ספר

משפטי שאול

פסקי דין
אשר נדונו בבית הדין הגדול בירושלים

מאת
מרן הגאון
הרב שאול ישראלי זצ״ל

בהוצאת מכון
״משפט והלכה בישראל״
שע״י
״ארץ חמדה״
מכון גבוה ללימודי היהדות
מהדורת קרן רא״ם
ירושלים תשס״ז

©
כל הזכויות שמורות
למשפחת הרב ישראלי זצ״ל
מסת״ב 965-436-004-7

www.eretzhemdah.org

תוכן עניינים

שער א: בהלכות פו״ר ואישות

סימן א בענין אבהות בפנויה המיוחדת לאיש
סימן ב בענין נאמנות בממזרות
סימן ג בענין ממזרות
סימן ד בענין ממזרות ונשואין אזרחיים
סימן ה בענין עוברת על דת ומזונות בעזיבת הבית
סימן ו בענין דרישה וחקירה ודין מרומה בעדי זנות
סימן ז בענין מעשה כעור ועדות בלשים
סימן ח בענין עדות של עד אחד על מעשה כיעור
סימן ט בענין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ובדין אמתלא

שער ב: בהלכות קידושין

סימן י בענין אמתלא על כשרות קדושין
סימן יא בענין טענת מקח טעות של זנות בנשואין
סימן יב בענין מקח טעות עקב מום בנשואין
סימן יג בענין חיוב מזונות כשאין לבעל ממה לשלם
סימן יד בענין מזונות כנגד מעשה ידיים כאשר אינה עמו
סימן טו בענין חסכונות, מזונות, מציאה ומעשי ידים
סימן טז בענין מזונותיה של מורדת בתוך ד׳ שבועות
סימן יז בענין מתנות מקרובי הבעל שלאחר הנשואין
סימן יח בענין מתנות ודינא דמתיבתא כאשר אין דין מורדת
סימן יט נאמנות אשה בעניני תשמיש
סימן כ בענין החיוב לגרש בטענת מאיס עלי
סימן כא בין מורד לאנוס – דרגת ביניים
סימן כב בענין חובת האב במזונות ילדיו
סימן כג בענין התנית מזונות בבוקרי בית
סימן כד בענין מזונות הילדים
סימן כה בענין מחילת אפוטרופוס על מזונות הילדים
סימן כו בענין מחילת מזונות ללא תמורה
סימן כז בענין חזרה ממחילה על כתובה
סימן כח בענין חיוב מזונות כאשר מחלה כתובתה
סימן כט בענין התחייבות למזונות שאין להם קצבה
סימן ל בענין מזונות צמודים למדד
סימן לא בענין מזונות ומעשה ידים במעוכבת להנשא
סימן לב בענין מזונות מיבם הממאן לחלוץ

שער ג: בהלכות גיטין

סימן לג בענין כפיה על גט למזנה תחתיו
סימן לד בענין כפיה לגירושין כאשר נשא אשה על אשתו
סימן לה בענין כפית גט בטענות טהרת המשפחה
סימן לו בענין כפיה למתן גט
סימן לז בענין טענות לביטול גט

שער ד: בהלכות גרות

סימן לח בענין גיור קטן מאומץ
סימן לט בענייני גיור

שער ה: בהלכות חושן משפט

סימן מ	בענין מורשה לדין ובי״ד קבוע
סימן מא	בענין ׳תובע הולך אחר הנתבע׳
סימן מב	בענין ׳תובע הולך אחר הנתבע׳ כאשר הנתבע בחו״ל
סימן מג	בענין צוואה, הקדשות ופניה לערכאות
סימן מד	בענין דרישה לבדיקה פסיכיאטרית
סימן מה	בענין חיובי שבועה
סימן מו	בענין התחייבות חוזית של שותפים
סימן מז	בעיניני הודעה על גמר שכירות
סימן מח	בענין שכירות וחוק הגנת הדייר
סימן מט	בענין השגת גבול
סימן נ	בענין התחייבות בשני קנינים

סימן א : בענין אבהות בפנויה המיוחדת לאיש*[1]

הערעור שלפנינו הוא על פסק דין של כב' ביה"ד האזורי לפתח תקוה מיום י"ב תמוז תשל"ז (תיק /1074לז ותיק /1091לז) בו נפסק שאין הצדדים יכולים להתגרש עפ"י ההסכם שנערך ביניהם בפני ביהמש"פ מחשש של גט מעושה, וכן שאין לקבוע בבירור את אבהותו של הילד י. שנולד כשבעה חדשים אחר הנישואין של הנ"ל, ואבהותו של המשיב על הילד הנ"ל מוטלת בספק.

הערעור הוגש ע"י האשה ונסב על שתי הנקודות הנ"ל, אולם בהופיע הצדדים בפנינו התברר, שבינתיים האשה כבר קבלה את הג"פ עפ"י הסכם נוסף שנערך ביניהם. ובי"ד זה החליט באותו מעמד, שהערעור ישמע רק באשר לאבהות.

בערעור נטען : א. שענין האבהות וכן החיוב במזונות הילד נידון בערכאה אחרת עפ"י התביעה שהוגשה ע"י המשיב, וממילא אין סמכות לביה"ד לדון בדבר, שכן אין תביעה אחת יכולה להיות נידונה בשני מקומות שיפוט ; ב. שעל סמך הנתונים היה על ביה"ד לפסוק שהמשיב הוא אבי הילד שנולד למערערת אחר נישואיהם, כנ"ל.

המשיב טען, שהוא מסכים לבטל את התביעה שהגיש לביהמש"פ בנידון, והוא מסכים שביה"ד יהיה הערכאה היחודית שתדון בדבר ויש לקבל את פסק הדין של ביה"ד, ולחלופין - להחזיר את התיק לביה"ד כי בינתיים הגיעו לידו הוכחות חדשות באשר לאבהות הילד.

וזוהי השתלשלות הדברים :

הצדדים התחתנו כדמו"י ביום 29 אפריל 1976 (דהיינו ביום כ"ט ניסן תשל"ו), ביום 21.10.76 הוגשה ע"י הבעל תביעה לגירושין (תיק /149לז) בה נטען בין השאר : 1) הנתבעת בגדה בי והודתה בזמנו בפני ; 5) לא היתה בתולה למרות שנשבעה לי שהיתה ; 7) נכנסה להריון לפני הנשואין ואני מסרב להכיר באבהות ; 8) אמה מסרבת למסור לנו את דירתה שהבטיחה לנו.

אולם ביום 5.12.76 הודיע הבעל שהוא מבקש לבטל את התביעה, ובהתאם לזה נסגר התיק.

ביום 26.11.76 (דהיינו : ד' כסלו תשל"ז) נולד הילד. הבעל נוכח בברית המילה, ובאותו מעמד נקרא הילד בשם י. בן ג. - כלומר : בתור בנו של הבעל.

ביום ב' אדר תשל"ז (22.2.77) חודשה תביעת הגירושין ע"י ב"כ הבעל, וכותרת התביעה : גירושין, מזונות והחזקת הילד. בתביעה נאמר בין השאר : 1) הצדדים נשואים כ9- חדשים ומנשואין אלה נולד להם בנם י. ביום 26.11.76 ; 6) ... והוגשה תביעה לגירושין ולהחזקת ולראית הילד... ; 3) המשיבה מסתתרת עם הילד, אינה מאפשרת למבקש לראות את בנו, דבר המוציאו מדעתו ועלול חלילה להביאו למעשי יאוש.

בישיבת ביה"ד מיום כ"ז אדר תשל"ז בנוכחות הבעל ובאי כח הצדדים ובהעדר האשה : ביה"ד שואל והבעל משיב (לפי הרשום בפרוטוקול) : ש. לבעל : מתי התחלת לחיות אתה לפני הנישואין? ת. חדשיים. ש. : מתי נולד הילד? ת. : 7 חדשים אחרי החתונה. ש. : מה בקשר לילד שנולד, זה ממך? ת. כאשר נודע לי שהיא בהריון היה לי ספק אם זה שלי. כשהלכתי אתה לדיסקוטק לפני הנישואין התחבקה עם בחורים ונצמדה אליהם בנוכחותי... נודע לי לפני החתונה שהיא בהריון והיו לי ספיקות אם הוא שלי. ש. : וכעת אתה חושב שהוא שלך? ת. כן, כי הוא דומה לי והיא לא אמרה לי מעולם שהילד הוא לא שלי.

ב"כ הבעל : האשה הזאת מחליפה מטות עם גברים אחרי החתונה. ש. : מה השמות? הבעל : היא שכבה עם מ. אחרי החתונה שהתברר לי שהוא ערבי. היא גם נשבעה לי בילד ששכבה עם שני גברים וזה היה ב14.2.77-. ב"כ הבעל : יש צו לראות את הילד והם לא מכבדים אותו, לכן אנו מבקשים החזקת הילד. ב"כ האשה : היא אמרה שאבא שלו אמר שהנו מסוגל להרוג אותה ואת הילד. הבעל : אני רוצה לראות מיד את הילד. אני אעקב אחריה ואז יהא המצב יותר גרוע.

בפרוטוקול מישיבת ביה"ד מיום כ"ו ניסן תשל"ז בנוכחות הבעל והאשה וב"כ הצדדים : ש. לבעל : הילד הזה שלך? ת. : אני חושב שכן. ש. : מתי הכרת אותה? ת : בינואר 76 ואז התחלתי לחיות אתה. האשה : מפברואר היה לנו חדר נפרד. הבעל : גם לפני כן חיינו יחד פעמיים שלוש בשבוע. ש. : אחרי שהתחלת לחיות אתה אתה חושד בה שהי' לה עסקים עם עוד בחור? ת. : כמובן שהיה לי חשדות. ש. : אתה יכול לקבוע אם כן שהילד הוא שלך? ת. : רק לפי זה שהוא דומה לי... שאלה לאשה : היו לך עסקים עם בחורים אחרים אחרי שהכרת אותו? ת. : לא. ש. : קבלתם היתר נשואין בקשר להריון? האשה : לא, כי לא גיליתי לרבנות שאני בהריון, רק בביהמש"פ גיליתי.

באותה ישיבה היתה גם החלפת דו"ד באשר למקום השיפוט בנוגע לילד. וזה עפ"י הרשום בפרוטוקול : הבעל : יש גם תביעה בענין מזונות הילד וראיית הילד. ב"כ האשה : יש כבר תביעת מזונות בביהמש"פ. ב"כ הבעל : התביעה בביהמש"פ הוגשה אחרי שהוגשה כאן התביעה. ב"כ האשה : אין אפשרות לכרוך מזונות הילד בתביעת הגירושין, רק מזונות האשה. ולגבי זה הגשנו כבר בביהמש"פ. ש. אם ביה"ד יחליט שיש סמכות? ת. : אני לא מוכן לטעון לגבי גובה המזונות כי אני אביא בג"ץ שאין סמכות לדון במזונות הילד והגשנו כבר שם תביעה. ש. מה לגבי ראיית הילד? ת. : אנחנו אמרנו כבר שהאב הוא אדם אלים. אבל לטובת הילד אנו מוכנים שיראה את הילד פעם בשבועיים...

עד כאן העובדות והטענות שלפני ביה"ד. בתיקים גם עדויות של ערבי בפני ביהמש"פ שחי עם האשה אחרי נישואיה, וכן דברי האשה בפני חוקר המשטרה בחתימת ידה (תיק 2000 תשלז) בה אמרה בין השאר : למעשה כשהכרתי את בעלי אני כבר לא הייתי בתולה, אני קיימתי יחסים עוד כשהייתי באמריקה עם החבר שהיה לי בשם ב.. גם בתקופה שהייתי בארץ קיימתי יחסים מיניים עם גברים. אני פגשתי את ג. בתחילת חודש ינואר 1976 ולאחר כמה זמן התחלנו לקיים יחסי מין. אבל יחד אתו היה לי גם קשר מיני עם גבר נוסף. כשנוכחתי שאני בהריון מאד נבהלתי. אמרתי את זה לג.

[1] *ערעור תשלח /46 בפני כב' הדיינים : הרב אליעזר גולדשמידט ,הרב שאול ישראלי , הרב מרדכי אליהו.

www.eretzhemdah.org

והחלטנו להתחתן. למען האמת אני לא יודעת אם ג. הוא האבא של הילד שלי ובעצם אני בטוחה שהוא לא האבא של הבן שלי.

בחקירת השוטר החוקר בפני ביה״ד (פרוטוקול מיום י״ב כסלו תשל״ח) על טענת ב״כ האשה שהחוקר הוא שהכתיב לה מה לכתוב, והיא כתבה את הדברים מתוך לחץ, אומר העד: אני מוכן להשבע שוב שהכל כתבה מצד עצמה ללא שום לחץ או תיקון מצדי. האשה: אני כתבתי, אבל הוא הכתיב לי את הכל, אעפ״י שאמרתי לו שזה שקר, הוא אמר לי תכתבי ששכבת עם איזה גבר תמציאי שם של מישהו ותקבלי את הגט מהר, ואני עשיתי זאת כי רציתי להפטר ממנו ולקבל גט.

בכ״א כסלו תשל״ח אחר מו״מ בין הצדדים הוסכם על מתן ג״פ והתנאים לכך. נאמר עוד: הבעל: אני נותן גט בכל אופן, אפילו שיתברר שלא בגדה... ב״כ האשה בשם האשה מצהיר: שלא היו דברים מעולם ואנחנו מכחישים כל טענות בגידה.

עד כאן העובדות והטענות כפי הרשום בתיקים. אחר עיון בטענות והעובדות זה אשר עלה בידינו:

כב׳ ביה״ד כותב בנימוקיו לקביעה, שאבהות הילד מוטלת בספק, כדלהלן:

״אשר לבקשת הבעל שביה״ד יקבע אם אמנם הוא אבי הילד י. והוא טען שיש לו ספיקות גדולות אם לאשה לא היו בחורים אחרים בזמן שנכנסה בהריון לפני שהתחתנו, והילד יתכן שאינו שלו. והנה בתביעה הראשונה של הבעל לגט מחשון תשל״ז כותב באמת הבעל בכתב־התביעה שהאשה בהריון ומסרב להכיר באבהות, אולם בכתב התביעה השני שהוגשה אחרי כמה חדשים (בהתחלת אדר תשל״ז) כותב כבר ב״כ הבעל שמנשואין של הצדדים נולד להם בנם י. ומבקש שביה״ד יקבע שהילד ישאר בחזקתו של התובע. הרי זה כמו הודאה מצד הבעל שהילד הוא שלו, אם כי למעשה לא הבעל בעצמו כתב כתב־התביעה רק בא־כוחו, אולם ב״כ הצהיר בפני ביה״ד שכל מה שכתב זהו בשם הבעל, ועוד זאת שביום י׳ אדר תשל״ז הופיע הבעל וב״כ והתביעה הראשונה היתה שהם רוצים צו לראות את הילד, אולם בישיבה השניה של ביה״ד כשהתחילו לפרט את בירור אבהות הילד אמר הבעל שבזמן שהיא היתה בהריון היו לו ספיקות אם הילד הוא שלו, אבל כעת הוא משוכנע שזה שלו היות שהוא דומה לו ושוב דרש צו לראות את הילד או להחזקתו.

אולם בישיבת ביה״ד מיום כ״ו ניסן תשל״ז כשהאשה הופיעה והשיבה לשאלת ביה״ד שמלבד בעלה לא חיתה חיי אישות עם אנשים אחרים אף לפני הנשואין והילד י. הוא מבעלה שנכנסה בהריון לפני שהתחתנו, אז הבעל אמר שיש לו חשדות שהיה לאשה עסקים עם גברים אחרים גם אחרי שהתחיל לחיות אתה, ולשאלה אם יכול לקבוע שהילד הוא שלו אמר הבעל רק לפ״ז שהוא דומה לו, והבעל אמר שהוא מצא אצל האשה רשימות עם מספרי טלפונים של אנשים אחרים, ולשאלה נוספת של ביה״ד למה נכתב בכתב התביעה הראשונה שלו ״שנולד להם בנם י.״, וכן התביעות החוזרות ונשנות על ראית הילד שזה מוכיח שהחזיק אותו כבנו, היתה התשובה ע״ז שזה היה לפני שמצא הרשימות שלה.

בישיבת ביה״ד מיום כ״ט סיון תשל״ז ביקש כבר הבעל לקבוע אם הילד הוא שלו, הוא גילה שכמה בחורים שכבו אתה לפני החתונה והוא לא מצא אותה בתולה ויש לו עכשיו ספק גדול אם הילד הוא שלו, ואף שקודם חשב שזה ילד שלו אבל עכשיו יש לו ספק גדול מאד. האשה שוב אמרה שלא חייתה חיי אישות רק עם בעלה אף לפני שהתחתנה והיא היתה בתולה והילד הוא של בעלה.

והנה אחרי עיון בדבר נראה שאי־אפשר לקבוע שהילד הוא של הבעל, שאף פעם לא אמר בפני ביה״ד שברור לו שהילד הוא שלו ורק שהוא חושב שהוא שלו היות שהוא דומה לו, ומשום זה החזיק אותו כבנו ולכן אין לזה שייכות למה שפסק הרמ״א באהע״ז סי׳ ד׳ סכ״ט שאם הי׳ לו חזקת כשרות (והכונה להילד) ע״פ האב שוב אינו נאמן עליו רק בסהדי, ומשום שבנ״ד לא הוחזק ע״פ האב אף פעם בתור ילד שלו לפי הדין, אלא שהוא קבע לפי הרושם שלו מכיון שהוא דומה לו שהוא ילד שלו. ועיין בתשו׳ מהרש״ם ח״ג סי׳ קס״א בעובדא שהבנים שנולדו לאשה הי׳ דומים לקרוב שלה שהי׳ לן בבית הזוג אחרי חמש שנים מנשואיהם ועד אז לא ילדה שום ילד ובאותו ימים שהקרוב הי׳ נתעברה והי׳ חשש על העובר שאינו מבעלה, והיה עוד ריעותא בכושר תולדה של הבעל, ודן שם הגאון בין השאר מה שהילדים דומים להקרוב, וכתב אף שמבואר במדרש וברש״י פ׳ תולדות שהכל העידו על יצחק שהוא בן אברהם אחרי שנעשה נס שהי׳ דומה לאברהם, היינו שבעיני הבריות הי׳ כן אבל לדינא אין זה הכרע ומביא ראי׳ לזה. הרי שאף שהכל העידו על יצחק שהוא בן אברהם, ונמצא שבעיני האנשים הי׳ ברור להם שמצד הדמיון שהי׳ ליצחק כלפי אברהם שהוא בן אברהם בכל זאת אין לקבוע מתוך זה לגבי דבר שקשור עם דין התורה.

א״כ גם בנ״ד שאף שהי׳ ברור להבעל שזה בנו אחרי שנולד וראה אותו שהוא דומה לו, אבל אחרי שנולדו לו ספיקות כלפי קביעות זו שהילד י. הוא שלו אין זה סותר מה שהחזיק אותו זמן מסויים בתור ילד שלו מאחר שחזקה זו לא היתה לפי הדין, ומעולם לא הוחזק ע״פ דין שהילד הוא שלו אף בזמן שהי׳ מוחזק בעיני הבעל שהוא שלו, וכיון שאח״כ נתגלו לו ספיקות בענין אבהותו של הילד שפיר אי אפשר לקבוע שהבעל הוא אביו של הילד, ואף אם לא היה מתחרט ממה שהחזיק אותו בבנו ורק היה עומד בהודאתו שזה בנו ג״כ לא היו יכולים לפסוק ולקבוע שהילד י. הוא בנו של הבעל, מאחר שהקביעות שלו הוא רק במה שהילד דומה לו, אבל לא הוכחות אחרות, והוכחות אלו אין להם מקור לפי הדין וממילא חיישינן מדאפקרה נפשה כו׳, ואפילו אם היא מיוחדת. עיין בדברי המחבר והרמ״א באהע״ז סי׳ ד׳ סכ״ו ובח״מ ובבי״ש שם, ובנ״ד גם לא ברור אם היא לא דיימא מעלמא, ולפי דברי הבעל ידוע שיש לה עוד בחורים, אשר לפ״ז אי־אפשר לחייב אותו במזונות הילד מצד ספק, ועיין בתשו׳ הריב״ש סי׳ מ״א בפנויה שהיא מעוברת ותובעת את שמעון שהולד הוא שלו ושיטפל בו לפי שחייב אדם לזון את בניו הקטנים, וכתב הריב״ש שאין ממש בדברים, שאפילו אם נודע שבא עליה שמעון והיא טוענת ברי שהיא מעוברת ממנו כיון שאין שמעון מודה לה בזה הרי אפשר שנתעברה מאחר דכי היכא

דמפקרה נפשה לגבי שמעון מפקרה נפשה לגבי אחריני, ומסיק הריב"ש שהוא פטור מלזון את הילד, אולם אע"פ שאינו חייב במזונות הילד אבל מ"מ אסור הילד בקרובות אותו פלוני וכמו שפסק הרמב"ם בפט"ו מהל' איסורי ביאה הי"ד, וכן פסק בשו"ע אהע"ז סי' ד' סכ"ו, אלא שהבעל אמר שהוא ישלם את מזונות הילד אף שיוחלט שאינו בנו."

אולם החזקת הילד בתור בנו כבר היתה עם הכנסתו בברית, דהיינו יותר מחדשיים עוד לפני הגשתו התביעה השניה ביום ב' אדר תשל"ז, ואשר גם בה מדבר על הילד כבנו ודאי (בשאלה שהיתה לפני הרא"ש, כלל פ"ב, בכגון דא - האיש שנידונה אבהותו על הילד, ולא היה נוכח בברית המילה). אם כן, דל תביעתו לפני ביה"ד הנ"ל, כבר החזיקו כבנו לפני כן. ואין לך החזקה גדולה מזו שנעשתה לפחות בפני מנין אנשים. והרי אז לא אמר הבעל על סמך מה מחזיק אותו כבנו, ואם שזה רק על סמך הכרת פניו שדומה לו, כפי שאמר בחקירת ביה"ד ביום כ"ז אדר תשל"ז. והרי יתכן שהכרתו אז באבהותו, כשם שסגירת התיק הקודם על ידו ביום 5.12.76, בו פקפק בענין זה, היתה על סמך הוכחות נוספות (כגון - רוב בעילות והיותם יחד כל הזמן מאז עברו לגור בחדר נפרד). ואם כן, מה שאמר אח"כ בביה"ד, שכל עיקר הסתמכותו היא על הדמיון אליו, אינו אלא הסבר שבא לאחר שהוחזק. ובזה לכאורה כשם שאינו נאמן לחזור בו, כן אינו נאמן לומר מה היה הנימוק שבגללו החזיקו כבנו.

אולם עי' ש"ש (ש"ו פ"ח ופ"ט) ... להוכיח דמי שאמר בני יכול לחזור ע"י אמתלא לכו"ע, דרק **אם חוזר** בו ממה שאמר לפני כן, במקום שהתורה האמינתו אינו נאמן, לאיזה דעות, אבל מהני אמתלא **לפרש** דבריו הראשונים.

א"כ בנידו"ד הרי מה שאומר בפני ביה"ד ומסביר הא דהחזיקו כבנו, שהוא מצד הכרת פניו בדמיונם אליו, הר"ז בגדר פירוש דבריו הראשונים שבזה נאמן, וכן ע"ש עוד שהעלה שבכה"ג שאינו ידוע שהוא בנו רק על פיו, נאמן גם לחזור בו ע"י אמתלא "ומשום דרחמנא לא הימניה לומר בני הוא כל שאינו ידוע שהוא בנו". ולפ"ז הן יש לקבל חזרתו ממה שהחזיקו כבנו ע"י שהכניסו בברית בתור בנו.

ברם עי"ש עוד בפ"י שהסיק שאם הוחזק שלושים יום, שוב לא מהני אמתלא, וכמו בהוחזקה נדה בשכנותיה שבעלה לוקה עליה.

דהוי כהאי דבנה כרוך אחריה דהוה ליה כאיסור ודאי, וכה"ג סוקלין על החזקות, והרי גם בנידוננו הוחזק כבנו מאז הכנסו בברית יותר משלושים יום, א"כ בכה"ג אין אמתלא מועילה, והפך להיות בגדר ודאי, וממילא, אין לקבל דבריו שאמר בפני ביה"ד עם חקירתו שכל עיקר לא החזיקו כבנו אלא מצד הכרת פניו, שכיון שהוחזק הפך הדבר לודאי, ובזה אין מועילה אמתלא בשום פנים, ואעפ"י שזוהי אמתלא הבאה לפרש דבריו הראשונים.

אכן, הרי עוד טרם נולד הילד הוגשה ע"י הבעל תביעת גירושין ובה ונאמר גם בנוגע לעבר: "נכנסה להריון לפני הנשואין ואני מסרב להכיר באבהות". אם כן, הרי זה לכאורה כאומר אין זה בני אמנם חזר בו מהתביעה אחר זמן מה וביקש לסגור התיק, ולא הגיע כלל לבירור בפני ביה"ד, יש לדון אם מהני מה שחזר בו.

עי' בתשו' רע"א סי' ק"י שדן בהכחיש קודם שזה ממנו, אם מהני חזרתו ע"י אמתלא (שהכחיש קודם מחמת בושה). אך שם היה המדובר בהכחיש בפירוש, ואמר שלא ממנו בבירור, ואילו כאן היו דבריו סתומים מעיקרא, ולא פירש משום מה מסרב להכיר באבהות, והנימוק מפני "שנכנסה להריון לפני הנשואין" אינו אומר לכל היותר אלא שזה עשה לו ספיקות. ובזה הרי אין גדרי נאמנות של "יכיר". ובקשתו לסגירת התיק, וביותר - נוכחותו והשתתפותו בהכנסתו בברית, הרי היא כאומרת, שנוכח לדעת שאין כאן ספק, ובטוח באבהותו. כשם שגם חזר ואישר בדבריו בפני ביה"ד כשנשאל אם הוא בטוח שזה בנו. אלא שהוסיף ונימק שזה מחמת הדמיון אליו. אך בנימוק זה אין אנו צריכים לקבל דבריו להאמינו כאילו זהו הנימוק היחיד, כנ"ל. (וגם בתשובה הנ"ל הגרע"א מסיק לקבל חזרתו, ונוטה לקבל האמתלא גם לענין בנו ליורשו ולפטור אשתו מן החליצה, ע"ש). וכן, עיקר בקשתו היתה כפי שמפורטת שם - לענין הגירושין, ואילו ענין הילד הוזכר רק כדרך אגב.

והנה כל האמור הוא מצד הודאת הבעל. אכן נ' שבנידו"ד, לכל הפחות, באשר לקביעת האבהות למילתא דאיסורא, שעל זה הוא שסובב פסק הדין (מבלי לנגוע בשאלת תביעת המזונות שהיא תביעה ממונית) יש לדון גם מצד גוף העובדות, וכדלהלן:

האשה אמרה בפני ביה"ד ביום כ"ו ניסן תשל"ז: מפברואר היו לנו חדר נפרד. ועל זה הוסיף הבעל: גם לפני כן חיינו יחד פעמיים שלש בשבוע. הרי שזוהי עובדא שאינה שרויה במחלוקת שמחודש פברואר חיו יחד בחדר נפרד, ומכיון שהילד נולד בסוף נובמבר, הרי זה אומר שתשעה חדשים מלאים עברו, ויותר מזה, מאז גרו יחד בחדר נפרד, היינו כדרך איש ואשה נשואים. והרי בנשואה אמרינן: אשה מזנה בניה כשרים - רוב בעילות אחר הבעל (סוטה כ"ז.). וכ"ה להלכה (א"ע סי' ד' ט"ו). וברש"י יבמות (ס"ט: ד"ה דדיימא מעלמא)... בני דומה שהם כשרים, דהתם כיון דנשואה היא רוב בעילות הלך אחר הבעל. אבל הכא לאו אורחיה למיבעל כולי האי בלי חופה. עכ"ל. הרי שמחלק בין אשה נשואה לבין ארוסה **בבית חמיה**, ואילו כאן כיון שעברו בריש גלי לגור בחדר נפרד, ללא כל בושה ורתיעה, הרי זה כמו באשה נשואה, דשייך בזה מ"ש שם רוב בעילות הלך אחר הבעל, אף בודאי זינתה, וכש"כ בני"ד שאין לנו הוכחות על אותה תקופה של שעת ההריון על התנהגות האשה. ואף טענות הבעל הן על הזמן שאחר הנישואין, בעיקר.

אכן לפנינו האמור בשו"ע בענין פנויה שעברה (סי' ד' סכ"ו):

"פנויה שנתעברה וילדה... אם אומרת של פלוני הוא - ואם אותו פלוני הוא כשר הולד כשר. ומ"מ אין אנו מחזיקים אותו כבנו ודאי ליורשו, אם אינו מודה שהוא בנו (ואפילו היתה מיוחדת לו אינה נאמנת עליו. והוא מהנמוק"י בשם הריטב"א)."

ובביאור הגר"א (ס"ק נ"ז) על מש"כ בשו"ע שהודאתם ל"מ כ' בזה:

"ממש"כ בפ"ק דחולין מנ"ל דאזלינן וכו' ממכה אביו וכו'. ואם איתא - דלמא כשהוא והיא אומרים עליו שהוא בנו. אלא דאין נאמנים. ולא מהימנינן, אלא משום דרוב בעילות" וכו'.

הרי שכל שהם חיו בלא קידושין "אפילו היתה מיוחדת לו" אין סומכים עליה, ואפילו אם הוא מודה לה.

אך בתשו' חוט השני סי' י"ח כתב בנידון דומה:

"...כ' הרא"ש וז"ל: דההיא דכתובות ההיא דקאמרה מיניה ר"ל שהיה רגיל אצלה, הלכך שדינן רוב בעילות בתריה. וההיא דפ' אלמנה מיירי שאומר הארוס שלא בא עליה אלא פעם אחת, הלכך אמרינן מדאפקרה נפשה וכו' עכ"ל. והמדקדק בדבריו יראה להדיא, שסובר דההיא דכתובות אעפ"י שהיה רגיל אצלה מ"מ אמרינן דמדאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה נמי לאחריני אליבא דאביי בל"ק, ומ"מ הולד כשר, משום דרוב בעילות הן מן הארוס, דוגמת מה שאמרו בפ' ארוסה אשה מזנה בניה כשרים, רוב בעילות אחר הבעל. ולכן מכשירינן הולד אפי' לר' יהושע. וזהו מה שכ' הלכך שדינן רוב בעילות בתריה, משמע הא מיעוטן שדינן בתר אחריני.

לאחר שנתבאר זה אומר אני, גם בנידון דידן, כיון שהוא רגיל אצלה טפי מאחריני... ועוד שהבועל הזה היה יכול להיות אצלה ביום ובלילה והאחרים לא היו יכולים להיות אצלה רק ביום. ואפי' ביום לא היה אפשר רק לעתים, ולא תדיר, הלכך שדינן הולד בתריה לענין לאסור בקרוביו. ואם קידש אחד מקרובותיו אין קידושיו קידושין, אפילו מספק ולפטור מן החליצה ויבום, לדעת הרא"ש. ואף הרמב"ם מודה במיוחדת, כמו שכ' הרא"ש כנ"ל, דהא רובא דאורייתא הוא, ולענין יוחסין להקרא בן פלוני. אכן אם הוא בנו לענין ממון, הא מילתא צריכא עיונא כיון דמטעם רוב קאתינן עליה, וקי"ל אין הולכים בממון אחה"ר... ואע"ג דמשמע מדברי הפוסקים דהא דאמרינן אשה מזנה בניה כשרים, רוב בעילות אחר הבעל דסמכינן ארובא אפי' לענין ירושה... י"ל דהא דרוב בעילות אחר הבעל הוי רוב מעליתא משום דאשה בעלה משמרה. אבל בנידו"ד ל"ש האי טעמא וכו'. איברא שיש לדקדק מתשו' הרא"ש דס"ל דסמכינן אחזקה של רוב בעילות אחר הבועל אפי' לענין ירושה, ואפי' בפנויה המיוחדת לו כמש"כ בתחלת התשובה ואעפ"י דדיימא נמי מעלמא וכו'. ואין לומר דשאני התם שנהג בו מנהג בנים וכנזכר בתחלת התשובה, שהרי כתב בתחלת התשובה שאין זה נחשב לכלום, אפי' אמר שהוא בנו, כל היכא דאיכא לספוקי שמא אינו בנו, משום דאיהו גופא לא ידע וכו'. ועוד שלמה שפירשתי לעיל דברי הריטב"א מוכח להדיא דלא אזלינן בתר רובא לענין ירושה אפי' בפלגש המיוחדת לו אי דיימא מעלמא, ונהי דלא ס"ל כוותיה, כיון שנראה מדברי הרא"ש דאזלינן בתר רובא בפלגש המיוחדת לו. מיהו איכא למימר דוקא במיוחדת גמורה, וכמו שהיה בנידון של הרא"ש, אבל ברגילה עמו בביתו, לא אזלינן בתר רובא, כיון שאין הולכים בממון אחה"ר. וכו'. סוף דבר, לא מצאתי ראיה ברורה שאוכל לסמוך עליה לשיהיה בנו ודאי לענין ממון... אבל לענין יוחסין אזלינן בתר רובא, דרובא דאורייתא הוא כדילפינן בפ"ק דחולין, והוי בנו לכל דבר ליוחסין ולאסור בקרובות הבועל ומותר בקרובות הנחשדים האחרים. וכן לענין יבום וחליצה."

הרי שהוא מכריע בכהאי דנידון דהרא"ש שהיא במיוחדת גמורה שהוא כבנו לכל דבר וכפי שפסק הרא"ש, בכל מה שנוגע לעניני יוחסין; ורק לענין תביעת מזונות לא הכריע באופן מחולט.

ונראה להעיר עוד, שאעפ"י שנראה מדבריו שהכריע להלכה בנידון יוחסין בניגוד לריטב"א, וכמו שכ' בלשונו (בסוף דבריו, ביחס לריטב"א) "דלא ס"ל כוותיה, כיון שנראה מדברי הרא"ש דאזלינן בתר רובא בפלגש המיוחדת לו". ולפ"ז הרמ"א שהביא דברי הריטב"א להלכה, נראה שנוקט להלכה כהריטב"א. וא"כ אכתי מס' פלוגתא וס' הכרעה להלכה לא יצאנו. אך באמת, לפי המשך דבריו ש"דברי הרא"ש במיוחדת גמורה", והוא כפי שכ' שם לעיל מזה דבנידון דהרא"ש "שהוא אינו ירא מאחרים אבל אחרים יראים ממנו, והוי ממש דומיא דאשה מזנה דהוי רוב חשוב", א"כ י"ל דדברי הריטב"א שאמנם ג"כ הם אמורים במיוחדת לו, אולם אין זה במיוחדת לו בפומביות ובריש גלי, שמכל מקום הבושה על פניהם, כמו שמצינו להלן (ריש סי' כ"ו) לענין פלגש שכופין אותו להוציאה מביתו:

"ואפילו אם ייחדה לו..."

והרמ"א מוסיף בטעמא דמילתא:

"דודאי בושה היא מלטבול ובא עליה בנדותה"

ובביאור הגר"א שם סק"ד:

"כמ"ש בב"ר פ' נ"ב ובריש ויק"ר: משל למלך וכו' וכשהולך אצל פלגשו הולך במטמוניות וכו'".

א"כ מסתבר שדברי הריטב"א הם בכה"ג, שאמנם מיוחדת היא לו, אך זה רק "במטמוניות", ואילו בפרהסיא אינם מודים בזה מחמת בושה, כדרך הפלגשים, ואילו דברי הרא"ש כשגרה אצלו בקביעות ובגלוי, ואינם בושים מזה. ואם כן, אין כאן מחלוקת, ואף דברי הרמ"א שהביא להלכה הא דהריטב"א, הם רק בכה"ג ולא בגופא דעובדא דהרא"ש. ונידו"ד הרי דומה להא דהרא"ש, ואולי אף יותר מזה, שעברו לגור בחדר נפרד, כדרך איש ואשה שע"י חו"ק, ולא התבוששו, שבזה קיימים דברי הרא"ש, שהוא כבנו לכל דבר, במה שנוגע לעניני יוחסין.

ואשר לטענת הסמכות, נראה לנו שצדק כב' ביה"ד שמאחר שהתביעה הוגשה לראשונה לבית הדין, ואף משהועלה הדיון לראשונה בפני ביה"ד לא נטענה טענת סמכות, הסמכות היתה לבית הדין לדון בנידון. בפרט, שהשאלה שכב' ביה"ד דן בה היא שאלת יוחסין שממנה תוצאות בעניני אישות, ובזה המקום הנכון לדיון הוא אך ורק בפני ביה"ד, ובמוקדם או מאוחר ממילא תצטרך להיות בזה הכרעת בית דין.

אולם, כמובן מאליו, אין הדלת סגורה בפני המשיב להביא הוכחות נוספות, אם אכן יש לו כאלה, וביה"ד ידון בהם לכשיובאו לפניו.

על פי כל הנ"ל דעתי היא כי יש לקבל את הערעור באשר לסעיף ב' של פסק הדין נשוא הערעור. והילד י., יש לראותו כבן של המשיב ג.

שאול ישראלי

אנו מצטרפים למסקנתו של כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], כי הואיל וג. החזיק בשעתו את י. כבנו, אין להאמינו אחרי זה בטענה כי החזיקו כבנו מפני שהוא דומה לו.

אליעזר גולדשמידט ומרדכי אליהו

פסק דין

לפיכך אנו מחליטים לקבל את הערעור, וקובעים כי י. הוא בנו של ג.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום י"ב אייר תשל"ט.

אליעזר גולדשמידטשאול ישראלימרדכי אליהו

סימן ב : בענין נאמנות בממזרות*[2]

נאמנות אדם מדין "יכיר"
בירור דעת התשב"ץ
בירור דעת הראשונים דפליגי ארשב"ם
עיון בבאור האו"ש בדעת הרמב"ם
בירור דעת הר"ן
בירור דעת הנמוק"י
מילואים
הערות בדבריו של הגרי"ש אלישיב שליט"א

נאמנות אדם מדין "יכיר"

אם האיש הנידון טוענת שנתעברה כשהיתה שתויית יין במסיבה בבית אמה ובעלה, והיא לא ידעה בשכבו ובקומו, וממי היא נתעברה. מדבריה מסתבר שהעיבור בא מבעל אמה.

בעל האם ג"כ הודה בפני ביה"ד שבא עליה כמה פעמים בהיותם ישנים באותו חדר על מטה אחת. עפי"ז גם נרשם האיש בלידתו על שם בעל האם בתור אב, ואם האיש הנידון בתור אמו. אכן בציבור ידוע היה כאילו הוא בנו של אם אמו ובעלה. ויש לנו לברר הדין במקרה זה, אם הסבתא של האיש הנידון נשואה לבעלה, שהוא לפי הרישום אבי האיש הנידון, כדין תורה, מה הנאמנות שבדבריהם לקבוע מעמדו של האיש כממזר שנולד מביאת אדם שבא על בת אשתו.

והנה איתא בשו"ע (א"ע סי' ד' סכ"ו):

"פנויה שנתעברה וילדה... ואפילו אם אומרת של פלוני הוא, ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר אין זה הולד אלא ספק. ואפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר."

ומבואר שם בב"ש בשם הה"מ דרק להכשיר נאמנת האם אבל לא לפסול, כי מה"ת ספק ממזר מותר בקהל ישראל, ובדרבנן הימנוה. משא"כ בבאה לפסול אינה נאמנת, ונשאר הדבר בספק כאילו לא אמרה כלום.

ודיבורו הוא ג"כ לא מהני לקבעו בודאי פסול, כמבואר: שכשם שזינתה עם זה כן זינתה עם אחר.

אכן בח"מ שם מבואר דהא דחיישינן לזנות גם עם אחר הוא רק בדיימא נמי מעלמא, ואילו לא דיימא מעלמא כל שמודה שבא עליה אין מספקינן באחר. וכן הסברא שהזכיר בראש דבריו מצד אשה בודקת ומזנה, לא שייך אלא באופן שזינתה מרצון ובכוונה. וא"כ בנידון שלנו שטוענת שבא עליה שלא בידיעתה, ואף לדבריו לא היתה עכ"פ דיימא מעלמא, א"כ לכאורה הבועל נאמן לישויה ודאי ממזר, דהנימוק כשם שזינתה עם זה כן זינתה עם אחר ל"ש בנידון זה למיהב ליה דין שתוקי גרידא.

ושיש נאמנות לאב, בכל כה"ג שאין להסתפק שמא זינתה גם עם אחר, כל שהוא מודה שבא עליה, הרי יש ללמוד מפסק הלכה בענין נאמנות האב על בנו, דנחלקו הראשונים אם נאמן אדם להכיר מי שאינו ידוע שהוא בנו בתור בנו. לדעת הרשב"ם (ב"ב קל"ד:) אין בזה תו"נ שאמרה תורה "יכיר", שזהו רק כשידוע שהוא בנו ובא להכירו בתור בכור. אבל מי שאינו ידוע כבן אין בזה תורת נאמנות, ורק מדין מיגו נאמן. והיינו רק בנוגע לנכסים שכבר ישנם תח"י, דמיגו דאי בעי היה מקנה לו אותם. וכן היא שיטת התוס' שם. ואילו דעת הרמב"ם וכן הר"ן בשם הרשב"א, וכן לפי הפסק בשו"ע (חו"מ סי' רע"ט) נאמן אדם לומר זה בני. והוסיף הרמ"א דהיינו גם בנוגע לנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס, דלא שייך שם מיגו כלל. ונראה שזוהי גם דעת המחבר שסתם וכתב שנאמן לומר שהוא בנו, ולא חילק כלום בין נכסים שתח"י עכשיו לבין מה שיפול לו לאחר מכן. ולהני דעות צ"ל לכאורה שהוא משום דסברי דקרא ד"יכיר" אמור גם במי שאין ידוע שהוא בנו, ושלא כרשב"ם הנ"ל. ונאמנות מקרא ד"יכיר" הרי היא, לפסק הלכה דנקטינן כר' יהודא, לא רק בנוגע לירושה כי גם בנוגע לכשרות ופסלות הולד, שהרי לר"י נאמן לומר זה ב"ג וב"ח או ממזר, וזה לא רק לחומרא,

[2] *חוות דעת בעניין תיק תש"ל\130. הכותרות נתרו ע"י המערכת.

שהרי ע"י שקובע בפסולי כהונה וממזרות מתירם בממזרים ובפסולי כהונה. ומכיון דלהני שיטות נאמן גם על שאינו ידוע כבנו להכירו כבן מדין "יכיר", א"כ נאמנותו היא גם בנוגע לכשרותו ופסולו, וכיון שלדבריו הוא בנו וממזר הוא שנולד מן הערוה (לאחר שבכה"ג שלא דיימא כלל אין להעלות ספק שמא זינתה גם עם אחר), הרי הוא נאמן לפוסלו מדין "יכיר", והבן אפוא הוא ודאי ממזר.

ועי' שו"ת רע"א (סי' ק"י) שהקשה להני שיטות דיכיר קאי גם על מי שאינו ידוע כבנו, דאמאי לא יהא נאמן גם לפטור ע"ז אשתו מן החליצה, מאחר דילפינן מיכיר לא רק לענין ירושת נכסיו, כי גם בעניני איסור, מוכרח לומר דאמרינן דלא האמינתו תורה לחצאין, וא"כ גם לחליצה ייאמן. ואיהו מסיק מתוך כך דמיתלי תלי במקור הדרשא דנאמן גם לפסול הבנים, דנחלקו הראשונים אם הוא מ"יכיר" או דילפינן לה ממש"נ "בן השנואה יכיר" - ששנואה בנישואיה.

ובש"ש (ש"ב פ"ב) כ' בזה דדין "יכיר" אמנם הוא לא רק לענין ירושה כי גם לפסול הבנים. אולם כל זה הוא רק בנוגע לבנים עצמם. משא"כ במה שנוגע לאשתו, ע"ז לא נתנה לו תורה תו"נ, עי"ש.

עכ"פ מדברי הני תרי רבוותא שמענו שלגבי הבן הנאמנות מקיפה את כל הענינים הנובעים מקביעות אבהותו, ולא רק בנוגע לירושה. וא"כ הרי ברור יוצא דלמאי דנקטינן להלכה שנאמן אדם לומר זהו בני, ושלא כרשב"ם, א"כ צ"ל שגם זה בכלל יכיר הוא, וממילא - כשם שנאמן לומר שהוא בנו, כן נאמן הוא לומר שהוא ממזר, והיינו ממזר ודאי, ולא בדין שתוקי מצד שאין אמו אומרת ברי שנבעלה לכשר.

בירור דעת התשב"ץ

אכן ראיתי בס' אמרי משה (סי' י"א), שמעלה שגם לדעה זו דנקטינן כוותיה דנאמן לומר זהו בני מ"מ אינו נאמן לומר ממזר אלא על מי שידוע שהוא בנו, וז"ל:

"... אם יבא אחד ויאמר על איש שאין אנו מכירים אותו כלל, ויאמר שהוא בנו וממזר הוא, שבא על הערוה או על הממזרת, לא יהא נאמן כלל, דלא האמינה תורה רק לאב לומר שבנו ממזר, והיינו היכא דידעינן שהוא אב, ובלא אמירתו היינו מחזיקים אותו לבנו וכו' ואז נאמן לומר שממזר הוא, והיינו אף לומר שאשתו זנתה ואינו בנו וכו'."

מסקנתו זאת, היא עפי"מ שמבאר דברי התשב"ץ (ח"ב סי' יט) המוקשים, כפי שהעיד עליהם באב"מ (סי' ד' סק"כ) שכתב בא"ד:

"שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפסלו ולומר שהוא ממזר, אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן, כדאיתא בפ' החולץ (מ"ז.)."

וזה נראה לכאורה שסובר כהרשב"ם שכל דין יכיר אינו אלא על מי שידוע שהוא בנו, ואילו בראש דבריו הקדים ואמר שהנאמנות היא מה"ת לומר על מי שהוחזק כבנו שאינו בנו והוא ממזר, וכן על מי שאינו ידוע - שהוא בנו.

ופירש באמרי משה הנ"ל כוונתו עפ"י החידוש הנ"ל:

"דלפסול שאינו בנו אינו נאמן הכוונה לומר דעל מי שאין מכירים אותו כעל בן מי הוא, דאז אי"נ לפוסלו. ובין שאומר שהוא בנו ופסול הוא לא מהימן, ובין שאומר שהוא איננו בנו, וכנידון דהתשב"ץ, לענין הנקה, ג"כ לא מהימן בזה בתורת יכיר, רק הוי כאינש דעלמא וכו'."

ועפי"ז מתרץ גם קושית הקצוה"ח (סי' רע"ז) שהוקשה לו אמאי לא מהימן לומר בני זה וכהן הוא להני שיטות שנאמן לומר זהו בני, עי"ש שמוכיח מכאן כהרשב"ם וסייעתו. אכן לפי הנ"ל אין נאמנות להכשיר או לפסול אלא על מי שידוע שהוא בנו.

אכן כנ"ל דבריו אלה מוקשים מאד, דאם מיכיר ילפינן דקרא קאי גם על מי שאינו ידוע שהוא בנו, א"כ מקרא זה הרי ילפינן שנאמן לפסול, ומהיכי תיתי לדרוש לחצאין - שאמנם נאמן להכירו שהוא בנו, ומ"מ אי"נ אלא לענין ירושה גרידא, ואילו לפסול ולהכשיר לא מהימן, והרי לא האמינתו תורה לחצאין, לכל הפחות, במה שנוגע לבן עצמו.

ומה שבא להכניס כוונה זו בתשב"ץ, הנה אף אם נקבל שזוהי כוונתו לענין תביעת האם להנקתו, שכיון שאין זה ידוע שהוא בנו אינו נאמן עליו לומר שאינו בנו מדין יכיר אלא כאינש דלעמא, מ"מ אין ראיה לנידון שבא להכירו כבנו. דבזה אפ"ל דמודה דנאמן גם לפסול מאחר שלהני שיטות גם בזה קאי קרא דיכיר. א"כ כשם שנאמן שהוא אביו, כן נאמן הוא לפוסלו, ורק בנידונו דהתשב"ץ שמתנכר אליו ואומר שאין זה בנו, בזה הוא שכתב, שכיון שאינו מודה שהוא בנו, ל"ש בו יכיר כלל.

אכן גם עיקר פירושו בתשב"ץ לא מסתבר, כי ודאי ק"ו הוא - אם במי שידוע שהוא בנו מכוח חזקה מ"מ מדין יכיר נאמן לומר שאינו בנו, א"כ מכש"כ מי שאינו ידוע שהוא בנו, ואף הוא טוען כזאת ודאי שייאמנו דבריו מדין יכיר. כן עדיין לא תירץ בדבריו מה שמסתמך על הסוגיא ביבמות מ"ז. שמשם אין זכר לזה, כפי שהעיר כזאת באב"מ הנ"ל. ע"כ אין לחידושו של ה"אמרי משה" יסוד בדברי התשב"ץ.

[ובביאור כוונת התשב"ץ, נראה שלחלק יצא בין הקביעות של האבהות כלפי הילד לבין דחיית תביעת האם לגבי הנקה. שאעפ"י שמצד מציאות הדברים זה תלוי בזה, ואם מתקבלת טענתו בנוגע לאבהותו, ממילא אין עליו חיוב לזונו, מ"מ נאמנותו מחולקת, שלגבי אבהותו נתנה לו תורה תו"נ, ולא לענין תביעת האם הקשורה בזה, שלענין זה דינה של תביעה זו ככל תביעה אחרת שהנתבע מכחיש שאינו נפטר אלא בשבועה. וזהו שכ' שם:

"שהאב אי"נ אלא על בנו לפוסלו לומר שהוא ממזר, אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן, כדאיתא בפ' החולץ (מ"ז.). אף אתה אל תתמה לענין חיוב ממון, אם נאמן להפסיד ירושתו אינו נאמן להפסיד אמו שכר הנקתה, שהנאמנות שהאמינה התורה לאב אינה אלא על הבן לבדו לפסלו או להפסידו, לא לפסול אחרים ולהפסידם."

דבריו ברורים שבא לחלק בין נאמנותו כלפי הבן לבין נאמנותו כלפי האם. וזה בדומה למה שחילק בש"ש שהו"ל שלגבי חליצה אי"נ, כי לא נאמר יכיר אלא בנוגע לבן. וזה מביא ראיה שאפילו בנוגע לבן עצמו אין לו נאמנות אלא במה שנכנס לגדרי יכיר. והוא ממ"ש שם ביבמות כשאומר נתגיירתי ביני לבין עצמי שנאמן לפסול עצמו ואי"נ לפסול בניו. ואמר התם בטעמא דמילתא: לדבריך עכו"ם אתה ואין עדות לעכו"ם. והרי לכאורה אם דבריו בנוגע לעצמו מתקבלים, הרי בניו בהכרח אף הם פסולים הם. אלא שמאחר שלדבריו עכ"פ אין כאן גדר "יכיר" שהרי אין עדות לעכו"ם, א"י לפסול, כי כל שאין גדר יכיר אין לו נאמנות. וכמו"כ בנידו"ד, שבנוגע לשכר הנקה אין לו תו"נ כי זה אינו בכלל יכיר, אעפ"י שבנוגע לבן יש לו תו"נ ונאמן לומר שאינו בנו לכל מילי, גם לקולא, וכנ"ל].

בירור דעת הראשונים דפליגי ארשב"ם

וצריכים אנו לברר דעת הראשונים דפליגי ארשב"ם, וס"ל שנאמן לומר זהו בני, אם הוא מדין יכיר, דסברי דקרא מיירי גם בגוונא שאין ידוע שהוא בנו שנאמן לומר בני הוא ובכורי הוא, או דנאמנות אדם לומר זהו בני לא מקרא דיכיר הוא.

בקצוה"ח (סי' רע"ז) וש"ש (ב', כ') נוקט בפשיטות דדעת הרמב"ם שסובר שנאמן בזה הוא מדין יכיר, וכן הוא גם לפסק המחבר שם בשו"ע, שפוסק כרמב"ם.

(בש"ש שם בביאור המחלוקת דהרמב"ם והרא"ש בפ"ג מה' יבום כ' דלרמב"ם כיון שהנאמנות היא מדין יכיר, בזה אמרינן דנאמן גם כשסומך על אחר, אעפ"י שאותו אחר אין לו תו"נ. ואילו בדעת הרא"ש כתב:

"והרא"ש לטעמיה דס"ל שאב אינו נאמן בתורת יכיר לומר זה בני בכור אלא היכא דמוחזק בבנו לומר שהוא בכור. אבל אם אינו מוחזק בבנו אינו נאמן לומר שהוא בנו בתורת יכיר אלא בתורת מגו דאי בעי יהיב ליה כל נכסיו. וכ"ה דעת התוס' והרשב"ם, הובא אצלנו בס' קצוה"ח סי' רע"ז."

ודבריו מופלאים מאד בדעת הרא"ש, שבקצוה"ח שם כ' ההיפך בדעת הרא"ש:

"ודעת הרא"ש נראה כדעת הרמב"ם דנאמן לומר זה בני בכורי בתורת הכרה, אפילו בלא מיגו. עי"ש."

וכוונתו ברורה למש"כ הרא"ש בפ' יש נוחלין (סי' ל"ט) שהביא פירוש הרשב"ם לקושית הגמרא ב"ב קל"ד: "ליורשו פשיטא", דהיינו דכל נאמנותו ודאי אינה אלא מכוח מגו ובזה פשיטא, דאילו על נכסים שנפלו לאחר מכן באמת אינו נאמן, והעיר ע"ז:

"וכתב ר"מ ז"ל פליאה גדולה היא לומר כן, שאם בא אדם ממדה"י הוא ובנו, ואמר זה בני שלא יירש אותו הבן בנכסים שנפלו לאחר מכאן, אלא שאר בניו ושאר קרוביו הקרוב קרוב קודם וכו'."

ולא כ' הרא"ש כלום לתרץ ה"פליאה גדולה", משמע פשוט שסובר כמותו, ולא כהרשב"ם. וזה כמש"כ בקצוה"ח, ובניגוד למש"כ הוא עצמו בש"ש. אא"כ נאמר שהרא"ש בתשובותיו שמשיג על הרמב"ם בזה הדר ביה ממש"כ בפסקיו. אך מ"מ תמוה שבפסקיו הניח דברי הרשב"ם בפליאה גדולה, ואילו על שיטת הר"מ לא הקשה דא"כ אמאי אמרינן דאי"נ לגבי חליצה אלא מדין מיגו. ובתשובות הרא"ש נהפך הכל, והשלים עם הרשב"ם ואדרבה תמיהתו נסבה על שיטת הרמב"ם שהיא כשיטת ר"מ, דאם הוא מדין יכיר אמאי אי"נ לגבי חליצה. וצ"ע. ועי' להלן).

וכן ברע"א (סי' ק"י) מביא הדעה החולקת על הרשב"ם ונוקט בפשיטות שהיא מדין יכיר:

"העומד לנגדי (במה שרצה להוכיח דאעפ"י דקרא דיכיר מיירי לענין ירושה, ילפינן מזה שהאב נאמן על בנו בעדותו גם במילי דאיסורא שכשאומר שאינו בני מתירו בממזרת ומתירו בקרובותיו "דאמרינן דלא הימניה תורה לחצאין") מש"כ הב"י בשם הר"ן אף באמר על מי שאינו מוחזק כלל לבנו בני הוא נאמן להורישו, אף בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, דגם זה בכלל יכיר דקרא. והרי מבואר בסוגיא פ' י"נ באומר זה בני א"נ לפטור אשתו מחליצה רק במגו וכו'."

ואחרי שרצה לתלות שם השאלה אם אומרים בזה "לא הימניה התורה לחצאין" דתלי בשני הפירושים בדברי ר' יהודה שנאמן לפסול בנו כב"ג וב"ח וכממזר, אם הוא מכוח "יכיר" או שהוא ממ"ש תורה "בן השנואה יכיר" - ששנואה בנישואיה, תמה על פסק השו"ע דפסק דנאמן אדם לומר אין זה בני,

"ע"כ דקיי"ל כשיטת התוס' דילפינן לה מהכרת בכורה. א"כ ממילא יהיו נסתרים דברי הר"ן הנ"ל. ומדברי האחרונים (סי' רע"ט) לא משמע הכי למפסק בבירור כהרשב"ם הנ"ל, וצ"ע."

מש"כ "לא משמע הכי למפסק בבירור כהרשב"ם", לכאורה הרי פסק ההלכה הוא בבירור כדעת הר"ן ולא כהרשב"ם שהרי במש"כ שם המחבר האומר זה בני נאמן, מוסיף הרמ"א:

"נאמן על כל הנכסים... אפילו בנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס."

וזה בניגוד לדעת הרשב"ם שאי"נ אלא מדין מגו. נראה כוונתו שמסופק אם המחבר מסכים לדעת הרמ"א, כי המחבר כתב בסתימות לשון "נאמן", וניתן לומר שאין כוונתו אלא שנאמן לגבי הנכסים שתח"י עכשיו, ומדין מיגו דוקא. ואעפ"י שלכאורה נוטה יותר לומר שהרמ"א לא בא אלא לפרש כוונת המחבר שאל"כ היה לו למחבר לכתוב בהדיא שנאמנותו היא רק בנוגע לנכסים שהיו תח"י ולא להשאיר מקום לטעות. אכן מאידך הרי המחבר כרך יחד הנאמנות לומר שהוא בנו יחד עם הנאמנות על שאר קרובים. והוא מלשון הרמב"ם (פ"ד מנחלות א'):

"האומר זה בני וזה אחי או זה אחי אבא או שאר היורשים אותו... הרי זה נאמן ויירשנו וכו'."

ולגבי שאר קרובים הרי אין דין יכיר, וא"כ לגביהם הרי בהכרח שהנאמנות היא רק מכוח מיגו. א"כ יש מקום לומר יגיד עליו ריעו, וכשם שלגבי אחרים אין הנאמנות אלא לגבי הנכסים שתח"י, כן לגבי הבן. אלא שלפי"ז צ"ע גם דעת הרמ"א שכ' כנ"ל שנאמן גם על נכסים שנפלו לו לאחר מכן. וזהו לכאורה רק מדין יכיר, וא"כ אי"ז אלא בנאמנותו על

הבן, ואיך סתם הרמ"א ולא פירש שאין דבריו מתיחסים על כל קרובים הראויים לרשתו. וכבר עמד ע"ז הגר"א שם, עי"ש שהניח זאת בצ"ע.

והנלע"ד בכל הנ"ל, והוא בהקדם בירור דעת הרא"ש בפסקיו, שהיא כדעת הרמב"ם כמש"כ בקצוה"ח סי' רע"ט, שהביא דברי הרמ"א ז"ל החולקת על הרשב"ם וכ' ע"ז שהיא "פליאה גדולה" שלא יהא נאמן אדם להעיד על בנו. ולכאורה יש לתמוה על פליאתו, שאם היא מפני שנוקט, שממש"נ "יכיר" אנו למדים גם ע"ז שנאמן לומר שהוא בנו, הרי הרשב"ם ביאר באר היטב שאין לנו הוכחה מן הכתוב שלא נאמר אלא לגבי מי שידוע שהוא בנו. וכבר העיר כזאת בפרישה (סי' רע"ט א'):

"מנא לן למילף פשוט מבכור, דאיכא למימר היכא דגלי קרא גלי. ועוד דלמא דוקא בידוע לנו שהוא בנו האמינתו תורה למה שהוא בכורו. אבל באין ידוע שהוא בנו אינו נאמן עליו שהוא בנו."

ואם בא ע"ז מטעם קו"ח, וכדעת הני שהביא הנמוק"י בסוגיא קל"ד: שחלקו על הרשב"ם וסוברים שכיון שלדעת ר' יהודא דקיי"ל כוותיה נאמן גם נגד מה שהוחזק לן לפני כן:

"ואם במוחזק אמרת נאמן לאפוקי מחזקה, כש"כ היכא דליכא חזקה כלל."

אך הן הנמוק"י דחה ק"ו זה עי"ש. ואם הר"מ לא ס"ל דחיה זו מ"מ "פליאה גדולה" אין כאן, ובפרט שהר"מ לא הזכיר כלל ק"ו זה. ונראה שמסברא בעלמא אומר כן, ולא מקרא יליף לה ולא תלי לה בפלוגתא דר"י ורבנן, אלא הוא מצד שאי"ז מתקבל על הדעת שלא יהא אדם נאמן בזה. ולשיטתם דאיכא ק"ו, קושית הגמרא ליורשו פשיטא היא מכוח ק"ו זה ולא ממתני' דהאומר. ע"כ נראה כמש"כ הפרישה הנ"ל כי הר"מ מסברא בעלמא נוקט שהוא נאמן:

"ומשמע מלשונו דס"ל דבלא קרא דיכיר הנכתב בבכור הוא נאמן בפשוט, מכוח סברא כיון שאין ידוע לנו אם בנו הוא או לא, למה לא נאמינו כשאומר שהוא בנו."

והסבר הדברים, שלכאורה יש לטעון כנגדם מה"ת להאמינו שזה בא להוציא מידי המוחזקים כיורשיו, אם זה שאר הבנים ואם זה יורשים אחרים, נראה שהוא כמש"כ הרי"ף ביבמות פ' החולץ במ"ש בגמרא שם ל"ט: אשתמודעינהו דאחוה דמיתנא הוא. ונחלקו שם אם הוא בעדים דוקא או דסגי אפילו קרוב או אשה, ומסקנא "והלכתא גילויי מילתא בעלמא הוא ואפי' קרוב ואפי' אשה". וכ' הרי"ף מילתא בטעמא:

"דלא אמילתא דאיסורא קמסהדי ולא אממונא מסהדי אלא מילתא בעלמא הוא דמגלו דהדין ניהו גברא פלן והיא ניהי איתתא פלניתא. וכיון דמודעי ליה הכי הרי איתחזק גביה דההוא סהדא מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי איתתא דהאי ניהו פלניא והא ניהי פלניתא. הלכך שרי ליה לסהדא למיסמך אפומייהו ולמיסהד עלויה דההוא גברא או עילוה דהך איתתא בין לענין איסורא בין לענין ממונא." (וע"ע תורת גיטין לדף ב: ד"ה הוי דשב"ע).

וא"כ גם בנידו"ד שאומר שהוא בנו, ואין נוגע ברגע זה הדבר לענין הירושה, שהרי עדיין חי הוא האב, ואינו "אלא מילתא בעלמא". ולאחר מכאן כשזה מגיע לענין ירושה "הרי איתחזק... דהאי ניהו פלניא", ואפשר להכריע עפי"ז "בין לענין איסורא בין לענין ממונא".

וע"כ מכיון שהנאמנות היא מפני שבזה אי"צ לדרכי עדות (וזהו כשאין מקום לחשד משקר כמבואר ברי"ף הנ"ל) ולא מדין יכיר הוא אלא מסברא בעלמא, ע"כ א"ש שלא הזכיר הרא"ש האי ק"ו שהביא הנמוק"י, דא"צ כלל ללמוד זאת מדעת ר"י כמש"כ הנמוק"י משיטה זו שדחאה. וע"כ גם הוצרך לפרש קושית הגמרא ליורשו פשיטא, שהוא לא מכוח הק"ו אלא ממתני' דהאומר. [ויתיישב בזה מה שהוקשה לנו לעיל שהרא"ש סותר עצמו בתשובותיו ממש"כ הוא עצמו בפסקיו, דבפסקים הביא דעת הר"מ ז"ל שחולק על הרשב"א בנוסח של "פליאה גדולה", ואילו בתשובותיו הקשה על הרמב"ם, שהיא לכאורה כדעת הר"מ ז"ל.

אכן להנ"ל לפי רבינו מאיר ז"ל אין כאן הנאמנות מדין יכיר, רק מכוח סברא בעלמא וכנ"ל. ולפי"ז בהא דכ' הרמב"ם בה' יבום דמשוי לה ספק "כשם שזינתה עם זה, כן זינתה עם אחר", הול"ל שמכוח דבריו שבא עליה לא סגי, דמידי ספק לא יצא. אע"כ מדין יכיר הוא, שבזה יש גם תו"נ כשסומך על דבריה, וכאסבר לה בש"ש שהו"ל. אך אם מתורת יכיר הוא י"ל דלא האמינתו תורה לחצאין, ואמאי לא יוכל גם להחזיקו כבנו לענין חליצה. והוא ממש כקושית רע"א הנ"ל. ולא ס"ל לחילוק הש"ש דהנאמנות היא רק לגבי הבן, ולא לגבי האשה, וכדנימק לה הגרע"א מילתא בטעמא.]

אכן לפי"ז צ"ע דא"כ אמאי צריך קרא דיכיר להכירו כבכור בצריך היכרא, ואמאי לא יהא נאמן ג"כ מכוח סברא זו.

ונראה לבאר זאת בשני אופנים:

א כי ע"י שאמר שהוא בנו נעשה מוחזק לבנו כמו שכ' הרי"ף הנ"ל (ונראה מזה דס"ל דא"צ בזה לחזקה ל' יום), ומשו"כ הוא דדנים לאיסור ולממון כידוע בבירור שהוא בנו. וזה שייך רק לענין קביעת הקורבה, שזהו ענין לא רק לענין הירושה והחליצה, כהא דהרי"ף. וע"כ שייך בזה "הוחזק". משא"כ הנאמנות על היות זה בכורו, אין מזה נפ"מ לשום דין, פרט לירושה שנוטל פי שנים. וכיון שכן ל"ש לומר בזה הוחזק כבכור, ששוב אפשר גם להוציא ממון מדין מוחזק. והרי זה כמעיד רק על ענין ירושה שע"ז צריך עדות;

ב שדין בכורה בהכרה תליא מילתא, ושתי נשים שילדו במחבוא ולא הוכר מעולם מי הוא שנולד ראשון, אעפ"י דאיכא ממנ"פ, אינם יכולים לבוא בהרשאה כמבואר בגמרא שם (קכ"ז).

נראה מזה דבכדי לקבוע תורת בכור צריך עדות ממש, או מדין "יכיר" שהתורה נתנה לאב נאמנות כאילו היו כאן ב' עדים, (דמשו"כ נאמן גם נגד חזקה, לדעת ר"י דקיי"ל כוותיה), ע"כ לא סגי בזה בגילוי מילתא בעלמא אלא עדות, ובלי זה אין להחזיקו כבכור, גם כשאין זה עדיין נוגע לענין ירושה.

www.eretzhemdah.org

עיון בבאור האו"ש בדעת הרמב"ם

שוב ראיתי ב"אור שמח" (פ"ב מנחלות הי"ד) שכתב שהרמב"ם והר"מ שבראו"ש בחדא שיטה דהני שהביא בנמוק"י הנ"ל, שהוכיחו שנאמן לומר בני הוא ממה שלר"י נאמן לומר בכורי הוא אף נגד חזקה וכש"כ בהא דליכא חזקה כלל. וכנגד מה שדחה הנמוק"י שאין ללמוד משם דהתם הוי חזקה נגד חזקה, שאין אדם אומר על בנו שאינו בנו, אבל כדי להורישו אפשר שיאמר שהוא בנו על מי שאינו בנו שרוצה שיירשנו זה, מביא מהירושלמי פ' חזקת הבתים הל' א':

"תינוק כל זמן שהוא מושלך בשוק וכו' א"ר אבהו וחשוד לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו, דילמא בנכסי הגר אמרת וכו'. ופירושו דגר שאמר על פלוני שהוא בנו אינו נאמן דבכה"ג חשוד לומר על שאינו בנו שהוא בנו."

ועפי"ז מסיק האו"ש:

"דהימנותו דיכיר [לר"י נגד חזקה ולרבנן בצריך היכרא] דוקא במוחזק שהוא בנו, רק דבשאר אדם איכא חזקה, דאין אדם רוצה להעביר ירושה מיורשיו ולתת לאחר שלא כדין, אבל גר אינו נאמן שרוצה להפקיע נכסיו מתורת הפקר וליתנו למי דרחים ליה, הרי מפורש דלא כהר"מ (כהרשב"ם?) וכמשמעות רבינו, ודלא כדיחוי הנמוק"י."

וגם לפי דבריו יוצא דלא מצד יכיר קאתינן עלה דזהו באמת רק במוחזק שהוא בנו, אלא שמצד הסברא נאמן שישנה חזקה "דאין אדם רוצה להעביר ירושה מיורשיו ולתת לאחר שלא כדין". ולפ"ז הא דהזכיר בשיטה שהביא הנמוק"י דילפינן לה מכש"כ דנאמנות על הבכורה, הוא בכדי להוכיח שזוהי סברא נכונה, שגם דין התורה דיכיר מבוסס עליה, ומ"מ ודאי דאין זה בכלל יכיר שאמרה תורה, דהתם קאי רק בהכרת בכורה במי שידוע שהוא בנו. ונפ"מ מזה דגם לר' יהודה לא נוכל למילף מכאן שנאמן גם בנוגע לעניני איסור והיתר, דהיינו להחזיקו ע"ז כממזר או ככהן. כי ע"ז אין לנו סברא זו, ויתכן שמעונין מסיבה כל שהיא להכשירו או לפוסלו, ולזה צריך ב' עדים דוקא, ולא סגי שאי"נ במה שטוען לפנינו. וכשם שא"נ לפוטרה מחליצה מה"ט, דע"ז ליכא כש"כ.

והנה יש להעיר בדברי האו"ש הללו שתמך יתדותיו בירושלמי וכנ"ל, דבירושי' שם נאמרו דברי ר' אבהו בתור תמיהה, וע"ז ענה לו ר' סימון: הרי כל רבותינו בגולה מעידים עלינו שכך שמענוה מפי' ר' אדא בר אבוה. שלפי פירוש הפנ"מ, התשובה היא שכך קבלה בידינו שאין האב נאמן בזה. (ועי"ש במרה"פ בפסק ההלכה בנידון שגם אם אביו ואמו גם יחד מעידים עליו אינם נאמנים). א"כ למסקנא לא קיי"ל כהא דר' אבהו, ואולי האו"ש מפרש אחרת הירושי' וצע"ב.

על כל פנים, בהכי סלקינן, שלכו"ע אין הנאמנות באומר בני הוא מצד "יכיר" אלא מצד הסברא. וא"ש לפ"ז הא דפסק הרמב"ם והשו"ע דהנאמנות היא לא רק באומר זה בני כי גם באומר זה אחי וכל כיו"ב. ואעפ"י שהנאמנות היא גם לנכסים שבאו לאחר מכאן, וכמו שפירש הרמ"א, וכמשמעות סתימת לשון הרמב"ם והשו"ע, שכתבו בסתמא שהוא נאמן בכל כה"ג. ומתורצת הערת הגר"א דדין יכיר הרי אינו אלא באב כלפי בנו, דהכא לא מדין יכיר הוא אלא מסברא וכמש"כ בפרישה וכנ"ל, וחזר ע"ז גם בסמ"ע (רע"ט א), וגם מש"כ שם בא"ד "ומיהו י"ל דלא מן הסברא לחוד למדו כן אלא ס"ל לחכמים דקרא ביכיר שהוא בכור בכל ענין מיירי", נראה שהוא עפימש"כ השיטה בנמוק"י דמכש"כ בהכרת בכורה למדנו, ומ"מ גם לפ"ז אינו כתוב במקרא ממש, ונפ"מ כנ"ל לגבי היכרות לשאר דברים.

ומיושבת קושית רעק"א דלמאי דנקטינן דהאב נאמן לומר אינו בני וממזר הוא, וזה נלמד מיכיר, ש"מ דאמרינן לא האמינה תורה לחצאין, א"כ כמו"כ באומר זה בני דקיי"ל נמי דנאמן גם לגבי נכסים שבאים לו לאחר מכאן, ואמאי לא מהימן לפטור אשתו מן החליצה מטעם זה עצמו דלא האמינתו תורה לחצאין. אכן להנ"ל הא דנאמן לומר זה בני לא מקרא דיכיר ילפינן אלא מסברא, שאינו אלא גילוי מילתא בעלמא. וזהו רק בנוגע לבן, שאין לראות אותו שמעיד ע"ז כנוגע בדבר, ואינו חשוד שישקר. משא"כ לענין לפטור אשתו מן החליצה כשאין בידו לגרשה בזה הרי הוא בגדר חשוד, דשמא רחים עלה ורוצה לפטרה ע"כ לא מהימן. ומכש"כ לפי האו"ש שאין אדם אומר על שאינו בנו שהוא בנו ולסלק הבנים והיורשים האחרים מנחלתם. משא"כ לענין חליצה אין לנו חזקה זו, ע"כ בזה לא מהימן.

בירור דעת הר"ן

וגם הר"ן שהביא הב"י שציין הגרע"א שנחלק על הרשב"ם וס"ל שנאמן לומר בנו שלא מכוח מיגו ונוקט הגרע"א שסובר "שגם זה בכלל יכיר דקרא", לענ"ד אף הוא אינו נוטה מדרכה של שיטה זו דפליגא אדרשב"ם, שנאמנות האב אמנם לא מכוח מיגו הוא, אך גם לא מצד דין "יכיר", אלא מסברא בעלמא.

דזה לשון הר"ן כפי שהביאו הב"י:

"וגם הר"ן כתב שהרשב"א הקשה על פי' רשב"ם מדאמרינן לעיל בברייתא אמר זה בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, אלמא נאמן האב לומר בני הוא. ומדקתני סתמא משמע דאפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן נאמן, דאי לא - הו"ל לפרושי. א"ו נאמן האב לומר בני הוא אפי' לנכסים שנפלו לאחר מכאן. ומשו"ה מקשינן פשיטא דכיון דלרבנן נאמן לומר זה בני בכורי בצריך היכרא, וכ"ש לר' יהודא דנפקא לן מדכתיב יכיר, ה"נ לכו"ע נאמן לומר זה בני. עכ"ל."

מלשונו נראה אמנם שאינו מפרש קושית הגמרא "ליורשו פשיטא", כדפירש הר"מ שהובא בראו"ש שמכוח מתני' דפ' האומר פריך פשיטא, אלא שמתוך דברי רבנן ור"י עצמם פריך. אולם אין זה משום דס"ל שזה בכלל "יכיר" אלא שזה נלמד ממה שהאמינה התורה "יכיר" בבכור "לרבנן - בצריך היכרא, וכש"כ לר"י". וזוהי השיטה שהובאה בנמוק"י דילפינן מדעת ר"י בכש"כ, דכמו"כ אפשר ללמוד לדעת רבנן ב"הוא הדין". וכל זה מכוח החזקה, כמו שפירש האו"ש, דאין אדם אומר על שאינו בנו שהוא בנו. וזהו רק לענין קביעת האבהות. משא"כ לכשרות ופסול ודאי שאין ללמוד ממה שהאמינה תורה ב"יכיר" בבכורה ובב"ג וב"ח. (דצ"ל לשיטה זו שגם בזה איכא סברא והיינו שאין אדם בא לפסול בנו או להרחיקו לומר שאינו בנו.) וזה שייך רק על מי שידוע שהוא בנו. משא"כ בשאינו ידוע, ובא לומר בני הוא וממזר הוא

אי"נ, דכשם שאין אדם נאמן לפסול מי שאינו בנו, וצריך לזה עדות ממש, דהרי ע"ז אין חזקה. כמו"כ כשבא לפוסלו ע"י תחבולה שקורא עליו שמו ואומר שהוא בנו, נמי אינו נאמן, דעכ"פ אין כאן החזקה שאין אדם פוסל בנו.

ומוכיח הרשב"א נכונות דבריו שאכן לכו"ע יש נאמנות לומר זהו בני, ולא מכוח מיגו גרידא, מברייתא דהאומר זה בני נאמן. ונבאר בע"ה כוונת הוכחתו מהברייתא וכן תתבאר לנו שיטת הרשב"א וביאורו הוא לברייתא זו.

דהנה הגרע"א שם עמד על הסתירה שבדברי הרשב"ם עצמו שבעוד שבדף קל"ד: האריך כנ"ל להוכיח ולבסס שיטתו, שגם התוס' הסכימו לה שם, שאין הנאמנות לר"י לומר שהוא בכורו אלא במי שידוע שהוא בנו, ואילו לומר שהוא בנו אינו נאמן אלא מכוח מיגו. הרי הוא עצמו בברייתא זו שממנה הסתייע הרשב"א שפה אחרת אתו, וכאילו גם הוא מפרש הברייתא כמו הרשב"א, ולא עוד אלא שכולל הנאמנות לומר זהו בני בכלל יכיר דקרא. וזה עדיפא ממה שרצינו לפרש בדעת הרשב"א בנאמנות זו. דז"ל שם:

"... הואיל וזאת האחרונה (שחוזר ואומר זה עבדי) אינה פירוש כ"א הכחשה, אין לנו לילך אחר טענה אחרונה, דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב "יכיר", וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד."

הרי שאומר במפורש שגם במה שאמר זה בני הנאמנות היא מצד שע"ז ג"כ כתיב "יכיר", ומה"ט גם א"י לחזור בו שדין עדות על דבריו ושייך בזה הגדר של כיון שהגיד וכו' שאמור בדיני עדות דוקא. והניח הגרע"א סתירה זו בדברי הרשב"ם בצע"ג. והנה נוסף על הסתירה שברשב"ם יש להתפלא על הראשונים שדנו בדברי הרשב"ם, בין שהסכימו לו בין שחלקו עליו מכח ברייתא זו, לא עמדו על שהרשב"ם עצמו סתר משנתו כאילו.

ויש גם לעמוד על דיוקו של הרשב"ם שהוא בנוי לכאורה על סתימת הלשון בברייתא שהאב נאמן על בנו "ומדקתני סתמא משמע דאפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן נאמן, דאי לא - הו"ל לפרושי". אך אם כן הרי דיוק זה היה לו לדייק במשנה זו עצמה דקאי בה הרשב"ם שנאמר בה ג"כ כהאי לישנא: האומר זה בני נאמן, שמשמעותו שנאמן גם לגבי נכסים שלאחר מכאן - "דאל"ה הו"ל לפרושי." ומה מצא בברייתא הכרח יותר לפרש כך יותר מאשר במשנה זו עצמה, שהרשב"ם פירשה רק מדין מיגו. ואף זה צ"ע.

והנלע"ד בכל הנ"ל, וראשית, בישוב שיטת הרשב"ם שאין בה שום נפתול ולא חזרה. אלא דלדעתו שאלה זו אם נאמן אדם לומר זהו בני מיתלי תליא במחלוקת ר"י ורבנן, שנחלקו גם אם "יכיר" מצטמצם רק לענין ירושה או שהוא מקיף כל דיניו - גם פסול קהל וכהונה. דלדעת רבנן הר"ז רק בנוגע לירושה, ואילו לומר שבנו ב"ג הוא, גם בצריך היכרא אינו נאמן. ולדעה זו שפיר ילפינן מנאמנות בענין בכורה לנאמנות שהוא בנו, דחזינן דלענין ירושה נתנה תורה תו"נ לאב על בניו למי להוריש. וע"כ כשם שנאמן על חלק הבכורה כן יש ללמוד מזה שנאמן גם על חלק הפשיטות. (ואפ"ל דגם ק"ו איכא, דכנ"ל, חלק הבכורה צריך היכרא באופן ברור ביותר, וכל היכא דלא הוכר אעפ"י דאיכא ממנ"פ לא סגי. ואילו לגבי חלק פשיטות סגי בקביעת העובדא שהוא בן, מבלי צורך שיהא מוכר כבן עפ"י עדות. ואם לגבי חלק בכורה נאמן כש"כ לחלק פשיטות). באופן שלרבנן קרא ד"יכיר" שנאמר בצריך היכרא הוא גם בצריך היכרא שהוא בנו, דגם בזה קאי קרא דנאמן לומר זה בני בכורי. עפי"ז פירש הרשב"ם דברייתא דזה בני נאמן קאי לרבנן, ולדידהו הוא מדין "יכיר", וחזרתו ל"מ מדין כיון שהגיד וכו', כי דין הגדת עדות ע"ז בנוגע לדיני ירושה. ונראה דדאיק לה דברייתא זו מדיני יכיר דוקא היא שאל"כ הוי מהני חזרה כשאומר זה עבדי, דאם נאמנותו מדין מיגו הרי עכשיו שחוזר בו ואומר שטעה יש לו שוב מיגו, דהרי בידו לא לתת לו לזה כלום מנכסיו ולהקנותם לאחרים, והפה שאסר הוא הפה שהתיר.

אכן לר"י דנאמנותו מקיפה גם עניני פסול והיתר שנאמן לומר ב"ג וב"ח וממזר, ועי"ז גם פוסלם מקהל כהונה וקהל ישראל, וכן מתירם בממזרת ובקרובותיו, לזה ודאי אין מקום ללמוד ממה שהמדובר בכתובים - שבא להכיר את הבכור או את הפסול בין בניו (או להרחיק את המוחזק כבנו) שכמו כן יהא נאמן להחזיק כבנו את שאינו ידוע כבנו, וזה לא רק לענין ירושה כי גם לכל התוצאות של פסול וכשרות ואיסור והיתר הכרוכים בזה. כי ודאי יש מקום לומר שרק מי שידוע שהוא בנו כלפיו נתנה לו התורה תורת נאמנות. משא"כ לגבי אדם מן השוק שאינו ידוע כבנו לא האמינתו תורה, דלזה צריך דיני עדות כדין.

ובזה הוא דקאי הרשב"ם בדף קל"ד: אמתני' דהאומר זה בני, דלא בעי לאוקמי דמתניתין כרבנן ודלא כהלכתא, וע"כ אוקי לה כר' יהודא. ולדידיה בהכרח שכל נאמנותו בכה"ג הוא רק מדין מיגו, וזהו דפריך ליורשו פשיטא. ומיושבת שפיר שיטת הרשב"ם.

ונראה שגם הרשב"א דאיק כהרשב"ם מהברייתא שהנאמנות הוא לגבי הנכסים שלאחר מכאן. ולא מסתימות הלשון נאמן, דכנ"ל אין זה דיוק כלל. ודיוקו מסתימת הברייתא הוא דקאי אליבא דכו"ע, ולא רק אליבא דרבנן כדפי' הרשב"ם. וע"ז הוא שאומר דהו"ל לפרושי, היינו שהגמרא היתה צריכה לבאר דהברייתא היא רק אליבא דרבנן, דומיא דמפרש התם מאידך ברייתא, ומכיון דלרבנן ודאי שהנאמנות היא לא מדין מיגו והיא גם בנוגע לנכסים שלאחר מכאן, כמו כן לר"י. וקשה מזה לרשב"ם דמיתלי תלי לה בפלוגתא דר"י ורבנן. ומובנת יפה המחלוקת דהרשב"ם והרשב"א, ונתבארו דברי הרשב"א שזוהי השיטה שהובאה בנמוק"י ודחאה. והיא תואמת את שיטת הרמב"ם שהנאמנות לומר זהו בני הוא לא שונה מסוג הנאמנות של האומר זה אחי וכו', והכל לא מדין יכיר הוא אלא מסברא וכמש"כ.

וכ"נ שהבין דברי הרשב"א הללו (שהביאם הר"ן) גם הב"י שלאחר שהביא דברים אלה של הר"ן כ' בזה וז"ל:

"וכן נראה דעת הרמב"ם שסתם וכ' בפ"ד מה' נחלות האומר זה בני וזה אחי וזה אחי אבא או שאר היורשין אותו, אעפ"י שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרובו ה"ז נאמן ליורשו."

ושפתי הרמב"ם הרי במפורש מיללו שהנאמנות היא רק לענין ירושה, ולזה גם כל שמכירם כקרוביו נאמן עליהם, וברור שאינו מדין יכיר וכנ"ל, כי זה לא נאמר אלא לגבי בן. ומ"מ כתב הב"י שדעת הרמב"ם והר"ן חדא הם. א"כ ברור שהבין גם דברי הר"ן באופן הנ"ל, לא מדין יכיר כ"א מסברא ומ"מ ה"ז גם לגבי נכסים שלאח"כ דאי"ז מתורת מיגו גרידא, אלא סברא גדולה יש בדבר להאמינו, ונלמד מכש"כ דיכיר דבכורה. אבל מכיון שכנ"ל עכ"פ בהא לא קאי קרא,

אין לנו אלא לענין להכירו כבנו וכקרובו לענין ירושה גרידא, משא"כ לענין איסור והיתר ופסול וכשרות אינו נאמן דבזה חשדינן שכל עיקר לא אמר מה שאמר אלא בכדי להכשירו או לפוסלו וכיו"ב, ולזה צריך עדות ממש.

בירור דעת הנמוק"י

[ובמ"ש בביאור השיטות נראה שנבין גם מש"כ הנמוק"י בסיום הסוגיא דיכיר לדף קכ"ז: אמר המחבר, השתא דקיי"ל כר"י ולא קיי"ל האי דרשא דרבנן דיכיר, הלכך בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. אבל חלק פשיטות יטול בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, דהפשיטות מדין ירושה זכי ביה.

ופירש דבריו בפרישה (סי' רע"ט א):

"ביאור דבריו, דשם איירי בידוע ומוחזק לנו שהוא בנו, אלא שהיינו מחזיקים אותו בפשוט, והאב אומר עליו שהוא בכור. ומשו"ה כ' הנמוק"י שחלק פשיטותו לוקח אפילו בנכסים שנפלו כשהוא גוסס וכו'. אבל במי שאין מוחזקים בו שהוא בנו ס"ל להנמוק"י דגם חלק פשיטותו אינו נוטל בנכסים שיפלו לאחר זמן לר"י דקיי"ל כוותיה, דבעינן קרא דיכיר לענין אחר."

לפי"ז ס"ל להנמוק"י דהשאלה אם הנאמנות של האב להכירו כבכור היא רק בנכסים שעכשיו תח"י או גם בנכסים שאח"כ, מיתלי תליא נמי במחלוקת דרבנן ור"י, ומה שאמרו בגמרא דגם בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס נאמן, הוא רק לרבנן, דאל"ה אי"צ לקרא דיכיר. משא"כ אליבא דר"י דקרא דיכיר איצטריך גם לגבי נכסים דהשתא דלא נימא דהוי מיגו במקום עדים, כדפי' הרשב"ם, א"כ אין לנו שיהא נאמן לגבי הנכסים שלאחר מכאן. וזהו שכתב הנמוק"י לגבי חלק בכורה. וחלק פשיטות נמי אין לנו אלא לגבי נכסים דעכשיו. והא דכתב הנמוק"י שחלק פשיטות נוטל גם במה שיפלו לו לאחר מכאן, היינו בידוע שהוא בנו, ובא להשמיענו דגוסס הרי הוא כחי לכל דבר.

אכן לפ"ז ק' דא"כ אין כאן חילוק בין חלק בכורה לחלק פשיטות, וא"כ כך היה יכול הנמוק"י לחלק בין חלק הבכורה עצמו בין שהוכר כבכור שאז נוטל גם בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס לבין שהוא בא להכירו בתור בכור, שאז אין לו אלא לגבי הנכסים שעכשיו תח"י.

וראיתי לכנה"ג (לב"י סי' רע"ז, ד') שהביא ג"כ הנמוק"י הנ"ל וכ' עליו:

"וביאור דבריו שהבכור שאין אנו יודעים שהוא בכור אלא עפ"י אביו אינו נוטל פי שנים בנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס וכו' וכו'. דכיון דלר"י איצטריך יכיר לומר דנאמן האב במיגו נגד חזקה, א"כ מנלן דהיכא דליכא מיגו דיהא נאמן."

בזה דבריו מתאימים למש"כ בפרישה. אולם בנוגע לחלק הפשיטות מפרש לה באופן אחר וז"ל:

"והרב בעל המפה שכתבו בסי' רע"ט בחלק פשיטות (באומר זה בני שנוטל גם בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס) ולא כתבו כאן בחלק בכורה ס"ל כדעת הר' הנמוק"י דכיון דקיי"ל כר"י וכו' בנכסים שנפלו לאחר מכאן אי"נ. אבל בחלק הפשיטות נאמן אפילו בנכסים שנפלו לאחר מכאן, כמו שאמר הרב נמוק"י ז"ל."

יוצא איפוא דלפי הכנה"ג, הנמוק"י מחלק בין חלק פשיטות לחלק בכורה בבא להכירו בצריך היכרא, דלגבי חלק פשיטות נאמן בכל, ואילו בחלק הבכורה, לר"י דקיי"ל כוותי' אינו נאמן אלא מדין מיגו.

(ובטעם החילוק שזה ע"כ אינו מן הכתוב, שהרי בבכור דוקא אי"נ, צ"ל כמש"כ לעיל בשם האו"ש, או כמש"כ באופן אחר דלגבי חלק הפשוט סגי בדבריו. עיי"ש לעיל).

מכל מקום חזינן להני תרי רברבי דנקטו בפשיטות דלר"י כל הנאמנות גם לבתר דכתיב קרא "יכיר" אינה אלא לגבי נכסים שתח"י, דגלי קרא דמיגו כה"ג אף שהוא במק"ע מהני, ולא לגבי נכסים שאח"כ, דע"ז אין הכרח מן הכתובים.

אך זה נראה מאד תמוה, דהרי לר"י נאמנות האב היא גם לפסול ולהתיר וכנ"ל, ולזה הרי ליכא מיגו. א"כ ע"כ שהתורה נתנה תו"נ לאב, ואם לגבי עניני איסור כך, לירושה שהוא דבר שבממון עאכו"כ. ואעפ"י שקושית הגמרא יכיר ל"ל אינה אלא לרבנן, היינו משום דלר"י איצטריך קרא גם לנכסים שתח"י בעין, ומ"מ גם לדידיה משמעות הכתוב דהנתינה לאב תו"נ ע"י "יכיר" היא ללא הגבלה רק לנכסים אלה, והיא ודאי כוללת גם הנכסים שלאחר מכאן. שוב מצאתי שכבר עמד בזה ב"שער המלך". אכן גם מה שפירש בשעה"מ שם בדברי הנמוק"י ג"כ דחוק, והוא בניגוד למש"כ הראשונים והפוסקים, עיי"ש.

כן הדבר נסתר מהנמוק"י עצמו שבסוגיא דדף קל"ד: בביאור קושית הגמרא ליורשו פשיטא הביא דעת החולקים על הרשב"ם וס"ל שבאומר זה בני נאמן גם לגבי נכסים שבאים לו לאחר מכאן. ונימוקם דילפינן לה בכש"כ ממה שנאמן לר"י בבכור גם נגד מוחזק. ואי נימא דלהנמוק"י בבכור עצמו ג"כ נאמנותו מוגבלת לדעת ר"י לענין ירושה שהוא רק לגבי נכסים שתח"י בעין, היה לו לדחות דבריהם גם מטע"ז, שממקום שבאו - מבכור, גם שם אין מקבל אלא מתורת מיגו. א"ו פשוט וברור, שגם לדעת הנמוק"י הנאמנות דבכור היא בכל הנכסים ול"ש בזה מחלוקת כלל.

ע"כ נראה שכונת הנמוק"י כדעת הר"מ ז"ל שבדברי הרא"ש שתמה על הרשב"ם וכ' עליו שהיא "פליאה גדולה" וכנ"ל. (ואין זה היינו הך עם השיטה שהביא הנמוק"י בסוגיא קל"ד: שחולקת על הרשב"ם מצד דילפינן בכש"כ לדעת ר"י כמבואר שם. ולפי"ז קושית הגמרא "ליורשו פשיטא" היא לא מכוח המשנה בפ' האומר כדפי' הר"מ, אלא דמדברי ר"י ורבנן עצמם מקשים זאת. וזהו הפירוש שדחה הנמוק"י דס"ל שאין ללמוד זאת בק"ו מדברי ר"י). והיינו שמסברא גרידא יש ללמוד שנאמן לומר זהו בני, ומכל הני טעמי שנתבאר לעיל, ולא מצד מיגו גרידא. וע"כ נאמן גם בנוגע לנכסים שאח"כ. משא"כ בנוגע לחלק בכורה שע"ז אין ללמוד מסברא דנאמן, דהרי לרבנן איצטריכינן קרא להכי, בזה הנאמנות כשאין ידוע שהוא בנו ואומר בני בכורי הוא, לגבי חלק הבכורה רק מצד מיגו, והיינו רק לגבי הנכסים שתח"י כעת.

וזהו שכ' הנמוק"י שלדעתו לר"י דקיי"ל כוותיה דנאמן לומר זה בכורי, וודאי דבכה"ג נאמן גם לגבי הנכסים דלהבא, מ"מ אין זה אלא בידוע שהוא בנו ובא לומר בכורי הוא. משא"כ בשאין ידוע שהוא בנו ואומר בני בכורי הוא, בזה בחלק

הפשיטות אמנם נאמן גם לנכסים דאח"כ, מכוח הסברא. משא"כ בנוגע לחלק הבכורה אין לו נאמנות לא מכוח "יכיר", דקרא לא מיירי אלא בידוע שהוא בנו, ואף לא מכוח סברא, דבזה הסברא אינה קיימת וכנ"ל, ואי"נ אלא מכוח מיגו, ע"כ אי"נ אלא לגבי אותם נכסים שכבר תח"י.

ונתישבו יפה דברי הנמוק"י מילתא בטעמא. ולא נשאר לנו אלא קושי שהנמוק"י בדף קלד: שהביא דברי הרשב"ם ודחה השיטה החולקת, ולא הזכיר עם זאת שגם דעתו אינה מסכמת עם הרשב"ם, אם כי מטעם אחר. אך אולי סמך על מה שכבר ביאר זאת בסוגיא דלעיל. ואכתי צ"ע.

והנה בקצוה"ח הנ"ל בסי' רע"ז מסתמך בקושיתו על מש"כ הנמוק"י ביבמות שהאב נאמן להכשיר הבן מכש"כ ממה שנאמן לפסול (דעפי"ז הקשה אמאי אי"נ לומר בני הוא וכהן הוא), דנראה מזה שהנמוק"י נוקט שיש נאמנות לאב גם להכיר שזה בנו, ושנאמנות זו היא לא רק לענין ירושה כ"א גם להכשיר. וזה שלא כדברינו.

אכן הן דברי הנמוק"י לכאורה גם נסתרים ממש"כ הוא עצמו בב"ב לדף קל"ד שסתר השיטה ללמוד בכש"כ שהאב נאמן להכירו כבן, ואילו הנמוק"י כתב שם די"ל דדוקא לומר אינו בני נאמן, כי אין אדם אומר על בנו שאינו בנו, משא"כ להיפך מצוי הדבר שאומר כן דוחים ליה להאי ורוצה שיירשנו. וכן הרי אפילו לשיטה זו אין הנאמנות אלא לירושה ולא לחליצה. וכפי שנוקט הגרע"א שהו"ל אין מקום לחילוק זה אם נאמר דזה בכלל יכיר ולא האמינתו תורה לחצאין. וכבר נתבאר שרק לגבי ירושה הוא דילפי בכש"כ. משא"כ לשאר דברים ליכא ק"ו, דיתכן שבגלל רצונו להכשיר את הלה או לפוסלו אומר כן.

ונראה מוכרח דהנמוק"י ביבמות קאי דוקא בכה"ג דאיירי התם דהיינו בארוס שהיא אומרת שהולד אינו ממנו, ואילו הארוס אומר שזה מיניה, בזה הוא דס"ל להנמוק"י דאיכא ק"ו, כי בכה"ג ודאי דאין אדם חשוד לקרוא שם בן על ולד מארוסתו שזינתה תחתיו, דגם פחותים שבפחותים מקפידים ע"ז (וכה"ג בשלהי גיטין: "עם בני אדם ס"ד", שפירשו התוס' "אפילו אדם רע אינו סובל זה מאשתו"). וע"כ נאמן גם להכשיר מכש"כ דהתם הוי נגד חזקה ואילו הכא מסייע ליה חזקת כשרות דהאם. משא"כ, בבא לומר על מי שאינו ידוע שהוא בנו, בזה ליכא כש"כ, וכמש"כ בב"ב. אכן מסברא י"ל דנאמן וכשיטת הר"מ שהובא בראי"ש, וכנ"ל].

* * *

היוצא מכל האמור לעיל, שישנן שתי שיטות של החולקים על הרשב"ם וס"ל שנאמן אדם לומר בני הוא בצריך היכרא. אולם לשתי השיטות גם יחד אין זה מפני ש"יכיר" דקרא קאי עלה, דקרא ודאי קאי רק בשידוע שהוא בנו ובא להכירו כבכור או כפסול וכיו"ב, וע"כ גם לשיטות אלה הנאמנות מוגבלת רק לענין ירושה דע"ז איכא סברא או כש"כ. משא"כ לענין פסול קהל וקרובות וכן הכשרו לכהונה וכיו"ב, לזה אין לשום שיטה נאמנות אלא לגבי מי שידוע שהוא בנו. וכמו שנוקט בס' "אמרי משה" שהו"ל, אם כי לא מתוך נימוקיו וראיותיו.

ומעתה נידו"ד שכל מה שידוע לנו, אילולא דבריהם, הוא רק שהיא פנויה שנתעברה וילדה ולא אמרה שלכשר נבעלה, שמכוח זה דינו דין שתוקי. אכן מה שבעל אם האם בא ואומר שהוא בנו, אפילו היה אומר ברי שלא זזה ידו מתוך ידה לא היה נאמן אלא לענין ירושה משא"כ להחזיקו כממזר, ע"ז אין לו תו"נ כלל. והוה כמי שאומר פלוני ממזר, מבלי שאומר שהוא בנו דאי"נ. וה"נ גם כשאומר בני הוא אינו נאמן. ואינו אלא בדין שתוקי כמו שהיה.

(ולפי כל הנ"ל צ"ל הא דנקט בשו"ע (סי' ד' סכ"ו) דכשמודה הממזר שזה ממנו מ"מ אי"נ מטעם שכשם שזינתה עם זה כן שמא זינתה עם אחר, ולמ"ל טעם זה מאחר שאין בכה"ג נאמנות כיון שאינו ידוע שהוא בנו, וי"ל דעדיפא מינה נקט שגם לפי דידיה עצמו אין אמירתו נחשבת כברי ונפ"מ לגבי ירושה, כיון שיתכן שזינתה גם עם אחר. עו"ע בזה מש"כ ב"אמרי משה" הנ"ל).

ומעתה נראה שגם מה שרשמו כבן וכן מה שהוחזק כבנו ע"י שגידלו אח"כ ונהג בו כבן ל"מ להחזיקו כבן. דמאחר דידוע לנו מקור החזקה שהיתה באופן שכזה שלא היתה ע"ז נאמנות להחזיקו, ואילו היה בא אז לפנינו לא היה מוכרע שהוא בנו, גם מה שהחזיקו אח"כ לבנו לא יוכל להפוך זה לודאי. ועד כאן לא אמרו דסוקלין על החזקות (קידי' פ') אלא בגוונא שבאו ממדה"י דמכוח החזקה אמרינן דודאי באותו מקום שבאו משם היה הדבר ידוע עפ"י עדים ברורים שהם איש ואשה, אח ואחות וכיו"ב, משא"כ שכשהם לפנינו ובזמן הולדת הספק לא היה לו הכרע, גם החזקה לא משני מידי.

ונראה דמשו"ז נסתמה ההלכה בשו"ע שאמירתה ואמירתו שממנו הולד ל"מ לישויה ודאי ממזר ולא נאמר שזהו בתנאי שעדיין לא הוחזק, משא"כ אם אחרי זה החזיקו כבנו הופך לודאי ממזר, כי בכה"ג החזקה לא מהני מידי כיון שידוע לנו מקורה. וכן הדבר מסתבר, שלא יתכן שמה שאינו נאמן בדיבורו יוכל לשנות ע"י שיחזיקו. ולא מצינו שבכוח החזקה לחדש דבר אלא להוכיח שאכן כן היה הדבר מעיקרא, ואז היה הדבר ברור ע"י עדות. משא"כ אם בשעת הולדת הספק נשאר בספיקו ולא הוכרעה גם החזקה לא תוסיף לנו כלום.

וכן יש להוכיח זאת ממה דקיי"ל דאמתלא מועילה גם לבטל מה שהוחזק, אם לפי האמתלא מוסבר גם שהיה הכרח גם להחזיקה בכך (חת"ס יו"ד סי' ט'). דשמעינן מינה שעם ביטול מקור החזקה, גם החזקה עצמה בטילה. וה"נ בנידו"ד שהחזקה היתה על יסוד מה שחשבו לבנו, בעוד שלפי ההלכה לא היה לזה יסוד. ממילא גם החזקה לא תוכל להשפיע.

וכש"כ שמה שרשמו כבנו אינו יכול להשפיע מאומה, שכיון שאין בדיבורו שהוא בנו נאמנות, גם מה שעשה מעשה לא ישנה כלום במעמדו של הנידון.

עוד יש לדון בנידו"ד, שבדבריו לפנינו חזר בו האיש מהודאתו הקודמת שהוא אבי הבן ואמר שכל מה שאמר ועשה קודם לא היה זה אלא בגלל רצונו לחפות על הצעירה שילדה מזנות, וכן בגלל שלא היו לו ילדים ורצה לאמץ הילד כבן. וא"כ אם נראה זאת כאמתלא מספקת, הרי זה מהני לבטל דיבורו הקודם אפילו אם ננקוט דמהני מדין יכיר להכיר מי שאינו ידוע כבנו לבנו. כדכתב הרמ"א (א"ע סי' ד' סכ"ט) האב שאמר על בנו שהוא ממזר וחזר בו ונתן אמתלא לדבריו

הראשונים נאמן. וא"כ ה"נ יכול לבטל דבוריו הראשונים באמתלא. ומכיון שכן הרי גם מעשיו בהתאם לכך, וכן מה שהחזיקו לבנו ג"כ מבוטל, וכנ"ל דלפי האמתלא היה צריך לרשמו ולגדלו ולהחזיקו כבנו.

אכן כיון שאמר הדברים בפני בי"ד יש לדון דל"מ אמתלא, אם נאמר שיש בזה משום דין יכיר. עי' רע"א סי' פ"ה. וכן צריך שיקול רב, אם אין זו חזרה מחושבת ע"י יועצים שונים, וד"ל.

עוד נ' שבנידו"ד מטעם אחר אי"נ להכירו כבנו וכממזר. דהא דנאמן למישוי בנו ב"ג וב"ח מבואר בנמוק"י שהוא רק בתנאי שאומר שהיה שוגג שלא הכיר בה (בסוגיא דף קכ"ז :), וכ"כ בשלה"ג קיד' פ"ד שנאמנותו הוא רק כשאומר שלא הכיר בה שהיא ערוה עליו.

והיינו שאם אמנם התורה נתנה תו"נ לאב על בניו, ונאמן עליהם כמו ב' עדים (פרט אם יש ב' עדים ממש נגדו) מ"מ זה בתנאי שיהא ראוי לעדות אחרת בכה"ג. וכל שע"י דבריו רשע הוא ואינו ראוי לעדות (והוא בגוונא דא"י לומר פלגינן דיבורא, וכדכתבו התוס' (סנהדרין ט' : ד"ה ואין) דל"א התם פלגינן דיבורא שאמנם רבעו אלא שהיה לאונסו "דלא פלגינן דיבורא בחד גופא" אלא אמרינן "שרבע אבל לא שרבעו") אינו נאמן גם מדין יכיר.

ובנידו"ד הרי ל"ש לומר שלא הכיר בה שהיא ערוה, א"כ אינו נאמן מדין יכיר, דאין אדם משים עצמו רשע. ועי' פני משה ח"א תשו' צ"ב שג"כ ראה זאת כסניף.

אלא שיש להסתפק בכוונת הנמוק"י, אם הוא כנ"ל משום דרשע לא האמינה תורה גם בדין "יכיר", או דשמא הפירוש הוא אחר. והוא עפימש"כ ברע"א (סי' ק"י הנ"ל) דלשיטת התוס' דהכל ילפינן מ"יכיר", צ"ל דאעפ"י דקרא לענין ירושה מיירי, ילפינן מינה גם לשאר דברים "דלא האמינתו תורה לחצאין". וע"כ באמר ב"ג הוא, ובגוונא דל"ש פלגינן דיבורא וכנ"ל, הרי עלינו לקבל בכלל זה גם דהוא עצמו רשע, וכיון דקיי"ל דאאמע"ר - זה לא ניתן להתקבל, ממילא בטלה כל עדותו. וזהו רק אם בעדות זו נעשה רשע, אבל אם ממילא ידוע כרשע, אפ"ל באמת דעדות בנוגע לבנו אפשר לקבל, דגם רשע הוא בדין יכיר.

אולם הרואה יראה כי הנמוק"י הביא שם לפני כן להקשות דהיאך אפשר ללמוד ממזרות מדין יכיר. ופירש כהר"א מפרי"ז דזה ילפינן ממה שהאמינה תורה לישויה בן גרושה דהיינו "בן השנואה יכיר". א"כ הרי לא ס"ל להא דלא האמינתו תורה לחצאין. והא דמקשה מצד דאאמע"ר הוא ע"כ משום שאין נאמנות לאב רשע מדין יכיר.

כל האמור לעיל הוא בגוונא דנשואי האיש הטוען לאבהות נשוי לאשתו, שהיא אם אמו של הנידון כדוכ"ד בעדות ברורה. אך שונה הוא המקרה שלפנינו, שכפי הצעת הענין מפיהם לא היו כאן קידושין ביניהם כלל. וכך הוא סיפור המעשה שבפיהם, שאיש זה הוא כהן והיא גרושה. כשבאו להתחתן בבי"ד בירושלים נאמר להם שהם אסורים בחיתון כיון שהיא באיסורי כהונה. אולם הם היו מעונינים בעיקר בקבלת תעודת נשואין לשם הצגתה בפני שלטונות הצבא הבריטי, שם שירתה האשה, כדי שתשיג שחרור. מי שהוא יעץ להם לפנות לבי"ד במאה שערים, שבו יוכלו לסדר זאת. בהתאם לזה הלכו לבי"ד זה. אף שם, לדבריהם, סיפרו גוף העובדא, ונאמר להם שם, שאמנם קידושין כדין לא יכולים לסדר להם, אולם תנתן להם תעודת נשואין ע"מ להציגה בצבא, וכך הוה. שום עדות נוספת אם היו שם קידושין או לא לא הובאו, וגם חיפוש אחרי הרישום האוריגינלי במוסדות הממשלה לא העלה תוצאות. הם עצמם הציגו את התעודה, כשהיא ישנה ומרופטת, בצירוף להסברים, כנ"ל.

והנה אם על סמך דברי הודאת עצמם אנו דנים, הרי זה הפה שאסר הפה שהתיר, שיחד עם הצגת התעודה על רישום נשואיהם הרי הם גם אומרים שלא היו שם חו"ק, לא ענידת טבעת ולא חופה, רק רישום גרידא שבפנקס הנשואין, ותו לא. וא"כ אם מצד זה ודאי אין לומר דהוי כאילו נגד אנן סהדי, דכיון שניתנה בידם תעודה ודאי היו נשואין, דאין כלל הכרח לזה לפי מצב הענינים באותה תקופה ואותו בי"ד שלא היה בי"ד של הרבנות המוכרת. וכל עיקר מה שהיה נצרך, לא היה אלא קבלת התעודה, לפי דבריהם. ומאחר שאיש זה הוא כהן והיא גרושה, ולפי דבריה אכן נשאלה אם היא גרושה, וא"כ ודאי ששאלו אצלו ג"כ אם הוא כהן. ואם אמנם יתכן שהם העלימו עובדות אלה בפני ביה"ד. אך הן מפיהם אנו חיים בזה, א"כ יש להאמינם. בפרט דל"ש כאן לומר שחזקה על בי"ד שלא יוציאו תעודה פיקטיבית (מה שאינו כלל הכרחי, כשהיה הדבר נצרך כלפי שלטונות המנדט) דהרי כמו"כ י"ל שחזקה שבי"ד ידקדקו שלא להשיא איסורי נשואין.

וגם ידוע שלצורך אישורים במוסדות ממשלתיים של הנכרים היו רגילים מקרים רבים של הוצאות פיקטיביות, כגון לצורך עליה והתאזרחות וכיו"ב א"כ ודאי דאין שייך בזה לומר "אנן סהדי" שיהא זה מיגו במקום אנן סהדי, וזהו מצד דבריהם הם.

אכן הרי חוץ מעדות עצמם כנ"ל, הן הוחזקו כאיש ואשה מאז, שחיים יחד כדרך איש ואשה. ובזה הרי קי"ל דסוקלין על החזקות (קיד' פ' א"ע סי' י"ט).

אולם נראה שדין זה מיתלי תלי באידך חזקה דאאעבב"ז שמשום כך כשהוחזקו לפנינו כאיש ואשתו דנינן שודאי היו שם מעיקרא קידושין כדין.

והנה ברמב"ם (וכן בשו"ע) כ' בענין זה : איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליה.

ובנוב"ק (א"ע סי' נ"ד) עמד בזה שהצריך הרמב"ם (שהראה למקורו בירושלמי) דוקא שיאמרו זו אשתי וזה בעלי, ואילו בשאר איסורי עריות לא כ"כ. והסביר הנוב"י משום שבאיש ואשה אם לא אמרו כן, החזקה ל"מ דשמא היה תנאי בקידושין ונשואין.

(ואפשר אולי להוסיף עוד, דאם כי שיטת הרמב"ם (פ"א מאישות) שהפלגש היא באיסור ל"ת, מ"מ הן לא נעלם ממנו שישנן שיטות בראשונים דס"ל דאין בזה איסור. א"כ א"א להחזיקה באיסור א"א דשמא פילגש היא, ומקילים הם בזה לעצמם, כיון שיש שיטות המתירות. לזאת צריך שיאמרו בפירוש שהם בעל ואשה).

ומעתה אם ידעינן בהני אינשי דפרוצי באיסור נדה דלפמש"כ הרדב"ז (ח"א סי' שנ"א) דבכה"ג אזלה לה החזקה דאאעבב"ז, דמה"ט נקטינן כיום להקל בנשואין אזרחיים כשאין אפשרות להשיג ממנו גט (עי' דבר אברהם ח"ג סי' כ"ט בשם הגרח"ע גרודזינסקי זצ"ל ותשו' קול מבשר סי' כ"ב). ובניד"ד הרי יש כאן בבירור איסור גרושה לכהן שהללו שלפנינו מזלזלים בו בהדיא. ולדעת הרמב"ם (פי"ז מאי"ב ה"ב) איסור תורה דגרושה לכהן הוא דוקא ע"י קידושין. א"כ נמצא שבקידושין אינו ניצל מאיסור, דנימא לא שביק היתרא ואכיל איסורא, דאם הוא ניצל מאיסור בעילת זנות (לדעת הרמב"ם) הרי הוא נכשל עי"ז גופא באיסור גרושה לכהן (לדעת הרמב"ם). א"כ במאי עדיף ליה האי איסור מהאי איסור. ממילא בכה"ג ל"ש כלל לכל הדעות חזקה זו דאאעבב"ז דנימא דבגלל זה ודאי היו כאן קידושין. וכיון שכן גם מה שהוחזקו כאיש ואשה לא סגי להחזיקם בכך, דהוא כנ"ל רק על סמך דאאעבב"ז, משום כך מחזיקים שנתקדשו כדין. והרי בהללו אין חזקה זו כלל. ואם מצד שאמרו שהם בעל ואשה, הר"ז שייך רק בזמן שלא היו אלא נשואין כד"ת. משא"כ בזמנינו דיש נשואי ערכאות, וגם בניד"ד הרי נרשמו בתעודה כנשואים, לפי דבריהם. וזה הספיק כלפי הערכאות, א"כ גם מה שאמרו על עצמם ומחזיקים עצמם כבעל ואשה, יתכן שהוא מצד רישום זה בערכאות, וזה סגי להם לפי פחזותם, ממילא גם החזקה שהוחזקו כבעל ואשה עדיין אין בה כדי להחזיקם כנשואין כדין תורה.

ולפי"ז דברי האיש בפני ביה"ד שהבן הוא בנו שבא עליה כמה פעמים, והיא לא דיימא מעלמא, הר"ז כאומר שהוא בנו כשר, כי לדבריו לא היו לו קידושין בזו שחי עמה כאשה שהיא אם אמו של הולד. ויש לדון בכל כה"ג בפנוי' שנתעברה ואינה אומרת כלום, כהא דהשו"ע (סי' ד' סכ"ו), ובא אדם מן השוק ומעיד כה"ג שבא עליה, והוא אבי הילד וכשר הוא אם הוא נאמן. ולכאורה פשוט שהוא נאמן, דהרי אין נאמנות לאם על הולד, דאם אומרת שהוא פסול אין בדבריה כלום. והא דנאמנת להכשיר הולד כשאומרת לכשר נבעלה, ה"ז כמו שפי' הה"מ הו"ד בב"ש (שם סקל"ט) שהוא משום דשתוקי בישראל אי"ז אלא איסור דרבנן, ע"כ האמינוה.

ואי"ז מצד אמירת ברי של האם כמ"ש בגמרא (כתובות י"ד) בטעמא דר"ג דנאמנת על עצמה, דרק לגבי עצמה מהני ברי דידה כמו שהוכיח בש"ש (ב' פ' י"ז):

"...טענת ברי של האשה שהיא בעל דבר עצמה לא מהני נגד הולד, וכאחר דמיא."

[ומטע"ז אסיק שם דגם מאן דמכשיר בבתה אין זה אלא מצד חשש ממזרות, אבל ל"מ להכשיר הבת לכהונה דע"ז הוא ספק מה"ת, ונהי דלגבי עצמה ר"ג מכשיר, ה"ז מצד דלגבי דידה מהני הברי ולא לגבי הבת (שם פ' י"ח). ועי"ש עוד (פ' י"ט) דלגבי פסול ממזרות מהני חזקת כשרות האם גם לגבי הבת, שהרי האם אינה נאסרת לבא בקהל מצד ביאה אסורה]. בכל אופן לפי"ז הנאמנות של האם להכשיר הולד, אין זה מצד עדותה בתור אם דוקא.

וא"כ כך לי אדם אחר כמו אם הילד, כיון דלא דיימא מעלמא, זה סגי להחזיקו כבנו.

ואם אמנם איש זה נכשל באופן מתמיד באיסור גרושה לכהן, והיא מחלוקת הראשונים אם הוא איסור דאורייתא בלי קידושין, וכן באיסור זנות שהוא איסור תורה לדעת הרמב"ם, וכנ"ל, ונראים הדברים שגם בשאר איסורים נכשל בקלות וחמורות, וא"כ רשע הוא. מ"מ לענין עדות להכשיר הולד נראה דגם רשע כשר. וכמש"כ בתוס' רע"א (קיד' פ"ד ח', אות מ"ו) לענין עדות האם, וז"ל בא"ד:

"...והא דהוצרכו הה"מ והר"ן לתת טעם דנאמנת להכשיר הולד לקהל משום דד"ת בלא דיבורה כשר, י"ל דלא סגי להו בטעמא דחזקת כשרות, דבאו ליתן טעם למ"ש הרמב"ם באשת איש שהלך בעלה למדה"י, והיא טוענת מגוי ועבד נתעברתי דנאמנת להכשיר הולד, והתם ליכא חזקת כשרות דהאם, דהא האם אסורה עכ"פ."

הרי מבואר כהנ"ל דהאם נאמנת להכשיר הולד גם בגוונא דהיא ודאי בגדר רשעה. ומ"מ האמינוה להכשיר הולד, וכהסבר הה"מ והר"ן - דבאיסור שתוקי שהוא דרבנן הקילו. א"כ מה"ט יש להכשיר גם עפ"י עדות האב, ואעפ"י שהוא עובר עבירה.

ויש לצרף עוד כסניף מש"כ הנוב"ק סי' ז' להתיר הולד בפנויה שילדה ומתה בינתיים טרם שהספיקו לבדקה. והסביר זאת דכל עיקר לא מחמירנן בולד, שעליו ודאי יש דין של כל דפריש מרובא פריש אלא משום דהדיון הוא גם על האם. אבל משמתה האם ואין שום ספק כ"א על הולד עצמו סגי בחד רובא.

והנה בניד"ד האם היא כעת נשואה לאיש, וא"כ אין כאן עכשיו עליה שאלת כשרות לכהונה ואי מצד דשמא אח"כ תתעורר השאלה י"ל דהוה בגדר ספק רחוק, דשמא תמות היא ראשונה או שמא יגרשנה ותהא ממילא אסורה לכהן. וא"כ אין כאן אלא שאלת כשרות הולד, ובזה סגי בחד רובא.

ועוד, דלפ"מ שמסרו לנו חז"ל דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה, ואפי' אם נאמר דהוי רק בגדר רוב, כמש"כ הנוב"ק סי' כ"ב, עכ"פ הרי אזלינן בת"ר בכל דבר מה"ת, וכיון שזו נתעברה וילדה, א"כ ודאי דלא היה מביאה אחת, וכיון שאינה יודעת ממי, נמצא שהיא כבר פסולה ועומדת לכהונה מביאה ראשונה שלא נודע ממי. באופן שהשאלה ממי הוא העובר אינה נוגעת לכשרות האם, שהרי היא כבר פסולה לכהונה מביאה ראשונה. וממילא אין השאלה עומדת עכשיו אלא על הולד לחוד, ובזה סגי בחד רובא לפני הנוב"י.

(אלא דלפ"ז צ"ל דההלכה בפנויה שנתעברה שהולד שתוקי הוא בגוונא שהיתה כבר בעולה לפני כן מביאה כשרה. וצ"ע סתמות ההלכה).

ובפ"ת (ס"ד ס"ק מ"א) מביא ע"ז מש"כ בקהלת יעקב (סי' ו') שסייע לו בעצם הסברא, אלא שהשיג עליו מפני שבשעת לידת הספק חל הספק גם על האם. ואפי' אם היתה גרושה לפני כן יש ספק על האם שמא נאסרה עכשיו גם משום זונה.

והנה בניד"ד אי נימא דכבר נאסרה מביאה ראשונה, נמצא שבכה"ג מודה ליה הקה"י כיון שכבר נאסרה האם לפני כן, וכן איסורה מביאה ראשונה הוא ג"כ מצד איסור זונה.

אולם שם עוד מכמה אחרונים דלא ס"ל לחידושו של הנוב"י, ומ"מ נראה דאפשר לצרף זאת כסניף, שהמדובר כאן אינו אלא בגזירה דרבנן (בגוונא דאיכא חד רובא) ובאיסור שאינו אלא מדרבנן (שתוקי בישראל).

כן נראה שיש לצרף כסניף שיטת בעה"מ ספ"ק דכתובות דלהלכה נקטינן דסגי בחד רובא להכשיר גם בשאינה אומרת כלום, ומסתמך בדבריו על פי' ר"ח הו"ד בתוס' (ט"ו: ד"ה מאן). ואעפ"י שבשו"ע סתם כדעת הרמב"ם, שהיא גם דעת רוב הראשונים. מ"מ נראה שכסניף עכ"פ יצטרף.

עפ"י כל הנ"ל נלע"ד שיש להתיר לזה שעומד לפנינו לדיון לבא בקהל ישראל. והנלע"ד כתבתי. והשי"ת יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות.

ש. ישראלי

מילואים

שו"ר ב"אור גדול" סי' ב' שדן בשאלת יכיר ונגע בכמה נקודות שעוררנו:

. במש"כ להעיר בדברי הש"ש (ב' פ"כ) שכ' דהרא"ש ס"ל שאי"נ להכירו כבן כשא"י שהוא בנו, דסותר למש"כ הרא"ש בב"ב קל"ד, ומש"כ הוא עצמו בקצוה"ח. והעיר כזאת בס' הנ"ל.

ב עו"ש שתמה בשיטה שנאמן להחזיקו כבנו דאיך יתכן שיהא לו בזה תו"נ לפוסלו "דאין הדעת סובל שיוכל לפסול את שאינו ידוע לבנו". ואם מיכיר ילפינן לה הדבר תמוה דהרי לפי"ז עלינו באמת להאמינו גם ע"ז "דאטו סכינא חריפא מפסקא לקרא". וסו"ד שם הניח זאת בצ"ע.

ובמש"כ בדברי הרא"ש בב"ב קל"ד בשם הר"מ, דלא מכח יכיר הוא, לדעת ה"אור גדול" "ע"כ מקרא דיכיר הוא", "והדבר מוכרח דאל"כ מ"ט באמת נאמן על נכסים שנפלו לו אח"כ".

וכבר נתבארו הדברים במה שכתבנו בע"ה.

ג אלא ששם עוד הביא מש"כ הרא"ש בתשו' כלל פ"ב בראשית דבריו, ששם מפורש יוצא דכל הנאמנות להרא"ש, בנוגע לנכסים שלאחר מכאן, הוא מדין יכיר. ואלה הם דברי הרא"ש שם בפירוש המשנה דיש נוחלין דף קל"ד:

"דהתם מיירי באדם שבא ממדה"י ואמר על אחד שבא עמו זה בני שלי שנולד לי מאשתי נאמן לענין ירושה לרבנן מנכסים שיש לו עכשיו במיגו דאי בעי יהיב ליה מתנה. ולרבי יהודא אפילו בנכסים שנפלו כשהוא גוסס מגזה"כ דכתיב יכיר יכירנו לאחרים, ולענין יבום הואיל ובידו לפטרה בגט וכו'."

אכן לפ"ז סוף דברי הרא"ש שם בתשו' בהשגתו על הרמב"ם צ"ע, והובאו הדברים לעיל. דהקשה במש"כ הרמב"ם במי שזנה עם האשה ואמר זה העובר ממני, אעפ"י שהוא בנו לענין ירושה הר"ז ספק לענין יבום. וע"ז הקשה הרא"ש:

"ודבריו תמוהים מאחר שקוראו ספק למה כותב שהוא יורשו וכו' ואי משום מיגו קאמר וכו' ואי משום דנאמנות האב קאמר שהוא יורשו כר' יהודא ולא משום מיגו א"כ לענין חליצה נמי יהא נאמן וכו'."

ותמיהתו תמוהה לכאורה, דהרי לענין יבום הנאמנות הוא רק מצד מיגו, וכדכ' הרא"ש עצמו בראש דבריו וכנ"ל דגם לר"י דנאמן לגבי הנכסים שלאחר מכאן מדין גזה"כ דיכיר מ"מ לענין יבום הוא רק משום "הואיל בידו לפטרה בגט". ומיגו הרי אין כאן כיון שהוא עצמו אינו טוען ברי, כמו שביאר הרא"ש שם בעצמו. משא"כ לענין נאמנותו לירושה הרי זה מגזה"כ ולא מצד מיגו. ואי מצד דקשי"ל דגזה"כ נמי הוא רק כשטוען ברי ולא כשסומך על אחרים, א"כ זו אינה קושיא מצד הנאמנות לחליצה, אלא על גוף הדין של נאמנותו לירושה התמיהה היא. וב"אור גדול" שם נגע בזה ולא העלה ארוכה, עי"ש.

ונ"ל דמש"כ הרא"ש בתחילת דבריו לתלות זאת במחלוקת ר"י ורבנן (גם בזה נתקשה האו"ג הנ"ל דזה ג"כ תמוה מאי שייך זה למחלוקתם) הוא עפ"י שיטת היש מפרשים שהביא הנמוק"י בסוגיא זו, דילפי בק"ו לר"י דאם נאמן נגד חזקה כש"כ דנאמן להחזיקו כבנו היכא דליכא חזקה. (וס"ל דזהו רק אליבא דר"י, ואילו לרבנן דליכא ק"ו אין לנו דיהא נאמן). ואין כונת הרא"ש לומר דלר"י הוא בכלל יכיר דקרא, דזה ודאי אינו, אלא דמכש"כ ילפינן לה. וזהו רק לגבי ירושה ולא לגבי יבום, דע"ז ליכא כש"כ, וכמו שנתבאר בדברינו באורך.

אכן בדברי הרמב"ם אי אפשר לפרש כן, דאי לא בכלל יכיר דקרא ממש הוא, א"כ לא יתכן שיוכל להכירו כבנו כשאינו טוען ברי ורק סומך על דברי האשה. וכמו שביאר הש"ש שהו"ד לעיל, וזהו דפריך הרא"ש דממנ"פ אי אין כה"ג בכלל יכיר רק מק"ו ילפינן לה, כל כה"ג שאינו טוען ברי, ל"ש ללמוד בכש"כ. ואי ס"ל לרמב"ם שזה ממש בכלל יכיר, ואשר ע"כ ישנה נאמנות גם כשסומך על דבריה, א"כ גם לענין חליצה יהא נאמן, דלא נתנה התורה נאמנות לחצאין.

כן נראה לבאר דברי הרא"ש בתשובותיו. אלא דלפ"ז אין דבריו בתשו' עולים בד בבד עם מש"כ בפסקיו בשם הר"מ, שלפ"מ שביארנו דבריו, לא מכוח ק"ו דיכיר ילף לה, אלא מסברא גרידא. ומ"מ סתירה ג"כ אין כאן, דעכ"פ לא ס"ל לשיטת הרשב"ם דבאינו ידוע שהוא בנו אי"נ אלא מטעם מיגו.

ד עו"ש דן בנאמנות האב כשמשים עצמו רשע בזה, די"ל דאי"נ מטעם דלדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע. ומסיק בזה:

"רשע ישראל שפיר קאי יכיר עליה ג"כ דהימניה רחמנא מגזה"כ כמו דהאמינה תורה קרוב, אף דפסול בעלמא. ובפרט דמיירי בשיש לו אשה שנואה דהוא מחיי"ל כדאיתא בקידושין, וא"כ מיירי ברשע וקאי יכיר עליה וא"כ אין להתיר משום זה."

[שוב אחר כתבי מצאתי בתוס' רע"א על משניות (בפ"ב דיבמות אות כ"ז) שנסתפק בזה].

וראיתי בתוס' רע"א שם שדייק במש"כ הנמוק"י לענין נאמנות האב שזה ב"ג, והקשה דהא אאמע"ר. ודייק הגרע"א הא דלא קאמר מצד ממנ"פ "לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע" דנראה מזה דטעמו של הנמוק"י הוא משום

"דגם אביו רשע נאמן להעיד על בנו (ובפרט הזה אני מסופק וכו') וכו'."

נוקט איפוא הגרע"א, ובעקבותיו גם האו"ג, דגם אם הוא רשע קאי עליה יכיר, ורק בכה"ג דע"י דיבורו הוא דנעשה רשע אי"נ מצד דאאמע"ר. (וע"ז מקשה שם רע"א דאי"צ לסלק דיבורו כלל עיי"ש). והוא דלא כדברינו בביאור הנמוק"י, אלא שרע"א מסופק בעצם ההלכה.

אך כ"כ בפנים דמוכרח לומר בהנמוק"י שזה לא מצד דא"א לומר בזה פלגינן דיבורא. וכ"כ קשה עליו קושית רע"א, אם נפרש בדבריו כן. ונ' יותר דס"ל כהאי צד דספיקו דרע"א דלא נתנה תורה נאמנות יכיר לרשע, והא דלא פריך מכח ממנ"פ נראה דהוא משום דרק לענין נכרי שייך האי ממנ"פ, כי באמת מקבלים דבריו כלפי עצמו למישוי נפשיה נכרי מדין שאחד"א. משא"כ בהא דמשוי נפשיה רשיעא אין שום נפ"מ, ואין דבריו מתקבלים בזה כלל. ע"כ פריך מכוח דאאמע"ר ולא מכוח ממנ"פ.

וע"ע שם שהביא מש"כ המהרשד"ם (חו"מ סי' ש"ה) ליישב קושית הנמוק"י, ודחה דבריו.

וע"ע בס' פני משה (ח"א תשו' צ"ב) שהביא ג"כ דברי הנמוק"י הנ"ל בתור סניף.

ה בביאור הסתירה שבדברי הרשב"ם מדף קכ"ז: לדף קל"ד: הביא שם בשם חכ"א לתרץ דדבריו בדף קכ"ז: קאו אליבא דר' יהודא, ולדידיה מדין יכיר נאמן גם להעיד שהוא בנו וגם לענין נכסים שלאחר מכאן, וזה היפוך ממש"כ. אולם עע"ש שדחה דבריו, והוכיח דרשב"ם שם קאי אליבא דרבנן.

שאול ישראלי

*תמצית העובדות: א. העיד בביה"ד האזורי כי הי' חי עם בת אשתו כמה פעמים - בהיותה בגיל שלש עשרה שנה ונמצאת אצלו בביתו בקביעות, וכתוצאה מזה הכיר בבן שהולידה בת אשתו שהוא בנו, כך הוא הצהיר בביה"ד. וכן מופיע המבקש בתעודת הזהות ובתעודת הלידה כבנו של א. וד., וכך הוחזק כל הזמן, בעיני כל, שאביו הוא א.. כמו"כ אמר בביה"ד האזורי בפה מלא שהוא התחתן עם ט. האם של ד. בחופה וקדושין. גם אשתו ט. הנ"ל חזרה ע"ז כמה פעמים שהיא "התחתנה" אתו ברבנות במאה שערים, והוסיפה שגם אמה השתתפה בחתונתה, ואשר על כן אין להתחשב כלל במה ששינה את טעמו לפנינו ועושה עצמו כלא יודע באמרו: "אני לא יודע אם בעלתי אותה...". והוא הדין בנוגע לנשואין שלו עם אשתו הנ"ל חוזר בו מדבריו הראשונים ואומר "רשמו אותנו כנשואין לא היה חופה ולא נתתי לה טבעת". כ"ז עומד בסתירה גמורה למה שאמר בביה"ד האזורי, ואין להם כל ערך ולאו כל כמיני' לשווי' נפשי' הדרנא.

דעת הרשב"א בתשו' סי' תר"י במי שמודה שבא על הפנויה מחזיקינן את הולד בתר דידי', כ"כ בראי"ש בתשו' כלל פ"ב.

[ובשו"ת רעק"א מהו"ת סי' ס"ז כתוב וז"ל: -

"האומנם ראיתי בשו"ת הרא"ש כלל פ"ב כתב בהיא ילדה תאכל בתרומה ואם הבן זכר שוחט ומקריב ע"ג מזבח, ה"ט כיון דמודה שבא עליה ספק אם אחר בא עליה שדינן בתר דידיה וכו' משמע אף בליכא עדים **שבא** עליה, **בהודאתו** לחוד מחזיקינן כבנו ולכהן ודאי להקריב ע"ג מזבח אף בליכא חזקת כשרות דאם מסייע, וכ"כ עוד הרא"ש מפורש יותר בכלל ל"ב סי' ט"ז בנידון כהן שבא על הפנויה וילדה ממנו בן שכשר לכהונה... אבל היכי דהוי בפנינו ומודה לדבריה דאפי' לר' יהושע מהימנא כ"ש לענין זרעו מיוחס אחריו שאינו אלא מעלה כיון ששניהם מודים קרינן ביה זרעו מיוחס אחריו עי"ש, היינו דמהימנינן לשוי' להבן לכהן מעליא"].

ובתשב"ץ ח"ב סי' י"ט כתוב: - "אבל באונס אשה ומפתה אותה אם נתברר הדבר שבא עליה זה האונס או המפתה **בהודאת פיו** או בעדים כיון דלא דיימא מעלמא דבר ברור הוא דבתריה דידיה שדינן לי' ולא אמרי' כי היכא דאפקרא נפשה להאי... ואע"פ שלענין יבום כ' הרב (הרמב"ם) ז"ל שהוא ספק כבר חלקו עליו מגדולי האחרונים ז"ל".

גם הרב המגיד הביא בפ"ג מה' יבום דעת הרשב"א הנ"ל והסכים על ידו דכל **שמודה** שבא עליה בתר דידי' שדינן ליה.

אמנם הרמב"ם חולק ע"ז בפט"ו מהא"ב הי"א וז"ל: - "פנויה שנתעברה וילדה ואומרת של פלוני הוא ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר אפי' אם אותו פלוני מודה שהוא ממנו - הרי זה הילוד ספק ממזר שכשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר". וכ"ה בשו"ע סי' ד' סעי' כ"ו. והנה הרא"ש בתשו' הנ"ל סובר דאף לפי"ד הרמב"ם אם היתה מיוחדת לו בביתו בתר דידי' שדינן "כי אף הוא לא כתב אלא זנות באקראי פנוי' דומיא דא"א".

וברשד"ם חאה"ע סי' רל"ג כתוב:

"הרי שכל הנביאים פה אחד מסכימים שאפילו לאדם בן מאשה אחת בזנות שהוא בנו לכל דבר ואפילו לענין יבום אם אינה חשודה מאחר".

ועיין ברדב"ז ח"ד סי' ק"כ:

"אשה אלמנה שהיתה משרתת בבית ראובן ופתה אותה ראובן ובא עליה והביאה ממנו בן ונתפרסם הדבר שהי' ממנו... הספק שנסתפק כיון שנבעלה בעילת זנות אמרי' כמו שהפקירה עצמה לזה הפקירה גם לאחרים - אינו כלום. חדא שהרי החזקה סילקה ספק זה ותו כיון שהיתה משרתת בביתו של ראובן אמרי' כאן נמצאו וכאן היו ותו לא היתה חשודה מאחרים... ותו דחזקה עדיפא מהודאתו וכ"נ בהדיא מלשון הרמב"ם ז"ל שכ' מי שזינה עם אשה בין פנויה בין א"א ונתעברה ואמר זה העובר ממני ואפי' היא מודה לו אע"פ שהוא בנו לענין ירושה ה"ז ספק לענין יבום כשם שזינתה כו' ומנין יודע הדבר שזה בנו והרי אין לו חזקה אלא ספק הוא... ע"כ. הא קמן שאם הי"ל חזקה פוטר מן החליצה ומן היבום - משמע דחזקה עדיפא מדיבורו... וסוף לשון התשו' (של הרא"ש) ואף לפי"ד בנדון זה שהיתה מיוחדת לו בביתו דבכה"ג לא קאמר שתחלוץ כו'". עכ"ד.

וענין מיוחדת כתוב בתשו' הכת"ס אה"ע סי' ל"ב: -

"...אלא דמיוחדת לו בביתו לחוד גם שאין אנו יודעים רק מביאה אחת אלא ע"פ עדים או על פיו ולא ברור לנו כמה פעמים בא עליה, כעובדא דרא"ש שאמר דבנו הוא ולא ברור כמה פעמים בא עליה כיון שמשרתת בביתו תלינן בו במצוי יותר מלחוש לאחרים כנ"ל שכל עין רואה בדיוק בתשו' הרא"ש".

ובחלקת מחוקק שם סקכ"ה כתוב: -

"גם דברי הרמב"ם דפסק דלא שדינן בתר דידיה על מי שהוא מודה עליו ואף שהוא ממזר אין הולד אלא ספק אפשר לפרש דוקא בדדיימא מעלמא וכלישנא קמא דיבמות... וא"כ מבואר דללישנא קמא דוקא דכי דיימא מעלמא לאו בתר דידי' שדינן...".

ובשו"ת שיבת ציון סי' ס"ז באשה אלמנה אשר לה בנים מבעלה הרה לזנונים אחר מיתת בעלה ואומרת שמאחי בעלה נתעברה והוא מודה לדבריה שבא עליה וממנו היא הרה, והיא לא דיימא מעלמא אם להחזיק הולד לממזר ודאי העלה: - "ויען כי אף באינה מיוחדת לו ג"כ חולקים הרשב"א והרא"ש על הרמב"ם וגם ה"ה מכריע דהיכא דלא דיימא מעלמא בתר דידי' שדינן א"כ בנ"ד שהי' דיימא מיני' ולא מעלמא הוי הולד ממזר ודאי ולא אמרינן שזינתה גם עם אחרים לשיטת רוה"פ אשר מימיהם אנו שותים...".

ומעתה בנ"ד בודאי הוא נאמן לומר שבנו הוא להחזיקו לממזר ודאי כיון דדיימא מיני' ואיכא רגל"ד הרבה שממנו נתעברה ואין לנו רק החשש שמא זינתה גם עם אחרים, וד"ז תליא בפלוגתא שבין הרמב"ם והרשב"א והרא"ש... ואף שבשו"ע סתם ופסק כדעת הרמב"ם כבר תמה הח"מ... וגם לפי"ד שם לא ברירא לן בדעת הרמב"ם אם גם בזה חיישינן שמא נתעברה מאחרים, ועי' תשו' הרדב"ז... סיומא דהך פיסקא - לפע"ד שיותר הדעת מכרעת להחזיק הולד הזה לממזר ודאי"... .

ומעתה נראה מה דעתו של השו"ע בזה, בטואה"ע סי' ד' כתוב: -

"פנויה שנתעברה וילדה אם אינה לפנינו לבודקה... ה"ז ספק ממזר ואפי' אם אומרת של פלוני הוא שהוא ודאי ממזר אפ"ה אינו אלא ספק אפי' מודה אותו פלוני שנבעלת לו, כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר".

ובב"י שם:

"ומ"ש אפי' מודה אותו פלוני שנבעלת לו וכו' פשוט בטעמיה".

ולכאו' תמוה הלוא הטור בעצמו בסי' קנ"ו הביא דעת הרא"ש החולק על הרמב"ם הסובר במי שזנה עם פנויה - ואמרה זה העובר ממנו ואפי' הוא מודה לה אע"פ שהוא בנו לענין ירושה ה"ז ספק לענין יבום שכמו שזנתה עמו כך כו' וא"א הרא"ש ז"ל כ' על אחד שהי"ל משרתת בביתו - ואומר שהוא בנו שפוטר את אשתו... כמו שנאמן לענין ירושה לענין חליצה נמי נאמן, ע"ש. וכאן בסי' ד' סתם בניגוד למ"ש בסי' קנ"ו, ובע"כ צ"ל בדעת הטור דסובר דדוקא באומר שהוא בנו או שהיא אומרת זה העובר ממנו והוא מודה לה. אבל בסי' ד' כתב "ואפי' מודה אותו פ' שנבעלת לו בזה ס"ל דלא שדינן בתרי' ולא הוה אלא ספק ממזר, ושפיר כ' הב"י ע"ז "פשוט בטעמיה".

ואמנם כן העלה בדעת הטור הגאון אבני נזר (הו"ד בשו"ת ידי"ש דף י"ג) וזל"ש, "התורה הימנוה לאב באומר בני הוא אבל אם אינו אומר בני הוא רק שבא עליה ומזה אינו מבורר עדיין שבנו הוא דאפשר כשם שזנתה עם זה כך זינתה עם אחר ואף שדין תו' לא חישינן לזה, זה דין תו' אבל האב אינו אומר ואצלו הדבר מסופק. וע"כ בתשו' הרא"ש שהביא הטור בסי' קנ"ו הזכיר שהאב אמר שהוא בנו בזה נאמן האב ואף שא"א לידע רק מחמת שידוע לו שבא עליה מה בכך הלא גם מדין תו' לא חיישינן שזנתה עם אחר... אבל אם אינו אומר בנו רק שבא עליה על אמירת בא עליה לא האמינתו תו'...".

והנה גם בשו"ע בסי' ד' שינה המחבר מלשון הרמב"ם ולא כ' "שהוא מודה שממנו הוא" אלא "אפי' אם מודה אותו פלוני **שנבעלה** לו", משמע דס"ל בפנוי הבא על הפנויה ואומר שזה בנו בתרי' דידי' שדינן.

כאמור, דעת הח"מ דבלא דיימא מעלמא גם להרמב"ם בתר דידיה שדינן וכ"מ מהרדב"ז הנ"ל, ולהרא"ש מודה הרמב"ם במיוחדת ומצויה אצלו. ולפי"ד רעק"א ז"ל בנאנסה לכו"ע לא חיישינן שמא זינתה עם אחר, דבאנוסה לא שייך לומר מדאפקרה, עי' תוס' רעק"א בפ"ב דיבמות, ושם הביא שכ"ד הפלא"ה ז"ל. ובשו"ת כת"ס סי' ג' כתוב: - שהדבר פשוט יותר מביעא בכותחא דבאנוסה לא חיישינן לכשם שזינתה (ועי' פנ"מ סי' ד' סקכ"ו).

ומעתה במקרה אשר לפנינו שבזמן שנכנסה להריון היתה ילדה בת שלש עשרה ולדבריה היתה שתויה באותה לילה שלא שייך בה לומר מדאפקרה כו'. ולפי"ד הבועל חי אתה הרבה פעמים בהיותה עמו במחיצתו, מצויה אצלו בקביעות ולא דיימא מעלמא [גם אם לדון פי סוג האנשים האלה הרי אין ספק שלא ידעו כלל מאיסור בת אשתו, ויש להניח כי כל מה שמצא לנחוץ להתנצל בפני ביה"ד ולומר "ברגע של חולשה חייתי עם בת אשתי ד." הוא בגלל חיי הזנות שחי עם ילדה צעירה]. הרי יש לדון דגם להרמב"ם דינא הוא בנ"ד דבתרי' דידי' שדינן, והמבקש עומד באיסור לאו דלא יבא בקהל שהרי לא היתה דיימא מעלמא כלל.

אכן אם נאמר בדעת הרמב"ם כמ"ש רעק"א בתשו' סי' ק"ו דדינא כשיש עדים שבא עליה הממזר ל"ג מדאפקרה בדלא דיימא מעלמא, אבל בדליכא עדים שבא עליה רק הוא מודה בזה כיון דעכ"פ איתא לחששא שמא אפקרה ממילא ליכא לדונו לאב בודאי שהרי אינו אומר בבירור גמור שהוא אביו ובכה"ג לא האמינתו תורה ואינו בכלל מכיר ולא מאמינים לו כלל שהוא בא עליה. ועי' נוב"ת אה"ע סי' כ"ז. והגרנצ"ב ז"ל במשיב־דבר ח"ד סי' י"ד הפליג עוד יותר ולדעתו בשיטת הרמב"ם דגם באופן שברור לו שממנו הוא, אין שומעין לו. וזל"ש: -

"ס"ל להרמב"ם דאין האב נאמן לפסול בנו אא"כ הוא מוחזק שהוא בנו אבל במודה שהילד שילדה הפנויה ממנו הוא לא הוחזק שהוא בנו גם כשברור לו שממנו הוא שהרי העולם סבורים שאפשר שזינתה עם אחר, ולא משום שיש לחוש ע"פ לכך אלא שבכה"ג אין האב נאמן לפוסלו".

ועי' חזו"א ה' פו"ר סי' א' שגם איהו ז"ל סובר בדעת הרמב"ם דאף באומר שלא זזה ידו מתוך ידה הולד אינו אלא ספק ממזר.

ולפי"ז בנ"ד אין האב נאמן להכירו כבנו מדין יכיר - לדעת הרמב"ם - וכאילו לא אמר כלום. אך מ"מ אכתי אין להתירו לבא בקהל - לשיטת הרמב"ם - עכ"פ מדין שתוקי. עי' רמב"ם פט"ו מהאסו"ב "ואם לא נבדקה אמו או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי ה"ז הילוד **ספק ממזר**". ובפ' יח שם פסק דבעינן תרי רובי ודוקא שיהיה המקום שנבעלה בו פרשת דרכים, אבל אם נתעברה בעיר והיא אינה יודעת למי נבעלה ה"ז ספק זונה ואם נשאת לכהן תצא, וכמבואר באה"ע סוס"י ו', גם לדעת הטור, והוא דעת ה"יש מי שאומר" שם בשו"ע "שאפי' נתעברה בעיר אם הלך הבועל אליה תנשא לכתחלה כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעות כשרים, אא"כ הלכה היא אליו וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי תנשא לכתחלה".

ובביאור הגר"א שם: "... דהטור ס"ל דמ"ש בקרונות לאו דוקא ה"ה בעיר אבל בתרי רובי מסתמא כשרה ולא גזרינן כולי האי דשמא מרוב העיר ודילמא אזלא", והיינו דמכיון דאיכא רוב סיעה הרי אף באזלא איהי לגבייהו במקרה זה לא הוה קבוע תו לא חיישינן שמא מרוב העיר ושמא אזלא איהי לגבייהו.

וכ"ה בים של שלמה פ"ק דכתובות ס"ו מ"ד וז"ל:

"וכ' עוד הרמב"ם בד"א שנבעלה בפרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם... ולא נהירא דאפי' נבעלה בעיר או שנתעברה תנשא לכתחלה היכא דאיכא נמי רוב סיעה ורוב העיר כשרים שהוא ה"יום"השוק" דכל דפריש מרובא קפריש ואפי' אינה טוענת ברי... ואף דאיכא למיחש שמא היא הלכה אליהם לביתם אפ"ה שרינן לכתחלה מאחר דאיכא נמי רוב סיעה ואיכא ס"ס. חדא שמא הלך הוא אליה ואפי' את"ל שהלכה היא אליהם שמא הלכה היא לגבייהו דקרנות שאינה קבוע... ואי ליכא רוב סיעה אז אפי' תצא היכא דלא טענה ברי... והטור נמי השיג על הרמב"ם..."

והואיל ובנ"ד ליכא תרי רובי, והיא לא רק שלא טוענת ברי להכשירו אלא שמתוך דבריה יוצא שמפלוני הוא וממנה הוא הרי דינו כשתוקי.

ואכתי יש לדון שבנ"ד לא בעינן תרי רובי. עפימ"ש הב"ש סי' ו' סקל"א דהא דבעינן תרי רובי איירי כשיש עכ"פ מיעוט פסולין אבל בדליכא מיעוט פסולין לא בעינן תרי רובי, ובנ"ד לא ידוע שבאותו זמן שנתעברה שהוחזק שם פסולי קהל, ואי משום בעל אמה הרי דעת ההפלא"ה בספ"ק דכתובות דלא חיישינן לקרובים משום דבירושלמי פ"ק דכתובות ה"ח מבואר דלכן חייש ר' יהושע לפסולים משום דזנות רצה אחר הפסולים לכן בקרובים לא חיישינן, ובש"ש שמעתא ד' פכ"ב סובר ג"כ ddדוקא במקום דאיכא מיעוט פסולים בעיר בעינן תרי רובי לא משום קרובים ומטעם דבכל התורה מהני רובא אלא משום מעלת יוחסין הוא דחשו בתר רוב. א"כ דוקא היכא דפסול קבוע במקומו הוא ddדנו חז"ל דליהוי כמחצה על מחצה אפי' באזלא אינהו לגבה, אבל היכא דאינו פסול בעצמו אלא שהוא פסול לזו האשה לא דנו בזה דין קבוע להחמיר בחד רוב. ואף דהנימוק"י ס"פ אלמנה לכה"ג כ' דהיכא דאיכא אביה או אחיה בעיר דהו"ל לדידה חיי"כ והולד ממזר חיישינן למיעוטא. אך מסתימת הב"י והרמ"א דלא הביא הך דנימוק"י משמע דלא ס"ל כוותיה, וכ"נ מלשון הרמב"ם פי"ח מה' איסו"ב "אפי' לא הי' שוכן שם אלא עכו"ם א' או חלל א' ועבד" משמע דלא מיפסל אלא ע"י פסול הניכר במקומו בפ"ע ולא ע"י עריות ע"ש.

ובשו"ת עין יצחק אה"ע סי' ח' העלה ג"כ להתיר בדליכא תרי רובי כשאין פסולי קהל קבועים בעיר והחשש הוא מקרוב שאסור עליה באיסור ערוה, ומתרי טעמי, חדא מכיון דלא קבוע ממזר בעיר לא עשו מעלה ביוחסין להצריך תרי רובי דמשום קרובים לא חיישינן משום דמה"ת אין איסור ייחוד בקרובים דלא תקיף יצרי' עלייהו, דאהנו בי' אנשי כנה"ג דלא מתרי בקרובותי' לכן לא חששו חז"ל לזנות קרובים. [ויש לדון דטעם זה לא שייך בנ"ד ddדוקא באב עם בתו או אח עם אחותו ליכא איסור יחוד אבל קרובות דאתי מכח נשואין כגון בת אשתו כיוצ"ב נראה דנוהג איסור ייחוד מה"ת. אך באוצה"פ סי' כ"ב סעי' א' פליגי בזה אחרונים ובשם הלבוש כ' דבכלתו אין איסור ייחוד מה"ת. (אכן בחת"ס אה"ע סי' י' כתוב: - כבר ביארתי במקו"א לחלק דלקרובה עצמה לא נחשדו ישראל אבל לקרובים מחמת חיתון בעל חיישינן והכא ליכא בעיר אלא קרובי עצמה...").]

טעם נוסף: "אם אין בעיר רק קרוב אחד יש להתיר דאין להוציא אדם מחזקת כשרותו, ddדוקא כשיש שנים או יותר דאז יש להסתפק על כ"א דילמא הוא שזנה עמה ולא מוציאין בכה"ג אדם מבורר מחזקתו", והני תרי טעמי לכאו' איתנייהו גם במקרה דנן.

ברם מה שדנו רבותינו ז"ל להתיר - כשכל החשש הוא מקרובים שהם עליה באיסור ערוה - הוא באופן שהרתה לזונים ולא יודעת ממי נתעברה או דליתא קמן לברר ממי נתעברה. אשר לא כן בנ"ד שאיהו אמר מינאי והיא אף היא אמרה מיניה. ואמנם יש מקום לומר לפי ההנחה בדעת הרמב"ם כרעק"א ז"ל (והמשיב דבר והחזו"א) דאין לאדם נאמנות מדין יכיר לומר שחי עם פנויה וכתוצאה מזה הולד שילדה הוא בנו. וא"כ אין לדבריו כל ערך, וכ"ש אין נאמנות לאשה לפסול בנה, ומכיון שהיינו מכשירים את הולד בלא דיבורה מטעם רוב לאו כל כמינה לפוסלו, ולישווי' ספק ממזר.

והנה בשו"ת מוהרש"ך ח"א סי' קנ"ח כתוב, וז"ל: -

"מ"ש הרמב"ם במי שזנה עם אשה פנויה דאותו הבן הוי ספק לענין יבום היינו דוקא לפטור אשתו ddדילמא אינו בנו ונמצא יוצאה לשוק בלא חליצה ומשום חומרא כ"כ, דהא לענין תרומה כ' בפ"ח מה"ת דכל דלא דיימא מעלמא בתר דידיה שדינן לולד וא"כ לכל מילי הוי בנו רק לפטור מן החליצה ומן היבום מטעם דמספק יש לנו להחמיר וחולצות ולא מתיבמות כדין הספיקות, אבל להיות זוקק כגוונא דנ"ד... אין כאן מקום לספק ומדינא הוי בנו... ואיברא דלכאו' יראה כיון דס"ל להרמב"ם דלגבי פטור מן היבום חשבינן לי' ספק... לגבי זוקק נמי אינו זוקק אלא מספק... מ"מ הדבר צריך אצלי תלמוד דיש מקום לחלק מפוטר לזוקק וכמ"ש".

www.eretzhemdah.org

מבואר מדבריו ז"ל בפנויה שנתעברה ואמר ראובן זה העובר ממני הוא והיא מודה לו ולראובן בן מאשה נשואה הרי הוא זוקק את אשת בנו, או מדין ודאי או מדין ספק, ולא אמרינן דאין בדבריו כלום.

ועיין בית מאיר סי' קנ"ז: - "... מה ענין הכא לסי' הקודם דלענין שיפטור צריך חבושים דאל"ה אינו פוטר מספק דכמו שזנתה עם זה זנתה עם אחר אבל לענין שיזקק פשיטא שזוקק אם כבר הי' בעולם כשנשאת דנמצא הוחזקה לבעל שיש לו ספק אח לא מיבעיא אם האב הודה שזה בנו מערוה דודאי היא זקוקה מספק אלא אפי' לא הודה אלא שהאם אמרה מפלוני נתעברתי והולד ממזר מ"מ מידי ספק לא נפק כדאיתא סי' ד' סעי' כ"ו אבל חוששין לדבריה ["ואם אותו פלוני הוא כשר הרי הבן כשר, ואינה נאמנת להיות זה בנו של פלוני ויראה לי שחוששין לדבריה ויהי' הבן אסור בקרובות אותו פלוני מספק", רמב"ם פט"ו מהאסו"ב ובשו"ע שם].

ואמנם מצאנו למהרי"ו ז"ל שכ' בהדיא דאף במקרה והיינו מכשירין את הולד לבא בקהל לולא דבריה, מ"מ כשאומרת שהוא פסול הוה ספק ממזר.

עי' שו"ת מהר"י ווייל סי' ע"ד: -

"ועל הבן יבדקו אותה אם אומרת שלאחר הגירושין נתעברה מכשר נאמנת דהא הלכה כר"ג אפי' ברוב פסולים וכ"ש הכא דאיכא חזקת צדקת כדאיתא פ"ב דגיטין, ותו דהכא ליכא רוב פסולים ואי משום דילדה למקוטעים הא שכיח טובא דנשי דידן יולדות למקוטעות, וקרוב הדבר בעיני אפילו לא נבדקה אפ"ה הבן כשר מטעם ס"ס ספק שמא לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי נתעברה דגוי הבא עב"י הולד כשר... ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין נתעברה מישראל הוי הבן ספק ממזר דאינה נאמנת לשוויה ממזר ודאי, וכ"כ המיימוני פט"ו מה' אסו"ב פנויה שזינתה ואומרת בן פ' הוא כו' ואם אותו פ' ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי...".

ובשו"ת שיבת ציון סי' ס"ז כתוב: -

"הנה בזה ששניהם מודים ויש רגל"ד שנבעלה **לאחי בעלה**... ולא דיימא מעלמא בזה לא שייך לומר דאזלינן בתר רובא דעלמא...".

נודעזאת ועוד, לדברי המבקש בפני ביה"ד האזורי, הרי הוא בנו של א., אמנם דבר זה לו מאמו, אך נאמנים עליו דברי אמו ואינו מטיל בהם ספק. ועל יסוד זה הצהיר בביה"ד הן בכתב הן בע"פ שהוא בן לא. ולד.: - "אבא שלי א. - חי חיי אישות עם ד. בת אשתו, ואני נולדתי מד., הסבתא ט. התחתנה עם א. אמי ד. סיפרה לי כי אבי הוא א. בעל הסבתא שלי".

ובאה"ע סי' קט"ו: - "... או שאמר לו אחד מקרוביו או **מקרוביה** שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזינתה אשתו בין שהי' אומר איש בין שהיתה אשה הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת ה"ז חייב להוציאה", וכ"ה לשון הרמב"ם בפכ"ד מה"א. ובתשו' רעק"א סי' פ"ח כ' דמלשון חייב להוציאה משמע דחייב להוציאה מדינא וגם משמע ממ"ש "הואיל וסמכה דעתו לד"ז שהוא אמת" דא"צ שיהא נאמן עליו גם בשאר דברים ע"ש.

ובחת"ס אה"ע סי' י' כתוב: - "... אם זה דוד האמין לאמו והחזיק עצמו כבן ישראל ואפשר שיקרא בתורה כשם אביו שהאם אומרת שממנו הוא וא"כ הרי כבר האמין לאמו שהוא בן ישראל וה"ל כע"א אומר לו כלאים פירות שלי, זונה אשה זו והאמין לו שוב לוקין עליו כמ"ש הרמב"ם בה' נזירות ובה' שגגות ובה' עדות...", והכא נמי האמין דלברי אמו והחזיק א"ע - ע"פ דיבורה - כבנם.

לאור האמור, לא מצאתי מקום להעתר לבקשת המבקש.

יוסף שלו' אלישיב

הערות בדבריו של הגרי"ש אלישיב שליט"א

א בשו"ע (סי' ד' סכ"ו) ברמ"א:

"אם זינתה תחת הבעל, אפילו אומרת של פלוני הוא והוא ממזר, אין חוששין לדבריה דתולין רוב בעילותיה בבעל וכשר, ומותר בקרובות אותו פלוני."

ומקור הדברים בתרוה"ד ובב"ז כמסומן. ובח"מ שם (ס"ק כ"ז):

"הרב הוסיף בכאן שאפילו יש עדים שזינתה, והיא אומרת שברי לה שנתעברה מאחר, אפ"ה תולין ברוב."

ודבריו מוכרחים כמש"כ שם, ומוכחים בלשון הרמ"א שכ' "אם זינתה תחת בעלה", היינו שזה ידוע בבירור שאמנם זינתה, אלא שמ"מ מצד הדין יש ללכת אחר הרוב, ורוב בעילות הלך אחר הבעל. וע"כ אעפ"י שידוע שזינתה, ואעפ"י שהיא אומרת "שברי לה שנתעברה מאחר" מ"מ אין חוששין לדבריה לא לענין ספק ממזרות ולא לענין קרובות אותו פלוני.

למדים אנו מכאן, שבמקום שמצד הדין יש ללכת אחר הרוב, אין אנו רואים כאן שום ריעותא, וממילא אין בכוח דבריה לעורר לנו שום ספק, ואפילו לחומרא מצד חשש שמא דבריה נכונים.

ב.

בתרוה"ד שם מחלק בין זה לבין הא דפסק הרמב"ם בשתוקי, כשאומרת שהוא בן פלוני שאסור בקרובות אותו פלוני, וכ' בטעמא דמילתא:

"אהא כתב הרמב"ם דחוששין לדבריה הואיל ואמרו חכמים בודקין את אמו, אלמא תליא מילתא בדיבורה. והטעם התם כיון דשתוקי לא ידעינן אבוה מאן ניהו בודקין את אמו כיון דאיכא ריעותא ושור שחוט לפנינו.

www.eretzhemdah.org

אבל אשת איש שילדה, ובעלה עמה במדינה דליכא ריעותא ושור שחוט לפנינו, פשיטא דדברי האם לאו מילתא נינהו לגמרי."

ונראה בהסבר דבריו, דבאשת איש כשאומרת שולד זה מאחר הוא ולא מבעלה, ה"ז נגד הרוב, דמצד רוב בעילות וכו' יש לתלות בבעל, בניגוד לדבריה. ע"כ אין בדבריה ממש. משא"כ בשתוקי, הרי בדבריה שמפלוני הוא אין זה נגד הרוב, שהרי גם בלי דבריה ידוע לנו שאבי הילד אינו אלא אחד, וא"כ אין דבריה באים בסתירה עם הרוב. ואפילו באומרת בן פלוני ממזר הוא, מאחר שגם בלעדי דבריה הוי ספק ממזר, ולא מכריעים (מצד מעלה עשו ביוחסין) עפ"י הרוב, ממילא אין כבר שום מקום להבחין גם בדבריה לענין לאיסור הקרובים, בין שאומרת שאבי הילד הוא מן הכשרים או מן הפסולים. וזהו שכ' "כיון דשתוקי לא ידעינן אבוה מנו", היינו שגם בלי דבריה לא קבענו בענין זהותו של האב כלום, ע"כ יש בדבריה לעשות ספק. וז"פ.

ג.

ומעתה כשבאה לומר דבריה לענין ממזרות, כשאילולא דבריה היינו מחזיקים הולד בכשרות, כגון היכא דאיכא תרי רובי (או במקום דאיכא רוב כשרים, לדעת הני דסברי דגם בזה לא החמירו מצד מעלה ביוחסין) פשוט דאינה נאמנת אפילו למישוי לה ספק. דזה הרי דומה ממש להא דאשת איש, דמה התם אמרינן שאין כאן ריעותא ו"שור שחוט לפנינו", אעפ"י דידעינן שזינתה וכנ"ל, משום דכיון דמצד הדין תולין בבעלה לאו כל כמינה לישויה ספיקא. כמו"כ היכא דאיכא רוב כשרים, דמצד הדין אזלינן בת"ר והוה הולד ודאי כשר, ממילא ביחס לכשרות הולד אין שום ריעותא, ואין מקום להאמינה. ויוצא דהא דבשתוקי הוה ספק ממזר, הוא רק משום דחכמים מצד עצמם חששו מצד מעלה ביוחסין שלא לסמוך ארובא, אבל דברי האם אינם מעלים ואינם מורידים. וע"כ בגוונא דאיכא תרי רובי (או להני דמקילי - גם ברוב אחד) אין ממש כלל בדברי האשה ואין מתחשבים בהם כלל.

וכך נוקט באמת הדרכי משה (בסי' ד') בדברי תרוה"ד והב"ז שהביא דעה זו דאין ספק ממזר אלא

"בפנויה **דבלאו הכי** הוא ספק ממזר."

היינו שלא מצד דמתחשבים בדבריה הוי ספק ממזר, אלא מפני שגם בלאו הכי הוא בספק זה, מצד גזירת חכמים.

ומעתה ברור שמה שמסיים הדר"מ שם לקרב השיטות דגם המהרי"ו מודה באשה היושבת תחת בעלה דאינה יכולה לעשות גם ספק ממזרות, אינו בא לומר דכולם בחדא שיטה קאו, דאכתי ודאי יש חילוק בין מהרי"ו למהרי"א בענין פנויה שזינתה, דלהמהרי"ו נאמנת לישויה ספק ממזר, גם כשבשתיקתה היה כשר. ואילו למהרי"א והב"ז הדבר תלוי באיכא ריעותא ו"שור שחוט", וכיון דבמקום דאיכא רוב אין כאן ריעותא, ממילא בזה אינה נאמנת כלל.

ועפי"ז, נראה דלהלכה נקטינן כדברי המקילים שהיא פלוגתא במילתא דרבנן. וא"ש דלא הביא הרמ"א להלכה דעת המהרי"ו למישוי ספק ממזר עפ"י דברי האם היכא דאיכא תרי רובי להיתרא. דלא קיי"ל הכי, אלא כמש"כ הב"ש (סי' ד' ס"ק ל"ט):

"היא אינה נאמנת לפסול בניה, לכן הוה **כאילו לא אמרה כלום** והולד הוא ס' ממזר."

[ומעכתר"ה שליט"א כ' בחילוק שבין א"א לפנויה שבא"א אין בו שום ריעותא משא"כ בפנויה שנתעברה "אף במקרה שרוב כשרים אצלה מ"מ אין לולד חזקת כשרות". ולא אבין שום חילוק, דגם בא"א הא דמכשירין הוא רק מצד דאזלינן בת"ר וכנ"ל, כיון שהמדובר כשזינתה תחתיו בבירור. ומש"כ דאין לולד חזקת כשרות - וכי רוב גרע מחזקה? ומה שמסתמך על מש"כ בתרוה"ד הרי דבריו ברוב פסולים, ובזה הא דחזקת אשה בודקת ומזנה מתנגדת לרוב ע"כ הוה כמע"מ משו"ה הוא דכ' דאין לה חזקת כשרות, וכדכ' הש"ש (ב' פט"ז):

"דהך חזקה דבודקת ומזנה אינה עושה אלא מחצה, דליהוי רוב פסולים כמע"מ ע"י חזקה הנ"ל, ומשום הך חזקה דאינה מוסרת עצמה לפסול לה הו"ל מיעוט כשרים כמע"מ." (וע"ע ש"ב פי"ט).

וכן מש"כ עפ"י הנ"ל הא דמהני דברי האם דבכה"ג מהני ערער דחד. לא מצינו ערער דחד, אלא לסלק עדות החיה, והוי כאילו לא אמרה כלום. אבל בגוונא דאי"צ לשום עדות, והולד כשר מצד עצמו, בזה ל"ש ערער חד למישוי ספיקות].

ד.

וכל זה אמור, אם דברי המהרי"ו מתפרשים כפשוטם דבנידון דידיה בשתיקת האם היה הולד כשר גם מדרבנן, ואפ"ה חוששין לדבריה למישוי ספק ממזר. דלפי"ז פליג אתרוה"ד ואב"ז. אכן לענ"ד יש לדקדק בדברי מהרי"ו שאין זו כוונתו, וכפי שיתבאר.

דהנה מש"כ שבשתיקת האם קרוב בעיניו להתיר הולד מצד ספק ספיקא, ק"ל דהרי בסוגית הגמרא בזה (כתובות י"ד.) אמרינן "לר"ג אלים ליה ברי דאפילו בחד ספיקא נמי מכשיר, וקיל ליה שמא דאפילו בספק ספיקא נמי פסיל". ולדעת רוב הראשונים בפירוש הסוגיא, היינו ספק ספיקא ממש, ויוצא דלר"ג אין מתירים מצד ס"ס, וגם לפי פי' א' ברש"י דלשון ס"ס הוא לאו דוקא, מ"מ בשט"מ פירש שהוא מצד דאיכא הכא תרי חזקת כשרות ומשום כך

"חשיב תרי חזקי כמו תרי ספיקי."

ובר מן דין, הרי בנידו"ז אין הספיקות שוין (כי הספק שמא עכו"ם היה, אינו ספק המצוי, שמשו"כ נקטינן בא"א, כשהאב אומר שאינו בנו הוה ממזר ודאי, ולא תלינן בעכו"ם, אלא כשהיא אומרת זאת). ובזה אין להתיר בספק ספיקא רק מטעם דהוי כרוב (עי' ש"ש א' פי"ח, ושם מסיק גם דרק בספק שהוא מטבעו של עולם הוא דיש מקום לצרף ספק שאינו שוה). וא"כ לא עדיף ס"ס מרוב, והרי נקטינן להלכה דבחד רוב אין מכשירין רק היכא דאיכא תרי רובי. (אא"כ נאמר כוונתו דמצד שעה"ד נטה להתיר ולסמוך אהני שיטות דמכשירים גם ברוב אחד. אך אם כך נפרש דבריו, הן ניתן להאמר דמשו"ה באומרת בהדיא שהוא ממזר לא רצה לסמוך ולהתיר, כיון שכל עיקר ההיתר אינו אלא מצד שעה"ד).

כן ק"ל מש"כ בראש דבריו דאם אמרה שלאחר גירושין נתעברה נאמנת "דהא הלכה כר"ג אפילו ברוב פסולים". ותמוה לפ"מ דנקט השתא דהוה רוב פסולים, היינו דאיכא רוב (מצד דאין יולדת למקוטעין) שנתעברה לפני גירושין, דא"כ מה אהני ליה הא דהלכה כר"ג ברוב פסולים, הרי ר"ג לא הכשיר אלא מצד דאמרינן אשה מזנה בודקת ומזנה (כתובות י"ג: תוד"ה השבתנו) ובזה שהרוב אומר שזינתה בעודה אשת איש, הרי לא היו לה כשרים כלל, דכולם פסולים אצלה, ול"ש הא דבודקת ומזנה.

כן קשה עצם הענין שהצריכה בדיקה, דלפ"מ שנקט דהולד כשר בלי בדיקה מצד ס"ס, למ"ל בדיקה כלל, והרי לא מצינו בגמרא בדיקה, אלא בגוונא שבלי בדיקתה הוה הולד פסול.

ע"כ נלע"ד דלא בא לומר דאילולא בדיקתה היה נוטה להכשיר גם מדרבנן, דהא ודאי מדרבנן לא סגי לסמוך אס"ס להתיר, דלא עדיף מרוב כשרים. ולא בא אלא לומר שבכה"ג כשר מה"ת בלי בדיקה, ואשר ע"כ ודאי מהני בדיקתה להכשיר הולד מכל וכל. והיינו שהרגיש שנימוק הראשון דקיי"ל כר"ג ברוב פסולים יש לפקפק בו, דהא דאמרו בגמרא ר"ג אלים ליה ברי, הוא רק מצד דאשה מזנה וכו' וכנ"ל, מה שאינו שייך בנידו"ד. וע"כ הוסיף בו טעם שאין כאן רוב פסולים, וע"כ מן התורה בלי עדותה נמי כשר, ובזה ודאי מהני דבריה להכשיר. וא"ש דמכל מקום צריכה בדיקה, כי מדרבנן ודאי לא סגי בהאי ס"ס. וממילא גם א"ש הא דמסיק דאם אומרת שהוא מפסול הולד הוה ספק ממזר, היינו דלא מכוח דיבורה הוה ספק ממזר, אלא מצד הספק מצד עצמו. וא"ש גם כי מלשונו אין נראה כלל שזה שכ' שהוא ספק ממזר הוא חידוש, וכל עיקר לא הצטרף להביא ראיה אלא להיפך - דלא נימא דהוי ודאי ממזר.

ולענ"ד זוהי כוונת הדר"מ בסוף דבריו שכ' להשוות השיטות:

"מיהו י"ל דהמהרי"ו לא מיירי במקום שיש לתלות בבעלה, כגון שאין בעלה אצלה, אבל אם בעלה אצלה, מודה לדברי המהרי"א ז"ל."

ולכאורה אינו מובן, וכי היה ס"ד דהמהרי"ו מיירי במקום שיש לתלות בבעל, הרי שפתיו ברור מללו שהספק וכן הספק ספיקא אינם אלא שמא אחר גירושין, או שמא מעכו"ם, אבל לא הכניס כלל בכלל ספק שמא מבעלה, א"כ הרי ברור דקאי באופן שאין בעלה אצלה. אלא שאעפי"כ הי' נראה שחולק על המהרי"א בזה דלדידיה גם כשבשתיקתה כשר, בדיבורה מהני למישוי עלה דין ספק ממזר, וזה בניגוד למהרי"א שכ' שאין חוששין לדבריה אלא כשצריך בדיקה. והיה צריך הדר"מ לומר ההיפך - שגם המהרי"א מודה למהרי"ו בגוונא דפנויה ואף כשבשתיקתה היה הולד כשר, דבזה הוא דקאי המהרי"ו. נראה מזה דדברי המהרי"א מתפרשים גם למסקנא כמו דפירשם מעיקר, דאין נאמנות כלל לאם לפסול הולד גם בספק. ובא לומר דיתכן דגם המהרי"ו מודה בזה, אלא דקאי רק בגוונא שאין לתלות בבעל, וכל הדיון הוא רק מצד הס"ס הנ"ל שמא לאחר שנתגרשה ושמא מעכו"ם, ובזה מדרבנן הולד שתוקי, וע"כ צריך בדיקה. ובזה הוא דכ' דאם אומרת שהוא פסול, אין מקבלים דבריה לפוסלו בגדר ודאי, אלא בספיקו כדקאי קאי.

ולפי"ז למסקנא לכל הדעות אין בדברי האם למישוי דין ספק ממזר. ומיושב מאד שהרמ"א לא הביא דעת המהרי"ו דמהני דבריה למישוי ס' ממזר בתרי רובי, כי לכל הדעות אין נאמנות לאם בשום פנים.

אשר לנימוק השני - מצד שהמבקש עצמו הודה שהוא בנו של בעל אם אמו מצד שכך אמרה לו אמו ונאמנים עליו דבריה. הנה לפי דעת השב יעקב הו"ד בקצוה"ח (סי' פ' סק"ב) כשלא היה בדעת האדם שדיבורו אוסר אינו נאסר מדין שאחד"א. גם בנידו"ד הן ברור שלא היתה בכוונת המבקש לאסור עצמו, וממילא יכול לחזור בו. וגם לקצוה"ח שדחה דבריו עפי"מ דתלי לה בטעם האיסור דשאחד"א אם הוא מצד נדר או מדין נאמנות, נראה דבדין ממזרות ל"ש שאחד"א כשהוא מצד שסומך על אחרים, דנאמנות שמאמינם אינה עושה אותם לעדים כשרים, אלא דעכ"פ מתאשרת עי"ז העובדא. וזה שייך רק בכל מקום שעצם העובדא סגי לאסור. ולא כן בממזרות דקיי"ל ס' ממזר מותר מה"ת, והסביר המהרי"ט (הו"ד ש"א פ"א) דמותר בבת ישראל ובממזרת כאחד, אעפ"י דהוי תרתי דסתרי, והיינו דלא אסרה תורה אלא מה שידוע בתור ממזר, אבל כל עוד שאין עדות על הממזרות אין איסור. ומכיון שאין כאן עדות כשרה, ואין לנו לדון אלא מכוח שסומך עליהם על נכונות העובדא. אך לענין ממזרות לא סגי בהא, וכנ"ל.

ועוד דכבר כתבתי דמה שאמרו שהתחתנו אין פירוש בהכרח שהתחתנו כדת וכדין, אלא שנרשמו בספרי הנישואין. ואף מה שהמבקש אמר שאמרו לו שהתחתנו יכול להתפרש כך, כמו שאמרו לפנינו האם והאב, ממילא אין כאן שאחד"א כלל, ואין לאוסרו מכוח מה שהאמינם.

שאול ישראלי

נוספות

עוד לענין שאחד"א מצד המבקש עצמו שאמר שמאמין למה שאמרה לו אמו, דכנ"ל לפי השב יעקב אין גדר ש"א בשלא היתה כוונת דבריו לאסור ע"ע בדיבור. בתשו' המיוחסות סי' קל"ג מבואר דנאמנות כה"ג שסומך על אחר "אפילו כשר שבכשרים" אינה אלא מדרבנן, והו"ד במלבושי יו"ט (סי' ט'). וכש"כ בנידו"ד שגם האם עצמה לא אמרה שיודעת אלא בהסתמכות על אחר.

ונ' לומר שאין זה סותר מש"כ השי"ש (ב' פ"כ) בהסתמכות על הב"ש שבנאמנות האב מדין "יכיר" הוא גם בגוונא שמסתמך על אחר שמאמינו. כי נאמנות האב שנתנה תורה היא יותר מקיפה, שהרי נאמן לפסול הבן וזהו גם לקולא לישויה ב"ג וב"ח וכן להתירו בממזרת. משא"כ שאחד"א שהוא רק להחמיר. (ומתורצת פליאתו של המלבושי יו"ט הנ"ל).

וכיון שכן, כל כה"ג, במחלוקת בטעם האיסור דש"א יש להקל כדעת השב יעקב שיש לה יסודות חזקים גם בדברי הראשונים, כפי שנתבאר בהרחבה ובטו"ט בפד"ר כרך ב' (עמ' 145 ואילך).

שאול ישראלי

פסק דין לא נמצא

סימן ג : בענין ממזרות*[3]

א. מצד העובדא.
ב. מצד אמירת האיש.
ג. מצד שהחוזקה בין השכנים וכו'.
ד. מצד אמירת האם כיום בפנינו.

העובדות: אשה אחת בשם מ.ג. (אם הנערה הנדונה) התחתנה בירושלים בחו"ק כדמו"י לאיש בשם י.ג. בשנת 1940 וילדה ממנו שלשה ילדים. בעלה הנ"ל נהרג בחיפה ב־1947. אחרי שנתאלמנה ממנו התחילה לחיות עם גיסה אחי בעלה ש.ג. שהיה גר אתם בדירה אחת. המשיכה לחיות אתו באופן קבוע כבעל־ואשה והיתה ידועה בצבור כאשתו ופלגשו ואף ממנו נולדו לה ילדים. גם הנערה הנ"ל, שנולדה בשני לחדש אייר תשט"ז 13.4.56, רשומה בתעודת זהות כבתו של ש.ג.

נתקבלו מסמכים ממשרד הפנים. באחד המסמכים מצהיר ש.ג. בפני שופט השלום בחיפה - חמשה ימים לאחר שנולדה הנערה הנ"ל, כדלהלן:

"אני הח"מ ש.ג. מצהיר בשבועה לאמור, אני גר בק. אני הוא **אביה החוקי** של הילדה ש.ג. שנולדה לי בתאריך 13.4.56 ב' אייר תשט"ז מאשתי מ.ג. בעלת ת.ז..... והגרה **יחד אתי** ואשר בתעודת הזהות שלה מצוין מצב משפחתי שלה כאלמנה. אך למעשה ולאמיתו של דבר היא **אשתי**, וש. הנ"ל היא **בתי** ונולדה לי ממנה כנ"ל.

על יסוד הצהרתו אישר ביהמ"ש את דבריו. ובהתאם לזה הוצאה תעודת לידה ברוח הדברים הנ"ל, וכך גם נרשם בתעודת הזהות של הנערה הנ"ל, שם המשפחה ג., שם האב ש., וכך הוחזקה כל הזמן.

כשהגיעה הנערה הנ"ל לפירקה ב - י"ג אב תשל"ה, הופיעה בפני ביה"ד מ.ג. הנ"ל וטוענת כי בתה ש. **לאו** בתו של ש.ג., אלא מאיש אחד בשם י.ר. נתעברה והולידה הבת הנ"ל. היא הוסיפה לטעון, נכון הדבר כי לאחרי מות בעלה י. חיתה באופן קבוע תחת קורת גג אחד עם גיסה ש.ג. והיתה ידועה בצבור כאשתו. אך כשנתיים לפני שנולדה הבת הנ"ל הפסיקה לחיות עם ש.ג. כי חלה במחלת ריאות והיה מתקשה לקיים יחסי אישות, היא חיתה באותו פרק זמן עם י.ר. וממנו נולדה לה הבת הנ"ל. היא לא בטוחה אם רשום בתעודת הלידה ש. כאב הילדה ש., ואם רשום בודאי שהוא מסר את זה, אבל היה אז מטושטש ממחלתו.

הנערה הנ"ל מוסיפה: הכרתי את **אבי** ש.ג., הוא היה חולה, היה מבקר בבית חולים ולפעמים מתאשפז שם כחודש ימים וחוזר הביתה. חמש שנים לפני שמת בשנת 1968 היה מאושפז כל הזמן בביה"ח. ראיתי את תעודת הלידה שלי שרשום שם אבי ש.. אני לא יודעת אם זה היה אימוץ או לא. ע"כ פרטי הדברים.

מה שנראה לענ"ד בשריותא דהנערה שבאה לפנינו. ודומני שיש בדברים נקודות חשובות לצדד בהיתרא. יש לדון בו מארבע בחינות:

א'. מצד העובדא שנולדה בהיות אמא שלה מיוחדת לאיש זה שהוא עליה באסור ערוה דחיי"כ.

ב'. מצד אמירת האיש בפני השופט שהיא בתו שנולדה לו מאשה זו.

ג'. מצד שהוחזקה בין השכנים וכן במסמכים הרשמיים בתור בתו של איש זה מאשה זו.

ד'. מצד אמירת האם כיום שבת זו נולדה לה מאיש אחר.

ונברר כל אחת משאלות אלו בפני עצמה.

א. מצד העובדא.

לפנינו בשו"ע (א"ע סי' ד' כו): פנויה שנתעברה וילדה... ואפילו אם אומרת של פלוני הוא, ואנו מכירים באותו פלוני שהוא ממזר, אין זה הולד אלא ספק. אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, שכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר. (הולד הוא ספק ממזר, כאילו היתה שותקת, כי לאם אין תו"נ. וכשהוא מודה אינו נאמן מפני שיש כאן א"ד אם ישא שפחה, אבל באיסור דרבנן ל"ח שמא זינתה עם אחר. ב"ש). ואם אותו פלוני כשר הולד כשר. ומ"מ אין אנו מחזיקים אותו כבנו ודאי ליורשו אם אינו מודה שהוא בנו.

(נאמנת להכשיר, כיון שמה"ת כשר הוא לבא בקהל כדין ס' ממזר, מ"ה נאמנת להכשיר. ב"ש.) [הגהת הרמ"א: אפילו היתה מיוחדת לו אינה נאמנת עליו (ר"ן (ט"ס, וצ"ל: נמוק"י בשם הריטב"א) ס"פ אלמנה לכה"ג)].

בח"מ התקשה בזה שכ' "אם היתה מיוחדת לו שהיא פילגשו ובודאי בא עליה ביאות הרבה פעמים אפ"ה הוא ספק", ואמאי לא תלינן ברוב ביאות דידיה.

עוד הקשה שהדברים סותרים "למ"ש הרב סוף סי' ג' בשם תשו' הרא"ש (דכהן הבא על הפנויה ומודה שהוא בנו, הוא כהן לכל דבר) ולא חיישינן שמא הפקירה עצמה לאחרים. והתם בפנויה סתם מיירי, ומכש"כ במיוחדת. וכמבואר בארוכה בתשו' הרא"ש כלל פ"ב. ולקמן סעיף כ"ח הזכיר הרב חילוק זה וכאן לא זכר אותו".

[3] טיוטת פסק דין,תשל"ן

בב"ש כ' בזה שדברי הגהה קאו על מה שמסיים שם לפני כן בשו"ע "אם אינו מודה שהוא בנו", שאם הוא מודה "לא חיישינן, כמ"ש בסי' קנ"ו".

וזה מתרץ קושיא השני', אולם קושיא קמייתא דניזל בת"ר ביאות אכתי קשיא, דזה לא מצד דבריהם, אלא מכוח עצם העובדא, כדלקמן סכ"ט.

וצ"ל דדעת הנמוק"י דל"א ר"ב הלך אחר הבעל, אלא במי שנשואה לו כדמו"י. אבל זו שאינה נשואה, אף שהיא מיוחדת מ"מ מידי ספק שמא הפקירה עצמה גם לאחרים לא יצאה. והיינו כפ"ש הסבירו האחרונים דהא דאמרינן ר"ב הלך אחר הבעל הוא משום דאמרינן דאם זינתה מאחר מתהפכת כדי שלא תתעבר. וזה ל"ש רק במי שנשואה לו כדין, ולא במיוחדת גרידא שאינה חשה לזה.

[ובאופן אחר נראה ליישב הקושיא של הח"מ אמאי ל"א במיוחדת הלך אחר רו"ב עפי"מ שכ' בישועי"ק סי' ד' ס"ק י"א במ"ש בשתוקי דהוא גם כשיש רוב כשרים, והא דמייתי קרא להתיר בישראל הוא לרווחא דמילתא, דאפי' בס' השקול נמי מותר. וק' דא"כ אמאי אמרינן דמותר גם בממזרת והרי איבע"ל למיזל ברו"ב, ותי' עפי"מ מש"כ בשט"מ לב"מ דגם רוב מכלל ספק לא יצא. וע"כ ג"ז בכלל הדרשא דממזר ספק מותר לבא בודאי קהל. עכת"ד. וכיו"ב בפני יהושע לקידושין בסוגיא זו, והחזיק ביסוד זה גם בבית מאיר סי' ד', ע"ש. אך כמה זה תמוה, דא"כ הרי לא יצויר גם ודאי קהל, שהרי אמרינן בחולין לענין מכה אביו, דהוא מצד דאזלינן בת"ר. ולפי דבריו הרי מ"מ לא יצא מכלל ס' קהל. וא"כ איך יצויר האיסור דלא יבא ממזר.

אלא מאידך גיסא, יש לשאול, אם לא ננקוט כפי השו"ע ונאמר דלענין ממזר כל היכא דאיכא רוב נחשב לודאי, דמ"מ הו"מ בגמרא בסוגיא דחולין הנ"ל להוכיח מזה דאזלינן בת"ר, דאל"כ הרי לא יצויר קהל ודאי, וזו ראי' עדיפא דלא מצי למידחי כדוחו כשהיו חבושין בבית האסורים, דהתינח על מקרה בודד של מכה אביו, אבל הן לא שייך להעמיד את כל קהל ישראל הודאי רק ע"י ציור כזה.

והנראה ליישב עפי"מ שכתבו התוס' יבמות קי"ט ובכורות כ' דרוב בעילות דבעל לא מיחשב רוב התלוי במעשה דממילא הוא בא על אשתו. וא"כ י"ל דע"כ ל"א עפ"י השט"מ הנ"ל ב"מ דרוב מידי ספק לא יצא אלא רוב התלוי במעשה, אבל רוב כה"ג דהוא רוב דממילא ודאי נחשב כודאי. ע"כ הוא קהל ודאי. ולא כן הסוגיא דקידושין דקאי בזינתה, דבזה לא הוי רוב דממילא, דבזנות ל"ש סברת התוס'. (וכ"ה במלא הרועים לסוגיא דחולין שהקשה באמת מאי מוכיחים מהיכי דאזלינן בת"ר שמא זה רק בכה"ג דהרוב הוי בגדר רוב דממילא ואילו הזנות הוי מיעוט שתלוי במעשה, ועל קושיתו י"ל דמ"מ מוכיח דאיכא דוכתא דאזלינן בת"ר).

ולפי הנ"ל י"ל דבמיוחדת לו, אעפ"י שגם בזה שייך רו"ב הלך אחר הבעל, מ"מ האי סברא דהתוס' דהוי כרוב שאינו תלוי במעשה ל"ש בכה"ג, שמ"מ הר"ז בגדר זנות, ויכול לעזוב אותה כל רגע, וכן היא, ע"כ גם כשימשיך אי"ז אלא כמו רוב רגיל. (ובדומה למ"ש שם התוס' בבכורות דאצל הבהמה הוי רוב התלוי במעשה דלפעמים צריך להרביע), ובזה שייך הדין דממזר ספק, גם כשיש רוב, כמו בכל זנות וכנ"ל.

עוד י"ל קצת בא"א, דהנה התוס' כתבו שם דהו"מ למידחי דאי"ז מטעם דאזלינן בת"ר אלא משום דאיבע"ל לאוקי האם בחזקת צדקת, היינו שזה מדין חזקה ולא מצד דין רוב. וא"כ י"ל דמשו"ה לא מחשבינן קהל ישראל בגדר ספק, מצד חזקת הכשרות דאמהות. אכן כ"ז שייך בנשואין משא"כ בהא דמיוחדת לו, לא מיבעי לשיטת הרמב"ם דפילגש אסורה מה"ת מצד לא יהי' קדש, א"כ ודאי יצאה מחזקת צדקת. אלא אפילו להני דלא ס"ל דאיכא בזה ל"ת, מ"מ הן נקטינן דכופין אותו להוציאה מביתו (א"ע סי' כ"ו) מצד דודאי בושה לטבול וכו'. א"כ יצאה מחזקת צדקת. ואין לדון רק מצד רו"ב, אך בזה הרי ג"כ לא יצאה מכלל ספק. ע"כ א"ש פסק השו"ע. משי"כ באומרת שמפלוני הוא וממזר הוא, דבכה"ג ודאי ל"ש לאוקמה בחזקת צדקת א"כ אין לבוא בזה מצד רו"ב, אך בזה לא סגי לאפוקי מכלל ספק ממזר וכנ"ל מהישועי"ע.

וכן כהא דניד"ד שאסורה על זה שמיוחדת לו מדין ערוה דחיי"כ דודאי ל"ש חזקת צדקת, וע"כ אף אי נימא דאיכא רו"ב מ"מ לא יצא מכלל ספק ממזרות.]

ולא מצינו מי שחולק על הנמוק"י (שהוא כנ"ל מהריטב"א) כי דברי הרא"ש בתשו' הרי הם מצד הודאת אותו אחר שהוא בנו. ע"כ הביא זאת הרמ"א ללא חולק, דנקטינן הכא לדינא. וזה גם בשאותו שאומרת עליו שהוא ממנו הוא כשר, וכש"כ כשאומרת על א' שהוא ממזר שזה ממנו (כהא דקאי שם בראש הסעיף) שבזה ודאי שייך הסברא שכשם שהפקירה עצמה לזה שהוא פסול, שמפקרת עצמה גם לאחרים כשרים, וליכא בכה"ג ר"ב הלך אחר זה שמיוחדת לו (ויתכן שבכה"ג אדרבא ניח"ל טפי שתקבל זרע מאחרים, מאשר מזה שמיוחדת לו שהוא פסול ובניו ממזרים, דאעפ"י דלא קפדא אאיסורא דעריות מ"מ אינה רוצה בבנים ממזרים, כדמצינו ר"פ האשה רבה דאמרינן חומר שהחמירו בסופה הא דנאסרת ובניה ממזרים, הרי שגם ענין זה שבניה ממזרים מצטרף לענין חומר שהחמרת עליה בסופה. ועי' תשו' רע"א סי' קכ"ה).

ב. מצד אמירת האיש.

אם אנו דנים על הולד מצד אמירת האיש, הרי זה מכוח מ"ש תורה "יכיר - יכירנו לאחרים". ועלינו לברר, איפוא, יסוד הלכה זו, אם היא שייכת בניד"ד.

ברמב"ם פ"ב מה' נחלות הי"ד:

"שלושה נאמנים על הבכור, חיה ואמו ואביו... אביו - לעולם. אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל, הוא בני ובכורי הוא - נאמן."

ובמ"מ שם: זה מחלוקת ר"י וחכמים... ושם נתבאר דקי"ל כר"י, ור"י אעפ"י שלא הוחזק כבנו קאמר, כדמוכח התם ובדוכתא אחרינא.

אכן לדעת הרשב"ם (ב"ב קל"ד) אין תו"נ גם לדעת ר"י, אלא בידוע שהוא בנו, וכר"י בתוס' שם, והרא"ש שם (סי' ל"ט) הביא דברי הרשב"ם וכתב עליו בשם הר"מ ז"ל:

"פליאה גדולה היא לומר כן, שאם בא אדם ממדה"י הוא ובנו, ואמר זה בני, שלא יירש אותו הבן בנכסים שנפלו לאחר מכאן."

ומפרש הר"מ קושית הגמרא באופן אחר, והרא"ש סייע לפירושו מסוגית הגמרא. משמע שסובר ג"כ כהר"מ.

וכן בתשו' הרא"ש (כלל פ"ב) מביא מסוגיא זו שהאב נאמן ומפרש:

"דהתם מיירי באדם שבא ממדה"י ואמר על א' שבא עמו - זה בני שנולד לי מאשתי נאמן לרבנן מנכסים שיש לו עכשיו במיגו... ולר' יהודא אפילו בנכסים שיפלו כשהוא גוסס. מגזה"כ דכתיב יכיר - יכירנו לאחרים.

ולענין יבום - הואיל ובידו לפטרה בגט."

(האי סיום "ולענין יבום" קאי ע"כ רק לרבנן. דאילו לר"י לא ס"ל לרא"ש לחלק בין נאמנותו לענין הנכסים לבין נאמנותו לייבום, כדמסיק בסוף התשובה להשיג על דברי הרמב"ם בענין מי שבא על הפנויה או על א"א ומודה שהוא ממנו, שלהרמב"ם לענין יבום הר"ז ספק. והשיגו הרא"ש "אם משום נאמנות דאב קאמר שהוא יורשו, כר' יהודא - ולא משום מיגו, א"כ לענין חליצה נמי יהא נאמן". א"ו כנ"ל.).

הרי שנוקט שגם בשלא הוחזק שהוא בנו, נאמן להחזיקו כבנו בבא עמו ממדה"י ואומר שהוא בנו מאשתו.

וכ"כ בקצוה"ח סי' רע"ז סק"ב:

"ודעת **הרא"ש** נראה כדעת **הרמב"ם** דנאמן לומר זה בני ובכורי בתורת הכרה, ואפי' בלא מיגו."

אכן בש"ש (ש"ב פ"ב) בביאור השגת הרא"ש בתשו' הנ"ל על הרמב"ם (בענין מי שבא על הפנויה או א"א ומודה שהולד ממנו, שלרמב"ם הרי הוא בנו לירושה אבל לא לענין יבום) כי:

"והרא"ש לטעמיה דס"ל דאב **אינו נאמן** בתורת יכיר לומר זה בני בכורי, אלא היכא דמוחזק בבנו לומר שהוא בכור. אבל אם אינו מוחזק בבנו, אינו נאמן לומר שהוא בנו בתורת יכיר אלא בתורת מיגו דאיבעי יהיב ליה כל נכסיו. וכ"ה דעת התוס' והרשב"ם הובא אצלנו בס' קצוה"ח סי' רע"ז."

