בשיטה מקובצת ב"מ עו, ב, דאם פועלים חוזרים בדבר האבד, ואיכא טענה וכפירה ביניהם, שהפועלים טוענים שאפשר למצוא פועלים לגמור המלאכה, ובעל הבית מכחישם, על הפועלים לברר".

יסוד דומה כתבו גם בשו"ת הרמ"א, סימן פ"ו. וגם באמונת שמואל (סי' כו).

אמנם מצינו בהלוואה בעל פה בעדים, שהלווה נאמן לומר פרעתי, ונשבע היסת ונפטר, והרי ההלוואה וודאית והפרעון ספק, כי המלוה מכחיש את הלווה! אלא שטענת "פרעתי" היא טענה שכיחה שהרי כל מלוה עומד לפרעון, וגם

חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, מה שאין כן טענת אונס, שעליה דן החזון איש, הרי זו טענה שאינה שכיחה.

נראה להביא סיוע ליסוד זה מדברי הרמב"ם (אישות פכ"א, ה' ט"ו) ונפסק גם בשולחן ערוך (אהע"ז סי' פ,):

"היא אומרת ראוי לו לקנות או לשכור שפחה, והוא אומר: אין ראוי, עליה להביא ראיה, ואין כאן מקום לשבועה".

בביאור דברי הרמב"ם, כתב המגיד משנה:

"פשוט הוא זה, שעליה להביא ראיה, שהרי מן הסתם היא משועבדת לו, ואין כאן מקום לשבועה, לפי שהיא אינה תובעת ממנו ממון שחייב לה, שנאמר שישבע היסת ויפטר, אלא שבאה להפטר משעבודה, דאינה נפטרת אלא בראיה".

עולה מכאן שהאשה בחזקת חיוב עומדת, והבעל מכחיש את סיבת הפטור, לכן אם ברצונה להיפטר, עליה חובת ההוכחה, כי אין ספק מוציא מידי ודאי.

כך גם עולה מדברי הרמ"א (אהע"ז סי', פ, יז):

"וכל אשה יש לה מזונות, אע"פ שאין כתובה בידה, ואינו נאמן לומר שמחלה לו, רק בראיה ברורה".

מקור הדין הוא מתשובת הרשב"א (נדפסה בספר ארעתא דרבנן למהרש"א אלפנדרי סי' יג, והובאה בב"י אהע"ז סי' עז). נימוקו של הרשב"א הוא:

"וחזקה של זו שיש לה כתובה ומזונות, עד שיטעון הבעל ברי שמכרה או מחלה לו כתובתה. ולא עוד אלא אפילו מכרה או מחלה כתובתה לבעלה, אין לה מזונות, אלא מזונות שלאחר מיתה, ומן היתומים, לפי שהם מתנאי כתובה. אבל מן הבעל אית לה, שאין מזונות אלה מתנאי כתובה, אלא מדאורייתא. ואף רש"י כן פירש (נג, א, ד"ה אין), לפיכך עד שיביא הבעל ראיה שמחלה לו המזונות בפירוש חייב. ... והיינו טעמיה דרב דאמר בפ' שני דייני גזרות (קז, א) פוסקין מזונות לאשת איש, משום דאפילו אתי בעל ואמר: התפסתיה צררי למזונות העתידים, אינו נאמן. דא"כ אין לך אשה ניזוקת משל בעלה, ולא מן היתומים. ואף הרי"ף כתב כן בתשובה, שהבעל שאמר התפסתיך צררי, אי נמי את מחלת מזוני, אינו נאמן, והיא נאמנת בלא שבועה".

גם בהלכה זו שעבוד המזונות הוא ודאי, והמחילה היא ספק, ואין ספק מוציא מידי.

כך גם בנידון שלפנינו: טענת האשה שבעלה הסכים שתהיה לה חברה, היא טענה שאינה שכיחה. כי מן הסתם כל בעל אינו מוכן לשאת אשה, מתוך ידיעה שתהיה לה חברה שתנהג עמה בדרך פריצות. לפיכך אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי השעבוד לבעלה הוא ודאי, ואילו המחילה היא בספק גדול מאד.

ב. גם אם היינו מקבלים את טענתה של האשה, שהיא הודיעה לבעלה לפני הנישואין על נטייתה, מכל מקום האשה אמרה שבאותה שעה שהודיעה לבעלה על תכונתה, לא היתה לה חברה מסוג זה. גם לפי דבריה היא הודיעה לבעלה רק על הנטיה שיש לה ותו לא. אם כן הרי בעלה לא נתן הסכמתו, למימושה של תכונה זו גם אחרי הנישואין, כי לא הוסכם ביניהם שהאשה אחרי הנישואין תוכל למצוא לה שותפה לחיי אישות. לכן אין אפשרות לטעון, שבעלה הסכים שהאשה תממש את נטייתה גם אחרי הנישואין.

ג. גם אם הבעל היה נותן את הסכמתו לפני הנישואין, לדרך הפריצות שהאשה בחרה בה, יש לו זכות לחזור בו מהסכמתו, כיון שהאשה עוברת על דת יהודית כמבואר לעיל. גירושי אשה שעוברת על דת יהודית, אינם נעשים דווקא בגלל טענת מקח טעות, שהאשה הפרה הסכם כל שהוא שהיה בינה ובין בעלה. אלא גירושי אשה שעוברת על דת משה ויהודית, נעשים בגלל עבירה על מצות התורה, או מצות חכמים, וחכמים עודדו את הבעל לגרש אשה זו, מכיון שהיא עוברת על דת יהודית. כך כתבו הפוסקים לענין אשה שהבעל הסכים לפני הנישואין שהאשה לא תטבול לנידתה. ואח"כ חזר בתשובה, שהוא רשאי לגרשה אם מסרבת לטבול.

לכן גם אילו הבעל היה נותן את הסכמתו לפני הנישואין, לדרך הנלוזה של אשתו, הוא זכאי לחזור בו מהסכמתו, ולתבוע מאשתו לנהוג בדרך של דת משה ויהודית. גם לציבור שאינו שומר תורה ומצוות יש גבולות של צניעות מינימלית, ומקובל שלפחות בנושא זה הנשים ינהגו כדת יהודית וימנעו מקיום חיי אישות עם חברה אחרת. לכן הבעל יכול לתבוע מביה"ד לכפות את אשתו להתגרש.

לסיכום: יש להתרות באשה שאם לא תנתק לאלתר את קשר הפריצות עם החברה ותחזור לחיות חיי אישות מסודרים עם בעלה,ביה"ד ינהג בכל דרכי הכפיה נגדה, עד שתנתק את הקשר עם אותה חברה, או עד שתקבל גט. כמו כן אם תעבור על התראת בית הדין, תפסיד את כתובתה, כמבואר בשולחן ערוך (אהע"ז סי' קטו, א).

ז. האם כופין בעל דו מיני לגרש את אשתו?

לעיל נכתבו שלושה נימוקים לכפות לגרש אשה דו מינית.
א. מדין עוברת על דת. ב. מדין מורדת. ג. הבעל נושא את אשתו, על דעת שתהיה מיוחדת לו בלבד לחיי אישות, ולא לאחרים.

נדון על פי הנימוקים הנ"ל, מה דינו של בעל דו מיני, דהיינו שיש לו חבר קבוע למשכב זכר, האם כופין אותו לגרש את אשתו?

לפי הנימוק הראשון: אמנם בעל שעובר על דת אין כופין אותו לגרש את אשתו. כמבואר במבי"ט (ח"ב סי' מז), שפסק על בעל שבא על אשתו נדה, שאין כופין אותו לגרש:

"דאין שום צד לכוף את האיש אם הוא עובר על דת, שיוציא ויתן כתובה,... וטעמא דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו".

אבל המבי"ט שם מחלק:

"אם לא שעבר על דת שהיא כלפי דידה, שעבר על חרם שהוא כלפי דידה, כגון שלא להכותה ושלא להקניטה".

כוונת דבריו היא, שאם בית הדין החרים את הבעל שלא יקניט או שלא יכה את אשתו (ראה גם רמ"א אהע"ז קנד, ג) והבעל עבר על החרם, כופין אותו לגרש את אשתו, משום שעבר על חרם בנושא המצער את האשה. וכיון שעבר על איסור שהוא בין אדם לחברו יחד עם איסור שהוא בין אדם למקום.

לפי זה בעל שיש לו חבר קבוע למשכב זכר, הרי הוא עובר שתי עבירות חמורות, הן בין אדם למקום, באיסור חמור של משכב זכר, שיש עליו חיוב סקילה, והוא מתועב ממעשה ארץ מצרים, והן בין אדם לחברו, שהוא מצער את אשתו מאד. כי כשם ש"אין אשה מתקנאת אלא בירך חברתה" (מגילה יב,ב) כך גם אשה מתרעמת על בעלה שהוא שטוף במשכב זכר עם חברו.

לפי הנימוק השני: בעל ששטוף במשכב זכר, דרכו למעט בעונת אשתו, כיון שמוצא סיפוקו במקום אחר, וכדברי האגודה על בעל רועה זונות.

לפי הנימוק השלישי: כשם שאשה מקפידה על בעלה שלא יהא רועה זונות כך גם היא מקפידה על בעלה שלא יהא שטוף במשכב זכר, הן משום שאדעתא דהכי לא נשאת לו, והן משום שכתוצאה מכך הבעל מאוס בעיניה.

אמנם הבית יוסף חולק על דברי האגודה, משום שדין רועה זונות לא התפרש במשנה, ובפוסקים המפורסמים ולפי זה לכאורה יש לחלק בין בני עדות אשכנז לעדות ספרד: בעל שהוא מעדות אשכנז, אפשר לכופו לגרש את אשתו אם הוא שטוף במשכב זכר, ולפי עדות ספרד אין לכופו לגרש את אשתו.

אבל הרמ״א (דרכי משה, אה״ע קנד, כא) חלק על הב״י, ואחד מנימוקיו הוא, שבימי הפוסקים הראשונים לא היה בנמצא בין היהודים ״רועה זונות״, לכן לא נדרשו לפסוק בנדון כזה. אם כן כל שכן שהתופעה של משכב זכר, אצל יהודי נשוי היתה בלתי מצויה, גם לדעת הבית יוסף. וכמו שמבואר במסכת קדושין (פב,א) שלא נחשדו ישראל על משכב זכור.

לכן יש לומר שבזה גם הבית יוסף יסכים לדעת האגודה שיש לכופו, ואין ראיה מדברי הפוסקים הראשונים שלא דנו בכגון זה. כי לא היה מצוי בזמנם כלל.

בנוסף לכך התבאר לעיל שבעל שעובר באיסור כפול, הן בין אדם למקום באיסור סקילה והן בין אדם לחברו ביחס לאשתו. יש לכופו לגרש את אשתו כמבואר בדברי המבי״ט.

ועוד יש לחלק בין בעל רועה זונות ובין בעל שהוא שטוף במשכב זכר: בעל רועה זונות המעשה שלו הוא מגונה אבל זו תאוה שהיא בדרך הטבע, ואפשר שאשה מוכנה לוותר ולסלוח בדיעבד לבעלה. אבל משכב זכר זו תאוה חולנית בלתי טבעית ומאוסה ביותר. שבעל נשוי שיש לו פת בסלו, עושה מעשה תועבה של משכב זכר באופן קבוע. ולכן אפשר שגם לפי הנימוק השני אפשר לכפות את הבעל לגרש את אשתו בעל כורחו. מכל מקום על פי הנימוק הראשון, אפשר לכפותו לגרש בעל כורחו לכל הדעות כמבואר בדברי המבי״ט.

עוד יש להוסיף על פי דברי ערוך השולחן (אה״ע קנד, טז) שהובאו למעלה, שברועה זונות יש סכנה לאשה. וכתב הגר״ע בצרי שליט״א, שבזמן הזה שנפוצה מחלת האיידס, יש לכוף את הבעל גם לדעת הבית יוסף, בגלל הסכנה. (וכמו שכתב הב״ש, אה״ע סימן קנד, ט, שאם היה חשש סכנה בנכפה, היו כופין לכל הדעות). לפי זה יש לכוף גם בעל הומוסקסואל לגרש בגלל הסכנה של האשה להפגע ממחלת האיידס.

הרב יצחק אלמליח

חיוב בפרעון כתובה לפני מתן הגט[1]

הצדדים גרים בנפרד מעל חמש שנים, האשה מואסת בבעלה במאיסות מוחלטת, הבעל הודה בעבר במעשה אלימות ואף הורשע בביהמ״ש. האשה טוענת שמקרי האלימות היו תדירים והרבה יותר פעמים מהמקרים שבהם הבעל הורשע, ולכן דורשת לחייבו בגט, הבעל מסרב להתגרש, מבקש שלום בית, אך במצב הנוכחי אין לכך שום סיכוי סביר. קיים נתק חמור בין האב לילדים, והילדים גם הם מאשימים את האב באלימות.

לאור זאת פסק ביה״ד כי הבעל חייב לגרש את אשתו. אולם גם לאחר פס״ד הבעל עומד בסירובו לתת גט לאשתו, ביה״ד עשה מאמץ להביא את הצדדים להסכמה אך ללא הצלחה.

לכן יש לדון האם לחייב את הבעל בתשלום כתובתה של האשה, עוד לפני סידור הגט ע״פ דברי הרמ״א אה״ע סימן קנ״ד, סעי׳ כ״א.

ויש לברר מספר נקודות:

א. חייב לתת גט, ומסרב, האם יש לחייבו בפרעון הכתובה לפני מתן הגט.

ב. האם יש לחשוש משום כפיה על הגט בגבית כתובה.

ג. אם פוסקים לחייבו, האם רק בעיקר הכתובה או גם בתוספת כתובה.

א. הרמ״א בסי׳ קנ״ד סעיף כ״א כתב:

> ״ובכל מקום דאיכא פלוגתא אם כופין או לא, אע״ג דאין כופין לגרש, מ״מ כופין אותו ליתן כתובה מיד, וכן הנדוניא דאנעלת ליה, {מרדכי ריש המדיר}״.

---

1 נימוקים בתיק 6761/ס״ג בביה״ד האיזורי ת״א, ש.ש. נ׳ ש.י. עיקר הדברים נאמרו גם בהרצאה בכנס הדיינים תשס״ד. ראה עוד בנושא זה שורת הדין. ח, עמ׳ שנד-ט.

התשב"ץ ח"א סימן א' כתב:

"מקור דין זה לדעת כמה מהראשונים הוא מהירושלמי בפרק אלמנה נזונת ה"ז, אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות, ואקשו עליה התם והא תנינן המדיר את אשתו וכו' עד יוציא ויתן כתובה ופריקו שמענו שמוציא שמענו שכופין, וכתב זה הירושלמי ר"ח ז"ל בפירושו, ופירש זה הירושלמי כך הוא, שהם תרצו דהא ל"ק, דאע"ג דתנן יוציא ויתן כתובה, כלום שמענו דכופין, בתמיה, דיוציא לחוד, וכופין לחוד דכופין ר"ל שכופין אותו ממש לגרש, ויוציא ר"ל שכופין אותו לפרוע כתובתה, ואם מתוך כפייה זו רוצה לגרש יגרש, וכן כתב הרמב"ן ז"ל בפרק אעפ"י", ע"כ.

וז"ל המרדכי בריש המדיר:

"כתב הר"מ ז"ל כל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה נהי דאין כופין אותו אלא בראיה, מ"מ נפיק ממונא מיניה, דכיון דחייבוהו חכמים להוציא ולתת כתובה אם לא הרשינו לכוף להוציא, דאם היינו כופין ה"ל מעושה שלא כדין, מ"מ כתובה מ"ט לא נפיק מיניה כיון שחייבוהו חכמים בממון זה לתת לה, הלכך מפקינן מינה כתובה ויהבינן לה, מנה ומאתים, ונדוניא דהנעלת ליה, אבל תוספת איכא פלוגתא דרבוותא, ר"ת פירש בריש אע"פ דתוספת נמי אית לה דלכל מילי תנאי כתובה ככתובה דמי, ור"ח פירש דדוקא להני מילי דמייתי בריש פרק אע"פ, ואמרינן דתנאי כתובה ככתובה דמי אבל למידי אחרינא לא, ומספיקא לא מפקינן מיניה תוספת כיון דפליגי בה רבוותא", ע"כ.

וכן כתב הרשב"א בתשובה בח"א סימן אלף קצ"ב:
"... אין כופין אותו בשוטים לגרש... אלא בגביית הכתובה כלומר שכופין אותו ליתן לה כתובה עכשיו...".

וכן כתב הר"ן כתובות בסוף פרק המדיר ד' ל"ו ע"א בדפי הרי"ף ד"ה והאי:
"יוציא ויתן כתובה ... אין בלשון הזה לשון כפייה בגט, אלא שהיו כופין אותו לתת כתובה..." וכן כתבו הריטב"א, והרשב"א כתובות ד' ע"ז.

וכן פסק הריב"ש סימן קכ"ז, וז"ל:

"... דהמדיר אשתו מתשמיש המטה, דאמרינן עלה בגמ' בפ' אע"פ סא:, יוציא ויתן כתובה, לא שיהיו כופין אותו על הגט, שכבר הסכימו כל האחרונים ז"ל, דבכל מקום שאמרו יוציא ויתן כתובה, אין כופין על הגט, אבל כופין על הכתובה, ומבקשין על הגט ואומרין לו שהוא חייב להוציא, ואם לא יוציא, אין רוח חכמים נוחה הימנו ושרי למקרייה עבריינא, אבל לעולם אין כופין אותו על הגט, לא בשוטים, ולא בשמתא, זולתי באותן ששנינו בפ' המדיר ע"ז ואלו שכופין וכו'...".

וכן כתבו המהרח"ש חלק אבה"ע סי' מו. והמהרלב"ח סימן ל"ג. והמהרש"ק ח"ג ס' מ"ב וכן כתב המהריב"ל ח"ג סימן ק"ב, אלא שמוסיף וכותב דבהנהו דלא תני כופין בהדיא, לא כפינן, כיון דהוי פלוגתא דרבוותא, אלא דאמרי' ליה שמותר לקוראו עברינ', והכי נמי לא עבדינן הרחקה שכתב רבינו תם, והסמ"ק, ומהר"י קולון, לפי שלא ראינו ולא שמענו בדורינו זאת ההרחקה, ואפשר דטעמא הוי, משום דבדורות הללו חמירא להו ההרחקה מהנדוי והשמתא, וכל היכא דלא כפינן בשוטים, או בנדויים וחרמות גם לא עבדינן ההרחקה וכו' עכ"ל.

וזה דלא כדעת הרמ"א בסי' קנ"ד סעי' כ"א שכתב: וכל מקום שאין כופין בשוטים אין מנדין אותו ג"כ, ומ"מ יכולין ליגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה, או לישא וליתן עמו וכו' {ר"ת ובמהרי"ק}.

הרי שלדעת כל הפוסקים הנ"ל, כופין לתת כתובה מיד, גם לפני הגט, אף שאין כופין לגרש.

ויש לברר מה טעמו של דין זה של חיוב כתובה לפני מתן הגט? האם עם החיוב בגט הגיע זמן פרעון הכתובה, שכל מי שחייב לגרש את אשתו, אף שאין כופין אותו על הגט, מ"מ מאחר וקשר האישות שביניהם חייב להפסק, כופין אותו לשלם לה כתובתה. כי במקרה כזה כבר הגיע זמן פרעון הכתובה ביחד עם הזמן של חיוב בגט.

או אפשר לומר, שכל זמן שלא גירש לא הוי זמן גביית הכתובה, שאינה נגבית אלא בגירושין, או במיתת הבעל, אלא שזה חיוב חדש שחכמים חייבוהו בפרעון הכתובה ולא מכח שיעבודו הראשון בשעת הנישואין. אפשרות שלישית

היא, שחיוב בכתובה הוא כאמצעי כפיה על הגט, ואומרים לו שאם יגרש האשה תמחל לו על כתובתה.

ומצאתי בס״ד בחידושי רעק״א על מסכת כתובות ד׳ ע׳ שהעלה בדברי המרדכי את צדדי הספק הנ״ל, והנפק״מ להלכה בזה. רעק״א דן שם באחד שמכר לאחר מקומו בביכ״נ, ולאחר מכן חוייב בגט ומסרב לגרש וברח למרחקים מאשתו, ואשתו תובעת כתובתה ומבקשת לגבותה מן הלקוחות שקנו מהבעל את מקומו בבית כנסת, וכתב רעק״א וז״ל:

״... וממילא י״ל כיון דדינו דיוציא ויתן כתובה, אף דאין לנו מקום לכופו, מ״מ עכ״פ חל חיוב פרעון הכתובה כמ״ש המרדכי ר״פ המדיר, דבכל אלו דתנינן יוציא ויתן כתובה, אף להפוסקים דס״ל דאין כופין אותו לגרש, מ״מ מוציאין הכתובה ממנו, וכן פסק בהגהת שו״ע סוס״י קנ״ד... אמנם ה״ה חביבי הרב המאה״ג מו״ה יאקב נ״י אבד״ק ווילעהן, סתר זה די״ל דודאי כל זמן שלא גירש, לא הוי זמן גביית כתובה, דאין אנו קורין כשתנשאי לאחר, אלא דאם היה בפנינו, כופין אותו ליתן כתובה כדי שעי״כ ירצה לגרשה, וכפיה כזו על הגירושין עושים, והיינו דוקא אם הוא בפנינו לגבות ממנו, אבל להוציא מן הלקוחות לא שמענו״.

הרי דלדעת הגאון הנ״ל גם בחייב לגרש כל זמן שלא גירש בפועל לא הוי זמן גביית כתובה, וחיוב כתובה הוא אמצעי כפיה על הגט.

אולם רעק״א בהמשך דבריו חלק עליו בזה וכתב:

״והנה באמת, אף דלענ״ד להמעיין בלשון המרדכי הנ״ל יראה דלאו מדין כפיה על הגט הוא, אלא כיון דחכמים חייבוהו שיוציא ויתן כתובה, ממילא כופין אותו לקיים חיובו, וליתן הכתובה, מ״מ נלענ״ד לקיים דבריו {שלא להוציא מן הלקוחות} ולא מטעמיה, והיינו די״ל דחז״ל רמו חיובא עליו לגרשה, וגם ליתן כתובה והחיוב זה אקרקפתא דגברא מוטל בציווי החכמים, וממילא כופין אותו לקיים ממצות חכמים, רק דבגט אי אפשר לכפות דהוי גט מעושה, מ״מ לענין הממון כופין אותו לקיים מצות חכמים שעליו וממילא נחתינן ג״כ לנכסיו, דעד שאתה כופהו בגופו יכפוהו בממוניה כמו למ״ד פריעת בע״ח מצוה, אבל מ״מ השעבוד נכסים שחל בשעת הנשואין אותו השעבוד לא חל רק עד אחר הגירושין, אלא דחיוב חז״ל עליו שיגרש ויתן הכתובה, וממילא בכלל

זה אף אם אינו מגרש, רמי חיובא עליו ליתן הכתובה אבל מ״מ וממילא בכלל זה אף אם אינו מגרש, רמי חיובא עליו ליתן הכתובה אבל מ״מ אין השעבוד חל על הנכסים שמכר מקודם אחר הנשואין כנלע״ד... אח״כ זכני ד׳ וראיתי שהש״ך בספרו גבורת אנשים כתב באות י״ח וז״ל:

דכיון דרב קאמר יוציא ויתן כתובה א״כ חייב בכתובה מיד... מזה נראה בעליל שהדברים כמ״ש דהחיוב רק אקרקפתא דגברא וחז״ל הטילו זה לחוב עליו וא״כ אינו גובה ממשעבדי״ ע״כ.

העולה מדברי הגרעק״א, דחיוב הכתובה לאו מדין כפיה על הגט הוא, וגם לא מפני שהגיע זמן פרעונה, אלא חיוב חדש הוא דרמו עליה חז״ל. בשו״ת בית מאיר סימן ל״ט, הביא את דברי רעק״א הנ״ל, ולא הסכים עמו, ודעתו דמיד שמחויב בגירושין חל זמן הפרעון הכתובה, וכדברי רעק״א בראשית דבריו, ולא שזה חיוב חדש של חז״ל. ונפ״מ שהאשה יכולה לטרוף מה שנשתעבד לה, לכתובה, גם מה שמכר לפני חיובו בגט, ע״ש.

החזון איש אה״ע, סימן ס״ט אות י״ג הביא דברי הרמ״א, סי׳ קנ״ד סעי׳ כ״א, שכתב שמ״מ כופין אותו ליתן כתובה מיד, וכתב וז״ל:

וצ״ע נהי דחייב לגרשה, מ״מ אין חיוב כתובה אלא לאחר הגירושין, והשתא אינו חייב לה, ואפשר שהוא רק מדין כפיה, ולפ״ז במקום דכופין בשוטי, לא מגבינן לה כתובה קודם הגט. ומיהו אי נראה לביה״ד שע״י גבית הכתובה, יבא לגרשה מגבינן לה כתובה, מדין כפיה. ואי ליתי׳ קמן למכפיה, נראה דאין מגבין לה כתובה מנכסיו. ובבאר היטב ריש סימן קנ״ד בשם הרד״ק בית ג׳ חדר י׳ לא כתב כן, אלא אפילו שלא בפנינו מגבין לה כתובה, ואפשר דתיקון חכמים הוא במקום שאמרו יוציא ויתן כתובה, שחייב בכתובה״, ע״ש.

העולה מדברי החזו״א, שגם בחייב לגרש לא חל חיוב פרעון הכתובה מיד אלא לאחר הגירושין, וחיוב חז״ל בכתובה מספקא ליה לאפשר שהוא מדין כפיה, ואפשר שהוא חיוב חדש שחייבוהו חז״ל וכמ״ש רעק״א.

בס׳ משנת יעקב, הלכות אישות פ׳ ט״ז הלכה ג׳ כתב וז״ל:

״מש״כ החזו״א דאפשר שהוא רק מדין כפיה, צע״ג דהרי יש בזה פלוגתא אם כופין או לא, א״כ איך אפשר לכוף אותו ע״י מתן כתובה

שעדיין לא מגיע לה כקושית החזו״א, אשר ע״כ נראה עיקר כמ״ש החזו״א בסוף דבריו, דתיקון חכמים הוא במקום שאמרו יוציא, שצריך לגרש, ועוד דיתן כתובה, אפילו כשלא מגרש, ... ונצטרך לומר דתקנו בזה חיוב ממון חדש״, ע״כ.

וראיתי בש״ג ב״מ ד׳ ס״ז {בדפי הרי״ף}, שכתב בענין אשת מומר שתובעת כתובתה ונדונייתא על נכסי בעלה, אע״פ שהוא עדיין בחיים, באמרה דכיון דמדינא חייב בעלה לגרשה הוי כאילו נתגרשה, וכתב הש״ג:

״והארכתי בה בתשובה להוכיח שלא מצי לגבות כתובתה בעוד בעלה בחיים... אמנם יש לה מה להסמך בהוראת גאוני מערב שהביא מיי׳ בתשובותיו, וכתב דכן המנהג להגבות לה כתובתה מיד, אע״פ שאין שורת הדין כך, ומנהג מבטל הלכה״ ע״כ.

ומצאנו תשובה זו בתשובות הרמב״ם, מהדורת בלאו סימן שע״ה, וז״ל:

״דרך הדין שלא תטול כתובתה, עד שיגרשנה או עד שימות, שעדיין היא א״א, אבל גאוני מזרח ומערב כולם הורו שתטול כתובתה אם תרצה, וכו׳ ודרך קנס הוא וכו׳״, ע״ש.

ובהלכות נחלות פ״ו הלכה י״ב כתב הרמב״ם:

״ישראל שהמיר, יורש את קרוביו הישראלים כשהיה, ואם ראו בית דין לאבד את ממונו ולקנס שלא יירש כדי שלא לחזק את ידיהם הרשות בידן... וכן המנהג תמיד במערב״.

ותשובה זו היא, בתשובות גאוני מזרח ומערב סי׳ י״א, ואם כי תשובות הגאונים, דברו רק מעניין הירושה, מ״מ למד מהם הרמב״ם, שגם לענין כתובת משומד ניתן לפסוק כן.

מתשובת הרמב״ם עולה שגם בחייב לגרש מועד פרעון הכתובה הוא כשיגרשנה, ואינו חייב בכתובה לא ככפיה על גט, ולא מדין חיוב חדש, וחיוב מומר בכתובה לפני מתן הגט, הוא מדין קנס, ואפשר שרק במומר חייב הרמב״ם בכתובה לפני מתן הגט, דאם לא כן, לא היה לו להרמב״ם לחייב במומר מדין קנס ע״פ תקנת חכמי המערב, תיפוק לי מאחד הטעמים הנ״ל, אלא נראה שהרמב״ם חולק על

ר״ח והרמב״ן ושאר הראשונים, שלמדו מהירושלמי שיש לחייב בכתובה לפני מתן הגט, וכמבואר בדברי התשב״ץ שהעתקנו לעיל.

בסיכום, לדעת רעק״א חיוב כתובה לפני מתן הגט הוא חיוב חדש שחייבוהו חז״ל, לא מדין כפיה על הגט, ולא מדין שהגיע זמן גביית כתובה.

לדעת הגאון שהביא רעק״א, כופין אותו ליתן כתובתה כדי שעי״כ ירצה לגרשה.

לדעת הבית מאיר, מיד שמחויב בגירושין חל זמן פרעון הכתובה.

לדעת החזון איש, אין חיוב כתובה אלא לאחר הגירושין, והא דכתבו הראשונים דחייב בכתובה לפני מתן הגט, אפשר שהוא מדין כפיה, ואפשר דתיקון חכמים הוא במקום שאמרו יוציא ויתן כתובה שחייב בכתובה דהיינו חיוב חדש שחיבוהו חז״ל.

אולם מדברי הרד״ק בית ב׳ חדר י׳, עולה, דלדעת מהר״מ הנ״ל ודעימיה, גבית כתובה טרם הגירושין הוא כאמצעי כפיה לגרש, והדין הוא דבין ב״כופין״ בין ב״יוציא ויתן כתובה״, כופין לתת הכתובה, וגם כשאינו בפנינו מחמת שדבר זה יביאנו לכפיה.

ולדעת התוס׳ והרא״ש רק בכופין לתת גט כופין אותו לפרוע את חוב הכתובה, שהואיל וחכמים חייבוהו לכופו בשוטים להוציא ולתת כתובה אם לא יכולנו לכופו ולהוציא, כגון שאינו לפנינו יש לכפותו בכתובה, ומטעם זה יהיה זריז לקיים מצות חכמים לגרש, ע״ש.

הבאר היטב ריש סימן קנ״ד ס״ק א׳ הביא בשם הרד״ק הנ״ל את דעת התוס׳ והרא״ש, והשמיט דעת הר״מ.

וראיתי להריטב״א כתובות ד׳ ע״ז ע״א, ד״ה האומר, שכתב להדיא דבר שלא פורש בראשונים הנ״ל, וז״ל:

> ״מדלא קתני כופין וקתני יוציא, אלא ודאי דיוציא משמע כפיה על הגט, ומשמע כפיה על הכתובה כדי שיוציא והכל לפי הענין... וכל מקום שאמר יוציא ויתן כתובה, ולא נתפרש בגמ׳ שרוצה לומר כופין, אין לדון בו כפיה על הגט, לא בשוטין ולא בנכרי, אלא בכפיה על הכתובה ומבקשים על הגט״.

מבואר בדברי הריטב״א, כשאין כופין על הגט, כופין על הכתובה כדי שיוציא.

וז"ל התשב"ץ ח"ב סי' ח':

"כשאמרו במשנה יוציא ויתן כתובה, הוא דאין כופין אותו לגרש, אלא מגבין אותה הכתובה, ואם גרש מעצמו מוטב ואם לאו קרינא ליה עבריינא".

בדברי התשב"ץ אלו לא מבואר, האם גביית כתובה לפני מתן הגט הוא כאמצעי כפיה על גט, אולם בחלק א' סימן א' כתב התשב"ץ וז"ל:

"... ומ"מ מוכח מהכא כשכופין אותו לפרוע כתובתה ולפעמים מפני פרעון כתובתה הוא צריך לגרש והרי הוא כפוי ועומד בגט זה, כיון שלא כפו אותו ממש לגרש, אלא שכדי לפטור עצמו מאונס פרעון כתובתה נתפייס לגרש לא מיקרי גט מעושה כלל. שהרי האונס בענין אחר היה והגט ברצונו נתנו שהרי לא היו כופין אותו לגרש. והא דשמואל דאמר אין מעשין אלא לפסולות, היינו עישוי בגופו ממש לגרש... ומיהו מסתברא דה"מ כשכפוהו בדין, בדברים אחרים כגון הכא שהדין נותן לפרוע כתובתה וכדין כפוהו בפריעתה אבל אם כפוהו שלא כדין בד"א ומתוך אותה כפייה גירש איפשר דהוי גט מעושה".

ונחלקו גדולי הפוסקים בביאור דברי התשב"ץ אלו. המל"מ בפ"ב מהל' גירושין, ה"כ, כתב וז"ל:

"וע"כ אייר הרשב"ץ שכשכפוהו, לא אמרו לו שיגרש, ואם לא, לא היו מתירין לו מהאונס, דא"כ תלויה ויהיב הוא, וגמרא ערוכה היא. אלא דהיו אונסין לו סתם, והוא אמר לאנס אגרש ותניחני" עכ"ל.

ועי"ש דמשמע להדיא מדברי המל"מ, דגם בכפוהו על דבר אחר כדין, אם הזכירו לו את הגירושין הוי אונס.

ובשו"ת המבי"ט סי' קל"ח, לאחר שהביא את דברי התשב"ץ כתב וז"ל:

"... שנראה במשמעות לשון זו שהכפיה הוא על דבר אחר כמו על הכתובה שהיו רוצים שיפרע אותו ולפעמים יקרה שלא יוכל לפרוע, ועל זה מגרש כדי שיפטרו אותו מן הפרעון לא יקרא כפיה על הגט, אבל אם הוא ידוע כי כשכופין אותו לפרוע אין לו, או שלא ירצה לפרוע ויגרש נראה שהיא כמו כפיה ממש על הגט, ממה שמדייק בלשונו

שפעמים מפני פרעון וכו׳ נתפייס לגרש וכו׳ הגט ברצונו נתנו וכו׳, והסברא נותנת כן שאם הוא ידוע שזה לא יוכל לקיים הדבר אחר אשר עליו כופין אותו אלא בנתינת הגט הרי הוא כאלו מתחלה כפוהו עליו״ ע״כ.

מדברי המבי״ט נראה שמפרש את דברי התשב״ץ דאם כופין אותו על דבר אחר כגון על הכתובה, ועיקר כוונתם ורצונם הוא לכופו על הכתובה, ואין כוונתם כלל לכופו על הגירושין, באופן שניכר שרצונם הוא בגבית כתובה כגון שמצבה הכלכלי של האשה קשה, בכה״ג לא הוי אונס, אף שמזכירים לו את ענין הגירושין, ואומרים לו שאם יגרש ימחלו לו על חוב הכתובה. משא״כ אם ידוע שעיקר מטרתם בכפיה על הכתובה, הוא כדי לאלצו לגרש ולא התכוונו לגבות את הכתובה, הוי גט כפוי.

יתר על כן כתב בשו״ת מהרשד״ם סימן ס״ג, לאחר שצטט את דברי התשב״ץ הנ״ל, וביאר דבריו, וז״ל:

״מ״מ ראוי לראות ג״כ שמתחילה כשאנסוהו באותו דבר אחר, היה כדין, וגם שנראה שלא היה כוונת האונס כדי שיתן גט וכמ״ש מתשובת הרשב״ץ ז״ל וכו׳, הרי משמע שצריך שיראה בפירוש שהוא מעצמו גרש, ולא הכרנו שהכוונה כשאנסוהו היה כדי שיתן גט״, עכ״ל.

הרי לדברי המהרשד״ם, לא מבעיא שאין להזכיר לו את ענין הגירושין כאשר כופין אותו על הכתובה, אלא גם שלא יהיה ניכר שהכוונה בגביית הכתובה היא כדי שיתן גט.

אולם דעת הראנ״ח, ח״ב סימן ס״ג (דף רצט), שהתשב״ץ סובר, שאם כפוהו על הכתבוה כדין, כעין נדון דידן שחייב בכתובה, אף שמזכירין לו את הגירושין, וידוע שלשם כך תובעים כתובה, בכ״ז לא הוי אונס, וז״ל שם:

״... ועד כאן לא מספקא ליה להרשב״ץ אלא היכא דידוע לנו שאף על פי שכופין אותו על הכתובה הכונה כדי להוציא ממנו גט וכל ישעם וחפצם לא היה לבקש ממנו כתובה ולא היו חפצים בכתובה כל שהיתה עומדת תחתיו, אלא שכדי לגרש כופין אותו על הכתובה, דומיא דיוציא ויתן כתובה, שאנחנו אומרים לו שיוציא אלא שאומרים לו שהם כופין אותו על הכתובה כדי שיגרש והיכא שהוא כדין כשר ודכוותה שלא כדין מספקא ליה כדיון שמכל מקום אין כופין אותו על הגט בפירוש...״.

הרי דברי הראנ״ח ברורים, שגם בכפוהו על הכתובה בכונה להביאו כדי שיגרש לא הוי אונס. וגם בשו״ת אגרות משה ח״א סימן קל״ז, נוטה לומר שלדעת התשב״ץ חיוב כתובה לפני מתן הגט הוא כדי לכפותו על הגירושין. וז״ל:

> ״מוכרחין לומר לתשב״ץ, שהוא חיוב כתובה חדש, לא מהחיוב הידוע שהוא לכשתתאלמן ותתגרש דמצד חיוב ההוא אין שייך לכופו ליתן כתובה כשעדיין לא גירשה, ודוחק לומר דזה שעשה שתבע גירושין, הוא כבר כגירושין לענין חיוב כתובה, וכיון שהוא חיוב חדש אפשר לומר שהוא רק כדי לכפותו״.

ב. אולם צ״ע, לדעת הסוברים שמטרת הכפיה על הכתובה היא כדי להביאו לגירושין, מאחר והבעל חייב בגט, ולא בר כפיה הוא, הרי באופן זה יוצא שאונסים אותו על ידי ממון כדי שיגרש, ולדעת רוב הפוסקים להלכה אונס ממון הוי אונס (והארכנו בענין זה בשורת הדין ח״ט במאמר הסכמת הבעל לגט עקב חיובו במזונות גבוהים ע״י ערכאות ע״ש).

וז״ל המאירי גיטין פ״ח:

> ״אמר רב נחמן אמר שמואל גט המעושה בישראל, כדין כשר שלא כדין פסול ופוסל, ועשוי זה שהוזכר במשנתנו, לא סוף דבר שחבטוהו והכוהו על כך, אלא כל אונס במשמעו אפילו אונס ממון, כגון שהיו כובשים את ממונו עד שיגרש, או הטילו עליו קנס על ידי גויים, ואפילו קבלה מעצמה כל שנתחרט וכופין אותו לקיים מצד הקנס, אונס גמור הוא, וגדולה הימנה כתבו קצת רבנים, שאם נשבע הוא לגרש ונתחרט ושכנגדו מתרין אותו לגרש מצד השבועה אונס גמור הוא, אלא שבזו אינו מודה, הואיל ובידו לישאל...
>
> ... וכן לא סוף דבר כשהיו אונסין אותו אלא כשהיו מבהילין ומפחידין אותו בכך, אונס גמור הוא, וכן כתבוה בבירור גדולי המפרשים ואף גאוני הראשונים, כתבו שם בנוסח זה, מיהא דפרדיסא שמענין דמאן דמפחיד לחבריה במידי דיכול למעבדיה כגון בהפסד ממון, או בהכאת נפש אונס הוא, וכתבינן עליה מודעא, אע״ג דלא עביד מאי דאמר, ואחר שכן, אף בגט שאינו צריך מודעא, כל שנתברר שהבהילוהו או הפחידוהו שלא כדין, בדבר שאפשר להתקיים או שזה ספור שיהא אפשר להתקיים אם בגויים אינו גט ובישראל פסול ופוסל״ עכ״ל.

העולה מדברי המאירי, דאונס ממון הוי אונס, יתר על כן גם באיום לגוזלו הוי אונס. ואין לומר דהריטב"א שכתב שכופין על הכתובה כדי שיגרש, ס"ל כדעת רבינו ירוחם בנתיב כ"ד ס"ו ח"א דאונס ממון לא הוי אונס, דהריטב"א בחידושיו על מס' גיטין ד' נ"ה בסוגי' דסיקירון כתב להדיא דאונס ממון הוי אונס.

א"כ הדרא קושין לדוכתא מה טעמו של הריטב"א ושאר הפוסקים דס"ל דכופין על הכתובה כדי שיגרש. אומנם אפשר לומר דהריטב"א והראנ"ח ס"ל, כיון דדינו דיוציא ויתן כתובה, אף דאין לנו לכופו על הגט מ"מ עכ"פ חל מועד חיוב פרעון הכתובה מיד, א"כ כופין אותו לפרוע את חובו ולא שגוזלים ממנו דבר שלא חייב בו כדין, ובכגון זה גם כשאומרים לו שאם יגרש יפטרוהו מחוב הכתובה לא הוי כפיה על גט. (עיין בפ"ת אבה"ע סי' קל"ד).

אולם לדעת הסוברים שכל זמן שלא גירש לא הגיע זמן גביית כתובה, וגם ס"ל שאונס ממון הוי אונס, א"כ מה הטעם מותר לכפותו על פרעון הכתובה כדי שיגרש, וצ"ע.

סיכום השיטות:

א. לדעת רעק"א, גבית כתובה לפני מתן גט הוא חיוב חדש של חז"ל ולא כדי לכפותו לגרש.

ב. לדעת הגאון שהביא רעק"א, חיוב כתובה לפני מתן גט הוא כדי לכפותו לגרש.

ג. הבית מאיר ס"ל, מיד שמחוייב בגירושין חל זמן פרעון הכתובה והחיוב לא כאמצעי למתן גט.

ד. בדעת התשב"ץ נחלקו הפוסקים. המל"מ ס"ל, אם כשכפוהו על פרעון הכתובה הזכירו לו את הגירושין הוי אונס. לדעת המבי"ט אם כופין אותו על הכתובה, ועיקר כוונתם היא לגבות ממנו כתובה, ואין כוונתם כלל לכופו על הגירושין, אף שמזכירין לו ענין הגירושין ואומרים לו שאם יגרש ימחלו לו על חוב הכתובה לא הוי אונס, וכן דעת המהרשד"ם שכתב שצריך שיראה בפירוש שהוא מעצמו מגרש ולא הכרנו שהכוונה כשאנסוהו היה כדי שיתן גט, דהיינו שלא יהיה ניכר לדיינים כלל, שהכפיה על הכתובה היא כדי שיגרש.

הראנ"ח ס"ל שלדעת התשב"ץ מטרת גבית כתובה היא כדי שיגרש ואומרים לו להדיא שכך כופין על פרעון הכתובה, כדי שיתן גט לאשתו.
וכן דעת האגרות משה.

ה. החזון איש מסופק האם החיוב כתובה הוא כדי לכפותו או שזה חיוב חדש של חז"ל.

העולה להלכה:

א. אם כופים אותו על הכתובה ולא אומרים לו שהאשה תמחל עליה אם יתן לה גט לא הוי כפיה.

ב. אם ברור שהמטרה בכפיה על הכתובה כדי שיתן גט, כגון שידוע שאין באפשרותו של הבעל לשלם, או שאינו רוצה בשום אופן לפרוע לה כתובתה ויגרש הרי כפיה זו על הכתובה הוי אונס על הגט (המבי"ט).

ג. גם אין ראיה מוכרחת, שהכוונה בכפיה על הכתובה כדי שיגרש, אך יש אומדנא ברורה לביה"ד שהמטרה העיקרית היא כדי שיגרש, הרי זו כפייה על הגט. (מהרשד"ם).

ד. נותר לברר כאשר ביה"ד מחייב את הבעל בכתובה, לפי מתן הגט, האם מחייבו רק בעיקר, או גם בתוספת כתובה.

המרדכי ריש פרק המדיר כתב:

"הלכך מפקינן מיניה כתובה ויהבינן לה מנה ומאתים, אבל תוספת איכא פלוגתא דרבוותא, ר"ת בריש אע"פ פירש דתוספת נמי אית לה, ור"ח פירש דדוקא להני מילי דמייתי בריש פ' אע"פ, ואמרינן דתנאי כתובה ככתובה, דמי אבל למידי אחרינא לא ומספיקא לא מפקינן מיניה תוספת כיון דפליגי בה רבוותא".

לדברי המרדכי לכאורה כל הדיון שהובא למעלה בחיוב הכתובה, לפני הגט אמור רק לענין לחייבו במנה או מאתיים ולא תוספת.

אולם בריש פרק אע"פ כתב המרדכי:

"פירש ר"ח ... וכל הנך דכופין להוציא וליתן כתובה לית להו תוספת... דהמדיר את אשתו יוציא ויתן כתובה, על כורחו אית לה תוספת דאי לית לה, א"כ כל אדם שרוצה לגרש, ידיר את אשתו ויפטר מתוספת... דפשיטא ליה דאית לה תוספת", ע"כ.

העולה מדברי המרדכי אלו, שאם הוא הגורם לכך שמתחייב בגט, לכו״ע חייב לשלם לה תוספת כתובה, דאל״כ כל הרוצה לגרש אשתו יגרום לכך על ידי מעשיו שיחוייב בגט ויפטר מתוספת כתובה. ומחלוקת ר״ת ור״ח באופן שלא מעשיו גרמו לחיובו בגט, כגון שאין לו כח גברא, שבאופן זה כתב ר״ח דאדעתא למשיקל ולמיפק לא כתב לה תוספת.

ומקור הלכה זו הוא מדברי הר״י מיגא״ש בתשובותיו סימן ק״נ וז״ל:

״... ומה ששאלתם ואמרתם, אם נתחייב ראובן זה להוציא וליתן כתובה, אם הוא חייב בין בעיקר בין בתוספת... אם היא תובעת אותו בזה, בטענת בעינא חוטרא... נתחייב בזה אם היא היתה תובעת אותו, ומה אם היתה שותקת ומוחלת לא היינו מכריחין אותו שיוציא ויתן כתובה, אם כן ראוי לומר כאן, כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה. ולא דמי, לאומר איני זן ואיני מפרנס, והמדיר את אשתו מתשמיש המטה וכל שאר הדרכים שנאמר בהם יוציא ויתן כתובה, שהוא חייב בין עיקר בין תוספת, דהתם הוי איהו מורד, והדבר שלסיבתו נתחייב להוציא וליתן כתובה שיהיה בידו לתקנו אם ירצה, יהיה בידו שלא לעשותו מתחלה אם רצה, אם כן ראוי לחייבו״, ע״ש.

הרי מבואר בדברי הרב, שאם מעשיו גרמו לו לחייבו בגט והיה בידו שלא לעשות, חייב בכתובה ובתוספת.

שוב ראיתי בשו״ת עזר משפט לגר״א גולדשמידט זצ״ל סימן ד׳ (הובאו דבריו בפד״ר ח״א ע׳ 217) שדן בכעין נידון דידן בענין חיוב בתוספת והביא את דברי המרדכי הנ״ל בריש פרק אע״פ, והאריך בענין זה, והביא דברי אור שמח, הלכות אישות פרק י״ב הלכה י״א על דברי הרמב״ם שכתב:

״...ואם היה עני ביותר ואינו יכול ליתן לה... כופין אותו להוציא ותהיה כתובתה חוב עד שתמצא ידו ויתן״.

וביאר האור שמח:

״ברור דאף התוספת חייב עליו לכשיתעשר, ולא שייך מימר דאדעתא לאפוקה לא הוסיף לה שתצא בעל כרחו, דהא מידע ידע דאדעתא דליזון נשאת, ובלא מזונות אי אפשר לה, וכמו שכתב ריצב״א, כיוצא בזה בתשובות מיימוני סימן ו׳, ותוספות בסוף פרק הבא על יבמתו ופשוט״.

דברי הריצב״א עליהם מסתמך האור שמח הם בתספות יבמות ד׳ ס״ה ע״ב ד״ה כי, וז״ל.

"שפסק ריצב"א על אשה שהיתה טוענת על בעלה כי אין לאיש גבורתו... והיכא שהודה הבעל שאין יכול לבעול, פסק דצריך ליתן גט וכתובה... נראה לו דיש תוספת... ומטעם דפסק ר"ח דאין תוספת בבאה מחמת טענה משום דאדעתא למיפק לא כתב לה, זה הטעם אין שייך באין יכול לבעול דמידע ידוע דנישאת לו מתחילה לכך".

הרי פסק הריצב"א כי גם לר"ח הסובר שבמקום שכופין מחמת דרישת האשה פטור הבעל לשלם התוספת, אם הדרישה לגט הוא עקב דבר יסודי בנישואין, לא התחייב בתוספת על דעת שהאשה תדרוש גט, כי הרי ידע הבעל שהאשה נשאת לו על דעת חיי אישות, ואם לא יהיו חיי אישות יש להניח שתדרוש גט ועל דעת כן התחייב, ולכן הוא חייב בתוספת.

וכן פירש דברי התוספות, בתשובות ר' עקיבא איגר החדשות ח"ג סימן נ"א וז"ל:

"כוונת תוספות, כיון דידוע לו דנישאת רק על דעת אישות הוי כנתחייב לנהוג לה אישות, ובאם לאו ראוי לה להיות נפקעת ממנו, אם כן משום הכי לא מיקרי מפקעת עצמה, לומר לגביה אדעתא למשקל ולמיפק, דכל שאי אפשר לו לנהוג לה אישות כראוי, ראוי לה להפקיע עצמה ממנו".

דון מינה לנדון דידן שהבעל חייב לגרש עקב מעשה אלימות קשה כלפי אשתו ואף הורשע על כך ונאסר מספר פעמים והאשה מתארת את חייה עם בעל כחיי גיהנום עלי אדמות, ושנים רבות שהצדדים לא חיים יחד, הרי ברור שעל דעת כן היא לא נשאת לו ומאחר שמעשיו הרעים הם שגרמו לכך לחייבו בגט, אף שהאשה היא הדורשת גט, הוא חייב לשלם גם התוספת.

וגם לדעת הרא"ש והרשב"א שחולקים על הריצב"א וס"ל שבטענת חוסר כח גברא הבעל פטור לשלם התוספת והובאו דבריהם בב"ש בסימן קנ"ד ס"ק י"ט, מ"מ בחוסר כ"ג, האשה באה בטענה שלא הוא הגורם לה, ולכן זה חשיב כופין מחמתה". אולם כעין נ"ד שהוא הגורם לכך עקב אלימותו, וניתנו לו הרבה הזדמנויות להמנע ממעשיו כלפי אשתו ועם כל זה המשיך במעלליו, הרי שברור שחייב גם בתוספת כתובה.

וכן כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א בפד"ר ח' עמוד 278 וז"ל:

"... אבל בגורם כזה שבידי הבעל להסירו כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טוב בכה"ג לא הפסידה מתנותיה, ודינו כמגרש מרצונו, ואף חייב לשלם לה תוספת כתובה, ולפ"ז צ"ל מה ששנינו במשנה כתובות ד' עז. ואלו שכופין להוציא ... המקמץ והמצרף נחושת וכו' וכ"ה בשו"ע סימן קנ"ד וע"ז כתב הב"ש: כן הדין בכל הני אין לה תוספת כתובה" דמשמע דקאי גם על מקבץ צואת כלבים, בורסק מחתך נחושת מעיקרו" דמיירי באופן דלית ליה מגרמיה כלום ואין לו ממה להתפרנס ובע"כ הוא נאלץ להתעסק בעבודות הנ"ל, ע"ש.

הגר"ש ישראלי זצ"ל באותו פס"ד ע' 279, חלק וכתב, כי בפשטות 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 ע"ש.

אולם לאור מה שהוכחנו מהפוסקים הנ"ל עולה שהבעל חייב בכתובה ובתוספת, ולא כדעת הגר"ש ישראלי זצ"ל.

ובענין זה יש להבהיר הגם שהפוסקים הנ"ל שכתבו שחייב גם בתוספת במקום שמעשיו גרמו לו, דבריהם אמורים כאשר הוא מוציא ונותן כתובה, ולא באופן שחייב בכתובה לפני מתן הגט כעין נ"ד. מכל מקום ברור שלדינא אין לחלק בזה, וגם באופן שמסרב לתת גט וחוייב בכתובה, חייב גם בתוספת. וראיה לכך מדברי המרדכי, דבפ' המדיר הביא מחלוקת ר"ח ור"ת בחייב בגט ומסרב, שחייב בכתובה האם חייב גם בתוספת, ועל זה כתב המרדכי בריש פרק אע"פ לגבי המדיר את אשתו, שחייב גם בתוספת לכו"ע, דאל"כ כל אדם שרוצה מדיר את אשתו מכל פירות שבעולם ויפטר מתוספת ע"ש.

וכן נראה פשוט בסברה שבאופן דלא שייך לומר שהיא מפקיעה עצמה מבעל, כגון שהוא הגורם לכך, הרי שטר הכתובה בעינו עומד בכל הכתוב בו, וממילא אם חייב בכתובה לפני הגט, חייב גם בתוספת, וזה פשוט וברור.

סיכום להלכה:

א. יש לחייב בעל בתשלום הכתובה לפני סידר הגט אם חוייב ע"י ביה"ד לגרש בגלל דברים שהוא גרם להם ובפרט כאשר ניכר לביה"ד, שבקשתה של האשה לכתובה היא, עקב מצבה הכלכלי הקשה ורצונה לקבל כתובה

עבור הוצאות הבית. ובלבד שאין אומרים לו שהאשה תמחל עליה אם יתן גט. ואם מתוך כך הבעל נתן הסכמתו לגרש, בכגון זה אין חשש לגט כפוי.

ב. באם ברור שהמטרה בחיוב הכתובה הוא כדי שיתן גט כגון, שידוע שאין באפשרותו של הבעל לשלם, או שאינו רוצה בשום אופן לפרוע את הכתובה, וידוע שיגרש משום כך, הרי זה אונס על הגט לדעת חלק מהפוסקים (מבי״ט) ואין לעשות כן, אלא במקום שכופין על הגט.

ג. גם אם אין ראיה מוכחת שהכוונה בכפיה על הכתובה היא כדי שיגרש, אך יש אומדנא ברורה לביה״ד, שהכוונה העיקרית היא כדי שיגרש, הרי זו כפייה על הגט, לדעת חלק מהפוסקים (מהרשד״ם), ואין לעשות כן אלא במקום שכופין על הגט.

הרב חגי איזירר

הצבת תנאים מקדמיים לסידור הגט[1]

עיקרו של הערעור הוא, על כך שביה"ד האזורי החליט שלא לדון בטענות לחיוב הבעל בגט, נוכח העובדה שהבעל מסכים לתת גט, ודורש כתנאי לגט, שמזונות הילדים יעמדו על 2,000 ש"ח לחודש, ושהאם תותר על זכות ערעור או הגדלת מזונות, ותתחייב לשפות את האב באם תפר התחיבותה. התנאי של הבעל נראה לביה"ד כתנאי סביר נוכח מצבו הכלכלי, ולפיכך בנסיבות אלו לא רואה ביה"ד מקום לדון בחיוב, כאשר ישנה בעצם הסכמה מצד הבעל.

המערערת טוען בפנינו כי דרישת הבעל והסכמת ביה"ד לדרישתו היא התערבות בפסיקתה ובסמכותה של ערכאה אחרת, ולכן ביה"ד מנוע מלדרוש תנאי מזונות כאלו מן האשה.

ביה"ד בחן את טענות המערערת בתשומת לב ובעיון, וביה"ד מוצא לנכון להבהיר דבר שרבים טועים בו. במקום שבית משפט למשפחה מוסמך לדון בעניני מזונות אין ביה"ד נוהג לפסוק נגד פסקי הדין וחיובי המזונות של בית המשפט למשפחה. אולם יש להבחין הבחנה הלכתית ומשפטית כאחד בין פסיקה בחיוב מזונות לבין פסיקה בתנאי גרושין.

הב"י אה"ע קמ"ג ובשו"ע שם סעיף כ"א, ומהרשד"ם אה"ע סוף סימן מ"ד, הובא בבאר היטב קנ"ד, איתא יסור הלכה שאם הבעל מוכן לגרש את אשתו ומתנה זאת בתנאי סביר שהאשה יכולה לקיימו אי אפשר לכופו לגרש אלא בתנאי זה. מדובר בתנאים שאין האשה חייבת בהם כלל גם לפי דין תורה, אלא שההלכות שתקנו חז"ל של "יוציא ויתן כתובה" לא שללו את הבעל מלהתנות תנאים, לפיכך גם אם נשאיר את פסה"ד למזונות של בית משפט למשפחה על כנו, מ"מ אנן לא בהלכות מזונות קאעסקינן אלא בתנאי גרושין ובחיוב גט קאעסקינן.

ובשו"ת רשב"ש סימן שפ"ג חולק על הב"י והמהרשד"ם. ועיין בספר כפיה

1 ערעור 0027/ס"ד ד.מ. נ' ד.י. לפסק הדין הצטרפו הרה"ג מ. טופיק וש. בן שמעון שליט"א.

לגט בסדרת "אוצר הפוסקים" עמ' ע' ואילך, שהאריכו לבאר שיטת הב"י המהרשד"ם והרשב"ש, ושם נתבאר שאם הבעל דורש בתנאו סכום כסף מהאשה שיגרום לה שתאבד מכתובתה או מנכסי צ"ב או נכסי מלוג שהיא זכאית להם, אינו רשאי להתנות עליה. לפי שלמרות שאמרנו לעיל שהבעל רשאי להתנות תנאים, אבל תנאי שיגרע מכתובתה או נכסי מלוג שקבעו חז"ל שהיא נוטלת בכל מקרה אינו רשאי להתנות.

למרות זאת נראה שכספים של מזונות הילדים שהיא מקבלת מדין אפוטרופוס על הילדים, שאין עליה חובה להיות אפוטרופוס, אין בהפחתם הפחתה מכתובתה או מנכסי מלוג שלה או מנכסי צ"ב. ולכן כל עוד התנאי סביר והיא יכולה לעמוד בו הרי זה תלוי במחלוקת הנ"ל.

אמנם כיום אין נוהגים לסדר גט בתנאי, אולם לא פקעה זכותו של הבעל להתנות תנאי, ולכן כיון שזכותו המקורית היא להתנות תנאי והוא מציב זאת כדרישה מקדמית עובר לגט, יש לדרישה תוקף מכח זכותו להתנות זאת בגט.

אמנם המחלוקת הנ"ל היא לענין כפית גט ולא דובר שם על חיוב גט. אולם יש כאן ק"ו, שאם במקום שחז"ל קבעו כפיה יכול הבעל לומר שמ"מ לא אבדה לו הזכות לגרש בתנאי סביר, א"כ ברור שזכות זו עומדת לו כבר בתחילת התהליך. וא"כ כיצד ינקוט כלפיו ביה"ד כל צעד של אכיפה בין אם מדובר בחיוב או בסנקציות כאשר הוא מוכן לגרש בתנאים שיש לו זכות להציבם. וגם אם נגיע לבסוף לכפיה הוא רשאי להציבם ולדרוש אותם מן האשה.

נבהיר עוד כי הזכות להתנות תנאים איננה רק בתחום הממון אלא גם בתחום ההתנהגות, כגון: שלא תאכל מאכלים מסוימים או שלא תלבש בגדים מסויימים. גם בי"ד רבני לא יכול לחייב את האשה בדרישות אלו, אולם בתנאי גט הן חלות ומחייבות ואפילו במקום שעל הבעל מוטל חיוב גט או כפית גט. כל אלו תנאים שהאשה יכול לקיימם אע"פ שאין מחויבות משפטית כלפי הגרוש לקיימם.

לפי ההגדרה הנ"ל, אין הבדל בין אם פסיקת המזונות היתה ע"י בית משפט למשפחה או ע"י בית דין רבני. גם אם נפסקו המזונות ע"י בית דין רבני ויש לאשה זכות לתבוע הגדלה והבעל תובע לקבוע סכום סופי של 2,000 ש"ח בהצמדה, ונראה לבי"ד שהוא סכום שאפשר לעמוד בו (אפילו אם זה בדוחק), הרי שהוא יכול להתנות זאת בגט, גם אם הוא מחויב או דינו לתת גט בכפיה (כל זה כתבנו בנוסף לטעם של עביד איניש דינא לנפשיה וכל טעם עומד בפני עצמו).

נמצא מבואר שאין אנו דנים כלל בהפקעת חיוב מזונות אלא בהלכות תנאי גרושין שהם אפשריים כמובן רק לפני הגרושין ולא לאחריהם.

לאור הנ״ל נדחה הערעור.

השלמת נמוקים והגדרות

בפסה״ד הראנו, כי בעניני גירושין יש זכות לבעל להתנות תנאים גם במקום שהוא מחויב בגט, ואפילו במקום שהוא חייב גט בכפיה. הלכה זו מקורה במהרשד״ם ובב״י ויש חולקים בדבר.

דיני התנאים כולם, כולל זכות התנאים של מי שחויב בגט או ניתן נגדו פס״ד לכפיה, אינם זכות משפטית, אלא חלק מדיני גיטין. ראיה לכך, שהם אינם ממוקמים בדיני אישות ברמב״ם או בהלכות כתובות בשו״ע, אלא בדיני גיטין ברמב״ם ובשו״ע.

במהרשד״ם נקבע, שמי שיפעל בנגוד לדבריו, ויכפה גט ולא ישעה לתנאי, הרי זה מרבה ממזרים בישראל. כלומר, הגט פסול. ברור א״כ שזו הלכה בהלכות גטין ולא בדיני המשפטים.

יסודה של דעת המהרשד״ם והב״י הוא בכך שכשם שהמגרש ברצונו יכול להתנות תנאים בגט, כך גם המגרש בכפיה יכול להתנות תנאים בגט. אבל יש הגבלה חשובה ועקרונית, שהתנאים לא יגרמו לביטול התועלת שבדין הכפיה או החיוב.

לפיכך, אם התנאים הם כאלה שברור לבית הדין שהאשה לא תוכל לעמוד בהם, כם כן ברור לנו שכתוצאה מהתנאים יתבטל הגט, ונמצא שדין החיוב גט או הכפיה שהוטלו על הבעל היו לריק. לפיכך לא יוכל בעל שיש עליו חיוב גט או דין כפית גט להתנות תנאים כאלה. רק בי״ד הדן במקרה לגופו יכול לקבוע בכל מקרה לפי הכרת האנשים אם התנאי הוא בר קיום.

כדי להבהיר את מושג התנאי בגט ולהבדילו מדרישה משפטית (שיכולה לבוא לפעמים לכלל התנגשות עם פסיקות נוגדות) הראנו, שאדם יכול להתנות גם תנאים בלבוש האשה ובמאכליה, אבל הדברים אמורים במתגרשים מרצון. וגם זה רק לתקופה שנהגו לסדר גיטין בתנאי.

אולם בבעל המגרש מכח חיוב גט או דיני כפיה נראה שלא יוכל להתנות תנאים על התנהגות האשה במאכל או בביגוד, אפילו בתנאים שיש להם הצדקה, כגון, שלא תאכל מאכלים מזיקים ותחלה (ולא תוכל לטפל בילדים) או שתלבש מלבושים צנועים.

ההסבר בדבר הוא כך: גם תנאים שאדם מתנה והם חלים ויש להם תוקף, כגון ״שלא תכה את הילדים״ אין התנאי הופך לצו בעל משקל של אסור או

מצוה, קיומו או אי קיומו מותנה ברצון האשה, אלא שאי קיום התנאי הוא גורם לבטול הגט.

כבר כתבנו, שמי שנתחייב בגט או שחל עליו דין כפיית גט אינו יכול להתנות תנאים שהאשה אינה יכולה לקיימם. בפוסקים ניתנו לזה דוגמאות: "ע"מ שלא תלכי לבית אביך" או "ע"מ שתעקרי מקום מגורייך מאזור משפחתך".

יש מקום לשאול. האם תנאי שהאשה אינה יכולה לקיימו, היינו תנאי שלפי הערכת בי"ד רוב הנשים אינן יכולות לקיימו, והוא מעוגן בטבע האשה או שמא גם כשלאשה מסוימת יש רגישות מיוחדת למגבלה שתנאי מסוים מטיל עליה, ולבי"ד ברור שלא תוכל לקיימו, אין הבעל יכול להתנות תנאי זה. נראה מסברא כצד השני, וכל תנאי שהאשה אינה יכולה לעמוד בו, אפילו מנתונים סובייקטיביים שלה לחלוטין, לא יוכל הבעל להתנות. דזיל בתר טעמא. הרי הטעם הוא שלא יתבטל דין החיוב או הכפיה, ואם הבעל מתנה תנאים בלבוש או במאכלים שהאשה רגישה להם, וברור לביה"ד שהיא תכשל באי שמירת התנאי והגט יתבטל, נמצא שהבעל ביטל בתנאו את המכוון של החיוב ושל הכפיה. לכן לא יוכל להתנות.

היה מקום לדחות, שהבעל יאמר, אני התניתי תנאי בר קיום ורוב הנשים או הנשים המצייתות לבי"ד יכולות לשמור התנאי, ואת בגלל רגישותך והשקפתך לא יכולה לשמור התנאי, א"כ את גרמת שהגט יתבטל ולא אני.

אולם כיון שלא מדובר כאן בגדרים של הלכה למשה מסיני, ודין הכפיה שכופין את הבעל פעמים שהוא נאמר גם כשאשתו אינה שומרת מצוות, ולא נראה כלל שדין בכפיה ישתנה בין אשה לאשה. דין הכפיה כלפי הבעל חל כאשר אשתו כבר היתה חילונית, וא"כ זה היה נתון בחלות דין הכפיה, ולכן לא יוכל הבעל לומר, את גרמת שלא תוכלי לעמוד בתנאי, ודין הכפיה לא חל עלי.

יש להוסיף שחדושם של מהרשד"ם וב"י הוא הלכה השנויה במחלוקת, לכן יש מקום לפרש ולהחליט, שכל מקום שבית הדין סבור שהאשה לפי מעמדה, אופיה, דרך חייה לא תשמור את התנאי, אזי אין הבעל יכול להתנות תנאי כזה, ודבר זה מסור להחלטת בי"ד בכל מקרה ומקרה לגופו.

לכן בתנאים של "שב ואל תעשה" שקיומם דורש התנהגות יום יומית עקבית לפי התנאי, יש סבירות מאד גבוהה שאפילו אשה שומרת מצוות תכשל בהם, ולו בחדרי חדרים. ראשית משום שהתנאי עצמו אינו בגדר אסור או מצוה. שנית משום שהאשה תתקומם בנפשה שבעלה השנוא עליה בלאו הכי קושר אותה גם אחרי הגט לאופני התנהגות שונים. המגבלות שהיא נדרשת לעמוד בהן הן מיוחדות רק לה ולא לכל הנשים. במציאות של ימינו יש חשש שרוב הנשים יתקוממו בתוכן פנימה נגד ההגבלות גם אם השלימו עמן באופן פורמלי.

במעגל החיים השוטף קשה יהיה לשמור על מגבלה שאינה נחלתן של כלל הנשים, ובפרט שהיא מגבלה משניאה ומקוממת. לכן יש חשש אצל רוב הנשים, שהתנאי השולל פעולה מסויימת לאורך זמן ממושך, יופר מעט אפילו מבלי משים נוכח הרקע הכללי והאישי.

לכן בכל תנאי שהמחויב בגט מתנה במתן הגט, יש צורך לקביעת בי״ד מיוחדת לאור המציאות בימינו שתקבע אם יש סיכוי שהאשה תוכל לקיים את התנאי ולא להפר אותו פעם אחת. באם אין סיכוי לא יאשר ביה״ד את התנאי.

בתנאים של ״קום ועשה״ שקיומן נעשה ע״י פעולה חד פעמית, קל יותר לכל אשה לגייס את כוחותיה פעם אחת, אפילו אם זה נעשה בהתרסה ובשנאה, ולכן יש מקום לקבל תנאי זה.

בתנאים של דרישות כספיות, כתבנו בגוף הפס״ד שכל דרישה כספית שהאשה אינה חייבת בה מפחיתה את הכסף שהיא מקבלת מכתובתה, ולכן אין לבעל המחויב בגט זכות לגרום ע״י תנאיו לפחות מכתובתה.

במקרים שהדרישה הכספית אינה מפחיתה מערך הכתובה המגיע לאשה (כגון שאין לאשה זכות כתובה מאיזו סיבה שתהיה), אזי יש להבחין בין דרישה כספית מתמשכת, שיש לדמותה לתנאי מתמשך של ״שב ואל תעשה״. לבין דרישה חד פעמית. גם בדרישה חד פעמית יש פעמים שהדרישה כ״כ מקוממת שהאשה לא מסוגלת נפשית לקיימה, ואז ביה״ד לא יאשר את התנאי.

כמו כן במקום שהאשה אינה יכולה לקיים את התנאי, וגם הדרישות הכספיות של הבעל עדיין לא נתבררו בבי״ד (ולעיל כתבנו שלתנאי ממון יש הסתייגות מיוחדת), והבעל איננו מסכים שיתבררו לאחר הגט, גם לדעת מהרשד״ם אין להחמיר.

אולם כאשר ביה״ד בדק את התנאי הכספי ומצא שהוא סביר מאד, הן מצד צרכי הילדים, כפי שהדבר בנדון שלנו, והן מצד יכולת האשה לעמוד בו, וגם קיום התנאי אינו מוטל לתקופה ממושכת (כדי שנחשוש שבהתארכות הזמן האשה תשכח ותעבור על התנאי), אלא קיומו יהיה בהסכם חד פעמי עובר לגט עם ערבים כנדרש, אזי אין חשש שהתנאי לא יקויים, ולא יגרם לאשה ביטול הגט, לכן יכול הבעל להתנות.

הרב מיכאל עמוס

שם עריסה שאינו בשימוש

הוגשה בפנינו בקשה ע״י הגב׳ מישיל לוי לסדר לה גט, מאחר וזה שנים רבות בעלה עזב את הארץ, והוא נמצא עתה בקנדה. ביה״ד פנה אל כב׳ הרה״ג מרדכי צבי אקס שליט״א אשר מקום כהונתו בטורונטו שבקנדה, לסדר גט שליחות לאשה.

מבירור השמות שעששה הרב אקס שליט״א ע״י חקירת הבעל העלה שיש לכתוב את שם האשה ״מישיל״, ושם אביה ״יהודה דמתקרי ליאון״, וזאת מאחר שבשם זה נקרא בברית ועולה לתורה, וכן בכתובה כתוב ״יהודה דמתקרי ליאון״. אולם אחד מחברי ביה״ד כתב לכב׳ הרב אקס שליט״א. כי מאחר שהתברר לנו ע״י חקירת האשה כי אביה חולה ומזה כמה שנים לא עולה לתורה, יש לכתוב ״ליאון״ בלבד, דהיינו ״דמתקריא מישיל בת ליאון״, ויש להשמיט יהודה דזה נקרא נשתקע.

אולם לזה לא נחה דעתו של כבוד הרב אקס שליט״א שכתב דכן יש לכתוב ״יהודה דמתקרי ליאון״ וזאת מאחר שעולה לתורה בשם זה, ואף שעתה נחלה, איך אפשר לדלג על השם ״יהודה״ ולכתוב רק את הכינוי ״ליאון״, ועוד שכן כתוב בכתובה. ועוד דזה שמו מעריסה. ובר מן דין, גם מנהגנו בחו״ל שלא לכתוב ״וכל שום״. וכיון שכן יש לכתוב ״מישיל בת יהודה דמתקרי ליאון״. ואכן נשלח גט ע״י הבעל וכתב בו ״מישיל בת יהודה דמתקרי ליאון״. ובנוסף לזה נשלח עוד מכתב שבו הרה״ג אקס שליט״א הביא עוד ראיות לדבריו.

ביה״ד זימן שוב את המתגרשת וחקר אותה על שם אביה, וענתה ואמרה שהיום הוא לא עולה לתורה כי הוא חולה ותשוש, אולם לפני 8 או 9 שנים עלה בשם יהודה ליאון, וגם שמו בעריסה יהודה, וליאון אינו אלא שם כינוי, וגם בכתובה שמו יהודה ליאון. ושוב נתעוררה ריתחא דאורייתא ועתה כשוך חמת המלך מאן מלכי רבנן אכתוב בס״ד הנראה לי.

תחילה יש לפרש האם יהודה ליאון דמי לחיים ביבנט. הנה בב״י אה״ע סימן קכט סעיף ט״ז אות ב׳ [בטור הוצאת מכון ירושלים] כתב בדין מי שיש לו שני שמות, והשם השני יוצא מהשם האחד, בזה יש כמה חילוקים, אם השם השני יוצא ממשמעות העברי שקורין ליהודה ליאון או ליאנש עם שם ״גור אריה

יהודה" [בראשית מט ט'] הא ודאי שכותבין גם השם השני, וכותבין יהודה דמתקרי ליאון. ולא יכתבו המכונה. וכל הכותב בזה וכיוצא בו המכונה אינו אלא טועה, שלשון כינוי בכל התלמוד [ב"מ נח: שבועות לה.] משמע שאינו השם כלל. כך כתב מהרי"ק וכ"כ בקונדרסין. שאם הכינוי דומה לעברי יכתוב דמתקרי, כגון יהודה דמתקרי ליאון.

ובאות ד' כתב "אם שם השני בלשון לעז, והכל אחד כגון חיים שקורין ביבנט כתוב בקונדרסין דלא יכתוב". ודימה אותו ליצחק שקורין איסק. ומשמע דסבירא ליה דדוקא ביהודה שקורין ליאון כותבין משום דאע"ג דנקרא ליאון על שם "גור אריה", מכל מקום לעז יהודה אינו ליאון, אבל ביבנט שהוא לעז ממש של חיים לא כתבינן. ומיהו אח"כ כתב ששמע ששמות המשתנים מעברי ללע"ז אע"פ שהכל אחד כגון אביגיל אביגי, כתבינן. וגם בהגהות מיימוני [פרק ד' הלכה י"ג ד"ה ויהיה] כתב סברא זו, שהמשתנין מעברי ללעז אע"פ שהכל אחד כגון אביגיל אביגא כותבין.

הנה מבואר מדברי מרן הב"י דמעיקר הדין לא דמי השמות יהודה ליאון לשמות חיים ביבנט. כיון שליאון אינו פירוש של יהודה, רק שנרמז בו כיון שעל יהודה נאמר "גור אריה יהודה". בכה"ג שמשתמשים בשני השמות ודאי דיש לכתוב גם את השם השני. אולם אם הלעז הוא ממש השם של העברי, בזה א"צ לכתוב את הלע"ז כגון ששמו חיים ביבנט א"צ לכתוב את הלע"ז ביבנט.

אלא שאח"כ כתב שמצא "בקונדרסין" וגם "בהגהות מיימוני" שגם בכה"ג שהמשתנים מעברי ללע"ז ג"כ כותבין את הלע"ז.

היוצא מדברי ב"י שני דינים בשם יהודה ליאון.

1) כאשר משתמשים בשני שמות יהודה ליאון צריך לכתוב את שני השמות, משא"כ ביבנט שהוא לע"ז של חיים א"צ לכתוב שניהם, אלא שאח"כ כתב שגם בשמות משתנים אע"פ שהכל אחד יכתוב שני השמות.
2) יש לכתוב דמתקרי ולא המכונה.

א"כ בנידון דידן אם היו משתמשים בשני השמות, ודאי שמעיקר הדין צריך לכתוב יהודה דמתקרי ליאון, דבנידון דידן אחר חקירת האשה וחקירת בעלה בחו"ל ע"י הרב אקס שליט"א, נתברר כי שמו מעריסה היה יהודה. גם בכתובה כתוב ששמו יהודה.

דא עקא העידו האשה וגם בעלה בחו"ל, כי אביה היה עולה לתורה בשם יהודה ועד לפני כ - 10 שנים שחלה שוב אינו הולך לבית הכנסת, ואפילו ביום

כיפור לא הולך והוא נמצא בביתו. אבל כל ימיו עלה לתורה למעלה מ - 60 שנה בשם יהודה. הנה יש לדון דמאחר ולא עלה לתורה כ - 10 שנים א״כ שם יהודה חשיב כנשתקע ואין לכותבו.

עוד יש לדמות נידון דידן למ״ש מר״ן הב״י בשם הקונדרסים וז״ל הב״י:

> ״מי שנקרא בעת לידתו חיים ואח״כ קורין אותו ביבנט, ועולה לס״ת בשם ביבנט, וחותם בו שטרות ואגרות נראה דשם ביבנט עיקר, וכותבין ביבנט דמתקרי חיים, ואם אין קורין אותו כלל בשם חיים, אין כותבין אלא ביבנט לחוד״.

ואם כתב ג״כ חיים משמע מתוך הקונדרסים גבי אשה ששמה רבקה ונשתנה לחנה דאינה מגורשת. א״כ גם בנידון דידן שנקרא בלידה בשם יהודה ליאון ועתה קורין אותו ליאון ולא יהודה, אם יכתבו יהודה דמתקרי ליאון הגט בטל.

ולענ״ד דברי מר״ן הב״י אינם שייכים לנידון דידן.

חדא בנידון של הב״י עולה לתורה בשם ששינה. דהיינו בלידה קראו לו חיים ועתה עולה לתורה בשם אחר לגמרי, ביבנט. ואילו אצלנו נולד בשם יהודה ליאון ועלה לתורה בשם יהודה ליאון [או בשם יהודה לבד].

שנית, במקרה של הב״י איירי ששינה שמו מחיים לביבנט. וראיה ששינה שמו שהרי גם לתורה עולה בשם ביבנט. משא״כ אצלנו לא שינה שמו, ועובדה שלמעלה מ - 60 שנה המשיך לעלות לתורה בשם יהודה, עד לפני עשר שנים שחלה, ושוב אינו הולך לבית הכנסת (ולקמן נבאר מדברי הראשונים דבכה״ג לא קרי נשתקע) וגם בכתובה כתוב יהודה ליאון, משמע שלא שינה שמו. כלומר דבנידון של הב״י שתים רעות עשה, לא רק שאינו עולה לתורה בשם הלידה אלא עולה בשם אחר.

שלישית - הרי מר״ן הב״י הביא ראיה לדבריו מדברי הקונדרסים, שכתב שמי ששמה רבקה ונשתנה שמה לחנה. משמע ששם חנה אינו מעלה את רבקה וכן להיפך וכל אחד שם עצם בעצמו, א״כ ס״ל למרן שחיים וביבנט אע״פ שביבנט הוא חיים בלע״ז, מ״מ הוא שם עצם בעצמו ולא כינוי. אבל בנידון דידן ליאון אינו שם עצם לעולם, אלא הוא כינוי לשם. ובס״ד שוב ראיתי שהדברים מפורשים בדברי ״הגט פשוט״ סימן קכ״ט ס״ק ע״ז, על מ״ש מר״ן ואם אינו דומה קצת לשם העברי יכתוב המכונה, כתב בגט פשוט.

> ״יראה לי דהיינו כגון שהמגרש נקרא אברהם ומפני שהוא איש גבור חיל קרו ליה ליאון בשם לע״ז או שנקרא אליהו וקרי לי באלי בלשון תוגרמה כלומר מתוק כדבש או שנקרא אברהם או יצחק וקרי לי קומפדארי או ג׳ילבי או שבתולו, דכל הני כינויים ודכוותיהו אינם

יוצאים משם העברי, וגם הם עצמם אינם שם העצם, דאינו מצוי ורגיל שיקרא ליאון או באלי או ג׳ילבי או קומפדארי או שבתולו בשם העצם, אלא על הרוב הם כנוים בעלמא על שם חיבה או גענוע או על שם חיבה אחרת, ולעולם יש לו שם העצם שנקרא בשעת המילה ובה עולה לס״ת, וכמ״ש מהרי״ק שורש פו במי שנקרא אליהו וקרו ליה באלי... אמנם אם יש לו למגרש שני שמות ושני השמות הם שם עצם ואחד מהם הוא בלשון עברי ואחד מהם בלשון לע״ז, כגון דאיכא דקרו ליה אברהם ואיכא דקרו ליה וידאל בשם לע״ז, או איכא דקרו ליה אברהם ואיכא דקרו ליה ביבנט לשון לע״ז, וכן בנשים שיש להם שני שמות ושניהם הם שם עצם, דאיכא דקרו לה אסתר ואיכא דקרו לה אליגריא... בכל כה״ג... דכיון דהשני שמות הם שם עצם...״.

מבואר במפורש שהבדל גדול יש בין חיים ביבנט לבין נידון דידן, יהודה ליאון, דביבנט הוא שם עצם בפני עצמו משא״כ ליאון הוא כינוי.

והנה בספר ״לחם רב״ סימן ל׳ כתב:

״דמי שנקרא שמואל בשעת המילה ואח״כ נקרא מולי בקיצור השם וחותם בשמו מולי, וקורין לו לס״ת בשם מולי, אע״פ שמדברי מהרי״ק שורש פו נראה שאע״פ שאינו ניכר בשם הראשון כותבין שם הראשון ועל שם שני כותבין דמתקרי, כגון אליהו המכונה באלי או דמתקרי באלי, וא״כ לפ״ז היה צריך לכתוב שמואל דמתקרי מולי אין נ״ל לעשות כן, משום דהב״י כתב בשם הקונדרסין מי שנקרא בעת לידתו חיים ואח״כ קורין אותו ביבנטי.. נראה דשם ביבנטי עיקר״ עכ״ל.

״בגט פשוט״ בסימן קכט סעיף סח ד״ה איברא, דחה דבריו, וכתב עליו:

״ולענ״ד יראה דאין לדמות יצחק חקין ושמואל מולי דהוו קיצור השם לשם חיים דקרו ליה ביבנטי, משום דשם ביבנטי הוא שם לעצמו וחיים הוא שם לעצמו, ואע״ג דביבנטי הוא לעז של חיים מה בכך, הרי אשכחן מקצת אנשים דשם עצם שלהם הוי ביבנטי והוי כשם שמחה ואלגריאה, דיש נשים דקרו לה שמחה ויש נשים דקרו לה אלגיראה, ומטעם זה כתב מר״ן לקמן סעיף יז אם השני בלע״ז והכל אחד כגון חיים דמתקרי ביבנטי, משא״כ ביצחק חקין ושמואל מולי דהוא קיצור השם על שם המובהק, וכיון דידוע דזה המתגרש נקרא בשעת מילה יצחק או שמואל ואח״כ הוקבע לו קיצור השם דקרו לה חקין או מולי, אע״ג דבעליות הס״ת קרו ליה בקיצור השם וגם בחתימה חותם כן, יראה לענ״ד דאין לפוסלו אם יכתוב יצחק המכונה או דמתקרי חקין וכן בשמואל דמתקרי

מולי וכיוצא בהן. דהדבר ידוע ומפורסם דשם חקין ומולי הוא קיצור לשם המובהק״.

וגדולה מזו כתב מהרי״ק שורש פו על מי שנקרא אליהו בעת מילתו ושוב נקרא באלי או המכונה באלי, כתב שיש לכתוב זה אפילו לא היו מכירים כלל בשם אליהו.

ומהרח״ש סימן כו תמה על מהרי״ק, דהיאך כתב דשם אליהו עיקר אע״ג דאין מכירים. ושוב בתשובה סימן לב כתב דטעמו של מהרי״ק הוי משום דשם באלי הוא שם דאין רגילות לשום אדם באותם המקומות כלל, ונודע בודאי דהיה לו שם עברי, וזה אינו אלא כינוי בעלמא ושנכתב שם אליהו גילה שהוא שם העברי ושם העצם שהיה לו מקודם. וכיוצא בזה כתב בשו״ת מהרח״ש סימן יו״ד על אשה דקרו לה בשעת לידה גראסיה ואח״כ קראו לה הכל שבתולה על שם שנולדה בשבת, דכותבין בגט גראסיה המכונה שבתולה, משום דידוע דשם שבתולה אינו שם עצם אלא כינוי בעלמא. ונראה שדומה למה שרגילות לקצת אנשים שנתאוו לאביהם וקורין אותם בשם קונפראדו, שיש להם שם העצם שקורין לו לס״ת, אלא שיש להם אותו כנוי על שום דבר, דודאי יראה שכותבין בגט שם העצם, שעולה לס״ת המכונה קונפראדו יעו״ש.

אתה הראת לדעת דבכה״ג ששם קיצור או כינוי דלא הוי שם עצם בעי לכתוב את שם העצם דוקא אע״פ שכולם קוראים לו בקיצור או בכינוי. ואין לדמות חיים ביבנטי ורבקה חנה דהוו שם עצם, ליהודה ליאון. דשם ליאון הוא שם קיצור ממשמעות יהודה (כי ליאון בספרדית הוא אריה) ואינו שם עצם אלא שם כינוי בלבד, ושוב ראיתי שכ״כ בחכמת יצחק (להרה״ג ר׳ יצחק חזן זצ״ל) בעמוד כח וז״ל: ״העולה מכל האמור דשלש חלוקות בדבר:

א) בשני שמות עצם, כגון רבקה וקרו לה חנה וכדומה ונשתקע שם אחד מהם אין לכתוב השם שנשתקע, ואם נכתב הגט פסול לדעת הג״פ, ולדעת הב״י בדעת הקונטרסים הגט בטל.

ב) בשם כינוי שהוא לעז של השם העברי, כגון חיים ביבנטי ויש אנשים ששם העצם שלהם הוא כך ונכתב שם חיים שנשתקע, לדעת הב״י גם בזה אינה מגורשת ועכ״פ הגט פסול, ולדעת הג״פ נוטה דיש להכשיר בשעת הדחק ועיגון, ועכ״פ אם נשאת לא תצא.

ג. בשם יצחק חקין ושמואל מולי, שאינם ניתנים לעולם לשם עצם, והוא הדין בשם באלי וכיוצ״ב גם לכתחילה יכול לכתוב שם העצם דמתקרי שם הקיצור או הכינוי.

ואב לשיטה הזו שכאשר שם שני אינו שם עצם אלא כינוי כגון בנידון דידן הוא מהרי״ק בשורש פו ואכתוב דבריו כי הם היסוד לדין זה.

״ועל דבר הגט ש״מ אשר בשעת מילתא נקרא אליהו ושוב נקרא בל״י לכל אדם, פשיטא ופשיטא דלכתחלה היה לו לכתוב אליהו דמתקרי בלי או המכונה בלי. אמנם בדיעבד יש פנים להכשיר ויש פנים לפסול לפי הנלע״ד. והוא, שאם בני המדינה או העיר אשר נכתב שם הגט ונמסר ליד האשה רגילים להיותם נקראים בשם בלי גם בשעת המילה, גם כשקוראים אותם לתורה, גם כשחותמין בשטרות או באיגרות. וגם שזה המגרש כשכתב הגט לא היה ניכר כלל בשם אליהו כי אם בשם בלי, פשיטא שהוא פסול אפי׳ בדיעבד. מדאמרינן בגטין פרק השולח (דף ל״ד) אמר רב יודא אמר שמואל, שלחו לו בני מדינת הים לר״ג בני אדם הבאים משם לכאן שמו יוסי וקורין לו יוחנן יוחנן וקורין לו יוסי היאך מגרשין נשותיהן. עמד ר״ג והתקין שיהיו כותבים וכו׳. וכתב רבינו אשר וז״ל: שכן דרך בני אדם הגולין ממקומן מחמת ממון או מחמת מרדין שמשנין את שמם פן יחקרו אחר מקום תחנותן וירדפו אחריהם עכ״ל. והרי לך אע״ג ששמו יוסי מתחילה כשנולד אלא ששינה את שמו מחמת פחד אפי׳ הכי אם היה כותב יוסי לבדו היה פוסל, כדמסיים, עד שיכתוב שניהם. כדקתני בברייתא, אינה מגורשת עד שיגרש ביהודה בשמו שביהודה ושם דגליל עמו. וה״ה הכא וזה פשוט.

אבל אם במקום שנכתב הגט ונמסר בידה היו יודעין שג״כ שמו אליהו, שכן נקרא בהכנסו לברית. וכ״ש אם רגילים לקרא לו לעמוד לקרא בתורה בשם אליהו או נודע לבני המקו׳ ההוא שכשהוא חותם בשטרות או באיגרות שהוא חותם בשם אליהו, נלע״ד שהוא כשר בדיעבד, דלא גרע מכינוי דכשר בדיעבד, כשהוחזק הכינוי במקום הכתיבה והנתינה, כמו שפסקו רוב הפוסקים. וכמו ששנינו בפ׳ בתרא דגטין (דף פז) כתב חניכתו וחניכתה כשר, וכן היו נקיי הדעת שבירושלי׳ עושין כן. כך גירסת ר״ח ורבינו תם, ובשטה זו הלכות רוב פוסקי הלכות. ולא כמו שפירש שם רש״י, דאחתימות עדים קאי ההיא דוכן היו נקיי הדעת עושין וכו׳.
ועוד דלא גרע מגר ששינה שמו לשם גיות שהוא כשר בדיעבד. ומתוך דברי ר״ת צריך לפרש ששינה שמו כלומר בתוך הגט ולא מקודם כתיבת הגט, אלא תמיד היו קורין אותו בשם יהדות קודם כתיבת הגט. דאלת״ה מאי מייתי ראייה מינה למימר שגרש בשם יהדות.

ואפילו לא היו מכירים בשם אליהו כלל במקום שנכתב הגט, א״כ הוא דשם בלי אינו אלא שם כינוי בעלמא, ואין רגילות בני אדם שם להיות נקראים כן כלל לעיקר השם, כאשר הוא בינינו שכל אחד ואחד איש מהם לא נעזב שלא יהי׳ לו שם בלשון הקודש שקובעים לו בשעת הכנסה לברית, ובשם ההיא נקרא לעלות לקרא בס״ת בבית הכנסת, א״כ אפילו אם יקראו לו בני אדם בל״י, הכל יודעים שיש לו שם אחר. ואין אדם טועה לומר שזה שמו לבדו. לפיכך לא יוציאו לעז כשיראו שכתוב בגט אליהו, שהרי גם שקודם לכן הוו יודעים שיש לו משמות היהודים אשר הם בכתובים. וכך יאמינו לשם אליהו כמו לשם אחר. ועוד, דראוי לחשוב דאותו השם שהחזיק עצמו בו שבו נקרא בשעת מילתו שהו׳ שמו באמת, דמה לו לשקר, דמסתמ׳ לא נתכוין לקלקל אשתו. וכ״ש בגט ש״מ אשר אנו עומדים עליו אשר אנו רואים שמתכוין לטובתה כדי שלא תזקק ליבם... דהא אין זה אלא גילוי מילתא שמגלה לנו מה הוא שמו אשר נקרא לו בשעת הכנסו לברית, שהרי כבר ידענו שמאיזה שם משמות לשון הקודש נקרא כדפירשתי זהו הנלע״ד לכאורה.

וגם נלע״ד להביא ראייה קצת ממה שפסקו ר״ת וקצת מפוסקים אחרים, דמומר המגרש אינו מזכיר רק שם דיהדות ולא חלקו בין נשתקע שם דיהדות ובין לא נשתקע. ואף על פי שלפעמים משתרשים בחטא, שאין בני אדם זוכרים שם יהדות שהיה להם, ואפי׳ הכי כתבו לגרש בשם דיהדות ולא להזכיר שם דגיות. ולפי מה שפירש׳ אתי שפיר, דודאי כ״ע ידעו שבהיותו יהודי לא היה נקרא בשם זה דגיות, ובשביל זה אינו נקרא שינוי השם כשכותבים שם דיהדות. שהרי כבר ידענו מקודם שהיה לו שם אחר.

וכן יש לדקדק גם מלשון התוס׳ דקתני גר ששינה שמו לשם גיות כשר. וכבר הוכחתי לעיל שלדברי ר״ת צ״ל ששינה שמו דהיינו שכתב בגט שם דגיות, אבל מקודם לכן תמיד היה נקרא בשם דיהדות, דאלת״ה היאך הוכיח ר״ת מזה דמומר יכול לגרש בשם דיהדות ואע״ג דאין קורין אותו עתה בזה השם רק בשם דגיות. נימא דשאני התם גבי גר, שגם מקודם כתיבת הגט היה משנה שמו לשם גיות. אלא ודאי פשיטא ופשיטא שר״ת מפרש, שגם שם גבי גר בכה״ג מיירי, שלפני כתיבת הגט לא היה הגר נקרא רק בשם יהדות ואח״כ שינה שמו בגט וכתב שמו דגיות. ועתה יש לדקדק אמאי נקט האי לישנא דגר ששינה שמו וכו׳ כיון דלא בשינוי ממש איירי אלא באקראי בעלמא כתב שם הגיות בגט, א״כ לא נשתנה שמו בשביל כך, והיה לו לומר גר שגרש בשם דגיות וכו׳ אלא נראה דמשום הכי נקט ששינה שמו וכו׳ כדי לאשמועינן,

דאע״ג שנשתקע שם דגיות, ואין בני אדם יודעין מה שם היה לו בגיות, ואינם מכירים אותם רק בשם דיהדות, ועתה כתב שם דגיות דנראה כמשנה שמו אפ״ה כשר. וש״מ דאע״ג שאין בני אדם מכירים בשם זה דגיות, מ״מ כיון שהכל יודעים שכשהי׳ גוי לא היה נקרא בשם זה דיהדות, לא חשיב שינוי השם וכדפי׳.

ומה ששנינו בפ׳ השולח (דף לד), שהתקין ר״ג שיהיו כותבים איש פלוני וכל שם שיש לו, ואם לאו אינה מגורשת, כדקתני בברייתא בגמרא, היינו דווקא כששם הנכתב בגט הוא שם שאפשר לומר בו שאין לו שם אחר, כגון יוסי או יוחנן. וכדאמר התם בגמרא אמר רבי יודא אמר שמואל, שלחו לו בני מדינת הים לר״ג בני אדם הבאים משם לכאן שמו יוסי וקורין לו יוחנן יוחנן וקורין לו יוסי. האיך מגרשין את נשותיהם, עמד ר״ג והתקין שכותבי׳ איש פלוני וכולי. והשתא א״ש מה היו צריכים לכתוב שמו יוסי לא היה לכם לכתוב אלא בני אדם הבאים משם לכאן ומשנין את שמם היאך מגרשים את נשותיהם, או היה להם לכתוב בני אדם הבאים וכו׳ וקורי׳ להן כאן שם אחד ושם בשם אחר היאך מגרשין וכו׳, אלא ודאי משום כך פירשו שמו יוסי דקורין לו יוחנן דבכה״ג דווקא שאלו היאך מגרשין וכו׳. דהרואה שכתוב בגט יוחנן יחשוב שאין לו שם אחר, שכן רגילות לקרא לכמה אנשים יוחנן בעת לידתן בהכנסן לברית. אבל אם היו כותבים בגט איזה שם כינוי שאין דרך לקבוע שם לשום אדם בכינוי זה, בהא ודאי לא הוי מספקא להו דודאי כשר הוא וכדפירשתי...

ולפי דעתי דכיון שיש לומר דשם דגיות מהני לגר אע״ג שאין נקרא בו וכדפריש׳, דכ״ש השם שקובעין לו בהכנסו לברית דהיינו שם המילה. ואע״ג שעכשיו אינו נקרא באותו השם, כיון שהם יודעין שבודאי יש לו שם אחר, כגון בנדון הזה שהיה נקרא בל״י, א״כ הוא שאין שם דבלי שם הנהוג בעת המילה כלל, ולא בס״ת ר״ל באותן המדינות והארצות שאירע שם המעשה הזה דהאי גיטא דשכיב מרע...״.

מבואר מדברי מהרי״ק, דכיון דשם שני אינו שם עצם ואינו שם שנותנים לו במילה (בודאי שלא נותנים שם זה בלבד) וכששומעים שם זה ודאי יודעים שיש לו שם עיקרי שבו קראו לו במילה, הרי שכותבין שם המילה. וא״כ בנידון דידן דאין שם ליאון שם העצם אלא כינוי, ודאי כאשר יכתבו שם יהודה דמתקרי ליאון, ידוע ששמו שניתן בברית הוא יהודה, ובעובדא דידן ק״ו הדבר, שהרי אצלנו מדובר שבשם זה עלה לתורה למעלה מ - 60 שנה עד שנעשה חולה,

ועוד שהרי בכתובת בתו כתבו שם זה ודאי שכאשר כתבו בגט יהודה דמתקרי ליאון שכשר לכתחילה.

שוב ראיתי "בשדי חמד" סימן מא ס"ק א', הביא הרבה פוסקים דס"ל כמהרי"ק הלא המה הרבנים מ"א, וזרע אברהם, ומוהראנ"ח ח"א גבי שם באלי, ומוהר"י קלעי ומוהרח"ש ו"מוהר"י זיין" ו"דרכי נעם", וג"פ, ובספר "אמרות טהרות" דף קצא, והרב ב"כ דרבים, ה"ה מקור ברוך, ומוהר"ם די בוטין ומוהרח"ש, וסמ"א וכ"כ הרב חיד"א בשם מוהר"א זאב בספרו "אורים גדולים" בלימוד צ"ב דף ל' ע"ד, והוכיח שכן ס"ל למר"ן הב"י ממ"ש בסימן קכט קרוב לסופו בד"ה מי שנשתנה שמו והוקבע לי וז"ל ומדברי מוהריק"ו שם פו נראה קצת שאע"פ שאינו ניכר כלל בשם הראשון כותבים שם ראשון ועל שם שני כותבים דמתקרי.

ואף הרב מוהר"י בכ"ר בתשובה שבספר חיים ושלום סימן לא ד"ה כלל העולה כתב:

> "כי בנדוננו ששם המגרש נשתקע והוא נקרא בכינוי שאי אפשר לכותבו בגט מכמה טעמים, לכן יש לכתוב שמו לבד ולא חשוב נשתקע, שהכל יודעים שאין זה שם העצם שלו, כמו שכתב מהרי"ק שורש פו דמומר אינו מגרש בשם דגיותו היינו אפילו נשתקע שם ישראל".

וכ"כ הרב ב"כ ח"ב דף ע"ה:

> "דבנשתקע שם העצם וכולי עלמא ידעי ליה בכינוי, דלא חיישינן דנשתנה כיון דכינוי מוכיח עליו דיש לו שם העצם... ונסתייע מדברי מהרי"ק בשורש פו, ואף דמר"ן הב"י בסימן קכט שדי ביה נרגא על מה שכתב מהרי"ק, דמ"ש ר"ת שאין לכתוב שם דגויות הוא אפילו אם נשתקע שם ישראל. ותמה על דבריו ממ"ש הרשב"א והרא"ש והר"ן, ומסיק נשתקע שם ישראל צריך שיחזיק בו 30 יום, כבר ישבו האחרונים קושית מר"ן, וכיון דרוב הפוסקים הסכימו למהרי"ק הכי נקטינן...".

גם הרב "ראש משביר" ח"ב סימן ס"ז עמד בזה, ומסיק, דכשהוא כינוי שאינו שם עצם כלל גם מר"ן הב"י ס"ל דלא הוי נשתקע, ולא דמי לחיים ביבנטי ושמחה אלגריאה, וסיים הרי לך גאוני עיה"ק ירושלים וחברון בהסכמה עליו למעשה כמוהרי"ק שורש פו.

וכ"כ בשו"ת "שער אשר" לה"ה מוהרא"ק סימן מ' בשם אשה מלידה שול וכינויה בוליסה ולא ידעו בי"ד מכינוי זה וכתבו רק שמה שול שנשתקע, ואחר

שנתגרשה ידעו בי״ד שיש לה כינוי בוליסה שניתן לה לגעגוע, וכתב על זה דאע״ג דבעלמא בנשתקע אחד מן השמות חיישינן לסברת הר״פ להצריך שני גיטין, היינו דוקא כששניהם שמות עצם. אבל כששם העצם נשתקע לפי שנקראת בכינוי שהכל או הרוב אין משמרים אותו לשם עצם אלא לגעגוע, הוי ליה אותו השם עצם עיקר והשם הגעגוע לטפל וצ״ל שם העצם המכונה פ׳ כמו שכותב מהרי״ק. וכן דעת הרבנים ״בתי כהונה״ ו״גט מסודר״ ו״חקרי לב״. זולת הרב ״מכתב מאליהו״ דס״ל דכל שנשתקע מקריאה אף שלא נשתקע מידיעה הוי נשתקע. והוא יחיד בדבר, וגם הוא בעצמו חזר בו בתשובה סימן יג והסכים למהרי״ק ודעימיה (ואף דבשד״ח בעמוד 244 כתב בסוגריים אם זכרוני אינו מכזיב אותי ראיתי באיזה ספר שכותב ההפך דמ״ש בתשובה דלא הוי נשתקע כתב בתחילה ואח״ז חזר בו במכתב מאליהו, מ״מ אתה רואה דהוא עצמו לא ברירא ליה מילתא). והתשובה היא בספר אליהו רבה סימן יג, ואף שמרן הב״י תמה על דברי מהרי״ק כבר חזר בו השלחן ערוך וכתב בסעיף ו׳, גר שכתב שם גיותו כשר אפילו נשתקע ממנו. וכ״כ מוהר״א אלפנדרי בתשובה, וכן הג״מ סימן נז דף קכב ע״ב כתב דמרן חזר בו. וכן הרב בתי כהונה הביא חבל נביאים דקיימי כשיטת מוהריק״ו ופסק הלכה למעשה בההיא דאליהו באלי כוותיה. ואומר מר דידיעה עדיפא, משום דגר ומומר דשם היא ידיעה מבחוץ משא״כ בכינויים אלו שהם לגעגוע בעלמא אזורו מוכיח דאינם אלא שם לווי וקדמו שם אחר ולא חשיב נשתקע. ועוד עיין ב״משנה למלך״ פרק ג׳ מהלכות גירושין הלכה יג שכתב ג״כ שהעיקר כדברי מוהרי״ק, וכ״כ בספר ״פרח מטה אהרן״ ח״א סימן כה, וכן תפסו רבני איזמיר כמבואר בספר ״פני משה״ דף מז׳ סימן ל׳, וכן דעת מהראנ״ח ח״א סימן לה וכן מהשד״ח חלק אבהע״ז סימן קו תפס לעיקר כדבריו.

ואע״פ שהשדי חמד סימן מא אות ב׳ הביא מהמכתב מאליהו יש דס״ל דלא כמהריק״ו מ״מ גם הם לא חלקו אלא היכא דכתב שם ראשון בלבד כמ״ש מהריק״ו שכתב שם אליהו בלבד, אבל בנידון דידן שאני.

חדא - גם כתבו את השם שרגילים בו בשם דמתקרי, וכתבו בגט יהודה דמתקרי ליאון.

שנית - בנידון דידן עלה לתורה למעלה מ - 60 שנה עד שחלה ושוב לא עלה לתורה כך שודאי ליכא למימר נשתקע.

שלישית - גם מופיע בכתובה שנכתבה למען תעמוד ימים רבים, שהרי אסור לאדם לחיות עם אשתו בלא כתובה וחתומים עליה עדים שמעידים גם על שמו, וכמ״ש בשו״ת ״שואל ומשיב״. ואף שהאחרונים חלקו עליו מ״מ ודאי דחזי לאצטרופי למימר דלא הוי נשתקע.

ועתה שוב ראיתי בר״ן גיטין דף יח בדפי הרי״ף שכתב וז״ל:
״ומומר לעבודת כוכבים שגירש מסתברא שיש לו לכתוב השם שיש לו עכשיו, שהשם שהיה לו בעודו ישראל כבר נעתק ממנו, אבל ר״ת ז״ל כתב דכיון דאמרינן בהמגרש דאפילו בחניכתו וחניכתה כשר, שם ישראל לא גרע מחניכה, וכיון שכתב וכל שום בשביל שם של עכשיו סגי. וטפי עדיף מלכתוב שם העובד כוכבים עם דת משה וישראל, ולמכתיבנהו לתרוויהו עדיף טפי״.

מבואר בדברי הר״ן שאם כותב שניהם עדיף, אע״פ ששם ישראל נעתק ממנו. לכן בנידון דידן שכתבו שני השמות יהודה דמתקרי ליאון, מודה הר״ן ואף עדיף לכתוב כן. וכ״כ הריטב״א בגיטין דף ל״ד עמוד ב: ״והעיקר דלמכתבינהו תרוויהו״. אתה הראת לדעת דגם הר״ן והריטב״א ס״ל דבנידון דידן עיקר לכתוב תרוויהו וכדעת מהרי״ק שורש פו. ״הנה אחר שנתברר ששלושה הראשונים אשר מפיהם אנו חיים ס״ל דבנידון דידן בעי למכתב את שני השמות ודאי שכך צריך לכתוב לכתחילה.

עוד ראיתי בגט מסודר, שער רביעי סימן ט׳ סעיף יא שכתב, מי שיושב ימים רבים במקום שאי אפשר לו לעלות לתורה, כגון שנלקח לצבא ונשלח למקום רחוק ממושב יהודים, אין שם עליה שלו נשתקע [חידושי ״אנשי שם״ שו״ת ״בית יצחק״ סימן מד]. אם היה במקום שאפשר לו לעלות לתורה ועבר זמן רב ולא עלה הוי שם עליה נשתקע. אבל כיון שבמקום שהיה לא היה אפשר לו לעלות, שם עליה לא הוי נשתקע.

והוסיף שם בפרושו ״חקור דבר״ בשם ״חידושי אנשי שם״, שם דנשתקע לא שייך רק אם ישנו בעולם ואפשר לקראו בשמו, ואינו נקרא, זה בטל ליה משמו, כיון דהחסרון מצד עצמו דראוי לשם זה ואינו נקרא, אבל אם אין המניעה מצד גוף השם רק שהאדם אינו בר הכי שיהיה אפשר להיות נקרא כן, זה לא נחשב נשתקע. ותדע, אטו אם ימות אחד מבלי בנים זכרים יהיה לו רק בת אחת דמעולם לא יהיה נקרא בשמו שעלה בו לתורה האם נימא דזה נחשב נשתקע כיוון דאינו בעולם עוד ולא נקרא לתורה בשום זמן, ואם תגורש הבת לא יכתוב בגט שם שאביה עלה לתורה בו... רק העיקר תלוי אם ראוי לשם זה ולא נקרא הוי נשתקע, אבל אם אינו ראוי לשם זה כלל והמניעה מצד אחר אמור ואם היה ראוי לשם זה היה נקרא כן גם עתה לא נחשב נשתקע עכ״ל, חא״ש.
וא״כ מאי שנה מנידון דידן שהאדם חולה ובגלל זה לא יכול לבוא לבית הכנסת, ג״כ אנוס כמו שלקחו אותו לצבא. וכי מאי שנא צבא שתופס את כל

גופו ובגלל זה לא יכול לילך למקום שיש בית כנסת לבין זקן או חולה שרגליו תפסו אותו ומונעים אותו מלילך לבית כנסת ודאי דלא שנא ולא מיקרי נשתקע. וכלל לא תלוי הדבר אם יש סיכוי שפעם יחזור לשם זה, שהרי עיקר החילוק שכתב אם ראוי לשם זה ואינו נקרא הוי נשתקע אבל אם אינו ראוי לשם זה ויש לו מניעה אחרת לא מיקרי נשתקע, ומה גרע מניעת מיתה דלא אמרינן נשתקע שכאן בחולה נאמר דהוי נשתקע.

גם דברי "הרדב"ז" בתשובה אינם סותרים את דברי ה"חדושי אנשי שם" גבי מי שהלך לצבא וק"ו ודאי שאינם סותרים נידון דידן. כמ"ש הגט מסודר בחקור דבר דבמעשה דהרדב"ז היה מקום שהיה אפשר לו לעלות לתורה שהרי דר במקום הרדב"ז או סמוך לו, שהרי הרדב"ז אמר שמכירו מזה ארבעים שנה בשם מחרז, והגם שמד"ח בתשובה סימן סג כתב דמדברי הרדב"ז לא נשמע כדברי "האנשי שם". מ"מ כבר השיב "הבית יצחק" סימן מ"ד שעיין בתשובת הרדב"ז וכתב דאין דבריו סותרים לסברת החא"ש, והסכים הבית יצחק לחדא"ש.

בנידון דידן כולהו ס"ל דלא דמי לדברי הרדב"ז.

חדא - בנידון של הרדב"ז כתוב שלא מצא מי שיודע ששמו שמריה זולת החזן, וכל היהודים והערבים קוראים לו מחרז. אולם בנידון דידן גם בתו וגם חתנו וודאי כל המתפללים עמו יודעים שבעליה לתורה קוראים לו יהודה וליאון.

שנית - אצל הרדב"ז כתוב שהוא עלה לתורה פעם ביובל, ואף שכוונת רדב"ז אינו כפשוטו דהיינו פעם ביובל, מ"מ בנידון דידן שאני שהרי הוא אדם שמתפלל בקביעות ולמעלה מ - 60 שנה הוא עולה לתורה בשם יהודה ליאון. ולמה יגרע חלקו משאר המתפללים שעולים מידי פעם.

שלישית - בנידון של הרדב"ז לא כתב את שני השמות רק כתב שמריה, משא"כ בנידון דידן שכתבו בגט את שני השמות יהודה דמתקרי ליאון.

רביעית - מחרז פירושו שמריה כמ"ש הרדב"ז ואז דמי לחיים וביבנטי וכבר הארכנו להוכיח דשאני חיים ביבנטי.

שו"ת מהרש"ם חלק ב' סימן קעט, ובשו"ת מכתב לדוד חלק אבהע"ז סי' י' ד"ה אכן וז"ל:

> "אכן צריכים אנו לומר דע"כ לא קאמר הרב מוהרי"ט דבעי' למכתב חנה דמתקריא חנולה אלא כגון שיש בה ידיעה בתחילה דהכי קרו לה בעת לידתה אלא דשוב נשתקע שם הראשון דבכי הא הוא דקמפליג הרב בין ספרדים לאשכנזים. דספרדים סתמא דמילתא דבהנהו שמות נהיגי הכי דקרו לה מעיקרא בהולדה חנה ולבסוף קרו לה חנולה, א"כ לדידהו אע"ג דקמא בטיל דתו לא קרו לה אלא בשם חנולה אפ"ה אם

כותבין חנה ליכא חשש דילמא אתו למימר הך איתתא אחריתי היא, דמידע ידעי דאורחיהו דהנך אנשי בהכי והלכך שפיר דמי למכתב חנה דמתקריא חנולה. משא"כ בני אשכנז דאדרבא רובייהו קרו לה רעכלין משעה ראשונה. אמרי אינשי גם זו כאחת מהן".

וא"כ בנידון דידן דהוו ספרדים, תו ליכא למיחש ושפיר יש לכתוב יהודה דמתקרי ליאון.

זאת ועוד - גדולה מזו מצאתי "בשדי חמד" מערכת גט סימן מא אות ט', שכתב בשם שו"ת מורי"מ מרוטנבורג סימן יז, הביאו הקב ונקי כלל לד אות יד וז"ל:

"שם שנשתקע היינו כשהוא ע"י חולי או סיבה אחרת שאינו רוצה בשם האלף [הראשון] דהוי דומיא דלא יאמר עוד שמך יעקב, אבל כאן דמורה בטעות שלא ידע ששמו מעריסה מיכאל יש לכתוב שם מיכאל לעיקר".

א"כ ק"ו בנידון דידן שאנוס שאינו יכול לילך לבית הכנסת לעלות לתורה, וודאי שאילו היה באפשרותו לעלות לתורה כיום היה אומר ששמו יהודה כמו שעלה לתורה במשך למעלה מ - 60 שנה בשם יהודה.

ועוד הביא שם בשם שו"ת "שואל ומשיב" מהדורא ג' חלק א' סימן רמ"ג, באיש שנקרא סני בראד שדר בטישויץ וגירש אשתו בשם שהוחזק שם [בטישויץ] ואח"כ בא גביית עדות מעירו שנקרא בשם אחר והוא נקרא בפי כל בשם געגוע אלטיר - וכתב על זה דכיון דבעירו לא עלה לס"ת לפי שלא היה נשוי, וכשנשא את אשתו בטשויץ אולי שכח שמו האמיתי ולא נתכוון לשנות שמו ולהחזיק שמו בשם אחר, לכן פשיטא שזה נקרא שנוי השם גמור, ע"כ רצה לומר שמה שכתבו בגט הוא שינוי גמור - משמע דס"ל כשיטת שו"ת מהר"ם מרוטנבורג הנ"ל שאין השם נעקר בטעות עכ"ל השד"ח.

מבואר מדברים אלו דאפילו שכח שמו בטעות אלא שלא היתה לו כוונה לשנות לא מיקרי נשתקע אף שהחזיק בשם אחר במקום כתיבת גט. א"כ ק"ו בנידון דידן שאין לו ולא היתה לו כוונה לשנות שמו והוא אנוס דרגליו אינם מוליכות אותו דשמו שהיה לו בעריסה ועלה בו לתורה עד שנפל בחוליו [וגם רשום בכתובת בתו] ודאי שלא הוי נשתקע.

גם בשו"ת "בנין ציון" חלק ב סימן קעב כ"כ וז"ל השאלה:

"בדק לן מר נ"י שרצה לידון דהשם הניתן בשעת המילה נקרא נשתקע כיוון שאין קורין אותו עוד בשם זה רק בשם לעז הנתחדש. תשובה:

לפענ״ד אין הדבר כן, דכ״ע ידעי דבשם לעז אשר נקרא בהם האיש והאשה לא ניתן להם בשעת לידה רק השם ממשפחה ועוד ישתמשו בו לדברים שבקדושה כאמירת מי שברך וכדומה, ואף שלא נקרא בו רק מעט מכל מקום לא נקרא שם שנשתקע כיון שלכתחילה לא ניתן רק לדברים האלה. וגם אם במקומו אין קורין אותו לתורה בשם יאמר זה שמו א״כ לא נשתקע השם. ולכן טוב ג״כ שלא להזכיר בכתובה רק שם זה כיון שנכתבה בלשון הקודש ולשם דבר מצוה, הלא לזה הונח השם בזה, ולכן נ״ל עיקר כאשר כתבתי לכתוב שם העברי והעריסה לעיקר ושם הנשתנה ללעז לטפל, ושכן ראיתי ושמעתי מגדולים שנהגו כן. ובכתובה שאין קפידא שיוודע לעולם מי הם הנקראים רק לבית דין כשתבא לכלל גביה טוב שלא לכתוב רק שם העריסה אשר הונח לדבר שבקדושה, והרי לפני כל ב״ד ישראל תוכל לגבות בשטר כזה, וממילא ישאר שם זה ג״כ לגט כן נלע״ד״.

וא״כ ק״ו לנידון דידן שיש לכתוב יהודה דמתקרי ליאון ועיין בספר ״עדות לישראל״ להגאון רי״א הענקין זצ״ל בעמוד 188, כמו שכתב הרה״ג מרדכי אקס שליט״א.

ובשו״ת אגרות משה חלק אבהע״ז ג׳ סימן לט כתב וז״ל:

״בדבר שם עלקא גיטל שיש רוצים לומר שהוא שם הנשתקע מאחר ובפי כל נקראת בשם אנגלית... אלא פשוט לענ״ד שבמדינות אלו שדרך רוב בני האדם ליתן לבנים ולבנות שני שמות, שם יהדות לבנים בשעת הברית ולבנות בשעת קריאת התורה, ואחד שם אנגלית, וכל אחד יודע כששואלים אותו איך שמך באידיש משיבין השם שקראו בתורה וכששואלים את שמו סתם משיבין שם האנגלית, לכן אף שלא נזדמן למעשה לאחד ולאחת שיקראו אותם בשם דיהדות אין להחשיבו לנשתקע, והוא דומה לאחד שלא יקראו לו בשמו הפרטי כלל. שודאי כשיגרש אשה צריכים לכתוב שמו״.

ועוד עיין שם באבן העזר חלק ז סימן קב, שכתב שאף שעלה לתורה רק בבר מצוה ובשבת שלפני החתונה לא מיקרי נשתקע ויש לכותבו וגם להקדימו.

מסקנא דדינא:

א. יש הבדל בין צירוף השמות חיים ביבנטי, ובין יהודה ליאון, כמו שביארנו בראיות ברורות.

ב. דעת רוב האחרונים כשיטת מהרי״ק בדין כינוי שאינו שם עצם כמבואר ב״שדי חמד״ סימן מא מערכת גט, ו״משנה למלך״ פרק ג׳ מהלכות גירושין הלכה יג, ואף מר״ן בסימן קכט סעיף ו׳ פסק כדעת מהרי״ק.

ג. בנידון דידן ודאי שלכתחילה צריך לכתוב יהודה דמתקרי ליאון, וכמ״ש הריטב״א ור״ן דף יח בדפי רי״ף בגיטין, דלמכתבינהו לתרווייהו עדיף.

ד. סברת ״החידושי אנשי שם״ ו״הגט מסודר״ אינה יחידה ודברי הרדב״ז אינם סותרים דבריהם.

ה. בנידון דידן כולהו ס״ל דלא מיקרי נשתקע.

ו. דין מי שנלקח לצבא ובגלל זה לא עולה לתורה דומה לדין אדם שנפל למשכב ושוב אינו יכול לעלות לתורה.

הנראה לע״ד כתבתי וצור יצילנו משגיאות אמ״ן.

חושן משפט

הרב חיים שלמה שאנן

מתי בית דין רשאי או חייב להעלות טענות שלא נטענו ע״י בעל דין

מעשה היה בבית הדין בבני זוג שחתמו על הסכם גירושין, וע״פ ההסכם הקנה הבעל לאשה זכויות שיקבל בעתיד. בהסכם הזה היו חסרונות רבים על פי ההלכה, כגון ״דבר שלא בא לעולם״, ״דבר שאין בו ממש״. בהסכם עצמו היה נעשו תיקונים רבים, בלא שהצדדים חתמו עליהם, ועוד חסרונות.

ועלתה השאלה האם יש לביה״ד להעלות טענות על בטלות ההסכם מאחר והבעל לא טען אותם, או ליתר דיוק לא ידע לטעון אותם, וכי ״עשינו עצמנו כעורכי הדיינים״? זה ברור שביה״ד צריך לפסוק ע״פ ההלכה גם אם אחד הצדדים אינו בקי בהלכה ואינו יודע לטעון.

אמנם יש לנו לגדור גדר מתי נאמר הדין שטוענים לבעלי דין וכפי שאמרו בכמה מקומות ״פתח פיך לאלם״, ומתי נאסר על הדיין להיות כעורכי הדין.

דין זה של ״פתח פיך לאלם״ חלוק לשני דינים: א. תובע מעט, ובאמת מגיע לתובע יותר, ב. מי שמעלה טענה שאינה מועילה מן הדין, ובאמת יש לו טענה אחרת המועילה מן הדין.

ומצינו בכמה מקומות שאמרו חז״ל ״פתח פיך לאלם״ כגון: לענין שוטה שאינה יכולה לטעון, וכן לגבי ״טענה מסתברת״ שלא נטענה ע״י בעל הדין, וכן לגבי פירוש והסבר למעשה שנעשה או לא נעשה או אמירה שנאמרה או לא נאמרה ועוד. ונרחיב מעט:

מי שאינו יכול לטעון

בכתובות, לו א, אמרו שטוענים לשוטה ארוסה ״משארסתני נאנסתי״, שהרי אילו היתה פקחת היתה טוענת כן. ולרש״י, שם, טוענים אף להוציא ממון. אמנם לר״י בתוספות, שם, טוענים לה כן משום שהיא בחזקת מוכת עץ. ומכאן אמרו בכמה מקומות שטוענים ליורש ולמי שאינו נמצא, משום פתח פיך לאלם, עי׳ רש״י, כתובות פז א, רא״ש כתובות, פי״ג ה״ו ועוד.

ובתומים (אורים, סי׳ יז, ס״ק כב) למד שבשוטה גמור טוענים לו כל מה שהיה יכול לטעון, ולא רק אם מתחיל לטעון טענה כל שהיא, ועי׳ להלן.

אולם ברור כי אף ליתומים אין טוענים משום ״פתח פיך לאלם״, אלא בדבר שכיח ומסתבר, כמ״ש תוספות, בבא בתרא ע, ב ד״ה מ״ד, תוס׳ ריש גיטין ד״ה ואם, שו״ת הרא״ש כלל פו א ועוד.

גם אין טוענים ליתומים שאביהם החזיק קרקע בלא טענה, כאשר היורשים עצמם טוענים שאינם יודעים אם אביהם קנה את הקרקע, כמבואר בשו״ת הרא״ש צט,א. ומכאן למד קצות החושן (סי׳ קנה ס״ק יד), שאין טוענים ללוקח כוורת בעל דבורים טענת חזקה כדי לדחות את בעל החרדל, ״שאין טוענים ללוקח להוציא כיון שטוען שמא״. ואין זה דומה למה שטוענים ליורשים טענת פרוזבול שהיא טענה להוציא, וכפי שיובא להלן, וזה משום שפרוזבול היא טענה המסתברת, או שבדבורים וחזקה השאלה היא האם בכלל נוצרה זכות למחזיק, ואילו בפרוזבול, השאלה האם נוצר פטור לחוב.

טענה מסתברת בגיטין לז ב אמרו:

״כי אתו לקמיה דרב (מי שתבע חובו לאחר שביעית) אמר ליה מידי פרוסבול היה לך ואבד, כגון זה פתח פיך לאלם הוא״, ולפני כן אמרו בטעם שנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד: ״כיון דתקנו רבנן פרוסבול לא שבק היתרא ואכיל איסורא״.

ובשער משפט (סז ס״ק י) תמה מרמב״ם (שמיטה, פ״ט הכ״ד) ״אומרים לנתבע שלם לו. ואם טען נתבע ואמר איה פרוזבול שלו, אומרים לו לתובע היה לך פרוזבול ואבד?״ וקשה, למה אומרים לו שלם אף לפני שמבררים אם היה לו פרוזבול. נעיר כי בשו״ע סז סעיף לג נפסק: ״בי״ד פותחים למלווה שמא פרוזבול היה לך ואבד״.

לכאורה ההסבר, כיון שברור שעשה כן אף פותחים לו בשאלה: שמא פרוזבול היה לך ואבד.

ואכן בשו״ת הרשב״א (חלק ב, ריב , וח״ד, סי׳ כג) כתב:

״ דאנן נמי טענינן ליה כלום פרוזבול היה לך ואבד משום דחזקה לא שביק היתרא ואכיל איסורא״.

אמנם בח״ד סי׳ קכז כתב רשב״א:

״אבל במקום שלא ידעו ששמיטת כספים נוהגת, לא שייך לא שביק היתרא , לפיכך אין טוענים לא לו ולא ליורשיו ולא ללוקח ממנו״.

ועיין שם סי׳ כג, ושו״ת המיוחסות, סי׳ רנו. ועי׳ שו״ת רדב״ז, ח״א סי׳ צד, שנראה שהקלו בפרוזבול בדווקא.

ואף שנראה שטוענים פרוזבול היה ואבד רק משום שזו טענה המסתברת, אנו רואים בתשובות נוספות של הרשב״א, שטוענים כן בכל מקום שנראה שכן הוא לפי האמת:

בשו״ת הרשב״א (ח״ב, שצג) כתב:

״בית דין טוענים בשבילו... כל שהבית דין מכירין שאינו נמנע מלטעון כן אלא ממיעוט ידיעתו והדבר קרוב לפי ראות בית הדין שהיה כן, כמו שאמרו בשמא פרוזבול היה לך ואבד, וממנה בית הדין דן בכל שיראה

בעיניו שהוא האמת, שלא בחרה התורה השלמה והאמיתית רק בדרכי האמת, ומפני זה אמרו שטוענים ליורש וללוקח, וכן בכל כיוצא בזה״.

וכן הוא בשו״ת הרשב״א חלק ז, סי׳ תפג.

לכאורה, לולא דברי הרשב״א היינו מפרשים שהטעם שטוענים ליורש וללוקח אינו מפני ״שהדבר קרוב לפי ראות בית הדין שהיה כן״, אלא שזו תקנה רק למי שאינו יכול, והטעם שטוענים פרוזבול הוא מפני שכך מסתבר, אבל מרשב״א נראה שהכל טעם אחד: מי שלא טען יש בזה הוכחה נגדו, אבל אם יש הסבר לאי טענתו כגון שהוא יורש או לוקח, או שמסתבר הדבר בגלל סיבה אחרת כמו פרוזבול, טוענים עבורו.

ושם ח״ב, סי׳ תד, בענין דומה כתב:

״סוף דבר הכל לפי מה שהוא ענין, ואחר כוונת הלב הדברים אמורים, שהתורה האמיתית לא בחרה רק באמת והדיין צריך לדון האמת לאמיתו״.

אמנם ברשב״א וכ״ה בנמוקי יוסף, גיטין שם, פירש:

״דילמא פרוזבול היה לו ואבד ומסבר סבר כיון דאבד לא מהימן למימר שהיה לו, הלכך פותחים לו״.

לפרש דברי נתבע שלא נתכוין לדברים שאמר, אין בזה משום ״פתח פיך לאלם״. ועל כן אמרו (בבא בתרא מא, א ובתוספות) שמי שהחזיק בקרקע שלא בטענה של קניה, אין טוענים לו שהאמת שקנה כדין אלא איבד את שטרו, ומה שלא טען זאת פחד שיאמרו לו הראה שטרך, ואם לא יראה שטרו חשש שיאמרו גזלן הוא, ועל כן אמר רק ״לא אמר לי אדם מעולם״. טענה שכזו אין טוענים משום פתח פיך לאלם, אף שאילו טען זאת לא היו מוציאים מידו מה שהחזיק.

וכן מצינו לגבי טענת ״משטה הייתי בך״, שאם לא טען, אין טוענים לו.

בירושלמי משמע שפעמים טוענים לבעל דין ופעמים אין טוענים. וכך אמרו בירושלמי (סנהדרין פ״ג ה״ח):

״רב הונא מיקל לדיינא דאמר מקבלין עליכון חד סהיד, אלא יימרון אינון״.

(רב הונא היה מבזה את הדיין שפותח בעצמו ואומר לבעל הדין, האם מקבל עליו עד אחד שהביא חברו, משום שנעשה כ״עורכי הדיינים״, אלא יאמר בעל הדין מה שצריך לטעון, עי׳ פני משה). ושוב ממשיך הירושלמי:

״רב הונא כד היה ידע זכו לבר נש בדינא, ולא היה ידע ליה, הוה פתח ליה על שם פתח פיך לאלם״.

ופירש הפני משה, כשבעל הדין לא ידע לגמור הדברים ולא היו מסודרים בפיו, אז פתח לו, שמא כך דעתך לומר.

ובפרישה פירש שרמב״ם יישב את שתי המימרות של הירושלמי, שתלוי אם התחיל לטעון או לא התחיל ואילו הרא״ש סובר, שהמימרא השניה היא העיקר, והיא לרב הונא בר חייא, ומימרא הראשונה היא של רב הונא הנזכר בסתם בכל מקום, ואינו להלכה.

ובראבי״ה (סי׳ אלף ז) הביא את הירושלמי וכתב, שבתלמוד שלנו אמרו לגבי טענת משטה אני בך, שאם לא טען לא טוענים לו, ומאידך גיסא בריש חזקת הבתים אמרו לגבי חזקת רוכלים המחזרים בעיירות, אע״ג שלא טען טוענים לו. ולכאורה מדבריו נראה שהבבלי נחלק על הירושלמי.

כאמור בשני דברים נשאלת השאלה האם פותחים פה לאלם, האחת בתובע פחות מהמגיע לו, והשניה בתובע בטענות שאינן טובות בזמן שיש לו טענות טובות.

הנה התובע סכום נמוך ממה שמגיע לו ע״פ דין, נחלקו הפוסקים האם בית דין טוענים ומחייבים יותר, כי יש לחוש שמחל התובע לנתבע, או שויתר לו בגלל חשבון שחייב התובע לנתבע ממקום אחר. אולם אם יפסקו בית דין, יחזור בו ויגבה גם אחר שמחל. וכן דנו האם ״אי תביעה״ נחשבת כמחילה. ומאידך יש לחוש, כיון שעל בית הדין מוטל למנוע איסורים וגזל, ואם אכן חייב הנתבע לתובע, ולא מחל לו, הרי גזל ביד הנתבע ,ועל כן יש לבית הדין לפסוק כפי הדין.

רמ״א (חו״מ, סוף סי׳ יז) פסק:

> ״בעל דין שתבע חברו מועט והדיין רואה שיתחייב לו על פי הדין יותר ממה שתבע, אין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע, ואם פסק לו יותר הוי טעות בדין וחוזר״.

ולדעת סמ״ע, גם לרמ״א אם הנתבע אינו רוצה לשלם, יכול ביה״ד לקונסו עד שישלם כפי הדין ומשום קנס, או מצד הדין שכיון שאינו רוצה לתת הפחות שתובע התובע הרי תביעתו לפחות כאילו בטלה, וע״כ הדיינים רשאים לפסוק כפי הדין.

וש״ך מסתפק בסברא זו האחרונה, וכן תומים חולק עליה. ובישועות ישראל כתב, שאם ויתר התובע כדי להמנע ממחלוקת והלה לא הסכים, רשאי לתובעו כפי הדין ושלא ״ככפות תמרים״.

סמ״ע וב״ח (סי׳ יז) פירשו, שדברי הרמ״א נאמרו אפילו כשברור לנו שהתובע אינו יודע את הדין. דעת הש״ך (יז, ס״ק טו) שאם התובע אינו יודע את הדין אין סברא שהדיין לא יפסוק כפי הדין, ובאיזה צד יזכה הנתבע במה שבידו, ואין כאן מחילה שהרי אינו יודע למחול. ועל כן דברי הרמ״א אמורים כשבית הדין אינו יודע אם התובע יודע את הדין, על כן לא יפסקו להוציא ממון מספק שמא

ויתר או מחל הנתבע (ובלבוש, הובא בש״ך, הוסיף שמא יודע התובע שחייב הוא לנתבע ממקום אחר ועל כן לא תבע כל המגיע), ופסק הדין יגרום שיחזור ממחילתו או יטען טעיתי בחשבוני.

התומים (אורים יז, כח) פסק כדעת הש״ך, ועל כן כתב שיש הבדל בין אם התובע תלמיד חכם שהוא בחזקת יודע ומוחל, לבין אם התובע עם הארץ שהוא בחזקת אינו יודע.

ובכפות תמרים (סוכה לד ב, עמ׳ 99) תמה, שיש לחוש מספק להשבת אבידה, וגם תמה במה זכה הנתבע הלא מחילה בטעות אינה מחילה.

דעת נתיבות המשפט (סי׳ יז) שכמו שבאונאה מי שנתאנה חוזר ״בדבר שהדעת טועה בו״, אם לא ידע את המחיר, קל וחומר שבעל דין יכול לטעות. והרי הלכה היא בתחום שדעת אדם טועה בו יכול לחזור בו, ועל ב״ד מוטל למנוע גזל ביד הנתבע, ועל כן ביה״ד יתבעו, אולם כשאין גזל ביד הנתבע כמו בתביעת בנית גדר, שכל זמן שלא שילם שייכת לתובע, אין ב״ד מתערבים.

ועי׳ בספרי ״עיונים בפרשה״ פ׳ משפטים על הפסוק ״כאשר ישית עליו בעל האשה״ שמהכתוב שאין מחייבים בדמי וולדות אלא אם כן תבע הבעל נראה כדעת נתיבות המשפט.

ויש להעיר גם מרש״י (ב״ק ה,א ד״ה סבר) ״עדים זוממים... אם הוזמו בבית דין זה ולא הספיק בעל דין להעמידן בדין ולתובען והלכו...״, הרי למדנו שאין חיוב בלא תביעה, ואף כאן מדובר בקנס ולא בדבר שחיובו ממון. ואם לא יתבע ולא ישלם אין נראה שגזל הוא ביד הנתבע, ועי׳ קצות החשן ונתה״מ סי׳ שנ.

שער משפט (יז ס״ק ו) כותב, שאף לש״ך, התובע יכול לדרוש את ההפרש אם יטען שמחל בטעות מפני שלא ידע, ומדמה לדין מי שנתן מעות לחברו יותר מאשר הדעת נוטה שהוא טעות, שמהדין חברו אינו חייב להחזיר לו, אבל אם הנותן חוזר וטוען טעיתי נאמן. מפני שהנותן טוען ברי והמקבל טוען שמא מחלת לי או נתת לי במתנה (וכן פסק נתה״מ ביאורים יז ס״ק ג). אמנם כל זמן שלא טען טעיתי, אין לנו לטעון עבורו, שהרי תובע פחות נחשב כטועה בדבר שאין הדעת טועה (היפך מסברת נתה״מ שהובא למעלה) שכידוע אדם תובע בביה״ד יותר ממה שמגיע לו ולא פחות מהמגיע לו.

עוד העלה שער משפט, שאפילו הודה התובע שנתכוין למחול, רשאי לחזור בו, כיון שמחילה במקרה זה צריכה קנין, שהרי הנתבע לא נתכוין לקנות את המחילה, פרט לאם הסכים לשלם עי״ש.

עד כאן הדברים אמורים בתובע פחות מהמגיע לו, אולם התובע כפי המגיע לו אלא שתובע בטענות שאינן נכונות על פי ההלכה לכאורה לדברי הכל טוענים לו. כמו שנראה להלן מדברי השו״ע.

וכן כתב הגרי״ש אלישיב שליט״א (קובץ תשובות, חלק א, עמ׳ שעג) שכל המחלוקות שנחלקו בתובע פחות הם כשיש לחשוש שמא התובע ויתר או מחל על הסכום הנוסף, אבל

״במקום שאם נלך ע״פ טענותיו, אין לו מה לסמוך, ואם נדון ע״פ סיפור המעשה, הדין עמו״, ״ואילו היה לו מושג בחוקי ההלכה, היה מבסס את תביעתו ומכוון את דבריו כהלכה והיה זוכה בדין״

״נראה פשוט שרשאי <u>וגם חייב</u> הדיין לפסוק את המגיע לו לפחות עד שווי דמי לינה״.

(הנדון היה באשה שגירשה את בעלה מלגור בביתם, הבעל הגיש תביעה לתשלום דמי לינה עבורו, דבר שאינו מגיע לו מן הדין, אבל אילו היה תובע דמי שכירות מהאשה בדירה שיש לו זכות מגורים היה מקבל)

והנה ברמב״ם (סנהדרין, פכ״א הלכה י) ובשו״ע (יז, ח) נפסק:

״לא יעשה הדיין מליץ לדבריו של בעל דין אלא יאמר מה שיש לו וישתוק, ולא ילמד לאחד מבעלי הדין [טענה - רמב״ם] כלל, אפילו הביא אחד מבעלי הדין עד אחד, לא יאמר לו אין מחייבים ממון על פי עד אחד, אלא יאמר לנטען הרי זה העיד עליך, עד שיטעון ויאמר עד אחד אינו נאמן עלי, וכן כל כיוצא בזה״.

וברמב״ם (שם, הלכה יא) ושו״ע (סעיף ט):

״ראה הדיין זכות לאחד מהם ובעל דין מבקש לאומרו ואינו יודע לחבר הדברים, או שראהו מצטער להציל עצמו בטענות אמת, ומפני החמה והכעס נסתלקה ממנו, או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו [מעט - רמב״ם] ולהבינו תחילת הדבר, משום פתח פיך לאלם, וצריך להתישב בדבר הרבה, כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים״.

הלחם משנה (סנהדרין פכ״א, שם) ועוד, פירשו שלרמב״ם אין טוענים כל טענה, אלא אם כן בעל דין אומרה, אלא שאינו אומרה כפי שצריך, ולדעת טור, לעולם טוענים הכל, אלא שאסור לומר לנתבע מקבל אתה עד אחד, שאם יאמר כך יגרום שלא יפחד מאותו העד. וכן פירש תומים (יז) את דעת הטור.

עוד כותב התומים (אורים יז, כג) כי לשו״ע על הדיין להבינו תחילת הדבר, ואילו לרא״ש וטור הדיין טוען הכל מראש ועד סוף. וכן נראה דעת רוב המפרשים, עי׳ בארוכה ברכי יוסף (חו״מ, סי׳ יז, אות כא) ומחלוקת ב״י ופרישה, האם הטור חולק על שאין אומרים אין מקבלין עד אחד.

וראה חדות יעקב, חו״מ, סי׳ ט.

עוד כתב שו״ע מב, ג:

״מתיקון שטרות להתבונן... ואם רואה בו שום שינוי לא יגבה בו עד שיבדוק הדבר היטב, [הג״ה: וכל דבר שנוכל לתלות במחק תלינן [ופירש

סמ״ע דהיינו שהשטר פסול] ויש מי שאומר דהני מילי היכא דאתי לאפוקי מיורשים או מלקוחות דקי״ל טוענים ליורש וללוקח, אבל היכא דאתי לאפוקי מלוה או ממוכר ומנותן גופייהו, ולא טוען נתבע כההיא ריעותא דאשתכח בשטרא, לא טענינן ליה״.

ועל דברי השו״ע כתב הסמ״ע (ס״ק ה)

״הטור כתב על זה ונראה דחייב הדיין לטעון ואפילו לא יטען הנתבע כדי להוציא הדין לאמיתו, עכ״ל״.

ובש״ך (מב ס״ק ד) אחר שהביא את דברי הסמ״ע כתב:

״ונראה דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, הרמ״ה מיירי שלא טען נתבע בההיא ריעותא כלל, והטור מיירי שטוען שאינו חייב כלום בשטר זה, אע״פ שלא טען שנעשה זיוף פלוני ופלוני טוענים שנעשה אותו זיוף, וכן נראה עיקר לדינא״.

העולה מכל המקובץ: לרמב״ם ושו״ע בית הדין אינו טוען טענה אלא אם כבר התחיל הנתבע לטעון. לטור ורא״ש טוענים הכל, רק נזהרים שלא ״לקלקל״ את האפשרות שיודה הנתבע לתובע. הכל מודים שטוענים הכל ליורש ולקוחות. והכרעת ש״ך, שאם טוען הנתבע שהשטר הזה אינו מחייב אותו, אנו טוענים עבורו אם הוא נראה מזויף.

וחשוב להוסיף מדברי הרשב״ץ (מגן אבות, לאבות, פרק א, ח):

״לא בכל מקום אומרים פתח פיך לאלם, והדבר מסור לדעתו של דיין ירא שמים להוציא דין לאמיתו ולא יביא עצמו לידי חשד״.

הרי שלדבריו הכלל נקבע ע״פ שקול דעת הדיין שהוא ירא שמים.

ודבריו תואמים עם דברי הרשב״א שהובאו לעיל:

״בית הדין דן בכל שיראה בעיניו שהוא האמת שלא בחרה התורה השלמה והאמיתית רק בדיני האמת״.

ודבר דומה כתב הראב״ד (תמים דעים סי׳ נו):

״שאין לנו לילך אחר טענות׳ אלא להוציא דין אמת לאמיתו, ומה שטען זה, אחיך לא מכר לי כלום, אכן סהדי שלא נתכוון להודות דינו...״.

<u>בדבר שתלוי בדין</u>

עתה נחזור לשאלה מה הדין באדם שתובע בשטר שאינו מחייב משום שהוא נכתב ע״י עד פסול או אסמכתא או דבר שלא בא לעולם וכו׳ והנתבע אינו רוצה לשלם, אבל אינו יודע מטענות אסמכתא ודשלבל״ע וכו׳. אם אינו מערער עד לאחר המכירה, אין מקום להחזיר הדין משום ״דניחא ליה למייקם בהימנותיה״, כלומר, אין לחוש למחילה בטעות, שאדם רוצה לעמוד בהתחייבותו אפילו שאינה תקפה מן הדין, כדי שיחשב אדם נאמן, עי׳ תוס׳ בבא מציעא סז א (מתחיל בסו, א, ועי׳ גם נתה״מ יז סוס״ק ב).

אולם לפני קיום המכירה אין חולק שאי אפשר לקיים שטר כזה, ואם הנתבע יסרב לשלם, שהרי אם יוציא ממון בשטר זה שהוא פסול הרי הוא גוזל, ויש בזה משום השבת אבידה.

אלא שלכאורה קשה למה לרמב"ם ושו"ע אין ביה"ד רשאי לומר לתובע שעד אחד פסול לעדות? נאמרו על כך כמה תירוצים.

(א) בשו"ת פני יהושע (ח"ב סי' פז הובא בפ"ת יז, ס"ק כד) כתב, ודאי הוא שבית דין יפסקו ע"פ הלכה, שאם לא כן לא מצינו ידינו ורגלנו בבית המדרש. ומעשים שבכל יום שאין מחייבים ע"פ עד אחד. אלא שעל בעל הדין מוטל להכחיש את העד בפניו, ואסור לב"ד לטעון אין כאן אלא עד אחד. אבל אם הנתבע יכחיש את העד, או אפילו יאמר איני חייב אבל כיון שיש עד אחד אשלם, טוענים עבורו, וכדרך שטוענים כל טענה קרובה כגון שמא עשית פרוזבול, שכיון שיש להניח שעשה כן טוענים עבורו.

(ב) כפות תמרים (סוכה לד ב, לר"מ בן חביב) כותב דבר שתלוי בדין, כגון מי שתובע החזר קרקע ואינו יודע שמגיע לו תשלום גם עבור אכילת פירות, טוענים לו. אולם כשעד אחד מעיד, אם יטען הדיין שעדות העד אינה מחייבת, הרי יגרום שבעל הדין יכחיש את העד, אבל אם הנתבע אומר ש העד משקר, יפסקו בי"ד שאכן העד אינו נאמן.

ואף שלטור לרמב"ם אינו נאמן, אין הכרח לזה.

וכן בדבר שתלוי בטענות, כגון העורר על השדה וטוען שהיא שלו והוא עצמו חתום עליה כעד בשטר אחר ושם נאמר שהיא שייכת לאחר, שהדין הוא איבד את זכותו, שהרי הודה, אמנם רשאי הוא לטעון כוונתי הייתה באותו שטר לתלם אחד ולא לכל השדה, אבל אין טוענים לו, שמא מתוך דברי הדיין ילמד לשקר.

(ג) ישועות ישראל (סוף סי' יז) קובע כי כשבעל דין טועה בטעות מפורשת, חייבים הדיינים לטעון לו ויש בזה משום השבת אבידה. אבל בדין התלוי בטענות כגון תובע בשטר, אין טוענים לו "פרעתי".

(ד) בשו"ת באר שבע (סי' עא סוף ד"ה בדק (עמ' 219 ב)) בנדון בעל דין שתבע חברו בשטר חוב או מתנה וחברו רוצה לבטל השטר בטענה שהחוב או המתנה אינם כלום, והדיין רואה זכות לבעל השטר, מותר לו לפסוק ולזכות ע"פ אותה הזכות שרואה בשטר, אע"פ שבעל הזכות לא טען אותה זכות, וציין לשו"ע הנ"ל. והש"ך הביאו סי' יז ס"ק טז:

"שמותר לדיין לפסוק לזכות את בעל השטר ע"פ אותו הזכות שרואה הדיין בשטר אע"פ שבעל השטר לא טען אותו הזכות ולא הרגיש בו כלל... וצ"ע קצת".

והנה הגרי״ש אלישיב שליט״א (בקובץ תשובות, ח״א עמ׳ שעא-שעד) פירש את ״הצ״ע קצת״:

ברור הוא שאם ע״פ העובדות והנסיבות שלפני הדיין מגיע לתובע ואין כאן רק ״לימוד זכות להעמיד הדבר בחזקתו״, שחייבים לטעון עבורו. וע״כ בנדון שהיה לפניו באשה שמנעה מבעלה להכנס לדירה שלא כדין, והבעל תבע את ההוצאות שהוציא בעבור דמי לינה מחוץ לביתו, דבר שהאשה אינה חייבת מן הדין, אלא שמהדין מגיע לבעל תשלום בעבור מה שנהנתה האשה מהדירה שיש לבעל זכות מגורים, ותביעה זו לא תבע הבעל, ואם כן על פי העובדות הידועות לבית הדין, מגיע לתובע תשלום, אלא ״מפני העלם דבר וטעות בדבר הלכה, לא ידע [התובע] איך לכלכל דבריו במשפט״, וגם אין מקום לטעון שהוא מחל על היתר מתביעתו, במקרה זה על הדיין לפסוק את המגיע לבעל. אבל הנידון בבאר שבע הוא כשטוען בית דין טענת זכות שעל פיה יש להעמיד השטר בחזקתו. ולמד זאת מדין דיין שיכול לטעון טענה שיש בה כדי לערער תוקפו של שטר, ובזה יש מקום ״לצריך עיון קצת״, משום שטענות אלו מעיקר הדין טובות רק כשהבעל דין עצמו טוען אותן, והבאר שבע למד שגם בית הדין טוען אותן עבורו, ועל כן ״צריך עיון קצת״.

אמנם בתשב״ץ (ח״א סי׳ עז) כתב חידוש: בעד אחד אם הנתבע לא טוען שא״א להוציא ממון על פיו, עדות העד מתקבלת!

התשב״ץ דן, הרי רב הונא עצמו פוסק שאומרים פתח פיך לאלם, ואם כן למה היה מיקל את הדיין האומר אין פוסקים ע״פ ע״א? ועל כן פירש, שפסול ע״א אינו גזירת מלך כמו קרוב, ומן הדין שלא לחשוש שמא העד משקר, אלא שיש חשש רחוק שמא שכרוהו לשקר, ועל כך אין לחשוש בשני עדים שמוחזקים בכשרות, אלא בעד אחד והחשש הוא מועט, ובדבר מועט מספיק להוריד החשש מעד אחד, וע״כ אם אין בעל דין טוען שאין מספיק ע״א ״יחתוך ע״פ עדותו של אחד״. שכיון שע״א חשש רחוק שישקר אע״פ שהנתבע כופר בתביעה, וע״כ אותו חשש רחוק שמא העד משקר ״יטענה הנתבע וכיון שלא טענה לא פתחינן ליה״, עי״ש.

לעיל הבאנו משו״ת הרשב״א, שבית דין טוענים לבעל דין גם טענות אם נראה להם שהאמת כן, ואין הכוונה רק לטענות הלכתיות, שזה כאמור ודאי שטוענים כמובא לעיל, אלא כל מקום ש״הדבר קרוב לפי ראות בית הדין שהיה כן, כמו שאמרו בשמא פרוזבול היה לך ואבד, וממנה בית הדין דן בכל שיראה בעיניו שהוא האמת, שלא בחרה התורה השלמה והאמיתית רק בדרכי האמת, ומפני זה אמרו שטוענים ליורש וללוקח״.

דבר דומה מצאנו בתשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז (סי׳ פט, בשם ריב״א), שלמד מהדין שטוענים לשוטה:

״מיכן דששני בני אדם שבאים לפנינו לדון אחד ערום בטענותיו ואחד אינו יודע מה לטעון או שלא היה יודע דיכול לפטור עצמו במיגו, טענינן ליה מאי דמצי טעין איהו, דהכא חזינא דלא קטענה איהי כלל, וטענינן לזאת החרשת והשוטה מאי דמצי טעין בריא, דכל מידי דזכותא לא גרע משוטה, דהרי הוא כשוטה לענין מגו, או לענין פטורי שלו, דהא [לא] למדם״.