לכאורה דבריו אלה תמוהים, שהרי כנ"ל בקצוה"ח שם כ' הוא עצמו שדעת הרא"ש נראית כדעת הרמב"ם, בניגוד לרשב"ם והתוס'. ובאמת, הרי כנ"ל, דבריו מפורשים כן בפסקיו. וכן חוזר עליהם בתשובותיו, וכנ"ל.

אך נראה בירור הדברים, דדעת הרא"ש מסכימה בפרט א' לרמב"ם, ובפרט אחר לדעת התוס'. דשם בתשו' הנ"ל כ' לחלק בין הא דהוכיח מסוגיא די"נ דנאמן האב לומר שהוא בנו בבא עמו ממדה"י, לבין מי שזינה עם האשה, ועפי"ז אומר שהולד ממנו. כי בכה"ג אינו יכול לדעת בבירור שאכן בנו הוא, ואין הוא אומר כן אלא בדדמי. ועפי"ז מסביר שם בש"ש הפלוגתא דהרא"ש והרמב"ם במי שזינה עם האשה ואומר שממנו העובר, דלדעת הרמב"ם נאמן הוא לענין ירושה. דלדעת הרמב"ם הא דנאמן בכה"ג, אעפ"י שאין הוא יכול לדעת בבירור אמיתות הדברים, כדכ' דמה"ט לענין יבום ה"ז ספק, שמא הפקירה עצמה גם לאחרים. אלא דס"ל לרמב"ם דדין יכיר הוא גם כשמסתמך על דברי האשה, שאומר שמאמין לה שלא זינתה עם אחר. ובזה חולק עליו הרא"ש, דכיון שמכוח ידיעת עצמו אינו יכול לומר בבירור שהוא בנו, רק מפני שמאמין לאשה, לדעת הרא"ש בכה"ג לא נתרבה דין יכיר. ורק בבא ממדה"י עם בנו ואומר שנולד לו **מאשתו**, דבזה לא מצד שסומך על דברי האשה מחזיקו כבנו, רק מכוח ידיעת עצמו, וכמו דבעלמא בכה"ג אנן מחזקינן הבנים שהם מהבעל, וזה מכוח ר"ב, וכדאמרינן בחולין י"א: בזה נאמן האב גם מדין יכיר. וחולק בזה על הרשב"ם והתוס' דמשמע מדבריהם שאין שום אופן שנאמין לאב, גם בכה"ג שאומר שנולדו לו מאשתו הנשואה לו כדין.

מסקנת הדברים: לדעת הרמב"ם שסתם דבריו כנ"ל וכו' "אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל, הוא בני ובכורי הוא נאמן". נאמנות האב היא גם בגוונא שאין לו יסוד להיות בטוח שהוא בנו, והיינו גם במי שזינה עם האשה, ואינו יודע אם אולי זינתה גם עם אחר, מ"מ אם אומר שסומך על האשה ומאמינה שהולד ממנו, ג"כ נאמן מתורת יכיר.

ולדעת הרא"ש, אם לדברי האב, עפ"י העובדות הידועות לו, היינו גם אנו מסיקים שהוא בנו, אז הוא נאמן שאכן כן הן העובדות, וזה מדין יכיר. אבל אם גם לפי דבריו, העובדות מצד עצמן אין בהם כדי להוציא מן הספק אלא שמסתמך על דברי האשה, בכה"ג לא נאמר דין יכיר.

(וי"ל לפי הסבר הש"ש ברמב"ם, דס"ל דאיכא תורת יכיר גם כשסומך על אחר בהכרתו, אולם אין זה אלא כלפי הבן, אבל לא כלפי אשתו שלו לפוטרה מן היבום, דא"כ מהו זה שכ' הרא"ש בתשו' הנ"ל שגם אליבא דהרמב"ם בגוונא דמיוחדת לו בביתו, שאינו נצרך בהכרתו לדברי האשה, מהני גם לענין יבום. ולכאורה מאי נפ"מ, הרי לפי הנ"ל לרמב"ם לא נאמר דין יכיר לגבי האשה. וצ"ל דכיון דאומר ברי הרי נאמנותו מכוח שבידו לגרשה. ורק בגוונא שסומך עליה, ואילו הוא עצמו אינו יודע בבירור ל"ש הא דבידו, כיון שהוא עצמו אינו יודע, כמבואר בש"ש שם.

והסבר פלוגתייהו דהרמב"ם והרא"ש נראה דמיתלי תלי בדין יכיר שחידשה תורה, אם הוא מגדר נאמנות דבירור, או שהוא מגדר נאמנות אדם על עצמו, דנאמנותו לגבי הבן לענין קביעת האבהות הוא מעין נאמנות על עצמו. ומצינו כיו"ב בענין האומר קדשתי את בתי (קי"ד ס"ג:) דאליבא דרב אמרינן התם שאינו נאמן אלא לענין איסור אבל לא לסקילה, ואמרי התם בטעמא דמילתא "כי הימניה רחמנא לאיסורא, לקטלא לא הימניה". (עי' בס' דברי יחזקאל (סי' כ"א, א, סק"ו) שהסביר בדרך זו "כמו שנתנה תורה נאמנות לאשה האומרת נתקדשתי מדין שאחד"א מטעם דאדם נאמן ע"ע יותר ממאה עדים, כמו"כ נתנה תורה נאמנות לאב על בתו, ואמירת האב חשיב כאמירתה". וכבר דרך בדרך זו בחוט המשולש סי' ג', עי"ש).

ונראה דנחלקו בזה רבוותא, דהנמוק"י בסוגיין ב"ב וכן בשלה"ג קידושין בשם הריא"ז הקשו בהא דאמרינן דנאמן לומר שהוא ב"ג וב"ח, דהרי אין אדם מע"ר, ותירצו דמיירי שטוען שלא הכיר בה. ואילו במאירי קידושין כ' דאעפ"י

דאאמע"ר הכא "גזה"כ הוא דכתיב יכיר". וע"ע מאירי בב"ב בסוגין. ונראה שלדעה ראשונה לא נאמר "יכיר" ברשע, דאל"כ מה בכך שלפי עדותו הוא רשע. ועוד דא"כ הו"ל לתרץ שהמדובר באדם שמוכר בתור רשע.

ונחלקו בהנ"ל, דלהנמוק"י הוא מגדרי עדות ונאמנות דבירור, וע"כ שייך בזה הכלל דאאמע"ר. ואילו למאירי הוא מצד נאמנות אדם על עצמו, ע"כ ל"ש לדון בזה מצד אאמע"ר, כמו במי שמודה שגנב דחייב מדין הודאת בע"ד, ואעפ"י דאאמע"ר (עי' חוט השני סי' י"ח ויסודו בר"ן כמבואר שם). וכ"נ דזוהי דעת המהריב"ל הו"ד במל"מ פ"ב מנחלות דס"ל יכיר אפילו נגד ב' עדים.

ועפ"י הנ"ל מבוארת יפה גם מחלוקתם דהרמב"ם והרא"ש. דלהרא"ש הנאמנות היא מגדרי בירור דעדות, דבזה חידשה תורה דהאב נאמן לברר הדבר, כמו עדים. ע"כ אין תורת יכיר בשסומך על אחרים, דמה בכך שאנו מאמינים לו שסומך על אותו אחר, כיון דאותו אחר לא העניקה לו תורה תו"נ. ע"כ אין דין יכיר אלא באומר זאת מתוך ידיעה עצמית. אך, מאידך גיסא, כיון שהוא מדין נאמנות דבירור, שוב לא ניתן לחלק בין נאמנותו לגבי הבן לבין מה שיוצא מזה כלפי האשה בענין יבום, שהרי יבום הוא תוצאה מזה שיש או אין לו בן. וכיון דנקבע שהוא בנו מדין בירור, שוב ל"פ בזה חיוב חליצה ויבום לאשתו.

ולא כן ס"ל לרמב"ם שסובר כנ"ל כהש"ש שמועילה הכרתו ע"י אחר, א"כ ס"ל שהוא לא מגדר בירור, אלא מדיני נאמנות אדם ע"ע, דבקביעת האבהות מסרה תורה זאת לעצמו. א"כ אין לך אלא חידושו, דהיינו במה שנוגע לאבהות, דהיינו ירושה, אבל לענינים אחרים - לא, שהרי לא נתברר מעולם שהוא בנו, רק בנוגע לענינים שבינו לבין בניו, ודו"ק).

והנה ע"כ לא נחלקו הרמב"ם והרא"ש דלרמב"ם נתחדש דין יכיר להכירו כבן, גם כשסומך על אחרים, אלא בקשר לאבהות, כולל הכרתו בבכור. ברם כשאומר על הבן שהוא פסול בזה כ' הרמב"ם (ה' איסו"ב פט"ו, הט"ו - ט"ז):

"האב **שהוחזק** שזה בנו, ואמר בני זה ממזר הוא - נאמן... וכשם שנאמן לומר בני זה בכור, כך נאמן לומר בני זה ממזר או ב"ג או ב"ח. וכן אם היתה אשתו מעוברת, נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא, ויהיה ממזר ודאי".

הרי שלא כ' שהאב נאמן לפסול הבן, בין שזה מפני שבא מאיסור עריות או כהונה, ובין מצד שאינו בנו, רק בגוונא שהוחזק הלה בתור בנו. ונראה מזה שלא נתנה תורה תו"נ לאב לענין פסול הבן, אלא כשמוחזק שהוא בנו.

ועי' בס' אמרי משה (סי' י"א, ב) שהסביר זאת, דרק

"לענין חלק בכורה לחוד, דילפינן מיכיר, שנאמן לומר שהוא בכור. ומשמע לי' לרמב"ם דאף דלא ידעינן כלל שהוא בנו האמינתו תורה להחזיק אותו כבכור. אבל לענין שאר נאמנות לפוסלו ולומר שהוא ממזר, וזה ידעינן מדנאמן על תינוק בין הבנים לומר שהוא בכור, א"כ הגדול הוא ממזר, מזה לא נוכל ללמוד רק דנאמן לפוסלו בכה"ג שבלא דבריו מחזיקים אותו לאביו."

ע"ש שמתרץ בזה קושית קצוה"ח סי' רע"ז על שיטת הרמב"ם שנאמן להחזיקו כבנו אהא דאמרינן בכתובות כ"ה דאינו נאמן לומר שהוא בנו וכהן הוא, דאם נאמן הוא לפוסלו בב"ג מכש"כ שיהא נאמן להכשיר, כסברת הנמוק"י בכגון דא. דלפי הנ"ל גם לענין לפוסלו בתור ב"ג הרי אינו נאמן אלא בגוונא שהוחזק כבנו מבלי אמירת האב.

ובאמת נראה להוכיח מענין זה דוקא כשיטת הרמב"ם, והוא עפי"מ שאותו מעשה מובא בירושי' שהביאו בקצוה"ח שם בסוף דבריו, שעל שאלת ר' חייא אם אתה מאמינו שהוא בנו תאמינו שהוא כהן, ענה לו רבי: איכא למימר בנו הוא אלא שאני אומר שהוא ב"ג או ב"ח. והנה משאלת ר' חייא "אם אתה מאמינו שהוא בנו וכו'" נראה שלא היה מוחזק שהוא בנו רק על פיו, ומ"מ ע"ז אמר לו רבי כנ"ל שאין הדברים קשורים זב"ז, שאמנם על בנו הוא נאמן ולא על הכהונה, מכאן שגם אם הוא בנו יתכן שהוא פסול לכהונה, שהוא ב"ג או ב"ח. הרי מוכח בהדיא שנאמן להחזיקו כבן, גם כשאין ידוע רק מדיבורו. ובקצוה"ח שם הביא הירושי' בזה"ל: "אך בירושי' שם דאפילו בידוע שהוא בנו, נמי אינו נאמן להכשירו לכהונה". וזה תמוה, שהרי מבואר מלשון הירושי' שלא היה ידוע שהוא בנו רק על פיו, וכשאלת ר"ח. וצ"ע.

ומוכח מהירושי' גם ההלכה השניה של הרמב"ם, שמחלק בין הנאמנות מכוח יכיר לענין האבהות לבין הנאמנות לענין כשרות ופסלות. דהרי כנ"ל מהנמוק"י, אם הי' נאמן לפוסלו בתור ב"ג מכש"כ שהי' נאמן להכשירו. ומכיון שלענין להכשירו לא קיבל רבי דבריו ש"מ דגם לפוסלו (בתור ודאי ב"ג) לא הי' נאמן. וזה כהרמב"ם שמחלק כנ"ל בין נאמנות לענין אבהות לבין הנאמנות לגבי כשרותו ופסלותו. וצע"ג בדברי קצוה"ח שלא עמד בכל זה.

והנה כל זה בגוונא שענין האבהות אינו קשור בהכרח בכשרות הבן ופסלותו, דכנ"ל אף שהוא בנו, אין הכרח מזה שיהא כשר לכהונה. וכן בנידון בהרמב"ם, דאעפ"י שהוא בנו, מ"מ אין הכרח שהוא ממזר, דיתכן שאמו היתה כשרה. וכן לענין ב"ג וב"ח. ע"כ מצינן לחלק ביניהם. אך צ"ע באופן שידוע שהאם היא אסורה על איש זה מדיני עריות, או שהיא ידועה כממזרת וכיו"ב, והאיש מעיד עליו שהוא בנו, דכאן לא ניתן לחלק, שאם הוא בנו מאשה זו, הרי הוא בהכרח ממזר, דמצד ענין האבהות הרי נאמן להחזיקו כבנו, אך לענין הפסול הרי אין נאמנות, בתר מאי ניזל, האם נאמר דכיון שהוא נאמן לו שהוא בנו ממילא נאמינו בזה גם על הממזרות, אך דנימא איפכא, דכיון דעל ממזרות אין להאמין אלא במי שמוחזק כבן, ממילא גם על האבהות לא יהא נאמן.

וזו בעצם היתה שאלת ר"ח לרבי. בנוסח הירושי' הנ"ל: אם אתה מאמינו שהוא בנו תאמינו שהוא כהן ואם אי אתה מאמינו שהוא כהן אל תאמינו שהוא בנו. היינו שבנידון זה, לפי שאלת ר"ח, לא ניתן לחלק בין זה לזה. (אלא שרבי ענה לו, שכן ניתן לחלק). אבל לא נתבאר בשאלת ר"ח לאן הדבר נוטה.

ונראה שיש לפשוט זאת מקושית הנמוק"י שהו"ל שהקשה בהא דנאמן לומר ב"ג וב"ח דהרי אאמע"ר, ונראה מזה דכיון דלענין זה אין לו תו"נ ממילא גם על ב"ג אין להאמינו. (ונהי דהסקנו לעיל דלרמב"ם אין זו קושיא וכנ"ל מהמאירי, דלענין יכיר גזה"כ הוא, היינו משום דיש לחלק הנאמנות לבין מה שנוגע לבן לבין מה שנוגע אליו עצמו, וכדחילק בין בנו לירושה לבין בנו לענין יבום, כיון שזה שייך לאם, שע"ז אין לו תו"נ). א"כ ה"נ בנ"ד, כיון דלענין

www.eretzhemdah.org

הממזרות אין לו תו"נ בכה"ג, כיון שלא הוחזק כבנו, גם להחזיקו כבנו לא מהימן. דכ"נ גם מהסוגיא דפלוני רבעני, עי"ש.

וכ"ז לדעת הרמב"ם. ומכש"כ לדעת הרא"ש, שחולק על הרמב"ם גם בענין יבום וס"ל שאין לחלק הנאמנות. א"כ בנידון כגון דא, שאין לו תו"נ לפוסלו כממזר, אין לו תו"נ גם להחזיקו כבן, כיון שהדברים תלויים וקשורים זב"ז.

ועפ"י כל האמור יוצא דבאומרת מפלוני נתעברה והוא ממזר, דפסק בשו"ע שאינה נאמנת ואפי' מודה לדבריה. דבזה גם במיוחדת לו ומודה לדבריה אינם נאמנים לישויה ודאי ממזר, דכיון ומצד עצם הא דמיוחדת לו ל"מ להחזיקו כבנו, וכמבואר ברמ"א סי' ד', וכנ"ל, דל"א במיוחדת רו"ב הלך אחר הבועל. א"כ אין לבא עליו אלא מכוח הכרת האב ומדין יכיר. אך הן כאמור, לפסול לא ילפינן דאיכא תו"נ לאב אלא במי שהוחזק שהוא בנו. אבל להחזיקו כבנו, ועי"ז לפוסלו, בזה אין נאמנות לאב.

ויוצא שבניד"ד, שהצהרת האיש בביהמ"ש שהולד היא בתו, גם אם נראה הצהרה זו שנובעת לדבריו מתוך ידיעה ברורה מצד היותה מיוחדת עמו בבית, דבזה העלה הרא"ש (ושגם הרמב"ם מודה לו בכה"ג) שנאמן להחזיק כבתו, כל שלא הוחזקה כבתו, אין האב נאמן לפסול. וא"כ בנידו"ד שהצהרתו היתה חמשה ימים אחרי הולדה שעדיין לא עברו ל' יום בכדי שתוחזק כבתו, מה שהצהיר שהיא בתו שממילא היא פסולה לקהל, הצהרה זו אין בה ממש.

ומכש"כ לפ"מ שנתבאר מהנמוק"י ושזוהי גם דעת הרא"ש דאם משים עצמו רשע, עי"ז (וכנ"ל - ק"ו, אם הוא מוחזק בעינינו כרשע גם בלעדי דבריו), אין תורת יכיר, דהכא הרי ידוע היה לשניהם שהיא אסורה עליו בהיות האשה אשת אחיו שיש לה בנים, א"כ הרי הוא רשע. וגם בדבריו אלה מחזק עצמו ברשעה בריש גלי, שאין ממש בדבריו, והרי הם כאילו אינם.

ג. מצד שהחוזקה בין השכנים וכו'.

מסתבר בניד"ד, שנערה זו הוחזקה כבתו של הבועל של האשה שהיתה מיוחדת לו כפלגש, בעיני השכנים והמכירים שלהם.

וא"כ לכאורה הרי מכוח עצם החזקה שהוחזקה כבתו ובת אשה זו שהיא אשת אחיו שלא במקום מצוה, יש להחזיקה כממזרת ודאית, מבלי דבריהם הם, כדאמרינן בעלמא סוקלין על החזקות (קיד' פ', וירוש' שם פ"ד ה"י, רמב"ם פ"א מאי"ב הל' כ-כ"ב).

אך לכשנעיין נראה שאין הדבר כן. כי אין חזקה מועילה להחזיק הדבר על פיה, אלא כשאין ידוע לנו מקור החזקה וסיבתה, אז החזקה קובעת ודאות על הדבר שהוחזק. כגון, שהוחזקה נדה בשכנותיה, שזה מכוח התנהגות האשה שודאי יודעת מה מעמדה, ומתוך התנהגותה שופטות השכנות שהיא נדה, וכן באיש ואשה שהוחזקו כבעל ואשה, שהם יודעים זאת בבירור, והתנהגותם מוכיחה בעיני הבריות על מעמדם, שהם בעל ואשה וכל כיו"ב.

והנה, בת שנולדה מאשה שמיוחדת לו לאיש, שמצד הדין אין לראותה כבתו ודאי, ואפילו כששניהם אומרים שהיא בתו ומתנהגים בהתאם לזה, כיון שמצד הלכה יש ספק בדבר אם אכן היא בתו, שכשם שזינתה עם זה כן יתכן שזינתה עם אחר, וכפסקו של הרמ"א, בזה נראה שגם אם השכנים יחזיקוה כבתו, הרי ידוע לנו סיבת החזקה ומקורה שהיא מפני שהשכנים רואים התנהגותו אתה ועל סמך זה הם מסיקים שהיא בתו. אבל הרי מסקנא זו היא מוטעת מעיקרא, לפי ראות עיני ההלכה. א"כ חזקה זו בטעות יסודה, וידוע לנו מקור הטעות, כל כה"ג נראה שאין זו חזקה כלל.

ויסוד זה מצינוהו במה שמסיק הש"ש (ד', פ"ה) דאין הולכין אחה"ר בדי"נ כמו שאין הולכין אחה"ר בדי"מ. והא דדייקינן בחולין י"א: ממכה אביו שדינו במיתה, שהולכים אחה"ר, היינו משום שאח"כ הוחזק, ועי"ז נקבע שהוא בנו בודאות. וכוונת דבריו ודאי שהוחזק אח"כ ל' יום, שהרי השוה זאת לאיסור שהוחזק ע"י ע"א שאח"כ לוקים על ידו. ובזה פירש (שמעתא ו' פ"י) שהוא רק בגוונא שהוחזק אח"כ ל' יום.

ועפ"י דבריו אלה מבואר יפה מה שעמדו האחרונים (עי' חוט השני סי' י"ז ועוד ועוד) בסתירה שבין ש"ס דילן לירושלמי. שבגמרא דילן (חולין הנ"ל) מוכיח ממכה אביו דאזלינן בת"ר, ואילו הירוש' (פ"ד מקידושין ה"י) יליף מזה דהורגין על החזקות, והיינו מצד שהוחזק שזה בנו. והביא הרמב"ם ג"כ האי ירושלמי.

אכן עפ"י הש"ש שני הדברים נצרכים ומשלימים זא"ז, שמכוח רוב לחוד לא היינו הורגים, דאין הולכים בדי"נ אחה"ר. אלא שזה מהני אם החזקה שהוחזק אח"כ תחשב כחזקה מעליתא, שאילו לא היינו הולכים אחה"ר, כי אז מה שהחזיקו בו כבנו היה נחשב כחזקה בטעות, ולא היה שמה חזקה.

א"כ שמענו מדבריו יסוד הנ"ל, שרק חזקה שהיא כדין נחשבת לחזקה. אבל חזקה שאנו יודעים שמקורה בטעות, אעפ"י שבעיני אנשים הוחזק, אין ע"ז תורת חזקה.

בחמדת שלמה (א"ע סי' נ"ו) תמה על הש"ש שפירש דברי הרמב"ם שהאיסור עצמו מוחזק עפ"י ע"א והעובר עליו אח"כ לוקה, שהמדובר כשהוחזק ל' יום. ותמה שם

"דבשלמא מתי שאתחזק ע"י הבעלים בעצמם היא ראיה על אמיתות הדבר. משא"כ מה שהוחזק על עדות העד, החזקה נעשית בע"כ ואין ראי' על אמיתות הדבר."

נוקט הח"ש שענין הוחזק הוא מגדר ראי' ובירור, שכיון שנהג בדרך זו, כגון איש ואשה שבמשך ל' יום ראינום נוהגים כדרך איש ואשה נשואים זל"ז, זה מוכיח שאכן הם נשואים.

אולם הש"ש מפרש שחזקה זו היא לא מגדרי בירור, אלא מעין חזקה דמעיקרא, שאינה בירור, אלא קובעת מציאות הלכותית. והא דצריך התנהגות מעין זו במשך ל' יום אין הפירוש שעי"ז אנו משתכנעים באמיתות הדברים, אלא מפני שאם אין התנהגות כזו, הר"ז סותר את מה שאנו באים להניח עפ"י דיבורם או התנהגותם הראשונה.

www.eretzhemdah.org

וע"כ לפ"ז שפיר בנידון זה של רו"ב הלך אחר הבעל, חזקת ל' יום הופכת את זה לקביעה הלכותית שהוא בנו של פלוני, מבלי שנצטרך בכל פעם להתחיל לחקור ולקבע מצד הרוב, וע"כ חייב מיתה על החזקות, כי החזקה קובעת העובדא כברורה, שאין אחריה ספיקות.

וכן גם להני אחרונים שמבארים הסתירה בין הבבלי לירושי', דהירושי' דן על החזקה שודאי התנהג זה כבעל ואשה, שממילא יש בכה"ג רו"ב הלך אחר הבעל. או שמטעם החזקה לא חיישינן שמא הוחלף אח"כ (עי' חת"ס א"ע א' סי' מ"א ותבו"ש סי' א' ס"ק ע"ח), הרי ג"כ מוכח דאילולא שהיה דין של רו"ב הלך אחר הבעל והלך אחר הרוב, כי אז מטעם החזקה גרידא, שהוחזק הלה כבנו לא הוה סגי, שהרי בגמרא דילן אמרו הטעם מצד רו"ב, ולא מצד שהוחזק כבנו (דזהו ג"כ גדר רוב). וע"כ הוא מצד דאז לא היינו מייחסים ערך לחזקה זו שזו בטעות יסודה.

א"כ ג"כ מוכח כנ"ל שכל חזקה שידוע לנו שמקורה בטעות, אין עליה תורת חזקה. וממילא בולד שנולד מן הפנויה, שזה גם במיוחדת לו, למאי דפסק הרמ"א דהוה ספק, גם אם יוחזק שזה בנו, ה"ז חזקה הבאה מכוח טעות, ולאו שמה חזקה.

אלא שלכאורה זה נסתר מגופה של ההלכה שפסק הרמב"ם שבהוחזק כבן נאמן לפוסלו בתור ממזר ב"ג וחלוצה, ואיך יתכן שיוחזק כבנו בכה"ג, שאם הולד ממזר הרי ע"כ אמו אסורה על האיש מדין ערוה דח"כ, או שהיא עצמה ממזרת, א"כ הרי החזקה כבנו היא גופא פוסלתו, וא"א בכה"ג גם להחזיקו כבנו.

אך נראה דלק"מ, דהרי המדובר כשאין האם לפנינו, דאם היא לפנינו, וא"כ אם מתברר שהיא אסורה עליו כח"כ או שהיא ממזרת, א"כ למה יש לדון רק מצד אמירת האב, הרי מאחר שהוחזק כבנו, ממילא כשאשה זאת שהיא אמו אסורה עליו הוא ממזר מכוח החזקה עצמה, ואי"צ לדברי האיש, ואת"ל שאמנם היא לפנינו אלא שאינה ידועה בתור פסולה רק שהאיש הוא שמעיד זאת, ועי"ז בא לפסול הבן, דא"כ הי' צריך להזכיר עכ"פ מה דינה של אשה זו, ולחלק שאינו נאמן כלפיה לפוסלה ומ"מ נאמן כלפי הבן.

וע"כ בפשטות, שאין אשה זו לפנינו אלא שהוחזק שהוא בנו, ע"י שכרוך אחריו ומתנהג עמו בהתנהגות אב ובן. אך בכה"ג כיון שראינו אותם מתנהגים באופן כזה, לא הי' מקום כלל לעורר אז ספק שמא בא מפסולי עריות או ממזרות, ע"כ שפיר הוחזק כדין בתור בנו. וממילא אח"כ כשבא ואומר שנולד מן הערוה יש מקום להאמינו, כי החזקה שהוא בנו הוחזקה כדין. משא"כ בזמן שהאם לפנינו והיא ידועה כאסורה עליו בח"כ, שממילא אין כאן תפיסת קידושין, ואין להחזיקו כבנו, רק מצד שמיוחדת לו, כל כה"ג כיון שמצד הדין הדבר הוא בספק כנ"ל, החזקה היא בטעות, כי מצד הדין אין להחזיקו כבנו ובזה באמת לא שייך לו חזקה, ואף לא נאמנות האב, שלא נאמרה כנ"ל אלא בגוונא שהוא מוחזק כבנו.

וכ"נ גם מעצם הלכה זו עצמה, דאי נימא דגם בכה"ג שהחזקתו כבן כרוכה בהכרח בפסול הבן, כגוונא דא, שהאם ידועה שיהא מח"כ, ומ"מ אין זה מעכב החזקתו כבן. ושוב לאור שהוחזק כבן נקבל דבריו שהוא פסול. א"כ כל עיקר ההדגשה שבהלכה זו שאין האב נאמן לפסול אלא כשהוחזק כבנו נפלה בבירא, שעכ"פ יפסול בשני שלבים, היינו שכשבא ואומר כה"ג גם על מי שאינו מוחזק כבנו, שהוא בנו נקבל דבריו ועי"ז יוחזק כבנו, ושוב יהא נאמן גם כעת שאומר שהוא פסול.

ובפרט, מה שיישב עפ"י הנ"ל באמרי משה הא דאיכא בכתובות שאינו נאמן להחזיקו בתור כהן, שהוא ג"כ כנ"ל, מצד שאי"נ על מי שלא הוחזק כבנו לא לפסול ואף לא להכשיר בתור כהן, דעכ"פ נחזיקנו כבנו, ושוב לאחר ל' שהוחזק כבנו נקבל דבריו שהוא כהן. והרי מהגמרא נראה שאי"נ לענין כהונה רק מצד שבידו להאכילו בתרומה, ואילו לענין יוחסין אי"נ לעולם, וע"כ כנ"ל דבכה"ג שמעיקרא שני הדברים כרוכים זב"ז, גם על זה שהוא בנו לא נקבל דבריו, כי בקבלנו דבריו שהוא בנו, ע"כ הוא כהן או פסול. ע"כ מעיקרא אין דבריו מתקבלים ואין מעשה מוחזק שהוא בנו בכה"ג, אלא רק בגוונא שציירנו שאין האם לפנינו, ולא עלה לנו ספק בשעה שהוחזק כבנו, אם הוא פסול או כשר. דרק אז אם אח"כ יאמר שבא מן הפסלות יש לו תו"נ.

מסקנא דמילתא בנידו"ד, שאעפ"י שהוחזקה האם כמיוחדת לאיש זה שהיא עליו באיסור ערוה, אין הבת שנולדה אלא בדין שתוקי, ואין בכוח מה שתוחזק ע"י שכנים ומכירים כבת איש זה, וכן גם אמירתו שהיא ממנו להוציאה מגדר ספק.

ד. מצד אמירת האם כיום בפנינו.

ואם כנים אנחנו בכל הנ"ל, כי אז הרי יש מקום לקבל דברי האם שהצהירה בפנינו שבת זו נולדה מאיש אחר שהוא כשר, עפ"י ההלכה הפסוקה בשו"ע בזה שבשתוקי נאמנת האם להכשיר.

ואעפ"י שהאם רשעה היא, שהרי היתה מיוחדת להלה שהוא ח"כ עליה, מ"מ לא מצינו חילוק בדבר, ובכל גווני נתנו לה תו"נ להכשיר. והרי בכל פנויה שזינתה היא בל"ת דלא תהיה קדשה, ולדעת הרמב"ם זה גם בפילגש, ואפ"ה נאמנת.

אכן עדיין הלב נוקף, כי מסתבר שגם האשה עצמה התבטאה בפני שכנים ומכרים, ואף בפני הבת עצמה, שזה ממנו. וכל כה"ג אין לקבל דבריה עכשיו אחר שאמרה היפך מזה.

ע"כ הייתי אומר שמן הראוי שבת זו תנשא לגר, ואעפ"י שבעלמא הולכים אחר הפסול, לצרף סברת הנתל"ש (סי' ב' אות כו, יח) שבספק ממזר ל"א הלך אחר הפסול, רק בודאי ממזר. ואעפ"י שלא הכריע בזה כדבר מוחלט, י"ל דהוא רק בגוונא שנשאת לישראל שנשאה עכ"פ באיסור, משא"כ בכה"ג שנישאת לגר וזה היתר מוחלט, כל כה"ג ודאי לא נחמיר, בפרט בזאת שהאם אומרת לכשר נבעלתי.

כנלע"ד

לאחר שנכתבו הדברים דלעיל, הופיעו שני עדים שהוזמנו ע"י האשה אם הנערה. לפי דבריהם, היה אחי בעל האשה מאז שהכירו אותו, וזה כמה זמן לפני לידתה ועיבורה של הנערה הנ"ל, ידוע חולי, ולא הסתבר שבאותו זמן היה ראוי להוליד.

כמו כן שמענו דברי אשה שכנה, שאמנם ריכלו בשכונה על אם הנערה, והיא עצמה שהיתה בידידות עם האשה ניסתה כמה פעמים לקשור אתה שיחה בענין זה, אולם היתה תמיד מתחמקת ואומרת שאין ברצונה להשיב בענין זה, ומעבירה את השיחה לנושא אחר.

והנה, אם נקבל עדותם הנ"ל (כי יש לפקפק בנאמנותם, מאחר שהוזמנו ע"י האשה עצמה, וכן לא נתבררה כשרותם לעדות) כי אז לא הוחזק מעולם אחי הבעל המנוח כאבי הנערה. ויש לדון בה בפשיטות רק מצד ההלכה של פנויה שנתעברה ואין ידוע ממי, שדינה כשתוקי, והאם נאמנת להכשיר. אכן יש להסתפק בדין נאמנות האם להכשיר, אם זה גם לאחר זמן שבינתיים הוחזק הולד בתור שתוקי. דהרי בנידו"ד, גם אם נסמוך על דברי העדים הנ"ל, עכ"פ הרי בעיני כל השכנים והמכירים היה לחידה מה טיבו של ולד זה, וא"כ מכלל ספק לא יצא, ובתור שכזו הוחזקה בעיני כולם.

והנה, ברמב"ם ובשו"ע הלשון הוא: "פנויה שנתעברה וילדה אם אינה לפנינו לבודקה וכו' ואפי' אומרת וכו'". משמעות הדברים שמיד ביה"ד מטפל בבירור מעמדו של הולד. וא"כ יש מקום להסתפק, שמא עד כאן לא ניתנה תו"נ לאם אלא בכה"ג, טרם יצא על הולד שם של שתוקי. אבל משהוחזק לשתוקי שוב אין האם נאמנת להוציאה מחזקה זו. (וכה"ג מצינו להלן בשו"ע סל"ב לענין אסופי, שלאחר שנאסף מן השוק אינם נאמנים לומר בנינו הוא "הואיל ויצא עליו שם אסופי"). או שנאמר שמאחר שנאמנותה היא מצד שכל איסור השתוקי בישראל הוא רק מדרבנן ומצד מעלת יוחסין, גם בגוונא שהוחזק לשתוקי יש להאמינה.

ועי' בנוב"י א"ע סי' ז' שכ' לענין אסופי דלכאורה גם כשאי"ב משום אסופי אמאי לא יהא בו דין שתוקי שאין בו משום אסופי

"דנפ"מ שאי"ב משום אסופי שאם תבא אחר שנאסף אשה אחת ותאמר בני הוא ומכשר נתעברתי נאמנת, **דכל שתוקי אמו נאמנת עליו לעולם**. אבל אי הוי בו משום אסופי לא היתה נאמנת אחר שנאסף."

וכן חזר שם ע"ז בסוף ד"ה הנ"ל בדברי הרמב"ם:

"שוב הביא אח"כ כל הפרטים שאי"ב משום אסופי, ונאמנת עליו גם אחר שנאסף מן השוק, כמו כל שתוקי שבודקין את אמו ונאמנת להכשירו בכל עת."

נראה מזה לכאורה שבשתוקי גם אם הוחזק בשתוקי אמו נאמנת כמו שכתב "דכל שתוקי אמו נאמנת עליו לעולם", "ונאמנת להכשירו בכל עת".

אך אין זו ראיה מוחלטת, כי יתכן שכוונתו לומר רק שנאמנת גם אחר שנאסף, אבל טרם שהוחזק ל' יום בתורת שתוקי, ובכל אופן מצד קושיתו הנ"ל יש עכ"פ לתרץ כנ"ל דנפ"מ לאחר שנאסף, טרם שהוחזק כשתוקי. וצע"ב.

אך עו"ש בדבריו (ד"ה ולכן נראה) שכ' לחלק בין שתוקי שיודעים מי היא אמו לבין אסופי שבשתוקי כיון שמכירים את אמו, הספק נופל גם על האם שאם נבעלה לפסול לה, הרי גם היא נפסלת, והואיל

"ויש לנו לדון על האם עצמה ממי נתעברה שאז אפילו ברוב כשרים חיישינן דילמא אזלא איהי לגבייהו וה"ל קבוע וכמחצה דמי. אבל בתינוק הנמצא בשוק ואין אנו יודעים את אמו מי הוא, ואין לנו עסק לדון על האם כלל... מ"מ תינוק זה שנמצא בשוק הו"ל פירש וכל דפריש מרובא פריש."

ולפי"ז י"ל דבנידון שאמו ממילא פסולה, וכגון נידו"ד שהאם מודה שחיתה עם אחי בעלה שלא במקום מצוה, א"כ היא פסולה. וי"ל עוד דגם בלי הודאתה אסורה מדין ספק, דהפסול דר עמה בבית. א"כ אין הדיון אלא על הבת גרידא והוי כמו נידון דידיה שהאם מתה, ואין לנו לדון אלא על הולד גרידא, שבזה נקטינן כל דפריש מרובא פירש, ואין על הולד תורת שתוקי.

ולענ"ד יש בזה מחלוקת בירוש'. אמרינן בירוש' (כתובות פ"א סוף ה"ט): ר' שמואל ברב יצחק בעי, מעתה אין שתוקי כר"ג ור"א, אלא כר' יהושע (לר"ג ור"א דסברי דהיא נאמנת אין ולד שתוקי לעולם, ק"ע). חזר ואמר, יש שתוקי כר"ג ור"א - בשותקת. ואפילו תימא במדברת, באומרת איני יודעת. ע"כ.

וכל הרואה ישתומם, מה היה הס"ד בקושיתו של רשבר"י, הרי ר"ג ור"א דבריהם אמורים מפורשות שהאשה אומרת "מאיש פלוני וכהן הוא", א"כ הרי התשובה פשוטה, שגם לדידהו כל שאינה אומרת זאת, וזה בין בששותקת ובין שאומרת איני יודעת, אין מקום לדון מצד נאמנות האם. כן אינו מובן במה שונה לשון ב' מהראשון, דלכאורה הכל אחד, שאינה אומרת שהוא מפלוני כשר, באופן שהספק בעינו עומד.

והנראה בזה בהקדם מה שמיישב הבית מאיר קושית הב"ש (סי' ד' ס"ק ל"ט) במש"כ הה"מ דמשו"ה נאמנת האם להכשיר הולד מפני שאיסור שתוקי בישראל אינו אלא מדרבנן. והקשה הב"ש דלפ"ז היה גם להאמינו להתירו בממזרת כי גם ספק זה מה"ת מותר. ותירץ הב"מ דזה מיתלי תלי במחלוקת הראשונים. והר"מ אזיל בשיטת הריטב"א דלא נתקבלה הדרשה להתיר ספק ממזרות אלא לגבי ישראל, ונחשב גם הוא כישראל. וע"כ לגבי ממזרת שתוקי אסור מה"ת. וזה שלא כשיטת הר"ן דס"ל דספיקן מותר הן בישראל והן בממזר, עיי"ש שהוכיח זאת.

ועפי"ז נראה דהרשבר"י בירוש' הנ"ל אזיל בשיטת הר"ן. ולפ"ז יש להאמין האם הן להיתר, אליבא דר"ג ור"א והן לישא ממזרת, דבתרוייהו אי"ז אלא מדרבנן, וכקושית הב"ש הנ"ל. ועפי"ז מקשה דהרי תמיד ניתן הספק לבירורי, ול"ש שישאר שם שתוקי עליו, והיינו ע"י שנשאל את אמו, ובין שתאמר שלכשר נבעלה ובין שתאמר שלפסול נבעלה נקבל דבריה. ומתרץ בתרי גווני, שנאמנות האשה לא תהיה. לפי אופן הא' זהו "בשותקת", והיינו - כשלא נשאלה, ואף היא לא אמרה כלום בזה (שאם המדובר כששאלנוה ושתקה א"כ הר"ז כאומרת איני יודעת). ובדרך זו הוחזק הולד בתור שתוקי. וע"כ גם אם נשאלנה עכשיו ותאמר מה שתאמר, שוב לא יהא לה תו"נ, כיון שהוחזק ויצא עליו שם שתוקי.

ואידך לישנא ס"ל, דאם היא שותקת לעולם לא תפגם נאמנותה, וע"כ אכתי יש מקדם לחוקרה ולקבל דבריה. אלא שהמדובר שאכן שאלוה ואמרה איני יודעת, שבזה ודאי שאינה יכולה שוב לחזור בה ולומר מפלוני הוא, בין שהוא כשר בין שהוא פסול. ע"כ יש בזה דין שתוקי. ולהלכה, כיון שהוא ספיקא בדרבנן, ולישנא בתרא הוא לקולא, יש לנקוט לקולא, עפ"י כללי פסק ההלכה (עי' שד"ח כללים א רי"ט, ואנ"ת ח' טעמ' ש"ל).

ומכיון שאין לפנינו שום עדות שנערה זו הוחזקה בתור בתו של בעל האם, והעדים שהופיעו אמרו שלא הוחזקה בתור שכזו. ולאחר שצידדנו, שגם לו היתה מוחזקת ג"כ לא היה ערך לחזקה. והאם לפנינו אמרה שמפלוני נתעברה וכשר הוא, נראה שיש לפסוק שנערה זו מותרת לבא בקהל ישראל.

והנלענ"ד כתבתי.

שאול ישראלי

פסק הדין לא נמצא.

סימן ד : בענין ממזרות ונשואין אזרחיים*[4]

המבקשת פ.ל. ילידת צרפת (19.2.50), פנתה למחלקת הנשואין ברה"ר לתל־אביב יפו לרישום נשואין. המחלקה התקשרה לצורך בירור כשרותה לנשואין עם בידי"צ של פריז, ונתברר שאמא שלה מרת ז.ז.ל. פנתה בשנת תשט"ו דרך בידי"צ דפריז לבקשת גט מאת מר צ.ג., שגר אז בכפר סבא. ובביה"ד דפי"ת הופיע מר ג. ואחרי שהצהיר שם שז.ז. הנ"ל אכן נישאה לו בחו"ק בהיותם יחד כפליטים ברוסיה, סודר הג"פ ונשלח לפריז, וכעדות ביה"ד נמסר לידה ב-ה' בניסן תשט"ו.

לפי זה נתעורר ספק על כשרותה של המבקשת שנולדה למרת ז.ז.ל. מבעלה הנוכחי מר ש.ל. ורשומה אתו בנשואין אזרחיים בצרפת, טרם נתגרשה ממר ג..

לצורך בירור הוזמן מר צ.ג. בפני כב' הראשל"צ הרה"ר לישראל ונתקבלו דבריו בפני תלתא כחדא ביום י"א בכסלו ש.ז. הוא אמר "שמעולם לא עשה חופה וקידושין עם האשה ז.". ומה שאמר בשעתו בפני ביה"ד לא אמר אלא במטרת סידור הג"פ. הנ"ל אף נשבע על נכונות דבריו.

האשה מרת ז.ז.ל. באה מצרפת והופיעה בפנינו ביום א' בטבת דנא, וסיפרה שבשנת 1943-4 נרשמה בתור נשואין במשרדי ז.ק.ס. ברוסיה עם מר צ.ג. בהיותם שם במחנה עבודה יחד עם הרבה בני נוער ממוצא עממים שונים. יהודים, לדבריה, לא היו שם. היה זה כפר נידח באזבקיסטן שבאסיה התיכונית, לשם הועברו בזמן המלחמה ע"י השלטונות הרוסיים. מעולם לא נישאה כדמו"י, כי בכלל לא היו שם יהודים ומכש"כ שלא היו מצויים שם מוסדות רבנות ורבנים. על סמך רישום זה אמנם חיו כאיש ואשה, עד שיצאו משם בהנתן אפשרות יציאה מרוסיה לפולין לנתיני פולין. שם נפרדו דרכיהם, האיש עלה ארצה, ואילו היא נסעה לצרפת, שם הכירה את מר ש.ל. ונישאה לו אזרחית. את בקשתה לקבל גט ממר ג. נימקה בזה, שלא יכלה להרשם כאשתו של בעלה הנוכחי מאחר שהיתה רשומה כנשואה למר ג.. היא פנתה לביה"ד, מכיון שהוסבר לה בשגרירות ישראל בפריז, שאין בישראל רק גירושין כדמו"י. רק אחרי קבלה תעודת הגירושין נרשמה אזרחית כנ"ל למר ש.ל., אולם גם אז עד עתה לא נישאו כדמו"י, לדבריה, מחמת רשלנות.

עד כאן העובדות.

והנה בבואנו לדון על כשרותה של המבקשת פ.ל. שנולדה מחיים משותפים של האשה ז.ז. עם מר ש.ל., יש לדון מצד הרישום של אמה הנ"ל בפספורט שלה בשעת הולדה כנשואה למר ג. במשרדי רישום הנשואין זק"ס שברוסיה, וכן מצד סידור הג"פ לאמה כנ"ל ודבריהם של מר ג. והאשה - אם המבקשת בבתי הדין. האשה - מצד עצם הפניה לביה"ד, ומר ג. מדבריו המפורשים בביה"ד שנישאה לו בחו"ק כדמו"י.

והנה מצד הרישום שבפספורט, שהוא עפ"י משרד הנשואין שברוסיה, נראה שאין מקום לעורר ספק שמא היו שם גם נשואין כדמו"י. מאחר שברוסיה אין מצויים רבנים ומוסדות דת רק מעט מזעיר באי אלה מהערים המרכזיות, ובכפרים נידחים מעין אלה שבהם שהו האיש מר צ.ג. והאשה מרת ז. - אם המבקשת כמעט ודאי שלא היו רבנים. ורוב רובם של הנשואין ברוסיה נעשים שלא ע"י רבנים, רק יחידי סגולה שומרי גחלת היהדות, והללו לא נמנו ביניהם. (לדברי האשה, כפי שנמסרו בטלפון בשיחה של מזכיר הרה"ר עם דיין בידי"צ דפריז הרב גוגנהיים, השתייכו לנוער הקומוניסטי. ואף עד היום - האשה ממשיכה לחיות חיי אישות עם האיש הנוכחי ש.ל. ללא חו"ק). א"כ הרישום אין בו לעורר ספק, שמא היו שם גם נשואין כדמו"י, ואין ברישום אלא מה שיש בו, דהיינו - מה שנקרא - נשואין אזרחיים.

בנשואין אזרחיים כבר נתקבל פסקו של מרן הגרח"ע גרודזינסקי זצ"ל, שהו"ד בס' דבר אברהם ח"ג ש"במקום עיגון שא"א להשיג גט, דעתו נוטה להקל". אמנם משתדלים בתי הדין בארץ להשיג ג"פ לחומרא, אך במקום שא"א פוסקים להקל. וזה עפ"י מה שפסק הריב"ש באשה מהאנוסים ואף הוא אנוס.

"שלא קדשה בעדים ולא נשאת לו בעירה אלא ע"י עכו"ם בחקות דתם וישבה בביתו עמו כאשתו לכל דבר בחזקת אישות."

וכ' בזה הריב"ש :

"אין ספק כי האירוסין או הנשואין, תקראם כמו שתרצה, שנעשו בנימוסי עכו"ם ובכהני במותם שאין בהם חשש קידושין, אף אם היו בהם עדים כשרים... בכאן הרי לא נתן כלום רק שהכומר מברך אותם בקול גדול...

[4] טיוטה לפסק דין בתיק לד\420

www.eretzhemdah.org

הכא בנידון זה לא בעל לשם קידושין, דכיון שהתנו בנשואין בחוקות עכו"ם... הרי כאילו פירשו שאין דעתם לשם קידושין כדמו"י."

וכן בתרוה"ד (שו"ת סי' ר"ט):

"... מעשה שבא לפני במומר שנשא בגויותו עם הגלח (כומר) בת ישראל שהמירה ג"כ, ושהו יחד כמו ב' או ג' שנים. ולבסוף חזרה היא לדת האמת וקידשה אחר. והתרתי לו משום דודאי היא והמומר לא התכוונו בהזדווגם יחד בגויותם לשם קידושין כדמו"י, אלא לייחד בעלמא כדי שתהא מצויה לו בכל עת ולא לאחר."

והובאו הדברים בשו"ע א"ע סי' כ"ו א' בהגהת הרמ"א ובמרן המחבר סי' קמ"ט ו'.

ואם כי בדבר אברהם שם הביא באשה שהיתה רשומה בפספורט כנשואה לפלוני, ואמרה שלא נישאה לו כ"א בערכאות וכן נתגרשה בערכאות והביאה עדים על כך ולא אבה להתירה להנשא. אולם זהו כפי המבואר בדבריו משום שהוחזקה עפ"י קרוביה ומכיריה שנשאת לאיש, וכיון שהוחזקה שם כא"א סתם "אמרינן עפ"י החזקה דמסתמא נישאת כדין". אבל כאן בני"ד הרי לא הוחזקה לפנינו כא"א, רק מכוח הרישום בפספורט. ואם אמנם לדבריה חיו שם כאיש ואשה, א"כ במקום ההוא ברוסיה הוחזקו, לדבריה. אך הרי לדבריה לא נישאת מעולם, ובאותו מקום לא הוחזקה ג"כ בתור נשואה רק בנשואין אזרחיים. א"כ הפה שאסר הוא שהתיר.

יוצא איפוא שאילו היתה באה האשה, טרם שנכנסה לדור עם האיש הנוכחי, לביה"ד והיו קשיים באיתורו של מר ג., או שהיה מסרב לתת לה ג"פ לחומרא, היו ביה"ד מתירים אותה להנשא, כנ"ל עפ"י פסקו של הגרח"ע זצ"ל. ומעתה לגבי המבקשת שלפנינו מרת פ.ל., הר"ז כמו במקום עיגון של האשה, והוא בגדר בדיעבד ממש, אין מקום להחמיר מצד הנשואין האזרחיים של אמה בשעתו עם מר ג., ויש להתירה לבא לקהל ישראל.

ומעתה נדון מצד אמירת מר ג. בשעתו בשנת תשט"ו בביה"ד בפתח־תקוה שמרת ז. - אם המבקשת היתה נשואה לו ברוסיה בחו"ק, וכן מצד פניית האשה עצמה - אם המבקשת לביה"ד לסדר לה ג"פ, שלכאורה מוכח מזה שראתה עצמה נשואה לו כדמו"י. אך דברים אלה של הפנייה לביה"ד ומעשה ביה"ד של סידור הג"פ, כל זה נעשה בשנת תשט"ו, כמה שנים לאחר שהמבקשת כבר נולדה, א"כ אפילו היתה האשה אומרת בפירוש באותה שעה שנתקדשה למר ג. בחו"ק כדמו"י, לא היה בדבריה כדי לאסור את בתה, שכבר הוחזקה בכשרות כבתו של מר ש.ל. שגרה אתו חיי אישות דרך קבע, כי אין לאם תו"נ על ילדיה לפוסלם, כמבואר בב"ש (סי' ד' ס"ק ל"ט):

"כי דוקא לאב נתנה התורה נאמנות לפסול בניו, אבל היא אינה נאמנת לפסול בניה, לכן הוי **כאילו לא אמרה כלום**."

וזה נוסף על מה שנראה שמפנייתה לבקש גט ע"י בידי"צ דפריז אין לראות בכלל שמזה משתמע שאמרה אז שנשאה בשעתו למר ג. ע"י חו"ק כדמו"י, כי במכתב של ביה"ד משם לא נזכר אלא שמבקשת גט. וזה יכול להתפרש יפה גם שמבקשת הגט מצד הנשואין האזרחיים שהיו לה אתו. וכפי שהסבירה באמת עכשיו לפנינו, שמאחר שאין בארץ אלא גירושין דתיים נאמר לה בשגרירות ישראל בפריז, שהדרך היחידה לפתור את בעיתה היא פנייה לביה"ד. ע"כ אין בדבריה ובמעשיה של אם המבקשת בכדי לאסור את בתה.

וכן לא היה בדבריו של מר ג. בפני ביה"ד בפתח־תקוה שנאמרו בשנת תשט"ו, בכדי לאסור את המבקשת. מאחר שכנ"ל, מצד עצם מה שהיתה אמה שלה רשומה בערכאות שברוסיה כאשתו, לא היה כדי לאוסרה, נמצא שהולד (דהיינו המבקשת שנולדה בשנת 1950) כבר הוחזק בכשרות. והרי זה כמי שבא להעיד על אדם מן השוק שהוא ממזר, שאין ע"א נאמן בזה. ורק לאב, היינו שהוחזק לפני כן בתור אביו של הולד, הוא שנתנה תורה תו"נ, אבל לא לאדם אחר, כמבואר בש"ש (ש"ו פט"ו):

"... להעיד על אחד שהוא ממזר, דודאי בעי שנים לפוסלו לקהל ישראל."

והרי הוא אינו אלא ע"א (מבלי להכנס לברר כשרותו) כי העד השני שהופיע בפני ביה"ד הוא קרובו אחי אמו, ואף לא אמר כלום מתוך ידיעתו האישית אלא הסתמך על מה שאמר וכתב לו מר ג. הנ"ל. א"כ אין בעדותו ולא כלום.

ובנידי"ד שדבריו של מר ג. נתקבלו בשעתו בקשר עם הג"פ, ובכלל לא היה מדובר, ואף לא היה ידוע שהדברים נוגעים לבת האשה - המבקשת שלפנינו, אין לראות בזה קבלת עדות כדין, כיון שנתקבלה שלא בפני הבע"ד, כדמסיק הגאון בעל "בית מאיר" (בתשובת רע"א סי' ק'):

"תו יש ספק אם אפשר לפסוק דין פסולי קהל האידנא עפ"י העדים שעליה, מפני שהוא כמו שלא בפניו. ופסול קהל לענ"ד ודאי הוא כמו די"נ ממש."

וא"כ אין עדותו בפני ביה"ד בשנת תשט"ו בגדר עדות כלל, ויכול גם לחזור ולהגיד, ולשנות ממה שאמר בתחילה (חו"מ סי' כ"ח סט"ו ובהגהה שם). וכאן הרי חזר מדבריו הקודמים ואמר בשבועה שלא היו לו מעולם חו"ק עם האם של המבקשת. וא"כ היה איפוא מקום לדון לקבל דבריו הנוכחיים כעדות המחזקת את הקביעה שלא היה שם מעולם חו"ק. אלא שיש סתירה בדבריו, שאמר שכל עיקר הרישום לא היה אלא בכדי לאפשר לאשה לצאת מרוסיה. ואילו כפי שמתברר, וגם מתוך דברי האשה לפנינו יוצא, שנרשמו זמן רב טרם שעלתה על הפרק כל הענין של החזרה לפולין. כן, לפי דברי האשה, היו אכן חיי אישות ביניהם על סמך רישום הנשואין בזק"ס, וזה מלבד שכנ"ל עצם כשרותו מפוקפקת.

אלא שכאמור אין אנו צריכים בעדותו של מר ג., ואף לא בדבריה של האשה אם המבקשת (שלכאורה גם מצד דבריה כיום, שאומרת שלא היו שם חו"ק רק רישום אזרחי גרידא, הוי נמי סניף לקולא, שהרי גם במקום ספק האם נאמנת להכשיר ולומר לכשר נבעלתי, כמבואר בא"ע סי' ד' סכ"ו ובב"ש הנ"ל ס"ק ל"ט:

"משום דבלא דיבורה היה הולד ספק ממזר וכשר מדאורייתא לבא בקהל, מש"ה נאמנת להכשיר, דהא מדאורייתא כשר."

וכש"כ בנידון דידן שאין זה אלא חשש, שמא היו שם נשואין כדמו"י. ודבריה הראשונים הרי לא היה בהם ממש וכנ"ל, ועכשיו נותנת הסבר מתקבל על הדעת למה ביקשה ג"פ דרך ביה"ד, כי כנ"ל לא היה לפניה דרך אחרת. כי מעצם הענין, אין יסוד לעורר ספק שמא היו שם נשואין כשרים כדמו"י.)

עפ"י כל הנ"ל נראה להסיק כי אין לאסור על מרת פ. להנשא כדמו"י.

והנלע"ד כתבתי

שאול ישראלי

פסק הדין לא נמצא.

סימן ה : בענין עוברת על דת ומזונות בעזיבת הבית*[5]

זהו ערעור וערעור שכנגד בפס"ד של כב' ביה"ד האיזורי בחיפה תיק מס' שכ"ו2382/ לפיו החליט כב' ביה"ד שהאשה מחויבת לקבל גט, אבל לא איבדה כתובתה. עד להשלשת הכתובה ע"י הבעל הוא חייב במזונותיה בסך 200.- ל"י לחודש, והוא נפטר מזה עם השלשת הכתובה.

פס"ד זה מבוסס על מה שביה"ד קובע "כי התובעת הנ"ל חרגה מגדרי הצניעות המקובלים בזה שרקדה ריקודים סלוניים בלי נוכחות בעלה, כשאולם הריקודים מואר בתאורה אדומה וכו' לפי ההגדרה המשפטית היא עוברת על דת", "עם זאת התובעת לא הפסידה כתובתה ויתר הזכויות הנובעות מתוך הכתובה, הואיל ואין עדים שהתרה בה תחילה ועברה על התראתו".

בערעור שמצד הבעל נטען שהאשה עזבה את הבית ללא כל סיבה מצדו ו"שכל ענין עזיבת המשיבה את המושב הוא אך ורק עקב חוסר צניעותה והליכותיה הנלוזות". ושלפי העדויות שהביא בפני כב' ביה"ד היו כאן מעשי כיעור הגובלים עם זנות, שע"כ היא גם הפסידה כתובתה.

כן טען עוד שהאשה ביצעה הפלה מלאכותית מכוונת ושעל כב' ביה"ד היה לברר טענה זו. אכן טענה זו נתבררה בפנינו שאין בה ממש, מאחר שהאשה הציגה לפנינו מסמך מביה"ח שבה בוצעה ההפלה שלפיה היה כאן מקרה אונס שבא ע"י דימום מוקדם, לא נכנס ע"כ לפרט זה בהמשך הדיון דלהלן.

בערעור מצד האשה נטען ע"י ב"כ שהעדויות שביה"ד הסתמך עליהן לא היו כשירות. מאידך ישנן בתיק עדויות בכתב שהיא מתנהגת כראוי וכהלכה. בדקנו את העדויות לטובת האשה, ולא מצאנו בהם משהו שראוי להתחשב בהם. ע"כ אף בהם לא נדון בהמשך הדברים דלהלן. עוד טענה שכל טענות הבעל על דבר התנהגותה אינן טענות הנובעות מתום לב ש"א"כ כל איש חפשי הנשוי עם חפשיה כמוהו יבא בטענות כאלה להתגולל על אשתו להוציאה על כרחה ונמצא ביה"ד מסייע בידי עוברי עבירה".

אף טענה זו לא מצאנו בה ממש. אם אמנם בנוגע לדברים שנהגה בהם קלות ראש בדת משה וישראל בידיעת הבעל ובהסכמתו, ועכשו לרגלי קטטות שנולדו ביניהם מעורר טענה זו כלפיה, יש מקום רב לומר שלא נזקק לו, כי דיני התורה לחיים ניתנו, ולא בכדי לתת יד לכל רשע ומנוול להשתמש בהם למלא תאוותו. ועי' בזה בדובב מישרים ח"א סי' קנ"ד (אות ב') שכ' בא"ד בכל כה"ג "לגדור גדר בפני החפשים וכו' ורוצים לפרוץ הגדר וליקח חפשיות ביותר ולהיות נבל ברשות התורה. לכן צדדנו דאין בכח הבעל לגרשה בע"כ". אולם בכגון דא ודאי יש מקום להבחין גם בדרגות הקלקול והשחיתות. ואף שאנו רואים בבעל שאינו מקפיד בלבושה וכל כיו"ב מדברים שדשו בהם רבים והפך להם להיתר, מ"מ אין לנו שום יסוד לומר שלא איכפת לו גם בדברים שקרבתם למעשה זנות הוא גדול ביותר. ולסוג זה שייכים הריקודים הסלוניים הללו כפי עדותם של העדים. וכה"ג בגמרא סוף גיטין, שאמרו שם : רוחצת עם כל אדם ס"ד? ופירשו התוס' : אפי' אדם רע אינו סובל זה מאשתו.

כן טוענת האשה, שהיא אף עכשו מוכנה לשלום בית בתנאי שיעזוב את מקום מגוריו הנוכחי, שאין זה כרוח בהפסד רציני בשבילו, מאחר שממילא מקום עבודתו איננו במושב אשר שם ביתו כיום. ובהיות הבית קרוב ביותר למקום מגורי הוריו שהם הגורמים לקטטות ולמריבות ביניהם.

עלינו לברר את מדת הצדק שבטענות שני הצדדים וערעורם על פסק דין האמור.

כשרות העדים ומהימנותם

הפס"ד מציין שהוא הוצא "בהסתמך על העדות", עפי"ז קובע הפס"ד שהיא עוברת על דת. ואכן רק ע"י קבלת עדותם של העדים, יש מקום לדון שהאשה היא בכלל עוברת על דת. שאילו לפי דברי עצמה וב"כ כפי שנטען בפנינו, וכפי שמשתמע מהפרוטוקול של הדיון בפני ביה"ד קמא, נטען גם שם, שהיא רקדה עם אחיה בלבד, וכן הוא שליוה אותה בשובה הביתה מהנשף, אין מקום לראותה כעוברת על דת, אם כי ודאי נהגה שלא כהוגן כבר בעצם ההשתתפות בנשף ריקודים שאינו יאות לבנות ישראל כשרות.

בנוגע ליחסים בין קרובי משפחה כגון אח ואחות ההלכה פסוקה :

"המחבק או המנשק אחת מהעריות שאין לבו של אדם נוקפו עליהם, כגון : **אחותו** הגדולה ואחות אביו וכיו"ב, אעפ"י שאין לו שום הנאה כלל, ה"ז מגונה ביותר, ודבר איסור הוא ומעשה טפשים שאין קרובים לערוה כלל וכו'" (א"ע סי' כ"א ס"ו).

[5] ערעור וערעור-נגד תשכ"ו\15 , תשכ"ו\155, בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי , הרב שאול ישראלית , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

ומאחר שכאמור "אין לבו של אדם נוקפו עליהם" ו"אין לו שום הנאה כללי", אין לראות בזה עוברת על דת מגדרי **מעשה פריצות** שהוא רק כשיש ע"ז לחוש שמא תזנה תחתיו (סי' קט"ו, ב"ש סק"א, ועי' גם מל"מ פ"ב מה' סוטה ה"א). וזהו מצד הריקודים. ואילו מצד הליווי הביתה, הרי אין זה אלא ייחוד ארעי שאינו אסור כלל אח עם אחותו, ורק מקום לחומרא יש בזה:

"ועם אחותו התירו ייחוד ארעי, וכ' הרא"ש דהלכה כרב אסי, ומ"מ המחמיר תבא עליו ברכה" (ב"ש סי' כ"ב סק"א, וע"ע מש"כ הב"ש בסי' כ"א סק"ח)."

ומאחר שכן עלינו לדון בכשרות העדים ומהימנותם. בחקירות העדים אמר אחד מהם על עצמו ש"הוא שומר שבת קצת" וש"הוא מניח תפילין רק בשבתות ויו"ט". והשני אמר שנוסע באוטובוס בשבת.

והנה אילו היו בפנינו עדויות מאחרים שאכן עדים הללו הם מחללי שבת לא היה מקום לקבל עדותם, כהלכה הפסוקה:

"רשע פסול לעדות וכו'. איזהו רשע? - כל שעבר עבירה שחייבים עליה מלקות ואצ"ל אם חייבים עליה מיתת בי"ד ל"ש אם עבר לתיאבון ל"ש אם עבר להכעיס" (חו"מ סי' ל"ד א-ב)."

אכן כאן לא נתקבלה עדות בנידון אלא מפי עצמם, ובזה קיים הכלל:

"אין אדם נפסל בעבירה עפ"י עצמו אלא עפ"י עדים שיעידו עליו, שא"א מע"ר" (שם, סכ"ה)."

שמשו"ז גם כשאומרים יחד עם זה עדות אחרת פלגינן דיבורא ומקבלים עדותם מאחר שלא נפסלו עפ"י עצמם (שם סכ"ו).

ולפ"ז לכאורה היה מקום לסמוך על עדותם בנידון שלנו, אעפ"י שלדבריהם הם בגדר רשעים.

אכן יש לדון בניד"ד ממש"כ בהגה"מ מהראבי"ה בסוף ה' גירושין:

"דבכל דבר גילוי לא משקר כדאיתא בר"פ אין מכירים דמילתא דעבידא לאיגלויי לא משקרי אינשי, והתם באיסורא דאורייתא נפ"מ, כגון תיקון המועדים יו"כ וחמץ בפסח".

נראה מזה שבדבר גלוי אי"צ לדיני עדות. ומאחר שמעידים על עצמם על חילול שבת בגלוי ובפרהסיא, ה"ז בכלל "דבר גלוי לא משקר", ואעפ"י שאאמע"ר, בכה"ג יש לקבל הדברים, כיון שאי"צ בזה לדיני עדות.

ואעפ"י שמהרמב"ם שם רואים שאין זה אמור אלא לסניף, שמשו"ז "הקילו חכמים בדבר זה", מ"מ י"ל שהוא רק בנידון דהתם שאין לסמוך ע"ז להתיר הערוה, משא"כ כשזה בא להקל, להתיר לו לגרשה בע"כ עפ"י עדותם.

ועוד שבכה"ג שהדבר ניתן לבירור ע"י עדים, החובה על ביה"ד לחקור בדבר, ולאפשר לצד שכנגד להביא עדים שיבררו פסלותם. ויש להניח שלא היו מתקשים להוכיח זאת, נוכח העובדא שהללו לא עושים במחשך מעשיהם (עי' חו"מ סי' ט"ו, ג').

עוד זאת, שזה שתוך חקירה אמר "שמניח תפילין בשבתות ויו"ט" ודאי שהוא בכלל הפוחזים והריקים, גילה בורות מדהימה תוך שקרנות, מרצון להתחזות כשומר מצוות במקצת. ובזה אין לקבל עדותו כדברי הרמ"א בתשובותיו:

"דהא גלוי לכל דאלו שנים עדים שהעידו הם חשודים וכו' וניכרים לפוחזים וריקים לכל אדם, אע"ג דלא ידעינן בהו שהם פסולים ממש, מ"מ מאחר שהוחזקו בפי כל לפוחזים וריקים פסולים הם לעדות כזה. וראיה מהא דכתב מהרא"י בפסקיו סי' רכ"ד בענין התרת אשה וכו'. ומהשתא נידון ק"ו שהרי לאסור אשה על בעלה בעי עדות טפי מלהתירה וכו'. ותו דלא גרע מע"ה דפסול לעדות וכו'. וכתבו בהגהת מרדכי דסנהדרין דכל מי שאינו זריז בק"ש ובתפלה ובמצוות פסול לעדות וכו'. ק"ו לריקים אלו שהוחזקו לחשודים וקלים שאין מקבלים עדותם כלל" (שו"ת הרמ"א סי' י"ג)."

מכל שכן נידון שלנו שודאי דבר גלוי לכל הוא התנהגותם הכללית של העדים, ובפרט - עד זה, שהכל ישנו בו, שחשוד וקל אין לקבל עדותו כלל.

ואם אמנם רע"א בתשובותיו (סי' צ"ט) העיר קצת בדבריו:

"דהרי הבזויים וע"ה המה רק פסולי עדות דרבנן, ואיך נקל לפוסלם לעדי טומאה ולהתיר איסור דאורייתא".

אך גם רע"א מיאן לסתור ע"י טענה זו פסקו של הרמ"א וכלשונו שם:

"ואיני כדאי להרהר אחר הרמ"א ז"ל".

והגאון הב"מ (הו"ד בתשו' ק' ברע"א שם) יישב הקושיא:

"לאסור אשה לבעלה ע"י ריקים ופוחזים והדומים להם כמו חשוד להעריות **דנראה לחכמים דהם חשודים לשקר** דודאי הם ספק פסולי תורה, מה"ת להוציא על ידם אשה מבעלה".

עו"כ שם בזה, שנראה שאעפ"י שכל פסולי עדות דרבנן צריכים הכרזה, כאן אי"צ הכרזה:

"תו נ"ל ללמוד מתשו' הרשב"א (אלף רל"ז) ותשו' רמ"א הלז במה דלא חשו בפס"ע דרבנן דבעי הכרזה, היינו משום דהרמ"א נתן טעם שלא לאבד זכות העם, דמזה פשוט דלכל עדויות פסולים בלא הכרזה דאין לו שייכות לטעם זה. וה"ה לאסור אשה וכו'".

ונידון שלנו אין בו אפילו משום פקפוקו של הגרע"א שהוא לא דן אלא בגונא של עדי טומאה באופן שעפ"י עדותם נאסרת, וחייב להוציא. ובזה העיר שמאחר שמה"ת הם עדים כשרים ונאמנים והיא נאסרת עליו, ואיך התירו חכמים ע"י תקנתם, להתיר האסור מן התורה, כמפורש בדבריו הנ"ל:

"איך נקל לפוסלם לעדי טומאה ולהתיר איסור דאוריתא".

משא"כ נידו"ד שלפי פסה"ד גם אם נקבל עדותם אין היא נאסרת על בעלה אלא רק שיכול הוא לגרשה ואין בזה חדר"ג, ומ"מ חיוב ממש ליכא, א"כ כאן טענת רע"א אינה קיימת כלל, כי בזה שפוסלים אותם אין מקילים אלא **מחמירים**, שלא יגרשנה בע"כ נגד חדר"ג.

וכיון שכל אין לנו אלא ע"א, ואף עד זה מפוקפק הוא וכנ"ל, וכיון שהיא מכחישה אין מקום כלל לקבוע עפ"י עדים אלה שיש לה דין עוברת על דת.

איך נעשית עוברת על דת?

ב"כ המערער העלה בפנינו טענה שהריקודים לפי מה שהם מבוצעים יש בהם משום מעשה כיעור, ולא רק עוברת על דת.

אולם ההגדרה של כיעור, כפי שיוצא מתוך בירורה של הלכה (עי' סי' י"א בפ"ת סק"ז מהישועות יעקב, עו"ש במובאות מהמבי"ט ורע"א בסק"י), הוא רק באופן שהדברים מוכיחים שבמקרה זה עצמו הי' מעשה זנות. משא"כ אם המעשה עצמו אינו מוכיח על זנות באותה שעה, אלא על פרצת גדרי הצניעות שנותן מקום לחשש שמא תזנה בעת אחרת, אין משום כיעור, וצדק כב' ביה"ד קמא שלא דן בדבר אלא מצד עוברת ע"ד.

אכן גם בגדר עוברת ע"ד שניתן לגרשה בע"כ, ברמ"א (סי' קט"ו, ד) מבואר שהוא רק בגוונא "שהיא רגילה בכך". ובפ"ת שם (סק"י) ביאר כונתו בשם הב"מ:

"ולייישב דברי הרמ"א וכו' מפני שהגיה לקמן דעוברת ע"ד יוכל לגרש בע"כ, וזה אפי' בלא התראה וכו' לזה הוציא מהרשב"א דלא מיקריא עוברת בלא התראה אלא ברגילה לזה, ולזה נוטה נמי משמעות תה"ד שם וכו'".

וכן מביא שם בפ"ת מרע"א בסי' ק"א שכ':

"מדברי רוב הראשונים לכאורה סייעתא גדולה להרמ"א דבאינה רגילה ליכא מצוה ואינו יכול לגרשה בע"כ".

ואפי' לפי הב"ש שם (ס"ק י"א) שפקפק במה שלמד הרמ"א הלכה זו מהרשב"א ומבאר דברי הרשב"א שהם רק בעשתה מחמת כעס, נימוק זה שייך גם בני"ד שהרי ג"כ עשתה זאת לאחר שיצאה מבית בעלה, וניתן ג"כ להסביר זאת בדרך של מעשה הקנטה.

אלא שבנימוקי א' מכב' הדיינים שצורף לפס"ד רוצה לומר שכיון שרקדה במשך הנשף כמה וכמה פעמים יש לראות בזה הגדר של "רגילה בכך" (ואף להפסידה כתובתה בלי התראה).

אך זה לא מסתבר כלל, שא"כ גם מעשה חד פעמי אפשר לחלקו לכמה וכמה מעשים, ומה שלא הפסיקה באמצע לא מגרע גרע. ואף לפ"מ דס"ל להב"מ דסגי בב' פעמים ועיקר לימודו של הב"מ הוא מהר"ן נדרים מ"ו (ד"ה אא"ב) עפ"י הירוש', ושם המדובר כשהי' הפסק רב ופעולות נפרדות לגמרי, אבל כל מה שנעשה בערב אחד באותו נשף אין מקום כלל לחלקו לפי ההפסקות לכמה פעמים.

בפרט שעד אחד מאלה לא העיד אלא שראה שרקדה עם גבר זר, ולא העיד שרקדה אתו כל הערב (שא"כ הי' בזה הכחשה בדרישות, שהשני העיד שרקדה עם כמה גברים זרים) א"כ אין לנו אלא עד אחד בלבד על מספר ריקודים, ואילו השני לא העיד אלא על פעם אחת בלבד.

[ויש להוסיף עוד עפ"י מש"כ בדובב מישרים (ס' קכ"ד אות ב') ומציין גם לשו"ת תשורת ש"י (סי' ר"ד) דמאחר דהא דיכול לגרש בע"כ בעוברת ע"ד הוא מצד החשש שמא תזנה, אם עשתה תשובה אינו יכול לגרשה בע"כ. א"כ בני"ד שהיא מכחישה עדותם של העדים הרי עכ"פ אין זה גרוע מהצהרה שאין בדעתה לחזור על מעשים מעין אלה, א"כ החשש להבא אינו קיים גם אם עשתה מעשה שטות בעבר.

מכל שכן, שכפי האמור לעיל, עצם מהימנות העדים היא מפוקפקת ואין עדותם ראויה להתקבל.]

עפ"י כל הנ"ל יוצא, שהן מבחינת המעשה והן מבחינת העדים, אין להגדיר את האשה כעוברת על דת שבעלה יכול לגרשה ע"כ, ויש לבטל את פסה"ד שניתן בנידון זה.

החיוב במזונות במקרה של עזיבת הבית

המערער מצד הבעל טוען שהאשה עזבה את הבית ללא כל סיבה מצד הבעל, ואילו ב"כ האשה טוען שחמותה הגרה בקרבת מקום היא סיבת המחלוקת ובגללה עזבה את הבית בתביעה לחייב את הבעל לשנות מקום מגוריו.

כב' ביה"ד לא קיבל טענת הבעל בנידון, אף שכפי המבואר במפרשים בשו"ע עלי' חובת ההוכחה:

"האשה שיצאה מבית בעלה והלכה לבית אחר אם באה מחמת טענה... חייב לזונה" (סי' ע' סי"ב)."

וכ' ע"ז בח"מ:

"כלומר ובירורה שדבריה כנים שיש לחוש לטענתה" (שם ס"ק מ"ב)."

והסכים עמו בב"ש.

בנימוקים שצורפו לפסה"ד נאמר בזה בהסתמכות על הב"מ שהו"ד בפ"ת (סי' ע"ד סק"א) שהכריע כדעת הרמב"ם "דעל אמו ואחותו סתמא יכולה לטעון".

וכנגד הטענה שהואיל ונכנסה מתחילה לדור בקרבת מקום יש לומר דסברה וקיבלה כמו שמצינו ברמ"א לענין מומים:

"ואם ידעה בהם קודם שנשאת אין כופין להוציא דסברה וקיבלה".

מצינן מש"כ בזה בב"ש שגם הרמ"א לא כ' אלא שאין כופין אותו להוציא אבל גם הוא מודה שאין דינה כמורדת שיכולה לטעון קי"ל כהני פוסקים (ב"ש שם סק"ב).

אכן הב"מ מקשה עליו שם (והו"ד בפ"ת שם סק"ג) דהא דינא לפחות מכתובה והוא המוחזק בממון. ע"ז מעיר בנימוקים הנ"ל שגם אם קשה הדבר, משנת הב"ש לא זזה ממקומה. ואשר לקושיא מתרץ, דהכא הוי כאיני יודע אם פרעתיך דקי"ל דחייב, ומסתייע מהאמור בב"ש (סי' קט"ו ס"ג) לענין אשה שהמירה שהיא בספק שמא זינתה עם העכו"ם.

בפלוגתא דרבוותא אפילו אחר שנולד הספק, הוא לא מצד הממע"ה, דבמוחזק מעיקרא ל"צ לטענת קי"ל, אלא משום "דהוי כטוען ברי דטוען אני סומך על הני רבוותא דסברי הדין אתו עמו". ועוד טעם "דקי"ל עביד אינש דינא לנפשי' וכו' דודאי מאן דעבד כחד עבד" אך נ' דאין בזה כדי דחיית הצ"ע של הב"מ, כי לפ"מ דנקטינן שמועיל קי"ל (בקיצור ת"כ), א"כ מרש"כ כשהוא מוחזק מעיקרא שיכול הוא לטעון קי"ל, והוי כמחזיק בטענת ברי.

וביישוב דברי הב"ש צ"ל שהוא משום דכל הדין דמורדת מפסדת כתובתה אין זה אלא מטעם קנס, וכיון שהוי ספק, מספק לא קנסינן לה, כנ"ל.

ומעתה גם הב"ש מודה לענין מזונות, שמאחר שסברה וקיבלה אין לה רשות לעזוב הבית, ואם עוזבת - **מדינא** אין לה מזונות, שמספק לא נוציא מן הבעל, להני שיטות.

אכן בעיקר הדבר אם יש לדון בזה גדר סברה וקיבלה יש לדון מבחינה אחרת, שבתשו' הר"י מיגא"ש סי' ק"א כ' ביחס לאשה שמעכבת מלהכנס לבית אחד עם משפחת בעלה בטענה שמא יקניטוה ויצערוה:

"טענה זו אינה טענה וכו' אם (שכר דירה) [כבר דרה, כצ"ל] עם חמותה ונתאמת שחמותה ציערתה, אמנם אשה זו עדיין לא דרה עם חמותה ולא ראתה ממנה נזק כמו שזכרתם, ואין לנו להכריח את בעלה וישכר לה בית באומד בלבד".

א"כ נ"ד אין לראות בשתיקתה הסכמה שיוכל לטעון סברית וקבלית משני טעמים: א', שהרי לא היתה טענתה מתקבלת כלל מעיקרא, שהיו אומרים לה איך תוכלי לעכב בעוד שטרם נתנסית. וב', שכשם שאין זו טענה, כמו כן הרי י"ל שאין מצדה כל הוכחה להסכמה, שהיתה רוצה לנסות ולראות שמא לא תראה מהם שום נזק, ולמה תתנגד?

ואף אם יש לטעון כנגד נימוק א', דבנידו"ד שאני מהא דהר"י מיגא"ש, דהתם היא באה בטענה לאחר שכבר נשאת, שמחויבת ללכת אחריו כל שאין לה טענה של ממש. משא"כ כאן שהי' הדבר בתחילת הנשואין, א"כ יכלה להתנגד ושלא להנשא ע"ד כן. אכן הטענה השני' עכ"פ קיימת, שלמה הי' לה להעמיד קשיים בסידורים של בעלה בעוד שלא ראתה שום נזק. ואין זה דומה להא דיש בו מומים, שלא נשתנה דבר מזמן הנשואין עד היום, וע"מ כן נישאת לו. וגדולה מזו מצינו להרדב"ז תתמ"ט (ת"ו) שכ' שאפי' בהתנה עמה בפירוש ע"מ שתגור עם חמותה "אין כופין אותה לדור עם צרתה שאין אדם דר עם נחש בכפיפה" שמשו"ז "לא דיינינן לה בדין מורדת כלל", ואעפ"י שבכל סביר וקביל אם חוזרת בה דין מורדת עלה, כפי שיוצא ברור מהב"ש הנ"ל. ומוכרח לומר שהוא משום שבנידון מעין זה נשתנו התנאים וטרם שראתה ממנה נזק סברה שתוכל לחיות עמה עד שנתברר לה שאין אדם דר עם נחש בכפיפה. וזה שפוסק הרדב"ז שם שמ"מ אין לה חיובים ממנו, הוא משום שאין לתבוע ממנו חיובים, כיון שלא התחייב אלא באופן זה, וכמו שבכל מו"מ אין מוצאים שיוכל הלוקח לבא בטענה של "כסבור הייתי", כיון שהוא תלוי בדעת המוכר ג"כ (תוס' כתובות מז: ד"ה שלא כתב לה), וזהו במקום שהתנה בפירוש עמה, משא"כ כאן שמטע"ז אנו אומרים שלא מוכח כלל שהיתה בזה הסכמה מצדה מעיקרא.

כשנחלקים בסיבת עזיבת הבית, חובת ההוכחה על מי?

כאמור בנימוקים לפסה"ד הנ"ל מסתמך על הב"ש שמכריע כדעת הרמב"ם "באמו ואחותו סתמא יכולה לטעון". משו"כ לא נדרש ממנה להוכיח נכונות דבריה.

אכן הדבר צריך בירור. דהנה דברי הב"מ לכאורה צ"ע משני טעמים:

א', ברמב"ם יש לראות שבחדא מחתא מחתינא לטענות האיש עם טענות האשה בנידון זה:

"האומר לאשתו אין רצוני שיבואו לביתי אביך ואמך אחיך ואחיותיך שומעין לו **וכו' שאין כופין את האדם שיכנסו אחרים לרשותו**; וכן היא שאמרה אין רצוני שיכנסו אצלי אמך ואחיותיך ואני שוכנת עמהם בחצר אחת מפני שמריעין לי ומצירין לי שומעין לה, **שאין כופין את האדם שישבו אחרים עמו ברשותו**", ע"כ.

הרי שהרמב"ם משתמש באותו הנימוק שאצל הבעל, והוא: מצד שרואה את המדור שלה שהוא רשות שלה "ואין כופין את האדם שישבו אחרים עמו ברשותו". ובהה"מ שם, שנראה שהכריע שלא כדעת הרמב"ם, וחילק בין הבעל לאשה כ':

"ובזה יפה כח הבעל מכוח האשה, לפי שהמדור הוא של הבעל ואינו שלה".

[אכן לפ"ז באמת לכאורה צ"ע מהו זה שהצריך הרמב"ם ההנמקה "שמריעין ומצירין לה", מאחר שהרמב"ם הדגיש שלא כהה"מ שהמדור הוא שלה].

וב', הרי הרמ"א כ' שחובת ההוכחה תכנה:

"עד שיתברר ע"י מי נתגלגל הריב והקטטה".

היינו שאם אמנם ברור שיש כאן קטטה, מ"מ חייבת היא לברר מי הוא הגורם, שמא האשה היא שגורמת לקטטה, ובכה"ג אין טענתה טענה. א"כ מה זה שמסביר הב"מ בהכרעתו הרמב"ם לענין אמו ואחותו משום "שהן מן הנשים השונאות אותה", ומה בכך? הרי כשם שהן שונאות אותה, כמו"כ היא גם שונאת אותן, א"כ עדיין הדבר בספק, **מי הוא** הגורם הקטטה, שמא היא הגורמת, ואז הרי אין טענתה טענה וכנ"ל.

ע"כ נראה שכונת הדברים היא כך: באמת עיקר נימוקו של הרמב"ם הוא כדכתב בפירוש מפני "שאין כופין את האדם שישבו אחרים עמו ברשותו". אלא שבעוד שבבעל שטוען כך הרי הדבר פשוט שנאמין לו לזה הנימוק מאחר שיכול לגרשה בע"כ (מעיקר הדין) וכן - הרי לא נדרש ממנה שום הוצאות בקשר לכך, הרי אצל אשה יתכן שאי"ז אצלה אלא נימוק בכדי לאלצו שיגרשנה שעיניה נתנה באחר, שיודעת שלא ירצה או לא יוכל להעתיק מקום מגוריו למקום אחר, ואין טענה זו שאינה רוצה שתדור שם עמהם אלא כסות עינים לכונת המרידה שלה. לזאת הוסיף הב"מ שכל שבאה בטענה שאינה יכולה לדור עם נשים אלו שהן בחזקת שונאות אותה, אין אנו חוששים שמא כונה אחרת לה אלא תולים הדבר במצוי, שכיון ששונאות אותה מסתבר הדבר שהדיור אתם גורם לקטטה. ואז שוב אין נפ"מ בדבר מי הגורם לקטטה, שאף אם היא עצמה הגורמת, ג"כ הדין עמה כיון שהמדור הוא שלה "ואין כופין את האדם שישבו אחרים עמו ברשותו". וע"כ שינה הרמב"ם בכמה פרטים בטענות שלה מהטענות שלו, שבאשה הצריך שתנמק הדבר בזה שמריעים לה, והוא דוקא באמו ואחיותיו שסתמן שונאות אותה. משא"כ בבעל, כל התנגדות שלו מספקת, וכן גם אם טוען זאת כנגד אביה ואחיה, ג"כ טענתו טענה. כי בטענה שלה אינה נאמנת בלי הוכחה אלא בגונא שיש רגלים לדבר, משא"כ בטענות שלו. כ"נ בכונת הב"מ ובביאורו והכרעתו כהרמב"ם.

אכן בשו"ע לא העתיק טעמו של הרמב"ם ובב"י וברמ"א הביא מהראב"ד ומההה"מ בהבדל שבינו לבינה "לפי שהמדור הוא שלו ואינה שלה". שלפ"ז בלי הנמקה מצדה אין לה בכלל טענה, שהרי אין המדור שלה. ורק בגונא שמציקות לה הוא שיכולה לטעון, שאעפ"י שהמדור שלו מ"מ חייב לתת לה אפשרות דיור הוגנת. אכן אם **היא** הגורמת לקטטה, נמצא דהעיכוב הוא מצדה ע"כ אין טענתה טענה. אעפ"י שיתברר לנו שיש ביניהם קטטה ואינה יכולה לדור אתם, דהוא אינו חייב לשנות הדירה כיון **שהיא** הגורם.

ע"כ כ' בשו"ע גם לגבי **דידה**, שהמדובר כשמתנגדת לאביו, שהרי המדובר דוקא **כשמוכיחה** זאת, וכדמסיים הרמ"א שהוא כשנראה לבי"ד שיש ממש בדבריה. ובזה גם מושיבים ביניהם נאמן לברר מי הוא גורם הקטטה, שאם היא הגורמת אין לה טענה, גם בבאה בטענה נגד **אמו ואחיותיו**, אעפ"י שברור ששונאות הן אותה, דמ"מ אין עדיין מזה הוכחה **מי היא** הגורמת לקטטה. והיא צריכה להוכיח זאת בכדי לחייב את הבעל בשינוי המדור, ובמזונות - כל עוד שלא שינה המדור והאשה הלכה מביתו.

[ולפ"ז ההכרעה מסברא של הב"מ כהרמב"ם אינה מספקת עדיין בהכרעת ההלכה, שהרי כאן לפנינו בעיא יסודית שאין לה הכרעה מסברא, אם המדור נחשב שלה שבה קיימת סברתו של הרמב"ם שאין כופין את האדם שישבו אחרים עמו, או שהמדור הוא בעצם שלו, ורק אם יש לה עיכוב שאינו מצדה מלדור שם הוא שיש לשמוע לה. וצ"ע בזה].

אכן לנידון שלנו אין נפ"מ בדבר, שמאחר שאין הם שוכנים אתה יחד, אלא הם גרים בבית משלהם, ואעפ"י שהבתים הם בקרבת מקום זל"ז, מ"מ הן אין היא יכולה לטעון שהם יושבים עמה ברשותה, כי רשות זו אינה שלה כלל. א"כ כאן גם לרמב"ם אין טענתה טענה, אא"כ תוכיח שאין היא יכולה לדור כאן בגלל שהן גורמות הקטטה. שרק למנוע אותם מלהכנס אליה היא שיכולה, ולא באופן זה שאין הטענה, אלא שהבעל בא אליהן ושם הן מסיתות אותו.

אף גם זאת: מאחר שעיקר הטענה היא לא שהן מצירות לה מצד עצמן אלא שמסיתות **הבעל** שיריב עמה, בכה"ג ודאי אין מקום להכרעת הב"מ, כי אם אמנם חזקה ישנה **שנשים** אלה שונאות אותה, מ"מ אין זה כלל הכרח שיצליחו להסית הבעל שאף הוא יתקוטט עמה ויריב עמה, ואדרבא ברוב המקרים אין הבעל נסית, וכלשון הכתוב "על כן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו". ובטעם שנאת החמות לכלה אמרו מפני שרואה אותה אוכלת יגיעה, והיינו משום שבנה מוסר לה הכל. וע"כ, מצד אחד, בכה"ג ודאי נופלת הטענה של סברית וקבלית (אפילו אילו היתה זו טענה כלפי הדיור עם אמו ואחיותיו) כי ע"ז בכלל לא עלה על הדעת שגם הוא יריב עמה, ול"ש סברית וקבלית כלל. אכן, מאידך גיסא, בזה ודאי חובת ההוכחה על האשה, כי מסתמא אין לומר שאמו משפיעה עליו עד כדי לגרום קטטה עם אשתו.

מסקנת הדברים:

באופן שאין משפחת אבי הבעל גרים יחד עם אשתו, אלא הם גרים בבית נפרד משלהם, טענתה שהן מריעות לה, גם בהני נשים שסתמן שונאות אותה, צריכה הוכחה מצדה. וכן הוא באופן שטוענת שמסיתים את הבעל וגורמים עי"ז לקטטה בינו לבינה. ואם אינה מוכיחה זאת אין לה מזונות.

וצריך להוסיף עוד, שבנימוקי הפס"ד נאמר עוד, שמאחר שהבעל הגיש תביעה לגירושין ואף הוא מונע עכשו שתחזור, ממילא אין עזיבתה מעלה או מורידה בדבר ומסתמך על האמור ב"פסקי דין" כרך ו' חוברת א'. אך אין הנידון דומה לראי' דהכלל הוא: "דאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו" (רמ"א סי' ע' סי"ב), "כי היא משועבדת לעמוד תמיד לפניו ולשמש אותו ולאכול עמו על שולחנו" (ח"מ שם סקי"ג), ונמצא שעיקר התקנה של מזונות אינה אלא באופן זה, ואם היא הולכת אין מקום לתקנה כל עיקר. אלא שאם העיכוב הוא ממנו נמצא שהיא אנוסה בדבר, ואינה מפסידה מזונות. משא"כ כשגם היא מונעת, א"כ לא מצד האונס היא נמנעת, והאונס אינו מעלה ואינו מוריד, מאחר שבכה"ג אין מקום כלל לתקנה, שהוא רק בתנאי שמצדה מוכנה למלא מה שהיא משועבדת.

(והנידון בפס"ד המצוין הוא בה"ג שהאשה הצהירה שמוכנה לחזור, אלא שצריכה לשם זה להוציא הוצאות ולטרוח טרחה מסוימת, שלאחר שהצהיר הבעל, שכל הטרחה שלה היא ללא הועיל, אין מקום להטיל עלי' פעולות אלה, שהן ללא כל תועלת).

המסקנא העולה מכל האמור:

א.אין האשה עוברת על דת, וטוב יעשה הבעל שיחזירנה אליו והסעיף המחייב את האשה לקבל גט - בטל.

www.eretzhemdah.org

ב להחזיר הדיון לכב' ביה"ד האיזורי ע"מ לברר את מדת נכונותה לחזור.

ג אם יתברר שהאשה תמשיך בסירובה אין לה מזונות, ופסה"ד המחייב אותו במזונות עד להשלשת הכתובה - בטל.

ד אם האשה תצהיר שהיא מוכנה לחזור, יש לסייע בידה ע"י קביעת תקופת נסיון, עם אפשרות בירור הדבר על גורם הקטטה.

ה.ואם הבעל למרות הצהרתה אינו מוכן לקבל אותה לביתו כי אז יוציא ביה"ד פסק דינו למזונות בהתאם לתנאים.

ו המזונות שאכלה עד עכשו כיון שהיא תפוסה בהם ברשות בי"ד, אין להוציא ממנה.

והנלע"ד כתבתי

ש. ישראלי

פסק דין

אחרי העיון בכל החומר אנו קובעים, שבשאלת המזונות צודק ב"כ המערער שלא היה מקום לחייב את המערער, גם אם נניח שהאשה אין דינה כעוברת על דת הואיל ואין חילוקי דעות שהאשה עזבה את בית הבעל, והיא לא הוכיחה שהבעל הוא האשם בעזיבתה את הבית, ומה שהיא טוענת שבגלל חמותה היא עזבה את הבית, אין בטענה זו ממש, הואיל וגם לדבריה אין חמותה גרה עמם בבית אחד, אלא סמוך לביתה, ולדברי הבעל יש מרחק של מאה מטר בין ביתם לבין בית אמו, דבר שלא הוכחש ע"י האשה. נוסף לכך היא לא טוענת שחמותה מציקה לה, אלא שהיא הסיתה את בנה, בעלה, שהוא יציק לה, וא"כ ברור הוא שבטענה זו היא לא נאמנת, כל עוד שלא הוכיחה שאמנם בעלה מציק לה, ומשום כך היתה נאלצת לעזוב את בית בעלה.

ומה שהבעל הגיש תביעה לגירושין לאחר שעזבה את הבית, והוא לא מוכן להשלים עמה, זה לא מצדיק לחייב אותו במזונותיה, לאחר שעזבה את הבית שלא כדין, שהרי היא לא מוכנה לחזור לבית בעלה, א"כ אין לה דין מזונות, כמבואר בשו"ע אה"ע סי' ע' סעי' י"ב ברמ"א.

בשאלה אם דינה של האשה כעוברת על דעת לפי דעת הרוב של ביה"ד האזורי, או דינה כעושה מעשה כיעור לפי דעת המיעוט של ביה"ד האזורי, או שלפי טענת האשה אין דינה בכלל אפילו כעוברת על דת, לא ראינו בשלב זה שיש לנו להכריע בדבר זה, הואיל ובפנינו טען ב"כ הבעל "יש לנו הוכחות בענין צניעות האשה ומעשיה, ולא נתאפשר לנו לעשות זאת". טענה זו הוא העלה גם בפני כב' ביה"ד האזורי, לכן כל עוד שלא ניתן לצדדים להוכיח את טענותיהם, אשר יכול לחרוץ את גורל המשפט, אין לנו להכריע בנקודה אחת, לפני שהושלמו כל הטענות וההוכחות של הצדדים.

משום כך הוחלט:

א הבעל פטור ממזונות האשה.

ב מחזירים את הדיון לכב' ביה"ד האזורי לשם השלמת טענות והוכחות הצדדים, ולהחליט מחדש בהתאם לבירורים.

אין צו להוצאות.

ניתן היום י"ב טבת תשכ"ז.

בצלאל זולטי שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן ו : בענין דרישה וחקירה ודין מרומה בעדי זנות*[6]

ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי באשדוד שניתן ביום כ"ב בכסלו תשל"א (תיק /1046כז), לפיו: א. על הצדדים להתגרש זמ"ז בגט פטורין; ב. האשה הפסידה כתובתה וכל תנאי הכתובה, לדעת הרוב.

הצדדים התחתנו לפני כעשרים שנה בתימן. עלו לארץ בשנת תש"ט. להם ששה ילדים גדולים וקטנים. במשך כל חייהם המשותפים לא שרר השלום במעונם, וריב ומצה מנת חלקם, ודיונים רבים התנהלו ביניהם בפני בתי הדין בבאר שבע ובאשדוד במשך שנים. באלול תשכ"ג הגיע הזוג לידי הסכם גירושין, שאושר על ידי בית הדין באשדוד ביום ג' בתשרי תשכ"ח, לפיו הדירה הרשומה על שם שני בני הזוג תועבר כולה לאשה תמורת כתובתה ויתר תביעותיה הכספיות. והיה נראה לכאורה שההתדיינויות בין הזוג הגיעו לקצן. סדור הג"פ נקבע לניסן תשכ"ח, אך משום מה לא סודר הג"פ.

בסיון תשכ"ח נתקיים דיון מחודש בין הצדדים בפני ביה"ד באשדוד, ואז חזר בו הבעל מהסכמתו להעביר את מחצית הדירה הרשומה על שמו לזכות אשתו בטענה שנודע לו שאשתו זנתה עם ערבי ולפיכך לא מגיע לה מאומה. ובישיבת בית הדין מיום א' בטבת תשכ"ט הצהיר הבעל "אני רוצה להמשיך בדרך משפטית כדי להרויח בעניני ממונות".

בישיבת ביה"ד מיום כ"ה בתמוז תשכ"ח הביא הבעל שני עדים שעל טיבם האומר דרשני לא נעמוד עכשיו כי אין לנו צורך בכך עתה. שני העדים הללו העידו שראו יחד שהאשה זנתה עם ערבי בפרדס, וזה היה בקיץ. אבל על שאלות השייכות לתחום החקירות כלומר באיזה חודש, בכמה בחודש, באיזה יום, ענו שאינם יודעים. ונוסף על כך הכחישו זה את זה בבדיקות בכמה פרטים.

[6] ערעור תשל"א\103 בפני כב' הדיינים: הרב בצלאל זולטי, הרב שאול ישראלי, הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

ואף גם זאת הכחישה האשה מיד ובתוקף את כל דברי העד הראשון, ואילו על דברי העד השני לא נרשמה תגובתה מיד, אך במקום אחר נרשמה הכחשתה את כל הספור וטענה שהיא עלילה. כן נשמע עד שוטר שאין עדותו מעלה ומורידה לפס״ד נשוא הערעור.

לאחר מכן בקש ב״כ האשה להשמיע שוב את אחד מעדי הזנות שחזר בו מעדותו לדבריו, וביום ו׳ באייר תשכ״ט החליט ביה״ד ״לדחות את הבקשה אחר שהעד כבר העיד את עדותו בנוכחות האשה וב״כ״.

בפרוטוקול מיום ל׳ באדר א׳ תש״ל נשאל הבעל ע״י ביה״ד אם הוא מאמין לדברי העדים, והוא ענה: אני מאמין.

ביום כ״ב בכסלו תשל״א ניתן פסק־דין כדלהלן:

״אחרי העיון והדיון בדבר, ביה״ד פוסק:

א על הצדדים להתגרש זמ״ז בג״פ.

ב האשה הפסידה כתובתה ותנאי הכתובה.

פס״ד זה הוא לפי דעת הרוב, לדעת המיעוט לא הפסידה כתובתה ותנאי כתובה.״

האשה הגישה ערעור נגד סעיף ב׳ של פסק הדין, לפיו הפסידה האשה כתובתה ותנאי כתובה.

בפנינו חזרו הצדדים על טענותיהם, וב״כ הבעל הוסיף ואמר: אם ביה״ד יפסוק שהיא מותרת לו הוא מוכן לקבל, הוא איש דתי.

לאחר העיון בחומר ובטענות הצדדים נראה בזה כדלהלן.

בסעיף א׳ של פסה״ד נאמר: על הצדדים להתגרש זמ״ז בג״פ.

ביה״ד לא קיבל איפוא את עדות העדים שהעידו על מעשי זנות, שא״כ היה צריך לפסוק שהאשה נאסרה על בעלה. פסה״ד לא נומק, אך הוא מבוסס כנראה על האמור בשו״ע (סי׳ י״א ס״ד): י״א שאם באו עדים שא״א זינתה צריכים דו״ח. ואילו בנידון שלנו כשנחקרו העדים על היום והחודש אמרו שאינם יודעים.

אלא שיש לעורר ע״ז ממה שהעלה הנוב״י (סי׳ ע״ב), דגם לפ״מ שנראה בשו״ע שמכריע דעדי זנות צריכים דו״ח, אין זה אלא לענין שאם יוכחשו בחקירתם עדותם בטילה. משא״כ כשאומרים שאינם יודעים, בזה גם לפי פסק השו״ע, אין עדותם בטלה.

וזה מסתייע לכאורה גם מדברי הבי״ש (סי׳ מ״ב ס״ק י״ד) שכ׳ (בטעם ב׳) לחלק בין הא דפסק שם הרמ״א דעדי קידושין אין צריכים דו״ח, לבין הא דאמרינן בסי׳ י״א דעדי זנות צריכים דו״ח, וכ׳ בזה דבסי׳ י״א הוא מצד דין מרומה ״שהרי האשה מכחשת״ (ועי״ש גם בביאור הגר״א). והרי בדין מרומה נפסק (חו״מ סי׳ ט״ו ס״ג בהגהה) ״שאין דינו כדי״נ שאם אמר בא׳ מן החקירות אינו יודע שיתבטל העדות״. הרי שגם לפי הבי״ש בעדי זנות אין בטלה עדותם אלא כשהוכחשו בחקירות, ולא בשאמרו שאינם יודעים.

אמנם בס׳ בית הלוי (ח״ג סי׳ ו׳) תמה על סברא זו דהכחשת האשה תיחשב לדין מרומה, שהרי בדי״מ בכה״ג אף דאיכא הכחשת הנתבע לא חשיב דין מרומה, ורק אם ניכרת רמאות בעצם הענין הוא דנחשב לדין מרומה, ופירש ההלכה מטעם אחר.

אולם הא קמן גם בתשו׳ הר״ב אשכנזי (סי׳ ד׳) נוקט כן לפרש דברי הר״י (דשו״ט בדבריו בביה״ל שם) מטעם דין מרומה דז״ל שם בא״ד:

״מ״מ קטיר קחזינא הכא מכמה גווני. חדא, שהיא מכחשת וצועקת על הדבר הרע הזה, והלכך מחזי כרמאות, וכמו שכ׳ הר״י, וכדבעינן למכתב בס״ד.

וכן נוקט בפשיטות בתשו׳ חת״ס סי׳ ק״ד שכ׳ וז״ל בא״ד:

״... וכיון שיש הכחשה ביניהם הו״ל דין מרומה.״

וכנראה דס״ל שיש לחלק בענין זה בין די״מ לדיני איסור אשה על בעלה או הכחשה במעשי הקידושין, כי כל עיקר התקנה בעניני אישות שלא להצריך דו״ח כמו בדי״מ, הוא משום שלא תנעול דלת בפניהם כמבואר ברמב״ן ורשב״א שלהי יבמות. ובזה רק אם שני הצדדים מעונינים בעדות הוא דשייכא התקנה, שלא להכביד עליהם כשבאים לאשר הקידושין, אבל כשיש הכחשה ל״ש בזה עיקר התקנה כלל, והוי כמו דין מרומה בדי״מ.

ומכל מקום סתימות לשון השו״ע דבעדי זנות צריכים דו״ח ודאי נראה כדיוק ביה״ל שם, שהוא כמו בכל מקום שיש צורך בדו״ח, שאם אמרו אינם יודעים עדותם בטלה. ועי״ש בביה״ל שביאר כוונת הרמ״א בסי׳ מ״ב דבגוונא דנראה רמאות צריך גם בעדי קידושין דו״ח דהיינו שבזה מצטרפים שני הטעמים שנתן הר״י שהו״ד במרדכי:

א׳ מצד דאיסור אשה לבעלה הוא מגדרי משפט וכלול במשה״כ משפט אחד יהיה לכם, וב׳ משום דבדין מרומה יש הפוסלים באומר איני יודע. ואפ״ל שזוהי גם כונת הבי״ש שכ׳ שהוא מצד דין מרומה, דהיינו שטעם זה מצטרף לטעם הא׳ שזה מגדרי משפט.

וא״כ נ׳ דה״נ בנידו״ד דעדי זנות, לפ״מ שנוקטים הני רבוותא דיש בזה דין מרומה מצד דהאשה מכחשת, איכא נמי הני תרי טעמי: שהוא כלול בדין משפט אחד, והוא גם דין מרומה. ע״כ שפיר נפסק בזה בסתמא דעדי זנות צריכים דו״ח, דהיינו שאם אמרו אין יודעים עדותם בטלה.

עוד נראה שנידון שלנו, שעד א׳ מן העדים הודה, שאשתו שנישאת לו בחו״ק לפני ארבעה חדשים, נמצאת כבר בהריון ממנו מלפני חמשה חדשים, דהיינו שבא עליה בזנות (וזה עוד בטרם נתגרש מאשתו הקודמת), בזה אף אם לא נפסל לעדות ע״ז, מ״מ ודאי שלא יצא מכלל ריקים ופוחזים, שכן רחוקה דרך זו מדרכם של ישראל כשרים, וודאי שכל כה״ג

אינו חושש במידי לאסהודי שיקרא (כלשון תשו' הרמ"א דלהלן), ובזה מעלה בבית הלוי שם דצריך דו"ח מן הדין. ואם אמרו אין יודעים אין מקבלים עדותם אליבא דכו"ע.

וכן הוא מבואר בתשו' הרמ"א סי' י"ב שכ' בא"ד וז"ל:

"... וניכרים לפוחזים וריקים לכל אדם, אע"ג דלא ידעינן בהו שהם פסולים ממש פסולים הם לעדות כזה, וראיה לזה מהא דכ' המהרא"י בפסקיו סי' רכ"ד וכו' כי איננו מכיר את העד אם הוא מן הריקים והפוחזים דלא חיישי במידי לאסהודי שיקרא, וכש"כ דבכה"ג דסבורים הם, שבודאי לא יבואו לידי הכחשה מחמת ריחוק הדרך וכו'."

ואם אמנם בתשו' רע"א (סי' קצ"ט) פקפק בדברי הרמ"א הללו, וז"ל שם:

"דהרי הבזויים וע"ה המה רק פסולי עדות דרבנן, ואיך נקל לפוסלם לעדי טומאה ולהתיר איסור דאורייתא וכו' וכו', ועכ"פ להתיר בדאורייתא צ"ע."

אך כל זה אם הדיון לפסול עדותם מכל וכל. משא"כ בנד"ד דהדיון מצד שאמרו אין יודעים בחקירות דשייך כאן הסברא "דסבורים הם שודאי לא יבואו לידי הכחשה", ומעיקר הדין גם בדי"מ צריכים דו"ח, וכדאסבר הבי"ש בסי' י"א ס"ק י"ג.

מסקנת הדברים, שצדק כב' ביה"ד האזורי שלא אסר האשה על בעלה מצד **דברי העדים**, כיון שאמרו בחקירתם שאין יודעים.

אך לפי הרשום בפרוטוקול מיום ל' באדר א' תש"ל נשאל הבעל ע"י ביה"ד אם הוא מאמין לעדים, וע"ז ענה: אני מאמין. א"כ הרי יש לדון בזה, שאם גם אין בדברי העדים עדות מספקת שתיאסר עליו מכוח עדותם, הרי היא אסורה מצד דשאחד"א כמבואר בסי' קט"ו ס"ז, שחייב להוציאה וגובה כתובתה.

וברמ"א סי' קע"ח ס"ט הביא כמה דעות לענין "בזמן הזה שיש חדר"ג" אם נאמן לאוסרה על עצמו. ובחת"ס ח"ב סי' ק"ו חכך מאד להחמיר בכגון דא. וכל זה מצד החדר"ג. אך איש ואשה זו שלפנינו הם מעדת בני תימן שלא נהג אצלם החדר"ג, א"כ מטעם שאחד"א יהה מקום לפסוק שנאסרה עליו.

אלא שכפי הרשום בפרוטוקול ביקש ב"כ האשה לשמוע שוב את אחד מעדי הזנות, שלפי דבריו, הוא חוזר בו מעדותו. וביה"ד החליט בזה, ב"כ"ו באייר תשכ"ט, לדחות את הבקשה מאחר שכבר העיד עדותו. ואילו לפנינו אמר ב"כ הבעל: אם ביה"ד יפסוק שהיא מותרת לו הוא מוכן לקבל. ועי' בכגון דא בפ"ת סי' קע"ח סקכ"א, ובבית הלוי תשו' הנ"ל (ס"ד) בפירושו דברי הר"י לענין אם העדים חוזרים בהם מעדותם.

על כל פנים לא ראינו דיון בזה בפני ביה"ד, שדחו, כאמור, את שמיעת העד שלדברי ב"כ האשה חוזר בו מעדותו.

(אגב, חזרת עדים מעדותם נראה שגם הופך זה לדין מרומה כדדאיק בס' חמדת שלמה א"ע סי' נ"ג מנימוק ב' של הר"י, שכ' שם וז"ל:

"... משו"ה הוי דין מרומה, כיון דחזינן שהעדים אומרים להבעל הטעם להשביעם. ונראה להוציא מזה, דכל היכא דחזינן דהעדים חוזרים מיקרי דין מרומה, כיון שיש ריעותא גדולה לפנינו").

משום כל הנ"ל נראה שיש להחזיר את הדיון לביה"ד שדן בדבר, שיברר ויקבע אם האשה נאסרת על הבעל מצד שאחד"א.

כל זה ביחס לסעיף א' של פסה"ד.

בסעיף ב' של פסה"ד, שנפסק ברוב דעות, נאמר:

"האשה הפסידה כתובתה ותנאי כתובתה."

פס"ד זה מבוסס כפי הנראה על מה שנפסק בשו"ע (חו"מ סי' ל'): עדי ממונות חוץ מעדי חבלות אינם צריכים דו"ח. וכתובה ותנאיה הם דבר שבממון ע"כ אין צורך בזה לדו"ח, ומה שאומרים שאינם יודעים לא פוסל עדותם בדי"מ.

אך נראה שאין הדבר כן, וכבר נידון ענין זה בדברי גדולי הפוסקים הרמ"א והמהרש"ל, בעדי זנות, כשיש פגם בעדותם אם מצד שלא נתקבלה בפני בע"ד, ואם מצד חסרון בדו"ח, דמשו"כ לא נתקבלה לענין לאוסרה על בעלה, מה הדין לענין הכתובה. וז"ל הרמ"א (תשו' י"ב) בא"ד:

"ואין לומר דאע"ג דאין נאמנים לאוסרה מאחר שהוגבה שלא בפניה, מ"מ לענין להפסידה כתובה כדין היוצאת משום ש"ר שהפסידה כתובתה, כדאיתא פ' אלמנה ניזונת, והוא דבר שבממון הם כשרים בדיעבד... ואף לדברי הריב"ן נ' דכאן יש לפסול, דהא דאמרינן שלהי יבמות וכו' וכו' ומדנקט כתובה **למישקל** משמע דוקא במקום דאיכא למישקל כתובה, דאית בה ג"כ טעמא דחינא, כדאיתא בכתובות, אבל להפסידה כתובתה דלית בה טעמא להקל, לכו"ע בעינן דו"ח."

ושם סי' י"ג תשו' המהרש"ל בנידון:

"... ומאחר שאין לפוסלה לאוסרה על בעלה בבי"ד זה עפ"י הדיוטות ממש בלא דו"ח... א"כ אין ממשות בכל עדותיו. ואין שייך לומר דפלגינן העדות, ולומר דנהי דאינה נאסרת מ"מ הפסידה כתובתה, דלענין ממון לא בעינן דו"ח. ונבא לדחוק ולומר דאף דאין שייך הכא טעמא דנע"ד, ואדרבא אי מפסידתן כתובה בלא דו"ח עבדינן נגד הסברא, שהרי הקילו לגבה משום חינא. זה אינו, דפשיטא לפ"מ שנהוג בינינו חרם ר"ג שלא לגרש בע"כ, א"כ כל היכא דשריא לבעלה ויושבת תחתיו אית לה כתובה, כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה כדפיר'. ועוד איך יתכן לומר שהפסידה כתובתה, א"כ זינתה, ואיך שריא לבעלה. ומדשריא ש"מ דאוקמה אחזקה שלא זינתה, ואיך הפסידה כתובתה. ועוד דל"ש למימר כאן פלגינן כלל, דהא מדינא בעינן דו"ח אף

בממון, אלא שהקילו חכמים גבי ממון, ומאחר דהכא לגבי לאוסרה על בעלה בעינן דו"ח, א"כ פשיטא דמוקמינן האי איתתא לכל דבריה כדינא."

[מה שתלה בנימוק ראשון "לפ"מ שנהוג בינינו חדר"ג שלא לגרש בע"כ", והרי לכאורה, אדרבא, לפ"מ שאין יכול לגרש בע"כ אי"צ לתקנה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, כדאמרינן כיו"ב (כתובות ל"ט:) לענין אנוסה דלרבנן אין לה כתובה משום דל"ש בה התקנה, כיון דממילא אסור להוציאה. נראה ביאור דבריו, דאילו היה יכול לגרשה בע"כ, היה מקום לומר שיש לקבל עדותם לענין הכתובה בלי דו"ח, מאחר דלדעה זו בכל די"מ אי"צ דו"ח. ואף שלענין לאוסרה בעי דו"ח מ"מ להענין הממוני נקבל עדותם, דפלגינן העדות. ולזה כ' דמאחר שלגרשה בע"כ אינו יכול, א"כ אין עכשיו דיון לענין הכתובה, דממילא אינה נוטלת עכשיו כתובה. ע"כ ל"ש גם לענין הכתובה לקבל העדות בלי דו"ח. (וע' מזה דנוקט, דעצם הזנות מפסידה הכתובה, ולא רק מטעם שע"י הזנות היא נאסרת עליו ואינו יכול שוב לקיימה, דאל"ה הרי ממילא ל"ש לקבל עדותם לענין הכתובה, כיון שהסיק דלענין לאוסרה אינם נאמנים. עי' מזה בקובץ שיעורים להגר"א וסרמן כתובות אות רל"ה).

ואעפ"י שגם עכשיו יש נפ"מ לענין אי יכולה למכור הכתובה בטוה"נ, ואילו אם זינתה הפסידה נראה דלק"מ, דהרי מצד הכתובה עצמה לא היה בכלל מקום לתקן שלא צריך דו"ח כפי שהסביר בדבריו כי אדרבא זה בא לגרע כוחה, והרי בעלמא חיישינן לחינא ליפות כוחה, אלא רק אם נאמר דמצד "לא פליג" בדי"מ, נימא דגם כתובה לא בעי דו"ח, וגם כשזה בא להפסידה ולא לטובתה. אך "לא פליג" שייך אלא אם עכ"פ זה היה נוגע עכשיו ישירות לענין הכתובה. אבל בכה"ג שא"י לגרשה בע"כ, א"כ באופן ישיר אין כאן שום די"מ, א"כ ל"ש בזה גם "לא פליג". וע"כ לא הפסידה גם כתובתה, כשיבא אח"כ לידי גביה בגירושין או באלמנות].

ובדברי המהרש"ל הללו יוסברו גם דברי הבי"ש בנידון שתמהו עליו טובא בנוב"י תשו' הנ"ל וכן בבית הלוי שם, דהבי"ש (סי' י"ז ס"ק ס"ג) כ' לחלק בין עדות אשה שמת בעלה דאי"צ דו"ח מצד דאיכא כתובה למיגבי הוי כדי"מ, ואילו לענין עדי זנות אמרינן דצריך דו"ח, ולא אמרינן דמצד דאיכא כתובה להפסידה לא נצריך דו"ח. ותי' הב"ש דבעדי זנות אין נפ"מ לענין הכתובה, דאם היא אסורה עליו הרי אין לה כתובה, ואם היא מותרת נמי אינה נוטלת עכשיו כתובה. ותמה הנוב"י וכ' שדבריו אינם מחוורים דהרי נפ"מ איכא לענין טוה"נ. וכן עמד בזה בביה"ל שהעיר עוד דנפ"מ גם עכשיו לענין מזונות.

אכן, כאמור דברי הבי"ש מקורם במהרש"ל, וכוונת הדברים כנ"ל, דכיון דאין הענין נוגע עכשיו במישרין לענין הכתובה ל"ש בזה "לא פלוג". וכן י"ל דלענין המזונות הוא דבר המסתעף מעצם חיי האישות, ואין הדיון העיקרי ע"ז, אלא אם היא מותרת, וכן אם יש כאן חיוב כתובה.

עוד הקשה שם בבית הלוי למה היה לו להבי"ש לחדש סברא חדשה, והרי הדבר מבואר בתוס' סנהדרין ח: (ד"ה והביא) שכ' שם בשם ר"ת לענין עדות לאסור אשה על בעלה דבעי דו"ח משום דדמי לגזילות וחבלות.

(ובגזילות וחבלות גופא לא פסיקא להו לתוס' אם קיימת שם תקנ"ח שלא להצריך דו"ח. ואיכא בזה תרי לישני בתוס' ריש סנהדרין דף ג' ד"ה שלא, שללשון א' כתבו דגם בדו"ח שייך התקנה, כדי שתנעול דלת בפני הגזלנים, וללשון אחר אמרו דבאמת בגו"ח צריך דו"ח.

ובכל אופן שמעינן לדעת התוס' דלא אמרינן "לא פלוג". ורק בעניני ממון ששייך בהם טעם לתקנה, הוא דתיקנו. וע"כ לענין עדות לאוסרה על בעלה, לתרי לישני שבתוס' צריך דו"ח).

אך נראה דדברי הבי"ש שהם כאמור בעקבות המהרש"ל וקאו לשיטת הרמב"ן שכ' שלהי יבמות די"ל דבכל די"מ ביטלו חכמים דו"ח משום לא פליג, כמבואר בדברי המהרש"ל שכ' הדברים לפ"מ ש"נדחוק לומר דאף דאין שייך הכא טעמא דנע"ד" "לענין ממון ל"ב דו"ח". ואלה הם דברי הרמב"ן בנידון. ואילו לדעת התוס' הרי כבר נאמרו הדברים בתשו' הרמ"א (שעליו מתייחסים דברי המהרש"ל) דלשיטה זו רק היכא דאיכא "כתובה למישקל" הוא דשייך התקנה ומשום חינא, ולא היכא דאיכא להפסידה כתובתה, שם אין שום סברא לבטל הדו"ח.

מסקנת הדברים עכ"פ, הן לשיטת התוס' והן לשיטת הרמב"ן, בעדי זנות גם לענין הכתובה לא אמרינן דביטלו חכמים הצורך בדו"ח, אם משום שאין כאן שום סיבה לבטל הדו"ח, אדרבא חששו חכמים לטובת האשה, ואם משום דהשתא אין הענין נוגע במישרין לענין הכתובה. ומכיון דצריך דו"ח, ובנידון שלנו אמרו בחקירתם שאין יודעים, אין להפסידה הכתובה מכוח עדותם.

עפ"י כל הנ"ל יש לפסוק:

א התיק מוחזר לביה"ד שדן בדבר לברר ולפסוק אם האשה נאסרת על הבעל.

ב סעיף ב' מבוטל, והאשה לא הפסידה כתובתה ולא תנאי כתובה.

שאול ישראלי

אני מצטרף למסקנה הנ"ל.

בצלאל ז'ולטי

פסק דין

על יסוד הנמוקים המצורפים לתיק אנו פוסקים:

א מחזירים את הדיון לביה"ד האזורי לברר מחדש, בהתאם לנמוקים הנ"ל ולהחליט אם האשה אסורה על בעלה.

ב מקבלים את הערעור על סעיף ב' מפסה"ד נשוא הערעור, והאשה לא הפסידה לא את כתובתה ולא תנאי כתובה.

ג אין צו להוצאות.

www.eretzhemdah.org

ניתן ביום י"ח במרחשון תשל"ד.

בצלאל זולטי שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן ז : בענין מעשה כעור ועדות בלשים*[7]

זהו ערעור על פסק דין שניתן ע"י בית הדין האזורי בתל־אביב בחודש סיון תשל"א (בתיק 7619/כ"ט), בסכסוך שבין המערער, לבין אשתו המשיבה, שנמשך מאז סוף שנת תשכ"ח, והפך לתביעת גירושין מטעם הבעל על סמך עדות של בעל משרד חקירות פרטי וחברו שהעידו בפני ביה"ד על יחסי האשה עם גבר זר. פרטי העדות מפורטים בפרוטוקולים מישיבות ביה"ד שדן בדבר, ובתוך פסק הדין שניתן ע"י כב' ביה"ד כאמור.

בפסק־דין זה מסיק ביה"ד, שהעובדות שנמסרו ע"י העדים שהופיעו בפני בית הדין עדיין אינם מספיקות לראות בזה "מעשה כיעור", אלא לכל היותר "ספק כיעור". ואשר ע"כ אין לדון בה אלא מגדרי עוברת ע"ד. ובזה - בהסתמכות על פסק דין של ביה"ד הגדול (כרך ד' עמ' 365), אין גם לחייבה לקבל גט.

עפי"ז פסקו :

"האשה לא הפסידה כתובתה וזכויותיה, אך רצוי שהצדדים יתגרשו, ועליהם לנהל מו"מ להגיע לידי הסכם גירושין."

מסקנא זו אינה נראית לענ"ד :

בשו"ע (סי' קט"ו ס"ד בהגהה) פוסק הרמ"א בעוברת על דת :

"אינה יכולה לעכב על ידו שלא יגרשנה, ויכול לגרשה בע"כ, ואין בזה משום חדר"ג."

פסה"ד של בי"ד הגדול שהוזכר כנ"ל, דן בנידון דידיה מצד נימוקים שנתפרטו שם - שהבעל ידע מהתנהגותה זו ולא הקפיד זמן רב. וכן שהיה מקום לתלות התנהגותה מצד מחלתה הנפשית. ומסקנתו שם היא להחזיר לבי"ד שדן בדבר

"לבחון ולדון מחדש בעצם הענין ובכל היקפו, אם אמנם דינה של המערערת **כדין אשה העוברת על דת, והבעל רשאי לגרשה בעל כרחה או לא**."

הרי שג"כ נוקט בפשיטות שאם נקבע עליה דין עוע"ד, רשאי לגרשה על כרחה. בתוך הפס"ד אמנם מובא מס' תשובות ר' אליעזר ועוד גם מס' חלקת יעקב שפקפקו בעצם יסוד הפסק בשו"ע לענין עוע"ד, אבל נ' שגם לשיטות אלה נידון שלנו הוא ודאי בגדר עוע"ד לכו"ע.

בתשו' ר' אליעזר מעיר ממ"ש הריטב"א כתובות פ' המדיר דבעוע"ד בלא התראה אין מצוה לגרשה, וממילא דהחדר"ג בעינו עומד.

אך נ' שדבריו אינם אמורים אלא בעוע"ד שאין כאן חשש שמא זינתה, אלא שהתנהגות מעין זו יכולה לעורר חשש שמא תזנה. משא"כ נידו"ד שגם אם נקבל דעת כב' ביה"ד שעדיין אין לראות בזה מעשי כיעור, עכ"פ מידי ספק שמא זינתה לא יצאה, ובזה ודאי דיש מצוה לגרשה לכו"ע.

וכן מש"כ בחלק"י "שדין עוע"ד הוא רק כשהבעל נודע לאיש חרדי", נראה של"ש אלא לגבי דברים שהצבור מזלזל בהם ורואה אותם כהיתר. משא"כ התיחדות עם גבר זר באישון לילה בבית סגור, הוא דבר שודאי גם הגרועים יש להם קפידא ע"ז. וכמש"כ התוס' שלהי גיטין שישנם דברים "שאפילו אדם רע אינו סובל זה מאשתו, או אפילו קלה שבקלות אינה עושה כן". וא"כ איך יתכן שיהא קיים בכה"ג חדר"ג להכריחו לחיות עם רשעה זו בעל כרחו.

מסקנא דמילתא : עוע"ד מעין נידו"ד מצוה לגרשה לכו"ע, ואין בזה חדר"ג.

כן עצם קביעת ביה"ד, שאין לראות בעובדות שנמסרו ע"י העדים מעשי כיעור, קביעות זו גם היא אינה נראית.

כב' ביה"ד מסתמך על מש"כ החזו"א דכיעור הוא רק "בשינו מדרך העולם, ונכנסו לחורבה ולבית גלמוד וכו'". משא"כ בנידו"ד שנכנסו לדירתה של האשה.

אולם נ' פשוט, שדברי החזו"א הם כשנכנסו לדירה רגילה, **בזמן ובשעה** שבני אדם רגילים להכנס זל"ז. ולא כן נידו"ד, שלפי העדויות היה הדבר לאחר חצות לילה וכיבו האורות והגיפו התריסים. האם מעשים מעין אלה אינם בגדר "שינו מדרך העולם"? אתמהה.

והרי המבי"ט (סי' רפ"ז) המצוטט בפסה"ד שלפנינו מעלה שבנידון דידיה שעמדו בחוץ בלילה אין לראות בזה כיעור משום שאינו מקום סתר, ומבדיל בין עובדא דקמיה להא דהרמב"ם שנכנסו לבית והגיפו הדלת הוי כיעור כיון שאין אחרים יכולים ליכנס לשם באותה שעה. וז"ל שם :

"... ובני"ד הבראנדאדו הוא מקום מוכן לעוברים ושבים, כמו שכתבתי. ואם כן אין זה דבר מכוער שיהיו הדברים מראים שהיתה שם עבירה. אדרבא, הדברים נראים שלא היתה שם עבירה, כי אעפ"י שנכנס בהם רוח שטות, **לא יעמדו לעשות פועל עבירה במקום עוברים ושבים**."

ושונה הדבר ממקום אופל או שנתיחדו בבית מוגף

[7] הצעת פסק-דין בערעור תשל"ב\93

www.eretzhemdah.org

"דמקום אופל, היינו שאותו מקום אופל לא היה דרך לשום אדם שאינו דר שם ליכנס בו וכו', וכן נכנסו זא"ז והגיפו הדלתות, הוא מקום ייחוד וסתר, כיון שהוא **בית מוקף מכל צד, ואין שום אדם יכול ליכנס ולראות מה הם עושים**."

ומבואר בדבריו, שדין זה דבית מוגף הוא לא רק "כשנכנסו לחורבה ולבית גלמוד" אלא בכל בית שהוא סגור באופן "שאין שום אדם יכול ליכנס ולראות מה הם עושים", הר"ז בגדר מעשי כיעור.

ואין גם לחלק בין שנכנסים לבית שאינו של אחד מהם, לבין שנכנסו לדירה שהיא של אחד מהם, כמבואר שם בהמשך דבריו

"דבעינן שיראו את שניהם נכנסו או שהיה א' מהם בפנים, וכבר היה האחד שם, וזה העד לא העיד אלא **שראה שנכנסה היא לביתו. ומי יודע אם היה הוא שם או לא. כי אעפ"י שהיה דר שם**, אולי לא היה שם בבית."

רואים אנו, שהעובדא שהדירה שייכת לאחד מהם אינה מפקיעה מגדר מעשי כיעור, כל עוד היה זה באופן "שאין שום אדם יכול ליכנס ולראות מה הם עושים".

ואף לפי רע"א בתשו' סי' צ"ט המצוטטת בפסה"ד שמחלק בין שנכנסו שניהם כא' לבין שלא נכנסו רצופים, הרי בנידו"ד נכנסו שניהם יחד לבית, ושהו שם - לפי דברי העדות, כל הלילה כשהאורות כבויים, הרי זה ודאי נכנס בהגדרה של רע"א שבגוונא דא נדברו יחד

"וכל אחד נכנס על דעת חבירו, ונועדו יחדיו ליכנס למקום זה, וניכר דעצת זימה ביניהם."

ונידון שלנו כולהו איתנהו ביה, שגם נכנסו לבית והתיחדו שם באופן שאין שום אדם יכול ליכנס שם, וכן כיבו האורות, ושהו כל הלילה. אין לך מעשי כיעור יותר מזה. ובזה דינה לצאת ממנו בע"כ, ומפסידה כתובתה, כפסק הרמב"ם והשו"ע בסי' י"א.

אלא שיש לנו לדון מבחינת כשרות העדים ונאמנותם, שביה"ד לא דן בזה אלא ברפרוף בעלמא, וזה משום שלפי מסקנתו, גם בהתקבל עדותם, אין בזה לחייבה לקבל גט. אולם לפי האמור לעיל, שאם נראה עדותם נאמנת כי אז יש לחייבה בגט ולפוטרו מכתובתה, מקבלת חשיבות קביעת נאמנותם של העדים. שהרי לפי טענת האשה וב"כ שקר ענו בה, ולא לן מעולם אותו אדם זר בביתה, רק ליוה אותה עד הבית.

בהתאם לזה החלטנו ביום ב' בחשון תשל"ג, כדלקמן:

"מאחר שכב' ביה"ד לא נקט עמדה מוחלטת ביחס לכשרות העדים, אנו מחליטים להחזיר התיק לכב' ביה"ד שדן בדבר ע"מ שידון, ואם ימצא לנכון - גם יעשה בירורים נוספים, על התשלומים שקבלו ועל תנאיהם, ויחליט על כשרות העדים ומהימנותם.

רק כשתהיה לפנינו המסקנא בנידון זה, נדון ונחליט בכל מכלול השאלות המתעוררות בקשר לערעור זה".

ע"ז נתקבלה תשובת כב' ביה"ד האזורי, בו הפנה אותנו לפרוטוקולים בהם נתקבלו העדויות.

עיינו פעם נוספת בפרוטוקולים, וכאן מסקנתנו:

ראשית דברינו נעיר בזה, שבדרך כלל יש להתייחס בזהירות לדברי עדים שהפכו את הבילוש והעדויות שכתוצאה מהבילוש, למקצוע התעסקות. ברור שבתנאים כאלה, הרצון להביא למזמין עדות בעלת משקל למשפט שהלה מנהל, עשוי להביאם לעתים לחזות, ואף להעיד, הרבה מפרי דמיונם. במקרים מעין אלה אזהרת חז"ל (אבות פ"א ט): "שמעון בן שטח אומר הוי מרבה לחקור את העדים והוי זהיר בדבריך שמא מתוכם ילמדו לשקר", וכפי שנוסח בהלכה בחו"מ (סי' כ"ח ז'): "מאיימים על העדים ומודיעים אותם כח עדות שקר", יש להם משמעות מיוחדת. ואם כי, עצם העובדא של עיסוק מעין זה אין בה בכדי לפסול עדותם, כפי שכבר דן והסיק בזה בי"ד הגדול (כרך ה' עמ' 4), מ"מ הרבה יש לדקדק ולבדוק העדות אם אין בה פגם.

נבדוק איפוא את העדות כפי שנרשמה בפרוטוקול, ואת טיבה.

העד הראשון שהופיע לפני כב' ביה"ד, מר א.ש. (פרוטוקול מיום כ"ה באייר תשכ"ט) אמר בראשית דבריו:

"התלויתי למר ז. לפי בקשתו. הוא חבר שלי, ולא דברתי אתו על שכר. אני עובד בצבא".

העד השני מר ז. שהופיע לפני כב' ביה"ד, לא ברציפות לאחר העד הקודם (עי' חו"מ סי' כ"ח הנ"ל סעיפים ח' - ט'), אלא לאחר הפסקה ארוכה (פרוטוקול מיום כ"ג באדר ב' תש"ל), אומר בראשית דברי עדותו:

"אני חוקר פרטי, סיכמתי עם הבעל שישלם לי לפי שעות עבודה שאני אשקיע. גם בהופעתי כאן אקבל לפי שעות שאני מבזבז ולא אקבל לפי מדת ההצלחה".

ובפרוטוקול מיום כ"ד באדר ב' תש"ל:

"לא זכור לי הסכום הסמלי ששלמתי לחברי. רשום אצלי בפנקסים. עכ"פ התשלום לא היה כמו לעובד רגיל, פחות מעובד רגיל. עובד רגיל יכול לקבל 7-4 ל"י לשעה. לא זכור לי כמה קבל חברי. אם חברי אמר שלא קבל כלום. זכור לי שבאותו זמן נסעתי לבאר שבע ליומיים שלשה וזכור לי שההוצאות היו עלי כולל איכסונו וכלכלתו. נסענו לצורך עבודה. לא ערכתי אתו חשבונות. לא סוכם בינינו חשבון שכר. קיימים בינינו יחסי ריעות. אני מבקש ממנו והוא מבקש ממני".

בחקירה נגדית של מר ז., ע"י ב"כ האשה (פרוטוקול מיום ז' בטבת תשל"א), מופיע נגדו אדם בשם א.א. הטוען ששכרו ג"כ לבלוש אחרי אשתו, ולבסוף לא מילא התחייבותו והעיד שקר, ועפי"ז תבע ממנו חזרה שכרו והחזיר לו. וע"ז מצטדק מר ז. ואומר שמצדו מילא את אשר קיבל על עצמו אלא שלא מצא בה שום דבר רע, ולכן החזיר את הכסף. זל"ש דבריו בנידון:

"... התחלתי לבדוק מעשי אשתו. כעבור זמן דיווחתי לבא כוחו שלא מצאתי תוצאות בכיוון שביקשתי וכו'.

אמנם מכיון שכבר התחלתי לעבוד אתך (הכוונה לב"כ של מר א.א. הנ"ל, הוא עו"ד ב., המופיע במשפט שלפנינו בתור ב"כ האשה) הצעתי **להחזיר הכסף**. נפגשנו פעם נוספת **והצעתי שוב להחזיר הכסף**".

עוד בהמשך דבריו שם:

"אמרתי לו שאני מעדיף לגמור הענין, ועד יום ו' אמציא לו הכסף. **ואשמח לעשות זאת למרות שהשקעתי עבודה**".

נתחיל בניתוח העדויות מסוף הציטטה שלפנינו.

והנה גם אם נקבל את דברי ההצטדקות הללו, הרי עצם נכונותו והצעתו של מר ז. להחזיר את הכסף שקיבל ממר א.א., לפי דברי עצמו ו"שמחתו לעשות כן", "למרות שהשקיע עבודה", מעורר ספק רציני בכנות הצהרתו באשר לתנאי עבודתו בעדות שלפנינו, שלפי דבריו, הם רק לפי שעות העבודה, ולא תלוי כלל במדת ההצלחה.

ואף אם נראה דבריו אלה נכונים, על כל פנים לא פלט מהיותו בגדר נוגע בעדות להיות מעונין בהצלחת עדותו, שאל"כ הרי יחשוש שמא יעורר גם הבעל שבנידוננו תביעה מעין זו להחזרת כספו, בטענה חזקה, עפ"י התקדים שמר ז. עצמו מודה בו.

וכבר כתב הרמב"ם (פט"ז מה' עדות, והו"ד בשו"ע סי' ל"ז) שעל הדיין להעמיק לראות

"אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו, אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, הרי זה לא יעיד בה."

מכל שכן זו שאינה נפלאה ורחוקה כלל ועיקר, שהרי אמרינן עביד אינש דזבין דיניה (חו"מ סי' קמ"ו סי"ח), שאין אדם מעונין לעמוד בדין ודברים, ומבכר לזכות בדבר, מבלי שיצטרך לעמוד בדין.

[נעיר עוד שהעד לא בירר, ואף לא נחקר, על כמות הכסף שקיבל או שעמד לקבל עבור עדותו שהיתה לפי שעות; איך היה חישוב שעות העבודה, האם הובאו בחשבון רק שעות העבודה שלו, או גם של חבירו, אשר כפי שהצהירו לא קיבל, או קיבל רק סכום סמלי. והרי מסתבר, שלא ויתר לבעל עבור שעות העבודה של חבירו, ואף שיחסי ריעות שוררים ביניהם, אין ליחסים אלה ולא כלום בנוגע למזמין. ואם כן קיבל, מתעוררת פליאה, שבעוד שמר ז. קיבל גם עבור שעות העבודה של רעהו טבין ותקילין, פטר את רעהו על סמך "יחסי הריעות שביניהם" בסכום סמלי... דבר זה מן הראוי היה שיועלה בחקירת העדים, ויתכן שע"י המשך החקירה, מיד עם קבלת העדות בזה אחר זה, היה מתגלה יותר ממה שלפנינו, בהצהרת העד מר ז. על תנאי עבודתו.]

אולם גם לפי מה שאמר מר ז. בעדותו כנ"ל, שהמדובר היה על קבלת שכר לפי שעות העבודה, נראה שאין לקבל העדות מדין נוגע בדבר.

שכן, הנאמנות באשר לכמות שעות העבודה שהושקעו, על כרחך נמסרה למר ז. עצמו, שהרי לא שכר הבעל בלשים שיבלשו אחר העדים, בכדי לקבוע שאכן השקיעו שעות עבודה כפי שהם אומרים.

ואם כך, הרי גובה התשלום לפי שעות העבודה תלוי בזה, אם אמנם שקדו על משמרתם כל הלילה, כפי עדותם נגד האשה. שאם לא יעידו, שהיה עליהם לשמור כל הלילה, בכדי לראות אם ומתי האיש החשוד שהתיחד עם האשה בדירתה עזב את הבית, הרי לא מגיע להם גם שכר עבור זה לפי השעות.

נדרש איפוא, לצורך קבלת שכרם עבור שעות המשמר בשני הלילות, שמעידים עליהם, להעיד שאכן האיש נשאר שם בלילות אלה, ושלא כטענת האשה שרק ליוה אותה עד הבית, והלך לו. וא"כ הרי אין לך נוגע בעדות יותר מזה.

עדות זו פסולה היא איפוא ואינה ראויה להתקבל. יש לקבל מסקנת הפס"ד, אם כי לא מטעמו.

עפי"ז אנו פוסקים:

הערעור נדחה, ועל הצדדים לנהל מו"מ לגירושין כאמור בפסה"ד.

אין צו להוצאות.

שאול ישראלי

הצדדים התגרשו לפני מתן פסק הדין והערעור בוטל.

סימן ח: בענין עדות של עד אחד על מעשה כיעור*[8]

הערעור הוא על פס"ד שניתן ע"י כב' ביה"ד האזורי בתל־אביב ביום י"א באייר תשל"ג (תיק 9412/לא), וזה לשונו:

"א אין להתיר למשיב לשאת את המשיבה - מדין נטען (עיין שו"ע אהע"ז סי' י"א).

ב אין צו להוצאות".

אחרי עיון בחומר העדויות והטו"מ שבתיק נראה שאין יסוד הלכותי מספיק לפס"ד נשוא הערעור.

ונמסור בקצרה את העדויות שבתיק:

[8] ערעור תשל"ד\1 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו

לפנינו עדות ע"א שנשכר ע"י אשתו של המשיב לעקוב אחרי התנהגות בעלה, האומר שראה את המשיב לן בדירת המשיבה. כן הופיעה שכנה שאמרה שראתה את המשיבים הנ"ל, כשהם יוצאים מהדירה של המשיבה בשעה 8 בבוקר. ולפי העדות היה זה עוד טרם נתגרשה המשיבה מבעלה הקודם.

העד הנ"ל אמר גם, שהשתתף אתו במעקב אחרי המשיבים עוד אדם אחד, אולם הלה לא הופיע בפני ביה"ד.

המשיבים לא הכחישו את עדות העד, וכן את דברי השכנה הנ"ל, אולם טענו שישנו בשני חדרים נפרדים ולא קיימו שום יחסי אישות לפני הגירושין.

בעלה לשעבר של המשיבה, הופיע אף הוא בפני ביה"ד. בעדותו אמר, שאין כל קשר בין הגירושין שלו עם אשתו לשעבר - המשיבה, עם יחסיה עם המשיב. ולדבריו הוא משוכנע שלא היו יחסי אישות בין המשיב לבין אשתו לשעבר טרם גירושיה - הן מצד הכרתה המוסרית והן מבחינה דתית, שכן היא ממשפחה דתית.

אין חולק שמיד לאחר הגירושין עברו המשיבים לגור יחד ולקיים יחסי אישות, ואף נולדו להם ילדים.

עד כאן העובדות.

והנה אף אם ננקוט שעדות העד היא על דבר כיעור, הרי אינו אלא עד אחד (עדות השכנה, נוסף ע"ז שאין עליה תורת עד, הרי אינה אומרת רק שראתה אותם יוצאים יחד מהדירה), ובזה ההלכה מבוארת ברמ"א (סי' י"א סוס"א):

"ע"א בדבר מכוער לאו כלום הוא".

ובב"ש שם (ס"ק י"ד):

"ומותרת אף לנחשד".

וכן הוא שם בט"ז (סק"ד):

"אפילו לגבי נטען לאו כלום הוא".

ואין לנו לדון אלא על סמך הודאת המשיבים עצמם שלא הכחישו את דברי העד במה שראה המשיב לן בדירת המשיבה, אולם הן לפי דבריהם לא ישנו בחדר אחד, ולא היו ביניהם יחסי אישות, ובזה - אילו היו העדים המעידים על כיעור, מעידים גם שמכל מקום לא היו ביניהם יחסי אישות, כי אז אין זה בגדר דבר כיעור, שזהו רק כשיש לדון על פיו, שהיה שם גם מעשה זנות, וכמש"כ הרמב"ם (פכ"ד מה' אישות הט"ו):

"שהיו שם עדים שעשתה דבר מכוער ביותר שהדברים מראים שהיתה שם עבירה, אעפ"י שאין שם עדות ברורה בזנות. כיצד? כגון שהיתה בחצר לבדה וראו רוכל יוצא ונכנסו מיד בשעת יציאתו ומצאו אותה עומדת מעל המטה והיא לובשת המכנסים או חוגרת איזורה וכו'."

עו"ש ברמב"ם בענין האיסור לנטען (פ"ב מה' סוטה הי"ג):

"... ובאו עליה עדים שנסתרה עם איש זה, ובאו ומצאו דבר מכוער כגון שנכנסו אחריו ומצאוה חוגרת חגורה וכו' אם הוציאה בעלה בדבר מכוער כזה, הר"ז לא תנשא לנטען, אלא אסורה עליו."

וכזה מבואר בשו"ת רח"כ רפופורט סי' ט' שעדות עד המעיד על האשה שהיא תבעה אותו ושכב בין רגליה, אבל לא טימא אותה - אין זה בגדר עדות כיעור. כיון שאומר שלא בא לכלל מעשה, א"כ הפה שאסר הוא הפה שהתיר. והו"ד באוצה"פ (סי' י"א ס"ז). וכן שם עוד כזאת מעבודת הגרשוני סי' כ"ח שעדות שעשה עמה מעשים מכוערים אבל לא בא לכלל מעשה אין זה עד כיעור "כי מה שאנו אוסרים בעד כיעור היינו דאמרינן דודאי נעשתה עבירה".

ועוד שם באוצה"פ (ס"ק י"ג, ב') בשם שו"ת הרמ"ץ סי' ד' באשה שהודתה במעשה כיעור, אבל אמרה שלא היה שם מעשה זנות שזה בגדר הפה שאסר וכו'.

ומאחר שהאיסור להנשא לנטען הוא כנ"ל, כשיש שם עדים -

"שבאו ומצאו דבר מכוער כגון שנכנסו אחריו ומצאוה חוגרת חגורה וכו'."

בדומה לדבר מכוער של נידון הבעל "שהדברים מראים שהיתה שם עבירה" (רמב"ם הנ"ל), וכן כשיש שם קדל"פ שאסורה להנשא לנטען, גם כשלא היה עמו עדות על דבר כיעור

"אפילו בקול בעלמא כל היכא דאיכא לעז" (ח"מ שם סק"ד)".

מכל מקום הרי זה קאי על ההגדרה של "קול" שברמ"א (והוא מהרמב"ם) דהיינו שאמרו:

"פלוני זינה עם פלונית."

ולשון זה משמע דבעי קול זנות ממש, ולא סגי בקול על דבר כיעור (אוצה"פ שם ס"ק כ"ט).

א"כ נידון שלפנינו שלא נתקבלה שום עדות שיש שם קול שזינתה, ובענין הכיעור שהודו בעצמם, הרי הוא הפה שאסר וכו' שלא היה שם מעשה עבירה. ואילו מצד עדות העד, אין זה אלא ע"א שאינה נאסרת בגללו גם לנטען. א"כ לכאורה אין יסוד הלכותי מספיק לאוסרה להנשא לנטען.

אך כל זה אינו, שכיון שיש כאן עד המעיד על מעשי כיעור, אם כי אילו היו מכחישים אותו לא היתה נאסרת מכוח עדותו, כל כה"ג שהם מודים לדבריו, אלא שטוענים שלא היה שם מעשה זנות, אין בזה גדר הפה שאסר הפה שהתיר, אלא גדר מיגו שהיו יכולים להכחישו. ובזה, רק כשאין המיגו במקום רגלים לדבר או במקום חזקה הוא דנאמן, אבל כשהמיגו הוא במקום רגלים לדבר או במקום חזקה לא אמרינן (תומים קיצור כללי מיגו, כלל פ"ג וכלל מ"ח).

וא"כ בניד"ד, כיון דע"י מעשה כיעור "הדברים **מראים** שהיתה שם עבירה", א"כ ה"ז מיגו במקום רגלים לדבר או לכה"פ בגדר מיגו במקום חזקה, שהיא בעיא דלא איפשטא (ב"ב דף ה' ב, ויבמות דף קט"ו א) דעבדינן לחומרא (רא"ש

יבמות שם, וע"ע שם תוס' ד"ה או, ור"ן לקידושין דף ס"ד במי שאומר יש לי בנים, וקיצור כללי מיגו לכנה"ג בתומים, ס"ב - ס"ד).

וכיון שהדיון הוא אם להתירה להנשא, יש לפסוק לאיסור, וצדק כב' ביה"ד במסקנתו.

שאול ישראלי

פסק דין

לפיכך אנו פוסקים:

א דוחים את הערעור.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום ט"ז בתמוז תשל"ה.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן ט : בענין שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ובדין אמתלא*[9]

ערעור על החלטת בית הדין האזורי בתל־אביב שניתנה ביום כ"ט באייר תשל"ג (תיק /8293לג), בה קבע ביה"ד כי אין הוא יכול לשנות את ההחלטה שניתנה ביום י' באדר תשכ"ט בתיק /1778כט וביום א' באייר תשל"ג /167לג לפיה המערערים אסורים לחזור זה לזה.

לאחר עיון בחומר שלפנינו ובדברי האיש והאשה, נ"ל שיש להתירם להנשא זל"ז. התביעה המקורית של האשה לגירושין היתה בגלל חוסר כ"ג של הבעל. ומחמת הכחשת הבעל והאשמתו את האשה בבגידה הודתה שאכן כך היה. אולם כאן לפנינו אמתלא מתקבלת עה"ד, שכיון שהבעל היה מוכן לגירושין על סמך טענתו הוא, והיא הרי רצתה להתגרש ממנו, א"כ הודאתה יכולה להתפרש שהיתה מטעם זה גרידא. וכן יש מקום לקבל טענתה שהיתה חולת נפש ודבריה נאמרו באותה שעה שלא בשיקול דעת מלא. עובדא היא שלאחר הגירושין בהופיעה בפני ביה"ד הכחישה מכל וכל את ענין הבגידה, ובזה היא מחזיקה בכל תוקף בכל הופעותיה, בפני ביה"ד האזורי ובפנינו. וכן מסבירה את דבריה הראשונים שנאמרו מתוך אי שפיות דעתה, וכפי האישורים שבתיק אכן היתה בתקופה מסוימת בטיפול של בי"ח לחולי נפש.

ואין לדון בדבר אלא מצד דברי הבעל שגם בבואם לפני ביה"ד להרשם לנשואין שנית אמר "עם האמריקאי חייתה רק פעמיים", ומסתמך בידיעה זו מפיו של ז. שנשכר לעקוב אחר האשה, וכפי שאמר: "אפשר לסמוך מה שאמר... ואני מאמין לו". הדיון הוא איפוא מצד שאחד"א, לא עפ"י ראייתו עצמו, שבזה ודאי היה צריך לאמתלא ברורה מתקבלת על דעת ביה"ד, אלא על סמך דבריו של העד.

והנה בזה איתא בגמרא מחלוקת בין אביי ורבא (קידושין פ"ו.), שלדעת רבא ולפסק הלכה רק "אי מהימן לך כבי תרי", הוא שנאסר בדבריו שיש כאן דין דשב"ע שאינו פחות משנים, וע"כ גם השאחד"א הוא רק בתנאי זה שהאמינו עליו כשנים. והלשון "אני מאמין לו" עדיין אין בו משמעות שמאמין אותו כשנים. שהרי אביי כך פירש את דברי שמואל שם "אי מהימן לך", שהכוונה "אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא", היינו שנראה הוא בעיניו כאדם כשר, אבל לא נתן לו נאמנות של שני עדים, אלא נאמנות רגילה של ע"א.

ואפילו אם נראה דבריו ש"מאמין לו" כניתנים להתפרש בשני פנים - גם שמאמין לו כשני עדים, מה שאינו מוכרח כלל, עכ"פ נראה שכל כה"ג נאמן הוא לפרש דבריו, שהרי פירוש דבריו הראשונים מתקבל גם בדיני ממונות אעפ"י שבדרך כלל אין אמתלא מועילה בדי"מ (חל"מ סי' קט"ו סקכ"ב וב"ש שם חו"מ סי' קמ"ו סכ"ד). אמנם בדי"מ אין מועילה אמתלא גם לפרש, רק אם לא אמר דבריו הראשונים בפני בי"ד. אולם נראה שבעניני איסור, דקיל טפי ומהני אמתלא בכל גווני, כל כה"ג דני"ד שמפרש דבריו ואומר שכל מה שאמר קודם היה "מפני שהשכנים הכניסו לו בראש שצריך לעקוב אחריה", "אבל התברר לו שאין לסמוך על שום איש", הרי דבריו מפרשים דבריו הראשונים שלא האמין לו באופן מוחלט, רק בהסתמך על השכנים, ועכשיו, כפי טענתו, נתברר לו שאין ממש בדברים, יש לקבל זאת כאמתלא מפרשת מספקת.

וע"ע במיוחסות סי' קל"ג שגם באומר שמאמין לע"א אינה נאסרת עליו מה"ת, ו"כי א"ל שמואל זיל אפקה, כדי שלא יהא לבו נוקפו, א"נ חייב לאפוקה בבא לצי"ש".

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

הצדדים נשואים משנת תשי"ח ולהם בת, שנולדה בשנת תשי"ט. האשה הגישה בשנת תשכ"ג בקשה לגרושין, ולפי דבריה שם הבעל הסכים לכך. אז היא כתבה: הבעל לא בסדר וקשה לו לחיות חיי אישות. הוגש גם הסכם גרושין בין הצדדים, אך ביום הדיון לא הופיעו והתיק נסגר, (תיק /3314כג).

(כן נראה מחו"ד משרד הסעד בתיק /1778כט, שהוגשה שוב בקשה לגרושין בתיק /2821כו).

[9] ערעור תשל"ג\167 בפני כב' הדיינים : הרב עובדיה יוסף - נשיא , הרב שאול ישראלי , הרב מרדכי אליהו.

www.eretzhemdah.org

ושוב בשנת תשכ"ט הגישה האשה בקשה לגרושין בהסכמת הבעל, תיק /1778כט. ביום ט"ו בטבת תשכ"ט הופיעו הצדדים לפני ביה"ד והאשה טענה נגד כ"ג של הבעל, הוא קבל זריקות מהרופא וכך נולדה הילדה. היא טענה בין שאר דבריה שמאז שנולדה הילדה, הבעל לא חי אתה חיי מין, והם גרים יחד כאח ואחות. בשנת 63 רציתי להתגרש (תיק הכ"ג דלעיל). בשנת 66 רציתי להתגרש (תיק החסר המוזכר לעיל). התרגלתי לחיים בלי בעל, כעת רוצה להתגרש.

הבעל אמר אז שהוא מוכן להתגרש, והוא הודה שמטבת 63 לא חי עם אשתו חיי אישות. "**הואיל וחייתה עם גברים אחרים, וגם כיום חיה עם גברים אחרים**".

והאשה ענתה שנכון חיתה עם גבר אחר, ולא יודעת את שמו. "הואיל והצטרכתי לגבר, חייתי גם עם גבר אחר. איני יודעת שמו. במלון דן חייתי עם הגבר".

והבעל הוסיף אז ואמר "הילדה ראתה שהיא חיה עם גבר אחר".

האשה: "זה לא היה בפני הילדה". "עכשיו גם כן חייתי עם גבר גם כן במלון דן. חייתי איתו גם כן רק פעמיים".

הבעל: "בבית חייתה גם אתו".

האשה: נכון אבל הילדה לא היתה בחדר השני.

הבעל הוסיף מאז **המקרים** האלה איני חי אתה זה שש שנים.

וביה"ד דבר עם האשה בנפרד ואז היא אמרה את שמו של התייר, ח. מארה"ב.

ביום י"ב באדר תשכ"ט הוגש הסכם לביה"ד וביה"ד אשרו. וכתב בשולי פס"ד בהחלטה נוספת, לביה"ד לגיטין, לכתוב בתעודת הגרושין של הצדדים כי אסורים לחזור זה לזה.

ובהוראה נכתב למזכירות כותבים לעיין בהערה, ולסדר הגט **בהקדם**.

בזה נסתיים הטיפול בתיק זה, בלי שהצדדים נתגרשו.

בתשרי תשל"ג שוב פנתה האשה לביה"ד בבקשה לגרושין, תיק /467לג, ושם היא כותבת חיינו כאח ואחות, "אני מודה **שבגדתי** בבעלי **כמה** פעמים". והיא מתרצת מעשיה אלה בלשון זו "הוא הביא אותי לידי כך. עבירה ופשע חמור בגלל שאף אשה בריאה אינה יכולה לסבול לחיות חיי נשואין ולהשאר **אך ורק אחות**."

ביום ז' בכסלו תשל"ג, בהופיעם לפני ביה"ד, לא דברו על נושא זה כי הגישו הסכם לגרושין, והם נתגרשו ביום כ"ב בטבת תשל"ג.

ביום א' באייר תשל"ג הגישה האשה בקשה להיתר נשואין עם הבעל, ושם היא כותבת "שקרתי בפני ביה"ד מה שאמרתי שבגדתי בבעלי". "לא היה לי שום קשר עם גבר אחר מעולם". באותו יום הם הופיעו לפני ביה"ד ואז אמר המבקש, "עם האמריקאי חיתה רק פעמיים". כך הוא יודע מפיו של בנו של ז., שהוא נשכר לעקוב אחר האשה, והוא תפס אותם יחד במטה וצלם אותם. "אפשר לסמוך מה שאמר... ואני מאמין לו". ובאותו יום אמרה המבקשת שזה היה שקר מה שאמרה שהיא בגדה בבעלה. והמבקש חזר ואמר בנוכחות המבקשת, **רק פעמיים היא בגדה בי**. דהמבקשת שוב הכחישה וביה"ד החליט לאוסרם, והוא הסתמך על שנאמר בתיק /1770כט:

"לפי החומר ההחלטה שבתיק /1778כט, ביה"ד מחליט כי הצדדים אסורים לחזור זה לזה".

ושוב חזרו הצדדים לביה"ד ביום כ"ג באייר תשל"ג, ושם אמר המבקש "**כי הוא מוותר לה**. ז. לא יכול היה לצלם, התריסים סגורים".

וביה"ד פסק ביום כ"ט באייר תשל"ג (תיק /8293לג), כדלהלן:

> אין ביה"ד הזה יכול לשנות את ההחלטה שניתנה ביום י"ב אדר תשכ"ט בתיק /1778כט וביום א' באייר תשל"ג בתיק /467תשל"ג.

וזה פס"ד שהוא נשוא הערעור.

בכתב הערעור אמר ב"כ שהאשה היתה מאושפזת בבית חולים ואין לסמוך על דבריה, וביום בשבט תשל"ד, אמר ב"כ בפנינו שהאשה לימדוה להגיד שבגדה. והמבקש אמר "אני לא האמנתי אף פעם שבגדה בי". השכנים הכניסו לו בראש שצריכים לעקוב אחריה, ולכן ביקש מז. שיעקוב אחריה. "אבל התברר לי שאין לסמוך על שום אדם". המבקשת אמרה שהיא מוכנה להישבע בס"ת שהיא לא בגדה בבעלה. והמבקש עונה לשאלת ביה"ד הזה, הרי בפרוטוקול כתוב שהבעל מאמין לדברי ז., והוא ענה כל מה שכתוב בפרוטוקול אינו נכון, שקר וכזב, ובקש לתקן את הפרוטוקול. וביה"ד לא רצה. ושוב ענה לשאלת ביה"ד זה על מה שאמר לפני ביה"ד האזורי והוא **אומר לא אמרתי מה שכתוב שם**.

לפי מה שמתברר מכל התיק יוצא שלא היתה כאן בעיה שהבעל לא רצה לגרש, ולכן היתה צריכה האשה להמציא סיפור של בגידה כדי שיאות הבעל לגרשה, או שהאשה סירבה להתגרש והבעל המציא את הסיפור של הבגידה בכדי שתסכים להתגרש, (וזה הוא אחת מהאמתלאות שלהם). כי הרי בהופיעם בפעם הראשונה לביה"ד האשה לא סיפרה מאומה מזה רק טענה על כ"ג של הבעל, ותבעה גט, והבעל אז באותו מעמד הסכים לגרשה. רק על דבריה שהיא טענה שהוא לא חי אתה חיי אישות מחמת מחלתו, הוא טען שהוא לא חי אתה בגלל הבגידה, ועל המעשה היא הודתה. וכפי מה שכתוב שם לא מדובר על מקרה בודד של בגידה אלא על מקרים חוזרים ונשנים. על עובדות שונות ובמקומות אחדים. ועל הטענה שהאשה חלתה ואושפזה בבתי חולים, הרי לפי התיק יוצא שהיא הודתה בשנת תשכ"ט ובשנת תשל"ג, ולא הוכח שבשנים אלו היא היתה אז חולה. ואם נקבל את התירוץ והאמתלא הזאת מפי האשה, הרי אחרי הגרושין אומר המבקש מפורש שהיא בגדה בו ויש מי שראה והוא מאמין לו, ועתה אין הוא אומר אמתלא למה אמר שהוא מאמין לו אלא הוא מכחיש שאמר אי פעם דברים כאלו. אז הרי אין כאן אמתלא **למה אמר** אלא הוא חוזר בו ממה שאמר. והעד שבא לפנינו והעיד שלא אמר לו אף פעם, אין בו כדי להתיר כי הוא אינו זוכר פרטים מדוייקים, ועוד

www.eretzhemdah.org

הוא אמר שהוא ראה אותה עם גבר אחר, אך לא ראה אותם באופן האוסר. ובר מן הדין, מי שאמר שפלוני אמר לו ואותו פלוני מכחישו, יש לעיין אם זה שוה למחלוקת הרא"ש והרמב"ן יו"ד קס"ה, יו"ד ק"מ, אה"ע קט"ו. ועיין ב"ש וח"מ שם, והגר"א בהגהותיו.

וגם האמתלא שלו צריכה להיות אמתלא, ולא שיכחיש בלבד. וכן האשה לא מועיל האמתלא שאמרה שהיתה בטירוף כשאמרה כן, עיין פ"ת קט"ו ס"ק ל"ו "דמה שאומרת שמתוך טירוף הדעת אמרה שזינתה אין זה אמתלא הניכר לב"ד". ובפרט שכאן איירי שכבר גירשה ואינו יכול להחזירה בלי אמתלא שתתקבל על דעת ביה"ד, כדברי הרמב"ם פ"ט אישות "וראינו ממש בדבריה", וכן בשיטה מקובצת כתובות כ"ב "בדברים הנכרים לנו אמת".

ואיזה אמתלא יש לאשה, שתתקבל על דעת ביה"ד, הרי ביה"ד האזורי שדן בדבר והוא שמע את הודאותיהם, וכן האשה כתבה במפורש בכתב התביעה שהיא בגדה בבעלה והיא הרי נותנת טעם וסיבה מדוע עשתה זאת, ואף שנפסק ב-קט"ו סע' ח' שאין חוששים לדבריה הרי במקום שיש רגלים לדבר כן חוששין והיא נאמנת, ובפרט שהאמתלא מועילה רק אם לא עשתה מעשה, עיין יו"ד קס"ה וס' א' שם. אבל אם עשתה מעשה ובפרט כתיבה שנמסרה לביה"ד, הרי נפסק בשו"ע חו"מ פ' סע' ב' יש אומרים שלאחר שכתב טענתו בשטר אינו יכול לחזור ולטעון, ואפי' בנותן אמתלא ואפי' לא הוכחשו, והוא מהנמ"י והרשב"א. ועיין לסמ"ע שם ובסי' י"ג ס"ג ואפי' אם ניתן לה כל דילה ונאמר שהיא היתה חולה בזמן שאמרה, והיא היתה נשואה בזמן שאמרה וכתב שלה אינו כתב המחייב וכו', הרי יש עדיין דברי הבעל שאמרם בזמן שהיה נשוי אתה אין לו שום אמתלא שעיניו נתן באחרת, כי דבריו נאמרו לאחר שהוא והיא היו מוכנים להתגרש, ובפרט שחזר אח"כ ואמר הדברים לאחר הגרושין, ואינו היום נותן אמתלא למה אמר כן, אלא שמכחיש ואמר לא אמרתי וכאומר לא פעלתי און ואיזה אמתלא יש לו עתה. אלא שהוא בדבריו סמך על עד בשם ז. והוא מאמין לו. והעד כשהופיע בפנינו לא העיד שראה אותם באופן האוסר, ולכאורה היה אפשר לדמות דין זה למה שפסק מר"ן באה"ה סי' י"ז סעי' ח' וביור"ד סי' קפ"ח סעי' ג' בהגהה שאם אמרה משמו של החכם ובא והכחישה הרי החכם נאמן, וכן פסק כאמור בסי' י"ז ומקורו מהרמב"ן שכתב שכך קבל מרבותיו "כל עד מפי עד אם בא העד הראשון ומכחיש אותו הראשון נאמן". ומביאו הרא"ש בשבועות וכתב עליו וכן מסתבר, וכן כתב הר"ן בכתובות, ואילו באה"ה בסי' קט"ו פסק מר"ן בשו"ע סע' א' "או שמכחשת החכם שאומר שלא תקן לה והיא אומרת שתיקן לה נאמנת". וזה על סמך סברת הרא"ש כתובות ע"ב ומקורו מהירושלמי שם. וכתב הב"י שם "דאין להפקיע ממון אלא בעדים". והוסיף שהר"ן כתב "אבל מדברי הרמב"ן נראה שהכהן והחכם נאמן". ולכאורה השו"ע סותר את עצמו שבסי' קט"ו פסק כהרא"ש ואילו בסי' י"ז פסק כהרמב"ן, וכבר הרגיש בזה בב"י סי' קפ"ה, וכתב שיש לחלק בין ממון לאיסורא, וכן נראה לפרש דברי הרא"ש. והסביר את דבריו העז"נ י"ז ס"ק ס"ו:

"כוונתו דהרא"ש בפרק שבועת העדות הביא דברי הרמב"ן, ובפרק המדיר כתב הרא"ש כדעת הרשב"א וכי היכי דלא תיקשי דברי הרא"ש אהדדי צריך לחלק דלענין איסורא כ"ע מודו כדברי הרמב"ן דלא מהימנא, אך לענין פסידא דכתובה פליגי עליה דהרמב"ן וס"ל דאין החכם נאמן. גם ראיתי בהרח"ש דף ג' ע"ב שכתב חילוק הנז' מדעת עצמו וכן הם דברי מר"ן הב"י י"ד סי' קפ"ה, וכ"כ הפרישה סי' קט"ו בשם הב"י וע"ש".

הרי שסברתו היא שלעולם פוסקים כהרמב"ן שקבל מרבותיו שהעד הראשון נאמן אבל לענין להפסידו ממון אינו נאמן. ועיין למהרח"ש המובא בעז"נ שם שהוא מחלק בין להוציא מהחזקה ובין לקיים את החזקה שבענין כתובה שהעד מעיד ומפקיע ממנה חזקת כתובתה אינו נאמן. ובאילו בסי' י"ז ששם היא מוחזקת באה"א ובאה ואומרת שפלוני אמר שמת בעלה ואותו פלוני מכחישה הרי העד בא לקיים את החזקה ולכן הוא נאמן, וע"ש. ועיין עוד שם שהביא מתשובת מר"ן שסותר למה שפסק בסי' י"ז וז"ל:

"וראיתי בתשובת מר"ן דף ק"ט ע"ב דכתב שם מסברא דנפשיה בפשיטות כדברי ריא"ז דהאשה מהימנא אעפ"י שבא העד והכחישה שלא אמר מת ודקדק לדינו מההיא דפ' שבועת העדות והביא דבריו בס' ח"מ בקונטרס עגונות דף כ"ז סי' ק"ב והם דברים תמוהים דאיך נעלם ממרן ז"ל כשכתב אותה תשובה דברי הרמב"ן דכתב דלא מהימנא וגם על ס' ח"מ יש לתמוה איך לא הרגיש בתשובה זו סותרת מ"ש כאן ע"פ ס' הרמב"ן וצ"ע".

ואח"כ הוסיף וכתב:

"ואע"ג דמרן בתשובה הנז' הפריז על המדה להתיר באשה ששמעה מעד אחר דבעלה מת דאע"ג דהכחישה מהימנינן לה ופשיטא דלא קיי"ל כתשובה הנז' וכמ"ש הרח"ש על דברי ריא"ז מ"ולגבי ישראל המעיד מפי גוי ושוב הכחישו הגוי אזלינן להקל".

ודברי הב"י מופעים בשו"ת ב"י דיני גוי מסל"ת ד' (בדפוס ירושלים עמוד רפ"ד) וז"ל:

"ועדיין נראה לומר שאין עדות זו כלום מפני שחזר בו הגוי וכחש שלא ראה ולא ידע בכל אלה מעולם. ותניא בתוספתא דסנהדרין העדים יכולים לחזור בהם עד שתחקר עדותן בב"ד...

... ואין לחלק ולומר דהיינו דוקא בעדים כשרים להעיד אבל בגוי מאחר שהוא פסול לכל העדויות שבעולם ולא הכשירוהו אלא לעדות אשה משום עגונא, להתיר בנאמנוהו ולא לאיסור, דהא תנן בפרק האשה שלום עד אומר מת ושנים אומרים לא מת אע"פ שנשאת תצא, ואוקימנא לה בגמרא בפסולי עדות וכדרבי נחמיה דאמר כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הלך אחר רוב דעות וכו'".

ואח"כ הביא מתשובת מהרי"ק קכ"א שגוי להתיר נאמן ולא לאסור וכן משמע מתשובת הרשב"א. והוסיף ע"ז הב"י שם שצריכים להסביר את דברי הגמרא ביבמות הנז' שמחלק בין פיסול של עבד ואשה שאיתנהו במצוות לפיסול של גוי ואח"כ הביא עוד סברא לומר דלא מהני חזרת העד הגוי כי בעדות אשה עם אמירתו לה הוי כנגמרה העדות שהרי היא יכולה להעיד שבעלה מת, ולכן כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד. וכתב:

"הלכך כל שבא עד להעיד בבית דין ששמע מפי פלוני שנהרג פלוני או שמת אעפ"י שהעד הראשון חזר בו קודם שנחקור עדות שום אחד מהם בב"ד אין חוששין לו וסומכים על דברי העד המעיד ששמע כך מפיו".

ועוד חלק בין אם העד הראשון חזר ואמר שלא מת ובין אם העד אומר שלא אמר דבר (שיש עד שאמר) בזה אין העד הראשון נאמן. וכן חלק בעדות גוי שבעינן לפי תומו להתיר וכן לאסור אבל אם באחד מהם אינו מסל"ת לא נאמן. ואח"כ כתב במסקנא:

"מכל הני טעמי נראה שחזרה שחוזר בו לאו כלום הוא וסומכין על דברי הישראל שמעיד ששמע מפיו שנהרגו".

וא"כ לכאורה אין להקשות על דבריו כי בשו"ת לא סמך רק על הסברא שעד מפי עד פוסקים שהראשון נאמן ולא מוציאין אותה מחזקתה, כי שם איירי ההיתר בצירוף כמה וכמה טעמים. ויש עוד לעיין.

אבל נראה שאין הנידון דומה לראיה ששם איירי שהראשון העיד על דבר המתיר ואח"כ אומר שלא אמר, אבל הבעל אומר שהעד הראשון אמר דבר האוסר והוא אמר שהאמינו, ואח"כ בא העד הראשון ומכחישו, יתכן ואפי' לדעת הרמב"ן יודה בזה שהבעל דבר נאמן ולא הראשון אא"כ יש לו אמתלא מבוררת. ויש לכאורה הוכחה לכך ממה שכתב הרמ"א בסי' קט"ו ס' ו' משם המהרי"ק פ"ב שאם עד מעיד שהאשה אמרה לו שהיא אסורה לבעלה ואח"כ היא מכחישה אותו היא הנאמנת. והסבירו הפוסקים דבריו דהיינו מטעם שיש לה אמתלא שעיניה נתנה באחר ואילו היה המקרה לאחר הגרושין אין מקום לאמתלא זו.

ועיין לפ"י שם ס"ק ל"ט שהביא משם רע"א סי' צ"ט שכן הבין בדברי הרמ"א וכתב ע"ז שלא משמע כן מדברי המהרי"ק אלא בעד אחד מספיק אם היא מכחישה ואין צורך באמתלא.

וזה לשון המהרי"ק:

"ויש אומרים שהודתה הילדה לפני עד אחד... לפי הנשמע הילדה כופרת ומכחשת כל האומר שהודתה מעולם...

ונלע"ד דבר משום שאם אין לו עד אחד שמעיד על הודאתה והיא מכחשת דפשיטא דלא מהימן דבכל התורה עד אחד בהכחשה לא מהימן ומזה אין צריך להאריך כלל. ולא עוד אלא אפילו הוי תרי סהדי דמסהדי סהדותא בכך לא מתסרא דחישינן שמא עיניה נתנה באחר...".

ומשמע מזה שאם עד אחד מעיד שהיא הודתה היא יכולה להכחישו בלי שום אמתלא ובלי הטעם שנאמר בעת הודאה עיניה נתנה באחר, והטעם הזה צריך רק אם יש שני עדים המעידים שהודתה לפניהם. ועיין לח"מ ולב"ש שם.

ועיין שם בשו"ת רע"א סי' ק' מה שכתב ע"ז בעל בית מאיר:

"מ"ש מר ד"ה ואף המכחישתו להעד הזה וכו', בודאי... ומ"ש רומעכ"ת, וכ"מ לשון הגהת ש"ע, דהוא אמת. אמנם מ"ש מר דהמעיין במהרי"ק גופיה וכו' בזה לענ"ד הוי כשגגה יוצאת מלפני השליט ואגב ריהטא כתב כן, דהרי המהרי"ק שם כתב נמי ואפי' יאמר הבעל שמאמין להעד גם יאמר שמאמין להודאתה. מ"מ לא יהא נאמן להפסידה כתובתה. הרי מבואר דשוייה אנפשה חד"א מועיל אף שהיא הכחישה להעד שמעולם לא הודית וכו'".

ועיין שם בס' ק"א שהסכים להב"מ שלדעת המהרי"ק עד אחד והבעל מאמינו שוי אנפשיה ח"ד, ועיי"ש.

יוצא מכל הנ"ל שהאשה צריכה לאמר בעד אחד אמתלא או משום עיניה נתנה באחר וכן משמע מהגהת השו"ע הנ"ל ולפי דברינו לעיל הרי נפסקה ההלכה שאם אדם אומר משם עד אחר והראשון מכחישו הראשון נאמן, וא"כ ל"ל טעמא של עיניה נ"ב, תיפוק ליה מה שכתב הרמב"ן שקיבל מרבותיו שעד מפי עד, הראשון נאמן, והעד השני כמאן דליתיה דמי. אלא מכאן סיעתא שכל זה איירי שהעד אומר דבר מפי האחר להתיר הא אם אמר מפי עד אחר לאיסור והבעל מאמינו, הגם שהראשון שאמרו מפיו חוזר בו, העד השני נאמן אם לא שנאמר עיניה נתנה באחר. ויש עוד לעיין.

ויש לעיין בדין המובא משם מהר"ם פאדוה ל"ד ברמ"א קט"ו ס"ו בסופו בענין

"אשה שאמרה לבעלה שזנתה אע"פ שאינה נאמנת אם עמד וגרשה אסור להחזירה ואפי' אם החזירה יש לחוש".

והסבירו הח"מ והב"ש שם וכן הגר"א שם דהיינו "**עומדת בדבריה**" לאחר שגרשה, אך אם חזרה מדבריה הראשונים ואומרת שהיא טהורה ונותנת אמתלא לדבריה אז נאמנת. וכאמור מקור הדין הוא מתשובת מהר"ם פאדוה. ויש להבין מה שאמרו המפרשים "עומדת בדבריה"...

מה פירוש **עמדה**, היינו שאחר הגירושין שתקה ולא אמרה דבר אז אנו אומרים ממה שלא הכחישה ולא חזרה בה מדבריה הראשונים הוי שהיא עומדת בדבריה, או שכונתו עמדה היינו שאמרה לאחר הגירושין שהיא טמאה היתה. לכאורה נראה מדברי הנוב"י א' סי' מ' כפירוש הראשון שכתב וז"ל.

"ובב"ש קט"ו ס"ק ל"א שכתב והיינו שעמדה בדבריה אין כוונתו שעדיין עומדת בדבריה שזה מילתא דפשיטא היא, אלא כוונתו שאחר הגירושין לא חזרה מדבריה, שאם חזרה מדבריה תכף אחר הגרושין היה מהני אמתלא, אבל כיון שאחר הגרושין תכף לא חזרה בה שוב לא מהני אמתלא."

הרי שלדעת הנוב"י אפי' אם היא לא אמרה דבר אחר גרושיה היות ולא הכחישה הוי כאילו אמרה שהיא אסורה עליו ולא מהני אמתלא. אבל הפלא הוא שהרי הב"ש כתב במפורש שמקור דבריו "כמ"ש שם בתשובה", וכוונתו על תשובת מהר"ם מפדואה שהיא מקור לדברי הרמ"א, ומהתשובה בלשונה משמע שלא כדברי הנוב"י, וז"ל מהר"ם מפדואה סי' ל"ד:

www.eretzhemdah.org

"אשתו של ראובן ספרה לבעלה איך זינתה עם שמעון לפני כמה שנים... לקח עצה מיראי ה' ויעצוהו לגרשה וכן עשה, ולא אמר משום שם רע אני מגרשך וכו' וגם לא אמרו לו הוי יודע שהמוציא אשתו משום שם רע לא יחזירנה וכו' והמגרש אמר שמתחילה שגרשה היה בדעתו להחזירה באשר אמו אמרה לו על שם מורה שהדין הוא כך שיכול אח"כ להחזירה, וכן עשה והחזירה, והיא חביבה עליו... כי אמר שאין להאמינה כי שמא עיניה נתנה באחר זהו תוכן השאלה... ואם באנו לאסור משום הודאות פיה הלא הלכה כמשנה אחרונה בסוף נדרים ואינה נאמנת דשמא עיניה נתנה באחר. אמנם העיקר חסר מן הספר של אגרתך אשר שלחת לי שלא כתבת לי מה אמרה היא בין גרושין ללקוחין שנים אם עמדה בהודאתה טרם נעשה ליקוחים שניים או חזרה בה ונתנה **אמתלא לדבריה הראשונים**, וזה היה ראוי לחקור עליו כי אם עמדה בהודאתה בשעה שהיתה פנויה טרם שבה לביתו בזה אין דעתי מסכמת להתירה כלל כי זיל בתר טעמא של משנה אחרונה דשמא עיניה נתנה באחר וזו טרם שחזר לקחת אם היא עדיין בהודאתה בטל טעם זה כ"א עיניה נתנה באחר או שמאוס עליה מטעמים הנזכרים מי הכריחה עתה לשוב ולהיות לו לאשה הלא היתה ברשותה אז ועם כל זה היא **קיימת בדיבורה הראשון שזנתה תחתיו** ותהיה נאמנת כמשנה ראשונה..."."

שמענו מתשובה זו דברים ברורים שמה שאמרו הח"מ והב"ש עמדה בדיבורה היינו שאחר הגירושין חזרה ואמרה שהיא היתה טמאה, ועתה בעת שרוצה לחזור לבעלה חוזרת ואומרת טהורה אני, אז לא מועיל אמתלא שהיה הבעל מאוס בעיניה או עיניה נתנה באחר כי מדוע חזרה ואמרה כן בעת שהיא פנויה, אבל אם אחר הגרושין לא אמרה מאומה ובעת שרוצה לחזור לבעלה הראשון אומרת טהורה אני ונותנת אמתלא למה אמרה בעת הנשואין טמאה אני לך היא נאמנת. ומוכרחים להסביר הטעם מדוע היא נאמנת ולא מזכירים כאן המחלוקת של הראב"ד והי"ה האמור להלן, כי בהיותה נשואה לבעל לא הועילו דבריה לגביו מאומה וכל עוד לא חזרה ואמרה אחר הגרושין שהיא טמאה יכולה ליתן אמתלא כל שהיא והיא נאמנת (ומכאן מוסבר ספיקו של ההפלאה ק"א קט"ו ס"ק כ"א שאם אחר הגירושין חזרה ואמרה טהורה הייתי ולא נתנה אמתלא למה אמרה טמאה אני אם היא נאמנת כי אם נאמר שדבריה כמו שאינם דמי לגבי הבעל או נאמר שכל עוד שהיא נשואה והיא משועבדת לו דבריה כמו שאינם ואילו לאחר הגירושין חוזר וניעור האיסור והיא אסורה לו עיי"ש).

ההפלאה שם וכן הנוב"י שם רוצים לדמות מעשה נתינת הגט לאשה כמו שעשתה מעשה ולא מועיל אמתלא כמו שפסק השו"ע יו"ד קפ"ה בענין אשה שלבשה בגדי נדותה דלא מהני אמתלא כי עשתה מעשה וכתבו שזה תלוי במחלוקת הט"ז והש"ך ביו"ד א' וביו"ד קפ"ה אם מועיל אמתלא על המעשה שעשתה או לאו ועיין שם.

אך לכאורה יש לעיין, הרי כולם מודים שאם הוחזקה בעיר ל' יום לא מהני אמתלא, ועיין בסי' י"ט בח"מ ובב"ש ובפ"ת שם וא"כ הרי האשה הוחזקה יותר מעשרה חדשים שהיא אסורה על הבעל וכן כתבו בתעודה ורק כעבור כעשרה חדשים היא באה ונותנת אמתלא והרי סוקלים ושורפים על החזקות. ועיין לפני יהושע בתשובותיו סי' א' וכן להרמ"א בתשובותיו סי' ב', ולחת"ס יו"ד ט' שמשמע מדבריהם שאפי' בענין חזקות אם אמרה אמתלא לא הורגין עליהם.

וכן כתב הריב"ש תצ"ח א' אשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת, "אע"ג דשויתיה אנפשא חד"א כשאמרה בתחלה מקודשת אני והוחזקה כמקודשת מחמת דיבורה זמן מרובה, עכ"ז נאמנת לסתור דבריה הראשונים וכו'".

וכן מוכיח הפנ"י ממה שאמרה הגמרא, לימים עמדה וקדשה את עצמה משמע שעברו כמה וכמה ימים ואפי' הוחזקה נאמנת וצריכים לומר שהיא נתנה אמתלא למה שהתה ככ' ימים או מפני שלא נמצאו מהוגנים או מטעם אחר. אך לדעת מהרימ"ט סי' קמ"ט שאם הוחזקו בעיר ל' יום לא מהני אמתלא מהא דסוקלים ושורפין, עיי"ש. ועיין לרב פעלים ח"ג א"ה סי' א' שהביא מערכה מול מערכה בענין אם מועיל אמתלא לאחר שהוחזקה ל' יום, ומביא חילוק אם הוחזקה ע"י מעשה או ע"י דיבור ועיי"ש באורך. וברור הוא שלדעת הסוברים שאפי' אם עשתה מעשה של לבישת בגדי נדות אם אמרה ונתנה אמתלא למה לבשה בגדים או באופן של הטבח שעשה סימן בראש הבהמה (יו"ד סי' א') ונותן טעם למה שעשה מעשה ונתן סימן הוי אמתלא א"כ גם אם הוחזקה בעיר ל' יום והיא נותנת אמתלא למה היתה זקוקה לזמן ממושך ולא חזרה בה מיד או תוך ל' יום האמתלא נקראת אמתלא.

אבל בר מן דין נראה מה שאמרו סוקלים ושורפין על החזקות, או איש ואשה שבאו ממד"ה היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליה (סי' י"ט סעיף ב') זה איירי באופן שכל השלושים יום הם הוחזקו כאיש ואשה, ולא שבאו ממד"ה ואמרו כן ואח"כ הלכו ונטמנו בבית ואחר ל' יום יצאו ובא אחד ובא על האשה לא נהרג עליה כי היא לא הוחזקה רק יום אחד ולא ל' יום, צריך שכל הל' יום תוחזק. וא"כ במקרה דידן מנין לנו שהיא הוחזקה במקומם כל הזמן שהיא אסורה לבעלה, ובפני ביה"ד היא הוחזקה רק יום אחד בעת שהופיעו ולא יותר. ויש עוד לעיין בזה. (יש סברה של ההפלאה בכתובות כ"ב שאם הוחזקה בבית דין אז לא מהני אמתלא, ועיין אבני אפוד קט"ו ס"ק ל"ח שהביא חולקים ע"ז, ועיין ברע"א בתשובותיו סי' פ"ה וסי' ק"י).

ובפרט לפי מה שכתב ההפלאה שם שאמתלא היינו "אם מבינים הב"ד שדבריהם כנים הם ונאמנים נאמנת, אבל אם מבינים ב"ד שאין הטעם קרוב לאמת אינה נאמנת". הרי שצריך שביה"ד יבין שהאמתלא שאמרו היא אמת אבל אם ביה"ד לא משוכנע שזה אמת אלא מבינים שאין זה קרוב לאמת אז לא הוי אמתלא.

ויש להזכיר את המחלוקת בין הרמב"ם להראב"ד בהלכות אי"ב פי"ח הלכה ט', שכתב:

"אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אע"פ שהיא מותרת לבעלה כמו שביארנו הרי היא אסורה לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה, שהרי הודית שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה האסורה".

והשיג עליו הראב"ד שם, וז"ל:

"אע"פ שאמר דבר חכמה אין שמועתו מתכוונת שאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת, והלא לא הודת על עצמו הודאה לאיסור ולא נתקבלו דבריה כלל, והרי אשה שאמרה א"א אני ואח"כ אמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת, אף זו אם היתה קטטה ביניהם אמתלא גדולה היא זו ונאמנת".

הרי שהראב"ד הבין שלדעת הרמב"ם אפי' אם נתנה אמתלא לא נאמנת, וכן הבין ה"ה שם וכתב:

"אפשר לומר שאין לסמוך על דבריה דהא בעלה לא היה מצווה לגרשה אפי' יאמין לדבריה דהא אשת ישראל היא ואפי' באשת כהן וכו' כיון שלא היה הבעל מחויב להאמינה ולגרשה כנזכר למעלה, אין דבריה כלום, דאי לא גבי תרומה נמי הוה להו לאיפלוגי, ואע"ג דקושטא דמילתא דאנן לא מהימנינן לה ה"מ לגבי בעלה כדי שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומפקעת עצמה מבעלה אבל לאחרים ודאי אסירא דומיא דתרומה כנ"ל לדעת רבינו".

גם הוא הבין שלדעת הרמב"ם אפי' אם נתנה אמתלא לדבריה אינה נאמנת וחיליה ממה שהגמרא אמרה בנדרים צ: שאם אמרה טמאה אני לך למשנה שניה שלא מאמינים לה, היא מותרת לבעלה, ונחלקו ר"ש ורבא מה דינה לענין אכילת תרומה לדעת ר"ש אוכלת כדי שלא תוציא לעז על בניה ורבא אמר אינה אוכלת. ולדעת כולם אם נתארמלה אינה אוכלת בתרומה, ופסק הרמב"ם בהלכות תרומה פ"ח הלט"ו כדעת רבא, ומוכיח מזה ה"ה ממה שהגמרא לא מחלקת בין אם נתנה אמתלא לדבריה או לא נתנה אמתלא הרי שאע"פ אם נתנה אמתלא לא הוי אמתלא (ועיין הרא"ש פ"ב יבמות על דף כ"ב). וכן פסק בשו"ע סי' ו' סעי' י"ג כלשון הרמב"ם ולא חילק בין אם נתנה אמתלא או לא. וכתב ע"ז הח"מ ס"ק י"ב ואם נותנת אמתלא לדבריה שאמרה מחמת קטטה אמרה כך הוא מחלוקת בין הראב"ד והמגיד משנה, וכ"כ הב"ש שם ס"ק כ"ו והוסיף מיהו בשאר אמתלא אף ה"ה מודה אע"ג שה"ה הוכיח את דבריו מהגמרא נדרים, וא"כ אין נ"מ איזה אמתלא שאומרת אינה נאמנת שאל"כ חזרה קושיה לדוכתא למה הגמרא לא מחלקת אעפ"כ כתב הב"ש שיש לחלק בין אמתלא ששייך בכל הנשים לא הוי אמתלא ואמתלא מיוחדת הוי אמתלא, ולדעתו באשת ישראל גם הראב"ד יודה דלא מהני אמתלא כי הודאתה תפסה לענין כתובה ובזה לא מהני חזרה, וז"ל:

> "אע"ג דהמגיד מדייק דינו דאינה נאמנת מסוגיא דנדרים דתנא אם באומרת טמאה אני לך אסורה לאכול בתרומה ולא חילק בין אם נתנה אמתלא לדבריה או לא, משמע לכאורה אף שאר אמתלות לא מהני דאל"כ אכתי קשה קושיה הנ"ל, וי"ל דוקא אמתלא מ"ש הראב"ד דשייך בכל הנשים הקשה למה לא חילק אבל שאר אמתלות ל"ק למה לא חילק".

נמצא שאם אומרת שהיה לה קטטה עם בעלה ורוצה להפטר ממנו, שזה מילתא דשכיחא לא הוי אמתלא ממה שהש"ס לא חילק כי אמתלא כזו מסתמא כל אשה תאמר כן ומשמע ליה אפי' שאמרה לא הוי אמתלא. (ועיין פ"ת שם ס"ק י"ב שנוב"י סובר כסברת הב"ש שבאשת ישראל שהפסידה כתובה כמו שלא מועיל אמתלא לענין ממון כן לא מועיל לענין אסורא). וכבר הקשה הב"מ בסי' ו' על ה"ה וכלשונו: "לע"ד אין זה טענה מכרעת דאילו נשא דינא גמירא וידעו דין דב"ד של אחריהם". וכוונתו בהיות והאשה טענה שהיא טמאה אפי' שלגבי בעל לא רק שחכמים לא הימנוה, ועי"ש באורך ולדעתו אפי' אם תתן אמתלא לא מהני לדעת הרמב"ם. והאריך בזה, (וכתב שם ממה שהביאו הח"מ וב"ש פלוגתא בין הראב"ד וה"ה ולא כתבו פלוגתא בין הראב"ד והרמב"ם יוצא שלדעתם שהרמב"ם מודה דע"י אמתלא דשריא כסברת הראב"ד, והוסיף שלדעתו סתימות הרמב"ם מודה כמו שהבינו אותו הראב"ד וה"ה וא"כ הוי פלוגתא בין הרמב"ם והראב"ד), וכתב לבסוף שלדעת הרמב"ם "כיון שלמשנה ראשונה משום הא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה תקינו דלהמנוה משום דאי לא קושטא קאמרה לא הוי מזלזלה בנפשא וכו' אף למשנה ב' דחזו דאיכא למיחש שעיניה וכו' היינו לגבי הבעל אבל לגבי עצמה אוקמוה אדינא קמא, ואין בין הרמב"ם להראב"ד אלא שהראב"ד ז"ל אזיל לגבי עצמה נמי לפי משנה ב'".

ולדעתו בדעת הרמב"ם שום אמתלא לא מהני כי בדבר שזילא לה למימר ואמרה הוי שזה אמת, שאל"כ לא היתה מזלזלת בעצמה ואומרת דברי גנאי כאלה על עצמה (כמו שאם לבשה בגדי נדה לדעת הרשב"א). וחכמים לא הימנוה לגבי בעלה ולגבי עצמה הימנוה, ולכן כתב שם דלא כהב"ש שכתב שאם אמרה אמתלא אחרת מועיל.

ולכאורה יש סתירה בדברי הב"ש שמשמע לדעת ה"ה מועיל אמתלא אחרת היינו רק באשת כהן אבל באשת ישראל אפי' הראב"ד מודה שלא מועיל אמתלא מפני שהועילה דבריה לענין ממון. הרי בסי' קט"ו הביא הרמ"א שני דינים בענין זה האחד בסעיף ו' לאחר שכתב מר"ן שאשה שאמרה שהיא טמאה לא נאסרת שמא עיניה נתנה באחר, אבל לענין הפסידה כתובתה היא נאמנת וכתב שם הרמ"א "אם חזרה בה ונתנה אמתלא לדבריה למה אמרה בתחילה כן נאמנת", וכתב ע"ז הח"מ ס"ק כ"ב כיצד היא נאמנת באמתלא לענין ממון. וכן עיין להב"ש שם ס"ק כ"ד, וזה איירי שבעלה לא גירשה, אבל אם כבר גירשה כתב הרמ"א באותו סעיף לקמן "אשה שאמרה לבעלה שזנתה אע"פ שאינה נאמנת אם עמד וגירשה אסור להחזירה ואפי' אם החזירה יש לחוש". וכתב על זה הב"ש אם עמד וגרשה "היינו שעמדה בדבריה כמ"ש שם בתשובה ובד"מ". וכ"כ הח"מ שם ס"ק כ"ח "היינו בעומדת בדבריה לאחר שגירשה שאז לא שייך לומר עיניה נתנה באחר דהא גירשה ומותרת לכל אדם אלא ודאי קושטא אמרה ושויתא נפשה חתיכה דאיסורא לו, אבל אם חזרה מדבריה הראשונים ואומרת טהורה הייתי ונתנה אמתלא לדבריה הראשונים למה אמרה טמאה אני אז מותר להחזירה". הרי שמועיל אמתלא אם אמרה טמאה אני לך ולדעת הב"ש בסי' ו' באשת ישראל אפי' הראב"ד מודה שלא מועיל אמתלא ובדוחק נוכל להסביר שמה שאמר הב"ש באשת ישראל לא מועיל אמתלא היינו אמתלא של קטטה ביני לבין בעלי שזה שייכה בכל הנשים אבל אמתלא אחרת מהני, ודוחק. ועיין לפ"ת סי' ו' (ומכאן יוסבר מה שהשואל שאל את הנוב"י א' י"א וכתב ע"ז הנוב"י, והנה מעלתו כתב שהוא נהיר שהרמ"א כתב בפירוש שאשה שאמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת אפי' כבר גירשה בעלה אלא שנשכח ממנו באיזה סימן כתב רמ"א דבר זה. הנה זכרונו כוזב לו ולא כתב הרמ"א דבר זה כלל, ובסימן קט"ו כתב הרמ"א דאם חזרה בה ונתנה אמתלא נאמנת אבל לא כתב שם דמיירי אף שכבר גירשה עכ"ל. ולפי דברי הח"מ שמסביר את הרמ"א, וכן משמע בתשובה מהרמ"מ המובא לעיל שהוא המקור לדברי הרמ"א שאפי' אם גירשה אם אמרה **אמתלא נאמנת** וזה זכר הרב השואל).

www.eretzhemdah.org

א"כ נמצינו למדין שאם אמרה טמאה אני לך ונתגרשה אסורה לחזור עד שתתן אמתלא לדבריה, ולכאורה הרי שוב חזר הדין שבזה יחלקו הראב"ד והרמב"ם או הראב"ד וה"ה אם מועיל אמתלא או לא וא"כ מדוע כתבו הח"מ והב"ש בסי' קט"ו בשופי שאם נתנה אמתלא מועיל ולא הזכירו את המחלוקת של הראשונים כמו שהזכירו בסימן ו'. בשלמא לדעת הב"ש אפשר לתרץ בדוחק כמו שכתבנו לעיל שהוא מחלק בסוגי האמתלות, אבל להח"מ לא מצינו ולא ראינו שיש לו נ"מ בין סוגי האמתלות. ואפשר לחלק בדוחק שכל המחלוקת של הראב"ד וה"ה הוא רק לענין שבחיי בעלה היתה נאמנת דהיינו לענין תרומה שלגבי עצמה היא נאמנת, וכן בזה שאסרה על עצמה על כהנים אחרים שהיא להם לא משועבדת כמו שמשועבדת לבעל אז מהני אמתלא או לא מהני אמתלא כל אחד לפי שיטתו, אבל לגבי הבעל הרי בעת נשואיה היא משועבדת לו ולא מהימנא לפי משנה אחרונה. אם כן לגביו אמירתה כאילו אינה (עיין תוס' בר"ן בנדרים צ: להסביר כיצד הפקיעו את אמירתה טמאה אני לך). ולאחר נשואיה לא פקע עדיין היתרו של הבעל עד שהיא תאמר אמירה שניה שהיא אסורה היתה עליו אז תהא אסורה לו, אבל כל עוד לא אמרה היא מותרת לו, כי אמירה ראשונה כמאן דליתא דמי רק צריכה לנמק למה אמרה כן לפני הגרושין שהיא טמאה ולהסביר ולתת אמתלא לדבר וזה מועיל אליבא דכו"ע כי דבריה לא הועילו ולא עזרו ולא עשו מידי לגבי הבעל, (אבל לא משמע כן מדברי הנוב"י שהוא משוה את דברי הרמ"א למחלוקת של הראב"ד וה"ה, וכן לא משמע כן מדברי ההפלאה סי' קט"ו שכתב לאחר פקיעת השעבוד חזרו דבריה לקדמותם והיא אסורה).