ואולי מצאנו לו חבר, הרמב״ם (פירוש המשניות, אבות, פרק א ,ח):

״אל תעש עצמך כעורכי הדיינים... והזהירם מהדמות להם ר״ל ללמד אחד מבעלי הדין טענה שתועילהו ויאמר לו אמור כך... ואע״פ שידע בו שהוא העשוק ושחברו טוען עליו שקר, לפי מה שהוא חושב באמת, עם כל זה אין מותר לו שילמדהו טענה שתצילהו ותועילו כלל״ .

הרי שאם ברור לנו שבעל הדין אינו חושב באמת, מותר לטעון לצד שכנגד! אמנם לא ברור אם הרמב״ם מתכוון לדיין או לאדם זר.

לגבי השאלה האם ב״ד טוענים ״קים לי״ לבעל דין שלא טען זאת, ברור הדבר שאם אחד הצדדים מוחזק, טוענים לו אפילו שלא טען בעצמו עי׳ נתיבות המשפט (דיני תפיסה שבסוף סי׳ כה, אות כג), אמנם אם תפס, לדעת נתה״מ אין טוענים לו. אבל ליורשיו טוענים. והפ״ת (סוף סי׳ כה בשם ברכי יוסף) כותב, שהמנהג שטוענים לו אפילו אם תפס, ועי״ש שבתפיסת מטלטלין, הכל מודים שטוענים עבורו.

וראה עוד במה שהביא בשו״ת יביע אומר (ח״ג, אבן העזר, סי׳ ג אות לב, ויותר בהרחבה בחלק ז, סי׳ ב אות ה-ו) מהרבה פוסקים ושכן המנהג, שטוענים ״קים לי״ גם לבעל דין שלא טען. ושם אין הדברים אמורים כשהוא מוחזק.

ולא רק טענות ״קים לי״ טוענים אם לא טען, אלא גם טענת ״אי שתיקתו שתיקתו ואי לא מהדרנא שטרא״, אף אם לא טען טוענים לו. עי׳ רא״ש ב״ק, פ״א סי׳ ג, והובא בב״י קיט, וסמ״ע קיט, ס״ק כט.

העולה מן האמור:

(א) טענות הלכתיות כגון: אסמכתא, דבר שלא בא לעולם, עדות אשה קטן ושאר פסולים, בית הדין יפסוק כפי ההלכה גם אם בעל דין לא טען, משום השבת אבידה ומשום מניעת גזל. אולם לגבי עד אחד שיטת התשב״ץ שפוסקים הדין על פיו.

(ב) מוציא שטר והנתבע טוען טענות הכחשה כלליות, ונמצא מחק או פסול אחר בשטר של התובע, מחלוקת הפוסקים והכרעת ש״ך שטוענים.

(ג) טענות בדבר שכיח, כגון פרוזבול היה ונאבד, טוענים לדברי הכל.
(ד) כשהדבר נראה אמת טוענים לבעל דין אע״פ שלא טען.
(ה) טענות הסבר למה שעשה כגון טענת ״משטה הייתי בך״,או ״חתום על מצר השדה שעורר עליו והוא עצמו חתום עליו כעד״, לא טוענים שנתכוין לתלם אחד בלבד. וכן מחזיק בלא טענה, לא טוענים שקנה, אבל אם יתחיל לטעון אף שלא יטען טוב, אפשר שטוענים לו לדעת הרמב״ם.
(ו) טענות להפטר, כגון לגבי מזונות אלמנה ״קוצו לה מידי״, דהיינו לגרום להפטר ע״פ דין אסור לעשות כן מפני אל תעש עצמך עורכי הדינים.
(ז) תובע גדר קנים וזכותו לתבוע גדר אבנים, אין טוענים לו.
(ח) טוענים ליורש ולוקח אפילו לא טענו, אבל רק טענות המסתברות, ויש כוללים בכלל זה כל אדם שאינו מבין בטענות העומד מול פיקח שיודע בטענות.
(ט) וכן טוענים ״קים לי״ אע״פ שלא טען.[1]

1 הערת העורך: ראה עוד בענין זה, בספר בני בנימין לרב בנימין ליפקין, הוצאת מכון הרי פישל ירושלים תשנ״ו.

הרב צבי יהודה בן-יעקב

פוליגרף כראיה בדין

יש בתי דין המפנים את הצדדים למכונת אמת (פוליגרף), כשתשובת הבדיקה תשמש ראיה בדין. ויש לברר האם פוליגרף יכול להוות משקל בהכרעת הדין, באילו מקרים ומה התנאים לכך, והאם ביה״ד יכול להכריח את הצדדים להבדק בפוליגרף?

א. קבלו עליהם קרוב או פסול כעד

תנן בסנהדרין כד,א: נאמן עלי אבא, נאמן עלי אביך, נאמנים עלי שלשה רועי בקר, רבי מאיר אומר יכול לחזור בו, וחכמים אומרים אינו יכול לחזור בו. ואיפלגו בגמרא אי מחלוקתם קודם גמר דין או אחר גמר דין, ואי קיבל בקנין, אפילו קודם גמר דין אינו יכול לחזור בו. והרי״ף שם (ד,א בעמוה״ר) כתב דבין קיבל קרוב ובין קיבל עליו פסול כעד אחד, לפני גמר דין, יכול לחזור בו, לאחר גמר דין, אינו יכול לחזור בו. והיכא דקיבל עליו קרוב או פסול כבי תרי, הביא הרי״ף מחלוקת אם יכול לחזור, וז״ל:

> ״חזינן לגאון דקאמר אפילו קנו מיניה בבית דין, מצי הדר ביה דקנין בטעות הוא, דרחמנא אמר על פי שנים עדים. ורבואתא אחריני אמרו אי קביל עליה חד קרוב או פסול כבי תרי וקנו מיניה, לא מצי למהדר ביה, דקיי״ל אין לאחר קנין כלום. ומסתברא כוותייהו, דהא אפילו קביל עליה לבעל דינו כבי תרי וקנו מיניה, אינו יכול לחזור בו, כדגרסינן בשבועות פרק שבועת הדיינין (מב,א); ההוא דאמר ליה לחבריה מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרעינא״.

מבואר דנחלקו אם יכול לקבל עליו פסול כשני עדים. דעת הגאון המובאת ברי״ף דכיון דהתורה אמרה ע״פ שנים עדים, יכול לחזור בו. ובפשטות מיירי קודם גמר דין, הן מהא דסמיך ליה, וכן מהא דבעינן קנין. ודעת הרי״ף כדעת רבואתא אחריני דיכול לקבל עליו עד פסול כתרי. ונראה בהסבר דבריהם, דענין נאמנות העדים הוא מכח התורה שנתנה להם נאמנות דע״פ שנים עדים יקום דבר, דבלי נאמנות התורה מי יימר דחשיב כראיה. אך פשיטא להנהו רבואתא דנאמנות שנותן בעל דין, הוי ג״כ ראיה שעל פיה יקום דבר, דכשם שבעל דין

יכול לחייב עצמו בכל אשר ירצה, כך גם יכול לתת כח נאמנות לאשר ירצה. ומביא הרי"ף ראיה מלוה שנותן נאמנות כבי תרי למלוה לומר שאינו פרוע, ואף שהמלוה הוא בעל דין, מ"מ בכח הנאמנות שנתן הלוה למלוה, נאמן המלוה כשני עדים.

והרא"ש בסנהדרין ג,ד דחה את ראית הרי"ף מנאמנות לוה למלוה, דההיא דשבועות אפילו קנין לא בעי;

> "אלא כיון שקיבל עליו הלוה שיהא המלוה נאמן לומר שלא נפרע ואפילו עדים מעידים שפרעו, הרי האמינו עליו ופסל כל העדים המכחישין דבריו, וכל תנאי שבממון קיים, כאדם האומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני, שאין צריך קנין אלא קבלה. ומיהו עיקר דבריו אינם כלום, דאי חשיב קנין טעות משום דרחמנא אמר ע"פ שנים עדים, א"כ קבליה עליה בחד נמי קנין טעות הוא, דרחמנא אמר לא יומתו אבות על בנים ... אלא ודאי אין לאחר קנין כלום ולא שייך להזכיר הכא קנין טעות".

לרא"ש - נאמנות שנתן לוה למלוה אינה כנאמנות עדים, דלא נתן לו נאמנות להיות מעיד עליו בכל אשר ירצה אלא הוי כתנאי ממון בהלואה המותנית בנאמנות המלוה, אבל במקום דלא שייך תנאי ממון, וכגון היכא דכבר היתה הלואה ובאים כעת להתדיין בבית הדין, אין כאן תנאי בממון להאמין לעדים הפסולים אלא מכח קבלתם. ובכל אופן מסכים הרא"ש לדינא דמהני קבלתם מכח הקנין. ומ"מ מבואר דיש שני גדרים של קבלה: נאמנות שניתנה במסגרת של תנאי ממון, ונאמנות של עדים פסולים בתורת עדות, דמהני אם קבל בקנין. והרמב"ם בהל' סנהדרין ז,ב, כתב וז"ל:

> "מי שקיבל עליו קרוב או פסול בין להיותו דיין בין להיותו עליו עד, אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו או כשלשה בית דין מומחין לדון לו, בין שקיבל על עצמו לאבד זכויותיו ולמחול מה שהוא טוען על פיהם, בין שקיבל שיתן כל מה שיטעון עליו חבירו בעדות זה הפסול או בדיניו, אם קנו מידו על זה, אינו יכול לחזור בו, ואם לא קנו מידו, יש לו לחזור עד שיגמר הדין. נגמר הדין והוציא הממון בדין זה הפסול או בעדותו, אינו יכול לחזור בו".

מבואר בדבריו דאם קבל בקנין, אין לאחר הקנין כלום ואינו יכול לחזור בו מקבלתו, ואם לא קבל בקנין, יכול לחזור בו קודם גמר דין. והינו דקיי"ל כרב

נחמן ב״ר יעקב דלאחר גמר דין מחלוקת והלכה כדברי חכמים, והיינו דדוקא לאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו, ורק בקנין קיי״ל בגמ׳ שם (סנהדרין כד,ב) דאין לאחר קנין כלום.

ב. קבל בבית דין, אם בעי קנין

בהגהות אשרי סנהדרין ג,ה כתב דכל דין המשנה בקבל עליו קרוב או פסול ודור לי בחיי ראשך היינו שקיבל עליו בבית דין, אבל אם קבל חוץ לבית דין, אפילו אחר גמר דין יכול לחזור בו ואפילו קנו מידו. יוצא מדבריו דדוקא אם קבל בפני בית דין ובקנין, אינו יכול לחזור קודם גמר דין. ובנימוק״י ב״ב (נו,ב בעמוה״ר) מבואר דאין אחר קבלה בפני בית דין כלום ולא בעינן קנין בפני בית דין, וכל שקיבל עליו בפני בית דין, אינו יכול לחזור בו:

> ״ואם אמר לו בפני בית דין רצונך תשבע וטול וקבלה הלה, הוי כאילו ציוו כן הבית דין, ואע״פ שלא נשבע זה עדיין, אינו יכול הלה לחזור בו ... וכן כתבו האחרונים דבפרק המפקיד (ב״מ לד,א) מוכח שאם קיבל בפני בית דין אפילו שעדיין לא נשבע, אינו יכול לחזור בו הלה. וכן אם אמר לו נאמן עלי אבא או אביך ... אבל קודם גמר דין יכול לחזור בו, שהרי לא קיבל בפני בית דין״.

מבואר מדברי הנימוק״י דכל קבלה בפני בית דין לא בעינן קנין, וכל מה דאיתא בגמרא דיכול לחזור בו קודם גמר דין כשלא קבל בקנין, היינו כשקבל קרוב או פסול מחוץ לבית דין. והש״ך כב,א הכריע כדעת רבינו ירוחם, דלענין שבועה לא יכול לחזור אם קיבל בפני בית דין וכדעת הנימוק״י, ולענין קיבל קרוב או פסול קיי״ל כהגהות אשרי דאם קיבל חוץ לבית דין בכל ענין יכול לחזור בו, ובקיבל בפני בית דין בקנין, לא יוכל לחזור אפילו קודם גמר דין.

והביא הש״ך ראיה מהירושלמי בסנהדרין ג,ד דבקיבל עליו בפני שנים יכול לחזור, ובפני שלשה אין יכול לחזור. דאיפלגו שמואל ורבי יוחנן וריש לקיש, שמואל ס״ל דקבלה בפני שנים מהני בנשא ונתן ביד, ורבי יוחנן וריש לקיש ס״ל דלא מהני אפילו נשא ונתן ביד. ומבואר א״כ דקבלה בפני שנים - שהיא כקבלה חוץ לבית דין - לא מהני אלא בנשא ונתן ביד לשמואל, ולריו״ח ור״ל אף בנשא ונתן ביד לא מהני, אבל בלאו הכי יכול לחזור בו, וזה כדעת הגהות אשרי.

ובנימוק״י ב״מ (יא,ב בעמוה״ר) כתב בענין שטרי בוררין, דקודם שכתבו שטר בוררין יכולים לחזור. והביא הנימוק״י דעת הר״ן והרשב״א דאע״פ שלא נכתב,

משטענו בפניהם אינם יכולים לחזור בהם, וראיתם מהירושלמי הנ״ל. ומ״מ בקבלו בקנין, אפילו בפני שנים אינם יכולים לחזור בהם. ועיין בתומים כב,א שהקשה דלכאורה גמרא דידן פליג אירושלמי, דאליבא דירושלמי בקיבל בפני בית דין וטען בפניהם, אינו יכול לחזור בו, ובגמרא דידן יכול לחזור קודם גמר דין. אלא בהכרח גמרא דידן מיירי בקיבל שלא בפני בית דין. ועיי״ש שפירש את הירושלמי באופן שונה, ומסקנת דבריו דאין חילוק בין אם קיבל בפני בית דין או שלא בפני בית דין, בכל ענין קודם גמר דין חוזר ולאחר גמר דין אינו חוזר.

ואין להקשות דאם מיירי הגמרא בקיבל בפני בית דין, אמאי בעינן קנין, ומדוע יכול לחזור בו קודם גמר דין בשלא קיבל קנין. דהנה הגהות מרדכי ב״מ (סי׳ תנז - תנח) דרבים שהשכירו מלמד, אינם יכולים לחזור בהם אפילו קודם שהתחיל במלאכתו (עיין מש״כ בזה במשפטיך ליעקב ח״ג יט,ב). ובשו״ע חו״מ כב,א על הא דנגמר הדין אינו יכול לחזור בו אא״כ נודע שטעו, כתב הרמ״א מתש׳ מימוניות סוף ספר שופטים, וז״ל:

״מיהו אם הם ממונים בעיר או טובי העיר, לא יוכל לחזור בו, כי כן נוהגים דכל מה שאדם מקבל בפני ראשי העיר, שלא יוכל לחזור בו״.

ועיין בסמ״ע כב,יב דכל דבר שנעשה בפני שלשה, אינו יכול לחזור בו, וכן פסקו הגהות מרדכי ב״מ, הביאו הב״י והדרכי משה בחו״מ שלג, וכל דברי הקהל אינם צריכים קנין, כגון שפטרו אחד ממיסים וכיוצא בו, וכדאיתא בחו״מ סו״ס קסג. לפ״ז לכאורה בקיבל בפני בית דין חשיב כקיבל בקנין, ואינו יכול לחזור אפילו קודם גמר דין. אך בש״ך ס״ק יב כתב דכל הנ״ל הוא דוקא בפני טובי העיר אך לא בפני ג דיינים, דבפני ג דיינים יכול לחזור קודם גמר דין וכמש״כ לעיל ס״ק א. ע״כ אף בפני בית דין בעינן קנין. ועיין באורים כב,יב.

ובנידון דידן כשהסכימו הצדדים לקבל את תשובת הפוליגרף כמכרעת בדו״ד ביניהם (מבלי להכנס לשאלת מהימנות הבדיקה, מאחר והשאלה לכאורה לא רלוונטית לענינינו, דאף אם אחוזי המהמנות הינם גבוהים, מ״מ אין כאן עדות או ראיה מדיני הראיות המובאות בשו״ע כראיה מכרעת, וע״כ בכל ענין צריכים אנו להסכמת וקבלת הצדדים), השאלה שבפנינו היא אופן ודרך הקבלה, ואם היא מספקת שלא יוכלו הצדדים לחזור בהם. דאם קבלו הצדדים בקנין בפני בית דין, נראה דבכל ענין לא יוכלו לחזור בהם אפילו קודם גמר דין. אך אם הסכימו בפני בית דין או הסכימו בכתב ובקנין שלא בפני בית דין (כגון במסגרת הסכם

בין הצדדים שנעשה בקנין בפני עדים), בזה י״ל דהסכמה בפני בית דין באנו למחלוקת הג״א והנימוק״י (הנ״ל) אם יכול לחזור קודם גמר דין, והש״ך הכריע דבבית דין נמי בעי קנין שלא יוכל לחזור. ואף שקיבל בפני ג, דוקא בקיבל בפני ג טובי העיר לא בעי קנין, משא״כ בקיבל בפני בית דין. ואם קיבל שלא בפני בית דין ובקנין, אם יוכל לחזור בו, תלי נמי במחלוקת הג״א והנימוק״י הנ״ל, ולהכרעת הש״ך אפילו קבלו בקנין, אם קבלו שלא בפני בית דין, אפילו אחר גמר דין יכול לחזור אא״כ נשא ונתן ביד. וכאמור בדרך כלל בית הדין (אלה הנוהגים לשלוח את הצדדים לבדיקה בפוליגרף - לכתחילה או בדיעבד) נוהגים לעשות קנין על כך, והנפק״מ מהנ״ל כשהצדדים הסכימו וחזרו בהם קודם קבלת הקנין.

ג. תרתי לריעותא

הבדיקה בפוליגרף לצורך ראיה תוגדר כתרתי לריעותא ולא כחדא לריעותא. חדא לריעותא הינו כשקבלו עד פסול כעד כשר, אך כשקבלו עד פסול ונתנו לו נאמנות כשני עדים, הוי תרתי לריעותא על כל ההשלכות ההלכתיות שבזה. דברור דבדיקה בפוליגרף גרע אף מעד פסול, וכאשר מקבלים את תוצאות הבדיקה כראיה בדין, הרי שמקבלים פחות מעד פסול ונותנים לו נאמנות כבי תרי, והוי תרתי לריעותא.

מדברי הרי״ף בסנהדרין (ד,א בעמוה״ר) הנ״ל מבואר דאם קבל קרוב או פסול כבי תרי, מהני הקנין שאינו יכול לחזור בו. ובפשטות הדברים מיירי בין קודם גמר דין ובין לאחר גמר דין, דבקנין לא מצי לחזור בו, ובלא קנין יכול לחזור. אולם משמעות דברי רש״י בסוגיא דאי קבליה עלי כתרי, לאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו. דאיתא בגמ׳ סנהדרין כד,א; אמר רב דימי בריה דרב נחמן בריה דרב יוסף, כגון דקבליה עליה בחד. ופירש רש״י דקיבל עליה פסול כדיין אחד, דאע״ג דאיכא תרי בהדיה אמר רבי מאיר דיכול לחזור בו. ומבואר דרב דימי קאי על רבי מאיר, אבל אליבא דחכמים אין חילוק בין אם קבלו כחד ובין אם קבלו כתרי, דאינו יכול לחזור לאחר גמר דין, כדברי רבא שם בע״ב. ועיין בתוס׳ שם (ד״ה אמר) שחלקו על רש״י וס״ל דרב דימי קאי על חכמים, דהא דאינו יכול לחזור דוקא בקיבל עליה כחד, אבל בקיבל עליו כתרי, אף חכמים מודים דיכול לחזור בו.

ומש״כ דמרש״י משמע דבתרתי לריעותא מהני הקבלה אף בלא קנין לענין שלא יוכל לחזור אחר גמר דין, מפורש הדין בדברי הרמב״ם בהל׳ סנהדרין ז,ב (הנ״ל);

״מי שקיבל עליו קרוב או פסול בין להיותו דיין בין להיותו עליו עד, אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו או כשלשה בית דין מומחין לדון לו ... אם קנו מידו על זה אינו יכול לחזור בו, ואם לא קנו מידו, יש לו לחזור עד שיגמר הדין. נגמר הדין והוציא הממון בדין זה הפסול או בעדותו, אינו יכול לחזור בו״.

מבואר להדיא דבתרתי לריעותא אינו יכול לחזור בו אם נעשה קנין או לאחר גמר דין. וכן פסק המחבר בשו״ע חו״מ כב,א. ומדברי התוס׳ (סנהדרין כד,א ד״ה אמר) מבואר דבתרתי לריעותא יכול לחזור בו בכל ענין אא״כ קבל בקנין. וכן מבואר ברא״ש בסנהדרין ג,ד, ובתש׳ מהר״מ המובאת במרדכי סנהדרין (סי׳ תרפו), וכן נראה מדברי המהר״מ מינץ בתש׳ (סי׳ צד) [ומש״כ מהר״מ מינץ דכן הוא דעת הרמב״ם, עיין בברכי יוסף חו״מ כב,ד מש״כ בזה], וכן פסק הרמ״א חו״מ כב,א, וכתב שכן היא הסכמת רוב הפוסקים. אלא שהש״ך שם כב,ג כתב דצ״ע לדינא כיון שיש ראשונים הסוברים דאף בתרתי לריעותא אינו יכול לחזור קודם גמר דין. כך מצאנו בדברי הרמב״ן בחידושיו לב״ב (קכח,א ד״ה הכי), דלאחר שהביא את דברי הרי״ף דבתרתי לריעותא אינו יכול לחזור אם קיבל בקנין, כתב וז״ל:

״ומסתברא אפילו בלא קנין לאחר גמר דין, וההיא דאיתמר התם והוא דקבלי עליה כחד, לרבי מאיר איתמר לרבותא, וכן פירש רש״י ז״ל״.

הרי שהסביר הרמב״ן כפירוש רש״י והרמב״ם, ובתרתי לריעותא לאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו. והרמב״ן הוכיח כן מפשטות הסוגיא דאינו יכול לחזור בו מקבלת שבועה, דהא בזה קיבל בעל דינו כשנים, ומה לי קבליה עליה בשבועה, מה לי קבליה עליה בעדות. ואת דברי הרמב״ן הביא הריב״ש בתש׳ (סי׳ שיא), דאף דדעת הרי״ף דבתרתי לריעותא יכול לחזור אם קבלו בלא קנין, מ״מ הרמב״ן הוכיח דבתרתי לריעותא אינו יכול לחזור אחר גמר דין. ובש״ך הוסיף דדעת העיטור נראה כרמב״ן, וכן מדהשמיט הלבוש מש״כ הרמ״א דדעת רוב הפוסקים דבתרתי לריעותא יכול לחזור אף אחר גמר דין, נראה דס״ל דהוי ספיקא דדינא. ובודאי שיכול המוחזק לומר קים-לי כשיטת רש״י, רמב״ם, רמב״ן והמחבר.

ועיין עוד ברמ״א חו״מ כב,א דגמר דין של עדות הינו מיד עם גמר הגדת העדות. ובש״ך ס״ק ו וס״ק ז ציין דלדעת הרמב״ם והסמ״ג גמר דין הינו דוקא כשהוציא ממון, ועיי״ש בש״ך ס״ק ו דאין הלכה כרמב״ם אלא כדעת רוב הפוסקים. לפ״ז גמר דין לענין תוצאות פוליגרף הוא בשעה שהסתיימה הבדיקה או עם קבלת התוצאות, וצ״ע.

וכאשר קיבלו על עצמם את תוצאות הבדיקה בפוליגרף כמכריעות בדו״ד ביניהם, אם היה קנין לא יוכלו לחזור בהם, אולם אם לא היה קנין ורוצים לחזור בהם אחר גמר דין, באנו למחלוקת הראשונים הנ״ל ולמחלוקת הפוסקים, ולכאורה יוכל המוחזק לומר קים-לי כדעה שאין יכולים לחזור אחר גמר דין.

ד. החילוק בין קיבל קרוב או פסול לקיבל עליו תוצאות הפוליגרף

אולם עצם הדמיון בין קבל עליו קרוב או פסול לבין קבל עליו תוצאות הבדיקה בפוליגרף, לא נראה לענ״ד. דכל דין של קיבל עליו קרוב או פסול הוא כאשר עד פסול מהתורה, או מגזירת הכתוב או מחשש משקר, אך העד - בן אנוש ובן דעת - יודע את העובדות, אלא שהתורה פסלה ולא נתנה לו נאמנות, ובא בעל דין ונתן לעד הפסול נאמנות. ועל זה נחלקו באופן מתן הנאמנות - גמר דין, קנין, חדא לריעותא ותרתי לריעותא. אך כל זה במי ששייך בידיעת העובדות אלא שנפסל לעדות. אולם בדבר שאין בו דין עדות, כגון מי שנותן נאמנות למקרה, דהיינו שאם יארע מקרה כו״כ, הרי שזה מהוה ראיה שהוא חייב לפלוני, אין זה בגדר קבל עליו קרוב או פסול אלא בגדר של אסמכתא גדריה ותנאיה, אם מהני בכגון זה. והוא הדין כאשר מקבל עליו תוצאות פוליגרף. הבדיקה אינה בגדר עדות ע״פ דיני הראיות שבהלכה, ואינה אף בגדר עדות פסולה. דבעדות פסולה יש כאן עדות - ״הוא עד או ראה או ידע״ - אלא שהיא פסולה, משא״כ בתוצאות פוליגרף אין כאן עדות כלל ולא מהני הקבלה אלא בכפוף לדיני אסמכתא. וראיה לזה יש להביא לכאורה מדברי הראב״ד בתשובותיו לענין עדות שבטלה מקצתה מחמת קורבת העד לאחד מבעלי הדין או לערב, דלא אמרינן פלגינן אלא בעדות שמעיד על אחר ועל עצמו, הובאו דבריו ברא״ש ספ״ק דמכות הי״ג), וז״ל:

> ״והראב״ד ז״ל כתב בתשובותיו שכל עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה, בטלה כולה ולא פלגינן דיבורא, דהא לא פליג בהו רחמנא דאמר מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותם בטילה, אף שלשה, אלמא לא פלגינן עדותם. והא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין משים עצמו רשע, היינו דוקא כשמעיד על עצמו, שאין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי, שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ... וכי היכי שאין ההורג פוסל את שאר העדים מפני שאין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, הכי נמי כשהוא מעיד על עצמו ועל אחר בכלל, אין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, לפי שאין עליו שם עד כלל״.

ומבואר מדברי הראב"ד שאין לבעל דין שם של עד כלל. והוכיח הרא"ש את דברי הראב"ד מהגמרא סנהדרין י,א בפלוני בא על אשתי, דהוא ואחר מצטרפין להורגו ולא להורגה. והקשתה הגמרא -פשיטא, ותירצה - סלקא דעתך אמינא אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל אשתו לא אמרינן, קמ"ל. וביאר הרא"ש דקמ"ל הגמרא דאשתו כגופו ואינה עדות כלל. ומבואר דכל היכא שאינו עדות, כגון בבעל דין ובאשתו, אין כאן גדר של עדות פסולה לענין נמצא אחד מהם קרוב או פסול. לפ"ז י"ל דגם לענין קיבל עליו קרוב או פסול היינו דוקא באופן שיש על העד שם עד אך הוא פסול, אך לא באופן שאין עליו שם עד.

ולפ"ז י"ל דהרא"ש לשיטתו במש"כ בסנהדרין (ג,ד - הנ"ל) לחלוק על ראיה הרי"ף מהגמרא בשבועות מב,א בלוה שנותן למלוה נאמנות, דהרי"ף (הנ"ל) כתב להביא ראיה דמהני קבלת פסול כתרי בקנין מנאמנות, והרא"ש חלק עליו דהתם היה זה בתנאי בממון (בהלואה), משא"כ בקיבל עליו קרוב או פסול הוא בעומדים בדין ואינו שייך לתנאי דממון. וי"ל בפירוש דברי הרא"ש, דס"ל דלא מהני קבלת בעל דין כעד, דהא אין על בעל דין שם עד כלל, ואפילו יקבל בקנין לא מהני, דכל הקבלה מהני לעד שהוא פסול, אך למי שאינו עד לא מהני קבלה, והא דמהני נאמנות, היינו דוקא בתנאי שעשו בשעת הלואה שדינו כתנאי ממון בהלואה, משא"כ בקבל בעל דין. לפ"ז יצא דס"ל לרא"ש דלא מהני קבלה של בעל דין בקנין, וזה צ"ע, דהרא"ש הסכים עם הרי"ף, ואף די"ל דמה שהסכים הוא לענין דמהני קבלה בקנין, אך לענין בעל דין ס"ל דלא מהני קבלה, אך אין זה במשמעות דברי הרא"ש. אך מאידך - למה למשנה לנקוט נאמן עלי אבא נאמנים עלי ג רועי בקר, תאמר המשנה אתה נאמן עלי. ואפשר דאין זה רגילות שיאמין לבע"ד, דא"כ למה להם לבוא לדין, יתן לו מיד את אשר יאמר. וא"כ אפשר דאף אי מהני קבלת בעל דין בקנין, מ"מ לבעל דין יש שם של "עד", דאף אם הוא בעל דין כאן, עד הוא במקום אחר, וע"כ מהני קבלתו, משא"כ בדבר שמופקע מעדות (ולא רק מתורת עדות - כעכו"ם, דבו מהני קבלה, עיין מרדכי סנהדרין סי' תרפו, ובשו"ע חו"מ כב,ב), בזה לא שייך קבלה אף לא בקנין מדין קיבל קרוב או פסול אלא בדיני תנאי ובמקום שאין אסמכתא.

ויש לכאורה נפק"מ למעשה אם נאמר דמהני הקבלה מדין קיבל עליו קרוב או פסול לבין אם נאמר דמהני מדין אסמכתא שקיבל עליה בקנין (כדלהלן). דאם נאמר דמהני מדין קיבל עליו קרוב או פסול, א"כ הדבר מועיל בין לדיני ממונות ובין לחיוב בגט. דכיון שיש עדים (בדיקת הפוליגרף) שעשה מעשה המחייב בגט, ניתן לחייבו בגט. אך אם נאמר דמהני מדין התחייבות שאין בה אסמכתא מחמת הקנין שקיבל, א"כ לא מהני התחייבות אלא לממון ולא לחיוב

בגט, דלא מהני קנין לתת גט, כמ״ש תרומת הדשן ח״ב סי׳ קעג, וברמ״א אהע״ז קלד,ד. א״כ למש״כ לא תועיל הסכמה לתוצאות בדיקת הפוליגרף אלא לעניני ממון ולא לענינים של חיוב בגט וכד׳, ויבואר עוד להלן.

ה. הסכמה לבדיקה בפוליגרף, אם הוי אסמכתא

איתא בב״מ סו,ב:

> ״רב בר שבא הוי מסיק ביה רב כהנא זוזי. א״ל אי לא פרענא לך ליום פלוני גבי מהאי חמרא (ופסק דמים ולבסוף אייקר - רש״י). סבר רב פפא למימר כי אמרינן אסמכתא לא קניא הני מילי בארעא דלאו לזבוני קיימא, אבל חמרא כיון דלזבוני קאי כזוזי דמי. א״ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא, הכי אמרינן משמיה דרבה, כל דאי - לא קני״.

והיינו - שאומר אם יהיה כך - אתן לך כו״כ וכד׳, אינו קונה, דהוי אסמכתא, ואסמכתא לא קני. דברי הגמ׳ הנ״ל הינם לפי הרב המגיד מקור לדברי הרמב״ם בהל׳ מכירה יא,ו, וז״ל:

> ״וכן כל התנאין שמתנין בני אדם ביניהן אע״פ שהן בעדים ובשטר, אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, ואם לא יהיה או לא תעשה, לא אקנה לך ולא אתן לך, אע״פ שעשה או שהיה הדבר - לא קנה, שכל האומר אם יהיה או אם לא יהיה, לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה״.

דברי הרמב״ם הובאו להלכה בשו״ע חו״מ רז,יג. ובתוס׳ ב״מ עד,א (ד״ה הכא) חילק באופני אסמכתא ד חילוקים וכפי שהביא הב״י בחו״מ רז,יז, והרמ״א בחו״מ רז,יג.

דכל היכא שתלוי בדעת אחרים כגון שאם לא יקנה סחורה פלונית במקום פלוני יתחייב לו כו״כ;

> ״דאע״ג דמצוי הוא לקנות, מ״מ כיון דתלוי באחרים, דאם לא ירצו למכור ממי יקנה, הלכך לא גמר ומקני״.

ובדבר שבידו לגמרי, כגון אם אוביר ולא אעביד, אם גזים הוי אסמכתא, ורק אי לא גזים, גמר ומקני.

לפ״ז נראה דהן להגדרת הרמב״ם שכל תנאי שמתנה אם יעשה וכו׳, והן לתוס׳, כיון שפוליגרף תלוי בדעת אחרים ולא בדידיה, הוי אסמכתא. דאף שהוא הגורם לתוצאות הבדיקה, מ״מ אין לו שליטה על התגובות הגורמות לתוצאות בדיקת הפוליגרף, וכיון שאינו בידו, הוי אסמכתא. מה עוד, שבמרבית המקרים

הדבר נתון לניתוח המומחה, ובזה ודאי אינו בשליטתו, ע"כ גם לשיטת התוס' הוי אסמכתא. ומ"מ כיון שזה בא מכח מעשיו, אין להגדיר את הבדיקה כדבר שאין בידו לגמרי דס"ל לתוס' דלא הוי אסמכתא, ודומיא דמשחק בקוביא שאינו בידו ואינו ביד אחרים, דכאן סו"ס הוי בידו ואינו בידו, ולא דמי למשחק בקוביא שאינו בידו לגמרי.

ומקור הדין לענין דבר שאינו בידו וביד אחרים הוא בגמרא ב"מ עג,ב;

> "אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אזיל אפרווותא דזולשפט (שם המקום שהיין ניקח ונמכר לרוב הלוקחים יין בימות הבציר - רש"י). אמר אמימר אמריתא לשמעתא קמיה דרב זביד מנהרדעא, אמר כי קאמר רב חמא הני מילי ביין סתם, אבל ביין זה - לא, מי יימר דמזבני ליה ניהליה. רב אשי אמר אפילו יין סתם נמי לא, מאי טעמא אסמכתא היא, ואסמכתא לא קניא".

והקשתה הגמ' מאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. ותירצה דהתם בידו, הכא לא בידו. ומבואר דכיון דיתכן ולא ימכרו לו היין, לא הוי בידו והתחייבותו הוי אסמכתא. ובמפירוש התוס' הנ"ל נראה דהיכא דהוי בידו ואינו בידו, כגון במי שהלך לקנות יין, שתולה בדעת אחרים, הוי טפי אסמכתא ולא גמר ומקני, משא"כ בידו או באין בידו כלל, גמר ומקני. והיינו דהמודד הוא בדעת האדם - האם גמר ומקני אם לאו, דהיכא דאמדו חכמים דגמר ומקני, לא הוי אסמכתא, והיכא דאמדו דאינו גומר ומקני, הוי אסמכתא. אלא שמפירוש הרמב"ן בסוגיא (ב"מ עג,ב ד"ה ולרבא) עולה הסבר אחר בדברי הגמרא, וז"ל:

> "פירש רב האי גאון ז"ל דלאו למימרא דהתם לא הוי אסמכתא מדינא, דודאי אסמכתא, דהא אסיקנא לעיל כל דאי - לא קני, לא שנא בידו ולא שנא לאו בידו, אלא מתניתין משום תנאי בית דין הוא דמחייב, ואע"ג דלא כתיב, כמאן דכתיב דמי. אלא הכי אקשינן, מאי שנא דלא תיקון רבנן הכא דלישלם ומאי שנא התם דמשלם. ומתרץ, הכא לאו בידו, וכיון שלא היה בידו, לא רצו להחמיר עליו לשלם ... הלכך בעלמא לא שנא בידו ולא שנא לאו בידו, לא שנא אמר לשלומי כמה דשוי ולא שנא גזים ואמר מילתא יתירא, כל דאי - לא קני".

וכן הביא הרשב"א. ומבואר מהרמב"ן והרשב"א בשם רב האי גאון דאף היכא דבידו הוי אסמכתא, אלא דבאם אוביר אף דהוי אסמכתא, כיון דבידו קנסוהו חכמים לשלם. ובזה לכאורה אתי שפיר קושית הטור (חו"מ רז,טז) על הרמב"ם

מכירה יא,ו (הנ״ל) שלא חילק בין אם בידו אם לאו; ״תימה, דבגמרא מחלק בזה״. דהרמב״ם יפרש הגמרא כפירוש רב האי גאון דבכל ענין הוי אסמכתא, ובאם אוביר ולא אעביד, אף דהוי אסמכתא, קנסוהו חכמים.

בדרך שונה כותב המאירי בסוגיא (ב״מ עג,ב ד״ה המקבל) בשם יש מפרשים. לשיטתם חיובו ״אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא״ הוא מדין מזיק, וז״ל:

> ״התם בידו, ומאחר שבידו היה ולא עשה, הרי הוא כמזיק בידיים. ואף אם אמר אם אוביר אתן מנה, כל שהמנה נישום כחלק מה שהיתה ראויה לעשות - חייב, אבל אם יש בו יותר משומא זו, אינו משועבד לאותו יתר, שלענין אותו יתר מיהא אסמכתא היא״.

וכן מבואר ברי״ד בפסקיו (בסוגיא) דבהוביר השדה, יש עליו חיוב של מזיק בידיים; ״דארעא לזריעה קיימא״, משא״כ ביין שאינו בידו ואינו משועבד לקנותו אלא מכח התחייבותו, והתחייבותו הוי אסמכתא.

לפנינו ג שיטות בחיוב המתחייב באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. דעת התוס׳ דכיון שאין בזה אסמכתא, החיוב מכח התחייבותו. דעת רב האי גאון, דאף דהוי אסמכתא, קנסוהו חכמים. ויש מפרשים במאירי והרי״ד, דחיוב מדין מזיק בידים.

ו. שניהם מתחייבים

במש״כ התוס׳ דאם אינו בידו כלל לא הוי אסמכתא, מקור הדין מהגמרא סנהדרין כד,ב על הא דתנן במשנה שם דמשחק בקוביא פסול לעדות, דלרמי בר חמא כיון דהוי אסמכתא דלא קניא, הוי המעות שהרויח גזל בידו. ורב ששת ס״ל דפסולו מחמת שאינו עסוק בישובו של עולם, ונפק״מ כשיש לו אומנות אחרת חוץ מהמשחק בקוביא, דלרב ששת אינו פסול, משא״כ לרמי בר חמא - גזל בידו. והרי״ף בסנהדרין (ד,ב בעמוה״ר) הביא רק את דברי רב ששת, וכן הרמב״ם בהל׳ עדות י,ד פסק כרב ששת דמשחק בקוביא פסול רק כשאין לו אומנות אחרת אלא זו. וכן פסק הרא״ש בסנהדרין ג,ז, וכן הוא בשו״ע חו״מ לד,טז. לפ״ז במשחק בקוביא אין אסמכתא, וע״ז הקשו התוס׳ מאי שנא מההוא דיהיב זוזי למזבן חמרא, וכתבו לחלק בין היכא דאינו בידו כלל לבידו ואינו בידו, דבאינו בידו כלל כיון שהתחייב, גמר ומקני, משא״כ במזבן חמרא, כיון שהוא בידו ואינו בידו סומך דעתו שימכרו לו, וע״כ הוי אסמכתא. והתוס׳ (ב״מ עד,א הנ״ל ובסנהדרין כג,ב ד״ה כל) הביאו את ר״ת המפרש אמאי לא הוי אסמכתא במשחק בקוביא, וז״ל:

"דלא הויא אסמכתא אלא היכא שאין יכול להרויח כגון משליש שטרו ... אבל הכא לא הויא אסמכתא משום דכיון דשנים הם, כל אחד ואחד מקני לחבירו מיגו דאי מרווח, בעי איהו למיקני, בההיא הנאה גמר ומקני לחבריה. ולפי זה כל שידוכין לא הויא אסמכתא, משום דכל חד וחד בעי למיקני, גמר נמי ומקני".

בתוס' הקשו על ר"ת, וחילק ר"י כחילוקים הנ"ל. אמנם הרמ"א הביא את דברי ר"ת ופירושו בדין משחק בקוביא, וז"ל הרמ"א (חו"מ רז, סוף סע' יג):

"י"א הא דמשחק בקוביא לא הוי אסמכתא הוא מטעם דמאחר ששניהן מתנין זה כנגד זה וכל אחד יוכל להפסיד, אגב דבעי למיקני, גמר ומקני. ולכן כל שנים שהמרו זה עם זה קנו, אם קנו מידן. ודוקא שאין בידן ג"כ, אבל מה שבידן - לא ... ואפילו בזה יש חולקין ולכן הוצרכו לתת טעמים אחרים גבי משחק בקוביא וקנסות שידוכין".

ועיין בסמ"ע ס"ק לד לענין, מש"כ הרמ"א דהתחייבו זה כנגד זה דוקא באין בידן, היינו דאם בידם וגזים (אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי) הוי אסמכתא כיון שסומך בדעתו לקיימו כיון שבידו, וע"כ הוי אסמכתא, ולא כתב דכשאין בידו לגמרי לא הוי אסמכתא וכמש"כ לעיל לענין משחק בקוביא, דלר"ת אין לחלק בין אינו בידו לגמרי לאינו בידו קצת. דכל החילוק הוא לר"י דלא ס"ל כחילוק ר"ת, וכמבואר בתוס' הנ"ל. ועל מש"כ הרמ"א דאפילו בזה יש חולקים, ביאר בסמ"ע ס"ק לה דהחולקים ס"ל דהוי אסמכתא אפילו אם שניהם מתנים זה כנגד זה וגם אינו בידם. ובשידוכין שהוא בידם לקיימם, לכולי עלמא הוי אסמכתא.

לפ"ז כאשר שני הצדדים נשלחים לבדיקה בפוליגרף, שאם יתברר כדברי האחד יהיה כו"כ, ואם כדברי השני - כתביעת השני, חשיב כשניהם מתחייבים זה כנגד זה ולא הוי אסמכתא לשיטת ר"ת. אלא שכאמור יש חולקים על ר"ת, והמה הראשונים הנ"ל, והרמ"א ציין זאת. ולענין אי הוי בידו, כבר כתבתי למעלה דלא חשיב כאינו בידו כלל, ובודאי לא חשיב כבידו, דלסמ"ע הנ"ל רק במקום דהוי בידו הוי אסמכתא, וא"כ לר"ת בכגון זה לא הוי אסמכתא, אלא שלחולקים הוי אסמכתא.

ז. תנאי לשעבר

בשער המלך, מכירה יא,ו, הסתפק אם דין אסמכתא הוא בין בתנאי לשעבר ובין בתנאי להבא או רק בתנאי להבא. דהיינו - אם יאמר שמתחייב כנגד חבירו

אם ארע (בעבר) כו״כ, האם יש בזה חסרון של אסמכתא. וספיקו של שער המלך דלא מצא באסמכתא המובאת בגמרא אלא תנאים של להבא ולא בתנאים דלשעבר. וכתב דדין זה תלוי במחלוקת הראשונים האם מהני מעכשיו לאפוקי מחשש אסמכתא, דלשיטת הרמב״ם דבמעכשיו אין אסמכתא, א״כ כאשר מתנה בתנאי לשעבר הרי בשעת התנאי - מעכשיו - כבר התברר אם קוים התנאי ואם קנה. אבל לשיטות הפוסקים דלא מהני מעכשיו, דכיון שאין המתחייב יודע, אינו גומר בדעתו להקנותו, א״כ גם בתנאי לשעבר לא גומר בדעתו להקנותו כעת. והביא שער המלך תש׳ לחם רב (סי׳ קפב) דהוי אסמכתא אף לשיטת הרמב״ם, ובזה חלק עליו שער המלך, דלרמב״ם תנאי דלשעבר דמי למעכשיו.

ובדברי גאונים א,ד הביא מטה שמעון (אות פה) בשם הרב בית דוד (חחו״מ סי׳ יא) דהא דאסמכתא קני בקנין ובמעכשיו, דוקא אם התנאי הוא בדבר עתידי, כגון אם לא אבוא או אם לא אעשה, אבל כשהתנאי הוא בדבר העבר ״שאי אפשר להיות אלא מה שכבר היה, אין זה אלא שכחה וטעות שסבר דהכי הוה עובדא ולאו מידי הוא מאתו קנין״. וציין לשער המלך שאישתמיטיה דברי הבית דוד. אמנם י״ל דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, דהבית דוד מיירי בתנאי של מקרה שהיה המתחייב צריך לדעת והוא ידוע וברור לו, ומה שהתחייב בניגוד למה שידוע לו הוא מחמת שכחה וטעות והוי קנין בטעות, משא״כ שער המלך מיירי בתנאי לשעבר שאין המתחייב יודע אלא לאחר התחייבותו, ובכהאי גוונא לא הוי תנאי בטעות, ורק מחמת שידוע בעולם הוי התחייבות מעכשיו, דלמעשה כבר מעכשיו התברר האם התנאי התקיים אם לאו, אף שאין המתחייב יודע, ע״כ הוי קנין מעכשיו ולא הוי קנין בטעות.

ולכאורה נראה דנידון שלפנינו אינו כתנאי לשעבר אלא כתנאי דלהבא. דאף שבדיקת הפוליגרף מתיחסת לארוע שארע בעבר, מ״מ אין התנאי מתברר בשעת קבלת הקנין אלא לאחר הבדיקה של הפוליגרף, דעדיין סבור כ״א מהצדדים - אף זה שיודע שעובדות שעליהם נשאל ויענה יראו שלא כדבריו - שהפוליגרף יוכיח שהוא דובר אמת ולכל הפחות שאינו משקר, ושיוכל בדרך כזו או אחרת להתגבר על הבדיקה, או בשינוי מסוים של השאלות וכד׳, או בהתחמקות מהבדיקה, ע״כ לא חשיב כתנאי לשעבר אלא כתנאי להבא, וע״כ אפילו לבית דוד מהני קנין בכהאי גוונא.

ח. טענת אונס באסמכתא בקנין

איתא בנדרים כז,ב דאסמכתא קניא והוא דלא אניס, והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב. ועיי״ש ברש״י דבעינן ג התנאים, שלא יהיה אנוס, קנין שלא יחזור,

ושיהיה הקנין בבי״ד חשוב. ומה דאיתא דבעינן שלא יהיה אנוס, פירש הר״ן (שם ד״ה והלכתא) דמיירי שאינו אונס גמור דומיא דחלה בנו, דאי באונס גמור, פשיטא דלא מהני, אלא אף אם אינו אונס גמור. ומ״מ בעינן שיביא ראיה שהיה אנוס באותו יום, וכמש״כ הרמב״ם בהל׳ מכירה יא,יג. ואם טוען שהיה אנוס בבית הדין להסכים לבדיקת הפוליגרף, מאחר וחשש שאם לא יסכים יפסקו הדין לטובת שכנגדו, עליו להוכיח שהיה אנוס אפילו קצת, וללא הוכחה, אין מקום לבטל הקנין שקיבל בבית דין חשוב.

ואם מוסר מודעא על הקנין, נראה דצריכים העדים לדעת שהוא אנוס. דיש חילוק בין תליוהו וזבין לתליוהו ויהיב לענין ידיעת העדים על אונסו. דבגמ׳ ב״ב מ,ב מבואר דכל מודעא דלא כתיב בה דידעינן ביה באונסא, לאו מודעא היא. וברא״ש שם הנ״א מבואר דדוקא במכר בעינן שידעו העדים באונסו, אבל במתנה אף אם לא יודעים באונסו, כתבינן מודעא. וכן פסק ברמב״ם בהל׳ מכירה י,ב-ג (ובמחבר בשו״ע חו״מ רה,ב-ג), וז״ל:

> ״וצריכין העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי, לא שיסמכו על פיו. וכל מודעא שאין כתוב בה ואנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה, אינה מודעא. במה דברים אמורים במוכר או בעושה פשרה, אבל במתנה או מחילה אם מסר מודעא קודם המתנה אע״פ שאינו אנוס, הרי המתנה בטלה...״.

ומבואר דפשרה כמכר שצריכים העדים לדעת את אונסו. וכן מבואר בתש׳ הרי״ף (סי׳ רפה) במי שעשה פשרה ומסר מודעא שהוא עושה פשרה מחמת אונסו, ״דאם נתברר על העדים אנסו של שמעון, הרי המודעא שמסר קיימת והפשרה בטלה״. הרי דבפשרה בעינן שידעו באונסו דומיא דמכר. וכן מבואר ברמ״ה בחידושיו לב״ב (מ,א, אות קח) על דברי רבה ורב יוסף דלא כתבינן מודעא אלא אמאן דלא צאית דינא, וכתב הרמ״ה דמשכחת לה במודעא דפשרה, דכי צאית דינא לא כתבינן אא״כ יודעים העדים באונסו ודומיא דמודעא דזביני. הרי דפשרה כמכר לענין ידיעת העדים באונסו, דבעינן שיהיה ברור להם שמוסר המודעא אנוס.

ובסמ״ע רה,ט כתב דכל פשרה היא באה ע״י טענת התובע שחייב לו והנתבע כופר;

> ״נמצא שהפשרה שנעשית ביניהן שכל אחד מוותר מטענותיו, זה מוחל קצת וזה נותן קצת, הו״ל כעין מכירה, שזה נותן לו המקח וזה נותן דמים״.

והנו״כ - הקצוה״ח (רה,ב), הנתיבות (רה,ט), והפת״ש (רה,ה) הקשו מהשו״ע חו״מ יב,יא דאם הפחידו הבע״ד, ומחמת הפחד הוכרח לעשות פשרה, אף שקיבל בקנין, יכול לחזור בו. ותירץ בקצוה״ח:

> ״משום דהכא מירי בדין מסופק שאינו יודע להיכן נוטה או בדבר שיש בו הכחשה ועסק שבועה ביניהם והו״ל תורת פשרה, אבל התם מירי שהיה הדין ברור בלי שום ספק ואינו בתורת פשרה כלל, ומשום הכי הו״ל אונס גמור״.

וכן כתב בנתיבות דהיכא שהדין ברור שהנתבע פטור וכפוהו להתפשר, הוי כתליוהו ויהיב. וכאשר הדין מסופק, לא דמי למחילה בטעות, דמלכתחילה נכנס לפשרה מכח הספק דעביד איניש למזבן דיניה, עיי״ש באריכות. ומ״מ החילוק מבואר דהיכא דמתחילה נכנס על דעת ספק ורצונו בפשרה, הוי כזביני ולא כתבינן מודעא כשאין העדים יודעים באונסו.

ונראה כאשר שני הצדדים מקבלים על עצמם להבדק בפוליגרף ומקבלים את תוצאות הבדיקה, הרי זה כפשרה, שהרי מלכתחילה הם נכנסים על דעת ספק בתוצאות הפוליגרף, וע״כ לא מהני מודעא אא״כ ידעו העדים בברור שהם אנוסים. אולם במקרה והבית דין איימו על אחד הצדדים שאם לא יסכים לקבל על עצמו את תוצאות הבדיקה אזי יוציאו פס״ד כנגדו, וברור בעליל שע״פ דין אי אפשר להוציא פס״ד זה, הרי זה כידיעה באונס. או במקרה שידוע דעל פי דין יצא אחד הצדדים פטור, ומחמת פחד מהחלטה אחרת הסכים הצד הנ״ל לבדיקה בפוליגרף, הרי זה כמחילה ולא כפשרה, ולא בעינן במודעא שידעו העדים שהוא אנוס. אולם במקום שאין ברורה החלטת ביה״ד ללא הבדיקה, כגון בחיוב מזונות שביה״ד שולח את הבעל להבדק בפוליגרף על הכנסותיו, ולולי הבדיקה יתכן ויפסקו דהמוציא מחבירו (האשה) עליו הראיה, ויתכן דיהיה להם אומדן דעת ברור לפסוק על-פיו חיוב מזונות, הרי שקבלת תוצאות הפוליגרף כמכריעות דינם כפשרה, שהרי לדידיה הדין מסופק, ולא סגי במודעא ללא ידיעה ברורה על אונסו. ואם האונס הוא שיפסקו בי״ד כנגדו, אם לא ברור בעליל שאין בית הדין יכולים לפסוק כפי שאמרו, אין זה אונס לענין שתהא המודעא כדין.

ט. קנין בבית דין חשוב

כאמור כל הנ״ל הוא במקרה והצדדים קבלו בקנין סודר בבית דין חשוב, לאפוקי מחשש אסמכתא וכדאיתא בגמ׳ נדרים כז,ב. והרי״ף בב״ב (עח,א בעמוה״ר) הביא את הגמרא בנדרים הנ״ל, וז״ל:

"והלכתא אסמכתא קניא והוא דלא אניס, פירוש חולי וכיוצא בו, והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב. וקאמר גאון דהאי דינא ליתיה אלא במתפיס זכואתיה בלחוד ומסתברא כוותיה".

ודין התפסת זכויותיו בבית דין מבואר בגמרא בנדרים כז,א, ועיי"ש ברש"י ובר"ן דמיירי שהביא שטרי זכויותיו לבית דין ואמר שאם לא יבוא עד שלושים יום, יתבטלו זכויותיו; "דכיון שיצאו מרשותו והתפיסן ביד בית דין, ליכא אסמכתא". והרא"ש בב"ב (י,יט) הביא את דברי הרי"ף הנ"ל וכתב דדעת התוס' דסגי בקנין בבית דין חשוב אפילו בלא התפסת זכויותיו בבית דין; "והכי נהיגי עלמא". ובנדרים (ג,י) כתב הרא"ש דהש"ס שכתב "והלכתא אסמכתא קניא וכו'", בכל אסמכתאות מיירי, בין במחילה - שהתפיס זכויותיו, ובין אסמכתא שאינה של מחילה. וממשיך הרא"ש ומבאר אופן סילוק אסמכתא:

"ולא קניא אסמכתא אפילו בקנין ומעכשיו אלא בבית דין חשוב, דהא כל קנין הוי מעכשיו, דאי לא קני מעכשיו לא הוי קנין, כדאמרינן לקמן פרק השותפין (מח,א) לכי הוי בר בריה צורבא מרבנן הדר סודרא למריה, אלמא קנין סודר לא מהני אי לא קני מעכשיו, ואפילו הכי בעינן בית דין חשוב, הא לאו הכי לא קני. ובית דין חשוב היה אומר רבינו מאיר, היינו הני דגמירי דיני דאסמכתא וידעי דלא קניא אלא מכח הפקר בית דין".

לכאורה נראה שהרא"ש בא לבאר דאפילו בקנין מעכשיו לא מהני אלא בבית דין חשוב, אך בבית דין חשוב אין צריך קנין מעכשיו, דהא כל קנין סודר הוי מעכשיו, וא"כ סגי במקבל עליו בקנין סודר בבית דין חשוב. וכן כתב בקרבן נתנאל (שם אות מ) דמהרא"ש מוכח דלא בעינן מעכשיו, כיון דכל קנין מעכשיו, ומה לי מעכשיו חד זימנה (סתם קנין מעכשיו) ומה לי מעכשיו תרי זימני (כשאומר מעכשיו). וכן מוכח מהא דכתבה הגמרא דאסמכתא קניא והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב, ולא כתבה הגמרא והוא דקנו מיניה מעכשיו ובבית דין חשוב. וכתב דזה לא כב"ח (חו"מ רז,יט) והט"ז (חו"מ רז,יד) שהסיקו דלדעת הרא"ש בעינן קנין בבית דין חשוב וגם מעכשיו. וכדברי הרא"ש דבבית דין חשוב לא בעינן מעכשיו, מבואר גם בר"ן נדרים כז,ב (סד"ה ונמצא); "דכל היכא דהוי בית דין חשוב, לא צריך מעכשיו, דאנן סהדי דלא מחייך בבי דינא וכמאן דאמר בפירוש מעכשיו דמי". וכן מבואר בתוס' ב"מ סו,א ד"ה ומניומי), דסתם קנו מיניה היינו קנין סודר, וקנין סודר לא מהני אלא מעכשיו, דלא מהני לקנות לאחר זמן, דבההיא שעתא הדרא סודא למריה. ע"כ כל קנין סודר שקנו מיניה בבית דין

חשוב הוא מעכשיו. וכן כתב להדיא הסמ״ע רז,מ דדעת התוס׳, הרא״ש והטור דבקנין סודר בבית דין חשוב סגי ואין צריך לפרש להדיא מעכשיו, דסתם קנין בבית דין חשוב הוא מעכשיו, אא״כ התנה להדיא שלא יתחיל מעכשיו. ומש״כ הרא״ש בתש׳ עב,ז דאסמכתא לא קניא אלא ״בקנין מעכשיו ובבית דין חשוב כדאיתא בנדרים״, היינו בקנין סודר שהוא מעכשיו, אבל אין צריך שיאמר להדיא מעכשיו. [ועיין עוד בר״ן נדרים כז,ב (ד״ה ונמצא) דלא בעינן בית דין חשוב אלא במתפיס זכויותיו, ועיין ברב המגיד מכירה יא,יג. ומחלוקתם אם מעכשיו לחוד מסלק אסמכתא, ועיין חו״מ רז,יד במחבר וברמ״א].

עוד נלמד מדברי הרא״ש דמהני הקנין בבית דין חשוב מכח הפקר בית דין הפקר, וע״כ בעינן שיהיו הדיינים חשובים שידעו דאסמכתא מהני בקנין בבית דין מכח הפקר בית דין הפקר, וע״כ בעינן שיהיה הבית דין חשוב שיהיה הפקרו הפקר. ובהדיא מבואר ברא״ש דכל שלשה הבקיאים באסמכתא, הוי בית דין חשוב שהפקרם הפקר מכח האסמכתא. וכן כתב בתשובה עב,ז. ועיין בגר״א בביאוריו לחו״מ רז,מד שצריכים הבית דין לידע שמכח הפקר בית דין הפקר הם מקנים. אולם בר״ן נדרים כז,ב (ד״ה והוא) מבואר דבית דין חשוב היינו בית דין ״אלים לאפקועי ממונא, כגון בי דינא דרב אמי ורב אסי, ושלא כדברי הרמב״ם ז״ל שהצריך סמוך, ואם כדבריו היה לו לומר בבית דין מומחה״. וכן כתב הרב המגיד (מכירה יא,יג) בשם הרשב״א דבענין בית דין מומחה לרבים שחשוב להפקיע ממון. ועיין מרדכי ב״מ (סי׳ שכג) שכתב דבית דין חשוב ״היינו החשוב שבעיר, כדכתיב ואל השופט אשר יהיה בימים ההם״. ועיין ברמ״א חו״מ רז,טו שהביא שתי הדעות.

והנה בנדון שלפנינו אם קבלו בקנין סודר לפני הבית דין שמקבלים על עצמם את תוצאות הפוליגרף, הרי זה ודאי קנין בבית דין חשוב, אולם אפילו אם עשו ביניהם הסכם וכתבו שמקבלים על עצמם את תוצאות בדיקת הפוליגרף ושקבלו על כך בקנין בבית דין חשוב, י״ל דמהני, וכמש״כ הרמ״א (חו״מ רז,טו) דאם ציוה לכתוב שקנו ממנו בבית דין חשוב, אף שלא קנו, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ועיין בסמ״ע רז,מב דענין אסמכתא הוא מחמת חסרון בגמירות דעת, וכאשר מודה שגמר בדעתו, ע״י שמודה שקנו מיניה בבית דין חשוב, יצא מחשש חוסר גמירות דעת של אסמכתא. ועיין עוד מה שכתבתי בח״ב ב,א בענין זה.

י. מתחייב להבדק בפוליגרף

בדרך כלל הקנין הוא שמקבלים על עצמם את תוצאות בדיקת הפוליגרף. אמנם פעמים טועים ומקבלים בקנין ללכת ולהבדק, ולעיתים אפילו מתחייבים

ללכת ולהבדק בפוליגרף. ולכאורה הוי קנין דברים וכדאיתא בב״ב ג,א ד״לחלוק״ הוי קנין דברים. ואם הוי קנין דברים, אפשר דגם מה שקיבלו את תוצאות הבדיקה לא יהני מדין קני את וחמור, עיין תרומת הדשן ח״ב סי׳ קעג, ובב״ש קלד,ז. ועדיין י״ל דאם נעשה בפני בית דין שנתנו לזה תוקף של פס״ד, אין חסרון של את וחמור, עיין מה שכתבתי בח״א סי׳ י.

אך לענין עצם השאלה אם מהני התחייבות בדברים, ראיתי שדן בזה הגרי״א בנחל יצחק ס,ג. הגרי״א נשאל אם מהני לשון חיוב על הגוף בדבר שאין בו ממש, וכן אם מהני התחייבות על הגוף בטובת הנאה. וכתב דראה בספר פתח הבית (לח,א) שהסתפק בזה, והביא בשם פרח מטה אהרן (ח״ב סי׳ ד) שחקר בזה. והגרי״א כתב להוכיח מתוס׳ תמורה לב,א-ב (ד״ה והאמר) דהקדש וחרמי הכהנים חל על טובת הנאה מטעם התחייבות על עצמו. ע״כ רק לענין שעבוד נכסים הוי מדרבנן, וכמש״כ קצוה״ח ס,ה בשעבוד דאקני, אבל על גופו בודאי יועיל מהתורה. והוסיף הגרי״א, דהיינו דוקא לשיטת הרמ״א, המהרי״ט והשאגת אריה דטובת הנאה הוי כדבר שאין בו ממש, אך למחנה אפרים (טובת הנאה סי׳ א) דס״ל דטובת הנאה אף אם אינה ממון, מ״מ אינה בגדר דבר שאין בו ממש, אין להוכיח מהתוס׳ בתמורה הנ״ל.

אמנם בערוך השולחן (חו״מ ס,יא) כתב דבדבר שאין בו ממש, אינו מועיל אפילו בלשון התחייבות, דכיון שאין ממש בהתחייבות, הוי גם הקנין קנין דברים. ולא דמי לדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, ״דהתם יש ממש בזה אלא שאין בו כח להקנותו, אבל בזה שאין ממשות כלל, על מה מתחייב את עצמו״. ובמהרש״ם ח״א סי׳ רכו (ד״ה וגם) הביא תש׳ פרח מטה אהרן (ח״ב סי׳ ד) שחקר בשני שכנים שעשו שותפות לשאוב מים מן הבאר שביניהם, ורצו להשתעבד שלא יבנה אחד מהם בנין אלא ישאר פנוי, והשיב הפרח מטה אהרן דגם אם יכתבו הנ״ל בהתחייבות בקנין, לדעת כמה פוסקים הוי קנין דברים ולא מהני כלל. והוסיף המהרש״ם שאף שיש דעות דמהני התחייבות בכהאי גוונא, המוחזק יכול לומר קים לי כדעה הסוברת דלא מהני התחייבות.

לפ״ז כאשר מתחייב ללכת להבדק בפוליגרף (בניגוד לקנין שמקבלים את תוצאות בדיקת הפוליגרף), תלי במחלוקת האחרונים אם מהני התחייבות בדברים. ולמש״כ המהרש״ם, יוכל המסרב לומר קים-לי כדעות דלא מהני. אמנם כל זה בהתחייבות סתם, אך כאשר מקבל על עצמו חיוב על הגוף, לכאורה מהני אף בדברים. כך עולה מדברי קצוה״ח רו,א, במש״כ לחלוק על המשנה למלך (מכירה ח,ז) בענין מי שהתחייב באופן המועיל למכור קרקע לאחד ואח״כ מכרה לאחר,

דדעת המהר"א ששון (סי' קלג) דחיוב אלים טפי. והמשנה למלך חלק עליו, דחיוב אינו כמכירה, ומכירה בפועל הוי טפי מהתחייבות למכור. והקצוה"ח חלק עליו, וז"ל:

> "דכיון דכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה, הוה ליה דין שטר ממש וגובה ממשעבדי, וא"כ הכי נמי כי מכרה לאחר, טורף מיניה, דמשעבדה ליה. אמנם דברי השו"ע נראין עיקר דבעי מעכשיו, ומשום דלשון חיוב לא מהני בזה כלל, והיכא דליכא חיוב באחריות שיהיה החיוב חל על גופו, לא הוי דין חיוב, וכמש"כ בסי' רג,ב בשם מהרי"ט, וכדי שיחול החיוב על גופו צריך שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו פורע לו ממקום אחר, ואם אין בו חיוב אחריות לפרוע ממקום אחר רק חיוב על הדבר שרוצה ליתן, הוה ליה קנין דברים, וע"כ הכי נמי כיון שאין בזה חיוב אחריות, לא הוי חיוב כלל".

לעצם גדר החיוב סובר הקצוה"ח, דאף דהוי חיוב ולא מכירה, מ"מ כיון שהתחייב בשטר כדין, הרי השתעבדו נכסיו להתחייבות זו וגובה ממשעבדי. וע"כ אף שהמכירה לשני גוברת על ההתחייבות, באה ההתחייבות מכח היותה התחייבות בשטר ומוציאה מידי הקונה, כיון שהקרקע המכורה משועבדת מכבר להתחייבות. ומוסיף הקצוה"ח גדר בדין התחייבות זו. כדי שההתחייבות תהיה כדת וכדין, צריך שהחיוב יחול על גופו של המתחייב, כדי שיחול החיוב על גופו ולא על החפץ. המודד לכך - אם אבד החפץ, אם חייב לפרוע לו ממקום אחר. אם אינו חייב לפרוע לו אלא את החפץ, א"כ אין כאן התחייבות על גופו, שהאחריות הינה תנאי חובה שההתחייבות תחול על הגוף ולא על החפץ, ואם ההתחייבות חלה על החפץ אין בה ממש, כיון דלגבי החפץ הוי קנין דברים. התחייבות "למכור" הוי נמי קנין דברים. כדי להוציא מקנין דברים, צריכה ההתחייבות לחול על גוף המתחייב. ובנדון התחייבות למכור, אין בה קבלת אחריות לשלם ממקום אחר, דהא ההתחייבות מתיחסת רק על החפץ - החיוב למוכרו, ואין בה קבלת אחריות שישלם משאר נכסיו. כלומר, בחיוב זה חסר המודד לחיוב על גופו, דמאחר והחיוב הוא רק על החפץ - למוכרו, אין כאן חיוב על גוף המתחייב, ולא מהני. וע"כ סובר המחבר - לדעת הקצוה"ח - שצ"ל מעכשיו, מאחר ולשון חיוב בנדון זה לא מהני. יוצא אפוא מדברי הקצוה"ח, דאם אדם התחייב להבדק בפוליגרף, לכאורה לא שייך בזה חיוב על הגוף, דהא אם לא ילך להבדק, כיצד יהיה ניתן לחייב גופו. אמנם אפשר לומר דהקצוה"ח מיירי דוקא בהתחייבות על הגוף "למכור", דעצם מהות "למכור" היא שעבוד על החפץ והתחייבות למכור חפץ, וכדי שההתחייבות תהיה על גופו ולא על

החפץ בעינן שיהיה חייב לשלם ממקום אחר - שאר נכסיו. אבל בהתחייבות לעשות פעולה, מהות הפעולה היא התחייבות על הגוף, ובכגון זה אם אומר שמחייב גופו, אף אם אין בזה התחייבות לשאר נכסים, דלא שייך בכהאי גוונא, מ"מ עצם ההתחייבות היא על הגוף ומהני, ולא דמי להתחייבות "למכור", שבמהותה היא התחייבות על חפץ מסוים ולא על גוף, וע"כ בעינן התחייבות לשלם משאר נכסים.

ובנתיבות שם (סוס"ק ב), לאחר שהביא את דברי הקצוה"ח, כתב וז"ל:

> "ולדידי הדבר מסופק, דכיון שאין בו חיוב ממון רק שהתחייב עצמו למכור, וכיון שבתרא קני מן הדין, הוי כאילו התחייב עצמו על דבר שאינו בידו, שאין החיוב חל כמש"כ לעיל בסי' ס".

הנתיבות מתיחס לעצם היסוד של הקצוה"ח, דכאשר כותב בשטר שמתחייב למכור, הוה ליה דין שטר והשתעבדו נכסיו להתחייבות זו, ויכול הקונה הראשון להוציא מידי הקונה השני כדין משועבדים. אולם לדעת הנתיבות יש לחלק בין חיוב ממון להתחייבות למכור. התחייבות ממון בשטר הינה התחייבות גמורה, ויכול בהתחייבות זו לגבות ממשועבדים, אולם התחייבות "למכור" אינה התחייבות ממון אלא התחייבות לפעולה, כנגד ההתחייבות לפעולה יש מכירה גמורה, ואין המחזיק בהתחייבות לפעולה, אף אם היא כתובה בשטר, יכול להוציא ממי שקנה כדין. ניתן להוציא מקונה שקנה כדין, רק בחוב ממון בשטר או במכירה בשטר, ובנדון ההתחייבות למכור אין כאן לא חוב בשטר ולא מכירה. אך בנתיבות משמע שלא סגי בכך שהתחייבות למכור הינה התחייבות לפעולה, שהרי גם התחייבות לפעולה מהני כשנעשתה ההתחייבות כדת וכדין. אלא שהיות וכאן מדובר על התחייבות לפעולה ולא התחייבות ממון, הפעולה "למכור" מותנת בהיות החפץ הנמכר בידו וברשותו, דהיות והחיוב הוא על החפץ, אינו יכול להתחייב למכור דבר שאינו ברשותו, אף שבשעת ההתחייבות החפץ היה ברשותו. בהתחייבות מסוג זה, ההתחייבות שרירה וקיימת כל זמן שהחפץ בידו או ברשותו, אך בשעה שהחפץ יצא מרשותו, פקעה כח ההתחייבות.

ולכאורה מש"כ הנתיבות "שאין בו חיוב ממון רק שהתחייב עצמו למכור", הן הן דברי הקצוה"ח דמהאי טעמא לא הוי חיוב על הגוף, דכיון דהוי חיוב "למכור" ואינו מקבל אחריות נכסיו על החפץ, לא הוי חיוב הגוף וממילא לא הוי חיוב ממון. תרוייהו סבירא להו למסקנה, שיש כאן חסרון בגוף ההתחייבות. הקצוה"ח סובר שהחסרון הוא מפני שלא קיבל אחריות נכסיו אם יאבד החפץ,

וחסר תנאי מהותי בחיוב הגוף, שהרי קיבל על עצמו "למכור", ומה שייך אחריות נכסיו אם יאבד. והנתיבות ס"ל דחיוב "למכור" במהותו אינו חיוב ממון, אלא רק חיוב שקיים כל זמן שיכול למכור, והיינו שברשותו.

אלא שהנפק"מ בין הקצוה"ח לנתיבות הינה כשמחייב עצמו לעשות פעולה שאינה קשורה לחפץ, כגון מי שחייב עצמו "לבנות" לפלוני בית או מי שהתחייב להבדק בפוליגרף. כאשר מתחייב למכור בית פלוני, הרי התחייב על חפץ מסוים, ולא שייך כאן אחריות, משא"כ בהתחייב לבנות או להבדק בפוליגרף, התחייב לפעולה שאינה קשורה לחפץ, וע"כ י"ל דהוי התחייבות על הגוף. ואם יתחייב לבנות, ויבנה וימכור את אשר בנה לאחר, יכול הראשון שהתחייב כלפיו להוציא מיד השני כדין גבייה ממשועבדים. משא"כ לפי הנתיבות, גם התחייבות "לבנות" מעצם טיבעה אינה התחייבות ממון אלא התחייבות לפעולה, אף שחייב לעשות זאת, מ"מ כשבנה ומכר לאחר אין הראשון יכול להוציא מיד מי שקנה בדין, דאין כאן חיוב ממון אלא חיוב לפעולה, ואינה גוברת על מי שקנה בדין. אמנם גם לנתיבות כאשר התחייב להבדק בפוליגרף, שאין כאן מכירה גמורה כנגד התחייבות כבנידון התחייבות למכור, גם הנתיבות יודה דהוי התחייבות על הגוף ומהני, ומה שחלק הנתיבות הוא רק במכירה, כשהתחייב למכור ומכר מכירה גמורה לאחר.

אולם המעיין בקצוה"ח יראה שגם כשמתחייב לבנות לא הוי חיוב על הגוף, אא"כ מחייב עצמו שאם לא ימכור או יבנה, יהיה חייב בדמיו. שהרי מקור דברי הקצוה"ח הם מדברי המהרי"ט בתש' (חחו"מ סי' פא, ד"ה והא דקשיא), וז"ל:

> "ונ"ל, דבשלמא אי שייך קנין בדבר שלא בא לעולם, איכא מיגו דהוה מצי למיקנייה לההוא שליש נכסיו שעה אחת קודם מיתתו, ואם אבדו אח"כ או פחתו, פחתו למקבל. אבל אם בא להתחייב בתורת חיוב, היינו שמתחייב בהם כשיבואו לעולם, וכדי שיחול החיוב על גופו צריך לומר דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה שיהיו באחריותו עד שיתנם, ואם אבדו פורע לו ממקום אחר ונמצא בנו השני מפסיד. שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבואו לעולם ולא יהיו באחריותו, א"כ לא חל חיוב על גופו כלל והוה ליה כקנין דברים כמי שקנו מידו לחלוק, כדאמרינן בריש ב"ב".

מדברי המהרי"ט מבואר שאף כשמקנה לו דבר שלא בא לעולם, חייב לצרף לעצם החיוב חיוב מפורש שמקבל על עצמו אחריות שאם יאבד מה שיבוא

לעולם, הרי הוא מקבל אותם באחריות על עצמו. והאחריות צריכה להיות מפורשת, כמבואר במהרי"ט. וע"כ אף אם יתחייב לבנות, כל זמן שלא קיבל על עצמו אחריות מפורשת לדמי הבניה, הרי זה כהתחייבות על דברים שאינה כלום. וע"כ אין חילוק בין "למכור" קרקע פלונית או "לבנות" דירה, בתרוייהו - לשיטת המהרי"ט - החיוב יכול לחול על הגוף רק כאשר קיבל על עצמו אחריות, שאם לא ימכור או יבנה, הרי הוא מתחייב בדמים כנגדן. וכאשר התחייב בחיוב הגוף כראוי, אם ימכור לאחר יוכל הראשון להוציא מיד השני - לשיטת הקצוה"ח. ולכאורה צ"ע למהרי"ט אם התחייבות לבצע פעולה שלא שייך בה אחריות דמים, אם שייך גבה התחייבות על הגוף. ועדיין י"ל דמש"כ המהרי"ט; "א"כ לא חל חיוב על גופו כלל והוה ליה כקנין דברים כמי שקנו מידו לחלוק, כדאמרינן בריש ב"ב", מיירי בקנו מידו ללא התחייבות על הגוף, אבל אה"נ דמהני התחייבות על הגוף ללא אחריות מפורשת לדמים בדבר דלא שייך בו אחריות לדמים, וכמש"כ לעיל.

והנתיבות הנ"ל כתב; "הוי כאילו התחייב עצמו על דבר שאינו בידו, שאין החיוב חל כמש"כ לעיל בסי' ס". נראה שכוונתו למש"כ שם בס"ק י בדין מתחייב עצמו לקנות בית פלוני, וחולק שם על קצוה"ח הסובר דאם נתחייב למכור דבר שלא בא לעולם ומת קודם שבא הדבר לעולם, דלדעת הקצוה"ח זכה הזוכה, וע"ז חולק הנתיבות (ס,ז), וז"ל:

> "ואם אמר הריני מתחייב עצמי לקנות לך בית פלוני, ודאי דאין הבית-דין יורדים לנכסיו להוציא ממנו תרקבא דדינרי ליתן לחבירו בעד ביתו, דדוקא כשמתחייב עצמו וכשיבוא לידו מהני החיוב, אבל במתחייב עצמו בדבר שאין בידו לגמרי, ודאי דלא מהני החיוב, והא אין בידו לגמרי דאולי לא ימכור לו חבירו בעד כל הון, וכיון שלא חל החיוב במקצת, לא נתחייב כלל, דהא החיוב לא נלמד רק מהשעבוד, ולא מצינו שעבוד רק שמשעבד כשיבוא לרשותו, וא"כ הכי נמי בחיוב לא מהני רק כשמחייב עצמו ליתן כשיבוא לרשותו, ואם אמר הריני מתחייב לך במנה אם לא אקנה לך בית פלוני, ודאי שנתחייב, רק צריך שיהיה באופן המועיל שלא יהיה בו דין אסמכתא".

ולכאורה חילוק רבה איכא בין הנידון בסי' ס, שהתחייב לו דבר שלא בא לעולם, לנידון בסי' רו, שהתחייב למכור לו קרקע. בנידון בסי' ס התחייב בדבר שכעת אינו בעולם, ובודאי אינו בידו להתחייב מעתה אלא מכשיבוא לעולם, וע"כ לדעת הנתיבות אם מת קודם שיבוא לעולם, לא חל החיוב כלל, משא"כ

כשמתחייב למכור לו קרקע, הקרקע כעת בידו וברשותו, ורק אח״כ, כשמוכר הקרקע לאחר, הקרקע עוברת לרשות אחר. ונראה בהסבר הנתיבות, דכשמתחייב לחבירו למכור לו הקרקע במנה כשימכרנה, א״כ שעת החיוב היא שעת המכירה לאחר, ובשעה שחל החיוב הוי הקרקע לא בידו. דלדעת הנתיבות כדי שיחול החיוב באופן מחייב צריך שבשעת חלות החיוב יהיה החפץ אותו מתחייב לתת או למכור, בידו או ברשותו, וכאשר התחייב למכור כשימכור הקרקע, אף שבשעת ההתחייבות היתה הקרקע בידו, מ״מ בזמן חלות התחייבות יצאה הקרקע מרשותו, ואין התחייבות חלה על דבר שאינו בידו. והראיה היא מסי׳ ס, דמשם מוכח שאדם לא יכול להתחייב לתת דבר שלא בא לעולם אלא לכשיבוא לידו, ואין ההתחייבות חלה קודם שיבוא לידו, ונפק״מ שאם מת קודם שבאו לידו, שאין ההתחייבות חלה. לכן אם היתה כאן התחייבות של ממון, היה מוציא ממשעבדי. אך היות והיתה כאן התחייבות לפעולה עתידית, היות שחלות ההתחייבות הינה כאשר הקרקע אינה בידו, לא מהני ההתחייבות כלל.

ונראה דכל דברי הנתיבות הינם על דבר שאינו בידו, אבל כאשר מקבל על עצמו להבדק בפוליגרף, הוי כדבר שבידו דמהני גביה התחייבות על הגוף. דגם לנתיבות דוקא כשמתחייב לקנות דבר שאינו בידו לגמרי, בזה לא מהני החיוב אלא כשיבוא לרשותו. אבל חיוב לפעולה שהיא בידו, שהרי בידו להבדק לאלתר בפוליגרף, והחיוב על הגוף חל לאלתר, לא דמי להתחייבות לקנות ולמכור לאחר דבר שאין בידו וברשותו.

לעיל התבאר בדעת הקצוה״ח, דחיוב על הגוף היינו שקיבל על עצמו אחריות דמים למכירה, שאם לא ימכור לו, הרי הוא מתחייב בדמי המכירה. בחו״מ סי׳ רג כתב הטור, דאם הקונה יחד מעות עבור חפץ שהוא רוצה לקנות, ומשך הקונה את החפץ, לא זכה המוכר במעות שיחד הלוקח, ודוקא בתורת חליפין, אך בשעה שמשך הלוקח את החפץ, נתחייב בדמיו בתורת דמים. בהסבר דברי הטור, כתב הקצוה״ח שם בס״ק ב, וז״ל:

> ״דחיוב לא מהני אלא היכא דהחיוב חייל על גופו והוא חייב באחריותו, דהיינו היכא שמחייב בפירות, אם אין לו פירות מחויב ליתן דמיהן כיון דחייב על עצמו, אבל היכא דמחייב עצמו ליתן לחבירו חפץ פלוני ואינו מקבל עליו חיוב אחריותו, אין זה נקרא חיוב הגוף ולא הוי חיוב כלל, ומשום הכי במשיכת הלוקח נתחייב בדמיו וחל החיוב על גופו בחיוב אחריות ושעבוד הגוף, אבל אם מיחד לו המעות דליכא חיוב אחריות, וא״כ לא הוי חיוב כלל בזה מה שחייב עצמו ליתן מעות המיוחדים ואינו חיוב, ובתורת קנין אינו נקנה, דמטבע אינה נקנה בחליפין״.

הקצוה"ח מחלק בין כשמשך את החפץ, בעצם המשיכה חייב את גופו בתמורת החפץ, ואף אם יחד מעות, אם יאבדו יהיה חייב לשלם ממקום אחר, כיון שבמשיכת החפץ התחייב בדמיו. משא"כ כשמקנה לו את המעות בתורת חליפין, אין כאן חיוב והתחייבות על הגוף, כיון שרק רוצה שיקנה את המעות שיחד ואם יאבדו לא יהיה חייב באחריותן, א"כ לא הוי חיוב, וגם בתורת קנין אינו נקנה, דאין מטבע נקנה בחליפין. גם בסי' רג וגם בסי' רו, אזיל הקצוה"ח בשיטת המהרי"ט דחיוב על הגוף חל רק כאשר מקבל על עצמו אחריות על חיובו. ולמש"כ לעיל י"ל דכל זה כאשר מתחייב על חפץ מסוים, דבזה בעינן אחריות נכסים, אך כאשר מתחייב לבצע פעולה, מהני אם חייב גופו.

ובנתיבות שם (רג,ו) כתב לחלוק על הסבר הקצוה"ח, וז"ל:

> "ולפענ"ד הוא תמוה, דלפי דבריו אפילו יחד לו הלוקח מטלטלין בתורת דמים לא מהני משיכת המטלטלין, ולא משמע כן מהפוסקים, וכן ברש"י ב"מ מו בד"ה כיצד החליף דמי שור, מוכח דקני בכהאי גוונא, עיי"ש. וגם עיקר דינו בחיוב תמוה, דבסי' ס מבואר דיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, ומשמע דמחייב עצמו שיתן לו פירות דקל שיבואו לעולם שהוא דבר ידוע, דג"כ חייב. ועוד, דבעה"ת למד חיוב משעבוד, ושעבוד מהני אפילו בדבר ידוע, וכן הוא מעשים בכל יום".

הנתיבות מקשה על הקצוה"ח, דלפי דברי הקצוה"ח אם ייחד הלוקח מטלטלין בתורת דמים, לא יקנה המוכר את המטלטלין במשיכת הלוקח, כיון שלא היה כאן חיוב על גופו של לוקח, וע"ז הקשה הנתיבות דלא משמע כן מהפוסקים והראשונים. ועוד, שהרי מפורש שאדם יכול להתחייב בדבר שלא בא לעולם, כמבואר במחבר חו"מ ס,ו וברמ"א רט,ד. ושם הרי מתחייב על דבר מסוים - פירות דקל - ואינו מתחייב באחריות, ולשיטת הקצוה"ח מדוע יוכל להתחייב, הרי החיוב לא חל על גופו, ועיי"ש שתירץ את ראית הקצוה"ח מדברי המהרי"ט. ועיין באמרי בינה (הלואה סי' נא) שכתב דהמעיין בדברי המהרי"ט יראה שסובר דחיוב הגוף בלא אחריות לא מהני, והיינו כדעת הקצוה"ח. וכאמור - בהתחייבות לפעולה, כגון מתחייב להבדק בפוליגרף, אם קיבל והתחייב על גופו, הן לקצוה"ח והן לנתיבות מהני ההתחייבות. [ועיין להלן, דלכאורה יש ראיות דלא מהני התחייבות לפעולה].

יא. התחייבות באופן המועיל

השאלה איך יקבל על עצמו התחייבות על הגוף. ונראה דמהני אם אומר שמחייב עצמו באופן המועיל להבדק בפוליגרף. המרדכי בב"ב (סי' תריז) דן

בענין מי שהקנה "דירת הבית", שאין הקנין מועיל - שאין בדירה ממש, ומהני הקנין רק אם מקנה הבית לדירה, וז"ל המרדכי:

"ושאל רבינו שמחה את רבינו ברוך, על שטר שלא היה כתוב בו קנין הפירות כראוי, שלא הקנו לו קרקע לפירותיו אלא נתנו לו כח ליקח הפירות של הקרקע, אי אמר האי שטרא חספא בעלמא הוא, וכיון שהעדים חתמו כבר על לשון המתנה דלא שפיר כתב, כמי שנחקרה עדותן בבית דין הוא ושוב אין חוזרים ומגידים אותם העדים לכתוב בשטר אחר שהקנו לו הבית, אא"כ יקנו לו מכאן ואילך כראוי. ורבינו ברוך השיב, אחרי שכתב בשטר המתנה שנתנו לו כח הפירות של הקרקע בקנין גמור מעכשיו אגב קרקע, וקבלו עליהם באחריות כחומר כל שטרי קנין פירות העשוין כתיקון חז"ל ... ומעתה נמצא שהעדים מעידים שנעשה כתיקון חכמים, וזו היא תיקון חכמים להקנות קרקע לפירות וילמוד עליון מתחתון, ולא נאמר הכא יד בעל השטר על התחתונה. ומאחר שחתמו העדים על זה, אפילו אם נשאל להם עתה ויאמרו לא כך היה, לית לן בה, דלא אתא על-פה ומרע ליה לשטר, וכיון שהגידו שוב אין חוזרים ומגידים".

ומבואר מדברי המרדכי דאפילו אם כתבו בתחילת השטר את קנין דירת הבית - שהקנה לאחר הזכות לדור בבית - ולא מהני הקנין "לדור" אא"כ מקנה בגוף הבית, אם כתב בסוף השטר שנתן לו כח ליקח הפירות כתיקון חכמים, קנה המקבל את דירת הבית. וכן פסק הרמ"א בחו"מ ריב,א דבכהאי גוונא הודה שהקנה לו כתיקון חכמים, "ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל". ואף אם בתחילה כתוב מפורש שלא ניתן באופן המועיל ע"פ דין, שהרי נתן הבית לדירה, מ"מ ילמד עליון מתחתון. וכן מבואר מדברי הרא"ש בתש' לענין תנאים, שאין התנאי מועיל אא"כ נעשה כתנאי בני גד ובני ראובן, וכתב בסוף השטר שהתנאים נעשו כתקנת חכמים, וז"ל הרא"ש (פא,א ד"ה הלכך):

"הלכך יש לדקדק בשטר זה, אם כתוב בו תנאי כפול או כתב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאין וקנינין העשויין כתיקון חכמים, כמו שרגילין לכתוב בארצנו בכל שטר שיש בו תנאי, הרי התנאי קיים והמעשה בטל".

וכן פסק המחבר בחו"מ רמא,יב. וכן נמצא בדברי הרא"ש בתש' עב,ג, דאם כתוב בשטר המתנה דהתנאים נעשו כדין או כתנאי בני גד ובני ראובן - התנאי קיים. ובהגהות מימוניות (הל' אישות ו,ב), כתב וז"ל:

"אר"י כי שמא אם אדם אומר סתם שיהא תנאי זה כתנאי בני גד ובני ראובן, יכול להיות שמועיל בלא כפילות תנאי".

וכן כתב המרדכי בגיטין (סי' תלא) בשם ר"י. וברמ"א אהע"ז לח,ג הביא את דברי הגהות מימוניות להלכה, ואע"פ שבהגהות מימוניות כתב ד"יכול להיות שמועיל", כתב הרמ"א באופן מוחלט, דאם אמר סתם שמתנה כתנאי בני גד ובני ראובן, "הוי תנאי גמור". ובח"מ ס"ק ג הקשה אמאי פסק הרמ"א באופן מוחלט, אחר שר"י כתב רק דיכול להיות שמועיל. ובב"ש ס"ק ה כתב דהרא"ש בתש' (הנ"ל) פסק להדיא דמהני, ולהכי פסק הרמ"א דמהני כתיבת שיהא תנאי זה כתנאי בני גד ובני ראובן. ועיין עוד במהרשד"ם חחו"מ סי' רסב, ובבני אהובה (אישות ו,ד) שהכריע כן מסברא, דהא גילוי דעת מהני, וכל-שכן כשאומר במפורש כתנאי בני גד ובני ראובן, שאין לך גילוי דעת גדול יותר בקיום התנאי. ועיין עוד בבית הלל (אהע"ז לח,ג) דכבר נהגו כל הסופרים שכותבים כתנאי בני גד ובני ראובן, ומהני להו לבעלי השטרות.

לאמור לעיל יש שתי אפשרויות לקבל בקנין באופן המועיל לענין בדיקת הפוליגרף; או שהצדדים מקבלים בקנין סודר בבית דין חשוב שהם מקבלים על עצמם את תוצאות בדיקת הפוליגרף, כאשר בית הדין יוכל לפסוק את הדין ע"פ תוצאות הבדיקה [ולעיתים מוסיפים שבית הדין יוכל גם לפרש את תוצאות הבדיקה ע"פ ראות עיניו]. ובמקרה ובית הדין רוצה שיתחייבו לילך ולהבדק בפוליגרף יאמר שהוא מתחייב לילך להבדק בפוליגרף, והתחייבות זו היא התחייבות על גופו באופן המועיל. ומ"מ אף אם לא הוי התחייבות על הגוף ולא מהני התחייבות, יכול לקבל בקנין שילך ויבדק בפוליגרף, ובמידה ולא ילך ויבדק, ביה"ד יוכל לפסוק לפי שיקול דעתו, והוי כמקבל בורר לפסוק ע"פ שיקול דעת.

יב. המתחייב לגרש בהתאם לתוצאות בדיקת הפוליגרף

כאמור לעיל הנפק"מ בין הטעמים יהיה לענין חיוב בגט. דאם נאמר דהטעם דמהני הקנין לקבלת תוצאות בדיקת הפוליגרף הוא מדין קיבל עליו קרוב או פסול, א"כ מה לי עניני ממון מה לי עניני חיוב בגט, הרי לפנינו שני עדים שמעידים שיש סיבה לחייבו בגט. אלא שטעם זה נדחה לכאורה כאמור לעיל. ואם נאמר דהוי אסמכתא שקנו עליה בבית דין חשוב, לכאורה מהני דוקא לעניני ממון, משא"כ כשאומר אם תוצאות הבדיקה בפוליגרף יהיו כו"כ אני מתחייב ליתן גט, לכאורה לא גרע מהתחייבות מוחלטת ליתן גט דהוי קנין דברים. ובתרומת הדשן (ח"ב סי' קעג), כתב וז"ל:

"אשר שאלתני על דבר קנין סודר שנעשה בין איש לאשתו שיעשו גירושין, וגם העמידו קנסות על ככה, מי שיעבור שיתחייב כו"כ ... תו נראה לפקפק אהאי קנין סודר שהקנה הבעל לאשתו שיגרשנה, ואהיא אין שום קנין חל כלל, כדאיתא במיימון להדיא פ"ה דמכירה דאין שום קנין נתפס על זה. א"כ י"ל דאף על הקנס אינו חל, כיון דבקנין אחד נעשה, הוי כמו את וחמור כדמספקא ליה בפרק מי שמת".

וכן פסק הרמ"א באה"ע קלד,ה. ומבואר מדברי תרומת הדשן שאין חל הקנין שעשו לגרש. וכוונתו לדברי הרמב"ם בהל' מכירה ה,יד דאין הקנין מועיל לדבר שאין בו ממש. ובפשטות היה נראה לחלק בין קנין לגרש לבין התחייבות ומשעבד גופו לגרש. דקנין לגרש הוי קנין דברים, שאין לקנין על מה לחול, וכמש"כ הרמב"ם בהל' מכירה ה,יד. אולם במתחייב ומשעבד גופו לכך, הרי הקנין/ ההתחייבות חל על גופו, וכמש"כ לעיל בהסבר מתחייב לילך ולהבדק בפוליגרף.

אלא שלאחר העיון נראה שיש לומר דלא מהני התחייבות בדברים, ע"פ מש"כ ביד רמ"ה ב"ב ג,א (אות כו) על דברי הגמרא דלא מהני קנין "לחלוק" דהוי קנין דברים, ומהני רק כשקנו מגופה של קרקע, וז"ל:

"מיהא שמעינן דלא מהני קנין אלא היכא דקנו מיניה אגופא דממונא, אבל היכא דקנו מיניה למעבד הקנאה, כיון דלא מקנו ליה לגופיה דממונא, בההוא קנין לא משתעבד לאקנויי ליה, דהוה ליה קנין דברים בעלמא ולא הוה קנין. ... ואפילו קנו מיניה דמחייב למיפלג - לא משתעבד, דא"כ לוקמא למתניתין בהכי כפשטא ... והא טעמא דלא משתעבד, דלא מהניא הודאה במילתא דלא הוה מחייב ביה אלא היכא דהוה יכיל לאקנויי או לחיוביה נפשיה בגווה ... אבל גביה חלוקה וכיוצא בה, כיון דליכא אנפא דמשעבד בה נפשיה למיפלג היכא דלא מחייב מדינא למיפלג, כי אודי נמי דמיחייב בהני ולא כלום הוא".

ובהמשך הדברים מחלק הרמ"ה בין התחייבות לחלוק או להקנות, לבין התחייבות לתת כו"כ או לבנות או לזון, דאף שהנתינה עצמה אינה ממון, לא על הנתינה קנו מיניה אלא על הממון שהתחייב ליתן. ועיי"ש עוד מה שהביא מחלוקת אם קנין אתן הוי קנין דברים אם לאו. ומ"מ מבואר מדבריו דהתחייבות לא מהני לפעולה - "לחלוק", וא"כ הוא הדין דלא מהני התחייבות ללכת ולהבדק בפוליגרף או התחייבות לתת גט, שהיא גם התחייבות לפעולה ולא לממון. ובשלמא בתרומת הדשן י"ל דכתב את דבריו על אופן השאלה שקיבלו בסודר

להתגרש, דבתרומת הדשן בחלק השני (פסקים) סידר תשובותיו על שאלות שהיו למעשה, משא״כ בחלק הראשון של תרומת הדשן, עיין ב״ש קל,כ, והיה מקום לחלק בין התחייבות לקנין, אבל ברמ״א מוכח להדיא דאין לחלק, דא״כ לוקמא למתניתין שהתחייבו לחלוק, ואמאי אוקמא למתניתין בקנו מגופה של קרקע. ועיין עוד בש״ך סו,קכח מש״כ בדברי הרמ״ה.

ובתש׳ הרא״ש סו,א נשאל במי שמכר קרקע לחבירו בפני עדים שעשו שטר זכרון, ומוחה בסופר שלא יכתוב השטר. והשיב הרא״ש דאפילו אם אמר המוכר בפירוש שהוא מקנה לכתוב השטר ולא יוכל למחות בסופר מלכתבו ולעדים מלחתום, יכול לחזור בו ולמחות, דקנין בכהאי גוונא הוי קנין דברים, שאין לקנין על מה להתפס, שאין כאן שעבוד נכסים. ומסיים הרא״ש, וז״ל:

> ״הילכך נראה לי שאין תקנה שלא יוכל לחזור בו עד שיבוא השטר ליד הלוקח או ליד המקבל המתנה״.

ואם כדברינו דבחיוב על הגוף מהני, א״כ יש תקנה, שיחייב עצמו וישעבד גופו לכתוב שטר לקונה. אלא בהכרח גם הרא״ש ס״ל דבכל מקום שלא מועיל קנין מחמת היות הקנין על דבר שאין בו ממש, הוא הדין דלא מהני התחייבות. וא״כ הוא הדין דלא מהני התחייבות לגרש.

וכן ראיתי לגאון רבי מאיר אריק באמרי יושר ח״א סי׳ ו שדן בהסכם שנעשה בין חתן לכלתו, שאם לאחר הנישואין תרצה האשה גט מבעלה, מחויב הבעל ליתן לה גט בתוספת סכום מסוים, ואם לא יתן לה גט, מחויב ליתן לה סכום מסוים כל שבוע למזונותיה. והשיב האמרי יושר דאף אם נעשה בקנין, הו״ל קנין דברים ואינו כלום;

> ״וגם לשון חיוב לא שייך בזה, כיון שאין בזה ענין שעבוד נכסי כלל, וכדמוכח מדברי סמ״ע רמג,יט ... הרי דגם התחייבות אינו מועיל בזה ... והדבר פשוט לענ״ד שמאחר שאין חיוב עליו לגרש, אין החיוב לתת לה הסך שנים עשר מאות ...״.

מש״כ ראיה מדברי הסמ״ע, מקורם מדברי הרא״ש סו,א הנ״ל. ומ״מ מוכח מדבריו דלא מהני התחייבות לגרש. ורק לענין חיובו במזונות כל שבוע (בניגוד לחיוב בסכום החד פעמי דס״ל דלא מהני, כיון שהוא תלוי בחיוב בגט), מהני אם יקבלו בקנין בבית דין חשוב לאפוקי מחשש אסמכתא.

אלא שיש הסוברים דמהני התחייבות בדברים. המהר״י חאגיז בתש׳ הלכות קטנות (סי׳ כג) נשאל במי שקנו ממנו שלא ישא אשה על אשתו. והשיב דמשתעבד בכך. ואף דבמקנה דבר שלא בא לעולם צריך לפרש שמשעבד גופו, אולם כשקנו ממנו שלא ליקח אשה על אשתו ״הוי כאומר בפירוש שמשעבד גופו לאשה זו ולא לאחרת״. ובהגהה שם דלא שייך קנין דברים אלא כגון דקנו מיניה לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב בדבר זה; ״שפיר דמי ולא הוי קנין דברים״. ומ״מ מבואר מדבריו דחיוב על הגוף מהני בלא לישא אשה על אשתו, ומהר״י חאגיז ס״ל דאפילו חיוב על הגוף לא בעינן, כיון שמשמעות הפשוטה של הקנין היא חיוב על הגוף, דלא כבמקנה דבר שלא בא לעולם. לפ״ז אם מתחייב לגרש ומשעבד גופו לכך, חלה ההתחייבות.

ועיין במש״כ המהר״א די בוטון בתש׳ לחם רב (סי׳ רח), דעד כאן לא אמר הרשב״א (המובא בב״י חו״מ סי׳ רו) שצריך לומר מעכשיו אלא כשלא הזכיר בשטר לשון חיוב, אבל כשהזכיר לשון חיוב, ״קנין קאי אחיוב״. אלא שהקשה על הרשב״א מדידיה אדידיה, דבחו״מ סו״ס קצה הביא הב״י תש׳ לרשב״א, וז״ל:

> ״כתוב בתש׳ הרשב״א בתולדות אדם סי׳ שא, ששאלוהו על מי שיצא עליו שטר שכתוב בו אתן לך כך וכך, וכל אתן ואעשה אינו כלום. והשיב, דכל שקנו מידו אע״פ שלא אמר בלשון חיוב - חייב, דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין, וכאילו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן, וכדאסיקנא בריש הכותב (כתובות פג,א) דמגופה של קרקע קנו מידו, ובפרק חזקת הבתים (ב״ב מג,א) גבי השותפין מעידין זה לזה, ובפרק זה בורר (סנהדרין כד,א) בענין נאמן עלי אבא באתן לך מחלוקת, ואסיקנא דלפני גמר דין וקנו מידו, אין לאחר קנין כלום, הרי שאפילו באתן לך וקודם גמר דין, אפילו למ״ד דבלא קנין יכול לחזור בו, בקנין מודה, שהקנין מחזיק הענין כאילו מחייב עצמו ליתן מה שאמרו הם״.

ומקשה המהר״א די בוטון, א״כ מדוע במי שאמר לחבירו אמכור לך את השדה וקנו מידו, מדוע לא נאמר דהוי קנין על ההתחייבות, אף שלא אמר בלשון חיוב. ועיין מה שכתבתי בזה בח״ב ט,א. והסבר דברי הרשב״א נמצא בתש׳ המבי״ט (ח״ב סי׳ כו) שדן בשטר הטבה שנהגו לעשות, שהקונה כותב שטר למוכר ומחייב עצמו שכל זמן שימציא המוכר מעות לקונה, יחזיר לו הקונה את הבית. וכתב בתחילה המבי״ט שהוא קנין דברים. והסביר המבי״ט אימתי הוי

קנין דברים ובאיזה אופן לא:

> "ולא הוי קנין דברים אלא אחילוק המוזכר בגמרא וכיוצא בו שאינו מתחייב בשום דבר משלו אלא שיתן חלק המגיע לחבירו שאינו ניכר, וזה וכיוצא בזה הוא קנין דברים, אבל כשהוא נוטל קנין ליתן בשלו הוה ליה כאילו מחייב עצמו".

כאשר מתחייב לחלוק, הרי שאין כאן כל הקנאה מאחד לשני, ע"כ אין מקום להתחייבות לחול אלא על הפעולה, ופעולה הוי קנין דברים. משא"כ כשמקנה מחלקו, י"ל דלא הוי דברים כאשר מחייב את עצמו. ובברכת שלמה (חאהע"ז כא,ח) כתב דע"פ דברי המבי"ט י"ל דכאשר הבעל מתחייב לתת גט לאשה או שהאשה מקבלת בקנין לקבל גט מבעלה, הואיל ומתן הגט וקבלתו מתירים את קניני האישות, א"כ יש כאן הקנאה מאחד לשני ולא בירור חלקים, ע"כ יש בזה פעולה שאינה בכלל דברים ומהני גבה חיוב.

עוד ראיתי בברכת שלמה שם שהביא מתש' קול אריה (חאהע"ז סי' פה - ואין הספר תח"י) שדן בבני זוג שהיו נשואים עשרים ושלש שנים ללא ילדים, והבעל רצה לגרש את אשתו והאשה סרבה. והלכו לכ"ק האדמו"ר בעל הדברי חיים מצאנז זי"ע לקיים את אשר יאמר, והחתים האדמו"ר זצ"ל את בני הזוג שאם עד שנה ומחצה לא יזכו להבנות, מחויבת האשה לקבל גט. לאחר שנה ומחצה, כשלא זכו להבנות, רצה הבעל לקיים ההסכם והאשה מסרבת, ועוד הרחיקה נדוד, ומבקש הבעל להתיר לו לגרשה בעל כורחה או לשאת אשה על אשתו. ובתוך דבריו כתב דכיון שיכול לחייב עצמו בעדים או בשטר בדבר שאינו חייב, כמבואר בחו"מ סי' מ, ואף דאם קבל קנין לגרש לא חל הקנין משום שהוא קנין דברים, אך חיוב פשיטא דמהני, וע"כ יש עליה חיוב לקבל את הגט. אמנם אם אין היא רוצה לקבל הגט, אין הבעל יכול לגרשה בעל-כורחה.

מבואר שהתחייבות האשה חלה, שעליה לקיים מה שהתחייבה, אך על הבעל נשאר האיסור לגרשה בעל כורחה. לפ"ז גם אם הבעל יקבל על עצמו ויתחייב לגרש בהתאם לתוצאות הבדיקה במכונת אמת, אף שעליו לקיים את מה שקיבל על עצמו, אם החיוב חל על גופו ובאופן המועיל, אך מ"מ עדיין יהיה זה גט בעל כורחו, כיון שאין כאן דין המחייב אותו לגרש. אא"כ נאמר דבחיוב שקיבל על עצמו הרי הודה לתוצאות הבדיקה, ואם יש בתוצאות כדי לחייב, הרי הוא שכך הוי, וחייב ליתן גט, וצ"ע. ועיין עוד בב"ש קלד,ז דצריכים למחול לו הקנין שקיבל לגרש, "שלא יהיה כאונס". ועיין עוד באגרות משה (חאהע"ז ח"ד סי'

קו - קז) מש״כ במי שחייב עצמו קודם נישואין שאם יבואו לידי פירוד, שלא ימנע מלתת גט לאשתו.

יג. בדיקת הפוליגרף כאומדנא

האמור לעיל הוא כאשר בדיקת הפוליגרף וקבלת התוצאות נעשית מכח הסכמת הצדדים וקבלתם בקנין, באופן שהיתה התחייבות מועילה ולאפוקי מחשש אסמכתא. אך יש דרך נוספת שאינה מכח הסכמת הצדדים וקבלתם בקנין אלא מכח אומדנא. לענין זה יש לדעת מה מידת המהימנות של בדיקת הפוליגרף, והאם ניתן להסתמך על תוצאות הבדיקה כאומדנא דמוכח טובא ולפסוק הדין על-פיהן.

בפס״ד של ביה״ד לעניני ממונות שע״י הרבנות ירושלים (כרך ו עמ׳ יד - טו). מתארים מספר שיטות של החקירה עצמה, אופן השאלות וניתוח תוצאות הבדיקה. לדעת המומחים כאשר אדם משקר, נוצרות תופעות פיזיולוגיות ופסיכולוגיות שונות. בליעת רוק, יובש בפה, עליה בלחץ הדם, חוסר מנוחה, המנעות מהסתכלות בעיני השואל. הפוליגרף רושם את התהליכים: שינוי בלחץ הדם, תדירות נשימה, מידת ההזעה. מתברר כי חוות הדעת הסופית מבוססת במידה רבה על התרשמות החוקר מהתנהגות הכללית של הנבדק להפעלת המכונה, ״עד שאי אפשר לדעת מה מכריע יותר, רישומי המכונה או שיקול דעתו של החוקר״. כמו-כן מציין ביה״ד כי הצלחת הבדיקה באנשים המשוחררים מהמגבלות נעה ״בין שמונים לתשעים וחמשה אחוזים״. אך באדם המאמין לעצמו, נוטל תרופות הרגעה, מפחד מעצם המכונה, חש בתחושת עלבון וכעס, עייף או רעב או חולה, הטעות הינה מוחלטת.[1]

הנה בענין קביעת אחוזי ההצלחה, הדבר לענ״ד תמוה. וכי אם יודעים האמת עם מי, מכונת אמת לשם מה? הקביעה ״המדעית״ על אחוזי ההצלחה, עדיין צריכה עיון. בפרט שכאמור חלק גדול מהמסקנה בנוי על התרשמות החוקר. א״כ אחוזי ההצלחה שונים ומשתנים מחוקר אחד למשנהו, משיטות חקירה כאלה או אחרות.

1 על דרך הפעולה ואחוזי המהימנות ניתן ללמוד מתוך דו״ח הועדה לענין פוליגרף (שבט תשמ״א) וקובץ עברינות וסטיה חברתית (תשל״ח כרך ו), וחוברת בנושאי הפוליגרף מהבטים שונים - בהוצאת המחלקה לקרימנולוגיה באוניברסיטת בר אילן.

גם אם נקבל את אחוזי ההצלחה כנכונים, לענ"ד אין כאן גדר של אומדנא דמוכח, ודאי לא של אומדנא דמוכח טובא. והארכתי בענין פסיקת דין ע"פ אומדנא בח"ג סי' לד. ובקצירת האומר אציין לדברי הנתיבות טו,ב דדוקא באומדנא הידועה לכל העולם, בזה מעיקר הדין ניתן להוציא ממון, אלא שבזמן הזה רבו בתי דין שאינם הגונים, וכמש"כ הרמב"ם סנהדרין כד,ב. ולא נראה דבדיקת פוליגרף היא אומדנא הידועה לכל העולם, דדוגמת אומדנא הידועה לכל העולם היא בכגון ידענא ביה בר' מיאשא דלא אמיד, עיין כתובות פה,ב.

ובגמ' ב"ב צג,א הובאה מחלוקת תנאים:

"שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצידו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישוך, אין אומרים בידוע שזה נגחו וזה נשכו. רבי אחא אומר, גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו, בידוע שזה הרגו".

והרמב"ם בסוף פ"ח מנזקי ממון פסק כת"ק שאין מוציאים ממון אלא בעדים כשרים. וכן בגמרא סנהדרין לז,ב;

"אמר רבי שמעון בן שטח, אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה, ורצתי אחריו וראיתי סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר, ואמרתי לו רשע מי הרגו לזה, או אני או אתה, אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי, שהרי אמרה תורה: "על-פי שנים עדים יומת המת".

ועיין ברמב"ם סנהדרין כ,א, ובאבני נזר (אהע"ז ח"א קיט,קד). והרמב"ם בהל' סנהדרין כד,ב, פסק וז"ל:

"כל אלו הדברים הן עיקר הדין, אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה. ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול, וכן בשאר כל הדינין. ולא ידון הדיין בסמיכות דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה. וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה, לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען ...".

ובשו"ע חו"מ טו,ד לענין דין מרומה, פסק וז"ל:

"...ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב, יחייבנו אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".

משמע דרק אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו יכול לפסוק ע״פ אומדנא דמוכח. ועיין מהרשד״ם (חחו״מ סי׳ שס); ריב״ש סו״ס שסב; מהר״מ אלשיך סי׳ מ שהאריך בדין זה, ומשמע במסקנת דבריו, שניתן לפסוק גם בזמן הזה באומדנא דמוכח טובא, עיי״ש. ועיין עוד בפס״ד של ביה״ד הרבני הגדול (אוסף ורהפטיג, עמ׳ קסב), ופד״ר כרך ט עמ׳ 349, ולהלן, וכרך יב עמ׳ 78 ולהלן.

לענ״ד נראה ברור שאין בבדיקת הפוליגרף אומדנא דמוכח טובא. דאומדנא דמוכח טובא היינו דוקא לכל הפחות דומיא דאופנים המוזכרים בגמ׳ ב״ב צג,א וסנהדרין לז,א וכתובות פה,ב. או באופן שיהיה כאן סימן מובהק ביותר, והיינו טעות של אחד מאלף ואין בדיקת הפוליגרף עונה להגדרה זו.

ראוי להביא כאן את מש״כ הציץ אליעזר (חט״ז מז,י) בענין בקשת בעל לשלוח את אשתו לבדיקה במכונת אמת, וז״ל:

> ״ולדעתי אין לזה כל מקום בהלכה, וזאת הן מכח זה שאין בכוחה של מכונה הזאת להוכיח בבטחה, הן מכח זה שכמה וכמה תקלות נגרמות לא פעם במכונה מסיבות שונות, כאשר גם אלה הדנים בערכאות מודים לכך. ... והעיקר בזה על שאין לסמוך ולדון על יסוד מכונה כזה, הוא מפני שגזירת התורה היא שרק ע״פ שנים עדים יקום דבר. וכבר היה הדבר לעולמים שהחכם מכל אדם רצה להמציא דיון ע״פ דברים שבלב, לפי גודל חכמתו בטבעי בני האדם ומחשבותיהם, והניעו אותו מן השמים מזה (ראש השנה כא,ב)...״.

הרי שלדעתו אין להסתמך על מכונת אמת. בפרט במקומות בהם ניתן לפסוק את הדין ע״פ דרכי ההוכחה והראיות שקבעו חז״ל, דבזה אין מקום כלל לבדיקה במכונה זו. אך כאשר אין אפשרות להגיע להכרעה, אפשר שאם הצדדים יקבלו בקנין, ניתן לפסוק הדין בכפוף לאמור לעיל. דברי הציץ אליעזר הינם רק באופן שלא קיבלו הצדדים בקנין. אמנם הציץ אליעזר מירי לענין לאסור אשה לבעלה, ובזה מהני חיוב, ומ״מ לא יהיה ניתן לכפותה ע״ס מה שהתחייבה, אך ניתן לפסוק בעניני הממון, מזונות וכו׳, ע״פ התחייבותה וקבלתה בקנין.

גם הגר״ע יוסף שליט״א ביביע אומר (ח״ז חו״מ סי׳ ח) כתב בענין ערעור הבעל המבקש לשלוח את אשתו להבדק במכונת אמת, ומסקנתו דאין מכונת אמת אלא כאומדנא בעלמא, והוסיף: ״דהוי אומדנא גרועה, כי לפעמים יש סיבות מיוחדות להתרגשות הנחקר ועליית לחץ הדם שלו, ואין הכרח כלל לקבוע שהוא

משקר". עוד הוסיף, שאפילו היתה כאן אומדנא דמוכח טובא, אף אם מהני לגבי נחבל שיטול בלא שבועה, "מ"מ לענין להוציא אשה מבעלה לא מהניא". וכיון שאין הבדיקה הזו מכרעת, והוי אומדנא גרועה, אין צורך לשלוח את האשה לבדיקה. וחלק שם על מה שכתב בשו"ת עמק הלכה (בוימל - סי' יד סוף עמ' רלו) שכתב דתוצאות בדיקת פוליגרף הינם בגדר אומדנא דמוכח טובא, עיי"ש.

יד. מסקנת הדין

לאור האמור נראה לי שאין לראות בבדיקת פוליגרף אומדנא דמוכח כדי שיהיה ניתן לפסוק ע"פ תוצאות הבדיקה ללא הסכמת הצדדים בקנין. ויש להמנע מלשלוח את הצדדים להבדק בפוליגרף, אף אם יקבלו בקנין, אלא על ביה"ד לפסוק ע"פ דיני הראיות שקבעו חז"ל.

אמנם במקום שנראה לביה"ד נחיצות גדולה לשלוח את הצדדים להבדק בפוליגרף, על ביה"ד לקבל בקנין סודר מהצדדים. בטרם קבלת הקנין יסביר ביה"ד לצדדים באופן כללי מה השאלות שישאלו בפוליגרף, ושע"פ תוצאות הפוליגרף יהיה ביה"ד רשאי לפסוק את הדין, ולביה"ד הסמכות לפרש את תוצאות הבדיקה ע"פ שיקול דעתו. הצדדים יקבלו בקנין סודר ויאמרו שהם מתחייבים בחיוב גמור ובשעבוד הגוף באופן המועיל לילך להבדק בפוליגרף, במקום וע"פ השאלות שיקבעו ע"י ביה"ד, וכי הם מקבלים על עצמם את תוצאות הבדיקה כראיה שעל פיה יוכל ביה"ד לפסוק את הדין ע"פ שקול דעתו והבנתו בתוצאות הבדיקה ובמכלול הראיות שבתיק, וכי הם מתחייבים בחיוב גמור ושעבוד הגוף באופן המועיל לפעול ע"פ הפסק דין שיפסוק ביה"ד על סמך תוצאות בדיקת הפוליגרף.

ואף לאחר שקיבלו הצדדים בקנין, הואיל ולא קיבלו את תוצאות הבדיקה אלא את ביה"ד שיוכל לפסוק ע"פ תוצאות הבדיקה, נראה שביה"ד יצרף את תוצאות הבדיקה לנתונים אחרים שעלו במסגרת הדיונים בבית הדין. ואפשר שצרוף כמה אומדנות יכולים לעיתים להוות גם אומדנא דמוכח, וכמו שמצאנו בצרוף כמה סימנים בינוניים, שיחדיו מהווים סימן מובהק, עיין מהרי"ק שורש קפד, ב"ש יז, מג, ופת"ש שם ס"ק קו. ע"כ בצרוף קבלת הצדדים לאפשרות הפסיקה ע"פ הבנת ביה"ד בתוצאות הבדיקה, יצא הדין לאור האמת.

כל האמור תלוי בהסכמת הצדדים לקבל בקנין את תוצאות הבדיקה כראיה שעל-פיה יוכל ביה״ד לפסוק ע״פ שיקול דעתו. אמנם במקרים בהם אחד הצדדים מתנגד - מסיבה כזו או אחרת - להבדק בפוליגרף, פשוט שאין לביה״ד לכופו על כך, ואין לביה״ד לראות בסרובו משום אומדנא דמוכח שהצדק עם שכנגדו[2]. לחץ מוכח על אחד הצדדים שאי הסכמתו להבדק בפוליגרף יביא לפסק דין כנגדו, מהוה טענת אונס על עצם הקנין, וכשאנן סהדי שקיבל בקנין מחמת אונסו, הקנין בטל וחזר הדין לדין אסמכתא ולא מהני מה שקיבל בקנין, ואף מודעא לא בעינן בזה.

2 הערת העורך: ראה פד״ר יב עמ׳ 93, שם צירפו לראיות כנגד הבעל, את העובדה שסירב להיבדק בפוליגרף, זאת היתה דעת המיעוט של הרב ש. מירון ז״ל, שחייב את הבעל בגירושין. אולם בעירעור שהוגש ע״י האשה (פד״ר, שם, עמ׳ 95) קבל ביה״ד הגדול את העירעור וחייב את הבעל בגט.

הרב יעקב אליעזרוב

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה[1]

בפנינו תביעה של מוסדות נגד הנתבעים יורשי אביהם המנוח א. המבוססת על הסכם וכתב הקדשה של אביהם המנוח, ובו כלולה הסכמה להקדיש את הנכס הידוע כגוש: 30103 חלקה: 13, לטובת המוסדות.

בשנת תשמ"א העביר הנדיב הרה"ח ר' א. את קומת ג' שבנכס זה לשימוש הישיבה קטנה של המוסדות. ובתחילת זמן קיץ נכנסו בני הישיבה ללמוד במקום לאחר שהוכשר כראוי לישיבה.

ביום י"א בתמוז תשמ"א, ערך כ"ק האדמו"ר שליט"א "שולחן לחיים" לרגל כניסת הישיבה למשכנה החדש. מעמד זה נערך בבית משפחת הנדיבים בבנין הישיבה בקומה ב'. במהלך מעמד זה חתמו הנדיב הרה"ח ר' א. ואשתו ז"ל על כתב "הקדשת הבניין". כמו כן, חתמו על כתב הקדש זה כ"ק האדמו"ר שליט"א, ובנו שליט"א, ומנכ"ל המוסדות שחתם בחותמת המוסדות.

בכתב הנדבה נכתב:

א. הנדיבים תרמו בנדבת ליבם וברצונם הטוב את הבניין שבבעלותם כרשום בטאבו.

ב. הנדיבים מוסרים בניין הנ"ל למוסדות למטרה שיהיה אך ורק למקום תורה ותפילה, וכן למקום אש"ל עבור לומדי התורה שם, ולא בתור מחסן וכדו'.

ג. קומת ג' העליונה משרתת כיום למקום תורה ותפילה לתלמידי הישיבה קטנה. קומה ב' משרתת כיום למקום מגורים לנדיבים הנ"ל. קומה זו תועבר לרשות המוסדות בפועל כשיפנו הנדיבים הנ"ל את המקום ויכלו המוסדות להשתמש בהם כמפורט לעיל בסעיף ב'.

בהמשך כתב הנדבה יש עוד תנאים שהתנו הנדיבים, שאינם נוגעים לענייננו.

על כן, מבקשים התובעים שנכס זה יהיה בבעלותם ליישם את המטרה של הנדיב ואשתו, ושהנתבעים יפנו את הנכס הנ"ל.

הנתבעים טוענים כי כתב הקדשה שעשו הוריהם בטל, כיון שיש בידם הסכם מוקדם יותר מכתב ההקדשה מתאריך 30.07.1973 למניינם, בו הועברו הזכויות

1 נימוקי המיעוט בתיק ביה"ד האיזורי ירושלים 8935/ס"ג, מוסדות א.מ. נ' יורשי המנוחים א.ו. ו- מ.ו. וראה להלן נימוקי הרוב.

בנכס לידי הנתבעים, וא״כ לא היה סמכות ביד ההורים להקדיש את הנכס, כיון שבתאריך הרלבנטי כבר לא היה הנכס בבעלות ההורים אלא בבעלות הנתבעים.
הנתבעים הציגו העתק מההסכם (צילום) לביה״ד כדלהלן:

״הסכם בין... וכו׳...

הואיל וההורים הסכימו להעביר את חלקם בבניין הנמצא בגוש 30103 חלקה 13 לילדיהם:... בתנאים מסוימים כאמור להלן ובנתינה גמורה;

והואיל וההורים החליטו כי יעבירו את חלקם של... בנאמנות על שמו של...

והואיל והבן... ביקש שעד להודעה חדשה מצידו יישאר חלקו בנאמנות על שם האמא והוא יקבל ממנה יפוי כוח כללי;

לכן הותנה והוסכם בין הצדדים כדלהלן:

א) המבוא להסכם זה הינו חלק בלתי נפרד הימנו.

ב) קומה ב׳ תהיה בשימושם הבלעדי של ההורים או אחד מהם לכל ימי חייהם ללא שום תמורה וללא שום ערעור מצד הבנים.

ג) מכירת הנכס או כל חלק ממנו טעונה אישור של 4 מתוך 5 הבנים או בא כוחם החוקי.

ד) כל בן חייב לשאת בהוצאות שיחולו על הנכס לפי חלקו, ויהיה חייב לשלם תוך 30 יום מיום הדרישה שתישלח לו.

ה) קומה ג׳ תשמש למקום תורה ותפילה כי זאת שאיפת ההורים וכו׳.

ו) הזכות בנכס הנ״ל תתחלק לשישה חלקים מזה 2/6 חלקים לבכור... ולשאר הילדים הנ״ל כל אחד 1/6 וכו׳.

על ההסכם מופיעה חתימת האם בלבד ללא חתימת האב. כמו כן אין עדים חתומים על הסכם זה ורק חתימת ידה של האם מופיעה בכת״י.

אולם טוענים הנתבעים, כי אף שהאב לא חתום על ההסכם, בידי האם ישנו ייפוי כוח נוטריוני מאביהם, ובו נכתב בסעיף ו: ״שיש לה כוח למכור, למשכן, להחכיר, להשכיר, למסור, להסיר, לשעבד, להעביר באיזו דרך שהיא, בתמורה או ללא תמורה כל נכסים בלתי נדים ונדים השייכים או שיהיו שייכים לי בעתיד, לחתום על כל חוזה מכר וכו״, וכיון שחתמה על ההסכם להעברת זכויות בנכס לנתבעים, לא הייתה סמכות להורים להקדיש הנכס למוסדות כיון שהנתבעים הם הבעלים על הנכס ולא ההורים.

מתוך הדיונים והמסמכים שהוגשו לביה״ד נראה כי אמינותו של שטר המתנה (הצילום) שנטען שנכתב ע״י אם הנתבעים ובו נתנה את נכסיה ונכסי בעלה לבנים בתאריך 30.07.1973 למניינם, מוטלת בספק, ויש בו ריעותות רבות כדלהלן:

א. ביה״ד ביקש לראות את השטר המקורי עליו חתמה האם. אולם לביה״ד הוגש צילום בלבד, ואילו ייפוי כוח הנוטריוני הוגש מקורו, משום מה

דווקא שטר המתנה נעלם, אף שלפי התאריכים נעשה באותו יום עם ייפוי הכוח הנוטריוני.

ב. ביה״ד תמה, מדוע כאשר חתם האב על ייפוי כוח נוטריוני לאם, לא חתם באותו מעמד גם על שטר המתנה, שנטען שניתן לטובת הילדים, ובפרט שזה נערך באותו יום.

ג. אם כטענת הנתבעים הועברו זכויות הבניין לידיהם בהסכם מיום 30.07.73 א׳ אב תשל״ג, ונחתם רק ע״י האם ע״פ ייפוי כוח מבעלה שנחתם ג״כ ׳בו ביום׳ וכו׳, הרי שעסקה נוספת מאוחרת עליה חתמו וניהלו ההורים מו״מ בענין מכירת חלק מהבניין לגוף אחר היה על הילדים לערער, כי לכאורה לפי טענת הנתבעים גם עסקה זו הייתה שלא בסמכות ההורים, וא״כ איך מכרו האב והאם חלק בבניין שלא שייך להם, אלא לילדים. שכן, המכירה התבצעה בתאריך 30.03.1982 [היינו, תשע שנים אחר חתימת שטר המתנה (לילדים כביכול)] ועליה חתומים גם האב וגם האם.

ד. בשנת תשמ״א, כאשר ההורים הקדישו את קומה ג׳ לטובת המוסדות בי״א בתמוז תשמ״א ערכו ההורים ״שולחן לחיים״ בביתם בנוכחות כ״ק האדמו״ר שליט״א, בנו, ומנכ״ל המוסדות, וחתמו על כתב הקדשת הבניין. אין ספק כי האב והאם יחדיו, הידועים כחסידים גדולים וחשובים לא היתלו ברבם, והקדישו שתי קומות בבנין, שלטענת הנתבעים לא שייך להורים אלא להם.

יש לציין כי עוד אנשים היו נוכחים במעמד של כתיבת השטר וחתימתו ע״י כל הנוגעים בדבר, מכל האמור נראה ברור שבשעה שתרמו ההורים את הנכס למוסדות הם היו הבעלים על הנכס האמור, ונתינתם למוסדות היתה מתנה לכאורה כדת וכדין. ומכל האמור נראה שהשטר שהציגו הנתבעים אינו שטר תקף, כאשר יש יותר מרגלים לדבר ששטר זייפא הוא, שיכולים לכתבו לאחר שנים ולהוסיף תאריך מוקדם, ולומר שטרי קדמך, ולאור האמור אין נראה שיש להתחשב בשטר זה של הנתבעים, ולהלן יבוארו הדברים יותר באריכות ע״פ שיטות הפוסקים.

א.

תחילה נברר, באילו קניינים קנו המוסדות את הנכס שהם תובעים להעביר לבעלותם, ובאילו קניינים קנו היורשים הנתבעים. הנה לגבי קניית קרקע, קיי״ל במשנה (קידושין) דקרקע נקנית בכסף שטר ובחזקה, דכן איתא שם דף כ״ו, וה״ה דקרקע נקנית בחליפין כמו שנפסק בשו״ע, וכן יש לדון אם מהני כה״ג קניין אודיתא וקניין סיטומתא, רישומים בחוזה, וכן רישומים בטאבו. וכן יש לברר אם נעשו כל הקניינים האלו היכן שהמנהג לרשום בטאבו, אם קונים כל הנ״ל גם בלי רישום בטאבו. בנוסף יש לברר היכן שיש רישום בטאבו ולא נעשו

קניינים ע״פ דין תורה אם קונים בכך. וכן האם רישום בטאבו ע״ש אחד מן האחים (כאשר ברור שחלק הארי מהנכס שייך לשאר האחים) מהני ליחשב בעלות גם לגבי שאר אחים. כמו כן יש לברר כשיש התחייבות להעביר נכס ליורשים, ואח״כ ביצע מעשה קניין המועיל ע״פ ד״ת לאדם אחר מי הוא הזוכה בנכס? כדי שיצא פסק הלכה בנידון זה כדת וכדין, ננסה לברר בעזהי״ת, כפי שידינו יד כהה מגעת.

ב.

תחילה נדון האם המוסדות אכן קנו את הבניין ע״י קניין שטר. הנה קיי״ל דקרקע נקנה בכסף, שטר, חזקה וה״ה בחליפין. בנידו״ד לא היה בפשטות שום קניין כסף, אלא מתנה ע״י תרומה שתרמו הנדיב ואשתו. והנה לגבי בית קיי״ל דדינו כקרקע, אף דהוי תלוש ולבסוף חיברו. ובתלוש ולבסוף חיברו הובא ברמ״א (חו״מ סי׳ צ״ה) ב׳ דעות לגבי בית אי הוה כמחובר לעניין חיוב שבועה, והוי כקרקע שאין נשבעים עליה, או דהוי כתלוש.

אך נראה שלגבי קניינים נקטינן דדינו כקרקע, שהרי מצינו בכמה פעמים במסכת ב״ב פ״ג דיני חזקה בבתים, וכן בש״ך (שם, סי׳ צ״ה סק״ח) כתב שנראה מדברי הרמ״א דליש אומרים אלו אפילו בית הו״ל תלוש ולבסוף חיברו לעניין שבועת שומרים דדינו כתלוש. ומשמע כן מדברי הד״מ. אך לענ״ד נראה דהעיטור לא קאמר אלא בכותל בנין אבל בית הו״ל כקרקע, דהא משמע בכל דוכתא דבית נקנה בכסף ובשטר ובחזקה, וכן הביא שם ראיות מכמה ראשונים שכתבו דאם שאל בית ונשרף פטור משום דאין דיני שומרין בקרקעות, והכי נקטינן לדינא יעו״ש.

ג.

אולם בקצוה״ח (שם סק״ג) נראה שדעתו דלא כהש״ך ולאותם י״א באמת נקטינן דבית דינו כתלוש, והא דבית נקנה בכסף בשטר ובחזקה, כבר כתב המגן אברהם (סי׳ תתל״ז) דהוי משום אגב עיי״ש. ואף דלא אמר לו אגב, מ״מ כיון דמונח ע״ג קרקע א״צ לומר אגב לדעת הרמב״ם ושו״ע בס׳ ר״ב. עוד י״ל דהוי מתורת חצר, דכיון דקונה החצר קונה הבית שעליה אמנם לדינא דעתו נוטה לדעת הש״ך דדינו כקרקע.

אך צ״ע בנידו״ד שהקונה שלמטה דהיינו קומה א׳ היתה מכורה מכבר א״כ אין כאן לכאורה אגב הקרקע כיון שיש דבר שמפסיק ששייך לאדם אחר, וכן לכאורה לא שייך חצר שהרי החלק התחתון של הבניין נמצא ברשותו של אדם

אחר. אך נראה כמ״ש להלכה כסתימת הפוסקים דבית דינו כקרקע לעניין הקניינים של כסף ושטר וחזקה, וממילא מועיל שטר על הבית כדין כל קרקע וכמשנ״ת.

ד.

אך עדיין יש כאן לערער על קניין שטר, דהנה כפי שצוין הנדיבים כתבו שטר שתורמים ומקדישים את הבניין לצורך תורה ותפילה ושטר זה לא נמסר למקבלים, דהיינו המוסדות, שלא קיבלו ולא נמסר השטר המקורי לידם בתורת קניין שטר. אלא לאחר מכן ביקש הנדבן ר׳ א. מאחד מבני המשפחה שיצלם את השטר המקורי ויתן את הצילום למוסדות.

ומעתה יש לדון דלא מועיל שטר זה דהא בשטר לא קני עד שימסור השטר מיד הנותן לקונה, וכל עוד לא מסר לו, לא קנה. וכן איתא בשו״ע, חו״מ סי׳ קצ״א סעיף א׳:

״כיצד קונה בשטר כתב המוכר ללוקח שדי מכורה או שדי נתונה לך, ומסר לו השטר קנה״.

אבל בלא מסירה בודאי לא קנה. וא״כ בנידו״ד בפשטות אם לא מסר להם השטר בתורת קניין שטר לא קנו את הבניין בשטר זה. ומה שמסר להם השטר שיחתמו עליו, בודאי דלא מיקרי מסירת שטר לקניין, אלא רק מצד מנהג שהנותן והמקבל חותמים על השטר. אבל מצד ההלכה של מסירת השטר בתורת קניין בנידון דידן לא הוי מסירה כדין, שנאמר שקנה מתורת שטר, שצריך להקנות להם שהנייר של השטר יהיה שייך למקבלים בתורת קנין שטר.

ה.

ומה שיש לדון, האם כשמוסר העתק מצולם יכול להועיל מתורת שטר, נראה, דכיון דלא נכתב ונחתם שטר זה, ובודאי בצילום שטר מודפס זהו שטר שיכול להזדייף ולשנות דברים ממקור השטר, וכן בנקל אפשר לצלם חתימת ידו ממקום אחר ולצלמו בצירוף, לכאורא לא הוי מסירת שטר, ואף דשטר קניין מהני אף בדבר שיכול להזדייף, מ״מ י״ל זהו כשכותב שטר רק יכול להזדייף, אבל צילום שטר שאין בכך שום כתיבה וחתימה של הנותן, א״כ לא מהני בלא עדי חתימה ובלא עדי מסירה.

ואולם יש לעיין אם מהני עכ״פ מתורת ראיה, אף ששטר שיכול להזדייף אינו מועיל בתורת ראיה, אך כאן בנידו״ד, כאשר לגבי מקור השטר היו הרבה עדים שראו כתיבת השטר וחתימתו, והמקור נשאר אצלו כדי להוקיר חתימת יד של כ״ק האדמו״ר מויז׳ניץ, אך מצד שני רצה שההעתק יהיה ביד המוסדות כראיה

והוכחה לכתיבת השטר המקורי, וכפי שידוע שהנדיב דאג שימסר צילום השטר בשליחות לטובת המוסדות, והוא שלח צילום ולא היו עדי מסירה על מסירת הצילום של השטר, אך אין הכחשה שזהו הצילום של השטר המקורי, ויש עדים שאכן חתם על השטר המקורי, והצילום מתאים למקור אם נחשב שטר קניין כה״ג וצ״ע, ולהלן יבואר הדבר.

והנה יש לדון בשטר שמועיל לראיה אם יכול לשמש גם בתורת שטר קניין. דהנה בשו״ע, חו״מ, ס׳ קצ״א סעיף ג׳ כתב:

״שטרי דידן שטרי קניין הם, הג״ה והקרקע נקנה על ידם, ואם כתב לו בפירוש שלא מכר לו בשטר ואינו אלא לראיה בעלמא, אין הקרקע נקנית על ידו״.

ובביאור הגר״א, שם, כתב שדעת הרשב״א והגמי״י רפ״א דמכירה, שאפילו בשטר ראיה קונה, אך הגר״א העלה להלכה כהרמ״א.

ולכאורה נידו״ד תליא בפלוגתא הנ״ל. אך י״ל דהרמ״א איירי שכתב לו בפירוש שלא מכר לו בשטר זה, ואינו אלא לראיה, דלא קונה כה״ג. אבל אם כתוב בשטר לשון קניין גמור, אך נמסר לו לראיה שסבור שנקנה לו באופן זה, אף שלא מועיל מצד שטר קניין עצמו שלא חתם על שטר זה, וכל החתימה אינו אלא צילום, אך כיון דברור לנו שמסר לו לראיה, אפשר דגם הרמ״א יודה דניחא ליה שג״כ יקנה בשטר זה, שהרי עיקר כוונתו להקנות להם את הבניין, ובשטר זה הרי כתב שמקנה ותורם להם את הבניין, כה״ג י״ל דאף בצילום כאשר כולם יודעים, ויש גם עדים על כך שתואם צילום זה לשטר המקורי שהנדיבים היו חתומים עליו בכת״י, שיוכל להועיל בתורת קניין שטר, ועדיין צ״ע בזה.

ו.

לאחר מכן מצאתי בספר אמרי משה (מהגאון ר׳ משה סוקולובסקי זצ״ל מבריסק) ס׳ ט״ז, שהביא דברי הרמב״ם, פ״א מה׳ גירושין, הי״ג, דכתב:

״מניין שיתננו לה בפני עדים הרי הוא אומר על פי שניים עדים או שלושה עדים יקום דבר, ואי אפשר שתהיה זו היום ערוה והבא עליה במיתת בי״ד, ולמחר תהיה מותרת בלא עדים, לפיכך אם נתן לה גט בינו לבינה ואפילו בעד אחד אינו גט כלל״.

ובאמרי משה תמה למה הוצרך הרמב״ם טעמים דצריך עדים בגט, הרי בכל השטרות לא נעשה שטר רק ע״י עדים או עדי חתימה או עדי מסירה, יעו״ש מ״ש בהמשך הקושיא. וכתב שם לתרץ וז״ל:

״והנלמד מזה ראיה ברורה למה ששמעתי ממו״ר הגר״ח סולביצ׳יק זצ״ל, דשיטת הרמב״ם מתבאר בפ״א מה׳ מכירה ה״ז דאין צריך כלל

עדים בשטרי קניין, דז״ל הרמב״ם כיצד בשטר כתב על הנייר או על החרס שדי נתונה או מכורה לך וכו׳ כיון שהגיע השטר לידו קנה אע״פ שאין עליו עדים כלל״, עכ״ל.

מתבאר מלשונו דאף עדי מסירה ליכא, ולפי״ז צריך לומר דהא דמבואר דצריך עדי חתימה, או עדי מסירה בשטרות, היינו לעניין חשש זיוף של המקבל, אבל אם מודה שנתן לו השטר, כשר בלי עדים כלל אף בשטרי קניין. והיינו לפי מה דקיי״ל כר״א דס״ל דעדי מסירה כרתי. וכתב שם:

״ודוחק לומר דכוונת הרמב״ם דיש ע״מ ורק ליכא ע״ח, דלשון שאין עליו עדים כלל משמע דאף עידי מסירה ליכא״, יעו״ש.

ובמשך דבריו כתב, ועיין בקצוה״ח ס׳ מ״ב, שכתב דזה פשוט בכל הפוסקים דשטר בלא ע״ח ובלא ע״מ ובכתיבת סופר שאינו כתב ידו לא מיקרי שטר כלל אע״פ שמודה שנתנו ע״ש, אבל מלשון הרמב״ם מתבאר דס״ל באמת כן, אף דזה חידוש גדול. ולהלן יתבאר דגם הרמב״ן מסתפק בזה, דאפשר דמהני בלא ע״ח ובלא ע״מ. ושם האריך להוכיח בדברי הרמב״ם מעוד מקומות כדבריו של הגר״ח זצ״ל יעו״ש.

ז.

והנה בשו״ע, סי׳ קצ״א ס״א, כתב ג״כ כלשון הרמב״ם, דאם כתב על הנייר או על החרס שדי נתונה לך שדי קנויה לך, כיון שהגיע השטר לידו קנה אע״פ שאין שם עדים כלל. ויעויין בסמ״ע סק״ג, שכתב דלא איברו סהדי אלא לשקרי, כדי שלא יוכל לכפור וכמ״ש הטור והמחבר בסי׳ קפ״ט, ושם בחידושי רע״א, תמה על דברי הסמ״ע וז״ל:

״תמהני דבכתב סופר ואין עליו עדים אין דין שטר עליו ובמה קנה, ואם בכת״י המוכר דהוי חתימת ידו כמאה עדים, איך כתב הסמ״ע סק״א אע״ג דחרס יכול להזדייף, הא בכת״י דמוכר אין יכול להזדייף, כמ״ש התוס׳ ב״ב דף נ״א יעו״ש.

ואולם יעויין בב״ח שכתב דבאמת איירי המחבר דוקא שיש ע״ח רק שלא היו עדי מסירה, וכן מפרש בדעת הסמ״ע. ועיין בהגהות אמרי ברוך, שהאחרונים הבינו בסמ״ע דאיירי בלא עדים כלל, וכן משמע בחידושי רע״א. אך בתומים סי׳ ס״ט כתב להדיא, שלא אמרו דשטר כשר במסירה אלא דוקא שכתב בכת״י או חתם בחתימת ידו, אבל נייר שכתוב בכתב של אחר, שדי נתונה לך או מכורה לך, אינו אלא צחוק בעלמא. ואף אם מודה שמסרו לו אין בו משום קניין, וכן כתב הקצוה״ח שהזכרנו לעיל. וכל זה דלא כמשמעות הסמ״ע, ודלא כמ״ש האמרי משה בשיטת הרמב״ם.

אשר לכן בנידו״ד במסירת צילום של שטר שהיה חתימה בצילום שהוא יכול להזדייף והוי כאין בו חתימה, שהרי בפועל לא חתם על הצילום הנ״ל, א״כ בפועל אין זו חתימתו, כה״ג משמע לשיטת רוב האחרונים דאין לזה תוקף שטר, שאף שנמסר הרי לא היו עדי מסירה לכך, וכן אין בו עדי חתימה, דלא כמשמעות האמרי משה, ודלא כדמשמע בסמ״ע. לכן בנידו״ד אין להכשיר צילום שנמסר ע״י שליח בתורת קניין שטר ומהטעמים שנתבארו.

ח.

ומה שיש עדיין לעיין האם כשהנותן שלח שליח שיצלם את השטר שיש בו חתימתו, הו״ל כאילו צוה לכתוב והשליח יחתום במקומו. וכה״ג היכא דצוה לשליח שיחתום במקומו ואין הכחשה בכך, מצינו פלוגתא בזה בין הקצוה״ח, סי׳ מ״ה ס״ק ב׳, שכתב דלגבי קנין והתחייבות דלא מהני כה״ג, אך הנתיבות שם חולק דאפשר דמהני יעו״ש.

אך בנידו״ד נראה דגרע טפי. שלמעשה אין כאן חתימת שליח כלל במקומו, דהכל נעשה ע״י מכונת צילום והוי הכל יכול להזדייף, ואין כאן לא עדי חתימה, ולא עדי מסירה. לאור האמור, לפי רוב הפוסקים, נראה דלא מהני שטר כה״ג, אף שאין הכחשה שאכן השטר הצילום נמסר ע״י אחד מבני המשפחה להנהלת המוסדות.

ט.

וקצת ראיה מצאתי בשו״ת אבני נזר, חו״מ סוף סי׳ ק״ס שכתב על דבר העתק שטר שמכר, אם נקנה בכתיבה ומסירה, וז״ל:

> ״ולענ״ד אינו נקנה, לא מיבעיא למ״ד שטר ראיה אינו נקנה, אלא אפילו למ״ד נקנה, כיון דעיקר השטר עדיין בידו, דיוכל לעשות עשרה העתקים ע״י הכתב שאצל הנוטריון (נאמן ממשלתי לאישור תעודות) לע״ד א״צ לפנים״ יע״ש.

לכאורה משמעות דבריו שהעתק שטר אין לו דין שטר, כיון שאפשר לעשות הרבה העתקים כאשר המקור עדיין נשאר אצלו, דאין ההעתק נקנה בכתיבה ומסירה, אך יש לחלק ולומר, דדוקא לעניין כתיבה ומסירה לא מהני לחשבו כשאר שטר, אבל היכא שידוע שזהו הצילום שהוא מתאים לשטר המקורי, ונמצא הצילום ביד הקונה, אפשר לגבי קניין דמהני כה״ג, וצ״ע.

אך מדברי האחרונים והפוסקים שהוזכרו לעיל נראה דרבו הפוסקים דכה״ג צילום בלא עדי חתימה ובלא ע״מ, לא מהני בתורת קניין שטר, ועכ״פ אין להוציא מיד הנותן, וכמ״ש.

י.

ומצאתי לנכון להרחיב הדברים, מאחר שעיקר הקניין בנידו״ד הוא בפשטות מכוח השטר, הנה לגבי גוף השטר אין ברור לנו שאכן היה כאן מסירת שטר לקנות בו את הבניין למוסדות וכמ״ש למעלה. ואף אם נאמר, דטענינן ללוקח ולמקבל מתנה לומר, דכשמסר התורם את השטר למנהל המוסדות לחתימה הוי לשם מסירת שטר, וטענינן להו כל מאי דמצי המנהל למיטען (יש לציין שהמנהל כבר נלב״ע) למעשה יש סברא הפוכה, שטענינן ליורש כל מאי דמצי אבוהון למיטען. והתורם יכול לטעון שמעולם לא מסר את השטר לשם קניין שטר, אלא לשם חתימה בעלמא וכמו שרגילים שחותמים על חוזים דהיינו שהיה סבור שע״י החתימה בלבד מהני להקנות את הנכס למוסדות (ולהלן יתבאר באם אכן החתימה לבד מהני), אשר על כן אין ברור לנו שהשטר המקורי נמסר בתורת קניין שטר, שעי״ז קנו את הנכס האמור.

ויעויין בקצוה״ח, סימן ס״ו סק׳ כ״ז, שהשטר צריך להיות של המוכר וצריך להקנות השטר לקונה או למקבל, וכאן בנידו״ד גם אם נניח שהנייר היה קניינו של הנותן, נראה דמתחילה לא היה בדעתו ליתן להם את השטר בקניין גמור, שהיה בדעתו לעכבו לעצמו, וכמו שהוכיח סופו על תחילתו, שהיה חפץ להחזיק את השטר אצלו מחמת חשיבות חתימתו של כ״ק האדמו״ר שליט״א. לפיכך עכ״פ מידי ספיקא לא נפקא, ויש לומר דטענינן ליורשים שלא מועיל בתורת קניין שטר, מכיון שלא היה מסירת שטר כדין בתורת קניין.

יא.

זאת ועוד אחרת, דהנה כו״ע מודו בנידו״ד שהשטר לא יצא מביתו של הנותן ונשאר בחזקתו, וכתב הגאון בעל קצות החושן, סי׳ ר׳ סק״ה, שאם נתן השטר מתנה בתוך הבית שנותן לו, אינו זוכה במתנה, שעדיין לא יצא מרשות נותן. ולא שייך לומר גיטו ומתנתו באין כאחד. שלא אמרו כן אלא גבי גט דלא בעינן שתזכה בו האשה עי״ש.

והיינו דאם נאמר דאף שלא היה מסירה לידו ממש בתורת קנין שטר, אין מקום לומר כיון שנתן השטר בתוך הבית ומקנה להם הבית, קונה השטר והבית בב״א, משום דקניינו של שטר ומתנתו באין כאחד. דלפי דברי הקצות לא אמרינן הכי, וכה״ג לא קנה, לא הבית ולא השטר שבתוכו.

ובפרט שכאן ידוע שלא רצה להקנות השטר, שהיה רצונו שהשטר ישאר קניינו, ולפיכך כאן לכו״ע לא שייך שטרו ומתנתו באין כאחד. והוספתי זאת לומר, דאף אם נעשה קניין אחר בבית, כמו שיבואר להלן, עדיין אין זה אומר

שע״י קניית הבית קונה גם את השטר שנמצא בו, כשיש גילוי דעת מפורש שרוצה לעכב את השטר המקורי אצלו. אשר על כן עדיין לא נוכל להכריע שהיה כאן קניין שטר כדת וכדין וכמו שנתבאר לעיל, וצ״ע עדיין.

יב.

וראיתי לחכם אחד שכתב שהשטר שבו נתרם הבניין למוסדות מועיל מדין אודיתא, לפי הנאמר בסעיף א׳ לשטר: ״הנדיבים תרמו בנדבת לבם וברצונם הטוב את הבניין... שבבעלותם כרשום בטאבו״. הרי הלשון הנדיבים תרמו שהוא לשון עבר, שיש בכך הודאת בע״ד על העבר שכבר הבית נתרם ומהני כה״ג גם מדין קניין אודיתא. הנה למעשה אין זה ברור שקניין אודיתא מהני אף בבריא. דיעויין בקצות החושן, סי׳ קצ״ד סק״ג, שהאריך לדון בדין קניין אודיתא, והביא בשם שו״ת תשב״ץ, ח״א סי׳ קנ״ג, שכתב שאין פקדון ומלוה נקנה בהודאה אלא בשכיב מרע. והוכיח גם מלשון הרמב״ם שכתב, שאין מטבע נקנה בשום דרך, אלא רק בקניין אגב, ומדלא הזכיר גם הודאה, משמע דס״ל דהודאה לא הוי קניין בבריא אלא רק בשכ״מ.

וכתב שם הקצוה״ח, שכבר נחלקו הפוסקים בקניין אודיתא אם מהני דוקא בשכיב מרע או אף בבריא. אך יעויין בש״ך, חו״מ סי׳ ס׳, ס״ק ל״ב, שהביא את שיטות החולקים בבעל התרומות שסוברים שדין אודיתא הוא רק בשכ״מ, אך הש״ך עצמו כתב, דכל הפוסקים חולקים ע״ז, וס״ל דאף בבריא מהני אודיתא עיי״ש. ויעויין בפתחי תשובה, חו״מ סי׳ ר״ג ס״ק ג׳, שהביא השיטות בעניין אם מועיל אודיתא בבריא, ואף הוא נקיט לעיקר דמהני אודיתא גם בבריא.