אולם בנ"ד בהיות והמבקש חוזר וטוען שמה שכתוב בפרוטוקול מיום א' באייר תשל"ג אינם דבריו, ולא מוכח שאכן אמר דברים אלו בעת שבא לבקש להתיר לו להנשא עם המבקשת יש לקבל את האמתלא שלו כמבוררת.

מרדכי אליהו

תוספת דברים עם קריאת מש"כ בנידון חבר בית דיננו הגר"מ אליהו שליט"א

א.

כת"ר מאריך בדברי הח"מ והב"ש, בהשנָאת מה שכתבו בסי' ו' דעת הה"מ לפי הר"מ, שאין נאמנת לחזור בה גם ע"י אמתלא, והב"ש שם שכ' שגם לראב"ד באשת ישראל שמפסידה כתובתה שוב ל"מ לה אמתלא, ואילו בסי' קט"ו בדברי הרמ"א לענין אשת ישראל שאמרה טא"ל וגירשה דאסור להחזירה כתבו הח"מ והב"ש דע"י אמתלא מותרת לחזור לו.

כדברים האלה כבר העיר בנוב"י סי' י"א המצוטט בדבריו, שכ' שלפי הה"מ אין לקבל אמתלא זו שאמרה טא"ל מחמת מיאוס ורצונה להתגרש ממנו, שהוזכרה בדברי המהר"ם פדואה, שעליהם מסתמכים הח"מ והב"ש בסי' קט"ו. ואלו דבריו שם:

"שהרי לא היה מחויב להאמינה ולגרשה, ואף שבאמת גירשה בעלה, מ"מ היא מנא ידעה שיגרשנה. ואיך הוציאה על עצמה לעז זנות על מגו א"ו קושטא קאמרה שזינתה, ולא מציא לחזור בה ע"י אמתלא כנ"ל".

(ודברי המהר"פ עצמם מפרש שהם רק בגוונא שכבר נישאת לו בשניה, דאז הוא דאין מוציאים אותה ממנו).

כמו כן טוען שם הנוב"י שבאשת ישראל שהפסידה כתובתה ל"מ אמתלא כמו שהעלה הב"ש עצמו בסי' ו', והנוב"י עשה לזה סימוכין בסי' ח' וכן דבריו כאן מהרא"ה.

אך, מאידך, ברור שכוונת הב"ש לחלק בין סוגי האמתלא, ורק בגוונא דהאמתלא היא שאמרה כן בכדי לחייבו לגרשה, דבהא הוא דכ' הה"מ מילתא בטעמא דל"מ, מאחר שמן הדין אי"ח לגרשה, לפי מ"א, ואילו הא דסי' קט"ו מיירי באמתלא אחרת, שכן כתב בהדיא בסי' ו' שם:

"מיהו בשאר אמתלא מודה, **וכמש"כ בסי' קט"ו**:"

הרי דהני אמתלות דמיירי בהו בסי' קט"ו, הוא באמתלות אחרות.

אכן לכאורה הרי דברי הח"מ והב"ש לענין אמתלא לקוחים מדברי המהר"ם פדואה, והאמתלא שמדובר שם היא אמתלא שרצתה להתגרש הימנו מחמת מיאוס.

אך עי' בהגהות הגר"ב פרענקל זצ"ל לנוב"י סי' י"א הנ"ל שכ' בזה:

"י"ל דשאני במעשה דהכא, שהישראל גירשה מחמת דיבורה, ויכולה היא שתאמר ידעתי שיאמין לדברי ויגרשני, וכאשר הסוף מוכיח. וע"כ אמרתי לו שזניתי. אבל המ"מ מיירי להדיא שלא האמין לה בעלה. וסובר המ"מ דלא הוי אמתלא, דהא לא ניכר שיאמין לה, וכאשר הסוף מוכיח שלא חש לדבריה."

וחילוק זה בין אמתלא לאמתלא ודאי שישנו גם לפי הח"מ, ואעפ"י שלא הזכיר מזה. שהרי דברי הח"מ נסבים גם הם לפי הה"מ. ונימוקו של הה"מ דל"מ אמתלא שייך רק לגבי אמתלא זו שרצתה לחייבו לגרשה, א"כ הדבר מוכרח דבאמתלא אחרת נאמנת.

אכן עדיין אנו צריכים להוסיף, כי אין בדברי הגר"ב פרענקל הנ"ל תשובה על טענתו השניה של הנוב"י, דבאשת ישראל כיון שמפסידה כתובתה ל"מ אמתלא גם לראב"ד.

ברם נראה לענ"ד, דאעפ"י שגם הב"ש כ' דבאשת ישראל כשמפסידה כתובתה אינה נאמנת לחזור בה גם ע"י אמתלא, כמו שמעלה הנוב"י, מ"מ אין זה מטעמיה, דהנוב"י בסי' ח' אסבר לה בזה"ל:

"הראב"ד כוונה אחרת עמו, עפמש"כ בח"מ סי' קט"ו ס"ק כ"ב דלענין כתובה שהוא דבר שבממון אינה מועלת אמתלא לאחר שיצאה מבי"ד, עי"ש. וא"כ כוונת הראב"ד באשת כהן לא נתקבלו דבריה, וגם לענין תרומה אינה אסורה כ"א בעומדת בדבריה. אבל אם חוזרת ונותנת אמתלא מהני להראב"ד לתרומה כמו לכהונה. וא"כ מתחילה ע"ז סומכת בדעתה שלא תפסיד מידי, שבידה לתת אמתלא. אבל באשת ישראל, על הכתובה

www.eretzhemdah.org

תיכף בצאתה מביי"ד אבדה האמתלא. ועל מה נסמכה להחזיק טענתה אי לאו דקושטא קאמרה וכו'. וסובר הראב"ד שאינה מועלת אמתלא רק אם נוגע לאיסור לחוד, אבל היכא שנוגע לממון ולאיסור, אחר שיצאה מביי"ד, כיון שאינה מועלת אמתלא לממון, ונתקבלו דבריה לממון שלא תהני האמתלא, נתקבלו גם לאיסור."

בסי' י"א הביא עוד סייעתא לזה

"מדברי הרא"ה בחידושיו לכתובות, גבי הא דאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנויה אני דמהני אמתלא. וכ' הרא"ה דוקא שלא אמרה נתקדשתי לפלוני אלא סתם נתקדשתי הוא דמהני אמתלא. אבל באמרה נתקדשתי לפלוני ל"מ אמתלא לחוב לפלוני. משם ביארתי דהיכא דדיבורה הוא בדבר הנוגע לאיסור ולממון, כיון דלענין ממון ל"מ אמתלא היכא שכבר יצאה מביי"ד וכמש"כ הב"ש והח"מ בסי' קט"ו, ה"נ ל"מ לענין איסור."

וכל דבריו צל"ע רב. דבפשטות נראה דהנאמנות ע"י אמתלא, היא מפני שע"י האמתלא מתברר שההודאה מעיקרא לא היתה הודאה, אבל אין הנאמנות תוצאה ממה שלכתחילה חשבה על החזרה ע"י האמתלא כמש"כ "מתחלה ע"ז סומכת בדעתה שלא תפסיד מידי". דא"כ הול"ל דלא נקבל אח"כ האמתלא, וממילא לא היתה מעיקרא יכולה לסמוך ע"ז.

והראיה שמביא מהרא"ה אף היא צ"ע: חדא, דהתם לא ניתן לחלק בין הממון לאיסור, דכיון דזוכה עפ"י הודאתה בכל קניני הממון שהם איש באשתו כגון חיוב מעשי ידיה ופירות נכסיה וכל כיו"ב, שוב ל"ש לחלק שלענין איסור אשת איש תחשב לפנויה. משא"כ כאן, נהי דהפסידה כתובתה, הרי מצינו כמה נשים שהפסידו כתובתן, ואעפי"כ עניני איסור אשת איש כדקאי קאי. ועוד, דטעמא דהרא"ה אינו כלל מצד קניני הממון אלא גם שעבודי האישות שיש לו עליה אינה יכולה לחזור בה מהם, דלא גרע שעבוד האישות מקניני הממון, וכשם דל"מ אמתלא לענין ממון כמו"כ ל"מ אמתלא לבטל שעבודי האישות שעליה. ע"כ כ' הרא"ה דא"י לחזור בה. אבל אין שום קשר בין הפסד הכתובה שע"ז ל"מ אמתלא, לעניני האיסור שבזה מהני אמתלא.

וטעמו של הב"ש שכ' דבאשת ישראל מודה הראב"ד, הוא מפני שהראב"ד נימק דבריו מפני "שלא נתקבלו דבריה כלל" נראה שמפרשם דמסבירה שתיקתה כל זמן שהיתה תחת בעלה ולא חזרה מדבריה ע"י אמתלא זו שאומרת עכשו, מפני שלא היה איכפת לה "כיון שלא נתקבלו דבריה כלל" והמשיכה לשבת תחתיו כמו לפני כן. ואעפ"י שלדעת רבא שהלכה כמותו נאסרה בתרומה, גם זה לא איכפת לה שהרי בעלה חייב במזונותיה, נמצא שאינה נפסדת כלום. משא"כ באשת ישראל שטוענת שזינתה ברצון, דבי"ד אומרים לה שאין זה מחייב את הבעל לגרשה אולם הפסידה כתובתה, בזה הטענה קיימת כלפיה, שמיד שאמרו לה זאת היתה צריכה לחזור בה ולתת האמתלא שמעיקרא לא אמרה זאת אלא בכדי שיגרשנה, כדי שלא תפסיד כתובתה. והרי באותו מעמד היתה חזרתה מועילה גם לענין ממון. ע"כ מכיון שלא חזרו בה אמרינן דודאי קושטא קאמרה.

וכל זה שייך אם לא גירשה בעלה. משא"כ בהא דהמהר"מ פדואה שהאמין לה בעלה וגירשה, למרות שהפסידה כתובתה יכולה לחזור בה ע"י אמתלא זו, שהרי לדבריה מחמת רצונה להתגרש, כפי שבאמת האמין לה ונתגרשה ממנו, היתה מוכנה להפסיד כתובתה, וע"מ כן אמרה מעיקרא שזינתה ברצון. א"כ הרי לא יכלה לחזור בה עד שנתגרשה בפועל. ע"כ בזה שפיר מהני אמתלא גם באשת ישראל לאחר שנתגרשה.

ויוצא מכל הנ"ל בנידון שלנו, שלפי האמתלא שבפיהם אמרו זאת כדי להחיש את תהליך הגירושין בביה"ד, א"כ היו מוכרחים להחזיק בטענתם עד גמירא, בביצוע הגט בפועל, כל כה"ג מהני אמתלא. ואין זה שייך למחלוקת דהה"מ והראב"ד.

כל האמור לעיל הוא לפי הח"מ והב"ש בשיטת הה"מ. וכן הבין דעה זו החולקת על הראב"ד גם הנוב"י. ואילו הבי"מ ס"ל דהרמב"ם פליג על הראב"ד ומטעם אחר. דס"ל דאומרת טא"ל נאמנת לגבי עצמה גם לפי משנה אחרונה מתורת נאמנות, ולא רק מדין שאחד"א. ובזה ל"מ אמתלא, כמו שבעדים ל"מ אמתלא.

[ובשיטה זו נראה דקאי גם המל"מ (פי"ח מאי"ב שם) שכ' בדברי הה"מ שסייע לרמב"ם מהא דכתובות כשטוענת משארסתני נאנסתי דאמרינן התם דפסלה נפשה מכהונה. וכ' ע"ז המל"מ:

"ולא ידעתי מה זה סמיכה שסמך ה"ה מסוגיא זו, דההיא באשת ישראל איירי דלכו"ע שויא אנפשה חד"א כיון שלבעלה מותרת, והראב"ד ז"ל לא יחלוק ע"ז אלא גבי אשת כהן מטעמא דכיון דלא נתקבלו דבריה, כיון שהותרה הותרה לגמרי."

דנראה שנוקט המל"מ שראייתו של הה"מ היא לענין שנחלק בו הראב"ד, היינו דמפרש סתמא דגמרא כתובות ג"כ גם בכה"ג שנותנת אמתלא, ואינו מובן החילוק דבאשת כהן "לא נתקבלו דבריה" ולא כן באשת ישראל, הרי גם באשת כהן נאסרה עכ"פ בתרומה, וכבר עמד בזה בדברי הראב"ד עצמם הנוב"י בסי' ח' הנ"ל. תו קשה דאי מצד "כיון שהותרה הותרה" קאתי עלה, א"כ אינו בגלל האמתלא. והרי הראב"ד הביא ראיה לדבריו מא"א שחזרה ואמרה פנויה אני, הרי שהוא מצד אמתלא.

ע"כ נראה שכוונת המל"מ גם היא עפ"י סברת הבי"מ הנ"ל, דבאשת כהן לפי משנה אחרונה ס"ל לראב"ד דאין לאשה תו"נ, דמשו"כ אינה נאסרת על בעלה. והא דנאסרת בתרומה הוא ע"כ רק מגדר שאחד"א. וע"כ שפיר מהני אמתלא, כיון שאין כאן תו"נ כלל. משא"כ באשת ישראל שאמרה שנאנסה, דממילא אינה מפקיעה עצמה מבעלה, בזה שייך תורת הנאמנות גם למ"א כמו למשנה ראשונה. והיינו שלא תזלזל בעצמה על מגו. וכיון שהוא מתו"נ, ממילא ל"א אמתלא גם לראב"ד. (אכן לפ"ז הלשון "שאחד"א" אינו מדוקדק)].

אכן בנידו"ד נראה שגם לפי הבי"מ הוי אמתלא. דע"כ לא אמרינן שכיון שמודה בדבר דכסיפא לה מילתא ודאי קושטא קאמרה, היינו שלא תזלזל בעצמה, רק בכדי לצאת ממנו, א"ו באמת נאסרה עליו ואינה רוצה לעמוד עמו באיסור. אך בנידו"ד שגם לפי דבריה הראשונים אינה מתחרטת על מעשיה, ואומרת בריש גלי שחיה עם גבר אחר, א"כ כל דבריה והודאתה בפני בי"ד, גם בזמן שאמרה אותם, לא היו אלא בכדי לקבל גט, א"כ ל"ש כלל הסברא הנ"ל, וחזינן

דלא כסיפא לה מילתא, וא"כ שוב אין ראיה מהודאתה לקבל הדברים בתורת נאמנות. ואמנם זה מגלה על קהות הרגש של קדושת חיי המשפחה וטהרתם, וקלות דעת וזלזול בדברים שהאומה הישראלית הצטיינה בהם מאז ומעולם. אולם לגבי הענין ההלכותי של קבלת האמתלא, עכ"פ הסברא שבזה יש להאמינה לא קיימא, וממילא מהני האמתלא.

ב.

כתב כת"ר במש"כ הנוב"י, שהשואל כ' שזוכר דברי הרמ"א דמהני אמתלא גם לאחר גירושין. והנוב"י כ' ע"ז שזכרונו כוזב לו. והעיר כת"ר שכוונת השואל היתה ודאי לדברי המהר"ם פדואה, שדבריו הובאו ברמ"א סי' קט"ו.

אך ודאי שלא נעלמו מהנוב"י דברי המהרמ"פ, שהרי הביא שם את הב"ש סי' קט"ו סקל"א השאובים מהרמ"פ. אלא שכוונתו ברורה דס"ל להנוב"י שהרמ"א בכוונה העתיק רק חלק מדברי המהר"מ, היינו שנאסר עליו להחזירה אחרי שגירשה, ולא הביא את מש"כ שם דמהני אמתלא. וזה לפ"מ שמעלה שם באריכות, הו"ד לעיל, דאין אמתלא מועילה באשת ישראל שנתגרשה, הן מצד סברת ההי"מ והן מצד סברת הב"ש. ודברי המהרמ"פ הרי פירשם שהמדובר דווקא בגוונא דיליה שכבר חזר ולקחה, ואילו הרמ"א הרי קאי לענין שאסור להחזירה. וגם מש"כ דאם נשאת לו "יש לחוש" זה שייך גם בנותנת אמתלא, כיון שרק מצד דיעבד אין מוציאין אותה ממנו. אכן כ"ז לפי הנוב"י, ברם שיטת הח"מ והב"ש כבר נתבארה לעיל שגם בזה מועילה אמתלא גם להתירה לחזור ולהנשא לו לכתחלה.

ולנידון שלנו נראה שגם לנוב"י מהני האמתלא, דאם מצד סברת ההי"מ הרי בנידון שלנו שמטרתם היתה להחיש הגירושין, א"כ לא יכלו לחזור בהם עד שבוצע הגט, ולאחר ביצועו שוב לא נזקקו לבי"ד.

וכן לפי הטעם השני, שבאשת ישראל שהפסידה כתובתה ל"מ אמתלא, מכיון שידעה שעל הכתובה ל"מ אמתלא. טעם זה ל"ש בנידון שלנו שבהגשת בקשת הגירושין כתבו שאין להם שום תביעות זל"ז, א"כ אין הדיון נסב כלל על הכתובה, ול"ש לומר שכיון שאין אמתלא מועילה לגבי הכתובה, אין האמתלא גם לענין האיסור.

ג.

אשר לפירוש "עמדה בדבריה" שבח"מ וב"ש, שדקדק כת"ר מלשון המהר"ם פדואה שמשם לקוחים דבריהם, שהמדובר כשאמרה אחר הגירושין טמאה אני.

נראה דצדק הנוב"י בפירושו שהכוונה שעמדה בדבריה הראשונים היינו שלא חזרה בה מהם. שהרי בדברי הרמ"א בזה נאמר "ואפילו אם החזירה - יש לחוש". ולשון זה ברור, שאין כופים אותו להוציא, רק ראוי לחוש. ואילו היה המדובר כשאמרה טא"ל לאחר הגירושין בהיותה פנויה, הרי פשוט דיש בזה שאחד"א, ואסור היה לה מטע"ז להנשא. וא"כ גם בעברה ונשאת הול"ל דתצא. וע"כ המדובר שלא אמרה בפירוש, ועכשו אומרת שטהורה היתה ומשו"כ נשאת לו שוב, ונותנת אמתלא למה שאמרה לפני כן, דרק בכה"ג שייך לומר "יש לחוש" ולא נוציאנה מספק.

ואף בדברי המהר"מ פדואה עצמם נראה מוכרח לפרש כן. ומה שכ' שם שיש לברר "מה אמרה בין גירושין לליקוחין שניים" כוונתו אם אמרה שחוזרת בה ונותנת אמתלא, כמבואר שם בהמשך דבריו, או ששתקה ולא אמרה כלום וזהו "עמדה בהודאתה". שהרי נימק שם דעתו דבכה"ג שעמדה בהודאתה אין להתירה, משום דבזה קיימא הסברא של משנה ראשונה:

> "כי זיל בתר טעמא של משנה אחרונה, דשמא נתנה עיניה באחר, וזו טרם שחזר לקחתה, אם היא עדיין בהודאתה בטל טעם זה. כי אם עיניה נתנה באחר או שמאוס עליה מטעמים הנזכרים, מי הכריחה עתה לשוב להיות לו לאשה. הלא היתה ברשותה אז, ועם כל זה היא קיימת בדיבורה הראשון שזינתה **תחתיו ותהיה נאמנת כמשנה ראשונה**."

ואם המדובר כשעמדה בדיבורה הראשון במפורש גם אחר הגירושין, מה צריך להזקק בזה למשנה ראשונה. דאטו עד כאן לא ידענו דמצי שויא אנפשה חד"א. והרי כל עיקר חידוש המ"ר לא היה אלא דגם בהיותה אשת איש ומשועבדת לו מ"מ מציא לאסור עצמה, וכפי שהסבירו הראשונים זאת בשיטות והסברים שונים. אך בהיותה פנויה פשוט וברור דמצית לאסור על עצמה, ולא צריך לזה המשנה ראשונה.

א"ו המדובר כשלא אמרה כלום אחר הגירושין, אלא שגם לא חזרה בה עם מתן האמתלא. דבזה מצד שתיקתה גרידא לא מצינן לאוסרה, שהרי לא אמרה כלום. ובזה הוא שכ' המהרמ"פ דבזה חוזר הדין של משנה ראשונה, דנסתלק החשש של משנה אחרונה שבגלל שעיניה נתנה באחר אמרה כן, שהרי גם עכשו שנתגרשה והרשות בידה להנשא לכל אדם אכתי אינה חוזרת בה, ש"מ דמעיקרא קושטא קאמרה. וע"כ נאמנת מכוח דיבורה הראשון.

ובנידו"ד גם סברא זו לא שייכא. דרק בגוונא שהכתימה את עצמה בהודאתה שזינתה, ואין אחרים יודעים רק מכוח הודאת פיה, שייך לומר דאם הודתה רק למטרת הוצאת הגט מבעלה, היה לה לחזור בה מיד לאחר הגירושין. משא"כ בנידו"ד שלפי דבריהם החברה שבתוכה הם חיים, וכן הבעל עצמו, ידעו יפה שהכל שקר, ורק להאחיז עיני ביה"ד אמרו כן. א"כ הרי לא היה לה ממה לחזור, שהרי כל אלה שבאים אתם במגע ידעו האמת. ומה שכתוב בתעודה לא עניין אותם באותה שעה כיון שלא חשבו על נשואין בשניה. ממילא אין שום הוכחה ממה שלא חזרה בה לראות זאת כאישור דבריהם הראשונים.

סוף דבר: מאחר שהעלינו שעצם האמתלא יש בה ממש, עם כל ההסתייגות שיש לנו מהתנהגותם המגלה קלות ראש מדהימה בערכי חיי המשפחה הישראליים שאומתנו הצטיינה בהם מאז ומעולם, וזלזול מכאיב בבית הדין העושה כל אשר בידו להשכין שלום בין איש לאשתו, או לכל הפחות - להפרד בצורה מכובדת, אין לנו אלא לקבל האמתלא, ולפסוק בהתאם לזה.

שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

החלטה

אחרי העיון בכל החומר שבתיק, ועל יסוד הנמוקים המצורפים לתיק, אנו מחליטים להתיר למבקשים לחזור ולהנשא זל"ז, לאחר שיתברר אם המבקשים נשארו פנויים מאז גרושיהם.

ניתנה ביום כ"ו בחשון תשל"ה.

עובדיה יוסף שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן י : בענין אמתלא על כשרות קדושין*[10]

זהו ערעור על פסק־דינו של בית הדין האזורי חיפה שניתן ביום י"ב באייר תשכ"ט, בתיק שכט1757/, בו הוחלט ברוב דעות לדחות עתירת המערערת להתיר לה להתחתן ולרשום בתעודת הזהוי מצבה המשפחתי: גרושה, מאחר והרוב סובר כי "אשר אמרה בישיבה הראשונה הוא בגדר שוויא אנפשא חתיכא דאיסורא, ואין האמתלא מתקבלת על דעת ביה"ד".

בישיבה הראשונה בביה"ד האזורי, ב- א' באייר תשכ"ח, הצהירה האשה: - "בעלי הראשון נשאר ברוסיה התחתנו בקווקז בנשואין אזרחיים, ויהודי זקן סידר לנו חופה, אח"כ התגרשתי מבעלי בזקס".

לאחר מכן מסרה האשה אמתלאה בביה"ד: בערעור הקודם, ג.ג. (בעלה השני של המבקשת) נגד ש.ג. (המבקשת), תיק מס' כח / 471, כותבת האשה בתשובה לערעור:

"טכס **החופה והקידושין** בנישואי הראשונים אם כי נערך כדי לספק את צורכינו הדתיים, נערך ע"י יהודי זקן, ולא ע"י רב לא נערך בנוכחות עדים, ובפרט לא בנוכחות מנין עדים וכן לא נערכה כתובה".

ובפני בית דין זה בדיון בערעור הנ"ל, ב- ל' בחשון תשכ"ט, אמרה האשה: "הי' איש זקן במעמד זה **לא היה טבעת** הי' רק נשף, קרובי משפחה מכירים של הבעל, אנשים שהיו שם הי' שעבדו בשבת, ביום ראשון לא עבדו הוא לא נתן כסף, לא נתן טבעת, היהודי הזה אמר כמה דברים".

ובביה"ד האזורי, ב- כ"א באדר תשכ"ט, הצהירה האשה: "התחתנתי עם בעלי הראשון בקווקז איש זקן שאמר כמה מלים, וזה הכל לא הי' חופה וקידושין וגם טבעת בעלי לא נתן לי, לא נתן לי טבעת ולא תחליף לטבעת רק האיש הזקן אמר מספר מלים, היה נוכח רק הזקן אני הבעל ואמו".

ובערעור זה טענה האשה: "שום יהודי לא השתתפו במסבה, הזקן הזה אמר כמה מלים, ואני הבנתי **שזה חופה** אבל לא עשה שום דבר מיוחד חוץ מזה שאמר כמה מלים, אני מפולניה ואני שמעתי שלפני הנשואין עושים חופה והבנתי שברוסיה **אומרים כמה מלים וזו חופה**, אבל לא פרסו חופה עם כלונסאות כמו שעושים בפולניה, והבעל לא נתן לי טבעת ולא כסף ולא שום דבר. אני בטוחה שלא היו יהודים בשעת המסבה והזקן הי' יחידי שנכח שם".

הגרי"ש אלישיב שליט"א דחה את ערעור האשה משני נמוקים:

א. האשה אסורה מצד שויה אנפשיה חד"א כהח"מ, הט"ז והב"ש באשה שאמרה מקודשת אני (אה"ע סי' מ"ח) וכהכרעת החקרי לב (אה"ע סי' פ"ד, בהשמטות) כל עוד לא נתנה אמתלא המתקבלת ע"ד בי"ד כדברים הניכרים לאמת.

ב. האמתלאות שנתנה ספק אם הן נכנסות בכלל בגדר אמתלא, ועכ"פ רחוקות הן מלהתקבל על הדעת.

הגר"א גולדשמידט זצ"ל הצטרף למסקנתו של הגרי"ש אלישיב שליט"א.

[פסה"ד תומצת ולא הובא במלואו, לבקשתו של הגרי"ש אלישיב שליט"א. העורך]

לענ"ד יש לקבל העתירה ולהתיר האשה לשוק וזה מטעמים דלהלן:

א האמתלא שנותנת אינה באה לסתור דבריה הראשונים רק לפרשם. ובזה, גם בממון אף דאין טוען וחוזר וטוען - נאמן, כהא דזה אומר של אבותי שיכול לחזור ולטעון שלי היא, אלא שאני סומך עליה כאילו היתה של אבותי (ב"ב ל"א וחו"מ סי' פ' ס"א וסי' קמ"ו סכ"ד).

והרי בנידו"ד לא אמרה קודם אלא "יהודי זקן סידר לנו חופה", ולא הזכירה כלום מקידושין, א"כ מה שאומרת אח"כ שלא היתה שום נתינת טבעת וכל כיו"ב הרי אין זה אלא פירוש לדבריה הקודמים, באופן שמעולם לא היה, לפי פירוש דבריה, משום שויא אנפשה חד"א.

ואם מצד החופה עצמה הרי הא דחוששין כי"א שהיא ספק (סי' כ"ו ב') בפת"ש שם מבואר דהמדובר בחופת ייחוד דוקא, ואילו בחופה של פריסת כלה אין חוששים לקידושין כלל, והכא הרי דבריה היו רק שהזקן סידר להם חופה, דהיינו מה שהזקן עשה, ולא הזכירה בדבריה שעשו ייחוד לשם חופה ולא היה במשמעות דבריה כלל.

ובש"ש ו' פ"ח מסיק דאף בגוונא דל"מ אמתלא באומר אין קידשתי אבל קדשתי בפני פסולים, דזה לא נקרא חזרה רק פירוש, ובזה נאמן. א"כ ודאי לא גרע נידו"ד לראות בדבריה האחרונים שלא היו קידושין, פירוש לדבריה הראשונים.

ב גם אילו נראה הביטוי "סידר לנו חופה" במובן של חופה וקידושין, עכ"פ הרי חזרה בה בבארה שכיונה בקידושין ולא עדים, כפי שטענה כמה פעמים בפני ביה"ד, ובזה הרי הכריע המהריב"ל שנאמנת לומר שחשבה קודם שאלה הם

[10] ערעור תשכ"ט \189 בפני כב' הדיינים : הרב יוסף שלו' אלישיב , הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

קידושין, והוי שפיר אמתלא. וכמבואר בשו"ת הפנ"י. ואף מה שאמרה בפני ביה"ד בערעור (ל' בחשון תשכ"ט): "היה רק נשף קרובי משפחה מכירים של הבעל אנשים שעבדו בשבת", אין זה סותר בהכרח דברי הראשונים, כי יתכן שהזקן שסידר החופה לא היה במעמד כולם. ואף אם נראה בדברים אלה חזרה ממה שאמרה קודם, הרי עכ"פ גם לפי דבריה אלה שלא היה שם שום נתינת טבעת ולא דבר הדומה לזה, א"כ אין כאן חזרה לאופן האוסר, כי גם לפי דברים אלה שאם אמנם היו עדים (גם זה לא מוחלט כי יתכן שהיו רק קרובים ופסולים) הרי לא היה שום מעשה קידושין לדבריה אלה, וה"ז כחזרה מפטור לפטור שיכול לחזור ולטעון אף בלא אמתלא (סי' פ' הנ"ל).

ג ולביאור הסתירה לכאורה שמתשו' הרא"ש להא דהמהריב"ל, דמהרא"ש נראה דאי"צ לגמרי לאמתלא ולפירוש דברים הראשונים, בעוד שהמהריב"ל נוקט שרק ע"י שמבאר דבריו מקבלים זאת בתור אמתלא. דביאר החק"ל דהוא משום דהרא"ש מיירי בגוונא דעמדה וניסת בזה גופא הוי כאילו אמרה דנוכחה לדעת שהקידושין לא היה בהם ממש. לענ"ד מניסוח הדברים בשו"ע מוכח דלא ס"ל לחילוק זה דהרי כך הוא לשון השו"ע (סי' ט"ו, ל'):

"מי שהיתה לו פילגש וכו' אם יש עדים שאמרה האשה קדשני בפני עדים נאסרה לקרוביו, אבל אם אמרה קדשני סתם ולא אמרה בפני עדים אין בדיבורה כלום".

והנה לא העתיק בשו"ע כלל הא דעמדה וניסת, כעובדא דהוי בפני הרא"ש אלא כ' בסתם "אין בדיבורה כלום", רואים מזה ברור, דהמחבר לא הבין דברי הרא"ש שעיקרם מצד דעמדה וניסת, שהרי לא הזכיר מזה כלום. ומשמע שמעיקרא דמילתא אין רואים ממש בדבריה, וכלשון הרא"ש והשו"ע "אין בדיבורה כלום".

ולענ"ד נ' ביאור הדברים אחד. והוא בשים לב כי לא נזכר כלל הדיון מצד איסור א"א, רק מצד איסור הקרובים, והרי לא מדובר שנתן לה ג"פ, א"כ אמאי לא דנו כאן מצד האיסור דא"א.

וצ"ל דמיירי שהקודם כבר מת, באופן שאין כאן דיון רק מצד איסור הקרובים, ובזה י"ל דנוקט הרא"ש דלא הי"ל לדקדק בדיבורה במה שאמרה שנתקדשה (שהיה קודם שניסת לשני) כי י"ל דלא העלתה על הדעת כלל שיהי' נפ"מ מדיבורה לאיזה ענין מאחר שבעלה כבר איננו, ולא חשבה להינשא לא' מקורביו. ע"כ יתכן שלא דקדקה בדיבורה, ואין לראות מה שאמרה שנתקדשה, כאילו שנתקדשה כדת, ואין זה אלא בחינת מילתא דלא רמיא עליה דאינש שאינו מדקדק בהם.

משא"כ איש או אשה הטוענים זה כנגד זו שנתקדשו, הרי שבאים לתבוע ההתחייבויות הנובעות מן הקידושין. א"כ אין להניח שלא דקדקו בלשונם, ואדרבא סתמא דמילתא כונתם לומר שנתקדשו כדין, ובזה יש לדון רק מדין אמתלא, היינו אם יש כח בידם לחזור בהם ממה שאמרו וטענו לפני כן.

ועפי"ז י"ל גם בנידון שלנו, שמנוסח הדיבור של האשה לראשונה בפני ביה"ד כשסיפרה ש"יהודי זקן סידר חופה" עם בעלה הראשון לא נראה שייחסה לזה איזה שהוא ערך לגבי טענותיה כלפי בעלה השני, ולא היה זה אלא סיפור דברים בעלמא. ובזה ה"ז כאותו ענין שבתשו' הרא"ש, שאין לראות בדיבורה כלום, דכיון שלא ראתה בזה נפ"מ שהיא למעשה, לא הוצרכה לדקדק בדיבורה, ולברר אם אכן היה איזשהו ממש בחופה או לא.

ע"כ אין צורך לגמרי בזה אמתלא ודיני אמתלא, ושפיר יש לקבל דבריה שלא היה שם קידושין כלל.

שאול ישראלי

החלטה

ברב דיעות הערעור נדחה.

סימן יא : בענין טענת מקח טעות של זנות בנשואין*

בפס"ד ביה"ד האזורי חיפה מיום י"ב תמוז תשכ"ח, בתיק תשכ"ח4831/ נפסק:

"א הבעל י.א. פטור ממזונות אשתו ר.א.

ב האשה ר.א. חייבת לקבל גט.

ג החובה האמורה בסעיף ב' היא אחר שהבעל ישכור דירה של חדר בשכר דירה חדשי בתשלום מראש לשנתיים.

ד רק כשהבעל יסכים לאמור בסעיף ג' תהיה החובה על האשה לקבל גט תוך שלשים יום."

בנימוקים לסעיפים א' ב' נאמר בפס"ד הנ"ל בין השאר:

"ונראה שבנידון שבפנינו שנשאת בתורת בתולה והתנהגותה הבלתי מוסרית לפני נשואיה עד כדי לידת הילד, דבר שהאשה העלימה ממנו, הוי לכו"ע מקח טעות והבעל פטור מכל החיובים הממוניים כלפי אשתו.

... ולמעשה יש כאן גם טענת "מאיס". ומה שטען ע"ז ב"כ האשה:... "הרי כל הזמן טען שסירבה לו לתת לו להתקרב אליה וא"כ איך אפשר לטעון מאיס"."

"טענה זו אין בה ממש. הבעל טען טענה זו, שמסרבת להתקרב אליו, טרם שנודע לו על התנהגותה הבלתי מוסרית לפני נשואיה, אבל אחרי שנודע לו התנהגותה, הבעל טוען בפה מלא טענת מאיס באמתלא מבוררת... עכ"ל הפס"ד."

www.eretzhemdah.org

והנה לפנינו בפרוטוקול (תיק /4550כה, דף 8 ב', מיום י"ט אלול תשכ"ה) לשאלת ביה"ד: היא היתה בתולה? תשובת הבעל היא: לא.

[בהמשך לזה, שם: האשה מתפרצת כלפי בעלה שהוא משקר].

הרי לפנינו הודאת הבעל שהכיר בה שהיא בעולה. ואפילו אם נאמר, שלא נודע לו מזה אלא בשעה שבא עליה, הרי עכ"פ המשיך לחיות עמה עוד כשבועיים, גם לפי דבריו. א"כ הרי סבר וקבל, ואפילו אם חשבה קודם לבתולה, הרי נתרצה בה, גם למרות, וגם לאחר, שהכיר בה שהיא בעולה.

ואם אמנם באותה שעה עוד לא ידע שיש לה ילד מלפני הנשואין, מנין לנו שיש הבדל בין בעולה מבלי שנתעברה (או שעשתה הפלה מלאכותית, כמקובל לצערנו הרבה בעוברות שלא בנשואין) או שילדה, עד כדי שנתלה לומר שעי"ז שילדה הוי מקח טעות. ובהא דהמהרי"ט והחת"ס לא נזכר הקפדה על לידת הולד, אלא שעי"ז נתברר שאכן זינתה לפני נשואיה, אבל לא שעצם הלידה מהוה פגם כשלעצמו.

אכן כפי העדויות המצויות בתיק מתברר שהיתה מופקרת ממש לכל, ועיקר באי חדר משכבה היו ערבים. ועם אחד מהם היו לה קשרים מיוחדים, שכפי הנראה לא ניתקה אותם גם אחר הנשואין. וכן יוצא מתוך הודאת עצמה שכשנשאלה ע"י ביה"ד על אבי הילד שמלפני הנשואין (לאחר שהוכרחה להודות בזה, למרות שהכחישה כל הזמן שיכלה, במצח נחושה) לא ידעה לענות, באמרה שלא ידעה שם משפחתו ולא מקום מגוריו. והיתכן לקבל בזה דבריה, שחיתה עם הלה חמשה חדשים רצופים, והבטיח לה להתחתן עמה מבלי שטרחה אפילו לדעת שמו ומקום מגוריו? - אין זה אלא נסיון התכחשות, בעוד שהשקר בולט לעינים, ומוכח הדבר שנכונים הם דברי העדויות, שהיתה מופקרת לכל, שעי"ז אולי באמת אינה יודעת, או לא מעונינת להגיד, מיהו האב האמיתי של ילדה.

ומאחר שכן, הרי ממה שנתרצה הבעל גם לאחר שנודע לו שלא היתה בתולה, אין מזה הוכחה שהיה מתרצה אז גם אילו היה נודע לו על היותה זונה, שכן יש הבדל בתפיסת בני אדם בין מי שנכשלה ביחסים עם איש אחד, בפרט כשחשבה להתחתן עמו, לבין אשה מופקרת, שמוכרת גופה לכל מי שמוכן לתת לה אתנן. וכמו שגם מבחינת ההלכה, לדעת הראב"ד, איסור הקדשה הוא מה"ת דוקא במופקרת לכל אדם (רמב"ם פ"א מאישות ה"ג). ובדברי הנביאים מצוי התואר "זונה", כתואר גנאי שאין למטה הימנו, והמכוון שם תמיד למופקרת לכל אדם. וכן בשו"ע (חו"מ סי' ת"כ בסמ"ע סקנ"א) המכנה לחברו "בן הזונה" יש בו משום בושת. וגם בזמננו, עם כל ירידת ערכי המוסר, עדיין מושג המופקרת לכל אדם מקובל לגנאי, וישנה סלידה מלהתקשר עמה קשרי אישות.

והרי בנידון שלנו, כפי דברי ב"כ האשה (תיק /4831כה עמ' 54) היא מסבירה את לידת הילד שלפני הנשואין ממישהו שהבטיח לה להנשא, ומוסיף ב"כ, שגם הבעל ידע מזה, שלפני כן עמדה להנשא לאחר.

(ב"כ הבעל, לפי הפרוטוקול הנ"ל, אמנם דוחה זאת, אולם זהו רק במה שידע ע"ז עוד לפני כן. אבל לא הוכחש שבשעת מעשה כשראה שאיננה בתולה, קיבל ממנה הסבר זה ונחה דעתו).

ואם אמנם גם אחר שנודע לו הכל (תיק /4831כה, פרוטוקול מיום כ' שבט תשכ"ו בעמ' 56) ב"כ הבעל ממשיך להסתמך על זה שהאשה מסרבת לחיות אתו ורואה בזה

"דוגמא ברורה שהיא אשה מורדת".

הרי שגם אחר הכל, נראה שאין מצדו עיכוב, והוא מוכן להשלים גם עם זאת. וכן עוד שם בפרוטוקול מי"ח כסלו תשכ"ו (עמ' 15) ב"כ האשה מצטט דברי הבעל במזכירות ביה"ד: לבוגדת אפשר לסלוח, אבל היא לא מבקשת. וע"ז רשום שהבעל מודה שאמר כן. רואים שהבעל הוא מסוג של אינו מרגיש.

אולם, הן בזמן שעובדות אלה נתגלו, כבר לא היו ביניהם שום יחסי אישות, ומאחר שאנו דנים מצד מקח טעות, על יסוד המהרי"ט כנ"ל, הרי הדיון סובב על זמן הנשואין או על הזמן שהיו עדיין ביניהם יחסי אישות. ומאחר שבאותה שעה לא היתה לו ידיעה על כך, ממילא יש לדונו על אותה שעה בגדרי מדת כל אדם, והללו ודאי מקפידים בכגון דא, וכמהרי"ט הנ"ל שגם החת"ס הסכים לו בזה שיכול לגרשה בע"כ ואין לה כתובה.

ע"כ נראה שיש לדחות הערעור בנקודה זו, שאין כאן חדר"ג ורשאי לגרשה בע"כ.

אכן בפס"ד הנ"ל לא נאמר כלום בנוגע לתוספת הכתובה שהיא (כמבואר בפרוטוקול /1999שכו, עמ' 126) 5,000.- ל"י. נראה שדעת כב' ביה"ד שהוא פטור גם מזה, וכנאמר בנימוקים שהו"ל:

"... הוי לכו"ע מקח טעות, והבעל פטור מכל החיובים הממוניים כלפי אשתו".

זה נראה תמוה. שהרי החת"ס במסקנתו הנ"ל כתב:

"... אם הבעל אינו רוצה יכול לגרשה בע"כ, ואין בזה משום חרגמ"ה, מ"מ לא הפסידה תוספת..."

והוא עפימש"כ לפני כן לתמוה בדברי המהרי"ט שדן להפסידה התוספת כתובה, והסיק בזה: וסוף דבר דברי המהרי"ט בזה לא נאמרו להלכה, וכש"כ למעשה. וכמו שכתב שם לעיל מזה שגם המהרי"ט עצמו "לא פסק בזה דבר ברור, כ"א כמסתפק בדעת השואל כתב כן, וכולי האי ואולי".

ולא שבקינן ודאו של החת"ס בכה"ג מפני ספיקו של המהרי"ט שכנ"ל לא נאמרו אלא בדרך של שו"ט.

ונוסיף עוד, שגם למהרי"ט אין מקום לספיקו בנידון דידן, שודאי לא הפסידה התוספת.

כי תמיהת החת"ס על המהרי"ט, שסברת המהרי"ט שמפסידה התוספת, ושלא כאלמנה לכה"ג שלא הפסידה התוספת ואפילו בשלא הכיר בה, ופירש"י משום חיבת ביאה גמר והקנה לה במתנה, וצ"ל בזה דלא"ה שהוא מצד מיאוס

"כשזינתה ונטחנה לאחר, הפגם הוא במעשה הביאה בעצמה, וליכא שום חיבה שיקנה לה התוספת".

www.eretzhemdah.org

וע"ז מקשה שגם בדבר איסור, כשהכשילוהו במאכלות אסורות כ' הסמ"ע הא דפטור מלשלם מפני שצער לו האכילה שאכל "וחז"ל דימו חלבים ועריות לענין הנאה להדדי". וא"כ "איך נאמר הואיל ומאוסה הבעילה בעיניו פטור אפילו מהתוס', והלא כל בעילת איסור מאוסה בעיניו כמו אכילת איסור, ואפ"ה חייב" וכו'. עי"ש שהאריך בזה.

אכן לפנינו בר"ן פ' אלמנה ניזונית (אמתני' היתומה השניה והאיילונית וכו') כ' וז"ל:

"... באלמנה לכ"ג וממזרת ונתינה לישראל, שאעפ"י שלא הכיר בהן יש להן תוספת שלא היה הדבר מוטל עליהן לגלות דסברי דאפשר שיערב עליו המקח ואעפ"י שיש איסור בדבר. משא"כ במומין ובנדרים שאין אדם מתפייס בהן." עכ"ל."

הרי בפירוש לחלק יצא, בין שהוא מעוכב לקחתה מצד האיסור שבדבר, בזה אין הדבר פסוק ומוחלט שודאי לא יתרצה (דמשו"ז גם אינה יוצאה בלא גט) "דאפשר שיערב עליו המקח". משא"כ בדבר שיש עליו קפידת בני אדם, בזה חשבינן למקח טעות, כל שהיה עליה לגלות. (ולא כן באילונית שאף שגם שם הוי מק"ט, מ"מ כיון שלא ידעה מזה לגלות לו "כיון שהוסיף לה מדעתו ולא חשש לשמא תמצא אילונית, רצה ליזוק בנכסיו" - הר"ן שם לעיל מזה). וכל שלא ידע, אין לה תוספת.

ונראה שאינו דומה כלל להא דמאכלות אסורות, שאין הנפש מחמדתם, ויכול להשיג מאכל זה בהיתר, ממילא לא שביק היתרא ואכיל איסורא. משא"כ בעריות שיצרו תוקפו, ואם נתן עיניו בזו, אין דעתו מתישבת באחרת, וכהא דסו"פ בן סו"מ. בזה אמרינן דיתכן "שיערב עליו המקח ואעפ"י שיש איסור בדבר". ע"כ אין בזה דין מק"ט גם בשלא הכיר בה. וכן חייב בתוספת כתובה, דאיכא הכא חיבת ביאה. כי גם עכשיו כשנודע לו שהוא איסור ופורש הימנה, אין עדיין לקבוע שנפשו קצה בה למפרע מצד האיסור בדומה למאכלות אסורות. וכיון שבאיסור לא עבר עכ"פ, כיון שהיה אנוס, בחיובו הוא עומד. ואין הדבר כן במומין ונדרים שאין אדם מתפייס בהם, גם אם התחייב, כל התחייבותו היא בטעות וכמו עצם הקידושין, ול"א בזה שתקנה משום חיבת ביאה.

והרי הם הם הדברים שאומר המהרי"ט שמאחר שבהודע לו שהיא זונה נפשו קצה בה והיא מאוסה ומנוולת בעיניו, ה"ז כמו במומין ונדרים שאין אדם מתפייס בהם, ובזה ל"א שקונה התוספת משום חיבת ביאה. כ"נ לבאר כוונת המהרי"ט.

ולפי הנ"ל נראה שגם המהרי"ט מודה בניד"ד שאין בו ספק שלא הפסידה התוספת. שהרי כפי שטוען החת"ס, בשעת מעשה היתה לו חיבת ביאה. וכל עיקר אין אנו באים להפסידה, אלא משום שבשעה שנתודע לו, נפשו סולדת, והרי הוא מואס בה למפרע. זה שייך, אם באמת כשנתודע נמאסה עליו. אבל הרי לפנינו, הבעל בא עליה רק בטענת מורדת, וכנ"ל. א"כ אינו מואס בה גם עכשיו, ולא שייך איפוא לומר שנמאסה עליו מעכשיו למפרע, שהרי אינה מאוסה בעיניו כלל, ואילו היתה מבקשת סליחה, כפי שהוא אומר היה מוכן לסלוח לה גם עכשיו, אלא שהיא אינה מבקשת. א"כ אין כאן שום נימוק לומר שהפסידה התוספת, שהקנה לה בתור מתנה מצד חיבת ביאה, וכנ"ל. יש איפוא לפסוק שאמנם כתובתה הפסידה, וכן אין לה מזונות, אולם תוספת הכתובה לא הפסידה, והיא זכתה בהם מדין מתנה.

ומעתה נדון בסעיף ג' של הפס"ד האומר:

"החובה האמורה בסעיף ב' (היינו שהאשה חייבת לקבל הגט) הוא אחר שהבעל ישכור דירה של חדר בשכ"ד חדשי בתשלום מראש לשנתיים."

בנימוקים לסעיף זה נאמר:

"מאחר שהאב חייב במזונות הילד, ובכלל מזונות כולל דיור, ומאחר שהבעל מפגר בתשלום המזונות, ואי אפשר לסמוך על יושרו בזה, נראה לנו שאין לחייב האשה לקבל גט אא"כ יבטיח דיור לילדה. ואשר ע"כ עליו לקבל הצעה זו, שהבעל ישכור דירה של חדר בשכר דירה חדשי בתשלום מראש לשנתיים, כדי שלזמן זה יובטח מקום מגורים לילדה עם אמה."

סעיף זה נבצר מלהבינו מכמה טעמים:

א אין התנוקת זקוקה לדירה של חדר, ואין לחייב אלא לפי חלקה בדיור עם אמה. ואם נבא לדאוג לאם, בכדי שתוכל לדור על יד התינוקת, כמו כן היה לקבוע לה מזונותיה וכל שאר צרכיה.

ב אין חיוב המזונות של ילד עד גיל שש בגדר חוב שנכסיו משועבדים לו מראש עד גיל שש (עי' תשובת מהר"ם לובלין סי' ע"ט וצוינו בבאה"ט סי' ע"א). וכל יום חיובו עמו. ואם אין לו באותה שעה הרי הוא פטור. ואין לחייב אדם שיבטיח מראש תזונה ודיור לזמן ממושך.

וקשה לרדת לסוף דעתו של כב' ביה"ד, שאם מצד טענה "שהאב מפגר וכו' וא"א לסמוך על יושרו" באים לחייבו בהבטחת הדיור לשנתיים, משום מה אין דואגים גם למזונות התינוקת לשנתיים. ובכלל לא נדע מהו שיעור שנתיים, והרי גם אז עדיין לא תגיע לגיל שש, הגיל שהאב נפטר מכח תקנה זו.

ג ונוסף על הכל, אין להבין הקשר של מתן הגט בזה. החיוב של המזונות הוא כלפי התינוקת, ולא כלפי האם. ועיגון הבעל אינו צריך להמשך בגלל חובותיו כלפי ילדיו.

וכמה נתחבטו האחרונים במי שאין לו לפרוע הכתובה אם יכול לגרש (עי' ח"מ סי' קי"ט סק"ה וב"ש שם סק"ו, וכן ח"מ וב"ש סו"ס קי"ז) ובכל אופן פשוט להם שאם האשה חייבת לקבל גט, שאין תשלום כתובה מעכב. והרי כאן לפי הפס"ד הנידון (סעיף ב') האשה חייבת לקבל הגט. א"כ מה מקום לעכב הגט בגלל תשלום צדדי שלא חב לאשה, ועדיין בכלל לא חל חיובו.

www.eretzhemdah.org

מטעם כל הנ"ל נ' שיש לבטל החיוב של שכירת דירה של חדר ובתשלום שנתיים מראש. על כב' ביה"ד הדן בדבר להוסיף על המזונות החדשיים של התינוקת סכום המתקבל על הדעת בתור השתתפות בדיורה של האם. ואין לקשור זאת בשום פנים בקבלת הגט.

עפ"י כל הנ"ל נראה לפסוק.

א הבעל י.א. פטור וכתובה ומזונות של אשתו ר.א., אולם חייב בתוספת הכתובה.

ב הבעל יתן גט פטורין לאשתו.

ג על ביה"ד הדן בדבר להסדיר עם מתן הגט את תשלום הסך 5,000.- ל"י תוספת הכתובה.

ד התביעה שלא להכיר באבהות הבעל על התינוקת נדחית.

ה ביה"ד הדן בדבר, יקבע נוסף על סכום המזונות החדשי עבור התינוקת, סך מסוים ע"ח השתתפות בדיור של האם המטפלת בה.

ש. ישראלי

פסק דין

אחרי שמיעת הערעור מצד האשה, והערעור מצד הבעל, וטענות הצדדים והעיון בחומר אנו קובעים:

א דוחים את הערעור על הסעיפים א, ב, מפסה"ד נשוא הערעור.

ב הבעל פטור מתשלום כתובה לאשה. זהו דעת הרוב. לפי דעת המיעוט הבעל פטור רק מעיקר הכתובה, אבל הוא חייב בתוספת כתובה. ההחלטה היא כאמור כדעת הרוב.

ג מקבלים את הערעור על סעי' ג' מפסה"ד נשוא הערעור, ואין לתלות את קבלת הגט ע"י האשה, בתנאי שהבעל ישכור דירה של חדר בשכר דירה חדשי בתשלום מראש לשנתיים, אלא שבנדון זה מחזירים את הדבר לכב' ביה"ד האזורי להוסיף על המזונות החדשיים של הבת, סכום המתקבל על הדעת בתור השתתפות בדיורה, אבל אין לזה כל קשר עם קבלת הגט.

ד התביעה שלא להכיר באבהות המערער על הבת, נדחית.

אין צו להוצאות.

נימוקי דעת הרוב והמיעוט יצורפו לתיק.

ניתן היום ל' בתשרי תש"ל.

בצלאל זולטי שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן יב: בענין מקח טעות עקב מום בנשואין*[11]

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד האיזורי לפתח תקוה מיום כ"ד אייר תשל"ו (תיק /1024לו) בו פסק:

"אין מקום לטענת ב"כ הבעל שיש כאן קדושי טעות ולפי זה הבעל חייב בכתובתה ובאופן עקרוני הוא חייב במזונותיה".

יחד עם זאת פוסק ביה"ד שעל האשה בנידון דידן לקבל גט מבעלה, ואם יתברר שהאשה לא מסוגלת לקבל גט - אז ביה"ד ידון בבקשת הבעל להיתר נשואין.

הערעור הוגש ע"י הבעל בו הוא מבקש "לבטל פס"ד בי"ד קמא ולפסוק כי קידושי המערער למשיבה הם מקח טעות ופקעו מלכתחילה".

ואלה הן גופי העובדות, כפי שמשתקף מהחומר שבתיק: המערער נשוי למשיבה כדמו"י החל מיום 21.3.73, לשניהם אלו הן נישואין שניים, המערער אלמן והמשיבה גרושה לפני כן. הבעל מבוגר מהאשה בכ25 שנה.

לטענת המערער הבטיחו המשיבה והוריה כי היא "אשה בריאה, דתית ועקרת בית טובה" אולם כמעט מיד לאחר הנישואין הבחין הבעל באשה שהתנהגותה מוזרה ואינה מתנהגת כאשה דתית. משום כך הגיש תביעת גירושין. התביעה הוגשה ביום ח' באייר תשל"ג 10.5.73, היינו כחודש וחצי אחר הנישואין, בתביעה שהוגשה ע"י הבעל בעצמו (ללא ב"כ) הוא טוען: שלקח את האשה על מנת שהיא דתית "והנה לצערי רימו אותי שהיא מחללת שבת ומפעילה רדיו ומשקה גינות ומעשנת בשבת וההתנהגות שלה מוזרה".

הדיון בתביעה נקבע ליום כ"ו אייר תשל"ג.

לדיון הופיע הבעל. האשה לא הופיעה. בפרוטוקול רשום מפי הבעל: היא עכשיו מאתמול בביה"ח הממשלתי לחולי נפש בבאר יעקב, אתמול לקחתיה... וכתבתי כבר בכתב התביעה שבתיק שהתנהגותה מוזרה... הוריה רימו אותי.

בתיק הנ"ל מכתב מביה"ח הממשלתי לחולי נפש בבאר יעקב מיום 25.7.73, שבא כתשובה על פניית ביה"ד אליהם לבירור פרטים על מחלתה של הנ"ל, במכתב נאמר בין השאר:

[11] ערעור תשלו\268 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

"הנ"ל מאושפזת במוסדנו מיום 25.5.73. עתה נמצאת בחופשות ... נודע לנו שבעלה בינתיים הגיש בקשת בטול דחית (על מלה "דחית" מועבר קו) גירושין".

על מכתב זה בחתימת האב"ד בתאריך כ"ט תמוז תשל"ג רשום:

"אחר שכבר עבר זמן רב בלי שום טיפול בתיק לכן סוגרים את התיק".

הסבר להזנחת התביעה ע"י הבעל אנו מוצאים בתיק שבו חודשה תביעת הגירושין (תיק /2270תשלה) בו מסמך בכותרת "סיכום מחלה" מביה"ח הממשלתי באר יעקב בחתימת ד"ר ז., למעלה רשום תאריך עזיבת האשה את ביה"ח 29.7.73 ונאמר בו בין השאר:

"הופנתה למחלקתנו מן המרפאה לבריאות הנפש בילינסון. לדברי בעלה, החולה עולה חדשה המצויה זמן קצר בארץ, נישאה לו חדשיים לפני האישפוז. מיום אחר החתונה שם לב שדיברה לא לענין, וכו'.

הערות: ..1.

2. בתחלת האישפוז ביקש בעלה התערבותנו והתערבות ביה"ד הרבני להסדיר גירושין, אך לכשנתארגנה ותפקדה היה בעלה שבע רצון והקפיא את התהליכים".

אולם המחלה חזרה ופקדה את האשה. והבעל ע"י בא כוחו חזר ופתח תיק לתביעת גירושין (תיק /2270תשל"ה) היא התביעה שעליה בא הפס"ד נשוא הערעור.

בתביעה זו הוגדרה "מהות התביעה":

"להכריז כי הקידושין אינם תופסים, גירושין, להכריז על האשה כמורדת, לכפותה בקבלת גט, היתר נשואין ולפטור התובע מהשלשת הכתובה".

בכתב התביעה עצמה בא פירוט הטענות שהבעל רומה ולא נאמר לו שהאשה חולה במחלת נפש, ונוסף על העובדות שנתגלו בהתנהגותה שמראה על אי שפיות הדעת, מציין גם שנתברר לו בבירור שהאשה היתה עוד חולה טרם עלייתה לארץ שכן בעת שהנתבעת היתה מאושפזת ערך התובע חיפוש בבית ומצא בכליה של הנתבעת 2 בקבוקים מלאים כדורים מפרס וגם חומר נוזלי לזריקה המצוי בידי התובע עד היום.

בהתאם לעובדות אלה "מתבקש כב' ביה"ד לפסוק:

א שקידושי בני הזוג אינם תופסים... האשה הנתבעת היא שוטה גמורה ולשוטה גמורה אין קידושין.

ב שקידושי בני הזוג היו קידושי טעות ויש לבטלם באשר כשהבעל קידש היה תנאי מפורש ע"מ שאין מומין, והתברר שלנתבעת יש מום חמור ונסתר שלא היה ידוע לתובע. זהו מקח טעות וכו'.

****

ה להכריז כי הנתבעת יוצאת בלי כתובה. באשר הנשואין אינם תופסים ו/או הנם מקח טעות ו/או יען כי התובע רומה ע"י הנתבעת וע"י אביה".

בדיון שהתקיים בפני כב' ביה"ד, לפי הרשום בפרוטוקול מיום כ"ד חשון תשל"ו, מובאות שאלות ביה"ד ותשובות הצדדים:

"מדברי הבעל: ... הלכתי אל אביה חודש אחר החתונה ואמרתי לו מה עשית לי ונתת לי אשה כזו, והוא אמר לי אל תדאג זה יעבור. ראיתי שלא משתפר המצב ואז הלכתי כעבור חדשיים לרופא ס. והוא שלח אותה לבילינסון ולבאר יעקב והיתה מאושפזת ימים מספר...

ביה"ד: מה התביעה שלכם?

ת. להכריז שהקידושין הם לא קידושין או שהם מקח טעות, ולחלופין - לכפות עליה שתקבל גט או להשליש.

ש. לאבי האשה: היא היתה בריאה לפני החתונה?

ת. היא היתה בריאה.

ש. לב"כ הבעל: יש לכם הוכחות שהיתה חולה לפני החתונה?

ת. אין הוכחות, אבל יש אישורים שיש לה מחלת סכיזופרניה כרונית."

בתיק מכתב בחתימת ד"ר י' (קופ"ח מחוז פ"ת) מיום 4.9.75 בו הוא כותב:

"הייתי רופא משפחה של הח' ילידת 1946 משנת 1973 עד יולי 1975, הח' סובלת ממחלת נפש... (היתה בטיפולו בהשגחה במרפאה לבריאות הנפש בבי"ח בילינסון), לדעתי הח' מסוגלת לעמוד בפני ביה"ד".

בתיק גם מכתב חתום ע"י ד"ר מ. מיום 25.5.73 המופנה לבי"ח באר יעקב בו נאמר:

"הנ"ל נבדקה במרפאתנו ב25.5.73- לפי פניה של רופא משפחה. אין לנו מספיק ידיעות אוביקטיביות על הנ"ל.

עלתה ארצה מפרס לפני 8 חודשים. לפני חדשיים נישאה לבעל המבוגר ממנה ב27- שנים, לאחר כמה ימים הבחין הבעל שהיא "לא בסדר.

****

התרשמתי ממצב של החמרה של תהליך סכיזופרניה עם תסמונת פרנואידלית וליקוי אמוציוניליי".

בישיבת ביה"ד מיום י"ב כסלו תשל"ו עדות העדה ד"ר ש. הנ"ל מביה"ח גהה בי"ח פסיכיאטרי, מפיה רשום:

www.eretzhemdah.org

"... אני מכירה את האשה מלפני שנתים. במאי ..73. היא היתה במצב פסיכוטי, במלים פשוטות - אדם משוגע.

ש. בפעם הראשונה הכרת שהיא חולה כרונית?

ת. אני הכרתי שהיא חולה, לפחות לא לפני חודש או חדשיים או חצי שנה ודאי לפני זמן. ואני הסברתי לבעלה שיש לה מחלה קשה שידע איך לטפל.

ש. זאת אומרת שקבעת שמחלה היא מזמן?

ת. כן, גם הרופא מ. קבע כך.

ש. את אומרת שאפשר להכיר עליה שהיא לא בסדר?

ת. אדם שהוא לא במקצוע לא יכול להכיר אם זה סכיזופרניה, אבל הוא, הבעל, אמר לי שהוא הכיר עליה שהיא לא בסדר.

ש. האם המחלה יכולה להגרם ע"י המצב בבית או החמרה?

ת. זה לא מהמצב בבית, זו מחלה."

לשאלת ב"כ האשה עונה ד"ר ש.:

"אני רופאה פסיכיאטרית, אני בודקת לפי הדיבור... לפי המימיקה והתגובות שלה וכו'.

אני לא מתחרטת על מה שקבעתי. ועובדה שאני שלחתי אותה לבאר יעקב והחזיקו אותה שם חודשיים... רופא פסיכיאטרית יכולה לקבוע את ההתרשמות שלה, שזה מדובר בסכיזופרניה כרונית עם החמרה על סמך התגובות שלה והתרגום... ולא היתה לי שום נגיעה בקביעת מצבה.

ש. לבעל: אתה מסכים לשלום?

ת. איך אני יכול להסכים לשלום, היא היתה חולה עוד בחו"ל."

אחרי שמיעת טענות הצדדים, העדים ובדיקת המסמכים הוציא כב' ביה"ד את פסה"ד שעיקריו ניתנו לעיל. הנימוקים לפסק הדין הם:

"מאחר שלא הוכח שהמחלה של האשה היתה בפועל גם לפני החתונה, אם כי יתכן ששורש המחלה היה לפני־כן. נוסף לזה הבעל חי עם אשתו גם אחרי שנודע לו שהיא חולה וזה היה גם אחרי שחזרה מבית־חולים באר־יעקב. וטענת הבעל שהסכים לזה אחרי שהרופאים אמרו לו שיתכן שהיא תבריא אינה מתקבלת על הדעת במחלה כזאת שאדם יסכים להחזיר אשה במצב כזה על ספק, אם לא שאמנם ויתר על מום זה באותו זמן, ובפרט שהרופאה ד"ר ש. שהבעל הביא את האשה אליה לבדיקה כמה חדשים אחר שהתחתנו והיא מסרה בפני ביה"ד בכסלו תשל"ו שהיא קבעה בזמנו שהאשה אינה שפויה בדעתה, והוסיפה שיש לאשה מחלה קשה שידע איך לטפל בה, ואח"כ אמרה לבעל שהיא במצב כזה שהוא לא יוכל לטפל בה ואם הוא בכל זאת הסכים אחר כך, אחרי שיצאה מביה"ח "באר־יעקב", לקבל אותה וחי אתה חיי אישות ונכנסה אפילו להריון, אין זה אלא כי השלים עם המצב של האשה כפי שהיא היתה אז, אם כי יתכן שחשב שמצבה ישתפר".

בערעור שהוגש, כאמור, ע"י הבעל, חוזרת הטענה שהקידושין היו מקח טעות מאחר שהאשה היתה חולה עוד לפני נישואיה, דבר שלא היה ידוע למערער. בטיעון בע"פ נטען עוד, שהתיק העיקרי על תולדות המחלה הנמצא בביה"ח לא הובא, וממנו אפשר להווכח שאכן היתה חולה עוד לפני עלותה לארץ. כמו כן נטען, שהמערער סמך על דברי הרופאים שאמרו לו שיש תקוה להבראתה, והשפיעו עליו שיבטל את תביעת הגירושין שהגיש בשעתו מיד כשנודע לו טיב מחלתה. אולם מכיון שתקוה זו נכזבה ונתברר שהאשה היא ללא סיכויים להרפא, הוא חוזר על תביעתו הראשונה.

לשאלת ביה"ד על אפשרות של פשרה, עונה ב"כ המערער שאין לו בשום אופן אפשרות לשלם את הכתובה, שהיא בסף חמשים אלף ל"י, מאחר שהוא מרויח מעט ומצבו הכלכלי קשה.

ב"כ המשיבה חזר על טענותיו, שהמצב המשפחתי שאליו נקלעה האשה המשיבה עם הנישואין, כשהבעל מבוגר ממנה כמעט בשלושים שנה ובבית ילדים מבוגרים של בעלה, הוא שהשפיע עליה למחלתה, מוסיף גם שמוכנים להתפשר על הכתובה ומגיש רשימה של חפצים שהאשה הכניסה לבעלה עם הנישואין והיא דורשת אותם כעת.

אחר העיון בטענות הצדדים ובחומר שבתיק, זה אשר עלה בידינו:

כב' ביה"ד מנמק פסק דינו בשנים:

א חוסר הוכחה שהאשה היתה חולה לפני נישואיה "אם כי יתכן ששורש המחלה היה לפני כן".

ב "הבעל חי עם אשתו גם אחרי שנודע לו שהיא חולה, וזה היה גם אחרי שחזרה מביה"ח באר יעקב וכו' וכו'... אין זה אלא כי השלים עם המצב של האשה כפי שהיתה אז, אם כי יתכן שחשב שמצבה ישתפר".

עלינו לבחון איפוא את שני הנימוקים:

אשר לנימוק של חוסר הוכחה על מחלתה לפני כן. לפנינו בתיק עדותה של ד"ר ש. הקובעת שהיתה חולה גם לפני כן "לפחות לא לפני חודש או חדשיים או חצי שנה, ודאי לפני זמן". ומסתמכת בדבריה גם על קביעתו של ד"ר מ. וכן הדיאגנוזה בביה"ח באר יעקב. אלא שכב' ביה"ד כנראה הבין שאין עדות זו קובעת, או יכולה לקבוע, את דרגת חומרת המחלה לפני כן, ברמזו לזה במה שמוסיף "אם כי יתכן ששורש המחלה היא לפני כן".

אכן אם רק מצד נימוק זה היה ודאי על ביה"ד להמשיך לחקור ע"י שמיעת מומחים רפואיים נוספים, וכן ע"י בדיקת כל החומר הנמצא בביה"ח באר־יעקב, שלפי טענת הערעור לא נבדק כולו, בכדי לברר אם אמנם היתה המחלה קיימת כבר לפני כן בכל חומרתה או רק שורש המחלה" בלבד.

www.eretzhemdah.org

אלא שכב' ביה"ד מביא עוד נימוק שני, שמאחר שהמערער המשיך לחיות עם המשיבה גם כשנודע לו על מחלתה הרי זה מוכיח ש"השלים עם המצב", ושאשר על כן, אין כל נפקותא אם היתה חולה גם לפני כן, כיון שסבר וקיבל.

יסוד הדברים שאם לבעל נודע מהמומים ושתק אינו שוב יכול לעורר טענת מומים מבוארת בשו"ע ונו"כ בסי' ל"ט ס"ה:

"המקדש אשה סתם ונמצא עליה מן המומים הפוסלים בנשים... הרי זו מקודשת מספק".

ובב"ש שם ס"ק ט"ו:

"כתב בח"מ דאיירי מיד כשרואה המום מקפיד ואינו חפץ בה, אבל אם שותק כשנודע לו המום, אף דצווח אח"כ הוו קידושי ודאי."

וכל שהם קידושי ודאי חייב גם בכתובתה. ושלא כמו בקידושי ספק דפטור מכתובתה, אם מפני שכן עיקר קידושין אלה אינן אלא מדרבנן, ואם מצד הממע"ה, כמבואר בב"ש שם בא"ד, ולא כן כשהם קידושי ודאי, כששתק כשנודע לו, וזה מבואר בסי' קי"ז סי' י':

"בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה וכו' אין שומעין לו - חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וידע ונתפייס".

ובב"ש שם ס"ק י"ט:

"... אין לו טענת מומים, ואז אית לה כתובה. גם משמע דהיא מקודשת ודאי, אע"ג אם נמצא בה מומין, אפי' לא התנה על מומין, אין לה כתובה, והכתובה שכתב בטילה, מ"מ אם שהה מחל לה ואית לה כתובה. וא"ל איך תגבה עם כתובה זו, דהא הכתובה בטילה? - צ"ל דאינה בטילה אא"כ כשהוא מקפיד על המומין, כמש"כ בסי' ל"ט, אבל כשאינו מקפיד אז הקידושין קידושי ודאי הם, עי"ש."

והדברים לקוחים מהר"ן לכתובות בסוגיא דנמצאו עליה נדרים או מומים, שכ' שם בא"ד:

"שמסקנת הסוגיא מוכח דאטעמא דאחולי לתנאיה סמכינן וכו', וא"ת והיכי מצי מחיל לתנאיה... כי מחיל לתנאיה מאי הוי, והרי אם היו עליה נדרים ונתבטלו הקידושין מיד. י"ל דכיון דלהנאתו התנה, אין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים או שיראה במומין. וכל שלא הקפיד בהם מקודשת, כדאמר לקמן גבי מומין - ראה ונתפייס הוא."

והיינו, דאפילו אם התנה במפורש, וכש"כ במקדש סתם, ונמצאו עליה מומין או נדרים אין אומרים שכוונת תנאו, או רצונו הסתמי, של המקדש היתה שיתבטלו הקידושין, כשיש בה מום (או נדרים), אלא כוונת הדברים שיהיו הקידושין תלויים ועומדים, שרק אם יקפיד לכשיודע לו מהם אז יתבטלו, אבל אם ישלים אתם יהיו הקידושין קידושין, וכן הכתובה שהתחייב בה עם הקידושין, (המדובר בר"ן שם הוא גם על הכתובה שכתב לה).

דברים אלה הם איפוא היסוד לנימוק של ביה"ד, שכיון שגם לאחר שנודע לבעל המשיך לחיות עמה הרי שהשלים עם המצב "וידע ונתפייס".

אולם נראה שאין הנידון שלנו דומה למה שהבאנו מהב"ש והר"ן, אלא למה שאומר שם הר"ן בהמשך להנ"ל:

"ומיהו אם הקפיד בהם אינה מקודשת, אעפ"י שחזר ומחל".

היינו, שהכל תלוי בהקפדה של שעה ראשונה כשהדבר נודע לו, כי רק בזה הוא שתלה תנאו (וכן תנאי מצד דבשב"ל כל אדם, כגון הא דאין אדם מתפייס במומין). ועל כן כשם שאם לא הקפיד בשעה שנודע לו, מיד נתקיימו הקידושין וחיוב הכתובה, ואינו יכול שוב לחזור בו, כן - מאידך - אם באותה שעה שנודע לו הקפיד, מיד הכל בטל, והסכמתו שאח"כ לקיים הקידושין אינה מועילה לקיימה מאחר שכבר בטלו ושוב אינם קיימים, ואין שוב אפשרות לחדשם אחר שבטלו.

והנה בנידון שלנו התביעה הראשונה של הבעל לגירושין הוגשה מיד כשנודע לו שהאשה חולה, אפילו טרם שידע להגדיר טיב מחלתה. הוא כותב בכתב התביעה "התנהגותה מוזרה." וכשהופיע לפני ביה"ד הוא טוען "היא עכשיו מאתמול בביה"ח הממשלתי לחולי נפש וכו' וכתבתי כבר בכתב התביעה שבתיק שהתנהגותה מוזרה... הוריה רימו אותי" ואם אמנם תביעתו אז היתה לגירושין, הרי זה פשוט מפני שלא גמיר דינא לתבוע ביטול הקידושין. אבל תוכן תביעתו המתבססת על זה שרימו אותו הרי יש בה טענה למק"ט. וכן הרי גם אילו הוי גמיר דינא, כל כה"ג שלא היה תנאי מפורש בשעת הקידושין הר"ז מקודשת מספק, כנ"ל בשו"ע סי ל"ט, וא"כ התביעה היא רק לגירושין, אלא ללא כתובה. א"כ ברור הדבר שמיד שראה שיש בה מום זה הקפיד וקבל שרימו אותו. וממילא מעיקר הדין אין לה כתובה, וזה שצריכה גט הוא רק, אם מצד ספק ואם מצד חומרא "מדבריהם". וע"כ אעפ"י שאח"כ הזניח התביעה ונתפייס "והשלים עם המצב", כלשון ביה"ד בפסה"ד, אם אמנם מצד אאעבב"ז אמרינן שיש עליה קידושי ודאי (עי"ש בר"ן לפני כן, בדברי רש"י שכ' דלענין ממונא בתנאיה קאי) הרי זה רק מצד קידושי ביאה דאח"כ, אך מה שכתב לה בכתובתה על סמך קידושין הראשונים אין לה, שקידושין אלה בטלים, כיון שהיו בטעות, ומשעה ראשונה שהקפיד בטלו, וממילא גם הכתובה התלויה בהם בטלה ומבוטלת. וכהערת הב"ש שהובאה לעיל.

נימוק השני, איפוא, של ביה"ד, שהסיק על פיו שגם חיוב הכתובה קיים (ובאופן עקרוני גם חיוב המזונות) בטל איפוא לגבי חיוב הכתובה בסכום שכתב לה. ויש רק לחייב מצד נימוק זה בסכום הכתובה שחייבו חכמים לאשה זו.

נחזור, אם כן, לנימוק הראשון. כב' ביה"ד לא הרבה, כאמור, להתייחס לנימוק זה, מאחר שראה לפניו, כנראה, את הנימוק השני כמספיק. אולם לפי הנ"ל עלינו לדון על הנימוק הראשון.

כב' ביה"ד כתב שלא הוכח קיומה של המחלה "בפועל" לפני הנישואין. לטענת המערער - על יסוד מימצאיו בכלי האשה כדורים וזריקות, הוא טוען טענת ברי שהיתה חולה לפני כן. לפנינו גם עדות הרופאה שטיפלה בה לראשונה

www.eretzhemdah.org

בביה"ח גהה שמחלה היתה בה "לפני זמן". כב' ביה"ד פוטר טענה זו במלים שהו"ל "אם כי יתכן ששורש המחלה היה לפני כן".

לטענת המערער מצוי בתיק שבביה"ח באר יעקב חומר המעיד שהיתה חולה עוד בחו"ל, לא נגמרו איפוא כל הבירורים בקשר לזה, והיה מקום להחזיר את התיק לכב' ביה"ד האיזורי ע"מ שימשיך בבירורים.

ברם נראה לנו, שגם לפי מה שיש לפני ביה"ד מספיק לפטור הבעל מחיוב הכתובה, וזה משני טעמים:

א הטלת חיוב ההוכחה על הבעל־המערער, שמשום כך כל עוד לא הוכיח, בחיובו עומד, הרי הוא מכוח ההלכה המפורשת בשו"ע סי' קי"ז ס"ח:

"היו בה מומין שאפשר שנולדו בה אחרי האירוסין, אם נמצאו בה אחר שנכנסה לבית הבעל, על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה והיה מקחו מקח טעות".

ובמומין מעין אלה, שאינם קבועים ואינם ניתנים להבחנה ול"ש לומר חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו, הטלת חיוב ההוכחה על הבעל הוא, משום "כאן נמצא כאן היה", כמבואר במפרשים שם, וכפי שעולה מתוך הסוגיא בגמרא. היינו שלא נתברר שהיתה ריעותא לפני כן, על כן מעמידים האשה על חזקת הגוף.

אכן בש"ש (שמעתא ב' פ"ב) מוכיח שהדבר אמור רק במומים שניתן לומר שלא היה הגורם שלהם קיים לפני כן, באופן שאין לראותם כפרי **התפתחות** ממה שהיה לפני כן וכן הם דבריו שם:

"... גבי חבית אמרינן - העמד טבל על חזקתו, ולא אמרינן העמד יין על חזקתו, משום דהוי תרתי לריעותא, ואע"ג דחזקת טבל לא הוי חזקת הגוף דגופא לא אישתני, אלא כמוחזקת איסור וחזקת פנויה, ואילו היין ודאי הו"ל חזקת הגוף, דע"י שנעשה חומץ הרי אישתני גופא" וכו'.

ונראה כיון דאמרינן פ' א"נ דף ע"ג מעיקרא דחמרא חמרא ודחלא חלא, ופירש"י קלקולו בתוכו הוא אלא שאינו ניכר, עי"ש, וכיון דהחומץ לפנינו, הרי מעיקרא חלא הוי אלא שאינו ניכר, וכל זמן שלא החמיץ רשאי להפרישו תרומה, **אבל חזקת הגוף תו לא הוי** כיון דמעיקרא דחלא חלא הוי, וקלקולו בתוכו אלא שאינו ניכר. **אבל גבי מומין, קודם שנולדו המומין שלימה היתה**, ומשו"ה הו"ל חזקת הגוף ועדיפא מכל החזקות. ואפילו חסר לפניך, לא הוי תרתי לריעותא." עכ"ל."

א"כ נידון דידן, מאחר שנראה ברור לפחות, ש"שורש המחלה" היה בה גם לפני כן, כעדות הרופאה הנסמכת גם בשאר ההוכחות מהמסמכים שבתיק, הרי שחזקת הגוף שוב אינה קיימת, וממילא אין להוציא ממון מהמוחזק, ואמרינן העמד ממון על חזקתו. כיון שבכל כה"ג אין אומרים "כאן נמצא כאן היה".

ב נראה שבנידו"ד, שהבעל טוען ברי שהיתה חולה במחלה זו לפני כן, וזה על סמך מה שנודע לו לאחר שכבר אושפזה מהכדורים והזריקות שנמצא בכליה, אין להוציא ממנו ממון מצד כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה. וזה עפ"מ שמסיק בש"ש (ש"ב פ"ט) עפ"י הראיות שמביא שם, וז"ל:

"... דהא דאמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ומפקינן ממונא ע"י חזקת הגוף, אפי' בשמא ושמא וכו' דהיינו משום דאין מחזיקין מרשות לרשות, והו"ל כאילו לא היה שום ריעותא ברשות המוכר, ואילו מיגנב או מיתבר, ודאי לא מצי אמר הלוקח אימר טריפה היתה, כיון דליכא ריעותא וכו' וכו'.

"ואם כן, כל זה כשטוען שמא, דאין הספק אלא משום שהטריפות לפנינו, וכיון דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות, הו"ל כאילו אין כאן שום ריעותא. **אבל בטוען ברי, זה גופא הוי ספיקא**, דאימר טוען אמת כדבריו... וחזקת הגוף לא מהני לאפוקי ממונא.

"וכן מוכח מדברי הגהת אשר"י פרק האומנין וז"ל: ראובן שמכר סוס לשמעון ונמצא בו מום אחר שמשכו וכו' ששמעון צריך לברר שהיו בו מומין קודם שמשכו, כיון שאינו ידוע לשניהם. שאם היה ידוע לשמעון - סבר וקיבל וכו'. ומשמע דאילו משכחת טענת ברי שהי' בו קודם, היה פטור, והיינו כמש"כ וכו'. עי"ש שהאריך בזה וסיים "ונכון הוא"".

ואם כן בנידו"ד, הרי הבעל לפנינו טוען ברי, וזה רק על סמך מה שנודע לו אח"כ באופן דל"ש הטענה "סבר וקיבל", כל כה"ג חוזר הדין הממע"ה ול"א בזה כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה.

מכל הנ"ל המסקנא יוצאת, שאמנם צדק כב' ביה"ד בפסקו שהאשה מקודשת קידושי ודאי, אלא שמצד מצבה רשות בידי הבעל לגרשה בג"פ, ובמקרה שהדבר בלתי אפשרי מצד אי שפיות דעתה, יש מקום לדון על היתר נישואין. אולם אין הבעל חייב במה שכתב לה בכתובתה, ואינו חייב אלא מה שחייבו חכמים בכתובת אלמנה או גרושה.

שאול ישראלי

אני מסכים:

יוסף קאפח

הריני מצטרף למסקנא אליה הגיע כב' חברנו הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], ורואה חובה להוסיף: אשר למזונות - נאמר בפסק הדין של בית הדין האזורי:

"ולפי זה חייב הבעל בכתובתה של האשה ובאופן עקרוני חייב במזונותיה".

אולם, הואיל ולדעת בית הדין האזורי ולדעתנו חייבת המשיבה לקבל גט, הרי תלוי הדבר בזה: אם ייקבע על ידי בית־הדין האזורי אחרי בדיקה ואחרי חוות דעת רפואית, שהמשיבה מסוגלת לקבל גט, הרי באם היא תסרב לגט, יהא הבעל פטור ממזונותיה.

אבל אם ייקבע שהמשיבה אינה מסוגלת לקבל גט, והדיון יסוב על דבר מתן היתר נישואין לבעל, הרי ממילא חייב הבעל במזונותיה, גם אם יינתן לבעל היתר לנישואין, עד שהיא תבריא במידה כזאת שתהא מסוגלת לקבל גט ותסרב לקבלו. הואיל והמשיבה לא הפסידה עיקר כתובה, כמבואר לעיל.

בית הדין האזורי בדונו בדבר גט או היתר נשואין, ידון גם בענין המזונות ויקבע בדבר החיוב גופו ובדבר תקופות החיוב והסכומים לכך.

אליעזר גולדשמידט

פסק דין

לפיכך אנו פוסקים:

א המשיבה מקודשת כד"ת למערער.

ב דוחים את הערעור על פסק הדין של בית הדין האזורי לפיו: "על האשה בנידון דנן לקבל גט מבעלה".

ג הערעור מתקבל באשר לכתובה, ואין הבעל חייב בתוספת הכתובה שהתחייב בשטר הכתובה בשעת הנישואין. ואינו חייב אלא בעיקר כתובתה.

ד אשר לרשימת החפצים, שלטענת המשיבה הכניסה לבעלה - המערער עם נישואיה, ותובעת החזרתם, עליה להביא את הדבר לפני בה"ד האיזורי שדן בדבר, ואם יתגלו חילוקי דעות בין הצדדים, ידון בית הדין ויחליט.

ה אין צו להוצאות.

ניתן ביום ד' באדר תשל"ז.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן יג: בענין חיוב מזונות כשאין לבעל ממה לשלם*[12]

זהו ערעור על פס"ד של ביה"ד האיזורי בחיפה שניתן ביום כ"ז בסיון תשל"ד (תיק לד3178/) בו פוסק בית הדין:

"א חובת הבעל במזונות אשתו הנה חובה ברורה. ביה"ד איננו רואה כל עילה שהיא אשר בגינה יהא הבעל פטור ממזונותיה."

על פסק דין זה מערער הבעל. טענותיו הן:

"א שהמשיבה מקבלת מהצבא כתמיכה בתור אשת חיל סכום של כשלש מאות ל"י, שלפני ביה"ד שדן בדבר לא הובא ענין הכסף שהצבא נותן, ולא יתכן שהמשיבה תקבל פעמים.

ב שמאחר שאין לבעל נכסים, וכן אין הוא יכול לפי התנאים שהוא נתון בהם כיום, בגלל היותו מגויס לצבא, להרויח למזונותיה, ממילא אין עליו במצב זה כל חיוב לזונה. ואשר ע"כ אין לפסוק לה מזונות, שתקבלם עפ"י פס"ד זה מהביטוח הלאומי. כי התשלום הזה יזקף לחובתו של הבעל, שיצטרך לסלקו לכשישתחרר ויהא בידו להרויח.

ג כן טען שהוא מסכים לתת לה ג"פ, אם רצונה בכך."

המשיבה טענה לפנינו שאינה מקבלת כל סכום שהוא מהצבא. היא רק מקבלת קצת למעלה משלש מאות ל"י לחודש מהמוסד לביטוח לאומי, וזה על סמך פס"ד נשוא הערעור.

כן טוענת המשיבה שבינתים נולדה לה בת, זה למעלה מחדשיים, והסכום שהיא מקבלת אינו מספיק לה לפרנסתה ופרנסת הבת.

אחרי עיון בטענות הצדדים ובחומר שבתיק הגענו למסקנא דלהלן:

אשר לטענה ראשונה של המערער שהמשיבה מכחישתה, ושגם לפי דברי המערער לא הובאה בפני ביה"ד, יש להעלותה בפני ביה"ד שדן בדבר ולהביא ההוכחות במדה וישנן.

כן, אשר לתביעת המשיבה למזונות הבת, מקום בירור התביעה הוא בפני ביה"ד שדן בדבר.

ואין לנו לדון אלא בטענות שהעלה לפנינו ב"כ המערער על עצם חיובו במזונות כשאין לו ממה לשלם ועל נכונותו לפוטרה בג"פ.

אולם טענות אלו אין בהם ממש. עם הנישואין חל על הבעל, בין שאר החיובים, גם חיוב מזונות (א"ע סי' ס"ט, א-ב). כפי שיתבאר להלן, נחלקו הראשונים אם יש להעדיף חוב המזונות שקיבל על עצמו, יותר על בעלי חוב אחרים הנושים בו. אך לית מאן דפליג שאין חוב זה גרוע מכל חוב אחר, ואינו פוקע ואינו בטל, גם כשאין לפי שעה מהיכן לגבותו. וכשם שאם הלך הבעל למדה"י ולא השאיר כאן נכסים, האשה לוה ואוכלת והבעל חייב אח"כ לשלם (שם סי' ע', ח), כן גם כשהוא נמצא כאן אלא שאין לו ממה לשלם, חיובו בעינו עומד, ואם ימצא מי שמוכן להלוות לה למזונותיה, כמו במקרה שלפנינו, חייב הבעל לשלם כשתשיג ידו.

[12] טיוטת פסק דין לערעור תשל"ד\139

אמנם מחלוקת היא בין הראשונים אם בכגון זה שאין לו למזונותיה יכולים לכופו לגרשה (שם ס"ג ברמ"א). אך אם אין האשה רוצה גירושין, אין ביד הבעל לסלק מעצמו חיוב המזונות שנתחייב בהם עם הנישואין. שכן, אין המחלוקת אלא אם האשה יכולה לתבוע גירושין, בכגון דא, אבל ברור שאין זה יכול לשמש עילה לבעל להוריד ממנו את חיובו.

הנה נחלקו הראשונים אם חייב הבעל להשכיר עצמו כפועל ע"מ להרויח למזונות האשה (שם ברמ"א). לפי ר"ת אין על הבעל חיוב להשכיר עצמו לעבודה אצל אחרים. כי מה שנאמר בספר כתובתה "אנא איזון ואייקור ואפרנס" מתפרש לדעתו שמקבל על עצמו חיוב לעבוד לשם כך בנכסיו הוא, אבל לא להשכיר עצמו לאחרים. ואילו לפי רבינו אלי' חייב גם להשכיר עצמו לשם כך.

ובביאור מחלוקת זו נסתפק הרא"ש, אם לדעת ר' אלי' קיים חיוב זה גם בכל חוב והלואה, אם אין לו לשלם, או שהוא רק בחוב המזונות. וכ' בזה

"**ואפשר** שרבינו אליהו הי' מודה בשאר בעל חוב שאין מחייבים אותו להשתעבד ולפרוע אלא דוקא במזונות אשתו. ומספר כתובתה נלמד דכתיב בה "ואנא אפלח ואוקיר ואפרנס"" וכו' (תשו' הרא"ש כלל מ"ח, ב')"

וכנראה שכן נוקט במחלוקתם גם הרמ"א שבעוד שבא"ע לענין מזונות האשה הביא דעת ר' אלי' הנ"ל, בחו"מ (סי' צ"ז, ט"ו) לענין גביית חוב שהביא המחבר

"אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרעו."

שזה עפ"י דעת הרא"ש ור"ת, שהובאה בתשו' הרא"ש הנ"ל.

"שלא ישלחו בי"ד יד בגופו לכופו להשתעבד ולפרוע חובו. וכן כ' ר"ת בתשובה כי היכי דדרשינן (בפ"ק דקידושין י"ח) בגנבתו ולא בזממו ולא בכפילו, הכי נמי דרשינן ולא בפרעון חובו ולא במזונות אשתו. והמשכיר עצמו נקרא מכירה... וע"ע הנמכר לשש קרייה רחמנא שכיר (פ"ק דקיד' ד)." וכו'. (וע"ע תשו' הרא"ש כלל ס"ח, י')."

ושם לא העיר הרמ"א כלום ולא הביא דעת ר' אלי' הנ"ל.

וכן הבין הגר"א (שם ס"ק מ"ד) שכ':

"... וכאן אפי' ר' אלי' מודה - הרא"ש בתשובה..."

(אולם, כאמור, הרא"ש **לא ברירא** לי' בדעת ר' אלי', שלא כ' בזה אלא "ואפשר") וכן נ' שפירש כוונת הר' אלי' הריטב"א (בשט"מ) שכ' ע"ז וז"ל:

"וזה ודאי דין **חדש מאד** שיכופו על מזונות, מה שאין כופין כן לבע"ח."

אכן בשער משפט (סי' צ"ז סק"ג) העלה לחלק **בין כפיית** בי"ד, שבזה המדובר בחו"מ שם, לבין החיוב המוטל עליו לסלק חובו. שלענין כפיה ע"י **בי"ד** לכו"ע אין יכולים, אבל אם יש עליו חיוב להשכיר עצמו בזה הוא שנחלקו ר"ת ור' אלי' והדבר תלוי במחלוקת אחרת בין הראשונים באיסור למכור עצמו לע"ע ממש"נ "עבדי הם" - ולא עבדים לעבדים; ר"ת סובר כהני שמפרשים האיסור כל שאינו יכול לחזור בו. ואילו ר' אלי' ס"ל שאין האיסור קיים כל עיקר במי שמשכיר עצמו לפחות מג' שנים, וכ' בזה:

"ונראה שזהו טעמו של רבינו אלי' שפסק שחייב אדם להשכיר עצמו ליתן מזונות לאשתו, אבל מ"מ גם הוא מודה שאין בי"ד כופין אותו לעשות מלאכה לפרוע חוב... והרא"ש בתשובה נדחק בזה לחלק דכיון דכתב ואנא אפלח הרי התחייב עצמו בכך. ולפ"מ שכתבתי ניחא בפשיטות..."

והיינו כמש"כ שם קודם, שלשיטה שאין האיסור אלא כשמשכיר עצמו ליותר מג' שנים כל שאינו משכיר עצמו לזמן ממושך כזה אין איסור בדבר

"כיון דפועל לא מיקרי עבד... א"כ נראה דמחויב הוא להשכיר את עצמו לפרוע חובו כיון דמחייב לפרוע חובו, אלא שאין בי"ד כופין אותו לכך..."

ולפי דעתו, דברי ר' אלי' שחייב להשכיר עצמו לסילוק חוב המזונות, לאו דוקא לחיוב מזונות נאמרו, אלא לכל חוב בעלמא.

(ולפ"ז אין גם הוכחה מהשו"ע והרמ"א שהו"ל, שנוקטים אחרת בדעת ר' אלי', שהרי בשו"ע שם המדובר לענין לכופו ע"י בי"ד, שבזה גם לדעת ר' אלי' אין כופין. וגם במזונות אשתו לא אמר אלא שעליו קיים חיוב, אבל כפיית בי"ד אין ע"ז).

ויוצא מכל הנ"ל, שהשאלה שדנים בה הראשונים היא רק אם החוב לזון את אשתו **אלים** מחוב דעלמא, או אינו אלא ככל חוב אחר, שלדעת ר"ת אינו עולה על חיוב אחר לענין להשכיר עצמו. ואילו לפי' ר' אלי', במזונות קיים עליו אף החיוב להשכיר עצמו ע"מ להמציא לה מזונות, משא"כ בחוב אחר. וזהו לפ"מ שהבין דעתו הריטב"א, והרא"ש בלשון הב', וכן אליבא דהגר"א. ואילו לפי השע"מ - גם לדעת ר' אלי' לא אלים חיוב המזונות מחיוב חוב אחר, שכן החיוב להשכיר עצמו לשם כיסוי החוב קיים הן לגבי מזונות והן לגבי חוב אחר.

[עוד יוצא, לפי השע"מ, שגם לר"ת יש עדיפות לחוב מזונות על כל חוב אחר. שהרי גם ר"ת מודה עכ"פ שקיבל ע"ע לענין המזונות לעבוד ולתת לה מזונותיה, כשיכול לעשות זאת דרך עבודה **ברשות עצמו**, כמבואר בתוס' (כתובות ס"ג ד"ה באומר):

"שמפרש ר"ת "דאפלח" היינו עבודת הקרקע, פי' שאחרוש ואנכש ואעדור ואביא מזונות לבית."

ובזה נראה שיש גם כפיה ע"ז, שהרי אין כאן משום לתא דאיסור של עבודת עבד מצד עבדי הם וכו'. והיינו מצד שקיבל ע"ע חיוב זה בכתובה ואילו לענין פריעת חוב הרי נאמר כנ"ל בשו"ע:

www.eretzhemdah.org

"אין כופין אותו להשכיר עצמו **ולא לעשות שום מלאכה** כדי לפורעו."

שנראה מזה, שגם לכופו לעשות מלאכה בביתו אין כופין. וצע"ב].

אבל אין שום דעה שחיוב המזונות יותר קל מבעל חוב להחזרת הלוואתו. וא"כ גם לר"ת והרא"ש שאין כופין, ולפי הגר"א - הפירוש גם שאין עליו חיוב להשכיר עצמו להביא מזונות אשתו, היינו **שדינו ככל חוב שלוה** ואין לו בשעה זו לשלם. ומכאן - שכשם שבכל חוב אין החוב פוקע כשאין לו לשלם, וישלם לכשיהא באפשרותו, כן חוב המזונות בכה"ג שאין בידו להרויח כיום, נשאר תלוי ועומד ויתחייב לשלמו כשיהא בידו.

ועי' ב"ח סי' ע' שפי' השיטות הנ"ל וסיים שהן

"לאפוקי מבעל הלכות שפסק כרבא... דלפ"ז כשאין לו דאין יכולים לכופו לזון, וגם אינו משועבד לפרנסה, להוציא ג"כ אין כופין אותו דהוה ליה **כשאר בעל חוב שאין לו לשלם**. אבל לר"ת ורש"י כל היכא דלא מצי לזון, כייפינן ליה להוציא" וכו'."

הרי שגם דעת בעל ההלכות המקל ביותר בחיוב המזונות, מכל מקום גם לדעתו אין חוב זה אלא

"כשאר בעל חוב שאין לו לשלם"

דהיינו **שלפי שעה** אין נוקטים נגדו באמצעי כפיה, והחוב נשאר תלוי ועומד שיגבוהו ממנו כשתשיג ידו.

[וע"ע בסי' צ"ז הנ"ל סכ"ד, כשיש עליו חוב הלואה בשטר וחיוב מזונות האשה, שיש זכות קדימה לבע"ח. אבל לא נאמר דכל כה"ג שאין לו אלא לסלק חוב ההלואה, שחיוב המזונות פקע, שאין הדיון אלא על זכות הקדימה גרידא].

וכיון שחיוב המזונות אינו פוקע גם כשאין לבעל לפי שעה לשלם, הרי בכגון נידון שלנו, שיש כאן מי שמוכן לתת לאשה למזונותיה ע"מ לחזור ולגבות מהבעל כשתשיג ידו, ולא נמנע זאת ממנה. והרי זה כאשה שהלך בעלה למדה"י. שכנ"ל לוה ואוכלת והבעל חייב לשלם אח"כ כל מה שלותה למזונותיה, לפ"מ שפסקו לה ביה"ד.

עפ"י כל הנ"ל אנו פוסקים:

א הערעור נדחה.

ב אין צו להוצאות.

שאול ישראלי

תוספת לדבריו של הגר"י קאפח שליט"א.*[13]

כת"ר מביא תשו' ר"ת שהובאה בהגה"מ וממנה רוצה ללמוד "שאין לחייבו ללוות כלל".

אולם ראשית עלינו לבאר דברי ר"ת בתשובתו זו, ומשם נבא לענינו. והנה כך דבריו שם:

"על אשר כתבת כי אומרים רבני צרפת כי תקלה וקלון הוא לבנות ישראל אשר אמרתי שאין לבעלים להשתכר לפרנסתם... להורות שקר ולקנוס לכל אחד לדורות לא יישר בעיני, דלא מצינו מוכר עצמו להגבות כתובה לאשה ומזונות... ואפילו לגבי קרבן מזיד ושוגג אמרינן בספרי דאין אומר לו ללוות ולעשות באומנותו, וכן גבי יולדת. ואם תאמר ההיא דיולדת משום חביבה מצוה בשעתה, הא ליתא דהא ללוות אמרינן הכא... וכש"כ דגבי הדיוט לא מצריכינן ללוות ולהתעסק באומנותו..."

אשר מציין לספרי, הוא לפנינו בתו"כ פרק י"ח עה"פ פרשה ה', ז', ופרשה י"ב, ח' פרק ד'.

ולכאורה אין מובן מהו זה שהזכיר ר"ת דיון על **קבלת הלואה**, שלא ע"ז דנו רבני צרפת שהביא בראש דבריו כנ"ל:

"כי אומרים רבני צרפת כי תקלה וקלון הוא לבנות ישראל אשר אמרתי שאין לבעלים להשתכר לפרנסתם."

מה גם שאין ראיה ממה שאין חייב ללוות "בקרבן מזיד ושוגג", דהיינו בקרבן עולה ויורד, שדינו להיות נדון לפי הישג ידו באותה שעה, ומאחר שאין לו משלו, פשוט שאין לחייבו ללוות בכדי להביא קרבן עשיר, שהרי אינו מחויב בו כלל. והוא כמבואר בהתורה והמצוה למלבי"ם שם (אות שכ"ו):

"ואם לא תשיג ידו... שכל מקום שייחס הפעולה אל היד יכוין שיעשה הדבר **בעצמו**, בבלי אמצעי. וע"ז דרשו שאין אומרים לו ללוות."

אלא שהדבר פשוט, וזה מבואר בא"ד הנ"ל:

"וכן גבי יולדת. וא"ת ההיא דיולדת משום חביבה מצוה בשעתה, הא ליתא, דהא ללוות אמרינן הכא".

והיינו שהוכחתו היא בענין שנחלקו עליו רבני צרפת וסוברים שחייב לעשות באומנות כדי לפרנס אשתו. ומביא ר"ת להוכיח שאין מחייבים אדם לעשות באומנות, שאילו היה חייב בזה לא היינו דנים ב"אין ידו משגת" אם יכול להשיג ע"י עיסוק באומנות, ומזה יש ללמוד "כש"כ לגבי הדיוט". אלא שהיה מקום לדחות ולומר שמשום חביבות מצוה בשעתה אין דוחים הבאת הקרבן עד שירויח ותהא ידו משגת. וכך מבואר באמת בתו"כ שם (אות של"ח):

"ואם לא תשיג ידו... רי"א חביבה מצוה בשעתה, שמיד הוא מביא, ואין ממתינים לו עד שיעשיר ויביא כשבה או שעירה".

וא"כ הרי אין ללמוד משם לענין חוב לבע"ח או חוב מזונות, שהרי שם אין נפטר בזה שאין ידו משגת לפי שעה, ואין הדיון אלא אם נכפנו לעשות אומנות כדי לסלק החוב המוטל עליו.

[13] התייחסותו של הגר"י קאפח שליט"א לא נמצאת

ולזה הוסיף ר"ת:

"הא ליתא, דהא ללוות אמרינן הכא".

היינו, שהמדובר הוא שאינו צריך לאחר בהבאת הקרבן עד שתהא ידו משגת להרויח מאומנותו, שבידו ללוות ולהביא הקרבן ואחר כך ישלם ההלואה כשיעסוק באומנותו. והיינו שמפרש מ"ש בספרי "דאין אומר לו ללוות ולעסוק באומנותו" אינו על דרך "או-או", כי לענין הלואה כשלעצמה היא מלתא דפשיטא, שכיון שאין ידו משגת מהיכי תיתי לחייבו ללוות להביא קרבן עשיר, כשהוא דל ופטור מלהביא קרבן עשיר, אלא הכל אחד הוא - שאין מחייבים אותו לקבל הלואה ע"מ שיסלק בשכר עבודתו, שהדיון העקרי הוא אם יש עליו חיוב לעשות באומנות בכדי להחשב ע"ז כמי שידו משגת, שאז היינו מטילים עליו, בכדי להביא הקרבן מיד, מחמת חביבות המצוה בשעתה, לקבל הלואה לשם כך.

וממה שאמרו בספרא שאין מחייבים אותו בזה, מזה מוכיח ר"ת ששכר שיכול לקבל מעבודה איננו בגדר הישג יד, ומכאן לומד ד"כ"ש להדיוט", שאין עליו החיוב לסלק חובו ע"י שישכיר עצמו כפועל.

ולא ס"ל לר"ת גם לחלק בין סילוק כל חוב לבין סילוק חוב מזונות, שאין כוח האשה יפה בזה, לדעתו, רק לענין חרישה וזריעה בשלו. דזהו הפירוש לדעתו מש"נ בספר הכתובה "אנא אפלח ואוקיר".

יוצא מכל הנ"ל, שאין הדיון על חיוב ללוות דיון מצד **עצמו**, אלא הוא כרוך ובא **כתוצאה** מהדיון על חיוב לסלק חוב ע"י עבודתו כפועל. שאם אין עליו חיוב לסלק חוב ע"י עבודה, ממילא אין עליו גם חוב ללוות ע"מ שיסלק הלואה זו ע"י עבודה. ומוכח מזה, שגם לפי ר"ת שמודה בענין מזונות האשה שעכ"פ מחויב לעבוד **בשלו** כדי לתת לה מזונותיה, שבזה יתחייב גם ללוות ע"מ שיעבוד אח"כ בשלו ויסלק החוב. ולא נחלק על רבני צרפת אלא בעיקר היסוד, שלדעתם מחויב גם לעבוד כפועל לסילוק החוב, ואילו לפי ר"ת אין עליו חיוב זה.

ומכאן, לפ"מ שאנו נוקטים להלכה שיש על הבעל חיוב לעשות באומנות לתת לאשה מזונותיה, כמובא בט"ז (סי' ע' סק"ג) הרי שחייב הוא גם ללוות ע"מ לשלם אח"כ כשיעסוק באומנותו וירויח. ואף לדעת ר"ת שאין עליו חיוב זה מ"מ, גם לדעתו, אין חוב המזונות פוקע ממנו מפני שאין לו לפי שעה. כדרך שכל חוב אחר אינו נפקע בשל זה שאין לו לפי שעה. ואם יעבד וירויח ויהיה לו, יצטרך לסלק כל החוב שנצטבר, גם מאותו זמן שלא היה לו. ובזה לא נחלק ר"ת מעולם.

ומעתה ברור שאם נמצא מישהו שמוכן להלוות ע"מ שיגבה חובו מהבעל כשיעבד וירויח, שאין שום עילה למנוע מהאשה לקבל זאת. והמלוה מצוה נמי קעביד, שהרי יש לה לאשה זכות לזה, אלא שאין לבעל ממה לגבות לפי שעה.

וחיוב מזונות, גם כשזה ממה שמשכיר עצמו כפועל הוא לפי כבודה, ולא רק מזונות בצמצום כמבואר בח"מ (שם סקי"ב):

"דמאחר דמספר כתובתה נלמד שכתב ואנא אפלח ואוקיר, א"כ אף שיש לו ליתן לה מזונות בצמצום, חייב להשכיר עצמו ליתן לה מזונות לפי כבודה, דהא כתב "אנא אפלח ואוקיר"".

וכ"ה שם בב"ש סק"ח.*

התיק נסגר עקב חזרת הבעל מהערעור.

סימן יד : בענין מזונות כנגד מעשה ידים כאשר אינה עמו*[14]

זהו ערעור על החלטת כב' ביה"ד האזורי בירושלים מיום ב' כסלו תשכ"ח (תיק כ"ה117/) בו נאמר בין השאר:

"מחייבים את הבעל לשלם לאשה עבור הוצאות צרכי התינוק סכום חד־פעמי בסך 250 ל"י נוסף על מענק לידה שקיבלה מביטוח לאומי.

כן מחייבים את הבעל לשלם לאשה עבור מזונות התינוק סך 50 ל"י כל חודש מיום ו' תשרי תשכ"ח."

טענות ב"כ המערערת הן, הן ביחס לסכום החד־פעמי, שלפי הקבלות שהציגו היו הוצאות הברית־מילה הכוללות בשר ומשקאות וכן שאר ההוצאות עבור התינוק בסך של כ800.- ל"י; והן ביחס לסך החדשי של החזקת התינוק, שהוא לפחות סך 100.- ל"י לחודש, כדעת המיעוט שנתפרשה בפסה"ד.

והנה ביחס לסכום החד־פעמי אין לנו יסוד להתערב בשיקול כב' ביה"ד שדן בדבר וקבע עפ"י הערכתו את הסכום שהיה נחוץ לצרכי התינוק, כולל הברית־מילה, שאם אמנם יתכן שהוצאו בפועל סכומים יותר גדולים, אין לחייב את הבעל אלא במה שהיה נחוץ בהכרח.

אכן בנוגע לשכר החודשי יש מקום לטענת ב"כ המערערת. כי מאחר שלפי המצב הנוכחי ביה"ד לא פסק מזונות עבור האשה, וזה נמצא עדיין בשלב בירור, יש לשלם לה על כל פנים עבור הטיפול בילד, וההשגחה עליו במשך כל היום, נוסף על עצם המזונות. וזה ודאי אינו פחות מסך 100.- ל"י לחודש, וזה מנימוקים דלהלן:

פסק הרמ"א (סי' ע' סי"ב) באשה שעזבה את הבית והמניעה ממנה "דאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו". ויש לדון בדבר אם זהו כאילו אומרת איני ניזונית ואיני עושה, כיון שנמנעת מרצונה מלשמש לפניו כפי שהיא מחויבת, או שהלכה זו פירושה, שיכול הבעל לעכב המזונות, והוי כאומר צאי מע"י למזונותיך וספקה, או נתרצתה. ואם נאמר שזה כאילו היא אומרת איני ניזונית ואיני עושה, יש בזה שתי דעות שהובאו בב"י וברמ"א (סי' פ' סט"ו) דלדעת הי"א צריכה מ"מ לעשות צרכי הבית, כולל הנקת הילד, וכופין אותה ע"ז. ולדעה ראשונה פטורה גם ממלאכות אלו.

[14] ערעור תשכ"ח\31 בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי , הרב שאול ישראלי , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

ולפ"ז לכאורה, המוחזק יכול לטעון קי"ל, דממילא ביחס לשעבר הבעל פטור, ואילו בנוגע מכאן ולהבא, יכולה להמנע מלטפל בתינוק, ואין לחייבה אלא א"כ ישלם לה עבור כל הכרוך בהנקה ובטיפול.

אכן נ' שגם לדעה זו המחייבת לעסוק בצרכי הבית וכן בהנקת התינוק, אין זה אלא בשימוש קל כגון הצעת המטות, או לשמש בפני בני הבית בשעת האוכל, וכן בהנקת התינוק גרידא, אבל לא בשאר הטיפולים שלו שגוזלים את כל הזמן, מבלי שתהא לה אפשרות לעשות מלאכה להרויח לקיומה. שהרי התוס' (כתובות ס"ג ד"ה רב הונא) הוכיחו שיטתם דבאומרת איני ניזונה ואיני עושה פטורה מכל מלאכות שמנו במשנה "שאם תעשה לו מלאכות אחרות אם כן לעולם לא תעשה לעצמה, ובמאי תהא ניזונית". ועי' בס' בית יעקב שכ' ע"ז: "לכאורה קשה דהא מ"מ י"ל מלאכות אלו לא נתקנו נגד מזונות ותקנה קדומה היא". והיינו, שהרי אין מי שמכריחה לומר איני ניזונית ואיני עושה, ואם אין בידה להיות ניזונית ממע"י לאחר שתצטרך לעסוק בצרכי הבית, הרי בידה שלא לומר א"נ וא"ע. אכן נ' כוונת דבריהם, שבהכרח מה שתקנו חכמים שצריכה לעשות בצמר משקל ה' סלעים וכו', הוא רק בגוונא שאינה עוסקת במלאכות אלו הנוספות, שאל"כ הרי יתכן שמלאכות אלה יעסיקו אותה זמן מרובה עד שלא יהא סיפק בידה לעשות בצמר כפי השיעור שקבעו. ובע"כ החיוב דעשיה בצמר הוא רק באופן שאינה עושה מלאכות אלו. ואילו בשעושה, מנכים לה מעבודה בצמר, דמלאכות אלה באות במקום עשיה בצמר. וא"כ גם באומרת א"נ וא"ע לא יתכן שיחייבוה לעשות מלאכות אלה, שהרי מאחר שמפקיעה עצמה מכל מה שחייבוה לעשות בצמר, כמו כן מפקיעה עצמה עי"ז גם ממלאכות אלה שבאות במקום העשיה בצמר.

וזוהי כאמור דעת התוס', שהיא הדעה הראשונה שבשו"ע. ובטעם אידך שיטות דפלגי וס"ל שעדיין יש עליה החובה לעסוק בצרכי הבית מוכרח לומר דסברי דחיובים אלה אינם מעסיקים אותה זמן מרובה, שהמדובר רק על שירותים קטנים דהיינו לתת מים או כלי וכן הצעת המטות (עי' ח"מ סי' פ' סק"י וי"א, וב"ש שם ס"ק ו') וכן הנקת התינוק, החיוב רק על מעשה ההנקה גרידא. ואילו מ"ש דחייבת להיות טוחנת ואופה ומכבסת ומבשלת (סי' פ' ס"ו) זה לכל הדעות אינה חייבת רק עבור בעלה ולא עבור שאר בני הבית, גם כשסמוכים על שולחנו לכו"ע. ושיערו חכמים שעבודות קלות אלה אינן מפריעות בעדה מלעשות בצמר בשיעור שחייבוה חכמים. וע"כ גם כשאומרת א"נ וא"ע שמפקיעה עצמה מעשיה בצמר, החיוב לשמש לפני בני הבית שהוא נוסף על העשיה בצמר, חיוב זה בעינו עומד. אבל ודאי שגם לשיטה זו לא יתכן לחייבה לעשות בצרכי הבית כל היום עד שלא תוכל לעשות בצמר לפי השיעור שקבעו.

ומעתה בני"ד, שמלבד עצם ההנקה, צריכה היא לטפל בתינוק כל היום, ושמירת התינוק גם היא עליה, ועי"ז אינה יכולה לעשות שום דבר אחר, חיוב זה אינו מוטל עליה לכל הדעות. (וע"ע ב"בית יעקב" הנ"ל שכ' להכריע כשיטת התוס'). וממילא יש לקבוע התשלום גם עבור זה, שהוא כאמור לא פחות מהסך של 100.- ל"י, שגם אילו היו שוכרים ילדה או אשה שתשמור עליו לא יעלה פחות מזה.

וזהו אם ננקוט, כאמור, שאשה העוזבת הבית יש לה דין אומרת איני ניזונית ואיני עושה. אכן נ' שבאופן זה שעזבה הבית, אפילו כשאין למעשה זה הצדקה, שמשום כך רשאי הבעל לא לזונה, מכל מקום אין כאן הגדר של אומרת איני ניזונית ואיני עושה, שהרי לא מנימוק זה שאינה עושה כל המלאכות אתינן עלה, וודאי שגם אם אינה בבית בעלה עדיין יכולה לעשות בצמר כמו בבית בעלה, ומזה אינה רוצה להמנע כלל. אלא שזה נובע מזכות הבעל, שבכה"ג שנמנעת מלהיות אתו ולשמש לפניו כנהוג בין איש לאשתו, הרשות בידו למנוע ממנה המזונות. וא"כ אין זה אלא כאומר לה צאי מע"י למזונותיך ונתרצתה. אבל בזה העלה בהפלאה (סי' פ' סקי"ז) שלכל הדעות בכה"ג היא פטורה מכל צרכי הבית "דהסברא כן היא, דמה"ת יתקנו רבנן שום דבר ממע"י שתעשה לו, כיון שאינו זנה, דאפי' בעבד עברי א"י לומר עשה עמי ואיני זנך וכו'".

וכ"כ עו"ש (סקי"ד) לענין אשה מניקה אבל אינה עושה שום מלאכה מן המלאכות, "דכיון דמניקה את בנה היא אחת מהמלאכות, אם לא יזונה תפטר מהנקה, וה"ה שאר מלאכות". והיינו עפימש"כ שם לעיל מזה "דכיון דעושה קצת מלאכות אינו יכול לומר עשה עמי ואיני זנך".

וכן נוקט בפשיטות בבית יעקב (כתובות ס"ג, קטע הנ"ל ד"ה: באי"ד לעולם לא תעשה): "דהא בודאי כשאינו זנה אינה מחייבת לעשות אלו מלאכות, דאעפ"י בע"כ א"י לומר עשה עמי שום מלאכה ואיני זנך".

וכן נ' גם מהלכה זו עצמה שפוסק הרמ"א שאין לה מזונות בשעזבה את הבית, ולמה לא הביא יותר מזה שרשאי לשכור עליה עד כדי כתובתה מי שישמשנו לפי דעת הי"א הנ"ל שהביא בסי' פ' סט"ו. אלא ודאי בכה"ג שכל עיקר המניעה ממנה אינה אלא משום שמסרבת לגור בביתו, ואילו ממלאכות שיכולה לעשות במקום שהיא שם אינה נמנעת, בזה אין עליה דין אומרת איני ניזונית ואיני עושה, אלא שהוא פטור הבעל ממזונותיה. אבל בכה"ג שהוא מונע ממנה המזונות אינו יכול לתבוע ממנה שום מלאכה, גם מלאכות שהם מגדר צרכי הבית, וכמש"כ בעל ההפלאה הנ"ל "דמה"ת יתקנו שום דבר ממע"י שתעשה לו, כיון שאינו זנה, דאפי' בע"ע א"י לומר עשה עמי ואיני זנך".

ומאחר שבנידון שלנו לא פסקו לה ביה"ד מזונות, הרי שיש עליה במצב הנוכחי דין אשה שעזבה הבית והמניעה ממנה, אין עליה שום חיובים של מלאכה כלפי הבעל, וה"ז שמניקה התינוק ומטפלת בו כל מה שראוי לו, כעושה בשביל אדם אחר, שחייב לתת לה עבור הטיפול וההנקה.

עפ"י כל הנ"ל נ"ל לפסוק:

הערעור נדחה במה שנוגע לסכום החד־פעמי.

הערעור מתקבל בנוגע לסכום החדשי. הבעל חייב לשלם לאשה עבור כל הזמן החל מיום ו' תשרי תשכ"ח, סכום חדשי עבור הטיפול והזנת התינוק סך 100.- ל"י לחודש.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

פסק דין

אחרי שמיעת הערעור והעיון בחומר, אנו מוצאים, שבנוגע לסכום החד־פעמי עבור הוצאות צרכי התנוק, אין מקום לערעור, הואיל ודבר זה נתון לשקול דעתו של כב' ביה"ד האזורי הדן בדבר, ואין לנו יסוד להתערב בשקול דעתו של ביה"ד שקבע עפ"י הערכתו את הסכום שהיה נחוץ לצרכי התנוק, כולל הברית מילה, שאם אמנם יתכן שהוציאה בפועל סכומים יותר גדולים, אין לחייב הבעל אלא במה שהיה נחוץ בהכרח.

ואשר לערעור על סכום המזונות שחוייב המשיב לשלם למערערת עבור התינוק והטיפול בו, אנו מקבלים את הערעור, וקובעים את סכום המזונות ושכר טפולו בסך מאה ל"י לחדש.

סכום זה של מאה ל"י לחדש הוא החל מיום ו' תשרי תשכ"ח. זהו דעת הרוב, לפי דעת המיעוט, אין לחייב את המטיב על העבר, אלא רק החל מהיום הוא חייב לשלם למערערת הסך מאה ל"י לחודש.

נימוקי דעת הרוב, ודעת המיעוט יצורפו לתיק.

לאור האמור הוחלט לדחות את הערעור על הסכום החד־פעמי שחוייב המשיב לשלם למערערת, ומקבלים את הערעור על סכום המזונות, והחל מיום ו' תשרי תשכ"ח על המשיב לשלם למערערת הסך מאה ל"י לחודש.

סכום ההפרשים מיום ו' תשרי תשכ"ח עד היום, ישלם המשיב למערערת בתשלומים חדשיים של עשרים ל"י לחדש.

אין צו להוצאות. ניתן היום ט"ו תמוז תשכ"ח.

בצלאל זולטי שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן טו : בענין חסכונות, מזונות, מציאה ומעשי ידים*[15]

לפנינו ערעור וערעור־נגד על פס"ד של בית הדין האזורי תל־אביב־יפו, תיק מס' כ"ט2358/, בו נפסק כדלהלן :

"על הצדדים להתגרש זמ"ז בג"פ כדמו"י.

החנות הרשומה ע"ש שניהם תחולק ביניהם בחלקים שוים, או בדרך גוד או אגוד, או ע"י שומא או ע"י מכירה והתמורה תחלק.

בנוגע לדירה הרשומה ע"ש האשה מוצא ביה"ד שאין להוציא מידי האשה כי מלבד שהאשה מכחישה שיש לבעלה חלק בדירה הרי כספים אלו באו לה מהמלאכות שלא ברור שלבעלה יש זכות בהם, וזאת אפילו אם נניח שהיה זמן שהוא כן פרנס אותה.

אולם ביה"ד מוצא הואיל ומחצית החנות שייכת כאמור לבעל, הרי עליה להחזיר לבעלה שכר דירה על חלקו בתקופת השנים שהיתה החנות בחזקתה.

על סכום זה ינהלו הצדדים מו"מ ויבואו לידי הסכמה, ואם לא יגיעו לכלל הסכם נקבע דיון לעריכת השומא ולשמוע הוכחות ולמתן פס"ד סופי".

ב"כ המערער בכתב הערעור ובדבריו שבע"פ טוען שהבית שהאשה קנתה על שמה נקנה מכספי חסכונותיה מעסק משותף, כי החנות שבו התעסקה וממנה חסכונותיה היא רשומה ע"ש שניהם. וכן נתברר במהלך הערעור שגם רשיון העסק ומס עסקים הכל הוא ע"ש שניהם. כן טוען שהשקיע בקניית סחורה בפתיחת החנות סך 1,000.- ל"י, וכן היה עוזר בחנות אחרי שעות העבודה שלו (בתור שרת בבית ספר), והוא מוכן להביא ע"ז הוכחות. ב"כ האשה מודה שהחנות היא ע"ש שניהם (אף זו, לטענתו, נעשה במרמה), אך מכחיש השקעות נוספות, שלטענתו האשה היא שהשקיעה הכל ע"י עמל של הרבה שעות עבודה ליום. כמו כן, שמאז רכשו את החנות לא נתן כלום למזונותיה והוצאותיה. משום כך, הבית הוא שלה ואין לבעל חלק בו.

בערעור הנגדי טוען ב"כ האשה שיש לחייב הבעל בפיצוי מתאים, כגון העברת זכויותיו בחנות לאשה, או תשלום מזונות חדשיים,לאחר הגירושין.

לשם הבהרת יתר יובאו כאן הטענות השייכות לנידון כפי שמשתקפות מתוך הפרוטוקולים של ביה"ד האזורי.

בתיק כה5896/ מיום ו' במנ"א תשכ"ה :

"הבעל : הסיבה לאי־שלו"ב בינינו היא משום שהחנות לא נותנת פרנסה ואני צריך לעבוד עבודה נוספת. אני דורש שתהיה עקרת בית ואני אעבוד בחנות.

האשה : ... החנות נותנת פרנסה, והוא אינו צריך לעבוד עבודה נוספת. אני מסכימה שיעבוד בחנות. הוא רשם החנות על שמי, וזה גרם לסכסוכים מצד אחיו.

הבעל : החנות רשומה ע"ש שנינו. אני רוצה שתעזב החנות ואני אעשה שם חנות לוילונות."

בתיק /10201כח מיום כ"ה בתשרי, (התביעה הוגשה בכ"ז במנ"א תשכ"ח) :

"הבעל : היא עזבה אותי... אני מסכים לגירושין.

האשה : ... אין מקום לשלו"ב, מסכימה לגירושין, קניתי לי דירה חדשה על שמי.

[15] ערעור תשכ"ט\201 בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי , הרב שאול ישראלי , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

הבעל: מהדירה שהיתה ע"ש שנינו קנינו חנות שג"כ רשומה ע"ש שנינו, והיא עבדה בחנות, ומכסף זה קנתה דירתה.

האשה: הוא רשם החנות על שמי בלבד."

בי"ז בטבת תשכ"ט, תיק מס' כ"ט:2358/

"טוען ב"כ הבעל בין השאר: ... התברר שהעלימה כספים מעסק המשותף שלהם, הם קנו עסק ממכירת הדירה בבני ברק, וגם הוסיף כל פעם כסף לעסק. עזר בניהול העסק אחרי שעות העבודה שלו.

ב"כ האשה: ... היא עובדת בחנות מ3- בבוקר עד תשע בערב... זה 20 שנה שכל אחד מתפרנס ממעשי ידיו. היינו, הוא פרנס עצמו מעבודתו, והיא ממעשי ידיה. גם החנות קנתה מעצמה. רק 500.- ל"י נשקע מכסף הדירה שנמכרה, והיתר שילמה היא חובות כל השנים. מסתבר שהוא רשם ע"ש שניהם, למרות שזה שלה..."

ובכ"ז באייר תשכ"ט, תיק הנ"ל:

"הבעל: ... מכרנו הבית ובכסף זה קניתי חנות, וברצון טוב רשמתי ע"ש שנינו... לקחתי הלואות לקנות סחורה. היא לקחה סחורה מכיתן על 1,000.- ל"י ואני שילמתי כסף זה. אחרי עבודתי הלכתי לחנות לסדר ולעבוד בחנות. היא היתה בחנות והכניסה לבנק סך 5,000.- ל"י ולא ידעתי מזה. היה לה גם חשבון עו"ש. ראיתי שבפנקס רשום רק שמה, לקחתי ממנה הפנקס. לחצה עלי והחזרתי לה הפנקס כי נמאס לי...

ב"כ האשה: ... החנות קנו שניהם מתוך מכירה הדירה, ואז הפסיק לתת כסף לבית, ואז התחילה לעבוד בחנות. הוא חסך כסף לעצמו, והתקיימה (והיא התקיימה?) מעבודה. היא חסכה ממעשי ידיה וקנתה לה הדירה ב20,000.- ל"י והיתר במשכנתא. לא פירנס אותה בתקופה זו. אוכיח שלא פירנס אותה..."

עד כאן מהפרוטוקולים, כפי שנצרך לענייננו. ועכשיו ניגש לבירור הפס"ד.

בפס"ד נאמר בין השאר:

"בנוגע לדירה הרשומה ע"ש האשה מוצא ביה"ד שאין להוציא מידי האשה, כי מלבד שהאשה הכחישה שיש לבעלה חלק בדירה, הרי כספים אלה באו לה מהמלאכות שלא ברור שלבעלה יש זכות בהם, וזאת אפילו נניח שהיה זמן שהוא כן פירנס אותה."

אולם לפי האמור בפרוטוקול מיום כ"ז באייר תשכ"ט, ב"כ האשה אמר:

"החנות קנו שניהם מתוך מכירת הדירה... היא חסכה ממעשי ידיה וקנתה לה הדירה."

אין כאן איפוא הכחשה מוחלטת מצד האשה שאין לבעלה חלק בדירה, מאחר שגם לטענתה הכסף בא לה מחסכונותיה ממעשי ידיה בתקופה שעבדה בחנות. הדבר תלוי איפוא בקביעה מה דינם של חסכונות אלה. אכן כפי שנקבע בפסה"ד בהמשך דבריו כנ"ל אין להוציא מידי האשה חסכונות אלה משום שהרי:

"כספים אלה באו לה ממלאכות שלא ברור שלבעלה יש זכות בה, וזאת אפילו נניח שהיה זמן שהוא כן פירנס אותה."

כונת כב' ביה"ד בזה היא כנראה בהסתמכות על המל"מ פכ"א מאישות, הו"ד בפת"ש סי' פ' (סק"א), עפ"י מש"כ הראב"ד שרק מע"י הקבועים בחז"ל כגון טויה ואריגה שייכים לבעל משא"כ "מלאכה אחרת שאין דרכה בכך, כיון שא"י לשנותה לאותה מלאכה, אם עשתה הרי היא לעצמה". ותלה זאת בדין מציאת האשה שנחלקו בה הרמ"ה והרא"ש, ומאחר שלדעת הרמ"ה מציאתה לעצמה, הרי מלאכות אלה שדין מציאה להם לא מפקינן מינה. והיינו משום שיכולה לטעון קי"ל כדעת הרמ"ה.

אכן כל זה אמור שם רק במקרה שאין הבעל זן אותה כמבואר שם בא"ד, שאילו בנותן לה מזונותיה (כולל מ"כ) הרי מציאתה שלו, כמבואר במשנה כתובות רפ"ו ובאה"ע סי' פ"ד, ואם כן אילו "נניח שהיה זמן שהיה כן מפרנס אותה" היו החסכונות מזמן זה שייכים לבעל, ועל אותו זמן לא היה לאשה תורת מוחזק, כדין אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית (א"ע סי' פ"ו). וממילא, בכגון דא, אם יהיה ספק אם חסכונות אלה הם מאותה שעה שהבעל פרנס אותה או מזמן שעשתה ואכלה, מאחר שגם לא ברור אם מלאכות אלה, שדין מציאה להם וכנ"ל, שייכים לה או לבעל,- כדעת הרא"ש לענין מציאה גם כשאינו זן אותה, הרי יש לדון בזה בדין ספק ספקא לטובת הבעל, שחובת ההוכחה על האשה כמבואר במהרי"ט (חו"מ סי' ס"ז, ד"ה ומיהו אפילו תימא).

אולם בנידון שלנו פטורים אנו לכאורה מלדון בזה, מאחר שלפי טענות האשה, שלא הוכחשו ע"י הבעל וב"כ, מאז קנו החנות פסק מלפרנסה, והיא ניזונת מאותה שעה ממעשי ידיה. אין ספק שהחסכונות באו לה רק מאותה תקופה, כפי שטען הבעל בעצמו (פרוטוקול מ-כ"ה בתשרי תשכ"ט):

"היא עבדה בחנות, ומכסף זה קנתה דירתה."

מספיקה איפוא לפ"ז לכאורה בני"ד ההסתמכות על המל"מ שהו"ל שמע"י ממלאכות שלא נקבעו ע"י חז"ל הם בגדר מציאתה, שכשאינה ניזונת הימנו תלוי במחלוקת הרמ"ה והרא"ש ואין להוציא ממנה מספק.

אלא שדברי המל"מ עצמם, שהשיג על המהרי"ט, לכאורה גם הם צ"ע. המהרי"ט (סי' ס"ז) דן באלו הנשים שנכנסות בבית השרים וכו' ומכלכלין את בעליהן, אם נאמר שאשה זאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה. ודן בזה עפ"י הר"ן שהביא מהרמב"ן בכה"ג שאינן ניזונות, גם בשותקת, מע"י לעצמה. וע"ז השיג המל"מ דמלאכות אלה הן בגדר מציאתה וכנ"ל, וממילא לרמ"ה שייכות לאשה בכה"ג שאינה ניזונת.

ותמיהתו תמוהה לענ"ד, שהרי הספק הוא שמא מאחר שלא אמרה בפירוש איני ניזונת ואיני עושה י"ל שויתרה, וה"ז כאילו ניזונת משלו, ושלא כמו באשה ששתקה ולא תבעה מזונות ולא מ"כ שמן הסתם אין אומרים שמחלה אלא

www.eretzhemdah.org

מע"י שלה עם המותר (א"ע סי' פ' סי"ח ברמ"א) כי "אדרבא אמרינן מסתמא אדעתא דנפשה עבדה והכל לעצמה" (ח"מ שם), כי בהני נשי י"ל שעל דעת בעליהן עשו, וה"ז כניזונת משלו. ואם כך הדבר, הרי בכה"ג גם מציאתה שלו כיון שניזונת משלו וכן שאר כל צרכיה משלו הן, כנותן לה מ"כ עם מזונותיה.

ואילו לצד השני של הספק שגם הני נשי דומות לשאר הנשים שדינן נתבאר כנ"ל שמע"י שלהם, א"כ הרי אינן ניזונות משלו כלל, ובזה כשם שמציאתה של עצמה כן גם מע"י של עצמה.

באופן שאין נפ"מ כלל מהא, אם נראה מע"י שלא היתה מחויבת בהם, כדין מע"י רגילים, או כדין מציאתה. וצדק איפוא המהרי"ט שלא נחת לשאלה אם מע"י אלה דין מציאה להם או לא, כי אין נפ"מ מזה.

והנה בספיקו של המהרי"ט הדר פשט לה, כמבואר בבאר היטב שם שהכל לבעל, ואעפ"י שבפת"ש תמה עליו שלא הכריע "אלא צידד", הנה הדברים בבאה"ט מועתקים מהכנה"ג שהעיד על רבו המהרי"ט שהכריע שהכל לבעל, ונאמנה עלינו עדותו.

ולפ"ז, אם נשוה נידון שלנו להא דמהרי"ט, לא תוכל האשה לזכות בחסכונותיה מצד ש"כספים אלו באו לה ממלאכות שלא ברור שלבעלה יש זכות בהם", כאמור בפסה"ד של כב' ביה"ד האזורי, והיינו שדינם כדין מציאה שנחלקו בה הרמ"ה והרא"ש וכנ"ל. כי כאמור, בנידונו של המהרי"ט אין הבדל בין אם נראה זאת כעיקר מע"י או כמציאתה. ולפ"מ דהדר פשט לה שהכל לבעל וכנ"ל, א"כ גם אם נראה זאת כמציאתה, הרי הבעל זוכה בזה.

אלא שנידוננו אינו דומה כלל להא דהמהרי"ט, אלא כהא דהרמב"ן שהובא ברמ"א בשו"ע סי' פ' הנ"ל. שהרי כל עיקר מה שנסתפק המהרי"ט באלה הנשים לומר שדינם שונה מהא דהרמב"ן הוא כדאסבר לה שם

"דנשים אלו שתחלת שמושן במלאכה זו עדיין הבעל טורח במזונות, וכשהיתה מרוחת ונותנת בעין יפה ונותנת יציאות הבית, כל שלא אמרה איני ניזונת וכו' הרי יש לה ממה שתפרנס הבית ממה שהרויחה כבר, ומדידיה קאכלה ומדידיה שתיה, וכל עוד שהיתה הולכת ומשתכרת קמא קמא בטיל לגבי בעל. א"נ אפשר לומר דכיון שאיכא ריוח ביתא מסתמא ויתרה וכו'".

פשטות דבריו מורה שעיקר ספיקו אינו אלא איפוא משום שגם כשהוחלף הסדר, ובמקום שקודם היה הבעל טורח במזונות - האשה נשאה בעול הבית, הרי הכניסה את רווחיה לבית כולו, שמשו"כ יש מקום לומר שלא לטובת עצמה כיוונה, אלא ב"עין יפה נתנה", ו"קמא קמא בטיל לגבי הבעל", והרי היא בגדר אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית בשם הבעל, ובשליחותו קעבדה, משא"כ בני"ד, שכל אחד עבד ופרנס עצמו ממה שהרויח, ולא נתנה לבעלה כלום, כשם שהוא לא נתן לה ממה שהרויח בעבודתו, בזה קיימת ועומדת ההלכה שבשו"ע סי' פ' הנ"ל, שאעפ"י שלא אמרה איני ניזונת וכו' לא אמרינן שמחלה, וכמש"כ בח"מ הנ"ל דאמרינן "מסתמא אדעתא דנפשה עבדה והכל לעצמה". ובפרט, שכפי שעינינו רואות, לא גילתה כלל רווחיה לבעלה, שהיה סבור כל הזמן שאין החנות נושאת רווחים. ולפי טענתו בראשית הדו"ד שביניהם הציע שתצא מהחנות והוא יחסל העסק ויעשה שם חנות לוילונות. בזה הרי לא זו בלבד שאין הוכחה שמחלה לבעלה שיקרא "מדידיה אכלה ומדידיה שתיה", אלא אדרבא מעשיה הוכיחו שכל עמלה לא היה אלא לפיה היא, ולא לבעלה, א"כ גם אם נראה זה כעיקר מע"י ולא כמציאתה, מ"מ שלה הם, כיון שאין הבעל זן אותה.

(ולפי"ז, אילו היינו רואים מע"י אלה כדין מציאתה, היה דוקא מקום לבית הספק לזכות הבעל בהם, לשיטת הרא"ש הנ"ל. אך כיון שהיא המוחזקת, א"כ עכ"פ הרי יכולה לומר קי"ל כהרמ"ה).

וע"ע בבית יעקב (סי' פ' א') במחלוקת הרמ"ה והרא"ש, שמוכיח שהמדובר בשנוטלת מ"כ, והרא"ש אזיל בשיטת רבינו יונה שאין האשה יכולה לומר א"נ מ"כ וא"נ מותר, ומשו"כ זוכה במציאתה בעל כרחה. (וע"ש שמסיק עפ"ז שמשו"כ לא הביא הרמ"א בסי' פ"ד דעת הרא"ש הנ"ל לענין מציאה, שזה משום שסתם להלכה שיכולה לומר א"נ מ"כ וא"נ מותר, דעפ"ז לא קי"ל כהרא"ש גם בהא דמציאתה). א"כ בנידו"ד שאין הבעל נותן לה מ"כ, גם לדעת הרא"ש, מציאתה שייכת לה. (וע"ע חזו"א א"ע סי' ע' ס"ג).

עוד יש לציין מה שמחדש בעל ההפלאה (קו"א סי' פ' סק"כ) שדין זה שהביא הר"ן בשם הרמב"ן והסכים לו, שבשתקה ולא תבעה מזונות מע"י שלה, אינו מדין דגם בשתקה חשבינן לה כאילו אמרה בפירוש א"נ וא"ע, דא"כ הרי לדעת הר"ן א"י לחזור בה ולתבוע מזונות מאחר שאמרה לא ניח"ל בתקנ"ח, אלא הוא משום דבכה"ג אין תקנ"ח כלל:

"... ע"כ צ"ל דלא הוי כאומרת א"נ וא"ע, ומ"מ כיון שלא נתן לה מזונות, ממילא מע"י של עצמה..."

והיינו, שתקנ"ח של מע"י לא תוקנו מעיקרא אלא תחת מזונות, אבל כשאינו נותן אין חלות התקנה של מע"י כלל. ע"כ יכולה בכל זמן לחזור ולתבוע מזונות כעיקר התקנה. והלכה זו הרי עיקרה נלמדת ממתני' דמעה כסף כמבואר בר"ן שם. א"כ גם לענין מ"כ הדין כן, שאם אינו נותן מ"כ, אין מקום כלל לתקנ"ח המזכה את הבעל במותר מע"י ובמציאתה.

ונראה להכריח חידוש זה של ההפלאה, דלא משום שמחשיבים שתיקתה כאילו אומרת בפירוש א"נ וא"ע, אלא משום דעיקר התקנה ליתא בכה"ג שאינו מעלה לה מזונות, דהרי לשיטת הר"ן באומרת א"נ וא"ע א"י לחזור בה שוב ולומר שתהא ניזונת כתקנ"ח, א"כ מה"ת נפרש שתיקתה גם כשמרויחה יותר מכדי מזונותיה שזה כאילו אומרת א"נ וא"ע, והרי יתכן שאינה מעונינת כלל בזה שלא תהא נפסדת לאחר זמן, אם לא יספיקו לה מע"י. אע"כ הוא לא מגדר א"נ וא"ע אלא משום שבכה"ג שאין הבעל זן לא חלה תקנ"ח לזכות אותו במע"י. וה"ה כשאינו מעלה מ"כ לענין מותר מע"י ומציאתה, וכנ"ל. ואעפ"י שבס' ההפלאה שם מעלה שלשיטת רבנו יונה אין ראיה לעיקר פירושו של הר"ן במשנה דמ"כ, מ"מ בנידו"ד שהאשה המוחזקת יכולה לטעון קי"ל, בפרט שהרמ"א סתם שלא כשיטת ר"י, וכנ"ל.

קצורם של דברים: כשאין הבעל זן את אשתו ולא מ"כ, אין לו שום זכות לא במע"י ולא במותר ולא במציאה.

ואם כך, הרי בנידו"ד שכאמור לעיל החסכונות של האשה הם מזמן שרכשו את החנות, שמאז לא נתן כלום למזונותיה, הרי צדק לכאורה כב' ביה"ד האזורי במסקנתו שאין לבעל זכות בדירה שרכשה מחסכונות שלה.

www.eretzhemdah.org

אכן נראה שעיקר ההנחה שבנידו"ד לא קיבלה האשה מזונות מזמן פתיחת העסק, אינה מבוססת. כי אם אמנם מזונות באופן ישיר לא היו כאן, הרי תשלום כספים, שלפי טענת האשה, יש לראותם כדמי מזונות היו והיו כאן.

שהרי החנות שהאשה השתמשה בה לשם העסק היא ע"ש שניהם, והיא עכ"פ חציה שלו. (וזה משתקף גם בפסה"ד שחייבו את האשה לשלם שכ"ד עבור חצי זה לכל זמן העסק), וביחס לאותו חצי שרשום ע"ש האשה והוא שלה, הרי לפי טענות האשה דין נכסי מלוג ע"ז שהבעל אוכל פירות. אלא שכאן דוקא קיימת הודאה נגדית מהבעל שזה היה שלו ונתן לה זאת במתנה:

"ברצון טוב רשמתי ע"ש שנינו" (מפרוטוקול כ"ז באייר תשכ"ט)

ואם כך הדבר, הרי אין לבעל פירות מנכסים שנתן לה במתנה (סי' פ"ה ס"ז). אך אם נבחן את כל טענות הבעל בקשר זה שהחנות נקנתה ממכירת הבית שאף הוא היה ע"ש שניהם, נראה שגם הוא הכיר שחצי החנות שלה היא בדין ולא מתורת מתנה, ואין הביטוי שעשה זאת ברצון טוב אלא יפוי טענות גרידא.

בכל אופן הרי חצי חנות היא ודאי שלו, והאשה השתמשה בו לשם העסק מבלי ששילמה שכ"ד, ומבלי שהבעל עורר אי פעם תביעה לשכ"ד, נמצא שאם לא נקבל טענת הבעל שהעסק היה על יסוד של שותפות, הרי האשה קיבלה מהבעל מאז פתיחת העסק סכום כסף מסוים, היינו דמי שוי החנות לשכירות, חציה או אולי כולה, מבלי תמורה כלשהי. א"כ הרי יש לראות זאת כדמי מזונות. שהרי כשם שאין אנו אומרים כשלא קיבלה מזונות ועשתה ואכלה שויתרה לבעלה אלא "אדעתא דנפשה עבדה", כך אין לנו לומר שהבעל העניק לה זאת במתנה מבלי שיזקף זה ע"ח מזונותיה. ולפי מעמדו ומשכורתו, כשרת בי"ס, נראה ששכר הדירה הנ"ל מכסה את כל חיוב המזונות, נוסף לדירה שעמדה לרשותה לצורך דיור, במקום עבודתו.

אך אפילו אם אין שכר דירה של החנות מכסה את כל הוצאות המזונות, הרי עכ"פ זה סיפק עד לזמן שהעסק התחיל לפעול, והיא יכלה לקחת להוצאותיה מהכנסות החנות. ומאחר שקיבלה מהבעל מזונות, מע"י - כולל העדפה - הכל של הבעל, וממילא משלו ניזונה, גם כשניזונה מהרווחים.

וכה"ג הדבר מתבאר בחזו"א (א"ע סי' ע' ס"ו):

"... ובעיקר הדין נראה דכל שהתחילה מלאכתה בשעה שכבר אכלה משל בעלה, כל מה שעשתה הוי לבעלה בין שהוא העדפה, בין שהוא מציאה. וממילא כשניזונת אח"כ מאותו ריוח, הוי כניזונת משל בעלה, וכן לעולם. וגם מ"כ הוי כנותן בכל שעה, כיון שנוטלת כל צרכיה, ואף אם לותה ואכלה נראה כל שלא תבעה בבי"ד ולא אמרה א"נ וא"ע או א"נ מ"כ ואיני נותנת העדפה הוי כלותה בשביל בעלה, וחשיב כניזונת. ואין מהרי"ט תח"י כעת לעיין בו וכו'. עכ"ל."

(מהמהרי"ט אמנם נ' בפשטות שלא מכח סברא זו נחת עלה, שהרי דן שם אם נאמר שזו כאומרת א"נ וא"ע, ואילו היינו מחשיבים זאת כניזונת משלו, כי אמרה הכי מאי הוי, עכ"פ במציאות כן ניזונה משלו. ויל"ע בזה.

ויותר נראה לפרש המהרי"ט כמו שנתבאר לעיל בכונתו, שהוא מצד שי"ל שבעין יפה נתנה כדחזינן שפרנסה את כל הבית ונהנתה גם מהרוח ביתא כמבואר בדבריו. וכ"נ מהבאה"ט שלא העתיק מהמהרי"ט אלא זו שמביאות טרף לביתם ומכלכלות את בעליהן.

ומ"מ אין מדבריו גם סתירה לסברא דהחזו"א, כי י"ל שאין מדובר שם שלקחה משלו עם התחלת העסקים שלה).

היוצא מכל הנ"ל, שלפי טענות האשה, שלא ירדה לעסק בתנאי שותפות, כל מה שהרויחה מהעסק, כולל החסכונות, הכל שייך לבעל.

וזה אפילו אם לא נקח בחשבון את טענותיו, שלא הוכחו, שהשקיע גם בקניית הסחורה הראשונה סך אלף ל"י שהוא שילם אח"כ מכספו.

ועוד נראה שבנידו"ד שכאמור לעיל, הבעל היה מוכן לזונה מבלי שתתעסק בעסק, אלא שהיא לא הסכימה, א"כ בכי הא אי אינה רוצה להיות ניזונת אין הבעל מפסיד מע"י אלא באומרת בפירוש א"נ וא"ע, היינו שאומרת לא ניח"ל בתקנ"ח, שבכה"ג היא מפסידה האפשרות לחזור בה ולהיות ניזונת ועושה, כדעת הר"ן. וגם לדידן, שהדבר לא הוכרע (סי' ס"ט ס"ד ברמ"א) הרי לא נוכל להוציא מידו מזונות בספק, וממילא לא נוכל לפרש שתיקתה כאילו אמרה בפירוש לא ניח"ל בתקנ"ח, דכנ"ל במש"כ בביסוס דברי בעל ההפלאה, אין שום הוכחה שרצונה בכך, שמא יצא שכרה בהפסדה, ונמצא שמע"י של הבעל והיא כשניזונת מהרווחים ה"ז כניזונת משלו, וממילא עודף הרוחים שייכים לבעל.

אכן מאחר שלפי טענת ב"כ האשה החסכונות באו גם כתוצאה מעבודתה המאומצת בשעות הלילה והיום (אם כי אין זה מסתבר, שכן שעות פתיחת העסקים קבועה ע"י תקנות העיריה, ואלה נותנים זמן מספיק למדי לסידור הסחורה בחנות וכיו"ב משעות היום שאין לראותם בגדר העדפה שע"י הדחק), א"כ ה"ז בגדר העדפה שע"י הדחק שבזה המנהג שאין מוציאין מידה (ב"ש סי' פ' סק"ב בשם הב"ח). א"כ דבר זה טעון בירור נוסף, באיזו מדה טענתה נכונה וכן באיזו מדה יש לזקוף עודף הרווחים ע"י מאמץ מיוחד, וכנ"ל.

נוסף על הנ"ל יש להעיר שגם הבעל בטענותיו לא בא לטעון אלא טענת שותפות בעסק, ולא בא בטענה שכל מע"י הם שלו, א"כ יש כאן הודאה מצדו, שמחל על חצי הכנסות.

עוד נעיר שגם אם יזכה הבעל בחלק מהרווחים, אינו יכול לבוא בתביעה על חלק בבית שקנתה, שהרי זה ברור שלא היה בכוונתה לקנות את הבית אלא בשביל עצמה, הן מצד העלמת הכספים והן מצד העלמת עצם הקניה. יוצא איפוא שהרי זה כאילו לקחה כסף מבעלה שלא ברצונו וידיעתו ועשתה בהם מה שעשתה, שבזה התביעה אינה על הבית שרכשה אלא על הכספים שהיו של הבעל והיא לקחה אותם לעצמה.

לזאת יש לפסוק:

www.eretzhemdah.org

מחזירים התיק לכב' ביה"ד האזורי לשם בירור נוסף באיזו מדה נכונה טענת האשה שכל עיקרם של הרווחים היו רק ע"י מאמץ יוצא מגדר הרגיל, ולפסוק בהתאם לנ"ל על זכות הבעל בחלק מהרווחים הללו.

שאול ישראלי

פסק דין

אחרי שמיעת הערעור וטענות ב"כ הצדדים והעיון בחומר, אנו מחליטים שיש לדחות את הערעור והערעור הנגדי, מהנימוקים דלהלן:

אין חילוקי דעות בין הצדדים שעבודת האשה בחנות היה גם ע"י הדחק, שהרי עבדה בבוקר מוקדם, ובלילה מאוחר. והנה נפסק בשו"ע אה"ע סי' פ' בח"מ ובבי"ש סק"ב בשם הב"ח "שכן נוהגים במדינות אלו שלא להוציא מיד האשה שום העדפה שע"י הדחק", וזה נאמר גם כשהבעל נותן לה מזונות ומעה כסף.

אמנם לכאורה האשה במקרה דנן דינה כאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, דמבואר בשו"ע חו"מ סי' ס"ב סעי' א' "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו שטרות מקניית הקרקעות... כתובים על שמה, והיא אומרת שלי הם, אפילו השטרות תחת ידה עליה להביא ראיה בעדים שהוא כדבריה שהיה לה ממון מיוחד, וא"צ שיעידו על אלו השטרות שהם שלה...". ועי' נתיבות שם סק"ג "נראה דצריכה להביא ראיה דוקא שהיה לה ממון מיוחד אחר הנשואין מה שאין לבעלה רשות בהן..." ע"ש. והלא כאן לא הביאה האשה ראיה בעדים שהיה לו ממון מיוחד.

אכן, הלא הבעל לא מכחיש שהיא עבדה בחנות בבוקר מוקדם ובלילה מאוחר, שזה "העדפה שע"י הדחק" שאין מוציאין מיד האשה כנ"ל, א"כ יש לנו ראיה שהיה לה ממון מיוחד, ושוב היא נאמנת לומר שהדירה שקנתה זה היה מכסף שלה. ועי' ש"ך שם סק"ג, "שהיה לה ממון מיוחד, ואז אפילו הבעל חי וטוען ברי שנעשה מממון שלו עליו להביא ראיה".

יתר על כן כתב שם הש"ך סק"ח, "דגם באשה כן כל ששניהם נושאים ונותנים בשוה, והשטרות נכתבו על שמה היא נאמנת, רק כשהיא לבדה נושאת ונותנת בתוך הבית אינה נאמנת..." עי"ש. והלא כאן לפי דברי הבעל גם הוא עבד בחנות, א"כ מאחר שהשטרות נכתבו על שמה היא נאמנת שזה מכסף שלה.

אולם האשה הלא טוענת שהוא בכלל לא עבד בחנות, א"כ לדבריה דינה כנושאת ונותנת בתוך הבית, ועוד שהרי היא מודה שמעבודתה בחנות קנתה את הדירה, אלא שלפי דבריה הוא מעולם לא נתן לה מזונות וכל מעשה ידיה שייכים לה, ולפי האמור שהיה לה כסף משלה, מעבודתה שע"י הדחק כנ"ל, שוב היא נאמנת שמה שקנתה זה היה מכסף שלה.

לאור האמור ערעור הבעל נדחה, כמו כן דוחים את הערעור הנגדי של האשה.

פס"ד זה ניתן ברוב דעות, דעת המיעוט מצורפת לתיק.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום שני ט"ו במנחם־אב תש"ל.

בצלאל זולטי שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן טז : בענין מזונותיה של מורדת בתוך ד' שבועות*[16]

בפסק דין בערעור תשכה73/ פסק הגרי"ש אלישיב שליט"א כי למורדת אין מזונות גם בטרם הוכרזה כמורדת ולא הפסידה עדיין כתובתה. אליו הצטרף הגס"ח עבודי זצ"ל. דעת המעוט של הגר"ש ישראלי זצ"ל היתה כי לא הפסידה מזונותיה — עי' פד"ר כרך ו' וחוות בנימין סי' ל"ז. מכתב זה, המתיחס לפסק הדין הנ"ל, נשלח אלישיב שליט"א בשנת תשנ"ג.

א כב' הדר"ג שליט"א דן בהא דאסקינן במורדת שאין לה מזונות (כמסקנת הגמ' (אולי מרבנן סבוראי) אולם הועתקה בר"ף) אם הוא מדינא, או שהוא מקנסא. דנפ"מ לנידון הנתונים שבמעשה שלפנינו. אם הוא מקנסא, אין מקום לזה שכן גם הבעל אומר שאינו רוצה כלל שתחזור אליו. ולא כן אם הוא מעצם הדין שאין במורדת חיוב מזונות.

וע"ז מביא כמה ראיות שהוא מעיקרא דדינא. חדא מהא דתשו' הרשב"א הובאה בב"י סי' ע"ז שנוקט בגוונא שיש עליה גדר של בעינא לי' וכו' "יראה שאי"ח לזונה... זהו לדעת הר"מ ז"ל והרי"ף ז"ל, אבל מעיקר הגמרא אינו נראה כן וכו'". ובחזו"א כ' שהמדובר בדעת הר"מ והרי"ף "היינו אע"ג דעדיין לא הוכרז עליה ארבע שבתות ועדיין לא הפסידה כתובתה, מ"מ כל זמן שהיא במרדה אינו חייב לזונה". ומכאן שגם בעוד אין מקום לקנס, שהרי היא עדיין בתהליך ההתראה, מפסידה המזונות. וע"כ שהוא מדינא. עכד"ת.

ב ובמה שהעיר שם החזו"א (סי' ס"ט ס"ק ט"ו): "ובריי"ף דסוגיא דמורדת לא הוזכר מזה, וכן בר"מ ליתא. וצ"ע היכן מצא כן בדעת הרי"ף והר"מ" כתב כב' הדר"ג בזה"ל:

"וכוונת הרשב"א במש"כ להעיר על הרי"ף נראה פשוט... שמהרי"ף למד... דאיהו מפרש דברי הרי"ף מש"כ ומשהינן לה תריסר ירחי שתא וכו' במאיס עלי... דגם במורדת דבעינא לי' וכו' לית לה מזונות, דאם במקרה והבעל מאוס עליה היא לא אשמה בכך... ומן הדין א"א לחייב אותה להבעל לשנוי לה, וחז"ל תקנו תקנה לא

[16] מכתב המתיחס לערעור תשכ"ה\73

לגרש עד יעבר תקופה של יב"ח... והיה מקום לומר שבמשך זמן הנסיון הנ"ל לא תפסיד מזונותיה. ואם בכה"ג מפסדת מזונותיה כש"כ במורדת דבעינא לי' ומצערנא לי' שהיא אשמה בכך. ע"כ."

וע"ז אומר, אם גם נימא שמכאן ניתן אמנם להוכיח דעת הרי"ף, אכתי לא הונח לה מקור פשיטותי' דהרשב"א כזאת בדעת הרמב"ם, שהרי שיטתו מפורשת במ"ע "כופין אותו להוציא לשעתו... ותטול בלאותיה קיימין". (וכל מה שדנו בגמרא במורדת דפוחתין לה, ומכריזין עליה ד"ש, והוא דכלתי' דרב זביד דדנו על נכסי צ"ב, כל זה הוא רק באומרת בעינא לי' וכו'. וכן הא דמסיק משהינן לה תריסר ירחי שתא ל"ש בה כלל). וא"כ הרי לא יתכן לומר כלל, שמשם היה מקום ללמוד, כיון דבמ"ע לא נאמר כלל האי דינא. ודומני שבזה כבר סגי שגם מהרי"ף לא זהו הדיוק של הרשב"א, מכש"כ שאינו "פשוט" כמש"כ.

ג אך גם לא יתכן כלל שהרשב"א דייק מהרי"ף לפ"מ שנאמר שמפרש כוונת הרי"ף בהא דכלתי' דרב זביד במ"ע, ומהא דיוק שיש ללמוד בכש"כ בטוענת בעינא לי' הפסד מזונותיה, וזה גם בתוך ד"ש. שהרי הרשב"א עצמו מפרש הא דכלתי' דרב זביד אימרדא וכו' הסוגיא במ"ע כמבואר בפה"מ (שם פי"ד, ח) דבזה הוא דמסקינן דמשהינן לה תריסר ירחי שתא, מבלי הכרזות ומבלי שתפסיד כתובתה כל משך זמן חי"ב רק שמזונותיה הפסידה תוך אותו זמן. ובאשר לדעת הרשב"א במורדת דבעינא לי', כמובא בהה"מ שם (הל"ט): "... ויש מי שכ' שלא הזכירו בגמרא שהיית יב"ח אלא באומרת מ"ע. אבל במורדת אין משהין אותה יותר מד' שבתות. ואחר המלכה שניה הפסידה הכל והבעל יגרשנה אם ירצה, או יקיים אותה. ולזה הסכים הרשב"א ז"ל". עכ"ל וכ"ה בב"י.

הרי לפנינו כפשטות דעת הרשב"א, שכל מה דמסקינן שהיית יב"ח והפסד המזונות לא נאמר כלל אלא באומרת מ"ע. ואם ניתן ללמד מזה בכש"כ לענין ד"ש דבעינא לי', הרי למוד זה הוא מעצם הדין שבגמרא. שאין ברי"ף יותר ממה שהוא עצמו למד בגמרא. ולמה כ' שמהגמרא אינו נ' כן, ופשוט וברור דעת הרשב"א שאם הגמרא מתפרשת במ"ע, אין ללמוד מזה כלום באשר לטוענת בעינא לי', וזה כפ"מ שכבר כתבתי בעבר, דהתם י"ל דמדינא אין לה מזונות "כיון שאינה רוצה בו" (לשון הה"מ בדברי הרשב"א), ולא נחתינן בה לקנסא. משא"כ בטוענת בעינא לי' וכו' דאינה מוותרת כלום, ואם נבא להפסידה מזונות זה יתכן רק מגדר קנס. ולזאת ס"ל לרשב"א ז"ל דא"א ללמוד זאת כלל מהא דמ"ע. ע"כ כ' "דמעיקר הגמרא לא נראה כן".

ד ופשטות דברי הרמב"ם מוכיחים שתוך ד"ש לא הפסידה כלום ממזונותיה. שהרי הרמב"ם מביא הא דגמרא דמשהינן לה יב"ח "ואין לה מזונות כל יב"ח" במורדת דבעינא לי' ואחר הכרזה. ואי איתא דתוך ד"ש של הכרזה כבר אבדה מזונותי', למרות שעוד כתובתה קיימת, הרי פשיטא דלאחר שכבר הפסידה כתובתה "ולא יהיה לה כתובה כללי" מד"ת שיעלה על הדעת שאז דוקא יהיה לה מזונות. והוא גם מילתא דתמיהה שבעוד שביב"ח שממתינין לה וכפשטות המפרשים "מפני שגנאי להן לבנות ישראל שמתגרשות מבעליהן", היינו שזה לטובתה, בזה הוצרך לפרש שאין לה מזונות. ואילו באותם ד"ש, שתקינן מזה ולא נזכר כלל. והעולה ברור לענ"ד מהרמב"ם שבאותן ד"ש יש לה מזונות, וודאי שהרשב"א לא הבין בדבריו איפכא.

(ומה"ט אמינא שדברי הריטב"א (סי' ק"נ) שהביא כ' הדר"ג בא"ד ופקפק באמינותם, הם שרירים וקיימים, ולא ניתן כלל לפרש אחרת ברמב"ם).

ה וגם באשר לרי"ף נראה שאינו מפרש הא דכלתי' דרב זביד כרש"י והרשב"א דקאי בטוענת מ"ע, אלא המדובר במורדת גמורה היינו בטוענת בעינא לי' וכו' (כמשמעות הר"ן שם שלא הזכיר בדבריו דעת הרי"ף בניגוד לשיטתו הוא). דכך הם דבריו שם: "היכי דמיא מורדת אמר אמימר באמרה בעינא לי' ומצערנא לי' אבל אמרה מאיס עלי לא (הויא מורדת, ולא) כייפין לה". דנלענ"ד שהגירסא הנכונה היא שהמלים האלה שהוכנסו בסוגריים (ד"ת מ"ז) הם רק מפני שאין זה בלשון הגמרא, אך הם תוספת של הרי"ף מדעתו כדי לציין שכל מה שמדובר על מורדת, ההכרזה וכן מה שבא אח"ז בכלתי דרב זביד דאימרדא, לא קאי אטוענת מ"ע. דבזה דינה לא נתפרש כלל, וכהבנת הר"ן בזה. וכך הבינם גם הרשב"א. (ומה שבמיוחסות הביא מהרי"ף, אף שדעתו מפורשת שם שמדובר באומרת מ"ע, לא הובא אלא בכדי לאשר הגירסא ולראותה כשרירה לדינא, ולמרות שאי"ז אלא תוספת מרבנן סבוראי). ולפ"ז גם מהרי"ף מוכח דבתוך ד"ש של ההכרזה אכתי לא איבדה מזונותיה, דרק לאחר הכרזתה כמורדת מפסידה המזונות ולא לפני כן.

ו ומה שנלע"ד בכוונת הרשב"א כדעת הר"מ והרי"ף. וזה בהקדם מה שפוסק הרמ"א ז"ל בענין מורדת דמצערנא לי' על יסוד המבואר בטור. שבזה מסקינן דמשהינן לה יב"ח. שבאותן יב"ח אעפ"י שכבר הוכרז עלי' ד"ש באופן שאבדה כתובתה, פירוש הא דאמרינן בזה דמשהינן לה אגיטא הוא דמעכבין ההוצאה לפועל של איבוד כתובתה ובכלל זה גם איבוד תו"כ כגון פדיונה, רק אחר יב"ח שלאחר ההכרזה. וכן הא דצריך לכתוב לה כתובה אחרת אם הסכים לקיימה אינו אלא אחר יב"ח. וצוין עלה במ"מ; (ב"י בשם תשו' הרשב"א). ובב"ש שם תמה וכן הוא בגר"א ז"ל שם. שמה שמובא שם בשם הרשב"א הוא באומרת מ"ע. שהרי במצערנא לי' אין כלל לדעת הרשב"א ענין זה שמשהין אותה אגיטא יב"ח. ואילו לרמב"ם והרי"ף אם אמנם משהינן לה אגיטא, אך כתובתה ותו"כ הפסידה כבר מיד עם הכרזתה ד"ש.

והנראה בזה בדעת הרמ"א ז"ל שדין זה (שהוא מרבנן סבוראי) שמשהין אותה יב"ח כוונת הדברים היא אכן לעכב ההוצאה לפועל של הפס"ד המפסיד אותה כתובתה למשך י"ב החודש. ואין זה ענין רק כאילו בקשה לגילוי רצון טוב מטעם הבעל להשהות הגט כמש"כ הה"מ והו"ד בב"ש שם. דאם כך, ולעולם כתובתה וכן תו"כ (כדאמרינן ר"פ אעפ"י) מופסדים מיד, כי אז לא היה צריך להדגיש שאין לה מזונות כל יב"ח, דמה"ת יעלה על הדעת שיהא לה מזונות, וכנ"ל, כאן שהיא מופסדת מהכל, אלא שפירוש התקנה הוא עיכוב הוצאה לפועל הפס"ד על כל אביזריו למשך זמן זה של יב"ח. ע"כ שפיר מדינא מגיע לה גם מזונות ככל תנ"כ האחרים. אלא שזו היתה תקנה מיוחדת לקונסה במשך יב"ח הללו שתפסיד מזונותיה. ולא מדינא, כאן שאין הפעלת הפסד כתובתה ותו"כ עד יב"ח. דאאפ"ל שלגבי מזונות נראה הפס"ד שהפסידה עם ההכרזה, דלא ניתן לחלק לחצאין, כיון דנקטינן לגבה שזה כאילו פירוש ההכרזה הוא שלאחר יב"ח שתמשיך בסירובה, אי"צ דיון מחודש, אלא מיד מפסידה הכל, אבל לא לפני כן. ואין זו רק דעת הרא"ש, אלא גם דעת

www.eretzhemdah.org

הרי"ף והרמב"ם. ומה שצוין בזה המ"מ "ב"י בשם תשו' רשב"א" אין כוונתו למש"כ בב"י בשם הרשב"א בדעת עצמו, דזה ודאי אינו כמפורש בדבריו באריכות שאין כלל השהיית יב"ח אלא באומרת מ"ע. אלא כוונתו לאותה תשובת הרשב"א שהביאו הב"י שעליה סובב הדיון בדברינו, שלפיה דעת הר"מ והרי"ף שאיבדה מזונותיה באומרת בעינא לי' אחר יב"ח, למרות שלא אבדה עדיין טרם מלאת יב"ח לא כתובה ולא תו"כ, אלא כנ"ל מתקנה שתוקנה יחד עם דין ההשהייה. שמזה למד הרשב"א גם בנדון השאלה שהובאה לפניו ששם לא נעשה עמה דין ההכרזה כלל. והיינו שכשם שבאותן יב"ח, שעדיין טרם הפסידה כתובתה ולא תו"כ מ"מ הפסידוה מזונות, כן ישנו דין זה כשלא נעשה בה דין הכרזת ד"ש להפסידה כתובתה, דנמי דיינינן לה בהאי דינא, דתקנה זו להפסידה מזונות למרות שכתובתה ותו"כ לא נפגעו עדיין תוקנה אחר הכרזתה כמורדת, לא גרע מזה גם בהיותה מורדת מסוג זה גם מבלי שהתקיימה הכרזה נגדה, באופן שכתובתה ותו"כ עדיין בעינם עומדים. ועפ"י הבנה זו בכוונת הרשב"א יובן שפיר גם מש"כ בדעת עצמו ש"אין נראה כן מהגמרא", דהיינו לפ"מ שהרשב"א מפרש כל הסוגיא כולל הא דכלתי' דרב זביד וכן מה שמסיק בזה במשהינן לה גיטא יב"ח ואין לה מזונות באותן יב"ח, הכל קאי רק באומרת מ"ע, דהתם אין לה מזונות מדינא "כיון שאינה רוצה בו", אין לנו כלל יסוד זה של תקנה להפסידה מזונות מכח קנסא באומרת בעינא לי', ואין שם כלל האי דינא דיב"ח, אלא הכרזה גרידא, ועם תום ההכרזה מפסידה הכל ובידו לגרשה מיד. ע"כ בלי הכרזה אין לנושים יסוד להפסידה כתובתה.

ומובן לפ"ז פסקו של הרמ"א, והאסמכתא דילי' הם דוקא דעת הר"מ והרי"ף ולא רק הרא"ש לפי שהשיג עליו.

(ועפמש"כ נראה דיובן בדעת הר"ן שאעפ"י שהעלה שהדיון בכלתי' דרב זביד וכל הסוגיא כולה היא רק בטוענת בעינא לי' וכו' ואילו בטוענת מ"ע לא מיירי כלל. ותמה על הראשונים שדנו במ"ע עפ"י הסוגיא. ומ"מ מפרש דהא דמסקינן כהאי עניניא דמשהינן לה יב"ח ואין לה מזונות ומירי במורדת בכל גווני, גם באומרת מ"ע. ולכאורה מנ"ל הא לשיטתי' כיון דכל הסוגיא לא קאי כלל במורדת ממש ולא במ"ע. אלא שהוקשה לו לפי שיטתו דס"ל דהא דמשהינן לה יב"ח אין זה בא לעכב עצם הפסד כתובתה, שאם גמרה להשלים צריך לכתוב לה כתובה אחרת גם תוך יב"ח, דא"כ מאי האי שהוצרך להשמיענו שאין לה מזונות כל יב"ח, דמה"ת יהיו לה והיא מופסדת מכל וכל בכתובתה ותנ"כ א"כ פשיטא שבכלל זה גם מזונותיה. לזאת פירש שתקנה זו היתה כללית, גם במ"ע. שגם בזו תקנו האחרונים לקבע זמן יב"ח. ובזה הוא שהוצרך להשמיענו, שעם קביעת זמן זה נקבע גם שבמשך תקופה זו אין לה מזונות, וזה ג"כ מטעם לחץ עלי' שתתרשם ושמא תחזור בה ותשוב אליו ברעותא דליבא.)

ומ"מ נראה שגם לפי הבנה זו בתקנת הפסד מזונות במורדת דבעינא לי', הדברים אמורים כשאין כאן יזמת הבעל להכרזת כמורדת ע"י [הכרזת] ד"ש. אולם בבא להפסידה כתובתה מכל וכל, בזה התקנתא קמייתא נשארה קבועה ועומדת, ולפיה רק אחר ההכרזה שניתן לה ארכא של יב"ח להפעלתה, אז הוא דמפסידה מזונותיה כמבואר ברמב"ם. ואילו תוך ימי ההכרזה כל זכויותיה כולל חיוב מזונותיה קיימים כפי שהיו.

[ובנידון שלנו, שאין מקום לקנס כפי שהעלה כב' הדר"ג, נראה לפענ"ד עפ"י כל הנ"ל שלא הפסידה מזונותיה, כיון שגם הוא אינו תובע שתחזור אליו אלא רוצה לגרשה].

ז והנה כב' הדר"ג שליט"א נופף ידו עוד להוכיח (כהאי פירושא דהחזו"א) שהפסד המזונות הוא מדינא, ולא דוקא לאחר הכרזה כמורדת אחרי ד"ש שהפסידה כתובתה. והוא ממש"כ הראבי"ה הו"ד במרדכי בענין מרדה וחלתה שמסתמך על הירוש' דיליף ע"ע כה"ג בברח ושוב חלה דיליף לה מדינא דמורדת. וזה עפ"מ שמוכיח שהירוש' לא אתי עלה להפסד מזונותיה מכח האי תקנתא דאמוראי בתראי שקבעו יב"ח ובזמן זה שאי"ל מזונות אלא מכח הברייתא עצמה, שהובאה גם בגמרא דילן. "וא"כ הוכחת הירוש' מהא ד"תני ר"ח נדה וחולה"... בע"כ כשעדיין לא הפסידה כתובתה... ואעפי"כ אין לה מזוני". עכ"ד.

ואני עני שמעתי ולא אבין, אם כל ההוכחה היא ממה שמפסידה מזונות (ושמשו"ז כנראה הוצרך הראבי"ה להביא מהירוש' ולא הסתמך על ברייתא זו שהובאה גם בגמרא דילן) הר"ז תמוה מאד שהיכן מצא הירוש' הוכחה שהמדובר בהפסד מזונותיה, והרי לשון הברייתא הוא באשר לכתיבת אגרת מרד על האשה. וכן פירשו שם מפרשי הירוש' שהמדובר על הפחתת הכתובה מדי שבוע כמבואר במשנה. שגם כשחלתה בזמן מרידתה מ"מ אין מתחשבים עם זה כלל. ובפשוטו, ההבדל בין הירוש' לבבלי בפירוש הברייתא במורדת שבעוד שבבבלי אין הבחנה מתי בא לה החולי (כדנוקט הרמב"ם גם הכי להלכה פי"ד הי"א) שגם כשמרדה עליו בחוליה אעפ"י שממילא היא מנועה ממנו, מ"מ משום שאינו דומה מי שיש לו פת בסלו וכו' אמרינן דשייך גם בכה"ג מורדת, בירוש' מוכיח דע"כ הברייתא מיירי במרדה ואח"כ חלתה - "אי כשמרדה עליו היא נדה התורה המרידתה עליו". ונראה שעפי"ז הפירוש הזה כולל עוד שינוי בתוכן המצב. לכן פשוט שהדיון בע"ע שברח ואח"כ חלה ודיינינן אם חייב להשלים את ימי החולי המדובר כשעתה שחלה חוזר בו מסורו ובריחתו וטוען שמוכן לחזור בו ולהמשיך בעבודתו כעבד, דאל"ה פשיטא דמה לנו ממה שחלה, אם אכתי בסירובו קאי. ובהכי מתפרשת גם הא דהברייתא, לפ"מ שהמדובר בה, לפי הירוש' שמרדה לפני כן, שעתה בחלי' חוזרת בה ממרדתה וטוענת שמוכנה לחזור בה ממרידתה, אלא שהיא מעוכבת מלחזור לחיי אישות מחמת חוליה. וכן הוא גם הדיון של הראבי"ה: "המורדת על בעלה ושוב חלתה, אעפ"י שמאותו אונס אינה שבה לבעלה", היינו שטוענת שחוזרת ממרידתה ומוכנה לשוב לבעלה אלא שהחולי מעכב. שבזה אמרינן בברייתא שאעפ"י שמצהירה בזאת, כל עוד שבפועל הרי אינה חוזרת אליו, לא מתבטל ממנה שם מורדת וממשיכים להפחית לה מכתובתה ולא מתחשבים במה שאומרת כזאת. מזה שומע בירוש' גם לענין ע"ע שמשברח עומד הוא ברשות עצמו, ובאחריותו, וחיובו להשלים כדקאי קאי, ולא מתחשבינן עם הצהרתו שמוכן לחזור לעבודה כיון שבפועל עכ"פ אינו חוזר, הר"ז כאילו ממשיך בסירובו.

והיינו שהברייתא אינה מתפרשת כלל גם לפי הירוש' שהדיון במורדת הוא על הפסד מזונותיה, דההוכחה שפיר קיימא מעצם אי ההתחשבות בהצהרתה וממשיכים ל[דונה] כמו בהיותה בבריאותה. אלא שהראבי"ה הוא שמסיק מזה לענין הפסד מזונותיה, וזהו לפי תקנת אמוראי בתראי שיב"ח אין לה מזונות, הן אם נפרש לה בטוענת מ"ע, שיב"ח אלה שנקבעו לה, אין לה מזונות גם כשאומרת שחוזרת בה מטענתה, והן אם נפרש לה בטוענת בעינא לי', לפ"מ שהבין

www.eretzhemdah.org

הרשב"א והרמ"א כנ"ל דיב"ח הללו אכתי לא הפסידה כתובתה ומ"מ מזוני ל"ל מכוח תקנ"ח וכנ"ל, מ"מ מזונותיה הפסידה.

[אגב, בהבדל זה בין הבבלי לירושי בפירוש הברייתא, כפי שנראה מפסק הרמב"ם שפסק כבבלי, שהמדובר בה גם בחלתה ולבסוף מרדה ומהאי טעמא דאינו דומה וכו'. ולא כהני ראשונים שנוקטים שהכל מדובר כפי' הירושי' שאם במרדה מתוך חוליה התורה המרידתו. נראה שתיושב קושית המנ"ל בהשמטת הרמב"ם הל' זו של הירושי' בדיני ע"ע בבורח וחלה. שכן הוכחת הירושי' הרי אינה אלא לפ"מ שפירשו הא דמורדת דוקא בחוזרת בה בחוליה. אבל לפ"מ שנוקט שהבבלי חולק ומפרשה כנ"ל בתחילת החולי, שגם בכה"ג שייך לראותה כמורדת מחמת אינו דומה וכו', א"כ אין ראיה כלל להאי דינא דנסתפק בע"ע. ע"כ לא העתיק הלכה זו כלל.]

מסקנת הדברים שאין שום יסוד להאי חידושא שעצם המרידה מפסידה אותה ממזונותיה, וזה מדינא, וגם בתוך ד"ש של ההכרזה הפסידה מזונותיה. והנכון הוא כמשמעות הפשוטה בדברי הרמב"ם שאין בה הפסד מזונותיה אלא ביב"ח שלאחר שהוכרזה כמורדת, אבל לא תוך הד"ש.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

סימן יז : בענין מתנות מקרובי הבעל שלאחר הנשואין*[17]

ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי רחובות שניתן ביום ד' תמוז תשכ"ח, בתיקים כח/ 177, כח/ 578, לפיו האשה-המערערת דינה כדין מורדת, ולפי זה על האשה להחזיר לבעלה-המשיב את הרכוש שקבלה מהורי בעלה כמתנה.

בפס"ד המעורער נאמר:

"הואיל והאשה אינה רוצה להשלים עם בעלה ולחזור אליו לחיי שלום־בית, וזה לאחר שהאשה הותרתה כדין מורדת ע"י שליח ביה"ד - דינה כדין מורדת, עי' בתשו' מהרי"ו ובב"ש ע"ז סק"ט.

לאור האמור... על האשה להחזיר לבעלה את הרכוש שקבלה מהורי בעלה כמתנה".

הצדדים הם זוג נשוי, ולהם שני ילדים מבוגרים. המחלוקת הנטושה בין הצדדים בדיון אשר בפנינו הוא בקשר לנכס [כולל קרקע ועליה בית וחנויות] אשר הי' שייך להורי המשיב, ובחמש־עשרה שנה אחרי נשואי המשיב עם המערערת, העבירו הורי הבעל בטאבו שליש בנכס הנ"ל על שם שניהם.

האשה טענה בביה"ד האזורי כי היא מוכנה לקבל גט ואינה דורשת ממנו מאומה פרט להרכוש שהורי הבעל נתנו לה במתנה, הם העבירו הנכס על שמה עקב היחס הטוב שהיא התיחסה אליהם בחייהם והם אהבו אותה יותר מהבנות שלהם, ואין כל קשר בין מתנות שהבעל נותן לאשתו דבזה אמרינן אדעתא דתמרוד בו לא נתן לה, לבין מתנות שקיבלה מאנשים אחרים, שהמתנה היא מוחלטת ואינה חוזרת גם במקרה כשהיא מורדת בבעלה.

והנה לכאורה יש לדון דהלכה זו דמורדת מחזירה את המתנות שקיבלה מבעלה, זה דוקא כאשר הוא בא לגרשה, אז אמרי' דאדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה, אבל כ"ז שהיא אגידא גביה, י"ל דאין בידו לקחת ממנה את המתנות שנתן לה שהרי היסוד בהלכה הנ"ל הוא הגמ' סופ"ד דכתובות, אלמנה שמין מה שעליה "מ"ט כי אקני לה אדעתא למיקם קמי' אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה", עי' רמב"ן ור"ן פ' אע"פ בסוגיא דמורדת, ושם הלוא מיירי בזמן שנותק קשר האישות ביניהם.

ואף לאחר שהכריזו עליה שהיא מורדת והפסידה כתובתה, אם אח"כ חזרה בה והם השלימו ביניהם צריך לכתוב לה כתובה אחריתא, מ"מ לגבי מתנות במקרה שחזרה בה אחרי מרידתה ועבידי שלמא אהדדי, מנלן דבכה"ג נמי איכא אומדנא, הרי איכא למימר לו אפילו הי' יודע שתמרוד בו אם אחרי כן תשוב ותשלים אתו יתכן שהי' ג"כ נותן לה המתנה, ולפי"ז י"ל דכל עוד ולא גירש אותה אין בידו להוציא ממנה המתנות שנתן לה.

ועי' בטור סי' ע"ז: "וכשיוצאת לאחר השנה... ואפילו בגדים שקנה לה יפשוט מעליה דאדעתא למישקל ולמיפק לא זבין לה", ובב"ח שם זה מתבאר ממ"ש הרי"ף בספ"ד דכתובות דמאן דמגרש איתתא מדעתיה דנפשיה אין שמין מה שעליה דלאו איהי קא בעי למיפק אלא איהו קא מפיק לה, אלמא משמע דמורדת דאיהו קא בעי למיפק אדעתא דהכי לא זבין לה ומפשטה מעליה.

וע"ע בטור סי' ס"ה "וכן הבעל שנתן מתנה לאשתו בין קרקע בין מטלטלין קנתה... והרמ"ה כתב שאם מכרה או נתנה קיים כיון שאין לו פירות... דוקא שלא מתוך מרדה אבל נתאלמנה או נתגרשה מתוך מרדה לאחר שכתבו עליה אגרת מרד שהפסידה כל כתובתה, הפסידה כל מה שנתן לה", משמע דרק בנתאלמנה או נתגרשה מפסדת המתנות שקיבלה מבעלה.

וכ"ה בשו"ע: שם "ואם רצה הבעל לגרשה אין לה כתובה כלל... ואינה נוטלת משל בעלה כלום - וכל מה שנתן לה מתנה מחזרת אותו", משמע דדוקא בזמן שהוא בא לגרש אותה, אז היא מחזירה מה שקיבלה מבעלה.

ואין להוכיח ממה שהקי' הרמב"ן על הגאונים הסוברים דמאי דיהיב לה בעל מפסדת דלא אקני לה אדעתא למישקל ולמיפק "אי הכי היכי אמרי' בר"פ דתנאי כתובה ככתובה דמי למורדת ובמאי דמי לכתובה הא אפי' במתנה דלבתר

[17] ערעור תשכ"ח\193 בפני כב' הדיינים : הרב יוסף שלו' אלישיב , הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

נישואין אמרינן דמפטרה", דאף קודם גירושין חוזר ולוקח ממנה דאל"כ אין התחלה לקו' דהרי הא דתנאי כתו' ככתובה היינו דפוחתין ז' דינרין בשבת ומפסדת כתו' אף כשלא מגרשה, ומתנות שנתן לה אם נאמר כנ"ל הרי אינה מפסדת אא"כ בא לגרשה.

הא בורכא, שהרי בתוספת כתובה קא עסקינן דלא ניתנה לגבות אלא או בשעת גירושין או במות הבעל, ושפיר איכא למימר דאדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה, ולמה א"כ אנו צריכים להא דתנאי כתו' ככתובה לענין מורדת הא אפי' במתנה דלבתר נשואין אמרינן דמפסידה, וממילא לא תגבה את התוספת לכתובה, כשמרדה עליו.

וע"ז תי' הר"ן "דאי הוה תוספת במתנה כי מגרש מתוך מרדה הפסידה לאלתר והשתא דאמרינן דתוס' כתו' ככתובה הוי לא מפסידה אלא בפחיתת שבעה שבעה ככתובה, או בד' שבתות כרבותינו".

אך ממ"ש מהר"י ווייל ז"ל בתשו' סי' כ' משמע דאף כשלא מגרש אותה, בידו לקחת ממנה המתנות שנתן לה. וזל"ש:

"ועתה דינה כמורדת... כל הסוחר הנמצא בידה... חפצים ומטלטלין כסף ושו"כ אשר נתן לה בעלה... וכל אשר ניתן לה מחמת אבי' ומחמת קרובי'... וכן הסבלונות אשר נתן לה בעלה - יש להחזיר רק תטול נדונייא בעיניה - גם מוטל עליה שלא לבזבז מנדונייתא ומאשר ישאר בידיה שלא ליתן מתנה - והבעל יורש אותה אשר ישאר אחר מותה... ומאחר שהיא מורדת וקבלה עליה הדין ואינה רוצה לחזור אליו ולדור תחתיו ורוצה לשבת ולהתעגן אין עוד לבעלה שום דין עליה...".

משמע דהיא צריכה להחזיר לו המתנות שקיבלה ממנו אף כשהיא אגידא גביה והוא מסרב לגרש אותה.

[וכ"מ קצת ממ"ש הריטב"א הו"ד בשט"מ כתובות ס"ד "והאומרת מאיס עלי... לאלתר הפסידה כל כתובתה ומתנה שנתן לה הבעל... לדעת ר"ת ז"ל וכל רבותינו אין כופין לגרש כלל...].

ועי' חזו"א ה' כתובות סי' ס"ט אות י"ח: - "והא דמגרשה מיד (במורדת) אין לה מתנות דוקא כשלא חזרה בה אבל אם חזרה בה לא הפסידה מתנות, אבל אם כבר הפסידה כתובתה נראה דהפסידה מתנות אף שחזרה בה".

הנה תפס החזו"א כמילתא דפשיטא דמורדת מחויבת להחזיר לבעלה המתנות שקיבלה ממנו כשאיננו מגרשה, ואף כשחזרה בה, מ"מ הפסידה את המתנות, וצ"ע.

כאמור, פס"ד המעורער מבוסס עמ"ש מהרי"ו הו"ד בב"ש: "שאף המתנות שניתנו ע"י אביו או קרוביו בשעת נשואין או אחר כך צריכה להחזיר".

אמנם לכאורה הלכה זו אשר העלה מוהרי"ו - דמתנות שניתנו לה מצד הורי הבעל וקרוביו מחויבת להחזירם לו במקרה של מרידה - טעמא בעי, דהרי גם הבעל עצמו הנותן מתנה לאשתו שבזה המציאו הגאונים דבמורדת חוזרות מתנתו, ודימו להא דסו"פ נערה, ד"כי אקני לה אדעתא למיקם קמי", גם ע"ז טען הרמב"ן ז"ל, "דה"מ בהנאה סתם בדבר שהוא חייב לעשות אבל זה שרצה ונתן לה מי הכריחו בכך, הי' לו לפרט, ואנן מימר קאמרי בכולהו מתנות דעלמא אי לאו דעבד' לי' נייח נפש לא הוי יהיב לה אמרינן דעביד **אדעתא** וכו' דכיון שלא פירש רצה ליזוק בנכסיו".

אמנם הגאונים ז"ל לא מחלקים בזה, וכל מתנה שבאה לידה מידי הבעל אמרינן דאדעתא למיקם קמי' קיהיב לה, אך מנלן דאומדנא דמוכח הוא גם כשהורי בעלה נותנים לה מתנה או קרובי הבעל, דאדעתא דתמרוד בקרוב שלהם לאחר זמן לא נותנים לה מתנות.

בגדולה מזו פליגי אשלי רברבי, באחד שכ' לבנו ולכלתו שיתן להם מזונות ודירה סך קצוב, ומת בנו אחרי הנישואין, ותובעת כלתו חלקה במזונות ודירה, ואמנם דעת המוהריק"ש, שבו"י (ח"ב סי' קמ"ב) ובית מאיר (סי' קי"ד) דה"ז דומה ממש לנדוניית חתנים "שאין לך דאבון נפש וכליון עינים יותר מזה, ואף לרש"י החולק על ר"ת מודה בזה דאף דסובר דבתר נשואין משום הנאת אחתוני גמר ומקנה, היינו במה שמשלם בפעם אחת והמקבל עובר מעל פניו, אבל לפרנס מדי יום ביומו להזכיר צערו חלילה להעלות על הדעת שלא יהא אומד זה ברור ותקיף שלא להוציא".

מ"מ לדעת הט"ז (חו"מ סי' מ"א) הב"ש (סי' קי"ד סקי"א) והחכ"צ (בהגהותיו להט"ז שם) כולהו סברי דחייב להמשיך ולתת לה חלקה במזונות ובדירה, כי מה שהוא מחייב את עצמו צריך לקיים ולא אמרינן אומדנא אף שלכאורה האומדנא הנ"ל עדיפא טפי, דמסתברא דמעולם לא חשב לתת לכלתו אא"כ גם בנו נמצא בחיים, והם שניהם דרים ביחד, לא כשבנו מת ואשת בנו שבה אל בית אביה כנעוריה.

(והתומים מסיק: "שהוא חוכך הואיל וכבר הורה זקן הט"ז, והסכים חכ"צ והב"ש ולכן רואה אני תמיד לפשר כפי האפשר").

והנה בסי' צ"ט פסק הרמ"א כהריב"ש שיש הבדל בין מלבושים ותכשיטים - דברים העשויים להתנאות בהם - שהבעל נותן לאשתו, לבין קיבלה מהורי הבעל וקרוביו, אם הבעל נתן לה את הדברים הנ"ל עליה להחזירם בשעת גירושין או מיתה, מטעם שמעולם לא חשב למתנה גמורה, ואם הורי הבעל או קרוביו נתנו לה ה"ז מתנה גמורה והרי הם כנכסי מלוג.

וז"ל הריב"ש בסי' ש"א: "אבל החתן הנותן סבלונות תכשיטי כסף וזהב לכלה להתנאות בהן בין שנתנן בשעת נשואין בין קודם לכן בעודה ארוסה אין זה מתנה גמורה... והטעם הוא משום דלאו למתנה גמורה איכוון אלא להתנאות בהן... ואומדנא דמוכח הוא שאין נותנין לשום מתנה גמורה ... אמנם אם נתנו לה אחרים תכשיטין - בשעת נשואין - כמו שהוא נהוג שהקרובים לחתן או לכלה נותנין לה בשמחות וגיל איש נזם זהב... בודאי הם שלה שהרי למתנה גמורה נתכוונו דקיי"ל ב"ב נ"א קנתה והבעל אוכל פירות והוה להו כנכסי מלוג".

משמע דרק לגבי בעל איכא אומדנא דלא נתן לה אלא אדעתא דתתקשט קמיה אבל שאר קרוביו הנותנים לה תכשיטים אין לנו אומדנא דגם הם אדעתא דהכי נתנו לה דתתקשט בהו בפני בעלה שהוא הקרוב שלהם.

ועי' מהרח"ש סי' נ"ג, ז"ל: -

"... אמנם מה שיש לספק הוא מה שנותנין לה שאר קרובים משלהם, אמנם מה שדעתי נוטה יותר הוא כשנותנים לה אחרים אין חילוק, ונהי דאם נתבטלו השדוכין דאיכ"ל שלא נתנו אע"מ נשואין, וכל שנתבטלו חוזרות לבעליהן אבל כל שנתקיים הנשואין נראה דהוי מתנה, שהרי אפילו במה שנתן החתן לכלה הי' נראה שעל הסתם מתנה הוא אחר שנתקיים הנשואין... אלא שמצאנו ראינו להריב"ש ז"ל שכ' בהדיא דאמרי' שלא נתן אלא לשם נוי ולהתקשט, ולא לשם מתנה, ומ"מ כ' שכשנתנו לה אחרים ליכא משום נוי א"כ נראה דעל הסתם מתנה גמורה הם ונראה דה"ט דדוקא כשנתן החתן, בין כשנותן מקמי נשואין שסופם להביאם לבית החתן אינו מתכוון אלא לנוי ולהתקשט, וכן בשעת נשואין שהיא בביתו וברשותו, ואינו מכוון אלא לנוי ולהתקשט או לכבוד כמ"ש הרא"ם... הלכך אומדנא דדעתא הוא שלא שלחם לכלה אלא לשם נוי ולהתקשט בהם כמנהג האנשים לקשט נשותיהם... ומכבדה יותר מגופו כ"א כפי עשרו וכבודו ולא לשם מתנות. אמנם כשאחרים נותנים לה אין דרך לאנשים לקשט נשי אחרים אלא ודאי לשם מתנה נתכוונו וא"כ נראה שזה הטעם שייך בכל גוונא בין כשנותנים לה בשעת נשואין בין כשנותנים לה מקמי הכי כיון שמוציאים הדבר מידם ומרשותם".

היינו שיש הבדל בין בעל הנותן תכשיטים לאשתו שאין כוונתו אלא לקשט את אשתו ולא לשם מתנה גמורה התכוון, משא"כ קרוב שאיננו מעונין לקשט נשי קרובים וודאי לשם מתנה גמורה נתכוון.

ואיכא למימר נמי דהאי אומדנא דאדעתא דתיקום קמי' נתן לה, לא נאמרו אלא במתנות שנתן לה הבעל, ואיהו אדעתא דתיפוק לא נתן לה, משא"כ בהוריו או בקרוביו כיון שמוציאים הדבר מרשותם גמרי ומקני וכדשדרו ממתיבתא: "דכמה פעמים אדם נותן מתנה לאוהבו אטו יעמיד לו ערב שיהיה אוהבו לעולם וכי ס"ד שאם ישנאהו אח"ז יחזיר לו המתנה", בתמי'.

ואמנם בבית יעקב סי' ע"ז תמה על תשו' מהרי"ו מהא דסי' צ"ט, וזל"ש: -

"וק"ל דהא מבואר לקמן סי' צ"ט דמה שנתנו לה אחרים דין נ"מ יש לה דאחרים כשנותנים מתנה צריכין להתנות בדין תנאי ע"ש ומה"ת ישתנה הדין במורדת, - ועוד דהא ע"כ א"צ להחזיר לבעל אלא לקרוביו דהא הקרובים לא נתנו לו רק לה, וזה נגד הסברא דלא מרדה בקרוב".

והנה הבית יעקב כתב לתרץ דאפשר דמ"ש המהרי"ו הוא דוקא לדידן דדיינא בדינא דמתיבתא ותקנה הוא זה שיהא הוא זוכה בשלו ושל קרוביו והיא בשלה ושל קרוביה משא"כ לדינא דהש"ס מה"ת לא יהא לה בדין נ"מ".

וכן קבע להלכה בהוספות שם, והוסיף: - "דאפשר שלא כתב זה מהרי"ו רק לדינא דמתיבתא דמחמת שתקנו לה שיחזיר לה שלה הכל יותר על דינא דש"ס שלא יהנה משלה לכך תקנו ג"כ שתתן לו מה שיש לה משלו ושל קרוביו אבל לדינא דש"ס או במורדת דבעינא ומצערנא שהבעל נוטל את שלה - נראה שא"צ להחזיר".

והנה דינא דמתיבתא המזכה לה את הנדוניא שהכניסה לבעלה, ומוציאין את נצ"ב מידי הבעל זהו כשנותנת אמתלא והיא מבוררת ונכרת לב"ד שהיא אמת וראוי לה למאוס אותו כמ"ש הב"ש סי' ע"ז סקכ"ז.

אך בעובדא דמהרי"ו נראה שלא הצליחה האשה לברר בהוכחות שאמנם כנים דבריה, וזל"ש: - "השבעתי מרת צורלין בחומר איסר שמה שקובלת על בעלה וטוענת מאיס עלי, ובאה בטענה ואינה רוצה לחיות עמו בכפיפה, ולא נתבררו וגם לא נתלבנו טענותיהם ע"כ קבלה עליה בחומר כי מה שהיא מסרבת בבעלה... לא מחמת שום עצת אביה ואמה... רק שאין דעתה יפה עמו ואין דעתוהסובלתו", ובאופן כזה אי אפשר להוציא מידי הבעל את הנדוניא, ועכ"ז פסק שם שעליה להחזיר לבעל את המתנות שקיבלה מקרובי הבעל.

אמנם משמע שם שהאשה היתה תפוסה בנדוניא, ע"ש בהמשך דבריו: -

"ולא ראיתי שום צד לכוף אותה להיות עמו ועתה דינה כמורדת כאשר אמרו רבותינו מאחר כי כל מה **שהיא מוחזקת** בנדונייתה ובכל מה שהכניסה עמה לחופה **יש להחזיק**..."

ועי' ב"ש בקיצור דיני מורדת אות ג' בטוענת מאיס עלי ולא יכולה לברר את דבריה אם כי לא מוציאין את הנצ"ב מידי הבעל, אך אם תפסה - גם אם תפסה מעות - אין מוציאין מידיה כי יכולה לומר קים לי בנפשאי שהוא מאוס עלי ומוקמינן בידיה.

ומשום כך י"ל בעובדה דמהרי"ו שהמורדת תפסה מעות נדונייתה ולכן שפיר פסק המהרי"ו שעליה להחזיר את המתנות הואיל ורצונה להחזיק בנדוניא הנמצאת אצלה, אולם במקרה ואין בידה כלום מהנדוניא או שתפסה אותם החפצים שהכניסה לבעלה בתור נצ"ב דמדינא דגמרא לא מוציאין מידה, אף שלפי דבריה חלה עליה תקנת דינא דמתיבתא, מ"מ מכיון שאי אפשר לה להוציא ממנו את הנצ"ב, והיא לא משתמשת בדינא דמתיבתא, אי אפשר גם להוציא מידה המתנות, - לפי דברי הבית יעקב הנ"ל.

גם נראה שיש לדון דמצי למימר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו, שהרי כל עיקר תקנה זו של דינא דמתיבתא לטובתה תיקנוה, והיא רוצה יותר להשאר במתנות שקבלה מקרובי הבעל, ולעמוד על דינא דהש"ס.

ומעתה נחזור לנ"ד. בכ"ג אלול תשכ"ו פסק ביה"ד האזורי: "על האשה לחזור לבית בעלה מיד, - אם האשה לא תחזור תוך חודש מהיום - והבעל יגיש בקשה להכריזה כמורדת ידון ביה"ד בבקשה ויחליט".

כלומר האשה לא הוכיחה את טענותיה ואת סיבת מאיסותה בבעלה, ובישיבת ביה"ד האזורי ביום ט' אד"ר תשכ"ז הצהיר ב"כ האשה: האשה לא מבקשת כספים מבעלה, היא רוצה רק להשאר ברכוש שקיבלה מהורי הבעל ושהוא רשום על שמה. הרי לפי האמור, אי אפשר להוציא מידי האשה הנכס הנ"ל.

נוסף על האמור, י"ל במ"ש המהרי"ו "שאף המתנות שניתנו ע"י אחיו או קרוביו בשעת הנשואין או אחר כך" הכוונה היא לדורונות שמשגרים לחתן ולכלה עקב שמחת כלולתם. ובאלה וכיוצ"ב סובר המהרי"ו שהם באים במקום החתן ובמקומו הם עומדים. ועי' מהרח"ש סי' נ"ג שמנה ואזיל כמה סוגי דורונות בזמנים שונים הנשלחים ע"י החתן וקרוביו,

www.eretzhemdah.org

"בענין החפצים של זהב שמוליכים לכלה אבי החתן ואמו בזמנינו בעת השדוכין לא תבעי לי דודאי הרי הם כחתן עצמו ובמקומו הם עומדים...".

אולם כשהאשה מקבל נכס מאת חמיה חמש עשרה שנה אחרי הנשואין, ורושם בטאבו על שמה ולא התנה עמה שום תנאים, הרי דינה כמתנה שקיבלה ממישהו אחר, ובגלל זה שמרדה אח"כ בבעלה אי אפשר להוציא מידה.

וכ"מ ממ"ש הב"ש בדיני "מורד ומורדת", וז"ל: "וכל מה שהוא של בעלה צריכה להחזיר לו, אפי' מתנות שנתנו לה קרוביו בעת הנישואין, והשמיט מ"ש ברי"ו "או אחר כך". נראה כמ"ש בכוונת המהרי"ו לדורונות שמשגרים לחתן ולכלה עקב שמחת הנשואין.

מכל הלין טעמי נראה שמן הדין אי אפשר לחייב את האשה שתחזיר את הנכס לבעלה, ולא לכל יורשי חמיה.

יוסף שלו' אלישיב.

אני מסכים עם מסקנת מעכתר"ה שליט"א, אולם לא מטעמיה, וכמו שיבואר.

א פירוש הבית יעקב בדברי המהרי"ו שלא כתב דבריו אלא לפי דינא דמתיבתא, אינו יכול לענ"ד להתקבל (ואף הוא לא אמרו אלא בלשון "אפשר").

דינא דמתיבתא כפי שמובא ברי"ף בסוגיא דמורדת אינו מזכיר כלל מחיוב להחזיר אפילו המתנות שנתן לה, ואצ"ל שאין שם רמז לענין מה שנתנו לה הקרובים שלו. ואם היתה באופן זה התקנה שתחזיר הכל, הרי היה צריך להזכיר זאת, כי אינו דבר המובן מאליו.

ולענין מה שצריכה להחזיר מה שנתן לה, שהובא הדין ברמ"א (ע"ז ג') מדברי המרדכי, במרדכי שם נתבאר הטעם:

"אבל מה שהוא [הכניס] מפקינן מינה ויהבינן ליה, דמאיזה טעם תעכבנו אי משום תוס' שכתב לה בכתובתה, לא יהיה לה **כמ"ש כל הגאונים ע"ה דאדעתא דתמרוד ביה לא הוסיף**."

הרי שגם לאחר דינא דמתיבתא, מה שהיא צריכה להחזיר, הוא מאותו הטעם שכ' הגאונים לענין החזרת מתנות במורדת "דאדעתא דתמרוד ביה לא הוסיף".

וכ"ה בביאור הגר"א סקל"ג, שפירש שהוא מטע"ז דאדעתא וכו' והסתמך על מש"כ לעיל (והוא שם בסק"ז) בדין היסודי של מורדת.

חזינן מכל זה דתקנת המתיבתא לא נגעה אלא במה שמחזיר לה משלה, ואילו זה שמחזירה משלו אינו שייך לתקנתם, אלא הוא מעיקר הדין דלא נתן אדעתא דהכי, ומה"ת לחדש דבר ולהכניס בתקנה, מה שלא נזכר בשום מקום, תקנה נוספת של חובת החזרה משלה, דברים ששייכים לה מעיקר הדין, וגם לא באו כלל מכוחו של הבעל, לפ"מ שנוקט הבית יעקב שאין שום יסוד לתלות המתנה שבאה להם משום לתא דידיה.

וכן יוצא ברור מהב"ש שהעתיק דברי המהרי"ו על אותו סעיף בשו"ע הדן מצד הדין הכללי של מורדת (ע"ז, ס"ב) ולא בסעיף הדן מצד דינא דמתיבתא (בס"ג שם).

ב ומה שמקשה הבית יעקב מהא דסי' צ"ט: "דמה שנתנו לה אחרים דין נ"מ יש לה" לא ידעתי מאי קושיא, דשם לא מצינו אלא שלגבי אחרים אין הבדל בין מלבושים ותכשיטים לבין שאר נכסים, והוא כהסבר המהרה"ש "שאין דרך לאנשים לקשט נשי אחרים". וע"כ כשם שמה שנתן לה הבעל עצמו מדברים שאינם ללבוש ולקישוט אינו נוטל בחזרה, כן במה שנתנו לה קרוביו הן דברים שהם לקישוט והן שאר מיני נכסים אין נוטלים ממנה, כי לגבי דידם כל מיני מתנות דין אחד להם. אבל אין משם ראיה שיש חילוק יסודי בין מתנת הבעל למתנות קרוביו בענין מורדת, דאמרינן דעת הנותנים שלא היתה ע"מ למישקל ולמיפק.

ומה שטוען הבית יעקב עוד כנגד המהרי"ו מסברא:

"דהא ע"כ א"צ להחזיר לבעל אלא לקרוביו, דהא הקרובים לא נתנו לו רק לה, וזה נגד הסברא דלא מרדה בקרוב."

[פשיטא ליה להבי"ע שהחזרה היא לקרובים ולא לבעל משום "דהא הקרובים לא נתנו לו רק לה". ולענ"ד יש לפקפק בזה כי אם אמנם הקרן ניתן לאשה, אולם הרי מאחר שדין נ"מ עלה לענין שהבעל אוכל פירות. א"כ ה"ז ניתן בעקיפין גם לבעל, ולא ניתן לה להנאה של ממש רק לכשתתאלמן או תתגרש, ובזה ניתן להאמר שזהו כשניתק קשר האישות שלא בפשיעתה, משא"כ כשמרדה ופשעה בו, אין מן הדין שתזכה ע"ז ותפקיע מהבעל את זכות אכילת הפירות, שניתן מעיקרא על דעת כן שהוא יהנה מהם. ומאחר שהנותן סילק עצמו מהמתנה, זוכה הבעל בכל. וצע"ב].

ונראה בביאור הדברים, דהנה הרמב"ן הקשה גם על דברי הגאונים שמורדת מחזירה המתנות שקיבלה מהבעל "דבכולהו מתנות דעלמא אי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוי יהיב ליה מתנה". ונראה בדעת הגאונים, דע"כ לא אמרינן סברא זו דאי לאו דעביד ליה נייח נפשיה לא הוי יהיב ליה מתנה, אלא באדם זר. אבל בזו שהיא אשתו, ואשתו כגופו, ואדם קרוב אצל אשתו, זהו נימוק סביר כשלעצמו שבגלל זה נותן לה מתנה, ולא מצד פעולה מיוחדת שיש בה משום נייח נפשא. והיא הנותנת, שמאחר שכל עיקר הנתינה היא בגלל היותה אשתו, בזמן שמורדת ורוצה לנתק קשר האישות - בטל הטעם וממילא בטילה המתנה. ושונה זה לפ"ז מכל מתנה דעלמא, שהיא בבחינת תשלום על שעבר, דאשר על כן גם אם נתבטלה הידידות, המתנה לא בטלה.

ומטעם זה עצמו נוקט המהרי"ו שגם מתנת קרובי הבעל בטלה כשהיא מורדת. כי יש לתלות שהמתנה ניתנה באשר היא נכנסה לכלל משפחתם, שהרי אין נותנים מתנה לזרים בעלמא, אם לא כשיש נייח נפשא. ומאחר שאין לנו נימוק אחר הנראה לעין שבגללו נתנו לה, ממילא תולים במצוי ומסתבר, והוא כנ"ל מצד קרבת המשפחה שנוצרה עם האשה, ע"י שהתחתנה עם בן משפחתם. וממילא, כשמורדת ומעונינת בפשיעתה לנתק עצמה מקרבת המשפחה הזאת, בטל הטעם שבגללו נתנו לה, וחוזרת המתנה אליהם.

www.eretzhemdah.org

ומתורצת קושית הב"י שהרי "לא מרדה בקרוב", דע"י המרידה בבעלה הרי באה להוציא את עצמה גם מקרבת המשפחה של הללו, והם הרי לא נתנו לה אלא בגלל קרבת משפחה זו.

ג וסברא זאת מבצבצת ועולה מתה"ד ח"א סי' ש"נ. השאלה היא לענין ראובן שציוה מחמת מיתה שינתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרא ותקנה בה חגורה אחת יפה, ונפטר. ואח"כ נפטרה בת בנו קודם שהגיעו המעות והניחה בן קטן וכו'. וטוען בן ראובן שהצוואה לא היתה אלא אדעתא דתקנה בהני מעות חגורה יפה, וכוונתו ההיא כבר נתבטלה קודם שהוציא מעות מידו, ורצה להשוות זאת למאי דאיתא במרדכי פאעפ"י בא' שנדר והקצה מעות לצדקה ליתומה להשיאה בהן ונפטרה היתומה דפסק רבינו חיים כ"ץ דלא זכו יורשי היתומה באותן מעות כל עיקר משום דאמדינן לדעתיה שלא הקצה אותו אלא ע"מ לכונסה, ומסיק בתרוה"ד לחלק -

"כי התם דאיכא אומדנא גדולה שלא כיון לעשות זה במעות הללו אלא חפצי שמים **ולא ליתנם במתנה לאינשי מעלמא**. משא"כ בני"ד דאמרינן בפ' י"נ ופ' מי שמת דעתו של אדם קרובה אצל בנו וה"ה מסתמא אצל בת בנו ונוכל לומר דגמיר ודאי להקנות לה הכ' ליטרא מנכסיו בלי תנאי, ומה שציוה שתקנה בהם חגורה יפה - כדי להראות לה חבה יתירה וכו'."

וכונתו ודאי אינה אלא להשוות זאת ממש להא די"נ דרשם שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו כן אצל בן או בת בנו דהא מנלן, ולא מצינו שם אלא אצל בנו. ובתשו' הרא"ש כלל פ"ב סי' ד', בענין עיקר הדין שנאמר שם היסוד של דעתו של אדם קרובה אצל בנו, דהיינו במקנה לעובר, נוקט בפשיטות דבן בנו כאחר דמי. אלא שבא רק ללמוד משם דמסתבר **שעובדת הקורבה היא נימוק מספיק למתן מתנות ללא כל תנאי**, ואשר ע"כ אין לפרש הא דפירט המגמה של המתנה (שתקנה חגורה יפה וכו') כתנאי שרק לדבר זה נותן. ואין זה דומה להא דציוה ליתומה, שאיכא אומדן ש"אין נותנים במתנה לאינש דעלמא", וע"כ מסתבר שם שאעפ"י שלא אמר זאת בלשון תנאי, דיינינן לה כאילו התנה. אבל לענין אין אדם מקנה לעובר שלא בא לעולם, דע"י הסברא שאדם קרוב אצל בנו אמרינן שגם עובר קונה, היינו שמכוח סברא זו הרי הוא חורג מהדין הכללי של אין אדם מקנה לדשלב"ל, בזה ודאי גם תרוה"ד מודה להא דהרא"ש.

ועי' ברמ"א סי' רנ"ז ס"ב שפסק לענין כותב נכסיו לבן בנו דזה דומה לכ' נכסיו לבנו, שאם מת והניח פירות המחוברים לקרקע הרי הם שלו משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו. מקור הרמ"א הוא מתרוה"ד הנ"ל, ובהגר"א אסמך לה אהא דאמרו במ"ר על הפ' אם תשקר לי וכו'.

ושם בש"ך (סק"ג) וכן בהגר"א מעירים שזה סותר למה שהרמ"א פוסק בסי' ר"י עפ"י תשו' הרא"ש הנ"ל שלא אמרו דעתו של אדם קרובה וכו' אלא אצל הבן ולא אצל בן הבן שהוא כאחר לענין זה.

אכן נראה שגם הם אין כוונתם אלא לסתירה שבדברי הרמ"א, כי לענין פירות מחוברים הא דהבן זוכה מנומק בגמרא מצד דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, וזה ממש כאותו הלשון שבגמרא לענין הקנאה לעובר, ע"כ מסתבר שדין זה כדין זה. (וגם בזה יש מקום לומר בדעת הרמ"א שאעפ"י שהלשון שוה יש חילוק ענייני ביניהם, כי לענין הקצאת הפירות סגי בזה שנאמר שבעין יפה נותן, וזה שייך לא רק בבן ממש, משא"כ לענין הקנאה לעובר, שהוא שינוי וחריגה מהדין הכללי שאין חלות קנין לדשלב"ל. ועי' בסמ"ע שם, שכנראה כיון לזה). אולם לדברי תרוה"ד עצמם ודאי אין סתירה ממש"כ הרא"ש, כי הוא לא כיוון להשוותם ממש, רק להוכיח דגורם הקורבה משפיע לענין מתן המתנה, וכנ"ל.

(אכן ע"ע בקצוה"ח סי' ר"י וסי' רנ"ז שם).

ד ומה שמעכתר"ה משיג על המהרי"ו בהשוותו זאת להא "דכתב לבנו ולכלתו וכו' ומת בנו וכו'" דחזינן משם "דלא אמרינן אומדנא, אף שלכאורה האומדנא הנ"ל עדיפא טפי" וכו' לא אבין הדמיון כלל, דהתם הרי נתאלמנה, ולא היא שפשעה והפקיעה עצמה ממנו. ובזה הרי קיי"ל שגם מתנות שנתן לה הבעל עצמו (פרט לבגדיה ותכשיטיה) אינם חוזרים, כי ניתן לה בתור מתנה מוחלטת. וע"כ ס"ל להני רבדבי שגם ההתחייבות במזונותיה שלא הוטל בה שום תנאי, דומה לשאר מתנות, משא"כ במורדת שמתנות הבעל הרי חוזרות וכדעת הגאונים, ועדיפא בזה הסברא דע"מ למישקל ומיפק לא יהיב לה, מאלמנה שיוצאת. א"כ שפיר י"ל דכשם שמטע"ז מחזירה מתנות הבעל, כן מטע"ז עצמו מחזירה לקרוביו, שלא נתנו לה אלא בתור שהיא שייכת למשפחתם, וכנ"ל. ומאחר שמנתקת את עצמה בחוזק היד ממשפחתם, על דעת כן לא נתנו לה.

ה ובעיקר הדין של הגאונים, שמעורר מעכתר"ה ספק, שמא לא אמרו שמפסידה המתנות אלא בשעה שמגרשה, אבל אם אינו מגרשה "אף שהכריזו עליה שהיא מורדת והפסידה כתובתה", אם אח"כ חזרה והשלימו ביניהם... לגבי המתנות... מנלן דבכה"ג איכא אומדנא וכו'". ורצה להביא ראיה מקושית הרמב"ן הו"ד בר"ן בסוגיא דמורדת, ודחה זאת "דהא בורכא" וכו'.

לדידי זוהי ראיה אלימתא, אמנם לא כל כך מקושית הרמב"ן, אלא בעיקר מתירוץ הר"ן. והיינו שאם היינו אומרים שאינה מפסידה המתנות אלא ע"י גירושין, א"כ הו"ל לר"ן לתרץ הקושיא דנפ"מ גם בכיוון הפוך דע"י דתוס' כתובה ככתובה מפסידה טפי. דלאחר שהפסידה הכתובה והתוס' (אם ע"י ניכוי ז' ז', ואם ע"י ד' שבתות) שוב גם אם חוזרת לא מהני, אם לא יכתוב לה מחדש, ואילו לענין המתנה אי חוזרת ומשלימה לא הפסידה כלל מהמתנות. ומדלא נקט הנפ"מ אלא לענין דתוס' כתובה עדיפא ממתנות מצד דבכתובה דמי (דזה נראה באמת רחוק, כי מלישנא דגמרא שבא להשוות תוס' לגוף הכתובה "למורדת" משמע שבא לגרע כוחה ע"ז שהיא ככתובה, לומר שמפסידתה כמו עצם הכתובה, וזו היתה כנראה גם עיקר קושית הרמב"ן) נראה ברור, שלדעת הגאונים משנקבע עליה דין מורדת להפסד הכתובה, גם המתנות חוזרות, גם טרם נתגרשה.

ויוצא דבמורדת דיינינן בה תרתי לריעותא. היינו, שאם הפסידה כתובתה כמורדת, גם מתנותיה חוזרות אף אם אינו מגרשה. ומאידך, אם מגרשה טרם שהפסידה הכתובה, ג"כ צריכה להחזיר המתנות, וכנ"ל בר"ן.

www.eretzhemdah.org

וטעמא דמילתא הוא כפי שהוסבר לעיל בנימוקם של הגאונים, שכל עיקר לא ניתנה המתנה אלא בגלל קשרי האישות, כשברצונה לנתק קשרי האישות, ממילא בטלה המתנה. וע״כ אין נפ״מ אם בפועל ניתקו קשרי האישות או לא, כיון שעכ״פ בדעתה וברצונה לנתק קשרים אלה, בטל הגורם שבגללו נתנו לה המתנות, וממילא המתנה אף היא בטילה.

סוף דבר, אין שום יסוד להוציא דברי המהרי״ו מידי פשוטם, והרי הם שרירים וקיימים כפי שהבינם הב״ש. ואין גם שום יסוד לדחותם מהלכה, כי הם מוסברים ומבוססים יפה בהתאם לסברת הגאונים, שכשם שהבעל לא נתן לה מתנה אלא באשר היא אשתו, ולא כשברצונה לנתק עצמה הימנו, כן קרובי הבעל לא נתנו לה אלא באשר היא קרובת משפחה שלהם, ולא כשברצונה לנתק עצמה ע״י מרידתה בבעלה, שעל ידו באה לכלל קרבת משפחתם.

ו אלא לאחר שירדנו לשורש נימוקו של המהרי״ו נראה שאין דבריו אמורים אלא כשלא נולדו לאשה זו ילדים מבעלה זה, דאילו בנולדו לה ילדים הימנו, גם אם מרדה וגירושיה הימנו אינה מתנתקת ממשפחתה זו, כי קשרים אלה שוב אינם בני ניתוק כלל. ובכה״ג אין מתנת קרובי הבעל בטילה גם למהרי״ו, דבזה קיימת טענת הבית יעקב הנ״ל שהמתנות ניתנו לה ולא לבעל, והיא לא מרדה בקרוב ואף לא בעצם הקרבה - קרבה זו בדקאי קאי, וממילא אף המתנה אין לה נימוק לבטלה.

דבגוונא שיש ילדים אין האשה יוצאת מהמשפחה, כמבואר בתשב״ץ (ח״ג ענין קע״ט). הדיון שלו נסב ״במקומות שיש קהלות חלוקות בתקנותיהם... ונשא איש מאנשי קהלה אחת אשה מאנשי קהלה אחרת״. וכתב בזה ״אין ספק שהאשה נכללת היא עם בעלה בכל חיובו דאשתו כגופו בכל הדברים ונפטרת מקהלת אביה״. והשאלה נשאלת ״אם נתאלמנה האשה, אם היא חוזרת לבית אביה כאשר היתה קודם שנשאת, או תשאר עם בית בעלה, כאשר היתה קודם שנתאלמנה״, ומכריע בזה:

> ״ונראה שאם יש לה זרע ממנו תשאר עם זרעה בכלל חיוביהם ותקנותיהם. ואם אין לה זרע ממנו תשוב לבית אביה. ודבר זה נלמד מן התורה ומדברי חז״ל, מן התורה בת כהן שנשאת לישראל נפסלה מן התרומה, נתארמלה אם יש לה זרע נפסלה, אם אין לה זרע חוזרת לבית אביה. וכן בת ישראל שנשאת לכהן אוכלת בתרומה... נתאלמנה אם יש לה זרע אוכלת בתרומה בשביל זרעה, אם אין לה זרע אינה אוכלת... הרי למדנו מה״ת שהאלמנה הולכת אחר זרעה בין זכר בין נקבה וכו׳.״

ופשוט שאין הבדל בזה בין אלמנה לגרושה, כשם שלענין תרומה, שמשם למד הלכה זו, אין הבדל ביניהן, וכל שיש לה זרע נחשבת על משפחה זו הן לחיובים הן לפטורים.

וע״כ גם לנידון דהחזרת המתנות של קרובי הבעל, אינה מחזירתם אלא כשאין לה זרע מבעלה. אבל ביש לה זרע דממשיכה להחשב על משפחת בעלה, אינה מחזירה המתנות, כי נשארת קשורה למשפחה זו בין שנתגרשה ובין שמרדה.

ז ויש להוסיף בזה עוד טעם לשבח לענין החילוק הנ״ל. דהנה זה נראה פשוט שאם קרובי הבעל היו גם קרובים שלה גם בלעדי החיתון עם בעלה, דאינה צריכה להחזיר המתנות במרדה או בגרושיה. דמאי חזית לתלות המתנות בזה שהיא נשואה לבעל שהוא קרוב שלהם, ולא נתלה זאת בזה שהם קרובים שלה מצד עצמה. ונ׳ שזהו גם בשיחס הקרבה אל הבעל הוא יותר מאשר לאשה מצד עצמה, כגון שהיא בת דוד שלהם ונשאת לאחי אביה, שהרי אין אנו מבחינים בדרגת קרבתם לבעל, שבכל גוונא שהם קרובים שלו פוסק המהרי״ו שחייבת להחזיר המתנות, שתולים שקבלתם רק בגלל קרבת הבעל אליהם. ומינה, שגם אם יש לה מצד עצמה יחס קרבה אליהם, באופן שיש לתלות שגם מצד יחס זה נתנו לה מתנה, לא נוכל להוציא ממנה, כשמתגרשת מבעלה, כיון שעכ״פ יתכן שבגלל קרבתה אליהם מצד עצמה קבלה המתנות, אעפ״י שקרבת הבעל אליהם היא יותר גדולה, ואין מקום להבחין בזה.

ומכאן ג״כ יוצא שאין לבטל המתנות קרובי הבעל לאשה שמרדה כשיש לה זרע הימנו. שהרי יש לתלות שנתנו לה המתנה בגלל קרבתם לילדיה, ולאו דוקא בגלל קרבתם לבעלה. ואע״פ שקרבתם לבעלה היא יותר גדולה, הנה כנ״ל אין מקום להבחנה זו.

ומעתה, כלל זה קיים גם בהורי הבעל שנתנו לה מתנה, שיש לתלות המתנה בגלל שהיא אם נכדיהם, ולא - או בכל אופן, לא רק - בגלל שהיא אשת בנם. בפרט אם נראה את דעת תרוה״ד כחולקת על דעת הרא״ש, כדמשמע מקצוה״ח שהו״ל, ולא כפי שביארנו דבריו. הרי לנו עכ״פ דעה שהביאה הרמ״א בשו״ע, שזה שאמרו דעתו של אדם קרובה אצל בנו הוא ל״ד בנו אלא גם בן בנו. ולפ״ז יש יסוד סביר שבגלל זה נתנו ההורים את המתנה לאשה בגלל היותה אם נכדיהם לא פחות מאשר בגלל היותה אשת בנם.

ומכיון שהאשה מוחזקת בנכסים יכולה לטעון קי״ל כשיטת תרוה״ד, ואין להוציא מידה הנכסים.

ח והנה בנידון שלנו הזוג המתדיין נשואים כבר למעלה משלשים שנה, ויש להם ילדים מבוגרים. בטענות האשה גם נאמר, שהיא טיפלה בהורי הבעל, באופן שיש לתלות שזה הנייח נפשה שבגללה נתנו לה הנכסים. אולם זה לא הוכח ולא נתברר בפני ביה״ד שדן בדבר.

אך אין אנו צריכים לזה. כי כנ״ל בגוונא שיש להם זרע, אין יכולים להוציא ממנה המתנה משני הנימוקים דלעיל: א׳. אין האשה מתנתקת ממשפחת הבעל בכגון דא, כיון שיש לה זרע הימנו. ב׳. יש לתלות המתנה שהיא בגלל היותה אם לנכדיהם, ולא בגלל היותה אשת בנם.

לפ״ז יש לפסוק:

הערעור מתקבל. אין האשה צריכה להחזיר הנכסים שניתנו לה בשעתו ע״י הורי הבעל ונרשמו על שמה כחוק בספרי האחוזה.

שאול ישראלי

מדי עברי עמ״ש הגר״ש ישראלי (שליט״א) [זצ״ל] להעיר על דברינו בענין ראיתי שהדברים לא הובנו - לדעתי - כראוי, לכן אמרתי ״אעבור פרשתא דא ואתניה״, ואבוא על סדר דבריו.

www.eretzhemdah.org

א דברי ה"בית יעקב", מבוארים ומוסברים ומתקבלים על הלב.

הרי"ו ז"ל המציא הילכתא חדתא, שבמקרה ואשה מורדת בבעלה מחויבת להחזיר המתנות שקיבלה - לא רק מבעלה אלא אף מה שקיבלה מהורי ומקרובי בעלה, דבר שאין לו זכר בגמ' ובפוסקים, אלא שהוא ז"ל, כנראה, יליף לה מגמ' דספ"ד דכתובות, דאמרי', "כי אקני לה אדעתא למיקם קמי' אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה". אשר מכאן למדו הגאונים באשה שמרדה בבעלה מחויבת להחזיר המתנות שקיבלה מבעלה. וס"ל למהרי"ו דהוא הדין בקרובי הבעל שנתנו לה מתנות, דעתייהו הוא ע"מ שלא תמרוד בבעלה, ואדעתא דבעל הם נותנים. אך אם כך כוונתו, הרי דבריו צ"ב דמנלן להשוות האומדנות, הלוא אף אם קיבלה המתנות מבעלה, שהעלו הגאונים שצריכה להחזיר כשמרדה בבעלה, תמה הרמב"ן שאין לזה הכרח כלל לומר דאדעתא דתמרוד בו לא קיהיב לה מתנות," דאטו מאן דיהיב מתנה לרחמי' ערבא בעי למישקל מיניה דרחים לי' לעולם". והרא"ה בחי' לכתובות סו"פ אעפ"י, פליג על הגאונים, וז"ל:

"ולענין מתנה שנתן לה בעל יש מן הגאונים ז"ל שהם סבורים... מתנתו הפסידה דלא אקני לה אלא אדעתא למיקם קמי' כו' וליתא דהוא טעמא לא אתמר אלא בלבושא וכיסויא דלא אקני לה אלא איידי דמחייב לה ולאו מדעתא דנפשיה... אבל במתנה גמורה אדרבה אמרינן אי לאו דעבדא לי' נייח נפשי' לא הוה יהיב לה מתנה, אטו מאן דיהיב מתנה לחברי' ולבתר הכי אינס בהדי' ולא מיתבא דעתי' מיניה מי איכ"ל דתיהדר מתנתי' דאדעתא דהכי לא אקני לי' הא ודאי מילתא פשיטא הוא דליתא".

[ויש להעיר, דהרא"ה ז"ל אף שחולק על הגאונים הנ"ל, הביא סמוך ונראה למ"ש לעיל, דינא דהרי"ף דפ' האשה שנפלו מ"ש לענין המוציא הוצאות על נכסי אשתו דבמורדת לא אמרינן מה שהוציא הוציא. וז"ל הרא"ה, "ואם נכסי מלוג הם אע"פ ששנינו הבעל שהוציא הוצאות על נכסי אשתו מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל אמרו הגאונים ז"ל שאין כן במורדת ולא במאיס עלאי אבל נוטל במה שהוציא בהן כיורד לתוך שדה חבירו ונטעה ברשות...".

ואף שהרי"ף בנה יסודו על הגמ' הנ"ל: "דלא יהא אלא מתנה דהוא יהיב לה הא אמרי' כי אקנה לה אדעתא למיקם קמי' אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה הילכך בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול".

וצ"ל בדעת הרא"ה דמכיון דהמוציא הוצאות לא מתכוון אלא לטובת עצמו ולאו לשם מתנה גמורה התכוון, ולכן בכה"ג שפיר אמרינן דאדעתא דתמרוד בו לא וויתר בשבילה].

ומנין לנו להוסיף ולומר דגם בקרובי הבעל דינא הכי והרי מסי' צ"ט אנו למדים שיש הבדל בין בעל הנותן תכשיטים לאשתו - דברים העשויים להתנאות בהן - לבין קרובי הבעל ולא אמרינן דהורי הבעל וקרובים כי נותנים אדעתא דבעל הם נותנים.

ולכן, לדינא דעת הבי"ע דאינה מחויבת להחזיר המתנות שקיבלה מקרובי בעלה, וכמו"ש שם: "לדינא דהש"ס... נראה לפע"ד **שאינה** צריכה להחזיר" ואף גם מוהרי"ו מודה בזה, אלא מוהרי"ו דן בעובדא דידי' משום דינא דמתיבתא ורק בכה"ג **חידש** הרי"ו "**לדידן** דדינא דמתיבתא ותקנה הוא זה שיהא הוא זוכה בשלו ושל קרוביו והיא בשלה ושל קרוביה משא"כ לדינא דהש"ס מהיכי תיתי לא יהא לה בדין נ"מ" עכ"ל הבי"ע.

והנה מה שהזכיר הבי"ע "תקנה הוא זה שיהא הוא זוכה בשלו", לכאורה "בשלו" הלוא הוא זוכה מדינא דגמ' לדעת הגאונים דאדעתא דתיפוק לא יהיב לה, אכן הבי"ע הקדים שם והביא מ"ש הרשב"א בתשו', שלדעתו הוא חולק על עיקר הדין הנ"ל וס"ל דבמתנות שאינם בכלל תכשיטים לא אמרי' בהו אדעתא דתמרוד לא נתן לה [אף שלפע"ד דבריו צ"ע בדעת הרשב"א] גם להרמ"ה סובר הבי"ע אם בעלה נתן לה מתנה באופן כזה שהיא רשאית למכור לאחרים ודאי מתנתו קיימת אף כשמרדה בו, שהרי אילו כבר נתנה לאחרים ודאי שאי אפשר הי' להוציא מיד אחרים, הרי אין שום ספק לומר כשמרדה שיהא הוא או המקבל מתנה ממנה מחויב להחזיר לבעל, ע"ש.

אלא שכ"ז מדינא דגמ', אבל אחרי תקנת המתיבתא, "תקנה הוא זה שיהא הוא זוכה בשלו ושל קרוביו".

ומעולם לא עלה על דעת הבי"ע לומר ددינא של הגאונים כפוף לדינא דמתיבתא, לא מיני' ולא מקצתי'.

מובן, כי מרי דעובדא של הלכה הנ"ל הוא הרי"ו - ולא הרי"ף, ולכן לא תכירנה מקומה של הלכה הנ"ל רק בשו"ת מהרי"ו.

ב "נוקט המהרי"ו שגם מתנת קרובי הבעל בטלה כשהיא מורדת כי יש לתלות שהמתנה ניתנה באשר היא נכנסה לכלל משפחתם - וממילא כשמורדת ומעונינת **בפשיעתה** לנתק עצמה מקרבת המשפחה הזאת בטל הטעם שבגללה נתנו לה, וחוזרת המתנה אליהם".

הנה הלכה פסוקה ברמ"א סי' ע"ז ס"ג "בטוענת מאיס עלי ונותנת אמתלא לדבריה כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו וכיוצ"ב - כל מה שנתן לה אינה נוטלת כלום".

ובכן במקרה ונתאלמנה או נתגרשה, והיא עוזבת את בית בעלה ושבה אל בית אביה כנעוריה, המתנות שקיבלה מקרובי בעלה הם שלה. אף שקרבת המשפחה אינה קיימת עוד, משום שאין לנו לדרוש אומדנות מלבנו ולומר דאדעתא דהכי לא יהבי לה ורק במעונינת בפשיעה לנתק עצמה לא נתנו לה אדעתא דהכי. ונשאלת השאלה מה פשעה ומה חטאתה של אשה זו שאין בכחה לסבול ברגש כזה אשר הולך בדרך עקלקלות, והתיצב על דרך לא טוב.

ולא עוד אלא שבעובדא דמהרי"ו - שע"ז פסק להחזיר המתנות שקיבלה מקרובי הבעל- כתוב בשו"ת הנ"ל:

"תחלת דבר השבעתי מרת צורלין בחומר איסר שמה שקובלת על בעלה וטוענת מאיס עלי ובאה בטענה... לא נתבררו - ע"כ קיבלה עליה בפני בחומר כי מה שהיא מסרבת בבעלה - לא מחמת שום תרמית - רק שאין דעתה יפה עמו **ואין דעתה סובלתו** ולא ראיתי שום צד לכוף אותה..."

היינו שלפי דבריה אינה יכולה ואינה מסוגלת להמשיך לחיות אתו ואיפה הרגלים לדבר מתוך רוע לב רצונה לנתק עצמה מקרבת המשפחה שעל סמך זה נבוא לבטל את המתנות שקיבלה מקרובי הבעל.

www.eretzhemdah.org

אך אם יש מקום לומר בטעמי' דמהרי"ו הוא דאותו האומדנא דאמרינן גבי בעל דאדעתא דתמרוד בו, - יהא המרידה מאיזה סבה שתהי', ואפי' אם מחמת אונס - לא נתן לה מתנות, אותו האומדנא אנו אומרים גבי קרובי בעל ומטעם שהם אדעתא דבעל הם נותנים, אך א"כ תיקשי מהא דסי' צ"ט, וכנ"ל.

ג "וסברא זאת מבצבצת ועולה מתה"ד סי' ש"נ מ"ש בענין ראובן שציוה ע"מ שינתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרא ותקנה בה חגורה ונפטר ראובן ואח"כ נפטרה גם האשה בת בנו קודם שהגיע המעות לידה... ונמק דלא כל האומדנות שוות ובאחד שנדר, והקצה מעות לצדקה להשיא יתומה בהן ונפטרה היתומה קודם שהשיאה, לא זכו יורשי היתומה משום דאמדינן לדעתי' שלא הקצה אלא ע"מ לכונסה, ולא כיון לעשות זה במעות הללו אלא חפצי שמים, ולא לתת במתנה לאינשי מעלמא, אבל בנ"ד מכיון דאמרי' בגמ' דעתו של אדם קרובה אצל בנו וה"ה מסתמא אצל בת בנו ונוכל לומר דגמיר ודאי להקנות הכ' ליטרא בלי תנאי ומה שציוה שתקנה בהן חגורה כדי להראות לה חבה יתירה... דמסתבר שעובדת הקורבה הוא נימוק מספיק למתן מתנות ללא כל תנאי - ואין זה דומה להא דציוה ליתומה שאיכא אומדן שאין נותנים במתנה לאינש דעלמא" עכ"ד.

וכי לזה אנו צריכים, ודאי קרובים השולחים דורונות או מתנות לבת זוג של קרובם, כל כוונתם הוא בגלל שהיא אשת קרובם, ואילו היה נתגלה שמקחו מקח טעות היה, היו יכולים לדרוש בחזרה את המתנות. אבל הדיון אשר בפנינו הוא שאמנם בשעתו היתה אשת קרובם והנשואין הי' כדת וכדין, אלא שאחרי כן נתגרשו, או אח"כ מרדה בבן זוגה, ומאן יאמר לן שהיא צריכה להישאר בת זוגו לעולמי עולמים, וע"ז אין לנו שום רמז מהתרוה"ד הנ"ל.

ועי' חת"ס סי' קמ"א שהביא משמי' דהלבוש שאפי' אם אח"כ בגדה בבעלה ומצא בה ערות דבר נוטלת המתנה, והוסיף ע"ז החת"ס "והדין עמו דלעולם נימא **השתא** הוא דאיתרע ועד עתה טובה היתה וישרה".

ד "ומה שמשיג על המהרי"ו בהשוותו להא דכ' לבנו ולכלתו ומת בנו כו' דחזינן משם דלא אמרינן אומדנא אף שלכאו' האומדנא הנ"ל עדיפא טפי, **לא אבין** הדמיון כלל דהתם הרי נתאלמנה ולא היא שפשעה והפקיעה עצמה ממנו", עכ"ד.

אנסה להבהיר את דברינו. לפנינו שתי אומדנות, א. אומדנא דהט"ז באב שכ' לבנו ולכלתו שיתן להם מזונות ודירה זמן קצוב, ובתוך הזמן מת בנו, וכלתו תובעת חלקה במזונות ודירה והאומדנא היא שמעולם לא התחייב האב לפרנס אשה זרה, הוא התחייב רק לכלכל את בנו וכלתו כשהם נשואים ביחד ולא שימשיך לפרנסה כשמת בנו. ב. אומדנא דמהרי"ו בקרובי הבעל שנתנו מתנה לבת זוגו של קרוב שלהם ואחרי שקיבלה המתנה, כעבור כמה שנים מרדה בבעלה, האם יש לבטל את המתנה מטעם אומדנא דאדעתא דתמרוד בקרוב שלהם לא נתנו לה מתנה, נדמה כי לו שקול ישקל במאזנים יחד כי עתה - האומדנא דהט"ז - מחול ימים יכבד. וכמ"ש הב"מ הרי אין לך דאבון נפש וכליון עינים יותר מזה להמשיך ולפרנס מדי יום ביומו אשה שהיתה פעם אשת בנו. משא"כ בנדון המהרי"ו הרי בשעה שקיבלה מקרובי' היתה נשואה לו, ואפי' אם אח"כ מרדה ופשעה, האם בגלל זה עליה להחזיר להם המתנות? וכי ערבוני' שקלי' שלעולם תתקיים הנשואין, ובפרט שלפי האמור, סמי מכאן פשיעה... שלדברי' אנוסה היא ואיננה כשבוית חרב להיבעל לשנוא לה.

ועי' תשו' הרשב"א סי' תתקע"ב בספק קיום התנאי ומכיון דלדברי כולם לוקח זה כדין ירד - אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת תנאי וזה מביא עדים שהמכירה לחלוטין הרי קרקע בחזקת לוקח זה שהוא עכשיו בידו ע"ש, ועי' מ"ל פט"ו מה' טו"נ הי"א ובאמ"ב הל' דיינים סי' מ"א.

ה "רצה להביא ראיה מקו' הרמב"ן ודחה זאת דהא בורכא, לדידי זוהי **ראיה אלימתא**, בעיקר מתירוץ הר"ן דהו"ל להר"ן לתרץ הקו' דנפ"מ דע"י דתוס' כתו' ככתובה מפסידה טפי דלאחר שהפסידה הכתו' והתוס' שוב גם אם חוזרת לא מהני, ואילו לענין המתנה אם חוזרת ומשלימה לא הפסידה כלל מהמתנות, ומדלא נקט הנפ"מ הזאת ש"מ דגם בטרם שנתגרשה, המתנות חוזרות", עכ"ד.

אי משום הא לא איריא, וכי כעורה זו ששנה הר"ן ז"ל, והלוא בע"כ לדעת הגאונים הפירוש בסוגיא כך היא דבמה שאמרו בסוגיא ר"פ אע"פ "תוס' כתובה ככתובה דמיא לענין מורדת" לאלים כחה נישנית, ולא לגרע כחה, שאם אפי' יש איזה מציאות במקרה של חזרה שאז הפסידה התוס' כתובה ולא המתנות. אך בדרך הרגילה והפשוטה כשהיא עומדת במרידתה, הרי תומ"י היא מפסדת המתנות ופוטרה בגט והמתנות חוזרות אליו, משא"כ בתוס' כתובה כל עוד לא נתמלאה סאתה של ז' דינרין לשבת, גובה התוס' כתובה בשלימות.

מלבד זה שתי תשובות בדבר, חדא, במתני' דף ס"ג תנינן עד מתי הוא פוחת עד כנגד כתובתה, ופליגי בזה קדמאי, י"א דלרבנן פוחת מכל הנכסים אשר לה גם מנכסי מלוג שלה, ואינם חלוקים על ר"י אלא במ"ש לעולם הוא פוחת והולך עד שאם תפול לה ירושה ממקו"א גובה הימנה בזה סברי רבנן דאינו פוחת, הואיל והנכסים עתידים לבוא, ואינם ברשותה, אבל מאלה שהם ברשותה פוחתים אף שהם שלה. וי"א דאליבא דרבנן אין פוחתין מן הנכסים השייכים לה כגון נכסי מלוג וכיוצ"ב.

ודעת התוס' בר"פ אע"פ (וכ"מ מהר"ן) כשיטה השניה והסוגיא דר"פ אע"פ דאמרי' תוס' כתו' ככתובה לענין מורדת לא אזלא אלא אליבא דרבנן דאמרי דאינו פוחת אלא כתובה ולא מנכסיה.

ומעתה לדעת הגאונים הסוברים דמתנות שקיבלה מבעלה חוזרות לבעלה, ואף בזמן שהוא חייב בכתובתה, וכגון שגירשה בתוך הזמן בטרם נתמלאה סכום הפחיתות של ז' דינרין לשבוע, למה להו למימר דתוס' כתו' ככתובה לגבי מורדת "והא אפי' מתנה לחוד ובתר נשואין אמרת דמפסדא ואפי' באומרת מאיס עלי, תוספת מבעיא", ובודאי לדידהו בכה"ג פוחתין גם אליבא דרבנן גם ממה שהתחייב לה לאחר הנשואין או מהמתנות שקיבלה אחרי כן, דמכיון דאמרי אדעתא דתמרוד לא קיהיב לה, ואילו הי' מגרשה בתוך מרידתה לוקח ממנה בחזרה דע"מ כן לא נתן לה, הרי לאו נכסי שלה נינהו, ואם מכתובה פוחתין כ"ש מהני, ובודאי לאחר שפחתו לא מועיל חזרה.

www.eretzhemdah.org

שנית, הנה לעיל מזה הביא הר"ן בשם "יש מי שכתב" דלענין הפסד כתו' איכא פלוגתא בין מורדת לאומרת מאיס עלי **וחזרה בה** לא הפסידה כתובתה אבל המורדת הפסידה מה שפחתו לה, וטעמא דמילתא דאם אתה אומר שהמורדת לא הפסידה... אתיא לאערומי למהדר בה בכל יב"ח, אבל האומרת מאיס עלי כיון שאינה מתכוונת לצער אותו אלא שהי' מאוס עליה כי הדרא בה הא חזינא דלא מאיס עליה, ואף כי הר"ן דחה זה, אבל סברא זו היא סברת הרמב"ן בחי' לכתובות, וזל"ש "לדברינו נמי באומרת מאיס עלי תמתין יב"ח ואח"כ תחזור בה וחוזרת חלילה לעולם, זו אינה דומה לזו דהתם כשאמרה מאיס עלי ואיני משמשת לעולם וחזרה ואמרה משמשתו אני, הרי חזרה לגמרי ממאיסתה ואילו הוה מאיס עליה, עדיין לא היתה משמשתו ואין לחוש שמא תחזור למאוס אותו אלא באומרת בעינא לי' ומצערנא לי'".

לכאו' משמע דבטוענת מאיס עלי - לפי הטעם הנ"ל - מועיל חזרה, והואיל ולפי דעת הסוברים דבאומרת מאיס עלי מפסדת כתו' הרי כמ"ש בר"פ אע"פ תוס' כתו' ככתו' לענין מורדת, כל מורדת בכלל גם במורדת מחמת מיאוס, ולדידהו הרי ליכא לתרץ דנפ"מ לענין חזרה, שהרי במאיס עלי גם כתובה יש לה בחזרה בה.

ו "נראה שאין דבריו - של מהרי"ו - אמורים אלא כשלא נולדו לאשה זו ילדים מבעלה זה דאילו בנולדו לה ילדים הימנו גם אם מרדה אינה מתנתקת ממשפחה זו... וד"ז נלמד מה"ת נתארמלה אם יש לה זרע נפסלה אם אין לה זרע חוזרת לבית אביה, וע"כ גם לנידון דהחזרת המתנות של קרובי הבעל אינה מחזירתם אלא כשאין לה זרע מבעלה", עכ"ד.

הנה לא אישתמיט מאן־דאמר דבבעל הנותן מתנות לאשתו ויש לו ילדים ממנה ומרדה בו שלא תהי' מחויבת להחזיר, ולומר דלכל אחד טעם משלו, לבעל הטעם דאדעתא דתמרוד בו לא קיהיב לה מתנות, ל"ש אם ילדה לו בנים או לא, ולקרובי הבעל נימוק משלהם, דהם כי נותנים לה מתנות אדעתא דתשאר בחיק המשפחה שלהם, דבר זה אין זה במשמעות דברי המהרי"ו כלל.

זאת ועוד, אם מתרומה אנו למדים למה בקיבלה מתנות מקרובי הבעל ואח"כ מרדה בבעלה, והיא טרם נתגרשה ועדיין קשורה למשפחה זו למה תחזיר המתנות, והרי באשת כהן בכה"ג אוכלת בתרומה ואף גם בחזה ושוק.

יוסף שלו' אלישיב

ארשום בזה את תשובתי לדברי הגרי"ש אלישיב שליט"א במש"כ על מה שהערתי בדבריו. ואם כי עיקר הדברים כבר נאמרו בקודם, לא אמנע מלהבהיר במדת האפשר.

לאות א'. "... הרי"ו ז"ל המציא הילכתא חדתא... מובן כי מרי דעובדא של הלכה הנ"ל הוא הרי"ו ולא הרי"ף...".

אם כוונת הדברים שדברי הרי"ו הם מכוח תקנה **מאוחרת**, הבנויה על יסוד התקנה דמתיבתא, כי אז ודאי הן היה הרי"ו מביא זכר למתקני תקנה זו שלא מצאנו ממנה בשום מקום. וברור שהבי"ע לא כיון לזה, אלא דלהרי"ו תקנת המתיבתא, כשם שהיתה לענין שתזכה היא בשלה, כן היתה" שיהא זוכה הוא בשלו ובשל קרוביו". וכן מוכיח לשון הבי"ע ב"הוספות על קיצור דיני מורדת" שכ' וז"ל:

"וממהרי"ו שכתב כן אין ראיה, דאפשר שלא כתב זה רק לדינא דמתיבתא, דמחמת שתקנו לה שיחזיר לה שלה הכל יותר על דינא דש"ס, לכך תקנו ג"כ שתתן לו מה שיש לה משלו ושל קרוביו וכו'."

היינו **שהכל הוא מדינא דמתיבתא**, שבשעה שתקנו להעדיף כוחה בשלה יותר מדינא דגמרא, תקנו לשם איזון, תקנה נגדית, לזכותו בשלו.

ובזה כתבנו דנראה מדברי הראשונים, שדינא דמתיבתא לא היה בזה.

ולדינא - דברי הבי"ע נאמרו על סמך ההנחה שהמהרי"ו לא אמר דבריו אלא מצד דינא דמתיבתא. אכן כנ"ל אין זה נראה. ולא נבא לערער דברי המהרי"ו שנאמרו הלכה למעשה, והביאם הב"ש להלכה, מצד הקושיא מהא דסי' צ"ט, שנתבאר בדברינו חילוק נכון מהתם להכא, דל"ש אצל אחרים הבחנה בין תכשיטים לשאר מתנות, ואי"ש כלל לזה שנותנים על דעת הבעל, שמ"מ הרי אי"ז בשליחותו. ובפרט שלפ"מ שנתבארה בדברינו כוונת המהרי"ו, לא אמר כלל שנותנים על דעתו של הבעל.

לאות ב'. מביא מש"כ "וממילא כשמורדת ומעונינת **בפשיעתה** וכו'."

ומעיר ע"ז מאחר "שלפי דבריה אינה יכולה ואינה מסוגלת להמשיך לחיות אתו, ואיפה הרגלים לדבר שמתוך רוע לב וכו'".

לא נזכר בדברינו "רוע לב". והביטוי "פשיעה" אינו אלא כינוי אחר ל"מרידה" - פשעים אלו המרדים (יומא ל"ו): ואם כן לא עלי תלונתו כי על כל אלה הראשונים שהגדירו טענת "מאיס עלי" בתור "מורדת" - מורדת דמאיס עלי. אמנם כן, זוהי באמת הערת הר"ן על שיטות אלה המפרשות "כלתיה דרב זביד אימרדא" במובן של טענת מ"ע. אולם שיטות אלה דלא חשו לה סברי כנראה ש"מאיס עלי" היא ג"כ צורה מסוימת של מרידה והפרת ברית הנשואין, שאף שיש לה טענות צודקות עליו מ"מ "מיאוס" הוא ענין אחר, שהטענות אינן אלא גורם לזה. וז"ל הריטב"א: "וא"ת והיכי קרינן לה דאימרדא וכו' הא ליתא **דכל שמסרבת על בעלה מורדת היא** ואין לך מסרבת יותר מן האומרת מאיס עלי".

ועיקר הדברים הוא, שכיון שניתוק הנשואין (וכלשון הר"ן בנידון "שהאישות כאילו נעקר") בא **מיזמתה**, הרי יחד עם זה היא עוקרת עצמה מהמשפחה. ואם גם יש לה סיבות מספיקות לזה, מ"מ הם לא נותנים לנשים זרות מתנות, רק מצד היותה בת משפחתם, ולא כשאינה מעונינת בזה, ויהיו נימוקיה מוצדקים כאשר יהיו, ול"ש לנתגרשה ונתאלמנה, שלא בא מצדה העקירה.

לאות ג'. הדברים נתבארו למדי באות ב'.

לאות ה'. "... שתי תשובות בדבר. חדא... ודעת התוס' ... ומעתה לדעת הגאונים וכו' בודאי לדידהו בכה"ג פוחתין גם אליבא דרבנן וכו' ואם מכתובה פוחתין, כש"כ מהני וכו'".

אף אני אומר שתי תשובות בדבר. חדא, דהרי דעת הרמב"ן, הו"ד בר"ן במשנה דמורדת, דלדינא דמתני' פוחת והולך אפילו מנכסי מלוג שלה. ולפ"ז הרי מוכרח לומר הא דאמר בריש אעפ"י תוס' כתובה ככתובה למורדת, ולא נאמר לדינא דמתני', דהרי מכל מה שבידה פוחתין ונותנים לו, אלא לדינא דרבותינו דד' שבתות ויב"ח. ותקנה זו, שמצד א' גרעה כוחה שמפסידה בב"א הכל, ייפתה כוחה לענין שאר נכסים שבידה, וכמבואר כ"ז בר"ן שם. וא"כ לרמב"ן עצמו סמי מכאן ניכוי של ז' ז' דינרים, אלא הפסד כתובתה והתוס' **כב"א**, והמתנות אינן שייכות לקנס זה כלל. וא"כ הו"ל לר"ן לתרץ קושית הרמב"ן לשיטתיה הוא, ומדויל ידיה משתלם.

(וכבר ציינו בקונטרס הקודם, דנראה דעיקר קושית הרמב"ן דלא קיבל תירוצו של הר"ן הוא משום דלישנא דגמרא נראה שע"י שתוס' ככתובה למורדת, היינו שעי"ז נגרע כוחה, כמו שבכתובה נגרע כוחה).

ותו, דהק"ו "אם מכתובה פוחתין כש"כ מהני" ק"ו פריכא הוא, דהרי ההפסד של הכתובה וההפסד של המתנות הוא מטעמים **אחרים** לגמרי: הא דפוחתין הכתובה הוא מטעם קנס, והוא מצטמצם לדעת התוס' רק לגבי מה שהוא התחייב לה. ואילו החזרת המתנות אינו מגדר **קנס** אלא מטעם **אומדנא** שלא נתן ע"ד כן שתקח ותצא. ואם נאמר שאומדנא זו היא רק כשיוצאת ממש בגט, א"כ מה מקום לדון ק"ו לזה ולקונסה, מאחר שקנס חכמים לא היה על נכסיה, והללו - בכלל נכסיה הם.

עו"כ שם: "שנית, הנה לעיל מזה הביא הר"ן בשם יש מי שכתב... לכאורה משמע דבטוענת מאיס עלי - לפי טעם הנ"ל - מועיל חזרה, והואיל ולפי דעת הסוברים דבאומרת מ"ע מפסדת תוס' כתובה הרי במש"כ בר"פ אעפ"י ... כל מורדת בכלל, גם מורדת מחמת מיאוס וכו' וכו'".

לשון ה"יש מי שכתב" שמביא הר"ן: "דלענין הפסד כתובתה איכא פלוגתא בין מורדת לאומרת מ"ע וכו'", נראה שגם שיטה זו ננקטת בהר"ן, דאין שם מורדת על הטוענת מ"ע, והא דמפסידה התוס' כמו הכתובה, הוא מצד מחילתה שאינה רוצה לא בו ולא במה שנתחייב לה, ומ"מ הא דאמר בריש אעפ"י ל"מורדת" אינו כולל טוענת מ"ע, שזו אינה בכלל מורדת.

ועכ"פ הר"ן, לשיטת **עצמו**, דלא ס"ל להא דיש מי שכתב, וכן לעצם הגדרת הטוענת מ"ע בתור מורדת, ודאי היה יכול לחלק ולתרץ הגאונים כנ"ל.

ועוד, והוא העיקר, שכל הדיון אי מצי הדרה בה הוא על תוך היב"ח, דס"ל לאותה שיטה, דאם אמנם בכל מיני מסרבת קבעו רבנן בתרייתא יב"ח, הרי ענין טוענת מ"ע שונה מדין מורדת, כי טוענת מ"ע דיינינן למחילתה כמחילת טעות מחמת כעסה, ונתנו לה זמן שתתיישב דעתה עליה, וע"כ כשחוזרת בה לא איבדה כתובתה, ואי מצד דאתי לאיערומי, לזה הסבירו דל"ש הערמה בטענת מ"ע, ולא כן במורדת דיש לחשוש להערמה, ע"כ ודאי שהתקנה היתה שלאחר ההכרזה דד' שבתות הפסידה כתובתה ללא אפשרות חזרה.

אבל כ"ז אמור תוך יב"ח, אבל לאחר שעבר הזמן שנתנו לה ולא חזרה, בהא לית דין ולית דיין שאינה יכולה לחזור גם בטוענת מ"ע, שלשם כך ניתן לה הזמן שתמלך בה, ואם עבר הזמן ודאי מחילתה מחילה והפסידה כתובתה ולא יכולה לחזור בה, לכל הדעות.

וא"כ הרי נפ"מ גדולה ישנה בין תוס' כתובה ככתובה למתנות, דלאחר שעבר הזמן והפסידה הכתובה והתוס' ללא אפשרות חזרה, ולא כן המתנות. אלא נראה ברור כמש"כ דכשמפסידה הכתובה ה"ז כבר בגדר עקירת הנשואין מצדה, ומחזירה המתנות, אעפ"י שלא גירשה.

לאות ו'.... הנה לא אישתמיט וכו'.

לא עלתה על דעתי לתלות מתנות הבעל בילדים. והדבר מבואר למדי בדברינו, כי הבעל נותן לה המתנות באשר היא אשתו, בעוד שהקרובים נותנים לה באשר היא **קרובת משפחתם**. וממילא החילוק מבואר, דלענין הבעל ענין הילדים אינו משנה מאומה, שמ"מ עוקרת האישות במרידתה, משא"כ לענין קרבת המשפחה, זו אינה בת עקירה כלל, ונשארת בחיק משפחה זו ע"י ילדיה.

ומש"כ עוד - אם מתרומה למדים כו' כבר נתבאר למדי דכיון **שמצדה** כאילו נעקרו הנשואין, (שאילו היה הדבר בידה היתה עוקרת הקשרים מכל וכל, אלא שדין התורה שאין האשה מתגרשת אלא מדעתו, והיא נשארת אדוקה בו שלא בטובתה) אנו דנים בה לענין המתנות כאילו כבר יצאה מכלל המשפחה, כשם שאנו דנים בה כך לגבי הזכויות והחובות שבינו לבינה, ול"ש בזה לדון מתרומה, ששם התורה מתחשבת עם המצב הדיני, שתורת אשת איש עלה. וז"פ ומובן, והאריכות אך למותר.

והנלע"ד כתבתי ותו לא מידי.

שאול ישראלי

לאות ב.

"ועיקר הדברים הוא שכיון שניתוק הנשואין בא מיזמתה, הרי יחד עם זה היא עוקרת עצמה מהמשפחה ואם גם יש לה סבות מספיקות לזה מ"מ הם לא נותנים לנשים זרות מתנות...".

כלפי לייא, אשה הבוגדת בבעלה ומצא בה ע"ד, וכתוצאה ממעשיה הרעים, גירשה בעלה, אין הקרובים יכולים לדרוש המתנות בחזרה - בטענה שהם לא נותנים לנשים זרות מתנות, ואשה שאין בכחה לסבול בעל אשר המאיס עצמו עליה, ואשה אינה יכולה להיבעל לשנוא לה, היא כן חייבת להחזיר המתנות לקרובים, וכל זה בנוי ומבוסס על הגיון של אומדנא?

www.eretzhemdah.org

וע"כ שאם יש מקום לדון מטעמא דאומדנא - כלפי הקרובים - בדבר המתנות שנתנו לה לא יכול לבוא בחשבון אא"כ נאמר שהם, כלומר קרובי הבעל, כשנותנים לה מתנות לא נותנים אלא אדעתא דבעל, והבעל בודאי לא נותן לה אדעתא דתמרוד בו "יהיו נימוקיה מוצדקים כאשר יהיו", וכמ"ש.

לאות ה.

"... וא"כ הו"ל להר"ן לתרץ קושית הרמב"ן **לשיטתיה הוא, ומדויל ידיה משתלם**".

הנה מזה שלא דחה הר"ן קו' הרמב"ן בדבר שמדויל ידיה משתלם, אכתי אי אפשר להוכיח מאומה, כמובן, דאכתי הוכחת הרמב"ן קיימת לדעת יתר הראשונים ואשר על כן על הר"ן היה לסלק קו' הרמב"ן אליבא דכולי עלמא, וז"פ וא"צ לפנים.

שם:

"ותו דהק"ו אם מכתובה פוחתים כש"כ מתני, ק"ו פריכא הוא... מאחר שקנס חכמים לא היה על נכסיה והללו - בכלל נכסיה הם".

הדברים מבוארים בס"ש, ואין צורך להוסיף עליהם.

שם:

"ועוד והוא העיקר... אבל לאחר שעבר הזמן שנתנו לה ולא חזרה, בהא לית דין ולית דיין שאינה יכולה לחזור בה בטענת מאיס שלשם כך ניתן לה הזמן שתמלך בה ואם עבר הזמן ודאי מחילתה מחילה והפסידה כתובתה ולא יכולה לחזור בה **לכל הדעות**".

עין שו"ת חוט המשולש סי' ב' (להגר"ח מוולוזין ז"ל) וזל"ש: "לפמ"ש התוס' והרא"ש הטעם דבמאיס עלי הפסידה כתובתה מטעם מחילה א"כ יכולה לומר דלא מחלה אלא אדעתא להתגרש ולהיפטר ממאיסותה, אבל כ"ז שאינו רוצה לגרשה עדיין לא נמחל שעבודא, ומשו"ה אם רוצה לקיימה אין צריך לכתוב מחדש ומשו"ה לא כתב הרמ"א דין זה אלא לגבי מורדת [עי' סי' ע"ז סעי' ב' "כסדר הזה עושין לה אם מרדה כדי לצערו" הגהה, "ולאחר יב"ח לא מהני חזרתה אלא אבדה כתובתה ואם רוצה לקיימה צריך לכתוב לה כתובה אחרת"]. דמדינא הפסידה מחמת מרדה ולא מטעם מחילה אף שהרשב"א - כ"כ במאיס עלי כמ"ש הה"מ, היינו לשיטתם אזלי דס"ל דגם במאיס עוקרות תנאים הראשונים כמ"ש הר"ן לשיטתו" עכ"ל, (ועי' גם מ"ש הריטב"א בתשו' סי' מ"א עמוד ל"ח).

לאות ו.

"ולא שייך בזה לדון מתרומה ששם התורה מתחשבת עם מצב הדיני".

זהו מ"ש שאין להשוות מתנות קרובים לדיני תרומה כי אין הנדון דומה לראיה.

יוסף שלו' אלישיב

עוד לאות ב'.

כלפי לייא וכו'.

זה אפשר לשאול גם על קנס חכמים שהקילו בזינתה יותר ממורדת, שזינתה לא הפסידה מנכסי צ"ב שהם בעין (סי' קט"ו ה') ואילו מורדת אינה זוכה בהם אא"כ תפסה (ע"ז ס"ג). ואם כי שם המדובר מצד קנס חכמים, מ"מ חזינן דלא משוינן לזונה בגדר מורדת, והיינו כי אינה מואסת כלל בבעלה, אלא הלכה אחר יצרה, ורק מצד הדין נאסרת, משא"כ במורדת.

לאות ה'.

הנה מזה שלא דחה הר"ן... א"א להוכיח... דאכתי.... קיימת לדעת יתר הראשונים וכו'.

עכ"פ היה הר"ן צריך להזכיר זאת בתור תמיה על הרמב"ן שמקשה כן לשיטתיה. ולעיקר הדברים, הרי בהמשך דברינו מבואר שגם לר"ן לשיטתיה לק"מ, א"כ הן לדעת עצמו והן לרמב"ן היה יכול לומר נפ"מ זו.

שם בא"ד.

מציין מחוט המשולש.

החוט המשולש דן בנוגע אם שניהם מסכימים לחזור לתיקונם, דאז חידש דעל דעת כן לא מחלה. אכן, אם היא עמדה במרדה מחמת מיאוס יב"ח, שקבעו לה חכמים, ורק לאח"ז חוזרת בה, ואילו הוא רוצה לגרשה ואינו מעונין בה שוב, בזה גם לדעה זו יכול לגרשה מבלי לשלם כתובתה, שהרי ע"ד שיגרשנה מחלה, וחזרתה אחר יב"ח איננה חזרה כל עיקר.

ואילו במתנות, אי נימא שהוא רק אם מגרשה, ולא סגי במרדה גרידא, הרי בכה"ג ששוב חוזרת בה, והוא מגרשה לא בגלל שהיא מסרבת כיום, היה לנו לומר שלא הפסידה המתנות.

שאול ישראלי

עוד לאות ב.

"זה אפשר לשאול גם על קנס חכמים שהקילו בזינתה יותר ממורדת, שזינתה לא הפסידה מנכסי צ"ב שהם בעין, קט"ו סעי' ה', ואילו מורדת אינה זוכה אא"כ תפסה...".

וכי כעורה זו ששנו הפוסקים בנוגע לענין זה **גופה** שעליו נסוב הדיון, (שהבאנו את דבריהם) - היינו לגבי המתנות, שבזינתה איננו יכול לדרוש ממנה המתנות בחזרה, ואילו במורדת המתנות חוזרות אליו, ומה יתן איפוא ומה יוסיף לנו הציון הלז של סי' קט"ו.

ברם, בירור הדברים הוא כמ"ש. ודאי לגבי בעל מילתא דמסתברא הוא, כי בעל לא נותן מתנות לאשתו אדעתא דתמרוד בו, - אף אם מרידתה תהא מוצדקת - ואף גם לגבי קרובים יש מקום לאומדנא זו אם נאמר דגם הם אדעתא דבעל קיהבי לה המתנות וכשהיא מורדת בבעלה חוזרות המתנות.

אך אם לא נימא הכי, ונבוא לבדות אומדנות מלבנו, לאמר: קרובים הנותנים מתנות עיקר הנתינה היא בגלל היותה אשת קרובם, כי לנשים זרות לא נותנים מתנות, אף שבנתאלמנה או נתגרשה זכתה במתנות, זהו מטעם שאין לה יד בפירוד הזה, אבל במורדת הואיל והיא רוצה לנתק קשר האישות למרות שהיא אנוסה ואין בכחה לסובלו, בטלה המתנה.

ואילו באשה שזינתה ברצון ושבגלל זה נתגרשה מבעלה, אשה זו לא הפסידה המתנות שקיבלה מקרובי הבעל?, על דברים כגון אלו - לדעתי - השאלה קיימת, "כלפי לייא".

לאות ה.

"החוט המשולש דן בנוגע אם שניהם מסכימים לחזור לתיקונם דאז חידש דע"ד כן לא מחלה. אכן, אם היא עמדה במרדה מחמת מיאוס יב"ח שקבעו לה חכמים, ורק לאח"ז חוזרת בה... חזרתה אחר יב"ח אינה חזרה כל עיקר".

לפי ההנחה בטוענת מאיס עלי לא מוחלת לו כתובתה אלא בתנאי אם יגרשנה, ומצד עצם הדין לא הפסידה כתובתה כלל, למה א"כ אין בידה לחזור, כל עוד ולא גירש אותה.

וז"ל הרא"ש בסו"פ אע"פ "ומשהינן לה תריסר ירחי שתא - תקנה זו נעשית בימי האמוראים האחרונים כאשר ראו כי גבהו בנות ישראל - וכאשר הי' לה כעס את בעליהן היו אומרות לא בעינא ליה והבעל מגרשה מיד... תקנו שתשהה שנה, ואם יגרשנה בתוך השנה שלא תהא מחילתה מחילה, ויצטרך ליתן לה כתובה, אולי יתפייסו בתוך השנה".

יינו קביעת זמן יב"ח לא תיקנו חכמים אלא שלא תועיל מחילתה גם אם גירשה ורק כעבור י"ח מועיל מחילתה וזה רק בתנאי אם גירשה, כלומר תוקפה של התקנה היא עד יב"ח, לאחר יב"ח לא קיימת תקנה כל עיקר.

ועוד, הרי הגר"ח ז"ל רצה לתרץ בשיטת הרא"ש דעת הרמ"א, דמשוה"ט לא הזכיר הרמ"א גבי טוענת מאיס עלי ש"לאחר יב"ח לא מהני חזרתה אלא אבדה כתובתה", וא"נ שלאחר יב"ח כשחזרה בה הפסידה כתו' במקרה והבעל מוכן עכשיו לגרשה - אכתי תיקשי למה לא הזכיר הרמ"א דין זה באומרת מאיס עלי.

יוסף שלו' אלישיב

פסק דין

על יסוד הנימוקים המצורפים, [דלעיל] אנו מחליטים לקבל את הערעור על פסק דין בית הדין האזורי ברחובות, מיום ד' בתמוז תשכ"ח, וקובעים כי אין להוציא מהמערערת את חלקה בנכסים שקבלה מהורי המשיב והרשום על שמה בספרי האחוזה.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום ד' בתשרי תש"ל.

יוסף שלו' אלישיב אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי

סימן יח : בענין מתנות, ודינא דמתיבתא כאשר אין דין מורדת*[18]

תיק זה שבערעור שלפנינו הוא גלגולו השני של תיק שקדם לו. וזוהי השתלשלות הדברים:

בעלי הדין הם בעל ואשה שהתחתנו כדו"ד באוקטובר 1963. אצל הבעל זהו זיווג שני, ואצל האשה זהו זיווג רביעי. ילדים אין להם.

ביום ב' בשבט תשכ"ח הגישה האשה (תיק /3747תשכ"ח) בבית הדין האזורי בתל־אביב תביעת מזונות בנימוק: "הבעל עזב את הבית... מאז עזב אותי לא נותן לי כסף ואני בלי כל אמצעי קיום".

בבירור שהתקיים בפני כב' ביה"ד בכ' בשבט תשכ"ח, טען הבעל, שלאחר שרשם הדירה שבה גרו על שמה, גירשה אותו מהבית והכתה אותו, "רוצה שלו"ב אבל שתתנהג בסדר". טענות האשה היו בין השאר: "אם לא יתן כסף לאחותי ג"כ, לא מוכנה להשלים. רק אם יתן גם לאחותי אם נותן לאחיו".

כב' ביה"ד, לאחר שמיעת הטו"מ, פסק:

"על האשה לאפשר לבעל לחזור הביתה ואין להתנות את חזרתו לבית בתנאים צדדים שאינם צודקים וכו'. באם האשה תעמוד בסרובה לקבל את הבעל לבית נדון אם להכריזה כמורדת על כל מסקנותיה."

[18] תיק ערעור תשל"א\192 בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי , הרב שאול ישראלי , הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

בי"ז בחשון תשל"א הגיש הבעל תביעה לגירושין. בתביעתו הוא מסתמך על העובדא שלמרות פסק הדין הנ"ל שעל האשה לאפשר לבעל לחזור הביתה אין האשה מצייתת, ומאז עברו למעלה משנתיים. כמו"כ מתבקש ביה"ד לחייבה להחזיר הרכוש שהוא חלקו בבית שהעביר על שמה כנ"ל, וכן לבטל את הצהרתו, שנותן לאשה את חלקו בחנות שהיא משותפת לו ולאחיו. ב"כ הבעל בטענות שלפני ביה"ד המשיך לטעון לביסוס תביעתו שעל האשה לקבל גט מאחר שלא צייתה להחלטת ביה"ד זה שנתיים, "גם אם תרצה כעת לקבלו, אנו מפחדים לאחר שהתנהגה שנתיים וחצי בניגוד להחלטת ביה"ד, ויש סכנה לחייו אם כעת יחזרו יחד". כן טען להחזרת חלקו בדירה שרשם על שמה, וחלקו בחנות המשותפת לו עם אחיו שנתן לה לפי חוק המתנות, "והוא נתן לה ע"י לחץ ואיומים".

ב"כ האשה טען שחיי מין לא התקיימו ביניהם מעולם בעטיו של אי יכולתו של הבעל, ובהתאם לחות דעת רופא פסיכיאטר על עצבנותה: "בשום אופן לא מוכנה לחיות אתו. לא רוצה להתגרש, אך אם הוא רוצה - מסכימה". אשר להעברת הדירה והחנות לאשה, הרי היא טיפלה בו לאחר תאונת דרכים משנת 1967 ו"עבור הטיפול הגיע לה שכר יותר מעשרים אלף ל"י".

כב' ביה"ד פסק:

"א על הצדדים להתגרש בג"פ כדמו"י, דבר שהוא לטובת שניהם ולמען בריאותם. ולמנוע סבל הצדדים מחיי נשואין אלו הבלתי מוצלחים, והרי שניהם הכירו והבינו שזהו הצעד הנכון ויש לעשותו בהקדם.

ב ואשר לתביעות הכספיות, הרי בקשר לדירה הרשומה על שם האשה, הרי גם הודה הבעל שנתן לה זאת במתנה. ובכגון דא ברור הדבר שאינו יכול לחזור בו, והיא נשארת כולה בחזקתה של האשה וכרכושה הבלעדי, כמו שכבר כתבנו.

ג החנות הרשומה בחלקה על שם הבעל תשאר לבעל לבד, על כל זכויותיו בה, ואין לאשה כל חלק בה וההצהרה שנתן הבעל על וויתורו בחנות לטובת האשה בטלה ומבוטלת.

זולת זאת, אין לצדדים כל תביעה זע"ז כולל כתובה שהאשה ויתרה וקבלה ע"ז קאג"ס."

ע"ז באו הערעורים - הבעל על סעיף ב' של פסה"ד, והאשה על סעיף ג'.

בפסק הדין שיצא מבי"ד זה ביום ז' באדר תשל"ב נאמר בסיכום:

"א דוחים את ערעור האשה על סעיף ג' מפסה"ד נשוא הערעור.

ב. מחזירים את הענין לביה"ד האזורי לנמק את סעיף ב' מפסק דינם. לאחר שנקבל את הנימוקים נחליט בדבר.

ג אין צו להוצאות."

כב' ביה"ד האזורי לאחר שהוחזר אליו התיק בהתאם לאמור בסעיף ב' כנ"ל, נתן הבהרה לפסק דינו הנ"ל, וז"ל:

"ביה"ד עיין בדברי ביה"ד הגדול ומשיב מפני הכבוד כי זו אין צריך לפנים מבואר להדיא בטושו"ע סימן צט ס"ב: "הנותן מתנה לאשתו אע"פ שהוא מגרשה מדעתו זכתה במתנה". ועיין בלבוש שאפילו זינתה, ואינו ענין למה שאמרו כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה וכו', כי זהו לענין בגדים ותכשיטין, שנתן לה להתגאות לפניו ולא שתצא ממנו עם זה, וכמש"כ הח"מ והב"ש. ואין כאן ענין לאומדנא. כמש"כ הח"מ דאטו מאן דיהיב מתנה לחבריה ולרחמיה ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעולם. ובנהפך מאוהב לאויב כלום מחזיר מתנות? והנותן לצדיק ונעשה ח"ו רשע לא בטלה המתנות שקבל. ועיין בנו"כ השו"ע בזה ואין להאריך במקום שאמרו לקצר מפני הכבוד. וזה בו"פ, והרי לדעת ביה"ד הגדול אין להאשה דין מורדת.

באעה"ח היום כ"ז אדר תשל"ב."

בזה חזר התיק לביה"ד זה לשם הוצאת פס"ד סופי בנידון.

והנה כב' ביה"ד בפסק דינו מסתמך על מה שכתבנו בפסה"ד הקודם ש"אין לאשה דין מורדת", מאחר שלדברי שניהם אין לאיש גבורת אנשים. ועל מה שהערנו שם שלכאורה קיימת מ"מ אומדנא "כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה" (לשון הרי"ף בכתובות ע"ט), מסתמך ביה"ד על האמור בשו"ע סי' צ"ט ס"ב: "ואינו ענין למה שאמרו כי אקני לה וכו'", כי זהו לענין בגדים ותכשיטים וכו'".

אולם נראים הדברים שחילוק זה בין בגדים ותכשיטים לשאר מתנות הוא בדברים שהם ניתנו לשימושה של האשה בלבד, שבזה בא חידוש ההלכה שבגדים ותכשיטים, למרות שהם ניתנו לשימושה מ"מ גם הבעל נהנה מזה שמתקשטת בהם, ע"כ קיימת בזה האומדנא שלא נתן לה אלא ע"מ למיקם קמיה ולא ע"מ למיפק. משא"כ דברים, שגם כשנתנם לאשה היו מיועדים לשימושם המשותף, בזה הדבר פשוט ואינו צריך לפנים, שלא נתנם לה ע"מ שתנשלו מהם כשתצא ממנו.

וזהו הנידון שלנו, שהרי ברור הדבר, כשרשם על שמה את חלקו בדירה לא היתה כוונתו שלא ימשיך להשתמש בדירה כמו לפני הרישום. שהרי אין לו מדור אחר, והיעלה על הדעת, שיתן אדם הדירה אשר גר בה וילך וינוע לחפש קורת גג לראשו? וגם האשה עצמה בפרוטוקול מיום כ' בשבט תשכ"ח אמרה:

"הוא רשם הדירה על שמי, ואמר שנותן לי את זה במתנה שיהיה לי ממה לחיות אחרי מותו."

הרי הדברים ברורים למדי שמתנה זו לא היתה ע"מ שיהא מסולק ממנה מכל וכל כדין כל נותן מתנה לאשתו (סי' פ"ה), אלא שימשיך להשתמש בדירה במשותף כדרך איש ואשה.

www.eretzhemdah.org

ומעתה כיון שמתנה זו לא היתה ע"מ שיהא מסולק הימנה, עתה כשיוצאת ממנו, ודאי קיימת האומדנא שלא נתן לה ע"מ למיפק, כי הרי כל עיקר המתנה לא היתה מכוונת אלא שתוכל ליהנות ממנה לאחר מותו, וזהו, כמובן, אם אינה יוצאת ממנו בעודו בחיים.

[וחילוק זה בין מתנה המיועדת לשימושה של האשה לבין מתנה המיועדת גם לשימוש הבעל יש לראות גם לגבי מתנות שקיבלה מקרובי הבעל במבי"ט, הו"ד בבאה"ט, וביאר הדברים בחת"ס סי' קמ"ט הו"ד בפ"ת].

זאת ועוד, אשה זו שנפסק בה שעליה לתת לבעלה לחזור לבית עוד בכ' בשבט תשכ"ח, וגם עכשיו טוענת שאינה מוכנה לתת לו לחזור, אם גם נראה טענותיה כאמתלא מבוררת, ואם אמנם דין מורדת אין לה, שאין דין מורדת אלא מתשמיש, ובזה שניהם מודים שאין לו ג"א, מ"מ כיון שמסרבת לחיות עמו דינה להחזיר כל המתנות כדין מורדת דמאיס עלי באמתלא מבוררת.

כי דין החיוב להחזיר המתנות אינו מדין קנס וכמו הא דמפסידה הכתובה, שזה תלוי בהכרזות וזמן יב"ח וכו'. ואילו דין החזרת המתנות הוא מכוח האומדנא שלא נתן לה ע"מ למיפק, כמפורש ברי"ף שהובא בפסק הדין שיצא מאתנו, וכמו שציין הגר"א (סי' ע"ז סקכ"ח). וכיון שהוא מצד האומדנא, ממילא אין נפ"מ אם יש כאן גדרי מורדת לגבי קנס, אלא כל שיוצאת ממנו ואינה רוצה להמשיך לחיות אתו, ע"מ כן לא נתן. והא דאמרינן במורדת דעלמא, שגם חיוב החזרת המתנות אינו אלא אחר יב"ח כשחל עליה דין מורדת לכל דבר, היינו משום דכל עיקר הזמן הוא משום "דנותנים לה שהות שתחזור בה, ושמא תוך זמן זה מרצים זא"ז ותשאר עם בעלה" (ח"מ שם סק"י). נמצא שכל עוד שלא עבר זמן זה, עדיין איננו רואים את רצונה לצאת ממנו, כרצון מוחלט. ורק אחר יב"ח, כשאינה חוזרת בה, חזינן שהחלטה זו היא סופית, ואז דינה להחזיר המתנות מטעם האומדנא, ולא מטעם הקנס דמורדת וכנ"ל.

תדע, שהרי בטוענת מאיס עלי בדינא דמתיבתא (שם ס"ג בהגהה) דנקטינן "דאין כופין אותו לגרש ולא אותה להיות אצלו", אלא שאם רוצה יכול לגרש מיד, ואין שם דין יב"ח, כשהיא יוצאת ממנו, גם מבלי שנתגרשה "כל מה שנתן לה או כתב לה אינה נוטלת כלום". והוא מאותו טעם שבמורדת לאחר יב"ח, שלא נתן לה ע"מ למיפק (הגר"א שם סקל"ג).

ודין זה מקורו בדברי הגאונים שהביא הרי"ף (פ' אעפ"י). ודעתם שם מבוארת **שמנה מאתים יש לה** שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. ומהרא"ש (פ' אעפ"י סי' ל"ה) נראה שהסכים עמהם, וזה לפי מה שפירש דבריהם שאין כופים אותו להוציאה, אלא שאם רצה מוציא. וכן הם הדברים ברמ"א, וכנ"ל.

[הרי"ף השיג על דבריהם וכן המאירי, ונקטי דאין לה כתובה, אולם נראה שזה משום שפירש דבריהם שיוצאת ממנו **בעל כרחו**. ולפסק הלכה בדעת הרמ"א אין זה ברור שכן דבריו "כל מה שנתן לה או כתב לה אינה נוטלת כלום" נראה שהם מתפרשים על מה שכתב לה אח"כ ולא על עיקר כתובה שיש לה מתקנ"ח ותוס' כתובה שדינה ככתובה. ולא הזכיר דין הכתובה לפ"מ שקאי בגוונא ש"אין כופין אותו לגרש ולא אותה להיות אצלו", א"כ אין כאן עדיין מקום לכתובה]. הרי שנוקטים הגאונים שאין עליה דין מורדת להפסד הכתובה, ומ"מ מה שנתן לה ומה שכתב לה אינה נוטלת כלום. והוא מטעם שלא כתב לה ונתן לה אלא ע"מ למיקם קמיה וכנ"ל, וע"ז לא השיג הרי"ף כלום.

ושם בר"ן מובאת דעה זו של הגאונים שחייבת להחזיר כל מה שנתן לה, ויישב השגת הרמב"ן עליהם ממ"ש דתוספת כתובה ככתובה, שנראה מזה כאילו שרק מכוח דין זה מפסידה התו"כ. וביאר הר"ן דאדרבא בכתובה ותו"כ שהיא ככתובה אינה מפסידה מעיקר דין המשנה אלא בניכוי של כל שבוע ושבוע. ואילו מתנותיה מפסידה מיד "משום דלא אקני לה מעיקרא אלא אדעתא למיקם קמיה". הרי מוכח מזה להדיא, דהא דלדינא במורדת דנותנים לה יב"ח, ואינה מפסידה מתנותיה לאלתר, הוא רק משום דעדיין לא רואים אותה כמסרבת באופן מוחלט, ותולים שמא תוך זמן של יב"ח תחזור בה. ולפסק הלכה הרי נקטינן כדעת הגאונים, וכפי שהביא הרמ"א וכנ"ל. א"כ יוצא ברור, שכל שנפסק דינה שאין יכול לכופה להיות עמו, והיא עומדת בסירובה להיות עמו, חייבת להחזיר המתנות שנתן לה. והרי זהו הנידון שלנו, שאמנם יש לראות טענתה שאינה יכולה לדור עמו כטענה בעלת אמתלא מבוררת, אך אין בזה כדי להצדיק את אי החזרת המתנות, שהרי כל דינא דמתיבתא אמור בגוונא שיש לה אמתלא מבוררת, ומ"מ דינה להחזיר המתנות.

ואין זה דומה להא דסי' צ"ט שהבעל הוא שמוציאה מביתו. וגם כשסרחה תחתיו, מ"מ היא מצדה אינה מסרבת להמשיך לחיות איתו, והוא הוא שמוציאה, אף אם זה מסיבת קטטות ומריבות, ואם גם משום שנאסרה עליו. ולא כן בנידו"ד שטוענת שמאוס עליה ואינה יכולה לחיות עמו.

ואעפ"י שבתביעת הגירושין אמר שאינו יכול שוב לחזור אליה, גם אם היתה מסכימה "מחמת פחד שיש סכנה לחייו", הרי עיקר תביעתו מעיקרא היתה לשלו"ב, והעובדא שלמעלה משנתיים לא נענתה לפסה"ד, ואף עכשיו ממשיכה לטעון שאינה יכולה להסכים שיחזור אליה, א"כ הר"ז דינא דמתיבתא ממש, שהמתנות חוזרות.

עפי"ז אנו פוסקים:

מקבלים את הערעור על סעיף ב' של פסק הדין, ועל האשה להחזיר לבעל את חלקו בדירה שהעביר על שמה, ולעשות את כל הפעולות הדרושות לצורך זה.

אין צו להוצאות.

שאול ישראלי

מסכים.

בצלאל זולטי

ובטרם ניגש לבירור הבקשות רצוי להביא כאן תמצית דברי האשה לפנינו: "הבעל לא גבר, ומעולם לא היו בינינו יחסי אישות. בזמן שרשם את מחצית הדירה ברמת גן שירתתי אותו כמו ילד קטן. אותו המצב היה בזמן שרשם את חצי הדירה השניה על שמי".

www.eretzhemdah.org

והנה שני דברים ברורים גם מהצהרת האשה: א. שלא היו ביניהם חיי אישות מעולם ואין זה דבר שאירע לו בסוף, ואע"פ כן המשיכה לשרת אותו כהגדרתה "כמו ילד". ב. שירותה המסור הזה כפי שהיא תיארה אותו הוא שהביא את הבעל למסור לה את כל רכושו משום שנדמה לו שיזכה לאותו טפול כל ימי חייו ויבלה את שארית חייו בנעימים. והמצב גלוי וברור שכאשר ראתה כי את כל אשר לו נתן בידה מאסתו וגירשתו מן הבית ואין לה כל ענין בו, ולדבריה ולדברי הפסיכיאטור שלה, המצאו של הבעל במחיצתה, או אף המחשבה על המצאותו במחיצתה גורמת לה עצבנות מופרזת.

והנה ברור שאם אמנם "מורדת מתשמיש" אין כאן ודבר זה לא היה גורם שלילי כלל מתחלה לחיי הזוג, וכן בודאי גם לא "מורדת **דבעינא** ליה ומצערנא ליה". אבל יש כאן מורדת **דמאסתיהו** במלא מובנו הרחב של מונח זה. והאשה פתחה את רגשותיה אלה כלפי בעלה עד כדי כך שלדבריה הרהור שיבת הבעל הביתה גורמת לה התקף פסיכונאורנזיס כעדות הרופא שלה, והנה במורדת ד"מאסתיהו" פוסק הרמב"ם בהלכות אישות פי"ד הל' ח': "ותצא בלא כתובה כלל ותטול בלאותיה הקיימין... ואינה נוטלת משל בעלה כלום, ואפילו מנעל שברגליה ומטפחת שבראשה שלקחן לה **פושטת ונותנת לו וכל מה שנתן לה מתנה מחזרת אותו שלא נתן לה על מנת שתטול ותצא**".

אומדן זה "שלא נתן לה על מנת שתטול ותצא" קיים בנדוננו ביתר שאת, כלום יעלה על לב איש לתת את ביתו וכל רכושו לאשתו על מנת שתגרשנו מביתו ומנחלתו לעת זקנתו? הלא זה דבר שאין הדעת האנושית ולא המוסר סובלים אותו, וברור כי רק שירותה המסור של אשתו כפי שהיא תיארה אותו הוא שהביא אותו להתרוקן ולהתערטל מכל אשר לו ולמסור בידה, מתוך דמיון או הנחה שאותו המצב יימשך עד סוף ימיו, ומתוך סוף מעשה נראה שכל עצם השרות מתחלתו נעשה לשם כך.

ומה שאכל אכל כשהבעל רוצה לגרשה, אבל **במורדת על בעלה** בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול **דלא יהא אלא מתנה הוא דיהב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה**". הרי ברור כי במורדת אמרינן אדעתא למשקל ולמיפק אקני לה, כל שכן במקרה זה שלא יעלה על לב איש מרד ופעולה מבישה ומחפירה כזו לשלול שלל ולבוז בז, להראות תומה ותחתיה ערמה כפי שעשתה אשה זו שהחליקה לה לשונה ומעשיה עד שלקחה משכבו מתחתיו וגירשתו בחרפה שבודאי אדעתא דהכי לא אקני לה.

ונראה בדעת הרי"ף שיש לחלק בין מורדת ובין אותן שכופין להוציא מחמת תביעת האשה, דבמי שכופין להוציא אין מוציאין מיד המוחזק, שכך כתב הרי"ף ביבמות לדף סה ב' בבאה בטענת בעינא חוטרא לידא "דמחייבינן לבעל מנה מאתים אבל תוספת לא ואע"ג דתנאי כתובה ככתובה דמו הכא אומדן דעתא הוא דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה. ואי קשיא לך... כך יש כתובה בלא תוספת כגון זו, והמחייב בהו כתובה ותוספת צריך ראיה ברורה, **דמכללא לא מפקינן ממונא**". משמע להדיא דזו אין לה תוספת משום שאין מוציאין מיד המוחזק, ואם כן בנתן לה מתנה והיא מוחזקת בה לא מפקינן מידה, מה שאין כן במורדת "ישבע כמה הוציא ויטול" הרי שמוציאין מידה, וכלשון הרמב"ם הנ"ל "מחזרת אותו". וכך משמע מדברי ריא"ז כפי שהובא בשל"ג לכתובות עט: "האשה שתבעה גירושין אם היא תובעת בדין כגון אלו שכופין אותן להוציא הרי היא כמי שגירשה בעלה מרצונו ואמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל. ואם תובעת גירושין שלא כדין אע"פ שכופין הבעל להוציא בתקנת הגאונים לא יפסיד הוצאותיו".

ודברי הב"ש באה"ע סי' קנ"ד ס"כ סתומים, שכתב באותם שכופין אותם להוציא שאין לה תוספת מטעם "דלמשקל ולמיפק לא אוסיף לה", אך אין הדבר ברור אם משום שהבעל מוחזק וכדברי הרי"ף או אפילו במוחזקת מוציאין מידה. גם דברי הרא"ש בכלל מ"ג סי' ד' בשם הר"ח שהב"ש נשען עליהם סתומים המה. אך דברי הח"מ בסי' צ"ט סק"ז להדיא דבמורדת לית דין ולית דיין שהכל חוזר, ורק במוציא אשתו שלא לדעתה חילק בין הדברים שדרך בני אדם ליתנם מתנה גמורה לדברים שדרך בני אדם ליתנם לאשתו לשמושה בהם לפניו, שכך כתב על האמור שם שהנותן מתנה לאשתו... אע"פ שמגרשה שלא מדעתה כגון שסרחה עליו ואפילו הכי מתנתו שלה: "הטעם דבשלמא בגדים ותכשיטים שעושין להתנאות בהם האשה אין דעתו למתנה גמורה רק שתתקשט בהם כל זמן שהיא תחתיו. אבל אם תסרח אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה, אבל הנותן לאשתו קרקע או מעות או אפילו שאר מטלטלין שאינן ראוין ללבוש ולהתנאות זה נגבה בין באלמנות בין בגירושין **כל שאינה מורדת** בו, דלא גרע מתוספת שליש שמוסיף לה בכתובתה דאטו מאן דיהיב מתנה לחבריה ולרחמיה ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעלם. עיין בתשובות הריב"ש סי' שא. ואם הוא מאותן שכופין אותן להוציא דין המתנה כדין התוספת שהוסיף לה".

הרי להדיא דבמורדת הכל חוזר, ובכל שאינה מורדת ובא להוציאה שלא לדעתה יש לחלוק בין דברים שאדם נותן לשמוש האשה בפניו שאלו חוזרין, ודברים שאינן לשמושה בפניו אינן חוזרין. ואם כן ברור כי קרקעות האמורין לעיל אינן עשוין לשמושה בפניו, ובודאי שאינן עשויין לשמוש שניהם. למדנו כי דירה העשויה לשמוש שניהם ולא יעלה על לב איש שיתננה מתנה לאשתו ויתגלגל ברחובות, ואפילו לא מרדה בו אלא בא להוציאה מפני שסרחה עליו או אם הוא מאותן שכופין להוציא חייבת להחזיר כל מה שנתן לה. וכך הם באמת דברי הריב"ש בסי' שא בפירוש דברי העיטור.

ונראה כי גם מה שכתב הטור אה"ע סי' פה בשם הרמ"ה והובא בשו"ת תורת אמת להר"ח ששון: "הבעל שנתן לאשתו קרקע או מטלטלין ונתאלמנה או נתגרשה שקלא להאי ארעא לבד מכתובתה, ודוקא נתאלמנה או נתגרשה... שלא מתוך מרדה, אבל נתאלמנה או נתגרשה מתוך מרדה לאחר שכתבו עליה אגרת מרד שהפסידה כל כתובתה הפסידה כל מה שנתן לה", דוקא בקרקע ומטלטלין שאינם עשוים להתקשט בהם בפניו ולהשתמש בהם ביחד, אבל בכנדון דידן לאו דוקא עד שיכתבו אגרת מרד, דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא אקני לה. ומה גם שבנדון זה כבר התרה בה בית הדין בהחלטתו מיום כ"ח בשבט תשכ"ח שאם תעמוד בסרובה לקבל את הבעל לבית ידון ביה"ד אם להכריזה כמורדת על כל מסקנותיה, ומאז ועד היום, ארבע שנים, עומדת האשה במרדה למרות אזהרת ביה"ד.

לפיכך נראה ברור שלא זכתה אשה זו במחצית הדירה שהעביר על שמה, וההעברה בטלה ומבוטלת, והרי היא של הבעל כפי שהיתה לפני ההעברה.

www.eretzhemdah.org

ולאור כל זה ברור כי גם אלו הועברה החנות לגמרי על שם האשה היה הרשום בטל, כ״ש כעת שיש בידה כעין וויתור שכבר נתעסק ביה״ד קמא בדיוק נסוחו, ואין לנו צורך לעסוק בכך.

יתכן שהיינו צריכים לדון גם על החצי השני של הדירה שנרשמה על שם האשה בזמן שקנו אותה אם מגיע לה חצי זה או שגם אותו חייבת להחזיר, וידועה היא מחלוקת הפוסקים בזה אם ביה״ד צריך לפסוק בכעין זה כמבואר בש״ע חו״מ סי׳ יז סי״ב בהגה, וסמ״ע וש״ך, שם, ועוד. אך כיון שגם לאחר שהתעוררה בעית החצי הזה בפנינו בעת הדיון וב״כ הבעל המשיך להתעלם מכך ולא התיחס אליו כלל, אף אנו לא נדון בו.

לשאלת הכתובה, הרי כפי המפורש בפרטי כל וויתרה האשה על כתובתה ללא כל תנאי וקבל בקגו״ש, אע״פ שאין מחילה כזו צריכה קנין כמו שפסק הרמב״ם בהלכות אישות פי״ז הל׳ יט, ובהלכות מכירה פ״ה הל׳ יא.

ואוסיף עוד, נדמה כי מורדת שלפנינו אינה בגדר מורדת ממלאכה, דמורדת ממלאכה אין בה מאומה מטענת ״מאסתיהו״ ואין בה שום הרחקה גופנית או בחילה נפשית, וכן הביאה הרמב״ם בהלכות גירושין פכ״א הל׳ י׳, ומרן באה״ע סי׳ פה מט״ו ללא כל זכר לריחוק נפשי בינה לבין בעלה.

ואלו באותה הנקראת ״מורדת מתשמיש״ נאמרו בה שתי הגדרות ״מאיס עלאי״ ו״בעינא ליה ומצערנא ליה״ ושתיהן מורדות מתשמיש, ואע״פ כן נחלקו בעניניהם כידוע מחמת הדגשת ה״מאיס עלאי״, ואלו היינו מניחים את ההדגשה רק על מרד מתשמיש כפשוטו של המונח היינו מטשטשים את התחומין בין שני מיני מרד הללו המתבטאים לכאורה בדבר אחד והוא מרד מתשמיש, בעוד שלמעשה חלוקים הם בדיניהם.

לפיכך נראה שכל הדגשת חלוקתם היא ״מאסתיהו״ או ״בעינא ליה״ והזכרת מניעת התשמיש או כפי ביטויו של הרמב״ם ״ואיני יכולה להבעל לו מדעתי״ אינם אלא אחר הגלוים החיצוניים של המאיסה, והוא הדין לכל גלוי נפשי אחר שהוא בולט כעובדא דידן. ומרידת המלאכה היא רק תוצאת לואי של מרידת המאיסה ולא מטרה עיקרית. ומה שכתב הרמב״ן בספר הזכות: ״ורב הונא דנקיט אתשמיש דהוא עיקר בטול נשואין וצערו של איש בגופו ודאי לאפוקי כל דין שבממון אתיא״ אין כוונתו שרק זה ולא יותר, אלא הוא הדין לכל צער גופני ונפשי, והרבה זקנים מתחתנים למטרת הצוות החברתי הנפשי ללא שימת דגש על סממן התשמיש שבמקרים רבים אינו קיים וכעובדא דידן בראשית חייהם, וכל הדגשת הרמב״ן באה לאפוקי מרד ממלאכה ללא שום זיק של מאיסה, וכדמסיים שם ״לאפוקי כל דין שבממון אתיא״, ולא לחנם הדגישו חז״ל ״מאיס עלאי״ ״מאסתיהו״ ובשניה ״בעינא ליה״ לומר שזה גורם, כלומר הצוות החברתי והסעד הנפשי שיש לבעל מאשתו. ולפיכך כנראה יש לה לזו דין ״מורדת דמאסתיהו״.

לאור על הנ״ל נראה שיש להחליט:

א דוחים ערעורה של האשה, וסעיף ג׳ מפסק הדין בתקפו עומד.

ב מקבלים ערעור הבעל ומבטלים סעיף ב׳ מפסה״ד נשוא הערעור, וכל הפעולות שנעשו בהעברת חצי הדירה שהיתה רשומה על שם הבעל לשם האשה בטלות ומבוטלות, כך שהדירה נשארת בבעלות שני הצדדים בחלקים שוים.

יוסף קאפח

איני רואה אפשרות לשנות את הפס״ד המעורער.

הדין שהנותן מתנות לאשתו, מתנותיו חוזרים, אמור רק אם נכתב עליה אגרת מרד. ובניד״ד ביה״ד אמנם בפס״ד מיום כ״ח בשבט תשכ״ח כתבו שאם תעמוד בסירובה לקבל הבעל לבית ידון ביה״ד אם להכריזה כמורדת, אך בפועל לא הגיע הדבר לזה. ובתביעתו שבה פסק ביה״ד פסה״ד המעורער ביקש הבעל להוציאה בגט ולא חזר על תביעתו הקודמת לשל״ב. כך שביה״ד לא היה לו לדון על הכרזתה כמורדת.

ואשר למה שכת״ר רוצה להשוות זאת לתכשיטים שנתן לה דדיינינן שאין דעתו למתנה גמורה אלא שתתקשט בהם בעודה תחתיו מצד ״כי דירה העשויה לשימוש שניהם ולא יעלה על לב איש שיתננה מתנה לאשתו ויתגלגל ברחובות״, השואה זו אין לה סימוכין, כי בתכשיטין היה מוכרח לתתם לה בכדי שתוכל להשתמש בהם בעודה תחתיו, משא״כ הדירה שהיו יכולים לדור בה גם מבלי שהעביר לה על שמה, בפרט בניד״ד שגם לפני כן היתה חציה רשומה על שמה. וא״כ אין בגוף מעשה המתנה שום הוכחה שהיתה כוונתו רק באופן שיהא לו בזה זכות שימוש. ובדרך כלל נקטינן שבעל שנותן מתנה לאשתו בין קרקע בין מטלטלין קנתה ואין הבעל אוכל פירות (סי׳ פ״ה ס״ז). והרי מעצם המתנה יתכן שכיון שקנה דירה אחרת שידור בה, וזו תשמש לאשה כהכנסה, או שאמנם כיון שגם הוא יגור בדירה, אולם השאיר זאת לרצונה הטוב של האשה, כיון שלא התנה כלום. והר״ז בכלל מ״ש: ״שלשה צועקים ואינם נענים וכו׳ מי שאשתו מושלה עליו וכו׳ והכותב נכסיו לבניו בחייו״ (ב״מ ע״פ:), והכא תרוייהו איתנהו ביה.

ויש להוסיף עוד כי גם אם היה חוזר בו מבקשת הגירושין והיה תובע שלו״ב או להכריזה כמורדת, דאיני רואה מאיזה נימוק יש להכריזה כמורדת, דמה שציין כת״ר גדרי מאיס עלי, הרי זה כשהטענה היא מעניני תשמיש כמש״כ שם בר״מ ושו״ע ״אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתו״. ואילו כאן טענה זו איננה באשר אין לו ולא היה לו מאז נישאת לו ג״א, ואילו על מורדת ממלאכה אין דין מורדת כמבואר בח״מ וב״ש ריש סי׳ ע״ז.

ובס׳ הזכות להרמב״ן בפ׳ אעפ״י מבואר הדבר באריכות: ״... ור״ה דנקיטא תשמיש דהוא ביטול עיקר נשואין וצערו של איש בגופו וכו׳ וכו׳ דהני מלאכות דבר שבממון הן שחייבו אותה חכמים אצל הבעל ואינם מתנאי האישות שלא יהא בתשלומין וכו׳ ואפשר שבי״ד משמתין עליה שתעשה כדין, כדין מאן דלא ציית אדינא״.

והכא שאינה ניזונת, מצד הטענה של חיובה לעשות לו דברים שבשימוש הבית, ודאי שאין מקום לדיני מורדת. ואשר לדיור בבית, כבר הבאנו לעיל דבמתנה אפילו זכות אכילת פירות אין לו, א״כ אינו יכול גם לתבוע ממנה זכות לדור מדין פירות.

סוף דבר, נראה שגם אילו היתה עומדת תביעת שלו״ב לא היה בידי בי״ד להכריז עליה כמורדת, כש״כ שכנ״ל תביעה כזאת לא עמדה כלל בפני בי״ד, ולהיפך הכריז שאינו רוצה ואינו יכול לחזור לדור יחד.

www.eretzhemdah.org

א"כ יש בזה דין שרשאי להוציאה, בפרט שיש גם מצדה הסכמה, אך הר"ז בדין מי שמוציא את האשה מדעתו, שגם כשהסיבה היא מצד קטטות ומריבות מצדה, מ"מ לא הפסידה המתנות שנתן לה.

שאול ישראלי

בהתאם לנמוקים המצורפים מאז לתיק דלעיל אני מסכים למסקנה.

יוסף קאפח

פסק דין

אנו פוסקים איפוא:

מקבלים את הערעור על סעיף ב' של פסק־הדין, ועל האשה ר.ר. להחזיר לבעל א.ר. את חלקו בדירה שהעביר על שמה, ולעשות את כל הפעולות הדרושות לצורך זה.

אין צו להוצאות. ניתן ביום כ"ה בחשון תשל"ג.

בצלאל זולטי שאול ישראלי יוסף קאפח

החלטה (לאחר פטירת הבעל)

לפנינו בקשה מתאריך ט"ו בתמוז תשל"ז למתן פסק-דין הצהרתי, וזה בקשר לפסק -הדין שהוצא על ידינו בתיק ערעור לא192/, לפיו על האשה להחזיר לבעל חלקו בדירה.

בבקשה זו טוענת האשה שהחיוב להעברה היה רק על שם הבעל כשהוא חי וקיים ולא לבעל המת או ליורשיו, טענה זו מנמקת האשה בנימוקים שונים, כפי שפורטו בכתב הבקשה הנ"ל, ובהסתמך על טענות אלה מתבקש בי"ד זה לקבוע:

"כי חיובה של האשה להעברת מחצית הדירה פקעה ובטלה מן העולם יחד עם פטירתו של הבעל כאשר בעת הפטירה היא נשארה אלמנתו ולא בוצעו הגירושין".

עיינו בכתב הבקשה ובחומר שבתיק, ועפ"י כל הנ"ל אנו מחליטים לדחות הבקשה, וזה מנימוקים דלהלן:

פסק הדין בערעור ניתן בערעור שהוגש ע"י הבעל המנוח על פסק הדין של כב' ביה"ד האזורי לת"א מיום י"ז סיון תשל"א. פס"ד זה של ביה"ד האזורי היה בתביעת הבעל לגירושין והחזרת רכוש. התביעה להחזרת רכוש שנכרכה אגב תביעת הגירושין היא בסמכות יחודית של ביה"ד עפ"י חוק שיפוט בתי דין רבניים משנת תשי"ג סעיף 3.

מכוח סמכות זאת התקיים הדיון בפני כב' ביה"ד האזורי וכן בבי"ד זה, ולא מכוח הסכמת האשה "לדון כבוררים בענייני הרכוש" כפי טענת האשה בסעיף 6 מבקשתה הנ"ל, שעל סמך הנחה זו מבססת טענתה, שכאילו הסכמה זו ניתנה על ידה "רק בתנאי כי הבעל יגרש אותה".

נוסיף עוד ונאמר, כי כאמור לעיל בקשת הגירושין כלל לא הוגשה על ידי האשה, אלא ע"י הבעל, הוא שדרש פסק דין לגירושין והוא שכרך אגב זה את החזרת הרכוש.

בפסק דיננו, שנומק באריכות ע"י שנים מחברי ביה"ד, נקבע "כי על האשה להחזיר לבעל את חלקו בדירה שהעביר על שמה". וזה מפני שהרישום היה בטעות, כי התנאים שעל פיהם נעשתה ההעברה לא קוימו. לא חויבה האשה לתת מתנה לבעלה, אלא להחזיר לו את שלו, מפני שקיבלה זאת ממנו שלא כדין, ואשר על כן חיוב זה אינו כרוך בביצוע הגירושין בפועל, ולא נקשר כלל במעשה הגירושין בפסק הדין. גם אילו היתה האשה מסרבת לקבל ג"פ, שכפי שאמור לעיל הבעל הוא שביקש לחייבה בקבלת הג"פ, לא היה בזה בכדי לעכב את החיוב של האשה להחזיר את העושק לבעליו.

וממילא מובן, שמיתת הבעל לא מגרעת כי הוא זה מזכותו, וזכות זו עוברת ליורשיו או/ו למי שהנחיל להם רכוש זה בצוואה המאושרת כדת וכדין.

בהתאם לכל הנ"ל אנו מחליטים:

הבקשה נדחית, ועל האשה לקיים את האמור בפסק הדין של בי"ד זה מיום ב' כסלו תשל"ג, ועפ"י התיקון שהוכנס בו בהחלטתנו מיום י"ד כסלו תשל"ז.

ניתנה ביום כ"ז בתמוז תשל"ז.

בצלאל זולטי שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן יט : נאמנות אשה בעניני תשמיש*[19]

א אם יש כאן משום חוזר וטוען
ב בנאמנות האשה להכחיש הבעל כשטוענת שבא עליה שלא כדרכה
ג נאמנות האשה בנידון שלנו
ד חיוב במזונות בטוענת מ"ע.
פסק דין

[19] ערעורים תשכ"ז\114, תשכ"ז\132 בפני כב' הדיינים : הרב יצחק נסים -נשיא , הרב יוסף שלו' אלישיב , הרב בצלאל זולטי , הרב סלמאן חוגי עבודי , הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

זהו ערעור על פס"ד שניתן ע"י כב' ביה"ד האזורי ביום ו' שבט תשכ"ז, תיק מס' /8490כו ומס' /666כז, לפיו:

א הבעל א. חייב לתת ג"פ לאשתו ד., בלי כפייה (זהו לפי דעת הרוב, לדעת המיעוט מצוה על הבעל לגרש את אשתו ללא חיוב).

ב אין לחייב את הבעל במזונות האשה, (לדעת המיעוט חייב הבעל לתת מזונות לאשתו).

לפס"ד הנ"ל קדם פס"ד אחר אשר ניתן בנדון בשנת תשכ"א הדוחה תביעת האשה לחייב את הבעל במתן ג"פ. השינוי בעמדת ביה"ד בא עקב הטענה החדשה שהשמיעה אותה האשה בדיון האחרון.

לצורך הדיון אשר בפנינו עלינו להעביר כאן את פרשת הדיונים מתחלתם - משנת תש"כ, כסדר שהם כתובים על ספר מרשם בית־הדין האזורי. ובכן, בישיבה הראשונה, ביום כ"ז חשון תש"כ, טען ב"כ האשה "הנשואין היו בטעות תחת לחץ ואיום, נאלצה להתחתן בהיותה בת 17 שנה, חיו יחד כשנה וחצי בבגדד. האשה עלתה ארצה ב1952- והוא נסע לפרס, ומאז לא היה מגע ביניהם (בהתחלה שלח סכומים קטנים ואח"כ גם זה לא. בישיבה מאוחרת יותר, בי"ב תמוז תש"כ, אמרה האשה בביה"ד, שקבלה מבעלה גם מכונת תפירה, רדיו). כשהיו יחד בבגדד היה מכה אותה.

כעבור שנה, ב־ט' טבת תשכ"א, הודתה האשה שבעת הנשואין היתה בגיל 23. היא הוסיפה לטעון: "הוא מאיס עלי מרוב הקפוח, מאז האירוסין מאסתי בו, מה שאני בחלתי הכריח אותי ללבוש, שם מי־אש על הכר, כך הכריח אותי להתחתן אתו - אני מואסת בו גם מבחינת הבדל בגיל, הוא מצבע שערותיו - הכריח אותי בכח לאכול בשר טרף, נגעלתי מזה, - הכריח אותי בגלל שזה יותר בזול, פחדתי ממנו משום שהי' מעורב במשפטים וגם איים עלי להשחית הפנים ולכן התחתנתי אתו".

הבעל מכחיש הכל. לדבריו, היא בקשה ממנו להתחתן, קנה בשר כשר, ההבדל בגיל הוא כ11- שנה, הכירו זא"ז הרבה לפני הנשואין, והיו ביניהם חיי אישות בטרם התחתנו. דאג לאשתו במדת יכלתו גם בהיותו בחו"ל. הוא שלח לה כספים, מתנות, שכר לה דירה באמצעות אחיו.

האשה: - "חיינו יחד כבעל ואשה שנתיים, כל 3 חדשים הי' ברוגז, עשה צעדים למניעת הריון והרופא אמר שזה מזיק לבריאותי". הבעל מכחיש דברי האשה.

הופיעו גם עדים בביה"ד אשר חלק מהם תמכו בגרסת האשה, וחלק בגרסת הבעל.

ביום כ"א ניסן תשכ"א הוציא ביה"ד האזורי פס"ד, ובו הוא קובע: -

"לדעת ביה"ד אף אם ניתן אמון מלא בדבריה על הפרש גיל גדול לאחר שהוכח בפנינו שהכירה אותו זמן רב לפני נשואיה אתו בהיותו גר יחד עם משפחתה - אין לטענה זו שום מקום בהלכה כדי לחייבו לגרשה על סמך זה. ביחס לטענה על יחס רע מצדו כלפיה - עם כל העדויות שהושמעו בפנינו לא הוברר הענין די הצורך וקיימות הכחשות והוכחות סותרות בנדון, במיוחד לא הוכחה כלל וכלל טענת ב"כ התובעת בסיכומים בהסתמכו על שו"ת התשב"ץ נידון אדם רע וקשה המצער הרבה את אשתו, והיא מואסת בו... וכן אין לדעת ביה"ד שום ביסוס כדי להכליל את הנתבע בסוג הריקים והפוחזים מאבדים הון.

לאור כל הנ"ל ביה"ד דוחה תביעת האשה לחייב את בעלה במתן ג"פ...".

על פס"ד הנ"ל הוגש ערעור ע"י האשה, בערעור היא חוזרת על טענותיה הנ"ל: - "כשהיינו ביחד הי' מאוס עלי, חיי אישות לא היה בסדר אצלנו, לא רצה בשום אופן שאני אכנס להריון... חדשיים בערך לפני שהבעל ברח מעירק לא חיינו ביחד. אני באתי לארץ בשנת 1952 ומאז החלטתי להיפטר ממנו. מה שכתבתי לו מכתבים כאשה הכותבת לבעלה זהו רק בכדי להביא אותו ארצה, ענין הגיל לא איכפת לי".

אחרי מו"מ בין ב"כ הצדדים הסכימו הם לקבל הצעת ביה"ד לעשות נסיון לשלום לתקופה של שלשה חדשים ואם הנסיון לא יצליח מסכים הבעל לתת לה גט. הבעל ישלם לאשה במשך השלשה חדשים סך ארבע מאות ל"י לחדש לכלכלת הבית ואמא שלה תגור אתם בימי הנסיון הנ"ל (כפי שהציע הבעל) והיא תהיה נאמנת מי אשם...

ב"כ האשה מבקש דחיה לשבוע ימים כדי להתיעץ עם משפחתה. כשנתמלא השבוע הזה הודיעה המערערת לביה"ד כי היא מסרבת לעשות נסיון לשלום. גם בית דין זה הגיע לאותה המסקנה שאין מקום לחייב את הבעל במתן ג"פ ודחה את הערעור.

כעבור שנתיים התקיים דיון בביה"ד האזורי בדבר הסרת צו עיכוב נסיעה לבעל. הבעל הצהיר שאם כי לרגל העסקים צריך להיות בחו"ל שנה וחצי, אך בגלל שהוא אוהב את אשתו יחזור תוך שלשה חדשים. בתגובה ע"ז ענתה האשה "לא אפגש עם הנקמן הזה אפילו בקבר".

באי' תמוז תשכ"ו הגישה האשה שוב תביעת גירושין לביה"ד, בתיק מס' /8490כו, ובהתאם להתביעה הנ"ל, אף שלא העלתה שום עילה חדשה, הוזמנו הצדדים, והאשה חזרה על טענותיה שטענה בדיונים הקודמים. ב"כ הבעל העיר לביה"ד כי אין מקום לתביעתה, קיים פס"ד מביה"ד האזורי הדוחה תביעות האשה וגם בערעור לא הצליחה, וא"כ יש איפוא מעשה בי"ד ואין לה כל עילה ונימוק חדש.

ביה"ד דחה את המשך הדיון ליום י"ט חשון תשכ"ז. האשה, כנראה, הרגישה שאין לה סיכויים טובים לקבל פס"ד שונה מזה שקיבלה בשנת תשכ"א, ולכן החליטה לפתוח תיק חדש (מס' /666כז) בו היא תובעת מזונות בסך 500.- ל"י בטענה כי בעלה שולח מכתבים למקום עבודתה, וזה גרם לפיטורה מעבודה וע"כ היא דורשת מזונות מבעלה.

www.eretzhemdah.org

גם בדיון הזה טען ב"כ הבעל, זה למעלה משש שנים שביה"ד דחה תביעתה לגט, האשה ממשיכה לסרב לגור עם הבעל ולכן אין לה כל זכות לדרוש מזונות מבעלה.

אמנם האשה התחילה להשמיע טענות חדשות: - "שנה וחצי היינו ביחד אבל לא חיינו חיי אישות כי הוא ברח לאמא. הוא אמר שיש עוד זמן לילד הילכך לא נכנסתי להריון". אח"כ אמרה "הוא לא חי באופן נורמלי".

ב"כ הבעל: בכל הדיון הקודם לא הזכירה האשה פגם בחיי אישות. האשה: - "אמרתי כל הזמן שיש לי דברים שלא אוכל לגלותם ולקחת הדברים לקבר וכוונתי היתה לחיי אישות הבלתי נורמליים שלו".

ובכן לדברי האשה, אף כי מעולם לא השמיעה את הטענה הזאת שבעלה חי אתה חיים בלתי נורמליים, אבל רמז רמזה על כך כשאמרה שיש לה דברים שתקח אותם לקבר. ברם, גם זה לא אמרה. הזכירה אמנם המלה "קבר", אך זה בקשר לסירובה להיפגש אתו: - "לא אפגוש עם הנקמן הזה אפילו בקבר", ולהכניס בהם הכוונה הנ"ל ה"ז בבחינת "עיולי פילא בקופא דמחטא".

האשה לא הסתפקה בטענה הנ"ל, והיא הריצה מכתב לביה"ד, וזה תוכנו: - "היות וכת"ר עומד לתת פס"ד אני מבקשת רשות מביה"ד לשמוע אותי... היות ויש לי מה להשלים את דברי".

ביה"ד נעתר לבקשתה, ובישיבת ביה"ד ביום א' טבת תשכ"ז הופיעו הצדדים. ב"כ הבעל ביקש מביה"ד לא להרשות לה להשמיע דברים חדשים. היו לה הרבה הזדמנויות לטעון טענותיה, ומה שיש לה לטעון כבר טענה ומה שתוסיף לטעון הם שקרים מיסודם.

האשה: - "האיש הזה, הנתבע, גדל בין ערבים ומוסלמים בעירק, כל החיים שלו הוא הלך עם בחורים מוסלמים וכשהתחתן אתי לא התחתן אתי בתור אשה שלו אלא התחתן אתי בתור בחור שלו". האשה מסרבת להוסיף **מטעמי צניעות**, היא מוסיפה: "**מעולם לא** חייתי אתו בצורה נורמלית..."

לבקשת העו"ד שתסתכל בפניו, עונה האשה שאינה יכולה להסתכל בשום אופן בפניו.

לשאלת ביה"ד עונה האשה: "לא היה לי העוז להתבטאות במלים עכשיו שאני רואה שזה עלול להרוס חיי אני מעלה כל מה שיש לי לומר, ועד עכשיו לא רציתי להעלות מטעמי **צניעות ובושה**. תמיד אמרתי שיש כמה מלים שאני לא אומרת ואני אקח אותם בקבר". אח"כ אמרה ש"בפעם הראשונה כן חי אתה כדרכה".

הבעל מכחיש דבריה "תמיד חייתי אתה בצורה נורמלית, אך מפני המצב הקשה בשנות ה1950- בעירק הייתי חי אתה בצורה הבאה - דש מבפנים וזורה מבחוץ".

כאמור פסק ביה"ד לחייב את הבעל במתן ג"פ, וזה מבוסס על שני נימוקים:

א הואיל והאשה באה בטענה שבעלה הי' חי אתה שלא כדרכה, ודעת ה"עדות ביעקב" סימן ל"ו שאשה נאמנת בטענה זו גם כשבעלה מכחישה ככל טענה ש"הבעל מכיר בשקרה" נאמנת האשה בדבריה מטעם דאין האשה מעיזה פניה להגיד שקר בפני בעלה.

ב יש לחייבו במתן גט משום לתא דידיה, כי הבעל טרם קיים פו"ר וכל כמה דאגידא גבי' לא יהבי לי' אחריתא, ומכיון שאפס כל תקוה שאשה זו תשלים אתו, לכן על הבעל לסלק את המכשול העומד על דרכו ולגרש את אשתו.

אשר לנימוק הראשון, הנה העדות ביעקב בעצמו הביא מ"ש הריטב"א בחי' פ"ב דכתובות באשה הטוענת על בעלה שכופה אותה ומשמשתה נדה דאינה נאמנת אף שהבעל מכיר בשקרה מטעם "דהא דרב המנונא הבו דלא להוסיף עלה ואין לנו שהאמינוה מדרה"מ במידי דמשוי ליה בשיני, וכבר הארכתי בזה בתשו' שאלה".

ובפס"ד הנ"ל הו"ד אזאה"ר, ז"ל: - "ומ"מ לענין מזונות - לא מלאנו לבנו להוציא מן הבעל לפי שחשב (העדות ביעקב) שסברת הריטב"א שאין האשה נאמנת למשוי את הבעל רשיעא יחידאה הוא אבל לדידן חזינן דהרדב"ז ס"ל כהריטב"א מאן ספן לאפוקי ממונא מיד הבעל היפך דעתם", ועי' שו"ת הרדב"ז ח"ג סי' ת"ו: "וא"ת הא קיי"ל שכל דבר שהבעל קים לי' היא נאמנת שאין אשה מעיזה כו'... דבשלמא בטענת אינו יורה כחץ או גרשתני לא משוי לי' רשע בטענתה אבל בנ"ד אם אתה מאמינה נמצא אתה עושה אותו פריץ ורשע ולא מהימנה לה בכה"ג וכן כתבו ז"ל דלא מהימנינן לה אלא במידי דלא פגמא לי'".

וכ"כ שם בסי' ת"ז: - "... אבל כד מעיינת שפיר תשכח דלאו הכי הוא ולא דמיין אהדדי כלל דבשלמא גבי האומרת גרשתני לא משוי לי' רשע ומ"ה מהימנא, אבל בנ"ד קא משוי ליה רשע ולפיכך אי"נ כלל וכ"כ הריטב"א ז"ל וז"ל ואין לנו שנאמינוה בשום מקום בתלמוד מדרה"מ מבמידי דפגמא לי'...".

אלא שבכל זאת הוכרע הכף כהעדות ביעקב בגלל דברי הכתב סופר בחאה"ע סי' ק"ג שהוכיח מתשו' הרא"ש כלל מ"ג דפליג על הרדב"ז, וחילי' דידי' הוא מכיון דהרא"ש פסק באשה הטוענת שאין לבעלה גבו"א והוא מכחיש אותה נאמנת מהא דרה"מ והלוא אם נכונים דבריה הרי הוא עובר בלאו דעונתה לא יגרע כשמסרב לגרש אותה, וע"כ דאף במקום דמשוי לי' רשיעא ג"כ נאמנת. והואיל והלכה זו שהעלה הרא"ש פסוקה היא באה"ע סי' קנ"ד בלי שום חולק, אפי' קים לי אי אפשר לטעון כהרדב"ז.

אכן נראה דאין בזה כדי הכרעה נגד הרדב"ז. ל"מ לדעת המבי"ט ח"ג סי' קל"א דדוקא בכיון לצערה הוא דקעבר על לאו דעונתה לא יגרע, וכפשטות לשון הרמב"ם פי"ד מה"א, ולדידי' ז"ל בודאי אין שום הכרח מהא דהטוענת שאין לו גבו"א, אלא אף לדעת המהר"ם אלשיך סי' נ' דסובר: "דאף כשאינו מכוין לצערה אך היא מצטערת אם אינו חולה או אנוס עובר בלאו זה, ולא כתב הרמב"ם "אם עבר ומנע כדי לצערה עבר בל"ת" אלא לאפוקי מהא דכ' אח"כ ואם חלה או תשש כחו כו' אבל לעולם בבריא והיא מצטערת ומוחה והוא מונע עונתה ודאי שעובר". יש לדון בראי' הנ"ל.

www.eretzhemdah.org

וז"ל הרמב"ם בפי"ד מה"א: "אסור לאדם למנוע אשתו מעונתה ואם עבר ומנע כדי לצערה עבר בלא תעשה שבתורה שנאמר שכ"ו לא יגרע, ואם חלה או תשש כחו ואינו יכול לבעול ימתין ששה חדשים שמא יבריא שאין לך עונה גדולה מזו, ואח"כ או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה".

ולדעת מוהר"ם אלשיך לכאורה י"ל בכוונת הרמב"ם, הואיל "ועונה האמורה בתורה לכל איש ואיש כפי כחו וכפי מלאכתו" כמ"ש הרמב"ם בר"פ הנ"ל, והואיל והעונה הכי גדולה היא אחת לששה חדשים, ולכן כשחלה, זמן עונתו היא אחת לו"ח ואח"כ - שעבר התקופה הנ"ל ועדיין תש כחו - יוציא ויתן כתובה, ואם לא עובר על הלאו דלא יגרע.

דוגמא לזה כתב הב"מ בסי' ע' במ"ש המחבר "ואם הי' עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפי' לחם שהיא צריכה כופין אותו להוציא, וי"א שאין כופין אותו להוציא מאחר שאין לו". וכ' הב"מ: "... נלע"ד כדעת השו"ע שטעם הי"א שמדמו לבע"ח הטוען אין לי לשלם, ולע"ד לא דמי דש"ה דאגידה בי' וכשיגרשנה תנשא לאחר שיזונה וזה בידו והוי כבידו לשלם".

אמנם סברא זו עולה יפה לענין שעבודים ודיני ממונות דמכיון דבידו לשחררה בגט, כמוהו כבידו לשלם, הוא הדין לגבי שעבוד עונה ואין לו גבו"א, והיא תובעת גט כופין אותו להוציא משא"כ כשאנו דנין לענין עבירת הלאו דלא יגרע בזה אין לנו אלא לפרש את הלאו ככתבו וכלשונו, ולא עדיף לאו זה מכל לאוין שבתורה דפטרי' רחמנא כשהוא אנוס. ואי משום דסמיא בידו להפקיע ממנו את החיוב הזה ע"י גט, מ"מ בזה שאינו פורק ממנו חיוב זה, אכתי אין לדונו כעובר על הלאו הנ"ל.

[ובעיקר שיטת מוהרמ"א ז"ל בדעת הרמב"ם צ"ע ממ"ש הרמב"ם שם בה"ב "ותלמידי חכמים יוצאין לת"ת שלא ברשות נשותיהן שתים ושלש שנים", וא"נ דאף בלא כיון לצערה עובר בלאו, למה הותר להם לעבור על איסורא דאורייתא].

ובנתיבות משפט דף רל"ג כתוב דבדבר דלאו כו"ע דינא גמירי לא שייך לומר שלא תהי' נאמנת משום דמשוי ליה רשיעא ומשוה"ט בטוענת שהוא מונע ממנה העונה נאמנת אף שלפי"ד עובר בלאו דעונתה לא יגרע, מכיון דלא ידע דעביד איסורא, ע"ש וע"ז השיג העדות ביעקב, וזל"ש: "זה אינו מן השם לאומרו דהאי גברא לא ידע קרא כדכתיב שכ"ו לא יגרע דדוקא במידי דאיכא פלוגתא בין תנאים ואמוראים וכיוצא... אבל ככל כה"ג דודאי הכל יודעין בו...".

ולפי"ז בהא מילתא דפליגי המבי"ט ומהר"ם אלשיך כשהבעל מונע ממנה עונתה כשאין לו כל כוונה לצערה, אם הוא עובר על הלאו או לא, בודאי לא שייך לומר בזה זיל קרי בי רב הוא, ושפיר היא נאמנת לומר שאין לו גבו"א, דלא פגמיה בי' מידי דאיכא למימר דלא ידע **דאיכא איסורא** וכמו"ש הנתיבו"מ.

זאת ועוד, לפימ"ש במשפט צדק ח"א סי' נ"ט "היכא דאיכא קטטה בינו לבינה מתחלה ואמרה ששכב עמה בנדתה אינה נאמנת אבל אם אין אנו יודעים סבת הקטטה מה היא והיא טוענת שבשביל שרוצה לשכב עמה בנדתה מריב עמה נאמנת".

וא"כ במקרה דנן דהוחזקה קטטה ביניהם מיום שהגישה האשה תביעת גירושין לביה"ד בשנת תש"כ, ואז - כאמור לעיל - האשימה אותו בכל מיני אשמות שהכריח אותה להתחתן אתו בניגוד לרצונה, וכי היא מואסת בו מזמן אירוסיה ועל התנהגותו האכזרית כלפיה ועוד טענות פרט לטענה שהוא חי אתה שלא כדרכה שלא השמיעה אותה רק בזמן האחרון, וכל הזמן משנת תש"כ ועד הנה מחפשת האשה כל טצדקי להשתחרר מבעלה הרי אין לך קטטה גדולה מזו, ובכה"ג אין לאשה חזקה שאיננה מעיזה בפני בעלה, וכנ"ל.

נוסף ע"ז, כבר כ' הרדב"ז בתשובה הנ"ל סי' ת"ז: - "עוד אני אומר בזה"ז שהדור פרוץ מרובה על העומד והעזות פנים רבה על פני כל הדור אפי' בהה"א דרב המנונא לא מהימנינן לה... וכ' עלה הריטב"א ז"ל ובוודאי שדין זה נכון הוא... אלא שאני רואה הסכמת כל הפוסקים להקל ע"ז והוא ז"ל כ"כ בדורו אבל בדור הרע הזה כדאי הוא לסמוך עליו ואפי' שאר הפוסקים היו מודים לו בדור שלנו דאלת"ה לא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה שפני הדור כפני הכלב מעיזה ומעיזה כדי להשמט מתחת בעלה".

ובשו"ת עדות ביעקב הנ"ל כתוב: - "ועוד דאפש"ל דמהר"ם ז"ל לא דבר בכל הנשים אלא באיזו אשה הניכרת ומוחזקת לחצופה ופרוצה, אמור מעתה באשה הלזו דנ"ד דצניע ומעלי טובא כאשר למפורסמות כו' דודאי נאמנת היא בכל הדברים ואפי' לדעת מהר"י וויל בתשו' סי' נ"ב ומהר"ם אלשקר בסי' פ"ט ומהר"ב ן' זמרא כו' אשר פסקו הלכה למעשה כדברי מהר"ם ז"ל נלע"ד... היינו דוקא להאמינה עפ"י דבורה לחוד... אבל ודאי אי אנן ב"ד נותנים אותה שיקבל חרם וכ"ש שבועה על טענותיה ודאי דבהא לא אמרה אדם מעולם דלא תהוי נאמנת בשבועתה... בודאי דפשיטא דנאמנת דאם נחשדו להיות מעיזות פניהם זע"ז מ"מ לא נחשדו לישבע על שקר".

והנה מפשטות דברי מוהר"ם ז"ל (במרדכי פ' עשרה יוחסין) משמע דבכל הנשים מיירי, לאו דוקא באשה המוחזקת לחצופה ופרוצה, וכ"נ מדברי הרמ"א באה"ע סי' קנ"ד. גם מ"ש להאמינה בשבועה, וזה בהנחה שאמנם נחשדו בנות ישראל בזה"ז להיות מעיזות פניהם, ואם כן שבועה זו מה טיבה, ואטו באשה הטוענת שאינה ראויה לבנות ממנו בטענה שאין זרעו יוכ"ח - דבר שאין בעלה מכיר בשקרה - האם תהיה נאמנת בשבועה? ועוד מאי חזית להאמין לה בשבועה ולא לו, ואם גם הוא מוכן לישבע על כנות דבריו מאי איכא למימר, ואף גם זאת בזמנינו גם שבועה ערביך ערבא צריך.

ובפרט במקרה אשר בפנינו שכל הזמן לא העלתה טענה זו רק כשראתה שאין טענותיה מתקבלות על לב ביה"ד, חגרה עוז בנפשה וקמה להשמיע טענה זו, וכמו שאמרה בעצמה: - "לא היה לי העוז להיבטאות במלים, עכשיו שאני רואה שזה עלול להרוס חיי אני מעלה כל מה שיש לי לומר".

ודבר זה מעורר קצת ספק בלב, כי לו היו נכונים דבריה כי אז היתה משמיעה אותה בתחלת הדיון ולא היתה טומנת בחובה טענה זו שש שנים, גם מה שהוסיפה: - "עד עכשיו לא רציתי להעלות מטעמי צניעות ובושה" - צריכה חיזוק, כי מדברי הפוסקים הנ"ל שמענו כי בדורות האחרונים ירדה חוצפה לעולם, ואשה חשודה לטעון בפני בעלה דברים בלתי

www.eretzhemdah.org

נכונים גם כשבעלה מכיר כי בשקר יסודם, אך להאמין לה שמטעמי צניעות ובושה לא היה לה העוז להשמיע בפני בעלה גם דבר אמת, עליה הראיה להוכיח שאמנם היא אשה "**צניע ומעלי טובא**".

ועיין בעדות ביעקב הנ"ל: - "אך אכתי צריכין אנו למודעי... עד שנכוף אותו להוציא נכוף אותו שלא יעשה עוד כדבר הרע הזה... אין אדם דר עם נחש בכפיפה דאשה בושה לבוא לב"ד כל פעם... אבל לענין מעשים מכוערים כאלה אשר עת עשייתו אותם דברים אלה היא מסורה בידו ואין בידינו לעשות תקנה לדבר הנוכל להשים שומר על הפתח כל הלילה...".

והנה בנ"ד הציע הבעל - כאמור לעיל - שבימי נסיון לשלום תגור אתם אם האשה והיא תהי' נאמנת לומר מי האשם, הרי גם לדעת הגר"י די בוטון ז"ל י"ל דאין מקום לטענה הנ"ל.

אמנם בדבר הנימוק השני, לחייבו במתן גט מטעם שהבעל טרם קיים פו"ר וכל כמה דאגידא בה לא יהבי לי' אחריתי, לכאורה לא רק שיש לחייבו בגט אלא אף מיכף כייפינן לי' כמבואר בתשו' מיימוני אישות סי' ל"ד, ועי' בדברינו בפס"ד בת"ד רבניים כרך ג' מעמוד 16 והלאה.

ובתשו' רמ"א סי' צ"ו כתוב: - "ואם היות שאח"כ כ' [הריב"ם בתשו' מיימוני הנ"ל] שקשה הדבר שא"כ עשינו תקנה לפריצות הנה תראה שבסוף דבריו מסר הדבר לב"ד".

ובמקרה דנן שהם חיו יחד תקופה קצרה מאד (ביחס לימי הפירוד), לדברי הבעל קרוב לשנתיים ולדברי האשה אף פחות מזה, ושבע עשרה שנה שהם בנפרד ואתתא דא בחדא מילתא סריך שאינה יכולה אף להסתכל בו מתוך שהיא מואסת בו, ואף שלא הצליחה להוכיח טענותיה שהטיחה כלפי בעלה מ"מ עצם העובדא שהם בנפרד כ"כ הרבה שנים, לאו מילתא דשכיחא היא כלל, ואם נכוף אותו במקרה דנן לא יהי' בזה משום תקנה לפרוצות כי יש מקום רב להניח שסירובה להשלים עם בעלה לא נובעת מתוך פריצות אלא בגלל התנהגותו המוזרה כלפיה המאיס עצמו עליה.

ואף למ"ש רעק"א בסו"ס דו"ח די"ל דדוקא בשהה י"ש חוששין שלא ישא אחרת כיון דבת תשמיש היא, לכן כייפינן לי', אבל באופן שהיא אסורה עליו מסתמא ישא אחרת ואין כופין אותו. הנה הא דקמן אשתו מרדה בו שנים הרבה והבעל כל הזמן יושב ומצפה - לדבריו - שמא תשוב אליו ובוטח על שקר, ובינתיים הוא בטל ממצות פו"ר.

אולם בהתחשב בגילו של הבעל שלפי גירסת האשה הוא כבר בן ששים וחמש שנים, גם לפי דבריו הוא למעלה מחמשים, וספק גדול הוא אם יעלה הדבר בידו לקחת אשה בת בנים אף אם ירצה בכך, ואין מקום לכופו לקיים מצות עשה אא"כ נראה לנו שסיפק בידו לקיים המצוה. אך בנוגע לענין חיוב, בודאי מוטל עליו לעשות כל טצדקי ולנסות שמא יעלה הדבר בידו להתחתן עם בת בנים.

ולכן צדק כב' ביה"ד האזורי בחייבו במתן גט, אם כי - לפי האמור - חיוב זה נובע משום לתא דידיה ולא משום לתא דידה.

יוסף שלו' אלישיב

עיינתי בחומר שלפנינו, בפסה"ד של כב' ביה"ד האזורי, ובדברי ידידנו הגרי"ש אלישיב שליט"א אשר העמיק והרחיב בכל צדדי הדיון, ובהתאם לזה הסיק מסקנותיו לדינא. ואחרי העיון נ"ל להעיר בכמה וכמה פרטים של הדיון, שמהם תוצאות על המסקנא ההלכתית.

א אם יש כאן משום חוזר וטוען

הפס"ד מסתמך ביסודו על טיעון האשה שבהופעתה האחרונה בפני ביה"ד, שהבעל חי עמה שלא כדרכה, טענה שלא נאמרה על ידה בפירוש בטיעוניה הקודמים. וכב' ביה"ד קבע שאין כאן משום טוען וחוזר וטוען, ונראה שצדקו בזה, דהנה בחו"מ סי' פ':

> "מי שטוען בב"ד טענה אחת וכו' אם בא לתקן טענה ראשונה ולומר לכך נתכוונתי ויש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון, שומעין לו. בד"א שלא יצא מבי"ד, אבל אם יצא מבי"ד אין שומעין לו, דשמא למדוהו לטעון שקר".

ומקור ההלכה בב"ב ל"א, שטען קודם "של אבותי" וחזר וטען "האי דאמרי לך דאבהתי - דסמיך לי עלה כדאבהתי", שזה בא "לתרץ דבריו הראשונים, אעפ"י שמכחישם קצת" (רשב"ם שם). וכן עוד שם אופן אחר, שלד"ה יכול לתרץ דבריו, כשמתרץ דבריו הראשונים ואומר "מאי של אבותי - שלקחוה מאבותיך". ובתוס' שם נסתפקו דשמא בכה"ג גם אם יצא מביה"ד נאמן. אכן דעת הרבה מהראשונים, דגם באופן זה אינו נאמן לתרץ דבריו אחר שיצא מבי"ד.

בכל אופן הדיון הוא רק באופן שמשמעות טענתו הראשונה אינה כפי מה שרוצה לבאר אח"כ. כי גם התיקון "של אבותי - שלקחוה מאבותיך" אינו כמשמעות טענתו הראשונה, שלעומת השני שאמר "של אבותי" אמר הוא - "של אבותי", היינו שכאילו בא לסתור טענת האחר, ולומר שהם שקר. אבל אם טענתו הראשונה היתה ניתנת להתפרש כפי מה שטוען לבסוף, היינו שטענתו היתה סתומה וצריכה ביאור יתר, כגון הא דסי' ע"ה ס"א: התובע את חבירו בבי"ד מנה לי בידך, בי"ד אומרים לו ברר דבריך - ממה חייב לך" וכו'. וכן הנתבע וכו' צריך לברר דבריו. פשוט, דבכה"ג שבי"ד שואלים אותו והוא מברר דבריו, א"ש לענין חוזר וטוען, וגם אם יצא באמצע מביה"ד, יכול הוא לפרש דבריו, ללא כל ספק. כי אין כאן טענה חדשה "לתקן" טענתו הראשונה רק על דרך "שיש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון", ואין זה אלא ביאור הטענה הראשונה שזה ודאי יכול. וכיו"ב בתוס' כתובות כ"ב ד"ה מנין.

והנה בנידון שלפנינו בהופעת האשה באחת הישיבות הראשונות של ביה"ד, שהוקדשו לשמיעת הטענות והטענות שכנגד, טרם נעשו סיכומי הטענות, ב"י"ד טבת תשכ"א, טענה האשה בין השאר "עשה צעדים למניעת הריון והרופא אמר שזה מזיק לבריאותי".

www.eretzhemdah.org

ואילו בישיבת בי"ד האחרונה, שעל סמך הטענות הוצא פס"ד המעורער, אמרה "לא חיינו חיי אישות וכו' הוא אמר שיש עוד זמן לילד הלכך לא נכנסתי להריון". ואח"כ הוסיפה "הוא לא חי באופן נורמלי". ובזה הסבירה דבריה, לאחר לחץ של ב"כ הבעל שתפרש דבריה, שהכוונה ל"שלא כדרכה".

איני רואה שיש בדבריה האחרונים משום גדר של תיקון דבריה הראשונים, ואין כאן אלא פירוש הדברים בלבד, שכן "צעדים למניעת הריון" יכולים להיות בצורות שונות, זה יכול אמנם להיות כפי שטען הבעל לאחרונה ש"דש מבפנים וזורה מבחוץ", אך גם יכול להיות, דהיינו שחי עמה שלא כדרכה. ובכגון דא היה על ביה"ד מיד לדרוש ממנה לבאר טענותיה כדין המבואר בסי' ע"ה הנ"ל. וכהא דתשו' הרשב"א הו"ד בב"י סי' קנ"ד הטוענת על בעלה שאינו יכול וכו' **שואלים ממנה בי"ד** ואומרים לה שתפרש דבריה וכו'. שכן אין למעשה בטענתה האחרונה בפני ביה"ד, "הוא לא חי באופן נורמלי", יותר מאשר בדבריה הראשונים. ואילולא הלחץ של ב"כ הבעל שתפרש דבריה, גם אז היה אפשר להבין הכונה שדש בפנים וכו' שהרי גם זה הוא לא נורמלי.

(אגב, ממה שנאמר בפרוטוקול של י"ד טבת תשכ"א ש"הבעל מכחיש דברי האשה". בעוד שבישיבות האחרונות הוא עצמו אמר שדש מבפנים וזורה מבחוץ למנוע הריון, א"כ מה זה שהכחיש דבריה כשאמרה "עשה צעדים למניעת הריון". מוכח מזה, שהבעל כן הבין בדברי האשה שהכונה לשלא כדרכה, שהרי לא אמר ששיקר בטענותיו הראשונות ועכשיו הוא חוזר בו).

וממה שהאשה עצמה לא מצאה לנכון מיד לבאר דבריה אין להוכיח כלום, דאטו נשי דינא גמירי, ויתכן שחשבה שמספיקה טענתה שלא היו אלו חיים כדרך כל הארץ במה שנקט צעדים למניעת ההריון, יהיה באיזו צורה שהיא. בפרט, שכפי מציין כב' ביה"ד, התרשם מטענות האשה ש"ניכרים דברי אמת", ונמנעה מלפרט פירוט יתר "מתוך הרגשת בושה וצניעות".

והרי לחד לישנא בתוס' יבמות ס"ה (ד"ה אי איהי שתקה) בטענת אינו יורה כחץ, הא דיוצא הוא "משום דשמא אין לה הנאת תשמיש כ"כ", והיינו שגם זה הוא בגדר עינוי. ונימוק זה הרי קיים גם בדש מבפנים וזורה מבחוץ. וא"כ לא נפלאת היא שהאשה לא חשה לבאר יותר מפני שסברה, שאיך שלא תהיה משמעות הדברים ה"ז מספיק לחייבו להוציאה, כיון שאינו חי אתה כדרכו של עולם. והרי אמרה עכ"פ שדבר זה גרם לה הפרעות שהרופא אמר שזה הזיק לבריאותה, וזהו העיקר שנראה לה כקובע.

סוף דבר: אין כאן משום חוזר וטוען, ויש להתחשב עם טענותיה האחרונות, כאילו נאמרו בראשית הדין ודברים שביניהם.

ב בנאמנות האשה להכחיש הבעל כשטוענת שבא עליה שלא כדרכה

כב' ביה"ד בפס"ד דן בנאמנות האשה בכגון דא, עפי"מ שהרדב"ז הגביל נאמנות האשה רק לגוונא שאינה עושה אותו כרשע. והוכרע עפ"י משו"כ בכתב סופר שהוכיח מתשו' הרא"ש כלל מ"ג שחולק על הרדב"ז, דפסק שם באשה הטוענת שאין לבעלה גבו"א והוא מכחישה נאמנת מהא דרה"מ, והרי אם נכונים דבריה עובר בלאו דעונתה לא יגרע כשמסרב לגרש אותה. והלכה זו פסוקה היא בשו"ע סי' קנ"ד ללא חולק.

וע"ז מעיר כב' הגרי"ש אלישיב שליט"א דאין בזה כדי הכרעה נגד הרדב"ז:

> "לא מיבעי לדעת המבי"ט ח"ג סי' קל"א דדוקא בכיון לצערה הוא דקעבר על לאו דעונתה לא יגרע, וכפשטות לשון הרמב"ם פי"ד מה"א. ולדידיה ז"ל בודאי אין שום הכרח מהא דהטוענת שאי"ל גבו"א. אלא אף לדעת המהר"ם אלשיך סי' נ' וכו' סברא זו עולה יפה לענין שעבודים וכו' משא"כ כשאנו דנים לענין עבירת הלאו דלא יגרע, בזה אין לנו אלא לפרש את הלאו ככתבו וכלשונו ולא עדיף לאו זה מכל לאוין שבתורה דפטריה רחמנא כשהוא אנוס. ואי משום דסמיא בידו להפקיע ממנו את החיוב הזה ע"י גט, מ"מ בזה שאינו פורק ממנו חיוב זה, אכתי אין לדונו כעובר על הלאו הנ"ל. עכ"ל."

וע"ז אני אומר דלענ"ד: א', אין בענין זה הבדל בין המבי"ט למהרמ"א, דגם למבי"ט יש לדון בזה מצד לא יגרע; וב', לפי שתי השיטות בלאו זה (וכן בשאר לאוין - בכה"ג) שיכול לסלק מעל עצמו את חיוב הלאו ואינו מסלק, אין לדונו כאנוס. ונבאר הדברים:

לנקודה א'. נראה דגם המבי"ט לא בא להוציא אלא **כשממעט** עונתה, וזה בגלל עניני עסק למסחר, אבל לא **כשמונע** ממנה כל חיי אישות שהם בגדר "דברים שנשאת עליהם לכתחילה" (כלשון התוספתא שהובאה בתוס' כתובות מ"ח ד"ה ראב"י), דז"ל המבי"ט שם:

> "גם מצות עונה אינה כשאר רוב מצוות השוות בכל אדם, אלא כפי מה שהוא אדם וכפי אומנותו וכו'. וכ' הרמב"ם ז"ל שאסור למנוע אשתו מעונתה וכו', נראה שאם לא כיון לצערה אלא מפני עסקיו, לא עבר וכו', שהרי מצות שכ"ו אינה מצוה נמנית אלא שהיא מצות ל"ת שלא יגרענה וכו' ומפני זה פורצים בה בנ"א ללכת בדרכים וסחורות יותר מזמן העונה וכו'".

ודבריו אמורים לענין מה שנשאל במי שנשבע ללכת למקום היבמה לחלוץ או ליבם, והשוה זאת ליוצא לעסקיו, שאין אשתו מונעת ממנו ולא גרע מזה היוצא לצורך מצוה.

א"כ הדבר אמור רק בהמנעות מעונה בגלל סיבות מסוג זה, שהוא מדרכו של עולם, ובזה כ' שמאחר שממילא אין זמן עונה קבוע לכולם באופן שוה, והקביעות היא לפי האדם והתעסקותו, כל עיקר האיסור הוא (כל עוד שאין כאן המנעות מוחלטת, רק שישנם הפרשי זמן גדולים יותר או פחות), רק אם הוא נמנע בכונה לצערה, שאז אינו תלוי בזמן, ואפילו בזמן מועט עובר בלא יגרע, שאז יש בזה משום עינוי, וכמ"ש אינו דומה מי שיש לו פת בסלו וכו' (כתובות ס"ג:). [ומהאי טעמא לא ידענא מאי קשי"ל למר על דעת המהרמ"א מהא דת"ח יוצאים שלא ברשות שתים ושלש שנים. והקשה "א"נ דאף בלא כיון לצערה עובר בלאו, למה הותר להם לעבור על איסור דאורייתא". ואני תמה ע"ז אטו ו'

חדשים כתיבא באורייתא? והרי אין זה אלא שיעור שקבעו חכמים לפי דרכם של בנ"א והתעסקותם, שההרחקה הגדולה ביותר מהבית היא של הספנים, וקבעו שיעור זה (כמש"כ הרמב"ם) גם למי שחלה, אבל פשוט הוא דגם שיעור זה הוא לאו דוקא, ות"ח שמרחיקים נדוד, שיערו חכמים גם מצד קפידת האשה, גם מצד ערך הענין וחשיבותו בכלל, שגם העדרות של זמן שתים ושלש שנים אינו חורג מהמסגרת של חיי משפחה נורמליים, ובזה גם המהרמ"א ודאי מודה, והיכן כאן היתר לעבור על איסור דאורייתא?]

אבל במי שאין לו גבו"א שכל חיי המשפחה מנועים ממנה, בזה ודאי לית דין ולית דיין שיש כאן משום "לא יגרע". ויש רק לדון מצד שאינו עושה זאת במתכוין, אלא אנוס הוא על כך. ובזה הרי הדיון למבי"ט הוא הוא מאותו נמוק שלפי המהר"מ אלשיך ז"ל, ויתבאר להלן בע"ה.

וודאי, שכך הוא הדבר, שגם למבי"ט "כונה לצערה" הוא לאו דוקא, אלא כל המנעות מחיי אישות, וגם אם אינו רוצה לצערה כלל, הוא בכלל האיסור דלא יגרע, דהרי איתא בהגדה שהובאה בר"ן שלהי נדרים ובראב"ד פי"ד מאישות הט"ז במה "שאמרה לו שרה אמנו לאברהם השמים ביני וביניך שנ' ישפוט ה' ביני וביניך". וביאר בזה הר"ן שבזה אי"צ לטענת בעינא חוטרא לידא וכו' משום "שהוא מרוחק ממנה לגמרי, כגון שרה, שהיתה טוענת על אברהם שריחקה מחמת הגר" וכו'. והרי שרה אמנו לא באה בטענה שיגרשנה מחמת השעבודים והחיובים שאינו ממלא, אלא תבעה ממנו על שהוא מרוחק ממנה. והרי הוא גם לפי טענתה, לא בכדי לצערה עשה זאת אלא "שריחקה מחמת הגר", ובכל זאת אמרה "ישפוט ה' ביני וביניך" שהוא ודאי מצד גדר האיסור שבא אח"כ בתורה "לא יגרע". דאל"כ אין מקום למסור דינה לשמים, מאחר שמבחינת התביעה שלה יכולה רק לתבוע שיגרשנה, ולא בהכרח שיקרבנה, כפי טענתה.

ובעצם דבר זה גם יוצא מפורש ממקור האיסור ד"לא יגרע" שנאמר בתורה בקשר לאמה העבריה (שמות כ"א י): "אם אחרת יקח לו, שארה כסותה ועונתה לא יגרע", מתבאר מתוך הכתוב שהסיבה לאפשרות המנעותו ממנה אינו בגלל שמכוין לצערה, אלא בגלל אותה אחרת שלקח לו, ומ"מ בזה נאמר עיקר האזהרה "לא יגרע". הרי שלאו דוקא כשמכוין לצערה, אלא כל המנעות החורגת מהתנאים הנורמליים של חיי אישות של איש ואשה זו, חל בזה הל"ת "לא יגרע".

ולפ"ז במי שאי"ל גבו"א ואינו יכול לגמרי לקיים העונה, היש עוד מקום לומר שאין זה בכלל ה"לא יגרע"? ואם - למשל - יהא סמיא בידו להתרפא, ודאי חייב לעשות זאת, ואם אינו מרפא עצמו ודאי עובר ב"לא יגרע" אליבא דכו"ע, ואין בזה חולק.

ב' ונבא מעתה לדון מצד דכיון דאי"ל גבו"א ה"ז אנוס. ויצא כב' הגרישו"א שליט"א לחלק בין השעבודים של בעל ואשתו, שבזה אם אינו יכול לקיימם בדין שיגרשנה. משא"כ בנוגע לצד האיסורי של הל"ת של "לא יגרע" בזה קיים הכלל של אונס רחמנא פטריה וכו', וכנ"ל.

ול"נ דאם אמנם "לא עדיף לאו זה מכל לאוין שבתורה", כל כה"ג שיש בידו לסלק האיסור ואינו מסלקו אינו בגדר אנוס כלל, אלא כעובר מרצון. ודמי להא דכת' הרמב"ם בפ"ה מיסוה"ת לענין מי שאנסוהו לעבוד ע"ז וכיו"ב מן האונסין: "אם יכול למלט נפשו ולברוח מתחת יד המלך ואינו עושה, הנה הוא ככלב שבא על קיאו, והוא נקרא עובד ע"ז **במזיד** וכו'".

ודבר זה בנידון שלנו מבואר יוצא באו"ע סי' ע"ז ס"א לענין מורד מתשמיש:

"המורד על אשתו ואמר וכו' איני בא עליה מפני ששנאתיה וכו' וישב ולא ישמש כל זמן שתרצה היא לישב, ואעפ"י שכתובתה הולכת ונוספת, הרי הוא עובר בל"ת שנאמר לא יגרע".

והוא מלשון הרמב"ם פי"ד מאישות הט"ז שהוסיף ב"ר דברים:

"שאם שנאה ישלחנה, אבל לענות אסור".

והרי בזה ששונאה הדין כמבואר כאן "ישב ולא ישמש" והיינו **שאסור** לו לשמש, כמבואר בב"ש שם:

"ואין כופין אותו לשמש, דאיסור הוא דכתיב בלא דעת נפש לא טוב, דצריכים דעתו ודעתה וכו'".

א"כ הרי הוא אנוס במימרא דרחמנא, ולא גרע מכל אונס דעלמא. וא"כ אמאי עובר על "לא יגרע". אין זה אלא מפני שעכ"פ סמיא בידו לגרשה, וכמש"כ הרמב"ם הנ"ל "שאם שנאה ישלחנה", הרי שבכה"ג שיכול לסלק מעצמו את הל"ת ע"י גירושין, אם אינו עושה כן, אין דנים אותו על מה שנמנע מלשמש עמה בגדר אונס רחמנא פטריה, אלא הרי הוא כעובר במזיד ממש.

ועד שאנו דנים תוך דימוי מילתא למילתא, הדברים בעצמם מפורשים הם בתשו' לרשב"א שהו"ד בב"י סי' קנ"ד:

"ובתשו' אחרת כ' בטוענת אינו יכול, בעניותנו אין בידינו ראי' מכרעת וכו', אבל למקצת המפרשים וכו' באינו יכול כופין להוציא, ואפי' באה בלא טענה שזה מעיקר הזיווג שלא ע"ד כן נכנסה, ועוד שהוא עובר על מ"ע, ואפי' באומר הוא בבגדו והיא בבגדה כופין כ"ש מי שאינו נזקק לה כלל וכו'. עכ"ל. הרי שכ' מפורש שבכה"ג שאינו יכול הוא עובר על מ"ע, והיינו ודאי מצד "לא יגרע"."

[אלא שצ"ע לכאורה הא דכ' דעובר על מ"ע וה"ז ל"ת ד"לא יגרע", ואולי זה ט"ס, וצ"ל ל"ת. אכן עי' סה"מ לס"ג עשין ע - ע"ב ומש"כ בדבריו הגרי"פ פערלא].

ומעתה קמה גם נצבה ראית הכת"ס, דגם בכה"ג דמשוית ליה רשיעא לפי טענתה שאין לו גבו"א, שעובר על "לא יגרע", ומ"מ אמרינן דנאמנת, שמעינן דאין חילוק בדבר, ולעולם נאמנת.

ואין גם לטעון דמ"מ אין הלכה זו פשוטה, ושמא חושב הבעל שבכה"ג שהוא אנוס אינו עובר; אין הדבר כן, דהרי עכ"פ בידי בי"ד להודיעו, שאם האמת כדבריה רשע הוא, ואם אעפי"כ יעמוד בדיבורו, לא תהא נאמנת בטענתה לישויה ליה רשיעא, וע"כ דבכל גווני נאמנת.

עוד נימוק מעלה כב' הגרישו"א שליט"א שלא להאמינה:

www.eretzhemdah.org

"לפי מש"כ במשפט צדק ח"א סי' נ"ט "היכא דאיכא קטטה בינו לבינה מתחלה ואמרה ששכב עמה בנדתה אינה נאמנת, אבל אם אין אנו יודעים סבת הקטטה מה היא, והיא טוענת שבשביל שרוצה לשכב עמה בנדתה מריב עמה - נאמנת". וא"כ במקרה דנן דהוחזקה קטטה ביניהם מיום שהגישה האשה תביעה לגירושין וכו' וכל הזמן משנת תש"כ ועד הנה מחפשת האשה כל טצדקי להשתחרר מבעלה הרי אין לך קטטה גדולה מזו, ובכה"ג אין לאשה חזקה שאיננה מעיזה בפני בעלה וכנ"ל. עכ"ל."

אולם יסוד החידוש של המשפט צדק שבמקום קטטה מעיזה פניה הוא על פי מש"כ התוס' ב"מ י"ז: (ד"ה הוציאה גט) לענין אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת, וכתבו שם: "אם תובעת כתובתה או אם יש קטטה בינו לבינה אינה נאמנת, כמו במת בעלה דנאמנת, ובזה הענין אינה נאמנת".

א"כ אין לנו אלא בדומה להא דמת בעלה דלא מיקרי קטטה אלא כשהוחזקה שקרנית. וכבר דנו הרבה האחרונים במ"ש באע"ע סי' י"ז ס"ב בענין אשה שאמרה לבעלה גרשתני והובאו קצת בפ"ת שם ובאוצה"פ ומסקנת הדברים נ' דהוא רק בגוונא דקטטה שהוחזקה שקרנית, וכלשון התוס' הנ"ל שלא למדו זאת אלא מהשואה למת בעלה, והרי שם מפורש בגמרא תנאי זה.

והכי ודאי מסתבר שאם נאמר שבכל קטטה מעיזה פניה, לא יתכן כל ההלכה של אומרת גרשתני או כשטוענת שאי"ל גבו"א, דכשבאים לבי"ד ה"ז מסתמא אחרי קטטה ארוכה בבית, ומי יודע עכשו מה היה ראשית הקטטה, ויכול תמיד הבעל לטעון שתחילת הקטטה לא היה על רקע זה, והאיך נאמין לה, אם בכה"ג מעיזה ומעיזה?

ובנידו"ד הן לא הוחזקה שקרנית, ומראשית טענותיה כבר אמרה דברים שניתן להבינם כפי מה שטענה לבסוף, א"כ אין לנו לפסול נאמנותה מצד סברת המשפט צדק.

ואשר לטיעון שבזה"ז שהדור פרוץ וכו' אזלה לה חזקה דרב המנונא, דיינו בהתרשמותו של כב' ביה"ד שדן בדבר ושבפניהם הופיעו במשך כל זמן ההתדיינות הקובעים כנ"ל שאינה מסוג נשים חצופות אלא אדרבא נראית בה "הרגשה של צניעות ובושה שעם ישראל חונן בהם", בכדי להשאיר אותה בחזקתה, שהיא החזקה דרב המנונא.

מסקנת הדברים: אשה הטוענת שבא עליה שלא כדרכה נאמנת אעפ"י שבעלה מכחישה, ואעפ"י שקיימת קטטה ביניהם, כל עוד שלא הוחזקה שקרנית, על דרך שמצינו באשה האומרת מת בעלה.

ג נאמנות האשה בנידון שלנו

הנה הארכנו בעקבות הדברים שכבר נאמרו בפס"ד של ביה"ד האזורי, ובדברי הגריש"א שליט"א. אכן נידון דידן נ' שאינו תלוי כלל במחלוקת, וגם לדעת הרדב"ז יש מקום להאמינה; אולם, מאידך גיסא, נ' שבנידון שלנו, הנאמנות לא תסייע בידה, מאחר שלא על סמך זה מבוססת התביעה. ונבאר הדברים בע"ה.

הנה דברי הרדב"ז הם מצד שאין נאמנת להוציא הבעל מחזקת כשרות, כפי שהוא לפי טענתה. א"כ אין זה אמור בנידון שידוע לנו בתור רשע, או - כנידון דידן - שעכ"פ גם הוא עצמו מודה במעשה רשע. דהרי גם לדבריו היה דש מבפנים וזורה מבחוץ, ואף זו עבירה היא שאינה פחותה משלא כדרכה. ואם אמנם אאמע"ר, מ"מ בכל כגון דא שהענין נוגע לתביעה ממנו, הרי בזה הוא נאמן כלפי עצמו, וכמו בהודאה שגנב וגזל, שצריך לשלם, וכל כיו"ב. עי' ר"ן פ"ז דשבועות אמתני' שכנגדו חשוד על השבועה. וכיון שכן, הרי לפי הודאתו לא קיימת כאן מניעה שלא להאמינה מצד דאין אשה מעיזה וכו'. בפרט, שיש כאן גם רגלים לדבר שעכ"פ נעשתה איזו שהיא פעולת מניעה מהריון, שהרי רוב נשים מתעברות ויולדות, וזו לא נבנתה הימנו, כדברי שניהם.

אכן כאמור נאמנות זו שלה לא תוכל לסייע לה בטענותיה, ואין בזה כדי לחייבו לגרשה גם לפי ה"עדות ביעקב", כי דבריו אמורים רק מצד שיש לשער שגם להבא ימשיך בדרכו הנלוזה, וכמש"כ שם: עניה זו מסורה בידו, ואין בידינו לעשות תקנה בדבר ולשים לו שומר הפתח וכו'. וכמו שמשוה זאת לאומר אי אפשי אלא אני בבגדי וכו' שהדברים אמורים כלפי מכאן ולהבא. משא"כ כאן שאינה טוענת זאת, וגם הבעל הציע צורה מסוימת של נסיון ושל פיקוח ומצהיר בפירוש שמכאן ואילך ינהג כדרכו של עולם, וטענת האשה איננה, שחוששת שלא יעמוד בדיבורו, אלא שטוענת שע"י התנהגותו זאת בעבר נמאס עליה ושוב אינה יכולה להזדקק לו גם כדרכו של עולם. א"כ הרי נופלת כאן הסיבה לחייבו בגירושין מצד שלא כדרכה, שהרי כל עיקר החיוב במקרה מעין זה אינו אלא מצד החשש והמסתבר שינהג כן גם בעתיד, בעוד שכאן היא עצמה בטענת מאוס עלי סותרת עילה זו. ונמצא שאין לדון כאן אלא מצד מאוס עלי. אכן מאחר שכנ"ל, נאמנת היא בעצם טענתה, הרי שיש לנו לדונה כטוענת מ"ע באמתלא מבוררת. ונראה עוד שבנידו"ד שיושבת עגונה זה עידן ועדנים ואעפי"כ ממשיכה בסירובה, נראים הדברים שגם שאר נימוקיה לטענתה מ"ע, הם אמת, בחלקם הגדול עכ"פ, ויש לדונה כטוענת מ"ע באמתלא מבוררת וכנ"ל.

ד חיוב במזונות בטוענת מ"ע.

כב' ביה"ד בפס"ד מסיק בצדק שמצד טענת מ"ע, ואף באמתלא מבוררת אין בכוחנו לכופו על הגט. דכן הדבר מבואר בתשו' הרשב"ש (תשו' צ"ג) והובאה בב"י סי' ע"ז שאעפ"י שצידד לומר שמעיקר הדין

"בזה אפילו האומרים שלא לכוף לגרש בטוענת מ"ע, יודו שכופין לגרש, שמה שאמרו שלא לכוף מחשש שמא נתנה עיניה באחר. ובזו אם הדבר מפורסם שבע"כ נשאה, נסתלקה חששא זו".

מכל מקום מסיק:

"אלא שלענין מעשה לא הייתי מיקל בכך".

אכן לענין מזונות נראה בכה"ג, שאם אמנם מצד חומר א"א אין מקילים בכך למעשה אעפ"י שהדבר נטה לזה, וכנ"ל, בחיוב המזונות שאין בו חומר זה יש לחייבו.

www.eretzhemdah.org

דהכי חזינן לפסוק במזונות בכה"ג שהדין נוטה לחייבו בגירושין, בתשו' המהרי"ט ח"א סי' קי"ג לענין הנכפה שהיתה דעתו נוטה שיש בו דין כפיה, ומ"מ נמנע מזה למעשה כמש"כ שם:

"ומכל מקום לענין כפיה וכו' אין לנו ראיה ברורה לכוף על הגט בטענה זו, ואין לנו אלא במקום שמצינו מפורש, אבל מטענת חולי הכפיה להיות דבר חמור מאד וראוי לכל אדם לברוח ממנו כבורח מן הנחש לבי נוקפי בדבר וכו'".

אולם לענין מזונות הסיק:

"ומזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט, שהרי גדולה מזו אמרו בפ"ק דמציעא כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה וכו'".

וני' שגם מתשו' הרא"ש (כלל מ"ג, ו', ח') ששם מבואר היסוד המשמש להלכה בהכרעה כשיטת ר"ת, שאין כפיה בטוענת מ"ע, משם גופא מוכח דבהסתלק החשש של עיניה נתנה באחר, הרי הוא חייב במזונותיה, דכך הם דבריו שם:

"ויותר התימה הגדול של הרמב"ם שכ' שאם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו לשעתו לגרשה, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה. ומה נתינת טעם לכוף האיש לגרש ולהתיר אשת איש, לא תבעל לו ותוצרר אלמנות חיות כל ימיה, הלא אינה מצווה על פו"ר וכו'."

ואם אי"ח במזונותיה בכה"ג, מה טענה היא זו שתוצרר אלמנות חיות כל ימיה, הרי צריכה היא למחיתה והרי יש אשה דלא ספקה, א"כ איך תתקיים עניה זו? אע"כ מאחר שאינה נאמנת על הגט, אם תמשיך בסירובה להיות עמו, דבכה"ג נסתלק החשש של עיניה נתנה באחר, נחייבנו במזונותיה.

[וצריך להעיר עוד שמהמשך תשו' זו, שלא הועתק חלק זה בב"י סי' ע"ז נראה שכל היכא שהאמתלא היא ברורה דעת הרא"ש ג"כ לכופו דכ"כ שם בא"ד:

"אמנם בנידון זה סיפר לי אחיה אמתלאות שנותנת למרידתה, ואתה דיין בדבר הזה, תחקור על הדבר אם יש ממש בדבריה.

ואם דעתו לעגנה ראוי הוא שתסמוך על מנהגכם בעת הזאת לכופו ליתן גט לזמן וכו'".

וזה כפי שמצדד הרשב"ש הנ"ל].

והנה בפס"ד הביאו משכ"כ הבית יעקב דהטוענת מ"ע אין לה מזונות, והוא עפ"י האמור בשו"ע סי' ע' דלא תיקנו מזונות אלא כשהיא עמו.

וע"ז כתבו בפס"ד הנ"ל, דאדרבא משם מוכח להיפך, שאם נותנת אמתלא ברורה חייב לזונה, והאריכו בזה.

אכן נ' שאין מזה סתירה להבית יעקב, כי שם המדובר כשנמנעת לחזור אליו בטענה שאינה יכולה לדור באותו מקום, אבל אינה מסרבת לדור עם בעלה במקום אחר. דבזה אנו אומרים כשיש לה אמתלא ברורה למה אינה יכולה לדור שם, אז החובה עליו לאפשר לה לדור במקום אחר; ואם אינו רוצה, הרי המניעה היא ממנו, וע"כ חייב במזונותיה, משא"כ כשטוענת מ"ע, ואינה רוצה בו בשום מקום ובשום תנאי, א"כ אין בידו שום עצה לכך, והוה המניעה ממנה. ובזה שרירה וקיימת טענת הבית יעקב שכל עיקר תקנת המזונות היא רק כשגרה עמו, משא"כ כשאינה עמו, אם גם יש לה סיבה מספקת לכך מצד המ"ע, עכ"פ אין זו אשמתו, ואין לחייבו בכה"ג במזונות.

אכן נ' שאין טענת הבית יעקב טענה, אלא במ"ע בלי אמתלא. משא"כ במקום אמתלא ברורה, שכנ"ל הדבר נוטה שיש כאן גם מקום לכופו על הגירושין, ורק מצד חומר דא"א חוששים לחומרא, בזה לגבי מזונות אין לפוטרו, כיון שמעוכבת להנשא מחמתו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת, וכהנמקת המהרי"ט.

וכבר הורה בכה"ג מרן הגריא"ה הרצוג זצ"ל בכל מקום שיש אמתלא אלימתא לחייבו במזונות בספרו היכל יצחק (סי' ב'-ג' שצוטטו בפס"ד הנידון). וחזינן מדבריו שגם הגרצ"פ פרנק זצ"ל שפקפק בענין מזונות מצד חשש גט מעושה (דבריו במ"ע שלא באמתלא מבוררת) ה"ז רק באופן שהאשה מרויחה כדי מזונותיה, באופן שהחיוב יהא רק מגדר כפיה על הגט, ובזה החשש הוא ברור. משא"כ כנידון שלנו, שהאשה שרויה בלא אמצעי מחיה, והחיוב במזונות הוא מעיקר הדין וכנ"ל, בזה אין חשש גט מעושה כמש"כ בתשו' הרשב"א הו"ד בב"י סי' קל"ד.

ויש להוסיף עוד שבני"ד שלכל הדעות, יש עליו חיוב לגרשה משום לתא דידיה, כיון שעדיין לא קיים פו"ר ואין שום סיכויים נראים שזו תחזור אליו, א"כ יצאנו גם מצד זה מחשש גט מעושה, שהרי באמת חייב הוא לגרשה, יהיה מאיזה טעם שיהיה.

מסקנת הדברים לדעתי, יש לפסוק:

א הבעל חייב לגרש את אשתו, אם כי מצד לתא דידיה.

ב כל עוד אינו מגרש הרי הוא חייב במזונותיה, ובזה מתקבלת דעת המיעוט.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

הובא בפני קונטרס מאת כב' ידידי הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], ובהם הערות והשגות על דברינו אשר כתבנו בנדון, ומדי עברי עליהם ראיתי שקצרנו קצת בביאור כמה נקודות, והריני חוזר ושונה פרק זה.

א' הלכה פסוקה ברמב"ם פי"ד: "עונה האמורה בתורה לכל איש ואיש כפי כחו וכפי מלאכתו - אסור לאדם למנוע אשתו מעונתה ואם עבר ומנע כדי לצערה עובר בל"ת שבתורה שנאמר... [ובחנוך מ' מ"ו: "ונוהגת מצווה זו לענין בת חורין בכ"מ ובכ"ז בזכרים ועובר עליה וגרע לאשתו... ע"מ שיכוין **להכאיבה** עובר על לאו..."].

וז"ל המבי"ט ח"ג סי' קל"א: -

"גם מצות עונה אינה כשאר רוב מצוות השוות בכ"א אלא כפי מה שהוא אדם וכפי אומנתו ולא נאמר שבכל פעם שיזדקק א' לאשתו מקיים מ"ע - ובלבד שלא יבטל עונה אלא מדעת אשתו וכ' הרמב"ם ז"ל אסור לאדם כו' נראה שאם לא לצערה אלא מפני עסקיו לא עבר. ומינה שכשאינו מזרע העונה אינו מקיים מצוה מה"ת שהעונה היא לקיים מצות פו"ר וכשקיים יכול למנוע אפי' העונה הקצובה ברשות אשתו, והרי העונה היא המכשיר המצוה של פו"ר שהרי מצות שכ"ו אינה מצוה נמנית אלא היא מצות ל"ת שלא יגרע, ומצות פו"ר היא הנמנית בכלל מצות רמ"ח, ומפני זה פורצים בה בנ"א ללכת בדרכים ובסחורות יותר מזמן עונה שרוב הנשים דרכן למחול משום רווח ביתה ולרוב הפעמים משום צניעות שותקות ואפי' שלא קיים פו"ר דא"כ מצות עונה היא דחויה לפעמים ואין בה כ"כ עיקר לשתדחה השבועה מפניה".

הדברים כפשוטם, איהו ז"ל בא להוכיח שאין במצות עונה מצוה כשלעצמה, שהרי אינה נמנית ברמ"ח מ"ע, ואינה אלא הכשר מצוה לקיים ע"י מצות פו"ר, מ"מ אלה ההולכים בדרכים יותר מזמן עונה בטרם קיימו פו"ר שלא כדין הם עושים, שהרי "חייבים לבעול בכל עונה (כמ"ש הרמב"ם פט"ו מה"א) עד שיהיו לו בנים מפני שהוא מ"ע של תו' שנאמר פו"ר", ואי משום הלאו עונתה לא יגרע, על לאו זה אינו עובר בכלל, שלא נאמר לאו זה אלא באופן שכוון לצערה.

ובכן, העונה ששנו חכמים במשנה, שיעורי תורה הם, וכל איש ואיש לפי כחו וכפי מלאכתו, אם הוא לא מקיים עונתו בזמן שקבעו חכמים ומכוין לצערה עובר על הלאו הנ"ל, ואם אין לו כל כוונה לצערה כגון שהוא חולה או כיוצ"ב אף שע"י מניעת העונה היא מצטערת, מנוקה הוא מהלאו דעונתו לא יגרע, ואף במקרה וכל חיי המשפחה מנועים ע"ז, והכל יודעים כלה כו' והאשה יכולה לדרוש שיכופו את הבעל לפטור אותה בגט, מ"מ לאו ליכא בכה"ג, אף לדעת מוהר"ם אלשיך דעיקר תלוי בצערה דידה כל שעבר הזמן שקבעו חז"ל עובר הוא מן התו' על הלאו אף אם לא כיון לצערה "דהא בגמ' לא נתנו שיעור אפי' כשהיא ברצונה אלא חודש א' כדכתיבתנא - אלא דאדרבה היא צועקת שלא ילך בודאי לית דין ולית דיין שיהא רשאי אפי' חודש אחד והוה נשבע לבטל את המצוה והוה שבועת שוא".

ומעתה לדעת מוהרמ"א למה התירו לת"ח לצאת **שלא** ברשות, ואף אם נעשה ת"ח אחרי הנשואין, ועי' כתובות ס"א ב' בתו' שם, דמשמע אף שהיא צועקת ככרוכיא שלא ילך, והרי הוא עובר על איסור תורה.

ועי' בשט"מ כתובות דף ס"ב מ"ש משמי' דהר"י בן מיגש ז"ל "והתלמידים היוצאין שלא ברשות וכו' כלומר יש להן רשות לישב חוץ לביתו כדי ללמוד תו' ל' יום שלא על דעת אשתו ואע"פ שהיא מתרעמת עליו אינו משגיח עליה", הרי דגם בניגוד לרצונה מותר לו ללכת חוץ לעירו בגלל מצות ת"ת.

אכן הלום ראיתי בתשו' מוהרמ"א הנ"ל, וז"ל: "ועוד דאפי' הוא מצוה זו דמיא לת"ת שאין למעלה הימנה שאמר הולך אדם שלא ברשות אשתו כו' היינו מן הסתם אבל אם אומרת בפירוש שאינה רוצה אסור ועובר על מצות התורה".

ב' באחד שהוא אנוס בלאו שהוא בשוא"ת כגון לאו דלא תלין אם הוא מחויב להוציא ע"ז כל ממונו עי' פמ"ג או"ח סי' תרנ"ו: "ויראה החילוק בין ע' לל"ת זה קום ועשה וזה שוא"ת וממילא אם אנסו נכרים לעבור בי' בחמ"פ בשוא"ת י"ל דאין מחויב לבזבז הון רב עד"מ שלא לבער חמצו שנתחמץ בפסח התם כל שאנוס אין עובר", ובחו"מ סי' קל"ט: - "ונחזור לענינו דציוותה התו' לא תלין רק כשבידו לקוברו היום משא"כ כשיש מעכב ומונע אותו מלקוברו - שוב אין איסור לא תלין... וא"ל דעכ"פ זה שמוטל עליו חייב לבזבז כל ממונו שלא יעבור על לאו זה... שגם הוא ליתא מאחר שלא עקר הל"ת בפועל לא הוי רק כמ"ע ולא דמי לל"ת בפועל שמחויב לבזבז כל ממונו - ונ"ל שמפני כך אפי' משום ממון מעכבינן קבורה כמ"ש בח"מ סי' ק"ז, כי כל המעכב אינו מוטל לקוברו, והמוטל אחר שזה מעכב אינו עובר במה שהניחו אע"פ שאפשר לרצות הב"ח בלא תלין ונ"ל אפי' אין טענה כלל על ר"ח רק אומר מחר אתן ולאחר זמן ואינו רוצה ליתן משכון או יש לו מעות וזה אינו מרוצה במשכון אע"פ שעבירה בידו שמנוויל דמחויב לפרוע מ"מ לא עבר אם מעכב על ל"ת".

ומ"ש הרמב"ם בפ"ה מיסוה"ת: אם יכול למלט נפשו ולברוח מחמת יד המלך ואינו עושה הנה הוא ככלב שב על קיאו והוא נקרא עועבו"ז במזיד והוא נגרר מן העולם הבא ויורד למדרגה התחתונה של גיהנם". אם כוונת הרמב"ם שדינו כעועבו"ז ברצון וחיי"כ במיתה, למה כל אריכות הזאת הו"ל ה"ה עועבו"ז במזיד וחיי"כ וע"כ דבדיני שמים קאמר. ואמנם כ"כ בתשב"ץ ח"א סי' ס"ג דכוונת הרמב"ם הוא רק לענין עונש בידי שמים: "ואע"פ דבכתובות נ"א אמרי' אר"י הני נשי דגנבי שריין לגבריהו - אבל שבקנהו ואזלן מנפשייהו ודאי אסורין פי' דחשבי' להו מזידות ומזנות ברצון - לא דמי להו דהתם איסורייהו ליתיה אלא משום דאזלן להו מנפשייהו דהנהו גנבי בתר דשבקינהו אזלי לדוכתא אחרינא ואינהו אזלן לגבייהו מנפשייהו דהשתא ודאי ברצון קא עבדן אבל בנדון הזה כיון שאחר נתינת הרשות לצאת לא הלכו ממקום השמד אלא שנשארו שם אינו כענין הזה ולא מוכחא מילתא דברצון קא עבדי... אבל לפי שדבריו אלו מסורים ללבו של אדם ומי יודע לבות בנ"א אם לעקל אם לעקלקלות ע"כ אמר הרב ז"ל שאם הוא יכול למלט נפשו... ויורד למדרגה התחתונה כו' אבל אנו אין לחוש מסתמא דשמא יש לו איזה אונס ולב יודע מדת נפשו ולישגיה הכי דיין שקראו עועבו"ז להטרד מן העוה"ב - דבר המסור לתוכן לבו ובוחן כליותיו...".

[ועי' מהרי"ט ח"א סי' כ"א: "וההוא דשבקינהו ואזלן מנפשייהו יש לפרשה דמספיקא אסרינן להו וכיון דעברה על דת ואזלן מנפשייהו איכא למיחש שגם נתרצו להיבעל"].

ובכן בנ"ד שהוא אנוס ועומד בזה שאיננו מגרש את אשתו עדיין לא מיקרי שהוא עובר ברצון.

ג' היסוד למ"ש הרמב"ם שאינו עובר בלאו דעונתה לא יגרע אא"כ מכוין לצער אותה ולהכאיבה הוא משום דאמרי' בכתובות מ"ז עונתה זו עונה האמורה בתורה וכן הוא אומר אם תענה את בנותי ע"ש. ואין שום הבדל בין אם הוא מונע ממנה חיי אישות מתוך כוונה מיוחדת לצער אותה או אם המניעה היא מחמת שנאה שניהם בכלל אם תענה את בנותי הם, וז"פ וא"צ לפנים.

www.eretzhemdah.org

ומ"ש הרשב"א הו"ד בב"י סי' קנ"ד, ז"ל: "אבל למקצת מפרשים ומכללם ר"י... באינו יכול כופין להוציא ואפי' באה בלא טענה שזה מעיקר הזיווג שלא ע"ד כן נכנסה ועוד שהוא עובר על מ"ע...", כוונתו למ"ש הר"י מקורביל בסמ"ק מצוה רפ"ה: "לשמח את אשתו כדכתיב ושמח את אשתו אשר לקח ויש בעשה זו לאו שנאמר ועונתה לא יגרע... ואפי' באשתו מעוברת מצוה לשמחה אם סבור שהיא מתאוה... ויעשה כ"א עצמו כת"ח...".

וטעמא רבא איכא בינייהו לחלק בין לעבור על לאו לבין אי קיום מ"ע, בלאו אם הוא אנוס הרי פטרי' רחמנא, אך בעשה אף שהוא אנוס מ"מ המ"ע לא קיים, ובענין זה שהיא טוענת שאין לו גבו"א הלוא יתכן שעם אחרת יהי' בסדר וכמ"ש הב"י שם, ואדרבה מדלא נקט הרשב"א שהוא עובר על לאו של עונתה לא יגרע משמע דבכה"ג באמת אינו עובר וכנ"ל.

[או י"ל דכוונתו להמ"ע דפו"ר דיתכן דעם אחרת היה יכול להקים זרע בישראל].

ובעיקר הראיה מתשו' הרא"ש והשו"ע דפליגי על סברת הריטב"א והרדב"ז אפילו א"נ דבסופו של דבר כשאינו מגרש לה הוא עובר בלאו דעונתה לא יגרע, מ"מ אין להוכחה זו כל יסוד והא קלה מסורין, דהרי כבר כ' הריב"ש סי' קכ"ז: "באשה שטוענת על בעלה שאין לו גבו"א וכבר שהתה עמו בייחוד שמונה חדשים רצופים ועדיין היא בתולה... ובאין דרך בקשה ואומרים לה תני דעתך על בעלך... ודרך בנות ישראל הצנועות הוא לסבול ד"ז... ובכל אלו הדרכים יוכלו הדיינים לדבר על לבה ולרצותה למען ידובקו יתלכדו ולא יתפרדו לפי שקשין גירושין, אמנם אם היא תאמץ לבבה ולא תרצה לחיות עמו עוד אין חוסמין אותה".

ועי' תוס' יבמות ס"ה "ולא תמהר לסתור בניינה כי רחמי ש־די מרובים", ובמוהרלב"ח סי' ל"ג כתוב: "ואפי' אם כנים דברי' רחמי... ולא תמהר להפריד בינה לבין אלוף נעוריה כי קשה גירושין וטוב לה שתמתין ב' או ג' שנים אולי תזכה להבנות מבעלה". וכ' ע"ז הרשד"ם אה"ע סי' ק"ג: "מדברי מוהרלב"ח נראה שאפי' בידוע הרבה שאין לבעל גבו"א כעת, שאין לכוף לגרש לאלתר, עד שיראה שתוחלת ממושכה אין לה תקנה".

ובכן אשה הבאה בטענה שאין לבעלה גבו"א, על ביה"ד החיוב לעשות כל אשר לאל ידם לדבר על לבה ולרצותה למען יתלכדו ולא יתפרדו, ומעתה היעלה על הדעת שאם הבעל לא רץ לקראתה להושיט לה הגט דינו חרוץ כרשע וכעבריין? והאם מזה אפשר להסיק דהוא הדין באשה הטוענת שבעלה חי אתה בנדותה או שהוא מענה אותה וחי אתה שלכ"ד שבכה"ג "אם אתה מאמינה נמצא אתה עושה אותו פרוץ ורשע", ולומר דדין שניהם שווה, אתמהה.

ועמ"ש דמכיון דאין הלכה זו פשוטה ולאו כו"ע דיני גמירי לא שייך לומר שלא תהי' נאמנת משום דמשוי לי' רשיעא, וכמ"ש בנתיבות משפט. כתוב בקונטרס הנ"ל בזה"ל: - "אין הדבר כן, שהרי עכ"פ בידי בי"ד להודיעו שאם האמת כדבריה רשע הוא ואם אעפי"כ יעמוד בדיבורו לא תהא נאמנת בטענתה לישויה לי' רשיעא, וע"כ דבכל גווני נאמנת", ואחרי כ"ז אנא לא ידענא "למה אין הדבר כן".

ד' מ"ש במשפט צדק ח"א סי' נ"ט באשה הטוענת על בעלה שהוא מאלצה לשמש עמו בנדותה ודורשת גט" "דאינה נאמנת אא"כ אין קטטה ביניהם אבל אם יש קטטה ביניהם אינה נאמנת ודוקא היכא דאיכא קטטה ביניהם תחלה דידעינן דהקטטה לא היתה על הדבר ההוא אינה נאמנת - משא"כ כשאין אנו יודעים סיבת קטטות רק היא אומרת שהוא על היותו חפץ לשכב עמה בנדות- נאמנת".

וכבר העלו האחרונים בדין אשה האומרת גרשתני דאינה נאמנת במקום קטטה דאין הכוונה כאותה הקטטה האמורה ביבמות קט"ז: "ה"ד קטטה - באומרת גירשתני בפני פו"פ ושאילנא ואמרו להד"ם" דפשיטא הוא דאם הוחזקה בודאי א"נ כששוב חוזרת ואומרת גרשתני, דהרי איתרע חזקתה דהעזה, וע"כ דבסתם קטטה איירי.

ואף דלגבי אשה האומרת מת בעלי לא אבדה הנאמנות אא"כ אמרה לבעלה גרשתני בפני פו"פ והיתה מפקעת עצמה ממנו ואח"כ ראו פו"פ ואמרו להד"ם. אבל בסתם קטטה לא אבדה הנאמנות וכשהיא אומרת מת בעלי נאמנת משום דדייקי ומינסבי, משא"כ בהני מילי דהיא נאמנת מטעם דרב המנונא דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה וכמ"ש הריטב"א "דהא דרב המנונא הבו דלא להוסיף עלה" וסגי בסתם קטטה לסלק את הנאמנות שלה.

ועי' מ"ש בתוס' רי"ד ביבמות שם: "ה"ד קטטה פי' שאם היה דברים ביניהם על שום כעס שהיה להם לא תקרא קטטה שדרך איש ואשתו לכעוס זע"ז ומפני כך **אין האשה שונאה** את בעלה אלא פשוט קטטה של גירושין ביניהן דאורחא דמילתא **שהיא שונאתו**". ובכן העיקר היא השנאה וטענת גרשתני רק מורה על מדת גודל השנאה שביניהם.

ומעתה באשה הטוענת על בעלה שהנשואין היו תחת לחץ ואיום, איים עליה להשחית הפנים, והיא בוחלת ומואסת בו, ונגעלת ממנו וכל הזמן, משנת תש"כ, ועד הנה מחפשת כל טצדקי להשתחרר מבעלה, הדעת נותנת שעכ"פ לגבי הנאמנות, מהא דרב המנונא אין לך קטטה גדולה מזו, [ועי' מד"ר סוף איכה "אר"ל אם מאיסה היא לית סבר ואם קציפה היא אית סבר דכל מאן דכעס סופיה לאיתרציא"].

עוד כתוב בקונטרס הנ"ל: "ואשר לטיעון שבזה"ז שהדור פרוץ וכו' אזלה לה חזקה דרב המנונא דיינו בהתרשמותו של כב' ביה"ד שדן בדבר ושבפניהם הופיעו במשך כ"ז ההתדיינות, הקובעים שאינה מסוג הנשים חצופות אלא אדרבה נראית בה הרגשה של צניעות..." - הנה ביה"ד לא דן בכלל בשאלה זו אם בזה"ז יש להאמין לאשה בטענה שאינה מעיזה בפני בעלה. הבעיה שעמדה בפני ביה"ד היא, האם אפשר להתייחס ברצינות לטענת האשה שהושמעה באיחור זמן כה רב, וע"ז נאמר בפס"ד ביה"ד האזורי שמתוך הרגשה של צניעות ובושה שעם ישראל חונן בהם, זה הפריע אותה מלהגיד את דבריה בראשית הדיון, אך בנוגע להשאלה דבזה"ז שהדור פרוץ אין להסתמך על החזקה שאין אשה מעיזה בפ"ב ולאו דוקא באשה פרוצה וחצופה. בנקודה זו לא דן ביה"ד ולא עלה על לב וממילא אין לפנינו קביעות ביה"ד ע"ז ואי אפשר להגיד ע"ז דיינו.

ה' בדבר השאלה של טוען וחוזר וטוען, מלבד שמזמן תחלת הדיון שאז השמיעה בביה"ד כל מיני טענות שיש לה כלפי בעלה עד שהעלתה את הטענה "עשה צעדים למניעת הריון" לקח יותר משנה, ואף שטרם סיכמו ב"כ הצדדים את

www.eretzhemdah.org

הטענות אך בשו"ע לא כתוב שיש צורך לסכם הטענות, ובודאי טבעי הדבר שאשה שוטחת את כל אשר בלבה בתחלת הדיון בפני ביה"ד, ולא משאירה טענות רציניות לעת בוא הסכום.

ומה שגם שאשה בעצמה הרי אומרת שמעולם לא הזכירה הטענה של חיים שלכ"ד, ורק אמרה בביה"ד שיש לה כמה דברים שא"א לה לגלותם והיא תקח אותם לקבר (דבר שאין להם רמז בפרוטוקול) ואיך אפשר לומר שמה שאמרה בישיבה אחרונה, א' טבת תשכ"ז, בקשר לחיים הבלתי נורמליים זהו פירוש לדבריה שאמרה בישיבת ביה"ד, ט' טבת תשכ"א, "שעשה צעדים למניעת הריון".

ו' בענין טענת מאיס עלי לאלה הסוברים שאין כופין אם עכ"פ מחייבין אותו לגרש, כבר הזכרנו בזה במקו"א, ונסתפק כאן לציין מ"ש השטמ"ק כתובות דף ס"ד: "וכתב רבינו יונה ז"ל דאע"ג דאין כופין לתת גט באומרת מאיס עלי היינו כפי' בשוטים אבל ב"ד מודיעים לו שמצוה עליו לגרשה ונותנין לו עצה שיגרשנה ואם לא יגרשנה האי מאי דאמרינן האי מאן דעבר אדרבנן מצוה למקרי' עבריינא ור"ת ז"ל הי' אומר שאפי' זה לא נאמר לו אלא שאם יבא לימלך אם יגרשנה בלא כתו' כ"כ נותנין לו עצה שיגרשנה לאלתר". היינו שלדעת ר"ת אין שום חיוב על הבעל לגרש את אשתו בטוענת מאיס עלי.