אך מה שיש לדון, דהנה הקצוה״ח סי׳ מ׳ סק״א כתב שאין אודיתא מועיל אלא בעדים שיאמר להם אתם עדי, ואע״ג דבכל הקניינים אמרינן לא איברי סהדי אלא לשקרי, הינו משום שהקנין הוא דבר הנגמר בפני עצמו. אבל קנין אודיתא אינו נגמר אלא בפני עדים. ואפילו אינו טוען משטה אני בך, דלא בעינן טענת השטאה אלא בהודה בחוב שחייב, אבל כששניהם יודעים שאינו חייב, ואינו זוכה אלא מכוח אודיתא, צריך דוקא בפני עדים, ושיאמר אתם עדי יעו״ש.

והיינו, שהעדים ואמירת אתם עדי, הם חלק מהקניין אודיתא. ובנידו״ד גם אם היו עדים, אבל לא שמענו שאמר ״אתם עדי״ על הקניין אודיתא. אך י״ל דלגבי הודאה בכת״י בשטר י״א דא״צ ״אתם עדי״ כדאיתא בשו״ע חו״מ סי׳ פ״א סעיף י״ז עיי״ש, אך שם איירי לגבי הודאת בע״ד, אך לגבי קניין אודיתא שיועיל מחמת קניין אולי גם כת״י בשטר צריך עדים ושיאמר ״אתם עדי״. וביותר יש לדון שאם נכתבה האודיתא בשטר, ולא נאמר ע״י התורם שתרם את הבניין בתורת אודיתא, ואין עדים כשרים חתומים על השטר וכן לא אמר ״אתם עדי״

לגבי חתימת ידו, לכאורה כה״ג לא מהני. מה עוד, שכפי שכתבנו לכאורה לא היה גם כן מסירת שטר כדין.

יג.

בנוסף להאמור יש לעיין ע״פ מ״ש בספר מעדני ארץ (להגרש״ז אויערבאך זצ״ל) שביעית סי׳ י״ח שהאריך בדין קניין אודיתא, ומצדד לומר שלא שייך שיעשה שליח לקניין אודיתא, וכמו כן ה״ה דאינו יכול לעשות תנאי בקניין אודיתא, עי״ש.

והיינו שאודיתא הוא הודאה על בעלות גמורה של המקבל, ואין לו שום תנאים במתנה זו, וכל שעושה תנאים אין כאן קניין אודיתא כדין וכדת, ולא מהני כה״ג. לכן בנידו״ד שיש תנאים בהמשך שטר המתנה, כמו שצוין בסעיף ד׳ שהמוסדות מתחייבים להנדיבים שהבניין לא ימכר ולא יגאל לעולם וכו׳, וכן סעיף ה׳, שאם המוסדות יפירו התנאי המפורט בסעיף ב׳ וירצו לשנות המקום הנ״ל ממקום תורה ותפילה, אז עשרה המבוגרים מיו״ח של הנדיבים יפעלו להקים במקום הנ״ל למטרה המפורשת בסעיף ב׳ וכו׳, מכל לשונות אלו נראה שהנדיבים הציבו תנאים על אופן הניהול והשימוש של המקום, ומי ינהל את המקום במצב זה או אחר, אשר לכן קשה להכריע ולומר שיש כאן קניין אודיתא ברור להפקיע מיד היורשים.

מה עוד, שאמנם בסעיף א׳ נמצא הלשון שתרמו משמע עבר, אך בהמשך הדברים סעיף ב׳ כתבו הנדיבים מוסרים משמע לשון הווה, וכשיש סתירות בשטר למרות שנקטינן דהיכא שיש לתרץ הסתירות אפילו על צד רחוק מתרצינן, אך כאן נראה שמפאת הסתירה קשה להכריע שיש כאן קניין אודיתא ללא ריעותא. דלאחר שתרמו כבר בעבר מה יש להם להתנות עתה תנאים כאשר הדבר כבר אינו שלהם. ואין לפרק הסעיפים בזכרון דברים שבודאי קשורים זה בזה, ולכן אף שיש לומר לדעת הרבה פוסקים דמיקרי אודיתא, אך אין הדבר מוסכם לכו״ע, ולפיכך יכולים היורשים לומר קים לי כאותן שיטות שלא מהני כאן קנין אודיתא.

יד.

לאחר כתבי זאת מצאתי בשו״ת מהרש״ם, ח״א סי׳ קצ״ד, באחד שמכר חמצו בשטר וכתב בו שקיבל אדראן (דהיינו דמי קדימה), ובחול המועד פסח נזכר המוכר וגם הקונה שלא נתן לו האדראן, ובא לשאול על חמצו לאחר הפסח.

והשואל רצה לצדד דמהני מטעם אודיתא שהודה בשטר שקיבל מעות, ודן אם מהני אודיתא בלא עדים, וכתב המהרש"ם בהמשך התשובה.

"הנה מ"ש דלא מהני אודיתא בלא עדים, הנה בנ"ד שחתם השטר בכתב ידו מהני כעדים".

ובהמשך התשובה כתב שם.

"אך בגוף ההודאה העלה המקור חיים סי' תמ"ח דלא הוי קניין אלא רק דנאמן אדם על עצמו וכו'.

ואחר זה מצאתי בנתיבות סי' ס' סקי"ז שהעלה בעצמו דהוי קניין, אבל מצאתי בת' הרשב"א חלק ד' סי' נ' שביאר הדבר היטב דהודאה מהני רק בתורת נאמנות, ולא בתורת קניין, וגם מצאתי בבעל התרומות שער ב' אות ד' בשם הראב"ד דהודאה אינו קניין, וכ"ה בנמוקי יוסף ב"ב פרק מי שמתו, גבי איסור גיורא, ויעויין בברכי יוסף חו"מ סי' מ' שהעיר דהודאה לא מהני בבריא כלל לשיטות כמה פוסקים, וכן מצאתי בשו"ת שאילת יעב"ץ ח"ב סי' כ"ב שהשיג מזה על דברי אביו הח"צ עיי"ש (וס"ל דהודאה לא הוי קניין) ...אבל אני מצאתי בשו"ת אבקת רוכל להב"י סי' ק"ה שפסק דהודאה מהני גם בבריא, ועיין בשו"ת פני יצחק הספרדי סי' כ"ב דהודאה בכתב מהני לכו"ע גם בבריא כמ"ש בתשובת הרא"ש וטור וב"י סי' פ"א, וכ"פ בתשובת באר מים חיים ח"א יור"ד סי' א'", יעו"ש בתשובת מהרש"ם.

עכ"פ הדברים תלויים במחלוקת הפוסקים, ואף שרבו הפוסקים שס"ל דמהני הודאה בתורת קניין גם בבריא, עכ"פ מידי פלוגתא לא יצאנו. אך מה שכתב בשם פני יצחק הספרדי, דהודאה בכתב מהני לכו"ע אף בבריא, אין ספר זה תח"י לעיין בנימוקים, אך לפי הראיות שהביא הרשב"ץ, מהא דלא הביא הרמב"ם קניין אודיתא במעות בבריא, משמע דאף בכתב ידו לא מהני אודיתא. וכן משמע מעוד פוסקים החולקים. אשר על כן קשה להכריע בזה, ביחוד בנידו"ד שיש כמה עיקולי ופשורי בשטר זה, ויעויין ג"כ בספר אמרי בינה ה' הלואה סי' ט"ו שלדעתו דעת רוב הפוסקים דאודיתא אין זה קניין אלא נאמנות.

טו.

עוד יש לדון אי מהני הודאת בע"ד שכתב בשטר לשון עבר, דהנה בשו"ע חו"מ סי' רמ"ה ס"א כתב המחבר וז"ל:

"הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני, או שכתב נתתיה לו, או הרי הוא שלו, הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו".

וכתב הרמ"א:

"אבל בדיבורא בעלמא לא קנה, אלא א"כ קנו מידו. והא דאמרינן לא קנה היינו שרוצה ליתן עכשיו בלשונות אלו, אבל אם אמר נתתי בלשון הודאה י"א שקנה (ר"ן פרק המקבל)", יעו"ש.

וכן יעויין ברמ"א סי' ס' ס"ו דלשון נתתי בשטר, הוי הודאה וא"צ לברר איך נתן, דכיון שמודה שנתן מסתמא הקנה לו באופן המועיל. אבל לדברי המחבר שם בסי' ס' ס"ו משמע דלא אמרינן בזה הודאת בע"ד וצריך לברר שנתן זאת באופן המועיל. אך בש"ך שם משמע דשיטת המחבר שהיא שיטת הרי"ף ס"ל דלעצם המתנה גם הרי"ף וסייעתו מודים דאמרינן כה"ג הודאת בע"ד, ורק היכא דלא נודע אם בשעת ההודאה היה הדבר ברשותו, אם יוכיח המקבל שהדבר היה ברשותו קנה. ובפתחי תשובה שם סי' רמ"ה, הביא בשם שו"ת מה"ר משה רוטנבורג, שהקשה, שהרמ"א כאן הביא רק שיטת הר"ן בשם יש אומרים, דאם אמר נתתי בלשון עבר דהוי כהודאת בע"ד, ובסי' ס' ס"ו הביא דיש פלוגתא בין הרי"ף לעוד פוסקים אי הוי כה"ג הודאה, ואם צריך לברר איך נתן. ועוד הקשה, שבסי' קצ"א כתב המחבר שטרי דידן שטרי קניין הם, ופירש הסמ"ע דאע"פ שכתוב בהם לשון עבר מכרתי או נתתי מ"מ מקנה לו עכשיו, וגם בקרא מצינו" נתתי כסף השדה קח ממני", שהכוונה שעכשיו יקבל הכסף, אף שכתוב לשון עבר, וא"כ קשה למה שם לא הביא רמ"א דעת החולקים דאפילו אינו מקנה עכשיו מועיל מדין הודאת בע"ד.

ולפיכך הכריע בת' הנ"ל, דגם החולקים על הר"ן מודים דנתתי לשון הודאה, אלא שסוברים שיש בו גם לשון קניין עכשיו. ולכן אם זה בדיבור כיון שאפשר שכיונו לקניין עכשיו אינו מועיל, משום דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל בשטר אע"ג דקיי"ל יד בעל השטר על התחתונה, היינו במקום שאפשר לפרש השטר מבלי שיתבטל לגמרי, כמש"כ בשו"ע סי' מ"ב סעיף ט', ולכן בסי' ס' ס"ו דאיירי בשטר ואם נאמר דאינו הודאה יתבטל השטר לגמרי, לכן אמרינן שהוא לשון הודאה. אבל בסי' רמ"ה דאיירי בדיבור כתב הרמ"א רק בלשון י"א את שיטת הר"ן. אבל בסי' קצ"א שאם נאמר בלשון נתתי הוא לשון עבר והוא לשון הודאה הרי יתבטל השטר דהרי אנן ידעינן שלא הקנה לו מקודם, לכן אנו מפרשים השטר כשטר קניין מעכשיו ולא על לשעבר.

מכל אלין מילין נראה דאין הדבר ברור שאם כתב לשון עבר בשטר דהוי הודאת בע"ד, וכמו שמשמע להדיא בסי' קצ"א בסמ"ע, דגם לשון עבר בשטר אמרינן דכוונתו עכשיו להקנות, כיון שידוע לנו שלא היתה הקנאה בעבר, ולכן גם בנידו"ד יותר י"ל דלא ידוע שהיתה הקנאה לשעבר, וגם אין טענה כזו מצד התובעים שכבר הקנה קודם שטר זה, א"כ כל ההקנאה היא בשטר זה ואז אמרינן שהכוונה להקנות רק עכשיו דלשון נתתי משמע לשעבר ומשמע ג"כ להבא, וכמ"ש שם הנתיבות סי' ס' ס"ק ט"ו יעו"ש. וביותר יעו"ש בנתיבות שהביא

בשם תשובת הרמ״א סי׳ צ״ב, דאם יש בשטר ב׳ לשונות דהיינו לשון נתתי ולשון אני נותן, אזלינן בתר לשון אחרון, ולכן בשטר דידן שתחילת השטר (סעיף א׳) הוא לשון עבר, ויש לפרשו כהודאה לפי כמה שיטות שהארכנו לעיל, אך בסעיף ג׳ הוא לשון הווה, ובזה איתא להדיא בתשו׳ הרמ״א הנ״ל דאזלינן בתר לשון אחרון, וכן הסכים הנתיבות, אשר על כן אין לקבוע ולומר ע״י שטר זה דהוי הודאה, וכן ממילא אין כאן אודיתא כה״ג, מלבד הרבה שיטות החולקים על גוף הדבר אם מהני הודאה כה״ג וכמו שנתבאר בארוכה לעיל.

טז.

ובר מן דין עדיין יש לי ספק, די״ל דלשון הודאה הוא כשאומר בלשון נתתי ומכרתי שהוא לשון נוכח של הנותן והמוכר, אבל לשון בגוף שלישי הנדיבים תרמו שהוי כלשון עדים, שאין זה לשונו של הנותן והמוכר, כה״ג אפשר דלכו״ע לא הוי לשון הודאה.

אח״כ מצאתי בדברי גאונים כלל פ״ט אות י״ד, וז״ל:

> ״אם לא כתב בלשון נוכח שדי מכורה לך, רק בלשון נסתר ובלשון הוה או בלשון עבר כמו הודאה, וכגון הנני מקנה לשמעון שדה שלי שיהיה שלו אי מהני כה״ג, עיין בתשובות מהר״ם שיק סי׳ רל״ב רל״ג, דעיקר מוכח מתוכו שהוא שמות המוכר והלוקח, ואין צריך לשון נוכח וגם הודאה לשעבר מהני כה״ג, וכ״כ בת׳ בית שלמה חלק חו״מ סי׳ מ״״.

ואין ספרים אלו תח״י, אך אעפ״כ נ״ל דיש לחלק בין לשון נסתר שהוא עכ״פ לשונו של המוכר, וכמו שכתב הלשון הנני מקנה לשמעון שדה שלי שיהיה שלו, י״ל כה״ג בלשון עבר איכא בזה לשון הודאה, אך בנידו״ד שאין זה כלל לשון הנותן אלא שכתוב הנדיבים תרמו את הבניין הנ״ל למוסדות, שהוא לשון של גוף שלישי ניתן לומר שאין בכך לשון הודאה וכמ״ש, ועדיין צריך תלמוד.

יז.

כמו כן יש מהראשונים שסוברים שאין אודיתא מועילה אלא כשהדבר אינו ברשותו של המקנה עצמו וישנו ביד אחר בפקדון, שאז זכה בו תיכף מי שהדבר בידו, עבור המקבל ע״י האודיתא, אבל כשהדבר ברשותו של המקנה אין האודיתא מועילה כה״ג. כ״כ הריטב״א במסכת ב״מ מ״ו ע״א, בשם ר׳ משה הכהן יעו״ש, וכן יעויין באמרי בינה הנ״ל סי׳ ט״ו.

אף שצ״ל שסתימת הפוסקים שמהני אודיתא בכל ענין, אך מ״מ י״ל דיש כמה צירופים להסתפק בתועלת של קנין אודיתא בנידו״ד. וכן בספר זרע אברהם

להגאון מנחם זמבא זצ״ל, שהתכתב עם הגאון ר׳ אברהם חתנו של האור שמח, ושם כתב להסתפק אם אודיתא מועיל בהקדש, כגון שמודה שחפץ זה שייך להקדש יעו״ש בסי׳ ט״ו, (וצ״ע בפנים שם). וכמובן שיש לכך השלכה לנידו״ד לגבי אמירתם קים לי כאותן שיטות שכאן אודיתא אינה מועלת, והנכסים ישארו ליורשים של הנדיבים. אך אין ספר זה תח״י ואפשר שיש חילוק בין הקדש ממש לבין נכסי צדקה, דקיי״ל דדינם כנכסי הדיוט לגבי שבועה וכמ״ש הרמ״א בחו״מ, דהקדשות דידן דינם כנכסי הדיוט, וצ״ע בזה.

ואח״כ עיינתי שם בסי׳ ט״ו וראיתי שחקר בזה ולא כתב סברא לכאן או לכאן, ורצה להביא ראיה ודחה זה עי״ש. אשר מכל הנ״ל צ״ע לנידונינו באם יש אודיתא לדבר ששייך לציבור כנכסי הקדש או כנכסי עניים, וצ״ע.

ואין צד לומר שהכתיבה היא הודאה שכבר היה קניין לשעבר, וכאן רק כתבו את סדר הדברים מה יעשה בבניין ואיך ינוהל, דא״כ אם נקטינן דאין זה שטר כלל, יוצא שאף המסירה כדין לא תועיל בתורת שטר כיון דאין מתכוון כלל להקנות את הנכס בתורת קניין שטר, אך לגבי דין הודאת בע״ד אם נחשוב זה כהודאה בע״פ הרי רבו החולקים כה״ג, וכמ״ש לעיל הפתחי תשובה בשם תשובת מו׳ משה מרוטנבורג דדוקא אם מתבטל השטר יש מקום להחשיבו כהודאה, אבל אם אין לכך תורת שטר א״כ הכל בטל, ולשון עבר בלבד לפי הרבה שיטות לא מהני. ועכ״פ כאן שהיו בשטר ב׳ לשונות ועוד כמה ריעותות דתליא בפלוגתות הפוסקים, ובפרט שיש ספק אם בכלל היתה מסירה לשם קניין שטר, קשה להוציא מהיורשים שנחשבים מוחזקים לפי הדין כלפי מקבלי מתנה ויבואר להלן.

יח.

עתה נבוא לדון אם חתימת התורמים על השטר יכולה להועיל מדין קניין סיטומתא, אף אם לא היתה מסירת שטר כדין. וכן יש לדון אם היתה מסירת שטר כדין, אם יכולה להועיל סיטומתא בלי רישום בטאבו, שזהו המנהג שרושמים בטאבו, והסוחרים מקפידים על כך שכל חוזה זכרון דברים שגמר הקניין יהיה ע״י רישום בטאבו, שזה הקנין הסופי ונותן את הבעלות על הנכס של מקרקעין.

הנה בגוף הדבר אי מהני סיטומתא בקרקע, כבר נחלקו בזה הקדמונים, הש״ך חו״מ, סי׳ ר״א ס״ק א׳ כתב בשם הב״ח דסיטומתא לא מהני בקרקע. אך הש״ך ערער על כך, והביא בשם הרש״ל דמהני סיטומתא אף בקרקע, והש״ך מוסיף, דאפשר דגם הב״ח יודה שמועיל קניין סיטומתא בקרקע, אלא שכ׳ שלא נהגו

הסוחרים בזמנינו לקנות קרקע בסיטומתא. אך בהגהות אמרי ברוך הביא בשם תשובת הב״י סי׳ צ׳ כשיטת הב״ח דלא מהני סיטומתא בקרקע. וכן בנתיבות, חידושים, משמע קצת דצריך שנדע בודאי שזהו מנהג הסוחרים לקנות בקרקע ע״י סיטומתא.

ומלבד שיש פלוגתא בסיטומתא בקרקע אי מהני, יש לפנינו ספק נוסף, דגם מנהג התגרים הוא שע״י כתיבת שטר אין גומרים המקח, וכן הוא הדינא דמלכותא שאין המקח נגמר עי״ז, ורק הרישום בטאבו הוא גמר המקח. וכן גמר המתנה והבעלות לפי נוהג התגרים, והדינא דמלכותא שניגמר רק ע״י רישום בטאבו. ולכן כה״ג קשה להגדיר זאת כקניין גמור המועיל גם מדין סיטומתא, שהוא עצמו שנוי במחלוקת אי מהני בקרקע. וקשה לומר שזה דרך התורמים שכותבים שטר וחותמים ע״ז ואצל תורמים זהו הסיטומתא. דהנה מנהג תורמים שהם מיעוטא דמיעוטא שיתנו בניין כתרומה למוסדות קשה להעמיד זאת כמנהג ברור שצריך שהיא זה מנהג ברור קבוע אצל הסוחרים ולא מנהג של אנשים בודדים, וכאן גם התורמים יודעים שבנוסף לשטר צריך ג״כ רישום בטאבו כדי להעביר בעלות, ולכן אין להחשיב זאת כסיטומתא ברורה. ובפרט שכתבו הפוסקים דספק במנהג הסוחרים, לא מהני קנין כה״ג. ויעויין בשו״ת אחיעזר, ח״ג סי׳ מ׳, מה שהאריך בעניין סיטומתא בקרקע יעו״ש.

ויעויין במנחת חינוך, בקומץ המנחה, מצוה קל״ב, מביא ראיה שמועיל קניין סיטומתא בקרקע, מדברי הרא״ש בב״מ דף י״ד, דשם איתא בגמ׳ ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות וכו׳ משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו, מאימת הוי חזקה, מכי דייש אמצרי, יעו״ש. ופירש הרא״ש, והקניין לפי המנהג דאמרינן לקמן האי סיטומתא קניא, והרי מכאן ראיה שסיטומתא מהני אף בקרקע, ותמה על כך שהש״ך לא הביא ראיה מדברי הרא״ש.

אך יש דוחים ראיה זו, משום דהרא״ש מעמיד הסוגיא דהיה הקניין המועיל בחזקה או בשטר, וכמ״ש שם גם התוס׳, ורק משייר לעצמו אפשרות לחזור בו מהקניין. ומ״ש הרא״ש שהקנין הוא לפי מנהג הסוחרים כדאמרינן האי סיטומתא קניא, כוונת הרא״ש, דכשם שמתחשבים עם מנהג הסוחרים לגבי עצם חלות הקנין, כך יש להתחשב עם מנהג הקונים לעכב המעות עד שיבדקו במיצריה בדייש אמצרי, ולהרשות להם עד אז לחזור בהם מהמקח.

וכן משמע בפלפולא חריפותא שם שכתב וז״ל:

״כי היכי דסיטומתא קניא שלא כדין אלא שכך נהגו, ה״נ קודם דדייש למצרי לא קני מפני שכך נהגו אע״פ שלפי הדין קני כה״ג.

א״כ לפי״ז אין כלל ראיה מהרא״ש שקניין סיטומתא מהני בקרקעות.

יט.

לאחר מחשבה ועיון נוסף עלה בדעתי לומר, שיש כאן קניין נוסף דנחשב כקניין כסף, והוא ע"פ מה דאיתא בשו"ע חו"מ סי' ק"צ ס"ו וז"ל:

"וכן י"א שה"ה האומר לחבירו הילך מנה ויהיה שדי מכור לך עצמך בו, כיוון שזכה במנה נקנה לו השדה, והוא שיהיה אדם חשוב שהמוכר נהנה במה שהוא מקבל ממנה מתנה".

יעו"ש וכן סתמו הפוסקים.

ולפי"ז בנידו"ד שהמקבל הוא אדם חשוב, א"כ מהני קבלתו לומר דבההיא הנאה שמקבל ממנו נחשב כנותן לו הנאה, והוי כנתינת ממון וקונה עי"ז את הקרקע.

אך אין הדבר פשוט, דהנה בשו"ע הנ"ל איתא, דקודם אומר המוכר ללוקח שהוא אדם חשוב, הילך מנה ויהיה שדי מכור לך עצמך, היינו שצריך שיקדם לקניין השדה קבלת המנה ע"י הלוקח, כדי שקודם לכך מקבל המוכר הנאת קבלת אדם חשוב, ועי"ז מקנה לו השדה. אבל עצם הסכמת קבלת אדם חשוב את השדה בלי שקדם לו קבלת המנה לכאורה לא מועילה. אך יעויין בשער המשפט, שם, ק"צ סק"ב, שתמה באמת, למה צריך שיתן המנה ויקנה בההיא הנאה דנתינת המנה, הרי יכול להקנות לו בנתינת השדה לחוד, ובההיא הנאה שמקבל ממנו השדה, דההיא הנאה שוה כסף הוא ובאין כאחד, עי"ש שנשאר בצ"ע.

אך בספר פתחי חושן (בדיני הקנינים), פרק ג' ס"ק ל"ב, באמת רוצה לומר דאה"נ, גם בלי הקדמת המנה קודם לכך, ג"כ קונה בעצם הסכמתו לקבל השדה, וקבלתו של האדם חשוב את השדה קונהו בההיא הנאה, אלא דהמחבר לישנא דקידושין נקט. דעיקר דין זה נאמר בקידושין, ושם לא שייך אלא ע"י שהאשה מקדמת לו הכסף, ובההיא הנאה מתקדשא ליה, דשם לא שייך שהיא תהיה אשתו בב"א שמקבלה אצלו, ולפיכך נקט המחבר כלישנא דקידושין, אבל אין הכי נמי עצם קבלתו של הנכס ע"י אדם חשוב נחשב הנאת כסף דקונה השדה עי"ז.

והנה לגבי קבלת אדם חשוב י"א דדינו כקניין חליפין, וכ"כ הר"ן בקידושין, שם בסוגיא, דלכך מהני לקנות ע"י זה גם במטלטלין וגם בקידושין, דיש גם הנאת פרוטה יעו"ש, ויעויין בקצוה"ח שם ס"ק ב', מ"ש לתמוה על הר"ן עי"ש, ובנתיבות המשפט מ"ש לחלק בין חליפין שוה בשוה לשאר חליפין.

ובספר נחל יצחק סי' מ', הביא מחלוקת הראשונים אם הנאת אדם חשוב, חשוב כקניין חליפין או רק ככסף, עכ"פ בנידו"ד בין בתורת קניין כסף ובין בתורת חליפין מהני לגבי קניית הנכס. וכאן הסכמת קבלת האדמו"ר שליט"א שהוא בודאי אדם חשוב ביותר, ובפרט אצל הנותן שהיה אצלו חשיבות גדולה

שהאדמו״ר יחתום על השטר, וזה היתה אצלו קבלת הנאת אדם חשוב, בודאי מחמת כן י״ל דהקנה את השדה.

ויעויין בשו״ע אבן העזר, סי׳ כ״ז סעיף ט׳, בדין קידושין באדם חשוב, שצ״ע מי נקרא אדם חשוב, וכתב בבאר-היטב בשם עצמות יוסף, דלא בעינן דוקא אדם חשוב לכל העולם, אלא כל שהוא בעיניה של האשה אדם חשוב ונהנית בקבלתו, הרי זה מקודשת. וא״כ ה״ה בקניינים הדין כן, וכ״ש בנידו״ד שהאדמו״ר מפורסם ואלפים מסתופפים בצילו, והנדיב היה חסיד מובהק שלו, בודאי דאיכא כאן הנאת אדם חשוב דנחשב לקנין גמור על הנכס.

ואף שיש קצת לדון, שהמוסדות אינם רכוש פרטי של האדמו״ר שליט״א, אלא שהם תחת חסותו ותחת נשיאותו, ואולי כה״ג לא נאמר דהוי קניין המועיל כשהוא אינו הקונה בעצמו את הנכס, אך מסתברא כיוון שבפועל כל המוסדות נתונים תחת מרותו ונשיאותו, והוא נחשב כמו בעלים להכריע בכל הנכסים איך שיעשו ואיך לנהלם, הסברא נותנת דנחשב כמו הנאת אדם חשוב שהמוסדות זוכים בנכס מטעם זה. ובנוסף מסתבר דעצם ההנאה שחתם על שטר הנתינה, אף שהמקבלים הם המוסדות, ג״כ חשוב ההנאה שהמוסדות יקנו את הבניין בהיא הנאה דאדם חשוב, וכמשנ״ת.

כ.

ולמעשה איכא נפקותא טובא אם קניין דהנאת אדם חשוב הוא מטעם כסף או דהוי כחליפין. דמטעם כסף נקטינן דבמקום שכותבין את השטר לא קני בקניין כסף, כדאיתא בשו״ע סי׳ ק״צ סעיף ז׳. אך לגבי חליפין רבו הפוסקים שקונה אף במקום שכותבים את השטר. ויעויין בשו״ע שם סי׳ ק״צ, ובבאר היטב שם סק״א, שהביא מחלוקת הפוסקים בזה. אך יעויין בדברי גאונים, כלל נ״ג סי׳ י״ח, שכתב דבמתנה לכו״ע קונה בקנין סודר אף במקום שכותבין את השטר, ויש לכך נפקותא טובא לנידו״ד.

בנוסף לכך יש לדון לגבי מתנה אם באדם חשוב מהני לגבי הא דנחשב קניין כסף. דהנה בשו״ע סי׳ ק״צ סעיף ב׳, ״בכסף כיצד, מכר לו בית או שדה ונתן לו כסף שוה פרוטה קנה״, וכתב הסמ״ע דוקא כשנתן לו הכסף שהוא תחילת פרעון, ולא עייל ונפיק אזוזי, אז קנה, דילפינן קניין כסף משדה עפרון, ושם הכסף היה על פרעון השדה, ולפ״ז לכאורה במתנה שהכסף אינו שייך לתחילת פרעון שוויות השדה כה״ג לא יקנה בכסף. וה״ה בהנאת אדם חשוב אם נאמר כפי השיטות דנחשב ככסף, אך אין זה תחילת הפרעון שיועיל מתורת קניין כסף. אך בט״ז שם פליג על הסמ״ע, וס״ל דהוי כסף קניין, אף שאינו תחילת פרעון. וכן הנתיבות שם הוכיח כדעת הט״ז, שהוי כסף קניין, וממילא מהני במתנה בכל ענין, והוי לפי״ז נפקותא גם לעניין נידו״ד.

שו״ר בספר אמרי בינה, מערכת הקנינים סי׳ א׳ שכתב לדון בזה, והעלה דגם להסמ״ע יועיל קנין כסף במתנה, והוכיח כן מדברי התוס׳ רי״ד, קידושין דף י״ג. וכתב דהטעם משום דגם במתנה זהו כפרעון על הקרקע. אך בנידו״ד צ״ע, דכאן ההנאה הוי מידי דממילא, ואין להחשיב זה תמורה לקרקע וצ״ע.

כא.

ומה שיש אכתי לדון אם בשעה שחתמו על השטר כוונתם היתה שהקנין יעשה ע״י חתימת שטר הנדבה למוסדות, אך לא היתה כוונה לקנות ע״י הקנין דבההיא הנאה דאדם חשוב, אם מהני קנין כה״ג. ומשום דיש להסתפק אם צריך כוונה יחודית לקנות במעשה קנין זה, או אם יש כוונת קנין בעלמא אע״פ שאין כוונה יחודית לקנות במעשה קנין זה נמי מהני. והנה בעלמא קיי״ל בפשטות דצריך כוונת קנין. והנה בגמ׳ קידושין דף מ״ח איתא:

״לימא כתנאי קידשה בשטר (שאין עליו עדים) ר״מ אומר אינה מקודשת ור׳ אליעזר אומר מקודשת, וחכמים אומרים שמין את הנייר אם יש בו שווה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת״.

ולפי חכמים חזינן אע״פ ששם קידשה בתורת שטר, מ״מ אם לא מהני מתורת שטר, מועיל בתורת כסף, אע״פ שלכאורה לא היתה כוונה לקנות בתורת כסף, כיון שהיתה כוונת קנין כללית, מהני במעשה זה לקנות אף בתורת כסף. אך יש מקום לדחות, דרש״י שם כתב דלפי חכמים מקודשת דדעתה נמי הנייר. והיינו שיש דעת להתקדש על שווי הנייר ג״כ, ולכך י״ל כה״ג שכוונתה שזה יהיה כמו כן חלק מהקנין, שהוא השטר, ובעצם השטר יש גם שווי כסף באותה פעולה, ולכך ס״ל לחכמים דמקודשת בתורת כסף. משא״כ כשיש ב׳ פעולות נפרדות כגון בנידו״ד שיש שטר, ויש פעולה אחרת של טובת הנאת אדם חשוב, ועל כך לא היתה כוונת קנין יחודית, אפשר דלא מהני כה״ג.

כב.

והנה בגוף הדין לגבי כוונת קנין איתא פלוגתת הפוסקים בשו״ע, חו״מ, סי׳ ר׳ סעיף ח׳, במחבר וברמ״א לענין לוקח שמדד שהוא מעשה משיכה אלא שלעת עתה נתכוון למדידה, ולא לקנין משיכה, דאיתא פלוגתא אם קנה כה״ג יעו״ש. ויש משם לומר שני צדדים לענין נידו״ד, דשם לא נתכוון לקנות בקנין אחר, ולמעשה היה לו רצון בהמשך לקנות את הפירות, וכיון שהמדידה היא חלק מהמקח חשיב שפיר מעשה קנין, דבפועל יש כאן מעשה משיכה. משא״כ בנידו״ד הרי היתה לו כוונה אחרת שחשבו שקונים ע״י חתימת השטר, ובזה כבר הדבר

נקנה, ולא היתה כוונה לקנות בקנין נוסף, אפשר כה״ג דגרע. וכדאיתא במסכת ב״מ דף י׳, בנפל על המציאה דאמרינן דגלי דעתיה דבנפילה ניח״ל דליקני, בד׳ אמות לא ניח״ל דליקני, ולכך שם אינו קונה בד״א לפי תירוץ אחד, בגמ׳ שם, שלא היתה כוונה לכך, דקנין שני אף שאינו מועיל גורע מקנין זה. ויבואר לקמן ג״כ דין זה בשיטות הפוסקים. וכן מצינו ג״כ בגמרא, יבמות דף נ״ב ע״ב, דהעודר בנכסי הגר, וסבור שהם שלו לא קנה, היינו שצריך כוונה מיוחדת לקנין.

אך יש צד שני לומר, דשם במדד ולא משך עדיין לא היתה כוונה עכשיו לקנות, אלא בהמשך הדבר, ולכך ס״ל לאותה השיטה דאף שעשה מעשה קנין לא קנה, משא״כ כאן דבשעת מעשה יש כוונה לקנין, ובאותה שעה יש גם קנין נוסף המועיל, כה״ג אפשר דכו״ע יודו דקונה, ולא דמי לנפל על המציאה דשם י״ל לגבי קנין ד״א דהוי דרבנן, יכול לומר אי אפשי, משא״כ כאן דהוי קנין דאוריתא, ויבואר להלן.

והנה בדין זה דנפל על המציאה נחלקו הפוסקים, יעויין ברמ״א חו״מ סי׳ רס״ח סעיף א׳, דהביא מחלוקת הראשונים בנפל על המציאה, אי נקטינן להלכה כתירוץ הגמ׳ דאמרינן דבנפילה ניח״ל דליקני, בד׳ אמות לא ניח״ל דליקני. והכריע הרמ״א כדעת רוב הראשונים דלא אמרינן כן, ובאמת קונה בד׳ אמות אע״פ שנפל עליה, דלא קיי״ל כהאי תירוצא בגמ׳.

אך בר״ן ובנמוקי יוסף שם ס״ל דקיי״ל כהך תירוצא ובאמת אינו קונה בד״א. אך הרמ״א הכריע דלא כשיטות אלו, וכשיטת רוב הפוסקים דקנה כה״ג, וזה שיטת הטור וב״י בשם הרא״ש והרי״ף.

אך בחידושי ר׳ עקיבא איגר שם הקשה סתירה מדברי השו״ע סי׳ קצ״ח סעיף י״ב, ושם איתא בזה״ל:

> ״היתה עומדת ברשות הרבים ולא אמר להם המוכר כלום, והלך הלוקח ומשך לא קנה, עד שימשכנה כדינה מר״ה לסימטא, אע״פ שנקנית במסירה ברה״ר, ומסירה אינה צריכה שימסרנה מיד ליד, אפ״ה כיון שהתחיל למשוך כבר גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו שהוא מחזיק ותפוס בה, אלא במשיכה״, ע״כ.

(וזו שיטת הרשב״א בשם הר״י מיג״ש). ופסק זה סותר למ״ש הרמ״א להלכה, אף שרוצה בקנין אחר מ״מ קונה בד׳ אמות, וכאן לא הגיה הרמ״א כלום, ויעויין ג״כ בחכמת שלמה שהקשה כן.

ובמשנה למלך, פ״ב מהלכות זכיה, הל׳ ט׳, הקשה כמו כן מסימן ער״ה סעיף כ״א, גבי בונה בנכסי הגר אף שהגביה קודם את האבנים של הגר, כיון שלא התכוון לקנות בהגבהה לא קנה, משום דשם היתה כוונתו לקנות את האבנים בזמן שיבנה אח״כ פלטרין יעו״ש, משמע דאמרינן גלי דעתיה דלא ניח״ל דליקני. ותירץ המשנה למלך, דיש חילוק אם שני הקניינים הם באותו זמן, כגון בנפל

על המציאה דבאותה שעה ישנו ג״כ הקנין של ד׳ אמות, ולכן הכריע הרמ״א דקונה ולא אמרינן דגלי דעתיה דלא ניח״ל דליקני. משא״כ גבי אבנים שבאותה שעה לא רצה עדיין כלל לקנות את האבנים, ולכן אף שעשה הגבהה לא קנה. וכתב הפתחי תשובה, סי׳ רס״ח, דבזה מתורצת ג״כ קושיית הרע״א, משום דשם כשקיבל האפסר דהוי מסירה עדיין לא היתה לו כוונת קנין, ורק רצה לקנות לאחר מכן ע״י המשיכה, ולפיכך אח״כ כשמושך כבר אין כאן את המסירה ולכך כה״ג לא קנה יעו״ש. לפי״ז בנידו״ד נראים הדברים ששני הקניינים היו באותו זמן, היינו דבזמן החתימות של הצדדים על השטר, ובאותו זמן ג״כ היתה הנאת הקנין דאדם חשוב, דהו״ל מעשה קנין כדין. ולכך כיון דבאותה שעה היתה כוונת קנין, אף שהשטר עצמו לא נמסר כדין, הו״ל קנין המועיל מצד הנאת אדם חשוב, ואף שלא היתה כוונת קנין יחודית מצד זה.

אך אח״כ ראיתי בספר פתחי חושן (בדיני הקנינים) (להגר״י בלוי שליט״א) פרק א׳ סעיף י״ד אות כ״ג. שכתב לחלק בין דין ד׳ אמות לשאר קנינים. משום די״ל דמה שהכריע הרמ״א להלכה דקונה בד״א אע״פ שגילה דעתו דבנפילה ניח״ל דליקני, זה משום דד׳ אמות דינם כחצר שקונה שלא מדעתו, ולכך אף שלא היתה כוונה לקנין מ״מ קונה בד״א, משא״כ בשאר קניינים היכן דיש קנין המועיל וקנין שאינו מועיל, ודעתו לקנות בקנין שאינו מועיל, כה״ג גם הרמ״א יודה שאינו קונה בקנין המועיל, ובזה יתיישבו הקושיות של המשנה למלך ושל הרע״א, למה לגבי גר אינו קונה בהגבהה, וכן לגבי בהמה דאינו קונה במסירה, משום דבשאר קניינים בעי כוונה לקנות באותו קנין המועיל, והיכא שלא היתה כוונה אינו קונה.

לסברא זו יוצא שבנידו״ד דאיירי בשאר קנינים כאשר עיקר הכוונה היתה לקנות ע״י חתימת שטר הנדבה, אינם קונים בקנין הנוסף של הנאת אדם חשוב, כאשר לא היתה להם כוונה לקנות בקנין זה, ומאי דאיתא בשו״ע הנ״ל שקונה בהנאת אדם חשוב היינו שאמר לו בהדיא שיקנה ע״י הנאה זו.

כג.

אך מצד שני יש לומר, דכאן לכו״ע יועיל קנין דהנאת אדם חשוב, משום דשיטת הר״ן היא דס״ל דהעיקר כתירוץ הגמ׳ דאמרינן בנפילה ניח״ל דליקני ובד״א לא ניח״ל דליקני, וכתב הר״ן דסברא זו מהני רק לקנין דרבנן שיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים, ולכך קנין ד״א דהוי דרבנן לא קני, אבל בקנין דאורייתא לא אמרינן גלי דעתיה דלא ניח״ל דליקני. ממילא בנידו״ד לפי רוב הפוסקים דהנאת אדם חשוב הוי קנין כסף דהוי דאורייתא, לא אמרינן כה״ג דלא ניח״ל דליקני וקונה אף שאין כוונתו לקנות בכך. וגם אם נאמר דיש בזה גם

קנין חליפין דהוי מדברי קבלה, סברא לומר דהוי כדאורייתא, לפי הרבה פוסקים, וצ״ע.

ויעויין בספר מחנה אפרים, הלכות קנין משיכה, סי׳ ד׳, שהעלה דכל שמתכוון לקנות ומתעסק בזכיה, קונה במעשה הקנין אע״פ שלא התכוון לקנות באותו קנין, יעו״ש מה שהאריך בזה.

אך בשו״ת חת״ס, חו״מ, סי׳ צ״ט, דן במי שעשה קנין אחר, גילה בדעתו שאינו חפץ בקנין הגבהה. וכתב על פי הנמוקי יוסף, פ״ק דב״מ דף י׳, שלא אמרו גלי דעתיה דלא ניח״ל דליקני אלא בקנין ד״א שהוא דרבנן, והרי זה כאומר אי אפשי בתקנת חכמים אבל בקנין דאורייתא קונה ע״כ, ואינו יכול לבטל ולכן יקנה באמת בהגבהה. אך כתב שם, דלשיטת רש״י פרק הכותב משמע, שאפילו בדאורייתא יכול לומר אי אפשי, והו״ל ספיקא דדינא יעו״ש.

ומ״מ צריך לבאר דהא דבדאורייתא קונה היינו שקונה גם בלי כוונה לקנות, אך היכא דיש כוונה הפוכה, דהיינו שאינו רוצה לקנות, בזה פשיטא דאינו קונה והדבר פשוט.

כד.

ויעויין בשו״ת דברי חיים, ח״א סי׳ ל״ב, היכא דמכר לו קרקע בשטר כדינו, ואח״כ עשה הלוקח חזקה בקרקע כגון נעל וגדר ופרץ, שלא בכוונה לקנין, כי שניהם סברו שהשטר היה קנין כדין תורה, ואח״כ נמצא חסרון בשטר באופן שהשטר בטל, אם מהני החזקה כה״ג. וכתב שם, שבכל מקום שהיו ב׳ קנינים ואחד היה קנין שאינו מועיל, וכוונתם היתה להקנות ולקנות בזה הקנין, מ״מ מועיל הקנין האחרון כמו החזקה כיון שעכ״פ היתה כוונתם לקנין גמור. הו״ד בדברי גאונים, כלל פ״ט, ס״ק ב׳. אשר לפי זה בנידון דידן בודאי דמהני הקנין דהנאת אדם חשוב. ובפרט שבנידו״ד היתה גם חזקה דנעל גדר ופרץ אשר יבואר להלן, נראה לדעת הדברי חיים הנ״ל דמהני הקנין דהמוסדות הנ״ל.

ומה שיש כאן לצדד דלפי״ז יש צד לומר דגם מסירת השטר לשם חתימה לידי המקבלים, הו״ל דין מסירת שטר, אף שלא היתה כוונה שיקנו זאת בתורת מסירת שטר שיהיה קנין שטר ע״פ ד״ת, עכ״פ מעשה מסירת שטר היתה כאן שתועיל לומר דהו״ל קנין כה״ג אף בלי כוונת קנין עי״ז, וכמו בקנין חזקה לפי מ״ש הדברי חיים הנ״ל.

אך נ״ל דיש חילוק גדול, דשם בעובדא דהדברי חיים היה קנין חזקה גמורה, שאין כל חסרון מצד המעשה קנין, ולכן ס״ל כיון דבאמת רצו שניהם להקנות ולקנות מהני קנין זה. משא״כ בנידון דמסירת השטר כל המעשה קנין של שטר הוא עי״ז שהמקנה מקנה את השטר לקונה שיקנה את השטר לעצמו, וכאן בודאי

לא היתה כוונתו להקנות להם את השטר שיהיה שייך להם לקונים, שהרי דעתו להשאיר השטר לעצמו כאשר עשה למעשה, ולפיכך כה"ג חסר בגוף מעשה הקנין, שחסר מסירה לקנין כדין שטר בין מצד המקנה ובין מצד הקונה, ולכך כה"ג נראה מסברא דלא מהני אף לשיטת הדברי חיים הנ"ל.

אך לענין קנין הנאת אדם חשוב וקנין חזקה לפי הדברי חיים הנ"ל, נראה דמהני וכמו שנתבאר.

לאחר מכן קיבלתי את הספר דברי חיים, ועיינתי שם בסי' ל"ב, ומצאתי לנכון להעתיק מדבריו הנוגעים לענינינו, וז"ל:

"וא"כ כיון שהשטר בטל, במה קנהו, הן אמת דלפי מ"ש הקצות וכו',... וא"כ עכשיו שנתבטל השטר בטל הקנין, מ"מ הרי קנהו בחזקה דמבואר במחנה אפרים הלכות מכירה סי' ט"ו בשם מהרשד"ם, דקנין ע"י פועלים נכרים הוי קנין, ומסתמא עשה הלוקח קנין חזקה כמו נעל גדר ופרץ, א"כ קנה בחזקה לחוד, אף דעדיין יש לפקפק ע"ז, דהא לא נתכוון לקנות בחזקה, שהוא סבור בדעתו שכבר קנהו בהשטר, ובלא כוונה לא הוי קנין, הגם שהוא דעת אחרת מקנה לו, דלפי שיטת הרשב"א בגיטין דף כ' והראב"ד ב"ב בסוגיא דרב ענן, ס"ל דמהני בלא כוונה [כיון דיש דעה אחרת] מ"מ הלא גם המוכר אינו יודע, ולא היה דעתו להקנות לו בחזקה, כי היה סבור שיקנה לו ע"י השטר, וכן מבואר בנתיבות סי' ר' דאם גם המקנה לא נתכוון לא מהני דעה אחרת...

אולם נלע"ד דכ"ז הוא דוקא באם לא נתכוונו שניהם לקנין, כמו מדידה שאינו קונה ששניהם לא נתכוונו לקנין כמבואר בנתיבות שם, אבל בנידו"ד שבאמת מכוונים שניהם זה להקנותו וזה לקנות, רק שהם סוברים דהקנין יהיה בשטר, נהי דהשטר בטל, מ"מ מהני הקנין של חזקה בלא כוונה, כיון שהמקנה נתכוון להקנות ודאי דאמר ליה לך חזק ועשה כרצונך, וגם היה בפניו, רק שלא אמר לו בפירוש שיקנה בזה, כי לא עלה על דעתו שיקנה דוקא בזה, אבל ודאי דעת המוכר שיקנה במה שירצה, וא"כ שוב מהני החזקה גם בלא כוונת הלוקח, כיון שהיה דעת המקנה להקנותו לו, ולפע"ד זה ברור ע"ש...

וגם בלא"ה אם יש לפניו שני קנינים אחד המועיל ואחד שאינו מועיל ע"פ הדין, מ"מ קונה בהשני בלי כוונה כיון שעכ"פ מתכוון לקנות, כמו שמבואר בש"ס ב"מ דף י' לרוב הראשונים [כוונתו בנפל על המציאה]. ואין לחלק דוקא התם שנעשו בפעם אחת, משא"כ כאן באם שעשה החזקה לאחר קבלת השטר א"כ לא נתכוון אז לקנות כלל, זה ליתא דמאי שנא כיון שעכ"פ מתכוון לקנות".

יעו"ש שכן הסיק למסקנת דבריו.

ויעויין בספר שבט הלוי, ח״ו סי׳ רמ״ג, תשובה מבן המחבר הגר״ח ואזנר שליט״א, אות ה׳, שכתב בנידון דידיה שהחזיק בבית באחת הדירות, והיה סבור שכבר קנה קודם לכן בכסף, דנקיט דכה״ג לא מהני חזקה כלל, כיון שאין דעת קונה, ואין דעת מקנה וכן הסיק שם להלכה. ואישתמיטתיה מינה דברי הגאון בעל דברי חיים, שנקיט לדינא דודאי מהני חזקה. ואולם יבואר לקמן דדבריו של הדברי חיים אינם מוסכמים אליבא דכו״ע.

ומצאתי אח״כ בספר בית-שלמה (להגאון מסקאלא), חלק חו״מ סי׳ ס״ה וסי׳ ס״ו, דג״כ נקיט דכה״ג שאין כוונת מקנה ולא כוונת קונה שלא קנה, דלא כשיטת הדברי חיים הנ״ל, יעו״ש.

כה.

ועוד יש לומר בנידו״ד דמועיל אף בלא כוונת קנין. וכהא דאיתא בגמ׳ מסכת ב״ב דף מ״א.

> ״רב ענן שקל בידקא בארעא אזל אהדר גודא בארעא דחבריה, אתא לקמיה דר״נ א״ל זיל אהדר וכו׳, א״ל והא קא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי, א״ל מחילה בטעות הואי וכו׳״.

ובנמוקי יוסף שם כתב:

> ״ושמעינן מהכא דאילו ידע המזכה אע״ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה מ״מ קנה וכו׳, ואע״ג דאמרינן ביבמות פרק ר״ג (דף נ״ב) שהעודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו לא קנה, תירץ הראב״ד ז״ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה״ עכ״ל.

וכ״כ הרשב״א ז״ל בפ״ב דגיטין, גבי שאני זקן דידע לאקנויי, דמשו״ה קונה הזוכה אע״ג דלא נתכוון לקנות, כיוון דאיכא דעת אחרת מקנה עי״ש.

ובקצוה״ח סי׳ ער״ה סק״ד הקשה, דבטור חו״מ סי׳ ר׳ סי״ג כתב, הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום, אפילו אם פסק הדמים והמוכר מדד על החמורים לא קנה וכו׳ והראב״ד ז״ל כתב דאפילו מדד לוקח על החמורים (דהו״ל כמשכו או הגביהו) לא קנה, שלא נתכוון למשיכה ולקנות במדידה זו דלמדידה בעלמא נתכוון, וכתב שם הטור עליו דלא מסתברא, והקשה הקצות דזהו סתירה מדברי הראב״ד הנ״ל דס״ל דבדעת אחרת מקנה, קונה אף בלי כוונה, ואולי תרי ראב״ד נינהו, ע״כ דברי הקצות.

ובתשובת רע״א, סי׳ ל״ז, עמד ג״כ על סתירה זו וכתב שם בד״ה ומדברי הראב״ד, דצ״ל דהראב״ד סבר דבמדד הלוקח גרע, דגילוי דעתא כזו הוה כאילו פירש שעדיין אינו רוצה לקנות, ע״ש. והיינו כיון דיודע שיש לו לעשות מעשה

קנין ובלא״ה לא יקנה, ואפי״ה הוא עסוק בכוונת מדידה ולא לכוונת קנין, מוכח שאינו רוצה לקנות אלא במעשה הקנין דלאחר המדידה, משא״כ בההיא דרב ענן שלא ידע כלל שיש לו לקנות, שפיר קונה במעשה בלא כוונה היכא דדעת אחרת מקנה.

והנה דבר זה נוגע גם לנידו״ד, דהרי כאן בנידוננו היתה דעת אחרת מקנה, שהתורמים התכוונו להקנות הבנין למוסדות, וגם למעשה יש לומר לפי תירוץ הרע״א הנ״ל, דהיכא דהלוקח יודע שצריך לקנות ואינו מתכוון עתה לקנות דלא מהני כה״ג דעת אחרת, ומשום דהו״ל כאילו פירש שאינו רוצה עתה לקנות, אבל בנידו״ד הרי גם הקונים רצו לקנות עתה, אלא שלא כוונו לקנות בקנין זה דהנאת אדם חשוב, כה״ג נראה דגם לרע״א קונים בקנין זה עכ״פ כיון דיש כאן דעת אחרת מקנה.

אף שיש מקום לחלוק ולומר, דדעת אחרת מקנה מהני כשהמקנה מכוון להקנות ע״י הקנין שעושה הקונה, וכגון בהא דרב ענן, ששם אילו המקנה היה מכוון להקנות, היינו כיון שעשה קנין שבנה את הגודא בארעא דחבריה והו״ל קנין חזקה, ובכך התכוון להקנות לו, אבל היכא שהמקנה מתכוון להקנות בסתמא בלא כוונה לקנין מסויים, וכנידו״ד, שגם המקנה לא חשב כאן להקנות בקנין דהנאת אדם חשוב, אולי לא מהני כה״ג, והדבר צריך הכרע. אך הדעת נוטה לומר, דכל שיש כוונת קנין הן מצד הקונה והן מצד המקנה, אך אין כוונתם על קנין מסוים שקנין זה יקנה, ג״כ מהני בדעת אחרת מקנה (יש לכך כמו כן נ״מ בנידו״ד גם לגבי קנין חזקה שעשו לאחר מכן, אך לגבי קנין חזקה גרע טפי משום דהמעשה נעשה אחר זמן שאז כבר לא היתה כוונת קנין כלל שחשבו שכבר קנו קודם לכן, וזה יבואר להלן).

אך למ״ש נראה דתליא לכאורה לפי מ״ש הנתיבות המשפט סי׳ ר׳ סקי״ד, ששם הביא את דברי הקצוה״ח דלעיל, וכתב שלא כתבו הראשונים דהיכא דדעת אחרת מקנה, לא בעינן כוונת הקונה, אלא באופן שבשעה שעשה הזוכה מעשה קנין מתכוון המזכה שיזכה במעשה זה, משא״כ בהך דסי׳ ר׳ במדידת הלוקח הרי גם המוכר לא נתכוון להקנות במעשה זה, כי אם למדידה בעלמא, ולכן גם הלוקח לא קנה.

ולכאורה לפי סברא זו היה נראה בנידו״ד כיון שגם המקנה לא נתכוון להקנות במעשה זה של הנאת אדם חשוב או בקנין חזקה, לא קנה. אך י״ל דהעיקר כמ״ש הנתיבות בסיפא של דבריו, דלגבי מדידה גם המוכר לא נתכוון שיקנה עכשיו במדידה זו כי אם למדידה בעלמא, דיש לדייק מדבריו, דהיכן שיש כוונה לקנין אף שאין כוונה למעשה זה הקנין המיוחד, ג״כ הסברא נותנת דקונה.

ובפרט לפי מ״ש שם הנתיבות בהמשך דבריו שיש לחלק בדעת אחרת מקנה בין מתנה, דשפיר אמרינן דדעת המקנה להקנות מועיל למעשה המקבל, ומשום

דאילו ידע המקבל גם הוא היה מתכוון לקנות ממנו, אבל במקח מנין לנו שהיה הלוקח מתרצה לקנות, אפשר שרוצה להשאיר לעצמו זכות לחזור בו עד שיעשה קנין.

מדבריו רואים שלגבי מתנה אף בלא כוונת קנין מהני וכ״ש כשיש כוונת קנין, אלא שלא היתה כוונת קנין מיוחדת על מעשה קנין זה, דמשמע דכה״ג מהני שיקנה המקבל מתנה את החפץ, ועדיין יש קצת לפקפק דאולי דוקא כשיש דעת אחרת של המקנה על קנין מסוים, וצ״ב עדיין.

כו.

והנה בתשובת רע״א סי׳ ל״ז, שהוזכר לעיל הוכיח מהטור כשהשיטות הנ״ל, דדעת אחרת מקנה מהני גם בלא כוונה לקנין, שהרי פסק במדד הלוקח קנה אע״פ שלא נתכוון במעשה זה לשם קנין, ואילו בסי׳ קצ״ד גבי לוקח שדה מנכרי בשטר אחר שנתן את הכסף[2] כתב הטור שאפילו החזיק בו הלוקח כמה שנים ולא לשם קניה, כי היה סבור שיספיק לו שטרו, לא קנה, ואם בא אחר והחזיק בו זכה, הרי דלא מהני חזקתו כשלא נתכוון לקנות, אלא ע״כ משום דהכא שאני שכבר נעשה הפקר וליכא דעת אחרת מקנה.[3]

אך למעשה הרע״א עצמו לא רצה לסמוך על סברתו שלא מצא כן בפוסקים, יעו״ש.

כז.

אך הט״ז עמד ג״כ בסתירה זו בדברי הטור כפי קושיית הרע״א וחילק בדרך אחרת, דהיכא שאינו יודע כלל שיש כאן ענין לקנות, כההיא דעודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו, או כהא דסי׳ קצ״ד בלוקח מנכרי בשטר אחר כסף, דהיה סבור שכבר הוא שלו מקודם, לכן לא קנה. אבל במודד מה שרוצה לקנות עכשיו וכוונתו שרוצה לקנות, אלא שלא נתכוון שאותו מעשה יועיל לו לקנין שפיר קונה כה״ג.

---

2 דלדעת הרא״ש פרק חזקת הבתים סי׳ ס״ה, והטור, דאינו קונה משום דמשעה שנתן הכסף לנכרי איסתלק ליה והוי הפקר עיי״ש.

3 יש להביא מכאן ראיה לדבריו של הדברי חיים הנ״ל דהיכא דהיה שטר שהתברר שנתבטל, ועשה אחר כך חזקה אף שהיה סבור שמהני הקנין שטר מ״מ קונה בחזקה, וכמ״ש הרע״א, דהסברא דבעכו״ם לא קנה כה״ג משום דליכא דעת אחרת מקנה, שכבר נעשה הפקר קודם לכן, אבל בישראל מישראל כה״ג היה קונה, באם היה מתבטל השטר וקנה בחזקה, אף שלא היה דעתו לקנות בחזקה שהיה סבור שכבר קנה מטעם השטר שקדם לו.

ולדברי הט״ז בנידוננו יצא חילוק דאם בשעת מעשה רוצה לקנות אלא שלא נתכוון לקנות ע״י קנין זה קונה, ולכן לגבי הנאת אדם חשוב שבשעת המעשה של חתימת השטר היה בדעת המקנים והקונים לקנות, אלא שמעשה קנין זה של השטר לא הועיל, בזה אמרינן שקונים ע״י הקנין השני דהנאת אדם חשוב, משא״כ לגבי הקנין חזקה שעשו לאחר זמן, שאז כבר כלל לא היתה כוונת קנין שהיו סבורים שזה שלהם מקודם, לכן לא קונה בקנין זה, וזהו דלא כהדברי חיים הנ״ל וצ״ע.

והרע״א שם בתשובה חיזק את דברי הט״ז והביא ראיה לדבריו, דהא הטור עצמו ס״ל בסי׳ רס״ח בנפל על המציאה אע״ג דגלי דעתיה דבנפילה ניח״ל דליקני, ולא נתכוון לקנות בד׳ אמות מ״מ קנו ליה ד׳ אמות, וכתירוץ בתרא דגמ׳ שם ב״מ דף י׳, ובזה כיון שהוא הפקר וליכא דעת אחרת מקנה, יקשה איך קונה בד׳ אמות בלא כוונה לקנין, ומ״ש מעודד בנכסי הגר וסבור שהוא שלו שלא קנה, אלא ע״כ צ״ל כהט״ז, דהכא עדיף כיון שעוסק לקנותו ונתכוון לקנות, אלא שחשב לקנות ע״י נפילה, בזה שפיר קונה ע״י קנין ד״א.

ובזה יסייע לנו ג״כ בנידו״ד כשיש כוונת קנין אף שלא היתה מסירת שטר כדבעי, מ״מ יקנה בההיא הנאה דאדם חשוב שקיבל ממנו, אף שלא היתה כוונה מיוחדת לקנות ע״י הנאה זו, וכמשנ״ת.

אולם לאחר כתבי כל זה עדיין לא שקטה דעתי בזה, די״ל דכל הדין של דעת אחרת מקנה דמהני בקנין אף שלא בכוונה, זהו דוקא בקנייני חזקה או משיכה שיש בכך הוראת בעלות שזהו המעשה קנין, אבל לגבי קנין כסף או הנאת אדם חשוב שאינו הוראת בעלות בגוף הדבר, מנלן דמהני כה״ג דעת אחרת מקנה.

וסמך לדברים אלו מצאתי בספר בית שלמה להגאון מסקאלא שכתב כן בדרך אגב בסימנים ס״ה וס״ו שם בחו״מ, וכתב דיש לו ראיות לכך. ולפיכך כל הבנין שעליו רצינו לבנות, נתרועע ע״פ דברים אלו, וצ״ע. אם כי י״ל דהיכא ששניהם מתכוונים באותו זמן לקנין בין מצד המקנה ובין מצד הקונה כגון בנידו״ד, אף שאין המעשה קנין בגוף הדבר הנקנה, מ״מ אפשר דמהני דעת אחרת, אך עדיין צריך ראיות לכך.

ומה שעלה בדעתי להסתפק לפי דברי הבית שלמה, אם בחזקה שקיי״ל שאם מכר עשר שדות בעשר מדינות, והחזיק באחת מהן קנה כולן, דלכאורה אם לא היתה כוונה מיוחדת לקנין זה, אף שבקנין חזקה עצמו איכא הוראת בעלות על אותה שדה, אך לגבי שדות אחרות במדינות אחרות אין לכך הוראת בעלות, וא״כ היכא דליכא כוונת קנין מיוחדת, לכאורה לפי דברי הבית שלמה לא יקנה שאר שדות, אף שאותה שדה שהחזיק בה יש כאן הוראת בעלות, כה״ג יקנה אותה שדה בלבד, או שי״ל כיון שלמעשה יש הוראת בעלות בגוף הקנין לפחות לגבי אותה שדה, מהני גם לשדות אחרות.

ונ״מ בזה ג״כ בנידו״ד אם מהני החזקה של הקומה העליונה, לקומה התחתונה, בלי כוונת קנין, כיון שלגבי הקומה התחתונה אין מעשה של הוראת בעלות כה״ג, וצ״ע עדיין בזה.

כח.

עתה נבוא לדון אם היה כאן ג״כ קנין חזקה, דהא המוסדות קיבלו את הקומה ג׳, והם שיפצו ותיקנו את הקומה שתהא ראויה לשימוש של ביהמ״ד, ובוודאי נעשה כאן קנין של נעל גדר ופרץ שיקנו ע״י חזקה זו.

אלא שכבר כתבנו לעיל דיש לדון מצד זה שלא היתה כוונת קנין בכך, שסבורים היו שכבר קנו את הקומה קודם לכן, והבאנו בזה פלוגתת גדולי הפוסקים אי מהני להו קנין כה״ג. ועוד יש לדון אם כאן הו״ל כאומר לך חזק וקני. ובשו״ע חו״מ סי׳ קצ״ב סעיף ב׳, דאם מסר לו המפתח הוה כאומר לו לך חזק וקני, וכאן כבר מסר להם מפתח קודם לכן ונעלו וגדרו ופרצו לכאורה צריך להועיל. אך עדיין יש לדון כיון דמסר להם המפתח קודם לכן לשימוש הבית מדרש עוד קודם כתיבת השטר, וממילא יש לדון דמסירת המפתח אינה הוכחה לאמירת לך חזק וקני, שעדיין לא היה בדעתו להקנותו עד כתיבת השטר. ומה שהיה המפתח בידם קודם, לשם שימוש בעלמא לא לשם קנין, אין זו הוכחה לאמירת לך חזק וקני. הא חדא, ותניינא, לפימ״ש לעיל שהיו סבורים שניהם שכבר קנו קודם לכן, אולי אין במסירת מפתח ראיה לאמירת לך חזק וקני. ואולם י״ל דעצם כתיבת השטר הוי כאמירת לך חזק וקני, אך היכא שהשטר אינו מועיל, משום דגילה רצונו שילך לקנות את הנכס, ואולי זו היא סברת הדברי-חיים סי׳ ל״ב, שהובא לעיל, דקנה בחזקה כה״ג, אך יש חולקים על דעת הדברי חיים הנ״ל, וכבר הארכנו לעיל בזה.

כט.

ויש עוד לדון באם הקנין חזקה שעשו בקומה ג׳ מהני ג״כ לקומה ב׳. דהנה השו״ע סי׳ קצ״ב סעיף י״ב כתב וז״ל:

> ״המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהם קנה כולם, בד״א בנתן דמי כולם, אבל לא נתן דמי כולם לא קנה אלא כנגד מעותיו, לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולם״.

וכתב ע״ז הרמ״א ״ויש חולקים במתנה (טור בשם הרא״ש)״. ובסמ״ע ס״ק כ״ד כתב הטעם דיש חולקים, דכיון שלא קיבל ממנו כלום, מסתמא דעתו של הנותן שיהא הבריה לחזור בו כל זמן שלא קנאוהו המקבל, יעו״ש.

וא״כ בנידו״ד תליא בפלוגתא אם קנין חזקה בקומה ג׳ תועיל לקנות גם קומה ב׳. ויעויין שם בנתיבות המשפט סק״ה, שכתב בשם הטור, דאם אמר לו המקנה בפירוש שיחזיק באחת ויקנה כולם, בכל אופן קנה כולם, וכתב שם דה״ה במכר ולא נתן דמי כולם. ובבית יוסף כתב בשם ר״י, שאם אמר לו בפירוש שיקנה הכל אפילו לא נתן לו כלום קנה הכל, יעו״ש.

ולכאורה יש לדון גם בנידו״ד שכתב להם בשטר שיקנו את ב׳ הקומות, אם יש להחשיב זאת כאמירה שע״י הקנין יקנו ב׳ הקומות יחד, או שי״ל שזהו רק בקנין ע״י השטר כתב שיקנו את שתי הקומות, אבל לגבי חזקה, תועיל רק לגבי הקומה שבה החזיקו בפועל ולא בקומה שמתחתיה.

בנוסף לכך היה נראה שכאן לא תועיל החזקה של הקומה העליונה לקומה התחתונה, משום דבמתנה שנתן הגביל שהקומה התחתונה תשמש לשימושם של הנדיבים כל זמן שיהיו שם, והיינו שנשארו להם כל השימושים של הקומה ואין למקבלים שום דריסת רגל בקומה זו. ונראה מסברא דהחזקה של הקומה העליונה אינה מועילה כה״ג לקומה התחתונה, דהרי לא רצו שיהא להם כל זכות שימוש. והסברא נותנת דאף אם נאמר דמועלת חזקה בבית אחד לשאר בתים, זהו משום דנחשב כאילו עשה חזקה גם בשאר הבתים, אבל אם בשאר הבתים הם מוגבלים שאין להם שום זכות לעשות נעל גדר ופרץ, שהרי זה נשאר לשימושם הבלעדי של הנותנים, הסברא נותנת דלא תועיל החזקה של הקומה העליונה שעוברת כולה לשימושם של המוסדות ששם מועלת החזקה, מה שאין כן לגבי הקומה שמתחתיה שאינם יכולים לעשות נעל גדר ופרץ שהנותן מקפיד על כך, נראה מסברא שאין החזקה העליונה תועיל לתחתונה.

ולכן מכל הנ״ל נראה דהחזקה הועילה רק לקומה העליונה, ולא לקומה שתחתיה.

ל.

עוד יש לדון על הקניינים הנ״ל אם מועילים מצד מקום שנהגו לכתוב את השטר, דקיי״ל דאינו קונה בכסף וכדאיתא בגמ׳ קידושין דף כ״ו. וכן פסק בשו״ע חו״מ סי׳ ק״צ סעיף ז׳. אך בספר מנחת פיתים סי׳ ק״צ, כתב בשם המשנה למלך, שבמתנה קונה בכל קנין שהוא, אף במקום שכותבין את השטר. אך למעשה המשנה למלך חולק וסובר דאף במתנה לא קנה במקום שכותבין את השטר.

ונ״מ בנידו״ד בין לענין הנאת אדם חשוב, ובין לענין קנין חזקה. אך למעשה פסק השו״ע בסי׳ קצ״ב סעיף ט״ז וברמ״א שם, דלגבי חזקה קונה אף במקום שכותבין את השטר, וכן פסקו הרבה פוסקים. והמקור לזה כתב הב״י בסי׳ קצ״ב

בשם הר״ן, וכן כתב הרב המגיד בשם הרשב״א ושאר מפרשים, דחזקה קונה בלא כסף ובלא שטר אפילו באתרי דכתבי שטרא.

וכן בקנין סודר סתם בשו״ע חו״מ סי׳ קצ״ה סעיף א׳, דקנין סודר קונה בלא כסף ובלא שטר. אך למעשה יש מחלוקת בזה בפוסקים, דשיטת המהר״א ששון סי׳ ר״ו הביא דעת הריטב״א דלא קני לא בכסף ולא בחזקה, ולא בקנין סודר, אלא עד שיכתוב את השטר במקום דכתבי שטרא. ובשטר לחוד נמי לא קניא דשטרי דידן שטרי ראיה הם ולא שטרי הקנאה, ולפיכך צריך בנוסף לשטר גם קנין כסף או שאר קנין. ובתשובת הרב בצלאל אשכנזי סי׳ י״ח, וכן מהר״י בן לב ח״א סי׳ פ׳ הסתפקו בדין זה. ובת׳ הר הכרמל, חו״מ סי׳ כ׳, כתב דכל צד יכול לומר קי״ל כאותם הפוסקים שפוסקים דמהני גם בלא שטר, וכן להיפך, יעו״ש.

וכן כתב בשו״ת דברי חיים, ח״ב חו״מ סי׳ כ״ב, שאפילו חזקה וכסף וק״ס, לא מהני בלא שטר, הו״ד בדברי גאונים כלל פ״ט. ואולם י״ל דבמתנה שאני, יעוין בדברי גאונים, כלל נ״ג, סי׳ י״ח, דבמתנה מהני ק״ס אף במקום שכותבים את השטר. אך בלחם משנה פ״ו מהלכות מכירה ה״ד, משמע דגם במתנה לא קני בק״ס במקום שכותבין השטר. אך י״ל בחזקה כו״ע יודו, וצ״ע.

לא.

ועכשיו יש לנו לדון בנוסף לאמור, היות שבזמנינו כל עיסקת מקרקעין נרשמת בטאבו, והדרך להקפיד על כך, אם כה״ג הוי כמקום שכותבין את השטר וכל זמן שלא נרשם בטאבו אינו קנין גמור המועיל. ובשלב זה נצטרך להתייחס כמו כן בנידו״ד, שהנתבעים היורשים הציגו צילום מהסכם מוקדם יותר לכתב ההקדשה מתאריך 30.7.1973 למניינם שבו ההורים הסכימו להעביר את חלקם בבנין וכו׳ לילדיהם וכו׳, לאור זאת טענתם של הנתבעים שהנכס כבר שייך להם מקדמת דנא, ואין להורים ולא היתה להם שום זכות להקדיש את הנכס למוסדות אינה טענה. וקודם לכן נחזור לשאלה שהעלינו, היות שבזמנינו שכל עיסקות המקרקעין נעשות ע״י רישום בטאבו, אם קונים בשאר קנינים ללא רישום בטאבו.

והנה יש תשובה דומה קצת לנידו״ד בשו״ת דברי מלכיאל, ח״ד סי׳ קמ״ג, שדן במי שמכר קרקע לחבירו בכסף וגם כתב לו שטר, ונכתב בשטר שבכל עת שירצה הלוקח, חייב המוכר לבוא עמו לרשום המקח בספרי השלטון, ואח״כ מכר המוכר אותה קרקע לאחר, וגם רשם לו לשני בספרי השלטון. וכתב, דבזמנינו שכולם רושמים בטאבו הרי זה כקנין כסף במקום שכותבין את השטר דלא קנה. ויעו״ש שכתב בנידון דידיה, שכתבו הלשון שאם ירצה הלוקח חייב המוכר לבוא ולרשום בספרי השלטון, משמע שתלה ברצונו, והו״ל כאילו התנה אם בעינא

בכספא איקני ואי בעינא בשטרא איקני, ולפי״ז י״ל דקנה בשטר ובכסף שנתן לשם קנין, יעו״ש שהאריך בזה.

עכ״פ משמע מדבריו, שבחוזים שבזמנינו שמתחייבים שני הצדדים לרשום בטאבו, אין קנין חל בלא רישום בטאבו. ובשו״ת חת״ס, חו״מ, סי׳ ק״ב, משמע שבמקום שיש דינא דמלכותא שלא יקנה רק ברישום בטאבו הוי דינא ע״ש.

וכ״כ בדברי גאונים, כלל פ״ט, סי׳ ו׳, בשם תועפות ראם, ומשמע שום קנין אינו קונה נגד דינא דמלכותא.

לב.

וראיתי בספר פתחי חושן, (בדיני הקנינים) בפרק ב׳ שאסף כעמיר הגורנה את שיטות הפוסקים בנידון זה. ואצטט כמה שיטות הנוגעות לנידון דידן.

בתשובת האמרי יושר, ח״ב סי׳ צ״ה, במי שהחזיק כמה שנים שחלק מהתנור שלו יוצא לבית אחר, וטוען שקנה המקום מאביו של בעה״ב ונתן כל דמי המקח, וגם נעשה ק״ס, ועשה כתב אצל הרב. ונאבד ממנו הכתב, והתנה גם שירשום ע״ש בטאבו. והיורש טוען, שמאחר ולפי דבריו היה מדובר לרשום בטאבו, הרי כל זמן שלא רשם לא קנה כלל. וכתב האמרי יושר, דזה פשוט דמאחר שהחזיק כמה שנים נאמן הלוקח לומר שנמכר לו, ומה שלא רשם בטאבו אע״פ שבשו״ת תועפות ראם, חו״מ סי׳ י״ג, כתב דבזה״ז לא מהני שום שטר בלא רישום בטאבו, מ״מ בנידו״ד הרי החזיק בבית, וחזקה מהניא אף בלא שטר אפילו במקום שכותבין את השטר, כמ״ש המחבר סי׳ קצ״ה סעיף ט״ז בלי חולק, ולא הזכיר ע״ז דעת החולקים, ועכ״פ הוא מוחזק, ובספיקא דדינא כבר הכריע נתיבות המשפט בכללי תפיסה, סי׳ כ״ה דלא אזלינן בתר מרא קמא. והיינו, שמה שהסכימו שירשום בטאבו, אין זה תנאי שבלי זה לא יקנה, ובפרט שהוא מוחזק וגם עבר זמן רב, ומסתמא נתרצו שיקנה אף בלא רישום, וריצוי מהני גם אח״כ שיקנה בכסף שנתן קודם.

וכן בשו״ת מהרש״ג ח״ג סי׳ קט״ו כתב שאין הרישום בטאבו מעכב כל שכתב לו שטר בלשון יהודית ואינם יכולים לחזור, עיי״ש.

עכ״פ בנוגע לענייננו נראה ג״כ שהמוסדות מוחזקים כיום בקומה ג׳, ולא הותנה שיקנו ע״י טאבו, ובפרט שנכתב שטר וכן היו קניני חזקה, ועוד קניינים שביארנו לעיל. ואע״פ שלא כל הקניינים מועילים אליבא דכו״ע, מ״מ לרוב הפוסקים הועיל קניינם, ולפיכך מאחר שהם מוחזקים בקרקע, קומה ג׳ שייכת להם.

לג.

בחזון איש ליקוטים, סי׳ ט״ז (נכתב בשנת תרח״ץ) דן בארוכה בדין מכירת קרקע בלא רישום בטאבו אם קנה, ועיקר דבריו סובבים אם חל בזה דינא דמלכותא, ולשיטתו אין דינא דמלכותא מונע לבני ישראל לדון ע״פ דין תורה, ועל כן כתב שאם קנה בכסף והתנה שיקנה בלא שטר, או שקנה בחזקה, או בק״ס, אע״פ שלא רשמו בטאבו, הרי זה קנין גמור. ואין המוכר והלוקח יכולים לחזור בהם, יעו״ש. ועכ״פ במתנה נראה דבודאי הלוקח רוצה לקנות את הנכס, וגם מצד הנותן נראה שאין קפידא שהמקבל יזכה בקרקע.

והחזון-איש הביא מחלוקת הראשונים בדין שטר מתנה שנעשה בערכאות, שלדעת הרמב״ם פסול, משום דסובר דאין דינא דמלכותא אלא כשיש הנאה למלכות, ולדעת הרמב״ן כיון שהלכו לערכאותיהם חלה עליהם דינא דמלכותא.

ועל פי זה כתב שאם מכר לאחד ולא רשם בטאבו, וחזר ומכר לאחר ורשם בטאבו, אם המלכות מקפדת שלא יעשו שטר זולתן, לא קנה ראשון, אף שלא מכר לשני, ועכ״פ כשמכר לשני קנה השני. אבל אם אין המלכות מקפדת, תליא בפלוגתא דהרמב״ם והרמב״ן דלעיל, שלדעת הרמב״ם ודאי קנה ראשון, ולדעת הרמב״ן יש להסתפק, וסיים שם, שבארץ ישראל (בזמנו) אין המלכות מקפדת על הרישום, לפיכך קנה הראשון, וא״צ הראשון להחזיר דמים לשני, שהרי לא עשו תקנת השוק בקרקע. וכתב שם החזו״א בהמשך דבריו:

״ומ״מ הבא להוציא ממי שנרשם לו בטאבו [בטענה שהוא הראשון] צריך לברר בעדים שיעידו בבי״ד שמכר לראשון תחילה, אבל לא מהני חתימת יד המוכר שמא השתא כתב לו״, יעו״ש.

דברי החזו״א נוגעים למעשה לנידוננו, שדבריו ברור מללו שקונים גם בלי טאבו, היכן שנעשה קנין כדין תורה וכתקנת חכמים, ואם נמכר אח״כ לאחר, הראשון קנה ולא השני, ואם יוציא השני כתב ידו של המוכר בלי עדים שיטעון ששטר שלו קדם לראשון, אין להתחשב בזה כלל, דאמרינן השתא הוא שכתב לו.

בנידו״ד שעשו קניינים של שטר לפי דעות מסויימות, או חזקה או אודיתא או הנאת אדם חשוב, שלהרבה פוסקים הועילו קנינים אלו, והיורשים מוציאים כתב ידו קודם, לפי דברי החזו״א אין להתחשב בזה כלל, דאמרינן שנכתב לאחר זמן המתנה הראשונה, מכיון שע״ז היו עדים ברורים שנעשה השטר בזמנו, וכן החזקה שנעשית, בקומה ג׳ בודאי היתה קודם ההעברה בטאבו לבן י׳. וממילא לגבי קומה ג׳ בודאי שזכו בה כדין ובפרט שהם מוחזקים בזה, ובספיקא דדינא מהני דין מוחזק אף בקרקע, וכמ״ש לעיל בשם הנתיבות כללי תפיסה סי׳ כ״ה.

וכן בספר מעדני ארץ (להגרש"ז אויערבאך זצ"ל) שביעית סי' י"ח, דן בהלכה זו, וכתב ג"כ שעיקר הרישום בטאבו מצד דינא דמלכותא ודאי שאינו מעכב המכירה, שלמלכות אין קפידא על מי שרשום הקרקע, אלא שאינם מכירים בעיסקת מקרקעין כל זמן שאינה רשומה בטאבו. ואפילו קונה קרקע ומאיזו סיבה אינו רושם ע"ש הקונה אלא על שם אחר, הדבר פשוט שהבעלים האמיתי הוא הקונה האמיתי, ולא זה שנרשם על שמו. ואם האחר (הרשום על שמו) ימכור לאחר, מדין תורה המכירה בטילה, ולכן אם הסכימו המוכר והלוקח שיחול המקח בלי רישום בטאבו, המקח קיים, יעו"ש.

והאריך עוד המעדני ארץ והביא מדברי הפוסקים הספרדים והאשכנזים, דנראה דעת רוב רובם של הפוסקים שאין הרישום בטאבו מעכב אפילו בסתם, וכ"ש כשהתנו בפירוש שלא יעכב המכירה עיי"ש.

וגם בשו"ת מנחת יצחק, ח"ו סי' ק"ע, אות כה, ס"ל דאין הרישום מעכב. וכתב דאפילו כתבו שבעת שיהא אפשר לרשום בטאבו אזי ירשמו בטאבו, אין זה לעיכוב המכירה. יעו"ש.

לאור דברים אלו בנידו"ד שלא התנו שתחול המתנה ע"י רישום בטאבו, אלא היו קניינים אחרים וכמש"ל, המתנה קיימת אף בלי רישום בטאבו, ובפרט בקומה ג' שהם מוחזקים בזה וכמש"ל.

לד.

ויש להעיר שאין כאן חיסרון של מתנתא טמירתא, המבואר בשו"ע חו"מ סי' רמ"ב, סעיף ג', דלא הוי מתנה. א' דיש שיטות דבזה"ז לא חיישינן למתנתא טמירתא. ועוד מבואר בת' מהר"ם אלשיך, סי' ס"ד בדין שטר מתנה שלא נכתב בה שהיא מתנה גלויה מהני. וכאן בנידו"ד היה הדבר בפני קהל עם ועדה, ואף בפרוספקטים של המוסדות פורסם בהרחבה על נתינת המתנה.

וכמו כן פסק הרמ"א דאם החזיקו הנותן למקבל במתנה מעכשיו, או שהחזיק המקבל בפני הנותן, אין חוששין למתנתא טמירתא, וכן פסק שם המחבר בסעיף ז', דלא חיישינן למתנתא טמירתא אם החזיק בפניו ולא מיחה בו. ועוד הובא בכנה"ג בשם תשובת הרשב"ץ, דהיכא דמקבל הוא עני, ליכא משום מתנתא טמירתא דחויב משום צדקה, ובפרט בנידו"ד שנחשב מתנה גלויה, וכן החזיקו בפניו והוא עצמו החזיקם בקומה ג', הוי מתנה מדינא, וכמשנ"ת.

לה.

עוד יש לברר דין של אמירה לגבוה כמסירה להדיוט. דהיינו שהנדיבים כתבו וחתמו על שטר, אם יש בכך משום אמירה לגבוה שהמוסדות זכו מכוח זה.

הנה לגבי הקדשות דידן נחלקו הפוסקים, יעויין בחו״מ, סי׳ רנ״ה, מ״ש הקצוה״ח סק״ב, שסיים בסוף דבריו וז״ל:

״ומיהו בהקדשות שלנו לעניים דאין בהם קדושת הגוף, והרי כנודר לעניים לא אמרינן אמירה לגבוה, ואין זה אלא כשאר נדר שצריך לקיימו״ יעו״ש.

אולם בפתחי תשובה שם הביא תשובת ושב הכהן סי׳ י״ח, שגם בצדקה לעניים אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, וזכו בכך העניים ואינו יכול לחזור בו, וציין בפ״ת כמה מקומות שדנו בזה, יעו״ש, ושיטת הבית יוסף בסי׳ רמ״ג, דאין בצדקה דין אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט.

ואולם כבר נחלקו בדבר זה גדולי הראשונים על פי הסוגיא בב״ק דף ל״ו ע״ב:

״ההוא גברא דתקע ליה לחבריה וכו׳, וחייבוהו ליתן פלגא דזוזא, א״ל ההוא גברא [הניזוק] הואיל ופלגא דזוזא היא, ניתביה לעניים, הדר אמר ניתביה ניהלי וכו׳, אמר רב יוסף כבר זכו ביה עניים, ואע״ג דליכא עניים הכא, אנן יד עניים אנן״.

והקשו שם התוס׳, דבלא יד עניים יהא חייב מכוח אמירתו כדדרשינן בפיך זו צדקה. ותירצו, שמכח אמירה אינו יכול ליתן לצדקה דבר שלא בא לעולם, ואפילו להקדש לא חל כה״ג, ואם היה אומר חוב זה כשיבוא לידי אתנהו להקדש או לצדקה, דומה שיתחייב מטעם נדר. יעו״ש שהביאו עוד תירוץ בשם ר״ח. והרא״ש נקיט לדינא כתירוצים אלו, יעו״ש שהביא גם תירוץ הר״ח, שזה לא היה רוצה לחזור בו, אלא ללוותו לפי שעה, ולהחזיר אחר תחתיו, ואמר רב יוסף דאנן יד עניין אנן, וכבר זכינו בכך לעניים מדין מעמד שלשתן והוי כבא ליד גבאי, ואסור לשנותו.

וכתב שם הרי״ף:

״איכא מאן דפשט מהא, דמאן דיהיב לעניים באמירה ובעי למיהדר ביה מצי הדר ביה, [והיינו כפי פירוש הר״ח דלא יכול לחזור רק מדין מעמ״ש] ואנן אמרינן דליכא למישמע מיניה הכי, דבהדיא אמרינן בפיך זו צדקה, אלמא דבדיבור מחייב, והא דאיצטריך רב יוסף רק מדין מעמ״ש, משום שלא היה ברשותו, אבל מידי דאיתא ברשותיה, ואמר הרי זו לעניים כבר זכו ביה עניים, ולא מצי למיהדר ביה, כדאמר בפיך זו צדקה.

יעו״ש וכן בבעל המאור ובמלחמות שהאריכו בזה.

ובמרדכי שם לאחר שהביא דברי הרי״ף, כתב בשם אבי העזרי שנראים דברי הרי״ף, שמעות הקדש עניים דמי להקדש, דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט.

אך הרשב״א בת׳ ח״א, סי׳ תקס״ג, כתב בפשיטות שאין בהקדש עניים דין אמירתו לגבוה, שאינם אלא מקבלים מתנה, ויכול אדם לחזור בו, אך יש מן האחרונים שביארו שגם לדעת הרשב״א אע״פ שלא קנו עניים, עכ״פ חייב לקיים את נדרו מדין נדר לעניים יעו״ש. ובאבני נזר, יור״ד, סי׳ שט״ו, ויעויין במחנה אפרים הל׳ צדקה סי׳ ח׳ דנקיט גם לצדקה דעניים, אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט.

ובתומים סי׳ פ״ז סק״ב, כתב שלדעת הפוסקים שגם בהקדש עניים אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, פשוט דגם אם מת חייבים היורשים לקיים דבריו, לא מדין נדר, אלא מדין קנין ממש.

עכ״פ לענין נידו״ד נראה לדעת רוב הפוסקים דאמירה לעניים הוי כמסירה להדיוט, וכפי מה שכתבו הפוסקים ה״ה אמירה להקדש ביהכנ״ס ובית המדרש, דינו כצדקה לעניים, וא״כ י״ל דחל קנין על הנכס מכוח זה.

אך עכ״פ כיון דיש חולקים ע״ז י״ל דאין להוציא מיד היורשים במה שהם מוחזקים, דיכולים לומר קי״ל כדעת אותם פוסקים וכמשנ״ת.

לו.

ומה שיש לדון עוד, האם חתימה בשטר הוי כאמירה, בין לדין אמירה לגבוה, ובין אם יש כאן חיוב מטעם נדר[4].

והנה מדינא מה שכותב וחותם לא גרע ממחשבה ליתן לצדקה, דהרבה פוסקים ס״ל דנדר מצוה חל במחשבה, יעויין ברמ״א יור״ד, סי׳ רנ״ח, סעיף י״ג, וכן בשו״ע, חו״מ, סי׳ רי״ב סעיף ח׳, בדעה ראשונה שם.

אך יעויין בשו״ת בית יצחק, יור״ד, ח״ב סי׳ פ״ב, שאף למ״ד נדר במחשבה הוי נדר, מ״מ אינו ממש כאמירה, שבאמירה אמנם זכה ההקדש, אבל במחשבה לא זכה, והיינו דליכא שעבוד ממון כה״ג, ורק יתחייב לקיים זאת בתורת נדר בלבד, וכ״כ בשו״ת בית שלמה, יור״ד, ח״ב סי׳ ק״ט.

אבל בעצם השאלה אם כתיבה או חתימה הוי כנדר, הובא בשו״ת בית יצחק, יור״ד ח״ב סי׳ פ״ב, וכתב דאפשר דלענין גבוה כתיבה כדיבור דמי, והוי כאמירה, ועכ״פ הוי כדין מחשבה, אלא ששם בסי׳ פ״ו כתב, דרק אם כתב בעצמו השטר לצדקה, הוי כאמירה, אבל אם נכתב ע״י אחרים והוא רק חתם, אפשר דכה״ג לא הוי ככתיבה, ומ״מ מסיים שגם חתימה לבד אפשר דהוי נדר מדין יד, והרי קיי״ל דיש יד לצדקה לחומרא.

---

4 ומה שכתבו אנו מוסרים, בפשטות משמע לשון נדר אם כי י״ל דכל שלא כתבו בלשון שיתנו אלא לשון הווה, הוי רק עובדא שמוסרים וחסר לשון נדר, אך יותר נראה דהוי לשון נדר.

אך מדברי הנחלת שבעה, סי׳ פ״א, משמע שכתיבה אינה כאמירה בנדרי צדקה, עיי״ש, עכ״פ מידי פלוגתא לא יצאנו בנידון שלנו, אך קרוב לומר שכתב השטר נעשה ע״פ ציווי של התורמים. ואמנם לא ברור מי הדפיס את השטר, ואם התורמים עצמם הדפיסו זאת, הוי כמו שכתבו זאת, אך אם אחרים הדפיסו זאת, אם הנוסח היה ע״פ ציווי התורמים קרוב לומר דהוי אמירה גמורה כה״ג, וממילא שוב באנו לדון אם יש אמירה לגבוה כמסירה, ועכ״פ יש כאן חיוב מטעם נדר, כלפי התורמים עצמם.

לז.

ואולם כלפי היורשים כתב הרמ״א, חו״מ, סי׳ ר״ט סעיף ז׳, דאין על היורשים חוב לקיים נדר אביהם. אך בסמ״ע ס״ק כ״א כתב, דאם נדר בשעה שהיו הנכסים ברשותו, אע״פ שמת אח״כ, חייבים היורשים לקיים הנדר מדין שעבוד נכסים.

ועיין בפתחי תשובה שם, שנחלקו בזה הב״י ותשובות רמ״א. אך כתבו האחרונים, דאם ייחד דבר לצדקה והתפיסו לצדקה, כה״ג חל שעבוד נכסים, וגם היורשים חייבים לקיים הנדר. וכן ביאר הקצוה״ח סי׳ ר״צ סק״ג, סברת הב״י בתשובה, שנודר לצדקה יש בו שעבוד נכסים, והיינו שהנכסים נשתעבדו מחמת נדרו כיון שצדקה מצוה שבממון הוא, יעו״ש.

וכן בנתיבות המשפט, סי׳ ר״נ סק״ד, כתב דאם אמר הרי זה לצדקה, שנתפס גוף הדבר ונעשה צדקה, ואין היורשים יכולים לשנותו וכופין אותם עד שיתנו מה שהתפיס לצדקה.

וכן בשו״ת חת״ס, חו״מ, סי׳ קי״ד וסי׳ קט״ו, פשיטא ליה שהנודר לצדקה נשתעבדו נכסיו, ואם מת חייבים היורשים לקיים הנדר. ודייק דמה שכתב הרמ״א בסי׳ רנ״ב שהיורשים פטורים, איירי בנודר לעשיר שאינו כנודר לצדקה, ולא נשתעבדו נכסיו, ולכן פטורים היורשים לקיים הנדר יעו״ש.

ויעויין בשו״ת בית אפרים, יור״ד סי׳ נ״ה, וכן בשו״ת שבות יעקב, סי׳ פ״ה, דס״ל שהיורשים חייבים לקיים נדר אביהם, בנדרי צדקה.

ובשו״ת דבר אליהו (להגר״א קלצקין) סי׳ פ״ד, כתב שהיורשים חייבים לקיים משום מצוה לקיים דברי המת. דמצד מה שמתחייב מחיים לא גרע מהושלש, שכה״ג ע״פ דין אמרינן מצוה לקיים דברי המת, ולפי הרבה פוסקים גם כופין על כך. ועוד כתב שכשמצוה ליתן צדקה, גמר ויהיב עם גמר מיתה, ואילו היורשים אינם זוכים אלא לאחר גמר מיתה.

ובהמשך דבריו כתב, אף במקום שאינם חייבים ליתן מדינא, מ״מ יש זכות למת במה שמקיימים הצוואה לצדקה, ויש לו כפרה בכך יעו״ש.

וכן בשו״ת אחיעזר, ח״ג סי׳ ל״ד, מסיק להלכה שבצוואה לצדקה אמרינן מצוה לקיים דברי המת אפילו היכא דלא הושלש מתחילה לכך.

אשר על כן בנידו״ד אף שיש צדדים לומר שלא היה ממש נדר כדין, רק ע״י כתיבה וחתימה, אך מסתברא שגם היו דיבורים והבטחה שנותנים הנכס למוסדות, ולפי הרבה פוסקים יש גם על היורשים לקיים את נדרם, וכן משום מצוה לקיים דברי המת, ואפילו אם אינם חייבים מדינא, יהיה לזכות אבותם כפרה על כך וכמ״ש הגאון דבר אליהו הנ״ל.

לח.

וכ״ז מדובר לגבי קומה ב׳ שהיורשים מוחזקים בה, ולכך היה מן הראוי להסתפק שיש עליהם חיוב לקיים נדרי אבותם לפי כמה פוסקים. אם כי כיון שאין הדברים מוסכמים אליבא דכו״ע לא נוכל לכופם ולהוציא מחזקתם, אך מן הראוי שיבואו להסכמה ליתן תמורה מסויימת על קומה ב׳ למוסדות, שיהיה לזכות אבותם. אך לגבי קומה ג׳ אשר בפועל נמצאת בחזקת המוסדות, ובפרט שלדעת הרבה פוסקים היו כאן קניינים המועילים וכמ״ש לעיל בארוכה, וכן מצד נדרי מצוה שהוה כבא ליד עני שזכה בכך, לאור האמור נראה מדינא שקומה ג׳ תישאר בבעלותם הבלעדית של המוסדות, משא״כ הקומה התחתונה שנמצאת בפועל בחזקת היורשים.

לט.

והנה אף שקיי״ל בכל ספק קנין בקרקע דמוקמינן בחזקת מרא קמא, וכמ״ש בשו״ע, חו״מ, סי׳ רמ״ג סעיף כ״ד, אף בספיקא דאיבעיא דלא איפשטא. אך יעויין שם בש״ך שתמה על המחבר שפסק שמעמידים בחזקת מ״ק, וכתב:

״ותימא דהיינו דוקא לדעת הרא״ש והטור, דלא מהני תפיסה באיבעיא דלא איפשיטא, אבל המחבר שפסק כהרמב״ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה, וכמ״ש בסי׳ ר״ב ס״ג, ובסי׳ רמ״ח סעיף י״א, ובסי׳ שמ״ו וסי׳ שפ״א, וש״צ, א״כ הכא זכה הקונה הבעה״ב וכו׳״.

ונשאר בזה בצ״ע.

ושם בט״ז הקשה עוד קושיא, ובהגהות הגאון חכ״צ על הט״ז תירץ קושיית הש״ך וז״ל:

״ונלע״ד שנעלם מהש״ך דברי הנמוקי יוסף שהביא הב״י ס״ס זה, דבמתנה לעולם לא נפקא מרשות הנותן עד דאתי לרשות מקבל״ ע״כ.

וא״כ לא דמי לשאר ספיקות שבש״ס יעו״ש, שכתב כמו כן דבקרקע לא שייך תפיסה דהארץ לעולם עומדת, והרי היא כמות שהיתה וכמ״ש הרא״ש פרק חזקת הבתים יעו״ש.

ואולם אף לשיטת הרא״ש דלא מהני תפיסה, היינו דוקא היכא שתפס מעצמו, אבל תפיסה ברשות והיינו שהבעלים התפיסו, וגם נעשה קנין, כה״ג תפיסתו מועלת, יעויין בקצוה״ח, סי׳ ר״ב סק״ז, מה שהאריך בזה.

עוד יש להביא מה שכתב בדברי גאונים, כלל ל״ז אות ז׳, בשם תשובת בית שלמה (מסקאלא) סי׳ מ׳ וס׳ נ״ט, לבאר אם מהני תפיסה בקרקע בספיקא דדינא, כגון שהוא ספיקא דדינא אם חזקת ג׳ שנים היתה באופן המועיל, כי יש פלוגתת הפוסקים בזה וכיוצא בזה. וכן היכא דהראשון המחזיק בקרקע חזקתו הוא ספיקא דדינא, והשני יש לו שטר מכירה שקנה כדין תורה אחר משך חזקת הראשון, אי מוציאין מהראשון ונותנים הקרקע להשני, ועוד כיוצא בזה יעו״ש.

ועוד האריך לפלפל בדברי התוס׳ קידושין דף ע״ט, דהיכא דהיא ממה נפשך אשת-איש, ליכא לאוקמה אחזקת פנויה, וא״כ בקרקע היכא שיזכה בה או הראשון או השני, ליכא לאוקמא בחזקת מרא קמא כיון דמנ״פ נפקא מחזקת מ״ק.

והביא פלוגתת הרשב״ם והר״י בב״ב דף ל״ב ע״ב, דדעת הרשב״ם דמהני תפיסה אף בקרקע בפלוגתא דרבוותא, ואין מוציאין מיד המוחזק בקרקע, ולא אזלינן בספיקא דדינא בתר חזקת מ״ק. (עיי״ש ברשב״ם ותוס׳ ד״ה והלכתא), ואף שהר״י בתוס׳ נראה דחולק על הרשב״ם, מ״מ רוב האחרונים נראה שנמשכו אחר דעת הרשב״ם.

וגם כתבו כמה אחרונים, שי״ל שבפלוגתא דאחר חתימת הש״ס גם הר״י בתוס׳ מודה להרשב״ם, דאין מוציאין הקרקע מהמוחזק, ואין הולכים אחר חזקת מרא קמא, ועיין בת׳ הנ״ל סי׳ מ״ז.

וראיתי להביא לשונו של בעל המשנה למלך, פ״ז מה׳ שכירות, לאחר שהאריך לדון אי בספיקא דדינא אזלינן בקרקע בתר המוחזק, והביא כל שיטות הראשונים, כתב שם וז״ל:

> ״כללו של דבר דכל הני רבוותא קיימי בשיטת רשב״ם, לא מצינו מי שיחלוק עליו בפירוש כי אם ר״י בעל התוספות ויחידאה הוא הרי דטפי אית לן להקל בפלוגתא דרבוותא [לאוקמיה בחזקת המוחזק] מאיבעיא דלא איפשיטא, ובודאי דהיינו טעמא משום דבפלוגתא איכא למימר דמצי המוחזק לומר קים לי כפוסק פלוני המזכה אותי, משא״כ בבעיא דלא איפשיטא״ יעו״ש.

נמצא שרבו הפוסקים דבספיקא דרבוותא אזלינן אף בקרקע בתר המוחזק, ובפרט שהם מוחזקים ברשות, ואף קודם שנולד הספק כבר היו מוחזקים בנכס, ולכך מדין מוחזק כאשר לרוב הפוסקים היו קניינים המועילים, בודאי דיש להעמיד קומה ג׳ בחזקתם.

מ.

בנוסף להאמור נראה דכאן כו״ע יודו דליכא לאוקמא בחזקת מ״ק. דהרי כאן לטענת הנתבעים שטרם קדם, ולטענת התובעים שטר הנתבעים הוא שטר שאין לו כל תוקף. וכמו כן למעשה הרי נרשם אח״כ הנכס ע״ש הבן י. אשר על כן ממנ״פ אין כאן מרא קמא, אלא כל הדין ודברים הוא בין המוסדות שלטענתם הם זכו בנכס, ולטענת הנתבעים היורשים הם קנו את הנכס ע״י השטר והרישום בטאבו. אבל ממנ״פ הנכס יצא מבעלות הנותנים, וכה״ג ליכא לאוקמה אחזקת מרא קמא, א״כ כה״ג הקניינים של המוסדות אף אם הם קנין מספק קנו, לפחות היכא דהם מוחזקים לגבי הנתבעים, שלהם הרי אין חזקת מ״ק ביחס למוסדות וכמו שהובא למעלה ת׳ בית שלמה (סקאלא) סי׳ מ׳.

מא.

אך סברא זו אינה פשוטה כל עיקר, משום דבנידו״ד האשה שנתנה את הנכס לבנה י. וכן את הצילום שהציגו כאילו כבר קודם שטר ההקדש נתנה הנכס לילדיה, כ״ז נעשה בלא חתימת בעלה אשר בכל פעולות הקנאה אחרות הוא היה חתום עליהם, ורק לגבי הנתינה לבנים, וכן לבן י. נעלמה חתימתו, מלבד שהסברא נותנת בבירור שהדבר נעשה בלא ידיעתו, ובוודאי נגד רצונו, שהוא לא יעשה מעשה לרמות את האדמו״ר שליט״א, לתת נכס שכבר ניתן קודם לבניו, או מיד כמה חודשים לאחר מכן, ליתן הנכס לבנו י. שהוא מעשה אשר לא יעשה, ושארית ישראל לא יעשו עוולה ולא ידברו כזב, ובפרט יהודי שהיה חסיד מקורב לאדמו״ר שליט״א, לא יעלה על הדעת שיעשה מעשה כזה, ובוודאי דאנן סהדי שהדבר נעשה בלא ידיעתו ובלא הסכמתו, וכה״ג אף שיש בידה של האשה יפוי כח, מהבעל אך כאשר ברור לנו שהשתמשה ביפוי כח נגד הסכמתו של הבעל ובלא ידיעתו, בודאי שהיפוי כח בטל בכך, דאמרינן לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ע״פ דין תורה, וממילא חלקו של הבעל שנתנה במתנה הרי היא בטילה מעיקרא.

ועוד יותר יש לדון שגם לגבי חלקה של האשה אין המתנה חלה כלל משתי סיבות: א׳ דאם נתנה מתנה מנכסי מילוג שלה לאחר בלא הסכמת בעלה, הרי המכר והמתנה בטילה, כיון דיש לו קנין פירות בנכסיה, וכמו שאיתא להדיא בשו״ע, אבהע״ז סי׳ צ׳ סעיף ט׳, ובסי׳ פ״ה. וא״כ כה״ג לא הועיל כלל מתנתה, שנתנה לבנה, לא חלק בעלה שלא מדעתו, וכן אינה יכולה למכור וליתן נ״מ שלה לאחרים, ומתנתה בטילה מעיקרא. וא״כ כה״ג שהמתנה בטלה מעיקרא הרי חזרה המתנה לבעלים הראשונים, שהם הנדיב ואשתו וא״כ שוב יש כאן חזקת מרא קמא ביחס למוסדות, אם נאמר שיש ספק בקניינם, ולשיטת הר״י בתוס׳

ודעימיה, יש להעמיד בחזקת הבעלים הראשונים, ולאחר שמתו יש להעמיד בחזקת יורשיהם.

אך לפימ"ש לעיל, שכמעט כל הפוסקים ס"ל כדעת הרשב"ם דבכל ספיקא דדינא אף בקרקע, אמרינן היכא דקיימא ארעא תיקום, ומוקמינן לה בחזקת המוחזק, לכן לגבי קומה ג' הדבר ברור שיש להעמיד בחזקת המוסדות.

מב.

עד כאן הרחבנו הדברים בענין החזקה של המוסדות, אך לגבי החזקה של היורשים נראה לי שיש לדון אם יש להם בכלל גדר מוחזק. דהנה מי שמתגוררת בקומה ב' היא הבת ומדין תורה הבת אינה יורשת, ואין לה כל זכות קנין וטענה בנכס האמור, וכן לגבי הרישום בטאבו, הרי זה נרשם רק על הבן י. והיא אינה יורשת את אחיה י. שיש לו בנים, א"כ מאיזה כח יש לה תפיסה בקומה ב' שאינו שלה ממנ"פ, ותפיסתה הוי כתפיסת אחר שאין לו בנכס זה שום טענה, שבפשטות אין תפיסתו כלום.

אלא שיש לומר שהיא תופסת בשליחות שאר היורשים שהם אחיה, וע"ז צריך לדון אם מועילה תפיסה בקרקע בשליחות בספיקא דדינא.

והנה בשו"ע אבן העזר, סי' צ"ג סעיף כ"ג, איתא לגבי אלמנה למזונותיה דמהני תפיסתה, וכתב הרמ"א בסוף הסעיף, "ודקא שתפסה בעצמה, אבל ע"י שליח לא מהני תפיסתה". והמקור לזה בת' הריב"ש סי' ק"ז. ובחלקת מחוקק שם סעיף קטן מ"ג, דהריב"ש מירי שתפסה האלמנה מהיורשים, ויש חוב למקבלי מתנה בתפיסה זו, ע"כ הצריך שתתפוס בעצמה ולא ע"י שליח, אבל כשאין כאן מקבלי מתנה, רק יורשים בלבד, הרשות ביד כל אדם לתפוס לצורך האלמנה, כמו שמותר לתפוס לב"ח במקום שאינו חב לאחרים. ובבאר היטב שם, הביא מת' בית יוסף דאפילו אין שם רק יורשים, נמי הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דהיינו היורשים, ולא מהני ע"י שליח, וכ"כ הח"מ והב"ש.

ויעויין בשו"ע, אבהע"ז סי' ע"ז, סוף סעיף ג', לגבי תפיסת נדוניא, שאם אביה תפס עבורה נדוניא דמהני תפיסתו, ויעויין שם בב"ש וח"מ, וכן בפ"ת שם בשם התומים.

עכ"פ מהנראה דתפיסת שליח לא מהני במקום שחב לאחרים, אך בנידו"ד אין ברור אם תפיסתה של הבת היתה עוד בחיי אביה שאז הוי תפיסה ברשות, כאשר למוסדות עדיין לא היתה כל זכות שימוש בנכס, וההורים התפיסוה שתדור בנכס, א"כ י"ל דכה"ג מהני תפיסת שליח שעדיין אין זה חב לאחרים, כל עוד אין זכות לאחרים בכך, וצ"ע עדין בזה.

מג.

אך יש לומר דעצם הרישום בטאבו, עושה אותם מוחזקים עכ״פ היכא שאין מוחזקות בפועל אחר כנגדו, וכמ״ש סברא כעין זו בפתחי חושן בדיני הקנינים סי׳ ב׳, בשם כמה אחרונים. ובפרט שכאן הרישום בטאבו ע״ש הבן י. היה בנאמנות גם עבור הבת ולכן י״ל דהרישום מועיל גם לגבי חזקתה של הבת כשותפה בתפיסת הבית, שתועיל חזקת היורשים ע״י כך. ודבר זה עדין צריך בירור, והיינו דתפיסתה היא גם עבור עצמה. כאשר ברור מכתב של האם שהיא נותנת חלק גם עבור הבת וא״כ התפיסה לדבריה היא גם עבור עצמה והובא בפוסקים דהיכא דתופס גם עבור עצמו, מהני תפיסתו גם עבור אחרים, מדין דמיגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה, גם היכא שתפס יותר מכדי תפיסתו לעצמו, ודבר זה נחלקו בו האחרונים בדיני תפיסה.

מד.

ולעצם הנידון בטענת היורשים ששטרם קדם להקדש, כבר כתבנו לעיל בשם החזון איש דשטר בכתב יד אינו כלום להוציא ממי שנמכר לו אח״כ, או שניתן לו במתנה שיש על כך עדים, משום דאמרינן השתא הוא דכתב בכת״י עם תאריך קודם, וכאן הוגש רק צילום, ואפילו לא הוגש כת״י מקורי.

ובנוסף יש כאן יותר מרגלים לדבר שאותו כת״י מתאריך הקודם נראה כשקר, דלא יתכן דנתן לבניו, ולאחר מכן מכרו הנכס לאחר דהיינו קומה א׳ וכן אין חתימת האב על השטר מתנה לילדיו, וברור שהיה זה בלי דעתו ובלי ידיעתו, שאם היה יודע על המתנה לילדיו, אנן סהדי דלא היה עושה שלחן לחיים עם כ״ק האדמו״ר וכל חשובי החסידים שהיו נוכחים באותו מעמד, ואף פורסם ברבים על תרומת הבנין. ואיך יעלה על הדעת שאדם יר״ש יעשה חוכא ואיטלולא מרבו, שהיה מקורב אליו ויעשה שקר ברבים במילתא דעבידא לגלויי. ודאי אנן סהדי שהמכתב הראשון הוא חספא בעלמא, שנכתב לאחר זמן ע״י אחד היורשים שלא בידיעת האב והחתימו עליו את אמם. יש לציין שגם בכתב המתנה ליורשים שנכתב לאחר זמן, היה מפורש שהקומה ג׳ תשמש למקום תורה ותפילה, ובודאי שהכונה היתה למוסדות שהמנוח היה נמנה על חסידיו, ואף החזיקם בנכס זה.

ועוד, דאיתא להדיא בשו״ע, חו״מ, סי׳ רנ״ג סעיף כ״ג, ״ש״מ שאמר תנו ר׳ זוזי לעניים או ספר תורה לבית הכנסת, יתנו במקום שהוא רגיל״ יעו״ש, וכ״ש הכא מלבד שהיה רגיל ומקורב לחוג זה של המוסדות הרי הוא עצמו כבר החזיקם בנכס זה א״כ בודאי גם אם נניח שהאמא נתנה ליורשים, הרי זה היתה בהגבלה שקומה ג׳ תישאר למקום תורה ותפילה לאותם שכבר היו מוחזקים שם, שזה היה רצון בעלה כאמור.

מה.

ובר מן דין, כתב הראשון היה רק שמסכימים להעביר הנכס לילדיהם, ולכל היותר זוהי התחייבות ליתן במתנה את הנכס, והלשון 'מסכימים להעביר' הוי כאומר אתן לך שדה, דלגבי קנין אתן נחלקו הפוסקים אם קנין חל. דשיטת המחבר, בסי' רמ"ה ס"ב דמהני קנין אתן, אך הרמ"א פסק דלא מהני, דהוי קנין דברים בעלמא.

ובטור סי' רמ"ה, הביא שיטת הרמ"ה דקנין אתן מהני, וכתב הטעם דבאומר אתן הוי כמו שמחייב עצמו מעכשיו ומקנה בכך את השדה.

והקצוה"ח סי' רמ"ה סק"א, על מה שכתב המחבר מחלוקת בקנין אתן, וכתב שיטת היש אומרים דקנין אתן מהני, הביא מה שכתב הרב המגיד בפ"ט מה' זכיה ומתנה בשם הרשב"א, שנחלקו בקנין אתן, וכתב עלה, וצ"ע באתן לך איך יקנה, שהרי נתבאר בפ"ד דהכותב בשטר אתננו לך לא קנה, כדאיתא גמ' גיטין דף מ' ע"ב, ואפשר לדעתם טפי עדיף קנין משטר עכ"ל. ומזה כתבו האחרונים לחלק בפשיטות בין קנין לשטר, דבשטר לכו"ע לא מהני אתן בלא קנין.

ובספר אבן האזל, פ"ח מהל' זכיה ה"ו, כתב לבאר משום דבשטר צריך שיהיה ברור שמקנה לו עי"ז, וכיון דליכא בירור דברים שזהו קנין, כה"ג לא מהני בתורת שטר, אבל בקנין גמור באתן ס"ל דזהו הוכחה לקנין ולכך ס"ל דמהני.

וא"כ בנידו"ד שכתבה לבנים ש"מסכימים להעביר" זה לכל היותר כמו הבטחה ליתן, ובשטר לכו"ע לא מהני אתן בלא שנעשה קנין. וא"כ היורשים שטוענים שטרי קדם, טענתם בטילה ומבוטלת, אפילו לשיטות דקנין אתן מהני, דבשטר באתן לכו"ע לא מהני.

מו.

וגם את"ל דיועיל בתורת התחייבות כפי מנהג המדינה, מ"מ התחייבות ליתן כנגד מתנה שניתן לאחר ע"י קנין, לא מועילה. ועיין מנחת יצחק, ח"ו סי' ק"ע אות י"ד, בנידון הדומה לנידוננו, ע"ד הטענה שמקודם נכתב חוזה התחייבות בין מוכר הראשון לאיש אחר לפנים, ואח"כ נכתב שטר מכירה להמקבל הנתבע, אם יש חזקה מ"ק להאיש ההוא, וכתב שם דל"ש חזקת מ"ק במה שנכתב חוזה בין המוכר והקונה, שהמוכר מתחייב למכור וקונה מתחייב לקנות, דיש חילוק בין שטר מכירה לשטר התחייבות למכור ולקנות, דבמכירה כבר נכנס הקרקע ברשות הקונה, אבל התחייבות הוי רק חיוב על גופו למכור ולקנות, אבל הקרקע עדיין לא יצאה מרשות המוכר. והוכיח זאת מת' הרשב"א הובא בב"י חו"מ סוסי' ר"ו יעו"ש. וכן הוכיח מדברי המשנה למלך, פ" מה' מכירה ה"ז, במה

שהביא מת׳ מהר״א ששון, דאם חייב עצמו למכור, ואח״כ מכרה לאחר, אפילו אם מכרה ביותר לא קנה, כן כתב בגליון הטור שם בשם מ״כ, וכתב ע״ז המשנה למלך:

״ואין דבריו נראים אצלי מכר לשני בסך שקצב לאחר זכה השני, משום דמחייב עצמו אינו מכורה אלא מחוייב למכרה, וכל שמכרה לאחר זכה השני, ועיין מהריט״ץ סי׳ קפ״ז ודו״ק עכ״ל.

ובקצוה״ח סי׳ ר״ו, הביא את המשנה למלך וכתב ע״ז:

״וזה אינה קושיא לע״ד, דכיון שכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה, הו״ל דין שטר ממש וגובה ממשעבדי, וא״כ ה״נ כי מכרה לאחר טורף מיניה דמשעבדי ליה... אמנם דברי השו״ע נראים עיקר דבעי מעכשיו, ומשום דלשון חייב לא מהני בזה כלל, היכא דליכא חיוב באחריות, שיהיה החיוב חל על גופו לא מהני כה״ג דין חיוב, וכמ״ש בסי׳ ר״ג סק״ב בשם מהרי״ט, וע״כ הכא כיון שאין בזה חיוב אחריות לא הוי חיוב כלל״, עכ״ד.

ובנתיבות שם ביאורים סק״ב, השיג עליו וס״ל דחל חיוב כה״ג, וכתב להוכיח ממעשים בכל יום דכשמחייב עצמו ליתן לו אפילו דבר ידוע, החיוב חל על גופו ליתן לו אותו דבר ידוע, עי״ש.

עכ״פ חזינן שכל מחלקותם אם חל חיוב כשמתחייב על חפץ ידוע, אבל כו״ע מודו דאינו רק חיוב בעלמא, אבל לא נכנס לרשות הקונה, וממילא בנידו״ד אף אם נאמר דהמסמך שמסכימים להעביר לילדיהם את הנכס הוי כהתחייבות, אבל למעשה אין זה קנין, והקנין חל עם השני שהם המוסדות. והנה גם לפי הקצות כאן ליכא למימר שיגבה ממשעבדי, כיון דאין זה אלא כתב ידו, דאינו גובה ממשעבדי דאין לזה קול, בפרט שהוצג לפנינו רק צילום בעלמא.

מז.

אך כ״ז כתבנו לרווחא דמילתא, דכבר הוכחנו דבנידו״ד שהוצג רק צילום של כתב יד, אין לזה כל תוקף לבטל מכירה או מתנה אחרת.

ובנוסף להאמור איתא להדיא בשו״ע חו״מ, סי׳ רנ״ה, ס״ג דבריא שהקדיש נכסיו אינו נאמן לומר לאחר שהקדיש שיש עליו חוב לפלוני, או חפץ זה הוא של פלוני, שמא יעשה קנוניא על ההקדש, ואפילו בע״ח בשטר אינו גובה אלא כדרך שגובים ממשועבדים.

ובנידו״ד אין כאן שטר אלא כת״י דהוי כדיבור בעלמא ואינו נאמן שהרי יכול לכתוב בכתב ידו כל מה שרוצה ויעשה קנוניא על ההקדש, ולכן פשיטא דאינו נאמן להפקיע את התרומה שתרם למוסדות.

ואף לפי מ״ש הש״ך שם סק״ו, דהיכא דיכול לישאל על נדרו נאמן במיגו שיכול להשאל, נראה דכאן שכבר החזיקם בנכס האמור, הוי כבר בא ליד גבאי שאינו יכול להשאל.

ובנוסף לכך יעויין שם בקצוה״ח סק״ג, דאינו מועיל מה שיכול להשאל. אלא לענין איסורים שבידו הוא וע״א נאמן באיסורים, אבל בממון כשאומר ממון זה של פלוני הוא, אינו נאמן אלא במיגו ממש, והא דאי בעי מיתשל אינו מיגו ממש, כמ״ש הראשונים שלחזור בדיבור קל יותר מלישאל, יעו״ש ובנתיבות מ״ש בזה.

מח.

מלבד כל האמור, גם אם נניח שנכתב הכת״י בזמנו לא מובן למה כשההורים תרמו את הבנין למוסדות שתקו כל היורשים באין פוצה פה ומצפצף, שהרי זה היה מפורסם לכל, ברוב עם שהשתתפו בחתימת השטר והקדשת הנכס. ואם תמצא לומר שלא ידעו שההורים כתבו שטר מוקדם על שמם, א״כ כל טענתם נופלת, דיוצא דגם אם כתבו שטר מוקדם, אך לא מסרו להם ולא ידעו על כך כלל, אין לכך תוקף וגם לא חלה התחייבות, כל עוד לא נמסר להם השטר התחייבות להעביר להם את הנכס האמור, א״כ כל טענתם נופלת בבירא.

מט.

ומה שיש לברר, עוד, אם בנידו״ד הרישום בטאבו ע״ש הבן י. מהוה קנין מועיל ע״פ דין. עיין פד״ר, ח״ו עמוד 382 פסק ביה״ד הגדול (בהרכב הגר״י ניסים ז״ל ויבלח״ט הגרי״ש אלישיב שליט״א והגר״ב ז׳ולטי ז״ל) שהעלו שלמעשה רישום בטאבו עצמו מהוה קנין המועיל, והביאו לכך מקורות מדברי הריב״ש בת׳ סי׳ תע״ח, שכתב וכ״ש אם אחר התקנה ההיא נהגו יחידי הקהל לעשות שטרות בידי הנוטריון, שהרי כיון שנהגו בהם הקיום ביד הנוטריון הרי הוא כקנין מן הדין, דומיא דמאי דאמרינן באיזהו נשך האי סיטומתא קניא.

וכן כתב בכנסת הגדולה, סי׳ ק״צ בהג״ה אות ט׳ אפילו אינה דינא דמלכותא, אך מנהג פשוט בכל התגרים כשמוכרים חנות אלו לאלו, שאפילו בלא שום אחד מדרכי הקנין, אלא בכתיבת הפנקס של מלך מתקיים מקחם ביניהם קנה, וכ״ב בס׳ דברי אמת סי׳ כ״ג יעו״ש.

ואולם מדברי החזו״א, ח״מ, ליקוטים סי׳ ט״ז אות ט׳, ס״ל דלא חל ע״ז דינא דמלכותא, וכן אין כאן דין סיטומתא, משום שאין המלכות מקפדת שנידון בדיני ישראל, רק אצלם אינם מכירים בבעלות רק ע״י רישום בטאבו.

אך יש שכתבו דברי החזו״א נאמרו לזמנו, שלא היה המנהג מוחלט שמעבירים בעלות ע״י הטאבו, אבל כיום שכבר הפך למנהג מוחלט, וגם יש בכך תקנה לרמאים, לכך הו״ל סיטומתא גם לשיטת החזו״א.

עכ״פ נקטו הפוסקים, שהעברה בטאבו נחשבת לקנין המועיל, את״ל מטעם דינא דמלכותא, ואת״ל מטעם קנין סיטומתא.

ולכן כשאנו באים לדון בנידוננו שהאם העבירה הנכס ע״ש הבן י. ה״ל קנין המועיל, רק כתבנו לעיל שנראה שלא הועיל הקנין מכיון שעשתה זאת נגד דעת בעלה, וגם חלקה אינה יכולה להקנות משום כך.

נ.

עוד יש לדון ולומר בנידוננו, שהקנין של הטאבו לא יועיל, דהרי היה ברור מקודם ע״פ מסמך קודם להעברה בטאבו, שההורים רוצים להעביר את הנכס ע״ש כל הילדים, וכמה מהם ביקשו שחלקם יהיה בנאמנות על שמו של י. ובן אחד ביקש שחלקו ישאר בנאמנות ע״ש אימו ואולם לגבי הבת, לא היה ברור מה יעשה בחלקה, אם בנאמנות אם לאו, ובהמשך ההסכם סעיף ו׳ מופיע, ״הזכות בנכס הנ״ל תתחלק לששה חלקים מזה 2/6 לבכור ולשאר הילדים הנ״ל 1/6 לכל אחד״. יוצא שלמעשה הרישום כאן אינו מהוה בעלות לבן י. על כל הנכס כאשר 5/6 שייכים לשאר הילדים ויוצא שרשום על שמו נכס, שברובו הגדול ידוע שאינו שלו, אלא רק רשום על שמו.

והנה איתא בסוגיא ב״ק דף ק״ב ע״ב, הלוקח שדה בשם ריש גלותא, דהיינו שאמר למוכר לכתוב ע״ש ריש גלותא כדי שלא יצאו עליה עסיקין, ואכן המוכר כתב בשם ריש גלותא, אין כופין ריש גלותא לחזור ולכתוב שטר שהוא מכרה ללוקח. ובגמ׳ שם מקשה, הא דאין כופין לכתוב שטר ללוקח, משמע דעכ״פ מיקני קני לוקח לאותה שדה, לימא פליגא אבני מערבא דאמרי וכי מי הודיעו לבעל חיטין שיקנה חיטין לבעה״ב? מתרצת הגמ׳ דהא לא קשיא, כגון דאודעיה לבעל שדה, ואודיעינהו לסהדי עיי״ש.

והיינו דכה״ג לא קנה ריש גלותא אע״פ שכתוב השטר על שמו, אלא ששייך ללוקח. ואולם שם ברשב״א בסוגיא כתב, שאם בא ריש גלותא לערער ולומר שזכה בשדה, הואיל ונכתב השטר על שמו, אם לא הודיע הלוקח לעדים שכדי שלא להשביע את עצמו עושה כן, טענתו טענה. וזה חולק על דברי הטור שכתב, שאין ריש גלותא יכול לערער על כך, מכיון שלא נמסר השטר לידו, לא אמרינן כה״ג דזכין לאדם שלא בפניו.

ויעויין בתומים סי׳ ס׳ סקי״ז, מה שהאריך בזה. ובנתיבות המשפט שם תמה על דברי התומים, דגם בשטר קנין איך הלוקח קונה בשטר זה שאינו רשום על שמו, ואילו ריש גלותא הרי לא התכוונו להקנות לו, יעו״ש.

ובאמת בנידו״ד יש להאריך הרבה בשאלה אם זה שנכתב על שמו בטאבו זכה. דכאן היה קודם גילוי דעת שזה רק בנאמנות, ולגבי השאר אין דינא דמלכותא שהטאבו שאינו רשום על שמם, שיהיה להם בעלות עי״ז, וכן לא שייך סיטומתא כה״ג, שיקנו ע״י רישום בטאבו שאינו כלל על שמם.

ומה שיש לדון רק על 1/6 ששייך לבן י. שיקנה עי״ז חלקו לפי מה שרשום בטאבו. אך יש לדון גם על חלקו של י. מכיון שהאם הקנתה נכס שלם בקנין אחד, ואם 5/6 לא ניקנו, שלא ניתנו לבן י. א״כ גם חלקו של י. לא נקנה לו כאשר היתה הקנאה אחת. וכבר נחלקו בכך הפוסקים אם כה״ג קונה חלקו, ראה רמ״א חו״מ סוף סי׳ ר״ג.

אשר על כן יש לפקפק בכל הרישום בטאבו בנידוננו שלא יועיל הרישום להחשב כקנין המועיל, ולגבי השאר הרישום לא מועיל הן לפי ההלכה, והן מדינא דמלכותא, והן מצד המנהג, ולכן נשאר לנו רק הקניינים שנעשו ע״י המוסדות שאמנם גם הקניינים שנעשו על ידם יש בהם ערעורים לפי כמה שיטות, אך לרוב השיטות היו כאן כמה קניינים המועילים.

נא.

לכן כפי שכתבנו, קומה ג׳ שייכת לגמרי למוסדות, דגם בספיקא דרבוותא, רבו הפוסקים דס״ל דהיכא דקימא ארעא תיקום, והם מוחזקים בקרקע של קומה ג׳ זה עידן ועידנים, ולפי הנימוקים המצורפים שהיה גם נדר, ויש שיטות שחל שעבוד כה״ג, מה״ט היה נראה כמו כן שיש על היורשים לקיים נדרם של הוריהם, אך לא נוכל לכופם על כך. עכ״פ בחלק שאין היורשין מוחזקים בחזקה גמורה, כגון הגג של הבנין נראה שיש לקבוע שהבעלות היא של המוסדות, ובמידה ויש איזה שימוש ליורשים, תשאר רק זכות השימוש לגבי אפשרות להגיע להסכם פיצוי כלשהוא, אך הבעלות לפי רוב השיטות שייכת למוסדות. וזו היא פשרה הקרובה לדין. ואולם לגבי קומה ב׳ שהיתה כל הזמן בחזקת הנדיבים ויורשיהם, אף שהדעת נוטה שעל היורשים להעבירה לחזקת המוסדות, אך מכיון שהם מוחזקים לא נוכל לכופם לכך, מכיון שיש כמה שיטות שהחזקה של המוסדות לא הועילה לגבי קומה ב׳, וכן לגבי שאר קניינים אין בירור שהועילו לכל השיטות, לכן לא נוכל לכופם לפנות את הקומה ב׳ לטובת המוסדות.

לסיכום, קומה ג׳ וכן הגג שעליו שייך למוסדות ויש לרשום הערת אזהרה בטאבו לטובתם, שלא יוכלו היורשים למכור את החלק האמור השייך למוסדות, ואילו קומה ב׳ המוחזקת ע״י היורשים, לא נוכל לכופם לפנות את הקומה הנ״ל, ולהעבירה למוסדות.

ויה״ר שלא ניכשל בדבר הלכה, והאמת והשלום אהבו.

הרב חיים יהודה רבינוביץ

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה

פרטי המקרה הובאו ע״י עמיתי הגר״י אליעזרוב שליט״א, לא אחזור עליהם.
בתחילה נדון האם המוסדות זכו בנכס או לחילופין היורשים מחויבים לקיים דברי הוריהם בעלי הנכס.
בסיכומי התביעה כתב ב״כ התובעים:

> ״ברור ומבורר שמכל צד ופן הלכתי, הן מכוח הקדשה לצרכי ציבור תורה ותפילה בבחינת ״אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי״. אינו יכול לחזור בו, והן מכוח כתב ״הנדבה״ על פי מכלול הראיות וריבוי העדים והקנינים בשטר, וחזקה ובפירסום ובהקנאה מעכשיו וכו׳ שהבעלות והזכויות בק״ב ובק״ג על כל צמידויותיהם וללא שיור כל שהוא (מלבד ק״א וצמידויותיה) שייכים בבעלות חלוטה לתובעים״.

נדר

בשו״ת הרמ״א סי׳ מ״ח, הביא פסק הב״י דהנודר ומת מחויבין היורשים לקיים נדרו. והרמ״א פליג ע״ז. והקצוה״ח בסי׳ ר״צ סק״ג כתב, דלדעת הב״י הנודר לצדקה נשתעבדו נכסיו ועי״ש. וא״כ לפי״ד הב״י ברור שהבנים מחויבים לקיים נדר אביהם. ועיין בתשובת חת״ס חו״מ סי׳ ק״ד מש״כ בזה. ולדבריו, כשנדר לעני גם הרמ״א מודה דהבנים מחויבים לקיים נדר אביהם, ועי״ש [ועיין שו״ת בית אפרים יו״ד סי׳ נ״ה ושבות יעקב סי׳ פ״ה, שהיורשים מחויבים לקיים נדר אביהם בנדרי צדקה]. ויש מהאחרונים שפירשו, שכוונת הב״י דהעניים זכו מדין ״אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי״. ועיין אחיעזר יו״ד ח״ג סי׳ ל״ד, ועוד.
ועיין נתיבות המשפט סי׳ ר״נ סק״ד, שכאשר אמר ״הרי זו צדקה״ [וכאן הרי היתה ״אמירה״ שמסתבר שהשטר נכתב עפ״י ציווי התורמים] נתפס הממון המסוים לצדקה, ובזה ודאי שהיורשים מחויבים לקיים הנדר.

אמירה לגבוה כמסירה להדיוט

נחלקו הראשונים אי אמרינן בצדקה ״אמירה לגבוה כמסירה להדיוט״ כהקדש או לא. [ועיין בעל המאור פ״ד דב״ק ל״ו ע״ב, מש״כ בשם רב האי גאון]. והרמ״א בתשובה שם סובר דלא הוי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט. ועיין שו״ת

רעק״א, סי׳ קמ״ו, שדן בסתירת הרמ״א בנידון, והוכיח מדברי הרמ״א ביו״ד, סי׳ רנ״ח ס״ז, שכתב דהמקדיש שט״ח צריך כתיבה ומסירה, שסובר כדעת הרשב״א, דבצדקה לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט. ועיין פתחי תשובה סי׳ רי״ב סק״ט מש״כ בזה. והקצוה״ח סי׳ רנ״ב סק״ד פסק שלא אמרינן דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, ואין היורשים מחויבים לקיים. ובהגהות אמרי ברוך שם מציין דהסמ״ע סי׳ קכ״ה ס״ק כ״ה הכריע דכמסירתו להדיוט דמי, ודלא כתשובת הרשב״א ח״א סי׳ תקס״ג. ועיין פתחי תשובה סי׳ רנ״ה סק״ג שהביא בשם שו״ת ושב הכהן סי׳ י״ח דגם בצדקה אמרינן כמסירתו להדיוט, ועי״ש.

אולם, עיין רמ״א יו״ד סי׳ רנ״ח סעיף י״ג שכתב, וז״ל:

״דכל אמירה שיש בה רווחא לצדקה אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט״.

ומבואר דסובר הרמ״א שבצדקה אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. ועיין אבן האזל בהשמטות סוף הל׳ נזקי ממון, שהוכיח כן בדעת הרמ״א. וכתב, דמש״כ הרמ״א בתשובה דנודר לעניים ומת היורשים פטורים, מיירי דאמר בלשון ״אתן״, דגם בהדיוט בקנין ״אתן״ אפילו להשיטות דמהני היינו דהוא חייב ליתן, אבל אם מת אין היורשים חייבים ליתן. ולכן גם בצדקה הוי כקנין ״אתן״ בעלמא, דאין היורשים חייבים ליתן. ועי״ש.

ועיין אחיעזר, ח״ג סי׳ ל״ד, שהכריע, דלדינא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט בצדקה, דגם הרמ״א בתשובה שם כתב דבטלה דעתו נגד דעת הב״י. ועיי״ש.

וכאשר לא אמר בפה אלא כתב, עיין בנחלת שבעה סי׳ פ״א שכתיבה ל״ה כאמירה. ובבית יצחק יו״ד סי׳ פ״ב ופ״ו האריך בזה, ומסיק דצריך עכ״פ חתימתם. (וכאן הרי ברור דחתם ע״ז). אלא שכתב שם דהוי נדר מדין יד. וא״כ ל״ה כי אם נדר ולא הוי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט שקנה, דלא מצינו דמהני מדין יד. אולם מסתבר שהנוסח היה ע״פ ציווי התורמים שציוו לכתוב עם תנאים המפורטים בכתב הנדבה, ולכן הוי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט.

ומצאתי בשו״ת עטרת שלמה סי׳ פ״ו שכתב, וז״ל:

״עוד יש להעיר, דהנה מהרי״ק בשורש קס״א דן לומר שאף אם עניים דין הדיוט יש להם, מ״מ הקדש לבית הכנסת הו״ל כהקדש למקדש. ומשום דהש״ס בכמה מקומות יליף דין בית הכנסת מדין מקדש. ולכן צדד שם שאף לשיטת הר״י דמחשבה לצדקה לא מועיל כ״ז שלא הוציא בפיו, אבל כשחשב לתת עבור בית הכנסת הוא מחויב לתת. וכמו דילפינן בתרומת המשכן שמועיל מחשבה. ולפי״ז יש מקום לומר שאף שבממון עניים לא אמרינן אמירתו לגבוה וכו׳, אבל כשהקדיש לבית הכנסת דדמי למקדש יהא מועיל גם דיבור לבד מטעם אמירתו לגבוה וכו׳״.

ובהמשך כתב, וז״ל:

״אולם נראה שאין בזה כדאי להכריע וכו׳ היות שהמהרי״ק שם לא קבע את זה לדבר ברור, אלא כתב שאפשר לומר שבית הכנסת יהיה לו דין מקדש. נוסף לזה הנה רבינו ירוחם בנתיב י״ט (והובא בב״י יו״ד סי׳ רנ״ט) כתב שבצדקה ובית הכנסת יש להם אונאה כדין הדיוט, ולפי שיטת מהרי״ק שמדמה לבית כנסת למשכן ומקדש. לא היה צריך להיות דין אונאה בבית הכנסת וכמו שנתמעט הקדש מאונאה, ומשמע מזה שרבינו ירוחם סובר שדין בית הכנסת יש לזה דין הדיוט, וא״כ לא אמרינן לגביה אמירה לגבוה למאן דסובר דבממון עניים לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט״.

ולענ״ד נראה דדברי המהרי״ק שם אמורים לענין נדר במחשבה, דע״ז איתא בגמ׳ שבועות דף כ״ו ע״ב, דהוי תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כאחד, ו״תרומה״ היינו תרומת המשכן. וע״ז כתב המהרי״ק דראוי לדמות נדבת בית הכנסת לנדבת מלאכת המשכן, דבכל מקום דימו רבותינו בית הכנסת לבית המקדש, ועיי״ש עוד מש״כ בזה. ובסוף כתב:

״ומאחר שכן הוא אפשר לומר דאפילו לרבינו יצחק דס״ל דלא ילפינן מהתם לענין קבלת תענית, מודה דילפינן לענין קדושת בית הכנסת, כיון דדמו להדדי לפי מה שפי׳ רש״י דתרומה וקדשים דקאמר התם דהיינו תרומת המשכן״.

ומבואר בדבריו, דמדמה התרומה לבית הכנסת לתרומה לבית המקדש, אבל אינו דומה להקדש, שהרי בגמ׳ שם איתא ״דתרומה וקדשים הוו שני כתובים הבאים כאחד״. ולמד המהרי״ק תרומה לבית הכנסת מתרומת המשכן ולא מקדשים. וא״כ נראה דלגבי אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט דלא מצינו אלא בהקדש לא ילפינן בית הכנסת מיניה. דשם זה דין בהקדש ובית הכנסת לאו רשותא דהקדש הוא. אולם לגבי נדר במחשבה דמצינו דבתרומת המשכן מהני נדר במחשבה י״ל דילפינן בית הכנסת מיניה. דאמרינן דהא דמהני נדר במחשבה לתרומת המשכן זה מדין ״בית המקדש״ ובית הכנסת הוי נמי בית המקדש מעט. ויש לפלפל בזה.

מצוה לקיים דברי המת

א. הרמב״ם בפכ״ב ממכירה הט״ז כתב, וז״ל:

והואיל והדבר כן, אם ציוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים או כל שכר בית זה יהיה לעניים, זכו בהן העניים״.

וכתב שם המגיד משנה, וז״ל:

״אלא שהוא מוסיף שאף במתנת שכיב מרע אע״פ שאין הנודר קיים מצוה לקיים דברי המת כמו שהוא מחויב אם היה קיים ועיקר״.

ועיין קצוה״ח סי׳ רי״ב סק״ג, וסי׳ רנ״ב סק״ג, שביאר דבריו, דאף דקי״ל דאין מצוה לקיים דברי המת אא״כ הושלש מתחילה לשם כך. כשנדר אמרינן דכיון שמחויב לקיים הנדר, מצוה לקיים דברי המת, אף כשלא הושלש מתחילה לכך. וכן פסק בשו״ת דבר אליהו (קלצקין) סי׳ פ״ד. וכתב עוד, שאף במקום שאין הבנים חייבים מדינא, מ״מ יש זכות למת בקיום הצוואה לצדקה. ויש לו כפרה בכך. ועיי״ש.

והמהרי״ט ח״א סי׳ ל״ט, האריך בדברי הרמב״ם, ועיי״ש שביאר בשני אופנים:

א) דשכיב מרע שנדר ליתן לעניים כל מה שיוציא אילן זה וכדו׳ מחויבים היורשים ליתן מדין ״מתנת שכ״מ״ כיון דאיתיה בבריא ע״י נדר, כשהוא שכיב מרע הוי דבר שכ״מ ככתובין וכמסורין דמו.
ועיין אבן האזל פכ״ב ממכירה שכתב כעין זה. ולפי״ז דוקא בשכ״מ שנדר מחויבים היורשים לקיים דבריו.

ב) מפרש דברי הרמב״ם כעין דברי המגיד משנה דהוי משום מצוה לקיים דברי המת, ואף שלא הושלש ביד אחר ״הכא עדיף לפי שהקנהו מחיים בלשון נדר וציוה היורשים עלי מצוה עליהם לקיים דבריו״.

ונראה מלשונו, דדוקא כשציווה היורשים עליה אמרינן בזה מצווה לקיים דברי המת ולא בנדר סתם. אלא דהמהרי״ט כתב שם לפני כן, וז״ל:
״דכשאמר כל מה שיוציא אילן לעניים אין כאן נדר ולא לשון נדר וכו׳״.

ולפי״ז בהכרח שאין הטעם משום נדר, אלא דהוי קצת לשון נדר, ולכן כשציוה לבניו בלשון זו אמרינן דמצוה לקיים דברי המת.

ועיין באחיעזר, ח״ג סי׳ ל״ד, שהוכיח מדברי הרמב״ם והמגיד משנה דאמרינן מצוה לקיים דברי המת כשנדר ליתן לאחר מיתה, אף שאילו היה בחיים לא היה עליו שום נדר, שהרי כאן מיירי בשכ״מ ואינו נודר ליתן אלא לאחר מיתה. (ועיין בנמו״י נדרים דף כ״ט, שכתב בשם הרשב״א, שהנודר להקדש וצדקה לאחר מיתה אינו כלום. וכן איתא במרדכי בב״ב בשם מהר״ם, דאפילו אמירה אתן כך וכך לצדקה לאחר מותי לא נעשה נדר. דבזמן שצריך לקיים הנדר כבר מתה והוי חפשי מן המצוות). ומבואר בדבריו כעין מש״כ בדעת המהרי״ט, דלא בעינן דין נדר ממש דליהוי בזה מצוה לקיים דברי המת.

והאגרות משה, יו״ד, ח״א סי׳ קמ״ז ענף א, דוחה דברי הקצוה״ח. דאם אמרינן מצוה לקיים דברי המת משום נדר, אפילו בריא נמי, ולכן כתב שדוקא בשכיב מרע תיקנו חז״ל מחשש שתיטרף דעתו, כיון שאם היה קיים בעצמו היה מחויב לקיים הנדר, לכן מחויבים היורשים לקיים כאילו היה קיים ויכול לקיים דבריו. ולפי״ז בבריא שנדר לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

ועיין בשו״ת הרמ״א, סי׳ מ״ח שכתב, דהמגיד משנה קאי בשיטת הריטב״א בשם הרא״ה, שהובא בב״י סוף סי׳ רנ״ב שכתב, וז״ל:

״אפילו לא הושלש מתחילה לכך ואפילו לא הוציא ממון מתחת ידו, כל שציוה ליורשים או למי שסיפק בידו לעשות, וקיבל עליו או שתק, יש בו משום מצוה לקיים דברי המת, אבל אם ציוה על היורשים שלא בפניהם, אין בו משום מצוה לקיים דברי המת״.

והיינו דהרמ״א למד בדעת המגיד משנה דלא כהקצוה״ח אלא דכשציוה ליורשים אמרינן בזה מצוה לקיים דברי המת.

ועיין ש״ך סי׳ רנ״ב סק״ז, דפסק כהריטב״א בשם הרא״ה להלכה. ורעק״א מהדו״ק, סי׳ ק״נ תמה ע״ז, דהרי לדעת תוס׳ בעי דוקא השלישן לכך. והרא״ה כתב, דאף להיורשים או שציוה למי שסיפק בידו לעשות אמרינן ביה מצוה לקיים דברי המת. ומדוע פסק הש״ך כהרא״ה. וכתב עוד, דאף להרא״ה דוקא כשציוה ליורשים אמרינן ביה מלד״ה. ולמעשה מכריע שם כר״ת דדוקא כשהשלישו אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

ועיין עוד בשו״ת רעק״א, מהדו״ק סי׳ ס״ח שכתב, וז״ל:

״ומעתה נ״ל לדינא במצוה לבניו דרך צוואה ליתן ממון ירושתם לפלוני כך וכך, דצריכים לקיים מדין כיבוד אב, ומה דשקלו וטרו הפוסקים דין מצוה לקיים דברי המת דהוא רק במשליש מתחילה לכך, היינו בלשון תנו דהוי רק לשון מתנה, גם נפ״מ במצווה לאחד משאר יורשיו דלא שייך דין כיבוד אב, גם במצוה לבניו נ״מ דמשום כיבוד אב לא כפינן להו, ומדין מצוה לקיים דברי המת כפינן כדאיתא בפרק השולח וכו׳״.

ובנידוננו, אפילו לדעת הרא״ה אין מצוה לקיים דברי המת כיון שלא ציוה לבניו שיתנו הנכסים למוסדות, ומטעם זה אין כאן ג״כ כיבוד אב ול״ש לחייב מצד מצוה לקיים דברי המת, רק מטעם נדר (לפי ביאורו של הקצוה״ח במגיד משנה והמהרי״ט), וגם בזה לא שייך לחייב את הילדים רק את חלקו של האב בנכסים. אבל לא שייך לחייב את הילדים לגבי חלקה של האם בנכסים מטעם זה כיון שברור שחזרה בה וכדלהלן. וברור שכשחזרה בה אין בזה מצוה לקיים דברי המת (אולם שייך לחייבם גם בחלקה של האם מטעם אמירה לגבוה כמסירה להדיוט מפני השטר, וכדלהלן).

בשו״ת בנין ציון (החדשות) סי׳ כ״ד דן בענין ״מצוה לקיים דברי המת״. והביא את השיטות בנידון. וכתב בשם המהר״י בן לב שאין לחוש לדעת ר״ת דבעינן הושלש אלא כשהיורשים מוחזקים דאין מוציאים מידם, אבל אם אינם מוחזקים נותנים למי שציוה ליתן את הנכסים. ועיי״ש שנראה מדבריו דדוקא כשמינה אפוטרופסים ושלוחים לקיים צוואתו, דלפי״ד הריב״ם והרמב״ן דוקא

באופן זה מצוה לקיים דברי המת, אבל באומר יזכה או יקנה או הנני נותן דמוסר דבריו בפני עדים בלבד ולא עשה שליח לא.

וא״כ בנידוננו שציווה למוסדות לטפל בזה כלשון הצוואה בחלק מהנכס שהמוסדות מוחזקים. ודאי דשייך בזה מצוה לקיים דברי המת. ורק בחלק שעדיין היורשים מוחזקים לא נוציא מהם מטעם מצוה לקיים דברי המת.

שטר

הנדיבים עשו זכרון דברים עם כ״ק האדמו״ר שליט״א והמוסדות, ושם כתוב ״הנדיבים תרמו בנדבת ליבם וברצונם הטוב את הבנין הנמצא ברחוב וכו׳״.

ועיין גיטין דף מ׳ ע״ב דאיתא שם בגמ׳ ״האומר נתתי שדה פלונית לפלוני, נתונה לפלוני וכו׳ הרי היא שלו״. והיינו, שגם כשכותב לשון ״עבר״ בשטר, ג״כ זוכה, והוי לשון קנין טוב. וכן נפסק בשו״ע חו״מ סי׳ רמ״ה סעיף א׳ ״הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני וכו׳ הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו״. ולפי״ז בשטר שלפנינו שנכתב ״תרמו״ הוי כלשון ״נתתי״ והוי לשון שטר טוב.

ואף אם לא העבירו הנדיבים ב״טאבו״ ע״ש המוסדות, ג״כ הוי שטר קנין טוב. כמו שמסיק החזו״א בחו״מ, ליקוטים סי׳ ט״ז סק״ה, ומבואר בדבריו שם ששום רישום לא מעכב. ומשמע, שאף אם לא נכתבה ״הערת אזהרה״ על שמם ג״כ הוי קנין שטר טוב. וכן האריך בזה הגרש״ז אויערבאך זצ״ל ב״מעדני ארץ״ שביעית סי׳ י״ח, ומסיק שם בסקי״ג שדעת רוב גדולי הפוסקים דאין הרישום מעכב קנין. וע״ע ״פתחי חושן״ קנינים פ״ב הערה י״ד.

והנה בנידוננו, המוסדות קיבלו שטר, אולם שטר שהוציאו הינו צילום של ״כתב הנדבה״ שהנדיב ביקש מאחד מבני המשפחה שיצלם את השטר המקורי, ויתן את הצילום למוסדות.

ב״כ התובעים צירף תצהיר ובו חתומים שמונה אנשים אשר הביעו נכונותם לבוא להעיד על פרטי המעמד, בפני ביה״ד. ביה״ד לא ראה צורך להזמין את העדים להעיד ולחקרים כיון שהנתבעים הפסיקו לשתף פעולה בשלב זה. כתב הסיכומים הנ״ל נמסרו לנתבעים במקביל לביה״ד, ולא הכחישו אותו מעולם.

בתצהיר נאמר:

> ״הננו להביא לידיעת ביה״ד את סדר העברת השטר למקבלי המתנה עפ״י מה ששמענו מעדי ראיה המוכנים להעיד בפני ביה״ד. באותו מעמד ששתו לחיים אצל הנדבנים, נמסר השטר בתחילה לאדמו״ר שליט״א. ולאחר מכן לקח התורם את השטר מידי האדמו״ר שליט״א ומסרו למנהל המוסדות דאז. שהיה מיופה כוח לפעול בשם המוסדות לכל דבר. ולאחר המעמד ביקש התורם שיחזירו לו את האורגינל בכדי

שחתימת קדשו של אדמו״ר שליט״א תישאר אצלו, והוא נתן מזכרון הדברים להנהלת המוסדות״.

וכיון שכך, ברור שהשטר נמסר בתחילה לקנין, ואולם בעקבות חתימת האדמו״ר על השטר ביקש הנדיב שיהיה לו למזכרת וייתן צילום במקום השטר.

אולם, ברצוני להעיר כאן הערה חשובה:

בביה״ד הועלתה השאלה, האם הנדיב מסר את השטר למקבלים בתורת קנין, או לצורך חתימה בלבד, ומיד לקח את השטר המקורי וצילם אותו ע״ד למסור את הצילום למוסדות.

דהנה נפסק בשו״ע, חו״מ סי׳ קצ״א ס״א ״בשטר כיצד וכו׳ כיון שהגיע השטר לידו קנה״. והיינו, שצריך הקונה לזכות בשטר. וכמ״ש בקצוה״ח ובנתיבות שם סק״א שצריך שיהא גוף הנייר של הקונה, ואם לא זכה בו אינו קונה. וא״כ נראה, שכיון שמיד לאחר החתימה לקח את השטר נראה שלא נתכוין להקנות את הנייר.

ונראה לדון בזה בכמה טעמים:

א. גם אם כך היה המעשה, אין זו הוכחה שהשטר נמסר רק על דעת חתימה. שהרי מסתבר שהנדיב מסר את השטר לפי כללי קנין השטר, וביקש שאח״כ ימסרו לו את זה.