ובמאירי שם: "ולדעתנו אין כופין אלא שאם אינו רוצה לגרשה כתבתה קיימת, ועומד לו הוא בעצמו והיא בעצמה... ואף לשיטת גדולי המחברים (הרמב"ם) פירשו רבותי בדבריהם דוקא בשטוענת כך מן הדין ר"ל שאף אנו מכירין בו שהוא ראוי לימאס מחמת רוב פחיתותו והפסד עניניו אם במדות אם בשאר דברים מכוערים והדברים מוכיחים שלא בסיבת נתינת עין באחר הוא... ומ"מ עיקר הדברים כדעת הראשון...", משמע נמי דאין אפילו חיוב עליו לגרש "ועומד לו הוא בעצמו והיא בעצמה".

ולפי"ז לא שייך כאן מ"ש המוהרי"ט לחייב במזונות בבעל שהוא חולי נכפה מטעם שהיא מעוכבת לינשא שזה דוקא כשמצד הדין חייב הבעל לגרש את אשתו, וז"פ דמחמת החיוב המוטל על בעל לגרש את אשתו בגלל מצוה דיליה לקיים מצות פו"ר דבר זה לא יכול לשמש שום גורם לחייבו במזונותי' כל עוד אין עליו חיוב לגרשה משום ליתא דידה, ואין מקום לפי"ז לחייב את המשיב במזונות המערערת.

יוסף שלו' אלישיב

ראיתי דברי תשובתו של הגרי"ש אלישיב שליט"א, ולא מצאתי בהם בענ"ד כדי הכרעה. ובקצרה אענה עליהם והבוחר יבחר:

לאות א'. אין חולק שהמבי"ט בא להפריד בין המ"ע של פו"ר לבין הל"ת דעונה, וזה דבר המסתבר ומובן גם מצד עצמו. אולם אין זה שייך לדון על מידת החיוב של עונה, שהוא מחיובי הבעל כלפי אשתו.

אשר לשיעורי העונה המפורשים במשנה, שהם שונים ומשתנים, איני רואה שום הכרח לראותם מעין אותם שיעורים הלמ"מ, אלא המסתבר (וזה ברצונו של המבי"ט להדגיש) שזה תלוי במנהג בנ"א ובהקפדת הנשים הנובעת מזה. ואין זה נוגע להמנעות מוחלטת של חיי אישות.

לאות ב'. איני רואה שייכות הנידון לשאלה אם חייב להוציא כל ממונו בכדי שלא לעבור על איסור וכו'. כי גם הוצאת כל ממונו בכלל אונס יחשב, ויש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו וכו'. אבל כאן שהיא ודאי אינה חייבת לחיות עמו בכה"ג, א"כ כל מה שמעגנה אינו אלא רוע לב, ואיזה אונס יש כאן?

ומ"ש מהתשב"ץ בביאור הרמב"ם - וכי דיברנו על חיוב מיתה וכיו"ב? והרי אין אנו דנים אלא אם הוא חייב לעשות כן, שאם אינו עושה הרי הוא רשע, וזה שמענו עכ"פ מהרמב"ם.

אכן לא הבאנו מהרמב"ם בתור ראיה שכן ניתן לחלק, דכאן בא סלוק האונס מצד אחר, והבאנו זאת רק לדוגמא, כמבואר בדברינו.

לאות ג'. שנאה זהו דבר המסור ללב, ואינו תלוי בדעת וברצון, וע"כ לא נזכר שעליו להתגבר על השנאה, וכן כשאחרת מוצאת חן בעיניו יותר, וממילא מתרחק מהראשונה. ואעפי"כ חזינן דעובר בכה"ג, והוא לא מצד השנאה, שכאמור אין זה בידו, אלא מצד שבידו לגרשה, כמבואר ברמב"ם.

מה שפירש הרשב"א שעובר במ"ע הוא כהסמ"ק, הרי ציינתי את מש"כ הגרי"פ פערלא בביאורו לסהמ"צ לרס"ג ושם גם בא ביאור זה בין עוד ביאורים. אך מה זה יועילנו לנידו"ד, דכשם שהוא אנוס על הל"ת כן הוא אנוס על המ"ע. ומש"כ שיוכל לקיים באחרת, אין זה אלא מן המתמיהים, שמה זה שייך לאשה זו, והוא הרי טוען ברי, ונאמנות האשה הוא רק כלפי עצמה, ואטו שייך בכלל לומר שעובר על מ"ע של "ושמח את אשתו" שעוד טרם לקחה? וכן מש"כ שכונתו למ"ע של פו"ר ג"כ לא מסתבר, דלא הוזכר כלל דמיירי בדלא קיים, וג"ז אי"ש לאשה.

וכן מוכח מהמשך דבריו שמשוה זאת לאומר א"א אלא אני בבגדי וכו'.

ומש"כ לדחות הראי' מהא דתשו' הרא"ש והשו"ע ש"היא קלה מסובין", הא קמן שהרא"ש והרשב"א לא נחתו להא דיש לחכות, והמדובר כשעבר זמן רב, רק פחות מי' שנים (כמבואר ברמ"א), מאז נישואיהם ואין תוחלת ותקוה. ובר מן דין הרי המדובר כשהבעל מכחיש מכל וכל, א"כ אינו דומה להא דמבקשים ממנה שתמחול לו ותוותר על החיוב של עונה לזמן הנסיון. משא"כ כאן שלדבריו היא משקרת, ול"ש בזה שתוותר, ובזה הוא באמת עובר, אם האמת כדבריה. והרי כך מפורש ברשב"א וכנ"ל, יהיה זה מכוח מ"ע או ל"ת.

לאות ד'. כבר ציינתי שהשאלה של מובן קטטה תלוי בשו"ט של האחרונים. אך לשון התוס' נראה מכריע שאין לנו אלא בדומה למה שנתפרש בגמרא לענין מיתה, והתם איכא חזקה (דייקא וסינסבא) והכא איכא חזקה (אין אשה מעיזה), ובכדי לחלק צריך הוכחה ברורה, ובכלל מה הגבול נחת לקטטה, וכמה זמן ינתן למשך הקטטה שייחשב קטטה?

www.eretzhemdah.org

ומה שכתבתי "דיינו בהתרשמותו של כב' ביה"ד וכו'", הכוונה למש"כ הרמ"א מהמהרי"ק דבמקום שיש אמתלאות ואומדנות נאמנת.

לאות ה'. קשה לקבוע סדר העדיפויות של הטענות שמסתבר לבעל הדין לשטח אותן בפני ביה"ד, ואם הישיבות נמשכות, מה הבע"ד אשם כי נלין עליו. עכ"פ אין לזה שייכות לדין אינו חוזר וטוען. ומה שהאשה אומרת שלא היה בדעתה לגלות טענת שלכ"ד, אי"ז אומר אלא שלא היה בדעתה לפרט זאת אבל אין זה סתירה שמסרה על הדברים ברמז במה שאמרה בטענותיה הראשונות.

לאות ו'. לענ"ד ראוי הוא מרן הגריא"ה הרצוג זצ"ל לסמוך עליו בענין המזונות, שגם הבאנו להם סמוכים בעניותנו. ואין כאן המדובר על הכפיה של הגט אלא על חיוב מזונות, ובכה"ג שאין לה אמצעי קיום, שאי"ז נראה לגמרי גדר כפיה, אלא קיום חובה לאשה שמעכב גירושיה בשרירות לב.

ומבואר בדברינו שהמהרי"ט לא הובא אלא כאסמכתא שבמקום שנראה חיוב לגרש, אין לחשוש לחייב מזונות. וכבר צוין בדברינו שניד"ד הוקל החשש גם משום שממילא חייב לגרש, אם כי מצד לתא דידיה, עכ"פ הוקל החשש של גט מעושה.

ובסיכום: אני על עמדי אעמודה, שאשה זו הבעל חייב במזונותיה.

שאול ישראלי

תשובה - לתשובה

לאות א'. "איני רואה שום הכרח לראותם מענין אותם שיעורים הלמ"מ". הדבר מפורש במשנה כתובות ס"א וברמב"ם "עונה האמורה בתורה לכל איש ואיש כפי כחו וכפי מלאכתו".

לאות ב'. "איני רואה שייכות הנידון לשאלה אם חייב להוציא כל ממונו בכדי שלא לעבור על איסור".

שייכות שאני רואה בהם הוא בכך: א. לפי"ד הפרמ"ג דבלאו שהוא בשוא"ת דינו כעשה שאיננו מחויב להוציא כל ממונו. ולכן אי אפשר לדמות טענת אין לו גבו"א שהוא עובר - אם הוא עובר - על הלאו בשוא"ת להטוענת שהוא בא עליה בנדותה. ב. לפי"ד החו"י אף שהבן מחויב לפרוע חוב אביו ויש לו במה לפרוע מ"מ אם הבע"ח מעכב את הקבורה איננו עובר על לא תלין הואיל והעיכוב הוא מצד אחר, והוא אנוס בלאו זה. וה"נ דכוותי'. ג. מדברי התשב"ץ מבואר דבגלל זה שלא הלכו ממקום השמד אכתי לא מוכחי מילתא דברצון קא עבדי, ורק כלפי שמיא אם אמנם ברצונו הוא עובר עתיד ליתן את הדין, ומשוה"ט פסק התשב"ץ דאינם אוסרים יין במגעם.

לאות ג'. "שנאה זה דבר המסור ללב...". אין צורך להוסיף על מה שכתבנו בזה.

שם. "אך מה יועילנו לניד"ד דכשם שהוא אנוס על הל"ת כן הוא אנוס על העשה".

כתבנו כבר דסו"ס אף כשהוא אנוס מ"מ העשה לא קיים ועליו להשתדל לקיים את המצוה של פו"ר ולהסמ"ק המ"ע של "ושמחת" וכל כמה דאגידא בי' לא יהבי לי' אחריתי, והרי משום כך כ' בשו"ת רמ"א דכופין אותו לגרשה משום בעי אשה זו הלוא א"א לו לקיים המ"ע.

שם. "ומש"כ לדחות הראי' מהא דתשו' הרא"ש והשו"ע... הא קמן שהרא"ש לא נחתו להא דיש לחכות והמדובר כשעבר זמן רב".

תשובת הרא"ש והטור הובאו ברלב"ח ושקיל וטרי בהו טובא. ואחרי כ"ז מסיק לפי שורת הדין "כיון שהיא נאמנת ראוי לב"ד לפסוק דינה מיד... יש כח ביד ב"ד להיות דוחה את האשה הזאת מלפניהם כל עוד שתשתדל למהר גירושיה מבעלה...". ובכן אשה הבאה בפני ב"ד וטוענת שאין לבעלה גבו"א, בזה דן הרא"ש והטור דנאמנת כי אינה טופלת על בעלה בטענה זו שום חטא ועון אדרבה על ב"ד לדבר על לבה ולדחותה פעם ופעמיים כמ"ש שם.

שם. "ובר מן דין הרי המדובר כשהבעל מכחיש מכל וכל א"כ אינו דומה להא דמבקשים ממנה שתמחול לו".

אם משום רחמי ש־די מרובים מאי נ"מ, ולא עוד אלא שהדברים מפורשים ברלב"ח בבעל המכחיש אותה מכל וכל.

לאות ד'. "ובכלל מה הגבול נתת לקטטה..."

ומהו הגבול לקבוע אם אמתלא שלה מבוררת בטוענת מאיס עלי, ואם בידי בי"ד לקבוע שהיא מבוררת "כשהיא נראית ונכרת לחכמי העיר" כמ"ש הפוסקים למה אין בידם לקבוע מדת גודל השנאה השורר ביניהם.

שם. "ומה שכ' דיינו בהתרשמותו של ביה"ד הכוונה למ"ש הרמ"א מהמהרי"ק דבמקום שיש אמתלאות ואמדנות נאמנת".

הפירוש ברמ"א הוא כשיש רגלים לדבריה לבד הטענה שלה כגון שישבה שש שנים ולא ילדה וכן כשכרתו הכיס לו להוציא את האבן אמתלאות כאלה וכיו"ב התומכים בטענה שלה, ע"ז דיברו הפוסקים.

והנה העובדה דעדות ביעקב היתה באשה צניע ומעלי טובא ומ"מ בסופו של דבר לא האמין לה בגלל המרדכי אא"כ תקבל עליה בחרם או בשבועה שכנים דבריה.

ועיין ברדב"ז סי' קי"ח, זל"ש: "ואפשר לי ללמד זכות על הרב ז"ל (מוהרי"ק)... ואפשר שהרב ז"ל הכיר את האשה והיא צנועה ביותר וקים לי' בקושטא קא טענה ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות" ועל אף כל הני מילי מעלייתא דאיתנייהו באיתתא דא דצריך המוהרי"ק את אמתלא ששהתה שש שנים ולא נתעברה.

לאות ה'. "ומה שהאשה אומרת שלא היה בדעתה לגלות טענה שלכ"ד אי"ז אומר אלא שלא היה בדעתה לפרש זאת..."

האשה הצביע לאיזה רמז היא מתכוונת ואין בידינו לשים דברים בפיה מה שלא חשבה ולא עלתה על לבה.

www.eretzhemdah.org

לאות ו'. "ואין כאן המדובר על כפי' לגט אלא על חיוב מזונות ובכה"ג שאין לה אמצעי קיום שאי"ז נראה לגמרי גדר כפיה אלא קיום חובה לאשה שמעכב גירושיה".

לאלה הסוברים שבטענת מאיס עלי אין חיוב על הבעל לגרש את אשתו נופלת הטענה של מעכבת להינשא ואין מקום לחייבו במזונות לדעת פוסקים אלה.

שם. "המהרי"ט לא הובא אלא כאסמכתא שבמקום שנראה חיוב לגרש אין לחשוש לחייב במזונות".

מה פירוש שבמקום שנראה חיוב לגרש? ואם הוא באמת חייב לגרש מן הדין הלוא אז המהרי"ט הוא יסוד מוסד ולא אסמתכא.

שם. "עכ"פ הוקל החשש של גט מעושה".

למה באמת לא נכוף אותו משום קיום מצות פו"ר וע"כ כמ"ש, וא"כ אכתי לא יצאנו מידי החשש של גט מעושה.

יוסף שלו' אלישיב

פסק דין

על יסוד הנמוקים המצורפים מחליטים ברוב דעות לדחות את הערעור והערעור הנגדי. (על הבעל לתת גט, ואין הוא חייב במזונות) .

אין צו הוצאות.

ניתן היום י"ח כסלו תשכ"ט.

הרב יצחק נסים - נשיא, הרב יוסף שלו' אלישיב, הרב בצלאל ז'ולטי, הרב סלמאן חוגי עבודי, הרב אליעזר גולדשמידט,הרב שאול ישראלי,הרב עובדיה יוסף.

סימן כ : בענין החיוב לגרש בטענת מאיס עלי*[20]

לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית הדין האזורי בירושלים מיום ט"ו באדר א' תשל"ח, תיק /197לח, בו נפסק :

"א על הבעל לפטור את אשתו בג"פ כדמו"י.

ב הדירה תשאר כולה בבעלותה של האשה.

ג על האשה להחזיר לבעל סך חמשת אלפים (5000.-) ל"י שניתנו על ידו לרכישת הדירה צמודים לאינדקס יוקר המחיה מיום נתינתם.

ד הילד של הצדדים ישאר בידי האשה.

ה פס"ד למזונות שניתן ע"י ביה"ד ביום כ"ה אלול תשל"ו נשאר בתוקפות.

ו הבעל פטור מלשלם את הכתובה."

האשה מערערת על גובה המזונות, והבעל מערער בעיקר על שלא פסקו לזכותו חצי דירה, וכן על שחייבו אותו לגרש את אשתו.

א.

יאמר מיד, שאין אנו רואים בפס"ד מיום ט"ו אדר תשל"ח, כפסק המחייב או כופה על הבעל לתת גט, וממילא אין סתירה בין פסק זה לפסק מיום כ"ג אלול תשל"ז. ובפרט למה שכותב ביה"ד האזורי בנימוקיו שכוונתם היא "שורת הדין והיושר כי על הבעל לפטור את אשתו בג"פ כשטוענת האשה מאיס עלי". וביה"ד מנמק בסעיף ו' לנימוקים: "הבעל פטור מלשלם את הכתובה בהיות והאשה הסכימה לבקשת הבעל להכריזה כמורדת, וויתרה על כתובתה, ובית הדין הכריז עליה כמורדת, על כן פטור הבעל לשלם לאשתו את כתובתה", היינו אם לא היתה האשה מסכימה להכריז עליה כמורדת ולא היתה מסכימה לוותר על כתובתה לא היו פוסקים כן. ולכאורה תימה, הרי היא הצהירה וחזרה והצהירה שהיא אינה מוכנה לחזור אליו ואין לך מורדת גדולה מזו, ואין תמיה הרי היא טענה וחזרה וטענה שהיא מואסת בו, באמתלא ברורה, ואין עיניה באחר, ומורדת כזו אין צורך בהתראות וכו', מכריזים עליה כמורדת מחמת מאוס עלי ואין לה כתובה (ע"ז סעיף ב'). וזה אפילו למאן דאמר שאין כופין בטענת מאיס עלי אלא אם רצה הבעל לגרש. ויתכן שכוונת ביה"ד שהם לא דנו וחקרו ודרשו בענין מורדת או יותר נכון לא פסקו מורדת רק לאחר שהאשה הסכימה לזה מפורשות, שאם לא כן, יתכן ולא היו פוסקים עליה מורדת אפי' של מאיס עלי, כי אעפ"כ שכל מאיס עלי טענה יש לה. כן יתכן והיו מוצאים טענה אלימתא שאין לה דין מורדת כלל, ובפרט שהבעל מחל פעם על הכרזת מורדת וחזר בו רק משום חשש של תביעת מזונות, הוי שהיא מורדת לענין מזונות בלבד. אבל אין להכנס לזה, היא הסכימה והיא מחלה, וגם בפנינו לא חזרה בה מזה. וא"כ דיינו אם נתן לה דין של מאיס עלי ולא דין של בעלו"ל, (ויש נ"מ גדולה כי דרכי הכרזה של העלו"ל הם שונים והנסיבות הם שונות וכן יש נפקותא לעניני ממון, עיין שו"ע סי' ע"ז סעי' ב'). ובפרט לפנינו כיום שיש מכתב כזה של הבעל על אשתו, ללא שום הוכחה ואפילו אחת, ואע"פ שהבעל מנסה לטייח דבריו ולטעון שהוא רק הגיב ולא הוא המתחיל, עכ"ז במשפחות כשל שני הצדדים אין לך אדם שמוציא שם רע על אשתו גדול מזה. ובצדק טוען ב"כ האשה, שזה לא גרע ממה שנכתב בס' ע"ד סעיף ג'. ובכלל מורדת עם אמתלא, זה תלוי כפי ראות עיני ביה"ד כי לכל

[20] ערעור האשה לח\131 וערעור הבעל לח\134 בפני כב' הדיינים : הרב שאול ישראל , הרב יוסף קאפח , הרב מרדכי אליהו.

www.eretzhemdah.org

מורדת אמתלא, אבל אם האמתלא מתקבלת או לא זה קובע ומחליט ביה"ד, ובנ"ד נכון הוא שהבעל דורש ורוצה ש"ב, אבל כנראה היחס אל האשה בעבר המאיסוהו עליה אע"פ שהבעל כשלעצמו הוא טוב וחשוב, ועיין כעין זה בתשובות הרשב"א תקע"ז. אבל בכל אופן אין שום מקום וחשש של אשה כזו, בעיניה נתנה באחר ח"ו. וכן אין מקום לטענת האשה כאילו הבעל חולה במחלת נפש אכזר רע וכו', אלא פשוט לא איתדר להו, וא"כ אם היא טוענת מאיסתיהו אע"פ שאין אנו דנים בזה כהרמב"ם שכופין, אבל שמצוה לגרשה ולא לעגן בת ישראל דין הוא. ומה שטוען הבעל שהאשה מעולם לא אמרה "מאיס עלי", הוכחנו לעיל שכן אמרה, ואפילו משפטים יותר גרועים מזה וא"כ אין ספק שהיא מואסת בו. ומה שלא הוכח, הוא, אם זה עם אמתלא ברורה או בלי, וע"כ מן הראוי הוא שיגרש את אשתו ויפה שעה אחת קודם.

ב.

ועתה נחזור לענין הממון שביניהם.

שותפין שנשתתפו ואחד נתן מנה והשני מאתים השכר לאמצע ולא מתחשבין עם המעות (כתובות צג:) הטעם לפי הש"מ משם מהר"י טיראני שם: "לא יחלקו השכר לפי המעות, אלא כך נוטל זה כמו זה, שיש בני אדם שחריפים במשא ומתן יותר מחבריהם ומפני כך הוסיף זה להטיל מעות יותר. או שמא מפני אהבתו לא חשש, הלכך כל זמן שלא פירשו אלא הרויחו בסתם, חולקים השכר בין שניהם לאמצע. אך אם פירשו ליטול כל אחד לפי מעותיו הכל לפי התנאי". ואף אם נתן לשני בני הזוג דין שותפים אע"פ שיש לעיין ולברר כיצד השותפות נעשתה כאן, לא מבעיא אליבא דהרמב"ם הל' מכירה פ"ה הלכה י"ד, שאין כאן דיני שותפות אלא אפי' לסברת הראב"ד שם זה רק באומנין שמשעבד עצמו. ועיין לשו"ע ס' קע"ו סעי' ג' מה שנפסק בזה. ואע"פ שניתן להם דין שותפות, כל זה הוא אם השותף נשאר שותף ולא הפקיע עצמו מזה. אם התנו שזה יתן מנה וזה מאתים ושיתפו, ואח"כ האחד נתן פחות ממה שהוסכם היינו חצי מנה אע"פ שלא התנו שהשכר לפי המעות, יכל לאמר אחד לחבירו אין כאן שותפות. והרויח רק לפי המעות. וכ"ש אם היו מסוכסכים שאין הטעם משום אהבה וכן אם קונים דירה שאין כאן בעיא שאדם חריף במו"מ, כאמור. ועיין להרמב"ם פרק ד' מהלכות שותפין הלכה ג', והשו"ע חו"מ קע"ו סעיפים ח' ו', ולחונים עליהם, כי ברור הוא ששותף שלא עומד בתנאי השותפות פקעה השותפות, ובפרט שהבעל מודה כנז' לעיל שהיה הסכם שהשותפות תפקע ע"י שהדירה תירשם ע"ש האשה.

ובר מן דין כל החוזה אפי' אם נחתם ע"י שני הצדדים, אין בו דין קנין ולא סיטומתא כי במקום הזה קונים קרקע ע"י שטר מכר או טאבו או יפוי כוח אבל לא חוזה. כי כל חוזה הוא רק בין הצדדים לקיים ההתחייבות ולא הוא עצמו התחייבות או קנין, ועיין לפס"ד שהוזכרו ע"י הצדדים, ולשו"ע חו"מ ק"צ סעי' ז', ולחת"ס חו"מ קמ"ב שאפי' קנין כסף לא מהני במקום שאין נוהגים כך. ועיין באורך בחזו"א חו"מ סי' ט"ו, ובענין מכירת קרקעות בשביעית האריכו בזה האחרונים. אולם אין הנדון כלל דומה לענין שלנו, אם עושים קנינים אחרים משטר או קנין אחר מטאבו אם הוי קנין לפי ד"ת יתכן והוי קנין גם אם ד"ד אינה מסכמת לכך, אם מפני שהם לא מקפידים כמ"ש החזו"א או מדין סיטומתא, זה רק במקרה שאדם מוכר קרקע או בית בנוי ועורכים חוזה בין הקונה והמוכר משלם לו סכום על החשבון, אם הסיטומתא היא שהוי קנין אז גם לדינא הוי קנין, אבל בנ"ד היה החוזה ביניהם, רק שטר התקשרות והתחייבות, שבעת סיום הבנין ועם מילוי כל תנאי החוזה, מתחייב המוכר להעביר את הדירה על שם הקונה, זה לא שטר מכר ולא קנין, אלא התחייבות גרידא, וע"כ אין סיטומתא שהקונה קנה את הדירה אע"פ שלא עמד בתנאי ההסכם ורק שלם סכום מסויים, והקרקע והבית הם בחזקת המוכר, ובנ"ד הוא הקבלן, והוא טוען שמי שמשלם את הכסף לו הוא מוכר. הסך של 5,000.- ל"י שהבעל נתן, נהפך לחוב על האשה, וחוב חייבים לפורעו, רק כשעת ההלואה, היינו לא שיהא החוב צמוד למדד או לדבר אחר. ועיין באורך בענין זה אם פחת המטבע או היוקר האמיר אם חייב לשלם הב"ח חובו לפי ערך הכסף כיום הפריעה או כיום קבלת הכסף. האריכו הפוסקים המובאים בכנה"ג חו"מ סי' ע"ד ומהרשד"ם יו"ד קע"ו ורכ"ד, ומהרימ"ט ח"א סי' יו"ד בחו"מ ס' צ"א ועוד, הסוברים שמשלם לפי ערך הכסף בעת הפרעון, ועיין לחק"ל מ"ב חו"מ ס' ט' באורך, וכיום פוסקים שהנתבע אומר קי"ל ואין להוציא ממנו. ואם כן אין על האשה לשלם את החוב לפי המדד, ואע"פ שאין ערעור מצד האשה על סעיף ג' מפס"ד המעורער שחויבה לשלם את הסך הנ"ל צמוד, יש להסביר את הענין שלא יהא פס"ד זה תמוה, והטעם הוא כי היא, בכתב התביעה תיק 2916/לז בסעיף ז': "ברור הדין כי חלקו של הבעל בדירה הוא בהתאם להשקעתו בה ולא יותר על אף הרישום בחוזה מאחר וקיים פה מקרה ברור של מקח טעות ומעשה מרמה", וכן בסעיף 2 שם נכתב שביה"ד יתן "פס"ד הצהרתי הקובע ברורות כי חלקו של הנתבע בדירה היא בהתאם להשקעתו בה", ואם כן עתה יהפך הענין, - והתימה מדוע קבעו שהיא תשלם את הסך צמוד למדד, היו צריכים לפסוק שאת ה5,000.- ל"י יקבעו לפי האחוזים ביוקר הדירה, כי כן היא מבקשת לפי השקעתו בה.

לפי האמור, מאשרים את פסק הדין מיום ט"ו אדר תשל"ח.

משנים את סעיף ג' מההחלטה הנ"ל, והאשה תשלם לבעל את הסך 5,000.- ל"י כשהם צמודים לעלית ערך הדירה הנז'.

לאחר שהבעל הבטיח בפנינו שאם ביה"ד ימצא לנכון שעליו לגרש את אשתו, הוא יעשה כן, אנו ממליצים לשמור על כבוד שני הצדדים ולהשמיד את כל החומר שבתיקים.

מרדכי אליהו

עיינתי במש"כ הגרמ"א שליט"א בנידון, וכאן הערותי ודעתי:

אני ג"כ בדעה שצדק כב' ביה"ד בסעיף א' של פסה"ד נשוא הערעור בו נאמר:

"על הבעל לפטור את אשתו בג"פ כדמו"י."

שבהתאם לנימוקי ביה"ד לזה כוונתו היא ש"שורת הדין והיושר כי על הבעל לפטור את אשתו בג"פ."

www.eretzhemdah.org

ומוצא אני לנכון להוסיף כמה מלים בהסבר החיוב המוטל על הבעל בכל כגון דא שטוענת מאיס עלי באמתלא ברורה. הואיל וענין זה, שיסודו במחלוקת גדולי הראשונים אם כופין את הבעל לגרש בטענה זו, בתי הדין נתקלים בו לעתים מזומנות. ורב הצער, כי גם כשביה"ד מגיע למסקנא שהיה טוב ונכון שהבעל יתן ג"פ, כי אין תקוה שיחזרו לחיי שלום, קצרה יד ביה"ד לכוף הבעל המתעקש מלגרש, והאשה מתענה בעיגון עד אין סוף ללא עול בכפה.

פסק הרמ"א בטוענת מ"ע באמתלא ברורה:

"אין כופין אותו לגרש, ולא אותה לחיות אצלו."

וזה כדעת ר"ת (כתובות ס"ג: תוד"ה אבל) ועוד ראשונים, לעומת דעת הרמב"ם וסייעתו הסובר שיש לכוף בכה"ג "לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה" (אישות פי"ד ח"ח). אכן ביו"ד (סי' רכ"ח ס"כ) באשה שנשבעה להנשא לאיש זה וחוזרת בה בטענת מ"ע ומבקשת התרה לשבועתה, פוסק הרמ"א:

"אם האשה אומרת ששונאת אותו ונתנה אמתלא טובה לדבריה מתירין לה שלא מדעתו, **דאפילו אם כבר נשאה, האומרת מאיס עלי חייב להוציא**."

דבריו אלה שחייב להוציא בטענת מ"ע הם לכאורה בניגוד למה שפסק הרמ"א בעצמו בא"ע וכנ"ל שאין כופין אותו לגרש. וכבר העירו מזה נו"כ וכתבו שאין זה אלא לדעת הרמב"ם, ולא הזכיר זאת אלא בכדי ללמוד מזה לנידון דשם, כשעוד לא נשאת לו. ומ"מ סתימת לשון הרמ"א מוקשית לכאורה מאחר שלהלכה נקטינן שאין כופין בטענת מ"ע.

והנלע"ד שלא באי־דקדוק נקט כאן הרמ"א לשון זו, ש"חייב להוציא", שאינה בדיוק כדעת הרמב"ם שכל כה"ג "כופין להוציא". והוא, דכל עיקר מחלוקתו של ר"ת שאין כאן כפי' הוא מצד החשש שעיניה נתנה באחר, שעל כן אמרינן בגמרא בזה רק שאין כופין אותה להיות אצלו. ואעפ"י שהמדובר בנותנת אמתלא ברורה, מ"מ מידי חשש לא יצאנו, ויש להחמיר בספק א"א לעלמא. ויוצא, **שאם האמת כדבריה, הבעל באמת חייב להוציא**, אלא שמצד חשש גט מעושה שלא כדין הוא שאין אנו יכולים לכופו, וע"כ בנידון דנדר ושבועה, שהוא מענייני איסור הנוגעים לאדם הנשבע עצמו, והיינו האשה שנשבעה. כיון שהיא יודעת האמת, שאכן מאיס עליה ושונאת אותו, לפי ידיעתה זו, גם בנשואה הבעל באמת חייב להוציאה, ממילא ניתן להתיר שבועתה בכה"ג אם עדיין לא נישאת לו. כיון דכל עיקר שלא היינו עושים אותו להוציאה גם בשנשאת לו, אין זה אלא מפני שאין אנחנו יוצאים מידי חשש שיש כאן גורם אחר, וכנ"ל.

זאת ועוד. גם לפי פסק ההלכה במ"ע שכנ"ל הוא, - שאין כופין הבעל לגרשה, אין זה אלא שאין בכוח תביעת האשה לכופו להוציא. אך מ"מ נראה שיש על הבעל חיוב לגרש מטעמים אחרים:

א כיון שאין כופין האשה להיות אצלו, נמצא שהוא שרוי בלי אשה שהוא איסור מצד עצמו (א"ע סי' א' ס"ד) בזה"ז, שמצד החדר"ג (או שבועה - כמנהג עדת ספרד) אינו יכול לשאת אשה אחרת בטרם גירש את זאת, ובפרט, אם עדיין לא קיים פו"ר (שם ס"ג). נמצא שמטע"ז חייב הוא להוציאה:

ב מאחר שממילא אין האשה אצלו, הרי זו מדת סדום, שמעגן את אשה זו, שאין לטפול עליה אשמה בהיותו מאיס עליה, ואם אמנם אין עושים מעשה להוציא מאדם את שלו, גם כשיש בזה מדת סדום, כדמוכח בתוס' ב"ק (דף כ: ד"ה הא איתהנית) מ"מ מידי חיוב לא יצא. ואם עושה זאת מחמת נקמנות הרי הוא עובר באיסור תורה של לא תיקום (רמב"ם ה' דעות פ"ז ה"ז).

ולפי"ז הא דפוסק הרמ"א שאין כופין אותו לגרש זהו רק לענין דין כפיה, משא"כ חיוב לגרש, כל שהבעל עצמו יודע שלא תשוב אליו, ואינו עושה זאת אלא במטרת נקמה או סחיטת כספים, ודאי יש כאן, והבעל עובר באיסור אם אינו מגרשה. ומדוקדקים איפוא דברי הרמ"א, ואין סתירה בדבריו בין משי"כ בא"ע סי' ע"ז לבין משי"כ ביו"ד סי' רכ"ח.

ויוצא מזה שכל כה"ג כשטוענת מ"ע וביה"ד משוכנעים שהאמת כדבריה, ואף הבעל יודע זאת ומ"מ מתעקש מלפוטרה, בנצלו את הנפסק להלכה שאין כופין בכה"ג, על ביה"ד להסביר לו את חומר האיסור שעובר בזה שנמנע מלגרשה. ואם הבעל הוא שומר תורה ומצוה ודאי ייענה לדרישת ביה"ד ויקיים המצוה לשמוע דברי חכמים ויפטור האשה מעגינותה, ואת עצמו מעבירה.

עד כאן בנוגע לסעיף א' של פסה"ד, שכאמור יש לדחות הערעור בזה, והבעל חייב לפטור את אשתו בג"פ מהנימוקים שנתבארו, ויפה שעה אחת קודם.

ועכשו לסכסוך הממוני. אני מסכים, שאין ממש בטענות הבעל שמגיע לו חלק שוה בשוה בדירה שהחוזה נערך על שם שניהם - הבעל והאשה, ושהסכומים ששילמו אבי האשה או היא עצמה, היו בגדר מתנה לו. שהרי לפי התנאים הותנו בין הצדדים היה הבעל או אביו חייבים להשקיע סכום מסוים יחד עם הצד השני. ואילו מצד הבעל לא שולם רק סך חמשת אלפים ל"י. ואין שום יסוד להניח שאח"כ נתרצה הצד השני לתת לו מתנה את הסכומים שהם השקיעו, כאילו על חשבונו, כל כהאי גוונא שהיו תנאים מפורשים כמה כל צד צריך להשקיע, ובפרט לאחר שכבר היה הסכסוך ביניהם קיים ועומד. וזה עפ"י המבואר בחו"מ (סי רמ"ו סי' ז' ברמ"א):

"האומר לחבירו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה. ולכן מי שמאכיל לחתנו... צריך החתן לשלם לו מזונותיו, כשיתבע ממנו... ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה, אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה, רק אח"כ נפלה קטטה ביניהם, ולכן תובע ממנו - פטור."

בסיכום, נ"ל שיש לפסוק:

א הערעור בסעיף א' של פסה"ד נשוא הערעור נדחה.

ב הערעור בסעיף ג' מתקבל חלקית והאשה תשלם לבעל תמורת חלקו בדירה עפ"י חישוב חלקו לפי השקעתו בה בסך חמשת אלפים ל"י. הישוב זה ייעשה ע"י מומחים מקובלים ע"י שני הצדדים.

ג הגט יסודר וינתן ע"י הבעל כשיושלש הסכום לטובת הבעל בקופת ביה"ד האזורי.

www.eretzhemdah.org

שאול ישראלי

אני מסכים למסקנות הנ"ל.

יוסף קאפח

פסק דין

לאור הנ"ל מחליטים:

א הערעור בסעיף א' של פסה"ד נשוא הערעור נדחה.

ב הערעור בסעיף ג' מתקבל חלקית והאשה תשלם לבעל תמורת חלקו בדירה עפ"י חישוב חלקו לפי השקעתו בה בסך חמשת אלפים ל"י. חישוב זה ייעשה ע"י מומחים מקובלים ע"י שני הצדדים.

ג הגט יסודר וינתן ע"י הבעל, כשיושלש הסכום לטובת הבעל בקופת ביה"ד האזורי.

ד. אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"ז באדר תשל"ט.

שאול ישראלי יוסף קאפח מרדכי אליהו

סימן כא: בין מורד לאנוס - דרגת ביניים*

זהו ערעור על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי תל־אביב - יפו מיום י"א תמוז תשכ"ד (תיק מס' 11513/כג) לפיו חייב המערער לתת גט למשיבה.

ואלו הן העובדות:

המערער יושב בבית הסוהר בגלל אי תשלום חובות וזיוף מסמכים, הוא נשפט לארבע שנות מאסר והוא נמצא בבית הסוהר כבר עשרים חודש, לפי דבריו הוא מקוה להשתחרר בקרוב בגלל התנהגות טובה. הוא מבקש שלום בית, ומוכן להתחייב להתנהג טוב, יש להם שלשה ילדים.

לפי דברי המשיבה, היא לא יכולה יותר לחיות עימו, הוא הרביץ לה כמה פעמים, ואין לתת אמון בהבטחותיו, לפני שנכנס לבית הסוהר חיו מבחינת אישות בסדר, וצרכי הבית נתן פחות או יותר בסדר.

והנה טענה זו שהוא מרביץ לה, לא נטענה כלל בפני כב' ביה"ד האזורי, וגם בכתב התביעה לגרושין שהגישה המשיבה, לא נזכרה טענה זו במפורש, ועיקר טענת המשיבה היא שהוא מסתבך בתסבוכות שונות, מבלה מרבית ימיו בבתי הכלא בענינים לא כשרים. ועכ"פ טענה זו, שהוא מרביץ לה, שטענה בפנינו, לא הוכחה כלל.

ברישומי ביה"ד האזורי מיום ב' אד"א תשכ"ב (תיק מס' 9636/כא) רשומים דברי התובעת: "הנתבע היה בחופש (מבית הסוהר) ובקש ממני לבטל את התביעה (למזונות) ולהשלים אתו, אני מסכימה לעשות נסיון להשלים עם בעלי, אבל איני רוצה שזה יסודר בפני ביה"ד במעמדו. יש לי כמובן תנאים לשלום...". נראה שלא יצא מזה כלום, ותיק זה נסגר ביום כ"ט חשון תשכ"ג.

התביעה לגרושין הוגשה ביום כ"ד אלול תשכ"ג בזמן שהמערער ישב בבית הסוהר. יוצא איפוא שעיקר הדיון בדבר חיוב המערער לתת גט לאשתו המשיבה הוא אך ורק בגלל ישיבתו בבית הסוהר, ואינו יכול למלא את חובותיו כלפי אשתו המשיבה.

הנה לכאורה דין המערער הוא כמורד מעונה וממזונות, שהרי הוא גרם לעצמו שישב בבית הסוהר, וע"י מעשיו הוא מונע ממנה את עונתה ומזונותיה.

אמנם יש לדון בזה דנפסק בשו"ע אה"ע סי' ע"ו סעי' י"א:

"אסור לאדם למנוע מאשתו עונתה... ואם חלה או תשש כחו ואינו יכול לבעול ימתין ששה חדשים עד שיבריא שאין לך עונה גדולה מזו ואח"כ או יטול ממנה רשות או יוציא ויתן כתובה".

ועי' בח"מ ובבי"ש שם ס"ק י"ז: "ימתין ששה חדשים, בש"ג כתב אם הוא חולי הראוי לרפואה צריכה להמתין עד שיתרפא ואין דינו כמורד מתשמיש, כיון שאינו עושה מחמת שנאה...".

ולפי זה הוא הדין במקרה דנן אף שהוא גרם לעצמו שישב בבית הסוהר, אבל מה שהוא מונע ע"י זה מאשתו את עונתה אין דינו כמורד "כיון שאינו עושה מחמת שנאה" אלא כעת הוא אנוס, והרי זה כחולי הראוי לרפואה שצריכה להמתין עד שיתרפא.

וכן כתב הגאון בעל עונג יו"ט הו"ד בספר אבן ישראל, בנדון איש רע מעללים שיצא משפטו לשלחו לארץ גזירה לעבודת פרך, ואינו רוצה לגרש את אשתו אם יש לכופו על כך. והשיב הגאון הנ"ל שכופין אותו לגרש כיון שהוא מונע ממנה כל עניני אישות תשמיש ומזונות, וכתב בתו"ד "מ"מ הכא בעובדא דידיה אף שתלך אחריו יוגרע ממנה כל עניני אישות, כיון שהוא בשבי ועבודה קשה ואינו יכול לבוא אל ביתו כלל, ואף שעכשיו הוא אנוס בדבר, הא לא עדיף מנולד לו ריח הפה דכופין אע"פ שהוא אנוס". הרי כתב דגם כשהוא פושע ומעשיו גרמו לו להשלח לארץ גזירה מ"מ "עכשיו הוא אנוס בדבר".

www.eretzhemdah.org

ואפילו לדעת החולקים דגם בחולי הראוי לרפואה אינה צריכה להמתין יותר מששה חדשים, כדמשמע מפשטות דברי הרמב"ם בפי"ד מה' אישות ה"ז, ושו"ע אה"ע סי' ע"ו סעי' י"א הנ"ל, שהרי לא חילקו אם הוא חולי הראוי לרפואה או לא.

אמנם כבר כתב הכנה"ג אה"ע סי' ע"ו בהגהות הטור ס"ק י"ח: "ואפשר דלא פליג עם הרמב"ם, דריא"ז מדבר בחולי שיש קצבה לרפואתו, והרמב"ם מיידי ברפואה שאין קצבה לרפואתו...", והיינו כשיש קצבה לרפואתו לכל הדעות היא צריכה להמתין ואין דינו כמורד, ולפי זה בנדון דידן שיש קצבה לשבתו בבית הסוהר, א"כ אין דינו במורד. ועי' בשו"ת אבני נזר חו"מ סי' פ"ג שדן באחד שנשלח לצבא לכמה שנים, שאין דינו במורד, משום שהרי זה כחולי שיש קצבה לרפואתו, שהרי בודאי לאחר כמה שנים ישוב מהצבא, עי"ש.

יתר על כן לפי דברי המשיבה הנ"ל, הרי המערער הוא מאלו האסירים שנותנים לו חופש, ויתכן שפעם בששה חדשים היה יכול לקיים את עונתה אם היתה רוצה בכך, א"כ בכלל אין דינו כמורד מעונה.

אולם, יש לדון לחייבו בגט שהרי בשבתו בבית הסוהר הוא לא נותן לה את מזונותיה, והלכה פסוקה היא בשו"ע אה"ע סי' ע' ס"ג: "ואם היה עני ביותר ואינו יכול ליתן לה אפילו לחם שהיא צריכה כופין אותו להוציא".

והנה הרמ"א שם כתב: "וי"א שאין כופין אותו להוציא מאחר שאין לו". ועיין בפתחי תשובה שם שהביא בשם שו"ת חתם סופר אה"ע סי' קל"א שמסיים לדינא, שמי שאין לו ואינו רוצה להרויח כופין בשוטים להוציא, ומי שאינו יכול להרויח שהוא חולה ואינו פושע, תליא למ"ד מזונות דאורייתא כופין בשוטים, ולמ"ד מזונות דרבנן אין לכוף, ואמנם במילי כופין. וא"כ לכאורה צדק כב' ביה"ד האזורי בפסק דינו שחייב את המערער לגרש את המשיבה, שהרי חיוב לתת גט גם הוא כפייה במילי שלכל הדעות כופין אותו לגרש.

אכן יש לדון בזה, שהרי המשיבה הצהירה בפנינו "אני עובדת ומרויחה סך 110 ל"י לחודש, ומהע"ס מקבלת סך תשעים ל"י לחודש ומזה מתפרנסת יחד עם הילדים... לפני שנכנס לבית הסוהר חיינו מבחינת האישות בסדר, וצרכי הבית נתן פחות או יותר בסדר". וא"כ נמצא לפי דבריה שהיא עובדת ומרויחה, הרי מעשה ידיה שייכים לבעל אם היא תובעת ממנו מזונות, ויוצא איפוא שנותן לה את מזונותיה, היינו את מעשה ידיה.

והנה בשו"ת חתם סופר אה"ע סי' קל"א הנ"ל כתב בתו"ד: "ואפשר אפילו יש לה משלה ותוכל לחיות בממון עצמה, מ"מ סוף שתכלה קרנה ותמות ברעב ואין מי ירחם שוב עליה, אבל כשכופין עתה לגרשה תוכל להנשא לאחר המפרנסה...", עי"ש.

אמנם, זה פשוט שהחתם סופר מדבר בממון שלה שלא שייכים לבעל, א"כ אף שיש לה כעת ממה להתפרנס, מ"מ סוף שתכלה קרנה ואין מי ירחם עליה, משא"כ בנדון דידן שהיא עובדת ומרויחה שמעשה ידיה לבעלה, הרי נמצא שהוא מפרנסה, וכאן הלא המערער לא אמר איני זן ומפרנס, שהרי לדברי המשיבה לפני שנכנס לבית הסוהר נתן לצרכי הבית פחות או יותר בסדר, ולאחר שנכנס לבית הסוהר היא עובדת ומרויחה, א"כ הרי זה כאומר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך, ועיי' בי"ש אה"ע סי' ע"ז סעי' א': "מיהו לא הוי מורד כשאומר טול מ"י במזונותיך ומספיק לה" ויתכן שהסכום שהיא מרויחה מספיקין לה למזונותיה, ואף אם נאמר שזה לא מספיק לה, הלא עיקר הטעם שאינו יכול לומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, הוא כמש"כ הרמב"ם בפי"ב מה' אישות ה"ד "שמא לא יספקו לה מעשה ידיה במזונותיה", ועי' רמ"א שו"ע אה"ע סי' ס"ט ס"ד.

אולם זהו רק לגבי חיוב המזונות, ובשיש לו לפרנסה והוא אומר לה צאי מעש"י למזונותיך, הוא נקרא גם מורד, אבל לגבי החיוב לגרשה מפני שאינו זן אותה, והוא עני שאין בידו לפרנסה, הלא כתבו הח"מ והבי"ש סי' ע' סק"ט, שאם הוא יכול ליתן לה לחם, אף שאינו יכול ליתן לה ליפתן ושמן ושאר דברים מ"מ אין כופין להוציא בשבילם. וא"כ כשאומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, אף שלא נפסד מחיוב מזונותיה, אם מעשה ידיה לא מספיקין לה, מ"מ אין לחייבו לתת לה גט שהרי מ"מ הוא נותן לה לחם שהיא צריכה.

זאת ועוד, דכתב בשו"ת נודע ביהודה מהד"ת סי' צ' וז"ל: "ובאומר איני זן ואיני מפרנס אפי' לרב דכופין, מ"מ מי לא בעי התראה, וכי עדיף כח האשה מכח האיש, ובכל הני שהאשה יוצאת בלי כתובת בעי התראה... אלא ודאי דדוקא כשהתרו בו הבי"ד והוא עומד במרדו ואומר איני זן...", ובנ"ד הרי לא התרו במערער, והוא לא אמר איני זן, אלא לפי מצבו כיום אין בידו לפרנסה, א"כ פשוט הוא שאין לחייבו לתת גט למשיבה.

בצלאל זולטי.

הערות להצעה לפס"ד הנ"ל:

א.

מעכתר"ה מדאפיק לי' מדין **מורד** שהוא ב"עושה מחמת שנאה" דוקא, מכניס לי' לגדר **אנוס** ד"כעת הוא אנוס". וע"כ מדמי לה מצד מניעת עונה לחולה, וכן מצד מניעת המזונות "למי שאינו יכול להרויח שהוא חולה ואינו פושע".

אבל לענ"ד אם אמנם עושה מחמת שנאה אין כאן, וע"כ דין מורד ממש ודאי אין לו, אולם גם בגדר אנוס איננו, אלא היא דרגת בינים וכדלהלן:

לענין מזונות יש להשוותו למי שאינו רוצה להרויח, שה"ז בא לו ע"י פשיעתו וגם מי שאינו רוצה להרויח יתכן שעושה זאת רק מחמת עצלות ולא מחמת שנאה ומ"מ הוא בדין כפי' דמסיק החת"ס. ומה שעכשו כשיושב בבית הסוהר הוא אנוס, אין זה בגדר אנוס כלל, שהרי הוא הכניס עצמו בפשיעה לתוך האונס, ודמי למי שיחבול בעצמו שעי"ז לא יוכל לעבוד ולהרויח. וידועה מחלוקת הראשונים לענין שבת אם מותר להכניס עצמו לאונס דפקו"נ. אבל גם מי שמתיר התם, היינו משום דלבתר הכי ודאי יהי' מותר, שהרי באותה שעה ודאי ל"ש להתחשב עם הגיע לזה באונס או ברצון, וע"כ ס"ל לאותה דעה שגם לכתחלה מותר. משא"כ כאן שיש לדון אם זה אונס, וודאי בכה"ג שיחבול בעצמו לכתחלה,

www.eretzhemdah.org

יהא עליו דין כפי' כדין מי שאינו רוצה להרויח. ומאחר שלענין מזונות הוא בגדר פושע ובדין כפי', מכש"כ מצד מניעת העונה דבזה נחשב למורד כדלהלן בסוגרים, וע"ע גבו"א סי' ט"ז.

(והנה לסברתו דמעכתר"ה דמשוה לי' לאנוס מחמת חולי שאינו יכול להרויח, כי אז לא ידעתי למה גם בזה לא יהא החילוק שהזכיר לענין עונה אם החולי מוגבל לזמן. דודאי דין מזונות לא חמור יותר ממניעת העונה, וראי' לדבר, שלענין מזונות דעת ר"ת שאם הוא אנוס שהוא עני ואין לו אין כופין אותו להוציא, ואילו בתשש כוחו ואינו יכול לקיים העונה לכו"ע כופין אותו להוציא. וא"כ בכה"ג שהחולי מוגבל בזמן, כשם שלא נכופנו מצד מניעת העונה, מכש"כ שלא נכופנו אליבא דכו"ע מחמת מניעת המזונות).

ממילא אין ראי' לנידון שלנו מהא דהנובי"ת סי' צ' שהובא בפ"ת סי' קנ"ד לענין מי שעזב אשתו י"ב שנה ומנע ממנה עונה ומזונות, שהנוב"י מסיק שאין כאן אפשרות לכופו כיון שעשה זאת מחמת עוני שחיפש לו שירות, כי התם הרי זה בגדר אנוס מצד שהלך לחפש לו מחי' ומזון. משא"כ כאן שמבחינת הקיום לא הי' חסר להם, וכל מה שהסתבך בפלילים במעשי רמאות אין זה אלא פשיעה ממשית.

ב.

והנה בסי' קנ"ד מביא הרמ"א מתשו' הרשב"א באיש שהוא רגיל לכעוס ולהוציא אשתו מהבית שדן בזה כמורד ממזונות ותשמיש. ובעיינו נראה שאין בא הרשב"א להשוותו ממש לדין מורד, דהרי מבואר שם בתשובה:

"ועוד דכל שמשלחה מביתו הרי הוא כמורד מתשמיש ואם רצתה מוסיף לה וכו' ואם רוצָה יוציא ויתן כתובה כל שפירש ממנה מתוך הכעס יותר מן הזמנים שנאמרו בפרק אעפ"י כל אחד ואחד לפי מה שהוא אדם. עכ"ל."

הרי ברור בדבריו שרק אי הזמנים שפורש ממנה הם יותר משיעור העונה, אז רק יש לו דין מורד. וכ"ה גם בלשון הרמ"א שכ' בלשונו: "ופורש ממנה בתשמיש יותר עונתה". הרי ברור שרק במקרה כזה יהיב לי' תורת מורד. אולם במורד ממש הרי אין קצבה לדבר כמבואר בסי' ע"ו וע"ז, ואינו נמדד בגדרי עונה רגילים. א"ו שהוא כנ"ל דמי שמוציא אשתו מחמת כעס אינו מורד ממש, שאינו עושה מחמת שנאה, ומ"מ אינו בגדר אנוס, אלא פושע הוא. ע"כ אם מונע ממנה שיעור עונה "כל אחד ואחד לפ"מ שהוא אדם" הוא בגדרי מורד שכופים להוציא, ולא יהבינן כאן שיעור עונה של חצי שנה, כמו במי שחלה. ומכש"כ שלא נתן שיעור יותר מזה.

(ומה שמעכתר"ה הזכיר שלפעמים מקבל הוא חופש מבית הסוהר, הרי אין זה אלא מקרי, ולא הוי פת בסלו, בדומה למ"ש לענין מדיר, אעפ"י שיתכן שימצא פתח לנדרו - כתובות ס"ב וס"ג ותוס' שם).

ג.

ויש עוד דוגמא שאין נותנים לזה דין אנוס אלא דרגת ביניים (וזה נ' שהיא דרגה יותר קרובה לאונס מניד"ד), והוא במש"כ הרמב"ם והובא בטור ושו"ע (סי' ע"ו): "אסור לאיש למנוע מאשתו עונתה." ומביא שם הב"ח מהמרדכי שהקשה אמאי לא מיקרי מורד מתשמיש ויוסיפו לה על כתובתה. וקושיתו ודאי היא רק על בבא זו שבדברי הרמב"ם, שאילו על מה שממשיך "ואם מנעה כדי לצערה עובר בל"ת" הרי אין מקום לדבריו כלל, שהרי זהו המורד שמונע ממנה בכונת צער, ותירוצו ל"ש כלל. וכן ל"ש להקשות על סוף דברי הרמב"ם "ואם חלה או תשש כוחו וכו'" שה"ז אנוס ממש ומאי קשי"ל. א"ו כנ"ל קושיתו היא על ראש דברי הרמב"ם שאינו מונע בכדי לצערה, אלא מפני שאינו מקפיד לשמור על העונה שחייב בה כלפי אשתו, ובזה קשי"ל למה לא יהא דין מורד. וע"ז מתרץ שהוא קצת כאנוס, כלומר שמורד הוא רק אם מונע בכונה תחילה "מחמת שנאה וכעס". וע"כ אין כאן דין מורד להוסיף על כתובתה, ומ"מ בדין כפי' הוא לענין כפי' בדברים ושרי למיקרי' עברין כמבואר שם בדבריו.

הרי לנו שגם כשאינו מונע מחמת כונה לצערה, אלא אפילו קצת כאנוס, מ"מ דין כפי' בדברים יש כאן. והב"ח עצמו בסוף סי' ע"ו שם משוה לזה דאם אמר א"א אלא אני בבגדי וכו' מחמת צניעות או עצלות שאין ע"ז דין מורד, ומ"מ הוא בדין יוציא. והב"ש והח"מ פליגי עלי' שהוא בדין מורד ממש, ואעפ"י שלא עשו בכונה שלצערה וכעס.

(וצ"ל שמחלקים בין הא דהמהר"ם שבדברי המרדכי הנ"ל לענין אם אינו מקיים העונה, וי"ל דשא"ה דאין הפירוש שנמנע לגמרי, אלא שאינו שומר העונה כפי מה שהוא אדם. ובזה י"ל שלא נכלל בכלל ההתחייבויות הקבועות בשעת נישואין, כיון שהעונה משתנה לכל אדם לפי מה שהוא. משא"כ בהוא בבגדו, כיון דאין זה בגדר שאר ה"ז בניגוד להתחייבות שקיבל על עצמו בשעת הנשואין).

וא"כ ניד"ד שיש כאן מניעה יותר גדולה משיעור עונה הרחוק ביותר (ומה שיכול לפעמים להיות שחוזר הביתה אין זה פת בסלו וכנ"ל) ודאי שיש להשוותו להא דמונע מלשמש שלא בכונת צער וכעס, אלא מצד רשלנות וצניעות וכיו"ב, שמ"מ זה בא ע"י פשיעתו ולא הוי אונס (אם כי הוי קצת דומה לאונס כמש"כ המרדכי וכנ"ל) דין כפי' עליו עכ"פ בדברים, א"כ ה"ה נידון שלנו יש בו דין כפי' בדברים.

ד.

ומה שיש קצת לדון עפי"מ שהעלה בתשובת הנוב"י הנ"ל דבכל אלה צריך התראה דלא יהי' גרוע כוח הבעל מכוח האשה. אולם נ' שזה אינו אמור אלא במשהו שבא באקראי, אבל מי שהוא רגיל בכך כניד"ד, שזה לו לא מקרה ראשון שבא בפלילים, כמבואר בתשובה לערעור סעיף י"ט, בזה ל"ש התראה דחזינן שדרכו בכך. וזה נ"ל גם בטעמא של הרשב"א בתשו' הנ"ל במי שרגיל להוציא אשתו, שג"כ לא התנה שזה בתנאי שיתרו בו תחלה, כי מאחר שרגיל בכך ל"צ התראה, שלא יחזור בו מדרכו זו. ע"כ נ' שיש לאשר הפס"ד של בי"ד קמא לחייבו במתן גט.

www.eretzhemdah.org

ה.

ובמש"כ מעכתר"ה בסוף דבריו בניד"ד שמע"י ספקו עכ"פ לקיום בדוחק אינה יכולה לבא בטענה מצד המזונות "ואף שהדין שא"י לומר צאי מע"י במזונותיך, הלא הטעם הוא כמש"כ הרמב"ם "שמא לא יספקו לה מע"י במזונותיה" וכו' לגבי החיוב לגרשה מפני שאין זן אותה. הלא כתבו הח"מ והב"ש שאם הוא יכול ליתן לה לחם וכו' וא"כ כשאומר לה צאי מע"י במזונותיך, אף שלא נפטר מחיוב מזונותי', אם מע"י מספיקים לה, מ"מ אין לחייבו ליתן לה גט שהרי מ"מ הוא נותן לה לחם שהיא צריכה". עכ"ל.

הנה לפי המבואר בב"ש ס"ט סק"ד וכ"ה בהגר"א שם לדעת הרמב"ם רש"י ועוד, גם כיום הזה מספיק לה לכל צרכי', כל שאינה מסכימה א"י לומר לה צאי מע"י במזונותיך. והיינו מצד שמא ביום מן הימים לא יספיק לה ותצטרך לעמוד אתו בדיני ודייני ובינתים תמות מרעב. כי רק בכה"ג הוא שנחלקו אידך ראשונים דסברי דיכול לומר לה צאי וכו', מאחר שכרגע זה מספיק לה, ואם לא יספיק אז תתבענו בדין. א"כ לפי שיטת הרמב"ם ואידך אפילו אילו היתה מרויחה כדי כל סיפוקה טענתה טענה. ול"ש להא דסי' ע' כשהוא נותן לה לחם דאין עליו תורת מורד משום שעכ"פ ההכרחי ביותר הוא הוא שמספק לה.

אכן יש לדון בו מצד אחר, והוא עפימש"כ הב"ש סי' ע"ז סק"א: "מיהו לא הוי מורד כשאומר טול מע"י במזונותיך ומספיק לה". וב"בית יעקב" שם כ' דלמד זאת מדיוק בדברי הגמרא ע"ש. ולכאורה תמוה דאליבא דמאן קאי, אי אליבא דהני שיטות שבדספקה יכול לומר לה צאי מע"י במזונותיך, הרי ל"צ לזה לדיוק מלשון הגמרא, אלא לדעתם ה"ז מפורש יוצא בגמרא גיטין י"ב. ואי לדעת הרמב"ם ואידך, הרי לא ס"ל דיכול לומר צאי גם בדספקה. ונ"פ שכונתו גם לדעת הרמב"ם ואידך, דלהני ראשונים שיכול לומר לה צאי מע"י בדספקה אין רבותא שאינו מורד, א"ו דברי הב"ש אליבא דהרמב"ם קאי, והיינו שאעפ"י דסברי דא"י לומר לה צאי וכו' מ"מ תורת מורד אין עליו בכה"ג. וע"ז הוא שהוצרך ה"בית יעקב" להביא לה מדיוק לשון הגמרא. אכן אם משום זה, יתכן שהוא רק בדספקה כל צרכי', משא"כ אם אין מספיק לה מע"י אלא ללחם בלבד, אין לנו ראי' שלדעת הרמב"ם לא יהא עליו תורת מורד, כיון שהוא אינו נותן כלום, ואף היא לא ספקה כל צרכי', וצ"ע בזה.

ויש כאן עוד הערה לניד"ד, שכפי המבואר בטענותיהם, עד שהוא נכנס לבית הסוהר לא עבדה כלל, אלא שהוא הי' מספק "פחות או יותר", ורק לאחר שנכנס למאסר, בכדי שלא תמות ברעב דחקה עצמה במע"י בכדי שלא תמות ברעב, והיא אינה חייבת בזה כלל, שרק על עשייה בצמר מצינו חיוב, וזה אינו קיים בזמננו כמו שפסק בבית מאיר. א"כ יש לדון בדבר כאילו אינה עובדת כלל והוא אינו מספק לה כלום.

אכן כבר כתבתי לעיל שאם נדון מה שנמנע לפרנסה בתור אונס מצדו, כי אז יתכן שיש לחלק בניד"ד מצד שאין זה אלא מעוכב לזמן, ודמי למי שחלה ומשו"כ אינו מקיים העונה, שכל שעומד להרפא מחכים לו וכנ"ל.

ברם כאמור לעיל אין לראות ניד"ד כאונס אלא כדרגת ביניים בין מורד גמור לאונס, ובכה"ג יש דין כפי' בדברים וכנ"ל.

והנלע"ד כתבתי.

ש. ישראלי

פסק דין

הוחלט לקבל את הערעור ואין לחייב את המערער לתת גט למשיבה.

אין צו הוצאות.

ניתן ביום ז' תמוז תשכ"ה.

בצלאל זולט ישאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן כב : בענין חובת האב במזונות ילדיו*[21]

הערעור שלפנינו הוא להגדלת מזונות ילדים, ונסב על החלטת ביה"ד האזורי בחיפה מיום כ"ג במרחשון תשל"ד (תיק שלב5170/), בה נאמר:

"לאחר שבית הדין עיין בחומר שבתיק מחליט:

הואיל ולפי ההלכה המבוארת באה"ע סימן פ"ב בחלקת המחוקק שם: אם הבעל אמר אני רוצה הילדים אחרת לא אתן מזונות - צדק הבעל בטענה זו ואין מקום לחייבו במזונות ילדיו. הואיל וב"כ הבעל העלה טענה זו בפנינו, אי לכן אין מקום לחייב הבעל במזונות הילדים והואיל וכל התביעה על הגדלת המזונות מתבססת על הוצאות הילדים, ולפיכך - אין בית הדין נעתר לבקשה להגדלת מזונות."

וכך היא השתלשלות הדברים בקצרה:

האב והאם הם בעל ואשה, ולהם שני הילדים: ש. - יליד 1962, וד. - יליד 1965. הגדול, ש., נמצא במוסד א. והאם משלמת עבורו סך 125 ל"י לחודש, והקטן, ד., נמצא אצל האם שמטפלת בו ולומד בבי"ס י.

[21] ערעור תשל"ד\24 בפני הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו

www.eretzhemdah.org

הבעל והאשה הנ"ל נמצאים בסכסוך ממושך, כשחייהם המשפחתיים מעוררים. עוד בשנת תשכ"ז (20.8.67) הוגשה ע"י הבעל תביעה לגירושין כשהוא מנמק זאת בטענה: אשתי עצבנית מאד ומקבלת התקפות היסטריות (תיק /440תשכ"ז).

האשה לעומתו הגישה תביעת מזונות (תיק /4556תשכ"ז), ונפסק הסך 350 ל"י לחודש. בתיק זה נמצאת גם פניית ביה"ד למחלקה לעבודה סוציאלית של עירית חיפה, בהם נתבקשה חוות דעת "מהי טובתם של שני הבנים הנ"ל, השארתם ברשות האב, או רשות האם עדיפה". על פנייה זו לא נמצאת בתיק שום תשובה.

בשנת תש"ל שוב הוגשה ע"י הבעל תביעה לביה"ד, אך הפעם לא לגרושין אלא לשלו"ב, ובמקרה של סירוב

"להכריזה כמורדת, ולפסוק מזונות עבור הילד ד. שיקבע ע"י ביה"ד לאחר שמיעת טו"מ הצדדים, וכן את השארת הילד הגדול ברשות אביו".

(תיק /362תש"ל).

ביה"ד הוציא פסקי דין שונים והללו גם עברו שלבי ערעור. לאחרונה קבע ביה"ד בתביעות והמו"מ ההדדיים, ביום כ"ז בסיון תשל"ג, כדלהלן (בתיק /362תש"ל):

"אחרי שביה"ד עיין בטענות ומענות הצדדים פוסק ומחליט:

הואיל ויש הכחשות בין הצדדים בנדון מי מורד במשנהו אי לכך ביה"ד קובע תאריך שעל שני הצדדים לשוב בבית. התאריך הוא י' תמוז תשל"ג בשעה 5 אחה"צ. כ"א יביא עדיו על נוכחותו והשארתו משעה זו ואילך. אם אחד הצדדים יפר את ההחלטה הזאת ביה"ד יראה שהוא מורד".

בצד התביעות והטו"מ כנ"ל על החיים המשותפים, התנהל דיון בביה"ד בגובה המזונות. בתיק /5170תשל"ג הוגשה ע"י ב"כ האשה תביעה להגדלת המזונות שנקבעו לפני מספר שנים עבורה ועבור שני הילדים בסך 350 ל"י לחודש. ברם בהופעת הצדדים לבירור התביעה בבית הדין ביסס ב"כ האשה והילדים את התביעה להגדלת מזונות

"עבור הילדים, וכן **לאם כמטפלת** בסך 950 ל"י לחודש".

בנמקו התביעה באפשרויות הבעל והצרכים הגדלים של הילדים.

ב"כ הבעל טען שמבקש את הילדים לרשותו (בהיות ושני הילדים כבר למעלה משש שנים). כן נטען ע"י ב"כ הבעל:

"לגבי הילדים אני מכחיש שהאשה יכולה לטפל בילדים. הילד הולך לא., האשה לא הולכת לבקרו. היא משלמת עבור החזקתו במוסד. האשה לא מסוגלת לטפל בילדים, הבעל מבקר הילד, האם מזניחה".

בתביעה זו הוצאה ההחלטה שהובאה לעיל, שהיא נשוא הערעור.

בערעור נכתב ובע"פ חזרו הצדדים על טענותיהם. לפי ב"כ האשה יש לאשה הוצאות נוספות על הילד הגדול בנסיעות לבקרו וקניית מיני מתיקה עבורו סך 100.- ל"י לחדש. וכן להחזקת הילד הקטן שכולה עליה, והטפול בו.

אחר העיון בטענות הצדדים ובחומר שבכתב הגענו למסקנא דלהלן:

לכאורה צדק כב' ביה"ד האזורי בסרבו להיענות לתביעת האשה להגדלת מזונות הילדים בעוד קיימת לפניו תביעת האב להעביר את שני הילדים לרשותו וטיפולו, מאחר שהילדים הם למעלה מגיל שש, שבזה ההלכה פשוטה שהילד אצל האב (א"ע סי' פ"ב ו'):

"... ואחר שש שנים יש לאב לומר אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות".

ואם אמנם ביה"ד בשלב זה טרם הוציא החלטה סופית על העברת הילדים לרשות האב, בהתאם לנ"ל; כנראה, מפני הצורך בבירורים נוספים על האפשרות המעשית של האב לטפל בהם, בהיותו עסוק רוב היום בעבודתו. וראה בכגון דא להשאיר את המצב הקיים, כדי שלא לגרום זעזועים מיותרים לילדים טרם נתברר באופן מוחלט מהי טובתם, שזהו הגורם המכריע בנידון. מכל מקום, כיון שמעיקר הדין שילדים בגיל זה מקומם אצל האב, כל עוד לא הוכח שאין זו טובתם, לא מצא לנכון להיענות לתביעה להגדלת המזונות.

ברם, אחר העיון, נראה שיש מקום לטענת האשה, וזה כפי שיבואר:

חובת המזונות של האב **בעיקרה**, אינה תלויה במקום המצאותו של הילד, ואינה באה כ"תמורה" על האפשרות שניתנת לאב ללמדו תורה ולחנכו שהרי חובה זו קיימת גם כלפי הבת, אעפ"י שבזה נפסק שמקום הבת אצל האם לעולם (א"ע שם), וזה שאמרו ש"אחר שש שנים יש לאב לומר אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות", וכן מה שהובא בפס"ד נשוא הערעור מהח"מ "כשהבן אינו רוצה להפרד מאמו יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאינו שומע לקולי להיות אצלי ללמדו תורה", אין זה אלא בגדר הפעלת לחץ או קנס כדי שיבא הבן לרשותו ויוכל ללמדו תורה ולחנכו כחובה המוטלת עליו, בתור אב.

ועל כן ברור, שאם לא ניתן להעביר את הילד לרשות האב, בגלל סיבה שאינה תלויה באם ובבן, כגון סכנת דרכים או מחלת הילד וכיו"ב, אין חובת האב לזונו פוקעת, גם כשהוא אצל האם.

ומכאן, שכל עוד לא נפסק סופית ע"י ביה"ד שעל הילד לעבור לרשות האב, כגון במקרה דנן, שממילא אין חייבת האם להעבירו ואף לא על הילד לעבור מעצמו אל האב, חובת המזונות של האב, בהתאם לצרכי הילד והאפשרויות של האב, בעינה עומדת.

והואיל וכן, כיון שטרם נפסק על העברת הילדים לרשות האב, והדבר עדיין בשלבי בירור בפני ביה"ד, יש לחייב את האב במזונותיהם באופן מלא, וללא כל עיכוב בגלל התביעה של האב הקיימת ועומדת להעביר הילדים לרשותו.

www.eretzhemdah.org

אכן, באשר לילד הגדול - ש., שנמצא כאמור במוסד א. ועליהם כל מחסורו והטיפול בו, ואין האם רק משלמת עבורו סך 125 ל"י לחודש, מהסכום הכללי של 350 ל"י שמקבלת מהאב עפ"י פס"ד הקודם, יש לראותו כמופקע בפועל מרשות האם, שממילא אינה מטפלת בו. ואיננו רואים לנכון לחייב האב לממן הוצאות נסיעותיה לביקור אצל הילד וקניית מיני המתיקה שקונה לו, כפי התביעה.

אך ביחס לילד הקטן - ד., שנמצא כולו ברשות האם ועליה כל ההוצאות הקשורות בצרכיו והטיפול בו, בזה חובת האב למלא צרכיו במילואם, כיון שכאמור, עדיין לא החליט ביה"ד שעליו לעבור לרשות האב.

פסק דין

בהתחשב עם כל הנ"ל אנו פוסקים:

א הערעור מתקבל ביחס למזונות של הילד ד., ונדחה באשר ליחס גובה המזונות של הבן הגדול יותר ש.

ב המשיב מ. ישלם למערערת ר. החל מיום הגשת התביעה להגדלת המזונות בביה"ד, היינו מיום ח' באב תשל"ג, סך 400.- ל"י לחודש למזונות הילד ד., וסך 125 ל"י לחודש עבור הילד ש. שהוא גובה התשלום עבורו במוסד א. בו הוא נמצא. ס"ה סך 525 ל"י לחודש.

ג התשלומים ששילם המשיב למערערת עד כה, בהתאם לפסקי הדין הקודמים, במדה ושילמם, יזקפו על חשבון החיוב בהתאם לסעיף ב' של פס"ד זה, ויתרת החוב תשולם ע"י המשיב בתשלומים חדשיים של 100.- ל"י לחודש. וזה נוסף על תשלום המזונות השוטף בסך 525 ל"י לחודש, כאמור בסעיף ב' הנ"ל.

ד המשיב רשאי לקבל על עצמו התשלום למוסד א. ישירות למוסד. ועם הציגו אישור על כך, ישלם למערערת רק סך 400.- ל"י לחודש למזונות הילד ד.

ה כבוד ביה"ד האזורי ימשיך בבירוריו ביחס למקום החזקת הילד ד. ויפסוק בהתאם.

ו אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"א בחשון תשל"ה.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן כג : בענין התנית מזונות בבקורי בית*[22]

לפנינו ערעור על החלטת כב' בית הדין האזורי בחיפה מיום י"ט בחשון תשל"ה (תיק שלד3686/), בו נאמר:

"לאחר שאם הילדה תציית להחלטת ביה"ד ברוחה וכלשונה, דהיינו תמסור את הילדה לרשות אביה לביקורים סדירים ללא נוכחותה וללא השגחתו של אדם אחר - ביה"ד יתיחס לעתירתה להעלות מכסת המזונות הילדה. כ"ז שהיא לא תקיים פסה"ד, ביה"ד לא יזדקק לעתירתה".

(הערעור הוגש גם על החלטת כב' ביה"ד האזורי הנ"ל מיום כ"א בתמוז תשל"ד, אולם לפי החלטת בי"ד זה מיום ה' בכסלו תשל"ה אין מקום לערעור על החלטה זו שהיא החלטת ביניים).

המערערת והמשיב היו בעבר בעל ואשה שנתגרשו כדמו"י, ולהם בת משותפת שהיא כיום בת שש, שנמצאת כיום ברשות האם.

האשה הגישה תביעה להעלאת מזונות עבור הבת. מאידך תובע האב הסדר פגישות עם הבת, מאחר שהאם מסרבת לתת לו להפגש עמה, אלא בנוכחות צד שלישי.

בהחלטה נשואת הערעור דוחה ביה"ד כנ"ל את הזדקקותו לעתירה להגדלת מזונות כל עוד אין האשה מצייתת להחלטת ביה"ד "למסור את הילדה לרשות אביה לביקורים סדירים ללא נוכחותה וללא השגחתו של אדם אחר".

אחרי שמיעת טענות הצדדים וב"כ והעיון בחומר נראה לנו שיש לאשר הפס"ד.

קביעת עובדות וכן שיקול הדעת הנובע מזה בקשר לקביעה מהי טובת הילד מסורה בידי ביה"ד הדן בדבר.

נוסיף, שגם לנו נראה שניתוק הבת מהאב שלא תוכל להפגש עמו, גם שלא בנוכחותה או בנוכחות אדם אחר, נראית הכרחית לטובתה, כל עוד לא הוכח ההיפך. הוכחה מעין זו לא הובאה מצד האב.

חיוב האב במזונות מותנה בהיותו ברשותו ואם האם מעכבת יכול הוא לומר:

"אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות (סי' פ"ב ו').".

ואם אמנם שם המדובר בילד שדינו להיות ברשות האב לגמרי, דין מינה, גם לגבי בת, באותה מדה שטובתה דורשת להמצא לעתים מזומנות עם אביה.

אשר על כן, אין אנו מוצאים לנכון להתערב בקביעת ביה"ד ובפסק דינו, בהתאם לזה, שלא יזדקק לעתירת האם להעלות מכסת המזונות עבור הילדה.

שאול ישראלי

[22] ערעור תשל"ה\16 בפני כב' הדיינים: הרב עובדיה יוסף - נשיא, הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

עיינתי בדברי חברנו כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל] ולא אוכל לקבל את דעתו.

הלכה זו שאב יכול לומר: "אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות", לא מצינו אותה אלא רק בבן. וכפי שמתבאר מדברי החלקת־מחוקק בסימן פ"ב ס"ק ט', כאשר הבן אינו רוצה להפרד מאמו וללכת אל האב. והטעם הוא כפי שהסביר החלקת־מחוקק שם שבמקרה כזה "יש לאב לומר: אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן **שאין שומע לקולי, להיות אצלי** ללמוד תורה ושאר דברים". ועיין שם בחלקת־מחוקק שהוא רואה את הדבר הזה כ"דוחק". כי קשה הוא להבין גם לפי דרכו של החלקת־מחוקק, המטיל את ה"אחריות" על הבן עצמו, וגם אחרי הסברו, למה ייענש הבן הקטן במזונותיו, גם כשהוא "אינו רוצה להפרד מאמו", אף כאשר לטובתו הוא להיות אצל אביו. ועיין בבית שמואל שם ס"ק ח'.

וכאשר כל ההלכה הזאת חידוש הוא - כלל הוא "אין לך בו אלא חידושו", היינו ההלכה כפי שנאמרה, והוא: רק בבן, אשר מקומו הוא אצל האב ש"הוא מצווה עליו בכמה דברים ובפרט ללמדו תורה", ורק כאשר המדובר הוא על עצם מקום המצאו "להיות אצלי", ורק כאשר העיכוב הוא מצד הבן עצמו. ואין בידינו להרחיב את ההלכה הזאת ולהחילה גם בבת, וכאשר המדובר הוא בפגישות בלבד, וכאשר העיכוב הוא מצד האם ולא מצד הבת. המזונות הן בשביל הבת עצמה ולא בשביל האם, והאם אינה אלא שליחה של הבת לתבוע עבורה, ואין בכחנו להטיל עונשים על הבת בגלל מעשי האם.

וזאת, מבלי להקל ראש במעשה הרע הזה של האם המונעת את הקשר בין האב ובין בתו, ולא רוצה לדעת ולהבין כי את נפש הבת היא קובעת חלילה בזאת.

אולם, אין אנו מוסמכים לבדות עונשים מלבנו ולהטילם כראות עינינו על העושה שלא כהוגן. ובמיוחד כאשר העונש הוא בעצם מהותו מבחינת ההלכה לא על העושה אלא על הבת הקטנה.

כב' הגר"ש ישראלי מוסיף: "אין כאן איפוא שום הטלת עונש על הילד... אלא העברת החוב המוטל על האב - על האם", אלא שאין הדבר כן. במזונות בן ובת חייב האב, הוא לבדו הוא, ולא האם. ואין ליצור חיוב חדש ולחייב את האם במזונות כאשר חיוב כזה לא היה מעולם, והוא איננו. יוצא שבגלל מעשה האם מטילים עונש על הבן הקטן, מפקיעים את זכויותיו ומבטלים את החיוב המוטל על אביו כלפיו, כגמול על מעשה שהוא עשה, וזה דבר שאין הדעת סובלתו.

ולכן דעתי היא שיש לקבל את הערעור, ולהחזיר את הנידון לבית הדין האזורי לדון בתביעת הבת, שהוגשה על ידי האם, להעלות את סכום המזונות בשביל הבת.

אליעזר גולדשמידט

לדבריו של הגר"א גולדשמידט (שליט"א) [זצ"ל].

ראיתי מש"כ בנידון מעכתר"ה שליט"א, ולא מצאתי בהם מה שיחזירני ממה שהעליתי בדברים הקודמים.

כת"ר בונה בנינו על מש"כ הרי"מ בתירוצו שהוא "דוחק", ומבואר כוונתו

"כי קשה הוא להבין למה ייענש הבן הקטן במזונותיו, כאשר הוא "אינו רוצה להפרד מאמו", גם כאשר לטובתו הוא להיות אצל אביו."

אולם במחכתר"ה, לא זה הקושי אשר בא הח"מ ליישב, וממילא אין זה גם ה"דוחק" אשר כיון אליו בתירוצו.

המדובר בשו"ע הוא:

"אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה... יש לאב לומר אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות."

העיכוב שדן בו השו"ע הוא איפוא מצד אם הילד, ועל כן פשוט שמה שהאב אומר, אף הוא אינו אלא כלפי אם הילד, שכיון שהיא הגורמת, יש להטיל עליה את מזונות הילד.

הלכה זו מקורה בגמרא כתובות ק"ב ב' כמבואר בביאורי הגר"א שם.

מה שנתקשה הח"מ אינו אלא כפי המבואר בדבריו

"דמשמע אם האם **מוחלת לו** המזונות תוכל להחזיק בנה **על כרחו** (של האב) וזה נגד המושכל **למה תוכל לכופו**... והוא מצווה עליו **בכמה דברים**, בפרט ללמדו תורה."

ועל זה בא תירוצו שהמדובר הוא

"כשהבן אינו רוצה להפרד מאמו."

היינו, שבגלל זה קשה הדבר להוציאו מאמו, **נוסף** על העיכוב מצד האם. ואולי, בגלל זה, אין **האב** תובע הוצאתו מהאם, או **שביה"ד** משערים שבמצב זה ממילא לא יצליח האב למלא המוטל עליו בחינוכו.

ואשר על כן, אנו רואים את הוצאת הילד מחזקת אמו כבלתי ניתן לביצוע, ואין לנו לדון אלא באשר לחיוב המזונות על מי הם. ובזה הסברא כבר פשוטה, שכיון שגם האם מצדה אינה רוצה למסור את הילד (ויתכן שאילו היתה האם מסכימה, כי אז גם הילד לא היה מתנגד, ועכ"פ - היה אפשר להתגבר על התנגדותו) וזהו עיקר גורם העיכוב, עליה החובה לזונו. כי אין לה לאחוז החבל בשני ראשים, ומאחר שאינה רוצה למוסרו לידי האב, עליה חובת המזונות, ויכול האב לומר: אם אינך רוצה למוסרו לי, אינך יכולה לתבוע ממני מזונות, ועליך החובה לזונו. ואילו היה אי־רצונו של הילד להיות אצל האב הגורם שבגלל זה אין עליו חיוב לזונו, כי אז לא היה השו"ע (וכן הרמב"ם) מביאים הלכה זו כשהאם מעכבת. שהרי לפ"ז אין עיכוב האם מעלה ומוריד.

א"ו פשוט וברור, שעיקר מה שיכול לומר לא אתן לו מזונות, הוא כלפי האם, ולא כלפי הילד, כי בכגון דא, חיוב המזונות מוטל על האם.

www.eretzhemdah.org

ה"דוחק" שרמז עליו הח"מ אינו מתייחס, איפוא, לגופה של ההלכה כשהעיכוב הוא מצד האם עליה מזונותיו, אלא לגבי השאלה למה לא נוציא את הילד מהאם ולמוסרו לאב, כראוי לפי ההלכה, ולתירוצו שהמדובר כשגם הילד מעכב. והדוחק הוא, שאי־רצון הילד לעבור לאביו, גם במקרה זה שאמו מסייעתו (או אולי הגורמת לכך) אינו כל כך רציני, בכדי לקבוע שלא ניתן לבצע ההעברה, והאב לא יוכל לחנכו בכגון דא.

אין כאן איפוא שום הטלת עונש על הילד, שכתר"ה מתקומם נגדו, ורואה בגלל זה דברי הח"מ כ"חידוש" ש"אין לך בו אלא חידושו". אלא העברת החוב המוטל על האב - על האם. וז"פ וברור.

ומכאן הלימוד יוצא לניד"ד, שהרי לית מאן דפליג שפגישות האב עם הבת לעתים מזומנות הן **לטובת הבת, וחלק חשוב בחינוכה**, הרי האם בעכבה פגישות אלה, פועלת לרעת הבת, ואינה מאפשרת לאב למלא חובת החינוך המוטלת גם עליו במדה מסוימת, וע"כ גם בזה יכול לומר האב: אם אני מנוע מלהפגש עם הבת, ועי"ז חינוכה נפגם, לא אתן לה מזונות ותזוני אותה את.

[וקצת ראיה לזה מהא דכ' הח"מ (סק"ה) וכן הב"ש, ומקורו בהה"מ (מכ"א מאישות הי"ז) שכ' בתירוץ השגת הראב"ד שם, במה שאמרו בפחות מבן שש אין מפרישים אותו ממנה אם רצתה בכך, שאעפ"י שאביו חייב ללמדו קצת תורה גם בפחות מבן שש "הא אפילו אצל האם יכול לחנכו **לפעמים לכשיבא אצלו**".

ואכתי קשה, התינח אם אין האם מעכבת שיבא אצלו לפעמים, אבל אם היא מעכבת גם בזה, אז הרי אינו יכול ללמדו כלל. ואם נאמר שבכה"ג באמת נוציא אותו הימנה בעל כרחה, וגם אם אין הילד רוצה לבא אל האב (כי בגיל צעיר כזה, ודאי שאין מניעת הילד מניעה וניתן בנקל להתגבר עליה) א"כ עדיפא הו"ל לה"מ לאקשויי ביתר מבן שש איך נכוף האב כשהיא מוחלת המזונות, לא רק מצד שזה "נגד המושכל", דהיינו מסברא בעלמא, והרי היה יכול להוכיח זאת מפחות מבן שש.

אע"כ בכה"ג פשיטא, שיכול לומר שלא יזוננו אם היא מעכבת שיבא אליו רק לפעמים, כי בזה יש לראות נקמנות גרידא מצד האם. ועיקר החידוש הוא ביותר מבן שש שמעכבת מחמת טענה כגון שהיא קשורה אליו ואף הוא אליה שזה יזיק לילד וכיו"ב].

ובנידון שלנו, שהבת אינה מעכבת כלל ועיקר, וכל המעכבת אינה אלא האם, וזה ודאי יש לראות כנקמנות, הדברים ק"ו, שאין האם יכולה לבא בתביעות כלפי האב שימלא כל צרכי הבת.

שאול ישראלי

קראתי בעיון את דבריהם של עמיתי כב' הגר"א גולדשמידט והגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל]. מבלי להכריע בבעיא העקרונית בה הם מחולקים, דעתי היא כי בנידון דנן שהמערערת היא אשה נשואה, ולא נטען ולא הוכח שיש לה נכסים שאין לבעלה רשות בהם, או שיש לה הכנסות ממעשה ידיה העודפים על מזונותיה, לכן אין לפטור את המשיב ממזונותיה של הבת.

לפיכך יש לקבל את הערעור, ובית הדין האזורי ידון ויפסוק בתביעה להגדלת המזונות.

עובדיה יוסף - נשיא

פסק דין

לאור האמור, אנו מחליטים להחזיר את הנידון לבית הדין האזורי לדון ולפסוק בתביעה להגדלת המזונות.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"ג בחשון תשל"ו.

עובדיה יוסף - נשיאאליעזר גולשמידטשאול ישראלי

סימן כד : בענין מזונות הילדים*[23]

זהו ערעור על פסק־דין שניתן על ידי בית הדין האזורי ברחובות ביום י"א בניסן תשל"ט (/170לט). בפסק הדין נאמר:

"א דוחים את בקשת האב לבטול תוקף פס"ד לסעיף חיובו במזונות, במסגרת הסכם הגרושין שנערך בין הצדדים.

ב נותנים לאב אפשרות לשלם את חוב המזונות בגין ההסכם הנ"ל בששה תשלומים חדשיים שוים, כשהראשון בהם יהיה ביום ד' אייר תשל"ט (1.5.79)."

לדעתי יש לקבל את הערעור ולבטל לגמרי את פסה"ד נשוא הערעור. ומשום שלשה דברים יש לבטלו.

א משום שכבוד בית הדין שליט"א בפס"ד נשען על הסכם הגירושין שנערך בשעתו בין הצדדים. והסכם זה אף אלו לא היה בו שום סקבא ותיוהא הרי הוא שטר שנמחל שעבודו כי ברגע שהבנים עברו לרשות האב, ניטל עוקצו של הסכם ובטל תקפו והרי הוא בטל ומבוטל לא שריר ולא קיים, כל שכן שנערכו הסכמים חדשים בין הצדדים ובהם נאמר בפירוש שאין תוקף לאותו הסכם כמבואר בסעיף אחרון של ההסכם מיום 2 למאי 77. כי הסכם הגירושין הוא התחייבות לאם, וכיון שעברו הבנים לרשותו, נהי שחובתו במזונות בניו לא פסקה, הרי בכל אופן חובתו לאם פסקה והוי שטר שנמחל שעבודו שנעשה כחרס כמו שפסק הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פי"ד הל' ג', והש"ע חו"מ סי' מ"ח ס"א, ואף גם זאת אף חובתו המלאכותית כלומר הקצובה ומהוקצבה שבשטר נמחלה לגמרי ועברה ובטלה מן

[23] ערעור תשלט\158 בפני כב' הדיינים : הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי , הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

העולם וחלה עליו חובתו הטבעית בתור אב לזון את בניו ולא יותר. והרי זה דומה למה שפסק הרדב"ז בשו"ת ח"ד סי' רנ"ד (אלף שכה) במי שקבל עליו לזון את בת אשתו וכך כתב לה, וקבל עליו החתן לזון את בתה על שלחנו עד שתנשא הבת כל זמן שהוא נשוי עמה... ורוצה לגרשה ולהחזירה סתם כדי לבטל תנאי זה אם יועילו גרושין כאלו לבטל התנאי. והשיב:

"תנן בפ' הנושא הפקחין היו כותבין ע"מ שאהא זן את בתך כל זמן שאת עמי, וכתב עלה הרשב"א ז"ל מסתברא שאם גרשה והחזירה כבר נתבטל תנאו, שאין בלשון הזה אלא כל זמן שאת עמי מנשואין אלו, והביא ראיה מהא דתניא בן לוי שמכר שדה לישראל ואמר על מנת שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו, ואם אמר כל זמן ששדה זו בידך, מכרה לאחר וחזר ולקחה ממנו אין לו עליו כלום... וכתב שכך מצא בירושלמי, וכתב דתליא בפלוגתא דרב יהודה ורב הונא, דלר"י לכתובה ולתנאיה החזירה, ולר"ה לכתובה החזירה ולא לתנאיה, ואתותב ר"י, הלכך הכא נמי נתבטל התנאי הראשון. וכ"כ הטור בסי' קי"ד..."

ועיין עוד שם שכתב שאפילו עשה בערמה כדי לבטל התנאי הרי הוא בטל, והביא ראיה מדברי הרא"ש ע"ש, כל שכן בנדון דידן שהדבר נעשה בתום לב ובפשטות, שכל אותו השטר מת, בטל ועבר מן העולם ואין בית דין יכול להחיות מתים ולעשות מלא יש, יש.

ב וזאת ועוד אחרת, גם אלו היה שטר זה כאמור ללא שום סקבי ותיוהי, הרי כלל הוא אצלנו לעולם אומדין דעת הנותן כמ"ש הרמב"ם בהלכות זכייה ומתנה פ"ו הל' א'. וכ"פ הש"ע חו"מ סי' רמ"ו, והרי חיוב זה אינו נגד שום תמורה (אך שכל עצם המושג לתת תמורה ליעול כדינא ודייני, כפי שביארתי במקום אחר) אלא שרצה לפרנס את בניו לפי צרכם, ומעולם לא עלה על דעתו לעשרם ולהתרושש, או שהם יחיו חיי מלכים והוא יחיה חיי עוני וצמצום, ואין לך בעולם אונס דלא שכיח גדול מזה ועיין ט"ז וב"ש אה"ע סי' קי"ד סק"ג. ולפיכך מטעם זה בלבד ראוי וחובה לבטל את הפס"ד.

ג זוהי הלא התחייבות בדבר שאינו קצוב דלדעת הרמב"ם מרא דארעא דישראל ורבים וגדולים עמו סוברים שאינה מאומה וכפי שהארכתי במקום אחר (פורסם בפד"ר כרך ט עמ' 258 והלאה).

אמור מעתה פס"ד זה נשוא הערעור לא צהיר ולא בריר, לא קיים ולא שריר, ויש להחליט:

א מקבלים את הערעור ופסה"ד נשוא הערעור בטל.

ב להחזיר את התיק לכבוד ביה"ד האזורי, שישמע הוכחות על יכולת האב ויאמוד צרכי הילדים לפי רמה בינונית ויפסוק כדמו"י.

יוסף קאפח

לדעתי יש לדחות הערעור באופן חלקי.

בהסכם הגירושין שנערך בשעתו בין הצדדים נאמר, בסעיף 6:

"א א. מתחייב לשלם לילדים באמצעות אמם ע. דמי מזונות וכו' וכו'."

הרי שההתחייבות של האב היתה במפורש כלפי הילדים, והאם הוזכרה בסעיף זה רק בתור שכזו שבאמצעותה יקבלו הילדים את אשר התחייב להם. וזה נעשה בקאג"ס כמבואר בפרוטוקול שבתיק של ביה"ד האזורי. ההסכם אושר וניתן לו תוקף פס"ד.

הואיל וכן, אין הסכם מאוחר יותר שנעשה בין האם לבין האב יכול להפקיע את התחייבות האב שהוא כלפי הילדים. ואם אמנם בעוד היו הילדים אצל האב לא היה מקום לחייבו בתשלומים נוספים על המזונות שנותן להם, שכן אנן סהדי שלא התחייב בהם אלא בעודם ברשות האם, ולא כשהם אצלו והוא נושא בכל הוצאות צרכיהם, אך מאותה שעה שהם שוב ברשות האם, ההתחייבות שלו בעינה עומדת.

זאת ועוד, ההתחייבות שהאב קיבל על עצמו כלפי ילדיו בהסכם הגירושין איננה הגורם העיקרי המהוה יסוד לחיובו. חיובו של האב במזונות ילדיו קיים ועומד מכוח אבהותו. תוכן סעיף זה בהסכם הגירושין יש לראותו, איפוא, רק כהערכת הצדדים את גובה הסכום הממשי הנצרך למזונות הילדים וטיפולם, כדי שלא יהא צורך מדי פעם בפעם להערכה מחודשת, ולהתערבות הערכאות המשפטיים לצורך זה.

ומכיון שכן, אין שום סיבה לראות פקיעת סעיף זה וביטולו, כשמאיזו סיבה שהיא, היתה תקופת זמן ביניים, שלא הוצרכו הילדים לכסף למזונותיהם, כבנידון דידן - בגלל היותם בבית אביהם. והרי זה כאילו הוקפא החיוב לאותה תקופה, כיון שלא הוצרכו למזונות. וכל שהמצב חוזר לכמו שהיה בשעת עריכת ההסכם, ההתחייבות של האב עפ"י הערכת צרכיהם, שהוא עצמו הסכים לה, קיימת ועומדת.

אולם, מאידך, נראה לי שיש לקבל טענת האב, שהסכום המתקבל ע"י האם מביטוח לאומי לזכות הילדים, צריך להזקף לזכות האב לנכותו מהסכום שהתחייב במזונותיהם, שכן, ברור שהתחייבות האב היתה לשם כיסוי הצרכים הממשיים של הילדים, ולא בכדי להבטיח להם חסכונות. ומכיון שבזמן עריכת ההסכם לא היה קיים הסדר הביטוח לאומי כפי שהוא כיום, שהביטוח לאומי משלם ישירות לילדים, במקום המצאם, ודאי שיש להבין שהכנסה מעין זו של הילדים יש לנכותה מהסכום שהתחייב בהם למזונותיהם.

ואין זה דומה לנושא את האשה ופסקה עמו שיהא זן את בתה, שאף אם נתגרשה הימנו ונשאת לאחר ואף עמו פסקה שיהא זן את בתה, שאין הראשון נפטר אעפ"י שיש לה מזונות ממקום אחר (כתובות קא:) שכן שם קיבל על עצמו חיוב חדש כלפי האשה כשנשאת לו. וכיון שלא התנה שאין התחייבות זו קיימת אלא כל זמן שהיא עמו, הרי סתמו כפירושו - שההתחייבות קיימת בכל הנסיבות.

www.eretzhemdah.org

מה שאין כן בנידון דידן, שאין זו התחייבות חדשה, אלא הערכת הצרכים של הילדים, במסגרת החיוב הקיים ועומד עליו מכוח אבהותו, וכנ"ל ברור שכל שהילדים מקבלים כל צרכם או חלק מצרכיהם ממקום אחר - והיינו, במקרה שלפנינו, מהביטוח הלאומי, שלא על דעת כן חייב עצמו. והרי זה כאילו פירש זאת במפורש. (ועי"ש כתובות בתוס' ד"ה נשאת הבעל חייב במזונותיה). וכשם, שלא יעלה על הדעת, תביעת מזונות של הילדים עפ"י סעיף זה של הסכם הגירושין, עבור אותה תקופה זמן הביניים שהיו אצל האב, והוא זנם.

בהתאם לכל הנ"ל יש לפסוק:

א הערעור בדבר התחייבות האב למזונות הילדים, נדחה. וגובה המזונות של הילדים הוא כפי שהתחייב האב לפי הסכם הגירושין.

ב מסכום המזונות שהאב חייב, יש לנכות את הסכום שהאם מקבלת מביטוח לאומי לטובת הילדים.

שאול ישראלי

הריני מצטרף למסקנתו של כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל].

ואף על פי שאין אני בן חורין מהיסוס מה בשאלה אחת בנידון, והוא ענין ניכוי הסכום שהאם מקבלת עבור הילדים מהמוסד לביטח לאומי. הרי בנידון דנן אין למעשה הבדל, אחרי שלכל הדעות קיים רוב בבית הדין הזה, לפטור את האב מתשלומים של הסכום הזה. אולם אם אי פעם תתעורר בבית הדין הבעיא הזאת ויהא צורך לפסוק בה, יש לדעתי לדון בשאלה זו בכובד ראש.

אליעזר גולדשמידט

פסק דין

לפיכך אנו מחליטים ברוב דעות, כאמור לעיל בפסק דינו של הגר"ש ישראלי שליט"א.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום ט"ז תמוז תשל"ט.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן כה: בענין מחילת אפוטרופוס על מזונות הילדים*[24]

א.

השאלה הראשונה העומדת לפנינו לדיון היא אם החתימה, שהאם חתמה על הסכם הגירושין בשם הילדים בתור אפוטרופסית שלהם, מועילה לפטור האב ממזונותיהם.

והנה, גם אם נראה את האם כאפוטרופסית, למרות שלא מינוה בי"ד לכך מצד תקנות המדינה (עי' חו"מ סי' ר"צ א' ברמ"א), הרי מעיקר הדין אין אפוטרופוס רשאי להתדיין בתביעות נגד הילדים, ואם ירד לדין והפסיד, הדין חוזר (שם סי"ד ובסמ"ע ס"ק ל"ג). וזה אמור, כנ"ל, בתביעה שהיא על היתומים. אך בנידון דידן הן לא היתה כלפיהם שום תביעה, וכל ההסכם היה בין האב לבין האם, בתור הסכם שבינו לבינה בענין הגירושין. ואילו סעיף זה שבהסכם, שהאם בתור אפוטרופסית של הילדים, מוותרת על זכותם למזונות מהאב, היה - באשר לילדים - רק ויתור, ללא כל קבלת טובת הנאה. ולא נעשה אלא לטובת האם, בגלל סירובו העקשני לפוטרה בג"פ כדמו"י. אבל לילדים לא היה שום קשר לזה, וכן לא נתן האב אף פרוטה על חשבון המזונות שלהם. נמצא שלגביהם היתה זו מחילה ללא כל תמורה, ובזה ודאי שאין האפוטרופוס רשאי לעשות, ואין מחילתו וויתורו מועיל, מכל שכן ממה שנאמר לענין אפוטרופוס שירד לדין על מנת לזכות בשבילם, והפסיד בדין, וכנ"ל.

ומכיון שכן, חוב המזונות שהאב חייב לילדיו אלה נשאר בתקפו, והמחילה והויתור בשמם על מנת שיגבום מהאם, אין לו תוקף.

ב.

ומעתה, אם אמנם האם התחייבה כלפי האב לזון הילדים במקומו, גם אם יקבע שהתחייבות זו שרירה וקיימת עפ"י הסכם הגירושין שחתמה עליו, הרי אם קיים לפנינו ספק, אם יש ביד האם האפשרות הכלכלית לזונם, ואם בפועל הם מקבלים את כל הנצרך להם למזונותיהם וכל הכרוך בזה, חובת ההוכחה, שאכן הדבר כך, ואין הילדים חסרים כלום, היא על האב. שמאחר שחיובו של האב הוא ברור, בכדי לפטור עצמו מחיוב זה עליו להוכיח זאת. וכל עוד לא הוכיח זאת, חיובו כלפי הילדים בעינו עומד.

נציין גם, שלפי תלוש המשכורת של האם שהציגה לפנינו, וכן לפי האישור ממקום עבודתה הנמצא בתיק, אין משכורתה מספקת אלא כדי לכלכל את עצמה, וממילא ברור שאין בידה לזון את הילדים ממשכורתה היא, אלא בדוחק רב.

פטורים אנו בדיון שלפנינו להכנס לשאלה באיזו מדה התחייבות זו שהאשה קיבלה על עצמה לזון הילדים בהסכם הגירושין יש לה תוקף. שכן, זה נעשה אחר עגינות של יותר מארבע שנים, שהבעל עזב את אשתו וירד מהארץ מבלי

[24] ערעור תשלז\208 בפני כב' הדיינים: הרב שאול ישראלי, הרב יוסף קאפח, הרב מרדכי אליהו

www.eretzhemdah.org

שימלא חובותיו כלפי האשה וכלפי הילדים. ובתיק ישנה תכתובת ארוכה בין הרבנות בת"א לרבנויות שבחו"ל בחיפוש אחרי הבעל וביגיעה לשכנעו לתת לאשה ג"פ. מאידך, לא מצאנו בתיק פס"ד הכופה על הבעל או המחייב את הבעל לתת ג"פ לאשתו. בתיק נמצא גם רישום, שהאשה עזבה את בית בעלה עוד לפני כן, לדבריה בשל יחסו הרע של הבעל, אולם דיון בענין זה לפני ביה"ד לא מצאנו בתיק. (עי' א"ע סי' ר', כ"ד ס"ג וסעיפים ח' וט', וסי' קס"ט ס"ג, וכן חו"מ סי' רס"ד ס"ז, ריטב"א קדושין דף ח' ע"א ד"ה לעולם לענין סממנים לחולה. וכן עי' פד"ר כרך ה' עמ' 68 ואילך).

כן אין לנו לדון בדיון שלפנינו בדבר תוקף התחייבות האשה לפי הסכם הגירושין הנ"ל על מתן פיצויים לאב בסך עשרת אלפים ל"י, אם תוגש נגדו תביעת מזונות עבור הילדים (עי' חו"מ סי' ר"ז בהגהת הרמ"א) הן מצד תכנה והן מצד ניסוחה. כיון שהדיון שלפנינו הוא על התביעה בשם הילדים למזונותיהם, ובאיזו מדה האב נפטר מזה עם קבלת התחייבות מצד שלישי לשלם במקומו או/ו לשפותו, וכפי שכבר העלינו, אין האב נפטר מחובו לזון הילדים, ואשר על כן, ומכאן, פסק־הדין שהוצאנו.

נציין גם שבתיק פרוטוקול מדיון שהתקיים בפני כב' ביה"ד בת"א לאחר הגירושין, כשהמשיב ביקר בארץ והמערערת תבעתו בפני ביה"ד למזונות, הסכים למזונות בסך מאתים ל"י לחודש, תוך הבטחה נוספת, להוסיף על זה כשיחזור ארצה בקביעות, אולם התחייבות זו לא קיים ג"כ.

שאול ישראלי

השתלשלות הענינים הם כתובים וערוכים בפס"ד נשוא הערעור, וכן בנימוקי פס"ד של הרה"ג ר' שאול ישראלי (שליט"א) [זצ"ל]. ובקצרה.

הזוג נשאו ביום א' טבת תשכ"ו, להם שני ילדים. הם מסוכסכים זמן רב ופתחו תיקים רבים הן למזונות הן לגרושין, והיו דיונים רבים ביניהם.

תוך כדי הסכסוכים, עזב הבעל את הארץ, ולאחר מאמצים רבים שנעשו ע"י כבוד ביה"ד, אותר הבעל אך סרב בכל תוקף לתת גט, ולבסוף ע"י השפעה מהרב של מדינת העסין, נאות לכך ובתנאים מסויימים כמפורט בתיק 7256/כז, ואח"כ בקש תנאים אחרים. ועל הכל הסכימה האשה ועשתה כדבריו, והוא חתם על הרשאה של כתבו וחתמו, והגט נמסר לאשה ביום ה' אייר תשל"א. התנאי שנוגע לענין שלנו, הוא בקש שהאשה תצהיר בענין מזונות הילדים, בפני בית משפט, ונוסח ההצהרה הוכן ע"י ומצורף לתיק סעיף 3:

"עם קבלת הגט מבעלי הנזכר אני מתחייבת לא להגיש נגדו כל תביעה כספית שהיא למזונות לא בשמי ולא בשם ילדי כאפוטרופסית חוקית שלהם ואף אדאג שלא תוגש תביעה כזאת ע"י משהו אחר."

סעיף 5:

"במדה ותוגש תביעת מזונות נגד בעלי הנזכר הן ממני והן מילדי או מהורי אני מתחייבת לשפות ולפצות את בעלי הנ"ל בסך עשרת אלפים לירות ישראליות כפצוי."

את ההצהרה הנזכרת היא הצהירה לפני שופט, והיא הועברה לבעל ובזה הוא הסתפק והסכים לתת גט.

בדברים כגון אלו צריך כבוד בית הדין שדן בדבר להזהר במשנה זהירות שלא לאפשר לאשה לעקוף את פס"ד כי יכול לצאת מזה תקלה לעצמה ותקלה לרבים; לעצמה שלא יטען מי שיטען שע"מ כן גרשה. וכן שתהא אמינות לרב המטפל בחו"ל עם הבעל על מקרים כגון אלו שלא יעגנו את נשותיהם. וכבר באה אם הבעל לשעבר לפני הרב המתווך בתלונה על זה. וע"כ מובן לכאורה הפס"ד של ביה"ד האזורי שלא רצה לפסוק מזונות לאשה עבור הילדים.

עיין לפ"ת ס' קמ"ג ס"ק א' שהביא תשובות הרדב"ז ח"א ס' פ"ב וס' תקע"ג ובח"ב ס' תקצ"ב בענין אם יש לחוש לתנאו אע"פ שבעת מסירת הגט לא חזר והתנה אם אנן סהדי שלכך התכוון, ועיין באורך לכנה"ג שם שהביא פוסקים רבים הדנים בענין. מבי"ט ח"א ס' שע וח"ב ס' ל"ט. ורשד"ם ס' ק' ומהר"ם אלשיך ס' עח. מהר"ם מלובלין ס' קנ"ג. והמבי"ט משם מהר"י בי־רב והיא בתשובה ס' כ"א, והרא"ש כלל ל"ה ס' ח', והב"י סי' י"ב, ומהריב"ל ס' מ"ו ס"ג צ"ה. ומהרש"ל ס' כ"ד. וחלק מהם מוזכר בפסקי דין ה' 68-82. ועיין למשפטי צדק המובא שם והוא בח"א נ"ח "ראובן נדרו לו סך מעות לגרש את אשתו ובשעת כתיבת או נתינת הגט לא הוזכר שום תנאי, אם לא נתנו לו ספק מגורשת". ועיין לפ"ת ס' י' ס"ק ג' שכתב עפ"י התוס' קידושין מ"ט דברים שאנן סהדי לא בעי תנאי כפול. אולם הביא שם את הנוב"י א"ה ס' י"א שכתב "ואף שמ"מ אין לבטל עכשיו את הגט מחמת זה, כיון שאמר בשעה שגירשה בפירוש שמגרש בלי תנאי ובטל כל התנאי כנהוג בינינו בשעת סידור הגט". ועיין לאבני מילואים ס' י' וכתב סופר י"ד וחת"ס אה"ע כ"ה שמקורו של הנוב"י הוא הב"ח ס' קמ"ח, ועיין בשו"ת משאת בנימין ס' ע"ה שכתב "מ"מ כיון שמסדר הגט שאל אותו אם הוא נותן את הגט סתם בלי שום תנאי ושיור ואמר הן אם כן דבריו האחרונים עיקר, ובתרייהו אזלינן". ויש להוסיף ע"ז סברת המבי"ט ס' רכ"ג שכתב:

"עוד אני אומר טעם ג' לחייב את ראובן, והוא כי הא דבעינן דלהוי אמירה בשעת הקדושין היינו כשלא נכתב מה שפסקו. אבל אם נכתב ביניהם דרך הודאה אפי' פסקו ועבר זמן עד שעת הקדושין חייב לקיים כי ע"מ כן כנסו כיון שנכתבו התנאים ביניהם בפני עדים. כדתנן פרק הנושא את האשה ופסקה עמו לזון את בתה וכו' ואוקמיה בגמר' בשטרי פסיקתא וכדרב גידל וכו' דאמירה לחודה בשעת קידושין קניה ה"נ אמירה וכתיבה אפי' שלא בשעת קידושין, וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פכ"ג הנושא אשה ופסקה עמו וכו' אבל שלא בשעת קידושין עד שיקנו מידו או עד שיכתוב וכיוצא בו וכו' הרי שכתיבה אפילו שלא בשעת הקדושין שוה לאמירה בשעת הקידושין ומה לי פסיקתא מזונות הכא או פסיקתא כמה אתה נותן לבנך וכו' וא"כ חייב ראובן לקיים מה שקצב לתת לבנו כדאמר."

עיין לבאר היטב ס' נ"א ס"ק ז' ועיין לנתיבות משפט דף צ"ב שמסכים עם המבי"ט בסברא ועיין אה"פ בשו"ת ס' ב' שתירץ קושיתו של הב"ה ועיי"ש.

www.eretzhemdah.org

בענין דידן אין בשטר מינוי הסופר והשליחות הנמצא בתיק רק ביטול מודעות, ואין בו שום ביטול תנאים. וא״כ סברת הפוסקים המסתייעים מביטול התנאי האחרון שהוא מבטל אפי׳ את דבריו הראשונים בצורה מפורשת לא שייך הכא. וכנראה שזה היה טעמו ונמוקו של כבוד ביה״ד האזורי.

אבל אם נעיין בהצהרה שכתבה האם לפי רצון האב ודרישתו ונסוחו. ובפרט שהוא תבע שהיא תעשה זאת לפני שופט. וברור הוא שלא נעשו בו תנאים הדרושים לפי ההלכה המחייב אותה. וכן אין בהצהרה הזאת התחייבות שהיא תזון ותפרנס את הבנים ושם נאמר מפורשות אם היא תתבע תתן לו פיצוי סך מסויים. ואם היינו צריכים לדון בזה לפי דין תורה יש בהתחייבות כזאת עיקולי ופשורי, אם אין בזה דין אסמכתא או דין קנס או שזה במקום ההתחייבות לא לתבוע. בכל אופן אנו פטורים מלדון בזה, כי אם האב ירצה לממש זכויותיו יפנה לבית משפט שהוא בחר בו. אנן לפנינו יש בעיה של חיוב ברור של מזונות לבנים ואין לנו שום התחייבות לזון אותם ע״י משהו אחר, וחיוב ברור של האב זה לא נעלם ממנו ומב״כ כשהוא הופיע בארץ הסכים לתת מזונות בסף 400.- ל״י לחודש וכן להפקיד מכונית ששוה לדבריו סך 12,000.- ל״י, אם הפטור למזונות שלו היה מחייב כדין לא היה מסכים לכך.

אנו בכל אופן ראינו מצינו שאפ׳ אם היה ההסכם תקף אעפ״כ הכיר הוא בזכיות של בניו והסכים לתת להם מזונות כמפורט בפרוטוקול מיום כ׳ סיון תשל״ה. ע״כ הרי הוא בעצמו חשב שהצהרת האשה אינה מחייבת או שחזר בו והסכים מפורשות לזון ולכלכל את בניו.

וע״כ בנ״ד שאין התחייבות כדין מצד האם לא לזון ולא לשחרר את האב ממזונות בניו לכן יש לחייב את האב.

מרדכי אליהו

עיינתי במ״ש כבוד עמיתי חברי ביה״ד הגרש״י (שליט״א) [זצ״ל] והגרמ״א שליט״א, ואוסיף משהו כיהודה ועוד לקרא, כי במה שנאמר בדבריהם יש די.

עיינתי בכל החומר שבתיקי ביה״ד האזורי ואין בהם מאומה לנדון שלפנינו, פרט למה שמפכה מכל עמוד אכזריותו של אב זה והתנכרותו לאשתו לשעבר ולילדיו יוצאי חלציו בעבר ובהוה, ומכל החומר הרב המעציב האצור באותם תיקים יש רק שני מסמכים הדרושים לענינינו, האחד הצהרת האשה מיום 10.6.68 המאושר ע״י עו״ד ח. וצורף לתיק ביה״ד האזורי /7070לא, ואשר אין בו מאומה המחייב את האשה לפרנס את הילדים, הרי למעשה בוטל הסכם זה על ידי הבעל־האב, ולפיכך אל לנו לענות בו, נותר לפנינו רק מסמך אחד אשר צורף לתיק /7256כז /5457לד, ואשר כפי הנראה נוסח על ידי הבעל ונמסר על ידו להרב ממדינת העסין ואשר לפי דרישתו אושר ע״י בית המשפט.

והנה בעיינינו במסמך זה אין אנו מוצאים שום רמז כי האם או מי שהוא אחר התחייב לזון את הילדים (ואשר למעשה אף אלו היתה התחייבות כזו ליעול בדינא ודייני). ולא הניח שום אדם בחריקיה לפרנסם לכלכם ולהטפל בהם, ונמצא שהפקיר את ילדיו והשליכם על הצבור, והרי זה דומה למה שאמרו חז״ל: ״האומר אם מת הוא אל תקברוהו מנכסיו אין שומעין לו, לא כל הימנו שיעשיר את בניו ויפיל עצמו על הצבור״ (כתובות מח). ופסק הרמב״ם בהלכות זכיה ומתנה פי״א הל׳ כ״ד, וטוש״ע יו״ד סי׳ שמ״ח ס״ב, וחו״מ סי׳ רנ״ג ס״ל. והרי ברור כי אין האם חייבת לזון את בניה מהכנסתה הדלה אשר בקושי דיה למחיתה, ולפיכך היו צריכים ליפול על הצבור, ולא כל הימנו שיעשיר את עצמו ויפיל בניו על הצבור.

ואשר להתחייבות האם נראה ברור שאינה כלום לא רק משום שלא נעשת בקנין, אלא אפילו נעשת בקנין אינה כלום שאינה אלא מילי בעלמא, וכעין מה שפסק הרמב״ם בהלכות מכירה פ״ה הל׳ י״ד: ״הדברים שאין בהם ממש אין הקנין מועיל בהם, כיצד הרי שכתב בשטר וקנינו מפלוני שילך בסחורה עם פלוני, או שיחלקו השדה ביניהם, או שישתתפו שניהם באומנות, וכיוצא בדברים אלו כולן, הרי זה קנין דברים ואינו מועיל כלום, שהרי לא הקנה לחברו דבר מסויים וידוע לא עיקר ולא פירות עיקר הידוע.״

ואשר לסעיף 5 באותו המסמך האומר:

> במדה ותוגש תביעת מזונות נגד בעלי הנזכר הן ממנו והן מילדי או מהורי אני מתחייבת לשפות ולפצות את בעלי י. הנ״ל בסך עשרת אלפים לירות ישראליות כפצוי.

שתי תשובות בדבר:

א ברור שזו אסמכתא גלויה וברורה שאינה קונה אפילו היתה בקנין וכמ״ש הרמב״ם בהלכות מכירה פי״א הל׳ ו׳.

ב למעשה היינו צריכים לחייב את האב במזונות ילדיו מיום הגשת התביעה לפני כבוד ביה״ד האזורי היינו מיום ט׳ סיון תשל״ז. ולמעשה לא חייבנו אלא מיום כ״ב טבת תשל״ח, הרי בפעל כבר זכה האב בלמעלה מעשרת אלפים הל״י שנקבעו כקנס או כלשונם ״פצוי״.

ולבסוף מלים אחדות לחשש כשרות הג״פ שהעלה עמיתי הגרמ״א שליט״א, דבר שנחלקו בו הפוסקים. לדעתי אין כל אותה המחלוקת שייכת לענינינו כלל, כי בנדוננו הרי העלה הבעל על לבו אפשרות אי קיום ההבטחה שלא לתבעו, ורק מתוך ההנחה שכן תתבע האשה או זולתה מזונות הילדים ומשום כך קבע עליה קנס־פצוי עשרת אלפים לירות, הוי אומר כי בידיעה ברורה שלא תקויים ההבטחה נתן את הגט. וכל מחלוקת הפוסקים אמורה כשנעשו תנאים בסתם, ובעת סדור הג״פ לא נזכרו אותם תנאים, בכגון זה נאמרו דברי הפוסקים לשטותיהם. אבל בנדון דידן שכבר קבע הבעל תחליף לאותה ההבטחה הוי אומר שלא על אותה ההבטחה נתן הגט. והרי למעשה כפי שאמרנו ״קבל״ את הקנס־פצוי, ותו לא מידי.

יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

פסק דין

לאחר שמיעת טענות המערערת אם הילדים שהופיעה בשם הילדים - הבת ד. שנולדה ביום 28.11.64, והבן מ. שנולד ביום 24.1.67 - והעיון בחומר שבתיקים, אנו פוסקים:

א מחייבים את האב י.ו. החל מיום כ"ב טבת תשל"ח (1.1.78) לשלם עבור מזונות שני הילדים הנ"ל ע"י אמם ש.ו. סך אלפיים (2,000.-) ל"י לחודש.

ב מזונות אלה הם זמניים, עד לפסיקה אחרת ע"י ביה"ד שדן בדבר.

ניתן ביום ג' בשבט תשל"ח.

שאול ישראלי יוסף קאפח מרדכי אליהו

סימן כו : בענין מחילת מזונות ללא תמורה*[25]

אחרי שמיעת הטענות של הצדדים והעיון בחומר נ"ל המסקנא דלהלן:

א טענת האשה שהיא חזרה בה ממחילתה על מזונותיה בטרם התקיים התנאי שבקיומו תלויה המחילה אינה יכולה להתקבל, אף אילו היתה מצליחה להוכיח את נכונות טענתה, שכן ההסכם נעשה בקאג"ס, ובזה ההלכה שזה כמפרש מעכשיו (נדרים סוף פ"ה ובר"ן שם, וכן בר"ן נדרים דף כ"ז ע"ב ד"ה והוא דקני. ובשו"ע חו"מ סי' ר"ז, סמ"ע ס"ק ל"ח - ט וביאור הגר"א שם סקמ"א). ובמעכשיו - קיום התנאי מחל למפרע, ואין מועילה חזרה כמבואר בשו"ע א"ע סי' ל"ח ס"ו.

ב אין לקבל גם את טענת האשה שהמחילה על המזונות תלויה בפינוי בפועל של הדירה ע"י הבעל "כי חובת הבעל לפנות הדירה לא הותנתה בהסכם בפינוי מוקדם של האשה".

כי אם אמנם לא הותנה הדבר "בפינוי מוקדם", אולם חיוב הפינוי לפי ההסכם הוא על שניהם כאחד, כלשון ההסכם: (סעיף 9): "... על שני הצדדים תוך 30 יום מיום ההודעה לפנות את דירתם המשותפת". ומאחר שהבעל הודיע במכתבו לאשה (ע"י ב"כ שני הצדדים) ביום י"ג בתשרי תש"ל על נכונותו לפנות הדירה עפ"י הסעיף הנ"ל, ואילו האשה בתשובה ע"ז (מכתב בא־כוחה מיום 29.6.69) שאין היא מוכנה לקיים ההסכם, הרי שהעיכוב אינו בא מצדו. ולא מתקבל על הדעת שכשגורם אי הקיום של סעיף זה המחייב את פינוי הדירה בא ע"י האשה, ישמש הדבר לעיכוב הפטור ממזונות שהאשה היא שקיבלה על עצמה עפ"י סעיפים 8 - 10 של ההסכם האמור.

ג.טענת האשה שהגורם להפרת ההסכם לשלו"ב היה הבעל, אף היא אינה מספקת בכדי לראות את ההסכם כבטל, מאחר שסעיף 8 של ההסכם אומר מפורשות כי "רשאי כל צד להודיע לצד השני על רצונו להתגרש ללא כל צורך בנימוקים".

ד ומאחר שחלות הסעיף הפוטר את הבעל ממזונות תלוי אך ורק בנכונות הבעל לפנות את הדירה בכדי לאפשר את מכירתה, ונושא הדיון הוא אך ורק חלות סעיף זה, אין כל נפקותא בדבר אם ההסכמה של האשה על מכירת הדירה תופסת או לא, באשר לא שותפו בהסכם ילדיה הקטינים ע"י אפוטרופוס ובנה הבכיר, אשר גם להם חלק בדירה. שכן מאחר שמצד הבעל לא היה, ואין כיום, עיכוב בפינוי הדירה ומכירתה עפ"י ההסכם, הרי יש מקום להחיל במקרה זה את הפטור ממזונות כפי התחייבות האשה.

אכן, בעוד שכל הטענות הנ"ל של האשה נדחות שרירה וקיימת טענת האשה שהובעה כבר בתביעתה הראשונה לשלו"ב שהוגשה ביום י' בחשון תש"ל (תיק /1276תש"ל) בו נאמר בסעיף 4 בהסברתה את חתימת ההסכם:

"האשה - התובעת היתה אז בהריון וחפצה מאד בשלום בית, ועל כן, לאור שידוליו של הבעל כי יתנהג כבעל מסור כלפיה, הסכימה לחתום על הסכם המקפח למעשה את זכויותיה, ואשר איננו תופס מבחינה משפטית וגם מבחינת ההלכה, ובלבד שתזכה לשלום עליו חלמה."

בענין זה מצינו הלכה בדומה לזה בסי' ק"ה ברמ"א שם נאמר:

"אנסוה למחול, כגון שהיה מתקוטט עמה תמיד, ומחלה לו כדי שתשב עמו בשלוה, מחילתה בטלה, אעפ"י שלא מסרה מודעה."

שומעים אנו מזה שהמוחלת על זכויותיה ללא תמורה, כשזה בא לסידור שלום בית לאחר קטטות, אנו רואים זאת כמחילה באונס, שאינה תופסת, אפילו אם לא הודיעה במפורש שעושה זאת רק מחמת אונס.

דברים אלה של הרמ"א לקוחים מתשו' הרשב"א סי' תתכ"ג שם הלשון קצת אחר: "... שאנסה בקטטות שתמחול לו על הכתובה". ולפ"ז היה מקום אולי לומר שהדברים אמורים רק באופן שהקטטה נסבה על רקע זה "שתמחול לו על הכתובה". אולם מתוך שהרמ"א שינה הלשון וכתב בסתמא "כגון שהיה מתקוטט עמה תמיד" נראה בפירוש שנוקט שאין הבדל בגורמי הקטטה, ובעיקר שהמחילה היתה במטרה גלויה של השקטת הקטטה "כדי שתשב עמו בשלוה", שאז מתפרש הדבר כגלוי לעין שהאשה אנוסה בדבר.

והרי זהו בדיוק כנידון שלנו: ההסכם הוגש לאישור ביה"ד בו ביום שנועד לבירור תביעת הגירושין של הבעל, ובהקדמה להסכם אף הודגש שהוא בא "הואיל ונתגלע סכסוך בין הצדדים". ההסכם בא כנסיון ליישב הסכסוכים ולהשכין שלום בית. אין נזכר בסעיף 10 המדבר על מחילת האשה על מזונותיה שכאילו מקבלת משהו כתמורה על זה.

[25] טיוטת פסק דין לערעור תשל"ב\141

הרי ברור הדבר שמחילה זו היא תנאי שנדרש ע"י הבעל כדי להחזיר השלום על כנו, שהאשה הסכימה לו רק מתוך אונס זה "כדי שתשב עמו בשלוה". ומחילה זו דינה כמחילה באונס שאין זו מחילה.

טענת ב"כ הבעל שהאשה קבלה תמורת המחילה את הסרת העיקול על כספה שהיה מופקד בבנק לאומי גבעתיים אינה ראויה להתקבל:

א הכסף היה על שם האשה בלבד, והבעל בכל מהלך הדיונים לא הוכיח שהיה לו חלק בהם. ממילא היה ביה"ד מסלק את העיקול עם בירור טענות הצדדים.

ב הצהרת ב"כ הבעל בבקשת הטלת העיקול נקב את הסכום המעוקל לסך3,000.- ל"י. ב"כ האשה הוכיחה לפנינו שהסכום עכ"פ לא עלה על 5,000.- ל"י, ולא יתכן שהתרת עיקול על סכום בגודל זה ישמש תמורה לויתור על חיוב מזונות באופן כללי.

ג לא נזכר בהסכם שיש קשר כלשהו בין התרת העיקול שחל מיד עם הנסיון לחיי שלום, לויתור על המזונות שהוא רק לאחר שיתברר שהנסיון לשלום לא הצליח.

אכן יש עדיין מקום לבע"ד לטעון שהאשה קיבלה כתמורה למחילת המזונות את הזכות למעשי ידיה, וזה מאחד משני טעמים:

א כי לא מתקבל על הדעת שתוותר על מזונות ותשאר ללא אפשרות קיום אם גם מעשי ידיה יהיו שייכים לבעל, באופן שיש לפרש מחילתה כאילו אמרה איני ניזונת ואיני עושה (סי' ס"ח ס"א והגהה שם);

ב שע"י מחילתה על המזונות ממילא פוקעת התקנה שמעשי ידיה לבעלה, שכל עיקר לא היתה תקנה זו אלא כתמורה על מזונותיה, כמ"ש בגמרא (כתובות נ"ח:): כי תקינו רבנן מזוני עיקר ומע"י משום איבה. וכיון שמוחלת על המזונות, אין ממילא מקום לתקנת מע"י.

אולם נ' שאין הדבר כן, וכל שלא אמרה במפורש "איני עושה", מחילת המזונות הר"ז כאילו נותן לה מזונותיה והר"ז כאילו התקבלה, ותקנת מע"י בעינה עומדת. וכן אין שום הוכחה על כוונתה לזכות במע"י, כיון שיתכן שיש לה מקורות מחיה אחרים. וראיה לדבר, דהנה נחלקו הראשונים באשה המוחלת כתובתה, אם גם הפסידה מזונות בחיי בעלה. והובאו הדברים בסי' צ"ג ס"ט. דעת הרמב"ם (ובשו"ע בשם "יש מי שאומר") שאיבדה מזונותיה. ונחלק עליו הרא"ש שמזונות "לא מתנאי כתובה הוא, אלא תחת מע"י. ואם היא עושה לו מלאכה צריך לזונה" (ח"מ שם סקכ"א והוא מהרא"ש). וכוונת הדברים ברורה שגם לפי הרמב"ם, מעשי ידיה עכ"פ נשארים של הבעל, ואילו היינו אומרים כנ"ל שכשאין חיוב מזונות ממילא שוקע גם החיוב הנגדי של מע"י, כי אז הרי אין טענת הרא"ש טענה, שכן אינה חייבת באמת לעשות לו מלאכה. וכן מוכרח לומר שאין מפרשים כוונתה בויתורה על המזונות שזה כאילו אומרת אי"נ וא"ע, כי אז הרי ג"כ אין לבעל כלום במע"י.

ומוכרח לומר כנ"ל, שמחילת האשה על מזונות עדיין משאירה בתוקף תקנ"ח שמע"י לבעלה. א"כ מחילת האשה על מזונות היא ללא כל תמורה. ובנידון שלנו יש להוסיף כי ודאי לא היה המכוון לתת לאשה תמורת המזונות במעשי ידיה, שכן אין האשה עוסקת בשום מעשה ידים, והכנסותיה באות לה מנכסים שברשותה, כפי שמוכח מהפרוטוקולים.

עוד נימוק יש לומר בניד"ד שאין מחילתה תופסת, עפ"מ שהוכח לעיל שמחילת המזונות איננה גוררת אחריה ביטול התקנה של "מע"י לבעלה". וזה ע"פ מש"כ בס' "ההפלאה" (לדף מ"ז:) בביאור המחלוקת שבין התוס' להר"ן באומרת אי"נ וא"ע אם יכולה לחזור בה אח"כ, שלדעת התוס' כל יום הרשות בידה לומר שחוזרת בה. ואילו לדעת הר"ן משאמרה אי"נ וא"ע בטלה התקנה, ושוב אין הדבר בידה לחזור בה. וכ' בס' הנ"ל בהסברת דעת הר"ן, אעפ"י שלכאורה מוכרח כהתוס' לפ"מ דקיי"ל שמזונות הם מתקנ"ח, וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, כי דעת הר"ן היא שעד כאן לא עשו חיזוק לדבריהם כנ"ל, אלא כשאינה מקבלת תמורה עבור מחילתה. משא"כ באומרת אי"נ ואיני עושה "במה שמוחלת מזונות היא מרווחת את מעשי ידיה, לא עשו חיזוק".

ויוצא מדבריו אלה שכל זה הוא רק באומרת איני ניזונת ואיני עושה, בזה הוא שלא עשו חיזוק, שעי"ז היא מרווחת, וכפי שגילתה רצונה נוח לה יותר בריוח זה. משא"כ במוותרת על המזונות מבלי קבלת שום תמורה, בזה באמת קיים הכלל שעשו חיזוק לדבריהם שלא תועיל מחילתה, ויכולה לחזור בה בכל שעה. מכיון שכן, נידו"ד שויתור האשה על מזונות היה ללא כל תמורה, ומע"י - במדה שתעשה משהו, הם של הבעל, בכה"ג מחילתה אינה תופסת כלל, ורשאית לחזור בה.

עפ"י כל הנ"ל יש לפסוק שהערעור מתקבל:

א האשה לא איבדה מזונותיה.

ב ביה"ד שדן בדבר ידון ויקבע את גובה המזונות שהבעל המשיב חייב למערערת האשה, הן בנוגע לשעבר, מזמן הגשת התביעה ע"י האשה בביה"ד האזורי, והן בנוגע לעתיד.

שאול ישראלי

התיק נסגר ללא פסק דין עקב פטירת האשה.

www.eretzhemdah.org

סימן כז : בענין חזרה ממחילה על כתובה*[26]

הערעור שלפנינו הוא ערעור ברשות על פס"ד ביניים שניתן ע"י כב' ביה"ד האיזורי בת"א (תיק מס' /1720לד) בו נאמר:

"א קובעים את המשך הדיון ליום חמישי ג' תמוז תשל"ו בשעה 10 לפנה"צ.

מודיעים בזה לשני הצדדים שאם אחד מהם לא יופיע ידונו שלא בפניו.

ב בינתיים ביה"ד פוסק:

על הבעל ח.מ. לשלם לאשה ב.מ. על חשבון מזונותיה סך שמונה מאות (800.-) ל"י לחדש ולכל חדש מראש החל מהיום ולתקופה של שלשה חדשים."

הצדדים הם בעל ואשה, לשניהם הנישואין הם שניים, ילדים משותפים אין להם. היחסים בין הצדדים התערערו ובפני ביה"ד התקיימו דיונים בתביעת הבעל לגירושין ותביעת האשה לשלו"ב. במהלך הדיונים הגיעו הצדדים להסכם גירושין, יחד עם זה הסכימו שני הצדדים למסור לביה"ד לפסוק בדרך של פשרה בענינים הכספיים הכרוכים בגירושין וקיבלו בקאג"ס ע"ז.

ביום י"א אב תשל"ג (תיק /3645לג) הוציא ביה"ד פס"ד האומר:

"א לסדר גט בין הצדדים.

ב הדירה בה גרו הצדדים, ואשר החוזה עליה עם חברת רסקו הוא על שם שני הצדדים תהא אחרי הגט לבעל בלבד.

ג תמורת תביעותיה של האשה לרבות כתובה על הבעל לשלם לאשה במעמד סדור הגט סך עשרים ושמונה אלף (28,000.-) ל"י במזומנים.

ד (1) מתוך הרהיטים והחפצים שבדירה, תקבל האשה את מכונת התפירה והמיקסר.

(2) אין בפסק דין זה, כל החלטה בקשר לתביעה בענין התכשיטים.

ה אין צו להוצאות."

פסה"ד לא יצא לפועל, והצדדים לא התגרשו. לעומת זאת הוגשה ע"י האשה ביום ח' כסלו תשל"ד תביעה מחודשת לשלו"ב. בבירור שהתקיים לפני ביה"ד ביום ה' שבט תשל"ד טען ב"כ האשה שלאחר פסה"ד שהוזכר לעיל מיום י"א אב תשל"ג חזרו הצדדים לחיות כדרך איש ואשה, אלא שאחר זמן קצר שוב חזר בו הבעל, ורצון האשה בשלו"ב, באשר גם מעולם לא הסכימה בנפש חפצה לגירושין. ב"כ הבעל לעומת זה, בהכחישו שחזרו לחיות חיי שלום, העלה תביעה להיתר נישואין. ביום כ"ט אייר תשל"ד הוציא ביה"ד פס"ד בו נדחתה תביעת האשה לשלו"ב וכן תביעת הבעל להיתר נישואין. על פס"ד זה נתקיים ערעור בפני ב"ד זה, אשר אף הוא אישר את פסק הדין של ביה"ד האיזורי.

ביה"ד האיזורי המשיך לדון בתביעת האשה למזונות שהוגשה ע"י האשה, מאחר שהגירושין לא בוצעו, ואף התביעה לשלו"ב לא נענתה. אחרי דיונים ממושכים וקבלת עדויות בנידון הוציא ביה"ד את פסה"ד הנוכחי נשוא הערעור.

ב"כ בערעור בכתב, וחזר ע"ז בהרחבת דברים וציטוט מקורות, העלה טענה עקרונית והיא, שפסק הדין על מתן פיצויים לאשה על כל תביעותיה שניתן ע"י ביה"ד ביום י"א אב תשל"ג, לאחר ששני הצדדים מסרו את ההכרעה בנידון התביעות הכספיות לידי ביה"ד, מחייב את שני הצדדים. ומאחר שהבעל מצהיר שהוא מוכן למלא את האמור בו, כשם שהוא גם מסכים למתן ג"פ, הרי החיובים של איש לאשתו כולל מזונות נפקעים בזה. ואם אמנם אין האשה מסכימה עכשיו לג"פ וחוזרת בה ממה שהסכימה בשעתו, הרי מהענינים הכספיים שנפסקו בהסכמתה אין לה אפשרות חזרה. בטענותיו הסתמך על כמה אסמכתאות מפד"ר שיובאו להלן.

ב"כ האשה טען לעומתו, שהפס"ד בענין הפיצויים הכספיים ניתן מתוך ההנחה שהגירושין שהוסכם עליהם עם מסירת ההכרעה בענייני הכספים לביה"ד אכן יבוצעו. ומכיון שהאשה חזרה בה בינתיים מהסכמתה לגירושין ממילא ההסדר בענייני כספים אין לו מעמד.

לפי בקשתו ניתן לו זמן להשיב על המקורות ההלכותיים שעליהם ב"כ הבעל. אחר זמן נתקבלה תשובתו בכתב. וכמו כן באה עליהם תשובה מאת ב"כ הבעל.

לאחר העיון בטענות הצדדים אנו בדעה שצדק כב' ביה"ד בפסק דינו נשוא הערעור, והאשה לא הפסידה מזונותיה. וזה מנימוקים דלהלן:

גם אילו היה מפורש, שקיימת הפרדה בין העניינים הממוניים לביצוע הגירושין, גם אז לא היה הבעל יכול לפטור עצמו מחובת המזונות כלפי אשתו, אלא ע"י שהי' מסלק **בפועל** את סכום הפיצויים שנפסק, תוך זמן בי"ד שהוא שלושים יום.

וזה - אם ע"י מתן הכסף ישירות לאשה, או - במקרה של סירוב האשה לקבל - ע"י השלשת הסכום שנפסק בידי ביה"ד, לזכות האשה. שכן, אין חיובי הבעל נפקעים ע"י דיבורים בעלמא, אלא ע"י מעשים בפועל, בנידון שלנו - תשלום כסף הפיצויים, כפי שנפסק. אולם בתיקים שלפנינו אין זכר לשום פעולה מצד הבעל מאז ניתן פסה"ד בענין הפיצויים, אף לא גילוי רצון ע"י פניה לביה"ד על נכונותו למלא אחר פסה"ד, עד להגשת התביעה לשלו"ב ע"י האשה בח' כסלו

[26] ערעור תשלו\195 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו.

www.eretzhemdah.org

תשל"ד כנ"ל. ולא זו בלבד, אלא גם בטענות ב"כ הבעל על תביעה זו לשלו"ב נשמעה טענה נגדית להיתר נישואין במקום להצהיר על נכונותו לקיים פסה"ד על תשלום הפיצויים.

טענת הבעל שהועלתה רק לאחר תביעת האשה למזונות, שהוא מוכן כיום למלא אחר פסה"ד שקבע בשעתו הפיצויים הכספיים לאשה, טענה זו שנשמעה לראשונה רק ביום ז' ניסן תשל"ו, היינו אחרי יותר משנה וחצי מאז מתן הפס"ד, אינה יכולה להתקבל, מאחר שניתנה זמן כה רב מאז מתן הפס"ד, כשבינתיים חלה ירידה גדולה בערך הכסף, וברור שאילו ביה"ד הי' בא לפסוק הפיצויים בזמן השמעת טענה זו לא היה מסתפק בסכום שפסק ביום י"א אב תשל"ג. אולם סמכות ביה"ד לפסוק על גובה הפיצויים, סמכות שהיתה עפ"י הסכמת הצדדים, פקעה מאז מתן פסה"ד בשעתו, ובכדי לשנותו בהתאם לשינויים שחלו בינתיים בערך הכסף זקוקה הסכמה מחדש של שני הצדדים.

ומכיון שפסה"ד לשעתו ניתן, ובהתאם לשינויים שחלו בינתיים שוב אין כוחו יפה, הרי טענת ב"כ הבעל על נכונות הבעל למלא כיום אחר פסה"ד, טענה זו אינה יכולה להתקבל.

זה מספיק בעצם לדחות הערעור. ברם אנו רואים עצמנו חייבים גם להעיר באשר לשאלה העקרונית שהעלה ב"כ הבעל שההסכם בענייני ממון שבין הצדדים, למרות שניתן בזמן ששני הצדדים הסכימו לגירושין, הסכם זה בעינו עומד, גם אם אחד הצדדים חזר בו מהסכמת הגירושין, כל עוד הצד השני מוכן לבצעם. ב"כ הבעל, כאמור, הסתמך על פד"ר, שכאילו פוסקים כן. הבה איפוא ונראה אם אכן כך נאמר שם.

בדבריו הוא מסתמך על האמור בכרך ג' מפד"ר (עמ' 161 ואילך).

אולם שם מסיק שיש חילוק בנוסח המחילה על הכתובה אם הוא בנוסח של "מעכשו" שבזה המחילה אינה מתבטלת כל שהצד השני מוכן למלא אחר תנאי המחילה, לבין שנוסח המחילה הוא "באם", שאז המחילה חלה רק לאחר קיום התנאי, ובזה כל שאחד הצדדים חוזר בו לא חלה המחילה. ועפי"ז נאמר שם כשלא נאמר במפורש שמחילתה חלה מעכשו

> "שמחילת האשה על הכתובה היה בתנאי שהבעל יתן לה הגט, מסתבר הדבר לומר לפי מסיבות הענין שמחילתה היתה שעם קבלת הגט תחול המחילה. כי למה תמחול לו מעכשו לפני מתן הגט... וגם כשיש ספק בדבר, אם מחילתה היתה מעכשו או בשעת קיום התנאי, הרי כ' בתשו' הרדב"ז - דלא אמרינן בכה"ג לא מפקינן ממונא מספיקא, כיון שהחיוב הוא מבורר וכו'."

כן הסתמך ב"כ הבעל על האמור בפד"ר כרך ה' (עמ' 203 ואילך).

אולם גם בפס"ד זה, לאחר שהביא משו"כ המבי"ט בענין יבם שחזר בו מהסכם בענין כספים ומביצוע חליצה, מביא משו"כ הנובי"ת ח' חו"מ סי' ל"ב בו מבואר שאשה שחוזרת בה ממחילת כתובתה מהני חזרתה "שהרי כל עיקר המחילה היתה כדי שיגרשנה" ומחלק ג"כ בין תנאי ד"מעכשו" לבין תנאי ב"אם". ובהא דהנוב"י, אעפ"י שאמרה במפורש שמוחלת הכתובה, ולא הזכירה כלל שום תנאי, אולם האומדנא היא "שהמחילה לא תחול אלא לאחר שיחולו הגירושין, כי לא רצתה למחול בלי גירושין כלל".

(ומה שרוצה בפס"ד הנ"ל לפרש הנוב"י גם באופן אחר, שהמדובר כשגם הבעל חוזר בו עכשו ואינו רוצה או אינו יכול לגרש, אין נראה כלל בנוב"י שלא הזכיר כלום מהבעל רק מחזרת האשה, משמע שהבעל אמנם גם כיום רוצה ויכול לגרש. וע"ע שם בהערת בנו של הנוב"י הגר"ש שתשו' זו היא המשך של התשו' בא"ע סי' ק"ה, ושם המדובר בגירושין על עסקי זנות. א"כ התביעה לגירושין היתה מצד הבעל, ומה"ת לומר שחזר בו. ואעפ"י ששם גם מובא שכאילו האשה עצמה הודתה שזינתה, א"כ מה מקום לכאורה לכתובה. אך יתכן שהמדובר על נכסי צ"ב הקיימים בעין או בעיסקא, שלא הפסידתם גם אם זינתה ברצון. או אולי הודתה שזינתה בשוגג וכיו"ב, שלא איבדה כתובתה).

כן האסמכתא על האמור בכרך י' של פד"ר (חוברת ד' והמשכו בחוברת ה') אינה מדויקת. שם מדובר במפורש בשאלת ההפרדה בין המזונות עבור הילדים לבין הגירושין, ואילו באשר לחלוקת הנכסים נאמר שם שזה כרוך במתן הגט ובקבלתו, עי"ש ואי"ל בזה.

א"כ נידון שלנו, שמסירת ההכרעה בתביעות הממוניות לביה"ד הי' כשהיה מוסכם על שני הצדדים שיפרדו בג"פ, ועל סמך זה פסק ביה"ד מה שפסק, כיון שרשות בידי שניהם לחזור מהסכמת הגירושין, יחד עם חזרה זו מתבטלת מאליה גם הקביעה בענייני הממונות שביניהם, בין שהיתה ע"י הסכמה ישירה של הצדדים, ובין שהיתה ע"י פס"ד, שניתן על סמך הסכמתם להכרעת ביה"ד. שהרי לא הותנה שיש הפרדה בין העניינים הממוניים לבין הגירושין. ואף אם היה הדבר בספק, הרי ג"כ אין לפטור ממזונות מצד הספק, כיון "שהחוב הוא ברור" וכמובא לעיל מתשו' הרדב"ז.

ונציין עוד שבגוף הפס"ד שעליו מסתמך ב"כ הבעל בטענתו נאמר, שהוצא עפ"י הסכמת הצדדים למסור ההכרעה לביה"ד "אשר לעניינים הכספיים הכרוכים בגירושין". מבואר שביה"ד בפסק דינו הכריע בעניינים הכספיים רק בתור "כרוכים בגירושין". וא"כ לא ניתן להפריד ביניהם. וממילא החזרה מהגירושין מאיזה צד שהוא, משמיטה את הבסיס לפס"ד בהיותו כרוך בגירושין.

עפ"י כל האמור יש לדעתי לדחות את הערעור.

שאול ישראלי

קראתי דברי הרה"ג ר' ש"י (שליט"א) [זצ"ל] ואני מסכים ולמען הסר ספיקות ברצוני להוסיף:

בפס"ד הנדפס בכרך ה' עמודים 203-214, וכן בערעור שעליו שם עמודים 214-218, נכתבו אמנם נמוקים רבים, אך עיקר הנמוקים היו מפורטים בפס"ד שם (המובאים בעמוד 215) שנקבע תאריך מסויים הפוטר את הבעל מחיוביו וכן שביצוע הכספי של ההסכם הכרוך בזכויות האשה בוצע ושני דברים אלו מוכיחים שאין ההסכם נכרך בענין ביצוע הגט, כמוזכר שם בנימוק י"ד ט"ו ו-כ'. ושני יסודות הללו חסרים בנ"ד, וע"כ יש לדחות את הערעור, וביה"ד האזורי ימשיך לדון לגופו של דבר בענין התביעות של הצדדים כאמור בסעיף א' של פס"ד נשוא הערעור.

www.eretzhemdah.org

מרדכי אליהו

הריני מצטרף למסקנא אליה הגיעו כב' חברנו הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל] והגר"מ אליהו שליט"א, שדינו של ערעור זה להדחות.

אליעזר גולדשמידט

פסק דין

לפיכך אנו פוסקים:

א דוחים את הערעור.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום ט"ז בכסלו תשל"ז.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן כח: בענין חיוב מזונות כאשר מחלה כתובתה*[27]

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי לת"א (תיק /12240לז) שניתן ביום י"ט אד"ב תשל"ח בו נפסק:

"1. על הבעל כ. לשלם לאשה ו. למזונותיה סך אלפים וחמש מאות ל"י לחדש. ולכל חדש מראש החל מהיום, וכל עוד לא יחליט בית הדין אחרת.

2. פס"ד זה בא במקום פס"ד הביניים אשר ניתן ע"י ביה"ד ביום י"ג אב תשל"ז, המתבטל בזה החל מהיום, ותקפו למזונות עבור התקופה עד היום."

וזוהי השתלשלות הדברים כפי שמשתקף מהתיקים ומפסק הדין נשוא הערעור.

הצדדים נשואים כדמו"י, אולם גרים בנפרד זה מספר שנים. להם שלושה ילדים משותפים. הבעל עזב את הבית וגר עם אשה אחרת.

בשנת 1970 נערך בין הצדדים הסכם גירושין, לפיו סודרו גם יחסי הממון שבין הצדדים. אולם פס"ד זה לא הוגש לאישור לביה"ד מפני שבינתיים חזרה בה האשה מהסכמתה להתגרש. מאז נמשכים משפטים בין הצדדים בקשר למזונות האשה והילדים ושאר ענינים. בינתיים עבר הדיון באשר למזונות הילדים לביהמ"ש המחוזי, ואילו ביה"ד נתבקש לדון רק על מזונות האשה. כב' ביה"ד הוציא ביום י"ז אב תשל"ז פס"ד ביניים בו נתחייב הבעל לשלם למזונותיה סך אלפים ומאתים ל"י, ובפס"ד סופי, שהוא נשוא הערעור, העמיד את סך המזונות על אלפים וחמש מאות ל"י.

בערעור בכתב ובע"פ נטען ע"י ב"כ הבעל שבהסכם הגירושין שנחתם בשעתו ע"י שני הצדדים כנ"ל, נאמר שהאשה מוותרת על הכתובה. ובהתאם לזה כטענת הערעור, אין לה גם מזונות. ואף על פי שחזרה בה האשה מביצוע הגירושין, הענינים הממוניים שנקבעו בהסכם זה, הם שרירים וקיימים, מאחר שהבעל מוכן מצדו לבצע את הגירושין, ואין העיכוב אלא מצד האשה המסרבת לקבל גיטה. ב"כ המערער מסתמך בין השאר על האמור בפסד"ר כרך ג' (עמ' 162).

ב"כ האשה בכתב ובע"פ טען, שההסכם כולו מהוה מקשה אחת, ורק עם ביצוע הגירושין בפועל חל הוויתור על הכתובה, ומכיון שהאשה חזרה בה מהסכמתה לקבל ג"פ ממילא גם סעיפי ההסכם בעניני הממון אינם תקפים. אף ב"כ האשה מסתמך על האמור בפסד"ר הנ"ל.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר שבתיק, וזה אשר עלה בידינו:

במחילה התלויה בתנאי מסוים, שהצד שכנגד צריך לבצע, וחוזר בו מהמחילה, ואילו השני מוכן לבצע את אשר עליו, הדבר תלוי בנוסח המחילה: אם המחילה היא מעכשו, אינו יכול לחזור בו, כל עוד הצד השני מוכן למלא אחר התנאי; אולם אם המחילה תחול רק לאחר שהתנאי יבוצע, יכול לחזור מהמחילה טרם בוצע התנאי. וזה מבואר במחנה אפרים (ה' מכירה דיני אסמכתא סי' ו' שהוב' גם בפס"ד הנ"ל שצוין ע"י שני הצדדים) בביאור דברי הרמב"ם פי"א מה' מכירה בענין אסמכתא: "כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים... קונים מבע"ח שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך, הרי החוב מחול לו מעכשו".

וביאר המחנ"א בטעמא דמילתא: "ומה שהוצרך לומר שיהא החוב מחול מעכשו, נראה דהיינו טעמא, כדי שלא יוכל לחזור בו לומר איני רוצה למחול". והיינו כנ"ל, כי אם לא נאמר שהמחילה היא מעכשו, ניתן למוחל לחזור בו מהמחילה. ואם נאמר "מעכשו", הרי עם קיום התנאי ע"י הצד השני המחילה חלה.

בנידון שלנו, זה לשון הסעיף באשר לכתובה:

"(סעיף 14): ו. מוחלת בזה על כתובתה ועל כל הזכויות הנובעות ממנה."

לשון זו ניתנת להתפרש בשני פנים: אפשר לפרש המלים "מוחלת בזה", דהיינו עם חתימת החוזה. באופן שקיום התנאים שבחוזה, כולל מעשי הגירושין, מקיים את המחילה "מעכשיו", היינו מזמן החתימה; אולם ניתן גם לפרש

[27] ערעור תשל"ח\182 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

"מוחלת בזה" - עם קיום כל הנאמר בזה, היינו שרק עם קיום האמור בחוזה, כולל ביצוע הגירושין, רק אז חל סעיף זה, של מחילת האשה על הכתובה. ואם נפרש כצד השני, כי אז יש ביד האשה לחזור בה ממחילתה.

יש איפוא לדון במקרה כגון זה שהלשון מסופקת. בזה נפסק בשו"ת הרדב"ז ח"א סי' שס"ד, כשקיים ספק במחילת הכתובה: "דלא אמרינן בכה"ג לא מפקינן ממונא מספיקא, כיון שהחוב הוא מבורר צריך שלשון המחילה יהי' ג"כ מבורר". יוצא איפוא שאין להפסיד האשה המזונות, אף אם נצא מתוך הנחה שבויתור האשה על כתובתה היא מפסידה גם המזונות. מאחר שגם ביחס לכתובה בנידון שלנו, שהלשון מסופקת, לא הפסידה כיון שחזרה בה מהסכם הגירושין.

אכן אין אנו רואים עצמנו פטורים מלדון גם בעצם ההנחה שקיים קשר בין חיוב המזונות לויתור האשה על הכתובה; בפרט בנידון שלפנינו, שאין זו מחילה מצד האשה אלא ויתור נגד קבלת תמורה כספית, כפי המבואר בסעיפי ההסכם האחרים. לשם כך נביא המקורות ההלכתיים ונדון בהם:

א בסי' צ"ג ס"ט שתי דעות במחלה כתובתה ללא תמורה אם יש לה מזונות מהבעל:

"מחלה כתובתה לבעלה הפסידה מזונותיה שאחר מותו, אבל **בחייו** יש לה מזונות; ויש מי שאומר שאף בחייו הפסידה מזונות."

דעה ראשונה היא כפי שפירש"י בסוגיא (כתובות נ"ג: ד"ה אין לה מזונות):

"באלמנותה, דתנאי כתובה ככתובה."

וכן היא דעת הרא"ש שכ' בזה (פ"ד סי' כ"ד):

"ראיתי מפרשים אין לה מזונות אפי' מן הבעל, והא ליתא כלל, דמזונות אשתו אינם כתנאי כתובה, אלא - למ"ד דאורייתא, ולמ"ד - דרבנן תקנו לה מעשי ידיה תחת מזונות. ואם נוטל מע"י צריך לזונה. אבל מזונותיה מן היורשים הוי כתנאי כתובה".

וכן הביא הר"ן פירש"י הנ"ל וכ' בזה:

"משום דבחייו לאו תנאי כתובה נינהו דהא תקנו מזונות תחת מע"י... דדוקא כתובת בנין דכרין הוא דלית לה, דכיון דלית לה כתובה - האיך יירשוה בניה, אבל שאר תנאי כתובה יש לה [וטעמא משום דבחייו לאו תנאי כתובה ממש איקרו] וכו'."

ובב"ש שם (סקי"ט) בסברת דעה ראשונה:

"אבל בחייו יש לה מזונות, מ"מ לאו מתנאי כתובה הוא בחייו. לכן אפי' מחלה... יש לה מזונות בחייו".

ובגר"א שם (ס"ק כ"א):

"אבל בחייו וכו' דאינה מתנאי כתובה, אלא תחת מע"י."

וע"ז הקשה הנחל יצחק (סוף ח"א לא"ע סי' ע"ז ענף ב) על:

"מה שנראה מכל הני בטעם שהמוחלת כתובתה יש לה מזונות בחיי בעלה משום שמזונות בחיי הבעל **אינם** מתנאי כתובה, שרש"י בגיטין י"ב. במה שאמרו שם שאשה שאין מע"י מספיקים למזונותיה חייב הבעל להוסיף לה, כתב בטעמא דמילתא: אשה כך התנה עמה בכתובתה את תהא יתבת בביתי ומיתזנא מנכסי וכו', הרי שגם בחיי הבעל ניזונת מכוח תנאי כתובה."

וכן הקשה ממה שמבואר בגמרא יבמות פ"ה "מזוני תנאי כתובה נינהו" וכו'. וכ' הנ"ל, שבחיי הבעל חיוב המזונות הוא משני טעמים: הא' - מצד תנאי כתובה כמו לאחר מיתת הבעל; ב' - מצד אגידא גביה, שמעוכבת להנשא מחמתו, דלא גרע ממגורשת ואינה מגורשת שבעלה חייב במזונותיה מטעם זה. ועל כן במוחלת כתובתה, אם אמנם טעם דתנאי כתובה נסתלק, כשם שאין לה מזונות מטע"ז לאחר מיתה, מכל מקום ניזונת מצד אגידא גביה, שמעוכבת להנשא מחמתו.

ונפ"מ מזה שאם הבעל מוכן לגרשה, וא"כ אינה שוב מעוכבת להנשא מחמתו, בזה גם לדעה זו, במוחלת כתובתה אין לה מזונות, עכת"ד.

אך לענ"ד כל זה אינו: חדא, דהרא"ש והר"ן נימקו בטעם שאין מזונות בחיי הבעל מתנאי כתובה מפני שזה תחת מעשי ידיה. ואילו לפי הנח"י לא זהו הטעם, שכן גם בחיי הבעל הוא מתנאי כתובה, אלא שיש שם טעם נוסף, והטעם הנוסף אינו מצד מעשי ידיה אלא מצד מעוכבת להנשא מחמתו, וטעם זה לא הזכירו כלל לא הרא"ש ולא הר"ן. (אכן גם דבריהם צריכים ביאור, וכי מה בכך שתקנו מע"י תחת מזונות, וכי משום זה אין זה יכול להיות מתנאי כתובה? ויתבאר להלן בע"ה). ועוד, שאם כן, בגוונא שהחיוב הוא מגדרי תנאי כתובה, במוחלת כתובתה אין גם חיוב של תנאי כתובה, א"כ תנאי כתובה דבנן נוקבין וכו', גם כן יפקע החיוב במוחלת כתובתה, ואילו הר"ן שהביא שם בהמשך דבריו דעת הרמב"ם שאמנם סובר כן, והסביר הר"ן סברת הרמב"ם שהמוחלת כתובתה כאילו מוחלת **במפורש** גם כל התנאים הנוספים שישנם בכתובה. אולם הר"ן תמה עליו: "וזה ודאי תימה גדול, וכבר השיג עליו הראב"ד ז"ל וכתב: הפלא ופלא, וכי מזון הבנות תלוי בפרעון הכתובה, והמחילה אינה אלא כפרעון וכו'." עכ"ל.

הרי שהני רבוותא נוקטים כדבר פשוט שאין תנאי כתובה מתבטלים מאליהם באין חיוב הכתובה, ואף דעת הרמב"ם החולק הוא מפני **שמפרשים דעתה** שבמחילה כוללת גם חיובי תנאי הכתובה, והרי זה כאומרת כך במפורש.

אף יסוד סברתו של הנח"י, שיש מקום לחייב במזונות אשתו מצד שמעוכבת מחמתו להנשא, סברא זו קשה לקבלה, שכן לא מצינו חיוב זה אלא באופן שאינה תחתיו, כגון מגורשת ואינה מגורשת, שאינה אתו, ואף עם אחר היא מעוכבת מלהנשא. אבל מה מקום לחייב אשה היושבת תחת בעלה, ואף רוצה בזה, לראות אותה מעוכבת כלל מחמתו, אלא ברצונה הטוב יושבת תחתיו, ואינה רוצה כלל להתגרש ולהנשא לאחר.

www.eretzhemdah.org

והאמת יורה דרכו, **שיש חיובים מסוגים שונים בתנאי הכתובה** כפי שתקנו חז"ל. מהם התלויים בחיוב **הכתובה בפועל**, ומהם הנובעים **מעצם קשר האישות** והם גם קרויים תנאי כתובה, היינו התנאים הנובעים מהתקשרות האישות **כשם** שהכתובה מתחייבת מקשר זה, אולם אינם תלויים בחיוב הכתובה בפועל. וזהו שכ' הר"ן בענין ת"כ דבנן נוקבן, שודאי גם הם מתנאי כתובה. אולם אין זה תלוי בחיוב הכתובה התלוי ועומד בפועל, שגם אם סילקו היתומים את חוב הכתובה, תנאי זה דבנן נוקבן שריר וקיים. ולא כן חיוב המזונות של אלמנה, שהוא מתנאי כתובה שתלוי בחוב הכתובה שעל היתומים **בפועל**. שאם קבלה כתובתה שוב אין עליהם חיוב המזונות.

ועל יסוד זה הוא שמבדילים הראשונים שהו"ל בין חוב המזונות לאלמנה, לחוב המזונות של הבעל. שאמנם גם על הבעל הוא מחיוב תנאי הכתובה. אולם לא **תלאוהו חכמים בחיוב הכתובה בפועל, כי אם במעשי ידיה**. וכל עוד האשה מוכנה לתת מע"י לבעל, גם המזונות חייב בהם מכוח תנאי כתובה זה. והם דברי הר"ן שכ' בחיוב מזונות מהבעל "לאו תנאי כתובה נינהו דהא תקנו מזונות תחת מע"י." וכבר הערנו לעיל. דמה סתירה היא מזה שתקנו מזונות תחת מע"י, שמשו"ז אין זה יכול להיות מתנאי כתובה? אלא כוונתו כנ"ל, שאי"ז מתנאים **התלויים** בכתובה, שרק במעשי ידיה תלו חכמים חיוב זה של מזונות, ולא בחיוב הכתובה בפועל. וע"כ גם אם אין עליו חיוב הכתובה מפני שהאשה מחלתה, מ"מ חיוב המזונות בעינו עומד. והם הם גם דברי הרא"ש שכ' בדומה לר"ן, כפי שהובא לעיל. ולכשנדקדק בלשון הרא"ש נראה שרמז לזה באמרו:

"מזונות אשתו אינם **כתנאי** כתובה"

לא אמר אינם **מתנאי** כתובה, דודאי גם מזונות הם מתנאי כתובה, אלא שאינם כתנאי כתובה, כלומר כתנאים הנובעים מחיוב הכתובה בפועל. וזוהי גם כוונת לשון הר"ן (לפי גירסת המהר"ם):

"דבחייו לא תנאי כתובה **ממש** מיקרו"

דקדק לומר שאינם תנאי כתובה **ממש**, כי אמנם גם הם תנאי כתובה הם, היינו שנובעים מקשר האישות ככתובה עצמה, אולם אינם תנאים שתלויים בכתובה ממש, שכן גם אם חיוב הכתובה אינו קיים, חיוב זה עומד בפני עצמו, ונשאר קיים ועומד. וכן דבר זה מבואר בתוס' רי"ד בסוגיין, בהא דמסיק שם שהמוחלת כתובתה אין לה מזונות ולא כתובת ב"ד כ' בתוס' רי"ד וז"ל:

"ודוקא תנאי דב"ד לית לה למוחלת כתובתה, **דאתי מכוח כתובתה**, וי"ל כיון שמחלה אין לה ירושת ב"ד. אבל תנאי דבנין נוקבין שאינו תלוי בכתובה אלא תנאי בפנ"ע הוא שהתנה עליה אעפ"י שמחלה כתובתה, תנאי קיים. ואע"ג דאר"א לקמן מוחלת כתובתה אין לה מזונות, דוקא מזונות דתלו בכתובתה, שאינה ניזונת אלא עד שתגבה כתובתה, וכיון דמחלה כתובתה כאילו גבאתה דמי, וא"ל מזונות. אבל מזונות הבנות דלא תלו בכתובתה, קיים הוא."

וכ"כ הגר"א בהנמקת החילוק שבין ת"כ דבנין נוקבין לבין ת"כ דמזונות וב"ד (סי' קי"ב סק"ב):

"דמחילה הוי כפרעון, ובפרעון הכתובה לא אבדו מזונותיהן."

וזוהי כוונת רש"י במש"כ במוחלת כתובתה דאין לה מזונות:

"דתנאי כתובה ככתובה"

כלומר שתנאי כתובה זה, של חיוב המזונות מהיתומים הוא **מכוח החיוב** של כתובה, דאשר ע"כ בהִמָּחֵל החיוב שהר"ז כפרעון, שוב אין לחיוב המזונות, שתלוי הוא בהיות היתומים חייבים לה הכתובה. אבל זה רק בחיוב המזונות של היתומים, שאינו קיים אלא בהיות עליהם חיוב הכתובה בפועל. ולא כן חיוב הבעל במזונות אשתו, שאינו תלוי בחיוב הכתובה רק במע"י.

ומעתה הן לק"מ קושיות הנח"י שדברי רש"י בסוגיין כאילו נסתרים מהגמרא יבמות ומפירש"י בגיטין י"ב. כי כנ"ל ודאי שגם מזונות האשה בחיי הבעל מתנאי כתובה הם, אולם הם מסוג תנאי כתובה שאינם תלויים בחיוב הכתובה, וז"ב.

וממילא אין מקום לחידושו של הנח"י, שכשאין עיכוב מצד הבעל לגירושין, אין מזונות למוחלת כתובתה לשיטת רש"י ואידך ראשונים דס"ל כוותי', והם "רוב הפוסקים" כמש"כ הב"ש (סי' קי"ב סקי"א); וגם במקרה זה, חיוב המזונות כל עוד לא נתגרשה בפועל שריר וקיים.

ומעתה נעתיק עצמנו לדון בשיטת הרמב"ם שהובאה בשו"ע בשם "יש מי שאומר", שבמוחלת הפסידה מזונות אף בחיי הבעל, שעליו רוצה להסתמך ב"כ המערער בטענת "קים לי".

בב"ש שם (ס"ק י"ח) במ"ש בשו"ע (ס"ח) במכרה כתובתה אין לה מזונות מהיורשים, כ' וז"ל:

"כ"כ הרמב"ם רפי"ח, משמע דבחייו יש לה מזונות. אע"ג דבמוחלת ס"ל, אפי' בחייו אין לה מזונות; מוחלת שאני הואיל **מוחלת מעצמה** אמרינן דמחלה הכל. משא"כ במוכרת הוי כאונס, כמ"ש בש"ס לענין בנ"ד. וכ"כ במגי"ד במוכרת יש לה מזונות."

תולה החילוק בין מוכרת למוחלת, לא בזה שהמדובר (בס"ח) במוכרת היינו במוכרת לאחרים, והוא בטוה"נ, ואילו מוחלת הר"ז כאילו נתקבלה כל כתובתה משלם. אלא מפני שבמוכרת י"ל דזוזי אנסוה, וע"כ אמרינן שאין בכלל מחילתה אלא על מה שדובר במפורש, דהיינו גוף הכתובה. ולא כן במוחלת **שמעצמה** מחלה, וע"כ ודאי בעין יפה מחלה. וזה כמש"כ הר"ן שהובא לעיל בהסברת שיטת הרמב"ם שגם ת"כ דבנין נוקבין אין במוחלת "מפני שהמוחלת כתובתה כאילו מוחלת בפירוש כל התנאים שיש לה עליו."

וכן מסביר שם הט"ז (סק"ה):

www.eretzhemdah.org

"שכאן (במוחלת) אין מחלק בין אחר מיתה לחייו, ולעיל במוכרת או משכנה בסעיף ח' מחלק הוא בין יורשים לבחייו, צ"ל טעמו דבמכירה או משכנה, זה הוא דאנסוה זוזי, כמו שהזכיר סברא זו בגמרא. עכ"ל."

ברור, שכל עיקר החילוק הוא מצד **אומדן הדעת**, אם היה בכלל מחילת הכתובה גם מחילת תנאי הכתובה כולם. שאומדן דעת זה קיים רק במוחלת שאינה עושה זאת עבור תמורה שמקבל. ואילו במוכרת, שעושה זאת תמורת קבלת תמורה, אין לנו לכלול במכירה אלא מה שדובר במפורש. וודאי שלפ"ז אין מקום לחלק בין שקיבלה תמורה מלאה עבור הכתובה או רק טוה"נ דומיא דמוכרת כתובתה בחיי בעלה. שהרי, אדרבא, כשמקבלת תמורה מלאה, מסתבר יותר שזוזי אנסוה, וע"כ רק מה שנאמר במפורש שמכרה כלול במכירה זו ולא שום חיוב אחר מחיובי תנאי הכתובה. וז"פ וברור.

אולם הנח"י (מבלי שהזכיר מש"כ בנידון הב"ש והט"ז) נוקט בפשיטות בדעת הרמב"ם שגם בפרעון כתובה מפסידה המזונות מהבעל כמו במוחלת: "דהא אף בפרעון כתובה הוי כמוחלת לגבי זה כמבואר ברמב"ם והובא בראי"ש פי"ג סי' ו' שהביא בשם הגאונים דאין פוסקים מזונות לאשת איש כל זמן שאין הכתובה יוצאת מתח"י, שמא נטלה כתובתה או מחלה."

ובעקבות הדברים האלה העלו בפסד"ר (כרך ה' עמ' 218):

"דיש הבדל בין מכרה כתובתה דלא קבלה רק דמי טוה"נ בעד המכירה בזה אמרו דמסתמא הוי באונס, משא"כ בנפרעה כתובתה. ונראה דלא תליא מילתא בכמות הכסף שקבלה וכו' עיקר הדבר תלוי באיזה אופן נסתלקה מהכתובה, אם קבלה את הכסף בתורת פרעון כתובה כי אז אין לה מזונות, כי כבר קיבלה את הכתובה, וממילא אין לה תנאי הכתובה. אבל אם מכרה את הכתובה בטוה"נ, דהיינו במקרה של גירושין או שהבעל ימות בחייה, לא גמרה בדעתה למכור אלא את סכום הכתובה, ולא תנאי הכתובה, די"ל זוזי אנסוה."

רוצים לומר שמכיון שקבלה הכסף בתורת פרעון הכתובה שוב אין לה מזונות מעיקר הדין, ולא מצד אומדן דעתה אתינן עלה, דאז - בגוונא שמקבלת תמורה ב"זוזי אנסוה" - אמרינן שאין בדעתה למכור את תנאי הכתובה, כל עוד לא נאמר כך במפורש. אלא "ממילא אין לה תנאי כתובה" דמזונות. והיינו שמאחר שהעיקר, דהיינו עצם הכתובה נפרע, שוב התנאי כתובה בטלים מאליהם.

ובזה באו כנראה לחלק בין דברי הב"ש לבין הא דהנח"י, שהב"ש כ' בדעת הרמב"ם במוכרת כתובתה בטוה"נ, בזה גם הרמב"ם מודה דלא הפסידה מזונות, ואילו הנח"י דן במקרה שנטלה כתובתה, היינו שקבלה זאת בתור פרעון מוחלט, שבזה לרמב"ם **ממילא** בטל חיוב המזונות.

אבל אין זה מעלה ארוכה, ודברי הב"ש והט"ז הם בניגוד מוחלט למה שהעלה הנח"י. שהרי כ' החילוק בין מוכרת למוחלת שבמוחלת **מעצמה** עושה זאת. ואילו לפי הנח"י הרי גם במקרה של מכירה, כל כה"ג שמסתלק עצם החיוב של הכתובה, אין לה מזונות. ולא מחמת אומדן דעתה שרוצה למחול לו הכל, כשם שמוחלת הכתובה, אתינן עלה, כהדגשת הב"ש במוחלת שעושה זאת מעצמה. וכן זה מנוגד למש"כ הר"ן בדעת הרמב"ם בענין ת"כ דבנן נוקבן, שלא נחית עלה אלא מצד אומדן דעתה, והיינו כי דברים אלה שבתנאי כתובה, שאינם תלויים ישירות בעצם חיוב הכתובה, גם כשמסתלק חיוב הכתובה מכל וכל ע"י פרעון, חיובים אלה עדיין בעינם עומדים.

ובעצם, לא ניתן כלל לומר כן, בדעת הרמב"ם, לשיטתו, שמזונות האשה בחיי הבעל הם מן התורה, ואילו כתובה היא לדעת הרמב"ם רק מדרבנן (פ"י מאישות ה"ז), וא"כ איך יתכן שע"י מחילת הכתובה תפסיד מה שחייב לה מן התורה. אטו חכמים בתקנתם כתובה באו לגרע כוח האשה? אתמהה.

וודאי שלא נעלמו מגדולי עולם אלה - הב"ש והט"ז, דברי הרמב"ם שמציין הנח"י (בב"ש סי' קי"ב מביא דברי הרמב"ם הללו יחד עם מש"כ מסי' צ"ג). אלא שדברי הרמב"ם ניתנים להתפרש אחרת.

וראשית נעיר, מה שתמוה לכאורה בדברי הרא"ש בנידו"ז, הנה הרא"ש (כתובות פי"ג סי' ו') מביא דברי הרמב"ם הללו שחולק על ה"יש מן הגאונים" שסוברים שאין להגבות מזונות לאשה שהלך בעלה למדה"י כל עוד אין מוציאה הכתובה, שאל"כ יתכן שנטלה כתובתה או מחלה. והרמב"ם חולק ע"ז וסובר שמזונות בחיי הבעל שהם מן התורה לדעתו, אין להפסידה מצד ספק זה. והרא"ש חולק על הרמב"ם, שסובר שמזונות גם בחיי הבעל הם רק מתקנ"ח ולא מה"ת, וכן שיש לטעון עבורו כשם שטוענים ליורשים. והרי זה תמוה שהרי דעת הרא"ש (לעיל פ"ד סי' כ"ד והובא לעיל בדברינו) כדעת רש"י שאין מוחלת (וכש"כ מוכרת) מפסידה מזונות בחיי הבעל, אם כן אין טענת ה"יש שמן הגאונים" שמא נטלה כתובתה או מחלה טענה כל עיקר בכדי להפסידה מזונותיה. ואילו הרא"ש כאילו מסכים לדעת הגאונים והרמב"ם שמפסידה המזונות אם נטלה הכתובה או מחלה, וכל עיקר הדיון הוא אם יש להעלות חשש כזה או לא, ונוטה לדעה ה"יש מן הגאונים", שבלי כתובה אינה גובה המזונות.

לזאת מוכרח לומר, שכוונת דבריהם, שמאחר שאין זה מצוי שאשה תניח לבעלה ללכת למדה"י מבלי שיובטחו לה מזונותיה, וכדעת שמואל הסובר מה"ט שאין לה מזונות, על כן יש לחשוש שבאה בהסכם עם בעלה שישלם לה טרם צאתו כל כתובתה משלם, אעפ"י שעדיין לא הגיע זמן כתובה לגבות, שהרי הבעל חי ואינו מגרשה. אלא שהוסכם אעפי"כ, שישלם לה כל הכתובה מיד, וזה על מנת שתוותר לו על חיוב המזונות. ולכשיחזור יצטרך לכתוב לה כתובה חדשה. (כמבואר בסי' ס"ו ס"ה). והיינו שמשערים שעשו עיסקא ביניהם כדי שלא תעכב בידו ללכת למדה"י. ועל כן א"ש שלא השיג הרא"ש מצד שבמוחלת לדעתו לא הפסידה מזונות, כי מ"מ קיימת הטענה שמא נטלה כתובתה, והיינו כנ"ל עפ"י התנאי המפורש של מחלת המזונות.

ומדאתינן להכי, הרי אין שום דיוק מדברי הרמב"ם הללו שמשוה נטלה כתובתה למוחלת, כי כאמור הטענה שמא נטלה כתובתה היא טענה ממין אחר, היינו שבפירוש הותנה שבקבלת הכתובה, בעוד שלא הגיע זמן פרעונה, תוותר על חיוב המזונות. דברור שכך הבין הרא"ש את הרמב"ם. וממילא דברי הב"ש והט"ז לא נסתרו מדברי הרמב"ם הללו, ועיקר דברי הרמב"ם שמפסידה מזונותיה הם רק בגוונא דמוחלת, ומטעם שבזה קיים אומדן דעת שמרצונה למחול לו

www.eretzhemdah.org

הכל. (וכפי שסובר הרמב"ם גם לענין ת"כ דבנן נוקבן, וכנ"ל). אבל במוכרת גם אם זה בגדר פרעון הכתובה, אינה מפסידה מזונותיה גם לדעת הרמב"ם, וזה מוכרח ברמב"ם, כנ"ל, לשיטתו דמזונות האשה הם מן התורה וכתובה דרבנן.

מסקנת הדברים לנידון דידן:

אין האשה מפסידה מזונותיה, וזה מכמה טעמים:

א גם ויתורה ומחילתה על הכתובה, אינם קיימים, כל עוד לא נתגרשה בפועל, והאשה חזרה בה מהסכם הגירושין טרם ביצועו.

ב לדעת רש"י ו"רוב הפוסקים" שסוברים כמותו (כמו שציין הב"ש קי"ב ס"ק י"א) גם מוחלת כתובתה אינה מפסידה המזונות, ומכש"כ בנידו"ד שלא מחלה אלא קבלה תמורה.

ג גם לדעת הרמב"ם, בנידון זה, שלא היתה מחילה אלא נגד תמורה, אין מפסידה המזונות, כיון שלא דובר במפורש אלא על מחילתה כתובה בלבד.

עפ"י כל האמור לעיל יש לדחות הערעור.

שאול ישראלי

עיינתי במ"ש הגרש"י (שליט"א) [זצ"ל].

לדעתי דברי הרמב"ם בס"פ י"ז אישות פשוטים ודעת שפתיו ברור מללו, שבמוחלת כתובתה אבדה כל תנאי כתובה, ואפילו מזונות אין לה עליו, וכפי שפי' דבריו הר' המ"מ, משא"כ מוכרת שאין המכירה אלא לכשיגיע זמן גבייתה אם בכלל תבוא לידי גבייה, וכל זמן שלא הגיע , הרי עדיין חוב הכתובה רובץ על הבעל, כי מה יתן ומה יוסיף או מה ימעט ומה יגרע מהבעל אם חוב הכתובה לכשיגיע זמנו ישולם לאשתו או לקונה ממנה, ולפיכך לא נגרעה שום זכות מזכויות האשה, ואין חילוק בין מוכרת לאחרים או לבעלה כדאיתא להדיא בגמ', והמכירה תלויה ועומדת עד שתגיע אם תגיע לידי פרעון, וכל זמן שלא הגיע לידי כך, הרי כל החיובים הנובעים ממנה מוטלים על הבעל כמקדם קדמתה. והרי היא עדיין ברשות האשה, ומכירתה ככל מכירת כל שטר חוב דעלמא שהנושה יכול למחלו כל זמן שירצה, וחובת המוחל לפצות הקונה אינו אלא מדין מזיק, ולא שהחוב עבר לרשותו. משא"כ במוחלת או בנפרעת שהרי לא נשאר מן הכתובה שום חיוב על הבעל לא לאשתו ולא לשום אדם, לא עתה ולא לאחר זמן. והרי הפשט הפשוט של המלים "מוחלת בזה" האמורות בהסכם שבנדוננו, פירושן מוחלת בשעה זו בחתימת הסכם זה, ללא התלָיָה בשום תנאי אחר, אלא מחילה שלמה גמורה וחלוטה.

ומלבד הנח"י שהבין דברי הרמב"ם כנתינתם, הרי גם הג' "בני אהובה" הבין דברי הרמב"ם כפשוטם, אלא שהקשה היאך אפשר שתמחול האשה כל כתובתה והרי בפי"ב אישות הל' ח' כתב הרמב"ם שאין בידי האשה למחול כל כתובתה שהרי אסור לשהות עם אשתו בלא כתובה, ותירץ דמיירי דפורש ממנה ואינו דר עמה, וכיון שאינו נוהג עמה מנהג אישות יכולה למחול. וזהו בדיוק מעשה שלפנינו, כאשר גבה טורא בינייהו אם בשל התנהגותו הבלתי הגונה כדבריה, ואם בשל סבה אחרת שלחתו מביתה ואין לה יותר קשרי אישות עמו, כך שיכולה היא למחול כל כתובתה ומחילתה מחילה גמורה שלמה ומושלמת. וע"ש עוד שם ב"בני אהובה" שמתרץ עוד תרוצים אחרים שאין להם צורך בנדון שלנו.

לפיכך נראה שלא ע"פ טעם שכתב הב"ש נוציא דברי הרמב"ם מפשוטם הפשוט ומהבנתם הברורה, כ"ש שגם לאחר הוצאת דברי הרמב"ם מפשוטם זקוקים אנו עדיין להוציא לשון מחילה שבהסכם ולדרוש אותה שאינה אלא מכירה, דומני שאנו מרחיקים לכת בהרכבת דרש על גבי דרש.

לכן כיון שהמחילה ברורה כפשוטה וכמשמעה, ברור שאשה זו הפסידה מזונותיה לדעת הרמב"ם ואין להוציא מחילתה מפשוטה.

ואף לדרך זו של כת"ר עדיין יש לומר שכל התמורות שהיא מקבלת לפי ההסכם אינם נגד כתובתה אלא נגד זכויות אחרות שבהסכם שקבל הבעל, אבל כתובתה נמחלה כפשוטה, כי בנוהג שבעולם אין דרך בני אדם לכתוב לשון מחילה כאשר הדבר נגד תמורה, אלא כותבים ברור כי מה שמקבלת הוא גם נגד או תמורת כתובתה, ואין הנמחל שוטה עד כדי כך שישלם תמורה, ועם זאת יאמר שעשו לו חסד ומחלו לו.

וגדולה מזו כפי שכבר העירותי במקום אחר כי כל נותן מתנה או עושה טובה לאחר, אינו עושה זאת בחנם אלא נגד תמורה כל שהיא, ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר מה שכתב הרמב"ם במתנת הפעוטות בהלכות מכירה פכ"ט הל' י"ד "שאלו לא הגיע לו הניה גדולה לא נתן". ועיין גם פי' רס"ג למשלי כה כג. ולפ"ז הרי אין מחילה בעולם שאינה נגד תמורה, ולדברי כת"ר עבר ובטל דין מחילה מן העולם.

לפיכך לדעתי ברור כי לכל הפחות זכותו המלאה של הבעל המערער לטעון קים לי כהרמב"ם, אם לא למעלה מזה.

ועיין נתיבות המשפט חו"מ סי' כ"ה בכללי התפישה ס"כ דהיכא דלא סתם המחבר אלא הביא "יש אומרים", או שהרמ"א הביא "יש אומרים" יכול המוחזק לטעון "קים לי".

כל שכן לדעת הסוברים שחלות חיוב מזונות האשה מתחדש מדי יום ביומו וכמ"ש ההפלאה בכתובות צב, וכמה וכמה אחרונים תופשים שטה זו, דודאי הבעל מוחזק ואין להוציא מידו.

לכן נראה לי שאשה זו מחלה כתובתה מחילה גמורה ללא שום התנאה, ואינה יכולה לחזור בה, ואינה זכאית למזונות, ואם ירצו לשוב ולחיות יחד חיי שלום צריך לכתוב לה כתובה אחרת כדמו"י.

על כן יש לקבל את הערעור ולפטור הבעל המערער ממזונות האשה המשיבה.

יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

עיינתי בדברי כבוד חברינו הגר"ש ישראלי [זצ"ל] והגר"י קאפח שליט"א. אולם אין עלינו לדעתי להכנס לויכוח הזה. אין כל ספק כי כאשר זוג עורך הסכם לגירושין, ומפרט בו את כל התנאים בקשר לגירושין, הרי ודאי הוא, בגדר אומדנא דמוכח לכל, כי הכונה בכל ההסדרים הללו, אם לא נכתב בהסכם במפורש אחרת, היא אך ורק בגלל ועקב הגירושין למעשה. וכאשר אחד מבני הזוג חוזר בו מהגירושין, ולפי הדין בידו לעשות כך, הרי בטלים הם כל ההתחייבויות וכל המחילות שבהסכם, ובאין גירושין גם הם אינם. אמנם אין המעשה הזה שבעל דין חוזר בו מהסכם שערך כדין, מהמעשים ההגונים, אבל אין לנו עצה לזה, אין חכמה ואין תבונה.

אליעזר גולדשמידט

פסק דין

לפיכך אנו מחליטים ברוב דעות:

א. דוחים את הערעור.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"ב חשון תשל"ט.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן כט : בענין התחייבות למזונות שאין להם קצבה*[28]

המערער והמשיבה היו בעבר בעל ואשה ולהם בת משותפת בשם א. ילידת כ"ח בשבט תשכ"ז (8.2.1967), נתגרשו כדמו"י ע"פ הסכם גירושין שנערך ביניהם וקיבל תוקף פס"ד ביום כ"ג בניסן תש"ל.

בהסכם הגירושין הנ"ל נאמר בסעיף 5 א' כדלהלן:

"מיום סידור הגט ואילך ישלם הבעל לאשה עבור מזונות א. עד להגיעה לגיל 18 הוצאות טיפול בה וסיפוק כל צרכיה סך של 250.- ל"י לחודש. סכום זה יהיה צמוד למדד יוקר המחייה המתפרסם ע"י הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה".

בהחלטת ביה"ד המעורערת מיום ח' בניסן תשל"ב (בתיקים /4369לא, לב1049/), נאמר בסעיף 1:

"התחייבות הבעל בהסכם הגירושין בדבר מזונות הבת א. ילידת 1968 שרירה וקיימת".

על החלטה זו נסב הערעור. בכתב הערעור וכן בטענות בע"פ לפנינו טוען המערער, שהתחייבות הנ"ל של המערער לפי הסכם הגירושין היתה צריכה להתפרש, אם כי לא נאמר זאת בהסכם אבל צריכה להיות מובנת "מכללא", שהיא כפופה ליכולתו הכספית של המערער. ביה"ד היה צריך להתחשב עם שינוי הנסיבות של המערער שנשא בינתיים אשה אחרת, ואף נולד לו ממנה בן, כך שאינו יכול כיום לשאת בהוצאות הבת א. הנ"ל בסכום המתחייב עפ"י הסכם הגירושין.

כמו־כן טוען המערער שבהתקבל טענתו הנ"ל בקשר להחלטת ביה"ד "לצוות שהתיק יועבר לבית־דין אחר".

לדעתי נראה שיש לאשר את פסה"ד נשוא הערעור רק ביחס לסכום המזונות המפורשים שהתחייב הבעל בסעיף 5 מהסכם הגירושין שהוא בסך קצוב 250 ל"י לתקופה קצובה עד הגיע הבת לגיל 18 שנה.

אבל ההתחייבות לפי מדד יוקר המחיה יש לבטלה, וכפי שפסק הרמב"ם בהלכות מכירה פי"א הל' ט"ז גם בשם רבותיו. וכבר באר בהלכות שאלה ופקדון פ"ה הל' ו' כי רבותיו הם הר"י מיגש והרי"ף, וכפי שכתב גם הרב יד מלאכי. וכתב השיטה מקובצת בכתובות ס"ח שגם רש"י סובר כשיטת הרמב"ם, ולפי זה גם הרע"ב סובר כשיטת הרמב"ם זו. ואם כן אין הרמב"ם יחידאה כפי שכתב הש"ך בחו"מ סי' ס' בדחותו דברי הסוברים שיכול הנתבע לומר קים לי כהרמב"ם, כי לא רק שהנ"ל סוברים כשיטתו אלא שיש עוד אחרים הסוברים כשיטתו. ורבו כמו רבו הסוברים שיכול הנתבע לומר קים לי כהרמב"ם, וכפי שהובאו מקצתם בשדי חמד קונטרס הכללים ערך "דבר שאינו קצוב", וכבר האריך הרחיב בזה כבוד הראש"ל הרה"ג יביע אומר כרך ג' חו"מ סי' ד'. כך שאין לי צורך לחזור על הדברים כאן.

וברור שאין לדעת הרמב"ם חלוק בין מתחייב לבנו למתחייב לאחר כמ"ש בתשובה הובאה גם ביביע אומר שם י"ט.

ומדד יוקר המחיה לא רק שאינו קצוב אלא אף שאינו צפוי, ואין לך אסמכתא גדולה מזו כפי שנתבארו דיניה בהלכות מכירה פי"א וחו"מ סי' ר"ז.

ואף גם זאת אין בתיק שום רמז שקנו מידו על התחייבויותיו לא התחייבויות הללו, אם כי לא היה הקנין מוסיף מאומה.

לפיכך נראה פשוט שהתחייבות לפי מדד יוקר המחיה בטלה ומבוטלת, ואין לה כל תוקף, ובית דין יקבע מדי פעם את גובה המזונות לפי צורך הילד ולפי יכולת האב.

יוסף קאפח

[28] ערעור תשל"ב\117 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

אחרי עיון בחומר ושמיעת טענות הצדדים נראה שצדק כב' ביה"ד האזורי בהחלטתו הנ"ל שקבע שהסכם הגירושין שנערך בהסכמה מלאה של הצדדים, וקיבל תוקף פס"ד כנ"ל, שריר וקיים, ואין המערער יכול לחזור בו מהתחייבותו המפורשת הן ביחס לעצם חיובו במזונות הבת והן בגובה הסכום שנתקשר בהסכם למדד יוקר המחיה.

עיינתי במש"כ בנידון הגר"י קאפח שליט"א, שבהסתמכות על מש"כ הרמב"ם בהתחייבות שאין לה קצבה, דעתו שההתחייבות לפי מדד יוקר המחיה המשתנה מזמן לזמן, אין לה תוקף ויש לבטלה. אולם דעה זו איני יכול לקבלה, וזה מהנימוקים דלהלן:

א בדעת הרמב"ם עצמו מעלה הפ"מ וכן המהרש"ח, הו"ד במל"מ פי"א ממכירה, שלא אסר זאת אלא בהתחייבות שנעשה "בלא כסף ובלא מחיר", משא"כ כשנתן לו "שוה מה" גם לדעתו החיוב חל. "ומעולם לא אמר הרמב"ם אלא במתחייב בכדי". דברים אלה של המהרש"ח הובאו גם בקצוה"ח סי' ס' סק"ב והסכים להם. וכן נוקט הנתה"מ שם סק"ג ופירש כך גם כוונת המהרי"ט שהובא בקצוה"ח על מה שסיים שם בתשו' וז"ל:

"ואפילו קיבל עליו כל אונסא דמתיילד דחייב דבהאי הנאה דנקיט זוזי גמר ומשעבד נפשיה והיינו כסברת המל"מ."

וכיו"ב בכ הרשד"ם חו"מ סי' צ"ט (הו"ד בכה"ג ס"ק ל"ג) וז"ל:

"יש לנו לומר שהרמב"ם יודה ג"כ בזה בני"ד דאנן סהדי, שכדי לקבל הנאה גדולה זאת גמרו ומקנו, ואינם נותנים משלהם כלום. ונראה לדקדק כיוצא בזה מדברי הרמב"ם שכתב "וזה כמו מתנה", שלשון זה מיותרת בעיני, שמאחר שאמר שדבר שאי"ל לא סמכא דעתיה, ולא גמר ומקנה, למה ליה למימר שזה כמו מתנה. אלא שנראה דלא אמרינן הכי אלא דהוי כמו מתנה וכו'."

ובפ"ת מתשו' ב"ש אחרון"

"דבנ"ד (בעובדא דשם) גם הרמב"ם מודה כמש"כ המל"מ בשם הפ"מ דדוקא במתנה וכו', ואף דהמל"מ דחה דבריו, ומ"מ האו"ת כ' שכל חכמי פראג הסכימו לזה."

וחילוק זה בדברי הרמב"ם מוכרח בכדי לתרץ מה שהקשו עליו הרמב"ן ואידך מהראשונים ממשנה ערוכה בפ' הניזקין: "אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות מנכסים משועבדים", הא מבע"ח גובה, אעפ"י שהם דברים שאי"ל קצבה.

וכן רק בזה יתורץ מה שהקשה הריטב"א על שיטת הרמב"ם ודחאה, וזה מגוף הסוגיא דר"פ הנושא את האשה, דהרמב"ם פי"א ממכירה כ' החילוק בין מי שמחייב עצמו בדבר שאי"ל קצבה לבין הא דנשא את האשה והתחייב לזון את בתה, דהתם מהני משום "שהדבר דומה לדברים הנקנים באמירה". וע"ז תמה הריטב"א דעד כאן לא אמרו שם אלא שבדברים אלה האמירה מחייבת כמו קנין. אבל בדבר שאי"ל קצבה, שגם קנין אינו מועיל, לדעת הרמב"ם, איך תועיל אמירה?

כמו כן ק' על הרמב"ם מה שהעיר הה"מ שם, שהסוגיא נראה שלא הוצרכו לתירוץ מצד "הן הן הדברים הנקנים באמירה" אלא לדעת ר"ל, ואילו לדעת הרמב"ם הרי תירוץ זה נצרך גם אליבא דר"י. ומש"כ הה"מ דהומ"ל לטעמיך הוא דחוק וכמש"כ הש"ך בסי' ס' סקי"ב.

ואם אמנם הריטב"א (הו"ד במל"מ שם) שג"כ רצה לפרש כחילוק הנ"ל ברמב"ם ודחה זאת "דא"כ בפוסק לזון בת אשתו הא איכא שכר שנשאת לו האשה הזאת, ולא אתי עלה מרן ז"ל אלא לפי שפסק בשעת נשואין".

אולם הן מטעם זה דחה באמת הריטב"א שיטת הרמב"ם מהלכה, והסכים לשיטת הרמב"ן ואידך דפליגי על הרמב"ם. ובכדי לקיים דברי הרמב"ם אין לנו דרך אלא עפ"י החילוק הנ"ל. ומה שהקשה ע"ז הריטב"א כנ"ל, נלע"ד לתרץ שהמהרש"ח והפ"מ וכן כל אידך האחרונים שהבאנו מפרשים דברי הרמב"ם הנ"ל שכ' שהדבר דומה לדברים הנקנים באמירה, שאין כוונתו לומר שכיון שנקנים באמירה ה"ז מועיל גם במקום שקנו מידו ל"מ. אלא שמסתמך על מ"ש שם בגמרא **בטעמא דמילתא** שנקנים באמירה, שזה משום "דבההיא הנאה דקמיתהתני בהדדי גמרי ומקני להדדי", דשמעינן מינה שהתחייבות הנובעת מקשרי חיתון אינה בגדר מתנה אלא ניתנת כתמורה למעשה החיתון. וזה עדיף אפילו מקבלת תמורה כספית אחרת, שמשו"ז מועיל אפילו בלא קנין, אלא באמירה בעלמא. ואשר ע"כ אין התחייבות זו התחייבות של מתנה אלא התחייבות שבאה נגד קבלת תמורה, וע"כ מועילה ההתחייבות למרות שאי"ל קצבה. באופן שחילוקם הנ"ל בין התחייבות בכדי לבין התחייבות תמורת קבלת הנאה, חילוק זה מעלה הרמב"ם עצמו, שמשו"ז בנושא את האשה התחייבותו תופסת למרות שאין לה קצבה.