יתירה מזו, מגופו של שטר ההקדש ניתן ללמוד שלא היה מכוון מראש שהאדמו״ר יחתום עליו, שא״כ בוודאי היו מכינים מקום לחי״ק של האדמו״ר, כמקובל בכל מסמך שהאדמו״ר חותם עליו באופן רשמי, וכאן לא הכינו מקום לחתימה אלא להנדיבים ולהנהלת המוסדות. ועצם הדבר שהנדיב הפציר באדמו״ר שיוסיף חתימתו, כנ״ל, מלמד שלא היה מוסכם מראש שהאדמו״ר יחתום, אחרת לא היה צורך בבקשות והפצרות דבר שהיה מוסכם מראש ומובן מאליו.

ב. אם אחד נתן לחבירו צילום שטר יש לדון אם אפשר לקנות בזה קנין.

דהנה הסמ״ע בסי׳ קצ״א סק״א כתב, שבשטר קנין אפשר לקנות כשנכתב ע״ג חרס, כיון שלא בעינן שיהא ראוי להתקיים אלא שיקנה בו לשעתו. והב״ח שם ס״א פליג עליו. והט״ז הוכיח כהסמ״ע. מדברי הרמ״א בסי׳ מ״ב ס״א שכתב, וז״ל:

״אבל שטר אקנייתא כשר (על דבר שיכול להזדייף) ר״ן פ״ב דגיטין״.

וכ״כ הש״ך בסי׳ מ״ב סק״ב. וא״כ כשמודה שנתן צילום שטר אפילו בלי כת״י הוי שטר של קניין. ובפרט בנידוננו שיש לברר אם היו עדי מסירה על הצילום.

אולם, עיין בחידושי רעק״א על השו״ע סי׳ קצ״א ס״א שם, ובהגהות אמרי ברוך שנקטו בפשיטות שגם לפי״ד הסמ״ע בעינן עכ״פ עדי חתימה או

כת״י, ובזה אמרינן דאף דהוי דבר שיכול להזדייף מהני, אבל אם אין עדי חתימה לא מהני. ועיין אמרי משה סי׳ ט״ז שכתב בשם הגר״ח מבריסק זצ״ל שא״צ עדי חתימה ועדי מסירה ואפילו כת״י לא בעינן.

ובתומים סי׳ ס״ח סק״ח כתב, וז״ל:

״ולכן צ״ל דמ״ש התוס׳ בהודאת בע״ד, היינו, דחתום עליו בע״ד והודה שנתנו או כתוב בכת״י, אבל כתוב על הנייר מבלי חתימה אף דמודה דנתנו לו אינו כלום, דאין כאן תורת שטר רק נייר בעלמא מסרו לו לצחק בו, ובעינן דיהיב עליו תורת שטר או חתום בעדים או כתוב וחתום בחת״י או מסרו בעדים והן משוי ליה לשטר, אבל מוסר נייר בינו לבין עצמו שכתוב בו, שדי נתונה לך אינו כלום״.

וא״כ, לפי״ד הסמ״ע אינו ברור אם צריך עכ״פ חתימת ידו, ולפי״ד גדולי האחרונים הנ״ל צריך, ולא מהני מסירת שטר ללא חתימתם או כת״י אף דמהני שטר קנין בדבר שיכול להזדייף.

ויש לדון לפי סברת התומים דכשנמסר לו שטר שלא חתם בחתימת ידו אמרינן שמסר לו לצחק בו, ובנידוננו ודאי דלא מסתבר דמסרו לצחק בו להתל ברבו כ״ק האדמו״ר שליט״א והמוסדות, וצ״ע.

ולכאורה, יש להוכיח, דבעינן עכ״פ חתימת ידו. דהנה הש״ך בסי׳ מ״ב סק״ב פסק כהסמ״ע. ובסי׳ מ״ה סק״ד כתב, שכשלוה מחייב עצמו בשטר יכול לחייב עצמו ע״י שאחר חותם בשמו. ועי״ש בקצוה״ח ובנתיבות. ולפי״ד הנתיבות שמיירי שם כשמחייב עצמו הרי לכאורה אף בלי דין שליחות יכול לחייב עצמו כשיש הוכחה שמסר השטר, ועל כרחך דבעינן עכ״פ חתימתו.

ג. הנה, כאשר אדם הודה לחבירו שנתן לו חפץ או נכס מסוים, אפילו כשלא נתכוין להקנות בקנין אודיתא אלא התכוין להודות לחבירו שנתן לו חפץ זה שלא ע״ד קנין, הרי פשוט שא״צ לדון באיזה קנין נתן לו את החפץ דמסתמא נעשה בקניין המועיל (ועיין סי׳ רמ״ה סעיף ד׳). ואף אם יראה שטר שנתן לו על הקרקע שהודה לו, לא אמרינן דבשטר זה נעשה הקנין, וממילא כאשר יש ריעותא על השטר שאינו יכול לפעול קניין שטר הרי הודאתו בטילה. שהרי לא נכתב בשטר שבשטר זה נעשה הקנין, אלא אמרינן דנתכוין לשטר ראיה, אא״כ כתב בשטר שבשטר זה יעשה הקנין.

וא״כ נראה, שאצלינו הרי לא נכתב בשטר זיכרון דברים שבשטר זה הנדיב מתכוין להקנות את הנכס. אדרבה, מצד הסברא, נתכוין ששטר זה יהיה לשטר ראיה והמוסדות יוכלו לקנות בכל קניין שהוא. שטר, חזקה וכדו׳. וכיון שעשה מעמד ״שתיית לחיים״ עם כ״ק האדמו״ר שליט״א לכבוד התרומה, הרי פשוט שהוי כהודאת בע״ד שנתן את הנכס למוסדות, ואין

אנו צריכים לברר באיזה קנין נעשתה הנדבה. דאולי נעשה הקניין בשטר או חזקה או סודר, שהרי הוא כמודה בקהל עם ועדה שהעביר את הנכס למוסדות ומסתמא היה בקנין המועיל. וכיון שלא נכתב בשטר שלפנינו דהוי שטר קניין הרי פשוט דאמרינן שאולי נעשה קניין אחר (אם השטר אינו יכול להוות קנין) והוי הודאת בע"ד שהנכס נקנה למוסדות.
ולכן ע"פ דין תורה זכו המוסדות בהקדש.

ההסכם ויפוי הכח

אולם הנתבעים טוענים שלאמם היה יפוי כוח נוטריוני מאביהם ששם נכתב בסעיף 8 "שיש לה כח למכור, למשכן, להחכיר, להשכיר, למסור, להסיר, לשעבד, להעביר באיזו דרך שהיא בתמורה או ללא תמורה כל נכסים בלתי נדים ונדין השייכים או שיהיו שייכים לי בעתיד לחתום על כל חוזה מכר וכו'".
וממציאים לפני בית הדין נוסח הסכם שנעשה בתאריך 30.07.1973 למנינם ובו נכתב כך:

"הסכם בין [האבא] ובין הגב' [האמא] וכו'.

הואיל וההורים הסכימו להעביר את חלקם בבנין לילדיהם: בתנאים מסוימים כאמור להלן ובנתינה גמורה;

והואיל וההורים החליטו כי יעבירו את חלקם של פלוני ופלוני בנאמנות על שמו של אלמוני.

והואיל והבן ביקש שעד להודעה חדשה מצידו ישאר חלקו בנאמנות על שם האמא והוא יקבל ממנה יפוי כוח כללי;

לכן הותנה והוסכם בין הצדדים כדלהלן:

א) המבוא להסכם זה הינו חלק בלתי נפרד הימנו.
ב) קומה ב' תהיה בשימושם הבלעדי של ההורים או אחד מהם לכל ימי חייהם ללא שום תמורה וללא שום ערעור מצד הבנים.
ג) מכירת הנכס או כל חלק ממנו טעונה אישור של 4 מתוך 5 הבנים או בא כוחם החוקי.
ד) כל בן חייב לשאת בהוצאות שיחולו על הנכס לפי חלקו, ויהיה חייב לשלם תוך 30 יום מיום הדרישה שתישלח לו.
ה) קומה ג' תשמש למקום תורה ותפילה כי זאת שאיפת ההורים וכו'.
ו) הזכות בנכס הנ"ל תתחלק לשישה חלקים מזה 2/6 חלקים לבכור ולשאר הילדים הנ"ל כל אחד 1/6 וכו'.

ולפיכך, טוענים הבנים שלהורים לא היתה אפשרות להקדיש הנכס למוסדות כיון שהם הבעלים על הנכס.

נראה שאין שטר ההסכם שהמציאו הבנים לפנינו (שהוא רק צילום ולא השטר המקורי דבר המעורר ריעותא חוץ מריעותות אחרות שיש כאן) מבטל את ההקדשה של ההורים ע"ה מפני הטעמים דלהלן:

א. לשון השטר הוא "הואיל וההורים הסכימו להעביר את חלקם בבנין וכו'".
ועיין בספר משפט שלום למהרש"ם סי' ר' סק"ז שכתב, וז"ל:
"ובדין סחורה של שמעון המונחת ברשות ראובן, ואמר ליה ראובן לשמעון אני אתן לך כך וכך ומכור לי סחורתך. וא"ל שמעון אני מסכים למכור לך ולא א"ל אני מוכר, יש לעיין בזה וכו'. ויש להעיר מהא דסי' קנ"ז סי"ב בהגה וסמ"ע שם, ועיין סי' קצ"ז ס"ו וצ"ע".
ועיין שו"ת הרשב"א ח"ב סי' י"ח שכתב, וז"ל:
""ואני אומר לשון ההסכמה, לשון הודעה והשוואה הוא. כלומר, כך הודו וכך הושוו בדעתן לומר בגמר דעת. כמו שאמרו ז"ל הסכים הקב"ה על ידו, לומר, הודה לו והשווה לדעתו. וכאן כך אמרו: שהודו והשוו לדעת אחת שניהם בדבר זה ובגמר דעת הותנה תנאים אלו. ונתנו מתנות אלו ואע"פ שיהיו נכסיהן. משמע שכך גמרו בדעתן שיהיו הנכסים להנשאר, אבל עדיין לא נתנו ולא גמרו מתנתן".
וא"כ לשון הסכמה אינו כלום.
ועוד, השו"ע בסי' קצ"ז ס"ו פסק, וז"ל:
"האומר לחבירו משוך ותקנה או חזק ותקנה וכיוצא בדברים אלו, והלך ומשך או החזיק לא קנה שמשמע תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו".
וכאן נכתב בשטר "להעביר" ולא מהני כיון שהוי לשון להבא.
ויש לדון, אם כשעפ"י חוקי המדינה ומנהג העולם כשכותבין שטר כזה הוי שטר וחל הקנין, האם זה שטר טוב גם עפ"י דין תורה.
ובפד"ר ח"ד עמ' 279 (פס"ד של הרבנים הרב הדאיה זצ"ל, הרב אלישיב שליט"א, הרב ז'ולטי זצ"ל) נפסק בזה"ל:
"אולם מסתברא דאין מנהג זה עומד בניגוד לדין. הואיל ועיקר החסרון בקנין אתן - להני קדמאי ז"ל - הוא מטעם שלשון אתן שהוא לשון להבא מתפרש כהבטחה שהוא מבטיח לתת לו, וע"ז קיבל הקנין. ולכן לא תופס הקנין דהוי קנין דברים. ולפי"ז אם היה לנו הוכחה שבשעה שקיבל הקנין כוונתו היתה לשיעבודיה נפשיה נמי קאתי, נראה פשוט שהיה מועיל גם להרמ"ה ודעימיה. וא"כ המנהג בין הסוחרים שרואים את חתימתם בחוזה כדבר המחייב אותם לשלם, שוב י"ל דאין לשון אתן פוגם בתוקפו של ההסכם".
וכסברא זו מצאתי בספר ערך שי חו"מ סי' ר"א שכתב, דאף לדעת רבינו יחיאל שאין סיטומתא מועיל בדשלב"ל היינו דאין זה קנין כיון שאין שייך

להקנות דשלב"ל. אולם כיון דשייך להתחייב בדשלב"ל, המנהג מהני, דהוי כמחייב את עצמו. וכן הביא בשם שו"ת דברי חיים חו"מ ח"ב סי' כ"ו. והיינו דאמרינן דהמנהג מפרש דכונת המקנה להקנות באופן המועיל. ולפי"ז מהני המנהג ג"כ בקנין אתן וכמו שנתבאר בפד"ר הנ"ל.

ולפי"ז נראה דהוא הדין אם נהגו לכתוב בשטר שהצדדים הסכימו ביניהם וכדו' כיון שנוהגים שזה מחייב אותם לקיים את ההסכם אמרינן שנתכוונו להתחייב ולהקנות באופן המועיל.

ולעניות דעתי נראה לדון בסברא זו. דיש לומר דאף אם המנהג כן אין האנשים יודעים את טיב הקנין, וחושבים שגם כשמקנים ליתן את החפץ הרי זה דבר המחייבם, אף שלא שיעבדו את עצמם ולא הקנו גוף החפץ, ואז ברור דלא מהני הקנין.

וסמך לדבר מצאתי בשו"ת מהריט"ץ סי' פ"ו שכתב, וז"ל:

"נימא נמי גבי ידור פלוני בבית זה דליהני משום דהכא נהוג עלמא למימר בהאי לישנא, אלא ודאי לא אמרינן בכה"ג מנהג מבטל הלכה".

ועי"ש שהאריך בזה.

ולסברא הנ"ל, כשנהוג בעולם להקנות "מדור" והרי זה דבר שאין בו ממש כמבואר בשו"ע סי' רי"ב ס"א. הוה לן למימר דמתכוונים להקנות גוף החפץ כיון שרואים את הקנאתם כדבר המועיל. אלא ודאי דאנשים טועים בזה וחושבים ששייך להקנות מדור. והוא הדין כשהמנהג להקנות בלשון "אתן" לא מועיל כיון שחושבים שהקנאה ליתן מועילה. ורק באופן דידוע שרוב האנשים מתכוונים בלשון "אתן" להקנות באופן המועיל, בזה אמרינן דהמנהג מפרש את הלשון לאופן המועיל בקנין. ואין הלשון "אתן" לשון גרוע בקנין. [ובאופן זה מיירי בפד"ר הנ"ל. ועיי"ש היטב דשם מוכח דנתכוין לשעבודיה נפשיה].

אלא, דלענין קניין "אתן" נראה די"ל דאם החוק שכשמקנה בלשון "אתן" הרי זה מחייבו ליתן את החפץ. דהנה השו"ע בחו"מ סי' ס"ה פסק וז"ל:

"המחייב עצמו בדבר שלא בעולם וכו' הני מילי כשהקנה לו בלשון מכר או בלשון מתנה. וכו'. אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכך וכך חייב והוא שקנו מידו".

וכתב הסמ"ע בס"ק י"ח, וז"ל:

"ואפילו לדעת האומרים דאם קנו מידו ליתן או אתן לא קנה, דהו"ל קנין דברים. מ"מ בזה שחייב נפשו ליתן לזה, הכל מודים דקנה".

והנה, הקצוה"ח בסי' ר"ג סק"ו ובסי' ר"ו סק"א נוקט, שאין שייך להתחייב על חפץ מסוים אא"כ קיבל עליו אחריות. והנתיבות שם חולק וסובר, דיכול להתחייב על חפץ שאינו מסויים, אפילו לא קיבל עליו אחריות. והוכיח כן

מהא דמבואר בסי׳ ס׳ ס״ו דיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם. דמשמע דמחייב עצמו ליתן דבר מסוים.

והחוק הוא, כשמקנה בלשון ״אתן״, הרי זה מחייב את המוכר ליתן לו את החפץ. [כיום, עפ״י החוק, כל זמן שלא נערך רישום בטאבו, יכול בעל הקרקע למכור את הקרקע לאדם אחר אם הקונה השני פועל בתום לב, ולרשום בטאבו ע״ש השני. כיון, שלחוזה יש רק תוקף של התחייבות בין הצדדים, ואינו מהווה קניין עד לרישום בטאבו]. ויש לומר שההקנאה נעשית על דעת החוק, וא״כ כוונתו בלשון ״אתן״ שיתחייב כך, כיון שעפ״י חוקי המדינה מחויב ליתן את החפץ. ובזה, לפי״ד הנתיבות הנ״ל, כשמתחייב ליתן חפץ מסוים חל עליו החוב. ולפי״ד הקצות לא חל עליו החוב, כיון שלא קיבל עליו אחריות.

ועיין ברמ״א בסי׳ רמ״ח ס״ג שכתב וז״ל:

״ואם עשה הצואה במקום שנהגו לדון בערכאות של גוים ובאו אח״כ לדון בדיני ישראל לא אמרינן דירושה אין לה הפסק״.

ומקורו מהריב״ש סי׳ נ״ב.

והנתיבות שם בסק״ג כתב, וז״ל:

״ועיקר הטעם, דכיון שנהגו כך הוי כאילו פירש שנותן לשם מתנה ולא לשם ירושה״.

והיינו דאמרינן דכונת האדם לפי מנהג המקום בזה לדון בדיני ערכאות.

ועיין עוד בנתיבות סי׳ ס״ו ס״ק ל״ד שהוכיח, שכשישראל מתחייב לגוי, כיון דיודע שהגוי ילך לערכאות שלהם, הרי ברור דמתחייב לפי דיניהם. ואף בי״ד של ישראל ידונו בזה לפי דיניהם.

וא״כ נראה, שכאשר שני יהודים הלכו לעו״ד לעשות להם חוזה על פי חוקי המדינה, ברור שכונתם על דעת חוקי המדינה. ואם ע״פ חוק הלשון ״אתן״ מחייב את המוכר ליתן ללוקח הרי זה מחייבו ליתן. אולם, אם לא הלכו לעו״ד לעשות חוזה, הרי ביהודים השומרים תומ״צ, שכל מעשיהם עפי דין תורה, לא שייך לומר שכוונתם בשטר ע״פ החוק.

אך אם אינם שומרים תומ״צ יש לדון בזה. ומדברי הרמ״א בסי׳ רמ״ח הנ״ל נראה, שכיון שנהגו עפ״י דיני ערכאות כוונתם עפ״י דיניהם. ועיין בתשובת החתם סופר בחו״מ סי׳ קמ״ב, והובא בפתחי תשובה סק״ב שכתב דטעם הרמ״א הוא, שבני אדם שאינם רגילים ללשון תורה, כשאומרים שנותנים לבניהם בלשון מתנה, אין זה לשון ירושה. ודווקא כשיודע לשון תורה אמרינן דכונתו בלשון מתנה לירושה, וירושה אין לה הפסק. וא״כ אין זה שייך לנידונינו, דדווקא כשאומר לשון מתנה לא מפרשים כוונתו לירושה

אם אינו יודע לשון תורה. אבל כשעושה שטר, י״ל דלא אמרינן דכונתו ע״פ דיני עכו״ם. וצ״ע.

והקצוה״ח בסי׳ רמ״ח סק״ג מציין לתשובת תשב״ץ ח״א סי׳ ס״א שחולק על הריב״ש הנ״ל, דח״ו להפקיע זכותו ולאבד זכות ישראל. וכן פסק המהרי״ט חו״מ סי׳ ו׳. ולכאורה, נראה מדבריהם, שגם ישראלים שנוהגים בכל דיניהם בגויים לא אמרינן שנתכוונו לדונם כדיני עכו״ם [וכן מבואר קצת בחזו״א חו״מ ליקוטים סי׳ ט״ז שדן שם, אם כשקנה קרקע בלא רישום בטאבו אם קונה. ודן שם מצד דינא דמלכותא דינא ולא כתב דאמרינן כשאינם שומרים תומ״צ דעל דעת החוק עשו את החוזה].

ובענייננו, כשהמדובר בצדדים שומרי תומ״צ. א״כ אפילו אם עפ״י חוק שטר שנכתב בלשון ״הסכמה״ הינו שטר טוב, כיון שהצדדים לא הלכו לעו״ד לעשות את החוזה, לא אמרינן שכונתם על דעת החוק [אא״כ ידוע שרוב האנשים מתכוונים בלשון זה להתחייב וכמשנת״ל].

בנתיבות בסי׳ ר״א סק״א שכתב על דברי המרדכי בשבת סי׳ תע״ג בשם רבינו יחיאל דסטומתא לא מהני בדשלב״ל, דבתשובת מהרש״ל סי׳ ל״ד כתב דבאורדני מהני שטר אף שהוא דשלב״ל כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא. וכתב ע״ז, וז״ל:

״ואפשר כיון דשם הוא ג״כ מדינא דמלכותא״ עי״ש.

ולפי״ז כשיש דינא דמלכותא שהקנין יועיל בדשלב״ל ודבר שאין בו ממש י״ל דמהני. אלא שבא״י יש לדון אם לחוק המדינה יש תוקף של דינא דמלכותא ואכמ״ל. ועוד פשוט, שעפ״י המבואר בש״ך סי׳ ע״ג ס״ק ל״ט הרי ברור דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא כאשר זה נגד דין תורה. ודווקא כשאינו מפורש נגד דין תורה שייך בזה דינא דמלכותא דינא. ובזה יש לדון אם רק בדברים שהם להנאת המלך אמרינן דינא דמלכותא דינא או לאו דוקא. וא״כ דברי המהרש״ל אינם אמורים אלא דוקא בין ישראל לגוי שבזה כתב רבינו יונה בב״ב נה י״א שאמרינן דינא דמלכותא דינא כדיני הגוים אבל לא בין ישראל וישראל. ועי״ש. ועין חזו״א חו״מ ליקוטים סי׳ ט״ז. בעצם הענין אם מנהג בזה מועיל לבטל הלכה. עיין פתחי תשובה סי׳ ר״א סק״ב שהביא דההחת״ס בתשובה חו״מ סי׳ ס״ו כתב, דסיטומתא מהני לדשלב״ל ומבאר דכן ג״כ דעת רבינו יחיאל, ועיין הגהות רעק״א לשו״ע שם שהביא שם דעת תשובת הרא״ש כלל י״ב. ויש לדון אם אמרינן בזה המע״ה.

ב. השו״ע בסי׳ רנ״ה סעיף ג׳ פסק כך, וז״ל:

״המקדיש כל נכסיו אינו נאמן לומר אחר שהקדיש, חוב לפלוני עלי, או כלי זה של פלוני הוא, שמא יעשו קנוניא על ההקדש, ואפילו היה

שטר ביד בני חורין אינו גובה ע"פ הודאתו אלא כדרך שגובה כל בני חורין. בד"א בבריא וכו'".

ועיין סמ"ע סק"י שכתב, וז"ל:

"ואפילו היה שטר וכו', והיינו, אם אינו מקוים אינו גובה בו כלל. ואם הוא מקוים צריך בעל השטר לישבע על מה שכתוב בשטר שעדיין לא נפרע".

ולפי"ז ברור שבנדוננו כיון שאין עדים חתומים על השטר ואין ראיה לאמיתות השטר כי אם חתימת ידה של האם א"כ הוי מקדיש נכסיו שאמר אחר שהקדיש כלי זה של פלוני הוא דאינו נאמן.

ועיין שם בש"ך סק"ח שהאריך בנידון זה. אם נאמן לומר שיש לפלוני חוב עלי במגו דהיה נשאל על ההקדש. וכתב שם, וז"ל:

"ואם הקדיש על דעת רבים או מסר נכסיו ליד הגזבר או הקנה להקדש בחליפין או שאר קנינים בענין שאינו יכול לישאל על הקדשו אינו נאמן".

וכאן בנידוננו כיון שהיה קנין שטר כמש"כ לעיל, א"כ אין האשה יכולה לישאל על ההקדש. ולכן אפילו על החלק שעדיין לא נמסר למוסדות אינה נאמנת שאינו שלה. ועל כן אין שטר זה יכול להוכיח שבית זה ניתן לילדים לפני שההורים הקדישו את הנכס.

אומדנא

השו"ע בחו"מ סי' ט"ו ס"ד פסק, וז"ל:

"ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב יחייבנו אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו".

והיינו, דאף שהשו"ע פוסק להלן בס"ה, וז"ל:

"יש לדיין לדון דיני ממונות עפ"י הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בליבו שהוא כך, אע"פ שאין שם ראיה ברורה, ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ובעלי בינה הסכימו שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה וכו'. ואעפ"י כן אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין ואינו דוחה עדותו, ונושא ונותן עם בעלי דינים עד שיודו לדברי העד, ודורש וחוקר עד שיתברר הדבר או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין".

וא"כ מבואר שאין לבתי דינים בזמנינו לפסוק עפ"י נטית הלב כשאין בירור עפ"י דין תורה עד שיתברר הדבר או שיסתלקו מן הדין.

אבל החילוק ברור, שבסעיף ה' מדובר כאשר הדיין אינו רואה דבר רמאות ברור שהבעל דין משקר ועושה תחבולות, אלא יש לו נטית הלב שבעל דין אחד

צודק. אולם בסעיף ד׳ מדובר שיש לדיין אומדנות ברורות ומוכיחות שהבעל דין משקר ומערים בתחבולות לזכות בדין, ובזה רשאי לדון עפ״י אומדנות אלו אפילו בזמנינו.

ועיין תשובת הרשב״א ח״א סי׳ אלף קמו שכתב, וז״ל:

״בית דין קבוע שבעירו שיצא שטר לפניו, וידוע אצלו כי השטר ההוא מזויף שאותו שהוציאו צירוי צייריה, וכי העדים החתומין בו עדי שקר הם אלא שלא הוחזקו, וסמך הבית דין על ידיעתו וקרע השטר וכו׳ אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים, ובית דין חשוב הוא, יש בו כח לעשות כזה וכיוצא בזה להוראת שעה, וכמדומה שעל זה אמרו דן דין אמת לאמתו וכו׳ ומכל מקום צריך הבית דין להיות מתון בדברים אלו הרבה, ולדרוש ולחקור היטיב קודם שיקרע שטרות של בני אדם״.

ועיין בכנסת הגדולה שם הגה״ט אות ז׳, שכתב דה׳ גוונ׳ דין מרומה איכא, והאופן החמישי הוא.

״דמחמת בדיקות איכא אומדנא טובא דמוכח בירור דמילתא וזיופא דשטרא, דמתוכן יתבאר לדיין דבמזויף קרעינן לשטרא ואפילו בזמן הזה, והיינו נידון הרשב״א ז״ל בתשובה סימן אלף קמ״ו וכו׳״.

ועיין עוד בכנה״ג הגב״י אות כ׳ שכתב, וז״ל:

״והר״ם אלשיך ז״ל הוקשה לו דהיכי עביד הרמב״ן ז״ל עובדא איפכא דגמ׳ דאמר מרענא וכו׳. ותירץ, דהכא דמחמת הבדיקות אומדנא טובה דמוכחא ביורא דמילתא וזיופא דשטרא דנתברר לדיין דמזויף, קרעיה ואפילו האידנא״.

ועיין שו״ת מהר״ם מינץ סי׳ צ״ז שכתב, שלא אמרו הרי״ף והרמב״ם שאין מהפכין שבועה בזמן הזה אלא כשהדיין עצמו אינו יודע שהלה ישבע לשקר, אלא שעד אחד הנאמן אצלו העיד שהלה חשוד על השבועה, אבל כל שברור לדיין עצמו שהנתבע ישבע לשקר, על זה נאמר ״מדבר שקר תרחק״ ויש להפוך השבועה על שכנגדו.

ומבואר כדברינו, שכשלדיין יש בירור ע״י אומדנא ברורה שהנתבע משקר, רשאי לדון עפ״י אומדנות אלו אפילו להוציא ממון ע״פ זה.

ועיין עוד בשו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סי׳ ש״ס שכתב, וז״ל:

״ולפי שאפשר יקשה לו מי שירצה, שהרי כתב הרב המגיד על ההוא דהרמב״ם ז״ל הנ״ל, וז״ל ׳דין התלמוד שהדיין יש לו לחתוך הדין לפי האמת אפילו חוץ מן הדין וכו׳ עד שאמרו בכמה מקומות כפתיה ואודי. ומ״מ כתבו המפרשים האחרונים ז״ל שאין בכל בי״ד כח כזה אלא א״כ היה בי״ד חשוב ומוחזק בחכמה ובחסידות, ומשרבו הדיינים שאינם מומחים יש לחוש שלא יהא כל אחד לעשות דרך כרצונו״. ואני אומר,

שהרי הרשב״א בתשובה הנזכר כתב כנ״ל, ולא דיבר על הדורות שעברו אלא על הבאים, ויפתח בדורו וכו׳. ועוד, שגם לדעתי כונת הרב המגיד הוא כן שיעשה הדבר בבי״ד חשוב כל אחד לפי דורו באופן שלא יהא כל אחד פורץ, וכאשר יעשה דין זה בכנופיה ע״י הדיינים המבוררים ויוסיפו עוד שניים או ג׳ מהחכמים המעיינים ויראה בעיני הכל שראוי לעשות דין זה. וכו׳״. ומבואר כהנ״ל.

ועיין בשו״ת שבות יעקב ח״ג סי׳ קמ״ב (והובא בפתחי תשובה סק״ט) שכתב, וז״ל:

״אע״ג דמבואר בשו״ע סי׳ ט״ו ס״ה וכו׳ ומשרבו בתי דינים וכו׳, מ״מ האריך בתשובת מהר״ם אלשיך סי׳ מ׳ והוציא כן מתשובת הרא״ש כלל ע״ח סי׳ ג׳ וכלל ק״ז סי׳ ו׳ ומהרי״ק שורש י״ד ושאר פוסקים, דהיכא דאיכא אומדנות טובא ולבו של הדין שלם בדבר והוא מומחה בדורו ומוחזק איש ישר שאינו נושא פנים, מותר לדון עפ״י האומד אף בזמן הזה. וכ״כ בתשובת עבודת הגרשוני סי׳ צ״א. ונ״ל דגם הרמ״א שסותם בסי׳ ט״ו כדעת הרמב״ם, מ״מ בס״ס צ״ט סעיף ח׳ כתב בהג״ה מי שבא להפקיע תקנת חכמים במרמה ותחבולות וכ״ש לגזול של חבירו, חייבים חכמי הדור לבטל כונתו אע״פ שאין כאן ראיה רק אומדנות מוכיחות היטיב״. ע״כ.

ולפי מה שנתבאר לעיל נראה, דאין סתירה בין דברי הרמ״א בסי׳ צ״ט ס״ח לדברי הרמב״ם והשו״ע בסי׳ ט״ו ס״ה. דכשהדיין רואה באומדנא ברורה שרוצה לגזול את חבירו וכמו שכתב הרמ״א בסי׳ צ״ט ס״ח:

״אע״פ שאין כאן ראיה רק אומדנות מוכיחות היטיב״.

אזי ברור שיכול להוציא ממון עפ״י האומדנא. אבל כשאין זה אומדנא ברורה שיש כאן רמאות אלא יש עד אחד הנאמן לו שפלוני חשוד על השבועה, או שיש לו נטית הלב שפלוני משקר אין יכול להוציא ממון עפ״י זה.

ונראה, דזה כונת הרמ״א בסוף סי׳ ט״ו שכתב, וז״ל:

״ואם נראה לבית דין שאחד גוזל חבירו ולא יוכלו להוציאו ממנו בדין, יכולין לגזור על שאר בני אדם שלא ישאו ויתנו עמו. ואם היא אשה, לא תנשא לאיש ולא יעסקו בשידוכיה עד שתוציא מידה שאינה שלה״.

וכתב האורים בס״ק ט״ז וז״ל:

״דמיירי באופן דשורת הדין לשלם רק לרוב אלמותו א״א להוציא, או שעושה דחיות מבלי לירד לדון עם שכנגדו, ואח״כ יהיה קשה להוציא ממנו. אבל אם א״א להוציא מחמת שאין ביד בי״ד לברר, כי אין לנו כח לפסוק אומדנא, וכמ״ש הרמב״ם, פשיטא דאין למחות שלא תינשא וכדומה, אין לך כפיה גדולה מזו״.

אולם מקורו של הרמ״א מהתרומת הדשן סי׳ ר״ס. וכמ״ש בדרכי משה סק״ד, וז״ל:

״מהרא״י בפסקיו סי׳ ר״ס ורס״א האריך על אשה שתפסה ממון בעלה לאחר מותו, והיתה מוחזקת בממון שלא כדין כי היו אומדנות מוכיחות שהיו פיקדון בידי בעלה, וגזר שלא תינשא לאיש וכו׳״.

ומשמע שלא היתה עדות אלא אומדנא ברורה, ועפי״ז גזר.

ולפי הנ״ל יש לומר, שכונת הרמ״א שיש אומדנא גמורה שפלוני חייב, דאז אפשר להוציא ממון כמו שכתב הרמ״א בס״ס צ״ט, ומיירי שמרוב אלימות א״א להוציא ממנו בדין. וכמ״ש האורים (ועיין שו״ת מהרש״ם ח״ב סוף סי׳ רכ״ו, שנראה שפירש דברי הרמ״א דמיירי באופן שאין בי״ד רשאי לדון עפ״י אומד דעתו ולהוציא ממון. אולם רשאי לגזור על האשה שלא תינשא וכו׳. ודלא כהאורים דחשיב ככפיה).

אלא, דעדיין נשאר לדון, אם כל בי״ד חשוב בדורו יכול להוציא ממון עפ״י אומדנא ברורה. שהרי השו״ע בסעיף ד׳ פסק ״ואם נראה לו באומדנא דמוכח שהוא חייב יחייבנו, אם הוא דיין מומחה ויחיד בדורו״. ומשמע, דדוקא דיין מומחה יחיד בדורו יכול להוציא ממון. ולפי״ז יש ליישב הסתירה הנ״ל בשו״ע. דבסעיף ד׳ מדובר בדיין מומחה ויחיד בדורו, ובזה אף בזה״ז יכול להוציא ממון. ובסעיף ה׳ מדובר בבי״ד חשוב שאינו יחיד בדורו.

אולם, עיין בתשובת הרא״ש כלל קז (המקור לדברי השו״ע) שכתב שם, שבאופן שהנתבע לא השיב על כל מה שישאל הדיין, ונראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלתו היה הדבר מתברר, יעשה הדיין כאילו השיב ונתברר שיקרו ויחייבנו באומד הדעת, אע״פ שאינו יכול לברר שיקרו בביאור, ועי״ש. ושם כתב ״ורשאי <u>דיין מומחה</u> לדון באומדנא דמוכח כזה״. ולא הזכיר ״יחיד בדורו״. וכן הוא בלבוש וערוך השולחן כאן דלא הזכירו יחיד בדורו. וא״כ נראה דלדינא באופן שיש לבי״ד חשוב קבוע שבעירו (כלשון הרשב״א הנ״ל) אומדנא ברורה וגמורה שהנתבע משקר ומערים בטענותיו יכולין להוציא ממון עפ״י אומדנא זו.

ועוד נראה בזה, דהנה הרמ״א כתב שם בסוף סעיף ד׳, וז״ל:

״ויכול אפילו להשביע במקום שאינו חייב שבועה מצד הדין, אם עושה כדי לברר האמת״.

ומקור הדברים הם מהמהרי״ק שורש קפ״ו.

והנה שם במהרי״ק כתב, וז״ל

״ועוד, בר מן דין ובר מן דין הלא כתבת שנבחרת לפסוק ביניהם הן דין הן פשרה הן כנגד הדין, ולמה לא תחייב ראובן שבועה מאחר שאתה רשאי לעשות אפילו כנגד הדין, ומתוך כך יתבררו הדברים

לאמיתו. הלא ידוע הוא כי בכל עוז יש לו לדיין להשתדל שיצא הדין לאמיתו וינצל עשוק מיד עשקו״.

ובתשובת עבודת הגרשוני סי׳ צ״א כתב, דלפי״ז יש לפקפק בדינו של הרמ״א שסתם דינו גם באופן שצריך לדון רק עפ״י דין תורה. וכך השיג החשק שלמה הגב״י אות ט. (אולם הלבוש וערוך השולחן ג״כ כתבו כהרמ״א דאין לחלק בכך).

והיינו דכאשר הבעלי דינין קיבלו על עצמם שהדיינים יפסקו בין לדין בין לפשרה הן כנגד הדין, יש לדיינים אפשרות להשביע אף שהנתבע אינו מחוייב בכך. כיון שיש קבלה על עצמם שהדיין יכול לפסוק אף כנגד הדין. וא״כ נראה שאפילו אם נימא שעפ״י דין תורה אין אפשרות לדיין להוציא ממון עפ״י אומדנא ברורה אלא ע״י עדות, כשקיבלו על עצמם הבעלי דינין בין לדין ובין לפשרה הן כנגד הדין. ברור דאפשר להוציא ממון עפ״י אומדנא ברורה, ואולי יש לומר, דאף אם לא נכתב בשטר בוררות ״הן כנגד הדין״ אלא דנכתב ״הן לדין הן לפשרה״ ג״כ נאמר שכונתם שיוכל הדיין לפסוק באופן שנראה לו ברור שהנתבע חייב לשלם אף שעפ״י דין תורה אין לו אפשרות להוציא ממון. אלא דמדברי המהרי״ק שם אין הוכחה לכך כיון ששם כתבו בפירוש ״הן כנגד הדין״.

ועיין בסוף תשובת ה״שבות יעקב״ הנ״ל שכתב, וז״ל:

״ואדרבה נ״ל דעכשיו יותר יש לדון ע״פ האומד והיושר, דהרי הסכמת האחרונים דהאידנא לית דידע למידן דין תורה, אפילו בימי אמוראים מצינו כאן בירושלמי. מכ״ש האידנא אם הראשונים כפתחו של אולם וכו׳. רק שצריך להיות כל דיין מתון בדין בכל מאמץ כוחו לדון דין אמת, ואם רואה שהדין מרומה יכול לדון ע״פ האומד לראות לפשר הדבר או להפך השבועה וכו׳״.

ונראה דכונתו כמו שכתבנו, דכיון דהיום לית דידע למידע דין תורה, כשמקבלים הבעלי דינים את הדיינים שידונו אותם בין לדין ובין לפשרה, כוונתם היא דאם יש לדיין אומדנא ברורה שאחד מבעלי הדין משקר, אפילו אם זה הנתבע, יוכל הדיין להוציא ממון על פי זה כיון שברור לו שמשקר. ולמעשה נ״ל דאין לדיין להוציא כל הממון ע״פ אומדנא ברורה, אלא יטול שני שליש מהנתבע, ובזה נחשב הדבר לפשרה, שקיבלו על עצמם בין לדין ובין לפשרה. ועדיין צריך עיון בזה.

ובנידוננו, בשטר המתנה (הצילום) שהביאו הנתבעים לפנינו נכתב, שהאמא נתנה את נכסיה ונכסי בעלה לבנים בתאריך 30.07.1973 למניינם, יש בו ריעותות המוכיחות באומדנא גדולה שהשטר לא נכתב בתאריך זה.

ובתחילה נקדים, שב״כ התובעים כותב בסיכומי התביעה ״מדוע הסכם זה שנעשה בתאריך 30.07.73, א׳ אב תשל״ג נחתם רק ע״י האמא ע״פ יפוי כח

מבעלה שנחתם ג"כ 'בו ביום' וכו'. ומנגד ידוע לנו על עסקים ועיסקאות נוספים עליהם חתם וניהל מו"מ האבא אישית. והאם כאן רפו ידיו".

ובכן, זה ברור לפי ראות עינינו שגם אם המתנה ניתנה בא' אב תשל"ג כמו שנכתב בשטר המתנה, הרי ברור שהאב לא הסכים לכך והיה זה ללא ידיעתו ורשותו. אולם, נראה לי, שכיון שהאב נתן לאשתו יפוי כח ונכתב בו שיכולה "למכור, למשכן וכו', להעביר באיזו דרך שהיא בתמורה או ללא תמורה כל נכסים בלתי נדים ונדין וכו', והכל לפי התנאים שמיופה כוחי ימצא לנכון לפי שיקול דעתו". א"כ לא איכפת לנו שהאב לא הסכים לכך.

אבל בשטר המתנה הנזכר יש רעותא גדולה שאכן מוכיחה שהשטר נכתב מאוחר, לבד רעותות אחרות שיש כאן.

[ונראה לי לדון בזה, שכאן יש אומדנא דמוכח שלא מסר לה יפוי כוח לתת מתנת בריא ולהעביר הנכס לילדים אלא רק לטפל בענייני מיסים, ארנונה, ודין ודברים עם הרשויות.

ועיין בזה בתוס' קידושין מ"ט ע"ב, וז"ל:

"וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי, כגון ההיא דהכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטילה. וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא לפי שאנו אומדין שלכך היה בדעתו וכמו כן אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל".

וכ"כ התוס' בכתובות צ"ז ע"א, ועי"ש.

ועיין ב"ב קל"א ע"ב:

"אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא".

וברשב"ם שם כתב, וז"ל:

"אין אדם מניח את בניו ונותן הכל לאשתו, ולא נתכוון אלא לעשותה אפוטרופא כדי שיחלקו לה בניו כבוד, משום דאוקי אבוהון נכסי ברשותה לפרנסם מהם כפי אומד דעתה, ויהא כפופים לה, והם מהני תלת מילי דשוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא".

ועיין רמב"ם פ"ו מהל' זכיה ומתנה ה"א, שכתב וז"ל:

"לעולם אומדין דעת הנותן אם היו הדברים מראין סוף דעתו, עושין ע"פ האומד אעפ"י שלא פרש". ועיי"ש בה"ד.

וא"כ, נראה לי לדון, שכשנותן לאשתו יפוי כוח הרי זה לא עדיף ממתנה, שאמדינן דעתו שלא נתן לה אלא ע"מ לייצג כלפי אחרים בקשר לנכס ולא נתן לה על דעת שתתן בלא ידיעתו והסכמתו. וצ"ע].

בשנת תשל"ג ההורים היו בעלים על כל הבנין כולל הקומה הראשונה, ורק בשנת תשמ"ב מכרו את הקומה הראשונה למשפחה אחרת, וא"כ מדוע כתבו

בשטר שהסכימו כי יעבירו את חלקם בבנין, כשכל הבנין בבעלותם. [ואדרבה, אם כונת האם היתה לכל הבנין, היה לבנים לדרוש שהמכירה למשפחה האחרת ג"כ מתבטלת].

וגם בהמשך "שטר ההסכם" לא נזכר מאומה בנוגע לקומה הראשונה, ודבר זה תמוה הוא, שהרי היה צריך להזכיר שקומה ראשונה אינה נמכרת.

ועל כן נראה להסיק מכך, שיש כאן "שכתוב" התאריך, שהשטר נכתב לאחר ההקדש של ההורים, וכדי לבטל את ההקדשה למוסדות, הבנים ביקשו מהאם ע"ה שתחתום על שטר עם תאריך מוקדם של א' באב ה'תשל"ג.

ולכן ברור, שגם מצד האומדנות הגדולות שיש כאן, יש להוציא עכ"פ רוב הנכס מידי המשפחה אולם א"צ לכל זה כיון שנתבאר לעיל באריכות שהשטר אינו שטר טוב, כיון שנוסח השטר אינו מועיל, וגם אין עדים שחתומים על התאריך שבשטר, לכן אין נאמנות לבטל את ההקדש.

מסקנה

על כן יש לדעתי להחליט:

א. מתנת הנדיבים וההקדשה למוסדות חלה, והינה תקפה, והמסמכים הנוגדים הקדשה זו בטלים ומבוטלים. ולפיכך, קומה ב' וקומה ג' בבנין על כל צמידויותיהם שייכים אך ורק למוסדות כדת וכדין וללא עוררין.

ב. הנתבעים בתיק זה החתומים על שטר הבוררות: חייבים להעביר בפועל בלשכת רישום המקרקעין (טאבו) את חלקם בנכס ע"ש המוסדות מיידית ולאלתר, כשעלויות העברה או הרישום יחולו על המוסדות.

ג. על כל המחזיקים בנכס כל צורה שהיא לסלק יד מכל אחיזה בנכס לאלתר.

הרב ציון אלגרבלי

תביעה למימוש שטר הקדש לטובת מוסדות תורה

פרטי המקרה הובאו ע"י עמיתי הגר"י אליעזרוב שליט"א ברצוני להרחיב את התיאור הנ"ל בעובדות ובמיסמכים אשר לדעתי חשובים לדיון שלפנינו.

א. בבדיקת המסמך מתאריך 30.7.73 שתוכנו 'הסכם' בין הבן י. ובין האמא בשמה ובשם בעלה על סמך ייפוי כוח בו מסכימים ההורים להעביר את חלקם בבנין לילדיהם, מתברר, כי המיסמך הנ"ל מורכב משני עמודים כאשר בעמוד א' מופיעה רק חתימת האמא ולעומת זאת בעמוד ב' מופיעה חתימתה של האמא מעל חתימת ההורים, וחתימת הבן י. בצד ימני מתחת לקו, יצוין כי חתימת הבן י. היא שונה בתכלית השינוי מהחתימות המופיעות בפנינו בתיק, ובמסמכים שצורפו לכתב תביעה שהגישו הנתבעים בבימ"ש המחוזי והמהוים 'כתב הודאה והתחייבות' על נאמנות הבנים על חלקם של האחים, ו'ייפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר' מ-82 להעברת זכויות הבנין בהתאם, וכן שונה החתימה הנ"ל מהחתימה המופיעה בשטר הצוואה מהבן י. לאשתו.

ב. יצוין כי המיסמכים ו' וז' דלעיל המתימרים להיות מימוש כתב המתנה שונים במהותם מהכתב מתנה כאשר בכתב המתנה אמור כל אחד מהבנים לקבל 1/6 מהמבנה למעט הבכור שיקבל פי שניים, בעוד שבמסמכים ו' וז' מופיע שכל אחד יקבל 18 אחוז והבכור יקבל 28 אחוז, כאשר כל בר בי רב דחד יומא יודע ש - 1/6 הם 16.6 אחוז, בעוד שהבכור אמור היה לקבל כ-33 אחוז. והגדיל הנתבע לעשות שהועברו האחוזים שבמיסמכים ו' וז' בהערת אזהרה בטאבו.

ג. כן יצוין כי בתצהירה של האמא המצורפת בתביעה לבימ"ש הנ"ל מצהירה האמא שהמבנה ניתן לבן י. במתנה גמורה וממשת בפועל את ההתחייבות מלפני 9 שנים לפיה נתנה במתנה גמורה את המבנה ל-י, ואין לנאמנויות על חלקם של האחים זכר למו, באופן שמתכחשת לחלוטין שיש חלק ונחלה ליתר האחים.

ד. כמו כן יצוין כי בבדיקת מיסמך המתנה מצוין כי ההורים מסכימים להעביר את 'חלקם בבנין' בעוד שאז בשנת 73 'כל המבנה' היה בבעלות ההורים.

ה. כמו כן מצוין במיסמך הנ"ל שהבן הבכור מקבל יפוי כוח כללי על חלקו שנמצא בנאמנות אצל האם, דבר שלא הומצא עד היום, וזאת מבלי להיכנס משום מה לבכור מדובר ביפוי כוח כללי, בעוד שהבן י. מקבל יפוי כח נוטריוני בלתי חוזר.

ו. וכן ישנם תהיות וכמה עקולי ופשורי במיסמך המתנה כפי שהזכיר התובע, וכן שלא הומצא עד היום כתב המתנה המקורי, ולא היפוי כח לבכור כאמור. עוד יצוין כי בכתב "המרצת פתיחה" בבימ"ש שהגישו הנתבעים מתאריך 3.2.04 מצוין כי הבן מ. העביר כל זכויותיו במקרקעין לאחיו הבכור עוד בשנת 97 מבלי לצרף שום מסמך על כך, בעוד שבתאריך 22.5.01 נרשמה הערת אזהרה לטובת הבן מ. באופן שקיימת התכחשות למה שכתבו בבימ"ש.

ז. וישנן עוד תהיות בתהפוכות הגירסאות בדבר מעמדו של הבן א. אם יש לו מעמד של נתבע או לא, בהסתמך על כתב צוואה שמדובר בו לכל היותר על קנין פירות לאלמנת הבן י., כאשר ב"כ הנתבע משנה גירסתו חדשים לבקרים: א. שאין לו מעמד נתבע על סמך מכתבה של גיסתו וזאת מבלי להיכנס למהימנותו, ואשר לפיו כל העזבון שייך לה ע"פ קיום צוואה. ב. שכן יש לו מעמד של נתבע ע"פ כתב נאמנות לאחיו המנוח י., ושוב מתהפכת הגירסא. וכן גירסתה של הבת משתנה, כאשר בכתב המרצה מצוין שלאחיה מ. אין זכויות, בעוד שבתצהירה לבימ"ש מצהירה שכל האחים יש להם זכויות. כך שנוצר הרושם שזכויות המקרקעין הפכו כמשחק קוביות שמעבירים מהכא להתם ומהתם להכא ועוברות שנים ארוכות למימושים שונים בעוד שבינתיים מי שרשום ע"ש יכול לעשות כפי רצונו.

ח. והפליאה הגדולה כיצד בהעברת הזכויות ע"ש הבן י. בטאבו האמורה להיות כביכול מימוש הסכם המתנה לא מופיע שום הערת אזהרה על חלקם של האחים בנאמנות.

לכן לאור הנ"ל אני בדעה שיש לבטל את הכתב מתנה בנוגע לנתבעים שהופיעו בפנינו ויש להתאים הרישום בטאבו בהתאם לכך, ומיסמך ההקדש הוא בתוקפו, ויש לרשום זכויותיו בטאבו ככל הנוגע לנתבעים הנ"ל.

והנה בנידו"ד נלענ"ד כי ניתן לטעון נגד כתב המתנה טענת מזוייף, דעיין שו"ע, חו"מ, סימן רנ"ג, בדין אין אדם עושה קנוניא על ההקדש, דהני מילי בשכ"מ, אבל בבריא שנתן נכסיו להקדש אינו יכול לטעון חפץ פלוני שייך לאחר. ואינו יכול להודות על שט"ח שקיים נגדו כל זמן שאינו מקויים. ולכן בנידו"ד גם אם היתה המקדישה קיימת ומאשרת חתימתה אינה נאמנת להגיד שנתנה מתנה. וק"ו מהתם, דהמדובר שם בחפץ אחד מכלל נכסיו אפ"ה לא יכול לטעון שהחפץ לא שייך להקדש, ק"ו כשהמדובר על כל ההקדש בכללותו.

כמו כן לפי התיאור בחלק העובדתי יש אומדנא דמוכח לרמאות וזיוף, ובאומדנא דמוכח מוציאים אפ' ממון, עיין בתשב"ץ. כמו כן יש לדון על כתב מתנה דהוי "אתן" מצד שכתבה מסכימים להעביר, והו"ל רק הבטחה בעלמא.

כמו כן כפי הנראה מהכתב מתנה דלא הוי שטר קנין, דצריך לכתוב בו שדי נתונה לפלוני עיין מרן. ואין לדון מצד סיטומתא להכשיר שטר המתנה, מאחר

והופרה ההתחייבות, ולו רק בעובדא שלא הועברו האחוזים המתאימים והבן י. העביר על שמו בלבד, והגם שמספר אחים לא עשו זאת יש לבטל המתנה מצד מתנה שבטלה מקצתה בטלה כולה

והנה בשטר ההקדש שלפנינו המהוה צילומו של כתב הקדש המקורי, התעוררו בו כמה ספקות אי מהוה שטר קנין מאחר והמדובר בצילום העשוי להזדייף, וכתוצאה מכך מתעורר ספק בתוקפה של החתימה מאחר והיא מצולמת ועשויה להזדייף. וכן אתיחס גם לחוסר חתימת עדים. עיין רמב"ם, הלכות מכירה פ"א ה"ז;

"כיצד בשטר כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה שדי נתונה לך שדי מכורה לך כיון שהגיע השטר לידו קנה אע"פ שאין עליו עדים".

וכ"כ בשו"ע, חו"מ סי' קצ"א ס"ג. ועיין תוס' ב"ב ד"ה כתב לו על הנייר, דאתי כר"א דעדי מסירה כרתי, דלר"מ דס"ל דעדי חתימה כרתי לא מהניא חתימה על דבר שיכול להזדייף, ואפילו יש עדי מסירה דלא מוכח מתוכו. ולפי תירוץ ב' מדובר בכת"י שאינו יכול להזדייף. ועיין טור חו"מ סי' קצ"א, דלא הצריך עדים כשיטת הרמב"ם. ובפשטות מדובר ברמב"ם שאין לא עדי חתימה ולא עדי מסירה. (ויש מקום לעיין בדברי הח"ס ח"ד אהע"ז סי' ח' דכתב דבשטרי קנין לא נגמר הקנין רק במייתי עדים).

ועיין בשו"ת מנחת יצחק, בנידון שטר מכירת חמץ אם אחד המוכרים יכול להיות עד, דכתב, שכל חתימות העדים על שטר מכירת חמץ אינו מעיקר הלכה, ובנוסחאות שטרי מכירת חמץ המובאים בפוסקים המה רק בחתימת מוכר. וכן בנוסח נזר ישראל סי' ע"ב, הוי בלא חתימת עדים, וכן בנוסח שטר מכירת חמץ אשר יסד הגאון בעל נו"ב בצירוף בי"ד הגדול (שיבת ציון סי' י"א, ובתיקונים ע"פ דעת מרן הח"ס, ונדפס בס' מעדני שמואל סי' קי"ב) אין שם חתימת עדים בשטר, ולכן הסיק בין היתר מהטעם הנ"ל דמאחר דהשטר יש לו תוקף אף בלא עדים הוי כמו כל שטרי מכירת חמץ ונשאר כמו שלא חתמו בו עדים. וכן מבואר בספר מנחת פתים, חו"מ סי' קצ"א, ובפתחא זוטא על הלכות פסח, דאין עדים קרובים מפסידים השטר, וזה היפך מס' משפט שלום, חו"מ שם שרצה לומר דהוי מזוייף מתוכו.

באשר לענין שטר ההקדש אם נחשב שטר קנין: לענ"ד דנחשב שטר קנין מאחר ויש 3 סיבות אפשריות הנותנות תוקף לשטר הנ"ל כדלהלן:

א. מצד מהותו של השטר דנחשב שטר קנין. דגדולה מזו כתבו, דאפ' כתב בלשון עבר מהני, וכ"ש כאן דכתוב לשון הוה. ואפ' שהשטר בנידו"ד הוי כתב שיכול להזדייף, עיין סמ"ע בסי' קצ"א דגם בכתב דיכול להזדייף מהני, ולא מדובר בכת"י שאז אינו יכול להזדייף, כמו שכתוב בתוס' ואפ'

אין עליו עדים, מאחר ולא איברי סהדי אלא לשקרי, ולמרות החתימה המצולמת שבאופן תיאורטי ניתן לצלמה בצירוף כידוע, מ״מ מאחר והמדובר בכתב העשוי להזדייף חתימתו לא מעלה ולא מורדת, וכנראה שעצם תוכן השטר דמצוין בו שם הקונה והמוכר בצירוף המסירה הם המהוים הקנין, דלא איברי סהדי אלא לשקרי. וכאן בנידוננו אין הכחשות שקיים מקור לצילום, ולכן הצילום מצד עצמו מהוה שטר קנין, וכי יש חיוב שכוח גברא יכתוב אותו? ולכן אפ׳ צילום מהני. ובפרט שלפי המנהג צילום שטר שמתאים למקור תוקפו כשטר הראשון, כנהוג בכל שטרי מכר והעברות בזמננו, ולכן צילום שטר מהוה שטר קנין מצד מנהג העולם.

ובר מן דין שכפי הנראה ההסכם המקורי היה אמור להיות אצל מקבלי ההקדש, ולא היה מכוון מעיקרא שהאדמו״ר יחתום עליו, וכן לא היה מתוכנן שהשטר המקורי ישאר אצל הנדיב, אלא שבנסיבות שיפות לשעתן אחרי קבלת שטר ההקדש ע״י מקבלי ההקדש ובעקבות חתימת האדמו״ר עליו לשם כבוד, מקבלי ההקדש נאותו להחליפו בצילום כדי שישאר אצל הנדיב גם כמזכרת מכובדת בשל חתימת האדמו״ר עליו, ובנידו״ד יש להכשיר שטר ההקדש גם מצד דינא דמלכותא דינא, ואף דבמלכות ישראל הר״ן ס״ל דלא אמרינן דד״מ, הנ״מ בדיני התורה שלא מדברים בקנינים, משא״כ כשהמדובר בקנינים דהמכוון בהם הוא ענין גמירות דעת י״ל דד״מ מהני, דאנשים מתכוונים לגמירות דעת בקנינים של דיניהם, מאחר וכל מוסדות הרישום לבעלויות תלויים בכך. ולכן בנידוננו בוודאי שהצילום מהווה שטר קנין, והו״ל כמי שאבד שטרו שביה״ד כותב העתקו.

ב. ובפרט בנידוננו שיש ניחותא דמצות הקדש לישיבה, ולא היה חשש להכחשות בין הנותן והמקבל י״ל דמהני שטר זה. ועיין כעין זה בנידון המובא בשדי חמד במוכר חמצו לנכרי ואינו ידוע לכתוב, והכתיב שטר ע״י אחר, ואינו יודע לחתום וציוה לשלוחו לחתום בשבילו, וזאת למרות שכתוב באבן העזר סי׳ ק״ל, בעדים שלא יכולים לחתום דלא מהני שיצוו לשליח לחתום, וזאת מצד ניחותא דמצוה. וכן בשו״ת משיב כהלכה, בריש סימן ג׳, בנידון האלמנה שמכרה חמץ כהוגן בקבלת ערבון והשאר זקפה במלוה, וגם כתבה שטר מכירה רק שכחה להרשות בחתימת קולמוס, ונו״נ בדין זה ומשמע שאם היתה מסירת קולמוס מהני. וצילום לענ״ד לא גרע ממסירת קולמוס, דבמסירת קולמוס יכולה להיות הכחשה משא״כ בנידוננו שהשטר המקורי ניתן במעמד רבים.

ג. בר מן דין אפשר לזכות מקבלי ההקדש מצד סיטומתא. עיין בב״מ דף ע״ד:

"אמר רב פפא משמיה דרבא האי סיטומתא קניא, למאי הלכתא רב חביבא אמר למיקניא ממש ורבנן אמרי לקבוליה עליה מי שפרע, והלכתא לקבוליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגי למקני ממש קנו".

ועיין ברא"ש, ד"ה אמר רב פפא:

"בפירוש סיטומתא פירש רש"י רושם שרושמים החנונים החביות שלוקחים מבעלי בתים, ור"ח פירש כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חברו ובזה נגמר המקח וכל כיוצ"ב, דאיזה דבר שנהגו הסוחרים בגמר המקח כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח... עכ"ל.

ועיין ברמב"ם פ"ז מהלכות מכירה, הלכה ו':

"מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אע"פ שלא נתן מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע, ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח".

ועיין במ"מ ד"ה ואם:

"ושמעינן מינה כי המנהג מבטל ההלכה וכל כיוצ"ב, שבכל דבר שבממון ע"פ המנהג קונים ומקנים, הלכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות, קונים. עכ"ל הרשב"א".

ועיין ב"ח, חו"מ, סי' ר"א, דפסק דדווקא במטלטלין איכא קנין סיטומתא ולא בקרקעות, ודקדק כן מלשון הטור ע"ש. ועיין באה"ט, חו"מ סי' ר"א ד"ה רושם סעיף א', דכתב, דנראה דהיכא דנהגו גם בקרקעות להדיא אפשר דגם הב"ח מודה עי"ש, ועכ"פ יוצא דהיכא דהמנהג היום לקנות בקרקעות בסיטומתא מהני גם לדעת הב"ח, וכן משמע מדברי הרשב"א המובאים בדברי הה"מ דלעיל, דמצד מנהג מבטל הלכה אתינן עלה, וכל דבר שבממון ע"פ המנהג קונים ומקנים, ולכן לפי הסבר זה מה לי במטלטלין או קרקעות. כמו שבמטלטלין מנהג מבטל הלכה למרות שהקנין מצד הדין צריך להיות במשיכה, ה"ה בקרקעות דמצד הדין נקנים בכסף שטר וחזקה דמהני בהם סיטומתא. וכ"כ בפשיטות מהר"ם בתשובה סי' ל', דמהני תקיעת כף בשכירות. ועיין בספר בתי כהונה ח"א סי' ט"ו, דמיפשט פשיטא ליה דלא נקנה קרקע בתקיעת כף, והטעם דלא נהגו כ"א במטלטלין דשכיחי משא"כ בקרקעות דלא שכיחי, ועוד דגם במטלטלים לא נהגו אלא בסוחרים, אבל מדינא אין כופין לקיים המקח עכ"ל. ומובן שהמדובר בתקיעת כף שניתנה בתורת קנין ולא בתורת שבועה. דעיין בתשובת שבות יעקב, ח"ג סי' קנ"ג, שכתב באחד שתקע כפו לחברו על דבר מה, ותובע אותו שיקיים ת"כ שהוא במקום שבועה, והנתבע משיב שלא נתן לו ת"כ שהיא שבועה רק מה שמנהג הסוחרים ליתן זל"ז בל"א "הנט שלאק". והשיב, דמ"ש המחבר, חו"מ

סי׳ פ״א, דתקיעת כף הויא שבועה, דהנ״מ כשהיא דרך שבועה, אבל כשהיא דרך הסוחרים שתוקעים כפם זל״ז לקיים המקח, אין לו דין שבועה. ולכן כל שלא אמר בפירוש אני נותן לך תקיעת כף, לא הוי לשון שבועה. אבל הכאה כף אל כף לא הוי לשון שבועה, ומ״מ במקום שנהגו לקנות ע״י כך, קניה גמורה היא, עכ״ל. ועיי״ש שהמשיך וכתב, דיש נפק״מ דאם מצד שבועה אתינן עלה וטען פרעתי אין שבועה על שבועה, משא״כ אם זה בתורת קנין. ולמסקנא כתב, דמסתבר לו דמצד קנין אתינן עלה, ולכן במקום שנהגו להשביע יש להשביע, עכ״ל.

ולעצם הענין אי סיטומתא מהניא בקרקע, עיין הג׳ מיימוניות, פ״ז מהלכות מכירה, אשר מובאים בב״י סי׳ ר״א שכתבו:

״ובזמן הזה הסוחרים שנתנו ומסרו לקונה המפתח שהסחורה סדורה בו כמה שנהגו, קונה, כעין שכירות בית שאם מסר לו המפתח קנה, כך פירש ראב״ן״.

והנה מזה הלשון אין להבין ששכירות קרקע נקנה במסירת המפתח ומצד מנהג, אלא יתכן שהמכוון הוא דדימוי בעלמא הוא, כשם ששכירות קרקע נקנה במסירת מפתח ומצד הדין וכדס״ל לרשב״ם, ה״ה סחורה נקנית במסירת מפתח ומצד מנהג. ועיין בב״י שהביא בהמשך דבריו דברי הראבי״ה:

״דה״ה בשוכר ומוכר סחורה המונחת בביתו ומסר לו המפתחות נקנית הסחורה לזה אגב הבית, כאילו שכר את מקומו״.

והקשה הב״י, דאם דעתם דשכירות הבית נקנית במסירת מפתח כדעת רשב״ם, ליתא לדין זה, שכל הפוסקים חולקים על הרשב״ם. ואם דעתם דמסירת מפתח קנה הסחורה שבתוך הבית במקום שנהגו לקנות דהוי כעין סיטומתא, הדין דין אמת, אך דלא ידענא מה ענין שכירות בית לכאן. והנה אי ס״ל לב״י דסיטומתא קניא גם במטלטלי וגם במקרקעי, היה יכול לתרץ דהמכוון הוא במסירת מפתח וקנית השכירות הוא מצד מנהג במקום שנהגו, ואז גם החולקים על הרשב״ם יודו בכך.

והנה בנידו״ד ובזמננו, דמנהג העולם למכור רק בחוזה ולא בקנין אחר, אפשר לומר שכ״ע ס״ל דמהני לענין קרקעות, ואם עשו קנינים אחרים לדוגמא חזקה וכסף יש להסתפק אם קונים בכך, מאחר והמנהג שרק בחוזים שחתומים עליהם המוכר והקונה קונים. וא״צ בזה לדיני שטר, שהשטר יהיה בבעלותו של המקנה, וכן לשונות כתבוה בשוקא וחתמוה בפרהסיא, עיין חו״מ סי׳ רמ״ב סעיף ג׳, דס״ל למחבר שאם לא כתב לשון זה כתבוה בשוקא וחתמוה בפרהסיא דלא זכה המקבל, ואפ׳ אי קנו מיניה.

מה גם שבנידון דידן אין חשש למתנה טמירתא, מאחר וההקדש נעשה בפרסום רב המוציא אותנו בוודאי מחשש מתנתא טמירתא.

וכן אין לראות בחוזה ובשטר ההקדש רק התחייבות לתת ולא קניה, דעיין מהרש"ם בח"א דף ל"ז ע"א, שדן אם סיטומתא הוא קנין התחייבות שחלה על גופו, והסיק למסקנא דהוי קנין גמור. ולכן בנידו"ד אפי' שאין טאבו, מאחר והעולם נוהג להעביר בעלות בחוזים, הו"ל גמירות דעת גמורה, ועובדא היא שהטאבו נרשם רק אחרי עידן ועידנים. ומה שמתפלפלים המשפטנים אם חוזה הוא רק התחייבות וגמר הבעלות נעשה בטאבו, יש לראות זאת כשאלה משפטית לצורך הקשר מסוים, לדוגמא בנוגע למכר נכס לשני אנשים זה אחר זה ולא הועבר הנכס בטאבו לראשון, והשני קנה בתום לב, שבדיניהם מזכים לשני. ועיין בכנה"ג סי' ס"ח בהגה"ט או' ל"ב משם הרב מוהרש"ך ח"ב סי' ק"ב בקונטראטוס (חוזים שנוהגים לעשות תגרי פרנקיא) דין שטר גמור יש להם, ואע"פ שתהיה התביעה במקום שלא נהגו לדון, וזאת כפי מה שנהגו הסוחרים מימי עולם וכשנים קדמוניות. וכן עיין להרב מוהרש"ך ח"ג סי' מ" הובא בכנה"ג סי' ס"ט אות כ"ג בהגהב"י, דכתב דהיכא דנהוג לדון בכת"י כשטר גמור, מנהגם מנהג. וכן עיין להרשד"ם חחו"מ סי' קצ"ג בנידונו, בשותפין שתבע אחד את חברו מנה לי בידך וחברו משיב יש לך ממני כנגדו מנה אחר, אם נאמן, ואת"ל שנאמן אם יש להם פנקס ואותו פנקס יוצא מתחת יד התובע וחתומים בו שניהם אם נאמן לומר יש לך כנגדו, דכתב ההמ"ח שאם היה מנהג באותם המקומות שכת"י חשיב כשטר שהדין עם התובע, שהרי בדיני ממונות המנהג הוא העיקר. וכ"כ הריב"ש שאם לשון השטר אינו מספיק מן הדין, כל שנהגו לגבות בו גובים בו, והכריח שם שאין זה דווקא במנהג שנהגו והתנו בני העיר דזה פשיטא, אלא אפ' מנהג סתם מבטל הלכה.

וכן עיין במהרי"ט סי' קכ"ח, דאם נהגו הסוחרים למכור הסחורה ע"פ אלפטורה (כתב הזמנה) מנהגם מנהג, וכן עיין ברדב"ז, ח"א סי' ש"פ, דכתב דהמנהג בזו המדינה שאחד עומד לקנות הסחורה ובא חברו ואמר בינינו דחולקים עכ"ל, עינינו רואות דהמנהג כוחו גדול לבטל הרבה הלכות בד"מ.

באשר לחסרון הטאבו, עיין בספר שער הקדים, סי' י"ט, שהביא תשובת הרב פנ"י על דברי ההמ"ח בנידון ששמעון העביר ע"ש ראובן בטאבו מחצית החצר, ומתו והשאירו נשותיהם, ואלמנת שמעון טענה כי נרשמה הדירה ע"ש ראובן כדי להגדיל שמו בעיר, ולחיזוק טענתה המציאה כתב יד של ראובן לפיו הוא מודה שאין לו זכויות בחצר. וכי חצי החצר שייכת לאחיו שמעון, ובכך רוצה אלמנת שמעון לדחות טענת אלמנת ראובן לגבות כתובתה מחצי החצר. וכתב ההמ"ח לדון שהכתב הודאה לא מהני נגד שטר הטאבו, דכיון דגזר המלך שלא יועיל שום שטר הקנאה לקרקעות כי אם ע"י כתיבת הטאבו להעביר שם המוכר מאותו קרקע ע"ש הקונה או מהנותן על שם המקבל, א"כ דד"מ הוא דאפ' היה ראובן כותב לשמעון אחיו שטר, לא היה מועיל כנגד הטאבו. וכתב ע"ז הרב

פנ״י דהנה מ״ש דלא היה מועיל שטר מכר נגד הטאבו שגזר המלך דד״מ, הם דברים ברורים, כיון דעדיפא מינה כתב הרה״ג רבי חיים פלאג׳י בספר חוקות החיים סי׳ נ׳ עיי״ש, וא״כ ה״ה דלא מהני הודאת ראובן בכת״י.

ועיין בספר חוקות החיים סי׳ נ׳ בנידון יחזקאל שמכר חצר בתורת משכנתא לחכם העיר, ולאחר מכן נלקח החצר ע״י גוי בגין חוב שהיה חייב יחזקאל הנ״ל, ולאחר מכן הגוי מכר את החצר לישראל אחר והוא (החכם) מעכב, וכתב ההמ״ח אחרי שהאריך לדון אם מכירת החצר בתורת משכנתא הויא מכירה גמורה למרות שנועדה להנצל מאיסור ריבית, אפילו לדעת הצ״צ בתשובה סי׳ נ׳ ובנו הרב בהגה״ה שם דס״ל דמכר להתיר איסור ריבית אינו בדין שיכול לעכבו בידו למכר גמור כמבואר שם, דנראה דזהו דווקא כשגבה המלוה שהוא הקונה ממונו במושלם הקרן והפירות. ברם כשאינו גובה ממונו הרי הוא בידו למכר גמור. וכתב בד״ה אלא.

״דצריכים אנחנו לבאר אם כשמכר לשני היתה מכירה חלוטה בשלמות, כי בגבולנו מנהג בקרקעות דעל קונה קרקע לעשות שטר העברה בפנקס המוטובילי ובאוג״ט (טאבו), ובפרט עתה בזמננו זה מחוק המלכות הוא לתת מס קצוב למלכות כל מי שיש לו קרקע, עיקר המכירה הוי כשכותבו בפנקס האימלק וכדומה, ולקונה השני העבירו בפנקס האימלק, הרי קיי״ל בשו״ע, חו״מ, סי׳ קצ״ד בד״א במקום שאין משפט ידוע למלך, אבל אם יש דין המלך ומשפטו שיזכה בקרקע מי שנתן דמיו, עושים כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון דנים על פיהם יעו״ש. וא״כ במקום שנהגו לכתוב שטר בערכאות של גויים לקיים המכר באימלק, לא קנה עד שיכתוב שטר בעש״ג. וכמ״ש הרב כנה״ג בחו״מ סי׳ ק״צ הגה״ט או׳ ל״ב, כשמוכרים קרקע כותבים בפנקס המוטובילי (טאבו) בשם הקונה, הוי כשטר ולא קני עד שיכתוב ע״ש הקונה, כמ״ש הרב מוהרימ״ט, חחו״מ סי׳ ס״ו. ובימי חורפי שמעתי שכן סובר הרב הגדול מהר״י בסאן דאתי עלה משני טעמים: א) דלא סמכא דעתיה דלוקח. ב) דד״מ דינא, כי כן גזר המלך שכל שלא נכתב בפנקס הרישום אינו מכור.

ונ״מ בין שני הטעמים, דלטעם דלא ס״ד אי פריש לקנות בלתי העברה בפנקס הרישום קנה, ולטעם שני לא קנה מצד דד״מ, עכ״ל.

ועיין בשו״ת שארית יוסף חיו״ד בקונטרס בענין השמיטה, שכתב בנידון מכירת קרקעות בא״י להפקעת איסור השמיטה:

״ועוד קנין כזה אפילו בין ישראל לחברו דקניינו אלים וגם במכר הגוף לא מהני מידי, יען שלא נעשה המכר בטאבו דהיינו שלא נכתב בפנקס המוטובלי (טאבו) בשם הקונה לא קני״.

וכ״כ מוהרימ״ט חחו״מ סי׳ ס״ו, ובימי חורפי שמעתי שכן היה דן הרה״ג הר״י בסאן, ומזה הסיק להלכה בין היתר שלא להתיר מכירת קרקעות בא״י ע״מ להפקיע איסור שמיטה. וכן עיין בשו״ת מהר״י קצבי סי׳ כ״ג בנידונו, ראובן שנתן מתנה לאשתו בפני שני עדים וקנו מידו אבל לא נכתב שטר מתנה על זה, והלך לערכאות וכתב את המתנה בבית השופט בשטר כדתם ונמוסם, וכתב ההמ״ח בהמשך דבריו דמצד סיטומתא לא מועיל שטר זה כיון שהערכאות לוקחים שוחד (המדובר בערכאות שבזמן המחבר), ועיקר סמיכות דעת האנשים הוא על הטאבו שיש בזה גם דד״מ, אבל השטר הזה לא מועיל.

ולענ״ד בנידו״ד, מאחר ובימינו רוב המכירות ובפרט בבנינים החדשים מתבצעות ללא רישום בטאבו, הו״ל כפריש לקנות שלא בטאבו, ועובדא היא שזה משתקף בהלך מחשבתם של בנ״א שהעברת בעלות מתקיימת עם חתימת החוזה. ויש להוכיח זאת מספר חוקות החיים בסימן מ״ח, ״כי זה שלא העביר בפנקס המוטיבילי אין זה מעלה ומוריד לבטל המכירה, אחר שמנהג אנדריפולי לקנותה גם בלי העברה בפנקס המוטיבילי״. וכ״כ בספר חשק שלמה, בתשובה שבסוף הספר ד״ק ע״א.

ובר מן דין יש לדון גם דקנה ההקדש מצד חזקה. דעיין בספר כתונת יוסף או׳ כ׳, ענף כתיבה ומסירה, כתב מוהריב״ם בפס״ד א׳ וז״ל:

> ״אע״פ שהלכה רווחת שאין שטר מכירה נקנה בכתיבה ומסירה אלא אם יהיה כדרך קנין שדי מכורה לך שבו עיקר הקנין, היינו דווקא אם זה הקונה לא זכה בקרקע הנז׳ באחת מדרכי הקניה כגון בכסף או בחזקה, רק כתב שטר מסירה משטר ראיה שבידו, ובעוד שלא החזיק בה חזקה הנזכרת בסימן קצ״ב ס״א, דהיינו נעל גדר ופרץ והועיל במעשיו, חזר בו הקונה או המוכר, בהאי הוא דאמרינן דלא קנה בשטר מסירה לחוד, ומטעמא דיהיב בה הרא״ש שהרי גם הראשון לא קנה השדה באותו שטר. אמנם בנידו״ד הגם דשטר מסירה הנזכר הבל ואין בו מועיל, מ״מ הרי אח״כ הלך להחזיק בקרקע הנז׳ חזקה המועלת לקנות בו והועיל במעשיו, וא״כ נשתמש בה והושיב אחרים כרצונו כמה שנים, וא״כ דל שטרא מהכא וכמאן דליתא, סוף סוף הרי קנה הקרקע בכסף שנתן וקם לו ובחזקה שהלך והחזיק״.

ולכן בנידו״ד גם לו יצוייר שלא היה תוקף לשטר ההקדש שביניהם, מ״מ מכיון שהישיבה החזיקה בבנין והשתמשה בו רבות בשנים, מן הנמנע הוא דלא נעשה אחד מדרכי הקניה, נעל גדר ופרץ, מלבד חזקת שימוש דלדעת הרמב״ם הלכות מכירה פ״א הט״ו מהניא.

ואע״פ שלא אמר לו חזק וקני, מסירת מפתח הו״ל כמאן דאמר ליה חזק וקני, עיין רמב״ם הלכות מכירה פ״א הלכה ט׳. וכן עיין בשו״ע, חו״מ, סי׳ קצ״ב סעיף ב׳, דמסירת מפתח הו״ל כמאן דאמר ליה חזק וקני. ואע״פ שכאן מסר לו המפתחות לפני מעמד חתימת החוזה י״ל שאין הבדל בענין. ואדרבה, אם מסר לו המפתח לפני כן משמע שרוצה להקדישה בלב שלם. וכן עיין בשו״ע חו״מ סי׳ קצ״ב סעיפים ח׳, ט׳, י׳, דחזקת תשמישים מהניא. והרמ״א כתב ״יש חולקים וס״ל דאין קונים בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצ״ב שאינו מועיל לקרקע, והכי מסתברא עיי״ש, מ״מ בנידו״ד לא צריך לחזקת תשמישין, מאחר ומקבלי ההקדש ערכו עבודות שיפוצים כאוות רצונם, שאינן גרועות מנעל גדר ופרץ, דקיי״ל דאפ׳ גדר כלשהו מהני, עיין חו״מ סי׳ קצ״ב סעיף ד׳ ״גדר כלשהוא כיצד, היה שם גדר והיו עולים לו בנחת והוסיף עליו כלשהוא והשלימו לעשרה דמהני״.

ולעצם השאלה, אם יש כוונת קנין כלשהיא שבסופו של דבר הקנין לא תופס. ועושה קנין אחר שלא התכוון לקנות בו או לזכות לאחר אי מהני, עיין שו״ת הרא״ש, כלל ט״ו סי׳ ב׳:

> ״וששאלתם שאמרה הגיורת בשעת צואתה נכסי לשמעון ולאשתו, ועוד אמרה כו״כ יתן שמעון ליתומה פלונית, עתה טען שמעון, אם זו החזקה קיימת שהחזיק ראובן, כבר זכיתי אני בנכסים אחרים שכבר החזקתי בהם ואיני רוצה לקיים צואת הגיורת שאמרה שינתן לפלוני. יראה לי שאין הדין עם שמעון, מאחר שהיה אפוטרופוס של היתומה לשמור ממונה, והיתה כוונתו לזכות לה כמו שצותה הגיורת ליתן לה, הרי כבר זכה לה, אלא שעתה נתחדש אצלו דבר ונודע לו שאין בצוואתה כלום, וכל מי שמוחזק בנכסיה זוכה מן ההפקר, ורוצה לחזור במה שזכה להם, ואינו יכול, דקיי״ל המגביה מציאה לחברו קנה חברו. ואינו יכול לומר אני כוונתי לזכות לה במתנה שנתנה לה והיא אינה כלום, ומן ההפקר לא כוונתי לזכות לה בהם, נמצא שלא זכתה היתומה מעולם, הא לאו מילתא היא, שהרי מ״מ כיון לזכות בהם והשאיל להם רשותו שיזכה להם, אלא לא יכול זכות מכוח מתנה זכו מן ההפקר. וכיוצ״ב אמרינן ביבמות נב: הגודר בנכסי הגר וכסבור של גר אחר הוא קנה, אע״פ שלא נתכוון לזכות בנכסי גר זה, מ״מ כיון שהיתה כוונתו לזכות זוכה״.

ודון מיניה בנידו״ד, שמאחר והתכון המקבל לזכות, אפילו שלא התכון לקניה חזקה מהני, וק״ו מהתם דלא שייך דעת מקנה מאחר ומת הגר נכסיו הם כהפקר. ועיין בקצוה״ח סי׳ רע״ה שכתב בהקשר למ״ש השו״ע חו״מ סי׳ ער״ה סעיף כ״ב ״המחזיק בנכסי הגר ובהפקר ואין דעתו לקנות אע״פ שגדר ובנה לא קנה״, ודע דכל זה הוא במציאה ובנכסי הגר, אבל במתנה בכה״ג קנה, כיון דאיכא דעת

אחרת מקנה, אע״ג דהמקבל לא ידע, כיון שהחזיק בו זוכה, ולמדנו זאת מתורתו של הראב״ד הובא בנ״י פרק חזקת גבי רב ענן. וק״ו בנידו״ד דהתכוון המקבל לקנות הקדש אלא שחשב שהקנין חוזה מהני (וזאת אפ׳ נקבל דעת החלוקים בנושא, כי לענ״ד החוזה ושטר ההקדש מהוה קנין לכל דבר ומצד המנהג). ועיין הרשב״א בחידושיו לב״ב שסיים אחרי תירוץ הראב״ד: ״ומסתברא דלאחר שבנו ונודע לו לרב ענן, החזיק בו רב ענן קודם שמיחה בו חברו, והלכך אילו הכיר בו חברו הו״ל כמאן דאמר ליה ליך חזק וקנה״. מ״מ עיין ברשב״א בחידושיו לגטין כ: דכתב, ובא מעשה לפני חכמים וז״ל קשיא אשמעתין דא״כ כי מקנה ליה זקן ומלוה מאי הוי, ומאי שנא מדאמרינן ביבמות העודר בנכסי הגר וכסבור דשלו דלא קנה, וי״ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה, אבל כל שאין דעת אחרת מקנה, לא מהני, אא״כ יש לו כוונת קנין כלשהיא כמו בעודר נכסי הגר וכסבור שהוא של גר אחר (חו״מ רע״ה סעיף כ״ה).

ואין להקשות מטור חו״מ סימן קצ״ד ס״ה, בדין גוי שמכר קרקע בכסף, ואם כתב לו השטר אחר שקיבל המעות והחזיק בו כה שנים ולא לשם קנינים אחרים, כי היה סבור שיספיק שטר לא מהני, ואם החזיק אחר קנה, וזאת למרות שיש דעת אחרת מקנה, שהגוי התכוון להקנות לישראל, בכל זאת ישראל לא קנה בחזקה מאחר והיה סבור שיספיק שטר. דשא״ה דהגוי מסתלק מהקרקע בזמן קבלת הכסף, ובזמן החזקה אין דעת אחרת מקנה.

ואין להקשות עוד דשאני ההיא דגיטין דף כ׳ מנידו״ד, דעכ״פ המקנה התכוון להקנות באיזה קנין, משא״כ בנידו״ד שאף אחד לא התכוון לקנין חזקה. דעיין נימוקי יוסף ב״ב דף מ״א, דכתב בסוגית רב ענן שקל בדקא דמיא, בהתיחס לקושיא משום מה לא זכה רב ענן, מ״ש מדשלב״ע דהיכא דשמיט ואכיל מהני, ותירץ, די״ל דהתם ידע דדידיה אכל משא״כ בענין רב ענן דלא ידע. דמזה נשמע, דבידע דבדידיה אכל אף דהזוכה והמזכה חשבו דכבר קנה המקבל, דסברי דמהני קנין בדשלב״ע, מ״מ כיון דידעי דבדידיה מחזיק מהני.

ויצוין כי מהסוגיא דרב ענן לכאורה אין להביא הוכחה לנידו״ד דמהניא חזקה, דמשתמע משם דהיכא דידע המזכה אף דלא ידע הזוכה דקנה בחזקה, דשאני נידו״ד דגם המקדיש והמקבל מתנה סברו דקנה בשטר ההקדש, משא״כ דהיכא דידע המזכה הרי רואה בפניו דמחזיק ומהני גם כשהזוכה לא יודע. אלא דלענ״ד אין לחלק, דמכיון דאנו רואים שם שחסרון הכוונה של הקונה לא מבטל הזכיה היכא דדעת אחרת מקנה, מה לי סבור המקנה אי בקנין זה קונה מה לי בקנין אחר.

ויש להביא הוכחה לכך מב״ב דף פ״ד ע״ב, ״המוכר פירות לחברו, משך ולא מדד קנה, מדד ולא משך לא קנה״. ועיין בתוספות בד״ה מדד, והניח כשהמוכר מודד מיירי, אבל אם מדד לוקח מהני והו״ל כמשיכה. ועיין בחידושי הרשב״א

ב״ב פד ע״ב, שהביא דברי התוס׳ הנ״ל, וכתב דהראב״ד ס״ל, שאפ׳ מדד הלוקח לא קנה, לפי שהמדידה והגבהה ההוא אינו עושה אותן לצורכו אלא לצורך שניהם, וכל שאינו עושה אותה לצורכו לא מהני.

ולי היה נראה דלא קנה מטעמא אחרינא, דכל שאינו מתכוין לקנות בה לא קנה, דומה למ״ש ביבמות נ״ב: ״למה הדבר דומה למחזיק בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה״. ומיהו אפשר דשאני התם דליכא דעת אחרת מקנה, אבל היכא דאיכא דעה אחרת מקנה קנה.

יוצא מדבריו, דהיכא דדעת אחרת מקנה מהניא אפ׳ היכא דהלוקח והמוכר לא התכוונו שיקנה במדידה. וגם מהראב״ד משמע דרק בגלל שהמדידה לצורך שניהם לא מועילה, הלא״ה בקנין שהוא לצורכו בלבד אפילו שלא התכוונו לא המקנה ולא הקונה קנה.

וגדולה מזו מצאנו, דאפ׳ היכא דאין דעת אחרת מהני, עיין שו״ע, חו״מ סימן רס״ח ס״א, דכתב המחבר: ראה את המציאה אפ׳ נפל עליה ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה קנה. וכתב עלה בהגה״ה, שדווקא ברה״ר, אבל במקום שארבע אמות קונות לו, קנה, דלא גרע משום דנפל עליה, ודלא כיש חולקים. עכ״פ לשיטה א׳ בהגהה, אפ׳ היכא דאין דעת אחרת מקנה, אפ׳ שלא התכוון לקנין ד״א, קנה. אלא שיש לדחות, דשא״ה דבזמן דנופל על המציאה והתכוון לקנות בנפילה, היה גם קנין ד״א בו זמנית, ולכן מהני הקנין, והו״ל כעודר בנכסי הגר וכסבור של חברו דמהני. משא״כ בנידו״ד דלא היתה כוונת קנין בזמן החזקה.

ועיין פ״ת שם, דלא קשה על הרמ״א דלעיל ממ״ש הטור סי׳ רע״ה סעיף י״א בשם הרמ״ה, דאם הלבנים היו של גר אע״פ שהגביהם הראשון לא קנאם, כיון שלא כוון לקנותם אלא ע״י בנין, ובזה לא קנאם. דיש לחלק, דשאני הכא בשעה שהגביה לא היה דעתו לקנות אלא אח״כ ע״י בנין, ובשעה שהוא מכוון לקנות אין כאן הגבהה.

ועיין בשו״ת רע״א סי׳ ל״ז, דכתב דעפ״ז יהיה דין חדש, בנפל על המציאה, אם הוא רץ ואומר דרוצה ליפול ולקנות בנפילה ובא אחר והחזיק בה קודם שנפל, דקנה האחר, כיון דדעתו לקנות בנפילה וקודם הנפילה לא היה דעתו לקנותו לא קנו ד״א. אולם בנידו״ד דיש דעת אחרת מקנה יתכן שגם כשעיתוי החזקה הוא לא בזמן החוזה, שיש לנו ספק אם קונה בו, דמהני.

ואין להקשות משו״ע חו״מ סי׳ ק״צ, שכתב המחבר בסעי׳ י״ב:

> ״היתה עומדת (ספינה ברה״ר ולא אמר לו המוכר כלום והלך הלוקח ומשך, לא קנה עד שימשכנה כדינה מרה״ר לסימטה, אע״פ שנקנית במסירה ומסירה ברה״ר א״צ שימסור לו מיד ליד, אפ״ה כיון שהתחיל למשוך כבר גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו שהוא מחזיק ותפוס״ עכ״ל.

וזאת למרות דיש דעת אחרת מקנה, דשאני התם שהתכוון שלא לקנות במסירה, משא"כ בנידו"ד דהחזקה היתה סתמית.

ועי"ל לענ"ד בנידו"ד, דכל דעסוק לקנות אפ' שלא התכוון לקנות דקני מצד חזקה, וראיה לכך מגיטין ס"א בעני המנקף בראש הזית, בתוס' ד"ה ליקט ונתן ביד ה"ז גזל גמור, נראה דאצטריך לאשמועינן בתלשן בידו ומפילן ואע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחזן אלא להפילן. ועיין בהגהות רע"א שם, דעיין תוס' ב"ב נד. ד"ה אדעתא (כלומר דמצריכים כוונת הקניה עיי"ש). יוצא איפה מדברי התוס' דכל שעוסק בקנית החפץ ועשה מעשה קניה אפ' שלא התכוון לקנות במעשה הנ"ל דקנה.

וגדולה מזה מצאנו בשו"ת מהר"ם מרוטנבורק, ח"ד סי' תתק"ז:

"בנידון ראובן שהיו לו ב' בתים אחד גדול ואחד קטן ופתח פתוח מגדול לקטן, והיתה אמו גרה בגדול וראובן בנה בקטן, ונפטרה אמו לבית עולמה, ונכנס הוא בגדול והשיא את בתו לשמעון והכניסו בקטן, ודר בו כל ימי חיי ראובן, וראובן לא מיחה ולא ערער ולא עיכב על ידו, וגם נתן שמעון את המס לבעל הקרקע בכל שנה ושנה, ובפני ראובן בנה, ולבסוף קנה שמעון בית אחד מלוי בצד אותו בית הקטן ומקצתו על הקרקע חצרו של חמיו וחמיו ראה ולא ערער... וכשנפטר בא חנוך בנו ונתרעם על שמעון מחמת אותו בית, ושמעון טוען חמי נתן לי במתנה וחנוך משיבו מאחר שאין לך שטר לא הועלת במעשיך כלום.

כך דעתי נוטה שקנה שמעון אותו בית שהיה של ראובן חמיו, אע"פ שאין בידו שטר מתנה ולא ראיה בעדים, שדי לו שהחזיק בו. ואילו לא קנאו אלא בחזקה אחד היה נקנה כ"ש שקנהו בכמה חזקות, שדר בו כל ימי חייו חמיו והם שנים רבות ולא מיחה ולא ערער ושכר לא קיבל... ונתן המס לבעל הקרקע בכל שנה ושנה וחמיו ידע ושתק... וכן פתח ובנה כרצונו וכו'. אלא שהדברים נראים שדעת שניהם שוה זה להקנות וזה לקנות, ואי איכא דקשיא הא דאמר רב ל"ש אלא במקום שאין כותבים שטר אבל במקום שכותבים לא קנה עד שיכתוב את השטר, וכאן מקום שכותבים את השטר. הא ל"ק, דכי אמר רב הכי במכר, אבל במתנה לא, ומנלן דקא מסיים ואי פריש פריש כי הא דרב בר אבין. מדקאמר אי בעינא בכספא איקני ש"מ דבמכר קאמר, אבל במתנה אי בשטר לחודיה, אי בקנין לחודיה, אי בחזקה לחודיה, סגי".

ק"ו בנידו"ד, דבנידון מהר"ם מרוטנבורג לא היה שום גילוי דעת מראובן שהקנה לו ובכל זאת חזקה מהניא, ק"ו בנידו"ד דהקדיש קבל עם ועדה דחזקה מהניא.

עוד לענ״ד, שכאן א״צ באמירת לך חזק וקני, מאחר ובפני המקדיש היו המקבלים עושים בבנין כל מה שלבם חפץ בנוסף לשימוש, וזאת עוד בטרם היה שטר ההקדש, הו״ל כאמירת לך חזק וקני.

ובאשר לעובדא שלא היה שימוש למקבלי ההקדש בקומה בה התגורר הנדיב, עיין בשו״ע חו״מ סימן קצ״א סעיף י״ב, דמוכר לחברו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחד מהם קנה כולם וכו׳. יחד עם זאת יש לדון בנידוננו שלא היתה למקבל ההקדש זכות שימוש בקומת הנדיב אם מועילה לה חזקה. דעיין משנה למלך, הלכות מכירה פ״א הלכה ל״ו, שכתב:

״ושמעתי שחכמי הדור נסתפקו במשכיר בית לזמן, ואח״כ רצה להשכירו או למוכרו לאחר שיכלה הזמן הראשון, אי מהני לשני קנין חזקה, כיון שזה הבית שייך לראשון לכל תשמישיו, וגם נסתפקו אי מהני נתינת רשות דשוכר ראשון כדי שיקנה השני״.

ולכן גם בנידו״ד יש ספק בתוקף החזקה אם נעשתה בבית שבשימוש הנדיב אם מה שהחזיקו בקומה ג׳ מהני לגבי הקומה שבשימוש הנדיב. אך לענ״ד דשאני התם בנידונו של המשנה למלך, דהחזקה נעשית בו זמנית בקרקע שבשימוש השוכר, משא״כ היכא דנעשתה בקומה ג׳ דקנין פירות ושימוש של השוכר לא יכולים להפריע לעצם הקנין, דקנין פירות לאו כקנין הגוף, ובפרט שהמדובר כאן בחזקה כדי לקנות הגוף בקומת הנדיב, וקנין פירות ממילא באה לאחר פטירת הנדיב.

בנידוננו יש עוד צדדים הלכתיים שיש בהם כדי לזכות ההקדש, מ״מצוה לקיים דברי המת״ ואף שדין זה הוא רק כאשר השליש את הנכסים ביד אחר, מ״מ עיין בספר צדק ומשפט, דקנ״א ע״ג, דאם מסר ליד הזוכה עדיף משליש. ועי״ש שתמה על הרב שמחת יו״ט, סי׳ כ״ט דנסתפק בזה.

אלא שעכ״ז הדין הזה הוא לא ברור כל כך, שהרי כאמור מהרי״ט אלגזי נסתפק בזה. ועיין מרן בשו״ע חו״מ סימן רמ״ב ס״כ, וז״ל:

״מצוה לקיים דברי המת, אפ׳ בריא שצוה ומת, והוא שנותנו לשליש לשם כך״.

וכתב הש״ך סק״ד, ״והוא שנותנו עכשיו או שצוה ליורשיו ליתן״. ועיין בהגה״ה שם:

״מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כו״ך ומת ולא נתן, יורשיו פטורים, ואין בזה משום מצוה לקיים דברי המת״.

וכן בא הדבר מבואר במקור הדין שהביא מרן בב״י ס״ס רנ״ב, משם הריטב״א:

״אבל הנכון בעיני שאפ׳ לא הוציא מתחת ידו, כל שצוה ליורשים יש בו מצוה לקיים דברי המת״.

ובנידו״ד שלא היתה הוראה מפורשת ליורשים לכאורה אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת, אא״כ נאמר דמאחר דההקדש היה בפרסום רב, ויש להניח שהיו כל בני המשפחה שם, הו״ל כהוראה מפורשת ליורשים.

וכן אין לומר בנידו״ד דיש לזכות ההקדש מצד דהו״ל דבר מצוה, יש חיוב מיוחד על היורשים לקיים דברי המת, וכמ״ש מרן, בי״ד, סי׳ רנ״ח; ״האומר תנו מאתיים זוז או ס״ת יתנו לביהכ״נ שהוא רגיל בו״. די״ל דהמכוון הוא באם ירצו לקיים דבריו.

אולם לענ״ד יש עוד צד לזכות את ההקדש, דעיין למרן בחו״מ סי׳ רי״ב ס״ז וז״ל:

״דין ההקדש ודין העניים אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבד״ה, או יהיה אסור עלי, או אתננו לצדקה, אע״פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם, ה״ז חייב לקיים דברו״.

והוא מלשון הרמב״ם, פרק כ״ב מהלכות מכירה הלכה ט״ו. ועי״ש שכתב בהלכה י״ז, יש גאונים שחולקים בזה, ואומרים שאין העניים זוכה אלא בדברים שההדיוט קונה בהם, ולפיכך לא יזכו בדלשב״ע, ואין דעתי נוטה לדברים אלו, שאין אדם מצווה להקנות והוא מצוה לקיים דבריו כצדקה או כהקדש. ועיין בכ״מ הלכה ט״ז, ד״ה דין ההקדש דכתב:

״אבל אי איכא למידק על דברי רבינו במ״ש שאם צוה שכ״מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה זכו העניים... מ״מ מי שמחוייב לתתו דהיינו השכ״מ ליתיה בעולם, והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם, וזו היא השגת הראב״ד שכתב על רבינו. ונ״ל שרבינו סובר דכיון שאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים, והם שמעו ושתקו, סבור וקבל והו״ל כאילו נדרו בעצמם וחייבים לקיים נדרם״.

ולכן בנידו״ד דהיורשים שמעו ושתקו הו״ל כנדרו הם בעצמם.

והנה בנידוננו יש לדון אם יש מקום לזכות במקבלי ההקדש מצד אודיתא, דעיין בשו״ע חו״מ סי׳ רנ״ו ס״ו:

״שכ״מ שהודה שיש לו לפלוני אצלו כו״כ תנהו לו, הודאתו הודאה, ואפ׳ הודאת הגר לבנו שאין הורתו בקדושה או לעכו״ם נותנים לו״.

ועיין לה״ה בפ״ט מהלכות זכיה ומתנה הלכה ט׳ ד״ה שכ״מ שהודה:

״ופירש הרב אבן מיגאש שהודאתו כהודאת בריא ואם עמד אינו חוזר, שאין זה מתנה ואצ״ל אתם עדי, שאין אדם משטה בשעת מיתה כמו שנתבאר בפ״ח, וכ״כ הראב״ד״ עכ״ל.

ומשמע דס״ל דאודיתא בשכ״מ מהניא מצד הודאת בע״ד, דאם מצד הקנאה היה צריך להיות דאם עמד חוזר. וכן משמע מדבריו שכתב, דאפ׳ הודה שכ״מ לעכו״ם נותנים לו, ואי הויא הקנאה הרי ס״ל להרמב״ם בפ״ט מהלכות זכיה

הלכה י״ז, ״אבל שכ״מ שיצוה ליתן לעכו״ם מתנה אין שומעין לו, שזה כמי שמצוה לעבור עבירה מנכסיו״. ועיין ברמב״ם פרק י״א מהלכות מכירה הלכה ט״ו, דכתב:

״המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע״פ שלא היה חייב כלום ה״ז חייב שדבר זה מתנה. כיצד, האומר לעדים הוי עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה״.

וכתב הכ״מ דזה נלמד מדאמרינן בפרק מי שמת: ״ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו ולקנינהו באודיתא״.

ויש לעיין דהמדובר שם ברמב״ם בהתחייבות ולא באודיתא, והמקור לדין הרמב״ם הוא בכתובות פרק הנושא. וכנראה שכוונת הכ״מ היא לומר, שהמקור לדין זה שאע״פ שלא חייב לו כלום, מהני, הוא כמו באודיתא, שאפ׳ שלא היה חייב לו מקודם מהני, וה״ה בהתחייבות.

אלא שיש לשאול, מאחר והוכחתי לעיל דהרמב״ם ס״ל דמצד הודאת בע״ד אתינן עליה, אחרת כיצד אודיתא מהניא בעכו״ם, וכיצד אם עמד אינו חוזר, אם כן מה הדמיון בין התחייבות להודאת בע״ד? ועכ״פ מדברי הכ״מ מוכח דמהניא בבריא מדמדמה דין בריא לדין שכ״מ. ועיין במהרשד״ם שכתב, והג״א חולק בזה וסובר, דדווקא בשכ״מ מהניא אודיתא ולא בבריא. ומהרשד״ם כתב ע״ז דהיא סברא יחידית. וכ״כ הרדב״ז סי׳ שכ״ה בנידון: ראובן שיש לו חוב על שמעון בשטר, ורוצה למוכרו ללוי, וחושש לוי שמא ימחול, דקיי״ל המוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו מחול ואפ׳ יורש מוחל, דכתב, דיודה דהחוב שיש לו על שמעון כתוב בשטר בזמן פלוני ועדיו פלוני ופלוני אינם שלו. ובהמשך דבריו כתב, דכבר העלה הרמ״ה, דאפ׳ במלוה מועיל הודאה שלו. וכן משמע בשטרי מקח לרב האי גאון, דאודיתא מהניא במלוה. ועי״ש שמסייג דבריו שהמדובר רק בהיכא דמודה שבשעה שהלוהו היו שלו ועכשיו הוא שלו, (וזה מתקשר עם השאלה המפורסמת באודיתא אי מהניא בשקר, והמקור לכך בדין אגב, בהקנה ע״ג ד״א בחצרו ע״ש אריכות בפוסקים), ומשמע מדבריו, דאודיתא מהניא מדין הודאת בע״ד, ולכן לא מועיל אם מודה שבשעה שהלוהו לא היה שלו, אחרת אם נאמר דמצד הקנאה מועיל, היה צריך להועיל. ועכ״פ מדברי מהרשד״ם ברור שמהניא אודיתא בבריא. וכן פסק באבקת רוכל, סי׳ ק״ד וקמ״ח, דמהניא אודיתא בבריא. ועיין בתשב״ץ סי׳ ק״ד וקמ״ח שכ׳, דאין פקדון ומלוה נקנים בהודאה אלא בשכ״מ, אבל בבריא לא, שא״כ אמאי לא תני לה גבי שאר ההקנאות.

ועיין להרב ברכ״י, חו״מ דקם דינא, דכמעט רובא דרבוותא ס״ל דמהני אודיתא בבריא. ומכ״ש אם נאמר שכל אודיתא מצד הודאת בע״ד, שאז אין הבדל בין שכ״מ לבריא. והנה אם נאמר שאודיתא מהניא מצד הודאת בע״ד

ניתן ליישב הסתירה בדברי מרן המחבר, כמ״ש בשו״ת רב פעלים, אהע״ז ח״ב, דבתשובתו באבקת רוכל סי׳ ק״ה כתב דמועילה אודיתא בבריא, ולעומת זאת מצינו למחבר סעיף ט׳ שפסק ״המטבע אין דרך שיזכה בו מעתה מי שאינו ברשותו אלא ע״ג קרקע״, דדייק מיניה התשב״ץ, ח״א סי׳ קנ״ב, דס״ל להרמב״ם דלא מהני אודיתא בבריא. ועיין למחבר שדייק דיוק הנ״ל, דאמאי קאמר המטבע אינו יכול לקנותו אלא ע״ג קרקע, והלא נקנה הוא במשיכת המטלטלין עי״ש תירוציו. ותירוציו לא הולמים קושייתנו עי״ש. ולהנ״ל אתי שפיר, דיש הבדל בין הודאה דרך הודאת בע״ד על מה שהיה, ואפ׳ בשקר יש מקום לומר שמועילה, ובין הודאה שהיא דרך הקנאה דלא מועילה בבריא. ולכן כשהמדובר בהקנאת מטבע כתב המחבר שאין דרך שיועיל בו הקנאה אלא ע״ג קרקע, ואה״נ שאם הודה שהקנה מטבע שמועיל מצד הודאת בע״ד כמאה עדים. אולם מהלך של הרב פעלים לא מתאים למ״ש לעיל, דלהמחבר ס״ל דאודיתא מהניא מצד הקנאה, מדמדמה התחייבות חייב אני לך מנה לאודיתא דאיסור, ונראה לענ״ד לדחוק ולומר, דהכ״מ לעיל דמדמה התחייבות לאודיתא, דמיון בעלמא הוא, דשייך לחייב אדם בכספים שלא נתנם לו, או בתור התחייבות או בתור הודאה. ומוכרחים לומר זאת בלא״ה, דאחרת לא נבין כיצד אפשר לדעת המחבר לשכ״מ לעשות אודיתא לעכו״ם, אלא וודאי מצד הודאת בע״ד אתינן עלה.

יחד עם זאת לענ״ד בנידו״ד לא שייך אודיתא, למרות שלפי האמור אודיתא מהניא בבריא, ומכ״ש אם נאמר שכל אודיתא מצד הודאת בע״ד אתינן עלה, מ״מ כאן ברור שהמכוון בשטר הקדש דלא נתכוין לתת בהודאה אלא בשטר הקדש (וגם אם היה משתמש בלשון הודאה כלומר שמודה שנתן למקבלי ההקדש בעבר, יש ספק גדול אם מועילה ההודאה כשהנסיבות מראות שההודאה בשקר יסודה, מאחר וכל ההקדש נעשה בפרסום רב ומצד מפרסמים עושה מצוה, מאחר ונכנסים בזה למחלוקת הפוסקים בהודאה בשקר אי מהניא), והו״ל נידו״ד כמ״ש המחבר בחו״מ סי׳ ס׳ סעיף ו׳:

> ״ראובן שהוציא שטר בקנין על שמעון שכתוב בו מחמת שנתתי לו ק׳ זהובים ושעבדתי כל נכסי לגבותם, וטען שמעון שבשעה שכתבו על עצמו לא היו בידו ואין אדם מקנה דשלב״ע, אם הזהובים הוא מטבע שנושאים ונותנים בו אין מטבע נקנה בחליפין״.

והשאלה נשאלת, משום מה לא מועיל מצד אודיתא? אלא וודאי, כל שלא אמר לשון הודאה או דרך הודאה, שהכספים שייכים לראובן, הו״ל כמסירת דברים בעלמא דלא מהני. יחד עם זאת יש לציין שהרמ״א ס״ל, דכל האומר נתתי לפלוני כו״כ הויא הודאת בע״ד, ואין מדקדקין בכך כיצד נתן, דאמרינן בוודאי נתן באופן המועיל וקנה מקבל המתנה.

מ״מ לענ״ד בנידו״ד שהנסיבות מראות שלא נתן ההקדש לפני כן, כלומר לפני מסירת שטר ההקדש דלא מהני, וזאת מבלי ליכנס לשאלה אם בימינו מועיל אודיתא מאחר והנוהג הוא בהעברת בעלויות ע״י חוזה בלבד.

ועיין גם בשו״ע סי׳ רמ״ה סעיף א׳:

״הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני או שכתב נתתיה לו הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו״.

משמע דמצד אודיתא לא מהני כל שרואים שמתכוון להקנות בשטר. ועיין ברמ״א שם דכתב:

״והא דאמרינן דלא קנה היינו שרוצה ליתן עכשיו בלשונות הללו, אבל אם כתב נתתי בלשון הודאה י״א דקנה״.

ולענ״ד בנידו״ד לא שייך אודיתא, מאחר וגם לשיטת הרמ״א המדובר שהשתמש בלשון הודאה, אבל במקרה ולא כתב לשון הודאה והשתמש בלשון עבר לא מהני, דהו״ל כמסירת דברים בעלמא, שמשתמשים בלשון עבר גם לפעולה שבהווה, כמ״ש המחבר כאמור.

ועיין גם במהרשד״ם, סי׳ ר״ט, בנידון שכתוב בזה האופן: ״בא פלוני והודה איך נתחייב מהיום להחזיק בביתו הנער פלוני ולפרנסו ובזמן נשואי הנער נתחייב לתת לו במתנה גמורה אלף לבנים ויהיו מעכשיו נתונים לו״. וכתב המרשד״ם, דכיון דיד בעל השטר על התחתונה, אפשר שפירוש השטר דהוי סיפור דברים בעלמא ממה שעבר, לא שמתחייב עתה והקנין קאי אסיפור דברים, וכן ההמ״ח שנה פרקו גם בסימן נ״ח. יוצא איפוא שכל שהנסיבות מראות שלא הודה דלא מהני.

ולכן לענ״ד מהאמור לעיל דהנתבעים לא הוכיחו בבירור שקבלו במתנה המבנה לפני ההקדש, וכן יש בשטר מתנה שהמציאו כמה תמיהות וכמה עיקולי ופשורי, לענ״ד יש להורות לטאבו לרשום אזהרה בטאבו לפיה כל זכיותיהם הקנייניות של הנתבעים שקבלו סמכות ביה״ד כבוררין שייכות למוסדות הן בנוגע לקומה ג׳ והן בנוגע לקומה ב׳.

הרב ניסים בן שמעון

תביעה לביטול מקח מחמת מום שנמצא לאחר השימוש[1]

הוגשה בפנינו תביעה כספית, הצדדים חתמו על שטר בוררין כדין.

בכתב התביעה כותב התובע:

"בתאריך 27.7.2000 הזמינו הנתבעים מן התובעת קופסאות קרטונים לאתרוגים. בתאריך 28.8.2000 ובתאריך 29.8.2000 סיפקה התובעת את ההזמנה הראשונה בסכום כולל של 80,046.4 ש"ח כמפורט להלן ועל פי תעודת המשלוח שבגינה הוצאו חשבוניות.

יצוין, כי קרטונים לאתרוגים אלו יובאו ע"י התובעת מחו"ל וסופקו לנתבעים ולעוד מספר רב של מגדלי אתרוגים בישראל.

מיד עם קבלת הקרטונים מחו"ל הסתבר, כי בחלק מהאריזות לא הודבקה כראוי פינת הקופסא, וע"כ הזעיק התובע מיד את מנהל המפעל מחו"ל שהגיע לישראל ביום 3.9.2000.

מנהל המפעל שהה בישראל 4 ימים ע"ח התובע בבית מלון לצורך פתרון הבעיה.

מיד כשהגיע מנהל המפעל מחו"ל יצאו עם מנהל התובעת למחסן הנתבעים במטרה לפטור הבעיא וכדי שלא יגרם איחור במשלוח האתרוגים לחו"ל.

לצורך כך דאגה התובעת על דעתם של הנתבעים להציב על חשבונה פועל אשר עבד במשך כל התקופה הנ"ל במחסן הנתבעים, והדביק את הקופסאות כך שלאחר הדבקתם האריזות היו תקינות ואמנם לא היתה כל תלונה על טיב הקופסאות או על עיכוב בשילוח בשיווק האתרוגים בארץ ובחו"ל.

יצוין, כי הבעיה שנוצרה באריזות הופיעה גם ביתר האריזות שסופקו כאמור גם למגדלי אתרוגים אחרים, וגם שם הציבה התובעת על חשבונה פועלים לתיקון הקופסאות ואיש מאותם לקוחות לא נמנע מלשלם את הסכומים המגיעים לתובעת.

מאוחר יותר סיפקה התובעת לנתבעים קופסאות קרטון עם חלון כאשר אין מחלוקת כי הקופסאות הנ"ל היו תקינות לחלוטין.

עלות הקופסאות הנ"ל הינה 22,265.92 ש"ח.

בנוסף מן הראוי להבהיר, כי התובעת לפנים משורת הדין סיפקה לנתבעים 10,000 קופסאות ללא תמורה נוספת.

---

1 תיק 3587/ס"א בביה"ד האיזורי ת"א חברת י.ב. נ' פ.מ.

ס״ה התשלום שעל הנתבעים לשלם לתובעת סך 102,312.05 ש״ח.
רק לאחר מאמצים מרובים שילמו הנתבעים את סכום המע״מ בלבד בגין חוב בסך 14,865.81 ש״ח. סך יתרת החוב 87,446.19 ש״ח.
לאור האמור, מתבקש כב׳ ביה״ד הנכבד לזמן את הנתבעים ולחייבם לשלם ביחד ולחוד לתובעת את סכום התביעה בצירוף הפרשי הצמדה ורבית כדין וכן לחייבם בהוצאות משפט ושכ״ט עו״ד בצירוף מע״מ בגינם״.

בהופעתם בפנינו חזר התובע על האמור בכתב התביעה ומציין שעשה הכל על מנת לתקן את הפגם.

היו טענות שלא מספיקים שלחתי עוד אדם שיעזור ולא היו כל תלונות. כן מציין ואומר ״לקחתי קופסא לנסיון שלחתי עם אתרוג לראות מה יכול לקרות לאתרוג, ראיתי שלא קרה כלום״. אחרי סוכות ביקשתי לשוחח עם הנתבע ולא הצלחתי. שוחחתי עם הגיס, טענו שגם האריזות המודבקות נפתחו. ביקשתי מכתב מלקוח שמתלונן, עבר זמן ולא קיבלתי שום מכתב. ביקשתי שיתנו לפחות את מה שאין ויכוח שחייבים לי, לבסוף נתנו לי שיק ואמרו תחתום שאתה מודה שאכן האריזה היתה פגומה, סירבתי, לאחר כמה ימים והודיעה לי שלפנים משורת הדין אקבל את השיק.

ב״כ הנתבע: ״כשהגיעה סחורה ראשונה, מיד נארזו קרטונים בתוך מסטרים כ-32 אלף, בינתיים הצטברו ערימות קופסאות פגומות. הזעקנו את התובע בא מיד הדביק את הפתוחות הארוזות 58-56 אלף.
כשהגיע לחו״ל הנתבע רואה שזה לא זה, כנראה במשך 3 שבועות שהסחורה היתה בדרך גרם קצת. הדבר הזה גורם לנו נזקים גדולים, 26 פועלים עובדים לאט כי לא היו להם קופסאות טובות, המתינו לתיקון והדבקה״. כמו״כ היו נזקים עם לקוחות בחו״ל. למעשה השתמשנו ב-87 אלף קופסאות מתוך 120 אלף; השאר אמרנו שאנו לא רוצים להשתמש בהם, בקשנו שיקח אותם חזרה ואח״כ נראה, אלא שבינתיים ירד גשם ושטף את כל הסחורה שהיתה שם, אנו טוענים שע״ז אנו לא צריכים לשלם.

התובע: לא ידעתי שאין להם מחסן, אמרתי להם, אני מוכן לקחת סחורה שנשארה, אבל אחרי שקרה מה שקרה אני לא חייב כלום, הסחורה היא שלהם.

על נקודה זו מוסיף התובע:

״הנתבע רכש את הקופסאות ברגע שהעבירם לרשותו ובחר שלא להחזירם לתובעת.

לעניות דעתינו אין ספק כי על הנתבע לשאת בנזק זה, שכן הקופסאות הנ"ל היו ברשותו ובחזקתו, והם מהוות קניין חצר, וברור שהאחריות לנזקים הנובעים מהשטפון חלה עליו ולא על התובע אשר העביר לו זמן רב קודם לכן את הקופסאות הנ"ל".

ע"כ פרשת התביעה.

תחילה עלינו לציין בצער רב, כי בין סיום הדיונים לכתיבת הסיכומים נפטר הנתבע ז"ל והפס"ד שינתן הנו בין עזבון המנוח לבין התובע.

התביעה למעשה אחת, אלא שמבחינת הנתבע נחלקת ל-ב' חלקים:
א. הקופסאות שהשתמשו בהם.
ב. הקופסאות שנשארו ושנשטפו בגשם.

לגבי הקופסאות שהשתמשו בהם, הטענה של הנתבע שנאמרה בעת הדיון כי "הדבר הזה גרם לנו נזקים גדולים הן בעצם הפעלת 26 פועלים שעובדים לאט, נגרם לנו נזק נוסף גם עם קליינטים באמריקא לא יכולים לאמוד כמה נזק".

לגבי הנזקים עם קליינטים באמריקה, ביקש התובע בעת הדיון שיזכירו שימציאו מכתב של קונה אחד שאכן היו לו טענות בקשר לקופסאות ולא יכלו הנתבעים לעשות זאת.

באשר לטענה ש 26 פועלים עבדו לאט, לא מובן מה הנזק שנגרם אילו היה טוען שבגלל שעבדו לאט לא הספיקו לשלוח כל הכמות שרצו אולי היה נשמע, ומובן, גם אז היה צריך להוכיח בצורה ברורה את הנזק, לכן אין בטענה זו כל טענת גרמת לי נזק במישרין.

ועתה על הנימוקים ההלכתיים שציטט וכתב ב"כ הנתבע:

"הנתבע קיבל סחורה שלא הזמין ומה שהסכים והשתמש אפילו אחר שנתגלה הבעי' הראשונה, על סמך מומחיותו של התובע, ומה שהתגלה אח"כ אין ספק שאין על זה סבר וקיבל עיין שו"ע חו"מ רל"ב פ"ת ס"ק א' ובודאי דשלא נתן מעות עוד אין אומרים דמחיל...".

תחילה יש להעיר מה שהחליט "שהנתבע קיבל סחורה שלא הזמין" אין זה מדוייק. אמנם ברגע שראו כאן בארץ שהקופסאות נפתחות יכול היה לבטל את

העיסקה, ולומר, אני רוצה קופסא שלימה ללא הדבקות. אך ברגע שהסכים לקבל שיפוצים ותיקונים הרי שזו הסחורה שהסכים לקבל. אמנם נכון שיכול לטעון אמנם הסכמתי לקבל עם הדבקה כי האמנתי שאכן ההדבקה תחזיק, מ"מ אין זו טענה "לא את זה הזמנתי".

והנה בשו"ע חו"מ, סי' רל"ג, סעיף א' כתב:

"המוכר לחבירו מין ממיני הפירות ונתן לו מין אחר אין כאן מכר ושניהם יכולים לחזור בהם, אבל אם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות, לוקח יכול לחזור בו, אפילו לא נתאנה בסכום, והמוכר אינו יכול לחזור בו".

בסעיף זה מלמדנו מרן השו"ע מתי אומרים קיבל סחורה שלא הזמין, בחלק הראשון של הסעיף כותב:
כאשר הזמין מין פרי והביא לו מן אחר [הזמין חטים ונתן לו שעורים] בזה המקח בטל ויכולים שניהם לחזור בהם. אבל אם הזמין חטים ונותן לו חטים אלא שהוא ביקש סוג א' ושלח לו סוג ג' אין כאן ביטול מקח, כיון שקנה חטים וקיבל חטים, אלא שהלוקח יכול לחזור בו מהמקח אפילו לא נתאנה בסכום.

לפי"ז בנ"ד הזמין קופסאות להכניס בהם אתרוגים ואכן קיבל קופסאות אלא שמתברר שלבסוף קיבל קופסה מודבקת בדבק ואינה קופסה סוג א', - מאחר ושם קופסא עליה אין כאן טענה שלא את זה קניתי.

אם נרצה להסביר יותר נבאר כך, הרי הנתבע הזמין קופסאות כדי להכניס בהם אתרוגים למכרם בארץ ובחו"ל, בשביל המכירה בארץ, הקופסאות מילאו את תפקידם במושלם.

באשר לחו"ל הנתבע נעזר ע"י קופסאות אלו להביא את האתרוגים לחו"ל וע"י כך יכל למכור את הסחורה, אלא שטוען שחלק מהקופסאות נפתחו ובכך נגרם נזק לאתרוגים, ז"א גם קופסאות ששימשו להעברת האתרוגים לחו"ל, מילאו תפקידם אבל לא במאה אחוז, ולכן לא שייך לומר לא את הסחורה הזו הזמנתי.

ולעיקר הטענה ברצוני להבהיר, כי ההלכה שמצטט הנתבע "לא אמרינן סבר וקביל" ו"לא אמרינן דמחיל" - אינם במקומם. עפ"י הלכות אלו יכול וזכאי הקונה לחזור בו מהמקח אבל בנ"ד השתמש בסחורה שקנה והעביר אתרוגים ומכרם בתוך סחורה זו.

לכל היותר יכול לטעון על המחיר, היינו קופסא כזו מחירה יותר זול, אבל אינו יכול להשתמש כל צרכו בסחורה ואח״כ לטעון שרוצה לחזור בו מהמקח ואת הסחורה אינו מחזיר?!

לזכותו של התובע ייאמר שהחליט על דעת עצמו אף שלא נתבקש לתת לנתבעים 10,000 קופסאות ללא תמורה כפיצוי, ולא מובן מה שרוצה ב״כ הנתבע בסיכומים סעיף ט, שכתב:

״כדי לודא את הידע של התובע בכל המחדל, הרי הוא הודה שרצה לתת 10,000 קופס׳ פיצוי מיוזמתו, הרי הסכום מדבר בעד עצמו״.

הנה מש״כ ״הרי הוא הודה שרצה לתת״, הוא לא רק רצה אלא נתן וזה רק מראה שהתובע אדם רציני כשהבין שנגרמו צער, עגמת נפש ואולי נזקים קצת בקופסאות עצמם לכן נתן מה שנתן.

ובאשר לסחורה שנשארה ״ונשטפה״ במים כותב ב״כ הנתבעים:

״על הסחורה שנשארה במחסן ברור כשמש שהאחריות על התובע, מכיון שאמר טול. ואפילו לגבי שברים של שואל. עיין שד״מ בסעיף ב׳, כיון שאמר טול את שלך אין שום אחריות על הנתבע ונסתתפה שדהו״.

גם בזה אינו צודק, ואין זה דומה כלל להאי דשומשמי. דבר ידוע שבדיני שומרים יש כללים ודינים אחרים.

ברגע שהשומר אומר לבעל הפקדון טול את שלך, הפסיק להיות שומר וממילא כל מה שנעשה בחפץ הוא באחריות בעליו. משא״כ בנ״ד הוא קנה את הקופסאות, השתמש בעשרות אלפים והחלק שנותר הודיע שצריך לתקן, היינו הקנין קנין אלא שמבקש לתקן.

אלא שלכאורה יש לעיין מהא דכתב הרמב״ם בפט״ז מהל׳ מכירה ה״ד:

״הלוקח מקח ונמצא בו מום ואח״כ אבד או נגנב, הרי הוא ברשות הלוקח עד שיחזיר המקח למוכר. ואם התליע ונפסד מחמת אורך הזמן ה״ה הוא ברשות מוכר, ואם היה לו להודיע למוכר ולא הודיע הרי זה ברשות לוקח״.

עיין ב״כסף משנה״ מה שכתב בהבנת דברי הרמב״ם, וגם מפרשי הרמב״ם האריכו הרבה בפי׳ הדברים. ואין כאן המקום להאריך בזה, ומ״מ לפני כל הפירושים ברור שהרמב״ם מדבר כאשר בגלל המום רוצה הלוקח לחזור מהמקח, לכן ברור שהאחריות על המוכר. משא״כ אם המקח מקח וכל הויכוח לגבי החזר אונאה, ברור שאם נגנב או אבד הרי הוא ברשות הלוקח.

ומעתה נבא לנ״ד, כאשר בערב סוכות מודיעים לתובע-למוכר לקחת לתקן את הסחורה - היינו המקח מקח, אלא שצריך תיקון, ולכן כל עוד שלא לקח נשארת הסחורה ברשות הקונה על כל ההשלכות.

ויש מקום לומר, אם הנתבעים רוצים לבטל המקח מחמת המום עליהם לדעת מה שנפסק בסי׳ רל״ב סעיף ט״ו:

> ״המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו בה מום אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל״.

ועיין בסמ״ע שכתב בשם ״עיר שושן״ הטעם דאל״כ הוי ליה כריבית, כיון שנתבטל המקח מעיקרא וצריך להחזיר לו הדמים נמצא שאכל פירות בתורת רווח עבור מעותיו שהיו אצלו.

והקשה על כך א״כ דין זה רק היכא שנתן לו הלוקח מעות אבל אם עדיין לא נתן מעות ואכל פירות ואח״כ התברר שיש מום אין חייב להחזיר, וא״כ היה להטור ולהרמב״ם שכתבו דין זה לחלק דוקא שקיבל דמים.

ועוד הקשה הסמ״ע אף אם נתן דמים, למה צריך להחזיר דמי הפירות הרי אין זה עדיף מאבק רבית שאין מחזירים ע״ש. לכן כתב הסמ״ע טעם אחר והוא כיון שהמקח בטל מעיקרו הפירות שאכל הוי גזל בידו, לכן אף אם עדין לא שילם דמי המקח צריך להחזיר הפירות ע״ש שהאריך.

והנה בנ״ד המום ניכר רק אחר שהשתמש וקיבל פירות, היינו כשהגיעה הסחורה לארה״ב, שם לדבריו, התברר שיש מום למעשה המשיך להנות מהסחורה בכך שהשאיר את האתרוגים בתוך הקופסאות ועי״ז יכל למכרם נמצא שלאחר שהשתמש ונהנה (שהגיעה סחורתו לארה״ב) הרגיש במום.

והנה ראיתי בשו״ת הרשב״ש סי׳ תע״ו שנשאל:

> ״המוכר בגד לחבירו ונמצא בו מום אם יכול להחזירו משום מקח טעות או לא״.

תשובה: "אם הבגד היה בו קרע ונמצא אחוי... ואם נמצאו בו נקבים שיכולים להיעשות בסכין, אם כבר נתן מעות על הקונה להביא ראיה, ... ואם עדיין לא נתן מעות ישבע הקונה שלא נעשה ברשותו. ... ואם הבגד נעשה כבר ממנו מלבוש ולבשו קודם שנתגלה המום, והיה מום שלא היה לחבירו עד עתה יחזור הבגד למוכר... וצריך ליתן לו שכר לבישתו, והשאר משלם לו כך נראה לענ"ד"...

לדעתו של הרשב"ש כשמחזיר מקח משום מקח טעות חייב לשלם ההנאה שהשתמש בו.

וקושטא קאי שכן היא דעת הריטב"א הובא ב"מחנה אפרים" הלכות מכירה דיני אונאה סי' ה' וז"ל:

"ואם נמצא מום במקח והודיעו ואח"כ נשתמש בו נראה דלא אמרינן בכה"ג דמחל ואינו יכול להחזיר".

כ"כ הריטב"א ז"ל בחידושיו הוב"ד בשטמ"ק פרק הזהב דף נ', ועתה נדפסו בחידושי הריטב"א החדשים, גבי בטל מקח וז"ל:

"ואם נשתמש בו אחר שהכיר באונאה קודם שיודיע למוכר מחל אונאתו, שאל"כ לא הוה ליה להשתמש בו, כיון דהוי ביטול מקח. ואם הכיר אונאתו והודיעו ואח"כ נשתמש בו לא מחל אונאתו, אלא שחייב לשלם למוכר מה שנשתמש בו או מה שהפסיד בתשמישו", עכ"ל.

עיין "משכנות הרועים" מערכת א' אות נ"ב וב"מטה שמעון" הגה"ט אות פ"ז בדברי המגיה שם וראה "חושן האפד" כאן.

אמנם ראיתי בתשובת הרב יוסף הלוי אבן מיגאש הובא בשטמ"ק ב"מ דף ס"ה ע"א מועתק מלשון ערבי:

"מי שלקח מחבירו סחורה בהמתנה והוסיף עליה בדמיה בסיבת ההמתנה, אם היתה הסחורה קיימת בעינה ורצה בעלה לחזור ולקחתה יש לו לחזור וליקח אותה... ודוקא אם אותה התוספת יותר משתות שיש לבטל המקח, ויחזור לקחת סחורתו, אין זה אלא אם היתה הסחורה בעין, אין לו כי אם דמיה ולא יהא אלא שעבר ומכר נכסי חבירו ודאי לא היה

מתחייב אלא כמה ששוים כן הדין כאן אם הוציאה ואינה בידו אינו חייב לשלם אלא שוויה.
וכן מה שאמר לו תן לי מה שקיבלת בה אינה טענה, לפי שאם קיבל בה יותר על שוויה, השתדלותו וחריצותו היו סבה לזה ואין לנו לחייב אותה שיתן לו מה שבא לו ריוח מצד זריזותו והשתדלותו לפי שאינו משרתו, לא יתן לו סחורתו בלא תוספת...".

לדעתו של גדול זה, אם הסחורה אינה בעין והקונה הרויח בה בגלל חריצותו וזריזותו אין למוכר כל חלק בזה, אבל ריוח שבא גם ללא פעילות מיוחדת מהקונה יכול המוכר לומר אם אתה טוען על ביטול מקח עליך להחזיר גם את הרווחים.

ומ"מ בכל מקרה את מחיר הסחורה חייב לשלם אם אינה בעין. ולכן בנ"ד ברור שצריך לשלם ההנאה שהשתמש בסחורה והעביר בה את האתרוגים והרויח באתרוגים...

עוד כתב דמשתמש מתוך שהוא מוכרח אין זה מהווה מחילה.

בדין זה נחלקו באחרונים. בספר בני אברהם סי' כ"א הביא דברי מהר"ש חובב שכתב כשהשימוש היה על צד ההכרח עכ"ז אין לפוטרו, שכל המשתמש אינו אלא לצורך.

וכתב בחושן האפוד סי' רל"ב אות ח':

"ואין נראה לחלק בין הכרח וצורך מועט להכרח ולצורך גדול. ואפילו גבי אונאה לא אמרינן דפטור כששהה בכדי שיראה אלא באנוס דוקא. הראב"ד ז"ל (בעל מחבר ספר "תפארת אדם") בתשובה כת"י ועפי"ז דן למי שלקח סידור ר"ה ויו"כ ובהיותו קורא ביוה"כ מצאו חסר דפים וקרא בו ביום הכפורים כי לא היה לו סידור אחר. המוכר טוען דכיון דנשתמש מחל ומר הוא דקאמר דאילו היה רוצה הקונה לפטור עצמו מטעם זה אין כאן פיטור דבלא אונס לא מופטר אעפ"י שיש לו צורך גדול".

לדעתם גם אם היה הכרח להשתמש, כיון דהשתמש הרי שוב אין יכול לתבוע דחשיב מחילה.

אמנם ראיתי שם שהביא בשם מהר"ר שמואל בן יוסף בכ"י שכתב, דלדעתו המשתמש בספרים לאחר שהיה בהם מום משום שלא היה לו ספר אחר לא הוי מחילה, וטעמו מהא דכתב הרמ"א סי' רצ"ב ס"כ:

"...ובמקום בטול תורה שאין ספרים נמצאים יכולים בי"ד לכוף אל' להשאיל ספריו ללמוד מהן ובלבד שישלם לו מה שיתקלקלו הספרים".

לפי"ז רוצה לומר באותו שמצא ביוה"כ סידור חסר כמה דפים, מאחר ולא היה לו סידור אחר דיכול ליטלו בשאלה מהבעלים. וכיון דנמצא בו מום והמקח אינו מקח הרי פקדון גביה ונוטלו ומשתמש בו בתורת שאלה כיון דאין לו אחר.

מדבריהם למדנו, שרק בספרים אם אין בנמצא אחרים אין השימוש מהווה מחילה, אבל בשאר הענינים אף שהיה מוכרח להשתמש חשוב מחילה.

לסיכום:

הנתבע ראה מיד עם קבלתו את הסחורה את המום והסכים לקבלה ע"י תיקונים והדבקות.
לא הוכח שהיו נזקים והפסדים. ומ"מ ברור שאין בזה ביטול מקח אף אם נקבל הטענה שהקונים ניצלו את העובדה שהיה פגם בקופסא והורידו מהמחיר.
הנתבע נתן כפיצוי מתוך רצון טוב 10,000 קופסאות ללא תמורה.

לגבי הקופסאות שהתקלקלו בגשם הנתבעים הודיעו ערב סוכות לתובע שיקח אותם לתיקון, ז"א שזה שלהם, רק מבקשים הדבקה ותיקון.

לאור האמור, על הנתבעים לשלם לתובע את הסך 87,446.19 ש"ח.

אם אכן הנתבע הוציא כספים עבור הדבקת הקופסאות, בכלל זה גם אם העסיק פועל יום או יומים עבור ההדבקה, על התובע לשלם לו מלא ההוצאות, הנתבע יכול לקזז מהסכום שחייב לשלם.
מאחר והיה בסיס לטענת הנתבעים אין ביה"ד מחייב בהוצאות וכל צד ישא בהוצאותיו הוא.

ניתן ביום ט"ו אייר תשס"א

הרב אברהם יצחק הלוי כלאב

אין מעכבו מללמד תינוקות תורה

יש לדון באדם שרוצה לעשות בביתו בית לימוד לבנות קטנות, בתורה ויראת שמים, כדי שידעו הבנות את המצות שהן חייבות לקיים. ושָׂכִיר אחד מוחה בידו, כי הוא מרבה עליהם את הדרך ואינם יכולים לישון מקול הנכנסים והיוצאים. והנה מבואר בגמ׳ (ב״ב כא, א) שאין מעכבים מתלמוד תורה דתינוקות, שתיקן יהושע בן גמלא להושיב מלמד תינוקות בכל מקום, וכתב רמב״ם בפירוש המשנה שם, להרבות התורה בישראל ולא במלמדי תשבורת או חשבון. ואכן תקנת יהושע בן גמלא קיימת בתלמוד תורה לבנים ולא לבנות, אך לכאורה גם תלמוד הלכות לבנות הינו תלמוד תורה, או דילמא כיון שעל כך לא תיקן יהושע בן גמלא, דומה הדבר למלמד תשבורת וחשבון.

א

בתחילה עלינו לברר מהו גדר מצות לימוד תורה של בנות. שו״ע או״ח סוף סימן מז, כתב, שנשים מברכות ברכת התורה, וביאר בית יוסף בשם האגור (הובא במג״א שם) שנשים חייבות בלימוד המצות שהן חייבות, ובאמירת הקרבנות, וכמו שכתב רמ״א ביורה דעה סימן רמו, סעיף ו. וציין הגר״א שם, דילפינן לה ממצות הקהל שנאמר (דברים לא) ״הקהל את העם האנשים והנשים״, ואמרו חכמים (חגיגה ג, א) ״אנשים באים ללמוד, נשים באות לשמוע״. הרי שגם נשים שומעות דברי תורה. ומהו החילוק בין ללמוד, ללשמוע, שללמוד הוא להעמיק בדברי תורה, להקשות ולתרץ עד שמגיעים למסקנות הנכונות. ואילו לשמוע, פירושו לדעת המסקנות ההלכתיות, כיצד יש לנהוג הלכה למעשה. הוה אומר, חיוב אנשים בלימוד תורה, הוא לעסוק בתורה לא רק ידיעת המסקנות המעשיות אלא ללמוד ולהעמיק להקשות ולפרק עד שהסוגיא מתבהרת, וממילא אפשר להקיש מדין אחד לדין אחר או למקרה אחר, שידע שורשי הדין ויעמוד על בוריו של דבר. זהו דיבור בדברי תורה, שעיקרו לימוד לאחרים או אפילו לעצמו, משאין כן שמיעה שהיא ידיעת הדבר, ואין משא ומתן בדברי תורה חשוב לעצם ידיעת ההלכה, לדעת איך לנהוג למעשה.

ברם הגר״א באו״ח (שם) דחה דברי ב״י ומג״א, כי הפסוק צווח ״ולמדתם אותם את בניכם״ ולא את בנותיכם, ואיך יברכו אשר ציונו, ונתן לנו את תורתו. לכן ביאר שנשים רשאיות לברך, כמו שפסק רמ״א בהגהתו (שם, סימן יז, סעיף

ב) שנשים יכולות לומר וציונו, כי התורה ניתנה לישראל ואף הן, ישראל הן. דלא כדעת המחבר שנשים אינן יכולות לברך על מצוה שהן פטורות ממנה. נראה ששורש מחלקות ב״י ומג״א לגר״א, האם חיוב האשה לדעת ההלכות שעליה לקיים, היא חלק ממצות ידיעת התורה, ולכן הן יכולות לברך, וציונו, ונתן לנו את תורתו. ואילו לגר״א נשים צריכות לשמוע לא מדין תלמוד תורה, אלא כסיוע לדבר מצוה, כי אם לא תדענה את המצות שעליהן לקיים, איך תקיימנה מה שנצטוו.

דומה הדבר לעושה סוכה שבלי עשייתו לא יוכל לקיים מצות ישיבת סוכה בחג הסוכות, אך כיון שאין מצות עשה להקים סוכה, אינו יכול לברך על הקמתה, אשר קדשנו וציונו, כמובן. וזה ההבדל בין אנשים, שיש להם מצוה לעסוק בתורה, ועצם העסק בה קיום מצות עשה. לעומת נשים, שאינן מצוות ללמוד, אך אינן יכולות לקיים המצות שחייבות אם לא תדענה מה התורה מצוה אותן, ולכן עליהן לשמוע את הדברים המעשיים שעליהן לעשות. ממילא אינן יכולות לברך על שמיעת דברי תורה, לדעת המחבר, כי לא נצטוו לעסוק או ללימוד דברי תורה כמצות עשה.

והנה מדציין הגר״א מקור לדברי רמ״א שנשים צריכות ללמוד הלכות השייכות לנשים, ולא אמר בפשטות, שאם לא תלמדנה לא תדענה לקיים המצות שנצטוו, משמע, שיש ענין שיחזרו על לימודן, אף על פי שהן יודעות. והמקור לכך מצות הקהל, שנשים באות לשמוע, גם מי שכבר יודעת. אלמא יש תועלת בחזרה אפילו על הלכות ידועות כבר. נמצא שאין בלימוד הנשים רק כדי לדעת לקיים ההלכות. מכאן למד בית יוסף, שנשים חייבות ללמוד, לאו דוקא בשביל לדעת מה לעשות. לעומתו סובר הגר״א, שחזרה מעמיקה את הידיעה, שלא תשכח זמן רב יותר, והיא עצמה חלק מהידיעה הרחבה יותר. ממילא, אין להוכיח מכאן, שיש לנשים מצוה ללמוד מצד עצם הלימוד, אלא, לימודן הוא מכשיר לדעת מצות הקב״ה, כדי שתוכלנה לקיים כראוי.

נראה ששורש החילוק בין בית יוסף ובין הגר״א נובע מן השאלה, האם דבר שאדם יודע עתה שייך בו ידיעה נוספת לעתיד, שזו דעת הגר״א. ולכן לדעתו, חזרה היא תוספת ידיעה. ואילו בית יוסף סובר, שלא שייך להוסיף בידיעה על מה שאדם יודע עכשיו, ומה שמוסיף ידיעה לזמן ארוך יותר אינה תוספת ידיעה, כי לגבי ההוה אין תוספת, והעתיד עדיין לא הגיע. וכיון שיש לנשים מצוה לשמוע בהקהל (אף על פי שהן כבר יודעות) שמע מינה, שלימוד נוסף הוא מצוה גם לנשים, במצות אותן הן חייבות ואין זה רק מכשיר לדעת המצות שעליהן לקיים. ודוק״ה.

ב

יוצא איפוא, בין אם נאמר שנשים חייבות לשמוע דברי תורה, במצות שנצטוו, ובין אם נאמר ששמיעה זו היא רק מכשיר מצוה, דין לימוד לבנים, שונה במהותו מלימוד לבנות, מעתה יש לברר האם תקנת יהושע בן גמלא גורמת שאין השכנים יכולים למנוע את אחד מהם מלעשות מלמד תינוקות או הדאגה לריבוי תורה היא הגורמת.

הנה הגמ׳ (ב״ב כא, א) הקשתה מדברי הברייתא, שמי שיש לו בית בחצר השותפין לא ישכירנו לסופר יהודי, הרי שגם למלמד תנוקות אין משכירין בית בחצר השותפין. ותירצה גמ׳, דמיירי, בסופר מתא. פירש רש״י, מלמד תינוקות העיר ומושיב מלמדים תחתיו והוא מורה את כולם איך יעשו, ויש שם קול גדול. ע״כ. דהיינו למרות שמתקיימת תקנת יהושע בן גמלא בצורה זו, שלכל קבוצת תלמידים יש מלמד מיוחד, אך כיון שיש כמה קבוצות של תלמידים הרעש הוא גדול מאוד, ולא מנעו מהשכנים להתנגד אלא ברעש קטן, הסביר לכתה אחת.

אכן רמב״ן הביא פירוש רש״י בזה הלשון:

> ״מלמד כל תינוקות שבעיר ויש שם קול גדול״. ע״כ.
> ותמה עליו, ״כיון דמשום מצוה שרית ומשום תקנה, כל שכן דאיכא מצוה רבתי ותקנתא יתירתא. ואפשר כיון שהוא שונה ליותר מחמשים מעכב עליו שהקול גדול ביותר ואין מצוה זו מן המובחר דהוה להו לאותובי תרי. ע״כ.

נראה שלא גרס ברש״י כפי שכתוב בגרסתנו, ומיירי שיש מלמד אחד ליותר מחמישים, שלפי התקנה צריכים שני מלמדים. וכיון שיש רק אחד יש קול גדול ביותר, כי אינו משתלט על כולם, ולכן יכולים השכנים למונעו.

(אבל אם לא היה קול גדול ביותר, לא יכולים למונעו, כי מה איכפת לשכנים אם יש עשרים וחמשה תלמידים בלבד או יותר כיון שהקול שהם עושים שוה הוא. משמע שלפי זה הסיבה להתנגדות השכנים הקול הגדול, ולא ריבוי הנכנסים והיוצאים, שכמובן, ביותר תלמידים יש יותר נכנסים ויוצאים. ודו״ק).

רמב״ן עצמו פירש: ״סופר מתא - כותב שטרות העיר או ספרי תורה״. ע״כ. כי אם מיירי במלמד תינוקות, אין נפקא מינא אם הוא מלמד כפי התקנה או לתלמידים מרובים, שלא כפי התקנה.

דהיינו לשיטת רמב״ן (ותוס׳ שם ד״ה בסופר מתא. וראשונים אחרים, ריטב״א, ר״ן ועוד). ריבוי תורה מבטל מחאת השכנים אף על פי שאין הדבר נפעל כתקנת יהושע בן גמלא. ואילו לרש״י, כיון שהדבר נוגד לתקנה, יכולים השכנים להתנגד לריבוי הנכנסים והיוצאים.

אם כן לימוד בנות שאינו מכוח התקנה, גם אם נאמר שיש כאן דין לימוד תורה, כשיטת ב״י ומג״א, לדעת רש״י אפשר להתנגד ואילו לדעת הראשונים אחרים לא.

ברם יותר מסתבר, שמה שלדעת רש״י אפשר להתנגד לתלמידים מרובים, מפני שיש כאן קלקול לחלקם, שאין המלמד יכול ללמדם, והמלמד נוהג שלא כראוי, שמקבל תלמידים שלא יוכל ללמדם. לכן יכולים השכנים להתנגד. אבל בלימוד בנות, אפשר, אף על פי שאינו לפי התקנה יודה רש״י. ועוד, שדייק סמ״ע סימן קנו, סעיף ג, סקי״ג, מדברי המחבר, דלא שנא אם התלמידים הם מועטים לפי התקנה, או שהם מרובים שלא כפי התקנה, אין השכנים יכולים למונעו. אלמא העיקר הוא ריבוי תורה ואין הדבר תלוי בתקנת יהושע בן גמלא.

ואין לומר כיון שהבנות אינן לומדות כל הזמן, שחלק ממנו, משחקות ואפילו לומדות דברים אחרים, ממילא יוכל השכן למונעם. כי גם בתינוקות אינם לומדים כל הזמן, כי בודאי ישנה עת לאכילה, והפסקות למשחקים, כי בלא הפסקות ואכילה, לא יוכלו ללמוד. ואם לא יבואו ללמוד אם לא ילמדו גם קצת לימודים נצרכים אחרים שגם לומד תורה צריך לדעתם, כי לא ישלחו את הילדים ללמוד שם, יש להחשיב, כל הלימודים והפסקות אלו, כחלק מלימוד התורה, שאין השכנים יכולים למונעו. (ומסתבר, שלעשות פנימיה בביתו, והלימודים במקום אחר, יכולים השכנים למונעו. אך אם כל חיי התלמידים מתנהלים שם, גם ישנים ואוכלים וגם לומדים, וניכר שכל התנהלותם שם לצורך לימוד תורה, הוי בכלל תקנת יהושע בן גמלא, שאין השכנים יכולים למנוע).

אולם יותר נראה, לא מבעי לדעת גר״א שבנות אינן חייבות בתלמוד תורה, אלא אפילו לדעת ב״י ומג״א שהן חייבות, כיון שאין זה מדין מצות תלמוד תורה של ״ולמדתם אותם את בניכם״, לגביהן לא נאמר שאין למחות ביד העושה, ואין להפריע לשכנים (כפי שמבואר בהמשך). וכן נראה, מדשאל רב לרבי חייא (ברכות יז, א), ״נשים במאי זכיין? באקרויי בנייהו לבי כנישתא״ (פירש רש״י שם, היו רגילים תינוקות ללמוד לפני רבן) וב״אתנויי גובריהו בי רבנן ונטרין לגברייהו עד דאתו מבי רבנן״. פירש רש״י, ״ממתינות לבעליהן ונותנות להם רשות ללכת וללמוד בעיר אחרת״, ע״כ. אלמא תורה שלומדות הן עצמן, אינה דומה לתורה של בניהן ובעליהן, שחייבים בתלמוד תורה.

ג

אלא שעדיין יש לומר לפי מה שפסק המחבר (שם) דתלמוד תורה לאו דוקא אלא הוא הדין לכל מילי דמצוה. ועל יסוד זה כתב סמ״ע (שם סק״ג) שאי אפשר למנוע מאחד מדיירי הבתים בחצר השותפין להיות מוהל, שזו מצוה, מה שאין

כן מקיז דם או רופא שאותם אפשר למנוע. ותמה עליו ט״ז, הן רופא גם מקיים מצוה. וביאר גדר מה שאמרו דהוא הדין לכל מילי דמצוה, דמיירי במצוה שנעשית בציבור, כגון חלוקת צדקה או להתפלל במנין, אבל לא בשאר מצות.

נראה כונתו שהמצוה מוטלת על הציבור, כי הציבור צריך שתהיה לו חלוקת צדקה ותפילה בציבור. וגם תקנת יהושע בן גמלא שיעשו תלמוד תורה בכל מקום, מחיובי הציבור הוא, שכל התושבים צריכים להשתתף בקיום תקנה זו גם אם אין להם תינוקות הזקוקים למלמד (עיין דרכי משה סימן קסג אות א).

ואמנם יד רמ״ה (שם, אות נה), כתב:

״אבל תינוקות של בית רבן לא מצי מעכב. ומסתברא דהוא הדין לשאר מילי, כגון, מיגרס אוריתא, משנה ותלמוד (שאינם בתקנת יהושע בן גמלא) וצלויי בציבורא. כדבעינן למימר לקמן״.

ונראה שזו גם כונת בית יוסף, שעל דברי הטור שכתב, דהוא הדין לכל מילי דמצוה, הביא שו״ת ריטב״א שכתב:

״ולאו דוקא מלמד תינוקות של בית רבן אלא הוא הדין לעשות מדרש להרביץ תורה או לדרוש ברבים כדי להגדיל תורה ולהאדיר ולא תשכח תורה מישראל. דכולן חד טעמא הוא. ע״כ.

ויש שתמהו על בית יוסף שהביא ראיה מריטב״א, שמדבר על תלמוד תורה, להקיש ממנו למצות אחרות. וביד רמ״ה חזינן מפורש שהוא משוה תפילה בציבור לריבוי תורה. והטעם כמו שכתב בית יוסף שהם אחד. כי מצוה שנעשית ברבים, היא הגורמת שאין השכנים יכולים להתנגד. ולפיכך כתב רמב״ן שמי שכותב ספרי תורה, אף על פי שעושה מצוה (כמבואר מסכת סוכה כו, א שלכן הוא פטור ממצות אחרות, שעוסק במצוה פטור ממצוה) שיכולים השכנים למונעו מלעשות בביתו, כיון שמרבה עליהם קול הנכנסים והיוצאים.

אלא שצריך להבין שיטת יד רמ״ה, שכתב באות נו (שם) להוכיח, מדאמרה גמ׳, שכותב שטרות אפשר למונעו ולא אמרו כותב ספרים תפילין ומזוזות, ״אלמא כותב ספרים תפילין ומזוזות אין השכנים יכולים לעכבו״. והרי מצות אלו אינן נעשות בציבור ואין הציבור חייב להעמיד לו סופר ספרים, תפילין ומזוזות. ומאי שנא מצות אלו משאר מצות.

ואולי שהוא עוסק בכתיבת דברי תורה, אף על פי שאין תפילין ומזוזות מיועדות ללמוד בהם, לא חילקו חכמים בענין עסק התורה בכל צורה שהיא, שאין יכולים למונעו מכך.

מעתה נבין כונת יד רמ״ה שסיים, שכותבים אלו, ״עסוקים במלאכת שמים״. והרי כל עושה מצוה עוסק במלאכת שמים, אלא מלאכת שמים היא דברי תורה, לעומת, עושה מצוה שהוא עסוק במצוה. שכאמור בגינה אין עיכוב על השכנים מלמחות בו. לפי זה, אפשר גם להסביר דברי סמ״ע סק״ג, שמוהל אין השכנים

יכולים למונעו, כיון שעסוק בדבר מצוה. אף על פי שאין זו מצוה של רבים, כפי שהקשה ט״ז. אלא, גם מילה קשורה לתורה, כמו שנאמר, אם לא בריתי יומם ולילה חוקות שמים וארץ לא שמתי, ואמרו (במסכת נדרים לב, א) ש״בריתי״ היא ברית התורה וברית המילה. כי הן קשורות אחת לשניה. שהתורה ניתנה לישראל שהם מהולים, ובאנו בברית עם הקב״ה. לעומת מצות אחרות, אפילו מצות פיקוח נפש, שאינן קשורות למצות תלמוד תורה. ועוד, שאמרו במדרש שיש מצוה לעשות סעודה לכבוד הברית. וכתב רבינו בחיי (בכד הקמח ערך מילה):

> ״ זה שאמר דוד המלך (תהלים נ), ׳אספו לי חסידי כורתי בריתי עלי זבח׳, ללמדך, כי ראוי שיתאספו הקרובים והאוהבים לשמוח ולעשות סעודה על המצוה הזאת. ע״כ.

ד

והנה בשו״ת חת״ס, (חו״מ, סימן צג), דן באחים שירשו בית וחילקוהו ביניהם, ואחד האחים קיבל הדירה העליונה, ורצה לעשות שם בית משתה יין וי״ש, והאחים האחרים מוחים בו, כי הוא מרבה עליהם הנכנסים והיוצאים. והביא דברי שו״ת רלב״ח שביאר, מדוע, לכמה ראשונים, אינם יכולים למחות בשכנם שמשמיע קול הפטיש, ויכולים למונעו מנכנסים ויוצאים. כי לעשות מלאכתו הוא רגיל לעשות בבית, ואי אפשר למונעו מלהתפרנס, אבל למכור מוכרים בשוק, ואינו צריך לעשות זאת בביתו. ולפי זה מה שמוחים עליו מללמד תינוקות גויים, שאין דרך ללמדם בשוק, אלא שיש מקום בו לומדים תינוקות הן גויים והן ישראל. ובכל זאת במלמדם תורה, יכול ללמדם בביתו ואינו צריך ללמדם בבית הכנסת או בבית המדרש, כמו שכתב נימוקי יוסף, שהקלו על מלמדי תינוקות להגדיל תורה ולהאדירה. ומכאן דן, שכיון שאין דרך מוכרי יין למכור בשוק, אלא במקום שבאים השותים ויושבים, לפכוחי צערייהו ופחדייהו, נמצא שעלייתו וביתו נצרכים לפרנסתו, שאין דרך לעשותה במקום אחר, לאותם ראשונים, הסוברים, שאין מוחים בקול הפטיש מהאי טעמא, הוא הדין בבית משתה היין. אלא שסיים שעדיין יש חשש שיבואו שם גויים וישתכרו ויהיה נזק בחצר השותפין ולא ברור אם יכולים לעשות כך, לפיכך יש לבצוע בין האחים. ע״כ דברי חת״ס.

ואין להקשות עליו מדברי שו״ת ריב״ש סימן קצו, הביאו רמ״א בהגהתו (חו״מ קנו, סעיף ב) דמי שעשה חנות לאריגה בביתו ומשמיע שם רעש כלי האריגה והאורגים, ואשת השכן חולה ומפריע לה הרעש. שפסק, דעל בעל מקום האריגה לסלק האריגה משם, דומיא דעורבים שבאו לאכול דם של בהמות ששחטו בחצר הסמוכה לדקלים של רב יוסף, וטינפו הפירות והשמיעו רעשים, שהפריעו

לרב יוסף דאנינא דעתיה (ב״ב כג, א) אלמא, גם הפרעה שאינה מפריעה לאדם רגיל, אך מפריעה לאדם חולה, על המפריע לסלק הפרעתו אף על פי שעושה בתוך שלו. ובודאי אין אורגין בשוק, ובכל זאת צריך להרחיק כאשר אריגתו מזיקה לשכנים.

אלא, דריב״ש מירי, במפריע בדבר שאין הדעת סובלתו (לא שנא של אדם אחד, לא שנא של הרבה אנשים) מה שאין כן רעש, ונכנסים ויוצאים, שאין ניזקם בלתי נסבל, שלא מונעים אדם מעשותם בביתו.

ברם עדיין יש לדון, לפי פשטות דברי רמב״ם פרק יא משכנים, שכתב, בהלכה ד, שנזק בית הכסא והאבק וכיוצא בו, אין חזקה מועילה לו, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזק מאלו. ובהלכה ה, כתב:

> ״וכן בני מבוי או בני חצר שנעשה אחד מהם אומן ולא מיחו בו, שהרי החזיק והיו העם נכנסין ויוצאין לקנות ממנו, ושתקו. לא החזיק בדבר זה ויש להם בכל עת לעכב ולומר אין אנו יכולין לישון מקול הנכנסים והיוצאים, שזה היזק קבוע הוא כמו העשן והאבק. ע״כ.

הרי שרעש הנכנסין והיוצאין דומה לקוטרא ובית הכסא, שכל אדם אין דעתו סובלתו, ולכן אין להם חזקה. ולפי דברי ריב״ש לא מועיל אם עושה דבר זה בביתו, וצריך להימנע אף על פי שמבקש להתפרנס, מאומנת זו. אלא שבלאו הכי כתב חת״ס שאין דבריו לשיטת רמב״ם, מטעם אחר. ודו״ק. (והארכנו בזה בעז״ה במקום אחר).

ה

ואמנם מאירי (ב״ב כ, א) כתב על המשנה, שאדם עשוי לעשות אומנות שלו בתוך ביתו, ואינו נמנע מפני היזק שינה. אבל המכירה אדם עשוי יותר למכור בשוק. ע״כ. דברים אלו הם מעין דברי רלב״ח, אך בכל זאת יש ביניהם הבדל. שלדברי המאירי נראה שהכל תלוי אם אדם רגיל לעשות כך ״בביתו״, ואילו לדבר רלב״ח כפי שהביאם חת״ס, נראה שדבר שנעשה ״בבית״ יכול העושה לומר מה לי בית זה מה לי בית בשוק. אלא אם כן הדבר אינו נעשה בבית כי אם ברחוב, שאז צריך העושה לעשותם בשוק ולא להפריע לשכנים. אכן מדברי יד רמ״ה נראה שהעשיה בבית אינה משנה, כי לא התיר לסופר ספרים תפילין ומזוזות לעשות בתוך שלו, אלא מטעם שהוא עסוק במלאכת שמים, הא לאו הכי, אף על פי שכתיבת סת״ם נעשית בבית, אין זו סיבה למנוע את השכנים מלמחות. וכן מה שכתב יד רמ״ה שאינו יכול למחות בו מקול הפטיש, כי הוא נעשה בתוך ביתו, ולא בחצר השותפין, אלמא ענין העשיה בבית אינו נימוק מספיק להזיק לשכניו. דלא כמאירי ורלב״ח. ופשיטא שלשיטות אלה יכולים האחים למחות באחיהם שרוצה לעשות בית משתה היין בעלייתו.

ו

תבנא לדינא, לעשות בית לימוד לבנות, למרות שהוא עושה בביתו, כיון שאינה מצוה ציבורית כמו תלמוד תורה לבנים, יכולים השכנים למחות בו, אף על פי שהמלמד בנות תורה ויראת שמים עושה מצוה.

(ודלא ככתוב בשו״ת שלמת חיים לגר״ח זוננפלד זצ״ל, סימן עה. ובשו״ת נצח ישראל לגר״י גרוסמן שליט״א סימן יח אות טז, נראה מדבריו שלולי קול באשה ערוה יש תקנת יהושע בן גמלא גם בתינוקות בנות שלומדות תורה, ולדברנו אין תקנת יהושע בן גמלא בלימוד תורה של בנות).

עוד יש להוסיף, כיום שיש תקנות מטעם העיריה שלא לעשות עסק או מקום ציבורי באיזור מגורים, גם אם נאמר, שאין תקנה זו מחייבת כאשר אחד השכנים רוצה לעשות תלמוד תורה, מפני שתקנות העיריה סותרות את תקנת יהושע בן גמלא, שכדי להרבות תורה תיקן שזה דין איסור ולא דין ממוני. אולם שאר דברי מצוה שאין השכנים יכולים לעכב, מפני שהם עצמם גם חייבים, אולם מסתבר שהציבור יכול להתנות על כך, שלא יעשו דבר מצוה בביתו כאשר הדבר מפריע לשכנים, כי אין תקנה קדמונית המתירה לעשות כך. וכיון שתקנות העיריה בעניני מגורים מקובלות, וכל קונה דירה קונה אדעתא דאותן תקנות, נחשב הדבר לכל שָׂכֵן, כאילו התחייב לא לעשות בביתו דברים המפריעים לשכנים. ויש ללמד הבנות במקום המיועד ללימודי הבנות, ולא בביתו.

וכבר כתב מאירי ב״ב ס, א בענין ריבוי נכנסים ויוצאים, שמנהג מבטל התנגדות לריבוי נכנסים ויוצאים (במרבה דיורים, שאדרבה נוח לנו בריבוי דרכים ובאחזת רעים ושכנים ההולכים ובאים), והכל לפי המקום ולפי הזמן והענין. לכן אע״פ שלא הובאו דבריו בשו״ע ובנושאי כליו, כי דרכם של אנשים להקפיד, אולם מנהגי תקנות העיריה שמקובלות על כלל הציבור ונוהגים על פיהם, מחייבות.

הוא הדין מלמד אומנות לתלמידים ישראליים, שבודאי עושה מצוה, כמבואר (קידושין כט, א), שאב חייב ללמד בנו אומנות, ובכל זאת כתב רשב״א (ב״ב שם), דמה שנקטה גמ׳, תינוקות גויים אורחא דמילתא נקט, (כי תינוקות ישראל מלמדים אותם תורה) והוא הדין בתינוקות ישראל שמלמדם אומנות, ע״כ. כי אין זו מצוה המוטלת על הציבור, ויכולים השכנים למנוע את המלמדם, שלא ירבה עליהם את הדרך, והרעש.

ז

בשולי הדברים יש להוסיף בשו״ת משכנות ישראל לגר״י גרוסמן שליט״א סימן יד, אות ה, כתב, דאם אחד מבעלי הדירות (בבית משותף) רוצה לפתוח גן ילדים בדירתו, ויש מהשכנים שמתנגדים, שמרבה עליהם הדרך וקול הנכנסים

והיוצאים. שנראה, כיון שמלמדים אותם לקרוא קריאת שמע וברכות הנהנין, אף על פי שרוב הזמן הילדים מבלים במשחקים, מסתברא שאי אפשר למחות. ובתשובת מהרפ"ת סימן קלח כתב, דאפילו קטני קטנים אי אפשר לעכב, ועדיין צריך עיון בזה.

ולכאורה יש ראיה מדברי הגמ' ב"ב כא, א שהעמידה הא דתניא שיכולים למחות במלמד תינוקות, דמיירי בתינוקות גויים, ומדוע לא העמידו בתינוקות ישראל שהם קטני קטנים, שמע מינה דוקא בגויים אפשר למחות, עכ"ד.

ברם, בלאו הכי הוה מצי גמ' לאוקמא בתינוקות ישראל שלומדים חשבון ותשבורת, וכבר כתב ריטב"א (שם) וז"ל:

"בתינוקות דגויים, פירוש שלמדים אומנות, והוא הדין דישראל, אלא אורחא דמילתא נקט, שדרך תינוקות דישראל ומצותם ללמדם תורה, ואסור ללמד גוי תורה, ואף על פי שאסור ללמדו אומנות, משום איבה שרי אבל תורה לעולם אסור. ע"כ.

(וכן כתב רשב"א שם, הובא בדברינו אות ו). וכיון שדרך ללמד קטנים ולא קטני קטנים, מילתא דלאו אורחא לא קתני.

ומה שכתב שתינוקות המשחקים רוב זמנם ובמיעוט הזמן לומדים קריאת שמע וברכות הנהנין, מסתברא שאין למחות בהם. לא מסתבר, דאם כן מדוע תולה הגמ' (שם) דין תלמוד תורה, מדין תקנת יהושע בן גמלא, וכפי שנתבאר גם בגדולים הדין כך, אף על פי שאין עליהם תקנת יהושע בן גמלא, אלא בא לשלול קטני קטנים שעליהם לא תיקן, כמבואר בגמ' שם, דפחות מבר שית לא תקבל.

והטעם לכך נראה, שאין ללימוד זה שם לימוד. וגם אם יש לו שם לימוד, רוב הזמן עסוקים במשחקים. משאין כן בבר שית שבודאי הם קצת משחקים, אבל רוב זמנם עובר בלימוד ושינון, כידוע, כדברי הגמ', ספי ליה כתורא. לכן למסקנא נראה, שיכולים השכנים למנוע מלעשות גן לילדים קטני קטנים, ואפילו גדולים יותר, שרוב זמנם משחקים ואינם לומדים.

ח

עוד כתב במשכנות ישראל (שם), בענין רופא שעובד עם קופת חולים, שאינם הולכים לבית החולה, אלא החולה הולך לרופא, שאמנם כתב סמ"ע, שיכולים למחות בו, כי מיירי ברופא שאינו מומחה, שאם יש מומחה ממנו אסור לו לרפא והריהו כשופך דמים. אבל ברופא מומחה, לשיטת סמ"ע, כיון שעושה מצוה אין למחות בו מלקבל חולים בביתו, דלא גרע ממוהל. אכן לא נראה כך בסמ"ע, דממה נפשך אם מיירי שיש רופא מומחה ממנו, לא רק השכנים מונעים אותו,

אלא כולי עלמא צריכים למנוע אותו מלשפוך דם. ואם מיירי שאין מומחה ממנו, וממילא יש עליו מצוה לעשות כמיטב יכולתו לרפא, ומצוה קעביד, אם כן מדוע יוכלו השכנים למונעו, מאי שנא הוא ממומחה אחר. ועוד, מקיז דם יוכיח שמקיז דם למי שצריך להקיז שזו רפואה עבורו ובודאי עביד מצוה, ובכל זאת יכול השכן למונעו. ועוד, מדסתם סמ״ע ולא כתב שאם הוא מומחה ברפואה אין יכול למונעו, משמע דלא שנא מומחה או אומן אחר, והטעם כי אפשר לרופא שילך לבית החולה (ועי׳ לקמן אות ד).

וגם מה שהסיק הגר״י גרוסמן שליט״א (שם), שהט״ז יודה ברופאים שאין דרכם ללכת לבית החולה, שמותרים לפתוח מרפאה בביתם, אינו מובן. הן קופת חולים יש להם מרכזים רפואיים שם הרופאים מקבלים את החולים, ואין כל צורך שהרופא יעשה בביתו ויפריע לשכניו. ואין לדחות הלכה מפורשת בגילא דחיטי. וכדכתב חת״ס הנזכר לעיל אות ד, שכיון שיש מקומות מיוחדים ללמד ילדים צריך לעשות זאת שם, מלבד תלמוד תורה, שכדי להרבות תורה, הקילו. שאין צריך ללמד דוקא בבית הכנסת או בית המדרש.

ט

לכאורה אפשר ללמוד מדברי הנמוקי יוסף, שהוא מקור דברי חת״ס, שכתב על מלמד תינוקות אף על פי שאפשר לעשות הדבר במקום אחר, אין יכול אחד השכנים למונעו מלעשות בביתו, משמע שבאומנות אחרת שאי אפשר לעשותה במקום אחר לא ניתן למחות בשכן המפריע לשאר השכנים. ברם, יש לומר דכונת נמוקי יוסף, מדוע הרשו חכמים לעשות תלמוד תורה שהוא צורך העיר, בבית אחד השכנים כאשר אפשר לקיים התקנה בבית הכנסת או בית המדרש. ועל זה כתב, שהקילו להרבות תורה בישראל. ועוד יש להוסיף, שעדיף ללמוד בבית הכנסת או בית מדרש שהינם מקומות קדושה, כדגרסינן (מגילה כט, א) על אביי, דהוי גריס בבי כנישתא, דכתיב, ׳ה׳ אהבתי מעון ביתך׳. ובכל זאת הקילו על מלמדי תינוקות, להרבות תורה. אולם בעלמא, גם אם אי אפשר לעשות במקום אחר, יכולים למונעו.

בכל אופן היכא דאפשר במקום אחר, בודאי, אין רשות להפריע לשכנים.

י

בשו״ת ציץ אליעזר (ח״י סימן כה, פרק ל), כתב, דאין לומר שהרופא ילך לבית החולה, כי כך עולה לחולה יותר כסף והרבה אנשים אין להם כדי לשלם סכום גדול. ולכן הסיק שרופא יכול לפתוח מרפאה בבית משותף.

אולם כאמור, הרופא יכול לפתוח מרפאתו בבית של רופאים, כפי שנהוג היום. ובזה נדחה מה שרצה ציץ אליעזר לדייק מדברי חת״ס שמצוה שהכל חייבים בה אין השכנים יכולים למונעו. ולכאורה היה יכול להוכיח זאת מדברי הט״ז עצמו, לפי מה שנתבאר בדברנו לעיל אות ג. אלא שאין הנידון דומה, כי מצוה המוטלת על הציבור אינה לרפא החולה, כי אינם רופאים, ולפי שהרפואה יכולה להתקיים במקום אחר, אינם חייבים להפקיר ביתם לצורך זה. מה שאין כן צדקה, שבאים הגבאים או העניים או האורחים לבית כל אחד כדי שישתתף במצוה, ובמנין להתפלל, החובה חלה על כל אחד להתפלל במנין, לכן אינם יכולים לומר שיעשו במקום אחר.

וגם מה שהביא מספר פעמוני רימונים, לחלק בין אם מתרפאים גם גויים, שיכולים השכנים למונעו מלעשות מרפאה בביתו, ואם מתרפאים ישראל (ולדעת ציץ אליעזר, אפילו רוב ישראל), אין יכולים למונעו. אינו מובן, כי אם מניחים שרופא שעוסק בפיקוח נפש עושה מצוה שהכל צריכים לסייעו, מה איכפת לן אם באים רוב גויים כיון שישראל אחד יתרפא ממנו, נמצאת מרפאתו צורך מצוה, ואם יכולים למונעו מלהביא גויים, שימנעו. ואם הדבר לא ניתן, וכי בגלל שבאים גם גויים יסתכן ישראל. ודו״ק.

לסיכום נראה, שיכולים השכנים למונעו מלפתוח מרפאה בביתם המשותף.

הרב שלמה שפירא

התנגדות לשינויים בבית עלמין[1]

התובע רכש אחרי פטירת אביו שתי חלקות קבר מהח״ק בכפר סבא, באחת מהן נקבר אביו ובשניה נקברה אמו שנפטרה לאחר מספר שנים. בעת הקניה חלקות הקבר היו צמודות לשביל האורך שבבית הקברות, ובמרחק שביל משביל הרוחב של בית הקברות. שבילי הרוחב והאורך בבית הקברות היו מכוסים אספלט בעת הקניה. לטענת התובע כבר בשעת הקנייה היתה מחשבתו לקנית חלקות קבר באופן שבני משפחה מבוגרים שקשה עליהם ההליכה וכן כהנים יוכלו להגיע סמוך לקבר אביו ואמו.

לפני כשנה גילה כי השביל הסמוך לחלקת הקבר של אביו צומצם באופן שנוצרה עוד שורת קברים, בשורה זו סמוך לקבר אביו קברו אשה שנפטרה באותה עת. השנה גילה כי התשתית הסלולה של שבילי האורך והרוחב הוסרה, ובבירור שערך התברר לו שכוונת הח״ק לבטל קיומם של שבילים אלו ולהופכם לחלקות קבורה, דבר שיבטל האפשרות להגיע ברכב סמוך לחלקת הקבר של הוריו ויצריך מהלך מרובה, דבר זה ימנע מבני המשפחה המבוגרים בעתיד לפקוד קברי הורי התובע. לפיכך דורש התובע להורות לח״ק שלא לבטל השבילים הרחבים. כמו כן תובע להורות לח״ק שלא לקבור נשים ליד אנשים ואנשים ליד נשים, וזאת לפי המסורת שלדעתו היתה מקובלת בבית העלמין בכפר סבא עד עתה, שלא לקבור איש ואשה זרים סמוכים זה לזו.

בדיון שנערך בביה״ד טענו נציגי הח״ק, שהנוהל המקובל בבתי קברות בכלל וכן נהגו גם בבית העלמין הישן בכפר סבא, שבתחילה משאירים שבילים סלולים רחבים לגישה לרכב כבד בין שתי חלקות, לצורך מתן אפשרות לאנשי הח״ק ובוני המצבות לגישה קלה למקום הקבר, וכשהחלקות מתמלאות הנוהג לבטל השבילים ולחבר החלקות על ידי קבורה במקום השבילים.

התובע טען שבתחילה הקניה ניתנו הגדרות ומיספור על פי מפה שהיתה בפתח בית העלמין, ואמרו לו בעל פה, שחלקת הקבר היא בחלקה פלונית ושהיא סמוכה לשביל. התובע הודה שאף שזו היתה האמירה בעל פה כדי לציין בפניו את המקום המדויק של חלקת הקבר, והוא אף הלך לראות את חלקת הקבר לפני הקבורה, מפני שזו היתה כוונתו שהקבר יהיה סמוך לשביל הראשי שהגישה

1 נימוקים בתיק ביה״ד האיזורי נתניה. א.ש. נ׳ חברא קדישא.

אליו תהיה קלה, בכל אופן בחוזה המכר לא נקבע אלא מספר החלקה, מספר השורה ומספר הקבר, ולא הוזכר בחוזה שהקבר יהיה סמוך לשביל. כמו כן הודה התובע, שהוא לא התנה כן בעת הקניה אלא שזו היתה מחשבתו.

ב״כ הח״ק אמר שהנוהג האמור לעיל נהג כבר באותה תקופה, ולחברת קדישא אין ברירה אלא לסגור השבילים בגלל המצוקה הקיימת בארץ בכלל ובכפר סבא בפרט בהשגת מקומות קבורה.

לגבי הטענה בדבר קבורת אשה זרה ליד איש וכן להיפך, טען התובע שהינו צד לתביעה, מכיוון שרבים מבני משפחתו קבורים בבית הקברות בכפר סבא, ולפיכך הוא דורש שבבית הקברות ינהגו כמנהג המקובל בישראל. התובע הדגיש שאין הוא דורש לפנות האשה הקבורה ליד קבר אביו, אלא שמכאן והלאה יקפידו על מנהג זה.

ב״כ הח״ק טענו שלפי מה שבירר עם הרב רוז״ה, הרב של הח״ק בת״א, אין למנהג זה יסוד הלכתי ולכן אין הם נמנעים מלקבור איש ליד אשה.

א. עתה נבוא לברר הדברים להלכה

הנה אין חולק שחוזה המכירה שנערך בין התובע לח״ק היה רק על שתי חלקות הקבר שנקנו לצורך אביו ואמו. בחוזה המכירה לא הוזכרו כלל שבילי בית הקברות ואפשרויות הגישה, וגם התובע אינו מבקש בעלות עליהם, אלא שהוא מבקש שהחברא קדישא תאפשר לו ולקרוביו אפשרות גישה נוחה אף ברכב ואף לכהנים עד סמוך למקום הקבר. התובע מודה שלא התנה במפורש שהוא קונה חלקת הקבר על מנת שתהיה לו אפשרות גישה זו, אלא שהעלה בדעתו שהמצב כפי שראה באותה שעה הוא המצב שיהיה קבוע גם לאחר זמן. אין ספק שהתובע לא ידע נוהלי הח״ק ותכנון בית הקברות, מכיוון שסתם בני אדם אין להם מושג בענינים אלו. גם הנתבעים לא טענו כי הודיעו לתובע שהשבילים הם שבילים זמניים, דאין זה מענינם להודיעו, מכיוון שעיקר המכירה היא מכירת חלקת קבר. ובכל אופן תמיד יש גישה רגלית לקבר, כמו שהיה בבית העלמין הישן בכפר סבא ובשאר מקומות.

והנה לכאורה מכיון שתובע קנה רק חלקת קבר מהיכא תיתי שיוכל לבקש שיתנו לו אפשרות גישה לקבר: דהרי אין לו אלא מה שקנה והוא מודה שקנה רק חלקת קבר.

ונראה דיש ללמוד האי דינא מהא ששנינו בב״ב סד. א:

> ״מכרן לאחר ר״ע אומר אינו צריך ליקח לו דרך וחכמים אומרים צריך ליקח לו דרך״.

היינו שהמוכר בור ודות לחבירו, אעפ״י שאמר שמוכר לו בור ודות ולא הזכיר לו דרך, לדעת ר״ע הקונה אינו צריך ליקח לו דרך מפני שמוכר בעין יפה מוכר. ומכיוון שאין אפשרות שימוש בבור ובדות בלא שתהא לקונה גישה לבור ודות, שוב אמרינן שהמוכר הקנה לקונה בכלל קניית הבור והדות גם את הדרך. ואנן פסקינן הלכה כר״ע, כמבואר ברמב״ם, ה׳ מכירה פכ״ה ה״ג, ובשו״ע חו״מ ס׳ רי״ד ס״ג. ומינה איכא למילף לכל היכא שמוכר לחבירו דבר, שהקנה לו גם הדרך שיוכל להגיע לדבר שנקנה, וזהו דוקא במקום שצריך להגיע לדבר, כגון שקנה, בור ודות שצריך להגיע אליהם כדי שיוכל להשתמש בהם.

ולפי״ז לכאורה הוא הדין במוכר חלקת קבר, דהרי יש תועלת בביקור קברים, וכמוש״כ בספר חסידים ס׳ ת״נ וס׳ תש״ט ותש״י, וז״ל בסימן ת״נ:

> ״ברזילי הגלעדי אמר אמות בעירי, כי הנייה יש למתים שאוהביהם הולכים על קבריהם ומבקשין על נשמתן טובה, ומטיבין להם באותו עולם, וגם כשמבקשים מהם הם מתפללים על החיים וכלב בן יפונה נשתטח על קברי אבות וכו׳״.

וכיוון שיש תועלת בין למתים ובין לחיים בביקור קברים, לכאורה דין מוכר קבר הוא כמוכר בור ודות, שמכר לו דרך.

ב. אמנם יש לחלק בין מוכר בור ודות או בית או שאר דבר שבלא דרך אין אפשרות שימוש, למוכר קבר שעיקר השימוש במקום הקבר הוא שיהא המת קבור בו, וביקורי קרוביו אע״פ שיש בהם תועלת לחיים ולמתים, אין הם עיקר שימושו של מקום הקבר, ואם כן אין הכרח לומר שגם בכהאי גוונא ״מוכר בעין יפה מוכר״ ונימא שמוכר את הדרך שיוכל להגיע לקבר.

ובפרט שיש לומר, שביקורי קרובים אינם דוקא בתוך ד׳ אמות של קבר, אלא בכל הרואה את הקבר, וכמו שנוהגים כהנים בביקור קרוביהם. וכמו שכתב בסוף ספר הלולא דצדיקיא, שהליכה על הקבר היינו במלוא הרואה, וכמו שכתב התוס׳ ושאר הראשונים בב״ק טז ב, דהושיבו ישיבה על קברו היינו ברחוק ד׳ אמות. וכן יש לומר במה שלמדו לבקור קברים מהא דאיתא ביבמות קכב. א, וברש״י שם בשם הגאונים. ועיין מש״כ בזה הרב ראובן מרגליות בהגהותיו מקור חסד לספר חסידים ס׳ ת״נ. לפי״ז במקום שיכולים לעמוד קרובים או ידידים במלוא הרואה, כבר ישנה תועלת זו, ולא צריכים לומר שודאי בעין יפה מכרו והקנו המקום.

ג. בר מן דין, עיין רמ״א, חו״מ, ס׳ רי״ד ס״ב שכתב:

> ״בד״א שאין ללוקח דרך אחר חוץ מזו, אבל אם יש לו דרך אחר אין לו דרך בביתו של מוכר״.

ומקור דבריו הוא מתשובת הריב"ש, ס' רמ"ח שכתב וז"ל:

"כדקא ס"ד בגמ' לפרושי טעמא דר"ע במכרן לאחר, משום דבתר דעתא דלוקח אזלינן ואין דעתו של אדם שיתן מעות ויפרח באויר וכו' והכא גבי בור ודות מוכר בעין יפה מפני שצריך לו ללוקח כדי שלא יפרח באויר, ובעלמא נמי אמרינן דבעין יפה מוכר על מידי דצריך ליה ללוקח וכו', אבל מכל מקום שמעינן מהאי סוגיא דמתניתין כגון שצריך לו דרך זה ללוקח ואין לו דרך מצד אחר ואם אין לו דרך על זה יש לו לפרוח באויר וכו'".

משמע מדברי הריב"ש, דדוקא היכא דאין לו שום דרך ויצטרך לפרוח באויר, בזה אמרינן שמוכר בעין יפה מוכר והקנה לו גם הדרך, אבל אם יש לו דרך אחרת שיכול להגיע ממנו אל הבור והדות לא הקנה לו הדרך, ואפילו דרך זו ארוכה יותר וקשה יותר, שהרי כתב הריב"ש דדוקא היכא דאין לו שום דרך אחרת ויצטרך לפרוח באויר, אז הקנה לו הדרך. ומשמע שאם יש לו דרך אחרת ואפילו ארוכה יותר או קשה לא הקנה לו הדרך, כיוון שיש לו אפשרות להשתמש במה שקנה.

לפי זה בנידון דידן שאף שלא יוכלו להגיע ברכב סמוך למקום הקבר, אבל ודאי שבאופן רגלי תהיה גישה לקבר אף שזו דרך ארוכה וקשה, ולא אמרינן בכהאי גוונא שהקנה לו הדרך הרחבה.

ובפרט שיש לומר, שאף באין לו דרך אחרת ודאי שלא הקנה לו אלא כדי צורכו שיוכל להגיע ולא יותר, וזה פשוט מסברא. ועיין בשו"ת מבי"ט ח"ב סימן מ"ו, שנשאל לגבי צואה שכתוב בה:

"הבית הפנימי הידוע לו בחצרו שדר בו היום רק פלוני הוא נותן במתנה גמורה לדודתו וכו' וצוה עוד וכו' והחצר חוץ מן הבית שהוזכר שנותן לדודתו הנזכרת יהיה במתנה לנער פלוני וכו' עתה טוענת דודתו שיש לה זכות תשמיש באותה החצר ובסיסטירנה שבחצר וב"ה ותנור ובבית שער של הבית הנזכר". וכתב שם המבי"ט בתשובתו "פשיטא שאין לה שום דבר בחצר דהיינו חוץ לבית, ודרך לבד הוא שיש לה דרך החצר וכו' ומשמע דוקא דרך שהיא כניסה ויציאה אבל לא שום תשמיש בחצר וכמוש"כ בבור ודות".

משמע שכל ההקנאה היתה רק לגבי מה שנצרך לו כדי להשתמש במה שקנה או קיבל במתנה, ולכן דוקא הדרך להכנס לבית שקיבלה במתנה הוקנתה לה ולא יותר.

ד. ועיי"ש עוד בהמשך דברי התשובה במבי"ט שכתב וז"ל:

"ומה שכתוב בצוואה שהבית הפנימי ידוע לו בחצרו שדר בו היום ר' פלוני הוא נותן אין ראיה מכאן כי כמו שפלוני היה דר בה והיה משתמש

בחצר ובבית הכסא ותנור ובור וכמו כן ישתמש זה כי לא הזכיר שפלוני היה דר בו אלא לסימן בעלמא להודיע אי זה בית היה נותן וכו׳ אבל לא למה שהיה משתמש בו פלוני הדר״.

משמע מדברי המבי״ט, דאף אם הזכיר דבר שיש לפרשו שנותן לו באותה איכות, לא אמרינן כן, אלא נקטינן שאומר הדבר לסימן. ולכן אף שכתב שנותן הבית שדר בו פלוני, אין הכוונה שנותן לו באותה איכות אלא אותו בית לפי המפורש במה שהקנה.

ומשם יש ללמוד לנידון דידן שאף שודאי אמרו לו כשבא לקנות את חלקת הקבר שהיא נמצאת סמוך לשביל, לא היתה הכוונה באמירה זו (שאף לא נכתבה בשטר הקנין), אלא לסמן לו את המקום שיוכל למוצאו בקלות, ואין באמירה זו בכדי להקנות לו זכות שלא יבטלו את השביל.

ולכאורה נראה להביא ראיה איפכא, שמי שקונה מקום לקבורה קונה אגביו זכויות בסביבת הקבר שלא יצמצמו הגישה למקום הקבר, מהא דאיתא בתשובת הריב״ש סימן רנ״ג. דהתם נשאל הריב״ש אודות קהל שהיה להם ביהכ״נ ועשיר אחד קנה מקומות בביהכנ״ס עד שלא נשארו מקומות פנוים, והקהל רצה להוסיף מקומות בביהכנ״ס במקום הפנוי שנשאר. והעשיר ערער שלא יוסיפו מקומות כי בזה מאריך לו הדרך לעבור למקומותיו. ופסק הריב״ש שהדין עם העשיר וכתב:

״שהרי אין לכל יחיד ויחיד אלא גוף המקום אשר לו וכניסה ויציאה, אבל בשאר יד הכל שווה״.

ודברי הריב״ש נפסקו להלכה ברמ״א, חו״מ ס׳ קס״ב ס״ז. ולכאורה דומה דינו של הריב״ש לנידון דידן. דאף כאן התובע טוען שע״י סתימת השבילים בבית הקברות החברא קדישא מצירה לו הדרך לבקר קברי אביו ואמו, ואף כאן בקניית חלקת הקבר קנה המקום לקבורה והאפשרות לביקור קברים (דהיינו אפשרות כניסה ויציאה) ודמי ממש לעובדא דהריב״ש דפסק שאין רשות לקהל לצמצם לו הדרך.

אך יש לדחות שאין ראיה מדברי הריב״ש לנידון דידן. חדא דהא כתב הרמ״א בחו״מ שם: ״מיהו אם יש מנהג בעיר הולכין אחריו״. ולפי״ז בנידון דידן שהמנהג הוא שאחרי שהחלקות מתמלאות סוגרים את השבילים ביניהם וממלאים בקברים, כמו שהצהירה הנתבעת, וכמו שנהגו בבית הקברות הישן בכפר סבא. וכפי שביררנו כן הוא המנהג אף במקומות אחרים, שאחרי שמתמלאות חלקות סוגרים בית הקברות ע״י קבורה בשבילים הרחבים שביניהם. לפי״ז גם בנידון דידן ניזול בתר המנהג. וכיוון שהמנהג לקבור אחר זמן בשבילים הרחבים, שוב אין לקונה קבר זכות לערער שלא ילכו אחרי המנהג הקבוע.

ו. בר מן דין נראה דדוקא בעובדא דהריב״ש שבבית הכנסת שנקנה היו מקומות קבועים ומחוברים לקרקע, וכשבנוהו ותכננוהו ומכרו המקומות, תכננו באופן זה שיהיו כסאות קבועים ויהיה המקום ביניהם פנוי. ובאופן זה מכרו המקומות, ולכן העשיר שקנה קנה אדעתא שכן יהיה המצב באופן תמידי, שיהיה לו המקומות והדרך למקומות כפי שהיו בשעת המכירה, וכן היתה דעת הקונה וכן היתה דעת המוכרים. אלא מחמת שינוי נסיבות שהתווסף הקהל רצו להוסיף מקומות קבועים ולא התיר להם הריב״ש. ואף לתת כסאות הנטלים ומחצלאות לשימוש בשעת התפילה שלא באופן קבוע, לא התיר הריב״ש, מחמת שזכו במקום הפנוי לצורך הילוך, דזו היתה דעת הקהל שבנו ביהכנ״ס ומכרו המקומות בו, וזו היתה דעת הקונה. משא״כ בנידון דידן מלכתחילה כשקוברים בבית הקברות לא קוברים אדעתא דישאירו שבילים רחבים לעולם ועד, אם כן דעת המוכרים כשמכרו חלקת הקבר לא היתה למכור קבר ודרך רחבה וסלולה המוליכה אליו, אלא מוכרים רק מקום הקבר ולא התכוונו מעולם להקנות זכות גישה ברכב. אלא שכל עוד השבילים רחבים וסלולים לא איכפת להם שהמבקרים ישתמשו בשבילים אלו, ואף שהקונה חשב שזה יהיה המצב לעולם, הוי דברים שבלב, ולפיכך אין הוא יכול לעכב.

וסברא זו שונה ממה שכתבנו לעיל, דסברא דלעיל היא אפילו במקום שלכתחילה מתכוונים להשאיר החלק פנוי לעולם אם לא יצטרכו, אלא שהמנהג הוא שבאם יהיה צורך ממלאים המקום ולא משאירים המקום פנוי, בזה אזלינן בתר המנהג. אבל לסברא השניה שכתבנו, מעולם לא היתה הכוונה להשאיר מקום פנוי לעולם ובשל שינוי נסיבות שינו יעוד השבילים. אלא שמעולם לא התכוונו שהשבילים יהיו קבועים, דלכתחילה בשעת עשייתן ידעו שהם זמניים, ובסופו של דבר ודאי שיקברו במקום השבילים, ולכן לא התכוונו להקנות המקום לקרובים לצורך שימושם וכפי טענת התובע. וממילא אין לקבל טענתו למנוע מהח״ק מלקבור באותו מקום.

ז. והנה בעיקר מה שחידש הריב״ש והסכים עמו הרמ״א, שיכולים היחידים לעכב על הציבור בביהכנ״ס שלא יצרו להם המקום, ולמד דין זה מדין מבוי, כבר תמה עליו המשאת בנימין, סימן ד׳ שכתב:

> ״אכן כי דייקינן יפה, נמצא כי הדין עם הקהל״ וכו׳. ועיין שם מה שדן בראיות הריב״ש ומסיים שם, ופשוט הוא כשמש בצהרים אלא שאין רצוני להכניס ראשי בין הרים גדולים אם לא שיסכימו עמי חכמי הדור וגדוליהם. וע״ש מש״כ שבנידון דידיה גם הריב״ש יודה, שאין חזקה ליחיד למנוע מהציבור לצמצם הדרך. וכדבריו כתב בשו״ת צמח צדק

(הראשון) שהכריע כן בנידון דידיה. והנה מתוך דבריהם וסברותיהם יש לפשוט גם לנידון דידן, שאפילו נימא דנידון דידן יהיה דומה לדברי הריב״ש, (ולא כפי שחילקנו לעיל), יש לומר שהריב״ש יודה בנידון דידן שאין לתובע זכות עכוב מלבטל השבילים.

דהנה אף שהטעם הראשון שהזכיר המשאת בנימין לחלק בין ביהכנ״ס למבוי, שבביהכנ״ס הדוחק הוא מעלה ולא חסרון, משא״כ במבוי וטעם זה אינו שייך בבית הקברות, מיהו שאר טעמים שכתב שייכים אף בדרך בית הקברות, שהרי כתב שם:

״דגבי מצוה דרבים כופין אותו לעשות איסור קל אפילו רבים פושעים, והיכא דלא פשע אפילו לאו רבים אלא יחיד כופין אותו לעשות איסור קל כדי שיזכה יחיד, ק״ו הכא דאיכא כולהו טעמי, מצוה דרבים וגם לא פשעו שיהא זה חייב לסבול צער מעט בלא חטא ובלא הפסד ממון כדי לזכות הרבים״.

והוא הדין בנידון דידן משום מצוה דרבים שיהיו מקומות קבורה לרבים, יש לכפות ליחידים לסבול צער מעט, שיהיה להם אריכות הדרך וברגל, לזכות הרבים.

מצוקת מקומות הקבורה בישראל ידועה, וכפי שביררנו הבעיה של חוסר מקומות קבורה בבית העלמין בכפר סבא היא גדולה, ולכן יש מקום לכפות התובע ולצמצם המקום אף אם היתה לו זכות על פי דין, וכדין מבוי. ועיי״ש עוד מה שחילק בין מבוי שעשוי להילוך ותשמיש, משא״כ בית הכנסת שעשוי להילוך גרידא, והביא ראיה משביל של כרמים ע״ש מה שהאריך. וק״ו לנידון דידן בבית הקברות שאינו עשוי לביקור קברים אלא פעמים בודדות בשנה כגון ביום היארצייט, שעשוי רק להילוך מועט מהילוך בית הכנסת, ולכן אין צריך למקום רב.

ובהמשך דבריו כתב המשאת בנימין, שבנידון דידיה גם הריב״ש יודה, דעובדא דידיה הוה שהעמידו הציבור מנורה סמוך למקומו, כמו שהיה המנהג באותו מקום, ואף שהשאירו מקום פנוי אצל מקומו, המקום נעשה צר יותר, וכתב המשאת בנימין, שכיוון שהמנהג להעמיד מנורה באותו מקום, באיזה כח וטענה תפקע טענה הקהל. ואף בנידון דידן כן, כיוון שנתברר שזהו המנהג, איך תפקע חזקת החברה קדישא לעשות על פי המנהג.

וע״ש עוד שכתב, שאף שהיורשים טוענים שאביהם קנה חזקת המנורה, לא תועיל חזקה בכהאי גוונא, דאין מחזיקין בנכסי הקהל, כמבואר בטור סוף ס׳ קמ״ט, ועליהם היה להביא שטר או עדים, וק״ו בנידון דידן. ודין זה של אין מחזיקין בשל הקהל נפסק להלכה בשו״ע, חו״מ ס׳ קמ״ט ס׳ ל״א. וטעמא דהך דינא, דבנכסי הקהל אין מי שימחה, וכמו כן בכוחם לסלק המחזיק.

ועיין בזה בשו״ת פנים מאירות, ח״ב ס׳ ל״ג, שפשיטא ליה שלא מועילה חזקה לגבי מקומות ביהכנ״ס מהאי טעמא. עוד כתב במשאת בנימין שאין מועילה חזקה בשטח ביהכנ״ס מפני שכולם שותפים. ועוד שמכיוון שלשותפים אין קפידא (היינו לציבור) שמשתמשים ברשותם, שוב לא הוי חזקה. וכל הנך טעמים שייכים בנידון דידן. דשבילי בית הקברות הינם בחזקה הקהל, ובודאי שלא איכפת לחברת קדישא שישתמשו בשבילים אלו כל עוד הם קיימים ומשמשים לצורכיהם, וממילא אין השימוש בהם מהוה חזקה למחזיק, ובפרט בנידון דידן דהוי חזקה בלא טענה (שהרי לא טענו שקנו גם מקום הילוך לקבר, ואף שחשבו בליבם שכך ישאר המצב, אין בזה טענת קנינו דרך), ושוב לא הוי חזקת השימוש של התובע בשבילים אלו חזקה, ואינו יכול לעכב הח״ק לבטלם.

ח. ובשו״ת צמח צדק העיר על דברי הריב״ש מטעמים אחרים, דבתחילה הקשה על עיקר חידושו, שיחידים יכולים לעכב מלהוסיף ספסלים, דהא קיימ״ל שאפילו מקצת ציבור יכולים לכוף רוב הציבור לבנות בית כנסת, וכן לכל צורכי הקהל. ואם כן ק״ו שיכולים לכפות היחידים לגבי נתינת מקום להוסיף ספסלים שיוכלו הציבור לבא ולהתפלל. ולכן העמיד דברי הריב״ש שאיהו מיירי באופן שלא היו יכולים לכפות, שהיו מקומות בבית הכנסת אלא שהעשיר דרש עליהם מחיר מופרז, אבל במקום שאין מקומות כלל גם הריב״ש יודה שיכולים לכפות ולשים ספסלים במקום הפנוי, שיהיה מקום לציבור הרוצים לבא ולהתפלל.

ולפי זה לא שונה דין בית קברות מדין ביהכנ״ס, דהרי אף שמקור הך דינא שאפשר לכוף את הציבור לבנות ביהכנ״ס, הוא מתוספתא פי״א דב״מ, והובאה בריי״ף פ״ק דב״ב וז״ל:

״כופין בני העיר זה את זה לבנות ביניהם ביהכנ״ס ולקנות להן ס״ת נביאים וכתובים״.

והביאוה להלכה גם שאר ראשונים, וכן נפסק להלכה בשו״ע, או״ח ס׳ ק״נ, ובחו״מ ס׳ קס״ג, וכתב שם הרמ״א:

״וה״ה לכל צרכי העיר וכו׳. וכופין בני העיר זה את זה להכניס אורחים ולחלוק להם צדקה וליתן בתוך כיס של צדקה״.

ומקור הך דינא הוא מהמרדכי פ״ק דב״ב, רמז תע״ה, שהביא דין זה משמו של המהר״ם מרוטנבורג, דהוי בכלל צורכי העיר. ועיין בזה בשו״ת מהר״ם בר ברוך (דפוס פראג), ס׳ תתקי״ח וס׳ תתרי״ו. ובתשובות מימוניות, בסוף ספר קנין ס׳ כ״ז, כתב וז״ל:

״סוף דבר כופין בני העיר זה את זה לכל צרכי העיר שהם צריכים הרבה כי האי דתניא בתוספתא דב״מ וכו׳ וכופין בני מבוי זה את זה לעשות

להם לחי וקורה למבוי וכו׳ אעפ״י שאין זה צורך גדול כ״כ אפילו הכי כופין כל שכן שאר ענינים הצריכים להם יותר וכו׳״.

הרי מבואר דכל מה שצריך ביותר לבני העיר כופין זה את זה. ועיין בזה עוד בשו״ת מהרי״ל, סימן ל״ו, ובשו״ת מהר״י מינץ סימן ז׳, ובשאר ראשונים, דהך דינא נוהג בכל צורכי העיר. ובשו״ת מהר״ח או״ז, ס׳ קנ״ג, הוכיח מהאי דינא, שבני העיר כופין זה את זה לעשות מקוה.

לפי״ז אין ספק שבית קברות הנצרך לקבורת אנשי העיר, הוא דבר הנצרך הרבה, וכופין אנשי העיר זה את זה לעשות להם בית קברות, וראיתי בשו״ת מהר״י אסאד, ח׳ או״ח, ס׳ ל״ג, שנשאל בציבור שנחלקו אם לבנות ביהכ״נ או בית קברות ואין ביכולתם לבנות שניהם, והכריע שביהכ״נ עדיף מכמה טעמי, ע״ש ואכמ״ל. ועכ״פ משמע, שפשיטא ליה שבית הקברות הוי בכלל צרכי הציבור שכופין עליהם.

ונראה לי דטעמא דלא הוזכר בית הקברות בתוספתא, שהיא מקור הדין, משום דבימי חז״ל לא היה נהוג לעשות בית קברות כללי לכל הציבור, אלא לכל משפחה היו קברי משפחה. ולפי״ז בזמן חז״ל בית הקברות לא היה מכלל דברים השייכים לכל הציבור. אבל בזמן הזה אין ספק שהוא מצרכי הציבור ויכולים לכפות הציבור לעשותו. ונראה שאפילו מיעוט ציבור יכולים לכפות הרוב בדבר זה הנצרך לכל הציבור.

ומכיוון שכופין את בני העיר לעשות להם בית קברות, ודאי שבבית הקברות שבעיר כופין את היחידים לעשות קברות במקומות הפנויים דהוא צורך העיר. וכיוון שהתברר לנו שמקומות הקבורה בביה״ק בכפר סבא אכן דחוקים, בזה ודאי כופין זה את זה לעשות מקומות הפנויים מקום קברות.

ט. עוד כתב הצמח צדק, דבעובדא דהריב״ש שימש המקום הפנוי רק לצורכו של העשיר ומקומותיו ולא לשאר באי בית הכנסת, ולפיכך מועילה חזקתו, ואין יכולים לדחותו, אבל היכא שהמקום משמש לכל באי בית הכנסת להליכה מצד לצד, אין לעשיר שום חזקה ואינו עדיף משאר באי בית הכנסת, ולכן יכולים להעמיד שם ספסלים. ואם כן בנידון דידן ששבילים אלו שימשו לכל המבקרים בבית הקברות ולכל המשתמשים אין מי שיש לו חזקת שימוש במקום שיוכל למנוע מהקהל (הם החברה קדישא דכפר סבא) לעשות במקום זה מקום לקברים.

י. ועיין עוד בשו״ת מאמר מרדכי, סימן נ״ה, שהביא דברי הריב״ש, המשאת בנימין והצמח צדק, וכתב שאחרי דברי המשאת בנימין והצמח צדק נמשך המנהג כי כן עושים כמעט בכל מקום וכו׳. ע״ש מה שפלפל והרחיב בסברות מדוע לא

נימא שהחזיק במקום ואי אפשר לבטל חזקתו, וחוזר במקצת על סברות המ״ב והצ״צ. ועיין עוד בערוך השלחן חו״מ, ס׳ קס״ב ס״ק י״א שכתב:

״יש מהגדולים שפקפקו על טענת ריבוי ומצר הדרך בביהכנ״ס שאינו דומה למבוי וחצר, דהבהכנ״ס עשוי לכך שכולם יתפללו בו ומה יעשו אותם שאין להם מקומות הלא בהכרח שיעמידו שולחנות או ספסלים כנהוג, וכתבו דרבינו הרמ״א לא קאמר אלא כשיש להם לשכור מקומות בכתלים ובכה״ג, אבל אם אין בהם מקומות כלל יכולים לעמוד באמצע בהכ״נ כנגד המקומות ואין טענות בעלי המקומות בריבוי ובמיצר הדרך טענה כלל, וכן נראה עיקר לדינא, אא״כ יש שם מנהג קבוע בזה שיעכבו, דאז הולכין אחר המנהג. אבל מדינא אין יכולים למחות״.

מבואר מדבריהם שלהלכה למעשה לא אזלינן בתר דעת הריב״ש, ואין אפשרות ליחידים לעכב בדבר של מצוה את הרבים, בטענה שמצרים להם הדרך.

יא. אך מה שיש להעיר בנידון דידן, שלטענת התובע עד עתה היתה אפשרות להכנס סמוך לאותה חלקה ברכב, ולפי זה בין משפחתו ובין משפחות אחרות היו משתמשות בשבילי בית הקברות לצורך כניסה נוחה (דבר זה סותר לכאורה האמור בסעיף 3 לתצהיר התשובה של הנתבעת, ואולי יש לומר שאף שבאופן עקרוני השבילים עשויים לשימוש עובדי החברה קדישא ואסורה כניסת רכב, לא היתה הקפדה על נושאים אלו כשמגיעים חולים או זקנים, וצ״ע הנוהג למעשה) ואם כן הוי מיצר שהחזיקו בו רבים, וקיימא לן בכמה דוכתי, שמיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, עיין ב״ב יב, א ושם ס, ב ושם ק, א ובש״מ ונפסק דין זה להלכה בשו״ע חו״מ ס׳ תי״ז ס״ב. לפיכך אף שהמקום שייך לחברא קדישא ולא הקנו אותו לאף משפחה, מכל מקום מכיוון שלא מנעו שימוש הרבים בשבילים, שוב החזיקו בו הרבים לשימושם, ואין באפשרות החברה קדישא למנוע הרבים מלהשתמש בשימוש שהחזיקו בו.

ולכאורה היה נראה לומר, דדמי האי מילתא למש״כ הרשב״א בתשובה, ח״ב ס׳ רצ״ב, והובאה תשובה זו בב״י סימן תי״ז וז״ל:

״ועוד שעל דעת כן מסר להם המלך את הרשות, ואפילו מן הסתם, כל שכן שנתן המלך או אדוני הארץ רשות בפירוש לזה לעשות, שהדבר ידוע שהדרכים עם היותם מסורים לרבים, של אדוני הארץ הם, והם רשאים לפתוח דרכים ולפתוח במקום אחר ולהעמיד דלתות על ראש כל דרך, לפי שהדרכים שלהם הם והרי הוא ככונס לתוך שלו על דעת שיוציא זיזין וגזוזטראות או יעשה מחילות כשירצה״.

ואף בנידון דידן, ידוע לכל שבית הקברות שייך לח״ק והם עושים בה השבילים ומשתמשים בה כרצונם, וידוע שלפעמים סוגרים הכניסה ואינם נותנים

לרכבים להכנס. אם כן כל הנתינה היתה על דעתם, והם רשאים לסתום הדרכים ולא מועילה חזקת הרבים, שלכתחילה ניתנה להם שלא לצורך זכות ממונית אלא שלא איכפת לח"ק שהרבים ישתמשו בשבילים, כל עוד אין הרבים מונעים שימושם.

יב. ויש לבאר הדברים יותר. שבאמת הך דינא של מיצר שהחזיקו בו רבים, הוא דין ככל הדינים, וחזקת הרבים הויא חזקה, אך צריך שעכ"פ יתקיימו בה דיני חזקה. וכבר כתב התוס' בב"ב יב, א ד"ה מצר:

"היינו כשהחזיקו ברשות אבל אם באין להחזיק שלא ברשות יש למחות בידם ולנקוט פיזרא וליתיב.

וביאור דבריו, שדוקא אם הרבים נכנסו ברשות ולא בנטלו דרך בגזילה. וכן כתב הרשב"ם בב"ב ק. א:

"שהחזיקו בו רבים שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבי מחלי".

ומשמע מדבריו דבעינן תרתי, השויה ותיקון לצורך קנין, ושתיקת בעליו והסכמתו דהוי מחילה, אבל לא בגזל. לפי זה הך דינא שמצר שהחזיקו בו רבים, אם החזיקו בו וקנוהו לצורך שימושם הוי דינו ככל חזקות דבעינן נמי טענה שבעל המקום הקנה לרבים. וכמו דאמרינן בב"ב מא, א: "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה". ומשמע "כל חזקה" ועיי"ש בראשונים. לפי"ז בנידון דידן אין לתובע ולשאר המבקרים טענת קניתי, אלא שטענתם היא שכיוון שאיפשרו להם הגעה עד למקום הקבר עם הרכב, הם קנו אותה זכות, ולכאורה הוי כהחזיקו הרבים.

אך באמת כבר כתבו הפוסקים, שכיוון שבעינן שהך חזקה לא תהיה בגזל, לא אמרינן הך דינא רק במקום שמי שנתן המקום נתנו מלכתחילה לרבים לצורך שימוש מוחלט ולעולם, דבכהאי גוונא מועילה חזקתם. אבל היכא שלכתחילה ניתן להם באופן מוגבל, משום דלא איכפת ליה בשימושם כל עוד אין זה מפריע לו, בכהאי גוונא לא מועילה גם חזקה דרבים, דלא זכו אלא במה שניתן להם ולא יותר.

ולכן בנידון דידן נמי, שהמנהג הוא שעושים שבילים בבית הקברות לצורך שימוש אנשי החברה קדישא ושאר צרכי בית הקברות, ולא איכפת להם שבזמן שיש שבילים שישתמשו בשבילים אלו גם המבקרים לא הוי חזקה בכהאי גוונא, דהרי לא נתנו השבילים לשימוש הרבים אלא שלא איכפת להם, ולא מועלת חזקה בכהאי גוונא.

וכן מבואר בשו"ת מהר"י, אחי הט"ז סימן כ', בעובדא דראובן בנה ביהכנ"ס והתיר לרבים לעבור דרך ביתו לביהכנ"ס עד חצי שעה אחרי התפילה, ובמשך

הזמן הורגלו ללכת דרך ביתו וחצירו כל היום, ועתה באים היורשים למחות מפני שהדבר מפריע להם. וכתב שם בתשובתו:

"אמת הוא שאמר רב יהודה מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו וכו', וא"כ בנידון דידן שנכתב בפנקס הקהל שאין צריך ראובן להחזיק הדלתות לצאת ולבא רק בשעת התפילה וחצי שעה אח"כ וכו', ומה שהחזיקו אח"כ כמה שנים והלכו דרך שם בשאר שעות שביום היה שלא ברשות ואינו חזקה וכו'".

ע"ש בראיותיו מה שהביא מדברי התוס' והרשב"ם בב"ב שהבאנו, ומשמע שהקנין הוא רק לפי מה שהרשה הבעלים לרבים.

יג. הדברים מפורשים יותר בשו"ת בית אפרים, חו"מ ס' כ"ב וכ"ג, שכתב וז"ל:

"דעד כאן לא אמרינן דהחזיקו רבים אסור לקלקלו אלא כשנתן להם הדרך מדעתו וגמר בדעתו שיוחלט דרך זה לרבים לעולם. משא"כ בזה שלא כונס כל הבית סמוך לרחוב נאמר שהחליט הגבול הזה להיות מעבר לרבים לעולם וכו'. והרי זה כאומדנא דמוכח שלא היה בדעתו להחליט להם רק לפי שלא היה צריך אליו בשעת הבנין הניחו פנוי עד זמן שיצטרך אליו וכשאל את גבולו לפי שעה לרבים דמי דאיתא בחזרה כמו החזיקו שלא ברשות וכו'".

ע"ש שהאריך בראיותיו. ועיין עוד בשו"ת ספר יהושע סימן קי"ג, שכתב כסברת הבית אפרים, שבכהאי גוונא לא הוי חזקה, וכתב שהכל תלוי באומד דעת הדיין, ואכמ"ל. לפי"ז בנידון דידן שהמנהג בבתי הקברות הוא לעשות כמו שהצהירו בפנינו, ועושים השבילים לצורכיהם, ובאותו הזמן לא איכפת לח"ק שהרבים ישתמשו בשבילים, לא הוי בכהאי גוונא נתינה לרבים, ולא אמרינן ביה מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו. ממילא כשבאים אחרי זמן להשתמש בו לצורך קבורה אין חזקת הרבים מועלת, ויכולים לסלקם.

יד. העולה מכל מה שכתבנו, שכיוון שאין ספק שהחברא קדישא לא מכרה אלא מקום הקבר ולא כל הדרך הסמוכה, שבזה נשארה בעלות החברה קדישא, והמנהג הוא שמקומות אלו הופכים לאחר זמן למקומות קבורה, אין התובע או כל מי מבאי ביה"ק יכול למחות בח"ק שלא ישתמשו בקרקע השייכת להם לצורך קבורה, וזאת בכדי לאפשר למבקרים להגיע למקום הקבר ברכב ובנוחות מירבית. ומה שטען התובע שחולים וזקנים לא יוכלו להגיע בסמוך לקבר, נראה לומר דלא חמור האי מילתא דביקור קברים מדין עליה לרגל, שבו שנינו בריש חגיגה, שהחולה והזקן ומי שאינו יכול לעלות ברגליו פטורים מן הראיה, וממצות עשה

של עלייה לרגל, ואף בנידון דידן מי שיוכל לבוא ברגליו יקיים התועלת לחיים ולמתים שיש בביקור קברים ע״י הליכתו עד סמוך למקום הקבר, ומי שאינו יכול להגיע מחמת קושי ההליכה יכול לקיים התועלת אפילו בעמידה במקום רחוק, וע״י אופנים אחרים וכמבואר בספרי הפוסקים. וכמו שנהוג במשפחות כהנים, שכל הישראלים שבמשפחתו באים סמוך לקבר והכהנים עומדים מרחוק או דואגים לתועלות באופן אחר ואכמ״ל ועוד חזון למועד.

טו. והנה התובע בכתב תביעתו, ובמכתב ששלח לביה״ד אחרי הדיון, העלה טענה נוספת. שחלקת הקבר של אביו ואמו נקנתה בחלקת שומרי שבת, ועם ביטול השבילים והפיכת בית הקברות לחלקה אחת גדולה, לא יהיה ניכר המקום בו קבורים שומרי השבת, ושוב הוי הפרת התנאי שנעשה בקניית הקבר. לכאורה טענתו צודקת, ויש לנו לברר יסוד הדין וממנו נבוא לדון בנידון דידן.

הנה מה שנהגו בהרבה מקומות לעשות חלקה נפרדת בה נקברים שומרי שבת, הוא דבר הראוי והנצרך מעיקר הדין. שהרי שנינו בסנהדרין מז. א: ״שאין קוברין רשע אצל צדיק״, וכן אין קוברין רשע חמור אצל רשע קל, ונפסק דין זה להלכה בשו״ע, יו״ד ס׳ שס״ב ס״ה:

> אין קוברים רשע אצל צדיק אפילו רשע חמור אצל רשע קל וכן אין קוברין צדיק וכשר ובינוני אצל חסיד מופלג״.

והנה מפשט סוגיית הגמ׳ בסנהדרין, שם, משמע דהוי דינה דאורייתא, מדקאמר דגמירי שעושים רק ב׳ קברות להרוגי בי״ד, ואם כן הוי הלכה למשה מסיני. וכן כתב החת״ס בתשובה, חיו״ד ס׳ שמ״א. ועיין בספר חסידים סימן תש״ה, ובמהרי״ל ה׳ שמחות, מש״כ בטעם הדבר, שהרשע מזיק לצדיק הקבור לידו, ואכמ״ל. ובשו״ת חתם סופר העיר שהרמב״ם השמיט הך דינא, אך כתב שהרמב״ם יחיד הוא בהך דינא, וכל הפוסקים ס״ל שאין קוברים רשע אצל צדיק.

ומכיוון שזכינו להך דינא אין קוברין רשע אצל צדיק, ומהאי טעמא אין קוברים נכרים בקברות ישראל, הוא הדין שאין קוברים מי ששומר שבת אצל מי שאינו שומר שבת, דהא קיימא לן שמי שמחלל שבת הרי הוא כעובד ע״ז, וכמו שכתב הרמב״ם, בסוף ה׳ שבת פ״ל הט״ו:

> ״אבל מחלל שבת בפרהסיה הרי הוא כעובד ע״ז ושניהם כגויים לכל דבריהם״.

וכ״כ הרמב״ם, בה׳ עירובין פ״ב הט״ז, ומקורו מעירובין סט. ב ומחולין ה. א. ואם כן שמחלל שבת בפרהסיה הרי הוא כעובד ע״ז, אין לקוברו ליד מי ששומר שבת. ומהאי טעמא נהגו לעשות חלקות של שומרי שבת לבד, כדי שלא יקברו צדיק אצל רשע. ועיין בשו״ת מהר״ש ענגיל, ח״ג סימן ס״ה, דהתיר מהאי טעמא להוציא המת מקברו ולקוברו בחלקת שומרי שבת.

ומלבד דהוי איסור כמפורש בשו״ע, ברור שמי שקנה קבר בחלקת שומרי שבת הרי קנה מקום זה על תנאי שיקברו שומרי שבת בסביבתו, ושוב הוי גם תנאי שבממון, ותנאי בעצם הקניה שעל מנת כן נקנה מקום הקבר במקום זה, על מנת שיקברו בו ובסביבותיו שומרי שבת. ואין היתר לקבור בחלקת שומרי שבת מי שאינו שומר שבת בין מדיני יו״ד בין מדין חו״מ שע״מ כן נקנו חלקות אלו.

טז. מעתה יש לדון בטענת התובע, דכיוון שנתברר דהטעם שעושים חלקות נפרדות הוא כדי שלא יקברו רשע אצל צדיק, לפי זה אין קפידא אם יראה בית הקברות כולו כחלקה אחת, דעיקר הקפידא היא שלא יקברו ליד מי שנקבר בחלקה זו שהוא שומר שבת, מי שאינו שומר שבת. ואם עשו הרחקה כדין אין קפידא בחיבור החלקות. ונקדים ונאמר, שאין אנו דנין על החלקה כחלקה, אלא צריכים להקפיד שמכל קבר של מי שנקבר בחלקה זו תהיה הרחקה כדין שמרחיקים קברו של רשע מקברו של צדיק. ולכן בודאי אין ספק שהנמצאים במרכז חלקה זו רחוקים דיים מקברות של מי שאינם שומרי שבת, וודאי יש להקפיד להרחיק קבריהם של הנמצאים בסוף החלקה מקבר של מי שאינו שומר שבת כשיעור ההרחקה הראוי. ואם כן אף אם הורסים את השבילים שבין החלקות כדי לקבור בהן, יש להקפיד שלא יקברו מי שאינו שומר שבת באותו השביל מבלי שיעשו את ההרחקה הנצרכת על פי דין. וההרחקה יכולה להיות בין אם ישאירו את השטח פנוי ובין אם יקברו סמוך לקברים של שומרי שבת נפטרים אחרים שהיו שומרי שבת או שיעשו ההרחקה באופן אחר על פי דין.

יז. ולענין שיעור ההרחקה, הנה בגליון מהרש״א ביו״ד שם, כתב שיש להרחיק ח׳ אמות מקבריהם של מי שהלכו ללמוד במסיון, והוכיח דבריו מדין מנודה שצריכים להרחיק ח׳ אמות מקברו. ועיין בשו״ת אמרי יושר, ח״ב סימן ג׳, אם בכל ענין צריכים להרחקה זו. ועיין בזה במנחת אלעזר, ח״ב סימן מ״א, ובשו״ת הגרי״א הלוי הרצוג, חיו״ד ס׳ קנ״ה, במה שפלפל בשיעור ההרחקה. ועיין מש״כ בזה הגרא״י ולדנברג שליט״א בספרו אבן יעקב (הנדפס בסוף ח״ה משו״ת ציץ אליעזר) סימן כ״ו, שהאריך והרחיב בביאור השיטות ואופן הרחקה מקבר לקבר בקבורת צדיק אצל רשע. ועיין שו״ת מנחת יצחק, ח״ו ס׳ קל״ו. וודאי חובה על החברה קדישא לקבור מי שאינם שומרי שבת באופן שלא יעברו על איסור קבורת רשע אצל צדיק, ובאם יקפידו על זה, וחזקה שהח״ק ודאי יקפידו על דינים אלו שהם מהלכה ולא ממנהג, שוב אין מניעה לבטל השבילים הרחבים הסלולים ולקבור בהם מתים.

יח. עתה נעתיק עצמנו לטענה נוספת שטען התובע, והיא שקברו אשה זרה ליד קברו של אביו. בכתב תביעתו כותב התובע, שלמיטב ידיעתו המסורת

המקובלת בבית העלמין בכפר סבא היא שלא לקבור איש ואשה זרים זה ליד זו. לדבריו בקבורה זו היה שינוי נוהג. הנתבעת הח"ק בכתב ההגנה כותבת: "אין ולא היתה כל מסורת המקובלת על הנתבעת שלא לקבור גבר ליד אשה". "הנתבעת לא שינתה נוהג קיים וצורת קבורה זו היתה מקובלת על הנתבעת מימים ימימה".

בדיון שנערך בביה"ד ולשאלת ביה"ד מה נוגעת לו צורת הקבורה. טען התובע שטענתו היא בעקבות העובדה שקברו אשה זרה ליד קברו של אביו, ואף שאין הוא דורש לפנותה, דמה שנעשה נעשה, אבל מכיוון ששאר בני משפחתו קבורים בביה"ק בכפר סבא הוא תובע שימשיכו הנוהגים הקבועים כמו שנהגו עשרות בשנים, אלא אם כן יוכיחו לו שזהו מנהג של שטות.

בדיון אמר נציג הח"ק "דיברתי עם הרב רוז"ה ואמר שאין לזה יסוד הלכתי וכו' כבודכם מוזמנים לראות כי כך הנוהג". בדבריו אלו היתה למעשה חזרה על האמור בכתב ההגנה שכן הוא הנוהג בביה"ק בכפר סבא מימים ימימה. יש לציין שבתצהיר שנשלח אחרי הדיון לא נכתב שוב במפורש שכן הוא המנהג בכפר סבא מימים ימימה, אלא נכתב שמצו"ב חוות דעת של המומחה לקבורה הלכתית הרב רוז"ה. ביה"ד מניח שאכן כך הם פני הדברים כמו שנכתב בכתב ההגנה שהוגש לביה"ד לפני הדיון שכן הוא המנהג בכפר סבא מימים ימימה דחזקה דלא משקרי אינשי במידי דעבידא לאגלויי, ובפרט שהנתבעים הציעו לביה"ד לבא ולבדוק שכך הוא הנוהג המקובל בכפר סבא.

ולפני שנברר הדברים להלכה יש לנו לומר שהך דינא של קבורת איש ליד אשה אינו ענין לצורת הקבורה הכללית, והדיון הוא לגופו של כל נפטר וכל קבר. דאם יש קפידא בדבר יש לדון לגופו של קבר ואין לדון על צורת הקבורה בביה"ק ככלל. וכמו שכתבנו לעיל שהך דינא של קבורה ליד שומרי שבת נובע מהלכה פרטית של אין קוברין צדיק אצל רשע. וה"ה הך דינא הנו ענין פרטי בכל קבורה וקבורה. ומהאי טעמא העיר ביה"ד לתובע בשעת הדיון, דלכאורה אין זה ענינו, אך התובע טען שיש לו קרובים הקבורים בביה"ק בכפר סבא שלידם מקומות פנויים, ומלבד זה אף דאין זה ענינו של התובע, כיוון שבא הדבר לידינו, וביה"ד הרבני בנתניה הוא הביה"ד הקבוע לכל האזור, חובה עלינו להביע דעת תורה בדין זה.

יט. הנה כבר בשעת הדיון העיר ביה"ד, שלמיטב ידיעתו כך נהגו בירושלים בהר הזיתים, שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, וכן שלא לקבור אשה ליד איש שאינו בעלה. בבירורים נוספים שערך ביה"ד אחרי הדיון התברר, שכן הוא המנהג בירושלים שלא לקבור לכתחילה איש ליד אשה.

ובאם קברו עושים כעין גדר בין קבר האיש לאשה. מבירור בח״ק הכללית בירושלים התברר שלכתחילה אין הם קוברים איש ליד אשה ומקפידים בפרט בשומרי שבת. גם במקום שקוברים בדיעבד במי שאינם שומרי שבת, אין הם עושים זאת במקום שהמרחק בין קבר לקבר הוא 40 ס״מ, ורק במקומות שמבדילים בין קבר לקבר מרחק של 60 ס״מ, בדיעבד קוברים לפעמים איש ליד אשה. כמו כן בירר ביה״ד שכן נוהגים בבית העלמין סגולה בפ״ת, החברה קדישא האשכנזית חיפה, בבית העלמין בנתניה וברחובות. עוד התברר לביה״ד שאף שבבית הקברות העתיק בצפת לא הקפידו שלא לקבור איש ליד אשה, בבית הקברות החדש מקפידים על מנהג זה לכל הפחות בחלקות של שומרי שבת.

לעומת זאת בחות דעתו של הרב רוז׳ה, רב דחברא קדישא ת״א נכתב: ״ולכן כאן בחברא קדישא של ת״א - יפו לא נהגו להקפיד בנושא זה, ונוהגים לקבור איש ליד אשה או להיפך אפילו הם זרים זה לזו״. וכן נוהגת גם הח״ק הספרדית בחיפה שלא להקפיד בדבר זה. ולפי דברי הנתבעים כן הוא המנהג בכ״ס. חזינן מהכא דמנהגים מנהגים יש בהאי דינא, דיש מקפידים שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו וכן איפכא, ויש שאינם מקפידים. אך עכ״פ נראה לביה״ד שהמנהג הפשוט בישראל הוא להקפיד בדין זה שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו לכתחילה, ובפרט בחלקות של שומרי שבת. ויש מקומות שאם קברו עושים אפילו קיר להפסיק בין האיש והאשה.

כ. והנה אף שמצאנו שהיו מקומות שלא הקפידו על קבורת גבר ליד אשה שאינה אשתו, וכמו שנהגו בבית העלמין הישן בצפת, וכן כתב בספר כל בו על דיני אבלות, לגר״י גרינולד עמ׳ 179:

״אין קפידא - במקום שנוהגים וכו׳ - לקבור איש אצל אשה זה אצל זו, הגם כי רחוקים היו בחייהם, וכן המנהג בכמה קהילות גדולות וגם בעיר לבוב לא קפדו על זה (הדרת קודש דף יב) וכו׳״.

ואין הספר הדרת קודש תחת ידי לעיין בו. ובשו״ת פרי השדה, ח״ג ס׳ קכ״א, כתב שמתוך דברי השואל למהר״ם א״ש, בשו״ת אמרי אש סימן קי״ז, שהביא ממעשה בקראקא שקברו אשה ליד תלמיד חכם מופלג וכו׳ ורצו בני משפחתו לעשות מחיצה, משמע שגם בקראקא היה המנהג לקבור איש ליד אשה. ועיין בשו״ת קול מבשר, ח״א סימן א׳, מה שדן שם בדין פינוי אשה שנקברה בסמיכות לקברי רבנים גדולים, ומשמע מתוך דבריו שבעצם הקבורה של אשה ליד איש אין קפידא, ומשמע שכן היה המנהג. וע״ש בסימן ב׳ שהסכים עמו להלכה הג׳ ר׳ מאיר אריק בעל אמרי יושר. ואכמ״ל.

אמנם לעומת זאת מצאנו שנהגו בחו״ל כמנהגנו, דעיין בלשון השואל בשו״ת פרי השדה, ח״ג ס׳ קכ״א, דמשמע מדבריו שבניו יורק נהגו להקפיד שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, ומצינו יותר מזה שנהגו בחו״ל לעשות שורות נפרדות לגברים ושורות נפרדות לנשים. ובשו״ת דברי מלכיאל, ח״ב סימן צד, כתב לפרש המנהג שנהגו במקומו לקבור נשים שמתו בשעת לידתן בשורה נפרדת ולא בשורת הנשים, ומשמע עכ״פ שהנוהג הרגיל היה שקוברים נשים לבד וגברים לבד. ומשמע שאף איש ליד אשתו לא נהגו לקבור. והדברים מפורשים יותר בשו״ת דברי מלכיאל, ח״ד סימן ע״ב, שנשאל ״ע״ד שאיזה אנשים בעירו רוצים להנהיג שיקברו איש ליד אשתו, וכו׳ והנה מנהג ישראל במדינתנו לעשות שורות מיוחדות לאנשים ושורות לנשים, ולכאורא קשה למה לא נהגו לקבור אשה אצל בעלה דהרי בזמן הש״ס היה מנהג לקבור כל בני המשפחה במקום אחד וכו׳ וכדקיי״ל בפי״ד ממסכת שמחות ובטושו״ע סוף ס׳ שע״ו, שאשה תקבר אצל בעלה ולא אצל אביה ועיי״ש מה שכתב בטעם הדבר, ובאיזה אופן התיר לקבור איש ליד אשתו (ועיין בזה בשו״ת פרי השדה ח״ב ס׳ פ״ה ואכמ״ל). ובסוף דבריו כתב: ״ושמעתי שיש מקומות שאין מקפידים בסדר הקברים וקוברים בשורה אחת אנשים ונשים, ונהרא נהרא ופשטיה״. הרי שהביא המנהג שלא הקפידו על קבורת איש ליד אשה, ואמר שכל מקום ינהגו כמנהגם, ולא העיר שיש איזשהו איסור בדבר.

ובשו״ת שערי שמים, סימן ל״ג, כתב שהמנהג במקומו היה לקבור אנשים בשורה לבד ונשים בשורה לבד. וכתב שם שמעת התיסדות החברה קדישא קיבלו עליהם שזה יהיה מנהג לעולם לקבור אנשים לבד ונשים לבד. וע״ש מה שדן אם לפנות קבר שנקבר בטעות בשורת הנשים. ובשו״ת מנחת יצחק, ח״ג סוף סימן ק״ו, כתב שהמנהג היה שקוברים אנשים לבד ונשים לבד, ומשמע דזה היה המנהג הפשוט. וכן כתב בפשיטות בשו״ת, אגרות משה, חיו״ד ס׳ ר״מ ורמ״א:

> ״אשר פשוט מכיוון שהמנהג בכל מקום שלא לקבור איש אצל אשה שאינה אשתו וכו׳ הרי שפשיטא ליה שהמנהג הפשוט הוא שלא לקבור איש אצל אשה שאינה אשתו״.

ושמעינן מכל הנך מקורות שהבאנו שבענין זה של קבורת איש ואשה זרים זה ליד זו יש מנהגים שונים, וכמוש״כ הדברי מלכיאל, ונהרא נהרא ופשטיה.

כא. והנה בשו״ת אמרי אש, סימן קי״ז, נשאל המהר״ם אש בעובדא דהוי בקהלת קראקא שקברו רב חשוב ליד אמו ואחרי כן קברו אשה מצדו השני, ומשפחת הרב ההוא דרשו מתחילה שלא לקבור אשה זרה מצדו השני, ואחרי שלא התקבלו דבריהם וקברו אותה אשה דרשו לעשות מחיצה בין קברו לקבר האשה הזרה, ומשפחת אותה אשה התנגדה, דבזה יהיה לאותה אשה בזיון מלבד

הבזיון לשאר המתים, ולא הסכימו לעשיית מחיצה אלא אם יהיו חייבים על פי דין. והנה מתוך כוונתם של קרובי הרב הנ״ל משמע, שעכ״פ היה מנהג ידוע שלא לקבור איש ליד אשה ומהאי טעמא רצו שלכתחילה לא תקבר אשה זרה ליד אביהם, אלא מכיוון שבקראקא לא נהגו במנהג זה, ולא הקפידו בקבורת איש ואשה זרים זה ליד זו, לא קיבלו טענתם ומחאתם, ולא מסתבר שמעצמם טענו טענה זו וודאי סמכו על מנהג שנהג במקצת קהילות.

והנה האמרי אש פלפל בהאי דינא והאם יש מקור הלכתי להך חומרא דלא מצינו מפורש בש״ס ובפוסקים, ומסקנתו היא:

> ״וכיוון שיש גדולים וטובים אשר נתמצעו ולא היה נשמע עד עתה ערעור, איך נחדש עתה בעבור זה מלתא דתמיהא״. ובהמשך כתב: ״וסוף דבר כיון דבכמה גדולים וטובים מתמצעין שם בבית החיים ואין מרחיקין רק כבאנשים אם יעשו משפחת הרבני המנוח ז״ל איזה שינוי בין המנוח ובין האשה בודאי הוא גנאי גדול אליה, ויקורי נפשיה בזילותא דידה ודאי לא ניחא ליה ז״ל, וכדאמר רב הונא במגילה״.

וע״ש שהתיר לעשות כעין מחיצות באופן שלא יהיה ניכר, שבזה לא יהיה בזיון לאשה הקבורה לצדו ולשאר הקבורים שם, והמעיין היטב בדבריו יראה שאין הוא כותב שמנהג זה הוא מנהג שטות, ועיקר טעמו שלא לעשות מחיצה הוא משום דבזה יש הוצאת לעז על האשה ועל שאר הקבורים באותו מקום, ולכן בשיקול הדעת הכולל אין להתיר לעשות מחיצה. ובאמת מתוך דבריו אין גילוי מה היתה דעתו באם היה נשאל לפני הקבורה, והאם לא היה מורה לקבל תביעת קרובי הרבני הנ״ל שלא לקבור אשה ליד אביהם. ורק לאחר שקברו אשה ליד איש פסק המהר״ם אש שאין לזה מקור מדינא, ולכן על סמך מש״כ כמקור למנהג זה אין לחדש מילתא דתמיהא לעשות גדר.

כב. אמנם בשו״ת פרי השדה, ח״ג ס׳ קכ״א, נשאל אודות קניית מקום לקבורת אשה ליד בעלה באופן שתהיה קבורה מצד אחד ליד איש זר, דדעת השואל היתה שיש להחמיר בזה אם לא שיקברו ילד ביניהם, ובעל פרי השדה הביא תשובת המהר״ם א״ש, שלא מצינו בשו״ע קפידא שיקברו איש ליד אשה זרה. ולכן כתב בנידון זה שיש להקל ולקבור איש ליד אשה, שהרי אף בדינים המפורשים בשו״ע כגון שיעור ההרחקה בין קבר לקבר, מצינו שלא הקפידו מחמת דוחק המקום, וק״ו במה שלא הוזכר בשו״ע אין להקפיד בזמן הזה, דאין יצה״ר שולט לאחר מיתה. וע״ש שהביא תקנת האמרי א״ש בקבורת איש ליד אשה וכתב שגם עצת הרב השואל מועלת, ופשט הדברים מורה שמתיר דבר זה לכתחילה ולדעתו אין להקפיד עליו. ומשמע אף שהוי מנהג אין צריכים להקפיד עליו כמו שאיננו מקפידים בזמן הזה אפילו על דין המפורש בשו״ע. (צ״ע בזה),

וע״ש בהמשך התשובה בהסבר המנהג לגבי צורת הקבורה ומשמע מדבריו שם, שאם לא נהגו כמנהג זה אין להקפיד. ובאמת מצינו בתשובה אחרת בשו״ת פרי השדה, ח״ב ס׳ פ״ד, שכתב איפכא, שאין דעתו נוחה להניח בעל סמוך לאשתו דאין זה דרך כבוד למת, ומשמע קצת דאפילו אשתו וכל שכן אשה זרה וצ״ע בזה, ואולי דוקא באשתו אין זה כבוד אבל לא איש ואשה הזרים זה לזו, וזה דוחק וצע״ג בכל זה, ועוד חזון למועד.

כג. חזינן עכ״פ מדברי האמרי אש ופרי השדה, שבמקומות שלא נהגו להקפיד ודאי אין מקום להחמיר עליהם ולאסור עליהם לקבור איש ליד אשה זרה כיון דלא נהגו, ולא מצינו מפורש בפוסקים לאסור ולהחמיר בכהאי גוונא. ואין לומר דכיוון שיש מקומות שנהגו במנהג זה יש לנו להורות אף במקומות אחרים לנהוג כן, דעיין בשו״ע הרב ס׳ רמ״ט, בקונטרס אחרון סק״א שכתב וז״ל:

״דהיכא דנהוג נהוג והיכא דלא נהוג לא נהוג, וכיוון שעדיין לא נהגו אותו מנהג וכו׳ אין חיוב עלינו להנהיג כן, שאין אנו חייבים אלא שלא לבטל מנהג אבותינו, משום שנאמר ואל תטוש תורת אמך, אבל להתחיל המנהג אין שום חיוב בדבר, אף אם ראוי ונכון לנהוג כן״.

שמע מינה שאין חייב לחדש מנהג אפילו יש טעם נכון בדבר, אם לא נהגו במקום זה בגלל שנוהגים בו במקומות אחרים. והכי נמי אין חובה וצורך לחדש מנהג זה במקום שלא נהגו להקפיד ולקבור איש ליד אשה זרה, והנה כיון שלפי דברי הנתבעים מנהג זה מעולם לא נהג בביה״ק בכפר סבא אין לחייבם להתחיל לנהוג מנהג זה. אך לפמש״כ לעיל ברוב המקומות שבירורנו המנהג הוא שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו ועכ״פ בחלקת שומרי שבת, וכן מצאנו בפוסקים דיש שלא נהגו לקבור כלל איש אצל אשה שאינה אשתו ויש שהקפידו שאפילו איש ליד אשתו לא יקברו אלא קוברים אנשים בחלקה אחת ונשים בחלקה אחרת, וצריך ליתן טעם למנהג ישראל בזה, וכמו שמצינו בדברי מלכיאל שנתן טעמים למנהג שנהגו שלא לקבור נשים ואנשים ביחד ושלא לקבור נשים המתות בלידתם עם שאר נשים, ובשו״ת פרי השדה נתן טעם למנהג שנהגו לקבור המתים כשרגליהם לכיוון הפתח, וכתב שם שצריכים ליתן איזה טעם ויסוד לשורש המנהג, וכיוון שמצינו שברוב מקומות נוהגים כמנהג זה צריכים אנו לנסות ולתת טעם למנהג הפשוט.

וכמו שכתב בשו״ת מהר״ם פדוואה, ריש ס׳ ע״ח, שנשאל על מנהג תמוה שנהגו וכתב וז״ל:

״אכן לא זו הדרך להשען על בינתנו ולבטל מנהג קדום, אך צריך לבקש בכל עוז למצוא סמך לישר אותו וככה עשו כל קדמונינו כאשר מצאו מנהג של תמהון, וזה ימצא מעלתו לרוב בתוס׳ ובשאר פוסקין״.

וכן כתב המהרשד"ם, בח' יורה דעה ס' קצ"ג, שנשאל על המחלוקת שנפלה בין חכמי צפת מחמת שנהגו לקנות ירקות הנמכרים בשוק מבלי לברר אם הם ממקום שנזרע תחת הכרם, וכתב שם בתוך דבריו: "עוד יש לי ראיה שיש לחפש ולבקש טעם לקיים המנהג, שהרי כתבו התוס' ריש פ' במה טומנין וז"ל יש תימה איך אנו מטמינין על כירות שלנו וכו' ובקשו טעמים שונים לקיים המנהג". ועיי"ש שהביא ראיות נוספות לזה, והכי נמי יש לנו לישב המנהג שנהגו ברוב המקומות.

כד. ונראה דעיקר מה שסמכו בארץ ישראל לקבור איש ליד אשתו ולהקפיד שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, הוא על פי האמור בזוהר פ' שלח עמ' קסד, א דאיתא התם לגבי צורת הקבורה במערת המכפלה וז"ל:

"וכלהו דכר ונוקבא כחדא בחבורא חדא, סדורא דלהון היך שכני נשין לגבי נשין ודכורין לגבי דכורין אדם ברישא חוה סמיך ליה, שרה לגבי חוה, אברהם סמיך לשרה, יצחק סמיך לאברהם רבקה סמיך ליצחק, לאה סמיך לרבקה יעקב סמיך ללאה וכו'".

והיינו שמפורש שהאבות נקברו איש ליד אשתו והקפידו שלא יהיה קבור זכר ליד נקבה שאינה אשתו. ואף שבב"ב נח, א משמע שאדם וחוה קבורים במערה נפרדת, בעירובין נג. א משמע שקבורין במערה אחת. ועיין עוד בירושלמי תענית, פ"ד ה"א, שאיתא התם שאבות דרך הסב הן קבורין, וזה שלא כמו שכתב בזוהר שם, ועיין ביאור הירושלמי בצ"פ פ' ויחי, אין מכל זה ראיה שהבבלי או הירושלמי חולקים על הזוהר בעיקר הכלל שקבע לקבור איש אצל אשתו ולא לקבור אצל אשה זרה (ובאמת יש להעיר שאין זה כמנהג הנפוץ. דמקפידים רק על אשה זרה ולא על אמו, ובזוהר משמע שגם בזה יש קפידא וצ"ע).

והנה בשו"ת אמרי אש הביא דברי הזוהר וכתב עליו:

"אנן מישני חברון ניקו ונגמור ובלתי ספק כוונו לדברים נשגבים וזיווגי מידותיהם ואין ללמוד משם כלל וכיוון שיש גדולים וטובים אשר נתמצעו ולא היה נשמע עד עתה ערעור איך נתחדש עתה בעבור זה מילתא דתמיהא".

ונראה לבאר דבריו שאין ללמוד מישני חברון לשנות מהמנהג שהיה קבוע בידינו עד עתה, ולומר דעד עתה בטעות נהגנו, דהרי קיימ"ל שכל היכא שיש דברים שנאמרו בזוהר ולא נסתרים מש"ס שלנו, יש מקום לילך אחרי הזוהר. ולזה כתב שאין לשנות ולעשות עכשיו מנהג שיראה תמוה על פי מה שמצאנו בזוהר, דיש לומר דסדר קבורת האבות היה כפי מדרגתם. ובשו"ת פרי השדה דרך בעקבותיו של המהר"ם אש, שבח"ג ס' קכ"א, כתב שאין ללמוד מדברי הזוהר לאסור לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, ובח"ב ס' פ"ד, כתב שאין

ללמוד מדברי הזוהר לקבור איש ליד אשתו, דאין לדמות עצמנו לאבות ולהכי לא ילפינן מהאבות שהיו קדושי עליון. ונראה לומר, שאף שכתבו כך לישב המנהג במקום שלא נהגו להקפיד, מכל מקום טעם אלה שכן נהגו להקפיד בדבר זה שלא לקבור איש ואשה זרים זה לזו בסמיכות, הוא מפני שסמכו על מה שכתוב בזוהר לגבי אבות העולם, והנהיגו לעשות כן בקברי ישראל שינהגו במנהג האבות.

כה. ונראה לומר טעם נוסף, והוא על פי מה דאיתא ביו"ד, ס' שס"ב ס"ג:

"אין קוברין ב' מתים זה בצד זה אלא אם כן היה דופן הקבר מפסיק ביניהם וכו' אבל נקבר האיש עם בתו קטנה והאשה עם בנה קטן וכו' זה הכלל כל שישן עמו בחייו נקבר עמו במותו".

ודין השו"ע מיירי לענין קבורה בקבר אחד, ובכהאי גוונא התירו לקבור מי שישן עמו בחייו אפילו בקבר אחד. ועיין בשו"ת פרי השדה, ח"ג ס' קכ"א, שהביא דברי השו"ע וכתב שאין ראיה מדברי השו"ע לענין קבורה של איש ואשה בקברים סמוכים. וקצת משמע שהבין שאיש ואשתו מותרים אפילו בקבר אחד (ועכ"פ ודאי אין קפידא באיש ואשתו בקברים סמוכים ולא כמוש"כ בח"ב ס' פ"ד). אך באמת עיין בש"ך שם שהביא בשם הפרישה, שבן גדול עם אביו וכן בת גדולה עם אמה אף שישנים יחד אסור לקוברם עמהם, ולפי"ז הוא הדין איש ואשתו. ובאמת שפשט דברי הברייתא אינו מורה כן, עיי"ש בשמחות סוף פי"ד ואכמ"ל. וצריכים לומר שדברי הפרישה והש"ך הוא חומרא שלא לעשות כן בגדולים, אבל מעיקר הדין אין הכי נמי שמותר לקבור אפילו בקבר אחד כל שישן עמו. ועי"ש בשמחות וברמב"ן בתורת האדם שהוא מטעם כבוד המת, והיכא שנותנים שני מתים בקבר אחד הוי בזיון המת. ולפי"ז יש לומר בהסבר דעת ר"י (שכוותיה פסק הרמב"ן שם, והוא פסק השו"ע) שכל שישן עמו בחייו אין זה בזיון, ודוקא מי שאין ישן עמו בחיים עם נקבר עמו באותו קבר הוי בזיון.

והנה בהך דינא שאין קוברין מתים זה בצד זה אלא אם כן דופן הקבר מפסיק, הובא שם בחידושי רעק"א בשו"ע, ובתשובת חכם צבי, ס' קמ"ט, שבעינן הרחקה ו' טפחים. וביארו האחרונים שמרחק זה בעינן מתרי טעמי, חדא דבעינן שיהיה דופן הקבר מפסיק ובכה"ג הוי דופן, ולסברא זו הכל תלוי בסוג הקרקע וכן אם שמים אבנים להפריד (והחכם צבי שהחמיר מיירי באמסטרדם שהעפר תחוח עיי"ש בדבריו), ויש שכתבו שבעינן ג' טפחים לכל מת שהוא שיעור תפוסתו ולהכי בעינן ו' טפחים.

והנה לשיטה שההרחקה היא משום דופן הקבר, הא דבעינן כולי האי הוא משום דחיישינן לאינפולי שיפלו דופני הקבר ויתערבבו המתים שבשני הקברים

הסמוכים. ועיין מש״כ בזה התשב״ץ, ח״ג ס׳ קי״ט, שהסביר בזה מדוע בין קבר לקבר בעינן ו׳ טפחים ובין קבר לקבר שעליו סגי בג׳ טפחים עיי״ש מש״כ, דבקברים סמוכים חיישינן לאנפולי משא״כ בקברים שאינם סמוכים.

ולפי״ז יש ליתן טעם לשבח למנהג שנהגו שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, דהנה כבר כתב השבות יעקב, ח״ב סימן צ״ה, שאף שהדין מבואר בטור שבעינן ששה טפחים, פוק חזי מאי עמא דבר שקוברין זה אצל זה, וזה על גב זה אף שהוא לא על פי דין. וכתב שנ״ל שנתפשט המנהג מפני שאין לנו ארץ רחבה לקבור ומוכרחים לקבור בסמוך. והביא דבריו הפ״ת בס׳ שס״ב. לפי״ז יש לומר שכיוון שבפועל לא קפדינן על הרחקה של ששה טפחים, ומרחיקים פחות, שוב חוזר החשש של אינפולי ועירוב בתוך הקבר, ומעתה יש לומר שבשלמא אם קוברין איש ליד אשה או אשה ליד אשה או אשה ליד בעלה, אף אם יהיה אינפולי ויתערבו שני המתים אין כאן בזיון דהרי היו בכלל מי שישן עמו בחייו שנקבר עמו במותו. ואף שלכתחילה החמירו שלא לקבור בקבר אחד אם נתערבו אחר קבורה כשאינו נגלה לנו לא חיישינן. אבל באיש ליד אשה שאינה אשתו, דבכה״ג אינו ישן עמה בחייו ואיכא בזיונא ואיסור בדבר, להכי לא קברינן, שאם תהיה מפולת ויתערבו הקברים יהיה בזיון למתים, ולכן לכתחילה אין קוברים שלא יהיה חשש רחוק של בזיונא.

ואי נימא דזהו הטעם, יש לומר כיוון שבתחילה היו קוברים בסמוך מאוד ולא הקפידו על הרחקה של ו׳ טפחים, ולכן הקפידו לא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, שוב המשיכו לנהוג בזה אף כשיש ו׳ טפחים בין הקברים, ולפי זה מובן מה שמקובל בח״ק הכללית בירושלים שקיבלו הנהגתם דור מפי דור שקדם לו, שהיכא שמרחיקין 40 ס״מ שהוא פחות מו׳ טפחים מקפידים שבשום אופן לא יקבר איש ליד אשה, משא״כ היכא שמרחיקין 60 ס״מ שהוא מרחק ששה טפחים לכו״ע, אין מקפידים על זה כל כך, ולפעמים קוברים איש ליד אשה שאינה אשתו, ודו״ק.

כו. ועוד בה שלישיה, בדבר זה שקובר אצל אשה, מה שלא רגיל היה לעשות בחייו הוי בזיון למת. וכמו שמצאתי בשו״ת שערי שמים, ס׳ ל״ג, שהסתפק אם מותר לפנות מקברו בכהאי גוונא וז״ל:

> ״אבל בנידון דידן יש להתיר לפנות מהא דמצינו במסכת מו״ק, כי נח נפשיה דרב הונא סבור לאתובי ס״ת אפורייה, אמר להו רב חסדא, מילתא דבחיים לא ס״ל השתא ליקום ליעביד ליה וכו׳״. ע״ש. כן הכא לישב אצל נשים בחייו דהיה ירא אלוקים וודאי לא ישב מפני הרהור

עבירה, ועוד משום יחוד, ואיך נוכל עכשיו לאחר מותו לקברו בין נשים״.

ומתיר אפילו לפנות מי שקברוהו בחלקה של נשים, וודאי שלכתחילה הוי בזיון מה שלא נוהג בחייו.

ואף שבשו״ת פרי השדה שם, רמז תשובה להאי סברא, שכתב ״הכי מסתברא מילתא דהא ידוע שלאחר מיתה אין היצה״ר שולט״, וכוונתו להא דאיתא בב״ב נח. א:

״דרב בנאה מציין מערתא כי מטא למערתא דאברהם אשכחיה לאליעזר עבד אברהם דקאי קמי בבא א״ל מאי קעביד אברהם א״ל גאני בכנפה דשרה וקא מעיינא ליה ברישיה, א״ל זיל אימא להו בנאה קאי אבבא א״ל ליעול מידע ידיע דיצרא בהאי עלמא ליכא״ עכ״ל.

ומשמע שכיוון שאין יצה״ר בעולם האמת אין להקפיד על מה שיראו את אברהם גני בכנפיה דשרה, ועיין בנימוק״י שם ואכמ״ל. ולפי״ז יש לומר שאין קפידא שיקברו איש ליד מי שאינה אשתו דליכא יצר בהאי עלמא. אמנם יש לדחות דנהי דודאי ליכא יצרא בהאי עלמא וכמו שענו לר׳ בנאה, עכ״פ חזינן שדעת ר׳ בנאה שאפילו דליכא יצרא בהאי עלמא לאו אורח ארעא הוא. ויש לומר דזו דעת בני אדם או שלא מעלים על דעתם האי חילוקא, או שאף על פי דאיכא האי חילוקא אין זה נראה נאה שיהא איש מונח ליד מי שאינה אשתו, ולכן התחילו לנהוג שלא לקבור בכהאי גוונא, (ובאמת יש לעיין בדבר שנראה לעולם בזיון אעפ״י שמבחינה אמיתית אינו בזיון, האם יש לחוש לדעת העולם או אזלינן בתר האמת, ואכמ״ל ועוד חזון למועד).

כז. והנה זה ודאי שבמקומות רבים נהגו שלא לקבור איש ואשה זרים זה ליד זו ובמקומות אחרים נהגו לקבור גברים בנפרד ונשים בנפרד ואפילו לא איש ואשתו ביחד, ויהא טעם הדבר מה שיהא, בין אם מהטעמים שאמרנו בין אם מטעם אחר, הלא ודאי שזה מנהג נפוץ בישראל ובשאר מקומות שלא לקבור איש ואשה זרים זה ליד זו, ואם כן שוב חובה עלינו באותם מקומות שנהגו כן לחוש למנהג. ואף אם אין טעמו ברור לכל.

ועיין ביבמות קב, א ״אמר רבה אמר רב כהנא אמר רב, אם יבא אליהו ויאמר חולצין במנעל שומעין לו, אין חולצין בסנדל אין שומעין לו שכבר נהגו העם בסנדל״, ומבואר שכיוון שנהגו העם בסנדל גדול כחו של המנהג ואף אם יבוא אליהו ויאמר שמה שנהגו הוא שלא כדין אין בכוחו לבטל המנהג. וכבר ידוע המובא בפי העם שמנהג מבטל הלכה ומקורו מירושלמי, ב״מ פ״ז ה״א ויבמות פי״ב ה״א. ועיין בשו״ת הרשב״ש ס׳ תקס״ב, ובשו״ת מהרי״ק שורש נ״ד שהוכיח מהאי סוגיא דיבמות, שאין בכוחנו לבטל המנהג הנהוג. ובראב״ן סימן י׳ כתב:

"ואפילו אם לא היה כי אם מנהג וחומר שהחמירו עליו אבות ראשונים אין לנו לשנות מנהג וחומר שקיבלו עליהם ואפילו אם יבוא אליהו ויאמר, כדאמר אם יבוא אליהו ויאמר חולצין במנעל אין שומעין לו שכבר נהגו העם בסנדל, ה"נ אין לנו לשנות המנהג וכ"ש מנהג שיש בו חומר כדאמרינן (פסחים נ. ב) בני בישן נהוג דלא אזלי מצור לצידן במעלי שבתא אתו לקמיה דר' יוחנן א"ל אבהתין הוה איפשר להו אנן לא איפשר לן מאי, אמר להו כבר קיבלו עליכם אבותיכם שמע בני מוסר אביך וגו'".

ועיין במשנה בברכות נד. א "ואומר אל תבוז כי זקנה אמך" וברש"י שם: "למוד מדברי זקני אומתך לעשות מה שראית שעשו הם". ועיין בפיה"מ לרמב"ם שם, ובשו"ת חתם סופר, או"ח ס' נ"א, כתב: "ומזה ידין איך לא ידין לעצמו לפשוט יד במנהגי ישראל כי אותם שהוא חושב מנהג בורות הם בארות חצובים ממקור מים חיים נוזלים מן לבנון וכו'". ועיי"ש מש"כ בסוף תשובה זו. ובשו"ת משיב דבר, ח"א ס' ט"ו, כתב:

"ועל כיוב"ז נאמר אל תבוז כי זקנה אמך, הכונה לפי הפשט שאם אין אתה מוצא בהדרכת האם הזקנה טעם נכון וכמליצת חז"ל (שבת פ"ט) לא בסבי טעמא מ"מ אל תבוז, כי בלא ספק ידעה טעם ונמוקה עמה וכו' והכוונה אפילו אין אתה מבין טעם הדבר ונראה כאלו אותו מנהג נזדקן אל תבוז לו דוודאי יש לו טעם נכון ונעלה מדעתך ואל בינתך אל תשען".

והכי נמי בנידון דידן כיון שנהגו במנהג זה במקומות רבים בארץ ישראל ובתפוצות ישראל, אין כח לשנות מהמנהג ואף אם לא ברור לנו טעמו. יש להאריך עוד בדבר ואכ"מ ועוד חזון למועד.

כח. והנה כיוון שאין ספק שבמקומות רבים קיבלו עליהם מנהג זה שלא לקבור איש ליד אשה זרה, שוב יש למנהג זה תוקף ומחייב את המקבלים עליהם ואת זרעם. וכמו שמצינו בבני ביישן בפסחים נ. ב וכדהבאנו לעיל בשם הראב"ן, ומשמע שם בגמ' שאפילו שטענו שאבותיהם היו יכולים לעמוד בדבר והם אינם יכולים. ועיין בשו"ת הרשב"א, ח"א ס' צ"ח, ובמהרי"ק שורש קמ"ד, ובריב"ש ס' רמ"ד, ובשאר ראשונים שמנהג שנהגו במקום מסוים ואין יודעים אם הוא מבוסס על טעות, שאין לתלות שום מנהג סתם במנהג טעות. אלא אדרבא אמרינן איפכא, שהם היו יודעים ההלכה והחמירו על עצמם. (וכמו שהבאנו לעיל דאין לבטל מנהגי ישראל).

ודין זה נפסק להלכה ביו"ד ס' רי"ד ס"ב וז"ל:

״קבלת הרבים חלה עליהם ועל זרעם ואפילו בדברים שלא קבלו עליהם בני העיר בהסכמה אלא שנוהגים כן מעצמם לעשות גדר וסייג לתורה״.

ועיי״ש במפרשי׳ השו״ע מש״כ בזה, ובשו״ת חות יאיר, ס׳ קכ״ו, כתב דלאו באב ובן תליא אלא במקום וקהלה שנהגו תליא מילתא. ועיין שם במפרשי השו״ע ובפוסקים בגדרי הדבר, ואם אפשר להתיר המנהג שנהגו ובאיזה אופן יהיה היתרו ואכמ״ל.

ועכ״פ היוצא מזה לנידון דידן שבכל מקומות שנהגו שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו חייבים להמשיך ולנהוג במנהג זה ואין הוא בטל מאליו, (אלא באופן שהתירו הפוסקים לדעת מי שיש היתר בדבר), ולפיכך מקומות אלו אין תולין שהמנהג נעשה בטעות, שודאי על פי חכמים וגדולים נעשה וחייבים לנהוג במנהג ואפילו השתנו הנסיבות ועכשיו קשה למצוא מקומות קבורה, ואיסור זה הוא מן הדין. כמפורש בשו״ע שם.

כט. בשו״ת הרי בשמים, מהדו״ת ס׳ רכ״א, נשאל אודות מקום שנהגו לקבור גברים בחלקות נפרדות ונשים בחלקות נפרדות, ועתה אשה רוצה לקנות מקום ליד בעלה שיקברו זה לצד זו. וכתב שמצד הדין אין מניעה וקפידא שאשה תקבר ליד בעלה, מ״מ לא רצה להורות ולשנות המנהג וז״ל:

> ״אחרי שכבר נתיסד המנהג בק׳ מקדמת דנא לקבור מתי אנשים בפ״ע ונשים בפ״ע, מסתפינא להורות קולא לשנות המנהג בזה, שמלבד שאפשר שמיסדי המנהג עשאוהו למיגדר מילתא בהסכמת חבר עיר, והוי דיניה ככל תקנות ציבור שאסור לעבור עליהם, לבר מן דין עינינו הרואות שבענין התעסקות עם המתים וקבורתן המנהג הוא עיקר ושורש גדול. כדמצינו בסנהדרין מ״ו א״ל שבור מלכא לר״ח קבורה מה״ת מנין וכו׳, ונימא מדאיקבור צדיקי, מנהג בעלמא, מדקבריה הקב״ה למשה, דלא לישתני ממנהגא. הרי שיש קפידא רבה שלא לשנות המנהג בענינים הללו. ועיין ש״ך, יו״ד ס׳ ש״נ, שכתב בשם הב״ח, דהבא לעשות כנגד המנהג מוחים בידו״.

מבואר מדבריו שאזלינן בתר המנהג בקבורת מתים, לא מיבעיא היכא דאיכא למימר שזו תקנה שקיבלו עליהם וכדהבאנו לעיל מסוגיית הגמ׳ בפסחים ומיו״ד רי״ד, אלא שבקבורת מתים יש קפידא מיוחדת שיעשו על פי המנהגים הנוהגים במקום מדור לדור. ולפי זה במקום שנהגו להקפיד שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, אין אפשרות ואסור לשנות מן המנהג.

ל. עד כאן דיברנו לענין הנהגה לכתחילה, שלא לקבור איש ליד אשה זרה וכן איפכא. אך מה הדין במקום שנהגו במנהג זה, וטעו וקברו או עברו וקברו?

לעיל הזכרנו תקנה שהמציא המהר"ם א"ש. ולמה שביררנו, בכמה מקומות נהגו שאם עברו וקברו איש ליד אשה עושים גדר בין הקברים של האיש והאשה, ונראה שאין בזה בזיון וכמו שחשש המהר"ם א"ש. דדוקא במקום שלא נהגו להקפיד בכהאי גוונא, שלא לקבור איש ליד אשה כגון בקראקא, דהתם אם במקרה מסוים יעשו גדר בין האיש לאשה, יש חשש ללעז על אשה זו, וכן ללעז על שאר הקבורים בבית הקברות שם. אבל היכא שנהגו שלא לקבור איש ליד מי שאינה אשתו, אין בעשיית גדר לעז. דאדרבא נימא איפכא, אם ישארו קבורים בכהאי גוונא ללא הפסק, הוי לעז עליהם שנקברו בצורה שונה משאר הקבורים שם, ובשונה ממנהג המקום. לכן אין קפידא בעשיית גדר להראות שמקפידים שלא יהיה איש קבור ליד אשה וכמנהג המקום.

ונראה לי דזוהי כוונתו של המהר"ש ענגיל בתשובתו, ח"ז סימן י"ז, שנשאל בעובדא של אשה שקנתה מקום ליד קבר בעלה ונקבר שם אדם אחר, והורה שיש מקום להעביר הארון של הגבר שנקבר בסמוך לקבר הבעל, לחלקת קבר הסמוכה ויקברו האשה במקום שקנתה ליד בעלה. וכתב שיעשו כותל המפסיק בין קבר האשה לקבר אותו האיש שנקבר במקומה, והזיזו קברו במקום אחד. משמע דעכ"פ בעינן עשיית כותל, ולא התיר קבורה של איש ליד מי שאינה אשתו למרות שקנוי לה המקום. וזה כמנהג הנהוג בכמה מקומות בא"י לעשות כותל מעל הקרקע (ולא כמוש"כ בהגהות אנ"ה שם) ואכמ"ל.

לא. ובאגרות משה, יו"ד ס' ר"מ וס' רמ"א, כתב דלא מיבעיא דחייבים לילך אחר המנהג דאין קוברים איש ליד אשה אלא אפילו בדיעבד אם קברו איש אצל אשה שאינה אשתו (דלדבריו הוי בזיון גדול והוצאת לעז על הנפטר), יש להתיר לפנותו. והוא הדין לפנות בעל מקברו אם רוצים יורשים שאשתו תקבר לידו, ואין אפשרות לקוברה מפני שתהיה קבורה ליד איש. עוד כתב, שמלבד מה שהוי בזיון וכנגד המנהג, יש לומר שאם היו יודעים שנקבר במקום שאינו ראוי היו מתנים לפנותו, ובכה"ג מותר לפנותו. וסברא נוספת, דבמקום שהמנהג הוא שלא לקבור איש ליד אשה, איש שקונה קבר במקום ההוא, הרי הוא כקונה בתנאי שלא יקברו אשה לידו, וכן אשה הקונה קבר במקום ההוא הרי היא כקונה בתנאי שלא יקברו איש לידה. ואם כן הוי מכלל זכותם בקבר שלא יקברו לידם רק איש ליד איש או אשה ליד אשה. ושוב הוא איסור גזל, והוי כנקבר במקום שאינו שלו שמותר לפנותו.

היוצא מדבריו, שבמקום שנהגו שלא לקבור איש ליד אשה, יש מלבד הענין האיסורי גם זכות ממונית שלא יקברו אשה ליד איש או איש ליד אשה, ובודאי שיכולים לעכב שלא יקברו שם. ולדעת האגרות משה, אם עברו וקברו יש זכות

ממונית לנקבר ראשון שלא יקברו לידו וממילא יש לו זכות לתבוע מי שבא בגבולו שלא כדין.

כעין סברת האגרות משה, מצינו בשו"ת דברי מלכיאל, ח"ג ס' קמ"ד, שכתב גבי מי שנושא אשה במקום שנוהג חדר"ג וז"ל:

"וא"כ אצלינו שיש תקנת רגמ"ה הרי נתחייב לה באופן זה בשעת הקדושין, דאדעתא דמנהג ותקנתא דרבנן קידשה, וכן היא נתקדשה ע"ד זה, ובודאי אסור לו לגרשה דהוי כגוזלה".

וכן כתב שם בסימן קמ"ה:

"וגם כבר כתבנו בסימן הקודם שזה הוי כדיני ממונות, דהוי כאילו התנה עמה שלא ישא אחרת. וכן קי"ל באהע"ז סימן א' ס"ט, דבמקום שיש מנהג שלא לישא איש על אשתו הוי כאלו התנה".

מבואר מדבריו, שכל שעושה מעשיו אדעת המנהג חלה גם השתעבדות ממונית, ואין יכול להפקיעה. אם כן בנידון דידן כל היכא שנהגו שלא לקבור איש ליד אשה, כשקונה חלקת קבר חלה השתעבדות ממונית של הח"ק שלא לקבור ליד קברו איש זר ליד אשה או אשה זרה ליד איש, ויש לו זכות ממונית ויכול לעכבם, וכן אם עברו וקברו יכול לדרוש פיצוי ממוני.

הנפק"מ בין הטעמים, אם האסור לקבור הוא מצד המנהג או מצד החיוב הממוני שהתחייבו הח"ק, היא לגבי מקומות שמדינא יכולים להתיר המנהג (וכמו שכתבו הפוסקים), דאפילו הכי לא תהוי התרת האיסור אלא לקונים חלקת קבר מכאן ואילך. אבל אלו שקנו בתקופה שנהג המנהג ולפני שהתירוהו, זכו בהשתעבדות ממונית של המוכרים שלא לקבור בסמוך להם איש ליד אשה או אשה ליד איש, ואם כן אף שהמנהג משתנה אחרי ההיתר, ההתחייבות הממונית לא פוקעת. ולא יועיל ביטול המנהג אלא לגבי הקונים מכאן ואילך שלא חלה התחייבות ממונית כלפיהם, כנ"ל ברור ופשוט.

לב. והנה הגרא"י ולדנברג שליט"א בספרו אבן יעקב, ס' כ"ח, הביא דברי האגרות משה, שסבר שאין לקבור אשה ליד בעלה אם מצד אחר קבור איש זר וכתב עליו:

"אלא דכשלעצמי איני רואה כל פגם ואי כבוד למי שהוא אם אשה תקבר במקום המיועד לה, דהיינו מצד אחד על יד בעלה ומצד שני אצל האיש האחר שקבור שם".

וכוונת דבריו היא, שאם נקברת במקום שנקנה לה ליד בעלה, וניכר שנקברה שם כדי שתהא קבורה ליד בעלה, אין פגם ואי כבוד במה שמצד אחד קבורה ליד איש זר. דניכר שקבורתה שם היא כדי להקבר ליד בעלה, ולכן לדעתו אין

פגם בזה, והוא כמוש״כ שם בסוף הסימן, שבציון על גבי המצבה שנקברה בין ב׳ אנשים זרים בטעות, יורד החשש של הלעז.

וכתב שמצא בדומה לזה בשו״ת מהר״ש ענגיל, והיא התשובה שהבאנו לעיל. אך לענ״ד אין משם ראיה כלל שאין פגם. דהרי אדרבא המהר״ש ענגיל פסק שיעשו קיר מפריד כדי שלא תהיה האשה קבורה ליד איש זר. הרי דסבירא ליה שיש כאן בזיון וקפידא ולכן פסק לעשות קיר. וכן הוא המנהג בכמה מקומות. ועוד דזיל בתר טעמא, דבשלמא לגבי האשה כיוון שנקברה ליד בעלה יש לומר דאין לה בזיון וקפידא, דטפי ניחא לה להיות קבורה ליד הבעל. אבל לגבי מי שקבור בסמוך לה, מהיכי תיתי דנקבור אשה זרה לידו, מפני ניחותא שלה. ואולי סבירא ליה שכיוון שמוכח שקברה ליד בעלה אין קפידא בדבר, דניכר טעם מדוע נקברה ליד איש זר, וממילא אין קפידא גם לגביו. אך הדברים צ״ע, דבכל טעם שנאמר בהסבר האי מנהגא, עדיין נימא שיש קפידא לאיש זר הקבור שיקברו אשה זרה לידו, ומה איכפת ליה בניחותא שלה ומדוע לא ניזול בתר ניחותא דיליה, דאנן סהדי דניחא ליה שיעשו כמנהג ולא יקברו אחרת לידו. והרי בכלל המנהג הוא שאף שקוברים אשה ליד בעלה אין קוברים איש זר לידה.

ואין לומר דסבירא ליה שאין כלל קפידא בדבר, שבודאי גם איהו סבירא ליה שיש קפידא בדבר, עכ״פ במקום שנוהגים. וכמו שכתב שם בהמשך:

> ״ולא עוד, אלא אפילו אילו היה קורה מקרה שקברו לאשה בשכנות של איש אחר בלבד, ולא גם בסמוך לגבי בעלה, ג״כ ספק גדול אצלי אם יש משום נימוק זה בלבד שאין זה לכבוד שתהיה קבורה על יד איש, בכדי להתיר משום כן לפנותה משם״.

הרי דס״ל שודאי יש בזה פגם ואי כבוד בקבורת אשה ליד איש זר, אלא סבירא ליה שאין בזה כדי להתיר לפנות מת מקברו, הכרוך בכמה איסורים ולא התירוהו אלא בדוחק (ועיין במהר״ש ענגיל שם).

וראיתי דאף דהגרא״י ולדנברג ס״ל שאין בדבר כל כך אי כבוד בכדי להתיר הפינוי, בשו״ת שערי שמים סבירא ליה איפכא, וקורא לזה ״בזיון גדול״. ומסיק שם כסברת בעל האגרות משה, והדבר תלוי בשיקול הדעת.

עכ״פ לענין הלכה למעשה, כיוון שבירורנו שאף במקומות שמקפידים שלא לקבור איש ליד אשה זרה זהו רק לכתחילה, אבל אם עברו וקברו או קברו בטעות אין מפנים, ובמקצת מקומות בונים קיר להפסיק, וגם בזה יש לילך אחר המנהג ואין להתיר לפנות, אלא בכל מקום יעשו התקנה כפי שנהוג, וכמו שהוזכר הלכה למעשה בשו״ת מהר״ש ענגיל.

ובמה שהביא שם להוכיח מדברי האמרי אש ושו״ת פרי השדה, הנה מדברי האמרי אש אין ראיה כלל, דאיהו מיירי במקום שלא הקפידו לקבור איש ליד

אשה ואין להוכיח מהתם למקום שמקפידים. ואף שמדברי שו״ת פרי השדה משמע שהורה דבריו אפילו במקום שמקפידים, כמו שמשמע מלשון השואל, הנה למש״כ לעיל והוכחתי מדעות האחרונים, שבמקום שהקפידו לא התירו לקבור איש ליד אשה זרה, וביארנו שדין זה נסמך על האמור ביו״ד ס׳ רי״ד, ויש לומר דיש גם תביעה ממונית בדבר כמוש״כ, שוב צריכים לומר שבמקום שמקפידים על מנהג זה, אין מקום להתיר לכתחילה לקבור איש ליד מי שאינה אשתו, ואין לנהוג כפי שמשמע מפשט דברי פרי השדה, שאין לחוש בזה אף לכתחילה.

לג. אחרי כל האריכות שהארכנו יש לנו לחזור לנידון תביעתנו. הנה למה שביארנו אין למנוע מהח״ק לבטל השבילים הרחבים ולקבור במקומות אלו, וכן אין מניעה לבטל השבילים, אף שעל יד ביטול השבילים חלקת שומרי שבת לא תהיה ניכרת לעצמה. ובלבד שיקפידו להרחיק מכל הקברים שבחלקה זו ההרחקה הנצרכת על פי דין, שלא יקבר מי שאינו שומר שבת ליד שומר שבת. כמו כן מכיוון שלפי הצהרת הח״ק המנהג בכפר סבא הוא שלא להקפיד לקבור איש ואשה הזרים זה לזו בסמיכות, אין מקום לחייבם לנהוג מנהג זה, ואולי איכא בזה גם חשש איסור של הוצאת לעז על הראשונים.

מיהו אף שלדינא דוחים תביעת התובע, אין לומר שטענותיו היו מופרכות, וביה״ד מאמין לתובע שחשב שהשבילים ישארו כמו שהיו בשעת קניית חלקת הקבר. וכן טענתו בענין קבורת אשה זרה ליד אביו אינה טענה מופרכת, שהרי בהרבה מקומות נהגו להחמיר כמנהג זה, וסתם בני אדם חושבים שמנהג זה הוא דין. ובפרט בדיני אבלות ובית הקברות שחלק גדול מההנהגה בהם הנה על פי מנהגים ולא על פי דין. ויש לומר שלא תהא כהנת כפונדקית, וכמו שבכל חוזה שנחתם בין צדדים נוהגים לפרט מה כלול במכירה ומה שאינו כלול, ועל פי איזה תנאים ינהגו המוכר והקונה, גם בעסק מכירת מקומות בבית הקברות יש מקום לפרט התנאים, שלא יבואו הקונים לכלל טעות ולכלל תרעומת. ויש לעשות כן לשופרא דשטרא, וכמו שמצינו שחז״ל הוסיפו לשונות בשטר לשופרא דשטרא. לכן מציע ביה״ד לח״ק להוסיף בטופסים למכירת חלקות קבר, שהמכירה היא רק למקום הקבר ולא לשבילים המובילים אליו, ורשות ביד הח״ק לשנות ולבטל השבילים על פי רצונם וצרכיהם בכל עת שירצו. כמו כן יש להוסיף שהנהגת בית הקברות תהיה כפי המנהג הנהוג בכפר סבא מימים ימימה וכפי הוראת הרבנים הראשיים לכפר סבא. כמו כן יש לתלות שלט ליד המפה בכניסה לבית הקברות, שמפה זו היא רק לצורך התמצאות בבית הקברות ואין היא קובעת את התכנון העתידי של בית הקברות. הודעה כזו יש בה להוציא ממה שחושבים אנשים בסתמא, שזו תהיה צורת בית הקברות לעולם. ובדבר זה יבוא שלום על ישראל עד ביאת הגואל.

המסקנות העולות הם כדלקמן:

א. הקונה חלקת קבר בבית הקברות לא קנה אלא מקום הקבר.
ב. היכא שיש אפשרות גישה כלשהי, לא קנה השביל והדרך לקבר.
ג. מכיוון שהשבילים והדרך בבית הקברות לא נמכרו, יש רשות לח״ק להפוך השבילים למקום קבורה.
ד. העובדה שח״ק מאפשרת לרבים להשתמש במקום השבילים, לא נותנת זכות לציבור מדין מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו.
ה. אין לקבור מי שאינו שומר שבת ליד מי ששומר שבת ומהאי טעמא נהגו לעשות חלקות נפרדות לשומרי שבת.
ו. אין מניעה לבטל גבולות החלקה הנפרדת, ולקבור בשביל שלידה ובלבד שתהיה ההרחקה הנצרכת על פי דין מקברם של כל אחד מהנקברים בחלקה.
ז. בענין קבורת איש ליד אשה זרה שאינה קרובתו יש ג׳ מנהגים:
1. מקומות שלא מקפידים לקבור איש ליד אשה זרה.
2. מקומות שמקפידים שלא לקבור איש ליד אשה זרה, אבל קוברים איש ליד אשתו.
3. מקומות שקוברים אנשים בשורה נפרדת ונשים בצורה נפרדת ואין קוברין אף איש ליד אשתו.

ח. במקום שלא מקפידים לקבור איש ליד אשה זרה, אין צריכים לשנות המנהג.

ט. במקום שנהגו להקפיד שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו או שנהגו לקבור גברים ונשים בחלקות או בשורות נפרדות חייבים לילך בתר המנהג ואסור להם לשנות מנהגם.

י. במקום שנוהגים להקפיד שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, כל הקונה חלקת קבר קונה על דעת המנהג ויש גם השתעבדות ממונית שלא יקברו אשה ליד איש זר ואיש זר ליד אשה שאינה אשתו.

יא. במקום שנוהגים שלא לקבור איש ליד אשה שאינה אשתו, נחלקו הפוסקים במקרה שקברו איש ליד אשה זרה, האם יש לפנות אחד בהם לקבר אחר. הלכה למעשה לא נהגו לפנות מקברו בכהאי גוונא.

יב. ממליצים לחברת קדישא להוסיף בחוזה הנחתם בין הח״ק למשפחות הנפטרים סעיפים המעגנים בחוזה את הנהגות וזכויות הח״ק והקונים, וזאת לשופרא דשטרא.

הרב ניסים בן שמעון

תביעה לירושת משרת רב שכונה[1]

בפנינו תביעה לירושת רבנות בחיי האב. התובע הרב מ. הוא בנו של הרב פ. שהיה רב שכונה, מטעם המועצה הדתית. הנתבע - יו"ר המועה"ד, באותה עיר.

בהופעתם בפנינו טען ב"כ התובע כי כ-40 שנה שמש הרב פ. לשביעות רצונם של התושבים. עם הגיעו לגיל הפרישה רצה שבנו ימלא מקומו. הוא היה בתקן מלא, היקף המשרה שלו היתה מלאה, למעשה קיבל משכורת רק 50%, וזאת בגלל התקשי"ר, מאחר והוא עובד המועה"ד והיה לו תפקיד נוסף במשרד הדתות אנו דורשים 100 אחוז לבנו שאין לו בעית תקשי"ר.

ב"כ התובע מציין, כי אין נוהג לפטר רבנים בהגיעם לגיל פרישה, לכן נוהל מו"מ עם הרב פ. כי הבינו שלא יכולים לפטר אותו. מציג מסמך, לפיו ועדת המנגנון נענתה לבקשת הרב פ. ומשאירים את תקן רב השכונה בנוה עוז עד להוצאת מכרז. השכונה זקוקה לרב יותר משכונה אחרת.
אנו טוענים, שלאור החזקה והחלטת ועדת המנגנון אין אפשרות לקחת מאתנו את התקן.

לטענת הנתבע: הרב פ. אביו של התובע היה למעשה במעמד של חוזה, לא תקן קבוע. ולמעשה יכולנו לפטר אותו בכל עת. לגופו של ענין, משרד הדתות הקציב לנו רק 2 תקנים וחילקנו אותם בין 8 שכונות.

אמרנו לצרף לשכונה בה כיהן הרב פ. עוד שכונה כדי שאפשר להוציא מכרז ולמנות רב. כל השנים יש רק ביה"כ אחד, כיום יש עוד ביהכנ"ס לספרדים, שהם דורשים שהרב יהיה ספרדי כי הם רוב.

הצדדים סיכמו טיעוניהם בכתב, כאשר התובע מבקש להחליט, כי יש ירושה ברבנות, גם בחיי האב, ושהשכונה הזו מוחזקת בתקן, וכי על המועה"ד להוציא מכרז לרב שכונה ושהתובע ימשיך לכהן תחת אביו.

ועד השכונה ונציג ביהכ"נ שבשכונה הביעו תמיכתם להמשך כהונת התובע שב-4 השנים האחרונות מסר שיעורים בביהכ"נ, והיה אהוב ומרוצה ומקובל על הציבור לכן יש למנותו בתפקיד זה מטעם ומדין ירושה.

---

1 נימוקים בתיק 9515/ס"א בביה"ד ת"א, פ.א. נ' המועצה הדתית.

ואילו הנתבע מציע לתובע שיבחר בשלב ראשון כרב בית הכנסת ובמשך הזמן יש לקוות שיבחר לרב שכונה. ומבקש שביה"ד ידחה את התביעה לאור הנימוקים שכנגד.

טרם נברר דעת ההלכה מן הראוי לציין, כי למעשה לא נחתם שטר בוררין כדין, לאור העובדה שהתביעה איננה אישית נגד הנתבע אלא נגד המועצה הדתית, וכזאת אין שום תוקף לחתימה ללא קבלת רשות מראש העיר, וזה מסרב לתת הסכמתו לבוררות בפני ביה"ד.

הצדדים הסכימו להתדיין, ללא חתימה, כאשר התובע מבקש שיצא פס"ד בדעת תורה והמחיב את המועה"ד להוציא מכרז. כמו"כ יקבע שהגוף הבוחר יקבע בתיאום עם המרא דאתרא.

כמו"כ מבקש שתינתן רשות לפרסם ברבים את פסה"ד של כבוד הראב"ד לת"א בענין התחייבות המועה"ד לשמירת התקן ובענין החזקה של השכונה בתקן, ובענין הירושה תוך הודעה, כי במקום משמש רב בתפקיד.

דבר נוסף, ברצוני להעיר, על ההתקפות האישיות שהיו מיותרות לחלוטין ולא זו היא דרכה של תורה.

ב"כ התובע מצטט מדברי הרמב"ם בהל' מלכים (פ"א הז') ושעפי"ז פסק המבי"ט (ח"ג סי' כ') ששייך ירושה ברבנות גם בחיי האב.

ומוסיף מדברי הגאון הרב שלמה קרליץ זצ"ל, בספרו דברי שלמה סי' ל"א הכותב:

> "שאין צורך לברר ולפלפל בעיקר טענות זכות הירושה, שכן רב יושב על כסא אביו מטעם זכות ירושה ואין עוררין על כך".

כמו"כ מצטט מפס"ד שכתב הגר"מ אליהו שליט"א בתיק 144/ל"ב שכתב:

> "שגם ביציאה לפנסיה יש דין ירושה, ממה נפשך, אם יש אחרים שממשיכים לכהן אחר גיל פרישה א"כ לא הוגבל לזמן, ואם הוגבל הוי כמי שהועבר מחמת מום שבנו יורשו, כמי שהועבר מחמת אונס".

לאור האמור - מבקש ב"כ התובע לחייב את המועה"ד בפ"ת על פי דין תורה, כי יש דין ירושה ברבנות גם בחיי האב, ובפרט כשהבן מרוצה לקהל ואין עוררין

על כך. ולחייבה למסור להרב מ. את המשרה במקום כהונת אביו בכל היקפה, וישולם שכרו רטרואקטיבית מיום יציאת אביו לגימלאות.

ב"כ התובע כותב בענין "התקן לרב השכונה", כי במכתבה של המועה"ד לכב' הרב נאמר "כי ועדת המנגנון מיום ב' אדר תש"ס דנה בבקשת הרב לשמירת התקן כרב שכונה והוחלט להיענות לשמירת התקן", וכו', הרי שלשכונה היה תקן והמועצה התחייבה לשמור אותו.

לאור האמור ברור, כי לשכונה היה תקן מלא.

ב"כ הנתבע בסיכומיו עונה א' לאחת על סיכומי התובע, כשעיקרי דבריו הם:

א. התקן אכן נשמר כפי שהתחייבה המועצה עד להוצאת מכרז, אלא שהתובע אף שהגיש מועמדותו החליט חצי שעה לפני הראיון עמו להסיר את המועמדות מסיבות השמורות עמו.
ב. התקן לשכונה נשמר, אלא שצורפה אליה שכונה נוספת.
ג. מאחר והרב פ. עבד במשרה מלאה אחרת + 50 שעות נוספות + שעות כוננות מתי יכל לעבוד גם כרב שכונה?! כן מציין, שהרב פ. הועסק בחוזה ולא כמו כל שאר רבני השכונות.
ד. לאור העובדה שהתקנים מתמעטים יש לצרף שכונות זו לזו לכסות את השכונות ברבנים, לכן צירפנו עוד שכונה, גם שכונה זו זקוקה לרב.

באשר לטענת ירושה ברבנות, מאחר והועסק עפ"י חוזה, עם סיום הזמן כאמור בחוזה, הסתיימה כהונתו ואין ענין לירושה.

ועתה לבירור ההלכה.

למעשה עלינו להחליט כדלהלן:

א. אם חייבת המועצה הדתית להשאיר התקן בשכונה זו, ולהוציא מכרז.
ב. ירושה ברבנות.

א. ענין התקן וההבטחה להשארתו.

אין חולק שהיו הבטחות לרב פ. שהתקן לשכונה ישמר עד להוצאת המכרז (מכתבו של מנכ"ל המועצה ומכתבים נוספים), השאלה האם הבטחה זו לא ניתן לשנותה עולמית, והאם אינה מקויימת.

הנתבע טוען שאכן המועצה הדתית שמרה את התקן עד להוצאת המכרז, וכי התובע שהיה מועמד והוזמן לראיון למרבה הפלא הסיר מועמדותו בחצי שעה האחרונה לקיום הראיון.

מבחינת ההלכה נראה שצודק הנתבע. ותחילה יש לדון מה תוקף יש להבטחה זו.

הלכה ברורה ופשוטה היא, שהבטחות חייבים לקיים, זאת כאשר קיום ההבטחה היא על המבטיח, היינו, מבטיח לעשות דבר שבידו, משא"כ אם מבטיח לתת דבר שאין בידו מבחינה חוקית, גם אם היתה ניתנת הבטחה לרב למנותו במקום פלוני, מאחר ואין זה תלוי רק בידי המבטיח - אך אמנם ברור שצריך לעשות מה שבידו.
הבטחה להשאיר התקן עד להוצאת מכרז, מבחינת קיום הבטחה אפשר לומר, שהבטחה זו קויימה, הוצא מכרז והתובע אף הציג מועמדות, אלא שאח"כ חזר בו.

ב. ירושה ברבנות.

טרם נחליט בעיקר הטענה, ברצוני לציין, כדבר ברור ופשוט, ירושה אפשר לקבל בדיוק מה שהשאיר המוריש, אם השאיר מנה אצל אחרים לא יכול היורש לתבוע מאתיים. אסביר דברי:
כפי שהתברר מדברי הצדדים ומהאמור במכרזים שהוציאה המועה"ד יש כמה סוגים במעמד של רב שכונה.
א. רב שכונה עם משכורת מליאה.
ב. רב שכונה בתואר בלבד ללא תשלום.
ג. רב שכונה עפ"י חוזה עם תשלום חלקי.

כאשר הבן מבקש לקבל מדין ירושה את התפקיד שאביו היה משמש בו, לכל היותר זכותו לקבל מה שהיה לאביו, אילו האב היה משמש רב שכונה ללא שכר, חושבני שזה ברור לכל שאינו יכול לתבוע שכר.

לכן, גם בנ"ד, מאחר והמציאות היא שהאב קיבל שכר לפי חישוב מסויים, יכול התובע לכל היותר לתבוע בדיוק אותו השכר, ולא משנה למה האב לא קיבל יותר. אי אפשר לחייב את המעביד לשלם מדין ירושה יותר מאשר קיבל האב.

ולכן התביעה לחייב את המועה"ד למסור להרב מ. את המשרה במקום כהונת אביו בכל היקפה, ושישולם שכרו רטרואקטיבית מיום יציאת אביו לגמלאות, אין לה כל מקום לפחות לענין "בכל היקפה".גם ההנחה של ב"כ התובע, שמכיון שיש דין ירושה לכן מגיע לשלם לו שכרו רטרואקטיבית מיום יציאת אביו לפנסיה, יש לדחות עפ"י מש"כ ה"אבני נזר" יו"ד סי' ה' וז"ל:

"ליתא, דאף שהוא ירושה מ"מ כל זמן שלא מנוהו בני העיר לרב אין לו דין רב...".

ענין ירושה ברבנות נדונה כבר הרבה בפוסקים וכפי שהוזכרו במקצת ע"י ב"כ התובע, ואף ב"כ הנתבע צירף פס"ד שיש ללמוד מזה הרבה, כמו"כ בענין ירושה בחיי האב נשתברו הרבה קולמוסין, אצטט במקצת, שאכן יש ירושה ברבנות גם בחיי האב, אלא שעלינו לברר האם בנ"ד שייך לתבוע זאת.

ג. ירושה מחיים.

ב"כ התובע כותב בפשיטות שיש דין ירושה מחיים, ומצטט הסוברים כן. אולם אין זה פשוט כלל וכלל, דגם לסוברים שיש דין ירושה מחיים סבי"ל שיש לחלק בין עוזב מרצונו לבין בע"כ.

בשו"ת "מנחת ש"י" סי' "ב, נשאל בדין ירושה במצוות, אם האב עוזב את העיר, אם בנו זוכה במינוי שהיה לאב. והביא דברי הרמ"א, שו"ע או"ח סי' נ"ג סעיף כ"ה, והיא מתשובת הרשב"א סי' ש':

"שליח ציבור שהזקין ורוצים למנות בנו לסייעו לפרקים אעפ"י שאין קול בנו ערב כקולו, אם ממלא מקומו בשאר דבריו, בנו קודם ואין הציבור יכולים למחות".[2]

וסיים הרשב"א שם:

"...ועוד אפילו לא היה האב יכול לעמוד בשימושו, אם הבן ראוי לכך אף שיש אחר טוב ממנו - שורת הדין שיהא הוא קודם לכל אדם... וכלל גדול אמרו בכל המינויים, שאם היה הבן ראוי הוא קודם לכל אדם... וכ"ש עכשיו שהאב קיים ומשמש בשימושו אלא שצריך עזר לקצת ימים שהדין נותן שיהיה בנו קודם לכל אדם", עכ"ל.

2 עיין כף החיים שם אות ק"ד ואות קי"ז.

וע״ש שהביא מפירושו של הגאון ״גור אריה״, על שו״ע יו״ד סי׳ רמ״ה סק״ג שכתב:

״רב מושכר מהקהל והוצרך לצאת מן העיר, יכול למנות אחר במקומו כרצונו״.

לדעתו של ה״מנחת ש״י״ כשעוקר האב דירתו ואינו יכול עוד להשתמש בחזקתו יכול ליתן חזקתו לבנו. וכתב ״בשדי חמד״ באסיפת דינים ח׳ אות ס״ג ד״ה ומזה נלמוד:

״ואפשר שיש לחלק בזה בעיקר יציאתו את העיר, בין אם היא לאונסו לבין מרצונו , דמדברי הרשב״א לא למדנו אלא כשהוא אנוס שאינו יכול לעמוד במינויו לפי שהזקין מאד וכיוצא, אבל מי שברצונו הוא עוזב את העיר ואין לו כל אונס, אפשר דאף שילך למקום אחר... אינו יכול ליתן את מינויו לבנו״.

הסברא ברורה, דכשפורש מרצונו היות ויכול היה להמשיך בתפקיד ועזב נמצא שהוא וויתר על זכותו להמשיך בתפקיד. משא״כ כאשר הוא עצמו כבר אינו יכול להמשיך ועל כרחו עוזב, הרי זה כמו מת שיכול להנחילה לבניו.

גם בספר ״צפיחית בדבש״ סי׳ ה׳ האריך בענין זה וכתב:

״...מ״מ אפשר דהיינו דוקא כשמת האב שנמצא שהאב לא הפקיר זכותו ורק מלאך המות הוא דאנסיה בזה, היא דאמרה תורה שהבן קם תחת אביו... אבל אם האב מחל והפקיר את זכותו שוב אין לאב מה להוריש, וא״כ בנדון זה שהאב נסתלק ממינויו מדעתו ומרצונו בלא שום אונס... וכיון שמדעתו נסתלק הוי כהפקיר זכותו ופקע כח זכותו ממנו ונפל זכות זה לבני הקהל והרשות בידם לברר ולמנות את מי שירצו״, עכ״ל.

ועיין בשו״ת ״זרע אברהם״ חו״מ סי׳ כ״א ״בית דוד״ או״ח סי׳ ל״א וב״חקרי לב״ או״ח סי׳ כ׳.

נמצינו למדים, דאם האב עזב מרצונו לדעת גדולים וטובים אין לו זכות להעביר לבנו.

והנה בנ״ד טען התובע ומסתמך על חוו״ד של הרב ש. מירון שלמעשה אי

אפשר היה לפטר את האב, וכי הוא עזב את מקומו מרצונו, א״כ, לפי דעות הפוסקים הנ״ל אין כל זכות להעביר לבנו.

ובאמת בנ״ד כפי שעולה מדברי התובע עצמו, כי האב עזב למעשה את השכונה לפני כ4-שנים, וזה ברור היה מרצונו (אף אם על הפיטורים כשמגיע לפנסיה יש דעות חלוקות) ולכן גם מטעם זה אי אפשר לחייב את הנהלת המועצה הדתית להוציא כסף לשלם לתובע, כשטוענים אין דין ירושה, ויכולים לומר קים לי כאותם הפוסקים (בי״ד יכול לטעון קימ״ל).

ד. אמנם אף אם נחליט שהיה מוכרח לפרוש, וששייך דין ירושה כשפורש לפנסיה, כפי שפסק הגר״מ אליהו שליט״א, מ״מ בנ״ד יש לי הרהורים לפיהם אין כלל דין ירושה לכו״ע.

ותחילה נזכיר כי בנ״ד אביו של התובע למעשה היה עובד במשרה אחרת. כל מי שהכיר אותו ידע שהוא עובד בכיר במקום פלוני מעטים מאוד ידעו בכלל שהוא נקרא רב שכונה. הוא גם לא התגורר באותה שכונה.

לדברי הרב פ. היה דורש בשבתות ומועדים ופוסק להם הלכות וכו׳.

הנה ענין ירושה ברבנות כפי שמובא בפוסקים הוא ענין של שררה ו/או כבוד.

אצטט בקצרה מאותו פס״ד שהוזכר ע״י הצדדים: ערעור תשל״ב/144. (פד״ר י׳, עמ׳ 61-38) ישבו בדין הגר״א גולדשמידט זצ״ל, הגר״ש ישראלי זצ״ל ויבדלחט״א הרשל״צ הגר״מ אליהו שליט״א.

בעמ׳ 43 כתבו על דברי החת״ס בתשובות סי׳ י״ב ו-י״ג:

> ״הרי דבריו ברורים, שרבנות יש בה מהנהגת הציבור, וזוהי שררה מסוג מלכות. וכיון דפתיך בה ענין מלכות, ע״כ יש בכל מינוי רבנות מגדרי ירושה... וכן הבין ב״אבני נזר״ יו״ד סי׳ שי״ב אות נ״ג, לאחר שהסביר שרבנות בזמן הזה... 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... והוראות ג״כ שואלים לכל בן תורה יודע להורות... שחתם סופר עצמו

בסימן י״ג חזר בו שהרב ממונה על הנהגת העיר... ויוצא מזה... לפי מה שנוקט החת״ס, שכתר תורה אינו בירושה, וזה כולל הוראות איסור והיתר וגיטין וחליצה כמו שכתוב ב״אבני נזר״. ורק מכח היות הרב ממונה להנהגת העיר הוא שפוסק החת״ס שיש דין ירושה ברבנות״.

ובדף 59 כתב הגר״מ אליהו שליט״א:

״וא״כ בנידון דידן הרי אם נאמר שאביו היה משמש רב מנהל מחלקה, יש לבנו זכות ירושה, כי הלכות שעל הרב לפסוק במקום זה, הגם שהם שכיחות, עם כל זה פסק הוא ויש לו בו שררות ורבנות, ואם נאמר שרק ענין של מנהל הוא, הרי שיש לו בזה שררה של כבוד שאחרים סרים למשמעתו...״.

מדבריהם למדנו, שענין ירושה רבנות מצד שררה או שררה של כבוד שאחרים נשמעים אליו.

הבה נראה בנ״ד לחשוב את תפקידו של הרב פ. אביו של התובע, מבלי להוריד מערכם של הדברים והמעשים שהיה עושה, כשאנו דנים אם יש בזה שררה ו/או שררה של כבוד. לענ״ד אין כאן לא שררה ולא כבוד. איזו שאלות היו שואלים אותו ואיזו הנהגה, לפי פירוש ה״אבני נזר״ הנז׳ בדעת החת״ס. אמנם ברור שהיו מכבדים את הרב כשנכנס ויוצא ואולי אף ממתינים לו עד שיסיים שמונה עשרה. אני עצמי ביקרתי שם לפני ר״ה בשעות הערב, והיו ב׳ בתי הכנסת סגורים ונעולים על מסגר ובריח. אף נאמר לי שכלל לא פתוח למנחה ומעריב. אבל כאמור כאשר תפילות מקיימות רק בשבתות, בימי חול אולי פעם א׳ וכל השבוע הוא כפי הדיווח היה עובד במישרה אחרת עד שעות מאוחרות, והציבור יודע שהוא משמש בתפקיד אחר אין לכו״ע ענין של שררה, וממילא אין דין ירושה ברבנות זו.

אמנם ראיתי בשו״ת ״גינת ורדים״ יור״ד כלל ג׳ סי׳ ז׳ שנשאל:

״מעשה בראובן שהיה פרקו נאה ממולח ומזורז בחסידות ויראת ה׳ היא אוצרו, היה לו מינוי גבאות הארגז של קבורת מתים, ועוד לו מינוי אחר שהיה ראש על חבורה של מצוה של גומלי חסדים. ונפטר ראובן לחיי עולם והשאיר אחריו בן הגון שייף עייל שייף נפיק ודחיל חטאין, ובאו יחידי סגולה מהקהל טובים וחשובים שבהם לבי״ד לימלך כדת מה

לעשות, וכראות הבי״ד שבנו של ראובן הוא ממלא מקום אביו העמידו והחזיקו שני המינויים הנז׳ בידו.
אח״ז קמו עמדו מקצת חכמים אנשי השם, המה הגבורים וראשי המדברים והפליגו בדברים לומר שלא עשו בי״ד כהלכה ושאין במינוי גזברות הארגז דין קדימה לבן, ונוסף עוד במינוי הראשות, כי לא היה במינוי זה בידו של אביו לכל ימי חייו רק לזמן קצוב, ושמפני טעם זה לא שייך במינוי זה דין קדימה״.

טענת המערערין למעשה הן שתים. א. אין בגזברות הארגז שום שררה וכבוד וטענה ב׳ כיון שנתמנה האב לזמן קצוב אין בנו יורשו בתפקיד זה.

ע״ז השיב הרב:

״דבר פשוט הוא שלא רק לענין מלכות הבן זוכה וקודם לכל אדם, אלא ה״ה לכל שאר המינויים, כדכתב הרמב״ם בפ״ד מהלכות כלי מקדש הל׳ כ׳ ובפ״א מהל׳ מלכים הל׳ ז׳, ובזה אין אומר ואין דברים. והנה עינינו רואות כמה מעלה וכבוד בשני מינויים אלו והדיבור אך למותר... ושפיר זוכה הבן ויורש כבוד אביו, ואפילו שלא היה שם כבוד מרובה רק מעט מזער, ויליפנא להך מילתא מדברי הרשב״א בתשובה סי׳ ש׳, שבנו של ש״צ קודם לכל אדם. ועיני הרואות שאין ש״צ מתנהג בשררה על הציבור אלא אדרבא הוא סר אל משמעותם וכפוף לעשות חפצם ורצונם...
נמצינו למדים, דכי האי גוונא איכא למימר בשאר המינויין שאין להעביר הבן״.

מדבריו למדנו, שבכל ענין אף שלכאורה אין בזה כבוד או שררה זוכה הבן, א״כ בנ״ד תפקיד של רב שכונה ברור שחשוב שררה וכבוד אף אם במקרה דנן שאינו מתגורר במקום וכו׳.

ה. והנה אף אם נחליט שבנ״ד אכן יש בו שררה וכבוד, מ״מ מאחר וכאמור היה תפקידו של האב לזמן קצוב מחוזה לחוזה ובזה אין הבן יורש.

ואף שראיתי שמביאים את ה״גינת ורדים״ הנ״ל דסבי״ל שאף במינוי לזמן קצוב יש בו דין שררה, לענ״ד במחילה מכבודם לא ראו את דבריו בתוך הספר דז״ל:

"ומה שטענו שבשביל שהמינוי הראשות היתה קצובה לזמן שלכן אין הבן קודם לכל אדם, לע"ד אין כאן תבלין. כי למה זה יגרע זכותו של בן להשלים זמן המוגבל לאביו".

לדעת ה"גינות ורדים" כאשר האב היה קבוע לו זמן ונפטר תוך הזמן, זכותו של הבן להשלים הזמן הזה, ובזה הוא קודם לכל אדם, אבל אם נשלם הזמן ונפטר האב מהיכי תיתי שיש זכות לבן יותר ממה שהיה לאביו. ולכן נראה שכאשר האב פרש לגימלאות - פירוש הדבר שהמינוי היה עד לגיל זה ממילא אין לבן זכות יותר מאשר היה לאביו.

אמנם דעת ה"חת"ס" היא דגם כשכותבים זמן במינוי רב, לא יכולים לפטר רב וז"ל:

"...נהי דכותבים זמן בשטר רבנות, היינו לטובת הרב המשכיר שיהא יכול לחזור בו אחרי כלות הזמן, ואינו כעבד. אבל הקהל אין בידם לחזור אפילו בכלות הזמן, אלא במקום דנהגו. וע"כ כתב הרמ"א דתליא במנהג. ולא נשמע ולא נראה מעולם במדינות הללו שמסירים הרב והורידוהו מכסא רבנות שלו וכן לא יעשה...".

וכך גם נראה מדברי ה"חמדת שלמה" סי' ז':

"כששכרו חזן לג' שנים... אבל בזמנינו דאין דרך לסלק בלא חשד ודאי דאין לסלקו חנם".

ורבים פוסקים אחרים כתבו כדברי החת"ס.

וכזאת מצאתי בשו"ת "מהר"י הלוי" סי' נ' שנשאל על רב א' מארטא יע"א שקיבלוהו עליהם לזמן ב' שנים ואחר עבור ג' שנים היה מי שרצה לסלקו, והאריך בזה, והביא תשובת הריב"ש ז"ל סי' רע"א שכתב על נדון הרב יוחנן ז"ל:

"כיון דנהג נשיאותו בהסכמת הקהל וקיבלוהו עליהם מעתה אין מורידים אותו דמעלין בקודש וכו'.

ואין לומר דכ"ז מירי דווקא היכא דקבלוהו עליהם בסתם, ולא קבעו לו זמן אבל היכא שקבעו לו זמן ונשלם זמנו לא שייך למימר מעלים בקודש כיון דנשלם הזמן...

ועוד יוכל להיות שקביעות הזמן מהני לחייב החכם שלא יוכל לצאת קודם הזמן, אבל כל עוד שירצה החכם לשבת עמהם ולנהוג בשררה לא יוכלו הם לסלקו...".

ע"ש שהביא ראיה לדבריו משו"ת מהראנ"ח סי' ע"ט, שכתב על ש"צ דכל שלא נמצא בש"צ הקדום שום דופי ופיסול אין להעבירו, דאי בתוך זמנו מהיכא תיתי להעבירו מפני אחר שקולו ערב וכו', ע"ש.