וא"כ א"ש קושית הריטב"א, וכן הערת הה"מ, דגם המקשן ידע שיש כאן קבלת הנאה, אלא דהקשה רק אליבא דר"ל דלדידיה ל"מ התחייבות בלי קנין. ובזה הוא שחידש התרצן דבההיא הנאה דקמתהתני בהדדי מהני גם לר"ל באמירה בעלמא.

ועפ"י כל הנ"ל יוצא שבנידו"ד שההסכם נעשה אגב גירושין, שהבעל היה מעונין בהם, ואילו האשה הסכימה לשלו"ב, כפי שיש לראות מתוך התיק, א"כ הרי בזה שהסכימה להתגרש ישנה קבלת טוה"נ. וכן הרי ע"י התחייבות זו נפטר מחובת הדאגה המתמדת למזונות הבת והטיפול בה, שהאשה התחייבה. א"כ אין זו התחייבות של מתנת חנם, אלא התחייבות שקיבל נגדה תמורה מלאה, כל כה"ג גם לדעת הרמב"ם ההתחייבות חלה, גם אם ננקוט שזו התחייבות שאין לה קצבה.

ב ברם גם עצם ההנחה שנידו"ד הוא בגדר אי"ל קצבה, לא נראית. דכל כה"ג שעיקר ההתחייבות היתה בסכום כסף קצוב 250.- ל"י לחודש, ורק השינויים שחלים בזה עקב התמורות ביוקר המחיה (שאגב, גם זה מצוי וגם חזוי מראש, ופלא משו"כ בת"ר "שאינו קצוב ואף אינו צפוי") זה אינו בגדר אי"ל קצבה. וכבר חילק כזאת הרשב"א הו"ד בב"י סי' ס' וציינוהו הסמ"ע והש"ך. ז"ל הב"י שם:

www.eretzhemdah.org

"כ' הרשב"א בתו"א סי' פ"ט שנשאל למי שחייב עצמו בקנין לתת לו מנה כל ימי היותו סופר או חזן, אי הוה כדבר שאינו קצוב לדעת הרמב"ם, כיון שאין השנים קצובות. והשיב, שנקרא קצוב, שהרי קצץ עיקר מה שהוא מתחייב, והוא המנה. ואעפ"י שאין קצבה להמשכת השנים."

שמעינן מינה דכל עיקר ההתחייבות היתה קצובה, אם כי יש בה גם יסוד בלתי קצוב, מ"מ אין זה מעכב. והסבר הדבר נראה, שכל עיקר החסרון באי"ל קצבה הוא כפי שכתבו המפרשים משום שזה דומה לאסמכתא. וזה שייך רק אם עיקר ההתחייבות לא היה לה קצבה, ע"כ זה דומה לאסמכתא, ולא בכה"ג שעיקרה היתה התחייבות קצובה, הרי זה יוצא מכלל אסמכתא. וה"נ נידו"ד.

ג ובכלל נראה, שהשינויים הבאים עקב יוקר המחיה, שזה משתקף לא רק בהוצאה אלא גם בהכנסה, וענינה בעצם לא התייקרות המצרכים, אלא ירידת ערך הקניה של הכסף, אינו כלול במושג אי"ל קצבה. כי הסכום המשתלם כיום הוא מצד ערך הקניה שהוא לא יותר מערך הקניה שהיה בסכום שנקבע בזמן קבלת ההתחייבות. והרי זה קצוב היה. ואדרבא, כידוע, אין מדד המחיה משקף במילואו את ערך ירידת כוח הקניה. ובמדת עליית יוקר המחיה עולים גם הרווחים ושכר עבודה וכו'. א"כ במובן מוחלט לא חל כל שינוי מההתחייבות.

ד [ובמש"כ כת"ר שבשט"מ מבואר דדעת רש"י כהרמב"ם בהתחייבות בדבר שאי"ל קצבה, בעיננו יפה בשט"מ נראה שאין הדבר כן, דז"ל השט"מ כתובות מ"ח שציין כת"ר:

"וז"ל הריב"ש ז"ל בחידושיו וכו' וכו', ורש"י ז"ל פי' "מה שראוי להנתן לה" דהיינו עישור נכסים, נקיט לה כרבי דהלכתא הכין כדאיתא בגמרא בדלא אמרינן לאב. ע"כ."

הרי שהריב"ש מסביר במפורש דהא דנקט רש"י עישור נכסים אין זה אלא משום שנקט אליבא דהלכתא. אבל המשנה ניתנה להתפרש גם לדעת רבנן באומד דעת האב, אעפ"י שזו אין לה קצבה. וכזאת היא דעת הריב"ש בסי' שמ"ה דלא ס"ל להלכה כרמב"ם כמו שכ' הש"ך סי' ס' הנ"ל.

ומה שנאמר שם בהמשך השט"מ וז"ל:

"ולפ"מ שפירש"י ז"ל דנקט "מדעתה" לרבותא, דאעפ"י שנתרצית אין מחילתה מחילה, וכפי מה דפרישית בלשון ראשון. (כוונתו, כי יש מפרשים, והובא בשט"מ שם לעיל מזה בשם הר"י מטראני, דהא דקתני "מדעתה" לא מצד מחילה נקט, אלא "משום דשלא מדעתה אין נשואיה נשואין"). מוכרח הוא לפרש דמאי דקתני "כמה ראוי ליתן לה", דהיינו עישור נכסים דהו"ל דבר קצוב. דאילו הוה אזלינן בתר אומדנא, לא הוי דבר קצוב, וכתב הרמב"ם ז"ל בפט"ו ממכירה שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול בו ויפרש אותו."

זה אינו מדברי הריב"ש, שכבר כ' כנ"ל בנימוק רש"י טעם אחר - נקיט לה כרבי דהלכתא הכין. וכנ"ל הן דעת הריב"ש דלא נקטינן להלכה כהרמב"ם. אלא הם דברי פירוש אחר, ובעל שיטה זו ס"ל שהלכה כהרמב"ם. ועפי"ז כ' להרמב"ם "מוכרח הוא" לפרש שהכוונה על עישור נכסים בדוקא, לפי הפירוש "מדעתה" של רש"י. אך ודאי שלא כיון גם הוא לומר שזו שיטת רש"י, כי אין כל הכרח לזה כנ"ל, ולא הזכיר זאת רש"י אף ברמז רמיזא, ושפיר מתפרשת כוונתו כפי שנוקט הריב"ש, שנקט עישור נכסים, משום דהלכתא הכין].

ה ובעיקר הדברים, אם יכול לומר קי"ל כהרמב"ם, ג"כ נ' דלהלכה לא נקטינן הכי וכמו שהעלה הש"ך, וכהכרעת מרן הב"י בשו"ע שכ' בזה:

"וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד והכי נקטינן."

ובפ"ת שם מביא מדברי הב"ש אחרון שכ'

"ואף דבפ' ג"פ כ' דיכול לומר קי"ל בזה, מ"מ מאחר שלא הביא דברי הש"ך ולא ראה דבריו בזה, להש"ך אנו שומעים."

וכן הביא שם מת' בית אפרים שכ':

"דכל בתי דינים שהיו בישראל פוסקים לחייב המתחייב בדבר שאינו קצוב."

וכן הרי מבואר בדברי הראשונים שהביא הש"ך שחלקו על הרמב"ם והעידו:

"שכן עושים מעשים בכל יום."

וכן מעיד שם הש"ך בעצמו שכ' "וכן המנהג פשוט".

והדבר מקובל בפשיטות כיום הזה בכל בתי הדין בזמננו לתת תוקף פסק־דין להסכמים מסוג זה שכלולה בהם התחייבות קשורה ליוקר המחיה. וכן מקובל הדבר בכל הסכמי משא ומתן בין אדם לחבירו, שההתחייבויות מותנות וקשורות בשינויי יוקר המחיה. א"כ גם אילו היה מקום פקפוק ביסוד ההלכה, המנהג שהוא נחוץ והכרחי לתקנת השוק, מחייב ויש ללכת אחריו.

ו ואשר לשאלת קבלת הקנין על ההתחייבות, שכפי שציין כת"ר לא נזכר מזה בפס"ד. אם כי יש להניח שרק בשגגה הושמט, כי כך מקובל בכל בתי הדין בארץ לקבל בקנין על ההתחייבויות. אך גם אם לא היתה בזה ק"ק, כיון שנעשתה התחייבות בכתב אי"צ בזה לקבלת קנין אג"ס, כמבואר בחו"מ סי' י"ב ס"ז בהגהה, ובפד"ר כרך ב' עמ' 15.

עפ"י כל הנ"ל נראה שיש לדחות את הערעור.

שאול ישראלי

בשעתו כתבתי את דעתי בענין זה במלים אחדות רק כדי לגלות גורמי אי הסכמתי לדעת חברי הרבנים הגאונים שליט"א, ולא ראיתי צורך להאריך כי ידעתי שלחברי שליט"א דעה קבועה בענין, ולא ישנו את דעתם, כך שהאריכות

www.eretzhemdah.org

מיותרת. והן גם עתה עיינתי במה שכתב הגרש״י (שליט״א) [זצ״ל], ואם יורשה לי אוסיף להבהיר דעתי שוב במלים קצרות.

לא אכנס כלל לבירור דברי החולקים על הרמב״ם ואם יש סתירה לדבריו מן המקורות ותירוץ הסתירות לכאורה, כי אין זה לדעתי מתפקידנו בבואנו להכריע למעשה, ודבר זה ענין לבירור הלכתי מופשט, וכעין מה שכתב הר״י מיגאש בתשובה סי׳ קיד. אבל למעשה קיימות לפנינו שתי שיטות, שיטת הרמב״ם ורבותיו ודעימיה, ולעומתו שיטת החולקים עליו.

אשר לדברי המהרש״ח ועוד, שהזכיר כת״ר כפי שהובאו במל״מ בהלכות מכירה פי״א הל׳ ט״ז כי מה שפסק הרמב״ם: ״חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים אע״פ שקנו מידו לא נשתעבד, שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה, וכן הורו רבותי׳, שאין הדברים אמורים אלא כשהתחייב בנדבה חנם אין כסף. אבל כשקבל תמורה חלה התחייבותו״. סברא זו בדברי הרמב״ם הרי גדולים וטובים המה הריטב״א בחדושיו בתחלת פי״ב דכתובות, וגם המל״מ עצמו דחאוה בשתי ידים שאין זה במשמעות דברי הרמב״ם כלל, וכפי שהובא גם במל״מ שם וכפי שכתב גם כת״ר (שליט״א) [זצ״ל]. ודבר שהוא תלוי מדינא ודייני להוציא דברי הרמב״ם מפשוטם אי אפשר לסמוך עליו ולהוציא ממון מיד המוחזק.

ואף כי יהיבנא ליה למר כוליה מילתיה ונניח לרגע שכך דעת הרמב״ם כמו שכתבו נושאי כלי מרן הש״ע, הרי מדובר שם כשקבל ״כסף ומחיר״, וכמ״ש הרשד״ם סי׳ צ״ט ״שקבל הנאה גדולה כזאת״. והמעיין בגוף דברי הרשד״ם יראה שבנדון דידיה לא סמך על הנחה זו בלבד כי אינה ברורה בדברי הרמב״ם, אלא עשאה סניף, וסמך על נקודות אחרות שהיה שם גם חרם, ולא עוד אלא שהסוחרים האמורים בנדונו אינם נותנים מכיסם מאומה ואינם מוציאים ממון, והזוכה זוכה ממה שהיה הגוי לוקח, כך שבנדון דידיה אין שום הוצאות ממון נגד דברי הרמב״ם. והסבה שלא סמך על דברי החולקים על הרמב״ם וחפש צדדים שונים להשעין עליהם מפני שהוא סובר כלשונו באותה תשובה ״שבדיני ממונות אית לן למימר דמצי הנתבע למימר קים לי כפלוני, וכדאי הוא הרמב״ם ורבותיו להסמך עליהם״, ע״ש. ורבים הם הסוברים בזה שיכול הנתבע לומר קים לי כהרמב״ם וכדלקמן.

וכאן בנידון דידן כותב כת״ר (שליט״א) [זצ״ל]: ״א״כ בזה שהסכימה להתגרש ישנה קבלת טובת הנאה״, אחר הס״ד אין זאת אלא שכת״ר ״עשה את אינו ישנו, והצב עמודים גדולים מאויר שאינו נתפש״ כאמור בספר יצירה. וכי איזו הנאה ממשית קבל זה, לא רק לשיטת הרמב״ם שבה אנו דנים כאן שפוסק כדינא דגמרא וכפי שהורונו רבינא ורב אשי שיכול ליתן לה כתובתה ולפטרה ברצונה ושלא ברצונה, ולמרות שידע על התקנות שהיו חדשות בימיו לא חש להם ולא הזכירם במאומה. והיאך אפשר לבוא ולומר הרי קיבל ״כסף ומחיר״ או ״הנאה גדולה כזאת״. ולא עוד אלא אף לנוהגים שלא לגרש בע״כ אינו חייב לה מאומה ואף לא מחלה לו מאומה ובודאי שלא נתנה לו מאומה ולא קבל ״כסף ומחיר״ ולא ״הנאה גדולה כזאת״ שבנדון הרשד״ם שהיא כסף ממש, אלא שהיא היתה יכולה לענותו ולסרב לקבל ג״פ ועם זאת לענות גם את עצמה יותר ממנו כמו שמסרו לנו חז״ל רוצה אשה וכו׳ טב למיתב וכו׳. והאם מי שאינו נוהג שיטת ״תמות נפשי עם פלשתים״ עושה טובה לכשנגדו ונותן לו הנאה גדולה. ואפילו אם לא היה לה צער בכך וכל ה״טובה״ היתה שלו, הרי זו טובה לפי מושגי אבימלך ומרעיו שאמרו ליצחק: ״וכאשר עשינו עמך רק טוב ונשלחך בשלום״. כל הטובה הגדולה שעשו עמו שלא הרעו לו ושלחוהו בשלום, והאם לזה ייקרא ״כסף ומחיר״ או ״הנאה גדולה כזאת״.

עוד כותב כת״ר (שליט״א) [זצ״ל]: ״וכן על ידי התחייבות זו נפטר מחובת הדאגה המתמדת למזונות הבת והטיפול בה שהאשה התחייבה״. אני איני יודע איזו הנאה היא זו: א. הרי משלם 250 ל״י לחודש קצובים למזונות הבת ולטפולה ולא נפטר ממאומה, ואלפי הורים משלמים אף פחות מסכום זה. ב. הרי עומד וצועק תנו לי הבת ואטפל אני בה ואל תעשו לי טובות ותפטרוני מטפולה, שקילא טבותייכו וכו׳. ג. איני אומר שלא ישלם האב כל מחסורה המציאותי של בתו, תפנה נא האם מדי פעם לביה״ד וזה יקבע את הראוי לה, ואין בדעתי חלילה לשחרר את האב או להקל מעליו עול מזונות בתו, מדובר רק בסוג התחייבות כזו מבחינה עקרונית שאינה קיימת לדעת הרמב״ם ורבותיו ודעימייהו. (אגב, מה שכתבתי בדברי הקודמים ״אינו צפוי״, כוונתי אין מכסת הגובה צפויה, וזה הוא שעושה את ההתחייבות בלתי קצובה).

ומ״ש כת״ר (שליט״א) [זצ״ל] בסעיף ב׳: ״השנוים שחלים עקב התמורות ביוקר המחיה אין זה בגדר אין לו קצבה״. והביא לראיה דברי הרשב״א. נראה שאין הנדון דומה לראיה, כי שם המנה קצוב ורק הזמן אינו קצוב, ועל זה השיב הרשב״א דמקרי קצוב. אבל נדון דידן, כלומר מה שקוראים ״עליית מדד״ או ״יוקר החיים״ הרי בהדיא כתב הרמב״ן דלדעת הרמב״ם מקרי שאינו קצוב, הובאו דבריו בב״י חו״מ סי׳ ס׳ וז״ל: ״ומצאתי בספר התרומה שער מ״ד שהשיב הרמב״ן ומה ששאלת על דעת הרמב״ם אם קבל עליו לזון חמש שנים אם הוא דבר קצוב, אע״פ שהוא שלא כדעתנו ודאי לא קצובים הם כדאמרינן באף על פי (נט) לאפוקי מזונות דלא קיצי, ש״מ מזונות של כל יום ויום לא קיצי, דהתם לאו במזונות דלעולם קאמר, דא״כ אפילו מעשה ידיה לא קיצי, שלא כפירוש רש״י בהניזקין שכתב מיקץ קיצי שהרי פסק לזונה חמש שנים. וכן האומר מדות כך וכך של חטים אני נותן לכל שנה ושנה מכאן ועד חמש שנים כדבר שאינו קצוב הוא שמא יוקרו החטים הרבה״. עכ״ל. הרי להדיא שעליה ביוקר הכלכלה מקרי שאינו קצוב אף שמדות החטים קצובות וסכום השנים קצובות.

ומ״ש כת״ר בסעיף ג׳, שאין המדד משקף נאמנה את יוקר החיים, כבר העירותי לעיל שלא עלתה על לבי חלילה לפטור את האב או להקל מעליו עול מזונות בתו, המדובר הוא לעצם הענין אם חלה ההתחייבות או לאו. אדרבה תלך האם לבית הדין ויחייבוהו מדי פעם הסכום המציאותי המלא הראוי לבת אם מועט ואם הרבה.

בסעיף ד׳ עסק כת״ר בבירור שיטת רש״י ז״ל, הן אמת שכבר נחלקו המפרשים בהבנת שיטת רש״י, ואחריו הרע״ב כגון הדב״א וההפלאה ועוד, ולא אעסוק אני בה כאן כיון שאין הדבר משנה לעצם הענין.

אשר לסעיף ה׳, הרי לא רק הרב גט פשוט סבור שיכול הנתבע לומר בזה קים לי כהרמב״ם ורבותיו, אלא גם חבל פוסקים עצום ורב סוברים כן. הרשד״ם בסי׳ צט הובא לעיל. והרמב״ן עצמו מראשי החולקים על הרמב״ם כמו שכתב

www.eretzhemdah.org

בשמו הרשד"ם בחו"מ סי' כט: "מכל מקום למדנו שסברת הרמב"ם מספיק שלא להוציא ממון וכל שכן שהרי מצינו שהרמב"ן כתב: בתשובה ז"ל אלא שיש לחוש לדעת האומרים שאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב". וכיוצא בזה כתב עוד שם בסי' לד אחר שהביא דברי הרמב"ן הנ"ל כתב "הרי שאפילו שדעתו (הרמב"ן) כדעת הראב"ד ושאר הפוסקים דסברי שאדם מחייב עצמו אפילו בדבר שאין לו קצבה מכל מקום כתב שיש לחוש לדעת החולקים. וכ"ש בהיות החולקים הרב ן' מיגש והרמב"ם כי **מי הוא שימלאנו לבו להוציא ממון נגד סברתם**". וכ"כ עוד שם בסי' פב, קכא, קכד, קעו, שע, שעג, תנ. וכן כתב גם בחלק אה"ע סי' קכא, קכג. וכן כתב מהר"י בן לב בח"א סוף כלל יב: "וכיון דאגלאי מילתא דלא הוה חייב מן הדין דיכול לומר קים לי כהרמב"ם אם כן השבועה בטעות", ע"ש. וכ"כ עוד בכמה מקומות בספרו. וכ"כ מהרש"ך חלק א' סי' עה, פא, קא, קכ, קכא. והמהרש"א בתשובה סי' ל', והרב משפט צדק ח"ב סי' י, ל. וכמ"ש הרב כנה"ג גם בשם הראב"ד בתשובה כ"ו סי' קמח, קסד, קפג. והרב מעשה חייא סי' יח. והר"מ מטאלון הובאו דבריו בספר משפטי שמואל סי' מה. ומהר"ש הלוי בחלק חו"מ סי' ה'. והרב מהרח"ש הובאו דבריו בספר משפטי צדק ח"ב סי' י. ובעל גדולי תרומה בדף שמח ושנג. ומהר"מ גלאנטי סי' קיא, קטו. ומהר"י וויל. ומהר"י אדרבי בסי' קפא, רלה, ושצד. וכ"כ הרב מכתם לדוד חו"מ סי' ט שהמוחזק יכול לומר קי"ל כדעת הרמב"ם ורבותיו אע"פ ששאר הפוסקים חולקים עליו. וכ"כ מהרי"ט אלגאזי בשו"ת שמחת יו"ט סי' יז שכבר עלו בהסכמה כל הפוסקים שהמוחזק יכול לומר קי"ל כדעת הרמב"ם ורבותיו שאינו מתחייב בדבר שאינו קצוב, ע"ש. וכ"כ מהר"ח פלאג'י בנשמת כל חי ח"ב חו"מ סי' יא. ובספר החפץ חיים סי' א אות ד. ועוד ועוד עשרות ראשונים ואחרונים.

ואם כל הוי רבוותא לא רב גובריהו ולא סגי חילייהו לעשות מעשה ולהוציא ממון מן המוחזק נגד דעת הרמב"ם ורבותיו כ"ש אנן יתמי דיתמי, מאן ספין מאן רקיע דשפיר חיליה לעשות מעשה גדול כזה.

וגדולה מזו דאף לדעת הש"ך ודעמיה שאין לומר קי"ל כדעת הרמב"ם וכמ"ש כת"ר, נראה לומר שאף יחידים הללו לא אמרוה אלא במקום שאינו אתריה דהרמב"ם. אבל בארץ ישראל שהיא אתריה דהרמב"ם לא עלתה על לב איש לעשות מעשה נגד הרמב"ם, וכמ"ש מהר"א ישראל בספר בית אברהם סי' ט: "ולענין הלכה כבר ידוע שכל הפוסקים הראשונים ואחרונים הסכימו דהמוחזק מצי למימר קי"ל כהרמב"ם ורבותיו שאינו מתחייב בדבר שאינו קצוב, ובודאי שכן ראוי להורות ואפילו במקומות שנהג לפסוק כדעת מר"ן ז"ל והוא ז"ל פסק בש"ע דלא כהרמב"ם בזה. מ"מ ודאי שאפילו במצרים ואגפיה מצי המוחזק לומר קי"ל כהרמב"ם ורבותיו הואיל וגם הרמב"ם הוא מריה דהנהו אתרוותא. וכן ראוי להורות", ע"ש. הרי דבריו אלה במקום שגם אחרים וגם הרמב"ם מריה דאתרא, כל שכן במקום שהרמב"ם לבדו הוא מריה דאתרא כגון ארץ ישראל כמו שכתבו רבים וטובים שארץ ישראל אתריה דהרמב"ם כמ"ש הרשב"ש בתשובה סי' רנא. וראה גם שו"ת הרלב"ח סי' לב. והר"ב אשכנזי סי' א, והרשד"ם סי' קצג, והמבי"ט ח"ג סי' נו. והר"מ אלשיך סי' צו. וכ"כ מרן בשו"ת אבקת רוכל סי' לב: "הרמב"ם ז"ל אשר הוא גדול הפוסקים וכל קהלות ארץ ישראל והערביסטאן והמערב נוהגים על פיו וקבלוהו עליהם לרב". ושם בסי' קמ "אנו אין לנו אלא דברי הרמב"ם שכן נהגו בכל המלכות ואפילו שיהיו החולקים עליו רבים כבר קבלוהו עליהם, כל שכן דלא מפקינן ממונא שלא מדעתו, ותו מצי למימר קים לי כפלוני", ע"ש. ודברים הללו חתומים עליהם הרדב"ז ומרן מר"י קארו. וכבר כתבו רבים דבאתריה דהרמב"ם לכולי עלמא יכול המוחזק לומר קי"ל כוותיה.

וגדולה מזו הייתי אומר היכא שמקדם קדמתה נהגו כדעת הרמב"ם כפי שמוכח מכל הפוסקים דלעיל, יש חרם חמור שלא לשנות המנהג אפילו להחמיר, וכמו שכתב מרן הכסף משנה בהלכות תרומות פ"א סוף הל' יא "והמנהג הפשוט בכל ארץ ישראל כדברי רבנו... ועוד מאחר שבכל המדינות קבלו עליהם לעשות כדברי רבנו, מלבד מה שנוגע בכבוד הראשונים שנהגו כן... ונתקבצו כולם וגזרו גזרת נח"ש שעוד כל ימי עולם... אלא כמו שנהגו עד עתה כדברי רבנו", ע"ש. ואין לומר שהחרם דוקא באותו ענין שהוא דן בו בלבד, שהרי משום שנוגע בכבוד הראשונים שנהגו כן אתיי עלה, ואם כן הוא הדין בכל ענין שהרי נוגע בכבוד הראשונים שנהגו כן. כל שכן וקל וחומר להקל להוציא ממון מיד המוחזק.

ומה שכת"ר כתב שכבר נהגו כל בתי דינין בזמננו לתת תוקף לפסקי דין שכאלה, איני יודע אם רשאים לנהוג נגד כל הראשונים ובכל אופן אנא מתניתא קאמינא.

ומש"כ כת"ר בסעיף ו' לענין הקנין, הרי בענין זה גם קנין אינו מועיל ואף כאשר ניצור מושג "קנין טעות סופר הוא".

יוסף קאפח

דעתי היא כדעת כבוד הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], שהתחייבות כגון זו היא בעלת תוקף, לפי הדין, ומחייבים על פיה, כפי שפוסקים כל בתי הדין בישראל מקדמת דנא ועד היום הזה.

אליעזר גולדשמידט

פסק דין

לפיכך מחליטים ברוב דעות:

א דוחים את הערעור.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום ט' באדר שני תשל"ג.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

סימן ל : בענין מזונות צמודים למדד*[29]

הזוג התחתנו בשנת 1952, חיו יחד כעשר שנים, ולא נולדו להם ילדים. בחשון תשל"ב הגישו הצדדים לביה"ד בת"א בקשה משותפת לגירושין תיק 1126 תשל"ב, לתיק צורף הסכם גירושין מפורט. בסעיף 4 נאמר:

"א הבעל מצהיר ומתחייב בזה תמורת הסכמתה של האשה לקבל ג"פ כדמו"י לשלם מיום חתימת הסכם זה סכום של 375 ל"י בכל 5 לחדש למפרע כמזונות לגרושתו לכל ימי חייה. והבעל מתחייב לתת על כך הוראה בכתב שהסכום הנ"ל ינוכה לו ממשכורתו באופן אוטומטי מדי חודש בחודש ולהעבירו לפי הכתבת שתמסר ע"י האשה.

ב דמי המזונות החדשיים יהיו צמודים למדד יוקר המחיה, התאריך הקובע לחישוב המדד הוא יום חתימת ההסכם. המונח מדד יוקר המחיה משמעו מדד המחירים לצרכן המתפרסם ע"י כל גוף או מוסד רשמי אחר או כל מדד רשמי שיבוא במקומו".

בניסן תשל"ו הגיש המערער בקשה לביה"ד בת"א תיק 9023 בקשה לשנוי סעיף ב' הנ"ל מצמוד למדד יוקר המחיה לצמוד לתוספת המשתלמת לפקידים.

ביום א' תמוז תשל"ו ניתן פס"ד שסיכומו:

"א ביה"ד דוחה את בקשת המבקש לבטל את ההסכם שנערך ביניהם ואשר קבל תוקף פס"ד, בפסה"ד לגירושין אשר ניתן ביום י"ד חשון תשל"ב (תיק /1126לב).

ב ביה"ד אינו נענה לבקשה, לשנות את תנאי ההסכם הנ"ל".

פס"ד זה הוא נשוא הערעור לפנינו. ב"כ שני הצדדים טענו את טענותיהם בהרחבה בכתב ובע"פ.

והנה עיינו במ"ש הגרש"י (שליט"א) [זצ"ל] (דבריו יובאו להלן), והנלע"ד שגם בנדון שלנו עדיין לא פלטינן ממה שפסק הט"ז אה"ע סי' קי"ד סק"ב בענין הפוסק לזון את בת אשתו והוקרו המזונות שכתב:

"נראה דהיינו עכ"פ ביוקר דשכיח, אבל אם היוקר דלא שכיח לא קבל עליו דזהו כמו באונס דלא שכיח דאיתא בחו"מ סי' רכ"ה דלא מהני אפילו קבל עליו אחריות בפירוש".

והסכים על ידו גם הב"ש שם סק"ג, ובה"ט שם. ואין זה דומה למ"ש התוס' בכתובות מ"ז ב' ובב"ק ק"י ב:

"ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחברו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא על מנת כן לקחה, וי"ל דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס ואפילו אם אומר לו אם תטרף יש לך לקבל הפסק היה לוקחה וכו'".

ומכמה אופנים אין נדונינו דומה, חדא שהמדובר בתוס' הוא מקרה המצוי, דטרפות ומיתה בבהמה שכיח למדי, ועל מנת כן אדם קונה אלא א"כ התנה בפירוש, והו"ל אונס דשכיח דלא הוי אונס. ועוד דבנדון התוס' היה המוכר מפסיד לגמרי את כל ממכרו, ובכי הא אפשר דאמרינן אונס דהאי לא חייביה לאידך שנתן תמורה מלאה, להפסידו כל מה שנתן תמורת כספו של זה, משא"כ בנדון דידן שאינה מפסידה מאומה, אלא שאינה מרויחה למעלה מן המשוער, וכללא הוא דמניעת ריוח אינו נקרא הפסד. זאת ועוד, וכי מה תמורה נתנה לו? נכון שהיתה יכולה לנהוג בחוסר הגינות ולנצל את החדר"ג שלא לגרש בע"כ עד תום, גם מעבר לכוונת המתקן, אך האם אי עשיית השלילי נקראת תמורה? ואם נלך בדרך זו בטל דין האומדנא לגמרי, שכך היא מדת כל, ואם תרצה אמור רוב האדם, שאין עושים דבר אלא תמורת טובה אם לשעבר ואם לסכויי תמורה להבא, ואע"פ שאין ראיה לדבר, זכר לדבר מש"פ הרמב"ם בהלכות מכירה פכ"ט הל' י"ד:

"מתנתו כשהוא פחות מבן עשרים בין מתנת בריא בין מתנת שכ"מ הרי זו קיימת שאלו לא הגיע לו **הנאה גדולה לא נתן**".

הרי ברור שאין אדם נותן משהו אלא נגד תמורה שיש בה הנאה גדולה, ואע"פ כן נפסקה הלכה, וכך כתב הרמב"ם בהלכות זכייה ומתנה פ"ו הל' א':

"לעולם אומדין דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין על פי האומד אע"פ שלא פירש וכו'".

ואף מתנה מופשטת שאדם נותן לחברו, כבר קבע החכם באדם שאין אדם נותנה ללא תמורה, תהא זו תמורה שבהכרה או שבתת ההכרה, והוא אמרו במשלי כ"ה כ"ז: "וחקר כבודם כבוד" ומפרש רס"ג שעומק מטרת ידידיך כאשר מכבדים אותך היא שתגמול להם כבוד, וא"כ הרי אין לך דבר בעולם ללא תמורה, אמור מעתה כי תמורה זו שבנדוננו אינה תמורה האמורה בכוונת דברי הרא"ש שהביא כת"ר והבנוים על דברי התוס' הנ"ל, כ"ש שבנדוננו לא היתה כאמור שום "הנאה גדולה" כלשון הרמב"ם, אלא רק אי עשיית השלילי, וזה ודאי אינו נקרא תמורה.

זאת ועוד, הרי גם כאשר נראה את הסכמת האשה הזו שלא לנהוג באי הגינות, היא תמורה ממשית ודומה ממש למובא בתוס', עיין למהר"ש יונה סי' מ' הובא במל"מ שציין כת"ר בפ"ו זכייה ומתנה הל' א': "דלא כתבו התוספות כן אלא התם דלוקח בא להוציא אבל להחזיק אפילו היכא דאיכא דעת אחרת אמדינן האומדנא".

והרי בנדון שלפנינו האשה באה להוציא, ולפ"ז לדעת מהר"ש יונה אף לדעת התוס' אין להוציא מידי המוחזק, אף שמהר"ש הלוי שם דוחה דברי מהר"ש יונה בשתי ידים ללא ראיה, הרי שכנגדו מהר"י הלוי חלוק עליו, ואוקי חד להדי חד ומידי ספק לא יצאנו אף כאשר נניח שנדוננו דומה לאמור בתוס', ואין להוציא ממון מן המוחזק.

ועיין שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' ע"ה, ונרמזה בבה"ט חו"מ סי' רכ"ה סק"ז, בה דן בענין ירידת המטבע ובסוף התשובה נגע בענין האומדנא, ולאחר שהביא דברי הטור ודברי הרמב"ם כתב:

[29] ערעור תשלו\273 בפני כב' הדיינים: הרב עובדיה יוסף - נשיא, הרב שאול ישראלי, הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

"למדנו מכאן שני דברים שיש לנו לילך בתר אומדן דעתא עד שאפילו שאמר כל אונסא וכו' אנו אומרים שדבר שאינו עולה בדעת ולא שכיח נכנס בכלל כל".

ע"ש באורך. ואף מדברי הכנה"ג הובא גם הוא בבה"ט שם שחלק על הרשד"ם, לא חלק על עצם הדין שאף במקח וממכר כנדונו של רשד"ם אזלינן בתר אומדנא, שכך כתב עליו:

"דברי הרב שרירין וקיימין בזמנו שלא נשמע ירידת מטבעות אלא באותו פעם אבל בזמנינו זה שהורגל הדבר פעמים רבות אונסא דשכיח טובא מיקרי".

דון מינה לנדון שלנו שעיקרו חלק מתוספת היוקר הוא דבר שלא היה לו תקדים במדינה כלל, והרי הוא בודאי אונסא דלא שכיח, ובודאי דלא אסיק אדעתיה שבמשך הזמן יתן לה את כל משכורתו ויחזר הוא על הפתחים, ובאופן תיאורתי, יכול הדבר להגיע עד לידי שיצטרך ללוות כל חודש כדי להשלים התחייבותו, כביכול, לגרושתו, זה ודאי אנן סהדי שאין שום אדם מעלה זאת על דעתו. וכעין תשובת הרא"ש שהובאה במל"מ שם: "במי שנדר ונשבע לחתנו שיתן לו כשישא בתו סך מה ונתקלקלו חובותיו שאם אין לו לפרוע כי אם מבית דירתו וכלי תשמישו דאדעתא דהכי לא נדר". ואף אלו היה ספק באונס זה אי שכיח או לא שכיח הרי פסקו האחרונים בכגון זה דהמוציא מחברו עליו הראיה, עיין בנה"ג שם שציין מהרי"א סי' פ"א, ורשד"ם ח"ד סי' ל"ג ומהר"ם אלשיך סי' ס', ועוד.

כל זה אלו היה מדובר בהתחייבות שהיא שרירא וקיימת אליבא דכולי עלמא, כ"ש בהתחייבות שבנדוננו שהיא דבר שאינו קצוב שרבו הסוברים בה שלא חלה מעיקרא כמ"ש הרמב"ם בפי"א מכירה הל' ט"ז, וכן העלה כבוד הראשל"צ הגרע"י שליט"א בספרו יביע אומר ח"ג חו"מ סי' ד-ה, וראה גם בהלכות מלוה ולוה פכ"ה הל' י"ג, שלא חלה התחייבות - ערבות זו, וסיים "ודברים של טעם הם למבין", ושרבים רבים סוברים דהמוחזק יכול לומר קים לי, וכמ"ש הרש"ך ח"א סי' פ"א שיכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו ואין לחייבו כלל ועיקר ע"ש. ובודאי שבנדוננו אין להוציא מן המוחזק, ודיינו לחייבו במה שהוא מחייב את עצמו. לפיכך נראה שיש לקבל את הערעור, ולהחליף האמור בסעיף 4 (ג) בפסה"ד לגירושין מיום י"ד חשון תשל"ב, ובמקום "צמוד למדד המחיה" יתוקן "צמוד לתוספת היוקר המשתלמת לפקידים". תיקון זה יחושב מיום הגשת התביעה לפני ביה"ד האזורי, ועד אז מה שגבתה האשה גבתה.

לפיכך מחליטים:

א מבטלים סעיף א' מפסק הדין של ביה"ד האזורי מיום א' בתמוז תשל"ו, נשוא הערעור, ומוחקים את המלים "צמודים למדד יוקר המחיה" שבסעיף 4 (ב) שבפסק־דין - הסכם גירושין מיום י"ד חשון תשל"ב, תיק /1126לב, ובמקומם יבואו המלים "צמודים לתוספת היוקר המשתלמת לפקידים". תיקון זה יחושב מיום הגשת התביעה לפני כבוד בית הדין האזורי בתל־אביב, היינו מיום ה' בניסן תשל"ו (5.4.77), ועד אז מה שגבתה המשיבה, גבתה.

ב אין צו להוצאות.

עובדיה יוסף - נשיאיוסף קאפח

המערער טען שחל שינוי מהותי לרעתו של המתחייב, שלא העלה על דעתו, והר"ז בגדר אונס בדומה למבואר בסי' קי"ד שו"ע בט"ז וה' ד' גם בב"ש שם.

אולם נראה דכל כה"ג שכפי המבואר בהסכם הגירושין באו הגירושין ביזמתו ורצון המערער, ובגלל זה באה ההתחייבות שתסכים האשה לקבל הג"פ, א"כ הרי התנאים המותנים הם לא תלויים בדעת המתחייב גרידא אלא גם בדעת האשה שכלפיה התחייב, ואילו הי' מתנה בפירוש שאם יחול שינוי יהא בידו רשות להקטין את התחייבותו לא היתה מסכימה, בכגון דא אינו יכול לבטל התחייבותו, והרי היא שרירה וקיימת. וזה מבואר בתוס' ב"ק דף ק"י: תוד"ה דאדעתא דהכי, ותוס' כתובות דף מ"ז: ד"ה שלא כתב, וכן שם בשט"מ ב"ק וכתובות בשם הרא"ש:

"ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס, דלא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו, דהא איכא נמי דעת מקנה, שלא הי' מקנה לו לדעתו אם לא יפרש".

ובמל"מ פ"ו מה' זכי' ה"א מובא דברי תשובות ומבואר שם שגם במתחייב בכה"ג ואירע אונס אינו יכול לבטל התחייבותו.

ונראה שהט"ז קאי ביוקר שאינו שכיח ביותר, בדומה לאמור בחו"מ סי' רכ"ה: "שנפסק הנהר שהיה משקה אותה או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשית בריכה או שבאה זועה" שכפי המוגדר שם "דבר זה פלא", וזה אולי ביוקר שבא מחמת רעב דוגמת מה שאמרו: אין יוצאים מארץ לחו"ל אא"כ עמדו סאתיים בסלע (ב"ב צ"א.). (וע"ע בבי"מ סי' קי"ד מש"כ בדברי הט"ז הנ"ל, וכן עי' בפד"ר כרך ד עמ' 5).

עכשיו עיינתי במש"כ הגר"י קאפח שליט"א, ובזה תשובתי:

א מה שרוצה מעכת"ר לחלק בין המדובר בתוספות לנידוננו שכן "המדובר בתוס' מקרה המצוי וכו' על מנת כן אדם קונה אא"כ התנה בפירוש וכו'".

ענין זה אם הוא שכיח או לא שכיח שייך רק אם הדבר תלוי בדעתו לבד, כי אז י"ל שלא חשב על מקרה של אונס, לא כן בדבר שתלה גם בדעת הצד השני. כי אז האומדנא של צד אחד לא מספקת. (אלא א"כ הוא מקרה שאינו שכיח ביותר, וכנ"ל). וזה מפורש יוצא מתשובות הגדולים שהובאו במל"מ שציינתי לעיל. כי שם המדובר במי שנתחייב למשודך עם בתו ומת בינתיים, דודאי זהו אונס דלא שכיח, וכמה "מי יימר" איכא בדבר (עי"ש בדבריו השניים של המוהר"י הלוי שהעלה את הספיקות המרובים שבנידון). וכן ביבמה מן הנישואין שנפלה לפני יבם מומר שהובא במל"מ שם בא"ד מתשו' מהר"ם במרדכי, ודברי הרב בעל פני משה ז"ל שדן אם יש סתירה בין תשו' הרא"ש לתוס' הנ"ל ומסיק שיש לחלק: "בשיקול האומדנות, דהכא דהאומדנא **היא גדולה עד מאד**, אנן סהדי לא יבטלנה המתחייב, ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך, מ"מ אנן סהדי דלא יחוש לדעת שכנגדו ולא נתחייב אלא לדעתו". וממשיך המל"מ: "ולפי דברי הרב הללו אפשר ליישב דברי המהר"ם, דאף איהו מודה לסברת התוס', דהכא דאיכא דעת אחרת, לא אזלינן בתר

www.eretzhemdah.org

אומדנא. אך ההיא דנפלה קמי יבם מומר היא גרועה עד מאד, שיעבירנה על דת, אז אמרינן דלא נתקדשה אדעתא דהכי, אף דאיכא דעתיה דבעל". ומסקנת המל"מ: "הכלל העולה שמדברי הרב (בעל פני משה הנ"ל) נראה בהדיא דס"ל דחילוק זה שכתבו בתוס' דכל היכא דאיכא דעת אחרת דלא אמרינן אדעתא דהכי, הוא יתד שלא תמוט וכו'".

והרי בהא דיבמה זו כמה "מי יימר" יש בדבר: חדא מי יימר שימות בלי זרע, והרי רוב נשים מתעברות ויולדות, ותו מי יימר שימות לפני אחיו המומר, שמא הלה ימות קודם, וכן שמא תמות האשה לפני הבעל. ואעפי"כ לא העלו חילוק זה לומר שזהו אונס דלא שכיח, ובזה גם כשיש דעת אחרת לא מעכב. ורק מצד "האומדנא גדולה עד מאד" הוא שמסיקים לומר שיש אנן סהדי "לא יבטלנה המתחייב, ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך".

והסברא היא כנ"ל כיון שתלוי בדעת אחרת, אומדנא שישנה מצד אחד לא סגי ומבואר הדבר בהסבר דברי התוס' בדברי המהר"ש במל"מ שם:

"ופירוש דבריהם שם לענ"ד (הכונה לדברי התוס' הנ"ל) דאע"ג דזבין ולא איצטריך ליה זוזי איכא נמי דעת אחרת, וכן נמי בהכותב לארוסה איכא נמי דעת אחרת דארוסתו, מ"מ כל הני לא חשיבי דעת אחרת, דכולהו הוי דומיא דיבמה, דאע"ג דאיכא נמי דעת המקדש, מ"מ כיון שהוא לא יחוש במה שיקרה אחר מותו. הכי נמי גבי כותב לארוסה הוא לא יקפיד בהכי (צ"ל: היא לא תקפיד בהכי) במה שלא כתב לה אלא ע"י לכונסה, כיון דלא מפסדא מידי, ואם ימות לא יתנו לה התוספת חזרה להיות כדמעיקרא. וכן נמי זבין ולא אצטריכו ליה זוזי, הלוקח לא מפסיד מידי, אי הדר ביה דזוזי דיהיב קא שקיל. וכיון שהוא אינו מקפיד סמכינן אאומדנא דמוכר, שאין הדבר תלוי אלא בדעתו. וכל מקום דאיכא למימר שאין הדבר תלוי אלא בדעתו, ודאי אנן סהדי שאינו רוצה להכנס בשום ספק, וסמכינן אאומדנא כיון שאין שכנגדו מקפיד במה שאירע אח"כ. אבל כל היכא דהוי דומיא דלוקח חפץ, דאע"ג דאיהו לאו אדעתא דהכי עבד, הא איכא דעת מוכר, דבכל ענין מכר לא סמכינן כלל לאומדנא דאידך, דאדעתא דהכי עבד, וכו' וכו'. אבל הכא המשדך שנתרצה לכנוס, אדעתא שתכניס לו נדוניא כך וכך, עפ"י החיוב שנתחייב לו אביה, אם אתה אומר עכשו שמת, בטל החיוב מכוח אומדנא דאב, נמצא זה כונסה בלא נדוניא... וכגון זה ודאי קפיד המשודך לכנוס אשה בפחות ממה שהתנה... באופן דליכא למימר כלל, כי המשודך לא יחוש במה שיארע, **וא"כ כיון שהדבר תלוי בדעת המשודך נמי. למאי מתני אומדנא דאב. ואפילו אי הוה מוכחא ובריא טובה** וכו'."

דבריו ברורים ופשוטים כפי שמסיק בנידון דידיה: כיון שהדברי תלוי בדעת המשודך נמי, למאי מהני אומדנא דאב, ואפילו אי הוה מוכחא ובריא טובא.

ב עוד כ' מעכ"ת שנידו"ד שונה מהא דהתוס':

"... שאינה מפסידה מאומה אלא שאינה מרויחה למעלה מן המשוער, וכללא הוא דמניעת ריוח אינו נקרא הפסד, זאת ועוד, וכי מה תמורה נתנה לו? נכון שהיתה יכולה לנהוג בחוסר הגינות ולנצל את החדר"ג שלא לגרש בע"כ עד תום, גם מעבר לכוונת המתקן. אך האם אי עשיית השלילי נקרא תמורה? וכו'."

ע"ז אני תמה, האם אשה שאינה מסכימה להתגרש, כשאין עילה מספקת לגרשה מן הדין, בהתאם לתקנת החדר"ג שאין לגרש אשה בעל כרחה, תתחשב כנוהגת בחוסר הגינות? ומה עוול בדבר, אם אשה עלובה שרוצה בעלה לגרשה על לא עוול בכפה, תתנה הסכמתה בהבטחת עצמה לקיומה, כשם שהיה חייב במזונותיה בעודה תחתיו? ואיך ולמה נגדיר זאת כ"חוסר הגינות" וניצול כאילו את החדר"ג "מעבר לכוונת המתקן"?.

פשוט וברור כשאין האשה חייבת להתגרש, והיא מסכימה לכך בדלית ברירה, הרי זו אי הגינות מטעם הבעל הלוחץ עליה לקבל גיטה, והתנאי המינימלי שהיא מציגה, שלא תצטרך להזקק לצדקה, הוא בהחלט מוצדק ויש לראות בהסכמתה זו בתנאים אלה כנותנת תמורה מלאה לבעל.

ג עוד כותב מעכ"ת:

"זאת ועוד הרי גם כאשר נראה את הסכמת האשה הזו שלא לנהוג באי הגינות היא תמורה ממשית ודומה ממש למובא בתוס', עיין למהר"ש יונה סי' מ' הובא במל"מ שציין כת"ר בפ"ו זכייה ומתנה הל' א': "דלא כתבו התוספות כן אלא התם דלוקח בא להוציא אבל להחזיק אפילו היכא דאיכא דעת אחרת אמדינן האומדנא". והרי בנדון שלפנינו האשה באה להוציא, ולפ"ז לדעת מהר"ש יונה אף לדעת התוס' אין להוציא מידי המוחזק, אף שמהר"ש הלוי שם דוחה דברי מהר"ש יונה בשני ידים ללא ראיה, הרי שכנגדו מהר"י הלוי חלוק עליו, ואוקי חד להדי חד ומידי ספק לא יצאנו אף כאשר נניח שנדוננו דומה לאמור התוס', ואין להוציא ממון מן המוחזק".

אולם אין זה מדויק, המוהר"י הוא שהעלה את התמיה בדברי המהר"ש יונה והניחה בצ"ע, וז"ל שם:

"דאי משום דההיא דתוס' הרואה יראה להרב מוהר"ש יונה סי' מ' דכתב דלא כתבו התוס' כן אלא התם דהלוקח בא להוציא אבל להחזיק, אפילו היכא דאיכא דעת אחרת אמרינן אומדנא.

איברא דברי הרב תמוהים עלי מברייתא מפורשת שנויה פ' המדיר, מחט שנמצא בעובי בית הכוסות עד שלא הוגלד פי המכה הממע"ה, ואי יהיב טבח דמי בעי לאתויי ראיה. ופירוש הברייתא, דכשנפל הספק בין הטבח והמוכר, דהמוכר אומר משמכרתיה נטרפה, והטבח אומר קודם שלקחתיה נטרפה, אם לא נתן עדיין הטבח דמי, בעי המוכר לאתויי ראיה דמשמכרה נטרפה, וכשמייתי ראיה נוטל דמים מן הטבח. והשתא לפי דברי הרב אמאי לא אמרינן אדעתא דהכי לא לקח הטבח, באופן דדברי הרב בחילוקו לקוצר דעתו, צ"ע".

וע"ז חוזר המהר"ש וכותב:

"ומש"כ עוד מעכ"ת דדברי התוס' לא שייכי בנידון זה דלא אמרינן אלא היכא דמכוח אומדנא בא להוציא משכנגדו, אז כיון שהדבר תלוי גם בדעת שכנגדו לא סמכינן אאומדנא דידיה, אבל כשהאומדנא הוי להחזיק

www.eretzhemdah.org

במה שבידו לא בעינן דעת שניהם כמ"ש מהר"ש יונה ז"ל סי' מ'. לא ידענא מה בצע להביא דברי מהר"ש בזה, שהם דברים שלא ניתנו ליכתב והם דחויים מעצמם. ומי יודע אם כד נאים ושכיב אמרה, או שום תלמיד טועה מדעתא דנפשיה סיים וכ' כן בספרו, וכמו שגם מעכ"ת תמה עליו, והן הן הדברים שאין להאריך בהם מפני ביטול ביהמ"ד".

הרי שהמהר"ש אינו אלא סומך ידיו על ה"צריך עיון" של המהר"י. ולא הוצרך לחזור על הראיה לדבריו שהרי היא מפורשת בדברי המהר"י, ופוק חזי הלשון החריפה שנקט בדחיית הדברים "כד נאים ושכיב אמרה, או שום תלמיד טועה מדעתא דנפשיה", ואיך יתכן לסמוך על דברים אלה שהוסכמו על ידי שני הגדולים הללו המהור"ש והמוהר"י, שאין להם מעמד, ואף המל"מ שהעיר בדבריהם לא מצא בזה שום פגם.

סוף דבר. איני מוצא בכל האמור ע"י מעכת"ר שליט"א שיביא לביטול מה שכתבתי.

שאול ישראלי

עיינתי במ"ש שוב הגרש"י (שליט"א) [זצ"ל] ואיני רואה בהם כדי להזיז משנתי ממקומה, הלא כה דברי, דכלל כלול הוא שחזקה היא שאין אדם עושה מאומה ללא תמורה, וא"כ אין לך דבר שאין לו צד שני, ואין לך התחייבות שאין בה צד שכנגד, והחלוק הוא רק בסוגי הנולד אם עלול ועשוי לעלות על הדעת, ועל דעת כן נתחייב או לאו. ומה שהביא כת"ר "היבמה מנישואין" דאיכא כמה "מי יימר" הרי בכגון זה אין רבוי ה"מי יימר" ונדירותן משנים מאומה דלשווייה להוא רשיעא ולעשות בעילותיו בעילת זנות, ולפיכך אין להעלות על הדעת שום אומדנא. וכ"כ הר' פני משה בשו"ת סי' ס"ב בדברו על דברי התוס'. איני רוצה לדון על ה"מי יימר" האמורות שם כי רובן תמוהות כגון "מי יימר" שימות והלא קיי"ל דמיתה רגילה שכיחא וכך נפסקה הלכה באומר הריני נזיר יום אחד לפני מותי שהוא נזיר מיד דמיתה שכיחא. וכן בבת ישראל נשואה לכהן וכדומה, ורק מיתה פתאומית לא שכיחא וכמ"ש הרמב"ם בפיהמ"ש יומא, וכך שאר המי יימר האמורות שם ליעול בדינא ודייני אך כאמור אין אנו צריכים לכך דלא אמרינן שום אומד לשוויי להוא רשיעא.

ב מה שכת"ר תמה על מש"כ שהאשה היתה יכולה לנהוג בחוסר הגינות וכו', כוונתי ברורה, אשה זו היתה עם בעלה כעשר שנים ולא זכו להבנות, דמדינא חזקת חולי ממנה, ותצא שלא בכתובה כמ"ש הרמב"ם בהלכות אישות פט"ו הל' ח', ובכי הא לא תקן רגמ"ה כמבואר בארוכה בדברי הפוסקים בסי' קנ"ד, שאין צורך להביאם כאן, אלא שאשה זו יכלה למשוך אותו שנים רבות ליעול בדינא ודייני, אם חסר חצי שנה וכדומה בחישובים וחישובי חישובים, כשעות שמונין לקדשים, ולא חסרים עו"ד שביכלתם למשוך את הדיונים שנים ואף שנים רבות, וזוהי כוונתי בחוסר ההגינות שהיתה אשה זו יכולה לנהוג בה, וכדי למנוע ניצול צפוי זה שהוא בודאי מעבר לכוונת רגמ"ה ובין האי גברא דיניה בזוזי וכפי שלמדונו חז"ל ראה (בבא בתרא ל' ע"ב) ומעתה אני שואל האם זה נקרא מידי אפסדה?.

בסעיף ג' כותב כת"ר "אולם אין זה מדוייק" וכו', עיינתי שוב וראיתי שהדבר מדוייק שמהר"ש הלוי הוא שדוחה דברי מהר"ש יונה בשתי ידים במלים חריפות, אבל מהר"י הלוי הקשה על דברי מהר"ש יונה מברייתא דפ' המדיר, והניח בצ"ע. וזה אינו צע"ג דטרפות בבהמה דבר מצוי ולא שייך בו אומד, ולצ"ע זה נתכוונתי בדברי לעיל ד"ה "ומכמה אופנים" והמהר"י לא אמר שאין לדברי המהר"ש יונה מעמד ורק תמה עליה לכאורה מברייתא, וכבר ידוע דקושיא אינו סותרת הנחה וחילוק סבירים, ראה רשב"ם ב"ב ב. והואיל וחזרתי על ציצין הללו אוסיף משהו בעניני אומדנא.

הרא"ש בתשובותיו כלל פ"ו סוף סי' א' דן באריכות בענין שמעון שמת ונמצא כתוב בפנקסו כי סכום כך וכך הוא של פלוני, אי טענינן ליתמי שכבר נפרע הסכום ובמקרה לא נמחק, ובסוף התשובה כתב:

"הרבה אומדנות מצינן בתלמוד שאין להם כל כך הוכחה כמו לזו כי ההיא דפ' מי שמת (דף קמו) מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, רשב"א אומר, אין מתנתו מתנה בידוע שאם היה בנו קיים לא היה נותנם לאחר. וכן שטר מברחת (שם קנא, וכתובות עט). וכן מתנת שכיב מרע בכל נכסיו אפילו בקנין יום עמד חוזר (שם קמ"ה). וכן זבין ולא אצטריכו ליה זוזי דפסקינן בפ' אלמנה דכתובות (דף צג) דהדרי זביני, וכן בפ"ק דקדושין (צ"ל פ"ב דף נ) ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל. וכן גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו (בתרא צג) אלמא האי דאזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות דינא הוא"

הרי דברי הרא"ש ברורים דאזלינן בתר אומדנא אפילו להוציא מיתומים דבר המוחזק בידם, אם כי הרא"ש אמר שם טעמים שונים, בכל אופן כל חד וחד מהנך טעמי דיו כדי להוציא, והרי באומדנות שבש"ס שהביא הרא"ש לעיל יש שני צדדים, קונה ומוכר, מזיק וניזק, מפסיד ונשכר, ממיר ותמורה, ואעפ"כ אזלינן בתר אומדנא.

ועיין שו"ת מוהרש"ך ח"ב סי' מה שהאריך במי שנשבעו על דעת רבים ונדרו בנזירות שמשון שהן נדרין ושבועות שאין להם התרה בפתח וחרטה ואירעם אונס כל שהוא, ומסיק דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכחא אפילו באונסא דשכיח פטורים הם משבועתם ונדרם משום דאמרינן אדעתא דהכי לא נתחייבו, וכ"ש אונסא דלא שכיח ע"ש שהביא בין השאר גם תשובת הרא"ש במי שנתקלקלו חובותיו ופטרו הרא"ש והרי עניות אונסא דשכיח הוא יותר מעשירות כדאיתא בגטין ל' ע"ב, וכל זה באסורא דספקו לחומרא כ"ש בממונא דספקו לקולא.

ועיין שו"ת פני משה סי' ס"ב שנשאל בשני אחים שנתפשרו עם הקהל על המס על כל רכושם בסך מסויים ונתחייבו לעשות סך מסויים של יין ולשלם עבורו גאבילה בסכום מסוים. והדבר ידוע שהקהלה משלמת מס לשלטונות. והוקרו הענבים ולא יכלו לעשות את היין. והאריך הרבה בנושא האומדנא והביא דברי התוס' והרא"ש, וכתב דאומדנא גדולה מהניא אף בדבר התלוי בדעת שניהם, ומסיק: זאת תורת העולה מכל מאי דכתבנא כי הכל תלוי באומדנא שאם האומדנא היא גדולה ומספקת דאדעתא דהכי לא נתחייב אפילו בדברים דשכיחי ולא אתני עלייהו האומדנא היא העיקר וכו' ע"ש באורך רב, וכתב שכן הורה מהר"ר חסדאי פרחיה הכהן.

www.eretzhemdah.org

ועיין להרב גינת ורדים חו"מ סי' מ"ט שהביא דברי הרשד"מ ומהריב"ל בח"א והאריך לפלפל בהם, ומסיק: "אומר אני דכד איכא אומדנא דמוכח מפקינן ע"פ האומדנא אפילו מיתמי כמפורש בדברי הרא"ש" וכו' ע"ש שהביא תשובת הרא"ש דלעיל.

ועיין גם שד"ח בפאת השדה מערכה האלף סי' ק"ז שהביא דברי המל"מ והר' פני משה הנ"ל דאומדנא גדולה (כגון הא דידן) מהניא אף בדבר התלוי בדעת שניהם. וכתב ועיין שו"ת מנחת שי לגאון בדורנו סי' ל"ז ד"ה ועוד, ובספר עבודת השם חלק יו"ד סי' ז' דף י"ח ע"ד ושגם הרבנים פאת נגב בחלק יו"ד סי' כ, ומשנת ר' אליעזר בסי' פ"ט הסכימו לחלוק זה דכל היכא דאיכא אומדנא גדולה עצומה וחזקה אזלינן בתרה אף בדבר התלוי בדעת השכנגדו וכו' ע"ש עוד.

ושוב אני חוזר על הראשונות. בל נשכח שכל דברי הפוסקים הגאונים הללו אמורים בקנין ומקח וממכר והתחייבות גמורה תקיפא שרירא וקיימת לכ"ע, משא"כ בנדוננו שכל ההתחייבות ליעול בדינא ודייני כמש"ל, לפיכך הדרינן למסקנא דלעיל, ומשנה לא זזה ממקומה.

יוסף קאפח

פסק דין

הוחלט איפוא ברוב דעות:

א מבטלים סעיף א' מפסק הדין של ביה"ד האזורי מיום א' בתמוז תשל"ו, נשוא הערעור, ומחוקים את המלים "צמודים למדד יוקר המחיה" שבסעיף 4 (ב) שבפסק־דין - הסכם גירושין מיום י"ד חשון תשל"ב, תיק /1126לב, ובמקומם יבואו המלים "צמודים לתוספת היוקר המשתלמת לפקידים". תיקון זה יחושב מיום הגשת התביעה לפני כבוד בית הדין האזורי בתל־אביב, היינו מיום ה' בניסן תשל"ו (5.4.77), ועד אז מה שגבתה המשיבה, גבתה.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום ב' בטבת תשל"ח.

עובדיה יוסף נשיאשאול ישראלייוסף קאפח

סימן לא: בענין מזונות ומעשה ידים במעוכבת להנשא*[30]

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האיזורי לת"א יפו (תיק מס' /8013ל"ג) מיום כ"ג סיון תשל"ד בו נפסק:

"להטיל על הנתבע חובה לשחרר את אשתו התובעת בג"פ ללא השהיה ועיכוב".

פסק דין זה ניתן בעקבות פס"ד של בי"ד זה מיום כ"ח שבט תשכ"ז (ערעור תשכ"ח/213) בו נאמר:

"לאור טענתה של המערערת כי "הנתבע ידוע כאדם נגוע במחלת שכרות כרונית" וכמי שנקבע בפסק דינו של בית הדין האזורי מיום ט"ז חשון תשי"ט, כי הוכח "שהוא שותה משקאות חריפים למעלה מן המדה ומתוך הרגל חולני שאינו יכול להתגבר עליו". ודבר זה מביא ללא כל ספק להתנהגות ההורסת לחלוטין חיי משפחה תקינים. הרי לכאורה יש מקום לחייב את המערער במתן גט.

אולם המשיב טוען כי נגמל לחלוטין משכרותו, וכבר חמש שנים שאינה שותה כלל משקאות המשכרים. ומאחר שטענתו זו לא הוכחה, לכן אנו מחליטים להחזיר את הנידון לבית הדין האיזורי לשמיעת הוכחות שני הצדדים בדבר הטענה האמורה."

כפי שמציין כב' ביה"ד בפס"ד נשוא הערעור:

"... בתביעתה המחודשת לגירושין של התובעת הוכח ע"י עדים, שהנתבע קיבל אותם כעדים על אף קרבתם המשפחתית אליו, כי טענתו של הנתבע בבי"ד הגדול בדבר גמילתו מן השתיה המופרזת לא היתה טענה כנה, ולהיפך הוכח שהוא ממשיך כהרגלו לשתות אחר גמר עבודתו, בשעות אחרי הצהרים ובשעות הערב ולכנות לאשתו בעת שתייתו שמות של גנאי ועלבון".

הערעור שלפנינו הוגש מטעם האשה ובו היא תובעת, כפי תביעתה המקורית, לכוף את המשיב לתת ג"פ למערערת, מאחר שהוא מסרב לתת ג"פ מרצונו הטוב, כפי שנפסק ע"י ביה"ד. כן תובעת המערערת לחייבו במזונות עד למתן הגט מפני שהיא מעוכבת בגללו להנשא.

ב"כ המערערת הרבה בציטוט מקורות לביסוס תביעתו. ולפנינו גם כתב הגנה מטעם הנתבע.

הופיעו לפנינו שני הצדדים וב"כ המערערת ושמענו טענותיהם בע"פ נוסף על האמור בכתבי שני הצדדים.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר הרב שהצטבר בתיקים, מאז התחיל הפירוד בין הצדדים, זה כשתי עשרות שנים. והגענו לכלל דיעה שאין ממש בדברי המשיב הטוען שהוא מאמין שעדיין יש מקום לשלום בית, כשם שהוכח במדה מספקת שאין הוא אומר נכונה, שכביכול, נגמל משתיה.

[30] הצעת פסק דין בערעור מס' תשל"ד\160

www.eretzhemdah.org

צדק איפוא כב' ביה"ד בקבעו סופית שהמשיב חייב לגרש את אשתו בג"פ כדמו"י ולפטור אותה מעגינותה רבת השנים. הסירוב מצדו למלא אחר פסק בית הדין, אינו מפני שחושב שיש עדיין מקום לשלו"ב אלא מחמת רצון התנקמות וגרימת צער לאשה הסובלת מעגינות, ונשאה לבדה את נטל הבית, בגדלה בעצמה את בנותיהם המשותפות.

אולם על אף זאת אין אנו מוצאים אסמכתא מספקת בכדי לפסוק כפיה על המשיב, מחשש של גט מעושה. ואין לנו אלא לחזור ולאשר את פסק הדין של בית הדין האיזורי שהבעל חייב לתת לאשתו ג"פ ללא כל שהיה ועיכוב. ואין לנו לדון אלא בנוגע לחיוב המזונות, במקרה שלמרות אישור פסק הדין על ידינו ימשיך לסרב ולא יתן את הג"פ.

הדיון בזה הוא לפי המצב הנוכחי שהאשה עובדת ומרויחה כנראה כדי מחיתה. והשאלה היא אם בכגון זה חייב הבעל במזונות. ונראה, שאף שאין בידינו לכופו בכדי שימלא חיובו לפטור את אשתו בג"פ כדמו"י, מכל מקום כל כה"ג שחייב לגרשה והרי היא בגדר מעוכבת מלהנשא על ידו חייב במזונותיה ואין לו זכות במעשי ידיה. וזה עפי"מ שהעלה בתשו' הרא"ם סי' ל"ד:

"... אליבא דר"י דמתני' דקתני מגורשת ואינה מגורשת חייב במזונותיה כדר' זירא דקאמר משמיה דשמואל דכל מקום שאמרו מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה וכו'. לכאורה משמע דהוא הדין נמי זוכה במציאתה ובמעשי ידיה, כיון דמציאתה ומעשי ידיה הם כנגד מזוני כדאיתא בכתובות. ולא היא - דהא תנן במציעא פ"ק: מציאת אשתו שגירשה הרי היא שלה. ופריך התם גירשה מאי בעיא גביה. ומשני הב"ע במגורשת ואינה מגורשת, דכל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואי"מ בעלה חייב במזונותיה. ומשום הכי איצטריך לאשמועינן דאפי' הכי מציאתה שלה, דטעמא מאי אמור רבנן מציאת אשה לבעלה? - משום איבה, הכא תיהוי ליה איבה ואיבה וכו' **והוא הדין נמי מעשה ידיה, דחד טעמא הוא**."

חיוב המזונות במגורשת ואי"מ הוא "משום דמעוכבת בשבילו להנשא", כדפירש"י בכתובות צז: (ד"ה כדר' זירא). וכיוצא בזה ביבם שתבעתו לדין לייבם או לחלוץ [ונתרצה לייבם - לדעת התוס' והרא"ש, ולדעת הרמב"ם גם בשלא נתרצה לייבם (א"ע סי' ק"ס, ב"ש סק"ד)] ואירעו אונס חייב במזונותיה ומעשי ידיה שלה (א"ע סי' ק"ס א' וד'). ובב"י שם כ' בטעמא דמילתא: "משום דכל שתבעתו לדין אם אינו פוטרה לאלתר, הרי אינה מעוכבת לינשא אלא מחמתו לפיכך חייבוהו חכמים במזונותיה".

ולמדנו מזה שבמקום שחיוב המזונות הוא מצד שמעוכבת להנשא מחמתו, אינו זוכה במעשי ידיה. וזה מפני שחיוב המזונות בכה"ג הוא מטעם קנס, ועל כן אין בדין שיזכה במעשי ידיה, שאם כן, באשה שמרויחה כדי מזונותיה אין הוא נפסד כלל. וכן כ' הרא"ש (יבמות פ"ד כ"ה, וכ"ה בתוס' שם דף מא: ד"ה עמד) גם לפי שיטתו שאין חייב במזונותיה רק כשהסכים לייבם: "ונראה דמחמת קנס הוא דתקינו לה מזונות, דהא אין מעשי ידיה שלו". ואף לפי מה שנסתפק בדבר, כי י"ל שהחיוב הוא מצד שכיון שהסכים לכונסה אלא שנתאחר בדבר, הר"ז כאילו כבר כינסה, הסיק מכל מקום: "וכן נראה לי **אע"ג דניזונת משלו אין מע"י שלו** דקיי"ל מזוני עיקר, ותקינו רבנן שיהא מע"י שלו משום איבה. **וכל זמן שאינה יושבת תחת בעלה אין לחוש לאיבה**."

וכן נפסק להלכה (סי' ק"ס ס"ד): "מעש"י שלה לעולם אפילו היא ניזונית."

ויוצא מזה, שכל שהיא ניזונת ואינה יושבת תחת בעלה, אין מע"י של הבעל, בין שהוא חייב במזונות מטעם קנס, ובין שזה מפני שהיא כאילו כנוסה אצלו. אם כן במגורשת ואינה מגורשת שחיובו ודאי הוא משום קנס, ומצד שמעוכבת מחמתו להנשא, ומבואר בגמרא בהדיא שאין מקום לחששא דאיבה, פשוט דאין מע"י שלו, וכדמסיק הרא"ם הנ"ל "דחד טעמא הוא" כשם שאין מציאתה שלו.

[בב"י (סי' ק"ס) שדי נרגא בדברי הרא"ש שבכה"ג שאינה יושבת תחתיו אין מע"י שלו כי בזה "אין לחוש לאיבה" והעיר בזה: "דאי מהא לא איריא, שהרי אלמנה דעלמא תוכיח שניזונת משל יתומים ומע"י שלהם."

ואם כי מקום אתנו ליישב בע"ה דברי הרא"ש, לא נאריך בזה מכיון שאין נפ"מ להלכה שהרי הב"י העתיק מ"מ להלכה כנ"ל שמעשי ידיה של היבמה הם שלה אפילו היא ניזונת. וזה כפשטות הסוגיא כתובות קז: שהביא הרא"ש, וכפי שציין בביאורי הגר"א. א"כ ההלכה לא זזה ממקומה, שאין מע"י שייכים לייבם; ויתפרש כנימוקו הראשון והעיקרי של הרא"ש שהוא מטעם קנס, וע"כ אין מע"י שלו. ונידון שלנו של מגורשת ואינה מגורשת (וכן נידו"ד מצד מעוכבת להנשא) הוא ודאי מטעם קנס, ע"כ פשוט שאין מע"י שייכים לו, וכדנוקט הרא"ם וכנ"ל].

אלא שראיתי שהבינו שדעת הראב"ד אינה כן. אך כפי שיתבאר אין דברי הראב"ד שייכים לנידון. וזה לשון הראב"ד (השגות הראב"ד על הרי"ף כתובות פ' שני דייני גזירות):

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

חזינן מזה שהירוש' מפרש המשנה רק לענין מציאה, ואילו מע"י שייכים לבעל.

אך דיוק זה הוא רק לפ"מ שהירוש' מפרש שהמשנה מדברת בנתגרשה באופן מוחלט, רק שעדיין לא סילק כתובתה. שלפי זה דאיק הראב"ד מלשון המשנה אעפ"י שלא נתן כתובתה, שנראה מזה שעובדא זאת מעלה על הדעת שתהא מציאתה שלו, וזה אינו מובן לכאורה. אא"כ נאמר שאכן יש לו ע"ז זכיה בשלה, והיינו במעשי ידיה, ומטעם שחייבוהו חכמים בכה"ג במזונותיה, שמשום כך היה מקום לומר שגם במציאתה זוכה, אילולא משנתנו.

ובזה שאינה מעוכבת מלהנשא מחמתו וכל החיוב אינו אלא מכוח תקנה לייפות כוח האשה, כמבואר טעמא דהירוש' בראש"ש (פ"ק דב"מ אות ל"ג) ופוסק כמותו:

www.eretzhemdah.org

"דטעמא דבני מערבא דחייב במזונותיה עד שיפרע לה כתובתה, כדי לייפות כוח האשה, שיפרעו לה כתובתה בעין יפה בבת אחת, ולא יתנו לה על יד על יד, תקנו חכמים שיתחייב במזונות עד שיתנו לה פרוטה אחרונה. דאל"כ אמאי חייב לזונה יותר מכל בעלי חובות."

וכיון שכל עיקר לא היה זה אלא כדי שיפרע לה בבת אחת, שלא יתבזבז לה בתשלומי פרוטה ופרוטה (והיינו שעי"ז תוכל להשקיע בנכסים ויהיה לה למחיתה) בזה סגי אם נאמר שיהא חייב במזונותיה כדרך שהיה חייב בטרם נתגרשה, שעי"ז אינה נפסדת בגירושיה, מזה שלא סילק לה הכתובה.

ולא כן לפי הבבלי שהמדובר במגורשת ואינה מגורשת, שהחיוב הוא משום שמעוכבת מלהנשא מחמתו, והוא מטעם קנס, כדי שיפטרנה בגירושין ודאיים, וכנ"ל. בזה ודאי הסברא נותנת שאין מע"י שלו, שאל"כ אין כאן קנס כשמרויחה כדי מחיתה. וכן אין שום דיוק מהמשנה דנקט "אעפ"י שלא נתן לה כתובתה". שהרי פירוש המשנה לפי הבבלי הוא בזה אעפ"י שאין כאן עדיין חיוב לשלם כתובתה, והיינו מפני שאינה מגורשת בודאות, וכדפי' בתוס' שנץ והרא"ש בשט"מ שם.

ואין בדברי הראב"ד שמתייחסים לירושלמי קשר וענין לפירוש הבבלי שמפרש המשנה באופן אחר. וממילא אין שום יסוד לראות בדברי הראב"ד שיטה אחרת מהרא"ם.

ונוסף עוד, דהירוש' לא היה יכול לפרש המשנה כהבבלי ולשיטתי' אזיל. דטעמא דאיבה הוא לפי הבבלי במעשי ידיה (כתובות נח:) ובמציאה (ב"מ יב:, יבמות צ:, וע"ע כתובות מז: ובתוס') לפי מה דנקטינן כרב הונא דמזונותיה עיקר (כתובות נח: שם). אולם הירוש' אינו סובר כן, שנאמר בירוש' (ריש פי"א דכתובות): "אשת איש שאמרה יצאו מע"י למזונותי אין שומעין לה." (ובקה"ע שם: "דקסבר משועבדת היא לו למע"י, וחכמים תקנו מזונות תחת מע"י"). א"כ עיקר התקנה במע"י היתה לטובת הבעל, ולא מטעם איבה, ומסתבר דה"ה מציאתה. ע"כ לא מצי הירוש' לאוקי לה למתני' דמציאתה במגורשת ואינה מגורשת, שא"כ אמאי לא יהא רשאי לעכב ממזונותיה שמוחזק בהם כנגד המציאה דשמא אינה מגורשת ומציאתה שלו. וטעמא דתיהוי ליה איבה ואיבה הרי ל"ש לירוש', דכנ"ל לא ס"ל דזה מטעם איבה, אלא מעיקר הדין זיכוהו בזה. ע"כ היה מוכרח לפרש בגוונא אחריתי, והוא מצד שלא פרע לה כתובתה.

ומכל מקום לדידן דנקטינן בגמרא דילן דמזונות ומע"י שלו רק משום איבה, בכה"ג שמעוכבת להנשא מחמתו דליכא טעמא דאיבה אין לבעל במע"י, אעפ"י שחייב לזונה. ודברי הרא"ם שרירים וקיימים ואין בהם מכשול, ואין מי שיחלוק עליו מהקדמונים.

[אמנם ראיתי באו"ש (פ"י מאישות הי"ט) שכ' וז"ל:

"... מהא דמוקי בב"מ פ"ק הך דמציאת אשתו שגרשה הרי אלו שלהן בספק מגורשת שמעוכבת להנשא בשבילו, ע"כ דמע"י דבעל, דאי מע"י שלה, כש"כ מציאתה, ומאי קמ"ל."

אך לענ"ד אין זה דיוק דאכתי לא אשמעינן מתני' בשום דוכתא האי דינא דבמגורשת וא"מ מע"י לעצמה, וממאי דנקט במתני' האי דינא לענין מציאה ולא לענין מע"י, ג"כ אין לדייק, שכן משנה זו דנה במציאה, אולם מזה יש ללמוד גם לענין מעשי ידיה וכדכ' הרא"ם "דחד טעמא הוא".

ואין בדקדוק זה לדחות דברי הרא"ם ודעתו הברורה שמעשי ידיה דומים בזה למציאתה, וכשם שמציאתה שלה הוא הדין למעשי ידיה, ואעפ"י שניזונת משלו, ובדוגמא לשומרת יבם שתבעה לחלוץ או ליבם, וכנ"ל].

לפי כל האמור, בנדוננו, שנפסק שהבעל חייב לגרש את אשתו, כל שאיננו ממלא חובתו זו, הרי היא מעוכבת מלהנשא בגללו, ודינו כדין מגורשת ואי"מ שכפי שנתבאר - חייב במזונותיה, ואין לו זכות במעשי ידיה.

ואשר לגובה המזונות שיש לחייבו. אם כי נראה שבכה"ג אין הדין של "בעלייתו של בעל", שהרי לא מצד חיובו בתור בעל ואשה שגרים יחד, אנו באים לחייבו. רק בגלל שאינו פוטרה והיא יושבת מעוגנת בגללו. אולם גם בחיוב זה יש להתחשב עם הרמה המקובלת במעמד זה, שכן גם בצדקה החיוב הוא לפי הרגלו כנאמר: "די מחסורו אשר יחסר לו" (יו"ד סי' ר"נ). וזה גם בהביא בחשבון את גובה הכנסותיו של הבעל.

על פי כל הנ"ל יש לפסוק:

א הבעל חייב לפטור את אשתו בג"פ כדמו"י תוך זמן של שלושים יום ממתן פס"ד זה.

ב אם לא יבצע הבעל האמור בסעיף א' יהא חייב במזונות אשתו החל מיום שלשים ואחד ממתן פס"ד זה.

ג סכום המזונות שמתחייב עפ"י סעיף ב' הוא באופן זמני בסך 500.- ל"י, וזה עד למתן פס"ד אחר בנידון ע"י ביה"ד האיזורי, שידון בדבר עפ"י תביעת אחד הצדדים ויקבע עפ"י צרכי האשה והכנסות הבעל.

ד אין צו להוצאות.

שאול ישראלי

מסיבות שונות נסגר התיק ללא פסק דין.

www.eretzhemdah.org

סימן לב : בענין מזונות מיבם הממאן לחלוץ*[31]

הערעור שלפנינו הוא על פסק דין של כב' ביה"ד האזורי בחיפה מיום כ"ה בתשרי תשל"ו (תיק שלה4419/, פס"ד מס' 300/א/לו), בתביעה של המערערת לבקשת חליצה מאת המשיב, שהוא האח הגדול של בעלה המנוח שנספה במלחמת יוהכ"פ, ולא הניחה אתו כל זש"ק, ולחילופין - כל עוד שלא בוצעה החליצה - לחייבו במזונות.

בפסה"ד נשוא הערעור נאמר כדלהלן:

"התובעת היתה נשואה לד.צ..

היא הציגה אישור על קביעת מותו של בעלה במלחמת יום הכפורים, בלי להשאיר ז"ק.

הנתבע הנו אחיו הגדול.

הדיון הוא בעתירת התובעת לחייב הנתבע לחלוץ לה, לחילופין שיחויב במזונות.

הנתבע העלה דרישות כספיות מוגזמות לשם סידור החליצה. הצענו לו הצעות מסוימות להסדר הענין אולם הוא לא קבל הצעותינו.

כן הודיע שגם יתר אחיו לא יחלצו.

ה ח ל ט ה

בית הדין שוכנע שכוונת הנתבע לסחוט כספים שלא כדין מהתובעת.

אשר על כן, מאחר והתובעת מעוכבת מלהנשא כל עוד לא סודרה החליצה יש לחייב הנתבע במזונות, והננו פוסקים:

על הנתבע לשלם לתובעת מזונות סך 200.- ל"י לחודש החל מהיום כ"ה בתשרי תשל"ו 30.9.75.

ניתן ברוב דעות ביום כ"ה בתשרי תשל"ו והודע לצדדים".

הערעור שהוגש ע"י האשה הוא ביחס לגובה המזונות שלפי פסה"ד הוא 200.- ל"י בעוד שההוצאות הממשיות למזונות הן הרבה יותר.

בטענות המשיב שנטענו בביה"ד בחיפה, וכן בפנינו, נאמר, שאמנם המשיב מוכן לתת חליצה, אולם זה בתנאי שהדירה שנרכשה ע"י בעל האשה המנוח והאשה המערערת תמכר, והכסף יחולק שוה בשוה ביניהם. ואשר לגובה המזונות שנפסק ע"י ביה"ד טוען המשיב, שזהו בהתחשב עם הכנסות האשה שהיא עובדת ומרויחה למחייתה.

ואלה הן העובדות בקצרה כפי שמשתקף מהפרוטוקול:

המנוח ואשתו נרשמו לקבלת דירה בשיכון. שווי הדירה נקבע לסך 41 אלף ל"י, מזה הכניסו הזוג סך 15 אלף. לפי דברי ב"כ האשה, שלא הוכחשו ע"י המשיב, היה מזה חלק הבעל סך 9 אלפים ל"י וחלק האשה 6 אלפים ל"י. כשפרצה המלחמה עדיין לא גרו בדירה. אולם משנתקבלה הידיעה שהבעל נפל במלחמה, נכנסה האשה לדירה ומשרד הבטחון מימן עבורה את שארית החוב על הדירה.

ב"כ האשה הצהיר שהאשה מוכנה לתת למשיב סך עשרת אלפים ל"י, וזה נוסף על ויתורה על הכתובה שהיא בסך 50 אלף ל"י.

ביה"ד הציע בתור פשרה שהאשה תשלם 25 אלף ל"י (נוסף על ויתורה על הכתובה, כנ"ל), אולם המשיב סירב. אז הוצא הפס"ד נשוא הערעור.

לאחר עיון בחומר שבתיק ובטענות הצדדים, הגענו למסקנא דלהלן:

ביה"ד בפסק דינו קובע שהוא משוכנע "שכוונת הנתבע לסחוט כספים שלא כדין מהתובעת". ונוסיף לזה שגם אנו, עפ"י החומר שבתיק, התרשמנו שצדק כב' ביה"ד בקביעתו זו. הסכום 25 אלף שהוצע ע"י כב' ביה"ד, בצירוף לויתור האשה על הכתובה, הוא מספיק ודי בכדי לכסות את השקעת הבעל המנוח בדירה, ואין בדין שהמשיב יהנה ממימון משרד הבטחון שניתן על ידו לאלמנה, ורק לה.

אי־הסכמת המשיב להצעת ביה"ד, יש לראות איפוא רק כנסיון לסחוט כספים שאינם מגיעים לו, אך ורק תוך ניצול מצות התורה לחליצה, בכדי להתיר את האלמנה להנשא. במקרה זה קובעת ההלכה:

"אם אומר שאינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ כופין אותו (סי' קס"א ד', וסי' קס"ה א ברמ"א), והיינו כפיה בשוטים."

וכל כה"ג, כל עוד לא בוצעה החליצה חייב היבם במזונות, כמו שכ' הבית מאיר (סי' ק"ס, א):

"דבמרדן שאינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ (אפי' לא ברח, והוא כאן) מיד שתבעתו לדין לאחר ג', והוא מורד, תוך הזמן שכופין אותו או לייבם או לחלוץ, חייב במזונות."

וטעם הדבר מבואר בב"י (סי' ק"ס בד"ה והרמב"ם אינו מחלק):

"ונראה שהטעם משום דכל שתבעתו לדין, אם אינו פוטרה לאלתר, הרי אינה מעוכבת מלהנשא אלא מחמתו. ולפיכך חייבוהו חכמים במזונותיה."

[31] ערעור תשל"ו\28 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו

www.eretzhemdah.org

ויסוד זה שמעוכבת להנשא חייב במזונות, מצאנוהו במגורשת ואינה מגורשת, וכפי שציין לנידוננו בעין יצחק (ח"ב, סי' ס"ב ענף ז'):

"וכן מצינו במגורשת ואינה מגורשת דבעלה חייב במזונותיה משום דהא אגידא גביה, שלא תוכל להנשא לבעל מחמתו. והוא הדין היכא דמחוייב בחליצה דשייך האי טעמא."

א"כ צדק ביה"ד בחייבו את המשיב במזונות.

אולם נראה לנו שצודקת טענת המערערת שיש לחייבו במזונות לפי מלא הצרכים שלה, מבלי להתחשב עם רווחיה מעבודה או מאיזה שהוא מקור אחר.

וזה עפי"מ שנפסק בשו"ע (שם סי' ק"ס ס"ד):

"מעשי ידיה שלה לעולם אפי' היא ניזונת."

וכמבואר שם טעמא דמילתא בב"ח, וחוזר ע"ז הט"ז:

"והטעם נראה פשוט... אחד ג"ח... דאין חיוב מן הדין על היבם אלא דקנסו ליבם... וא"כ למה יהי' מע"י ליבם."

(ונראה שגם הב"י שהתקשה בהלכה זו אמאי לא יהיו מע"י ליבם, הר"ז רק בגוונא שהסכים לייבם, דבכה"ג החיוב הוא מפני שזה כאילו כבר כינסה, וכלשון הטור: "... דכיון דסופו לייבם הרי היא כאשתו וחייב במזונותיה". ובזה הוקשה לו דא"כ אמאי לא נימא שיהו מע"י ליבם כמו "אילו כבר כינסה". משא"כ בנידון שהעיכוב הוא מצד שאינו חולץ לה, א"כ אין זה מצד שזה כאילו כינסה, רק מפני שמעכבה מלהנשא לאחר, בזה אין מקום לאמר שמע"י שלו. ומ"מ הן גם הב"י להלכה פוסק שאין מע"י שלו, וכנ"ל).

ע"כ בניד"ד שמעכב החליצה שלא כדין, יש לחייבו בכל מלא צרכיה למזונות, מבלי להביא בחשבון הכנסות האשה ממקור אחר.

עפ"י זה אנו פוסקים:

א המשיב חייב לפטור המערערת בחליצה, וזה לאחר שהמערערת תפקיד בקופת ביה"ד האזורי סך 25 אלף ל"י, שימסרו למשיב אחר ביצוע החליצה.

הסכום האמור, יחד עם חוב הכתובה, שלא ישולם, הוא לסילוק כל תביעותיו של המשיב, כולל התביעות בקשר לדירה.

ב עד לביצוע החליצה כנ"ל, החל מהיום, כל עוד המשיב עומד בסירובו, ישלם המשיב למערערת דמי מזונות בסך 800.- ל"י לחודש מהיום.

ג עד היום ישלם המשיב למערערת למזונות, לפי פסק הדין נשוא הערעור.

ד. אין צו להוצאות.

שאול ישראלי

אני מצטרף למסקנתו של כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל].

אליעזר גולדשמידט

כל ענין חיוב מזונות ליבמה מיבם הוא רק מדין קנס ורק למ"ד שהסכים ליבם מאז הוי כדין ארוסה. עיין לב"י ולשו"ע סי' ק"ס ולב"ש שם ס"ק ד' משם הרא"ש. ועיין לרש"י ותוס' יבמות מ"א. ואע"פ שכיום מחייבים ממון לחייב את היבם במזונות הוא ע"ס תקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד, ויש להסתפק אם התקנה היתה כנ"ד שהוא מוכן לחלוץ אם יפסקו לו בכל הדינים כדין תורה, ובפרט שכאן יש אח אחר ויתכן והוא ישמע אם יאמרו לו שחייב לחלוץ, וכמוזכר בשו"ע בסי' קס"ד ד'.

אמנם יש שסוברים שחיוב מזונות הוא מדינא ולא קנסא (עיין להרמב"ן שם), וכן נוטים דברי ערוך השלחן, אך כבר פסק מר"ן בשו"ע שרק אם "נתרצה ליבם". ועיין להראנ"ח ע"ח ולא"א סי' ק"ס, ולכנה"ג סי' קס"ה. ועיין לב"י סי' קס"ה.

וז"ל הב"י סי' קס"ה בשם מ"כ:

"יבם שדוחה את יבמתו מלחלוץ וליבם יטעוהו בכל מה שיוכלו להטעותו שיחלוץ כגון שתמחול לו כל ממון שיש בידו משל אחיו אפי' בקנין ותמסור מודעה מקודם, ואחר שיחלוץ יגבו ממנו הממון דכיון דניתן רשות להכותו כ"ש דיש לנו רשות להפקיע ממון ממנו מה **שאנו** נותנים לו כדי שיקיים המצוה דהפקר בי"ד הפקר במיגדר מילתא... ואם אין יכולים להטעותו כופין אותו בשוטים".

משמע מדבריו אפי' אם באים מדין הבד"ה היינו רק ממון שאנו נותנים לו, אבל אי אפשר לחייבו ממון שלא אנו נתנו לו, אפי' במקום דמהדין כופין אותו בשוטים. וא"כ מוכרחים לאמר מה שפסק בסי' ק"ס הוא כדעת הרא"ש שרק אם התחייב ליבם, "כיון שסופו ליבם הרי היא כאשתו וחייב במזונותיה" כלשון הרא"ש פרק החולץ והטור סי' ק"ס. ומדייקים ממה שכתב בשו"ע "ונתרצה ליבם", וכמו שתמה השערי עוזיאל שער מ"ד על השו"ע ששבק לסברת הרמב"ם. וכן כתב מפורש הב"ש שם. וזה דלא כמו שדייק הב"מ שם מלשון הב"ש. ועיין לחזו"א סי' קכ"ג באותיות ד - ז. ואכמ"ל.

ואפשר לומר הפעם שהכל מדין קנס מיוחד ולא מדין מעוכבת מחמתו. והוא שבמגורשת ואינה מגורשת היה חל עליו חיוב מזונות ועתה רוצה להפקיעו (וכעין זה משמע מרש"י כתובות ע"ב, ועיין לנתיבות משפט רס"ג ע"ג, ועיין הפלאה צ"ז שם).

www.eretzhemdah.org

ועוד, דאין להשוותה להגיע הזמן ולא נשא דקנסינן ליה משום מעוכבת, כי התם מעשיו גרמו וכאן מעשי אחיו גרמו ואשה הקנו לו. וע"כ הוא אם בפנינו כייפינן ליה בשוטים לחלוץ או ליבם ולעשות כדין תורה להפקיר ממון שנתנו לו, אבל לא עבדי רבנן תקנתא לקונסו ולחייבו מזונות, לדעת השו"ע רק ברצה ליבם ולא בלא רצה כלל. ועיין בערוך השלחן סי' ק"ס סעי' ו' דלא משמע כן, והוא לדעתו מדין עגונא ואי אפשר לתקן תקנה לקנוס או להוסיף על תקנה לא מפורשת או שיש בה ספק. וע"כ כיון שכל חיוב המזונות הוא רק קנס ולא מחיוב הדין (לאפוקי רמב"ן דסברי הכי שהוא מדינא). וי"א שרק אם התחייב לייבם דינא כארוסה, וע"כ הגם שכמה וכמה אחרונים נטו לחייבו ממון, היינו היכא דליתא קמן לכופו, או מטעם אחר, וכן התקנה האחרונה של הרבנות הראשית משנת תש"ד שחייבו מזונות מי שאינו רוצה לחלוץ, יתכן ומפני שאז לא יכלו מבחינה חוקית לכופו לחלוץ. ואפי' אם היא תקנה מיוחדת, כל זה אם היא עשתה כדין והוא עושה שלא כדין אז חלה התקנה, אבל בנ"ד שהיא עשתה שלא כדין, אע"פ הוא עיניו נתן בממון ואינו רוצה לקיים מצוה דאורייתא, אבל הוא נתן עיניו בממון שיתכן ומגיע לו לפי הדין.

ובפרט שאם יש שני אחים הולכים אחר האח הגדול, ואם מסרב חוזרים ופונים לאח השני, ורק אם יסרב לחלוץ אז חוזרים אל הראשון לחלוץ (ושוב מסופקני אם אפשר לחייבו ממון, אם מסרב כי יכול לדחותה אל האח השני). אבל כל עוד לא פנו אל האח השני ואמרו לו שהוא צריך לחלוץ וסרב, רק אז פונים וחוזרים אל האח הראשון. ועיין לשו"ע סי' קס"א ס"ד. ואם הוזמן פעם אחת ולא בא, צריכים להזמינו שנית ואפי' בצו הבאה.

וע"כ יש להחליט להחזיר את התיק לביה"ד האזורי, ולהזמין את האח השני לחלוץ, ואם יסרב יחזרו אל האח הראשון ויכופו אותו לחלוץ, שכיום יש כח ביד בי"ד לחייבו. ואם יראו לחייבה לשלם לו סכום מסויים יפסקו לו כראוי וכשודא דדיינא.

בכפוף לאמור, נדחה הערעור.

מרדכי אליהו

פסק דין

לפיכך אנו פוסקים ברוב דעות, כאמור בפסק דינו של כב' הגר"ש ישראלי.

ניתן היום כ"ה בסיון תשל"ו.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן לג : בענין כפיה על גט למזנה תחתיו*[32]

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי בירושלים שניתן ביום ג' בסיון תשל"ד (תיק /277כז) מבלי שניתנו נימוקים לכך כנדרש לפי התקנות (פי"א ק"ה), וז"ל:

"לאחר עיון בכל החומר שבתיק מחליטים כדלהלן:

א הבעל חייב לגרש את אשתו כדמו"י.

ב האשה אסורה להנשא למר ע. וכן אסורה לחזור לבעלה.

ג דוחים את תביעת הבעל שהאשה תשלם לו פצויים וכן הבעל פטור מלתת לאשה את כתובתה.

ד לקבוע תאריך לסדור גט לפי היומן.

ה פס"ד סופי בקשר להחזקת הילדים והבקורים, נדון ונחליט אחר שתתקבל חוו"ד מלשכת הסעד כאמור בהחלטה האחרונה".

לשם הבהרה ינתנו בזה פרטי הסכסוך והטו"מ עד להוצאת פסה"ד נשוא הערעור.

הצדדים הם בעל ואשה שנישאו זל"ז ביום ד' בתמוז תשכ"ב (5.7.62) כדמו"י ברבנות תל אביב. ומנשואין אלו נולדו להן שתי בנות האחת - ת. ילידת 11.7.63, והשניה - ד. ילידת 1.12.64.

הסכסוך ביניהם הוא ממושך - מאז ראשית תשכ"ז, כשהאשה הגישה תביעת גירושין, מזונות והחזקת הילדות (תיק /96תשכ"ז, מיום כ"ג בתשרי תשכ"ז), והבעל מצדו הגיש תביעה לשלו"ב (תיק /277תשכ"ז, מיום ט"ז בחשון תשכ"ז).

תביעת הגירושין של האשה מבוססת על טענה של התנהגות גסה של הבעל, אי התאמה, ואי מתן כסף להחזקת הבית.

בתביעת השלו"ב של הבעל הוכחשו הטענות שהועלו ע"י האשה. מאידך העלה הבעל טענה שישנו אדם - שמו ע. שמושך את לב אשתו אחריו, כלשונו - "אני לא אומר בגדה בי, אלא נתנה עין באחר". כמו כן טוען שהילדות נתונות להשפעה של הדת הנוצרית, בהיות האשה, שהיא גיורת ולה הורים בארץ - נוצרים מכת "שומרי שבת", שמקיימים טקסי דת נוצריים, והאשה קשורה אתם, וכן מביאה לשם את הילדות.

תביעות הדדיות אלו נגמרו בהסכם לנסיון לשלו"ב, שקיבל תוקף פס"ד ביום ד' באדר א' תשכ"ז. בין תנאי ההסכם: האשה לא תפגש עם ע. ועם גב' מ. וכן לא תכניס בדירתה לגור מישהו ממשפחתה שלא ברשות הבעל.

[32] ערעור תשלד\124 בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי , הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

ימים מספר אחר זה פנה הבעל במכתב לביה"ד, בו הוא טוען שהאשה אינה מקיימת את ההסכם, וכלול בזה (לפי לשון המכתב מיום כ"ג באדר ב' תשכ"ז): "היא ממשיכה להפגש עם ע." כן טען על אי קיום שאר סעיפי ההסכם.

ביום ב' באדר ב' תשכ"ז נתן ביה"ד החלטה, לפיה על האשה להודיע אם פניה לשלו"ב או לגירושין. כן החליט שעל הילדות לעבור לרשות האב, ועליו לאפשר פגישות סדירות של האם עם הילדות.

התנהלה חליפת מכתבים ואף ניתנו החלטות ביה"ד בקשר לפגישת הילדות עם האם, כשלטענתה האב מונע ממנה להפגש עמהן.

במכתב הבעל האב לביה"ד מיום כ' בתמוז תשכ"ז בקשר להנ"ל כותב בין השאר:

"5. לפי עדות גיסו (גיסה?) התגוררה אשתי בדירתו של ע. במשך שבועים וכו'.

6. ביום 11.5.67, יום חמישי בשעה 5.30 נראתה במכוניתו של ע. כאשר חונים בתל אביב ליד משרדו של עו"ד א. על ידי שני עדים שעובדים במקום וכו'.

7. ע. הוא איש ידוע שהמין תחביבו וכו'.

8. בנסיון לברר היכן אשתי נמצאת לאחר מלחמת ששת הימים צלצלה ידידה למספר דירת בן דודתה והוא מסר את מספרו של ע. ואמר ששם אפשר לברר.

9. חבר שלי ראה אותה נוהגת בשבת במכוניתו של ע. וכו'."

בי"ט בשבט תשכ"ח פנה הבעל לביה"ד האזורי להמשיך לטפל בדבר הסדר עם אשתו הוא כותב בין השאר:

"(1) ... היא המשיכה בדרכיה הקלוקלות ואף הגבירה אותם.

(2) באם נראה לכב' ביה"ד שהאשה עוד מותרת לי אבקש איפוא להזמינה ולחייבה בשלו"ב.

ב באם ביה"ד מוצא שלאור הנסיבות ולאור החומר שנמצא אצלי, בתיק זה ואחרים, אבקש להזמינה ולחייבה בקבלת גט בתנאים שייראו לביה"ד."

בפניה נוספת מיום כ"ב בשבט תשכ"ח כותב הבעל בין השאר:

"... במקרה וכב' ביה"ד ימצא את אשתי מותרת לי ויחייב אותה לחזור:

1. תנתק את קשריה באופן מוחלט עם ע. וכל הקשור אליו.

3. תתרחק מהוריה וכו' לאחר שהוכיחו שכוונתם היתה להחזירה לאמונתם ותמכו בגבר הזר מסיבות לא כשרות."

ביום ב' בתמוז תשכ"ח כותב הבעל לביה"ד בין השאר:

"א לאחר שהאשה נתנה עיניה בגבר זר והשריכה את דרכיה לפני זה יותר משנתיים הגישה תביעות לגירושין, מזונותיה והחזקת הילדים וכו'.

ג הבנות החטופות הופקרו אצל הוריה בבית של ע"ז וחזרה להיות בקרבת הגבר הזר עד היום הזה."

ביום כ"ב בחשון תשכ"ט בקשר לתביעת האשה לאפשר לה לראות את הילדים בהתאם להחלטת ביה"ד האזורי, כותב הבעל בין השאר:

"ד בניגוד להחלטה הקודמת של כב' ביה"ד שלא תפגש עם אשה מסויימת ולא עם הגבר הזר היא המשיכה בדרכיה ויותר מזה, ואף נראתה ע"י עדים מתפללת בכנסיה".

בתיק נמצא גם מכתב מ"שירות חקירות אוניברס" מיום 21.11.68 שהוגש ע"י הבעל ומופנה אליו, שהנדון בו בקשת הבעל לעקוב אחר אשתו. בו הם כותבים:

"לפי דו"ח העיקובים אשר בצענו בין חדש יוני 1968 ונובמבר 1968 גילו נציגינו את הדברים דלקמן:

א הגב' אשתך גרה בדירתו של מר ע. רווק בסביבות 40."

ב היא פותחת את הדירה מצרור מפתחות בארנקה ועושה אותו דבר במשרדו של מר ע.

ג היא יוצאת יחד עם הנ"ל כמעט בוקר בוקר מהבית ונוסעים במכוניתו פולקסוואגן חיפושית מס' (רצוף תמונות).

ד היא ידועה לשכנים בבית בירושלים, כדיירת שם וכו', נציגי משרדנו יכולים להעיד על כך."

לנ"ל מצורפים גם תצלומים כנ"ל.

בישיבה מיום כ"ב באייר תש"ל נאמר בפרוטוקול ביה"ד על סמך הצהרת שני הצדדים: שני הצדדים מסכימים שביה"ד ידון בתביעת הגרושין של האשה כרוך בזה שאלת החזקת הילדות ומזונות האשה והילדות והרכוש וכל הכרוך בכך ידונו בבי"ד נכבד זה. גם בענין החזקת הילדות ובכל ענין אחר מהנ"ל שיתעורר בעתיד תהיה הסמכות לביה"ד.

בישיבה נוספת של ביה"ד מיום כ"ה באייר תש"ל, ב"כ הבעל חוקר את האשה, והיא עונה לשאלות, בין השאר:

"... אני אומרת שאחרי שנפרדתי מבעלי אני חיה עם גבר אחר חיי מין בקביעות שמו ע.. הכתובת שלי אותו דבר באותה דירה. (בהמשך בא פירוט מהזמן שהתחילה לחיות אתו חיי מין, וכן המקומות השונים בו עשו זאת)."

בהמשך הדברים אומרת:

www.eretzhemdah.org

"אני מתכוננת להמשיך לחיות עם ע. בלי נשואין אם אין לי ברירה. הייתי מוכנה להתחתן אתו... גם אם אקבל גט ויהיה כתוב שאסור לי לחיות אתו אני אמשיך לחיות אתו. אני יודעת שלפי הדין אסור לי לחיות אתו..."

ביום י"א באב תש"ל התקיימה ישיבה נוספת של ביה"ד. ב"כ הבעל הצהיר שהוא עודנו נמצא באמצע חקירת האשה, אולם הסכים שבינתיים יחקור ב"כ האשה את מר ע. שהוזמן והופיע בישיבה זו.

לחקירת ב"כ האשה עונה בין השאר:

"אני מכיר את האשה, שמה ר. .... הגברת גרה אצלנו בבית באותה כתובת באותה דירה... יש ביני ובין האשה הזו יחסים קרובים... אני מתייחס גם לחיי מין זה שלש שנים פחות או יותר... אני יודע שהיא אשת איש ובכל זאת קיימתי אתה יחסי מין, זה קרה. היא נכנסה לגור אתי על מנת כן... אנחנו יוצאים יחד. אני לא יודע אם לפי החוק היא ידועה בצבור. אבל ידוע שאנחנו יוצאים ונכנסים יחד וגרים בדירה אחת ומופיעים יחד... אני יודע שגם אם תתגרש לא יכולה לחיות אתי, ולמרות זאת והמשכנו לחיות יחד... לא דברנו על נשואין.... בינתיים לא יודעים מה לעשות אחרי שתקבל גט. אמרנו שהזמן יעשה את שלו... אנחנו הולכים יחד לעבודה במונית שלי והשכנים יודעים שאנחנו יוצאים יחד."

במשך הישיבות האחרונות התנהל ויכוח בין ב"כ הצדדים בתביעת ב"כ האשה להציג את תקליט השיחה שהאשה ניהלה עם חברה שלה שלפי דברי הבעל נמצא ברשותו. ב"כ הבעל טען כל הזמן שעדיין צריך הוא להמשיך בחקירת האשה, ורק אח"כ יביא את התקליט. כמו כן ישנה החלטה של ביה"ד "שעל הבעל להמציא מיד את התקליטים ואת ההעתקות שבכתב, כפי שהבטיח לפני כמה חדשים".

בסוף הישיבה הנ"ל נרשמה החלטת ביה"ד האומרת:

"על הצדדים להודיע תוך שבוע ימים אם הגיעו לידי הסכם או לא, ואז נחליט".

בתיק מכתב של הבעל מיום ב' באדר א' תשל"ג, בו כותב בין השאר:

"אני פונה לכב' ביה"ד לשים קץ לסבלותי ולהגן על ילדותי בדיון בפרשה כדי לתת פס"ד בכל הענינים הקשורים בה. כי אעפ"י שהאשה והגבר הזר הודו בבי"ד זה בפרוטרוט על יחסים ביניהם בחוצפה ובמצח נחושה, אני מבקש שכב' ביה"ד יקבע אם לחייב את האשה בגט רק על בסיס ההוכחות המתקבלות עליו אפילו אם יש צורך להזמין עדים נוספים ולהשמעת תקליט שברשותי..."

ביה"ד הוציא ביום ב' בסיון תשל"ד את פסה"ד שלפנינו שהוא כאמור נשוא הערעור.

בערעור שהוגש ע"י הבעל נטען בכתב ובע"פ שהפס"ד ניתן "לפתע" מבלי שניתן לצדדים להשמיע ראיותיהם וטענותיהם עד גמירא. מטרת הראיות היתה לדבריו כדי שביה"ד ישקול לפיהם "אם כנות טענות האשה בדבר בגידתה בבעלה או שלא נועדו אלא כדי להוציא ממנו גט". וזה מפני שהבעל לא אמר מעולם שהוא מאמין לדברי האשה ורק עורר חשדות שעל ביה"ד היה לבדוק את נכונות הדברים. כמו כן נטען שמאחר שלא הוכח זנותה של האשה ורק על סמך דבריה בלבד, זכאי הבעל לדרוש פיצויים, ודרישה זו "סבירה בהחלט לאור החרבן שהביאה האשה על הבעל ועל עסקיו".

לאחר עיון בטו"מ ועיון בחומר הגענו למסקנא דלהלן:

אין ממש בטענה שפסה"ד ניתן "לפתע", היו דיונים ממושכים, אם כי בהפסקות ונשמעו בפרוטרוט טענות הצדדים, ואף הודיעו להם בסיום הישיבה האחרונה שאם הצדדים לא יגיעו לידי הסכם תוך שבוע ימים "ביה"ד יחליט".

יתר על כן, הבעל עצמו במכתבו לביה"ד מיום ב' באדר א' תשל"ג שהובא לעיל הוא כותב:

"אני פונה בזה לכב' ביה"ד לשים קץ לסבלותי. **כדי לתת פס"ד** וכו' ואבקש את ביה"ד שיקבע... אם לחייב את האשה בגט רק על בסיס ההוכחות המתקבלות עליו וכו'".

מה לו איפוא כי ילין על ביה"ד שאכן החליט על בסיס ההוכחות שהיו לפניו?

עלינו איפוא לגשת לבירור עצם פסק הדין, שניתן כאמור מבלי לפרט הנימוקים. לפנינו שלש נקודות הטעונות בירור:

א דינה של אשה זו לבעלה;

ב חיוב הבעל לגרשה בג"פ;

ג אם יכול הוא להתנות מתן הגט בקבלת פיצויים.

אשר לשאלה א' מה דינה של אשה זו לבעלה לאור החומר שהיה בפני ביה"ד; הלכה ערוכה היא בשו"ע (סי' קט"ו, א) במחבר וברמ"א: "אין עדים שזינתה אלא שהיא אומרת שזינתה... אם יש רגלים לדבר... נאמנת".

ובנידון דידן, שהבעל עצמו מראשית הבירורים שבפני ביה"ד טען שהאשה משרכת דרכיה, ואף נקב בשם החשוד, ובהמשך הטו"מ ציין שלפי הידיעות שקיבל היא גרה עם החשוד. אף הציג בפני ביה"ד מכתב ממשרד חקירות, שבו דו"ח החקירות שנעשו עפ"י הזמנתו, ובו אישרו שאכן היא גרה עם החשוד הנ"ל ויוצאת עמו כמעט יום יום מדירתו, וזה גם בצירוף צילומים. א"כ אין לך "רגלים לדבר" יותר מזה.

ומאחר שבדברי האשה לפני ביה"ד הודתה האשה במעשי זנות שנמשכו ונמשכים לדבריה מספר שנים, ואף מסרה פרטים מסוימים בנידון. כן הופיע בפני ביה"ד גם הבועל מר ע. הנ"ל שגם הוא חזר על הדברים. צדק ביה"ד בהחליטו שאין ענין בהמשכת החקירות. שכן העובדות הברורות שהיו בפני ביה"ד, עובדות שהבעל לא זו בלבד שלא עורר ספק בנכונותן, אלא הוא עצמו שהביאן בפני ביה"ד, שלפיהם האשה מתגוררת באופן קבוע עם מר ע. הנ"ל, עובדת אתו, יוצאת אתו לכל מיני מקומות, בהתנהגות של כאילו בעל ואשה. ה"רגלים לדבר" מאשרים ומוכיחים באופן בולט את נכונות הוצאת האשה, ואת חלות הדין שהובא לעיל מהשו"ע, שאעפ"י שאין עדים על הזנות ממש, מתקבלים דברי האשה בהודאתה.

www.eretzhemdah.org

יתר על כן, בנידון שלנו יש לאוסרה גם מדין קינוי וסתירה, שהרי בתביעות הבעל שנשמעו בפני ביה"ד בכל משך הסכסוך נאמר גם: "שתנתק את קשריה באופן מוחלט עם ע." ולשון זו ודאי משמעותה כוללת גם אזהרה שלא תסתר עמו. וא"כ, אעפ"י שקינוי בלשון "אל תדברי עמו" - "אין זה קינוי" (סי' קע"ח, ו), בכגון דא שזה כאומר - אל תדברי ואל תסתרי עמו, ודאי שנחשב לקינוי.

וכן נוקט בפשיטות החת"ס (ח"ב סי' ק"י) שדן אם הזהירוה בלשון "שלא תדבר - ולא תתיחד עמו", אם יש בלשון "לא תתיחד" שלא תסתר, וכ' בזה: "אל תדברי לחוד לא היה קינוי, ואפשר - לשון לא תתיחד נמי לא הוי לשון סתירה וכו'". הרי שאילו היה אומר שלא תדבר ולא תסתר, ודאי הוי קינוי, וזה שהוסיף גם שלא תדבר עמו אינו גורע.

ולפ"ז, מאחר שלשון "שתפסיק כל קשריה" ודאי כולל גם שלא תסתר - הוי קינוי, וכיון שאין ספק שלא הפסיקה מלהסתר עם החשוד ע. גם אילולא הודאת שניהם, נאסרת על הבעל והבועל מדין קו"ס.

צדק איפוא ביה"ד בקבעו בסעיף ב' של הפס"ד שהאשה אסורה על הבעל וכן על הבועל ע. הנ"ל.

ועתה עלינו לברר אם כתוצאה מהנ"ל חייב הבעל לפוטרה בג"פ: הרמב"ם פ' כ"ד מה' אישות הל' י"ז, י"ח פוסק וז"ל:

"י"ז. מי שראה אשתו שזינתה או שאמרה לו אחת מקרובותיו או קרובותיה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזינתה אשתו... הרי זה חייב להוציא ואסור לו לבא עליה וכו'. י"ח. אמרה לו אשתו שזינתה... אם היה מאמינה וסומך על דבריה הרי זה חייב להוציאה. ואין ב"ד כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם ברצונה, ואח"כ כופין אותו להוציא.

הגרע"א (בתשו' שבסוף ס' דרוש וחידוש) נסתפק בכוונת לשון הרמב"ם באמרו "להוציא", או "לגרש", אם הכוונה לגרשה מביתו ולהפרישה ממנו, או שרוצה לומר להוציאה בגט פטורין, אך מסיק: "לענ"ד דברי הרמב"ם מורים יותר דכופין אותו אפילו לגרשה בגט".

ולפ"ז דעת הרמב"ם, שאם יש עדים על הזנות ממש כופין אותו לגרשה בגט, ואם אין עדים, אבל היא אסורה עליו, מגדרי שאחד"א, אין כופין אותו אבל מ"מ חייב הוא בד"ש להוציאה.

(ועיי"ש בדבריו שנוטה לומר שאי"צ עדי זנות ממש, אלא כל שנאסרת עליו מעיקר הדין מכוח העדויות שישנן כגון עדי כיעור וקדל"פ, ולא רק מכוח הודאת עצמו ושאחד"א, גם בזה כופין על הגט).

ובהמשך דברי הגרע"א שם בהסבר דעת הרמב"ם מעלה: "דאין טעמו דהרמב"ם דכופין לגט מחמת עיגון דילה, דבזה י"ל דס"ל להרמב"ם ג"כ **כיון דהיא גרמה לכך, אין חוששים לתקנתה**, אלא דטעמא דהרמב"ם דלא סגי בהפרשה, דשמא יבא עליה... וכמו במעוברת חבירו, דלא סגי בהפרשה רק בגט."

וכן כ' ב"בית מאיר" (סי' קי"ז סק"ז) שמשמעות "יוציא" שכ' הרמב"ם היינו בגט. וכיו"ב בתשו' הרדב"ז (סי' תשמ"ו, ויובא להלן ממנו): "וכבר הוכחתי בראיות, דכל היכא דאמרינן תצא - בגט משמע, ולא סגי בהפרשה."

ולפי זה, בנידון שלנו, שהאשה אסורה על הבעל, וזה מכוח הודאת האשה והרגלים לדבר, פשוט דלדעת הרמב"ם חייב להוציאה בגט.

יתירה מזו, לפי מש"כ הגרע"א ש"יותר נראה בכוונת הרמב"ם" שכל שנאסר עליו מכוח הדין של עדות האוסרת, ולא רק מצד שאחד"א, כופין על הגט. א"כ נידון שלנו, נאסרת עליו לא מכוח דיבור הבעל שסומך על הודאתה, אלא מכוח עובדות המהוות "רגלים לדבר", והן המאשרות וסומכות את הודאתה, יש מקום לומר לדעת הרמב"ם שכופין אותו לגרשה. אך כל זה לדעת הרמב"ם.

אולם הגרע"א שם הביא דברי התוס' ריש זבחים (ב: ד"ה סתם) שכתבו שגם בזינתה האשה "אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו".

והעלה הגרע"א שהתוס' חולקים עם הרמב"ם בזה, ולדעתם סגי בהפרשה, אעפ"י שודאי זינתה, ואינו חייב לתת לה ג"פ. וכ' עוד דלפ"ז יש לנקוט להלכה: "לפי מה שכ' הרמ"א (סי' קי"ז, א) בזינתה תחתיו דמאיסה ליה, דשרי בכה"ג (היינו - ע"י שיפרוש ממנה "ולא ילך אצלה אלא בעדים"), ממילא קם הדין דאין כופין אותו לגרשה."

ונראה, שאם כי בלשונו נקט "אין כופין אותו לגרשה", עפ"י פסקו של הרמ"א הנ"ל, שזה עפ"י דעת התוס', דסגי בהפרשה בעלמא, לא זו בלבד שאין כופין אלא גם אין אומרים לו שחייב לגרש, שהרי לדעת התוס' אין עליו גם חיוב לגרש, וסגי לדידהו בהפרשה בעלמא. א"כ אם נחייבו לגרש יש בזה משום חשש של גט מעושה, והיינו גם בודאי זינתה.

ועי' רדב"ז (תשו' תשמ"ו) שלמרות שהביא דעת התוס' זבחים הנ"ל. ופירשם ג"כ כפי פסקו של הרמ"א הנ"ל: "וקרוב אצלי שמה שכתבו בריש זבחים, על ידי הפרשה נמי היא, (היינו שמ"מ אסור לו להתיחד עמה) 'רק שלא תשמשנו'" מכל מקום הכריע להלכה: "כללא דמילתא, דעתי הוא, דאע"ג דאיכא תרתי, שהוא איסור תורה ותו דמאיסה ליה, **תצא בגט**, ואם לא רצה משמתינן ליה עד שיוציא."

אך יתכן שהוא רק בגוונא של השאלה שנשאל, שהיא - באשה שזינתה, אם מותר שתשמשנו שמתוך השאלה נראה שאינה מאוסה עליו, ואף היא "אינה שונאתו שלא קינא לה, דודאי חיישינן שמא תשדלנו ויבא עליה". וכל תוכן השאלה מוכיח, כפי שהדגיש שם בסיום דבריו "דעצת זימה ביניהם".

אבל, כשאין הוכחה לכך, כיון דסתמא דמילתא שהיא מאוסה עליו בכה"ג שזינתה תחתיו, כפי שכתבו התוס', י"ל דגם איהו מודה דסגי בהפרשה, כדעת התוס'. ויש עוד צורך לברר דעת התוס', בנידון דידן, עפי"מ דיוני גדולי הפוסקים בענין זה.

www.eretzhemdah.org

הב"ש ראש סי' י"א כ' לענין אשה שהיה בה קינוי וסתירה, שבזה"ז שלא ניתן להשקותה כדי לברר ספיקה, שדינה שנשארת באיסורה לעולם "משמע דכופין לבעל להוציאה". ותמה על הרבינו ירוחם שכ' שאין כופין לגרש בכה"ג אא"כ נוסף על הקו"ס בא גם ע"א שנטמאה, וכ' שאינו יודע מנא ליה חילוק זה.

ועמדו האחרונים, שלכאורה דברי הב"ש הם בניגוד למש"כ התוס' ריש זבחים הנ"ל דאין חייב לגרשה "רק שלא תשמשנו".

הפני משה (במה"פ והו"ד באוצה"פ ריש סי' י"א) מתרץ הדברים שזה מתבאר מדברי הב"ש עצמם, שכ' על מה שפסק הרמ"א בסי' קי"ז כנ"ל בזינתה תחתיו שאין צורך לגרשה, דמתשו' הרשב"א נראה שמותר לו גם להתיחד עמה. ואין סתירה לזה ממה דאמרינן בגמרא שמוסרים לו שני ת"ח כשהולך להשקותה דאסור לו להתיחב עמה שמא יתפייס ויבא עליה, דיש הבדל בין **ודאי** זינתה דאז היא מאוסה עליו, ולא כן בזו שנאסרה עליו ע"י קו"ס כי שם אכתי ספק הוא אם זינתה, ואינה מאוסה לו כל כך (סק"ח). שלפ"ז ניתן לתרץ גם הסתירה לדברי הב"ש מהתוס' זבחים, כי דברי התוס' אומרים רק **בודאי** זינתה, דבזה אין חשש שמא יבא עליה, כיון שמאוסה עליו, ולא כן בהא דהב"ש שנאסרה עליו ע"י קו"ס בזה"ז, שאעפ"י שמצד הדין אסורה עליו, מכל מקום, כלשון הב"ש הנ"ל: "אכתי ספק הוא - ואינה מאוסה כל כך". דע"כ ס"ל להב"ש שבזה גם כופין לגרש, דחוששין שמא יבא עליה.

ולפ"ז, נידון דידן, שאין עדות על זנות ממש, ואין היא מאוסה על הבעל כ"כ, שהרי, לפי טענתו, עדיין מסכים שתחזור אליו, אם ביה"ד יפסקו שעדיין מותר לו, א"כ הר"ז ממש כמו זו שנאסרה ע"י קו"ס דמיירי ביה הב"ש, שיש לכופו לגרש. וזה גם לדעת התוס', וכנ"ל.

ולפי מה שהעלינו לעיל שניד"ד יש לדון בו גם מדין קו"ס, א"כ הרי הוא ממש הנידון של הב"ש, שכפי הנ"ל ס"ל דכופין להוציאה.

אכן בס' "נתיבות לשבת" (לסי' י"א הנ"ל) כ' לתרץ דברי הב"ש באופן אחר דאין לזה סתירה מהתוס' זבחים הנ"ל, כי כוונת התוס' היא: "אם היא תתרצה בכך. אבל היא יכולה לכוף אותו בבי"ד שלא תתעגן כל ימיה. וכל שכן אם היא באה מחמת טענה וכו', ומ"ש הב"ש בשם רי"ו דבקו"ס לבד אין כופין אותו להוציא, נראה דהיינו מסברא, דאל"כ כל אשה שקינא לה בעלה תלך ותסתר, בענין שאי"ב איסור יחוד וכו' כדי שתוציא עצמה מבעלה."

וכן מסתפק הגרע"א בדעת התוס': גם בתוס' לא מצינו דס"ל משום עיגון דידה אין כופין. והחת"ס בחידושיו שלהי מס' נדרים העלה ג"כ, שאם תובעת שיגרשנה כופין אותו להוציאה, כיון שא"א לו לקיים עונתה למה יעגנה בחנם. אעפ"י שחטאה וזינתה ברצון ונאסרה עליו, מ"מ אין לנו לעגנה.

ולפ"ז שכל דברי הב"ש אינם אלא כשהיא תובעת הגירושין, והא דכופין אותו הוא רק מצד עיגונה דאיתתא, בנידוננו נראה דאין זה שייך. שהרי אשה זו אינה מתחרטת כלל על מעשיה, ואמרה בפני ביה"ד ללא כל רתיעה - "אכלתי ואוכל" ו"לא פעלתי און", שממשיכה לחיות עם הבועל באיסור, וכן בדעתה להמשיך להבא בין שתתגרש בין שלא תתגרש. אם כן טענת עיגון אין כאן. ואעפ"י שע"י שיפטרנה בגט לא יהא האיסור כל כך חמור כמו כיום שעומדת באיסור אשת איש, מכל מקום בכגון דא לא מצינו שזה יחייב את הבעל לגרש, בכדי להקל עליה במקצת האיסור. (עי' ב"ק דף ס"ט. ורמב"ם פ"ט ממע"ש ונט"ר, וע"ע בר"ן פ' יוהכ"פ בענין הקל הקל).

וכיון שבנדו"ד אין טענת עיגון, הדר דינא דהתוס' זבחים, שאינו חייב לגרשה בג"פ וסגי בהפרשה בעלמא.

וסתירה הנ"ל מהתוס' זבחים לדברי הב"ש ריש סי' י"א, יש ליישב גם בדרך אחרת, שלעולם אין חוששים לעיגון האשה, כשהיא היא גרמה לעצמה, וכמשמעות פסק הרמ"א בסי' קי"ז הנ"ל שכתב בסתמא דבזינתה סגי בהפרשה, ואי"צ להוציאה בגט, ולא חילק בין תובעת גט לשאינה תובעת, כחילוקו של ה"נתיבות לשבת". והא דסי' י"א שאני, שהרי הבעל הוא שגרם שתאסר עליו ע"י שקינא לה, שאלולא זה הרי אין אוסרים על הייחוד. והרי מטע"ז אמרינן שאל יקנא אדם לאשתו בזה"ז, שאם תסתר נמצאת אסורה עליו עולמית (סוטה ב:, א"ע סי' קס"ח, ז). ועפ"י שהייחוד אסור ממילא, ואשה הנסתרת עוברת על איסור גם אילולא קינויו, מ"מ כנ"ל, אין רואים חז"ל הקינוי בעין יפה, שתאסר ע"י זה לעולם, בעוד שיכול להיות שהיא טהורה.

(ומה שנאמר שם על קינוי "בינו לבינה", הרי רש"י שם פירש שהכוונה אפילו בינו לבינה, וכן הועתק בשו"ע, והיינו, שלמרות שבזה לדעת חכמים אי"ז קינוי, מ"מ יש לחוש לדעת ריב"י, ומכש"כ לקנא לה בפני עדים, שאז נאסרת ע"י הסתירה גם לחכמים). דאשר ע"כ אם קינא לה ונסתרה ונאסרה עליו, הרי הוא שגרם לכך שתאסר ע"י שקינא לה. ע"כ יכולה לבא עליו בטענה שהוא גרם לעיגונה וע"כ כופין אותו להוציא. ולא כן בזינתה, שאיסורה לא בא לה בגרמתו, אלא היא היא שגרמה לעצמה, בזה באמת אינה יכולה לבא עליו בטענה, וע"כ אין לכופו, ואף לא לחייבו, להוציאה. ע"כ א"ש דברי הב"ש גם אליבא דהתוס', כיון דאינהו מיירי בזינתה במזיד, שבזה סגי בהפרשה, ואין לחייבו במתן גט גם אם תתבענו לזה. ולפ"ז ניד"ד שנאסרה עליו שלא בגרמתו, אין לחייבו במתן ג"פ, גם לפי דברי הב"ש.

ובסיכום: נידון דידן יש בו שלש דעות לענין חיובו בג"פ: לדעת הרמב"ם לפ"מ שהבין דבריו הגרע"א - חייב להוציאה ואף כופין אותו ע"ז: וכן הוא גם אליבא דהתוס' לפי הבית שמואל, לפי הבנת ה"פני משה", במקרה דנן שהיא בגדר האסורה מצד ספק.

ואילו לפי ה"נתיבות לשבת", וכן לפ"מ שכתבנו עוד בביאור הב"ש אליבא דהתוס' והרמ"א שפסק כוותייהו, אין בזה על הבעל חיוב לגרשה, אלא הפרשה בעלמא.

ומכיון שהדבר תלוי באשלי רברבי, אין לפסוק שהבעל חייב לגרשה, כי יש בזה משום ספק של גט מעושה.

ועכשו נבא לסעיף ג' של הערעור על פסה"ד שדחה את תביעת הפיצויים של הבעל: שלפי טענת הערעור יש הצדקה לתביעה בשל הנזקים שנגרמו לו בעסק, בגרמת האשה ועל ידה. והנה עפ"י דרכו של כב' ביה"ד שדן בדבר ופסק שחייב לגרשה, ושכנ"ל נתברר שזה לא יכול להיות מצד עיגון האשה, כי כנ"ל אין בכה"ג משום עיגונא, ורק משום לתא דידיה,

www.eretzhemdah.org

כי אז צדק כב' ביה"ד גם בזה שדחה תביעת הבעל לפיצויי מכל וכל, מבלי להכנס לבירורים באיזו מדה יש ממשות בטענתו על הנזקים שנגרמו לו. כי לפ"ז אין כאן מקום לפיצויים בגלל מתן הגט, שהוא הוא החייב בו. אולם מאחר שמסקנתנו היא שבכגון דא אין לפסוק עליו חיוב למתן גט, א"כ מתן הגט הוא ענין למשא ומתן, ובזה יש מקום לשמיעת הטענות בכדי להביא הצדדים לידי הסכמה, שהגט ינתן מתוך הסכמת שני הצדדים.

שאול ישראלי

פסק דין

בהתאם לכל האמור יש לפסוק:

א הערעור על סעיף א' של פסה"ד מתקבל, ואין על הבעל חיוב לתת ג"פ לאשתו.

ב הערעור על סעיף ב' של פסה"ד נדחה, והאשה אסורה על בעלה, וכן על מר ע. גם לכשתתגרש מבעלה.

ג מצוה על הבעל א. לגרש את אשתו ר.

ד על הצדדים לנהל מו"מ על התנאים, וממליצים לפני כב' ביה"ד שדן בדבר שיסייע לצדדים בניהול המו"מ בענין זה, אם יתבקש לכך על ידם.

ה אשר לסעיף ד', כבר הודע לצדדים שאין מקום לערעור, מאחר שביה"ד טרם קבע עמדה סופית ביחס לילדים.

ו אין צו להוצאות.

פסק הדין ניתן ביום א' בחשון תשל"ט.

בצלאל זולטי אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי

סימן לד: בענין כפיה לגירושין כאשר נשא אשה על אשתו*[33]

ערעור תשכ"ו178/ הוא נגד פסק דין שנתן ע"י כב' ביה"ד האזורי בפ"ת, ביום י"א באב תשכ"ו, לפיו נדחתה תביעת האשה לצוות לכוף את בעלה לגרשה בג"פ.

תמצית העובדות:

הצדדים הינם בעל ואשה הנשואים זל"ז כדמו"י, ולהם שני ילדים משותפים בן ובת. לאחר עשר שנות נישואין זנח המשיב את אשתו ונשא אשה אחרת עליה. המערערת הגישה תביעה לביה"ד האזורי לחייב את בעלה בגט, ובמקרה ויסרב לגרש אותה, לכוף אותו עד שיפטרנה בגט. העילה לזה, כי בעלה לא מוכן לעזוב את האשה השניה והיא לא יכולה להמשיך במצבה הנוכחי. הצדדים הם מבני עדות המזרח. בכתובה של המערערת]אשר עליה מופיעה גם חתימת הבעל[נאמר: "לא ישא ולא יקדש שום אשה אחרת עליה בחייה כתקנת רגמ"ה ז"ל".

הבעל טוען כי הוא אוהב את אשתו הראשונה, רוצה בחיי שלום עמה, והיותו נשוי עם אשתו השניה איננה עומדת בסתירה לרצונו לחיות עם התובעת חיי משפחה תקינים.

ביה"ד האזורי פסק שעל הצדדים להתגרש, אבל דחה - כאמור - תביעת האשה לכופו לגט. טעמו ונימוקו הוא: "אם כי יש צדדים עפ"י גדולי הפוסקים שעל פיהם היה אפשר לצדד לכוף את הבעל לגרש את אשתו הראשונה, אולם רבו החולקים עליהם ונקבעה הלכה כי במחלוקת הפוסקים אין כופין לגרש".

לאחר מו"מ ארוך המפורט בפד"ר כרך ז' פסק ביה"ד עליו נמנו הרב יצחק נסים, הרב בצלאל זולטי והרב יוסף שלו' אלישיב שלא לשנות את פסק הדין המעורער.

לאחר פרסום הפסק בפד"ר הנ"ל שלח הגר"ש ישראלי זצ"ל את המכתב להלן לגרי"ש אלישיב שליט"א.

א מעכתר"ה מביא נוב"ת סי' צ' שכ' שאין ראי' מהרמ"א (סי' קנ"ד סעי' א') שכתב": "וי"ח ואומרים שאין כופין למומר או שער עובר על ד"ת אלא א"כ פושע נגדה - שעבר על חרם ששיעבד נגדה שלא להקניטה" שכונתו לכפי' בשוטים דלא נחית להא וכו'.

ומעכתר"ה דחה דבריו דהרי דברי הרמ"א (הלקוחים מההג"מ) מוסבים על מש"כ שם להוכיח דאין כופים במומר מדלא מנה זאת במתני' ס"פ המדיר, והתם המדובר בכפי' בשוטים, א"כ סיום דברי ההג"מ שבכה"ג שעבר על ח' שהוא כנגדה כן יוציא חוזרים על האי גוונא והיינו ע"י כפי'.

ועפי"ז חזר והקשה דא"כ גם בהא תיקשי אמאי לא מנה זאת במתני'. ועפי"ז מסיק דהא דכופים הוא לא מצד דעבר על הח', אלא מדין מי שמכה את אשתו וכהא דסעיף ג' דהרמ"א, והא דעבר על הח' אינו אלא לשמש לראי' דאינו מרסן עצמו ועומד ברשעו וכו'.

ב לענ"ד זה לא ניתן כלל להתפרש ברמ"א, דחזינן דבסעיף ג' הנ"ל לא הביא דין זה אלא במכה לחוד ולא בענין מבזה או מקניטה כהא דהבנימין זאב, ומשמע ממנו דרק לענין יכה הוא שיש לדון בזה לדעתו כדכ' גם הנימוק "המכה אשתו עבירה היא בידו כמכה חבירו", אבל לענין מבזה לא הביא כלל להני י"א.

[33] מכתב משנת תשכ"ח המתיחס לס"ד של הגרי"ש אלישיב תשכ"ו\178 (פד"ר כרך ז' ,3).

ותו דהתם הביא זאת רק בשם "יש אומרים" ואילו הכא לא הביא אלא דעה ראשונה דגם במומר כופים בנוסח י"א, ואילו הדעה השני' של "יש חולקים" נראה שהיא אליבא דכו"ע.

ועוד דלמה נקט "שעבר על ח' ששעבד נגדה" דמשמע שהמדובר רק בכה"ג שהוא עצמו קיבל הח' על עצמו מרצון. והרי אי מצד דאינו מתרסן וכו' כך לי שבי"ד החרימו כהא דס"ג "ואם רגיל הוא בכך ביד בי"ד ליסרו ולהחרימו וכו'".

מכל זה מוכח בפירוש דהא דההג"מ לא נחת לה מצד המכה אשתו ומבזה אותה, אלא הוא קשור בזה שעבר על הח'.

ג הן אמנם מדברי הנוב"י עצמו נ' א"כ שנוקט שלא מצד להא דאיסורא דעבר על הח' קאתי עלה, אלא מצד הפרת התחייבותו כלפי האשה שקיבל עליו באופן חמור דקבלה בח' הוא דאתי עלה, דהרי בנידון שלו כבר הוציא את השני', א"כ מצד הא דעובר באיסור הרי חזר בתשובה ואיך נכופנו בגלל זה להוציאה. ולפ"ז דברי ההג"מ דומים לדברי המהרש"ל שהו"ד בסוף הפס"ד דנראה ממנו דיש כפי' מצד שעבר על התנאי.

אך לענ"ד, אם כי דברי המהרש"ל כפי פשטותם ודאי משמעותם לכפי' בשוטים, וכדנקט מעכתר"ה בהתחלה, אך באמת זה תמוה מאד, דהרי זה כהא דנשבע ליתן גט (קל"ד ס"ד) דכ' בזה הכנה"ג סי' קנ"ד ושך נ"ו, דכל הדיון הוא רק אם נותן מעצמו מחמת השבועה, שבזה י"ל דאין זה אונסא דעצמו כדהביא הגר"א בסי' קל"ד שם, אבל אי רצה לעבור על השבועה וכפוהו, ודאי דזהו גט מעושה. א"כ בעבר על התנאי באופן שעי"ז יכפוהו עכשו ה"ז ממש כמו בנשבע וכופים אותו למלא שבועתו, שהוא גט מעושה וכנ"ל.

ואף לומר דמחויב עכ"פ מצד התנאי ליתן גט ג"כ קשה כמו בשבועה דאין מכשירים אלא בדיעבד. א"כ דברי הרמ"א, אם נפרשם מצד ההתחייבות שקיבל ע"ע נראים מוקשים.

ד ע"כ נ' דברים כפשוטם שדברי הרמ"א וההג"מ הם מצד עובר ע"ד, דמצד זה הוא הדיון בסעיף זה וכמו במומר.

ואעפ"י דבעוברת על דת היינו רק כשמכשילה אותו לא מצד שהיא עצמה עוברת, נראה דכשהבעל עובר ע"ד גם [אם] אינו מכשילה באופן ישיר יש מקום לטענה מצדה. כי האשה נגררת אחר בעלה וקשה לה לעמוד נגדו, כהא דבכורות ל: מעשה באשה אחת שנשאה לחבר וכו' נישאת לע"ה וכו' ולשיטת ת"ק דאינה צריכה לחזור ולקבל דברי חברות ודאי דלא פליג על העובדא ועל דכוותה, אלא דס"ל דעשתה זאת רק מחמת הלחץ והכפי' של בעלה, וכהא דירוש' כתובות פ' אלמנה ניז' סוף ה"ג באשתו של ר' יוסי הגלילי וכו'. ע"כ גם בשהוא עובר על דת יש מקום לכפי' מצד זה. אלא דבזה הוכיח בהגה"מ מדלא מנה זאת במתני' דאין כאן כפי' וכדאסבר לה משום טב למיתב טן דו וכו' ואשה בכל דהו ניחא לה. אכן כל זה אם אינו מקניטנה. משא"כ בזה שכל עיקר קבלת הח' הי' שלא להקניטה והוא עובר על הח' בזה שמקניט אותה, א"כ אזיל הטעם דטב למיתב, כיון שממרר חייה ומקניטה ע"כ חוזר בזה הנימוק העיקרי של עובר ע"ד, דמשו"ז חייב להוציאה.

ה ומעתה ניתנים להתפרש דברי ההג"מ גם לענין כפי' בשוטים, כדדאיק מיניה מעכתר"ה, ולק"מ מה שהקשה דא"כ גם ע"ז תקשי אמאי לא מנה זאת במשנה, כדכתבו התוס' ריש המדיר, דלא מנה הני דבאו בפשיעת הבעל, והכא שעובר על דת במה שמקניטה הרי אין לך פשיעה גדולה מזו. ע"כ לק"מ מהא דלא מנאה. ולא התקשה ההג"מ אלא אי בכל מומר יש דין כפי', דאז הרי זה לא בכונה של פשיעה נגדה, וכהא דמקמץ ומצרף וכדכתבו התוס' שם.

ו. אכן דיוקו דמעכתר"ה נגד הנוב"י הנ"ל דההג"מ מיירי ע"י כפי' בשוטים אינו הכרחי, וזה מבואר בהנוב"י עצמו. כי אם אמנם הדיון בההג"מ על מומר היה גם לענין כפי' בשוטים, ולזה הוא דהביא הראי' מן המשנה, הרי לפ"מ שנתן הטעם לדבר מצד דטב למיתב וכו' מעתה גם דין יוציא נמי אין במומר. וא"כ י"ל דכלפי זה מתיחסים דבריו האחרונים דכל זה הוא במומר סתם, אבל במומר שמקניטה במומריותו בזה יש עכ"פ חיוב להוציא, אולם על דין כפי' אין לנו בדבריו.

עכ"פ לפ"מ שהסקנו שנ' שהדיון בההג"מ הוא מצד עובר ע"ד ודאי בזה צדק מעכתר"ה דבנידו"ד אין לבא מטעם זה כיון שהזוג הם מעדות המזרח, וקבלתו בכתובה אין בה גדר קבלת הח' ממש על עצמו.

ויש לדון בזה מצד התנאי דבשעת נשואין במקום שנהגו שלא לישא ב' נשים, ובפרט שציין זאת גם בכתובה וכנ"ל.

ז והנה מעכתר"ה חותר להוכיח דמכח תנאי שהופר אין כפי' בגט עפי"מ דדאיק דגם חדר"ג הוא מזכות האשה, ואעפי"כ אין כפי' מצד התנאי. וכן מהא דאין כופין להוציא כשאין בידו לזונה אעפ"י דודאי הוי כהתנה.

והוקשה לו מהא דתשו' מיימוני במי שחייב עצמו לדור במקום הכלה שמוכח מזה לכאורה שכופין אותו לקיים התנאי וכו'. ופלפל בזה.

ואני בעניי לא ידעתי מקום הספק. דאם אין לפניו דרך אחרת מלבד גירושין, שעבר על התנאי ושוב אינו בידו ומסרב לגרש, הא פשיטא דלא יתכן ע"ז כפי' וכמש"כ לעיל, דה"ז ממש כמו שנשבע ורוצה לעבור על השבועה, דאין אפשרות לכופו לגרשה לקיים שבועתו.

ואם הדיון בזמן ששני דרכים לפניו, היינו או לקיים התנאי, או לגרש הרי בזה פשיטא לאידך גיסא דנכופנו לעמוד בתנאו ואם לא ירצה ויגרש הרי אין כאן משום לתא דגט מעושה.

וזהו בדיוק הנידון של עובר על תנאו ולקח אשה אחרת, דמדמה לה הריטב"א לחמר שאינו רשאי לעשות גמל, דיש בזה כפי' כדכתב הגר"א בסי' קנ"ד סקמ"ח. וה"נ הדבר בידו לגרש השני' ולעמוד בתנאו עם אשתו הראשונה. ואי משום דלגבי השני' לא תנשא בגט זה אם נכופנו להוציאה מחמת חשש גט מעושה, מה זה איכפת לאשתו הראשונה, שהיא מעונינת בעיקר שהשני' תצא מביתו ולא תהא לה צרתה בצדה.

יתר ע"כ נ' דגם אם יוציאנה בלי גירושין ג"כ סגי לה ויקיים בזה תנאו, כי כל עיקר קפידתה והקנטתה היא בזה שנוהג בשני' מנהג אישות, אבל לא הא דתהי' אלמנה צרורה עד יום מותה.

www.eretzhemdah.org

א״כ ה״ז דומה ממש לחמר שרוצה ליעשות גמל שנכופנו בשוטים לחזור למלאכתו הקודמת, וה״נ יש כאן דין כפי׳ לעמוד בתנאו ולהוציא השני׳ מביתו.

ואין ראי׳ מכל הני תשובות שהביא מעכתר״ה דאין דין כפי׳ מצד חדר״ג, דאף אם ננקוט שהיא זכות האשה, מ״מ מכוח תקנה זו זכותה מוגבלת כפי התקנה, וזו לא היתה בכונה לכופו בשוטים לזה, ובק״ו מתקנ״ח שחייבוהו בפירוש להוציא שמ״מ לא חייבוהו עד כדי כפי׳ בשוטים, משא״כ תנאי שהוא קבל על עצמו כלפי האשה ודאי דחייב לעמוד בתנאו, וכופים אותו לעמוד בתנאו ולא לעבור עליו ואפילו בשוטים, וכמו בכל תנאי דהתחייבות בדיני ממונות שמתחייב בזה מדין שכירות שכופין אותו עד שתצא נפשו, כהא דכתובות פ״ו מדין שיהא לאו שלך צדק והן שלך צדק, וכהא דחמר ונעשה גמל וכנ״ל.

וכן יש להוכיח זאת מהא דשלהי מכילתין לענין ג׳ ארצות, דלדעת ר״ת שם הכפי׳ היא מצד האשה, והנימוק מבואר בתוספתא שם משום ״דע״מ כן נשאה״. הרי שתנאי מחייב אותו שיקיימו, וגם ע״י כפי׳.

ועפי״ז דברי התשו׳ מיימוניות שקיבל ע״ע לדור במקום הכלה הם פשוטים ונכוחים, דודאי מן הדין הי׳ לכופו שידור במקומה, ואם לא יסכים יגרשנה, וזה אינו גט מעושה, כהא דכופין אותו לדעת ר״ת הנ״ל, וכהא דחמר ונעשה גמל וכנ״ל.

ומה שהביא להוכיח ממי שאין לו לזונה שאין כופים לשיטות אלה דס״ל כן, ראי׳ זו תמוהה, דא״כ תיקשי לי׳ עכ״פ למה אין כופין שילך להשכיר עצמו. אלא פשוט, דהני שיטות הרי סברי שאין זה בכלל ההתחייבות של ״אפלח״ אלא לעבוד בשלו, ואם אין לו במה לעבוד, לא קיבל ע״ע שום התחייבות כלל, וא״כ מה מקום כאן לכפי׳?

[ואגב, יש להעיר דמאי דפשיטא לי׳ דלכל השיטות הא דחדר״ג הוא זכות האשה, לדידי ג״כ אינו פשוט כלל, דבפשטות הדברים אין זה אלא להני דס״ל דחדר״ג הוא קיים גם כשעבר ונשאה. משא״כ לשיטת הב״י והני דקאי כוותי׳. ולפמש״כ הנובי״ת לא הוכרע נגדו אלא לחומרא, לשיטה זו ודאי לא מסתבר כלל לראות בזה זכות האשה, כי לגבי דידה מאי נפ״מ במה שעבר ונשא, וכי זכות זו שלה במה פקעה?

א״כ מאחר שלא הוכרע שלא כהב״י וכנ״ל, ממילא אין מקום לכפי׳ מצד זכותה, דלהב״י אין כאן זכות האשה כלל. וזהו לרווחא דמילתא.

אך כאמור, גם אילו היינו נוקטים כמעכתר״ה דלכו״ע הוי זכות האשה ג״כ אין ראי׳ כנ״ל. דזכות זו היא רק עפי״מ שחכמים תקנו וזיכו אותה. משא״כ בתנאי שהוא עצמו חייב עצמו דודאי חייב לעמוד בתנאו, וכופים אותו לעמוד בזה.]

ח תבנא לדיננא מה שנלענ״ד, דבהני מקומות שאין נהוג לישא אשה אחרת על אשתו, ובפרט כניד״ד שכ׳ כן בפירוש בכתובה, מחוייב הוא מכח התנאי לעמוד בזה ויש לכופו להוציא אשתו השני׳ מביתו, ואולי גם לפוטרה בגט וכנ״ל. ואם יבחר לו דרך אחרת והיינו ליתן גט לאשתו הראשונה שרוצה בזה, אין כאן חשש של גט מעושה כלל וכלל.

ט וצריך אני להעיר דמה שנראה בפס״ד הנ״ל שפסקו שחייב הוא לגרש אשתו הראשונה (כן מנוסח שם הדבר במסקנות הבאות בראש הפס״ד) דבר זה צ״ע טובא, דמצד התנאי אין עליו חיוב מוחלט לגרש הראשונה, אלא יש בידו הברירה. ופס״ד המחייב אותו כאילו באופן מוחלט לגרש הראשונה יכול לגרום לו טעות שמחויב הוא בזה מצד הדין, ואם יסכים לתת גט מטעם פס״ד זה ה״ז יכנס בחשש של גט מעושה, כיון שמצד הדין אין עליו חיוב זה, אלא רק בתור ברירה וכמבואר בעונג יו״ט סי׳ קס״ח.

והנלענ״ד כתבתי.

שאול ישראלי

לידידי הגרש״י (שליט״א) [זצ״ל] שו״ב.

... ואני רושם מה שנתעוררתי אגב קריאתי בקונטרס הנ״ל.

שם כתוב:

״ומה שהביא להוכיח ממי שאין לו לזונה שאין כופין לשיטות הסוברים כך, דבר זה תמוה, דא״כ תיקשי לי׳ עכ״פ למה אין כופין שילך להשכיר עצמו. אלא פשוט, דהני שיטות הרי סברי **שאין** זה בכלל ההתחייבות של ״אפלח״, ואם אין לו במה לעבוד, לא קיבל ע״ע שום התחייבות כלל, וא״כ מה מקום כאן לכפי׳?״

הלכה פסוקה בחו״מ סי׳ צ״ז: ״אבל אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפורעו. ואפי׳ התנה ע״ע שיתפוש המלוה את גופו וכתב לו בשטר אינו מועיל ואינו יכול להשתעבד בו.״ ובסמ״ע שם ״נראה דהוא מטעם דכ׳ כי לי בני ישראל עבדים שטר דהש״י הוא קודם״. ובב״ח שם סי׳ צ״ט: ״ואע״ג דבנדון השא״ש הי׳ הלוה מתנה בפירוש להשתעבד ולעשות מלאכה כדי לפרוע חובו, אפ״ה אנן כי דינא אין כופין אותו כיון שהתנה ע״ע תנאי שהוא כנגד ד״ת ודאי אם הי׳ מתרצה להשתעבד בגופו לא הוה מחינן בי׳, אבל אנן לא כייפינן לי׳ וז״ש הרא״ש אין ב״ד כופין אותו לכך כו״״ ע״ש (וע׳ ביאור הגר״א שם) לפי״ז אין אדם יכול להתחייב לעבוד אלא אם נפרש מ״ש בכתובה ״ואפלח״ כמו״ש השי״א נמצא דכך הי׳ תקנת חז״ל. לכן השיא ר״ת ״ואפלח״ לכוונה אחרת.

ברם אף אי נימא דלא כהר״ת ובמתחייב בפירוש ... ובמזון אשה לא חייבוהו חז״ל לעבוד, אך מה זה נוגע לעלובתא דא, האשה לא נשאת אליו ע״מ שתרעב ללחם, התחתנה אדעתא דהכי שתקבל לחם חוקה מדי יום ביומו, ואם אין לו לשלם בהתאם למה שחויב למה לא תהא זכאית לדרוש שישחררנה בג״פ.

עוד שם:

״דברי המהרש״ל ודאי משמעותם לכפי׳ בשוטים, אך באמת זה תמוה מאד, דר״ת כהא דנשבע ליתן גט (קל״ד) דכ׳ בזה הכנה״ג סי׳ קנ״ד דכ׳ הדיון הוא רק אם נותן מעצמו מחמת השבועה, אבל אי רצה לעבור על השבועה

www.eretzhemdah.org

וכפוהו, ודאי דזהו גט מעושה. א"כ בעובר על התנאי באופן שעי"ז יכפוהו עכשו ה"ז **ממש** כמו בנשבע וכופים אותו למלאות אחרי שבועתו...".

במקום שנ"ל דאדעתא דהכי שיתחתן עם אחרת לא נשאת לו, והיא זכאית לפי"כ לתבוע ממנו גט, וחייב להוציאה וכופין אותו על כך וא"כ איפוא הוה גט מעושה **כדין** וה"ה בנדון המהרש"ל, לולא התחייבותו כלפיה הקדושין בטלים לגמרי, לפי הס"ד, וע"י התנאי דיליה חלים הקדושין ומה זה ענין למי שנשבע לגרשה, שאם יכופוהו לגרש הוה אנוס בנתינת הגט. ונ"ל בזה דהוה גט מעושה שלא כדין.

עוד שם:

"מאי דפשיטא דלכל השיטות הא דחדר"ג הוא זכות האשה, אין זה אלא להני דס"ל דהחדר"ג הוא קיים גם בעבר ונשאה. משא"כ לשיטת הב"י, לשיטה זו **ודאי** לא מסתבר כלל לראות בזה זכות האשה, כי לגבי דידה מאי נ"מ במה שעבר ונשא, וכי זכות זו שלה במה **פקעה**?"

פלוגתייהו דהב"י ודעימי' היא אם רגמ"ה הטיל חרם על כל רגע שהוא מחזיק שתי נשים או החרם הוטל על מי שנושא אשה על אשתו, היינו על מעשה הנשואין גרידא. אכן בנוגע לשעבודים וזכויות האשה אין בזה פלוגתא, והדבר פשוט לכו"ע דא"א לבעל לקחת אשה ע"א מבלי שילכד בחרמו של רגמ"ה. ובודאי לא נשאת אליו אשתו אלא אדעתא דהכי שלא ישא אשה עליה ואטו ברשיעי עסקינן ובלא"ה הלא לא גרע תקנת רגמ"ה מאתריי דנהיגי כך בלי כל הטלת חרם ובודאי מסתברא שיש בזה משום זכות האשה.

עוד כתב כתר"ה:

"והוקשה לו מהא דתשו' מיימוני במי שחייב עצמו לדור במקום הכלה שמוכח מזה לכאו' שכופין אותו לא ידעתי מקום הספק. דאם אין לפניו דרך אחרת מלבד גירושין, שעבר ע"ת ושוב אינו בידו ומסרב לגרש פשיטא דלא יתכן ע"ז כפי' דה"ז ממש כמו שנשבע, ואם הדיון בזמן ששני דרכים לפניו הרי **פשיטא** לאידך גיסא דנכופנו לעמוד בתנאו ואם לא ירצה ויגרש הרי אין כאן משום לתא דגט מעושה."

מתוך תשו' מיימוני הנ"ל משמע דדיון הכפ"י הי' על הגט, ע"ש שכ' "ואחרי שרוב הגאונים פי' כך דבכפיית האשה מיירי מי יעבור ע"ד **לכופו** להוציא, ודאי היכא דהבעל הי' בא לכוף את האשה לא היינו כופין אותה הואיל ונפיק מפומיה דר"ת דמספיקא עבדינן לחומרא".

אכן בבית יעקב סי' ע"ה סע' ג' כתוב: "דהא דאין כופין אותה היכא דאיכא פלוגתי דרבוותא מחמת ספק היינו אם יכול לכופה בשוטים דכיון שאינה רוצה לעלות עמו הוי כמונעת אותו ממלאכה דכופין בשוטים...". הנה לא עלה על דעתו ז"ל לומר דהכפי' היא על עצם עליתה על מקומו, שהרי לדידה מחוייבת ללכת אחריו ועל דעת כן התחתנו ורק המציא דהכפי' היא כתוצאה מכך שע"כ היא מונעת ממלאכה. ואמנם ג"א כתבנו לדחות הראי' מהתשו' הנ"ל משום שע"ז הוא מונע א"ז מחיוב מנה.

ויש לי... עיון בדברי הריב"ש סי' קכ"ז זל"ש: "אבל מה שהיו הב"ד יכולים לעשות לה לכוף הבעל לשוב ולהיות אצלה ולקיים שנית עמה, ואם לא רצה מנדין כמו שמנדין מן הדין לגברא דלא ציית דינא וכ"ש שעבר על ד"ת אח"כ שאין לוקין על לאו של עונתה לא יגרע לפי שהוא לאו שאין בו מעשה ואין לוקין עליו, מ"מ מנדין אותו או מכין אותו עד שיקבל עליו לקיימה". וכ"ה בביאור הגר"א אה"ע סי' קנ"ד סקמ"ח: "מ"מ לא גרע מדבר שהוא מד"ס שמכין ומנדין עד שיקיים". ולמה דחקו עצמם ז"ל לחדש טעם למה כופין אותו לוקח מנה, הלוא בפשוטו נימא שיכופוהו מדין שעבוד וכמבואר בנדרים ט"ו האומר לאשתו קונם שאני משמשך "והוא משתעבד לה מדאורייתא (והוי כאוסר נכסי חבירו על חבירו. ר"ן), דא.. תשמישי עליך כופין אותה ומשמשתו"

וצ"ל דמדין שעבוד לא שייך לכופו שהרי בעה"א סי' ע"ז סק"א נאמר: "וישב ולא ישמש" וכ' הש"ש ואין כופין אותו לשמש דאיסור הוא דכ' בלא דעת נפש לא טוב ומבואר ברמ"א שם דאי רוצה לגרש אף בלאו דלא יגרע אינו עובר, ולכן כ' דענין הכפי' הוא שלא יעבור על לאו דלא יגרע וכייפינן אותו או שי... ויהפוך לבו לאוהב אותה תחת שנאה אשר שנא אותה או יגרשנה.

[וע' שטמ"ק כתובות דף ס"ג: לאו דכפי' ממש קאמרינן אלא דכפי' בדברים, וכעין אותה ששנינו בתמר כו' וכן אותה שאמרו קונם הנאת תשמישי עליך כופה ומשמשתו למימרא דכאן דמשעבדא ליה לאו כל כמיניה דקמי מפקא לי' לשעבודי' מיני' ולא חל הנדר ולא בעי הפרה כלל."]

עוד שם:

"וזהו בדיוק הנידון של עובר ע"ת ולקח אשה אחרת, דמדמה לה הריטב"א לחמר שאינו רשאי ליעשות גמל, וה"נ הדבר בידו לגרש השניה."

ע' בתר"י הו"ד בשטמ"ק כתובות דף ס"ב רוצה אשה בקב כו' כלומר רוצה האשה יותר שיהי' בעלה חמר ויהי' תדיר עמו ותטפל עמו באותו המעט שהוא מרויח משיהי' גמל - הלכך יכולה לעכב עליו ואם לא ירצה להניח דיינינן לו **כמורד** על אשתו עכ"ל. משמע דאין ביד ב"ד לכופו שיניח מלאכת גמל.

ובמאירי יבמות ס"ה: "וי"א דבזמנים הללו שהוסכמו הדורות בנדרים וחרמות שלא להתיר לישא אשה ע"א אינו רשאי ויוציא ויתן כתו' **וחזרנו** לכעין דינא של ר' אמי שאמר אומר אני כל הנושא אשה ע"א אפי' יכול לספק יוציא ויתן כתו'"

ובב"י בתשו' דיני כתובות סי' י"ד כתוב: "ואפי' ר"ג עצמו בזמנו ובמקומו לא תיקן אלא שלא ישא אשה ע"א אבל אי נשא שיגרשנה זו לא שמענו ולא עלה על לב אדרבא מאחר שנשאה אם יגרש עבר על חר"ג שלא יגרשנה בע"כ, ומלבד זה אסור לעשות כן **להכלים** בת ישראל".

www.eretzhemdah.org

ובשו"ת רש"ל ח"ב סי' ע"ז כ': "ואומר דאעקרא דאם שמעון הנז' הי' עובר על השבועה במה שנשא אשה על דינה אשתו לאו דינא ולאו דיינא שהי' יכולה דינה לטעון עליו שיגרש האשה השני' שנשא ואין לומר דכיון דעבר ונשא מה שעשה עשוי ואין מחייבים אותו לגרש. דנהי שהתנה עתה שלא ישא אשה אחרת עליה אף אמנם לא התנה שאם נשאה שיגרשנה, דהאי ליתא דכיון שהתנה עמו שלא ישא אחרת עליה ונשבע ע"ז ועבר ונשא באופן דעבד איסורא דין הוא שיגרשנה ולא יועיל לו לקחת האשה שנשא דהא קיי"ל דלא כאביי דס"ל כל מידי דא"ר לא תעביד כו' ומאי דל"ע משום דעבר אדאוריתא וא"כ מילתא דפשיטא היא דהנושא אשה ע"א ועובר על שבועתו תוכל אשתו הראשונה לחייבו לגרש האשה שנשא". מבואר דאלולא השבועה אף שהתנה תנאי שלא ישא אשה ע"א יכולה לחייבו לגרש השני' אלא שהראשונה זכאית לדרוש שיפטור אותה בגט, וכדמסיק ויש לחייבו שיפטור את דינה בגט ע"ש.

זאת ועוד מילתא דפשיטא היא דגם במקרה והבעל ע"י נשואי השני' לא מונע העונה שהוא מחוייב כלפי הראשונה גם אז הראשונה יכולה להתנגד ונשואי השני'. וכמ"ש התומת ישרים שהו"ד בפס"ד הנ"ל: "וכל האנשים יש להם אשה אחת וגנאי גדול הוא לאשה שישא אחרת עליה". ובכה"ג אי אפשר לכופו בגלל דלאו דעונתה לא יגרע. מ"מ מדין של יוציא ויתן כתובה מיירי להוציא את הראשונה כשהיא דורשת זאת. והרי הוא בכלל הא דר' אמי וכנ"ל.

ועי"ש בביאור דברי הרמ"א בעובר על הח' ששעבד עצמו נגדה. הנה אחרי שנדפס פסה"ד הנ"ל .... לי ח"א למ"ש החזו"א ה' גיטין סי' ק"ח. וראיתי שגם איהו ז"ל נחית לפרש דהא דכופין אותו בעובר על ח' ששעבד נפשיה כנגדה אינו בשביל שעבר על הח' אלא בשביל שהקניטה ומכה אותה אלא שבתחילה מעכבין על ידו בחרם וכדאיתי ברמ"א ס"ג ובדיוק כ' בהגה"מ שלא להקניטה ושלא להכותה דעתו שבשבילן כופין אותו להוציא עכ"ל. ויש לדון בדעתו ז"ל ע"ש גם בענין זה לפיה"ד שכתבנו בפס"ד הנ"ל.

והנני בזה ידידוש"ת.

יוסף שלו' אלישיב

לידידי הגאון כמוהר"ר ש"י אלישיב שליט"א

שו"ב וכט"ס. אאשר קבלת מכתבו והריני בזה להעיר הערותי.

א במה שכתבתי במש"כ מעכתר"ה להוכיח דאין כופין כשעובר על מה שהותנה, מהא דאין כופין כשאין לו לזונה שישכיר עצמו. כ' מעכתר"ה עפמש"כ בחו"מ סי' צ"ז לענין בע"ח דאין כופין אותו להשכיר עצמו

"לפ"ז אין אדם יכול להתחייב לעבוד, אלא אם נפרש מש"כ בכתובה "ואפלח" כמוש"כ הר"א, נמצא דכך היתה תקנ"ח ז"ל וכו'"

אך א"כ לפ"ז חז"ל תיקנו לעבור על ד"ת בקו"ע. א"פ דהרי כל ענין האיסור אינו מה שמשכיר עצמו כפועל, דהרי אין איסור להשכיר עצמו (עכ"פ בגוונא שיכול לחזור בו, ולא יותר מג' שנים לכו"ע). אלא שעצם ההתחייבות וההשתעבדות למלוה שעליו להשכיר עצמו כפועל, זהו האיסור, כי לגבי זה הרי ליתא בחזרה (אם אין בידו מעות אחרות). אכן במתחייב באופן כזה כלפי אשתו אי"ש איסור זה כמש"כ הש"ך סי' של"ג סקי"ד "דכיון דמשתעבדי אהדדי ל"ש לומר עבדים". וא"כ הרי גם באשה יש גם לה שעבודי אישות כלפיו ומשתעבדי אהדדי. וזו ודאי כוונת הגר"א במש"כ דענין השתעבדות לבע"ח אי"ש למחלוקת לענין אשה.

וזה נ"ל גם בטעם תקנחז"ל לשעבד האשה למלאכות הבעל, אעפ"י שנ"פ שגם אשה היא באיסור "עבדי הם" וכו' (פ"ת של"ג סק"ד מהחו"י), אלא משום שבעל ואשה משועבדים אהדדי ע"כ ל"ש כלל משום לתא דעבדות בזה.

ולענין חיוב הבעל, אפ"ל עוד נימוק נוסף, דל"ש בזה גדר עבדות, כיון שבידו כל שעה להפטר מזה ע"י שיגרשנה. א"כ זה דוחה להא דפועל רשאי לחזור בחצי היום ול"ד לע"ע שיוצא בע"כ דהאדון בג"כ, כי זהו רק כשיש בידו דמים, משא"כ כשאין לו, וכמ"ש לענין שהשתעבדות שלו הוי עבדות, והוא משום דכשאין בידו דמים, אין לו ברירה אחרת מאשר להשתעבד לו. וז"פ.

ומש"כ עו"ש בזה דגם אי נימא שלא כהב"ח "האשה לא נשאת אליו ע"מ שתרעב ללחם וכו'". טענה זו איני יודע מהי, כי האשה לא נשאת לו אלא עפ"י התנאים שחייבוהו חז"ל במזונותיה, ואם תקנ"ח ז"ל מתפרשת רק שמחויב לפרנסה ממה שיש בידו ולא שיתחייב לדאוג לפרנסתה ע"י שישכיר עצמו, הרי בתנאי זה נשאת לו ולא ביותר מזה. ואם לא יהי' לו - על דעת כן נשאת לו שתדאג היא עצמה לפרנסתה. ואטו אין נשים שמרויחות לפרנסתם ע"י מע"י, והרי יש גם שמפרנסות את בעליהם. וכמו שגם אילולא היתה נשאת הי' עלי' לדאוג לפרנסתה או לחפש לה מזונות ממקו"א, כן גם ע"י הנשואין לא הי' בתנאי הנשואין הטלת חובה זו עליו, כשאין לו בשלו.

ב במה שכתבתי לתמוה על המהרש"ל לפ"מ שמשמיע ממנו כפי' בשוטים, דמ"ש ממי שנשבע וכו'.

וכ' בזה מעכתר"ה:

"במקום די"ל דאדעתא דהכי שיתחתן עם אחרת לא נשאה לו, והיא זכאית לפ"ז לתבוע ממנו גט וחייב להוציאה וכופין אותו על כך, וא"כ איפוא הוי גט מעושה כדין. וה"ה בנידון דהמהרש"ל לולא התחייבותו כלפיה הקידושין בטלים לגמרי, לפי הס"ד, ועל התנאי דיליה חלין הקידושין, ומה הענין למי שנשבע לגרשה וכו'."

וע"ז אני אומר:

תנאי זה לאחר הנשואין יהא דינו ככל תנאי דקיי"ל אין תנאי בנשואין, א"כ אין לבא כאן מצד תנאי שאם אינו מקיימו המעשה בטל, אלא מגדרי התחייבות מצדו. אכן אם מצד התחייבות, אין זה עדיף מהתחייבות ע"י שבועה, שאעפי"כ אם מסרב למלא התחייבותו ה"ז בגדר גט מעושה. ולא אדע לחלק בין התחייבות שקיבל לפני הנשואין למה

www.eretzhemdah.org

שקיבל אח"כ - בשניהם יש עליו חיוב למלא, ומ"מ ע"י סירובו נוצר מצב חדש שיש בו משום עישוי. דנ"פ בשבועה שגם אם הי' נשבע לה לפני כן הוי כמו נשבע אח"כ.

ג במה שכתבתי דנראה דלדעת הב"י דאין החדר"ג אלא על עצם מעשה הנשואין של השני' ל"ש לדבר על זכויות האשה, כ' מעכתר"ה שלא נחלקו בזה, אלא ביחס לחלות החדר"ג וכו'.

בעצם הן בכלל לא הוזכר בחדר"ג ענין זכויות, שאינו אלא איסור ולא תביעה ממנה כלפיו. אלא שלדעה זאת שהאיסור הוא מתמיד י"ל דהכונה היתה בתקנת החדר"ג לזכותה כלפיו. אבל להב"י אין כלל מקום לזה. כי אילו כך, הי' צריך שתהי' התקנה גם לאסור להמשיך להחזיק בה, ולא נאמר שאח"כ יהי' בגדר איסורא דעבד עבדו וכו'.

ד במש"כ דשפיר יש מקום לכפי' בהא דתשו' מיימוניות וכיון דיש בידו הברירה, כ' מעכתר"ה, דלשון ההג"מ משמע דהמדובר על כפי' לגירושין וכו'.

במחכתר"ה, בעיון בתשו' הנ"ל נראה ברור שהכפי' לגירושין לא נאמרה אלא בתור אחת הברירות שבידו, והיינו שאם לא מתרצה למלא התנאי לבא למקומה ממילא יחויב לגרשה. כן הוא לשונו בראש דבריו שם בא"ד: ועפ"י הדברים פטרנו את הארוס מלבא שם עפ"י ראיות ברורות וכו'. וכן בסיכום דבריו שם: סוף דבר אין לכוף אותו לילך אחרי', ואפי' לפי תשו' ר"ת וכו'. וכן הביא שם דעת המתנגד לפסק זה בזה"ל: ויש מרבותינו שכתבו שיש לכופו לילך אחרי' אפי' ממדינה למדינה או לגרש וכו'.

וזהו בדיוק כלשון השו"ע (קנ"ד ח'): אם ידוע שהאיש רוצה לילך וכו' או יכפוהו קודם שילך יגרש וכו'. שכ' ע"ז הגר"א הכונה דמעמידים לפניו שתי הברירות, ואם אינו מסכים לקיים העונה כהתחייבותו "כדי להנצל מזה - יגרש".

וכל התשו' סובבת על יסוד הגמרא דג' ארצות לנשואין וכו' לפ"מ דפירשו שלא כר"ת שהכפי' היא מצדו, ולר"ת דהכפי' היא מצדה, והיינו לכופו לדור עמה, ואם לאו יוציא. דע"ז מסיק דאין לעשות מעשה כר"ת לכופו לדור עמה במקומה, או אם לא יסכים שיוכרח לגרשה, דע"ז כ' דיש בזה חשש גט מעושה, כיון דמעיקר הדין אין עליו כלל חיוב לדור במקומה. וכן שם מביא המעשה דמירצבור "...שהבעל הי' חפץ לכוף לאשתו ללכת אחריו וכו'" ושלח לר"א - דעת ר"ת שאין לעשות מעשה לכוף אשתו דאזלינן הכא לחומרא וכו'. הרי שכל הדיון אינו אלא על מלוי התנאי, או לגרשה אם אינו רוצה לקיים התנאי.

ה עו"ש מביא מהבית יעקב בשאינה רוצה לדור במקומו וכ' ע"ז: "הנה לא עלה על דעתו ז"ל לומר וכו' ורק המציא דהכפי' היא כתוצאה מכך שמונעת עצמה ממלאכה וכו'".

נפלאתי מאד על הבנה זו בה"בית יעקב" דא"כ עדיפא הו"ל למינקט - מצד שמונעת עצמה מתשמיש. א"ו דלא מצד המנעותה קאתי עלה, דהרי אם יבא למקומה אינה מונעת ממנו כלום, וכבר נזכר מזה בתשו' מיימוניות הנ"ל. אלא שהביא הא דהמנעות ממלאכה כדוגמא, דבשביל המנעותה ממלאכה יש דין כפי' ממש עלה דה"ה הכא - מצד המנעותה לדור במקומו. והענין הוא, דלא הוזכר בפירוש לענין ג' ארצות דין כפי' במשנה ולא בגמרא דילן. רק בתוספתא נזכר כפי', אולם גם שם לא ברור כפי' זו מהי. ודכוותה לענין נמנעת ממלאכה נחלקו הרמב"ם והראב"ד כפי' זו מהי, ודעת הראב"ד דאין כפי' בשוטים לגבי אשה. ובמגדל עוז שם מביא הראי' ממה שכופין לגבי גט, שהוא בשוטים. ואילו הראב"ד לא ס"ל להא. וגם כל ענין כפי' בנמנעת ממלאכה לא נזכר בהדיא, ובהגר"א שם למד זה ממש"כ לענין הנקה "כופה ומניקתו". וע"כ גם בנידון דנמנעת מלבא למקומו לא ברור מתוך גמרא דילן במה היא הכפי'. ולזה הביא הבי"ע דוגמא מהא דנמנעת ממלאכה דיש בזה כפי' בנקיטת אמצעי כפי' שונים למר כדאית לי' וכו', וא"כ ה"ה במונעת עצמה לעבור למקומו, ד"כ יש מקום לכפותה ע"י אמצעי לחץ אלה, כי לא גרע ממסרבת ממלאכה.

סוף דבר, לא עלה על דעת הבית יעקב כלל לומר דהדין כפי' הוא מצד שעי"ז נמנעת ממלאכה, כי אינה מונעת עצמה כלל. וכנ"ל.

(ומה"ט אין מקום גם למש"כ מעכתר"ה בעובדא דההוא בחור שהוא מצד שמונע עצמו מעונתה, כי הוא אינו מונע כלל אם תתרצה לדור במקומו).

ו במש"כ מעכתר"ה לדייק מהתר"י בשט"מ בחמר שרצה להיעשות גמל אין כפי' שכ' דדיינין לי' כמורד "משמע דאין ביד בי"ד שיניח מלהיות גמל".

ודאי שאין יכולים למנוע ממנו אם רוצה לפוטרה, שהרי ברירה זו ודאי קיימת לפניו. וזהו שכ' שהוא בדין מורד. ובמורד עצמו בב"ש סי' ע"ז הא דכופין להוציא ולא כופין שישמש משום שהוא איסור וכו'. א"כ היינו במורד מחמת שנאה, אבל במורד כהא דניד"ד דחמר וכו' שאין כאן שנאה ודאי דבדין מורד זה ניתן לו הברירה או שיגרשנה או שיעזב התעסקותו החדשה.

ז עו"ש הביא מהמאירי, ולא ידעתי מה מוכח משם, שהמדובר שאינו רוצה לעזוב אשתו השני' ממילא כל הדיון הוא לפטור אשתו הראשונה.

וכן מהא דהב"י כבר כתבתי בדברי הקודמים, דהוא אתי עלה רק מכוח החדר"ג שלפי דעתו לא חל אלא על עצם המעשה, וממילא אין יכולה להיות תביעה כלפיו מצד אשתו הראשונה ביותר ממה שיש בתקנת החדר"ג.

עו"ש הביא מהא דהמוהרש"ך דאתי עלה רק מכוח השבועה ולא מכוח התנאי וכו'. אבל, במטותא, הרי הוא נוטה שם לומר שהשביעה (וממילא - גם התנאי) לא היו אלא שלא יקחנה, אבל לא שיתחייב לגרש אם עבר ולקח, ובזה הוא שדן, דמ"מ מצד השבועה כיון דקיי"ל אי עביד ל"מ, יצטרך לגרש גם אם עבר ולקחה. וזה ל"ש אלא מצד השבועה ולא מצד התנאי.

אבל אינו ענין למקומות שנהגו שלא ליקח אלא אשה אחת דהוי כתנאי לגבי הראשונה, דיכלה לתובעו למלא התנאי וכמש"כ בכל משפטי התנאים.

www.eretzhemdah.org

סוף דבר:

נלע"ד פשוט וברור שכל תנאי שהתחייב בו, הרי הוא מחויב לקיימו וכופין אותו על כך וכדמוכח מהא דג' ארצות שאמרו שם כופין אותו משום ש"ע"מ כן נשאה", וכמו בהא דהבית יעקב כשאינה רוצה לעזוב מקומה, כשמחוייבת לעשות זאת. וה"נ התנאי שהתנה עמה שלא יקח אחרת עלי' זה מחייבו לעמוד בתנאו. ואין כאן טענה שהביא מעכתר"ה מהתשו' ב"י שאין להכלים בת ישראל, כי היא ידעה וידעה שנכנסת להיות צרתה של ראשונה, ואיסורא קעבדא, והוא נגד המוסכם והנהוג, ל"ש בזה כל הענין של הכלמתה. אלא שהברירה נשארת בידו לגרש הראשונה כיון שמסכימה ומרוצה לכך. אבל לפוטרו בלא כלום, אין זו מן המדה.

כנלע"ד. ובטוחני שמעכתר"ה יואיל לעיין עוד בעומקה של הלכה זו לאסוקי שמעתא אליבא דהלכתא.

והריני בזה ביקרא דאוריתא ידידו דוש"ת כל הימים.

שאול ישראלי

סימן לה: בענין כפית גט בטענות טהרת המשפחה*[34]

ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי חיפה שניתן ביום י"א באב תשל"א, בתיק תש"ל2194/ בו חוייב המערער לתת גט פטורין לאשתו המשיבה.

בתביעה בגלגולה הראשון שהוגשה מטעם האשה לקבלת ג"פ בשנת תשכ"ט (תאריך מדויק בתביעה לא צוין) טענה האשה:

"אפילו שהילד כבר כמעט בן 7 חדשים לא שורר שקט בבית יש תמיד ריב, צעקות, קללות ומכות, והדבר הגיע עד לתלונות במשטרה. בת דודתו של הנתבע באה אל בית הזוג יחד עם הורי הנתבעת ורצתה להשכין שלום בין הזוג, אך הנתבע צעק עליהם שתעזוב את הבית וכו'."

בתשובת הבעל נאמר בין השאר:

"הבעל יטען שהוא יכול ומסוגל לחיות חיים משותפים וכנים לאורך ימים עם האשה בשלום ובשלוה וכו'."

בפסה"ד בקשר לתביעה הנ"ל מיום ט"ו בחשון תש"ל נאמר בין השאר:

"הבעל מסכים לשלום בית וכו' בדלית ברירה אחרת הוא מוכן לתת גט לאשתו בתנאים מסוימים וכו'.

ביה"ד וכו' מחליט כי התובעת לא הוכיחה צדקת טענתה וכו'. אך אין ביה"ד מחייב את הבעל לתת גט לאשתו."

על פס"ד זה הוגש ערעור. ובפס"ד על ערעור זה מיום כ"ז בשבט תש"ל, נאמר בין השאר:

"מאחר והתובעת טוענת כי עדיין לא סיימה את הבאת ראיותיה וכו' לכן אנו מחליטים להחזיר את הנידון לבי"ד האזורי להשלמת שמיעת כל עדיהם של הצדדים."

בהמשך הבירור בפני ביה"ד האזורי עפ"י פסה"ד הנ"ל של ביה"ד הגדול, שנתקיים ב־י"ח בסיון תש"ל נשמעה טענה של ב"כ האשה לפיה:

"לא הוכנסו בטעות בתיק שכט1270/ אותן הטענות שהאשה השמיעה ולא נכתבו בפרוטוקול שניסה הבעל לחיות אתה במצבים אסורים בימי וסתה וכו'."

בהקשר לזה נאמר בפרוטוקול:

"ביה"ד מאשר שנטענו הטענות הנ"ל והוסבר לבעל, והבעל אומר פה שהוא מבית דתי ויודע כמה זה קשה ואסור לעשות כן. והיו"ר הרב א. שאר־ישוב שוחח עם הבעל באופן פרטי על כך."

מה היתה תשובת הבעל ע"ז לא נאמר בפרוטוקול.

בפסה"ד המעורער מיום י"א באב תשל"א פסק ביה"ד האזורי עפ"י הטענה הנ"ל שהיה לה אסמכתא בעדות האשה קרובת הבעל "שהבעל הודה בפניה שזה קשה לו להמנע מלחיות בזמן הזה", שהבעל חייב לתת ג"פ לאשתו.

ע"ז בא הערעור מטעם הבעל.

בטענות ב"כ הבעל בפנינו נאמר בין השאר:

"אחרי שביה"ד דיבר אתו על זה והזהירו על כך, והיה מקום לומר שדי בזה וכו' והוא רצה ורוצה לשמור על טהרת המשפחה וכו' וכו'. לא נאמר שהוא אנס אותה וחי עמה בכוח וכו'."

עד כאן הטענות והעובדות.

והנה מה שמסתמך כב' ביה"ד האזורי על האמור בסי' קנ"ד (הוא בבאה"ט ס"ק כ"ב) על אשה הטוענת על בעלה ששכב עמה בנדתה שנאמנת. הרי שם הדברים אמורים כשלפי טענתה אכן הכשיל אותה בפועל באיסור נדה. משא"כ בניד"ד שגם לפי טענת האשה, שאמנם נראה שגם הבעל אינו מכחיש אותה בזה, עכ"פ הוא נמנע לבסוף מלבא עליה. ואם

[34] ערעור תשל"א\207 בפני כב' הדיינים: הרב יוסף שלו' אלישיב, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו

www.eretzhemdah.org

כי זה היה לפי טענתה שהראתה לו דם נדות והוא נגעל מזה, עכ"פ הן לא הגיע למעשה. ויתכן גם שאם האשה היתה מתנגדת לזה בתוקף היה נמנע גם מצד זה (ועי' גם בסי' קט"ו לענין אשה שרצתה להכשיל הבעל בדבר איסור).

זאת ועוד, שכיון שנאמר בפנינו שרוצה לשמור על טהרת המשפחה, וגם לפני כן עוד לא עשה מעשה, בכגון דא ודאי שאין לחייבו בג"פ כל עוד לא נעשה נסיון נוסף ונתברר שלא עמד בדבורו.

וכגון זה בתשו' חכ"צ סי' קל"ג:

"ולענ"ד הוא צריך ג"כ התראה וכו' ולא עוד אלא אף אם רצונה לצאת בלא כתובה אין כופין אותו כלל לגרש אלא לאחר התראה דלא יהא איסורא קל מממונא וכו' דהתם מיירי במוחזק ורגיל בכך ועוד דלא היתה כאן התראה ועוד דהרי שב בתשובה ורוצה לקבל דברי חבירות וכו'."

וכיון שבפנינו הוצהר שלא יחזור עוד פעם על נסיונו לחיות עמה בטומאתה, ורוצה לחזור לחיי שלום, והעיכוב הוא מצד האשה, אין מקום לחייבו בג"פ.

הסתמכותו של ב"כ האשה בסיכומו בפני ביה"ד האזורי על מש"כ רבינו ירוחם בענין אשה שאמרה לא בעינא ליה ואף הוא אמר לא בעינא לה, שלאחר יב"ח כופין אותו לגרש, אינה ענין לכאן, שבטענת הבעל שגם אוזכרו בפסה"ד הראשון של ביה"ד האזורי לא נאמר אלא שמסכים בדלית ברירה במתן גט, אבל הצעתו לשלו"ב בעינה עומדת.

הואיל וכן נראה שיש לקבל הערעור, ואין לחייב הבעל במתן גט.

שאול ישראלי

פסק דין

זהו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי חיפה שניתן ביום י"א באב תשל"א, בתיק תש"ל2194/, בו חויב המערער לתת גט פטורין לאשתו - המשיבה.

על יסוד הנימוקים המצורפים לתיק אנו פוסקים כדלהלן:

א מקבלים ערעורו של הבעל, ואין לחייבו במתן גט לאשתו.

ב דוחים את תביעת הבעל לחייב את האשה להשלים עם בעלה.

אולם אף על פי שאין האשה מחוייבת, כאמור, להשלים עם בעלה, מכיון שהאשה מסרבת להשלים עם בעלה, וטענותיה על סירובה לא הוכחו בפני ביה"ד האזורי, לכך אין לחייב את הבעל בחיובי הבעל כלפי אשתו, כגון מזונות וכיוצא בזה.

אין צו הוצאות.

ניתן ביום ה' בניסן תשל"ב.

יוסף שלו' אלישיב שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן לו : בענין כפיה למתן גט

זהו ערעור על החלטת בית הדין האזורי בחיפה, שניתנה ביום א' בטבת תשל"ב (בתיק לא3262/), בה נאמר:

"ביום ד' באב תש"ל (תיק שכח2352/) פסקנו כי הבעל חייב לתת גט לאשתו. הדיון הוא בתביעת האשה לכוף על הבעל מתן הגט.

לאחר עיון מעמיק בנדון - ואם כי כאמור פסקנו שהבעל חייב לתת גט לאשתו - דעת הרוב היא שאין להוציא פס"ד הכופה על הבעל מתן הגט.

דעת יחיד היא שיש לפי הדין לכוף על הבעל מתן הגט."

לפענ"ד יש לפסוק בזה כפי' ע"י מאסר.

העובדות הן כדלקמן: הרופא שבדק, והופיע גם בפני ביה"ד, אמר, שמצא ליקוי בכח גברא, ומסופק אם ניתן לריפוי.

הבעל טוען שזה שקר, ועל הצעת ביה"ד שיבדק עוד פעם עונה בשלילה.

לפ"מ שיוצא מהריב"ש וכן מהמהרשד"ם, במקרה שאין לו כ"ג, יש מקום לכפי'. הריב"ש וכן המהרשד"ם, שקובעים שיש מקום לחכות שמא ירפא, הר"ז רק אם הוא מוכן לטפל ברפואתו, או כשיש תקוה שמאליו הדבר יסתדר. ולא כן בניד"ד שאין הבעל מודה בליקוי ואינו מוכן לטפל בריפויו. והרי לפי קביעת הרופא שבדק אותו, (לפי דבריו גם הבעל עצמו הודה לפניו בזה שיש לו ליקוי בכ"ג), אין הדבר ניתן לריפוי, אם בכלל ניתן, רק עם טיפול רפואי, למה שאין הבעל מסכים.

כפי שיוצא מתשו' הרשב"א, הו"ד גם בפס"ד בי"ד הגדול כרך ג', וכן מתשו' הרשב"א בענין מי שכועס ומוציא את אשתו לפרקים הו"ד ברמ"א סי' קנ"ד, גם להני דסברי דאין כפי' אלא במקום שנאמר בגמרא במפורש, אין זה אמור אלא שמונע עצמו מתשמיש מצד רצונו, שיתכן שיחזור בו ממרדו, ולא בכה"ג שהוא מנוע מצד חולי או מזגו הכעסני דהכל יודעים וכו' וע"מ כן נישאה לו. ולפי"ז אין נידו"ד תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל בענין כפי'.

נוסף על כך, לדעתי כפי' במאסר של זמן הזה, שאין בו מקשיי המאסר שהיו בזמנים הקדומים, ואין כאן אלא שלילת אפשרות לנוע באופן חפשי, כשלחמו ניתן ומימיו נאמנים, אין זה גרוע מהרחקה דר"ת.

www.eretzhemdah.org

וכלל הדברים, שרק אם התנאים של הכפי' הם באופן שלא נשארת לו ברירה, דומיא דמ"ש בגמרא, אלמלא נגדוהו לחמשו"ע פלחו לצלמא, רק אז זוהי כפי' ממש, שמפניה הזהירו הראשונים, מצד חשש של גט מעושה.

וכבר מלתי אמורה, דבזמנים הקדומים, שכתבו התוס' ואידך ראשונים שמותר לקרותו עבריין, היה זה לחץ הרבה יותר מאשר מאסר בזה"ז.

עפ"י כל הנ"ל, אם יסכימו לי אני מוכן להצטרף לחייב בזה מאסר, אולם אם לא יסכימו, מוכן להסכים לאישור הפס"ד.

שאול ישראלי

פסק דין

אחרי שמיעת הטענות והעיון בכל חומר הדיונים שהיו לפני בית הדין האזורי, דעתנו היא כדעת הרוב בבית הדין האזורי שאין לכוף על המשיב מתן גט.

אנו מזהירים את המשיב, כי הדבר הזה שאינו מציית לפסק המחייב אותו על פי הדין במתן גט, היא עבירה חמורה מאד, והוא עובר עליה כל שעה ושעה שהוא מאחר בקיום הדין.

הערעור נדחה איפוא.

אין צו הוצאות.

ניתן ביום ב' באדר שני תשל"ב.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן לז : בענין טענות לביטול גט*[35]

זהו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי באשדוד מיום כ"ז במנחם־אב תשל"ה (תיק /1052תשל"ה), בענין עכוב נשואין.

טענת המערער בערעור שלפנינו "כי הגט שניתן ע"י המערער למשיבה איננו תקף משני טעמים אלה:

א למערער ולמשיבה לא היתה כל כוונה להתגרש אלא להיפך, מטרתם היתה לחיות יחדו עם התינוק שיוולד.

ב לאחר מתן הגט המשיכו המערער והמשיבה לחיות יחדיו בביתם כבעל ואשה."

המשיבה בהופעתה בפני ביה"ד שדן בדבר, וכן בפנינו, הכחישה את שתי הטענות: הגט ניתן באופן מוחלט מפני שלא הסכימה לקבל את הילד שנולד למערער מאשה אחרת שחי עמה שלא בנשואין. וכן שלא נתיחדה עם המערער, אלא בנוכחות אדם אחר.

עיינו בטענות ובחומר שבתיק, והגענו למסקנא שאין ממש בערעור.

אשר לטענה הראשונה שהיה כאילו מוסכם ביניהם ש"לא היתה כל כוונה להתגרש", טענה זו אין בה כדי לבטל הגט שניתן כדת וכדין במעמד ביה"ד, שהרי מקובל ומבואר בסי' קל"ד הבעל המגרש מבטל לפני הגירושין כל מודעה וכל דבר שמחמתו הגט מבוטל. א"כ אפילו חשב בלבו שאין תוקף לגירושין, אין במחשבתו כל ממש, שהם דברים שבלב אינם דברים.

אף איסור בדבר - העלאת טענה מסוג זה שהיא בבחינת הוצאת לעז על הגט, והוא באזהרת חרם דר"ת, כמבואר בסי' קנ"ד סכ"ב.

ואין לנו צורך כלל וכלל להכנס בברור דברים מצד כל מה שקדם למתן הגט, בטענות ומענות וסידור ההסכם עם פירוט מה שהאשה מקבלת עם מתן הגט וכו' שמוכח במפורש שאכן היתה זו כוונה כנה לגירושין, מאחר שכאמור, מתן גט ללא תנאים ובביטול מודעה וכו' מוציאה מכלל אפשרות הסתמכות על דיבורים או הסכמים, כביכול, שהיו קיימים לפני מתן הגט.

כן פטורים אנו מלדון, אם מצד התנהגות המערער בשמירת דיני התורה יש לדון בו מצד אאבב"ז, מאחר שמאידך גיסא, טענה זו מבטלת טענתו השניה של המערער מצד שלדבריו המשיכו לחיות גם אחרי הגירושין כדרך איש ואשה, ומצד חשש קידושין חדשים, על יסוד ההלכה המבוארת בסי' קמ"ט בענין מי שבא על אשתו המגורשת שכיון שלפי מחשבתו, לטענתו, לא היה תוקף לגט, הרי, גם לטענתו, כשחוזר ובא עליה ודאי לא לשם קידושין חדשים בא עליה, כמבואר בסימן הנ"ל ס"ג במי שהי' סבור בטעות שהגט בטל ובא עליה -

"אינה צריכה ממנו גט שני דודאי לא בעל לשם קידושין, כי הי' סבור שהגט הי' בטל ולא בעל אלא ע"ד קידושין הראשונים."

אלא שאילו היו לפנינו עדים שבא עליה או שנתיחד עמה לאחר הגירושין, היה מקום לדון, אם אפשר לסמוך על דבריו, שאומר עכשו בפנינו, שהיה סבור שאין תוקף לגט מעיקרו, די"ל דאינו נאמן בזה, כל שמצד עצם המעשה יש מקום לחשש קידושין, אך לפי הענין הנידון שאין עדים ע"ז, והאשה מכחישה זאת מכל וכל, ואין הדיון אלא אם על ביה"ד להזקק לתביעתו לחקור בדבר, צדק ביה"ד בדחותו טענותיו, וכן מטע"ז עצמו, ערעור זה דינו להדחות, וזה משום

[35] ערעור תשל"ה\234 בפני כב' הדיינים : הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי , הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

שאין לראות את המערער בגדר תובע. שכן, גם אם היתה טענת המערער שבא עליה אחרי הגירושין מתקבלת ומוכחת ע"י עדים כשו"נ כדו"ד, אשה זו אסורה עליו, הן מצד דבריו הוא, והן מצד דבריה וטענותיה היא:

לפי דברי המערער, נתיחדה עמו אחר גירושיה ובא עליה ונתקדשה לו בביאה. אולם האשה הכחישה זאת, ועפ"י דבריה והכחשתה התירוה בי"ד להנשא.

יוצא, איפוא, לדבריו, שהאשה רימתה את ביה"ד בכוונה תחילה, ועפי"ז, ורק עפי"ז, התירוה להנשא לשני, א"כ מה שנשאת לשני הרי זה זנות ברצון ובידיעה, ונאסרה עי"ז למערער.

כי מה שנאמר בשו"ע (א"ע סי' יז סנ"ח בהגהה) שאם "הורוה בי"ד בטעות ונשאת על פיהם הוי כאנוסה", אין זה אמור אלא בטעות בהלכה ע"י ביה"ד, אבל לא בטעות שבאה עפי טעות בעובדות, שהאשה אשמה בזה "דלא דייקא שפיר", שמשו"כ אפילו בשני עדים שהעידוה שמת בעלה ונתברר שזה שקר תצא מזה ומזה (שם סעיף נ"ו), כי אפילו באופן זה אין לראות האשה כאנוסה, כי היה לה לדייק ולברר אמיתות העדים, וכמבואר שם בב"ש (ס"ק קע"ב) ובביאורי הגר"א (ס"ק ע"א). ואף בזה הט"ז חולק (שם ס"ק ע"א) ומדמה טעות בי"ד לטעות שע"י עדים. א"כ מכש"כ בנידו"ד שרק ע"י הטעאת ביה"ד ע"י האשה עצמה, הותרה להנשא.

וכן אסורה היא לחזור למערער מצד דבריה היא, מדין שאחד"א. שהרי לפי דבריה נשואיה לשני היו כדין, וא"כ אפילו אם יגרשנה הלה, אסורה היא לחזור לבעלה הקודם - המערער, מדין מחזיר גרושתו אר שנשאת לאחר.

ואין לטעון, שלפי דברי המערער שקידשה בביאה, הרי היא משועבדת לו, ולאו כל כמיניה לאוסרה על עצמה מדין שאחד"א, כמו באשה האומרת טמאה אני לך (סי' קט"ו ס"ו), וכתירוץ הב' של הר"ן שלהי נדרים (דף צ: ד"ה ואיכא למידק). כי זה אמור רק בנשואה, אבל בארוסה - דהיינו אשה שנתקדשה ועדיין חסרה מסירה לחופה, כיון שכניסה לחופה תלוי בה וברצונה, ויכולה לסרב, עדיין אינה משועבדת לו ונאמנת גם לאסור עצמה עליו (עי' חיד' רע"א לכתובות דף י"ב: במסקנתו לענין אשת כהן שטוענת משארסתני נאנסתי), ולא כש"כ לתי' א' של הר"ן, שזה שאמרו שאינה נאמנת, הוא משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מיניה, דא"כ קידושי השני שהם מה"ת חלו וממילא נאסרה לחזור לראשון (אפילו להני שיטות האחרונים שלא אמר הר"ן אפקעינהו אלא לענין קידושי תורה, אבל מ"מ נשארו בזה קידושין מדרבנן, דמ"מ קידושי שני שהם מה"ת חלים, וממילא אסורה היא על הראשון).

ואין לראות בטענת המערער, שלא זו בלבד שקידשה בביאה אלא שגם היו כאן נישואין, ע"י שבא עליה פעם שניה לשם נישואין, דכל הבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שכבר קידשה קודם, קנאה ונעשית נשואה (סי' נ"ה סי"א), דהרי כל עיקר אנו באים ע"ז מדין "לנה עמו בפונדקי" ומצד דאאעבב"ז. אך לזה הרי סגי בזה שהיא מקודשת לו, שממילא אין כבר ביאת זנות, ורק לגבי זה אמרינן דאיכא חזרה כיון שבידו "לעשותה בעילת מצוה" (סי' קמ"ט א'), א"כ לגבי ענין לראותה כנשואה אין חזקה. ואי מצד שמדרבנן אסור לבא על הארוסה (סי' נ"ה שם) הרי איש זה, שלפי טענתו קידשה בביאה, עכ"פ לא קפיד אדרבנן, שהרי חכמים אסרו לקדש בביאה, ואם עבר וקידש מכין אותו מ"מ (סי' כ"ו ד').