וכן הוכיח מתשובת מהרד"ך בית ב"ב חדר י"א, שכתב דהיכא שקיבלוהו עליהם לראש אעפ"י שנשלם הזמן הקצוב ביניהם, כל זמן שלא בא חכם גדול ממנו אינם יכולים לסלקו ולהוציאו מגדלותו, ע"ש.

ועיין מהרלנ"ח סי' ע"ט.

אמנם חוכך אני אם לומר, דלענ"ד במקומינו נקרא מקום שנהגו לפטר כשקובעים זמן, שהרי אין לך תפקיד רבני שיש בו שררה יותר מרב ראשי לישראל וראשון לציון, ובכ"ז ממנים ל-10 שנים ואין פוצה פה ומצפצף.

נמצא, שמאחר ומלכתחילה נכנס על דעת כן שרק עשר שנים ישמש בתפקיד וזה הפך למנהג, תמיד היו בחירות כל 5 שנים ולא היה מינוי לכל החיים.

וכך מצאתי בספר "כפי אהרן" ח"ב יו"ד סי' ו' שכתב וז"ל:

"...וצריך להבין טעם המנהג הזה שנהגו באיזו מקומן למנותם על זמן ידוע ולא חליפות... ואין ספק כי טעמא דמילתא הוא שיש אנשים רבים הראויים לזכות באותו מינוי או שררה או מצוה וזה יאמר לה' אני, ואני אעבוד במלאכת ה', וזה יאמר מאי חזית דדמא דידך סומק טפי מדידי, גם אני עבד ה' ולי ראוי לעבוד, ואתו לאינצויי. לכן תיקן אדונינו דוד המלך ע"ה כ"ד משמרות כהונה חוץ מהרגלים, ומאז והלאה תקנו אבותינו בזמן שביהמ"ק קיים שיבנה במהרה בימינו אמן פיס לכהנים... וכן היה בימי הרשב"א ז"ל באותם מקומות שכתב באותה תשובה הנזכרת שנהגו למנות אנשים על צרכי ציבור לזמן וכן היה גם בזמן הרשב"ש ז"ל כמש"כ בתשובה סי' ת"א. ולכן בעיה"ק ירושלים ת"ו כי מציון תצא תורה והיא עיר גדולה של חכמים ושל סופרים תקנו שיהא להם ד' בתי דינין קבועים כל בית דין יעמוד על משמרתו ג' חדשים,

ובתשלום ה-ג׳ חדשים יסתלקו אלו ויעמדו אחרים תחתיהם, כדרך משמרות כהונה. ובתשלום ה-ג׳ חדשים לא יוכל אותו בי״ד לומר איני מסתלק משררתי וידחו את בי״ד השני מפניו.

ובזמן הגאון הרדב״ז ז״ל היה חליפות למו בכל שנה, כמש״כ בתשובה ח״א סי׳ י״א. אמנם הש״ץ ושוחט מתא לא זזו ממקומם...
וכן בעיר זו שאנו עסוקים בה יש להם מנהג קדום שבכל שנה מעמידים ב ו-ג׳ גבאים שיעמדו לשרת בביהכ״נ ובתום השנה ההיא מחליפים אותם... ואין פוצה פה״.

לדעת גדול זה אף אם נתמנה לזמן אין יכולים להורידו מגדלותו, אלא אם נהגו בכך.
וכן נראה מדברי הגר״ח פאלאג׳י זצ״ל בהגהותיו לתשובת הרשב״א סי׳ רפ״ו שכתב וז״ל:

״והנראה בזה ברור לחלק דדבר זה תלוי במנהג. דאם המנהג לסלקו בבא הזמן ולמנות אחרים, ודאי דליכא שום פקפוק. ברם כל שלא נהגו כן אעפ״י שיהיה הקבלה והמנוי לזמן איכא משום מעלין בקודש ואין מורידים וזה פשוט״.

ועיין ״כפי אהרן״ שם סי׳ ז׳ שהרבה להשיב ע״כ בזה והביא דעות פוסקים ראשונים ואחרונים כאומר לדעת רבים כאשר נבחר לזמן ונהגו להחליף ולקחת אחר ליכא חשש.

א״כ בנ״ד שהמנהג לקבל עד זמן פרישה לפנסיה ואח״כ מקבלים רב אחר אין דין ירושה.

ו. יש להוסיף נקודה נוספת שטען ב״כ הנתבעת, כי אביו של התובע למעשה היה בתפקיד רב שכונה עפ״י חוזה מיוחד, חוזה אישי שמשמעו שאינו ניתן להעברה ובוודאי לא בירושה.

בסעיף 4 לחוזה נאמר במפורש כי העסקתו עפ״י חוזה למשך שנה א׳ בלבד. ובסעיף 6 נאמר כי רשאי יו״ר המועה״ד או מי שהוסמך על ידו (לענין זה) להפסיק את שירותו של העובד בכל עת על ידי מתן הודעה מוקדמת בכתב חודש מראש או ע״י תשלום משכורת של חודש א׳.

לפי סעיפים אלו ברור שהאב עצמו היה עובד שרשאים היו לפטר אותו בכל עת, ומ"מ בתום תקופת החוזה רשאים היו שלא לחדשו.

והנה הרמ"א ביו"ד סי' רמ"ה סעיף כ"ב כתב:

"מי שהוחזק לרב עיר אפילו החזיק בעצמו באיזה שררה אין להורידו מגדולתו... אפילו בנו ובן בנו לעולם קודמים לאחרים... ובמקום שיש מנהג לקבל רב על זמן קצוב או שמנהג לבחור במי שירצו הרשות בידם".

לדעתו של הרמ"א כשמקבלים רב לתקופה קצובה אין חייבים לחדש עמו את החוזה להמשיך מחדש את השררה ורשאים להביא אחר במקומו.

בפס"ד הנ"ל שכתב הגר"מ אליהו שליט"א, ממנו ציטטו הצדדים, והתובע במיוחד ציטט הקטע בדף 51 להוכיח שיש ירושה מחיים.

לדעתי, יש ללמוד דעתו של הגר"מ אליהו שליט"א דבנ"ד אין דין ירושה. להלן דבריו:

"ומה שנשאר לנו לברר הוא אם תפקיד זה שמילא אביו נכנס לסוג המשרות שעוברות בירושה מאב לבן לפי הדין, וכן היות ולפי החוק והתקנות יוצאים לפנסיה בגיל מסויים הוי כאילו הוגבל בזמן, כי בבא הזמן הוא יוצא, וא"כ אז אין לו זכות להוריש לבנו מה שאין לו הוא עצמו...".

לדעתו פשוט הדבר כאשר המינוי של האב הוא לזמן מסויים, ולא לכל הזמן - וכל ימי חייו אין במשרה זו דין ירושה.

לכן בנ"ד שכאמור נתמנה עפ"י חוזה לשנה א' בלבד, וגם בתוך השנה רשאים היו עפ"י חוזה לפטר אותו, אף שלמעשה במציאות חידשו את החוזה עם תום זמן הראשון, מ"מ אין זה מוציאו מכלל משרה עם חוזה שאין בה דין ירושה, כך שאף אם נחליט שכשהגיע זמן לצאת לפנסיה בכל עובד רגיל יכול להעביר בירושה לבנו, בנ"ד אין שייך דין ירושה.

כן יש להעיר, כי התובע מציין שאביו כיהן 40 שנה כרב שכונה, וכך גם כתב רב העיר שליט"א במכתבו של יו"ר ועד השכונה מיום כ"ט תמוז תשס"א כותב:

"... כמו"כ 20 שנה שירת בהתנדבות ללא תמורה". נמצא שלדעת התובע רב שכונה נקרא גם כשעושה זאת ללא תמורה.

א. ענין התקן וההבטחה להשארתו.

תחילה ברצונו להעמיד דברים על דיוקם בענין ההבטחה.

א. אין שום הבטחה מפי יו"ר המועצה"ד לשמירת התקן. מנכ"ל המועצה כתב בשם ועדת המנגנון שהסכימו לשמירת התקן עד להוצאת המכרז (נספח ה' מצד התובע).

ב. כבוד רב העיר שליט"א במכתבו ליו"ר המועצה"ד מיום כ"ה חשון תשנ"ז המליץ שרצוי לבחור רב במקומו ושלא תשאר השכונה ללא רב (נספח 3).

מבחינת קבלת המלצת הרה"ר שליט"א גם אם יתקבל רב שכונה ללא שכר לא תשאר השכונה ללא רב.

כעולה מהמכרזים מתברר, שגם אם רוצים למנות רב שכונה ללא שכר מחייב הדבר מכרז והחלטות קודמות, שאל"כ היו ממנים בכל השכונות רב ללא שכר. לכן אין זה פשוט לומר, שאם החליטה המועה"ד למנות רב שכונה ללא שכר היא מפירה את ההבטחה להשאיר את התקן.

לפי האמור לעיל שלמעשה היה האב מקבל תשלום עפ"י חוזה, ז"א שלא יכל לקבל הבן יותר מאשר היה לאביו (גם אם היה דין ירושה), לכן טוב עשה יו"ר המועה"ד שצירף שכונה נוספת לשכונה זו, וזאת כדי שאפשר יהיה לשלם תשלום מלא, בבא העת, לרב שיתמנה חצי ע"ח שכונה זו וחצי ע"ח שכונה הנוספת. וחבל שהתובע הסיר מועמדותו, כי כאמור, השכונה היתה מוחזקת מבחינת שכר לרב השכונה בחצי משרה.

באשר להתנגדות התובע לצרף שכונה נוספת לשכונה זו, ושהרב ישמש כרב בשתי השכונות, מצאנו בפוסקים שדנו כשרוצים לצרף רב נוסף לרב שנמצא במקום, היינו שלאותה שכונה-עיר ישמשו ב' רבנים.

בשו"ת מהרש"ק ח"ג סי' מ"ו כתב:

"קהל שקיבלו עליהם לראש ולקצין ושיהא מרביץ תורה וילמדם תורה ומצוות והחזיק שם, ועתה באו מקצת הקהל ורוצים למנות אחר שיהא

עמו במחיצתו באותו תפקיד... לא מבעיא אם ע"י כניסתו של השני תהיה סיבה ח"ו להשפלת כבודו של ראשון...".

ובספר "רוח חיים" פלאג'י חו"מ סי' כ"ז דף ע"ג:

"ודע דאפילו להניח אדם אחר בשררה שזכה הוא לבדו איכא איסור משום מעלין בקודש ואין מורידין, דזה נמי נקרא הורדה, וכמ"ש בשו"ת המבי"ט ח"ג, "זרע אברהם" חו"מ סי' כ"א, "גינת ורדים" יו"ד סי' ח'. דכשם שאין בידינו להעביר את המינוי בשררה לגמרי, כך אין בידינו לשתף עמו אחר בשררה ההיא, דזה נמי ירידה חשיב...".

ברור הדבר שהדברים אמורים רק כאשר רוצים למנות רב נוסף לשכונה זו או לעיר זו, בזה כתבו שאסור דחשיב כמוריד ונוגס לו חלק מהשייך לו, משא"כ אם רוצים להוסיף לו עוד שכונה האם יש בזה חשש כל שהוא.

אדרבה המציאות היא שמוכנים לקבל לחסותם שטחים נוספים בפרט בשכונה שאנו דנים בה שיש בה ס"ה ביה"כ אחת ולאחרונה ב' בתי כנסת, אבל שתיהן צמודות זו לזו, כך שהרב יכול ללא בעיא לשמש בשניהם ולא ירגישו כל חסרון אם הרב שיתמנה יהיה אחראי על שכונה נוספת.

לסיכום: מצד התחייבות המועצה להשאיר לשכונה התקן, אם מצרפים שכונה נוספת אין בזה אי קיום הבטחה.

מהאמור עולה:

א. יש סוברים שיש דין ירושה ברבנות דוקא לאחר אריכות ימים ולא מחיים.

ב. אף לדעת הסוברים דיש דין ירושה מחיים, רבים מהם סוברים דזה דווקא אם נאלץ לפרוש מאונס, אבל כשפורש מרצון אין דין ירושה.
ויש הסוברים בהיפך דדוקא אם פורש מרצון יכול להעביר "זכותו" לבנו.

ג. לדעתי תפקידו של הרב פ. בשכונה אי אפשר להחשיב כשררה.

ד. אף אם נחליט שיש בזה שררה, יש לומר דמהני רק לענין שלא להוריד אותו עצמו, אבל לא שיחשב שררה לענין ירושה.

ה. אף אם נחליט שנחשב שררה גם לענין ירושה, היינו דווקא כשנתמנה האב לכל ימי חייו. וכיון שבדרך כלל המינוי רק עד הגיעו לפנסיה, כשהגיע זמן זה פקע זכותו לגמרי.

ו. אף לסוברים שגם כשמגיע לפנסיה יש דין ירושה היינו דווקא כשהמינוי היה עד גיל הפנסיה, אבל כשהמנוי רק לשנה אין דין ירושה.

ז. אף לסוברים שגם כשקבעו זמן יש דין ירושה, היינו כאשר באותה תקופה שנתמנה אי אפשר לפטרו, אבל בנ״ד שישנו סעיף מיוחד הקובע שיכולים לפטרו בתוך השנה, בזה לכו״ע אין דין ירושה.

ח. אף אם נרצה לדחוק עצמינו להחליט שלמרות כל הנ״ל יש דין ירושה, מ״מ ברור לכולם שיש צורך בהוצאת מכרז להגשת שמות מועמדים ויבחר כדת וכדין וא״כ ברור שזכות הירושה אינה עומדת לעולמי עד!!! ומאחר ובנ״ד הוצא מכרז כדין והתובע הגיש מועמדותו אף הוזמן לראיון אלא שבמקום להופיע בחר התובע להסיר מועמדותו מטעמים משלו.
יש רק לומר שלמזלו לא היו מועמדים אחרים לשכונה זו, אחרת יתכן והיה נבחר רב אחר ושוב לא היה כל מקום לדיון.

לאור כל האמור יש להגיע למסקנות כדלהלן:

א. המועצה הדתית עמדה בהתחייבותה להשאיר התקן עד להוצאת מכרז.

ב. דוחים את התביעה ואין לתובע זכות מדין ירושה.

ג. ביה״ד ממליץ לתובע לקבל הצעת הנתבע - יו״ר המועצה הדתית להתמנות תחילה כרב ביהכ״נ תוך הבטחה שבמשך הזמן יתמנה כרב שכונה.

ד. לכשיוצא מכרז, על המועצה הדתית לציין במכרז (לידיעת המועמדים) כי בשכונה מכהן כבר זמן רב בנו של מי שכהן במקום עשרות שנים.

ה. רשאים לפרסם - כבקשתם - ברבים פס״ד זה.

הרב שמואל אהרן פלדמן

תשלומי פיצויים למשפחת הנהרג

שאלה: מעשה שאירע בעיר ניו יורק, גוי נסע ברכב ופגע ביהודי והרגו, ובית המשפט פסק סכום כסף שעליו לשלם למשפחת הנרצח בתור פיצויים. ונשאלה השאלה, א. האם יש זכות לבעלי חוב של האב שנהרג לגבות מממון זה. ב. אפילו אם נאמר שהזכות היא עבור ילדיו בלבד, עדיין יש להסתפק האם ילדיו זוכים בסכום מדין ירושה, דהיינו שהממון היה מיועד עבור האב, אך מאחר והאב נפטר הבנים יורשים זאת, או שהבנים מקבלים בזכות עצמם ואינו מגיע כלל מדין ירושה.

הנפק"מ בחקירה זו היא מה דין הבנות? שאם נאמר שהממון ניתן לילדים מדין ירושה - אין זכות לבנות בו, שאין הבת יורשת נחלה במקום שיש בן. אך אם הוא בתור תשלומים לילדים אף הבנות מתחלקות בממון. אמנם, ראוי להוסיף, שאף אם נאמר שהממון מגיע מדין ירושה, אין הבכור נוטל בזה פי שניים, דמבואר בגמ' (ב"ק מב, ב) שתשלומי כופר נחשבים ל"ראוי", ובב"ב (קכ"ג, ב) מבואר דאין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק.

תשובה: לכאורה יש לדמות את תשלומי הפיצויים לדמים וכופר שמשלם בעל שור שנגח אדם. אלא שגם שם יש לנו להסתפק באותן ספיקות שנסתפקנו בנידו"ד, האם בע"ח יכול לגבות מדמי הכופר בחובו, ואם הבת יורשת עם הבנים את התשלומים.

בגמ' (ב"ק מ"ב ע"ב) נאמר:

> "ת"ר, 'והמית איש או אשה', אמר ר"ע, וכי מה בא זה ללמדנו? אם לחייב על האשה כאיש - הרי כבר נאמר 'וכי יגח שור את איש או את אשה', אלא להקיש אשה לאיש, מה איש נזקיו ליורשיו אף אשה נזקיה ליורשיה". ומקשינן בגמ': "וסבר ר"ע לא ירית לה בעל, והתניא: 'וירש אותה' - מכאן שהבעל יורש את אשתו - דברי ר"ע. אמר ר"ל, לא אמר ר"ע אלא בכופר, הואיל ואין משתלם אלא לאחר מיתה הוי ליה ראוי, ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק", ע"כ.

מפשטות דברי הגמ' נראה שכופר בא מדין ירושה, אלא שאין הבעל יורש זאת מאחר ואין הבעל נוטל בראוי. ויותר מבואר הוא בתוס' שם (ד"ה והוה ליה), שהקשו, למה הוצרכנו לקרא דוהמית איש או אשה לומר שאין הבעל יורש בראוי, הלא בב"ב (קי"ג ע"א) דרשינן לה מקרא אחרינא. ותירצו, דאי

לאו קרא דהכא הו״א שכופר אינו נחשב לראוי, כיון שנעשית החבלה מחיים. וחזינן שהתוס׳ מדמין לגמרי את דין הירושה דכופר לשאר ירושות, ואילו לא היינו אומרים את הסברא דנעשית החבלה מחיים, היינו יכולים ללמוד שאין הבעל נוטל הכופר מחמת קרא דב״ב שאין הבעל יורש את שאר ירושות אשתו בראוי כבמוחזק. הרי שהתוס׳ הבינו שדין הכופר בשור הוא מדין ירושה רגילה.

במהרי״ט (ח״ב אהע״ז סי׳ ד), ובשו״ת מהר״ם מלובלין (סי׳ פ״ו) הובא כעין שאלה שלנו. שגוי הרג יהודי, והערכאות חייבוהו לשלם ממון למשפחת הנרצח, ועתה בא בע״ח של הנרצח לגבות את חובו מממון זה, האם יכול לגבות. ומהרמ״ל דן בזה מדין ״מטלטלי דיתמי לבע״ח לא משתעבדי״. וכתב, דהגם שתיקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע״ח, משום שעליהם עיקר סמיכות דעתו, בנידו״ד אינם יכולים לגבות, שעל דמי הנהרג אין סמיכות דעת לבע״ח. וא״כ שוב הדרינן לעיקר הדין, שמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע״ח. ועוד כתב שם, דהוי ליה ראוי ואין בע״ח נוטל בראוי, עי״ש.

וכעין זה כתב במהרי״ט. והרבה יש לפלפל בדבריהם ואכ״מ, אמנם מה שנוגע לענייננו הוא שחזינן מדבריהם שגם הם ס״ל שהכופר בא מדין ירושה, דאל״ה מה שייך לדון בזה מצד מטלטלי דיתמי, הלא ברור הוא שאין הממון של הבנים משועבד לחוב אביהם, וכל מה שדנו בגמ׳ בענין מטלטלי דיתמי הוא רק במטלטלי דאב שירשו היתומים, ולא בממון היתומים עצמם, ואם נאמר שהכופר הוא תשלומים ליורשים עצמם לא שייך לדון בזה מצד מטלטלי דיתמי.

הרי נתברר לנו שתשלומי כופר הניתנים בשור שנגח ניתנים ליורשים מדין ירושה ולא בזכות עצמית של היורשים, וא״כ אין הבת יורשת בהם.

אמנם עדיין אינו מוכרח שגם הדמים שמשלם בעל השור באים מדין ירושה. שאולי רק הכופר הבא לכפרה בא ליורשים מדין ירושה. גם בנידון שאלתנו עדיין לא ברור מה יהא הדין, דאולי תשלומי הפיצויים יש להם דין כמו הדמים שבעל השור צריך לשלם לניזק ולא ככופר.

הרמב״ם (פי׳ מנזקי ממון הי״ד) כתב, וז״ל:

> ״יראה לי שאע״פ שהתם שהמית עבד או שפחה פטור מן הקנס... אם המית שלא בכוונה - משלם חצי דמי העבד או השפחה מגופו, כאילו המית שור חבירו או חמורו״, עכ״ל.

והראב״ד השיג עליו בזה, וס״ל דגם בבן חורין משלם חצי נזק מגופו כאילו המית שורו וחמורו, דיותר יש דמים לבן חורין מלעבד ושפחה. נמצא שנחלקו הרמב״ם והראב״ד האם יש תשלומי נזק בתם שהרג בן חורין, שהראב״ד סבר שצריך לשלם והרמב״ם ס״ל שאין תשלומין רק לעבד ושפחה.

בהסבר דעת הרמב"ם כתב הקצוה"ח (חו"מ סי' ת"ה סק"א), דאף הרמב"ם מודה שיש דמים לבן חורין, אך בגמ' (ב"ק מב, ב) אמרי' שכופר אינו משתלם אלא לאחר מיתה, וביש"ש שם כתב דה"ה דדמים אינם משתלמים אלא לאחר מיתה. וכתב הקצוה"ח, שאם אנו לומדים דפלגא נזק קנסא ה"ה שחצי דמים קנס, ולפי"ז ישב דעת הרמב"ם, שבאמת בשור שנגח בן חורין היה ראוי לשלם חצי דמיו ג"כ, אלא שאין היורשים יכולים ליטול ממון זה דאין אדם מוריש קנס לבניו, עכ"ד. חזי' מדברי הקצוה"ח דגם תשלומי הדמים בשור שנגח באים ליורשים בתורת ירושה ולא בתור תשלום עצמי.

העולה מדברינו, שבמהרמ"ל ומהרי"ט מבואר דכופר דשור נגח הוא מדין ירושה, ובקצוה"ח מבואר שדמים של שור נגח הוא ג"כ מדין ירושה. ומעתה נפשט ספק הב' שלנו. דמאחר ומבואר שתשלומי כופר ודמים שניהם הם מדין ירושה - אין הבנות נוטלות בהם. וה"ה בנידו"ד לא יטלו הבנות במקום הבנים, שאפילו אם נדמה את תשלומי הפיצויים לדמים, הלא מבואר בקצוה"ח דגם הדמים ניתנים בתור ירושה.

וברמב"ם (נחלות פ"ה ה"ח) כתב, וז"ל:

> "נפל הבית עליו ועל אביו או שאר מורישיו, והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח, יורשי האב אומרים הבן מת תחילה ולא הניח כלום ואבד החוב, ובעלי חובות אומרים האב מת תחילה וזכה הבן בירושתו ויש לנו לגבות מחלקו, הרי הנכסין בחזקת היורשין, ועל האשה ובעלי חובות להביא ראיה או ילכו בלא כלום".

וכתב במשנה למלך שם, דעדיין לא מבואר בדברי הרמב"ם מה הטעם אין הבעלי חוב והאשה גובין מן היורשים? האם הוא משום מה שאמרו בגמ' (ב"ב קנ"ט, ב) דמצי למימר "אנא מכח אבוה דאבא קאתינא", ונמצא שלא ירש האב את הנכסים הללו כלל, אלא מיד ירש הבן מכח אבי אביו, או שהטעם משום דהו"ל ראוי ואין הבע"ח נוטל בראוי כבמוחזק. והביא בשם מהר"ם, שהטעם שלא נזכר בהלכות הרמב"ם הכלל שאין בע"ח נוטל בראוי כבמוחזק, הוא משום שאין נפק"מ בדין זה. דלענין נפל הבית - בלא"ה לא יטול הבע"ח מהם, מכח הסברא דהיורש מצי למימר "אנא מכח אבוה דאבא קאתינא" שהרי לא אבוה דאבא הוא הנותן. וחזי' דגם המל"מ למד כמהרמ"ל, דכופר בא ליורשים מדין ירושה, ואילו היה בע"ח נוטל בראוי כבמוחזק היה יכול לגבות מדמי הכופר את חובו.

הגר"ח ז"ל כתב לישב דברי מהר"ם, דס"ל דבע"ח בלא"ה לא יטול מן הכופר, שאף שהכופר שייך לאב, מ"מ אינו ממון האב אלא זכות האב לקבל המעות, ובע"ח אינו גובה אלא ממון ממש. שאף אם נאמר שנוטל בראוי כבמוחזק, היינו דיכול ליטול אף ממון שעדיין לא הגיע לידי האב, אך זכויות בעלמא שאינם

ממון אין הבע״ח נוטל, ורק הבנים - מדין ירושה - יכולים לירש גם זכויות. וע״כ לא הוצרך הרמב״ם לכתוב הדין שאין בע״ח נוטל בראוי, דשוב ליכא נפק״מ בזה.

היוצא לנו מדברי הגר״ח, דאף הוא מסכים שהכופר בא מכח ירושה, אלא שאינו כירושת ממון אלא כירושת זכויות, נמצא דלגבי הספק שלנו אם הבת נוטלת עם הבנים, אף להגר״ח התשובה שלילית, שמאחר והממון בא לידי היורשים מכח דין ירושה, הבת לא תירש עם הבנים את דמי הנהרג.

ובאמת ברמב״ן (בב״ב קכ״ה) מבואר דס״ל כהמל״מ. שנחלקו שם הרמב״ן והר״ח אם בע״ח נוטל בראוי כבמוחזק. וכתב הרמב״ן, שהנפק״מ היא לענין אם בע״ח יטול הכופר שהמגיע לאב אם מת. חזי׳ דס״ל שהכופר הוא ממון האב ולא רק זכויות האב, וע״כ אם הבע״ח היה נוטל בראוי יכול היה לגבות את חובו מתשלומי הכופר, וזה שלא כהבנת הגר״ח ז״ל.

וכן בביאור הגר״א, אהע״ז, סי׳ צ׳, לגבי דין ירושת הבעל את אשתו, כתב ש״ראוי״ משכח״ל או בנכסי אבוה דאבא או בכופר. חזי׳ שגם הוא ס״ל שכופר בא מדין ירושה ונחשב כממון ודלא כהבנת הגר״ח.

הרי שכל האחרונים הנ״ל ג״כ הסכימו עם הדברים דלעיל שהממון מגיע מדין ירושה, וא״כ צדקו דברינו שהבת לא תיטול חלק בתשלומים, שאין הבת יורשת נחלה במקום שיש בן, וכנ״ל.

ולענין ספיקן אם בע״ח יכול ליטול מזה: במל״מ (פכ״א ממלוה ולוה) הביא מתשובת מהר״ם מלובלין ומהרי״ט, שכתבו שמה שהערכאות מחייבים ליתן למשפחת הנרצח יש לזה דין כופר והוי ליה ראוי[1]. ולענין אם בע״ח נוטל בראוי כבמוחזק מצאנו שנחלקו הרמ״א והש״ך בסי׳ ק״ד (רמ״א סעי׳ ט״ו וש״ך שם ס״ק כ״א). דעת הרמ״א שאין בע״ח נוטל בראוי, והש״ך השיג עליו וס״ל שנוטל בראוי כבמוחזק. וכתב המל״מ שם, דלפי״ז אם תפס הבע״ח יכול לטעון קים לי כשיטת הש״ך שיכול לגבות מראוי, עכ״ד. ובזה נפשט הספק הראשון שלנו, דלדברי המל״מ והרמב״ן, להלכה אין הבע״ח יכול לגבות מנכסים אלו, אך אם תפס לא מפקינן מיניה. ולדברי הגר״ח הנזכרים לעיל אף אם תפס מפקינן מיניה, דאף אם בע״ח נוטל בראוי - אינו יכול ליטול מן הכופר, שאינו ממון אלא זכות בעלמא.

עתה יש עלינו לברר עוד ספק. שבמעשה הנזכר, הערכאות שפסקו החיוב לתת ליורשי הנרצח, פסקו ג״כ שהבת תירש כמו הבנים. ויש להסתפק האם

1 אמנם בחזו״א (ב״ק י׳ סוף סעי׳ ט״ו) חולק על המשנה למלך הנ״ל וס״ל שפיצויים לא הוי ככופר, עיי״ש ואכמ״ל.

אמרי׳ בכה״ג ״הם אמרו והם אמרו״ וניתן לבת חלקה או לאו. בתשו׳ מהרי״ט דן בזה, וכתב שאם הסיבה שהערכאות פסקו לבת חלקה היא מחמת דין ירושה - אין שומעין להם, אך אם רק בדרך חלוקה פרטית על ממון זה אמרו כך, ולא מחמת דיני הנחלות שלהם, שומעים להם. והוכיח דינו מדברי הגמ׳ (ב״מ ע״ג, ב) גבי עובדא דרב מרי בר רחל, עי״ש. ויש להעיר על דבריו, שלכאורה ראיתו היא רק לפי הרמב״ן והרשב״א בגמ׳ שם שלפירש״י אין ראיה כלל, כמבואר למעין שם, ואכמ״ל.

ומעתה בנידו״ד, מאחר שהחיוב לתת לבת היה מחמת דיני נחלות, אין אנו שומעים לדיניהם, ולא תירש הבת עם הבנים. ובנידו״ד הוא אף עדיף מדין המהרי״ט, שכאן ההכרעה לשלם הפיצויים וההכרעה לתת לבת חלקה באים מכח שני פסקי דין נפרדים. דין הראשון היה שאסור לנהוג ברכב ללא רשיון, והנוהג ללא רשיון והרג, עליו לשלם סכום כסף כפיצוי למשפחת הנהרג. ובדין הזה בודאי שומעים למלכות מחמת ב׳ סברות: א. במקום שהוא תקנת המדינה הרי דינא דמלכותא דינא. ב. לפסק דין זה יש מקור ע״פ דין תורה. שבהגהות אשר״י בב״ק כתב, שההורג אדם צריך מדיני שמים לשלם דמי נהרג ליורשים. וברמ״א חו״מ סי׳ רנ״ט מבואר, שכל מקום שיש חיוב לפנים משורת הדין, או שיש איזה צד חיוב ע״פ דין תורה, שייך בזה דינא דמלכותא דינא. וא״כ ה״נ, אם חייב בדיני שמים שייך לומר ע״ז דינא דמלכותא, וצריך ההורג לשלם הפיצויים. משא״כ לגבי הפסק השני שלהן, שהבנות יורשות, הוא רק מחמת שבדיניהם לא מבדילים בין בנים לבנות בזכות הירושה, וכמו שכתב רש״י ביבמות (דף סב, א, ד״ה בני נח) דבנכרים בת כבן ובכור כפשוט, וזה היפך דין תורה, ומבואר בתשובת הרשב״א, שאם עפ״י המלכות הבת יורשת אין אומרים ע״ז דינא דמלכותא דינא, כיון שזה מנגד לדין תורה. וא״כ לכאורה אי״צ ליתן המעות לבת.

אמנם מצאתי לכמה מן האחרונים (האור שמח בפ״ט מנזקי ממון, מנחת חינוך במצוה נ״א) שנחלקו על עיקר דברינו, וכתבו שדמי הנהרג מגיעים ליורשים עצמם ואינו מדין ירושה מהאב. והגם שצ״ע איך נחלקו על כל הנך רבוותא שהזכרנו לעיל, מ״מ כך היא דעתם. ולכאורה לפי דבריהם נסתרים ב׳ הדינים שאמרנו, שאף אם יתפוס הבע״ח יוציאו מידו כיון שאינו כלל ממון של האב, וכן שהבת תיטול בשווה עם הבנים כיון שאינו מדין ירושה.

אמנם מ״מ יש מקום לומר, שאף לדבריהם אין הבנות נוטלות בזה, וזאת בהקדם דברי הרבינו יונה בעליות שלו (ב״ב קכ״ג ע״ב). דבגמ׳ שם אמרי׳ דהבכור נוטל פי שנים בזרוע, לחיים וקיבה. ומקשה בגמ׳:

״האי זרוע לחיים וקיבה - היכי דמי, אי דאתי לידיה דאבוהון - פשיטא, ואי דלא אתי לידיה דאבוהון ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי

כבמוחזק". ומשני: "הכא במכירי כהונה עסקינן, ודאישתחיט בחיי דאבוהון וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין", ע"כ מגמ', עיי"ש.

ובעליות דר' יונה שם הק' על ס"ד דגמ' דאמרו "אי דלא אתי לידיה דאבוהון ראוי הוא", דלמה מקשה הגמ' מכח דהוי ראוי, הא אין זה בכלל ממון האב, שמעולם לא ניתן לאב אותו ממון, וטובא הוי ליה לגמ' להקשות שאין לבנים כלל זכות בממון זה. ותירץ, שגם לס"ד דגמ' איירי כאן במכירי כהונה, אלא דאיירי בלא אישתחיט בחיי אבוהון, וע"כ דין ירושה יש כאן אלא שנחשב לראוי, ואין הבכור נוטל בזה פי שנים, עכ"ד.

ולכאורה דבריו תמוהים, דמה מועיל בזה דאיירי במכירי כהונה, והלא אין לאב כל זכויות בבהמה, ואילו היה רוצה בעל הבהמה היה יכול לזכות את המתנות לכהן אחר, אלא שרגיל הוא להקנות לאותו כהן. חזי' מדברי ר' יונה דס"ל שכל ממון שמגיע לבנים מחמת אביהן, אפילו שלא היה לאביהם כל זכויות בחפץ, יש בזה דין ירושה. ורק לגבי בע"ח אנו צריכים שיהיה לאב שייכות בגוף הממון כדי שיוכל לגבות, וכמו שהבאנו לעיל בשם הגר"ח ז"ל, אבל לגבי ירושה אין צריך אפילו זכויות ממון.

ומעתה גם בנידו"ד אפילו אם נאמר שהממון בא ישירות לידי היורשים, מ"מ כיון שכל התשלומים הם מקבלים מחמת הריגת האב, הרי זה בכלל דין ירושה שאין הבנות נוטלות בזה, וכמו שחזי' בדברי הר' יונה ז"ל בפירושו לגמ', שאילו היה הדין שהבכור נוטל פי שניים בראוי כבמוחזק - היה הבכור נוטל פי שניים גם בזרוע לחיים וקיבה מבהמה שעדיין לא נשחטה בחיי האב, כיון שמה שהמכירי כהונה נותנים אותו לכהנים אלו, הוא רק מכח אביהן, וה"נ בנידו"ד שהפיצויים מגיעים רק מחמת מה שאירע לאב לא תיטול הבת מהם.

העולה לדינא:

א. בעל חוב אינו גובה את חובו מתשלומי פיצויים דלכל היותר הוי ליה ראוי, ואין בע"ח נוטל בראוי כבמוחזק. וכן לדעת האור שמח, המנחת חינוך ודעימיה אין הבע"ח גובה מהם, שכלל לא היו שייכים לאב אלא הממון בא ישירות לידי היורשים.

ב. אם עבר ותפס הבע"ח: לדעת המשנה למלך אין מוציאין מידו, דיכול לטעון "קים לי" כהש"ך, שבע"ח נוטל בראוי כבמוחזק. וכן משמע לכאורה מדברי הרמב"ן ב"ב, והגר"א באהע"ז.
ולדעת הגר"ח מוציאין מידו, שזכויות הנהרג בכופר הן רק זכויות ממון ולא ממון ממש, ואין בע"ח גובה מזכויות הממון.

ג. הבת אינה יכולה ליטול מהם, שאין הבת יורשת במקום הבנים, ואפילו לדעת האור שמח ודעימיה אפשר שכן הדין.

ד. אם הערכאות פסקו בפסק הדין שהבת תיטול ג״כ מן הפיצויים מכח דיני נחלות אין הבת יורשת, אך אם פסקו כך מכח הכרעה פרטית בדין זה, דיניהם דין, מטעם ״הם אמרו והם אמרו״.[2]

2 הערת העורך: ראה עוד: ים של שלמה, ב״ק פ״ד, סימן כז; שואל ומשיב, מהדורא רביעאה, ח״ג, סימן צה; אבן האזל, נזקי ממון, פ״י, הי״ד; שו״ת אחיעזר ח״ב, אה״ע, סימן יט, אות ב; ר״י פרלא, פירוש לספר המצוות לרס״ג, מצוות המוטלות על הציבור, פרשה יד (דפים קלא-ד); חזון איש, ב״ק, סימן טו, ס״ק לו; הרב י״א הרצוג, ׳דין ירושה בכספי ביטוח׳, מאסף קול-תורה ט (תשט״ו) חוברות ט-י, יא-יב; שו״ת מנחת יצחק, ד, סימן עו לענין פיצוים מגרמניה, וחלק ז, סימן רלז; פד״ר יג, עמ׳ 77.

הרב יעקב אליעזרוב

חיובי שמירה בכרטיס הגרלה

נשאלתי בשנים שקנו בשותפות טופס הגרלה של לוטו, כאשר הטופס המקורי היה מונח אצל ראובן, ואילו ההעתק היה מונח אצל חבירו השותף שמעון, ואכן זכו בפרס גדול, אך זמן מסויים לאחר שנודע להם על הזכיה, טוען ראובן שהטופס המקורי שהיה מונח אצלו אבד לו, ואינו יודע היכן הוא. אם זה נאבד לו, או יתכן שהניחו באיזה מקום, ואינו יודע היכן שם את הטופס. שמעון תובע מראובן שישלם לו כל מה שהפסיד ע"י אבידתו, דהיינו מחצית מסכום הזכיה שאמרו היה לקבל מטופס הלוטו. ובא ראובן לישאל אם אכן יש לחייבו את הפסד הזכיה בכך שאיבדו.

והנה יש לדון אם לחייבו מדין שומר. ובשותפין נקטינן דדינם כשומרי שכר. כמבואר במס' ב"מ. ונפסק בשו"ע סי' קע"ו ויבואר להלן. אך מה שיש לדון דהכא הרי הוא שומר של הטופס שאינו אלא כשטרות, וקי"ל דאין דין שומרין בשטרות. כדאיתא במשנה מסכת ב"מ פרק הזהב דף נו'. דעבדים קרקעות ושטרות איתמעטו מדיני שמירה. דאמרינן שם, שומר חינם אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם. ובפרק שבועת הדיינים ממעטינן ליה מכלל ופרט וכלל. וא"כ אם נתמעט מדיני שומרין. א"כ ליכא לחיובי מחמת אבידת טופס הלוטו שאיבד. דהא נראה דהו"ל רק כשטר כיון דאין גופו ממון. אלא שיכול לקבל עי"ז ממון. ובפשטות רק דין שטר יש לו וכמבואר.
אולם מה שיש לדון, דכאן נראה דהו"ל כפושע, משום דאינו זוכר איך נאבד ואולי הניחו באיזה מקום ואינו יודע היכן הניחו, והא קיי"ל במסכת ב"מ דף לה' דכל לא ידענא היכא אנחינהו הו"ל פשיעותא וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' רצ"א ס"ז:

> "המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר לו תן לי פקדוני. ואמר לו השומר איני יודע היכן הנחתי פקדון זה. או באיזה מקום קברתי הכספים, המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך. הרי זה פושע וחייב לשלם מיד".

והנה בנתיבות, שם, ביאורים ס"ק י"ד כתב דמ"ש המחבר פשיעה הוא לאו דוקא, אלא כיון שלקח חפץ חבירו, והניחו במקום שאינו יודע, הו"ל כמזיק

בידים. וגם אם היה כה״ג שמירה בבעלים צריך להתחייב, דאי לא תימא הכי. א״כ כשטוען איני יודע אם החזרתי בפקדון, ליפטר בבעלים. דהא ע״כ אם טוען שאינו יודע אם החזיר, היינו דאפשר דהחזיר, ואף אם לא החזיר שמא הוא בביתו ואינו יודע היכן הוא. ואם נאמר דכה״ג הו״ל רק פושע. הא הו״ל פשיעה בבעלים, וא״כ צריך ליפטר כה״ג ממנ״פ, אלא ודאי דפשיעה זו מטעם מזיק הוא. וביאר הטעם דהשומר הזה שלקח חפץ ממקום המגולה, והטמינו במקום שאי אפשר לימצא, וניזק ע״י מעשיו. הו״ל כמזיק בידים וחייב לשלם.

וא״כ לכאורה בנידו״ד שטוען שאינו יודע היכן הטופס, אף אם נאמר דשטרות איתמעטו מדיני שמירה, אך עכ״פ במזיק בידים חייב גם בשטרות עכ״פ מדינא דגרמי, כדקיי״ל בשורף שטרותיו של חבירו, וא״כ בנידו״ד יש לחייבו את ערך הטופס של הלוטו, כפי שהיה שוה בשעה שנאבד. ויש לציין שגם ראובן מודה שהטופס היה מונח אצלו גם לאחר שנודע להם על הזכיה, שלפי״ז ערך הטופס היה שוה אז סכום גדול. ולפי דברי הנתיבות כה״ג עליו לשלם זאת מדין מזיק.

ואולם עדיין לא ברירא לן כולי האי בנידו״ד, שטוען שאינו זוכר היכן הניחו, אך יתכן שאיבדו בדרך אבידה רגילה, וא״כ הוי כה״ג ספק אי יש לדונו כמזיק בידים. או שיש להגדירו אולי כפשיעה בעלמא, שנאבד ע״י כך. משום דגם אם נאבד נראה כל שאינו יכול לישבע בדרכי השבועה של שומרים, בשבועה שלא פשעתי בה, הו״ל כה״ג פשיעה שלא שמר הדבר כדרך השומרים. כל שאינו יודע באיזה אופן הדבר נאבד ממנו, וקרוב לומר דיש כאן פשיעה, שלא שמר כדרך השומרים דהוא עצמו אינו יודע איך נאבד אותו טופס.

והנה שם בש״ך סי׳ רצ״א ס״ק ט״ו, הביא בשם תרומת הדשן סי׳ של״ג, בשומר שאינו יודע אם נגנב בפשיעה או שלא בפשיעה, מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ואולם בנידו״ד גם אם נניח דהו״ל ספק מזיק בידים וספק נאבד בפשיעה, על הצד דהו״ל פשיעה אין מקום לחייבו ופטור מספק. והרי גם לגבי שבועה פטור משבועת השומרים וליכא למימר כה״ג מתוך שא״י לישבע משלם.

אך בעצם הדין אם פשע השומר בשטרות אם חייב כה״ג באנו לידי מחלוקת גדולה בראשונים.

דהנה הטור בחו״מ ס״י ס״ו כתב לגבי שטרות:

ואין בהם דיני שומרים שאם נתנו שטר לשמור בחנם או בשכר, ונגנב או נאבד, שומר חנם אינו נשבע שלא פשע בהם. ושומר שכר אינו משלם, ומיהו מדרבנן נשבעים עליהם״.

אך לגבי פשיעה כתב הטור בשם הרמב״ם פ״ב מהלכות שכירות בזה״ל:
וכתב הרמב״ם שאם פשע השומר בהם ונפסדו חייב לשם, שאינו פטור אלא מדין גניבה ואבידה ומתה שאם היה שומר חינם על המטלטלין ונגנבו או נאבדו ישבע ובשטרות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שחייב בשאר מטלטלין בגניבה ואבידה, בשטרות פטור. אבל אם פשע חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא. ואין הפרש בין מזיק שטרות, למזיק שאר מטלטלין.
אבל רב אלפס כתב בתשובה. המפקיד שטרות אצל חבירו ומודה שפשע בהם ונגנבו או שאבדו פטור מלשלם. וכ״כ הרא״ש שאין בהם חיוב אלא במזיק בידים. אבל אם פשע בהם ונגנבו פטור״.

וביותר כתב הרא״ש בת׳ כלל צ״ד שמאחר והרי״ף והראב״ד וכו׳ ובעלי התוספות סוברים דפטור מפשיעה בראיות ידועות לנו, לכן יותר יש לנו לסמוך עליהם. מעל דברי הרמב״ם שכתב לנו דברי נבואה בלא ראיה, עכ״ל. ובכלל ל״ט כתב, דאפילו לדברי הרי״ף דוקא שפשע בשמירתו ונגנבו או נאבדו, אבל אם השליכם בנהר לא, עיי״ש. והטעם דהו״ל כה״ג מזיק בידים, יעו״ש בב״י שהביאם.

והנה ברמב״ם בפ״ה מטוען כתב להיפך ממש בפ״ב משכירות. דבפ״ב משכירות כתב כמש״ל דאם פשע חייב, ואילו בפ״ה מטו״נ כתב, דאם השומר פשע דפטור. ודבריו סתרי אהדדי.

וכבר הקשו זאת הראשונים ושם בפ״ה מטוען. כתב הרב המגיד ליישב זה. אך בב״ח סי׳ סו׳ כתב ליישב, דהא דכתב הרמב״ם דאם פשע חייב לשלם, דהיינו שע״י פשיעתן נפסד לגמרי. דהו״ל כמזיק בידים. אבל אם פשע בהם ונגנבו או נאבדו לא הוי כמזיק בידים. דאפשר ג״כ שהוא מונח בביתו אלא שלא מצאו עכשיו. זה לא הוי מזיק בידים ופטור. וממשיך שם הב״ח לומר שגם מלשון רבינו הטור נראה לחלק כך, שכתב בדברי הרמב״ם שאם פשע שומר בהם ונפסדו וכו׳, והיינו כגון שמניח השטרות בחלון ונשפכו עליו מים ונמחק לגמרי וכיוצא בזה, דהו״ל כשורפו, וצ״ל לפי״ז דמ״ש הטור דהרי״ף והרא״ש פליגי היינו דס״ל דאף בכה״ג שפשע באופן שנפסד לגמרי ג״כ יהיה פטור.

ובאמת דברי הב״ח צ״ע דהא נראה דכה״ג הו״ל מזיק בידים ודומה למ״ש הרא״ש בתשובה דאם השליכם לנהר דחייב כה״ג. ולכאורה מאי נ״מ בין זה לזה. ואולי כאן בשעה שהניחם בחלון עדין לא היו שם מים, אלא שבאו אח״כ והו״ל כגרמא. וכיון דנתמעט מדין שומרין אין לחייבו כה״ג רק צ״ע על מ״ש לעיל בשם הנתיבות דהיכא דאינו זוכר היכן הניחו דהו״ל כמזיק בידים, ולכאורה ג״כ שם צ״ע דאם בשעה שהניחו זכר והיה שומרו כדין, ואח״כ שכח הו״ל שכחה רק כגרמא ולא כמזיק בידים, ולמה נחייבו כה״ג ומשמעות הב״ח דלא כהנתיבות הנ״ל וצ״ע.

ועכ״פ לשיטת הב״ח דסובר דלהרמב״ם אינו מחייב בפשיעה רק באופן שמפסיד הדבר לגמרי. אבל אם ע״י פשיעתו נגנב או נאבד לא מחייבינן ליה על פשיעתו. ממילא בנידו״ד שאיבד את הטופס של הלוטו. אף אם נעשה הדבר בפשיעה, אבל לא היה פשיעה שנפסד הדבר לגמרי ואפשר שהוא קיים אלא שאינו מוצאו דלפי דברי הב״ח כה״ג גם הרמב״ם יודה דאין לחייבו על פשיעתו וכשנ״ת.

ואולם לפי ישובו של הרב המגיד בפ״ה מהלכות טוען ונטען ה׳ ו׳ דהיכא דמאמינו שמחמת פשיעתו נאבד חייב לשלם לו. א״כ בנידו״ד יש לחייבו בפשיעתו לפי שיטת הרמב״ם.

ובעצם ההלכה אם חייב שומר שטרות בפשיעה שפשע בה. הנה בשו״ע חו״מ סי׳ ס״ו סעיף ל״ט כתב המחבר בזה״ל:

> ״שטרות אין נשבעין עליהם אפילו הודה במקצת, או שיש עליו עד אחד הרי זה פטור משבועת התורה. אבל נשבעים עליהם היסת אם היתה שם טענת ודאי, וכתב הרמ״א וכן נשבעים עליהם ע״י גלגול״.

והנה משמעות השו״ע דפטור אף משבועה שאינו ברשותו. אך דעת הש״ך שם סי׳ ס״ו ס״ק קכ״ד, שצריך לישבע שבועה שאינו ברשותו. וכמ״ש הראב״ד פ״ה מ״ה טוען. אלא שכתב שם לדון אם הוי רק מדרבנן. או שי״ל דהוי דאורייתא. וכן משמעות סתימת הנתיבות שם כהש״ך דיש להשביעו שבועה שאינו ברשותו ולפי״ז בנידו״ד לפוסקים אלו צריך להשביעו שבועה שאינו ברשותו, אך צ״ע אם יכול לישבע כיון דאפשר דעדין מונח אצלו ואינו מוצאו.

והנה לפי השיטות דשבועה שאינו ברשותו כה״ג אף בשטרות הוה שבועה דאורייתא כמ״ש הש״ך שם בדעת הראב״ד. א״כ בשבועה דאורייתא אמרינן כה״ג

מתוך שאינו יכול לישבע משלם. דבודאי אם נמצא ברשותו צריך לשלם שוויות השטר כה״ג. וממילא כשאינו יכול לישבע אמרינן מתוך כה״ג.

אך כ״ז אינו ברור משום די״ל אף אם ננקוט דשבועה שאינו ברשותו הוי דאורייתא כהבנת הש״ך בדעת הראב״ד. מ״מ גם אם מזיק בידים את השטר אינו חייב רק מדין גרמי. ולפי הרבה שיטות ראשונים דין חיוב גרמי אינו רק מדרבנן כמ״ש התוס׳ במסכת ב״ה פרק לא יחפור וא״כ י״ל דלא אמרינן מתוך שא״י לישבע משלם דבר שכל חיוב תשלומו אינו אלא מדרבנן ואולי יכול לומר קים לי כהני שיטות וצ״ע.

אך עכ״פ דעת ה״ה בראב״ד שכל חיוב השבועה שאינו ברשותו הו״ל רק שבועה דרבנן. ועל שבועה דרבנן קיי״ל דלא אמרינן מתוך, ועכ״פ יכול לומר קים לי כהני שיטות או דא״צ כלל לישבע שבועה שאינו ברשותו. או אף דצריך לישבע מ״מ הו״ל רק שבועה דרבנן. וליכא למימר מתוך כה״ג, או אף בשבועה דאורייתא כיון דגם במזיק שטר הו״ל רק דרבנן לכמה שיטות א״כ מניעת הרווח ע״י שמעכב השטר אצלו הו״ל רק חיוב גרמי מדרבנן, וממילא אפשר דלא אמרינן מתוך שא״י לישבע משלם על דינא דגרמי וצ״ע.

ובעיקר הדין אם יש חיוב פשיעה בשטרות איתא שם בשו״ע סעיף מ׳:

> ״אם היה שומר שכר עליהם ונגנבו או שאבדו אפילו בפשיעה פטור, אבל מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי, וכ״ש שומר חנם שפטור משבועה. ויש מחייבים בפשיעה״. וכתב רמ״א: ״וסברא ראשונה היא עיקר, דפטורים על שטרות אפילו בפשיעה, אבל הזיקו בידים כגון שהשליכו לנהר או כדומה לזה חייב״. יעי״ש.

והנה משמעות דעת המחבר ורמ״א כרוב שיטות הראשונים לפטור שומר שטרות אף מפשיעה דלא כשיטת הרמב״ם.

אך הש״ך שם ס״ק קכ״ו האריך למעניתו להצדיק דברי הרמב״ם דשומר שטרות חייב בפשיעה, והביא כמה הוכחות לזה. ובנתיבות שם בחידושים כתב ג״כ לסתום כדעת הש״ך יעי״ש.

וראיתי בספר דברי גאונים כלל ט״ו סי׳ ח׳ שהביא עובדא בראובן ששלח להקאמיסיאנט הנקרא שפילרטר (היינו מרכז ההגרלות) לטריא צטלך (היינו כרטיסי הגרלות) שיחליפם מחדש שכך היה נימוס המלך. שמי שלא עלה פתקו

(היינו המספרים שלו) בפעם הראשון, היה צריך להוסיף דמים ונתנו לו כרטיס הגרלה חדש מאותם נומירים (מספרים) על הזמן השני. שיוכל לזכות בהגרלה השניה. ואולם השפיליטר שהיה צריך להחליפם. שכח והעביר המועד ולא החליפם ועי״ז נפסדו כל הפתקאות ששלח לו. עיין בשאילת יעב״ץ ח״א ס״י פ״ה שכתב דלכאורה היה נראה שהוא פטור. דאינו אלא גרמא שהרי לא עשה מעשה בידים וממילא פסדי להו. אמנם באמת הוא חייב מדינא. דשאני מזיק שפטור בגרמא כיון שלא קיבל עליו שמירת הנזק. משא״כ שומר שהזיק ודאי חייב אף בגרמא בעלמא, בין במזיד ובין בשוגג. כיון שקיבל עליו השמירה. ושכחה קרוב למזיד הוי. אף דממעטינן שטרות משבועת השומרים. מ״מ העיקר כשיטת הש״ך דחייב על פשיעת שטרות.

וכתב בהמשך תבנא לדינא דכל שומר או שליח חייב בגרמא. ומחוייב השפיליטר לשלם עבור הציטלך (כרטיסי הגרלה) כמו שהיו שוים אז למכור בשוק. וממשיך שם ומזה נלמוד ג״כ לשפיליטר או שליח שהתעצל ופשע בעשיית פראטעסנל על ווקסיל הנצרך לפי דינא דמלכותא, שמחוייב לשלם כמו שהיה שוה למכור. ע״כ תירץ תשובתו, וכ״כ במהרי״ט ס״י ק״י דשליח ושומר חייבים אף בגרמא בעלמא, עיי״ש היטב.

עכ״פ יוצא לשיטות אלו דמחייבים בפשיעה א״כ ג״כ בנידו״ד היה מקום לחייבו לשלם וכמ״ש בשאילת יעב״ץ דאם פשע. ולא הסדיר העברת כרטיסי ההגרלה דחייב בפשיעה, אף דהוי רק גרמא, אך בשמירה מחייבינן בפשיעה אף בשטרות וכדעת הש״ך.

והנה למרות שיש הרבה פוסקים שחולקים על הש״ך, עדין צ״ע, דנראה דיש סברא נוספת לחייבו, והוא דיש לדון בנידו״ד שהיה שומר על כרטיס ההגרלה כשותף, ונראה דתפקידו היה לא רק שמירה בעלמא, אלא שקיבל עליו לאחר שנודע להם על הזכיה, שהוא ילך לחברת מפעל הפיס כדי לגבות את דמי הזכיה. זה היה תפקידו כאשר הוא היחידי שהטופס העיקרי בידו שיכול לעשות זאת. והוא קיבל לעשות זאת גם עבור שותפו. וכה״ג מצאתי שיטות שסוברות שחייב מדינא לשלם היזיקו. היכא שאבד ממנו בפשיעה עכ״פ.

המקור לזה הוא בספר שער משפט, סי׳ ס״ו ס״ק ל״ב, שם העלה בשותפים שהם שומרי שכר זל״ז. ואחד מהם לא שמר השטר חוב שהיה להם על אחרים. ונגנב או נאבד. ועי״ז נפסד החוב, וכן אם אחד שלח שלוחו עם סחורה, ונתן לו שובר בכדי שלא יתפסנו בעל חובו שיש לו שט״ח מן המשלח. ונאבד ממנו

השובר. וכן אם אבד מן השליח הפיתקא שנוטלים על המכס. בכל אלו פסק השער משפט הנ״ל. דחייבים לשלם ההפסד שהגיע ע״י אבידתם. דהתורה חייבה בשומרים ושלוחים אף ע״י גרמא בעלמא.

וכתב שם לבאר דבריו אף דאין דין שומרים בשטרות. היינו דוקא אם מסר לו לשמור רק גוף השטר ולא יותר, אבל בנ״ד הרי השותף מקבל עליו ג״כ לשמור המעות שיגבה ע״י השטר, וכן השליח קיבל עליו שמירת הסחורה של המשלח. וא״כ הוי גוף הפשיעה במעות השותפות או בהסחורה. דמחמת שלא שמר השטר של שותפות נאבדו המעות שהוא חייב בשמירתן. וכן בשליח, מחמת זה שאיבד השובר או הפיתקא של מכס עי״ז נאבדו המעות או הסחורה של המשלח שקיבל עליו שמירתן. כה״ג מחייבינן ליה. ושם הוסיף אף שלא בא לידו עדין, אעפ״כ חייב על מה שעתיד היה לקבל. כיון דעכשיו לא היה יכול לקבל קנין ואחריות כיון שלא בא לידו עדין יעו״ש.

והנה שם המשיך השער משפט להוכיח דבריו מתש׳ הרי״ף החדשות, שכתב:

> ״בראובן שהיה לו שט״ח על שמעון והרשה לוי לתובעו. ואבד ממנו שטר זה בין באונס ובין בפשיעה, מה לוי חייב לראובן תשובה. אם בפשיעה אבד שטר זה ושמעון לא מודה לראובן דאית ליה גביה ההוא ממונא וכו׳. הרי ודאי גורם לאבד ממון של ראובן, ומחייבינן ליה ללוי לשלומי ההוא שטרא עד גמירא. ואם באונס אבד, כגון שבאו עליו ליסטים מזויין משתבע דבאונס אבד ופטור״.

ומזה הוכיח שם השע״מ דהיכא דנותן לו שטר לגבות בו, אף שאיתמעטו שטרות מדין שמירה, מכל מקום כה״ג מתחייב משום דהוי כשומר על גוף הממון, והשטר הוא השמירה ולכן צריך לישבע דשמר כראוי.

ובהמשך הדברים כתב לתלות לכאורה בשיטת הפוסקים שהובאה בשו״ע, חו״מ סי׳ רצ״א ס״ה, דשומר נתחייב בשמירה תיכף מעת שנסתלקו הבעלים, ולכן נתחייב לוי בשמירת המעות. אבל לפי הפוסקים דדוקא במשך אז נתחייב בשמירה. א״כ כה״ג אין לחייבו בשמירת המעות.

וכתב ליישב דכאן י״ל דכו״ע מודו דהוי שומר על גוף הממון, דהיכא דלא שייך משיכה בגוף המעות י״ל דכיון דמשך השטר והתחייב עצמו לגבות החוב נעשה שומר על המעות במשיכת השטר. ובעבור מעות השכירות שנוטל על השליחות, וכמ״ש בהגהות אשרי בשם מא״ז יעו״ש.

והנה בנידו״ד י״ל דלא קיבל שכירות על גביית הכספים מהזכיה של הגרלת הלוטו, וא״כ י״ל דלא נעשה שומר על המעות, אך מ״מ יש לעיין דכאן קרוב לומר שהוא שומר שכר, משום דעל ידי זה ששומר את של חבירו זהו ג״כ תועלת לעצמו, משום דלא היה יכול לזכות לעצמו בלי שותפותו של חבירו, וא״כ יש לו הנאה מכך, ולא גרע מפרוטה דר׳ יוסף דנעשה שומר שכר. וא״כ י״ל דהוו״ל כשוכרו שישמור ובמידה ויזכה בגורל יגבה לו את חלקו. וקיבל זאת על עצמו. ושוב י״ל דכה״ג אכן נתחייב גם על המעות. והיכן דפשע עכ״פ ודאי שיש לחייבו, ובפרט די״ל דחייב כה״ג ג״כ על גניבה ואבידה, אם נאמר דנעשה שומר שכר וא״כ בנידו״ד יש לחייבו.

ואולם יעויין בערך - שי, שפקפק קצת על דברי השער משפט יעו״ש.

והנה לפי דברי השער משפט הנז׳ היה נראה דיש כאן מקום לחייב אם אכן נניח שקיבל ע״ע במידה ויזכה, שילך לגבות את הזכיה ממפעל הפיס. כאשר רק בידו הטופס היחיד שניתן לגבות בו. א״כ נעשה ג״כ כשומר על המעות, וכה״ג חייב בפשיעה כמ״ש השער משפט הנ״ל. אך דבר זה לא ברירא כולי האי, אם אכן היתה קבלה כה״ג שהוא יגבה המעות גם עבור חבירו. או שכה״ג הוסכם ביניהם ששניהם יחד ילכו לגבות את הזכיה. וכל אחד יקבל חלקו מיד, בלא שהתחייב בשמירה על כספים שיתקבלו, ודבר זה טעון בירור עדיין.

וגם עיקר דברי השער משפט הם חידוש גדול שנתחייב בדיני שמירה על חפץ וממון שלא קיבלו עדיין. דהא אין שומרים מתחייבים אלא או בקנין או במשיכת החפץ לרשותו, וכאן עדין הו״ל דבר שלא בא לעולם, שהרי עדין לא זכו בכסף. אלא ע״י הצגת הטופס יוכלו לקבל את הכספים, וקשה לומר שכבר נתחייב במשיכה על חלק הכספי של חבירו, כאשר הטופס עדין בידו ולא הוצג ע״י למפעל הפיס. וצ״ע לברר בנידו״ד את המציאות שסיכמו ביניהם, וכבר הארכנו לעיל לדון בדברי השער המשפט הנ״ל וצ״ע עדין.

ובעצם הדבר יש לברר אם חל באמת דין שותפות ביניהם. דבהלכות שותפים נקטינן דנעשים שותפים רק ע״י דבר שחל בו קנין ונעשה קנין כדין. והנה על נייר הטופס הרי קיי״ל דמעות אינם קונות. וא״כ גם אם נתן מחצית שיווי הטופס הרי לא חל ע״ז קנין. ורק מה שמשכו או הגביהו בידו. וזה עשה רק שותף אחד. אך נראה כאן שקנה ביחד בכסף של שניהם. והגביה לצורך שניהם, וכן משך לצורך השותפות. לפיכך חל ע״ז דין שותף, וכן משמע בשו״ע, חו״מ ס״י קע״ו סעיף א׳, ובנו״כ שם.

אך מה שיש לדון אם חל עליו סתמא דין שומר. דהנה שם בס״י קע״ו סעיף ה׳, כתב המחבר:

״השותפים שומר שכר הם שאם נגנב או נאבד מהשותפות ברשות אחד מהם, חייב באחריותו. בד״א בזמן שכל אחד מהם מתעסק בשותפות זמן ידוע ונגנב לו בזמן שנתעסק בו״.

וכתב ע״ז רמ״א:

״הגה ודוקא שהתנו כן מתחלה, אבל אם אחד אינו מחוייב להתעסק. רק עושה מנדבת ליבו אינו חייב בשמירת השותפות ולא הוי רק כשומר חינם״.

ובש״ך שם ס״ק ט״ז, פליג על הרמ״א וכתב דדין זה ליתא, דאישתמיט מהרמ״א דברי התוס׳ והרא״ש ושאר הרבה גדולי הפוסקים, דס״ל דכה״ג אפילו שומר חינם נמי לא הוי יעו״ש.

אך בפתחי תשובה שם סק״י הביא בשם תשובת חת״ס, חו״מ סי׳ צ״ג שהאריך לבאר דהעיקר כהרמ״א, דהוי שומר חינם. וכתב דנעלם מהש״ך דברי הרא״ה (הובא בשיטה מקובצת ריש פרק ד וה׳). ובסוף כתב שהציע הדברים לפני הגאון מהר״מ בנט ז״ל. והסכים לדבריו כשיטת הרמ״א, דהו״ל שומר חינם. וכתב דע״כ אין לזוז מפסק הרמ״א, ואפילו טענת קים לי ג״כ אינו יכול לטעון יעוי״ש.

ומעתה בנידו״ד אם נאמר ששומר הטופס רק בהתנדבות. א״כ לפי שיטת הרמ״א הו״ל שומר חינם. ואם הוה פשיעה כמו בנידו״ד א״כ באנו למחלוקת הפוסקים. דלשיטת הרמ״א פטור ולשיטת הש״ך חייב.

אך לפי שיטת הש״ך בנידון זה אם קבלת השמירה היתה רק התנדבות ומעולם לא קיבל שמירה כשומר. א״כ לשיטת הש״ך אפילו שומר חינם נמי לא הוי וממילא פטור.

ויוצא דפטור כה״ג בין לשיטת הרמ״א ובין לשיטת הש״ך אך לא מטעמיה. דלשיטת הרמ״א אף דהוא שומר חינם, מ״מ פטור מפשיעה כמו בכל שטרות. דאיתמעט מדין שמירה אף לגבי פשיעה. אך לפי שיטת הש״ך אף שחייב על שטר בדין פשיעה, אך היכא שקיבל שמירה רק מנדבת ליבו כה״ג אפילו ש״ח לא הוי. וממילא אף בפשיעה לא הוי רק כגרמא בעלמא ואין לחייבו כה״ג.

ואולם הא גופא אם בנידו״ד הוי שמירה רק בהתנדבות או שקרוב לומר ששמר הדבר גם לצורך עצמו. דהרי עכ״פ אחד מהם היה חייב לשמור הדבר, ואדרבה

היה מעוניין שהטופס יהיה מונח אצלו כדי להבטיח לעצמו את הזכיה שיוכל לקבלה, ולכן קרוב לומר דלא הוי שמירה מנדבת ליבו, אלא הו״ל שומר ממש. ורק כאן השמירה נתמעטה מדיני שטרות, ושוב כה״ג באנו לפלוגתא אם יש לחייבו בפשיעה כה״ג.

וראיתי בספר פתחי חושן, בהלכות פקדון ושאלה, פרק א׳ ס״ק נ״א דהביא בפלוגתא אם בשמירה בשטרות מחייבינן בפשיעה. והביא בשם שער משפט. סי׳ ס״ו ס״ק ל״ד, דמסיק דאם תפס מהשומר יכול לומר ״קים לי״ כדעת המחייבים. ושם הביא בשם ספר ערך שי: שכתב בדרך הכרעה, שבשאר דברים אפשר לומר שהוא בכלל ״גרמי״ וחייב, אבל בשטרות שאף השורף אינו אלא ״גרמי״ נמצא דפושע הוי כגרמי דגרמי, ובזה לא חייבוהו. וכתב שם בסוגרים דכעין זה כתב במנ״ח אלא שכתב דמ״מ חייב מדרבנן.

ואולם בנידו״ד אכתי לא ברירא לי הא מילתא, משום די״ל לגבי שורף שטרותיו דהו״ל רק ״גרמי״ משום דמעיקר הדין הרי החוב קיים גם לאחר ששרף, ולא הפסיד לו גוף החוב, רק בפועל אינו יכול לגבותו מחמת חסרון שטרו. בזה י״ל דלא הוי רק ״גרמי״. אבל בטופס לוטו שלמעשה אין כאן עדין חוב ורק יש לו זכות לבוא לקבל כסף על סמך הטופס הזה, וכיון ששורף לו הטופס לא הוי רק ״גרמי״, אלא הו״ל כמזיק לו זכות ממון שהיה אמור לקבל. וי״ל דכה״ג יש לחייבו אף למאן דלא דאין דינא דגרמי. אך יש לדחות מהא דהמוכר שטר לחבירו וחזר ומחלו שהפסידו מהחוב וצריך לשלם לו שם רק מדינא דגרמי יעו״ש. המחלוקת בפוסקים כמה צריך לשלם לו ודו״ק.

אף שיש צד לומר. איפכא, דשם דיש חוב ברור וגורם שאינו יכול לגבותו הו״ל דינא דגרמי, אך כאן שליכא עדין חוב ורק יש לו זכות לבוא ולקבל כסף על סמך טופס הלוטו שיציג, כה״ג י״ל שמנע ממנו רק לקבל זכותו שלא יזכה במתנה שאמור היה לקבל, והוה רק גרמא. אך קרוב לומר מסברא, דלאחר שכבר זכה, דינו כשורף שטרותיו של חבירו. ולפיכך לפי דעת הערך ש״י אם רק פשע יש לצדד דהו״ל כ״גרמי דגרמי״ שאין לחייבו. וצ״ע עדין בזה.

ובספר אמרי בינה, דיני פסח סי׳ ה׳ מצדד לומר על פי דברי המחנה אפרים. בה׳ שומרין, שכל פשיעה הו״ל עכ״פ גרמא, א״כ יש לחייבו עכ״פ בדיני שמים. ויעויין במהרש״ם ח״ב ס״י קל״ח, דמשמעות דבריו דכה״ג אין לחייבו אף בדיני שמים. וצ״ע.

ושם בפתחי חושן הביא בשם החלקת יואב, חו״מ סי׳ י״ב, שהאריך לחלק בסוג הפשיעה. שאם הניח החפץ בבית שאינו נעול אינו אלא גרמא ורק בשומרים חייב. ובשטרות יש לפטרו. אבל אם לקח החפץ איתו ונפל ממנו מחמת פשיעה דינו כמזיק, דומיא דהיתה אבן מונחת לו בחיקו ונפלה, שחייב מדין מזיק. ובזה חייב אף בשטרות, ועיי״ש שהאריך לבאר שיטת התוס׳ בדין פשיעה בשטרות.

היוצא לנו מכל הנ״ל, דבנידו״ד תליא במחלוקת השיטות והפוסקים אם יש לחייבו על אבידת הטופס, שנראה היה שנעשה בפשיעה, ועכ״פ יכול לטעון ״קים לי״ כאותן שיטות שפוטרות אותו, ואף שיש צדדים לומר שמא הו״ל כמזיק, אך אין הדבר ברור שנוכל לחייבו. אמנם מחמת הספק ובפרט שעכ״פ יש לחייבו בדיני שמים. וכמ״ש לעיל בשם הפוסקים, היה נ״ל לבצע ולפשר באיזה סכום לפייס את השותף כפי יכלתו, כדי לצאת ידי שמים עכ״פ. והאמת והשלום אהבו, ויה״ר שלא יצא תקלה מתחת ידינו שלא ניכשל בדבר הלכה.

הרב אברהם צבי שינפלד

תביעה לאיסור הדפסת ספר

הוגשה בפנינו תביעה על ידי הרב ס. כנגד הרבנים ב. ו-ה. הצדדים חתמו על שטר בוררין כדין, וויתרו על זכות ערעור.

טענות התובע:

בכתב התביעה נאמר:

"אני השקעתי בהדפסה של ארבעה טורים השלם המון כסף, ואני בעל חוב גדול מזה קרוב למליון דולר. אני מבקש לאסור הדפסת הטורים עד משך חמש שנים שאני יכול לשלם חובותי".

בדיון הוסיף ב"כ התובע, שהוא השקיע הון ויגיעה רבים עד שזכה להוציא לאור את הטור השלם. לשם כך מישכן את רכושו ורכוש משפחתו, וגם מימש זכויות שונות שהיו לו בספרים אחרים שהוציא על מנת שיוכל להוציא לפועל את העבודה הגדולה. לדבריו, ההוצאות להדפסת ספר כדוגמת הטור השלם, כשהוא התחיל בכך, היו גדולות בהרבה ממה שהן היום. בשלב מסויים כשראה שאינו יכול לעמוד במעמסה הכספית התקשר עם צד ג', והם השקיעו עוד כסף עד שזכו לראות בהדפסת כל 22 הכרכים של הטורים, לפני כעשר שנים.

למעשה, כל ההכנסות שיש לו היום ממכירת הספרים הולכות להסדר תשלום חובות שנעשה באמצעות ביה"ד של הגר"נ קרליץ שליט"א, מלבד סכום מסויים שהוא מקבל כדי מחיה בלבד.

כששמע לפני כשנה שהרב ב. והרב ה. עומדים להוציא טורים חדשים, הוא פנה אליהם בתחנונים, שלא יעשו לו דבר כזה, כי יש לו חובות עצומים. הוא חושש שאם הם יוציאו מהדורה חדשה של הטורים המחירים ירדו ולומדי התורה יהנו, אבל בעלי החובות שלו יצטרכו להמתין עוד 15 שנה. עלות העימוד הוזלה, וגם מחירי המחשבים ירדו מאד, לכן בלי ספק ההוצאות של הנתבעים קטנות יותר היום ממה שהיו לו, ולכן יש לשמור על זכויותיו. הוא אינו מבקש רווחים לעצמו, אלא רק שיוכל לפרוע את חובותיו. בביה"ד של הגר"נ קרליץ שליט"א הוציאו איסור על הדפסת טורים למשך חמש שנים מיום יג כסלו תשס"ג, ולאחר זמן זה ידונו אם יש צורך להאריך עוד את משך האיסור.

לטענתו, הרב ב. השיב לו, שהשקיע כבר כסף בהכנות להדפסה החדשה, וגם רכש כתב יד חדש של הבית יוסף לחלק יורה דעה, ולכן אינו מוכן לעכב את ההדפסה שלו.

לדברי התובע, הוא פנה גם לבד"ץ העדה החרדית שיוציאו גם הם איסור, אך הם הפנו אותו לדון עם הרב ב. והואיל והרב ב. לא הסכים לדון לפני בד"ץ

העדה החרדית לכן תבע אותו בביה"ד האיזורי. הוא הוסיף שהוא מוכן לפצות את הרב ב. על ההוצאות לרכישת כתב היד של הבית יוסף.

לשאלת ביה"ד הבהיר, שהאיסור שהוצא על ידי הגר"נ קרליץ שליט"א כולל שני חלקים. חלק אחד שהוא האיסור להשתמש ללא רשות בכל התיקונים ומראה המקומות שנעשו במהדורת הטור השלם. וזה נעשה גם לבקשת צד ג'.

והחלק השני הוא האיסור להדפיס מהדורה חדשה של הטורים **אפילו בעריכה מחודשת בכל צורה שהיא**, במשך חמש שנים, וזה נעשה לפי בקשת התובע - הרב ס. בגלל החובות הגדולים שיש לו.

כל הענינים הכספיים שבין צד ג' ובין התובע הרב ס. וכן כל הקשור בבעלי החוב של הרב ס. מטופלים על ידי ביה"ד של הגר"נ קרליץ, אשר קובע גם מי מבעלי החוב יקבל את ההחזר תחילה וכמה.

טענת הנתבעים:

בתשובתו טען הרב ב. שהוא רכש כתב יד חדש של הבית יוסף בסך של 280,000 דולר, ויש בו תיקונים אשר אינם נמצאים בהוצאה של התובע הרב ס. לאחר רכישת כתב היד הוא התקשר בהסכם עם הרב ה. (הנתבע השני) להדפסה חדשה של הטורים.

לפני כשנה הוא שלח את הרב ה. אל צד ג' שותפו של הרב ס. על מנת להגיע להסכם לפיו הם (=הנתבעים) ידפיסו **רק כרך אחד של טור יורה-דעה** עם כל התיקונים וההוספות שיש בכתב היד החדש. הכרך הזה יהיה באותה מתכונת ממש כמו הטורים שמדפיסים הרב ס. וצד ג', ואפילו עם הסמל שלהם. כך שכל מי שקנה (או יקנה) את הטורים של הרב ס. יוכל לרכוש רק את הכרך הנוסף שבו התיקונים. בדרך זו לא יפגעו הרב ס. וצד ג', וגם הם (=הנתבעים) יוכלו להוציא לאור את התיקונים שבכתב היד החדש.

הרב ב. הוסיף, שהוא היה מוכן להרחיק לכת עוד יותר, **ולהכין פלטות חדשות של הטור השלם על חשבונו בבעלות של 5,000 דולר עבור הרב ס. וצד ג'**, עם ציונים בכל מקום בו יש תיקון או הוספה בכרך הנוסף, כך שבכל הטורים שיודפסו מכאן ולהבא, יוכלו לדעת באיזה מקום יש תיקון.

אלא שאז טען צד ג', שהואיל והם כבר מכרו 30,000 עותקים של הטורים, לא ייתכן שהוא (הרב ב.) ירוויח **לבדו** על מכירת 30,000 עותקים של הכרך החדש שידפיס.

כמו כן ניהלו מו"מ למכירת כתב היד עצמו לצד ג' אך לא השתוו על המחיר. לכן החליטו להוציא מחדש את כל הטורים.

לדברי הרב ב. אמר לו הרב ס. שיש לו חובות בסך 600,000 דולר בלבד, והוא מבקש בסף הכל לשלם את החובות, ואחר כך תוכל לעשות מה שתרצה.

ואז הוא שאל את הרב ס. האם הוא מוכן למכור לו את חלקו בטורים בסכום של 600,000 דולר? והרב ס. סירב. הנתבע הסביר שעשה זאת כדי לבחון את אמיתות דברי הרב ס. ולא התכוון באמת לקנות את חלקו בטורים.

לטענת הרב ב. הם השקיעו עד היום למעלה מ-600,000 דולר, והוא מקווה שתוך שנה יוכל להוציא את כל הטור המתוקן במתכונת החדשה. בענין האיסור שהוצא על ידי הגר"נ קרליץ שליט"א אמר, שהדבר נעשה שלא בפניו וללא ששמעו אותו כלל.

הנתבע השני - הרב ה. הוסיף, שלפי מיטב ידיעתם, צד ג' קנה מהרב ס. את כל זכויותיו בטורים, והרב ס. אמור לקבל 42% מן הרווחים. כל החובות שהיו להם בהוצאת הטור השלם כבר כוסו, וההסכם היה מותנה בכך שצד ג' יכסה את כל החובות של הרב ס. אלא שצד ג' לא שילם מיד את החובות והתנה שהחובות יפרעו מן הרווחים שיהיו לו, לכן אם הרב ס. עשה הסכם טפשי עם צד ג', זאת לא סיבה למנוע מאחרים להדפיס את הטורים. בפועל. כל ההוצאות כוסו על ידי ההכנסות שהיו ממכירת הספרים כבר מזמן, ועל כך היו דיונים בפני הגר"נ קרליץ. השעיית ההדפסה תגרום להם נזקים גדולים, כי כבר הושקעו סכומים ניכרים. אשר למהדורה שהם מתכונים להוציא, הוא טוען שזו מהדורה שונה לחלוטין ממה שהוציא הרב ס. מלבד כתב היד החדש של הבית יוסף על יורה דעה, יש עוד כ-30 כתבי יד מחכמי ספרד ואשכנז על הטור. כך למשל יש להם כתב יד חדש של הפרישה על חלקי או"ח וחו"מ, שמאיר באור חדש את דברי הפרישה.

בענין הבקשה לאסור את ההדפסה הוא טוען, שהאיסורים שהוציאו הקדמונים היו <u>לפני הדפסה</u> ולתקופה של 10-15 שנים, ולא <u>לאחר</u> שהספר כבר הודפס ונמכר בעשרות אלפי עותקים. הם גם התייעצו עם גדולי תורה שפסקו להם, שמותר להם להדפיס את הטורים הואיל ומדובר בהוצאה שונה.

עד כאן עיקרי טענות הצדדים, כמו כן הוגשו סיכומים בכתב עם טענות הלכתיות. ביה"ד הציע פשרה אך ההצעות נדחו על ידי התובע, והוא תבע לקבל פס"ד. לפיכך עלינו לדון לגופו של ענין.

א. כתב האיסור של הגר"נ קרליץ שליט"א ובית דינו

בענין כתב האיסור שניתן על ידי הגר"נ קרליץ שליט"א ביום יג כסלו תשס"ג עלינו להבהיר, שנושא זה כלל וכלל אינו חלק מן הדיון שלפנינו. אין אנו אמורים כלל להחליט האם האיסור הזה תקף או אינו תקף. לא זה מה שנתבקשנו בכתב התביעה לדון ולפסוק, ואין אנו סבורים שבסמכותנו הדבר.

לכן אנו תמהים על ב"כ התובע שחוזר וכותב כמה פעמים בסיכומיו, על הכוח והסמכות של הגר"נ קרליץ שליט"א להטיל איסור על הדפסת הספר. והוא

מבקש: "להורות לנתבעים לקיים את האיסור שיצא מבית דינו של הרב קרליץ בתאריך יג כסלו תשס"ג".

וכן "שכת"ר יורו להם לקיים האיסור ככתבו וכלשונו כפי שיצא מבי"ד מוסמך קבוע ונכבד ע"י הרבנים הגאונים ובראשם הגר"נ קרליץ שליט"א ומכלל הן אתה שומע לאו שאם לא יצייתו יכנסו לגודא רבה". והוא מוסיף על פי דברי הרמב"ם, פ"ב ממרים ה"ב: "ש"אין האחרונים יכולים לבטלו עד שיהיו גדולים מהם, עיי"ש". כלומר, הוא רומז לנו, שגם אם נרצה, אין אנו יכולים לבטל את האיסור.

צודק בענין זה הנתבע - הרב ה. שחתימת הצדדים על שטר הבוררות בפנינו משמעותה <u>בירור התביעה לגופה בדין התורה הק'</u>. התביעה היא לאסור על הנתבעים הדפסת הטורים לחמש שנים, ובזה אנו דנים. זו היתה גם כוונת בד"ץ העדה החרדית שהתובע פנה אליהם לפי דבריו להוסיף על האיסור של הגר"נ קרליץ שליט"א, והם השיבו לו, שעליו לדון עם הרב ב. על הענין.

לכן אין אנו דנים כלל במשמעותו של האיסור הנ"ל, וגם לא בטענות שהעלו הנתבעים בסיכומיהם **כנגד** כתב האיסור.

משום כך יש לדחות גם את בקשתו של הרב ב.: "אנו אמנם הורינו לכל העוסקים במלאכה שלא יעיינו ולא יסתכלו במהדורת התובע, אך אנו מבקשים לאור הדברים דלעיל שבית הדין הנכבד יקבע שגם בזה אין חשש".

כאמור, אם הרב ב. סבור שיש להתיר לו את השימוש במהדורת הרב ס. לצורך הגהותיו, יתכבד ויפנה לביה"ד של הגר"נ קרליץ שליט"א שיבטלו את איסורם. ועוד, הרי דבר זה נוגע גם לאנשים אחרים מלבד הרב ס. שאינם צד בדיון שלפנינו, לכן לא נוכל לדון בזה כלל במסגרת התביעה שלפנינו.

ב. האם יש לאסור על הנתבעים הדפסת הטורים

שני הצדדים הביאו בסיכומיהם מדברי הפוסקים שדנים במהות ההסכמות ואיסור ההדפסה שנהגו בהם בהרבה מקומות. וכמובן שכל צד הביא בעיקר את אותם הפוסקים שיש להביא מדבריהם ראיה לדעתו.

לאחר העיון בסיכומים ובצדדי ההלכה נראה לנו שבנידון דידן יש לקבל את עמדת הנתבעים, ואין לנו לאסור את המשך עבודתם בההדרת הטורים מחדש ובהדפסתם, וזאת מכמה נימוקים. ונפרש את דברינו.

ב-1. איסור למפרע

לטענת הרב ה. כל הפוסקים שדנים בחרמות ובאיסורים על הדפסת ספרים, עוסקים במדפיס או מחבר שעומד <u>לפני</u> הדפסת ספרו, והוא חושש שמא יצא

ניזוק על ידי תחרות בלתי הוגנת, לכן הוא מבקש איסור הדפסה לזמן מוגבל עד שספרו ימכר. וזו תקנה כללית לטובת המדפיסים שלא יחששו להשקיע כסף בהדפסה. אבל לא מצאנו שלאחר כמה שנים מהדפסת הספר, יוצא איסור **למפרע** על כל המו"לים שלא להדפיס את **הספר שכבר נדפס ונמכר הרבה שנים**.

הוא מסביר את הדבר בכך, שכאשר המדפיס בא לפני ההדפסה לבקש איסור, ביה"ד יכול להשגיח על גובה הוצאותיו המשוער, ולאחר בדיקת ההוצאות יוכל ביה"ד להעריך את משך הזמן שהאיסור נחוץ, באופן שגם שאר הציבור לא יפגע. וכדברי הגר"מ שטרנבוך שליט"א (תשובות והנהגות, ח"א סימן תסו): "ובלבד שידרשו ויחקרו היטב כמה הוציא וכמה הכניס **שלא יגזימו ההוצאות**".

אבל כאשר בא מדפיס לאחר כמה שנים וטוען שיש לו חובות רבים, ובמיוחד כאשר רואים שהוא טוען להוצאות גדולות בהרבה ממה שהיה נצרך לספר כזה, אין שום סיבה לתמוך במדפיס כזה, שכילה ובזבז ממונם של ישראל, ועתה רוצה למנוע אחרים מהדפסה במחיר זול יותר. אדרבה, לתקנת הציבור ראוי למנוע תמיכה ועידוד ממדפיסים כאלה.

גם אם לא נקבל את **פירושו** של הרב ה. לאי מתן איסור על ספר שכבר נדפס לפני כמה שנים, מכל מקום העובדה שהוא טוען נכונה, וכמו שנראה להלן מדברי הפוסקים.

רבי יהונתן אייבשיץ אב"ד אה"ו, בהסכמה שנתן ביום ז טבת **ביהונתן** (-תקכ"ג), להדפסת **הטורים** בברלין, מתלונן על המדפיסים "העושים מחרמות קרדום לאכול", וז"ל:

> "ועוד זאת אדרוש לבית יעקב, כי המדפיסים עושים מחרמות כאלה קורדם לאכול ועל כן תפוק תורה, כי כאשר **מכרו הספרים אשר עליהם הסכמה** ואם כן הותר הרצועה לכל אדם להדפיס' **המה ימהרו ליקח הסכמות חדשות**, מאיזה רבנים, ואם כן דלת נעול לבל ידפיס שום אדם זולתן, ורע עלי המעשה כי ע"כ נתמעט מלאכת שמים...".

בענין דומה דן ביה"ד בירושלים, בהרכב הרבנים הגאונים י. עדס זצ"ל; י.ש. אלישיב שליט"א; ב. זולטי זצ"ל (פד"ר א, עמ' 280-276), וגם הם דחו תביעה להוציא איסור על הדפסת ספר, **בנימוק שבתחילת עבודתו לא דאג התובע להוציא את האיסור**. לאחר שהם דנים בדברי הפוסקים ובטעמים להוצאת איסור הדפסה, הם כותבים:

> **"אמנם התובע כאשר נכנס בעסק הזה והשקיע את כספו בהעתקת הכת"י הנ"ל, לא דאג להצטייד באיזו תעודה שהיא מרב בישראל המטיל גודא**

לאסור איסור על אחרים שלא יכנסו לתוך גבולו, כי אז היה להתובע על מה לסמוך, והיה בטוח במערופיא שלו - לפי דברי החת״ס והד״ח הנ״ל... לעומת זה הנתבע לא השתמש בהמצאתו ובעבודתו של התובע, הוא העתיק העתקתו מצילומים שקבל בספריה הלאומית בפריז, ולכן אין לעכב על הנתבע את הוצאת כת״י הר״י די-טראני לאור על ידו משום דין ׳יורד לתוך אומנות של חבירו׳״.

כלומר, שמועד הוצאת האיסור הוא בעת תחילת העבודה והשקעת הכסף, ולא לאחר מכן.

ועוד, באמת יש לתמוה לכאורה על התובע, מדוע לא פנה לכל הרבנים שנתנו הסכמתם בתחילת הדפסת הטור השלם, שמלבד העתקה מהספר יאסרו גם להוציא לאור במשך זמן מסויים **שום מהדורה אחרת** של ספר הטורים?

אלא שהתשובה פשוטה. במהלך כל השנים מאז המצאת הדפוס הולכים ונדפסים ספרי הטור במהדורות שונות עם הוספות ושיכלולים שונים. ורק לדוגמא נזכיר בדורנו את הוצאת ׳אל המקורות׳, שצירפו כמה הוספות חשובות בסוף הטור שהדפיסו. וכן במהדורת ׳מכון חתם סופר׳, ועוד. אם כן, באותה שעה ממש כשהחל הרב ס. בעריכת הטור השלם והדפסתו, היו עוד כמה וכמה מו״לים שהדפיסו והפיצו את ספרי הטור שלהם. נכון שהמהדורה של הטור השלם היתה משוכללת יותר לעומת האחרות, אך בהחלט לא היתה זו סיבה מספקת לאסור על כל המו״לים האחרים **להמשיך** במלאכתם, ובמיוחד שהמהדורות שלהם היו זולות הרבה יותר. לכן לא עלה על דעתו של איש, שאפשר למנוע הדפסת טורים אחרים במקביל להדפסת הטור השלם, והיה ברור שזכותו של כל מו״ל לשקול את צעדיו ואת הסיכון שבהשקעתו. וגם כל קונה יחליט איזו מהדורה הוא ירכוש.

וראה שו״ת שם אריה, חו״מ סימן כ, שכתב בתוך דבריו, שכאשר שני אנשים רוצים **בעת ובעונה אחת** להדפיס ספר, אין בכך איסור השגת גבול, וממילא אין יכולים לאסור על אחד מהם להדפיס. והוא מוסיף:

״וההסכמות נותנים רק על אופן שאם אחד יתחיל ויעשה מעשה הדפסה אז השני לא ישיג גבולו, אבל לא כה״ג ששניהם כאחד באים ופושטים ידיהם להדפיס...״.

נמצא שגם בתחילת העבודה של הרב ס. לא היה ניתן לאסור על שאר המדפיסים שלא ידפיסו את ספר הטורים, כי לא היתה לרב ס. שום עדיפות עליהם.

זאת הסיבה שכל הגדולים שנתנו הסכמותיהם ל'רמב"ם פרנקל' ול'טור השלם' ולספרים אחרים שיצאו בעריכה חדשה, התייחסו רק לאיסור צילום או העתקה של ציונים, תיקונים ומראה מקום ללא קבלת רשות מהמו"ל. כי דברים אלה הם רכושו ממש, שיגע וטרח להמציא אותם ולהביאם לאור עולם. ולכן גם על פי חוק זכויות היוצרים יש לו הגנה חוקית מפני העתקה.

בכך עוסקות הסכמות הגר"י קנייבסקי זצ"ל ובנו הגר"ח שליט"א לרב פרנקל, שהוזכרו בסיכומי ב"כ התובע, **ואין מהם שום ראיה לנידון דידן.**

וראה הסכמת רבי אברהם ב"ר צבי הירש אב"ד פ"פ דמיין, **לספר הטורים,** ברלין - תקכ"ד, שכותב בפירוש, שהסכמתו אינה אוסרת על הדפסת ספר הטורים עם פירושים אחרים מאלה המודפסים עתה.

זאת ועוד, הרי גם עתה **אין התובע מבקש לאסור על כל המו"לים** שימנעו מהדפסת ספרי טורים. כל בקשתו היא לאסור הדפסת טורים **מתוקנים ומשוכללים.** כלומר, אין לו התנגדות שימשיכו להדפיס מהדורות צילום משובשות של הטור, וכל רצונו הוא, שהטור **שלו** ישאר המשוכלל ביותר שנמצא בשוק. **בכגון זה לא מצאנו בדברי אף אחד מן הפוסקים שאסר את ההדפסה.**

בתביעה כזו אין גם שום הגיון. מצד אחד להתיר להדפיס ללא הגבלה **ספרים מוטעים,** ורק ספר מתוקן אין להדפיס. והרי כפי ששמענו מפי הנתבעים, יש ברשותם כתבי יד חדשים והוספות שונות שיפארו את ספר הטורים עוד יותר ממה שעשה התובע. וזה בנוסף לטענתם, שבמהדורת הטור השלם עצמו נמצאו שגיאות רבות שיש צורך להגיהם.

ב-2. ההצעות להסדר לפני כשנה

שמענו בדיון, שהנתבעים הציעו להדפיס בכרך נפרד רק את התיקונים שבכתב היד החדש של הבית יוסף יורה-דעה, ואף הציעו לממן במקומו את הכנת הלוחות החדשים לטור השלם בעלות של 5,000 דולר.

לא שמענו הכחשה לדברים, וההצעה נראית הוגנת ביותר. למעשה לא היתה שום סיבה לסרב לה, **כי לא היו מפסידים שום דבר,** אלא שהוא רצה חלק ברווחים של הנתבעים ממכירת 30,000 ספרים שלהם לכל רוכשי הטור השלם.

בנסיבות אלה, אי אפשר לבוא בטענה אל הנתבעים, שלאחר שנידחתה הצעתם החליטו להדפיס את כל הטור מחדש. אין זה המקרה הרגיל של התחרות מסחרית בלתי הוגנת. אדרבא, הנתבעים עצמם לא ששו להכנס להרפתקה של הדפסת כל הטורים, אך נידחקו לכך עקב הסירוב להצעתם. התובעים שרכשו את כתב היד החדש של הבית יוסף, לא יכלו להשלים עם העובדה שאוצר זה ישאר מכוסה

ונעלם מפני הציבור כולו, רק בגלל צרות עין. וחבל שהתובע לא הפעיל את השפעתו לקבל את ההצעה, שהיתה חוסכת ממנו הרבה עגמת נפש. ברור שיש להתחשב גם בנתון זה, בבואנו לשקול את זכותם של הנתבעים להמשיך ולהדפיס את המהדורה שלהם.

ב-3. ביקורת על ההוצאות וההכנסות

שני הצדדים מתייחסים בסיכומיהם להיקף הוצאות וההכנסות שהיו לתובע. הנה לו היינו סבורים שיש מקום **באופן עקרוני** לקבל את התביעה, בהחלט היינו דורשים לקבל פירוט מלא של <u>כל</u> ההוצאות וההכנסות מתחילתן, ולבדוק את מהותן. כי לולא זה, אין שום עילה לאסור את ההדפסה על הנתבעים, וכדברי הגר"מ שטרנבוך שליט"א שהובאו למעלה.

אך הואיל ובלאו הכי לדעתנו אין מקום לאסור את ההדפסה, מן הנימוקים האחרים שהבאנו כאן, לכן אין ענין בבירור עניני הכספים, שאין להם נפקא מינה לנידון דידן.

מכל מקום גם ללא פירוט מלא, יש להעיר כמה הערות בעניני הכספים על סמך החומר שבתיק.

צודק הרב הרצברג, שהנתונים שהזכירו התובע וב"כ רחוקים מן המציאות, ואינם מתקבלים על הדעת. מחיר עימוד לא עלה **200 דולר לעמוד**, ומחשב לא עלה 70,000 דולר לפני כעשרים שנה. עוד הוא תמה, להיכן נעלם כספם של כ-12,000 מנויים (לפי נספח לסיכומי התובע), שאפילו אם כל אחד מהם שילם רק 150 דולר, הרי זה מליון ושמונה מאות אלף דולר.

והם עוד חוייבו בהסכם של התובע עם צד ג' לשלם תוספת של 6 דולר לכל כרך (שהיא עלות ההדפסה), ס"ה יותר ממיליון דולר **נוספים**.

סוף דבר, הנסתר מרובה מן הגלוי בכל עניני הכספים שניהל התובע עד שנת תשמ"ט, וגם אח"כ בהסכמים שערך עם אנשים שונים. ספק רב אם ניתן היום לשחזר **בנאמנות** את כל פרטי ההכנסות וההוצאות שהיו לו. לכן גם מסיבה זו אין מקום להענות לתביעתו.

ג. ראיות מדברי הפוסקים לדחיית התביעה

ג-1. לא להגביל הדפסת ספרי יסוד

מעיון בדברי הפוסקים בענין הסכמות הספרים אנו רואים שלא הוטלו הגבלות על הדפסת ספרים שיד כל אדם ממשמשת בהם וצריכה להם. כך למשל, נמנעו מלאסור הדפסת סידורים חומשים ומחזורים, אלא אם כן המדובר בחידוש שחידש

המדפיס עצמו, ואז חל האיסור על העתקת ההוספות שלו בלבד (כמו שאירע בענין המחזורים של ר׳ זאב וואלף הידענהיים עם תרגום אשכנז שהודפסו מחדש באותה מתכונת ללא רשותו על ידי ר׳ צבי הירש מדיהרנפורט, ראה על כך בשו״ת שרידי אש, חו״מ, סימן קמה).

והנה בהסכמת הגאון רבי אפרים זלמן מרגליות משנת תקע״ט, לשולחן ערוך שהדפיס אחיו רבי חיים מרדכי מרגליות, אב״ד דובנא, עם ״באר היטב״ ועם ״שערי תשובה״ שחיבר רבי חיים מרדכי מרגליות, ועם הגהות ״יד אפרים״ לרבי אפרים זלמן מרגליות, **מגביל רבי אפרים זלמן את איסור ההדפסה רק להדפסת השולחן ערוך עם ההוספות שלו ושל אחיו**, ואינו אוסר את הדפסת השו״ע כפי שנדפס קודם לכן. והוא כותב בפירוש:

> ״וגם אם איזה מהמדפיסים עלה ברצונו להדפיס הארבע ש״ע עם באר היטב כאשר נדפס מקדם, בלי חיבור ההוספות החדשים הנ״ל אין האיסור חלק עליו...
> **כי לדעתי אין ראוי לגזור איסור על ספרי ש״ע ותנ״ך ומשניות וכיוצא בהם שהם שוים לכל נפש, ויד הכל ממשמשים בהם.**
> **וכך שמעתי וראיתי במכתב חכם אחד כי התירו פרושים את הדבר שלא לחוש להסכמות הניתנים על ספרים כאלו...״.**

כך כתבו בהסכמתם גם הגאונים, רבי יעקב מליסא בעל ׳נתיבות המשפט׳, ורבי משה סופר בעל ה׳חתם סופר׳: ״והמשיג גבול בהדפסת הספרים הנ״ל **כמתכונתם**...״. וכן שאר המסכימים, רבי אריה ליב לבית קצנאלפוגן, אב״ד בריסק; רבי אברהם יהושע העשיל, אב״ד אפטא; רבי מרדכי ב״ר יחיאל מיכל דק״ק קרעמניץ; רבי דוב בער ב״ר שניאור זלמן ליובאוויטש.

ולמעשה גם רבי חיים מרדכי מרגליות עצמו, בעל ה׳שערי תשובה׳ כותב ב׳מודעה רבה׳:

> ״כי גם אני איני רוצה לנעול דלת בפני מי שירצה להדפיס הש״ע כמקדם, והתורה מונחת בקרן זוית והרוצה ליטול יבא ויטול, ואין הגזרה תופסת כ״א על דבר שנתחדש בהם...״.

נמצא שגם ספרי שולחן ערוך ותנ״ך ומשניות **<u>וכיוצא בהם</u>** שהם שוים לכל נפש, ויד הכל ממשמשת בהם אין לאסור. לפי זה **אין לאסור הדפסת ספרי הטורים** והרמב״ם ודומיהם.

ג-2. לגרום להדפסה טובה ומתוקנת יותר

אחד השיקולים בדברי הפוסקים להתיר או למנוע הדפסת הספרים היה טיבה של ההדפסה החדשה לעומת הקודמת לה.

כך מזכיר הרמ"א בתשובתו, סימן י', באחד מנימוקיו, שספר הרמב"ם שעומד להדפיס המהר"ם פאדווה, הוא מוגה ומתוקן יותר ממה שהדפיס המתחרה הגוי, לכן יש להעדיף את המהדורה של המהר"ם וזו גם סיבה לאסור הפצת הרמב"ם האחר. וראה שו"ת פרשת מרדכי, לרבי מרדכי בענט, סימן ז, ששם את הדגש על טעם זה של הרמ"א.

יתר על כן, אנו מוצאים שחכמים **ביטלו את הסכמותיהם** שניתנו כבר למדפיסים, **והתירו הדפסת הספר מחדש על ידי אחרים בתוך הזמן** שהוגבל תחילה לאיסור, בגלל עדיפות ההדפסה השניה לעומת הראשונה.

כך כותב רבי אריה ליב אב"ד אמסטרדם, שנתן תחילה הסכמה למדפיסי ש"ס ברלין ופרנקפורט דאדר - תצ"ד, וחזר ונתן הסכמתו להדפסת ש"ס אמסטרדם - תקי"ב, בתוך משך זמן האיסור שהוא עצמו קבע לש"ס ברלין. וטעמו, שמדפיסי ברלין לא עמדו בהבטחתם להדפיס בצורה יפה:

"וקלקלו מעשיהם, הן בדפוס והן בטעויות משונות, חדשות גם ישנות, והטעו את החכמים בפתוי שפתים, הבטיחו ולא נתקיים".

והסכימו עמו גם רבי חיים כהן ראפאפורט, אב"ד לבוב; ורבי נחמן ברבי שמואל צבי הירש אב"ד בריסק דליטא.

וראה הסכמת רבי אברהם רוטנברג, לספר קיצור שולחן ערוך עם מסגרת השולחן, שהתיר את ההדפסה משום זיכוי הרבים והתועלת שתהיה בהדפסת הפירוש למרות שהמחבר אסר על הדפסת הספר ב'פנים חדשות'.

לפי זה אם ניתן **לבטל** הסכמה ואיסור שכבר ניתנו, בגלל תקנת הדפוס וההוצאה, קל וחומר, **שאין לחדש איסור** כאשר מבקשים להוציא את הספר במהדורה מתוקנת יותר, עם הוספות והגהות חדשות על פי 30 כתבי יד חדשים ועל כולם כתב יד חדש לספר בית יוסף על יורה דעה.

ג-3. נזק צפוי למדפיס האחר

אחד השיקולים למניעת איסור הדפסה היה הנזק שעלול להיגרם למדפיס השני שכבר הוציא הוצאות לצורך הדפסתו, <u>לפני</u> שהמדפיס הראשון ביקש את הוצאת האיסור.

כך כותב רבי משה ב"ר יוסף זאב אב"ד טשאוש, בהסכמתו לש"ס קאפוסט - תקע"ו, לאחר שהוא דן ביסודות ההלכתיים לאיסור הדפסה שנוהגים להוציא, הוא מוסיף, שמאחר ובנידון דידן עלול להגרם נזק למדפיס בקאפוסט **אחרי שהתחיל בהיתר**,

"בודאי גאוני זמן לא הסכימו על דעת כן כי הלכה רווחת בידינו אין חבין לאדם שלא בפניו... ועיין בתשובת רש"ל סימן פט דתקנת השגת גבול לא התקינו אלא בענין שלא יגיע לחבירו שום היזק אלא מניעת הריווח לבד... אבל שיגיע איזה היזק לא תיקנו אותה תקנה...
וראוי לנו להקל בדבר מצוה כזו ולילך בעקבי הש"ס, שחשו הרבה לפסידא, ודוק ותשכח כמה שבותים בטלו משום פסידא".

גם בנידון דידן הוציאו הנתבעים הוצאות נכבדות של למעלה מ-600,000 דולר, עוד **לפני שהתובע פנה לבקש את איסור ההדפסה**. ובכגון זה אם נאסור עליהם להמשיך בעבודתם, יגרם להם נזק והפסד ממשי בעקבות פעולות **שעשו בהיתר גמור**.

כי איסור הדפסה **מתגבש רק לאחר שהמבקש קיבל את ההסכמה** והאיסור מהרב המסכים ולא קודם לכן. וכל זמן שלא הוצא האיסור רשאי כל אדם לגשת אל המלאכה. כמו שכתב רבי משה מייזלס, אב"ד דיהרנפורט, בשו"ת עטרת חכמים, יור"ד סימן כה. וכן כתב רבי חיים כהן ראפאפורט בשו"ת מים חיים, יור"ד סימן מד, **שעם לקיחת ההסכמה מתחיל האיסור**. ומשום כך, לא היו הנתבעים צריכים לחוש כלל לדברי התובע כשפנה אליהם, לפי דבריו, בחודש אלול תשס"ב.

ג-4. האיסור הוא למכור ולא להדפיס

רבי שלמה קלוגר (נדרי זריזין, לבוב תרט"ו, בהשמטת לסימן רכה, סעיף לה), מעלה נקודה נוספת בענין המנהג לאסור ההדפסה. הוא קובע, שכוונת האוסרים היא לאסור על המדפיס השני **למכור לאחרים**, כי זה עיקר ההפסד.

"אבל אם לא הוי מוכר לאחרים **מה הפסד לו שידפיס הלה ויסגרם בביתו**; וא"כ ע"כ הוי הכוונה על המכירה לאחרים".

ולפי זה כוונת המסכימים היתה על גמר ההדפסה, ולכן **מותר למדפיס השני להתחיל להדפיס**, כיון שלא נגמרה ההדפסה עד אחר כלות הזמן שקבעו.

נמצא לפי דבריו, שאין מקום לאסור על אחרים להכין את כל הדרוש להדפסה, אפילו במקום **שכבר הוצא איסור כזה לטובת המדפיס הראשון**. קל וחומר שאין לאסור על הנתבעים בנידון דידן להמשיך בכל ההכנות לעריכה מחודשת של הטורים, לרבות הגהות והוספות וכן הדפסה של הספרים. ואין לאסור עליהם עכשיו כלום. ובמיוחד שקרוב לודאי שהפצת הספרים של הנתבעים בפועל לא תהיה בתוך ארבע השנים הקרובות, כי לדבריהם הם מתכוונים להדפיס את כל

ארבע חלקי הטור ב-28 כרכים בבת אחת, ולא בכרכים בודדים, ממילא אין מקום להוצאת איסור כל שהוא כבר עכשיו.

ג-5. שיטת הדברי חיים

התובע צירף לתביעתו את תשובת הדברי חיים מצאנז, חו"מ, סימן נו, וגם בסיכומיו הוא מביא אותה. אך לדעתנו, **מתשובה זו עצמה יש לסתור טענות התובע.**

שיטת הדברי חיים היא, שהיסוד ההלכתי לאיסור ההדפסה שבהסכמות הספרים, הוא מכח המנהג. ש"נתייסד על פי גאונים שלפנינו" ולכן הוא "מנהג ותיקין". וכאשר ההסכמה ניתנת על ידי

> "רב חשוב וגדול במדינה, בודאי אסור להשיג גבול, **דכן המנהג מאז בין המדפיסים בכל תפוצות ישראל; ואפילו הוא נגד התורה, אם אינו לבטל מצוה כידוע אין מבטלין מנהג**... והיותר נראה שגם במדינה אחרת **כן המנהג, ואסור לשנות המנהג**".

והנה הלכה ידועה היא (רמ"א, חו"מ, סימן שלא סעיף א, בשם תשובת הריב"ש סימן תע"ה):

> ש"אינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שתי פעמים אינו קרוי מנהג".

הנידון שלפנינו הוא מקרה **שאינו שכיח כלל** מכמה היבטים, וממילא אין לגביו מנהג שנהגו גדולי ישראל לאסור על אחרים את ההדפסה.

ראשית מן הטעם שהוזכר כבר למעלה, שכל ההסכמות שנהגו בהן ניתנו **לפני** ההדפסה ולא כעשר שנים לאחר ההדפסה.

ועוד, הרי לתובע עצמו **אין שום בעלות** על הטור השלם, שהוא כולו בבעלות משפחת צד ג'. כל מה שיש לו הם אחוזים מן הרווחים שיהיו לצד ג'.

וראה זה פלא צד ג' **שהם בעלי הטור השלם** לא פנו כלל לבקש איסור על הנתבעים או על כל אדם אחר. וגם בביה"ד של הגר"נ קרליץ הם ביקשו, לפי דברי התובע, רק איסור על **העתקה מתוך הטור השלם**. ואילו התובע, שאין לו שום בעלות על הדפסת הטור השלם, הוא התובע את הוצאת האיסור.

אם נקבל את עמדת התובע, יוכלו מעתה עובדי הדפוס והכריכיה של מדפיס אחר (או הבנק שהלוה לו כסף, או בעל הבנין שמשכיר לו את בית הדפוס), לפנות לביה"ד לאסור על כל מדפיס אחר להתחרות במעביד (או בלווה או בשוכר) שלהם, משום שעל ידי כך תקופח פרנסתם, ולא יוכלו לשלם את חובותיהם.

לא מצאנו בכל הסכמות הספרים דוגמא כזו של איסור שהוצא רק לטובת אדם זר שאינו המדפיס עצמו.

(לדעת רבי שלמה קלוגר, נדרי זריזין, השמטות לסימן רכה, סעיף לה אות ו׳, אין אדם יכול למכור לאחר זכות הדפסה **עם האיסור שניתן לטובתו**, כי האיסור אינו דבר שנמכר, ואין הוא חלק מגוף הספרים והדפסתם, ואכמ״ל בזה).

אם כן אפשר לומר בבירור, שאין כלל מנהג לאסור במקרים חריגים כנידון דידן, וממילא לדעת הדברי חיים, נופל הבסיס ההלכתי למתן האיסור.

הוא הדין לשיטות הפוסקים, שהאיסור שנותנים בעלי ההסכמות נובע מ׳תקנת בעלי אומנות׳ או ׳תקנת חכמים׳, גם בתקנות אלה, צריך שתהיה התקנה ברורה, ובדבר שאינו שכיח אין התקנה ברורה לאסור, ונשאר הדבר על עיקר ההלכה להיתר.

לאור האמור אנו פוסקים:

א. דוחים את התביעה לאסור על הנתבעים לערוך ולהדפיס מהדורה חדשה של ספר הטורים.

ב. פסה״ד הוא סופי הואיל והצדדים ויתרו על זכות ערעור.

הרב יהודה דרעי

התקנת אנטנה על גג בית הכנסת

שאלה:
נשאלתי מכמה רבנים וגבאי בתי כנסת פעיה"ק באר שבע, האם מותר להתקין אנטנה סלולרית על גג בית הכנסת, כדי לממן את פעילות בית הכנסת מתגמולי הזכיון?

תשובה:
אין לאשר התקנת אנטנה לטלפונים סלולרים על גג בית הכנסת, אפילו אם בית הכנסת זקוק לכספי התקבולים כדי לממן את פעילותו השוטפת. ואולם יש להקל בזה במילוי כמה תנאים, כפי שיבואר בגוף התשובה. ועל כל פנים, אין זה מעכב את התפילה בבית הכנסת.

עיקרי מקורות התשובה:
א. איתא בתוספתא דמגילה (פ"ג סוף הי"ד): "בית כנסת בונין אותה בגובה של עיר, דכתיב בראש הומיות תקרא" (משלי א, כא). וגדולה מזו מבואר בגמ' שבת (יא): "עיר שיסודותיה גבוהין מבית הכנסת, סופה ליחרב. שנאמר, לרומם את בית אלוקינו". וזאת הלכה העלו כל המורים, ובראשם הרמב"ם (פי"א מהלכות תפילה הלכה ב) והטור (או"ח סי' קנ). ואמנם בגמ' שם מבואר, שאין דין זה נוהג אלא בבתי מגורים אבל בירניות ומגדלים מותרים ופירש הרא"ש (שם סי' כג), לפי שאין משתמשים על גגותיהם. מכל מקום בנידון דידן שמתקינים אנטנה על גג בית הכנסת עצמו, ודאי שזה גרוע יותר מאשר להשתמש בגג בתים גבוהים אשר לצד בית הכנסת, וזה פשוט.

והן אמת שמצינו להמאירי (שם) אשר התיר לבנות אפילו בתי מגורים יותר מגובה בית הכנסת, כאשר סיבת הגבהתו אינה דרך שררה אלא להרבות בדיורים ועליות, ע"ש. וזהו עיקר ההיתר למה שנוהגים היום לבנות בתים גבוהים לצד בית הכנסת. מכל מקום לא זו בלבד שלא נתקבלו דבריו ע"י פוסקים רבים אשר כתבו לפקפק על היתר זה, ובראשם מהר"ח פלאגי' בספר חיים (סי' מה) ובנו אחריו מהר"י פלאגי' בספר יפה ללב (קונטרס יושר לבב סי' קנ), וכ"כ הרב כף החיים (או"ח סי' קנ ס"ק כא), שאין נראה כך דעת הפוסקים, ועוד. וכן נראה לדקדק מדברי מרן הבית יוסף (או"ח סי' קנד) אשר דייק מדברי הרמב"ם (שם),

שדווקא כשבונים בית כנסת קבוע צריך להקפיד בזה, אך בבתי כנסיות שלנו שלא נבנו לשם בית כנסת אלא הכל דרך עראי אין צריך להקפיד על הוראה זו, ע"ש. נמצא לפ"ז שבית כנסת קבוע שנבנה לשם בית כנסת יש להקפיד שלא לבנות לצידו בנין גבוה יותר, וכל שכן שאין לבנות על גביו. זאת ועוד, שאפילו המאירי עצמו אפשר שלא התיר אלא בבתי מגורים "כדי להרבות בדיורים", ולצד בית הכנסת, משא"כ בנידון דידן שיש תרתי לרעותא, שאין האנטנה לדיורים וגם אינה לצד בית הכנסת אלא על גביו ממש.

ב. ועוד יש לנו לדון בזה מדין אחר, והוא שימוש בגג בית הכנסת. תנינן במגילה (כח):

"בית הכנסת שחרב, אין מספידין בתוכו ואין מפשילין בתוכו חבלין ואין פורשין לתוכן מצודות ואין שוטחין על גגו פירות ואין עושין אותו קפנדריא, שנאמר והשימותי את מקדשכם - קדושתן אף כשהן שוממין".

וכעין זה שנינו בתלמודא דמערבא (מגילה פ"ג ה"ג): "ר' יוחנן מיקל לנשיא דשטחין בגדיהון על אוירא דבי מדרשא", ומזה הוכיחו הפוסקים שגם על גג בית הכנסת יש קדושה. הרי לפנינו דינא דתלמודא, שאין להשתמש בגג בית הכנסת אפי' בחורבנו, וכ"ש בבניינו. ולא דמי להא דתינן במידות, שהיו מתקינין על גג בית המקדש כלי עורב למנוע את לכלוך העורבים. שכן התם מיירי בשימוש שהוא לצורך ישיר של בית המקדש, משא"כ שאר שימושין שאינם לצורך ביה"מ, וזה פשוט.

ואמנם המרדכי (שבת פ"א סי' רכח) כתב בשם רבינו מאיר:

"איני יודע איסור גמור להשתמש בעליה שעל גבי בית הכנסת, כמו שכתב ר"י דאפי' גגות ועליות דעזרה לא נתקדשו".

מכל מקום הוא עצמו סיים שם:

"מיהו יש להיזהר מלהשתמש שם תשמיש קבוע של גנאי, כגון לשכב שם וכו'. ועוד דשמא בית הכנסת דמי לעליות היכל שנתקדשו, דמקדש מעט שלנו יש לנהוג בו קדושה קצת מעין קדושת היכל", עי"ש.

וכיוצא בזה העלו פוסקים רבים ובראשם מהר"ם מרוטנבורג בתשובותיו (ח"א סי' נ), ושו"ת מהרי"ק (שורש קסא), והביאם מרן הב"י (או"ח סי' קנא). וזאת הלכה העלה בשולחנו הטהור (שם סעיף יב), וז"ל:

"יש להיזהר מלהשתמש בעליה שעל גבי בית הכנסת תשמיש קבוע של גנאי, כגון לשכב שם. ושאר תשמישים, יש להסתפק אם מותר להשתמש שם".

והן אמת שהרמ"א (שם) נתן סייג לדבריו, שדווקא בבית כנסת קבוע שנבנה מתחילה לכך. אבל בית שיחדו לאחר שנבנה לבית כנסת, מותר לשכב עליו,

ע״ש. מיהו יעויין במג״א (שם ס״ק יח) אשר כתב על דברי הרמ״א הללו, שעכ״פ שומר נפשו ירחק מזה. וכן מבואר בכנסת הגדולה (או״ח סי׳ קנא), ע״ש. וכמה נוראים הם בזה דברי הט״ז (שם) אשר העיד על עצמו:

״אני בילדותי הייתי דר בבק״ק קראקא עם ב״ב בבית מדרשי שהיה למעלה מבית הכנסת, ונענשתי הרבה במיתת בני, ותליתי בזה״, עי״ש.

הנה כי כן עין רואה ואוזן שומעת מכל הני רברבי תקיפי, שיש להיזהר מלהשתמש בגג בית הכנסת אפי׳ שלא נבנה מתחילה לשם כך, וכ״ש בבית כנסת קבוע שנבנה מתחילה לשם כך.

אלא שעפי״ז זה לא תעזוב נפשי לשאול ע״ד המרדכי הנ״ל, אשר פתח בזה״ל: ״איני יודע איסור גמור להשתמש בעליה שעל גבי בית הכנסת״. והרי משנה ערוכה היא לפנינו במגילה (שם) ש״אין שוטחין על גגו פירות״, ובירושלמי (שם) ״אין שוטחין על גגו בגדים״. וכי נעלם מעינו הבדולח האי דינא דתלמוד בבלי וירושלמי.

וגדולה מזו יש לנו לתמוה על תשובת הרמב״ם (פאר הדור סי׳ עד) אשר יצא לדון בדבר חדש, והוא שהאיסור לדור או להשתמש בגג בהכ״נ, היינו דוקא במקום המכוון להיכל (ארון הקודש). אבל בשאר הגג, מותר להשתמש בו, ע״ש. ועל יתידו סמכו רבים מן הפוסקים להתיר בניית בית על גבי בית הכנסת אם היה בדעתו לעשות כן מתחילה, ובלבד שלא ישתמש במקום שעל גבי ההיכל. ויש מהם שהפליגו לומר, שאילו היתה תשובה זו לנגד עיניו של מרן השו״ע, לא היה פוסק להחמיר מלהשתמש בגג בהכ״נ. ובפרט שעיקר פסקיו מכוונים בכל מקום לשלושת עמודי ההוראה ובראשם הרמב״ם ז״ל. ועכ״פ צריך ביאור גדול, היאך נעלמו מעיני קדשו של רבינו הרמב״ם דברי משנה מפורשים בבבלי וירושלמי (מגילה שם), שאין לשטוח פירות או בגדים או כל שימוש אחר של גנאי על גבי גג בית הכנסת. וביותר יפלא דברי הפוסקים הנ״ל אשר העדיפו את פסק הרמב״ם על פני דינא דתלמודא בבלי וירושלמי, עד שקבענו שאילו מרן השו״ע היה רואה דברי הרמב״ם היה פוסק להקל כדבריו.

ד. ברם, כבר הורונו המורים שבמקום פליאה נשגבה, זה האות שלא זכינו להבין את עומק הדברים. ואכן כד דייקינן בזה, נראה שכבר הקדימונו רבים וטובים בהערה זו, הן על דברי המרדכי והן על פסק הרמב״ם (עיין ברכי יוסף או״ח סי׳ קנא ס״ק י׳, והגאון יעב״ץ במור וקציעה סי׳ קנא, ושו״ת חיים שאל סי׳ נו, ועוד). והקרוב אלי בזה לקיים יסוד גדול דנפיק מבי מדרשא דמרן החיד״א (ברכי יוסף שם) והגאון חתם סופר (או״ח סי׳ ל), אשר נתנבאו בסגנון אחד,

והוא: שיש לחלק בין בית שנבנה על גבי בית הכנסת שהוא מדור סגור בפני עצמו ואין ניכר בו תשמישו לעיני הכל, לבין שימוש גלוי על גג בית הכנסת כגון שטיחת פירות ובגדים שניכר תשמישם לעיני הכל, עכת"ד ע"ש. ופוק חזי למה שכתב המשנה ברורה (בה"ל או"ח סי' קנ"א) לקיים חילוק זה, וזה תורף דבריו: שכל מה שפלפל המדרכי הוא בתוך העליה שעל גבי בית הכנסת שהוא חדר בפני עצמו, וגם אינו ניכר לכל. אבל להשתמש על גג בהכ"נ לייבש פירות וכיו"ב, שהוא מקום גלוי לכל, פשיטא שאסור, ומשנה שלימה היא (מגילה כח). וכן לענין שטיחת בגדים מבואר בירושלמי להדיא שאסור, ע"ש. וכיו"ב מבואר בשו"ת תשובה שלימה (או"ח ח"ב סי' ג).

הרי לפנינו חילוק ברור ופשוט, אשר מלבד שהשכל וההגיון מעידים עליו לקיימו, גם נמצאו דברי המרדכי והרמב"ם מיושבים עם דברי הש"ס בבלי וירושלמי, וחלילה לן מלומר שנעלם מעיני קדשם האי דינא דתלמודא. שכן אמור מעתה, דהש"ס מירי בשטיחת פירות ובגדים וכיו"ב, אשר ניכר תשמישם לעיני הכל, ועל כן אסר לעשותם על גג בית הכנסת. אולם המרדכי והרמב"ם מירי במדור שעל גבי גג בית הכנסת, שאין ניכר תשמישו לעיני הכל, ועל כן התירו לבנותו על גג בית הכנסת ולהשתמש בתוכו למעט מקום המכוון להיכל. כמו כן אפשר שלפ"ז אין סתירה כלל בין פסק מרן השו"ע לתשובת הרמב"ם, וכדפרישית.

ובזה נמצאנו מחכימים לגבי נידון דידן, דלית מאן דפליג שיהיה אסור להתקין אנטנה על גג בית הכנסת. ובפרט בית כנסת קבוע בארץ ישראל, שנבנה מתחילה לשם כך. שהרי אין לך שימוש גלוי לעיני הכל כקביעת אנטנה המתנשאת לגובה רב ע"ג גג בית הכנסת ונראית למרחוק. שכן עיניך הרואות, שהוא דין מפורש בתלמוד בבלי וירושלמי ומוסכם הוא על דעת כל רבותינו קמאי ובתראי הנזכרים לעיל, ונפסק להלכה בכל הפוסקים אשר מפיהם אנו חיים, ובכללם: מרן השו"ע, החיד"א, החתם סופר, מגן אברהם, הט"ז, היעב"ץ, משנה ברורה וכף החיים, ועוד רבים וטובים. ולעת הזאת לא מצאתי למי שירהיב עוז בנפשו להקל ראש בזה נגד כל האמור לעיל. וע"ע שו"ת קריה חנה דוד (או"ח ח"א סי' כט), ושו"ת משפטי עוזיאל (או"ח סי' יט), מש"כ להפליג בחומרה זו, יותר מדברינו.

ה. ואל תשיבני מהא דפסק מרן פאר הדור סבא דמשפטים בספרו הבהיר והנהיר שו"ת יביע אומר (או"ח סי כו) אודות תושבי שכונה שקנו בית דירה בבנין רב קומות, ועשאוהו לבית כנסת שישמש לתושבי השכונה והסביבה. והדיירים שגרים בקומה שמעל בית הכנסת בהיותם חרדים לדבר ה', נפשם לשאול הגיעה האם רשאים הם לדור בקומה שמעל בית הכנסת, או יש קפידא בדבר.

ושם הרחיב להעלות בכוחא דהתירא כיד ה׳ הטובה עליו, שיש להקל לדור בקומה שמעל בית הכנסת, ובלבד שלא ישתמשו בשטח אשר מעל להיכל שיש בו ס״ת, ויכולים להניח שם ארון בגדים וכדו׳. ובקומות העליונות, מותר להשתמש ללא כל הגבלה גם בשטח שמעל ההיכל. עכת״ד.

שכן התם מיירי בבית הכנסת שלא נבנה מתחילה לשם כך, והוא ע״פ דברי הרמ״א (או״ח סי׳ קנא סי׳ יב) אשר העלה לחלק בין בית כנסת שנבנה מתחילה לשם כך, לבין בית שייחדוהו אח״כ לבהכ״נ, ע״ש. ואמנם מרן השו״ע (שם) סתם ולא חילק בזה, מ״מ אין הכרח שחולק על הרמ״א בחילוק זה. והן אמת שקמו עוררים ע״ד הרמ״א הללו, ובראשם המג״א (שם ס״ק יח) אשר סיים בו ״שומר נפשו ירחק מזה״. וכיו״ב מבואר בט״ז ובכנסת הגדולה (שם). מיהו כנגדם קמה וגם ניצבה תשובת הרמב״ם הנז״ל אשר דן בכעין זה ממש, והעלה להתיר לדון מעל בהכ״נ למעט השטח אשר מעל להיכל אשר בו ס״ת. ועל יתד זה סמכו רבים מהפוסקים הנז״ל ובראשם מרן החיד״א בחיים שאל (סי׳ נו), וכבר פשט המנהג להקל בזה כדברי הרמב״ם. איברא שכל זה מפורש בסיכום תשובתו של כב׳ מרן היבי״א, ע״ש.

הא קמן, שגם המקילין כדברי תשובת הרמב״ם, ובכללם מרן החיד״א ומרן היבי״א אשר העלו לדון בנ״ד בכוחה דהיתרא נגד כל הני רברבי תקיפי, מ״מ לא התירו אלא בית כנסת שלא נבנה מתחילת בנייתו לשם כך, מפני שמעיקרא לא חלה קדושה כלל על גגו. אבל בית כנסת קבוע בא״י אשר נבנה מתחילה לשם כך וחלה קדושה בו ובגגו, לאו כל כמיניה למאן דהו להפקיע ממנו את קדושתו, וז״פ.

וגדולה מזו ימצא המדקדק היטב בכל אורך תשובתו של מרן ביבי״א (שם), שגם בבית כנסת שלא נבנה מתחילה לשם כך, לא התיר להשתמש בגגו, אלא לצורך בניית מדור סגור, מפני שאין ניכר תשמישו הפנימי לעיני הכל, ועוד שהוא מבנה בפני עצמו (כמבואר בחת״ס ובחיד״א ובמשנ״ב הנז״ל). משא״כ שימוש על גבי גג בית הכנסת הגלוי לעיני הכל. וכבר העד העיד בנו המשנה ברורה בבה״ל (שם) שבלאו הכי, ״פשיטא שאסור״. שאל״כ תקשי על הרמב״ם מתלמודא דבבלי וירושלמי (מגילה שם) אשר אסרו להדיא שטיחת פירות ובגדים, וכדפי׳ לעיל.

הנה כי כן עיניך הרואות שהנידון בתשובת מרן היבי״א הנז״ל, אינו דומה כלל ועיקר לנ״ד ולא קרב זה אל זה. שכן בנ״ד חסרו כל שלושת טעמי ההיתר שהם עיקר המנורה: א. מיירי בבית כנסת קבוע בא״י אשר נבנה מתחילת בניינו

לשם בית כנסת. ב. מירי באנטנה המתנשאת לגובה רב ושימושה ניכר לעיני הכל עד למרחקים. ג. אינו מבנה בפני עצמו. ולבי אומר שבנ״ד, גם מרן פאר הדור הידוע ומפורסם לשם ולתהילה בכל קצווי תבל בכוחה דהיתרא דיליה, לא היה מתיר בכגון דא. ועכ״פ אין בתשובתו שלפנינו, כדי להתיר בנ״ד, וזה פשוט וברור.

ואם לחשך אדם לומר פוק חזי מאי עמא דבר, שהרי בבתי כנסת רבים הפזורים בארץ ובעולם מתנוססת בהם צלחת לווין לקליטת שיעורו של מרן שליט״א, וגם מרן עצמו הורה לעשות כן. אף את אמור לו, שלא דק בדברינו, שכן אין הנידון דומה לראיה כלל ועיקר. מפני שאותה צלחת לווין היא צורך ישיר של בית הכנסת, כדי לקלוט את שיעורו של מרן שליט״א ולזכות בו את הרבים. וזה עדיף לאין ערוך מהתקנת קולטים לדוד שמש על גבי בית הכנסת לצורך אספקת מים חמים לבית הכנסת, או התקנת מנוע המזגן מעל בית הכנסת לצורך חימום וקירור בית הכנסת וכל כיו״ב המותרים ללא שום פקפוק, מפני שהם צורך ישיר וחלק בלתי נפרד מבית הכנסת. וכבר הוכחנו בפתח דברינו (אות ב), שמצינו כעין זה ממש במתני׳ דמידות אשר היו מתקינים על גג בית המקדש כלי - עורב למנוע את לכלוך העורבים, ע״ש. משא״כ בנד״ד לגבי התקנת אנטנה, שאיננה צורך ישיר של בית הכנסת זולת רווח ממוני הנובע מהתקנתה.

ו. ובהרצותי בענין זה בפני חברים מקשיבים, העירו את תשומת לבי למה שפסק גדול אחד שמותר להשאיר את האנטנה המתנוססת על גבי בית הכנסת, מכח סברא: שגם לזה יחשב ״צורך״ בהכ״נ, מפני שבהכ״נ זקוק לרווח הממוני הנובע מאותה התקנה. ואחר המחילה מכת״ר תמהתי על גוף סברתו, שהרי ע״פ סברא זו יהיה ניתן להתיר כמעט כל שימוש על גגות בתי הכנסת, שכן מדוע לא נתיר לביכ״נ הזקוקים להכנסות כספיות להשכיר את גגותיהם לאולמות אירועים או בעלי חנויות למיניהם וכו׳ אשר יעשו בו כטוב בעיניהם, ובלבד שישלשלו כופר לקופת בית הכנסת! זאת ועוד, הגע עצמך שנתיר לבעל מפעל המחלל שבת בפרהסיא להשתמש בגג בהכ״נ לצורך עבודתו בשב״ק, רק כדי להציל את קופת בית הכנסת הזקוקה לדמי השכירות! ובוודאי שאין השכל וההגיון יכולים להסכים לזה. ולא דמי כלל ועיקר לשאר השימושים הנז״ל אשר הם צורך ישיר של בית הכנסת, כדוגמת ״מתקן העורבים״ המבואר במתני׳ דמידות, וז״פ וברור. וכ״כ בפשיטות ידידי ועמיתי הדגול הגה״צ רבי אליהו כץ [זצ״ל] בתשובה קצרה ששיגר לי בענין זה.

ובר מן דין, יש לנו להוסיף ולדון בזה מתרי אנפי, האחד: האם מותר להשתמש בכספי מלאכת שבת לצורך הוצאות בית הכנסת, שכן כידוע חברות הטלפונים

הסלולאריים מחללות שבת בפרהסיא, וגג בית הכנסת משמש להם בסיס וסיוע בחילולי השבת. ודע שאין לך חילול השם גדול מזה, ויעידו על כך השואלים הרבים בנ״ד שחלקם מפשוטי העם ויש להניח שלא ידעו כלל מהאיסור לבנות דבר הגבוה מבית הכנסת, או מדין ״קדושת גג בית הכנסת״, ושאלתם התמקדה בעיקר על ענין הסיוע למחללי שבת בפרהסיא, ללמדך שהדבר פסול ומאוס בעיני הציבור ומהווה בעיניהם חילול שם שמים וקדשי ישראל. והן אמת שרבו הפוסקים המתירים לקבל תרומות לישיבות ובתי כנסת מאנשים הידועים כמחללי שבת, מ״מ פשוט שיש לחלק בין כספים המגיעים מתורמים מחללי שבת - שאין לנו לנעול בפניהם דלתי תשובה, כמבואר בתשובת מהר״ם שיק המפורסמת ובפוסקים רבים אשר האריכו בזה למעניתם - לבין כספים המגיעים ישירות ממלאכת שבת, כדוגמת התקנת האנטנה שבנ״ד.

והשני: האם מותר לגבאי בית הכנסת לסכן את המתפללים ע״י התקנת אנטנה גדולה מעין זו, אשר ידוע שהיא פולטת קרינה גדולה ומסכנת את השוהים בקרבתה. ואמנם המומחים בדבר לא הגיעו לכלל הסכמה ברורה אודות מידת הסיכון שיש בזה לציבור, יש מהם הממעיטים בסכנה זו ויש מהם המתריעים ומזהירים את הציבור חדשות לבקרים אודות הסכנה המרחפת עליהם בשל קרינה מעין זו. מ״מ לא יצא הדבר מכלל ״ספק סכנה״, ומי יהריב עוז בנפשו להכניס ציבור שלם לספק סכנה, וכבר אמרו חמירא סכנתא מאיסורא. ופוק חזי מאי עמא דבר, שרוב ככל וועדי הבתים ומנהלי מוסדות פרטיים וציבוריים, מתנגדים להתקין על גגותיהם אנטנה מעין זו, הגם שיש בה רווח כספי חודשי גבוה ביותר (המגיע עד לכדי 10,000 ש״ח לחודש עבור אנטנה מחברה אחת!). ובמצב הכלכלי הקשה השורר כיום בבתים רבים המגיעים עד כדי פת לחם ממש, בוודאי שסכום מעין זה היה יכול לשפר מאוד את פרנסתם ולהצילם מחרפת רעב, ואעפ״כ אינם מוכנים לסכן את נפשם בעבור בצע כסף. ואם נקל ראש להתיר בזה, בוודאי לא ירחק היום שרבים מבתי הכנסת הפזורים בכל רחבי הארץ, יאפשרו להתקין על גגותיהם אנטנות מעין אלו כדי להציל את קופתם המתרוקנת. ובפרט בתקופה זו בה קמו אבירי לב הרחוקים מן הצדקה אשר הניפו את ידם על מוסדות תורה ובתי כנסת בקיצוצים חדים בתקציבם. ומי יוכל לאמוד כמה מתפללים החרדים לנפשם, ידירו את רגליהם מבתי כנסיות ובתי מדרשות, באם יתקינו על גגותיהם אנטנות מעין אלו.

וכבר שמעתי על ישיבה גדולה בירושלים עיה״ק תובב״א, אשר מנהלי הישיבה ביקשו לאפשר התקנת אנטנה לחברות סלולאריות על גג הישיבה, וזאת בצר להם ממצוקתם הכספית הנוראה, אך קמו קבוצה של בחורים אשר התנגדו לכך והחליטו לעזוב את הישיבה אם יצא הדבר אל הפועל. ובכך חזרו בהם מנהלי הישיבה מכוונתם.

ועל כל פנים הרי לפנינו עוד שני צדדים אפשריים של איסור, אשר מן הראוי היה להרחיב בהם. אך מה שהלב חושק הפנאי עושק, ועוד חזון למועד אי"ה.

ז. ברם, חרף כל האמור, אכתי אפשר לדון בנ"ד בכוחה דהיתרא, וכדלהלן.

עמדתי ואתבונן, במי שבנה בית הכנסת כנסת קבוע בא"י, אך מתחילת בנייתו היה בכוונתו להשתמש בגגו או שהתנה כן בפירוש, כגון שרוצה לבנות מעליו בתי מגורים וכדומה, האם מועיל תנאו. וכניסתי לבית הספק בזה היא לאור המבואר לעיל, שיש צד גדול להקל בגג בהכ"נ שלא נבנה מתחילה לשם בהכ"נ אלא נבנה לשם מגורים ואח"כ ייחדוהו לבהכ"נ, שמותר לבנות עליו בתי מגורים, ובלבד שיהא מדור סגור שלא יהא ניכר שימושו לעיני הכל, וכן שלא ישתמש בשטח המכוון להיכל שיש בו ס"ת. והנה השכל הישר מורה שאין מקום לחלק ביניהם, שכן הואיל ומותר להשתמש בגג בית הכנסת שיחדוהו אח"כ לבהכ"נ מפני שמעיקרא לא הוקדש כלל למעלה, א"כ מדוע לא יהיה הדין כן לגבי מי שהתנה בפירוש מתחילת בנייתו שלא תחול קדושה על גגו, וזה פשוט. ואולם מה נעשה שלכאורה פסק מרן השו"ע (או"ח סי' קנא סעיף יא) אינו מורה כן, וז"ל:

> "אם בשעת בנין בית הכנסת התנו עליו להשתמש בו, מותר להשתמש בו בחורבנו אבל ביישובו לא מהני תנאי. ואפי' בחורבנו, לתשמיש מגונה כגון זריעה וחשבונות של רבים לא מהני תנאה. במה דברים אמורים, בבתי הכנסת שבחוצה לארץ, אבל בבתי כנסיות שבא"י לא מהני שום תנאי", עכ"ל.

ומדבריו עולה, דלא מהני תנאי להפקיע קדושת בית הכנסת בכל גוונא, זולת בהכ"נ בחו"ל דמהני ביה תנאי להשתמש בו רק בחורבנו. ולפ"ז וודאי שבנ"ד לא מהני תנאה, שכן מיירי בבית כנסת קבוע שנבנה בא"י ומתנוסס לתפארה.

ולולי דמסתפינא הייתי אומר, דהשו"ע מיירי התם רק בשימוש תוך בהכ"נ אבל לא בגגו. והיינו שבגגו לעולם יועיל תנאי, מפני שמעיקרא לא הוקדש למעלה, וכדפרי'. והן אמת דהשו"ע ס"ל בסמוך (שם סעיף יב) שגם גגות בהכ"נ נתקדשו, וא"כ מנא לן לחלק בקדושתם. מ"מ עדיין יש לנו סברא גדולה לחלק ביניהם: שכן קדושת בהכ"נ באה מאליה, ולאו כל כמיניה להפקיע ממנו את קדושתו אפילו בתנאה דמעיקרא. משא"כ קדושת הגג שלא הוקדש כלל, כל שהתנה עליו מעיקרא להשתמש בו. תדע, דבזה נבדלו בתי כנסיות שבבבל - מבתי כנסיות שבא"י, דבהכ"נ של בבל קדושתן נפקעת מאליה לעתיד לבוא, ועל כן מועילה בהם תנאה בחורבנם. משא"כ בבהכ"נ שבא"י שקדושתן קדושת עולם, ולכן לא מועיל בהם תנאה אפי' בחורבנם, כמבואר בגמ' (מגילה כח ע"ב) ובתוס' שם (ד"ה בתי), ע"ש.

וסימנא טבא אמינא להאי מילתא, מתוך פסקי הרמ״א בהאי פסיקתא. דהנה ע״ד מרן השו״ע הללו לגבי תנאה, לא הגיה כלום, וש״מ דס״ל כוותיה דלא מהני ביה תנאה בכל גוונא זולת בהכ״נ דחו״ל בחורבנא. אולם בסמוך (שם סעיף יב) בדין קדושת גגות ביכ״נ, הגיה ע״ד השו״ע, בזה״ל:

״וכל זה דווקא בבית כנסת קבוע שנבנה מתחילה לכך, אבל בית שייחדו לאחר שנבנה לביכ״נ מותר לשכב עליו״, עכ״ל.

ולדברינו ניחא, שכן בסעיף יא מיירי השו״ע בשימוש תוך בהכ״נ עצמו, ועל כן הסכים לדברי השו״ע דלא מהני ביה תנאה. משא״כ גג בהכ״נ שלא נתקדש מעיקר כל שלא נבנה מתחילה לשם כך, וכ״ש בתנאה, וזה ברור.

איברא דמאי דילפינן מכללא, מפורש הוא להדיא בט״ז (שם ס״ק ד) אשר הוסיף ע״ד הרמ״א הנזכרים:

״נראה דכל שכן אם בשעה שבנה בית הכנסת בנו בית דירה למעלה ממנה דשרי, דהא לא הוקדש כלל למעלה״, עכ״ל.

ומעתה מש״כ לחלק בין קדושת ״בית הכנסת״ - לקדושת ״גג בית הכנסת״, הוא בהיר נהיר וצהיר. זאת ועוד, שגם השכל וההגיון מעידים עליו לקיימו. שהרי גדולה מזו מצאנו להטור (או״ח סימן קנג סעיף י) אשר פסק שבית הכנסת של יחיד יכול למכרו ולעשות בדמיו מה שירצה, ע״ש. ואמנם לא נתקבלו דבריו ע״ד רבים מן הפוסקים, מ״מ אפשר שלגבי גג בהכ״נ הכל מודים, דמהני ביה תנאו, ובפרט בבית הכנסת של יחיד.

ובזה נמצאנו מחכימים בחקירה דידן, שאין מקום כלל לחלק בין גג של בית אשר ייחדוהו אח״כ לבהכ״נ - לבין בהכ״נ אשר נבנה לשם כך אך בתחילת בנייתו היה בדעתו להשתמש בגגו או שהתנה כך בפירוש. ובתרוויהו מותר להשתמש בגגו (למעט שימוש של גנאי גדול), ובלבד שנתקיימו התנאים הנז״ל: שלא יהא תשמישו ניכר לעיני הכל, כגון במדור סגור. ולא ישתמש בשטח המכוון להיכל שיש בו ס״ת.

ואם כנים אנו בכל זה, שפיר יש לנו מעתה להטות את הדיון שבנ״ד לכף זכות. שכן השאלה שבפנינו, מיירי בקבלן בניה אשר רחש ליבו דבר טוב ונדבה רוחו להזיל מכספו כדי לבנות בית כנסת גדול מן המפוארים פעיה״ק באר שבע יע״א. ואולם דא עקא, הואיל והוצאות בניית בהכ״נ והחזקתו רובצים על שכמו, החליט בדעתו עוד בטרם השלים את בנייתו להשתמש בגגו עבור התקנת אנטנה סלולארית. וכבר חתם חוזה התקשרות עם כל הגורמים הנוגעים בדבר לתקופה ממושכת, ואינו יכול לחזור בו גם אם ירצה בכך. וכאמור לאור כל המבואר, יש להקל בהמשך החזקת האנטנה, בכפוף לתנאים הנז״ל.

אלא שעדיין לא מצאנו בזה מנוח, לענין האיסור ממלאכת שבת, וסכנת הציבור. ולפי הנראה יש לנו להקל גם בזה, באם יוסיפו סעיף בחוזה השכירות באופן ששכר השבת יהא מובלע בשכר ששת ימי המעשה, כפי שנוהגים בחזנים. ולענין סיכון הקרינה, יש להקפיד ולערוך בדיקה תקופתית של אנשי מקצוע מוסמכים, אשר ישמרו שרמת הקרינה לא תגיע לכלל סכנה לציבור ח"ו.

ח. ועתה גם זאת אדברה וירווח לי. הנה כל מש"כ באורך מאמר זה לאסור התקנת אנטנה סלולארית על גג בהכ"נ, או להתיר בתנאי מסויימים. אינו ענין אלא לבעלי בהכ"נ או הגבאים הממונים על שמירת קדושתו, אך אינו ענין כלל לציבור המתפללים שם (זולת החוששים לסכנת הקרינה), מפני שאין בזה כדי לעכב את תפילתם מלעלות לשמי מרומים, וכדלהלן.

הנה מראש צורים חזינן להט"ז (או"ח סי' קנא ס"ק ד), אשר העיר ע"ד הרמ"א שהתיר להשתמש בגג בהכ"נ כל שלא נבנה מתחילה לכך, בזה"ל:

"אבל תשמיש של בזיון מאוד נראה דבכל גוונא אסור, כגון עבודת כוכבים או טינוף. דהא בסימן נ"ה אמרינן דאלו מפסיקין לענין צירוף לענות אמן אע"ג דאין מחיצה של ברזל מפסקת בין ישראל לאביהם שבשמים, כל שכן כאן דדבר המאוס יפסיק את התפילה של בהכ"נ לעלות למעלה לשמים. על כן אין לעשות כלל בהכ"נ אם יש למעלה ממנו דבר מאוס", עכ"ל.

אך דעות רבותינו האחרונים נפרדו בזה, יש שקיבלו הוראה זו של הט"ז והזהירו מאוד לקיימה שלא לעכב חלילה את התפילות לעלות למעלה, ויש שדחו דבריו מכל וכל. עיין משנה ברורה בשער הציון (או"ח סי' קמא ס"ק כב), וכף החיים (שם ס"ק עד) ומרן היבי"א (שם אמצע ס"ק ד' ד"ה והנה הט"ז), שהביאו את מכלול הדעות לכאן ולכאן.

ברם כד דייקינן בדברי הט"ז, נראה שדבריו אינם מוכרחים. שכן מה שכתב ללמוד ק"ו מדין הצירוף לענות אמן המבואר בשו"ע (או"ח סי' נה סעיף כ), לא מבעיא שאין משם ק"ו אלא אדרבא אפשר שיש סברא הפוכה לומר שאין הנידון דומה לראיה כלל. והרי לפניך לשון מרן השו"ע שם:

"היו עשרה במקום אחד ואומרים קדיש וקדושה, אפילו מי שאינו עמהם יכול לענות קדיש וקדושה. וי"א שצריך שלא יהא מפסיק דבר שאינו נקי או עבודה זרה".

וצ"ב האם יש בדברי השו"ע הללו שתי דעות חלוקות, ועל כן הביא דעה בתרא בשם וי"א. או"ד לעולם דעה אחת היא, אלא דמספקא ליה להשו"ע

ועל כן סיים בדין זה בלשון וי״א. ונפק״מ, מהי הכרעת השו״ע בזה שכן אם שתי דעות לפנינו, הרי שלפי הכלל המסור בפסקי מרן השו״ע - ד״סתם ויש״ הלכה כסתם, נמצא שעיקר דעת השו״ע היא כדעה קמא, והיינו שאין הטינוף מפסיק לעניית אמן. אולם אם דעה אחת בלבד לפנינו, נמצא שדין זה נשאר בגדר ספק. ואכן אפליגו בזה נושאי כלי השו״ע. דהנה יעויין במשנה ברורה (שם ס״ק סב) אשר כתב בשם הלבושי שרד, דלא פסיקא ליה מרן דין זה ועל כן הביאו בשם וי״א, ע״ש. אך לעומתו חזינן להרב דברי יששכר (או״ח סימן ו), אשר ס״ל שיש בדברי השו״ע הללו שתי דעות, ועיקר דעת השו״ע היא כדעה קמא אשר סתם כדבריה, ע״פ הכלל ד״סתם ויש״ הלכה כסתם, ע״ש.

ולולי דמסתפינא הייתי מוכיח קצת שדברי השו״ע הללו מחולקים לשתי דעות. דהנה דין זה מקורו בש״ס (פסחים פה ע״ב), והכי גרסינן התם:

״וכן לתפילה. ופליגא דריב״ל, דאמר ר׳ יהושע בן לוי אפי׳ מחיצה של ברזל אינה מפסקת בין ישראל לאביהם שבשמים״.

ופי׳ רש״י שם (ד״ה וכן לתפילה), דמיירי הכא לענין צירוף למנין של עשרה. אך התוס׳ דחו דבריו, ופי׳ דהכא מיירי לענין יחיד הרוצה לענות אמן עם הציבור, שא״י לענות עמהם אע״פ שיש עשרה בלעדיו, מפני שיש מחיצה ביניהם. וזה לדעת רב יהודה, אבל לדעת ריב״ל דקיי״ל כוותיה, נהי שא״י להצטרף למנין עשרה, מ״מ יחיד יכול לענות עמהם אמן אע״פ שיש מחיצה ביניהם ובלבד שיש שם עשרה בלעדיו בכפיפה אחת. וכיו״ב מבואר להדיא בתוס׳ דעירובין (צב ע״ב ד״ה תשעה), ע״ש.

וכד דייקינן בדברי התוס׳ בהנך תרי דוכתיה, נראה שהוכרחו לפרש כן, משום דס״ל עיקר להלכה כריב״ל. שכן סתמא דתלמודא בסוטה (לח ע״ב) מורה להדיא דהלכתא כוותיה, שאפי׳ מחיצה של ברזל אינה מפסקת בין ישראל לאביהם שבשמים. ואילו בעירובין (שם) משמע דמחיצה מפסקת לענין צירוף של עשרה. ועל כן הוצרכו לפרש, דלעולם ריב״ל מודה דעכ״פ מחיצה מפסקת לצירוף מנין של עשרה, ולא קאמר שאינה מפסקת אלא לגבי יחיד הרוצה לענות עמהם אמן וקדושה - שיכול לענות עמהם אע״פ שיש מחיצה בינו לבין הציבור. ובישוב קושית התוס׳ על רש״י, ע״כ צ״ל דס״ל לרש״י שאין הלכה כריב״ל. והן אמת דבגמ׳ דסוטה משמע דהלכתא כוותיה, מ״מ בסוגיין (פסחים שם) משמע דאין הלכה כוותיה, שכן סתמא דמתני׳ אזלא כרב יהודה וכדאמרינן בגמ׳ ״ופליגא דריב״ל״. ועל כן פירש האי סוגיא כפשטא, והיינו דריב״ל פליג נמי לענין צירוף של עשרה, ודו״ק.

ברם אכתי צ״ב בדעת התוס׳ גופא. שכן מאחר וס״ל עיקר כריב״ל שאין מחיצה מפסקת, א״כ מדוע היא מפסקת לצירוף של עשרה. וע״כ יש לחלק בגופא דהאי מימרא דריב״ל: בין ישראל - ״לאביהם שבשמים״, לבין ישראל - ״לישראל״. והיינו, נהי דאין מחיצה מפסקת בין ישראל לאביהם שבשמים, מ״מ היא מפסיקה לענין צירוף מנין של עשרה. משום דבעינן ״ציבור״, ואין ציבור פחות מעשרה העומדים בכפיפה אחת ללא מחיצות. והא דיחיד יכול להצטרף עמהם לענות קדיש וקדושה אע״פ שיש מחיצה ביניהם, הוא מפני שאינו צריך להצטרף עמהם כדי לענות אלא הוא ענין שבינו לבין אביו שבשמים - ואין מחיצה אפי׳ של ברזל יכולה להפסיק ביניהם, וק״ל.

ובזה יאירו דברי מרן השו״ע בהאי פסיקתא. שכן אמור מעתה, שדיעה קמא שהביא, היא דעת התוס׳ אשר ס״ל שיחיד יכול לענות אמן וקדושה עם הציבור אע״פ שיש מחיצה ביניהם, ובכלל זה מחיצה של טינוף. משום שכלפי שמיא גם מחיצה של טינוף אינה מפסיקה בין ישראל לאביהם שבשמים. ודיעה בתרא שהביא, היא דעת רש״י דס״ל שמחיצה מפסקת בין ישראל לאביהם שבשמים, ובכלל זה הפסק של טינוף. ובשכר זאת, נמצאנו מחכימים נמי בהכרעת השו״ע בהאי מילתא. שכן לפי הכלל המסור בידינו - ד״סתם ויש״ הלכה כסתם, נמצא שהעיקר להלכה הוא כדעת התוס׳, שאפי׳ מחיצה של טינוף אינה מפסיקה בין ישראל לאביהם שבשמים. וזה סייעתא טובא להרב דברי יששכר ודעימיה הנז״ל, ודו״ק היטב בכל זה.

ובר מן דין, אפשר דאין הנדון דומה לראיה כלל ועיקר, שכן לעולם אימא לך שטינוף הנמצא על גג בהכ״נ אינו מעכב את התפילה מלעלות למעלה, מפני שאין מחיצה מפסקת בין ישראל לאביהם שבשמים. מיהו טינוף המפסיק בין המתפללים עצמם, הרי זה מעכב מהשומע לענות אמן עם הציבור, מפני שהטינוף מהווה מחיצה ביניהם באופן שאינו יכול ליגרר עמהם. ולא מבעיא כשהטינוף מפסיק בתוך מנין של עשרה. אלא ה״ה אפי׳ כשהטינוף מפסיק בין העשרה - לשומע, הרי זה מעכב בעדו מלהצטרף עמהם, ובהא מיירי השו״ע. איברא שכבר הקדימונו רבים מהאחרונים בסברא זו, וברוך שכיוונו.

לאור האמור, הקרוב אלי לקיים את דברי המקילים הנז״ל, שאין טינוף הנמצא על גג בהכ״נ מעכב את התפילה מלעלות לשמי מרומים. ועל כן בנ״ד, גם אם הגבאים יאטמו אוזנם משמוע וישאירו את האנטנה בלי שום תיקון, אין זה מעכב את המתפללים מלהמשיך להתפלל באותו בהכ״נ.

ט. זאת תורת העולה מן המדבר, לגבי השאלה שלפנינו:
אין לאשר התקנת אנטנה לטלפונים סלולאריים על גג בית הכנסת, אפי׳ אם בית הכנסת זקוק לדמי התקבולים כדי לממן את פעילותו השוטפת. ואולם יש מקום להקל בזה, במילוי כל התנאים שדלהלן:

1. בשעת הדחק, כגון שכבר התחייבו בחוזה עם החברה והתקינו את האנטנה, באופן שאם יסלקו אותה משם יגרום הדבר להפרת חוזה ויגרור אחריו הפסד מרובה לקופת בהכ״נ.
2. בבית כנסת שלא נבנה מתחילה לשם כך, כגון שבנו בית או מקלט ואח״כ ייחדוהו לבית כנסת. או לחילופין אפילו בבית כנסת קבוע שנבנה מתחילה לשם כך, אך עוד בטרם הושלמה בנייתו התנו הבעלים או הגבאים להשתמש בגג.
3. שלא יהא שימושה ניכר לעיני הכל. ובמקרה דנן איני רואה פתרון לאנטנה המתנשאת לגובה רב וניכרת לעיני הכל עד למרחוק, אלא א״כ ימצאו דרך להקיפה במחיצות או להסתירה בכל דרך שהיא.
4. כספי השכירות עבור שבתות וימים טובים, יובלעו בדמי השכירות של ימות החול (ויש לתקן את החוזה בהתאם לכך).
5. יש לערוך בדיקות תקופתיות של רמת הקרינה, על ידי גורם מקצועי ומוסמך לכך.

על כל פנים גם אם לא ימולאו הדרישות הנ״ל, אין זה מעכב את התפילה בבית הכנסת, ויכולים המתפללים להמשיך להתפלל שם.
ובחתימת מאמר זה, ראוי לציין כי דעת עמיתי הכהן הגדול מאחיו הגה״צ רבי אליהו [זצ״ל] היא להחמיר בזה בכל גוונא, כפי שעולה מפסק הלכה קצר ששיגר לי בענין זה. אולם מבירור וליבון הענין בס״ד בכוחה דהיתרא, השיגה ידי להקל בזה קצת באם ימולאו כל התנאים הנז״ל במקשה אחת.

זה עלה במצודתי, בעזרת צור ישועתי, בהאי מילתא רבתי. והשי״ת יצילנו משגיאות ויראנו בתורתו נפלאות. ושומע לנו ישכון בטח. והמזהיר והנזהר לשמור על קדושת בית אלוקינו, תשרה שכינה בכל מעשה ידיו, אמן.

יורה דעה

הרב זלמן נחמיה גולדברג

האם ניתן לגייר קטן שאמצו אותו ישראלים

בגמרא כתובות י״א א.

> ״אמר רב הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת ב״ד מאי קמ״ל דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו. תנינא זכין לאדם שלא בפניו מהו דתימא עכו״ם בהפקירא ניחא ליה וכו׳. לימא מסייע ליה הגיורת והשפחה שנתגיירו פחות מבת ג׳ שנים מאי לאו דאטבלינהו על דעת ב״ד לא הכא במה עסקינן בגר שנתגיירו בניו עמו דניחא ליה במאי דעביד אבוה״ ע״כ.

ולענ״ד קשה, מה מועיל מה שנתגיירו בניו עמו והרי גר שנתגייר כקטן שנולד דמי. וכל שנתגייר כבר אינו אביהם, ואיך מועיל מה שנתגיירו הם. ולומר שקודם נתגיירו בניו ואח״כ נתגייר אביהם, שנמצא, שבשעה שנתגיירו הבנים היו הבנים מתייחסים אחריו, ולכן ניחא להו במה דעביד אבוהון ואף שעל ידי הגירות שוב אינם בניו מ״מ בשעת הגירות יש כאן זכות. ואף שנראה מלשון הגמ׳ שרק בנתגייר גם הוא אז זכות הוא לבניו, אבל אם אביהם לא נתגייר אין כאן זכות וא״כ איך יועיל הגירות של הבנים והרי באותה שעה עדיין לא נתגייר הוא, יש לומר, שמ״מ כיון שבדעת האב ג״כ להתגייר לכן נחשב זכות, אף שבזמן שיתגייר האב שוב אינו אביהם. עוד יש לומר שגם בלא נתגייר אביהם הדבר זכות להן כיון שאביהם הביאם להתגייר. ומה שאמר בגר שנתגיירו בניו עמו ולא אמר בגוי שגייר בניו, יתכן שאורחא דמילתא אמר שמסתמא אין גוי מגייר בניו אלא כשהוא עצמו מתגייר.[1]

אכן כל זה נראה דחוק, ויותר נראה לומר שאף שגר שנתגייר כקטן שנולד דמי מ״מ עדיין נחשב לאביו בטבע לענין זה שניחא ליה מה דעבד אבוה. שרק ההלכה אומרת כן שהוא כקטן שנולד, אבל לא בטל האומדנא שניחא לבנים מה שעושה אביהם, וגם גר שנתגייר נחשב לאביהם. לפי״ז נראה לדון בישראל שנשא נכרית בדיניהם, וילדה בן וגייר הישראל את הבן, בזה מועיל גירותו, גם אם לא נאמר כרב הונא. שגם זה נחשב לאביו לענין שנאמר שניחא ליה מה דעבד אבוהון. ולכן גם לדעת בעל הלכות שהביא הטור יור״ד סימן רס״ח, הסובר

---

1 עיין רשב״א, כתובות, שם. ועיין ריטב״א שגרס ברש״י שהביאו אביו ואמו לגיירו לבי״ד, אע״פ שלא נתגיירו. וסבירא להו, דהסברא דניחא להו, היא דוקא כשהם גם כן מתגיירים עמו, ובלא״ה אין סברא זו. הערת הרב ז. הלפרין.

דחשו״ק אין מגיירים אותם מפני שאין להם דעת להתנות עמהם, אבל קטן נימול על דעת אבותיו. ולפי מה שכתבנו לכאורה יכול ישראל שהוליד מגויה לגייר בנו אף שאינו אביו בהלכה, שקיימל״ן שבנך מן הנכרית אינו בנך אלא בנה. מ״מ לענין לגיירו נחשב כבנו.

אמנם יש לעיין, דהנה הב״י הקשה סתירה על מה שכתב בעל הלכות שאין מגיירים חרש ושוטה ממה שכתב הטור בשמו בסימן רס״ז, שמלין עבד חרש ושוטה כשם שמלין קטן. ותירץ הב״י, שכל שרבו מביאו הרי זה כאביו מביאו, ולכן גם חרש ושוטה מטבילין לשם עבדות. ומזה נראה לכאורה שאין הטעם של בעל הלכות שאביו יכול לגייר משום שניחא לבניו מה שאביהם עושה, שא״כ למה רב יכול למול לשם עבדות? והרי אין עבדות זכות, ובע״כ שזה שרב ואב יכולים לגייר, הוא שיש כוח לאב למול בניו, וכן לרב יש זכות למול עבדיו. וכך מפרש החת״ס בחידושיו לכתובות את דעת בעל הלכות, ודעתו שם, שרק למול יש לאב זכות ולא לגייר. ונ״מ במה שמלו אף שלא נעשה גר מ״מ אם יתגייר כשיגדיל תהיה המילה למפרע מילה מעלייתא, ואינו צריך להטיף דם ברית, וגם יהיה מותר לאביו לאכול פסח עיי״ש.

ועל זה קשה, איך יתכן שאביו ימול את בנו אחר שהתגייר, והרי אינו בנו, כיון שגר שנתגייר כקטן שנולד דמי. וגם למה יעכבנו מלאכול פסח והרי אינו בנו. ובע״כ שגזה״כ שיכול למול בנו אחר שנתגייר. ולפי״ז אינו ברור אם ישראל שהוליד בן מגויה אם מעכבו מלאכול פסח, לדעת רש״י, יבמות מ״ח, שגר שנתגייר מילת בנו הנולד בגיותו מעכבו מלאכול פסח. והחת״ס השוה דעת בעל הלכות לדעת רש״י.

אכן יש לפרש את בעל הלכות כפשוטו, שמדין זכין יכול אב לגייר בנו, וכן עבד חרש שוטה וקטן. ומה שהקשינו והרי אין זכות להיות עבד, יש לתרץ, שכיון שגם אם לא יתגייר לשם עבדות וישאר גוי - ישאר עבד, אלא שיהיה עבד גוי בלי חיוב מצוות, וא״כ גם בעבד זכות הוא להיות עבד כנעני ולהתחייב במצוות מלהיות עבד גוי.

ובחידושי חת״ס כתובות דף י״א ד״ה הגדילו ז״ל:

> ״צריך לי עיון הגדילו שיכולים למחות כיון דהגירות מתלי תלי וקאי במחאתו של זה והוי ליה ממש כתנאי ע״מ שירצה אבא דקיימל״ן שלא ימחה הוא, ואמרינן בגיטין כ״ו, א. דלמ״ד תולה בדעת אחרים אין ברירה לא יכול להתנות כן, וא״כ הכא דתלי במחאתו של הקטן כשיגדיל, וא״כ אפילו כשלא ימחה אינו גר על ידי טבילת ב״ד, דהא קיימל״ן בדאורייתא אין ברירה. ואפילו אם נאמר דר׳ יוסף ס״ל יש ברירה בתולה

בדעת אחרים, ולרב הונא אין הכי נמי אינו יכול למחות, זה אינו. דהא כתבתי לעיל, כל שאינו יכול למחות אינו זכות אלא חובה, כמש״כ רמב״ם פ״ד ה״ב מזכיה ומתנה הנ״ל.[2]

ולפי הנ״ל אתי שפיר דהלכתא כר׳ פפא פ׳ החולץ דב״ד מטבילין אותו מדאורייתא ולא משום זכיה כלל, ואיננו יכול למחות באמת. וזה ראיה ברורה להרי״ף״, עכ״ל החת״ס.

ולענ״ד לא זכיתי להבין דברי קדשו. א״כ בטלת דין זכין לאדם שלא בפניו. שהרי בכל זכיה יכול למחות וכמו שהביא דברי הרמב״ם. ואם זה נחשב לברירה, אין זכין לאדם שלא בפניו.

ויש לומר שברירה אינה אלא בעושה מעשה שיחול על צד אחד, ולא נתברר עדיין אם יתקיים הצד או לא נתקיים. אבל אם הוא עושה בכל גוונא, רק שעל צד אחד אין לו כח לעשות הדבר, בזה אין חסרון של ברירה. ולכן הזוכה זוכה בכל גוונא גם אם ימחה המקבל, רק שאם ימחה המקבל איגלאי מילתא שלא הוי זכות בזה, וממילא לא קנה המקבל.

וביותר לדעת הרמב״ן שהביא הר״ן גיטין י״ג א, בדפי הר״ן וז״ל:

״והרמב״ן תירץ דפלוגתא דברירה היא דוקא במתנה על שני דברים, כגון האומר לאיזה שתצא מפתח תחלה, שהוא מתנה על זו ועל זו. וכן האומר ב׳ לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן תרומה, שהוא מתנה על כל שני לוגין שבחבית. וכן אם בא חכם למזרח עירובי למזרח למערב עירובי למערב. אבל במתנה על דבר אחד בלבד, כגון האומר כתוב גט לאשתי פלונית אם תצא בפתח זה תחילה וכו׳.

וכי תימא והא ע״מ שירצה אבא אינו מתנה אלא על דבר אחד בלבד, ואפ״ה מוכחינן מינה בשמעתין דאית ליה לר״ש ברירה וכו׳, התם היינו טעמא לפי שהוא דבר המסור ללב, וכל כה״ג למ״ד אין ברירה אפילו במתנה על דבר אחד לא מהני. דלא אמרינן הדבר שרצה משעה ראשונה, וכי קיימל״ן כסתם מתניתין דתנן, הרי את מקודשת לי ע״מ שירצה אבא, אליבא דר׳ יוסי הוא דקיימל״ן וכו׳. דע״מ שלא ימחה הוא״, עכ״ל.

לפי״ז יש לומר, שרק בתולה המעשה ברצון אחרים נגדר כברירה, אבל אם עושים המעשה בלא תנאי, רק שאם אינו רוצה אינו מועיל, בזה אין כאן ברירה,

2 וז״ל הרמב״ם: המזכה לחבירו במתנה וכו׳ המקבל ידו על העליונה אם רצה וכו׳ שזכין לאדם שלא בפניו וזכות הוא שתנתן המתנה לו אם ירצה, אבל אם לא ירצה אין נותנים לו מתנה בע״כ״ עכ״ל.
מבואר בדבריו שיכול למחות במתנה שזכה זה עבורו הוא מטעם אין חבין, שאם הרשות ביד המקבל הוי ליה זכיה אבל אם הוא מוכרח הוי ליה חוב.

שהרי לא תלה המעשה ברצון של השני. ובחידושי החת״ס, שם, משנת תקע״ג ד״ה הגדילו כתב, שאין בזה משום ברירה כיון דרובא דרובא אינם מוחים דהרי זכות הוא לו, לא שייך הכא ברירה. ועיין ר״ן פ׳ השותפין דכל דבר שרובו מתברר בתחילתו אע״ג שמיעוטו יתברר בסופו יש ברירה עיי״ש. והכי נמי דכוותי׳ עכ״ל. ולפי״ז יוצא חידוש, שכל מקום שיש רוב לצד אחד אין חיסרון של ברירה, ומצאתי שהחת״ס בעצמו במהדורא משנה אחרת כתב שכל זכיה אין בזה משום ברירה.

ולפי מש״כ יש ליישב מה שקשה במשנה קידושין דף סט, א:

״ר׳ טרפון אומר יכולים ממזרים ליטהר. כיצד, ממזר שנשא שפחה הולד עבד, שיחררו נמצא הבן בן חורין״.

ובשו״ע אה״ז סימן ד׳ ס״כ:

״לפיכך ממזר נושא שפחה לכתחילה וכו׳ להתיר בניו שישתחררו ויהיו מותרים בישראלים״ עכ״ל.

ומלשון השו״ע נראה שיכול לשחרר בניו שנולדו לו משפחה לכתחילה.

וז״ל הרמב״ם, פט״ו מאסורי ביאה ה״ג:

״זה הכלל בן הבא מן העבד או מן העכו״ם או מן השפחה או מן בת עכו״ם הרי הוא כאמו ואין משגיחין על האב. לפי דבר זה התירו לממזר לישא שפחה כדי לטהר את בניו. שהרי הוא משחרר אותם ונמצאו בני חורין ולא גזרו על השפחה לממזר מפני תקנת הבנים״ עכ״ל.

ומדבריו מבואר בהדיא, שהטעם שהתירו לממזר שפחה כדי להגיע שבניו ישראלים כשרים על ידי שישחררם. וכנראה שאם היו נשארים עבדים אין זו תקנה, ולא היו מתירים איסור לממזר כדי שבניו יהיו עבדים, שאין כ״כ הפרש בין עבדים לממזרים. וקשה לפי״ז, איך מותר לו לשחרר בניו, והרי המשחרר עבדו עובר בעשה?

ולפי דברינו יש לישב, שהרי כתב הר״ן בגיטין. שאין איסור לשחרר עבדו רק בנותן לו מתנת חינם אבל כל שמשחררו כדי להשלים מנין או שעביד נייח נפשיה, שזה כמוכרו לו. (עיין רע״א בתשובה סימן קצד). וא״כ יש לומר שכל שמשחרר בניו זה נחשב שמשחררם לטובת עצמו. כיון שהם בניו בטבע אף שאינם בניו בהלכה.[3]

3 עיין רמב״ם, הלכות עבדים, פ״ט ה״א, ״ישראל וכו׳ אע״פ שהיא שפחתו וכו׳ ומשתמשים בו לעולם כשאר עבדים״. והסביר במרכבת המשנה, ה״ג שם, שכוונת הרמב״ם לומר, שגם ישראל שבא על שפחתו שהולד עבד, יש אסור לשחרר. הערת הרב ז. הלפרין.

ואין להקשות א״כ איך אמרו שם בקידושין, שהיה נותן לו עיצה לגנוב כדי שישא שפחה כדי לטהר זרעו, והרי באופן זה לא יוכל לשחרר שהרי הבנים שייכים לאדון. ואם כן קשה למה שכתבנו שמשמע מהרמב״ם שהיתר שהתירו לממזר לישא שפחה הוא כדי שיהיו בניו ישראלים כשרים, והרי כאן ישארו עבדים. ונראה שיכול האב ליתן כסף לאדון שבזה ישתחררו, ואין האדון עובר איסור, שהרי בנותן דמיו מותר, וגם האב אינו עובר לפי סברתנו.

ועיין תוס׳ יו״ט פ״ג מקידושין מ׳ י״ג שכתב טעם למה התירו לממזר לישא שפחה ולא התירו לישא נכרית. וכתב שם עוד:

> ״ומיהו בלא״ה לא קשיא דלא נקט נכרית. משום דבשפחה יכול לקנות לו שפחה וישאנה והרי הבן שלו ובידו לשחררו משא״כ לגייר הבן אין בידו שאין מטבילין גר על דעת ב״ד וכמו שכתבו תוס׳ כתובות מד, א ד״ה הגיורת והיינו דלא דייקינן בגמ׳ דר״ט ס״ל לכתחילה מדלא תנן נמי נכרית אלא אפילו אי דיעבד לא מצי למתני נכרית משום שאין יכול לטהר שמא ישאר נכרי ולא יתגייר״, עכ״ל.

הרי מפורש בדבריו, שלטהר היינו שיהיו בניו ישראלים גמורים ולא עבדים. וא״כ קשה איך ימכר לעבד עברי וישא שפחה והרי השפחה היא של האדון, ובע״כ כמו שכתבנו.

אכן מה שנראה מתוס׳ יו״ט שגר קטן שמטבילין אותו על דעת ב״ד אינו אלא כשהקטן תובע להתגייר או שאמו ג״כ מתגיירת, אבל אב שבא על הגויה אין בידו לגייר בנו הנולד מגויה אפילו על דעת ב״ד, הנה מתוס׳ כתובות אין ראיה לזה. שהתוס׳ בא ליישב למה כתוב במשנה ש״נתגירה עם בתה״ ולא כתוב סתם שנתגיירה קטנה. ועל זה תירצו בתוס׳, שאין ב״ד מגיירים קטן אלא א״כ תובע, ופחות מבת ג׳ לא יכולה לתבוע אלא שאמה מביאה להתגייר. אבל האמת שהוא הדין האב, וזה לא קשה למה לא כתוב במשנה שהאב הביאה, שהקושיא היתה רק למה כתוב סתמא. אבל מה שהעלה התוס׳ יו״ט מתוך דבריהם, שאב ישראל שיש לו בת מנכרית אינו יכול לגיירה גם על דעת ב״ד, אין לזה ראיה מתוס׳.

ועל קושית התוס׳ יו״ט, למה לא כתבה המשנה שממזר יכול לטהר זרעו על ידי נכרית, להצד שר׳ טרפון בדיעבד קאמר. יש ליישב, שגם אם יגיירנה על דעת ב״ד יכולה למחות כשתגדיל, אכן אם נאמר שישראל שהוליד מנכרית יכול לגיירו אפילו שלא מדעת ב״ד ומדין אב, יש לתרץ שאולי הסוגיא סוברת שגם בנתגיירה על ידי אב יכולה למחות.

ונראה שמ״מ חרשת יכולה להתגייר על דעת ב״ד כשתובעת, שהרי חרשת לא גרועה מקטנה יותר מבת ג׳ שמגיירין אותה על דעת ב״ד כשתובעת, להחולקים על בעל הלכות גדולות.

העולה מן האמור:

א. קטן נכרי שהוריו מתגיירים עמו, או אפילו אינם מתגיירים בעצמם אבל הם מביאים אותו להתגייר, אפשר לגיירו.

ב. ישראל שבא על הנכרית ומביא את הבן להתגייר, אפשר לגיירו.

ג. קטן נכרי שנמסר לאימוץ בידיעה שהמאמצים יגיירו אותו, אפשר שדינו כמו שהוריו מביאים אותו להתגייר.

ד. קטן שנמסר לאימוץ, מבית יתומים ללא ידיעת הוריו, יש לדון אם ראוי לגיירו בעודו קטין.[4]

4 ראה עוד: פד"ר א', עמ' 375-381. שורת הדין ג, עמ' קצא-רז.

סדר הדין

בביה"ד הרבני הגדול ירושלים

סמכות מקומית - בי"ד קבוע[1]

השאלה שהעלה המערער בפנינו היא שאלה נכבדה וקשורה במציאות שנתחדשה עקב ריבוי בתי דין לממונות בירושלים ובבני ברק. המציאות הזו מעוררת את הספק האם נשמר מעמדו של ביה"ד הרבני האזור כבי"ד קבוע ובעל עדיפות על פני בתי דין אחרים שבעיר.

בענין שלפנינו עולה שאלת מקום הדיון שהמערער רוצה להתדיין בבי"ד ירושלים של הדיין הרב לוין והמשיב רוצה להתדין בבית הדין האזורי.

בי"ד ירושלים פסק שעל המשיב להתדיין עם המערער בפניו או בזבל"א וקבע שלענין הנדון הרי הזבל"א הם ועדת רבנים שנבחרה ע"י הרב ליאור, ביה"ד האזורי קבע בהחלטה שהמשיב זכאי להתדיין בפני ביה"ד האזורי שהוא בי"ד קבוע.

המערער טוען ששני בתי דין נחשבים קבועים וכאשר שני בתי דין נחשבים קבועים הדין נותן לבחור בי"ד של זבל"א ומוכן אכן להתדיין בבי"ד כזה.

המשיב טוען שבשני בתי דין הנחשבים כקבועים קובע הנתבע היכן להתדיין ומביא לכך אסמכתאות. כמו כן טוען המשיב שבי"ד ירושלים אינו נחשב בי"ד קבוע ביחס לביה"ד האזורי.

מבחינה חוקית והלכתית אין בביה"ד האזורי תיק תביעה של התובע נגד הרב א. וביה"ד האזורי נתן את החלטתו לאור בקשתו - שאלתו של הרב א. שנכנסה בתיק באותו ענין של תובעת אחרת. אותו תיק נסגר. מבחינה פורמלית לא היה מקום לערעור, אולם הצדדים הסכימו שביה"ד הגדול ידון ויפסוק בשאלה הנדונה, והם מתחייבים לקבל את פסק הדין למרות החסרון הפורמלי.

נתייחס תחילה לנתונים ההלכתיים כפי שהעלה התובע בספרו. יש לציין לשבח את העבודה הגדולה שעשה התובע, שלמרות היותו נוגע בדבר העבודה היא יצירה תורנית לכל דבר, ואנו נדלה ממנה את הנחוץ לענייננו. עברנו על רוב דבריו בחלק הדן במסקנות האחרונים ונבדוק את הנוגע מהן לענייננו, ונביא כאן מובאות אחדות מספרו:

1 נימוקים בערעור 2971/ס"ד א.ע. נ' א.ש.

א. דעת התומים והנתיבות בשני בתי דין בעיר אחת יכול הנתבע לומר לביה״ד פלוני קאזילנא. ומסביר הנתה״מ שהנתבע הוא מוחזק. דעת החכ״צ סי׳ יד שבעיר אחת הולכים אחר התובע. בשו״ת ציץ אליעזר כתב, דמה שכתב רמ״א בחו״מ סימן ג׳ סעיף א׳ דאם יש דיינים קבועים בעיר לא יוכל לומר לא אדון בפניהם אלא בזבל״א, הנ״מ שאין עוד בי״ד קבוע, אבל כשיש בי״ד קבוע נוסף יכול לדחותו לבי״ד הקבוע השני. מסקנות האחרונים אלו שרשן במחלוקות הראשונים רמב״ן, סמ״ג וטו״ר.

גם לשיטת חכ״צ שהולכים בזה אחר התובע, מ״מ כיון שאין היום כח כפיה לכפות להתדיין בבי״ד רבני כל שהוא, וכל כח הכפיה הוא ע״י כתב סרוב, הרי שדיני כתב סרוב חלוקים מדין כפיה. הנתיבות בחו״מ סימן כו׳ סק׳ יג (מקורו בתומים סק׳ יג) פוסק:

״ואם רוצה לציית דין רק לפני בי״ד אחר אפי׳ בזוטר מיניה או לפני בי״ד בעיר אחרת ציית דינא מיקרי ולא דיינינן ליה בדין אלם״.

וא״כ בדיננו שמסכים להתדיין בבית דין קבוע באותה עיר אי אפשר לראותו כ״לא ציית דינא״. (מקורו של התומים הוא הכנה״ג סימן כו׳ הגהות טור אות כו).

עט״צ שם כתב שאין נוהגים כתומים והנתיבות בזה. וכ״כ בתשובת יד מרדכי סי׳ לז׳: ״כל הרואה בדברי הגאונים והאחרונים יראה שדחו דבריו של התומים מהלכה״.

ב. בפס״ד של בית הדין הגדול ערעור תשי״ז/104 בהרכב הרה״ג הרב אלישיב שליט״א, הרב בן מנחם זצ״ל והרב הדס זצ״ל כתבו, שאם הנתבע מבקש דיון בבית הדין שבעיר אחרת, אינו פשוט להתיר לתובע לתובעו בערכאות שכן התומים והנתיבות כתבו שאף אם מבקש הנתבע דיון בעיר אחרת ציית דינא מיקרי,[2] ומסקנתם:

״שיקול הדעת בנידון זה נתונה בידי ביה״ד אשר אליו הוגש המשפט והוא מוסמך לקבוע אם אין אמת בדברי הנתבע הטוען שברצונו להתדיין במקום אחר, והוא משתמש בטענה זו כדי להשתמט מלהתדיין, או דבריו נאמרים בכנות״.

2 הערת העורך: היינו כשהנתבע גר בעיר האחרת. כן מבואר בתומת ישרים סימן קצא, ובמהרשד״ם אה״ע, סימן כז, ובמהרי״ט ח״א סימן רפו ובמהרי״ק, שורש א, המובאים בכנה״ג חו״מ סימן כו, הגהות הטור אות כו. הואיל והתומים, סימן כו סק׳ יג. מביא את דברי הכנה״ג, כלשונם וכן מביאם הנתיבות, שם, ברור שזו כוונתם.

והנה למעשה אכן יש בתי דין שכופין על הנתבע לדון אצלם, ויש שנמנעים מכפיה כבעל התומים. נמצא שלפי ההנחיה של פסק ביה״ד הגדול הנז׳ משנת תשי״ז עלינו לבדוק את כוונת הנתבע לדחות את הדיון ולגרום לבטולו. וכיון שהוא תובע דיון בבית דין מרכזי שבו מתדיינים מרבית הדיונים מאזור בנימין אין אנו רואים שהוא מדחה אותנו דיחוי בעלמא. לכל היותר נדרוש ממנו חתימה על שטר בוררות בבית הדין האזורי לפני מתן פסק הדין.

ג. עוד הביא המערער מקורות אחדים שבשני בתי דין בעיר אחת גם אם נאמר שהתובע אינו יכול לכוף את הנתבע, מ״מ גם הנתבע אינו יכול לכוף את התובע, והדין שלהם הוא בזבל״א, והביא לסכום את דעת החזו״א (סנהדרין טו, ה) שגם לפי הסמ״ג שהוא בעל הדעה שבשני בתי דין בעיר אחת יכול הנתבע לדחות את התובע אפי׳ לבי״ד קטן שבין השניים (בתנאי שהוא באותה העיר) מכל מקום אם התובע דורש זבל״א (באותה העיר) הנתבע מחויב לזה.

ד. אמנם בביה״ד הגדול ערעור תשכ״ג/102 בפס״ד של הרה״ג הרב הדאיה זצ״ל, הרב אלישיב שליט״א והרב ז׳ולטי זצ״ל כתבו, שנתבע המסרב להתדיין בביה״ד של התובע ודורש בי״ד אחר, והתובע מסרב ומציע זבל״א אין כופין על הזבל״א, דאין הזבל״א חיוב אלא פתרון לבעית מקום הדיון. ואין כח הזבל״א לעקור זכותו של הנתבע לדחות לבי״ד אחר עפי׳ דעת הסמ״ג. ובפס״ד זה מדובר בכפיה ע״י שוטים ולא בכתב סרוב ורשות להתדיין בערכאות.

ה. המערער הבין בדברי הרב מרדכי אליהו, שכאשר הנתבע מסרב לבי״ד קבוע, והתובע מציע זבל״א כופין את הנתבע בזבל״א גם ע״י כתב סרוב שלא כדברי ביה״ד הנ״ל. ולא מובן כיצד יתנו רשות לערכאות, הרי הנתבע לא נקרא לאו ציית דינא לתומים ולנתיבות. עוד הביא פסיקות שבשני בתי דין קבועים והתובע והנתבע מסרבין זה לבית דינו של זה, והתובע דוחה זבל״א, יש רשות לילך לערכאות. וזה לא יעמוד נגד הסברא של בי״ד הגדול הנ״ל אות ב. לענין כפיה ולא נגד התומים והנתיבות והכנה״ג לענין ציית דינא.

ו. לסכום, לפי החומר שבספרו של המערער נראה לנו לנקוט כעיקר כשני הפסקים של ביה״ד הגדול משנת תשי״ז ומשנת תשכ״ג ולפיהן, בשני בתי דין הקבועים בעיר אחת אין לכוף את הנתבע לבית דין שהתובע בחר בו ולא לזבל״א, ובודאי שאין להוציא נגד הנתבע כתב סרוב, דאינו נחשב כלל כמי ״שאינו ציית דינא״.

ז. וכל זה גם אם נניח שבית הדין האזורי ובי״ד ירושלים נחשבים כשוים ושניהם בתי דין קבועים מיקרי. כמובן שיש להרהר ולדון הרבה בהנחה זו, מכיון שביה״ד האזורי הוא בי״ד שמקובל על רוב רובו של הצבור שומר המצוות שרואה בו את בית דינו הן לאישות והן לממונות. בית הדין האזורי יושב ודן מידי יום והוא נבחר ע״י נציגי הצבור כולו. בכל הפולמוס סביב היות הבחירה גם ע״י מי שאינו שומרי תומ״צ ידוע מנסיון העבר שהם פועלים לפי הנחיות וכיוון דרך של החברים הרבניים שבועדה. מה שכתבנו שביה״ד נבחר רק לעניני אישות ולא לעניני ממונות אין זה מדויק. בתי הדין הרבניים אינם יצירה של חוק שפוט בתי הדין משנת תשט״ו. בתי הדין הינם המשך של בתי הדין של כנסת ישראל והעדה היהודית מאז ימי המנדט שהיו מוסמכים לדון בעניני ממונות כמו בעניני אישות.

ח. המערער מעלה טענות אחדות שלפיהן כל בי״ד שאינו בי״ד אזורי עדיף משום שאינו מסור לערעור הבג״ץ, ולא דק כי גם בי״ד שאינו בי״ד רבני אזורי כשהוא נזקק למתן תוקף לפס״ד בוררות זקוק לאשור בימ״ש, ויש מקום לערעור בבג״ץ כאשר נזקקים לאשור של פסק בוררות ע״י בית משפט. ולענין עצם הפסיקה של ביה״ד הרבני ללא תוקף חוקי גם ביה״ד הרבני אינו כפוף לבג״ץ. המערער טוען שמהירות הדיונים וזמן הסיום של ההתדיינות מהיר יותר בבית דין ירושלים או במועצה הדתית ירושלים ואין בזה הכללות.

י. כנגד מעלות אלו י״ל שבמעלת הערעור בבית הדין הגדול היא מעלה גדולה בימינו שמועטים הבקיאים בחושן משפט, ואמרו גדולי הדור הלוואי שתהיה בקורת על כל פסק בחשן משפט. גם התנהלות הדיון וסדרי הדיון הם מעולים יותר בדרך כלל בבי״ד אזורי מאשר בבתי הדין האחרים. גם הדרך ארץ והמשמעת שיש כלפי ביה״ד האזורי מצד הנדונים גדולה יותר. ובנוסף, כיון שמדובר בתיק שעוסק בלשון הרע ובהשמצות הרי יש משקל גדול במיוחד למעמדו של ביה״ד בצבור. בתיק של תביעת ממון די לתובע שהממון עבר מידי נתבע לידו ולא אכפת לו אם הצבור העריך את ביה״ד או לאו. אבל בתיק שלשני הצדדים חשוב מאוד שפסק ביה״ד יתקבל ע״י הצבור יש ערך לביה״ד המרכזי והמקובל יותר בצבור. לא כתבנו את המעלות של ביה״ד האזורי אלא כנגד החסרונות שהטיח המערער כנגד ביה״ד האזורי.

י. המערער טוען שלביה״ד הרבני אין סמכות אליבא ד״ספק״ של שופט בג״צ לעסוק בבוררויות, וממילא לא ניתן לאכוף את פסקי הדין שלהם כבוררות. אין לנו בענין זה אלא את המציאות והנוהג. המציאות היא שפסקי דין לעשרות

ולמאות של בתי דין רבניים כבוררים מאושרים אח״כ ע״י בית המשפט, ומקבלים סמכות אכיפה בפועל בודאי לא פחות מבתי דין אחרים.

כל זה כתבנו לאור מסקנותיו של המערער בספרו וכנושאים ונותנים עמו. אולם לנו יש דרך אחרת כלל בענין הנדון.

נראה לנו שבעניינו ישנם נמוקים צדדיים להוציא את השאלה דידן מהשאלה המרכזית ולהורות בה בנפרד.

א. שני הצדדים משתייכים לקהילת הציונות הדתית שהרבנות הראשית היא מרכזה ההלכתי מאז הקמתה. בתי הדין הרבניים הינם חלק מהמערכת של הרבנות שהצבור הדתי לאומי רואה בה אף הסמכות הרבנית העיקרית והייחודית. לפיכך אם נאמר שלגבי צבור חרדי יש מקום לראות זיקה גם לבד״ץ של העדה החרדית ובתי דין נוספים, הרי הצבור שאליו משתייכים התובעים והנתבע רואה ברבנות ובבתי הדין הרבניים את הסמכות הפוסקת להם. לפיכך ברור שבנדון דידן סמכות ביה״ד הרבני עדיפה על סמכות בי״ד ירושלים גם מבלי שניכנס לשאלה מן גדול ממי ומי קבוע יותר.

גם ביה״ד של הרבנות בירושלים (שע״י המועצה הדתית) הוא גוף מיוחד לירושלים ואינו המשך של מוסד הרבנות הכלל הארצי שהציונות הדתית משתייכת אליו.

ב. התובעים גרים בקרית ארבע והנתבע בבית אל (ובנימין) בית הדין ירושלים אינו משייך עצמו כלל לאזור יהודה ושומרון. גם בית הדין של הרבנות בירושלים והמועצה הדתית הינם בעיקר גוף ירושלמי ואין להם מרכזיות ושייכות אזורית. רק ביה״ד האזורי מוגדר מעצם מעמדו כבי״ד השייך גם לאזור יהודה ובנימין, ואזורים אלה קבלוהו כבית דין שלהם. לפיכך יש לביה״ד האזורי עדיפות על פני ביה״ד ירושלים וגם על פני ביה״ד של הרבנות ירושלים, לפיכך הערעור נדחה.

המערער טוען שגם אם יפסוק ביה״ד הגדול שהדיון יתקיים בביה״ד האזורי, הרי שלפי הדין אסור שיתקיים באותו הרכב שפסק שהרב א. רשאי להתדיין בביה״ד האזורי, במעמד צד אחד בלי לשמוע את הצד השני. ביה״ד כבר השיב להם בדיון, שגם אם נאמר שביה״ד נפסל לדיון חוזר, אם דן תחילה שלא כהלכה, היינו אם בדיון החוזר הוא נזקק לדון מחדש באותו ענין, ואז יש חשש שמחמת בושה או מחמת כבוד יהיה להם נגיעה לאחזוקיי בדבורייהו, אולם כאן אין הם

נדרשים יותר לדון בשאלת הסמכות ואינם צריכים לדון מחדש באותו ענין שדנו בו (אולי) שלא כהלכה.

לעצם הטענה שהם דנו שלא כהלכה אין אני בטוח כלל בנכונות הטענה. שהרי התובע הרב א. לא רצה כלל לתבוע בפני ביה״ד הרבני, ולא היתה שם תביעה. וא״כ לא היתה החלטתם בבחינת פסק דין או החלטה, אלא חוות דעת הלכתית. וכאלו שאל הרב א. חוות דעת הלכתית ותו לא.

למעשה מכיון שביה״ד הגדול פוסק מעצמו שהנתבע זכאי להתדיין בביה״ד האזורי, אין ביה״ד האזורי נזקק שוב לדון בשאלת הסמכות, וידון רק בשאלה לגופו של ענין, שבזה לא דן כלל עד היום ואין לו בזה נגיעה של אחזוקי דבורייהו כלל.

המערער העלה בנוסף לאמור שתי טענות מישניות: האחת שהדיינים בבתי הדין הרבניים הכפופים במידה מסויימת בפסיקתם להנהלתם שהיא מקושרת ומיודדת עם המשיב. כמובן שאלו דברים שאין להם שחר, ומי שמכיר את המערכת פנימה יודע עד כמה החשד הזה אין לו אחיזה כלל, ומותר לומר שזהו לעז של שטות ושקר על כלל הדיינים.

הטענה השניה היא לפסול אחד הדיינים של ביה״ד האזורי שהוא משתייך לקהילה של רבנים שכולם יצאו להגנתו של הרב א. והדיין מלמד בישיבה עד היום.

לטענתו יקשה על הדיין לפסוק נגד עמדת חבריו ורבותיו כולם. ברור לנו שע״פ ההלכה אין הדיין האמור נפסל, לא מתורת נוגע ולא מתורת אוהב, אולם מכיון שהתובע מרגיש את עצמו ״ירא מפניו״ כר״מ בישיבה וזה נותן לו הרגשה של אי נוחות וחוסר בטחון, לכן מציעים לדיין הנ״ל שלא לאכוף את עצמו על התובע והראב״ד של ירושלים בשתוף עם חברי ההרכב הנותרים יבחרו את הדין שימלא את מקומו של הדיין, וזאת באם הדיין יסכים להצעתנו.

חגי איזירר

אני מסכים ומצטרף לפסה״ד.

ע״מ שלא לעכב מתן החלטתנו, בעתיד אצרף נימוקים נוספים הקשורים למעמדם של בתי הדין שהוקמו בשנים האחרונות על פי איזה כללים הלכתיים הם מקבלים מעמד ותוקף כבי״ד קבוע בעירו.

אברהם שרמן

קודם שאביע את דעתי לגופו של ערעור, לא אמנע מלציין ובמדה לא מבוטלת של השתוממות את העובדה שהצדדים משקיעים מזה קרוב לשנתיים משאבי זמן וממון בהתנצחות בשאלה הטכנית ביסודה של מקום בירור התביעה. נכון הוא כי לשאלה זו שורשים עמוקים בהלכה, שאף אנוכי עסקתי בה זה לא מכבר, והגדיל לעשות המערער שחיבר לרגל תביעתו קונטרס הלכתי מקיף ומעורר הערכה שעיקרו עוסק בצדדים ההלכתיים של קביעת מקום הדיון, אולם עולה הרושם כי העיסוק הממושך והעיקש סביב שאלה זו נובע מתוך תחושת הצדדים כי זהו הציר עליו סובבת כל התביעה ועל כך יקום או יפול דבר, ולא כן הוא. סבור אני כי ישנה כאן הפרזה יתרה וכדאי מאד להכניס סוגיה זו למימדיה הנכונים, הגם שנושא התביעה טעון מאד מבחינה ריגשית וציבורית לשני הצדדים גם יחד.

א. העתירה שהועלתה בפנינו נסבה על החלטת ביה"ד האזורי בירושלים [בהרכב לממונות] מיום י"ט טבת תשס"ד, לפיה - לבקשת הרב א. מאשר ביה"ד כי הרב א. מקבל על עצמו את סמכות ביה"ד הרבני האזורי, ומוסיף וקובע כי ביה"ד הרבני האזורי הוא ללא ספק בי"ד קבוע, והרב א. זכאי ע"פ ההלכה לדרוש שהדיון בענינו יהיה בפני בי"ד הקבוע בעיר דוקא ולא בפני בי"ד אחר או בזבל"א.

ב. טענת המערערים היא כי החלטה זו באה בעקבות דיון שנערך שלא בפניהם ולפיכך דינה להתבטל. הם מוסיפים וטוענים כי פסיקה פגומה זו - לשיטתם, מחילה על הרכב זה פסלות מתמשכת שלא תאפשר להם לשוב ולעסוק בתיק זה, ומנמקים מדוע לדבריהם לביה"ד בהרכבו הנוכחי לא היה מקום מלכתחילה לדון בתביעה זו.

ג. האמת צריכה להאמר כי את החלטת בית הדין האזורי אין לראות כהחלטה שיפוטית רגילה במובנה הפורמאלי, מן הטעם הפשוט שאמנם, ועל כך אין חולק, באותה תקופה לא הוגשה תביעה ולא נתקיים דיון בין הצדדים. לפיכך יש לראות החלטה זו כמתן אישור בעל משקל הצהרתי גרידא על הסכמת המשיב לקבל את סמכות ביה"ד בצירוף המשמעות ההלכתית של קבלת סמכות זו, משמעות הנובעת מעמדה הלכתית ידועה ומוכרת של בית הדין שכבר פורסמה בעבר, וללא ספק אינה קשורה לאישיותו ומעמדו של אדם פלוני, והופעתם או העדרם של המשיבים בפני בית הדין לא היתה מעלה או מורידה בקבלתה. יתכן כי היה נכון יותר להכתיר את שכתב ביה"ד בכותרת שונה מזו הנוכחית ולבחור בנוסח שהיה מקהה את הרושם המתקבל ממנה כיום, וזאת על אף שביה"ד הקפיד לציין

בתחילת דבריו ובאופן מפורש כי אלו נכתבו לבקשתו של הרב א. מה שאינו מותיר מקום לספק בנסיבות בהם נכתבו. לאור זאת איני רואה צורך להדרש לאותה החלטה / אישור של ביה״ד האזורי שלו זכות קיום משל עצמו, בלא קשר למערערים העומדים היום בפנינו.

ד. זאת ועוד, העיסוק בשאלה זו מסיט אותנו מן העיסוק במהות, והוא קביעת סמכות שיפוטית מוסכמת על שני הצדדים שידרש לתביעה לגופה וידון בה במקצועיות בכובד ראש וללא שיהוי, שהרי זהו רצונם וטובתם של שני הצדדים הנכבדים - לברר ולהכריע במחלוקת המעיבה על אישיותם ומעמדם. ומאחר ובדיון שהתקיים בפנינו ביום י״ד אייר תשס״ד קיבלו הצדדים על עצמם את הכרעתנו בנוגע למקום הדיון, לא נותר לנו אלא להתמקד בטענות הצדדים ובבקשות שהובעו במכתבים הרבים שהונחו מטעמם של המערערים על שולחננו.

ה. תמצית טענות המערערים היא, כי גם אם מקבלים הם את ההנחה שלביה״ד הרבני האזורי מעמד של בי״ד קבוע, הרי שבעיר ישנם בתי דין קבועים נוספים, ובמצב ענינים זה בהעדר הסכמה, יש לקיים את הדיון בדרך של זבל״א. בנידון דידן, כיון שהוצע למשיב בעבר לידון בפני שלושה רבנים גדולי תורה שיתכנסו במיוחד לצורך זה, ובשעתו המשיב הביע הסכמתו לדון בפניהם, הרי שגם עתה מתבקש בית הדין להורות כי הדיון יתקיים בפניהם, ולחילופין מציעים המערערים הליך זבל״א רגיל כשהבורר המוצע מצידם הוא כב׳ הרב ש. שליט״א.

ו. להצעתם הראשונה איננו יכולים להענות מכיון שכיום המשיב מסרב לידון בפני אותה ועדת רבנים, ומבלי להכנס לנימוקיו, די באי הסכמתו הנוכחית לשלול את האפשרות הזו, שהרי יסכימו המערערים כי גם לשיטתם לא ניתן לכוף את הנתבע להרכב מסוים של זבל״א.

ז. להצעתם השניה של המערערים התייחסנו בהרחבה בפסק הדין שהתפרסם בשנה שעברה בנוגע לשאלה דומה,[3] ומעיון בתיק שמתי ליבי כי המערער עצמו שת ליבו לפסה״ד האמור ואף פנה אלינו בנדון ביום א׳ מנ״א תשס״ד במכתב מפורט, בו הוא מקרב ומרחק את דברינו - נאמן לשיטתו בקונטרסו, ואף שיש לי להשיב על דבריו בכמה נקודות כדרכה של תורה, אתמקד רק בנוגע לענייננו.

ח. כבר מילתי אמורה בפסה״ד הנ״ל כי השיקול המרכזי בקביעת מקום הדיון, צריך להיות המקום בו יעשה ויראה הצדק על הצד הטוב ביותר. שיקול זה גובר

3 הובא להלן עמ׳ תע״ז

אף על הכלל של "הולכים אחר הנתבע" וכמו שהוכחנו מדברי בעל ערוך השולחן. כמו כן העלינו כי כלל זה לא יכול לבא על חשבון זכויותיו ההלכתיות של התובע, או במקום שיש לחוש לקלקול שורת הדין.

ט. לאחר עיון מדוקדק בטענות המערער נחה דעתי כי קיום הדיון בענינו בביה"ד הרבני אינו נכנס לאף לא אחד מן החששות הנ"ל. ובודאי שאינו יכול לזכות מכוח חששות אלו לסעד אותו הוא מבקש: לחייב את המשיב להופיע במקום "שאנו מעדיפים" - כלשונו [ההדגשה במקור]. דרישתו זו לענ"ד היא הפרזה על המידה, וכמדומני שבאחת מפניותיו שב המערער ממנה, וטוב שכך.

י. כפי שכתבתי לעיל, אין לראות בהחלטת ביה"ד האזורי משום משוא פנים, בהתחשב בתוכנה אין לראות בה כנקיטת צד לגופו של ענין לטובת אחד הצדדים, בודאי שאין בה לפסול לצמיתות הרכב זה של ביה"ד הרבני מלעסוק בעניין, ומכל שכן שאינו יכול לפסול באופן גורף את דייני ביה"ד האזורי כולם.

יא. בנוגע לקיומו של משפט צדק תכליתי וענייני, מסקנתי הפוכה מזו של המערער, וסבור אני כי ביה"ד הרבני האזורי הוא המקום הראוי והמתאים לקיומו של הבירור בעניינם וזאת מפני כמה טעמים:

1. מעמדו הבלתי מעורער של ביה"ד האיזורי בקרב כל החוגים והעדות כבית דין מקצועי, הפוסק לגופו של עניין מבלי פניות וללא משוא פנים.

2. לביה"ד האיזורי יש את הנסיון הרב ביותר בטיפול בענינים שבצינעה, ואין כמוהו שישמור לבלתי יפגע ח"ו אחד מן הצדדים פגיעה מיותר כתוצאה מהדלפת פרטים אישיים חסויים דוגמת אלו שבהם עוסק נדון דידן.

3. לדייני ביה"ד הרבני ישנה אמת והמידה הראויה לשקול את העובדות והטענות שיועלו בפניהם ולהעריך האם יש בהם כדי חריגה מנורמות התנהגות ראויות במקרים כגון דא, זאת לאור נסיונם הרב בטיפול בעניני שלו"ב בפרט ובענינים אישיים ורגישים בכלל.

4. לביה"ד הידע, המעמד והסמכות לזמן ולקבל עדויות ובכללם עדויות מומחים שיעזרו לשפוך אור על הפרשה. בל נתעלם מן העובדה כי בערכאות אחרות סרבו עדים להתייצב ולומר את אשר ידוע להם, והמערערים הם שהלינו על כך.

5. הביקורת של ערכאה נוספת מגדירה כבר לערכאה הראשונה רף גבוה של דרישות, הן בנוגע לסדרי דין מוקפדים והן בנוגע לעיסוק במהות, וזאת מבלי להכנס לויכוח עם המערער האם אפשרות הערעור גופה מהווה מעלה - וכך היא דעתנו הנסמכת על דעת הפוסקים וגם ולא במעט, על ההגיון הצרוף - או שמא זהו דוקא חסרון כפי שנוקט המערער.

יב. ניתן להאריך ולכתוב נימוקים נוספים, אולם סבורני כי די באלו כדי לבטא את עמדתי המצטרפת לעמדת עמיתי, כי בביה"ד הרבני יהיה הדיון שלם מקיף ומבורר יותר, ולאמור, גם מקובל יותר מבחינה ציבורית. מכיון שכך, טובתו של המערער כי עניינו יתברר דוקא בביה"ד הרבני. מסיבה זו, וגם לאור הבהרת המערער באחד ממכתביו, איני מוצא טעם לערוך השואה מפורטת בין ביה"ד הרבני האזורי לביה"ד בראשות הרב לוין, ומן הטעמים האמורים לעיל יש ללמוד על חלק מן ההבדלים שבין הערכאות, ולענינינו די בכך בהחלט.

יג. בנוגע לאפשרות הדיון בזבל"א, כבר התייחסנו לכך בהרחבה בפסה"ד הנזכר, והוכחנו כי לא קיימת זכות לזבל"א כשיש בי"ד קבוע בעיר, כמפורש ברמ"א ובתוס' יו"ט ובתשובות הרמ"א, וזאת נוסף על דעת התומים (סי' י"ד ס"ק ב') שהסיק להלכה שהעיקר כבעל התרומות, ויד הנתבע על העליונה, אא"כ התובע רוצה בי"ד גדול והנתבע בי"ד קטן, והעלה בדעת הרא"ש שאין כפיה על זבל"א. וכבר הארכנו להוכיח שם מן הטעמים שכתבו הפוסקים למנהג, שהתובע הולך אחר הנתבע, כי דין זה נאמר גם כשיש שני בתי דין קבועים בעיר. בנוסף הבאנו את הסתייגותם העקרונית של חשובי פוסקי דורנו משימוש בהליך זבל"א בשל התקלות החמורות שנגרמו בעטיו. אמנם אם היה יתרון מוכח לאפשרות זו היה מקום לשקול את ההצעה במקרה זה לגופה, אך מאחר וכבר כתבנו שלדעתנו האפשרות הטובה ביותר היא לידון בביה"ד הרבני האזורי, איני רואה צורך להכנס לכך ואין לקבל הצעה זו.

יד. ברצוני להתייחס לנקודה נוספת שלא ניתן לה מספיק דגש, והיא כי גם לו היינו מקבלים את עמדת המערער שהצעותיו החלופיות טובות יותר [וכאמור איננו מקבלים זאת], הרי שבמידה והמשיב היה עומד על דעתו כי לא יסכים להתדיין בבי"ד אחר [וזהו הרי המקרה שלפנינו], הרי שלדעת התומים והנתיבות [סוף סי' כ"ר] בשם הכנה"ג, לא ניתן לראות בו סרבן ולנקוט כנגדו בסנקציה. וזו לשונו שם:

"דאם רוצה לצייית דין רק לפני ב"ד אחר, אפילו דזוטר מיניה או לפני בי"ד בעיר אחרת, ציית דינא מקרי ולא דינינן ליה בדין אלם".

טו. אמנם, וזאת חובה להדגיש, כי חלק מן הפוסקים האחרונים לא קיבלו את דברי הנתיבות להלכה, ובתשובות המהרש"ם [ח"ד סי' כ"ד] אחר שדן בדברי התומים והנתיבות הביא שב"עטרת צבי" כתב שאין נוהגין כן, והוסיף וז"ל:

"וגם אני במקום אחר כתבתי דמקור דברי כנה"ג הם ממהרשד"ם, והוא קאי להסוברים דמצי לטעון לביה"ד הגדול אזלינא, מה שאין כן בזה"ז דקי"ל כהרמ"א".

אולם קשה לדחות את דברי התומים והנתיבות מהלכה, אלא אם כן יש חשש חמור ומוחשי לעיוות הדין, חשש שכאמור לא קיים בנידוננו.

טז. טענה נוספת שנשמעה מהמערער היא כי בהרכב שנתן את ההחלטה יסתתמו טענותיו בשל קשרי עבודה בעבר של אחד הדיינים עם חלק מתומכיו של המשיב שבנוסף הנם גם רבותיו של אותו דיין. אמת הדבר כי בטענות אלו אין על פי ההלכה כל סיבה לפסול דיין מלישב בדין, וגם מחוץ לגדר הדין דרושה מידה לא מבוטלת של חשדנות כדי להגיע למסקנות הללו שיש בהם שמץ של הטלת דופי ח"ו בשיקול דעתו האובייקיבי של דיין בישראל, וגם ברבנים גדולי תורה שכביכול עלולים לנסות להטות את דעתו של הדיין, וזאת דוחה אני מכל וכל. אולם מאחר ותחושה זו היא סובייקטיבית ונראה שהמערער שכנע עצמו כי כך עלולים להיות פני הדברים, יש לנסות למצוא לכך פתרון, ופתרון שכזה יכול להיות בין כותלי בית הדין.

יז. לאור כל האמור מתבקשת המסקנה כי מקום הדיון יהיה בביה"ד הרבני האיזורי בירושלים. אולם כדי להפיס ולהניח דעתו של המערער הטוען להסתתמות טענותיו, מוצא אני מקום במקרה זה, לאור נסיבותיו המיוחדות, ולאור העובדה שעדיין לא החל ההרכב המיוחד לממונות לדון בתביעה לגופה, ובשל הרצון להמנע מפיצול ההרכב הקבוע, כי הדיון בתיק זה יתקיים בהרכב המטפל בדרך כלל באותיות של שם משפחת המערער.

יח. אני טרם אכלה לדבר את דברי, והנה הגיעה אל שולחני פניה נוספת של המערער מיום י' חשון, בה הוא מציע לקיים את הדיון בביה"ד הרבני בירושלים בהרכב אחר. ומאחר והמשיב כתב בפנייתו הראשונה לבית הדין מיום י"ט טבת תשס"ד כי הוא מוכן להיתבע בכל הרכב שיקבע, הרי שמצאנו את שביל הזהב לקיום הדיון בהרכב המוסכם ומקובל על שני הצדדים, ובזאת בא הענין על פתרונו.

יט. עם זאת, במידה ומסיבה כל שהיא לא יוכל ההרכב המוצע (ע"פ האותיות) לדון בתיק זה, יועבר התיק להרכב העוסק בבוררות בהתאם להצעת הרה"ג ח. איזירר שליט"א.

אני פונה לצדדים להניח מאחוריהם את כל החיכוכים והאמירות המיותרות שבאו בעקבות הפולמוס על מקום הדיון ולגשת בצורה ענינית ותכליתית לבירור התביעה לגופה, והאמת והשלום אהבו.

יונה מצגר

אנו נשארים באופן עקרוני בכל מה שכתבנו בנמוקינו, אולם ההצעה שמעלה המערער שמסכים לכל הרכב, פרט להרכב שנתן את החוו"ד נשוא הערעור, וכבוד הגר"י מצגר מקבלה, נראית בעינינו בהסתייגות מסוימת ולפי שתיק זה הוא תיק מיוחד ומורכב לכן אנו בעד קביעת הרכב מסוים כדי לא להריץ מהרכב להרכב, לפיכך אנו מחליטים להעביר התיק להרכב פלוני, ובמידה והדבר לא יעלה אזי ידון בתביעה הרכב בי"ד לממונות ובהתאם לאמור בהחלטה שנכתבה על ידינו והוסכמה ע"י הרב הראשי.

אברהם שרמן חגי איזירר

לאור האמור לעיל מוחלט כנ"ל.

ניתן ביום כ"ה חשון תשס"ה

יונה מצגר אברהם שרמן חגי איזירר

יו"ר

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

סמכות - בי״ד קבוע[1]

א. לפנינו ערעור על החלטת ביה״ד האיזורי באשדוד מיום ח׳ בכסלו תשס״ד [ברוב דיעות] לפיה מדין ״התובע הולך אחר הנתבע״ צריך הדיון בתביעה להתקיים במקום אליו מפנה הנתבע, ומשום כך על התובע - מר מ. להגיש את תביעתו בביה״ד של חסידות פלונית.

המערערים עותרים לקבלת הסעדים הבאים: א. ביטול החלטת בי״ד קמא. ב. הוצאת כתב סירוב כנגד המשיב ומתן היתר למערער להגיש את תביעתו בכל מקום שירצה.

ראשיתה של פרשה זו בתביעה שהגיש המערער [התובע] - מר מ. בבית הדין הרבני האיזורי באשדוד כנגד המשיב - מר ב. ושעניינה טענות על לקויי בניה רבים שנתגלו לדברי המערער בדירה שרכש מן המשיב.

המשיב מצדו שלח תגובה בכתב שתוכנה: א. כבר נחתם בין הצדדים שטר בוררות בבד״ץ פלוני. ב. בין הצדדים נתקיימו בעבר מספר דיונים בבי״ד זה ובגינם כבר יצאו פסקי דין, והתובע מופנה לשוב לאותו בי״ד מדין ״תובע הולך אחר הנתבע״.

ב״כ התובע השיב בכתב על טענות הנתבע (המשיב).

ביה״ד בהחלטה מיום כ״ו תשרי [בדן יחיד] קבע כי זוהי אכן תביעה חדשה העומדת בעינה וכי על המשיב להתייצב לדיון.

לאחר שהנתבע שב ושלח תגובה בכתב לביה״ד, שתוכנה דומה לזו שקדמה לה, הוציא ביה״ד החלטה [ושוב בדן יחיד] ובה שב וקבע כי זוהי תביעה חדשה [ולא כמשתמע מתגובת הנתבע כי כבר קם דינא בענין זה], וכמו כן דחה את טענת הנתבע כי על התובע לילך אחריו וזאת מכח דברי הרמ״א [בחו״מ סי׳ ג׳] שבמקום שבו יש דיינים קבועים בעיר אין הנתבע יכול לומר לא אדון לפניכם.

ביום כ״ט חשון התייצב הנתבע בעצמו לדיון ושטח בעל פה את טענותיו, בעקבות זאת שינה ביה״ד האיזורי את עמדתו וביום ח׳ כסלו הוציא החלטה חדשה - נשואת הערעור שבפנינו.

המערערים מעלים מספר נימוקים לעירעורם. נפרט בתמצית את עיקרם תוך מתן התיחסות לכל אחד מהם:

---

1 ערעור 1043/ס״ד מ.י. נ׳ י.א.

בשני הסעיפים הראשונים לכתב הערעור דן ב״כ המערער במשמעות ובפרשנות סעיפים ז(2) וח׳ בפרק ב׳ לתקנות הדיון בביה״ד הרבני, העוסקים בכלל שהתובע הולך אחר הנתבע.

ב. מבלי להכנס לתוכן הדברים, דעתנו כי אין זה נוגע לענין שבפנינו. תקנות הדיון בכללם נועדו לקבוע את סדרי הדין - המפורשים בשו״ע בהלכות דיינים, בצורה בהירה ובלשון משפטית המובנת גם למי שאין תורתו אומנותו, בשים לב לעובדה כי סמכותו היחודית של בית הדין הרבני לפי החוק האזרחי **בענייני המעמד האישי**, מביאה בשעריו כמעט כל אזרח יהודי תושב הארץ הנזקק לשירותיו של בית הדין, ולכך מן הראוי כי סדריו ונהליו יהיו נהירים וברורים לכל אדם ולא רק לתלמיד חכם, וינתן להם תוקף מחייב גם על פי החוק האזרחי. משום כך ״הולבשו״ דיני השו״ע בכסות חדשה, תומצתו ונוסחו בלשון משפטית ונקבעו בחוק כתקנות מחייבות, כשרק מספר מוגבל וחלקי מאד של תקנות נקבעו ביחס להלכות המרובות שנפסקו בעניין זה בהלכות דיינים שבשולחן ערוך.

אולם כל זאת בענינים בהם שואב ביה״ד את סמכותו **גם** מכח החוק האזרחי ומכח הסמכות שהטיל עליו השלטון, אולם בכל שאר הנושאים בהם שואב ביה״ד את סמכותו כמקדמא דנא מכח הציווי האלוקי של ״ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם״, ברור ומובן מאליו כי הנהגתו וסדריו של בית הדין אינם מוגבלים לאמור בתקנות, אלא יהיו בהתאם לנפסק בשו״ע, בדרך המסורה לנו משנות דור, וללא שום סייג. תקנות הדיון חידוש מכורח המציאות הם, וההכרח לא יגונה. אולם מיד משנסתלק הכורח, שבים אנו למקור חיותיינו - לדברי השו״ע והפוסקים, ואין לך בו אלא חידושו.

משום כך, בהליך דוגמת זה שלפנינו בו פועל בית הדין בשליחותא דקמאי, אין כל מקום לטענה כי פעולות בית הדין הנם בניגוד או שאינם בהתאם לתקנות הדיון, ואמת המידה היחידה היא קיומו של דין תורה כפי שנפסק בשו״ע והוכרע בספרי הפוסקים.

ג. השאלה אם כן היא האם החלטתו - קביעתו של כב׳ ביה״ד באשדוד כי: ״לפי הכלל שעל התובע ללכת אחר הנתבע מקום הדיון צריך להתקיים במקום אליו מפנה הנתבע״, יתד היא שלא תימוט, או שגם כלל זה נתון לשיקול ולבחינה בהתאם למקום ולנסיבות.

ההלכה שהתובע הולך אחר הנתבע נפסקה ברמ״א [סי׳ י״ד סע׳ א׳] וז״ל:

> ״התובע צריך לילך אחר הנתבע, אם הוא בעיר אחרת, אף ע״פ שבעיר התובע הבית דין יותר גדול״.

מקורו של הרמ״א הם דברי המהרי״ק בכלל א׳ שכתב וז״ל:

״דלאו כל כמנייהו למכפייה לאותו ר׳ משה שילך לדון בעירם, דמי הוא שיטעה לומר שהתובע יכריח את הנתבע ללכת לבית דין, אלא או בעירו דוקא לדברי ה״ג או לב״ד הגדול נמי לדברי ר״ת. ואף לדברי ר״ת איכא למ״ד דדוקא בענין הלואה הוא דקאמר ר״ת דכופין הנתבע משום דעבד לוה לאיש כו׳, אבל לפני בית דין שאין מומחה אלא כעין ערכאות שבסוריא לכו״ע וגם במידי דלא הוי הלואה אליבא דמ״ד, מעולם לא אמר ר״ת ולא שום פוסק שיכריח התובע את הנתבע, אלא אדרבה מצי למימר לא אדון בפני זה אלא בפני זה היכא שהן קרובים זה כמו זה, ואפילו בשאין שוין והאחד גדול מחבירו כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא הוכיח בסמ״ג וכן מביא המרדכי דמצי למדחי וכו״, עכ״ל.

אולם עדיין ניתן היה לחלק ולומר כי כל דברי הרמ״א אמורים כשהנתבע גר בעיר אחרת שאז אינו מחוייב לטרוח לבוא למקום התובע, אלא אדרבא, יטרח התובע לבוא למקומו. אך אם התובע והנתבע מצויים באותה העיר ובה ישנם שתי בתי דינים, כאן לא יהיה כוחו של הנתבע יפה לקבוע את מקום הדיון, וכך מדויק לכאורה גם מלשון הרמ״א שכתב: **התובע צריך לילך אחר הנתבע, <u>אם הוא בעיר אחרת</u>**״, ולא כתב בסתם שהתובע הולך אחר הנתבע, וממילא בנדון דידן ששני בתי הדין מצויים באותה עיר, כלל לא שייכים דברי הרמ״א.

אך האמת תורה דרכה שהרמ״א מדבר גם באופן ששני בתי הדין מצויים בעיר אחת, ואדרבא, רבותא קמ״ל שאפילו אם אין שני בתי הדין באותה עיר, ג״כ יכול הנתבע לכופו. ואמנם בנדון זה של שני בתי דין באותה עיר מצינו מחלוקת בראשונים:

הטור הביא דברי הסמ״ג [עשין צ״ז קפ״ז] וז״ל:

״אם יש שני תלמידי חכמים בעיר זה ואחד גדול מחברו, יכול אחד מבעלי הדין לומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה אעפ״י שהוא קטן ממנו כיון ששניהם בעיר אחת״.

והסמ״ג הביא ראיה מפרק זה בורר [כ״ג ע״א] לגבי בי דינא דרב הונא ורב חסדא דאמר ליה: ״מי קא מטרחנא לך״. ואע״פ שסוגיא זו לא נשארה למסקנה מ״מ הסברא אמת. וכדברי הסמ״ג גם דעת המרדכי בפרק ז״ב [סי תרפ״ז] והגהות אשרי [שם סי׳ ב׳ אות ה׳].

אולם הטור חלק על הסמ״ג וכתב:

״ולא נהירא. ונראה שאין יכול להסתלק מאחד לחברו אפילו בשווין אלא מהקטן לגדול ממנו״.

וכדעת הטור נראית גם דעת הנמוקי יוסף [ג׳ ע״ב] שכתב:

״ועוד כתבו מן האחרונים ז״ל, נקטינן דכל היכא דאיכא מומחין ויש בעיר גדולים מהם, שומעין בין למלוה בין ללוה לדון בפני בי״ד הגדול

כאוקימתא דרב פפא והיכא שאין בי״ד זה גדול מזה בעיר אחת שומעין למלוה, דעבד לוה״ וכו׳.

וכתב הבית יוסף על דברי הטור:

״ומ״ש רבינו ולא נהירא ונראה שאינו יכול להסתלק מאחד לחבירו וכו׳. יש לתמוה עליו, שמאחר שסמ״ג הביא ראיה לדבריו, היאך חלק עליו בסברא בעלמא בלי סתירת ראייתו. ומכל מקום יש לדקדק בדברי סמ״ג, שאם יכול אחד מבעלי הדין לומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה, כשבעל דין זה יאמר כך, גם חבירו יאמר לא אדון פני זה שאתה אומר אלא בפני האחר, ואם כן מי ידון ביניהם. וצריך לומר דאין הכי נמי, שזה יכול לעכב על בית דינו של זה וזה יכול לעכב על בית דינו של זה וצריכין לברור בית דין השוה לשניהם״.

ועל פי דבריו אלו פסק בשולחן ערוך [סי׳ י״ד סע׳ ג׳]:

״יש אומרים שאם יש שני תלמידי חכמים בעיר אחת, האחד גדול מחבירו, יכול אחד מבעלי דינים לומר: לא אדון בפני זה, אלא בפני זה, ואע״פ שהוא קטן ממנו, כיון ששניהם בעיר אחת״ עכ״ל, והוא דינו של הסמ״ג.

ולכאורה משמע שהשולחן ערוך עצמו סובר שהנתבע יכול לכוף לדון בבי״ד שירצה ואפילו הוא הקטן גם כששני בתי הדין בעיר אחת, שהרי פסק כהסמ״ג.

אלא שהחילוק ברור: הסמ״ג לא כתב כי על התובע לילך אחר הנתבע - דהיינו שאין לו זכות לכפות היכן יתקיים הדיון, אלא: ״**יכול <u>אחד מבעלי דינים</u> לומר: לא אדון בפני זה, אלא בפני זה**״ והיינו שכל אחד מהם, גם התובע, יכול לפסול את הצעתו של חבירו וממילא יצטרכו שני הת״ח לשבת כבי״ד יחדיו, או שהצדדים יתמצעו על בי״ד שלישי. וכן מפורש בדברי הנתיבות [שם, ביאורים ג׳] שזוהי כוונת המחבר.

(אלא שבדברי השו״ע עולה התמיהה, מדוע לא סיים הבית יוסף את דבריו במה שהסיק בספרו בית יוסף, כי לכל אחד הזכות לעכב ולכן צריכים לברור בי״ד השוה לשניהם. וכן קשה מדוע לא הביא המחבר דעה זו מיד בסע׳ א׳ כשדן בשניים שנתעצמו בדין - זה אומר נדון כאן וזה אומר נעלה לבי״ד הגדול, ובודאי שלא היה מקום להפסיק ביניהם במה שכתב בסעיף ב׳ העוסק בענין אחר לגמרי. וביותר קשה, שהרי בסימן ג׳ סע׳ א׳ פסק המחבר: ״אבל אם רוצה לדון עמו בעיר אלא שאינו חפץ בשלשה שבירר התובע, אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד״, הנה כי כן דעת המחבר שבמקרה שנפלה מחלוקת בין הצדדים הפתרון הוא זבל״א, ומדוע איפה לא הכריע כן המחבר גם כאן, ואכמ״ל, ועוד חזון למועד).

ומכל מקום, בדברי המהרי״ק - מקור דינו של הרמ״א, מפורש שגם בשני בתי דין באותו מקום יפה כוחו של הנתבע, ולמד כן מדברי הסמ״ג וז״ל:

״ואפילו בשאין שוין והאחד גדול מחבירו כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא הוכיח בסמ״ג וכן מביא המרדכי דמצי למדחי וכו״, עכ״ל.

גם הנתיבות כתב על דינו של הסמ״ג:

״ואם שתי הבתי דינים אינם רוצים לישב יחד אזי הנתבע כוחו גדול כיון שא״א לכפותו כשאמר לבי״ד זה אני רוצה״ עכ״ל.

ולכאורה לדברינו דלעיל שיש חילוק רב בין הדינים, יקשה, כיצד למדו כן מדברי הסמ״ג, ובאמת ראיתי בכנה״ג [סי׳ י״ד הגהת ב״י אות ו׳] שהעלה כי אין ללמוד כלל זה מדברי הסמ״ג. אלא שמעיון בטעמים שנאמרו לדינו של המהרי״ק יתבארו הדברים:

הרשד״ם [בחו״מ סי׳ ב׳ וסי׳ ז׳] למד אף הוא שגם בשני בתי דין בעיר אחת יפה כוחו של הנתבע, ואף הוא למד דין זה מדברי הסמ״ג [אלא שהוסיף שכן היא גם דעת המהר״ם בתשובה וגם דעתו של רבינו ירוחם] וביאר טעמו של דבר וז״ל:

״ראו הם קדמונינו להחזיק במנהגם הטוב מפני השלום, שגדול השלום, וזה שאם יבא התובע ויאמר זה שאני רוצה הוא הגדול או שוה לתלמיד חכם שאתה הנתבע רוצה, ואמר הנתבע אין האמת כדבריך, מאן מוכח, בעונותינו כל א׳ מתנשא ואומר אני ואפסי עוד ומי גדול ממני וירבו המחלוקות והקטטות, לכן ראו להשקיט הריב אחר שהנתבע ציית דין תורה ואינו מטריח לתובע לילך חוץ לעיר שהדין בזה עם הנתבע״.

ובתשובות המהר״י בן לב [ח״ג סי׳ צ״ז] כתב טעם אחר:

״והתקנה הזאת נראה שתקנוה משום שהיחיד הוא מוכרח ונכנע לפני הב״ד של הקהל שלו, מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם״.

ולשני הטעמים גם יחד יש מקום לדין זה אפילו כשיש שני בתי דין בעיר אחת.

גם לפי מה שציין הגר״א בביאורו [בס״ק י״ח] כמקור לדברי הרמ״א מהגמרא בב״ק [מ״ו ע״ב]: **״מאן דכאיב ליה כאיבא אזל לבי אסיא״**, [שיש שרצו ללמוד מדבריו שס״ל שהלכה זו היא מעיקר הדין ולא רק תקנה, ולענ״ד אין זה מוכרח כלל], מכל מקום ודאי שנימוק זה שייך גם כששני בתי הדין באותה עיר.

ומדברי בעל כנסת הגדולה נראה שלמד שכל עיקרו של כלל זה הוא מנהג ואינו מעיקר הדין, וכן כתב בכמה מקומות בספרו, ובהגהותיו לטור [סי׳ י״ד סע׳ כ״א] כתב וז״ל:

״נהגו שהתובע הולך אחר הנתבע ואפילו מבי״ד קטן לבי״ד גדול וכו׳ ולי נראה שנהגו כן מפני תועלת הנתבע שלא יוציא מנה על מנה וכו׳,

ומאחר שנהגו כן כשהם בשני עיירות, ראוי להנהיג המנהג אפילו בעיר אחת בשתי בתי דינין שלא לחלוק במנהג״.

<u>ואף שברור הדבר כי תקנה זו קיימת אפילו כששני בתי הדין בעיר אחת, נראה כי לא בכל מקרה היא תקפה:</u>

בדרכי משה [אות ז׳] ציין הרמ״א כמקור לדבריו גם את דברי תרומת הדשן בכתביו [סי׳ ש״ה], ושם הוסיף תה״ד וחידש שאפילו היה לנתבע פקדון בעיר התובע או בעיר אחרת, אין התובע יכול לעכב ולעקל שם את פקדונו, אלא צריך לילך אחר הנתבע ולתובעו בבית דין שלו. אמנם התה״ד כתב שם בסוף דבריו בזה״ל:

״א״כ צריך התובע לצעוק תחילה בב״ד אשר הנתבע שם, קודם שיצעק בב״ד שהנכסים שם, כמו שנוהגים האידנא שהתובע הולך אחר הנתבע לב״ד שבעירו או הסמוך לו. וכן העתיק אחד מהגדולים מפסקי גדול, שרבותינו האחרונים דנו שילכו לבית הדין הסמוך. אבל אם עיני הדיינים רואות דליתנהו בראובן כל הני מילי דפרישנא לעיל, ונראה להם דיש לחוש שאם יפטר ממון זה שבעיר לוי תחת ידו לא יכול לשוב להשיג דין ומשפט מראובן בכה״ג, א״כ מחויבים בית דין לעכב הממון מיד בדין גמור כדכתב אשירי לעיל״.

וחזינן, שתקנה זו לדון בעירו של הנתבע - שמכוחה גם לא ניתן לעקל נכסים חוץ למקומו של הנתבע, אינה תקנה מוחלטת, אלא מותנית בראות עיני הדיינים וכמו שכתב לפני כן:

״מהשתא נראה על תחילת שאלתינו דכך הדין: אם עיני הדיינין רואים דראובן איניש דציית דין הוא, ואין לו כח להשמיט מתחת ידי ב״ד שבעירו או הסמוך לו ולא יכול לדחות אותו ולא להתעלם נגד שמעון, בכה״ג לא יכול שמעון לעכב הפקדון או הלוואות ראובן שבעירו של לוי כדי שיהיה ראובן ציית לו דינו באותו העיר״.

ולימדנו בעל תרומת הדשן כלל גדול בדין זה, כי קיומה של שורת הדין היא תנאי מוקדם לזכותו של הנתבע לקבוע את מקום הדיון. ובלשון אחרת: זכות זו אינה יכולה שתבוא על חשבון זכויותיו ההלכתיות של התובע, וחשש מוחשי לפגיעה שכזו מהוה עילה ברורה לשלילת זכות זו של הנתבע. ועיין בסמ״ע [ס״ק י׳] שציין לדברי תה״ד הנ״ל.

שוב מצאתי כי התרומת הדשן בפסקיו שב וקובע עקרון זה בלשון ברורה בסימן פ״ז וז״ל:

״מה שכתב שיש שמבקשין הרבה פעמים דחיותא לענוי הדין, כאשר הם נתבעין עבור דבר מועט משיבין לאמר נטעון למרחקים עבור זה, ונמצא שהיה מוציא מאתים על מנה. אומר, דמילתא דפשיטא דאין

להניח להם לדחות ולענות הדין ע״י טענות הללו, וכל כה״ג אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, וכה״ג אמרינן פ׳ ז״ב מי שנושה בחבירו יוציא מנה על מנה״.

גם מעיון בדברי הפוסקים שהבאנו לעיל ושנימקו את דברי הרמ״א, מתבקשת מסקנה זו: שהרי יסודו של המהרשד״ם הוא כיון שהנתבע ציית לד״ת, וגדול השלום, אי אפשר לכופו. הרי שתנאי לכך שלא נכופנו הוא קיומו של ד״ת גם בבי״ד שמציע הנתבע, אך אם יש לחוש לקלקול שורת הדין, ודאי שמפני השלום לא נתקן לעוות את הדין. ובודאי לטעמו של המהר״י בן לב, כל עצם התקנה מבוססת על כך שבמקומו של הנתבע תתקיים יותר שורת הדין, אך אם יש לחוש לקלקולה, בודאי אין מקום לתקנה. ובהמשך הדברים נחזק סברא זו מכח דברי בעל הכנסת הגדולה.

מסקנה זו מוכרחת גם מדברי בעל ערוך השולחן [סי׳ כ״ו סע׳ ה׳] בענין מסרב לדין תורה, וזה לשונו:

״אבל אם הנתבע מסרב לבוא לבי״ד, יתנו לו בי״ד רשות (לפנות לערכאות) כמו שכתבתי בסי׳ ב׳, אמנם אם אומר שרצונו לדון בבי״ד אחר ולא בבי״ד זה, אם אין זה דרך דיחוי לפי הבנת הבי״ד, צריך לילך עמו לבי״ד אחר״.

הנה כי כן פשיטא ליה לבעל ערוך השולחן כי זכות הנתבע לבחור את מקום הדיון אינה מוחלטת, אלא תלויה בשיקול דעתו של ביה״ד אליו הוגשה התביעה.

ויעוין באגרות משה [חו״מ ב׳ סי׳ ג׳] שכתב:

״הנה כפי שיודע אני, מה שהאשה לא באה לבי״ד של הדר״ג אינו מצד שהיא מסרבת, והראו לי כי היא תבעה את בעלה בארבעה פעמים בארבע הזמנות מב״ד האזורי והיתה ג״כ יותר רוצה בב״ד של הדר״ג, אבל הוא משום שמה שיצא מב״ד שהבעל חייב לה ולבנותיו לא יהיה אפשר לגבות ממנו כי הממשלה לא תזדקק לזה, ומה שיצא מב״ד האזורי יכפוהו לשלם ואף אם לא יהיה לו או לא יוכלו לגבות ממנו יתנו בעדה ובעד הבנות מה שחייבו למזונות מכסף המדינה. ואם האמת כדבריה הא ודאי לא שייך ליתן לו היתר נישואין ולהוציאה בלא כתובה וכ״ש שלא שייך לפוטרו ממזונות בנותיו שהוא צריך לזונן, שאף שיפסקו הב״ד שהיא מורדת ואין לה כתובה הרי חיוב המזונות דבנותיו עליו שהוא סך גדול מאד ואין שום כח אחר לגבות ממנו אלא כשתלך לב״ד האזורי של הרבנות הראשית, שא״כ אין לדונה כמסרבת״.

הרי דפשיטא ליה כי במקום שהתובע מסרב לבוא לביה״ד שרוצה הנתבע מחמת טעם מבורר כבנדון דידיה - שבבי״ד שמציע הנתבע לא יהיה ניתן לאכוף את פסק הדין, לא קיים הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע ואין להענישו בשל כך.

וראיתי את שכתב עמיתי הרה"ג רבי חגי איזרר שליט"א בפסק דין [סד/055666664, לא פורסם], כי בבואנו לקבוע את מקום הדיון, יש לשקול היכן יתקיים **"דיון שלם, מקיף ומבורר יותר"**, ולמקום זה יש עדיפות כמו ביה"ד הגדול שהיה בירושלים בזמן חז"ל. ובהמשך דבריו הסתמך על דברי הסמ"ע בשם תרומת הדשן שהבאנו לעיל, וקבע כי הדבר תלוי בראות עיני הדיין.

נמצינו למדים כי הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע אינו מוחלט, ויש לבוחנו בהתאם לנסיבות.

ראוי להדגיש כי בחינה זו שתי פנים לה: מחד על ביה"ד לבדוק שהצעת הנתבע להתדיין במקום חלופי אינה כדי לחמוק ממיצוי הדין ומקיומו של ד"ת מסודר, הוגן וללא שיהוי. ומאידך יש לבדוק שסרובו של התובע להענות להצעת הנתבע כנה ועניני ואינו נובע משאיפתו להביא את הנדון להכרעת בית המשפט משיקולים תועלתיים תוך שהוא משתמש בבית הדין להכשרת מהלך זה.

ומעתה ניצבת השאלה האם בנידון דידן יש מקום לקיומו של כלל זה, ושאלה זו תתברר מאליה מהמשך בירורו של עירעור זה.

ד. ב"כ המערער מעלה טענה, כי מכיון שהנתבע מבקש לפנות לבי"ד פרטי, אין לאפשר זאת, מכיון שלבי"ד זה אין מעמד של בי"ד קבוע וזאת לעומת ביה"ד האזורי לו יש מעמד של בי"ד קבוע, ובפרט בנדון דידן שרצון הנתבע לפנות לבי"ד השייך לחוג חסידי מסוים [בשונה מבתי דין פרטיים לממונות שאינם מקוטלגים לחוג מסוים, דוגמת ביה"ד לממונות שע"י המועה"ד].

מפאת חשיבותה העקרונית של סוגיה זו [עליה מצביע גם ב"כ המערער], נרחיב מעט בנושא זה וננסה לקבוע בו מסמרות.

מעלתו של בי"ד קבוע נפסקה בשו"ע חו"מ [סי' ג' סע' א'], שם פסק המחבר:

> **"אבל אם רוצה לדון עמו בעירו, אלא שאינו חפץ בשלשה שבירר התובע, אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד".**

דהיינו במקרה של חילוקי דעות לגבי מקום הדיון, יתקיים הדין בדרך של זבל"א. וכתב שם הרמ"א וזה לשונו:

> **"ונ"ל דוקא בדיינים שאינם קבועים, אבל אם דיינים קבועים בעיר לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר וכן נוהגים בעירנו. וע"ל סי' כ"ב סוף סע' א'".**

וכ"כ התוספות יו"ט [סנהדרין פ"ג מ"א]:

> **"ומיהו בהא מודינא, כשיש ב"ד קבוע בעיר דלא מצי למדחי ליה הנתבע לתובע לדון בזבל"א לפי שמפני כן קבעו בית דין".**

פירוש דבריהם: שכאשר יש בית דין קבוע בעיר, אי אפשר לברור שלושה אחרים גם אם הם בגדר מומחים לרבים [דהיינו, דיינים שאינם סמוכים אך הגיעו לכלל גמיר וסביר וראוים לדון], אלא צריך להתדיין דווקא בפני בית הדין הקבוע, ועצם קביעתו של בית דין לא רק יוצרת מציאות בה יהיו דיינים שידונו, אלא גם מונעת את האפשרות לדרוש לדון בפני שאר המומחים לרבים המצוים בעיר, ומכל שכן שאין המומחים לרבים יכולים לכוף את בני העיר לידון בפניהם.

וכן כתב הרמ״א גם בתשובותיו [סי׳ נ״ב]:

״ואפילו בעל כרחו של אדם יכולים לדונו ולא יוכל לומר אני לא אדון אלא בזה בורר, וכו׳, דדיין מומחה או בדקבלו עליהם דן אדם בעל כרחו. וכ״ש ועד של בני הקהל מיקרו קבלו עליהם, דצריך כל אדם לדון לפניהם ולא יוכל להשתמט, ואי לא אתי בר שמותי הוא״.

וגם המבי״ט בתשו׳ [ח״א סי׳ ר״פ] כתב:

״ולכ״ע נראה לי דאי איכא ב״ד מומחה קבוע בעיר אחת, אין אחד מן הבעלי דינין יכול לומר לחבירו שלא מרצון חברו תברור אתה ואברור אני אם אינו גדול מב״ד שבעיר אלא ילכו לב״ד שבעיר״.

וגם הב״ח בשו״ח סי׳ נ״ט:

״אבל אם קבלוהו לחכם לדיין, פשיטא דאינו יכול להשמט ממנו אפי׳ מקטן לגדול״.

הטעם לדברי הרמ״א מבואר היטב בדברי החזו״א [סנהדרין סי׳ ט״ו] שכתב:

״נראה דדוקא בתיקנו בני העיר כן או שכבר נקבע כן המנהג, וכשמקבלים סתם על דעת כן קבלו, וזה כשמוצאים תקנה זו לגדר בפני עושי עולה, דע״י נתינת רשות לברור דיין מוצאים מקום להשתמט מן הדין ומתארך הזמן עד שיסודרו הדיינים, וגם לפעמים זה פוסל דיינו של זה, ולפעמים בורר אינו הגון וקשה לברר שאינו הגון, ובשביל זה תקנת הציבור לברור בית דין הגון ושלא יוכל לדחות לזבל״א. ונראה דכמו שאינו דוחה לבקש זבל״א, כן אינו יכול לומר שרוצה בית דין אחר בעיר הזאת אפילו הם גדולים מבי״ד הקבוע. מיהו נראה דהמלוה יכול לתבועו ללוה לב״ד הגדול, דלמה לן לשלול מן מהמלוה זכות זו שהרי אין בזה מיגדר מילתא״.

הנה כבר מתחילת דבריו נראה שלמד שדברי הרמ״א מבוססים על כוחם של בני העיר למנות דיינים, אלא שבתחילה פירש שזהו מנהג הקהילות משום מיגדר מילתא, [ולכן לגבי התובע שלגביו אין משום מגדר מילתא, יתאפשר לו להגיש את תביעתו גם חוץ למקומו]. אולם בהמשך צידד לומר:

״ואפשר שאין דינו של הרמ״א משום תקנת הקהילות, אלא מעיקר הדין, שהרי יש מקום לקבוע שכל בי״ד יכול לכוף לבע״ד ולא מצי למדחי

לבי״ד אחר קאזילנא שהרי כל בי״ד עושה כמשפט התורה להוציא עשוק מיד עושקו ולמה לן ליתן לו רשות להשתמט, אלא שמצאו חכמים להפיס דעתו שיתן אמון בהדין שיכול לבחור בית דין, אבל כל שבני העיר קובעים בי״ד כחובתן אין מן הנכון שבני העיר עצמן לא יהיו זקוקין להן ולא יהיו חייבים לירד לפניהם לדין, וגם יש בזה משום כבוד הבי״ד, ולפי זה גם המלוה אינו יכול לתובעו לבית דין אחר״.

דהיינו גם לצד השני בדברי החזו״א בחירת הציבור היא המחייבת, וכמו שכתב: ״כל שבני העיר קובעים כחובתן״, אלא שמוסיף על דבריו הראשונים לומר שזהו עיקר הדין ולא תקנה, ואדרבא מעיקר הדין היה לנו לילך אחר התובע, וכח הנתבע לברור או לבחור בי״ד הוא רק תקנת חכמים כדי להפיס את דעתו, אולם כאשר הציבור מעמיד בית דין, מחוייבים הכל לדון לפניו מעיקר הדין, שהעמדת בית הדין ע״י פרנסי הציבור יוצרת חובה דינית להזדקק רק להם, ולכן גם המלוה אינו יכול לתובעו לבית אחר.

ובאגרות משה [חו״מ ח״ב סי׳ ג׳] פירש:

״והא דכתב הרמ״א דאם דיינים קבועים בעיר לא יכול לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר, היה זה רק בעיירות שבמדינותיו שהיו מתמנים מהעיר, שאף הרב האב״ד לבדו נמי היה יכול לכופו מאחר שקבלוהו, אבל בנוא יארק ליכא דיינים קבועים שנתמנו מהעיר, ובפרט שאיכא עוד אגודות וחבורות של רבנים שליכא אף מינוי מכל הרבנים שבעיר ולכן כשרוצה אחד מהן בזבל״א מוכרחין לילך בזבל״א דוקא״.

והיינו שהתנאי להיותו בי״ד קבוע הוא שנתמנה ע״י הקהל, ולכן במקום שהתאגדו יחידים והקימו להם בי״ד שלא נבחרו לא ע״י פרנסי המקום וגם לא ע״י כל רבני המקום - שגם זהו אופן של התמנות ציבורית, אין דינו כבי״ד קבוע [אלא לגבי אותה קהילה בלבד].

והאמת כי כוחו של בי״ד שנבחר ע״י הציבור מבואר כבר בדברי הרשב״א [בשו״ת ח״ב סי׳ ר״צ] שנשאל:

״הודיעני מה שאמרו: כל המעמיד דיין שאינו הגון, כאלו נוטע אשרה. כיצד נעשה בעיירות, שאין שם מי שיודע אפילו אות אחת. ואנו צריכין להעמידן: לדון, ולפשר, על כרחן של בעל דבר, ואם לא נעמיד, נמצאו הולכין לערכאות של הנכרים, ורבו האנסין. או אם נצטרך עכ״פ, שיהיה ברצון כולם או רובם, קודם מינויים״ וכו׳.

והשיב הרשב״א:

״שורת הדין אי אפשר להעמיד דיינין שאינן מומחין שלא מדעת בעלי הדין, אלא שהמומחין לבית דין שבעיר יכולין לכוף בעלי הדין לדון לפניהם, כל שכן, גדולים מהם בחכמה בעיר; והוא שבקיאין בדינין.

על כן צריכין אתם למנותם לדעת אנשי העיר ואף על פי שאינן בקיאין, שהכל לפי השעה; וכל מעשיך יהיו לשם שמים. ואם קבלום עליהם אנשי העיר, מותר, ואין אחד מהם יכול לפסלן. דהיינו ערכאות שבסוריא ותנן בפרק זה בורר: זה פוסל דיינו של זה; דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: אימתי? בזמן שמביא ראיה, שהן קרובין או פסולין. אבל אם היו כשרין, אינו יכול לפסלן. ואקשינן בגמ׳: זה פוסל דיינו של זה, כל כמיניה דפסיל דייני; ואוקמא רבי שמעון, בערכאות שבסוריא. והכי קאמר: אם היו כשרין, נעשו כמומחין מפי בית דין, ואינן יכול לפסלן. שלא כל הימינו, שיפסול דיין שהמחוהו רבים עליהם״.

ועל פי דברי הרשב״א פסק הרמ״א [בסימן ח׳ סע׳ א׳], כי כוחו של בי״ד שנבחר על ידי הקהל הוא אפילו אם הדיינים שנבחרו אינם תלמידי חכמים, וז״ל:

״ועיירות שאין בהם חכמים הראוים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ, וצריכים להם דיינים שישפטו בינהם שלא ילכו לפי ערכאות של עובדי כוכבים, ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), אע״פ שאינם ראויים לדיינים, וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן״.

וכעין זה כתב גם בסימן כ״ב סע׳ א׳:

״רבים שהמחו עליהם דיינים דלא גמירי, אין בעלי דינין יכולים לעכב״.

אלא שכבר כתב שם בנתיבות המשפט [חידושים י״ג] בשם התומים, כי זהו דווקא במקום שאין למצוא תלמידי חכמים, אבל במקום שמוצאים ת״ח היודעים לדון דין תורה, אין תוקף למינוי הקהל של דיינים שאינם גמירי.

וכעין זה כתב החזון איש שם בסוף דבריו:

״ונראה דווקא בזמן שבי״ד הקבוע הם תלתא וביניהו חד דגמיר ותרי דמסבר להו וסביר, אבל בי״ד של ערכאות או חד גמיר, לא מסתבר שלא יוכל [הנתבע] לבקש לדון בפני בי״ד כשר, ואין ראוי לציבור לתקן לכופו לדון בפני בי״ד פסול, ואם תיקנו אין בתקנתם כלום״.

ואם בדיינים שאינם ראויים להיות דיינים כוח הקהל כן, מכל שכן שבכח הקהל להעמיד דיינים ראויים וכשרים שידונו, ומשום כך אין יכולת לנתבע לסרב לדון בפני בי״ד קבוע שנבחר ע״י הציבור.

ה. ומכאן נבוא לנדון דידן, בשאלת מעמדם של בתי הדין האיזוריים בימינו.

נראה לי כי לביה״ד הרבני האיזורי מעמד של בי״ד קבוע שבעיר ומעלתו גדולה מרוב רובם של בתי הדין הפרטיים הקיימים בארץ. כפי שהבאנו לעיל מעמדו של בי״ד הופך לקבוע ע״י מינוי של הקהל ומכח קבלתו של הקהל את הדיינים עליהם, ולביה״ד הרבני האיזורי יש בהחלט את התנאים הנזכרים.

מבחינה היסטורית, בתקופה שקדמה להקמת המדינה לא היתה כלל הבחנה אירגונית בין הרבנות הראשית ובין בתי הדין הרבניים, סמכויות השיפוט היו חלק מתפקידי הרבנות כמקדמא דנא, ובתי הדין פעלו במסגרת לשכת הרבנות המקומית [כך גם נקבע בתקנות כנסת ישראל 6 (1)]. היה בכך ביטוי לתפיסה כי לקהילה צריך שתהיה מסגרת דתית מאורגנת שתענה על כל צרכיו של אדם יהודי, ובכלל זה מינוי בית דין שיש מצוה למנותו (ושלא כמנוי רב לקהילה), וכמו שכתב הרמב"ם [סנהדרין פ"א ה"א] וז"ל:

"מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה בכל פלך ופלך שנאמר שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך, שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם".

לדעת חלק מן הפוסקים מ"ע נוהגת גם בימינו [עיין קרית ספר סוף פ"ע, ורמב"ן יבמות מ"ו ע"ב, ובנה"מ סי' א'], ולדעת רוב פוסקים בימינו היא רק מצוה דרבנן [עי' שו"ע חו"מ סי' א'], ועכ"פ בודאי שמינוי בי"ד בעיר הוא מצוה וחובה. לאור זאת הטענה כי לביה"ד הרבני אין מעמד של בי"ד קבוע, אינה יכולה להשמע, שהרי רובם המוחלט של בתי הדין הפרטיים הוקמו רק בשנים האחרונות, ואם כנים הטוענים כך, נמצא כי במשך עשרות שנים לא היה בארץ ישראל בי"ד קבוע - בניגוד לדין, ודבר זה לא ניתן להאמר. וראיתי שהתייחס לכך הגר"א שפירא שליט"א בפסק דין [ערעור תשמ"ח/384][2] וכתב:

"וכל מי שאינו רואה את הדיינים של בתי הדין כפי מסורת ישראל לדון בכל ההלכות בשו"ע ובתקנות הדיון ואומר שבכל ארץ ישראל אין בתי דין כהלכה, פרט לירושלים ובני ברק שאך שם יש דיינים פרטיים כאמור, הוא מוציא לעז על ישראל".

וקדם לו הגאון רבי יצחק אייזיק הלוי הרצוג זצ"ל [הובא בתחומין ז'], שכתב וז"ל:

"בתי הדין ממשיכים את שרשרת הזהב הנמשכת ממשה רבנו עד היום הזה".

יצוין כי כבר בתקנות הדיון משנת תש"ג כתבו הרבנים הראשיים לישראל הגרי"א הרצוג והגרב"צ מאיר חי עוזיאל זצ"ל בהקדמה לתקנות הדיון בבתי הדין:

"...ניתנה לכל בתי דין רבני של כנסת ישראל גם סמכות של בי"ד <u>קבוע</u> לבוררות. נפתחה דרך למסור בה לבתי הדין הרבניים לבירור ולהכרעה כל מיני סיכסוכים לרבות ענינים שהם על פי מהותם מחוץ לסמכות החוקית של בתי דין אלה".

---

2 נדפס בשורת הדין ז' עמ' תס"ג

גם לאחר קום המדינה, כינון מוסדות השלטון וביטול מוסדותיו של הישוב היהודי הישן לא התבטל מעמדו היחודי של בית הדין הרבני כבי״ד המרכזי והקבוע של הציבור בא״י, אלא שנעשתה הפרדה בין מערכת הרבנות למערכת בתי הדין ונקבעו דרכים שונות לאופן מינויים של הדיינים - לא בבחירה ישירה, אלא באמצעות נציגים נבחרים של הציבור. שינויים אלו, שהחשוב שבהם הוא מתן סמכות יחודית לביה״ד הרבני בענייני המעמד האשיי, לא שינתה את מהותו של בית הדין, אלא רק הוסיפה ונתנה לו תוקף וסמכות חוקית אזרחית בענינים שונים. ניתן לומר כי המדינה השתמשה בכלי שכבר היה קיים מימי קדם מתוקף הצורך הפנימי של התושבים, כדי שזה יתן את השירותים ההלכתיים בנושאים שהמשפט האזרחי לא יכול היה לתיתם, ופשוט הדבר שלא המדינה הקימה את בתי הדין, אלא הם שקדמו לה משנות דור.

וכ״כ הגר״א שפירא שליט״א, הגר״י כהן זצ״ל והגר״ש דיכובסקי שליט״א [ערעור תשמ״ז/159][3]:

״בתי הדין האזוריים הם הם הממשיכים את מסורת הרבנות של מרא דאתרא ובי״ד של המקום הנבחרים ע״י הציבור״.

מכאן גם התשובה לטוענים כי סמכות ביה״ד הינה רק בענייניים שהמחוקק מסר לתחום אחריותו, וכראיה לכך מביאים את הצורך לחתימה על שטר בוררות עובר להתמצעותו של בית הדין בסיכסוך בענין שבממון. תפיסה זו לענ״ד שגויה בתכלית ובטעות יסודה, הן בידיעת ההסטוריה - על דרך השתלשלותו וגילגוליו של בית הדין מימי קדם ועד לצורתו המוכרת בימינו, והן בטעות השקפתית הלכתית - שהרי מובן מאיליו כי לא מכח המחוקק ניתנה לביה״ד סמכותו, אלא מכח תורתנו הקדושה שציותה עלינו את הדינים ואת המשפטים ומכח שליחותיהו דקמאי קא עבדינן, וכל יהודי באשר הוא כפוף מכח תורתנו לסמכותו של ביה״ד שבמקומו. לפיכך ברור כי סמכותו של ביה״ד מקיפה וכוללת גם דברי ריבות שעל עסקי ממון בלא שום צורך להסמכתם של גורמי השלטון, והצורך בחתימה על שטר בוררות אינו מלמד על הצורך להעניק את הסמכות לבית הדין - בבחינת שימת השופטים, אלא על הצורך לקיומם של אמצעי אכיפה יעילים - בבחינת **השוטרים**, כשלענין זה, מכיון שעדיין לא זכינו להעמדת משפטי הדת על תילם, ישנם תנאים להפעלתם של השוטרים שבימינו לאכיפת פסקי הדין, שהמרכזי שבהם הוא חתימה על שטר בוררות, ולשם כך בלבד נדרשת החתימה על שטר הבוררות.

טענה זו מופרכת גם מיניה וביה, שהרי לפיה יוצא כי הציבור מקבל את סמכותו של בית הדין בעניני אישות הנוגעים לחמורים שבאיסורי תורה, אך לא

3 נדפס בשורת הדין ז׳ עמ׳ תס״א

בעניני ממון, "יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא", וכעין מה שאמרו להם בית שמאי לבית הלל [יבמות פ' ט"ו מש' ג']: "התרתם ערוה חמורה לא תתירו את ממון הקל".

עמדה זו מצאה ביטויה בהרבה פסקי דין ונביא כאן מקצתם. הגרי"א הרצוג זצ"ל [חו"מ סי' י"א] כתב:

"אף אם אין לביה"ד האזורי כח חוקי ממשלתי לדון בתביעות ממוניות, מ"מ יש לו את הכח עפ"י דין תורה להזדקק לכל תביעה ממונית גם מחוץ למסגרת של שטר הבוררות. החוק החילוני אינו מונע מבי"ד רבני להזמין בע"ד לפניו, ואם באו בע"ד לפניו ונשמעה בפניהם תביעה ממונית, אין החוק מונע אף בהעדר שטר בוררות, מלפסוק כדין התורה ומלדרוש מהנתבע מהבחינה הדתית המוסרית לקבל את פסק דינם ע"פ ד"ת. מה שיוצא מהחוק הממשלתי הוא רק שאין כח כפיה בתוקף הממשלה מחוץ למסגרת ידועה".

וכן כתבו הגרי"ש אלישיב שליט"א, הגר"ב ז'ולטי זצ"ל והגר"מ אליהו שליט"א [ערעור תשל"ב/9]:

"בית הדין הרבני בישראל יונק את שיפוטו מכחה של תורה ודיניה... ואם כך הרי כל טענה של חוסר סמכות במסגרת החוק אינה תופסת, כאשר הבעיה היא בסמכות מכח התורה ליהודי שומר תורה ומצוות".

נוסף להיותם של הדיינים בבתי הדין הרבניים ממונים ונבחרים ע"י הציבור [שלענין זה שווים הם לאלו שנבחרו בעבר ישירות ע"י הציבור, דבר שלא יתכן במציאות שבימינו עקב מספרם הרב של יושבי אה"ק, ולפיכך בוחרים הציבור נציגים שהם שלוחיהם גם לעניין מינויים אלו], פשוט הדבר כי יש תוקף לסמכותם גם מכח זה שקיבלום הרבים עליהם, כשקבלה זו באה לידי ביטוי במציאות שרוב דיני התורה בעניינים שבממון נעשתה בעבר [ואולי אף היום] במסגרת בתי הדין הרבניים - שדייניה מקובלים על רוב הציבור כמומחים, לאחר שלמדו ביסודיות ש"ס ופוסקים ונבחנו על ידיעותיהם. וכבלתי תלויים - עקב היצוג המלא של כל קהילות ישראל בהרכבי בתי הדין. פריחתם של בתי הדין הפרטיים אינה מלמדת כי הקהל מפקפק בסמכותם של בתי הדין האיזוריים, אלא הינה כורח המציאות בשל העומס הרב המוטל על בתי הדין הרבניים והצורך במסגרת חילופית שתאפשר הכרעה ע"פ דין תורה כששני הצדדים מעונינים בכך.

ויתרה מזאת, הרי בתי הדין הרבניים פוסקים מידי יום במסגרת הנושאים שבתחום סמכותם הבלעדית [נישואין וגירושין] גם בשאלות ממוניות כבדות משקל, דוגמת מזונות אשה וילדים, חלוקת רכוש, פיצויי גירושין ועוד כהנה וכהנה. והרי בנושאי המעמד האישי רוב מוחלט של הציבור נזקק אך ורק

לסמכותם של בתי הדין הרבניים, ומעולם לא נשמע כי מאן דהו יכפור בסמכותם ויאמר כי בהיבטים הממוניים הוא מבקש להתדיין בבי״ד פרטי או בזבל״א, וזאת אף בנדון של מזונות הילדים, שלצערינו, סמכותו החוקית של ביה״ד בעניין זה קועקעה ע״י בית המשפט. אדרבא, דעת הכל שווה כי רק בית הדין הוא המוסמך לפסוק את שיעור המזונות ע״פ ד״ת, היש לך קבלוהו עליהם גדול מזה? ולדעת המפקפקים בסמכות ביה״ד נצטרך לומר כי סכינא חריפא מפסקא בין דיני ממונות שבשולחן ערוך חושן משפט לדיני ממונות שבאבן העזר, וזהו דבר שאין לו שחר.

ונמצא לפי זה שאפילו אם נקבל את הטענה כי לצורת המינוי דהיום אין תוקף של מינוי של אנשי העיר, הרי שעדיין יש לבתי הדין תוקף מחמת קבלת הציבור את הדיינים עליהם כפי שאנו רואים בהנהגתו של הציבור כלפיהם.

ובאמת שזו היתה השקפתם העקבית לאורך השנים של רוב גדולי הדיינים, וכבר כתב כן הרב הראשי לישראל הגר״א שפירא שליט״א בפסק דינו הנ״ל [ערעור תשמ״ח/384]:

״והרי יש מצוה להושיב דיינים בכל עיר ועיר ובכל פלך ופלך שידונו דיני תורה ואין לנו דיינים אחרים אלא הדיינים שבביה״ד האיזורי וכו׳, ואין כל ספק ספיקא שדייני בי״ד האיזורי הם הדיינים שעליהם דיברה תורה להעמיד דיינים בישראל״.

ובהמשך כתב:

״והנה דייני בתי הדין האיזוריים נבחרים ע״י הציבור כולו וע״י ועדות מינויים שכוללים את כל החוגים שמייצגים את אזרחי המדינה, והם בכלל קבלו עליהם הציבור להיות דיינים של כל מה שנפסק בשו״ע ונכלל בתקנות הדיון, ודינם כדין דיינים קבועים באותה עיר ובאותו פלך״.

ופסק דין ברוח זו נכתב כבר שנים רבות קודם לכן ע״י הדיינים הגאונים הגר״א גולדשמידט, הגר״ש ישראלי והגר״ח קאפח, זכר צדיקים לברכה. [ערעור תשל״ג/104, לא פורסם, והובא מקצתו בספר ״סדר הדין״ עמ׳ 164 הערה 15].

וכן ראיתי שכתב עמיתי הרה״ג אברהם שרמן שליט״א במאמרו ׳מעמד בתי הדין הרבניים לאור משפט התורה׳ [פורסם בספר הזכרון לגר״ש רפאל זצ״ל דף תקמד], וז״ל:

״על פי זה יש לראות את תהליך מינוי הדיינים לבתי הדין הרבניים כהגשמת המצוה המוטלת על הציבור והקהילות שיהיה להם בתי דין קבועים, וההליך שהמינוי נעשה בהסכמת הרבנים הראשיים וחברי מועצת הרבנות הראשית יש לראותו כהסכמה שנתנו הקהל והציבור למינוי בית הדין הקבוע ושהוא על דעת חכמי וראשי העיר. ובזה יש כח ביד ביה״ד

הרבני לאכוף לדון בפניו, ואין אחד הצדדים רשאי לומר שהדין יהיה ע"י מומחים וגדולי תורה אחרים שלא נתמנו ע"י הקהל".

אמנם אין חולק כי כל קהילה יכולה לבחור מתוכה דיינים, והם יחשבו לבי"ד קבוע לגבי קהילה זו באופן שלא יוכל אחד מחבריה לדרוש להתדיין בבי"ד אחר, אולם ודאי שאין בכוחו של בי"ד שכזה לחייב מי שאינו מבני הקהילה שידונו בפניו כמו שכתב המהרי"ק [בשורש א'] וז"ל:

"ופשיטא שמעולם לא כוונו אותם הרבנים לפי הנראה לע"ד אלא לומר שיהיו דיינים בעירם למען לא יצטרך כל נושה בחבירו להוציא מנה על מנה. אבל לומר שיהיה להם כח להזמין מי שאין בעירם לפניהם בעירם ובפרט בהיותו חוץ ממשלתם, ח"ו לא תהא כזאת בישראל שיטעו הרבנים בזה, שאפילו תינוקות של בית רבן יודעים שאין הדין כן".

ובאותה מידה גם חבר בקהילה זו לא יוכל לכפות את מי שאינו חבר בה לידון בפני ביה"ד של אותה קהילה ולא בביה"ד הרבני שמרותו על כלל הציבור.

ובנדון מי שרצה לדון בפני בי"ד מסויים בבני ברק ולא בפני ביה"ד הרבני כתב הגר"א שפירא בפסה"ד הנזכר לעיל:

"והנה הנתבע טוען כי שרוצה לדון בביה"ד הרבני שבראשו עומד הרב.. שליט"א, והנה ודאי שהרב הזה והרבנים שיושבים עמו הם תלמידי חכמים ויודעים פרק בדת ודין, אבל איש לא בחר בהם, לא רק באותו אזור כפי שביה"ד האזורי נבחרו, אלא בעיר בני ברק גופא לא נבחרו ע"י ציבור, אלא דנים מי שמתנדב לבוא לפניהם לדון, אבל כשתובע דורש לדון בביה"ד הקבוע בביה"ד האזורי, הדין עמו".

וכעין זה כתבו הגאונים הגר"א שפירא שליט"א, הגר"י כהן זצ"ל והגר"ש דיכובסקי שליט"א שנה לפני כן [ערעור תשמ"ז/1239], לגבי תושב בית שמש שדרש לידון בפני ביה"ד של העדה החרדית בירושלים ולא לפני ביה"ד הרבני, וביה"ד דחה את דרישתו.

אמנם נכון הוא שלא כל דייני בי"ד הגדול מאוחדים בתפיסה זו, וכבר אמרו חז"ל כשם שפרצופיהן אינם שווים כך דיעותיהן אינן שוות. אולם אני על עמדתי אעמודה ואף אוסיף ואומר, כי לאור האמור לעיל הרי שבקבלת עמדתם זו יש משום ניסור הענף העדין [מבחינה חוקית] עליו בית הדין הרבני יושב, ואם שזו תתקבל, הרי שלכאורה אין מניעה כי בעל דין יסרב לדון בביה"ד הרבני בהיבטים הממוניים של הגירושין אף שאלו מצויים בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני, ומכאן ועד להקמת "לשכות לסידור גיטין" במסגרתם של בתי המשפט למשפחה - דבר שייתר לחלוטין את קיומו של בית הדין הרבני, קצרה הדרך עד מאד, ובטוחני שלמצב חמור שכזה איש אינו רוצה להגיע.

כאן המקום להדגיש כי יתכן וצריכה להעשות הבחנה בין בתי דין פרטיים וותיקים שאינם משוייכים לחוג מסוים, ובין בתי דין המשוייכים קטגורית לחוג מסויים. אך מכיון שהנדון שבפנינו הוא דוגמא מובהקת לסוג של בית דין סקטוריאלי, אנו פטורים מלהכריע כעת בשאלה זו, מאחר ולגבי בית דין שכזה אין לי כל ספק כי לא ניתן לחייב את התובע להתדיין בפניו. וראה מה שכתבו הדיינים הגר״ש דיכובסקי שליט״א הגר״א שרמן שליט״א והגרא״צ שיינפלד שליט״א [בתיק תשמ״ה/18461, הובא בסדר הדין עמ׳ 151 הערה 43] בנדון בו דרשו המשיבים - אנשי חב״ד שלא להתדיין בביה״ד הרבני אלא בפני בי״ד של רבני חב״ד, ביה״ד דחה את דרישתם ונימק:

״בית הדין של רבני חב״ד אינו בי״ד מקומי... ולא יעלה על הדעת לאלץ מי שאינו מאנשי חב״ד להתדיין בפניו... יש מקום לטענה כי קולם של מוסדות חב״ד ישמע אצל רבני חב״ד יותר מקולם של אחרים״.

מן האמור מסקנתי היא כי בנידון דידן יש לקבל את טענת ב״כ המערער בנקודה זו. אך בכל לא תם העניין.

ו. ב״כ המערער מעלה טענה בדבר היותו של הנתבע מחשובי החסידים של אותו בי״ד, וכי הנו אדם אמיד שנחשב לתורם גדול למוסדות החסידות, וכראיה צירף דף ובו דברי ברכה שהדפיסו תושבי השכונה לכבוד התובע לאחר שזה תרם לשכונתם גן משחקים. מן הראוי להתייחס גם לטענה זו.

הרמ״א חו״מ בסימן י״ד, פסק על פי דברי תשו׳ בנימין זאב [סי׳ תי״ח] וז״ל:

״עשיר מוחזק ואלם בעירו, מוציאין אותו לדון בעיר אחרת, אע״פ שהב״ד שבעירו יותר גדול״.

ובנתיבות המשפט [חידושים י׳] הביא בשם הכנה״ג שהוא הדין אם אינו אלם, רק שהוא גדול בחכמה ומעלה או שרוב בני העיר סרים למשמעתו, יכול הנתבע לומר שידון בעיר אחרת. וגם התומים [אורים ט״ר] למד מדברי התשב״ץ והשב יעקב כי אין צריך שיהיה מוחזק דווקא לאלם, ואלם דנקט, לאו דווקא. ובכנה״ג [סי׳ י״ד הגהות הטור אות ג׳ וד׳] כתב דהוא הדין אם אינו גדול בחכמה רק שרוב בני העיר סרים למשמעתו, ותלה זאת בסברות שאמרו הפוסקים מדוע הולכים אחר הנתבע, וז״ל:

״ונראה פשוט דאפילו בזמננו זה שהמנהג הוא שהתובע הולך אחר הנתבע, אם הנתבע הוא גדול שבקהלו בחכמה ובמעלה, יכול התובע לומר: לא אדון בקהלו, שדברי לא יהיו נשמעים, וכו׳, דלא מבעיא לסברת המהר״י בן לב שטעם התקנה לילך אחר התובע מפני שהיחיד נכנע לפני ביה״ד של קהילתו מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם, שיכול

התובע לומר אף על פי שתקנה זו לתועלתי, אי אפשי בתקנה זו, שתקנתי קלקלתי. אלא אפילו למה שכתב הרשד"ם שהטעם הוא משום שלא ירבו קטטות, הכא לא שייך האי טעמא, כיון דכולי למא ידעי דבשביל שהוא גדול בחכמה ובמעלה אינו רוצה לדון בקהלו, וזה פשוט בעיני".

ואפילו לטעם שהבאנו לעיל מדברי הגר"א: "מאן דכתיב ליה כאיביא" וכו', פשוט הדבר שטעם זה שייך רק כל עוד גם בית הדין אותו מציע הנתבע הוא בגדר "בי אסיא", אך כשיש לחוש כי שם לא ימצא התובע מזור למכאוביו, אין עליו שום חיוב לדון עמו שם.

ואגב אורחא קמ"ל הכנה"ג, כי הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע אינו מוחלט, אלא צריך להבחן בכל מקרה מחדש בהתאם לנסיבות וכפי שהעלינו לעיל.

ואולם נוסף לחשש של הטיית הדין מחמת יראתם של הדיינים מהנתבע, ואפילו אם חשש זה אינו קיים, עדיין יש לתובע טעם נוסף לסרב בכה"ג לדון בביה"ד שמציע הנתבע והוא מכיון שמסתתמים טענותיו, וכ"כ התשב"ץ [קטן סי' תקט"ו] והביאו הב"י, וז"ל:

"נשאלתי על אחד שהזמינוהו לדין גדולי העיר ופרנסיה אשר כל דברי העיר נחתכין על פיהן והנדון אומר לא נדון בעיר הזאת. והלא אימתכם מוטלת על הדיינין. וגם טענותי יסתתמו בפניכם, כי טוב על הדיינין ועל הנדונין לילך במקום הסמוך".

ומצאתי בשו"ת שבות יעקב [ח"ג סי' קמ"א] שכתב כן במפורש וז"ל:

"ואינני ח"ו נותן אשמה להמו"ץ שלו שיעות ח"ו משפט, או למכ"ת שינטור לו שנאה עבור זה וכ"ש שידיחנו לארץ אחרת, כי לא נחשדו ישראל על כך, וכו', מ"מ מידי הרהור לא יצאנו שהצד שכנגדו יסתתמו טענותיו, פוק חזי כמה הרחיקו בזה חכמי ישראל החסידים כדאיתא בכתובות ובשבועות הרבה דברים דרשו על בצדק תשפוט עמיתך שיהיו שניהם שווים לו. ולו יהי' כדברי מכ"ת שאין לפסול המו"ץ שלו כאשר אינו כן ע"פ הדין לפע"ד, מ"מ יש להסתלק את עצמו כדאי' אם רואה הדיין שבע"ד חושדו וכו'".

ז. ובנדון דידן, הנה מצד היותו של הנתבע אדם אמיד, זו לכשעצמה אינה סיבה שלא להיעתר לבקשתו, אולם מצד היותו מנכבדי קהלו ומהנגידים המסייעים בפיתוח והחזקת הקהילה, גם אם אין בכך משום חשש לעיוות הדין, יש בכך כדי לסתום את טענותיו של בעל דינו. וראיתי בתשובות נודע ביהודה [תנינא חו"מ ב'] שחילק בכך וז"ל:

"דודאי מחמת עשרו אין שום חשד שישתמעו דבריו אצל הדיינים יותר מדברי שכנגדו. ואף שהדיין לכתחילה אומר לבוש כמותו כמבואר בסימן

י״ח, דמשמע שיש חשש שיסתתם טענת העני, מ״מ היינו בלבוש איצטלא חשובה ביותר ושכנגדו לבוש בגדים בזויים ביותר כמבואר שם בדברי הסמ״ע והש״ך, אבל בשביל עשרו לחוד אין שום חשש שהדיינים יסבירו לו פנים ולא מסתתמי טענת שכנגדו, ולכן בעינן דוקא מוחזק לאלם. אבל בגדול הדור או פרנס הדור שפיר אפילו מן הסתם חושב הבעל דין שכנגדו שהדיין מתירא מפני גדולתו ומסתתמי טענותיו״.

אלא שכל הידוע, כבר נתקיימו דיני תורה בעבר בין הצדדים באותו בית דין שאותו מציע כעת הנתבע, והתובע לא עורר מעולם שום טענה בקשר לכך. יתכן שזהו שעמד ביסוד שיקוליו של בי״ד קמא בהחליטו להעתר לדרישת הנתבע. ב״כ המערער משיב על כך, כי אין להעניש את המערער על שהגיש בעבר תביעה בביה״ד אליו מפנה כעת הנתבע. אני מסכים לדבריו, אך לא לנימוקו: אין כאן ענין לעונש אלא לבדיקה אוביקטיבית של מידת החשש לעיוות הדין ולהסתתמות הטענות, חשש שבעקבות התקדים נראה לכאורה מזערי. אך זאת רק לכאורה, שהרי בהחלט יתכן כי נסיון העבר של התובע בבית דין זה הוא שמעורר אצלו את החשש לעיוות הדין ולהסתתמות טענותיו, וכן יתכן כי מאז נתקיימו הדיונים הקודמים, רמה קרנו של הנתבע בקרב קהלו. אמת כי נקודה זו תלויה בבירור יסודי של העובדות ואנו בישיבתנו כערכאת ערעור איננו נכנסים לכך, אך במקרה זה הנתבע יכול היה לו חפץ, להאיר ענין עמום זה ולהקל את מלאכתנו, אולם הוא לא טרח להופיע לדיון ואף לא טרח להשיב בכתב לפניות ביה״ד אליו בנדון. הנהגתו זו ראוי לגינוי מצד עצמה, ובנידון דנן הנהגה זו גם תיזקף לחובתו מהעדר יכולת לאמת את טענותיו.

ראוי לציין כי ב״כ המערער הציג בפנינו במסגרת טיעוניו בע״פ מסמך, אותו שלח המשיב ל״בד״ץ רבני הקריה״ בתשובה לתביעה אחרת כנגדו, ובו ביקש לדון בתביעה זו בביה״ד הרבני או בבד״ץ העדה החרדית. ב״כ המערער מסיק מכך, כי מסמך זה מוכיח על התחמקות שיטתית של המשיב מלירד לדין עם התובעים אותו, וכי גם במקרה דנן בקשתו של המשיב לידון בבי״ד אחר אינה כנה.

גם בנקודה זו, לו היה טורח המשיב להביא בפנינו את גירסתו, יתכן והיה ניתן לפרוך את טיעונו זה של ב״כ המשיב ולהוכיח כי אין דברים בגו, אולם משלא עשה כן, אין לנו אלא מה שעינינו רואות, ועל פניו נראה כי מתאימים לכאן דברי בעל ערוך השולחן [סי׳ כ״ו סע׳ ה׳] בענין מסרב לדין תורה שהבאנו לעיל, שכתב:

״אמנם אם אומר שרצונו לדון בבי״ד אחר ולא בבי״ד זה, אם אין זה דרך דיחוי לפני הבנת הבי״ד, צריך לילך עמו לבי״ד אחר״.

דהיינו אם טענת הנתבע נראית לבית הדין כדיחוי, אין מחייבים את התובע לילך עמו לבית הדין אותו הוא מבקש, וזהו המצב העומד בפנינו לאור המסמך אותו הציג ב"כ המערער.

ח. כפי שכתבנו בתחילה, טענת הנתבע לדון במקומו צריכה להשקל בכל פעם לגופה ויש לודא את קיום שורת הדין, וכן כי אין פגיעה בזכויותיו של התובע עקב ההיענות לבקשתו. במסגרת זו יש לבדוק את המקום המוצע ואת סדרי הדין הנהוגים בו, תוך מתן תשומת לב למספר נקודות:

1. האם הרכב הדיינים כולל לפחות דיין אחד העונה להגדרה של "גמיר" [דהיינו שלמד באופן מסודר את השו"ע והפוסקים, נבחן, וקיבל סמיכה "ידין ידין" - עי' גמ' סנהדרין ה' ע"א], סבורני כי זהו תנאי בסיסי שממנו אין לחרוג.

2. המצאותו של סופר הדיינים המעלה בכתב את טענות הצדדים - כנפסק בשו"ע סי' י"ג סעי' ג', **ורישום פרוטוקול מסודר ומדויק**. לעניין זה חשיבות כפולה: הן כדי שהצדדים לא יוכלו לחזור בהם או לשנות את טענותיהם, והן מכיון שזהו תנאי חיוני במידה ותדרש אכיפת הפסק ע"י גורמי חוץ.

3. מתן נימוקים בכתב לפסק הדין, הן כדי שיוכל להביאו לפני גדול ממנו [שיחזיר אותו מהפסק באם ימצא שטעה בדבר משנה], והן על מנת לאפשר את אכיפת הפסק כאמור לעיל. וכן יש ללמוד מדברי הרשד"ם בתשובתו הנזכרת, וז"ל:

> **"וכ"ש אם מעיקרא יתחייב לזה הנתבע ויאמר איני רוצה לדון בפני זה אלא בפני זה, ואם אתה ירא שמא יעביר עליך את הדרך, יהא על זה התנאי שיתן לך פסק הוראתו ותראהו למי שתרצה, שאז לית דין ולית דיין שיכוף התובע לנתבע".**

ומכלל הן אתה שומע לאו, כי באם שהתחייבות שכזו לא תינתן, יש זכות לבעל דין לסרב.

לא למותר לציין כי בחוק האזרחי שהוא "השוטר" היכול לאכוף את פסק הדין, קיימים מספר תנאי סף לקיום סדרי דין נאותים, שבהעדרם לא יאשר ביהמ"ש את פסק הבוררים ונמצא שזהו הליך שהחלטותיו תלויים ברצונו הטוב של הנתבע לקיימם, מצב שעמו כמובן לא ניתן להשלים, ואין לחייב את התובע לדון במקום שכזה. על הבוררים להיות ערים לכך ולכלכל את דרך ניהולה של הבוררות בהתאם.

בהקשר זה ראוי לציין כי במערכות האזרחיות קיימת חשדנות וספקנות כמעט מובנית לגבי בתי דין פרטיים בשל העדרם העיקבי של סדרי דין נאותים, וזו

לכשעצמה יכולה להיות סיבה להעדפת בית הדין הרבני האמון על סידרי הדין הנאותים.

4. מתן זכות לצדדים לערער על פסק הדין.
לא ניתן להתעלם מהמציאות של היפוך היוצרות, בו לאחר חתימתם של בעלי הדין על שטר הבוררות, חשים כי בכך ניתן צוארם בקולר, ומכאן ואילך נתונים הם לשבט ולחסד בידי הבוררים שיכולים לעשות ככל העולה על רוחם, וזאת בשעה שבגמרא ושו"ע מבואר כי דווקא הדיין הוא שצריך לחוש אימה בכל מהלך הדיון, וכנפסק בסי' ח' סע' ב': "**ויראה הדיין כאילו חרב מונחת לו על צווארו, וכאלו גיהנם פתוח לו מתחתיו, וידע את מי הוא דן, ולפני מי הוא דן, ומי הוא עתיד להפרע ממנו אם נוטה מקו הדין**". מצב בלתי סביר זה נגרם בעיקר בשל הדרישה לחתום על שטרי בוררים בעלי סעיפים דרקוניים המנשלים את בעלי הדין מכל זכויותיהם לפי סדר הדין, מעניקים כח בלתי מוגבל לדיינים, ופוטרים אותם מכל ביקורת ומכל אחריות למעשיהם. לגבי דידי דרישה על חתימת שטר בוררים שכזה מהווה ג"כ עילה מספיקה לסרב לדון במקום שכזה.

5. עלויות הליך הבוררות לעומת עלויות ההליך בבית הדין הרבני. לא מסתבר כי הנתבע יוכל לכוף את התובע להוציא מאתיים על מנה בכדי לממן שכר מופלג לבוררים, בעוד שבבתי הדין הרבניים ישנה אגרה קבועה וסבירה. עניין זה ראוי לדיון נפרד ואין כאן המקום להאריך.

ט. בשלהי הדברים ברצוני להוסיף עוד היבט בעניין קיום דיון בדרך של זבל"א. למרבה הצער, הליך זה הפך בהרבה מקרים לדוגמא הבוטה והבולטת ביותר של השחתה ועיוות שורת הדין. נראה ששורשו של מצב זה נטוע כבר בתקופת הראשונים, וכבר עמד עליו הרא"ש במסכת סנהדרין [פ"ג סי' ב'] וז"ל:

> "**מפני שיש חסרי דעת טועין בדברי רש"י ולמדין ממנו שהדיין יש לו להפך בזכות אותו שבירר ועומד במקומו לחפות בדברים אשר לא כדין, ונהגו כמה אנשים לברור להם בעל תחבולות, ונתלין בדברי רש"י שמשמע שיש לו להפך בזכותו. וחלילה וחס לא דקדקו בדבריו שכתב דסברי הרי אני בירורתי. כי הוא סובר כך שיהפך בזכותו יותר מבזכות האחר ומתוך זה ציית לדיניהן. אבל הדיין עצמו חלילה לו למצוא סברא לזכותו אם לא שיראה לו דין גמור, אבל אם היה יכול להטעות את חבירו לקבל סברתו אע"פ שהוא מסופק בה הרי זה בכלל מטה משפט**".

ניתן לומר כי התופעה אותה מתאר הרא"ש לא שורשה, אלא החריפה והעצימה עד כדי הטלת ספק אם ראוי לאשר הליך שכזה. ואם בנידוננו אנו פטורים מלעסוק

בכך, הן מחמת שכאמור במקום בו מצוי בית דין קבוע לא ניתן לדרוש זבל"א - ובנד"ד ביררנו כי אכן קיים בי"ד קבוע, והן מכיון שדרישה כזו כלל לא הועלתה בפנינו מצד הנתבע, מכל מקום בשל העניין העקרוני ראיתי לייחד לכך מספר שורות, ויש בנותן טעם להביא דברים נוקבים שכתב הגר"ש וואזנר שליט"א בעל "שבט הלוי" [חלק ח' סי' ש'] בעניין זה וז"ל:

"ובעו"ה הרבה מאד מעניני זבל"א ובוררים שנעשו היום הם היפך דע"ת והיפך יסוד כוונת חז"ל בתקנת זבל"א עפ"י המתבאר ברש"י ורא"ש ריש פ' זה בורר, שכ' הרא"ש - הדיין עצמו חלילה לו למצא סברא לזכותו אם לא שיראה לו דין גמור, אבל אם יכול להטעות את חבירו לקבל סברתו אע"פ שהוא מסופק בה ה"ז בכלל מטה משפט וכו', ובטור חו"מ סי' י"ג, וכתבתי מזה גם בשבט הלוי ח"ז, וכבר ראיתי מה שמובא בשם הגאון כנסת יחזקאל בתשובת אור נעלם סי' מ"ג, <u>ובעו"ה מאז ירד הדור עוד פלאים והרבה מאד מדיוני הזבל"א מיוסדים על דברי שוא ושקר, ומהפכים דברי אלקים חיים ע"י נגיעות ובצע כסף</u>".

ושם בסימן ש"ב הוסיף וכתב:

"ובזה"ז חושבים שע"י הזבל"א ניתן רשות לבעלי התחבולות להפוך דברי אלקים חיים, וכי על זה חשבו חז"ל בסנהדרין כ"ג כשאמרו זבל"א וזבל"א?

ושלישית, הלא זקני הגאון פנים מאירות ח"ב סי' קנ"ט צווח על המנהג הרע שהדנים בזבל"א שכל אחד מבע"ד מסדר טענותיו לפני הדיין שלו ונותנים לו שכר ע"ז וכל מעיינו אז איך להטעות את בעל דינו שכנגדו. אלא שבספר ערוך השולחן לימד זכות בענין סדור טענותיו לפני הדיין, שכיון שב' הצדדים עושים כן א"כ על מנת כן נכנסו לדין וקבלו עליה. <u>ולפי זה תינח אם שניהם מסכימים לזה, אבל אם צד אחד בשום אופן אינו רוצה להסכים לדרך קלוקל זה</u> ורוצה בבי"ד שלא ישמע תחלה הטענות ולא יהי' משוחד משום צד, <u>פשיטא דא"א לכפות אדם על זה</u>, ומה שמשמע ברמ"א דזבל"א עדיף מבי"ד שאינו קבוע, היינו זבל"א שאין לו פגם זה, מה שאינו שכיח כלל, <u>ומכל שכן דידוע שהזבל"א משנה ומטעה הרבים פעמים ביודעים</u>".

הנה כך היא דעתו של הגאון הנ"ל אפילו בזבל"א מול בי"ד שאינו קבוע, וק"ו לגבי בי"ד קבוע. ובנד"ד, לשאלת ביה"ד האם הם מוכנים לזבל"א, השיב ב"כ המערער: "אנחנו מבקשים את בית הדין האיזורי באשדוד", וא"כ גם לו נתבקש לדון בזבל"א לא ניתן היה לכפות עליהם אופן דיון שכזה בניגוד לרצונם.

י. העולה מן האמור:

א. הכלל לפיו התובע הולך אחר הנתבע אינו מוחלט ודורש בדיקה בכל מקרה לגופו.

ב. קיומה של שורת הדין במלואה היא תנאי מוקדם לזכות הנתבע לדון במקומו.

ג. לבית הדין הרבני מעמד של בית דין קבוע הן מכח מנוי והן מכח קבלת הקהל.

ד. כשבעיר ישנו בית דין קבוע לא ניתן לדרוש לדון בבית דין אחר ואף לא בזבל"א.

ה. בתי דין השייכים לחוג מסוים בודאי אינם יכולים לשמש תחליף לביה"ד הרבני.

ו. בכל מקרה בו שוקל בית הדין להעתר לבקשת הנתבע, עליו לוודא כי בביה"ד המוצע מתקיימים נהלים וסדרי דין שלא נופלים מאלו הקיימים בביה"ד הרבני, ושלא יפגעו בדרך כל שהיא זכויותיו ההילכתיות של התובע.

ז. הליך הזבל"א בצורתו השכיחה כיום מעורר פקפוק על עצם זכות קיומו, ויש לבחון היטב אם לאפשר אותו גם במקום שאין בי"ד קבוע.

ומן הכלל אל הפרט:

לאור העובדה שהתובעים דורשים לדון בבי"ד קבוע, בלתי תלוי, המקפיד על קיום סדרי הדין וכתיבת נימוקים - דבר שיאפשר במקרה הצורך את אישור ואכיפת פסקי הדין ע"י הרשויות, וגם מאפשר לבקר את ההליך ע"י מתן רשות ערעור, ומאידך הצעת הנתבע לדון בבי"ד פרטי - סקטוריאלי שהנתבע מקורב אליו ובעל מעמד והשפעה כלפיו, ובצירוף העובדה כי סדרי הדיון בביה"ד המוצע אינם ידועים [באשמתו של המשיב שלא טרח להופיע לדיון ולהשיב לפניות בית הדין], וקרוב לודאי שהנם נופלים במספר תחומים מאלו של בית הדין הרבני, דעתי לקבל את הערעור ולבטל את החלטת ביה"ד האיזורי מיום ח' בכסלו תשס"ד.

לפיכך, על המשיב - מר ב. לחתום על שטר בוררות בפני בית הדין הרבני באשדוד, ובאם לא יעשה כן, יתיר ביה"ד למערער - מר מ. להגיש את תביעתו בכל מקום שיחפוץ.

ניתן ביום י"א בתמוז תשס"ד (30.6.2004)

יונה מצגר	**אברהם שרמן**	**חגי איזירר**
יו"ר		

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

סמכות ביה״ד לתת החלטות הנוגעות לצד שלישי[1]

הערעור שהוגש לנו, נסב על החלטת בית הדין האזורי מיום ט׳ אדר א׳ תשס״ג, שלפיה הוצא צו מניעה נגד הגבר שעמו מתרועעת המערערת, וכן נגד הבת, בעלה והנכדה. צו זה אוסר עליהם להתגורר בדירה שבה מתגוררת המערערת, על כך הערעור.

ראשיתו של התיק הוא, בהחלטה שניתנה על ידינו בערעור קודם, ביום ו׳ אייר תשס״ב. בהחלטה זו קבענו, כי המשק במושב שתולים שניתן לצדדים על ידי הורי המשיב, הוא רכושו של המשיב בלבד. וזאת, משום שבחוזה המתנה נקבע שהמתנה תתבטל, באם יפרדו הצדדים, כפי שבאמת קרה.

המערערת עתרה לבג״ץ, ורק לאחר הדיון בערעור זה קיבלנו את פסק דינו (מיום ו׳ אייר תשס״ג, בג״ץ 5308/03) המוחק את העתירה, וצורף לו הסכם שאליו הגיעו הצדדים. נקבע בהסכם, כי ימונה שמאי מקרקעין, שישום את המבנים בנחלה לפי ערכם היום, וכפי ערכם לפני ההשבחה שנעשתה בהם. העותרת תקבל 60 אחוז מערך ההפרש לצורך איזון סופי ומוחלט של כלל נכסי המקרקעין. במקביל יועבר רישום המשק כולו על שם המשיב, ויכנס לתוקפו צו הפינוי שהוציא בית הדין האזורי נגד האשה. בסיומו של הדיון שהתקיים בפנינו סברנו, שנקיים דיון נוסף לאחר שימציאו לנו את פסיקת הבג״ץ אליה התייחסו בדיון. אולם, לנוכח התוצאות אליהן אנו מגיעים בפסק דין זה, איננו רואים צורך בכך.

הערעור שבפנינו הוגש על ידי שלוש עותרות: גרושתו של המשיב, הבת והנכדה של הצדדים. הנימוק המרכזי של הערעור נעוץ בטענת חוסר סמכות. לטענתן, מדובר בענין של שימוש והחזקה במקרקעין, אשר כלל אינו מצוי בסמכותו העניינית של בית הדין הרבני: מה גם שהמערערת מס׳ 2 ו - 3, הבת והנכדה, לא היו צד להליכים בפני בית הדין האזורי, לא ניתנה להן הזדמנות לטעון את טענותיהן והן לא קיבלו את יומן בבית הדין. מטעמי זהירות, הוסיפו

1 ערעור 2769/ס״ג א.י. ו - ט.ק. ו - ט.י. נ׳ א.א. על פסק הדין הוגש ערעור לבג״ץ והערעור נדחה.

המערערות, כי הן מתגוררות ביחידת דיור נפרדת לחלוטין מהיחידה בה מתגורר המשיב, וכי מעולם לא גרמו כל הפרעה או אי - נוחות למשיב, ומעולם לא הציקו לו בכל צורה שהיא. לדבריהן, טענות המשיב בענין זה הינן משוללות בסיס, ונטענות בחוסר תום לב וממניעים נקמניים.

הטענה כי אין לבית הדין הרבני סמכות לדון בשימוש והחזקה במקרקעין, הינה מוטעית. על פי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג - 1953, מוסמך בית הדין הרבני לדון בכל ענין שנכרך בגירושין. בהוראת חוק זו ייחד המחוקק לשיפוטו של בית הדין כל ענין אשר לולא כריכתו בתביעת הגירושין, היה נתון לסמכותו העניינית של בית משפט אחר. כאשר בית הדין הרבני עוסק בפירוק שיתוף במקרקעין, קמות לו כל הסמכויות שיש לבית המשפט האזרחי בדונו בפירוק שיתוף. על פי סעיף 44 לחוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969, "בית המשפט רשאי לתת צו זמני בדבר סדרי ניהול המקרקעין והשימוש בהם עד לסיום הליכי הפירוק". סדרי הניהול והשימוש במקרקעין הם חלק אינהרנטי של עבודת בית הדין בפרקו את השיתוף במקרקעין של בני זוג אשר עניינם נדון בפני בית הדין, וחייב בית הדין להפעיל את סמכותו זו, כל אימת שמתעורר הצורך בכך.

לפיכך, האסמכתא שהביאה באת-כח המערערות מפסק הדין ב-ע"א 185/66 כברה נ' כברה פ"ד כ' (4) 864, אינה נכונה. באותו מקרה דובר אמנם במחלוקת בין בני זוג בקשר לשימוש והחזקה בחדר שנבנה על מקרקעין, אולם בבית הדין הוגשה אך ורק תביעה לשלום בית, ולא הוגשה תביעה לגירושין אשר נכרך בה ענין הרכוש.

במקרה דנן, אין מחלוקת כי ענין חלוקת הרכוש נכרך בגירושין כדין ובכנות. מעבר לכריכת הענין בתביעת הגירושין, מסרו הצדדים במסגרת הסכם הגירושין את כל הכרוך בחלוקה זו לסמכותו של בית הדין, והסכימו כי בית הדין ידון בכך לאחר סידור הגט. קודם למתן הגט הסדיר בית הדין, בהחלטה זמנית מיום י"ז כסלו תשס"א (14.12.00), את דרך השימוש ביחידות המבנים המצויים על המקרקעין נשוא המחלוקת, באופן שתהיה הפרדה פיזית בין הצדדים. לאחר הגט, הוסיף בית הדין ונתן כמה החלטות זמניות באשר לשימוש במקרקעין והחזקתן. נגד החלטות אלו לא הוגש כל ערעור, ולא נטענה כל טענה, ובצדק.

השאלה המשפטית שיש לדון בה היא, האם בדונו בפירוק שיתוף במקרקעין, מוסמך בית הדין - מבחינת החוק האזרחי - ליתן החלטות הנוגעות לצדדים שלישיים, באופן המונע מהם את השימוש במקרקעין.

ביחס לשאלה, האם בית הדין הרבני מוסמך לדון "בעניני נישואין וגירושין", כאשר הצדדים לסיכסוך אינם בני הזוג עצמם, ניתנה כבר תשובה משפטית שלילית. הענין נדון בבג"ץ 2621/00 **לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים** פ"ד נד(3) 809. באותה פרשה התעוררה מחלוקת בין אלמנה לבין חמיה. האלמנה התגוררה בדירה שבעלה המנוח העביר במתנה, טרם פטירתו, על שמו של אביו. האלמנה הגישה תביעה לכתובתה בבית הדין הרבני, וטענה כנגד חמיה כי המתנה שניתנה לו הינה בטלה, הואיל וחוב הכתובה רובץ כשיעבוד על נכסי בעלה, והדבר מעניק לה זכויות כלפי חמיה. בית המשפט פסק, מפי **הנשיא א' ברק**, כי "כשם שהנישואין והגירושין עצמם הם פעולה שבין בעל לאישה, כך גם "עניני" נישואין וגירושין שבהם מוסמך לדון בית-הדין הרבני הם עניינים שהצדדים להם הם הבעל והאישה" (שם, 815). לפי פסיקה זו, אין לבתי הדין הרבניים סמכות לדון בסכסוך שעניינו נישואין או גירושין כאשר הצדדים לסכסוך אינם בני-הזוג עצמם.

האומנם ניתן לגזור גזירה שווה, ולשלול את סמכותו של בית הדין גם ביחס להשלכות של פסיקת בית הדין בפירוק שיתוף ברכוש של בני זוג עצמם, כלפי צדדים שלישיים?

לאחר העיון הגענו למסקנה, כי לא ראי זה כראי זה.

משל למה הדבר דומה? לבית משפט שדן במחלוקת בין ראובן ושמעון ביחס לבעלות ושימוש במקרקעין. פסק בית המשפט מה שפסק לטובת ראובן, ובין היתר נתן צו-מניעה נגד שמעון האוסר עליו לעשות כל שימוש במקרקעין מתום שלושים יום ואילך ממתן פסק הדין. בו ביום שהומצא לשמעון פסק הדין, השכיר ומסר הוא את החזקה במקרקעין ללוי לתקופה של שנים - עשר חודש. משבא ראובן למקרקעין כעבור שלושים יום וביקש לתפוס את המקרקעין, מצא שם את לוי האוחז בידו הסכם שכירות. גם לו ניתן היה לראות את לוי כתופס במקרקעין שלא כדין, אין ראובן רשאי להשתמש בכוח כדי להוציאו משם, שהרי עברו כבר שלושים יום מיום התפיסה (ראו סעיף 18 (ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969). האמנם נגזר על ראובן לפתוח בהליך של הגשת תובענה חדשה, מתחילתה, נגד לוי? האם ישמע בית המשפט לטענתו של לוי - ובפרט כאשר הוא ידע על הצו שניתן נגד שמעון - שהוא לא היה צד להליך שהתנהל בין ראובן לשמעון, וממילא אין האמור שם מחייבו?

התשובה הנלמדת מן הפסיקה, הינה שלילית. אחת התרופות המיידיות העומדות לרשותו של ראובן היא, נקיטת הליכי בזיון בית המשפט נגד שמעון ולוי, במסגרת

אותו הליך שבו ניתן צו המניעה נגד שמעון. סעיף 6(1) לפקודת בזיון בית משפט קובע, כי בתי המשפט שנמנו שם:

״תהא להם הסמכות לכוף אדם בקנס או במאסר לציית לכל צו שניתן על ידם והמצווה לעשות איזה מעשה או האוסר לעשות כל מעשה״.

הפסיקה המחייבת בענין החיוב בבזיון בית המשפט כלפי מי שלא היה בעל - דין בהליך המרכזי, נקבעה בע״א 371/78 **מוניות הדר לוד בע״מ נ׳ אמיל ביטון ו - 2 אח׳**. פ״ד לד(4), 232. נפסק שם כי סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט, על פי פירושו הנכון, מעניק לבית המשפט כוח לכוף בציות לצו הן את החייב על פיו והן כל אדם שאינו חייב על - פיו, אך מעשיו או מחדליו גורמים להפרת הצו. באותו ענין נדונה הפרתו של צו האוסר הובלת נוסעים משדה התעופה לוד. נהג מונית אחד, שלא היה בעל - דין בהליכים שבהם ניתן צו המניעה הזמני, טען להגנתו במסגרת הליך בזיון בית משפט, שלא ידע שהצו מכוון נגדו אישית, לא קרא אותו ולא ידע את תוכנו המדוייק.
השופט א׳ ברק (כתוארו אז) מצטט (שם, 238) את **השופט זוסמן** (בהמ׳ 306/50), האומר:

״בבואנו לדון בסעיף 6 של פקודת בזיון בית המשפט, אין אנו נתקלים בהוראה המצריכה איזה פירוש שהוא לכאן או לכאן: לשונו ברורה והוא מקנה ׳סמכות לכוף אדם בקנס או מאסר לציית לכל צו שניתן׳. אין הסעיף מדבר על בעלי הדין בלבד: אין הוא מבדיל בין אדם המפר איסור שהוטל עליו, לבין אדם המורד בסמכות בית המשפט תוך זה שהוא מסייע לבעל דין לזלזל בו: והמסייע בידי אחד מבזה את בית המשפט לא פחות מבעל הדין עצמו. מכאן נובע הצורך שבתי המשפט יטילו את מרותם גם על אלה העוזרים לאחרים במעשיהם, ואותם יש לכפות לציית באותה המידה שהדבר דרוש נגד בעלי הדין עצמם״.

השופט ברק מאמץ את הפרשנות הנ״ל, וקובע (שם, 239):

״בפתרון השאלה שלפנינו יש לבחון כמקובל, את לשונו של סעיף 6 לפקודה ואת המטרה החקיקתית העומדת ביסודו. כן יש ליתן את הדעת - במקום שכפות המאזניים שקולות - להסדר הרצוי. סעיף 6 לפקודה מעניק לבית - המשפט כוח לכוף ציות לצו. המקרה הרגיל לשימוש בכוח זה הוא באכיפת הצו על מי שהוא צד לו. אך נראה לי, כמו **לשופט זוסמן** בהמ׳ 306/50, כי על - פי לשונו, אין סעיף 6 מצומצם

למקרה זה בלבד. ציות לצו ניתן לכוף גם בנקיטת אמצעים כלפי אדם שאינו החייב על - פי הצו, אך שמעשיו או מחדליו הם המביאים להפרת הצו. צו המופנה כלפי פלוני, רק פלוני יכול לקיימו, אך אלמוני יכל להביא לידי כך שפלוני לא יקיים את הצו. נקיטת אמצעים כלפי אלמוני נעשית, על כן, לא כדי להביא אותו לידי קיום הצו - שהרי הצו אינו מכוון כלפיו - אלא כדי להביא את פלוני לידי קיום הצו. על כן, נקיטת אמצעים כלפי אלמוני היא במסגרת הכוח הניתן לבית - המשפט״

השופט ברק מוסיף לגישתו בסיס עיוני מוצק, כהנה וכהנה, ואומר (שם, 240-241):

״...לעיתים קרובות רצוי הוא לאפשר לזכאי לכוון את חיציו לא רק כלפי החייב עצמו, אלא גם כלפי ה״זרים״ המביאים לידי הפרת הצו על - ידי החייב, הרחבת המסגרת תביא בעקבותיה להגברת אמצעי האכיפה. זאת ועוד: בכך ניתן יהא למנוע עקיפת הצו בדרך של קנוניות בין החייב לבין ״זרים״ וביצירת פיקציות של אנשי קש אשר באופן פיקטיבי ינתקו את הקשר בין החייב לבין הפרת הצו ובכך יביאו לסיכולם של צווי בתי המשפט.