יוצא מכל הנ"ל, שאשה זו אסורה על המערער, גם אם היו דבריו מתקבלים. אין כאן איפוא תביעה אישית כלפי המשיבה שתחזור למערער, שהרי אסורה היא עליו, ואין לדון בדבריו רק מבחינת עדות בעלמא לאפרושי מאיסורא (עי' ש"ך חו"מ סי' ל"ג סק"י). אך מכיון שהמערער עצמו רואה את עצמו כתובע, הרי הוא ממילא בגדר נוגע בעדות, שאין לקבל דבריו בתור עד כדין ע"א שאומר שנתקדשה בפני שני עדים (עי' סי' מ"ב ס"ב, ב"ש שם סוסק"ה, ובאוצה"פ שם), שיצריך בירור ע"י הבאת עדים נוספים וחקירתם, כפי תביעתו.

שאול ישראלי

אנו מצטרפים למסקנא אליה הגיע כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל].

אליעזר גולדשמידט יוסף קאפח

פסק דין

הערעור נדחה איפוא.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"ז בניסן תשל"ו.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן לח : בענין גיור קטן מאומץ*[36]

זהו ערעור על החלטת בית הדין האזורי חיפה שניתנה ביום י"ח בתמוז תש"ל, בתיק של3903/, בנדון גיור המערערת [כי נדחתה בקשתם של זוג לגיור תנוקת נכריה שברצונם לאמץ].

אחרי העיון בחומר ושמיעת הערעור, נראה שיש להחזיר התיק לבי"ד המחוזי לבירור נוסף כדלהלן:

בגמרא כתובות י"א, א"ר הונא גר קטן מטבילין אותו על דעת בי"ד.

וברי"ן שם: "... ולא שיהיו בי"ד מצווין לחזור ולמול את העכו"ם מעצמם, אלא שאם בא התינוק מעצמו או שהביאתו אמו, או שעשו כן בי"ד מעצמן מהני".

[36] ערעור תש"ל\191 בפני כב' הדיינים : הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי , הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

יוצא מדבריו שלענין חלות הגירות אין צורך בדוקא שיבא מעצמו או שתביאנו אמו, וגם אם ב"י"ד עשו מעצמם נמי חלה הגירות. אלא שבדרך כלל אין ב"י"ד מתעסקים מעצמם בכגון דא שאין מי שיביאנו להתגייר, שאין ב"י"ד מצווים לחזור ולמול את העכו"ם. ואולי הוא מצד מה שאמרו (יבמות מ"ז:) קשים גרים לישראל כספחת. [ונראה שבכה"ג אין ב"י"ד מברכין על המילה, כיון שאין כאן מצוה לקבלו, משא"כ כשאמו מביאתו או שבא התינוק מעצמו שמברכים, כשם שמברכים בגדול שבא להתגייר (יו"ד רס"ח ס"ה, וחת"ס רנ"ג), כי בהני גווני מצוה לקבלו, כמו בגדול. והמקור למצוה לקבלת גרים הוא כפה"נ ממש"כ "ותרא כי מתאמצת היא ללכת אתה ותחדל לדבר אליה", ומה שאמו מתאמצת לגיירו וכן בקטן שבא מעצמו הוי נמי בכלל זה (דעת כהן סי' קמ"ז, עמ' רע"ב)].

וכ"ה בתוספות רי"ד שם:

"... פירוש אעפ"י שאין לו אב ואם, כגון תינוק שנמצא מושלך או ששבו ישראל קטני פלשתים, ב"י"ד מלין אותם, והם כישראל לכל דבר".

ונראה שאינו חולק על מש"כ הר"ן הנ"ל שאין ב"י"ד מצווין לחזור ולמול את העכו"ם, אלא שבגוונא שנמצא תינוק מושלך, הרי הוא בספק שמא ישראל הוא, וכמבואר פרטי דיניו ביומא פ"ה, וכן כששבו ישראל קטני עכו"ם ואין ברצונם לכבשם להם לעבדים, והרי השובים מביאים אותם לב"י"ד, שאז ב"י"ד נזקקים להם. ויתכן עוד שבכה"ג שממילא ימצא בין ישראל, הרי הדרך המתאימה שלא יביא הדבר לידי מכשול, ראוי שיטפלו ב"י"ד בדבר ויגיירוהו, וע"כ מקבלים אותו אף לכתחילה.

ובדומה לזה ברמב"ם (פ"ח מה' עבדים ה"כ): "ישראל שתקף עכו"ם קטן או מצא תינוק עכו"ם והטבילו לשם גר הר"ז גר, לשם עבד הר"ז עבד, לשם ב"ח הר"ז בן חורין." והטבילה הזאת שכתב הרמב"ם ודאי שכוונתו ע"י ב"י"ד, כדרך קבלת גרים. והיינו כשהישראל רצה לגיירו והוא שמביאו לבית דין. וברור שאין הכוונה ברמב"ם שרק בדיעבד הר"ז גר, שלא בא אלא לקבוע ההלכה שבידו של ישראל הברירה אם לגיירו לשם עבד ואם לשם ב"ח, וכשם שלשם עבדות הרשות בידו ואפילו לכתחילה, כמו"כ לשם ב"ח. [ודברי הרמב"ם הכי מתפרשים: "...והטבילו לשם גר", דהיינו: אם "לשם עבד ה"ז עבד", ואם "לשם ב"ח הרי זה ב"ח". שגם טבילתו לעבדות ה"ז גירות מסוימת, שהרי כשמשתחרר הר"ז בדין ישראל.]

אכן ברש"י לפנינו בהאי מימרא דרב הונא פירש: "אם אין לו אב ואמו הביאתו להתגייר." ולא הביא דוגמא נוספת שבר"ן, שהקטן בא בעצמו לב"י"ד. ובב"י (סי' רס"ח ד"ה כתב הבה"ג) מטה דעת רש"י לבה"ג:

"שהוא (היינו הבה"ג) מפרש דר"ה לא בכל קטן הבא להתגייר קאמר אלא כשאמו מביאתו להתגייר וכפירש"י וכו' וכדרב הונא, ודלא כדיחויא דדחי לסייעתיה דסבר דוקא עפ"י אביו, ולא עפ"י אמו."

אכן בשו"ע פסק:

"עכו"ם קטן אם יש לו אב יכול לגייר (אותו) ואם אין לו אב ובא להתגייר או אמו מביאתו להתגייר, ב"י"ד מגיירין אותו שזכות היא לו לזכין לאדם שלא בפניו (יו"ד רס"ח, ז', ועי' ש"ך שם)."

ובבאר הגולה שם:

"מימרא דר"ה וכפי' רש"י שם, והיינו שנוקט שגם רש"י לא בא לאפוקי כשבא בעצמו להתגייר, כשיש בו דעת קצת, וכמש"כ הר"ן הנ"ל."

ובשט"מ בשם הרשב"א בסוגיא הנ"ל:

"ופירש"י שהביאתו אמו, ולא למימרא דבלא"ה לא מטבילין ליה, אלא לומר דאין ב"י"ד מחזירין למול ולטבול את העכו"ם הקטנים מעצמם, ואע"ג דאתי לסיועיה ממתנית', ודחינן מתני' הגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו, לא שיהא חילוק בדבר זה בין אב לאם, שהבנים כ"כ נגררים אחר האם, אלא כיון שהביאתו האם ולא נתגיירה, והתם שהביאתו ונתגיירה עמו, וה"ה לאם, דניחא להו למיעבד מאי דעבד אבוהון או אמן, כן נראה, ע"כ."

הרי שנוקט כנ"ל דרש"י רק חדא מינייהו נקט, א"כ פירש"י הוא ג"כ כהר"ן. וא"כ בשו"ע דהעתיק שני האופנים - ע"י האב או ע"י עצמו, הוא עפ"י רש"י והר"ן. ומה שלא הביא אופן השלישי שבר"ן שאם עשו כן ב"י"ד מעצמן, הוא משום שבדרך כלל אין ב"י"ד מחזירין למול ולטבול את העכו"ם, וכמו שכ' הר"ן וכמו שפי' הרשב"א ברש"י, ומשום "שאין ב"י"ד מצווין" ע"ז, וכלשון הר"ן הנ"ל.

ובריטב"א (בשט"מ וכ"ה בחיד' הריטב"א):

"פירש"י שהביאוהו אביו ואמו לב"י"ד לגיירו, אעפ"י שלא נתגיירו הם, ואעפ"י שהוא אי"ב דעת כלל, מטבילין אותו ע"ד ב"י"ד. וכל שכן כשיש לו דעת, והוא בא מעצמו להתגייר, ולאפוקי כשאי"ב דעת, ואין אביו ואמו מביאו לב"י"ד שאין מטבילין אותו."

העתיק את רש"י בשינוי נוסח כשלפנינו, וכבר העירו ע"ז בשט"מ שם:

"ובפירושי רש"י ז"ל אין הלשון כן, אלא ככתוב ע"ד ב"י"ד אם אין לו אביו, ואמו הביאתו להתגייר."

ומסתבר שאין כאן שינוי גירסא ברש"י לפי מה שהביאו הריטב"א, שהרי כנ"ל הרשב"א ג"כ העתיק לשון רש"י כפי שהוא לפנינו, אלא שהריטב"א הוסיף בו פירוש, דהא דכ' רש"י שאמו: הביאתו, הכוונה [כמו שפירש הרשב"א שהו"ל] בעיקר להבדיל בין דברי רב הונא וחידושו לעומת מה שבגמרא דחו הסייעתא לדבריו "בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו", דעיקר החילוק אינו בזה שהאב בא עמהם או האם, דכך נגררים הבנים אחר האם, כשם שנגררים אחר האב. אלא דעיקר ההבדל אם גם האב או האם מתגיירים עמהם, או שהם עצמם נשארו בגויותם ולא באים אלא לגייר הקטנים, דבזה ל"ש למימר דניח"ל במאי דעבדו, שהרי הם עצמם אינם מתגיירים, ועיקר הגירות בזה הוא לא מצד דנשמעים לאבותיהם,

www.eretzhemdah.org

אלא "ע"ד בי"ד" ומצד שעצם הגירות היא זכות, ובי"ד הם שזוכים להם שלא בפניהם, כדין כל זכות. וע"כ מש"כ רש"י שאמו הביאתו הוא לאו דוקא, דה"ה אם אביו הביאו, אלא שהוא אינו מתגייר עמהם, דבזה צריך דעת בי"ד, ומ"מ בי"ד נזקקים בכה"ג, כיון שהביאום לבי"ד לגיירם. (והא דנקט רש"י שאמו הביאתו, אולי הוא מצד אורחא דמילתא, כי האב אינו מביא בניו לגייר אם הוא עצמו אינו רוצה להתגייר. משא"כ האם, כשאין לה איך לחנך ולזון הקטנים, מביאתם להתגייר כדי שיחנכום ויזונום).

וזה שכתב הריטב"א בסיום דבריו:

"ולאפוקי כשאי"ב דעת, ואין אביו ואמו מביאו לבי"ד, שאין מטבילין אותו."

נראה ג"כ שאין הכוונה שבכה"ג אסור להם להזקק, ומכש"כ שאין רוצה לומר שאין הגירות חלה בכה"ג שבי"ד עשו מעצמם, ובא לחלוק על פשיטותיה דהרשב"א ברש"י והר"ן, שאם היה סובר כן, הרי היה צריך לומר שאביו ואמו יש להם כוח וזכות בילדיהם, ורק מכוח זה חלה הגירות, וא"כ איך יליף בק"ו שאם יש בהם קצת דעת והם עצמם באים להתגייר שמקבלים אותם וכלשונו שם וכנ"ל:

"וכל שכן כשיש לו דעת והוא בא מעצמו להתגייר".

דמאי ק"ו הוא, מאחר שהקטן אין דעתו דעת, וכדס"ל לבה"ג גם להלכה:

"חש"ו שבאו להתגייר אין מקבלין אותם מפני שאין כשרים להתנות עליהם".

אלא ודאי כנ"ל ברשב"א והר"ן, דלעולם כח בי"ד יפה לזכות להם כדין כל זכין לאדם שלא בפניו, ול"צ לזה דעת כלל. אלא שאין בי"ד נזקקים בגוונא שאין להם דעת משום דאין בי"ד מצווים ע"ז, וכמש"כ הר"ן. ואין בי"ד מגיירים אלא כשמישהו שדואג לטובתם של הקטנים מבקשם ע"ז, דאז מצוה נמי איכא, וכנ"ל. וע"כ שפיר יליף בק"ו שאם הקטן עצמו, אעפ"י שאין דעתו דעת שלימה, מ"מ כיון שרוצה בכך עפ"י דעתו הקלושה ודאי יש לשער שיתאמץ לפי כוחו לקבל על עצמו עול תורה ומצוות, ומשו"כ, מסתבר דבכה"ג ודאי יש להזקק לו לגיירו.

וראיה ברורה לזה דהריטב"א שם בא"ד דן אם גירות זו היא מה"ת מביא שיש מביאים ראיה שהיא מה"ת ממש"כ

"... בנשי מדין כתיב וכל הטף בנשים החיו לכם, ואמרינן התם מדאכתיב החיו לכם דגיורת פחותה מבת ג' שנים ויום א' כשרה לכהונה. וכ"ת דהתם מסתמא ניחא להו כדי שלא יהרגום, הא ליתא וכו'."

ודחה דבריהם הריטב"א:

ואילו ס"ל לריטב"א דאם אין אביו או אמו עמו אי אפשר כלל לגיירם גם ע"ד בי"ד, א"כ הו"ל לדחויי דבריהם גם מכוח זה, שגם לרב הונא לא יתכן כלל לפרש גירותם דנשי מדין מצד ע"ד בי"ד, כיון דשם לא היו כלל לא האב ולא האם.

עוד שם בשט"מ לאחר שמביא הגירסא שלפנינו ברש"י שאמו הביאתו להתגייר מתקשה בזה:

"וק' דממנ"פ אם אמו נתגיירה עמו למ"ל דעת בי"ד דהא דחינן בגמרא לקמן בגר שנתגיירו בניו עמו, ומה לי אב או אם לענין זה, הכי נמי נגררים הבנים אחר האם כמו אחר האב, ויותר. ואם לא נתגיירה אמו עמו למ"ל דאין לו אב, אפילו שהי' לו אב בעינן דעת בי"ד.

ואפשר דכל שיש לו אב ואם ומביאים אותו להתגייר אע"ג דאינם מתגיירים עמו ניח"ל במאי דעבדי ליה אביו ואמו ואי"צ דעת בי"ד."

והיינו דפשיט"ל דבענין הניחותא דבנים במאי דעביד אבוהון אין מקום לחלק בין אב לאם. אלא שנסתפק, ותולה סברא זו ברש"י, דאם גם האב והאם מביאים אותו יחד להתגייר, דאז גם אם הם עצמם אינם מתגיירים, אי"צ לדעת בי"ד כפי חידושו של רב הונא. אלא שמכח סברא בעלמא "דניח"ל במאי דעבדי ליה אביו ואמו", כיון ששניהם בעצה אחת, ודאי ה"ז זכות לו.

עכ"פ גם מזה יוצא, דכל עיקר הגירות בכה"ג שאין אביו ואמו כאן ורק אמו מביאתו להתגייר, דהגירות היא רק מכח בי"ד עצמם, ומפני שזהו מגדר זכות, ולא מכח האם שהביאתו הוא.

[ועפי"ז תמוה לי מש"כ בהפלאה בסוגיין (ד"ה אר"ה) בב"י בדעת הבה"ג: דס"ל כפירש"י דרב הונא מיירי במביאתו אמו להתגייר דניח"ל במה דעביד אמו וכו'. וז"א דאילו זהו חידושו של ר"ה, דכשם דפשיטא לן דניח"ל במאי דעבד אבוהון, כמו כן ניח"ל במאי דעביד אמו, א"כ לא היה צריך לדעת בי"ד ומטעם דעצם הגירות הוי זכות, וכנ"ל בשט"מ מכל הני רבוותא. וברור דאם נפרש דרש"י נחית לחלק בין אב לאם, הרי מה שמגיירים במביאתו אמו היא לא מצד הניחותא במאי דקעבדה האם, אלא מכוח בי"ד כשלעצמם ומשום דהגירות היא זכות וזכין לאדם וכו', וכנ"ל.

אגב, כל עיקר מה שנתקשה שם מנשי מדין, וגם מה דבעי לתרץ דהתם ניח"ל מצד שניצלו מן המיתה, כבר נידון בריטב"א, וסברא זו מצד הניחותא דהצלה דחה הריטב"א, וכנ"ל].

מכל הנ"ל יוצא ברור דלשום שיטה אין מוקנה הכוח לבי"ד לגייר הקטנים מצד שאביהם או אמם מביאתם להתגייר, וכל עיקר דיכולים לגייר הקטנים אי"ז אלא מצד שעצם הגירות היא זכות, אליבא דהלכתא דקיי"ל כרב הונא.

וכן הדבר יוצא מעצם הסוגיא דאילו היתה הגירות (בה"ג דקאי בה רב הונא) מצד הניחותא של הקטנים, או מצד איזו זכות שהיא שיש לאם בילדיה, כי אז לא היה הדיון נסב מסביב לשאלה אם הגירות היא זכות, בניגוד למה שלענין עבד אמרינן עבדא בהפקרא ניח"ל. וכן לא מצינו בשום מקום שיש איזו שהיא זכות לאם בילדיה, וודאי דהגיור הוא רק מכוח בי"ד ומדעתם, ואין הבאת האם לגיירם מוסיפה מידי בזה. ואם כך, הרי מה שנראה שאם לא הביאתו אמו, או שלא בא הוא עצמו מדעתו אין בי"ד מטבילין אותו, אין זה מפני שאין להם בכה"ג כוח לגיירו, אלא שאינם נזקקים מצד עצמם לחפש אחרי קטני עכו"ם לגיירם, וכדכתב הרשב"א והר"ן שהו"ל, אבל אם גיירוהו בי"ד מעצמם, ובפרט כשהיה ענין בגיורם מאיזו סיבה שהיא (וזוהי הדוגמא שבתוס' רי"ד שהו"ל שנמצא תינוק מושלך, או ששבו עכו"ם קטנים, וכן

www.eretzhemdah.org

הדוגמא ברמב"ם שהו"ל. אכן יש מקום לספק, אם בי"ד הטבילוהו לקטן בהתנגדות האב או האם, דבכה"ג י"ל דהגירות אינה זכות, משום שהילדים נגררים אחרי אבותיהם, וכיוון שהם מתנגדים אולי אי"ז זכות, דסברא זו דניחא להו במאי דעביד אבוהון היא סברא אלימתא, שהרי בזה דחו בגמרא הסייעתא לרב הונא, שהזכות שישנה בעצם הגירות לא סגיא שנאמר בזה זכין לאדם שלא בפניו, ואילו מצד הניח"ל במאי דעביד אבוהון דיינינן זה כזכות מוחלטת. וא"כ הרי י"ל דגם לר"ה שהגירות נחשבת כזכות, מ"מ זה בתנאי שאין התנגדות מהאב או מהאם, כי אז הרי זה מהוה משקל כנגד מצד הניחותא במאי דעביד אבוהון. ועי' עוד להלן מזה בדברי המרדכי). ונראה שגם לדעת הבה"ג דס"ל דבשום פנים אין מקבלים גר קטן כשבא להתגייר מדעת עצמו, ורק אם הביאוהו אביו או אמו הוא דמגיירים אותו, ג"כ אי"ז אלא מאותה סיבה שכ' הרשב"א והר"ן שאין בי"ד מחזרים לגייר גרים, ודעת הקטן כשלא מדעת דמי. אבל לא מטעם שאין לבי"ד כוח לזה, כי כנ"ל כוח בי"ד הוא מצד שהגירות היא זכות, וא"כ לענין זה אין נפ"מ אם הביאוהו או לא (כל עוד שאין מצדם התנגדות, וכנ"ל).

וכן נראה להוכיח דנוקט החת"ס בדעת הבה"ג (יו"ד סי' רנ"ג), שהיטה דעת הרמב"ם לשיטה זו, ומתרץ בזה הערת הה"מ, שבפי"ג מה' אי"ב (ה"ז) פסק דגר קטן מטבילין אותו ע"ד בי"ד, ולא הביא להא דרב יוסף הגדילו יכולין למחות, ואילו בפ"י מה' מלכים הביא זאת להלכה. וכ' לתרץ בזה:

"... ואי נימא דס"ל כשיטת הבה"ג א"ש וכו'. דבאי"ב מיירי שהביאוהו אביו או אמו להתגייר וכו' משו"ה לא הזכיר שם שיכול למחות. ובה' מלכים מיירי כשבא בפנ"ע להתגייר וכו' דומיא דרישא ב"נ שבא להתגייר על דעת עצמו, ה"נ הקטן שבא בפנ"ע בלא אבותיו, אז יכול למחות."

ולכאורה הרי לבה"ג אין מקבלין גר קטן כלל, כשבא בעצמו להתגייר, דאין דעתו דעת. א"ו כנ"ל וגם לבה"ג אין איסור לקבלו, וכוח יש ביד בי"ד לגיירו, כיון שהוא זכות. אלא דס"ל לבה"ג דכשם שאין בי"ד מצווין להזקק לגייר הקטן שלא מדעתו, וכמו"כ אם בא לפנינו אין חייבים לקבל אותו, שאין דעת הקטן דעת. אבל מ"מ רשאין לקבלו ולגיירו ע"ד בי"ד.

[ובעיקר תירוצו של החת"ס, הנה יישב הסתירה מפי"ג מאי"ב, ואכתי לא יישב הרמב"ם פ"ח מעבדים שהו"ל שכ' שם: "ישראל שתקף עכו"ם קטן או מצא תינוק עכו"ם והטבילו וכו' לשם ב"ח הר"ז בן חורין", הרי שמדובר כשגיירו שלא על דעת אבותיו ומ"מ סתם ולא פירש דהגדיל יכול למחות.

ומה שנ"ל בזה, והוא בהקדם מש"כ הכ"מ ברמב"ם ה' עבדים הנ"ל שמקור הלכה זו היא בכתובות י"א מימרא דרב הונא, ובלח"מ שם התקשה דהמרדכי כ' דבעל כרחו של הקטן אין מגיירים, ואילו הרמב"ם מיירי כשתקפו ומגיירו בעל כרחו.

ונ' שמקורו של הרמב"ם הוא מיבמות ס: בנשי מדין, דמשמע דגיירום כשהן קטנות פחותות מבת ג', שכפי שהו"ל נתקשה בזה הריטב"א וכן בהפלאה, דהרי מכאן נמי מוכח כדרב הונא דמגיירים ע"ד בי"ד.

ונ' שהרמב"ם מפרש שכשהישראל כובש העכו"ם קטן, כשם שרשות בידו לגיירו לשם עבדות, מצד קנין הכיבוש, כמו כן רשאי הוא מכוח קניינו זה גם לגיירו, כיון שהוא נתון תח"י, ולא מכוח זכות וזכין לאדם שלא בפניו קאתינן עלה, אלא הוא מכוח זכות הישראל עליו. ועי' רשב"א גיטין ל"ז: ד"ה שבאו. וע"כ אי"צ בזה לדעת בי"ד כלל. וא"ש שלא הזכיר כלל הרמב"ם בה' עבדים דעת בי"ד כלל. וע"כ בזה ודאי הגדיל א"י יכול למחות. וא"ש דמזה לא התקשה החת"ס כלל. וכל עיקר הקושי הוא מפי"ג דאי"ב, דהתם כ' הרמב"ם ההלכה שגר קטן מגיירים אותו ע"ד בי"ד, א"כ לא קאי בגירות מדין כיבוש. וע"כ היה צריך להביא הא דהגדיל יכול למחות].

והנה במרדכי סו"פ החולץ (אות מ') איתא:

"גרסינן פ"ק דכתובות גר קטן מטבילין אותו ע"ד בי"ד. מצאתי כתוב בשם רבי אבי"ה דאיירי כגון שאומר גיירוני, וקמ"ל דאע"ג דאין לו דעת שומעין לו דזכות הוא לו, אבל אם אינו רוצה אינו גר. תדע דהא מיירי כשיד ישראל תקיפה עליהם, כדאמרינן בתר הכי ואם הגדילו יכולים למחות. וא"כ נגייר כל בניהם הקטנים."

והובאו דבריו בדר"מ סי' רס"ח. והב"ח הביא דברים אלה וכ': "ותימה על מ"ש הר"ן בפ"ק דכתובות דאפילו עשו בי"ד מעצמם מהני. דמנ"ל הא, וצ"ע." בפשטות נראה שהב"ח הבין בדברי המרדכי דצריך רצונו של הקטן באופן חיובי, וכל שלא היה רצון ממשי מצדו אין הגירות חלה, ועפי"ז הוא שמקשה על הר"ן שכ' שאם בי"ד גיירו מעצמם הגירות חלה.

אך הן כנ"ל מוכח מכל הראשונים, וכן מעצם הסוגיא מוכרח, דאין נצרך לחלות הגירות לרצון הקטן בדוקא, וגם מהמרדכי גופא מוכח כן כדכ' "אע"ג דאין לו דעת שומעין לו דזכות היא לו", וכיון שאין לו דעת, א"כ הרי לא יתכן שזה מוסיף משהו בכוח בי"ד.

ולא אמר המרדכי שאינו גר אלא כשגילה דעתו בפירוש שאינו רוצה, דהיינו בעל כרחו. וכן הובאו הדברים משמו בפרישה שם (אות כ"ד): "אם אין לו אב ובא להתגייר וכו' אבל לא בעל כרחו". וכן בלח"מ פי"ג אי"ב ה"כ שהו"ל מקשה מהמרדכי דנראה מהרמב"ם שאפילו בע"כ וע"ז מקשה "בעל כרחו למה". (והוכחת המרדכי שאל"כ "נגייר כל בניהם הקטנים", ולכאורה אכתי קשה דנוכל לגיירם בעודם קטנים כשאין להם דעת להתנגד. אולם כבר כתבנו לעיל דנראה דהיכא דהאב או האם מתנגדים שוב אין זו זכות. וא"כ אין אפשרות לגייר גם הבנים הקטנים, שכן התנגדות אבותם מעכבת גם היא). וא"כ מה הוקשה לו לב"ח בדברי הר"ן מהמרדכי, דהר"ן לא אמר אלא שאם בי"ד גיירו מעצמם, והיינו כשהקטן לא היה עדיין בן דעת כלל, אבל לא מיירי כשגיירוהו בעל כרחו, שהתנגד לכך, דבזה אפ"ל שפיר דגם הר"ן מודה דבכה"ג אין לו זכות, וודאי גם אח"כ לא יתרצה, כי במעלליו יתנכר נער. והב"ח עצמו שהעתיק לשון המרדכי "אבל אם אינו רוצה אינו גר", מסיים שכ"נ דעת הטור ש"אם אין דעתו ורצונו להתגייר וגיירוהו בע"כ אינו גר".

www.eretzhemdah.org

וצ"ל דהב"ח הבין בדעת הר"ן שאם גיירוהו מעצמם הוי גר גם כשזה היה בעל כרחו ממש, ודומיא דאביו ואמו שהביאוהו, דהתם לא משגחינן במה שהקטן מתנגד, דאמרינן סופו להתרצות ורק אם הגדילו ומוחים מחאתם מחאה, וה"ה בגיירוהו מעצמם. כ"נ בכוונת הב"ח.

בכל אופן, מסקנת הדברים נראית שאין שום מחלוקת בין הראשונים, ולכו"ע אי"צ לחלות הגירות להסכמת האב או האם או דעת הקטן בעצמו, אלא שבדרך כלל אין בי"ד מחזרין אחר גרים, וע"כ, רק אם באה בקשה מצד ההורים או מצד הקטן עצמו הוא שנזקקים לגייר דבכה"ג מצוה לגיירו. ואם יש התנגדות מפורשת מהקטן לגיירו, אז הוא דאמרינן דאין גירותו גירות כלל, וגם בזה לא מצינו מי שיחלוק.

ועפי"ז נ' שמש"כ הגרי"צ מפוניבז' בס' זכר יצחק סי' ב' במי שבא על אשה נכריה והביאו להתגייר, דכיון שאביו עבריין וכן האם אינם רוצים באמת להכניסו לכלל מצוות:

"אין זה כהביאו אביו להתגייר, דהרי גירות הוא קבלת כל התורה כולה, וא"כ הוי רק כמו שאנו בעצמנו מכניסים אותם, ולזה אין בידינו כח כמו שמבואר בש"ס כתובות י"א ע"א דחדא מינייהו בעי, או כשהוא קצת בר דעת או כשאביו או אמו רוצים להכניסו."

דנראה ממנו כאילו שאין חלה הגירות בכה"ג שלא היה א' משלש אלה, וכלשונו "ולזה אין בידינו כח", דברים אלה אינם מדוייקים לענ"ד. דודאי אם גיירו הגירות חלה, ולית מאן מהראשונים דפליג בהא. ואולי גם כוונת ה"זכר יצחק" אינה אלא לומר שאין לנו ענין בזה. וכמש"כ הרשב"א והר"ן ולא דקדק בלשונו, כי ממילא לא היה נפ"מ מזה בנידון דידיה, דמצדד בכה"ג שהילד הנולד היה גדל ומתחנך לעבריינות אין הגירות זכות ולא אמרו בכגון דא זכין לאדם שלא בפניו, כמו שמסיק שם.

ואחרי שנתברר לנו כל הנ"ל נגש בע"ה לנידון שלנו.

לפנינו הצהרה בכתב מטעם אם התינוקת שמסכימה שימסרוה לאימוץ וכן אינה מתנגדת שיגיירוה. והזוג שמאמץ אותה הגיש בקשה לבי"ד לגיירה. לפנינו הצהירו ששומרים על הכשרות והשבת ומתחייבים לחנך את הילדה בחינוך דתי, ובהתאם לזה ישתדלו גם שהבית יתנהל באורח זה.

אין לפנינו כאן הדוגמא המובהקת של ההלכה, שאמו הביאתו להתגייר, שכן כנ"ל האם הצהירה רק שאין לה התנגדות לגירותה, אבל גם לא היתה בקשה מצדה לגיירה, והתינוקת עדיין קטנה ואינה בת־דעת כלל. לכאורה הרי צדק כב' ביה"ד בדחותו בקשת המאמצים לגיירה, כיון שלא אביה או אמה הביאוה, ואף היא עצמה לא באה לפני בי"ד בבקשה לגיירה.

אכן נראה שיש כאן צדדים המטים את הכף להזקק לגירות והם:

א מה שצידד בחת"ס (יו"ד סי' רנ"ג שהו"ל) דנקרא זכות גדול -

"כשאבותיו מתיהדים, אם הוא ישאר בגויותו, קשה להם להיות עמו באגודה אחת שהרי עושה י"נ. וכשיהיו אבותיו נפרשים ממנו מפרישים אותו מחיותו, ע"כ זכות גדול הוא."

(וצידד לומר עפ"י סברא זו דבכה"ג גם כשהגדילו א"י למחות, כי לא אמרו דיכול למחות אלא בנתגייר ע"ד בי"ד כשאין אבותיו מתגיירים עמו).

וא"כ גם נידד"ד שזכות לתינוקת שאביה ואמה עזבוה שימצא לה בית שמאמצים אותה ומגדלים אותה כבת. וברור שמניעת גירותה יתקע מעין תריז בינה לבין המאמצים, שלא תהיה מסירותם שלימה, גם אם אינם תולים מעשה האימוץ בגירות. כמו כן, מאחר שהמדובר כאן בילדה שתגדל בישראל בין ילדים יהודיים, ותלך לבי"ס יהודי, הרי אם תשאר בגויותה זה ודאי יכול לגרום לה אי־נעימות אף אם ישתדלו להעלים עובדת מוצאה הנכרי ממנה. ואם תצטרך לעבור גירות כשתגדל יגרום לה לזעזוע נפשי, שמבחינה זאת ודאי זכות היא לגיירה כיום (אף אם לא נגדיר זאת כזכות גדולה - כהגדרת החת"ס) שמבחינה זאת י"ל דניחא לה מזה, בדומה למ"ש בגמרא לענין גר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו. וודאי דסגי בזה לומר שבי"ד יזקקו לזה, כשם שאם הקטן בעצמו בא לפנינו בבקשה לגיירו, והוא הטעם בתינוק שנמצא מושלך, שבתוס' רי"ד הנ"ל.

ב עוד נראה דמאחר וכפי שנתבאר לעיל, גם כשאמו מביאתו אין זה מכוח שיש לה לאם איזה שהם קנינים או זכויות על הקטן, אלא רק גדר של גורם שמביא בי"ד להזדקק לה, מאחר שהקטן נמצא תחת ידה וזו מוצאת שזכותו להתגייר. מטע"ז עצמו גם נידד"ד, כיון שהללו המטפלים בה וקיבלו על עצמם לגדלה ולחנכה, מוצאים שזו טובתה שתתגייר, יש להזקק לבקשה זו, ומצוה נמי יש בזה כמו במצא תינוק מושלך או ששבו תינוק עכו"ם, דבתוס' רי"ד.

ג ונראה עוד להוכיח דבכה"ג שהם אפוטרופסים של התינוקת, שייך לומר בזה ניח"ל במאי דקעביד אבוהון כמו באב ואם. והוא ממש"כ הריטב"א בסוגיא דכתובות י"א הנ"ל בחידושו של רב הונא שמגיירים הקטן ע"ד בי"ד, ובגמרא שו"ט בזה, ודחו הסייעתא שהביאו לדבריו. וכ' הריטב"א בא"ד:

"וא"ת ואמאי לא מייתי לה מן העומדים בסיני, שהיו שם כמה קטנים שנכנסו שם תחת כנפי השכינה והטבילום ומלום ומזים עליהם, וי"ל דהתם משום דנתגיירו אבותיהם, וניח"ל במאי דעבדו אבוהון."

והרי בין יוצאי מצרים היו ודאי גם תינוקות יתומים שאביהם ואמם לא היו עמהם, (וכ"ה מפורש בתוס' הרא"ש שם), א"כ איך נתגיירו הללו. וצ"ל דבכה"ג הרי גדלו באיזה שהן משפחות שקבלו על עצמם לגדלם ולחנכם, ובזה שייך ג"כ הניחותא של משפחות אלה שיגררו אחריהם גם הקטנים כמו כשנתגיירו עם אבותיהם.

וגם הסברא נותנת כן, דמה שאמרינן ניח"ל במאי דעביד אבוהון, זה איננו ענין שמקורו בהלכה, אלא עובדה מציאותית שאדם נגרר אחר אביו, וכפי שראינו, לדעת הראשונים, הוא הדין דנגרר גם אחר האם. והיינו משום שהוא

www.eretzhemdah.org

ענין שבטבע בני אדם. וא"כ ה"ה כשהילד גדל בבית והם מעניקים לו אהבת הורים ודואגים למלא מחסוריו, הרי זה ג"כ יוצר קשר נפשי להגרר אחריהם, וניח"ל לעשות מה שהם עושים.

[בפסד"ר כרך א' עמ' 379 המצוטט בפס"ד שלפנינו, דנים בשאלה ביהודי שנולד לו בן מן הנכרית שמצד הדין אינו נחשב לאביו, אם בזה אמרינן "ניח"ל במאי דעביד אבוהון" מכיון שבאופן טבעי הוא אביו או שמכיון במובן המשפטי אין לו קשר אבהות הרי הוא לו כאיש זר.

וכתבו בזה:

"הדבר מפורש בכסף משנה ה' מלכים פ"ח ה"ח שכ' שם הרמב"ם גבי דין יפ"ת: נתעברה מביאה ראשונה הרי הולד גר ואינו בנו לדבר מן הדברים מפני שהוא מן הנכרית, אלא בי"ד מטבילין אותו על דעתם. ועי' כ"מ שם: אלא בי"ד מטבילין אותו כדאיתא פ"ק דכתובות דף י"א גר קטן מטבילין אותו ע"ד בי"ד. ופירש"י אם אין לו אב, ואמו הביאתו להתגייר. והא נמי הכי הוא דאין ולד זה בן ישראל כלל, דבנך הבא מן הנכרית אינו קרוי בנך. הרי מבואר במפורש שישראל הבא על הנכריה אין האב יכול לגיירו משום שאין הוא נחשב אביו, אלא בי"ד מגיירים אותו כשאמו מביאתו להתגייר."

אבל באמת אין זו ראיה כלל, כי כוונת הכ"מ אינה לומר שבכה"ג שאין על האב מצד הדין שום חובה לגדלו ולזונו, דאינו נקרא בנו, א"כ המטפלת בו בפועל היא האם, והיא המביאתו לבי"ד, וע"כ צריך דעת בי"ד בזה. [ובאמת לא נזכר כלל בזה שבמדובר שאמו מביאתו להתגייר, אלא שאביו הוא המביאו, ומ"מ צריך כאן דעת בי"ד, מכיון שאין על אביו שום חיוב להחזיקו ולזונו. וצע"ב.]

בפרט דנראה דמיירי כשהיא עצמה אינה רוצה להתגייר, דלא נזכר מזה ברמב"ם. וכן כבר ראינו דעת הראשונים דבכה"ג שהאם באה להתגייר אי"צ לדעת בי"ד. וכיון שכן, הרי חייב הלה שבא עליה ביאה ראשונה בתור אשת יפ"ת להתרחק ממנה, וממילא גם התינוק מרוחק ממנו, ול"ש בזה הסברא דניח"ל במאי דעביד האב. וכן נוקט ב"דעת כהן" סי' קמ"ז דאי"ז דוקא מכח היחס ההלכותי שהבן מתייחס אחר האב, וכ' שם עוד דה"ה לאפוטרופוס דהקטן נגרר אחריו, עי"ש. וכן נראה ממה שהראשונים הסיקו כנ"ל דמה שאמרו בגמרא "ניח"ל במאי דעביד אבוהון" הוא לאו דוקא דה"ה האם, ואם הוא מגדרי היחש, הרי יש מקום לומר דאב דוקא, דבאומות הלך אחר הזכר, א"כ עיקר היחס הוא אחר האב].

ולא נשאר לנו אלא לברר את מדת הכנות של הזוג המאמץ, כי זהו שצריך בעיקר לקבוע אם הגירות היא זכות לתינוקת, שאם תתחנך לעבריינות אי"ז זכות כמש"כ גאוני הדור הקודם הגרי"א ספקטור, והגר"י מפוניבז', הו"ד בפסד"ר שעליו מסתמך הפס"ד המעורער. וכ"ה בדעת כהן הנ"ל. (אכן ע"ע בית יצחק (יו"ד סי' ק' סי"א) שכ' שיש עדיפות להכנס לכלל ישראל אף שיענש).

ולזאת יש להחזיר התיק לכב' ביה"ד שדן בדבר שיחקור היטב כוונתם לחנכה ליהדות, ויקבל מהם הצהרה בכתב שיחנכוה ביהדות, כנדרש. ואם יתברר לבית הדין כנות כוונתם וקבלת ההצהרה, יטבילוה טבילת גירות כדין התורה.

שאול ישראלי

הריני מצטרף למסקנתו ולהצעתו של חברנו הגרש"י (שליט"א) [זצ"ל] על סמך שני הטעמים דלהלן:

א בני הזוג המבקשים לגייר את הקטינה שבנידון ערעור זה, הם מחזיקים אותה אצלם ומטפלים בה, וברצונם לאמצה ולהחזיקה כמו בת. ואם כן, מעמדם כלפי הקטנה הרי הוא בגדר "יתומים שסמכו אצל בעל הבית". ולכן מעשה הגירות שהם רוצים שייעשה לה זכות הוא לה, בבחינת "דניחא להו למיעבד מאי דעבד אבוהון או אמן".

ועיין בתשובת החתם סופר בחלק יורה דעה סימן רנ"ג, המובאת בפסק הגרש"י, והמשתמע מדבריו הוא שענין "אמו", אשר, לפי שיטת רש"י וסייעתו, צריך שהיא תביאנו לבית דין לגיירה, שהוא כדי לעשות את הגירות לזכות, כך הוא גם אם הזכות שבדבר הגרות תהא מאיזה טעם אחר שהוא.

ב האם כותבת בכתב הסכמתה שלה לאימוץ הקטנה שחתמה לפני פקידת הסעד, ימים ספורים אחרי לידתה:

"אני נותנת הסכמתי להחלפת הדת של הילדה לכל דת אחרת".

כלומר לא זו בלבד שאינה מתנגדת לכך, אלא שהיא נותנת הסכמתה לדבר הזה. היא מסרה את הילדה לפקידת סעד יהודיה, ואין ספק שידעה שהסכמתה היא להכנסת הילדה לדת היהודית. ואם כך הוא, הרי זה בגדר "אמו הביאתו להתגייר".

התעודה האמורה לא היתה לפני בית הדין האזורי, כשניתנה החלטתם נשוא הערעור, והוגשה לפנינו בערעור. נראה לי שלו היה מסמך זה לפני בית הדין האזורי לא היה דוחה את הבקשה לגיור על אתר.

יוצא לפי הטעמים הנ"ל, כי בנידון זה, הרי זה בתורת "אמו הביאתו להתגייר", או מצד אלו, אשר אצלם היא סמוכה, המבקשים לגיירה, או מצד אמה ממש המסכימה לגיורה, ולכולי עלמא אפשר לגיירה.

אולם הדברים הללו הם רק בבעיא שבהלכה בלבד. כלומר: אם את הבת הקטנה הזאת אפשר, מבחינה עקרונית להלכה, לגייר לדעת כל הפוסקים, כי הרי זה כאילו "אמו הביאתו להתגייר", או שאין הדבר כך. אבל עדיין קיימת שאלה יסודית ראשונית הצריכה בירור, והיא, האם למעשה במקרה קונקרטי הזה תהווה הגירות זכות לקטנה הזאת, או לא. היינו, איזה הוא הבית שהמחזיקים בקטנה יבנו לה, ומה הוא החינוך שהיא תקבל בבית הזה אצלם. האם חינוך יהודי כדת וכדין, כך שהגירות תהווה זכות לה באמת, או לא. הדבר הוא פשוט ואינו צריך הסבר. עיין בפסק הדין של בית דין זה, עליו מסתמך בית הדין האזורי בפסק דינו.

שאלה זו עובדתית היא, אלא שבית הדין האזורי לא בירר אותה, מאחר שלא דן כלל בדבר הזה בדחותו על אתר מכל וכל את הבקשה לגירות מטעמי הלכה כלליים, כאמור לעיל.

www.eretzhemdah.org

לכן יש, לדעתי, להביא את הענין שוב לפני בית הדין האזורי לבירור כאמור.

אליעזר גולדשמידט

פסק דין

...לפיכך אנו מחליטים להחזיר את הנידון לבית הדין האזורי שידון ויברר כאמור, ויתן פסק דינו.

ניתן ביום ד' בניסן תשל"א.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן לט : בענייני גיור*[37]

א בנאמנות האדם לומר נתגיירתי
ב בדינא דהוחזק לענין גירות
ג בדינא דהוחזק לענין הולדות

א בנאמנות האדם לומר נתגיירתי

בגמרא יבמות מ"ו: "ת"ר מי שבא ואמר גר אני יכול יקבלנו ת"ל אתך - במוחזק לך וכו'. וחכ"א בין בארץ בין בחו"ל צריך להביא ראיה וכו'. אר"ח ב"א אר"י הלכה בין בארץ בין בחו"ל צריך להביא ראיה" וכו'. ובמבואר בתוס' (ד"ה במוחזק) ושאר ראשונים שהמדובר במוחזק לעכו"ם. ולא נתבאר בגמרא, אם במקרה שלא הביא ראיה אינו נאמן לגמרי (חוץ מלענין שאחד"א), או שרק לדברים מסוימים מצריכים להביא ראיה. ולכאורה אינו נאמן לשום דבר מהדברים, כיון שהוא ידוע בתור עכו"ם, במה יוציא עצמו מחזקתו. ובריש פ' האשה רבה נסתפק בגמרא לענין ע"א באיסורים היכא דאיתחזק איסורא, והכא שהוא ידוע לנו בתור עכו"ם, וכן אין בידו להתגייר, כמבואר בקידושין (ס"ב:) "מי יימר דמזדקקי ליה הני תלתא", אין שום יסוד להאמינו בשום דבר.

אכן ברמב"ם פי"ג מאי"ב ה"ז: "... בא ואמר נתגיירתי בבי"ד של פלוני והטבילוני אינו נאמן לבוא בקהל עד שיביא עדים".

נראה מדבריו שרק ענין לבא בקהל הוא שאינו נאמן, אולם לשאר דברים, כגון לאכול משחיטתו, נאמן. וצ"ע מנליה הא, וגם פשטיה דקרא דכי יגור וכו' נראה שלכל דבר צריך ראיה. [ועי' ב"ח יו"ד סי' רס"ח ד"ה גר שכ' וז"ל: "... וכ"כ סמ"ג דמעשים בכל יום שאורחים באים ואין אנו בודקים אחריהם ושותים אנו עמהם יין ואוכלים משחיטתן" עכ"ל. אבל הרמב"ם מחלק דעכשו צריך להביא ראיה ואח"כ ישא אשה שמעלה עשו ביוחסין וכו', עכ"ל הב"ח. ולפי הנ"ל, לענין לאכול משחיטתו גם באומר נתגיירתי ה"ה נאמן].

והנ' בזה, דהנה בלשון הרמב"ם "בא ואמר נתגיירתי בבי"ד של פלוני", לשון זה הועתק מהרי"ף, אולם בגמרא לא נזכר אלא מי שבא ואמר "גר אני". ולהלן ברמב"ם הי"א: מי שבא ואמר שהיה עכו"ם ונתגייר בבי"ד וכו', לא הזכיר שאמר שנתגייר "**בבי"ד** של פלוני". וההבחנה ברורה, כי באומר שנתגייר בבי"ד **של פלוני** הוא מילתא דעבל"ג, משא"כ אם אינו אומר באיזה בי"ד (וה"ה באומר שנתגייר בבי"ד של הדיוטות בלתי ידועים שלא ניתן לבירור מי הם) אין זה עבל"ג. ולזאת בה' י"א שהנאמנות מצד הפה שאסר וכו' כמבואר שם בדבריו, אי"צ שיאמר דוקא ב"בי"ד של פלוני", דגם אם אומר נתגיירתי סתם (או בבי"ד הדיוטות בלתי ידועים) נמי נאמן. וזהו כשלא הוחזק עכו"ם לפני כן. משא"כ בהל"ז שמדובר בהוחזק בעכו"ם, במדויק הודגש באומר שנתגייר בבי"ד של פלוני להשמיענו דאע"ג דהוי מילתא דעבל"ג אפ"ה אינו נאמן.

והנה בנאמנותו לומר גר אני בשלא הוחזק עכו"ם דנימק הרמב"ם כנ"ל מצד הפה שאסר וכו', כ"נ גם מהתוס' (בסוגין ד"ה במוחזק לך) וכ"ה ברמב"ן. אכן בריטב"א בתי' קושית ר"ת אמאי אינו נאמן במיגו דישראל אני כ' וז"ל: ותי' דהכא מיירי בדמוחזק לן שהוא עכו"ם, הא לא"ה כל שבא ואמר ישראל אני או גר אני נאמן, וסומכים על פיו, **דמילתא דעבל"ג** היא ולא משקר וכו' עכ"ל.

וכונתו ודאי למסקנא דמילתא, שנאמנותו בכה"ג שלא הוחזק ואומר גר אני דנאמן הוא **מאותו נימוק** עצמו שנאמן לומר שהוא ישראל, שהכל הוא מטעם דהוי מילתא דעבל"ג, דמאחר שנאמנותו לומר ישראל אני הוא לא מצד רוב כדפירשו התוס', אלא מצד דעבל"ג, בע"כ גם באומר גר אני אינו נאמן אלא בגונא דהוי עבל"ג, והיינו כנ"ל שאומר שנתגייר בבי"ד של פלוני, דאי באומר נתגיירתי סתם ל"ש להאמינו מצד הפה שאסר וכו', דהרי מירתת לומר שהוא ישראל מצד דהוי עבל"ג, ומאחר שכל נאמנותו אינה אלא בעבל"ג דהיינו באומר שנתגייר בבי"ד של פלוני, ממילא אי"צ להפה שאסר וכו', דהרי כאן קיים אותו הטעם עצמו שבגללו נאמן כשאומר ישראל אני, וז"פ. וכ"ה מפורש בנמוק"י בסוגין שלא הזכיר להפה שאסר וכו' כלל אלא כ' בסתמא: "אם בא ואמר ישראל אני או גר אני נאמן וסומכים על פיו לכל דבר, שמילתא דעבל"ג הוא ולא משקר" וכו', והוא כנ"ל.

מתבאר דהבדל ישנו בנימוק הנאמנות בשלא הוחזק עכו"ם, דלהתוס', הרמב"ן והרמב"ם באומר ישראל אני הוא לא מצד דעבל"ג אלא מצד רוב, כמבואר בתוס', ואשר ע"כ באומר גר אני נאמן מצד הפה שאסר וכו' הוי נמי בגונא דלא הוי עבל"ג, דהפה שאסר וכו' מיהא איכא. ואילו לריטב"א והנמוק"י הנאמנות בישראל אני הוא מצד דעבל"ג דוקא, וע"כ

[37] מתוך ערעור תשכ"ח\26 בפני כב' הדיינים : הרב יוסף שלו' אלישיב, הרב סלמאן חוגי עבודי , הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

באומר גר אני נמי דוקא בגונא דאומר שנתגייר בבי״ד פלוני הוא דנאמן, אבל באומר נתגיירתי סתם אי״נ, דלא הוי עבל״ג ואין גם הפה שאסר וכו׳.

ויל״ע בדעת הני ראשונים שלא פירשו הנימוק דנאמן לומר ישראל אני מצד דעבל״ג אלא מצד רוב (דנפ״מ מזה כנ״ל באומר נתגיירתי סתם דנמי נאמן לדידהו בדלא הוחזק עכו״ם מצד הפה שאסר וכו׳), אי דהוא משום דס״ל דלגבי נאמנות האדם על עצמו לא סגי בהא דעבל״ג לא משקר, וע״כ בהכרח שהנאמנות לומר ישראל אני הוא רק מטעם רוב, או דהוא משום דס״ל דרוב הבאים לפנינו ואומרים שהם ישראל - ישראל הם, לא גרע ממילתא דעבל״ג לא משקר, שהוא ג״כ מגדר רוב, וע״כ גם באומר נתגיירתי בגוונא דלא עבל״ג מ״מ הפה שאסר וכו׳ איכא.

והנה בתוס׳ (יבמות צ״ג ד״ה ע״א ביבמה) כ׳ וז״ל: ״... וממאי דהיא גופא נאמנת לומר מת בעלי להתייבם לא בעי למיפשט להא לישנא״ וכו׳. וקושיתם היא דממה שהיא נאמנת, בע״כ הוא מצד מילתא דעבל״ג, נראה מזה דמילתא דעבל״ג וכו׳ שייך גם באדם כלפי עצמו. וברמב״ם סוף ה׳ גירושין מפרש גם אליבא דאמת עיקר הנאמנות באשה שמת בעלה שלא עפ״י ב׳ עדים דהוא משום ״דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה ואין יכול העד להשמט אם אין הדבר אמת וכו׳ לא הקפידה תורה עליו שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר וכו׳״, והרי שם הנאמנות היא גם באשה שמעידה שמת בעלה, ולא נתן הרמב״ם בזה נמוק אחר, מצד דודאי דייקא ומינסבא בכה״ג ולא תשקר במזיד. נראה מזה דגם באשה על עצמה סגי בנימוק זה דהוי עבל״ג לא משקר.

נ׳ מזה דגם הני ראשונים מודו בעיקר היסוד דהיכא דעבל״ג אדם נאמן על עצמו, אלא דסברי כנ״ל דהנאמנות באומר ישראל אני הוא גם מצד דאיכא רובא בכה״ג, וע״כ גם באומר נתגיירתי סתם יש להאמינו מצד הפה שאסר וכו׳ וכנ״ל.

והנה בהוחזק עכו״ם דפוסק הרי״ף והרמב״ם דאינו נאמן גם בגונא שאומר שנתגייר בבי״ד של פלוני אע״ג דהוי מילתא דעבל״ג, נראה דיצא לו הרי״ף זה מתוך סוגית הגמרא דילן דאוקי הא דבא ועדיו עמו נאמנים, דהיינו בשאומרים ״שמענו שנתגייר בבי״ד של פלוני״, ונאמנותם היא מצד דהוי ״גילוי מילתא בעלמא״ כדכתב הרא״ש, וביאר בפרישה (רס״ח אות ל׳) דהיינו משום דהוי מילתא דעבל״ג, ואפ״ה אין הנאמנות אלא בעדים שאומרים כן, ואילו הוא עצמו גם בכה״ג אי״נ, הרי דכל היכא שהוחזק עכו״ם לכל הדעות אי״נ להחזיק עצמו כגר ואפילו באומר שנתגייר בבי״ד של פלוני.

ונ׳ עוד מהגמרא דלא איצטריך קרא למעוטי דאינו נאמן אלא בכה״ג, ואע״ג דהוי מילתא דעבל״ג, ואילו באומר נתגיירתי סתם, מסברא ידעינן דאי״נ לאפוקי עצמו מחזקת עכו״ם, דאל״ה הרי יתכן דהכתוב לא בא למעט אלא באומר נתגיירתי סתם, א״ו כנ״ל, וא״ש שלא הזכירו הרי״ף והרמב״ם דאינו נאמן אלא בכה״ג שאומר שנתגייר בבי״ד שלא פלוני, דבאומר נתגיירתי סתם, פשוט דאי״נ, דמה״ת להאמינו להוציא עצמו מהחזקה.

והנה בחזקה זו דמילתא דעל״ג לא משקר אינש, נראה דעת הרמב״ם דנאמן גם נגד חזקה, דבפ״ד מחליצה הל״א הנ״ל פירש כן הא דאמרו בגמרא דלענין ההכרה בחליצה אי״צ לדיני עדות הוא משום ״שזה דבר העשוי להגלות הוא, אפשר לידע אמיתות הדבר שלא מפיהם, כענין שביארנו בסוף ה׳ גירושין״. (והא דהם עצמם אינם נאמנים על עצמם, צ״ל שהוא רק מצד מעלה בעלמא).

וזה שלא כהרי״ף, שמפרש מ״ש שם גילוי מילתא בעלמא הוא, היינו משום שאמרו זאת לפני כן, שלא בקשר עם החליצה (עי׳ הגה״מ סוף ה׳ גירושין).

[והא דלענין התרת עגונה צריך לתקנ״ח, עי׳ סוף ה׳ גירושין ולח״מ שם, צ״ל דהוא רק מצד התרת ״ערוה החמורה״ דהיינו איסור א״א, דלענין זה לא הוי סמכינן אחזקה זו אם לא מצד תקנ״ח.]

ועפי״ז נ׳ ביאור דברי הרמב״ם שלפנינו, שנראה ממנו כנ״ל, שרק לענין לבא בקהל הוא שאינו נאמן. כי מאחר דהמדובר בגוונא דאומר נתגיירתי בבי״ד של פלוני דוקא, דהוי מילתא דעבל״ג ובזה נאמן גם נגד חזקה, דממה שנפקינן מקרא ד״אתך״ דאינו נאמן הוא רק לענין לבא בקהל, שבזה החמירה תורה, משא״כ לשאר דברים, וכגון לאכול משחיטתו, באמת נאמן, ומכח חזקה הנ״ל, כיון דהוי עבל״ג ולא משקר, וא״ש הדגשת הרמב״ם ״אינו נאמן לבא בקהל עד שיביא עדים״, דרק לענין זה הוא דנתמעט דלא נסמוך על החזקה, משא״כ לשאר דברים יש לו תו״נ.

ובהנ״ל יתיישב מה שיש להעיר, מה שסתם הרמב״ם ושו״ע דאינו נאמן עד שיביא עדים, והיינו עדים שיעידו שנתגייר בבי״ד ולא סגי בעדות מפי השמועה. וזהו עפ״י הרא״ש שכ׳ דהא דאמרו בגמרא דגם עפ״י השמועה נאמנים אינו אלא אליבא דר׳ יהודה, כמבואר בטור וב״י שם, אולם הרא״ש לא כ׳ זאת אלא בלשון ״אפשר״ והיינו שנסתפק בפירוש דברי הגמרא אי הוא רק אליבא דר״י או שגם רבנן מודים בזה מצד שאינו אלא ״גילוי מילתא בעלמא״, ובפסקי הרא״ש כ׳ דנאמנים גם מפי השמועה. א״כ מה שהטור כ׳ בשם הרא״ש דאין נאמנים, היינו משום דהרא״ש לא הכריע ספיקו, ע״כ מספק יש להחמיר וכמש״כ הב״ח שם. וכן הבין כנראה הב״י בכוונת הטור, שהעתיק ע״ז מש״כ הרא״ש ״ואפשר״, והיינו כנ״ל שלא הכריע ויש להחמיר מספק. אולם כיון שאינו אלא מצד ספיקא לחומרא, הרי אם קידש אשה תצטרך גט לחומרא, דשמא גם רבנן מודו לר״י דנאמנים גם מפי השמועה, א״כ איך סתמו להלכה דאינם נאמנים, ולא כתבו שהוא רק היכא דהוי לחומרא, ולא במקום דתצא מזה קולא, וכנ״ל לענין קידושין.

אכן לפי הנ״ל, הרי לענין חומרא ל״צ לעדותם של העדים, כי בזה שהוא עצמו אומר שנתגייר בבי״ד של פלוני ג״כ נאמן הוא לענין זה דנצריך גט מספק, דכנ״ל רק לענין להקל עליו לבא בקהל הוא דאינו נאמן, משא״כ לשאר דברים. א״כ פשוט דלענין קידושין מצד דבריו גרידא נמי נצריכה גט. א״כ דברי העדים בזה אינם מעלים ואינם מורידים, וא״ש דסתמו דלענין לבא בקהל אינו נאמן עד שיביא עדים, והיינו עדים, שמעידים שנתגייר דוקא, דעדות מפי השמועה אינה כלום בנידו״ד.

מסקנת הדברים: מי שהוחזק עכו״ם ואומר שנתגייר בבי״ד דליכא למיקם עלה דמילתא, כגון שנתגייר בבי״ד הדיוטות בלתי ידועים, אינו נאמן לגמרי לאפוקי נפשיה מחזקה, וגם להחמיר לא נקבל דבריו כלל, חוץ מלענין שאחד״א.

אולם באומר שנתגייר בבי״ד של פלוני (וה״ה בעדים שאומרים כה״ג מפי השמועה) נאמן הוא לענין יינו ולענין לאכול משחיטתו, דהוי מילתא דעבל״ג לא משקר. אך להתירו לבא בקהל אינו נאמן מה״ת, וזה נלמד מן הכתוב ״אתך״.

www.eretzhemdah.org

ב בדינא דהוחזק לענין גירות

כ' הרמב"ם (פי"ג מאי"ב ה"ט): "גיורת שראינוה נוהגת בדרכי ישראל תמיד, כגון שתטבול לנדותה ותפריש תרומה מעיסתה וכיו"ב, וכן גר שנוהג בדרכי ישראל שטובל לקריו ועושה כל המצוות הרי אלו בחזקת גרי צדק, ואעפ"י שאין שם עדים שמעידים לפני מי שנתגיירו, ואעפי"כ אם באו להתערב בישראל אין משיאים אותם עד שיביאו עדים או עד שיטבלו לפנינו הואיל והוחזקו עכו"ם." עכ"ל.

והוא עפי"מ שמפרש כן מ"ש בגמרא (יבמות מ"ה:) מי לא טבלה לנדותה, מי לא טבל לקריו, דבזה אמרינן התם דהולדות כשרים, והיינו מצד דלענין הולדות הוי כדיעבד. וכ' דה"ה דלא נוציא אשתו ממנו בעבר ונשא, ורק לכתחילה אין משיאין לו אשה, וכלשון הרמב"ם, ששינה ממש"כ לעיל בה"ז "אינו נאמן לבא בקהל עד שיביא עדים", ואילו כאן כ' "דאם באו להתערב בישראל אין משיאין אותם", וכן כ' בזה העצה ד"עד שיטבלו לפנינו" ואילו בה"ז לא הזכיר מזה, והיינו כנ"ל דהכא אינו אלא דין לכתחילה.

מפשטות הדברים נ' דהכא שמצד שהוחזק כישראל רואים אותו כישראל, הוא לא רק בגוונא שאומר שנתגייר בבי"ד של פלוני, דגם מכוח דבריו הוי מילתא דעבל"ג, אלא גם באומר שנתגייר סתם (או בפני בי"ד הדיוטות בלתי ידועים, וכנ"ל) נמי מחזיקין אותם בישראל.

אכן בטור וכן בשו"ע הלשון (ס"ח ס"י): "כותי או כותית שבא ואמר נתגיירתי בבי"ד של פלוני כראוי אי"נ לבא בקהל עד שיביא עדים, ואם ראינום נוהגים בדרכי ישראל ועושים כל המצוות הרי אלו בחזקת גרי צדק" וכו', עכ"ל.

מלשון זה נ' דאדלעיל קאי בדוקא, והיינו דאין המדובר אלא בכה"ג שאומרים שנתגיירו בבי"ד של פלוני, דגם בעצם דבריהם הוי מילתא דעבל"ג, בזה הוא דמהני החזקה, והיינו דע"י דיבורם גרידא, הרי כנ"ל ילפינן מן הכתוב "אתך" דלענין לבא בקהל אינם נאמנים, וממילא דגם בניהם צריכים ראיה, וכן אם עבר ונשא מוציאים ממנו, משא"כ בכה"ג דנוסף עם מה שאמרו, הוחזקו נוהגים בדרכי ישראל.

וכ' מזה דאילו בשלא אמרו שנתגיירו בבי"ד של פלוני, דבכה"ג אין להם לגמרי תו"נ לשום דבר, חוץ מלענין מה שאחד"א, בזה גם מה שהוחזקו נוהגים בדרכי ישראל לא מהני.

ודבר זה יוצא ברור ממש"כ בש"ש (ש"ב פי"א) לענין מי שבא ואומר כהן אני, והוחזק עפ"י דבריו, דזה מהני כלפי עצמו, שאם נשא גרושה לוקה, אולם לא מהני כלפי האשה. והסביר בש"ש הטעם: "כיון דאין מעלים אותו לכהונה על פיו ואין קורא בתורה ראשון ואינו אוכל בקדשי הגבול, ואדרבא אצל כל העולם הוא בחזקת ישראל, והוא מובדל מקהל כהונה, לכן אין בו משום חזקה", עכ"ל.

ולכאורה הרי דבריו נסתרים מהלכה זו שלפנינו, שמה שהוחזקו הולכים בדרכי ישראל מחשיבים אותם כגרי צדק, ורק לענין להשיאו אשה לכתחלה הוא דמצריכים לו טבילה, והרי גם הכא לא היה נאמן קודם שהוחזקו בדרכי ישראל שהרי הי' לפני כן בחזקת עכו"ם ורק לענין שאחד"א הי' צריך לנהוג בדיני ישראל, ואילו כלפי העולם היה בחזקת עכו"ם, ומובדל מקהל ישראל, וא"כ מה חזקה יש כאן?

אכן לפי הנ"ל מבואר, דהרי הלכה זו אדלעיל קאי, והיינו בשאמר שנתגייר בבי"ד של פלוני, דיש לו תו"נ גם לגבי דידן לכל דבר ושחיטתו כשרה וכנ"ל ורק לענין לבא בקהל הוא שאינו נאמן, אבל כיון שלשאר דברים עכ"פ תורת נאמנות היה בדבריו, ולא רק מגדר שאחד"א, ע"כ בזה מועילה החזקה להחזיקו כישראל גם לענין יוחסין, ורק לכתחלה הוא שמחמירים. אכן אילולא שהיה אומר מקודם בפני איזה בי"ד נתגייר, בזה באמת החזקה שלו שהחזיק עצמו ע"י שהולך בדרכי ישראל ל"מ מידי, דאדרבא בענינו הוחזק כעכו"ם אעפ"י שנהג כישראל.

וכן יש להוכיח מהתוס' דאי אין מעיקרא תו"נ, גם הוחזק ל"מ, דהתוס' בסוגין (ד"ה במוחזק לך) הוכיחו ממ"ש בגמרא דאינו נאמן לפסול הבנים, מוכח שאם אמר ישראל הוא נאמן. ומנין להם זו, והרי אפשר לפרש דהוחזק לפנינו בישראל (או בגר), אע"כ דאי אי"נ לומר שהוא ישראל, גם ההוחזק לא יעזור, דאעפ"י ששמר מצוות, מ"מ לגבי דידן לא החזקנוהו מעולם בישראל, והוא כמש"כ השי"ש הנ"ל.

אכן בתוס' חד מקמאי כ' בענין הא דאי"נ לפסול הבנים שהמדובר "כשהיו מוחזקים בו שהיה גר". ולכאורה המדובר לפי"ז גם בשהוחזק עכו"ם לפני כן, דאל"כ למ"ל הא דהוחזקו בו, בל"ז נאמן מצד הפה שאסר וכו'. אכן נ' כוונתו, דהרי נראה שבשעה שבאו לכאן לא חקרו אותם בבי"ד, דרק אחר זמן בא ואמר דנתגייר בינו לבין עצמו, אלא שבא ונהג עצמו ביהדות בתור גר, דבזה מה שהוחזק בהתנהגותו כיהודי הוי במקום דיבורו בבי"ד.

והנה במש"כ הרמב"ם שחזקה זו היא דוקא "שטובל לקריו ועושה כל המצוות" השיגו הרמב"ן וז"ל: "ודברי תימה הם דא"כ הול"ל מי לא שמר שבת אחת ולא לימא מי לא טבל לקריו דיותר קל לידע ששמר שבת או נהג מצוות מן הטבילה, שהרבה לא טבלו לקרוין מעולם".

נראה שחולקים הם בצורת ההחזקה דלרמב"ן סגי במה שרואים שנוהג באיזה מהמצוות כישראל (והיינו ודאי כשלא ראינו מצדו גם שבאיזה מצוות עובר) דסגי בהא להחזיקו כישראל, ואילו לרמב"ם שהדגיש שהחזקה היא כשראינוהו "עושה כל המצוות" נראה ברור דס"ל דמה שרואים שעושה מצוה מן המצוות אין זה מחזיקו בישראל, דשמא סיבה מסויימת יש בדבר, כשם שמזה שמל עצמו לא סגי דאמרינן "ערבי מהול וגבעוני מהול" כן לא סגי באיזה מהמצוות, ורק אי ראינוהו עושה "כל המצוות" הוא שמחזיקים אותו בגרי צדק. אולם תיקשי מה שיעור נתת בדבר, שהרי אין מזדמנות לו כל המצוות בזמן אחד, ולזאת קבעה הגמרא (לדעת הרמב"ם) סימן בדבר - שטובל לקריו, והיינו שראינוהו מדקדק גם בדברים שבצנעא, שאין מי שיעיר עליו וידע שאכן הוא טמא וטעון טבילה, וכן באשה שטובלת לנדתה, וכן הפרשה מעיסתה דיכולה לומר שהפרישה (ודוגמאות אלה מצינו גם בענין עוברת על דת שמשמשתו נדה ואינה קוצה חלה, והיינו שמוצאת לה בזה דרך להתחמק, כי קשה הדבר לברר), ואם ראינום זהירים גם בדברים אלה, מזה אנו למדים שעושים "כל המצוות".

www.eretzhemdah.org

ומכל מקום נ' שגם הרמב"ן מודה שאם ראינום שאינם זהירים אלא במצוות מסוימות ומזלזלים באחרות דודאי אין בזה כדי להחזיקם בישראל, שהרי אדרבא ממה שאנו רואים שמצוות מסוימות אינם שומרים, ה"ז עילה להחזיקם בעכו"ם, ובשו"ע דסתם להלכה כלשון הרמב"ם "ועושים כל המצוות" נראה לכאורה דס"ל דרק בשרואים שעושים כל המצוות. אך צ"ע הא דהשמיט שטובל לקריו, דלפי הנ"ל לרמב"ם הרי דוקא בכה"ג הוא שמחזיקים אותו בישראל. ואולי י"ל כהרמב"ן אלא שהרי כנ"ל גם לרמב"ן הוא רק אם רואים שעושים כל המצוות שהזדמנו באותה שעה, שאם באיזה מהן מזלזל, גם לרמב"ן אי"ז חזקה, ע"כ כ' שראינום עושים כל המצוות, והיינו המצוות שבאותו זמן, דזה מחשיב שאנו רואים אותם בגדר שומרים כל המצוות. ול"צ להא דעושים גם מצוות שבצנעא דוקא, כהרמב"ם. אז אולי ס"ל דגם לרמב"ם לא נקט הני אלא לדוגמא, וכמש"כ ההי"מ. עכ"פ שומעים אנו מהשו"ע דאם ראינום שאינם שומרים כל המצוות שבאותה שעה, שבזה ודאי אינו נעשה מוחזק כגרי צדק.

[ולענ"ד היה נראה לפרש הרמב"ם באופן אחר ממה שנראה מהשו"ע, וכנ"ל, דקאי אדלעיל והיינו בשאמר שנתגייר בבי"ד של פלוני דוקא, כי ברמב"ם לא באו הלכות אלו בזו אחר זו כמו בשו"ע, אלא הפסיק ביניהם בענין מי שאומר נתגיירתי ביני לבין עצמי, ולזאת היה נראה שהמדובר בהל"ט הוא באמת בשלא אמר שנתגייר בבי"ד של פלוני, אלא שראינוהו נוהג בדרכי ישראל. אכן אין זה מטעם שהוחזק, דכנ"ל לפמש"כ בש"ש אין בכה"ג חזקה מועילה ולא מידי, כל שמעיקרא לא הי' כלל תו"נ על גרותו כלפי דידן, אלא כמו שפירש ההי"מ בלשנא קמא "הכי קאמרי היכי אפשר לחוש שלא נתגיירו כראוי והרי הם נוהגים בכל המצוות כישראלים גמורים וטובלים מטומאתם", והיינו שזהו מגדר הוכחה דודאי נתגיירו כהלכה, כשם שרואים שעכשו מקפידים בכל המצוות, כן ודאי דקדקו שתהא הגירות באופן שאין בו פקפוק, ובזה שהוא מגדר הוכחה לא סגי אא"כ ראינום מדקדקים בכל המצוות. משא"כ בגוונא דמהני מטעם חזקה, והוא כנ"ל בשאמרו קודם שנתגיירו בבי"ד פלוני, דיש להם מעיקרא תו"נ מצד עצם דיבורם דהוי מילתא דעבל"ג, בזה הוי סגי באמת במה שרואים שנוהג באיזה מהמצוות, כל עוד שאין לפנינו שמזלזל במצוות אחרות. והשגת הרמב"ן היא משום שמפרש שהמדובר כשאמר שנתגייר בבי"ד פלוני, וכפי שהעתיק דבריו בשו"ע וכנ"ל. אולם, כאמור, י"ל דגם הרמב"ם מודה בכה"ג, אלא דמפרש הסוגיא לא מצד חזקה אלא מגדר הוכחה, וכנ"ל. אכן לשון הרמב"ם: גיורת שראינוה נוהגת וכו', נראה באמת כהשו"ע דאל"כ מהו לשון "גיורת" דנקט, מאחר שטרם שהוחזקה עדיין אין עליה תורת גיורת לשום דבר].

מסקנת הדברים:

1 דין הוחזק בגר, הוא רק אם אמר לפני כן שנתגייר בבי"ד של פלוני, שהיה לו תו"נ, אבל כשמעיקרא לא היה נאמן - אין ערך למה שהחזיק עצמו בשמירת המצוות.

2 שמירת מצוות זו שמחזיקה אותו, הוא בתנאי שלא ראינו שמזלזל באיזה מהמצוות, ודעת הרמב"ם היא אולי, שצריך שיראו שמחזיק במצוות, גם בדברים שבצנעא.

3 [יתכן, לדעת הרמב"ם, שאם רואים שנוהג במצוות כולן, והיינו גם בדברים שבצנעא, הרי זו הוכחה שנתגייר כדין, ובזה גם אם אמר שנתגייר בפני בי"ד בלתי ידוע, ג"כ רואים אותו כישראל, חוץ ממה שלכתחילה אין משיאין לו אשה עד שיטבול. אולם לכל הדעות, בכדי שישמש הוכחה שנתגייר ה"ז רק אם שומר כל המצוות. אבל אם לא ראינו אלא באיזה מן המצוות, ומכש"כ אם ראינוהו שאינו שומר אלא אי אלו מן המצוות, ובאידך מזלזל בהן ודאי שאין כאן הוכחה שנתגייר, וכיון שהיה מוחזק בעכו"ם, הרי הוא בחזקתו לכל דבר].

ג בדינא דהוחזק לענין הולדות

אכן עדיין יש לדון מצד דהוחזק ע"י האשה, והיינו שהחזיקו עצמם כבעל ואשה נשואים כדו"ד בחו"ק, דכלפי עצמה יש בזה משום שאחד"א, ולאחר שהוחזקה הרי מהני גם לעונשין, דסוקלין על החזקות. ואף דאסקינן שמה שהחזיק עצמו כגר ל"מ כלפי אחרים, היא שהחזיקה עצמה יש לדון דמהני ביחס לולדות שילדה לאחר מכאן, כדלהלן:

הרמב"ם בפ"כ מאי"ב הי"ג כ' וז"ל: "מי שבא בזה"ז ואמר כהן אני אינו נאמן וכו', אבל אוסר עצמו בגרושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים, ואם נשא או נטמא לוקה. והנבעלת לו ספק חללה." בההי"מ שם פי' הא דאוסר עצמו הוא מין שאחד"א. ומסיק דזרעה הוי נמי ספק, שמא כהן הוא שמא ישראל.

ובמל"מ שם לאחר שהסיק דהא דהכהן לוקה הוא לאחר שהוחזק, הקשה בדברי ההי"מ וז"ל: "... אלא שדברי ההי"מ קשים הם בעיני וכו' ולפ"מ שפירשנו דבהוחזק מיירי, נהי דאין האשה לוקה על פיו ממה שהחזיק הוא עצמו בכהן, דמהני מה שהחזיק הוא לגבי דידיה, מיהו זרעיה ליהוי חלל ודאי דברא כרעא דאבוה, עכ"ל.

ובש"ש (ש"ו פי"א הנ"ל) תמא ע"ז טובא וז"ל: "לא ידעתי איה מצא סברא זו לומר בכגון זה ברא כרעא דאבוה, ובפ' החולץ גבי מעשה שבא אחד ואמר נכרי אני ונתגיירתי ביני לבין עצמי, וא"ל ר"י נאמן אתה לפסול עצמך ואין אתה נאמן לפסול בניך, עי"ש. ומבואר דאע"ג דהוא אסור בישראלית וכמש"כ התוס' אבל זרעיה כשר, ולא אמרינן דברא כרעא דאבוה." עכ"ל.

והנראה בכוונת המל"מ, דהנה שפתיו ברור מללו שדבריו בנוגע לזרע, הם דוקא במה שנולד לו לאחר שהוחזק כלפי עצמו בכהן, ולוקה ע"ז, כדכתב "ולפ"מ שפירשנו דבהוחזק מיירי וכו'". א"כ לחלק יצא בין אלה שנולדו לו לפני שהוחזק, שבהם גם לדעתו אינם חללים, ורק לגבי אלה שנולדו אח"כ, כיון שהוא הוחזק במה שנוגע לעצמו בכהן ודאי, בזה הוא דנוקט המל"מ דיש לפסול מכוחו גם הולדות שנולדו לו אז, דברא כרעא דאבוה.

ודבר זה, לא זו בלבד שאינו נסתר מהא דהחולץ דמייתי הש"ש, אלא נראה דמשם לקח המל"מ לפשיטותיה, דחזינן התם דשאל אותו ר"י "יש לך בנים", ולכאורה מאי נפ"מ אם יש לו או שעדיין אין לו ויולדו לו אח"כ, והיה לו לומר לו בסתמא, דאינו נאמן אלא כלפי עצמו ולא כלפי ולדותיו אלא ודאי דלהדגיש בה, דהנאמנות כלפי עצמו אמנם מהני גם לפסול הולדות שיולדו לו לאחר מכן, ורק אם יש לו ילדים בהוה, כלפיהם הוא דאי"נ. (וזה מוכח גם מתירוץ הב' שם

www.eretzhemdah.org

דרבינא פירש דשאל אותו אם יש לו בני בנים, דאם יש לו, אי"נ גם כלפי הבנים, כדפרשו התוס' שם, ואילו אם אין לו אלא בנים נאמן כלפיהם מדין "יכיר" ואז גם הבני בנים שיולדו להם אח"כ ג"כ פסולים, מדין "יכיר" שכבר חל על הבנים, הרי מכאן דהשאלה "יש לך בנים" מתיחסת בדוקא על הללו שכבר ישנם בעולם). [שו"ר במאירי שכ"כ בפירוש "נאמן לפסול עצמו ובנים שיולדו לו לאחר מכאן." ועמד ע"ז המפרש (ציון 423)].

ומוכח מזה כהמל"מ דכל שהאב הוחזק, ואפילו אם אין זה אלא כלפי עצמו מדין שאחד"א, מ"מ לאחר שכבר הוחזק, וגם לענין עונשין מחזיקים אותו, במה שנוגע לעצמו כודאי, שוב גם ולדותיו כמותו, ויוצא שיש בזה גדר ברא כרעא דאבוה, שאעפ"י שכלפי אחרים אין כאן נאמנות, כלפי יוצאי יריכו לאחר שהוחזק, בתר אביהם גרירי.

[בש"ש התקשה בדברי הה"מ מטעם אחר, דאמאי לא יהא נאמן לפסול הבנים מדין "יכיר", שהרי נאמן האב לומר על בנו שהוא ב"ג.

וקושיתו תמוהה מאד לענ"ד, דכדי לקבוע על הבן פסול חללות, הרי צריך ראשית כל לקבוע על עצמו תורת כהן, שדוקא אז מה שנולד לו מן הגרושה הוא בפסול חללות, אבל הרי לגבי עצמו אינו נאמן כלל, רק מתורת שאחד"א, וכמש"כ הה"מ הנ"ל, א"כ מה בכך שהבן הוא ב"ג? הרי בנו של ישראל מגרושה אינו חלל.

ועי' ר"ן בסוגיא כתובות כ"ג: שהביא דעת הרמב"ם שאינו נאמן להחזיק עצמו בכהן לענין תרומה דאורייתא, וחלק עליו וס"ל דנאמן מדין ע"א נאמן באיסורים וכש"כ הכא דהוי עבל"ג, עכ"פ דעת הרמב"ם אינה כן וס"ל דאי"נ כלל, ולא רק מחמת חומרא דתרומה שהיא במיתה, דהרי כלפי האשה אי"נ כלל.

ועי' בביאור הגר"א (ע"א סי' נ' סקי"ב) שתמה במש"כ הרמב"ם דהאשה שנבעלה הוי ספק חללה, דגם ספק איננה כיון דלגבי אחרים אי"נ כלל, וכמ"ש בסוגין דאינו נאמן לפסול הבנים.

(ובדעת הרמב"ם נ' דס"ל דאף דאי"נ לישויה נפשיה ודאי כהן כלפי אחרים, ואעפ"י דע"א נאמן באיסורים, היינו משום דהוי נגד רוב, דרובא אינם כהנים (וכ"ה בפנ"י על אתר), אכן עכ"פ מהני למישוי לה ספק, דכלפי אלה שבאים לפנינו ואומרים שהם כהנים אין רוב, ואינו אלא ספק שקול, ודמי להא דכתבו התוס' בסוגין לענין הני שבאים לפנינו ואומרים שהם ישראל דלא אזלינן בתר רוב העולם שהם עכו"ם, אלא דהתם לפי התוס' הוי אדרבא - רוב שהם ישראל. ואילו לענין האומרים על עצמם שהם כהנים, אי"ז רוב לדעת הרמב"ם, ומ"מ ספק דמע"מ מיהא הוי, כנלע"ד בביאור דעת הרמב"ם. ועי' חזו"א א"ע סי' ב' סי"ז).

א"כ חזינן מכל הנ"ל דלדעת הרמב"ם אין לו כלל תו"נ להחזיק עצמו בכהן כלפי אחרים, דמשו"ה הנבעלת לו אינה נפסלת מתורת ודאי, וא"כ ה"ה כלפי הבנים, לא יתכן לפוסלם מתורת ודאי מדין "יכיר", דכל שהוא אינו כהן אין הבנים נפסלים גם כשהם ב"ג, ודמי למי שהוחזק לן בישראל שא"י לפסול בניו אם יאמר שהם ב"ג.

ומה שהש"ש מביא ראיה מסוגין דהחולץ דגם כשהפסול בא ע"י עצמו של אב נמי נאמן, דבגמרא פריך - ואבנים לא מהימן והתניא וכו' לדבריך נכרי אתה וכו' "ומבואר דאי לאו דנכרי הוא היה נאמן לפסול הבנים מחמת עצמו". ולכאורה זו ראיה אלימתא.

אולם סוגיא זו לכאורה קשה מצד עצמה, דאי נימא דמצד יכיר נקבע על הילדים דין פסול, הרי פסול זה אינו רק לענינים של חומרא, כ"א תורת עדות ממש עליה לכל דבר, וכשאומר על בנו שהוא ממזר הרי הוא מותר בממזרת כמבואר ברמב"ם (פט"ו מאי"ב הט"ז). ומה"ט אמרינן התם דאם יש להם בנים אינו נאמן, והיינו גם עליהם כמבואר בתוס' וכן ברמב"ם הנ"ל. ומבואר ההבדל שבין הנאמנות כלפי עצמו, שאעפ"י שאינו נאמן כלפי הבנים, אין זה מעכב בנאמנותו על עצמו, לבין הנאמנות מדין יכיר שזה מותנה בנאמנות מוחלטת, ואשר ע"כ אם יש להם בנים באופן שעליהם אין לו תו"נ שאז גם על הבנים אי"נ. והיינו מטעם דעל עצמו הנאמנות היא רק מגדר שאחד"א, ואילו לקולא אי"נ גם על עצמו, משו"ה אין מעכב בענין השאחד"א הא דעל הבנים אי"נ. משא"כ נאמנות האב על בנו היא גדר עדות ממש - גם לקולא, וע"כ אם לא יתכן לתת לו נאמנות מוחלטת, והיינו כשיש שם ב"ב - גם על הבנים א"א להאמינו, וז"פ.

ומעתה תקשי דכשם שיש לקשור נאמנות הבנים עם בני הבנים וכנ"ל, הרי כן יש לקשור זאת עם הנאמנות על עצמו, דלא יתכן לומר שהבנים יהיו בגדר נוכרים גמורים (לפי הס"ד, וכן לתירוצו של רבינא) ואילו הוא עצמו יחשב כישראל, פרט למה דשאחד"א, ומאי נפ"מ בין ההפרדה בין הבנים לבין בני הבנים, לבין ההפרדה בינו לבין הבנים. (וכן מבואר ברמב"ם פט"ו מאי"ב הט"ז ובחו"מ סי' רע"ט והגר"א שם סק"ז, וכך ביאר באמת בס' שערי יושר שער ו' פי' י"ג ושמחתי שכיונתי לדעתו הגדולה). ובע"כ דלפי הנ"ל, הנאמנות על הבנים תהיה רק לפי דרגת הנאמנות על עצמו, היינו רק לחומרא, דכיון דלגבי חומרא עכ"פ יש לו תו"נ לגבי עצמו, בגבולות אלה של לחומרא יש לתת לו תו"נ גם על הבנים. אבל ודאי דגם לפי הקושיא לא היה הו"א לתת לו תו"נ מוחלטת על הבנים לישוייהו לודאי נכרים גם להתירם בבת עכו"ם וכל כיו"ב.

וה"נ בני"ד באומר על עצמו שהוא כהן ונשא גרושה, גם אם יש לו תו"נ לגבי הבן, יהא זה רק לענין לחומרא, אבל לא בתורת נאמנות מלאה לישויה כודאי חלל לכל דבר. שאם כן הרי זה קשור גם בפסול ודאי של האשה הגרושה, ואילו כלפיה הרי אין לו תו"נ. וא"כ ל"ש לאקשויי דיהא הבן ודאי חלל, דלמאי נפ"מ הרי לא הוזהרו כשרות לינשא לפסולים, וכיון שגם בל"ז הבו הוא ספק חלל, א"כ לחומרא ממילא נקטינן שהוא פסול. ואין מה שאנו נקבע עליו דיני חלל לחומרא מדין "יכיר" יותר מאשר דיני ספק חלל. ולומר דתלקה אם היא בת שתנשא לכהן, נראה דגם לאחר שיעברו ל' יום לא מהני לענין זה (וראיתי בשערי יושר הנ"ל דלענין בת אין בכלל נאמנות ד"יכיר" דלא מצינו זאת רק לענין בן, וא"כ הא דאמרינן דהוי ס' חלל, היינו דלא יהבינן לבן דיני כהן כיון דהוא בן גרושה בודאות, א"כ הרי היא או ישראל או חלל, וה"יכיר" שלו אינו מעלה ואינו מוריד כלום ודו"ק). דרק לגבי שאחד"א מהני ל' יום דנאמנותו כלפי עצמו מחזיקה אותו כלפי עצמו גם למלקות, אבל לגבי עדותו מדין "יכיר" הל' יום לא יוסיפו ממה שהיה עליה מגדר "יכיר" דלא הוחזקה אלא לחומרא ולא לענין מלקות. ועוד דנ' דהאיסור של חללה לכהן נובע מהאיסור שישנו על הכהן לקחתה, וכיון דלגביו אין כאן נאמנות כלל, ונשארת בחזקת כשרות, ממילא גם עליה אין יותר איסור. ודו"ק]

www.eretzhemdah.org

וקושית המל"מ היא על דברי הה"מ, אכן ברמב"ם לא נתבאר מה דין הבנים שנולדו לאחר שהחזיק עצמו בכהן, דיתכן באמת כהמל"מ שהם חללים מדין ודאי.

ומעתה לכאורה ענין זה שהולדות נגררים אחר אביהם לאחר שהוחזק, יש להחיל גם על הפסול דהאם לאחר שהוחזקה, דמ"ש זה מזה, וכשם שפסול האב עובר לולדות והם בגדר כרעא דאבוהון, כמו"כ פסול האם לאחר שהוחזקה עובר לולדות, והם בגדר ירך אמם לענין זה, ואעפ"י שלא נזכר מזה בפירוש, לא אדע לחלק ביניהם, לפי המל"מ.

אכן אעפ"י שבעניותנו טרחנו לבאר דעת המל"מ, הנה לפנינו דעת הה"מ דלא כן, וגם לגבי הולדות לא משוי לה לודאי, אלא בס' חללות הם, וכמש"כ הרמב"ם לגבי האשה עצמה, וכן לפי המל"מ, הרי האשה חזרה וביארה דבריה שאינה יודעת אם טבל, ומה שאמרה שנתגייר, היינו שחשבה דבזה סגי לגירות, א"כ הוי עכ"פ אמלתא. והרי לדעת הרבה מהפוסקים (עי' פד"ר כרך ד' עמ' 87 וכרך ו' עמ' 151) אמתלא מהני גם לאחר ל' יום. ובפרט, וזה העיקר, דנראה דבכה"ג עדיף מאמתלא שמבארת דבריה שחשבה שבמילה לשם גירות סגי והוא גר, וה"ז ממש כדברי הרא"ש בתשו' שהו"ל (כלל ל"ב, א) באמרה נתקדשה "בסתם ולא אמרה בפני ב' עדים אין בדבורה כלום", והיינו דאטו כולהו נשי דיני גמירי (קי"ד י"ג), ובזה ודאי גם לאחר זמן יכולה לפרש דבריה, וכהא דתשו' הרא"ש הנ"ל, והרי היא לפנינו אומרת כן באמת, א"כ אין כאן הוחזק כלל, ואפילו לגבי האשה עצמה, ומכש"כ לגבי הולדות.

סימן מ : בענין מורשה לדין ובי"ד קבוע*[38]

לפנינו ערעור על שתי החלטות כב' ביה"ד האזורי לת"א־יפו מיום י"ד סיון תשל"ז (תיק /8092לז) בתביעה שהוגשה ע"י המערער ה.ו. נגד המשיב ה. מ.ד.ט. הגר בקביעות לע"ע בחו"ל, ע"י בא כוחו ה.מ.י., בדבר זכויות שהמערער תובע בדירה של הנתבע שהמערער היה גר בה בשכירות, וזה על יסוד מנהג המדינה.

וזה נוסח ההחלטות שהן נשוא הערעור:

"החלטה א':

א לפני שנכנסנו ועם כניסתנו לשמיעת־ התביעה קבענו במפורש בתאריך י' אייר תשל"ז, שאנו נכנסים לדיון בנדון, כפוף לכך שמר מ.י. ימציא ממרשו יפוי כח חוקי, שמסמיכו לחתום בשמו על שטר־בוררין.

ב התנאי הנ"ל לא נתמלא.

ג קרה דבר הפוך. היינו, שהנתבע במברק שמוצג בפנינו היום, מסרב בהחלט להתדיין בביה"ד לעומת זה הביע רצונו להתדיין בארץ רק בפני בי"ד רבני לא רשמי.

בשים לב לכל הנקודות הנ"ל אין בית הדין מוכן לתת כל החלטה שהיא לעצם הענין.

החלטה ב':

מאחר והנתבע מצהיר על רצונו להתדיין בפני רבנים, אין לפי הדין להוציא נגדו כתב־סרוב על אף שהרבנים אשר מצביע עליהם כנ' אינם רבנים מוכרים כבי"ד."

טענות המערער בכתב ובע"פ כפי שנטענו לפנינו, שעל ביה"ד היה להזקק לתביעה ולהוציא פס"ד בנידון או כתב סירוב, מאחר שהתביעה הוגשה כדין נגד בא כוחו של הנתבע הגר בת"א, וביה"ד לא היה רשאי לסלק עצמו מהכרעה בנידון, למרות התנגדותו של הנתבע במברק המופנה לביה"ד, ולמרות הודעת בא כוחו הנ"ל בפני ביה"ד שעפ"י הוראות הנתבע אין הוא מייפה כוחו להתדיין בפני בי"ד שדן בדבר. וזה מאחר שכב' ביה"ד שדן בדבר הוא בי"ד הקבוע בעיר, ואילו הצעת הנתבע המסכים להתדיין בפני שלשה רבנים השייכים לבי"ד, אינם משמשים כבי"ד קבוע בעיר. לפנינו הצהיר המערער גם שהוא מוכן לבוררות זבל"א, אולם הנתבע סגר את הדלת בסרבו להתדיין על יסוד תביעה של מנהג המדינה.

ה.מ.י. הנ"ל בהופיעו בפנינו חזר על טענתו, שאין הוא מוסמך להתדיין לאור התנגדות הנתבע שהוא ייצג אותו כשלוחו בבי"ד. ואם אמנם בהופעתו הראשונה בפני ביה"ד אמר שהוא רואה עצמו כמיופה כוח הנתבע, ובתור שכזה גם חתם על שטר הבוררות, אך לאור התנגדותו המפורשת של הנתבע מתברר שאין לו סמכות לזה. כן הציג לפנינו מברק שנתקבל מאת הנתבע וביקש לצרפו לתיק. בהסכמת המערער, שאמנם הסתייג מתוכנו, צורף המברק לתיק. וזה לשונו:

"בס"ד. ו. נצל בערמה את צדקתו ואי ידיעתו בחוק של ה.ז.ס. זצ"ל הבא כוח הראשון שלי להוציא פתק של שכ"ד בכונה לגזול דמי מפתח בעוד שלא שלם בדירותי אף אגורה שחוקה ורוצה להתעשר ולרוש דירותי. כל השנים משלם שכ"ד פרוטות ממש ועליו נאמר הרצחת וגם ירשת.

אבקש הרבנים שליט"א שלא להוציא פסק דיני שלי שלא בנוכחותי כי החלטנו אחרי החגים להעתיק לארץ בעז"ה ולהתישב בדירותנו. כתלמיד וחסיד של ... רצוננו להתדין אצל בי"ד ... (רבני לא רשמי). אנא הצילוני מידי עושק, ר.מ.ט."

אחרי שמיעת טענות הצדדים והעיון בחומר שבתיק, ומבלי להתייחס לגופה של התביעה, שכ' ביה"ד הסתלק מלדון בה כאמור לעיל, אנו בדעה שיש לדחות הערעור, וזה מנימוקים דלהלן:

[38] ערעור תשלז\187 בפני כב' הדיינים : הרב שאול ישראלי , הרב יוסף קאפח , הרב מרדכי אליהו

www.eretzhemdah.org

החלטה א' נשואת הערעור מסתמכת על קביעת ביה"ד הקודמת לפני כניסתם לשמיעת התביעה שזה בתנאי "שמר מ.י. ימציא ממרשו יפוי כח חוקי שמסמיכו לחתום בשמו על שטר בוררין", וכפי שהתברר בהמשך הדיון "התנאי הנ"ל לא נתמלא".

תנאי זה איננו רק, כפי טענת המערער לפני כב' ביה"ד האזורי ולפנינו, בכדי שהפס"ד יהא תקף מבחינה חוקית עפ"י חוקת הבוררות של המדינה, אלא הוא נצרך גם כדי שמבחינת ההלכה ודין התורה ייחשב כמורשה להופיע מטעמו של הנתבע, שכן שטר ההרשאה שניתן בשעתו ע"י הנתבע למורשהו ה.מ.י. הנ"ל שנמצא בתיק מתייחס, כלשון ההרשאה: "להשגיח על דירתי... לגבות שכר דירה... לשלם מסים... וגם להשכיר הדירה אחרי שיצא הדייר הנוכחי". לא נזכר בהרשאה גם יפוי כוח למורשה להופיע במקומו בבי"ד ולטעון טענותיו, ולו גם בקשר לדירה זו בלבד. אין איפוא שום יסוד להנחה שהמערער טוען, שכשם שהורשה להשכיר הדירה כן יש לראותו כמורשה לטעון טענות בקשר לדירה בפני ביה"ד. שכן, אין לראות בהרשאה אלא מה שיש בה. אף דבר פשוט הוא שלא כל מי שנותנים בו אימון לניהול עסק, נותנים בו גם אימון שידע לשטח הטענות כראוי לפני ביה"ד, וקיומם של טוענים, וטוענים רבניים בכלל זה, יוכיח. אי לזאת, אעפ"י שה.מ.י. הנ"ל בהופעתו הראשונה בביה"ד אמנם הצהיר "שידי כידו", אין הצהרה זו מחייבת את שולחו. והרי כפי שמתברר, אליבא דאמת, אין דעתו של הנתבע נוחה ומסכימה, שיהא זה שלוחו לטעון ולהתדיין במקומו בפני ביה"ד. הואיל וכן, הרי צדק כב' ביה"ד בהחלטתו זו, שהדיון לפניו כאילו לא התחיל, שכיון שאין כאן יפוי־כח תקף להופיע בשם הנתבע, הרי הנתבע לא יוצג, והרי זה כאילו נשמעו טענות צד א', שהוא התובע, בלבד. וכיון שכן, אין עדיין מקום להוצאת פס"ד, ואף לא להוצאת כתב סירוב, כל עוד לא הוזמן הנתבע עצמו ונשמעו טענותיו או סירובו בביה"ד.

עד כאן באשר להחלטה א'. ומעתה נבוא לדון באשר להחלטה ב'.

החלטה זו של כב' ביה"ד אומרת: "מאחר והנתבע מצהיר על רצונו להתדיין בפני רבנים... על אף שהרבנים אשר מצביע עליהם כנ"ל אינם רבנים מוכרים כבי"ד" - "אין לפי הדין להוציא נגדו כתב סירוב". החלטה זו מבוססת על ההלכה בשו"ע (סי' ג' א'):

"... וכל שלשה נקראים בי"ד... והם דנים את האדם בעל כרחו, אם הנתבע מסרב לירד לדין או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו, אבל אם רוצה לדון עמו בעירו, אלא שאינו חפץ בג' שבירר התובע, אז זה בורר לו א' וזה בורר לו אחר".

והרי זה כנידון שלנו, שהתובע הציע ותבע לדין בפני בי"ד זה, ואילו הנתבע מציע שלשה אחרים כבי"ד, הרי הרשות בידי הנתבע; והסכמת המערער בפנינו לבוררות זבל"א, הרי לא נשמעה בפני ביה"ד. ואף אילו היתה מוצעת על ידו שם, טרם באה תשובתו של הנתבע להצעה זו. וסירובו לא היה אלא להתדיין בפני ביה"ד שהציע התובע.

אולם אם כך, הרי לכאורה צודקת טענת המערער לפנינו שנגד בי"ד הקבוע בעיר אין טענת הנתבע הנ"ל מתקבלת וכמו שכ' הרמ"א שם:

"... אם דיינים קבועים בעיר, לא יוכל לומר לא אדון בפניכם אלא בזה בורר וכו'".

ואם כן חוזר בזה דין השו"ע שיכולים בכה"ג לדון את האדם בעל כרחו, עם כל המסקנות הנובעות מזה, כולל הוצאת כתב סירוב. (פרט להיתר להתדיין בערכאות, עי' סי' י"א ס"א, וסי' י"ד ס"א, וסי' כ"ו ס"ד).

והרי בי"ד זה שהתובע הביא לפניו תביעתו הוא בי"ד קבוע בעיר ומומחה לרבים, ומורכב מגדולי תורה היושבים על מדין, ודנים יום יום בכל מיני תביעות שבאדל"ח, א"כ בכגון דא אין הנתבע רשאי לסרב מלדון בפניהם. ואפילו אם היה הנתבע מציע זבל"א אין לשמוע לו ודנים אותו בעל כרחו.

וטענת הנתבע כפי שהובאה במברק שצורף לתיק האומרת:

"כתלמיד וחסיד של ... רצוננו להתדיין אצל רבני (בי"ד רבני לא רשמי)... אנא הצילוני מידי עושק"

טענה זו ודאי אינה ראויה להשמע, וראויה לנזיפה. וכי דייני ישראל הידועים כגדולי תורה ומומחים לרבים, חשודים ח"ו שיתנו יד לעושק?

אף טענת הנתבע כפי שהובעה במברק אחר הנמצא בתיק ביה"ד האזורי בו הוא מביע התנגדות שביה"ד ידון לפי מנהג המדינה, וטענתו הנוספת בנידון זה "שהוא נתין אמריקאי", אין בהן כדי לסלק ידי ביה"ד מלדון בתביעה. השאלה אם יש מנהג מדינה, אם מנהג זה מחייב, ואם זה מחייב את אלה שאינם תושבי המקום, וכן כל מיני טענות נוספות מסוג זה, מקומן להשמע ולהתברר יחד עם כל מכלול הטענות והדו"ד, ע"י ביה"ד שדן בתביעה, שישמע וידון ויכריע ויפסוק. אולם אין בכוח בעל הדין לעשות דין לעצמו בנוסח של "דין הניין לי ודין לא הניין לי", ולהתנות תנאים לביה"ד על איזה טענות רשאים לדון ועל איזה - לא. הדבר היחיד שברשות בעל הדין אינו אלא לתבוע דין תורה, ואין הוא מוכרח להסכים לפשר. אך במקרה דנן הרי מעיקרא הוסכם ע"י הצדדים וע"י ביה"ד לדון עפ"י ד"ת בלבד.

אין גם בידי הנתבע להעלות הטענה, שאמנם לא הועלתה על ידו עד כה, שכיון שהוא גר בחו"ל, דינה של התביעה להשמע במקומו כדין התובע הולך אחר הנתבע (סי' י"ד א' ברמ"א). שהרי העיסקא נעשתה בארץ ע"י בא כוחו של הנתבע באותה שעה, זה היה ה.ס. ז"ל, כפי שמופיע במסמך השכרת הדירה הנמצא בתיק. וכיון שכן דינם של כל הבירורים והדו"ד בקשר לעיסקא זו או כתוצאה ממנה, דינם אף הם להתברר בארץ, מקום שנעשתה העיסקא. כמבואר בדומה לזה ברשד"ם (חו"מ סי' ק"ג, והובא בכנה"ג וחכמת שלמה לסי' י"ד) וז"ל:

"דכשהאמין שמעון לראובן להפקיד נכסיו אצלו, בהיותו דר בעיר שאלוניקי, כמו שהיה דר שם שמעון, ועל דעת כן היה מאמינו שאם יפול איזה הפרש ביניהם יעמידנו דין בשלוניקי... אבל השתא שעקר דירתו מכאן, על ראובן מוטל לבא לעמוד לדין... דלא כל כמיניה לקחת כספי אחרים לאכול ולחדי, ושילכו אחריו המפקידים אצלו".

www.eretzhemdah.org

לפי כל הנ״ל נראה לכאורה צודקת טענת המערער על החלטה ב׳ של כב׳ ביה״ד, שאם גם ה.י. אינו נחשב כמורשה מטעם הנתבע וכפי שנאמר בהחלטה א׳, מכל מקום על ביה״ד להזמין את הנתבע ולחייבו להופיע בפניהם לדין, אם ע״י עצמו או ע״י בא כוח שימנה במפורש למטרה זו.

אך באמת צדק כב׳ ביה״ד גם בהחלטה ב׳, וזה, מפני שדין זה של הרמ״א שאין אדם רשאי לסרב לירד לדין בפני בי״ד הקבוע בעיר, הוא מדין המחוהו אנשי העיר עליהם, כפי שמצוין שם על אתר לסי׳ כ״ב סוף ס״א, ושם ברמ״א: ״רבים שהמחו עליהם דיינים דלא גמירי אין בעלי דינים יכולים לעכב״ (ופשוט שלענין הנידון שלנו, שמסכים להתדיין בפני דיינים אחרים, אין נפ״מ אם הללו הקבועים הם גמירי או לא גמירי, שהרי כל עיקר כוחם בהיותם קבועים בעיר הוא מכוח זה שהציבור קבלם עליהם להיות הדיינים, ועל כן אין היחיד יכול לסרב).

ומעתה, מאחר שהעיסקא נעשתה בירושלים ולא בת״א, הרי פשוט שגם מקום בירור התביעות שבקשר לעיסקא, הוא ירושלים ולא ת״א. ודין בי״ד הקבוע בת״א מחייב, בתור בי״ד קבוע, רק את אלה המשתייכים לת״א ולאזור ת״א. אבל בדו״ד שבין אנשי ירושלים, אין על ביה״ד שבת״א דין של בי״ד קבוע בעיר, ועל כן רשאי הנתבע, בכגון דא, לא להסכים להתדיין בפניהם אלא בפני בי״ד אחר של ג׳ דיינים, והמוצא בכה״ג יהיה זבל״א, וכמבואר כנ״ל במחבר בסי׳ נ׳ ס״א שהו״ל.

צדק איפוא כב׳ ביה״ד גם בהחלטה ב׳, שלאור האמור בהחלטה א׳, שאין זה שחשבוהו כמורשה מטעם הנתבע והוא גר בת״א, מורשה מטעמו אליבא דאמת. ממילא, מקום התביעה שהוא מצד המקום שבו נעשתה העיסקא, הוא ירושלים. וכל עוד לא הוגשה התביעה בפני בי״ד הקבוע בירושלים רשאי הנתבע להציע שלשה דיינים אחרים. וכבר הוזכר לעיל שהסכמת המערער לזבל״א לא היתה בפני ביה״ד בת״א, ואף לא הובאה בפני הנתבע, וטרם ידועה עמדתו להצעה זו.

לאור כל הנ״ל צודקות שתי ההחלטות של כב׳ ביה״ד, ודינו של הערעור להדחות.

שאול ישראלי

ראיתי דברי הרה״ג שאול ישראלי (שליט״א) [זצ״ל] ועיינתי בדבריו.

הענין הוא, שהתובע, הוא המערער לפנינו, נכנס לדירה של המשיב־הנתבע. העיסקא נעשית באמצעות הרב ס. ז״ל כי הנתבע הוא תושב חו״ל. לאחר פטירת הרב ס. מינה הנתבע את ה״ה מ.י. הי״ו כב״כ בענין הדירה. ביה״ד האזורי לא ראה את היפוי כח שנתן הנתבע כב״כ לכל דבר וע״כ בבוא הדיון לפני בי״ד התנה ואמר מפורשות בתנאי שימציא יפוי כח חוקי לחתום על בוררות. וכדברי ב״ד לא המציא אלא ההיפך שהנתבע כתב מפורשות שאינו מסכים ובכלל אינו מסכים להתדיין אלא בפני בי״ד רבני שאינו רשמי, וביה״ד פסק שלא יתן החלטה לעצם הענין. ובהחלטה נוספת לא הוציא ביה״ד כתב סירוב נגד הנתבע.

בפני ביה״ד האזורי עמדו שתי בעיות. אחת שאין לפניו נתבע, כי הוא סרב לחתום על שטר בוררות כנדרש בחוק. שנית, האם לאור סרובו הוא נקרא סרבן. אילו זכינו והי׳ כוח לביה״ד לדון בכל הדינים שבין אדם לחבירו כד״ת הרי שלא היה צורך בשטר בוררות, וכל השטר נדרש רק כדי שאח״כ אפשר יהא לבצע את הפס״ד. עתה שלא זכינו, אם אדם מסרב לחתום על שטר בוררין, מהוה כעין סירוב להתדיין. וכבר כתבו הפוסקים שאי הסכמה לחתום כמוה כסירוב. ולכאורה היו צריכים לפסוק שהוא סרבן, אך באה החלטה שניה מאופקת, ואומרת, היות והנתבע מוכן להתדיין לפי דין תורה, אולם רוצה רבנים מסויימים אפילו שאינם בי״ד מוכר, ע״כ אין לו דין סרבן.

ומיד ניתן להאמר, אע״פ שאין אנו רואים בזה דרך ושיטה של אדם החרד לדבר ה׳, שחייב לציית דינא וחייב להביא דיניו ופסקיו לדין תורה ובפני בי״ד קבוע המומחה לזה, ואיתמחי גברא ואיתמחי דינייהו, הדין מובא לפני זקן ורגיל בתורה ובמעשים. ולכאורה הוי בזה כפגיעה בכבוד תורתם ומומחיותם, והיה ראוי הנתבע לנזיפה חמורה, אולם בהיות ומדובר בסוג מסויים של אנשים שהבינו שכאילו רבם פסק להם שלא ילכו לד״ת אלא לפני רבנים מאנ״ש, ח״ו לא תהא כזאת בישראל לחשוד רב גדול ומפורסם בתורה שיאמר לאנ״ש כן. כל כוונתו היתה שכל ד״ת שיהא בינם לבין עצמם יתדיינו לפני רבנים מאנ״ש ולא עלתה על לבו להכריח אנשים אחרים שלא יתדיינו רק בפני רבנים מאנ״ש ולא בפני ב״ד קבוע. עכ״ז אין לראות בזה כפגיעה כי הנתבע טעה וחושב כן.

ועיין משכ״ה הערוך השולחן בס׳ ד׳ סעיף ב׳, על דברי הרמ״א אם יש בי״ד קבוע אין יכולת לאמר לא אדון בפניהם. הוסיף הע״ה ״ומה שאין מוחין עתה כשאחד אינו רוצה בדיינים הקבועים מהעיר, מפני שאין ביכולתינו להעמיד משפטי הדת על תלה והבע״ד עתיד ליתן את הדין לפני יודע תעלומות, אם אין הצדק אתו בזה״. ועיין לחקקי לב ח״ב ס׳ ג׳ שכתב אם יש בי״ד קבוע בעיר והוא רוצה להתדיין לפני בי״ד אחרים שאינם דיינים קבועים, אבל הם ראויים להוראה, וכתב ע״ז משם העדות ביעקב ס׳ מ״א דק״א ע״ב שלא יכולים לחייבו להתדיין לפני בי״ד הקבוע. וכתב ע״ז הרב שם: ״אלא בעיקר דברי העדות ביעקב צריכא רבה, אם הם דיינים שבעיר שקבלו עליהם בני העיר לדון, וזה החכם אשר ירצה הנתבע אינו מקובל לדיין לדון לכל בני העיר, מה כוחו יפה לכופו שידון לפניו מאחר דליכא שום עיכוב מלדון בפני הדיינים לא משום קורבא ולא משום נוגע ואיזה חשד כי כן דבריו צא״ת״.

אולם השאלה היא אם לפי טעותו בדברי רבו, המציאות היא שאינו מוכן להתדיין בדין תורה לפני בי״ד קבוע כמוזכר בס׳ ד׳, הוי לכאורה דינו כדין סרבן, ואם התובע מבקש רשות ללכת לערכאות היו צריכים לאפשר לו. אולם נראה שבית הדין האזורי סמך על הכנה״ג בהגהות טור ס׳ כ״ו ס׳ כ״ו וכן בס׳ כ״ח אות פ״ט, שהביא משם התומת ישרים ומהרשד״מ שאם הוא מוכן להתדיין בפני בי״ד אחר אפי׳ שלא הוי כדין לא נקרא לא ציית דינא, ועיי״ש באורך. והביאו והזכירו האורים בס׳ כ״ו ס״ק י״ג שכתב ״ואם רוצה לציית דינא רק לפני בי״ד אחר אפי׳ דזוטרא מיניה או לפני בי״ד בעיר אחרת, ציית דינא מקרי ולא דיינין ליה בדין אלם. כנה״ג בשם מחברים רבים״. אולם הכנה״ג הביא גם סברות אחרות הסותרות סברא זו, מ״מ נמצינו למידין שלא פשוט הדין לקרוא לו סרבנא.

www.eretzhemdah.org

ועתה לעצם הענין, הרי בהיות והעסקא נעשתה בירושלים היה לכאורה מקום לאמר שמקום הדיון הוא בירושלים כהטעם שהביא הגרש״י (שליט״א) [זצ״ל] משם מהרשד״ם, אולם שם במהרשד״ם בס׳ ק״ג ובס׳ שפ״ו משמע שבעת עשיית העיסקא היה הנתבע בעיר ואח״כ הלך לו. אולם אין לכאורה שום הוכחה שאם אחד מינה מורשה לעשות עיסקא מסויימת והוא היה בעיר אחרת ואח״כ בא התובע ורוצה לתבוע, והנתבע הוא בעיר אחרת, אינו יכול לחייבו לבוא ולהתדיין לפני ב״ד של מקום העיסקא, כי זיל בתר טעמא, שכל הטעמא הוא, שלא כל אחד יעשה עסק ואח״כ ילך לו לעיר אחרת ועי״ז הוא ירמוס ויגזול אנשים שלא יטרחו לרדוף אחריו בעיר אחרת. או הטעם שכל שהעסק נעשה בעיר מסויימת ושניהם היו באותה העיר הוי כאילו קבלו עליהם להתדיין באותה עיר ובדייני המקום, משא״כ שהעסק נעשה ע״י מורשה, והמורשה לא הורשה להדיין רק הורשה לעשות את העסק. ובפרט שדין נתבע הוא שאינו יכול למנות מורשה, עיין בס׳ קכ״ב וקכ״ד. ורק לפי התקנות הוא שיכול למנות, ועי״ז ההרשאה שנתן מהתחלה לעשות העסק, יתכן ולא חלה על זה, שהוא יתדיין גם באותה עיר. מהיכן לנו בירור שהוא קבל עליו להתדיין בדייני אותה עיר. ומהיכן לנו ברור שחל כאן התקנה של מהרשד״מ שלא כל אחד ילך ויברח לעיר אחרת, הרי כאן מראש היה ידוע שבעל העסק השני אינו דר בעיר זו.

וגדולה מזו כתב הע״ה בס׳ י״ד סעי׳ ג׳, ואם יש לנתבע מעות או סחורה במקום התובע, ובאופן שביכולתו לעקלם בדין ע״פ מה שיתבאר בס׳ ע״ג, אזי ממילא יפה כח התובע, וביכולתו לכוף להנתבע שיבא למקומו. אבל אם אין התובע יכול לעקלם בדין, אינו כלום. ומקורו מדברי הרמ״א י״ד, אבל אין אנו צריכים לזה כי המקור לענ״ד הוא מהרשד״ם, ויתכן ולדעת מהרשד״ם וכן נראים הדברים אפי׳ אם אי אפשר לעקל הנכסים כאן, אם התחיל המו״מ כאן ואח״כ אחד מהם הרחיק נדוד דנים במקום העסק. וז״ל בס׳ ק״ג לענין שלנו:

״כשהאמין שמעון לראובן להפקיד נכסיו אצלו היה בהיותו דר בעיר שאלוניקי כמו שהיה דר שמעון ועל דעת כן האמינו שאם יפול איזה הפרש ביניהם יעמדו לדין בשאלוניקי וכו׳ אם כן אני אומר שכ״ש שיש לנו לומר שלא אמרו התובע הולך אחר הנתבע אלא כשנעשה המשא ומתן שביניהם זה במקומו וזה במקומו אבל כאשר היו שניהם במקום אחד ואח״כ הרחיק הנתבע נדוד פשיטא ופשיטא שאם יש יכולת בתובע להביאו למקום התובע או שיש כח ביד ב״ד יביאוהו״.

וכן כתב כן בס׳ שפ״ו.

ובעיקר הדין של תובע הולך אחר הנתבע יש אומרים שתקנה היא, עיין לרמ״א ס׳ י״ד. ועיין לכנה״ג י״ד ה׳ ט״ו משם מהריב״ל:

״שהטעם הוא משום שהיחיד הוא מוכרח ונכנע לפני ב״ד קהלו מה שלא יכנע אם יגזרו זולתם. ומהרשד״ם ס׳ ז׳ כתב שלא יתקוטטו התובע והנתבע שכל אחד יאמר שהב״ד שבירר הוא גדול מהב״ד שבירר חבירו וירבו מחלוקת וקטטות, לכן ראו להשקיט ריב אחר שהנתבע ציית לדין תורה, ואינו מטריח לילך חוץ לעיר שהדין בזה עם הנתבע ע״כ. ודבריו מוכיחים שלתועלת הנתבע נהגו כן. ולי נראה שנהגו כן מפני תועלת הנתבע שלא יוציא מנה על מנה. הא כיצד פעמים שהתובע מעיר אחת והנתבע מעיר אחרת, אם אתה אומר שהנתבע ילך אחר התובע יבוא איש רמאי ויתן עיניו באיש עשיר שבעיר אחרת ויאמר שיש תביעה עמו שיבא להתדיין עמו בעירו, והעשיר ההוא שלא לכתת רגליו לטלטל את עצמו יתפשר עמו. מה שאין כן אם יצטרך הוא לבא לעיר הנתבע, ומאחר שנהגו כן כשהם בשני עיירות ראוי להנהיג המנהג אפי׳ בעיר אחת בשתי בתי דינים שלא לחלוק במנהג״.

ע״כ לשון הכנה״ג.

ועיין לשדי חמד מערכת ת׳ אות מ״ג שהביא שדין תובע הולך אחר הנתבע לא מתקנה אלא מדין תורה. ועיין במשחא דרבותא בסופו פסק ארוך בענין.

ועל כן לכאורה יכול הנתבע לטעון שהתביעה תשמע בחו״ל. אולם אי הוא לא טוען אנן לא טענינן ליה. הוא הסכים שהדיון התקיים בארץ רק טענתו וסברתו שהוא רשאי להתדיין בדייני אנ״ש, ומעתה אי הוא לא טעין ואפי׳ אם היום הוא טוען לא נקבל דבריו כי הוי כתחילת דין לענין זה ועיין הריב״ש שנ״ד שאם התחיל ולא טען ע״ז אינו יכול לחזור ולטעון, וכן הוא לא טען נגד המקום אם הוא בירושלים מקום העיסקא או בת״א מקום מגורי המורשה לשאר עסקים, וע״כ מוסמך היה ביה״ד לדון בענין, אלא א״כ היה טוען הוא מתחילה שרוצה בחו״ל אז ביה״ד היה שומע טענות הצדדים בעינן הסמכות, ויתכן והיה מגיע לכלל מסקנה שמקום הדיון בארץ או בירושלים מטעם מקום העיסקא או כאן המורשה, או שכאן בארץ הפסק דין ניתן לביצוע, או מטעם שכאן בארץ הראיות וההוכחות שלו, עיין למהרשד״ם סי׳ ק״ג.

אולם, כאמור, הוא לא טען, והסמכות נשארה בידי ב״ד בת״א, ומאחר שאין לביה״ד להשאיר דין תלוי ועומד כלשון השו״ע חושן משפט סי׳ י״ב סעי׳ ה׳, ״ואינו רשאי להוציא הדין חלוק מתחת ידו בלי גמר״. ואם לפי דעתם אין אפשרות להכריח את התובע שהתדיין בפני ב״ד שבירר הנתבע, ולא את הנתבע להתדיין בפני בבב״ד קבוע היה אפשר לפסוק ולחייבם לזבל״א, ובפרט שלפנינו הסכים התובע לזה. ע״כ יש לפסוק שהדין יתברר בזבל״א, ואם שני הבוררים לא יסכימו על בורר שלישי, ימנה אותו ב״ד, ואם גם לזה לא יסכים הנתבע אז ינקוט ביה״ד בדרך שכתב ערוך השולחן סי׳ כ״ו סעי׳ ב׳ בענין מסרב לבוא לביה״ד מתי אפשר להרשות לילך לערכאות, כי יתכן ושם יוציאו ממנו ממון שלא כדין. כתב שם וזה לשונו:

״יכולים ב״ד לקבל טענות התובע ולקבל עדות ולברר מה שביכולתם לפי ראות עיניהם ואם יראה להם שהמסרב חייב לתובע אף על פי שאי אפשר לידע ברור מצד אחד, מכל מקום כיון שהמסרב אין רצונו להשיב בב״ד כאשר עשה כן יעשה לו, ושלא יהי׳ חוטא נשכר, נותנים רשות להתובע שידון עמו שמה, כיון שנראה להם שעכ״פ יש לו תביעה חזקה על המשיב״.

www.eretzhemdah.org

וכל זה עושים כדי שלא להוציא הדין חלוק ויהי' סוף וגמר לסיכסוך שבין אדם לחבירו, וכן ראוי לעשות בנדון דידן.

מרדכי אליהו

פסק דין

בהתאם לנ"ל אנו מחליטים:

א הערעור נדחה.

ב לאור הצהרת התובע בפנינו שמסכים להתדיין בפני בוררות זבל"א שידונו בד"ת, על הנתבע להיענות להצעה זו, ועליו להודיע על הסכמתו לבי"ד זה תוך שלושים יום מהיום.

ג אם לא יסכים הנתבע להצעת זבל"א, יחזור בי"ד זה וידון בדבר נקיטת אמצעים כדמו"י.

ד אין צו להוצאות.

ניתן היום י"ח תמוז תשל"ז.

שאול ישראלי יוסף קאפח מרדכי אליהו

סימן מא: בענין 'תובע הולך אחר הנתבע'*[39]

זהו ערעור על החלטה שניתנה על ידי בית הדין האזורי בתל־אביב יפו, ביום ח' באב תשל"ו (תיקים 8078, /13433לו), בה החליט בית הדין:

"להעביר את הדיון בשני התיקים הנ"ל לבית הדין הרבני האזורי בירושלים".

נידון שני התיקים נשוא ההחלטה האמורה, הם:

1 תביעה לגירושין, ובענינים הכרוכים לתביעה שהוגשה בבית הדין האזורי בתל אביב, על ידי הבעל נגד אשתו (/8078לו):

2 תביעה נגדית לשלום־בית שהוגשה, בבית הדין בתל אביב, על ידי האשה נגד בעלה (/13433לו).

בעלי הדין הם בעל ואשה, המסוכסכים ביניהם זה זמן רב. עוד בשנת תשי"ב הגישה האשה, בבית הדין האזורי בתל אביב, תביעת גירושין ומזונות נגד בעלה. התקיימה ישיבה אחת בלבד, התביעה הוזנחה על ידי התובעת. ומאז לא חזרו הצדדים לבית הדין עד להגשת התביעות הנ"ל.

על ההחלטה האמורה הוגש ערעור על ידי הבעל. נימוקיה של ההחלטה הנ"ל, הם בתוך ההחלטה גופה, וכך נאמר בה:

"מאז שהתדיינו המתדיינים דנן בפני ביה"ד בת"א בשנת תשי"ב עברה תקופה ארוכה של 24 שנה, בה הם עברו לגור לתקופה ממושכת של שנים בירושלים.

בתביעתו לגירושין שהגיש כעת הבעל בפנינו, הוא מצהיר על עצמו שגר בירושלים, בזה"ל: "בבית הדין הרבני ת"א־יפו בענין ח.ש., ירושלים, נגד א.ש., ת"א". - לפי"ז גר הבעל בירושלים ואילו דירה קבועה לנתבעת ישנה בת"א.

אמנם לפי הדין המבואר בחו"מ סי' י"ד, ברמ"א, התובע הולך אחרי הנתבע, אך אין זה מדינא אלא מתקנה לטובתו של הנתבע.

לפי"ז, באם הנתבע אומר שאין זה לטובתו כאשר הדיון יתקיים במקום מגוריו, והוא מנמק זאת בנימוק סביר, הכלל של התובע הולך אחרי הנתבע אינו קובע.

בנ"ד נותנת הנתבעת נימוק סביר לבקשתה להעביר את הדיון לירושלים, בכך, שכעת עקב הטפול הרפואי הממושך שנזקקת לו היא עברה לגור בדירה בירושלים ואילו ע"י הדיון בת"א יגרמו לה הטרדות וסבל. משום כך אף בקשה, מיד עם הגשת תביעתה לשלו"ב נגד בעלה, להעביר את הדיון בשתי התביעות אף־יחד לירושלים. איפה שגם יותר קל יהיה לה להוכיח את צדקתה, באשר שם הם מוכרים יותר ועדיה נמצאים במקום (ראה גם בסיפא של תשובה קמ"ד בשו"ת מהרי"ץ ח"א).

מאידך, הדברים הנ"ל הנאמרים לגבי הכלל הנ"ל, אינם תופסים בקשר לתביעתה של האשה נגד בעלה לשלו"ב, מאחר ולא שמענו מפיו של הבעל כל נמוק סביר לדרישתו, לקיים את הדיון דווקא בת"א.

על סמך כל הנ"ל, ומאחר ולמעשה עוד לא הוחל בכל דיון לגופם של הענינים..."

עיקר טיעונו של ב"כ המערער כי בית הדין האזורי הוא: "לא חקר ולא בירר נכונות טענת המשיבה בדבר מקום מגוריה לירושלים"; "התעלם מן העובדה כי בשעת הגשת תובענת המערער... מקום מגוריה של המשיבה היה באיזור שיפוטו... כי סמכות בית דין נקנית ומתגבשת על פי המצב העובדתי שהיה קיים בעת הגשת התובענה".

ב"כ המשיבה סומך תשובתו לערעור, על זה שמקום מגוריהם של שני הצדדים יחד, היה קודם בירושלים; ושהמערער גר עד היום בקביעות בירושלים. וגם המשיבה אף שמקום מגוריה הקבוע היה בתל אביב, כעת היא גרה בירושלים, עקב הטיפול הממושך במחלתה אצל רופאים בירושלים.

[39] ערעור תשלו\272 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב מרדכי אליהו

www.eretzhemdah.org

אחרי שמיעת הערעור, והעיון בחומר הדיונים, נראה, כי אף שנימוקיו של בית הדין האזורי הם לכאורה לפי ההלכה, הרי מאידך, לא נתן בית הדין האזורי בהחלטתו משקל לכך שהמשיבה עצמה הגישה את התביעה שלה נגד המערער בבית הדין בתל אביב, אף על פי שידוע לה כי מקום מגוריו של המערער הוא כעת בירושלים. ובתביעתה לא רשמה הסתייגות בטענה שמקום הדיון בתביעתה ובתביעה שהמערער הגיש נגדה הוא בירושלים.

וכך גם בתשובת המשיבה בכתב, לתביעת המערער נגדה בבית הדין בתל אביב, בקשתה היא רק להעביר את הדיון בתביעה לפני הרכב אחר, מפני שבאותו זמן היה אב בית הדין, בהרכב לפניו נקבעה התביעה, בחו"ל. ומדבריה בתשובה זו עולה מפורשות שהיא מסכימה להתדיין בתל אביב, ובקשתה אינה אלא להרכב אחר ולא למקום אחר. אין צורך להוסיף כי ענין שתי התביעות הללו, למעשה אחד הוא, והדיון בהם אחד ויחד הוא, כאשר תובע מגיש תביעה בבית דין במקום מסויים, וכאשר נתבע מקבל תביעה בבית דין במקום מסויים ולא מתנגד לאותו מקום, ודאי הוא שהרי זה מהוה הסכמה להתדיין שם. ואין לבא אחרי זה בטענות ומענות להתדיינות במקום אחר, ולדרוש לכוף על הבעל־דין שכנגד להתדיין במקום האחר. ראה סעיפים י"ג וי"ד בתקנות הדיון תש"ך.

וזאת, לא מתוך התעלמות מטענתה של המשיבה בדבר הטיפול במחלתה בירושלים. אולם, משך תקופת הטיפול האמור, ותדירותו בתקופת הטיפול, לא הוכחו. וגם אין לראות, בנידון שלפנינו, כי קיים הכרח שהמשיבה תהא חייבת להיות נוכחת אישית בכל ישיבה וישיבה של בית הדין, אף שזכאית היא לכך.

וכאשר על פי דין חייבת המשיבה להתדיין במקום שהגישה תביעתה והסכימה להתדיין בו בתביעה נגדה, אין בגורם האמור בכדי להכריע, ולהכריח את המערער להתדיין במקום אחר, אף שטוב וישר היה עושה המערער לוא היה נעתר ברצון לבקשתה של המשיבה בזאת. ולנו לא נותרה ברירה אלא, לשלוח את המשיבה להתדיין במקום בו היא בחרה לה.

לפיכך, עלינו לקבל הערעור, ולקבוע שעל הצדדים להתדיין בתביעותיהם ההדדיות בבית הדין האזורי בתל אביב.

אליעזר גולדשמידט

לדעתי יש לאשר ההחלטה נשוא הערעור.

מה שהתקיים בפני כב' ביה"ד שהוציא ההחלטה, היה רק קדם־דיון, היינו דיון על מקום ההתדיינות, וטרם נכנסו לשמע גוף הטענות, כפי שמציין כב' ביה"ד בנימוקים להחלטה - "למעשה עוד לא הוחל בכל דיון לגופם של הענינים". ביה"ד שידון בטו"מ הצדדים יצטרך איפוא להתחיל בשמיעתם ולקבל ההוכחות. מבחינה זו אין שום נפקותא לתובע באיזה מקום יתקיים הדיון, אם בפני ביה"ד שבתל־אביב, כרצונו הוא, ואם בפני ביה"ד שבירושלים, כהצעת הנתבעת.

והנה כב' ביה"ד בהנמקתו להחלטתו כותב בין השאר, שההלכה הקובעת שהתובע הולך אחר הנתבע "אין זה מדינא אלא מתקנה לטובתו של הנתבע", ואשר על כן "באם הנתבע אומר שאין זה לטובתו... הכלל של התובע הולך אחרי הנתבע אינו קובע".

כנגד זה טוען המערער שביה"ד האזורי "לא חקר ולא בירר טענת המשיבה" שאין זה מקום מגוריה הנוכחי. עוד טוען "כי סמכות בית הדין נקנית ומתגבשת עפ"י המצב העובדתי שהיה קיים בעת הגשת התובענא".

אך, אליבא דאמת, הלכה זו שהתובע הולך אחר הנתבע אינה רק תקנה אלא מעיקר הדין, כפי שמציין בביאורי הגר"א (סי' י"ד ס"ק י"ח) מקור ההלכה בב"ק (מ"ו ב): "מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא". זוהי איפוא זכות המוענקת לנתבע, שרשאי שלא להסכים להתדיין מחוץ למקומו. וכפי שמתבאר מהסוגיא דסנהדרין (דף כ"ג א), רשאי הנתבע גם שלא להסכים להתדיין בפני בי"ד זה, אלא בפני בי"ד אחר, אף ששניהם במקומו של הנתבע, כל שהם סמוכים זה לזה (ע"ש רש"י ותוס'). וכמו שכתב בפשיטות בתשו' מהרי"ק (סי' א') שמשם לקוחים דברי הרמ"א בשו"ע "התובע צריך ללכת אחר הנתבע", וזה לשונו שם בא"ד:

"... מעולם לא אמר ר"ת ולא שום פוסק שיכריח התובע את הנתבע, אלא אדרבא - מצי למימר לא אדון בפני זה אלא בפני זה, היכא שהם קרובים זה כמו זה, אפילו בשאינם שוים, והאחד גדול מחבירו כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא וכו'".

והטעם מבואר שם בגמרא, שגם בכגון זה ששני בתי הדין הם במקומו של הנתבע, מכל מקום יש לו רשות לנתבע לומר: מי קא מטרחנא לך.

יוצא מזה, שכל שאין הנתבע מטריח על התובע, הרשות בידו לומר בפני איזה בית דין רוצה להתדיין. ואינו חייב לנמק למה בוחר בזה ולא באחר. מכל שכן כשמנמק את בחירת מקום ההתדיינות; וקל וחומר בנידון כגון זה שלפנינו, שהנתבעת מנמקת זאת בצורך של הטיפול הרפואי שנזקקת לו, שבגלל זה נוח לה יותר להתדיין בבית הדין בירושלים שאין לדרוש ממנה הוכחות. ובמיוחד כשנוקבת בשם המחלה, שאין מי שייחס אותה לעצמו על לא דבר, משום לא יפתח פה וכו'. וכן מתקבל על הדעת טענתה שבירושלים מצויים עדיה, שכן היה זה מקום מגוריהם זמן רב.

צדק איפוא כב' ביה"ד בהחלטתו להעביר הדיון בתביעת הבעל לגירושין לביה"ד האזורי בירושלים.

אמנם לפני כב' ביה"ד היתה גם תביעה לשלו"ב שהוגשה ע"י האשה. ובזה, מנימוקים דלעיל, רשאי הבעל שלא להסכים להתדיין בירושלים אלא בתל־אביב, כיון שבזה הוא הנתבע, ורשאי לומר לאשה: מי קא מטרחנא לך, שהרי זה מקום מגורי האשה הקבוע. ואם אכן שינתה כיום מקום מגוריה, הרי עליה חובת ההוכחה. אך מאחר שמטבע הדברים, שהתביעות קשורות זו בזו, ותביעת האשה הוגשה כתביעה נגדית, לאחר שהוגשה תביעת הבעל, הרי שיש ראשית להזקק לתביעתו, וממילא תשמע גם תביעת האשה, שהנה בעצם התשובה לתביעתו.

ומאחר שכן הוא מעיקר הדין, אין להאחז בעובדא, שטענה זו של האשה לא הועלתה על ידה מיד, ואף תביעתה לשלו"ב הוגשה מעיקרה לפני ביה"ד שבתל־אביב. כי בין שזה היה בגלל השוני במצב בריאותה שחל בינתיים, מה שמצריך, לדבריה, הטיפול הרפואי בירושלים, ובין שזה היה בגלל משגה מצדה, שלא עלה על דעתה ענין זה מיד, מאחר שעל כל פנים הדיון לגופו בביה"ד בת"א טרם התחיל, כאמור, ואין הטרחה לתובע ע"י קיום הדיון בירושלים, שהוא

www.eretzhemdah.org

מקום מגוריו הקבוע, ואף אין כאן משום גדר של "קבלו עלייהו" של ביה"ד, טרם שנכנסו לדיון (עי' כיו"ב בסי' כ"ב) יש לקבל טענת האשה שמבקשת שהדיון יתקיים בפני ביה"ד בירושלים.

בהתאם לאמור יש לדחות הערעור.

שאול ישראלי

אני מסכים למסקנא של כב' הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], כי מקום דיון בתביעת הבעל נגד האשה לגרושין, וכן בתביעתה הנגדית של האשה, יתקיימו בירושלים.

מרדכי אליהו

פסק דין

לפיכך אנו מחליטים ברוב דעות לדחות את הערעור.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום כ"ז באדר שני תשל"ח.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי מרדכי אליהו

סימן מב : בענין 'תובע הולך אחר הנתבע' כאשר הנתבע בחו"ל*[40]

העובדות :

הנ"ל הם זוג שנישאו כדת מו"י ולהם שני ילדים. הבעל נמצא באורח קבוע בחו"ל (שוייץ) לרגל עבודתו, אולם הוא אזרח ישראלי, מחזיק בדרכון שירות ויש לו דירה בת"א. מקבל "חופשת מולדת" אחת לשנתיים לשם ביקור בארץ.

האשה נמצאת כיום בת"א יחד עם ילדיה לאחר שהסתכסכה עם בעלה. בהקשר לזה גם הגישה תביעה לגירושין וכן תביעת מזונות עבור עצמה וילדיה.

הנתבע ענה בכתב לכב' ביה"ד בת"א לאחר שהוזמן מספר פעמים להתדיין בפניו על התביעות הנ"ל, שלרגל עבודתו הוא קשור למקומו הנוכחי, ומוכן להופיע להתדיין על תביעות אשתו בפני ביה"ד של מקום מגוריו הנוכחי בחו"ל.

כב' ביה"ד האזורי שדן בדבר קיבל את טענת הנתבע בהחלטתו מיום ט"ו אייר תשכ"ז. וזה לשון ההחלטה, בתיק 9943/כז, השייכת לנידון :

"בכל הטענות המשפטיות הנ"ל אין בהן כדי לסטות מהדין העקרוני, לפיו התובע הולך אחר הנתבע, ובפרט כשזה האחרון מצהיר על נכונותו להתחייב בצורה חוקית לציית לדינא בפני רבנים במקום מגוריו".

על החלטה זו בא הערעור.

טענות המערערת (המשיב לא היה נוכח) :

ב"כ התובעת העלה בערעורו שתי טענות עיקריות לקביעת הדיון בביה"ד בת"א :

1 שהנתבע הוא אזרח ישראלי מבחינת החוק, וכן הוא רואה את עצמו כמתגורר רק באופן ארעי בחו"ל. מקום עבודתו בחו"ל אף הוא אינו קבוע, וזה משתנה מזמן לזמן ממדינה אחת לשניה, וכן כפוף הוא בעבודתו באופן עקיף לאוצר מדינת ישראל. משום כך ישנה הסמכות לבתי הדין שבמדינת ישראל לדונו.

2 שביה"ד שבחו"ל אין לו סמכות מבחינת חוק המדינה אשר שם, באופן שפסק הדין שלו לא יחייב את הנתבע למלא אחריו. יש כאן איפוא רק התחמקות מטעם הנתבע לאלץ את התובעת להוצאת כסף לחנם ולהרויח זמן, מאחר שהדיון ישוב סוף סוף הנה לביה"ד.

שתי טענות אלה אין להם יסוד :

אשר לטענה הראשונה - כב' ביה"ד לא דחה את התביעה מצד חוסר סמכות, אלא מכוח ההלכה המפורשת בשו"ע (חו"מ סי' י"ד ס"א ברמ"א) שהתובע הולך אחר הנתבע. דין זה חל גם אילו הנתבע הי' גר במדינת ישראל, אולם לא במקום מגורי האשה, והרי מקום מגוריו של הנתבע הוא זה הרבה שנים בחוץ לארץ, ואף נשואי בני הזוג נערכו בחו"ל, ומה שברבות הימים בדעתו לחזור לארץ וכן אזרחותו הישראלית אינם יכולים לשנות ביחס לקביעת מקום מגוריו הנוכחי, שהיא בחו"ל.

ואשר לטענה השניה - כיון שהנתבע טוען כיום שמוכן להתדיין בפני בי"ד שבמקום מגוריו ומוכן לחתום על שטר התחייבות באופן המועיל ביותר, שישמע לפסק הדין, כל עוד שלא נתברר שאינו ציית לדינא, אין לחייבו בשל כך לבוא להשפט כאן מחמת הספק.

כן מתבאר הדבר מסוגית הגמרא סנהדרין ל"א : בענין עוקבן הבבלי שקבל בפני הנשיא בטבריא על חברו שבבבל. ועל זה שלח הנשיא לבבל (לפי האוקימתא הראשונה) :

"אמרו לו - **דיינוהו אתון**, אי ציית ציית, אי לא - השיאוהו ויראה פנינו בטבריא".

[40] בענין 'תובע הולך אחר הנתבע' כאשר הנתבע בחו"ל

www.eretzhemdah.org

והיינו שקבע שמקום הדיון צריך להיות במקום מגוריו של הנתבע בבבל, ורק אם לא יציית, אז - יפנו אותו לנשיא בא"י.

ובתוס' שם (ד"ה אי ציית) רצו לפרש הכונה במה שאמרו אי ציית ואי לא ציית, היינו אם לא יוכלו לכופו שהוא אדם אלים (אלא שדחו פי' זה מטעם אחר, כפי שנתבאר שם בדבריהם עי"ש). הרי שרק לאחר שיתברר שלא מציית לפסק דין יש להעביר דינו למקום שיוכלו לכופו. אבל כל עוד אין הדבר ברור, והוא טוען שישמע לפסק הדין אי אפשר להעביר דינו, אלא ידונו דייני מקומו.

אכן יש מקום לדון בנידון שלנו מצד דרגת ביה"ד שבחו"ל ושבא"י כיום. שכן נראים הדברים שביה"ד שבא"י לעומת זה שבחו"ל, יש לו דין "מקום הועד", שהוא "מקום קיבוץ חכמים" (ל' הרא"ש שם סי' מ"א) או כלשון הרמב"ם (פ"ו מסנהדרין ה"ח): "מקומות שיש בהם חכמים גדולים מומחים לרבים". שכן חברי ביה"ד שבא"י התמחו במיוחד בדינים אלה ויושבים על מדין יום יום, וכן לומדים זה מזה מתוך הנסיון הרב. ועי' בהקדמה ל"תקנות הדיון" משנת תש"ך, וז"ל: קבענו תקנות הסמכה מיוחדות לדיינים כדי לבור המעולים והנבונים שבתלמידי חכמים לתפקיד זה. ואכן דייני ישראל כיום הם גדולים בתורה ויראה וכו'.

ואעפ"י שהובא ברמ"א (סי' י"ד סק"א) "כי אין לנו עכשו בי"ד הגדול או בית הועד", בכגון דא שהדבר תלוי בתנאים, והללו נשתנו לפי ראות עינינו, נראה שיש לדון בזה עפ"י הנ"ל.

ובענין "מקום הועד" אמרו בגמרא סנהדרין הנ"ל שהמלוה בכוחו לכוף הלוה ללכת לדון אתו במקום הועד. ודין זה הוא לא רק במלוה כלפי הלוה. עי' מרדכי שם וז"ל:

"**יש שרוצה לומר** דוקא לוה (יכול המלוה לכופו) אבל בדיני מקח וממכר ובדיני פקדון אין אחד מהם רשאי לכוף את חבירו."

וריב"א כתב וכן ר"י **דהוא הדין** ירושה ופקדון, גזילות וחבלות.

וכן בהגהות מיימוניות (ה' סנהדרין פ"ו אות ט') בשם התוס':

"וכן כתבו התוס' דלאו דוקא מלוה ולוה אלא אפילו גזילות וחבלות ומקח וממכר ופקדונות וכל דבר שיש בו תובע ונתבע. וקאי אתוקף את חבירו בדין וכו'. עכ"ל."

ונראה מדבריו שסובר שזוהי גם דעת הרמב"ם שהרי דבריו מתיחסים על מה שכתב הרמב"ם שם בנידון:

"וכן אם טען זה שהזיקו או גזלו, ורצה הטוען לעלות, כופין בי"ד שבעירו את הנטען לעלות עמו, וכן כל כיוצא בזה."

וע"ז כ' בהגה"מ כנ"ל:

"וכן כתבו התוס' וכו'."

הרי שהבין שבמה שכתב הרמב"ם "וכן כל כיוצא בזה" הכונה ל"כל דבר שיש בו תובע ונתבע."

ודעה ראשונה שהובאה במרדכי הנ"ל שרק המלוה יכול לכוף הלוה ולא בתביעה אחרת, נראה מלשון המרדכי דלא חיישינן לה אף בתור טענת קי"ל, שהביאה בלשון סתמית, "יש רוצה לומר" מבלי שהביא דעת מי היא זאת.

ולפ"ז יש מקום לחייב הנתבע לבוא לא"י מצד שהוא מקום הועד.

ואין לטעון נגד זה שדעת הר"י, שהובאה במרדכי שם לפני כן, וכן הובאה דעה זו בר"ש שם, שמחלק בין מקום הועד לבית דין הגדול, שלבי"ד הגדול רק הנתבע יכול לטעון ולא התובע "דאם לא כן יתנו העניים עיניהם בעשירים ויתבעהו לילך למרחוק ויתנו להם כל תביעתם". וביאר בפרישה (סי' י"ד א') ההבדל שבין מקום הועד לבי"ד הגדול ש"בבית הועד אין בו הוצאה כל כך". והגבול שבדבר נראה לפ"ז הוא שכל עוד שההוצאה של הדרך היא לא יותר מסכום התביעה (כלשון הגמרא בסוגיא הנ"ל: יוציא מנה על מנה) בזה אנו דנים שאין חשש שיתנו עניים עיניהם בעשירים וכו', שכן יותר יבחר הנתבע להוציא הוצאות התביעה על הדרך בכדי שיזכה בדינו. וכיון שכן אף התובע לא יתבע בכדי, ומכיון שתובע נראה שמוכן הוא להוציא הוצאות הדרך לתביעה. משא"כ בשההוצאה עולה על התביעה, שאז כדאי לו לנתבע לשלם התביעה. ע"כ אין לתובע זכות לתבוע לבי"ד הגדול. וא"כ בנידון שלנו שעל הנתבע להוציא הוצאות מרובות, ולפי טענתו זה יכול להיות כרוך באבדן מקום עבודתו י"ל שזה דומה לתובעו לעלות לא"י לבי"ד הגדול.

אך נראה שדברי הר"י הולכים בשיטה שאין התביעה מבוררת בפני בי"ד המקומי אם יש בה ממש, וע"כ שייכת המענה שהעניים ינצלו זאת לרעה. אכן בגוונא שבי"ד המקומי בירר את טענת התביעה, ורואה שיש לה אחיזה ואיננה "טענה ריקנית" (כלשון הרמב"ם) מעתה חשש זה איננו, ואין הבדל בזה בין בי"ד הגדול למקום הועד, וכן הדבר מפורש בב"ח שם שכ' וז"ל:

"... אם הנתבע כופר הכל, וע"ז אמר רבינו די"א דאין שומעין אלא לנתבע ולא לתובע אם הנתבע כופר הכל, דאל"כ יתנו עניים עיניהם בעשירים וכו' אבל במודה במקצת או שטוען פרעתי פשיטא דאף י"א מודים דשומעין לתובע, דאפילו לבית הועד שומעין, כש"כ לבי"ד הגדול".

וכן הדבר מבואר בר"י כפי שהובאו דבריו במרדכי שלפני כן מתרץ הסתירה מהגמרא סנהדרין לגמרא ב"ק, דהא דסנהדרין:

"היינו דוקא כשידוע לנו שזה מלוה וזה לוה כגון מודה במקצת או טוען פרעתי אבל אמר לא היו דברים מעולם לא שייך למימר כאן עבד לוה לאיש מלוה, וא"כ הסוגיא דב"ק מיירי בהאי גונא שטוען להד"מ וע"ז קאי הר"י באי"ד שם: ונראה לר"י דטענת שלבי"ד הגדול קאזילנא נתבע מצי למימר הכי ולא תובע, דאי לא תימא הכי יבואו קלים שבישראל ויתנו עיניהם בעשירים ויכפו לדון בא"י או יתנו להם כל תביעתם".

www.eretzhemdah.org

הרי שדבריו מתייחסים למ"ש בסוגיא דב"ק שהנתבע יכול לומר לבי"ד הגדול קאזילנא, שהוא כשטוען להד"מ ואין ידוע בכלל שזה לוה וזה מלוה, ובזה הוא שאמר שבכה"ג רק הלוה מצי טעין כן ולא המלוה. ומדוקדק לשון הר"י, ששינה הלשון ולא כינם לוה ומלוה אלא תובע ונתבע, והיינו משום שכיון שטוען להד"ם הרי אין ידוע כלל שזה לוה וזה מלוה, אלא שיש כאן תובע ונתבע.

ונידון שלנו, שידוע שהיא אשתו של הנתבע אף שיש לו טענות שלפיהן הוא פטור ממה שטוענת כנגדו, מ"מ אין זה אלא בדומה לטוען פרעתי, שמ"מ הטענה של התביעה יש לה אחיזה, ויכולים לכוף הנתבע ללכת למקום הועד.

אולם כל זה אינו מספיק, כי כל עיקר הדין שיש לכוף הנתבע ללכת למקום הועד נתבאר במהרי"ק שורש צ' (הו"ד במרדכי שם בא"ד בסוגרים):

"משום דסתמא דמילתא לא על חנם מוציא מעותיו, הא לאו הכי מודו לדברי האומר דדוקא בהלואה".

ומכאן הוליד גם ההלכה שהובאה ברמ"א (סי' י"ד סק"א) שעליה מסתמך כב' ביה"ד האזורי שהתובע הולך אחר הנתבע גם כשיש בי"ד חשוב יותר בעירו של התובע, וזה לשונו שם בהמשך להנ"ל:

"והכא (כשהתובע רוצה לתבוע הנתבע בבי"ד שבעירו, שהוא גם בי"ד חשוב שרואה עצמו כמקום ועד החכמים) לא שייך טעמא דלא על חנם מוציא מעותיו, מאחר שהתובע דר במקום הועד (וע"ע בקצוה"ח שם סק"א)."

א"כ הרי צדק כב' ביה"ד האזורי בהחלטתו, כי אף אם ננקוט שיש לבי"ד שבא"י דין של מקום הועד, כל שהתובע גר במקום זה ואין לנו הוכחה ממה שתובעו כאן, אין על הנתבע ללכת למקום התובע, ונשאר בתקפו הכלל - התובע הולך אחר הנתבע.

הן אמנם, עיקר הסברו של המהרי"ק בטעמא דמילתא שיכול התובע לכוף ללכת לבית הועד מצד "דמסתמא לא לחנם מוציא מעותיו" תמוה לענ"ד, כי זו אינה הוכחה אלא - לכל היותר - שהתובע מדמה בנפשו שהוא צודק, אבל אם מעיקר הדין על התובע לילך אחר הנתבע, מה בכך **שהתובע מדמה** כן, וכי מפיו אנו חיים? והרי יתכן שהנתבע הוא צודק, ולמה יחייבוהו להוציא הוצאות בחנם?

וברמב"ם לא הוזכר אלא הנימוק מצד "עבד לוה לאיש מלוה". ואם לפי הבנת הגה"מ ברמב"ם שדעתו כדעת התוס' שבכל מקום התובע יכול לכוף הנתבע כשמתעצמים בדין, צריך לומר בהכרח שבחינת עבד לוה לאיש מלוה, הוא לא רק כשבידו מעות חבירו ע"י **הלואה**, אלא בכל מקום שבידו מעות חבירו הרי הוא כלפיו בבחינה זו.

ויעוי"ש בכ"מ שהביא קושית הרמ"ך על הרמב"ם שהביא הנמוק של עבד לוה וכו' וסיים מכל מקום, שדין זה הוא גם בתביעות אחרות "דטעמא דמלוה משום דעבד לוה לאיש מלוה אבל בשאר תביעות ליכא עבד". אולם יתכן שלכל הני דסברי דאין חילוק בין מלוה לשאר תביעות סוברים כנ"ל שלגבי כל תביעה שייך הבחינה של עבד לוה וכו' מאחר שלפי דבריו ממוניה גביה.

וכן הדבר מוכח בראי"ש (סנהדרין פ"ג סי' מ"א) שכ' שם שהדין שהמלוה יכול לעכב על הלוה ולכופו לדון בעירו, הוא לא רק בלוה ומלוה אלא "אפילו גזילות ומו"מ ומתנות וירושות וכל דבר שיש בו תובע ונתבע, דהאי טעמא דר' אלעזר שלא יוציא מנה על מנה שייך בכל תובע".

ואח"כ מביא להקשות ע"ז ממ"ש בב"ק שגם הלוה מצי כייף לילך לבי"ד הגדול ותירץ בתירוץ א' וז"ל:

"הא דקאמר אבל לוה כופין אותו ודן בעירו, היינו דוקא בידוע שזה לוה וזה מלוה וכו' אבל אם אמר לא היו דברים מעולם, לא שייך כאן עבד לוה לאיש מלוה".

ולכאורה תמוה מאד, שהרי לפני זה כ' שהנימוק שאין כופין המלוה הוא מצד "יוציא מנה מנה" (בתמיה) שזה שייך בכל תובע, ואם כן לא מצד עבד לוה לאיש מלוה הוא, אלא משום שאין הדין נותן לחייב התובע להוציא הוצאות שיצא שכר התביעה בהפסדה, ומה זה שמתרץ שבכה"ג שטוען להד"מ ל"ש עבד לוה וכו' מאחר שאין זה כלל הנימוק להלכה זו.

ובע"כ לומר דהרא"ש ס"ל **שבכל** תביעה שייך הא דעבד לוה וכו', ומפרש דהא דאמרו יוציא מנה על מנה אינו אלא בצירוף ליסוד עבד לוה לאיש מלוה, אבל אין הוא נימוק כשלעצמו, ומכאן דנוקט הרא"ש דסברת עבד לוה כו' הוא בכל מקום שיש תובע ונתבע.

וא"כ ל"ק קושית הרמ"ך הנ"ל ברמב"ם וכן המהרי"ק על כל הני שיטות (הובא בקצוה"ח הנ"ל) ממה שאמרו בגמרא הטעם דכופין הלוה ללכת למקום הועד מצד עבד לוה וכו' ואילו לשיטות אלה בכל תובע ונתבע הדין כן, כי לדידהו באמת בכל תובע ונתבע שייך עבד לוה וכו'.

אכן גם אם נפרש כן בהני ראשונים, הנה לפנינו תירוץ הכ"מ בדעת הרמב"ם על קושיית הרמ"ך, שהרמב"ם לא בא להשוות כל התביעות ללוה ומלוה אלא גזל וחבלות בלבד "שהתובע מתרעם על חבירו שהזיקו, הוי הנתבע עבד לו עד שיסלק היזקו או שיברר שאינו מזיקו". וזה שכ' הרמב"ם "וכל כיוצא בזה" אין הכונה לכל שיש תובע ונתבע, אלא רק לסוג תביעות **מעין אלה** שפגע בממון חבירו. וזה שלא כהגה"מ שנוקט שדעת הרמב"ם כהתוס' שבכל מקום שיש תובע ונתבע הדין כן, דלא כן מפרש בו הכ"מ אלא לרמב"ם חילוק יש בין תביעה לתביעה. וכן נראית דעת הב"י בשו"ע שהביא הלכה זו של "שנים שנתעצמו בדין וכו' כופין אותו ודנים להם בעירם. בד"א בשאר הדינים שזה טוען וזה טוען או כשאומר המלוה נידון כאן וכו' אבל אם אמר המלוה וכו' וכן אם טען זה שהזיקו או שגזלו" וכו', הרי שנוחת לחלק בין כל שאר תביעות "שזה טוען וזה טוען" לבין מלוה וגזלות וחבלות. ודין זה של עבד לוה הוא רק בהלואה וגזל וחבלה דדמי ליה בזה, אבל שאר תביעות אין דין עבד לוה וכו' ואין יכול לכוף ללכת לבית הועד.

א"כ לפ"ז נידון שלנו הרי הוא בכלל שאר תביעות ולדעת הרמב"ם, עכ"פ - לפי הבנת הכ"מ בו, אין לכוף הנתבע ללכת לבית הועד. א"כ הרי למעשה אין אנו יכולים לכופו שיכול לומר קי"ל כדעת הרמב"ם.

www.eretzhemdah.org

בפרט, שלפי המהרי"ק שגם הרמ"א נקט כמותו בהביאו להלכה הכלל שהתובע הולך אחר הנתבע, ולפיו גם לכל הראשונים הנ"ל, כשמקום הועד במקומו של התובע אינו יכול לכוף הנתבע לבוא למקומו, ודאי שאין בכוחנו להזיז דעה זו כמלוא נימא.

אכן נראה שנידון שלנו יש לדון בו מצד תקנות הדיון שתוקנו ע"י מועצת הרבנות הראשית לישראל, והוא על סמך החוק של הכנסת שלפיו דיני אישות של יהודים אזרחי המדינה נתון לשפוט הבלעדי בדיני ישראל.

לפי תקנות אלה, שכפופים להם כל אזרחי המדינה, רק דיינים שהוסמכו לכך ע"י הרבנות הראשית לישראל ונתמנו להיות דיינים ע"י המוסדות המתאימים כפי שנקבע בחוק, מהם מורכבים בתי הדין, ובפניהם ורק בפניהם צריכות להתברר התביעות ודין ודברים שבעניני אישות וכל הכרוך בזה, אין לנתבע אפשרות להמנע מלהופיע בפני בי"ד מוסמך הנ"ל בטענה שהוא רוצה להשפט בפני תלמידי חכמים אחרים שלא הוסמכו ולא קיבלו מינוי כפי הנ"ל. יתר על כן, עפ"י המבואר בתקנות הדיון תש"ך (סעיף כ"ב) כשיש כמה בתי דין מוסמכים בעיר אחת, הפניית התביעה לבירורה לאחד מבתי הדין הפועלים בעיר הוא בידי אב בתי הדין של אותה עיר, ואין זכות בחירה בזה לתובע או לנתבע.

התקנה, שמקורה בהלכה (סי' י"ד ס"א ברמ"א) שעלי' מסתמך כב' ביה"ד האזורי, שהתובע הולך אחר הנתבע, אינה אלא שהנתבע רשאי לדרוש שהתביעה תתברר בפני בי"ד מוסמך כחוק, בעירו או באיזור שיפוטו, אבל אינו יכול להמנע להופיע בפני בי"ד שהוזמן בפניו בטענה, שרוצה להתדיין בעירו בפני בי"ד שלא הוסמך לכך, כשם שאינו יכול לעשות זאת כשנמצא בעיר אחת עם התובע. העובדא שאין בי"ד מוסמך בעירו של הנתבע אינה יכולה לשמש עילה להתחמק מלהופיע בפני בי"ד מוסמך, שכן רק בי"ד מוסמך כחוק, וכנ"ל, הוא בלבד שנתקבל ככשיר לברר טענות ותביעות של אזרחי ישראל טענת הנתבע שמוכן להופיע במקום מגוריו בחו"ל אין לה, איפוא, על מה שתסמוך, מאחר שבתי הדין שבחו"ל אינם מוסמכים ע"י הרבנות הראשית לישראל ולא נתמנו לדיינים ע"י המוסדות המוסמכים שנקבעו לכך במדינת ישראל.

* * *

ומן הראוי לעמוד עוד בעיקר הכלל דכייל לן הרמ"א שעליו נסב הדיון והוא שהתובע הולך אחר הנתבע, ואם כי לנידון דידן אין נפ"מ כ"כ לאחר מה שהסקנו לעיל.

הנה הרמ"א סתם הדברים ובפשטות נראה שכלל זה כוחו יפה בכל סוגי התביעות, גם בהלואה וגזילות וחבלות. ואעפ"י שבהלואה (כשמודה במקצת או שטוען פרעתי) לכו"ע, ובגזילות וחבלות אליבא דהרמב"ם ובסתמא דשו"ע (סי' י"ד ס"א במחבר, ולא העיר עליו כלום הרמ"א), יכול התובע לכופו לנתבע ללכת לבית הועד, נצטרך לחלק, שרק לבית הועד הוא שיכול לכופו כי שם מקום החכמים ועלול הדין להתברר יותר, או שיתביש בפניהם כדפירש"י בסוגין. משא"כ לענין לכופו לדון בעירו של התובע, כשאין שום עדיפות לבי"ד זה על ביה"ד שבעירו של הנתבע.

אכן לא כך משמע מתשו' הרשב"א שהובאה בב"י סי' זה:

> "ראובן שהלוה לשמעון מנה ושניהם דרים במונטסון ועכשיו יצא שמעון לדור במקום אחר ובא ראובן לפני בי"ד קהל מונטסון ושלחו לשמעון לעמוד בדין וסירב ואמר שלא ידון בפניהם אלא שיבא ראובן במקום שהוא דר שם וידון עמו. שורת הדין, כל שיש נכסים לשמעון במונטסון צריכים בי"ד להזקק לראובן לכוף לשמעון לבא לדון שם עם בע"ד בפניהם. אם לא יבא לפניהם כותבים עליו פתיחה וכתבי אדרכתא אנכסי דאית ליה במונטסון לפי שאין המלוה כפוף ללכת אחר הלוה לדון עמו באיזה מקום שירצה, ואדרבא הלוה חייב ללכת עם המלוה כדאיתא בפ' ז"ב וכו'".

הרי שנוקט שדין זה של עבד לוה וכו' כחו יפה לחייב הלוה להתדיין בעירו של המלוה כשם שכוחו יפה לכוף מכוח זה ללכת לבית הועד.

וזה שהזכיר הרשב"א "כל שיש נכסים לשמעון במונטסון" נראה שהוא לא מצד שבכה"ג יכולים לעקלם, והוי ע"ז התובע לנתבע, שהרי לא הזכיר כלום מענין העיקול, אלא נראה בכונתו, כי אם אין לו כאן נכסים וממילא יצרך המלוה ללכת למקומו של המלוה כדי לגבות חובו, מעתה הוי כאילו יש לו דרך למלוה לאותה עיר של הלוה, ובזה גם הלוה יכול לכופו להתדיין שם, בדומה שאם יש לו למלוה דרך למקום בית הועד (ב"י שם אות ג' ובב"ח). כן נראה לענ"ד.

ולפי הנ"ל, גם בגזילות וחבלות, לפ"מ שפסק המחבר בשו"ע כדעת הרמב"ם שדומה להלואות (ולא העיר ע"ז הרמ"א כלום וכנ"ל) שגם באלו שייך עבד לוה וכפי שהסביר הכ"מ שהובא לעיל, א"כ גם בהני אזלינן אחר התובע ולא אחר הנתבע.

[ומה שמהרי"ק כ' בלשונו בנידון: ומי הוא זה ואיזהו שיצטרך הלוה לטרוח ללכת מהלך כמה ימים כדי לדון בפניו ובמקומו. נראה ברור שכונתו להלואה שלא הוכחה והלוה טוען להד"מ, שהרי המדובר שם כשבעירו של המלוה הוי מקום בית הועד ובזה הרי לכו"ע בהלואה מצד עבד לוה וכו' יכול המלוה לכוף לדון בפניהם, ולא צריך לטעמא "דסתמא לא על חנם מוציא מעותיו" אלא בשאר תביעות, כמבואר שם בדבריו, ובע"כ כנ"ל - בגונא שלפי טענת הלוה אינו עבד לוה כלל כי להד"מ].

ונראה עוד, שגם בשאר תביעות דלא שייך בהו עבד לוה וכו' דין זה שהתובע הולך אחר הנתבע הוא רק בגוונא שהתובע הוא שצריך להוכיח את טענתו, והנתבע נאמן בלי ראיה, כגון טענת פרעתי במלוה ע"פ וכיו"ב. אבל בדנקיט שטרא בידיה דעל הנתבע להביא ראיה, ובלי זה הדין עם התובע, בזה דין תובע הוא על הנתבע, ויוכל התובע להזקיק הנתבע להתדיין בבי"ד שבעירו.

וטעמא דמילתא, שכלל זה שהתובע הולך אחר הנתבע אינו מכוח איזו תקנה, כי לא נזכר מזה כלום, ומהיכן לקח זאת המהרי"ק, ובלשון המהרי"ק מבואר שהוא מעיקר הדין כמו שכ' שם: ופשיטא שבזה (היינו בגונא שבית הועד הוא בעירו של התובע) שוו כל הפוסקים שאין לכופו כלל (לנתבע לדין בעירו של התובע) שאם אתה אומר כן לקתה מדת הדין

www.eretzhemdah.org

וכו'. נראה ברור שהוא מעיקר הדין, ומקור הדברים בגמרא הוא כמו שציין הגר"א מקומו בריש פ' הפרה: מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא, והיינו כשם שאמרו זאת שם על עיקר החיוב שהבא להוציא הוא שצריך להביא ראיה, כן על הכפיה לבא לבית הדין שבעירו של התובע ג"כ שייך לומר זאת שמהיכי תיתי לחייב הנתבע לבוא להתדיין כאן, בזמן שלדבריו אינו חייב כלום.

וממקום שבאת, שכשם שלענין המוציא מחבירו עליו הראיה הוא רק בגוונא שהחיוב אינו ברור שעל התובע לברר החיוב, כן לענין הא שאין נזקקים לתביעה אלא במקומו של הנתבע הוא רק בכה"ג שהתובע הוא בגדר המוציא מחבירו, משא"כ באופן שהחיוב ברור אינו בגדר המוציא מחבירו, אלא הנתבע שבא לפטור עצמו מחובו צריך להביא הראיה, גם לענין מקום התביעה צריך לומר כן, שהנתבע שבא לסלק מעל עצמו החיוב הברור, הוא הוא שצריך לבא למקום התביעה.

והנה לענין מזונות האשה, החיוב חל עם הנשואין והוא חיוב ברור שבגדר מעשה בי"ד, והטוען פרעתי או שמחלה עליו להביא הראיה (סי' פ' סי"ח ברמ"א) ולענין מזונות האשה שהלכה מבית בעלה לרגלי קטטה, שהדבר תלוי אם

"המניעה ממנו ולותה ואכלה צריך לשלם, אבל אם המניעה ממנה א"צ לשלם (רמ"א סי' ע' סי"ב)".

כל עוד שהדבר בספק ממי המניעה נראה שחובת ההוכחה היא על הבעל עפ"י המבואר בסימן קנ"ד ס"ג ברמ"א:

"אם אין ידוע מי הגורם אין הבעל נאמן לומר שהיא המתחלת שכל הנשים בחזקת כשרות".

ומסתבר שדין זה הוא גם כשהלכה מביתו לרגל קטטה, שאין לתלות הדבר בה מטעם זה. ועדיפא מיניה - שכן אמרו לגבי אשה: "טב למיתב טן דו" (יבמות קי"ח:), "ורוצה אשה בקב ותיפלות מתשעה קבין ופרישות" (כתובות מ"ב:).

ומה שכתבו הח"מ והב"ש באשה שיצאה מבית בעלה וכו' אם באה מחמת טענה שהוא בשכונה שיוציאו עליה שם רע וכו' דהיינו אם בירורה שדבריה כנים, נלע"ד שהוא רק בגוונא דמיירי בו המחבר, והיינו שמוציאים עליה ש"ר, וזהו דבר שניתן לברר בעדויות מספיקות, משא"כ בהא דהגהת הרמ"א שם "אם היה לה קטטה עם בעלה וכו'", בזה קיימים הדברים המבוארים ברמ"א סי' קנ"ד הנ"ל שאין הבעל נאמן לומר שהיא המתחלת.

וכיון שכן הרי גם כשהלכה מביתו לרגלי קטטה בחזקת חיובו עומד, ועל הבעל להוכיח שהיא הגורמת, ובל"ז הוא חייב במזונותיה. ולפי מה שנתבאר לעיל שבאופן זה שהנתבע הוא שצריך להוכיח שנפטר מחיובו, בזה הנתבע הולך אחר התובע, כי הנתבע הוא הנחשב לתובע בכה"ג, יוצא מכאן שבתביעת מזונות אין על האשה ללכת להתדיין בעירו של הבעל, אלא על הבעל להתדיין במקומה של האשה, והוא הוא הנידון שלפנינו, שגם אילו היה בי"ד כשיר בעירו של הבעל אינו יכול לכופה שתבא להתדיין בעירו, אלא עליו לבוא למקומה להוכיח שנפטר ממזונותיה.

עפ"י כל הנ"ל יש לדעתי לקבל את הערעור ולהחזיר התיק לכב' ביה"ד האזורי שדן בדבר בכדי להזמין את הנתבע להופיע בפניו אם בעצמו ואם ע"י בא־כחו.

שאול ישראלי

מונח לפני פסקו של חברנו כבוד הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל] בנידון. מצטרף אני למסקנתו אולם לא מטעמיו.

אשר לטעמו האחרון של הגר"ש ישראלי מכח דין חובת ההוכחה, המוטלת לדעתו על המשיב, פשוט הדבר בעיני כי אין לחייב בעל במזונות אשתו כשהיא לא עמו בבית, אלא אך ורק כאשר היא מוכיחה את צדקת עזיבת הבית. עיין בפסק דין בערעור תשכ"ה112/ פורסם בפסקי דין רבניים כרך ו' חוברת 2, עיין שם בעמודים 52, 53 ולמותר לנו לחזור על הדברים שנאמרו שם.

אלא שמטעם אחר חייב, לדעתי, המשיב להתדיין עם המערערת לפני בית דין בישראל. המשיב הוא אזרח ישראל וגם לא זנח את ישיבתו כאן. הוא נמצא בחוץ לארץ בתפקיד מטעם חברה ממשלתית ישראלית, ולדבריו דעתו לחזור לארץ אחרי שימלא תפקידו, ודירתו בתל־אביב עומדת לרשותו עד היום.

אמנם לו היה במקום מגוריו של המשיב בחוץ לארץ בית דין קבוע מוכר אשר פסקיו ניתנים לביצוע, יתכן שאי אפשר היה לחייב את המשיב לבא כאן להתדיין. אולם בית דין כאמור איננו שם, וגם אם יסכים המשיב להתדיין לפני דיינים בחוץ לארץ ויחתום מראש על כך, אין ערובה שלא יחזור בו, גם אחרי מתן פסק דין אם לא ימצא חן בעיניו, ולא תהיה אז כל אפשרות לאלצו לציית לפסק הדין.

ואם כך, הרי כפוף הוא המשיב להתדיין לפני בית דין מוסמך ומוכר בישראל, ככל יהודי אחר תושב ישראל הכפוף להתדיין לפני בית דין זה, הן אם הוא רוצה הן אם לאו.

וכאן יש לציין, כי הרי הכלל הזה "התובע הולך אחר הנתבע" אינו מעצם הדין, אלא תקנה היא, כמבואר באחרונים, עיין בתשובות מהריב"ל חלק ב' סימן צ"ז ובתשובות הרשד"ם חלק חושן המשפט סימן ז'. ואם כן במקום שבית הדין בו רוצה הנתבע אין לו כח בית דין כפי שהוא לאותו בית הדין לפניו מזמינו התובע, והתובע לא ימצא בו תיקונו, איך אפשר לשלול ממנו את זכותו לפי הדין, ולאלצו להתדיין לפני בית דין נטול כח.

ועיין בתשובת מהריב"ל הנ"ל, הכותב:

"והתקנה הזאת נראה שתקנוהו משום שהיחיד הוא **מוכרח ונכנע** לפני בית הדין של הקהל שלו, מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם".

ואם כן, במקום אשר המצב הוא להפך, ובבית הדין במקומו של התובע, הנתבע הוא יותר מוכרח ונכנע לציית לפסק הדין מאשר במקומו של הנתבע, שם אין האפשרות להכריחו לקיים את פסק הדין, הרי נפל טעמה של התקנה. ועיין בכנסת הגדולה חלק חושן משפט הגהות טור אות ד', הפוסק שבמקום שטעמה של תקנה זו איננו, אין התקנה חלה. ועיין בתשובת הרשד"ם שם.

www.eretzhemdah.org

מטעם זה ובגינו בלבד, יש לדעתי לקבל את הערעור, ולשמוע את תביעתה של המערערת בבית הדין בתל־אביב.

אולם סייג אחד יש לדבר, כי כל זה אינו אלא אם לכאורה יש ממש בתביעת המערערת, אבל אם עוד לפני שמיעת הטענות של שני הצדדים, יראה בית הדין האזורי כי עצם התביעה אין בה כל ממש, הרי אין לגרום למשיב הפסד חנם בביטול זמנו ובהוצאות, אלא אם כן תמצא הדרך שהמערערת תבטיח הפסד זה מראש.

אליעזר גולדשמידט

ראה ראיתי אשר העלה חברנו הגר"ש ישראלי (שליט"א) [זצ"ל], בטעמו האחרון, שחובת ההוכחה מוטלת לדעתו על המשיב.

ולעומתו דעת חברנו הגר"א גולדשמידט (שליט"א) [זצ"ל], שאין לחייב בעל במזונות אשתו כשאינה עמו בבית, אא"כ כאשר היא הוכיחה צדקת טענתה לעזיבת הבית, הלא"ה אין להוציא מן הבעל המוחזק.

לדעתי אין כל ספק בדבר שבודאי שחובת ההוכחה מוטלת על האשה, ואין כל הוכחה להיפך ממ"ש הרמ"א, בהגה סי' קנ"ד, שאם ידוע שהוא מתמיד להכותה אינו נאמן לטעון שהיא גורמת שמקללתו בפניו, דלאו כל כמיניה לאחזוקה בפרוצה, (וכן מתבאר בדברי הרשב"א בתשו' המיוחסות סי' ק"ב, ובשו"ת הרשב"א ח"ז סי' תע"ז), שאין דברי הרמ"א ענין לכאן, כי בנידון הרמ"א מדובר שהוכח בבירור שהבעל מכה את אשתו, אלא שבא לפטור עצמו (ממזונות וכו') בטענה שהיא התחילה ע"י שמקללתו בפניו, והאשה מכחישתו, ולכן עליו להביא ראיה לצדקת טענותיו, שאין ספק מוציא מידי ודאי, והאשה בחזקתה למזונות ככל בנות ישראל הכשרות, ולאו כל כמיניה לאחזוקה בפרוצה, משא"כ בכל ספק שקול וכל צד מטיל האשמה על הצד שכמגד, אין להוציא מזונות מן הבעל המוחזק ללא הוכחה לצדקת טענת האשה.

ותמה על עצמך, שאיך אפשר לומר שמשום חזקת חיוב מזונות דמעיקרא, יש לפסוק מזונות לאשה, בספק שקול, והלא הלכה רווחה היא שאין הולכים בממון אחר הרוב, וכל שכן שאין הולכים בממון אחר חזקה, להוציא מן המוחזק, דהא רובא וחזקה רובא עדיף, וכמ"ש כיו"ב ברמב"ן במלחמות פ"ב דכתובות (כב.). ומכל שכן לפמ"ש האחרונים שחיוב המזונות מתחיל דבר יום ביומו, וכמו שהוכיח ההפלאה בחי' לכתובות (צז:), ובס' זכור לאברהם אביגדור בחי' לכתובות שם. ואכמ"ל.

ובתשובת הרשב"א ח"ד (סי' קי"ג): "שכל שהוא מכה אותה על לא חמס בכפה, כמו שהיא טוענת, "אם הדבר ידוע כן", אין דנין אותה במורדת, שלא יהא זה כארי שדורס ואוכל וזה מכה ובועל, וכל כיו"ב אין חוסמין אותה בפנינו, שאין זה מרד אלא מתוך המכות היא בורחת". וכן בתשו' הרשב"א ח"ז (ס"ס תע"ז), בשם ר' יוסף אביתורי, שבכל כיו"ב משרין אותן ע"י נאמן, "ואם אמרה איני רוצה לשהות עמו ע"י נאמן משפטה כדין מורדת", ע"ש.

ובתשו' הריטב"א (סי' ק"ב): שאם האשה נותנת אמתלא לדבריה (על עזבה את הבית) מפני מריבה ודברים אחרים שעושה לה בעלה שלא כשורה, "ונתברר כדבריה", פשוט הוא שאינה כמורדת, ונותן לה דמי מזונותיה שלמה, חוץ מכדי מעשה ידיה, "אבל אם הם חולקים בדבר שהיא אומרת ממנו, והוא אומר ממנה, המוציא מחבירו עליו הראיה". וכל זה סיוע לדברי החלקת מחוקק סי' ע' ס"ק מ"ב, דהא דקי"ל שאם באה מחמת טענה שיוציאו עליה שם רע חייב לזונה, היינו כשמבררת דבריה, הא לאו הכי פטור. וכ"כ הבית שמואל שם (ס"ק ל"ד). ואין חילוק בין הוצאת ש"ר או טענות אחרות לעולם צריכה לברר טענתה להוציא מזונות. ודלא כמ"ש הרה"ג ר' אהרן בן שמעון בס' בת נעות המרדות (עמוד ס') שהאשה נחשבת למוחזקת בנכסים לענין מזונות, וכשיש ספק אם הבעל חייב במזונות או לא, על הבעל להביא ראיה להפטר ממזונות, ע"ש. וזה אינו. וכ"כ האבני מלואים (סי' צ' סק"ב) שדעת התוס' והרא"ש ושאר פוסקים, שבחיי הבעל נקרא הוא מוחזק בנכסים, ע"ש. וכן הלכה רווחת בכל בתי הדין, ואכמ"ל יותר.

ומכל מקום בנ"ד, נראה שיש לחייב את המשיב להתדיין לפני ב"ד בישראל, מטעמו של הגר"א גולדשמידט והנני מצטרף למסקנה לקבל את הערעור ולשמוע תביעת המערערת בב"ד בת"א.

עובדיה יוסף

פסק דין

לפיכך אנחנו מחליטים לקבל את הערעור, ובית הדין האזורי בתל־אביב ישמע את תביעות המערערת.

אין צו להוצאות.

ניתן היום י"א בניסן תשכ"ח.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן מג : בענין צוואה, הקדשות ופניה לערכאות*[41]

לפנינו ערעור שתכנו:

1. לבטל מינויי האפוטרופסות של כב' ביה"ד האזורי בצפת לפי תיקים מס' 623/64 מס' 231, ו/101-יא כ"ד א' י"א במדה שזה נוגע לירושת נכסיו של הרב מ.ד.א זצ"ל בצפת, ולצוות על רישום ומסירת נכסי הרב הנ"ל לבעלות המערער בתור יורש בן אחר בן, עפ"י ההוכחות שמביא לכך.

[41] ערעור תשכ"ה\165 בפני כב' הדיינים :הרב יוסף אלישיב , הרב סלמאן חוגי עבודי ,הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

2. לאפשר למערער הנ"ל וב"כ לעיין בתיקי ההקדשות שמא אפשר למצא בהם הוכחות נוספות על אלה שהביא לזכותו ולביטול רישום הנכסים הללו בתור הקדש.

אחרי עיון בחומר שהובא לפנינו בכתב ובע"פ ע"י המערער הנ"ל וב"כ הגעתי למסקנא: מצטרף לדעתו של הגרי"ש אלישיב שליט"א בנוגע לסעיף 2 של התביעה לדחות הערעור, וכן לבטל הערעור כאין בו ממש במה שנוגע לסעיף 1, וזה מנימוקים דלהלן:

א.

הנכס הנ"ל נשוא הערעור נמצא בחזקת הקדש לעניים, והיה באפוטרופסות של כמה דורות ע"י משפחת ל. - הסבא ר' י. ואחריו בנו ר' מ., ואחר כך מר י.ל., הנכד, שגם הגיש תביעה בביהמ"ש לזכות בנכס זה מכח החזקתו בנכס זמן מרובה ותשלום מסים על ידו תחת השם "הקדש כולל אוסטריה", בעוד שלאמיתו של דבר לא היה זה הקדש כולל אוסטריה אלא הקדש מעזבונו של הרב מ.ד.א. הנ"ל. תביעה זו נדחתה ע"י ביהמ"ש מכיון שנתברר למדי שלא החזיק זאת בשם עצמו, אלא עבור ההקדש.

מאחר שנכס הנ"ל הוחזק בתור הקדש לעניים הרבה יותר משנות חזקה ולא היה ידוע בשום זמן מן הזמנים על ערעור שהוא מטעם היורשים, פרט לערעור שבזמן האחרון מטעם המערער שלפנינו ומטעם הרב י.ט., שהביאו עצומותיהם בפני ביהמ"ש המחוזי בחיפה ואח"כ בביהמ"ש העליון, הרי לפנינו בזה ההלכה שטוענים ליורש וטוענים ללוקח, כל שידוע שהיתה תחת ידי המוריש או המוכר, כנ"ד שהיתה דורות בחזקת הקדש עניים (חו"מ קס"ו, י).

אין א"כ חובת ההוכחה על גבאי הצדקה וביה"ד המטפל בנכסים הללו לטובת העניים, אלא על התובע המערער, שיוכיח שמעיקרא היתה החזקה בגזלנות. כל עוד הוכחה כזו לא הובאה ע"י המערער נשאר הדבר בחזקת הקדש עניים כאשר היה עד עכשיו. ובצדק נהג כב' ביה"ד בצפת במנותו אפוטרופוס לנכסים אלו לטובת העניים.

טענת המערער שרק בזמן האחרון נודע לו על קיומם של נכסים אלו של מורישו אינה טענה, שכן החזקה אינה על סמך שתיקתו הוא, וכל אלה מנכדי או ניני הרב הנ"ל, אלא על סמך שתיקתם של בני הרב א. ז"ל הנ"ל שהיו גדולים באותה שעה (כפי שנראה מה"צואה" שעליה להלן) ואין להם טענה שלא ידעו בנכסי אביהם (חו"מ קמ"ט, י"ט), ואעפ"י שיתכן שהיו במדינה אחרת, כיון שהיו שיירות מצויות מהתם להכא (סי' קמ"ג).

אין צורך איפוא להזקק ל"צואה" של הרב הנ"ל כפי שהודפסה ע"י אחד מנכדיו בס' "שמן ראש", שכב' ביה"ד האזורי בצפת מזכיר אותה בהחלטתו מיום ג' אייר תשכ"ה, ולבדוק מהימנותה ותקפה, בכדי להעמיד ההקדש על חזקתו, כי עצם העובדא שהיה הנכס זה עידן ועידנים בחזקת ההקדש ללא ערעור - מספיק, כל עוד אין הוכחה כנגד המבטלתה, וכנ"ל.

ב.

הוזכרה לעיל "הצוואה" של הרב מ.ד.א. הנ"ל כפי שהודפסה בספר "שמן ראש". ספר הנ"ל הובא לפנינו והעתק מהצואה נמצא בתיק התביעה. המערער מתיחס ל"צואה" זו בשתי טענות נוגדות: א' אין הוכחה על מהימנותה שכן אינה מופיעה בתור כת"י חתום ע"י הרב המוריש הנ"ל אלא בתור העתקה בדפוס, שאין לדעת אם אמנם היתה קיימת וההעתקה נכונה, וכן אם לא נמלך בו בשעתו הרב המוריש, ולא ראה אותה בתור צואה מחייבת. ב'. רוצה הוא להסתמך על צואה זו שבה כאילו לא כתוב שמקדיש את עצם הנכס, אלא מתיחסת רק בנוגע להכנסה מהנכס הנ"ל, שגם זו בחלקה מיועדת לבנים. כן טוען הוא שהיתה מותנית בתנאי שיקברוהו במקום מסוים מה שלא קויים, וכן - שהיא מוגבלת בזמן עד אשר "יאיר היום לכל ישראל", ולפי טענתו נתקיים הדבר עם תקומת מדינת ישראל.

כל טענותיו כפי שנתפרטו בנקודה ב' מטיעונו נגד הצוואה ישא הרוח ואין בהם ממש: בלשון הצואה נאמר "הנני מקדיש את הבתים שלדירה אשר חנני השי"ת זולת מה שמבואר כאן לחלק בני". הרי שהוא מקדיש בפירוש את הבתים ומפקיעם מירושת הבנים, ואינו מוציא מכלל זה אלא כמה מן המטלטלין המפורטים בהמשך הצוואה, וכלשונו הנ"ל: זולת מה שמבואר לחלק בני.

מה שמזכיר אח"כ ע"ד חלוקת דמי השכירות ה"ז, כמובן, מפני שלא היה בדעת המקדיש שיגורו העניים בבתים, אלא שההכנסה מהשכירות תחלק לעניים מדי חודש בחדשו, כל ר"ח, מהטעם שמבאר באר היטב שם בא"ד.

אף אילו היה מקום לספק בכוונת הלשון, שבעצם אין בו שום ספק וכנ"ל, הרי הנימוק בו הוא מסביר את הפקעת הירושה מהיורשים בנכסים אלה משום "שהכל בא אלי בהיסח הדעת ובנסי נסים", שמשו"כ עפי"מ שנראה מחז"ל "אין להנות מהם לבנים", וכן מה שמסביר עוד בנוגע לחלוקת המטלטלים בין הבנים במפורט שם "לקיים תורת ירושה", הרי מכל זה מוכח בעליל שאין כוונתו שיירשו הבנים במשהו מהבתים, ורק אם יהיה מותר מהחלוקה לעניים מזכה לבנים בתורת מתנה בעלמא.

ומה שנתלה המערער שכאילו קיום הצואה תלוי בתנאי של סדר הקבורה מה שלא נתמלא לפי טענתו, לפנינו בצואה אין שום זכר שתולה זה בזה, אלא שיחד עם החלוקה של הנכסים הוא גם מצווה על המתעסקים בו שיטפלו בו לפי הסדר שקבע, אף גם מצד הסברא אין מקום לתלות זה בזה, שכן למה יפסידו העניים בגלל שאלה שמתעסקים עם הנפטר לא ימלאו רצונו? בפרט שכאמור כל עיקר הקדשתו הנכסים לעניים הוא מחמת אי־רצונו שבניו "ייהנו ממעשי הנסים", ומה זה שייך לסדר ההטמנה שלו?

אף גם זאת, מה שנתלה בלשון שבסוף הצוואה "עד שיאיר היום לכל ישראל", גם אילו היינו מקבלים ההנחה של המערער שהקמת המדינה יש בה משום הגעת הזמן הנ"ל, לפנינו בצואה יש לראות שזה מתיחס רק **לסוף** דבריו הדנים על סדר ההטמנה והקבורה, שמזכיר שם לומר בשעת מעשה הפסוקים "יהי אור ויהי אור", ולזה מתייחס הסיום "עד שיאיר היום". יתר על כן, המשך לשונו בסיום "עד **שיאיר** היום לכל ישראל וגם **אנחנו** בכללם יחד" מגלה בפרוש

www.eretzhemdah.org

שהכונה לזמן התחיה כשיחיו מתי ישראל, שאז יאיר היום לכל ישראל, כולל גם את המצוה וכל בני דורו. אין גם שום יסוד סברתי לקשר זאת עם חלוקת והקדשת הנכסים, שהוא כנ"ל מחמת אי רצונו שבניו ייהנו מהנכסים, מה יכול איפוא לגרום שינוי בנידון זה בוא שעת הגאולה לישראל?

מכל הנ"ל יוצא ברור שעפ"י צוואה זו, אם להסתמך עליה, יש לזכות את העניים בהקדש, ואין זכות לבני המקדיש בנכסים אלה ולא כלום.

אכן הנכון הוא מה שהמערער טוען נגד מהימנות הצואה, שכן קיי"ל מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה על ירכו אינה כלום שאני אומר כתבה ונמלך (חו"מ ר"נ, כ"ה), ובמקרה של ספקות, הנכסים בחזקת יורשים (שם רנ"א, ב').

אי אפשר לראות דברי צוואה מודפסים, שהמעיד על נכונותם הוא אחד הנכדים המוציא לאור, ושאף הוא אינו מזכיר בפירוש שאכן צוואה זו נמסרה כדין והיתה רצונו האחרון של הנפטר, צוואה של ממש כדיני צוואה.

ברם, כאמור לעיל, אין ההקדש זקוק לקיום זכויותיו להסתמך על הצואה, שהם גם בלי זה נשארים בחזקתם.

ג.

נזקקנו לכל הנ"ל רק בכדי להפיס דעתו של המערער, שכן לגופה של תביעה אין לה מקום גם מצד אחר, והוא: שהמערער פנה בשעתו כמצטרף לתובע האחר, הוא הרבי מ., בבירור התביעה שלו בפני ביהמ"ש המחוזי והעליון והללו דחו תביעותיהם, אין ביה"ד הגדול משמש מקום ערעור על מסקנות ביהמ"ש לערכאותיו השונות, ואין מקום לביה"ד לדון בדבר, לאחר שביהמ"ש שאליו פנה המערער בשעתו דחה תביעותיו.

אמנם אין ביהמ"ש דן לפי דין תורה וה"ז במדה מסוימת גם גרוע מפשרה, כמש"כ הרשב"א הו"ד בב"י סי' כ"ו, עי"ש. מ"מ כ"ז הוא לכתחלה אבל לא בדיעבד, שאפילו אם קבלו ע"ע נכרי לדון, שזה אסור אפילו בדין שדנים כדיני ישראל (סי' כו), ואפילו קנין אינו כלום להתחייב בזה, ומ"מ מסיק הרמ"א (סי' כ"ב ב') שאם כבר דן לפניו א"י לחזור בו.

אכן בש"ך שם השיג על הרמ"א, "דהא כיון דהקנין אינו כלום, במה יתקיים הדין שלא יוכל לחזור", אך עי' "תומים" שם שיישב דבריו. וכן לפ"מ שמסיק הש"ך לחלק בין שקבלו סתם לדון בדיני נכרים לבין שקנו על נכרי מסוים שזה נאמן בעיניהם שמהני "כאילו קבלו קו"פ". ונראה שהמדובר בנכרי שאינו דן לפי דיני ישראל, שכן המדובר שם במרדכי שממנו מקור הדברים על נכרי שהרגיש בו שהיה מטה דבריו וקיבל שוחד, ומ"מ פסק שא"י לחזור בו, א"כ אם הדבר נעשה ע"י קנין ודאי שאינו יכול לחזור בו.

אכן אין ביהמ"ש נוהג לקבל קנין לקבלת דינו, ומאחר שאין לראות הדין שדנים אלא בתור פשרה, הרי קיי"ל דפשרה צריכה קנין, ובל"ז יכולים לחזור בהם (חו"מ י"ב, ז'). אך הרמ"א הן מסיק שם דה"ה אם נתנו שטר. ועפי"ז נראה שה"ה מה שמגישים בכתב שטר תביעה לביהמ"ש, שזוהי קבלת השופטים על עצמם, דוגמת מה שמצינו שכתיבת שטר בוררין מהני שא"י לחזור בהם (י"ג, ב'), ובכה"ג שהוגש כתב התביעה ע"ד כן שלא ידונו לפי ד"ת, ה"ז כקבלת קנין ע"ז דא"י לחזור בהם לאחר שכבר הוציאו את פסק דינם.

עפ"י הנ"ל, גם אילו היה בתביעת המערער תביעה של ממש עפ"י ד"ת, לאחר שהסכים והתחייב בכתב לקבל פסקו של ביהמ"ש, אין מקום לעורר מחדש תביעה עפ"י ד"ת.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

פסק דין

על יסוד הנמוקים המצורפים מחליטים אנו לדחות את הערעור.

ניתן ביום י"א אייר תשכ"ו.

יוסף שלו' אלישיב סלמאן חוג עבודי שאול ישראלי

סימן מד : בענין דרישה לבדיקה פסיכיאטרית*[42]

זהו ערעור על החלטת ביה"ד האזורי תל-אביב-יפו (תיק מס' 10776 / כז) מיום ב' טבת תשכ"ט, בה נאמר: "ביה"ד מוצא שאין לחייב את האשה להבדק, אלא אם יצהיר הבעל שהוא מוכן להשלים עמה, אם לפי תוצאות הבדיקה יוברר שהיא בריאה".

הצדדים הם זוג נשואים ולהם ילדים מבוגרים. המערער-הבעל הגיש תביעת גירושין נגד המשיבה-האשה, מפאת אי התאמה ביניהם, ובגלל מצבה הרוחני והנפשי של המשיבה. באפריל 1964 עזב המערער את הבית סופית, ומאז הוא חי ומתגורר עם אשה אחרת.

המערער דרש לחייב את המשיבה לעבור בדיקה פסיכיאטרית, ולהוכיח ע"י זה את חוסר ההתאמה ביניהם, ועל זה באה ההחלטה האמורה של כב' ביה"ד האזורי.

באי"ע קנ"ד ס"ג בהגהה:

[42] ערעור תשכ"ט\92 בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי, הרב שאול ישראלי , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

"... ואם אין ידוע מי הגורם אין הבעל נאמן לומר שהיא המתחלת שכל הנשים בחזקת כשרות, ומושיבין ביניהן אחרות לראות בשל מי הרעה הזאת... ".

וז"ל הרשב"א במיוחסות סי' ק"ב שמשם מקור הדברים כפי שציין הגר"א (הו"ד בב"י סו"ס ע"ד):

"... וקרוב בעיני הדבר שאם ידוע שהוא מתמיד להכותה שאינו נאמן לטעון עליה שהיא מקללתו בפניו דלא כל הימנו לאחזוקה בפרוצה, כענין שאמרו בפ' המדיר גבי ע"מ שלא תלך לבית המשתה".

והוא מ"ש בגמרא שם (עב.): "א"ר אשי לא אמרן אלא דאתחזק, אבל לא אתחזק לא כל כמיניה."

רואים אנו מזה שאעפ"י שסתמא דמלתא שהוא הגורם "שכל הנשים בחזקת כשרות", מ"מ עושים מעשה דהיינו "מושיבים ביניהן אחרות לראות". הרי שאינה יכולה לעכב מלעשות פעולה המבררת, ואעפ"י שאין הבעל נאמן ומסתמא אמרינן שהוא הגורם.

אכן נראה שהלכה זו יסודה ממש"כ הרא"ש בתשו' כלל ו' סי' ט', והו"ד בטוחו"מ סי' ט"ז שמזקיקים להראות לבע"ד מה שיש בידו כשהלה טוען שיש לו בזה זכות או ראיה "דמאי שנא הוא מאחר, אדרבא כש"כ הוא, כיון שיש בידו זכותו של שכנגדו והוא תובע ממנו שלא בדין וכו'".

ושם בטור בא"ד עוד מתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' כ"ה שאין כופין להראות אלא "אם אמר בפני ב"ד דברים שיש בהם אמתלא" שאל"כ יכול לסרב בטענה שאינו מעונין שיראו ענין השטר, ועפי"ז נראה דה"ה בהא דסי' קנ"ד, כיון שמתרץ עצמו שמכה אותה בגלל שמקניטתו בקללותיה, שגם לו היה עכ"פ חזקת כשרות, ה"ז עכ"פ אמתלא מספקת לחייב בירור מצדה, וממילא אינה יכולה להתנגד להושיב ביניהן אחרות.