אך מעבר לצדדים עצמם, יש בהטלת האחריות על ״זר״ כדי לשרת את המטרה של כיבוד פסקי דין והגשמת שלטון החוק. אמת הדבר, הפרת צווים של בתי - המשפט פוגעת באינטרס הפרטי של הצד הזוכה, ולשם מניעת פגיעה זו באה הוראת סעיף 6 לפקודה. אך אי קיומם של צווים שיפוטיים פוגע גם בציבור כולו, במעמדה של הרשות השופטת, ובתשתית החברתית המביאה לכיבוד החוק. מתן כוח לפרט לנקוט הליך אשר יביא לכיבוד צווים שיפוטיים מגשים הן את האינטרס הפרטי, והן את האינטרס הציבורי. בין שני אינטרסים אלה קיים קשר הדוק, ויהיה זה אך מלאכותי ליצור ניתוק גמור ביניהם״.

אכן, דברים כדורבנות, שמוסכמים גם עלינו, בכל הכבוד. השאלה היא, האם גם בית הדין הרבני כלול באינטרס של ״כיבוד פסקי הדין והגשמת שלטון החוק״? אמנם לדידנו לאו שאלה היא, פשיטא היא. לא יעלה על הדעת שבית הדין ידון ויפסוק במחלוקות שבין בני זוג, והאחד מהם יביא לטירפודו של פסק הדין על ידי קונסטרוקציות מלאכותיות - אם לא לומר: קנוניה - של פגיעה כביכול ב״זרים״ להליך. אך כדי לסבר את האוזן, נתמוך יתדותינו בלשון החוק.

סעיף 7א(א) לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט״ז - 1956, קובע:

לבית דין, כשהוא דן בענין שבשיפוטו, יהיו כל הסמכויות על פי סעיפים 6 ו - 7 לפקודת בזיון בית המשפט, בשינויים המחוייבים".

משמע, דין הוא, שכל הדברים האמורים בפרשנותו של סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט יחולו על בית הדין הרבני, בדונו בענין שבשיפוטו. בית הדין הדן בפירוק שיתוף במקרקעין בין בני זוג אשר נכרך בתביעת גירושין, דן בענין שבשיפוטו. כשם ש"זרים" להליך שיפוטי בבית המשפט האזרחי, מחוייבים לכיבוד הצווים שניתנו בגדרו של אותו הליך, כך "זרים" להליך שיפוטי בבית הדין הרבני, מחוייבים לכיבוד הצווים שניתנו בגדר ההליך שבפני בית הדין הרבני.

זאת ועוד אחרת. בדרך כלל, העיסוק במחלוקת לענין מקרקעין קשור לזכויות הקנין במקרקעין. זכויות אלו מכונות "זכויות חפצא". כאשר פוסק בית הדין במחלוקת הקניינית שבין בני הזוג באשר לבעלות במקרקעין, עשויה פסיקתו להביא לשינוי רישום הזכויות בלשכת רישום המקרקעין. פסיקה זו ושינוי הרישום בעקבותיו, יפעלו כלפי כולי עלמא. זכויות ההחזקה והשימוש במקרקעין נובעות מזכות הקנין, ועל פי המיון המשפטי המקובל יש לראות בדיון בזכות ההחזקה והשימוש, ומתן החלטות ביניים לגביהן תוך כדי דיון בחלוקת רכוש, כדיון בזכות שהיא "מעין-זכות-קנין" (ראו: בג"ץ 5969/94 **אקנין נ' בית הדין הרבני בחיפה**, פ"ד נ'(1) 370, 388). בדיון מסוג זה ניתן לצרף צד שלישי כדי "לאפשר לו זכות טיעון כמי שעלול להיפגע מהצהרה על זכותה הקניינית של האישה בדירה" (והשוו: בג"ץ 2621/00 הנ"ל, 816 מול א'). כאן המחלוקת המהותית היא בין בני הזוג, והצד השלישי הוא "צד פורמלי". גם "צד פורמלי" צד הוא, וצירופו לדיון בסכסוך הינו, לכל הפחות, בגדר סמכותו הטבועה של בית הדין הרבני.

דומה, כי לאחר חקיקתו של חוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה - 1995, ניתן להגיע למסקנה הנ"ל גם בדרך של היקש. סעיף 6 (ו) לחוק זה קובע:

"בית משפט לעניני משפחה רשאי לצרף לתובענה מי שלצורך בירור התובענה והכרעה בסכסוך נדרש שיהיה צד לה, יהא נושא התובענה או שוויה אשר יהא".

הרעין שעמד בבסיס החקיקה של חוק בית המשפט לעניני משפחה הוא, הרצון לרכז תחת קורת גג של בית משפט אחד את כל העניינים האזרחיים של

בני המשפחה, כאשר אילו היה מדובר בסכסוך רגיל בין ראובן לשמעון, עשויים היו הדיונים באותם עניינים להתפרס על פני בתי משפט שונים. בגין החשיבות המיוחדת שיש לתת ל"משפחה", ובפרט כאשר מדובר בסכסוך היוצר קרע במשפחה, קיים אינטרס עליון שכל הסכסוכים יידונו במרוכז, כדי שניתן יהיה להכריע באופן יעיל ומהיר בכל הסכסוכים, ובכך יקטן הנזק ל"משפחה". רציונל זה הצדיק בעיני המחוקק להורות על אפשרות, שלא רק בני המשפחה עצמה יהיו צדדים לדיון. אלא אף צד שלישי, שאינו בגדר "בן משפחה", יוכל בית המשפט לצרפו לדיון, אם הוא נדרש לצורך ברור התובענה והכרעה בסכסוך. רציונל דומה עמד בבסיס החקיקה של סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, והדברים עתיקים.

אמנם כן, קיים סעיף "שמירת סמכויות" בחוק זה, הוא סעיף 25, ועל פני הדברים נראה לכאורה, שלא היתה כוונה לשנות מסמכות שיפוטם של בתי הדין הרבניים. ועד שאנו באים בימים טרופים אלה להדר ולמצוא היכן הרחיב לאחרונה המחוקק האזרחי את סמכויותינו, הלואי ונצליח להעמיד את סמכותינו, כמות שהיא, על תילה. אולם לשונו של סעיף 25(א) לחוק זה הוא: "חוק זה אינו בא לגרוע מסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים...". בשונה מסעיפי שמירת סמכויות בחוקים אחרים, בהם לרוב נאמר, כי אותם חוקים אינם באים "לגרוע או להוסיף" על סמכויות, כאן נקט המחוקק לשון "אינו בא לגרוע" בלבד. לא נרחיק לכת לומר, כי חוק זה בא "להוסיף" על סמכויות בתי הדין, כך שבית הדין יכול לדון גם בפירוק שיתוף במקרקעין אשר בו שותפים בעל, אשה וצד שלישי (אם כי בית הדין יכול להכריע במחלוקת הפנימית שבין בני הזוג, מבלי שהדבר ישפיע על חלקו של צד ג' באותם מקרקעין), ובודאי שאין אנו נזקקים להכריע בכך בערעור זה. אך למצער יכול הצרוף של הסעיפים הנ"ל בחוק בית המשפט לעניני משפחה, לשפוך אור על הפרשנות הראויה לגדרי הסמכות של בית הדין הרבני כלפי "זרים" להליך, אשר הקשר שלהם כלפי המקרקעין נובע כל כולו ויונק את כוחו מאחד מבני הזוג שעניינם נדון בבית הדין (והשוו: השפעת חוקי יסוד על פרשנות חוקים קודמים "מוגנים").

תוצאת האמור לעיל היא, שבית הדין הרבני מוסמך להוציא צו מניעה נגד בן זוג אשר בו נאסר עליו לאפשר לצד שלישי שימוש במקרקעין שהינם נושא הדיון בבית הדין, במסגרת חלוקת הרכוש בין בני הזוג. בית הדין יכול גם להורות כי כל אדם אשר מתן הצו הגיע לידיעתו יעשה כל שניתן לעשות באופן סביר לקיום הצו. הפרת הצו האמור, אם על ידי בעל - הדין ואם על ידי מי שבא מכוחו או מסייע להפרתו, יכולה לגרור סנקציות פליליות - כמו הפרתו של כל

צו שיפוטי - או סנקציות אזרחיות, בדרך של הליכי בזיון בית משפט, אשר יינקטו על ידי בית הדין הרבני.

הצד המעונין בדבר, יכול להביא את עובדת מתן הצו לידיעת כל צד שלישי אשר התנהגותו עלולה להביא להפרת הצו, ורשאי הוא גם לבקש סעד מבית הדין לענין זה.

צד שלישי שנפגע ממתן צו המניעה, רשאי לפנות לבית הדין ולבקש לצמצם את תחולתו מנימוקים רלבנטיים.

הדיון שבפנינו התמקד בנושא הסמכות, ולא שמענו טיעונים ביחס לטענה שהועלתה בכתב הערעור ״מטעמי זהירות״ לגופו של ענין, לפיה אין הצדקה עניינית בהגבלת השימוש של האשה בחלק המקרקעין המוחזק על ידה באמצעות צדדי ג׳. לפיכך, לא נוכל להתייחס לכך במסגרת פסק דין זה, המערערות זכאיות לפנות לבית הדין האזורי ולשכנעו בצדקת טענתן זו.

בכפוף לאמור לעיל, הערעור נדחה.

אין צו להוצאות.

ניתן לפרסם ללא שמות הצדדים.

ניתן היום, כ״ז תשרי תשס״ד (23.10.2003)

שלמה דיכובסקי	שלמה בן שמעון	אברהם שרמן
אב״ד	מצטרף	

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

סמכות יחודית של ביה״ד בענין גירושין[1]

זהו ערעור על החלטת ביה״ד האזורי בנתניה שניתנה ביום כ״ח בטבת תשס״ד בה נאמר כי מאחר ונטענה טענה של כפיה, אין לסדר להם גט אלא אם ימסרו את עניני הממון לביה״ד הרבני.

לאחר שמיעת טענות הצדדים נראה כי הואיל וביה״ד האזורי מצא שיש בעיה של כפיה על הגט, הגם שהצדדים מוכנים להתגרש לא יוכל לסדר להם גט מחשש גט מעושה, אין לקבל את הערעור.

אם יש להם טענה שבוטלו הכפיות נגד הבעל, יפנו לביה״ד האזורי, או שיעבירו עניני הממון לביה״ד כפי שכתב ביה״ד האזורי.

על כן מחליטים:

א. דוחים את הערעור.

ב. אין צו להוצאות.

משה טופיק

ב״כ האשה טען בפנינו על התערבות בית הדין בענינים שנדונו והם בסמכות בית משפט למשפחה. אולם התמונה המצטיירת בתיק זה ובתיקים רבים אחרים, היא למעשה הפוכה. אם בית משפט סבור שראוי לחייב את הבעל במזונות גבוהים אין ביה״ד מתערב בכך בשום פנים. אולם כאשר בית המשפט למשפחה מנסה ״לעזור״ לביה״ד הרבני, ויוצר ״תמריץ״ לבעל לתת גט, ע״י התנית גובה המזונות במתן הגט הרי זו התערבות חמורה בענין הגירושין המסור באופן יחודי לבית הדין הרבני, והיא שיצרה תסבוכת שמונעת מלסדר גט לצדדים אפילו בהסכמתם.

ע״מ לפתור את התסבוכת הציע ביה״ד מה שהציע בפס״ד.

מקרים מסוג זה הולכים ומתרבים, חלקם נאמרים בגלוי וחלקם באיום מרומז, ובמקום לפתור בעיות הם יוצרים תסבוכות חדשות. יעשה בית המשפט את מלאכתו, ויניח לבית הדין לעשות את המוטל עליו.

חגי איזירר אברהם שרמן

לאור האמור לעיל מוחלט לדחות את הערעור.

ניתן ביום ג׳ ניסן תשס״ד

משה טופיק אברהם שרמן חגי איזירר

---

1 ערעור 2418/ס״ד ש.א. נ׳ ש.י.

ביה״ד הרבני הגדול ירושלים

סמכות ביה״ד להקדשות[1]

נושא הערעור בתמציתיות הוא זה: האם סמכותו של ביה״ד להקדשות משתרעת על כל עניני ההקדש, כולל שכירות או סילוק משכירות של שוכר, או שסמכות ביה״ד היא אך ורק ביצירת ההקדש וקביעת דרכי ניהולו, ולא ביחס לפעילות ההקדש. ביה״ד האזורי סבור שהסמכות היא כללית, ואילו המערער סבור שהסמכות היא רק בנושאים הכרוכים בקיומו של ההקדש, ולא בדרך פעולתו. על כן מעוניין המערער להתדיין בבד״ץ של העדה החרדית או בביה״ד של המועצה הדתית, ולא בבי״ד רבני איזורי ממלכתי. ביה״ד להקדשות קבע את סמכותו בכל עניני ההקדש. על כך הערעור.

אין לנו ספק, כי הצדק עם ביה״ד האזורי. ראשית, המערער עצמו הוא זה שפנה לביה״ד האזורי, ובכך קבל את סמכותו. האמתלה שהציג כאילו פנייתו נועדה רק להסב את הדיון לבד״ץ, והשימוש בביה״ד האיזורי נועד למנוע דיון בבית משפט, אינה ראויה להשמע. מאחר והמערער קבל את ביה״ד האזורי ואליו פנה, אינו יכול לשנות את טעמו ולראות את פנייתו בבחינת ״השתמש וזרוק״. זהו ביזוי של המערכת, ואין קבלה לחצאין.

גם לגופם של דברים, נושא הדיון אינו ענין פעוט של שוכר ומשכיר, אלא ענין בסיסי הנוגע לעתידו של הנכס המוקדש. ההקדש נוצר בפני ביה״ד הרבני, וסמכות ביה״ד אינה מוטלת בספק. לנאמני ההקדש תוכניות ביחס לשימוש הנכס בעתיד, ויש לכך השלכה ברורה על קיומו של ההקדש במתכונת שנוצר. אי לכך, אין מקום לדיון בנושא מהותי לגורל ההקדש, בבי״ד שאינו מוסמך להקדשות.

יצוין שגם המערער מוכן להתדיין ביה״ד הרבני, אלא שהוא חושש שמא להרכב המסויים דעה קדומה לטובת הנאמנים שנתמנו על ידו. זו השקפה לא ראויה. חזקה על ביה״ד שיעשה את מלאכתו כראוי. קרה לא אחת שביה״ד להקדשות יצא חוצץ נגד נאמנים שמונו על ידו אם סרו מן הדרך. בכל מקרה, קיימת גם ערכאת ערעור.

1 ערעור 5945/ס״ד ח.ע. נ׳ הקדש מוסיוף.

לסיכום, אין לערעור מקום, והוא נדחה.
שלמה דיכובסקי

מצטרף.
עזרא בר שלום

גם אני מצטרף.
שלמה משה עמאר - נשיא
לאור האמור לעיל מוחלט כנ"ל.
ניתן ביום ה' תשרי תשס"ה

שלמה משה עמאר נשיא	שלמה דיכובסקי	עזרא בר שלום

בבית הדין הרבני האיזורי ירושלים

תביעה להטלת חרם על מסרב לדין תורה[1]

הוגשה בפנינו תביעתו של מר י. כנגד מר מ. לקיום הסכם רוטציה, וכן לתשלום פיצוי כספי על נזקים שגרם. התקיים דיון בנוכחות הצדדים, אך הנתבע סירב לקיים את הדיון לגופו ותבע להעביר את הדיון לבי״ד ׳אלישע׳ שבמושב מחולה.

ביה״ד החליט בתום הדיון, שעל המשיב לחתום על שטר בוררות וקבלת סמכות ביה״ד האיזורי בטבריה, ואם לא יעשה כן יוצא נגדו כתב סירוב.

מאחר שהנתבע לא פעל לפי ההחלטה הנ״ל ניתנה החלטה נוספת בה נאמר ש״הנתבע הינו מסרב לדין תורה ורשאי הנתבע לתובעו בכל ערכאה שירצה״.

הנתבע ערער על ההחלטה בביה״ד הגדול, וביה״ד הגדול דחה את הערעור על הסף[2], וקבע שעל הנתבע לדון בפני בי״ד האיזורי בטבריה, שהוא ביה״ד הקבוע.

אלא שהחלטות אלה לא עשו רושם על הנתבע, והוא המשיך בסרבנותו. לכן הגיש התובע עתירה מינהלית בביהמ״ש המחוזי בנצרת, לקיום הסכם הרוטציה.

ביהמ״ש בהחלטתו, מותח ביקורת קשה על הנתבע, וקובע באופן ברור, לא רק שנחתם הסכם רוטציה והנתבע היה צד להסכם, אלא שהנתבע היה זה שיזם את חתימת ההסכם. ביהמ״ש דחה את הסבריו של הנתבע למשמעותו של ההסכם. וקובע באופן ברור:

> ״מ. [=הנתבע] **לא דיבר אמת כשעמד על דוכן העדים והכחיש את קיומו של הסכם הרוטציה... כמו כן לא אמר אמת כאשר הכחיש קשר בין הסכם הרוטציה לבין מכתב ההתפטרות.**
> **סירובו של מ. להתפטר בהתאם להסכם הרוטציה אינו עולה בקנה אחד עם חובת תום הלב וההגינות של אדם שהוא נציג ציבור ובתוקף כך משמש כנאמן הציבור, במיוחד אותו ציבור חרדי שאותו הוא מיצג״.** [הדגשות לא במקור].

---

1 תיק 3057/ס״ב בביה״ד האיזורי ירושלים י.א. נ׳ מ.א. לאחר מתן ההחלטה הגיעו הצדדים להסכם פשרה ביניהם.

2 פסה״ד הובא בשורת הדין ט, עמ׳ תלז.

למרות הביקורת הקשה שנמתחה בפסה״ד על הנתבע, נדחתה העתירה לגופה, **משום שההסכם לא פורסם בציבור לפני הבחירות.**

עתה מבקש התובע שנית, שביה״ד יקבע כי לנתבע מר מ. יש דין של סרבן ולפרט את הדינים שחלים עליו המפורטים בשו״ע יו״ד סימן של״ד.

הנה לגופו של דבר אין ספק שעל הנתבע לציית לדין תורה, ולברר את התביעה כמקובל בין יהודים שומרי תורה ומצוות. קל וחומר, בהיותו נציג של הציבור החרדי בבית שאן.

וכבר כתב ביה״ד הגדול בענין תביעה שהוגשה כנגד שר בממשלה (ערעור תשל״ב/9 הובא ע״י א. שוחטמן בספר ׳סדר הדין׳, עמ׳ 169, ישבו בדין הרבנים י.ש. אלישיב שליט״א; ב. זולטי זצ״ל; מ. אליהו שליט״א):

> שאין הדבר צריך לפנים, כי כל יהודי באשר הוא יהודי, יהא מעמדו ותפקידו אשר יהא, חייב לפי דין תורה להענות לכל הזמנה של בית דין רבני, להתדיין לפניו, ולציית לכל אשר יורה לו בית הדין. ואפילו מלך וכהן גדול מזמינים אותו לדין לפני בית הדין, והוא חייב להתדיין לפניו... בית דין בישראל יונק את שיפוטו מכח של תורה ודיניה... ואם כך, הרי כל טענה על חוסר סמכות במסגרת החוק, אינה תופסת כאשר הבעיה היא בסמכות מכח התורה ליהודי שומר תורה ומצות״.

כך כתב ביה״ד גם בענין מועצה דתית שסירבה לדון בדין תורה (תיק תשמ״ה/12608 בביה״ד ת״א, הובא ב׳סדר הדין׳, שם, עמ׳ 153, הערה 48):

> ״אין מקום לסירובה של המועצה הדתית להתדין בפנינו... המועצה הדתית הממונה על השירותים הדתיים חייבת לציית לדין תורה ולא יעלה על הדעת כי תפעל בניגוד לדין תורה״.

אמנם לענין הטלת חרמות ונידויים, לדעת הרבה פוסקים וכך נוהגים רוב בתי הדין, ראוי להימנע בזמנינו מן הדבר, משום שרוב הציבור עלול להיכשל כתוצאה מכך באיסורים חמורים מתוך אי ידיעת פרטי ההלכות וחומר האיסור. ולכן גם במקרים שעל פי הדין היה מן הראוי להטיל חרם ונידוי, מסתפקים בקביעה שהנתבע מסרב לדין תורה ודינו כמבואר בשו״ע יו״ד סימן של״ד. בכגון זה, כל מי שחרד לדבר הלכה, יפעל לפי הוראות רבותיו, שיורוהו כיצד לנהוג עם המסרב כל זמן שהוא עומד בסירובו לברר את התביעות שכנגדו בדין תורה.

ביה״ד חוזר ופונה למר מ. שיחזור בו מסרבנותו, ויחתום על שטר בוררות בפני ביה״ד הרבני האיזורי בטבריה, שהוא ביה״ד הקבוע של האיזור בו גרים שני הצדדים, או בביה״ד בירושלים. ובזה ישמש מופת ודוגמא להנהגתו של איש ציבור חרדי שהתורה נר לרגליו.

ניתן היום ח׳ מנחם אב תשס״ג

א.צ. שינפלד י. יפרח א. כלאב

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

תביעה על נושא שהתברר בפני ועד הקהילה[1]

לאחר שמיעת דברי הצדדים ועיון מקיף בכל החומר שבתיק, ולאור הנמוקים המפורטים המצורפים ביה"ד מחליט:

א. מקבלים את הערעור והתיק של התביעה בביה"ד האזורי ייסגר.

ב. למרות האמור, הרי שמפני דרכי שלום וטובת הקהילה ובני הקהילה, אנו פונים לרבנים ולאנשי ועד הקהילה שעסקו בברור של ענין הצדדים לאפשר למשיב לשלוח בכתב את טענותיו השגותיו לפסק דינם בנוגע לעסקת היהלומים שהיתה בינו ובין בנו לבין המערערים, וע"פ שקול דעתם של כבוד הרבנים ואנשי הועד יחליטו האם יש מקום ליתן זכות שימוע למשיב ולמערערים בפניהם בנוגע לעסקת היהלומים.

אין באמור בסעיף זה משום סייג משפטי על האמור בסעיף א' ופסק הבוררות שניתן במילנו ע"י הרבנים והועד בתוקפו כל עוד לא שונה ע"י רבני הקהילה, ואנשי הועד שנתנו את פסק הבוררות בעבר.

כמו כן אנו פונים למשיב לסייע ביד הרבנים וועד הקהילה לשמירת שלימות הקהילה וטובת בני הקהילה, והאמת והשלום אהבו.

ניתן ביום כ"ה סיון תשס"ד

אברהם שרמן חגי איזירר מתתיהו שרים

נימוקים

הרקע לערעור הוא שורת עסקאות יהלומים של המשיב באמצעות בנו שהכניסו את המשיב להפסדים גדולים ולחובות גדולים לנושים רבים. המשיב תובע את הסוחרים שגרמו להפסד ולדבריו עשו זאת בזדון ובעוולה. היקף החובות היה כל כך גדול שהוא הביא לכך שהקהילה במילנו ראתה צורך להתערב בענין ולהביא להסדר.

ציר הויכוח הוא אם היה הסדר רק לגבי הנושים או גם לגבי התביעות שבין המשיב למערער וכן גם אם נקבע הסדר בין המשיב למערער והאם הוא נעשה

1 ערעור 4638/ס"ד ח.י.ר. נ' ד.י.

בעקבות ברור הוגן לפי סדרי בוררות כמקובל. הערעור שלפנינו עוסק בעיקרו בשאלה האם בפני ועד הקהילה במילנו נערכה בוררות שעסקה בברור הטענות שבין המשיב מר ד. והמערער מר ז. וניתנה שם החלטה בענינם.

בית הדין האזורי קבע שהטפול של הועד במילנו לא ניתן לקבוע שהוא נשא אופי של בוררות כמקובל לגבי ענין מציאת האשמים. לדעת ביה"ד האזורי הבוררות באיטליה היה עיקר ענינה להשקיט את הרוחות הסוערות. כך גם טוען המשיב בפנינו, שהועד טיפל בעניני הנושים בלבד וגם בזה הטפול לא מוצלח, לא כולל ולא סופי.

נבדוק תחילה אם הבוררות במילנו עסקה רק בפתרון בעיית הנושים או גם בתביעות של המשיב כנגד המערער בגין העוול והעושק בסחר עם בנו.

המשיב מרחיק לכת בטענותיו וטוען כי הועד במילנו לא דן כלל ולא השיג שום הסדר בנגוד לכל העדויות והמסמכים שבתיק, והנה בנספח נ - 3 מאשר מר ד. במכתב לועד הקהילה שהוא מקבל מהם סכום עפ"י הסכם בע"פ לצורך תשלום לנושים. והוא מאשר שבהסכם בע"פ אושר שהועד הקהילה "נועם" ישא ב - 20% מהסכום המגיע לנושים האיטלקים שלו ושל בנו. בהמשך המסמך הוא מציין כי החוב לנושים האיטלקיים הוא בין 600,000,000 לירות איטלקיות לבין 750,000,000 לירות איטלקיות. במסמך מאוחר שהוגש לתיק של רשימת חובות כותב לנו מר ד. שהחוב שלו לחמשה סוחרים איטלקיים לא יהודים הוא 700,000,000 לירות ונמצא שהתחיבות נועם מתייחסת לחוב של הסוחרים הלא יהודים שהחוב שלהם העיק והפחיד יותר את הקהילה. התאריך שהמסמך נושא הוא 6/2002.

מאידך ישנם בתיק כתבי בוררות רבים מן הנושים היהודיים מתאריכים שבין 06/2002 לבין 01/2003. ז"א שענין החוב לנושים הלא יהודיים היה ראשון לפתרון והבוררות נמשכה עם הנושים עד תחילת 2003, אלא שעדיין אין אנו יודעים אם היא כללה את המערערים.

והנה במכתב תשובה שהגיע אלינו ממר ד. לאחרונה, הוא מספר, "לפני שהגשתי את התלונה שלי לבית המשפט באיטליה שאלתי את הרב מרדכי אליהו והוא נתן לי הוראה לנסות קודם בבוררות של בורסת היהלומים. יומיים לפני הבוררות עשו אנשי הועד של מילאנו אסיפה ששמה היו אורי בן יהודה ובנו נוסימיהא ועוד אנשים שסמכתי עליהם. והם ביקשו ממני למשוך את הבוררות מבורסת היהלומים והם יסדרו את הכל וישלמו הכל, הם רימו אותי, אני משכתי את הבוררות ולמחרת הלכתי אליהם כדי שיקיימו את מה שהבטיחו והם צחקו עלי.

באחת הישיבות הראשונות מר ז. (המערער !) ומר ר. העידו שהם קנו סחורות בחצי "מחיר איטליה" והם מוכנים לשלם את ההפרש וגם קנס אבל זה היה רק כדי להרגיע את הקהל שהיה כועס עליהם". ולזה תואמים דבריו בסכום כתב התביעה בבית הדין האזורי בסעיף 9.

ויש לבדוק מבחינה כרונולוגית את המועד של הישיבות הנ"ל.

לפנינו מכתבו של המשיב ד. מיום 8.5.02 לבורסת היהלומים שם הוא מבקש בעצת הרב מ. אליהו לערוך בוררות בינו ובין משפחת ז. במכתב זה הוא מציין כי הספור של העושק התגלה לו בפברואר 2000 ואז "בקשתי לזמן אספה של ראשי הקהילה אורי בן יהודה ועוד מספר חשובי קהילה ובנוסף מר ז. - המערער ומר דיל עזיזולה קרלו ומר אבישי נמדר ומר יוסף לו מטה ומר משה רחמני המתווך וכל הספקים של הקהילה הפרסית של מילנו שסיפקו סחורה לבנו של המשיב. במשך כל האספות הסוערות, המערערים הודו בעצמם במעשים הללו במאה אחוז" !

הנה כי כן מדבר המשיב - מר ד. על אספות סוערות בתקופה הקרובה לפברואר 2002 אולם במכתב של מר ד. שהגיע לבי"ד לאחרונה הוא מספר שיומיים לפני הבוררות בפני הבורסה הוא משך את הבוררות ואז נתקיימו ישיבות ועד הקהילה בענין שבינו ובין המערער.

היות שהבקשה הראשונה לבוררות בבורסה הוגשה ב - 8.5.02 יש להניח שהבוררות נקבעה לתחילת חודש יוני 2002 וא"כ כאשר משך את הבוררות התחילו הישיבות בועד הקהילה ז"א מחדש יוני 2002 ואילך.

נמצא שהטפול של ועד הקהילה היה בשני שלבים. שלב ראשון בפברואר - מרץ 2002 ואת התוצאה אנו רואים במסמך נ - 5 מ - 3.3.02 שמאז מר ד. התחייב בחתימתו להעמיד לנושים את ביתו + 100 אלף דולר. ושלב שני מחדש 6/02 ואילך. שאת התוצאה אנו רואים במסמך נ - 3 מיום 12.6.02. אמנם כתבי יפוי הכח של הנושים הם מתקופה מאוחרת שבין 6.02 לבין 01.03 זאת אומרת שהדיון עם הנושים ועם כל הצדדים עדין לא נסתיים עד 01/2003.

בפני ביה"ד האזורי נשמעה עדותו של הרב לזר שהעיד כי בפני הועד נשמעו הטענות בדבר העושק כנגד המערער והועדה לקחה "הכל בחשבון וניסו לראות לפי המחירים אם בערך שווה". וכן השיב הרב סימנטוב.

הרי כאן הודאה ברורה של המשיב שועד של הקהילה דן וחקר בפרשת העוול והעושק שנעשה למשיב לדבריו. בנוסף אנו למדים מכך שהוא הסכים לברור

של הועד מרצונו ובהסכמתו. ומה שטוען ש"צחקו עליו" צריך לברר בהמשך דברינו. בנוסף לזה ישנם שני מסמכים של הועד נספחים נ - 7 ונ - 8.

במסמך הראשון מיום ד' בטבת תשס"ג, אין עדות כלל לכך שהועד עסק בטענות עושק שבין המשיב לבין המערער רק הכותרת של המכתב רומזת לכך.

כמו"כ צוין שם שלאחר דיונים ממושכים ושמיעת טענות הצדדים ועדויות הגענו להחלטות אשר היו מוסכמות על הצדדים. מן המכתב נראה כי הועד עסק בברור ובפתרון בעית החובות הכבדים של מר ד. לעשרות אנשים מקרב הקהילה. לעומת זאת במכתב השני מיום כ"ח באדר ב' תשס"ג בסעיף 1 יש אשור מלא כי בישיבות הועד נשמעו טענותיו של מר ד. נגד ז. ושאר הקונים הן בצבור הן באופן אישי בפגישות עם הרבנים וחברי הועד. "הבוררים חקרו את ז. במידת מעורבותו בעסקאות עם ד. הבירור נעשה בעיקר עם שלמה... לאחר ששמענו את שני הצדדים והבירור שעשינו הגענו למסקנה כי ז. פעל בתום לב, למרות זאת לפנים משורת הדין ומתוך רצון להשקיט את המריבה, התחייבה משפחת ז. לשלם סכומי כסף. מבחינתנו אנו רואים שהסכסוך בין ד. לז. כמו עם הנושים סגור אחרי שאמרנו את שלנו".

שאלת הסמכות.

ב"כ המערער (בהשלמה לערעור) האריך בענין הסמכות, כי לא מדובר כאן בבית דין רגיל אלא בועד הקהילה, ולכן לא חלים כאן הכללים של קבלת קנין על סמכות הבוררים. ועד הקהל, שהוא מקביל לז' טובי העיר או לכה"פ לבי"ד של אומנים. אינו צריך קבלת קנין אלא פועל מכח המנהג וקבלת הצבור שהוא משויך אליו.

דרכי הפסיקה

גם בבוררות של טובי הקהל ובי"ד של אומנים צריך להעשות צדק עם היחיד, שהרי לא מדובר כאן בתקנה של צבור שנאמר בזה שאם היחיד נפגע לית לן בה. מדובר כאן בפתרון בעיה של נושים רבים מול לוה יחיד, ואע"פ שיש לענין משקל בחיי הצבור של הקהילה, קשה לומר שטובי הקהל רשאים לעשות כאן תקנה לטובת הקהילה ולגרום עול ללווה, כי בעקרון אין זה ענין של צבור אלא ענין של הפרט. לכן אנו צריכים לבדוק האם התוצאה של ההסדר היא לטובת הצדדים מבלי שיגרם עוול באופן בולט. יתכן ומדרכי הפשרה רשאים הבוררים כאן לגרע מעט מזכויות הפרט אם יש הצדקה לכך ואם זה תורם להסדר כולו.

הקושי בבחינת הדבר הוא שאין לנו נתונים על מסקנות הועדה ועל ההסדר שעשתה. בפרטים שנסינו לדלות מתוך החומר שבתיק נראה שלפחות לגבי חובות של מר ד. לבנקים ולנושים מארה״ב לא נעשה כל הסדר וזה מסתכם במליון דולר.

אנו יכולים ללמוד ממסמכי תגובה של מר ד. וב״כ מיום 1.4.04 שיתר החובות הם בסך 3,500,000 מליון דולר. הפיצוי שמר ד. תובע ממשפחת ז. הוא בסך 2,600,000 דולר. בהסכם מתחייב מר ד. להעמיד את ביתו ששויו כמליון דולר ארה״ב וכן מאה אלף דולר נוספים. ויתר הצדדים לדיון מלבד הנושים כולל ועד הקהילה יעמידו סכומי כסף נוספים שאין אנו יודעים בדיוק את ערכם. אבל התוצאה לפי המסמכים של הקהילה שבידנו שלפי הסכום שהושג הענין סגור הן בין הנושים והן בין המערער והמשיב. ז״א שבהסדר שהוגש ע״י הקהילה מופטר מר ד. מסך חובות בסך 2,400,000 דולר ומנגד מוותר על תביעתו ממשפ׳ ז. בסך 2,600,000 דולר.
לכאורה יש כאן חשבון הקרוב להיות צודק.

אולם יש לזכור כי בהסדר של הקהילה תבע מר ד. גם אנשים נוספים את אחיו א.ד. בסך 475,000 דולר ואת א.נ. בסך 500,000 דולר ואת י.ג׳. בסך 320,000 דולר ס״ה 1,300,000 דולר.
בהנחה שהסדר הועד של הקהילה חל גם על חובות אלו אם כן יש בהסדר הפסד של מיליון ושלוש מאות אלף דולר למר ד. אם נוסיף שלא כל הנושים מאיטליה גם אלו שבקהילה קבלו את ההסדר נמצא שההפסד והויתור של מר ד. הוא גדול ביותר.
במכתב ועד הקהילה יש הצהרה שהצדדים קבלו את ההסדר וא״כ ז״א שמר ד. מחל על תביעותיו. אולם אין שום תיעוד נוסף שתומך בכך. אולם ענין החתימה חורג מהדיון שלפנינו כי אנו דנים רק בשאלת הסמכות והקשור בכך. ולשאלת הסמכות אנו קושרים גם את השאלה אם נערך דיון של צדק, בוררות של שקולים נכונים ולא עניני ויתור וחתימות.

אנשי הועד שהעידו בפני ביה״ד האזורי הצהירו במסמך נ - 8 שהם בדקו את הטענות בדבר העושק של הקניות של משפ׳ ז. והגיעו למסקנה שהם קנו בתום לב, וחייבו אותם רק בסכומים מסויימים לפנים משורת הדין. והנה בדיני אונאה אין נ״מ אם היה שוגג או בתום לב אם היתה אונאה מעל שתות, ולכן השקול העקרי מבחינת הלכה לא נלקח בחשבון, וגם הפתרון החשבוני כפי שהראנו לעיל אינו תואם את ההפסד, אולם יתכן שבדיקת מחיר השוק ע״י הועד

העלתה שהפער במחירים אינו כ״כ גבוה כפי שמציג המשיב מר ד. ולכן ההסדר לא מקפח אותו.

לסכום הדיון אין אנו יכולים להתעלם מהצהרות ועד הקהילה שהרבנים שם נוהגים לסגור בעיות מסוג זה בצורה פנימית ע״מ שלא יפרצו לרשות הרבים ולרשויות המשפט האזרחיות, ששם צפויות לזה השלכות מבחינת יחסי הקהילה עם העם שבתוכו הם יושבים. בקהילה קטנה יש חשיבות מרובה לסגירת מריבות במהירות גם למען אחדות הקהילה. התנהגות כזו היא בהחלט בתחום המקובל של טובי הקהל ופסיקותיו.

נכון אמנם שועד הקהל נכנס לנושא ע״מ להשקיט מריבות כדי לשמור על אחדות הקהילה, אולם משנכנס לנושא בדק גם את התלונות של העושק שטען המשיב כנגד המערער. בדיקה זו נערכה בשתי סדרות ובאריכות כפי שנתברר לעיל, ומכיון שהעידו אנשי הועד והרבנים שההסדר היה מחושב כדי לפצות לפי חשבון גם על העושק של התובע אין לנו סיבה לומר שהבוררות של ועד הקהל התעלמה מהתביעה בענין העושק או שהיא דנה בזה בצורה שאינה לפי כללי היושר וההגינות. אין אנו דורשים כלל שהרכב כזה ידון לפי ההלכה כי אין זה בי״ד אלא טובי קהל שדנים ע״מ להשקיט מריבות, וע״מ להנהיג הקהילה בגולה עוינת. אנו דורשים רק שישמעו את הטענות וישתדלו למצוא הסדר הוגן שאינו מקפח את היחיד על חשבון תועלת הצדדים האחרים. לפי דברי אנשי הועד אכן כל הדברים האלו נתקיימו בהסדר המדובר. כמו כן העידו אנשי הועד והרבנים בפני ביה״ד האזורי (ויש גם מסמכים בחתימת המשיב על כך) שבסופם של הדיונים בועד במילנו הגיעו להסכמה כוללת של כל הצדדים וגם המשיב הסכים ואפילו חתם על ההסכמה. אמנם החתימה כמו גם פרטי ההסכם נשמרים בסוד ע״י כל הצדדים, אבל יש רגלים לדבר שהמשיב היה שותף להסכמה כפי שעולה מנספח נ - 3, וזאת בנוסף לעדויות אנשי הועד. גם אם הסכמה זו לא נעשתה בקנין ובצורה מחייבת עפ״י הלכה, מ״מ היא מסייעת להנחה דלעיל שההסדר לא היה מקפח והוא ענה על טענות המשיב בדבר העושק, ואז אין אנו צריכים לבא מכח הקנין או הויתור הממוני של החתימה שבהסכם, אלא מכח פסק הדין של הועד הצבורי, וקי״ל שדבר הנעשה בפני טובי העיר אינו צריך קנין, ש״כ סימן כ״ה סי״ק י״ב, לענין קבלת קרוב ופסול בפני טובי העיר.

נראה ג״כ שבמקרים כגון אלו הענין מסור מלכתחילה לועד הקהילה, ע״מ לשמור על אחדות הקהילה ועל שלומה בקרב העם שבה יושבים כמיעוט, ועל כן אין צורך לקבלת הצדדים את סמכות הועד, ואם אין צורך לקבלת סמכות הרי ממילא אינם יכולים להתחרט ולחזור בהם ולבקש דיון חוזר.

לסכום נראה שיש לקבל את הערעור, ולהורות על סגירת תיק התביעה כנגד המערער משום שקיים הסדר סגור וסופי שנעשה בין החדשים 2/2002 ל - 1/2003 ע"י ועד הקהילה היהודית הפרסית במילנו בין המערער לבין המשיב ולבין 35 נושים של התובע י.ד. (המשיב בערעור) כאשר גם ועד הקהילה "נועם" נושא בעול ההסדר.

חגי איזירר

הופיעו בפנינו הצדדים וב"כ, בערעור על שתי החלטות של ביה"ד הרבני בת"א, החלטה מיום כ"ז בשבט תשס"ג, כדלהלן:

"לאחר עיון בטיעוני הנתבע ותשובת התובע נראה שאמנם התקיימה בוררות באיטליה לגבי חובות ונושים וע"ז הגיע להסדר.
בפנינו זכותו של התובע לנהל דיון בטענתו, שעצם עיסקת מכירת היהלומים לנתבע ע"י בנו נעשתה שלא כדין.
אף, שלפי האמור בסעיף 9 לסכום לכתב התביעה, נראה שהעלה גם טיעון זה בפני הבוררים, לא נראה שדנו בזה, כי עיקר ענינם היה להגיע להסדר נושים לטובת הכלל. הדיון יתקיים ביום ה' בניסן תשס"ג 10.4.03 שעה 10:30".

לאחר מכן, בו' בתשרי תשס"ד ניתנה החלטה נוספת בה נאמר:
"לאחר עיון נוסף בדברי כב' הרבנים שהופיעו בפנינו, המסקנה היא דלהלן: על פי החומר שנמצא בתיק, אין ביה"ד יכול לקבוע שאכן נעשתה בוררות כמקובל, המטרה היתה להרגיע את הרוחות ולא לחפש ו/או למצוא אשמים".

ב"כ המערערים טען בערעורו על החלטה הראשונה, שמאחר וגם כבוד ביה"ד מודה שטעוני הצדדים נשמעו בפני הועדה והרבנים באיטליה, שהצדדים קבלו אותם כבוררים בתביעות שביניהם ופסק דינן מחייב את כולם, מדוע נתן למשיב את הזכות להשמיע מחדש את תביעותיו בעסקת מכירת היהלומים, כנגד המערערים.

ביה"ד מנמק דבריו, שהועדה והרבנים הנ"ל (להלן הבוררים), לא דנו בטענות המשיב, וכן שפסק דינם של הבוררים ניתן למטרה אחרת, והיא להגיע להסכם נושים לטובת כלל הקהילה בלא להתחשב בתביעת המשיב, ועל זה טוען ב"כ

המערערים שמבחינה עובדתית, לאחר שכל המסמכים ומכתבי הבוררים היו בפני כבוד ביה״ד האיזורי וכן נשמעו עדותם בע״פ של הרבנים הבוררים, נראה ברור שהבוררים לא רק ששמעו את טעוני הצדדים בתביעה שנוגעת לעסקת מכירת היהלומים, אלא שדנו בהם ואף נלקחו בחשבון במתן פסה״ד הסופי של הבוררים.

ואמנם בהחלטתו השניה של כבוד ביה״ד, שבאה לאחר שמיעת עדויות הרבנים שהופיעו בפניו, הוא משנה את נמוקו לקביעתו שלמשיב הזכות לתבוע את המערער בתביעה ממונית שנוגעת לעסקת היהלומים שהיתה ביניהם, וזאת בטענה שהבוררות שנעשה ע״י הבוררים באיטליה לא נעשתה כמקובל, ומטרת הבוררות לא היתה תביעת ממון אלא ע״מ להרגיע את הרוחות, כלומר למטרה ציבורית לטובת הקהילה ולא לבדוק את התביעות הממוניות כשלעצמם, ולא למצוא מי אשם בסכסוכים הממוניים.

על החלטה זו ונימוקה, טוען ב״כ המערערים שאמנם נכון שהמטרה לשמה נכנסו הבוררים והרבנים לעובי הקורה היתה, הרצון להביא לשלום ופיוס ולהרגעת רוחות, אולם, אין בעובדה זו, שמסקנותיהם במישור הממוני והפשרה שהחליטו עליה, לא נעשתה בחקירת הצדדים וברור העובדות והטענות בטרם גבשו את הפשרה.

כ״כ טען ב״כ המערערים שלאחר שהבוררים הוציאו את פסק דינם ביה״ד האזורי אינו ערכאת ערעור עליהם ואם לדעתו נפל פגם בהליך הבוררות שמערער את תוקף פסה״ד יחזור המשיב לאותו גוף בורר.

לאחר שמיעת הערעור, הצדדים וב״כ ועיון בכל החומר שבתיק, ולאחר עיון בפסק דינו של כבוד עמיתי הגר״ח איזירר שליט״א בו נתלבנו ונבדקו בדקדוק רב ובבהירות כל המסמכים והעדויות של נציגי ועד הקהילה והרבנים, נראה ברור גם ע״פ מסמכי ומכתבי המשיב עצמו, שהבוררים במסגרת פעולת הבוררות, שמעו את טעוני הצדדים בענין עסקת היהלומים שהיתה ביניהם, דנו בהם באריכות ובהסדר הפשרה הסופי, לקחו בחשבון גם את תביעותיו הממוניות המסוימות של המשיב כנגד המערערים בכל הנוגע לעסקת היהלומים ״והאונאה״ שנעשתה לו בעסקה ע״י המערערים. וזאת למרות העובדה שהמטרה המרכזית של הועד והרבנים היתה להשקיט את המריבות והסכסוכים הממוניים שבין אנשי הקהילה, כולל הסכסוך הממוני שבין הצדדים שבפנינו, דברים שגרמו למשבר במערכת היחסים הפנימית בקהילה ואיימו להביא לפגיעה קשה באחדותה ושלימותה של הקהילה.

אולם כפי שהעידו אנשי הועד והרבנים, שבסופם של הדיונים הגיעו להסכמה כוללת של כל הצדדים, ושגם המשיב הסכים לה (ויש גם מסמכים בחתימה המשיב על כך). הסכמה זו כוללת בתוכה הסדר ממוני שלוקח בחשבון גם את התביעה הממונית שקשורה לעסקת היהלומים שבין הצדדים.

מהחלטותיו של כבוד ביה"ד האיזורי עולה שהוא מוצא, שהתנהלות הבוררים במילנו, שהם נציגי ועד הקהילה והרבנים, לא נעשתה כמקובל בכל הנוגע לתביעת המשיב בענין עסקת היהלומים וכל מטרת עסוקם בסכסוכים הממוניים היה למצוא פתרון למשבר שפרץ בין חברי הקהילה ולהשכין שלום בקהילה, אולם כפי שהוכיח כבוד הגר"ח איזירר בפסק דינו והוזכרו הדברים לעיל, חלק התביעה הממונית של המשיב זכה לטפול ובדיקה אצל הבוררים והיתה לזה השפעה על החלטתם הסופית והכוללת גם ביחס לצדדים.

פרט לאמור, וזה העיקר, יש לציין שהבוררים נציגי הקהילה וועד הקהילה והרבנים עסקו בבוררות בתביעת המשיב כנגד המערערים בעסקת היהלומים, במסגרת סכסוכים ותביעות ממון של חברי קהילה אחרים, ע"מ למנוע את המחלוקות והסכסוכים שהיו בתוך הקהילה ואיימו על שלמות הקהילה ופגיעה בחבריה, ולזה הסכימו הצדדים ושאר חברי הקהילה. הסכמת הצדדים נבעה בין השאר מרצונם שהמסגרת הקהילתית תישמר, ושהם באופן אישי כחברים בקהילה, ישמרו מהחשש שעסקיהם בתוככי הקהילה עלולים להחשף לעיני השלטון האזרחי, דבר שהשלכותיו קשות ביחס לכל אחד ואחד מהם. אין בוררות זו דומה או שוה לכל בוררות בתביעות ממוניות של יחידים שהבוררות מתמקדת בתביעות הממוניות בלבד והבוררים מקבלים את כוחם וסמכותם מכח קבלת הצדדים עליהם.

כתב הרמ"א בשו"ע חו"מ סי' כ"ב סעיף א', במי שקבלו עליהם בוררים, שהם ממונים בעיר או טובי העיר, שלא יכולים לחזור. כי כן נוהגים בכל מה שאדם מקבל לפני ראשי העיר שלא יוכל לחזור בו. והוסיף שם הסמ"ע, ס"ק י"ב, שכל דברי הקהל ג"כ א"צ קנין. וכן כתב הרמ"א בשו"ע חו"מ ס"ס קס"ג. וכתב הגר"א בבאורו בסי' כ"ב ס"ק י' ד"ה כי כן, "והוי כקיבלם בין לדין בין לטעות, וכן א"צ קנין כמ"ש בש"ס קס"ג". ומפרש שם הגר"א, בס"ק ט' מדוע גם אם טעו הממונים בעיר שלא יכול לחזור, "שידוע שאין פוסקים דין ברור והוי כקיבלו בין לדין בין לטעות בסי' כ"ה (ע"כ)".

ובשו"ע חו"מ סי' כ"ה סעיף ג' ברמ"א נאמר:

"...אבל אם קבלום עליהם בין לדין בין לטעות או בזה"ז שמכריחין הקהל, הדיינים ע"פ חרם, שיהיו דיינים בעל כרחם לא ישלמו אפי' טעו".

על פי הלכות אלו המשיב אינו רשאי לחזור בו מהסכמתו ולדרוש שתביעותיו כנגד המערערים יתבררו מחדש בפני בי״ד, לאחר שקבל על עצמו את נציגי הקהילה והרבנים, והם שמעו תביעותיו וטענותיו כלפי המערערים, דנו בכך ופסקו. וכפי שפסק הגר״א, דגם אם טעו בפסיקה, הוא קבל עליו את הדין. על כן אין מקום ליתן לו הזכות לחזור ולתבוע את המערערים בעצם עסקת היהלומים, לאחר שתביעה זו נשמעה נדונה ונפסקה ע״י ועד הקהילה והרבנים. יש להוסיף ולהדגיש שהלכות אלו שקבעו הרמ״א והגר״א במי שקבלו עליהם בוררים שהם ממונים בעיר או טובי העיר, נאמרו שהממונים אלו עסקו כבוררים בתביעה ממונית בפני עצמה בלא כל קשר לעניני העיר והצבור, ואילו בנדון דנן, ועד הקהילה והרבנים עסקו בתביעות הממוניות כחלק בלתי נפרד מהנושא הצבורי קהילתי, והדאגה לבטול הסכסוכים והמחלוקות שהיו בין אנשי הקהילה כולל הצדדים שבפנינו שלא יביאו להתפרקותה של הקהילה, וכן רצונם לשמור על שלימות הקהילה.

לאור זאת, יש לראות את מעמדם, סמכותם ותוקף החלטותיהם מנקודת ראות של נבחרי צבור ושליחיו, שנתמנו וקבלו עליהם לעסוק בצרכי הצבור. כך שגם הנושאים הממוניים שעסקו בהם במסגרת זו, כולל תביעת המשיב בעסקת היהלומים כנגד המערערים הפכה להיות כחלק בלתי נפרד מהענין הצבורי של הקהילה. וכפי שעולה מהחומר שבפנינו ומעדויות הועד והקהילה והרבנים, גם הקהילה תרמה מחלקה כספים ע״מ ליישב את הסכסוכים הממוניים של בני הקהילה, ולהגיע לידי פשרה והסכמה בכל התביעות והסכסוכים הממוניים.

על כן פסק דינם וההסכמה שהגיעו אליה מחייבים את כל בני הקהילה כולל הצדדים שבפנינו, מכח סמכותם כנבחרים וטובי הקהילה, ולענין זה אין לבית הדין שהצדדים חתמו לפניו שטר בוררין, כל סמכות לדון ולפסוק בתביעה הממונית בפני עצמה משום שענינה הוכרע ע״י ועד הקהילה והרבנים באיטליה במסגרת הדין הצבורי.

מסקנת דברינו, הערעור מתקבל, ויש לסגור את תיק הצדדים בביה״ד האזורי.

למרות האמור, מפני דרכי שלום וטובת הקהילה ובני הקהילה אנו פונים לרבנים הנכבדים ולועד הקהילה שעסקו בענינם של הצדדים, לאפשר למשיב להציג בפניהם בכתב את טענותיו והשגותיו לפסק דינם, בכל הנוגע לענין עסקת

היהלומים שהיתה בינו לבין המערערים. וע״פ שקול דעתם של כבוד הרבנים והועד יוחלט האם יש מקום ליתן זכות שימוע למשיב ולמערערים בנושא עסקת היהלומים.

כ״כ אנו פונים למשיב לסייע ביד הרבנים וועד הקהילה לשמירת שלימות הקהילה וטובת בני הקהילה. והאמת והשלום אהבו.

אברהם שרמן

ראיתי את דברי חברי הרה״ג א. שרמן שליט״א המסכימים לדינא עם מה שכתבתי לעיל, ואני מצטרף גם לתוספת שבדבריו בענין הפניה לרבנים שערכו את הבוררות במילנו לאפשר למשיב לשלוח טענותיו בכתב, כאמור בפסק דינו של חברי, והפניה למשיב בדבר שמירת שלום הקהילה.

חגי איזירר

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

תביעה לחידוש דיון לאחר פסק זבל"א שאושר בביהמ"ש[1]

לפנינו ערעור על החלטת ביה"ד האזורי מיום י"ט בכסלו תשס"ד[2]. בדיון הראשון שהיה בפנינו נדרש המערער להגיש כתב ערעור מתוקן שיתייחס לפסה"ד של ביה"ד האזורי ולא לתביעות שיש לו אל הנתבעים. הוגש כתב תביעה מתוקן ותגובת המשיבים עליו ותגובה לתגובתם. כמו כן נערך דיון בהעדר המשיבים

1 נימוקים בתיק ביה"ד האיזורי ת"א. א.ד. נ' א.ג.

2 בין התובע והמנוח ד. ז"ל התקיימו הליכים ממושכים שנמשכו שנים רבות בפני הבוררים הרה"ג הרב אברהם קופשיץ, הרב חיים אלעזר שיינברגר והרב בנימין כהן שנתנו פסק דין בשנת תשנ"ד, ואח"כ בתביעתו של התובע לביהמ"ש המחוזי להחלפת הבוררים ואח"כ לביטול פסק הבוררים. ביהמ"ש דחה את התביעה, אישר את פסק הבוררים ואף חייב את התובע בהוצאות משפט.
לאחר פטירת ד. בקש התובע לחדש את הדיונים עם היורשים על מנת "לבטל את התשלומים בהוצל"פ ולהחזיר את מה שהם גזלו ממני".
לאחר העיון בכל המסמכים שצורפו לתביעה ביה"ד האיזורי דחה את הבקשה, וקבע שאין מקום לחדש את הדיונים בנושא שכבר הוכרע בפסק הרבנים הבוררים הנ"ל, ואף נבדק שנית ביסודיות ראויה לציון על ידי ביהמ"ש, לפי תביעתו של התובע עצמו.
בנימוקיו כתב ביה"ד האיזורי, ש"הבוררים נבחרו בדרך של זבל"א, כשכל צד בורר לו נציג אחד, והבורר השלישי הרה"ג א. קופשיץ שליט"א נבחר בהסכמה כמכריע. במהלך הבוררות אף החליף התובע את הבורר מטעמו, "בטענה שאינו מתנהג ע"פ מה שמינה אותו" (כלשון פסק הבוררים). והדיונים התמשכו מאד עקב הצורך להתחיל את הדיונים מתחילתם. הבוררים גם נעזרו באנשי מקצוע שונים שהוסכמו על דעת הצדדים ואלה נתנו את חוות דעתם.
גם ביהמ"ש מינה מומחים שונים מטעמו בהסכמת הצדדים, וכל הטענות שהעלה התובע בבית המשפט המחוזי כלפי הבוררים, הן לגופו של ענין והן על פגיעה בכללי הצדק נידחו, והוא אף זכה להערות מאד לא מחמיאות על אי אמירת אמת, התחמקות וחזרה מהסכמות.
לאחר שהפסיד את תביעתו בביהמ"ש, הוא הגיש תביעה בביה"ד האיזורי כנגד הבוררים עצמם.
עתה לאחר מותו של איש ריבו ד. מבקש התובע להתחיל בפנינו את כל הדיונים מהתחלה, כאשר מולו ניצבים יורשי המנוח לבדם. אין ספק שצודקים יורשי המנוח בתשובתם מיום טז תמוז תשס"ג לבד"צ העדה החרדית, שאין לו זכות לתובעם כלל".

אשר בחרו שלא להופיע. טענות המערער הינן שיש מקום בהלכה לחקור ולדרוש אחר פסק של בי״ד קודם כאשר נראה שטעו. אולם לשם כך צריך הבי״ד שאליו מוגשת התביעה להוכח שיש כאן ולו ״לכאורה״ טעות כדי לדון ולברר את הטעות. שאם לא כן, כל פס״ד שיוצא בישראל בכל מערכת שהיא נתון לערעור בפני כל בי״ד מכל מערכת שתהיה.

פסק הדין של בד״צ העדה החרדית משנת תשנ״ה נסתיים אמנם בקביעה שיש להם ספקות, אבל אין אנו יודעים במה דנו שם, אם דנו באשור פס״ד הבוררות או במתן כתב סרוב. ואם נכנסו לגוף הענין ושמעו הדין ודברים כולו, אם לאו.

אמנם נראה שבכתב הסרוב נסתיים העיון בפס״ד באדר תשנ״ד. וזה היה בענין כתב הסירוב שהוצא ע״י ביה״ד של הבוררים על פס״ד ביניים בחודשים טבת - שבט תשנ״ד, ואושר ע״י ביה״ד לממונות בחודש שבט תשנ״ד. וע״כ נראה שהפס״ד של הבד״ץ מיום י״א בטבת תשנ״ה מתייחס אכן לתביעה לאשור הפס״ד הסופי. אולם מסקנת הבד״ץ, שהם מסתלקים ואינם קובעים שום אשור ולא ביטול, אינה מהוה פסיקה, אלא לכל היותר עילה לחקור בדבר ולבדוק אם ההליכים היו תקינים.

בנדון שלפנינו עיקר טענות המערער, כי הטעות בדין היא שנודע לו כי בי״ד ישב עם הצד השני שלא בנוכחותו, וכמובן שע״ס שמועות לא נוכל לפסול בי״ד.

בנוסף לזה, נכון הדבר שהלכה פסוקה היא שאסור לדיין לשמוע צד אחד שלא בפני חברו, כמבואר בשו״ע, חו״מ, סימן י״ז סעיף ה׳, אולם בדיעבד אם עבר ושמע מותר לפסוק. עיין ש״כ, שם, ס״ק ט׳, עפ״י מהר״י בן לב ומהרש״ם וכ״פ פתחי תשובה שם. ויש להוסיף, שכאשר מדובר בבי״ד של זבל״א, והנברר של מי שאינו נוכח היה נוכח, יתכן שכו״ע מודים שבדיעבד מותר לפסוק.

בכתבי הערעור הראשון הוא כותב שיוכל להביא עדים שביה״ד ישב עם המשיב שלא בנוכחותו של המערער. אבל בכתב הערעור המתוקן אינו חוזר על כך. טענותיו האחרות הם, שביה״ד קיבל מומחים מטעם המשיב וישב אתם לברור, ולא ניתן לו רשות לחקור אותם.

בפס״ד הבוררות נאמר, שהמומחה הראשון מר בלייברג זומן ע״י הבורר מטעם המערער, ומנהל החשבונות מר מינצברג מונה בהסכמת שני הצדדים. הזכות לחקור מסורה בעיקרה לבית הדין, ובדין תורה אין ביה״ד חייב למסור זכות זו לצדדים, ובודאי לא בי״ד של זבל״א. שכן הבורר מטעם המערער יכול היה לקיים כל חקירה שרצויה למערער.

ביה״ד מאשר גם כן בפס״ד הבוררות, שמר מינצברג ישב גם בהרכב המחודש עם כל אחד מן הצדדים, ועם הבוררים שלהם, והוכח שקופת השותפות לוקה בחסר.

בספור ענין המומחים מאריך ביה״ד של הבוררים להדגיש, היו כמה וכמה מומחים. לגבי המומחה הניטרלי היו אכן השגות מצד המערער והבורר מטעמו

וביה"ד ישבו עם הצדדים ועם מנהל החשבונות ע"ז. ולא היו בדבריו כדי השגה על הדו"ח. לגבי יתר המומחים מציין ביה"ד שכולם היו בהסכמת שני הצדדים, ואליבא דכל המומחים נמצא שמר ט. השקיע בבנין סכום פחות באופן ניכר ממה שמסר והצהיר.

הנוגע לענייננו הוא, שביה"ד קובע שהמומחה העיקרי הניטרלי נחקר גם בפני המערער. כמו"כ קובע ביה"ד שהיו מומחים רבים נוספים שאשרו את דבריו, וכולם באו בהסכמה של שני הצדדים, כולל מומחה אחד מטעמו של המערער. כמו כן קבענו שביה"ד הוא זה שצריך לחקור לפי הדין ולא הצדדים, ובפרט כשיושבים בדין של זבל"א.

מה שכתבנו לעיל זו סיבה מספקת כדי לא להתערב בהחלטת ביה"ד האזורי אשר את נמוקיה אנו רואים לצרף לנמוקינו.

הצדדים העלו בכתבי הטענות נקודות נוספות הראויות להתייחסות. המשיב טוען, שכיון שהמערער פנה לערכאות לבטל פסק הבוררים, ונדחה, לכן אין לו זכות שתשמע תביעתו בבית הדין. המערער טוען להגנתו שתי טענות. א. המשיב הוא זה שפנה לערכאות לאשור הפס"ד, ולכן תביעתו של המערער היתה בבחינת התגוננות. ב. המערער קיבל היתר מהגאון ר"י פישר זצ"ל.

לגבי הטענה הראשונה, המערער היה זהיר ולא כתב שהמשיב פנה ראשונה, ואין אנו יודעים מי פנה ראשונה. נניח שהמערער פנה ראשונה, יכל המערער להסתפק בהגשת כתב התנגדות לאישור הפס"ד, ולא בתביעה להחלפת הבוררים, ואח"כ בתביעה לביטול הפס"ד. בנוסף לכך, ברור שהתביעה לפסילת הבוררים והחלפתם הוגשה לבית המשפט לפני שהוגשה לבית המשפט בקשה לאשור הפס"ד, שכן הבקשה לפסילתם הוגשה טרם מתן הפס"ד. ומיד עם מתן הפס"ד, ביקש ב"כ המערער מבית המשפט למחוק את התביעה להחלפת הבוררים, והגיש תביעה לבטול הפס"ד. הפס"ד ניתן ע"י הבוררים ביום כ"ה בתמוז תשנ"ד, וביום ז' באב תשנ"ד (14.7.94) כבר הוצהר ע"י ב"כ המערער בבית המשפט, שהוא מבטל את התביעה להחלפת הבוררים, ויש לו כוונה להגיש תביעה לבטול פסק הבוררים.

יתר על כן, למשיב היה היתר מסוים לפנות לבית המשפט, כיון שבית הדין לממונות נתבקש לאשר כתב סרוב שניתן ע"י ביה"ד של הבוררים בשבט תשנ"ד, ואכן אושר הכתב סרוב.

אולם יש לדחות, שכתב סרוב זה הוא על החלטות שהיו קיימות בשבט תשנ"ד, ולא על פסה"ד הסופי מיום כ"ה בתמוז תשנ"ד. אמנם בתיק יש צלום פס"ד של הבוררים מיום י"ט מנ"א תשנ"ד (לאחר הפס"ד הסופי), שלאחר אזהרה מי"ג מנ"א תשנ"ד הם קובעים שהנתבע (=המערער) ט. דינו כמסרב לדין תורה.

המשיב מצרף פס"ד של בי"ד של הגאון ר' נסים קרליץ, שמי שנקבע ע"י ביה"ד כמסרב לפסק דינם, רשאי הבי"ד ליתן רשות לבצע הפס"ד בכל צורה

שתהיה. רשות זו לא מצאנו שניתנה במפורש. אולם יתכן שגם אם תבע המשיב אשור הפס"ד בביהמ"ש מבלי רשות בי"ד, אין זו תביעה לערכאות, כיון שהפס"ד התורתי כבר ניתן, ולפי החוק טעון פס"ד בוררות אשור בית משפט כדי שניתן יהיה לאכפו. וא"כ מי שהולך בתביעה ליתן יכולת אכיפה לפס"ד (שהיה מלכתחילה בהסכם שיהיה בהליך של בוררות), אינו נדון כמי שהולך לערכאות. שכן כל כח הערכאות הוא על יסוד פסק הדין של תורה, והם רק מאשרים את יכולת הכפיה.

אולם מי שהולך לערכאות כדי לבטל את פסה"ד של הבוררים, הוא בודאי בנגוד לדין תורה. ומה שטוען שקיבל אשור, עליו הראיה. והוסיף חומרא במעשיו, שהגיש תביעה ממונית גם נגד הבוררים עצמם. וגם יש לשים לב לטענת המשיב, שטענת הרשות מהגאון ר"י פישר זצ"ל נטענת לאחר פטירתו של הגאון.

יש בתיק אשור מהבד"ץ שהחל מאלול תשס"א יש למערער רשות לפנות לכל מקום שירצה. אולם התביעה שלו בערכאות נגד המשיב הוגשה כשנתיים לפני כן.

לגבי טענת המשיבים, שכיון שהמערערים תבעו בערכאות בטול הבוררות, ותביעתם נדחתה, הרי הפסידו תביעתם, י"ל שהתביעה שם היא על תוקף הפס"ד מכח חוק הבוררות, ולא ערעור על הפס"ד מכח דין תורה, ולכן גם אם הפסידו שם בדין היינו לגבי תקף חוק הבוררות, אבל הם עדיין רשאים לטעון נגד תוקף הפס"ד מבחינת דין תורה זהו הנדון שלפנינו.

אנו חוזרים לדברינו הראשונים, שאין כאן טעות אפילו לכאורה בדברי הבי"ד של הזבל"א, ואנו מצרפים את נמוקי ביה"ד האזורי לנמוקינו, ועל כן מחליטים לדחות את הערעור.

ניתן ביום ל' שבט תשס"ה
(09/02/2005)

יונה מצגר אברהם שרמן חגי איזירר
יו"ר

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

כשרות עדים שאינם שומרים תורה ומצוות[1]

הופיעו בפנינו המערערים אילן ודליה בערעורם על פסק דינו של ביה״ד הרבני בת״א מיום ג׳ בטבת תשס״ג, בו אסר על המבקשים לחזור ולהנשא זל״ז משום שהאשה אסורה לחזור למבקש שהיה בעלה הראשון, וכן שהמבקשת זקוקה לחליצה מאחי בעלה השני.

מדובר במבקשים שהיו נשואים ז״ל כדמו״י ונולדה להם בת, הם התגרשו בשנת 1996. לאחר מכן בשנת 2000 נשאה המבקשת שנית למר מאיר. סדר את החו״ק הרב הראשי לנהריה הרב מיטליס שליט״א. מאיר נפטר ללא ילדים. המבקשים עתרו לביה״ד הרבני לאפשר להם לחזור ולהנשא זל״ז למרות שלאחר גרושיה נשאה לאחר, וזאת בטענה שנשואיה השניים עם מאיר אינם תקפים משום שעד אחד שהיה עד בקידושין אינו כשר. המבקשים צרפו לבקשתם שתי עדויות בכתב של העד הנ״ל. בתצהיר אחד כותב העד שהוא מודה ומתודה שעוד לפני היותו עד בחתונת המבקשת וגם אחרי החתונה הוא התגלח והשתמש בסכין שהוא תער. בתצהיר השני הוא כותב שהוא מודה ומתודה שבהיותו עד בחתונתה של המבקשת הוא לא ראה את הקדושין מכיון שהיו הרבה אנשים ועמד אחרי הרב. מכח שני מכתבים אלו מבקשים המערערים מביה״ד האזורי להפקיע את נשואיה השניים של המבקשת שנערכו ע״י הרב של נהריה, ולבטל את חיוב החליצה שחל על היבם אחיו של הבעל שנפטר, לחלוץ את המבקשת, והאסור שחל להשיא את האשה כל זמן שלא תתקיים בהם מצות החליצה.

ביה״ד האזורי דחה את בקשתם של המערערים.

הרקע לבקשתם של המערערים, ששניהם חזרו לשמירת מצות ומזה כשנה שהם גרים תחת קורת גג אחת, ולדבריהם אינם מקיימים יחסי אישות, ומבקשים להתיר להם להנשא כדמו״י בלא חשש אסור של מחזיר גרושתו לאחר שנישאת לאחר, ואסור לחיות עם יבמה לפני שנתקיימה חליצה.

כאמור, ביה״ד האזורי בפסק דינו דחה בקשתם וקבע שחל על המערער אסור להחזיר ולשאת את גרושתו (המערערת) וכן שהמערערת זקוקה לחליצה מאחי בעלה.

---

1 נימוקים בערעור 6480/ס״ד ט.י. נ׳ פ.מ.

בערעורם בפנינו מבקשים לבטל את פסק דינו של ביה״ד האזורי ופונים לבית הדין הגדול שיפקיע את נשואי המערערת עם בעלה המנוח בטענה שעד אחד של הקדושין הוא עד פסול וממילא הקדושין בטלין. כ״כ צרפו המערערים חוו״ד הלכתית של רב שלא רצו לומר את שמו, אך טענו שהוא רב גדול וחשוב, בה הוא מנסה לתקוף ולסתור את הנמוקים ההלכתיים שבפסה״ד של ביה״ד האזורי.

לאחר שמיעת הצדדים ועיון בנמוקי פסה״ד של ביה״ד האזורי, בכתב הערעור ובחוו״ד של הרב שצורפה לערעור, לא מצאתי כל נמוק הלכתי שבכוחו לערער את תוקף נשואיה של המערערת עם בעלה המנוח.

כאמור לעיל המערערים מבקשים לבטל את נשואיה של המערערת מכח תצהיר בכתב שהעיד עד אחד של הקדושין על עצמו שהוא עבר עבירה והתגלח בתער. וכן שהוא לא ראה את הקדושין עצמם. ומסיבות אלו בלבד יש לבטל את כל תוקף הקדושין והנשואין. העד הנ״ל לא הופיע בביה״ד והעיד בפיו על עצמו את שנאמר בתצהיריו. ועדותו זו לא נחקרה ע״י ביה״ד. ואפילו אם היה מופיע ומעיד על עצמו שעבר עבירה שהתגלח בתער, הלכה ברורה בשו״ע חו״מ ד׳ סעיף כה:

״אין אדם נפסל בעבירה על פי עצמו אלא על פי עדים שיעידו עליו, שאין אדם משים עצמו רשע״.

ומאחר ובנדון דנן לא הופיעו עדים בביה״ד שהעידו על העד שעובר את העבירה אין כל נמוק לפוסלו. ולערער תוקף הקדושין שהיה עד להם.

מתוך עיון בחומר שבתיק, ומנמוקי פסה״ד של ביה״ד האזורי נראה שביה״ד האזורי לא ראה כל צורך להזמין את העד ולחקור את התצהירים שכתב, וכן לאפשר למערערים להביא שני עדים שיעידו על העד לפסלו כעד קדושין ולהפקיע חלות הקדושין.

אפילו אם היו באים בפני ביה״ד עדים ומעידים שראו את העד הנ״ל מתגלח בסכין שהוא תער, עדין אין בזה לקבוע שהוא עד פסול. ידועים דברי הרע״א בתשובותיו, מהדורא קמא סימן צ״ו, הובאו בפתחי תשובה אה״ע סימן מ״ב אות י״ח, בעדי קדושין שהוגשה עליהם עדות שהם מגלחים זקנם בתער, שכתב שאין להתיר בלא גט, ובין הטעמים שנתן בנדון שהיה בפניו כתב, ״די״ל דהשחתה בתער שנפשט בעו״ה אצל הרבה לא חשב שהוא איסור כ״כ דלא משמע להו לאינשי דאסור״.

אמנם מובא בשו"ת אבני נזר, ח' אהע"ז סי' קל"ז, שמסייג את דברי הרעק"א וכתב שם בס"ק ז' וז"ל:

"אך מ"ש שאחד מהעדים מגולח זקן בתער וכבודו דחה זה והביא מתש' הרע"א סי' צ"ו דאין לפסול משום זה דנעשה כהיתר בעוה"ר, ודומה לקושר ומתיר בשבת, לא כן עמדי, הרעק"א לא דיבר רק על מדינה שדר בה הוא דייטשלאנד, לא כן במדינתינו, ומי שמגלח זקנו בתער הכל יודעין כי פושע ישראל הוא".

ונראה דבנדון דנן אף שאין לנו ידיעה והכרות של העד, גם האבני נזר יסכים לדברי הרעק"א, שכן הנסיבות של ימינו דומות יותר לקהילות דייטשלאנד מאשר לקהילות פולין, עליהם דבר האבני נזר. וכך נראה מדברי האבני נזר שם סימן קס"ב ס"ק ו' שכתב:

"ועל דבר עידי נא יארק שחשש כבודו שאינו ברור בעיניו שהם כשרים יען נמצא שם הרבה מחללי שבתות, ואם כי זאת בודאי משגיחים הב"ד שלא יהיה מחללי שבת ח"ו אך באיסור הוצאה שכהיתרא דמי לסתם אנשים במדינת אשכנז אולי יש לחוש על העדים... הנה אף אם היה כן, הלא בש"ע חו"מ סי' ל"ד משמע, דבכל פסול עדות אם אינו יודע שנפסל בכך לא נפסל, וכן תפס בפשיטות בתשו' רע"א סי' צ"ו, ואותם עדים רח"ל שמזלזלין באיסור דמשמע להן כהיתרא והבי"ד מכשירם בטח לא עלה על דעתם שיפסלו לעדות...

ועוד כיון דכל החשש דכהתירא דמי לא יפסל, וכן כתב הרעק"א ז"ל בסי' הנ"ל".

הרי שביחס לקהילות באמריקא מסכים האבני נזר עם הרעק"א. ובודאי שיש לדמות את הנסיבות של ימינו בהם חי העד יותר לאמריקה (נוא יורק) מאשר לקהילות פולין שבימי האבני נזר.

כאמור דברים אלו נאמרו כאשר היתה הודאה ועדויות על כך שהעד עבר עבירה דאורייתא בגלוח זקנו בתער, ובנידון דנן שלא נשמע ולא נחקר העד בביה"ד על דבריו במכתב, וכן לא היו עדים שהוא עובר עבירה במזיד של גלוח בתער.

לאור האמור, אין כל עילה שתצדיק לערער על תוקף נשואיה של המערערת בפסילת העד.

לאחר העיון בכל החומר שבתיק ובפרט בכתב העדות של העד, לא ברורים לי דברי ביה"ד האזורי בפסה"ד נשוא הערעור, שהעד העיד על עצמו במכתב

עדותו שהוא אינו שומר מצות והוא מתגלח בתער. בעוד שבכתב עדותו המצוי בתיק הוא מעיד על עצמו רק שהוא מתגלח בסכין, ולא נזכר כלל לענין אי שמירת המצוות בכלל, ולא ענין שמירת השבת בפרט.

בפנינו אמרו המבקשים שהעד שבקשו לפסול היה דתי ונפל ביהדות, ובשעה שהעיד הוא היה מחלל שבת, וכמלצר כתב הזמנות מהשולחנות בשבת.

דבריהם אלו מעוררים תמיהה, אם אמנם הוא מחלל שבת, מדוע בכתב העדות שמסר למבקשים לא נזכר כל הדבר. ברור שכתב העדות שלו נכתב ביוזמת המבקשים ויש להניח שהם שהכתיבו לו את המכתב. שכן קשה לומר שהעד בקי בהלכות פסולי עדות, ויודע את ההלכות מתי מעשה העבירה פוסל את העד לפני היותו עד, וגם לאחר מכן, כפי שנכתב במכתב. על כן יש להטיל ספק במהימנותם של המבקשים בענין זה.

מדבריהם בפנינו עולה שהעד היה חבוש כיפה בשעה שהרב הראשי בנהריה מסדר החופה והקדושין בקש ממנו להיות עד קדושין, וכך היה בשעת הקדושין, וכן המבקשים העידו בשם כבוד הרב הראשי דנהריה שליט״א, שמבחינתו אין בעיות והוא עשה כל הדברים כמו שצריך.

לאור כל האמור תמוהים בעיני דבריו של אותו רב שמסר ביד המבקשים חוו״ד הלכתית לבטול הנמוקים ההלכתיים של ביה״ד האזורי בפסק דינו, וב״כ המערערים צרף חוו״ד זו לגוף הערעור.

כותב אותו רב, כנגד קביעת ביה״ד הרבני, (שאין אדם משים עצמו רשע, ולכן עדותו של העד שהוא מתגלח בתער אינה מתקבלת ואין בכוחה לפסול את העד), שבמקום שרגלים לדבר שהוא ריק ופוחז יכול לשים עצמו רשע. ולכן במקום שניכר לכל שהוא רשע יכול להעיד על עצמו מדאורייתא.

ותמוה ע״פ איזה עדות או עובדות הקשורות לעד האמור, קובע הרב שעד זה ניכר לכל שהוא רשע וכן שהוא ריק ופוחז. וכנאמר בדברינו לעיל, לא קיימת כל עדות שתצדיק את קביעותיו של הרב, עליהם מתבסס ב״כ המערערים. דברי הראשל״צ הגאון הרב עובדיה יוסף שליט״א בתשובתו (בשו״ת יביע אומר ח״ז סי׳ י״ח אות ד׳) מתיחסים לאדם שהעיד על עצמו שהוא מחלל שבת, ויש עובדות וידוע וניכר לכל שהוא איננו בתורה ומצות, דבזה הביא את אותם פוסקים דאמרינן בזה אדם משים עצמו רשע, על כן ודאי אין לדמות דבריו לנדון שבפנינו.

בהתייחס להערתו של אותו רב על ביה״ד שכתב בפסה״ד נשוא הערעור, שבדורינו אשר רוב הצבור אינו שומר מצות כראוי, יש להחשיב את העד כתינוק שנשבה וכגון זה אינו נפסל לעדות, כותב אותו הרב שדבר זה אינו נראה מדברי הפוסקים, שהתירו בנים שהיו בחזקת ממזרים לבוא בקהל אחר שנתברר שהעדים היו מחללי שבת, ממילא פסולים לעדות ולא הוה קדושין, וכ״כ בשו״ת יביע אומר, ח״ט סי׳ ב׳, להתיר להנשא ולא הוה ממזר כיון שהעדים היו פסולים. ועי׳ יבי״א (ח״ט סי׳ ח׳ וכן ח״ח סי׳ ו׳ ז׳ ח׳), ולא אסר מטעם תינוק שנשבה וכשר לעדות.

ראשית כפי שכתבנו לעיל, בנדונינו לא היתה כל עדות או הודאת העד על כך שהוא מחלל שבת או שאינו שומר מצות, כך שאין כל מקום לדון בשאלה, על מקומו של המושג תינוק שנשבה בקבילות עדים מחללי שבת שאינם בשמירת תורה ומצוות.

בהתייחס לעמדתו של ביה״ד הרבני וב״כ המערערים המצטטים את אותו הרב לענין השפעת מצב תינוק שנשבה לקבילות עדותם של מחלל שבת ואלו שאינם שומרי תורה ומצות, אצרף ברור הלכתי שעשיתי בנדון.

השמוש בעקרון ״תינוק שנשבה״ לקביעת מעמדם של אחינו המנותקים מהתורה והמצוות בכל הנוגע למעמדם המשפטי וקבילותם כעדים בביה״ד, לעדויות המקיימות דבר, מהוה שאלה ובעיה הזקוקה לברור וליבון רב. ביה״ד הגדול לערעורים בירושלים בפסק דין שניתן ע״י כבוד הגאונים הרבנים הראשיים לישראל ר׳ ב״צ עוזיאל זצ״ל, ר׳ י״א הלוי הרצוג זצ״ל והרב משולם ראטה זצ״ל (הובא בקובץ פסקי דין של בית הדין הגדול, קובץ. ורהפטיג, עמודים קלב - קלט), נדונה שאלת כשרותם של עדי קדושין שהודו והעידו עליהם על התנהגות בלתי דתית. וכתב שם ביה״ד בנמוקי פסה״ד, סעיף א בזה״ל:

> ״היא מערערת על כשרותם האישית של העדים ד׳ וה׳ וטוענת ״שמחמת התנהגותם הבלתי דתית הם פסולים לעדות או לכל הפחות פסולים להיות עדי קדושין במובן הדתי. בנוגע לטענה זו צריכים לבסס את כל הדיון על הכלל הגדול שכל ישראל בחזקת כשרות עומד כל זמן שלא הוכחה בראיות ברורות פסלותו, וממבט זה עלינו להתחשב עם תוצאותיו של הברור המציאותי״.

ובהמשך שם בסעיף ג׳ נאמר:

> ״והנה בנוגע לגופו של ענין פסולי עדות מחמת עבירות שבין אדם למקום הרי יש להתחשב עם העובדה שבזמן ובמקום שרבה ופשטה

בעוונותינו החופשיות לרגלי סבות וגורמים כלליים עולמיים, אין עבירות מסוג זה עלולות לחתור תחת נאמנותם של העדים. במצב של הסתר פנים גדול כל כך, כמעט שהם בבחינת שוגגים. פסולם של עבריינים לעדות הוא בשל חשד עדות שקר ולא מגזירת המלך בלי טעם, כמו גבי קרובים, והפסול איננו מן התורה, ולכן בכגון זה קובעים בהרבה ההערכה של נאמנותו של העד לפי מסיבות הזמן והמקום. ואם הבית דין קים לו באדם זה שהוא איננו עלול לשקר בשביל הנאה הרי יש לקבלו כעד כשר (ועיין הרמב"ם הל' עדות פרק כד, האורים ותומים סימן כח סעיף קט ג', תשובות ר' עקיבא איגר ז"ל סי' צו לענין מגלח זקן, שו"ת הגרי"ל דיסקין ז"ל פסקים דף נד ע"ב, שו"ת זקן אהרן להגאב"ד דפינסק סי' עד).
אמנם שאלה זו זקוקה בירור וליבון רב שאין לו צורך כאן בשל הנמוקים המבוררים למעלה".

ומסקנות פסה"ד שם מסקנה ה' נכתב:
"כל איש יהודי בחזקת כשרות עומד ונאמן הוא להעיד בפני בי"ד עד הרגע שבו נפרכה חזקת כשרותו", ע"כ.

ביה"ד בפסק דינו בוחן את כשרותם של עדי קדושין אלו עקב התנהגותם הבלתי דתית גם ע"פ הנסיבות ורקע של זמן ומקום חברתיים כלל עולמיים, של החופשיות וחילוניות שבעבורם ביה"ד רואה אותם כשוגגים ולכאורה ע"פ גורם זה קבע ביה"ד שלמרות התנהגות בלתי דתית (כעשון בשבת) נשארים כשרים לעדות ועדותם מתקבלת. אלא שעיון מדוקדק בפסה"ד מלמד שדברי ביה"ד נאמרו כאשר נקודת מבטם הבסיסית היא הכלל הגדול שכל ישראל בחזקת כשרות עומד, כפי שנכתב מפורש במסקנה סעיף ה, דכל איש יהודי בחזקת כשרות עומד ונאמן הוא להעיד בפני ביה"ד עד הרגע שבו נפרכה חזקת כשרותו. וביה"ד הכריע שעצם ההתנהגות הבלתי דתית עדיין לא מערערת את חזקת כשרותם, ורק עדויות כדין בכוחם להפריך חזקה זו. והוסיף ביה"ד שגם אם יוכח ע"פ עדים שאותם עדים חללו את השבת ועברו על מצוות שבין אדם למקום, גם אז אין לפוסלם, שכן נסיבות הזמן והרקע החברתי שהביאום לעבור על הדת ומצוות הופכים אותם לשוגגים, וכל פסולם הוא רק משום עבריינות מדיני פסול רשע דחמס. ובנסיבות אלו יש לראות עבריינות זו כשגגה שאינה פוסלת את העדים.

כאשר זהו הבסיס לכל דיונו של ביה"ד מובן השימוש בבחינת הנסיבות והרקע של עזיבת התורה והמצוות.

לעומת פסק דין זה מצינו פסק דין אחר של בית הדין הגדול (פסקי דין רבניים, כרך ז׳ עמודים 175 - 182) של הרבנים הגאונים הגרי״ש אלישיב שליט״א והגר״ב זולטי זצ״ל והגר״א גולדשמידט זצ״ל, שדן ג״כ בשאלת כשרותם של עדי קדושין מחללי שבת, שע״פ עדות עצמם הם אינם שומרי שבת. ביה״ד העמיד את השאלה בלשון זו:

״הרי לפי דרכו של עולם בימינו אלה ואורח החיים של בני אדם בתקופה זו, אם בא אדם לפני בית הדין ומספר שהוא מחלל שבת אין לבית הדין כל סיבה שהיא שלא להאמינו על כך, ואף על פי שלפי כללי הדין אין לביה״ד לקבל דבריו, הרי בתוך לבם אין לדיינים כל ספק שאכן נכונים הם הדברים. ואם לדעת הדיינים נכונים הם דברי העדים שהם מחללי שבת, הרי לדעתם לא היו עדים כשרים בשעת הקדושין...״.

דיונו של ביה״ד הגדול נסב על השאלה, איזה סוג עדות תפסול את אותם עדים והאם עדות והודאת עצמם תועיל, למרות הכלל שאין אדם משים עצמו רשע. ביה״ד הביא את דברי שו״ת משפט צדק, חלק ג׳ סימן ד׳, שפסק בשאלה דאין אדם משים עצמו רשע, בזה״ל:

״...אם כן יש לומר דיש רגלים לדברי המגרש דבכי האי גונא חיישינן שירשע לעשות״.

כלומר במקום שיש רגלים לדבר שנכונה היא ההרשעה שהאדם מרשיע את עצמו, מקבלים את הדברים וחוששים להם. ויותר מזה כתב האחיעזר, חלק ג׳ סימן כה, לענין עדים שנאמר עליהם כי הם מחללי שבת, ולא העידו עדים על כך, שכותב בזה״ל:

״...אין לומר משום שלא הוגבה עדות על זה ואינם נפסלים בלי ברור עדות, בדבר שהוא בפרהסיה והכל יודעים מזה אין צריך בזה קבלת עדות״. ע״כ.

ועיין בתשובות מהר״ם מלובלין סימן פא, בתשובות הרמ״א סי׳ ל בשם המרדכי בפרק החולץ, ותשובות דבר משה חלק אורח חיים סי׳ ה. כאמור בדברי פסה״ד נראה, שאם היתה מתקבלת עדות כשרה הפסולת את אותם עדים מחללי שבת, הם היו נפסלים בלי שביה״ד יתחשב כלל בעובדה של הנסיבות ורקעם הכלליים של העדים, שהביאום לנטוש את שמירת השבת והמצוות.

יצוין שהאחיעזר שדן בכשרותם של עדי גט שהם מחללי שבת, הביא את דברי הבנין ציון (שהובאו לעיל) דמחללי שבת של ימיו אינם מומרים אלא בבחינת תינוק שנשבה, כלומר השתמש בעקרון תינוק שנשבה גם לגבי כשרותם

כעדים, ובאר דבריו שמחללי שבת בפרהסיה יש לפוסלם לעדות מכח שתי סיבות, מטעם רשעות ומטעם שמחלל שבת הרי הוא כמומר, ומומר יצא מכלל אחיך, ומי שאינו באחוה אינו בעדות. ועל חלק זה שחלול השבת מוציא את העד מכלל אחיך וזה פוסלו, טען האחיעזר ע"פ דברי הבנין ציון, שכיון שמחללי השבת הם מבחינת תינוק שנשבה, הם אינם יוצאים מכלל אחיך ולכן ניתן לקבלם לעדות. אמנם במסקנת דבריו כתב האחיעזר להתיר אשה שקבלה גט שחתום ע"י מחללי שבת, על האופן המסוים שהיה שם במקרה, וכלשונו בסוף התשובה: "והוראה זו היא רק בנ"ד ולא נדון בדרך כלל על מחללי שבת בפרהסיה אפילו באסור דרבנן".

המסקנה מפסה"ד של ביה"ד הגדול, שהיסוד של תינוק שנשבה ובחינת הרקע החברתי הכללי שהביא לעזיבת שמירת השבת והמצוות, אינו מהוה גורם שיקבע את קבילותם של עדים שעזבו את דרכי המצוות ושמירת השבת.

בפס"ד שיצא ע"י בית דיננו יחד עם כב' אב"ד הרב ש. דיכובסקי והרב ע. בר שלום (פורסם בפד"ר כרך יג, 303 - 311), דנתי בשאלת קבילותם של עדים עולים מרוסיה שהעידו על עולה מרוסיה שהוחזק כיהודי, שהוא נוכרי אוקראיני, אם עצם נתוקם מהתורה והמצוות מהוה סיבה לפסלותם. ובסיס הברור היו דברי פסקי הדין והמקורות שהובאו לעיל.

אולם עדיין ניצבת בפנינו שאלה עקרונית למעמדם וכשרותם כעדים של מי שמנותקים מאורחות חיים של שמירת תורה ומצוות. שכן הלכה היא שהבסיס למהמנותם של עדים בישראל היא חזקת כשרותם, וכן כתב הרמב"ם בהל' יסודי התורה פ"ז ה"ז וז"ל:

> "...כמו שנצטוינו לחתוך את הדין ע"פ שני עדים כשרים ואע"פ שאפשר שהעידו בשקר הואילו וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותם", ע"כ.

הבסיס לחזקת כשרות זו היא העובדה שכל אדם מישראל שנמצא במסגרת חיים של שמירת תורה ומצוות בחזקת כשר הוא עומד. ופסק הרמב"ם בהל' עדות פרק יא ה"א:

> "מי שאינו לא במקרא ולא במשנה ולא בדרך ארץ הרי זה בחזקת רשע ופסול לעדות מדבריהם, שכל מי שירד עד כך חזקה שהוא עובר על רוב העברות שיבואו לידו".

וכן נפסק להלכה בשו״ע, חו״מ סי׳ לד סעיף יז (ועיין בדברי הלחם משנה הל׳ קדוש החודש, פ״ב ה״ב, בבאור דברי הרמב״ם הנ״ל. ודברי הרמב״ם בהל׳ קדוה״ח).

ברור א״כ שכל מי שמנותק באורח חייו מדרכי התורה והמצוות חסר את המציאות שיוצרת חזקת כשרות לעדות. עצם לידתו של אדם כיהודי עדיין אינה נותנה לו חזקת כשרות, אלא אורח חייו בתוך מסגרת המצוות היא שבונה את כשרותו. מקוצר היריעה לא נוכל להכנס לברור הגדרת חזקת הכשרות בפוסקים, אם היא חזקה דמעיקרא כפי שכתבו האבני מלואים, סי׳ קכז ס״ק ב, ובשב שמעתתא ש״א פ׳ טו, וכן בשו״ת נחלת דוד סי׳ כו, או שכח החזקה הוא מדין דרוב ישראל כשרים הם, עיין בפני יהושע גיטין דף יז ע״א סוד״ה משום בת אחותו, שהבין שחזקה דמעיקרא פרושה חזקת הגוף, ולכן שאל שמבטן אמו כבר אפשר שלא היה בחזקת כשרות - היינו שמתחילת ברייתו יש לחוש שהיה טבעו להרשיע - אלא שזוהי חזקה הבאה מכח רוב.

יש שהזכירו שני הטעמים, חזקה דמעיקרא וגם מכח רוב, עיין בנודע ביהודה מהדור׳ קמא אהע״ז סי׳ סט.

לכל הדעות הנ״ל צריך לומר ודאי שחזקת הכשרות אינה מציאות טבעית מלידה, אלא מציאות שנבנית בדרך התנהגות חיים של מערכת התורה ומצוותיה. ע״כ ברור שכאשר מערכת חיים זו חסרה, לא נוצרה חזקת הכשרות.

ענין זה עומד בשורש כל קביעת מעמדם כעדים של אחינו שאורחות חייהם מנותקים מדרכי התורה ומצוות.

נקודה נוספת היא העדר ההכרה ביסודות האמונה של דת ישראל. מציאות זו ג״כ מהוה תנאי בסיסי במעמד כשירות העד במערכות משפטי התורה. הרמב״ם בהל׳ עדות פי״א הל׳ י כתב:

> ״המוסרין והאפיקורסין והמומרים לא הצריכו חכמים למנותן בכלל פסולי עדות, שלא מנו אלא רשעי ישראל, אבל אילו המורדים הכופרים פחותים הן מן העכו״ם...״.

וכן פסק השו״ע, הל׳ עדות סימן לד סעיף כב. ונראה מפשטות לשון הרמב״ם שפסול העדות דמומר אינו משום רשע דחמס שפסול מחשש משקר, אלא כשם שעכו״ם מופקע מדיני עדות ואינו בתורת עדות בישראל, כך גם המומר. אמנם כאשר אותו מומר הוא מבחינת תינוק שנשבה ובמצב זה הוא לא יוצא מכלל אחיך, ואינו כעכו״ם, היה מקום לומר שפסול זה אינו פגוע בכשרות עדותו. וכך

העלה האחיעזר בדבריו שהבאנו לעיל, על פי דברי הבנין ציון, שלא לפסול עד מחלל שבת כאשר הוא תחת ההגדרה של תנוק שנשבה. אלא שכבר עמדנו בדברינו לעיל בדברי הבנין ציון (וכנראה דגם האחיעזר מדבר במציאות דומה) שאותם מחללי שבת, שדובר בהם, חלול השבת אינו ביטוי להעדר אמונה והכרה בעיקרי תורתנו, ואין בדעתם לכפור בעיקרי אמונתנו. לעומתם רבים מאחינו המנותקים מחיי תורה ומצוות בכלל, ובפרט רבים מעולי בריה"מ, חלול השבת ואי קיום המצוות הוא חלק מההעדר המוחלט של אמונה ומצוות בלבם, במציאות זו קיימת הבעיה האם יש לקבלם כעדים ע"פ דין תורה כחלק ממערכת המשפט והדין. שכן לצורך כשרות העדים יש תנאי שתהיה בלבם באופן חיובי האמונה בתורה עיקריה ומצוותיה.

המבי"ט בתשובותיו (סימן לז) דן ביחס לכשרותו קראים להיות עדים בגיטין וקדושין, בתגובה למי שכתב אליו שאותם קראים הם בבחינת שוגגים ואנוסים, משום שמעשה אבותם בידיהם, ולכן הם נמצאים בתורת עדות. וכתב וז"ל:

"...והאי קאמר הרב ז"ל דבתינוק שנשבה לבין הגוים שהוא אנוס וכו' היינו שלא להחשיבם בכלל המינים שמיתתם בידי כל אדם ולהרגם מיד, אלא שימשכם בדברי שלום ולא ימהר להרגם, אולי יקבלו תוכחה, וכשלא קבלו תוכחה ולא חזרו בתשובה הרי הם כאביהם ומיתתם ביד כל אדם מיד, כדדייק הרב ז"ל בסיפא דלישנא דקאמר, ולא ימהר להרגם, אבל לענין עדות פשיטא דהם פסולים מן התורה כדאמרינן, ולא הוצרכו חכמים למנותם בכלל פסולי עדות כדקאמר הרב ז"ל, והא בכלל מינים הם ותלמידיהם ובני בניהם כמו שכתב ז"ל, בפ"י מהל' עבודה זרה, ופ"ג מהלכות עבדים, קרי להו כופרים ומינים, וכופרים ודאי פסולין מן התורה...".

הרי דהמביט סובר דמציאות שמעשה אבותיהם בידם והיותם כתינוק שנשבה אינו משנה את פסלותם לעדים, ולגבי זה הקראים נקראים מינים וכופרים, שכן עצם העדר האמונה בתורה שבע"פ ובחז"ל מהוה פסול לענין כשירות לעדות. והוסיף שם המבי"ט שהבין את האמור בדברי הרב ז"ל ונראה שכוונתו לדברי הרמב"ם, בהלכות עדות פי"א ה"י, שגם הקראים כלולים בדבריו על האפיקורסים והמומרים שאין צורך למנותם בנפרד בין פסולי עדות, שכן פסולם ברור מדין שאינם בכלל ישראל, שכן חסרים הם את העיקר והוא האמונה בתורה ועיקריה.

לפי״ז כל אותם מאחינו שאין בליבם עיקרי אמונתנו למרות היותם כתינוקות שנשבו שגדלו על טעותם, מציאות זו פוגעת בכשרותם כעדים ״מקיימי דבר״.

אמנם בשדי חמד, ח״א מערכת ב׳, סימן לד ס״ק כב, כד, הובאה מחלוקת פוסקים אם קראים כשרים לעדות קדושין וגיטין, שהביאם הכנסת הגדולה, הגהות טור אה״ע אות כד, ובכנסת הגדולה, חו״מ סי׳ לד הגהת ב״י אות עט. ושם סיים, שאין דעתו נוחה מסברת המכשירים הקראים לעדים. וכתב שסברתם תמוהה בעיני כל רואיה. בין אותם מכשירים היה הרב שלמה גביזון הובאו דבריו במפורט בשו״ת מהריק״ש, אהלי יעקב סי׳ ל״ג. בין דבריו הוכיח שהקראים אינם נכללים בין פסולי עדות לרמב״ם, בהל׳ עדות פי״א ה״ו (האפיקורסים והמינים), ונימק, שהסיבה שרמב״ם לא פסלם משום שהם אנוסים, כמ״ש הרמב״ם ז״ל בהל׳ ממרים, שהם כתינוקות שנשבו (לעיל בדברי המבי״ט נראה שהסביר הטעם שהרמב״ם לא מנה קראים, משום שלדעתו הם כלולים בכלל מינים). והוסיף וכתב, שעדות קראים עדות, לפי שחושבין שעושין בטוב ואינם רשעים, והם מודים בדין עדות, ומאחר שמודים בה עדותן עדות.

והוכיח דבריו מתשובת הרמב״ם בענין צרופן למנין ולכל דבר שבקדושה. וע״פ קביעת הרמב״ם שם שכל דבר שמאמינים בו מצטרפים עמנו וכל דבר שאין מאמינים בו אין מצטרפין, כאמור ביחס לערובי חצרות ותחומין. ולכן פסק גם ביחס לעדות, כאשר הקראי מאמין בדיני עדות של תורה הוא מצטרף לעדות. משמע משיטה זו, שכאשר אינו מאמין בדיני עדות של תורה אינו מצטרף, למרות שהסיבה שאינו מאמין היא טעות שגדלוהו אבותיו עליה.

וברור שגם לשיטה זו מצב אחינו המנותקים מאמונת התורה ומצוותיה גם תורה שבכתב וגם תורה שבע״פ וכלל אין בהם כל הכרה בחיוב המצוות ודיני התורה, כולל דיני העדות ע״פ קביעת תורה, ודאי שאינם יכולים להצטרף לעדות ועדותם אינה כשרה בדין.

ועיין בשו״ת אגרות משה אבן העזר ח׳ רביעי, סימן ל״ב אות ז׳ וז״ל:

> ״זה שכתבתי בח״א באה״ע, סימן פ״ב ענף י״א, שבני הכופרים שהם כתינוק שנשבה בין העכו״ם, שאף שעדיף מעכו״ם לענין שמעלין, פסול הוא לעדות, הוא פשוט וברור דעכ״פ הא אינם שומרי תורה וגם כופרים בתורה, שאף אם הוא באונס שלמדוהו אבותיו, אינו יודע איסור להעיד שקר, ושיש עונש בשמים. ובזה אף אם יאמר להם, הרי לא יאמינו להם, ולא מובן לי מה יקשה לכתר״ה ע״ז״.

וצ״ל שמחלוקתם של הפוסקים בענין כשרותם של קראים כעדי קדושין וגיטין אינה תואמת למציאות המיוחדת והכאובה של כל אותם מאחינו שמנותקים לחלוטין מעיקרי אמונת התורה מצוותיה ודיניה, שלא כהקראים שבסיס של אמונה בתורה שבכתב ובנותן התורה היתה בלבם, ומשום כפירתם בעיקרי האמונה בתורה שבע״פ ובחז״ל, דנום חז״ל כאפיקורסין.

לאור בירור דברינו זה י״ל שרק במקרים מסויימים ניתן להכשיר עדות של מחלל שבת או אינו שומר על המצות משום שהוא כתינוק שנשבה, כגון במקום עגינות כפי שמובא באחיעזר. לעומת זאת כאשר מדובר בדברי האגרות משה הנ״ל בבני הכופרים שהם כתינוק שנשבה שהוא פוסל לעדות, משום שהבסיס לכשרות להיות עד להקים דבר או לקיים דבר שיהיה מאמין ויודע בדבר אסור עדות שקר ובעיקר שמאמין ומקבל את העקרון שהמשפט לאלוקים הוא יהיה שותף למעשה משפט שדנים ופוסקים דייני בית הדין.

למרות שהסיבה לכך שהם אנוסים ע״פ מה שלמדום אבותיהם לא תוכל להתקבל עדותם, להקים דבר ובגטין וקדושין.

בנדון שבפנינו לא נתקבלה כל עדות ואין כל ידיעה שהעד שייך לאותם שאינם שומרי תורה ומצות וכופר בתורה. אדרבא, ע״פ התנהגותו שהוא חבוש כיפה ושייך למשפחה שומרת מצות ומסורת. ודאי שאין מקרה זה שייך לסוג הכופרים שאינם שומרי מצות שמתנהגים ע״פ טעותם במה שלמדום אבותם.

המערערים הודיעו לביה״ד שרבנים רבים אמרו להם שניתן למצוא פתרון לשאלתם ובקשתם לחזור ולהנשא, למרות נשואי המבקשת, וצרפו לערעורם חוו״ד של רב חשוב לדבריהם, שבטעונים הלכתיים כנגד פסה״ד נשוא הערעור הוא מבקש להפקיע את נשואיה ע״י פסילת עד קדושין אחד, ובזה להתיר להם לחזור ולהנשא. ולא קים כלפיהם אסור מחזיר גרושתו לאחר שנשאת, וכן החובה להתירה להנשא רק לאחר שתעבור חליצה.

כפי שנתבאר לעיל חוו״ד של אותו רב ניתנה בלי שנתברר בפניו המישור העובדתי על כל פרטי דקדוקיו, כך שכל אותם מקורות הלכתיים שעליהם ביסס את חוו״ד להפקעת נשואי המערערת אינם שייכים ומתאימים לנדון שבפנינו. כאן המקום להעלות את דבריו הנוקבים והבהירים של מרן החזון איש זצ״ל, לענין הוראה ופסיקה הלכה למעשה, המובאים בקובץ אגרותיו ח״א סי׳ ל״א בו כתב:

> ״בירור משפט בבחינת הלכה למעשה נחלק לעיונים שנים, העיון הראשון להניף הסולת הנקי סעיפי המשפט התוריים, ואחריו עיון השני, החדירה בהעובדא הנוכחת לפנינו במעלותיה ומגרעותיה ובדיוק משקל

של כל פרק מפרקיה, כדי להתאים את הנידון אל סעיף ההלכה המכוון עליו.
ומרובים המכשולים של ההתאמה כוזבת מהמכשולים ביסוד ההלכה, ז״א אף שאין הדיין אומר על מותר אסור ועל אסור מותר בכל זאת הוא נכשל בהמעשה שבא לידו ומחליט בכח מדומה שזה שבה לידו הוא של הסעיף הידוע, בעת שהעלים עין מקו דק רב הערך בפלילת המשפט הנבנה תמיד על קוים שכליים דקים ובהעלמה זו הוציא משפט מעוקל מעוות לא יוכל לתקון.
ובשל העיון האחרון נשללה ההוראה מן ההמון אף בדברים שהאסור והמותר מפורסם תכלית הפרסום ונתנה לחכמים שבכל דור לחקות לאשורה של כל שאלה המופיעה מזמן לזמן שהחכמים יפתרוה מנקודת עיון מקיף והסתכלות בהירה״.

דברים אלו חייבים להיות נר לרגלם של כל דיין, פוסק ומורה הוראה בבואם לפסוק ולהורות הלכה למעשה, כאשר הדבר נשען על שלושה מרכיבים א. דרישת וחקירת המישור העובדתי וראיתו הבהירה מחד. ב. ידיעת והבנת שורשי ופרטי המקורות הלכתיים בבהירות. ג. ההתאמה הנכונה של אותם מקורות הלכתיים לעובדות הנדונות. וכפי שכותב החזו״א שמרובים המכשולים של ההתאמה הכוזבת מהמכשולים ביסוד ההלכה, ועקב כך עלולה הפסיקה וההוראה לצאת מעוקלים ומעוותים לא יוכלו לתקון.

דברים אלו נכונים בכל פסיקה והוראה, וכשמדובר בענינים חמורים כהפקעת נישואין ק״ו בן בנו של ק״ו שכל ליקוי באחד משלושת מרכיבי הפסיקה וההוראה הנ״ל, מהוים סכנה שתצא הוראה ופסיקה מעוותים שלא יוכלו לתקון ועלולים לגרום מכשולים ותקלות חמורות.

לאור כל האמור בנסיבות שנתבררו בפני ביה״ד האזורי ובפנינו, אין מקום לקבל בקשת היתר נשואין, והערעור דינו להדחות.

אברהם שרמן

לגופה של השאלה הנדונה, אני מסכים עם נמוקי ידידי הרה״ג א. שרמן שליט״א, ואוסיף נמוק משלים והוא שגם אם העד המסוים היה פסול לעדות, הרי בחתונה הנעשית בצבור חידש החתם סופר סימן ק׳ הובא בפת״ש סימן מב ס״ק יא, שיש להחשיב את ה״אנן סהדי״ של הצבור כעדות קדושין, ובעדות של ״אנן סהדי״ לא אכפת לן באם הנוכחים לא ראו ולא שמעו את נתינת הקדושין,

ואמירת "הרי את", וגם לא נפסלים הכשרים בגלל צרוף הפסולים. אמנם בעדותם לפנינו אמרו שכל המאתיים אורחים שהיו בחתונה היו קרובים או חלונים ונשים וכולם פסולי עדות, ונראה שהחת"ס לא אמר שמועיל "אנן סהדי" אלא כשהוכח שהיו לפחות שניים כשרים בתוך הקהל.

אולם הקנה מידה של המבקשים לפסול את העדים הוא מן הסתם שהגברים הלכו ללא כיסוי ראש, ועדין אין זה קנה מידה לפסילה של עדים. וגם קשה לתת להם נאמנות לעקור קדושין שהוחזקו ככשרים, ע"פ עדותם שבתוך המאתים אורחים לא היה אחד שומר מצוות שכשר לעדות.

ידידי הרה"ג רבי אברהם שליט"א נגע בשאלת "תינוק שנשבה". בזמננו יש בזה מספר שאלות. א. צריך לברר בכל עד שרוצים להכשירו מצד תינוק שנשבה מה הרקע שלו, ואם הרקע שלו מספיק חזק כדי לעמוד בשטף ההשפעה של החנוך והתקשורת החלוניים, ויש בזה הגדרה של החזו"א ונביא אותה לקמן.

ב. כמו"כ יש בזה שאלה שרבים מאלו שאינם שומרים תורה ומצוות שגדלו בחנוך שכזה, הם חיים ג"כ ללא אמונה, ונשאלת השאלה אם יש שוגג בעקרי אמונה.

ג. יש הבדל בין שוגג במצוה או בל"ת בודדים, לבין שוגג בכל התורה כולה. דמי שאיננו בתורה ובמצוות כלל, הגם שהוא בגדר תינוק שנשבה, יתכן שפסול לעדות וכפי שכתב ידידי הרה"ג שליט"א.

ועיין בזה דברים שכתבתי בנדון, שחלקם נדפסו בשורת הדין ה' ע' שע"ב - שצ"ב, וחלקם עומדים לצאת לאור אי"ה.

וס"ה העולה, שיש מקום לקים עדותו של מי שגדל בחינוך חלוני מכמה ספיקות וטעמים, ובנדון שלנו לא נבדק ענין עברו וחנוכו של העד.

לאור האמור לעיל נדחה הערעור, ואין מקום לבטל את פסק הדין של ביה"ד האזורי נשוא הערעור.

חגי איזירר

יגענו למצוא דרך להתיר את הצדדים להנשא, אולם לא מצאנו. מבחינת ההלכה, קשה מאד להפקיע נשואין בנסיבות המיוחדות בתיק זה. אי לכך אין

בידינו למצוא מענה לבעייתם של הצדדים, ואיננו יכולים לבטל פסק דינו של ביה"ד האזורי בנדון.

שלמה דיכובסקי

לאור הנימוקים הנ"ל, אין בידינו לקבל את הערעור.

ניתן ביום ח' שבט תשס"ה
(18/01/2005)
שלמה דיכובסקי אברהם שרמן חגי איזירר

בית הדין הרבני הגדול ירושלים

תוקפו של הסכם גירושין קודם סידור הגט[1]

זהו ערעור האשה על פס״ד שניתן ביום י״ז באדר א׳ תשס״ג שבו נפסק כי האשה חייבת להתגרש, והסכם הגירושין שקיבל תוקף של פס״ד עומד בתוקפו.

לאחר שמיעת טענות הצדדים ועיון בחומר שבתיק נראה כי כל צד יכול לחזור בו מהסכם גירושין, לפני סידור הגט, מה גם בתיק זה שיש ויכוח בין הצדדים על פרשנות ההסכם, ועל כן נראה שיש לקבל ערעור האשה על סעיף 2 בפסה״ד ומחליטים:

א. סעיף 2 בפסה״ד נשוא הערעור בטל.

ב. אין צו להוצאות.

משה טופיק שלמה בן שמעון

בנדון שלפנינו עולה שאלה עקרונית, האם ניתן לא׳ מן הצדדים שחתמו על הסכם גירושין לחזור בו מן ההסכם. השאלה נדונה בהרחבה בפד״ר כרך ה׳ ע׳ 208-218, ביה״ד האזורי בהרכב הרה״ג א. קושלבסקי זצ״ל מ. אליהו שליט״א, נברוצקי זצ״ל, וביה״ד הגדול בהרכב הרה״ג ע״ הדאייה זצ״ל, י.ש. אלישיב שליט״א ב. זולטי זצ״ל, ובפד״ר כרך י׳ ע׳ 115-145, פס״ד מנומק של הרה״ג א. שפירא שליט״א ונצטרף לו הגר״ש מזרחי, זצ״ל.

המסקנות שם הן שכאשר צד א׳ חוזר בו (גם אם הוא הצד שתבע את הגרושין) הרי ההסכמות שמעצם טבען וטיבן נועדו להסדיר את החיים לאחר הגירושין הרי הן לכו״ע תלויות בגרושין, וכל עוד שאין גרושין לפנינו אין להסכמות תוקף. עסקא של ויתור על דירה תמורת ויתור על מזונות ילדים היא מעצם טבעה ענין הקשור בגרושין והפסקת המגורים המשותפים, ולכן כל עוד אין גירושין אין ההסכם חל.

אולם נראה לי וכך דעת ביה״ד האזורי, שכל זה כאשר הצד החוזר בו אינו רוצה יותר בגרושין אלא בשלו״ב, או שהצד החוזר בו רוצה לעכב את כניסת ההסכם לתוקף. אבל בנדון שלנו שהאשה שחוזרת בה אינה רוצה שלו״ב אלא

1 נימוקים בערעור א.א. וש.ד. 5830/ס״ג.

עדין רוצה גרושין, ורצונה לחזור בה כדי לשפר את תנאי הגרושין, אין זה קשור למסקנות של הפד״ר הנ״ל.

בנדון שלפנינו הבעל מוכן גם כיום להתגרש וגם האשה רצתה כל הזמן בגירושין וגם כיום רוצה בגרושין. ביה״ד גם חייב אותה להתגרש. לפי המקובל בבתי הדין ניתן ג״כ בשעת הדחק להתיר קדושין שלא נעשו כדמו״י גם בלי גט. לכן גם אם נאמר שההסכם יפעל למעשה רק כאשר יהיו גרושין משום שכך היה התנאי ביניהם, מ״מ ההתחייבות הממונית והרכושית כבר חלה ותפסה ואי אפשר לחזור ממנה. הרי זה דומה למתחייב בקנין לתת לחברו סכום כסף כאשר החבר ירכוש דירה. ההתחייבות זו חלה והמתחייב אינו יכול לחזור בו אלא שזמן הפרעון יתעכב עד שחברו יקנה דירה.

כך גם בענייננו, גם אם נאמר שהתחייבות הצדדים של ויתור על מזונות כנגד העברת בעלות הדירה לאשה זמן בצוע שלה הוא בזמן הגט, אולם ההתחייבות לכך קיימת מעכשיו ואי אפשר לחזור ממנה. שהרי בזמן עריכת ההסכם לא היתה שום הזכרה של מועד גט מסוים. לכן כיון שברור שתיק זה חייב ועומד להסתיים בגט, וגם הצדדים שניהם רצו כל הזמן בכך מרגע שחתמו על הסכם הגירושין ועד היום, לכך ההתחייבות חלה וזמן הבצוע שלה מרגע הגט באיזה מועד שיהיה.

אילו היה נוצר מצב שבו נתבטל ענין הגרושין והאשה רצתה לחזור לשלו״ב אז יתכן שינוי די״ל שההתחייבות היתה למצב של הליך גירושין אחיד ומתמשך שכאשר יהיה גט בסופו יחול הבצוע של ההסכם.

אולם אם לאחר ההסכם נתבטלה כוונת הגרושין אפילו מצד אחד ישתנה הדין. כי ההסכם היה לגבי מועד גרושין הנובע מאותו מצב מתמשך שהיה בזמן ההסכם, והבצוע חל אימתי שיהיה גט בפועל גם אחרי שנה שנתיים. אולם אם חלה הפוגה וצד אחד חזר בו והצהיר שרצונו לחזור בו מן ההסכם כי רוצה שלו״ב, יתכן שגם אם אח״כ ירצה גרושין ויסודר בפועל גט, לא יחול ההסכם הנ״ל. אולם במקרה דנן ברור שהאשה רצתה ורוצה כל הזמן בגירושין, וכל רצונה רק לשפר את תנאי הגרושין, הרי שההסכם נשאר בתוקף וזמן בצועו כאשר יהיה גט. בנדון שלנו שהאשה חוייבה בקבלת ג״פ יתכן שגם אם תחזור בה ותרצה שלו״ב, יראה שמצב הגירושין שהיה בזמן ההסכם ממשיך גם לאחר שחזרה בה וההסכם יכנס לבצוע כאשר ינתן גט.[2]

2 ערעור 6186/ס״ג ח.מ. נ׳ ח.צ.

עולה מכך להלכה, שעד יום הגט רשאית האשה לקבל מזונות עבור הילדים וגם הבעל רשאי לגור בדירה, אולם ברגע שהגט יוסדר גם אם יהיה הדבר ע"י חיוב או כפיה מצד ביה"ד, או שהצדדים יחליטו בסופו של דבר להתגרש מרצונם, יחול הסכם הגירושין ויחייב את הצדדים מרגע הגט.

בשולי פסה"ד רצינו להבהיר שבגרושין של בני עדה זו, בתי הדין נתקלים בקושי גדול שכן לא ניתן לחלק הדירה ע"י מכירה כיון ש - 90% מערך הדירה היא משכנתא לשנים רבות שהופכת לבסוף למענק, ועמל רב משקיע ביה"ד עד שמצליח לשכנע צד א' לותר על חלקו.

(-)חגי איזירר

ההחלטה כדעת הרוב.

ניתן ביום ז' תמוז תשס"ג
(07/07/2003)

משה טופיק שלמה בן שמעון חגי איזירר

בית הדין האזורי תל אביב

קבלת עדות שלא בפני נתבע שטוען שחלה[1]

ב״כ האשה ביקש לזמן עדים ולקבוע מועד לשמוע עדותם. בתאריך שנקבע הופיעה האשה וב״כ. הבעל לא הופיע, ובאותו יום הודיע טלפונית שהוא חולה, ללא כל אסמכתא רשמית על מחלתו, ועקב כך מבקש לדחות את מועד הדיון.

ביה״ד החליט לשמוע את העדים בהעדרו וזאת מאחר והתרשמות ביה״ד היתה שאי הופעתו היא התחמקות משמיעת עדים בכל הקשור לדירה, וכפי שעשה בעבר שהוא התעלם מהחלטות ביה״ד לפחות שש פעמים. שעליו להופיע עם מר ק. לבירור טענות הצדדים. שהוא למעשה האדם שיכול לשפוך אור על פרשה עגומה זו. כנראה שמר א. חושש מאד מעדותו של מר ק. ולכן עד היום הוא לא עושה מאומה שמר ק. יופיע בפני ביה״ד, והענין יתבהר יותר לאחר שמיעת העדים.

זאת ועוד כפי ששמע ביה״ד, מר א. הפעיל לחצים ואיומים על העדים במטרה למנוע אותם שלא יופיעו בפני ביה״ד לעדות, לאור הנ״ל ביה״ד החליט לשמוע את העדים שלא בפניו. גם אם זה נכון שהנתבע אכן חולה.

הגם שהרמ״א פסק בחו״מ בס׳ כ״ח סעי׳ ט״ז, שאם היה הנתבע חולה, אין מקבלים עדות שלא בפניו, ומקורו מפסקי הרא״ש והמרדכי. אולם נראה שלא כן דעת מר״ן.

וז״ל הרמב״ם, פ״ג מהלכות עדות ה׳ י״א:

> ״גם בדיני ממונות אין מקבלים עדים אלא בפני בעל דין, ואם היה בעל דין חולה או שהיו העדים מבקשים לילך למדינת הים ושלחו לבעל דין ולא בא, הרי אלו מקבלים עדים שלא בפניו״.

ויש לעיין בדברי הרמב״ם שכתב, אם היה בעל דין חולה וכו׳ הרי אלו מקבלים עדים שלא בפניו, האם בעל דין הוא תובע או נתבע.

וז״ל מרן הב״י:

---

1 הערת העורך: ראה עוד בענין הנדון, פד״ר יא עמ׳ 171-153; שורת הדין, ז, עמ׳ שה-שיא.

"וכתב במישרים נ"ב ח"א (יא) כתב הרמב"ם בהלכות עדות פ"ג הי"א, אם היה בעל דין חולה או עדיו רוצים לילך למד"ה ושלחו לבעל דין ולא בא, נראה מלשונו שחלה תובע, וגם נראה שצריך בכולן שלחו לו וכו'" עכ"ל.

הרי שלדעת רבינו ירוחם הפירוש בעל דין שכתב הרמב"ם היינו התובע, וכתב הב"י:

"ולא ידענא מהיכא דייק, שהרי הרמב"ם תפס לשון הגמרא דקתני ושלחו לו, ואין בדבריו הכרע גם בע"ד הוא שם משותף לתובע ונתבע וא"כ אין להכריע שחלה תובע טפי מנתבע".

וכתב בב"ה:

"ואדרבה איכא למימר דטפי משמע דבנתבע חולה מירי שיש לחוש שמא ימות ויפלו נכסיו לפני קטנים שאינם יכולים לקבל עדות שלא בפניו, אבל אם התובע חולה מאי איכפת לן אם ימות, אחרי מיתתו יקבלו עדיו בפני התובע".

הרי שדעת מר"ן הב"י, דלדעת הרמב"ם אם הנתבע חולה מקבלים עדות שלא בפניו.

והגם שמרן בשו"ע העתיק לשון הרמב"ם, בודאי שכוונתו על פי פירושו בבית יוסף בדעת הרמב"ם. ופוק חזי מ"ש בשו"ת שער אשר (קובו) חלק חו"מ ר"ס כ"ג, בנידונו, שיש מחלוקת פוסקים בכוונת דברי הרמב"ם, וכתב שאין המוחזק יכול לומר קי"ל כפירוש השני בדעת הרמב"ם, וז"ל:

"ואנא אתכא דמרן סמכינן, ולא אמרינן קים לי נגד מרן, וכ"ש כאן שמרן בשו"ע פסק כדברי הרמב"ם כהוייתן, ובודאי שכונתו על פי פירושו בבית יוסף בדעת הרמב"ם", ע"כ.

וכ"כ בשו"ת תעלומות לב ח"ג (ד' ק"ח ע"ג).

ובשו"ת חקרי לב, חאו"ח סימן נ"ד, כתב שדברי מרן בבית יוסף יותר עיקר הם מדבריו בשו"ע. ואף שבשו"ת יוסף אומץ סימן ס"ט פקפק בדבריו. זהו דוקא במקום שמרן בשו"ע כתב היפך ממ"ש בב"י. אבל מה שמבואר בבית יוסף ולא כתב מרן בשו"ע היפך ממ"ש בב"י, בודאי דהכי נקטינן. ועיין בשו"ת שמחת כהן. חלק ו' (דף ק"מ). שידוע שמרן חיבר הב"י להלכה ולמעשה, ולא לשם אסיפה בעלמא, וכל שהביא בב"י איזו סברא ולא דחאה, דעתו כן למעשה, וע"ש.

וכן נראה מדברי הרדב״ז שם, שמפרש דברי הרמב״ם שחלה הנתבע. וכן פירש הבעל שלטי גיבורים על הסוגי׳ שם (ב״ק דף קיב:) דברי הרמב״ם שחלה הנתבע, וכתב דכן משמע לשון הנ״י.

וכתב בספר בני שמואל, הובא בכנה״ג וז״ל:

״ואני אומר דיש להכריע דלא כרבינו ירוחם (הנ״ל), שהרי לשון הרמב״ם כך הוא. גם בדיני ממונות אין מקבלים עדות אלא בפני בעל דין ובודאי דהאי ובעל דין ר״ל הנתבע, ועלה כתב אם היה בעל דין חולה וכו׳ נראה שהוא הבעל דין שכתב, כן נראה יושר לשונו, עד שלבי אומר לי שיש טעות סופר בדברי רבינו ירוחם וצ״ל נראה מלשונו שחלה הנתבע״.

וז״ל המאירי ב״ק דף קד:

״יש צדדים שמקבלים אף שלא בפניו, והם אם היה הנתבע חולה, וזה אומר עד כאן הייתי בטוח באמונתו מכאן אני צריך לעדות ושמא לא אמצאנו בכל עת שארצה והרי החולה א״א לבוא לבי״ד״.

וכן כתב בשיטה מקובצת שם, בשם הר״מ מסרקוסטה, וכ״כ בחדושי הראב״ד בשם יש מפרשים.

וז״ל הישׁ״ש, שם:

״דבנתבע חולה והיתומים קטנים ובין כך יקרה פסידות רבות, וכי אין זה חשש יותר מעדיו הולכים למדינת הים שישובו תוך זמן שנה או שנתיים... ולכן המחבר דס״ל דלא בעינן פשיעה, השמיט דין זה, וצ״ע על הרמ״א.

בנ״ד מדובר בתובע ונתבע מעדות ספרד שקבלו עליהם הוראה מר״ן, ולפי מה שכתב בב״י עולה דס״ל דאם הנתבע חולה מקבלים עדות שלא בפניו.

ועוד שכאמור בנ״ד התברר לביה״ד בדיונים הקודמים שהנתבע לא פעל ביושר ובנאמנות אלא ההיפך הוא הנכון ובאדם מערים ולא הולך ביושר כתב הרשב״א בתשובה חלק א׳ ס׳ תתקס״א וז״ל:

״ועוד דזה מערים היה ושורת הדין בית דין דנין ומחייבין אותו, שהתורה שלימה שלנו אמת ודיניה אמת ומחייב השקרנים והאלמים שלא מדין שאר בני אדם כעובדא דמרי בר איסק בפרק המפקיד (ב״מ לטו׳), אמר רב נחמן גזלן עתיקא הוא ובעיה דאקנסיה״.
וכעין זה כתב בתשובת הרמ״א סימן ק״ח.

לאור כל הנ״ל יש לשמוע את העדים שלא בפני הנתבע.

יצחק אלמליח

מצטרפים למסקנה.
משה קולר שלמה תם
אב״ד

מפתח העניינים

רשימת הערכים במפתח העניינים

★ **אבהות**
★ **אודיתא**
★ **אישתהי**
★ **אמתלא**
★ **אסמכתא**
★ **אמירה לגבוה**
★ **בוררות**
★ **בית דין**
★ **ביה"ד**
★ **ביהכנ"ס**
★ **גט**
- **גט מעושה**
- **חיוב גט**
- **ריח הגט**
- **שמות גיטין**
★ **גירושין**
★ **גירות** - גר קטן
★ **הדפסת ספרים**
★ **הודאת בע"ד**
★ **הסכם** - הסכם גירושין
★ **התחייבות**
★ **זבל"א**
★ **זנות**
★ **חדר"ג**
★ **טוען ונטען**
★ **ירושה** - ירושת רבנות
★ **כופר**
★ **כתובה**
★ **מום** - מום במקח
★ **מזונות** - מזונות האשה והבנים
★ **מחזיר גרושתו**
★ **מעשה מצרים**
★ **מצוה לקיים דבר המת**
★ **מצר שהחזיקו רבים**
★ **עדות**
- **פסולי עדות**
★ **סיטומתא**
★ **פוליגרף**
★ **פיצויים**
- **פיצויי גירושין**
★ **פצוע דכא**
★ **צדקה**
★ **קבורה**
★ **קנינים**
- **קנין חזקה**
- **קנין דברים**
- **קנין כסף**
- **קנין קרקע**
- **קנין שטר**
★ **רבנות**
★ **רוב בעילות אחר הבעל**
★ **רפואה** - רפואת אשתו
★ **שומר**
★ **שכנים**
★ **תלמוד תורה**
★ **תפיסה**

מפתח העניינים

אבהות

נולד תשעה חדשים מגירושי אמו ט, לא

האם חיישינן לאישתהי לב

האם חוששין לרוב בעילות אחר הבעל ט, מב

האם לבעל הראשון יש נאמנות מדין יכיר מ

האם הולד אסור בקרובי הבעל הראשון לחומרא ט, מד

- האם זה נחשב כתרתי דסתרי ט, מז

אודיתא

שטר שכתוב בו שתרם - האם מועיל מדין אודיתא ער

האם מהני קנין אודיתא כשעשה תנאי בנתינה רעא

אודיתא מהני מטעם הודאת בע"ד או הוי קנין שמא

אישתהי

האשה שלא שהתה ג' חדשים לגרושיה וילדה לאחר ט' חדשים האם חיישינן לאישתהי לב

האם חשש דאישתהי נאמר רק כדי להכשיר הולד לג

האם דין אישתהי הוא רק כשיש חזקת כשרות לד

אמתלא

אמתלא דכעס האם הוי אמתלא קמו

אמתלא לאחר גירושין קמח

אסמכתא

האם הסכמה לבדיקת פוליגרף נחשבת אסמכתא רלד

- כששניהם מתחייבים רלו

בתנאי לשעבר אי הוי אסמכתא רלז

טענת אונס באסמכתא בקנין רלח

קנין בבי"ד חשוב מבטל אסמכתא והטעם רמ

אמירה לגבוה

האם חתימה בשטר הקדש הוי כאמירה לגבוה רצה

בוררות

סמכות בוררות של ועד הקהילה תקיז

- כשטעו בדין האם חייבים לשלם תקכב

אישור פסק בוררות ע"י ביהמ"ש אינו נחשב כהליכה לערכאות תקכז

בית דין

מתי בי"ד טוענין לבע"ד רטו

- באינו יכול לטעון רטו

- בטענה מסתברת רטז

האם בי"ד מפרשים את דברי הבע"ד שלו ריז

בי"ד שרואה שע"פ דין מגיע לו יותר ממה שתובע ריח

האם בי"ד טוענין לבע"ד שאינו מסדר היטב טענותיו, וע"פ העובדות והדין עמו רכ

בשטר שאינו מועיל ע"פ דין האם טוענין לנתבע רכא
האם טוענין "קים לי" לבע"ד שלא טוען זאת רכד
באומדנא שבע"ד משקר האם אפשר לפסוק ע"פ האומדנא שכ
- כשיש אומדנא ברורה שכא
האם כל בי"ד יכול לפסוק ע"פ האומדנא שכג
בקבלו עליהם הבע"ד בין לדין בין לפשרה יח, שכד
בשני בתי דין קבועים בעיר האם יכול הנתבע לומר לבי"ד פלוני קאזילנא תסה, תעד, תעח
- האם יכול לתבוע זבל"א תסז, תפד
- האם נותנין כתב סירוב כשמסרב לדון בבי"ד שתבעו תסו
דיין שהוא רבו של אחד מהבע"ד האם פסול לדון תע
בשני בתי דין אחד גדול ואחד קטן האם אמרינן הלך אחר הנתבע תעט
- כשיש חשש לרעת התובע תפב
- האם ניתן לכוף את הנתבע לדון בבי"ד בעיר אחרת כשהוא אדם חשוב בעירו תצג
בי"ד ששמע צד אחד שלא בפני השני האם נפסלים לדין תקכו
האם מקבלים עדות שלא בפני הנתבע כשחלה תקמז
כשיש חשש שהנתבע לא פועל ביושר תקמט

ביה"ד

סמכות מקומית - בי"ד קבוע תסה, תעא, תעז
האם ביה"ד האיזורי ובי"ד מקומיים נחשבים כשווים תסח, תפז
מעמדו של ביה"ד האיזורי תפז
סמכות ביה"ד לתת החלטות הנוגעות לצד שלישי תק
סמכות יחודית של ביה"ד בענין גירושין גם על ענין הממון תקח
סמכות ביה"ד להקדשות הוא גם על דרך פעילות של הנכס תקט
האם מטילין חרם על מסרב לדין תורה תקיא

ביהכנ"ס

קנה מקומות בביהכ"נ והקהל רוצה לצמצם לו הדרך שסח, שע
התקנת אנטנה על גג ביהכ"נ תמז
כשיש הכנסה כספית לביהכ"נ תמז
טעם הדין שביהכ"נ גבוה מכל בתי העיר תמב
האם מותר להשתמש תשמיש של חול בגג ביהכ"נ תמג
- בתשמיש שאינו ניכר תמד
- כשלא נבנה מתחילה לשם ביהכ"נ תמו
- כשהתנו מתחילה להשתמש בגגו תמט
גג ביהכ"נ מעכב התפילה תנא

גט

הבעל יכול לקבוע תנאים כדי שיתן גט קצב
- כשהתנאי גורע מכתובתה קצג
- כשהתנאי בדבר שאין האשה יכולה לעמוד בו קצד
- גדר תנאי שאין האשה יכולה לעמוד בו קצה

התחייבות לגרש אי מהני רנא
- האם כופין לגרש רנה

- גט מעושה

האם בחיוב כתובה לפני הגט יש חשש גט מעושה קפג
כשמזכירים לו ענין הגירושין קפד, קפו

- חיוב גט

האם מחייבין בגט לאשה שיש לה נטיה דו מינית יג, קסא
בידע הבעל לפני הנישואין קעא
האם נידונית כעוברת על דת יג, קסה
האם נחשבת כמורדת קסו
האם דינה כרועה זונות קסז
האם כופין ברועה זונות לגרש קסז
- במכחישה קעא
- בחוזר מהסכמתו קעג
בבעל בעל נטיה דו מינית האם כופין לגרש יג, קעד

- ריח הגט

אשה שנתגרשה ונתברר שהקידושין היו פסולים האם מותרת לכהן ט, נז
בנתברר שאחד מעידי הקידושין פסול האם נחשב כאמתלא המבטלת את הקול י, נח
באומרת אחרי הגירושין שאחד מעידי הקידושין פסול האם נאסרת מדין שויא אנפשיה י, סא
מתי אין חוששין לקול קידושין סד
- שיטת הרא"ש סו
- שיטת הרשב"א סז
- שיטת הגהות מרדכי עו
אשה שנתגרשה כדמו"י מנישואין אזרחיים האם מותרת לכהן עב
- לחזור לבעלה הראשון אחרי שנתגרשה מאחר עב
נתקדשה דרך שחוק והאשה רצתה בגט האם נאסרת לכהן עו

- שמות גיטין

שם עריסה שאינו בשימוש קצז
שם לע"ז שהוא פירוש לשם העברי קצח
שם לע"ז שאינו פירוש לשם העברי קצח
בשם עצם ושם כינוי רא
בנקרא בשם כינוי ועולה לתורה בשם עצם רב
עלה לתורה בשם העברי ואינו עולה לתורה זמן רב מחמת אונס האם נחשב שם שנשתקע רו

גירושין

האם מותר לגרש אשתו בעת חוליה קמג
- כשאינה יכולה לשמשו קמד
- במקום פו"ר קמד

גירות - גר קטן

האם הורים מאמצים יכולים לגייר קטן כד, תנז
דין קטן מגיירין ע"ד אביו האם רק כשאביו גם מתגייר עמו תנז
ישראל הבא על הנכרית האם יכול לגייר את בנו שנולד ממנה תנז, תסא
דין קטן מטבילין ע"ד בי"ד האם רק כשהוא תובע תסא

הדפסת ספרים

האם אוסרין להדפיס ספרים בטענה שהראשון השקיע ממון רב תכט
- כשהשני כבר הדפיס תלח, תלב

האם אוסרין הדפסה בספרי יסוד תלו
- בהדפסה יותר מתוקנת תלז
האם אוסרין להדפיס כשאין כוונתו למכור עדיין תלט
בדבר שאינו שכיח האם אוסרין תמ

הודאת בע"ד

הודאת בע"ד בשלא התכוין להודאה י, צא
- כשיש "אנן סהדי" שלא התכוין להודות צד
שטר שכתוב בלשון עבר האם הוי הודאת בע"ד ערב

הסכם - הסכם גירושין

האם אפשר לחזור מהסכם גירושין לפני הגט תקמד
כשיש חיוב לגט תקמה

התחייבות

התחייבות למכור אי מהני רמד
התחייבות על גופו על דבר שאינו בידו רמז
התחייב לגרש ע"פ תוצאות הפוליגרף אי מהני רנא
- האם כופין לגרש רנה

זבל"א

אין התובע או הנתבע יכול לתבוע זבל"א שיש בי"ד קבוע בעיר תסז, תפז
בזבל"א אין הדיין רשאי להטות הדין למי שבחר בו תצג

זנות

באומר שאשתו זינתה ואח"כ אומר שמחמת כעס אמר כן, האם נאמן קמו
- באומר לאחר גירושין קמז

חדר"ג

האם יש חדר"ג במקום ביטול פו"ר קלח
האם מתירין לו לישא אשה על אשתו קלט
כשיש קטטה ביניהם קמא
כשהבעל אינו שומר תו"מ קמב

טוען ונטען

מתי אמרינן פתח פיך לאילם רטו
- באינו יכול לטעון רטו
בטענה מסתברת רטז
אין מפרשין דברי הבע"ד טו, ריז
בתובע פחות ממה שמגיע לו ע"פ דין האם טוענין לבע"ד רי"ח
בטוען טענות שאינם לטובתו ובי"ד רואים ע"פ העובדות שהדין עמו רכ
בשטר שאינו מועיל ע"פ ההלכה האם טוענין לנתבע שהשטר פסול רכא

ירושה - ירושת רבנות

יורש רבנות אביו אינו יכול לתבוע להגדיל שכרו שצח
האם יורש את רבנות אביו מחיים כא, שצט
- כשהאב עזב מרצונו ת
טעם שיש ירושה ברבנות תא
האם יש ירושה במינוי לזמן תג, תו

כופר

תשלומי כופר האם זה מדין ירושה תיא, תיד
האם זה ירושת ממון או זכות תביעה כא, תיג, תטו

האם בע"ח גובה מהכופר תיד
- בתפס תיד

כתובה

במחוייב לגרש ומסרב האם מחייבין אותו בכתובה לפני הגירושין יג, קעו
טעם חיוב בכתובה לפני הגט יג, קעח
בכפיה על כתובה לפני הגט האם יש חשש גט מעושה קפג, קפו
האם מחייבין גם בתוספת כתובה קפז
- כשהבעל גרם לגירושין קפט
האם תשלום כתובה נכלל באיזון משאבים יא, קיט
זמן חלות חיוב כתובה קכא

מום - מום במקח

האם יכול לטעון טענת מום כשהשתמש במקח יט, שמח
כשהשתמש מחמת הכרח שנב
מום במקח והקונה תובע תיקון המום, המקח באחריות הקונה שמט
בביטול מקח מחמת מום הקונה חייב לשלם עבור ההנאה שנ

מזונות - מזונות האשה והבנים

האם חייב ללוות למזונות האשה והילדים י, עט
האם יש הבדל בין מזון האשה למזון בניו פג
באין לו לזון האם כופין לגרש עט
האם חייב לחזור על הפתחים פא
האם חייב להשכיר עצמו לעבודות של פחיתות פא
בלותה אשתו למזונות הילדים
האם חייב לפרוע פה
האם האשה יכולה ללות עבור מזונותיה כשאין לבעל נכסים פז
האם הבעל נאמן שפרע מזונותיה י, צה
- לגבי מזונות להבא צה
האם חיוב מזונות נחשב כחיוב בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי קא
אי תביעת מזונות אי הוי מחילה קג
- לגבי מזונות עבור בנותיה קו
חיוב מזונות העבר שמעל מזונות צמצום ומזונות עולה עמו יא, קז
חיוב מזונותיה כשנזונית ממעשה ידיה או מאחרים קח
- בפירנסה ילדיו ממעשה ידיה קט
תבע בבי"ד לפטרו ממזונות וגבתה עד הפס"ד מי נחשב מוחזק בממון קי
גדר חיוב מזונות אשתו קטו

מחזיר גרושתו

הוציא שם רע על אשתו וגירשה וטוען אח"כ שמחמת כעס אמר זאת, האם מותר להחזירה יב, קמז
מוציא אשתו משום ש"ר שאסור להחזירה, האם צריך שיאמר שמחמת ש"ר מוציאה קנ
- כשיש פסק בי"ד שחייב לגרשה קנ, קנג
בזה"ז שמבטלים כל התנאים לפני הגט קנא
במקום שכופין אותו לגרש קנד
בגירש ע"פ פסק בי"ד ונתברר שהפסק היה בטעות קנו

מעשה מצרים

איסור לעשות כמעשה מצרים קסא
איסור נשים המסוללות האם הוא מדאורייתא קסב
האם האיסור מדאורייתא הוא רק דרך נישואין קסד

מצוה לקיים דבר המת

מתי אמרינן מצוה לקיים דברי המת שט, שמ

מצר שהחזיקו רבים

האם במצר שהחזיקו רבים צריך טענת חזקה שעה

עדות

קיבל עליו קרוב או פסול כעד האם יכול לחזור טו, רכו
הטעם דמהני קיבל עליו קרוב וכו' רכו
בקבל בב"ד האם צריך קנין טו, רכח
קיבל קרוב או פסול כשני עדים האם יכול לחזור רל

- פסולי עדות

עד שיש ערעור על כשרותו אינו נפסל עד שיעידו עליו בבי"ד כז, תקלא
האם נפסל לעדות בעבר עבירה שרבים נכשלים בה תקלא
האם אדם נאמן על עצמו שעבר עבירה כשניכר שאינו שומר תו"מ תקלד
- תינוק שנשבה האם נאמן לעדות תקלה

סיטומתא

צילום של שטר האם מהני מדין סיטומתא ערה
האם מהני קנין סיטומתא בקרקע ערה, שלא
שטר שכתוב בלשון "התחייבות לתת" האם מהני מדין סיטומתא שלג

פוליגרף

האם אפשר לפסוק ע"פ תוצאות פוליגרף רכו
בקבלו עליהם להיבדק בפוליגרף האם יכולים לחזור רכט
- האם נחשב כקיבל עליו קרוב או פסול רלב
האם הסכמה לפוליגרף נחשב כאסמכתא רלד
האם בדיקת פוליגרף נחשבת כתנאי לשעבד רלח
האם הסכמה בבי"ד לפוליגרף נחשב כאונס והוי אסמכתא רלט
- כששניהם מתחייבים הוי כפשרה רמ
בחתם בבי"ד שמקבל עליו תוצאות פוליגרף האם נחשב כקנין בבי"ד חשוב רמב
מתחייב לבדיקת פוליגרף אי הוי קנין דברים טז, רמב, רמח
- כשאמר שמתחייב באופן המועיל האם חלה ההתחייבות טז, רמט
התחייב לגרש בהתאם לתוצאות הפוליגרף אי מהני רנא
האם כופין לגרש רנה
תוצאות פוליגרף האם נחשבות כאומדנא דמוכח רנו

פיצויים

תשלום פיצויים ליורשים על הריגה האם זה מדין ירושה תיא, תיד

האם זה ירושת ממון או זכות תביעה כא, תיג, תטו
האם בע"ח גובה מהתשלומים תיד
- בתפס תיד
בתשלום פיצויים שחוייב ע"י ערכאות האם הבת יורשת תיד

- פיצויי גירושין

חיוב פיצויי גירושין לאשה שמסרבת לקבל גיטה קכד
האם החיוב מצד הדין או המנהג קכה
האם המנהג לפצות נחשב כמנהג שנתפשט קל
בעל שרוצה לגרש בלי טענה מוצדקת קלד
- כשרוצה לגרש כדי לקיים פו"ר והאשה מסרבת קלד

פצוע דכא

נעשה פצוע דכא בהיותו גוי אסור מדין פצוע דכא ט, נא
טעם איסור פצוע דכא נא
האם בשבילי הזרע שבתוך הגוף נעשה פצוע דכא ט, נג
ספק פצוע דכא האם אסור בקהל ט, נד

צדקה

האם בצדקה אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט רצד, שז
האם היורשים חייבים לקיים דברי אביהם רצה, שמ
מדין מצוה לקיים דברי המת שט, שמ
האם חתימה בשטר נחשב כאמירה לגבוה רצה, שח

קבורה

דין אין קוברין צדיק אצל רשע שעז
שיעור ההרחקה שעח
במנהג שאין קוברין איש אצל אשה זרה שעט
- בטעם המנהג שפד
- במקום שנהגו אסור לשנות שפז
- במקום שנהגו האם מותר לפנות המת שפט
- במקום שנהגו האם יש גם שעבוד ממוני שצ

קנינים

עשה קנין המועיל עם קנין שאינו מועיל ודעתו על הקנין שאינו מועיל רעט, רפו, שלו
- כשיש דעת אחרת מקנה רפד, שלח
- כשהדעת אחרת הוא על קנין כסף רפז

- קנין חזקה

הקנה ב' קומות בבנין והחזיק באחת האם מהני החזקה לגבי השניה שבקומה הב' אין לו עדיין רשות להשתמש רפט

- קנין דברים

התחייבות בדברים אי הוי קנין דברים רמג
התחייבות למכור אי הוי קנין דברים רמד
התחייבות לגרש אי הוי קנין דברים רנב

- קנין כסף

הסכמת אדם חשוב לקבל מתנה האם נחשב כקנין כסף רעז

קבלת אדם חשוב נחשב כקנין כסף או חליפין רעז
קבלת אדם חשוב האם מועיל בקרקע במקום שכותבין שטר רעח

- קנין קרקע

האם בית נחשב כקרקע לגבי קנינים רסד
האם בזמנינו מועיל קנין בקרקע בלא רישום בטאבו רצ, שלג
במקום שכותבין שטר האם מועילים שאר קנינים בלא שטר רפט
בספק קנין בקרקע האם אזלינן בתר המוחזק רצז
האם רישום בטאבו נחשב כקנין המועיל דש
קנה חלקת קרקע לקבורה האם קנה זכות הדרך לקבר כ, שסו
- כשיש אפשרות להגיע בדרך אחרת שסח
- באמרו לו שהחלקה נמצאת ליד השביל שסט
במקום שהמנהג לצמצם הדרך שסט
האם יכול לעכב לצמצם מדין מצר שהחזיקו בו רבים כ, שעד

- קנין שטר

צילום שטר האם הוי שטר קנין רסה, שיב, שכט
האם הוי שטר ראיה רסה
שטר שמועיל לראיה האם מהני לקנין רסו
שטר שאין בו לא עדי חתימה ולא עדי מסירה האם מהני לקנין רסו
שטר שכתוב בו שתרם האם מהני מדין אודיתא ער, שיד, שמא
- בלא אמר אתם עדי ער
שטר שכתוב בו בלשון עבר
האם הוי הודאת בע"ד ערב
- כשכתוב בלשון נסתר עדר
- האם מהני מדין סיטומתא ערה, של
נתכוין לקנות בשטר והשטר פסול אי מהני קנין אחר שעשה רעט, שלו
במקום שכותבין שטר האם מועילים שאר קנינים בלא שטר רפט, שיב, שלג
לשון שטר שנכתב עפ"י מנהג המדינה האם מהני לקנין שטז
כשהשטר נעשה ע"י עו"ד שיח
האם מהני מ"דינא דמלכותא" שיט

רבנות

נתמנה לרבנות לזמן קצוב האם אפשר לפטרו כשעבר הזמן תד
- כשהמנהג לפטר תה

רוב בעילות אחר הבעל

באשה שאינה יושבת בקביעות עם בעלה האם אמרינן רוב בעילות אחר הבעל ט, לז
אשה שנבעלה לאחר גירושיה ויש ספק על הולד אי אמרינן רוב בעילות אחר הבעל מב

רפואה - רפואת אשתו

האם רשאי הבעל לסלק רפואתה ע"י גיטה קיא, קמג
- ברפואה שיש לה קצבה קיד
טעם חיוב רפואתה ברפואה שיש לה קצבה קיג

חלתה בפשיעתה האם חייב ברפואתה קיד
כשאינה יכולה לשמשו כלל קיז
האם יתומים חייבים ברפואת אלמנה כשחלתה בפשיעה קטז
חלתה כמה פעמים קיז
נפרדה מבעלה בלא טענה ברורה קיז

שומר

בשותפין בכרטיס הגרלה האם זה שהכרטיס ברשותו נחשב שומר תיח, תכה
בטוען שאינו זוכר היכן הניח את הכרטיס שזכה האם נחשב כפושע או כמזיק תיח
- האם אפשר לחייבו מדין "כל שאינו יכול לישבע משלם" תכא
- האם אפשר לחייבו מטעם שנחשב כשומר על הממון שעלה בגורל כב, תכג
פשיעה בשטרות האם חייב לשלם תיט
מזיק שטר הגרלה שזכה האם נחשב כגרמי או כמזיק תכז

שכנים

תקנת ר' יהושע בן גמלא שנו
האם בלימוד ת"ת לבנות נאמרה תקנת ר' יהושע בן גמלא יט, שנו
האם הדין שאי אפשר לעכב נאמר בכל המצוות כ, שנז
- במצוות שאינן מוטלות על הציבור שנח
האם בדבר שרגילים לעשותו בבית, השכנים יכולים לעכב כ, שנט
האם אפשר למנוע לפתוח גן לבנות שסא
האם אפשר למנוע לפתוח מרפאה שסב

תלמוד תורה

גדר מצות ת"ת לנשים יט, שנד
האם במצות ת"ת לבנות יש תקנת ר' יהושע בן גמלא יט, שנו

תפיסה

תפיסה בקרקע ע"י בת שאינה יורשת אי הוי תפיסה ש
האם ע"י רישום בטאבו נחשב כמוחזק שא