וניד"ד נמי אילו היה הבעל מוכן להצהיר שאם יתברר שהטענות שלו אין להן יסוד כלפיה ויחזור אליה, כי אז היה בעצם העובדא שעזבה ואינו רוצה לדור עמה למרות שנים רבות של נישואין והולדת ילדים וכו', היתה זו אמתלא מספקת לחייבה לברר, אולם מכיון שאינו מוכן להצהיר כזאת, בפרט שמצא לו אחרת שחי עמה כפי הודאתו עצמו, הרי לא זו בלבד שאין לראות בעזיבתו אותה אמתלא מספקת, אלא אדרבא כל התנהגותו מוכיחה שאין זו אלא תואנה, ואין רצונו אלא לבזותה ולדכאה בחנם. וכיו"ב באשה שטוענת מאיס עלי באמתלא כל שקיים חשש שעיניה נתנה באחר דינה כמורדת, ואין נותנים לה דינה דמתיבתא, (עי' סי' ע"ז ס"ב וס"ג).

אי לזאת צדק ביה"ד האזורי בדחותו תביעה זו, כל עוד עכ"פ אינו מוכן אפילו להצהרה זו הנדרשת ממנו, וכנ"ל. שאול ישראלי

פסק דין

לאור האמור הערעור נדחה.

על המערער לשלם למשיבה עבור הוצאותיה בערעור זה, הסך שלש מאות ל"י.

בצלאל זולטי שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן מה : בענין חיובי שבועה*[43]

לפנינו ערעור וערעור נגדי על "פסק־דין חלקי" (כשם שניתן לו ע"י ביה"ד) של כב' ביה"ד האזורי לת"א־יפו מיום כ"ט טבת תשל"ז (תיק /9451לד) בו נאמר כדלהלן:

"א.על הנתבע־תובע להשבע שבועת היסת, להכחיש את טענותיה של התובעת.

ב ביה"ד יחליט אחרי הישיבה הבאה, בתביעה הנגדית של התובע־הנתבע נגד התובעת הנתבעת.

ג אשר לכספי התרומות - אין לחייב את הנתבע לשלם תמורת ההמחאות הדחויות שהיו בידו והחזירם.

ד בענין התרומות במזומנים, שהיו בידי הנתבע, יחליט ביה"ד אחרי הישיבה הבאה."

על זה הוגש ערעור מטעם הנתבע על חיובו בשבועת ההיסת, וערעור נגדי מטעם התובעת, בו חוזרת על תביעתה לחייב הנתבע ממון כפי התביעה, ולחילופין שבועת התורה ולחילופי חילופין - שבועת המשנה.

עם תחילת שמיעת הערעורים קבלו שני הצדדים על שביה"ד לא נתן נימוקיו לפסה"ד, שמשו"ז קשה הערעור. וביה"ד זה החליט לבקש נימוקי פסה"ד טרם שיכנס לבירור הטענות. בט' אלול תשל"ז הומצאה אלינו ע"י ביה"ד הרצאת סיפור המעשה של השתלשלות העובדות והטענות, ובסיום, נימוקי ביה"ד בקצרה. וזה לשון ההנמקה:

"אחרי העיון בנידון ובכל החומר שבתיק, מוצא ביה"ד שטענת התובעת־נתבעת היא בגדר טענת ודאי, ולכן על הנתבע־תובע להשבע שבועת היסת."

עלינו להעיר, כי אף ההנמקה עצמה אינה מנומקת דיה, שכן לא נתבאר משום מה "היא בגדר טענת ודאי", וכן **משום** מה נדחו טענות התובעת. כן לא ניתן שום נימוק על דחיית הטענה באשר לכספי התרומות (סעיף ג' של הפס"ד).

מכל מקום נכנסנו לבירור הטענות שנשמעו לפנינו בע"פ וכן הסתמכו הצדדים על החומר שבתיק ביה"ד האזורי וסיכומי הטענות בכתב שבתיק הנ"ל.

גוף העובדות כפי שמביא ביה"ד בתוספת, שבסיומה באה ההנמקה כנ"ל, הם כדלהלן:

[43] ערעור תשלז\126 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט , הרב שאול ישראלי , הרב יוסף קאפח

www.eretzhemdah.org

"הצדדים היו בעבר קרובי משפחה. התובעת היתה אשת אחיו של הנתבע, אשר נתאלמנה ממנו, והשאיר אחריו ילדים קטנים, הנמצאים אצל אמם.

עקב פטירת אחי הנתבע, ועם זה שנשארה התובעת ללא מקור מחיה, נטל עליו הנתבע את המשימה בהמלצת האדמו"ר ק. ש. א., שגם המנוח וגם הנתבע נמנים על קהל חסידיו, והחל לטפל בהשגת מקורות לקיום המשפחה.

הנתבע טיפל בהשגת דמי הביטוח שהיו מגיעים לתובעת ולילדיה, עקב פטירת בעלה המנוח, שהגיע לסכום של מאה אלף ל"י וכן הגיעו לידו כספים בעין ובהמחאות לתשלום בתאריכים מאוחרים, שניתנו ע"י ידידים וחברים של המנוח לטובת הילדים.

התובעת נתנה אמון מלא בנתבע, בראותה את טרחותיו והשתדלויותיו למענה ולמען ילדיה.

בחדש אדר תשל"ג נפתחה חנות בבני ברק בשם "א" והושקעו בה כל כספי הביטוח בסך מאה אלף ל"י.

כאמור, התובעת נתנה אמון מלא בנתבע, והוא החל לנהל את החנות, הוא אשר קנה את הסחורה ושילם בעבורה, אמנם גם התובעת ישבה בחנות ועסקה במכירה ללקוחות שנכנסו לחנות.

לא עבר זמן רב, והחלו להתגלע אי הבנות בין הצדדים, האמון שנתנה התובעת בנתבע נתערער.

הצדדים החליטו שאין הם ממשיכים לנהל את העסק במשותף, והוסכם ביניהם על מכירת החנות עם הסחורה שבה.

ומכאן התביעות ההדדיות של שני הצדדים שהוגשו לפנינו.

לדברי התובעת, רומתה ע"י הנתבע. לא מסר לה דו"ח מכל הפעולות שעשה במשך הזמן שניהל את החנות, ונוסף על כל זה, כשמסר לה את החנות למכירה, הצהיר שערך הסחורה שבחנות מגיע לסכום של שמונים אלף ל"י, ואילו כשנערכה ספירת המלאי של הסחורה הגיע ערכה לסכום של ארבעים וחמש אלף ל"י בלבד. היא דורשת לחייבו בסכום ההפרש שהוא בסך של שלשים וחמשה אלף ל"י. כן היא דורשת לחייבו למסור לה את הכספים שנאספו בין ידידי וחברי בעלה המנוח לטובת ילדיה, בסכום כולל של שבעים אלף ל"י.

בתשובה לכך ענה הנתבע, כי נהל את עניני התובעת וילדיה באמונה, אולם כנראה שאין התובעת נותנת בו אמון יותר, וזאת כנראה בהשפעת בני משפחתה. הוחלט שאין כל אפשרות להמשיך יותר, ולדבריו נערך חשבון וסוכם ששכרו המגיע לו הוא סכום של ששה עשר אלף ל"י והתובעת קבלה את החנות עם הסחורה שבה, שלפי הערכתו ערכה הוא שמונים אלף ל"י. לדבריו, אם התובעת מכרה את הסחורה במחיר של ארבעים וחמשה אלף ל"י, אין הוא צריך לשאת בהפסדים.

אשר לכספים וההמחאות שניתנו ע"י ידידי המנוח, טען הנתבע שהחזיר את כל הכספים ולא נשאר אצלו כל סכום.

דרישת הנתבע היא לדחות את התביעה נגדו, ומאידך לחייב את התובעת לשלם לו ששה עשר אלף ל"י שכר עבודה המגיע לו.

התובעת אמנם הודתה שמגיע לו על חשבון שכר עבודה סך ששת אלפים ל"י ולא יותר, אך כמובן שזה ילקח בחשבון וינוכה מסכום התביעה שלה.

ביה"ד שמע עדויות בנידון, כרשום בתיק.

בסיכום הטענות בקשה התובעת־נתבעת לחייב את הנתבע־תובע, בהתאם לתביעה, ולרוחא דמילתא ולחילופי חילופין לחייבו בשבועה.

ב"כ הנתבע־תובע בקש לפטור את הנתבע־תובע לחלוטין, לא בממון ולא בשבועה, ולחייב את התובעת־נתבעת בהתאם לתביעתו."

נוסיף לשם הבהרה עוד כמה פרטים כפי שמשתקף מתוך התיק והטענות, - שספירת המלאי טרם שנמכר העסק נעשתה בנוכחות עד מר ר., וכן מר ד. שהוא אחי התובעת, ובהשתתפותם הפעילה, וכן ע"י הקונה ומשפחתו. לא נכחה בשעת הספירה התובעת עצמה, וכן לא נכח הנתבע. עפ"י טענות התובעת, נערכה הספירה שלא בנוכחות הנתבע, משום שביקש סכום כסף נכבד עבור השתתפותו בספירה, וזה היה נראה כהוצאה מיותרת.

מסביב לשאלה על כמות הסחורה שהיתה בחנות בשעת הספירה נטוש הויכוח העיקרי בין התובעת לנתבע. בעוד שהנתבעת מסתמכת על החישוב של הנוכחים בשעת הספירה, מר ר. שהופיע בפני ביה"ד כעד, וכן מר ק. שהוא הקונה של העסק, שאף הוא הופיע בפני ביה"ד, הנתבע מעורר טענות על הצורה של הספירה ועל מהימנותה. והיינו, שבעוד שלפי התובעת המלאי היה בערך של ארבעים וכמה אלף ל"י, והקונה שילם בחשבון סופי רק 41.- אלף ל"י, לפי טענת הנתבע היה שם בערך של 75-80 אלף ל"י, והספירה לא היתה מדויקת, אם משום שבכוונה העריכו פחות, אם משום חוסר בקיאות בשומא, או חלק שלא הוערך כלל.

בהסתמך על תוצאות ספירת המלאי, שהיתה כנ"ל, לפי גירסת התובעת בסביבת ארבעים וכמה אלף, והסכום שהוציא על קנית הסחורה וחידוש המלאי, מדי פעם, טוען ב"כ התובעת שחסרים סכומי כסף נכבדים, כפי הפירוט שבתביעה והסיכומים ויש לחייב בהם את הנתבע. לחלופין היה צריך לחייבו בשבועת השומרים שהיא מן התורה כדין שומר שכר, ולחלופי חילופין לפחות לחייבו בשבועת המשנה כדין אפוטרופוס בנכסי יתומים.

הנתבע, לעומת זה, טוען, כאמור, שהספירה היא בלתי מדויקת, ואילו לפי חשבונו לא היה חסר כלום, אלא א"כ מישהו שלא באשמתו, לקח. לעומת זאת מעלה הנתבע טענות נגדיות, שעדיין טרם ניתן פס"ד על זה, על סכומי כסף

www.eretzhemdah.org

ששילם לפי פסק בית המשפט על צ'קים שהוציא בשעתו עבור קנית סחורה, שלא כובדו עם חיסול העסק, וכן הוצאות הכרוכות בניהול המשפטים בנידון.

באשר לכספי התורמים, לטענת הנתבע החזירם כולם לאלה שאספו הכספים מהתורמים, וזה עפ"י דרישתם, והתובעת טוענת שכבר זכו בהם יתומים, וע"י שהחזיר את הצ'קים, והכסף במזומנים שהי' בחלק מהתרומות, הפסיד בידיים את היתומים.

כב' ביה"ד דחה כאמור את התביעה בנוגע לכספי התורמים שהיו בצ'קים דחויים מבלי לנמק, וע"ז הערעור מטעם התובעת.

עיינו בטענות הצדדים ובחומר שבתיק, ואנו בדעה שצדק כב' ביה"ד במסקנותיו. אשר לטענה שיש לחייב הנתבע בממון, לפי חישובי התובעת, לא נמצא יסוד מספיק לחיוב זה, מאחר שאם נקבל טענת הנתבע ביחס לערך המלאי, אין מקום לשום תביעה.

לפי סיכומי התביעה (עמ' 2 של סיכומים ראשוניים) הסחורה שנקנתה עם הפתיחה ובמשך קיום העסק מסתכמת בסך של 167,636 ל"י, לפי טענת הנתבע ערך המלאי בזמן חיסול העסק היה 80 אלף בערך. נמצא לפי זה שבס"ה נמכר בערך סך 87 אלף ל"י. אם גם ננקוט שממוצע הריוח היה 75% כטענת התביעה (לפי הנתבע, הממוצע הוא רק 50%) הריוח הוא בערך 62 אלף ל"י. אם ננכה מערך מלאי הסחורה, שהוא כנ"ל לפי הנתבע בסך 80 אלף ל"י בערך את הסכום 27 אלף, שהם חובות לספקים, לטענתו, נשאר סכום ערך המלאי שהיה של הנתבעת בחיסול העסק בערך בסך 53 אלף, דהיינו סך 23.- אלף יותר ממה שהיה קיים עם פתיחת העסק. אם נצרף לזה סכום ההוצאות, כולל הסכומים שקיבלו שני הצדדים מהעסק, שהוא לפי חשבון הנתבע בסף 41 אלף ל"י יתקבל הסך כ- 64 אלף, וזה יותר על הממוצע ריוח של 75%.

אין איפוא לבא בטענה על הנתבע אלא אם נקבל גירסת התביעה, שסך המלאי לא היה אלא בסביבות ארבעים וכמה אלף ל"י, שבניכוי החוב על המלאי, יוצא שחסר עוד מסכום ההשקעה הראשון בסחורה, שהיה 30 אלף ל"י. יש איפוא למקד את הדיון ועיקר התביעה על נכונות הגירסות השונות שבין התובעת לנתבע על ערך המלאי בשעת חיסול העסק.

בית הדין כאמור לעיל פסק בזה כדין תביעה שהנתבע כופר הכל בתביעת התובע שהיא תביעת ברי ופסק חיוב שבועת היסת.

המערער מטעם התובעת טוען שהיה צריך לחייבו שבועת השומרים כדין שו"ש. אך צודק בזה ב"כ הנתבע, שמאחר שהיה מפתח ביד הנתבעת, ובשעתו גם מסרה אותו לאחיה, נמצא שלא נסתלקו הבעלים מהשמירה. זאת ועוד, שבנידו"ד שהנתבע לא קיבל עליו במפורש חיוב שמירה, אלא אתה בא לחייבו מאחר שמקבל שכרו על הטיפול בעסק מגדר שו"ש, כל כה"ג שיד הבעלים שווה, ויכול הוא להוציא ולהכניס כרצונו, לא יתכן להטיל על הנתבע חובת שמירה ואחריות על החסר. שהרי הבעלים יכולים לקחת משם מבלי מפריע, ואין ביד התובע לשמור כלל. ועי' בסמ"ע ריש סי' ש"ג שאין אחריות על השו"ש לכו"ע אלא א"כ נסתלקו הבעלים. וכש"כ בנידון שלנו, שלא קיבל שמירה במפורש, ודאי שיש לדון שלא היה בדעתו לקבל עליו שמירה ואחריות בזמן שאינו מסוגל כלל לבצע השמירה.

בסיכומי ב"כ הנתבע ציין למש"כ הב"ח ריש סי' ש"ו בענין שכיר שעושה מלאכה בבית בעה"ב שאינו לא שו"ש ואף לא שו"ח "דהא לא נסתלקו בעלים משמירתם". וע"ז ענה ב"כ התובעת שזה טעות, ולא אמר הב"ח בזה אלא בכה"ג מפני שאינו רשאי לקחת הכלי לביתו, עכת"ד. אך צודק ב"כ הנתבע בזה, כי טעם זה לא סגי אלא שבגלל זה שאינו יכול לתפוס אותו בשכרו, משום זה אין דינו כשומר שכר. אך מ"מ הול"ל שהוא שו"ח עכ"פ. ולזה צריך הטעם "דהא לא נסתלקו בעלים משמירתם" וכוונתו למבואר לעיל בשו"ע סי' רצ"א ס"ה, שתי דעות אם שומרים צריכים משיכה או דסגי בזה שהבעלים הסתלקו מהשמירה. (ונראה מלשון השו"ע וכן הסמ"ע הנ"ל דלהני דסברי דצריך משיכה, צריך ודאי תנאי קמא שנסתלקו הבעלים מהשמירה).

והדברים ק"ו לנידו"ד שהתובעת קיבלה לידה מפתח לעסק, במטרה ברורה שתוכל להכנס בכל עת שתרצה ותעשה מה שתרצה, והרי באמת עשתה כך, בפתחה העסק לצורך ספירת המלאי מבלי נוכחות הנתבע. שכאמור, לא מסתבר כלל שבכה"ג יקבל ע"ע העובד מטעמה אחריות על התכולה, בעוד שאין הדבר כלל בידו לשמור. והוא הרי לא קיבל עליו במפורש חיוב לשמור, שאז היה אולי מקום לומר: סביר וקיבל.

עוד טוען ב"כ התובעת שיש לראות את הנתבע כאפוטרופוס, שלפי דבריו ביקשו המנוח אחיו שהיה בעלה של התובעת שיטפל בעניני ילדיו, או שדינו כבן הבית הנושא ונותן בתוך הבית שבזה מוכרע להלכה (עפ"י אסמכתאות שמביא, סיכומים עמוד 8) שגם כשנוטל שכר נשבע שבועת המשנה, לפי מנהג העולם.

[ובאמת אינו צריך לזה, שעד כאן לא נחלקו הראשונים בענין המקבל בעיסקא אם יש לו דין שותפים ובן בית, אלא כשיש לו שכר קצוב או חלק יותר גדול בריוח כדין מוסר מעותיו בעיסקא, שבזה יש חולקים וסוברים שכיון שנוטל שכר טרחתו יותר מבעל המעות אינו מורה לו היתר, ובזה לא חייבוהו להשבע מדין המשנה. אבל כשלוקח חלק כחלק, היינו ההלכה שבדין המשנה שכולל גם **האריסים**, והרי הללו נוטלים שכרם **למחצה** לשליש ולרביע, ואעפי"כ מחייבת בזה המשנה שבועה. ועל כרחך שמחלקים בין אריס לזה של עיסקא, שבאריס אין חשש להפסד, וע"כ גם כשנוטל חצי שכר עדיין מורה היתר לעצמו. שלא כמו בעיסקא, שהאחריות של הבעלים גדולה יותר, או שהריוח שלו קטן יותר.

והרי בנידוננו, בתחלת כניסתו היה זה ע"מ לחלק הרווחים חלק כחלק, ואח"כ כששינו התנאים, עדיין לא מסר דו"ח על כל העבר, שהיה בריוח שוה בשוה, וא"כ חיוב שבועה זה בעינו עומד]

אך כל זה לא יושיענו, שהרי להלכה נקטינן שאין חיוב של שבועת המשנה אלא כשיש הודאה במקצת, שבזה יכול להשביעו גם על טענת שמא (סי' ר"צ סי"ט, וע"ע ש"ך סי' צ"ג ס"ב, ובאה"ט שם סק"ה בשם הט"ז דצ"ע להלכה). ואילו כאן אין הודאה אפילו במקצת. אמנם התובע מעלה בסיכומיו (סיכומים שניים עמ' 10) תביעה **חדשה** שלא נשמעה קודם לכן, וזה: שנשאר בידי הנתבע מכספי הביטוח שקיבל סך אלפיים ל"י. כי מה שנתקבל היה מאה ושני אלף ל"י, וקניית

www.eretzhemdah.org

העסק עלתה בס"ה 100.- אלף ל"י, אך הן תביעה זו, היא כאמור חדשה, ולא נשמעה לא בתביעה המקורית ואף לא בהופעת הנתבעת בפני בי"ד בעל פה. מסתבר איפוא גירסת הנתבע שעונה ע"ז (בסיכומיו השניים עמ' 3) שגם כסף זה הוצא בייסוד העסק. ואף אם הנתבעת תכחיש זאת ותתן אמתלא מתקבלת למה לא העלתה תביעה זו לפני כן, על כל פנים הרי הנתבע כופר בזה, ואם כן עדיין תורת כופר הכל עליו. אכן הרי לפי כל הדעות נשאר לו עדיין חוב על חשבון משכורתו בסך 6.- אלפים ל"י, אם כן מכל מקום אין כאן הודאה במקצת. וחוזר הדין לתביעה רגילה שהלה כופר הכל, שאין כאן שבועת המשנה.

לעומת זאת מעלה הנתבע טענה על חיובו בשבועת היסת, שכפי נימוקי ביה"ד הוא מדין הכחשה על תביעת ברי. טוען ע"ז ב"כ הנתבע, שמאחר שהתובעת עצמה לא היתה נוכחת כלל בספירת המלאי אין לה תורת תביעת ברי בזה שמסתמכת על דברי אחרים, גם אם לפי דבריה היא מאמינה להם.

ואכן ענין זה, אם הסתמכות על אחר נחשבת לטענת ברי, שנוי במחלוקת ראשונים. ואם אמנם הרמ"א מכריע כדעה המחייבת שבועת היסת, כלשונו: "וכן ראוי להורות" (סי' ע"ה סכ"ג), הרי הש"ך משיג עליו והניח דבריו בצ"ע. וע"ע בביאורי הגר"א שם.

אך נראה שיש לקבל פסק ביה"ד בזה, אם כי לא מטעמו. שכן יש לראות כאן גדר רגלים לדבר, שבזה גם לדעת הש"ך חייב שבועת היסת, (בפרט שדעת הש"ך להלכה בסי' צ"ג סי' ג' שהובא לעיל, שבאפוטרופסין ואריסין וכו' חייבים שבועת המשנה בטענת שמא, גם כשאין שם מודה במקצת) שהרי גם הקונה בדבריו בפני ביה"ד אישר, שלא שילם עבור המלאי אלא סך 41 אלף ל"י, כדברי התובעת. ובזה הרי אין הקונה נוגע בדבר, שהרי אם תתקבל גירסת הנתבע נמצא שהיתה כאן אונאה בקניה. ואם כן מסתבר שאכן הספירה הראתה סכום קרוב לזה, שהרי לא נתנה התובעת מתנה לקונה בהוזלת עשרות אלפי לירות, כטענת הנתבע. ומסתבר איפוא שהיתה משוכנעת שזוהי השויות הממשית בניגוד לטענת הנתבע. אם כן, על כל פנים, יש לראות רגלים לדבר בטענתה ויש על כן להטיל על הנתבע חיוב שבועת היסת. ונוסיף עוד שכפי שכבר נאמר לעיל, לדעת הש"ך בסי' צ"ג יש לחייבו שבועת המשנה, כל כה"ג מידי שבועת היסת ודאי לא יצא. אלא שהתובע העלה בפנינו טענה נוספת, שכיון שמר ר. שהעיד שהיה נוכח בספירת המלאי אינו קרוב, והוא עד כשר שאינו נוגע בדבר. (וטענת ב"כ הנתבע על היותו נוגע שלא דקדק בספירה אינה מתקבלת, שהרי עשה כפי שהיה יכול לעשות בתנאים אלה). ומאחר והוא עד כשר בזה נפסק בשו"ע (סי' ע"ה סכ"ג): "טענו בספק עפ"י העד ... והביא העד משביעו שבועה דאורייתא כאילו היה טוענו טענת ברי." ובש"ך שם (סק"פ) כ': "... **וכן עיקר** וכן הלכה רווחת בישראל, ודלא כבעל גדולי תרומה (דף קס"ה ריש ע"ג) שכתב דהמוחזק יכול לומר קי"ל כרבוותא דפטרי משבועה."

א"כ לפ"ז היה מקום לחייבו שבועת התורה להכחיש העד.

אכן עי"ש בביאורי הגר"א (ס"ק ע"ז ליקוטים) שכ' בזה "והרבה חולקים ע"ז" וכו' והסיק כדעת הרשב"א שהוכיח שאין ע"א משביע שבועת התורה כשהתובע אינו טוען ברי, וכ' ע"ז "והוא נכון מאד". מעתה אין בנו כח לפסוק נגד זה, ויכול לטעון קי"ל. מאחר וכנ"ל, אין לקבל הנחת כב' ביה"ד שיש לראות טענת התובעת כטענת ברי, ממילא למרות שיש כאן עד המעיד כדבריה אין לחייב שבועת התורה. מכל מקום, כאמור לעיל, למרות שאין כאן טענת ברי, בחינת רגלים לדבר ודאי יש כאן, ובזה חייב שבועת היסת גם לדעת הש"ך וכנ"ל.

והואיל וכן, יש לאשר מסקנת כב' ביה"ד שהנתבע חייב שבועת היסת, לאמת דבריו.

עד כאן באשר לערעורים על דבר העסק. ואשר לכספי התרומות שביה"ד פסק (סעיף ג') שאין מקום לתביעה על החזרת ההמחאות הדחויות, ואילו בענין התרומות במזומנים דחה החלטתו לישיבה אחרת (סעיף ד'), והתובעת מערערת על ההחלטה שבסעיף ג', וטוענת שכבר זכו היתומים הן בכספי התרומות במזומנים והן באלה שבהמחאות הדחויות.

כפי שנתברר לביה"ד מהעדים שהופיעו, שהם הם היו הגבאים שגבו את הכספים והצ'קים ומסרו אותם בשעתם לנתבע, הכספים נגבו מעיקרא מפני שחשבו שאין לאלמנה וליתומים אמצעי קיום מינימלי וכן מתוך מחשבה שהילד יתחנך לפי אורח חייו של האב המנוח. והטענה היא כי שני הדברים האלה לא נתקיימו. האלמנה והילדים קיבלו כספים מבטוח החיים של המנוח, והרבה מהתורמים טענו שהם יותר עניים מהמשפחה הזאת. כן נטען שהילדים לא ממשיכים בדרך חינוכו של האב. ורבים מן התורמים הכריזו במפורש שלא יכבדו את הצ'קים שנתנו בשעתו עפ"י המטרות שלא קוימו, כנ"ל.

אולם לא נתברר במדה מספקת ע"י כב' ביה"ד, מי הם התורמים שלא חזרו בהם, ומי הם אלה שחזרו בהם, ואם אכן היה להם לאלו שחזרו בהם הרשות והאפשרות לחזור ממה שתרמו לצורך היתומים. כן לא נתברר באילו תנאים מסרו הגבאים בשעתם את הכסף לידי הנתבע, ואם היתה לו רשות להחזיר לידם את הכסף והצ'יקים כשנתבקש על ידי הגבאים. ואף אם היתה לו רשות לזה, השאלה היא אם הגבאים היו רשאים להעביר את הכסף והשיקים ממטרתם הראשונה לקופת גמ"ח ע"ש המנוח.

הואיל וכן, נראה לנו שההחלטה שבסעיף ג' שבפסק הדין עדיין מוקדמת, ותלויה היא בבירורים נוספים כנ"ל, וכן קשורה היא במדה מסוימת בהחלטה בנוגע למזומנים שעדיין לא ניתנה. ואשר על כן אנו רואים לנכון לקבל הערעור חלקית באשר לסעיף ג', ולהחזיר התיק לכב' ביה"ד לברר לעיין ולפסוק בהתאם יחד עם הפסיקה בנוגע לכספים במזומנים.

לבסוף עלינו להוסיף, עברנו על כל החומר שבתיקי ביה"ד האזורי. הרושם הכללי מהתנהגות הנתבע מדכאה ביותר, ועל אף התאמצות בא־כחו למצוא סתירות בדברי התובעת ועדיה, ועל אף המלים התקיפות והחריפות שהשתמש בהם בלהט בטיעוניו ובסכומיו, אי אפשר להשתחרר מהרגשת מועקה מהתנהגות הנתבע, אשר גרמה ליתומים במישרין ובעקיפין הפסד רב, וד"ל.

שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

פסק דין

עפ"י כל הנ"ל אנו פוסקים:

א הערעור והערעור הנגדי על סעיף א' של פסק הדין נדחים.

ב הערעור באשר לסעיף ג' מתקבל בחלקו, והתיק מוחזר לביה"ד לבירור ועיון מחודש, ולפסוק בזה יחד עם הפסק שביה"ד יפסוק בהתאם לאמור בסעיף ד' של פסה"ד.

ג אין צו להוצאות.

ניתן ביום ט' בסיון תשל"ח.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי יוסף קאפח

סימן מו : בענין התחייבות חוזית של שותפים*[44]

זהו ערעור על פס"ד ביה"ד האזורי בת"א, תיק מס' 2349/כג, מיום י"ח כסלו תשכ"ה, בו נקבע "היות והגבאים לא חתמו על החוזה ולא התחייבו כלפי הנתבעים, לכן אין ביה"ד רואה אפשרות לחייב את גבאי ביהכנ"ס כתביעת התובעים".

טענת המערערים, שהחוזה נערך בינם לבין שני הגופים: חברת נ. ואגודת ביהכנ"ס "ה.י.", ובעוד שעם חברת נ. התפשרו על חלקם, הרי תביעתם כלפי אגודת ביהכנ"ס בעינה עומדת, כפי שהצהירו בפירוש בזמן התפשרותם עם חברת נ.. טענת הנתבעים, שההתחייבות כלפי הקבלנים היתה רק מצד חברת נ., ואילו ביהכנ"ס לא קיבל ע"ע שום התחייבות. הדין ודברים, במדה שישנם, צריכים להיות מופנים כלפי חברת נ. ולא כלפי אגודת ביהכנ"ס.

והנה בעיון בתיק שלפנינו, בטענות הנתבעים שבפני כב' ביה"ד האזורי, בישיבתו ב-כ"ט תמוז תשכ"ג, בו הופיע ה' ש.ל. - אחד הגבאים של ביהכנ"ס הנ"ל שהשתתף בעריכת החוזה וכן ב"כ הנתבעים הנ"ל, לא הוכחשה מצדם עצם החתימה על החוזה, אלא שטענו שלא היתה זו בכוונה לחייב את ביהכנ"ס. בלשון ב"כ הנתבעים לפי הפרוטוקול נאמר: "**נכון שחתמו על החוזה**, אבל אחריות הכספית זה רק על נ.". כן בסיכומי טענות הנתבעים בכתב ע"י ב"כ מתאריך י"ז חשון תשכ"ד לא נזכר כלום, על טענה שהחוזה לא נחתם כלל ע"י ב"כ ביהכנ"ס.

אכן בישיבה נוספת של כב' ביה"ד האזורי בנדון ביום י"ט אדר תשכ"ד הועלתה טענה ע"י הגבאי ה' א.א. "שהוא לא חתם על החוזה וכן לא חתם עליו ה' ש.ל.". בטענה זו נאחז באותה ישיבה גם ב"כ הנתבעים. טענה זו שימשה גם יסוד לפס"ד המעורער שבו נאמר כנ"ל "היות והגבאים לא חתמו על החוזה" וכו'.

והנה בעיננו בחוזה (המצורף לתיק) לפנינו חתימה בראשי תיבות של כל ב"כ הצדדים הנזכרים בחוזה על כל עמוד מעמודי החוזה, כפי הנהוג. אמנם בעמוד האחרון של גוף החוזה חסרה החתימה של ה' ש.ל. הנ"ל אולם אח"כ ברשימת העבודות, החמרים והמחירים שנקבעו הבאה בהמשך לחוזה, שאף היא חתומה ע"י כל הצדדים הנ"ל, מופיעה חתימה הגבאי ה' ש.ל. הנ"ל במילואה.

החתימה בר"ת בכל עמוד מעמודי החוזה מוכיחה בעליל שאכן גם הגבאי היה בין עושי וחותמי החוזה. ומאחר שזוהי הצורה הנהוגה לחתום על כל עמוד בר"ת, ה"ז מחייב לגבי כל האמור בחוזה (עי' גיטין ל"ו). ברור שהחתימה החסירה בעמוד האחרון נעשתה בשגגה רק מתוך חוסר דקדוק, ובהסתמכות על החתימה המלאה המופיעה ברשימה המצורפת לחוזה, והמהוה את המשכו וסיומו.

גם אילו היתה כאן השתמטות מכוונת מטעם ה' ש.ל. אין זה יכול לפטור את אגודת ביהכנ"ס מההתחייבויות שבחוזה, שכן העובדה שחתם בר"ת על כל עמוד מעמודי החוזה שבהם כלולים כל התנאים וההתחייבויות ההדדיות, מוכיחה שהחוזה נערך בהסכמתו ובהשתתפותו, וה"ז לכל הפחות בגדר חוזה בע"פ, שמחייב משנכנסו על פיו למלאכה ועשאוה (חו"מ סי' של"ג). הבסיס שעליו בנוי הפס"ד הנידון אין לו איפוא יסוד.

נבדוק עכשיו שאר טענות הנתבעים כפי שנטענו בישיבת ביה"ד הראשונה וכפי הסיכום מתאריך י"ז חשון תשכ"ד הנ"ל, הטענות שנאמרו שם הן: שלמרות שבתחילת החוזה מוזכרים שני הגופים - חברת נ. ואגודת ביהכנ"ס "ה.י." בתור הצד האחד המוגדר בחוזה בשם "המזמין", אין זו אלא "כתובת טכנית בלבד". כסמוכים לכך מציינים:

1. בעוד שלגבי הקבלנים נאמר שהוא באחריות סולידרית שניהם ביחד וכל אחד לחוד, הרי לגבי "המזמין" לא נזכרת האחריות ההדדית כלל;
2. שבסעיף של החוזה הדן באופן התשלומים לא נאמר כי ישלם המזמין אלא "תשלם החברה".

נראה אם יש ממש בטענות אלה:

בחו"מ סי' ע"ז א', מבואר: שנים שלוו כאחד או שלקחו מקח שניהם ערבים זל"ז וכו' וגובה מכל אחד החצי שהוא מוטל עליו. והיינו מפני שכל אחד נעשה לוה ולוקח בחצי, וערב בחצי השני עבור חבירו, כמבואר שם בסמ"ע ובש"ך.

מקור הדין לענין הערבות ההדדית הוא מהירו' כמבואר בב"י ובביאורי הגר"א שם ונלמד מן הכתוב וכחש בעמיתו וכו', ופסוק זה גם בשכירות פועלים נאמר, כסיומו "או עשק את עמיתו" שהוא בשכר שכיר כמש"כ רש"י עה"ת, ועי'

[44] ערעור תשכ"ה\129 בפני כב' הדיינים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

ב"מ ס"א. וכל הדיון על חיוב **הערבות** בחצי של חבירו, ואילו **עצם החיוב** של כל אחד בחצי הוא פשוט מסברא, וכנ"ל מהסמ"ע והש"ך.

ומאחר שבחוזה שלפנינו מופיעים שני הגופים - חברת נ. ואגודת ביהכנ"ס - בשם "המזמין", ה"ז מחייב את כל אחד מהגופים האלה בחצי, ובערבות על החצי השני. נמצא שגם אילו היה הדיון על חיוב אגודת ביהכנ"ס בחצי של הצד השני מגדר ערבות, כי אז גם לא היה מקום לפוטרה ממה שלא נזכרת הערבות בפירוש, שכן עצם **ההלכה** מחייבת את הערבות, אא"כ הותנה בפירוש ההיפך. אך גם אילו היה מקום להתחשב עם הדקדוק, שבחוזה לא נזכרת הערבות ההדדית לגבי "המזמין", שזה כאילו נאמר בפירוש שלא קבלו על עצמם ערבות הצד השני, אין כל מקום לפטור עצמם מהחיוב בחצי המוטל עליהם **מגדר עצמי** מכיון שהם מופיעים כשותפים שוים בהזמנה, ולא מגדרי ערבות חייבים בזה.

ומכיון שהחיוב הוא ברור, הרי הסעיף הדן על אופן התשלומים אינו אומר כלום ביחס לנדון, שכן המדובר שם על צורת התשלום גרידא, ולא על גוף החיוב. ותנאי התשלום יכולים להתפרש באופנים שונים: או שהתשלום יבוצע ע"י החברה בתור **ב"כ** הגוף המשותף, או שהחברה נכנסת בתור **ערב קבלן** של הגוף השני, שאפשר לתבעו, גם בזמן שהאגודה יש לה ממה לשלם חלקה. אולם **אין בסעיף זה שום פטור של האגודה מהחיוב שלה שהוא חצי הסכום שהחוזה בכלליותו מחייב**.

יתר על כן, בסעיף ג' של הסברת המונחים שבא בראש החוזה נאמר: "מחיר עבודות הבניה מובנו המחיר **שישולם לקבלן ע"י המזמין**". ובסעיף 7 של גוף החוזה נאמר: "המזמין ישלם לקבלן עבור ביצוע כל עבודות הבניה". אף באותו סעיף 8 עצמו שבו מדובר על אופן התשלום נאמר בפיסקא ביחס לסכום ששולם בשעת עריכת החוזה: "במעמד חתימת החוזה שילמה החברה לקבלן, והקבלן קיבל מאת **המזמין** סך וכו'". ברור איפוא שאם גם **החברה משלמת**, ה"ז נזקף על חשבון הגוף האחיד שבחוזה זה שהוא "המזמין", הכולל בתוכו גם את החברה וגם את אגודת ביהכנ"ס. לשון כפול זה "החברה שילמה והקבלן קיבל מאת **המזמין**" אינו יכול להיות מובן אלא עפ"י ההנחה שהחיוב הוא על "המזמין" אלא שהחברה סילקה את החוב, וזה נזקף לזכות "המזמין" על שני גופיו כאחד, אילו כל החיוב היה על החברה גרידא, כי אז אין הלשון מובן לגמרי.

הדבר איפוא ברור: ההתחייבות כלפי הקבלן חלה חלק כחלק על שני הגופים הכלולים בשם "המזמין", אם כי יתכן שהחברה קיבלה על עצמה גם ערבות מגדר ערב קבלן עבור החצי של האגודה. ומאחר שקיימת עכ"פ התחייבות מצד האגודה על חצי הסכום, חיוב זה אינו פוקע ממנה, במקרה שחברת נ. לא שילמה את זה במקומה.

היאחזות שוא היא איפוא הטענה שהמזמין המופיע בראש החוזה אינו אלא "כתובת טכנית", יש לראות בזה נסיון התחמקות מהתחייבות מפורשת שהאגודה כחלק מהגוף המזמין קיבלה על עצמה, ורצון לשטות בצד השני שבחוזה, שעל סמך עריכתו ע"י שני הגופים יחד - חברת נ. ואגודת ביהכנ"ס "ה.י.", הוא ביצע את העבודות.

לפיכך דעתי היא לקבל את הערעור ולחייב את אגודת בית הכנסת במחצית ההתחייבות, כפי החוזה.

שאול ישראלי

פסק דין

לאור האמור אנו מחליטים לקבל את הערעור והמשיבים חייבים לשלם למערערים את חלקם שהוא מחצית ההתחייבות, בהתאם לחוזה.

אין צו להוצאות.

ניתן ביום ז' אדר תשכ"ו.

אליעזר גולדשמידט שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן מז : בעניני הודעה על גמר שכירות שכירות*[45]

חוזה לזמן מוגבל
שכירות סתם ללא הגבלת זמן
שכירות שתחילתה בחוזה והמשכה בסתם
הבטחה על הודעה מוקדמת ותורת נאמנות על זה
פסק דין

לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פס"ד של בוררות שניתן ע"י כב' ביה"ד האזורי בירושלים, תיק מס' 1689/תשכ"ה, לפיו על הנתבע לשלם לתובעת סך אלף ושש מאות ל"י לאחר שתמציא הוכחות מתאימות על הוצאה של הסכומים הנ"ל.

גוף העובדא וטענות הצדדים כפי שהם מובאים בפס"ד המעורער הם כדלקמן:

"תביעת התובעת היא לחייב את הנתבע בסך ששת אלפים ל"י, היות והנתבע שכר ממנה לפני חמש שנים יקב, וכעת ערב התחלת עונת ייצור היין הודיע לה שהוא עוזב את המושכר, ומאחר ולא הודיע לה על כך מראש י"ב

[45] ערעור תשכ"ו\28 וערעור תשכ"ו\31 בפני כב' הדיינים : הרב בצלאל זולטי , הרב שאול ישראלי , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

חדשים שאין בדעתו להמשיך ולהחזיק במושכר (וכפי הנפסק בשו"ע חו"מ סי' שי"ב סעי' ו'), גורם לה הדבר מידית נזקים בסך ששת אלפים ל"י.

בישיבת ביה"ד מתאריך כ"א תמוז תשכ"ה הגיש ב"כ התובעת חוזים שסודרו בין הצדדים לתאריכים 16.7.58 עד 15.7.59 ו16.7.61- עד 15.7.62. ובישיבה האמורה וכן בישיבה שלאחריה בתאריך י"א אלול ביסס ב"כ התובעת את התביעה והוסיף לטעון: מרשתי בקשה ממנו מראש שאם כוונתו לעזוב המקום שיודיע לה קודם ואנו יודעים שמזמן חשב כבר לעזוב וגם הבטיח לה ששה חדשים לפני עזבו יודיע לה על כך ולא עמד בהבטחתו והודיע לה רק כמשלש שבועות קודם, ומתוך שהחליט לעזוב את העסק לא רחץ את החביות וכתוצאה מכך אינן ראויות כבר לשימוש. התובעת ביקשה מדי פעם לחדש חוזה ולהכניס תנאים אחרים והוא דחה אותה בלך ושוב וככה המשיך להחזיק במושכר מאז 15.7.62 בתוקף החוק ולא עפ"י החוזה. התובעת המשכירה היא לא בעלת הבית אלא היא עצמה שוכרת ומשלמת שכר דירה ורשיון, ואם אין לה שוכר חייבת לשלם לבעה"ב שכר לשנה שלימה. אבקש לכן לחייבו כפי התביעה. למעשה היא תפסיד שנתיים בגלל שנת השמיטה.

התובעת הוסיפה לטעון: כשהנתבע הודיע לי על העזיבה עניתי לו כי לא יתכן לעשות כן שלשה שבועות לפני תחילת העונה. הוא הציע לי שוכר אך השוכר אמר אם היה זה לפני שלשה חדשים היה בא בחשבון. החביות החלו עתה להתפורר והמכונות להחליד כי נשארו השנה ריקים ללא יין. שום תנאי מהחוזה לא התקיים ואנו המשכנו בע"פ, רציתי לחדש תנאים ולהוסיף גם תנאי שבמקרה עזיבה עליו להודיע על כך שנה מראש, והוא התחמק. אני משלמת לבעה"ב שש מאות ל"י לשנה שכ"ד, ועוד כאלף ל"י אני משלמת עבור מסים ורשיונות.

ב"כ הנתבע השיב: בתביעה ציינו סעיפים ו' ז' משו"ע סי' שי"ב ואני מציין את סעיף ח' שבו נאמר שאם קבעו זמן לשכירות יוכל השוכר לומר בסיום השנה שעוזב, ובכאן עשו הצדדים חוזים לזמן קצוב לשנה, ועפי"ז המשיכו. במקרה זה לא חל חוק הגנת הדייר. בחוזה כתוב רק שאם הנתבע ירצה להמשיך עליו להודיע על כך חודש מראש, גם מה שהנתבע הודיע לה על העזיבה כמה שבועות קודם לא היה זה מתוך חובה.

הנתבע הוסיף לענות: לא הייתי מחוייב להודיע מראש על העזיבה וגם לא ידעתי מראש על כך, כל השנים עבדתי באביזרים שלי כי המכונות של התובעת לא היו ראוים לשימוש.

התובעת הזמינה לביה"ד ב' עדים, אחד סיפר שלפני כחדשיים רצה לשכור היקב, התובעת שלחה אותו אל הנתבע באמרה שהמפתחות אצלו, ראה את היקב וכעבור כמה ימים ענה שזה לא בא בחשבון, בתחילה אמר שהשיב שאילו היה זה לפני ששכר במקו"א מחסן היה מתעניין יותר, ואח"כ הוסיף לומר שלאחר התיעצות עם אחיו ענה שהוחלט שבגלל הנתונים של המקום איננו בא בחשבון, והשני סיפר ששאלו אותו אם יש לו רצון לשכור את היקב וענה שהזמן מאוחר.

בסיכומים חזרו ב"כ הצדדים על טענותיהם, וב"כ התובעת הוסיף לנמק תביעתה בפירושים הלכתיים בסעיפי השו"ע המדברים מדינים אלה, וטען שבנוגע להכחשות שבין הצדדים באם הבטיח להודיע ששה חדשים קודם המשכיר נאמן והסתמך בהנאמר בזה בחו"מ שם סי' שי"ב סעי' ו' וביקש שעל יסוד נימוקיו ההלכתיים והחיוב עפ"י דין להודיע י"ב חודש קודם ובצירוף הצד המוסרי שבדבר לחייב את הנתבע לשלם לתובעת שכירות למשך שנה, וב"כ הנתבע ענה לעומתו שבכלל אין במקרה שלפנינו דין חנות שחל הדין של הודעה מוקדמת בי"ב חדש דזה רק בית עסק ולא מסחר ולא הקפות, שבו רק יצרו את היין והמכירה נעשית בחנויות במקו"א, והוסיף: הנתבע מעולם לא השתמש בחביותיה אלא בכלים משלו, הוא לא הבטיח להודיע לה מראש על העזיבה. כשאמר לה לפני שנה, בתשובה לשאלה, שימשיך להחזיק במושכר היתה כוונתנו שימשיך השנה. התובעת רצתה לשנות החוזה לטובתה והנתבע לא הסכים, אין כל מקום לתביעה ואבקש לדחותה."

פסק הדין הנ"ל ניתן כפשרה על סמך הסכמת שני הצדדים וחתימתם על שטר הבוררות כנ"ל, וזה מהנימוקים שנתפרטו בפסה"ד, והם:

"בהיות שזה ברור שהנתבע גרם לתובעת היזק בזה שהמקום עומד ריק זה כמה והתובעת משלמת ע"ז שכר דירה מסים וכו', וכפי שהזכיר השער משפט חייב לצאת בכגון דא ידי שמים ולשלם, וגם לפי דברי התובעת הבטיח לה הנתבע להודיע לה על יציאתו ששה חדשים קודם, ולא קיים זאת, דאם כן הדבר יש מקום רב לטענה על כך מצדה, כדמצינו בספר ערך שי על חו"מ שכותב על הדין דסעי' ח' בשכרו לזמן קצוב, דאם דברו זע"ז שישאר לשנה השניה הגם שלא עשו קנין אינו יכול להוציאו בשנה שניה רק אם חזר והודיעו שלשים יום לפני השניה דכיון שהבטיחו המשכיר הוי כמשכיר סתם דסמך השוכר שלא יוציאו דכל הטעם דזמן קצוב מבואר ברי"ף ס"פ השואל דמידע ידע דזמנו כלה וכמו שהודיעו, וא"כ בכה"ג תו לא ידע שיחזור בו אף דלא עשה קנין הא גם המשכיר סתם ליכא קנין על לאחר חדש ראשון וכ"ש דשארית ישראל לא ידברו כזב וכו' עי"ש וה"נ בנידוננו י"ל שסמכה על הבטחתו ועל שארית ישראל לא ידברו כזב ולא דאגה על כן למצוא שוכר אחר, והגם שהנתבע מכחיש וטוען שלא הבטיח לה בכזאת אבל יש מקום לחייבו איפוא עכ"פ שבועת היסת להכחישה, ובכלל כותבים הפוסקים שבכדי להטיל שלום יכול הדיין לפשר ולחייב עד קרוב לשליש מהתביעה כפי ראות עיניו, עיין בפתחי תשובה חו"מ סי' י"ב סק"ג ובסי' ס"א סק"ד, וכן יעוין גם בשו"ת דברי מלכיאל ח"ב סי' קל"ג שמעיד שמנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שליש מכפי התביעה עי"ש לכן יש גם בנדוננו לפשר ולחייב את הנתבע לשלם את ההיזקים הממשיים שגרם לתובעת, היינו הסך שש מאות ל"י שכ"ד שמשלמת, וכן עוד כאלף ל"י עבור מסים ורשיונות שמשלמת לפי דבריה, אלא שעל התובעת להמציא לנתבע הוכחות מפורשות על כך".

על זה באו כאמור ערעור וערעור שכנגד.

המערער, ב"כ הנתבע, טען בע"פ ובכתב כדלהלן:

www.eretzhemdah.org

"1 הנתבע לא הסכים אלא לבוררות להוצאת פס"ד לפי דין תורה, ולא לפשרה. ואכן לפנינו בתיק בטופס של כתב הבוררות מועבר מחק על המלים "ובין לפשר" וליד זה חתימת הנתבע, המאושרת למטה ע"י ב"כ הרב י. נאה.

2. אין מקום לחייב הנתבע שבועת היסת כי נתברר תוך מהלך הבירור שטענת התובעה אינה נכונה. ובע"פ הוסיף הסבר, שכן הודתה שכששמעה שברצונו לעזוב המושכר אמרה לו בנוסח של תחנונים שאין זה נאה להתנהג כך, אילו הי' לה הבטחה היתה צריכה להתנגד בתוקף רב להודעתו, ומסתייע מהפס"ד עצמו שאילו היו רואים ממש בטענתה כי אז הי' להם לחייב יותר - כשליש ממש, שכן תביעתה היתה על סך של 6,000.- ל"י.

התובעת בערעור כנגד הביאה ע"י ב"כ הנימוקים דלהלן:

"1 ביחס להסכמת הצד שכנגד לד"ת ולא לפשרה, לא היה ידוע לו מזה, ותמוה שלא הרגיש מזה בשעת חתימת שטר הבוררות, אם כי הוא עצמו הציע מתחילה בוררות לדין תורה דוקא.

יחד עם זה הובאה לפנינו החלטת כב' ביה"ד האזורי מיום י"ט כסלו ש"ז שניתנה לבקשת התובעת, שלא דובר בביה"ד שהפסק דין יהא רק לדין, ולביה"ד לא ידוע כלל מהסתייגות הנתבע ומחיקתו את המלה "פשר". אילו הי' מדובר מזה לא הי' ביה"ד נזקק לתביעה זו כלל.

בבירור מסביר לנקודה זו בטענת הנ"ל, בע"פ הוסיף לומר, שמכיון שב"כ הנתבע אומר שהמדובר הי' רק לדין הוא מאמין לו, אף שהוא מצדו אינו זוכר א"ז, וכשנודע לו על המחק "היה מופתע".

2 לגבי נאמנות המשכיר מסתמך על מש"כ בחו"מ סי' שט"ו ס"ג ובסמ"ע שם שנשבע משכיר ונוטל, שכל ספיקות הנופלים בין משכיר לשוכר, המשכיר נאמן בשבועה, ע"כ יש לקבל דברי התובעת שאומרת, שהבטיח להודיע חצי שנה לפני כן.

3 בשוכר סתם ללא הגבלת זמן כל שלא הודיע בזמן יש לראות זאת כהמשך השכירות וחייב עפ"י תנאי השכירות שביניהם, ושלא כהשער משפט שזה אינו אלא גרמא.

4 גם בשכר לזמן קצוב שאין צורך להודיע זל"ז, הנמוק בסמ"ע (שי"ב סקי"ג) משום שהיו יכולים לדבר זע"ז ועם אחרים ביחס למה שיהי' אחרי תום הזמן, וזה אינו בנידו"ד, שהמשכיר מוגבל, הן מצד חוק הגנת הדייר והן מצד התנאי שבחוזה, שהרשות בידי השוכר להמשיך השכירות, אם יודיע על כך בכתב, חודש לפני תום הזמן."

ונבוא בע"ה לברר הדברים אחד אחד.

ראשית עומדת לפנינו השאלה אם הפשרה היא בת תוקף. והנה מצד הדין אין לעשות פשרה אלא אם נתרצו בעלי הדין, וצריכה קנין, ובלא זה אף אם כבר נתרצו יכולים לחזור בהם (סי' י"ב). ומאחר שבנידון שלפנינו צד אחד טוען שלא קיבלם לפשרה, והחתימה שבתיק מוכיחה זאת, ואף הצד שכנגד אינו מפקפק בנאמנותו, א"כ אעפ"י שנאמין גם לדברי הצד שכנגד, שלא שם לב למחק וחשב לתומו שנתחייבו גם לפשרה, וכן ביה"ד עצמו חשב כן, מכל מקום אין זה יכול לשנות גופו של דבר, שלא היתה הסכמת צד אחד לפשרה, וממילא אין לה תוקף ואינה מחייבת.

ויש רק לדון אם הנתבע וב"כ נהגו שלא כהוגן בזה שלא הודיעו בפירוש את כונתם והסתפקו רק במחק שעל הטופס, אולם מאחר שגם ב"כ התובעת מאשר שדעתו מעיקרא היתה נוטה לד"ת, והוא הוא שהציע זאת לצד שכנגד, א"כ נראה שאין כאן נסיון של גניבת דעת, שכן י"ל שהסתמך על המדובר הקודם שלפיו שני הצדדים היו מעוניינים בד"ת ולא בפשרה.

אכן מאחר שפשרה זו היא קרובה לדין, ונימוקי הפשרה מסתמכים במפורש על המקובל, שבאופן שיש עסק שבועה ביניהם מחייבים בערך שליש התביעה. נראה, שאם המסקנא ההלכתית שעליה מבוססת הפשרה היא נכונה, ויש כאן חיוב שבועה מן הדין על הנתבע, כי אז אף אם הפשרה אינה מחייבת, יש לנו עכ"פ לייעץ לשני הצדדים לקבלה כדי להסתלק מעונשי שבועה כמבואר בשו"ע (סי' י"ב, ב') שראו בכה"ג לצדד בפשרה:

"ואם חייב בי"ד שבועה לאחד מהם רשאי הבי"ד לעשות פשרה ביניהם (אעפ"י שלאחר גמ"ד אינו רשאי לעשות פשרה) כדי ליפטר מעונש שבועה".

עלינו איפוא לגשת לבירור היסודות **ההלכתיים** של פסק הדין המעורער:

בראשית הדברים מביע כב' ביה"ד האזורי ספק אם חל בנדון חיוב הודעה יב"ח קודם כטענת התובע מאחר "שמנהג המדינה בכאן מאז ומקדם שאין חיוב על הודעה יב"ח מקודם". ומסתמכים גם על החוזים שהיו קיימים מספר שנים בנדון, שבהם סעיף שהנתבע רשאי להאריך השכירות אם יודיע בכתב חודש לפני כן "ומינה שאם לא ירצה להאריך לתקופה נוספת אין עליו לשלוח כל הודעה מוקדמת על כך". אך נוסח זה של החוזה אינו מוכיח כלום, כי י"ל שאמנם חובת ההודעה מצד השוכר הקיימת מצד הדין בעינה עומדת, ומזה לא דובר בחוזה, אלא שאם רק מצד חובת הודעה זו, הרי לאחר שצד אחד מודיע לשני בזמנו על רצונו לא להמשיך בחוזה, החוזה בטל. ולפ"ז אם ברצון המשכיר לבטל החוזה יב"ח קודם (או זמן אחר, כדלהלן) יכול הוא ע"י הודעה, ואילו לפי תנאי החוזה, הרשות בידי השוכר להחזיק במושכר, אם רק ירצה בכך ויודיע ע"ז חודש לפני גמר הזמן, באופן שרק זכות המשכיר לבטל החוזה ע"י הודעה מוקדמת נפקעה ע"י הסעיף הזה שבחוזה. אולם מ"מ החובה של השוכר להודיע במועד על אי רצונו להמשיך בחוזה נשארה בעינה.

ובנוגע למנהג המקום, אף אם נכריע שיש כאן מנהג ושיש ללכת אחריו, עדיין אין זה אלא ביחס לדירה סתם, ומדין חיוב ההודעה יב"ח בדירת כרכים. אכן נראה שנידון שלנו, שהמקום מותאם במיוחד ליקב ואין לו שימוש אחר, בזה יש לו זמן בהתאם לשימושו, והיינו עונת הבציר. שלאחר העונה אין למצוא לו שוכרים, וכפי שנתברר למדי מהעדים שהופיעו לפני כב' ביה"ד האזורי והעידו, שהזמן של סיום החוזה הוא כבר מאוחר מדאי בשביל תכנון העבודה ביקב,

www.eretzhemdah.org

וא"כ בר מהדין הכללי של יב"ח יש כאן עונה מיוחדת, לפני התחלת בציר הענבים, והרי כל דבר יש לו זמן מיוחד כמבואר בחנות של נחתומין ושל צבעים שזמנן ג' שנים (שי"ב ז' בהגהה). ובתוספתא וירוש', והו"ד בנמוק"י פ' השואל: "בית הבד - כל שעת בית הבד, בית הגת - כל שעת בית הגת." ובמאירי שם: "וכן אני אומר שאם שכרו לאסוף בו תבואתו אין פחות מאחרון שבקציר וכן כל כיוצא בזה." עכ"ל. ובזה אין כבר להסתמך על המנהג, שהוא דבר מצוי, ואין שייך לקבוע מנהג (סי' של"א א' ברמ"א).

נברר ע"כ דיני חיוב ההודעה לסוגיהם:

חוזה לזמן מוגבל

בשו"ע (שי"ב, ח): "אם שכרו לזמן קצוב כיון שכלה הזמן יכול להוציא מיד", "והוא הדין דהשוכר יצא מיד" (סמ"ע). כנגד זה טוען ב"כ התובעת שמאחר שקיים בארץ חוק הגנת הדייר, שלפיו אין רשות למשכיר להוציא השוכר בע"כ, וכן בנידו"ד שלפי תנאי החוזה הרשות בידי השוכר להאריך השכירות עפ"י הודעה חודש לפני תום הזמן, בכל כה"ג גם שוכר לזמן קצוב דינו כשוכר סתם.

ומסתמך על הסמ"ע שכ' שם: "והטעם, דהרי ידוע שיכלה הזמן, והוה להו לדבר זה עם זה או עם אחרים באופן שידעו מקום דירתם מסוף הזמן והלאה".

הרי שכל עיקר החילוק בין שהזמן קצוב או לא, שביד כל אחד לסדר עניניו, אם "זה עם זה או עם אחרים" ולברר המצב "מסוף הזמן והלאה", והרי בנידון שלנו אין בידי המשכיר לברר הדבר בעוד מועד, שכן השוכר אינו אומר לו כלום, ואף עם אחרים אינו יכול לדבר, כי איך ישכיר להם והוא אינו יודע אם השוכר יפנה המושכר, ע"כ חלה בנידו"ד חובת הודעה מוקדמת על השוכר אם אינו רוצה להמשיך בשכירותו, כדי שהמשכיר יוכל להשכיר "מסוף הזמן והלאה".

ברם, נראה שאין זה הנימוק היחיד והעיקרי במש"כ הסמ"ע, שבנגמר הזמן בימות הגשמים, מה יועיל לו שידבר עם אחרים מאחר והוא אינו יכול למצא בשעה זו לשכור ולהשכיר, וכן בחנות של נחתומין וצבעים שזמנם ג' שנים והוא שכר לשנה או שנתים, הרי יגרם נזק אם יצא בתום זמן זה, א"כ לא סגי בטעמו של הסמ"ע.

אלא עיקר הטעם כמבואר בריי"ף פ' השואל: מ"ט ידע דזמנה בטבת או בשבט הוא, **וכמו שהודיע דמי**, וכ"פ בב"י שם. ותוכן הדברים, שמאחר שמעיקרא הותנה על זמן מסוים וידעו שעם תום הזמן עליהם לצאת או לחפש שוכר אחר, וממילא הי' להם להביא בחשבון הקשיים שיכולים להיות במקרה כזה כשהזמן מסתיים שלא לפי העונה המקובלת, ואדעתא דהכי הסכימו, וע"כ גם אם אח"כ אינם מוצאים להשכיר או לשכור אינהו דאפסידי אנפשייהו, וכ"כ הראב"ד הו"ד ברמב"ן בסוגין: ובכרכים צריך להודיעו מתחלה יב"ח, ואם הודיעו ולא נזהר, אעפ"י שנכנס בימות הגשמים מוציאו דאיהו **פשע אנפשיה**, ע"כ.

אלא שהוקשה לו לסמ"ע, מפני מה תקנו חיוב להודיע בשוכר סתם ולא בשוכר לזמן, שהרי גם שוכר סתם אין סתם שכירות אלא לזמן קצר יום א' או פחות, או ל' יום (עי"ש בסמ"ע סק"ו ובש"ך סק"ז), ומאידך, אף שוכר לזמן אין פירושו אלא שלזמן הקבוע יש התחייבות משני הצדדים, ואילו על ההמשך אין עדיין שום מדובר, וא"כ למה שוכר לזמן מיקרי הודעה, וע"ז כ' הסמ"ע שבשוכר לזמן אין חושש שהשני יפתיעו ויפסיק השכירות ללא ידיעתו, שכן הוא יכול לדאוג לאותה שעה שהלה יצא (אם לא ירצה להתקשר אתו במפורש להלאה), ואם לא ישיג להשכיר כי אז לא על השני תלונתו, כי על עצמו ואיהו דאפסיד הנפשי' וכנ"ל, וע"כ ל"צ בזה לתקנה, משא"כ בשוכר סתם, חששו שהאחד יפתיע את השני בהפסקת השכירות ויגרם לו נזק עי"כ, ולזאת צריך תקנה.

קיצורו של דבר, בכל מקרה שהאחד מפסיד מצד התנאים שקיבל על עצמו אין מקום להטיל חובת הודעה על השני, ואשר ע"כ בשוכר לזמן קצוב, אף שע"י שיצא ישאר המושכר ללא שימוש אין כאן חיוב הודעה, כי עליו הי' לדעת זאת מראש, וסביר וקיבל.

ומעתה במשכיר דירה לזמן מוגבל, כיום הזה בארץ כשקיים חוק הגנת הדייר, כיון שהמשכיר יודע שהשוכר רשאי לשבת בדירה כרצונו, ואין בידו להשכירה לאחרים שלא מדעת הדייר, ואעפי"כ השכירה לזמן, שפירושה שיכול השוכר לצאת בכל זמן, **השכרה זו פירושה: הגבלת וצמצום זכויותיו לעומת זכויות השוכר**. (וכמובן שבמקרים אלה מעלים שכר הדירה, שיצא הפסדו בשכרו). ואין ע"כ שוב למשכיר לבא בטענה על השוכר, כי סבר וקיבל ואיהו דאפסיד אנפשי' (אולי ע"מ להרויח מצד אחר בשכר הדירה, וכנ"ל).

והנה בהלכה זו של שוכר לזמן נאמר:

"אם שכרו לזמן קצוב, כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד (וכן לצאת, וכנ"ל) אפילו כל הזמן באמצע ימות הגשמים".

ואין שום הבחנה כלל בין שיש לו או שאין לו לאן לצאת, וכן בין אם יש לו למי להשכיר בין אין לו, ואעפ"י שבאופן זה נגרם לשני נזק ביציאתו, אין כאן אפילו גדר של גרם בניזקין שאסור לפחות לכתחלה ומשמתין אותו לסלק ולמנוע הנזק.

אלא שהוא מטעם הפשוט שכתבנו לעיל, **שזה מעצם תנאי השכירות** וכשהסכימו לזמן קצוב, הסכימו יחד עם זה באופן הדדי, לסבול התוצאות ולא לבא בטענות זע"ז.

ופשוט, שגם אם הותנה בשוכר לזמן קצוב שיש רשות לאחד מהם להאריך השכירות בתנאים מסוימים, אין זה גורר אתו יחד זכות נגדית לשני, שהרי הכל לפי תנאיהם, והדבר בידם לומר זל"ז ולהעדיף האחד על השני (תמורת טובת הנאה אחרת, או מאיזו סיבה שהיא), וע"כ אעפ"י שהאחד קיבל זכות המשך השכירות לפי רצונו, השני כדקאי קאי לפי דיני שכירות לזמן קצוב.

www.eretzhemdah.org

ולפ"ז בנידון שלנו בחוזה לזמן, לשנה וכיו"ב, אעפ"י שקיים חוק הגנת הדייר, שלפיו הדייר יכול להמשיך בשכירות כרצונו, זכות זו ידע ממנה המשכיר בשעת השכירות וסבר וקיבל, אבל מ"מ החוזה, דין שוכר לזמן קצוב עליו, לענין זה שאין על השוכר להודיע, כי עצם השכירות לזמן דינה כהודעה, וכנ"ל.

והוא הדין אם בתנאי החוזה כבנידו"ד ניתנה זכות לשוכר להאריך השכירות עפ"י מתן הודעה חודש לפני גמר השכירות, זכות זו לטובת השוכר ניתנה, ואין זה משנה את עצם אופי השכירות שהיא לזמן ואינה מצריכה הודעה מוקדמת מטעם השוכר להפסקת השכירות.

ואין באופן זה גם טענה של גרם נזקים, הן מצד גרמי הן מצד גרמא, כי ע"מ כן היתה השכירות, שהמשכיר ויתר מראש על הצורך להודיע לו וקיבל את הנזק שיכול להגרם לו מזה בעצם תנאי ההשכרה.

מסקנא: השוכר לזמן קצוב אין על השוכר חובה להודיע למשכיר ויכול לצאת עם תום הזמן ללא כל הודעה, אפילו במקום שקיים חוק הגנת הדייר, וכן גם אם לפי חוזה השכירות קיימת זכות לשוכר להאריך השכירות אם ירצה ע"י מתן הודעה בזמן מסוים. ואין המשכיר יכול לבא בטענה על השוכר, גם אם ברור שנגרם לו ע"ז נזק, לא מדין גרמי ואף לא מדין גרמא.

שכירות סתם ללא הגבלת זמן

בפס"ד המעורער מביא בענין זה מחלוקת האחרונים:

דעת ה"שער משפט" שאם יצא ולא הודיעו אין מוציאים ממנו שאינו אלא גרמא, ובעל ה"פתחי תשובה" בקונטרס "נחלת צבי" מצדד לחייב משני נימוקים: אם מצד דהוי גרמי, בכל גוונא שהוא ברי היזקא. וזה בהסתמך על התויו"ט שכ' בדעת הרא"ש בשוכר פועלים ולא מצא להם מלאכה שחייב לשלם מדינא דגרמי, ואילו בהוציא חבירו מביתו ונעל בפניו הדלת פטור שאינו אלא גרמא, וחילק התויו"ט שבדירה אין זה ברי היזקא "דהרבה עיכובים יש בשכירת בתים, משא"כ בפועלים". עוד כ' שיש מקום לחייבו משום שכל שלא היתה הודעה בזמן, ה"ז כהמשיכו את השכירות בפירוש. עפי"ז מסיק בפס"ד הנ"ל שלמעשה, כיון שהשוכר מוחזק בממונו פטור, שיכול לומר קים לי כדעת השער משפט.

כנגד זה טוען המערער שכמה מן האחרונים הרבו להשיב על ה"שער משפט" כמבואר בס' דברי גאונים כלל ק"ד, עוד הביא מהמאירי ב"מ שסובר בפירוש לחייב בתשלום גם אם עבר ויצא, דז"ל המאירי בסוגיא זו:

"כשם שאמרנו דין זה במשכיר, כך הוא הדין בעצמו בשוכר וכו' וכל שיצא ולא הודיעו, נותן לו שכרו".

משום כך, טוען המערער, היה להכריע שלא כשער משפט שאין יכול לומר גם קים לי. ונראה שצדק מזה, כי אין לטעון קי"ל ביחיד נגד רבים (עי' כללי תפיסה לבעל נתה"מ כלל ו' וכ"ג). ואף שהשער משפט רב גובריה ומי אנחנו כי נבא אחר המלך (עי"ש בכלל הנ"ל לענין רוב ומיעוט, שצריך לראות על עוצם כוחם בחכמה): מכל מקום הן בנידון דידן לפנינו דעת המאירי, שהוא מהקדמונים, דס"ל נמי כוותיהו, ויתכן גם שאילו היה ה"שער משפט" רואה המאירי (כי היה ספון בכת"י באחת הספריות ולא שזפתו עין) היה מבטל דעתו בפניו. ואף השער משפט עצמו לא פסיקא לי' שכ' שכמדומה לו שאין נוהגים כן כהיום.

ברם, יש לנו לברר מצד מה החיוב, אם הוא מצד דינא דגרמי ואם מצד שזה נחשב כהמשך השכירות, כי בזה לא הוכרע באחרונים, והמאירי אף הוא סתם הדברים. ואעפ"י שלנידון של שכירות סתם שחיוב ההודעה הוא מדינא אין נפ"מ מזה, מ"מ נראה שיצא מזה נפ"מ במקום שאין חיוב מדינא אולם הוא הבטיח להודיע, וכדלהלן בנידו"ד שיש מקום לדון בזה.

ונראה להוכיח שמדינא דגרמי אין לחייב, דבזה צדק השער משפט שאינו אלא גרמא, ומה שהמאירי מחייב הוא לפ"ז בע"כ, מפני שאנו רואים זאת כהמשך השכירות.

דהנה הנח"צ והבאים בעקבותיו המצדדים לחייב מדינא דגרמי מתבססים על דברי התויו"ט, שאמר דבריו בהסבר הרא"ש, וכנ"ל. ברם, חילוק זה קשה לקבל לענ"ד, והחילוק כפי שיוצא מתוך הענין הוא אחר, ונבאר הדברים:

התויו"ט נוקט שבהוציא חבירו מביתו הפטור הוא מצד דלא ברי היזקא "דהרבה עיכובים יש בשכירת בתים" וכנ"ל, אולם דברי הרא"ש (ב"ק פ"ב, ו') שהמדובר בהם "דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו", משמעותם גם כשמנע את חבירו עצמו לדור בביתו, ולא רק שמנעו מלהשכיר לאחרים, שאל"כ למה לו להזכיר הא דגירש חבירו, ולא היה לו אלא לומר, שאפילו נעל הדלת באופן שא"א להשכיר. וא"כ בכה"ג שהוציא מביתו והיה צריך לשכור בית אחר הרי הוא ברי היזקא, ואעפי"כ כ' הרא"ש שאינו אלא גרמא.

וכן נוקט בפשיטות בדעת הרא"ש ה"מחנה אפרים" (גזילה סי' י"א), שתמה עליו בזה וז"ל:

"הן אמת דעדיין יש להבין דנראה דס"ל דאפילו גירש את חבירו מביתו ומחמת זה הפסיד שהוצרך לשכור בית לדור בה, דאפ"ה פטור וכו'. ויש להבין בדבריהם דהיכי קרו ליה בכה"ג גרמא בעלמא, כיון שהוציאו בידים וגרם לו לאפסודי ממון שהוצרך לשכור בית אחר וכו'".

וכן נראה ודאי מתוך המשך דברי הרא"ש, שלמד זאת מהירושלמי דאי אוביר ולא איעבד אשלם במיטב דאי לא דדרשינן לשון הדיוט היה פטור. ואמר בירוש' ע"ז זאת אומרת המבטל כיסו של חבירו פטור, ובמוביר השדה הרי ברי היזקא, כי שדפון אינו מצוי, ומזה למד על גירש חבירו מהבית. וכ"נ דהא דמבטל כיסו של חבירו גם בברי היזקא מיירי כפי שנביא להלן בע"ה מהש"ך. הרי שאין טעם הפטור בגירש חבירו מצד לאו ברי היזקא, וא"כ הא דיצא מבלי להודיע הרי לא גרע מהא דגירש חבירו, ופטור שאינו אלא גרמא להרא"ש.

ואפילו לשיטת המחנ"א הנ"ל שחולק על הרא"ש ותמה עליו וס"ל שבכה"ג שהוא ברי היזקא חייב מדינא דגרמי, מ"מ מבואר בדבריו שהוא רק בעשה מעשה בידים כמו שהדגיש בדבריו פעם ופעמים: "כיון שהוציאו בידים", ועוד שם

www.eretzhemdah.org

באו"ד: "הרי מבואר דכל **שעיכב את חבירו בידים** וע"י כן הפסיד חבירו, דינא דגרמי מיקרי". הרי שגם לדידיה אינו חייב אלא כשעושה בידים. ובנו"ד שגרם ע"י שלא הודיעו א"כ הוא בשוא"ת ואינו חייב גם לפי המחנ"א.

וזה יוצא מוכרח בדבריו של המחנ"א, שאל"כ הרי תקשי עליו מהירושי' הנ"ל שמשם למד הרא"ש הלכה זו שהמקבל שדה והובירה פטור, הרי שאעפ"י דברי היזקא, כיון שלא עשה מעשה, אלא בשוא"ת נגרם הנזק אינו חייב, ובע"כ רק בעשה מעשה הוא דמחייב המחנ"א דהיינו בגירשו מביתו, אבל לא בגרם נזק כנד"ד שבא בגלל שלא הודיעו בזמן.

עוד במחנ"א (שכירות סי' י"ח) כ' בהא שהרא"ש מחייב לשלם לפועלים כשנתבטלו על ידו, ואילו כשהיה בחדר וסגר עליו הדלת לא הוי אלא גרמא, וכ' בזה:

"צריך לחלק ולומר דס"ל להרא"ש ז"ל דהתם שאני משום דכיון דעפ"י דיבורו של בעה"ב נתבטלו ממלאכתם והפסידו, **דיבוריה קעביד מעשה**, וכמש"כ הרא"ש גבי חכם שטמא את הטהור וכו'".

ולפ"ז החילוק בין הוציא מביתו וסגר הדלת לבין פועלים לדעת הרא"ש, דס"ל שכל כה"ג שהוא מניעת הריוח ולא הפסידו ממה שיש לו אינו חייב גם בעביד מעשה וברי היזקא, וזהו שאמרו בירושי' לענין קבלן שהוביר השדה או מבטל כיסו של חבירו שאי"ח מפני שהוא מניעת הריוח. והשוכר פועלים שחייב הוא משום שבאדם חייב על שבת, וכפי שביאר במחנ"א הנ"ל (גזילה י"א). וע"כ כל היכא דעביד מעשה, ודיבור נמי הוי מעשה, שפיר חייב.

והנה בשו"ע (סי' שס"ג ברמ"א) מובאת להלכה רק דעת הרא"ש הנ"ל שהמוציא חבירו מביתו ולא דר בה פטור, א"כ נוקט להלכה שכל מניעת הריוח אינו אלא גרמא, אפילו בעביד מעשה.

ואפילו לדעת הרמ"ה המובאת בטור שמחייב בגירש חבירו מביתו, היינו ע"כ ג"כ רק בכה"ג דקעביד מעשה, וכמו שנתבאר לעיל במחנ"א, שמוכרח לחלק בין הא להא דירושי' דמוביר שדה ומבטל כיסו של חבירו, דהתם הוא בשוא"ת ע"כ אינו אלא גרמא, ורק בהוציא חבירו ע"י מעשה הוא שחייב לפי הרמ"ה והמחנ"א דאזיל נמי בשיטה זו, ויוצא מכל הנ"ל שבמניעת הריוח שלא ע"י מעשה לית לן שום דעה שתחייב ולמרות שזה ברי היזקא, ושלא כחילוקו של התויו"ט.

ומעתה צ"ל בע"כ שזה שמחייב המאירי לשלם שכרו ביצא ולא הודיעו הוא בע"כ לא מדינא דגרמי אלא מצד שזה נחשב כהמשך השכירות.

וכן נראה להוכיח בשיטת הגר"א שרואה זאת כהמשך השכירות, כי הרי דברי השער משפט מתיחסים הן לאמור בשו"ע בסעיף ז' לענין שוכר סתם, והן לאמור בסעיף י"ד לענין אם יש ר"ה קבוע ודר שם חודש לאחר ר"ה, שהוא גם זמן שכירותו, כמבואר בדבריו, שבשניהם הלשון שמעכבין עליו מלצאת, ובשניהם ביאר שהוא רק עיכוב לכתחלה וכנ"ל.

אולם הגר"א לסעיף י"ד כ' וז"ל:

"דמסתמא על דעת ראשונה נשאר שם, וכנ"ל סעיף ט': מיהו וכו'".

הרי שמפרש מדין המשך השכירות על סמך תנאים הראשונים, ולפ"ז הביאור בשו"ע במש"כ שמעכבים עליו וחייב ליתן שכרו, לא רק לענין לכתחלה אלא גם אם עבר ויצא, וא"כ נראית דעתו שהוא הדין לגבי האמור בסעיף ז' שמעכב עליו, היינו שחייב לשלם גם אם יצא, והוא הרי לא פירש בסעיף י"ד שהוא מדינא דגרמי אלא מהמשך השכירות, א"כ צ"ל שגם בסעיף ז' לענין שכירות סתם הוא ג"כ מחמת המשך השכירות.

וכן נ' להוכיח מהש"ך, שכ' בסי' ס"א ס"י וז"ל:

"מיהו אם היה לו סחורה מזומנת לקנות, וטוען שהיה לו ריוח בו, אף שכתוב בשטר שנתחייב לשלם כל מה שמפסידו - פטור, וכמ"ש הב"י בשם תשובת הרשב"א והטעם **דמניעת הריוח לא קרי הפסד**, כדאיתא בירושלמי הביאוהו הפוסקים המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות, **וגרע מגרמא** דנזיקין דפטור. ותו דמי ערב בדבר שהיה ודאי ריוח, דילמא אף הי' מגיע הפסד, כ"כ הב"ח וכו'".

יוצא מדבריו שאין הירושלמי הפוטר מבטל כיסו של חבירו מתפרש מדין 'לא ברי היזקא', שזה כתב רק בתור טעם נוסף לנידון דידיה: "ותו דמי ערב שהיה ודאי ריוח", משמע דלפני כן כשהביא להוכיח מהירושי' שמניעת הריוח לא מיקרי הפסד הוא גם בברי היזקא, אלא שמ"מ אין שם נזק על זה, ואשר ע"כ אין שם אלא **תרעומות** בלבד, שהוא פחות מגרמא בניזקין.

א"כ לפ"ז אי אפשר כלל לפרש דינא דידן בשוכר סתם שחייב להודיע שזה שמעכבים עליו מלצאת הוא כהשער משפט מצד גרם בניזקין שאסור לכתחלה ומשמתין אותו עד דמסלק היזקא, שזה הרי אמור רק לענין גרמא, משא"כ לענין תרעומת דגריעא מגרמא, אין אפשרות לכופו כלל, ולמה מעכבים בידו מלצאת, ע"כ אתה אומר שגם הש"ך מפרש הלכה שלנו מדין המשך השכירות.

וע"ע ריטב"א בשט"מ בסוגין דב"מ לענין נתיקרו הבתים, שנוקט בפשיטות שיש כאן המשך השכירות.

מסקנת הדברים:

במקום שקיימת חובת הודעה מצד הדין, ולא הודיע, אנו רואים זאת כהמשך השכירות, וחייב בתשלום השכירות למשך אותו זמן, שבו אנו רואים השכירות נמשכת.

ואעפ"י שדעת השער משפט אינה כן, יש לקבל דעת אידך אחרונים שיש לה בסיס בדברי המאירי, ואינו יכול לטעון קים לי.

שכירות שתחילתה בחוזה והמשכה בסתם

בנידון שלנו היה להם בראשית השכירות חוזה למשך זמן שנה אחת, ומספר שנים היו מחדשים את החוזה לפי אותם התנאים, אולם זה כמה שנים שלא חידשו החוזה, והמשיך השוכר להחזיק במושכר ללא חוזה.

www.eretzhemdah.org

בפס"ד המעורער דנים בדבר מה דין ההמשך, האם אנו רואים כאילו נתחדש החוזה מדי שנה למשך שנה אחת, כפי שהי' לפי החוזים, או שנאמר שמעתה השכירות הופכת לסתם שאינה מוגבלת לזמן, וממילא חובת ההודעה המוקדמת קיימת. ומביאים בזה דעת הג"ר שלמה קלוגר בחכמת שלמה (שי"ב ס"א) שכותב שאם המשיך לגור כמה שנים ולא דיברו זע"ז מאומה, חל על זה דין הודעה דלא הו"ל לאסוקי אדעתי' ולשאלו, ואילו ב"כסף הקדשים" (שם ס"ח) מסתפק שי"ל שמספק מכון עצמו אולי לא יומשך. ובערוך השלחן נוקט הכי בפשיטות דהוי כשכרו לזמן, "דעל דעת הראשונה דר בה".

ע"ז טוען ב"כ התובעת שבניד"ד מכיון שיש חוק הגנת הדייר לא קיימת סברת ה"כסף הקדשים" שמספק מכין עצמו אולי לא יומשך, שהרי אינו יכול להשכיר לאחר.

נוסף על כך היו כאן שינויים בשכירות בסכום השכירות שעלה, ובניצול הכמות של היין שעלה.

לטענה הראשונה כבר באה התשובה לעיל, שעל קיום חוק זה הי' ידוע לצדדים בשעת עשיית החוזה, ואם אעפי"כ נקבע השכירות לתקופה מוגבלת של שנה אחת כל פעם, הרי שפירושה עכ"פ בויתור המשכיר על הצורך להודיע לו.

והמשך השכירות בשנים שבאו אח"כ בלי חוזה, אם ננקוט כהאי צד שעל דעת הראשונה שכר, ה"ז כהמשך השכירות באותם התנאים.

ומה שנאחז בהתיקרות - גובה השכירות אינו מוכיח כלום, שהרי כך ההלכה בנתייקרו הבתים ולא היתה הודעה קודמת שאמנם אינו יכול להוציאו ומ"מ רשאי לבקש ההתיקרות (שי"ב, ט'), הרי שאין ההתיקרות פוגעת בעצם השכירות, וממילא אין ראי' גם מקביעת שכר יותר גדול, שהוא סביר בזמננו לאור התמורות וההתיקרות הכללית שחלה מדי פעם, אף בנוגע לתפוקה אנו רואים בחוזים הראשונים הצהרה על כושר תפוקה כזה שהשתמשו בו לבסוף.

ולגוף המחלוקת והשאלה אם המשך השכירות הוי על סמך תנאי הזמן הראשונים או לא, יש להעיר, שגם הגר"א נוקט שיש לראות באופן סתמי המשך לתנאי הזמן הקודמים. והוא הגר"א שכבר הובא לעיל לסעיף י"ד שבשו"ע. בשו"ע שם נאמר:

"מקום שנוהגים שיש להם ראש השנה לשכירות הבתים וראובן שכר משמעון בית לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד ולא דברו זה עם זה כלום בשכירות השנה הבאה ורצה ראובן לצאת מהבית ושמעון מעכב על ידו שלא לצאת עד תשלים שנה שני', הדין עם שמעון. והוא מתשו' הרא"ש".

וכתב ע"ז הגר"א (ס"ק כ"ג):

"דמסתמא על דעת ראשונה נשאר שם וכנ"ל ס"ט מיהו וכו' ובסי' קס"ג ס"ה בהגה"ה מיהו כו' וסי' רכ"א בהגה"ה".

והנה מדובר לעיל בס"ט מה שמציין הוא:

"מיהו דוקא דהתנו הכי מקודם הזמן, ואעפ"י שעבר זמן הודעה, אבל אם עמדו בסתם מסתמא דעתם היה על שכר הראשון".

א"כ שם המדובר לא בנוגע לתנאי הזמן אלא בנוגע לגובה השכר. וכן הם שאר הציונים של הגר"א. ומ"מ הגר"א משוה זאת ולומד משם לכאן, ומסביר הלכה זו ג"כ עפ"י הכלל שנאמר שם, ולא פירש מצד שיש כאן ר"ה קבוע שמשו"כ יש כאן **גרם נזק**, או שמחמת זה עצמו יש לראות השכירות לשנה, כדרך כולם. הרי שגם לענין המשך זמן השכירות שייך ג"כ להתחשב עם מה שנאמר בזה בחוזה הקודם. א"כ יש לו לבעל "ערוך השלחן" עמוד איתן לסמוך עליו.

וכן נראה מהמהרשד"ם (חו"מ רצ"ו) שדעתו לראות בהמשך שבשתיקה כהסכמה להמשיך עפ"י תנאי הזמנים שהיו בחוזה הקודם, דז"ל שם:

"(מנוסח השאלה) - - - עוד טוען טענה שניה הר' יוסי הנזכר (נוסף על טענתו שהשכירות היתה לשנה שלימה, מכח השכירות הקודמת שהיתה לשנה ולא לפי חודש) ואמר שאפילו על הסתם שהיה שוכר בתים הר"ז הוי משמע שנה. והטעם שאמר שוטטו בחוצות שאלוניקי ושאלו אם בתים מזה הדרך (נראה דצ"ל: הכרך), אם דרך להשכירם מדי חודש בחדשו, וזה לא ימצא".

ובתשובה שם לאחר שמאריך בנידון בבירור השיטות כותב:

"ובני"ד כאשר נראה בשטר השכירות, הזמן הקבוע היה עד ששה חדשים השמ"א (היינו שנת ה' אלפים שמ"א), ומכאן ואילך עמדו בשתיקה באופן שעל הסדר שנהגו השוכר והמשכיר, עד לששה משנת הבש"ם (היינו שנת ה' שמ"ב) נשלם שנה אחת שעמד השוכר בסתם, ועוד מששה חדשים השמ"ב התחילה שנה אחרת, צריך להשלים השנה עד ששה חדשים משנת הגש"ם (היינו שנת ה' שמ"ג), וזה **המשכיר אפילו בעיירות לא הי' בידו להוציא לשוכר הנזכר ולא המשכיר לצאת**. אך (צ"ל: אף) אמנם מטעם כי היא דרך (צ"ל: כרך) אין כח למשכיר להוציא לשוכר עד יעברו יב"ח וכו'".

הרי לנו מדבריו בפירוש שנוקט שמה שעמדו בשתיקה הוא על הסדר הקודם דהיינו על משך שנה (ולפי תנאי החוזה: חצי שנה של שנה הנגמרת לפי סדר השנים המקובל, וחצי שנה בשנה הנכנסת), ואשר ע"כ גם בעיירות שאין שם דין יב"ח, עכ"פ יש שם הדין של המשך שכירות לפי תנאי החוזה הקודם, וזה שיטת הגר"א, וכמו שמסיק בפשיטות ב"ערוך השלחן", וכנ"ל.

ויש להוסיף עוד, שבניד"ד שלפי תנאי החוזה היתה עדיפות לשוכר, שהיה יכול לצאת מבלי הודעה קודמת, ואילו המשכיר לא היה יכול להוציאו אפילו בהודעה קודמת, כל עוד השוכר יגלה רצונו להמשיך חודש לפני סיום זמן החוזה, בזה י"ל שגם הגר"ש קלוגר יודה, שהרי בדרך כלל אנו רואים המשך סתמי על דעת התנאי הקודם כמו שציין הגר"א מסעיף ט' לענין התיקרות. אלא שמה שאעפי"כ נוטה הגר"ש קלוגר לראות בענין הזמן שינוי, הוא ע"כ משום שבענין זה

www.eretzhemdah.org

ע"כ כלול השנוי כבר בעצם המשך השכירות, כי משמעות השכירות היתה רק לזמן מוגבל ונחשב כהודעה כנ"ל שלא יהא המשך, וההמשך כבר מגלה שאינם מעונינים להגביל השכירות כפי שדימו מראש, א"כ לפרט של הזמן, יש כאן ביטול התנאי הקודם וממילא הוי כשכירות סתם. וזה שייך רק אם זה לא פוגע בשום זכות של כל צד לפי תנאי החוזה הקודם, דהיינו שאם נראה זאת כשכירות סתם, חובת ההודעה חלה על **שני הצדדים באופן** שוה, כשם שקודם היו שניהם **באופן שוה** פטורים מהודעה, משא"כ בנ"ד שאם נראה זאת כשכירות סתם נמצא שזה פוגע בזכויות השוכר ממה שהיו לו קודם לפי החוזה, כי מעתה אם יודיע לו המשכיר במועד הראוי הוא מוכרח לצאת. וכן אם הוא רוצה לצאת הוא מוכרח להודיע מראש מה שקודם הי' פטור. א"כ ה"ז פוגע בזכויותיו, ומאחר שבדרך כלל אנו נוקטים שהמשך השכירות סתם הוא ע"מ שלא ישתנו כל תנאי השכירות וכנ"ל, הרי נמצא שבכה"ג שהזכויות נפגעות ודאי לא נאמר שיוכלו התנאים להשתנות מבלי שדובר על כך בפירוש.

וצריך לציין עוד שבמאירי מסתמנת שיטה שלישית שונה משני הצדדים הנ"ל וז"ל בב"מ בסוגין:

"... וכל שהשכיר לזמן ידוע אין יכול להוציאו משם תוך זמנו לשום סבה בעולם, וכשיגיע זמנו מוציאו באיזה עת שיהי', ואין ממתין לו אפילו שעה אחת וכו', וכן אם התנו בסך השכירות כמה יתן לו אין יכול להוסיף לו בשכירות כל אותו הזמן וכו', ואם הגיע הזמן ולא היה המשכיר חושש להוציאו ולא השוכר חושש לצאת, והאריך דירתו לשם יותר מזמנו, הרי הוא דר על תנאי סך השכירות שקדם, ומוציאו הלה כשירצה, ואף הוא יוצא כשירצה".

הרי לנו דעתו של המאירי שההמשך בלי חוזה, אין לו דין שוכר בסתם, אף לא דין של התחדשות החוזה לאותם תנאי זמן שהיו בו, אלא ה"ז כאילו ביום השלמת הזמן, שכל אחד יכול לבטל השכירות מבלי כל הודעה, ואעפ"י שלענין סך השכירות אנו רואים זאת על תנאים הראשונים, מ"מ לגבי הזמן אין אנו רואים זאת כהמשך השכירות כלל.

מסקנא: כשהיה חוזה לזמן קצוב ושוב המשיכו ללא חוזה, לדעת המאירי, אין כאן התחייבות משום צד להמשך השכירות, ויכולים לבטלה בכל זמן שירצה אחד מהם. ודעת רוב גדולי הפוסקים האחרונים שיש לראות זאת כהמשך לפי תנאי קצבת הזמן שהיה בזמן קיום החוזה, ודעת הגר"ש קלוגר יחידה בזה לראות זאת כסתם שכירות עם חיוב הודעה.

אכן, אם ע"י שנראה זאת כסתם שכירות יפגע אחד הצדדים ותשלל הזכות שהיתה לו לפי החוזה, ודאי שלא נוכל לראות זאת כשכירות סתם אלא כהמשך לפי התנאים של הגבלת הזמן וזכויות הצדדים שבחוזה, וגם הגר"ש קלוגר נ' שיודה בזה.

ומעתה בנידון דידן שהי' קודם חוזה, והיתה לפיו זכות ועדיפות לשוכר ולא היתה עליו חובת הודעה מוקדמת על רצונו להפסיק השכירות, זכות זו נשמרה לו גם כשהמשיכו ללא חוזה. וכשם שהיה רשאי להפסיק השכירות עם תום מועד שנה לפי החוזה ולא היה אפשרות לעורר נגדו טענות מצד גרימת נזקים עי"ז, כמו"כ גם אח"כ, גם אם יהי' ברור שעי"ז נגרמו נזקים לצד שכנגד, הרי היה זה מעצם תנאי החוזה, ומקבלת המשכיר על עצמו הסיכון שיש בביטול החוזה מבלי הודעה מוקדמת, וממילא כל טענות על גרם ניזקין אין יכולות להתקבל.

הבטחה על הודעה מוקדמת ותורת נאמנות על זה

לפי טענת ב"כ התובעת, נתן הנתבע בשעתו הבטחה לתובעת שיודיע חצי שנה לפני הזמן שירצה להפסיק השכירות. והנתבע מכחיש זאת, וכנ"ל בהצעת הטענות.

בנמוקי פסה"ד היתה טענה זו של התובעת הבסיס העיקרי של הפשרה, היינו שמאחר שטוענת ברי, חייב הנתבע שבועת היסת להכחישה, וכל כה"ג יש מקום לפשרה, שישלם כשליש מהחיוב.

כנגד הנחה זו שבפסה"ד כיונו המערערים משני הצדדים: לדעת ב"כ הנתבע אין מקום לשבועה, כי תביעתה נסתרה תוך מהלך טענותיה, מאידך טוען ב"כ התובעת בהסתמכו על האמור בשו"ע סי' שט"ו ס"ג ובסמ"ג שם שיש לתת למשכיר תורת נאמנות להיות נשבע ונוטל.

על טענה זו שכבר נטענה בפני כב' ביה"ד האזורי השיב הלה בצדק, שאין לו תורת נאמנות אלא בזמן שמסייעת לו חזקת הקרקע, כי קרקע בחזקת בעליה עומדת, והתעקשות ב"כ התובעת להאחז בטענתו שהרי המדובר שם שנשבע ונוטל, א"כ מוציא הממון מחזקתו, טענה זו אינה כלום, כי אנו הולכים אחר שורש הטענה טרם הפך להיות השוכר מוחזק, ותפיסתו אח"כ אינה כלום. ובדומה למחלוקת על חודש העיבור, שאף אם כבר דר שם חייב לשלם מאחר שעיקר הספק נולד עוד טרם שגר שם. ואין להאריך בדברים פשוטים. אף טענת הנתבע אינה כלום, שמנוסח הדיבור של התובעת אין להוכיח, כי "תתחנונים ידבר רש", ואפשר להבין למצבה באותה שעה, כשהנתבע הפחיד אותה בהודעתו על הפסקת השכירות מה שגרם לה נזק עצום, והיא אין לה דבר ביד להוכיח צדקתה, פרט להבטחה שבע"פ שניתנת בנקל להכחשה. אף ההסתמכות על פסה"ד, שאילו היו מתיחסים ברצינות לטענתה, כי אז היו צריכים לחייב יותר, גם זה אין בו ממש, שכן החיוב שנהגו בו הדיינים קרוב לשליש הוא לפי ראות עיניהם, ואין קובעים בו מסמרים. חוץ מזה, יש להתחשב עם עצם הטענה, וכל שהיא טענת ברי, יש כאן חיוב שבועה ואין לבטלו באומדנות מפוקפקות.

אכן צריכים אנו להעיר על עצם ההנחה של כב' ביה"ד האזורי שבכגון דא כשיש תביעת ברי על הבטחה להודיע יש חיוב של שבועת היסת. והרי בפס"ד זה עצמו הסיקו בנוגע לשכירות סתם שקיימת חובת הודעה מעיקר הדין, מ"מ יכול לטעון קי"ל כדעת השער משפט, שחיוב זה אינו אלא מדין גרמא, ואם עבר ויצא פטור. א"כ הרי אין הבטחה זו, גם אם ניתנה בודאות, כוחה יפה מאשר חיוב ההודעה שמעיקר הדין, שמ"מ אין בזה אלא גרמא שהוא חיוב בידי"ש. ובכה"ג אין חיוב שבועה שכן גם אילו היה מודה אי"ב חיוב כמובאר בשו"ע (סי' פ"ז, כ"ה).

אף גם זאת תמוה, שבתור נימוק ראשון כתבו שמאחר שברי הדבר שגרם לה נזק הרי הוא חייב לדי"ש כמש"כ השער משפט.

www.eretzhemdah.org

וא"כ לדעתם ישנו חיוב ודאי לדי"ש מדין גרמא, ומה יתן ומה יוסיף חיוב השבועה, שגם לפי התביעה אי"ח אלא חיוב דלדי"ש, שכבר חייב בו ממילא, ובסיס זה כשלעצמו הן אינו מספיק לחייבו בכשליש התביעה.

אכן חייבים אנו להעיר שגם הנחה פשוטה זו שכב' ביה"ד יוצא ממנה, שיש כאן חיוב גרמא לדי"ש, אף זה אינו תואם את המסקנות שהגיעו אליהם לפני כן בפסה"ד שלפנינו. שהרי לפי השער משפט, שהכריעו כנ"ל שיכול לומר קי"ל כוותי', עיקר הדין של שוכר **בסתם** לחיוב הודעה אף הוא אינו אלא לענין לכתחלה, ולא אם עבר ויצא ולא הודיע, שאינו אלא גרמא. כן הכריעו כהערוך השלחן (שוב, לכה"פ מכוח טענת קי"ל) שהמשך השכירות בסתם, יש לראותו כהמשך על דעת הראשונה שהוא שכירות לזמן, ובשכירות לזמן לדעת השער משפט ודאי שיכול לצאת ואין נגדו טענת גרמא כלל, מאחר שבשו"ע הרי מבדיל בין שוכר סתם לבין שוכר לזמן, ובשוכר סתם אף הוא אינו חייב אלא מדין גרמא. א"כ בשוכר לזמן בע"כ גם דין גרמא אין. והאיך נקטו שעכ"פ יש כאן טענת גרם בנזקין לחייב לדי"ש, לאחר שקבעו שיש כאן דין שכירות לזמן, וכן שיכול לומר קי"ל כה"שער משפט"?

וכאן צריך להוסיף שדין זה של שוכר לזמן אין בו טענת גרמא הוא בעצם מוסכם, וגם הני דפליגי על ה"שער משפט" וסוברים בשוכר סתם יש בו חיוב ממש וכנ"ל, מ"מ מודים שבשוכר לזמן גם טענת גרמא אין בו. שהרי הלכה פסוקה היא בשו"ע בשוכר לזמן שיכולים לבטל השכירות אפילו בימות הגשמים. ואילו היה בו משום גרמא כי אז הי' עכ"פ צריך להשמיענו שאסור לו לבטל השכירות, עכ"פ לכתחלה, מדין גרמא. א"ו אין בזה משום גרמא, כי ע"מ כן היתה השכירות, ואם גם אחד מהצדדים נפסד, איהו דפשע אנפשיה, כלשון הראב"ד שהו"ל.

אכן צריכים אנו לדון לגופו של ענין, לאחר שהסקנו לעיל שבשוכר סתם אין יכול לטעון קי"ל כהשער משפט, וחייב לשלם השכירות גם בעבר ויצא. שלפ"ז לכאורה הוא הדין, כשהיתה הבטחה מפורשת שלא יצא מבלי להודיע קודם, ובמקרה של הכחשה יש מקום לשבועה.

אולם צריכים אנו לקבוע שהבטחתו שאינה אלא דיבור בעלמא ודאי, שלא תוכל להחשב כתנאי בשכירות דהיינו שאם לא יודיע נראה זאת כהמשך השכירות, זה ודאי לא יתכן, כי הוא לא דבר מזה מאומה, ולא היה ברצונו אלא להתחייב על עצמו ההודעה ולא להכניס את זה כתנאי בשכירות, וז"פ.

א"כ אין אנו יכולים לדון על חיובו אלא או מדין גרמא או גרמי, והיינו שסמכה על דבריו, כמו שמסביר בס' ערך שי שכב' ביה"ד האזורי מסתמך עליו בדבריו, ולא חיפשה שוכר אחר. ותוכן הדברים, שבעצם, גם בלי הבטחתו, ע"י שאינו מודיע במועד המתאים הרי הוא גורם לנזק, אלא שאמרינן שמתנאי שכירות לזמן היה ויתור על גרם ניזקין אלה שהיו ידועים מראש כאפשריים, ועל ידי מתן ההבטחה נתבטל הויתור, וחוזר הדבר לעיקר דיני הגרמא והגרמי. אולם זה עכ"פ ברור לראות ע"י ההבטחה, כל עוד שלא היתה הודעה, כהמשך לשכירות, זה ודאי אין לנו, כי לא דובר מזה כלל, ולא היתה מצדו לכל היותר אלא התחייבות להודיע.

ומעתה מאחר שהוכחנו לעיל שכל החיוב בשוכר סתם הוא רק מצד המשך השכירות, ואילו מצד הנזק שנגרם אינו אלא גרמא, נמצא שאם יש הכחשה ביניהם אין מקום לשבועה, שגם אילו היה מודה אינו חייב בדיני אדם אלא לדי"ש גרידא. אכן נראה שלענין זה יהיה הבדל בין הנזקים שנגרמו לתובעת במה שלא יכלה לקבל דמי השכירות במלואם, שע"ז הוא מדין מניעת הריוח, לבין הנזקים הממשיים שנגרמו לה דהיינו התשלום לבעה"ב ותשלומי מסים ורשיונות וכיו"ב. שכן על הוצאות הממשיות שנגרמו לה אעפ"י שהיה מצדו ע"י שוא"ת, שלא הודיע בזמן, מ"מ בנזקים ממש דין גרמי עליהם.

והוא לפי מה שפוסק בשו"ע (אה"ע סי' נ', ג') לענין אם חזרה בה מהשידוך ועי"ז נגרמו לו נזקים שנקטינן כדעת הרמב"ם המחייב בזה, וז"ל השו"ע:

"ואם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לרעיו או יחלק מעות לשמשים וחזנים וכיו"ב ועשה כדרך שעושים כל העם, וחזרה בה - משלמת הכל, שהרי גרמה לו לאבד ממון".

וזה שלא כראב"ד הפוטר שאינו אלא גרמא, ועי' נו"כ של הרמב"ם והשו"ע מה שכתבו בזה. וע"ע "אור שמח" שם. ויוצא עכ"פ, שאעפ"י שהנזק נגרם מצדה שלא ע"י מעשה, אלא בסיבת ביטול השידוך על ידה מ"מ יש בזה משום דינא דגרמי. הרי לנו שנזק ממשי שנגרם ע"י חזרה גם אם אין בזה מעשה בידים מ"מ נחשב בדינא דגרמי, וה"נ נידו"ד שע"י חזרתו מהשכירות מבלי מתן הודעה מוקדמת נגרם הנזק, יש לראות זאת כגרמי, ואם יש הכחשה ביניהם הרי הנתבע חייב שבועת היסת להכחיש.

מסקנת הדברים: אם היתה מצד הנתבע הבטחה להודיע לתובעת יש עליו חיוב לדי"ש על כל הסכום של הנזק שגרם לה. אולם אם הוא מכחיש אין עליו כל חיוב שבועה, וממילא אין לנו גם מקום להציע בזה פשרה.

אולם על אותו סכום של הוצאות ממשיות, יש בדברי התובעת תביעה המחייבתו שבועת היסת, ובגלל חומר עונש השבועה ראוי לקבל בזה פשרה, שלפי מנהג הדיינים הרי היא בערך שליש מהתביעה.

אי לזאת:

הנתבע ישלם לתובעת סך חמש מאות וחמשים ל"י שהוא בערך שליש הנזקים הממשיים שנגרמו לה לפי תביעתה.

שאול ישראלי

פסק דין

אחרי שמיעת הערעור וטענות הצדדים והעיון בכל החומר, אנו מחליטים לקבל את הערעור, ואין לחייב את המערער לפי הדין לשלם למשיבה כל סכום שהוא, הואיל והוא המוחזק, ואין להוציא ממנו ממון.

אין צו הוצאות.

www.eretzhemdah.org

ניתן ביום ט"ו תמוז תשכ"ו.

בצלאל ז'ולטי שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן מח : בענין שכירות וחוק הגנת הדייר*[46]

זהו ערעור על פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי פתח־תקוה מיום י"א אב תשכ"ח, שניתן בתיק 821/כח, לפיו אין רשות למערער (התובע) להשכיר את הדירה לאחר ולקבל חלק מדמי המפתח וכו'.

לענ"ד יש לדחות את הערעור ולקיים הפס"ד המעורער במסקנתו בנידון.

בפס"ד המעורער נאמר:

"א היות והדירה נשואת הדיון, שגר בה כעת התובע, היא רכושם הבלעדי של יורשי המנוח, הנתבעים בתיק זה, אשר המנוח השכירה לתובע בשכירות חדשית, לכן אין רשות לתובע להשכיר את הדירה לאחר, ולקבל חלק מדמי המפתח בלי הסכמתם ורצונם של הנתבעים.

ב כמו"כ אין לו כל זכות לדרוש סכום כל שהוא מהנתבעים, אם הוא יאלץ מכל סיבה שהיא לעזוב את הדירה, הואיל וכל הזכויות או פירות היוצאים מתוך הרכוש הנ"ל שייכים רק לנתבעים.

ג ביה"ד אינו נכנס כעת לברור מה הדין במקרה ודייר נתן דמי מפתח בזמן כניסתו למושכר, בנוסף לדמי שכירות חדשית".

ואם אמנם שחוק הגנת הדייר, לפיו השוכר רשאי לקבל שני שליש מדמי המפתח, וזה לגמרי שלא בהקשר אם שילם דמי מפתח בכניסתו או לא, חוק זה, לדעתי, מחייב. וזה עפ"י ההלכה המפורשת (חו"מ רל"א סכ"ז): רשאין בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו. פשוט, שקביעת השער עבור פינוי הדירה היא כלולה בזה. ועצם הזכות של השוכר להחזיק בדירה ללא אפשרות להוציאו בתנאים השוררים במדינה כבר נובעת מההלכה הפסוקה (סי' שי"ב ס"ו), שהכל תלוי בתנאי האפשרות להשגת דירה אחרת.

בנידון דידן בחוזה הראשון שנעשה בין המנוח המשכיר לבין השוכר ניתנה זכות מפורשת לשוכר להמשיך בחוזה אחרי הודעה במועד (סעיף ב' של החוזה). ומובן שבתנאים של חוסר דירות רצון השוכר לחידוש החוזה, אינו צריך הודעה מפורשת.

יתר על כן, הנוהג של קבלת דמי מפתח, הוא תוצאה הכרחית ועקבית מהקפאת שכר הדירה, שעי"ז השוכר הדר בדירה מקבל זכות לדיור במחיר יותר זול, וקביעת שכר דירה, הרי ודאי שהוא בסמכות בני העיר (ומכש"כ - בני המדינה כולה) עפ"י ההלכה הנ"ל בסי' רל"א.

ההגבלה שישנה בסי' הנ"ל לפי דעת הרמ"א והש"ך (ושלא כהכ"מ והסמ"ע שם) שזה רק במדינה "שאין בה אדם חשוב ממונה על הצבור אבל אם ישנו - אין התנאי שלהם מועיל כלום" (שם סכ"ח), נראה שהוא מתייחס רק לסיפא דהיינו לענין הטלת קנס על מי שעובר ע"ז, שזה נובע מכח הפקר בי"ד ואינו נתון לדעה זו לאנשי העיר. משא"כ עצם קביעת מחירים, שהוא גם בדרך הטבע נתון לתנודות השוק בהתאם להיצע והביקוש, בזה ודאי הדבר נתון לקביעת אנשי העיר.

נוסף ע"ז, ברש"י ב"ב ט. מקור ההלכה בד"ה לאו כל כמינייהו דמתנו כ': "אלא בפניו, היינו שמספיק התנאי שמתנים ביניהם וחכם העיר אינו מונע בעדם." והרי גם ענין זה של קביעת שכר דירה, וכן דמי מפתח, נתקבל במדינה ללא כל מחאה וערעור מטעם הרבנות.

ראוי גם לציין ששכר דירה מהוה אחד המרכיבים של מחירי שכר עבודה ורווחי מסחר וכו' וכו', באופן שגם המשכיר נהנה מזה בעקיפין, וכן ערעור המקובל בשטח זה גורר אחריו בהכרח ערעור כל מערכת המשא ומתן שבקרב הצבור. וממילא ודאי שדעת כל הצבור מסכימה לראות בזה הסדר יציב ובלתי ניתן לשינוי.

אולם בחוזה הנ"ל ישנה התחייבות של השוכר לפנות הדירה לכשיתחתן בן המשכיר ויצטרך לדירה. התחייבות זאת לא קוימה.

ב"כ המערער טען לפנינו שהואיל והחוזה לא חודש "הוא גר כבר בתור דייר המוגן מצד החוק... הוא דייר מוגן ויש לו כל הזכויות וכו'."

בנידון זה ישנה הלכה. הדיון שם הוא כשנתייקרו דירות או הוזלו, והרשות היתה בידם להתנות שאינם מסכימים לשכר הקודם, ועם כל זאת "אם עמדו בסתם, מסתמא דעתם היה על השכר הראשון" (סי' שי"ב ס"ט).

ובביאור הגר"א שם (אות י"ט) הוא משום שאנו מניחים, כיון שלא דברו כלום ע"ז סתמא ע"מ כן קיימו, שהתנאי הראשון יהא קיים. ואם כן, גם בנידוננו יש לראות המשך השכירות עפ"י ההתחייבות הקודמת.

ובאמת, בטענת ב"כ התובע שבפני בי"ד קמא נאמר בביסוס טענותיו:

"החוזה הוא בר תוקף כמו כל חוזה."

כן הסביר התובע בפני בי"ד הנ"ל שלא מילא בשעתו את ההתחייבות לפנות הדירה משום שלא הציעו לו דירה מתאימה:

[46] ערעור תשכ"ט\1 בפני כב' הדיינים : הרב יוסף שלו' אלישיב , הרב שאול ישראלי , הרב עובדיה יוסף

www.eretzhemdah.org

"הציעו לי אורוה של בהמות ממש, ולא דירה."

אולם בהתחייבות השוכר, כפי שנאמר בחוזה כתוב:

"ובזמן שהמשכיר יהיה מוכרח למסור החדרים הנ"ל לבני מר י.א. נ"י אחר חתונתו אז מחויב השוכר - למסור הדירה לבן המשכיר הנ"ל **בלא שום טו"מ**."

החיוב של המשכיר, כפי שנאמר שם בהמשך הדברים לא הותנה כתנאי לחיובו של השוכר, אלא כהתחייבות העומדת בפני עצמה, שיכול השוכר לתבוע אותה בתור תביעה נפרדת, אבל לא כתנאי לעצם פינוי הדירה מצדו, שבזה נאמר במפורש "בלא שום טו"מ".

נוסף על כך - ההתחייבות של המשכיר נאמרה שם בנוסף של ברירה בין שתי האפשרויות - או להחזיר שכר הדירה לפי חשבון, או לתת בתמורה לזה החדר הקטן בשכר דירה קבוע. לא נאמר שהברירה בידי השוכר אלא בידי המשכיר גרידא. היתה איפוא ברשות המשכיר הרשות לפטור עצמו מחיובו ע"י החזרת שכר הדירה שלא נוצל מבלי שיוכרח להעמיד לשוכר גם החדר הקטן.

אין מחלוקת בין הצדדים, שאכן כשהתחתן בנו של המנוח המשכיר הנ"ל, נתבע השוכר לפנות הדירה ולא פינה. ההסתמכות על זה שלא ניתן לו החדר הקטן, גם אם נקבל את דבריו, שלא הוכחשו בבירור, אינה משנה איפוא ולא כלום לגבי התחייבותו, ואין לקבל דברי ב"כ התובע בטענותיו בבי"ד קמא:

"היתה הפרת חוזה משני הצדדים" וכו'.

הפרת החוזה היתה רק מצד השוכר, ולא מצד המשכיר, שלא היה עליו שום חיוב להעמיד לרשות השוכר את החדר הקטן.

המשך דיורו של השוכר בדירה היתה איפוא שלא בזכות, ואף בהתנגדות מפורשת מטעם המשכיר, כפי ששני הצדדים הודו.

אמנם נראה שבסופו של דבר השלים המשכיר עם העובדא, כפי שיש לראות מהמכתב ששיגר ע"י ב"כ המשכיר מיום י"ב חשון תשכ"ז - נידון: העלאת שכ"ד בהסתמך על חוק הדיירים, וכן מהמשא ומתן ביניהם על השכרת הדירה לאחר, ונכונות המשכיר לתת לו פיצוי מסויים ביציאה מהדירה. ויש לראות בזה הסכמה, אמנם מאונסת, אולם מכל מקום בת תוקף, עפ"י ההלכה שתליוהו וזבין, זביניה זביני (סי' ר"ה ס"א וס"ד). אך אין לנו ראיה מזה אלא שהשלים עם העובדא של עצם דיורו (אם מפני שלא רצה לעמוד אתו בדיני ודייני, ואם מפני שחשב שלא יועיל לו דייני, שהשוכר יפנה לערכאות לזכותו עפ"י חוק המדינה), אבל לא שהסכים לזכותו, בזכויות הנובעות מחוק הגנת הדייר, זכויות אלה הן רק למי שכניסתו והמשך החזקתו בדירה הן עפ"י דין, ולא למי שהיה חייב מצד הדין לפנות הדירה, והמשיך לדור בה רק בגלל שהמשכיר לא השתמש בזכותו להוציאו ממנה, עפ"י התחייבות מפורשת שנעשתה ללא אונס מצד השוכר.

אי לזאת נ"ל שיש לדחות הערעור, וכנ"ל.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

פסק דין

אחרי שמיעת הערעור וטענות הצדדים והעיון בחומר אנו מוצאים שצדק כב' ביה"ד האזורי בפסק דינו.

אנו מחליטים איפוא לדחות את הערעור.

נימוקיו של אחד הדיינים מצורפים לתיק.

אין צו להוצאות.

ניתן היום ט"ז אייר תשכ"ט.

יוסף שלו' אלישיב שאול ישראלי עובדיה יוסף

סימן מט : בענין השגת גבול*[47]

א זכותו של המשיב על מקום העבודה.
ב זכות עבודה לתושב המקום
ג המעביד בתור צד בדיון, והשיקול על תועלתו של המעביד כגורם קבוע.

א זכותו של המשיב על מקום העבודה.

המשיב נתקבל בשעתו לעבודה בתור עובד זמני. במעמד זה, לפי חוקי העבודה המקובלים במדינה ולפי המנהג, אין לעובד כלפי המעביד זכויות לעבודה, והרשות בידי המעביד לפטרו מאיזו סיבה שהיא. ואכן במקרה הנידון, המעביד ("המועצה הדתית") השתמש בזכותו זו ופיטרוהו וקבלו את המערער במקומו.

[47] חוות דעת בערעור תשכ"ז\24 . (ערעור על פסק ביה"ד האזורי תל-אביב תיק מס' 1071\כ"ז).

www.eretzhemdah.org

מסיבה זאת, כפי הנראה, גם לא תבע המשיב את המעביד, אלא את המערער שבא במקומו בטענת השגת גבול, היינו שרק עי"ז שהוא פנה בתביעה למועצה הדתית להעסיק אותו בעבודה במקום המשיב, פטרו את המשיב. ואילולא כן היו משאירים אותו בעבודה ומעניקים לו קביעות, כפי המקובל לאחר שעוברת תקופה מסוימת.

כב' ביה"ד האזורי אף הוא הבין כך את מעמדו של המשיב, שכן ניסח את הדיון לא על נישול המשיב ממקום עבודתו, אלא בשאלה על "זכות הקדימה". ובפסקו לטובת המשיב קבע שלו "זכות קדימה" בגלל שהוא "כבר עובד במקום זה כמה חדשים".

נראה שכב' ביה"ד בפסקו כנ"ל הסתמך על מה שנפסק בשו"ע (חו"מ רל"ז ס"ב): "אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו, אם לא שיאמר בעה"ב אין רצוני לעכב המלמד שלי." ומקור הדברים בתוס' קידושין נט.

הרי לנו מזה שאעפ"י שביד בעה"ב הרשות לפטר העובד, כמבואר שאם בעה"ב רוצה לפטרו כי אז אין איסור למלמד אחר להכנס במקומו, נמצא שאין לו לעובד זכות כלפי המעביד, מ"מ כלפי אחר שרוצה לבוא במקומו, מבלי שבעה"ב מעונין בזה מצד עצמו, יש לו לראשון זכות, ואסור להשיג גבולו ע"י שיציעו עצמם לעבודה.

נראה מזה לכאורה שצדק כב' ביה"ד האזורי בפסקו. אכן אם נעיין בדבר נמצא שאין הדבר כן, וכמו שיתבאר:

בתוס' נמקו דין הנ"ל בזה"ל:

"שמאחר שהוא שכור שם, ילך המלמד במקום אחר".

נראה מזה שהדברים אמורים רק במקרה שאין למלמד השני הבדל בדבר איפה ילמד, וכך לי במקום זה כמו במקום אחר, והיינו כמבואר במהרש"ל (בתשובתו סי' ל"ו נידון השגת גבול בארנדא) שהתוס' מדברים "במלמד ששכרו בעה"ב על המשיב, במקום שלא נמצאו לומדים וחבורת אנשים". והמלמדים באים אליו ממקום אחר, באופן שהמלמד שרוצה לבוא במקומו של הראשון, ממילא אינו גר במקום אשר שם ביתו, ואין לו נפ"מ איפה ילמד. אבל אם אינו יכול ללכת למקום אחר, היינו כשמקום העבודה הוא בעירו ואין להשיג שם מקום בדומה, אף שיכול לחפש אולי במקום אחר מחוץ לעיר, בזה לא אמרו התוס' להלכה שלהם.

שאל"כ הנמקה זו שבתוספות "ילך המלמד למקום אחר" היא מיותרת, דאין זה שייך לראשון אם יש לו למלמד האחר אפשרות לילך למקום אחר או לא, או כנ"ל. ומטעם זה סיימו התוס' שם, וכ"ה בהלכה הנ"ל בשו"ע:

"אם שכר בעה"ב מלמד אחד, יכול בעה"ב חבירו לשכור אותו מלמד עצמו".

והתוס' נימקו זאת משום שיכול לומר "כמדומה לו שזה ילמד בני יפה ממלמד אחר". ובמהרש"ל הנ"ל הביא ממ"ק בח"ה "משום שאין דרכו של בעה"ב לחזר במקומות אחרים לשכור מלמדים". הרי שאם הדבר גורם הכבדה וקושי לבעה"ב השני אין איסור השגת גבול "והו"ל כדבר שאינו מצוי "(סמ"ע שם), היינו שאז ה"ז דומה למציאה שאין בה איסור לדעת ר"ת, שכבר הכריע הרמ"א הלכה כמותו (שם ס"א, וכן האריך להוכיח במהרש"ל).

ובת' מהרש"ל סי' ל"ו הנ"ל למד מזה, דהא דאמרינן לר"ת שאין במציאה משום עני המהפך בחררה, כי אין המציאה מצויה בכל מקום, שהוא הדין:

"מי שלא יכול למצא כעין זה במק"א, אפילו אינו מבורר הריוח וקצוב, מ"מ חשיב כהפקר או מציאה, כגון שנים שדרו בעיר אחת מכמה שנים, ולא היה להם חנות אחד עד הנה. והנה אחד מהפך לקנות החנות מן שר ואדון של העיר, והקדימו האחר - דאינו נקרא רשע, דהו"ל כמו מציאה, מאחר שלא יכול למצא עוד חנות באותו עיר, כי אין המנהג (רק) להשכיר החנות לאנשים רבים רק לאדם אחד, ולא נימא שיחפש לו מקום אחר למחיתו, דמסתמא לא גרע ממה שפסק מהר"ם וכו', וק"ו הכא שמצא מחייתו בביתו, מה טוב ומה נעים שבת אחים, שלא נאמר שיכול למצוא מחייתו במקום אחר".

ואשר ע"כ הסיק גם בנידון שאלתו לענין האורדנא של הי"ש שלקחה האחד מידי השר בעוד שחבירו היה חוכר אותה קודם לכן שאינו חייב להחזיר:

"מה שפסק המורה שראובן יחזור מן מקחו ויתננה ביד שמעון לא ידענא מאי אידון בה לזכור שום זכות למורה, אי דימה אותו ליורד תוך אומנותו של חבירו, הלא אין שייך לענין זה כלל, דהא הוא בר מתא כמו שמעון, ולא מצי מעכב עליה וכו'. ועוד דאפילו גבי דיני מערופיא גופיה יש מקומות חלוקות בלא הכרע דעת וספק ממונא לקולא והממע"ה".

והביא דבריו תלמידו בעל "משאת בנימין" סי' כ"ז:

"וכ' מורי הרב ז"ל על אחד שקנה האורדנא של יי"ש ובא אחר והקדימו, ושנים היו דרים באותו מקום. שאינו נקרא רשע. ואעפ"י דאין הריוח מבורר כ"כ, וגם אינו קצוב. וטעמו משום דדמי למציאה, מאחר שאינו יכול למצא עוד אורדנא של יי"ש באותה העיר, כי אין דרך למכור האורדנא רק לאדם אחד. ולא נימא שיחפש לו מקום אחר למחייתו, **מאחר למצא מחייתו במקומו בריוח ובהשקט אין לך מציאה גדולה מזו**".

אמנם ב"משאת בנימין" הנ"ל כ' לחלק בין **שמחסר** לראשון ממחייתו, אבל עדיין נשאר לו ריוח לבין שמדחהו לגמרי:

"ונראה לי דע"כ לא פליג ר"ה בריה דרב יהושע ארב הונא אלא כה"ג דריחייא דאינו מבטל לראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד בריחים שלו וכו', אבל היכא שבא השני לדחות את הראשון לגמרי ולבטל אותו ממחייתו כענין החנות והאורדנות, שאין רשות רק לאחד בכל העיר, ובא השני והשיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי **כו"ע מודו דמצי מעכב** אפילו אבר מבואה דידיה, דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי וכה"ג כתב ג"כ הזקן מהרי"ק בס' שארית יוסף שלו סי' י"ז, ואע"ג שמורי הרב כתב בדין האורדנא דלא מצי מעכב אבר מתא דידיה, והתם

www.eretzhemdah.org

דוחה הראשון לגמרי, מ"מ נ"ל פשוט מה שכתבתי. ועוד שגם מורי אפשר דלא מיירי [אלא?] בשקנה הראשון האורדנא לזמן קצוב, וכמו שיתבאר לקמן בסמוך".

מה שרוצה לפרש כן במהרש"ל, מהמהרש"ל לא נראה כן לכאורה בענין חנות שטרח הראשון אצל שר העיר ובא אחר והקדימו, וכ' שלא נקרא רשע בזה כיון שאינו מצוי להשיג במקום אחר, ועוד שהמהרש"ל כתב שם בענין המלמד שבע"כ מיירי שלא הי' מדובר על זמן קצוב:

"אבל אי שכרו הבעה"ב לזמן קצוב, והקדים זה קודם כלות הזמן והשכיר עצמו לבעה"ב אין זה דומה לעני המהפך בחררה דעדיין לא הפך בזה החררה".

א"כ אין הטעם מפני שזה דומה למציאה שאין עליה דין עני המהפך לדעת ר"ת, אלא מפני שאכתי לא היפך בזה כלל, א"כ דעת המהרש"ל נראית שלא כהמשאת בנימין, ולא נחת לחלק בין שמפחית הריוח לבין שדוחה הראשון לגמרי, (ואף הוא עצמו לא כ' ע"ז אלא בלשון "אפשר").

והנה מהתוס' הנ"ל שכתבו לענין מלמד דהטעם מפני שיכול להשכיר עצמו במקום אחר, נראה דלא כה"משאת בנימין", אלא כמהרש"ל, דהרי התם מיירי בשהראשון נשכר שלא לזמן קצוב כמבואר במהרש"ל הנ"ל, ואפ"ה כתבו הנימוק רק מפני שיכול להשכיר עצמו שהוא כנ"ל, שאין לו נפ"מ היכן שישכיר עצמו, משמע שאם עבודה זו שמזדמנת היא במקום מגוריו הקבוע, דיש לו נפ"מ מזה וטוב לו לעבוד במקומו, בזה לא כתבו התוס' לדין זה.

והנה בנידון זה שדוחה הראשון לגמרי דן גם בחת"ס לחלק בין זה לבין הא דרב הונא שנדחה מהלכה (חו"מ סי' ס"א):

"...כ' הפוסקים טעמא דבר מתא אינו מעכב משום שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו, וא"כ לא מיקרי יורד לתוך אומנות של חבירו וכו' אך בכעין נידון דידן דע"י שיורד לאומנתו מדחהו לגמרי, שא"א לשניהם שיקצבו, ונמצא מדחה משלו לגמרי, זהו יורד לאומנות חבירו ממש, וע"ז אמרו שהוא מכל מה שהעמיד דוד כל התורה עליהם והוא מהחמורות, ומזה איירי נמי רש"י בב"מ, ומצאתי לו רבי בכנה"ג לחו"מ סי' קנ"ו בטור אות י"ב וז"ל ודוקא בכגון זה שיכול לומר אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי, אבל ברוצה לכנס בתוך גבולו ולדחותו ממחיצתו שהחזיק בה כמה שנים פשיטא דלאו כל כמיניה עכ"ל וכו'".

אכן אם כי בעצם החילוק ה"ז עפ"י דרכו של המשאת בנימין, יש הבדל ביניהם, כי המ"ב דן לומר שבאופן שדוחה אותו "כו"ע מודו דמצי מעכב", והיינו לא רק לענין לכתחילה לקרותו רשע, אלא גם לענין לעכב, כמו דינו של ר"ה ממש, כי בכה"ג שמדחהו לגמרי כו"ע מודו לרב הונא, ואילו החת"ס דן רק לענין לקרותו רשע, וזה מבואר שם בדבריו בהמשכם:

"דבר מתא אחריתי אינם בכלל י"א שהעמיד דוד הדת עליהם, דכיון דמעכב עליהם ומוציאו מן העיר בדיינים וכו', משא"כ בר מתא דידיה שמדחהו לגמרי ממחיצתו, **שאינו יכול להוציאו בדיינים** ומ"מ רשע הוא כמו בעני המהפך בחררה וכו'".

הרי לנו שלא בא לומר שבכה"ג שמדחהו לגמרי הוי כבר מתא אחריתא דמצי לעכב עליו לכו"ע, אלא שזה מכניס אותו רק בגדרי עני המהפך בחררה לקרותו רשע, אבל לעכב עליו באמת אינו יכול , כיון שהוא בר מבוי שלו.

ולדבריו לכאורה ג"כ סתירה מדברי התוס' קידושין הנ"ל שכתבו בטעם האיסור להשכיר עצמו למלמד במקום שיש מלמד אחר מפני שיכול להשכיר עצמו במקום אחר. ולמה אין לו לטעם זה, הרי כאן מדחהו לגמרי שרוצה לבוא במקומו, ובכה"ג הוי רשע, ואפילו אם אינו יכול למצא במק"א נמי אסור, לפי החת"ס.

אכן בחת"ס תשו' ע"ט מבואר שמפרש התוס' במש"כ בדברי הר"מ אביו של ר"ת וכן בהא דמלמד שיכול לעשות כן במקום אחר, שהכונה היא אחרת, דהתוס' מחדשים לפי תירוץ זה של הר"מ חילוק שהיכא שהוא המציא את המציאה ע"י הדג המת שתלה שם, וכן המלמד ע"י שהטריח עצמו לפני כן לעשותו מוכשר ללמוד עמו בזמנים הבאים ע"ז זכה בזה, ומה שסיים "שיכול לעשות במקום אחר" היינו שלא לומר שזה גופא יבואו אחרים עליו בטענה דלמה יהא לו רשות לתלות הדג המת ולהפסיד ע"ז הציידים האחרים, ע"ז מתרץ דגם הם הרי יכולים לעשות כן, וה"ה לגבי המלמד.

ולפ"ז אין צורך באמת לתנאי זה דוקא שיוכל לקבל עבודה זו במקום אחר. כי זה אסור גם בלא"ה, אם מפני שאומנתו בכך כתירוץ קמא, אם פני שטרח בזה כתירוץ הר"מ, ולא לענין זה כתבוהו התוס'.

ולפ"ז יש ליישב התוס' גם לפי המשאת בנימין, ולעולם בכה"ג שמדחהו מאומנתו יכול לעכב עליו.

אך לענ"ד אין לשון התוס' מוכיח כן דז"ל:

"שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו כל זמן שהמלמד בביתו **שמאחר שהוא שכיר שם ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם**".

דברי התוס' ברור מללו שכונתם לא לענין העבר אלא לענין העתיד, שאומרים לו שילך להשתכר במקום אחר, ובגלל זה הוא שאסור לו להשתכר כאן.

ודבריהם חוזרים על מה שכתבו בפירושו של הר"מ דמצד א' הראשון טרח בדבר, ומצד שני גם האחר ע"י טרחה מעין זו יכול להשיג במקום אחר, ממילא שונה הדבר ממש"כ ר"ת לענין מציאה שאינו יכול למצא במקום אחר, דהכא ע"י טרחה מעין זו של הראשון גם השני יכול למצוא, והוי כמו שכירות בעלמא שיש בה משום עני המהפך בחררה. (ומש"כ מהמהרי"ט שמסתמך עליו אינו נוגע להאמור בזה, דהמהרי"ט בא לבאר דגם במלמד איכא טרחא מצד הראשון, דאל"ה הרי זה כמו מציאה בעלמא, לפי חילוקו של הר"מ דלא נחת לתירוצא קמא דבאומנתו בכך גם במציאה אסור). ולדברינו התוס' בקידושין מחלקים שני החילוקים שבתוס' ב"ב כ"א. (תוד"ה מרחיקין) לענין מצודה של דגים לבין מציאה דעלמא לשיטת ר"ת, דגם מש"כ בב"ב החילוק מפני שמציאה א"י לומר לו לך למצוא במקום אחר משא"כ בדגים, בהא

www.eretzhemdah.org

לחוד לא סגי, דהרי יכול לומר, שכאן לאחר שהראשון תלה הדג המת יכול לצוד הדגים בקלות, ואין הדבר כן במק״א, ולזה באה בתוס׳ קידושין ההשלמה ביתר ביאור, דאין מן הדין שיהנה מטרחה שטרח חבירו, שהרי הדג המת תלה חבירו, ואיך יאכל הוא פרי טרחת חבירו. ואשר ע״כ חוזר הדבר להיות כמציאה שיכול גם הוא להשיגה במקום אחר, שאז הוי כמו כל שכירות וקניה, וז״פ וברור.

וארוחנא בזה דהא דהוצרכו התוס׳ לענין מלמד לסברתם דיכול להשכיר עצמו במקום אחר, הוא מצד דלא פסיקא להו כחילוק קמא, שבאומנתו בכך גם במציאה אסור, כי כנ״ל לפי חילוקו של הר״מ אין נפ״מ בדבר, וגם באומנתו בכך, במציאה מותר. ולזה כתבו דזה דומה ממש למצודה של דגים.

ואל״כ הרי קשה מאד, דהא דמלמד הרי דומה לאומנתו בכך דגבי דגים, ולחילוק זה גם בא״א להשיג במק״א נמי אסור, א״כ למה הוצרכו להא שיכול להשכיר עצמו במק״א. אכן להנ״ל א״ש, כי התוס׳ לא הכריעו בין שני החילוקים, וע״כ הוצרכו לומר דגבי מלמד לשני החילוקים יהא אסור.

ויוצא לנו מזה שהתוס׳ לא הכריעו בין שני התירוצים, ולא כן כ׳ בשו״ת מהרש״ל שנוקט כחילוק שאומנתו בכך שאני:

״ואעפ״י שהתוס׳ תירצו בפ׳ לא יחפור שינוי קמא משום שיכול לפרוס מצודתו במקום אחר, ולפ״ז ג״כ לא יכול לעכב עליו רק שנקרא רשע מ״מ שינויא בתרא עיקר, וכן כתבו התוס׳ בפ׳ האומר וכ״כ הרא״ש והמרדכי״.

אכן בא״ד כ׳ עוד די״ל דשני התירוצים איתנייהו, אלא שנפ״מ מתירוץ קמא דבכה״ג שאומנתו בכך מצי גם לעכב, ולא רק שיקרא רשע כמו לתירוץ ב׳ דבמס׳ ב״ב.

ומ״מ לכאורה צ״ע על המהרש״ל לפ״מ שנראה לו שתירוץ זה עיקר, ובתוס׳ האומר לא הביאו אלא לתירוץ זה (לדברינו, גם בקידושין מביאים התוס׳ ב׳ התירוצים וכנ״ל), א״כ למה כתבו התוס׳ במלמד הטעם שיכול להשכיר עצמו, כיון דהוי אומנתו בכך, ובזה אין זה דומה למציאה, א״כ הו״ל לאסור. וכן קשה על מה שפוסק להלכה וכנ״ל לענין חנות ואורדנא, כיון שמשוה זאת למציאה מותר, ואפילו בכה״ג שמדחהו לראשון לגמרי מותר לדעתו, והרי לדעתו עיקר החילוק באומנתו בכך , שאז גם במציאה אסור לתוס׳, וכש״כ בגוונא שמדחהו לגמרי.

ונראה דס״ל להמהרש״ל שמש״כ התוס׳ שבמצודות דגים הוי כיורד לאומנות חבירו, זהו רק אליבא דרב הונא דס״ל שפסקת לחיותו הוה טענה, ואפילו אבר מבואה דנפשיה, טענה זו שייכת גם במצודות דגים כיון שזוהי אומנתו ועי״ז פסיק לחיותיה. אכן לפ״מ דלא קי״ל כרב הונא, מה בכך שאומנותו בזה, ודגים האיסור והעיכוב משום דהוה כאילו קנינהו כדפירש״י התם. ע״כ הוצרכו התוס׳ לטעם דיכול להשכיר עצמו במקום אחר, שמשו״ז הוי כעני המהפך בחררה דאסור, אעפ״י שלא זכה בזה כל עיקר.

ועפי״ז נ׳ שאין סתירה ממש״כ כנה״ג שציין החת״ס לדברי המהרש״ל, דהנה החת״ס עצמו מסביר החילוק בין שדוחהו לגמרי לבין שממעט חיותיה, דבגונא דממעט חיותיה כיון שזה עושה בתוך שלו וזה עושה בתוך שלו א״כ לא מיקרי יורד לאומנות חבירו. ויש להוסיף בזה לשונו של הר״י מגא״ש בשט״מ:

״מצי א״ל את מטי לך מה דפסקי לך מן שמיא, ואנא מטו לי מאי דפסקו לי מן שמיא״.

היינו, שבאופן זה אינו פוגע כלל בשל חבירו ואינו נכנס לתוך תחומו, משא״כ בפסקא לחיותיה, הרי הוא באמת כנכנס לתחום חבירו ומזיקו, וזה אסור לכו״ע.

אכן זה שייך רק בשהחזיק באומנות במבוי זה, שעי״ז זכה בזכות השתמשות זו כלשון הכנה״ג: ״ברוצה להכנס לתוך גבולו ולדחות ממחיצתו שהחזיק בה כמה שנים לאו כל כמיניה״, שה״ז כגוזל ממנו חזקתו. משא״כ בדבר של הפקר דל״ש ביה שקונה ע״י שנהג כך כמה שנים, כי מה שייך הפקר אחד לשני (ורק לענין מצודה הוא שאמרו שנחשב כאילו כבר הגיעו לידו דגים אלה), ע״כ אומנתו בכך ל״מ בזה.

נמצא שאין סתירה בין הכנה״ג למהרש״ל דבדבר הפקר כגון החנות והאורדנא דל״ש לומר שהחזיק בהם, באמת גם כשאומנתו בכך, אין איסור לדידן דלא קי״ל כרב הונא. משא״כ באומנות ממש שהחזיק בה במקום מסוים וזכה בכוח החזקה בזכות אומנות זו, אם בא גם בר מבואה אחרינא יכול לעכב בידו, דה״ז כאילו גוזלו, מאחר שנכנס לתוך גבולו ודוחהו ממחיצתו.

(ויש להעיר שלשון הכנה״ג משמעותו גם שיכול לעכב, ולא רק שנקרא רשע, ושלא כהחת״ס שהביא ממנו סייעתא לדעתו).

מסקנת הדברים: אם בא אחר לדחות חבירו ולסלקו מעיסוקו, אם הראשון החזיק בזה באופן שיש לו זכות חזקה בדבר, כי אז יכול לעכב על ידו (כנה״ג). אולם אם אין שייך בדבר חזקה, או שלא החזיק בדרך שקנה בזה זכות חזקה, בזה נחלקו המהרש״ל והמשאת בנימין. לדעת המהרש״ל אין איסור אא״כ יכול להשכיר עצמו במקום אחר, ואילו למשאת בנימין גם בזה איכא איסורא ומצי גם לעכובי עליה. ודברי התוס׳ מוכיחים כמהרש״ל, שמשו״כ לענין מלמד כתבו שרק כשיכול להשכיר עצמו במקום אחר, והיינו כשאין לו נפ״מ היכן ישכיר עצמו וכנ״ל. אבל אם אינו יכול להשכיר עצמו, או שטוב לו יותר שישכיר עצמו במקום זה אין בו איסור.

ולהלכה, כיון שדעת המהרש״ל היא שאין בו איסור ומכש״כ שא״א לעכב בידו, אף שהמשאת בנימין נחלק עליו יש ללכת לקולא לנתבע. וכמו שפסקו הראשונים לענין בר מבואה אבר מבואה אחריתא שהיא בעיא דלא איפשטא בגמרא, ופסקו שאינו יכול לעכבו מספק דהממע״ה והוה קולא לנתבע, וה״נ נידון דידן. בפרט שכנ״ל דברי המהרש״ל יש להם בסיס איתן מהתוס׳.

ובנידון שלנו, שהמערער הוא תושב המקום, ועבודה זו מתאימה לו ויוכל להתפרנס ממנה, ה״ז כפי הגדרת המהרש״ל כמו מציאה, ואעפ״י שהשני נמי זוהי אומנתו, הרי מאחר שאין לו דין חזקה על המקום, וכמו בהא דמלמד שבדברי

www.eretzhemdah.org

התוס' - והיינו מאחר שבעה"ב יכול לפטרו, וה"ה בנידון שלנו שהמעביד יכול לפטר אותו כמשפט כל עובד זמני, ויש לדון בזה רק מדין עני המהפך בחררה (לדידן דלא נקטינן כרב הונא) גם כשמדחהו לגמרי אין בו איסור, לפי ר"ת דנקטינן כוותיה.

ב זכות עבודה לתושב המקום

ויש לדון עוד מצד אחר, שהמערער הוא תושב המקום, ואילו המשיב אינו גר כאן וממילא גם אינו נושא בעול מיסי המקום כמו התושבים.

דהנה בחת"ס (סי' ס"א הנ"ל) דן בכיוצא בזה לענין נער שהחזיק בקצבות במקום בהסכמת הרשות, ושוב בא בעה"ב מתושבי המקום ותפס מקומו ופסק:

"מה שטוען שהוא נער והוא בעל אשה ובנים נ"ל טענה נכונה וכו' דתרתי בעינן: דר פה וקבע דירתו וגם שייך בכל כרגא דהכא וכו'. משא"כ מי שלא שייך כלל בכרגא כגון נידון דידן, דידוע מחק המלך דמטיל הכרגא רק על בעל אשה ובנים ה' זהובים לשנה, וכן שארי מסים שנותנים לשר ולמלך סיועת המלחמה וכדומה, וכן מעמיסים עליהם מעות צדקה ופרנסת הרב ומשועבדים וכדומה, ולא על הנערים, כ"א נוטלים מהם מעט כפי ראות עיני גובה העיר וכו'".

הרי לנו שאם זה שהחזיק מקודם אינו במיסי המקום, ואפילו אם הוא מתושבי המקום, ומכש"כ אם אינו גר כאן ואינו במסים, אין לו זכות במקום, וזכותו של בעל המקום קודמת. שכיון שאין לו זכויות במקום, מה שהחזיק כאילו לא החזיק, ואין על הבעה"ב גם דין עני המהפך בחררה. וא"כ ה"נ נידו"ד שלא החזיקוהו בעבודתו, כי הרי אינו אלא בתור עובד זמני, א"כ לא הקנו לו זכויות, וא"א לו לזכות אלא מכוח המצב העובדתי שעכ"פ הוא מחזיק בזאת. אך הן רואים אנו בחת"ס שאין זה מקנה לו שום זכויות כלפי בן המקום שנושא בעול המקום ולו זכות קדימה.

יכול הוא איפוא גם לבוא בטענה לכתחלה לבני המקום שלו הזכות, ולא היו רשאים בני המקום לקבל את השני לעבודה בתור עובד קבוע, אם בן המקום תובע זכותו. מכש"כ דבני המקום עשו מעשה, והכניסו את בן המקום - המערער, במקום זה שעבד קודם זמנית, שכדין עשו, ואין המשיב יכול לבוא עליהם בטענה על זה.

אכן בטענות המשיב נאמר גם בין השאר, שהמערער ידע בשעתו על מקום עבודה זה שהוצעה לו והוא סירב מלקבלה, אלא שהמערער טוען שההצעה שבאותה שעה היתה בתנאים יותר גרועים. ובזה אם טענות המשיב נכונות, כי אז נראה שהמערער מחל על זכותו, וממילא המשיב זכה בזה. ואעפ"י שמצד המקום לא אישרו אותו אלא בתור זמני, היינו אם ירצו הם לפטרו בגלל סיבות מצדם, משא"כ לגבי זכות המערער מאחר שויתר, בזה שהמשיב נכנס לעבודה זכה, ואין הלה יכול שוב לחזור בו, וזוהי טענה גם כלפי מה שנאמר לעיל בחלק א' של הדיון.

א"כ היה נראה שיש להחזיר הדיון לכב' ביה"ד שדן בדבר לברר את מדת הנכונות בטענות הצדדים, ובהתאם לקוים הנ"ל לפסוק ההלכה.

ברם כאן לפנינו עוד מקום לדיון מבחינת הענין שיש למעביד במי שיהא עובד אצלו, וע"ז נדון בע"ה להלן.

ג המעביד בתור צד בדיון, והשיקול על תועלתו של המעביד כגורם קבוע.

המערער טען בפנינו (ע"י ב"כ) שיש לראות גם את המעביד כצד בדיון, ובתור שכזה היה צריך להיות מוזמן כדי לשמע עמדתו לתביעה ויחסו הכללי לענין. ואילו המשיב אומר שהוא רואה כנתבע רק את המערער, שאליו הוא בא בטענה שהשיג את גבולו, ושרק על ידו פוטר מהעבודה, מפני שבא בתביעה למעביד, היינו "המועצה הדתית" שלו מגיעה העבודה, ורק על סמך זה פטרוהו ומינו את המערער תחתיו.

ונראה שבמדה שיש צדק בטענת המערער, כי אז אעפ"י שלא טען זאת בפני כב' ביה"ד האזורי, טענה זו אינה מפסידה מערכה, כי ביה"ד עצמו היו צריכים להזמין את המעביד, ולשמוע את דעתו, שכן הפס"ד כשם שהוא מחייב את המתדיינים על זכות העבודה, זה מחייב גם את המעביד, בהיותו נאלץ עפי"ז לקבל לעבודה את זה שאולי יש לו זכות להעדיף את האחר. ע"כ עלינו לברר זכותו של נותן העבודה, בהכרעה בטו"מ שני הצדדים.

ונראה שהיא מחלוקת הראשונים:

הרא"ש (ב"ב פ"ב סי' ט') בענין מה שאמרו שם שחנונים מבני העיר יכולים לעכב על שאינם מבני המקום מלמכור שם סחורתם מביא דברי הר' יוסף הלוי (הוא המהר"י מיגא"ש) וז"ל:

"וה"ר יוסף הלוי כ', ובלבד שמוכר כשער שאר החנונים, אבל אם מוכר יותר בזול אין מעכבים עליו, כיון **שהוא טוב לבני העיר**".

והובאו הדברים בטור (סי' קנ"ו) ללא חולק. אולם הב"י כ' בזה:

"וכתב עליו הרמב"ן ז"ל ולא מחוור מדתנן ולא יפחות את השער וכו', אבני מתא אחריתא מצי מעכב, דאיהו לית ליה עסק בהדיה דלאו בר מאתיה הוא כדאמרן לעיל גבי בר מבואה, ואי בעו בני מתא דלוזיל גבייהו יתנו על השערים או יושיבו ביניהם אחר מעירם. אבל האי ודאי מצי מעכב אההוא בר מתא אחריתא וכו'".

בנמוק"י שם רצה להשוות השיטות:

"ונראה דעת הרב ז"ל בזול גדול, אבל להוזיל מעט יותר ממוכרי העיר ודאי מצי מעכבי וכו' כן נראה דעת הרמב"ן ז"ל".

אכן בב"י לא הסכים עמו:

"ולכאורה לא משמע כן מדברי הרמב"ן, אלא דבין מוזלי פורתא ובין מוזלי טובא להר"י הלוי לא מצי מעכבי, ולהרמב"ן מצי מעכבי".

וברמ"א הביא דברי הר"י הלוי בשם י"א (סי' קנ"ו ס"ז) ולא חילק בין זול רב למעט, והוא כפי שהבין הב"י בדעתו.

ומחלוקתם נראית ברורה שהיא כנ"ל, אם בני העיר ג"כ מהוים צד בדבר, כיון שזה נוגע גם להם, ומאחר שהם מעונינים בדבר לא מצו חנווני העיר לעכב על אלה הבאים מבחוץ, ואין עליהם שוב איסור השגת גבול, כי טובת בני העיר מכרעת. והוא גם באופן שעי"ז חנווני העיר נדחים לגמרי, שהרי מאחר שהאלו שמחוץ למקום מוכרים יותר בזול, מי פתי ויסור אליהם לקנות. דאין לומר שהרי גם בידם להוזיל, שהרי לא נזכר חילוק בדבר ויתכן גם באופן שאנשי המקום לפי תנאיהם (כגון שאינם יכולים להביא ממקום הזול דוגמת הסוחרים שמבחוץ, או כגון שאינם בעלי כושר עבודה כמו אלה, או שמטופלים בילדים ובהוצאות וכדומה) אינם יכולים למכור בזול, אפ"ה לפי הר"י הלוי אין מחויבים להתחשב בטובתם אלא בטובת בני העיר, שעכ"פ ניתנת להם הזדמנות לקנות יותר בזול.

ונראה פשוט, שהוא לאו דוקא מצד שמוכרים בזול, שבכל אופן ומאיזו סיבה שהיא, שטובת בני העיר הקונים לקנות מאלה שבאים מהחוץ הרשות בידם, ואין על אנשי החוץ איסור השגת גבול של חנווני המקום.

ועדיף לפ"ז טובת הקונים, משל המוכרים האחד כלפי השני, שכפי שהבאנו לעיל מכנה"ג בר מבואה אבר מבואה דנפשיה מצי מעכב אם בא להדחותו לגמרי, ונתבאר שאין מי שחולק ע"ז, וגם המהרש"ל מודה בכה"ג שהראשון כבר החזיק בזכות של בר מבואה. ומכש"כ להמשאת בנימין והחת"ס דאיכא איסורא על השני לבא בגבולו ולהמ"ב גם יכול לעכב עליו בכה"ג.

[ועצם החילוק בין שממעט פרנסתו לדוחהו לגמרי, מבואר גם בדר"מ על אתר, דבב"י מביא מהמרדכי בשם האביאסף:

"דבמבוי הסתום מג' צדדים רק בצד א' יכנסו לו, ודר ראובן אצל סופו הסתום ובא שמעון לדור כנגד הצד שאין העכו"ם יכול לילך אם לא ילך לפני פתח שמעון נראה דיכול לעכב עליו כדרב הונא".

וכ' ע"ז הב"י:

"ונראה דאביאסף סבר דלא כרב הונא בריה דרב יהושע וכו'".

והעיר עליו בדר"מ:

"ולענ"ד דגם ר"ה ברי' דר"י מודה בהאי דינא דחנות, דהיה שמעון יושב בפתח ולא היה שום אדם יכול לעבור לראובן אם לא הלך תחילה לפני פתח שמעון. וכ"כ המרדכי בהדיא שם. ומשמע דדוקא מכח זה פסק כן, דזה מקרי יורד לחנותו ולא כשמעמיד החנות בצדו ועי"ש ודו"ק".

הרי מבואר בדר"מ חילוק הנ"ל שבגונא שפוסק חיותו לגמרי לדעת כו"ע מצי מעכב.

ונראה שגם הב"י מודה באופן שהדבר ברור שפוסק חיותו לגמרי, אלא שאינו מודה שבכה"ג שפתח חנות בפתח המבוי יש בזה משום פסיקת החיות, כי הרי סו"ס אינו סוגר את הדרך בפני הרוצה ללכת לחנותו של ראובן, ע"כ זה לא מיקרי לדעתו אלא ממעט פרנסתו ולא מדחה אותו לגמרי.

ונראה להוכיח דין זה גם מהרמב"ם. דהנה בגמרא אמרו: ומודה רב הונא במקרי דרדקי דלא מצי מעכב וכו' קנאת סופרים תרבה חכמה. ופירש"י: רב הונא אמר לעיל בר מבואה דאוקי ר' חייא וכו' דאית ליה כרשב"ג, מודה הוא במקרי דרדקי דלא מצי מעכב לבר מבואיה מללמד גם הוא התינוקות וכו'.

וכ' ע"ז בב"י:

"ולפ"ז לא הי' לפוסקים לכתבם, שהרי כתבתי לעיל דלא קיי"ל כרב הונא. אבל ראיתי להרי"ף והרא"ש שכתבוה ואחריהם נמשכו רבינו וכו'. ונראה שהם סוברים דה"פ **דאפילו** רב הונא שסובר דבר מבואה מעכב אבר מבואה דנפשיה משום דפסיק לחיותא מיניה מודה דמקרי דרדקי דלא מצי מעכב. ומינה דלר"ה בריה דר"י דסבר דבר מתא מעכב אבר מתא אחריתא משום דפסיק לחיותא מיניה מודה במקרי דרדקי דלא מצי מעכב וכו'".

והרמ"א הביא זאת להלכה (קנ"ו ס"ו) דעל מש"כ בשו"ע שת"ח קובע בכל מקום שירצה, מוסיף הרמ"א:

"והוא הדין מלמדי תינוקות דינם כת"ח".

ומעיר ע"ז הגר"א (ס"ק ל"א): והרמב"ם השמיטה משום דסבר דלא קאי אלא אבר מבואה דנפשיה שלכן אמר כאן ומודה רב הונא, וברוכלין אמר ומודה ר"ה בריה דר"י. ולכן לא כ' דאין נפ"מ לדידן, דלא קיי"ל כרב הונא, ובפ"ב מה' ת"ת כ' בהדיא בבר מבואה דנפשיה ע"ש וכו'.

וז"ל הרמב"ם בה' ת"ת:

"...מלמד תינוקות שבא חבירו ופתח בית ללמד תינוקות בצדו, כדי שיבואו תינוקות אחרים לו או כדי שיבואו מתינוקות של זה אצל זה, אינו יכול למחות בידו, שנאמר ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר".

ולכאורה תמוה, דמאחר דהרמב"ם השמיטה בה' שכנים משום דאין נפ"מ מזה להלכה דלא קיי"ל כרב הונא, ואין בן המבוא יכול להתנגד לבן מבוא שלו לפתיחת כל בית מלאכה ועסק שהוא, למה לו לשנות ההלכה בה' ת"ת. והרי גם הנמיק זאת מן הכתוב, ש"מ שאילולא זה לא היינו אומרים הלכה זאת, והוא לפ"ז רק דין בת"ת. כן קשה למה חולק באמת הרמב"ם על הני ראשונים, ולמה לא נלמוד מרב הונא גם לר"ה בריה דר"י לגבי בר מתא אחריתא. ואי משום דלשון הגמרא לא מוכח כן, תיקשי על גופא דגמרא כן. עוד ראוי להעיר שהרמב"ם הביא פסוק אחר, ולא הפסוק קנאת סופרים שהובא בשאר הראשונים, וצ"ע לכאורה.

www.eretzhemdah.org

וי' לבאר כונת הרמב"ם עפי"מ שיתבאר להלן בע"ה במחלוקת הראשונים דלרמב"ם הא דבר מבואה מעכב אבר מבואה אחריתי הוא לא רק מכוח תקנה אלא מעיקר הדין, שיש לו זכות ניצול קנינו במבוי זה, ומכוח זה הוא מעכב על אחרים, ואילו כשבא לעכב על בן מבואה דנפשיה אין זה אלא מכח תקנה. ובזה דעת רב הונא שמכח תקנה זו יכול לעכב גם כשיש הפחתת פרנסתו, ולא קיי"ל כוותיה. אכן בגונא שמדחהו לגמרי בזה כו"ע מודו, וכהנ"ל מכנה"ג.

וע"כ דין זה שאינו יכול לעכב במקרי דרדקי לא נאמר אלא לרב הונא, דכיון שאינו אלא מכח תקנה, הכא איכא תקנה להיפך מצד קנאת סופרים וכו'. משא"כ בבר מתא אחריתא שהעיכוב הוא מעיקר הדין לא שייך לקפח זכותו בגלל זה, ואין ללמוד מרב הונא לדידן.

אכן בבן אותו מבוי עצמו ג"כ יתכן נפ"מ לדידן, והוא באופן שידחהו לגמרי, דקנאת סופרים נאמרה שעי"ז לא יתרשלו ממלאכתם. אולם הרי יתכן גם אופן שלמרות שהראשון יתאמץ לא יצליח להשתוות לשני, ולא תועיל לו קנאת הסופרים. ואז ממילא כל התינוקות יעברו למלמד האחר, באופן שהראשון ידחה לגמרי. אבל הן כנ"ל בענין זה אפשר ללמוד מדרב הונא, דכשם דלדידי' לא קפדינן אהא שפרנסתו של הראשון תתמעט עכ"פ בהכרח, כמו"כ לדידן לא קפדינן אהא שידחה לגמרי, כי הכל הרי אינו אלא מחמת תקנה, ובכה"ג דיש מטרה של הגברת לימוד התורה נדחית טובתו הפרטית ולא תקנו בכה"ג. ולזאת מביא הרמב"ם זאת להלכה, והוא לנידון שידחה לגמרי. אולם מאחר שהמדובר בכה"ג לא מתאים הכתוב "קנאת סופרים תרבה חכמה" שלא נאמר אלא כששניהם יתקיימו זה בצד זה, ולא בכה"ג שהאחד נדחה. והביא במקום זה פסוק שמתאים לנידון גם באופן שהראשון ידחה, כיון שעי"ז יש משום "יגדיל תורה".

ושמענו מזה עכ"פ לדעת הרמב"ם שבעלמא, חוץ מת"ת, יכול לעכב בר מבואה אבר מבואה דנפשי', אם עי"ז ידחה הראשון לגמרי, אעפ"י דלא קיי"ל כרב הונא, והוא כפי שכ' הכנה"ג.]

ובטעם הדבר נראה, שכיון שהריוח בא לו לחנוני מהקונים, ע"כ טובתם קובעת בראש וראשונה. וע"כ גם אם פרנסתו תקופח לגמרי ע"י שיכנסו סוחרים מבחוץ שיוזילו הסחורות אינו יכול לעכב על חשבונם הם. ואינו דומה למה שיכול לעכב על בר מבואה דנפשי' שבא לקפח פרנסתו, כי שם לא בא לו הריוח ממנו אלא ממקורות אחרים.

ונ"ל שהר"י הלוי למד זאת מזה שהתירו למלמד דרדקי ללמד במקום שיש מלמד אחר, שכונת הנימוק שהביאו בגמרא לזה משום "קנאת סופרים תרבה חכמה" היינו לומר שמשו"ז טוב הדבר לבני העיר, וכיון שהיא טובתם אינו יכול לעכב. והוא דין כללי ואינו נובע דוקא מצד ערך חשיבות ת"ת. ולא נצרך הכתוב אלא להשמיענו שעי"ז תבא תועלת לבני המקום, שבכה"ג זה מותר כי טובת בני המקום קובעת, ועדיפה על תועלת וטובת המלמד עצמו, וה"ה בסוחרים וכנ"ל במקרה שהבאים מן החוץ מוזילים הסחורה.

וא"ש שהטור שהביא דברי הר"י הלוי להלכה ולא ס"ל להשגת הרמב"ן, הביא הלכה זו בה' שכנים, ולא בה' ת"ת כמו הרמב"ם, כי אין זה דין מיוחד בת"ת, אלא דין כללי בה' שכנים.

ובסברת המחלוקת נראה לומר שהוא תלוי בטעמא דמילתא שבני העיר יכולים לעכב על בני עיר אחרת. דבדברי הר"י הלוי מבואר שהוא מכח תקנה בעלמא, כמו שהביא דבריו בטור:

"דלא עשו חכמים תקנה למוכרים כדי להפסיד ללוקחים".

מפורשת דעתו שכל הענין שמעדיפים בני המקום אינו אלא מכח תקנה לטובת בני כל מקום ומקום. וממילא אם לאחרים מבני המקום ה"ז מקלקל אין טעם לתקנה, כי מאי חזית להעדיף המוכרים על הקונים, אדרבא יש להעדיף הקונים, שמהם כל הריוח בא, ואיך נכופם להפסיד לטובת המוכרים.

אולם בחת"ס סי' ע"ט כ' בטעמא דמילתא:

"דהשייכים בכרגא דמלכא שכרו מהמלך לכל הזכויות שאפשר שיזדמנו ע"י מקומו וארצו וכו'".

(וזה נר"פ שגם במקום שאין מלך, עכ"פ בקניית הדירה במקום, רוכש גם כל הזכויות הקשורות והנובעות ממקום מגוריו זה).

ולפ"ז הא דבר מתא מצי לעכב אבר מתא אחריתא הוא מעיקר הדין כי הוא קנה זכות זו, והלה בא לגוזלה ממנו, ולא מכח תקנה לחוד הוא שבא עליו. וע"כ גם אם טובת הקונים היא שיקנו מבר מתא אחריתי, אין הרשות בידי הלה להכנס כאן למכור, כי זכות המכירה כאן קנויה בידי מי מאנשי המקום שהחזיק בזה, ומי התירו לפגוע בקנינו של בן המקום?

וזהו שטוען הרמב"ן: דאיהו לית ליה עסק בהדיה דבר מתא אחרתא הוא, היינו שאין לו שום זכות להכנס לתוך תחומו של השני. ואם אנשי העיר יש להם טענה על הסוחרים המקומיים יש לברר זאת באופן פנימי, אם יש הצדקה לתביעת ההוזלה, לפי תנאי המוכרים או לא, אבל בשום פנים אינו שייך למי שהוא מבחוץ.

ואפשר לתלות בהנ"ל מחלוקת רש"י והרמב"ם בביאור המושג "כרגא דמלכא" בנידון. לרמב"ם היינו מנת המלך שכל המדינה שלו, ואילו לרש"י היינו המסים המקומיים. עי' הגר"א שם ס"ק כ"ג שנחלקו בזה, והכריע מתוך הגמרא כרש"י. לדעת הרמב"ם הוא מצד קניית הזכות, וכהסבר החת"ס ע"כ הדבר תלוי באדון המדינה שממנו קונים, והוא המזכה לכל אחד לפי קנייתו, ואילו לרש"י הדבר הוא מכח תקנה, ולזה חשוב לקבוע מיהו תושב המקום, ע"כ הדבר תלוי בתשלום מסי המקום.

ובהנ"ל יתבאר לנו גם מה שנראה מהרמב"ן, אעפ"י שנחלק על הר"י הלוי, אין זה אלא בסוחרים מן החוץ, אבל בר מתא עצמו שבא להוזיל הסחורה, אעפ"י שעי"ז האחרים ידחו לגמרי וכנ"ל, מ"מ אין יכולים לעכב בעדו.

כי כל עיקר לא נחלק עם הר"י הלוי אלא מפני שסובר שבר מתא זוכה במה שהחזיק לא רק מכח תקנה אלא מעיקר הדין וכהחת"ס. אכן זה שייך רק כלפי בר מתא אחריתא, אבל כלפי בן המקום עצמו שניהם שוים בזה, ע"כ גם במקרה שתקופח פרנסתו כליל, אינו יכול לבא עליו בטענה מעיקר הדין. והא דאעפי"כ בדוחהו לגמרי מעכב, הוא רק מכח תקנה,

www.eretzhemdah.org

וכמו לרב הונא בממעט פרנסתו. ומכיון שאין זה אלא מכח תקנה, באופן שהשני מוכר בזול דאיכא תקנת הקונים וטובתם בזה, גם הרמב"ן מודה להר"י הלוי שאין מקום לתקן המוכר ע"ח הקונים, וכנ"ל.

(אכן דעת הרמב"ם כפי שביארנוה לעיל היא לא כן, ולדעתו גם היכא דאיכא טובת הקונים לא הותר לדחותו לגמרי, ואין ההיתר אלא בת"ת מחמת חשיבותה, וכמו שנתבאר לעיל).

ולהלכה נראה דנקטינן כדעת הר"י הלוי שהביאו הרמ"א, מאחר שהוא פלוגתא דרבוותא ודעת הרא"ש והטור נמי כוותיה, אין יכול לעכב, דהממע"ה. וכמו בפסק ההלכה בבעיא לענין בר מבואה אבר מבואה אחריתא והנ"ל, וכמש"כ הנמוק"י בטעם הדבר: "וכיון דלא איפשיטא נקטינן מיניה חומרא לתובע וקולא לנתבע ולא מצי מעכבי עליה". ובפרט בבן עיר זו עצמה שבא להוזיל, שבזה גם הרמב"ן מודה שהרשות בידו, ואף אם הראשון נדחה ע"ז לגמרי אין בזה משום איסור של יורד לאומנות חבירו, כיון שהללו שמהם בא לו הריוח טובתם שהשני יתעסק בזה.

ומעתה לנידון שלנו, שבני העיר באים להעדיף את בן עירם להעסיקו בעבודה של מקומם, על פני האחר שאינו בן עירם, אינו גר עמהם ואינו נושא בעול מסי המקום, ודאי שיש לראות בזה טובתם, ולא רק טובת בן עירם הלזה.

שהרי ברור שכל תושב המקום שפרנסתו מצויה מביא בעקיפין הרוחה גם לבני המקום האחרים ע"י שקונה מהם, מאפשר פיתוח המקום יותר כי כל מה שהאוכלוסין גדלים המקום מתרחב ומתפתח, וכן נושא בעול צרכי המקום. מאידך, כל תושב שהוא מחוסר פרנסה מכביד על שאר בני המקום שלא זו בלבד שאינו נושא בעול, הופך להיות למעמסה על הצבור. ואין להאריך בדברים ידועים.

ומכיון שזו טובתם של בני המקום, הרי לדעת הר"י הלוי טובתם קובעת, מכש"כ שבנידון מעין זה הרמב"ן מודה להר"י הלוי וכנ"ל.

א"כ אפילו אם מצד המערער אין לו זכות תביעה של מקום העבודה, שמחל עליו לפי דברי המשיב, מכל מקום אם הוא מחוסר פרנסה שבגלל זה טובת המקום דורשת שהעבודה תמסר לו, הרי הרשות בידי אנשי העיר לעשות זאת, ואין יכול המשיב לעכב על ידם.

יש איפוא לברר את מצב הכנסתו של המערער, ובאיזו מדה קבלת עבודה זו נחוצה לו לקיומו בצורה מתאימה. כמו כן, אם בידי המועצה הדתית להוכיח שעצם העבודה תיעשה ע"י המערער באופן יעיל יותר, כי אז ג"כ אין אפשרות למשיב להתנגד לזה, מאחר שכלפי המעביד אין לו זכויות שאינו אלא עובד זמני.

אי לזאת, יש להחזיר את התיק לכב' ביה"ד שדן בדבר, בכדי לברר עפ"י הנ"ל ולהוציא לאור משפט.

והנלע"ד כתבתי.

שאול ישראלי

התיק נסגר ללא פסק עקב הסתלקות התובע מתביעתו.

סימן נ : בענין התחייבות בשני קנינים*[48]

הערעור שלפנינו הוא על פס"ד של כב' ביה"ד האזורי לת"א מיום ו' מנ"א תשל"ט (תיק /5631לט) בו נפסק, לאחר הנמקה הלכתית ארוכה, כדברים האלה:

"חיובו של המבקש עפ"י הסכם הגירושין לשלם למשיבה למזונותיה סך 300.- ל"י לחודש עד אשר תנשא לאיש, צמוד ליוקר המחיה, עומד בתקפו."

הערעור הוגש ע"י המבקש, בעלה לשעבר של המשיבה. והטענות בע"פ ובכתב הן בחלקן חזרה על הטענות שכבר הושמעו בפני ביה"ד קמא וחלקן חדשות, ונוגעות הן באשר לחיוב ההצמדה, והן לעצם החיוב שחייב עצמו המערער עפ"י הסכם הגירושין, שקיבל גם תוקף פס"ד, עפ"י בקשת הצדדים.

הטענות באשר לעצם תקפות הסכם הגירושין הן: שכפי שכתוב בהסכם קיבלו הצדדים בקנין קאג"ס וכן חתמו על ההסכם, שלפי סעיף 5 שבו:

"הבעל מתחייב לשלם לאשה לאחר שנפרד ממנה וכו'"

טוען ב"כ הבעל שאין תוקף מחייב לקאג"ס, כיון שכל עיקר ההתחייבות לא חלה מיד, אלא לאחר זמן, דהיינו "לאחר שנפרד ממנה". וכל כגון זה אין קנין קאג"ס תופס, לפי שבשעה שצריכה ההתחייבות לחול "כבר הדר סודר למאריה", והביא לכך האסמכתאות ההלכתיות.

אולם בפסה"ד נשוא הערעור מסתמכים על חתימת הצדדים על ההסכם, שתקפו מחייב מכוח מנהג העולם וזה מהוה קנין מדין סיטומתא. וזה בכדי לדחות טענת ב"כ המערער לטענת קי"ל כדעת הרמב"ם, שאין התחיבות חלה בדבר שאינו קצוב. (וכתבו זאת לרווחא דמילתא, מכיון שכפי שציינו בפסה"ד, נהוג ומקובל בא"י, לפסוק כהכרעת השו"ע, שאין לטעון בזה קי"ל כרמב"ם).

וכנגד זה טוען בערעור, שכיון שעשו גם בקאג"ס הרי זה כמו שאומר שאינו רוצה לקנות ע"י הסיטומתא של החתימה לבד. ובזה אין סיטומתא קונה, אם - לאותן שיטות שסיטומתא הוא קנין דרבנן, הרי זה כאומר לא ניח"ל בתקנ"ח זו, וכמו שפירש הנמוק"י על מה שאמרו בגמרא (ב"מ י) לענין ראה את המציאה ונפל לו עליה שלא יקנה מטעם זה; ואם,

[48] ערעור תשלט\273 בפני כב' הדיינים: הרב עובדיה יוסף - נשיא, הרב בצלאל זולטי, הרב שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org

לשיטות הנוקטים שסיטומתא קונה מן התורה, בהסתמכות על דעת הרשב"א, שמפרש גמרא הנ"ל מצד שכל שאינו רוצה בקנין מסוים אין הקנין קונה לו, שאין קנין בע"כ של אדם, ומסתמך על האמור בכיוצא בזה בפסד"ר כרך ד' עמ' 317.

ומאחר שמצד חתימת השטר מדין סיטומתא (שבזה יכול לקנות גם בדבר שאינו קצוב וגם בהתחייבות שלאחר זמן) אינו קונה בניד"ד, הרי הקנין היחיד או המצורף יחד שיש לדון בו הוא הקאג"ס. ובזה חוזרת הטענה הקודמת, שקאג"ס אינו מועיל כל שאין ההתחייבות חלה מיד.

עוד טען על שינוי הנסיבות: מצד יוקר לא שכיח, מצד שינוי מצבו הכלכלי של המתחייב לגריעותא. ומאידך שינוי מצב המשיבה לטובה, טענות שכבר הועלו בבי"ד קמא, כנ"ל.

עיינו בטענות הערעור שנומקו בטוב טעם ע"י בא כוחו, אולם אנו בדעה שאין בהם לערער תקפו של ההסכם, וזה מכמה טעמים:

א.

בגמרא ב"מ י' שעליה מסתמך שלמרות שהיה שם קנין ד' אמות אין הן קונות לו כשנפל על המציאה, זוהי רק שיטה אחת. ושיטה אחרת שם בגמרא, שהמדובר במקום שאין הד"א קונות לו. ולפסק הלכה - הטור לא הביא דעה ראשונה כלל, וכן הכריע הב"י שם (סי' רס"ח), ובשו"ע (רס"ח א) פוסק כך הרמ"א:

"במקום דארבע אמות קונות, קנה (גם כשנפל על המציאה ובא אחר והחזיק בה) ולא גרע משום דנפל עליה, ודלא כיש חולקין".

ובש"ך שם הסיק: "וכן עיקר".

ונראה מהרמ"א שכתב "ודלא כיש חולקין", שדחה שיטת הרשב"א, שהסכים לה גם הר"ן, מהלכה. דלדידהו נקטינן להלכה כלישנא קמא, שהוא סתמא דגמרא. ובכה"ג העלה בדיני תפיסה (לנתה"מ כלל כ') שבדבר

"שסתמו המחבר והרב בהגה"ה, ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך אין יכול לומר קי"ל כפוסק אחר, ואם כתב הרמ"א "ויש אומרים" יכול לומר קי"ל."

יתר על כן, כל עיקר הכרעת הרמ"א שכ' כנ"ל "ודלא כיש חולקין" באה להוציא מכלל דעה החולקת לגבי טענת קי"ל. שהרי כל עיקר מתעוררת השאלה, כשבא אחר והוציאה. ואם כן השני הוא תפוס. ואין ע"ז גדר של תפיסה לאחר שנולד הספק (עי"ש כלל ט"ז) שהרי אם הד"א אינן קונות לו (וזה מפני שאינו רוצה לזכות בד"א אלו כלל, כדלהלן) הרי אין הראשון מוחזק כלל שחל לגביו הדין הממע"ה, שהרי כאן הספק הוא על עצם המוחזקות שלו. וא"כ הא דפסק הרמ"א הרי פירושו שאינו יכול לטעון קי"ל למרות שהוא המוחזק.

אלא שעדיין יש לשדות נרגא בהנ"ל. וזה עפי"מ שיש להסתפק במה פליגי האוקימתאות השונות שבסוגיא ב"מ הנ"ל. די"ל דהאי דאוקי לה ר"פ ברה"ר שאין ד"א קונות שם, הוא לא משום דפליג על עצם הסברא דע"י הנפילה גלי דעתו שלא ניח"ל לקנות ע"י הד"א. אלא דפליגי במה הוא דנחשב הגילוי דעת דלא ניח"ל, אם הפירוש דלא ניח"ל במה שהקנו לו הד' אמות, (עי' בתשו' הגרש"א בתשו' רע"א סי' קכ"א שכ' בזה) דבזה שייך שפיר הסברא דבקנין דרבנן מצי למימר אי אפשי בתקנ"ח. וכן לרשב"א שאין קנין לאדם בע"כ, וכיון שאינו רוצה לקנות הד"א, אין הוא קונה אותם. וזוהי דעת האוקימתא הראשונה. ואילו ר"פ ס"ל שאין כאן גילוי דעת על עצם קנין הד"א, אלא דהוי גילוי דעת שאינו רוצה לקנות המציאה ע"י קנין דד' אמות, דבכה"ג קונה גם שלא ברצונו ע"י קנין הד"א, כיון שמכל מקום רוצה הוא לקנות המציאה. וא"כ י"ל דהגם שפוסק בשו"ע דאין מה שנפל על המציאה מגרע, וזוכה ע"י הד"א, הוא רק מטעם זה, שכל כה"ג שרוצה לקנות רק שרוצה לקנות ע"י קנין אחר, קונה הוא גם בקנין אעפ"י שאינו רוצה לקנות על ידו.

ולפ"ז, בנידון דידן, להני דסברי דסיטומתא הוא קנין דרבנן י"ל דמהני גילוי דעת שאינו רוצה לקנות על ידו, גם לדעת ר"פ, שהרי כאן הוא כאומר אי אפשי בתקנ"ח זו, דלא תקנו לו שיקנה בע"כ. ויכול לומר עכ"פ, קי"ל כשיטה זו שסיטומתא אינו אלא קנין מדרבנן.

אך האמת נראה דפסק ההלכה כר"פ הוא דפליג על עיקר הסברא, דיש בזה גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין האחר. דהב"י הביא משי"כ הר"ן בשם הרא"ה בנידון:

"אפילו בקניות דרבנן, דכיון דר"פ פריק בפירוקא אחרינא, שבקינן האי סברא לגמרי".

וכ' ע"ז בב"י שם:

"וכבר הוכחתי שדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל כדעת הרא"ה."

ואילו היה הרא"ה מפרש שר"פ אינו חולק על עצם הסברא, מנ"ל דשבקינן האי סברא לגמרי גם בקנין דרבנן. דלפ"ז הרי ר"פ חולק מפני שכיון שקנה הד"א, הוי שלו מה"ת וקנינו מה"ת. וכן מנליה להב"י דכל הני רבוותא נקטי כוותי' בהא.

ועוד דאי איתא דלא פליג ר"פ אעיקר הסברא הו"ל לרי"ף להביא אוקימתא זאת, דהרי נפ"מ ממנה להלכה בקנין דרבנן שבעצם החפץ הנקנה, שאז לכו"ע אינו קונה מצד דהוי כאומר אי אפשי בתקנ"ח. ומוכרח לומר כנ"ל, דס"ל דר"פ אינו מודה בעיקר הסברא. ואין בעשיית קנין אחד גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין האחר. א"כ ה"ה בנידון דידן, אעפ"י שעשו גם קאג"ס, אין מזה הוכחה שלא ניח"ל בקנין הסיטומתא שהוא ע"י חתימה על ההסכם.

www.eretzhemdah.org

ב.

נראה שנידון דידן, גם לדעת הרשב"א והר"ן, אין לראות בזה שקנו בסודר גילוי דעת שאינם רוצים בקנין שע"י החתימה.

דלכאורה יש להבין עיקר הסברא דאוקימתא קמייתא, שהרשב"א והר"ן ס"ל כן גם להלכה, וכנ"ל. במה יש בזה שנפל על המציאה גילוי דעת דלא ניח"ל בקנין אחר. ואמאי לא נאמר, דאם אמנם חזינן שחושב שנפילה היא ג"כ מהוה קנין (שאם לא כן, למה נפל עליה), אך מנין ראיה שדעתו לפסול קנין אחר, שמא כוונתו לעשות שני קנינים, והמועיל יועיל? וכיו"ב מצינו בר"ן קידושין (לסוגיא דף כו.) שכ' בענין קנין קרקע בכסף ובשטר, באתרא שכותבים את השטר דאמרינן שיש אומדנא שאין דעתם לקנות בכסף אם לא נכתב גם שטר, שמכל מקום במקום שהשטר הוא גם שטר קנין קונה בשטר ולא בכסף:

"דכל שיש לפניו שני קניות, אין דעתו לקנות אלא בקנין שהוא יותר מועיל".

ולא אמרינן שלאחר שנכתב השטר, יקנה בכסף שנתן - למפרע, (רק בשטרי דראי' ס"ל לר"ן שם דקונה בכסף למפרע), הרי שיש לפניו שני דרכי קניה, אבל אמרינן שדעתו לקנות באחד מהם, והוא המועיל יותר, א"כ לכאורה פשוט דה"ד וכש"כ, שאם הקנין האחד מועיל והשני אינו קנין המועיל כלל, דניח"ל לקנות בקנין המועיל.

ויותר מזה מפורש בדברי האב"מ בענין שטר קידושין שיש בו פסול דנחלקו תנאי, ולדעת חכמים - אם הנייר שבו שוה פרוטה מקודשת מדין כסף, וכ' ע"ז האב"מ (סי' כ"ח סס"ק ל"ז):

"דעד כאן לא אמרינן בקידשה בראוי ואינו ראוי לא מהני, אלא היכא דהכל הוא בתורת כסף, אלא דמקצת כסף ראוי ומקצת כסף אינו ראוי, אבל זה שמקדש בכסף ובשטר, אמרינן דעתו ארכבי' **אתרי ריכשי**, ואם קנין שטר ל"מ, יהיה לה בתורת קידושי כסף".

[ומחלוקת התנאים הרי היא רק בעובדא ההיא שעיקר כוונתו נראה שהיא להתקדש בדין שטר, כמבואר שם בסוגיא ולא כן בנידו"ד].

וחזינן מזה, דבעושים שני קנינים לא דיינינן שכוונתם ששניהם יקנו יחד (דבזה יש לדון דהקנין שאינו מועיל מגרע גם הקנין המועיל), אלא אמרינן שכוונתו על אחד מהם, והוא הקנין המועיל. א"כ תקשי מזה לכאורה לדעת הרשב"א והר"ן, דאמאי אמרינן דיש כאן גילוי דעת דבד"א לא ניח"ל דליקני.

ונראה מוכרח לחלק, דיש הבדל בין קנינים שחלותם הוא בעת ובעונה אחת, לבין שזמן חלותם הוא אחד קודם והשני אחריו. דאם אין זמן חלותם שוה, יש סברא לומר שע"י שעושה קנין נוסף, אילו היתה דעתו על הקנין הקודם שיקנה על ידו, אין לו לעשות קנין הנוסף כלל. וזהו בכגון הא דקנין ד' אמות קודם לנפל לו עליה, שזה בא רק אחרי שכבר נכנס לתוך הד"א, אי איתא שיש בדעתו לקנות ע"י הד"א כי אז הנפילה לא תוסיף לו כלום, ואפילו אם (לפי טעותו) חושב שזה הקנין מעולה, שאין שייך קנין אחר קנין. וע"כ מוכח ממה שנפל עליה שלא היה בדעתו כלל לקנות ע"י ד' אמות.

וכן הדבר במשך לאחר המסירה (סי' קצ"ח בב"י, מהרשב"א בשם הר"י מיגא"ש), שאם הי' בדעתו לקנות במסירה, הרי כבר נקנית לו ומהו זה שמשכה, אע"כ שלא רצה לקנותה במסירה. (וע"ע מל"מ פ"ב מזכי' ה"ט, ובא"ד של הגרש"א הנ"ל, וחלקת יואב חו"מ סי' י"ח, ואין דבריו נראים, ואכמ"ל).

אבל כשעושה שני קנינים שחלותם הוא באותו זמן, כגון הא דהאב"מ במקדש בשטר שהוא ש"פ, כיון שבין שנאמר שמתקדשת בתור שטר ובין שתתקדש בתור כסף, הקידושין חלים בזה שהגיע השטר לידה. וכן בהא דהר"ן דאין דעתם שיקנו בכסף, כל עוד לא נמסר השטר לידו, שפיר אמדינן דעתו לקנות באחד הקנינים, והוא הקנין המועיל יותר (כגון בכסף ושטר) או בקנין המועיל ולא בקנין שאינו מועיל (כגון בהא דהאב"מ).

ואם כן בנידו"ד שכפי שנאמר בהסכם קנין הסודר קדם לחתימה על ההסכם (ושלא כמו בפד"ר כרך ד' עמ' 317, שהובא כאסמכתא לטענה), אין יסוד לומר שהיתה כוונתם דוקא לקנין הסודר (שאינו תופס לפי טענת המערער) ולא לקנין שע"י החתימה, ולא ששניהם יקנו יחד, אלא דנינן שכוונתו שיקנה הקנין המועיל שבהם דארכבי' אתרי ריכשי כדכ' האב"מ, בנידון דידיה.

[וכדאי לציין גם המובא בשו"ע (יו"ד סי' ש"כ) במכירת בהמה לנכרי להפקיעה מן הבכורה כ' הרמ"א שמצד מחלוקת הראשונים מהו הקנין המועיל בנכרי

"שיקבל מעות מן העכו"ם וימשוך הבהמה לרשותו או לסימטא דאז משיכה קונה עם המעות".

וכוונתו באומרו "עם המעות" היינו **בא' משניהם**, ולא בשניהם יחד, שהרי אם כך נכנסנו לשאלה של קני את וחמור (אב"מ הנ"ל) ומקדש במלוה ופרוטה (הגרש"א בתשו' רע"א סי' רכ"א) אלא הכוונה היא שיקנה לו או זה או זה, הינו מה שמועיל לפי הדין. אבל לא הצריך שיתנו כזאת במפורש. אלא כנ"ל דודאי אומדנא יש שרצונו להקנות בקנין המועיל לפי הדין, וה"נ בני"ד].

ובאמור, גם תשובה, למה שהיה אפשר לעורר עוד בדרכי הקנין שנעשו לאשר הסכם זה כי נאמר שם בזה כהאי לישנא:

"ולראיה באו הצדדים על החתום לאחר שקבלו בקאג"ס ודי' אמות אגב קרקע".

ונראה מזה שנוסף על הקנין בקאג"ס על עצם ההתחייבות קנו גם בקנין אגב קרקע (הלשון מגומגם ואולי צ"ל ובד"א אגב קרקע, היינו בקנין דאגב קנין ד"א). והנה באשר לקנין אגב נראה דאינו תופס בהתחייבות, רק במטלטלין **שהם בעין**. עי' תוס' ב"ב דף ע"ז: ד"ה רב פפא שהתקשו בענין הקנאת הלואה אגב קרקע, והעלו שרק בענין הרשאה ומתקנ"ח מיוחדת מהני שם קנין אגב. א"כ בנידוננו קנין אגב לא מהני, ואם כן, גם מטעם זה יש לדון, שכאן צירוף קנין שאינו

www.eretzhemdah.org

מועיל עם קנין המועיל. אכן לפי מה שהעלינו שאין אומרים שכוונתם שיחולו שניהם יחד, אלא שיחול הקנין המועיל. א"כ טענה זו נופלת. ועיקר הקנין יהיה בזה ע"י החתימה ומתורת סיטומתא, וכנ"ל.

ג.

כל האמור הוא לפי ההנחה של קבלת טענת המערער באשר לתוקף קנין הסודר בנידו"ד. אולם גם עיקר טענתו זו אינה, שהרי בנוסח ההתחייבות שבהסכם נאמר:

"הבעל **מתחייב** לשלם לאשה **לאחר** שיפרד ממנה" וכו'.

לא נאמר שיתחייב לאחר שיפרד, אלא "מתחייב" דהיינו מתחייב מיד, אלא שהזמן שכלפיו התחייב הוא לאחר שיתגרשו, ועצם הגירושין הם תנאי לחלות ההתחייבות ואעפ"י שלא נאמר במפורש שאין זה אלא בגדר תנאי, כבר פסק הרמ"א בכגון דא (סי' קצ"ה ס"ה בהגה"ה):

"ובסתם אמרינן דהוי מעכשו **באופן המועיל**, דודאי בכדי לא הוי עבידי".

הרי לנו שכל שלא נאמר במפורש ההיפך - שאינו מתחייב מעכשו בעל מנת, אנו מפרשים שכוונתו היתה להתחייבות באופן המועיל "דודאי בכדי לא הוי עבידי".

א"כ בנידוננו, מאחר שנאמר בו ש"מתחייב", שמשמעותו ודאי היא **מיד**, עלינו לפרש ההמשך "לאחר שנפרד ממנה" שהוא בגדר בתנאי דעל מנת, שאכן יהיו גירושין, ושאז יגיע הזמן לפרעון ההתחייבות.

(ואמנם לפי מה שהעלינו לעיל, שבשעושה שני קנינים שהאחד יחול מיד, והשני אח"כ, יש לדון (לדעת אוקימתא א' שבב"מ דף י' והרשב"א ואידך דס"ל כן להלכה) שהרי זה כמי שאינו רוצה לקנות בקנין הסודר, שאל"כ למה לו קנינים נוספים. אך באמת זה אינו, שזה דומה לכסף ושטר בקנין קרקע, דאמרינן דאין דעתו לקנות בכסף עד שימסר השטר לידו. וכ' שם הר"ן דבשטרי ראי', במסירת השטר קונה בכסף למפרע, וא"כ י"ל דה"ה בנידו"ד, החתימה על ההסכם נחוצה בכדי שתשמש גם לראיה על התנאים שהותנו, וודאי דאין דעתם לקנות עם הקאג"ס, רק לאחר החתימה ולמפרע.

אך גם בזה י"ל כהא דאמרינן התם בשטר קנין, דנחשב לקנין המועיל יותר הואיל ובו גם כוח קנין גם משמש לראייה. וא"כ כמו"כ בנידוננו החתימה על ההסכם יש בה שתי מעלות אלה. ע"כ יש לדון שכוונתם בעיקר לחתימה.

אלא שיש לחלק, דאי איתא דאין כוונתם שהק"ס יועיל, למה עשאוהו, ע"כ י"ל דלאחר שגם חתמו על השטר דעתם שיקנה גם הסודר למפרע ודעתם לשניהם, או דהעיקר הסודר והשטר לראיה).

ד.

עוד זאת יש להוסיף שההסכם קיבל תוקף פס"ד, כאמור לעיל, לאחר שהצדדים ביקשו זאת וקיבלו בקאג"ס על זה. החיוב הוא אם כן, גם מכוח פס"ד של בי"ד מגדר פשרה. ובזה אין חסרון כלל מצד דהדר סודר ממאריה, שהרי קבלת הקנין אינו על החיוב אלא עצם קבלתם עליהם כבי"ד, וכמו בכל קנין לפשרה. וכן אין כאן חסרון אליבא דכו"ע מצד דבר שאינו קצוב, דכל פשרה הרי זה דבר שאינו קצוב, שאין יודע בכמה יחויב.

ה.

ונוסף עוד שבנידוננו שהמדובר על התחייבות שהבעל קיבל על עצמו לזון את אשתו אחר שלוחיה, דבר שהוא נדיר בדרך כלל, ומוכח מתוכו, שהיה זה תמורת הסכמתה לקבל הג"פ, שהבעל היה מעונין בכך. כל כה"ג יש לראות את ההתחייבות מגדרי שכירות פועלים, שמילוי הפעולה שהפועל קיבל על עצמו מחייב את התשלום לפי מה שהותנה שיקבל עבור זה, וכיוצא בזה העלה המהרשד"ם במי שחייב עצמו בסכום מסוים לזה שישא את אחותו שמחויב לסלק על מה שהתחייב -

"דודאי בלא כח שבועה, ואפשר **אפילו בלא קנין** הי' כח ביד בי"ד לחייב לראובן את האשה. והטעם דלא גרע זה משליחות, שאם אדם משלח לפלוני שילך למקום פלוני ושיתן לו כך וכך שחייב מכיון שעשה שליחותו. וכדאמר בהגוזל בתרא השוכר את הפועל להביא לו כרוב ודורמסקיס לחולה ומצאו שמת או שהבריא, נותן לו שכרו משלם. ואמרינן בגמרא משום דעביד שליחותיה וכו' וכו'".

ואם כן הוא הדין בנידון שלנו, שההסכם כולל הסכמה לעצם הגירושין, הרי גם אם לא הוזכר במפורש שהתחייבות הבעל היא כתמורה עבור קבלת הגט בהסכמה, הדבר ברור ומוכח שההתחייבות היא בכלל זה. וכיון שהגירושין בוצעו עפ"י הסכם זה, ממילא גם ההתחייבות הקשורה בזה חלה, ואין צורך בקנין כלל, כמו בשליח או כל פעולה אחרת שמחייב את הצד השני כשבוצעה, כפי המותנה.

שאר טענות ב"כ הבעל על תוקף ההסכם מצד דבר שאיננו קצוב, וכן שינוי התנאים, כפי שהוזכרו לעיל בקצרה, כבר עורר ב"כ הבעל טענות אלה בפני ביה"ד קמא, ובפסק דינם נשוא הערעור דחו טענות אלה בנימוקים שנתפרשו בפסה"ד.

ואף אנו סומכים ידינו על מה שנכתב בפסק הדין.

[בסיכומי טענות ב"כ הבעל בפני בי"ד קמא, הביא מש"כ המל"מ לדחות הדעה שהרמב"ם לא אמר שאין התחייבות חלה בדבר שאינו קצוב אלא במתנה ולא כשמתחייב בתמורה למה שקיבל. כן הביא מש"כ באבן האזל לקיים ביאור זה ברמב"ם ומסתמך על לשון הרמב"ם שהדגיש "שזו כמו מתנה היא". והשיג עליו מדברי הריטב"א שהקשה על ביאור זה ברמב"ם, שהרי הרמב"ם כ' דין זה גם בערב (פ' כ"ה מה' מלוה ולוה הי"ג). ובערב הרי אמרינן בגמרא דהא דמשתעבד הוא מצד דההיא הנאה וכו' (ב"ב קעג:).

אך נ' דדברי שיטות אלה, שהסמיכם כאמור באהא"ז בלשון הרמב"ם, שרירים וקיימים. דנהי דאמרינן דשעבוד הערב הוא מצד דההיא הנאה וכו', אך הן רשב"ם הוסיף שם (ד"ה גמיר משעבד): "בלב שלם ושליחותא דערב קעביד

www.eretzhemdah.org

מלוה כאילו הוא עצמו הלוה." ונ' בכוונתו דאין הפירוש שזה מגדר קבלת תמורה, של "בההיא הנאה", אלא דע"י דפעולת המלוה נעשתה רק על סמך הבטחתו, "בההיא הנאה" מסלק מזה את תוכן אסמכתא. וזהו עומק כוונת קצוה"ח (בסי' קכ"ט סק"א ומשובב נתיבות שם) שסמך על דברי רשב"ם הללו (בהנתה"מ השיגו, אך דברי קצוה"ח ברורים). ולשון הרמב"ם (פ' כ"ה ממלוה ולוה ה"ב) מסייע לו, שלא פי' חלות החיוב של ערב מצד דההיא הנאה וכו', אלא לגבי ערב כלפי בי"ד:

"הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו בי"ד, באותה הנאה שעבד עצמו".

ואילו בראש הלכה זו בענין ערב בשעת מתן מעות, לא הזכיר זאת. ונ' שבכוונה דקדק, כי בשעת מ"מ אין החיוב מצד דההיא הנאה אלא רק לסלק האסמכתא. ולא כן בערב ע"י בי"ד שלא הי' שם מ"מ, מוכרח לומר דעיקר ההתחייבות היא מצד ההיא הנאה.

והיינו דבערב אין הנאה זו כקבלת תמורה ממש, אלא רק מהני שלא יחשב כאסמכתא בעלמא, שלא חשב להתחייב ברצינות, וע"ע נתה"מ סי' ר"ז ס"ק ט"ו, ודמי להא דאם אוביר ולא אעביד ואשלם ממיטבא (ב"מ קד.) אלא דהתם הדבר בידו (תוס' דף עד. ד"ה הכא), ולזה מהני ב"בההיא הנאה", דמעתה הר"ז כבידו, ודו"ק.

וכל זה הוא לפי פי' רשב"ם, ואילו הריטב"א נוקט שהגמרא מתפרשת כפשוטה, שגם בערב בשעת מתן מעות משתעבד מדין בההיא הנאה גרידא (ולא שבההיא הנאה מסלק רק את הטענה של אסמכתא, בדפירשב"ם וכנ"ל) ע"כ קשי"ל מערב. אולם כנ"ל שפיר ניתן לפרש הרמב"ם כפירשב"ם (וכדדאיק לישני' דהרמב"ם וכנ"ל). וא"כ עיקר חיובו של ערב הוא לא מצד התמורה שמקבל ע"י בההיא הנאה וכנ"ל. ע"כ שפיר כ' גם בערב שאינו משתעבד בדבר שאינו קצוב. אבל לעולם כל היכא דאיכא תמורה, וכגון נידו"ד, גם לרמב"ם משתעבד גם שאינו בדבר קצוב].

בהתאם לכל האמור לעיל יש לפסוק:

הערעור נדחה ופסק הדין נשוא הערעור בתקפו, גם באשר להצמדה.

שאול ישראלי

אנו מסכימים למסקנא.

עובדיה יוסף נשיא בצלאל זולטי

פסק דין

הוחלט איפוא:

א הערעור נדחה ופסק הדין נשוא הערעור בתקפו, גם באשר להצמדה.

ב אין צו להוצאות.

ניתן ביום ד' סיון תש"מ.

עובדיה יוסף - נשיא בצלאל זולטי שאול ישראלי

www.eretzhemdah.org